



جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية
المدنية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

إشراف:

أ. د معاشو نبالي فطة

من إعداد الطالب:

بوخرس بلعيد

لجنة المناقشة:

- د. جبالي واعمر، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا
د. معاشو نبالي فطة، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفة ومقررة
د. سي يوسف قاسي، أستاذ، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة.....ممتحنا
د. خلفي عبد الرحمان، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.....ممتحنا
د. سعيدان أسماء، أستاذة محاضرة " أ "، جامعة الجزائر.....ممتحنة
د. كسال سامية، أستاذة محاضرة " أ "، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2019/07/03.



جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية
المدنية

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

إشراف:

أ. د معاشو نبالي فطة

من إعداد الطالب:

بوخرس بلعيد

لجنة المناقشة:

- د. جبالي واعمر، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا
د. معاشو نبالي فطة، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفة ومقررة
د. سي يوسف قاسي، أستاذ، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة.....ممتحنا
د. خلفي عبد الرحمان، أستاذ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.....ممتحنا
د. سعيدان أسماء، أستاذة محاضرة " أ "، جامعة الجزائر.....ممتحنة
د. كسال سامية، أستاذة محاضرة " أ "، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2019/07/03.

كلمة شكر

بعد الحمد لله، أتقدم بالشكر الجزيل إلى:

الأستاذة الدكتورة معاشو نبالي فطة

التي تفضلت بالإشراف على هذا البحث ولما أولته من اهتمام
وتوجيه وإرشاد، أسأل الله العلي القدير أن يجزيها عني وعن طلبة
العلم خير جزاء.

كهلبيد بوخرس

الإهداء

إلى الوالدين الكريمين أطل الله في عمرهما.
إلى إخوتي وأخواتي.
إلى صديقي: الدكتور لعمامري عصاد وعائلته.
إلى كل الزملاء والأصدقاء.
... إلى هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل.

كهلبيد بوخرس

مختصرات

أولاً: باللغة العربية:

- ج.ر.ج.ج. : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ق.م.ج. : القانون المدني الجزائري
ق.م.ف. : القانون المدني الفرنسي
م.أ.ط. : مدونة أخلاقيات الطب
ق.ح.ص.ت. : قانون حماية الصحة وترقيتها
ق.ص. : قانون الصحة
ق.إ.م.إ. : قانون الإجراءات المدنية والإدارية
د.ت.ن. : دون تاريخ النشر
د.د.ن. : دون دار النشر
د.ب.ن. : دون بلد النشر
د.س.م. : دون سنة المناقشة

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- Art. : Article
Ass. : Assemblée
Bull. civ. : Bulletin civil
Cass.civ. : Cour de cassation, Chambre civile
C.A : Cour d'Appel
C.A.A : Cour Administrative d'Appel
CE : Conseil d'Etat Français
C.P.C.F : Code de Procédure Civile Français.
C.S.P.F : Code de la Santé Publique Français.

Concl :	Conclusion
D. :	Recueil Dalloz
éd.:	Edition
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
JCP :	Juris-Classeur Périodique (La semaine Juridique)
J.O :	Journal Officiel
L.G.D.J :	Librairie Général de Droit et de la Jurisprudence
Obs. :	Observation
O.N.I.A.M :	Office National des Accidents Médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales.
P.U.F :	Presses Universitaires de France
Rapp. :	Rapport
R.D.S.S :	Revue de Droit Sanitaire et Social
R.F.D.A :	Revue Française de Droit Administratif
RTD civ. :	Revue Trimestrielle de Droit civil
Sect. :	Section
Vol. :	Volume

مقدمة:

خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وكرّمه وفضّله على سائر مخلوقاته لقوله تعالى في سورة الإسراء الآية 70: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ".

بناء على ذلك أولت الشريعة الإسلامية اهتماما وعناية فائقين للإنسان، الذي فضّله وكرّمته أيما تكريم، مصداقا لقوله تعالى في سورة التين الآية 04: " لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ". كما حرصت على أن يعامل جسم الإنسان بما يليق بهذه المكانة، فحرّمت الإضرار بسلامة جسده أو الاعتداء على حياته لقوله تعالى في سورة المائدة الآية 32: "... مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا..."، ومصادقا لقوله تعالى في سورة النساء الآية 92: " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا..."

كذلك أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالمحافظة على الحياة الإنسانية والإهتمام بالصحة من المخاطر والأمراض، فأمر صلى الله عليه وسلم بالتداوي واللجوء إلى الطب قصد العلاج، إذ قال صلى الله عليه وسلم في ذلك: " إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَنْزِلْ دَاءً إِلَّا وَانْزَلَ لَهُ دَوَاءً فَتَدَاوُوا وَلَا تَتَدَاوُوا بِحَرَامٍ ".

تبيّن بوضوح إهتمام الشريعة الإسلامية بصحة الفرد من خلال مقاصدها الخمس حفظ الدين، حفظ النفس، حفظ العقل، حفظ النسل، وحفظ المال، ومنه تعتبر المحافظة على حياة الإنسان وصحته من الأهداف التي جاءت بها الشريعة الإسلامية قبل أن تنادي بها القوانين الوضعية.

وقد حرصت الدولة الجزائرية على تكريس الحق في الرعاية الصحية ضمن مبادئ الدستور وأحكامه، ويظهر ذلك من خلال قانون رقم 01-16⁽¹⁾ المتضمن التعديل

¹ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مؤرخ في 28 نوفمبر 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر.ج. عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدّل ومتمّم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002 =

الدستوري⁽¹⁾، الذي أكد واجب الدولة بكفالة الرعاية الصحية ومكافحة الأمراض من خلال المادة 66⁽²⁾، وتجسد هذا النص الدستوري في الواقع العملي بجملة من القوانين والتشريعات التي تتولى التفصيل الدقيق للقواعد الدستورية، إذ حدد قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽³⁾ شروط وضوابط التدخل في مجال الصحة، كما تضمن الطرق والإجراءات التي تكفل الحق في الصحة لجميع الأفراد في المجتمع على قدم المساواة.

وبناء على ذلك، تقتضي سلامة جسم الإنسان والحفاظ على حياته - رغم المبدأ الذي يقضي بعدم جواز المساس بجسمه وأيّ اعتداء يقع عليه فإنّ القانون يجرمه- إجراء تدخلات جراحية أو إعطاء أدوية، أو مواد في أصلها ضارة ولكنها في حالات مرضية معينة تكون نافعة، وتحقيقاً لهذه المصلحة، لا بدّ من إباحة أعمال التطبيب والجراحة⁽⁴⁾، لأنها تحقق غرضاً مشروعاً وهو المحافظة على سلامة الجسم أو التخفيف من آلام المرضى.

=ج.ر.ج.ج. عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، والمعدل بقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج.ر.ج.ج. عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، والمعدل بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.ج. عدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

¹ - وهو الحق الذي تم تكريسه من خلال المادة 54 من دستور 1996 معدل ومتمم سالف الذكر.

² - تنص المادة 66 من هذا القانون على أن: " الرعاية الصحية حق للمواطنين

تكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها

تسهر الدولة على توفير شروط العلاج للأشخاص المعوزين".

³ - قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج. عدد 46، صادر في 29 يوليو 2018. وبموجب المادة 449 من هذا القانون تم إلغاء أحكام قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج. عدد 08، صادر بتاريخ 17 فبراير 1985، معدل ومتمم. غير أنّه تبقى النصوص المتخذة لتطبيقه سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية لقانون الصحة الجديد المذكور أعلاه.

⁴ - الجراحة فنّ من فنون الطب يعالج الأمراض بالاستئصال أو الإصلاح أو الزراعة أو غيرها من الطرق التي تعتمد كلها على الجرح والشق والخياطة. أنظر: أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبيّة الفقهيّة، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص 224.

أما الجرح فهو مسّاس بأنسجة الجسم الذي يؤدي إلى تمزيقها، إذ يمسّ بمادة الجسم في جزءها الأساسي الذي يتكون من مجموعة من الأنسجة. ويعدّ الجرح متحققاً بقطع الجلد سواء أكان القطع سطحياً مقتصرًا على مادة الجلد أم كان عميقاً ينال الأنسجة الداخلية المكسوة بالجلد. وتستوي مساحة القطع أن تكون ضئيلة كوخز إبرة، أو متسعة =

وعلى ذلك يكون جواز أعمال الطبيب أو الجراح إنما تقوم على أساس قانوني، وهو سبب الإباحة المبني على حق الطبيب في مزاوله مهنته، إلى جانب إسناد إباحة هذه التدخلات الطبية لرضا المريض.

تعدّ مهنة الطب مهنة إنسانية ونبيلة وأخلاقية وعلمية قديمة، أكسبتها الحقب الطويلة تقاليد ومواصفات تحتم على من يمارسها أن يحترم عمله ويقدر سلامة الشخصية الإنسانية في جميع الظروف والأحوال. فرسالة الطبيب تهدف إلى الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية وفي التخفيف من معاناة المرضى، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أيّ سبب آخر وقت السلم أو الحرب.

وقد ساهم التقدم الكبير الذي أحرزته علوم الطب، خاصة في النصف الثاني من القرن العشرين، واتساع مجالات تطبيقه وتشعب فروعه وبروز الاختصاصات فيه، في تقديم خدمات كثيرة للإنسانية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى رافق ذلك العلم الطبي تطورا في الأدوات والآلات وسائر الأشياء الطبية المختلفة التي أصبحت جزء من عمل الطبيب وفنه، وهو ما زاد من مخاطر ممارسة مهنة الطب وضاعف من مسؤولية الطبيب.

وعلى الرغم من أنّ مهنة الطب مهنة إنسانية، مهمتها في الأساس التخفيف من معاناة وآلام المرضى، إلا أنّها من المهن المعقدة والخطيرة في نفس الوقت، وذلك بالنظر إلى ما قد يترتب عنها من أخطاء، وما يترتب عن تلك الأخطاء من انعكاسات وأثار على جسم المريض، قد تؤدي في بعض الأحيان إلى وفاته.

بلغت الجراحة الطبية في العصر الحاضر درجة عالية من الدقة والمهارة والنبوغ الذي لم يسبق له مثيل، بعدما كان ذلك ضربا من الخيال والمستحيل، إذ وصل العمل الجراحي إلى أعماق جسم الإنسان، وإلى أخطر عضو فيه وهو القلب والشرابين.

=كقطع مستطيل عن طريق سكين. أنظر: عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010، ص 32.

تمكن الأطباء الجراحون من إجراء تدخلات طبية جراحية دقيقة متعلقة بصمام القلب، والشرابين، أكثر من ذلك فقد أمكن بفضل الله التوصل إلى إجراء جراحات دقيقة وخطيرة في الدماغ، أعقد عضو في جسم الإنسان، بعدما كان من المستحيل دخول الجراحة إليه منذ عهد قريب جدا.

كما كان لانتشار التخصص الجراحي أعظم الأثر في تطور الجراحة الطبية من الناحيتين النظرية والتطبيقية، وقد شمل ذلك أغلب أجزاء الجسم البشري، ونظرا لخطورة ودقة التدخلات الطبية الجراحية منها على جسم الإنسان، فإن القوانين قد سمحت بالمساس بهذا الجسد في مجال العلاج وفق قواعد وضوابط نظمها القانون من خلالها يحمي المريض.

ومع هذا قد يرتكب الطبيب أخطاء من شأنها المساس بصحة المريض وفي بعض الأحيان قد تؤدي إلى وفاته، الأمر الذي يستوجب قيام المسؤولية الطبية.

ولقد إكتسبت المسؤولية الطبية أهمية خاصة لسببين: يتمثل الأول في أنّ مهنة الطب تعدّ من أنبل المهن الإنسانية، والطبيب يحتاج إلى قدر من الحرية والثقة والإطمئنان، وفي المقابل حياة المريض وسلامته تعدّ أثمن القيم التي يحرص المجتمع على حمايتها، علاوة على أنّها متعلقة بالنظام العام. ويكمن السبب الثاني في تزايد شكاوى ودعاوى المسؤولية الطبية الناتجة عن خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي التي يرفعها المرضى المتضررين ضد الأطباء والجراحين منهم على وجه الخصوص، مما قد يؤدي إلى فقدان الثقة بين المريض وطبيبه، خاصة وأنّ العلاقة الشخصية بين المريض والطبيب قد تحولت إلى علاقة تجارية، بسبب ظهور الأطباء الخواص والعيادات الخاصة، ممّا أدى إلى طغيان المصالح الاقتصادية الخاصة في هذه العلاقة على المبادئ الأخلاقية.

وعلى ذلك لا بدّ من التوفيق بين هدفين متقابلين، يتمثل الأول في توفير حماية أكبر للمرضى، خاصة المضرورين الذين بدأ عددهم يتزايد نتيجة تعقيد مهنة الطب، وزيادة مخاطرها بسبب سوء استخدامها لآلات وأدوات وأساليب دقيقة وجد متطورة، أما الهدف الثاني فيمكن في الحد من هاجس الخوف لدى الأطباء خاصة الجراحين منهم، وتشجيعهم على المبادرة، وتقديم العلاج بما يضمن حماية المرضى، وتحسين مستوى الخدمات الطبية.

إذا كان التطور العلمي يسمح بإجراء عمليات جراحية مطولة لشفاء مرضى كان محكوما عليهم بالموت من قبل، إلا أنه من جانب آخر ضاعف من حجم المخاطر التي يتعرضون لها، فمعظم الأخطاء الطبية في الميدان العملي، تنسب إلى الجراحين وأطباء التخدير والإنعاش.

يحتل الجراح النصيب الأكبر من الدراسة، فأهميته من أهمية الجراحة ذاتها، باعتباره المتدخل في جميع مراحل العلاج، من الفحص الطبي والتشخيص حتى تنفيذ العلاج ومراقبة نتائجه، ورغم كون عمله ضمن فريق طبي من المتخصصين كل في مجال تخصصه، إلا أن تدخلهم يكون ضمن الحدود التي يرسمها هو بنفسه، باعتباره قائد هذا الفريق، فعليه الإدارة والمراقبة والإشراف، مما يفتح المجال أمام مساءلته عن جميع الأضرار التي تلحق بالمرضى⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، أصبح خطأ الجراح⁽²⁾ الخطأ النموذجي لدراسة المسؤولية الطبية بكافة أشكالها وأنواعها⁽³⁾، وإذا كانت العمليات الجراحية، من جهة، تعتبر من أكبر النعم على البشرية، إلا أنها، من جهة أخرى، تنطوي على مخاطر عديدة، وهو الأمر الذي يفرض على

¹ - قد يقع الخطأ الجراحي من الطبيب الجراح وحده، فيكون الخطأ فرديا، وهو الخطأ الذي ركزنا عليه أكثر في دراستنا هذه، وقد يقع من أعضاء الفريق الطبي، فلا يكون الخطأ فرديا، بل جماعيا، ويصطلح الفقه على تسميته بخطأ الفريق الطبي.

² - إنَّ الباحث وهو بصدد دراسة خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي لا يعني منه التقليل من شأن ومهمة الأطباء أو كفاءتهم، ولا يعني الانتقاص من حجم الخدمات الصحية المقدمة، بل إنَّما محاولة منه في هذه الدراسة إبراز أهم الأسباب التي أدت إلى تزايد عدد ضحايا الأخطاء الطبية الجراحية.

³ - فالى جانب المسؤولية المدنية قد تقوم المسؤولية العقابية، التي تتجسد في كل من المسؤولية الجزائية وفقا لقانون العقوبات والمسؤولية التأديبية التي تؤسس على مخالفة قواعد أخلاقيات وآداب الطب المنصوص عليها في مدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة، ترفع عن طريق دعوى أمام الفروع النظامية لمجالس أخلاقيات الطب التي تملك اختصاصات قضائية.

للمزيد من التفاصيل أنظر: حاج عزام سليمان، الدعوى التأديبية الناشئة عن مخالفة قواعد أخلاقيات الطب، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثامن، 2012، ص ص 129-146.

الجراحين بذل عناية دقيقة ويقظة فائقة سواء في مرحلة الإعداد للعملية الجراحية أو أثناء إجرائها أو بعدها.

تبرز أهمية إختيار هذا الموضوع كونه موضوع حيوي له علاقة مباشرة بالإنسان الذي جعله الله سبحانه وتعالى من أفضل مخلوقاته وخليفة له في الأرض.

ولهذا، تعود أسباب إختياره أساسا إلى اعتبار مهنة الطب من المهن الراقية والإنسانية التي تعتني بأعلى ما يملكه الفرد وهي الصحة التي تعتبر تاجا فوق رؤوس الأصحاء ولا يعلم قيمتها إلا المرضى.

ثم أنّ مهنة الطب لا تستقطب فقط إهتمام العلميين وإنّما تثير أيضا إهتمام القانونيين لأنّها مهنة ذات وجهين: وجه فني علمي معقد ووجه قانوني أخلاقي إنساني يضبط العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض ويجعل منها علاقة قانونية مؤطرة بالتزامات وحقوق لكل أطراف العلاقة الطبية. لأنّه إذا كانت علاقة الطبيب بالمريض يميزها اختلال التوازن بين أطرافها، فلا شك أنّ ذلك يكون من الناحية الواقعية، أما من الناحية القانونية، فهذه العلاقة تفرض حقوقا والتزامات متبادلة بين أطرافها.

ومن بين هذه الأسباب كذلك، عدم وجود توازن في العلاقة بين الطبيب والمريض، فالطبيب يملك المعرفة الطبية والأجهزة الطبية، علاوة على ترخيص القانون له بالمساس بجسم الإنسان الذي تقدسه الشريعة الإسلامية وتحميه القوانين الوضعية، أما المريض فلا يملك إلا تسليم نفسه للطبيب بهدف الشفاء من المرض أو التخفيف من آلامه، ممّا يستوجب الدراسة قصد إعادة التوازن لهذه العلاقة⁽¹⁾.

ولكن إذا كانت علاقة الطبيب بالمريض يميزها اختلال التوازن بين أطرافها، فلا شك أنّ ذلك يكون من الناحية الواقعية، أما من الناحية القانونية، فهذه العلاقة تفرض حقوقا والتزامات متبادلة بين أطرافها.

¹ - تتميز هذه العلاقة في الواقع بانعدام المساواة بين أطرافها، فأحدهما، وهو الطبيب، يعلم، ويفترض فيه العلم بأصول مهنته ومعطياتها العلمية، والآخر، وهو المريض، يعاني، ويجهل، في الغالب من الحالات، حقيقة ما يعاني منه وطبيعته وما يتضمنه من مخاطر، وهو بالتالي لا يملك إلا أن يركن إلى طبيبه الذي يرى فيه الشخص القادر على تخفيف معاناته.

ومن دواعي الإهتمام بهذا الموضوع أيضا تلك الصعوبات العديدة التي تحيط بالنشاط الطبي، فمنها ما يتعلق بجسم الإنسان باعتباره محل هذا النشاط، ومن المفروض أن يكون معصوما من اعتداء الآخرين عليه، وخارجا عن دائرة التعامل، وغيرها من المبادئ التي تمنع المساس به أو الانتقاص من تكامله، فمما لا شك فيه، أن الجراحة عمل علاجي نافع، في ذات الوقت، عمل بالغ الخطورة، نظرا لما تنطوي عليه من مساس كبير بسلامة جسم الإنسان، هذا بالإضافة إلى ما تتميز به عملية تخدير المريض، من دقة وتعقيدات.

ومنها كذلك ما يتعلق بمن يمارس العمل الطبي الجراحي، بمعرفة طبيب جراح أو فريق طبي يستعمل الأجهزة الحديثة في المساس بجسد الإنسان، سواء في العيادات الخاصة أو المستشفيات العمومية، مما يصعب معه تحديد الشخص المسؤول، وإن أمكن تحديده فقد لا يكون قادرا على جبر الضرر المترتب عن هذا النشاط.

ومنها أيضا ما يتعلق بطبيعة العمل الفني للطبيب أو كيفية إثبات الخطأ الطبي، أو بسبب اتساع نطاق المستشفيات، وظهور العيادات الخاصة، وما يترتب عليه من تعدد المسؤولين في المجال الطبي.

كما توجد مشكلة الخبرة الطبية ومدى اعتماد القاضي على تقرير الطبيب الخبير للكشف عن أخطاء الجراح، وكدليل لإثبات مسؤولية الطبيب أو نفيها.

ومن جهة أخرى، كون موضوع الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية من المواضيع المهمة نظرا لأهمية المهنة الطبية وارتباطها الوثيق الصلة بحياة الإنسان وسلامة أعضائه، وما تجسده هذه المهنة من طابع فني محض ينفرد به الطبيب أو الجراح بسائر الجسم البشري، وموضوع صعب لأنه يتعلق بأعلى قيمة في هذا الوجود وهي قيمة الإنسان وسلامة جسده.

وهو كذلك موضوع شائك لأنه محاولة تعد بمثابة نداء يهدف إلى توجيه الفكر القانوني والنظر إلى أنّ المسؤولية المدنية الناجمة عن خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي إذا كانت وظيفتها جبر الضرر، فإنّ الدافع الأساسي من تأكيدها هو الالتزام بضمان السلامة.

ومن زاوية أخرى، في الأهمية التي يكتسبها الموضوع على ثلاث أصعدة النظري الفقهي والتطبيقي القضائي، واتصاله بالقانون والطب معا، وتحديد طبيعة الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية ودرجته.

كما يكمن الدافع إلى معالجة هذا الموضوع أيضا إلى التمييز بين الأخطاء الطبية ذات الطابع الإنساني التي تصدر من الطبيب أثناء التدخل الجراحي وبين الأخطاء ذات الطابع الفني.

ليس هذا فحسب بل تبدو أهمية موضوع البحث في حث الأطباء والجراحين على إحترام المبادئ الطبية المتعارف عليها والالتزام بالحيطة والحذر في علاج المرضى، بحيث لا يخالف الجراح الأصول المتفق عليها، إلا إذا كان متأكدا من نجاعة الطريقة العلاجية الجديدة التي يريد إستعمالها، ولا شك أنّ هذا الحكم يحقق الحماية اللازمة للمريض من جهة، ويشجع الجراح من جهة أخرى، على تطوير أساليب العلاج.

تقع على عاتق الطبيب الجراح مجموعة من الالتزامات ينبغي عليه أدائها أثناء إجراء التدخل الجراحي، ويعتبر إخلاله بها خطأ طبيا يستوجب المساءلة، والخطأ المراد دراسته في هذه الرسالة هو الخطأ المدني أثناء التدخل الجراحي، وبالتالي استبعاد الخطأ الجزائي الموجب للمسؤولية الجزائية.

يعتبر الخطأ المدني إخلال الجراح بالالتزام مفروض عليه تنفيذه قانونا أو إتفاقا، وبالتالي يظهر هذا الخطأ بوجهين، فإذا ظهر بشكل فعل غير مباح فإنه يكون مصدرا للمسؤولية التقصيرية ويكون فيها الخطأ تقصيريا، وإذا ظهر على شكل إخلال بأحكام العقد الطبي والالتزامات التي تضمنها فإنه يكون مصدرا للمسؤولية العقدية ويكون فيها الخطأ عقديا.

وننوه في هذا الصدد إلى أنّ ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب قد شهد تطورا ملحوظا من خلال التطور التشريعي الذي واكب التطور العلمي الذي أحرزته مهنة الطب، وقد تمثل هذا التطور في الأساس من خلال إتساع نطاق التزامات الطبيب تجاه المريض والتي من خلال الإخلال بها يمكن أن يثار خطأ الطبيب الجراح، إذ أصبحت هذه الالتزامات تنظمها تشريعات خاصة في كثير من الدول، ولكن في حقيقة الأمر فإنّ هذا التطور التشريعي لم يكن ليحصل لولا جهود الفقه والقضاء في بلورة هذه الالتزامات في مراحل سابقة على تقنينها.

إذا كان عنوان البحث هو خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في ظل أحكام المسؤولية المدنية، فإنّ دراسة هذا الموضوع يتم من خلال طرح إشكالية تتمثل في البحث عن مبررات عدم إمكانية إطلاق المسؤولية المدنية للجراح من قيد الخطأ أثناء التدخل الجراحي، للتأكد

مما إذا كانت النظريات الحديثة التي قيلت في أساس المسؤولية قد جردت الخطأ من أهميته أم أنّ الخطأ مازال الركن الأهم، وأنّ محاولة بناء المسؤولية المدنية دون خطأ أضحت غير مجدية؟

تستوجب الإجابة عن هذه الإشكالية التركيز على دراسة النصوص القانونية والأحكام القضائية والآراء الفقهية بإتباع المنهج الوصفي التحليلي، إذ تقوم هذه الدراسة على تحليل النصوص التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية المتعلقة بالمسائل موضوع البحث، وقد تم التركيز على نصوص القانونين الجزائري والفرنسي وأحكام هذين البلدين، رغم قلة الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري، وهو الأمر الذي فرض الاستعانة بالفكر القانوني والقضائي في فرنسا، هذا الفكر الذي لا غنى عنه لما له من دور كبير في إرساء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء وتطويرها.

وبناء على ذلك، فإنّ معالجة الإشكالية تقتضي البحث في إلزامية تحقق الخطأ أثناء التدخل الجراحي واعتباره أساسا لإثارة مسؤولية الجراح، فنشاط الطبيب الجراح متصل بجسم وحياة الإنسان، الذي قد يرتكب أخطاء في نطاق هذا التدخل تستوجب المساءلة (الباب الأول)، ومن ثمة البحث في إلزامية وضرورة إثبات الخطأ لقيام المسؤولية المدنية للجراح باعتباره خطأ واجب الإثبات، لأنّ مسؤولية هذا الأخير لا تقوم إلا إذا وقع منه خطأ، وبطبيعة الحال إثبات علاقة السببية بين كل من خطأ الجراح والضرر الذي لحق المريض المضرور، إذ لا بدّ من إثبات هذا الخطأ من طرف هذا الأخير، وهو إثبات لركن أساسي في المسؤولية الطبية ليتسنى له المطالبة بجبر الضرر الذي لحق به (الباب الثاني).

الباب الأول

إلزامية تحقق الخطأ أثناء التدخل الجراحي لقيام المسؤولية المدنية للجراح

تقتضي القواعد العامة أنّ الخطأ ركنا ضروريا وأساسا لقيام المسؤولية المدنية، لذلك يجب على المضرور أن يتمسك بخطأ وقع من الفاعل ويقيم الدليل عليه، حتى يتمكن من المطالبة بالتعويض.

وهنا لا بدّ من بيان أنّه لا تخرج المسؤولية الطبية بدورها كأصل عام، على هذا الأساس، وبالتالي تقوم مسؤولية الجراح كذلك على ذات الأساس، فعمل الجراح يتصل بسلامة جسم المريض وحياته، وحيثما كان العمل الجراحي كان هناك احتمال لوقوع الخطأ، فلا عصمة للبشر العاديين منه، والطبيب الجراح واحد من هؤلاء البشر، يخطئ ويصيب، فالخطأ يمكن أن يقع منه أثناء ممارسته للعمل الطبي الجراحي، بمخالفته للقواعد والأصول الطبية وقت تنفيذه للعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك هو الأساس الذي يرتب تحقق خطأ الطبيب.

والجدير بالذكر أنّ الخطأ الطبي يعتبر أحد أوجه الخطأ المهني، باعتباره ذلك الفعل الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم، ويخرجون في ذلك عن السلوك المهني المألوف وعن الأصول المعمول بها والمستقر عليها لدى أصحاب تلك المهنة.

يبقى للخطأ الطبي لاسيما الخطأ الجراحي مميزات خاصة به، باعتباره متصلا بممارسة مهنة من أصعب وأخطر المهن، فنشاط الطبيب الجراح متصل بجسم وحياة الإنسان، وهو غير معصوم من الخطأ أثناء تدخله لعلاج المريض، فقد يرتكب أخطاء في نطاق هذا العمل تستوجب المساءلة.

تقتضي دراسة الخطأ أثناء التدخل الجراحي كأساس لقيام المسؤولية المدنية للجراح، الإحاطة بكافة الجوانب المتعلقة به، لكن قبل تحديد هذا النوع من الخطأ كان لا بدّ من بيان الإطار القانوني لإجراء هذا التدخل الطبي الجراحي بإعتباره المجال الخصب لإرتكاب الأخطاء الطبية (الفصل الأول).

تثار مسؤولية الجراح إذا ثبت أنه لم يؤد عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره المريض الذي وضع ثقته فيه، لذا فهو مسؤول عن كل خطأ يصدر منه، وبالتالي لا بدّ من تحديد هذا الخطأ لإقامة مسؤولية الجراح المدنية. ورغم صعوبة تحديد الخطأ ومفهومه بصفة عامة، فإنّه لا بد من الاعتراف بأهمية تحديده، وذلك لإمكانية حل المشاكل الملموسة للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الإطار القانوني لإجراء التدخل الطبي الجراحي

يوجد إرتباط وثيق الصلة بين الطب والقانون، فبالرغم من كونهما مجالان مختلفان من حيث نطاق كل منهما وموضوعاته، إلا أنّهما متكاملان من حيث الغاية والهدف، فالطب مهنة تحتاج إلى تنظيم، والقانون هو النظام الذي يقوم بحل مشاكل الفرد وبث الطمأنينة في نفسه.

وعلى هذا الأساس، فإنّ العلاقة بين الطب والقانون علاقة تبادلية، يؤثر ويتأثر كل منهما بالآخر، فللتقدم الطبي دور كبير في تقدم القانون، بحيث أصبحت الكثير من التدخلات الطبية جائزة، بعد أن كانت غير مشروعة، فعندما يتقدم الطب ويقدم سبلا أخرى للعلاج والحفاظ على الصحة وسعادة الفرد، لا بدّ للقانون أن يستجيب ويسمح بذلك، كما هو الشأن في مجال نقل وزرع الأعضاء وجراحة التجميل.

تجاوب القانون مع التقدم الطبي بظهور فرع جديد من فروع القانون يسمى **القانون الطبي**، ويرجع ذلك إلى أنّ كليهما يهتم بالإنسان وبأمنه وإستقراره، ولذلك فإنّ النظام القانوني يهدف إلى مواكبة العلوم الطبية، فلا يقف القانون عقبة أمام التقدم العلمي في المجال الطبي، بل بفضلها يتم وضع الحلول القانونية لكل ما يستجد من مسائل ومشاكل نتيجة التطبيق العملي لهذا التقدم العلمي والتقني.

وفي ضوء ذلك، يؤثر القانون أحيانا في الطب، من خلال الضوابط القانونية التي يضعها لإجراء التدخلات الطبية، خاصة الجراحية منها، التي تتضمن في أغلب صورها كثيرا من المخاطر والأضرار التي قد تؤدي إلى هلاك المريض أو الموت المحقق، أو تؤدي إلى تلف عضو أو أعضاء من جسده. ففي مجال نقل وزرع الأعضاء، أوضح القانون إمكانية إجراء مثل هذه العمليات، ومن حق الطبيب الجراح بل من واجبه أيضا أن يعرف الضوابط القانونية التي يفرضها عليه القانون والمهنة لإجراء مثل هذه العمليات، حتى لا يعرّض نفسه للمسؤولية القانونية (**المبحث الأول**)،

دفعت خطورة العمليات الجراحية بالمشعر الجزائري إلى وضع شروط قانونية تمارس في إطارها هذه العمليات، فبالإضافة إلى الضوابط القانونية المذكورة سابقا، فإنّ القانون

يشترط شروطا أخرى في الطبيب أو الجراح، منها ما هو إجرائي، ومنها ما هو ضروري لمباشرة التدخل الطبي الجراحي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

وجوب احترام الضوابط القانونية لإجراء التدخل الجراحي

يعتبر التدخل الجراحي أهم مظهر من مظاهر المساس بجسم الإنسان بمناسبة العلاج لما يكتسبه من خصوصية فنية في الأداء، ولما يترتب عليه من آثار تنثير تساؤلات كثيرة، وقد بلغت الجراحة الطبية في العصر الحديث درجة عالية من الدقة والمهارة لم يسبق لها مثيل، ووصل العمل الجراحي إلى أعماق جسم الإنسان وإلى أخطر عضو فيه وهو القلب، مما استوجب تخصصا أكثر تعمقا للقائمين بالعمل الجراحي.

وبناء على تلك المعطيات تمكّن الأطباء الجراحين من إجراء الجراحات الدقيقة المتعلقة بصمام القلب، والشرابين، أكثر من ذلك تمكّنوا من إجراء جراحات خطيرة في الدماغ الذي يعتبر أعقد عضو في جسم الإنسان، لذا أصبح التخصص في علم الجراحة في العصر الحاضر منتشرا تقريبا في جميع كليات الطب، والأقسام العلمية، والمستشفيات العمومية، وشمل أغلب أجزاء الجسم، وبالنظر إلى خطورة التدخلات الطبية التي يمارسها الطبيب الجراح على جسم الإنسان، فإنّ القانون يضع قواعد وضوابط من خلالها يسمح بإجراء هذه التدخلات كلما توفرت فيها ضوابط محددة يفرضها مبدأ احترام حق المريض في السلامة الجسدية (المطلب الأول)، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل ومن الضروري احترام مراحل التدخل الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إحترام حق المريض في السلامة الجسدية

الأصل أنّ العمل الجراحي المجرد يعتبر مجرما قانونا إذ تتوفر فيه أركان جريمة الجرح العمدى⁽¹⁾، غير أنّ هذا الفعل وبممارسته من طبيب في إطار العلاج يكون مباحا ومشروعا

¹ - راجع المواد 264 إلى 266 والمادتين 289 و442 من أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج. عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدل ومتّم.

قانوناً، وهو ما يزيل فكرة التناقض بين حرمة جسم الإنسان وضرورة إجراء التدخل الجراحي (الفرع الأول).

يمارس الطبيب مهنة الطب والجراحة، ويبذل كل ما في وسعه للحفاظ على صحة الإنسان ووقايته من الأمراض وإنقاذه منها، وباعتبار الجراحة إحدى فروع الطب المختصة بعلاج الأمراض بالعمل الجراحي فإنها تستلزم وجود الطبيب الجراح، الذي يقوم بهذا التدخل الجراحي، إضافة إلى أشخاص آخرين يقومون بمساعدته بأداء مهام أخرى لها صلة وثيقة بعمله الجراحي، وعليه لا بدّ من تسليط الضوء على أساس مشروعية التدخل الطبي الجراحي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التوفيق بين مبدأ حرمة جسم الإنسان وضرورة إجراء التدخل الطبي الجراحي

الأصل أنّه لا يجوز المساس بجسد الإنسان⁽¹⁾، لأنّ الحق في السلامة الجسدية من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد، حقّ كرسته معظم تشريعات الدول، وجعلته من أول الحقوق التي تحرص على حمايتها، فجسم الإنسان من أهم العناصر اللازمة لوجوده، لذلك فهو من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقدّيساً، ولا يجوز أن يكون محلاً لأيّ اتفاق على نحو يعدّ المساس به انتهاكاً لحرمة الكيان الجسدي. فحق الإنسان على جسده يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية (أولاً).

إنّ الحق في الحماية الجسدية، الذي هو في الأصل حق للإنسان، يعترف له القانون بالمصلحة في ألا تتعطل وظائف الحياة في جسده، وفي أن يحتفظ بتكامله الجسدي

¹ - يطلق لفظ الجسد على ذلك البنيان الذي يتكون من مجموعة متناغمة ومنسقة من الأنسجة والخلايا والمكونات البشرية المختلفة، التي تشكل في مجموعها الأعضاء الخارجية والداخلية وكافة المشتقات والمنتجات الآدمية، ولكي يكتسب الجسد البشري هذا الوصف لا بد من سريان الحياة فيه، على نحو يتيح لكافة أجزائه القيام بوظائفها الطبيعية والحيوية المنوطة بها.

أنظر: العزة مهند، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة للنشر، 2002، ص23. بشير عبد السلام القرالة، حق الإنسان في الحماية الجسدية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة رسالة مقدمة إكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة مؤتة، الأردن، 2007، ص07.

بالنصيب الذي يتوافر له من الصحة وفي أن يتحرر من الآلام البدنية والنفسية، وأنه ذو قيمة فردية وأخرى إجتماعية.

لكن ضرورة الحفاظ على حياة الإنسان وسلامة جسده قد تقتضي إجراء أعمال طبية تتجسد في تدخلات الطبيب العلاجية والجراحية والتي تؤدي إلى المساس بهذا الجسم، فتدخل الطبيب أو الجراح في الممارسة الطبية يتطلب مساس هذا الأخير بجسم المريض.

لا يتم التوفيق بين مبدأ حرمة الجسم البشري ومبدأ جواز المساس بهذا الجسم إلا من خلال وضع ضوابط يتقيد بها أثناء التدخل الطبي بصفة عامة والجراحي على وجه الخصوص، حتى لا يخرج عن الهدف الأساسي المتمثل في العلاج والمحافظة على الحياة.

(ثانياً).

أولاً: حماية الحق في السلامة الجسدية

تعتبر حياة الإنسان وسلامة جسده من أهم المسائل التي تناولتها الشرائع الدينية والتشريعات الوضعية عبر العصور المختلفة في تاريخ البشرية. إن اعتبار السلامة الجسدية حق أمر يفرض توفير الحماية القانونية والشرعية اللازمة له، إذ يعتبر من أهم الحقوق المحمية خاصة مع ظهور الممارسات الطبية والعلمية الحديثة التي اتخذت من جسم الإنسان ومكوناته محلاً لأعمالها، وهو ما أدى إلى السعي لإحاطته بالضمانات التي تكفل تعزيزه وتمنع الاعتداء عليه سواء على المستوى الدولي أو الداخلي، وقد كان للشريعة الإسلامية إقرار لحق الإنسان في سلامة جسده وذلك في مختلف مصادرها سواء في القرآن الكريم، أو السنة النبوية.

1- الحماية القانونية لمبدأ حق الإنسان في سلامة جسده

يعد جسم الإنسان من العناصر اللازمة لوجوده، إذ لا تستقيم الحياة إلا بوجوده، ولا يجوز أن يكون محل اتفاق إلا لصيانته وحفظ كرامته، على نحو يعد المساس به إنتهاكا لحرمة ومعصومية الكيان الجسدي، وباعتبار السلامة الجسدية من الحقوق المتعلقة بالشخص نفسه، ومعنى هذا الحق أن يتمتع جسد الإنسان بحرمة وحماية قانونية دولية وداخلية.

أ- تكريس حق الإنسان في سلامة جسده في المواثيق الدولية

يعتبر جسم الإنسان حرمة لا يجوز الاعتداء عليه أو على أي جزء منه، ولا يجوز إزهاقه أو تشويهه أو أحداث عاهة مستديمة فيه، فيعد الحق في سلامة الجسم من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان، التي أحيطت بالعديد من الضمانات الدولية الكفيلة بحمايتها.

أ-1 الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بالإجماع بتاريخ 10 ديسمبر 1948⁽¹⁾، على حق الشخص في سلامة جسده إلى جانب حقه في الحياة والحرية وذلك من خلال مادته الثالثة (3) التي تنص على أن: " لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"، كما منعت المادة الخامسة منه التعذيب الذي يعتبر جريمة ضد سلامة جسم الإنسان، بنصها على أنه: " لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة ".

كما أكدت المادة 22 من هذا الإعلان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والتربوية التي لا غنى عنها لكرامة كل شخص، وما من شك من أهمية تضمين هذا الإعلان لهذه الطائفة من الحقوق، نظرا للارتباط الوثيق بينها وبين حق الإنسان في السلامة الجسدية، ذلك أنه لا يمكن لأي إنسان أن يتمتع بحق من حقوقه المدنية والسياسية بمعزل عن باقي الحقوق.

كذلك يستشف من نص المادة 25 من نفس الإعلان، أن لكل شخص حق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهية له ولأسرته، وخاصة على صعيد المأكل والملبس والسكن والعناية الطبية وصعيد الخدمات الاجتماعية الضرورية⁽²⁾.

¹ صدر هذا الإعلان، الذي يتضمن مقدمة و 30 مادة، بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف (د-3) عام 1948، بموافقة ثمانية وأربعين دولة وامتناع ثمانية دول عن التصويت وعدم معارضة أي دولة من الدول الأعضاء. ولقد وافقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1963، ج.ر.ج. ج عدد 64، صادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

² راجع كذلك المادة 25 من هذا الإعلان.

أ- 2 العهدان الدوليان لحقوق الإنسان

أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهدين الدوليين لحقوق الإنسان عام 1966، إذ تتمثل الإتفاقية الأولى في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽¹⁾ أما الثانية فهي العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽²⁾.

ففيما يتعلق باتفاقية الحقوق المدنية والسياسية فقد حرمت التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة، وبالمقابل نصت في المادة السابعة على أنه: " لا يجوز إخضاع أحد للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة. وعلى وجه الخصوص، لا يجوز إجراء أية تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر."

وفيما يتعلق باتفاقية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، فقد أكدت المادة (12) حق الإنسان بالتمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية عن طريق تحسين شتى الظروف المحيطة بالإنسان والوقاية من الأمراض الوبائية والمتوطنة والمهنية والأمراض الأخرى وعلاجها ومكافحتها، وتأمين الخدمات الطبية والعناية به طبييا.

ب- حق الإنسان في سلامة جسده في ظل القانون الجزائري

تكفلت معظم دساتير دول العالم التأكيد على كرامة الإنسان وعدم انتهاك حرمة، وهو ما تم النص عليه في المادة 40 من القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري سالف الذكر التي تنص على أنه: " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة."

¹ - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي إنضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ج. عدد 20، صادر بتاريخ 17 ماي 1989، والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج.ر.ج. عدد 11، صادر بتاريخ 26 فيفري 1997.

² - العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي إنضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ج. عدد 20، صادر بتاريخ 17 ماي 1989، والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج.ر.ج. عدد 11، صادر بتاريخ 26 فيفري 1997.

المعاملة القاسية واللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون " (1).

وأضافت المادة 41 من الدستور على أنه: " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

أما بخصوص القانون المدني، فلم يهتم بهذا الجانب (2)، إذ لم يهتم إلا بحماية المال وتنظيم المعاملات المالية، أما السلامة البدنية ضد اعتداءات الغير فقد عالجها ضمن المسؤولية التقصيرية والعقدية، وجعل للمضروع الحق في المطالبة بالتعويض عن مختلف الأضرار التي أصابته، كما أخرج جسم الإنسان من دائرة التعامل، وحظر كل اتفاق يكون محله جسم الإنسان طبقاً للفقرة الثانية من المادة 682.

في حين نصت بعض المواد من قوانين مزولة مهنة الطب الجزائري على حق المريض في أن تحترم كرامته وسلامته الجسدية، إذ نصت المادة 46 من م.أ.ط.: " ينبغي أن يتقيد الطبيب أو جراح الأسنان على الدوام بالسلوك المستقيم وحسن الرعاية، وأن يحترم كرامة المريض". كما نصت المادة 413 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر على أنه: "بإستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و 289 و 442 (الفقرة 2) من قانون العقوبات كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

¹ - أضاف المشرع عبارة " المعاملة القاسية واللا إنسانية أو المهينة يقمعها القانون " في هذا القانون - وهو ما لم تتضمنه المادة 34 من دستور 1996 - ليؤكد على حق الإنسان في سلامة جسده من جهة، ومن جهة أخرى على الحماية القانونية لهذا الجسد.

² - على النقيض من ذلك، كرس المشرع الفرنسي مبدأ حرمة جسم الإنسان وعدم قابليته للتعامل المالي وعدم التصرف فيه من خلال المادتين 16 و 16-1 من القانون المدني.

Art. 16 du code civil Français dispose : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte a la dignité de celle-ci et garantit de l'être humain des le commencement de sa vie ».

Art. 16-1 dispose : « Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

2- مبدأ حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية

حظي جسد الإنسان في الشريعة الإسلامية بحرمة وكرامة كونه من خلق الله عز وجل، هذا التكريم الذي أكدته الله تعالى في كتابه الكريم بقوله تعالى في سورة الإسراء الآية 70: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"، ومما يدل على تفضيل الله سبحانه وتعالى للإنسان وتكريمه وتعظيمه، أمره للملائكة بالسجود له حيث قال تعالى في سورة البقرة الآية 34: "وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ".

أكدت الآيات القرآنية أن الله سبحانه وتعالى كرم الإنسان أيما تكريم وفضله على سائر خلقه وسوى خلقته في أحسن صورة وجعله خليفته في أرضه لإعمارها وذلّل له ما في السماوات والأرض لينتفع به، على ذلك يجب على الإنسان المحافظة على الهيئة والصورة التي خلقه الله عليها وعدم العبث بها وابتذالها⁽¹⁾.

ثانياً: نطاق حق الإنسان في الحماية الجسدية

يقوم حق الإنسان في الحماية الجسدية على ثلاثة عناصر وهي: التكامل الجسدي وأداء الجسد لوظائفه، والتحرر من الآلام البدنية والنفسية، وتحديدتها على نحو دقيق يتيح رسم نطاق هذا الحق، ويبين الصور المختلفة التي يتخذها هذا الاعتداء عليه.

1- التكامل الجسدي:

يقصد بالتكامل الجسدي مصلحة الجسد في أن يحتفظ بمادته في كل جزئياته، ويترتب على اعتبار التكامل الجسدي عنصراً من عناصر الحق في الحماية أن كل فعل ينقص من مادة الجسد يعد اعتداء على سلامته، ويستوي في ذلك أن يكون الجزء أو العنصر المستأصل منه داخلياً أم خارجياً، كبير الأهمية بالنسبة لوظائف الحياة في الجسد أو قليلها سبب ألماً أو لم يسبب شيئاً من ذلك⁽²⁾.

¹ - إفتكار مهيبوب دبان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، مكتبة شادي، القاهرة، 2006، ص ص 23-25.

² - عدلي خليل، جنح وجنابات الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء والطب الشرعي، دار الكتب القانونية، 1996، ص 13.

يعتبر مسّاس بالتكامل الجسدي مجرد العبث بمادة الجسد على نحو يخل بتماسك الخلايا أو يضعف منه، كما يتحقق بإدخال تعديل مهما كان على مادة الجسد، باعتبار أن هذا التعديل يغير من العلاقة القائمة بين جزئيات الجسد، ومثال ذلك إحداث فتحة في الجلد⁽¹⁾.

تتطوي العمليات الجراحية والعلاجات الطبية على المساس بالتكامل الجسدي للإنسان، ولو كانت بسيطة أو أجريت برضاء الإنسان، ولا تخرج من نطاق التجريم إلا بفضل الرخصة المخولة للجراحين قانوناً، إذ بغير سبب إباحة تتوافر له كل الشروط التي يتطلبها القانون يعد الفعل عدواناً على الحق في الحماية الجسدية.

2- أداء الجسد لوظائفه:

يقصد بأداء الجسد لوظائفه المصلحة التي يعترف بها القانون لكل شخص في أن يحتفظ بالنصيب الذي يتوافر لديه من الصحة، أي مصلحته في ألا يتدهور مستواه الصحي، فكل فعل ينقص من هذا النصيب هو مساس بالحق في سلامة الجسد، سواء تحقق ذلك عن طريق إحداث مرض لم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة في مقدار مرض كان الإنسان يعاني منه، فمن يوجه إلى جسد آخر أشعة تحدث إختلالاً في وظائف بعض أجهزة الجسد الداخلية يعد مساساً بالحق في الحماية الجسدية⁽²⁾.

تتحدد وظائف الجسد الفزيولوجية منها والذهنية سواء ما تقوم به أجزاء الجسد الخارجية أو الداخلية بناء على نصيب الإنسان من الصحة والمرض⁽³⁾.

3- التحرر من الآلام البدنية والنفسية:

يقصد بالتحرر من الآلام البدنية والنفسية مصلحة الإنسان في أن يتمتع بالسكينة البدنية والنفسية، والتي تتمثل في تحرر أجزاء وأعضاء جسده من خضوعها للآلام أو زيادة معدل الآلام التي يكابدها، إذ يعدّ الفعل مساساً بحق الإنسان في الحماية الجسدية، إذا نال

¹ حسيني محمود نجيب، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات، مجلة القانون والإقتصاد، العدد الثالث، السنة 29-1959، ص 543.

² عدلي خليل، مرجع سابق، ص 12. حسيني محمود نجيب، مرجع سابق، ص 529.

³ سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.

الفعل من شعور الإنسان بتلك السكينة بأن ترك لديه إحساسا بالآلام البدنية والنفسية مهما كانت درجتها أو ضاعف من إحساسه بألم كان يشعر به⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مبررات المساس بجسد الإنسان عن طريق التدخل الجراحي

بيّنّا فيما سبق، أنّه تحمي حرية الإنسان في جسده قاعدة مقتضاها عدم جواز المساس بهذا الجسد، إلّا أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة، بل ترد عليها استثناءات أهمّها جواز ممارسة العمل الطبي على جسم الإنسان، الذي يتجسد في تدخلات الطبيب العلاجية والجراحية التي تمس بهذا الجسم، والتي تبررها ضرورة علاج المريض من العلة التي تعيقه عن ممارسة أنشطته بصورة طبيعية، وبالتالي حفظ الصحة العامة في المجتمع.

لاشك أنّ العمليات الجراحية والعلاجات الطبية تتال من حق الإنسان في الحماية الجسدية سواء انصرفت إلى إجراء عمليات جراحية أم ممارسة أعمال أخرى كالأشعة والتحليل وتناول الأدوية، فإن هذه الأفعال جميعها تعد أفعالا ماسة بحق الإنسان بالحماية الجسدية إذا قيس بمقياس قانون العقوبات.

بيد أنّ أساس تبرير العمليات الجراحية والعلاجات الطبية التي يجريها الأطباء يستند إلى الرخصة المخولة لهم قانونا، فالقانون يعترف بمهنة الطب وينظم كيفية ممارستها، ووفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لمزاولة مهنة الطب والجراحة، وعلة ذلك تكمن في أن هذه الأعمال تستهدف المحافظة على الجسد، وعلى هذا النحو تعد التدخلات الجراحية مبررة وغير مرتبطة بأية مسؤولية مدنية أو جزائية متى توافرت الشروط التي ينص عليها القانون.

وعليه، فإنّ أساس مشروعية التدخل الطبي⁽²⁾، والجراحي منه على وجه الخصوص، في الأنظمة الوضعية هو الترخيص الذي يحصل عليه الطبيب، إذ تعتبر مهنة الطب في

¹ - بشير عبد السلام القرالة، مرجع سابق، ص 18.

² - اختلفت النظريات الفقهية التي قيلت في مسألة بيان أساس مشروعية التدخل الطبي، فمنها من أرجعته إلى رضاء المريض بهذا التدخل، ومنها من ترى أنّ أساس ذلك يتوقف بوجود ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب، في حين أرجعته نظرية أخرى إلى الضرورة العلاجية، ونادت أخرى إلى أنّ إباحة التدخل الطبي إنّما يجوز إذا توافرت المصلحة الاجتماعية المتمثلة في الحفاظ على صحة وحياة أفراد المجتمع للقيام بوظائفهم.

هذه الأنظمة إستعمالا لحق مشروع يجد سنده في القانون الذي يرخص بمزاومتها (أولا)، هذا بالإضافة إلى شروط موضوعية تتعلق أساسا بهذه المهنة وبشروط ممارستها، فإلى جانب الترخيص القانوني يجب أن يكون التدخل الجراحي بقصد العلاج (ثانيا)، وبموافقة مسبقة من المريض (ثالثا)، مع ضرورة تقيد الجراح بإحترام المبادئ والأصول المتبعة في ممارسة المهنة (رابعا).

أولا: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب وإجراء العمل الجراحي

يعتبر الترخيص القانوني شرطا أساسا لتبرير الأعمال الطبية العلاجية والجراحية، ولذلك يشترط لإباحة التدخل الطبي، أن يكون قد صدر ترخيصا للشخص الذي يمارس ذلك العلم الجراحي، ذلك أن عمل الجراح في مختلف تخصصاته يمارس على صحة وحياة البشر وعلى أجسادهم، لذلك تطلب القانون أن يكون من يزاول هذا العمل على قدر من الكفاية العلمية والفنية⁽¹⁾.

يقصد بالترخيص حصول الطبيب على ترخيص إداري لممارسة مهنة الطب، إعمالا بالقوانين المنظمة لهذه المهنة، يمنح من وزير الصحة، إذا تأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 166 من قانون الصحة، التي من خلالها يلاحظ أنه لا يمنح القانون هذا الترخيص، إلا إذا كان الشخص حاصلا على الدرجة العلمية التي تؤهله للقيام بالعمل الجراحي، ويكون اسمه مقيدا في السجل المعد لذلك على مستوى وزارة الصحة⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن الترخيص القانوني يحدد الأعمال الطبية التي يختص بها صاحب الترخيص وفقا لمؤهلاته وتكوينه، وقد يشمل الترخيص كافة الأعمال الطبية كما هو الحال بالنسبة للأطباء والأطباء الاختصاصيين والجراحين، في حين يقتصر على أعمال دون

= للمزيد من التفاصيل حول هذه النظريات راجع: أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 99.

¹ - تعتبر الشريعة الإسلامية الغراء أن الطبيب المرخص له بمزاولة مهنة الطب هو العارف بتركيب البدن وجراحة الأعضاء ومختلف الأمراض التي تصيبها، وأسبابها وأعراضها والأدوية المناسبة للشفاء منها، ومن لم يكن كذلك فلا يجوز له علاج المرضى والإقدام على العلاج والتعرض لما لا علم له فيه. أنظر: سميرة عايد الديات، مرجع سابق، ص 31 و32.

² - المادة 166 من ق.ص.

سواها في حالات أخرى، فمثلا بالنسبة للجراحين، فقد يكون الجراح مرخص له بالعمل في مجال الجراحة العامة، كما قد يكون مرخص له العمل في مجال الجراحات التخصصية. وقد تكمن الغاية من اشتراط الترخيص بالعلاج في الحفاظ على صحة الأفراد، وصونها من عبث الدخلاء على مهنة الطب، والذين ليس لهم تأهيل علمي للقيام بهذه المهنة النبيلة والإنسانية، فالقانون لا يثق في غير من رخص لهم بالعلاج⁽¹⁾.

بناء على ذلك إذا باشر أحدهم عملا طبيا أو أجرى تدخلا جراحيا بدون ترخيص مسبق بإعتباره لم يستوف شروط الممارسة المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما، أو أجرى تدخل طبي لا يدخل في نطاق الأعمال المرخص له بها دخل فعلة دائرة التجريم باعتباره معتديا وممارسا ممارسة غير شرعية لمهن الصحة⁽²⁾.

يبقى الترخيص القانوني ضروري لإباحة العمل الطبي مهما كانت طبيعته، علاجيا كان أو جراحيا، حتى ولو كان الشخص حاصلا على المؤهلات العلمية أو الخبرة العملية التي تؤهله لذلك، وبدون هذا الترخيص لا يجوز له ممارسة العمل الطبي، وتكون جميع الأعمال التي يقوم بها غير مشروعة، حتى ولو ترتب عليها شفاء المريض.

ثانيا: إجراء التدخل الجراحي بقصد العلاج أو الشفاء

إنّ الغاية الأساسية التي أباح القانون لأجلها التدخل الطبي سواء العلاجي أو الجراحي هي شفاء المريض أو على الأقل تحسين حالته الصحية بالتخفيف من آلامه، فإذا انحرف عمل الجراح عن هذا الهدف لم يعد تدخله مشروعا بسبب إنتفاء قصد العلاج.

لذلك أكدّ المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة السابعة (07) من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب⁽³⁾ التي تنص على أنّه: " تتمثل رسالة الطبيب والجراح... في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة ضمن إحترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية، دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين..."

¹ - هشام محمد مجاهد القاضي، الإمتناع عن علاج المريض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص99.

² - المادة 5/186 والمادتين 414 و416 من ق.ص.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج. ج عدد 52، صادر بتاريخ 08 يوليو 1992.

كذلك نصت المادة الثالثة (03) من قانون الصحة على أنه: " تتمثل الأهداف في مجال الصحة في حماية صحة المواطنين عبر المساواة في الحصول على العلاج وضمان إستمرارية الخدمة العمومية للصحة والأمن الصحي."

وهناك حالات أخرى يجرى فيها التدخل الجراحي على جسد شخص معين، لكن الغرض منه ليس علاج هذا الشخص فحسب إنما لعلاج أشخاص آخرون، كما هو الحال في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، وقد يكون إجراء التدخل الجراحي على جسم الإنسان لغرض إكتشاف علاج معين: التجارب الطبية الجراحية، وفي حالات معينة يكون إجراء التدخل الجراحي على جسم الإنسان لغرض العلاج النفسي: الجراحة التجميلية.

1- إجراء التدخل الجراحي بقصد علاج شخص معين

تعتبر سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايته يقتضيه الصالح العام، ولا يجوز الخروج عن هذا الأصل إلا إذا كان فعل المساس بسلامة الجسم يحقق فائدة للإنسان ذاته، وعلى هذا الأساس يجب أن يكون تدخل الطبيب أو الجراح منصرفاً إلى العلاج، فلا يكون عمله مشروعاً إلا إذا كان لغرض علاج المريض وتحسين حالته الصحية، أي تخليصه من المرض وتخفيف آلامه، فإذا لم يكن القصد منه العلاج أو كان تدخله منصرفاً إلى غرض آخر⁽¹⁾ يكون الطبيب قد خرج عن وظائف مهنته وزالت صفته وتوفرت في فعله عناصر المسؤولية وفقاً للمبادئ العامة، أكثر من ذلك يدخل فعل الطبيب دائرة التجريم الجنائي، ويزول عنه سبب الإباحة القائم على ترخيص القانون، ورضا المريض بضرورة إجراء الأعمال الطبية بقصد الشفاء⁽²⁾.

¹ - يعتبر عملاً لا يهدف الطبيب من خلاله إلى علاج المريض، أن يقصد وراء تدخله إلى تحقيق الربح، ويظهر ذلك من خلال اختياره للطريقة التي تدر عليه الربح الكثير، رغم أن هناك طرق أخرى أكثر ملاءمة للحالة الصحية للمريض، كأن يقنع الجراح المريض كذباً بخطر حالته، ويدفعه على قبول إجراء عملية جراحية لا تستدعيها حالته ذلك لأنها تدر عليه بالربح الكبير.

² - وهذا إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقول: " لا ضرر ولا ضرار " وكذلك: " ما جاز لعذر بطل بزواله ". راجع: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، 1994، ص 68.

يجب على هذا الأساس، أن يكون تدخل الجراح لغاية علاج المريض، لأنّ العلاج هو الهدف الذي من أجله رخص للجراح مزاوله مهنة الطب، والجراحة على وجه الخصوص، لذلك متى كان عمل الجراح يستهدف هدفاً آخر غير العلاج تعرض للمساءلة.

لقد شرعت الجراحة الطبية لمصلحة الأجساد ودفع ضرر الأسقام عنها، لذا يشترط لجواز فعل الجراحة على جسد المريض أن تترتب عليه مصلحة طبية لهذا الأخير، فإذا إنتفت ينتفي السبب الموجب للترخيص بفعلها، وبناء على ذلك لا يجوز التدخل الجراحي الذي يشمل على الضرر المحض⁽¹⁾.

يعتبر شرط قصد العلاج تطبيقاً لشرط حسن النية الذي ينبغي توافره في إستعمال الحق كسبب للإباحة⁽²⁾، أي وجوب إتجاه إرادة من يستعمل الحق إلى الغاية التي من أجلها قرر القانون الحق له⁽³⁾، لأن الحق في مباشرة التدخل الطبي الجراحي له غايته التي من أجلها أباحه القانون⁽⁴⁾،

يشترط، كذلك، لجواز الجراحة الطبية أن يكون المريض محتاجاً إليها، كأن يكون خائفاً على نفسه من الهلاك، أو تلف عضو من أعضاء جسده، لأن الجراحة في الأصل شرعت بسبب وجود الحاجة فإذا إنتفت قبل المباشرة رجعت الجراحة إلى حكم الأصل الموجب لعدم جوازها طبقاً للقاعدة الشرعية التي تقول: " ما جاز لعذر بطل بزواله"⁽⁵⁾.

كذلك يجب أن يغلب على ظن الطبيب الجراح نجاح العملية الجراحية، بمعنى أن تكون نسبة نجاح هذه العملية، ونجاة المريض من أخطارها أكبر من نسبة عدم نجاحها، وبناء على ذلك فإنه إذا غلب على ظنه هلاك المريض بسببها فإنه لا يجوز له إجراؤها.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 64.

² - محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص 29.

أنظر كذلك: عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص 54 و 55. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 62.

³ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 274.

⁴ - هشام محمد مجاهد القاضي، مرجع سابق، ص 103.

⁵ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص ص 105-108.

يجب، كذلك، أن لا يترتب على العمل الجراحي ضرر أكبر من ضرر المرض، فإذا تضمنت الجراحة على ذلك فلا يجوز للجراح إجرائها لما فيه من تعريض الأرواح والأجساد للضرر الأكبر، ووجب على المريض البقاء على الضرر الأخف، والامتناع عن إجراء العملية الجراحية، ومن أمثلة ذلك التدخل الجراحي الذي يباشره الجراح لعلاج التحدب الظهري الحاد بالعمود الفقري، هذا النوع من الجراحة تشمل ضرر أكبر من الضرر المترتب على المرض نفسه، فالغالب أنها تنتهي بالشلل النصفي⁽¹⁾.

تستمر العلاقة بين الطبيب والمريض إلى ما بعد قيام الطبيب بتقديم العلاج، إذ تمتد هذه العلاقة إلى المرحلة التي يكون فيها المريض بحاجة إلى بذل العناية الطبية والرقابة من الطبيب، وإن تعذر على هذا الأخير ذلك لسبب من الأسباب كان عليه أن يوفر له من يكفل له الرعاية اللازمة، ومن هنا يقع على عاتق الطبيب إلزام متابعة علاج المريض⁽²⁾.

يجب أن يكون الغرض في مجال نقل وزرع الأعضاء من إستئصال العضو وإعادة زرعها في جسم المريض المتلقي أو المستقبل هو علاج المريض وإنقاذه من الهلاك، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 355 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽³⁾، أما إذا كان الاقتطاع لغرض التهريب من بعض الواجبات، كأن يقوم الجراح بناء على طلب المريض باقتطاع عضو سليم من أعضاء هذا الأخير لغرض إعفائه من أداء واجب الخدمة العسكرية، فإنه مخالف للنظام العام لأنه لا يستهدف العلاج من جهة، وغير مشروع من جهة أخرى لأن فيه تحايل على القانون.

تحتوي العملية الجراحية التي يجريها الجراح على المريض، مهما كانت طبيعتها، على قدر من العمل التجريبي، ويراد بالتجربة الطبية العلاجية تلك التجربة التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء

¹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص ص 134-135.

² - هشام محمد مجاهد القاضي، مرجع سابق، ص 178.

³ - تنص المادة 355 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية وتشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون."

معين كفيل بتحقيق الشفاء⁽¹⁾، يشبه هذا النوع من التجارب الطبية التدخلات الطبية العلاجية من حيث الغرض وهو علاج المريض.

إستند الفقه إلى الغرض العلاجي كأساس لتبرير التجارب العلاجية، وإعتبر قصد الشفاء أساس مشروعية هذا النوع من التجارب⁽²⁾ فلا يجوز للطبيب، كأصل عام، أن يختبر أسلوبا جديدا في العلاج عند وجود طرق علاجية متفق عليها بين أهل الطب خصوصا إذا ثبتت نجاعتها في العلاج، إذ يلتزم الجراح في هذه الحالة بإحترام المعطيات العلمية الثابتة ويمنع عليه التجريب مهما كان الغرض والعناية التي يبتغيها من ذلك لأنّ الإنسان ليس حقلا للتجارب الطبية أو العلمية⁽³⁾.

تجد التجارب الطبية أساسها في القانون الجزائري المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب والمواد من 377 إلى 399 من قانون الصحة⁽⁴⁾.

ويتضح من إستقراء نصوص هذه المواد أنّ التشريع الجزائري يبيح صراحة التجارب الطبية على جسم الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية، دون منفعة فردية مباشرة، لكن إقتصر تدخل المشرع على تنظيم بعض القواعد الأساسية المنظمة لكيفية إجراء هذه التجارب كترخيص الوزير المكلف بالصحة⁽⁵⁾ وشرط الموافقة⁽⁶⁾.

ينتقد المشرع الجزائري كونه أشار فقط إلى ثبوت المسؤولية المدنية للمبادر بالتجربة، باستعماله عبارة " **تعويض الآثار المسببة للضرر**" دون أن يشير إلى الأساس الذي تقوم

¹ - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 318.

² - محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي امام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1993، ص 125.

³ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص ص 296-697.

⁴ - ثم من خلال مجموعة من القرارات الوزارية أهمها منها القرار رقم 387 و 388 الصادران بتاريخ 31 جويلية 2006، يتعلق الأول بالتجارب السريرية، ويحدد الثاني شروط إجرائها.

⁵ - المادة 381 ق.ص.

⁶ - المادتين 386 و 387 من ق.ص.

عليه المسؤولية أي هل الخطأ الواجب الإثبات أو خطأ مفترض⁽¹⁾؟ في حين أسند مهمة الرقابة والتوجيه بخصوص هذه التجارب للجنة الأخلاقيات الطبية، وهو ما يعني أن إجازة التجارب الطبية مرتبطة بالرأي المسبق لهذه اللجنة وفقا للضوابط العلمية المعمول بها⁽²⁾. من خلال النصوص التي تضمنها قانون الصحة وكذا نصوص مدونة أخلاقيات الطب، يمكن إستخلاص أهم الشروط التي يجب مراعاتها لإجازة التجريب على الإنسان في ظل القانون الجزائري وهي:

- وجوب إستشارة لجنة الاخلاقيات الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان، الذي يقرر القبول أو الرفض.
- تحقيق التجربة لمصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها، أو لتقدم البحث العلمي.
- إحترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة وكذا كرامته، وهذا يعني التأكد من موافقته من جهة، وتوافر الشروط الأمنية اللازمة لسلامته في مكان إجراء التجربة⁽³⁾ مع عدم جواز إجراء التجارب الطبية على الشخص إلا بعد الحصول على موافقته الحرة والمستتيرة.
- التأكد من أن معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة، وأن هذه الأخيرة منفذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة⁽⁴⁾.

غير أن ذلك لا يمنع الطبيب من تجريب أساليب علاجية جديدة عندما تعترضه حالة مرضية لا يوجد بشأنها علاج معروف، فإذا كان من حق المريض الاستفادة من مزايا العلم والانتفاع من أوجه التقدم التي تحققت عن طريق أسلافه، فله أيضا أن يساهم من أجل مصلحة غيره بأن يكون محلا للتجارب الطبية. كما أن لهذا النوع من التجارب ميزة أخرى وهي إمكانية إستفادة المرضى الآخرين من المعارف المكتسبة منها.

¹- تنص المادة 393 من ق.ص على أنه: " يتحمل المرقى بالنسبة للدراسات العيادية دون منفعة فردية مباشرة وفي كل الحالات، وإن انعدم الخطأ، تعويض الآثار المسببة للضرر بسبب الدراسة لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي حقوقه."

²- المادة 383 ق.ص.

³- المادة 17 من م.أ.ط.ج.

⁴- المادة 3/380 و 4 من ق.ص.

2- إجراء التدخل الجراحي لإكتشاف علاج أو لتقدم البحث العلمي

يعتبر إجراء التجارب الطبية على الإنسان ضرورة لا مفر منها، إذ حتى ولو كانت الأصول العلمية تحتم ضرورة إجراء التجارب على الحيوان كفئران التجارب، إلا أنه لا بد من التجريب على الإنسان، وهذا نظرا لوجود اختلافات فيزيولوجية بين الإنسان والحيوان.

وعلى هذا الأساس، تبقى التجارب الطبية على الإنسان من التدخلات الطبية التي لا يمكن الإستغناء عنها، ولا يمكن إجتناؤها لتقدم العلوم الطبية والجراحية، ويرجع الفضل الكبير للتجارب الطبية خاصة الجراحية منها إلى إتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تزود البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية وتزرع الأمل في نفوس الأشخاص الذين يعانون من الأمراض المستعصية التي لا تزال محل بحث لأجل الوصول إلى علاج.

ثالثا: ضرورة موافقة صاحب الجسد على إجراء التدخل الجراحي

يعتبر رضا المريض شرطا أساسيا يجب على الجراح الحصول عليه قبل مباشرة أي تدخل طبي على جسم المريض، ويلاحظ أنّ هذا الشرط لا تفرضه متطلبات ممارسة الطب فحسب، بل تفرضه كذلك طبيعة العلاقة التي تربط بين الأطراف المعنية في العمل الطبي، إذ أن العلاقة بين الطبيب ومريضه علاقة تعاقدية بالأساس، مما يتطلب من الناحية القانونية موافقة المريض لإبرام العقد، بإعتباره من العقود الرضائية⁽¹⁾.

بناء على ما تقدم، إذا تدخل الجراح بدون الموافقة المسبقة لمريضه يعتبر مخطئا لإخلاله بالتزام الحصول على موافقة المريض، ومن ثم وجبت مساءلته على أساس خروج عمله من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي⁽²⁾، باستثناء الحالات العاجلة التي لا تقبل التأخير استنادا إلى القاعدة الشرعية "الضرورات تبيح المحظورات".

رابعا: الإلتزام بإتباع الأصول العلمية

يقصد بالأصول العلمية لمهنة من المهن مجموعة القواعد التي تفرضها المعطيات العلمية والعادات المهنية والتي يجب على ذوي المهنة إتباعها.

¹ - مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 26.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 27.

لذلك تطبق على كل مهنة من المهن الفنية أصول علمية، ينبغي على القائم بها إتباعها فيما يقدمه للآخرين، وتزداد ضرورة إتباع الأصول العلمية في المهنة، كلما تعلقت بحياة الإنسان وسلامته الجسدية كما هو الحال بالنسبة لمهنة الطب، وبشكل الإخلال بها خطأ فنياً يستوجب قيام مسؤولية الجراح⁽¹⁾.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أنّ القواعد القانونية لم تحدد هذه الأصول العلمية، فالمشرع يلزم أصحاب المهن باتباع أصول المهنة دون أن يكون له دور في تحديدها وحصرها.

وبناء على ذلك، فإنّ قصر مزاولة مهنة الطب والجراحة من الناحية القانونية على فئة دون سواها وهي فئة الأطباء الحاصلين على الشهادات العلمية، لم يكن عبثاً، بل مرد ذلك إلى ما يفترض أن يحوزه الطبيب والجراح من دراية علمية وإلمام فني بمقتضيات العمل الطبي، ولما في ذلك من حماية للمرضى من عبث الأشخاص الدخلاء على المهنة⁽²⁾.

أكثر من ذلك، فإنّ الجراح وإن كان غير ملزم كقاعدة عامة بنجاح العمل الذي يقوم به، إلا أنّه ينبغي أن يكون هذا العمل متفقاً والأصول العلمية للمهنة والتي من الضروري لكل طبيب وجراح أن يلم بها.

كما أنّ معيار بذل العناية في مجال العمل الطبي يتحدد بالنظر إلى نتائج هذا العمل وبمدى موافقة عمل الطبيب والجراح للأصول العلمية الواجب إتباعها في مثل حالة المريض، ويعد قصوراً في بذل هذه العناية إذا خالف هذه الأصول.

يثور في هذا الصدد تساؤل حول ماهية الأصول العلمية في مهنة الطب؟ وما هي الجوانب التطبيقية لهذه الأصول العلمية في العمل الطبي الجراحي؟

1- ماهية الأصول العلمية في مهنة الطب

تعرف الأصول العلمية لمهنة الطب بأنها تلك المبادئ والقواعد الأساسية الثابتة والمستقرة والمتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء، الذين لا يتسامحون، في غير الظروف

¹ - مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص 34.

² - أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، 2014، ص 176.

الإستثنائية، مع من يجهلها أو يتهاون فيها ممن ينتسب إلى عملهم وفنهم⁽¹⁾، وتتمثل محددات هذه الأصول العلمية في المعطيات العلمية والعادات المهنية التي أدرج الأطباء على إتباعها.

أ- المعطيات العلمية:

يقصد بالمعطيات العلمية الطبية مجموعة القواعد العلمية الأساسية التي يجب ألا تدع مجالاً للشك أو النقاش والتي يفترض في كل طبيب في مستوى معين معرفتها⁽²⁾. ويشترط أن يكون قد إستقر الرأي العلمي بشأنها، بأن أصبح متعارفاً عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء. والجدير بالذكر إلى أنه ينبغي لإتباع معطى علمي مستجد في علم الطب أن يكون قد حقق قبولا معتبرا لا جدال فيه، فالمعطى الطبي لا يكون علمياً إلا بمقدار الترحيب الذي يحضي به من قبل الغالبية المعتبرة للرأي العلمي⁽³⁾، وبالمقابل فإن الطبيب الذي يلجأ إلى طريقة معينة في العلاج لم تعرف نتائجها يكون ارتكب خطأ يستوجب المساءلة⁽⁴⁾.

يتقيد الطبيب عند مباشرة عمله بضرورة إتباع القواعد العلمية المستقرة في علم الطب، وفقاً لمقتضيات الظروف والحالة التي يعالجها، وإن كان ذلك لا يعني إتباع الطبيب لهذه القواعد كما يتبعها غيره بحيث يختلف إتباعها من طبيب إلى آخر⁽⁵⁾، لأن التزام الطبيب بإتباع المعطيات العلمية لا يعني، بالضرورة، أن يطبق هذه المعطيات كما يطبقها غيره من

¹ - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 225. أنظر كذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 824.

² - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 177.

³ - أنظر: محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1992، ص 41.

⁴ - LAMBERT FAIVRE Yvonne, Le droit du dommage corporel, Systems d'indemnisation, 6^{eme} ed, Dalloz, Paris, 2009, p.763.

تنص المادة التاسعة (09) من لائحة آداب المهنة في مصر على أنه: " لا يجوز للطبيب تطبيق طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج إذا لم يكن قد إكتمل إختبارها بالأسلوب العلمي والأخلاقي السليم ونشرت في المجلات الطبية المعتمدة وثبتت صلاحيتها وتم الترخيص بها من الجهات الصحية المختصة ".

⁵ - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص ص 177-178.

الأطباء، فمن حق الطبيب أن يترك له قدر من الإستقلال في تحديد الطريقة التي يرى أنها مناسبة للحالة المعروضة عليه، طالما لم يخالف المعطيات العلمية المستقرة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، لا يساءل الطبيب على اختيار طريقة علاج دون الأخرى، مادامت هذه الطريقة صحيحة علميا ومتبعة فعلا في علاج المرضى، ومسؤولية هذا الطبيب عن الخطأ في العلاج لا تقوم إلا إذا ثبت أنه في إختياره للعلاج أظهر جهلا بأصول العلم والفن الطبي.

تجدر الإشارة إلى أن الظروف المحيطة بالطبيب المعالج تلعب دورا مهما في تقدير مدى التزام هذا الأخير بالمعطيات العلمية، فالظروف التي يتواجد فيها الطبيب تختلف من طبيب إلى آخر، إذ أن الطبيب الذي يعمل في مستشفى مزود بالإمكانيات والوسائل الحديثة، ويجري التدخل الطبي لاسيما الجراحي منه في ظروف عادية يكون التزامه باتباع الأصول العلمية مختلفا عن الطبيب الجراح الذي يعمل في الريف في ظل إمكانيات محدودة، أو ذاك الذي يباشر التدخل الجراحي في ظروف تستدعي الإستعجال إنقاذ حياة المريض.

ب - العادات المهنية:

يقصد بالعادات المهنية مجموعة الأفعال والأقوال المتكررة لأفراد مهنة ما بالنسبة لحالة معينة، بحيث يعد سلوكا واجبا إذا تحققت الظروف العادية للحالة⁽²⁾.

2- بعض الجوانب التطبيقية للأصول العلمية في التدخل الطبي الجراحي

يجب أن يتم عمل الجراح وفقا لأصول الطب المتفق عليها في زمان ومكان معينين، ومن ثم إذا خالف الجراح هذه الأصول وعمل ما لا يعمل به غيره في نفس الظروف والحالات فهو مسؤول.

وعليه، يتعين على الجراح أن يتبع في عمله أصول مهنة الطب، والقواعد العلمية المتفق عليها، وأن يبذل جهودا صادقة يقظة، من أجل العمل على شفاء مرضاه، هذه القواعد تفرض عليه الانتباه والحيطه والحذر وكذا الالتزامات التي تفرضها طبيعة التدخلات الطبية.

¹ - أنظر: أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 227.

² - أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 41.

وننوه في هذا الصدد إلى أنه يشتمل إلتزام الطبيب مراعاة القواعد المتبعة في ممارسة مهنة الطب، وهي ما استقر عليه أهل الطب في ممارستهم اليومية حسب التخصصات، ويشكل الإخلال بها خطأ فنياً أو مهنياً⁽¹⁾، هذه القواعد يدركها أهل الفن المختصون، ومعيارها مسلك الطبيب العادي في زمان ومكان معينين.

وعلى هذا الأساس، فإنّ إباحة عمل الطبيب مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة، فإنّ فرط في اتباع هذه الأصول أو خالفها يكون قد أخطأ وبالتالي حقت عليه المسؤولية.

وإذا كان من المسلم به أنّ الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، إلا أنه يجب عليه بذل عناية تتفق مع الأصول العلمية المستقرة، وهذا الإلتزام يقع على الطبيب عند كل تدخل طبي وفي كل مرحلة من مراحل العمل الطبي، سواء في مرحلة التشخيص أو مرحلة إختيار العلاج وكذا مرحلة تنفيذه. ومن بين أهم الأصول العلمية المستقرة في مجال الطب نجد:

أ- تعقيم وإستعمال الأدوات والمعدات أثناء التدخل الجراحي

يتعيّن على الطبيب الجراح عند الإقدام والشروع بإجراء التدخل الجراحي أن يتأكد من توفر وسائل نجاح هذا العمل، بأن يكون ما يستخدمه من أجهزة وأدوات في عمله متفقاً والأصول العلمية، فضلاً عن ضرورة تعقيم هذه الأدوات قبل وضعها في جسم المريض، وعلى هذا الأساس، يسأل الجراح الذي يجري عملية جراحية بأداة غير معقمة.

يعد شرط الجراح من أكبر النعم على الإنسانية، إلا أنه بلا شك فيه من المخاطر ما لا يستهان بها، لذا يجب أن يكون العمل الجراحي في منتهى الدقة، وهو لا يكون كذلك إلا إذا إتبع فيه الجراح الأصول العلمية المستقرة واتخذ كافة وسائل الحيطة والحذر لتجنب المريض مخاطر هذا العمل.

ب- إستشارة الجراح للطبيب المعالج للمريض

لا ريب أنّ أوّل ما يقع على الطبيب قبل إجراء التدخل الجراحي التأكد من مدى قدرة المريض على تحمل العمل الجراحي، والذي يتعين على الطبيب ألا يقدم عليه إلا بعد تفكير عميق، وإذا لزم الأمر أن يستشير الطبيب المعالج بشأن حالة المريض حتى يستتير برأيه

¹ - أنظر المادة 413 من ق.ص.

وعلى الأخص حين تكون العملية الجراحية على درجة من الخطورة، دون أن يكون لرأي الطبيب المعالج صفة الإلزام بالنسبة للطبيب الجراح.

ج- إجراء فحوصات معمقة قبل إجراء التدخل الجراحي والحصول على الموافقة

يجب على الطبيب الجراح الذي يقدم على إجراء عملية استئصال عضو قصد زرعه في جسم المتلقي، ألا يجري مثل هذه العملية إلا بعد إجراء فحوصات معمقة لكل من المتبرع بالعضو والمتلقي له حتى يتسنى له معرفة مدى ملائمة هذا العضو لجسم المتلقي.

وإذا توصل الطبيب إلى قناعة بضرورة إجراء التدخل الجراحي، بعد اخذ موافقة المريض بذلك، وجب على الطبيب بعد ذلك أن يحيط نفسه بكافة وسائل إجراء هذا العمل والتي يجب أن تكون متوافقة والأصول العلمية الثابتة.

د- تخدير وملازمة طبيب التخدير للمريض

يتطلب التدخل الجراحي قبل مباشرته إجراء عملية تخدير كلي أو جزئي لجسم المريض، فإنه من واجب الطبيب الجراح في غير حالات الاستعجال الاستعانة بطبيب تخدير متخصص، لضمان نجاح العمل الجراحي، باعتبار أن أخصائي التخدير أكثر إلماما بتأثير التخدير على المريض ويستطيع مراقبة هذا التأثير أثناء وبعد إجراء العمل الجراحي. يقع على الطبيب الذي يتولى تخدير المريض، سواء كان طبيب التخدير أم الجراح، إجراء فحص كامل لحالة المريض يشمل فحص الدورة الدموية والحالة العصبية والنفسية للمريض وما قد يعانيه من أمراض كالسكري أو الضغط، حتى يتسنى للطبيب إختيار نوع التخدير الذي سوف يخضع له المريض وكميته على ضوء نتائج الفحص⁽¹⁾.

يقع كذلك على عاتق طبيب التخدير التأكد من خلو معدة المريض تماما من الطعام، والسبب في ذلك هو منع دخول أي من محتويات المعدة وخاصة الحمضية في الرئتين، لما في ذلك من خطورة على حياة المريض الخاضع للعملية الجراحية، لأنه في حالة انعدام الانعكاسات العصبية لدى المريض بسبب التخدير قد يسمح بدخول مثل هذه المواد إلى

¹ - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 194.

الرئتين مما قد يؤدي إلى تلفها أو التسبب بأضرار خطيرة قد تلحق بها، حيث أن الرئتين أثناء التدخل الجراحي، لا تتحمل إلا الغازات وليس أي شيء آخر وخاصة الحوامض⁽¹⁾.

وعند إجراء عملية التخدير يجب وضع المريض في وضعية تساعد على التنفس وتتناسب مع حالته وطبيعة العملية التي سوف يخضع لها، لأنَّ وضعية المريض الذي تجرى له عملية على مستوى الأحشاء تختلف عن تلك التي يجب أن يكون عليها المريض الذي تجرى له عملية على مستوى الظهر، كذلك فالمريض البدين يجب أن يكون في وضعية مختلفة عن الشخص العادي.

لا يجب أن تزيد عدد الجرعات التي يتعرض لها المريض عن القدر الذي تسمح به الأصول العلمي، فيتعيَّن على طبيب التخدير تحديد مقدار جرعة التخدير بدقة متناهية لا زيادة فيها ولا نقصان، آخذا بعين الاعتبار حالة المريض وتاريخه المرضي ونوع العملية التي سوف يخضع لها والمدة التي تستغرقها العملية، لأنَّ أي نقصان في جرعة التخدير قد ينتج عنها إفاقة المريض أثناء العملية أو إصدار ردة فعل معينة مما قد يؤدي إلى فشل العملية الجراحية، كما أن الإفراط في كمية الجرعة قد تعرض المريض للخطر الذي قد يصل إلى الوفاة.

يلزم طبيب التخدير المريض أثناء التدخل الجراحي لمتابعة ومراقبة ضغط الدم والتنفس وحالة القلب، إذ يعتبر كل تغيب لطبيب التخدير أو إهمال منه خطأ يستوجب المساءلة⁽²⁾.

هـ - نقل الدم للخاضع للعملية الجراحية

بالإضافة إلى التخدير، قد يحتاج الشخص الخاضع للعملية الجراحية، وخصوصا الكبرى منها، إلى نقل دم للمريض لتعويض ما يهدر أثناء العملية أو بسبب نزيف سابق عليها، وهنا يتعيَّن على الطبيب الجراح أو المستشفى أو العيادة الخاصة توفير الكمية المناسبة من الدم التي يحتاج إليها المريض، وأن تكون من نفس فصيلة دم المريض، مع

¹ - إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 80.

² - محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص 32.

التأكد من سلامة الدم وخلوه من الأمراض المعدية، فضلاً عن ذلك يجب تحضير الدم ونقله إلى المريض بالطرق العلمية الصحيحة⁽¹⁾.

و - إختيار طريقة التدخل الجراحي وفقاً للأصول العلمية الثابتة

إذا كان للجراح حرية إختيار الطريقة التي ينفذ بها العملية الجراحية، إلا أنه ينبغي ألا تكون هذه الطريقة مهجورة أو مخالفة للأصول العلمية الثابتة، فقد قضت محكمة شرق تعز في اليمن، بتاريخ 22 سبتمبر 2010 بمسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية ختان على خلاف الأصول العلمية بأن إستخدم كاوتري كبير لا يستخدم لختان حديثي الولادة وفي درجة حرارة عالية مما أدى إلى تفخم العضو الذكري بالكامل⁽²⁾.

ي - ضرورة متابعة المريض بعد إجراء التدخل الجراحي

يجب على الطبيب متابعة ومراقبة المريض بعد إجراء العملية الجراحية، فإذا أهمل الطبيب ذلك وترتب عليه ضرر للمريض بأن تسوء حالته الصحية أو وفاته، كان مسؤولاً⁽³⁾. وبناء على ما سبق، يجب أن يكون عمل الجراح أثناء التدخل الجراحي في حدود القواعد والأصول الطبية التي يعترف بها علم الطب، ويتبع المبادئ الأساسية التي يجب على كل جراح الإلمام بها والتي تدل مخالفتها على جهل فاضح بأصول العلم وقواعده، فإذا أهمل الجراح مراعاة هذه القواعد وترتب على ذلك سوء حالة المريض أو وفاته، كان مسؤولاً.

الفرع الثالث

تحديد مضمون التدخل الجراحي

يرتبط خطأ الجراح أثناء تدخله ارتباطاً وثيقاً بطبيعة ونوع التصرف الطبي الذي يباشره على جسم المريض، لذا لا بدّ من تحديد العمل الطبي الذي يمكن أن يسأل عنه إن هو ارتكب خطأً، كما يكتسب تحديد هذا العمل أهمية بالغة في تحديد الوقت الذي يسأل فيه الجراح عن خطئه، فإذا اعتبرنا هذا العمل يقتصر على مرحلة العلاج دون غيرها، فإنّه لا

¹ - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 196.

² - حكم محكمة شرق تعز في 22 سبتمبر 2010 (غير منشور) مشار إليه لدى: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 197.

³ - محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص ص 104-105.

يسأل عن الأخطاء التي يرتكبها في المرحلة السابقة أو اللاحقة للعلاج، لذا من الضروري تحديد نطاق العمل الطبي (أولاً)، ثم تحديد مختلف صوره (ثانياً).

أولاً: تحديد نطاق التدخل الطبي الممارس على جسم الإنسان

أغفلت النصوص الواردة في القوانين التي تتعلق بممارسة مهنة الطب بالرغم من ذكرها لمصطلح العمل الطبي، تقديم تحديد دقيق لمضمون هذا الأخير، ومن ثم فقد تصدى الفقه لهذه المسألة في محاولة لوضع تعريف للعمل الطبي، بالرغم من وجود اختلافات بين مختلف الآراء الفقهية، كما كان للتشريع ولأحكام القضاء دور في تحديده.

1- التدخل الطبي في الفقه بين التضييق والتوسيع

شغل مفهوم التدخل الطبي تفكير العديد من الفقهاء من حيث اختلاف زوايا النظر إليه، فمن الجانب الإنساني والأخلاقي ركزوا على ضرورة احترام الكيان البشري والمعاملة الحسنة، وعلى الصعيد الطبي سعوا لبيان كل مراحل العمل الطبي وإظهارها بحيث لا تهمل مرحلة على حساب أخرى، والسعي لتضمين التطورات الطبية المعاصرة في نطاقها، أما الجانب القانوني فاهتم بمبررات ومسوغات احترام كرامة الإنسان وحماية حقه في الصحة والعلاج⁽¹⁾.

ليس هذا فحسب، بل انقسم الفقه فيما بعد إلى إتجاهين، تبنّى الأول تعريفاً ضيقاً، حيث قصر مفهوم العمل الطبي على العلاج، في حين وسع الاتجاه الثاني من نطاق هذا العمل.

وعليه إتجه بعض الفقه إلى التضييق من نطاق العمل الطبي وحصره في مرحلة العلاج، ومن بين هؤلاء الفقهاء، الأستاذ سافاتيه في شرحه للقانون الطبي الذي عرفه على أنه: " العمل الذي يقوم به شخص مؤهل من أجل شفاء الغير، والذي يجب أن يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب"⁽²⁾.

¹ - بن زيطة الهادي، العمل الطبي في القانون المقارن والإجتهاد القضائي، مجلة القانون والمجتمع، منشورات مخبر القانون والمجتمع، جامعة احمد دراية، أدرار، المجلد الأول، العدد الأول، جوان 2013، ص 142.

² - SAVATIER René et AUBY (J.M)., Traité de droit médical, Paris, 1959, p.295.

أنظر كذلك: حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، القاهرة، القاهرة، (د.س.م)، ص 35.

قصر هذا التعريف العمل الطبي على العلاج فقط، دون ذكر الأعمال الطبية الأخرى التي تكون الغاية منها المحافظة على صحة وسلامة جسم الإنسان، كما أنه أغفل الإشارة إلى مراحل العمل الطبية الأخرى سواء السابقة للعلاج كالفحص والتشخيص أو اللاحقة له كالرقابة.

وعلى النقيض من ذلك، وأمام هذه الانتقادات الموجهة للاتجاه السابق، ظهر اتجاه آخر من الفقه يوسع من نطاق العمل الطبي، يرى أن هذا الأخير يشمل مراحل متعددة تتمثل في الفحص، التشخيص، العلاج والرقابة، ويرجع سبب ذلك إلى التطور العلمي المذهل في مجال العلوم الطبية واكتشاف الكثير من الأجهزة الطبية المتطورة التي تسهم في العلاج، والسرعة في الشفاء، وهو الأمر الذي أدى اختلاف مفهوم العمل الطبي وكيفية ممارسته عما كان عليه من قبل.

وقد أشار الدكتور محمود نجيب الحسيني إلى أن العمل الطبي هو: "ذلك النشاط الذي يتفق في كفاءته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته - وفق المجرى العادي للأمر - إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً، أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه، ولكن يعد كذلك من الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض" (1).

وقد وسّع الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي من نطاق العمل الطبي قائلاً: "الأعمال الطبية تشمل جميع حالات التدخل الطبي لتحسين الحالة الصحية للمريض أو عضو من أعضائه، ولذلك فهي تشمل أعمال الجراحة وأيضاً طب التجميل، كما تشمل جميع الأعمال الأخرى اللازمة لمزاولة المهنة كحيازة المواد المخدرة التي يتطلبها العلاج أو التدخل الجراحي" (2).

في حين عرّف الدكتور أسامة عبد الله قايد العمل الطبي بأنه: "كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكفاءته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف

¹ - نقلاً عن: سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنياً وجنائياً وتأديبياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 12.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 21.

عليها نظريا وعمليا في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا به، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرضى أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توفر رضاء من يجرى عليه هذا العمل⁽¹⁾.

وعليه، تعتبر الجراحة أحد فروع العمل الطبي، وهو إجراء جراحي بقصد إصلاح عاهة أو رتق تمزق أو عصب أو استئصال عضو مريض أو زائد⁽²⁾.

من خلال هذه التعاريف يمكن استخلاص تعريف مناسب للعمل الجراحي وذلك باعتباره العمل الذي يقوم به الطبيب الجراح المرخص له قانونا على جسم المريض برضائه، باتباع الأصول العلمية والفنية المستقرة والمتفق عليها نظريا وعمليا في علم الجراحة⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه كل ما يتصل اتصالا مباشرا بالأصول الفنية لعلم الطب وبالحقائق الثابتة كان عملا فنيا والإخلال والتقصير فيه يعتبر خطأ فنيا، أما إذا كان العمل الطبي لا يتصل بهذه الأصول أو بتلك الحقائق كان عملا عاديا والتقصير فيه يعتبر خطأ عاديا، وتتجلى أهمية التفرقة بين الخطأ الفني والعادي في العمل الطبي في اختلاف درجة المسؤولية المقررة لكل منهما.

2- التعريف التشريعي للتدخل الطبي

سنّ المشرع الجزائري مجموعة من النصوص القانونية في مجال الصحة يظهر من خلالها موقفه من التدخل الطبي، أهمها القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الذي نص في المادة 2/13 منه على أنه: " تنفذ كل وسائل التشخيص والمعالجة واستشفاء المرضى في كل الهياكل العمومية للصحة، وكذا كل الأعمال الموجهة لحماية صحتهم وترقيتها." وتضيف المادة 174 منه على أنه: " يمكن مهنيي الصحة الممارسين الطبيين المؤهلين

¹ - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 55.

² - أبو الوفا محمد أبو الوفا، مسؤولية الطبيب إزاء رفض المريض الإذن بالعلاج الضروري في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الأول للمسؤولية الطبية، معهد التدريب والدراسات القضائية بالتعاون مع أكاديمية شرطة دبي وجمعية الإمارات الطبية، الإمارات العربية المتحدة، 200، ص 73.

³ - وهي المبادئ الأساسية في علم الطب والتي يجب على كل طبيب أن يلم بها، أما القواعد المتعارف عليها عمليا فهي تلك القواعد التي استقر عليها العلماء وجرى العرف الطبي على إتباعها بين الأطباء.

لممارسة مهامهم وفي حدود اختصاصاتهم، دون سواهم، وصف أعمال تشخيص وعلاج واستكشاف ومواد صيدلانية".

كما ذكر من خلال المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب أنه: " يخول الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية".

ولعلّ أنّ موقف المشرع الجزائري يظهر بوضوح أكثر من خلال المرسومين التنفيذيين رقم 106-91⁽¹⁾ والمرسوم رقم 471-91⁽²⁾، يتضمن الأول القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، حيث أورد في المواد 19، 21 و 54 مهام الأطباء وجراحي الأسنان والأطباء المتخصصين، ويمكن إجمال هذه المهام في التشخيص والعلاج والوقاية العامة وعلم الأوبئة والتربية الصحية والخبرة الطبية والتحليلات الطبية والبحوث في المخبر، كما أورد المرسوم الثاني المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، المهام نفسها في المواد 18، 19 و 20.

3- موقف القضاء من التدخل الطبي

لم يكن للقضاء الجزائري موقفاً بخصوص مضمون العمل الطبي، في مختلف الأحكام الصادرة عنه، إلا أنّه بالمقابل عرف مفهوم التدخل الطبي تطوراً ملحوظاً من خلال أحكام القضاء الفرنسي الذي كان ينظر في البداية إلى التدخل الطبي على أنّه عمل علاجي فقط، وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يعد مرتكباً لجريمة الممارسة الطبية غير المشروعة لمهنة الطب من يقوم بعلاج المرضى دون أن يكون مرخصاً له بذلك، وهو الحكم الصادر في 20 جوان 1929⁽³⁾، لكن ما لبث أن تطورت نظرته حيث توصل إلى أنّ

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 106-91، مؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر.ج.ج. عدد 22، صادر في 15 مايو 1991.

² - مرسوم تنفيذي رقم 471-91، مؤرخ في 07 ديسمبر 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج.ر.ج.ج. عدد 66، صادر في 22 ديسمبر 1991.

³ - نقلاً عن: رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 40.

العمل الطبي يشمل أعمال التشخيص والعلاج⁽¹⁾، ثم استمر في تطوره إلى أن استقر بأنّ العمل الطبي يشمل أيضا الفحوص البكتريولوجية والتحاليل الطبية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 27 ماي 1957 بمعاقة من يقوم بدون ترخيص بإجراء الفحوص الطبية والتحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض⁽²⁾.

ثانيا: صور التدخل الطبي

1- التدخل الطبي الاختياري

إنّ التسليم على اعتبار مهنة الطب مهنة حرة، والاعتراف بمبدأ حرية التعاقد، لا سيما في القطاع الخاص، يثير فضول البحث في مدى مسؤولية الطبيب الممتنع؟

أ- الطب مهنة حرة

تعتبر دعوة الطبيب للعلاج أولى مراحل العلاقة بين الطبيب والمريض، فيثور التساؤل في هذا الصدد حول مدى إمكانية رفض هذه الدعوة؟ وهل له قبول هذا العقد أو رفضه؟ يمكن للطبيب، تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد، أن يتفق على تقديم العلاج وكل الخدمات الطبية مع من يشاء من الأفراد، وفي أيّ وقت شاء، لكنّه يلتزم بضمان تقديم العلاج للمريض بعد موافقته على أيّ طلب للعلاج هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجوز للطبيب تطبيقا لنفس المبدأ أن يرفض علاج أحد المرضى⁽³⁾، أضف إلى ذلك ليس بمقدور الطبيب أن يستجيب لطلب كل مريض يطلب العلاج منه⁽⁴⁾، وهو ما أكّدت عليه المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري بنصها على أنّه: "... ويمكن الطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج."

¹- حمدي على عمر، مرجع سابق، ص 34. أنظر كذلك: محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص 8.

²- Cass. crim. 27 mai 1957. D. 1958. 388.

نقلا عن حمدي علي عمر، مرجع نفسه، ص 34.

³- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص 179. أنظر كذلك: مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 186-187.

⁴- عبد الله بن إبراهيم موسى، إمتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد 44، (د.د.ن)، أكتوبر 2010، ص 279. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 186-187.

يفهم من نص هذه المادة أنّ الطبيب يحق له رفض علاج المريض لأسباب شخصية، لكنه بالمقابل يجب عليه أن يتقيد بأحكام المادة التاسعة (9) من مدونة أخلاقيات الطب، التي تلزمه على إسعاف مريض يواجه خطراً وشيكاً⁽¹⁾.

أضافت المادة خمسين (50) من المدونة على أنه: " يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض."

من خلال ما سبق ذكره يلاحظ أن الطبيب له الحرية في مباشرة العلاج من عدمه، وله أيضاً الحرية في التوقف عنه في أية مرحلة من مراحله، لكن يشترط ألا يتعلق الأمر بحالة ضرورة تفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياة مريض⁽²⁾، وإذا كان قد بدأ العلاج ولم يرغب في مواصلته، عليه أن يضمن مواصلة العلاج عند الغير، كتوجيه المريض إلى زميل آخر أو إلى طبيب أخصائي.

ب - مسؤولية الطبيب الممتنع

يتصل المريض بالطبيب لغرض الفحص والعلاج، وهنا تبدأ العلاقة الطبية من الناحية العملية، وتعتبر هذه المرحلة سابقة عن تكوين العقد، فبالرغم من تمتع الطبيب بحرية في ممارسة مهنة الطب، إلا أنه يجب عليه ألا يستعمل هذه الحرية إلا في حدود الغرض الاجتماعي، الذي من أجله اعترف له بممارسة هذه المهنة، وإلا كان متعسفاً في استعمال حقه، فهو وإن كان حراً في مزاولته لمهنته بالطريقة التي يراها، إلا أنّ حقه مقيداً بما تفرضه عليه القواعد الأخلاقية⁽³⁾ وواجباته المهنية والنصوص القانونية⁽⁴⁾.

إنّ الطبيب الممتنع هو ذلك الذي يعمل لحسابه الخاص، ولا يمكن تصوّره إلا نادراً في المستشفيات العمومية والخاصة، التي يلتزم فيها الطبيب أو الجراح باعتباره من ممارسي

¹ - تنص المادة التاسعة (9) من م.أ.ط على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له."

² - Art. 47 du Code de déontologie médicale français.

³ - توجب القواعد الأخلاقية على الأطباء الإستجابة للمرضى الذين يقصدونهم خدمة للفرد والمجتمع، إذ أنّ الواجب الأخلاقي يفرض إحترام القواعد الأساسية في المجتمع، والحفاظ على تماسكه، بأداء الوظيفة الاجتماعية الملقاة على عاتقه. راجع: عبد الله بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 280.

⁴ - راجع المادتين 9 و 50 من م.أ.ط سالف الذكر.

الصحة، بالعلاج سواء بمقتضى علاقة التبعية بالمستشفى العمومي أو بموجب رابطة عقدية، ويعتبر ممتنعا عن تلبية دعوة المريض ذي الحالة الخطرة دون مبرر⁽¹⁾.

يرى بعض الفقهاء من بينهم سافاتييه ومازو (SAVATIER et MAZEAUD) أنّ الطبيب له كامل الحرية في قبول ورفض الدعوة للعلاج، بحجة أنّه لا يوجد التزام قانوني أو عقدي يجبره على تلبية دعوة كل مريض هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان الطبيب ملزما بذلك لأصبح في حالة عبودية لا تطاق.

خالف جانب آخر من الفقه من بينهم محمد السعيد رشدي موقف الفقه الفرنسي، وأرجع موقف هذا الأخير إلى تأثيره بمبدأ الشرعية المعروف في القانون الجنائي، إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

سرعان ما غير الفقه الفرنسي موقفه وأقر مسؤولية الطبيب الممتنع عن العلاج، متى كان سبب ذلك الامتناع هو الإضرار بالغير، عن طريق تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق.

أما المشرع الجزائري فقد اعتبر رفض الطبيب علاج المريض دون أيّ مبرر مسؤول جزائيا عن ارتكاب جريمة معاقب عليها في المادة 182 من قانون العقوبات⁽²⁾، وكيفها على أساس **جُنحة الإمتناع العمدى عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر**، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 25 مارس 2009⁽³⁾، ثم صرف الطرف المدني

¹ - للمزيد من التفاصيل حول موضوع الإمتناع عن العلاج راجع: هشام محمد مجاهد القاضي، مرجع سابق، ص 60 وما يليها.

² - أنظر المادة 182 من ق.ع.ج سالف الذكر.

³ - قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 439331، صادر بتاريخ 25 مارس 2009، (قضية: (ب.ف) ضد (م.ب) و(م.ع) والنيابة العامة) حول موضوع: رفض الطبيب (المتهم) معالجة مريضة، بحجة عدم وجود طبييها المعالج، يعد إرتكابا لجريمة الإمتناع العمدى عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني 2009. (ص.ص: 374-376).

وطبق نفس الحكم على المستشفى بموجب:

قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، ملف رقم 209917، صادر بتاريخ 26 جويلية 2000، (قضية: النائب العام ضد (ق.ج)، حول موضوع: الدعوى المدنية بمناسبة عدم مساعدة شخص في حالة خطر أدى إلى وفاته، وأنّ القضاء بصرف الطرف المدني للتقاضي أمام الجهة المختصة وعدم الفصل في الدعوى المدنية بعد =

للتقاضي أمام الجهة المختصة بعد التقرير بأنّ المستشفى هو المسؤول المدني عن الواقعة⁽¹⁾.

2- التدخل الطبي الإجباري

يجبر الطبيب في بعض الحالات على تقديم العلاج، كما هو الحال في حالة الضرورة والاستعجال، وكذا حالات الإجبار التعاقدي والإجبار اللائحي.

أ- التدخل الطبي في حالة الضرورة والإستعجال

تفترض حالة الضرورة توفر شرطين، يتمثل الأول في كون التدخل الطبي ضروريا، بمعنى أن يكون الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض مقابل تضحية أو خطر محتمل أقل خطورة مما قد يتعرض له المريض لو لم يتخذ هذا العمل، أما الثاني، أن يكون العمل الطبي عاجلا لا يحتمل التأخير لحين الحصول على الموافقة⁽²⁾.

إذا كان هناك خطر جسيم يهدد صحة المريض أو حياته، فإن ذلك يعتبر من قبيل حالة الضرورة التي تجيز تدخل الطبيب ومباشرته إجراءات الإسعاف والعلاج، لدرء ذلك الخطر ولو تم ذلك بدون موافقة المريض المعني بهذا التدخل⁽³⁾.

يطبق نفس الحكم إذا كان رضاء المريض غير سليم من الناحية القانونية كما هو الشأن بالنسبة للمريض صغير السن، أو الذي لا يتمتع بالقدرة الكافية على الإدراك والإختيار بسبب حالته المرضية أو غيرها من الأسباب مثل الحوادث المختلفة⁽⁴⁾.

=التقرير بأنّ المستشفى هو المسؤول المدني عن الواقعة يعدّ خطأ في تطبيق القانون)، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2002. (ص.ص: 537-540).

¹- قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 209917، صادر بتاريخ 26 جويلية 2000، سالف الذكر، جاء فيه: " إنّ القضاء بصرف الطرف المدني للتقاضي أمام الجهة المختصة وعدم الفصل في الدعوى المدنية بعد التقرير بأنّ المستشفى هو المسؤول المدني عن الواقعة يعدّ خطأ في تطبيق القانون."

²- منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1981، ص 18. أنظر كذلك: مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية... مرجع سابق، ص ص 243-254.

³- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 34. أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 169.

⁴- PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin, 3^{ème} édition, Dalloz, Paris, France, 2004, p. 20.

أشار المشرع الجزائري إلى إمكانية مباشرة الطبيب للعمل الطبي الذي لا يتطلب التأجيل نظرا لتوفر ظرف الاستعجال في المادة 2/52 من م.أ.ط التي تنص عما يلي: "... يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال... أن يقدم العلاج الضروري للمريض".

تمّ التأكيد على ذلك أيضا من خلال المادة 44 من م.أ.ط التي جاء فيها ما يلي: "... وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

يخضع معيار تقدير مدى خطورة الحالة وتوافر دواعي الاستعجال على القواعد الفنية الطبية، وعلى هذا الأساس تحدد حالة الاستعجال وفقا لما يراه الطبيب العادي الذي يتمتع بالقدر المقبول والمعقول من الخبرة والدراية والعناية والذي ينتمي إلى ذات تخصص الطبيب وفي نفس الظروف والملابسات التي أحاطت بالمريض⁽¹⁾.

ذهب جانب من الفقه، بخصوص طبيعة التدخل الطبي في حالة الضرورة، إلى أنه لا يجوز للطبيب مباشرة أي تدخل طبي شديد الجسامة كاستئصال أو بتر عضو معين على أساس أنه من حق الفرد أن يفضل الوفاة عن الحياة بعاهة مستديمة⁽²⁾، وعلى النقيض من ذلك ترى غالبية الفقه أنّ تدخل الطبيب يتحدد بالنظر إلى حالة المريض أيّا كانت طبيعته، وذلك وفقا للرأي الغالب في الطب في مجال التخصص ذاته وفي نفس الظروف التي أحاطت بالمريض والوقت الذي حدثت فيه الإصابة أو الحالة المرضية⁽³⁾.

بناء على ما سبق، تبقى طبيعة الإجراء الذي يلجأ إليه الجراح ومدى ضرورته أمور موضوعية تخضع لتقدير القاضي من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر مسائل فنية يمكن الاستعانة في شأنها بأهل الخبرة، حتى يكون حكم القاضي سليما من الوجهة الفنية، القانونية والواقعية.

¹ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية...، مرجع سابق، ص 252.

² - أحمد محمود إبراهيم سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 316.

³ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 253.

ب- حالة وجود عقد:

قد يتعاقد الطبيب في كثير من الحالات مع مؤسسة صناعية أو تجارية بغية علاج العاملين فيها، ويكون الطبيب في هذه الحالة ملزماً بعلاج هؤلاء العمال على أساس الاشتراط لمصلحة الغير، ذلك أنّ العقد المبرم بين الطبيب وإدارة المؤسسة وإن تم بدون إشراك العمال إلا أنّه تم لمصلحتهم، لذلك لا ينشئ العقد للعمال حقاً مباشراً يمكنهم من مطالبة الطبيب ببذل العناية الطبية اللازمة كأثر مباشر للعقد، لكن في المقابل لا يملك الطبيب حق رفض علاج أي عامل، إذ أنّ تعاقد مع صاحب العمل ينشئ للعمال حقاً مباشراً⁽¹⁾.

ج- حالة وجود قانون أو لائحة:

تجد هذه الحالة مجالا للتطبيق في المستشفيات العمومية التي يتم فيها توظيف الأطباء وفقاً للتنظيم اللائحي الساري المفعول، الطبيب أو الجراح لا يمكنه اختيار مرضاه، إذ هو ملزم بتقديم العلاج لكل مريض يتقدم إليه في المستشفى العام، ولا يجوز له أن يمتنع عن تقديم العلاج، وبالمقابل يحق للمريض رفع دعوى أمام القضاء الإداري كون هذه العلاقة تدخل في نطاق القانون العام باعتبار المستشفى أحد المرافق العمومية⁽²⁾.

المطلب الثاني**إحترام مراحل إجراء التدخل الطبي الجراحي**

كان للتطور الطبي أثراً كبيراً على العمل الطبي، وقد إتسع نطاق هذا الأخير فأصبح المريض الآن لا يحتاج إلى العلاج بالأدوية فقط، بل في كثير من الحالات تتطلب حالته الصحية ضرورة إجراء عملية جراحية علاجية، وعليه فإن العمل الطبي الجراحي الصحيح لا بدّ أن يمر عبر مراحل متعددة ليشمل مراحل ما قبل إجراء العملية الجراحية، وأخرى أثناءها. لذا يمكن تقسيم مراحل إجراء التدخل الطبي الجراحي إلى قسمين حسب تسلسلها، مراحل ممهدة للتدخل الجراحي (الفرع الأول)، ثم مرحلة التنفيذ (الفرع الثاني).

¹- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 188.

²- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 189.

الفرع الأول

المراحل الممهدة للتدخل الطبي الجراحي

يمرّ العمل الطبي بمراحل مختلفة، فهو يبدأ بفحص الحالة الصحية للمريض وتشخيص العلة التي يعاني منها، وبعد الانتهاء من التشخيص يقوم الطبيب بوصف العلاج الذي يراه مناسباً بتقديم وصفة طبية للمريض، وفي حالات معينة يكون العلاج جراحياً. تشتمل المراحل الممهدة للعمل الجراحي على أربعة مراحل، الفحص الطبي (أولاً)، وتليها مباشرة مرحلة التشخيص وتحديد نوعية المرض الجراحي (ثانياً)، ثم مرحلة الفحص الطبي العام لمعرفة أهلية المريض لإجراء الجراحة اللازمة له (ثالثاً)، وأخيراً مرحلة التخدير (رابعاً).

أولاً- مرحلة الفحص الطبي لتحديد نوعية وطبيعة المرض

تعتبر مرحلة الفحص الطبي أولى المراحل الممهدة للجراحة الطبية، إذ تستلزم هذه الأخيرة وجود نوعين من الفحص الطبي، هما الفحص الطبي الذي يجرى لمعرفة نوعية المرض وتشخيصه، وفحص طبي آخر لمعرفة أهلية المريض لإجراء العملية الجراحية اللازمة له، وهذا الفحص يقع بعد معرفة المرض الجراحي -بعد التشخيص- والتأكد من ضرورة علاجه عن طريق الجراحة.

1- تعريف الفحص الطبي

يعتبر الفحص الطبي الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض قصد معرفة العلة التي يشكو منها، والوصول إلى تشخيص المرض، ويتضمن هذا الكشف معاينة علامات المرض وأعراضه وسؤال المريض عن تاريخ بداية هذه العلامات والأعراض، وعن الأمراض التي سبق أن أصيب بها⁽¹⁾، مثل الألم والغثيان والدوار، والتعب مما يعلمه المريض من نفسه، ثم بعد ذلك ينتقل الطبيب إلى إجراء فحص الجسم، فيضع مثلاً يده على سطح الجسد لكي يتحسس الدلائل⁽²⁾، وقد يلجأ الطبيب أحياناً إلى استخدام أذنه وعينه⁽³⁾.

¹ - أحمد محمد كنعان، مرجع سابق، ص 763.

² - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 211.

³ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 241. رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 29.

فهذا الفحص يجرى أثناء مراجعة المريض للطبيب حين مرضه، الذي يقوم بفحصه فحفا ظاهريا بملاحظة العلامات أو الدلائل الإكلينيكية (السريية) كمظهر المريض وجسمه⁽¹⁾.

يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعة الطبية، وجهاز ضغط الدم⁽²⁾، ويستطيع الطبيب في حالة عدم قدرته للوصول إلى تشخيص المرض عن طريق الأدوات البسيطة، أن يلجأ إلى إجراء فحوصات مخبرية أكثر دقة وعمقا على الموضع المشتبه فيه، كالتحاليل الطبية والأشعة ورسام القلب والمناظير الطبية، وذلك بحسب المرض، وطبيعة تشخيصه⁽³⁾.

2- الهدف من الفحص الطبي

تكمّن الغاية من هذا الفحص في إثبات والتحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعد في وضع التشخيص المناسب للمرض⁽⁴⁾. تعتبر هذه المرحلة أوّل خطوة يخطوها الطبيب لمصلحة مريضه، والخطأ فيها يهدد حياة المريض بالخطر⁽⁵⁾.

3- مراحل الفحص الطبي

يتم الفحص الطبي عبر مرحلتين، لكل منها وسائل خاصة وطرق معينة.

أ- مرحلة الفحص الطبي التمهيدي:

يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدما يديه أو عينيه أو بعض الأجهزة الطبية البسيطة كمقياس الحرارة، كما يقوم بسؤال المريض، أو ذويه في بعض الحالات عن بعض الأعراض المهمة التي يمكن من خلالها معرفة نوعية المرض وتشخيصه⁽⁶⁾.

¹ - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 61.

² - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 241.

³ - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 29.

⁴ - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 61. أنظر كذلك: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق،

ص. 212. رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 29.

⁵ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 211.

⁶ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، المرجع نفسه، ص 213.

يقوم الطبيب بعد ذلك بإجراء الفحص الجسماني معتمداً على عدة طرق منها:

الملاحظة والمراد بها توجيه الطبيب نظره إلى المريض من حيث حالته العامة إجمالاً، كما نجد **اللمس والجس** إذ يضع الطبيب يده وأصابعه على مواضع معينة من الجسم ليعرف حالتها، وتظهر له التغيرات غير الطبيعية التي طرأت عليها، ثم كذلك عن طريق **القرع والتسمع** يقوم الطبيب بنقر الموضع بأصابعه لاستجلاء التغيرات الموجودة في ذلك الموضع ولاسيما في فحص الصدر حيث تظهر للطبيب بواسطة القرع التغيرات التركيبية التي طرأت على الأنسجة وذلك من خلال تغير مسمع الصوت المنبعث منها عند قرعها، ويتسمع الطبيب كذلك إلى الأصوات الصادرة عن حركات أعضاء الجسم أثناء تأديتها لوظائفها، كالتنفس وضربات القلب، فيقوم الطبيب بالتركيز على هذه الأصوات ليتعرف عن التغيرات غير الطبيعية التي طرأت عليها.

ب- مرحلة الفحص التكميلي:

يقوم فيها الطبيب بإجراء فحوص أكثر عمقا، باستعمال أجهزة وأدوات طبية أكثر دقة وتطورا، كالمناظير الطبية، الأشعة، ورسام القلب والدماغ⁽¹⁾. وتدخل كذلك ضمن هذه المرحلة التحاليل المخبرية مثل تحاليل الدم، والبول، والبراز، كما تدخل الدراسات المعملية التي تتضمن دراسات كيميائية مثل الاختبار الذي يجرى لتقدير كمية السكر في الدم، والدراسات المجهرية " ميكروسكوبية " مثل فحص لطخة شريحة من الدم والدراسات الفيزيائية مثل الاختبار الذي يجرى لتقدير معدل الترسيب لمحتويات الدم⁽²⁾.

يشكل عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية إهمالا، وبالتالي يعتبر خطأ، ويساءل إذا نتج عن هذا الإهمال ضرر بالمريض⁽³⁾.

ثانيا - التشخيص ومعرفة نوعية المرض قبل إجراء التدخل الطبي الجراحي

يعتبر التشخيص أهم المراحل العلاجية التي من خلالها يصل الطبيب أو الجراح لنوع المرض، وبالتالي معرفة البرنامج العلاجي المتبع، حتى يتسنى له الوصول إلى الغاية المرجوة من ذلك وهي شفاء المريض. وبالرغم أهمية التشخيص، لم يتعرض المشرع الجزائري

¹ - هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2007، ص 115.

² - نقلا عن: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 215.

³ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 243.

لتعريفه في القوانين المتعلقة بمزاولة مهنة الطب وإن كان قد أشار إليه كأحد أنواع الأعمال الطبية⁽¹⁾.

يقصد بالتشخيص تحديد نوع المرض أو العلة التي يشكو منها المريض⁽²⁾، وهي المرحلة التالية لمرحلة الفحص الطبي، والمرحلة الثانية من المراحل الممهدة للعمل الجراحي، فيها يقوم الطبيب باستخلاص النتائج التي تبين له من خلال تقارير الفحوص الأولية، أو من تفسيره للأعراض المختلفة التي ظهرت على المريض، وذلك وفقا للمعطيات العلمية، بغية تحديد نوع المرض الذي يشكو منه المريض، تمهيدا لوصف ومباشرة العلاج الملائم له. وردت مفاهيم عديدة للتشخيص سواء في الفقه أو في أحكام القضاء الفرنسي، فعرفه الفقيه سافاتييه SAVATIER بأنه: " العمل الذي يشتمل على بحث وتحديد الأمراض والإصابات الجراحية عند شخص المريض "⁽³⁾.

عرفته بعض المصادر الطبية المختصة التشخيص بأنه: " الفن أو السبيل الذي يتسنى به تعرف نوع المرض "⁽⁴⁾، فالهدف من التشخيص معرفة نوعية المرض الجراحي، والطور الذي وصل إليه.

كذلك ذهب المحاكم الفرنسية في إحدى أحكامها إلى القول أن التشخيص هو: " العمل الذي يبحث ويحدد الأمراض بعد معرفة أعراضها "⁽⁵⁾، فيتطلب التشخيص الذي يقوم به الطبيب توافر شرطان يتمثل الأول في المعرفة العلمية، والثاني هو البحث لتحديد نوع المرض⁽⁶⁾، إذ يقتضي شرط المعرفة العلمية أن يكون الطبيب عالما بالمبادئ الأولية للطب والمتفق عليها من قبل المزاولين للمهنة، أما شرط البحث فيتعين على كل طبيب أن يهتم

¹ - نصّ المشرع الجزائري على مرحلة التشخيص في المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب.

² - يختلف التشخيص عن الفحص الطبي في كون الأول يؤدي إلى التحقق من وجود مرض معين، في حين لا يؤدي الثاني إلى نتيجة معينة، فهو عبارة عن إثبات أو التحقق من وجود دلائل وظواهر معينة، أما ترجمة هذه الدلائل لاستخلاص نتائج منها فهو تشخيص.

³ - نقلا عن: أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 62.

⁴ - أنظر محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 232.

⁵ - Trib Aix en Provence, 6 mai 1954, (Gaz. Pal. 1954.1.381).

⁶ - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 30.

ويقوم بإجراء الأبحاث والأعمال الواجبة عليه حتى يستطيع تحديد نوع المرض، كما يتعين عليه عدم استعمال الوسائل العلمية المهجورة.

ويلحظ أنّ تشخيص الداء أو العلة التي يشكو منها المريض له أثراً بالغاً ومهما في نتائج العلاج أو التدخل الجراحي، فالتشخيص على جانب كبير من الدقة والأهمية في العلاقة بين الطبيب والمريض، والسبب في هذه الأهمية وتلك الدقة هو أنّ أيّ خطأ في التشخيص لابدّ وأن ينعكس أثره على العلاج أو العمل الجراحي، فسوء التشخيص تظهر أثره في المرحلة العلاجية.

ومن جهته، ألزم المشرع الفرنسي الطبيب بأن ينجز تشخيصه بعناية كبيرة وأخذ الوقت اللازم واستخدام كل المناهج العلمية الممكنة⁽¹⁾، لأنّه قد يشخص الطبيب المرض، في بعض الحالات، على أنّه مرض جراحي، ويقرر ضرورة إجراء عملية جراحية، في حين يتبيّن أثناء التدخل الجراحي عدم وجود أي مرض، وبذلك يتحمل المريض مشقة وعناء الجراحة دون وجود أي نتيجة، وقد يبقى بالضررين معاً، آلام الجراحة، وآلام مرضه السابق.

وعلى هذا الأساس، يتعيّن على المريض أن يخبر طبيبه بكافة الأعراض المرضية التي يشكو منها، وأن لا يعتمد إلى تضليله في وصفه لها، وأن يجيب بدقة على الأسئلة التي يطرحها عليه الطبيب بوضوح، ولا يكون الطبيب مسؤولاً عن أي خطأ في التشخيص إذا ثبت أن خطأه يرجع إلى المعلومات غير الصحيحة التي صرّح بها المريض⁽²⁾.

ثالثاً - الفحص الطبي لمعرفة أهلية المريض لإجراء الجراحة اللازمة له:

يجب على الطبيب بعد أن يتأكد من معرفة المرض الجراحي وتحديد علاجه بالجراحة، أن يجري فحصاً طبياً عاماً على المريض بهدف معرفة أهليته لإجراء الجراحة اللازمة له، فحص خاص لا يجري إلا في الحالات التي يقرر فيها الطبيب إجراء العملية الجراحية، وتختلف أساليبه حسب اختلاف نوعية المرض الجراحي.

¹ - Article R4127-33 Cspf dispose: « Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible des méthodes scientifiques les mieux adaptées et, s'il y a lieu, de concours appropriés ».

² - بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،

رابعاً: التخدير والإنعاش

أدى التقدم العلمي الحديث، في مجال الطب والجراحة، إلى زيادة أهمية الدور الذي يلعبه طبيب التخدير في العمليات الجراحية، وقد أصبح اللجوء إلى هذا الأخصائي في هذا المجال على قدر كبير من الأهمية، فقد أصبحت الآن، مكانة هذا الطبيب لا تقل أهمية عن مكانة الطبيب الجراح.

يعتبر أخصائي التخدير عضواً من أعضاء الفريق الجراحي، يتم تأهيله لذلك عن طريق التعليم الطبي، إذ يقوم بدراسة علم التخدير والإنعاش والذي يعتبر من فروع التعليم الطبي في الكليات والمعاهد العليا حالياً⁽¹⁾.

على هذا الأساس، يحتل التخدير أهمية حيوية عبر كل مراحل التدخل الجراحي، فيلاحظ أنّ المدة التي يلزم فيها طبيب التخدير المريض أطول من تلك المدة التي يقضيها معه الجراح، يتدخل طبيب التخدير قبل إجراء العملية الجراحية للمريض لتخديره بعد فحصه، فيتولى إعداد المريض قبل العملية الجراحية ويستمر في متابعة حالته أثناءها، ثم مساعدته على إستعادة وظائفه الحيوية.

جرى التدخل الطبي الجراحي على وضع المريض تحت البنج حتى يستطيع تحمل آلام العمل الجراحي، وإستعمال هذا المخدر يقتضي من الطبيب نوع من الحيطة والحذر والتأكد من قابلية المريض لتحمله.

الفرع الثاني

مرحلة تنفيذ التدخل الجراحي

تأتي هذه المرحلة بعد أن يشخص الطبيب المرض، ويستقر على العلاج الملائم والموصوف له، فيبدأ في مباشرة العلاج وهي ذات أهمية بالغة، وقد تكون مرحلة تنفيذ العلاج بسيطة، يشترك فيها المريض مع الطبيب الذي يصف له دواء ويبصره بطريقة استعماله، كما قد يكون العلاج أصعب من ذلك بأن يشمل القيام بالعمليات الجراحية، وما تستلزمه من ضرورة قيام الطبيب الجراح بواجبه بكل دقة من الفحص إلى التشخيص، وصولاً إلى إجراء العملية.

¹ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 71.

وينبغي أن يكون الفحص شاملاً وكاملاً، فلا يقتصر على العضو المعني بالجراحة فقط، مع دراسة كافة الاحتمالات والنتائج العرضية التي قد تنتج عن الفعل الجراحي⁽¹⁾، لذلك يتعين على الطبيب الجراح أن يتأكد عند مباشرته للعلاج الجراحي أنه قد إتبع الأصول الطبية المتعارف عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء، وهذا التزام عام يقع على عاتق كل طبيب ممارس، فيقدم لمرضاه العناية اللازمة والمطلوبة، وفقاً للأصول العلمية المستقرة والسائدة في العلوم الطبية، وهو لا يسأل عند قيامه بالعلاج المقدم وفقاً للأصول العلمية عن الآثار السيئة التي تحدث نتيجة مباشرته هذا العلاج، ولكن مسؤوليته تقوم إذا ثبت وجود خطأ في جانبه⁽²⁾.

تستلزم الجراحة وجود الطبيب الجراح الذي يقوم بالعمل الجراحي، إضافة إلى أشخاص آخرون يقومون بمساعدته بأداء مهام أخرى لها صلة وثيقة بعمله الجراحي، وهم أخصائي التخدير والممرضون والممرضات.

وبالرغم من هدف الفريق الطبي المشترك، المتمثل في تنفيذ التدخل الجراحي على أحسن وجه وتحقيق شفاء المريض، إلا أن الأعمال الطبية مستقلة ومتميزة من الناحية الفنية، هذا التميز وذاك الاستقلال قد أدى إلى أداء إلتزامات منفصلة وضرورية لأداء التدخل الجراحي سواء في فترة التدخل الجراحي (أولاً) أو في الفترة اللاحقة له (ثانياً).

أولاً: توزيع المهام بين الجراح وطبيب التخدير قصد إتمام العمل الجراحي

لم يعد إجراء التدخلات الطبية الجراحية قائماً على الجهد الفردي للطبيب الجراح في كثير من الحالات، بل استلزم التقدم والتطور الكبير الذي حصل ضرورة وجود فريق طبي، متكون من أشخاص آخرون يساعدون الجراح، يقومون بأداء مهام أخرى لها صلة وثيقة بعمله الجراحي، وهم أخصائي التخدير والممرضون والممرضات.

¹ - وقد عبر الأستاذ الأبراشي عن خطورة الموقف بقوله: «أن شق البطن وقطع الشرايين وفتح الرؤوس وبتتر الأعضاء واستئصالها يتطلب من الجراح يقظة تزيد بقدر ما يتعرض له المريض من الخطر». أنظر: حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، ص 334. راجع كذلك: حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 135.

² - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص ص 224 - 225.

1- توزيع المهام أثناء التدخل الجراحي في المرحلة السابقة للعملية الجراحية

تفرض أصول مهنة الطب على كل من الجراح وطبيب التخدير، إجراء فحص طبي عام على الخاضع للعملية الجراحية، بإجراء فحوص إكلينيكية وبيولوجية ضرورية، منها الفحص بالأشعة، ورسم كهربائي للقلب (ECG)، إذ أن الغاية الأساسية لهذه الفحوص هي معرفة الطبيب الجراح ما إذا كان المريض مستعد لأن تجرى له عملية جراحية من عدمها، وأما بالنسبة للتّي يجريها طبيب التخدير فهدفها تحديد الأحوال التي ينبغي وفقا لها التخدير.

أ- إجراء الفحوص الأولية:

إنّ فوائد العمليات الجراحية كثيرة، ومخاطرها متعددة، لذلك يجب على الجراح وطبيب التخدير أن يحتاطا كثيرا قبل وأثناء إجراء التدخلات الجراحية، ويتعين عليهما بذل العناية الكافية قبل القيام بذلك، إذ لا تجرى هذه العملية إلا بعد الجزم بأنها الحل الوحيد لإنقاذ حياة المريض، إذ يقع على الطبيب الجراح وطبيب التخدير التزام إجراء الفحوصات الضرورية قبل إجراء العملية.

أ-1 التزام الجراح بإجراء الفحوص الأولية قبل التدخل الجراحي:

يقوم الطبيب قبل إجراء العملية الجراحية بإجراء فحص شامل تستدعيه طبيعة هذا التدخل، هذا الفحص الذي يجب أن يكون على الحالة العامة للمريض، ولا يقتصر على الموضع أو العضو الذي سيكون محلا للعملية، وعليه يجب على الجراح أن يفحص المريض الخاضع للجراحة فحصا دقيقا وشاملا.

أ-2 التزام طبيب التخدير بإجراء الفحوص الأولية قبل التدخل الجراحي:

إضافة إلى الفحص الطبي العام الذي يجريه الجراح على المريض قبل التدخل الجراحي، فإنه تفرض أصول مهنة الطب على طبيب التخدير، أيضا، أداء فحص عام آخر على المريض قبل العملية الجراحية، فإذا كانت الغاية من فحوص الطبيب الجراح معرفة ما إذا كان المريض قادرا لأن تجري له عملية جراحية من عدمها، فإن الغاية من تلك التي يجريها طبيب التخدير، تحديد الأحوال التي ينبغي وفقا لها التخدير.

وعلى هذا الأساس، يقوم طبيب التخدير في هذه المرحلة بزيارة المريض في غرفته قصد التعرف عليه وتقييم حالته المرضية، والإطلاع على ملفه الطبي وتجهيزه للعمل الجراحي المطلوب، يتعرف طبيب التخدير على تاريخه المرضي ونوع الأدوية التي يتعاطاها

للتعرف على مدى تأثيرها على المواد المخدرة التي ستستعمل، كذلك يقوم بإجراء فحص سريري عليه عليه، بقياس ضغط شرايينه، وسرعة نبضه، والكشف على قلبه ورئتيه وكبدته، وتحليل بوله ودمه للتأكد من عدم إصابته بداء السكري، وأخذ صورة أشعة للصدر للتأكد من سلامة الجهاز التنفسي وعدم إصابته بالسل الرئوي، والكشف على الكلى للتأكد من خلوها من الفشل الكلوي⁽¹⁾.

ب- إلتزام طبيب التخدير بتخدير المريض وفقا للأصول العلمية النظرية والعملية لمهنة الطب أدى تقدم العلوم الطبية وتعقد العمليات الجراحية إلى ظهور وتطور وظائف التخدير والإنعاش، مما سمح بممارسة عمليات دقيقة وطويلة، مع الاحتفاظ بسلامة وظائف أعضاء جسد المريض وحيويتها، فأصبح للتخدير دور أساسي في تطور علم الجراحة، وبالتالي شفاء العديد من الأمراض التي كان من الصعب التعامل معها في الماضي نظرا لخطورة ودقة العملية الجراحية.

وعلى هذا الأساس، أصبحت عملية تخدير المريض من المراحل المهمة للتدخل الجراحي، وهي المرحلة التي يتم بها تهيئة البدن للجراحة اللازمة، وفي الاصطلاح الطبي الحديث فهو: " علم هدفه معرفة وتطبيق الوسائط التي من شأنها أن تحدث عند المريض زوال حس جزئي أو تام بقصد إجراء تدخل جراحي " ⁽²⁾.

لا يعتمد طبيب التخدير على تقرير الطبيب الجراح، بل يتحتم عليه إجراء الفحوص بنفسه بشكل يتفق والأصول الطبية، لأن اختيار نوع المخدر من المسائل الفنية البحتة التي تعتمد على معرفة الطبيب وتقديره بحسب ما يتفق وحالة المريض واستعداده الذاتي لتقبل المخدر، الذي تتدخل فيه اعتبارات طبية فنية، صحية وعلمية⁽³⁾.

¹ - محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2005، ص 196.

² - يقصد بالوسائط المواد المخدرة التي يتم بواسطتها تخدير المريض سواء كانت طيارة، أو سائلة، أو جامدة.

راجع تفاصيل ذلك في: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 268.

³ - HARICHAUX-RAMU Michel, La responsabilité du médecin: Fautes se rattachant à l'exercice collectif privé ou social de la médecine, Recueil Juris-Classeur, Responsabilité civile, Vol 04, fasc 440-6, Technique Juris-Classeur, Paris, 1993, p. 11.

يلعب التخدير دورا فعالا قبل إجراء العملية الجراحية من حيث إعداد المريض وتخديره ليكون جاهزا لإجراء العملية الجراحية، وذلك بعد دراسة حالته الصحية وتاريخه المرضي بعد الكشف عليه ودراسة ملفه الطبي، ليستمر دوره في مرافقة الفريق الطبي خلال العملية الجراحية للمحافظة على سلامة المريض ولمواجهة أي تداعيات أو آثار جانبية قد يواجهها المريض خلال إجراء العملية الجراحية، وبعد إنتهاء هذه الأخيرة يتعين على طبيب التخدير متابعة المريض ومساعدته على الإفاقة.

تهدف عملية التخدير إلى توقيف العمل الطبيعي للجهاز العصبي وإرخاء العضلات لمدة محدودة لإجراء العملية الجراحية على أحسن ما يرام، بتغيب المخ عن الوعي والإدراك بطريقة آمنة، كي لا يشعر المريض بآلام أثناء العملية، على أن يعود إلى وعيه بأمان بعد انتهائها، وهنا تكمن مهارة وكفاءة طبيب التخدير في إحداث التوازن لتسهيل مهمة الجراح⁽¹⁾. تختلف عملية التخدير الجراحي باختلاف طبيعة العملية الجراحية التي سيخضع لها المريض، لذلك يتم التخدير عن طريق إفقاد الإحساس المؤقت إما على كل الجسم، فيكون تخديرا كلياً، أو على جزء منه فيكون تخديرا موضعياً.

ب-1 التخدير الكلي أو العام:

يؤثر التخدير العام في الجملة العصبية المركزية، ويسبب ضياع الإدراك، وفقدان الحس التام في سائر الجسم، ينتقل فيه الشخص المخدر إلى حالة النوم العميق وعدم الوعي الكامل، ويحصل له إرتخاء عضلي عام⁽²⁾، بإيصال المواد المخدرة إلى الجسم عن طريق

¹ - محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 106.

² - يعطى هذا النوع من التخدير في حالات جراحية، كجراحة البطن والرأس والصدر وهو ملائم لأكبر عدد من العمليات الجراحية، ويتم على مرحلتين:

- المرحلة التمهيدية: يتم فيها حقن المريض عن طريق الوريد بالعقاقير المنومة والتي تسبب الإرتخاء الكامل للعضلات.

- المرحلة التكميلية: تقتضي إعطاء المريض غازات منومة مصحوبة بالأوكسجين الضروري لحياة خلايا جسم الخاضع للعملية، بواسطة أجهزة مصممة خصيصا لهذا الغرض بنسب معينة يراها الطبيب ضرورية لكل حالة. راجع: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 270.

الحقن في الوريد أو بالاستنشاق عبر الجهاز التنفسي مع غاز الأكسجين والذي يستمر طوال فترة العملية (1).

يكون المريض أثناء التخدير الكلي فاقد للوعي تماما والإحساس والحركة، ولا يستطيع تذكر ما يحدث داخل غرفة العمليات، لذلك يتحمل الفريق الطبي مسؤولية رعاية حرمة المريض أثناء فقدانه للوعي، ورغم جدوى التخدير الكلي وإستلزامه حسب طبيعة العملية المراد إجراؤها، إلا أنّ مضاعفاته كثيرة على الجهاز التنفسي والدموي وإضطراب نبضات القلب مما يؤدي إلى توقفه، فقد يحدث أن يتوفى المريض أثناء إجراء العملية الجراحية أو في لحظة الإفاقة (2).

ب-2 التخدير الموضعي:

يستخدم هذا النوع من التخدير في العمليات البسيطة السطحية أو قصيرة المدة، أو إن وجد إختلال شديد بالوظائف الحيوية مثل أمراض القلب، وهو عبارة عن تخدير الجزء أو المنطقة المراد إجراء الجراحة فيه، ويسبب زوال الحس فيها، بواسطة حقن أدوية التخدير في مكان العملية نفسها إن كانت بسيطة، أو تخدير العصب أو مسرى الأعصاب التي توزع الحس على منطقة أو ناحية من نواحي البدن، وفي هذه الحالة يبقى المريض مستيقظا يعي كل شيء، لكنه لا يستطيع الإحساس بالمكان الذي تجرى فيه العملية الجراحية (3).

إنّ طبيب التخدير حر في إختيار طريقة التخدير التي يراها مناسبة مع الحالة الجسدية والمرضية المعروضة أمامه (4)، طالما أن تلك الطريقة من المتعارف على إستعمالها طبيا، وتتم وفقا لما تتطلبه حالة المريض الخاضع للعملية الجراحية، فيقع على إختصاصي التخدير والإنعاش مراعاة مصلحة المريض الفاقدة لوعيه من تأثير البنج ببذله لأقصى درجات العناية الممكنة.

¹ - إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، المرجع السابق، ص 89.

² - إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، المرجع نفسه، ص 89.

³ - إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص ص 92-93. أنظر كذلك: محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 271.

⁴ - أنظر: عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، 1987، ص 173.

2- توزيع المهام بين الجراح وطبيب التخدير أثناء فترة التدخل الجراحي:

يكون الدور الراجح للجراح واضحاً، باعتباره المنفرد باختياره الوسيلة الملائمة لإجراء العملية الجراحية، إذ يبقى المسؤول الوحيد عن كل رعونة في أدائها، دون أن يسأل عن إتباع طريقة معينة دون أخرى، مادام أنّ الطريقتين معترف ومسلم بهما علمياً ولم يثبت أي تقصير من جانبه، حتى ولو لم يتحصل على نتائج كان بالإمكان أن يحصل عليها جراح آخر أكثر خبرة ومهارة، باعتبار أنه بذل العناية والحيطة المطلوبين من جراح من ذات تخصصه وخبرته العلمية⁽¹⁾.

لا يقل دور طبيب التخدير أهمية عن دور الجراح، أثناء العملية الجراحية، إذ تضع أصول مهنة الطب على كاهله عدة التزامات، فعليه أن يكون يقظاً أثناء سير العملية الجراحية، بحيث تنهياً للجراح راحة البال عند مزاولته لفنّه الجراحي، كون هذا الأخير لا يستطيع مراقبة تسلسل عملية التخدير واستمرارها لانشغاله بالعملية، لذلك يقوم طبيب التخدير بمراقبة تأثير المخدر على المريض بشكل مستمر، وأن يستعد لكل طارئ قد يحدث، كهبوط التنفس أو توقف القلب، والقيام بأعمال أخرى تتطلبها حالة المريض الخاضع للعملية كملاحظة ضربات قلب المريض وتنفسه طوال فترة الجراحة⁽²⁾.

يقع كذلك على طبيب التخدير مراقبة وضع المريض فوق طاولة العمليات، والتأكد من أنّه في وضع سليم، أي بالوضعية المناسبة لنوع العمل الجراحي المطلوب وتأمين التهوية التنفسية اللازمة⁽³⁾.

يتولى طبيب التخدير مراقبة المريض بعناية وحرص شديدين أثناء العملية الجراحية، إذ يتخذ الحيطة اللازمة لمنع وقوع الحوادث المحتملة التي تضر بصحة المريض، إن لم تكن تقضي إلى وفاته⁽⁴⁾، ففي كثير من الحالات قد يواجه ردود أفعال غير متوقعة من المريض.

¹ - سيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 31.

² - أورفلي سمير، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المحامون السورية، العدد السابع، 1985، ص 904. أنظر كذلك: أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 280.

³ - إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص 83.

⁴ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 280-281.

يقوم طبيب التخدير بتدوين مجريات عملية التخدير في بطاقة خاصة تنشأ من أجل هذا الغرض، يحدد فيها نتيجة الفحص السريري والإكلينيكي، وكذا مقدار الأدوية المستعملة وفقاً لميعاد محدد، وطريقة التخدير المتبعة، وتدوين سلوك المريض من تنفس ونبض القلب وضغط الدم... (1).

تجدر الإشارة إلى أنه يقع على طبيب التخدير أن يقوم بتخدير المريض بنفسه ولا يجوز أن تتم هذه العملية من قبل ممرض أو فني في التخدير، ذلك لأن عملية التخدير أصبحت معقدة من جهة، ومرتبطة بالجهاز العصبي من جهة أخرى (2)، لكن بالرغم من أن طبيب التخدير هو المسؤول عن عملية تخدير المريض الخاضع للعملية الجراحية، ومراقبته أثناء وبعد هذه العملية، إلا أن الواقع العملي يثبت إمكانية تفويض طبيب أخصائي آخر أو طالب متربص في التخدير والإنعاش، وليس لهؤلاء تفويض هذه المهام المفوضة إليهم إلى أشخاص أخرى، ماداموا ينفذون مهام مفوضة (3).

ثانياً: توزيع المهام بعد الفترة اللاحقة للتدخل الجراحي: استمرار دور الجراح وطبيب التخدير إلى مرحلة ما بعد إنهاء التدخل الجراحي.

لا يتوقف التزام الجراح عند مجرد وصف العلاج أو إجراء العملية الجراحية إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك، وتظهر هذه المرحلة خاصة بعد التدخل الجراحي لما يكون لهذه الفترة من أهمية في نجاحها أو فشلها.

يتمتد التزام الجراح إلى وجوب متابعة المريض حتى يصحو من غيبوبته ويتخلص من أثر المخدر، ذلك أن إهمال هذه الناحية، قد ينطوي على نتائج وخيمة للمريض (4)، كما أن

¹- AKIDA (M)., La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, L.G.D.J, Paris, p.184.

أنظر كذلك : محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 125.

²- إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، المرجع نفسه، ص 83.

³ - DELORT Sylvie, La responsabilité des chirurgiens, des anesthésistes et des établissements de santé, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit- Economie et sciences sociales, Université Panthéon-Assas (Paris II), Paris, 2003, pp.182-183.

⁴- عبد الجبار ناجي الملا صالح، التزامات الطبيب في إجراء العملية الجراحية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999، ص 22.

مضاعفات التدخل الجراحي غالبا ما تظهر بعد انتهاء الطبيب من العمل الجراحي (1)، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنّ مرحلة الإشراف والرقابة لا بد أن تستمر لغاية استعادة المريض كامل وعيه، وكامل وظائف جسمه الحيوية (2).

لم يرد في قانون مزاولة مهنة الطب سواء الفرنسي أو المصري، ولا حتى الجزائري نص على الرقابة العلاجية، إلا أنّ القضاء استقر على إبراز أهمية التزام الجراح بمراعاة المريض ومتابعة حالته وتطورها وإعطاء الأوامر والتوجيهات اللازمة بشأنه بعد تمام العملية الجراحية (3)، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الجراح بسبب إهماله العناية بالمريض بعد إجرائه العملية الجراحية، وحكمت بمسؤولية جراح التجميل بسبب إهماله رقابة مريضه بعد إجراء جراحة تجميلية له (4).

ومن جهته، يلتزم طبيب التخدير بمتابعة المريض حتى إفاقته، وإلى أن يستعيد كل الوظائف الحيوية، مستعينا في ذلك بوسائل الإنعاش الضرورية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها :

" إنّ رقابة طبيب التخدير والإنعاش يجب أن تستمر بعد استفاقة المريض لغاية استعادته لكامل وظائفه الحيوية، وعلى الخصوص وظيفة الأمعاء، وأن الممرضة أثناء هذه المرحلة الخطيرة إنما تعمل تحت سلطة طبيب التخدير وعهده ومسؤوليته، وأن المريض حينما أجريت له عملية الحقن التي سببت الضرر - رغم أنّه كان مستيقظا - لم يكن قد تم إنعاشه بالمعنى التقني للكلمة، مادامت أعضاؤه لم تستعد بعد وظيفتها " (5).

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 106؛ حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 148.

² - قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 أبريل 1984. نقلا عن: أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 125.

³ - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 37.

⁴ - Cour de Cass, Ch. crim., 9 novembre 1977. (G.P. 1978-2-233) .

⁵ - Cour de Cass , Ch. civ. 1, 11 décembre 1984. www.legifrance.gouv.fr

المبحث الثاني

الشروط القانونية لمباشرة التدخل الجراحي

تقتضي طبيعة العمل الطبي الجراحي المساس بجسد المريض، فمجال ممارسة هذا العمل هو الجسد ذاته، فقد يحتاج المريض لإجراء عملية جراحية وإعطائه أدوية طبية مخدرة، فجميع هذه الأعمال تدخل في نطاق الأفعال التي يعاقب عليها قانون العقوبات، ولكن ممارسة هذه الأعمال من قبل فئة خولها القانون ممارستها، أخرجت من نطاق التجريم ولذلك حتى نكون أمام عمل طبي جراحي قانوني، لا بدّ من توفر شروط معينة تضي عليه المشروعية، منها ما هي مرتبطة بضرورة الحصول على الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب والجراحة (المطلب الأول) ومنها ما هي مرتبطة بوجوب الحصول على الرضا المتبصر للمريض بالتدخل الجراحي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ضرورة حصول الطبيب الجراح على الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب والجراحة

يشترط لمزاولة التدخل الطبي الجراحي، أن يصدر ترخيصا للطبيب الذي يباشر هذا العمل الجراحي، وإلا فإنه يكون مسؤولا سواء تحقق الغرض الذي قصده أو لم يتحقق. وعلى هذا الأساس، خصت أغلب التشريعات عمليات اقتطاع وزرع الأعضاء البشرية، نظرا لحساسيتها وخطورتها ومساسها بالجسم البشري، بتنظيم خاص، وذلك بوضع ضوابط خاصة للجراحين القائمين بها، وأهم هذه الضوابط حصول الطبيب الجراح على الترخيص لممارسة مهنة الطب (الفرع الأول) ثم ضرورة حصول المؤسسة الإستشفائية التي يعمل فيها على ترخيص لإجراء العمليات الجراحية المتخصصة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضرورة حصول الطبيب الجراح على الترخيص لممارسة المهنة

لا تباح أعمال التطبيب أو الجراحة إلا إذا كان من أجزائها مرخصا له بذلك قانونا، وإلا فإنه يكون مسؤولا طبقا للقواعد العامة، والعقوبات المقررة في قوانين مزاولة مهنة الطب، ويقصد بالترخيص القانوني، حصول الطبيب على ترخيص إداري لممارسة مهنة الطب، في شكل إذن من وزير الصحة يجيز له مباشرة الأعمال الطبية التي يتضمنها الإذن، وذلك بعد

التأكد من توافر الشروط العامة لممارسة مهنة الطب (أولاً) وأخرى خاصة بممارسة أخصائي الجراحة (ثانياً).

أولاً: الشروط العامة لممارسة مهنة الطب:

ألزم المشرع الجزائري كل من يرغب في إمتحان مهنة الطب أن يتحصل على الترخيص القانوني لممارسة هذه المهنة، في شكل إذن من وزير الصحة لمباشرة الأعمال الطبية العلاجية والجراحية التي تستند لإذن القانون⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه المادة الثانية (02) من م.أ.ط بنصها على: " تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة أن يكون مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما. "

يمنح هذا الترخيص لمن تتوفر فيه الشروط المذكورة في المادة 166 من قانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة سالف الذكر، بالرغم من عدم ورود " الترخيص " في هذه المادة مقارنة بالمادة 197 من قانون رقم 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى، بل ورد في نص لاحق وهو نص المادة 5/186 من ق.ص⁽²⁾.

حصرت المادة 166 شروط ممارسة مهنة الطب بنصها على ما يلي: " تخضع ممارسة مهن الصحة للشروط الآتية:

1. التمتع بالجنسية الجزائرية.
 2. الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له.
 3. التمتع بالحقوق المدنية.
 4. عدم التعرض لأيّ حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة.
 5. التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة.
- يتعين على مهنيي الصحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم.

¹ - مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص ص 266 - 267.

² - راجع المادة 5/186 ق.ص.

وزيادة على شروط الممارسة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، البنود من 2 إلى 5، والفقرة 2، المذكورتين أعلاه، يخضع مهنيو الصحة ذوو الجنسية الأجنبية لشروط الممارسة والعمل التي تحدد عن طريق التنظيم."

بناء على ما سبق، يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد وضع شروطا صارمة للحصول على الترخيص، رغبة منه في وضع حد لإقبال غير ذوي التجربة والكفاءة لمزاولة المهنة لما تتطلب عليه من مسّاس بسلامة المريض الجسدية. وتكمن الحكمة من إشتراط الترخيص حسب المادة 186 من قانون الصحة، في جعل ممارسة مهنة التطبيب مشروعة، إذ قرر المشرع أحكاما جزائية على الممارسة غير المشروعة للطب في المادة 414 والمادة 416 من قانون الصحة التي تحيل إلى المادة 243 من قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾.

ثانيا - الشروط الخاصة لممارسة إختصاصي الجراحة

1- أن يتحصل على الشهادة العلمية المؤهلة لممارسة مهنة الطب : إختصاص الجراحة:

تتوقف ممارسة مهنة الطب أساسا على المؤهل العلمي الذي يعتبر أحد الشروط الواجب توافرها للحصول على رخصة الممارسة، يتكفل وزير الصحة بتسليمها، كما أنّه إذا لم يكن حائزا شهادة في الإختصاص الطبي (الدبلوم الجزائري) أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها وفقا لنص المادة 166 من قانون الصحة سالف الذكر، زيادة إلى شروط أخرى منصوص عليها في المادة نفسها، فالترخيص القانوني أمر مختلف تماما عن المؤهل العلمي أو الشهادة العلمية فهما متكاملان لا يستغني الأول عن الثاني⁽²⁾.

2- أن يكون الطبيب مسجلا في جدول عمادة المهنة بعد أدائه اليمين:

إشتراط المشرع في من استوفى الشروط المذكورة في المادة 166 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر، شرطا آخرًا يتمثل في **التسجيل في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم**. ولذلك يتعيّن على الطبيب الراغب في ممارسة مهنة الطب المسجل في هذا الجدول أن

¹ - وللمزيد من التفاصيل حول ممارسة المهنة دون ترخيص راجع: بركات جوهرة، الحق في الصحة وقيام المسؤولية الطبية الجنائية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول 2008، ص 477.

² - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص ص 96-97.

يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس *اليمين* وهو ما لم يتضمنه قانون الصحة الجديد، بالمقارنة مع قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الملغى⁽¹⁾.

3- تحديد الصفة والعلاقة الوظيفية للطبيب الجراح في المستشفى:

يمارس الأطباء وجراحو الأسنان والصيدلة العامون منهم والأخصائيون والأخصائيون الإستشفائيون الجامعيون وظيفتهم إما بصفة موظفين دائمين أو متعاقدين أو بصفة حرة أي خواص، وفي هذا الصدد تنص المادة 167 من قانون 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر على أنه: " تمارس مهن الصحة حسب أحد الأنظمة الآتية:

- بصفة موظف أو متعاقد في الهياكل والإدارات والمؤسسات العمومية للصحة أو أخرى، يسيره القانون الأساسي للوظيفة العمومية.
- بصفة متعاقد في هياكل ومؤسسات الصحة أو ذات طابع صحي أو إجتماعي طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
- بصفة أخرى.

الفرع الثاني

ضرورة حصول المؤسسة الإستشفائية

على ترخيص لإجراء العمليات الجراحية المتخصصة

إلى جانب التدخلات الطبية الجراحية العادية، التي لا تثير أي إشكال بخصوص الحصول ترخيص لإجرائها، فإنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء تعد من بين أعقد وأخطر التدخلات الطبية الجراحية، إذ أنّها ليست كباقي العمليات الجراحية العادية، التي تتم في مختلف المستشفيات، لذلك نظمت بنصوص تشريعية دقيقة، وإتباع إجراءات خاصة حتى تتمكن مؤسسة صحية القيام بها وممارستها.

¹ - تنص المادة 199 من قانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج. عدد 35، صادر بتاريخ 15 أوت 1990 (الملغى) على أنه: " يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوف للشروط المحددة في المادتين 197 و 198 أعلاه، ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته، أن يسجل لدى المجلس الجهوي للآداب الطبية المختص إقليميا المنصوص عليها في هذا القانون وأن يؤدي أمام زملائه، أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم."

دفعت خصوصية وخطورة التدخل الطبي الجراحي في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بالمشروع الجزائري إلى وضع تنظيم خاص بها، إذ لا يجوز القيام بها إلا في مؤسسات إستشفائية مرخص لها بذلك، كونها المكان الملائم لإجراء مثل هذه العمليات الخطيرة والتي تمس بحياة المتبرع أو المريض المتلقي (أولاً)، إلى جانب ذلك فقد بين وحدد المؤسسات الصحية المؤهلة التي لها صلاحية إجراء مثل هذا النوع من التدخلات الجراحية وتحديد نوع العضو الذي يكون محل هذه العملية، لأن الحصول على الترخيص لا يعني إجراء أي عملية إستئصال وزرع (ثانياً)، إضافة إلى إنشائه للمركز الوطني لزراعة الأعضاء (ثالثاً).

أولاً- حصول المؤسسة الصحية على ترخيص وزاري يؤهلها القيام بتدخل جراحي متخصص

عنى المشروع الجزائري التدخلات الطبية الجراحية المتخصصة بتنظيم خاص، لاسيما عمليات نقل وزرع الأعضاء باعتبارها أهم وأخطر هذه التدخلات، التي لا يجوز القيام بها إلا في مؤسسات إستشفائية مرخص لها قانوناً بذلك، كونها المكان الطبيعي لإجراء مثل هذه العمليات الخطيرة التي تمس بحياة الشخص سواء المتبرع أو المريض المتلقي من جهة، ومن أجل تطبيق مبدأ المجانية وتقادي الإتجار بالأعضاء البشرية من جهة أخرى.

يتضح مما سبق، أن المشروع الجزائري لا يسمح بإجراء عمليات إستئصال الأعضاء والأنسجة إلا في مؤسسات الصحة العمومية التي يحددها وزير الصحة، وذلك من أجل مراقبة الدولة لهذه العمليات وعدم خروجها عن الهدف العلاجي الإنساني المجاني⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، أخذ المشروع الجزائري بهذا الشرط الإجرائي من خلال نص المادة 366 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر، والتي جاء فيها على أنه: " لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء، أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الإستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد أخذ رأي الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء".

لم يحدد المشروع الجزائري مدة صلاحية هذا الترخيص، لكي يتسنى متابعة ومراقبة هذه المؤسسات الصحية ومدى التزامها بالشروط اللازمة لإجراء العمليات ومدى توفر الظروف

¹- مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 308.

الملائمة والشفافية لإجرائها بل إكتفى بالنص في المادة 3/366 من قانون الصحة على أنه تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم، على عكس المشرع الفرنسي الذي حددها بخمس (05) سنوات قابلة للتجديد في المادة L.1233-1⁽¹⁾.

إنّ عدم تحديد مدة الترخيص الممنوح للمؤسسات الإستشفائية الجزائرية، يعني بقاء السلطة في يد الوزير في سحبها أو إبقاءها، وهذا يعد بمثابة فراغ قانوني لم يتداركه المشرع الجزائري من خلال مجموعة التعديلات التي طرأت على قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها سالف الذكر الملغى ولا حتى في ظل قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الجديد.

أكد المشرع الجزائري في نص المادة 367 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر على أنه لا يتقاضى الممارسون الذين يقومون بعمليات النزح والذين يقومون بعمليات زرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، أيّ أجر عن العمليات، لكنّه أغفل النص على جزاء إجراء العمليات خارج عن المؤسسات الصحية المرخص لها، لا سيما تلك التي قد يتم إجراؤها في العيادات والمستشفيات الخاصة، وهذا أمر لا بدّ من تداركه للقضاء على كل تعامل غير مشروع بالأعضاء البشرية⁽²⁾.

يظهر جليا أنّ الفئة المعنية القيام بعملية زرع الأعضاء هم الأخصائيون الذين يمارسون مهامهم في المؤسسات الاستشفائية العمومية، بصفتهم موظفين دائمين، لكن أمام الانفتاح الاقتصادي إمتد إلى القطاع الصحي الخاص، على مستوى العيادات الخاصة أو المؤسسات الإستشفائية الخاصة، أين تتوفر كل الشروط القانونية اللازمة للقيام بمثل هذه العمليات، حتى يتم تخفيف الضغط على المؤسسات الصحية العمومية.

كما يمكن الإعتماد واللجوء إلى الأطباء الخواص سواء الوطنيين أو الأجانب المتخصصين الذين لهم مؤهلات عالية وسمعة في مجال الجراحة للمساهمة في هذه العمليات

¹ - Art. L.1233-1 du code de la santé publique Français.

² - أنظر: مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 310.

عن طريق إبرام الإتفاقيات والإتفاقات في هذا المجال، وبرمجة شهرية أو خلال ثلاثة أشهر، حتى يتم نشر هذه الثقافة الصحية ويستفيد منها الأطباء الجزائريين⁽¹⁾.

ثانيا: تحديد المؤسسات الصحية المرخص لها إجراء التدخلات الطبية الجراحية المتخصصة

تؤكد المادة 1/167 سالف الذكر، أنه لا يجوز إجراء عمليات إقتطاع وزرع الأعضاء البشرية إلا في المستشفيات أو المؤسسات الصحية التي رخص لها من طرف وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، وقد تم تحديد هذه المؤسسات بموجب القرار الوزاري رقم 29 بتاريخ 14 جوان 2012⁽²⁾، والذي يحدد قائمة المؤسسات الصحية المرخص لها بالقيام بانتزاع و/ أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية⁽³⁾.

¹ - معاشو نبالي فطة، الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 2014، ص 40.

² - قرار رقم 29 مؤرخ في 14 جوان 2012، يحدد قائمة مؤسسات الصحة المرخص لها بالقيام بانتزاع و/ أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية، *النشرة الرسمية* لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، 2012.

³ - تم حصر هذه المؤسسات في المادة الثانية (02) من القرار الوزاري على النحو الآتي:

1- القرنية: - المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة.

- المركز الإستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة.
- المركز الإستشفائي الجامعي ببني مسوس، الجزائر العاصمة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بباب الوادي، الجزائر العاصمة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.
- المركز الاستشفائي الجامعي، بالبليدة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بتيزي وزو.

- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة في طب العيون بوهران.

2- الكلى: - المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا، الجزائر العاصمة.

- المركز الإستشفائي الجامعي بحسين داي، الجزائر العاصمة.
- المركز الإستشفائي الجامعي ببني مسوس، الجزائر العاصمة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بباب الوادي، الجزائر العاصمة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.

وعلى هذا الأساس، يلاحظ أن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات قد سمح فقط لمؤسسات الصحة العمومية، دون سواها، بالنشاط في مجال عمليات إنتزاع و/أو نقل الأنسجة والخلايا والأعضاء، إذ حصرها في المراكز الإستشفائية الجامعية الموجودة في الجزائر العاصمة، البليدة، وهران، قسنطينة، عنابة، سيدي بلعباس، والمركز الإستشفائي الجامعي ببنيزي وزو، وكلها متواجدة في الشمال الجزائري.

يعتبر هذا الأمر سلبي للغاية إذ يؤدي إلى عدم تلبية طلبات المرضى المتزايدة، خاصة المتواجدين في مناطق بعيدة كالجنوب الجزائري مثلا، الذين يصعب تنقلهم وحصولهم على موعد لإجرائها، مما يزيد من معاناتهم التي قد تسبب وفاتهم قبل حلول موعد إجراء العملية، إذ لا بد من تخفيف الضغط على هذه المستشفيات عن طريق التوسيع من نطاق المؤسسات الصحية المرخص لها إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء من جهة، ومنح الترخيص للمستشفيات الخاصة تحت الرقابة الشديدة للدولة، من جهة أخرى (1).

- = - المركز الإستشفائي الجامعي بوهـران.
- المركز الإستشفائي الجامعي ببنيزي وزو.
- المركز الإستشفائي الجامعي بسيدي بلعباس.
- المركز الإستشفائي الجامعي بتلمسان.
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة الدكتور معوش (المركز الوطني للطب الرياضي سابقا). الجزائر.
- المؤسسة الإستشفائية المتخصصة عيادة دقي، قسنطينة.
- 3- الكبد:** - المؤسسة الإستشفائية المتخصصة: مركز بيار وماري كوري (C.P.M.C)، الجزائر العاصمة (مقرها في مستشفى مصطفى باشا).
- المركز الإستشفائي الجامعي بعنابة.
- المركز الاستشفائي الجامعي بالبليدة.
- المركز الإستشفائي الجامعي بوهـران.
- 4- النخاع العظمي:** - المؤسسة الإستشفائية المتخصصة: مركز بيار وماري كوري (C.P.M.C)، الجزائر العاصمة.

- المؤسسة الإستشفائية الصحية: مركز مكافحة السرطان، باتنة.

- المؤسسة الاستشفائية الجامعية بوهـران.

¹- معاشو نبالي فطة، الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها، مرجع سابق، ص 43.

وينشأ كلما اقتضت الضرورة إلى ذلك، في المؤسسات المرخص لها إجراء التدخلات الطبية الجراحية في مجال نقل وزرع الأعضاء هيكل⁽¹⁾ طبقا لنص المادة 357 من قانون رقم 11-18، يكلف بالحفاظ على الأنسجة والخلايا.

ثالثا: إنشاء وكالة وطنية لرقابة وتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء

استحدثت المشرع الجزائري وكالة وطنية لزراعة الأعضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 12-167⁽²⁾، والتي نص عليها كذلك في المادة 356 من قانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، توضع تحت وصاية وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، وقد حدد مقرها بالجزائر العاصمة بموجب المادة الثانية (02) من القرار الوزاري رقم 86 المؤرخ في 16 أكتوبر 2012⁽³⁾.

وتكلف طبقا للمادة 356 من قانون رقم 11-18 سالف الذكر بتنسيق وتطوير نشاطات نزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وضمان قانونيتها وأمنها، ومن أبرز مهامها تسجيل المرضى في انتظار إنتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا ضمن قائمة

¹ - سمي هذا الهيكل في ظل قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الملغى) *باللجنة الطبية* التي نص عليها في المادة 167 فقرة 2 و 3 على أنه: " تقرر لجنة طبية تنشأ خصيصا في الهيكل الإستشفائي ضرورة الإنتزاع أو الزرع وتأذن إجراء العملية.

يجب أن يثبت الوفاة طبيبان على الأقل عضوان في اللجنة وطبيب شرعي وتدون خلاصتهما الإثباتية في سجل خاص، في حالة الإقدام على إنتزاع أنسجة أو أعضاء من أشخاص متوفين.

وأضافت المادة 164 قانون رقم 90-17 (الملغى) بنصها: " لا يجوز انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين قصد زرعها إلا بعد الإثبات الطبي والشرعي للوفاة، من قبل اللجنة الطبية المنصوص عليها في المادة 167 من هذا القانون، وحسب المقاييس العلمية التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومي." والتي تقابلها المادة 362 من قانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة.

² - مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أفريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 22، صادر بتاريخ 15 أفريل 2012.

³ - قرار رقم 86 مؤرخ في 16 أكتوبر 2012، يحدد مقر الوكالة الوطنية لزراعة الأعضاء، النشرة الرسمية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، 2012.

وطنية معدّة لهذا الغرض، وضمان تسيير السجلات الوطنية لقبول أو رفض انتزاع الأعضاء والأنسجة والخلايا⁽¹⁾.

تتولى كذلك هذه الوكالة في إبداء رأيها للسلطة الإدارية المختصة حول المؤسسات الإستشفائية المرخص لها بالقيام بانتزاع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية، ومراقبة تسيير المؤسسات الإستشفائية المرخص لها القيام بانتزاع وزرع الأعضاء، وبنوك الأنسجة والخلايا للمقاييس المعمول بها في هذا المجال.

تقابل هذه الوكالة، وكالة **الطب البيولوجي** Agence de la biomédecine في التشريع الفرنسي، المستحدثة بموجب قانون رقم 800-2004 المتعلق بالطب البيولوجي، التي عوضت المؤسسة الفرنسية للزرع، تهتم بكل الممارسات الطبية الحديثة ويتسيير السجل الوطني للتبرع بالأعضاء⁽²⁾.

المطلب الثاني

الإلزامية الحصول على الرضا المتبصر لإجراء التدخل الجراحي

يجب على الطبيب الجراح أن يحصل على رضا المريض في جميع مراحل العلاج، وأنّ رضا المريض لا يمكن أن يكون صحيحاً إلا إذا سبقه تنوير وتبصير من قبل الطبيب⁽³⁾، بحالته الصحية وطبيعة مرضه ودرجة خطورته وما يقترحه من علاج، وهو الشيء الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بإلزام الطبيب بإعلام مريضه.

يعدّ الالتزام بالإعلام حديث النشأة مقارنة مع الالتزام الأصلي بالحصول على رضا المريض، فإلى وقت قريب اكتفى الطبيب بالحصول على رضا المريض دون أن يكون ملزماً بإعلامه، غير أنّ التطور العلمي والتكنولوجي في مجال العلوم الطبية، أدى إلى نشوء نظرة جديدة إلى العلاقة بين الطبيب ومريضه.

¹ - راجع المادة 365 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر.

² - Art. L.1418-1 du code de la santé publique français .sur : www.legifrance.gouv.fr.

³ - هناك من يميّز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالتبصير على أساس أنّ الأول هو ركن في إبرام العقد الطبي، بينما الثاني هو أمر متعلق بحسن تنفيذ العقد. للمزيد من تفاصيل أوفى راجع: حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 29.

وعلى هذا الأساس، يعدّ حق المريض في التبصير من الحقوق الهامة التي يلتزم الطبيب بضمّانه (الفرع الأول)، والطبيب لا يمكنه أن يخضع المريض لأيّ عمل طبي دون الحصول على موافقته بهذا العمل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شرط إلتزام الجراح بإعلام المريض لتحقيق الرضا المتبصر والمستنير

يلتزم الطبيب الجراح باحترام شخص مريضه والاعتداد بإرادته، فلا يمكنه أن يأتي عملاً على جسده إلا بعد موافقته المستتيرة، لأنّ محل عمل الجراح جسم هذا الإنسان، بما له من حرمة ومعصومية، فيكون على هذا الطبيب، ومراعاة لهذا البعد الإنساني، أن يتعامل مع المريض باعتباره إنساناً، لجسده حرمة لا يجوز المساس بها، ولو لغاية علاجية، إلا بعد موافقته الحرة والمستتيرة.

لا يتحقق احترام كرامة المريض وإنسانيته في مجال العلاقة الطبية إلا من خلال إعلام المريض بحقيقة حالته الصحية، وبما ينوي الجراح القيام به، إلا أن البعد الإنساني لعمل الطبيب في علاقته بالمريض لم يتم تكريسه واقعياً وقانونياً إلا بعد زوال نظرة أخرى إلى هذه العلاقة، عرفت بالهيمنة الطبية *Impérialisme médical* أو السلطة الأبوية للطبيب *Le paternalisme médical*، المرحلة التي يهيمن فيها الطبيب في العلاقة بينه وبين المريض، وليس على هذا الأخير إلا الخضوع له والاستسلام لقراراته (أولاً).

زالت هذه النظرة، لتحل محلها نظرة أخرى هي النظرة الإنسانية لعلاقة الطبيب بالمريض، نظرة تقرض على الطبيب التعامل مع المريض باعتبار إنسانيته والتقدير بكل ما يقتضيه ذلك، وبصفة خاصة احترام إرادته، وعدم المساس بسلامته البدنية إلا بعد موافقته، التي لا يتم تحققها إلا بعد إعلامه بحقيقة حالته الصحية وطبيعة العمل الذي ينوي الطبيب الجراح القيام به ووسائله ومخاطره (ثانياً).

أولاً: نظام الوصاية الطبية: السلطة الأبوية للطبيب على المريض

لم يكن مبدأ احترام حق المريض على جسده وحقه في تقرير مصيره معروفاً في القرون القديمة والوسطى، إذ يتم علاج المريض دون حاجة إلى مشاورته بشأن ما يجب فعله له أو

إعلامه بمخاطر ذلك مادام التدخل الطبي في صالحه ويتم بنية سليمة، لذلك ساد الاعتقاد بأهمية إخفاء طبيعة التدخل الطبي على المريض.

تعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة بين طرفين غير متساويين، لا من حيث الحالة الصحية والنفسية التي يدخل بها كل منهما في علاقته مع الآخر، ولا من حيث المعلومات التي يمتلكانها في تسيير هذه العلاقة، فسلطة الطبيب هي الغالبة بحكم أنه يتمتع بصحة جيدة ويمتلك الحلول الطبية التي من شأنها أن تساعد المريض على إسترجاع صحته وعافيته، مما يجعله أكثر قدرة على فهم وتقرير مصلحة المريض، لذلك وصفت آنذاك سلطة الطبيب في علاقته بمريضه **بالهيمنة الطبية أو بالسلطة الأبوية** (1).

ترتبط المريض بالطبيب المعالج علاقة لا تحكمها قواعد فنية محددة قانونا، بل هي أكثر من ذلك فالطرفين تجمعهما علاقة عميقة مجسدة في إحترام مبدأ الإنسانية، وهي نظرية حظيت بتدعيم الفقه، إذ عبر عن ذلك الفقيه (بورت لويس) « PORTES Louis » في مقولته الشهيرة التي لخص فيها نطاق هذه العلاقة : " كل عمل طبي، ما هو إلا ثقة متصلة بكل حرية بالضمير، فهو كذلك، ولا يمكنه أن يكون غير ذلك، بل لا يجب أن يكون غير ذلك " (2)، فلا بدّ من تبني نظام الوصاية أو السلطة الأبوية للطبيب على مريضه، إذ يسلم هذا الأخير جسمه بثقة عمياء إلى الطبيب باعتباره شخص فني يتمتع بكامل الصلاحيات لاتخاذ ما يراه مناسبا لعلاج (3).

ترتب عن الأخذ بهذه النظرية عدم احترام إرادة المريض وعدم وجود أية ضرورة للحصول على رضاه قبل التدخل الطبي، إذ اعتبرته طفلا وجاهلا وضعيفا في مواجهة طبيب متحكم في أصول مهنة الطب، وهو ما صرح به رئيس اللجنة الوطنية الفرنسية للأطباء في الملتقى الأكاديمي للعلوم النفسية والسياسية المنعقد سنة 1950 بقوله: " كل

¹ - محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص ص 15-16.

² - « Tout acte médicale n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience ».

Cité in : PY Bruno, Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en Droit, « Doctorat nouveau régime, Droit Prive », Faculté de Droit, des sciences Economique et de Gestion, Université de NANCY II, Paris, 1993, p122.

³ - Ibid.

مريض يجب أن يكون اتجاه الطبيب كطفل يجب مأنسته، وليس بالتأكيد خداعه - طفل لا بد من معازاته، ولا التمادي فيه - طفل يجب مناجاته أو شفائه" (1).

يقدم المريض للجراح تفويضا مسبقا، يتضمن قبوله العلاج باتخاذ الطبيب ما يراه مناسبا من الأعمال الطبية دون العودة إلى المريض والحصول على موافقته، وبالنتيجة ليس للجراح تبصير المريض بالتشخيص الذي توصل إليه وبمخاطر العلاج الجراحي الذي يراد إتخاذه،

إنتهج المشرع الجزائري نظام الوصايا الطبية، في ظل قانون الصحة العمومية الملغى، الصادر بموجب أمر رقم 76-79 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976 (2)، إذ منح للطبيب سلطة فرض القرار الطبي الذي يراه مناسبا على صحة مرضاه، وهو ما يستشف من نص المادة 409 التي تنص على أنه: "يجب على الطبيب أن يضع دوما تشخيصه بكل إنتباه دون حساب الوقت الذي يصرفه لهذا العمل... وبعد أن يضع الطبيب تشخيصه الدقيق مع قراره القاطع، ولاسيما إذا كانت حياة المريض في خطر، فإنه ينبغي عليه أن يبذل جهده لفرض التنفيذ لقراره".

وعلى هذا الأساس، يتحمل الطبيب المسؤولية مادام أنه يحل محل المريض المتواجد في حالة ضعف وتألم بسبب تدهور حالته الصحية وجهله لفن الطب، في إتخاذ القرار الطبي الذي يكون مفيدا له.

لكن سرعان ما تغير الوضع إذ بدأ التفكير خلال النصف الأخير من القرن 19 وبداية القرن العشرين بضرورة وأهمية إخطار المريض بحالته الصحية وطبيعة التدخل المقترح قبل الحصول على موافقته، فمن جهة تزامن ذلك مع إعلانات حقوق الإنسان وما صاحبها من نداءات عديدة بضرورة احترام هذه الحقوق والمبادئ الأخلاقية المعترف بها عالميا كحق الشخص في تقرير مصيره، وحقه في سلامته البدنية والعقلية، ومن جهة أخرى شهد هذا

¹ - « Tout patient doit être pour le médecin comme un enfant à apprivoiser, non certes à tromper, un enfant à consoler non à abuser, un enfant à sauver ou simplement à guérir ». Voir : RAMEIX Suzanne, La décision médicale : Du paternalisme des médecins à l'autonomie des patients, p1. www.cndp.fr.

² - أمر رقم 76-79 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ج. عدد 101 لسنة 1976 (ملغى).

العصر تطوراً ملحوظاً في وسائل العلاج والتشخيص وازدادت تبعاً لذلك التخصصات في المجالات الطبية المختلفة.

ثانياً: الالتزام بالإعلام شرط لتحقيق الرضا المتبصر أو المستنير

أثار هذا الالتزام الدهشة من جانب الأطباء، فهم يرون أنهم هم وحدهم القادرون على مواجهة المرض والوقوف في وجه تقدّمه ومضاعفاته وليس بإمكان المريض فعل أي شيء، كمقاومة مرضه أو التغلب عليه بحكم جهله بالمعطيات الطبية وصعوبة استيعابه للمصطلحات الفنية، ومن ثم، فهم يريدون أن تترك لهم الحرية الكاملة في اتخاذ كل المبادرات والإجراءات التي يرونها ضرورية لعلاج المريض وإنقاذ حياته دون أن يقيّدوا بإجراء استئذان المريض أو من ينوب عنه قانوناً.

ورغم ما حققته الأعمال الطبية الحديثة من خير للبشرية في مجال رعاية الصحة، إلا أن ذلك إقترن بمخاطر عديدة، مما زاد في الإهتمام بدور المريض في الموافقة المسبقة على وسائل التشخيص والعلاج.

ولذلك يلتزم الجراح باحترام شخص المريض ويعتد بإرادته، فلا يباشر أي تدخل جراحي على جسمه إلا بعد الحصول على رضاه، ولا يمكن لهذا الأخير أن يصدر قراراً متبصراً إلا بعد إعلامه بمجموعة من المعلومات الضرورية التي تمكنه من ذلك. فهذا الالتزام يعدّ بمثابة حق شخصي يعبر عن واجب أخلاقي⁽¹⁾، وبالتالي ولهدف حصول الجراح على الرضا المتبصر والمستنير من المريض حول التدخل الجراحي المقترح، كان عليه تنفيذ إلتزامه بالإعلام.

1- إلتزام الجراح بإعلام المريض بطبيعة التدخل الجراحي

بالنظر إلى خصوصية العلاقة التي تربط بين الجراح والمريض، والتي تتميز في الواقع بانعدام المساواة بين أطرافها، فأحدهما، وهو الطبيب الجراح، يعلم، ويفترض فيه العلم، بأصول مهنته ومعطياتها العلمية، والآخر، وهو المريض، يتألم، ويجهل، في الغالب من الحالات، حقيقة ما يعاني منه وطبيعته وما يتضمنه من مخاطر، وهو بالتالي لا يملك إلا

¹ - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 184.

أن يركن إلى طبيبه الذي يرى فيه الشخص القادر على تخفيف معاناته والأخذ بيده لتجاوز محنته⁽¹⁾.

ومن هنا كانت الثقة المنبثقة من العقد الطبي قوام هذه العلاقة، علاقة لا يحكمها التنظيم القانوني وحده، بل قبله، توجد إعتبارات الثقة التي تدفع المريض إلى إختيار طبيب معين، ربما يخضع له أملا في الشفاء⁽²⁾.

وإذا كانت الثقة هي قوام علاقة الجراح بالمريض، فالثابت أن هذه العلاقة لا بد من تدعيمها، عن طريق المصارحة والشفافية من قبل من يوليه المريض هذه الثقة، ومن هنا كان بين الالتزامات التي أفرزها التطور القانوني في مجال العلاقة الطبية التزام الجراح بإعلام المريض، والذي يعد المقدمة الضرورية لحق المريض في الرضاء بالتدخل الجراحي، باعتباره كما سبق القول، شرطا أساسيا من شروط مشروعية الجراح في مساسه بجسد المريض.

وبناء على ذلك أفرز التطور القانوني في المجال الطبي مجموعة من الالتزامات القانونية على عاتق الطبيب أهمها الالتزام بالحصول على موافقة المريض وذلك بعد تبصيره **وإفادته علما بمجموعة من المعلومات المتعلقة بحالته الصحية** لغرض مساعدته على إتخاذ القرار الذي يراه مناسبا بشأن حالته الصحية بإرادة حرة ومتبصرة.

ولعل من المناسب أن نشير إلى أن الإلتزام بالإعلام حديث النشأة مقارنة مع الإلتزام الأصلي بالحصول على رضا المريض، فإلى وقت قريب إكتفى الطبيب بالحصول على موافقة المريض دون أن يكون ملزما بإعلامه، غير أن تطور العلوم الطبية ومختلف العلوم الأخرى صاحبتة نظرة جديدة إلى العلاقة بين الطبيب والمريض⁽³⁾.

¹ - حسام زيدان شكر الفهاد، مرجع سابق، ص 17.

² - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية،...مرجع سابق، ص 220.

³ - ومن الناحية التاريخية، ارتبط الإلتزام القانوني بإعلام المريض في الكثير من الأنظمة القانونية بالمحاكمة الدولية للأطباء النازيين سنة 1949، عن جرائمهم إبان الحرب العالمية الثانية، إذ دفعت المعاملات غير الإنسانية التي تعرض إليها الكثير من البشر على أيدي الأطباء النازيين إبان هذه الحرب إلى صياغة عدة موثائق دولية كتقنين نورمبرغ حول كيفية وجوب معاملة البشر في المجالات الطبية المختلفة، وقد شكل الرضا أهم المبادئ الأساسية في محاورها من خلال التأكيد على حق الفرد في الموافقة أو رفض كل أشكال التدخلات=

ولذلك شكّل هذا التطور القانوني نقطة تحول هامة في العلاقة بين الجراح والمريض التي لم تكن قائمة على السلطة الأبوية، إذ بات من الضروري على الطبيب تبصير وتوير المريض بالمعلومات اللازمة قبل الحصول على موافقته على التدخل الطبي، والتدخل الجراحي على وجه الخصوص، وأصبح يعرف رضا المريض وفقا لهذا المفهوم الجديد بالرضا المتبصر والمستنير.

ووفقا لذلك يقصد بالإعلام الطبي حق المريض في معرفة حالته المرضية ومخاطر العمل الطبي أو الجراحي حتى يتمكن من المقارنة بين مزايا العلاج ومخاطره، ويتسنى له بالتالي اتخاذ قراره على بيئة سواء بالموافقة أو الرفض⁽¹⁾.

ويجد إلزام الجراح بإعلام مريضه مصدره وأساسه في العقد الطبي، ولذلك يعتبر التزاما عقديا تفرضه طبيعة العلاقة العقدية التي تربط الطرفين، والتي تتميز باختلال التوازن بين طرفيها، كونها تربط بين مريض جاهل للمسائل الفنية الطبية، وجراح محترف، يلتزم بإعلام مريضه لإزالة هذا الاختلال وتدعيم الثقة التي وضعت فيه من المريض، التي تأتي نتيجة عدم المساواة في العلم والمعرفة بينهما، ويعتبر أيضا التزاما قانونيا مهنيا فرضته النصوص التشريعية المنظمة والمؤطرة لمهنة الطب.

ولذلك يلتزم الجراح من أجل أن تتوازن كفتي العقد الطبي، باحترام إرادة مريضه بأن يقدم له معلومات وافية تتعلق بحالته المرضية ليساعده على اتخاذ القرار المناسب في قبول أو رفض التدخل الجراحي⁽²⁾، لأنّ المريض لا يمكنه الإحاطة بهذه المعلومات الطبية أو استيعاب مضمونها بمفرده كونه ليس بمحترف، ولذا يتعين على الجراح المهني إعلامه⁽³⁾.

يتجاوز الالتزام بالإعلام حدود العقد وبالتالي فإنّ الطبيب ملزم بأدائه حتى خارج الإطار العقدي كونّه التزام قانوني مهني فرضته قواعد قانونية مهنية، لذلك فالطبيب الذي لا

=الطبية الماسة بكيانه البدني والعقلي. نقلا عن: مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 84.

¹ - منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 20.

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

³ - LE TOURNEAU Philippe, Responsabilité civile professionnelle, 2^{eme} édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 90.

ينفذ التزامه بالإعلام يكون مسؤولاً عما يصيب المريض نتيجة العلاج ولو لم يرتكب الطبيب أي خطأ في مزاولته⁽¹⁾.

وعليه، يعتبر تنفيذ الجراح لالتزام إعلام المريض بتنفيذ لواجب قانوني خاص مقتضاه ضرورة إحاطة المريض علماً بكل المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج المراد إخضاعه له، بطريقة سهلة، مفهومة، صادقة وملائمة.

لم يعرف المشرع الجزائري الالتزام بتبصير المريض في النصوص القانونية المنظمة للصحة، مكتفياً بالإشارة في بعض المواد بأنه من بين الالتزامات التي تقع على الطبيب مهما كان مستواه، إذ أنّ المشرع لم يكتف بوصف الرضا الواجب الحصول عليه من المريض بالمتبصر، وإنما أكد وأصرّ على التزام الطبيب بإعلام المريض، فقد أكدت المادة 43 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

وأضافت المادة 44 من المدونة أنه: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريضة موافقة حرة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منها ومن القانون... " ويقصد بعبارة "موافقة حرة ومتبصرة"، أن يقوم الطبيب بإعلام المريض مسبقاً عن كل جوانب العمل الطبي، لكن المشرع أغفل تحديد محتوى هذا الالتزام.

ولقد ألزمت المادة 47 من المدونة، الطبيب بتحرير وصفاته بكل وضوح، وأن يحرص على تمكين المريض أو المحيطين به من فهم وصفاته فهما جيداً كي لا يخطأ المريض عند تناوله للدواء في عدد الجرعات الواجب أخذها، أو في الأوقات الواجب تناوله فيها.

ومن جهته أكد المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد على هذا الالتزام في عدة نصوص منها ما ورد في المادة 23 بنصها: " يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها.

تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية من طرف الأولياء أو الممثل الشرعي."

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 121.

ثم أضافت المادة 2/343 على أنه: " يجب على الطبيب احترام إرادة المريض بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته".

كما أكد هذا الالتزام لاسيما في حالة التدخل الطبي المنطوي على درجة كبيرة من الخطورة والمجازفة، مثلما هو الحال في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ نص في المادتين 4/360 و 364 من القانون سالف الذكر على ضرورة الإعلام والحصول على موافقة كل من المتبرع والمستقبل (1).

أما المشرع الفرنسي، فقد أكد على هذا الالتزام على نحو صريح في تقنين أخلاقيات مهنة الطب الصادر بموجب المرسوم رقم 95-1000 الصادر في 6 سبتمبر 1995 (2)، وذلك في المادة 35 (3)، التي يفهم منها أنه يجب على الطبيب إعلام المريض الذي يفحصه أو يعالجه إعلاما صادقا وواضحا، كما أكدّ عليه أيضا من خلال أحكام القانون المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي الصادر في 4 مارس 2002، المعدّل والمتمّم لقانون الصحة العامة الفرنسي (4) المسمى بـ " قانون كشنار " « Loi Kouchner » (5)، حيث أكدت المادة L.1111-2 منه على ضرورة الإعلام الصريح حول كل مقتضيات التدخل الطبي بهدف تمكين المريض من اتخاذ القرار المناسب (6).

¹ - المادتين 4/360 و 364 من ق.ص.

² - Décret no 95-1000 du 06 septembre 1995, portant code de déontologie médicale, J.O.R.F no 209, du 8 septembre 1995.

³ - Art. 35 dispose : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne, ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

⁴ - Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.

⁵ - BISMUTH Serge, POUTRIN Jean Christophe, et autres, La loi Kouchner en médecine générale : Le dossier d'abord ? In : Revue Exercer, N° 79, Toulouse, septembre-octobre 2006, p. 112.

⁶ - Art. L.1111-2 (modifié par l'article 175 de la loi 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF 22 du 27 janvier 2016.) : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles... ».

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des professionnelles qui lui sont applicables... ».

وأضافت المادة L.1111-4 التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض⁽¹⁾.

2- نطاق إلتزام الطبيب الجراح بإعلام المريض

يتضمن الإلتزام بالإعلام من جهة طبيعة المرض الذي يعاني منه الشخص وتطوره المتوقع، ويتضمن من جهة أخرى طبيعة وأثار العلاج الجراحي المقترح من طرف الطبيب ومخاطره، وقد عبّر على ذلك المستشار "بيار سارقو" « Pierre SARGOS » بقوله: " على الطبيب أن يقيم حصة طبية حقيقية "⁽²⁾.

ويهدف الإلتزام بالإعلام إلى تبصير المريض ومصارحته والإلحاح عليه على التفكير قبل إتخاذ قراره، وفي الوقت نفسه عليه أن يطمئنه على أن العلاج المقترح سيكون ناجحا ويخلصه من حدة الألم الجسماني والنفسي.

ومن بين كل عناصر الإعلام التي يلتزم بها الطبيب إتجاه مريضه نجد مخاطر العلاج خاصة مخاطر العلاج الجراحي، التي تعتبر النقطة الدقيقة في الإعلام. لم يحدد المشرع الفرنسي دائرة المخاطر التي لا بدّ على الطبيب أن يفصحها للمريض، لذا تدخل القضاء لتحديدتها إلى غاية صدور قانون 04 مارس 2002.

يلزم الإلتزام بالإعلام علاقة الجراح بالمريض في أطوارها المختلفة، بدء من مرحلة التشخيص إلى غاية مرحلة العلاج الجراحي، بل ويشمل أيضا المرحلة اللاحقة على التدخل الجراحي. ولذلك، ينصّب إعلام الجراح للمريض حول طبيعة المرض الذي يعاني منه بعد تشخيصه وتحديدته تحديدا صحيحا، ثم على نوع التدخل الجراحي الذي تستلزمه هذه العلة، الأمر الذي يظهر بأنّ الإلتزام بالإعلام ينصب على كافة مراحل العلاج، كما أنّ المريض

¹- Art. L.1111-4 (modifié par l'article 05 de la loi n° 2016-87 du 02 Février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF 0028 du 3 février 2016): « Toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé.

Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité....

Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment... ».

² - Comme l'explique Pierre SARGOS, c'est donc à un véritable « *bilan thérapeutique* » que doit se livrer le médecin dans le but d'éclairer celui dont la santé est en jeu. Cité in : ALBERT Nathalie, Obligation d'information médicale et responsabilité, R.F.D.A, n° 2, Dalloz, Paris, Mars -Avril 2003, p. 355.

ينتظر من طبيبه أن يخبره بالنتائج التي تترتب على هذا العمل الطبي وبالأخص المخاطر التي قد تتجر عنه.

ومما لا شك فيه، أنّ المريض ينتظر دائماً من طبيبه أن يخبره بالمرض الذي يعاني منه، فلهذا الأخير الحق في معرفة حقيقة ما يعانيه، والإعلام في هذه المرحلة لا يتوقف على إعطاء وصف معين لما يعاني منه المريض، ولكن يجب أن يسمح ذلك للمريض بفهم ما يعاني منه، ولذلك يتعين على الطبيب أن يشرح له بصورة ميسورة الفهم أعراض المرض ومظاهره، والتطورات الممكنة، وكذا إمكانيات الشفاء.

وبالرغم من أهمية التشخيص كمرحلة هامة من مراحل العلاج، بفضلته يتم التوصل إلى علاج المريض، إكتفى المشرع الجزائري بذكر مصطلح **أعمال التشخيص** في نص المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب، دون أن يعرفه، وهو ما جعل الفقه يعرفه على أنه: " فن التعرف على المرض عن طريق تقنيات عديدة مثل الفحص، واللمس، والطرق الخفيف على بعض المواضع، وتسمع دقات القلب، وقياس ضغط الدم، بالاستعانة بأجهزة بسيطة كالسماعة، ومطرقة قياس ردود الفعل، وجهاز قياس ضغط الدم، ظلت لفترة طويلة الوسائل التي يلجأ إليها الطبيب لوضع تشخيص"⁽¹⁾.

تطوّرت فيما بعد الوسائل المستعملة في التشخيص تطورا كبيرا نتيجة التطور التكنولوجي، وأصبحت أكثر مساسا بسلامة الجسم، وزادت في الوقت ذاته من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المريض نتيجة استخدامها⁽²⁾، الأمر الذي يفرض على الجراح إعلام المريض بطريقة التشخيص التي يريد إخضاعه لها للتأكد من طبيعة العلة التي يشكو منها، سواء تمثلت في تحاليل معملية أو مجهرية، أو عمليات استكشافية أيا كانت طبيعتها، ومست بسلامة جسد المريض فإنّه يتعين على الطبيب إحاطته علما بطبيعتها⁽³⁾.

¹ - جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2000، ص 67.

² - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 159.

³ - مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص 120.

يعتبر القضاء عدم استعمال الجراح لوسائل التشخيص الحديثة للكشف عما يعانيه المريض بمثابة خطأ يستوجب مسؤوليته، ويظهر تشدداً على وجه الخصوص في مواجهة الأخصائيين من الأطباء إذا أهملوا الوسائل الحديثة للكشف عن المرض⁽¹⁾.

ويتعين على الجراح بعد أن يتوصل إلى تشخيص معين، إعلام مريضه بطبيعة المرض الذي يعاني منه، وأن يصف له ذلك فيخاطب كل مريض حسب شخصيته ومستواه، وأن يراعي الحالة النفسية لكل مريض، وأن يصف له الحالة التي يمكن أن يؤول إليه المرض في حالة عدم علاجه، وهذا يسمح للمريض أن يتخذ قراره عن علم وبصيرة. فالتبصير في هذه المرحلة له أهمية بالغة في تهيئة المريض نفسياً لقبوله المراحل اللاحقة⁽²⁾.

وبعد أن ينتهي الجراح من مرحلة التشخيص، ينتقل مباشرة إلى مرحلة العلاج، أين قد يكون تدخله علاجياً كيميائياً، أو جراحياً، وفي ظل هذا الأخير، لا بد أن ينصب الإعلام حول طبيعة العملية الجراحية التي يراها الجراح ضرورة والهدف الذي يسعى إلى تحقيقه، كما يلتزم بتبصير المريض بالفوائد التي ينتظر تحقيقها ونسبة احتمال الحصول عليها ونسبة الفشل في ذلك⁽³⁾.

اعترف المشرع الجزائري للطبيب بمبدأ الحرية في وصف العلاج وذلك من خلال نص المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب⁽⁴⁾، وبالنتيجة تمتعه بسلطة تقديرية واسعة في إعلام مريضه حول البدائل العلاجية، لأنّ المشرع لم ينص على هذا الالتزام، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم الطبيب من خلال المادة 1111-2 من قانون 4 مارس 2002 سالف الذكر على ضرورة إعلام المريض حول تعدد البدائل العلاجية⁽⁵⁾.

1 - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 68.

2 - زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص 145.

3 - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 74.

4 - المادة 11 من م.أ.ط تنص على أنه: " يكون الطبيب وجراح الأسنان حريين في تقديم الوصفة التي يري أنها أكثر ملائمة للحالة ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية ".

5 - Art 1111-2 stipule : « ... ainsi que sur les autres solutions possibles... »

لا يتوقف التزام الجراح على تبصير المريض بطبيعة العلاج الجراحي الذي يقترحه، إنما يجب عليه كذلك إعلامه بمخاطر هذا التدخل، إذ يعتبر الإخلال بالإعلام حول مخاطر العلاج النقطة التي دارت حولها معظم المتابعات القضائية المرفوعة ضد الأطباء والجراحين، إذ إنَّ تحقق أحد المخاطر المرتبطة بالعلاج عادة ما يدفع المريض إلى القول أنَّه لو أحيط علماً بهذا الخطر أو ذاك منذ البداية ما كان ليوافق على العلاج المقترح، وعليه فمن الضروري على الطبيب أن ينبهه بالمخاطر التي يمكن أن تتحقق أثناء تنفيذ العلاج⁽¹⁾. ولذلك، يجب على الجراح إعلام مريضه بالمخاطر المتوقعة، دون المخاطر غير المتوقعة الإستثنائية التي يصعب تقديرها، والتي تثير قلقه مما يجعله يرفض العلاج، فلا يعتبر الجراح مخلاً بالتزامه بإعلام المريض عن هذا النوع من المخاطر.

إلاَّ أنَّه يلتزم إستثناء بإعلام المريض عن المخاطر غير المتوقعة والإستثنائية ويتحقق هذا في مجال جراحة التجميل غير العلاجية⁽²⁾، حيث يقع على عاتق الجراح إعلام الشخص الخاضع لهذه العملية بكل المخاطر الملازمة لمثل هذه العمليات مهما كان معدل حدوثها تحت طائلة تحمل المسؤولية في حالة تقصيره في ذلك⁽³⁾. ونفس الشيء بالنسبة لعمليات نقل وزرع الأعضاء والتجارب الطبية.

يفهم من هذا الإستثناء أنَّ هناك حالات محددة يجب أن يقوم الطبيب فيها بتبصير مريضه تبصيراً مشدداً، أي بجميع الحوادث والآثار سواء كانت مؤكدة أو محتملة الوقوع وسواء أكان العمل الطبي علاجياً أم جراحياً وذلك لإعتبارات عديدة، أهمها معصومية الجسد المتمثل في حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده، واعتبار العقد الطبي من عقود الثقة التي لا تتعارض مع الكذب، وكذا كمال أهلية المريض وإرادته، وتتمثل هذه الحالات كما

¹ - مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص ص 130 - 131.

² - أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 18 نوفمبر 1969، بأنَّ الطبيب يكون مسؤولاً إذا أجرى عملية جراحية لإمرأة تبلغ من العمر 66 سنة بقصد إزالة الورم والتجاعيد الموجودة أسفل عينيها، وقد فشلت العملية ونتج عنها عمى بعينيها اليسرى، واعتبر الطبيب مسؤولاً لعدم تنبيه المريضة بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي، حتى وإن كانت هذه الاحتمالات نادرة الوقوع. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 29.

³ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص ص 163-164.

سبق الذكر في التجارب الطبية وعمليات استقطاع الأعضاء البشرية وزرعها وكذا الجراحة التجميلية غير العلاجية⁽¹⁾.

أما فيما يخص المخاطر الجسيمة، سواء المتوقعة أو غير المتوقعة، فإنه يتعين على الجراح تقديم المشورة والنصح للمريض بشأن ضرورة موافقته على التدخل الطبي وهذا من خلال تنبيهه بشأن درجة خطورة تفاقم مرضه وتأثيره على حياته في حالة رفضه هذا التدخل. وهو الأمر الذي أكد عليه الفقيه SARGOS، على أن الالتزام بالإعلام يقتصر فقط على الأخطار الجسيمة، فيعرف الخطر الجسيم بأنه الخطر الذي يؤثر على قرار المريض بقبوله العلاج أو رفضه والذي من طبيعته أن يؤدي إلى وفاة المريض أو إحداث عاهة مستديمة أو تشوه جسدي خطير تجعل المريض في حالة نفسية متدهورة⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، وبناء على كل المعطيات السابقة، يبقى التزام الجراح بإعلام مريضه التزام بتحقيق نتيجة وهذا انطلاقاً من المبادئ الثابتة في المجال الطبي وفقاً للقواعد الأساسية المتفق عليها في مهنة الطب وهو ضرورة تبصير مريضه وإحاطته علماً بمخاطر المرض وطريقة العلاج قصد الحصول على الموافقة منه في العلاج.

¹ - راجع: زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص ص 166-202.

إنّ الإعلام في مجال الجراحة التجميلية، يجب أن يشمل حتى المخاطر البسيطة لأنّ أيّ تشويه بسيط قد يكون محلاً للمساءلة الطبية، مادام أنّ هذا النوع من الجراحة يهتم بالمظهر الخارجي للشخص هذا ما أكدّه القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17/02/1998، بتقرير أنّ: " الالتزام بالإعلام لا بدّ أن يتضمن زيادة على المخاطر الجسيمة كل العواقب التي يمكن أن تنتج عن العملية..."

Cass, civ., 1^{ère}, 17 fev. 1998 : « L'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves mais sur tous les inconvénients pouvant en résulter... ». Voir sur : www.legifrance.gouv.fr. Et Cité in : ALBERT Nathalie, Op.cit., p. 356.

² - M. SARGOS a proposé de considérer comme tels les risques qui « sont de nature à avoir une influence sur la décision du patient d'accepter ou de refuser des investigations ou des soins. Ces risques graves peuvent se définir comme étant ceux qui sont de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes, ou mêmes esthétiques graves... ».

Voir : DORSNER DOLIVET Annick, La responsabilité du médecin, Ed ECONOMICA, Paris, 2006, p.79. Voir également : BACACHE-GIBELLI Mireille, L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, p. 3. Centre de documentation multimédia en droit médical. Voir sur : www.univ-paris5.fr/cddm/index.php.

الفرع الثاني

تحقق الرضا المتبصر

يلتزم الجراح بالحصول مقدما على رضا المريض المتبصر، وذلك قبل البدء في إجراء الجراحة، وإلا فإنّ العمل الذي يقوم به لا يكون مشروعاً، وتترتب بالتالي مسؤوليته عنه، حتى ولم يقع أي إهمال في العمل الجراحي ذاته.

يرجع إشتراط هذا النوع من الرضا مقدماً، من جهة إلى أن المريض إنسان حر، له حقوق مقدسة على جسده، لا يجوز المساس بها بغير رضائه، وكل اعتداء على حرّيته أو حقوقه على جسمه - حتى وإن كان الدافع إليه صالح المريض - يربط مسؤولية من ارتكبه، متى كان في استطاعته أن يحصل على رضائه، ومن جهة أخرى ترجع العلة في استلزام الحصول على الرضا إلى تطور العلاقة بين الطبيب والمريض، والتي أصبحت علاقة الحق بالواجب.

لا بدّ أن يكون الرضا صادراً عن شخص بالغ سن الرشد عاقل لا يعتريه أي عارض من العوارض التي تنقص أو تعدم أهليته (أولاً)، إلّا أنّ المريض قد يكون غير قادر على التعبير عن إرادته لصغر سنه (ثانياً)، مما يستدعي وجود من ينوب عنه لإبداء الرضا عن التدخل الجراحي (ثالثاً).

أولاً: صدور الرضا المتبصر من المريض البالغ

قبل مباشرة الطبيب لأي تدخل طبي لا بدّ أن يحصل على رضا المريض، إذا كانت حالته الصحية تسمح له بالتعبير عن إرادته، وفي حالة العكس يعتد بموافقة ذويه من أقاربه أو من يمثلهم قانوناً، إلا في حالة الضرورة أو الاستعجال التي لا يحتمل فيها تأجيل التدخل الطبي.

لا يقصد بالرضا مجرد الإيجاب الصادر من المريض للطبيب، والذي يكون العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب، بل هو رضا خاص، يتطلبه الفقه والقضاء من المريض متى أراد الطبيب إجراء علاج له. إذ يتمثل في ذلك الرضا الصادر من المريض، وهو حر الإرادة

عالم بحالته وما ينطوي عليه العلاج من مخاطر⁽¹⁾، ويطلق عليه تسمية " *الرضا المتبصر أو المستنير*"، باعتباره ذلك الرضا الصادر عن صاحبه بعد تلقيه قدر من المعلومات الضرورية اللازمة من الطبيب، والمتعلقة أساساً بتشخيص المرض والعلاج المقترح، وما يكتنفه من مخاطر، وذلك لتمكين المريض من اتخاذ قراره على بينة من أمره⁽²⁾.

إنّ العقد الطبي مهما بلغت خطورة العمل الذي يكون محلاً له، هو عقد رضائي، لا يحتاج إلى شكلية خاصة، بل يكفي لانعقاده مجرد تطابق إرادة الطبيب وإرادة المريض، الذي يمكن أن يعبر عن رضائه بالعقد بأي طريقة كالكتابة أو الإشارة، أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود.

وبالتالي، يعبر المريض عن رضاه إما بشكل صريح أو ضمني، غير أنه يجب، في كافة الأحوال، أن يسبق التدخل الجراحي، ويثور التساؤل، من جهة أخرى، عن حكم سكوت المريض وعدم إعتراضه على التدخل الجراحي، فهل يمكن إعتبار ذلك موافقة منه؟.

1- الرضا الصريح من المريض عن التدخل الجراحي

طالما أنّ المريض قد بلغ سن الرشد، وكان واعياً، فإنّه يتعيّن أن يصدر الرضاء منه شخصياً، ولا يغنى عن ذلك صدور الرضاء من أحد أقربائه، أو من شخص آخر تربطه به صلة وثيقة.

يحصل الجراح، في أغلب الحالات، على الرضا الصريح للمريض بخصوص العملية الجراحية المقدم إجراؤها، وتكون هذه الموافقة صريحة من المريض أو من يمثله إذا كانت العبارات الصادرة بهذا الشأن واضحة في التعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض، تدل صراحة وبصفة مباشرة بما لا يدع مجالاً للشك على قبوله العملية الجراحية المقترحة من قبل الجراح⁽³⁾، وقد يكون هذا الرضا كتابياً أو شفوياً⁽⁴⁾.

¹ - وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة الإقتصاد والقانون للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأول، السنة الثانية عشر، 1942، ص 427.

² - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 102.

³ - عادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 297.

⁴ - راجع كذلك المادة 1/60 من ق.م.ج.

إستحدث العمل الطبي طريقة، تتمثل في تجسيد رضا المريض بالتدخل الجراحي المقترح، في صيغة مكتوبة⁽¹⁾، أطلق عليها " الترخيص بالعملية " **Le permis à opérer** وقد رحبت الأوساط الطبية بهذه الطريقة، لما رأته من فائدة في مجال الإثبات، ومن ثم، تجنب المنازعات الناشئة عن إدعاء المريض عدم قيام الجراح بتبصيره والحصول على موافقته⁽²⁾.

وجدت فيما بعد فكرة تجسيد موافقة المريض في صورة ترخيص مكتوب بالعملية الجراحية، عزوفا من جانب الغالبية العظمى من الأطباء ورجال القانون في فرنسا، لتعارضها من جهة مع الثقة، وهي العنصر الجوهري، الذي يجب أن يسود علاقة المريض بالطبيب، ومن ناحية أخرى لعدم جدواها في تحقيق الهدف المراد منها⁽³⁾.

إنّ توقيع المريض على الصيغة التي تعتبر ترخيصا مكتوبا، يعتبر إثباتا لتبصيره والحصول على موافقته إجراء العملية الجراحية لا غير، ولا يعبر عن إعفاء الجراح من المسؤولية، بل يظل هذا الأخير مسؤولا تجاه المريض إذا لم يقدم له العناية اليقظة التي تتفق، في غير الظروف الإستثنائية، مع المعطيات العلمية المكتسبة.

يبقى الترخيص الكتابي بالتدخل الجراحي وسيلة ميسورة لإثبات وجود الرضا المتبصر والمستنير للخاضع للعملية الجراحية، دون إعفاء الجراح من المسؤولية في حالة إخلاله بالالتزامات الملقاة على عاتقه، ولا يشترط فيه عادة شكل معين، فقد تكون الكتابة بخط اليد أو بأية وسيلة أخرى معروفة بشرط إمكانية نسبة الكتابة إلى صاحبها.

وفي هذا الصدد، إشتراط المشرع الجزائري أن تتم عملية نقل وزرع العضو بصور تعبير صريح للمتبرع عن التنازل بأحد أعضائه، كما إشتراط في المادة 360 من قانون الصحة سالف الذكر ضرورة الموافقة المسبقة لعملية الإستئصال أمام رئيس المحكمة.

¹ - تقوم بعض المؤسسات الإستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، بإعداد نماذج مكتوبة مسبقا (مطبوعة) تتضمن بيانات محددة يقوم المريض بملئها وإبداء رضائه من خلالها، بتوقيعه عليها، وذلك لضمان إثبات موافقة المريض أو من يمثله قانونا من خلال تلك البيانات المحددة فيها.

² - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 108.

³ - للمزيد من التفاصيل أنظر: جابر محجوب علي، المرجع نفسه، ص ص 109-112.

كذلك تستدعي هذه الضرورة تبصير المتبرع بمختلف المخاطر التي قد يتعرض لها أثناء وبعد العملية وهو ما نصت عليه المادة 4/360 من القانون السالف الذكر، لذا إشتراط أن يكون التبرع من شخص راشد أهل وفقا لنص المادة 361⁽¹⁾، كما إشتطت المادة 364 منه الحصول على الرضا المتبصر من المتلقي المريض⁽²⁾، وهو ما أكدته كذلك المادتين 43 و 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب⁽³⁾.

جملة القول أنه لا إشتراط كقاعدة عامة أي شكل معين في موافقة المريض للأعمال الطبية، فقد يكون شفاهة أو كتابيا، غير أنه جرت العادة، في التدخلات الطبية التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسدية للمريض أو تنطوي على مخاطر جسيمة، أن يعبر المريض أو من يمثله عن موافقته كتابيا، لاسيما في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، بل من المؤسسات الإستشفائية، سواء الخاصة منها أو العمومية، من أعدت نماذج مكتوبة لضمان إثبات موافقة المريض أو ممثله القانوني من خلال بيانات محددة.

2- الرضا الضمني للمريض أو من يمثله

قد يكون الرضا الصادر من المريض أو من يمثله ضمنيا يستفاد من فعل أو تصرف المريض أو من اتخاذ موقف معين، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه: "... ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

يعتبر التعبير الضمني تعبيراً غير مباشراً، يكون عن طريق الاستنباط من الأفعال التي يقوم بها الشخص كمؤشر لتلك الإرادة وما تنطوي عليه، فيستفاد الرضا الضمني للمريض من ذهابه إلى عيادة الطبيب الجراح، بناء على نصيحة من طبيبه الخاص، وقد يستخلص الطبيب رضا المريض من خلال إصغائه له وخضوعه للكشف دون أي اعتراض، وذهابه

¹ - المادة 361 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر.

² - راجع المادة 4/360 والمادة 364 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر.

³ - نصت المادة 43 من م. أ. ط على ما يلي: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

أضافت المادة 44 من المدونة بنصها: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريضة موافقة حرة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منها ومن القانون....".

إلى غرفة العمليات بعد أن يكون قد تحصل على كل المعلومات المتعلقة بمرضه وحالته الصحية، وعن نوع العملية التي سيخضع لها، وبذلك يستنتج أنّ المريض قد رضي بالطبيب الذي سوف يعالجه دون غيره ورضي بالعملية التي سوف تجرى له.

إلا أنّه لا يستنتج في جميع الحالات أنّه تعبير ضمني عن رضاه بالعملية الجراحية، بمجرد استشارة للطبيب أو دخول عادي إلى المستشفى، لأنّه لا يمكن إعتباره بذلك موافقا مقدما على جميع العمليات، التي قد لا تكون لديه أية فكرة عنها⁽¹⁾.

3- سكوت المريض وعدم اعتراضه على التدخل الجراحي

يثار تساؤل في هذا الصدد، هل يجوز تفسير سكوت المريض وعدم اعتراضه على أنّه موافقة على الأعمال الطبية المقترحة؟

فوفقا للقواعد العامة في الشرع الإسلامي " لا ينسب إلى ساكت قول "، فاستخلاص القبول من مجرد السكوت فيه اعتداء على الحرية الشخصية، لذلك يجب توافر الظروف والأدلة التي تؤكد أن هذا السكوت يجسد إرادة حقيقية نحو الموافقة على التدخل الجراحي.

وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني فإنّ السكوت وعدم الاعتراض الذي يمكن أن يفسر على أنّه موافقة، هو السكوت الذي ينسب إلى الشخص الذي توافرت لديه القدرة على الاعتراض ولم يفعل، فالسكوت الذي يفيد الرضا يشترط أن تصاحبه ظروف وأدلة على توافر الإرادة الحقيقية لصاحبها نحو قبول الإجراء المقترح، وكان هذا الإجراء أو التدخل الطبي يحقق أفضل مصلحة للمريض، ويسمى السكوت بهذا المفهوم في فقه القانون المدني "بالسكوت الملايس"⁽²⁾.

ويتضح مما سبق، أنّ الأصل في رضا المريض بالتدخل الجراحي أن يكون صريحا سواء كان باللفظ أو الكتابة، والغالب أن يصدر الرضا كتابة في التدخلات الجراحية التي تنطوي على خطورة، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يصدر الرضا ضمنيا، كما أنّ السكوت

¹ - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،

2013، ص 270.

² - راجع المادة 68 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

لا يمكن أن يعدّ قبولا إلا إذا صاحبتة ظروف تدلّ على موافقة المريض للعملية الجراحية المزمع القيام بها.

تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أن الرضا الضمني والسكوت يعدان من مسائل الواقع التي تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

ثانيا: عدم جواز صدور القرار الطبي من قبل القاصر

يشترط في المريض، لكي يكون لرضاه عن التدخل الجراحي أثاره القانونية أن يصدر عن ذي أهلية⁽¹⁾، قدر من الإدراك والوعي وحرية الاختيار، على أساس أن الإكراه والتهديد يفسدان الرضا كما هو معلوم طبقا للقواعد العامة. أما إذا كان المريض صغير السن أو مصاب بأمراض عقلية تؤثر في قدرته على الإدراك والاختيار، ينتقل حق الموافقة على الأعمال الطبية إلى الممثلين الشرعيين لهذه الفئة من المرضى.

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري بشأن أهلية الصغير، نجد أن المادة 43 تنص على أنه: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيفا، أو معتوها، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون". وقد حددت المادة 40 من نفس القانون سن الرشد بتسعة عشر (19) سنة كاملة، في حين حددت المادة 42 منه سن التمييز بثلاث عشرة (13) سنة.

طبقا للقواعد العامة، ينوب طبقا لنص المادة 44 من القانون المدني عن المريض ناقص الأهلية أو عديمها بحسب الأحوال، الولي الطبيعي أو الشرعي، أو الممثل القانوني بصفة عامة.

¹ - الأهلية هي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها، وتنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء.

تعتبر أهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأن الإنسان منذ تمام ولادته حيا يكتسب هذه الأهلية.

أما أهلية الأداء فهي قدرة الشخص على التعبير عن إرادته تعبيرا منتجا لأثاره القانونية، ومناطق هذه القدرة هو تمييز هذا الشخص وإدراكه، ولذلك فلا تثبت أهلية الأداء لكل شخص، فهي تكون منعدمة إذا كان الشخص عديم التمييز وتكون ناقصة إذا كان الشخص مميزا، وتكون كاملة إذا كان الشخص بالغًا عاقلًا.

وفي قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁾ نجد أن المادة 82 من قانون الأسرة تنص على أنه: " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر تصرفاته باطلة." وتضيف المادة 83 من نفس القانون على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 42 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

نستشف من خلال المواد سالف ذكرها، أنه يكون الشخص كامل الأهلية - البالغ سن الرشد 19 سنة كاملة ويتمتع بكامل قواه العقلية وغير محجور عليه - أهلا لاستعمال حقوقه وإبرام مختلف العقود ومباشرة التصرفات أيّا كان نوعها بما في ذلك عقود الإدارة والتصرف وبالتالي حتى العقود الطبية التي لها علاقة مباشرة بكيانه الجسدي.

وبالرجوع إلى المادة 42 من القانون المدني والمادة 83 من قانون الأسرة نلاحظ أنه تكون تصرفات القاصر المميز نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، فهل تنطبق هذه الأحكام على العقود التي يتخذها القاصر المميز بشأن التدخلات الطبية الجراحية؟ وبعبارة أخرى: هل يحق للمريض صغير السن أن يعبر عن إرادته بإبداء الرضا أو الرفض عن التدخل الجراحي المقترح له من طرف الطبيب الجراح؟

تميّز التشريع الجزائري عن غيره من التشريعات العربية، بأن قدم الحماية اللازمة للصغير قدر الإمكان، بأن أكد على أن القاصر المميز لا يمكنه الموافقة على الأعمال الطبية رغم أن هذا الأخير يتمتع بدرجة من الإدراك تسمح له بفهم الخطاب الطبي، فهو لا يزال في نظر القانون قاصرا، وأن التدخل الطبي عمل دائر بين النفع والضرر مما يستلزم إستشارة وإجازة الممثل القانوني، وهو ما أكدت عليه المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها على أنه: " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم...".

¹ - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. ج عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدّل ومتمّم.

وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة 23 من قانون الصحة التي تنص على أنه: "تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية من طرف الأولياء أو الممثل الشرعي"⁽¹⁾. وحرصا منه على حماية حقوق هؤلاء الأشخاص القصر وعديمي الأهلية، أكد المشرع وكرر ذلك في المادة 4/343 من قانون الصحة.

يتضح من النصين عدم وجود أي استثناء يعطي للقاصر المميز حق الموافقة على الأعمال الجراحية بدون الرجوع إلى وليه بهذا الشأن، وهو يعد بمثابة حماية للقاصر دون مبرر⁽²⁾، وهذه تعد خطوة جيدة في التشريع الجزائري.

تجدر الإشارة إلى أنه في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية، تمنع المادة 361 من قانون الصحة انتزاع الأعضاء من القصر والراشدين المحرومين من قدرة التمييز سواء تقدم المعني بنفسه لذلك الغرض أو بموافقة وليه، وكذلك إذا كان المستقبل للعضو غير قادر على التعبير عن رضاه، يقوم مقامه أحد أعضاء عائلته البالغين بإعطاء موافقته كتابيا، كما هو محدد في الفقرة الثانية من المادة 364 من قانون الصحة⁽³⁾.

ثالثا: صدور القرار الطبي من الممثل القانوني للقاصر

أكد المشرع الجزائري على ضرورة موافقة الوالدين أو الولي أو الممثل القانوني قبل مباشرة التدخل الجراحي على القاصر، دون أن يستثني القاصر المميز في الموافقة، باستثناء النص العام الذي جاء في القانون المدني المادة 42 منه، والمادتين 82 و 83 من قانون الأسرة.

غير أنه عملا بمبدأ النص الخاص يقيد النص العام، فلا يمكن العمل بهذه النصوص والأخذ برضا القاصر المميز على الأعمال الطبية في القانون الجزائري، بسبب وجود نصوص في قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب، تؤكد ضرورة حصول الجراح على

¹ - راجع المادة 4/343 من ق.ص.

² - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية،...مرجع سابق، ص 217.

³ - أنظر المادة 2/364 من قانون الصحة سالف الذكر.

موافقة الوالدين أو الولي بشأن التدخلات الجراحية على القصر⁽¹⁾ والأشخاص غير القادرين على التمييز وذلك قبل مباشرتها⁽²⁾.

لا يزال المشرع الجزائري يشترط كمال الأهلية، أي بلوغ المريض سن الرشد غير محجور عليه، لإمكانية الموافقة على الأعمال الطبية⁽³⁾، وبالتالي لا يعتد بإرادة القاصر في التدخل الطبي بل يسند أمر الرضا فيه للمثل القانوني، في حين منح المشرع الفرنسي للقاصر حق المشاركة في إتخاذ القرارات الخاصة به من خلال نص المادة 371-1-4 فقرة 4 من القانون المدني⁽⁴⁾ وهذا حسب سنه ودرجة نضجه.

وباعتبار القرار الطبي من قبيل القرارات الشخصية الخاصة بالقاصر ألزم المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 4-1111 L. من قانون الصحة العامة البحث عن رضا القاصر إذا كان أهلا للتعبير عن إرادته والمشاركة في إتخاذ القرار الطبي⁽⁵⁾. وبذلك تكون المادة قد حصرت حق القاصر في المشاركة في إتخاذ القرار على أهليته في التعبير على إرادته والمشاركة في إتخاذ القرار، وهو بذلك يعترف لبعض القصر بالقدرة على الفهم والإدراك وبالتالي التقرير رغم نقص أهليتهم القانونية.

¹ - في مجال نقل وزرع الأعضاء تنص المادة 5/364 من قانون الصحة على أنه: "... وفي حالة الأشخاص القصر، يعطي الموافقة الأب أو الأم، عند غيابهما الممثل الشرعي".

² - تؤكد المادة 3/364 على أنه: " وفي حالة ما إذا كان الأشخاص عديمي الأهلية، يمكن أن يعطي الموافقة الأب أو الأم أو الممثل الشرعي، حسب الحالة".

³ - في الوقت الذي كان فيه المشرع المدني لا يعترف للقاصر المميز بإتخاذ القرارات الطبية، نجد المشرع الجنائي في قانون العقوبات الجزائري يحدد سن 13 سنة كاملة كحد أدنى لإمكانية متابعة القاصر عن إجرامه، مما يعني أنّ هذا الصبي يتمتع في نظر المشرع الجنائي الجزائري بالقدر الكافي من الإدراك والتمييز اللذان يجعلانه مسؤولاً مسؤولية ولو مخففة عن أفعاله، رغم أن أحكام الأهلية الجنائية هي الأقرب إلى مجال الأعمال الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان.

أنظر: مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية،... مرجع سابق، ص 220.

⁴ - Art. L.371-1 alinéa 4: « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ... ».

⁵ - Art. L.1111-4 alinéa 5 : « Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision... ».

الفرع الثالث

حالات إعفاء الجراح من الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض

قد لا يستطيع المريض أن يعبر عن إرادته وإبداء رضاؤه عن العلاج بسبب فقدة لوعيه أو لكون الظروف التي يتواجد فيها لا تسمح له بإبداء رأيه، فعندئذ هل يباشر الجراح تدخله دون أخذ رضا المريض وموافقته؟

يعفى الطبيب تماما من الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض إذا كان في حالة إستعجال تقتضي منه التدخل الفوري (أولا) أو إذا تنازل المريض مسبقا عن حقه في الحصول على رضاه (ثانيا).

أولا: حالة الاستعجال

يقع على عاتق الجراح التزام أساسي بالحصول على الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض، بإعلامه وفق المضمون السابق بيانه، والحصول على موافقته، إلا أن هذا الالتزام ترد عليه بعض الاستثناءات، ففي حالات معينة قد يعفى الجراح من الحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، منها حالة الاستعجال.

يقصد بحالة الاستعجال الحالة الصحية الخطرة التي يتواجد فيها المريض والتي تقتضي على الجراح تدخلا فوريا لإنقاذ حياة المريض من المرض المحقق⁽¹⁾، الذي تهدد حياته بالموت، أو تلف عضو من أعضائه ويكون فيها فاقد للوعي، أو أن حالته النفسية لا تسمح بأخذ إذنه⁽²⁾.

يسمح القانون للجراح الذي قد يضطر إلى العمل تحت ظرف الإستعجال، بالتدخل الطبي الجراحي دون الحصول على موافقة المريض، عندما يجد نفسه أمام حالة مريض على درجة عالية من الخطورة تستدعي السرعة، تقديرا منه بأن الانتظار إلى حين الحصول

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي ...، مرجع سابق، ص 109.

² - أسامة عبد العليم الشيخ، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013، ص 90.

على رضا المريض يشكل تهديدا لحياته، أو سلامة جسمه، وإذا امتنع عن التدخل في ظل هذه الظروف الطارئة اعتبر ممتنعا عن علاج المريض⁽¹⁾.

وحول إمكانية التدخل الجراحي في الحالات الإستعجالية وعند الضرورة دون موافقة المريض، أكد المشرع الجزائري على ذلك في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة من خلال للمادتين 4/344 والمادة 6/364 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽²⁾.

حسنا فعل المشرع الجزائري بسماعه تقديم العلاج الجراحي الضروري للمريض دون موافقته في حالات الاستعجال، مما يدل على حرصه الشديد على المحافظة على حياة المريض وضمان سلامته الجسدية من جهة⁽³⁾، وتوفير الحماية القانونية والطمأنينة للجراح أثناء ممارسة مهامه في مثل هذه الظروف من جهة أخرى، وهو ما نصّ عليه كذلك المشرع الفرنسي في المادة L.1111-2⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس، يعتبر العنصر الزمني في حالات الاستعجال عنصرا أساسيا، بيد أنّ هذا العنصر لا يكفي وحده لقيام حالة الاستعجال، إنما يجب أن يتواجد المريض في عزلة تامة أمام الطبيب، أي فاقدًا للوعي، ويستحيل الاتصال بمن يقوم مقام المريض وهم

¹ - أبو الوفا محمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 78.

² - نصت عليه المادة 4/344 من قانون الصحة: " غير أنّه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الإقتضاء، تجاوز الموافقة". وهو الأمر الذي أكد عليه المشرع في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء في المادة 6/364 بنصّها: " يمكن أن يمارس زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية دون الموافقة، الواردة في الفقرتين الأولى و2 أعلاه، عندما ولظروف استثنائية، لا يمكن الإتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمتلقى الذي يستحيل عليه التعبير عن موافقته وكل تأجيل قد يؤدي إلى وفاته".

³ - وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 26 جوان 2002. أنظر: قرار المحكمة العليا، ملف رقم 240757، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الأول، صادر بتاريخ 26/06/2002، (قضية: (ص.ن) ضد ذوي حقوق (لا.م) والنيابة العامة، حول موضوع: خطأ طبي يقيم مسؤولية الطبية الجراحة بسبب عدم إجراء عملية جراحية مستعجلة، بعد تشخيص المرض، أفضى إلى الوفاة)، نقلا عن: خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016، ص.ص 50-61.

⁴ - Art. L.1111-2 dispose : « ...Seules l'urgences ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. ».

الممثلين القانونيين اللذين ينوبون عنه، كلّ هذه الشروط يتعيّن توفرها مجتمعة للقول بوجود حالة الاستعجال⁽¹⁾.

من خلال ما سبق ذكره يتبيّن لنا أنّه قد يصف الطبيب حالة ما بأنها مستعجلة، وبالتالي يعفى من الالتزام بالحصول على الرضا المتبصر للمريض، إذا اجتمعت فيها الشروط التالية:

- بالنسبة للشروط الأول: كون العمل الطبي الجراحي عمل تقرضه ضرورة لا تحتتمل التأجيل، فكلّما كانت حياة المريض مهددة بخطر داهم ومحدد وأن عدم إسعافه في الحين يؤدي إلى الموت أو تفاقم حالته الصحية ليصبح مرضاً يستعصى علاجه فيما بعد، ففي هذه الحالة لا ينتظر الجراح إفاقة المريض أو حضور أحد أقاربه المخولين منه أو من القانون لإبداء الموافقة على التدخل الطبي⁽²⁾ لغلبة الظن بهلاك المريض وموته أو تلف عضو من أعضائه⁽³⁾. فحياة المريض أولى بالرعاية لذا لا بد أن يتدخل الطبيب حتى وإن لم يحصل على الموافقة وبقائه مكتوف اليدين وانتظاره إلى حين الحصول على الرضا ولم يسرع باتخاذ الإجراءات التي من شأنها إنقاذ حياة المريض يجعله مسؤولاً⁽⁴⁾.

يجوز للجراح التدخل من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يدعه أحد، بل حتى ولو كان غير أهل للقيام بالعمل الجراحي، لقصور التجربة، والمقرر في شأن هذه الظروف أنّه لا يجوز أن يعتبر الطبيب متعدياً على حق، إذا انفرد فيها باتخاذ القرار.

يرى "هنري ديبوا" أنّه يجب صرف النظر عن رضاء المريض، إذا اكتشف الجراح، أثناء إجراء عملية جراحية إصابة أشد خطورة مما أظهره الفحص الطبي، لا يحتمل علاجها أي تأخير، كأن يكون التأخير في إجراءها ينتهي بالمريض إلى الموت، أو يكون من شأن الانتظار حتى يفيق المريض من العملية الماثلة - لأخذ رضائه - أن يقلل من نجاحها، لعدم تحمله لتخديرين متتاليين، لأنّ مصلحة المريض تغني عن رضائه⁽⁵⁾.

¹ - جابر محبوب علي، مرجع سابق، ص ص 178-179.

² - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 88.

³ - أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 90.

⁴ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي...، مرجع سابق، ص 186.

⁵ - نقلاً عن: منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية...، مرجع سابق، ص 272.

- بالنسبة للشرط الثاني: وجود مريض فاقد للوعي، حيث يجوز للجراح في حالة الاستعجال الاستغناء عن إرادة المريض لمباشرة التدخل إذا كان عاجزا على التعبير عن إرادته في قبول أو رفض العلاج⁽¹⁾.

ثانيا: تنازل المريض عن حقه في الموافقة بشأن التدخل الجراحي

قد يعبر المريض عن إرادته في عدم الحصول على معلومات بشأن حالته الصحية أو العملية التي ينوي الجراح القيام بها، وفي هذه الحالة تختلط ثقة المريض في طبيبه في بعض الأحيان مع خوفه من معرفة حقيقة المرض الذي يعاني منه ومخاطر العلاج الجراحي الذي سيخضع له، عندئذ يسلم نفسه للجراح تاركا له مهمة علاجه والقيام بما يراه ضروريا لحالته، وقد يكون التنازل برفض المريض إعلامه من الجراح⁽²⁾، فالمريض حفاظا على هدوئه النفسي يفضل عدم معرفة الحقيقة تاركا مهمة علاجه للجراح بالطريقة التي يفرضها عليه ضميره المهني دون الرجوع إليه، وعلى الجراح احترام رغبة المريض في هذه الحالة⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس، يعدّ تنازل المريض عن حقه في الإعلام سببا لإعفاء الطبيب من التزامه بإعلام المريض، وقد تم تطبيق هذا الاستثناء من طرف القضاء الفرنسي⁽⁴⁾، وتم تكريسه تشريعا بموجب القانون الصادر 4 مارس 2002 سالف الذكر، إذ أنّ بمقتضى هذا القانون أصبحت الفقرة الرابعة من المادة L.1111-2 من قانون الصحة الفرنسي⁽⁵⁾ توجب إحترام إرادة المريض الراغب في أن يبقى جاهلا بتشخيص حالته.

¹ - جابر محبوب علي، مرجع سابق، ص 180.

² - KACHER Abdelkader, Une réflexion sur le principe de précaution appliquée a la médecine : *Quelques notes sur son approche en droit français et Algérien*, Revue critique de droit et sciences politiques, Faculté de droit, Université Mouloud MAMMERI, Tizi Ouzou, p. 234.

³ - حسام زيدان شكر الفهاد، مرجع سابق، ص 129.

⁴ - Cass. civ., 22 Mai 2002, publié au: (Bull. civ. I. p.142; 09 Oct. 2001. D. 2001, 3470, Rapp. Sargos, note Thouvenin; RTD Civ. 2002, 176 obs. Libchaber, 17 Mai 2000, JCP, 2000, II, 10462, note Savatier). Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

⁵ - Art. L.1111-2 dispose: « La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission ».

أعفى النص المذكور أعلاه الجراح من التزام إعلام المريض، إذا أعلن هذا الأخير رغبته في عدم العلم، هذا من جهة، لكن من جهة أخرى أورد هذا النص تحفظاً على هذا الاستثناء يتعلق بالحالة التي يجب فيها الإعلام حماية شخص من الغير، فالغاية من وضع هذا التحفظ أنه إذا كانت المحافظة على صحة الغير تلزم إعلام المريض بحالته لكي يتخذ ما يلزمه للمحافظة على صحة هذا الغير، فإنه يجب على الجراح إعلام المريض حتى في حالة تعبيره عن إرادته في أن لا يتم إعلامه بحالته الصحية.

الفصل الثاني

تحديد خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي

ترتكز المسؤولية المدنية بوجه عام والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص على أساس الخطأ، وقد أكد الواقع العملي أنّ خطأ الطبيب هو الأبرز بين الأخطاء المهنية، ومن هنا كانت أهمية دراسة الخطأ المهني والبحث في فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الأطباء لاسيما الجراحين منهم، ذلك أنّه متى تزايدت دعاوى مساءلة هؤلاء كونهم يقومون بعمليات جراحية خطيرة، فإن مسألة تحديد المسؤول عن الضرر يجعلنا نبحث عن معيار قانوني نتحدد على أساسه فكرة الخطأ.

لا يضمن الطبيب الجراح الشفاء للمريض، فالشفاء بيد الله سبحانه وتعالى، إنّما يلتزم ببذل العناية الكافية، وبالتالي تقع على عاتقه العديد من الالتزامات قبل وأثناء وحتى بعد إجراء التدخل الجراحي، وحق المريض تجاه الطبيب الجراح الذي يعالجه هو الحرص على سلامته، ومساءلته عن الخطأ الذي يسبب له ضررا، إذ أنّ الجراح يسأل عن كل تقصير في سلوكه لا يحصل من طبيب يقظ في مستواه العلمي والمهني ويكون في نفس الظروف المحيطة بالجراح المسؤول أو المتسبب بالفعل الضار المنسوب إليه.

وبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بمزاولة مهنة الطب وأخلاقياتها وبالأخص القانون رقم 18-11 والمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب لم نجد نصا يقرر مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية الناجمة عن أخطائهم المهنية، أو يتعرض لبيان الخطأ في مجال الأعمال الطبية، تاركا ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء. وبالنسبة للقضاء الجزائري فقد لاحظنا أثناء بحثنا قلة الأحكام والقرارات القضائية في هذا المجال (المبحث الأول).

وعلى الرغم من أنّ الجراحة تعتبر من أهم فروع العلوم الطبية، وأنّ العمليات الجراحية قد حققت نجاحات كبيرة وكثيرة، وأصبحت من أكبر النعم على البشرية إذ غالبا ما تعتبر الحل الوحيد والعلاج الجذري لاستئصال الداء، إلّا أنّها تنطوي على مخاطر عديدة، وهو الأمر الذي يفرض على الأطباء الجراحين بذل عناية يقظة سواء في مرحلة الإعداد للتدخل

الجراحي أو أثناءه أو بعده، فهذه العمليات تتضمن شق البطن وقطع الشرايين، وفي سبيل ذلك تستعمل آلات وأدوات طبية وأدوية، وهو الأمر الذي يتطلب من الجراح يقظة شديدة. تقوم مسؤولية الجراح خلال مرحلة تنفيذ العمل الجراحي، إذا لم يؤد عمله بالمهارة التي تفرضها المهنة وفقاً للأصول العلمية المستقرة والسائدة، وقد أصبح خطأ الطبيب الجراح الخطأ النموذجي لدراسة المسؤولية الطبية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

غياب الإرادة التشريعية وجمود القضاء في تحديد خطأ الطبيب أثناء مراحل إجراء التدخل الجراحي

يكتسي البحث عن فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الأطباء أهمية كبيرة، خاصة مع تزايد دعاوى مساءلة الأطباء وخصوصاً الذين يقومون بالعمليات الجراحية، وما تمثله من خطورة على المرضى، الأمر الذي يجعل من الصعوبة بمكان تحديد المسؤول عن الضرر الذي يقع على المريض، وما هي الأخطاء التي يقع فيها الأطباء عموماً والجراحين على وجه الخصوص.

ولذلك لابدّ من تحديد فكرة الخطأ في إطارها القانوني، غير أنّ معظم التشريعات لم تعرف الخطأ الطبي في نصوص القانون المدني، وقانون العقوبات وقوانين مزاوله مهنة الطب وأخلاقياتها تاركة ذلك لاجتهاد الشراح وأحكام المحاكم.

يستمد الخطأ الطبي تعريفه من الخطأ بوجه عام، لذلك يستلزم تعريفه بيان تعريف الخطأ بصفة عامة قبل التعريف بفكرة الخطأ الطبي، وعلى هذا الأساس لا بدّ من تحليل فكرة الخطأ عامة باعتبارها أساساً للمسؤولية المدنية ثم تطبيقها في المجال الطبي (المطلب الأول)، كما يستدعي الأمر تحديد نطاق هذا الخطأ ومختلف صوره (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطبيق النظرية العامة للخطأ في مجال المسؤولية الطبية

يعتبر الإنسان حراً في ممارسة نشاطه مادام هذا النشاط ممّا يبيحه القانون، ولكل شخص الحق في سلامة جسده والحفاظ على حياته، أي أنّ له الحق في السلامة، وليس

لأحد أن يمسّ هذا الحق، فإذا مارس نشاطه في الحدود التي رسمها له القانون كان نشاطه مشروعاً شريطة أن لا يوقع ضرراً بالغير يشكل مساساً بحقه في السلامة وإلاّ كان مسؤولاً. إكتفت النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية بوضع الأساس العام لهذه المسؤولية وأفرغته في نصوص القانون المدني، تاركة هذه المسألة لإجتهد فقهاء القانون والقضاء (الفرع الأول)، وهو ما يثير فضول البحث في أهمية تحديد مفهوم فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المعنى العام للخطأ المدني

لم تتضمن التشريعات الوضعية تعريفاً للخطأ، فلا المشرع الجزائري ولا الفرنسي أو المصري قد عرف فكرة الخطأ باعتبارها أحد أركان المسؤولية المدنية، سواء العقدية أو التقصيرية، تاركة ذلك للفقهاء، وبذلك الخصوص احتدم الخلاف حول وضع تعريف محدد للخطأ (أولاً)، ومن ثم ضرورة التمييز بين الخطأ المدني، باعتباره محور هذه الدراسة كلها، والخطأ الأخلاقي وكذا الخطأ الجزائي (ثانياً).

أولاً: تعريف الخطأ وتحديد عناصره

تعتبر فكرة الخطأ من أدق الأفكار في القوانين المدنية، ويرجع ذلك إلى أنّ هذه الفكرة غير محددة، لاتصالها بفكرة الأخلاق، ولما كانت هذه الأخيرة يعوزها التحديد والضبط لزم أن تكون فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة⁽¹⁾.

لذلك أثارت هذه الفكرة جدلاً كبيراً في القانون المدني، واحتدم الخلاف حولها منذ نحو قرن من الزمن بين الفقهاء والقضاء، ومن ثمة فليس من السهل تحديد فكرة الخطأ تحديداً دقيقاً، وبالتالي ليس من السهل تعريف الخطأ تعريفاً جامعاً مانعاً، لاسيما أنّ معظم التشريعات لم تفصح عن ذلك.

¹ - قوادري مختار، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقهاء الإسلاميين، مجلة الحقيقة، مجلد 17، جامعة أحمد دراية، أدرار، عدد 4 (العدد 47 من التسلسل السابق)، ديسمبر 2018، ص 82.

1- تعريف الخطأ

اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة إلى ركن الخطأ في المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، كما أضافت المادة 125⁽¹⁾ على أنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه وعدم حيطة إلا إذا كان مميزا ".

ولقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي⁽²⁾ إذ جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بوجه عام، لكن لم يحدده، وهو ما فتح المجال لفقهاء القانون في محاولات كثيرة لتحديد هذه الفكرة.

رغم إدراك البعض لصعوبة هذه المهمة التي تتمخض في كون فكرة الخطأ من حيث نشأتها ومصدرها هي في الأساس فكرة أخلاقية، ولما كانت فكرة الأخلاق واسعة ينقصها التحديد والانضباط اللّازمان كان من الطبيعي أن تكون فكرة الخطأ بدورها غير محددة وغير منضبطة.

وعلى الرغم من كل هذه الأسباب، تصدى الفقه للمسألة محاولا إعطاء تعريف شامل وجامع للخطأ، فتعددت المحاولات في سبيل ذلك وكثرت التعاريف وتباينت وتأثرت بالنزعات الدينية، الفلسفية، الخلقية والاجتماعية، بل وحتى الاقتصادية، إذ اختلفت باختلاف التطور الاجتماعي والاقتصادي للمجتمع الذي يعيشون فيه⁽³⁾.

¹- وهذا بمقتضى تعديل أحكام القانون المدني بقانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.

²- أشار المشرع الفرنسي إلى ركن الخطأ في المادة 1382 من القانون المدني التي تنص على ما يلي:
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».

³- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 142.

حاول بعض الفقهاء حصر دائرة الخطأ فعرفوه بتعاريف مختلفة، فعرفه الفقيه الفرنسي الأستاذ بلانيول **Planiol** بأنه: " **إخلال بالتزام سابق**" ⁽¹⁾، وهي من التعاريف التي شاع استعمالها عند الكثير من الفقهاء، وقد وضّح أنّ المقصود بذلك، ليس الإخلال بالتزام بين شخصين فحسب بل عمّم الأمر إلى كل التزام عام يقع على عاتق كل الناس ولا يحتاج تقريره إلى نص قانوني، بل يستنبط من المبادئ القانونية العامة، وعليه يتمثل ذلك الالتزام السابق في الالتزام القانوني العام الذي يقع على عاتق كافة بعدم الإضرار بالغير ⁽²⁾.

ومن جهته عرّف الأستاذ سافاتييه **SAVATIER** الخطأ متخذاً من تعريف بلانيول أساساً لتعريفه، واعتبر الخطأ **إخلالاً** بالتزام سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته، وحدد الواجبات التي يعتبر الإخلال بها خطأً، وأرجعها إلى عدة مصادر وهي: القانون أو العقد أو واجب أخلاقي محدّد بأمر بعمل معين أو ينهي عن عمل معين، وأخيراً قد يكون مصدرها الواجب العام الذي يفرض على كافة ألا يضر بعضهم بعضاً ⁽³⁾.

أما **جوسران** فقد عرّف الخطأ بأنه: يتضمن عنصرين، يتمثل الأول في المسّاس بحق من حقوق الإنسان، على أن يفهم الحق بالمعنى الواسع ليشمل الحريات، أما المسّاس بمصلحة فهو غير كاف، أما العنصر الثاني، فهو أن لا يستطيع المسؤول أن يتذرع بحق أقوى من حق المضرور ⁽⁴⁾.

¹ - « La faute est un manquement à une obligation préexistante.

Cité in : JOURDAIN Patrice, Les principes de la responsabilité civile, 5^{eme} édition, Dalloz, Paris, 2000, p.48.

² - حاول الأستاذ **بلانيول** حصر الالتزامات العامة التي يعد الإخلال بها خطأً في أربع فئات:

- الأولى: الالتزام بعدم الاعتداء بالقوة على أموال الناس وأشخاصهم، أي الامتناع عن العنف،
- الثانية: الالتزام بعدم استعمال وسائل الغش والخداع،
- الثالثة: الامتناع عن القيام بعمل لم تنتهياً له الأسباب من قوة ومهارة،
- الرابعة: اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء.

راجع: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 880. أنظر كذلك: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 146.

³ - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص ص 66-67.

⁴ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 146.

يلاحظ على هذه التعاريف أنها لم تتضمن المعيار الذي يتم على أساسه تحديد ما يعتبر إخلالاً من عدمه، كما أنها لم تتضمن عنصر التمييز الذي يجب أن يتوفر في الخطأ كركن من أركان المسؤولية المدنية.

ولذلك تنبه البعض إلى ذلك القصور وأضافوا شرط التمييز، فجاء تعريف كابيستان الذي يحلّل الخطأ في عنصرين: يتمثل الأول في التعدي *La culpabilité*، وهو عنصر مادي موضوعي وهو أن يسلك المرء مسلكاً لم يكن ينبغي أن يسلكه الرجل العادي أو ألا يفعل ما كان ينبغي أن يفعل الرجل العادي، أما الثاني فيتمثل في عنصر الإسناد *L'imputabilité*، وهو عنصر معنوي يقتضي أن لا يسأل المرء عن التعدي إلا إذا كان مميّزاً يدرك أنه معتمد⁽¹⁾.

ومن جانبه، يرى الدكتور عبد السلام التونجي ضرورة إضافة شرط التمييز إلى تعريف الأستاذ بلانيول، فيعرف الخطأ بأنه: إخلال بواجب مقترن بإدراك المخل إياه، وهكذا يجد أنّ للخطأ عنصرين، أحدهما موضوعي وهو الإخلال بواجب قانوني، وثانيهما شخصي، وهو توافر التمييز والإدراك لدى المخل بهذا الواجب⁽²⁾.

وبعد ذلك استقر على أنّ الخطأ إخلال بالالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز وإدراك، ومن خلال كل هذه التعاريف، يمكن تعريف الخطأ بأنه الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك⁽³⁾، ويتضح من هذا التعريف أنّ الخطأ يتضمن عنصران هما العنصر المادي المتمثل في الانحراف أو التعدي، والعنصر المعنوي المتمثل في الإدراك والتمييز.

2- عناصر الخطأ

رغم كثرة محاولات تعريف الخطأ وتنوعها، واختلاف الفقه حولها، فقد أجمع هذا الأخير على أن هذه الفكرة تقوم على عنصرين: أولهما موضوعي أو مادي يتمثل في الفعل أو

¹ - نقلاً عن: علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 147.

² - عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص 258.

³ - عز الدين الدناصري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 61.

التعدي، وثانيهما شخصي أو معنوي يتمثل في ضرورة توافر التمييز والإدراك لدى مرتكب الفعل.

أ- العنصر الموضوعي أو المادي للخطأ: التعدي

تفرض القواعد العامة التي تنظم حياة الإنسان أن يمتنع هذا الأخير عن القيام بأعمال قد تلحق ضرراً بالغير، فإذا خالف هذه القواعد وألحق ضرراً بالآخرين يكون قد أتى فعلاً يشكل الركن المادي في الخطأ، فمتى أتى فعلاً كان من نتائجه وقوع ضرر بالغير، يكون قد أتى فعلاً إيجابياً، وهو ما يسمى بالتعدي الإيجابي، ولم يحصر القانون المدني الأفعال التي تشكل تعدياً إيجابياً، بل إكتفى بالنص في المادة 124 سالف الذكر على أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض.

يشمل التعدي الإيجابي إتيان الجراح فعلاً محظوراً، بالتقصير والإهمال، كأن يتسبب في بتر أحد أعضاء جسم المريض أو إتلاف أحد منفعه. وبالمقابل، فإن من يمتنع عن القيام بعمل، ويكون من نتائج امتناعه إيقاع الضرر بالغير، يكون قد أتى فعلاً سلبياً، وهو ما يسمى بالتعدي السلبي، ومثال ذلك الطبيب الذي يصادف جريحاً ينزف دماً، ولم يقم بإسعافه، فالترك ورفض علاج المريض أو إسعافه من أهم صور التعدي السلبي⁽¹⁾.

يقع إثبات عنصر التعدي على المضرور، فإذا وقع تعدد من شخص سبب ضرراً لشخص آخر، كان على المضرور أن يثبت وقوع التعدي الذي سبب الضرر، ذلك لأن المسؤولية في هذه الحالة هي مسؤولية عن العمل الشخصي وهي تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات، إذ يتعين على المضرور أن يثبت انحراف سلوك المعتدي على سلوك الرجل العادي، مما أدى إلى إلحاق الضرر به، فإذا استطاع أن يثبت هذا الانحراف، ثبتت المسؤولية في جانب المعتدي.

ب- العنصر الشخصي أو المعنوي للخطأ: التمييز والإدراك

مما لا شك فيه، أنه لا بد من توافر الإدراك في الشخص الذي يوقع الضرر بالغير حتى تتحقق مسؤوليته، فإدراك الإنسان لأفعاله، هو العنصر المعنوي في الخطأ إلى جانب العنصر المادي والذي هو التعدي.

¹ - قوادري مختار، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي...، مرجع سابق، ص 87.

وعلى هذا الأساس، فلا يكفي عنصر التعدي ليقوم الخطأ، بل يجب أن يكون من وقعت منه أعمال التعدي مدركا لها، إذ لا مسؤولية دون تمييز، فالصبي غير المميز، والمجنون، والمعتوه عنها تاما، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم⁽¹⁾.

يربط المشرع الجزائري المسؤولية عن الفعل غير المشروع بالتمييز، فمن كان مميزا وصدر منه فعل أصاب الغير بضرر، يكون مسؤولا مسؤولية كاملة. وقد يكون إنعدام التمييز بسبب السن، فمن كان دون سن الثالث عشرة من العمر، لا يكون مميزا طبقا للمادة 42 من القانون المدني الجزائري.

وعلى هذا الأساس، لا يكون الإنسان مسؤولا عن أفعاله الضارة إلا إذا توفر فيها عنصرا الخطأ وهما: التعدي والإدراك أو التمييز.

ثانيا: التمييز بين الخطأ الأخلاقي والخطأ القانوني

1- الخطأ الأخلاقي *Faute morale*

يتمثل الخطأ الأخلاقي في القيام بعمل، أو في الامتناع عن القيام به، بشكل مخالف للتعاليم الدينية أو للقواعد الأخلاقية والضمير، وهو يشكل في أساسه مخالفة يحاسب عليها مرتكبها أمام الله، وأمام الضمير، ومعيار هذا الخطأ معيار ذاتي وتقديره يكون في ضوء الظروف الشخصية لمن ارتكبه، لأنّ أساس هذا الخطأ يقوم على ما يدور في ذات الإنسان وفي ضميره، وهو في هذا المجال يتعلق بالمبادئ والأخلاق فقط، ويقوم في جانب من يقترب إثما بمخالفة تلك المبادئ والأخلاق، سواء كان ذلك بعمل أو بالامتناع عنه، وسواء أتى عمله عن قصد أو أتاه عن غير قصد.

يختلف الخطأ الأخلاقي بنتائجه عن الخطأ القانوني، ويتوافر بمجرد القصد أو بما يخالج النفس من إثم بصرف النظر عما ينتجه، بعكس الخطأ القانوني الذي لا يمكن أن يؤدي إلى المسؤولية، إلا إذا نجم عنه إخلال يوجب جزاء قانونيا، ولا يعني ذلك أنّ القانون

¹- أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مرجع سابق، ص 903.

والأخلاق نظامان مختلفان، بل كثيرا من القواعد القانونية تستند في أساسها إلى قواعد أخلاقية⁽¹⁾.

2- الخطأ القانوني Faute juridique

يقوم الخطأ القانوني عند الإخلال بإحدى القواعد التي وضعها القانون وحدد فيها ما يجب على الفرد الالتزام به للعيش في المجتمع باستقرار، حيث يساءل الفاعل عن هذا الخطأ وإن لم يقصد الضرر ما دام تصرفه يخرج عن السلوك المألوف للشخص العادي.

تتطوي فكرة الخطأ القانوني على مخالفة القواعد القانونية الصريحة من جهة، ومن جهة أخرى على مخالفة المبادئ العامة المتعلقة بالنظام الاجتماعي التي تفرض عدم الإضرار بالغير وعدم ارتكاب ما يخل بالآداب العامة، كما تفرض الاحتراز والتنبيه من الوقوع في غفلة أو إهمال قد يتأتى عنهما ضرر بالغير⁽²⁾.

لا بدّ من التمييز في إطار الخطأ القانوني بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني، إذ يتمثل الأوّل في مخالفة واجب قانوني تكفله قوانين العقوبات بنص خاص، بمعنى الإخلال بالقواعد القانونية المقرّنة بجزاء التي تنظم أسس المجتمع وتؤمن استقراره، والاعتبار فيه هو الإضرار بالمجتمع والجزاء فيه هو العقوبة، وتحقق الجريمة يستتبع قيام المسؤولية الجزائية، في حين يعتبر الخطأ المدني إخلال الفرد بالتزام يقع عليه، ومفروض عليه تنفيذه قانونا أو اتفاقا، ينظر إليه من زاوية الإضرار بالفرد ومن زاوية الإخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد، والجزاء فيه يتأدّى في إصلاح ذلك التوازن الذي اختلّ بما يقتضي به من تعويض.

الأصل أنّ كلّ خطأ جزائي يستتبع خطأ مدني، لأنّ الفعل الذي يكون خطأ جزائيا يعدّ في الوقت ذاته خطأ مدنيا، وأنّ العكس غير صحيح، بمعنى يتحقق وجود الخطأ المدني وتكتمل عناصره دون أن يعدّ الفعل المكوّن له جزائيا، إذ لم تكن فيه مخالفة لنصوص قانون

¹ - عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987، ص 21-22.

² - عبد اللطيف الحسيني، مرجع نفسه، ص 22.

العقوبات، وعلى هذا فإنّ الخطأ المدني أوسع دائرة من الخطأ الجزائي، كون هذا الأخير يتضمن خطأ مدنياً، أما الخطأ المدني فقد يوجد دون أن يشكّل جرماً جزائياً⁽¹⁾.

وتظهر أهمية التمييز بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي في حجية الحكم الجزائي أمام المحكمة المدنية، فإذا أدانت المحكمة الجزائية المتهم كان حكمها مثبتاً لوقوع خطأ جنائي، ولأنّ الخطأ الجزائي مخالفة لنص من نصوص قوانين العقوبات، ولأنّ هذه النصوص تتضمن أوامر ونواهي تفرض على الناس واجبات، فإنّ الخطأ الجزائي متى ثبت بحكم الإدانة يستتبع اعتبار الخطأ المدني ثابتاً أيضاً، أمّا إذا برأت المحكمة المتهم، لعدم ارتكابه ما يعتبر خطأ جزائياً يقع تحت طائلة نصوص قانون العقوبات، فإنّ ذلك لا ينفي أن يكون ما وقع منه كافياً لاعتباره خطأ مدنياً، إذ لا يوجد ما يمنع أن يعيد التكيف للوقائع تكييفاً مدنياً وتقوم الدعوى المدنية ويحكم بالتعويض.

وفي المجال الطبي، لما يصدر حكم ببراءة الجراح من جنحة الجرح غير العمدي، فهذا لا يمنع المضرور الضحية من سلوك الطريق المدني للمطالبة بالتعويض، على أساس الخطأ المدني المتمثل في عدم تبصيره بمخاطر العملية الجراحية وليس على أساس التقصير في إجراءاتها.

ويتحقّق الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية عند مخالفة المبادئ العامة التي تسود النظام في المجتمع والتي تقضي بعدم سعي الإنسان للإضرار بالغير، وتقضي بالاحتراز واليقظة. وقد يتأتى هذا الخطأ أيضاً عن إهمال أو تقصير يصدر عن فاعل الضرر، كما قد يتأتى بشكل خطأ عقدي يوجب المسؤولية العقدية عند خروج فاعله عن سلوك رب العائلة الصالح. يعتبر الخطأ عقدياً في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه، يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ عن عمد أو عن إهمال، أو يكون سببه مجهولاً، ففي جميع هذه الحالات يتوافر ركن الخطأ، ولا يستطيع المدين أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع

¹ - للمزيد من تفاصيل أوفى حول الخطأ الطبي الموجب لقيام المسؤولية الجزائية، راجع: غضبان نبيلة، الخطأ الطبي الجراحي والمسؤولية الجزائية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص ص 8-73.

إلى سبب أجنبي، وعدم التنفيذ يشمل عدم التنفيذ الكلي والتنفيذ المعيب، والتنفيذ المتأخر، ففي كل هذه الصور يتوافر ركن الخطأ⁽¹⁾.

يرى الدكتور أنور سلطان أنّ الخطأ العقدي انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المدين يؤدي إلى مؤاخذته، ومعيار هذا الانحراف هو في مجافاة مسلك المدين لمسلك الشخص العادي، فإذا كان طبيبا مثلاً فيقارن مسلكه لمعرفة ما إذا كان قد ارتكب خطأ بمسلك الطبيب الذي وجد في مثل ظروفه⁽²⁾.

ويرى الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أنّ الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ عن العقد، فالمدين قد التزم بالعقد، فيجب عليه تنفيذ التزامه، فإذا لم يقم بذلك كان هذا هو الخطأ العقدي، ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد، أو عن إهماله، أو عن فعله دون عمد أو إهمال⁽³⁾.

يعتبر الخطأ تقصيراً، إذا انحرف الشخص في السلوك أو إخلال بواجب تفرضه القواعد القانونية، لا يأتيه الرجل العادي إذا وجد في الظروف الخارجية نفسها التي أحاطت بالمسؤول⁽⁴⁾.

وفي ظل هذا التعريف، يقاس الانحراف بمعيار موضوعي، أي على ضوء السلوك المتوقع من الشخص المعتاد في الظروف التي قم فيها الخطأ.

يتناول لفظ الخطأ الفعل السلبي وهو الامتناع عن القيام بعمل، والفعل الإيجابي، وتنصرف دلالاته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء، ويجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضي، الذي يسترشد في ذلك بما يستخلص من طبيعة نهي القانون عن

¹ - أنظر: عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص 379. عبد الرشيد مأمون، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزامات والإثبات، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 2007، ص 238.

² - أنظر: أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، 1998، ص 146.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ص 735-736.

⁴ - أنظر: فيلاي علي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص 55.

الأضرار، فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، ومخالفة هذا النهي هي التي ينطوي فيها الخطأ.

ومن ثم يمكن القول بأنّ الخطأ العقدي يتمثل في مجرد عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب للالتزام، أو حتى التأخير في التنفيذ، في حين أنّ الخطأ التقصيري يعكس انحرافا وتقصيرا في سلوك الشخص عن سلوك الرجل العادي، وبالتالي يتضمن جانبا أخلاقيا في تقييم هذا السلوك ويستهدف أيضا ضرورة تطابق هذا السلوك مع نموذج معين تقتضيه القوانين واللوائح المختلفة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مفهوم الخطأ الطبي الجراحي

يقرر الواقع العملي مدى أهمية البحث عن فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، لاسيما في إطار العمل الجراحي، ذلك أنّه قد تزايدت دعاوى مساءلة الجراحين، نظرا لما تمثله العمليات الجراحية من خطورة على حياة المريض.

يخضع الخطأ الطبي للمعيار العام لتحديد الخطأ في نطاق المسؤولية المدنية، إلا أنّه نظرا للطبيعة الخاصة والفنية للتدخل الطبي الجراحي وما ينطوي عليه من صعوبات مردّها التقدم العلمي والطبيعة الغامضة للجسم البشري، يثار التساؤل حول مفهوم الخطأ الطبي، لذلك تقتضي دراسة الخطأ الطبي الجراحي، بيان دور الفقه والقضاء في ضبط مفهومه وتمييزه عن الغلط العلمي (أولا)، ثم توضيح شروط ثبوته وتحققه (ثانيا).

أولا: المقصود بالخطأ الطبي

لم تتضمن النصوص القانونية المتعلقة بممارسة الطب، سواء في مدونة أخلاقيات الطب أو في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة تعريفا للخطأ الطبي، بالرغم من أن هذا الأخير قد أشار إلى مصطلح الخطأ المهني في المادة 413 التي تنص على أنّه: "باستثناء الضرورة الطبية، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و 289 و 442 (الفقرة 2) من قانون العقوبات كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكب خلال

¹ - حمدي عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، القسم الثاني: المصادر غير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 417.

ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته". كما أشار إلى مصطلح الخطأ في المادة 353 من قانون الصحة⁽¹⁾.

وفي ظل عدم ورود تعريف محدد للخطأ الطبي سواء في التشريع الجزائري أو في التشريعات المقارنة، ترك ذلك لاجتهاد شراح القانون والقضاء.

1- موقف الفقه والقضاء من الخطأ الطبي

أ- موقف الفقه من الخطأ الطبي

عرّف الخطأ الطبي بأنه: كل مخالفة، أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيلة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب عن فعله نتائج جسيمة في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر، حتى لا يضر بالمريض⁽²⁾.

تصب كل التعاريف التي صيغت بشأن الخطأ الطبي في معنى واحد، وهو أنه إخلال بالتزامات كان يجب على الطبيب مراعاتها واحترامها، فعندما يباشر الطبيب الجراح مهنته، فذلك يستلزم منه دراية خاصة، ويكون ملزما بالإحاطة بأصول فنّه وقواعد عمله التي تمكنه من مباشرتها، ومتى كان جاهلا لذلك عد مخطئا.

وعلى هذا الأساس، يتعيّن على الطبيب الالتزام بإتباع الأصول الطبية من خلال التزامه بإتباع الأساليب والوسائل العلاجية التي يقضي بها العلم حتى لا يعرض حياة المريض للخطر، وأنّ مخالفة الطبيب للسلوك الواجب الإلتباع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أتى فيها الطبيب تصرفه يدخله في دائرة الإخلال بواجبات الحيلة والحذر، الأمر الذي يستوجب مساءلته عن الخطأ الطبي المرتكب منه.

¹ - راجع المادة 353 من ق.ص.

² - نقلا عن: أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 286.

ب- موقف القضاء من الخطأ الطبي

يظهر موقف القضاء الجزائري بخصوص الخطأ الطبي من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23 جانفي 2008⁽¹⁾، بمناسبة خطأ طبي جراحي موجب للمسؤولية المدنية، الذي أكدت فيه على أنه يعني الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب، بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب وأن هذا الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب، لاسيما أن قضاة الموضوع ركنوا لخبرة طبية، أكدت أن نزع الكلية مبالغ فيه ولم يكن هناك داع لذلك وأن الجراح خالف أصول وقواعد أخلاقيات المهنة وأن المسؤولية قائمة في حقه⁽²⁾.

2- تمييز الخطأ الطبي عن الغلط العلمي في ظل المعيار العام لتقدير الخطأ

يعتبر التمييز بين مصطلحي الخطأ والغلط من الإشكالات القانونية المتصلة بمعيار الخطأ الطبي، وما يترتب عليه من نتائج، فالخطأ سلوك لا يصدر من شخص فطن حذر واع بالتزاماته، في حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو⁽³⁾.

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، صادر بتاريخ 23 جانفي 2008، (قضية: (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، حول موضوع: الالتزام ببذل عناية الواقع على الطبيب، يعني بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2008، ص.ص. 175-178.

كذلك للإطلاع على القرار أنظر: خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 25 وما يليها.

² - تتلخص وقائع هذه القضية في أن طبيبا جراحا المسمى (ع.ع.ق) الذي اتفق مع المريض المطعون ضده (ع.ب) على نزع حصة من إحدى كليتيه، لكن أثناء التدخل الجراحي نزع الجراح الحصة والكلية معا، الأمر الذي جعل المطعون ضده يطالب بالتعويض نتيجة خطأ طبي، فقضت المحكمة العليا أنه: من المقرر فقها وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية ماعدا الحالات الخاصة التي يقع فيه على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة.

حيث أن الإخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب وبالتالي الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطبيب.

³ - قوادري مختار، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 92.

لم يميّز المشرع الجزائري بين الخطأ والغلط الطبي، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 353 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة التي تنص على أنه: " يؤدي كل خطأ أو غلط طبي، مثبت بعد خبرة، من شأنه أن يقحم مسؤولية المؤسسة و/أو الممارس الطبي أو مهني الصحة، يرتكب خلال ممارسة مهامهم أو بمناسبةها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض..."

كان على المشرع الجزائري أن يميّز بين الخطأ والغلط، كونه ذا أهمية كبيرة في مجال المسؤولية القانونية بوجه عام وفي مجال الأعمال الطبية على وجه الخصوص، حتى لا تختلط فكرة الخطأ بوصفه سلوكاً مرفوضاً اجتماعياً بفكرة الغلط الذي يعتبر وهم يتولد في ذهن أي شخص يحمله على اعتقاد خلاف الواقع، ويعتبر كذلك صفة ملازمة للنشاط البشري.

ولأنّ الطبيب يؤدي عمله في ظلّ العديد من الاحتمالات التي لا يقدرها المريض، والتي لا يكون لأيّ منها درجة اليقين لتحقيق أفضل النتائج للمريض، غير أنّه لا يحول دون وقوع الطبيب في الغلط، فهذا الأخير يكاد يكون ملازماً لممارسة العمل الطبي ملازمة حتمية، خصوصاً في مرحلة التشخيص، إذ أنّ الغلط في التشخيص هو المجال المعتاد لإعمال فكرة الغلط في ظل تشابه أعراض بعض الأمراض، وتعدد أساليب التشخيص بشأنها، مما يتعذر مع ذلك القول بمسؤولية الطبيب عند وقوعه في الغلط⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول أنّ الغلط العلمي في التشخيص Erreur de diagnostic لا يشكل بالضرورة خطأً، فمثل هذا الخطأ يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا

¹ - يقول الدكتور "بروارديل" لتلاميذه في دروس الطب الشرعي: " كثيراً ما وقعت في غلط ولكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أيّ لوم ما دمنا قد توخينا الدقة في البحث، ففحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساد مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع في الغلط فليس لأحد أن يحاسبنا، ويجب أن لا ننس أنّ أكبر العلماء لم يسلموا من الغلط... ". نقلاً عن: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 141. أنظر كذلك: حسن الأبراشي، مرجع سابق، ص 339. أحمد حسن الحياوي، مرجع سابق، ص 121، أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 305.

نم عن جهل واضح بما هو متفق عليه من المبادئ الأولية في الطب⁽¹⁾، لأنّ التشخيص هو في الحقيقة إستنتاج يتولّد عن عوامل عديدة يكون فيها لقوة ملاحظة الطبيب ودقتها نصيب كبير، ولأنّ الأعراض المرضية قد تختلط وتتشابه في الكثير من الأمراض إلى الحد الذي يصعب معه على أكثر الأطباء خبرة تشخيص المرض⁽²⁾.

وطبقاً لذلك، استقر القضاء الفرنسي على أنّ الغلط في التشخيص بذاته لا يثير من حيث المبدأ مسؤولية الأطباء، حيث قضت محكمة ليون LYON في 1 ديسمبر 1981⁽³⁾ بأنّ الغلط في التشخيص لا يعدّ بذاته خطأً، إلا أنّ مثل هذا الغلط يمكن أن يشكل خطأً طبياً يثير مسؤولية الطبيب إذا كان منطوياً على جهل واضح وفاحش بالمسلمات الطبية وفيه مخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها، أو نتيجة إهمال وعدم تحرز في الفحص الطبي، كأن يجري بطريقة سريعة وسطحية بعيدة عن التعمق والإهتمام أو دون استعمال الأدوات الطبية التي تسهل التشخيص⁽⁴⁾.

ولذلك إعتادت المحاكم أن تضع في اعتبارها أثناء تقديرهما لمسؤولية الأطباء والجراحين، عنصر الاحتمال الذي يلزم العمل الطبي بوجه عام وتشخيص المرض بصفة خاصة، فتقضي بأنّ الغلط فيه لا يعدّ خطأً يستوجب مسؤولية الطبيب أو الجراح، إلا أنّ

¹ - وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 27 سبتمبر 2006.

قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 344410 صادر بتاريخ 2006/09/27، (قضية: النائب العام بمجلس قضاء تبسة و(ع.ي) في حق إبنة (م) ضد (خ.م)، حول موضوع: جنحة التقصير في التشخيص الطبي، أين اعتبرت أنّه لا يكون الخطأ في تشخيص المرض من طرف الطبيب المعالج كافياً لوحده لإقامة مسؤوليته الجزائية إلا إذا أبان عن جهل وعدم معرفة، وبالخصوص إهمال في الفحص الإكلينيكي السريري، أو قاده بطريقة سريعة وسطحية وغير كاملة، وأنّ قيام الطبيب المتهم بفحص الضحية دون تقصير أو جهل واضح بالعلوم الطبية، ووصفه لحقنة الأسبيجيك علاج مطابق لحالة الضحية، ويعفيه من المسؤولية الجزائية).

نقلا عن: خضير عبد القادر، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص. 107-109.

² - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص ص 61-64.

³ - Lyon 1 Déc. 1981. D.1982.I.R.27. www.legifrance.gouv.fr

⁴ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 252. أنظر كذلك: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 48. هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 117.

الأمر يختلف إذا كان هذا الغلط غير مغتفر، كما لو كانت علامات وأعراض المرض ظاهرة للطبيب⁽¹⁾.

ونتيجة تلك العوامل لا يريد القضاء مؤاخذه الطبيب على مجرد الغلط الذي هو جزء من الطبيعة الإنسانية، ويقع فيه أفضل الأطباء، إنما يريد الوقوف بوجه كل نقص أو إهمال يصدر عن الطبيب في اللجوء إلى كافة الوسائل الحديثة، إذ يعتبر الطبيب مخطئاً إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى عدم الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة المتاحة له من طرف علم الطب كالأشعة والفحص الميكروسكوبي⁽²⁾، أو أنه استخدم آلات ووسائل مهجورة، وطرق لم يعد معترف بها علمياً في هذا المجال، فيكون بذلك مسؤولاً عن الضرر اللاحق بالمريض نتيجة هذا التشخيص الخاطئ⁽³⁾، ولا جدوى لتمسكه بفكرة الغلط لنفي المسؤولية.

ومن هذا المبدأ إذا كان القانون والقضاء لا يفرضان على الطبيب أو الجراح العصمة من الغلط، لكن ليس إلى حد السماح له بالتشخيص برعونة وطيش دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية والمفيدة التي تساعد في تكوين رأيه ودون أن يستعمل الوسائل التي يوصي بها العلم في البحث والتدقيق، لذلك فإن المسؤولية تثور عن الغلط في التشخيص الذي يرقى إلى درجة الخطأ، إذا كان مسلك الطبيب أو الجراح نم عن جهل واضح بالمبادئ الأولية للعمل والفن الطبي بصفة عامة والعمل الجراحي على وجه الخصوص، والمتفق عليها نظرياً وعملياً بين الأطباء.

وببقى التمييز بين ما هو خطأ موجب للمسؤولية وبين ما يقتصر عند حد الغلط العلمي المغتفر، بقدر ما هو ضروري بقدر ما هو دقيق، إذا يتعذر حتى على القضاء، لذلك يمكن الفصل فيه، بالرجوع في كل ظرف إلى الاستعانة بالخبراء، والإستناد كذلك إلى السوابق القضائية المشابهة، مع بقاء سلطة البت النهائي لتقدير قاضي الموضوع⁽⁴⁾.

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 52، وللمزيد من التفاصيل راجع: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 141.

² - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 125.

³ - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 117.

⁴ - قوادري مختار، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، ص 94.

وعليه، يلاحظ أنّ الغلط في التشخيص لا يشكل بالضرورة خطأ طبياً، إلاّ إذا كان منطوياً على جهل واضح ومخالفة أكيدة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها، بشرط أن يكون الطبيب كذلك بذل الجهود الصادقة اليقظة التي يبذلها الطبيب المماثل في الظروف القائمة⁽¹⁾.

ثانياً: شروط ثبوت الخطأ في حق الجراح

1- الشروط القانونية لتحقيق الخطأ الطبي الجراحي:

أ- أن يكون مرتكب الخطأ طبيباً أخصائياً الجراحة

يرتبط الخطأ بصفة جوهرية في الشخص المخطئ كونه طبيباً، وهذا الأخير يشمل كل من يمارس أي فرع من فروع الطب المختلفة، وباعتبار الطب الجراحي أحد فروع الطب المتخصصة في العلاج بواسطة العمل الجراحي، فالخطأ هنا مرتبط بصفة جوهرية في الشخص المخطئ كونه طبيباً جراحاً، فلا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب أخصائي الجراحة إذا لم يكن حائزاً على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

إذا كان المشرع الجزائري قد إشتراط في المادة 198⁽²⁾ من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم الملغى، لممارسة مهنة طبيب أخصائي أو جراح أسنان أخصائي أو صيدلي أخصائي، أن يكون حائزاً **شهادة في التخصص الطبي** أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها، زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197، في حين أغفلت المادة 166 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة ذكر هذا الشرط صراحة⁽³⁾.

¹ - محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1981، ص 89.

² - راجع المادة 198 من قانون رقم 85-05 السالف الذكر (الملغى).

³ - جاء نص المادة 166 من قانون الصحة بعبارة **الحيازة على الدبلوم الجزائري** المطلوب أو الشهادة المعادلة له، كما أكدت المادة 352 أنه لا يمكن أي شخص أن يقدم العلاجات التي تحصل فيها على التكوين والخبرة الضروريين، ولعلّ المشرع يقصد من ذلك شرط الحصول على شهادة في التخصص.

وعلى هذا الأساس، يجب أن تتوفر في الجراح باعتباره طبيباً مؤهلاً وعالمًا بالطب جملة من الشروط لممارسة هذه المهنة، وبالتالي توجب مسؤوليته في حالة خطئه، ولعل أهم هذه الشروط أن يحصل الطبيب على ترخيص من الجهة المختصة المتمثلة في وزارة الصحة، وهو ما جاء في المادة 4/186 من قانون الصحة، إذ يتم تسليم هذه الرخصة، من طرف الوزير المكلف بالصحة بعد التأكد من توفر شروط أساسية أخرى لممارسة مهنة الطب، وفقا لما جاءت به المادة 166 من قانون الصحة، وتتمثل أهمها في:

- أن يكون طالب هذه الرخصة، حائزا، على الدبلوم الجزائري: دكتوراه في الطب أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.
- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية.
- أن يكون متمتعا بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة، بمعنى لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة، فالطبيب بصفة عامة والجراح على وجه الخصوص، يجب أن يكون سليم العقل، صحيح الأعضاء، بشكل يسهل عليه ممارسة مهنته.
- أن لا يكون قد تعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة، كتعرضه لعقوبة مخلة بالشرف، فمهنة الطب نبيلة وإنسانية، تتطلب في من يمارسها أن يكون على مستوى كبير من الأخلاق.
- أن يكون مسجلا في جدول عمادة المهنة الخاصة به.
- أن يكون جزائري الجنسية، مع خضوع مهني الصحة ذوو الجنسية الأجنبية لشروط الممارسة والعمل التي تحدد عن طريق التنظيم.

ولقد إعتبرت المادتين 185 و 186 من القانون رقم 11-18⁽¹⁾ أن الممارسة غير الشرعية للطب هي كل ممارسة تفتقر للشروط المحددة في التشريع والتنظيم والسابق الإشارة إليها أعلاه.

¹- راجع المادتين 185 و 186 من قانون رقم 11-18 المتعلق بالصحة سالف الذكر.

ب- أن يكون الخطأ محققاً وأكيداً أثناء مزاوله المهنة

لا يمكن أن يقوم الخطأ المهني إلا أثناء مزاوله مهنة معينة، وهو ينجم عن الإخلال بأصولها وقواعدها الموضوعية المتعارف عليها، وبالتالي فالخطأ المهني هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم ويخرجون فيها عن السلوك المهني المألوف، طبقاً للأصول المستقرة.

يتمثل الخطأ المهني في عدم بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة، ويختلف هذا الالتزام حتى بين أصحاب المهنة الواحدة، فال التزام طبيب أخصائي الجراحة يختلف عن الطبيب العادي غير المتخصص، لذلك لا بدّ من وضع معيار يقاس به السلوك المهني⁽¹⁾. وأنّ العبرة في وقوع الخطأ ليست بصفة هذا الأخير، جسيماً أم يسيراً، وإنّما بثبوته على وجه القطع واليقين، وليس الإحتمال والشك، وعلى ذلك، فلا تقوم مسؤولية الجراح عندما لا يكون هناك تأكيد تام من وجود خطأ منسوب إليه، لأنّ الشك الذي يحيط بالخطأ هو دليل على عدم وجوده، ولا يمكن اتخاذ هذا الشك دليلاً على وجود خطأ⁽²⁾.

اعتبرت المحاكم الجراح مسؤولاً عن كل خطأ مميز بوضوح، خاصة عن إهماله وقلة احترازه، بصرف النظر عن طبيعة المسؤولية التي تترتب على عاتقه⁽³⁾. ويقتضي أن يكون هذا الخطأ أكيداً وواضحاً⁽⁴⁾ غير مبن على مجرد الظن والاحتمال، بل خطأ ثابت ومحقق

¹ - في إطار المهن الفنية هناك مستويات وفئات حتى في نفس المهنة الواحدة، ولكل منها معيارها الفني، فالطبيب العادي يختلف في سلوكه وفي ممارسة عمله الفني عن مسلك الطبيب الأخصائي، وبالتالي فإن تقدير خطأه يختلف عنه، ومن ثم لا بدّ على القاضي المعروض عليه النزاع إعتناء معيار خاص لكل فئة من المهنيين، يتمثل في الشخص الفني من أوسط أصحاب المهنة من ذات الفئة.

² - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية...، مرجع سابق، ص 200.

³ - المسؤولية المدنية للجراح قد تكون عقدية أو تقصيرية. راجع الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للجراح، في الفصل الثاني من الباب الثاني من الأطروحة.

⁴ - من الحالات التي يبدو فيها خطأ الطبيب الجراح واضحاً وأكيداً، نذكر: تركه لأجسام غريبة في الجرح - وهذا الخطأ كثير التكرار - كقطعة من القطن أو آلة مما يستعمله، ينتج عنها تقيحات والتهابات قد تؤدي بحياة المريض.

كذلك من بين أخطاء الجراحة الواضحة الجسامة، إجراء عملية إستئصال عضو سليم بدلاً من العضو المريض، كإستئصال كلية سليمة بدلاً من التالفة.

تحدده الأصول العلمية الراهنة، لأنّ الطب يبقى فنا في ممارسته وفي دقته تبعا لحالة كل مريض على حدة، وأن ما يستدعي توافر الخطأ الأكيد والمميز لقيام مسؤولية الطبيب، مرّده في الحقيقة إلى الميزة التقنية والفنية للتدخل الطبي، وإلى ما يثيره تقدير الأخطاء الطبية من صعوبات وإشكالات قانونية⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإنّ الخطأ المهني ولو كان يسيرا يجب أن يكون ثابتا ثبوتا ظاهرا بصفة قاطعة لا احتمالية، أنّه ارتكب ما لا يأتيه من له إمام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم تبصر.

ج- أن تراعى الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب الجراح المخطئ

يتطلب تحديد الخطأ الجراحي الموجب للمسؤولية المدنية ضرورة مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالجراح وقت تدخله الطبي⁽²⁾، ولا بدّ أن يتجرد من الظروف الذاتية والداخلية⁽³⁾، فيقاس سلوك الجراح بسلوك أخصائي جراحة من نفس تخصصه، وتستبعد في ذلك الظروف الداخلية التي تتغير من شخص إلى آخر⁽⁴⁾، كالحالة الاجتماعية والصحية والنفسية للطبيب، وجنسه، وسنه، وهي ظروف لا تصلح لقياس خطأ الجراح⁽⁵⁾.

وإذا كانت الظروف الداخلية لا يقام لها وزن في تقدير خطأ الجراح، فإنّ الظروف الخارجية المحيطة به هي وحدها التي يجب مراعاتها عند قياس هذا السلوك على سلوك الطبيب اليقظ، بحيث تكون العبرة بما كان سيسلكه هذا الجراح اليقظ في مثل تلك الظروف الخارجية⁽⁶⁾.

وعليه، يعد ظرفا خارجيا ما لا يتصل بالجراح المتسبب في الضرر ذاته من صفات، كما هو الشأن بالنسبة للظروف المكانية، فيجب الأخذ بعين الاعتبار مدى ملائمة المكان

¹ - أنظر عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص ص 121-122.

² - PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin..., Op.cit, p.16.

³ - TERKI Nour-Eddine, Responsabilité civile et régime générale : Les obligations, Office des publications universitaires, Alger, 1982, p. 37.

⁴ - سي يوسف زاهية حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول 2008، ص 62.

⁵ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 19.

⁶ - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 295.

للجراحة أما بالنسبة للظروف الزمانية، يتعين الأخذ في الحسبان الزمان الذي وقع فيه الضرر من طرف الجراح المخطئ كاللّيل⁽¹⁾.

ولهذا، فإنّه يتضح ممّا سبق، أنّ معيار الخطأ الذي استقر عليه القضاء، في تحديد مسؤولية الجراح هو المعيار الموضوعي، الذي يمتاز بسهولة التطبيق، يرتكز على ثلاثة أسس، يتمثل الأول في تقدير سلوك الجراح على ضوء سلوك جراح آخر من نفس المستوى المهني ومن حيث الدرجة العلمية والخبرة، في حين يتعلق الأساس الثاني في النظر إلى الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل الجراحي، مثل توافر الإمكانيات من عدمه، فالوحدة الريفية تختلف عن العيادة وعن المستشفى المجهز، إذ أنّ الطبيب الذي يجري عملية جراحية في مكان بعيد عن المستشفى أو في عيادة طبية في منطقة نائية تفتقر إلى أدنى مستلزمات ووسائل العلاج والجراحة فضلا عن قلة الممرضين أو حتى الأطباء المساعدين، غير الجراح الذي توافرت لديه هذه العوامل، أما الأساس الثالث فيكمن في مدى اتفاق العمل الطبي الجراحي مع تقاليد المهنة والأصول العلمية المستقرة⁽²⁾.

2- الشروط المهنية:

أ- خروج الطبيب عن الأصول والقواعد العلمية الطبية المستقرة:

يتطلب إجراء التدخل الطبي الجراحي أصول علمية، وضعها العلماء المختصون، تحدد في مجملها الطريق الذي ينبغي على الأطباء إتباعه، والتقيّد به أثناء قيامهم بمهامهم المتعلقة بالجراحة، والخروج عن هذه الأصول العلمية، وعدم إتباعها يعرض حياة المريض إلى الهلاك المحقق في كثير من الحالات، خاصة أثناء التدخل الجراحي، وهو الأمر الذي يوجب قيام مسؤولية جسيمة للجراح.

والجدير بالذكر أنّ الأصول العلمية هي: "الأصول الثابتة، والقواعد المتعارف عليها نظريا، وعمليا بين الأطباء، والتي يجب أن يلم بها كل طبيب وقت قيامه بالعمل الطبي".

¹ - رابيس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2008، ص 78.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 19.

وقد عرّفت كذلك بأنّها: " تلك الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى عملهم"⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإنّ الأصول العلمية تشمل العادات الطبيّة والعلوم الثابتة والمستجدة:

أ-1 بالنسبة للعادات الطبيّة:

تلعب العادات الطبيّة المهنية المستقر عليها دورا هاما في تحديد سلوك الجراح، بحيث يكون الأصل هو عدم اعتبار الجراح مخطئا إذا التزم في عمله بهذه العادات، باعتبار ذلك سلوك مألوف من رجل المهنة الوسط، ولأنّ هذه العادات الطبية تشكل في حدّ ذاتها سلوكا مألوفاً للطبيب الجراح يمثل الخروج عنها خطأ، فترك الجراح لإجراء من إجراءات التشخيص، لا يعتبر من قبيل الممارسات العادية لعمله إنّما يعدّ خطأ طبعا للعادات الطبيّة⁽²⁾.

أ-2 بالنسبة للعلوم الثابتة:

أكّد علماء الطب قديما وحديثا في فروع الطب ومجالاته المختلفة على العلوم الثابتة، ومن أمثلتها المواد العلمية المقررة في الجامعات والمعاهد الطبية، أقرها أهل الاختصاص والمعرفة، فتطبيقها والسير على طريقتهما يعتبر إتباعا للأصول العلمية، بشرط أن يبقى اعتبارها طبيا إلى حين تنفيذها، وذلك لأنّ المواد العلمية الطبية المهجورة لا تهجر في الغالب إلا لوجود البديل الذي هو أخف ضررا منها⁽³⁾.

أ-3 بالنسبة للعلوم المستجدة:

هي تلك العلوم والمعارف التي يطرأ إكتشافها، فتكون حديثة عند الأطباء، ومن أمثلتها النظريات والأساليب التي يتوصل إليها الباحثون المختصون من خلال بحوثهم ودراساتهم.

¹ - نقلا عن: أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص ص 159 - 160.

² - أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 134 وص 140.

³ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، مرجع سابق، ص 473.

ولكي تعتبر هذه العلوم أصولاً علمية لابد من توفر شرطين، يتمثل الأول في أن تكون صادرة من جهة معتبرة مثل المدارس الطبية المختصة بالأبحاث والدراسات الطبية، أما الثاني في أن يشهد أهل الخبرة بكفاءتها وصلاحياتها للتطبيق⁽¹⁾.

ب- عدم بذل العناية اللازمة والإخلال بواجبات الحيطة والحذر:

يتحقق خطأ الجراح إذا أخلّ بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي تمليها طبيعة عمله وتلزمه بها التشريعات واللوائح الطبية، ومن المتفق عليه أنّ هذه الأخيرة والخبرة والعرف هي مصدر الواجبات والحيطة والحذر وعدم الإهمال، إلا أنّ مصدرها العام هو الخبرة الإنسانية التي درج عليها أهل المعرفة للعلوم الطبية، والإخلال بهذه الأمور يعني خروج الجراح عما هو مفروض عليه من واجب التدبر والحذر واليقظة، وذلك يعني مخالفة الجراح للسلوك الواجب الإلتزام، من جراح يقظ وجد في الظروف نفسها التي أتى فيها الجراح عمله، وبالتالي حصول الخطأ منه نتيجة إهماله وتركه تلك الواجبات⁽²⁾.

المطلب الثاني

أحكام خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي

تختلف طبيعة علاقة الجراح بالمريض في القطاع العام عنها في القطاع الخاص، وبالتالي فإنّ الأخطاء التي ترتكب أثناء إجراء التدخلات الطبية العلاجية أو الجراحية وطبيعة المسؤولية المترتبة عنها، في المؤسسات الصحية العمومية تختلف عنها في العيادات والمؤسسات الإستشفائية الخاصة (الفرع الأول)، ثم أنّ هذا الخطأ تتعدد وتختلف صوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي

ترتكب الأخطاء الطبية الفنية سواء في المستشفيات العامة أو في العيادات الخاصة أو المؤسسات الإستشفائية الخاصة. فبعد تكريس العلاقة التعاقدية في المجال الطبي، بين

¹ - أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 160.

² - منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004، ص 45.

الطبيب والمريض، تمّ فسح المجال أمام القطاع الخاص في مجال الصحة، جراء عجز المرافق الطبية العامة في ضمان تقديم أفضل عناية وأجود الخدمات الصحية وطرق العلاج للأفراد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فشلها في ضمان أكبر حماية للمريض، وتوفير العلاج المناسب له، الأمر الذي فسح المجال أمام العيادات والمستشفيات الخاصة التي أصبحت تتنافس المستشفيات والعيادات العامة، بإمكانيات مادية وعلمية وبشرية ضخمة.

متى صدر من الطبيب خطأ أثناء التدخل الجراحي قامت مسؤوليته، إلا أنّ طبيعة هذا الخطأ تتغير تبعا لمستجدات المسؤولية الطبية، وهذا الخطأ قد يرتكب في المستشفى العام (أولا) أو العيادة الخاصة والمؤسسات الإستشفائية الخاصة (ثانيا).

أولا: خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في المستشفيات العمومية

تخضع المستشفيات العامة لأحكام القانون الإداري باعتبارها مصالح عمومية وأموالها أموالا عامة، وموظفوها موظفون عموميون، والهيئات التي تديرها هيئات إدارية عامة، فمسؤولية المستشفى العام مسؤولية مرفق عام تجاه المنتفع بخدماته، إذ تبقى الإدارة مسؤولة عن كل خطأ يسبب ضررا حتى وإن كان مرتكبه الأطباء الموظفون لديها والمتمتعين باستقلال مهني في أداء مهامهم.

1- إقتصار إجراء التدخلات الجراحية في المستشفيات العمومية باعتبارها مؤسسات الصحة العمومية:

تختلف وتتنوع مؤسسات الصحة العمومية التي تعد الركيزة الأساسية لممارسة الأعمال الطبية عموما، وقد نظمتها عدة مراسيم تنفيذية، يقتصر إجراء التدخلات الجراحية على بعضها دون سواها، وهو ما استدعى ضرورة حصرها.

أ- المؤسسات الإستشفائية المتخصصة:

عرفتها المادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم 97-465 الذي يحدد قواعد إنشاء المراكز الإستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها⁽¹⁾: "المؤسسة الإستشفائية المتخصصة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال

¹- مرسوم تنفيذي رقم 97-465 مؤرخ في 10 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الإستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 81، صادر في 10 ديسمبر 1997.

المالي. وتنشأ بموجب مرسوم تنفيذي بناء على إقتراح من الوزير المكلف بالصحة بعد إستشارة الوالي، وتوضع تحت وصاية والي الولاية الموجود بها مقر المؤسسة". تتكفل هذه المؤسسات بتنفيذ نشاطات الوقاية والتشخيص والعلاج وإعادة التكييف الطبي والإستشفاء.

ب- القطاعات الصحية:

تناول أحكامها المرسوم التنفيذي رقم 97-466 الذي يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها⁽¹⁾، فقد عرفتها الفقرة الأولى من المادة الثانية (02) منه على أن: "القطاع الصحي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي. ويوضع تحت وصاية الوالي".

يتكون القطاع الصحي من مجموع الهياكل الصحية العمومية الخاصة بالوقاية والتشخيص والعلاج والإستشفاء وإعادة التكييف الطبي، التي تغطي حاجات سكان مجموعة من البلديات، والتابعة للوزارة المكلفة بالصحة.

ج- المراكز الإستشفائية الجامعية (المستشفيات العمومية):

نظمها المرسوم التنفيذي رقم 97-467 الذي يحدد قواعد إنشاء المراكز الإستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها⁽²⁾، وقد عرفت المادة الثانية (02) منه: "المركز الإستشفائي الجامعي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. ويتم إنشاؤها بموجب مرسوم تنفيذي بناء على إقتراح مشترك بين الوزير المكلف بالصحة والوزير المكلف بالتعليم العالي والبحث العلمي".

بالإضافة إلى مهامها في مجال التكوين والبحث، فإنها تتولى في ميدان الصحة ضمان نشاطات التشخيص والعلاج والإستشفاء والإستعجالات الطبية الجراحية والوقاية، وكل نشاط يساهم في حماية وترقية صحة السكان⁽³⁾.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 97-466 مؤرخ في 10 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 81، صادر في 10 ديسمبر 1997.

² - مرسوم تنفيذي رقم 97-467 مؤرخ في 10 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء المراكز الإستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 81، صادر في 10 ديسمبر 1997.

³ - راجع المادة الرابعة (04) من المرسوم التنفيذي رقم 97-467 سالف الذكر.

د - المؤسسة العمومية الإستشفائية:

تطرق إليها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 07-140 الذي يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها⁽¹⁾، فهي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع تحت وصاية الوالي، تتكون من هيكل للتشخيص والعلاج والاستشفاء وإعادة التأهيل الطبي، وتغطي حاجات سكان بلدية واحدة أو مجموعة بلديات.

هـ - المؤسسة العمومية للصحة الجوارية:

وردت هذه المؤسسات في نفس المرسوم التنفيذي سالف الذكر في المادة السادسة (06) منه: " المؤسسة العمومية للصحة الجوارية هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع تحت وصاية الوالي". ولا يرخص لهذه المؤسسات بإجراء تدخلات جراحية.

و - المستشفى المختلط:

تم إنشاؤه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 18-114 الصادر بتاريخ 17 أبريل 2018، الذي يحدد القانون الأساسي النموذجي للمستشفى المختلط⁽²⁾، ويعتبر هذا الأخير مؤسسة عمومية للصحة ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة، ويتولى تسييره كل من وزارة الدفاع الوطني والوزارة المكلفة بالصحة. يتولى المستشفى المختلط على الخصوص ضمان نشاطات التشخيص والعلاجات وإعادة التأهيل الطبي والاستشفاء والاستعجالات الطبية الجراحية ونشاطات الوقاية، وكذا كل نشاط يهدف إلى حماية وترقية صحة السكان سواء العسكريين أو المدنيين.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 07-140 مؤرخ في 19 مايو 2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج. عدد 33، صادر في 20 مايو 2007.

² - مرسوم رئاسي رقم 18-114 مؤرخ في 17 أبريل 2018، يحدد القانون الأساسي النموذجي للمستشفى المختلط، ج.ر.ج. عدد 22، صادر بتاريخ 18 أبريل 2018.

2- علاقة الطبيب الجراح بالمستشفى العام

يخضع الطبيب الجراح الموظف في المستشفى لعلاقة تنظيمية معه، ولإدارة هذا الأخير سلطة إصدار أوامر له باعتباره موظفا مكلفا بأداء خدمة عامة⁽¹⁾، وتسري عليه أحكام القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، باعتباره أحد مستخدمي المؤسسة العمومية للصحة، وذلك وفقا للمادة 299 من قانون الصحة سالف الذكر.

وعلى هذا الأساس، يعتبر الطبيب الجراح تابعا للمستشفى الذي يعمل فيه وتترتب على ذلك نتائج هامة ومتعددة لاسيما في مجال عبء الإثبات والقضاء المختص، وإن كانت علاقة الطبيب بالمستشفى هي علاقة تابع بمتبوع أي علاقة تبعية يكون فيها للمتبوع سلطة فعلية على التابع في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه⁽²⁾. ولقد أثارت تبعية الطبيب الجراح للمستشفى العام فضول البحث حول مدى توافر رابطة التبعية بينهما؟

ذهب رأي من الفقه إلى أنّ الاستقلال الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة أعماله الفنية، يمنع في أن يكون تابعا لشخص آخر، إن لم يكن طبيبا مثله يمكنه مراقبته في هذا العمل الفني⁽³⁾، ومن ثمة يمكن القول إن الطبيب الجراح ليس تابعا للمرفق الطبي، باعتبار هذا الأخير غير قادر على مباشرة سلطة التوجيه والإشراف عليه في عمله الفني. إلا أنّ الرأي الراجح يعتبر الطبيب الجراح تابعا للمستشفى العام، إذ هناك علاقة تبعية، ولو كانت علاقة التبعية القائمة بينهما علاقة تبعية أدبية، حيث لا يسوغ لإدارة المستشفى التدخل في عمل الطبيب الفني، وهي كافية لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب⁽⁴⁾، فاستقلال الجراح في ممارسة عمله الفني، لا يمنع من خضوعه لرقابة المستشفى في أدائه

¹ - بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد السابع 2010، ص 303.

² - طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، الجزائر - فرنسا، دار هومة، 2008، ص 36. أنظر كذلك: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 116.

³ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 323. بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية، مرجع سابق، ص 301.

⁴ - طاهري حسين، مرجع سابق، ص 36.

لواجباته العامة التي تفرضها عليه وظيفته، فإدارة هذه المستشفى أن تصدر أوامر للأطباء الذين يعملون لحسابها لتوجه بها أعمالهم ولو توجيهها عاما، كتوزيع العمل بينهم، وتحديد مواعيده، وأمر واجبة الطاعة والإلتباع من الأطباء، وإلا استطاعت إدارة المستشفى من توقيع جزاءات على كل من يخالفها.

جاءت الإشارة إلى أنه لا يسأل المستشفى عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الطبيب الجراح أثناء قيامه بالعمل الطبي، كالتشخيص والعلاج والجراحة والمتابعة وغيرها، فهذه يتحملها الطبيب لوحده⁽¹⁾، ويسأل عنها بصفة شخصية، ويلتزم المريض بإثبات الخطأ المرتكب والذي يترتب عن عدم تنفيذ الالتزامات القانونية، لأن ما يقع من خطأ أثناء التدخل الطبي ذاته فيما يقوم به الجراح من أعمال فنية فإنه من يتحمل المسؤولية.

ورغم ذلك يبقى المستشفى هو الملزم بالتعويض للمضرور عن أخطاء الأطباء لضمان حصوله على التعويض، باعتباره مسؤولا عن موظفيه أي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، ويحق لهذه الإدارة الرجوع على الطبيب بما دفعته من تعويض للمتضرر⁽²⁾، فمسؤولية المتبوع ليست إلا نوع من الضمانة، أوجدها المشرع حماية للمتضرر⁽³⁾.

يمكن أن يخضع الطبيب الجراح المخطئ للمسؤولية التأديبية أمام المجلس الوطني لأخلاقيات المهنة وأمام إدارة المستشفى⁽⁴⁾، إذ تقوم علاقة التبعية بين الطبيب الجراح والمستشفى كلما كان للمتبوع (المستشفى) سلطة فعلية على التابع في الرقابة وفي التوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية⁽⁵⁾.

¹- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 79.

²- سي يوسف زاهية حورية، مرجع نفسه، ص 79.

³- للمزيد من التفاصيل راجع: هليل منير، مسؤولية المستشفى الناشئة عن خطأ الطبيب غير الموظف، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، مجلد 25، العدد الثالث، 2011، ص 784.

⁴- راجع المواد 210 إلى 221 من م أ ط.

⁵- رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 159.

لا يلزم لقيام علاقة التبعية أن تجتمع للمتبوع (المستشفى) سلطتي الإشراف الفني والإداري على التابع (الطبيب الجراح)، بل يكفي أن تكون له سلطة الإشراف الإداري عليه والتي يستطيع بمقتضاها أن يوجه له أوامره التي لا يملك هذا الأخير إلا تنفيذها، ويراقبه في ذلك، ولو كانت هذه الأوامر لا تتناول إلا النواحي الإدارية المتصلة بأداء عمل التابع.

3- علاقة المريض بالمستشفى العام: علاقة مباشرة

يتعامل المريض الذي يتلقى العلاج في المستشفى مع شخص معنوي عام، ويخضع للتنظيمات واللوائح الإدارية لهذا المرفق، ويتلقى الطبيب الجراح أجراً عن خدماته المقدمة للمريض والمتمثلة في مختلف التدخلات الجراحية التي يقوم بها في المستشفى، ليس من طرف المريض بل من الدولة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول بأنّ العلاقة بين المريض والمستشفى لا تقوم على أساس تعاقدية إنما على أساس تنظيمي، فالمريض في هذه الحالة يتعامل مع شخص معنوي هذا ما يجعله في وضعية لا يحق له فيها لا اختيار الطبيب الجراح ولا كيفية العلاج⁽²⁾، فعلاقة الطبيب الجراح بالمريض في المستشفى العام هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة طبقاً للوائح بشخص ينتفع بخدمات المرفق العام طبقاً للقانون.

وإذا كان لجوء المرضى إلى المرفق الطبي يكون من أجل العلاج، إلا أنه قد يتعرضوا أثناء نشاط هذا المرفق، لبعض الأضرار مما قد يؤدي بهؤلاء إلى رفع دعوى ضد المرفق الطبي من أجل الحصول على تعويض، ونظراً لأنّ الاختصاص بنظر هذا النوع من المنازعات ينعقد للقضاء الإداري، فالأمر يتعلق بمنازعة إدارية يكون المدعي المتضرر فيها في أغلب الحالات صاحب المركز الضعيف في مواجهة المستشفى، وهذا ما من شأنه أن يصعب مهمته في الحصول على التعويض.

يؤسس المريض المدعي، المتضرر من نشاط المرفق الطبي، دعواه على ركن الخطأ، من أجل الحصول على التعويض، وفي هذه الحالة يتوجب عليه أن يقيم الدليل على تحققه، وإذا كان يبدو من الناحية النظرية أن عملية إثبات الخطأ تعد مسألة سهلة، فإنّ المدعي قد لا يتمكن من الناحية العملية من إقامة الدليل على وجود الخطأ وبخاصة مع التطورات الحاصلة في مجال الطب، وهنا يظهر بأنّ مركز المريض المدعي يعد فعلاً ضعيفاً مقارنة بمركز المدعي عليه المستشفى.

¹ - بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية، مرجع سابق، ص 302.

² - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم...، مرجع سابق، ص 214.

4- علاقة المريض بالجراح في المستشفى العام

تكيف علاقة الجراح بالمريض في المستشفى العام على أنها علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي، ومن خلال العلاقة المباشرة بين المريض والمستشفى، فهذا الجراح الذي يعمل في مستشفى عام في مركز لائحي يخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين في الدولة، وبالتالي لا يمكن مساءلته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول أن المريض قد إختار طبيبه⁽¹⁾.

كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطباءها لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية.

تجدر الإشارة إلى أن عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية تجرى فقط في بعض المستشفيات العامة المرخص لها بذلك، والمحصورة في النصوص القانونية، لذا فعلاقة الجراح بالمريض أو المتبرع هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة، وتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام، وبالتالي لا يمكن مساءلة الطبيب الجراح في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية.

5- أساس مساءلة المستشفى العام عن أخطاء الأطباء الجراحين

يحق للمريض الرجوع على المستشفى والطبيب الجراح، اللذان يلتزمان بالتضامن طبقاً للقواعد العامة لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه قبل المريض المضروب، الذي يحق له الرجوع عليهما مجتمعين أو منفردين بكامل التعويض المقضي به⁽²⁾.

وإذا اختار المريض الرجوع على المستشفى على أساس المسؤولية الإدارية، فعليه رفع دعوى إدارية أمام المحكمة الإدارية طبقاً للمادتين 800 و 5/804 من قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽³⁾، وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها

¹ - بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية، مرجع سابق، ص 301.

² - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 119.

³ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج. عدد 21، صادر في 23 ابريل 2008.

الصادر بتاريخ 20 أكتوبر 1998⁽¹⁾، ومجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 2006 سالف الذكر⁽²⁾.

ثانياً: خطأ الجراح في العيادات الخاصة أو المؤسسة الإستشفائية الخاصة

إزداد توجه المرضى نحو العيادات الخاصة والمستشفيات الإستشفائية الخاصة لما تقدمه من خدمات العلاج والرعاية، لأنّه من الناحية العملية غالباً ما يقوم الطبيب الأخصائي المعالج بتوجيه المرضى إلى العيادة الخاصة، باعتباره مالكا لها أو عاملاً فيها.

تطرق المشرع الجزائري لأحكام الممارسة الحرة لمهنة الطب بوضع أحكام تضبطها في مدونة أخلاقيات الطب تحت عنوان: **قواعد خاصة ببعض طرق الممارسة** في المواد من 77 إلى 89، ثم كذلك من خلال المادة 167 والمواد من 298 إلى 296 من قانون الصحة سالف الذكر.

تعتبر المؤسسة الإستشفائية الخاصة مؤسسة علاج واستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب النساء والتوليد وأنشطة الاستكشاف، وقد نظمها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007⁽³⁾.

¹ - قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 157555، صادر بتاريخ 20 أكتوبر 1998، (قضية: المستشفى الجامعي بوهان ضد (ب.م) ومن معه، حول موضوع: القضاء بالتعويضات على المراكز الإستشفائية الجامعية في الدعوى المدنية من إختصاص القضاء الإداري)، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الثاني 1998. (ص.ص. 146-149).

² - قرار مجلس الدولة، ملف رقم 26678، صادر بتاريخ 29 نوفمبر 2006، (قضية: (س.م) بن (ر) ومن معه ضد المركز لإستشفائي الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: خطأ طبي إثر علاج بمستشفى ومسؤولية المرفق والإستناد إلى نسبة العجز)، نشرة القضاة، مديرية الدراسات والوثائق، وزارة العدل، عدد 63 لسنة 2008. (ص.ص. 398-402).

جاء في هذا القرار ما يلي: " أنّه من مبدأ القانون أنّ الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق الإستشفائي بتعويض المتضرر ويحدّد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به. وبالتالي فإنّ طلب ضحية خطأ طبي الرامي إلى مراجعة مبلغ التعويض المستحق لها وجعله يتناسب والضرر الفعلي وفقاً لنسبة العجز اللاحق بها يعدّ مؤسسا."

³ - مرسوم التنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 22 أكتوبر سنة 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ج.ج عدد 67، صادر في 24 أكتوبر 2007.

- ويجب عليها بالنسبة للتخصص أو التخصصات التي تمارسها، القيام على الأقل بالأنشطة الآتية:
- الفحص الطبي،
 - الاستكشاف والتشخيص،
 - الاستعجالات الطبية و/أو الطبية الجراحية بما فيها إزالة الصدمات والإنعاش والمراقبة،
 - الاستشفاء⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تعدد صور خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي

يصعب حصر أخطاء الجراح أثناء التدخل الطبي، لأن محاولة تحديدها وحصرها ليس بالأمر السهل وذلك لصعوبة الإلمام بكافة صور الأخطاء الطبية لكثرتها وتنوعها، بحكم أن مهنة الطب والجراحة متجددة ومتطورة سواء من جانب النظريات العلمية أو الأساليب والتدخلات الطبية والمعدات والأجهزة المستعملة.

ننوه في هذا الصدد، أنه دأب فقهاء القانون واهتدوا إلى تصنيف هذه الأخطاء إلى ثلاث صور، أخطاء أثناء ممارسة المهنة، منها ما هي أخطاء عادية ومنها ما هي أخطاء تقنية فنية مرتبطة بالجانب العلمي الفني (أولاً)، وأخطاء ناجمة عن الإخلال بالواجبات الإنسانية والأخلاقية الطبية تجاه المريض (ثانياً)، وأخطاء تختلف من حيث الجسامة فنجد أخطاء جسيمة وأخرى بسيطة يسيرة (ثانياً).

=تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ألغى بموجب المادة 45 من هذا المرسوم الجديد، الأحكام المخالفة له، لا سيما: مرسوم تنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج.ر.ج. عدد 42، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988، معدل ومتمم بموجب مرسوم تنفيذي رقم 02-69 مؤرخ في 6 فيفري 2002، ج.ر.ج. عدد 11، صادر بتاريخ 13 فيفري 2002.

كما أكد في نص المادة 44 أنه يتعين على العيادات الخاصة المرخص لها قانوناً بالممارسة أن تتطابق في أجل سنتين (2) مع أحكام هذا المرسوم ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

¹- راجع: المادة الثانية (02) من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 سالف الذكر.

أولاً: خطأ الطبيب أثناء مزاولة المهنة

إنّ الجراح إنسان غير معصوم من الخطأ، قد تقع منه أخطاء بمناسبة أدائه للعمل الجراحي، كون هذه الأعمال التي يقوم بها عديدة، يمكن تقسيمها إلى نوعين: أعمال طبية مادية وأعمال فنية، لا تتصل الفئة الأولى بالأصول الفنية لمهنة الطب، ويمكن تقديرها دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن يقوم بها، وأنّ الخطأ المرتكب بشأنها هو خطأ مادي أو عادي، أما الأعمال الفنية فهي الأعمال التي تتعلق مباشرة بمهنة الطب، أعمال لصيقة بصفة الطبيب أو الجراح ولا يتصور صدورها من غيره، الأمر الذي يجعل الأخطاء الصادرة عنه أثناء مباشرتها أخطاء فنية.

1- الخطأ المستقل عن طبيعة العمل الطبي الجراحي (الخطأ العادي)

يتمثل في الخطأ الذي ليس له علاقة بالأصول الفنية والمهنية، وهو الخطأ الخارج عن إطار المهنة وأصولها الفنية، والناجم عن سلوك إنساني مجرد، يسببه الإخلال بالقواعد العامة للالتزام التي يتوجب على كافة الناس التقيد بها، إذ يقع فيه الطبيب، كما يقع فيه غيره من الناس كلما فاته أن يؤدي واجب الحرص المفروض عليه⁽¹⁾.

إنّ هذا النوع من الخطأ ناجم عن سلوك يمارسه الطبيب كأيّ إنسان، وليس عن ممارسات مهنية قام بها الطبيب تجاه المريض، كقيام الطبيب الجراح بإجراء العملية ويده مصابة بما يعيقها من الحركة، أو إجرائه عملية وهو في حالة سكر⁽²⁾، أو أن ينسى إحدى أدوات الجراحة في جسم المريض⁽³⁾، ومن قبيل الأخطاء المادية أيضاً ترك إناء ماء ساخن على مقربة من جسم المريض فاقد الوعي من جراء التخدير فيحدث له حروق.

يتبين مما سبق، أنّ الخطأ الطبي العادي هو ما يرتكبه الطبيب عند مزاولة المهنة دون أن يكون للمهنة صلة به، ويعامل الطبيب معاملة أي شخص عادي، وكون الأفعال التي

¹ - عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، (د.ت.ن)، ص 270.

² - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 47.

³ - أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 18.

يأتيها الطبيب لا يربطها بأصول الطب رابطة، يمكن للقاضي أن يقدرها دون أن يأخذ بعين الاعتبار صفة من يقوم بها.

يخضع الخطأ العادي الذي يرتكبه الطبيب إلى القواعد العامة المعمول بها، وحيث أن هذا الخطأ لا يتصل بمهنة الطب حتى ولو ارتكبه الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي، مما جعل البعض يطلق عليه اسم الخطأ المادي⁽¹⁾.

2- الخطأ اللصيق بالعمل الطبي الجراحي (الخطأ الفني أو المهني).

يعتبر الخطأ الفني أو المهني من بين الأخطاء الأكثر شيوعا في المجال الطبي، لا سيما أثناء التدخل الجراحي، كونها متصلة اتصالا مباشرا بفنون مهنة من أعقد المهن وأخطرها، وهي أخطاء لصيقة بصفة الطبيب الممارس لها ويستحيل نسبته إلى غيره.

وعلى هذا الأساس، يعتبر خطأ مهنيا ما يقع من الطبيب الجراح كلما خالف القواعد والأصول التي توجبها عليه المهنة الطبية⁽²⁾، فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للطب والجراحة، وبمعنى أدق هو خروج الطبيب أو الجراح في سلوكه المهني والفني عن القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم والمتعارف عليها نظريا وعمليا في الأوساط الطبية وتنفيذه العمل الطبي، ومثال ذلك قيام طبيب بتجربة طرق علاج جديدة على المريض لم يسبق ثبوتها علميا، ويندرج هنا أيضا كل الأخطاء التي يرتكبها الطبيب أثناء التدخل الطبي من أخطاء في التشخيص، العلاج والجراحة وكذا التخدير⁽³⁾.

ولما كانت هذه الأخطاء فنية تقنية ناجمة عن الإخلال بالأصول المهنية فإنه يتعين على القاضي الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد مدى وقوعها ودرجتها لكي يبني حكمه ويقدر التعويض المناسب لجبر الضرر الذي أصاب المريض المضرور، كون القاضي في هذا النوع من الأخطاء الطبية ليست له خبرة في المسائل الفنية، فعلى الخبراء إنارة المحكمة على إثبات مدى انحراف وخروج الطبيب عن الأصول الفنية والمعطيات العلمية المتفق عليها بين أسرة الأطباء نظريا وعمليا ويمكنهم أيضا إثبات وجود علاقة سببية بين الخطأ المهني

¹ - أنظر: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 27.

² - عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص 270.

³ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 190. أنظر كذلك: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص

والضرر الذي أصاب المريض⁽¹⁾ مع الاحتفاظ بحقه، وفقا للمبادئ العامة، في تقدير رأي الخبير وفي تقرير الأخذ به أو عدم الأخذ⁽²⁾.

ثانيا: أفعال الجراح الماسة بالأخلاقيات الطبية

تقابل الأخطاء الفنية التي تنجم عن إخلال الجراح بالأصول المهنية والفنية والتي ترتب مسؤوليته المدنية عن أخطاءه الشخصية، أخطاء أخرى يرتكبها إخلالا بواجبات تقع عليه تلتصق بعمله الطبي ويكون مصدرها ضميره الإنساني، لذلك ترتبط هذه الأخطاء أكثر بالجانب الإنساني والأخلاقي في الممارسة الطبية، بعيدا عن الأصول العلمية والفنية والتعقيدات التقنية لمهنة الطب، وبالتالي فهي ترتب كذلك المسؤولية المدنية، كما لو لم يلتزم بواجب تبصير مريضه بحالته الصحية وبمخاطر وطبيعة العملية الجراحية، أو كما لو أجرى عملا جراحيا دون الحصول على رضاه، كما يسأل كذلك في حالة إخلاله بالسّر المهني بإفشائه أسرار الخاضع للعملية الجراحية التي إطلع عليها خلال عمله.

1- الإخلال بالتزام تبصير المريض بطبيعة ومخاطر التدخل الجراحي

تعتبر الثقة قوام علاقة الطبيب الجراح بالمريض وهي التي تستتبع خضوعه له، فمن الثابت أنّ هذه الثقة هي دائما في حاجة إلى تدعيمها، وهذا ما لا يتحقق إلا بالوضوح والمصارحة والشفافية من قبل من يوليه المريض هذه الثقة، ومن هنا كان من بين الالتزامات التي أفرزها التطور القانوني في مجال العلاقة الطبية التزام الطبيب بإعلام المريض، والذي يعد المقدمة الضرورية لحق المريض في الرضاء بالعمل الجراحي، باعتباره شرطا أساسيا من شروط مشروعية عمل الجراح في مساسه بجسد المريض، والذي بدونه تتعقد مسؤولية الجراح ويصبح عمله غير مشروع.

لا يكون رضاء المريض صحيحا، إلا بعد أن يحيطه الجراح علما بطبيعة مخاطر المرض والجراحة، ويقع عبء إثبات هذا الالتزام على عاتق الجراح، فإن لم يقم بذلك، كان

¹- NICOL Pierre, Faute médicale : Preuve par présomptions de fait et exonération, In : Revue de droit de l'université de Sherbrooke, N° 27, 1996-1997, p. 165.

² - محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، كلية الحقوق والشريعة، الكويت، 1979، ص 15.

مسؤولاً عن كافة النتائج الضارة، والناشئة عن تدخله، ويعتبر إخلال الجراح بالتزام إعلام مريضه خطأ مدني ذو طبيعة عقدية لوجود عقد طبي بينهما⁽¹⁾.

أقر قرار Teyssier مسؤولية الجراح لعدم إعلام المريض بطبيعة وأثار العملية الجراحية التي أجراها له، استناداً إلى أن الجراح ملزم بالحصول على رضا المريض بالعملية، وأن الإخلال بهذا الالتزام يشكل مساساً بحق المريض في سلامته الجسدية⁽²⁾.

2- الإخلال بالتزام الحصول على رضا المريض الخاضع للعملية الجراحية:

يعدّ خطأ يقيم مسؤولية الطبيب الجراح، تدخل هذا الأخير لإجراء العملية الجراحية دون الحصول على رضا المريض به، ودون أن يكون هناك استعجال أو خطر جسيم يبرر ذلك⁽³⁾، ويقوم خطأ الطبيب الجراح أيضاً عند مباشرته أعمالاً طبية أخرى، خلاف تلك التي رضي بها المريض، فالرضاء الصادر من المريض ليس رضاء عاماً وإنما رضاء خاصاً ينحصر في عمل أو أعمال محددة من الأعمال الطبية، ومن ثم الطبيب لا يستطيع أن يتجاوز هذا الرضاء الخاص ليقوم بأعمال أخرى خلاف تلك التي كلف بها.

يتخذ خطأ الطبيب الجراح حين إخلاله بالحصول على رضا المريض صور متعددة، فقد لا يقوم بتنفيذ الالتزام أصلاً أي عدم الحصول على الرضاء، أو يتأخر في تنفيذ الالتزام كالحصول على الرضاء بعد القيام بالتدخل الجراحي، كما قد ينفذ الالتزام بشكل معيب كالحصول على الرضاء دون إعلام سابق⁽⁴⁾.

¹ - MARTINI Philippe, La responsabilité du chirurgien, Thèse de droit, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de droit, d'économie et des sciences, D'Aix-Marseille, 1998, pp.187-188.

² - Cass. req., 28 janvier 1942, Teyssier (Gaz. Pal. 62, 1942, 1, p. 177 ; D., 1942, p.43) : « Mais attendu que Comme tout chirurgien d'un service hospitalier est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération...; qu'en violant cette obligation imposée par le respect de la personne humaine, il commet une atteinte grave aux droits du malade, un manquement à ses devoirs proprement médicaux, et qui constitue une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions que l'administration des hospices a qualité pour réglementer ».

Cité in : VIALLA François, Les grandes décisions du droit médical, L.G.D.J, Lextenso édition, 2010, p. 128 ; BERGOIGNAN-ESPER Claudine et SARGOS Pierre, Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz, Paris, 2010, pp. 27-28.

³ - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 438.

⁴ - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 46.

يترتب عن قيام الطبيب بعمل من الأعمال التي تحتاج إلى موافقة المريض دون الحصول عليها، قيام مسؤوليته المدنية، فإذا ترتب على التدخل نتائج ضارة كان مسؤولاً، ولو لم يثبت أنه أخطأ فنياً، لمجرد قيامه بالعمل دون رضا مسبق من المريض أو من يقوم مقامه⁽¹⁾، والمسؤولية التي تنشأ عن عدم الحصول على رضا المريض لا تكون سوى مدنية، ولتحديد طبيعتها يقتضي الأمر التفرقة بين حالتي وجود العقد الطبي وانتقائه⁽²⁾.
ويثور التساؤل حول مدى جواز الخيرة عندما تجتمع أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في المجال الطبي؟ أم أنّ أحكام أحدهما ألزم من الأخرى؟

يترتب على إخلال الطبيب بالالتزام بالحصول على رضا المريض قبل تنفيذ العمل الطبي إخلال بالتزام عقدي وإخلال بالتزام قانوني، لذا فتجتمع أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

يعتبر الأخذ بالخيرة بين أحكام المسؤوليتين في المجال الطبي أمر مبرر ذلك أنّ الخطأ المهني مستقل عن العقد، وأنّ التزام الطبيب به ليس مرده العقد فقط وإنما هو موجود بدونه، ضف إلى ذلك أنّ مهنة الطب هي وظيفة اجتماعية تجعل الإخلال بأحكامها إخلال بالنظام العام تتجاوز حدود العقد⁽³⁾، تفرضها ما للمريض من حقوق على جسده مقررّة شرعاً ومكرسة دستورياً ومحمية قانوناً.

3- الإخلال بالتزام الحفاظ على السر المهني

تعتبر الحالة الصحية للمريض عنصراً من عناصر حياته الخاصة، فكلّ ما يتعلق بالأمراض التي تصيب الشخص والعلاج الذي يتلقاه يدخل ضمن الحياة الخاصة التي هي محلاً للحماية ضد كل إعتداء يقع عليها⁽⁴⁾.

¹ - منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 20.

² - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 443.

³ - حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 113.

⁴ - للمزيد من تفاصيل أوفى أنظر: بن حيدة محمد، الحق في الحياة الخاصة في إطار القانون الجزائري: المفهوم - العناصر - الحماية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2018، ص ص 164-165.

ومما لا شك فيه، أنّ حالة الشخص الصحية والرعاية الطبية والعلاج، تعدّ من أدق الأمور الخاصة به التي يفضل الجميع إخفاءها عن الكافة، فمن باب أولى أنه لا يجوز نشر أو إذاعة خبر المرض الذي أصابه، إلا بعد أن يأذن بذلك هذا المريض⁽¹⁾.

إنّ الكشف عن تفاصيل الحالة الصحية للشخص دون موافقته محظور، سواء كان هذا الإفشاء عن طريق النشر في الصحف والمجلات أو أية وسيلة أخرى، أو بواسطة الأطباء أو مساعديهم، فالمعلومات ذات الطبيعة الطبية تستفيد من جهة أخرى بحماية إضافية بما على الأطباء من التزام قانوني بالمحافظة على سر المهنة⁽²⁾.

يشمل السر الطبي جميع المعلومات المتعلقة بالمريض التي علم بها مهنيو الصحة، ولهذا السبب أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة لهذا الالتزام بحيث جعله من التزامات الأطباء تجاه مرضاهم، فأكد على ضرورة كتمان السر المهني في المجال الطبي، والمحافظة على كل المعلومات والسهر على حماية ملف المريض والوثائق التي يحتويها⁽³⁾، ويظهر ذلك من خلال القوانين المتعلقة بمزاولة مهنة الطب، لاسيما المادة 24 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة⁽⁴⁾، وكذلك المواد من 36 إلى 41 من مدونة أخلاقيات الطب⁽⁵⁾.

¹ - بشارتن صفية، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 233.

² - للمزيد من التفاصيل حول مفهوم السر المهني والحماية القانونية المكرسة له راجع: نقادي حفيظ، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007، ص.ص. 73-86.

أنظر كذلك: مروك نصر الدين، المسؤولية الجزائية عن إفشاء سر المهنة، الجزء الأول، مجلة موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، (د.ت.ن)، ص 05. ريس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، سوريا، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 252.

³ - بن حيدة محمد، مرجع سابق، ص 166.

⁴ - المادة 24 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر.

⁵ - أنظر المواد من 36 إلى 41 من مدونة أخلاقيات الطب.

تجدر الإشارة إلى أنه ما عدا الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون⁽¹⁾، يعد الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة إنعدام موافقة المريض، الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته.

وعلى هذا الأساس، إذا أفشى الطبيب أسرار المريض يعتبر ذلك إخلالا منه بالالتزام الذي تفرضه عليه المهنة والقانون والعقد الذي يربطه بالمريض⁽²⁾، فيصيب المريض في سمعته واعتباره.

أكد المشرع الجزائري في المادة 417 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنه يعرض عدم التقيد بالالتزام السر الطبي والمهني، صاحبه للعقوبات المنصوص عليها في أحكام المادة 301 من قانون العقوبات⁽³⁾

يحق للمريض أو ذويه في حالة تضرره اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، وهذا ما حدث بمناسبة قضية الرئيس الفرنسي السابق "فرنسوا ميثيرون" François MITTERRAND والمعروفة بقضية "السر الكبير" "Le grand secret" ⁽⁴⁾.

¹ - يمكن أن يرفع السر الطبي من طرف الجهة القضائية المختصة سواء في إطار إنجاز الخبرة الطبية أو الإدلاء بالشهادة أمام القضاء، كما يمكن رفعه بالنسبة للقصر وعديمي الأهلية بطلب من الزوج أو الأب أو الأم أو الممثل الشرعي في نطاق الإعلام وإبداء الموافقة. راجع المادة 24 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر.

² - يرتبط الطبيب بالمريض بموجب عقد طبي، هذا الأخير يلزم الطبيب بإحترام الثقة التي وضعها فيه مريضه، كون هذه الأخيرة هي الدافع التي جعلته يفضي له بكل ما يتعلق بحالته الصحية للطبيب الذي يقع عليه التزام الحفاظ عليها لأنها جزء لا يتجزأ من الحياة الخاصة للمريض.

يختلف الفقهاء في تحديد طبيعة السر الطبي في نطاق العقد، وبرر كل جانب تكييفه، فمنهم من كیفه على أنه أساس أنه عقد وديعة، وذهب البعض الآخر إلى اعتباره عقد وكالة، في حين هناك من جعله عقد مقاوله أو تأجير خدمات. راجع في هذا وتفاصيل أوفى:

SOW SIDIBE Amsatou, Le secret médical aujourd'hui, *AFRILEX*, Revue d'étude et de recherche sur le droit de l'administration dans les pays d'Afrique, Université Montesquieu, Bordeaux IV, N° 2, Septembre 2001, P.13-15.

³ - راجع المادة 301 من ق.ع.ج.

⁴ - TGI Paris, 1^{ère} ch., 23 Oct.1996, Cts MITTERRAND c/ GUBLER.

للإطلاع على محتوى هذا القرار كاملا أنظر: محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى، قانونا- فقها- اجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص ص 130-142.

تتلخص وقائع القضية في قيام الطبيب Claude GUBLER الذي كان يعالج الرئيس الراحل "ميتيرون" MITTERAND بتأليف كتاب بعنوان « Le grand secret » هو مع Michel GONOD عام 1996، نشر فيه كل المعلومات الخاصة بمرض الرئيس، وهو السرطان، وكل تفاصيل العلاج المقدم له.

رفعت عائلة الرئيس السابق دعوى قضائية ضد الطبيب المؤلف على هذا النشر الذي تمت إدانته جزائياً وإلزامه بتعويض مدني قدره 80.000 فرنك فرنسي لأولاده الثلاثة مناصفة، ومبلغ 100.000 فرنك فرنسي لزوجة الرئيس⁽¹⁾.

ثالثاً: خطأ الطبيب من حيث درجة خطورته

إن درجات الخطأ أو تدرجه هو تعبير عن الحالات التي قد يوجد بها الخطأ في الواقع من حيث جسامته، ولذلك فإنّ البحث في درجة جسامته يستدعي الغجابة على الاسئلة التالية: هل يشترط في الخطأ الطبي درجة معينة من الجسامة؟ وهل تقاس درجة الخطأ بأهمية الضرر؟

1- مساءلة الجراح عن الخطأ الجسيم:

يعتبر الخطأ الجسيم خطأ غير عمدي، حيث يتخلف فيه قصد الإضرار من جانب مرتكبه، ومع ذلك فإن درجة جسامته دفعت الرومان إلى اعتباره إخلال فاحش بواجب قانوني⁽²⁾، وبالتالي تشبيهه بالخطأ العمدي أو التدليسي، وهذا التشبيه لا يؤثر في طبيعته من حيث اعتباره خطأ غير عمدي⁽³⁾.

عرفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الجسيم بصفة عامة بأنه إهمال خطير من طرف الدائن، يجعله لا يقوم بالالتزامات العقدية الملقاة على عاتقه⁽⁴⁾.

¹ - إلى جانب هذه العقوبة القضائية ضد الدكتور GULBER بسبب إفشاء السر المهني حول الحالة الصحية لمرريضه MITTERRAND، أصدرت نقابة الأطباء عقوبة إدارية تمثلت في شطبه من سلك مهنة الطب بعد تخلي زملائه الأطباء عنه وعدم مساندته. أنظر: بشاتن صافية، مرجع سابق، ص 235.

² - عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص 277.

³ - محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر " سوء السلوك الفاحش والمقصود"، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، ص 77.

⁴ - La cour de cassation la définit comme : « La négligence d'une extrême gravité dénotant l'inaptitude du débiteur à accomplir sa mission contractuelle. », Cité in : JOURDAIN Patrice, Op.cit., p. 65.

يتمثل الخطأ الطبي الجسيم في عدم قيام الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه، بصورة لا تصدر عن أقل الأطباء حرصاً وتبصراً، فهو خطأ لا يمكن تصوّره إلا من مستهتر، وكثيراً ما يقع الأطباء فيها أثناء التدخلات الطبية الجراحية، ويتخذ صور عديدة كاستئصال العضو السليم بدلاً من العضو المريض، كنزاع كلية سليمة بدلاً من المريضة، أو إجراء عملية جراحية على العين السليمة بدلاً من العين المريضة، فهي أخطاء غير مغفورة لأنها أمور تظهر للطبيب الجراح بوضوح لو راجعها قبل التدخل الجراحي، مثل مراجعة الأشعة والفحوص قبل عملية الاستئصال⁽¹⁾.

فقدت فكرة الخطأ الجسيم من أهميتها بمناسبة صدور قرار " مرسى " MERCIER عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936⁽²⁾، الذي جاء فيه: أنّ الطبيب وبمقتضى العقد الذي يربطه بالمريض ملزم ببذل العناية المتمثلة في الجهود الصادقة اليقظة، والمتفقة مع الأصول العلمية الثابتة، وأنّ أي إخلال بهذا الالتزام متعمداً كان أو غير متعمد، جزاؤه المسؤولية العقدية. " ومن يومه تخطى القضاء الفرنسي عن اشتراط الخطأ الجسيم سواء في التشخيص أو العلاج.

وعليه، فلا عبرة بمدى جسامه الخطأ، وإنما المهم أن يكون هذا الخطأ عبارة عن إخلال من الجراح في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستمرة⁽³⁾.

2- نحو مساءلة الجراح على مجرد خطئه اليسير

منذ صدور قرار " مرسى " سالف الذكر، استقر القضاء على عدم اشتراط الخطأ الجسيم لمساءلة الطبيب الجراح، بل إكتفى بتوافر خطأ بسيط من جانبه، وهو الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته⁽⁴⁾. ولقد أكدت على ذلك محكمة قرونوبل Grenoble الفرنسية في عام 1946 على أنّ: " الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه في أثناء ممارسته مهنته، وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم احتياظه في تشخيص

¹ - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 112.

² - Cass. Civ., 20 mai 1936, (D. 1936, 1,88). Cité in : Centre de documentation multimédia en droit médical . Voir également sur : www.droit.Univ-paris5.fr/cddm/index.php.

³ - محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مرجع سابق، ص 89.

⁴ - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مرجع سابق، ص 44.

الداء، ووصف الدواء، وإجراء العمليات، ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيماً، إذ لا يوجد نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحاً، ولا يقع من الطبيب المعتقد من أوسط رجال هذه المهنة، ومثل الظروف الخارجية للمدعى عليه" (1).

أكد القضاء الفرنسي مرة أخرى تخليه لفكرة اشتراط الخطأ الجسيم وحده لقيام مسؤولية الطبيب، ما قضت به محكمة النقض في حكمها الصادر في 30 أكتوبر 1963، بشأن واقعة أخطأ فيها الطبيب في علاج مريض، إذ بدلاً أن يحقق له دواء داخل الشريان حقنه في خارج، وعندما تعرضت محكمة الموضوع لتقدير خطأ هذا الطبيب طلبت من الخبير تحديد ما إذا كانت الواقعة المنسوبة إلى الطبيب تمثل خطأ جسيماً، أو أنها حادثة لا يمكن تجنبها في بعض الظروف، فقررت محكمة النقض أن: " مجرد الخطأ من جانب الطبيب يؤدي إلى قيام مسؤوليته دون حاجة إلى اشتراط أن يكون هذا الخطأ غير مغتفر أو أنه بلغ درجة معينة من الجسامه" (2)، وهو ما أكد عليه كذلك مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 10 أبريل 1992 (3).

وبناء على ذلك أقام القضاء الفرنسي مسؤولية الطبيب على الخطأ البسيط فقرر بأنه لا يلزم لمساءلة الطبيب أن يكون الخطأ المنسوب إليه على درجة معينة من الجسامه، فالقاضي ليس له أن يتعمق في بحث وفحص الأصول الفنية لمهنة الطب، بل يكفي أن يتأكد من وجود هذا الخطأ، وأن يكون ثابتاً ثبوتاً كافياً لديه وعليه الاستعانة برأي الخبراء (4).

وبناء على ما سبق، تبقى مساءلة الطبيب عن خطئه أثناء التدخل الجراحي، لا تتوقف فقط على ارتكابه خطأ جسيماً، بل تنقرر مسؤوليته عن جميع أخطائه بمجرد أن يخالف

¹ -Trib. Civ., Grenoble, 04 nov.1946, D. 1947, p.77.

² - محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 148.

³ -CE, 10 Avril 1992, n° 79027, Dame V. c/ Hopital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan. Cité in : VIALLA François, Op. cit., pp. 507-508.

⁴ - عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 1412. أنظر كذلك: فتاحي محمد، مرجع سابق، ص 91.

الأصول العلمية بصرف النظر عن فكرة تدرج الخطأ، لذلك فمعظم الاحكام القضائية تحرص على استعمال عبارة الخطأ الواضح الثابت أو المؤكد عوضاً من مصطلح الخطأ الجسيم⁽¹⁾.

المبحث الثاني

خطأ الطبيب في إطار تنفيذ التدخل الجراحي

يعد العمل الطبي الجراحي البديل في حالة فشل العلاج الدوائي من تحقيق أهدافه وهو التخفيف من آلام المرض وإذا أمكن الشفاء منه، فالجراحة هي جزء من الفن الطبي، جائزة باعتبارها تعالج يدويا بواسطة وسائل وأدوات بعض الأعراض أو الأمراض التي لا يقتصر شفاءها على الأدوية فقط.

لا تقوم مسؤولية الجراح إلا إذا كان فعله يشكل خروجاً على القواعد الفنية والأصول العلمية الثابتة في الطب، ولا يشترط أن يكون خطأ الطبيب جسيماً، بل يكفي كما بينا سابقاً، ألا يكون قد بذل ما يتوجب عليه بذله من العناية التي تقتضيها الظروف المحيطة به، لذا يتعين البحث في مضمون التزام الجراح (المطلب الأول)، وتسليط الضوء حول خصوصية خطأ الجراح في التدخلات الجراحية المتخصصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مضمون التزام الجراح

يعتبر العمل الجراحي ذلك العمل الذي يهدف إلى إصلاح عاهة أو آفة تصيب موضعاً من الجسد، مثل القرحة التي تصيب المعدة أو رتق تمزق، بمعنى ضم ما تفرق من العضو المصاب بجروح، كما يهدف إلى تنظيف الجروح الملتهبة المشتملة على سائل مرضي ثم خياطته وقطع أي عضو خارجي من الجسم، ونظراً لخطورة التدخل الجراحي فإنه لا بد من التطرق إلى أهم الالتزامات التي يتعين له القيام بها أثناء التدخل الطبي الجراحي (الفرع الأول)، ثم تحديد مختلف أخطائه عبر مراحل هذا التدخل (الفرع الثاني).

¹ - عبد السلام التونجي، مرجع سابق، ص 285.

الفرع الأول

التزامات الجراح أثناء التدخل الجراحي

تقع على عاتق الجراح، إلى جانب الحصول على موافقة المريض الحرة والمتبصرة حول العملية الجراحية التي يقبل على إجرائها بعد أن يكون قد بصره بكل الأمور المتعلقة بحالته الصحية والمخاطر والآثار التي يمكن أن تنجم عن ذلك التدخل، العديد من الالتزامات، يقوم بها قبل المباشرة بإجراء العملية الجراحية، إذ يجب عليه إجراء تشخيص سليم وفحص طبي للمريض الخاضع للجراحة (أولاً)، وعليه في سبيل ذلك الإتصال بالطبيب المعالج والتزوّد منه بكل المعلومات، وجلب ملف المريض الصحي، قصد الحصول على معلومات إضافية تساعد في تدخله (ثانياً)، ثم تفحص الأجهزة والآلات المستعملة في العمل الجراحي (ثالثاً)، وأخيراً يتوجب عليه أن يجري العملية الجراحية بنفسه أو تحت إشرافه (رابعاً).

أولاً: التزام الجراح بالتشخيص الصحيح وإجراء فحص مسبق قبل العملية الجراحية

أسلفنا الذكر على أنّ التدخل الطبي يعتمد على صحة التشخيص وسلامته، فإذا فشل التشخيص فقد تصبح الأعمال اللاحقة خاطئة ومنها بطبيعة الحال العمليات الجراحية وبالتالي فلا معنى لعمل الجراح ما لم يكن التشخيص الذي يقوم به صحيحاً ومؤكداً، فيقع على عاتق الجراح القيام بتشخيص آخر حتى وإن قام به الطبيب المعالج أو طبيب التخدير إذ يجب على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية أن يفحص حالة المريض، بحيث لا يعتمد على فحص الطبيب المخدر لأنّ كل فحص يختلف عن الآخر كل في حدود اختصاصه. وعليه التأكد من طبيعة المرض وتحديد الموضع الذي يخضع للجراحة وعليه التأكد أيضاً من قدرة المريض من تحمل العملية الجراحية⁽¹⁾. كذلك يتعين على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية الجراحية أن يقوم بفحص طبي شامل تستدعيه حالة المريض، وطبيعة العملية الجراحية، إذ لا يقتصر على فحص المكان الذي سيجري العملية الجراحية فيه، إنما يقتضي إجراء فحص عام وشامل لجميع أعضاء الجسم لضمان سلامة المريض ونجاح العملية⁽²⁾.

¹ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص ص 277-278.

² - زياد علي محمد الكايد، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع عشر، جانفي 2017، ص 26.

وعلى الجراح أن يطلع على كافة المعلومات الضرورية المتعلقة بالمريض وعلى حالته الصحية العامة وردود الفعل المتوقعة، ويجب أن لا يقتصر الفحص على الجزء الذي سيكون محلاً للعملية، وإنما يجب عليه أن يكون الفحص شاملاً وذلك لبيان مدى ما يمكن أن يترتب من نتائج جانبية على التدخل الجراحي⁽¹⁾.

يجب أن يكون الفحص الطبي السابق للعملية دقيقاً والجراح يسأل عن كل ضرر يترتب على إهمال هذا الفحص، وفي هذا الصدد قضت محكمة "السين" الفرنسية بمسؤولية الجراح عن الحروق التي أصاب بها المريض نتيجة وجود بقايا الكحول المطهرة في ثنية الفخذ المتصلة بالبطن، حيث ترتب على ذلك اشتعال الكحول وإصابة المريض الذي قضت له المحكمة بتعويض⁽²⁾.

تجدر الإشارة في هذا المقام أنه يعتبر بمثابة فحص مسبق، من جهة، أن يتخذ الطبيب الجراح الاحتياطات المطلوبة للتأكد من أن المريض لم يتناول الطعام قبل إجراء العملية⁽³⁾، ومن جهة أخرى أن يتأكد من نظافة وسلامة وصلاحية الأدوات الجراحية التي يستخدمها، وفي هذا الشأن قضى بمسؤولية الطبيب عن اللهب الخارج من المشط الكهربائي أثناء إجراء العملية الجراحية، رغم أن الجراح قد استخدم المشط بطريقة عادية لأن التزام الجراح بشأن التأكد من سلامة الأجهزة هو التزام بتحقيق نتيجة⁽⁴⁾.

ثانياً: التزام الجراح باستشارة الطبيب المعالج

يتعين على الجراح قبل الإقدام على إجراء العملية الجراحية، استشارة زملاء له سواء في نفس التخصص أو تخصص آخر، كما يجب عليه الاستعانة بزملاء ممن هم أكثر تخصصاً منه، للتأكد من الحالة المرضية التي يشكو منها المريض، وعليه أيضاً أن يستشير الطبيب الذي كان يعالج عنده المريض ليستشير برأيه في تحمل المريض للعملية⁽⁵⁾.

1 - مالك محمد محمود أبو نصير، مرجع سابق، ص 280.

2 - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 280.

3 - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 202.

4 - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 282.

5 - مالك محمد أبو نصير، مرجع سابق، ص 280.

يتعين عليه كذلك التأكد من مدى قدرة المريض على تحمل العمل الجراحي، وبالتالي ألا يقدم عليه إلا بعد تفكير عميق، وإذا لزم الأمر أن يستشير الطبيب المعالج بشأن حالة المريض حتى يستتير برأيه، وعلى الأخص حين تكون العملية الجراحية على درجة من الخطورة، دون أن يكون لرأي الطبيب المعالج صفة الإلزام بالنسبة للطبيب الجراح. وإذا إقنتع الطبيب بضرورة إجراء التدخل الجراحي، بعد أخذ موافقة المريض بذلك، وجب على الطبيب بعد ذلك أن يحيط نفسه بكافة وسائل إجراء هذا العمل والتي يجب أن تكون متوافقة والأصول العلمية الثابتة.

ثالثاً: التزام الجراح بتفحص الآلات والأجهزة المستعملة في العمل الجراحي

يقع على عاتق الجراح التزام بفحص الآلات والأجهزة المستعملة في العمل الجراحي، فبالرغم من النتائج الإيجابية لتدخل مثل هذه الأجهزة والآلات سواء في التشخيص أو التدخل الجراحي إلا أنها قد تسبب أضراراً جسيمة تمس بسلامة المريض الخاضع للعملية الجراحية، وهو ما يلقي على عاتق الجراح التزام التأكد من صلاحيتها ومدى ملاءمتها للمعطيات الطبية الحديثة، كما يجب عليه أن يولي أهمية كبيرة لطاولة العمليات بتفحصها⁽¹⁾.

رابعاً: التزام الجراح بإجراء العملية الجراحية أو تحت إشرافه

يلتزم الطبيب الجراح بأن يقوم بإجراء العملية الجراحية للمريض وإتمامها بنفسه، لذلك لا يجوز له أن يعهد بإجراء العملية إلى جراح آخر دون موافقة المريض، لأن مخالفة ذلك سيجعله محلاً للمسؤولية عما ينجم عن ذلك من أضرار⁽²⁾، فالعقد الذي يربطه بمريضه يقوم على الاعتبار الشخصي، فالمريض قد اختاره على أساس الثقة التي يضعها فيه وكذا خبرته ومؤهلاته⁽³⁾.

لا يجوز للطبيب الجراح أن يعهد إلى أحد مساعديه بتنفيذ الجزء الأخير من العملية الجراحية، إلا إذا كان ذلك تحت رقابته وإشرافه المباشر بحيث يتسنى له التدخل متى رأى ضرورة ذلك⁽⁴⁾.

1 - عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق ص 167.

2 - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 213.

3 - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 286.

4 - AUBY Jean-Marie, La responsabilité médicale en France, in : Revue internationale de droit comparé, Vol. 28, N° 3, juillet-septembre 1976, p. 516.

تجد الإشارة في هذا الصدد، أنه لا يمكن للجراح أن يستغني عن أعضاء الفريق الطبي، لأن تواجد مجموعة من الأخصائيين في العمل الجراحي إلى جانب الجراح في غرفة العمليات تشكل ضرورة قصوى⁽¹⁾.

كما يلتزم الجراح بعد الإنتهاء من العملية الجراحية، مباشرة بعد خروجه من غرفة العمليات الجراحية أن يحرر تقريراً مفصلاً Protocol opératoire حول سير مختلف أطوار التدخل الجراحي في السجل المخصص لذلك سواء على مستوى العيادة الخاصة أو المستشفى الحكومي.

الفرع الثاني

أخطاء الجراح عبر مراحل العملية الجراحية

يُمر العمل الجراحي بصفة عامة بعدة مراحل رئيسية تتضمن كل منها عناصر وتخضع لعدة إجراءات تتوقف نتائج العمل الجراحي على مدى احترامها من قبل الطبيب الجراح، إذ تؤثر كل مرحلة على تلك التي تليها، وهو الأمر الذي يستدعي حرص ويقظة الجراح في كل مرحلة.

من أجل ذلك يقع على عاتق الجراح بمناسبة إجراءاته للعملية الجراحية عدة التزامات تتعلق بكل مرحلة من مراحل التدخل، عليه احترامها لضمان نجاحها، فمراحل التدخل الجراحي متكاملة، فارتكاب الجراح لخطأ في مرحلة ما قبل العملية الجراحية سوف يؤثر سلباً على مرحلة التدخل الجراحي (أولاً).

وباعتبار أنّ ممارسة العمليات الجراحية لا تقتصر على الطبيب الجراح فحسب بل يشاركه في ذلك اختصاصي آخر لا يقل دوره أهمية عن ذلك الذي يقوم به الطبيب الجراح خلال مراحل العملية الجراحية، ويتعلق الأمر بطبيب التخدير الذي يلعب دوراً بارزاً في هذا المجال، لذلك تتعدد الأخطاء وتختلف باختلاف مرتكبيها (ثانياً)، وفي بعض الحالات قد يرتبط خطأ الجراح بخطأ طبيب التخدير أثناء العملية الجراحية (ثالثاً).

¹ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 192.

أولاً: خطأ الطبيب في المراحل الممهدة للتدخل الجراحي

يقوم الجراح قبل تنفيذ العملية الجراحية ومباشرتها، بإجراء فحص طبي للمريض ثم تشخيص حالته الصحية، وفي أثناء قيامه بهذه الأعمال قد يرتكب أخطاء من شأنها أن تلحق ضرر بجسم المريض.

1- خطأ الجراح في مرحلة الفحص الطبي

يبدأ الجراح أولى خطوات التعامل مع المريض من خلال الفحص الطبي، ونظراً لأنّ الفحص الطبي التمهيدي والتكميلي للمريض يعد خطوة ضرورية قبل التدخل الجراحي، فإنّ إهمال الطبيب إجراء هذه الفحوص يشكل إهمالاً في جانب الطبيب وبالتالي خطأ يسأل عنه، ويتحمل المسؤولية عن الأضرار والمضاعفات التي تسبب إصابة المريض أو وفاته⁽¹⁾.

2- خطأ الجراح في مرحلة التشخيص

يكتسي التشخيص أهمية بالغة في مجال العمل الجراحي فهو يهدف إلى الكشف عن طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له⁽²⁾، ويعتبر أهم مرحلة من مراحل التدخل الطبي، إذ من جهة، بفضلته يتم تحديد العلاج المناسب للمرض الذي يشكو منه المريض⁽³⁾، ومن جهة أخرى قد يؤثر سلباً على سير العملية الجراحية إذا لم يتم اخذ الاحتياطات اللازمة لذلك.

تكتسي مرحلة التشخيص أهمية كبيرة، فكل المراحل القادمة مترتبة على نتيجة التشخيص، إذ يؤدي الخطأ في التشخيص حتماً إلى الخطأ في العلاج أو في التدخل الجراحي، وفي كثير من الأحيان يؤدي إلى وضع حد لحياة الإنسان أو إصابته بعاقة، كل هذا يؤدي إلى مساءلة الطبيب الذي كان تشخيصه غير سليم.

إنطلاقاً من هذه الأهمية التي يميّز بها التشخيص فإنّه يتعيّن على الجراح للوصول إلى تشخيص سليم أن يبذل العناية اليقظة، إذ عليه أخذ كافة المعلومات التي يحتاج إليها، ثم يبدأ بفحص المريض بشكل دقيق لمواضع الألم مستعملاً جميع الوسائل المتاحة التي

¹ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهنة المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 26.

² - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم...، مرجع سابق، ص 60.
³ - HARICHAUX-RAMU Michèle, Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, Vol. 4, Fasc 440-5, Editions Techniques, Juris-classeurs, 1993, p.3.

يضعها العلم تحت تصرفه، بحيث يكون رأيّه في التشخيص بعيدا عن الغلط قدر الإمكان⁽¹⁾، وعليه تجنب التسرع والإهمال في الفحص، وتطبيق معارفه وقواعد الطب تطبيقا صحيحا، فإذا تسرع في التشخيص وتوصل إلى تشخيص خاطئ دون الاستعانة بكافة الوسائل المتاحة له، يكون قد أخطأ مما يترتب مسؤوليته⁽²⁾.

يعتبر الخطأ في التشخيص من الأخطاء الشائعة في التدخلات الطبية الجراحية، إلا أنّه يجب التمييز بين الأخطاء التي تستوجب مساءلة الجراح وتلك التي لا يسأل عنها أثناء التشخيص.

وبناء على ذلك تقوم مسؤولية الجراح إذا كان الخطأ الصادر منه في مرحلة التشخيص يشكل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطب والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية المتعارف عليها نظريا وعمليا بين أسرة الأطباء⁽³⁾، فيجب عليه معرفة ومتابعة كل تطورات العلم الطبي والوسائل المستحدثة في هذا المجال⁽⁴⁾.

أخطأ المشرع الجزائري بين الخطأ والغلط العلمي، الذي كثيرا ما يقع فيه الجراحين في مرحلة التشخيص، إذ جعل الأول مرادفا للثاني في المادة 353 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر، إلا أنّه لا يشكل الغلط في التشخيص Erreur de diagnostic بالضرورة خطأ طبيا، فمثل هذا الغلط يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب ويرقى إلى درجة الخطأ إذا تم عن جهل جسيم بأولويات الطب Ignorance grave des données médicales وهو ما يؤدي إلى الغلط العلمي في التشخيص، أو عن إهمال في الفحص الطبي Négligence dans l'examen clinique كأن يتم بطريقة سطحية أو غير كاملة D'une manière rapide superficielle ou incomplète، بمعنى تسرع الطبيب في بت وتقرير حالة المريض دون الاستماع للمعلومات أو الاستعانة بالتحاليل الطبية التي تمكنه من الوصول إلى تشخيص سليم لحالته الصحية ويسمى الإهمال في التشخيص⁽⁵⁾.

¹ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 252.

² - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 117.

³ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 140.

⁴ - HARICHAUX-RAMU Michèle, Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, Op.cit, p. 4.

⁵ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص ص 61-64.

ومن المحتمل جدا أن يقع الجراح المشخص في الغلط العلمي، سواء أثناء **تحديد أعراض المرض**، بسبب تشابه الأعراض المرضية، كما قد يكون غلطه عند تشخيص حالات خاصة بسبب صعوبة التشخيص فيها أو بسبب طبيعة المرض، أو يقع في غلط بسبب وضوح الأعراض وبساطتها لكن تخفي وراءها مرض خطير أو مضاعفات أخرى.

كذلك قد يقع الجراح في الغلط العلمي أثناء التشخيص بسبب **الطريقة** التي يتبعها، إذ قد يكون هذا الغلط ناتجا عن تشخيص لم يرقى إلى مستوى التشخيص المطلوب بسبب جهل الجراح للأصول العلمية للفن الطبي، أو أنه إستعمل طرق غير مضمونة في التشخيص لأنها غير مثبتة علميا أو مهجورة⁽¹⁾.

تضع المحاكم في اعتبارها عنصر الاحتمال الذي يتميز به العمل الطبي على وجه العموم وتشخيص المرض بصفة خاصة، فتؤكد في أحكامها بأن الغلط فيه لا يعد خطأ يستوجب قيام مسؤولية الطبيب، إلا إذا كان هذا الغلط غير مغفرا⁽²⁾.

لا يريد القضاء التشدد في مساءلة الأطباء بمؤاخذتهم على مجرد الغلط الذي هو جزء من الطبيعة الإنسانية، ويقع فيه أفضل الأطباء، إنما يريد الوقوف بوجه كل نقص أو إهمال يصدر عن الطبيب في اللجوء إلى كافة الوسائل الحديثة، إذ يعتبر الجراح مخطئا إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى عدم الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة المتاحة له من طرف علم الطب كالأشعة مثلا أو الفحص الميكروسكوبي⁽³⁾، أو أنه استخدم آلات ووسائل مهجورة، وطرق لم يعد معترف بها علميا في هذا المجال، فيكون بذلك مسؤولا عن الضرر اللاحق بالمريض نتيجة هذا التشخيص الخاطئ⁽⁴⁾.

وتقوم كذلك مسؤولية الطبيب إذا أكدت الأدلة على أن تشخيص الطبيب للمرض إنما تم بسرعة عابرة، تنطوي على قدر كبير من عدم الاهتمام واللامبالاة، كأن يحدد الطبيب

1 - للمزيد من التفاصيل، راجع: حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص علوم قانونية، فرع قانون الصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2018، ص ص 45-71.

2 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 52.

3 - رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 125.

4 - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 117.

حالة المريض على أنها قرحة في المعدة مع أنها في الحقيقة سرطان، أو أن يشخص إصابة مريض على أنها التواء في مفصل الكوع ومعالجته على هذا الأساس ويتبين أن حقيقة الإصابة كسر في الكوع،⁽¹⁾ فإنه يكون مخطئاً وبالتالي مسؤولاً على جبر الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة هذا التشخيص السطحي البعيد عن التعمق والاهتمام⁽²⁾.

وبناء على المعطيات السابقة، وبالمقابل، لابدّ كذلك من توضيح الأخطاء التي لا يسأل عنها الجراح، فلا يسأل إذا تعلق الأمر بحالة من الحالات التي كثيراً ما تقع بشأنها أخطاء كصعوبة اكتشاف مرض السل في بداياته في الوقت الذي يكون فيه المصاب به في صحة جيدة فيحوم الشك حول إصابته، فالأعراض المرضية قد تتشابه وتختلط لدرجة أنها تختفي فيها حقيقة المرض على أكثر الأطباء خبرة ودراية⁽³⁾.

كذلك يعفى الطبيب من المسؤولية إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى ترجيحه لرأي علمي على آخر أو لطريقة في التشخيص على طريقة أخرى طالما أنّ الحالة لازالت أمام البحث والتطور العلمي⁽⁴⁾.

وبناء على كل ماسبق، فإنّ الجراح يسأل عن الخطأ في التشخيص، إذا كان تشخيصه ينطوي على جهل واضح بالأصول العلمية الثابتة أو إذا تم هذا التشخيص عن إهمال أو تسرع في الفحص الطبي أو إذا أهمل الطبيب الوسائل الحديثة من أشعة وتحاليل أو إذا لم يستشير طبيب آخر أكثر دراية وخبرة منه عندما تصعب عليه الحالة المرضية.

ثانياً: الخطأ أثناء إجراء العملية الجراحية

1- خطأ الطبيب الجراح أثناء التدخل الجراحي

يتحمل الجراح المسؤولية المدنية إذا ثبت أنّه لم يؤد عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره المريض الذي وضع ثقته فيه، لذا فهو مسؤول عن

¹ - جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، مداخلة ضمن المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 404.

² - طلال عجاج، مرجع سابق، ص. 254. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص. 140.

³ - عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 178. وللمزيد من التفاصيل راجع: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 49. رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 123.

⁴ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 49.

كل خطأ يصدر منه، والأصل أنه لا يشترط في خطأ الجراح درجة معينة من الجسامة بل يكفي أن لا يكون قد قام بما ينبغي عليه من عناية تملئها الظروف المحيطة به، والأخطاء التي يرتكبها الطبيب الجراح أثناء التدخل الطبي العلاجي الجراحي لا يمكن حصرها، لكن تتمثل أهم الأخطاء الشائعة في:

أ- سوء تثبيت المريض فوق طاولة العمليات الجراحية

يلتزم الجراح ببذل كل العناية والجهود الصادقة في سبيل المحافظة على سلامة مريضه، وعليه اتخاذ الحيطة والحذر الشديدين، كون المريض في هذه العلاقة يعتبر الطرف الضعيف، الجاهل بأمور الجراحة، سلم نفسه لطبيب محترف بعد أن وضع ثقته فيه حتى يتولى حراسته والعناية به خاصة في مرحلة التخدير التي يفقد فيها وعيه وشعوره، إذ يعتبر إخلالا بواجب الحيطة والحذر وبذل العناية الكاملة إغفال الجراح وبواسطة مساعديه تثبيت المريض على طاولة الجراحة، وعدم وضعه فوقها في وضعية جيدة⁽¹⁾.

وبناء على ذلك يسأل الجراح، باعتباره رئيس الفريق الطبي، عن الإهمال المؤدي إلى حصول ضرر في إحدى أعضاء الجسم وإصابته بشلل، أو جروح إثر سقوطه من فوق طاولة العمليات، كون هذا الجراح لم يتأكد من وضعية المريض وحسن استقراره على هذه الطاولة، حيث كان يتوجب عليه التأكد من سلامة الطاولة وآلات تثبيت المريضة⁽²⁾.

وننوه في هذا الصدد، أنه لا يتوقف التزام الجراح في مراقبة حالة المريض فوق منضدة العمليات على الجراح فحسب، بل يقع على طبيب التخدير كذلك نفس الالتزام، إذ يتعين عليه إتخاذ الحيطة اللازمة عند احتجاز ذراعي المريض عند الحقن تفاديا للشلل، فعليه اتخاذ جميع الاحتياطات لمنع وقوع الحوادث المحتملة التي تقضي إلى الإضرار بالمريض، أما المخاطر التي من الصعب توقع حدوثها أو تفاديها، فلا مسؤولية عليه مادام لم يسند إليه خطأ مهنيا ولو يسيرا⁽³⁾.

¹ - حروزي عز الدين، مرجع سابق، ص 138.

² - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 286.

³ - نقلا عن: أسعد عبید الجميلي، مرجع سابق، ص 281. زياد علي محمد الكايد، مرجع سابق، ص 18.

وعلى هذا الأساس، إذا كان القضاء يقضي بمسؤولية الطبيب الجراح باعتباره مخطئاً لإهماله وقلة حيطته، ففيما يخص وضع المريض على طاولة العمليات بالوضعية المناسبة لنوع العمل الجراحي المطلوب، فإنّ هناك من يرى أنّ التزام تثبيت المريض على هذه الطاولة والتأكد من استقراره ووضعيته فوقها يقع على عاتق طبيب التخدير، باعتباره من يؤمن التهوية التنفسية اللازمة للمريض أثناء التدخل الجراحي، لذا يقع عليه التأكد من وضع المريض فوق طاولة العملية الجراحية وأنّه في وضع سليم ولا يمكن وقوعه من المنضدة⁽¹⁾.

ب- نسيان أجسام غريبة داخل أحشاء المريض.

كثيراً ما ينسى الجراح أو أحد مساعديه أثناء التدخل الجراحي أشياء غريبة داخل أحشاء المريض، كانت مجالاً للعديد من الدعاوى الجزائية أو المدنية، بسبب التسرع في إجراء التدخل الجراحي أو بسبب حالة الاستعجال أو إرهاق وتعب راجع لطول الوقت الذي تستغرقه العملية الجراحية⁽²⁾، ويعتبر نسيان أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض من الأخطاء الأكثر تكراراً، إذ كثيراً ما تترك إبرة⁽³⁾ أو قطعة من القطن أو الضمادات أو الأدوات التي تستعمل أثناء إجراء التدخل الطبي الجراحي ينتج عنها تقيحات والتهابات تؤدي بحياة المريض، فالضمادة المبللة بالدم تنكمش وتندمج داخل أحشاء الجسم ويصعب تمييزها.

ومن التطبيقات القضائية ما قضت به الغرفة الجزائية بمجلس قضاء تيزي وزو بتاريخ 10 جوان 2015⁽⁴⁾ بمسؤولية طبيب أخصائي جراحة الأطفال بالمستشفى الجامعي ندير

¹ - إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص 82.

² - سمير عبد السميع الأودن، المسؤولية القانونية للطبيب والمستشفى والصيدلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011، ص 87.

³ - أنظر: قرار صادر عن مجلس قضاء تلمسان، بتاريخ 19/01/1992، (قضية: (ف.ج) من جهة و(مستشفى تلمسان) من جهة أخرى، في قضية تتلخص وقائعها في أنّ المريضة وعلى إثر عملية ولادة قيصرية بتاريخ 01/04/1983 بقيت تعاني من آلام بالمهبل، ولما قامت بفحوص سنوغرافية تم اكتشاف جسم غريب، فأجريت لها عملية جراحية بتاريخ 20/03/1986، حيث وجدت إبرة بمهبلها منذ عملية الولادة، فتم نزعها، فرفعت دعوى ضد المستشفى، حيث أدانت الغرفة الإدارية المستشفى، وحكمت بتعويض عن الأضرار التي لحقت بها. نقلاً عن: رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 172.

⁴ - مجلس قضاء تيزي وزو، الغرفة الجزائية، ملف رقم 15/02927، قرار صادر بتاريخ 10/06/2015، (قضية: (ق.ف.ز) ضد (و.م) طبيب أخصائي جراحة أطفال بالمستشفى الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: الإهمال الطبي المتمثل في ترك ضمادة المؤدي إلى الجروح الخطأ (إستئصال الكلية اليسرى)، في=

محمد بتيزي وزو، الذي ترك ضمادة في جوف مريضة خضعت لعملية جراحية سنة 1998 من أجل استئصال الجزء الضيق من الحالب، لأنها كانت تعاني من مشكلة في جزء من حالب الكلية اليسرى بالقرب من المثانة التي كانت ضيقة، لكن بعد هذه العملية بقيت تعاني من آلام حادة في مكان العملية لمدة اثنتي عشرة (12) سنة، ليظهر أثناء خضوعها لعملية جراحية سنة 2010 وجود ضمادة متعفنة في كليتها اليسرى الأمر الذي استدعى إستئصال هذه الكلية المتوقفة عن أداء وظائفها.

رفعت المريضة دعوى قضائية ضد الجراح أسفرت إلى صدور حكم بتاريخ 09 ديسمبر 2013⁽¹⁾ قضى بتعيين خبير لفحص الضحية وتحديد نسب العجز والقول ما إذا كانت الضمادة المتروكة هي سبب فقدان المريض لكليتها.

ولقد أكد تقرير الخبرة الذي صادقت عليه المحكمة بموجب الحكم الصادر بتاريخ 19 جانفي 2015⁽²⁾ أن فقدان المريضة للكلية اليسرى كان بسبب الضمادة المتروكة في جوفها، وبالتالي ثبوت خطأ طبي جراحي، وبالنتيجة ألزمت المحكمة الجراح تحت مسؤولية المسؤول المدني الشركة الوطنية للتأمين بدفع مبلغ 1200.000 دج جبرا لكافة الأضرار اللاحقة بها، ولما استأنفت الضحية الحكم، قضى المجلس في الشق المدني برفع مبلغ التعويض إلى 3000.000 دج .

= الشق المدني إلزام الجراح المسؤول تحت ضمان المسؤول المدني الشركة الوطنية للتأمين بدفع مبلغ 3000.000 دج. جبرا لكافة الأضرار). غير منشور.

¹ - محكمة تيزي وزو، قسم الجرح، ملف رقم 13/05682، حكم صادر بتاريخ 2013/12/09، (قضية: (ق.ف.ز) ضد (و.م) طبيب أخصائي جراحة أطفال بالمستشفى الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: الإهمال الطبي المتمثل في ترك ضمادة المؤدي إلى الجروح الخطأ (إستئصال الكلية اليسرى)، تعيين خبير لفحص الضحية والقول فيما إذا كانت الضمادة السبب المباشر في مرض الكلية اليسرى للضحية ومن ثم استئصالها وتحديد حجم الأضرار ونسب العجز). غير منشور.

² - محكمة تيزي وزو، قسم الجرح، ملف رقم 15/0268، حكم صادر بتاريخ 2015/01/19، (قضية: (ق.ف.ز) ضد (و.م) طبيب أخصائي جراحة أطفال بالمستشفى الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: الإهمال الطبي المتمثل في ترك ضمادة المؤدي إلى الجروح الخطأ (إستئصال الكلية اليسرى)، المصادقة على تقرير الخبرة وفي الشق المدني إلزام الجراح المسؤول تحت ضمان المسؤول المدني الشركة الوطنية للتأمين بدفع تعويض 1200.000 دج جبرا لكافة الأضرار اللاحقة بها). غير منشور.

ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية، بتاريخ 26 جانفي 1972، بمسؤولية الجراح على إثر نسيان ضمادة داخل أحشاء المريضة التي خضعت لعملية توليد قيصرية وبعد معاناة من الآلام على مستوى البطن استدعى الأمر إخضاع المريضة لعملية جراحية ثانية، رفعت المريضة دعوى ضد الجراح الذي أجرى لها العملية الأولى، فأكدت المحكمة أن ترك ضمادة أو أي شيء آخر يعد خطأ يستوجب المساءلة، وأنه مهما كان المسؤول الحقيقي عن ترك الضمادة التي سببت التعفن في أحشاء المريضة، فإنه في أغلب الحالات وبدون شك، يتحمل الجراح المسؤولية⁽¹⁾.

ج- سوء استعمال الأدوات والأجهزة الطبية أثناء التدخل الجراحي

يقتضي إجراء العمليات الجراحية ضرورة استعمال أجهزة ومعدات مختلفة كالمشرط الكهربائي والأجهزة الباعثة للأشعة، وأدوات كالأبرة والخيط إلى غير ذلك، تدخل بشكل ملحوظ وظاهر في التدخل الجراحي، إذ بهذه الوسائل قد يحدث أن يصاب المريض الخاضع للعملية الجراحية بضرر لسبب سوء استخدام الجراح لتلك الآلات والأدوات فيتحمل الجراح المسؤولية عن ذلك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن مساءلة العيادة الخاصة باعتبارها المسؤولة عن سلامة ونظافة هذه الأجهزة والأدوات⁽²⁾.

ولقد إزداد لجوء الجراحين إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة بشكل مذهل، وكان آخرها الجراحة عن طريق المنظار، وهو ما يلحق بالمريض إصابات وأضرار نتيجة الإستهانة بهذه الأجهزة، وبالتالي أصبحت حماية المريض أمراً ضرورياً، إذ لا بد من الحفاظ

¹- Arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 1972.

- L'arrêt de la cours de cassation du 26-01-1972 confirme la décision des juges du fond qui avait retenu l'entière responsabilité du chirurgien en se référant à l'expertise qui avait conclu que « Le rôle du corps étranger paraît a priori évident dans l'origine du magma purulent ayant nécessité une hystérectomie totale... » .

L'oubli d'une compresse ou d'un champ opératoire est une faute, et quel qu'en soit le responsable véritable, c'est l'opérateur qui, le plus souvent, sera considéré comme le seul responsable. Voir : MALICIER (D), MIRAS (A), FEUGLET (P), FAIVRE (P), La responsabilité médicale, données actuelles, Ed ESKA, Paris, 1999, p. 183.

²- BENCHABANE Hanifa, Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyen ou de résultat, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d'Alger, n° 4, 1995, pp.768. Voir également : MALICIER (D), MIRAS (A), FEUGLET (P), FAIVRE (P), Op.cit., pp. 177-178.

على سلامته الجسدية من المخاطر الناشئة عن استخدام الأجهزة الطبية الدقيقة والمعقدة⁽¹⁾ ومحل التزام الطبيب هنا تحقيق نتيجة، والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات إذ يقع على عاتق الطبيب استعمال الآلات السليمة التي لا تحدث أضراراً للمريض⁽²⁾.

أصبحت كفاءة الجراح تقاس بمدى قدرته على التعامل مع الأجهزة الطبية الحديثة ومدى تجهيز عيادته بها، وقد يترتب على استعمال هذه الأجهزة أضرار تصيب المريض نتيجة سوء استخدامها أو نتيجة وجود عيب أو عطل فيها، وهنا يقع على الجراح التزام جوهري مقتضاه استخدام آلات سليمة لا تمس بسلامة المريض الجسدية⁽³⁾.

ولذلك، يلزم القضاء الجراح ببذل العناية التي تفرضها الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب، أن يولي عناية كبيرة بفحص الأجهزة والمعدات الطبية قبل إجراء العملية الجراحية، والغاية من بذل هذه العناية هو تفادي الأضرار الناجمة عن استعمالها، ومن التطبيقات القضائية الصادرة في هذا الشأن ما قضت به محكمة "السين" الفرنسية من أنه يجب على الجراح أن يفحص الجهاز الموضوع تحت تصرفه فحصاً جيداً ويتحقق من سلامة التوصيلات الكهربائية وعزل جسم المريض عن أي اتصال كهربائي⁽⁴⁾.

تعددت القضايا التي رفعت بشأنها دعاوى ضد الجراحين، منها القضاء بمسؤولية جراح عن وفاة مريضة أثناء التدخل الجراحي وكان سبب ذلك انفجار لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشاررة خرجت منه، وفي قضية أخرى حكم بمسؤولية طبيب عما أصاب المريض من حروق نتيجة لهب خرج من المشط الكهربائي أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصير الطبيب⁽⁵⁾.

1 - للمزيد من التفاصيل راجع: سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم...، مرجع سابق، ص 187.

2 - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 255. أنظر كذلك: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 218.

3 - محمد محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 129.

4 - منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي...، مرجع سابق، ص 130.

5 - شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 255.

يتحمل الطبيب المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض من الأشياء التي يستعملها بمناسبة تنفيذه أو أدائه للعمل الطبي وهو ما يسمى بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية، إذ يقع على عاتق الطبيب الالتزام بضمان سلامة المريض الذي هو التزام بتحقيق نتيجة وفقا للمادة 138 من ق.م.ج والمادة 1384 ق.م.ف⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، لا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالجهاز يرجع إلى خلل في صناعه ويصعب كشفه⁽²⁾، إذ يفهم من ذلك أنه يجب عليه تفحص هذا الجهاز قبل استعماله في العملية الجراحية، إلا أنه يستطيع الجراح التخلص من المسؤولية طبقا للقواعد العامة بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت للمريض ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه⁽³⁾ كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير وهذا وفقا للمادة 127 من ق.م.ج.

2- الخطأ الشخصي لطبيب التخدير باعتباره عضو مهم ضمن الفريق الطبي

يضمن طبيب التخدير مسؤولية كل الأفعال التي تدخل في مجال عمله⁽⁴⁾، إذ يجب عليه تخدير المريض وفقا للشروط والظروف التي تسمح بإجراء التدخل الجراحي، ومنها الفحوص اللازمة قبل التخدير، ومراقبة الأجهزة الحيوية للمريض أثناء غيبوبته مثل القلب، والأوعية الدموية، وسير عملية التنفس، كما يقع عليه واجب إنعاش المريض وإفاقته من تأثير المخدر⁽⁵⁾.

وعلى هذا الأساس، فإنه يقع على طبيب التخدير واجب مراعاة المريض أثناء قيام الجراح بالعملية الجراحية، ويستوجب الأمر عند إجراء العمليات الجراحية أن يقوم بعملية

¹ - بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 29.

² - شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 255.

³ - موسى بن محمد بن حمود التميمي، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، مارس 2015، ص 246. طلال عجاج، مرجع سابق، ص 155.

⁴ - تقوم مسؤولية طبيب التخدير، إذا أسند القيام بعملية التخدير إلى شخص غير مؤهل أو تنقصه الخبرة. أنظر: عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 173.

⁵ - GIMBERT Bernadette, La responsabilité du médecin anesthésiste- réanimateur, Thèse pour le doctorat en Droit privé (Nouveau régime), Faculté de droit et des sciences politiques, Université D'Auvergne, 1991, pp. 88-94.

التخدير شخص مؤهل لذلك يكون مسؤولاً عن إختيار المخدر المناسب للعملية وإعطاء الكمية المناسبة للمريض بالكيفية التي يراها مناسبة⁽¹⁾.

تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أنّه وخلافاً للقواعد العامة فإنه يجب على طبيب التخدير الحصول على موافقة المريض خطياً، إذ لا يعتد في هذا المجال بما يسمى "الرضاء الضمني"، وفي حالة المريض الذي لا تسمح حالته بذلك فيتعين على طبيب التخدير الحصول على هذا الإقرار الخطي من ولي أمره أو من يقوم مقامه، ويبرر طلب الحصول على رضا المريض هنا بأنّ كل عمل طبي يجب أن يستهدف مصلحة المريض المطلقة وأن تكون له ضرورة تبرره وأن يتم برضائه أو رضاء ولي أمره إن كان قاصراً أو فاقداً لوعيه، ذلك أنّ العمل الطبي يستند على ثلاثة أركان لا بدّ من توافرها للقول بمشروعيته، الركن الأول مصلحة المريض، والثاني وجود ضرورة تبرر العمل الجراحي، والثالث وهو الأهم الحصول على رضا المريض على التدخل الطبي.

يتوجّب على طبيب التخدير أن يفحص المريض ويتخذ كل إجراءات الحيلة والحذر، وقد قضت محكمة استئناف باريس PARIS في حكم حديث لها: "إنّ طبيب التخدير يخل بالتزامه عندما يقوم بعملية التخدير دون أن يفحص المريضة أو أن يستوجبها، ودون أن يتخذ إجراءات الحيلة واللازمة، وأن موت المريضة التي عندها حساسية عالية كان من الممكن أن ينتج عن استعمال أي نوع آخر من الدواء، ولكن لجوء الطبيب المخدر إلى التخدير عن طريق "الألفاتيزين" Alfatesine وهي وسيلة من وسائل التخدير معروفة المخاطر في مثل هذه الحالات، فإنّ طبيب التخدير زاد بذلك من مخاطر واحتمالات حدوث الوفاة"⁽²⁾.

وبقع كذلك على عاتق طبيب التخدير متابعة المريض حتى إفاقة، وإلى أن يستعيد كل الوظائف الحيوية⁽³⁾، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها: "إنّ رقابة

¹ - يكون بدء التخدير بإعطاء الأدوية التي تعمل على تخدير الجسم وهناك أربعة طرق لإدخال أدوية التخدير لجسم المريض إما عن طريق الوريد أو عن طريق الإستنشاق أو عن طريق الشرج أو عن طريق العضل.

أنظر: زياد علي محمد الكايد، مرجع سابق، ص 19.

² - Cass. civ., 1^{ère}, 11 décembre 1984. Sur : www.legifrance.gouv.fr

³ - GIMBERT Bernadette, Op. cit., pp. 91-94 et p.98.

طبيب التخدير والإنعاش يجب أن تستمر بعد استفاقة المريض لغاية استعادة لكامل وظائفه الحيوية، وعلى الخصوص وظيفة الأمعاء، وأن الممرضة أثناء هذه المرحلة الخطيرة إنما تعمل تحت سلطة طبيب التخدير وعهده ومسؤوليته، وأن المريض حينما أجريت له عملية الحقن التي سببت الضرر - رغم أنه كان مستيقظا - لم يكن قد تم إنعاشه بالمعنى التقني للكلمة، مادامت أعاؤه لم تستعد بعد وظيفتها⁽¹⁾.

لا تقوم مسؤولية طبيب التخدير عن مجرد الخطأ الفني خلال عملية التخدير، بل يسأل كذلك عن الأضرار الناتجة عن الأشياء أو الأدوات التي يستعملها في عمله على أساس مسؤولية حارس الأشياء⁽²⁾، وكذلك يكون مسؤولا عن خطأ من يساعده⁽³⁾.

يستطيع طبيب التخدير نفي المسؤولية عن نفسه، إذا أثبت أنه إتخذ جميع الإحتياطات وأنه راعى الأصول العلمية المنفق عليها وأنه بذل الجهود اليقظة للتأكد من أن المريض قادر ومستعد للتخدير، بحيث لا يعرضه هذا التخدير لأي مسؤولية قانونية.

ثالثا: ارتباط خطأ الجراح بخطأ طبيب التخدير أثناء العملية الجراحية.

تعمل بالمشاركة مع الجراح، مجموعة من الأطباء الأخصائيين كل في مجال تخصصه، يجتمعون لتركيز معارفهم الفنية لأداء خدمة مهنية موحدة، بالقيام بجزء لا يتجزء

=تبقى المرحلة التي تلي مباشرة العملية الجراحية حساسة وتستدعي المراقبة الصارمة واليقظة والحذر، إذ تعود هذه المسؤولية الشخصية على عاتق طبيب التخدير، الذي يتولى مسؤولية حراسة المريض لا سيما بعد الاستيقاظ. للمزيد من التفاصيل راجع: بوصوف حمادة نزيهة، المسؤولية الطبية للجراح والمخدر في مرحلة ما بعد العملية الجراحية، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد 25 أبريل 1010، ص ص 127-138.

¹ - CA Paris, 23 Janvier 1992. Sur : www.legifrance.gouv.fr

² - وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 06 أبريل 2004.

قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 287810، صادر بتاريخ 2004/04/06، (قضية: (ح.م.غ) ضد (ك.ر) والنيابة العامة، حول موضوع: الإهمال وعدم الإحتياط الطبي المؤدي للوفاة، إذ أن ترك الضحية دون مراقبة الطبيب المخدر الذي غادر غرفة العمليات، مما تسبب في التواء أنبوب الأكسجين الموصول بالضحية يعدّ إهمالا وعدم احتياط، وبالتالي عدم مسؤولية الطبيب الجراح).

نقلا عن: خضير عبد القادر، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ص 75-77.

³ - إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، مرجع سابق، ص 83.

من العمل الجراحي، كل عضو مختص يقدم خدمة طبية منفصلة عن اختصاص الأعضاء الآخرين المشتركين معه في العمل نفسه، إلا أنها تخصصات متكاملة بعضها البعض⁽¹⁾.
يوجد إلى جانب الجراح الرئيس أخصائي التخدير والإنعاش⁽²⁾، فهو أحد مساعدي الطبيب الجراح وجزءاً من المجموعة المعاونة له.

1- ضرورة استعانة الجراح بأخصائي تخدير وإنعاش أثناء التدخل الجراحي: أخصائي التخدير جزء لا يتجزء من الفريق الجراحي

يحتاج الطبيب الجراح أثناء قيامه بمهمة الجراحة الطبية إلى سكون المريض وعدم حركته، وذلك لكي يستطيع القيام بأداء التدخل الجراحي على الوجه المطلوب، فعدم استقرار المريض وحركته وانزعاجه أثناء تنفيذ العمل الجراحي يعتبر عائقاً كبيراً يحول دون أدائه والقيام به على الوجه المطلوب، خاصة وأن الجراح يستعمل أدوات جراحية دقيقة بلغت درجة من التطور، وفي نفس الوقت خطيرة قد تسبب ضرراً للمريض الخاضع للعملية الجراحية، لذلك فكل تدخل جراحي تصل الحاجة فيه إلى التخدير درجة الاضطراب بحيث لا يمكن إجراء العملية إلا بعد التخدير.

يقع على عاتق الجراح واجب الاستعانة بأخصائي تخدير وإنعاش⁽³⁾ وإلا قامت مسؤوليته حتى وإن لم يرتكب أي خطأ شخصي، أي حتى وإن أثبت المريض أن غياب أخصائي التخدير لم يكن السبب في وقوع الضرر، ورغم ذلك تقوم مسؤولية الجراح لخطئه في عدم الاستعانة بأخصائي تخدير، لأن واجب الحيطة والحذر يفرض عليه ذلك تقادياً للمخاطر الاستثنائية التي قد تحدث، خاصة حوادث التشنج التي تنشأ عنها الأزمات القلبية

¹ - DORSNER-DOLIVET Annick, Op. cit., p. 120. Voir également: LE TOURNEAU Philippe, Op. cit., p. 824.

² - جعل تطور المعطيات الطبية الحديثة من طب التخدير على درجة من الخطورة والأهمية، تستوجب تخصص القائمين به تخصصاً دقيقاً، لذا أصبح من بين العلوم التي تدرس في كليات الطب كتخصص قائم بذاته، فلا يكفي ترخيص الطبيب لممارسة الطب كما بينا سابقاً، بل لا بد من الحصول على اختصاص في التخدير لاسيما عند التدخلات الجراحية التي تتطلب التخدير الكلي أو العام.

³ - على عكس الجراحات الطبية الخطيرة، يوجد نوع آخر أقل خطورة وهي الجراحات السطحية، يمكن فيها للطبيب الجراح أن يقوم بأداء مهمته الجراحية بنجاح دون أن يخدر المريض، إذ أن المريض في كامل شعوره وإحساسه وإن كان يجد من آلام الجراحة شيئاً لكنه مما يمكن تحمله والصبر عليه دون مقاومة أو ضرر شديد.

التي تؤدي إلى وفاة المريض إذا لم يتلق العناية اللازمة في الوقت المناسب بواسطة شخص كفاء، إما إذا أثبت أن غياب طبيب التخدير هو السبب في وقوع الضرر إعتبر عدم الإستعانة به ظرفا مشددا.

تستوجب حالة المريض تدخل عدة أطباء من تخصصات مختلفة، بشكل متلازم أو متعاقب، الأمر الذي يلزم الطبيب الجراح على ضرورة الإستعانة بأخصائي تخدير وإنعاش، وهو الإلتزام الذي تفرضه المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب سالفه الذكر⁽¹⁾.

تتطلب العمليات الجراحية على الأقل نوعين من التخصص الطبي، واحد خاص بالجراحة وآخر خاص بالتخدير والإنعاش، وبالتالي يكون أخصائي التخدير والإنعاش أهم عضو يعمل إلى جانب الجراح، فيكونان أهم عناصر الفريق الطبي الجراحي.

نظم المشرع الجزائري مهنة التخدير والإنعاش بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-235⁽²⁾ المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، بموجبه ألغى المرسوم رقم 91-109⁽³⁾.

2- إقتران خطأ الجراح بخطأ طبيب التخدير

أولى الفقه والقضاء أهمية كبرى لعلاقة الجراح بطبيب التخدير، إذ لا يوجد هناك استقرار قانوني حتى الآن في هذا المجال، ما دفع بالقضاء الفرنسي على وجه الخصوص، إلى الإجتهد لوضع قواعد توزيع المسؤولية داخل الفريق الطبي الواحد، إذ إنطلق من مبدأ

¹ - تقابلها المادة 32 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسية التي جاء فيها:

« Des lorsqu'il a accepté de répondre a une demande, le médecin **s'engage** à assurer personnellement au patient des soins...En faisant appel, s'il ya lieu, a l'aide de tiers compétents ».

² - مرسوم تنفيذي رقم 11-235 مؤرخ في 3 يوليو 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، ج.ر.ج. عدد 38، الصادرة بتاريخ 6 يوليو 2011.

³ - ألغى المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 91-109 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش، ج.ر. عدد 22، الصادرة بتاريخ 15 ماي 1991، بموجب المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 11-235 سالف الذكر.

المسؤولية عن فعل الغير إلى مبدأ تعدد المسؤوليات الشخصية، ثم إستقر بعد ذلك على مساءلة جميع الأعضاء المشاركة في العلاج أمام المريض الخاضع للتدخل الجراحي.

أ- من المسؤولية العقدية عن فعل الغير إلى إقرار المسؤولية الشخصية لكل من الجراح وطبيب التخدير.

منذ زمن مضى، كان يعمل طبيب التخدير إلى جانب الجراح أثناء التدخل الجراحي، فيعتبر أحد مساعدي الطبيب الجراح، شأنه في ذلك شأن الممرضين والمساعدين الطبيين فحسب، إذ يعتبر جزء من المجموعة المعاونة له يعمل تحت إشراف الجراح الذي يصدر إليه أوامر وتعليمات واجبة التنفيذ عند ممارسة عمله، وبالتالي تثير أخطاؤه مسؤولية الجراح بصفته متبوعا، لوجود رابطة تبعية بينه وبين أعضاء فريقه، وهو ما يحقق سلطة الرقابة والتوجيه والإشراف أثناء تنفيذ العمل الطبي، باعتباره المسؤول الوحيد عن كل المجموعة المساعدة⁽¹⁾.

تجدر الإشارة في هذا المقام، أنه إذا كان لا يوجد تناقض بين الاستقلال المهني⁽²⁾ الذي يتمتع به طبيب التخدير والجراح وعلاقة التبعية التي تربط الأول بالثاني في إطار التنظيم الإداري⁽³⁾، فإن الأمر غير ذلك في باب المسؤولية، لأن الاستقلال يعني أن المسؤولية شخصية، وهي مبنية على الخطأ عقديا كان أو تقصيريا، أما في حال التبعية فإن المسؤولية هي عن فعل الغير، وهي مبنية عن الضرر.

وعلى ذلك، تتأسس مسؤولية الجراح عن خطأ طبيب التخدير على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، إذ يسأل الطبيب الجراح عن أخطاء طبيب التخدير إذا كان قد التجأ إليه من تلقاء نفسه، بمعنى خارج نطاق رضا المريض، أي دون أن يحصل على موافقة المريض أو من ينوب عنه، للقيام بجزء لا يتجزأ من التزامه، بحيث يعتبر طبيب التخدير في هذه الحالة تابعا للطبيب الجراح، فيكون هذا الأخير المسؤول أمام المريض بموجب الثقة

¹ - HANNOUZ (M.M), HAKEM (A.R), Précis du droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U., Alger, 1993, p. 57.

² - تنص المادة 10 من (م.أ.ط) على أنه: " لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال".

³ - محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2005، ص 224.

التي وضعها فيه لاعتبارات الشهرة والخبرة الفنية، التي تفرض عليه بذل ما في وسعه من يقظة وحذر طبقا لما تفرضه المعطيات الفنية⁽¹⁾. بذلك لا يكون دور طبيب التخدير إلا مساعدا لتنفيذ التزام لا يتجزأ من التزام الجراح ليبقى عمله ثانويا بالنسبة للتدخل الجراحي الرئيسي، ما دام لم يلتزم بشيء تجاه المريض الخاضع للعملية الجراحية، يعمل لصالح الجراح الذي اختاره⁽²⁾.

إذا كان إختيار الجراح لطبيب التخدير بناء على رغبة المريض، فهنا ينشأ عقد جديد بين المريض وطبيب التخدير إلى جانب العقد الأصلي القائم بين الطبيب الجراح مع المريض، ومن ثم يكون كل طرف يتعهد بتنفيذ التزامه، فيسأل كل منهما مسؤولية عقدية عن أخطائه الشخصية تجاه المريض⁽³⁾.

أثبت الواقع العملي أن المريض لا يتمتع بحرية إختيار أي عضو في الفريق الطبي إلا الطبيب الجراح وذلك فقط في المستشفيات الخاصة دون المستشفيات العامة، وبالتالي لا يملك المريض حرية إختيار طبيب التخدير والإنعاش⁽⁴⁾، خاصة عند اعتياد الطبيب الجراح على العمل مع أخصائي تخدير معين بالذات⁽⁵⁾.

¹ - Cass. civ., 1^{er}. 18 Octobre 1960, publié au : (Bull. civ. I, n° 442 ; JCP G 1960, II, 11846, note R. Savatier, Gaz. Pal. 1960, 2, p.289 ; RTD civ. 1961, p. 120, obs. A. Tunc):

« Le chirurgien, investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération, est tenu en vertu du contrat qui le lie a cette personne, de faire bénéficier celle-ci pour l'ensemble de l'intervention, de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science, il répond dès lors des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, et qu'il se substitue, en dehors de tous consentement du patient, pour l'accomplissement d'une part inséparable de son obligation ». Cité in : VIALLA François, Op. cit., p. 574 ; Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr .

² - على عصام غصن، مرجع سابق، ص 105.

³ -MANAOUIL Cecile, ARNAUD Anne-Sophie, GRACER Marie, HAKY Edouart, JARDE Olivier, La responsabilité de l'anesthésiste, Jurisprudence et apports de la loi du 4 Mars 2002, Revue de droit, Déontologie et soin, Vol. 01, N° 01, 2003.

أنظر كذلك: زياد علي محمد الكابد، مرجع سابق، ص 25.

⁴ - لا يتصل ولا يتعاقد عمليا المريض المعالج إلا مع الطبيب أخصائي الجراحة، وهذا الأخير يختار نظيره المخدر دون موافقة المريض، فطبيب التخدير لا يملك عيادة مفتوحة للجمهور وليس له زبائن.

⁵ - زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق ، ص 97.

وبالمقابل، هناك من يرى أنه لا يسأل الطبيب الجراح عن أخطاء طبيب التخدير عند وجود عقد ضمني بين المريض وطبيب التخدير، أي عندما لا يبدي المريض اعتراضاً على طبيب التخدير وبالتالي كل طبيب يسأل عن الخطأ الذي يصدر منه⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أنّ مساءلة الطبيب الجراح عن أخطاء طبيب التخدير من شأنها أن تجعل الجراح مضطراً إلى مضاعفة مراقبته على كافة الأعمال المتعلقة بالتخدير، وهو ما يخشى معه أن يكون على حساب ما ينبغي عليه أن يبذله من حذر فيما يتعلق بالتدخل الجراحي الذي يشرف عليه ويضطلع به أساساً⁽²⁾، وهو ما استدعى تطبيق أحكام المسؤولية الشخصية لكل من الجراح وطبيب التخدير على حدة.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول أنّ التخصص في المجال الطبي يؤدي إلى تفكيك روابط التبعية التقليدية، إذ يستقل كل طبيب بمجال تخصصه بشكل متزايد من الناحية الفنية، ومن ثم يستقل طبيب التخدير بمجاله قبل إجراء التدخل الجراحي وأثناءه وبعد إنتهائه⁽³⁾، وبالتالي فلا مسؤولية للجراح عن خطأ زملائه، كما لا يمكن مساءلته عن عدم كفاءة أخصائي مشارك في التدخل الجراحي، لعدم امتلاكه القدرة على كشف مدى تأهيلهم⁽⁴⁾.

ب- المسؤولية المشتركة بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير: الاستقلال النسبي للمسؤولية داخل الفريق الطبي.

بيّننا سابقاً، أنّ القضاء الفرنسي في إحدى مراحل تطوره، أكد استقلالية عمل كل عضو من الفريق الطبي، وبالتالي انفصال عمل طبيب التخدير والإنعاش عن عمل الجراح، مما أدى إلى استقلال مسؤوليتهم نظراً لتخصص كل عضو على مستوى عالي من الخبرة والإلمام بمجال هذا التخصص.

¹- أنظر: زياد علي محمد الكابد، مرجع سابق، ص 25.

²- بابر الشيخ، مرجع سابق، ص 143.

³- بعدما كان طبيب التخدير مجرد تابع يقتصر دوره على ضمان عدم إحساس المريض بالألم وثباته أثناء العملية الجراحية، إمتد إختصاصه ليشمل تنفس المريض ودورته الدموية للوقاية من الأزمات الجراحية، لذا أصبح التخدير فناً يقوم به المتخصصون.

⁴- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم....، مرجع سابق، ص

لكنّه حاول بعد تلك الفترة، إزالة الفصل المطلق بين الاختصاصات والمسؤوليات الذي أظهر مساوئه، ذلك لأنّ كل أخصائي يهتم بالأعمال التي تنتمي إلى دائرة تخصصه، دون أن يعير الإهتمام لعمل زملائه في الفريق الطبي الواحد، فرغم الإعتراف بتجزئة العمل داخل هذا الفريق إلا أنّ الغرض يظل واحدا وهو نجاح العملية الجراحية، وهو الأمر الذي دفع بالقضاء إلى إشتراط تعاون مشترك بين أعضاء الفريق الطبي، خاصة بين الجراح وطبيب التخدير، مع إبقاء مهمة التنسيق وتنظيم الأعمال المختلفة والمراقبة للطبيب الجراح بإعتباره رئيسا.

وعلى هذا الأساس، يستلزم أن يكون كل عضو متضامنا مع زملائه، ويسعى نحو تعاون مستمر وصادق بين أعضاء الفريق الجراحي، مما يدفع كل منهم إلى الإهتمام بعمل الآخر، بتبادل المشورة حول تفاصيل كل تدخل طبي، ومراقبة عمل الزملاء رغم اختلاف الاختصاصات.

يعتبر طبيب التخدير أهم أخصائي يلزم الجراح ويظل بجانبه فترة أطول مقارنة مع الأعضاء الآخرين، إذ يعمل إلى جواره منذ مرحلة الإعداد للتدخل الجراحي إلى غاية نهايته واسترجاع المريض كامل وعيه، الأمر الذي يستدعي مشورة متبادلة بين الجراح والمخدر.

ب-1 وجوب مشورة متبادلة بين الجراح وطبيب التخدير

بالرغم من أنّ الطبيب الجراح غير مختص بعملية تخدير المريض الخاضع للعملية الجراحية، إلا أنّه يشارك فيها بطريقة غير مباشرة، فإن كان طبيب التخدير والإنعاش المسؤول عن تحديد جرعة المخدر ونوعه، إلا أنّ الجراح يشارك بإفادة طبيب التخدير بالوقت المحتمل الذي يستغرقه التدخل الجراحي، وكذا التقنية المتبعة لأدائه والأدوية المستخدمة، كل هذا تجنباً في استعمال أدوات وعقاقير تحدث، عند تفاعلها، أثارا سلبية سيئة مع المواد التي يستخدمها الجراح هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب على الجراح تنبيه طبيب التخدير بعدم استخدام مواد سريعة الاشتعال، ومراقبة حالة المريض فوق الطاولة بعيدا عن كل تيار كهربائي تحسبا لأية شرارة كهربائية قد تحدث⁽¹⁾.

وفي ذات الإتجاه، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 28 أكتوبر 1997، بوجود التزام متبادل بالمشورة بين أعضاء الفريق الطبي لاسيما بين الجراح وطبيب التخدير، فإن

¹ - محمد عبد القادر العبودي، مرجع سابق، ص 382.

كان من واجب طبيب التخدير مراقبة المريض أثناء التدخل الجراحي، عن طريق مراقبة ضغط ونبضات قلب وحالة تنفس المريض، وإعلام الجراح بها بصفة مستمرة ومنتظمة، لما لها من تأثير على سير العملية، فبالقابل هناك التزاما على الجراح بإحاطة طبيب التخدير بالمعلومات اللازمة عن حالة المريض والتخدير، بمناسبة الطعن في حكم محكمة ليون Lyon، في قضية تتلخص وقائعها في أن مريض كان يعاني من عدم وضوح الرؤية في إحدى عينيه، أجريت له عملية جراحية، تحت تخدير موضعي مما نتج عن ذلك فقد المريض لبصره تماما، بسبب استخدام أخصائي التخدير حقنة غير مناسبة لحالته الصحية، أحدثت ثوبا في مقلة العين أسفرت عن تجمع دموي تسبب في العمى.

خلصت محكمة إستئناف ليون LYON إلى إثارة مسؤولية طبيب التخدير لسوء اختيار وسيلة التخدير، فالتخدير الموضعي لا يتناسب وحالة المريض، بالاشتراك مع الجراح على أساس أنه يتابع حالة المريض منذ فترة طويلة، فكان عليه تنبيه طبيب التخدير لاستعمال التخدير الكلي لا الموضعي الذي تستوجبه حالة المريض⁽¹⁾، هذا ما أيدته محكمة النقض، التي أكدت أن إلزام الجراح لا يقتصر فحسب على إدارة العمل الجراحي فحسب، بل يمتد إلى تبصير وتنبيه طبيب التخدير بمخاطر الطريقة المختارة للتخدير التي لا تتناسب مع حالة المريض⁽²⁾.

ب- قيام الجراح بمراقبة كل مجريات التدخل الجراحي

يلتزم الجراح القيام بواجب عام بمراقبة كل مجريات التدخل الجراحي، فيتدخل في الأعمال الفنية الداخلة في اختصاص باقي أعضاء الفريق الطبي، لاسيما طبيب التخدير والإنعاش، والتي لا تدخل ضمن اختصاصه، وهذا الالتزام ينشأ مباشرة من العقد الطبي، وفي حالة انتفائه فهو واجب لصيق بالعمل الطبي الذي ينفذ⁽³⁾.

¹ - مأمون عبد الكريم، مرجع سابق، ص ص 188-189.

² - Cass. civ., 1^{ère}, 28 Octobre 1997. (Bull. civ., 1997, 1, n° 298, p. 200) : Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

³ - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، مداخله ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق لجامعة بيروت العربية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 245.

وعليه، يتعين على الجراح، أثناء التدخل الجراحي، مراقبة كمية المخدر لاسيما بالنسبة لمرضى القلب والسكري، باعتبار أن هذا النوع من المرضى لا يمكنهم التحمل، هذا من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لطبيعة التدخل الجراحي التي تقتضي قدرا ضروريا من المخاطر⁽¹⁾.

تأكيدا على ما سبق، استخلص القضاء الفرنسي، فكرة الفريق الطبي، من قضية الكاتبة الروائية الشهيرة *ألبرتine سارازان (Albertine SARRAZIN)* التي إحتلت مكانة بارزة في دراسة مسؤولية كل من طبيب التخدير والإنعاش والجراح، وقد غطت هذه القضية مجموعة من الأخطاء الطبية وقعت قبل إجراء التدخل الجراحي وفي أثناء أدائه وبعده، مما أثار مسؤولية جميع أعضاء الفريق الطبي⁽²⁾.

تتلخص وقائع القضية في خضوع الشابة سارازان لعملية إستئصال كلية، فأصيبت بحالة مرضية تجسدت في تدهور الدورة الدموية وإضطرابها، مما إستوجب إجراء عملية جراحية ثانية لها، والتي لم يبادر طبيب التخدير قبل أدائها بفحص المريضة ولا ملفها المرضي، ولم يجري تحليل دم لتحديد فصيلته، الأمر الذي لم يتقن إليه الجراح.

أجريت العملية الجراحية التي إستغرقت ساعتين، على إثرها نزفت المريضة كمية كبيرة من الدم، وبعد إنتهاء العملية توفيت المريضة إثر توقف جهازها التنفسي الذي أعقبه توقف القلب، الحادث الذي نشأ عن تغيير وضع المريضة رغم غياب الجراح، الذي خرج لإطلاع الزوج عن حالة زوجته، هذا التغيير السيئ الذي تسبب في نزيف حاد أدى إلى تدفق كمية كبيرة من الدم من القلب دون تعويضه، ولم يبادر طبيب التخدير إلى إنعاشها في الوقت المناسب، ودون أن يقوم الجراح بنقل دم إليها لتعويضها عما فقدته أثناء العملية بالسرعة الممكنة، وذلك لعدم إعداد تحليل مسبق يحدد فصيلته⁽³⁾.

¹ - الشيخ بلال، الخطأ الجراحي ومدى التزام الجراح بدقة العمل الجراحي، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد السابع 2016، ص 189.

² - Albertine SARRAZIN, Cass. crim., 22 juin 1972, (Bull. crim., 1972, 1, n° 218, p. 568), sur: www.legifrance.gouv.fr.

³ - AKIDA (M), Op. cit., p. 203.

أدانت محكمة مونتبلييه (Montpelier) الابتدائية كل من الجراح وطبيب التخدير عن القتل الخطأ، وحكمت عليهما بالحبس والغرامة وتعويض مؤقت لورثة المجني عليها، استناداً إلى خطأ الجراح المتمثل في عدم تحققه الإجراءات والاستعدادات المقتضية لإنقاذ المريضة قبل البدء في العملية لتفادي المخاطر المعروفة والمتوقعة في نطاق التدخل الجراحي، والمتمثلة في عدم تحديد فصيلة الدم وتزويد المريضة بالكمية التي تستوجبها حالتها الصحية التي أصابها الوهن من قبل، وإن كانت أصلاً من إختصاص طبيب التخدير، الذي بدوره أهمل أداء الفحوص الأولية السابقة عن العملية طبقاً للأصول العلمية المتعارف عليها، إذ أنه لم يشاهد المريضة إلا بعد دخولها في غيبوبة تحت تأثير العقاقير المهدئة التي ناولها إياها الجراح، إذ كان عليه تخصيص وقت كافٍ لفحصها⁽¹⁾.

عدلت محكمة مونتبلييه هذا الحكم، وأقرت بمسؤولية طبيب التخدير وحده وتبرئة الجراح لعدم ثبوت أي خطأ من الفنية الجراحية، وإعتبار طبيب التخدير والإنعاش أخصائي مسؤول عن كل ما يحدث في إطار تخصصه ولا يدخل في إطار إشراف ومتابعة الجراح بحكم إستقلاله المهني، فهو المسؤول الوحيد عن تخدير المريضة ومراقبتها طيلة العملية حتى إسترجاع وعيها، وإتخاذ جميع الإحتياطات لضمان سلامتها من المخاطر⁽²⁾.

أسس زوج المريضة طعنه بالنقض على أساس قاضي الإستئناف في تطبيق مبدأ استقلال طبيب التخدير والإنعاش في وسط الفريق الطبي وإقراره ببراءة الجراح على الرغم من ارتكابه لأخطاء تستوجب مساءلته، وهذا ما أخذت به فعلاً الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية⁽³⁾، التي نقضت قرار محكمة الإستئناف⁽⁴⁾ في شقه الخاص ببراءة الجراح، وأحالت

¹ - محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص ص 137-138.

² - MANAOUIL Cecile, ARNAUD Anne- Sophie, GRACER Marie, HAKY Edouart, JARDE Olivier, Op.cit., p.10.

³ - Arrêt Albertine SARRAZIN, Cass. Crim, 22/06/1972, Op.cit.

⁴ - وعلى إثر ذلك أكدت محكمة النقض، أنّ الجراح يكون مع طبيب التخدير فريقاً طبياً مما يجعلهما يشتركان في أداء بعض الالتزامات نظراً لتكامل اختصاصيهما، فغياب جهاز للإنعاش قبل إجراء تدخل جراحي دقيق وطويل المدة، على مريضة سبق وأن أصابها الوهن نتيجة خضوعها لعدة عمليات، وعدم فحص دمها لمعرفة فصيلته بالتالي عدم تزويدها بالكمية المطلوبة لتعويضها عما نزفت، يشكل إهمالاً معيياً لكل من الجراح وطبيب التخدير معاً، حتى ولو كان أخصائي التخدير هو المسؤول من حيث الأصل، إلا أنه لا يمكن إغفال دور الجراح في =

الدعوى إلى محكمة إستئناف تولوز (Toulouse) التي أصدرت حكمها بتاريخ 24 أبريل 1973 بالإدانة المشتركة للجراح وطبيب التخدير والإنعاش، متمسكة بفكرة الفريق الطبي والتضامن الذي يجب أن يكون قائما بين أعضائه، وإسناد الدور العام بمراقبة الأعمال المؤداة بمناسبة التدخل الجراحي إلى الجراح باعتباره الرئيس.

المطلب الثاني

خصوصية الخطأ في التدخلات الجراحية المتخصصة

تعتبر الجراحة عمل جراحي نافع، ولكنه في ذات الوقت عمل بالغ الخطورة، نظرا لما تنطوي عليه الجراحة من مساس كبير بسلامة جسم الإنسان، هذا بالإضافة إلى ما تتميز به عملية تخدير المريض من دقة وتعقيدات.

ويترتب على ذلك، ضرورة إعطاء العلاج الجراحي مزيدا من العناية أكثر مما تتطلبه العلاجات الطبية الأخرى، ونظرا لأن هذه هي طبيعة الجراحة، فإن المحاكم تتشدد عادة مع الجراحين أكثر مما تتشدد مع غيرهم من الأطباء، لا سيما في حالة ارتكابهم الأخطاء في الجراحات المتخصصة لما لها من خصوصية كعمليات نقل وزرع الأعضاء (الفرع الأول) وجراحات التجميل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصوصية خطأ الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

أثارت عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية ولا تزال إشكالات قانونية لم تثار من قبل أمام رجال القانون، مما خلق مجالا واسعا في البحث القانوني، لما يشترط في تلك العمليات من تحقيق التوازن بين مصلحتين، مصلحة المتبرع من جهة والمريض المتلقي من جهة أخرى، إذ تبدو حساسية هذا العمل الطبي من خلال اتصاله بجسم الإنسان، جعلت القانون يوازن بينهما في تلك العمليات التي قد تتم بين الأحياء تستلزم وجود شخص سليم يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه، لصالح شخص مريض مهدد بالموت، دون أن تكون له مصلحة

=هذا الشأن، فيقع عليه الواجب الملح بضمان معرفة طبيب التخدير بحالة المريضة والتأكد من اتخاذ جميع الاحتياطات، خصوصا ما يتعلق بمرحلة استرجاع الوعي.

Voir : PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin, Op.cit., p. 68.

وراء ذلك. كما قد تتم هذه العمليات أيضا من شخص ميت، وهي الأقل ضررا لأن استقبال الأعضاء فيها يتم من الجثث.

نظرا لخصوصية هذه العمليات، حصر المشرع الجزائري بعض المستشفيات العمومية دون سواها، ورخص لها القيام بعمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، مما يزيد من أهمية هذا النوع من التدخلات الجراحية، وهذا يفيد أن قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية هي الواجبة التطبيق، وبصفة خاصة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، على أساس أن الجراح تابع للمستشفى الذي يعمل فيه، وأن علاقة التبعية هذه ولو كانت علاقة تبعية إدارية، فهي كافية لكي تتحمل هذه المستشفيات العمومية المسؤولية عن خطأ الجراح، ويؤول الاختصاص فيها للقضاء الإداري.

وضع المشرع الجزائري ضوابط معينة يتقيد بها الأطباء الجراحين قبل وأثناء الشروع في عمليات انتزاع وزرع الأعضاء البشرية، وكل خروج عن هذه القيود يعتبر خطأ يقيم مسؤوليته المدنية (أولا)، كما تتنوع صورّ الخطأ الذي يمكن أن يؤدي إلى إنعقاد المسؤولية المدنية للجراح (ثانيا).

أولا: التزامات الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء

تعد عمليات نقل الأعضاء ذات طبيعة مزدوجة، حيث تشتمل في جانب منها على عملية استئصال أحد الأعضاء البشرية من جسم إنسان سليم، وهو: **المتبرع**، لا يشتكي من مرض أو علة ما، وفي جانب آخر منها تتضمن عملية زرع هذا العضو في جسم إنسان مريض يقتضي علاجه عملية الزرع وهو: **المريض المتلقي**⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن مثل هذه التدخلات الجراحية تمسّ بجسم المتبرع والمتلقي المريض في أن واحد، الذي لم تعد وسائل العلاج التقليدية نافعة لشفاءه، إلّا بإجراء عملية زرع عضو سليم محل عضو تالف يتلقاه من المتبرع، لذلك يلتزم الجراح تجاه شخصين هما المتبرع والمريض المتلقي، الأمر الذي يستدعي البحث في أهم التزامات الطبيب الجراح تجاه المتبرع بأحد أعضائه⁽²⁾، لأنّ الإخلال بها يعتبر خطأ يستوجب المسؤولية القانونية.

¹ - بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 4.

² - أمّا في ما يخص التزامات الجراح تجاه المريض فإنّها تظهر جليا من خلال هذا البحث.

1- التزام الجراح بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمتبرع

تتفق معظم التشريعات القانونية على أنه لا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي للمريض بصفة عامة بغير رضاء، فالحصول على رضاء المريض مظهر من مظاهر احترام حق هذا الأخير في تقرير مصيره بشأن ما يجب أن يفعل بجسمه⁽¹⁾، وفي مجال نقل الأعضاء البشرية المتبرع ليس أداة يستعملها الجراح كيفما شاء، فهو إنسان حي له الحق في سلامة جسده، ولإعفاء الجراح من المسؤولية لا بد من توافر شروط في الرضاء، منها ماهي موضوعية ومنها ما هي شكلية.

أ- الشروط الموضوعية للرضاء:

يجب أن يكون المتبرع أثناء تنازله عن عضو من جسده في حالة نفسية وعقلية تسمح له بالتعبير عن إرادته بحرية كاملة، بعيدا عن كل الضغوط، لذا يتعين على الجراح أن يتأكد من موافقة المتبرع بأحد أعضاءه، ويقصد بها الرضاء الحر، بمعنى أن لا يكون الرضاء معيبا صادرا تحت تأثير أو إكراه مادي أو معنوي.

ألزمت المادة 360 الفقرة الرابعة من قانون الصحة⁽²⁾ الجراح بضرورة إعلام وتبصير المتبرع باعتباره الطرف المتضرر بجميع المخاطر الجراحية، كما تقوم **لجنة الخبراء** بإعلامه مسبقا بالأخطار المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الاستئصال وبعدها، وعن كل العواقب المحتملة للزرع التي قد تتسبب فيها العملية والنتائج المنتظرة من ذلك⁽³⁾، لذلك يتعين على الجراح أن يعلمه بمختلف التفاصيل ويقدم له كافة التوضيحات عن الطرق والتقنيات المستعملة المستقر عليها في الوسط الطبي الجراحي، وأن يوضح له ما يعاني منه المريض الذي سيتلقى العضو، لتبصره عن أهمية تبرعه لإنقاذه من الموت المؤكد، جعل المشرع هذا الإجراء إلزاما على الطبيب تخلفه يحمله خطأ مهنيا طبيا يستوجب المساءلة.

¹ - سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الاصطناعي، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر، ص 13.

² - تنص المادة 4/360 من ق. ص. على أنه: " لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع".

³ - راجع المادة 7/360 من ق. ص.

يتعين كذلك على الجراح تبصير المتبرع والمتلقي بهذه التفاصيل بلغة بسيطة مفهومة وواضحة بعيدة عن المصطلحات الطبية الفنية والتقنية، وذلك حسب ما جاء في المادتين 43 و44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، لكي يكون المتبرع على بينة من أمره ويكون الرضا الصادر منه حرا ومتبصرا⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أنّ عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من التدخلات الجراحية التي تتطلب على مخاطر معتبرة، تستلزم حصول الجراح على الرضا المسبق لكل من المتبرع والمريض المتلقي بعد تبصيرهما وتوثيرهما عن كل مخاطر التدخل الجراحي، وبالتالي يجب أن يكون الرضا صادرا من متبرع كامل الأهلية عند القيام بالتنازل عن أحد أعضاءه.

يجب أن يكون رضا المتبرع صحيحا، وبالتالي يشترط أن يكون المتبرع بالعضو البشري راشدا متمتعا بكامل قواه العقلية، لكن لم تحدد نصوص قانون الصحة سنا محددة يكون فيها الشخص أهلا للتنازل عن أحد أعضاءه مما يستوجب الرجوع إلى القواعد العامة رغم إجماع فقهاء القانون المدني من إخراج جسم الإنسان من دائرة المعاملات المالية.

تحدد نصوص القانون المدني خاصة المادتين 40 و42 والمادتين 85 و101 من قانون الأسرة مدى صلاحية الشخص القيام بالتصرفات القانونية بكافة أنواعها سواء كانت ضارة ضررا محضا أم نافعة نفعا محضا أم دائرة بين النفع والضرر وتمنح حكم هذه التصرفات.

إتفقت معظم التشريعات المقارنة على ضرورة أن يكون الشخص بالغاً سن الرشد للقيام بالتصرفات القانونية، وقد حدد سن الرشد بـ 19 سنة كاملة وفقاً لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وأن يكون كذلك متمتعا بكامل قواه العقلية، إذ يقع باطلا التنازل عن عضو من قبل المجنون أو المعتوه أو السفیه أو ذو الغفلة⁽²⁾.

¹- أكد المشرع الفرنسي على ضرورة توافر الرضا الحر للمتنازل في المادة L.1212-2 من قانون الصحة الفرنسي سالف الذكر.

Art. L.1212-2 du C.S.P.F dispose : « Le prélèvements d'élément du corps humain et collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur ».

²- أنظر: سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 24.

Art. L.1212-2 du C.S.P.: « Le prélèvements d'élément du corps humain et collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur ».

بالرجوع إلى نص المادة 1/361 من قانون الصحة⁽¹⁾، نجد أنّ المشرع قد إشتراط كقاعدة عامة ضرورة توفر أهلية المتبرع لإجراء عملية نقل وزرع الأعضاء البشرية، مما يفهم، أنّ المشرع الجزائري قد سمح فقط بالاستئصال من الأشخاص الراشدين المتمتعين بكامل قواهم العقلية، دون المحرومين من قدرة التمييز والمصابين بأمراض من شأنها أن تضر بصحة المتبرع والمستقبل.

إلا أنّ المشرع الجزائري أورد إستثناء على القاعدة المذكورة أعلاه، في الفقرة الثانية من المادة المذكورة سابقا، يتضمن إمكانية نزع الخلايا الجذعية المكوّنة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت.

وعلى هذا الأساس، يلتزم الجراح بنص المادة المذكور أعلاه التي تلقي عليه التزام عدم اقتطاع عضو من أعضاء ممن هو غير مميز وهو عديم الأهلية ولا من قاصر ناقص الأهلية، هذا يعني أن شرط احترام أهلية المتبرع والتأكد من توفرها يقع على عاتق الجراح، وبمفهوم المخالفة عليه رفض انتزاع الأعضاء حتى وإن رضي القاصر أو وليه القانوني.

إنّ ما يمكن ملاحظته كذلك من نص هذه المادة، أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حالة المتبرع الراشد المجنون أو المعتوه، استغنى عن شرط الحجر، بحيث إذا كان الشخص قد بلغ سن الرشد 19 سنة كاملة لكن فقد أهليته بإصابته بأيّ عارض من العوارض، فلا يجوز استئصال أي عضو من جسمه لأن إرادته تكون معيبة حتى ولو لم يتم الحجر عليه، فالمشرع الجزائري لم يذهب إلى ما ذهب إليه القانون المدني وقانون الأسرة اللذان اشترطا شرط الحجر لاعتبار الشخص الراشد الذي فقد أهليته عديم الأهلية⁽²⁾.

تجيز بعض التشريعات المقارنة، لاسيما التشريع الفرنسي، نقل الأعضاء من القصر بقيود محددة، تجعل عملية نقل الأعضاء من القصر ضيقة للغاية تحت رقابة القضاء والقانون.

¹ - تنص المادة 361 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على أنّه: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الأهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي."

² - مواسي العلجة، مرجع سابق، ص 201.

أقر المشرع الفرنسي كأصل عام، من خلال نص المادة L.1231-2 من قانون الصحة الفرنسي عدم جواز نقل الأعضاء من الشخص القاصر ومن الشخص البالغ الخاضع لتدابير الحماية القانونية، وبعد جواز إجراء أي استئصال لأنسجة وخلايا ومنتجات جسم شخص قاصر أو بالغ خاضع للحماية القانونية⁽¹⁾.

إلا أنه أجاز على سبيل الاستثناء من خلال نص المادة L.1241-3 استئصال خلايا الدم من النخاع العظمي Moelle osseuse من القصر، لأنها أقل خطورة من غيرها، لكن وفقا للشروط التي نصت عليها المادة أعلاه، ومنها أن يكون المتبرع بالعضو البشري أخا أو أختا أو ابن عمه أو بنت عمه أو عمه أو عمته أو ابن أو ابنة أخيه، وأن يكون ذلك بموافقة الولي أو الممثل القانوني، بعد الحصول على ترخيص لجنة الخبراء التي تتولى مهمة التحقق من وجود تبصير كامل سواء للقاصر أو لأولياءه، ومدى توافر الشروط الخاصة بعملية الاستئصال وعدم انطوائها على أي مخاطر بالنسبة للقاصر مع التأكد من مدى احترام رغبته وإرادته في حالة رفضه إجراء العملية الجراحية⁽²⁾.

¹ -Art. L.1231-2 : « Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ».

² -Art. L.1241-3 (modifié par la loi no 2011-814 du 07 juillet 2011. Art. 17) stipule : « Par dérogation aux dispositions de l'article L.1241-2, en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur.

Lorsqu'un tel prélèvement n'est pas possible et en l'absence d'autre solution thérapeutique appropriée, le prélèvement de cellules hématopoïétiques issues de la moelle osseuse peut, à titre exceptionnel être fait sur un mineur au bénéfice de son cousin germain ou sa cousine germaine, de son oncle ou de sa tante, de son neveu ou de sa nièce.

Dans tous les cas, ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur informés des risques encourus par le mineur et des conséquences éventuelles du prélèvement par le praticien qui a posé l'indication de greffe ou par tout autre praticien de leur choix. Le consentement est exprimé devant le tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui, qui assure au préalable que le consentement est libre et éclairé. En cas d'urgence vitale, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Le consentement est révocable sans forme et à tout moment.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par le comité d'experts mentionné par l'article L. 1231-3 qui s'assure au préalable que, notamment au regard des règles de bonnes pratiques mentionnées à l'article L.1245-6 les conditions de réalisation du prélèvement ne comportent aucun risque pour le mineur compte tenu de son âge ou de son développement, que tous les moyens ont été mis en œuvre pour trouver un donneur majeur=

يستشف من هذه المواد تشدد المشرع الفرنسي في التعامل في جسم القاصر وحصر هذا التعامل من الناحية القانونية في استئصال الخلايا المتجددة في النخاع العظمي دون سواها، مما يعني حرصه في حماية القاصر من أي ضغط ومن أي شكل من أشكال الاستغلال.

ب- الشروط الشكلية للرضا:

إذا كانت القواعد العامة في التعبير عن الإرادة تجيز أن يكون هذا التعبير صريحا أو ضمنيا، طبقا لنص المادة 60 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: " **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا...**" فإن تطبيق هذا النص غير ممكن في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية.

ورد غموض من طرف المشرع الجزائري في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة الجديد، بخصوص موقفه في شكل الرضا الصادر من المتبرع.

ب-1 في ظل قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى:

قيّد المشرع الجزائري صورّ التعبير عن الإرادة بالكتابة كونه يعتبر تصرفا خطيرا مقارنة بالتصرفات القانونية الأخرى، فلا يكون شفويا ولا ضمنيا ولا بالسكوت، لأنه موقف سلبي لا يعبر عن إرادة الشخص المتبرع، بل بإتباع شكلية معينة يتجسد فيها الرضا الحر للمتبرع وإلزام الطبيب بالإعلام.

وعلى هذا الأساس، يأخذ الرضا الشكل الذي حدده قانون حماية الصحة وترقيتها في نص المادة 162، التي تشترط **الموافقة الكتابية للمتبرع** بأحد أعضاءه، للسماح له بالتفكير وإدراك خطورة التصرف المقبل عليه من جهة، ومن جهة أخرى من أجل تجنب الإكراه والضغط الذي يمكن للطرف المتبرع أن يقع فيه فتتأثر إرادة معينة بالإكراه أو التدليس، إضافة إلى ذلك فالكتابة لا تكشف عن الرضا فحسب بل تشهد على أنه صادرا عن إرادة حرة ووعي وإدراك، ومن جهة ثالثة تحمي الطبيب الذي يقوم بالإستئصال من تبعة المسؤولية الجزائية والمدنية، إذ تسهل إثبات تحقق رضا المتبرع⁽¹⁾.

=suffisamment compatible pour le receveur et que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte. En ce cas, le refus du mineur fait obstacle au prélèvement ».

¹- سعيدان أسماء، مرجع سابق، ص 32.

أضافت كذلك الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها أن يتم تحرير الموافقة الكتابية بحضور شاهدين إثنين، وهذا يعد بمثابة حماية وضمانة قررها المشرع للمتبرع لتبصيره بخطورة التصرف المقدم عليه وعدم التسرع في اتخاذ القرار، إلا أنه يعاب على هذا النص، الغموض وعدم الدقة، كونه لم يحدد صفة الشاهدين هل هم من أقارب المتبرع؟ أم هم أشخاص يتم إختيارهم من المتبرع أو هيئة أخرى؟

إقتصر المشرع في ظل قانون الصحة الملغى على وجوب إيداع الموافقة الكتابية بالتبرع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، والملاحظ أن إثبات الرضا يتم كتابة لكن المشرع الجزائري لم يشترط أن تتم الموافقة أمام جهة رسمية معتمدة بل إكتفى أن تتم أمام هيئة صحية.

ب-2 في ظل قانون الصحة الجديد:

إكتفى المشرع الجزائري بذكر الموافقة المستنيرة للمتبرع، ولم يذكر الكتابة فيها، وهو ما يستشف من المادة 4/360 من قانون الصحة التي تنص على أنه: " لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها دون الموافقة المستنيرة للمتبرع"، بالرغم من أنه منح إمكانية سحب هذه الموافقة التي أعطاه المتبرع، في أي وقت وبدون أي إجراء، طبقا لنص المادة 6/360⁽¹⁾، ولأنه عادة الشيء الذي يسحب هو شيء ملموس، وثيقة أو إستمارة، مما يعني أن نية المشرع تدل على بقاء شرط الكتابة في الموافقة المستنيرة للمتبرع رغم عدم ورودها صراحة.

إذا كانت نية المشرع حقيقة هي التأكيد عن الموافقة الكتابية للمتبرع، فهو الأمر الذي يثير إشكال قانوني يتمثل في عدم بيانه لشكل هذه الموافقة الكتابية، هل تحرر بخط المتبرع وتوقيعها منه، أم هي عبارة عن إستمارة تصدر عن المؤسسة الإستشفائية يتم التوقيع عليها من المتبرع؟

بعدها كان في ظل القانون القديم إيداع الموافقة الكتابية لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة، ألزم المشرع في ظل قانون الصحة الجديد، بموجب المادة 5/360 وجوب

¹ - راجع المادة 6/360 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر.

التعبير على الموافقة بالتبرع أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا الذي يتأكد، مسبقا، من أنّ الموافقة حرة ومستتيرة، وأنّ التبرع مستوف للشروط المنصوص عليها في قانون الصحة.

2- التزام الجراح باستئصال عضو من الأعضاء الجائز استئصالها والتبرع بها

تقضي القواعد العامة في أيّ تصرف قانوني أن يكون فيه محلا يرد عليه الرضا، فهو ركن لا بدّ منه لصحة التصرف وعليه يجب أن يكون موجودا وممكنا ومعينا أو قابلا للتعين ومشروعا، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يحدد هذا المحل في نطاق عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، إذ لم يذكر في قانون الصحة الأعضاء التي يجوز التبرع بها، إذ إكتفى من خلال نص المادة 355 أن يكون نقل الأعضاء لأغراض علاجية وتشخيصية دون غيرها(1).

وأمام عدم وجود نص صريح يحدد على سبيل الحصر الأعضاء التي يجوز التبرع بها فإنّه بالرجوع إلى رأي الشريعة وإجتهاد الفقه وأمام التطورات العلمية في مجال الطب تم التوصل إلى إباحة وجواز التنازل فقط عن الأعضاء المزدوجة، والأعضاء الأحادية المتجددة.

أ- جواز التبرع بالأعضاء المزدوجة:

يقصد بالأعضاء المزدوجة الأعضاء التي لها نظير في جسم الإنسان كالكلية والقرنية، وأهم ما يميّزها أنّها أعضاء غير متجددة الخلايا(2)، هذه الأعضاء يمكن للجراح استئصال إحداها دون أن يتأثر الجسم. لكنّه يشترط لإجازة استئصال الأعضاء المزدوجة فضلا عن تناسب المخاطر التي يتعرض لها المتبرع مع المزايا التي تعود على المريض، أن يكون العضو المتبقي قادرا على أداء الوظيفة البيولوجية للعضو المستأصل، أما إذا كان استئصال

¹- راجع المادة 355 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر.

²- للمزيد من التفاصيل راجع: إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 56.

أحد العضوين يؤثر في هذه الوظيفة رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع فلا يجوز للجراح استئصاله⁽¹⁾.

ب- جواز التبرع بالأعضاء الوحيدة المتجددة:

إنّ الأعضاء الوحيدة هي تلك الأعضاء التي ليس لها نظير في جسم الإنسان، إضافة إلى كونها وحيدة فهي متجددة، ومن الأعضاء الوحيدة المتجددة نجد الخلايا الجذعية والأنسجة رغم استئصالها وانتزاعها إلا أنّ لها القدرة على التكاثر والتجدد كالنخاع الشوكي أو العظمي⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، لا يجوز للجراح استئصال الأعضاء الوحيدة غير المتجددة التي ليس لها نظير في الجسم، وتتميز بعدم التجدد كالقلب والكبد بأكمله، وهي أعضاء لا يجوز استئصالها لأنها ستؤدي إلى وفاة المتبرع، وفيما يخص الكبد يجوز التبرع بجزء منه، إذ ثبت علمياً أنّه يمكن أخذ جزء منه لأنّه يتجدد بعد فترة زمنية معينة⁽³⁾.

يسأل الجراح الذي يجري عملية استئصال عضو ليس له بديل في جسم المتبرع لزرعه في جسم المريض المتلقي مدنياً وجنائياً إذا ترسّبت الوفاة عن هذا الاستئصال، ولا يعتد برضا المجني عليه أي المتبرع، لأنّ هذا التنازل بمثابة تنازل عن الحياة، والحق في الحياة ليس حقاً خاصاً للفرد وحده بل هو حق المجتمع أيضاً⁽⁴⁾.

ثانياً: صور الخطأ الفني للجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية:

1- تخلف الرضا الحر والمتبصر للمتبرع والمستقبل

يعبر التزام الجراح بإعلام المتبصر والمتلقي عن واجب قانوني خاص، وذلك بضرورة إحاطتهما علماً بكافة المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج

¹ - بابر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 234.

² - للمزيد من التفاصيل راجع: إسمي قاوة فضيلة، مرجع سابق، ص ص 56-57.

³ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية...، مرجع سابق، ص 479.

⁴ - مروك نصر الدين، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد الثاني، 2001، ص 35.

المراد إخضاعه له، والأحوال التي سيؤول إليها في حالة تفاقم مرضه ورفضه العلاج وإلا اعتبر مخطئاً⁽¹⁾.

يجب كذلك أن لا تقتصر هذه المعلومات على الجانب الطبي، بل وينبغي أن تتعداه لتشمل الجوانب الاجتماعية، مثل مدى تأثير هذه العملية على حياته المستقبلية، وكذا الاقتصادية، ما قد ينتج عنها من آثار على قدرة الشخص على العمل عقب العملية وفي المستقبل⁽²⁾.

تقوم مسؤولية الجراح في حالة ما إذا استأصل العضو من جسم المتبرع الذي عدل عن موافقته بعد إبدائها، لأنّ العدول يزيل الأثر القانوني للرضا الصادر من المتبرع، إذ لا يجوز للجراح الاحتجاج بالموافقة السابقة لدرء المسؤولية عنه، كما تقوم مسؤوليته المدنية سواء اتجه المتبرع أو المستقبل عند مباشرته للعملية الجراحية استناداً إلى رضا مشوب بعيب من العيوب لاسيما الإكراه، لأنّ الجراح ملزم بالتأكد من أنّ رضا أطراف العملية حر وسليم، وكل خروج عن ذلك يعد خطأ من جانبه.

وعلى الأساس، يقيم الإخلال بالرضا في مجال نقل الأعضاء البشرية مسؤولية الجراح، إذ يكفي أن يدعي الشخص المنقول منه والمنقول إليه العضو عدم موافقته على عملية الإقتطاع، وعلى الجراح أن يثبت حصوله على هذه الموافقة لنفي المسؤولية عنه، ذلك أن الرضا في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية ضوابط محددة على الجراح التقيد بها قبل إجراء العملية⁽³⁾.

2- الخطأ في استعمال أجهزة وأدوات الجراحة أو استعمال أدوات غير معمة

أدى التقدم العلمي في المجال الطبي على مستوى الأساليب العلمية الطبية وكذا الأجهزة والآلات المستخدمة في العلاج والجراحة إلى تراجع الأخطاء التي قد يرتكبها الطبيب أو الجراح لأن محل التزامه هنا هو بتحقيق نتيجة، فهو يمارس عمله بواسطة هذه الأجهزة

¹ - تنص المادة 1/344 من ق.ص. أنه: " في حالة رفض علاجات طبية، يمكن إشتراط تصريح كتابي، من المريض أو ممثله القانوني".

² - رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب في عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص ص 131-132.

³ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 675.

وبالتالي يعتبر مسؤولاً عن هذه الأجهزة باعتباره حارساً لها وفقاً لنص المادة 138 من التقنين المدني⁽¹⁾.

وعليه، يلتزم الجراح في مجال نقل وزرع الأعضاء البشرية بضمان سلامة المتبرع والمريض، بأن لا يعرضهما لأيّ أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة، وهذا الالتزام بتحقيق نتيجة، لذا عليه توخي الحيلة والحذر أثناء استعمالها. كما يقع عليه واجب استعمال أدوات وأجهزة جراحية غير معيبة وأن تكون معقمة، بحيث لا يتسبب في نقل مرض آخر إليه بسبب العدوى لعدم تعقيم الأدوات والمكان⁽²⁾، فإذا استعمل الجراح أداة غير معقمة من أدوات الجراحة وأدى ذلك إلى الإضرار بأحدهما، فإن ذلك يعد خطأً مفترضاً من جانبه يستوجب المسؤولية المدنية.

3- الخطأ في العضو محل الاستئصال

يلتزم الجراح في مجال عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بتحقيق نتيجة فيما يخص العضو محل الاستئصال، لذا عليه توخي الحيلة والحذر في ما يخص العضو الذي يستأصله من جسم المتبرع، إذ يلتزم باستئصال العضو المناسب من جسم المتبرع واستئصال العضو المريض من جسم المستقبل، فإن لم بذلك، يكون قد ارتكب خطأً مهنيًا جراحياً يستوجب المسؤولية المدنية تجاه المتبرع، كما يجوز للمريض المستقبل مطالبة الجراح بالتعويض عن فوات فرصة الشفاء.

الفرع الثاني

خصوصية خطأ الجراح في مجال الجراحة التجميلية

أدى التطور الطبي إلى ظهور نوع من الجراحة لا يقصد منه علاج الجسم من مرض أو علة تسبب له الألم، وإنما تجرى لتحسين المظهر أو إبراز جمال الجسم، تسمى هذه الجراحة بجراحة التجميل.

¹ - المادة 138 من ق.م.ج تنص على أنه: " كل من تولى حراسة الشيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير، والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

² - عاكاة فاطمة الزهراء، طبيعة التزام الطبيب، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، مارس 2016، ص 241.

عرفت جراحة التجميل تطورا سريعا وانتشارا واسعا، رغم أنها لم تحظى بتنظيم المشرع الجزائري، فالجامعة الجزائرية لا تمنح شهادة طبيب أو جراح تجميل، كما أن وزارة الصحة لا تمنح تراخيص بفتح عيادات تجميل.

وأمام غياب نصوص قانونية صريحة بخصوص هذا النوع من الجراحة، نجد أنّ المشرع الجزائري قد اكتفى بوضع قواعد وشروط ممارسة مهنة الطب بصفة عامة، وأمام هذا الفراغ التشريعي لا بدّ من بيان أنواع جراحة التجميل (أولا)، ليتسنى البحث عن التكيف القانوني لالتزام جراح التجميل (أولا) ثم محاولة الإحاطة بأهم الصور التي يتخذها خطئه أثناء التدخل الجراحي (ثانيا).

أولا: أنواع جراحة التجميل

عرف الطب نوعين من الجراحات التجميلية، جراحة تجميلية بهدف العلاج وأخرى ليس لغرض علاجي بل لهدف الزينة والترفيه.

تعرف الأولى، بجراحة التجميل التقييمية أو التعويضية، وهي ذلك النوع من الجراحة الذي لا يقصد به شفاء المريض من علة في جسمه، وإنما إصلاح تشوهات فيزيائية خلقية، حدثت بعد الميلاد وبسبب ظروف معينة أو مكتسبة نتيجة حوادث أو حروب كإعادة الشفة المنزوعة إلى مكانها، أو إزالة بعض أثار الحروق، وهذا النوع جائز لأنّه يهدف إلى العلاج⁽¹⁾. ويسمى النوع الثاني بجراحة التجميل التحسينية، فلا يتجه إلى تحقيق غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة العضوية للمريض، وإنما إلى الزينة عن طريق إصلاح بعض التشوهات الطبيعية التي لا تهدد صحة المريض أو حياته مثل إصلاح أنف طويل أو قصير أو إزالة تجاعيد أو ندبة بالوجه... الخ⁽²⁾، فهي تهدف إلى تحسين عضو معافى من الناحية الصحية من أجل تحقيق غرض جمالي بحت.

¹ - عماد سالم عبد الله شقّورة، خصوصية الخطأ المهني، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013، ص 56. أنظر كذلك: حساين سامية، خصوصية الجراحة التجميلية فقها قضاء وتشريعا، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثالث عشر، (د.ت.ن)، ص 166.

² - محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993، ص 215.

ثانياً: التكيف القانوني للالتزام جراح التجميل

أثارت الطبيعة القانونية للالتزام جراح التجميل العديد من الإشكالات القانونية التي يطرحها هذا النوع من الاختصاص في مجال الجراحة، مما جعل القضاء الفرنسي متردداً في تحديد طبيعة التزام الجراح التجميل، التزم بتحقيق نتيجة أو التزم ببذل عناية؟ وهذا بدون شك راجع إلى التطورات التي عرفها هذا المجال.

1- التزم جراح التجميل بتحقيق نتيجة

تشددت المحاكم في تقدير خطأ جراح التجميل واعتبار التزامه في هذا الشأن التزم بتحقيق نتيجة، وهذا يعود إلى غياب ما يبرر المساس بحرمة جسم الإنسان وهو الشفاء من مرض. وهكذا اعتبر القضاء الفرنسي التزم الجراح أقرب للالتزام بتحقيق نتيجة عنه من بذل عناية.

قضت بعض المحاكم في البداية بمسؤولية جراح التجميل على أساس الخطأ المفترض (1)، ويظهر ذلك في بمناسبة قضية فتاة كانت تعمل كعارضة أزياء، وكانت تعاني من تضخم في إحدى ساقيها، راجعت أحد جراحي التجميل، الذي تردد في البداية عن إجراء العملية، غير أنه أمام الإلحاح الشديد من الفتاة، وافق على إجرائها، وكانت بدون مقابل، وبعد مدة زمنية عن إجراء العملية أصيبت الرجل بمرض خبيث فتم قطعها، رفعت الفتاة دعوى قضائية ضد الجراح التجميلي، وقررت المحكمة أن جسامة الخطر الذي تعرضت له الفتاة واضح ولا يحتاج إلى إثبات الخطأ، وبناء على ما تقدم يكون القضاء قد وضع الأمر في إطار الموازنة بين فائدة الجراحة التجميلية والأخطار المترتبة عنها، فرجح تفادي الخطر على فكرة تحقيق الفائدة والنتيجة (2).

لكن بالرجوع إلى قرار محكمة استئناف باريس نجده وردت فيه عبارات تجعل التزم جراح التجميل التزم بتحقيق نتيجة، فالنتيجة فقط هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فنظراً لأن تلك الجراحة لا تهدف إلى غرض علاجي وهي عملية جراحية لا

¹- DORSNER-DOLIVET Annick, Contribution à la restauration de la faute, conditions des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence à propos de la chirurgie, L.G.D.J., Paris, 1986, p. 439.

²- ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، مرجع سابق، ص 204.

تستلزمها صحة المريض، فإنه يتعيّن على الجراح الإمتناع عن إجراءها إذا ما قامت مخاطر إلا إذا كان متيقنا من نجاحها (1).

أكدت كذلك محكمة استئناف "ليون" Lyon على ضرورة تشديد التزام جراح التجميل واعتبار التزامه التزام بتحقيق نتيجة، وذلك في قرارها الصادر في 8 جانفي 1981، الذي بينت فيه بأنّ التزامات جراح التجميل يجب أن تقدر بأكثر صرامة بالمقارنة مع الجراح العادي، لأنها لا تتجه إلى تحقيق غرض شفائي، إذ لا تتم من أجل إعادة الصحة للمريض، وإنما إلى من أجل الزينة والترفيه فقط (2).

ميّز الدكتور "هشام عبد الحميد فرج" بين حالتين لتحديد طبيعة التزام الجراح التجميلي: الحالة التي يكون فيها تدخله الجراحي لسبب نفسي، وبعد عرض الشخص على أخصائي الأمراض النفسية وتأكد له مرضه النفسي، فيمكنه إجراء التدخل الجراحي وكيف حينئذ التزامه ببذل العناية وليس بتحقيق نتيجة، أما إذا كانت الجراحة قد أجريت بهدف الزينة والترفيه كتغيير ملامح الوجه فقط، فإنّ الجراح في هذه الحالة ملزم بتحقيق نتيجة، حيث أن تلك العملية لا يقصد بها شفاء المريض من مرض وإنما الغاية منها تعديل في ملامحه لا يعرض حياته لأيّ خطر (3).

2- التزام جراح التجميل ببذل عناية مشدّدة

تراجع القضاء الفرنسي عن موقفه، أين أكد مرة أخرى بأنّ التزام الجراح التجميلي التزام ببذل عناية، وليس بنتيجة مهما كانت طبيعة تدخله، وقد بيّن ذلك في قرار محكمة النقض الفرنسية في 28 جوان 1989 التي اعتبرت « التزام الطبيب التزام بوسيلة وليس بنتيجة مهما كانت طبيعة تدخله » (4). يوحى مصطلح "مهما كانت طبيعة تدخله" إلى إدخال جراحة التجميل في هذا الحكم.

¹- C.A Paris, 17 novembre 1972, affirme que : «En matière de chirurgie esthétique le résultat seul justifie l'intervention chirurgicale». Cité par : BENCHABANE Hanifa, Op. cit., p.771.

²-C.A Lyon, 8 janvier 1981, affirme que « Appréciée beaucoup plus strictement qu'en chirurgie classique, la chirurgie esthétique proposant un certain résultat qui n'est pas de rétablir la santé. mais d'apporter une amélioration et un réconfort esthétique à une situation jugée insupportable pour le patient ». in: www.legifrance.gouv.fr

³- هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص ص 138-139.

⁴- Cass. civ., 28 juin 1989, sur : www.legifrance.gouv.fr : « Le médecin est tenu d'une obligation de moyens et non de résultat, quelque soit la nature de son intervention ».

ولعلّ ما جعل القضاء الفرنسي يغيّر موقفه هو أنّ جراحة التجميل تتطوي، مثل كل الأعمال الطبية الأخرى، على مخاطر إحتماالية، كون التدخل الجراحي يكون على أنسجة حية التي لا يمكن التنبؤ بردود أفعالها، وبالتالي لا يكون التزام الجراح إلا التزاما ببذل عناية. وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 1992، على أن التزام الجراح التجميلي يبقى التزام ببذل عناية وذلك بمناسبة عملية جراحية تجميلية أجراها جراح لامرأة قصد زرع تركيبات صناعية على مستوى صدرها، إلا أنّ نتيجة العملية لم تبلغ حد النجاح الذي كانت تتصوره هذه الزبونة من الناحية الجمالية، والخبير المعين قد أكد عدم وجود أي خطأ أو تقصير من جانب الجراح، وإنّما العيب يعود إلى تقنية زرع هذه التركيبات من جهة، وإلى عنصر الإحتمال الذي ينطوي عليه العمل الجراحي في هذه الحالة⁽¹⁾.

يقول فلوزا أوبا ماري دومينيك FLOUZAT-AUBA Marie Dominique وسامي بول طويل TAWIL Sami Paul ، أنّه في مجال جراحة التجميل يبقى التزام الجراح التزام ببذل عناية، إلا أن القضاء قد شدّد هذا النوع من الالتزامات إلى حد جعله **التزام ببذل عناية مشددة** ⁽²⁾. *Obligation de moyens renforcée*

أكّدت عليه محكمة استئناف " باريس " Paris بتاريخ 14 نوفمبر 2006، في قضية شاب عمره 29 سنة، يعمل كعارض أزياء، ممثل ومغني، لجأ لجراح تجميل، بهدف مسح التجاعيد المتواجدة تحت جفون عينيه التي تشوه ابتسامته أمام الشاشة، لجأ الجراح لعملية جراحية، نتجت عنها علامات أخرى غير مرغوب فيها تحت عينه. رفع الشاب دعوى قضائية ضد الجراح لإثارة مسؤوليته، مستندا أنّ في مجال جراحة التجميل، التزام الجراح هو إلتزام بتحقيق نتيجة وهو ما لم يحققه هذا الجراح.

¹ - بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 97.

² « Dans ce domaine, il s'agit toujours d'une obligation de moyens, mais qui est interprétée restrictivement par les tribunaux, leurs exigences se rapprochent de l'obligation de résultat, on emploie le terme **d'obligation de moyens renforcée** », Voir : FLOUZAT-AUBA Marie Dominique, TAWIL Sami Paul, **droits** des malades et responsabilité des médecins, mode d'emploi, marabout (Hachette livre), Italie, 2005, p. 81.

أمام عدم ثبوت أيّ خطأ من طرف الجراح، كونه قام بالعملية محترماً الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعملياً في ميدان الطب، قررت المحكمة أن الجراح الذي أثبت عدم إهماله واحترامه لشرط التناسب بين العملية والفوائد المرجوة منها رغم أنها تهدف لتحسين حالة غير مرغوبة من طرف صاحبها. فالتزام الجراح يبقى التزام ببذل عناية⁽¹⁾.

وفي قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية، صادر بتاريخ 09 جويلية 2009، بمناسبة قضية تتلخص وقائعها، في امرأة أجريت لها عملية تجميل، وكونها لم ترض بالنتيجة رفضت دفع أتعاب الجراح، حكمت عليها المحكمة بتسديد مستحقات العملية الجراحية، بحكم أنه يستحق المقابل عن أداء عمل وهي عملية التجميل، وبعد إجراء الخبرة الطبية لم يثبت أي خطأ من جانبه، وأن مسؤوليته لا تقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة⁽²⁾.

ثانياً: صور الخطأ في جراحة التجميل

إنّ الخطأ الطبي الموجب لمسؤولية جراح التجميل هو أي خطأ يثبت من جانبه سواء تعلق الأمر بالخطأ الفني أو كان خطأ عادي غير متعلق بمهنة الطب، بغض النظر عن كونه جسيماً أو يسيراً، إذ لا عبرة لجسامة الخطأ، إذ يكفي إخلال الجراح بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية⁽³⁾.

يتحدد الخطأ في حدود الاختصاص، كما هو الشأن بالنسبة لخطأ الجراح التجميلي باعتباره مختص، فيتطلب منه قدراً من العناية القائمة وأكثر تشديداً في التزاماته مراعاة لطبيعة هذا الاختصاص.

إنّ معيار تقدير خطأ الجراح هو معيار موضوعي، فلقاضي في سبيل تقدير خطأ الجراح، يقيس سلوكه على سلوك جراح آخر في نفس المستوى ودرجة تخصصه. وقد يتخذ خطأ الجراح التجميلي عدة صور، منها ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات التي تتطلبها أخلاقيات مهنته، ومنها ما يتعلق بالإخلال بالقواعد العلمية الفنية للمهنة.

¹ - C.A.de Paris, 24 nov. 2006, n° de RG : 298 : « ...Que s'agissant de chirurgie esthétique, cette obligation de moyens demeure... », Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

² - Cass. 1^{ère} civ., 09 juillet 2009, n° du pourvoi: 08-17468, Voir sur : www.legifrance.gouv.fr.

³ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق ص 89.

1- إخلال جراح التجميل بالتزام الحصول على الرضا الحر والمتبصر

تتوقف نوعية الرضا على نوعية الإعلام المقدم من قبل الجراح، فإعلام الشخص بصفة جيدة وفعالة يسمح له بإصدار رضا حر ومستتير.

أ- إخلال جراح التجميل بالتزام الإعلام

أكد المشرع الجزائري على ضرره إعلام المريض في أكثر من نص، فنجد مثلا المادة 23 والمادة 2/343 من قانون الصحة سالفتي الذكر، كما جاء في نص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: « يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي»، كما أضافت المادة 44 من نفس المدونة ما يلي: « يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة، أو الموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...».

أما بخصوص موقف المشرع الفرنسي فيظهر من خلال نص المادة L.1111-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي التي تنص على أن: " كل شخص له الحق في أن يعلم عن حالته الصحية..."⁽¹⁾، وكذا المادة L.1111-4 التي تنص على أن: " كل شخص يتخذ قرار بشأن صحته وذلك بعد إعلامه من طرف طبيبه"⁽²⁾، وهو ما أكد عليه في المادة 35 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي التي تنص صراحة على « ضرورة إعلام الطبيب مريضه إعلاما صادقا وواضحا ومناسبا لصالحه»⁽³⁾.

أكدت محكمة " ليون" Lyon في قرار لها أن جراح التجميل أكثر من أي جراح آخر، يلتزم بإعلام زبونه بكل المخاطر المتعلقة بالعملية والنتائج التي يمكن أن تترتب عنها، وكل الأنداب التي قد تنجم عن العملية وإمكانية تحسينها، وهذا الإلتزام لا ينتهي بإنهاء العمل الجراحي»⁽⁴⁾.

¹-Art. L.1111-2 : «Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé ...»

²- Art. L.1111-4 : «Toute personne prend avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé ...»

³-Art. 35 du code de déontologie médicale français (décret N° 95-1000, du 6 septembre 1995, Jo du 8 sept.1995), dispose : « Le médecin doit à la personne qu'il examine qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée ».

⁴- C.A. de Lyon, 8 janvier 1981 :« Le chirurgien esthétique est donc, plus que tout autre, tenu d'information exactement son client des risques inhérents à l'opération et des séquelles qui=

وعلى هذا الأساس، يقع على عاتق الجراح التزام إعلام زبونه إعلاماً تاماً وكاملاً يشمل المخاطر المتوقعة الجسيمة والمخاطر الاستثنائية أو النادرة الحدوث. إذ يضع القضاء على عاتق الجراح التجميل التزاماً مشدداً بإعلام لصالح عميله، فعليه الإعلام مهما كان نسبة حدوث هذه المخاطر، فيكون مخطئاً في حالة عدم إعلام عميلة على هذا النحو⁽¹⁾.

يكمن السبب في تشديد الالتزام بالإعلام المفروض على الجراح في مجال الجراحة التجميلية إلى كون أن الغرض من إجراء مثل هذه العمليات ليس الشفاء، لذا فعلى الجراح تبصير المتقدمين على إجراءاتها بكل المخاطر والمضاعفات، سواء تلك المؤكدة أو الاستثنائية⁽²⁾، وبدون شك، فإن المقصود بهذه الأخيرة **المخاطر الاستثنائية المعروفة وفقاً للأصول العلمية الفنية المكتسبة**، وبالتالي لا تقوم مسؤولية الجراح عن الإخلال بالالتزام بالإعلام إلا إذا كانت تلك المخاطر التي لم يدل بها معروفة من وقت التدخل الجراحي⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه في جراحة التجميل التزام الجراح بالإعلام ليس التزام ببذل عناية بل هو التزام بتحقيق نتيجة، وهذا يرجع لما تنطوي عليه من مخاطر على صحة الشخص من جهة، وخلوها من الغرض العلاجي من جهة أخرى، وعليه إذا لم تتحقق النتيجة وهي الإعلام بكافة المخاطر المؤكدة منها أو الاستثنائية المعروفة، قامت مسؤولية الجراح نتيجة لخطئه المفترض على الإخلال بالإعلام الذي لا يقبل إثبات العكس إلا بالسبب الأجنبي⁽⁴⁾.

=peuvent en substituer, notamment cicatricielles visibles inévitable avec une possibilité d'amélioration, ce devoir d'information ne cessent pas avec l'achèvement de technique opération».

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 163.

² - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية ...، مرجع سابق، ص 156.

³ - Cass.civ., 1^{ère}, 21 janvier 2003. Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في أن امرأة أجريت لها عملية تجميل وهي عملية رفع جلد الجبين (lifting frontal) ينتج عنها سقوط شعرها (l'alopécie) فاتهمت الجراح بعدم إعلامها بوجود هذا الخطر بالنظر إلى طبيعة العملية التي تستلزم إعلاماً كاملاً، ولكن بعد الخبرة تبين أن خطر تساقط الشعر في هذا النوع من العملية، لم يكن معروفاً وفقاً للأصول العلمية الطبية المكتسبة أثناء إجراء العملية، وبناءً على ذلك رفضت المحكمة طلب المدعية بموجب قرار 21 جانفي 2003.

⁴ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي...، مرجع سابق، ص 218-219.

ب - إخلال جراح التجميل بالتزامه في الحصول على الرضا

يلتزم الطبيب بعدم الإقدام على أي عمل طبي أو تدخل جراحي دون الحصول على رضا المريض⁽¹⁾، وتخلف هذا الالتزام يجعله مخطئاً، يحمله تبعة الأضرار الناشئة عن تدخله، حتى ولو لم يرتكب أدنى خطأ⁽²⁾.

لا تهدف جراحة التجميل إلى تحقيق غاية علاجية، فإجراء مثل هذا التدخل الجراحي دون موافقة الشخص يعد عملاً غير مشروعاً، واعتداء على السلامة الجسدية⁽³⁾.

أكد المشرع الجزائري على هذا الالتزام في المادة 1/343 من قانون الصحة التي تنص على أنه: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستتيرة للمريض"، كما تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصر".

يظهر حرص المشرع الفرنسي وتأكيده على الرضا المسبق من خلال نص المادة L.1111-4 من قانون الصحة العامة التي تنص على أنه: "...لا يمكن ممارسة أي عمل طبي ولا أي علاج بدون رضا الحر والمستتير من الشخص، وهذا الرضا يمكن الحصول عليه في أي وقت..."⁽⁴⁾.

وعلى هذا الأساس، لا يكفي أن يكون المريض على دارية بوضعه الصحي وكل ما يترتب على ذلك وإعطاء موافقة على العمل الطبي، وإنما يجب أن يكون هذا الرضا حراً بعيداً عن كل تأثير أو ضغط.

لا يزيل رضا الخاضع للعملية الجراحية عن فعل المدعي عليه صفة الخطأ، ولا يزيل الجراح مخطئاً حتى لو رضي الشخص بما وقع عليه من ضرر، فالطبيب إذا أجرى عملية جراحية خطيرة غير ضرورية، يكون مخطئاً حتى إذا حصل على رضا المضرور بإجراء

¹- YOUNSI-HADDAD Nadia, La responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers. *Revue Idara*, Vol. 8, N°2, 1998, p. 20.

²- عز الدين الديناصورى، عبد الحميد الشورابي، مرجع سابق، ص 141.

³- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد 22، العدد الأول، 2006، ص 140.

⁴- Art. L. 1111-4 dispose : « ...Aucun acte médicale ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment... ».

العملية، فبالتالي رضا المضرور يترك فعل الجراح كما هو لا يزيل عنه عدم المشروعية، وبالتالي تكون مسؤولية الجراح كاملة، وهذا ما يعتبر خروجاً عن القواعد العامة.

2- عدم إستعانة جراح التجميل بطبيب أخصائي التخدير والإنعاش

يلتزم جراح التجميل قبل البدء في العملية الجراحية التأكد من وجود طبيب تخدير بجانبه إذ يلعب هذا الأخير دور أساسي طوال كل مراحل العملية، إذ هو من يتولي تخدير الشخص المقبل للعملية ويراقبه خلال مراحل العملية، حتى يستعيد حيوية أعضائه المخدرة. فمهمته تغييب المريض عن الوعي والإدراك بطرق آمنة، بحيث لا يشعر بالآلام أثناء الجراحة على أن يعيده لحالة الوعي بأمان بعد العملية الجراحية، فيقع عليه بالتالي عبء كبير لضمان سلامة المريض⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، ونظراً للدور الهام الذي يقوم به طبيب التخدير في الحقل الجراحي، ذهب القضاء على نحو مضطرد على إدانة الممارسة الطبية التي يلجأ إليها الجراحين بتخدير المريض دون الاستعانة بأخصائي تخدير وإنعاش، إذ قد يقوم بها الجراح بنفسه دون أن تتوفر له الكفاءة اللازمة، أو يستعين بشخص غيره، وقد برر القضاء إدانته لهذه الممارسة، بتلك المخاطر التي يتعرض لها الشخص الخاضع لتأثير المخدر، وعلى الخصوص حوادث التشنج، (Accidents convulsifs) والتي تنشأ عنها أزمة قلبية قد تؤدي إلى وفاة هذا الشخص إذا لم يتلقى العناية اللازمة في الوقت المناسب من الطبيب المختص⁽²⁾.

أكدت محكمة استئناف "باريس" Paris على ضرورة وجود طبيب مختص في التخدير والإنعاش، أثناء كل تدخل طبي جراحي، بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 24 فيفري 1983، بأن يكون المريض ابتداء من خروجه من قاعة العمليات تحت سلطة ورقابة المخدر، الذي يلتزم بمراقبة المريض حتى الإستيقاظ، دون استبعاد مسؤولية الجراح⁽³⁾ باعتباره رئيساً للفريق

¹ - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 139.

² - محمد سامي الشوا، مرجع سابق، ص 61.

³ - CA Paris 24 Février 1983 : «Le malade à partir du moment où il a quitté la salle d'opération est sous l'autorité propre et exclusive du médecin anesthésiste réanimateur tenu des soins relatifs à son réveil, soins dont normalement le chirurgien est toujours dispensé », Cité par : HARICHAUX- RAMU Michèle, Santé, responsabilité du médecin, Fasc. 440-5, Op.cit., p.14.

الطبي، إذ أن التزامه لا يقتصر على إنجاز الأعمال الجراحية فحسب، وإنما عليه التزام بتبصير الطبيب المخدر بحالة المريض، والتأكد كذلك من مدى تخدير المريض بالطريقة المناسبة⁽¹⁾.

3- الإهمال في العناية بالمريض

يعد الإهمال في العناية بالمريض من أهم الأخطاء الفنية التي يسأل عليها جراح التجميل، فإذا كان هذا الأخير غير مطالب بنجاح العملية التي يجريها للمريض، إلا أنه يلتزم على الأقل بأن يبذل لمريضه العناية اللازمة عبر كل مراحل التدخل الجراحي، وهذه العناية ليست أية عناية عادية كتلك المطلوبة من الجراح التقليدي، وإنما عناية مشددة وخاصة، تقتضي منه بذل الجهود يقظة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، فإن قصر في بذل تلك العناية، كان مخطئاً وقامت مسؤوليته.

4- عدم مراعاة التناسب بين مخاطر الجراحة وفوائدها

يلتزم جراح التجميل بمراعاة التناسب بين مخاطر الجراحة التي يقدم عليها وبين الفوائد المبتغاة من ورائها، بحيث إذا ما تبين له أن مخاطر هذا التدخل تفوق المزايا المتوقعة منه، تعين عليه أن يمتنع عن إجرائها، حتى ولو رضي المريض وأصر على الخضوع لها. وعليه، إذا أغفل الجراح هذا الالتزام وقام بإجراء الجراحة رغم علمه مسبقاً بعدم التناسب الواضح بين مخاطرها المحتملة والفائدة الجمالية المنتظرة منها، فإنه يعد مرتكباً لخطأ يستوجب مسؤوليته المدنية حتى ولو كان قد أدى عمله الجراحي بالعناية المطلوبة وفقاً للأصول العلمية.

وثمة دلائل ومؤشرات على انتفاء التناسب بين مخاطر الجراحة وفوائدها قبل إجرائها، ومن بين هذه الدلائل، كون العيب الذي تجرى من أجله جراحة التجميل بسيطاً أو تافهاً بشكل يبرر تعريض المريض للمخاطر من أجل إصلاحه، أو أن تكون العملية الجراحية غير ملائمة لسن المريض، ومن هذه الدلائل كذلك، خطورة الطريقة الجراحية ذاتها، فإذا كانت الطريقة التي اختارها جراح التجميل تتسم بالخطورة بطبيعتها وغير آمنة، فإن جراح التجميل يكون مخطئاً إذا خاطر بإجرائها لمجرد إصلاح عيب شكلي لدى المريض⁽²⁾.

¹ - بابكر الشيخ، مرجع سابق، ص 140.

² - عماد سالم عبد الله شقوارة، مرجع سابق، ص 61.

الباب الثاني

إلزامية إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي لقيام المسؤولية المدنية

لا تقوم مسؤولية الجراح إلا إذا وقع منه خطأ، ولا بد من إثبات هذا الخطأ من طرف المضرور، إذ يعتبر إثبات الخطأ إثبات لركن أساسي في المسؤولية المدنية بوجه عام والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص، إذ متى استلزم الأمر أن يثبت المريض خطأ الجراح ولم يستطع ذلك فلا مسؤولية على هذا الأخير.

وعلى هذا الأساس، فإن حصول المريض المضرور على تعويض عادل عما أصابه من ضرر، لا يزال متوقفا ومرتبطا من حيث المبدأ، بضرورة وجود خطأ طبي جراحي وإثبات هذا الخطأ من قبل المريض المضرور (الفصل الأول).

لا يكفي إثبات وقوع خطأ من قبل الطبيب أثناء التدخل الجراحي، بل لا بد أيضا أن يثبت وجود ضرر أصابه.

تزايدت أهمية الضرر في نطاق المسؤولية المدنية، إذ يعتبر الركن الثاني لقيامها، سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، فلا يكفي لقيام هذه المسؤولية وقوع الخطأ، وإنما يجب أن يترتب على وقوع الخطأ ضرر.

تقوم المسؤولية المدنية على فكرة إصلاح وجبر الأضرار مادية كانت أو معنوية، وفي كثير من الحالات، يتم التعويض عن ضرر تقويت فرصة العلاج أو الشفاء أو تقويت فرصة البقاء على قيد الحياة، مما يبين أهمية هذا الركن، وأن انتفاءه يحول دون قبول دعوى المسؤولية المدنية، وذلك تبعا لقاعدة " لا دعوى بدون مصلحة".

وتتجلى أهمية الضرر في المجال الطبي، لاسيما في نطاق العمل الطبي الجراحي، كونه ركن لا غنى عنه لقيام مسؤولية الطبيب الجراح، وبالتالي إمكانية مطالبته بجبر الأضرار التي تسبب فيها بخطئه أثناء التدخل الجراحي (الفصل الثاني).

الفصل الأول

قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

تقتضي المبادئ العامة في المسؤولية المدنية حصول المريض المضرور على التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة مباشرة التدخل الطبي الجراحي، إلا أنه وبالرغم من حدوث الضرر، يمكن أن لا تثور المسؤولية المدنية للجراح حال عدم ثبوت أي تقصير أو إهمال من جانبه، إذ أنّ قيام تلك المسؤولية مرتبط بالتقصير أو بالإهمال، وأنّ الحصول على التعويض لا يزال، قانوناً، مرتبطاً إلى حدّ كبير بضرورة وجود خطأ طبي، ومن ثمّ إثبات هذا الخطأ.

يكتسي الإثبات في المجال الطبي أهمية بالغة إذ تتوقف نتيجة الدعوى على قرينة الإثبات، فإثبات الخطأ الطبي يعني إثبات ركن أساسي في المسؤولية المدنية الطبية، وبالرغم من التطورات والتحولات التي شهدتها الطب، يبقى الأصل، أنّ المسؤولية المدنية للجراح لا تزال قائمة على أساس الخطأ، ووفقاً لمبدأ "البينة على من ادعى"، يقع على المتضرر الذي يريد الحصول على التعويض، عبء إثبات ما يدّعيه (المبحث الأول).

إنّ إثبات الخطأ الطبي جائز بكافة طرق الإثبات، إذ يقع على عاتق المتضرر إثبات خطأ الطبيب الجراح بالاعتماد على كل وسائل الإثبات، غير أنّ طرق إثبات الأخطاء الطبية تختلف باختلاف طبيعتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول

عبء إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي

يتعين على المريض الذي يريد الحصول على تعويض مناسب لجبر الضرر الذي لحق به نتيجة لعمل طبي جراحي خاطئ، أن يقيم الدليل القاطع على وقوع خطأ من الجراح وإخلال هذا الأخير بالتزاماته المهنية والقانونية، إذ أنه - وفي ظل غياب نصوص قانونية خاصة بالمسؤولية الطبية - الطرف المكلف بالإثبات، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات (المطلب الأول).

أدت الصعوبات التي تثيرها هذه القواعد لمن يتحمل هذا العبء ألا وهو المريض المضرور، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية وعدم تخصصه، وهو الأمر الذي يكلفه إما خسارة دعواه وتحمله تبعة ذلك أو تنازله عن حقه وعدم المطالبة به، إلى تدخل الفقه والقضاء في محاولة منهما التخفيف من عبء الإثبات على المريض، وذلك بإيجاد حلول عملية في إطار القواعد العامة للتخفيف من حدة تحمله لهذا العبء لضمان حصول المريض المضرور على حقه في التعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تحمل عبء إثبات خطأ الجراح

تتفق غالبية التشريعات على تكليف الخصم الذي يدعي أمراً معيناً بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وإلا اعتبر إدعائه غير مؤسس، وعلى الرغم مما وصل إليه الطب من تطور في السنوات الماضية، إلا أنّ المسؤولية الناتجة عن الخطأ في مزاويلته لا تزال قائمة على المبادئ العامة في الإثبات وفقاً لقاعدة "البينة على من ادعى"، وإذا أراد المريض الذي يدعي الضرر الحصول على التعويض فيقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، أي عبء إثبات خطأ الجراح مهما كان هذا الخطأ، سواء من قبيل الأخطاء الفنية أو من تلك الأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية.

يكتسي البحث عن تحديد المكلف بعبء الإثبات أهمية بالغة من الناحية العملية، إذ يتوقف الحكم في الدعوى على مدى استطاعة المكلف بتحمل عبء الإثبات بتقديم الدليل على صحة ما يدّعيه، فإنّ عجز عن ذلك خسر دعواه وفقد حقه في المطالبة بالتعويض. يحدد المكلف بعبء إثبات خطأ الجراح وفقاً لطبيعة الالتزام الملقى على هذا الأخير وبحسب ما إذا كان التزاماً ببذل عناية أم التزاماً بتحقيق نتيجة (الفرع الأول)، ولقد استقر القضاء⁽¹⁾ والفقهاء على تحميل المريض المضرور عبء إثبات خطأ الطبيب الجراح في غالبية الأحيان، إلا أنّ هناك صعوبات كثيرة قد تواجهه في أثناء القيام بذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عبء الإثبات وفق طبيعة الالتزام

تتوقف كيفية إثبات الخطأ بوجه عام على تحديد مضمون الالتزام، هل هو التزام ببذل عناية أم التزام بتحقيق نتيجة؟ فإذا كان الالتزام ببذل عناية فإنه يجب على الدائن إثبات خطأ المدين المتمثل في التقصير أو الإهمال في بذل العناية اللازمة، وإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، كان الخطأ مفترضا بمجرد عدم تحقق النتيجة المنتظرة ويقع على المدين بالالتزام إذا أراد التخلص من المسؤولية إثبات السبب الأجنبي.

يعتبر كذلك التزام الجراح التزام ببذل عناية، وليس التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أنّ العمل الطبي الجراحي طبيعته احتمالية، فالجراح غير ملزم بشفاء المريض، إنما العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل عن كل تقصير في سلوكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في الظروف الخارجية نفسها التي أحاطت بالجراح المسؤول. قد يكون التزام الطبيب الجراح التزاماً بتحقيق نتيجة بالنسبة للعمليات الجراحية التي لا تستلزم ضرورة علاجية عند المريض، كعمليات التجميل والعمليات العادية التي ينظر إلى

1 - يتجه القضاء، كأصل عام، إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور، فعليه إثبات أن الطبيب المعالج تسبب له في الضرر، وهذا الموقف المبدئي هو ما يمكن ملاحظته، من خلال قرار مرسى الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 مارس 1936. راجع:

Cass. civ., 1^{ère}, 20 Mai 1936, Op. cit.

أنها تقع على محل محدد تحديدا دقيقا لا تحتل أية صعوبة بالنسبة للطبيب ولا تتضمن عنصر الاحتمال.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول أنّ طبيعة المسؤولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، لا تؤثر في تحديد من يقع عليه عبء إثبات خطأ الجراح، بقدر ما تؤثر على ذلك طبيعة التزام الطبيب، لذا سوف يتم تناول عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية (أولا) ثم في الالتزام بتحقيق نتيجة (ثانيا).

أولا: عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية

سبق القول أنّ الأصل العام في التزام الجراح نحو مريضه هو التزام ببذل عناية، وهو ما يترتب على عاتق المريض الذي يدعي حصول الضرر بسبب خطأ الجراح، أن يثبت ذلك الخطأ إذ يجب عليه أن يثبت انحراف في سلوك الطبيب الجراح عن سلوك طبيب وسط من المستوى المهني نفسه، ومخالفته للأصول العلمية والفنية المستقرة في علم الطب⁽¹⁾.

يكون على المريض إقامة الدليل على إهمال الجراح وانحرافه عن الأصول المستقرة في مهنة الطب، أي أنّ سلوك الجراح لم يكن مطابقا لسلوك طبيب مماثل من نفس مستواه المهني مع الأخذ في الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة به، فإذا أثبت ذلك كان إثباتا وكشفا لخطأ الجراح⁽²⁾، وعليه فهو يستحق التعويض، إذ لا يستحق ذلك إلا إذا أثبت ذلك ما لم يثبت الجراح أن عدم تنفيذ التزامه وتقاعسه في بذل العناية يرجع إلى سبب أجنبي⁽³⁾ لا يدّ له فيه، وبذلك تنقطع علاقة السببية وتتقضي عنه المسؤولية، وهذا طبقا لنص المادة 127 من ق.م.ج.

بذلك يمكن القول أنّ الانحراف في سلوك الجراح يتمثل إما في إهماله وتهوره، أو عدم انتباهه، أو عدم إتباعه الأصول العلمية والطبية المتبعة في العمل الجراحي، ففي مثل هذه الالتزامات لا يكفي في الواقع إثبات عدم تحقق النتيجة المنتظرة من العمل الطبي، بل علاوة

¹ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 230.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 561.

³ - يعتبر سببا أجنبيا كل أمر خارج عن إرادة الجراح فلا يد له فيه، وهذا الأمر ليس بالإمكان توقعه و يستحيل دفعه أو تداركه ببذل جهد معقول فهو محتم الوقوع مثل القوة القاهرة والحادث الفجائي، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

على ذلك يكون على الدائن " المريض المضرور " إثبات أن عدم تحقق النتيجة راجع إلى عدم قيام المدين " الجراح " ببذل العناية اللازمة.

تهياً للبعض، بعد أن أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 20 ماي 1936، الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب، أن هذا الحكم لا يلزم المريض بأي شيء في مجال إثبات مسؤولية الطبيب سوى أن يقوم بإثبات الضرر، حيث أن اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية يعني وجود قرينة على خطأ الطبيب.

ذهب رأي إلى أنه يترتب على هذا التحول سهولة إثبات خطأ الطبيب والتخفيف من وطأة عبء الإثبات الذي يثقل كاهل المريض المضرور، فحيث يوجد عقد بين المريض والطبيب، اقتضى ذلك إعفاء الأول من إثبات خطأ الثاني.

انتقد هذا الرأي على أساس أنه يمكن اعتبار ذلك صحيحاً والتسليم بذلك إذا كنا بموجب إلزام محدد، ولكن التزام الطبيب غير محدد، وهو التزام ببذل عناية حتى ولو وجد عقد يربط المريض بالطبيب⁽¹⁾.

أقرت محكمة النقض الفرنسية ذلك، حيث انتقدت القول بوجود قرينة الخطأ في حق الطبيب، وأكدت أن الطبيب غير ملزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات العلمية، ويكون المريض بذلك مكلفاً بعبء إثبات خطأ الجراح وإهماله في تنفيذ التزامه⁽²⁾.

وقد كان من نتيجة ذلك استبعاد الفقه الفرنسي لنص المادة 1148 من التقنين المدني الفرنسي في مجال إثبات الخطأ الطبي⁽³⁾، والتي تقرر أن المدين بالتزام عقدي يسأل عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، ومؤدى ذلك وجود قرينة الخطأ على عاتق المدين بالتزام عقدي إذا لم ينفذ، بحيث لا يكون على الدائن بهذا الالتزام عبء إثبات هذا الخطأ، إنما يكتفي بإثبات الالتزام ووقوع الضرر له، وقد

1 - طلال عجاج، مرجع سابق، ص ص 231-232.

2 - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 48.

3 - Art. 1148 du code civil français dispose: « Il n'y a lieu à aucun dommage et intérêt lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce a quoi il été obligé, ou a fait ce qui lui été interdit ».

حدد الفقه مجال تطبيق هذا النص وقصره على حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، أما في حالة الالتزام العقدي ببذل عناية فإنه يكون على الدائن عبء إثبات خطأ المدين⁽¹⁾.

لا يكفي على المريض، لإثبات خطأ الطبيب الذي لم يلتزم ببذل عناية، أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وإصابته بالضرر أثناء تنفيذه، بل يجب عليه فضلاً عن ذلك أن يثبت أن عدم التنفيذ يعد خطأ في حق الطبيب، وعلى هذا الأساس فخطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر ولكنه واجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس، أي إقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عناية⁽²⁾.

استقر القضاء على أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق المريض الذي يدعي وقوع الخطأ، بغض النظر عن وجود عقد بينه وبين الجراح أو عدم وجوده، أي سواء كنّا بصدد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، المهم أن التزام الطبيب التزام ببذل عناية، فيكون على المريض أن يقدم الدليل على إهمال الجراح وتقصيره في علاجه، وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه بموجب القرار الصادر بتاريخ 27 جوان 1939، بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات المكتسبة في العلم، وإذا ادعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ الالتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك⁽³⁾.

ثانياً: عبء الإثبات في الالتزام بتحقيق نتيجة

إذا كانت القاعدة العامة في مسؤولية الجراح تقوم على قصر التزامه ببذل العناية المطلوبة لمريضه، وذلك بسبب أن التزام الطبيب تسيطر عليه فكرة الاحتمال التي تسيطر على نتائج مهامه والتي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لإرادته، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالطبيب يعالج والشفاء بيد الله سبحانه وتعالى.

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص ص 48-49.

² - أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، دار ذات السلاسل، الكويت، 1986، ص 65.

³ - مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2008، ص 224.

غير أنّ هناك بعض الأعمال الطبية اكتسبت معطيات علمية تقنية بعيدة عن فكرة الاحتمال، وتمكن من الوصول إلى نتائج مؤكدة، ولأن التقنيات فيها أصبحت في متناول أيدي الأطباء الجراحين، ففي هذه الحالات أصبح التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة كالعلاقات الجراحية التي لا تستلزمها ضرورة علاجية عند المريض كعمليات التجميل، وكذلك العمليات العادية التي نظرا إلى أنها تقع على محل محدد تحديدا دقيقا، لا تحتل أي صعوبة بالنسبة للطبيب العادي، ولا تتضمن عنصر الاحتمال اللصيق بغيرها من الأعمال الطبية، ومثالها عمليات الختان⁽¹⁾، وكذلك حالة استعمال أجهزة وأدوات أثناء التدخل الجراحي⁽²⁾.

ويتشدد القضاء في مثل هذه الحالات، التي لم يعد يسودها الطابع التجريبي، فهي لا تتضمن أيّ احتمال لأنّها محددة تحديدا دقيقا، وأصبحت من العمليات التي بلغت فرص نجاحها حدا تتلاشى بجانبه احتمالات فشلها⁽³⁾.

وطبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فإنّه إذا كان الالتزام التزمنا بتحقيق نتيجة، فإنّه يكفي أن يثبت المريض الضرور وجود التزام على عاتق الجراح، ثم عدم تحقق النتيجة محل التعاقد، إذ أن عدم تحققها يعني إخلال بالالتزام، فتبنى المسؤولية في هذه الحالة على خطأ مفترض في جانب الطبيب غير قابل لإثبات العكس، فلا يمكن للطبيب بعد ذلك التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي أو خطأ المريض الضرور نفسه⁽⁴⁾.

1 - تقع عملية الختان على محل محدد تحديدا دقيقا، فمن المتصور أن يكون التزام الطبيب بإجراء هذه العملية المحددة هو التزمنا بتحقيق نتيجة، فإذا كان الطبيب الجراح قد أزال كل الجلد المغلف للذكر، ولم يقتصر على ما تقتضيه عملية الختان من قطع جزء منه فقط فإنّه يكون بذلك قد خرق التزاماته، الأمر الذي يستوجب مسؤوليته، إلا إذا دحضها بإثبات السبب الأجنبي. للمزيد من التفاصيل أنظر: أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 70.

2 - أحمد شرف الدين، المرجع نفسه، ص 68.

3 - مالك حمد محمود أبو نصير، مرجع سابق، ص 233.

4 - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 236.

وعلى هذا الأساس، تقوم المسؤولية المدنية للجراح إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة منه، ويظهر ذلك على نحو واضح في عمليات التجميل، فالمريض في هذه العمليات الجراحية لا يشكو من مرض معين، وإنما يلجأ إلى الطبيب لإزالة تشوه في هيئته، فإذا أدى تدخل الجراح إلى زيادة التشوه أو إلى ظهور تشوه جديد فهذا يعني أن النتيجة لم تتحقق، ولا يكون بوسع الجراح التنصل من المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، أو خطأ المريض المضرور نفسه، أو خطأ الغير الذين لا يسأل عنهم الجراح⁽¹⁾.

وعليه نستنتج مما تقدم أنّ مسؤولية الطبيب الجراح في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، تعتبر مسؤولية قائمة على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس⁽²⁾، ذلك أن الجراح لا يمكنه الإفلات من المسؤولية بإثبات أنه لم يرتكب خطأ، إذ أنّ مجرد عدم تحقق النتيجة في حد ذاته يعتبر خطأ، ولا يكون أمامه سوى التخلص من المسؤولية عن طريق نفي علاقة السببية بين فعله والضرر الذي لحق المريض، وذلك بإثبات السبب الأجنبي. أما بالنسبة للقاضي، ففي حالة الالتزام بتحقيق نتيجة تتوفر لديه قرينة غير قابلة لإثبات العكس، مؤداها أن الجراح قد ارتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته المدنية، فعدم تحقق النتيجة اللازمة يجعل من المفترض وجود خطأ في جانب الطبيب الجراح، والذي إن أراد التنصل من المسؤولية أن ينفي تسببه في هذا الخطأ⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أنّه عندما يكون التزام الجراح التزاما بتحقيق نتيجة فليس للمحكمة أن تستخدم سلطتها التقديرية، لأنّ الخطأ ذاته يتمثل في عدم تحقق النتيجة كما هو الحال في عمليات نقل الدم أثناء التدخل الجراحي، فإذا أعطى للمريض دما من فصيلة أخرى تختلف عن فصيلة دمه، يكون قد ارتكب فعلا ضارا، وبالتالي قامت مسؤوليته على أساس أن فعله يشكل خطأ طبيا، إذ كان عليه التزاما محددا بتحقيق نتيجة وهي تمكين المريض من دم من فصيلة مطابقة لفصيلة دمه⁽⁴⁾.

1 - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 214.

2 - مالك حمد محمود أبو نصير، مرجع سابق، ص 233.

3 - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 214.

4 - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 237.

الفرع الثاني

مشكلة إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي

إذا كان إثبات الضرر يعد بالأمر اليسير ولا يثير كثيرا من الإشكال، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة لإثبات خطأ الطبيب، لأن المريض المضروب هو من يتحمل عبء إثبات خطأ الطبيب الجراح في غالبية الأحيان، فهناك عدة صعوبات تثقل كاهله أثناء القيام بذلك.

إذا كان عبء الإثبات يشكل ثقلا على من يتحمله فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة في المجال الطبي، وبالأخص إذا تعلق الأمر بخطأ الطبيب الجراح، وذلك نظرا لخصوصية وعدم تكافؤ العلاقة التي تربط المريض والطبيب الجراح من جهة، ولظروف الممارسة الطبية من جهة أخرى، إذ في كثير من الأحيان ما تصادف المريض، حال النهوض بعبء الإثبات، صعوبات عدة، منها ما يتعلق بظروف الممارسة الطبية (أولا)، ومنها ما يتعلق بخطأ الجراح نفسه (ثانيا)، ومنها ما يتعلق بصعوبات إثبات علاقة السببية بين خطأ الجراح والضرر اللاحق بالمريض (ثالثا)، إضافة إلى أن المريض سيتحمل مشقة عبء الإثبات (رابعا).

أولا: الصعوبات المتعلقة بالممارسة الطبية

تعد العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة غير متكافئة، يسودها انعدام المساواة، علاقة تفتقد إلى التوازن، علاقة يعاني فيها طرف من علة، وآخر يضع فيه الأول ثقته وأماله في مساعدته من تخليصه من تلك الآلام، بل ويطمح إلى نجاحه في تخليصه منها، مثل هذه العلاقة لا يتصور قيامها إلا على الثقة المتبادلة بين طرفيها، هذه الثقة تخلق استحالة معنوية تمنع المريض من طلب دليل يمكنه من الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب الجراح الذي وضع ثقته فيه⁽¹⁾.

إن ما يضاعف كذلك من صعوبة الإثبات ما قد يواجهه المريض المتضرر من صمت من قبل الطبيب المخطئ، أو مساعديه، من تزويده بمعلومات أو وثائق من شأنها أن ترجح كفته أمام القضاء، أو حين يطلب منهم شهادة تفيد من إثبات ما يدعيه، بل قد يتذرع بعضهم بالالتزامه بالمحافظة على السر المهني، ولا يمكن كسر هذا الصمت بالخبرة

¹ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 116.

القضائية، ذلك لأنّ الخبير في النهاية هو زميل متضامن مع الجراح المخطئ، تضامن بين زملاء من نفس المهنة، إذ يقوم بمحاولات للتغطية على أخطاء زميله⁽¹⁾، وإذا افترضنا أن الخبير قد يتخذ موقفا حياديا، فإنه قد يجد صعوبة في إثبات خطأ الجراح الفني عن طريق الخبرة، هذه الصعوبة مردها كون معظم خيوط المسؤولية الطبية تكون في حوزة الطبيب الجراح المشكو ضده، فهو يمتلك الملفات الطبية، الأمر الذي يمكنه من إجراء تعديلات عليها كيفما شاء لإبعاد أي دليل قد يدينه⁽²⁾.

ثانيا: الصعوبات المتعلقة بخطأ الطبيب الجراح

يعتبر الخطأ المنسوب للطبيب الجراح الواقعة محل الإثبات في مجال المسؤولية الطبية، وهذا المحل يشكل عبئا حقيقيا على عاتق المريض المضرور، إذ أن إقامة الدليل على خطأ الجراح في الكثير من الأحيان أمر صعب المنال، وهذا راجع إلى طبيعة خطأ الطبيب الذي يتميز بالتعقيد العلمي، لاسيما إذا تعلق الأمر بخطأ طبي فني، إذ غالبا ما يكون المريض جاهلا بخبايا الطب وبتقنياته، مما يصعب عليه إثبات هذا الخطأ.

فإذا إدعى المريض إخلال الجراح بالتزامه القانوني، يكون عليه إثبات تقصير وقلة العناية والإهمال من جانبه، لكن المريض غالبا ما يكون جاهلا بالمعارف العلمية، وبالتالي يستحيل عليه إثبات أنّ الجراح لم يبذل العناية الكافية والمتفقة مع أصول الطب على إعتبار ذلك يتطلب حدا أدنى من المعرفة العلمية والثقافة الصحية.

على أنّ الصعوبة الأساسية، في هذا الصدد، تتمثل في كون الواقعة المطلوب إثباتها واقعة سلبية⁽³⁾، فبعد أن أكدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب، بموجب قرار مرسى Mercier، الصادر عام 1936 السالف الذكر، والذي اعتبر علاقة الطبيب ومريضه علاقة عقدية، ما يعني أن مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه مسؤولية عقدية، كما اعتبرت أن الطبيب لا يلتزم اتجاه مريضه إلا ببذل العناية الصادقة واليقظة المطابقة

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 64. أنظر كذلك: علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 117.

² - علي عصام غصن، المرجع نفسه، ص 117. انظر كذلك: جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، مرجع سابق، ص 402.

³ - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 175.

للأصول العلمية المستقرة ولا يلتزم بشفاء المريض، وكان من نتائج ذلك تحمل الدائن الذي هو المريض في العقد الطبي، إثبات عدم حصوله على العناية المطلوبة، وذلك بإقامة الدليل على إهمال الطبيب وانحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة.

لا يمكن إنكار صعوبة إثبات الواقعة السلبية، إذ أنّ الواقعة السلبية تمثل العدم، والعدم شيء غير موجود أصلاً، فإثبات الواقعة السلبية يعني إثبات عدم حدوث الواقعة، أما إثبات حدوثها فيعني إثبات واقعة إيجابية. فمثلاً إذا أراد الطبيب أن يثبت عدم تقصيره في علاج المريض فيمكنه ذلك بأن يقيم الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب العلاج، أو أنه اتخذ في سبيل ذلك الاحتياطات اللازمة، فإن أراد المريض أن يثبت العكس، أي عدم قيام الطبيب بالتزامه، فمؤكد أنّ الأمر سيكون في غاية الصعوبة، باعتباره سيقوم بإثبات واقعة سلبية ليس لها مظهر خارجي، لذا يرى غالبية الفقه أنّه يجوز إثبات الوقائع السلبية بطريقة مباشرة، أي بإثبات واقعة أخرى هي الواقعة العكسية المضادة لها⁽¹⁾.

إنّ تحمل المريض عبء إثبات واقعة سلبية يجعله في موضع إشفاق، فيكون إثبات إخلال الطبيب الجراح بذل العناية الصادقة واليقظة المطابقة للأصول العلمية المستقرة على عاتق المريض، بأن يقدم دليلاً على عدم إتيان الطبيب قدر العناية المطلوبة يزيد من وطأة عبء الإثبات⁽²⁾، ولذلك غالباً ما يلجأ القاضي إلى الخبرة لمواجهة هذه الصعوبة، إلا أن الوسيلة في كثير من الأحيان لا تجدي نفعا في مجال إثبات خطأ الجراح المدعى عليه، وهذا راجع إلى أن الحصول على تقرير موضوعي من الخبير تعترضه صعوبات، التي سنراها لاحقاً.

ثالثاً: صعوبات إثبات علاقة السببية بين خطأ الجراح والضرر

يصعب في كثير من الحالات إثبات قيام رابطة السببية بين خطأ الجراح والضرر الناتج عن التدخل الجراحي، والسبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى الطبيعة الغامضة للجسد

¹ - رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص 180.

² - هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعو مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول 2008، ص ص 99-100.

البشري وطريقة التدخل الجراحي الذي يتم على جسد مريض في غيبوبة تامة فاقد للوعي تحت تأثير التخدير - لاسيما التخدير الكلي - في غرفة العمليات الجراحية، لا يوجد فيها سوى أعضاء الفريق الطبي، ينتمون كلهم إلى الوسط الطبي، يتضامنون فيما بينهم في مواجهة المريض، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إثبات علاقة السببية حتى من طرف أهل الخبرة⁽¹⁾.

تثار صعوبة إثبات علاقة السببية، كذلك، في مجال إثبات فرصة الشفاء المريض أو بقاءه على قيد الحياة، فلكي يتمكن المريض أو ورثته من إثبات فرصة شفاؤه أو بقاءه على قيد الحياة، فإن ذلك يقتضي منه، أو منهم، إقامة الدليل على السبب الحقيقي لعدم شفاؤه أو وفاته، وهذا الأمر يصعب تحقيقه في أغلب الحالات، خاصة في حالة وفاة المريض على إثر تدخل جراحي، فكيف يكون لورثته إقامة الدليل على أنّ الجراح كان بإمكانه تفادي موت مورثهم بإتباع أسلوب معين في الطب والجراحة، وهم لا يعرفون السبب الحقيقي لوفاة مورثهم؟⁽²⁾

أدى كذلك انتشار استعمال الآلات الطبية المعقدة في التدخلات الطبية لاسيما الجراحية منها، إلى جعل الإثبات مسألة صعبة، لذلك يبدو من غير المستساغ بل يبدو مجحفا منذ إنتشار هذه الأجهزة الطبية المعقدة إبقاء قاعدة " البينة على المدعي " في كل الحالات على كاهل المريض، إذ يستحيل عليه ذلك⁽³⁾.

رابعا: تحمل المريض تبعة الإثبات: " مخاطر الإثبات "

إذا تعذر على المريض، المكلف بعبء الإثبات، إثبات ما يدعيه، وذلك لعدم اقتناع القاضي بما ساقه من أدلة، على نحو ظل الشك قائما فيه لدى المحكمة، فإنه لن يكون أمام

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص. 81. أنظر كذلك: فطناسي عبد الرحمان، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 145. فطناسي عبد الرحمان، الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد العاشر، جانفي 2017، ص 255.

² - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص. 460. أنظر كذلك: عبد الرحمان فطناسي، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية، مرجع سابق، ص. 145. عبد الرحمان فطناسي، الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مرجع سابق، ص 255.

³ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع نفسه، ص 468.

القاضي إلا أن يرد الدعوى لعدم كفاية الأدلة، فالشك الذي لم يقطعه يقين يستفيد منه الجراح المدعى عليه⁽¹⁾.

ويبرر ذلك أن رفض المحكمة دعوى المدعي لفشله في تقديم الدليل كاملاً على إدعائه، أفضل لسلامة العلاقات القانونية بين الناس، من الحكم على الخصم استناداً إلى أدلة غير مؤكدة، وتقوم على ذات الفكرة القاعدة المعروفة في القانون الجنائي التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المتهم⁽²⁾.

المطلب الثاني

التخفيف من عبء الإثبات الملقى على المريض

بيّنّا فيما سبق أنه يقع، بحسب الأصل، عبء إثبات خطأ الطبيب الجراح على عاتق المريض المضرور، ويعتبر هذا الخطأ واقعة يمكن بالتالي إثباتها بكافة طرق الإثبات، بالرغم من ذلك فإنّ هذا الإثبات يشكل عبئاً حقيقياً على عاتق المريض، إذ تعد إقامة الدليل على وقوع الخطأ في الكثير من الحالات أمراً صعباً، بالنسبة للمريض الذي يعتبر الحلقة الأضعف في العلاقة مع الطبيب الجراح، حيث أنّ المريض يكون جاهلاً بالمعطيات العلمية، وأكثر من ذلك قد يكون فاقداً للوعي أثناء وقوع الخطأ من الطبيب الجراح، وقد يكون في وضع صحي ومادي سيء لا يسمح له بإقامة الدعاوى ومتابعتها في مواجهة المسؤول.

أدرك القضاء الصعوبات التي يواجهها المريض في النهوض بعبء إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي وتحمل تبعه إخفاقه في ذلك، وفي محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة، علاقة المريض والطبيب الجراح، أجرت محكمة النقض الفرنسية تحولاً هاماً في مجال التزام الطبيب بإعلام المريض، وهو قلب عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام، الذي أصبح يقع على عاتق الطبيب الجراح عبء إثبات قيامه بهذا الالتزام، كان الهدف من هذا التحول إعفاء المريض من عبء الإثبات أو على الأقل التخفيف منه، هذا من جهة (الفرع الأول).

¹ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 118.

² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 69.

ومن جهة أخرى تم إبتكار طرق جديدة، تهدف دائما للتخفيف من تحمل المريض لعبء إثبات الخطأ الطبي، وهي إقامة مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الاحتمالي (الفرع الثاني) وكمرحلة أخيرة الأعمال بالمسؤولية دون خطأ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

نحو نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي

ظلّ قضاء محكمة النقض الفرنسية يلقي على عاتق المريض عبء إثبات عدم قيام الطبيب بالالتزامه بالإعلام الطبي، إعمالا بالقواعد العامة في الإثبات التي تقضي بأنّ على المدعي إثبات ما يدّعيه، والمريض الذي يدعي عدم قيام الطبيب بالالتزامه بالتبصير يقع عليه عبء إثبات ذلك، ومن قرارات القضاء الفرنسي بهذا الشأن قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 29 ماي 1951⁽¹⁾.

تتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا القرار، في أنّ السيد Bisot أجريت له عملية بتر ساق نتيجة غلط في التشخيص، فرفع دعوى مطالبا الجراح والطبيب المعالج بالتعويض، باعتبارهما قاما بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته مسبقا، ألزمت محكمة استئناف أنجرس Angers الجراح بالتعويض باعتباره المسؤول عن العملية وكان عليه الحصول على رضا المريض بها، والجراح الذي لم يقدم دليلا يثبت رضا المريض.

غير أنّ محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم، وقررت أنه إذا كان العقد الذي ينشأ بين الجراح والمريض يتضمن من حيث المبدأ التزاما على عاتق الطبيب بعدم إجراء عملية جراحية يقدر أهميتها للمريض، إلا بعد الحصول مقدما على رضا المريض، فإنّه يقع مع ذلك على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بالالتزامه العقدي بعدم الإفشاء للمريض بطبيعة العملية الجراحية وعدم الحصول على رضاه بها⁽²⁾.

¹ - Cass. civ., 29 mai 1951 : publié au : (Bull. civ. 1, n° 162; D. 1952, p.53, note R. Savatier ; JCP 1951. II, n° 6421, note R. Perrot ; S. 1953, 1, p.41, note R. Nerson ; RTD civ. 1951, p.508, obs. H. et L. Mazeaud.), Voir également : VIALLA Francois, Op. cit., p.128 et p. 148.

² - أنظر: جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، مرجع سابق ص 399. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص ص 51-52. أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 381. فتاحي محمد، مرجع سابق، ص 87.

أثار القرار المذكور أعلاه جدلاً فقهيًا بين مؤيّد ومعارض، وأمام وطأة هذه الانتقادات أجرى القضاء الفرنسي تحولاً فيما يتعلق بعبء الإثبات في مجال التبصير، عادت المحكمة وعدلت عن قضاءها بحيث نقلت عبء إثبات قيام الطبيب بالإعلام الطبي ليكون على عاتق هذا الطبيب الذي يقع عليه إثبات تبصيره للمريض بطبيعة التدخل الطبي ومخاطره، وقد كانت نقطة التحول هذه في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997، الذي وصف على أنّه من الأحكام ذات المبادئ⁽¹⁾، وقد كان لهذا التحول في مجال الإثبات مبرراته (أولاً) وأساسه القانوني (ثانياً)، ونتائجه (ثالثاً).

أولاً: المبررات العملية للتحول في مجال الإثبات: قرار "هيدرويل" (Hédreul)

عدّلت محكمة النقض الفرنسية، بعد استقرار دام حوالي نصف قرن، عن قضاءها الثابت بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب في صورته المختلفة في نطاق محدد وهو الخاص بخطأ الطبيب في القيام بالتزامه بتبصير المريض، فألقت بعبء إثبات حصول هذا الإعلام على عاتق الطبيب المدعى عليه، وكان ذلك بمقتضى حكم Hédreul الشهير الصادر بتاريخ 25 فيفري 1997⁽²⁾، والذي تعارض مع جاء في محتوى قرارها الصادر بتاريخ 29 ماي 1951 سالف الذكر⁽³⁾.

أصدرت محكمة النقض الفرنسية القرار المذكور أعلاه عام 1997، جاء فيه أنّه يقع على عاتق الطبيب التزام إعلام المريض، ويقع على عاتقه أيضاً إثبات تنفيذه لهذا الالتزام⁽⁴⁾.

¹ - محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان: دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام...، مرجع سابق، ص 79.

² - Cass. civ., 1^{ère}, 25 février 1997, n° 94-19685, Hedreul c/ Cousin : publié in : (RTD civ., 1997. p.434, note P. Jourdain et p.924 ; Gaz. Pal., 27-29 avr. 1997, p.13, rapp. P. Sargos, note J. Guigne ; JCP 1997, I, n° 4025, obs. G. Viney ; D. 1997, Somm. p.319, obs. J. Penneau; RDSS 1997, p.288, note L. Dubouis.), Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr ; BERGOIGNAN-ESPER Claudine et SARGOS Pierre, Op. cit., p. 47; KHADIR Abdelkader, Recueil d'arrêts en responsabilité médicale, Tome 1, Editions Houma, Algérie, 2014, p.p. 133-134 ; HUREAU (J), Le devoir médical d'information, Essai et réflexion sur la doctrine de la cour de cassation, In : L'expertise en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, MASSON, Paris, 1998, p. 112. VIALLA Francois, Op. cit., p.149.

³ - PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin..., Op. cit., p. 79.

⁴ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 120.

تتلخص وقائع القضية الني صدر فيها هذا القرار، في أنّ شخصا يدعى Hédreul كان يعاني من أوجاع في المعدة، ورأى الطبيب أن حالته الصحية تستدعي تدخلا جراحيا لاستئصال بعض الأورام الموجودة بمعدة المريض باستخدام المنظار، غير أنّ المريض ظل يعاني من آلام شديدة بالمعدة، وبعد فحص جديد تبين أنه مصاب بثقب في الأمعاء Perforation intestinale، وهو خطر إستثنائي حدد الخبير احتمال حدوثه في مثل هذا النوع من التدخلات الجراحية بنسبة 3% فقط، رفع المريض دعوى قضائية على أساس أنّ الطبيب لم يبصره بالمخاطر المحتملة في هذا النوع من الجراحة، وطالبه بالتعويض عما لحقه من ضرر.

رفضت محكمة استئناف "رن" Rennes الدعوى، استنادا إلى أنّ عبء إثبات عدم الإعلام يقع على المريض، الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه، ويتبين من خلال هذا الحكم أنّ موقف هذه المحكمة متفق مع موقف محكمة النقض السائد في ذلك الوقت⁽¹⁾، وعند عرض النزاع على محكمة النقض ألغت حكم محكمة الاستئناف⁽²⁾، استنادا إلى نص المادة 1315 من ت.م.ف.⁽³⁾، وقررت مبدأ عاما، حيث قضت أن من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا التزاما خاصا بالإعلام، يجب عليه أن يقدم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام، ثم طبقت هذا المبدأ على الأطباء، مقررّة أنّه لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام بإعلام مريضه فإنه يقع عليه بالتالي عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام⁽⁴⁾.

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 29 ماي 1951 سالف الذكر.

أنظر: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص ص 71-72. فتاحي محمد، مرجع سابق، ص 95. علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 120.

² - للمزيد من التفاصيل حول هذا التحول القضائي وأثره على طرفي العلاقة الطبية، راجع: أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، العدد الأول، الجزائر، 2007، ص ص 101 - 108.

³ - تقابلها المادة 323 من ق.م.ج.

⁴ - « ...Vu l'article 1315 du Code civil ;

Attendu que celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ; Attendu qu'à l'occasion d'une coloscopie avec ablation d'un polype réalisée par le docteur Cousin, M. Hédreul a subi une perforation intestinale ; qu'au soutien de son action contre le médecin, M. Hédreul a fait valoir qu'il ne l'avait pas informé du risque de perforation au cours d'une telle intervention ; que la cour d'appel a écarté ce moyen et débouté M. Hédreul de son action au=

تكون محكمة النقض الفرنسية بموجب قرار " هيدرول " قد أجرت نقلا حقيقيا وكبيراً لعبء الإثبات، وأضفت مزيداً من الحماية للمريض المضروب، بإعفائه من عبء الإثبات، إذ لم يعد عليه إثبات قيام الطبيب الجراح بالالتزام بالإعلام، بل أصبح على عاتق الطبيب المدعى عليه عبء إثبات قيامه بموجب إعلام المريض.

ثانياً: الأساس القانوني للتحوّل في مجال الإثبات

استندت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 فبراير 1997، إلى الفقرة الثانية من نص المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي، التي تقرر بوضوح أنه على من يدعي الوفاء بالالتزام أن يقيم الدليل على ذلك أو على الواقعة التي أدت إلى انقضائه⁽¹⁾، وبناء على ذلك قررت المحكمة أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالإعلام تجاه مريضه فإنه يتعين عليه أن يثبت أنه قد نفذ الالتزام⁽²⁾.

ويلاحظ بذلك أنّ محكمة النقض الفرنسية قد خالفت الفقرة الأولى من نص المادة 1315 ت.م.ج.⁽³⁾ التي كانت سندها في إلقاء عبء الإثبات على المريض في المرحلة السابقة على قرار Hedreul، بمعنى انتقلت من الفقرة الأولى للمادة المذكورة، والتي تقضي بأنه على من يطالب بتنفيذ الالتزام أن يثبته، والتي كانت سندا لها في إلزام المريض - قبل 1997 - بإثبات ما يدعيه من خطأ في مواجهة الطبيب، إلى الفقرة الثانية من ذات المادة لتؤسس قضاءها الجديد⁽⁴⁾.

لم يكن هذا التحوّل والنقل بشأن عبء إثبات التزام الإعلام الطبي قاصراً على محكمة النقض الفرنسية، إذ سرعان ما أكّد مجلس الدولة ما قضت به المحكمة، إثر صدور قراراتين

=motif qui lui appartenait de rapporter la preuve de ce que le praticien ne l'avait averti de ce risque, ce qu'il ne faisait pas dès lors qu'il ne produisait aux débats aucun élément accréditant sa thèse ; attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé... ».

¹ - Art. 1315-2 du code civil français dispose : « ..., celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

² - CHABAS François, L'obligation médicale d'information en danger, Op. cit. p.460.

³ - Art. 1315-1 du code civil français dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

هذه الفقرة لا تفرض على من يطالب بتنفيذ الالتزام إلا إثباته، أي لا يقع على عاتقه عبء إثبات عدم التنفيذ.

⁴ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 76.

الباب الثاني الفصل الأول: قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

بتاريخ 5 جانفي 2000⁽¹⁾، وقرر فيهما أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يكون على عاتق المستشفى العام التي يتلقى فيه المريض العلاج.

لم تكتف التشريعات الحديثة برد الفعل القضائي المتمثل في نقل عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى الطبيب، وإنما، وإعمالاً لمبدأ " الوقاية التشريعية خير من العلاج القضائي " تدخلت هذه التشريعات لتكريس التحول القضائي الذي توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية الخاص بمسألة عبء إثبات تنفيذ الالتزام الطبي بالإعلام.

وعلى هذا الأساس، كرس القانون رقم 303-2002 الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي⁽²⁾ المعدل لقانون الصحة الفرنسي، التحول والحل القضائي السابق عرضه⁽³⁾، الذي أجرته محكمة النقض الفرنسية في عام 1997، إذ تنص المادة 1111-2⁽⁴⁾ صراحة على أنه:

" يقع على عاتق كل مهني في مجال الصحة، وفي نطاق تخصصه، التزام بإعلام المريض.

في حال النزاع بشأن إعلام المريض، فإنه يقع على المهني أو المؤسسة الصحية إقامة الدليل على أنه تم إعلام الشخص المعني وفقاً للشروط المحددة بهذه المادة.
إن إقامة الدليل على حصول الإعلام يكون بكافة طرق الإثبات " .

لا توجد قرارات تبين موقف القضاء الجزائري من تحديد المكلف بعبء الإثبات، وبالتالي يخضع إثبات عناصر المسؤولية الطبية للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وعلى هذا

¹- Voir : CE., sect., 05 janvier 2000, *Consorts Telle*: (RFDA., 2000. p. 646, concl. et note P. Bon ; JCP 2000. II. 10271, note J. Moreau). Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr

²- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

³- HOCQUET-BERG Sophie, PY Bruno, *La responsabilité du médecin*, Editions Heures de France, Paris, France, 2006, p.30.

⁴- Art 1111-2 du code de la santé publique français dispose : « Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser... »

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article.

Cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

الأساس، يمكن اعتبار المادة 323 من ت.م.ج التي تنص على أنه: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه"، كسند لجعل المريض يتحمل عبء إثبات خطأ الطبيب الجراح عامة، والإخلال بالالتزام تبصير المريض على وجه الخصوص، على أساس أن المريض هو الدائن بالالتزام، الذي لا يقع على عاتقه - وفقاً لنص المادة - سوى إثبات وجود الالتزام.

يستشف من نص المادة المذكور أعلاه، أنها لم تحدد نوع الالتزام المراد إثبات وجوده، هل هو الالتزام الإتفاقي أو القانوني؟ ومن البديهي أن الالتزام المقصود إثبات وجوده هنا هو الالتزام الإتفاقي، الذي يقع على المريض عبء إثبات وجوده، وأن الطبيب لم ينفذ التزامه، لينتقل بذلك عبء الإثبات بعد ذلك إلى الطبيب، الذي يكون عليه عبء إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزامه.

أما الالتزام القانوني لا يحتاج إلى إثبات وجوده، فالقانون هو الذي أوجده، ومادام أن التزام الطبيب بإعلام المريض التزام قانوني، فإن الدائن المريض لا يقع عليه عبء إثبات وجود الالتزام، إنما يقع على المدين الطبيب الجراح إثبات التخلّص من الالتزام بالإعلام.

ثالثاً: تكريس الكتابة لإثبات الالتزام بالإعلام الطبي: أثر التحول في الإثبات مجال في الإعلام الطبي

خطت محكمة النقض الفرنسية، وكذا قانون الصحة الفرنسي خطوة نحو التخفيف من حدة عبء الإثبات الواقع على عاتق المريض، من خلال إعفائه من إثبات الالتزام بالإعلام، وبالتالي لم يعد هناك مجال للاختلاف حول من يتحمل هذا العبء.

لم تحدد محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 25 فيفري 1997 السابق الذكر الوسائل التي يمكن من خلالها للطبيب أن يثبت قيامه بتنفيذ التزامه بإعلام المريض، إلا في قرار لاحق لها بمناسبة قضية " قيومار " Guyomar الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 1997⁽¹⁾، حيث قضت، وعلى نحو ما كرسه قانون رقم 303-2002 المتضمن حقوق المرضى وجودة النظام الصحي السالف الذكر، بأنه يمكن للطبيب إثبات تنفيذه

¹ - Cass. civ. 1^{ère}, 14 Octobre 1997, Guyomar, n° 95-19.609, publié au : (Bull. civ. I, n° 278; JCP 1997. II. 22942, rapp. P. Sargos ; RTD civ. 1998, 100, obs. Mestre) Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr; BERGOIGNAN-ESPER Claudine et SARGOS Pierre, Op. cit., pp. 48-55.

للتزام بالإعلام بكافة طرق الإثبات⁽¹⁾، من شهادة الشهود والقرائن، وكان من نتائج ذلك كذلك أن ظهرت الكتابة كوسيلة من وسائل إثبات تنفيذ الطبيب بالإعلام⁽²⁾.

أجازت المادة 1111-2 من قانون الصحة الفرنسي إقامة الدليل على حصول الإعلام من قبل الطبيب بكافة طرق الإثبات، من شهادة الشهود والقرائن، وهو غير ملزم بالقيام بالتزامه بالإعلام من خلال الكتابة، ولكن، على الرغم من ذلك، فإن تكليف الطبيب بعبء إثبات حصول الإعلام سيؤدي بالضرورة، ومن الناحية العملية، إلى جعل الكتابة بالنسبة له الطريقة الأكثر ملاءمة لتحقيق هذا الإثبات، وتؤدي إلى قيام الأطباء بإعداد دليل كتابي في شكل نموذج موقع من المريض، لاسيما الذي يخضع للعملية الجراحية، حتى يتسنى له من خلاله مواجهة الإدعاءات المحتملة بعدم حصول الإعلام⁽³⁾.

إذا كان نقل عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام إلى الطبيب طبقا لقانون الصحة الفرنسي وقبله قضاء محكمة النقض الفرنسية فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى جعل الكتابة هي الأداة الأساسية في هذا المجال.

الجدير بالملاحظة في هذا الصدد، أنه إذا كانت الكتابة تبدو ضرورية بالنسبة للطبيب لإثبات قيامه بواجبه في إعلام المريض، فهي في ذات الوقت غير كافية لتحقيق هذا الإعلام، فإعلام المريض يجب دائما، وحتى يؤدي الهدف منه، أن يكون بمراعاة شخصية المريض⁽⁴⁾ ومتوافقا مع قدرة المريض على الفهم، ومع مستواه الثقافي، ولن يكون بالتالي قابلا للحصر في نموذج واحد لجميع الحالات، وأن الصيغة المكتوبة لهذا الإعلام ليست

¹ - BON Pierre, L'obligation du médecin d'informer le patient, R.F.D.A, N° 3, Dalloz, France, 2000, p.658-659.

² - MALICIER (D), MIRAS (A), FEUGLET (P), FAIVRE (P), Op. cit., p56.

³ - CHABAS François, L'obligation médicale d'information en danger, JCP- La semaine juridique, Edition Générale, n° 11, 15 mars 2000, p.460.

⁴ - Art. 35 du code de déontologie médicale français : « ... Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension ».

Voir : Décret n° 95-1000 du 06 septembre 1995, portant code de déontologie médicale, J.O.R.F n° 209 du 8 septembre 1995, modifié et complété par : Décret n° 2012-694 du 07 mai 2012, portant modification du code de déontologie médicale, J.O.R.F n°108 du 08 mai 2012.

مانعة للإعلام الشفهي الذي من خلاله يتم تطويع المعلومات وفق حالة المريض ومستواه الثقافي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

بروز فكرة الخطأ المفترض أو الاحتمالي

أدرك القضاء الفرنسي الصعوبات التي يواجهها المريض المضرور في مجال الإثبات والتي تجعله عاجزا عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب الجراح، وكذلك قصور القواعد القانونية التقليدية في توفير الحماية لهؤلاء المرضى، خاصة بعد التطورات العلمية التي عرفها الطب والجراحة على وجه الخصوص، مما زاده تعقيدا، مما دفع بالقاضي إلى الأخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي، أو المقدر *La faute virtuelle*، أو الخطأ المتضمن في الضرر *La faute inclus dans le dommage*⁽²⁾، أو الخطأ المضمّر⁽³⁾ (أولا) هذه الفكرة التي عرفت ترحيبا كبيرا من طرف الفقه والقضاء نظرا لأهميتها في توفير الحماية للمريض (ثانيا).

أولا: مضمون فكرة الخطأ المفترض

يصعب في الكثير من الحالات طلب إثبات خطأ الطبيب الجراح أو لأنّ هناك احتمالا قويا بأنّ خطأ ما قد ارتكب، لذلك يستند القاضي إلى الأخذ بالخطأ المفترض الذي يسمح له باستنتاج أنّ الطبيب قد ارتكب الخطأ حتما، وليس استنتاج أنّ الطبيب قد ارتكب خطأ مؤكّدا⁽⁴⁾.

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص76. أنظر كذلك: محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان: دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام...، مرجع سابق، ص ص 97-98.

² - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 94.

³ - طاهري حسين، مرجع سابق، ص20. راجع كذلك: عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الإستشفائية العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.

⁴ - DOSNNER-DOLIVET Annick, Op. cit., p.135.

ولذلك، حاول القضاء الفرنسي التقليل من الصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل إقامة الدليل على خطأ الجراح أو المرفق الصحي، وذلك عن طريق استنتاجه لهذا الخطأ من الضرر الحاصل⁽¹⁾، فالضرر ما كان ليحدث لولا وقوع هذا الخطأ، رغم أنه لم يثبت للقضاء على وجه قاطع إهمال من الجراح في بذل العناية الواجبة أو التقصير في الالتزام بالحيطة أثناء التدخل الجراحي إلا أنه يستنتج هذا الخطأ من مجرد وقوع الضرر⁽²⁾.

وعليه، فإن فكرة الخطأ المفترض تقوم على أساس إفتراض خطأ لم يثبت وجوده في الحقيقة أو إفتراض علاقة السببية، وبالتالي إفتراض أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع خطأ من الجراح، حتى ولو لم يثبت على نحو قاطع إهمال من الجراح في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزام بالحيطة أثناء التدخل الجراحي، فإنه يستنتج هذا الخطأ بمجرد وقوع الضرر.

يرى الدكتور محمد حسن قاسم أن فكرة الخطأ الاحتمالي تجد تبريرها، والأخذ بها، يرجع بصفة أساسية إلى ما كشفت عنه الممارسات الطبية الحديثة من حالات متعددة، يصاب فيها المريض بضرر، لاسيما أثناء التدخل الجراحي، دون إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب وبقاء سبب الضرر مجهولاً⁽³⁾ هذا من جهة، ولا اعتبارات عديدة تعجز الخبرة الطبية عن كشف هذه الحقيقة من جهة أخرى، وهذا من شأنه أن يصعب على المريض، إثبات الخطأ الذي تستند عليه مسؤولية الجراح أو المرفق الطبي.

وعلى هذا الأساس، تقتضي فكرة الخطأ الاحتمالي استنتاج القضاء لتقصير أو خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافاً للقواعد العامة التي تتطلب من المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه في إطار المسؤولية المدنية⁽⁴⁾، إذ تقوم هذه الفكرة على أساس

1 - أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 152.

2 - هديلي أحمد، تباين المراكز في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص 109.

3 - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 94.

4 - أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 152.

أنظر كذلك: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 29. علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 123. محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 94. حسين طاهري، مرجع سابق، ص 20.

أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب، بالرغم من عدم ثبوت إهمال الطبيب على نحو قاطع في بذل العناية الواجبة، أو تقصير في التزامه بالحيلة، إلا أن الخطأ يستنتج من مجرد وقوع الضرر⁽¹⁾.

لا تجد فكرة الخطأ الاحتمالي سنداً لها في القانون، إلا أن لجوء القضاء إليها، إنما يكشف عن شعوره المتزايد بقصور وعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى في مواجهة التطورات العلمية المعاصرة في الوسائل العلاجية⁽²⁾.

ولذلك فإن استناد القضاء إلى فكرة الخطأ الاحتمالي والتي تعني استنتاج الخطأ أو التقصير من مجرد وقوع الضرر، حتى وإن كان يبدو فيه نوع من التشدد تجاه الأطباء، إلا أن القضاء وهو يأخذ بهذه الفكرة، كان يدرك مدى قصور القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى في مواجهة التطورات التي عرفها الطب، الأمر الذي جعل المريض عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب الجراح أو المستشفى.

يلاحظ مما سبق، أن الأخذ بفكرة الخطأ المقدر ما هو إلا إستعمال للقرائن القضائية *Présomptions judiciaires*، ويظهر ذلك من خلال إستعمال القاضي لسلطته في إستخلاص خطأ الجراح من كافة القرائن، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه⁽³⁾.

يرى الدكتور **أحمد شرف الدين** في كتابه حول مسؤولية الطبيب، أن فكرة الخطأ الاحتمالي ليس لها وصف الخطأ ومضمونه إلا الاسم، وأن الأمر لا يعدو أن يكون إلا استعمالاً لوسيلة خالصة لمصلحة المريض المضرور على حساب القواعد القانونية⁽⁴⁾.

ثانياً: أهمية الأخذ بفكرة الخطأ المفترض

سبق القول أن فكرة الخطأ المقدر أو الإحتمالي تقوم على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع الخطأ من الجراح، وتكمن أهمية هذه الفكرة في الآثار المترتبة عنها فيما

1 - أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 81. أنظر كذلك: علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 123. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 95.

2 - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 123.

3 - حسين طاهري، مرجع سابق، ص 20. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 267.

4 - أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 82.

يتعلق بعبء الإثبات، ففي حالة عدم إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب الجراح، وبقاء سبب الضرر مجهولاً، إذ تعجز الخبرة الطبية عن كشف السبب وتبيان الحقيقة، أو عندما لا يتبنى الخبير المنتدب من طرف القاضي موقفاً حاسماً بشأن خطأ الجراح، ويصبح مستحيلاً على المريض إثبات ركن الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، لمواجهة هذه الاستحالة، تتدخل نظرية الخطأ الاحتمالي بما تتضمنه من افتراض للخطأ في جانب الجراح أو المستشفى أو العيادة، فيتم نقل عبء الإثبات على عاتق هؤلاء⁽¹⁾.

وبناء على ما سبق، ووفقاً لهذه النظرية، لم يعد على عاتق المريض المتضرر عبء إقامة الدليل على وجود الخطأ من جانب الجراح المدعى عليه، غير أن ذلك لن يغنيه عن إثبات باقي أركان المسؤولية الطبية من ضرر وعلاقة السببية بين الضرر وما يفترض أنه خطأ، وبالمقابل يقع على عاتق الجراح عبء نفي الخطأ في جانبه⁽²⁾.

ومن زاوية أخرى، تعمل هذه النظرية على الحد من مظاهر الإهمال واللامبالاة خاصة من الجراحين ومؤسسات الصحة العمومية، حيث يتعين على هؤلاء الالتزام بضمان سلامة المريض من مختلف الحوادث التي قد تقع داخل مؤسسات الصحة خاصة منها ما يترتب عن استعمال الأجهزة والأدوات الطبية أثناء التدخل الجراحي⁽³⁾.

لا تتقيد فكرة الأخذ بالخطأ الاحتمالي بمعيار خطأ الجراح، الذي بموجبه يقارن القاضي المعروض عليه النزاع، سلوك الطبيب الجراح بسلوك طبيب وسط من نفس المستوى، ووجد في نفس الظروف، وكيفية لكي يقر خطأ الطبيب الجراح مجرد الافتراض بأنه لابد وأن يكون قد أخطأ⁽⁴⁾.

وبناء على ما سبق، يرى الفقيه الفرنسي " جون بينو " Jean PENNEAU أنه يجب أن تستبعد فكرة الخطأ الاحتمالي من المجال الطبي، كما إختفت من قبل في مجال النقل

¹ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 124.

² - هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، مرجع سابق، ص 110.

³ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 44.

⁴ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 123.

المجاني، لأنّ القاضي عندما يأخذ بهذه الفكرة، فمن جهة يبتعد عن المعيار الصحيح والضروري لتقدير خطأ الطبيب، إذ أنّه يستند إلى تحليل مجرد للمواقف، ولا يعتمد على الطبيب الوسط اليقظ، فمن المعقول أنّ الطبيب الجراح يكون مخطئاً متى ثبت أن سلوكه تجاه مريضه أثناء التدخل الطبي لا يطابق السلوك الذي يأخذ به طبيب جراح يقظ من نفس مستواه المهني وخبرته والموجود في نفس الظروف الخارجية، حيث يكفي القاضي عند الأخذ بهذه الفكرة، بمجرد افتراض أنّه لا بدّ وأن يكون هناك خطأ ما وإن بقي مجهولاً⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى، هذا الأمر من شأنه أن يؤدي في النهاية إجحام الأطباء عن ممارسة هذه المهنة الإنسانية والاجتهاد فيها ممّا يتناقض مع ما هو مطلوب خاصة في الوقت الحاضر من ضرورة اقتحام هذا المجال والاجتهاد فيه والأخذ بأساليب علوم الطب الحديثة، وهذا لن يتأتى إلا بالاعتراف للأطباء ولاسيما الجراحين بهامش من الحرية في القيام بالتدخلات الطبية دون التردد والخوف من شبح المسؤولية⁽²⁾.

كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ قرينة الخطأ، في قرارها الصادر بتاريخ 21 ماي 1996⁽³⁾ معتبرة أن المستشفى الخاص يتحمل مسؤولية إصابة المريض بالعدوى أثناء القيام بالعملية الجراحية في غرفة العمليات، الموجودة داخل العيادة، ما لم تتمكن هذه الأخيرة من إقامة الدليل على عدم توافر الخطأ من جانبها.

ولقد كان للقضاء الفرنسي نفس الموقف، فبالرغم من اعترافه بالأهمية التي تمثلها فكرة الخطأ المحتمل (المقدر أو المضمّر) لصالح المرضى المتضررين جراء التدخلات الطبية لاسيما الجراحية منها، تخفيفاً عنهم من عبء إثبات خطأ الطبيب الجراح، إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت بشأن تطبيق هذه الفكرة، بمناسبة صدور حكم حديث لها بتاريخ 07 ماي 1998⁽⁴⁾، حيث عادت للتذكير واشترطت وجوب وجود خطأ واجب الإثبات في

¹ - PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin, Op. cit., p. 80.

² - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، مرجع سابق، ص 682.

³ - Cass. civ., 1^{ère}, 21 mai 1996, sur: www.legifrance.gouv.fr

« Une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par un patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, a moins de prouver l'absence de faute de sa part ».

⁴ - Cass. civ., 1^{ère}, 07 mai 1998, sur : www.legifrance.gouv.fr.

جانب الطبيب وفق ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية، وقد أدانت المحكمة فكرة الخطأ الاحتمالي ووصفتها بأنها فكرة مغلوطة⁽¹⁾.

لم تكن فكرة الخطأ المحتمل هي السبيل الوحيد الذي توصل إليه القضاء الفرنسي في سبيل الحد أو التخفيف من عبء إثبات على عاتق المريض المتضرر، بل هناك أداة قانونية أخرى لجأ إليها القضاء الفرنسي سعيًا منه التخفيف من حدة عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض المضرور وهي الأعمال بالمسؤولية دون خطأ.

الفرع الثالث

تطبيق المسؤولية دون خطأ في مجال الأعمال الطبية الجراحية

تتلحق بعض التدخلات الجراحية أضرارًا للمريض خارج نطاق الخطأ الطبي، وبالتالي تتحقق المسؤولية دون خطأ استنادًا إلى الضرر الذي لحق بالمضرور، واستقلالًا عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر⁽²⁾ (أولاً).

يكمّن الهدف من ابتكار مثل هذه الوسائل القانونية في إعفاء المريض المضرور من عبء إثبات الخطأ الطبي، العبء الذي يقع على عاتقه بحسب الأصل من جهة، ومن جهة أخرى إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع للكشف عن خطأ الطبيب.

على هذا الأساس، لم يعد هناك مجالًا، في ظل هذا النوع من المسؤولية، الحديث عن مشكلات إثبات خطأ الطبيب بالنسبة للمريض المضرور، لذا لجأ القضاء الإداري إلى هذه الوسيلة، سعيًا منه لتحقيق نوع من المساواة بين المرضى المضرورين من الأعمال الطبية التي تمارس في المرافق الصحية العامة، وبين مستخدمي هذه المرافق (ثانيًا)، بعد ذلك حاول القضاء العادي إقامة مسؤولية الأطباء في القطاع الخاص دون توفر ركن الخطأ (ثالثًا).

1 - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 125.

2 - تعددت التعاريف الفقهية بسبب اختلاف المصطلح المستعمل من قبل الفقهاء، فبعضهم يتحدث عن خطر العلاج، والبعض الآخر عن حوادث العلاج، والآخرين عن الصدفة العلاجية أو التداعيات الطبية الضارة، ولما كان الخطر أساسًا للمسؤولية دون خطأ في المجال الطبي، فهو إذن المصطلح الأنسب لتوفير حماية للمريض.

أولاً: بؤادر تبني نظام المسؤولية دون خطأ

يجد المريض المضرور صعوبة في إثبات المسؤولية الشخصية للجراح المتسبب في الضرر، ويجد كذلك صعوبة أكثر في إثبات مسؤوليته عن فعل الأشياء خاصة مع تغير الظروف الاقتصادية وظهور الآلات الميكانيكية والكهربائية، كما قد يجد صعوبة إثبات أفعال تابعيه ضمن الفريق الجراحي، وإدراكاً لهذه الأسباب، وقصد تسهيل وتذليل الصعوبات في إثبات خطأ الجراح كان لا بدّ على الفقه والقضاء البحث عن وسيلة جديدة أكثر مرونة تسهل عبء الإثبات على المريض الطرف الضعيف في العلاقة الطبية⁽¹⁾.

وبسبب قصور قواعد إثبات المسؤولية الطبية المدنية، ظهرت إلى الوجود نظريتان فقهيّتان تتاديان بتبني مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الضرر وتكون بقوة القانون يكفي لقيامها وجود ضرر وعلاقة سببية مباشرة بين الضرر والنشاط الطبي حتى في غياب أيّ خطأ من جانب الجراح، تقوم على فكرتين فكرة تحمل تبعة المخاطر وفكرة الضمان.

1- نظرية تحمل تبعة المخاطر:

ظهرت نظرية تحمل التبعة في أواخر القرن التاسع عشر، دافع عنها الفقيهان الفرنسيان جوسران JOSSERAND وسالي SALEILLES اللذان أكدّا الطبيعة الموضوعية للمسؤولية، مشكلين ثورة حقيقية على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، ثم ساند هذه الفكرة أشهر شراح القانون كالفقيه سافاتييه SAVATIER وديموج DEMOGUE ومارتون MARTON⁽²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد، إلى ضرورة التمييز بين نظرية تحمل المخاطر ونظرية قبول المخاطر الطبية، فتحمل التبعة تقوم على مبدأ مقتضاه أنّ كلّ نشاط يصدر عن شخص ويعود له بنفع أو فائدة، فإنّه يتوجب على هذا الشخص تحمل الأضرار الناتجة عن هذا النشاط، أما قبول المخاطر الطبية في العقد الطبي المتضمن إجراء التدخل الجراحي غالباً ما يكون ذا نفع سواء كان النفع متمثلاً في التخلص من العلة والآلام المترتبة عليها أو الحصول على نفع

1 - يخلف عبد القادر، نحو مسؤولية موضوعية عن الأضرار الطبية، دراسة تحليلية مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزء الثالث، العدد 31، 2017، ص 41.

2 - بكوش أمال، نحو مسؤولية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 215.

معنوي كما في حالات جراحة التجميل، وبالتالي في حالة حصول الضرر من جراء العمل الطبي الذي قبل المريض مخاطره، فهو الوحيد الذي يتحمل تلك الأضرار أسوة بنظرية تحمل التبعة⁽¹⁾.

تطوّرت هذه الفكرة فيما بعد إلى فكرة تحمل تبعة المخاطر المستحدثة والتي تعني بأنّ كل من أنشأ مخاطر سواء بنشاطه الشخصي أو باستخدامه أشياء معينة، ينتفع بها أو منها، توجب عليه تحمل تبعة النتائج المترتبة عنها، فمن يستعمل لمصلحته آلات خطيرة يجب أن يتحمل نتائج ذلك، دون حاجة إلى وقوع خطأ من جانبه⁽²⁾.

وبناء على ذلك، من يضع شيئاً خطراً في الاستعمال عليه أن يتحمل تبعة ما قد يصيب الغير من هذه الأضرار، لأنّ العدالة تقتضي أن يتحمل كل شخص تبعة عمله، وعليه تقوم مسؤولية الطبيب والمستشفى عن الأضرار التي تصيب المريض نتيجة استعمالها الأدوات والأجهزة الطبية وذلك رغم عدم صدور أيّ خطأ منها⁽³⁾.

وعليه، تعتبر نظرية تحمل التبعة نظرية موضوعية تسمح بسهولة تعويض الضحايا، من دون حاجة القاضي إلى التحقق من الصفة المشروعة أو غير المشروعة للفعل المسند إلى

¹ - نأسوس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، 2013، ص 27.

وتعد هذه النظرية من النظريات المعروفة في مجال المسؤولية المدنية عموماً، وتعدّ من صنع الفقه والقضاء، وإن كان لهذا الأخير الدور الأكبر في هذا المجال، وتظهر فاعلية هذه النظرية في العقود التي تبرم بين المريض والطبيب بقصد العلاج، يقبل فيها المريض بكافة المراحل والالتزامات الناشئة عن العقد، ويكون دور المتضرر الذي قبل المخاطر الطبية سلبياً، فلا يمكن إنشاء التزام بمقتضاها ولكن يقتصر هدفه على تحمل الضرر للأضرار التي قبلها بتواجده اختيار في موقف خطر ويعلم احتمال إصابته بضرر من جراء هذا الخطر، في حين يكون موقف متسبب الضرر في تحمل التبعة ايجابياً.

وعليه، يقوم القاضي وهو بصدد التحقق من وجود قبول المخاطر لدى المضرور بتحليل موضوعي لنشاطه وللظروف المحيطة بوقوع الضرر، فرضاء المضرور يكون ضمناً يستنتج من الظروف المحيطة. للمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية راجع: نأسوس نامق براخاس، مرجع سابق، ص 13-15. و ص 28-33.

² - يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 42.

³ - أكو فاتح حمه ره ش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2016، ص 174.

المسؤول، تقوم هذه النظرية على مبدأ: أنّ من أنشأ مخاطر ينتفع بها أو منها فعليه تحمل تبعه الأضرار الناجمة عنها⁽¹⁾.

2- نظرية الضمان:

نادى بفكرة الضمان BORIS STARK في رسالته عام 1947، الذي يرى أنّ للشخص حقوقاً، من بينها الحق في الإحتفاظ بحياته وبسلامته الجسدية، والإستمتاع بجميع أمواله المادية والأدبية، وعندما يستعمل الغير حقه في الحرية، فقد يصطدم بحق الآخرين في السلامة فيمّس به، ويقول فيها: " إنّ الأضرار التي تحدث من الاعتداء على سلامة الجسم أو المصالح المادية للأفراد تكون غير مشروعة وبالتالي يجب ضمانها وتعويضها⁽²⁾.

ترى نظرية الضمان في النظرية التقليدية للخطأ أنّها لا تتسع للحالات التي توجب العدالة بتعويض من أصيبوا فيها، ذلك أن نظرية الخطأ ترتب المسؤولية على مسلك الفاعل وما يصدر عنه من فعل خاطئ، بينما نظرية تحمل التبعة تعتبر مناط المسؤولية نشاط من تسبب في الضرر.

ولقد، أسس بوريس ستارك التزام حارس الشيء بتعويض المضرور على أساس فكرة الضمان، والأخذ في الإعتبار الجانبين المضرور والمسؤول عند البحث في أساس المسؤولية عن الأشياء، ولم يقتصر على جانب المسؤول فقط، وإنّما يجب مراعاة حق الغير في استقراره المستمدة من الحق في سلامة جسده وكيانه المالي، إذ ثمة حد من الإستقرار للفرد لا يمكن تجاهله.

وعليه يكفي لتقرير الضمان واستحقاق التعويض أن يكون الشيء قد أحدث ضرراً لأنّ فعل الشيء هو مظهر خارجي لنشاط الإنسان، وأنّ ضمان الحقوق لدى بوريس ستارك يجب أن لا تتوقف على الظروف التي تم فيها الإخلال ويتعيّن في الحق في ضمان السلامة أن تكون حماية مطلقة، في حالات معيّنة، منها الأشياء غير الحية، وأنّ أيّ إخلال بهذا الحق يعدّ ضرراً، بغض النظر عن شخصية محدثه⁽³⁾.

1 - بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 35.

2 - نقلا عن: يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 42.

3 - أكو فاتح حمه ره ش، مرجع سابق، ص ص 178-179.

ولذلك، فإنّ الالتزام بضمان السلامة، والذي يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، ينطبق بوجه خاص على الأضرار التي تحيط بالمريض من جراء استخدام الجراح للأدوات والأجهزة الطبية أثناء التدخل الجراحي والتي تنقطع صلتها بالأعمال الطبية الفنية، التي يظل محل الالتزام بتأديتها بذل عناية⁽¹⁾.

ثانياً: إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ

كان القضاء الإداري الفرنسي يقيم مسؤولية المرافق الصحية العامة على أساس الخطأ إلى غاية عام 1990، ثم اتجه بعد ذلك إلى تكريس نوع جديد من المسؤولية، تلك المسؤولية التي لا تستند إلى الخطأ، وذلك عن طريق إقرار حق المريض المضروب في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه دون الحاجة إلى الكشف عن الخطأ أو افتراضه، وذلك بموجب القرارات الشهيرة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، قرار GOMEZ وقرار BIANCHI.

1 - قرار Consorts GOMEZ بتاريخ 1990/12/21

طبق القضاء الإداري الفرنسي نظام المسؤولية دون خطأ، على أساس **المخاطر**⁽²⁾، لأول مرة في مجال الأعمال الطبية والجراحية بموجب قرار صادر عن محكمة إستئناف "ليون" « LYON » بتاريخ 21 ديسمبر 1990⁽³⁾ في قضية GOMEZ، والتي تتلخص

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري...، مرجع سابق، ص 203.

² - تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّه رغم درجة التقارب الكبيرة بين نظرية الخطأ الإجمالي أو المفترض ونظرية المخاطر، إلّا أنّ لهذه الأخيرة مميزات وخصوصياتها التي تتفرد بها والتي تستمدّها من الأحكام العامة للمسؤولية الإدارية.

=
تثبتت الوقائع التاريخية والقانونية أنّ أحد مصادر مسؤولية المخاطر ورد في المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي في 1789/08/26، كما ترجع تاريخياً إلى قانون الألواح الإثني عشر الرومانية ضمن ما عرف بدعوى الضرر غير المتعمد.

نقلاً عن: لقمان فاروق حسن نانه كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشرعية، منشورات زين الحقوقية، (د.ب.ن)، 2013، ص ص 205-206.

³ - CAA. Lyon, du 21 déc. 1990, Consorts GOMEZ. Voir sur : www.Légifrance.gouv.fr
Voir également : HUREAU (J), Evolution du droit civil en responsabilité médicale, Morceaux choisis de jurisprudence, In : L'expertise en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, MASSON, Paris, 1998, p.101.

الباب الثاني الفصل الأول: قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

وقائعها في أنّ الطفل Serge GOMEZ البالغ من العمر 15 عاماً، أدخل إلى المستشفى لإجراء عملية جراحية على مستوى العمود الفقري، لتقويمه، ظهرت على إثرها مضاعفات جسيمة انتهت بعد 36 ساعة بإصابة الطفل بالشلل في أطرافه السفلى نتيجة استخدام طريقة علاج جديدة تدعى Méthode de Luqué غير معروفة النتائج بشكل كامل.

رفضت المحكمة الإدارية طلب التعويض عن الضرر اللاحق بـ Serge، استناداً إلى غياب أي خطأ من جانب الطبيب الجراح أو مساعديه، وفقاً لتقرير الخبيرين المكلفين من قبل المحكمة، وعلى إثر ذلك استأنفت عائلة GOMEZ هذا الحكم أمام محكمة إستئناف ليون Lyon التي أصدرت قراراً استجابت بموجبه لطلب العائلة بالتعويض، وقضت فيه بأن استعمال طريقة علاجية جديدة تعرف بـ Luqué يمكن أن يستتبع خطراً للمرضى الذين يخضعون لها، خاصة أنّ نتائج هذه الطريقة غير معلومة بعد، وأن استخدام مثل هذه الطريقة تم دون وجود ضرورة علاجية تفرضها حالة المريض، مما يؤدي إلى إثارة مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي أصابت المريض، والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة للطريقة المستعملة Luqué حتى غياب الخطأ⁽¹⁾.

وعليه يعود الفضل بالتالي لقرار GOMEZ في إثارة عدم ملائمة الخطأ كأساس لمسؤولية المرفق الطبي العام، فضلاً على أنّه أتاح مجالا أكثر خصوبة لتطوير حق إقرار المسؤولية.

¹- CAA Lyon, du 21 déc. 1990, Consorts GOMEZ, Op.cit.

« L'utilisation d'une thérapeutique nouvelle créée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engageant, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier... qu'en recourant à la méthode dite de Luqué, le chirurgien qui a pratiqué l'intervention sur la personne de Serge GOMEZ a mis en œuvre une technique opératoire nouvelle dont il résulte...que les conséquences n'étaient pas entièrement connues,...il ne résulte pas de l'instruction qu'en dépit de la gravité de l'affection dont souffrait M. Serge GOMEZ, ses jours aient été en danger ; que les conséquences de cette intervention ont été particulièrement graves et anormales et sont par suite de nature à engager la responsabilité des Hospices civils de Lyon... » .

2- قرار BIANCHI بتاريخ 09/04/1993

بعد ثلاث (3) سنوات من صدور قرار GOMEZ، صدر عن مجلس الدولة الفرنسي قرار BIANCHI بتاريخ 09 أبريل 1993⁽¹⁾، يؤكد فيه إقرار المسؤولية دون خطأ في المجال الطبي، كان ذلك إثر قضية السيد BIANCHI الذي أدخل إلى مستشفى La Timone بمرسيليا بسبب معاناته من اضطرابات صحية، نوبات أعصاب على مستوى الجزء الأيمن من وجهه، فخضع في المستشفى لفحوصات عادية، أين أجريت له عملية تصوير بالأشعة، ولم يتبين أي شيء يذكر، مما أدى إلى تصوير شرايين العمود الفقري بعد تخديره، لكن بعد إفاقته من التخدير تبين أنه أصيب بشلل تام، رغم عدم ثبوت أي خطأ طبي أثناء القيام بذلك⁽²⁾.

رفع السيد BIANCHI دعوى قضائية مطالبا المستشفى بالتعويض، لكن المحكمة رفضت الدعوى لإنتفاء الخطأ من جانب المستشفى.

أقرّ مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية المستشفى وقضى بالتعويض للسيد BIANCHI بمبلغ مليون وخمس مائة فرنك فرنسي، على أساس أن تنفيذ العمل الطبي، هو الذي أدى إلى حدوث الضرر، ورغم أنه قد تم تنفيذه بشكل صحيح دون أي خطأ⁽³⁾.

أكد القضاء الإداري الفرنسي بمقتضى قراري « GOMEZ » و « BIANCHI » المسؤولية دون خطأ، ويتضح مما سبق أن الفرق الموجود بين القرارين هو أن الأول يتعلق بأضرار ناتجة عن استخدام تقنية حديثة غير معروفة النتائج، أما الثاني فيتعلق بأضرار ناتجة عن تقنية تقليدية Un acte d'investigation connu وهي التصوير بالأشعة، Arthériographie معروفة النتائج مسبقا، لكن نسبة خطورتها رغم أنها معروفة الوجود، إلا أنها استثنائية وضئيلة⁽⁴⁾.

¹- CE, ass., 9 avril 1993, BIANCHI. Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

²- Voir : MAUGUE Christine, THIELLAY Jean-Philippe, La responsabilité du service public hospitalier, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2010, p.89.

³ - عميري فريدة، المسؤولية بدون خطأ: توجه جديد نحو إقرار مسؤولية المرافق الطبية العامة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، العدد الأول، 2018، ص 94.

⁴- Voir : MAUGUE Christine, THIELLAY Jean-Philippe, Ibid., p.89.

3- قرار Hôpital Joseph Imbert d'Arles بتاريخ 1997/11/03

وسّع القضاء الإداري من نطاق تطبيق المسؤولية غير الخطئية، وكان ذلك على إثر صدور قرار Hôpital Joseph Imbert d'Arles بتاريخ 03 نوفمبر 1997⁽¹⁾، في قضية تتمثل وقائعها في أنّ طفلاً صغيراً يدعى "محرز جمال" MAHRAZ Djamel، البالغ من العمر خمس سنوات، أدخل إلى مستشفى Joseph Imbert d'Arles بتاريخ 9 نيسان 1980 لإجراء عملية ختان بناء على رأي طبيب العائلة تحت تخدير عام⁽²⁾، وأثناء العملية دخل الطفل في نوم سباتي عميق Coma prolongé لمدة عام كامل، وفجأة تعرض لأزمة قلبية أودت بحياته، رغم أنّه لم يكن يعاني من مشاكل صحية، وأنّ الأزمة القلبية غير متوقعة بالنظر إلى حالته عند بداية العملية الجراحية، كما أن الفحوصات السابقة له كانت طبيعية⁽³⁾.

أيّد مجلس الدولة قرار محكمة استئناف Lyon، الصادر بتاريخ 20 سبتمبر 1993، واعتبر في قراره الصادر بتاريخ 3 نوفمبر 1997 أنّ الطفل بمجرد دخوله إلى المستشفى فهو تحت مسؤولية المرفق العام، ويسأل هذا الأخير عن الأضرار اللاحقة به دون إقامة الدليل على وجود خطأ طبي، وبالتالي إلزام المستشفى بدفع مبلغ 150.000 فرنك فرنسي للسيدة محرز كتعويض عن ضرر (وفاة) ابنها جمال محرز⁽⁴⁾.

أصدر هذا القرار في قضية لا يوجد فيها مريض بالمعنى التقليدي أو الحقيقي، أي لم يكن يعاني من مشكلة صحية معيّنة، إنّما تعلق الأمر بشخص أدخل المستشفى بناء على طلبه لإجراء عملية ختان، فاعتبر مجلس الدولة أنّه أيّا كان الباعث لدخول الشخص إلى المستشفى فإنّه يكون تحت مسؤوليتها، ويمكن مساءلتها عن الأضرار التي تلحق به⁽⁵⁾.

¹- CE, sect., 3 nov. 1997; Hôpital Joseph Imbert d'Arles, RFDA, 1998, p. 90, JCP 1998, II, 10016, note Jacques MOREAU.

²- Opération de circoncision rituelle pratiquée sous anesthésie générale .

³ - أنظر: علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 135.

⁴- MOREAU Jacques, Note sous CE, sect., 3 nov. 1997, req. n° 153686 ; Hôpital Joseph Imbert d'Arles, Responsabilité sans faute, JCP- La semaine Juridique, Edition Générale, II 10016, n° 6, 4 févr. 1998, pp. 239-241.

⁵ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 136. أنظر كذلك: لقمان فاروق حسن نانه كه لى، مرجع سابق، ص 221-222. عميري فريدة، مرجع سابق ص 95.

بناءً على ما سبق ذكره، تبقى نظرية المسؤولية دون خطأ تقوم على أساس فكرة المخاطر، ولقد استقر الفقه والقضاء أنّ تطبيقها يحقق نوعاً من العدالة، بتعويض وجبر الأضرار الجسيمة غير العادية أو الاستثنائية التي يصاب بها المريض، وأنّ حصول هذا الأخير على تعويض لا يكون على أساس ركن الخطأ بل على أساس بديل وهو عنصر الخطر العلاجي الإستثنائي⁽¹⁾.

وتبعاً لذلك، فإنّ القاضي الإداري المعروض عليه النزاع، في غياب ركن الخطأ، يبحث عن تحقق الضرر في الخطر كأساس قانوني للمسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي، وذلك بعد تأكده من توفر شروط هذه المسؤولية والمتمثلة في:

- وجود تدخل طبي ضروري يشكل بحدّ ذاته خطراً استثنائياً.
- جسامّة الضرر، بمعنى يكون الضرر الحاصل جسيماً بصورة غير عادية وصل درجة معينة من الخطورة للمريض.
- وجود علاقة سببية بين الضرر الحاصل للمريض وبين نشاط المرفق الطبي، يكلف المريض بإثباتها، بالرغم من صعوبة ذلك بسبب تعقّد بعض والتدخلات الطبية⁽²⁾.

ثالثاً: محاولات تطبيق المسؤولية دون خطأ في القضاء المدني: الالتزام بضمان السلامة

ساند القضاء المدني في فرنسا ما أقرّه القضاء الإداري، بشأن إقامة مسؤولية الأطباء والجراحين دون حاجة لإثبات الخطأ، فابتكر وسيلة قانونية يمكن من خلالها إقامة المسؤولية الطبية غير الخطئية وفقاً لمبادئ القانون المدني، تتمثل في ظهور مبدأ *الالتزام بضمان السلامة*، الذي رأى فيه أداة يمكن من خلالها للمتضرر الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به، دون حاجة للبحث عن خطأ الطبيب، وهي أضرار مستقلة بطبيعتها الحال عن العمل الطبي بمفهومه الفني⁽³⁾.

تصيب المريض أثناء التدخل الطبي أضرار غير مرتبطة بما يتلقاه من علاج، مستقلة عن العمل الطبي بمفهومه الفني، حيث يكون محل التزام الطبيب فيها تحقيق نتيجة، وهي سلامة المريض، يعفى المريض من إثبات خطأ الطبيب الجراح فيها، فيكون على هذا الأخير

¹ - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص 363.

² - MALICIER (D), MIRAS (A), FEUGLET (P), Op. cit., p. 49.

³ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 137.

إثبات السبب الأجنبي حتى تتنفي عنه المسؤولية، ويعكس ذلك إذا كانت الأضرار مرتبطة بالأعمال الطبية البحتة بخصائصها الفنية المتضمنة لعنصر الاحتمال، فإن التزام الطبيب فيها التزام ببذل عناية كأصل وفقا للرأي الراجح، ووفق ذلك يكون على المريض عبء إثبات تقصير الطبيب الجراح حتى يتحصل على تعويض⁽¹⁾.

لا يقصد بالالتزام بضمان سلامة المريض الالتزام بشفائه، إنما الالتزام بعدم تعريضه لأي أذى، وعدم إلحاق الضرر به، ويكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة، لأنه يعتبر أمرا خارجا عن المرض موضوع العلاج، حيث يشكل التزاما عاما بضمان عدم تعرض المريض إلى أية أخطار بسبب ما يستعمله الطبيب الجراح من أدوات وأجهزة أثناء التدخل الجراحي، أو ما يعطيه له من أدوية، وألا يتسبب في نقل مرض إليه بسبب العدوى لعدم تعقيم الأدوات أو المكان الذي تجرى فيه العملية الجراحية، أو إصابته بأضرار وهو فاقدا للوعي⁽²⁾.

1- قرار FRANCHOT بتاريخ 07/01/1997

أقرت محكمة النقض الفرنسية التوجه نحو المسؤولية دون خطأ في قرار « FRANCHOT » الصادر بتاريخ 07 جانفي 1997⁽³⁾، في قضية تتلخص وقائعها في أنّ شخصا يدعى Jean-Pierre FRANCHOT كان يعاني من آلام على مستوى ذراعه الأيسر، الأمر الذي استدعى إجراء عملية جراحية له، وأثناء مباشرتها قطع الجراح شريانا للمريض لا يتعلق بالعمل الجراحي في يده اليسرى، ولكنه كان ملتصقا بالشريان الذي أجريت الجراحة من أجله، Perforation de l'artère sous-clavière الأمر الذي نتج عنه إصابة المريض بنزيف حاد إنتهى إلى وفاته.

رفعت زوجة المريض المتوفى دعوى قضائية أمام محكمة الدرجة الأولى، التي قضت بمسؤولية الجراح على أساس رعونته وعدم مراعاته للأصول الفنية أثناء إجراء العملية الجراحية

¹ - لا بدّ من التمييز بين عمل الجراح الذي يتضمن عنصر الاحتمال كالعلمية الجراحية نفسها، وبين أعمال تدخل ضمن التدخل الجراحي ولا تتضمن مثل هذا العنصر، كتثبيت المريض على طاولة العمليات، إذ يسأل الجراح عن كل ضرر يصيب المريض لا علاقة له بالعملية الجراحية نفسها، دون حاجة إلى إثبات خطئه من طرف المريض المضرور، لأنه يلتزم بضمان سلامة المريض، وهو التزام بتحقيق نتيجة.

²- طلال عجاج، مرجع سابق، ص ص 173-174.

³- Cass. civ., 1^{ère}, 07 janv. 1997. Voir sur : www.legifrance.gouv.fr.

Maladresse commise en perforant l'artère ، مما أدى به إلى قطع شريان للمريض ، sous-clavière .

غير أنّ محكمة إستئناف باريس توصلت إلى نتيجة مؤداها، أنه لم يثبت لهيئة المحكمة وقوع أي خطأ من جانب الجراح، وأكدت أن الجراحة أجريت وفقاً للأصول العلمية الثابتة، وذلك بناءً على ما ورد في تقرير الخبير، وانتهت إلى القول بأن الوفاة كانت نتيجة تقاوم غير متوقع لحالة المريض.

طعن بالنقض ضد القرار الصادر عن محكمة الاستئناف، فقضت محكمة النقض بمسؤولية الجراح، معتبرة أن حكم محكمة الاستئناف يشكل خرقاً للمادتين 1135 و 1147 من التقنين المدني الفرنسي، واعتبرت أن وفاة المريض قد وقعت بفعل الجراح بغض النظر عن ثبوت الخطأ في جانبه من عدمه⁽¹⁾.

يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد اعترفت بأن التزام الطبيب الجراح تجاه مريضه إنما هو التزام بالسلامة، وليس للجراح من سبيل لنفي المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

¹- Cass. civ., 1^{ère}, 07 janvier 1997, Op. cit : « La Cour, vu les articles 1135 et 1147 du Code civil ; attendu que Jean-Pierre Franchot, atteint d'une gêne du bras gauche due à une compression des éléments vasculo-nerveux dans le défilé thoraco-brachial, a subi une intervention chirurgicale, pratiquée par M. Marcie, consistant à réséquer la cote à gauche et à libérer le paquet vasculo-nerveux du membre supérieure ; qu'à l'occasion de la section postérieure de la 1^{ère} cote réalisée avec une costotome, l'artère sous-clavière gauche, qui est au contact de cette cote, a été blessée et qu'il s'en est suivi une hémorragie massive et un désamorçage de la pompe cardiaque dont est décédé ; que, pour infirmer la décision du premier juge, qui avait retenu la responsabilité de M. Marcie en raison de la maladresse commise en perforant l'artère sous-clavière, la cour d'appel, bien qu'elle ait constaté qu'au cours de cette artère et que l'hémorragie en résultant avait provoqué le décès, a énoncé que M. Marcie n'avait pas commis de "maladresse fautive ou non admissibles, et que le décès de monsieur Franchot en suite de cette blessure artérielle avait pour cause une complication exceptionnelle... et donc non prévisible ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses propres constatations que la blessure de l'artère sous-clavière avait été le fait du chirurgien, de sorte que sa responsabilité était engagée, la cour d'appel a violé le texte susvisé... » .

Voir également : KAMKAR Caroline, Les limites de la faute : Essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, Thèse pour le doctorat en droit, Université Jean MOULIN, Lyon III, Faculté de droit (IFROSS), 2006, p. 181.

2- قرار (R) SOUMILLA بتاريخ 15/01/1999

كذلك أخذت محكمة استئناف باريس بالتوجه السابق، في قرارها الصادر بتاريخ 15 جانفي 1999⁽¹⁾، في قضية (R) Soumilla التي أصيبت بالعمى أثناء خضوعها لعملية جراحية بتاريخ 3 جانفي 1991، في عيادة "ألما" Clinique d'Alma، أنتجت خلافا ما أصاب الأوعية الدموية للعين Cécité de l'œil droit، دون أن يكون لهذا الخلل أية علاقة بالعملية الجراحية، حيث قضت بالتعويض للمريضة، وأكدت في قرارها أن طبيعة العقد الموجود بين المريض والجراح لا يضع على عاتق هذا الأخير التزاما ببذل عناية فحسب، بل يقع على عاتق الجراح أيضا التزام تبعية **Obligation accessoire** مضمونه ضمان سلامة المريض، يلزمه بتعويض الضرر الذي أصاب مريضه بمناسبة عمل جراحي قام به قصد العلاج، حتى في حالة غياب الخطأ، وذلك متى كان الضرر الذي أصاب المريض لا علاقة له بالمرض الذي كان يعاني منه قبل التدخل الجراحي⁽²⁾.

ابتكر القضاء العادي كذلك وسيلة قانونية يمكن من خلاله إقامة المسؤولية الطبية غير الخطئية وفقا لقواعد القانون الخاص، فطبق هذا القضاء مبدأ الالتزام بضمان السلامة بشأن العدوى في المستشفيات.

¹- CA Paris., 1^{ère}, 15 janv. 1999 ; S c/M^{lle} R, JCP 1999, II, 10068, note Laurence BOY.

Voir également: BOY Laurence, Note sous CA Paris, 1^{ère}, 15 janvier 1999 ; S c/M^{lle} R, Le chirurgien a une obligation de sécurité accessoire à l'obligation de moyens, JCP- La semaine Juridique, Edition Générale, II, 10068, n° 15, 14 avril 1999, pp. 735-740.

²- CA Paris., 1^{ère}, 15 janvier 1999 ; S c/M^{lle} R, Op.cit.

« Considérant que ni l'appelant ni l'intimée ne critiquent le jugement rectifié en ce qu'il a jugé, au vu des analyses faites par les experts, que le docteur S. n'avait commis aucune imprudence ou maladresse fautive ni manqué à son obligation d'information ;

Considérant qu'a juste titre les premiers juges ont estimé que **la nature du contrat qui se forme entre un chirurgien et son client ne met en principe à la charge du praticien qu'une obligation de moyens ; que toute fois cette obligation, applicable en cas d'échec de l'acte de soins, compte tenu notamment de l'état de maladie et de l'aléa inhérent à toute thérapie, = n'est pas exclusive d'une obligation accessoire, qui en est la suite nécessaire, destinée à assurer la sécurité du patient ; que le chirurgien a ainsi une obligation de sécurité qui l'oblige à réparer le dommage causé à son patient par un acte chirurgical nécessaire au traitement, même en l'absence de faute, lorsque le dommage est sans rapport avec l'état antérieur du patient ni avec l'évolution prévisible de cet état ... ».**

Voir également : KAMKAR Caroline, Op. cit., pp. 181-182 ; BOY Laurence, Op. cit., pp. 735-740.

تتمثل العدوى في أخماج وانتانات وأمراض بكتيرية إكلينيكية ميكروبيولوجية غير محددة ومشتركة مع العلاج، قد يكون مصدرها خارجيا، متولدة عن الوسط الخارجي للمريض وتنتقل داخل الوسط الطبي، ينقلها الممارسين الطبيين أطباء وجراحين والمستخدمين في المستشفيات العمومية والعيادات الخاصة، وحتى من خلال الأدوات والأجهزة المستعملة في التدخل الطبي، كما قد يكون مصدرها داخليا ناجمة عن المريض نفسه بتطور مرضه وتأثير العلاج على الميكروبات والتفاعلات الكيميائية⁽¹⁾.

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه لم يتم العثور على أيّ إجتهااد قضائي جزائري بخصوص التأكيد على الالتزام بضمان السلامة لاسيما في مجال إنتقال خطر العدوى، بالرغم من صدور مرسوم تنفيذي سنة 2013، يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى، والغريب في الأمر أنّ هذا المرسوم جاء لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية للصحة دون المرضى⁽²⁾.

وضعت محكمة النقض الفرنسية على عاتق مرافق الصحة افتراض الخطأ⁽³⁾ في مجال عدوى المستشفيات التي قد يتعرض لها المريض أثناء التدخل الجراحي، داخل قاعة الجراحة، أكثر من ذلك عملت على تقوية ومضاعفة حماية المرضى من انتقال العدوى من خلال التشديد في الالتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة مفروضة على المرفق الصحي والأطباء، والذين لا يمكنهم التخلص منه إلا بإثبات السبب الأجنبي.

أكد القضاء الفرنسي على مبدأ ضمان السلامة في شأن انتقال العدوى، في عدة قرارات، أولها صدر بتاريخ 29 جوان 1999⁽⁴⁾، والذي اعتبر بموجبه أنّه في حالة انتقال العدوى فإنّ الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة وهو التزام يقع على عاتق المؤسسة

¹- نقلا عن: الشيخ بلال، مرجع سابق، ص 191.

²- مرسوم تنفيذي رقم 13-194 مؤرخ في 20 مايو 2013، يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، ج.ر.ج. عدد 27، صادر بتاريخ 22 مايو 2013.

³- لقد سبق القول أن فكرة افتراض الخطأ وإن كانت لا تجد سنداً لها في القانون، إلا أن لجوء القضاء إليها إنما سببه عدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى، في مواجهة التطورات العلمية المعاصرة التي حققت قفزة هائلة في الوسائل العلاجية أنظر: علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 123.

⁴- Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1999 n°97-14254, n° 97-15818, n° 97-21903, Staphylocoques dorés, publié au : (JCP G.1999, II, 10138, rapp. Pierre SARGOS ; D.1999, p.559, note D. Thouvenin ; D. 199, somm. P. 395, obs. J. Panneau ; RTD civ. 1999, p. 841, obs. P. Jourdain; Gaz. Pal. 6 avr. 2000, p. 624, note S. Hoquet-Berg ; Bull. civ., 1999, I, n° 220, p.141.), Cité in : VIALLA François, Op. cit., p. 604. Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr

الباب الثاني الفصل الأول: قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

الصحية أو على عاتق الطبيب، فهذا الأخير ملزم تجاه مريضه في حالة انتقال العدوى بالتزام بضمان السلامة، وهو التزام بتحقيق نتيجة، حيث لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽¹⁾.

تم التأكيد كذلك على تنفيذ الالتزام سالف الذكر في قرارات لاحقة لمحكمة النقض الفرنسية بموجب قرار صادر بتاريخ 18 أكتوبر 2005⁽²⁾ وآخر بتاريخ 4 أبريل 2006⁽³⁾.

وتم كذلك تكريس الالتزام السابق من خلال قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 فيفري 2001⁽⁴⁾، التي أقرت فيه صراحة أن الطبيب ملزم تجاه مريضه بالالتزام بضمان السلامة في مجال عدوى المستشفيات، وهو التزام بتحقيق نتيجة، وذلك بمناسبة أداء عمل طبي في مرفق صحي أو بعيادة خاصة، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في القرار الصادر بتاريخ 23 مارس 2007⁽⁵⁾.

¹- Voir : Pierre SARGOS , *Rapport sur Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 1999, Infection nosocomiale : de la présomption de faute à l'obligation de sécurité de résultat*, JCP- La Semaine Juridique, Edition Générale, II, 10138, n° 30- 34, 28 juillet 1999, pp. 1469-1475.

Voir également : DORSNER-DOLIVET Anick, *La responsabilité du médecin*, Op.cit., p. 199 ; RADE Christoph, *L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale*, Colloque Franco-Algérien, Université Montesquieu, Bordeaux IV- Université d'Oran ES-Sénia, 22 mai 2002, p.117.

²- Cass. 1^{ère} civ., 18 Octobre 2005, n°04-14268, publié au : D. 2006, n° 10, p. 705, note O. Smallwood et F. Vialla.), Cité in : VIALLA François, Op. cit., p. 604. Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr

³- Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 2006, no 04-17491, publié au : (Bull. civ. I ? no 191, p. 167 ; RTD civ. P. 567, note P. Jourdain), Cité in : VIALLA François, Op. cit., p. 604. Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr

⁴- Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2001. www.legifrance.gouv.fr

⁵- CA. Paris, 1^{ère} civ., 23 mars 2007, publié au : (Gaz. Pal., Recueil, mars-avril 2008, p. 1139). Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

«Un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère ».

المبحث الثاني

وسائل إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

مما لا شك فيه أنّ مسألة الإثبات تحتل مكانة هامة في إطار المسؤولية بصفة عامة والمسؤولية المدنية على وجه الخصوص، بل هي من أهم مسائل القانون، فأى حق لشخص لدى الغير يدور مع الإثبات وجودا وعدما، إذ يظل الحق مركزا غير ثابت إلى أن يقوم الدليل عليه ويصبح حقا مكتسبا ومركزا مستقرا، وتبدوا الأهمية العملية للإثبات خاصة في المحاكم، فإذا استطاع صاحب الحق إثباته قضي له وإلا ضاع منه.

وبدوره يعتبر إثبات خطأ الجراح من أهم المسائل القانونية وأعقدها، فخطأ الجراح يمثل واقعة مادية، ومن المقرر جواز إثبات الوقائع المادية بجميع وسائل الإثبات، دون التقيد بوسيلة معينة (المطلب الأول)، لأنّ الأخطاء الخارجة عن نطاق الفن الطبي لا يكتنف إثباتها تلك الصعوبة التي تكتنف إثبات الأخطاء الفنية، هذه الأخيرة لا يكون ممكنا إثباتها إلا باللجوء إلى الخبرة الطبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إثبات الأخطاء العادية للطبيب الجراح

يتحقق القاضي المدني من وجود خطأ طبي أكيد ارتكبه الجراح عن رعونة وعدم تبصر، خطأ ثابت ثبوتا قطعيا أكيدا وليس مجرد تخمين، لذا يجب أن يستند الإثبات إلى وقائع دقيقة وليس إلى مجرد معطيات يمكن إثبات عكسها.

يبقى للقاضي الدور الإيجابي في الكشف عن الأخطاء الخارجة عن نطاق الفن الطبي، والتي يدخل في نطاقها الأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية والتي تقوم على أساس مخالفة الطبيب لواجباته التي تهدف إلى احترام البعد الإنساني في مجال الممارسة الطبية، يتوقف إثباتها وفقا لطبيعة ومضمون الالتزام الذي خالفه الطبيب الجراح.

يمكن اعتماد كل وسائل الإثبات القانونية- باستثناء الخبرة⁽¹⁾- عندما يتعلق الأمر بالأخطاء الطبية الخارجة عن نطاق الفن الطبي (الفرع الأول)، ولكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد مدى إمكانية الاعتماد على هذه الوسائل القانونية وفعاليتها في الكشف عن أخطاء الجراح (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وسائل إثبات الأخطاء الخارجة عن نطاق الفن الطبي

يجوز إثبات خطأ الطبيب الجراح كأصل عام، بكافة طرق الإثبات بما فيها الخبرة، شهادة الشهود، القرائن القضائية والكتابة، حيث يقع على عاتق المضرور إثبات خطأ الطبيب الجراح بالاعتماد على كل وسائل الإثبات.

ولذلك تكون وسائل إثبات الأخطاء الطبية متاحة أمام المريض المضرور، ويمكن للقاضي استخلاصها بنفسه من وقائع الدعوى، وإذا كانت الشهادة ليس لها أي اعتبار في تحديد خطأ الجراح، فهناك وسائل أخرى يمكن اللجوء إليها في إثبات هذه الأخطاء تتمثل أهمها في القرائن (أولا)، والكتابة (ثانيا).

أولا: إثبات خطأ الجراح بالقرائن

تعدّ القرائن من أدلة الإثبات غير المباشرة، فلا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، فالخصم لا يثبت فيها الواقعة محل النزاع بل يقوم بإثبات واقعة أخرى متصلة بها⁽²⁾، وهذا ضرب من تحويل الإثبات من محل آخر.

لم يعرف المشرع الجزائري القرينة في القانون المدني، في حين عرّفها نظيره الفرنسي في المادة 1349⁽³⁾ على أنّها: " النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة

¹ - يكون القاضي ملزما بالاعتماد على الخبرة، للكشف عن الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني، باعتبارها وسيلة إثبات الوحيدة الناجعة لحل المسائل الفنية المطروحة أمامه، ويبقى دوره منحصرًا بالأخذ أو عدم الأخذ بتقرير الخبير.

² - أنظر: رمضان مرجع سابق، ص ص 184-185.

³ - Art. 1349 du code civil français affirme que : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu a un fait inconnu ».

معلومة لمعرفة واقعة مجهولة"، ويلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الفرنسي لم يعطي تعريفا دقيقا للقرينة، إنما بين آثار عملية الاستنباط ونتيجتها.

ثانيا: إثبات خطأ الجراح بالكتابة

يؤكد الواقع العملي، أنه ليس كل الأخطاء الطبية يمكن إثباتها بالكتابة، إلا أنه كثيرا ما تساهم هذه الأخيرة في إثبات قيام أو إخلال الطبيب الجراح بالتزام تبصير المريض والحصول على موافقته بشأن التدخل الطبي الجراحي.

يلجأ القاضي إلى الكتابة كدليل لإثبات خطأ الطبيب الجراح، من خلال الإطلاع على ملف المريض الطبي وما يحويه من تقارير وفحوصات وأشعة وتحاليل، وما هو مدون فيه من تواريخ الفحوص التي تم إجراؤها على المريض، التي قد تبيّن مدى إهمال الجراح⁽¹⁾.

1- دور الكتابة في إثبات تحقق الإلتزام بالإعلام الطبي

ظهرت الكتابة باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات أكثر ملاءمة لإثبات الوفاء بالالتزام بالإعلام من طرف الطبيب الجراح، بعد أن عدلت محكمة النقض الفرنسية بموجب قرار Hedreul، الصادر بتاريخ 25 فيفري 1997 سالف الذكر عن موقفها في إلزام المريض بإثبات إخلال الطبيب بإعلامه، حيث أصبحت تلقي بهذا العيب على عاتق الطبيب، الذي لم يحدد الوسائل التي يمكن من خلالها للطبيب الجراح، وهو يتحمل عبء الإثبات، الاعتماد عليها في إثبات تنفيذ التزامه بالإعلام، ليأتي قرار آخر عن المحكمة بتاريخ 14 أكتوبر 1997 ليؤكد بأن إثبات الإلتزام بالإعلام يجوز أن يكون بكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن والكتابة، وهو ما أكدّه المشرع الفرنسي بموجب المادة L.1111-2⁽²⁾ من قانون الصحة الفرنسي.

ففي مجال التدخل الجراحي المتضمن نقل وزرع الأعضاء، إستقرت مختلف التشريعات القانونية على ضرورة أن يرد رضا المتبرع مكتوبا يحتوي على عبارات تدل وتجسد رضاه وموقعا ليوفر له مزيدا من الحماية.

¹ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 240.

² - Art L.1111-2 du code de la santé publique français dispose : « En cas de litige, il appartient au professionnel ou a l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

وعلى هذا الأساس، قيّد المشرع الجزائري صور التعبير عن الرضا والإرادة في مجال التبرع بأحد أعضاء جسم الإنسان بالكتابة كونه يعتبر تصرفاً خطيراً ينبغي التعامل معه بحذر عما هو في التصرفات القانونية الأخرى، فلا يكون شفوياً ولا ضمناً ولا بالسكوت لأنّه موقف سلبي لا يعبر عن إرادة الشخص المتبرع، بل بإتباع شكلية معينة يتضمن فيه تجسيد رضا المتبرع الحر والزام الطبيب بالتبصر وتحديد محل التبرع⁽¹⁾.

أكّد المشرع الجزائري على شرط الموافقة المكتوبة في الفقرة الثانية من المادة 162 من قانون رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى على أنّه: "... وتشتط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"، ورغم عدم ورود الموافقة الكتابية بصفة صريحة في قانون 18-11 المتعلق بالصحة سالف الذكر، إلّا أنّه يستشف ذلك ضمناً من خلال الفقرة السادسة (06) المادة 360 التي تنص على أنّه: " يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أيّ وقت وبدون أيّ إجراء".

يعاب على المشرع الجزائري، سواء في قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى أو في قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، أنّه لم يبيّن شكل الموافقة الكتابية التي يتم سحبها في أيّ وقت، هل تحرر من المتبرع بخط يده وتوقيعها منه، أم أنّه يملأ استمارة يتم سحبها من المؤسسة الإستشفائية المرخص لها، ويتمّ التوقيع عليها؟ يكمن الهدف من إشتراط الكتابة، السماح للمتبرع بالتفكير وإدراك خطورة التصرف المقبل عليه من جهة، ومن جهة أخرى ليوفر له قدراً من الحماية من الضغط والإكراه تجعل إرادته معيبة، إضافة إلى ذلك فالكتابة لا تكشف عن الرضا فحسب بل تشهد على أنه صادراً عن إرادة حرة ووعي وإدراك.

إشتط المشرع الجزائري في ظل قانون الصحة القديم من خلال الفقرة الثانية من المادة 162 أن يتم تحرير الموافقة الكتابية بحضور شاهدين، وهو ما لم يتضمنه القانون الجديد، بالرغم من أنّه يعد ضماناً قررها المشرع لتبصير المتبرع بخطورة التصرف المقدم عليه، إلّا

¹ - معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 2013، ص.

أن ما يعاب على ذلك هو أنه لم يحدد هذا الإجراء بالتفصيل وبوضوح، فلم يحدد صفة الشاهدين هل هم من الأقارب أم أشخاص يختارهم المتبرع أم خبراء في مجال الطب ونقل وزرع الأعضاء لتبصير المتبرع لما هو مقدم عليه.

كذلك أوجب المشرع الجزائري في ظل قانون رقم 18-11 ضرورة التعبير عن الموافقة الكتابية بالتبرع أمام رئيس المحكمة بدلا من إيداعها لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة مثلما كان معمولا به في ظل القانون المتضمن حماية الصحة وترقيتها الملغى، فيعتبر ذلك ضمانا أساسية وحماية فعالة للمتبرع بأحد أعضاءه.

ومن جهة أخرى، فإنه يجب على طبيب التخدير الحصول على موافقة المريض خطيا، إذ لا يعتد في هذا المجال بما يسمى بـ "الرضاء الضمني"، وفي حالة المريض الذي لا تسمح حالته بذلك فيتعين على طبيب التخدير الحصول على هذا الإقرار الخطي من ولي أمره أو من يقوم مقامه.

2- الإطلاع على الملف الطبي

يطّلع القاضي على الملف الطبي للمريض الخاضع للعملية الجراحية ويتفحصه ليتوصل إلى دليل يمكنه من تحديد المسؤول عن الخطأ أثناء التدخل الجراحي والفصل في النزاع المعروض عليه، باعتباره أحد الوسائل التي يمكن الإعتماد عليها لإثبات الخطأ نظرا لما يحتويه الملف من وثائق ذات صلة بالحالة الصحية للمريض المضرور.

يتضمن الملف الطبي مجموعة الوثائق، والأوراق والتقارير، وصور الأشعة الخاصة بالمريض الخاضع للعملية الجراحية والتي يؤشر عليها الجراح ويدون فيها ملاحظاته والنتائج المتوصل إليها، والعلاج المقترح وطريقة متابعة حالته والتطورات الحاصلة⁽¹⁾.

في مجال التدخل الجراحي، يمكن تقسيم الملف الطبي للمريض الخاضع للعملية الجراحية، ما عدا حالات التدخل الجراحي الإستعجالي، إلى جزئين، جزء يتعلق بمرحلة ما قبل إجراء العملية الجراحية، يتضمن وثائق تثبت الحالة المرضية التي من أجلها خضع المريض للعملية الجراحية، يتضمن مختلف التحاليل الطبية وصور الأشعة وشهادات

¹ - رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هوم، الجزائر، 2012، ص 245.

ووصفات طبية محررة من الطبيب المعالج أو الأطباء الذين تابعوا حالته الصحية، سواء تلك التي أجراها في المؤسسة الإستشفائية التي أجريت له خارجها.

أما الجزء الآخر من الملف الطبي فيتضمن وثائق أخرى مرتبطة بالتدخل الجراحي، كصور الأشعة وتقارير أخرى تتضمن نتائج قياس ضغط الدم وفحوصات الجراح وطبيب التخدير، وتقارير طبية أخرى متعلقة بأمراض أخرى يعاني منها المريض كذلك المحررة من طبيب أمراض القلب أو الضغط الدموي...الخ⁽¹⁾.

يتضمن كذلك الملف الطبي التقرير المفصل للعملية الجراحية Protocole Opératoire، يحرره الجراح مباشرة بعد مغادرته غرفة العمليات الجراحية، يوضح فيه مضمون التدخل الجراحي ببيان مختلف مراحل وظروف إجرائه، مشيراً فيه إلى أعضاء الفريق الطبي.

الفرع الثاني

عن فعالية وسائل الإثبات القانونية في الكشف عن أخطاء الطبيب الجراح

يجوز إثبات خطأ الجراح أثناء التدخل الجراحي بكافة طرق الإثبات بما فيها الكتابة والقرائن وشهادة الشهود وكذا الخبرة القضائية، إذ يجب على المريض المضروب اللجوء إلى إحدى هذه الوسائل أو طلبها من القاضي، الذي يجب عليه أثناء نظره في الدعوى أن يتحقق من وجود الخطأ، وأنّ الجراح قد ارتكبه عن رعونة وعدم تبصر، وأن يكون ثابتاً ومؤكداً وليس مجرد احتمال، ولذلك لا بد من إستناد القاضي على وقائع دقيقة وليس مجرد معطيات نظرية يمكن إثبات عكسها.

وبالمقابل، يقع على المريض المضروب مهمة صعبة ودقيقة، وهي اللجوء إلى وسيلة أو وسائل إثبات ناجعة وفعالة للكشف عن أخطاء الجراح، التي تختلف باختلاف طبيعتها من حيث كونها أخطاء طبية عادية أو أخطاء فنية، مما يجعله يعتمد كافة وسائل الإثبات الممكنة.

¹ - للمزيد من التفاصيل: راجع: فطناسي عبد الرحمان، إثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بمؤسسات الصحة العمومية الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة-1-2018، ص ص 237-238.

إلا أنّ الواقع العملي يثبت أنّ هذه الوسائل لا تجدي نفعا، ولا تخدم مصلحة المضرور فشهادة الشهود غير مجدية في الكثير من الحالات باعتبارهم أشخاص خارج الفريق الجراحي (أولا)، أما بالنسبة للكتابة والملف الطبي فبالرغم من الإقرار بأهميته في الإثبات إلا أنه كثيرا ما يفقد من هذه الأهمية لأسباب كثيرة منها الإهمال في الحفظ والإنقاص من محتوياته وأسباب أخرى (ثانيا).

أولا: عدم جدوى الشهادة في إثبات خطأ الجراح

لا يكون للشهود اعتبار في تحديد خطأ الجراح، حيث أنّ العمل الجراحي يجري في قاعة لا يدخلها إلا أعضاء الفريق الجراحي، وحتى في حالة وجود الشاهد فإنه يتعذر عليه إثبات الخطأ الفني بسبب جهله في الكثير من الأحيان بعمل الجراح، بل إنّ الشهادة لا تكون مقبولة في هذا المقام ما لم تكن صادرة من أطباء ذوو خبرة فنية⁽¹⁾.

ومما يضاعف من صعوبة الإثبات بالنسبة للمريض، ما يواجهه به المريض عادة من صمت من قبل الجراح أو التزام أعضاء الفريق الطبي بالصمت بحجة المحافظة على السر المهني أحيانا، وإظهارا للتضامن بين زملاء المهنة الواحدة أحيانا أخرى⁽²⁾.

وإذا كان بالإمكان الاستعانة بشهادة الشهود فإنّه من الناحية العملية لا يكون لهؤلاء اعتبار في تحديد خطأ الطبيب، ذلك أنّ الشهود إما أن يكونوا من أقارب المريض، وبالتالي لا يستساغ التعويل عليها كثيرا بسبب جهلهم بالمسائل الطبية من جهة، وكونهم من أقرباء المريض، بسبب رابطة القرابة التي لا تخلو من العاطفة من جهة أخرى، وفي حال كان الشهود من زملاء الطبيب أو العاملين معه، فإن المحكمة التعويل على أقوالهم⁽³⁾.

وإذا كان للمحكمة مطلق الحرية في تقدير أقوال الشهود، فإن من واجبها في القضايا الطبية أن تأخذها بالحرص، ومع الأخص حيث يكون المريض ممن يتصل بهؤلاء بصلة القرابة أو يكون قد مضى على الحوادث التي تتعلق بها زمن طويل⁽⁴⁾.

¹ - للمزيد من التفاصيل راجع: إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 212.

² - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 64.

³ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 212. طلال عجاج، مرجع سابق، ص 240.

⁴ - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 216.

ويتبين بوضوح من الناحية العملية أنّ إثبات خطأ الطبيب بشهادة الشهود طريق مسدود في معظم الحالات، بسبب عدم خبرة هؤلاء الشهود ومعرفتهم بالأمور الطبية من جهة، ومن جهة أخرى تزرع الثقة في هذه الشهادة وصعوبة التحقق من صدقها⁽¹⁾.

ثانيا: بالنسبة للكتابة والملف الطبي

1- بالنسبة للكتابة:

يكمّن الغرض من الكتابة في تجسيد هدفين أساسيين هما الإثبات والإعفاء من عبء المسؤولية، إذ يكفي استظهار الجراح للوثيقة الموقعة من المريض الخاضع للعملية الجراحية ليثبت بذلك أنّه قام بإعلام المريض والحصول على موافقته مسبقا، كما يؤدي، مبدئيا، توقيع المريض على الصيغة المكتوبة التي تتضمن تعبيره عن قبوله التدخل الجراحي بما يتضمنه من أخطار إلى إعفاء الجراح مسبقا من أية مسؤولية تنشأ عن تحقق أيّ خطر منها.

وفي حقيقة الأمر، لا تجدي الكتابة في تحقيق الهدف الثاني، وتبدو محدودية الفعالية في تحقيق الهدف الأول، لأنّ الكتابة لا تصلح شرطا لإعفاء الجراح من المسؤولية، لأنّ المستقر عليه فقها وقضاء عدم جواز الاتفاق مسبقا على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عما يصيب الإنسان من أضرار في جسده، لأنّ سلامة جسم الإنسان ليست محلا للتعامل، حتى تكون محلا لاتفاق يعفي بموجبه المدين نفسه من الأضرار التي تلحقها نتيجة إخلاله بالالتزامات التعاقدية.

2- أهمية الملف الطبي في إثبات خطأ الجراح

تظهر أهمية الملف الطبي وتولى أهمية له في حالة تعرض المريض لخطأ طبي أثناء خضوعه لعملية جراحية، سواء بالنسبة لهذا المريض المتضرر، أو بالنسبة للقاضي أو الخبير المكلفان بالاستناد إليه للبحث عن مصدر الخطأ وتحديد المسؤول، وهو ما جعل المشرع الجزائري يولي أهمية للملفات الطبية من خلال العديد من مواد قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

¹ - رابيس محمد، إثبات المسؤولية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، العدد 0 ديسمبر 2005، ص 47.

الباب الثاني الفصل الأول: قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

وعلى هذا الأساس، أكد من خلال المادة 26 من قانون رقم 18-11 إلزامية أن يكون لكل مريض ملف طبي وحيد على المستوى الوطني⁽¹⁾، كما ألزم مهنيي الصحة الممارسين الطبيين سواء في مؤسسة إستشفائية عامة أو خاصة بموجب المادة 177 بضرورة مسك الملف الطبي للمريض وتحيينه⁽²⁾.

لم يتوقف تدخل المشرع الجزائري إلى هذا الحد بل ألزم من خلال الفقرة الأولى من المادة 292 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر، حتى الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة بإعداد ملف طبي وحيد معلوماتي لكل مريض وتحيينه كلما طرأت تغييرات⁽³⁾.

أدرك المشرع الجزائري أهمية الملف الطبي باعتباره أحد أهم أدلة الإثبات التي قد تحسم النزاع بإثبات مختلف الأخطاء الجراحية خاصة الواضحة منها، فهو أداة تواصل بين الجراح والمريض وبينه وباقي أعضاء الفريق الطبي خاصة طبيب التخدير. يعتبر الملف الطبي كذلك مرجعا أساسيا بالنسبة للخبراء الذين يقدمون مساعدة فنية للقاضي المدني المعروض عليه النزاع، في إطار الخبرة القضائية الطبية قبل الفصل في موضوع الدعوى، لاسيما أنه من بين أهم المهام الموكلة للخبير الإطلاع على الملف الطبي وتحديد طبيعة الخطأ والمسؤول عنه.

وعلى هذا الأساس، يجب مسك الملف الطبي بجدية ويحفظ ويعبأ بطريقة جيدة بعيدا عن الأشخاص الذين ليست لهم أية صلة به بوضعه في مكان خاص، ولا تقتصر العناية بالملف الطبي على مرحلة الإستشفاء فقط بل تمتد إلى ما بعد مغادرة المريض للمؤسسة الصحية من خلال ضمان تسيير الأرشيف والمحافظة عليه⁽⁴⁾ بطريقة لا تسمح بإجراء تعديلات أو إضافات أو إتلافها.

1 - راجع المادة 26 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة الجديد سالف الذكر.

2 - راجع المادة 177 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر.

3 - تنص المادة 1/292 من قانون رقم 18-11 على أنه: " يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة إعداد ملف طبي وحيد معلوماتي لكل مريض وتحيينه، ويجب عليها الحفاظ على سرية المعلومات التي في حوزتها".

4 - راجع المادة 2/292 من قانون رقم 18-11 سالف الذكر.

3- عدم جدوى الملف الطبي في الإثبات

بناء على ما سبق، يشكّل الملف الطبي عنصراً هاماً في مجال الإثبات، باعتباره مجال حساس، نظراً لما يحتوي عليه من وثائق تتعلق بحالة المريض الصحية وكل المراحل التي تم اعتمادها لعلاجها، وعلى الرغم من أهميته في الإثبات إلا أنه تواجهه بعض الصعوبات تفقده الحجية في بعض الحالات، منها ما هي متعلقة بعدم العناية بالملفات الطبية بعد مغادرة المريض المؤسسة الإستشفائية، ومنها ما هي متعلقة بطريقة مسكها وتحيينها وحفظها.

أ- عدم العناية بالملف الطبي بعد مغادرة المريض المؤسسة الإستشفائية

يتعيّن على المؤسسات الصحية سواء كانت عمومية أو خاصة أن تولي اهتماماً كبيراً بأرشفة الملفات الطبية وذلك بإحاطتها عناية تامة، نظراً لأهميتها ودورها الفعّال في حفظ الأسرار المتعلقة بالمرضى وضمان حقوقهم في التعويض باعتبارها كما سبق القول أحد أهم أدلة إثبات الأخطاء التي قد ترتكب أثناء التدخلات العلاجية أو الجراحية.

ولقد أكد الواقع إهمال كبير لملفات المرضى الخاضعين للعمليات الجراحية، لاسيما في المؤسسات الإستشفائية العامة، أين توضع هذه الملفات في متناول الجميع، فوق أسرة المرضى أو بجانبهم، وهو ما يفقد الملف الطبي أهميته في مجال الإثبات ما يجعل هذا الأخير صعباً إذ كثيراً ما تسحب منه وثائق قد تكون لها أهمية بالغة في الإثبات أمام القضاء وهو ما يؤدي إلى تغيير الوقائع الحقيقية⁽¹⁾، وهو ما يشكل صعوبة كبيرة بالنسبة للمريض المضروب في إثبات الأخطاء الجراحية وبالتالي إهدار حقوقه.

إنّ وضع الملفات الطبية في أماكن يمكن الوصول إليها من قبل أعضاء الفريق الطبي خاصة الجراحين وأطباء التخدير في أيّ وقت وبسهولة تامة دون التقيد بأيّ إجراء يذكر يسمح لهؤلاء في حالة حصول أيّة متابعة قضائية بإضافة وثائق أخرى وسحب أخرى أو

¹ - فطناسي عبد الرحمان، الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي تامنغست، العدد السابع، 2015، ص 134.

إدخال أيّ تعديلات على الملاحظات المسجلة في الملف وطرق العلاج التي خضع لها المريض خلال تواجده بالمؤسسة الصحية⁽¹⁾.

ب- إهمال حفظ الملفات بعد مغادرة المريض المؤسسة الصحية

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على إجراءات وشروط تصنيف وأرشفة ومدة وطريقة حفظ الملف الطبي وإتلافه تاركا إياها إلى غاية صدور النصوص التنظيمية لهذا القانون⁽²⁾، وهو ما يشكل فراغا قانونيا بالنسبة لمصير الملفات الطبية قبل صدور هذه النصوص التطبيقية لقانون الصحة، وهو ما يؤثر كذلك سلبا في مجال إثبات المسؤولية في حالة توافر أركانها.

في انتظار صدور هذه النصوص التطبيقية، يتعين على المؤسسات الصحية العمومية أو العيادات الخاصة أن تباشر إجراءات مسك وحفظ الملفات المتعلقة بالمرضى الخاضعين للعمليات الجراحية سواء بطريق حفظ الأرشيف التقليدي أو المعلوماتي الإلكتروني، بشكل لا يسمح بالإطلاع عليها أو سحبها وإجراء تعديلات في محتواها من أي شخص.

أكد كذلك الواقع العملي مخالفة مؤسسات الصحة لإجراء حفظ الملفات الورقية للمرضى الخاضعين للعمليات الجراحية بعد مغادرتهم المستشفى، ناهيك عن استعمال تقنية الحفظ الإلكتروني لمحتوى الملفات الطبية، الأمر المستحيل لاسيما في المؤسسات الإستشفائية العمومية.

¹ - فطناسي عبد الرحمان، إثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بمؤسسات الصحة العمومية الجزائرية، مرجع سابق، ص 206.

² - راجع المادة 445 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة الجديد سالف الذكر.

المطلب الثاني

إثبات الخطأ الفني للجراح عن طريق الخبرة الطبية

مما لا شك فيه، أنّ القاضي المدني المعروض عليه النزاع، قبل أن يأمر بتعيين خبير ليأتيه بمساعدة فنية لتقدير ما إذا كان الطبيب الجراح كفؤ ومؤهل مقارنة بطبيب جراح وسط من نفس مستواه، ويقوم بإبداء الرأي الفني، والذي يسمح له مقارنة سلوك الطبيب المسؤول مع طبيب مثله، فإنه يعتمد معياراً لتقدير خطأ الجراح، ومن دون شك ذو أهمية كبيرة في إثبات هذا الخطأ.

وإذا كان الخطأ ركناً ضرورياً لإثارة مسؤولية الطبيب الجراح، إلا أن الخلاف دائماً ما يظهر بخصوص تطبيقه، وحصر حالاته، ذلك أن التطبيق غير الدقيق لمفهوم الخطأ - في مجال المسؤولية الطبية - سوف يؤدي بالضرورة إلى قرارات غير دقيقة.

تزداد الصعوبة في تقدير الخطأ الطبي، بالنظر إلى أن الجراح يقوم بأعمال فنية يجهلها رجل القانون الذي يفصل في هذه الدعوى، والتي يبنى قراره فيها على توافر أو عدم توافر ثبوت الخطأ فيها، بالإضافة إلى دقة هذا العمل، وهو ما يجعل مهمة قاضي الموضوع مهمة صعبة وشاقة، أثناء تقديره للخطأ الطبي الجراحي (الفرع الأول).

كل هذه الأمور، قد جعلت من الضروري الاستعانة بالخبراء الفنيين في هذا الصدد، بغية أن يضعوا تقاريرهم أمام رجال القضاء، حتى يقوموا بمطابقتها بالمعايير القانونية، والتحقق من ثبوت الخطأ في جانب القائم بالعمل الطبي، ذلك أن القاضي لن يتوصل إلى معرفة ثبوت أو عدم ثبوت خطأ الجراح أثناء التدخل الجراحي إلا باللجوء إلى هؤلاء الخبراء من أهل مهنة الطب (الفرع الثاني)، وهو ما يستدعي البحث عن مدى فعالية تقرير الخبير في الكشف عن أخطاء الجراح؟ (الفرع الثالث).

الفرع الأول

دور القاضي المدني في تقدير خطأ الجراح

يقع على عاتق الطبيب، فيما عدا الحالات الاستثنائية التي يكون فيها التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة، التزام ببذل عناية في مواجهة المريض، سواء وجد مصدره في العقد أم في القانون، إذ هو لا يلتزم بشفاء المريض، وإنما يلتزم فقط ببذل عناية في سبيل شفائه ولذلك لا يسأل عن عدم الشفاء، وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة.

ولما كان الأصل في التزام الطبيب هو بذل العناية، فإن مضمون هذا الالتزام يتلخص في بذل الجهود الصادقة اليقظة التي تتفق والظروف القائمة والمعطيات والأصول العلمية الثابتة والمستقرة في علم الطب، بهدف شفاء المريض أو تحسين حالته الصحية، وأي إخلال بهذا الالتزام يعتبر خطأ طبياً يترتب عليه مسؤولية الطبيب.

لا يسمح لغير القاضي بتقدير الخطأ الطبي مهما كانت طبيعة هذا الخطأ الذي يدعى نسبته إلى الجراح، فإذا كان استخلاص الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الإنسانية يتم على ضوء الالتزامات التي تهدف إلى احترام شخصية المريض وإنسانيته، فإن الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الفنية، المتصلة بالطب كفن وتقنية، يتم استخلاصها بالرجوع إلى الأصول الفنية المستقرة في علم الطب، وهو ما لا يكون إلا باستعانة الجهة القضائية المعروض عليها النزاع بخبير محلف من أهل المهنة للقيام بهذه المهمة، وهو ما جعل جل التشريعات تنظم كيفية اللجوء إلى الخبرة الطبية، بإعتبارها وسيلة تساعد القاضي على الكشف عن الأخطاء الطبية الفنية في نطاق العمل الجراحي.

وإذا كان المعيار الذي يقاس به الخطأ بوجه عام في الالتزام ببذل عناية هو معيار الرجل العادي الذي يمثل جمهور الناس، فهو رجل يقظ متبصر، لا غبي خامل ولا شديد الفطنة والحرص، فإنه يجب البحث في المعيار الواجب استعماله من أجل تحديد وتقدير خطأ الطبيب الجراح أثناء التدخل الطبي، ويتعين الأخذ بعين الاعتبار الخصوصيات التي يتميز بها العمل الطبي الجراحي عن سائر الأعمال فيما يخص إتباع الأصول العلمية والفنية المقررة الثابتة في الطب، التي كانت في حد ذاتها من أهم الأسباب التي على أساسها سعى الفقهاء إلى اعتماد معيار أنسب لتحديد خطأ الطبيب .

وعلى هذا الأساس، لا يمكن الجزم بأن الطبيب الجراح قد ارتكب خطأ إلا إذا اعتمدنا معياراً ثابتاً يعرض عليه فعل الطبيب ليتبين وجود الخطأ من عدمه، وأمر كهذا هو لاشك على درجة كبيرة من الأهمية، بل إنه من المسائل الجوهرية في المسؤولية الطبية بوجه خاص⁽¹⁾.

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 34.

وفي سبيل البحث عن معيار عام لتقدير الخطأ ظهر اتجاهان، الأول يرى ضرورة قياس الخطأ بمعيار شخصي ينظر من خلاله إلى الشخص المدعى عليه، لكنه استبعد من طرف الفقه والقضاء (أولاً) والاتجاه الآخر يذهب إلى أنه يجب أن يتم تقدير الخطأ بمعيار موضوعي عن طريق مقارنة سلوك الشخص المدعى عليه بسلوك شخص آخر مجرد، وهو المعيار الراجح (ثانياً)، وكل هذا إذا تعلق الأمر بالخطأ العادي للطبيب، إذ هناك معيار آخر يقاس به الخطأ الفني (ثالثاً).

أولاً: إستبعاد المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الفني الجراح

1- مضمون المعيار الشخصي

يهدف المعيار الشخصي في تقدير الخطأ النظر للشخص المسند إليه الخطأ لا إلى الخطأ في حد ذاته، ووفقاً لهذا المعيار يجب أن يتم النظر إلى الحالة الواقعية للشخص نفسه، لبحث ما إذا كان هناك ما يمكن نسبته إليه من تقصير أو إهمال، فيكون البحث فيما اعتاده من يقظة وتبصر، وما يتعلق بحالته الشخصية من حيث القوة والضعف والذكاء والغباء أو النشاط والخمول⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يجعل التقدير الشخصي للخطأ من هذا الأخير فكرة شخصية بحتة، إذ لا يلزم الشخص تجاه الغير إلا بما اعتاد بذله من يقظة وتبصر ولا يكلف بأكثر من ذلك، فإذا كان الشخص شديد اليقظة اعتبر مخطئاً عند أقل انحراف في سلوكه، أما إذا كان دون المستوى العادي من اليقظة فإنه يعد مخطئاً إذا كان باستطاعته أن يتفادى ما وقع منه وفقاً لمستوى الحرص واليقظة عنده، فإذا لم تكن لديه هذه الاستطاعة فلا يعد مخطئاً.

يقصد بالمعيار الشخصي أو الواقعي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، ذلك أن هذا المعيار يعتمد على البحث في حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ لمعرفة ما إذا كان السلوك الذي صدر منه أقل حيطة من سلوكه الذي يبذله في رعاية شؤونه الخاصة، بحيث إذا ظهر أنه بإمكانه أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه، وأن ضميره يؤنبه على ما اقترفه من أعمال اعتبر مخطئاً، وعلى العكس من ذلك إذا كان الطبيب لا

¹ - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 286.

يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه بعد قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر اعتبر أنه غير مخطئ⁽¹⁾.

إنّ الأخذ بالمعيار الشخصي يجعل القاضي ينظر إلى وضع كل طبيب مسبب الضرر بالنسبة لمواهبه الشخصية ولوضعه الذهني وخبرته المهنية ووضعه الاجتماعي والثقافي وكذا ظروفه الخاصة، ليقرر ما إذا كان قد استعمل الدراية التي يتحلى بها عادة في تصرفه أم أنه أهمل ما اعتاد عليه من حيطة وحذر، مقصرا بالتالي في أدائه لواجباته على الوجه الذي اعتاد عليه في تأديتها، فيكون بذلك مخطئاً⁽²⁾.

2- مبررات التخلي عن المعيار الشخصي لتقدير خطأ الطبيب الجراح:

يأخذ المعيار الشخصي بعين الاعتبار قدرة الطبيب 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، فالوصول إلى الحقيقة وفقا لهذا المعيار يستلزم مراقبة الطبيب.

عيب على هذا المعيار صعوبة تطبيقه، إذ هو يستلزم البحث في ظروف وأحوال وشخصية كل طبيب على حده ومراقبة سلوكه وتصرفاته، حتى يتمكن من معرفة ما إذا كان سلوكه يشكل خطأ أم لا، بالمقارنة مع سلوكه العادي، وهذا بلا شك في منتهى الصعوبة على أساس أنّ الأمر خفي يتعذر كشفه في الحياة العملية، وهو أمر يصعب على القضاء⁽³⁾.

تجاوزا لهذه الانتقادات الموجهة لهذا المعيار، كانت الحاجة ملحة للبحث عن معيار آخر أكثر ملائمة لقياس أخطاء الجراحين، الأمر الذي دفع بالفقه والقضاء لإرساء معالم معيار جديد، وهو المعيار الموضوعي المجرد.

¹- رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 156. أنظر كذلك:

موسى بن محمد بن حمود التميمي، مرجع سابق، ص 253.

²- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 254.

³- رابيس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري...، مرجع سابق، ص 74.

ثانيا: إستقرار الفقه والقضاء على الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الجراح
يختلف معيار تقدير خطأ الجراح باختلاف الخطأ الصادر منه، وعليه يتعين على
القاضي المدني أن يميز بين الخطأ العادي والخطأ الفني أثناء التقدير.

1- بالنسبة لتقدير الخطأ العادي للطبيب الجراح:

يعبر عنه أحيانا بالتقدير المجرد، ومقتضى هذا المعيار، أن يقارن سلوك المخطئ بما
يصح أن يصدر من شخص آخر وهمي ومجرد، متوسط الحذر والاحتياط، وهو رب الأسرة
الحريص، فلا يسأل إلا إذا كان هذا الإنسان العادي لا يقع فيما وقع فيه هو⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يقتضي هذا المعيار بأن يتم تقدير مدى توافر الخطأ في سلوك
شخص ما من عدمه باللجوء إلى معيار مادي موضوعي، وذلك عن طريق مقارنة سلوك
الشخص المدعى عليه بارتكاب الخطأ بسلوك شخص آخر مجرد من ظروفه الشخصية
ونعتبره نموذجا للمقارنة، فيتم النظر إلى المألوف من سلوك الشخص المعتاد ونقيس عليه
سلوك الشخص محل المساءلة، فإن كان هذا الشخص لم ينحرف في سلوكه عن المألوف
لهذا الشخص المعتاد فهو لم يخطئ، أما إذا كان قد انحرف فمهما كان من أمر فطنته
ويقظته فقد أخطأ وتترتب مسؤوليته على ذلك⁽²⁾.

يتمثل هذا المعيار في التزام الطبيب ببذل العناية إزاء مريضه، أي بذل العناية الصادقة
من أجل شفاؤه، فإن قصر فهو تقصير في واجب الحيطة الذي لا يقع من طبيب يقظ وجد
في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول أثناء التدخل الطبي⁽³⁾.

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى: " أن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة
أي شفاء المريض، إنما التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل
لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في
علم الطب" ⁽⁴⁾.

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 33.

² - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 290.

³ - سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 61.

⁴ - نقلا عن: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 16.

في ظل هذا المعيار يقاس سلوك المخطئ بسلوك شخص آخر وجد في نفس الظروف، وفي مجال الطب، يقاس سلوك الطبيب المخطئ مسبب الضرر بسلوك طبيب آخر من نفس المستوى والدرجة العلمية والخبرة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب وقت تدخله الطبي⁽¹⁾، ولا بد أن يتجرد من الظروف الذاتية والداخلية⁽²⁾، فيقاس سلوك الطبيب العام بسلوك طبيب عام آخر مثله، والطبيب الأخصائي يقاس سلوكه بسلوك أخصائي من نفس تخصصه، وتستبعد في ذلك الظروف الداخلية التي تتغير من شخص إلى آخر⁽³⁾.

تتمثل الظروف الداخلية والذاتية المحيطة بالطبيب المخطئ، في الحالة الاجتماعية والصحية والنفسية للطبيب، وجنسه، وسنه، وهي ظروف لا تصلح لقياس خطأ الطبيب⁽⁴⁾. يتجه الرأي السائد إلى أن الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المخطئ هي وحدها التي يجب مراعاتها عند قياس هذا السلوك على سلوك الطبيب اليقظ، بحيث تكون العبرة بما كان سيسلكه هذا الطبيب اليقظ في مثل تلك الظروف الخارجية.

يعد ظرفا خارجيا ما لا يتصل بالطبيب المتسبب في الضرر ذاته من صفات، كما هو الشأن بالنسبة للظروف المكانية، فيجب الأخذ بعين الاعتبار مدى ملائمة المكان للتطبيق أما بالنسبة للظروف الزمانية، يتعين الأخذ في الحسبان الزمان الذي وقع فيه الضرر من طرف الطبيب المخطئ كالليل⁽⁵⁾.

يتضح مما سبق أن معيار الخطأ الذي استقر عليه القضاء، في تحديد مسؤولية الطبيب هو المعيار الموضوعي ويرتكز على ثلاثة أسس، يتمثل الأول في تقدير سلوك الطبيب على ضوء سلوك طبيب آخر من نفس المستوى المهني ومن حيث الدرجة العلمية والخبرة، فمعيار خطأ الطبيب العام يختلف عن الأخصائي وعن الأستاذ، في حين يتعلق الأساس الثاني في النظر إلى الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل الطبي، مثل توافر الإمكانيات من عدمه،

¹- PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin..., Op.cit., p.16.

²- TERKI Nour-Eddine, Op. cit., p. 37.

³- سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 62.

⁴- ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 19.

⁵- أنظر رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص ص 159-160.

فالوحدة الريفية تختلف عن العيادة وعن المستشفى المجهز، وهناك أساس آخر يتمثل في مدى اتفاق العمل الطبي مع تقاليد المهنة والأصول العلمية المستقرة⁽¹⁾.

2- بالنسبة لتقدير الخطأ الفني للطبيب الجراح

لا بدّ أن يكون المعيار الذي يقاس به الخطأ الفني **معيّاراً فنياً** لدقة وصفه ولاختلافه عن معيار الخطأ العادي الذي هو معيار الخطأ المعروف والمتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي⁽²⁾.

يخضع تقدير الخطأ بالنسبة للعمل الفني للطبيب لمعيار الخطأ المهني، والمقياس الذي يقاس به سلوك المهني مرتكب الفعل الضار هو السلوك الفني المألوف من شخص وسط، من نفس المهنة والمستوى، في علمه وكفاءته وبقظته، يوجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمهني، مرتكب الفعل عند أدائه لعمله، فيما يقتضي بذل العناية الفنية التي تتطلبها الأصول المستقرة للمهنة، فمثل هذا الشخص الوسط من رجال المهنة لا يقبل منه الخروج عما استقرت عليه أصول فنه ومهنته⁽³⁾.

يدخل في الاعتبار عند تقرير الخطأ درجة التخصص الفني، إذ أنّها تؤثر على السلوك بحيث يعتبر الطبيب مخطئاً إذا نسب إليه تقصير في مسلكه لا يسلكه الطبيب الوسط في ذات التخصص عندما يكون محاطاً بذات الظروف الخارجية للطبيب المسؤول.

وعلى هذا الأساس، يلاحظ أنّه إذا كان سلوك الرجل العادي هو معيار قياس الخطأ العادي للطبيب، فإنه يقتضي في الخطأ الفني بالنسبة لأصحاب المهن أن يكون سلوك شخص من أوسطهم هو المعيار لقيامه، ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول الفن العائدة لمهنته، التي لم تعد محلاً للمناقشة والجدل⁽⁴⁾.

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 19. أنظر كذلك: طلال عجاج، مرجع سابق، ص 219.

² - يقصد بالرجل العادي الرجل الوسط الذي يمثل عامة الناس، فهو رجل يقظ متبصر لا غبي خامل ولا شديد الفطنة والحرص. نقلاً عن: محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، الكويت، السنة الثالثة، العدد الأول، 1979، ص 11.

³ - أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 46.

⁴ - عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 77.

أكد الدكتور أنس محمد عبد الغفار ذلك، إذ يرى أنه لتقدير الخطأ الطبي في مجال العمل الفني، يجب أن نستعيض عن معيار الرجل العادي، بمعيار المهني العادي، وهو الشخص الوسط ممن يمارس نفس المهنة، ويقاس سلوك الطبيب مرتكب الفعل الضار، بالسلوك الفني المؤلف للطبيب الوسط من أطباء المهنة، والذي لا يقبل منه الخروج عما إستقرت عليه أصول فنه ومهنته⁽¹⁾.

وكذلك يرى الدكتور عبد اللطيف الحسيني أن المعيار العملي الذي يمكن اعتماده لقياس مسلك الجراح، هو معيار سلوك الطبيب الصالح المعتبر من أوسط الأطباء كفاءة وخبرة وتبصرا ودقة من نفس فئته وفي نفس فرع اختصاصه ومن نفس مستواه الفني المهني، والذي يبذل في علاج مريضه العناية اللازمة ويراعي فيها الأصول الطبية المستقرة، وكل خروج منه على تلك الالتزامات يشكل خطأ طبيا يستوجب المسؤولية المدنية⁽²⁾.

يستعين القاضي بالمعيار الموضوعي في تقديره القانوني للخطأ الفني للطبيب الجراح، الأمر الذي يقتضي منه تحديد مدى مطابقة عمل هذا الطبيب للأصول الفنية في الطب، ولا شك أن ذلك ينطوي على مسائل فنية، لا يستطيع القاضي تحديدها بسهولة، إلا بعد حصوله على تقرير من خبراء المهنة، إذ يتعين على القاضي الاستعانة بأهل الخبرة لإبداء الرأي الفني البحت حول المسائل الفنية المعروضة أمامه للفصل فيها، الذي يمكن من خلاله مقارنة سلوك الطبيب الجراح موضوع المسائلة مع سلوك طبيب وسط من ذات المستوى الفني.

¹ - أنظر: أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي...، مرجع سابق، ص 243.

² - عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 125.

الفرع الثاني

ضرورة اللجوء إلى الخبرة القضائية للكشف عن الأخطاء الطبية الفنية

خول المشرع الجزائري للقاضي المدني اللجوء إلى أهل الخبرة في سبيل الكشف عن الأخطاء الطبية الفنية، التي تخرج عن نطاق إختصاصه وتخصصه قبل الفصل نهائيا في النزاع المعروض عليه.

يعتبر الخطأ الفني كما أسلفنا، ذلك الخطأ الذي يتصل اتصالا مباشرا بعمل الجراح ذي الصبغة الفنية من جهة، والذي يقع من هذا الطبيب إخلالا منه بالأصول الفنية للعمل الطبي الجراحي من جهة أخرى، وتبدو الصعوبة الحقيقية في الإثبات عندما نكون بصدد هذا النوع من الأخطاء كون مرد تقديره يرجع إلى الأصول العلمية التي يجب على الطبيب الوسط الالتزام بها في العمل الطبي إذا أحاطته ظروف مماثلة لتلك التي أحاطت بالطبيب الجراح المراد مساءلته أثناء مباشرة التدخل الجراحي.

يصعب على القاضي، مهما كان مستوى ثقافته، أن يقيم هذا التقدير لجهله ولقصور علمه بالأصول الفنية لعمل الطبيب الجراح، هذه الصعوبة في إثبات الخطأ الفني هي التي دعت البعض إلى المناداة بضرورة إبعاد القضاء عن النظر في المنازعات المتعلقة بالأخطاء الفنية للأطباء وإحالتها إلى مجالس طبية مكونة من أهل المهنة للنظر فيها⁽¹⁾.

تم هجر هذا الموقف بعد أن واجه رفضا شديدا من قبل الفقه، مستندا في ذلك بأن الأخذ به يؤدي إلى إنكار فكرة العدالة، كونه ينطوي على مبدأ أنه لا عدالة إلا خارج ساحات القضاء⁽²⁾.

يبقى الطبيب مسؤولا أمام القضاء عن أخطائه الفنية، ويظل المريض هو من يقع عليه عبء إثبات خطأ الطبيب، فالصعوبة في إثبات الخطأ الفني للطبيب لا يمكن أن تكون عقبة تحول دون مثول الأطباء أمام القضاء أو إعفائهم من المسؤولية، كما لا يمكن أن تقضي

¹ - نادى بعض الأطباء في فرنسا بضرورة إبعاد الأعمال الطبية عن دائرة المحاكم واقترحوا أن تحال المنازعات المتعلقة بهذه الأعمال إلى نقابة الأطباء، بحيث يحاسب الأطباء بواسطة أقرانهم من أهل المهنة باعتبار هؤلاء أقدر بحكم تخصصهم على تقدير مسلك زملائهم. أنظر: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 394. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 614.

² - أنظر: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 394.

هذه الصعوبة إلى افتراض الخطأ في جانب الطبيب، بل إن العدالة تقتضي مسؤولية الطبيب عن أخطائه، وتقتضي بالمقابل ثبوت الخطأ في جانب الطبيب ثبوتاً قاطعاً.

يلجأ القاضي إلى أهل الخبرة من الأطباء للفصل في مدى خروج الطبيب الجراح عن السلوك الفني المألوف، ويعتبر هذا من الإجراءات الضرورية التي يتوجب عليه اتخاذها⁽¹⁾. بالتالي وفي سبيل إجلاء الصعوبة بشأن إثبات الأخطاء الفنية للأطباء كان لزاماً على القضاء اللجوء إلى الخبراء⁽²⁾ من أهل الطب لاستجلاء مدى موافقة عمل الطبيب للأصول الفنية من عدمه، ليكون تقدير خطأ الطبيب مبنياً على أسس صحيحة.

بناء على كل هذه المعطيات، فإنه يجب البحث في كيفية تنظيم المشرع الجزائري للخبرة الطبية (أولاً) وبيان دور القضاء في تكريسها (ثانياً).

أولاً: التنظيم القانوني للخبرة الطبية

يعد الخطأ الطبي الجراحي خروجاً عن الأصول الفنية ومخالفة لقواعد مهنة الطب والجراحة، وبالتالي لا يستطيع القاضي أن يتصدى مباشرة لمناقشة وتكييف هذه المسائل وتقدير خطأ الجراح لعدم إلمامه بالمعرفة الطبية الكافية، لذلك وجب عليه الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء والجراحين قصد توضيح الأمور الغامضة له في النزاع المطروح لمعرفة مدى خطأ الجراح من عدمه.

تشكل الخبرة الطبية أحد ميادين المعرفة والفروع العلمية المشتركة بين كل من الطبيب ورجل القانون، والتي لا ينبغي لأيٍ منهما أن يجهلها، ذلك أن كل طبيب مرشح لأن يسخر أو يكلف قضائياً للعمل كخبير لإنارة العدالة في بعض الأمور التقنية والمسائل الفنية ذات

¹-BOUSSOUF-HAMANA Naziha, L'expertise en matière de responsabilité médicale, Revue sciences humaines, Université Mentouri, Constantine, Algérie, n° 13, 2000, p. 9.

أنظر كذلك: منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 752.

²- تطلق تسمية الطبيب الخبير على كل من كان حاصلاً على دكتوراه في الطب، يتم اختياره من جهة قضائية أو إدارية للقيام بمهمة معينة، على أن الأمر لا يقتصر على هذه الفئة من الأطباء بل هناك أشخاص آخرون يمارسون مهنة أخرى يمكن إدراجهم في هذا الصدد، كما هو الشأن بالنسبة للطبيب النفساني مثلاً.

أنظر: اليوموري فريدة، دور الخبرة الطبية في تقرير مسؤولية الطبيب، مجلة فكر العلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، (د. د. ن)، (د. ب. ن)، العدد الأول، 2008، ص 174.

الطابع العلمي الطبي، لذا كان لزاما على الطبيب أن يلم بشيء من المعارف القانونية حتى يتيسر له فهم الغاية المرجوة من انتدابه كخبير، ويستطيع في نفس الوقت إفادة القضاء بنتائج خبرته وتقريره بصيغة يمكن للعدالة الاستفادة منها.

تعتبر الخبرة الطبية دليل إثبات للقاضي، وبالتالي تحتل مكانة بارزة في دعاوى المسؤولية الطبية، إذ تعد في أغلب الأحيان بمثابة الوسيلة الوحيدة الأكثر فعالية، التي يعتمد عليها القاضي للفصل في النزاع، الأمر الذي يستوجب البحث حول طبيعتها القانونية، ثم إبراز أهم خصائصها.

1- الطبيعة القانونية للخبرة الطبية:

يمكن تعريف الخبرة الطبية على أنها: العلم الذي يسخر المعارف الطبية لفائدة الإجراءات القانونية، وهذا معناه أن مهمة الطبيب الخبير هي تبصير العدالة، باعتباره خبيرا مختصا أو مستشارا فنيا في ميدانه، عليه أن يقدم وجهة النظر الطبية حول المسألة المطروحة من الناحية التقنية (الفنية)، بكل نزاهة وأمانة علمية وذلك بالإجابة عن الأسئلة المطروحة من طرف السلطة القضائية المكلفة، هذه الأخيرة التي تبقى تتمتع بالاستقلالية التامة، وعدم الالتزام بما ورد في تقرير الخبرة الطبية التي تبقى مجرد رأي استشاري شريطة أن توضح أسباب عدم الأخذ بنتائج هذه الخبرة⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يمكن كذلك، اعتبار الخبرة الطبية إجراء تحقيقي واستشارة فنية يقدمها الخبير، تعتمد عليها المحكمة، قصد الحصول على معلومات ضرورية للبت في كل المسائل العلمية والفنية التي لا تستطيع الإلمام بها⁽²⁾، فهي من وسائل الإثبات المباشرة، لأن دلالتها تنصب على الواقعة المراد إثباتها للوقوف على حقيقتها من الناحية الفنية.

أما عن الطبيعة القانونية للخبرة الطبية، فلقد تعددت الآراء بشأن تحديدها، فيرى بعض الفقهاء أن الخبرة تمثل شهادة فنية، على اعتبار أنها صورة من صور الشهادة، كما ذهب بعضهم إلى القول بأن الخبرة تختلف عن وسائل الإثبات الأخرى من حيث أنها تتضمن رأيا

¹ - نقلا عن: بورويس العيرج، الخبرة الطبية في التشريع الجنائي الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009، ص 51.

² - أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 79.

الباب الثاني الفصل الأول: قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

فنياً منطقياً يخضع لمطلق السلطة التقديرية للقاضي⁽¹⁾، وهي أيضاً وسيلة من وسائل الإثبات المباشرة، ونوع من أنواع المعاينة الفنية يقوم بها أشخاص لهم دراية بمعارف فنية خاصة لا تتوفر لدى القضاة، الأمر الذي يجعلها استشارة فنية يستعين بها القاضي في مجال الإثبات في تقدير المسائل الفنية⁽²⁾.

في حين اعتبرها المشرع الجزائري مجرد مساعدة تقنية وإجراء توضيحي لواقعة مادية أو علمية محضة للقاضي، لا يلزم المحكمة في أي شيء وقت النظر في موضوع الدعوى، لأنه من جهة، يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على تقرير الخبرة بصفة كلية أو جزئية، كما له أن يعدله ما دام غير ملزم برأي الطبيب الخبير⁽³⁾، وهو ما توضحه المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب⁽⁴⁾ والمادة 144 من قانون الإجراءات المدنية سالف الذكر، ومن جهة أخرى يمكن للخصوم إبداء ما لديهم من ملاحظات ودفع وتحفظات على تقرير الخبرة أثناء مناقشته.

عرّف المشرع الجزائري الخبرة من خلال الهدف المرجو منها، وهذا ما يتضح من نص المادة 125 من ق.إ.م.إ التي تنص: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"⁽⁵⁾.

أولى المشرع الجزائري عناية بالغة بالخبرة الطبية، إذ أفرد لها بندا خاصا في المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، تحت عنوان ممارسة الطب

¹ - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 124.

² - بوعبد الله، تقدير القاضي لتعويض الضرر الطبي وموقفه من تقرير الخبراء الأطباء، مجلة الفقه والقانون، العدد السابع والثلاثون 2015، ص 70.

³ - فطناسي عبد الرحمان، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، مرجع سابق، ص 165.

⁴ - راجع المادة 95 من م.أ.ط.

⁵ - استحدث المشرع الجزائري نص المادة 125 من ق.إ.م.إ (الجديد)، الذي لم يكن يتضمنه ق.إ.م. (القديم)، وتكمن الغاية في ذلك منع بعض الجهات القضائية التي كانت تقوم بتكليف خبراء لأجل القيام بإجراءات هي من صميم مهام القاضي مما يشكل تنازلاً عن صلاحياته لأهل الفن.

للمزيد من التفاصيل أنظر: بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص 131.

وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة وذلك من المادة 95 إلى المادة 99، وقد عرف الخبرة الطبية بموجب المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه: " تعدّ الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاض أو هيئة أخرى لمساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية."

كذلك نص في المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 91-106⁽¹⁾ على أنه: " يقوم الأطباء العامون للصحة العمومية على الخصوص بالأعمال الآتية: ...

- الخبرة الطبية...،"

2- خصائص الخبرة الطبية

تتميز الخبرة عموماً، والخبرة الطبية على وجه الخصوص بمجموعة من الخصائص أهمها:

أ- الخبرة الطبية إجراء قضائي

تعتبر الخبرة الطبية الوسيلة الوحيدة لإثبات الأخطاء الطبية الفنية، فإنها بذلك تعتبر أهم طرق الإثبات، إذ يلعب الخبير الطبي الذي يتم تعيينه من طرف القاضي، دوراً مهماً في تقرير أو نفي مسؤولية الجراح، وهذا يعني أنها تقرر من قبل القضاء، إذ تلجأ الجهات القضائية إليها ليقدم الخبراء لها معلومات ذات طابع فني دقيق خارج عن معارف القاضي، فتتص المادة 75 من ق.إ.م.إ على أنه: " يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم، أو من تلقاء نفسه، أن يأمر شفاهية أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون". وتضيف المادة 126 منه على أنه: " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة."

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 91-106 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر.ج. عدد 22، صادر بتاريخ 15 ماي 1991، معدّل ومتمم.

ب- الخبرة الطبية إجراء وجوبي في المسائل الفنية

لم يقيد القانون القاضي في إتباع طرقا معينة للاستدلال، بل ترك له السلطة التقديرية في أن يقرر بنفسه حسب طبيعة النزاع المعروض أمامه، غير أنه إذا تعلق الأمر بمسائل فنية وعلمية لا يعلمها إلا أهل الخبرة، ويتوقف عليها الفصل في موضوع النزاع، فإن الاستعانة بالخبراء تكون واجبة.

ولما كانت الأضرار المترتبة عن الأخطاء الطبية الفنية لا تقدر من قبل القاضي ولا تستخلص إلا بالاستعانة بالخبراء، فإن الأخطاء الخارجة عن نطاق الفن الطبي، والتي تقع من الطبيب الجراح دون أن تكون متصلة اتصالا مباشرا بعمله الفني، كالأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية، يسهل على القاضي تبينها دون حاجة إلى خبرة فنية لاستجلائها.

ولذلك، يبدو الدور الهام لقاضي الموضوع في مجال تقدير خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي، كونه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة واستقلال في تقدير الأخطاء المتصلة بالأخلاقيات الطبية، والذي لا يكون له أن يندب خبير للقيام بذلك، فهي أخطاء وإن كان لها صلة وثيقة بالعمل الطبي، إلا أنها مستقلة بذاتها وليست ذات طابع فني⁽¹⁾.

وعليه فلا حاجة للخبرة من أجل البحث عن المعيار الإنساني المدعى مخالفته من قبل الجراح، فالقاضي هو من يقدّر التعويض ويقرر مدى احترام الالتزام من عدمه، وهو الأمر الذي يستدعي إمام القاضي بكل القواعد المحددة لواجبات الجراح، سواء تلك الواردة في قوانين مزاوله مهنة الطب لاسيما مدونة أخلاقيات الطب أو تلك الواردة في القانون المدني والعقوبات.

وعلى هذا الأساس، لا يكون اللجوء إلى الخبرة وجوبيا إلا في المسائل التي تتجاوز المعارف العلمية والتقنية التي يصعب على القاضي استقصائها بنفسه، إذ لا بد على هذا الأخير ندب الطبيب الخبير لإبداء الرأي في المسائل الفنية، بعد أن يحدد له المهمة التي

¹ - أنظر: هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد الثالث، 2005، ص 247. أنظر كذلك: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص ص 142-143.

تتخصر في تقدير الناحية الفنية البحتة، دون الأخطاء الظاهرة التي لا تحتاج إلى توغل من رجال القانون للكشف عنها.

لكي تصبح الخبرة وسيلة قضائية مناسبة، فلا بدّ من انتقال التقدير من المجال العلمي إلى المجال القانوني، ومثل هذا الانتقال لا يمكن أن يتم إلا بتقدير طبي يستمد من تقرير الخبير⁽¹⁾.

أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24 جوان 2003، حيث قضت بأنّه: " وحيث أنّه لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محررة من طرف خبير مختص في نفس المجال أو إستشارة مجلس الأخلاقيات الطبية الجهوي المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06، وأنّ القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصا مهنيا للفصل فيها مما جعل تعليقه غير مستساغ منطقيا وقانونيا نتيجة لقصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض " ⁽²⁾.

ج- الأمر بإجراء الخبرة الطبية غايته الحصول على الرأي الفني للخبير

يبقى العنصر المميّز للخبرة عن غيرها من إجراءات الإثبات، الرأي الفني للخبير في كشف الأدلة، وتحديد قيمتها في الإثبات، فالخبرة في حقيقتها نوع من أنواع المعاينة التي لا

¹- محسن عبد الحميد إبراهيم البني، مرجع سابق، ص 172.

²- قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 297062، صادر بتاريخ 24 جوان 2003، (قضية: (ز.ف) ضد النيابة العامة، حول موضوع: تسبب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانونا، وأن، الاستعانة بخبرة طبية وجوبية)، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الثاني 2003. (ص.ص. 337-339).

وقد سبق وأن قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في قرارها الصادر بتاريخ 07 جويلية 1993 أنّه: " من المقرر قانونا وقضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة، وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحتا، مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير".

راجع: قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 97774، صادر بتاريخ 07 جويلية 1993، (قضية: (ن.س) ضد (ب.م)، حول موضوع: القاضي يأمر بإجراء الخبرة وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحتا، مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير) المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، العدد الثاني، 1994. (ص.ص. 108-111).

الباب الثاني الفصل الأول: قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني

تحصل بمباشرة المحكمة، إنما بواسطة أهل الاختصاص⁽¹⁾، إذ يطلق عليها المعاينة الفنية باعتبارها تتم بواسطة أشخاص تتوافر لديهم الكفاءة الفنية التي لا تتوافر في القضاء⁽²⁾. لهذا يبقى على القاضي أن يتجه إلى المختصين من الخبراء من أهل الطب، كلما تعلق الأمر بمسألة فنية بحتة لا تعد من قبيل المعلومات العامة، لا يتصور إمام القاضي بها إماما كافيا، فيكون بذلك الطبيب الخبير مساعدا للقاضي في استنباط خطأ الجراح، إلا أن القاضي يستقل في التكييف القانوني للسلوك الفني للجراح، الذي يقوم بتقدير رأي الخبير وبالنتيجة الأخذ أو عدم الأخذ به.

وعليه، فإن إثبات خطأ الجراح عن طريق الخبرة أمام القاضي المدني يركز على قاعدتين أساسيتين: تتمثل الأولى في تدخل الطبيب الخبير بأمر من القاضي، يقوم بالبحث في سلوك الجراح، وإثبات كل سلوك يشكل خطأ، مع الالتزام بالمهمة المسندة إليه، المتمثلة في دراسة الوقائع المادية في إطار المعطيات الفنية، وبالتالي لا يحل محل القاضي، إنما يفرض نفسه على المستوى الفني باعتبار القاضي غير مختص.

وعلى هذا الأساس، فإن مهمة الطبيب الخبير تنحصر في المسائل الفنية دون سواها، فلا يجوز له أن يبدي رأيه في مسائل قانونية، إذ يتعين عليه الالتزام بالإجابة على النقاط المحددة دون تجاوزها، وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته الصادر بتاريخ 20 نوفمبر 1985 على أنه: " من المقرر قانونا أن دور الخبير ينحصر في المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على الفهم الشامل لعناصر القضية، فلا يجوز أن ينتدب للقيام بعمل يعد من صميم مهام القاضي مثلا إجراء تحقيق وسماع الشهود، فمهمة الخبير تقتصر على إبداء رأيه في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي استقصائها بنفسه دون المسائل القانونية"⁽³⁾.

¹ - محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 278.

² - محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 403.

³ - قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف رقم 34653، صادر بتاريخ 20 نوفمبر 1985، (قضية: (م.م) المولودة (ب.خ) ضد (م.ط)، حول موضوع: المهمة التي يكلف بها كل خبير تنتدبه جهة=

أما القاعدة الثانية فتتمثل في إستعادة القاضي كل سلطته باعتباره المختص الوحيد في هذا المجال إذ يتمتع بسلطة تقديرية اتجاه تقرير الطبيب الخبير، فله أن يأخذ به على أساس أن هذا العنصر لا يعدو أن يكون عنصرا من عناصر الإثبات الخاضعة لسلطته.

3- التزامات الخبير الطبي

يتقيد الخبير المكلف بإنجاز الخبرة الطبية ببعض الالتزامات التي عليه احترامها، سواء تعلق الأمر بالالتزامات العامة والمشاركة بين جميع الخبراء، أو تلك التي نظمها مدونة أخلاقيات الطب.

أخضع المشرع الجزائري الخبير لمجموعة من الالتزامات التي يجب أن يتقيد بها أثناء أدائه لمهمته الموكلة له من قبل القاضي، إذ أوجب على كل طبيب خبير قبل الشروع في إنجاز أي عمل خبرة، إخطار الشخص المعني بهذه المهمة، وأكد من جهة أخرى على أنه لا يمكن أن يكون الطبيب الخبير في ذات الوقت طبيبا خبيراً وطبيباً معالجا لنفس المريض، ولا يجوز له قبول مهمة من شأنها أن تعرض للخطر مصالح أحد زبائنه، أو أصدقائه، أو أقاربه، أو أية جهة تطلب خدماته، أو حتى مصالحه الشخصية⁽¹⁾.

ألزم كذلك المشرع الجزائري الخبير برفض الرد على أسئلة يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية، وعند تحريره لتقرير الخبرة يجب عليه عدم الكشف إلا على العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة من قبل القاضي في حكم أو قرار تعيينه⁽²⁾.

يلتزم كذلك الخبير، باعتباره طبيبا وخبيراً، بالحفاظ على السر المهني، بحكم أنه إطلع على جميع المعلومات أثناء ممارسته لمهامه، سواء تلك المتعلقة بالمريض أو بالجراح المسؤول⁽³⁾.

=قضائية ما تنحصر في جمع المعلومات الفنية فقط التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور القضية بصفة اعم وأشمل، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيات القاضي مثل سماع الشهود وإجراء تحقيق)، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع 1989. (ص.ص. 71-73).

¹ - راجع المادتين 96 و 97 من م.أ.ط.

² - المادتين 98 و 99 من م.أ.ط.

³ - المواد من 36 إلى 41 والمادة 99 من م.أ.ط.

ثانيا: الحكم القاضي بانتداب الطبيب الخبير

بعد أن يتأكد القاضي المدني من أن الأفعال المنسوبة للجراح تشكل خطأ فنيا يستوجب المسؤولية، نظرا لخروجه عن الأصول العلمية الفنية للمهنة، يستعين بالأطباء المختصين الذين مكّتهم المشرع من القيام بالخبرة، وذلك بموجب حكم قضائي.

1- إجراءات تعيين الطبيب الخبير

يستعين القاضي المدني من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، بأشخاص مختصين في مسائل ذات طابع تقني أو علمي محض يفترض عدم إلمامه بها، للتغلب على الصعوبات العلمية وتدليل العقبات الفنية التي تتعلق بوقائع النزاع، وذلك بالقيام بأبحاث فنية وعلمية⁽¹⁾، واستخلاص النتائج منها في شكل رأي غير ملزم⁽²⁾.

وينتدب الطبيب باعتباره صاحب مهنة من قبل السلطة القضائية بوصفه خبيرا فنيا ليقوم بإنجاز خبرته ويقدم تقريراً مكتوباً⁽³⁾ إلى الجهة القضائية التي عينته أو انتدبته وحددت مهامه في منطوق الحكم الذي تم تعيينه بموجبه.

يعيّن الخبير بموجب حكم أو قرار قضائي مكتوب ولا يمكن أن يتم شفاهة، وهو ما عبرت وأكدت عليه المحكمة العليا في القرار رقم 79863، الصادر بتاريخ 29 سبتمبر 1991 الذي قضى:

" من المقرر قانوناً أنّ الأمر بإجراء خبرة لا يكون إلا بموجب قرار مكتوب، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ قضاة المجلس عند وضعهم القضية للتقدير أمروا بإجراء خبرة بموجب قرار شفوي يكونوا قد خرّقوا القانون.

¹ - رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها...، مرجع سابق، ص 239.

كذلك تنص المادة 125 من ق.إ.م.إ على أنّه: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي."

² - تنص المادة 144 من ق.إ.م.ج على أنّه: " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.

القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنّه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة".

³ - قد يكون هذا التقرير شفويا، لكن جرت العادة في الميدان العملي أن يودع الطبيب الخبير تقريره بأمانة ضبط الجهة القضائية التي إنتدبته في المدة المحددة له.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه⁽¹⁾.

يجب على الخبير قبل الشروع في أي عمل خبرة إخطار المعني بالمهمة المسندة إليه، ولا يجوز أن يكون الخبير الطبي في نفس الوقت خبيراً وطبيباً معالجا لنفس المريض، كما يتعين عليه، عند صياغته لتقرير الخبرة ألا يكشف إلا عن العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه، وأن يكتف ما اطلع عليه خلال مهمته من أسرار⁽²⁾.
يعبر الخبير الطبي، بعد الفحص العيادي، عند تقديره للأضرار التي أصيب بها المريض بالأرقام، فيبين نسب العجز التي أصيب بها عضو من أعضاء المريض، سواء نسبة العجز الكلي الدائم، أو نسبة العجز الجزئي الدائم، ويعبر عن الضرر الجمالي بمصطلحات تثبت مدى جسامته هذا النوع من الأضرار، وذلك بكتابة "الضرر الجمالي معتبر" أو "الضرر الجمالي جد معتبر"، ونفس الشيء بالنسبة للآلام الجسمانية، لكن لا يمكنه بأي حال من الأحوال أن يكون تقديره نقدياً، لأن هذا التقدير يدخل ضمن المسائل القانونية التي ليست من مهامه، بل من مهام القاضي⁽³⁾.

2- الطبيعة القانونية للحكم القاضي بإجراء الخبرة الطبية

إذا كان تعيين الخبير في الدعوى يخضع للسلطة التقديرية للقاضي، الذي له وحده تقرير مدى لزوم هذا الإجراء من عدمه، فإنّه إذا تعلق الأمر بمسألة فنية بحتة، كانت الخبرة الطبية الوسيلة الوحيدة التي يملكها الخصم لإثبات ما يدعيه، يستجيب له القاضي المدني دون اعتراض طالما لا يوجد ما يمنع ذلك، إذ لا توجد وسيلة أخرى للإثبات، وأن هذا الإجراء يتعلق بحقوق الدفاع، يأمر به القاضي بموجب حكم قبل الفصل في موضوع النزاع، متضمناً جملة من البيانات.

¹ - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 79863، صادر بتاريخ 29 سبتمبر 1991، (قضية: (م.ق) ومن معها ضد (د.ع.ق)، حول موضوع: إجراء الخبرة لا يكون إلا بموجب قرار مكتوب، وأنّ الأمر بإجراء خبرة بموجب قرار شفوي يعتبر خرق للقانون)، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الثالث 1992. (ص.ص. 95-97).

² - قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة...، مرجع سابق، ص 175.
³ - LAMBERT FAIVRE Yvonne, Droit du dommage corporel, système d'indemnisation, p. 136.

أ- الحكم القاضي بإجراء الخبرة الطبية حكم لا يفصل في موضوع النزاع

يعتبر الحكم بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت حكماً صادراً قبل الفصل في الموضوع، لأنّه يصدر أثناء النظر في الدعوى وقبل الفصل في موضوعها، وهذا ما نصت عليه المادة 1/298 من ق.إ.م.إ على أنّ: " الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الأمر بإجراء تحقيق أو تدبير مؤقت، لا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه، لا يترتب على هذا الحكم تخلي القاضي عن النزاع."

وعلى هذا الأساس، فإنّ الحكم بتعيين خبير هو حكم صادر قبل الفصل في الموضوع لأنّه لا يفصل في موضوع النزاع ولا يمسّ بمصالح الأطراف، وبالتالي لا يجوز الطعن فيه إلاّ مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 145 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنّ: " لا يجوز استئناف الحكم الأمر بالخبرة، أو الطعن فيه بالنقض، إلاّ مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع، لا يمكن أن تشكل المناقشات المتعلقة بعناصر الخبرة أسباباً لاستئناف الحكم أو الطعن فيه بالنقض، إذا لم تكن قد أثّرت مسبقاً أمام الجهة القضائية التي فصلت في نتائج الخبرة."

تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أنّ المشرع الفرنسي سمح بقبول الطعن في الأحكام الصادرة بانتداب الخبراء وذلك بموجب المادة 272 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية⁽¹⁾، ولعلّ السبب في ذلك يعود إلى الرغبة في الحدّ من إسراف القضاء في اللجوء إلى الخبرة دون أن تتطلب الواقعة الفنية هذا الإجراء من جهة، ولتفادي كثرة النفقات والبطء في الإجراءات من جهة أخرى.

ب- مضمون الحكم القاضي بإجراء الخبرة الطبية

إذا قرر القاضي المدني الاستعانة بطبيب خبير، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على المضرور، فيجب عليه أن يصدر حكماً قبل الفصل في الموضوع بتعيين طبيب خبير

¹- Art. 272 du C.P.C.f. Modifié par Art. 02 du Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, relatif aux exceptions d'incompétences et à l'appel en matière civile dispose: « La décision ordonnant l'expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime » .

Voir sur : www.legifrance.gouv.fr .

للكشف عن خطأ الجراح، على أن يتضمن هذا الحكم بيانات حددتها المادة 128 من ق.إ.م.إ.⁽¹⁾.

يجب على القاضي المدني ذكر الأسباب الداعية لإجراء الخبرة، إذ عليه تسبيب حكمه معلنا ضرورة وأهمية هذا الإجراء، في إثبات خطأ الجراح وثبوته بصفة قطعية، بخروجه عن الأصول الفنية الثابتة والقواعد العلمية والتي لا تدع مجالا للشك أو الجدل، وذلك في أية مرحلة من مراحل تنفيذ التدخل الجراحي.

يكمن الغرض من التسبيب في حث القضاة على عدم اللجوء إلى هذا الإجراء إلا في نطاق الضرورة، لما يكتنفه من عيوب، ولعل أهمها إطالة أمد النزاع وكثرة نفقات التقاضي، كما يعد ضمانا للخصوم تفعيلاً لدورهم في الرقابة على القاضي بصدد اللجوء إلى الخبرة⁽²⁾. يتعين على القاضي كذلك، في بعض الحالات، تبرير تعيينه لعدة أطباء خبراء، وهو ما تضمنته المادة 126 من ق.إ.م.إ. التي تنص على أنه: "يجوز للقاضي... تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، فالمرجع الجزائري استعمل مصطلح "عدة" مما يعني أنه لم يحدد عدد الخبراء الذين يكلفهم القاضي لأداء المهمة، ولم يحصر الحالات التي تتطلب تعدد الخبراء، وهذا ما يترك للسلطة التقديرية للقاضي المدني.

ولذلك، لابد من تحديد مهام الطبيب الخبير تحديدا صريحا ودقيقا، كونه أمر في غاية الأهمية بالغة، ولأن موضوع الخبرة في المسائل الفنية البحتة لا تستوعبها المعارف العامة للقاضي⁽³⁾، وهو ما أكدته المادة 125 من ق.إ.م.إ.، وهذا ما يستلزم بالضرورة تعيين القاضي لمهمة الخبير بدقة، لاسيما في كيفية وصياغة الأسئلة المطروحة عليه لكي يقدم بشأنها رأيا معللا، وفي تحديد الأمور التي يراد الاستعانة بها خلال إنجاز الخبرة، وما يرخص له في

¹ - راجع المادة 128 من ق.إ.م.إ. سالف الذكر.

² - سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 490.

³ - للمزيد من التفاصيل راجع: منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص 754.

اتخاذها من تدابير عاجلة عند الاقتضاء، كالإطلاع على الملف الطبي للمريض أو أي مستند له علاقة بالدعوى⁽¹⁾.

بالإضافة إلى تحديد مهام الخبير بكل دقة في منطوق الحكم، يجب كذلك على القاضي أن يحدد أجلاً لإيداع التقرير لدى أمانة ضبط الجهة القضائية التي عينته، ليظل هذا الأجل في ذهن الخبير حافزاً على أداء مهمته في أقرب وقت ممكن، ولتفادي إطالة أمد النزاع.

الفرع الثالث

دور الخبرة القضائية في الكشف عن أخطاء الطبيب الجراح

إنّ اللجوء إلى الخبرة الطبية أمر لا مناص منه بالنسبة للقاضي المدني، الذي يجب عليه معرفة مدى توافق عمل الجراح محل النزاع مع الأصول الفنية في مهنة الطب والجراحة، وهذه النتيجة لا يستطيع القاضي التوصل إليها إلاّ عن طريق الاستعانة برأي الخبراء من أهل المهنة الذين يجب على القاضي انتداب خبير أو أكثر منهم لتقديم تحليل علمي للوقائع محل النزاع، يكون مساعداً للقاضي في استلزام الحقيقة بشأن ثبوت خطأ في جانب الجراح المدعى عليه من عدمه⁽²⁾، لكن يبقى إثبات الخطأ الفني عن طريق الخبرة يعد من أهم مشكلات المسؤولية المدنية في المجال الطبي.

أولاً: ضمانات الخبرة الطبية للقاضي في الكشف عن خطأ الجراح

مهما اختلفت طريقة تعيين الخبير، فإنّ الهدف من ذلك يبقى واحداً وهو إعطاء رأيه في أمور فنية أو تقنية لها أهميتها في تحديد مدى خطورة الضرر المحقق من انعدامه، إذ يتعين على الخبير وضع تقييم لهذه الأضرار، وهو ما يساعد على التأكد من مدى وجود الخطأ أو الأخطاء التي أدت إلى وقوع الضرر ومدى مساهمة الجراح في ذلك.

يحدد القاضي مهمة الخبير بكل دقة، والتي يجب أن تنحصر في تقدير الناحية الفنية البحتة، فلا بدّ على القاضي أن يقوم بتقدير الوقائع وأن يدرس كافة الاستدلالات الواضحة

¹ - أنظر تقريباً في هذا المعنى: عباس العبودي، شرح قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص 331.

² - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص. 398.

قبل تسليم المهمة إلى الخبير الفني⁽¹⁾، فتحديد مهام الخبير يدخل ضمن اختصاص القاضي، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 11 مارس 2003⁽²⁾، ويلتزم الخبير المعين من طرف القاضي القيام بعمل محدد⁽³⁾، وذلك خلال الأجل القانوني المحدد لذلك، وذلك بالبحث في المسائل الفنية المتعلقة بالنزاع المعروض على المحكمة، والتي لا علاقة لها بالقانون، خاصة الأمور الفنية غير الواضحة التي لا تكون للقاضي فيها دراية ومعرفة كافية أو مسبقة، ويلاحظ أن الخبير له دور فعال في مساعدة القاضي على ولوج هذه المعارف وفهمها أكثر لتحقيق العدالة المطلوبة.

وعلى هذا الأساس، يعدّ تعيين الخبير الطبي من بين أهم الوسائل الفعالة والأساسية التي تساعد على تسوية النزاع الطبي المعروض على القضاء، إلا أن هذه الوسيلة لن تتحقق إلا بإعطاء هذا الخبير مجالا واسعا للبحث، وذلك في سبيل أن يكون لرأيه المصادقية اللازمة لذلك، ولهذا يجب عليه الإطلاع على الملف الطبي وتمحصه والاستعانة بآراء أطباء آخرون سواء كانت لهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالنزاع القائم.

يقوم الطبيب الخبير المعين بأمر من الجهة القضائية، بعد الانتهاء من إنجاز مهمته، في المهلة المحددة له، بإيداع تقرير الخبرة لدى كتابة الضبط، بعد إتمام كل الإجراءات القانونية، وبالرغم من حرية القاضي المطلقة في الأخذ بما ورد فيه أو عدم الأخذ به، إلا أن تقرير الخبير قد يكون دليلا من أدلة الإثبات في مواجهة الجراح.

يرى الدكتور **مصطفى الجمال** أن سلطة القاضي في نسبة الخطأ إلى الطبيب الجراح بناء على تقارير الخبراء كلها أو بعضها، مقيدة بدلالاتها على الخطأ دلالة واضحة لا محل للتردد بشأنها، فإن تضمنت ما يفيد احتمال ترتيب الضرر على عامل آخر غير خطأ

¹ - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، مرجع سابق، ص 706.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 302397، صادر بتاريخ 11 مارس 2003، (قضية: (أ.أ) ضد (م.ب))، حول موضوع: اختيار وتعيين خبير من اختصاص القاضي وفقا لما يقتضيه العمل في الدعوى من توضيح، فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الآخر)، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الأول 2003. (ص.ص. 289-292).

³ - اليوموري فريدة، مرجع سابق، ص 175.

الطبيب، كان معنى ذلك أن خطأ الطبيب غير ثابت أو على الأقل أنه ليس بالضرورة هو السبب في وقوع الضرر، وكان على القاضي استبعادها⁽¹⁾.

ثانياً: عدم جدوى الخبرة الطبية للقاضي المدني

إذا كان اللجوء إلى الخبرة هو الطريق الطبيعي لإثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي، إلا أنه في كثير من الأحيان، وسيلة لا تجدي نفعا في مجال إثبات خطأ الجراح المدعى عليه، وهذا راجع إلى عراقيل قد تواجه القاضي والمريض على حدّ سواء، لأنّ الحصول على تقرير موضوعي من الخبير تعترضه صعوبات، منها ما هي شخصية ومنها ما هي موضوعية.

1- التضامن المهني بين الطبيب الخبير والجراح محل المساءلة

وهو الأمر الذي يولد نوعاً من التسامح أو المجاملة فيما بينهم، ففي كثير من الحالات يصعب فيها على القاضي العثور على خبير مستعد لتقديم تقرير يدين زميلاً له، وهذا ما يعرف بحالة "ضم الصفوف"، أي الموقف الجماعي لأهل المهنة، مما يزيد وبدون شك من مصاعب المريض أو ذويه خاصة عندما يكون الاختصاص المعني ضيقاً، لأنّ الممارسين يعرفون تقريباً بعضهم البعض⁽²⁾.

تعتبر هذه الصعوبة من أبرز وأدقّ صعوبات الخبرة الطبية، لأنّ الخبير المكلف بإثبات ما إذا كان هناك خطأ فني أم لا من جانب الجراح محل المساءلة، هو طبيب من ذات الوسط الطبي، تقوم بينه وبين الأطباء الآخرين علاقات زمالة، ومهمة الخبرة تتناقل فيما بينهم بالتناوب، وبطبيعة الحال، فإنّ تجاوز الخبير للقواعد الفنية التي تحكم عمله لا يتسنى للقاضي أن يتبينه، إذ أنه ليس بإمكان هذا الأخير، ولا المريض المضروب إكتشاف الخطأ الفني⁽³⁾.

¹ - مصطفى محمد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 108.

² - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 459-460. أنظر كذلك: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 400. BOUSSOUF-HAMANA Naziha, Op. cit., p.9.

³ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 218-219.

مما لاشك فيه، أنه متى ثبت للقاضي، الذي يتفحص تقرير الخبير، مثل هذا تضامن الخبير وتستتره عن أفعال الجراح المسؤول، والذي يعتبر قصورا في شرف ونزاهة المهنة، وتزويرا وتغليطا للجهة القضائية التي عينته، أن يدينه أشد الإدانة، هذا من جهة، كما يجب على القاضي أن لا يتردد في استخدام وتأكيده حرية التقدير والأخذ التي تعترف له بها النصوص القانونية⁽¹⁾ في مواجهة رأي هؤلاء الخبراء من جهة أخرى⁽²⁾.

2- صعوبة تحديد والكشف عن خطأ الطبيب الجراح

إن قيام الطبيب الخبير بتحديد خطأ الجراح ليس بالأمر المؤكد والسهل في غالب الأحيان، فليس بمقدوره أن يقدر على نحو دقيق الموقف الذي وجد فيه الجراح محل المساءلة، والذي كان يمارس عمله في ظروف مختلفة، إذ أن الخبير لكي يقدم تقريراً صحيحاً يجب أن يكون في مقدوره معرفة هذه الظروف الواقعية، فالصعوبة هنا تكمن في الاختلاف الكبير بين المعطيات المجردة والحقيقة الواقعية الملموسة، فتعجز الخبرة الطبية عن كشف السبب وتبيان الحقيقة⁽³⁾.

بالرغم من وجود هذه الصعوبات في الميدان العملي، إلا أنه توجد عدة ضمانات يمكن أن تجعل الوصول إلى الحقيقة ليس بالأمر المستحيل:

- فيما يخص صعوبة التضامن بين أفراد المهنة الواحدة، فهناك الكثير من الأطباء من يؤدون واجبه المهني على أحسن وجه، وتمنعهم ضمائرهم وسمعتهم من أن يقدموا تقريراً مغلوفاً محاباةً لزميلهم، كما توجد عقوبات يمكن أن يواجهها الطبيب الخبير لو ثبت تزوير التقرير الذي قدمه للقضاء، وهو الأمر الذي يشكل ردعا لكل خبير يحاول إخفاء أخطاء

¹- تنص المادة 2/144 من ق.إ.م.ج على أنه: "...القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة".

²- محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، مرجع سابق، ص 174.

³- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص ص 237-238. أنظر كذلك: علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 163. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 218. محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، مرجع سابق، ص 173.

زملائه على حساب العدالة، ولتفادي الوقوع في هذه الصعوبة يفضل أن يكون الخبير المكلف بمهمة في القضايا الطبية يعمل خارج اختصاص المجلس الذي وقع فيه النزاع.

- إنَّ عجز الخبير في تقدير الموقف الذي وجد فيه الجراح المخطئ أمر نادر الحدوث، ذلك أنَّ الخبير لا يكتسب هذه الصفة، إلا إذا كان أهلاً لها، وما اكتسابه صفة الخبير إلا دليل على تمكنه من القيام بذلك، وبالتالي فهو قادر على تصور وتقدير المواقف بشكل يماثل الحقيقة.

- تمتع القاضي بسلطة واسعة في تقدير تقرير الخبير والأخذ به أو تركه إذا وجد فيه ما يتم من محاباة أو مجاملة الخبير للجراح المدعى عليه، وكذا حق القاضي في ندب أكثر من خبير في ذات النزاع ومن ثم المفاضلة بين تقاريرهم، والأخذ بالتقرير الذي يطمئن إليه⁽¹⁾.

¹- أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص ص 400-401.

الفصل الثاني

قيام المسؤولية المدنية للجراح

يعتبر الضرر الركن الثاني في المسؤولية المدنية، سواء كانت عقدية أو تقصيرية، فلا يكفي لقيام هذه المسؤولية وقوع الخطأ، وإنما يجب أن يترتب عن وقوع الخطأ ضرر، إذ لا مسؤولية مدنية ما لم يوجد ضرر.

وعليه، تقوم المسؤولية المدنية للجراح، عقدية كانت أم تقصيرية، على وجوب تعويض المضرور عما لحقه من ضرر، فللضرر أهمية بالغة لقيام مسؤولية الجراح، فهو جوهر المسؤولية وركنها الثاني، وإذا تخلف هذا الركن لا تقبل دعوى المسؤولية، تطبيقاً لقاعدة " لا دعوى بغير مصلحة"، فلا يكفي مجرد وقوع الخطأ، ولا يكون هناك محل لتعويض المريض ما لم يثبت أنّ هذا الخطأ قد ألحق به ضرراً ما.

وعلى هذا الأساس، يعتبر الضرر عنصر وجوبي في مجال المسؤولية الطبية، حتى يتمكن المضرور المطالبة بالتعويض، وأمام نقض وقصور نصوص قانون الصحة ومدونة أخلاقيات الطب في تنظيم هذا الركن، فإنه لا بدّ على القاضي الرجوع إلى القواعد العامة. لا يخرج الضرر في مجال المسؤولية الطبية في أحكامه عن أحكام القواعد العامة، وبالتالي لا بدّ من تطبيق تلك الأحكام على الضرر في مجال التدخل الطبي الجراحي (المبحث الأول).

تعدّ إصابة المريض بضرر من جراء عملية جراحية، نقطة البداية للحديث عن المسؤولية المدنية للجراح، فهو ضروري، به تحدد المسؤولية، إذا أثبت المضرور الضرر الذي أصابه والنتائج عن خطأ الجراح حق له التمسك بالمسؤولية المدنية لهذا الأخير (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ارتباط خطأ الجراح بضرر المريض

لا بدّ لقيام المسؤولية المدنية الطبية أن يقع خطأ من الطبيب الجراح أثناء التدخل الجراحي، والتمثل في خروج الجراح عن أصول مهنته وعدم بذله العناية المعتادة التي يبذلها أوسط الأطباء في مجال تخصصه وخبرته، وإنّما يلزم أن يلحق بالمريض من جراء هذا الخطأ، ضرر يتمثل في الإخلال بمصلحة مشروعة له أو مساس مصالح مقررة له ومحمية قانوناً، وأن توجد علاقة سببية بين الخطأ الذي ارتكبه الجراح والضرر الذي أصاب المريض.

ولا يكفي كذلك وجود ركني الخطأ والضرر وحدهما لقيام مسؤولية الجراح، إنما يلزم إلى جانب هذين الركنين وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ والضرر، أي أن يثبت أن الخطأ كان سبباً في الضرر الذي أصاب المريض.

على هذا الأساس، لا يكفي أن يرتكب خطأ من جانب الطبيب الجراح، ولا يكفي أن يكون إلى جانب الخطأ حدوث ضرر، فقد يقع الخطأ دون أن يكون هو السبب فيما لحق المريض من ضرر، كما لو حصل إهمال من الجراح في إجراء عملية جراحية للمريض، ثم أصيب هذا الأخير بأزمة قلبية حادة لا ترجع إلى خطأ الجراح، مما يؤدي إلى وفاته.

ولذلك يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فهذه الأخيرة لها أهمية كبيرة، إذ يتحدد على ضوءها قيام المسؤولية من عدمه، فعلى المريض المضروب الذي يريد أن يلزم الجراح بالتعويض أن يثبت علاقة السببية بين الخطأ المنسوب للجراح والضرر اللاحق به.

بناءً على ما سبق، تتنوع صور الضرر الطبي الذي يصيب المضروب، فإمّا أن يمس كيانه الجسدي، أو ذمته المالية، ويمكن أن يمتد ليصيب شعوره وعاطفته (المطلب الأول)، وليس كل ضرر يلحق بالمضروب يستوجب التعويض، بل لا بد أن تتوافر فيه الشروط المحددة قانوناً (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نطاق الضرر الناتج عن خطأ الجراح

إنّ الضرر المقصود في إطار المسؤولية الطبية هو أثر لخطأ الطبيب الجراح أو إهماله بالقيام بواجب الحيطة أثناء ممارسته للعمل الطبي الجراحي وليس الضرر الناجم عن عدم شفاء المريض أو عدم نجاح العملية الجراحية، لأنّ عدم الشفاء لا يكون في ذاته ركن الضرر.

لا يمكن مساءلة الجراح ما لم يترتب عن خطئه ضرر للمريض، فإذا أصاب المريض ضررا في حياته أو سلامة جسده كان ضررا جسديا، ويمكن أن يصيبه كذلك في ذمته المالية حيث ينفق مبالغ مالية معتبرة قصد العلاج وإصلاح الخطأ، ممّا ينقص من هذه الذمة المالية هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يفقد المريض المصاب بهذا العجز دخله نهائيا أو بصفة مؤقتة، ويعتبر ضررا ماليا أو اقتصاديا، وكلا من الضرر الجسدي والمالي يعتبران ضررا ماديا (الفرع الأول).

كما قد يصاحب المساس بالكيان الجسدي شعور المريض بآلام جسدية ونفسية، إلى جانب شعوره بالحزن والأسى، كما قد يمتد الضرر ليمس مظهره الجمالي ومكانته الاجتماعية والمهنية، ويعتبر في هذه الحالة ضررا معنويا أو أدبيا (الفرع الثاني)، وقد يدخل في عناصر الضرر ما يسمى بتفويت الفرصة التي يجب التعويض عنها (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الضرر المادي

يعتبر الضرر ركن أساسي لقيام المسؤولية المدنية، وأجمعت التعاريف الفقهية على أنه "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك" (1).

¹ - مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 40.

وعلى هذا الأساس، لا يسأل الجراح إلا عما سببه للمريض من ضرر، إذ قد يصاب هذا الأخير بضرر قد يمس حياته أو بسلامته الجسدية (أولاً)، أو ينقص من ذمته المالية (ثانياً)، ويقصد به في هذه الحالة بالضرر المادي.

أولاً: الضرر الجسدي

هو كل ضرر يمس الشخص في بدنه، ويسمى كذلك الضرر الجسماني، ينتج عن الاعتداء على جسم الإنسان بأي نوع من أنواع الاعتداء كالجروح والإصابات المختلفة، لذلك فهو الأذى الذي يصيب جسم الإنسان، وهذا الأخير قد يقع على حق الإنسان في الحياة فيزهق روحه، أو على مبدأ التكامل الجسدي، أو الحق في السلامة الجسدية (1) إذ يمس بدنه بالأذى ليسبب له عجزاً جسمانياً.

1- الضرر الجسدي المفضي للوفاة

يقصد به في المجال الطبي، الضرر الذي ترتبت عنه الوفاة، ويعتبر أشد أنواع الضرر، وذلك لإصابته الروح، كتأخر طبيب التخدير المشرف على حالة المريض وهو تحت التخدير أثناء التدخل الجراحي بعدم الإسراع والسعي إلى إفاقة المريض وحصول موت خلايا المخ وبالتالي موت الدماغ (2).

يمكن أن يرتكب الطبيب خطأ في مرحلة التشخيص، ويعتبر هذا الأخير من الأخطاء الشائعة التي يرتكبها الأطباء والجراحين، إذ يفترض في الطبيب وهو يقوم بتشخيص المرض أن يكون محيطاً بالأصول الطبية، فإذا وقع منه خطأ مرده الإهمال أو الرعونة أو جهل للأصول، فإن ذلك يعرضه للمسؤولية (3)، خاصة إذا ترتب عن خطئه في التشخيص وفاة المريض.

يعتبر الطبيب أو الجراح مسؤولاً عما يبذله من عناية في علاج المريض، ويكون ذلك عن طريق تحديد طبيعة المرض واختيار العلاج المناسب له، والخطأ في هذه الحالة يكون في صورة ما إذا قام الطبيب باختيار العلاج دون مراعاة ما إذا كان جسم المريض يحتمله كحالة

¹ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 402.

² - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 59.

³ - HANNOUZ (MM) - HAKEM (AR), Op. cit., pp. 51-52 .

إعطاء جرعة لا يتحملها جسم المريض عن طريق الحساسية خاصة إذا كان الطبيب أخصائياً⁽¹⁾.

تتطوي الجراحة على مخاطر عديدة، لكنها قد تكون العلاج الوحيد لاستئصال الداء الذي يشكو منه المريض وهو ما يفرض على الأطباء الجراحين بذل عناية دقيقة ويقظة سواء في مرحلة الإعداد للعملية الجراحية أو أثناءها أو بعدها، فقد يترتب في بعض الحالات ارتكاب الجراح لخطأ من شأنه أن يؤدي إلى وفاة المريض⁽²⁾.

2- العجز الجسدي

يتمثل في تلك الإصابة التي تصيب جسد المريض وما يترتب عنه من عجز جسماني، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الإنتقاص من وظائفه أو إحداث جرح أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل⁽³⁾، فقد يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي لبعض وظائف الجسم، بمعنى إصابة المريض نتيجة خطأ الجراح، أو بسبب سوء العلاج الذي يتلقاه في المستشفى بعاهة مستديمة⁽⁴⁾.

يترتب على خطأ الجراح في التشخيص المسّاس بسلامة المريض الجسدية، كإصابته بعاهة، أو عجز دائم، أو عجز مؤقت، كما قد يؤدي سوء العلاج إلى فقدان المريض لعضو من أعضائه، فيصاب بعاهة مستديمة.

ثانياً: الضرر المالي أو الإقتصادي

يتمثل الضرر المالي في المجال الطبي في الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية، أو إجراء عملية جراحية، كما لو أدى التدخل الجراحي إلى إصابة ساق المريض بتعفن فينفق مبالغ مالية من أجل إجراء عملية جراحية أخرى، كذلك دفع مبالغ مالية

¹ - يزيد دلال ومختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد الثالث 2005، ص.ص. 61 - 62.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق، ص 154.

³ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 180.

⁴ - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 59.

أخرى مقابل إقامته في المستشفى⁽¹⁾، وما فاتته من كسب نتيجة تعطله عن العمل خلال فترة خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي⁽²⁾، بمعنى إضعاف قدرته على الكسب كلياً أو جزئياً بسبب العجز، ويرجع هذا إلى الإصابات البدنية، كالأنداب والتشوهات والحروق⁽³⁾.

يمكن أن يلحق الضرر المالي ذوي المريض في حالة وفاة العائل لهم، أو لمن يثبت أنّ المريض المتوفى كان يعوله وقت وفاته، إذ يصاب أولاد المتوفى بضرر مالي بسبب حرمانهم من حقهم في نفقة والدهم، نفس الضرر يصيب أقارب المريض المتوفى، متى أثبتوا بأن هذا الأخير كان يعولهم فعلاً على نحو دائم ومستمر، وأنّ فرصة الإستمرار في ذلك كانت محققة⁽⁴⁾.

يشمل الضرر المالي على عنصرين: المصاريف والنفقات التي خسرها المضرور في العلاج وإجراء العملية الجراحية وشراء الأدوية ومصاريف إقامته في المستشفى، فنجد مثلاً مصاريف جراحة التجميل جد مرتفعة. وكذلك انقطاع دخله الشهري، بسبب تعطله عن العمل نتيجة خطأ الجراح.

يجتمع الضرر المالي والجسدي معاً، كما لو أصيب شخص بعاهة مستديمة نتيجة خطأ الطبيب، فيشكو ضرراً جسدياً وضرراً مالياً نظراً لما يتطلبه من علاج ونفقات شراء الأدوية وتعطله عن العمل⁽⁵⁾، كما لو سقط شخص فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير، فأصيب بكسور على مستوى ساقيه، فيشكو المريض ضرراً جسدياً يتمثل في الكسور، وضرراً مالياً يتمثل في المبالغ المالية التي ينفقها في سبيل علاجه.

1 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، 2004، ص 92.

2 - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 59.

3 - منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص 50.

4 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق، ص 484.

5 - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 180.

الفرع الثاني

الضرر المعنوي

يتمثل الهدف الأساسي من إقامة المسؤولية المدنية في جبر الضرر المترتب عن إخلال بالتزام عقدي أو الناتج عن الإخلال بالتزام قانوني، أي التعويض عنه أيًا كان ماديا أو معنويا، رغم أنه لم يكن يهتم في البداية بالضرر المعنوي بنفس درجة الضرر المادي لصعوبة تقديره، بسبب الجدل القائم بين الاعتراف والرفض.

لا يترتب عن الضرر المعنوي أيّ خسارة مالية عكس الضرر المادي الجسدي والاقتصادي، وهذا ما خلق في البداية مشكلة التعويض عن الضرر المعنوي، حيث ظهر جدل فقهي حول مدى وجوبية التعويض عن الضرر المعنوي، فانقسم الفقه إلى معارض ومؤيد.

إتجه جانب من الفقه إلى عدم جواز التعويض عن الضرر المعنوي، واستند على الطابع غير المالي لهذا النوع من الضرر، ويرفض التعويض عنه، بحجة أنّ هذا النوع من الضرر غير مادي وبالتالي يستحيل التعويض عنه، ولأنّه لا يلحق بالمضّرر أية خسائر مالية، أي أنّه لا ينقص شيئا من ذمته المالية⁽¹⁾.

كذلك، فمن الصعوبة تقدير الأضرار المعنوية نقدا، كما أنّ التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي لا يزيل آثار الضرر كما هو الحال في الضرر المادي، فهو لا يمحو الأحزان والآلام والأوجاع كما لا يرجع الجمال الضائع⁽²⁾، لأنّه إذا كان الهدف من التعويض هو إزالة آثار الضرر فإنّ هذا الهدف لا يمكن تحقيقه في مجال الضرر الأدبي، فالمال لا يوازي الآلام والأحزان، كما أنّه لا يعوّض الغياب الأبدي والفقد المؤبد، فأضرار كهذه لا يعوضها مال⁽³⁾.

¹ - مقدم السعيد، مرجع سابق، ص 66-67. أنظر كذلك: فيلاي علي، مرجع سابق، ص 286.

² - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 280.

³ - عبد السلام عبد الجليل سالم، التعويض عن الضرر الأدبي، مجلة الباحث، (د.د.ن) العدد السابع، (د.ت.ن)، ص 291.

ظهر إتجاه آخر في الفقه الفرنسي مناقض للرأي الأول، يرى جواز التعويض عن الضرر المعنوي، يؤكد أنّ الضرر المعنوي كالضرر المادي لا يثير أية صعوبة من حيث المبدأ، فكلاهما قابل للتعويض متى توافرت شروطه، ومن ثم يجب أن يعوض عن الضرر المعنوي تعويضاً نقدياً، طالما كان هذا الضرر مشروعاً. لذلك لا ينبغي أن يعطى لعبارة تعويض مفهومين ضيقاً، ففي رأي الأستاذ " دلمّا " Delmas يتمثل المعنى الحقيقي لعبارة تعويض تقديم البديل وطالما أن النقود هي أحسن بديل فالتعويض يكون نقدياً⁽¹⁾.

جعل أنصار هذه النظرية التعويض عن الضرر المعنوي وسيلة لإرضاء للنفس، ومواساة المضرور للتخفيف من شدة ألامه بمعنى الترضية أساساً للتعويض، تجعل المريض يتحمل ألامه ويسهى عنها بتوظيف المال بما يعود عليه بالنفع⁽²⁾.

وفي المجال الطبي، يمتد الضرر الناتج عن الإصابة الواقعة على الجسم بفعل خطأ الطبيب أو الجراح، ليشمل الضرر المعنوي إلى جانب الأضرار المادية الجسدية والمالية، لذا فلا بدّ من تحديد مفهوم الضرر المعنوي الموجب للتعويض (أولاً)، ثم بيان صورته (ثانياً) وأخيراً كيفية تقديره (ثالثاً).

أولاً: التعريف بالضرر المعنوي أو الأدبي

أقر القانون الروماني مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وذلك دون تفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، ثم انتقلت فكرة التعويض عن هذا الضرر إلى القانون الفرنسي⁽³⁾.

يطلق على الضرر المعنوي كذلك مصطلح الضرر الأدبي، فهذا الأخير أصبح شائعاً لوصف الجانب غير الملموس من الضرر، إلّا أنّه عند التدقيق في هذه المصطلحات نجد اختلاف بين الضرر المعنوي والأدبي، فالأول ينجم عن المسّاس بجسم الإنسان كتشويهه أو

¹- Delmas disait : « Réparer, c'est fournir un équivalent et comme l'équivalent par excellence est l'argent, la réparation est pécuniaire » .

نقلاً عن مقدم السعيد، مرجع سابق، ص 79.

² - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 167. للمزيد من التفاصيل راجع: مقدم السعيد، مرجع سابق، ص 103 وما بعدها.

³ - مقدم السعيد، مرجع سابق، ص 60 وص ص 112-115.

عاهة معينة، أما الثاني يمسّ كرامة الشخص وشرفه، فهو متعلق بالأدبيات والأخلاقيات، إلا أنّه جرى الفقه ومعظم التشريعات على عدم التفرقة بينهما.

يراد بالضرر المعنوي الأذى الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي، لذلك فهو ضرر يصيب مصلحة غير مالية للمضرور.

في المجال الطبي هو ما يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة معاناة وآلام تنتج عن مجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته أو عجزه نتيجة خطأ الطبيب أو الجراح، ويبدو كذلك في الآلام الجسدية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها، ويتمثل أيضا فيما قد ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الأعضاء⁽¹⁾، التي تتمادى بعد الحادث وخلال العلاج وقد تستمر بعدها، ما يخلق لدى المريض عقدا نفسية وشعورا بالنقص وبالحاجة إلى الآخرين، أكثر من ذلك فهو يمسّ بمشاعر المريض وعاطفته وبمكانته العائلية والمهنية والاجتماعية، كالتشويه الذي تتركه الإصابة في موضع بارز من الجسم خصوصا الوجه، فينعكس سلبا على نفس الضحية مما يحدث لديها الألم والشعور بالانتقاص⁽²⁾.

عرضت قضية على محكمة "باريس" Paris بتاريخ 1 مارس 1949 تتلخص وقائعها، أن طبيب وضع الجبس على قدم مريض، فأخذ هذا الأخير يصرخ من شدة الألم طوال الأيام التالية بشكل غير عادي، ولم يعر الطبيب أي اهتمام لهذه الآلام، مما أدى بعد مرور أيام إلى شلل حركة أعصاب القدم والأوعية الدموية التي تغذيها، مما أدى إلى حدوث "غنغرينا" GANGRINE لا يمكن معالجتها إلا ببتن الساق، وكان سبب هذا البتر هي الأخطاء المتعددة من قبل الطبيب المعالج⁽³⁾.

أكد المشرع الجزائري ضرورة الاعتراف بالضرر المعنوي، فيكون بذلك قد فصل في النقاش الحاصل حول مدى التعويض عنه في القانون المدني، فاستحدثت المادة 182 مكرر بمناسبة تعديل هذا القانون بموجب قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، التي

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 169. للمزيد من التفاصيل أنظر: منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 60. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 1714.

² - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 187 و188.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 161.

تنص على أنه: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة ".

وتجدر الإشارة إلى أنه يعاب على هذا النص من زاويتين، فمن جهة استعمل فيه المشرع عبارة تعويض عن الضرر المعنوي، وهذا أمر مستحيل التحقق، فمهما كان مقدار النفود التي يحكم بها القاضي للمضرور، فهذا التعويض لا يمكن أن يتناسب مع حجم الضرر، لذا كان عليه استبدال مصطلح تعويض بمصطلح آخر كإصلاح الضرر المعنوي. ومن جهة أخرى، يبقى كذلك هذا النص ناقصاً، لأنّ المشرع اكتفى بحصر الضرر المعنوي في ذلك الضرر المتمثل في الآلام النفسية التي تسببها التشوهات أو العاهات نتيجة الأخطاء الطبية الجراحية واستعمال الأجهزة الطبية والمنتجات المختلفة، وكذا الآلام التي تلحق بالعاطفة والشعور.

ثانياً: صور الضرر المعنوي

حاول بعض الفقه أن يقسم الأضرار الأدبية إلى قسمين، يتناول الأول الذمة الأدبية من جانبها الاجتماعي، ويتمثل ذلك فيما يصيب الشخص في شرفه واعتباره، وأما الثاني فيتناول الذمة الأدبية في جانبها النفسي كالمشاعر والعواطف. وذهب اتجاه آخر في الفقه إلى أنّ الضرر الأدبي منه ما يصيب البدن كالجروح والحروق، ومنه ما يصيب سمعة الإنسان وشرفه واعتباره ومعتقداته الدينية.

أما الرأي الغالب في الفقه فيقسم الضرر الأدبي إلى ثلاثة أنواع ، نوع يتعلق بالجانب الاجتماعي للذمة المالية، كالحقوق التي ترتبط بحرية الشخص وشرفه واعتباره، ونوع ثان يتعلق بالجانب النفسي للذمة الأدبية كالمشاعر والعواطف، ونوع آخر يتناول الآلام النفسية التي يصاب بها الشخص نتيجة الاعتداء على جسمه⁽¹⁾.

يلاحظ أنّ اختلاف الفقه في حصر أنواع الضرر المعنوي يعود إلى تعدّد صورّه، لأنّ تعدد الحقوق والمصالح ينتج عنه تعدد صور الأضرار الناتجة عن الاعتداء على هذه الحقوق، وبالرغم من صعوبة حصرها إلاّ أنّه يتوجب تصنيفها.

¹ - عبد السلام عبد الجليل سالم، مرجع سابق، ص 161.

1- الآلام الجسمانية والنفسية

تحدث الآلام الجسمانية للمصاب ضرراً معنوياً بخلاف الضرر المادي، بالرغم من ملازمة الأول للثاني، إذ بدون الضرر المادي لا وجود لمثل هذه الآلام، فالمريض يشعر بآلام جسمانية نتيجة المساس بسلامة جسده إثر استعمال أدوات وأجهزة طبية من قبل الطبيب أثناء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي، مثل إصابة مريض بآلام جسدية نتيجة التهابات التي لحقت به نتيجة تعرض جلده إلى كمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في منظم جهاز الأشعة، أين قضت محكمة " مونبلييه " Montpelier بتاريخ 10 مارس 1948 بمسؤولية الطبيب عن هذه الالتهابات التي لحقت المريض⁽¹⁾.

منح القضاء الفرنسي تعويضاً عن الضرر المتمثل في الآلام النفسية الذي نتجت عن المساس بجسم مريض إثر عملية جراحية، فقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1980 بأن الآلام النفسية التي عانها المصاب على إثر العملية الجراحية التي أجريت له عقب الحادث تشكل ضرراً تستوجب التعويض⁽²⁾.

2- الحرمان من متع الحياة المشروعة:

يتخذ الضرر المعنوي صورة أخرى تتمثل في الحرمان من متع الحياة المشروعة المترتب عن عدم قدرة المتضرر الجسدية أو العقلية على أن يعيش حياة عادية مثله مثل باقي البشر، سواء تعلق الأمر بقدرته على أداء حاجاته اليومية من أكل وشرب أو الحرمان من الإنجاب بسبب ما أصابه من عطل أعجزه جسدياً⁽³⁾، أو إصابة الشخص بشلل في ساقه ومن شأن هذه الإصابة أن تمنعه من ممارسة الرياضة التي إعتاد عليها⁽⁴⁾ أو أن يترتب عن خطأ الطبيب في علاج المريض إصابة هذا الأخير بشلل في ساقه، مما يجعله لا يحيا حياة

¹ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 156.

² - ياسين محمد يحي، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 115

³ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 188.

⁴ - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات (بيروت - باريس) وبين ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، 1984، ص ص 277-278.

عادية، فإذا كان المصاب طفل فمن شأن الإصابة أن تحرمه من التمتع بطفولته، أو إذا كان المصاب مؤهل للزواج فإن الإصابة تحرمه من متعة الزواج.

لا يقوم الضرر المعنوي بالنسبة للمضرور إلا بقيام الإصابة الجسدية، فهذا النوع من الضرر التابع قد يقتصر على المريض المصاب ذاته، وقد يمتد إلى غيره من أقاربه وذويه، وهو في الحالة الأولى يكون مرتبطا بالإصابة الجسدية ذاتها، فالإصابة الجسدية تؤدي دائما إلى مثل هذا الضرر الأدبي، أما في الحالة الثانية التي يلحق بغير المصاب كما في حالة الوفاة، فيكون له استقلاله عن الضرر الجسدي الذي لحق المصاب وحده⁽¹⁾.

لكن قد يحدث الضرر المعنوي مستقلا عن الضرر الجسدي الذي لحق بالمريض، مثل عدم احترام كرامة المريض وعرضه وشرفه أثناء قيام الطبيب بالعمل الطبي، أو في حالة إفشاء الطبيب لأسرار المريض⁽²⁾ الذي يعتبر إخلالا منه بالالتزام الذي تفرضه عليه المهنة والقانون، فيصيب المريض في سمعته واعتباره⁽³⁾، فيحق للمريض أو ذويه في حالة تضرره اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، وهذا ما حدث بمناسبة قضية الرئيس الفرنسي السابق "فرنسو ميتيرون" François METIRAND والمعروفة بقضية "السر الكبير" Le grand secret سالفة الذكر.

3. الضرر الجمالي:

تبدو أهمية الضرر المعنوي أكثر في مجال جراحة التجميل، وهذا راجع إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة، ويسمى الضرر الجمالي Dommage esthétique بغض النظر عن الضرر التألمي، إذ نميز في مجال جراحة التجميل بين نوعين من الضرر الجمالي، فهناك ضرر يصيب حسن الملامح والخلقة بالنسبة للمضرور كشخص عادي، ونجد الضرر الجمالي الذي ينعكس على مهنة المصاب، كما هو الحال بالنسبة للفنانين، وبعض المهن التي

¹ - قماروي عز الدين، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر 2003، ص 54.

² - راجع المواد من 36 إلى 41 من م.أ.ط.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في القانون المدني الجديد...، مرجع سابق، ص 766.

تتطلب مظهراً لائقاً⁽¹⁾، فالشخص الذي يلجأ إلى جراح التجميل لغرض إجراء عملية جراحية بغية إزالة عيب بسيط، وبعد العملية يزيد وجهه عيباً وتشوهاً، فهنا الضرر الجمالي لا بد من النظر إليه بأكثر حساسية بالمقارنة إلى العيوب الناتجة عن الجراحات الأخرى، التي قد لا يهتم المريض بشكله أو مظهره، وإنما هدفه الوحيد هو صحته وعافيته، وبالتالي فالضرر الجمالي الذي هو صورة من صور الضرر المعنوي أكثر تقديراً.

يختلف الضرر المعنوي من شخص إلى آخر، فالشاب ليس كالمسن، والفتاة ليست كالولد، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي يتركها العجز والتشوه على حالة الشخص المضروب، بالنظر إلى عمله، وظروفه الاجتماعية⁽²⁾. فالمنطق يقضي بتقديره بمعيار شخصي⁽³⁾.

يعود للقاضي تحديد مدى وجود هذا الضرر، وأن يقدر التعويض عنه نقوداً، إلا أن تحديد هذا التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود أمراً عسيراً من الناحية العملية فالسمعة الإنسانية والمكانة الاجتماعية والعاطفة والحزن لا يمكن تقديرهم بالمال، لذلك فالتعويض عن المساس بهما كوسيلة إرضاء أكثر منه لإعادة وضع اهتز إلى حالته الأولى لأن ما حصل قد حصل ولا يمكن محوه⁽⁴⁾.

ثالثاً: كيفية تقدير التعويض عن الضرر المعنوي

لا يثير الضرر المادي أي إشكال أو صعوبة في تحديده ولا في التعويض عنه، في حين أن الضرر المعنوي يجد القضاء صعوبة في تقدير التعويض عنه، الأمر الذي جعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ذلك.

إذا كان الأصل في تقدير التعويض عن الضرر المادي هو الاعتماد على عناصر معينة، ومضمون تقرير الخبرة الذي يتضمن نسب العجز التي حددها الخبير المكلف بتحديد مختلف الأضرار وتقييم نسب العجز، إلا أنه في تقدير الضرر المعنوي، للقاضي السلطة

¹ - بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني،

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 71.

² - عشوش كريم، مرجع سابق، ص 201.

³ - قمرأوي عز الدين، مرجع سابق، ص 54.

⁴ - مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 64.

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

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

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

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

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

وعلى هذا الأساس، لا يتقيد قاضي الموضوع بمعيار ثابت لتقدير التعويض عن الضرر المعنوي نظراً لطبيعته واختلافه من شخص إلى آخر، كما عليه مراعاة الحالة الصحية للمضرور أثناء تقدير هذا التعويض.

الفرع الثالث

نحو الإعراف بضرر تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة

رغم أن الإقرار بضرورة التعويض عن ضرر تفويت الفرصة يعتبر خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بأن الضرر الذي يقبل التعويض هو الضرر المحقق سواء كان هذا الضرر قد وقع بالفعل أو أن وقوعه في المستقبل لا محالة فيه، إلا أن الفرصة وإن كانت أمراً محتملاً فإن تفويتها أمراً محققاً، وتنبولر هذه الفكرة في حالة ما إذا كانت هناك فرصة أمام شخص لكسب معين، أو تجنب خسارة معينة، والحيلولة بين هذا الشخص وبين محاولته تحقيق فرصته تقضي على هذا الاحتمال، وتحيل الفرصة التي كانت أمراً محتملاً إلى مستحيل، وهو الأمر الذي جعل القضاء يكرس نظرية تفويت الفرصة الناتج عن الأخطاء الطبية الجراحية (أولاً).

والجدير بالذكر أنه لم يقتصر تطبيق نظرية تفويت الفرصة على الأخطاء الطبية الفنية بصفة عامة، وعلى الأخطاء الجراحية على وجه الخصوص، إنما عرفت أيضاً تطبيقاً أعلى الأخطاء الطبية الأخلاقية والإنسانية، منها إخلال الطبيب بالتزام إعلام المريض قبل إجراء أي تدخل طبي علاجي أو جراحي (ثانياً).

أولاً: تبني نظرية تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية الجراحية

عارض بعض الفقهاء، بل أحد كبارهم وهو العميد سافاتييه SAVATIER نظرية تفويت الفرصة مستنداً إلى عدة اعتبارات أهمها عدم إمكانية توليد المسؤولية لخطأ لم يكن السبب في حدوث الضرر، كما أن تفويت الفرصة في النجاة أو الشفاء تتنافى مع طبيعة التزام الجراح الذي هو في الأصل التزام ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة⁽¹⁾.

¹ - نقلاً عن: محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية...، مرجع سابق، ص ص 93-94.

وعلى النقيض من ذلك، عرفت هذه النظرية في نطاق المسؤولية الطبية تأييدا معتبرا من الفقه، ومن بين رجال القانون الذين أيّدوا ذلك: تانك TUNC، ورابي RABBE، ديري DIRI ومونزان MONZEIN، بحجة أنّه كثيرا ما يحاول الخبراء، وهم أطباء وجراحين بالضرورة، إبعاد المسؤولية عن زميلهم المخطئ، وقد يفعلون ذلك لاشعوريا بتأثير الزمالة، فيشكّون في أن يكون الخطأ رغم ثبوته هو السبب الأكيد للإصابة الجسدية أو الوفاة، مما يؤدي إلى انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر وإلى حرمان المريض أو ذويه من كل تعويض، وحينئذ يستطيع القاضي عن طريق نظرية تقويت فرصة الشفاء أن يفوّت عليهم غرضهم فيحكم بتعويض المضرور ولو تعويضا جزئيا على الأقل⁽¹⁾.

وفي ضوء ذلك عرفت نظرية تقويت الفرصة تطبيقا شائعا في مجال الأخطاء الطبية الفنية من قبل القضاء الفرنسي الذي استقر على مبدأ مفاده أنّ كل خطأ طبي فني، إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي، فهو على الأقل سببا في تقويت فرصة على المريض، فرصة شفاؤه أو بقاءه على قيد الحياة.

وننوه إلى أنّه يجب على القاضي قبل تطبيق نظرية تقويت الفرصة ضرورة التأكّد من وجود فرص جدية تثبت أنّ لولا الخطأ الطبي الثابت لأمكن اتخاذ احتياطات مناسبة لتجنب الضرر النهائي اللاحق بالمريض⁽²⁾.

ولقد كرّس القضاء نظرية تقويت الفرصة على كل الأخطاء التي يرتكبها الجراح، ونميز في هذا الصدد بين الأخطاء الطبية الإيجابية والأخطاء السلبية، يكون خطأ الطبيب المتمثل في انحرافه عن السلوك المعتاد، إما في صورة فعل فيكون خطئه إيجابيا، أو في صورة امتناع وبالتالي فهو خطأ سلبي.

1- تطبيق نظرية تقويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية الإيجابية أثناء التدخل الجراحي

قد يفوت الطبيب الجراح فرصة الشفاء على المريض أثناء ارتكابه خطأ في مرحلة التشخيص أو في مرحلة تنفيذ التدخل الطبي الجراحي.

¹ - محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مرجع سابق، ص 93.

² - DORSNER- DOLIVET Annik, Op. cit., p. 148 et p. 150.

أ- تفويت الفرصة بمناسبة الخطأ في التشخيص

تعتبر محكمة قرونوبل Grenoble أول من طبقت نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمناسبة خطأ الطبيب في تشخيص المرض، وذلك في حكمها الذي أصدرته في 24 أكتوبر 1961، إذ اعتبرت أنّ خطأ الطبيب في عدم تطبيق العلاج المستهدف من التدخل الطبي، أدى إلى حرمان المريض، بصفة أكيدة، من فرصة حقيقية للشفاء⁽¹⁾.

أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1965⁽²⁾ القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7 جويلية 1964، والذي قضى بالتعويض على المريض على أساس فوات الفرصة في الشفاء، وتتلخص وقائع القضية في إصابة طفل يبلغ من العمر 8 سنوات، إثر سقوطه فأصيبت يده اليمنى وشخصها الطبيب على أنّها كسر بالجزء السفلي من عظم الفخذ الأيمن، وعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص، ولم يفلح الطبيب المعالج في شفاء الطفل الذي ظل يعاني من آلام مبرحة أثناء تحريك الكوع، الأمر

¹ - C.A de Grenoble, 24 oct.1961. Cité in : AKIDA (M), Op. cit., pp. 264 - 265.

وتتلخص وقائع القضية بإصابة شخص بجرح على مستوى رسغ اليد، فأمر الطبيب المعالج بأخذ صور الأشعة ليد المصاب، ولم يتبين منها أي شيء غير طبيعي، وقد استرد المصاب نشاطه العادي، لكن وبعد مرور سبع سنوات، شعر المصاب بآلام مبرحة ناشئة عن حدوث تورم ضخم على مستوى الإصابة القديمة، لذلك قام المصاب بمقاضاة الطبيب، انتدبت المحكمة خبير، والذي جاء في تقريره المودع أنّه باستطاعة الطبيب المعالج ملاحظة وجود كسر برسغ يد المصاب لو أنه قام بمراجعة صور الأشعة السابق إجرائها بعين مدققة، وانتهى الخبير في تقريره إلى انعدام رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي مؤكداً أنّ ما آلت إليه حالة المريض يعد نتيجة احتمالية للخطأ في التشخيص ونقص العناية اللازمة، بل ومن الجائز حدوث إصابة جديدة بالرسغ ساعدت على عدم التئام الإصابة الأولى.

² - Cass. civ., 1^{ère}, 14 déc. 1965, publié au: (Bull. civ., I, n° 707).

Voir également:

- GORGAS-BERNARD Cristina, Perte de chance et responsabilité médicale, Actes de colloque sur la perte de chance, Petites affiches, Numéro spécial, Orléans, N° 218, 2013, p. 38.

- BOYER CHAMMARD Georges, MONZEIN Paul, La responsabilité médicale, Presse universitaire de France, Paris, 1974, p 93 et 94. ; M.(AKIDA) , Op.cit., p. 265.

تلتها عدة قرارات تؤكد تطبيق القضاء لنظرية تفويت فرصة الشفاء في مجال أخطاء الجراح أثناء التشخيص منها: CA Grenoble, 1^{ère} ch., 10 juin 1997. Voir: Annik DORSNER- DOLIVET, Op. cit.,p. 148.

الذي أدى إلى إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة من الأطباء بطلب من والد المريض، والذين شخصوا المرض على أنه ليس كسرا بالجزء السفلي من عظم الفخذ إنما مجرد خلع بمفصل الكوع في اليد اليمنى للطفل.

ونتيجة لذلك أقام أولياء الطفل دعواهم بالتعويض على الطبيب المعالج، فاستعانت المحكمة باثنين من الأطباء الخبراء اللذان أودعا تقرير خبرتهما، فانتهت المحكمة إلى أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالطفل، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية، محددة ومقبولة على قدر من البينة والترابط تكفي للقول بأن الإصابة الجديدة التي لحقت بالطفل إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي ارتكبه الطبيب⁽¹⁾، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت فرصة في الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي⁽²⁾.

ب- تطبيق نظرية تفويت الفرصة بمناسبة الخطأ في الرعاية الطبية في مجال التوليد

لجأ القضاء الفرنسي كذلك لتكريس نظرية تفويت الفرصة بمناسبة خطأ في الرعاية الصحية في مجال التوليد بالنسبة للطبيب أخصائي الولادة الذي يقع عليه واجب متابعة الحالة الصحية للمرأة الحامل والجنين أثناء مرحلة الحمل وعليه كذلك بذل العناية اللازمة من أجل تجنب نزيف دموي أثناء الوضع بالنسبة للمرأة التي تعاني من اضطرابات دموية، وعليه أخذ كل الاحتياطات والإمكانات المتاحة لتسهيل عملية التوليد، أكثر من ذلك لا بد أن تستمر الالتزام بالمراقبة إلى المرحلة اللاحقة لعملية الوضع⁽³⁾.

قررت محكمة النقض الفرنسية بمناسبة إصابة امرأة بنزيف دموي حاد بعد عملية وضع الجنين، الذي كان طفلها الثامن، لم تتوصل الممرضة إيقافه بشكل نهائي، ورغم ذلك غادرت السيدة مستشفى الولادة عائدة إلى بيتها، وفجأة تدهورت حالتها الصحية بسبب النزيف الذي لم يتوقف، ثم توفيت، أنه رغم عدم ثبوت علاقة السببية بين خطأ الطبيب والوفاة إلا أنه تم تفويت فرصة الشفاء على الضحية، فقضت المحكمة بمسؤولية الطبيب الأخصائي في الولادة

¹ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 402.

² - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 276-277.

³ - منير رياض حنا، مسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 466.

الذي وبسبب خطئه في الإشراف والتوجيه، ترك المريضة تعاني من النزيف الحاد وما رافقه وتمخض عنه الأنيميا وفقر الدم ممّا أودى بحياتها، فلذلك فإنّه يسأل عن حرمان المريضة من هذه الفرصة ويلزم بالتعويض⁽¹⁾.

ففي قضية أخرى عرضت على القضاء الفرنسي بسبب وفاة سيدة بتاريخ 4 أبريل 1958 في إحدى المستشفيات الخاصة بعد أن وضعت جنينها، فرفع زوجها بتاريخ 08 أكتوبر 1958 دعوى قضائية ضد الطبيب المعالج والمستشفى الذي توفيت فيه زوجته مطالبا بتعويض قدره مائتا ألف (100.000) فرنك، على أساس أن الوفاة قد حدثت نتيجة لعدم كفاية وتأخر العناية الطبية التي قدمت للأم لمواجهة حالة نزيف الرحم التي تلت الولادة.

قضت محكمة أول درجة ابتداء بإخراج المستشفى من الدعوى لعدم ثبوت أي خطأ أو تقصير من جانبه، وحصرتها في الطبيب المعالج المولد، فاستعانت بعدد من الأطباء الخبراء الاختصاصيين لتقديم تقرير عن أسباب الوفاة، فأثبت تقريرهم المودع سنة 1962 عدم إسناد أيّ خطأ مهني إلى الطبيب المولد من الناحيتين العلمية والفنية، حيث قدر الخبراء أنّ الوفاة كانت بسبب عدم تجلط الدم، وهي ظاهرة نادرة الوقوع في حالات الولادة العادية وأن نسبة تتراوح ما بين 15-20% من المرضى يموتون في هذه الحالة أيّا كان العلاج المقدم إليهم. أخذت المحكمة رأياً مخالفاً لما جاء في هذا التقرير، ونسبت إلى الطبيب المولد بعض الأخطاء التي ارتكبها، وهي أنّه ترك غرفة الولادة التي وجدت فيها المريضة عقب بدء النزيف بوقت قصير بعد أن قام بفحص سريع عاجل، في الوقت الذي كانت فيه الأم لا تزال تنزف دماً ظهرت آثاره على ما كانت ترتديه من ثياب وعلى العربة التي نقلتها إلى غرفة التوليد هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يَقم بالفحص المخبري للدم في الوقت المناسب.

كما لاحظت المحكمة أنّ الطبيب لم يَقم بمحاولة جادة لوقف النزيف في الوقت المناسب، فرأت المحكمة أنّ التأخر من جانب الطبيب المولد خطأ يضاف إلى أخطائه

¹ - Cass. civ., 1^{ère}, 25 mars 1971. Sur : www.legifrance.gouv.fr

Voir également : Georges BOYER CHAMMARD, Paul MONZEIN, Op.cit., p. 97.

أنظر كذلك: أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص ص 410-411.

الأخرى، مع ذلك قضت المحكمة برفض دعوى التعويض بسبب أنه لم يثبت لديها بشكل أكيد قاطع أن وفاة المريضة كانت نتيجة لهذه الأخطاء المرتكبة من طرف الطبيب المولد. طعن ضد هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس، فقضت في حكمها الصادر في 10 مارس 1966 بأن الأخطاء المتعددة المرتكبة من قبل طبيب التوليد حرمت المريضة المتوفاة من العناية الطبية الدقيقة الصحيحة التي يفرضها عقد العلاج المبرم بين الطبيب المدعى عليه.

كما أكدت المحكمة بأن المدعي لم يقدم الدليل على وجود علاقة سببية ثابتة بطريقة قاطعة حاسمة، ومع ذلك رأت المحكمة أن تقصير الطبيب في الوفاء بالتزاماته بالعناية المفروضة عليه قد أضاع على المتوفاة فرصة مهمة وكبيرة كانت ترجوها في الشفاء والبقاء على قيد الحياة، فقضت أن قيمة هذه الفرصة الضائعة تساوي ثلاثين ألف (30.000) فرنك يلزم الطبيب المدعى عليه بدفعه للمدعي زوج المريضة المتوفاة⁽¹⁾.

2- تطبيق نظرية تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء السلبية أثناء التدخل الجراحي

قد يكون عدم استعانة الطبيب الجراح بطبيب التخدير أثناء التدخل الطبي، أو عدم إجراء الفحص الطبي قبله سببا في تفويت فرصة الشفاء على المريض.

أ- تفويت الفرصة بسبب عدم إستعانة الجراح بطبيب أخصائي في التخدير

يلتزم الجراح بوضع المريض تحت تأثير التخدير قبل البدء بمباشرة العملية الجراحية، لأن التخدير يسهل التدخل الجراحي الذي يحتاج إلى سكون تام من جهة، وأن المريض لا يشعر بالألام التي تصاحبها العملية الجراحية من جهة أخرى، لذا كان الاستعانة بطبيب التخدير أثناءها أمر ضروري وعلى درجة كبيرة من الأهمية. ويبقى التزام طبيب التخدير قائما بمتابعة المريض حتى إفاقة وإلى أن يستعيد كافة وظائفه الحيوية⁽²⁾.

¹ - CA Paris, 10 mars 1966: « En ce qui concerne le lien de causalité entre la faute et le dommage, s'il est vrai que le demandeur n'établit pas son existence de façon Péremptoire, il n'en existe pas moins en la cause des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que le décès de la dame...est la conséquence directe des fautes commises par le docteur...et que les manquements a ses obligations de moyens ont ainsi fait perdre d'importantes chances de guérison... ». Voir également: AKIDA (A), Op. cit., p. 270.

انظر كذلك أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 408 و 409.

² - طلال عجاج، مرجع سابق، ص ص 304-306. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 78.

تمّ القضاء بالتعويض عن تقويت فرصة البقاء على قيد الحياة، في إحدى القضايا أين خدر الطبيب مريضه تخديراً كاملاً بالصدمة الكهربائية نتج عن ذلك التوقف الفوري لقلب المريض ووفاته بسبب خطأ الطبيب في عدم استعانتة بطبيب تخدير كما تقتضيه الأصول الفنية لمهنة الطب⁽¹⁾.

يستخلص الأمر نفسه من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جانفي 1970، بمناسبة قضية تتمثل وقائعها في قيام جراح وهو بصدد إجراء عملية تجميل أين قام بتخدير المريضة بنفسه تخديراً موضعياً (جزئياً) دون الاستعانة بطبيب تخدير، وفي أثناء إجراء العملية وقبل انتهائها انتاب المريضة بعض التشنجات المقترنة بتوقف القلب عن عمله، مما أدى إلى وفاتها المفاجئ.

قررت محكمة استئناف باريس Paris بإدانة هذا الطبيب الجراح من الناحية المدنية بتاريخ 23 أبريل 1968، مبنية حكمها على فكرة فوات الفرصة، حيث من المؤكد بأن عدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير والإنعاش ينطوي في ذاته على إضاعة فرصة بقاء المريض على قيد الحياة، وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب الجراح بتعويض الضرر الناجم على ذلك رغم عدم ثبوت إمكانية تفادي الوفاة.

رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بالنقض، وأيدت قرار محكمة استئناف باريس، حيث أظهرت في عبارات لا تدع محلاً للشك، رغبتها بتأييد فكرة فوات الفرصة في تقريرها: "يمكن إثارة الضرر بمجرد تضييع فرصة كانت موجودة، فالجراح بعدم ضمان التدخل السريع لطبيب التخدير، حرم المريضة من فرصة البقاء على قيد الحياة، المتوفاة إثر هذا الإهمال، ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر تجاه والدة المريضة..."⁽²⁾.

¹ - C A Caen, 9 jan.1966.

نقلا عن: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه...، مرجع سابق، ص. 507.

² - Cass. civ., 1^{ère}, 27 jan.1970 : « Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue. Un chirurgien, en ne s'assurant pas l'intervention immédiate d'un médecin anesthésiste, compromet la chance de survie de l'opérée, décédée à la suite de cette défaillance, et doit réparation de ce chef de préjudice à la mère de la patiente... ». Cité in : AKIDA (A), Op.cit., p. 269.

أنظر كذلك: أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 406 و 407.

أيدت كذلك محكمة النقض الفرنسية في 21 نوفمبر 1978 القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 11 مارس 1977، والتي قضت بمسؤولية الجراح المدنية الذي أجرى عملية جراحية لأحد مرضاه، وقد استعان بطبيب غير أخصائي في مجال التخدير والإنعاش، وما لبث أن باشر الطبيب غير المختص مهمته حتى انتاب المريضة ضيق في التنفس رافقته اضطرابات في القلب، فنقلت إلى مستشفى وهي في غيبوبة حيث ساءت حالتها، فتوفيت بعد بضع أيام، رفعت الدعوى لمقاضاة الطبيب، وقد أكد الخبراء في تقريرهم خطأ الجراح مما استوجب إدانته من قبل محكمة استئناف باريس، الذي جاء في حيثيات حكمها: "نتيجة للتقصير في واجب اليقظة والعناية المنسوب إلى الطبيب الجراح وعدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في طب التخدير فقد أدى ذلك إلى حرمان المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة"⁽¹⁾.

ب- تفويت الفرصة بسبب إهمال إجراء الفحص الطبي التمهيدي

يتعين على الجراح، قبل مباشرة التدخل الطبي الجراحي إجراء بعض الفحوصات التمهيدية الضرورية للتأكد من الحالة الصحية للمريض، فالقاعدة العامة المستقر عليها أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية المطلوبة يعد إهمالاً في جانبه ويكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب المريض⁽²⁾، فيلتزم الجراح قبل إجراء العملية الجراحية بإخضاع المريض للفحص الشامل تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة، ولا يقتصر الفحص على الموضع أو العضو الذي سيكون محلاً للعملية، وإنما يشمل الحالة العامة للمريض وما يمكن أن يترتب من نتائج سلبية على التدخل الجراحي⁽³⁾.

قام طبيب بإجراء عملية جراحية لاستئصال زائدة دودية لمريض، بدون إجراء الفحوصات التمهيدية اللازمة لإجراء التدخل الجراحي، وبعد انتهاء العملية ظهرت على المريض أعراض انسداد معوي، فتم نقله إلى مستشفى خاص، ثم ما لبث أن فارق الحياة بعد فترة وجيزة بسبب تسمم في الدم.

¹ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 402.

² - أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية...، مرجع سابق، ص 26.

³ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 279 و 280. أنظر كذلك: محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 75.

عرض النزاع أمام محكمة استئناف "أكس" « Aix », التي قضت بمسؤولية الجراح المدنية، على أساس ما نسب إليه من تقصير في عدم إجراء الفحوصات التمهيدية اللازمة في مثل هذه التدخلات الجراحية، وإلزامه بتعويض أرملة المتوفى عما أصابها من ضرر مرتد، فقررت المحكمة أنه يجب على الجراح القيام بالفحوصات الأولية قبل إجراء العملية التي جرت عادة الأطباء الأخصائيين على القيام بها قبل الإقدام على أي تدخل علاجي أو جراحي، ويشكل هذا الامتناع خطأ ثابتاً لا شك فيه، أن هذا الخطأ قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة، وهذا وحده يكفي للحكم بالتعويض⁽¹⁾.

قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم أمامها من الطبيب ضد قرار محكمة "أكس"، بتقريرها بتاريخ 18 مارس 1969: " ومع أنه لم يقدّم الدليل على أن وفاة المريض كانت نتيجة هذا الخطأ الثابت من جانب الطبيب، إلا أنه على الأقل قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب بالتعويض"⁽²⁾.

ثانياً: تكريس نظرية تفويت الفرصة بمناسبة إخلال الجراح بالتزام الإعلام

يعتبر الالتزام بالإعلام من أهم الالتزامات المرتبطة بالواجب الأخلاقي والإنساني للطبيب من جهة، ويعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة من جهة أخرى، إذ يلتزم الطبيب بإعلام المريض حول حالته الصحية، وتطورها المتوقع ونوع العلاج المقترح، حيث يعتبر هذا الإعلام الذي يجب أن يكون بعبارة واضحة وسهلة الفهم، مقدمة حتى يصدر عن المريض رضا متبصر يعكس قبول التدخل الطبي العلاجي أو العلاجي الجراحي.

يرتبط القرار الطبي الذي سيتخذه المريض بشأن التدخل الطبي بالمعلومات التي يقدمه الطبيب المعالج، وقد يحدث أن يخل الطبيب بالتزامه بإعلام مريضه حول المخاطر الطبية

¹ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص ص 404 و 405.

² - Cass. civ., 1^{ère}, 18 mars 1969, Docteur M. c/ Mme Karoubi, JCP 1970, II, 16422, note A. Rabut. : « ...S'il n'était pas certain que la faute de M...avait été la cause du décès, elle n'en avait pas moins privé K. d'une chance de survie ». Voir : SAUVAGE Nathalie, Perte de chance de survie et responsabilité civile médicale, Revue générale de droit médical, n° 43, Juin 2012, p.237 ; BOYER CHAMMARD Georges, MONZEIN Paul, Op.cit., p. 96.

أنظر كذلك: أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص ص 404 - 405.

التي يمكن أن تقع، مع غياب أي خطأ في أثناء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي، وبقبل المريض هذا التدخل. لكن قد يحدث أنه لو تم إعلام المريض بتلك المعلومات المتعلقة بصحته وبنوعية التدخل لرفض ذلك التدخل، فيؤدي إخلال وتقصير الطبيب بهذا الإلتزام إلى تقويت فرصة رفض هذا التدخل الطبي الضار، وكثيرا ما يؤدي نقص الإعلام من طرف الطبيب المعالج في مجال التوليد إلى تقويت فرصة تجنب ضرر الولادة المعاقة، يفترض القضاء توافر سببية بين تقصير الطبيب في إعلام المريض بتلك المخاطر - مع غياب أي خطأ فني أثناء تدخله الطبي - وفوات فرصة تجنبها.

يقع على عاتق الطبيب أن يفصح لمريضه بنوع المرض الذي يشكو منه، وطبيعة العلاج المقترح، ومخاطره ومحاسنه وكذا البدائل العلاجية المتاحة، حتى يتمكن من إتخاذ قراره بقبول أو رفض العلاج المقترح، وبثبوت الخطأ الطبي في نقص الإعلام، مع تقاوم الحالة الصحية للمريض بعد التدخل الطبي مقارنة مع حالته الصحية قبل التدخل، فإن الطبيب في هذه الحالة قد حرم المريض من إمكانية الاختيار بين رفض أو قبول التدخل، ويطلق عليها فوات فرصة رفض التدخل الطبي الضار⁽¹⁾.

يتمتع المريض بفرصة الاعتراض على التدخل الطبي، بحيث لو أعلمه الطبيب بمخاطر العلاج المقترح قد يرفض التدخل الطبي، فتجنبه هذه الفرصة الضرر المحتمل وقوعه، فتقصير الطبيب في التزامه هذا يؤدي إلى عدم التأكيد الشديد لموقف المريض تجاه التدخل الطبي، وبالتالي يصعب التأكيد على وجه اليقين ما هو القرار الطبي الذي سوف يتخذه المريض لو أخذت إرادته الحرة والمتبصرة بعين الاعتبار⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أن نقص الإعلام ليس له رابطة سببية مباشرة مع الضرر النهائي اللاحق بالمريض، هذا يعني أن الامتناع عن إعلام المريض باحتمال وقوع خطر من جراء التدخل الطبي المقترح ليس له أي دخل بالضرر اللاحق به جراء تحقق ذلك الخطر، لذا يصعب القول بوجود تعويض كامل عنه. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية التي ذهبت إلى تأسيس مسؤولية جزئية، فبعدما كان يعتبر نقص الإعلام السبب في كامل الضرر الذي

¹ -PORCHY Stéphanie, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D., n°40 du 12 nov. 1998, rub. Chron., p. 381.

² - PORCHY Stéphanie, Op.cit., p. 381.

أصاب المريض، بموجب قرار **Teyssier** لسنة 1942، سالف الذكر، تغيير الأمر وأصبح بموجب قرار 07 فيفري 1990 السبب في جزء فقط من الضرر النهائي، وأكد هذا القرار أن: " الطبيب الذي يخل بالتزامه بإعلام المريض وتبصيره حول الآثار المحتملة للعلاج المقترح منه على المريض، قد حرم هذا الأخير من فرصة اتخاذ قرار أكثر حكمة، لتجنب الخطر الذي تحقق فعلا في النهاية..."⁽¹⁾.

يرى الأستاذ " ميشال بينو " Michel PENNEAU أنه: في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر اللاحق بالمريض نتيجة تحقق الخطر الناتج عن التدخل الطبي، لا بد من البحث عن الموقف العقلاني والمنطقي الذي سيتخذه المريض لو تم تزويده بكل المعلومات الضرورية، وذلك بالاستناد إلى المعيار المجرد للمريض العادي، والذي لا يختلف عن معيار الرجل العادي⁽²⁾.

يؤدي تقصير الجراح في إعلام زبونه بمخاطر عملية معينة إلى إصابته بضرر مباشر وأكد من جراء خضوعه لها، لذا يفوت هذا الإخلال للزبون فرصة رفض التدخل الطبي، وبالتالي تجنب الضرر الذي وقع⁽³⁾.

يقع على القاضي في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي، إثبات أن المريض، لو تمّ إعلامه بصفة كاملة لرفض التدخل الجراحي مثلا، وبالتالي تجنب الضرر⁽⁴⁾، ونلاحظ صعوبة في إثبات ذلك، لأن المريض في سبيل الحصول على التعويض جراء الضرر الذي أصابه، مع قيام الطبيب بإعلامه بكافة المخاطر، سينكر ذلك، وبصعب على القاضي اكتشاف الكذب من جانب المريض.

¹ - Cass. civ., 7 février 1990: « Le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé... ».

Cité par : ALBERT Nathalie, op.cit., p. 359.

Voir également : PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin..., Op.cit., p. 36.

² - Michel PENNEAU, Le défaut d'information en médecine (Analyse de l'arrêt de la cour d'appel d'Angers, 11 septembre 1998), Dalloz., n°3, 1999, p. 50.

³ - PENNEAU Jean, La responsabilité du médecin..., Op.cit., p. 36.

⁴ - PORCHY Stéphanie, Op. cit., p. 383.

أخذ كذلك القضاء العادي الفرنسي مؤخرًا بفكرة التعويض عن تفويت الفرصة عن ولادة طفل معوّق بمناسبة قضية " نيكولا بيروش " Nicolas Perruche، ونفس التوجه كرّسه بمناسبة قضية " كاراز " Quarez أمام القضاء الإداري⁽¹⁾.
نلاحظ أنّ مسلك القضاء في التعويض عن تفويت الفرصة يعتبر مظهرًا من مظاهر التشدد المتزايد والمستمر في المسؤولية الطبية، انطلاقًا من الرغبة في تحقيق سلامة المرضى وحمايتهم.

ولعل القرار الشهير الصادر بتاريخ 21 ديسمبر 2007⁽²⁾ عن مجلس الدولة لدليل قاطع عن استمرارية تكريس هذه النظرية في المجال الطبي، بالرغم من أنّ هناك من يرى أنّ هذا التوجه القضائي ليس بحل منطقي، لأنّه يستغل الصفة المبهمة والشك الذي يطغى على علاقة السببية، للتلاعب بها حتى يخرج بأي حل كان، دون أن يكثرث لنتائجه⁽³⁾، وهذا أيضا ما يدفع بالأطباء في كل حالة يوجد فيها شك بسيط حول الحالة الصحية للجنين، إلى نصح الأم ودفعها على الإجهاض، تهربًا من دعوى التعويض التي قد يرفعها الطفل المصاب بإعاقة.

المطلب الثاني

شروط الضرر الموجب للتعويض

لكي يتمكن المريض من مطالبة الجراح المتسبب في الضرر بالتعويض، لا بد أن تتوفر في الضرر مجموعة من الشروط، ولم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على موقف موحد في تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر كركن ثاني من أركان المسؤولية المدنية بصفة عامة والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص، وعلى العموم تتمثل شروط

¹- CAPRI Servane, Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarez du conseil d'état et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation), Les Petites Affiches, N° 114, 8 juin 2001, p. 12.

²- CE, sect., 21 décembre 2007, n° 289328, Centre hospitalier de Vienne, publié au: (RFDA 2008, p. 348, concl. conf. T. Olson. P. 1023, chr. S. Boussard, p. 1036, chr. F. Puigserver; AJDA 2008, p.125, chr. J. Boucher et B. Bourgeois ; JCP G 2008, p. 27, chr. B. Plessix ; JCP A 2008, comm n° 2078, note C. Paillard, etc...). Cité in : VIALLA Francois, Op. cit., p.629.

Voir également sur : www.legifrance.gouv.fr

³- GOBERT Michelle, La cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000), Les petites affiches, n° 245, 8 décembre 2000, p.p 4 -5.

الضرر الموجب للتعويض في وجوب أن يكون الضرر قد تحقق فعلا (الفرع الأول)، وشخصيا ومباشرا (الفرع الثاني)، وأن يصيب حقا أو مصلحة مالية للمضرور (الفرع الثالث).

الفرع الأول

وجوب تحقق الضرر

يكون الضرر محققا بمعنى وقع بالفعل (أولا) أو أنه سيقع حتما وقت المطالبة بالتعويض (ثانيا).

أولا: الضرر المؤكد:

لا يكون التعويض إلا عن الضرر المحقق، ولا يكفي مجرد الإدعاء بوقوع الضرر بل يستوجب أن يكون مؤكدا⁽¹⁾، ولكي يعد الضرر محققا وجب إثبات أن المريض كان لديه الأمل في الشفاء، وأن الضرر الذي تحقق بالوفاة كان أثناء التدخل الجراحي، ونتيجة لعدم وفاء الطبيب بما التزم به من عناية للمريض⁽²⁾، أو أن يصاب المضرور بجروح في جسمه أو نقص في ذمته المالية، أو أن يموت، أو يصاب بتلف في جسمه⁽³⁾، أن تصبح حالة الشخص بعد خضوعه لجراحة التجميل أكثر تشوها وعيبا عما كانت عليه قبل العملية الجراحية⁽⁴⁾.

إن القول بأن الضرر أكيدا، لا يعني أنه يجب بالضرورة أن يكون حاليا وآنيا، فالتعويض عن الضرر المستقبلي جائز، إذا كان حدوثه أكيدا على أن يكون ممكنا تقديره بالمال⁽⁵⁾، إذ يتمثل الضرر المستقبلي في الأذى الذي لم يقع في الحال إلا أن وقوعه مؤكد في المستقبل، أي يتحقق سببه إلا أن آثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل أو لأجل لاحق، وعليه فالمريض الذي أصيب بأضرار جسدية، ولم يتمكن الأطباء من الجزم ما إذا

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 486.

² - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 461.

³ - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم...، مرجع سابق، ص 122.

⁴ - بومدين سامية، مرجع سابق، ص 148.

⁵ - قمرأوي عز الدين، مرجع سابق، ص 55.

كانت الساق ستبتتر، فإنّ لهذا المريض حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الحالة والمستقبلية إذا كان احتمال بتر الساق واردا لا محالة، ويعتبر أيضا من قبيل الضرر المستقبلي الحروق الناجمة عن تعريض جسم مريض للأشعة التي تبدو لأول مرة هينة ثم يتمخض عنها ضرر جسيم في المستقبل وهو سيقع حتما وبصفة أكيدة⁽¹⁾.

قد يصاب المريض بعاهة دائمة نتيجة خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، تمنعه من تحصيل كسب مادي له ولعائلته، فعاهته هنا تحققت، لكن الخسارة المادية تعتبر مستقبلية، لكنها محققة⁽²⁾.

ثانيا: الضرر المستقبلي:

يظهر الضرر المستقبلي بصورة واضحة خاصة في جراحة التجميل، لأنها تتطلب انتظار مدة زمنية للتأكد من مدى نجاح العملية من فشله والآثار المترتبة عنها⁽³⁾.

يستطيع القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي قد يترتب أو يظهر في المستقبل كأثار للضرر الأصلي وهذا وفقا للمادة 131 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

تسمح هذه المادة للمضروور أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض في حالة ما إذا تعذر على القاضي تقديره بصفة قطعية ونهائية، يعني ذلك أنه يجوز التعويض عن الضرر المستقبلي، وللقاضي أن يقدره بما يتوافر لديه من عناصره في الدعوى وإذا كان لا يستطيع تقديره فور وقوع سببه فإنه يجوز أن يحكم بتعويض مؤقت مع حفظ حق المضروور في المطالبة باستكمال التعويض.

¹ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص ص 272-274.

² - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 99.

³ - بومدين سامية، مرجع سابق، ص 147.

يصعب على القاضي معرفة مدى الضرر الحاصل للشخص، نتيجة الخطأ الفني للطبيب أو الجراح، الأمر الذي يتطلب منه الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء بغية الاستتارة والاهتداء في كشف الخطأ والضرر الحال الناجم عنه وتبيان ما يحصل من ضرر مستقبلي ولو بعد عدة سنوات⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من الممكن التعويض عن الضرر المستقبلي الذي قام سببه وتراخت آثاره كلّها أو بعضها في المستقبل، فإنّ الضرر الاحتمالي لا يعطي للمريض الحق في التعويض، لأنّه قد يقع - وإن وقع اعتبر ضررا مستقبلا - وقد لا يقع، فوقعه في المستقبل غير أكيد، وهو يقوم على وهم وافتراض لا أساس له، ولأنّ الأحكام القضائية لا تبنى على الافتراض⁽²⁾.

و لذلك يبقى الضرر الاحتمالي لا يعوّض عنه إلا إذا وقع فعلا⁽³⁾، ولقد استقر القضاء الجزائري والفرنسي والمصري على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد، فقد قررت المحكمة العليا في الجزائر أن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدّة⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا ويصيب حقا أو مصلحة مالية مشروعة

لا يكفي في الضرر الموجب للتعويض أن يكون محققا، بل ينبغي أن يكون الخطأ أثناء التدخل الجراحي قد أدى إلى إلحاق ضرر مباشر وشخصي بالمريض، لأنّ المسؤولية فيما تستهدفه إنّما تقصد إصلاح هذا الضرر وجبره (أولا) لأنّه أصاب حقا أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور (ثانيا).

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 70.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص 162.

³ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 371.

⁴ - قرار غرفة القانون الخاص - ملف رقم 25499 - بتاريخ 23 جوان 1982.

نقلا عن: ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، ص 274.

أولاً: أن يكون الضرر مباشراً وشخصياً

نصّ المشرع الجزائري على وجوب التعويض على الضرر المباشر في المادة 182 من القانون المدني، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، ويعرف الضرر المباشر على أنه ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المسؤول، سواء لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل عناية وجهد معقول، فمعيار الضرر المباشر هو أن لا يستطيع الدائن المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها ربّ الأسرة الحريص، Le bon père de famille، فإذا كان باستطاعته أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها الرجل العادي كان الضرر غير مباشر⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يعتبر الضرر المباشر في المجال الطبي ما كان نتيجة طبيعية ومباشرة لخطأ الطبيب المعالج أثناء تدخله، بمعنى هناك علاقة سببية مباشرة بين هذا النشاط والضرر المشكو منه⁽²⁾، ويحق للمريض المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر المباشر⁽³⁾، ومثال ذلك سقوط إحدى آلات الطبيب الجراح على رئة المريض أثناء التدخل الجراحي، أو ترك مريض مخدر مما يترتب سقوط رجله في حافظة ماء ساخن مما نجم عنه احتراقها، كما يسأل الطبيب عن الأضرار المباشرة الناجمة عن نسيان قطعة من القطن أو أداة من أدوات الجراحة في بطن المريض⁽⁴⁾.

هذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي والمصري، فيما يتعلق بمبدأ التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، وهذا في إطار المسؤولية العقدية في المادة 182 من ق.م.ج⁽⁵⁾ التي تنص على أنه: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 170.

² - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 185. قمرأوي عز الدين، مرجع سابق، ص 56.

³ - وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 99.

⁴ - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص ص 460-461.

⁵ - المادة 182 من ق.م.ج تقابلها المادة 1151 من ق.م.ف.

Art 1151 dispose : «...les dommages et intérêts ne doivent comprendre a l'égard de la perte approuvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. » .

من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد⁽¹⁾.

أما الضرر غير المباشر لا يعرض عنه أصلاً، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا تعويض إذن في المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر⁽²⁾، وعليه يسأل الطبيب المخطئ عن الضرر المباشر الذي لا يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول، في حين لا يجوز مساءلته عن الضرر غير المباشر، وهذا الضرر المباشر الموجب للتعويض قد يكون ضرراً متوقعاً أو ضرراً غير متوقع.

يعتبر الضرر متوقعاً إذا كان من الممكن التنبؤ بسببه ومقداره، أي ذلك الضرر الذي يحتمل حصوله ويمكن توقعه، وهو بذلك يكون ضرراً مباشراً⁽³⁾.

أكد المشرع الجزائري في المادة 182 من القانون المدني المقابلة للمادة 2/221 من القانون المدني المصري عن وجوب التعويض عن الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية دون الضرر المباشر غير المتوقع إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، في حين يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

يكمن السبب في حصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع وحده دون الضرر غير المتوقع، مع أنّ كلاهما ضرر مباشر ناتج عن إخلال المدين بالتزامه، إلى

¹ - ولم يتعرض لفكرة التعويض عن الضرر غير المباشر في مجال المسؤولية التقصيرية، ولقد كان من المنطقي أن تطبق هذه القاعدة في نطاق المسؤولية التقصيرية. أنظر في هذا المعنى:

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, Le fait juridique, ARMAND COLIN Paris, 1997, p. 123.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 270.

³ - إنّ كل ضرر متوقع هو ضرر مباشر، لكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقعاً، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه، وبالتالي الضرر المباشر قد يكون ضرراً متوقعاً أو ضرراً غير متوقع. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الضرر، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 314.

أن كل من المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على أساس ما يتوقعه من العقد، إذ أن المدين لم يكن ليتعاقد لو كان يعلم أن الضرر الذي سوف يسأل عنه عند عدم التنفيذ أو عند الإخلال به سيكون كبيرا جدا⁽¹⁾، أما الضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد فلا تعويض عنه⁽²⁾.

يعتبر إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط في نطاق المسؤولية الطبية العقدية إجحاف في حق المريض، فعلى سبيل المثال نجد أن مسؤولية جراح التجميل مسؤولية عقدية، وهذا يعني أن المريض المضرور يفقد حقه في التعويض عن الأضرار غير المتوقعة، لكون التعويض يكون فقط عن الضرر المتوقع، لكن ما دام جراح التجميل يعلم في معظم الحالات بكل المخاطر التي قد تترتب عن عملية جراحة التجميل المتوقعة منها وغير المتوقعة، فمن المنطقي أن يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع الذي أحدثه مباشرة بخطئه وهذا حماية للطرف الضعيف في العلاقة الطبية، وإن كان هذا خروجاً عن القواعد العامة التي تقضي بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط في نطاق المسؤولية العقدية.

ومن ناحية أخرى، لا يكفي أن يكون الضرر الموجب للتعويض مباشراً، بل لا بد أن يكون أيضاً شخصياً، ويقصد به أن يصيب شخصاً معيناً بذاته، أو أشخاصاً معينين بذواتهم فلا يقبل طلب التعويض إلا إذا قدم من المريض المضرور نفسه، أو من له علاقة أو صفة قانونية كمن ينوب عن المريض غير المؤهل قانوناً، كالمريض القاصر، وفي هذه الحالة نكون بصدد الضرر المرتد.

يعتبر الضرر المرتد ذلك الضرر الذي تترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير كالورثة في حالة وفاة المريض، أو الضرر الذي يصيب الزوجة أو الأولاد نتيجة العاهة المستديمة الناجمة عن خطأ الطبيب، أو الضرر الذي يصيب الأبوين، وعلى العموم يحق لورثة المريض المتوفى أو العاجز نتيجة مطالبة الطبيب هذا الأخير بالتعويض عما تسبب في

1 - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 316.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد....، مرجع سابق، ص 770.

فقدان معيّلهم الوحيد أو عجزه⁽¹⁾، والضرر المرتد قد يتمثل في الخسارة المالية أي ضرر ماديا، وقد يكون ضررا معنويا كالضرر الناتج عن وفاة الزوج.

ثانيا: أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور

يجب أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه، قد مس حقا أو مصلحة مالية للمضرور، والحق يعني حق الشخص في سلامة جسمه وحياته وعقله من الأذى، وخطأ الطبيب الذي يصيب جسم المريض يعتبر قد مس حق من حقوق المريض الأساسية في الحياة.

قد يكون طالب التعويض هو المريض أي المضرور نفسه، أو يكون أحد الورثة الذين يلزم المريض بإعالتهم قانونا مثل الآباء أو الأبناء والزوجة، وهنا لا تثور أية مشكلة، ولكن التساؤل يثور حول حالة كون المعالون من طرف المريض المتوفى من غير ورثته الشرعيين، لكن المريض قد اعتاد على الإنفاق عليهم مدة طويلة إذ لهؤلاء الأشخاص مصلحة في بقاء هذا المريض على قيد الحياة⁽²⁾.

وعليه، لم يحدد المشرع الجزائري شروط خاصة بالضرر في المجال الطبي، وإنّما إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في القواعد العامة يحق للمريض المضرور المطالبة بالتعويض، ويقع عبء الإثبات عليه، فالبينة على من ادعى، وذلك طبقا للمادة 323 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، والمادة 1315 من القانون المدني الفرنسي⁽⁴⁾، ففي الحالات التي يكون فيها الطبيب ملزما ببذل عناية، ويتعيّن على المريض المضرور إثبات الضرر الذي أصابه، لأنّ غياب الضرر ينفي المسؤولية المدنية على الطبيب، أما في الحالات التي يكون الطبيب أو الجراح ملزما بتحقيق نتيجة، فإن غياب النتيجة في حد ذاتها ضرر، فيكفي على المريض أن يثبت عدم تحقق النتيجة التي التزم الطبيب بالوصول إليها لقيام مسؤوليته⁽⁵⁾.

1 - وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 99.

2 - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 70.

3 - تنص المادة 323 من ق.م.ج ع على أنّه: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

4- Art 1315 dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

5 - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص ص 334-334.

كما يعتبر وقوع الضرر المادي واقعة مادية، وليس عمل قانونيا، ويترتب على هذا، أنه يجوز إثبات هذا الضرر ومقداره بكافة طرق الإثبات، أما بخصوص حدوث الضرر المعنوي، فتبقى السلطة التقديرية للقاضي مطلقة، لأنه لا يمكن معاينته ماديا.

المبحث الثاني

أحكام المسؤولية المدنية للجراح

تعتبر المسؤولية المدنية الجزاء الذي يفرضه القانون إذا ما خالف المرء التزاما عقديا أو قانونيا يفرض عليه الامتناع عن الإضرار بالغير، وبالتالي فهي إما عقدية أو تقصيرية. تتمثل الأولى في الإخلال بالالتزام التعاقدي الذي يكون سببا في مساءلة من صدر عنه الإخلال، مسؤولية مبنية على العقد ومستتدة إليه، في حين تكمن الثانية في الإخلال بالواجب القانوني العام والذي مقتضاه أن لا يضر الإنسان غيره بخطأ أو تقصير منه، وكثيرا ما يخطئ الطبيب وينجم عن خطئه ضرر بالمريض، فيسأل عن تعويض ما أحدثه من ضرر.

وعلى هذا الأساس يجب البحث في الطبيعة القانونية لمسؤولية الجراح (المطلب الأول) ثم تحديد الآثار القانونية المترتبة عن قيام هذه المسؤولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للجراح

إستقر القضاء الفرنسي في سبيل تحديد طبيعة المسؤولية التي يتحملها الجراح، على أن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية إلى غاية 1936 (الفرع الأول). لكن سرعان ما تراجع عن ذلك وأقر الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب كمبدأ عام (الفرع الثاني)، وحصر الحالات التطبيقية لقيام المسؤولية التقصيرية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المسؤولية المدنية الطبية مسؤولية تقصيرية إلى غاية عام 1936

إنّ الخطأ الطبي أوّل ما نشأ في إطار المسؤولية المدنية نشأ تقصيرياً، نتيجة تقصير وإهمال من طرف الأطباء، الأمر الذي دفع بكثير من الدول من خلال التشريع والقضاء إلى ضبط معالم المسؤولية التقصيرية للأطباء وتنظيم أصولها ومسائلها (أولاً)، ولقد أيدّ الفقه الفرنسي إتجاه محكمة النقض الفرنسية (ثانياً)، لكن سرعان ما تخطى القضاء والفقه عن هذه الفكرة، وأصبحت تطبق فقط في حالات استثنائية.

أولاً: التكريس القضائي للمسؤولية المدنية التقصيرية للأطباء

ظهر في فرنسا في بداية القرن التاسع عشر مدافعون عن الأطباء، يرون عدم جواز مساءلة الأطباء عن نشاطاتهم الطبية، وقد أسّس هذا التيار دفاعه على اعتبار أنّ مصلحة التطور الطبي واطمئنان الأطباء لا يتحقق إلا بإخراجهم من نطاق المسؤولية المدنية عن أخطائهم المهنية، فمساءلتهم تعرقل البحث العلمي، وتؤدي بهم إلى الإحجام والتخوف في البحث عن أفضل سبل العلاج والشفاء⁽¹⁾.

رفض القضاء الفرنسي هذه النظرية ولم يعر لها اهتماماً لتطرفها، حيث عرض على محكمة النقض الفرنسية عام 1833 موضوع مسؤولية الأطباء، حيث قررت المحكمة هذه المسؤولية واعتبرت المادتين 1382 و1383 لها تطبيق عام وشامل، وبذلك اعتبرت مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية.

وعلى هذا الأساس، بدأ القضاء في فرنسا بتكريس توجّها نحو مساءلة الأطباء عن أخطائهم، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية منذ بداية عام 1835 بمساءلة الأطباء وإرساء مبدأ لهذه المسؤولية، وكان ذلك بموجب القرار الصادر عنها بتاريخ 18 جوان 1835⁽²⁾.

بموجب هذا القرار، قضت محكمة النقض الفرنسية، استناداً إلى التقرير الذي عرضه المحامي العام André DUPIN، وذلك بتأسيس هذه المسؤولية وإسنادها للقواعد العامة في

¹ - أنظر: طلال عجاج، مرجع سابق، ص ص 47-48.

² - Cass. Req, 18 Juin 1835, Thouret Noroy, publié : (S. 1835, I, p. 401, concl. M. Dupin), Cité in: VIALLA François, Op. cit., p. 310.

المسؤولية التقصيرية، بأن مسؤولية الطبيب عن فقد أحد مرضاه لذراعه نتيجة إهمال الطبيب في العناية والرعاية لمرريضه وتركه بدون زيارة خطأ يقع تحت طائلة المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، وهو خطأ خضع لتقدير قاضي الموضوع، وقد اعتبر هذا الحكم فتحاً جديداً في حقل المسؤولية الطبية، نظراً لما كان سائداً في ظل القانون الفرنسي من عدم مسؤولية الأطباء عن أخطائهم المهنية المترتبة على مزاوله مهنتهم⁽¹⁾.

بذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أكدت بأن الطبيب يسأل عن أخطائه شأنه في ذلك شأن أي شخص عادي يرتكب خطأ يحدث به ضرر للغير، وهاتين المادتين تنطبقان على أي شخص سبب بخطئه ضرراً للغير أيًا كان مركزه أو مهنته⁽²⁾، ولا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء، وأن هذه المسؤولية تجد أساسها في قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وفقاً للمادتين 1382 و 1383، وهذه القواعد واجبة التطبيق على كل ضرر ناتج عن الرعونة أو الإهمال أو عدم التبصر، وهذا في جميع المجالات بما فيها المجال الطبي⁽³⁾.

منذ صدور هذا القرار، الذي تلتته أحكام وقرارات أخرى، دأبت المحاكم الفرنسية على إقامة مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ التقصيري، مؤكدة الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء، وأن هذه المسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني عام مقتضاه عدم الإضرار بالغير، وقد تأكد هذا الاتجاه في حكم محكمة "ديجون" Dijon لسنة 1868، التي أضافت أن أخطاء الطبيب التي تخرج عن نطاق المسائل المهنية البحتة، التي هي بطبيعتها مجال للخلاف والشك، تكون موضوعاً لمسؤولية الطبيب فيما تحدثه من أضرار تترتب عن الرعونة وعدم الاحتياط، أو الجهل الفاضح⁽⁴⁾.

¹ - بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية (دراسة مقارنة)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، جوان 2017، ص 145.

أنظر كذلك: أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 80.

² - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 22.

³ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 49.

⁴ - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 81.

وعليه، إذا أصيب المريض بضرر ما أثناء العلاج أو بسبب خطأ في التشخيص، فعليه أن يثبت خطأ الطبيب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وبين ما أصابه من ضرر. وقد استعملت محكمة النقض الفرنسية تعابير الإهمال وعدم الاحتراز أو عدم الاحتياط والرعونة في إسنادها المسؤولية للطبيب المعالج.

وبموجب قرار لاحق عام 1932، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن عدم قيام الأطباء بال العناية التي يستلزمها المريض قبل استفاقة من العملية الجراحية يجعلهم يرتكبون خطأ مهنيًا بشكل يرتب مسؤوليتهم على أساس المادة 1382 ق.م.ف(1).

استند القضاء الفرنسي لتحديد العلاقة بين الطبيب والمريض إلى جملة من الأسانيد أهمها أن التزامات الطبيب لا تنشأ من اتفاقه مع المريض، فهي من جهة مجهولة له، لذا فلا يمكن الافتراض بأنها دخلت في دائرة الاتفاق لا صراحة ولا ضمناً.

ومن جهة أخرى، فهي لا تخضع لإرادة أي من الطرفين، فلا سبيل لإنشائها أو تقييدها لأنها تتعلق بالنظام العام، تفرضها قواعد المهنة وحدها فهي أقرب إلى الالتزامات القانونية منها إلى الالتزامات التعاقدية، لهذا كان يترتب على الإخلال بها مسؤولية تقصيرية، وحتى لو اتفق المريض مع الطبيب على أجر العلاج فإن هذا الاتفاق ينشئ التزاماً عقدياً على عاتق المريض وحده وهو دفع الأجر ولا اثر فيما يجب على الطبيب القيام به نحو المريض(2).

إن اتجاه المحاكم الفرنسية وهي تقرر مسؤولية الطبيب تجاه مريضه، في ذلك الوقت على أساس المسؤولية التقصيرية لم تنكر وجود عقد قائم بينهما، بدليل أن بعض الأحكام كانت تستخلص وجود رابطة عقدية صريحة في بعض الحالات وتقيم مسؤولية الطبيب على هذا الأساس، مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في عام 1932 من أن الرابطة القانونية بين الطبيب والمريض تدخل في إطار العقد، حيث يتعهد الطبيب بأن يقدم لمريضه العناية الواجبة المتبصرة والحريصة، ويتعهد المريض أن يدفع للطبيب أتعابه، وأن الطبيب

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر في 11 جانفي 1932. نقلا عن: عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 92.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 57.

حين يرتكب خطأ بإهمال أو رعونة في فترة تنفيذ العقد فإنّ هذا الخطأ هو خطأ عمدي يتضمن الإخلال بالالتزام المتفق عليه⁽¹⁾.

استمر القضاء الفرنسي قرناً كاملاً من الزمن يؤسّس مسؤولية الأطباء على أساس الخطأ التقصيري وأيّده في ذلك الفقه الذي برر دواعي تطبيق هذه المسؤولية على الأطباء بمجموعة من الحجج.

ثانياً: تأييد الفقه للطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية الطبية

أيد الفقه موقف محكمة النقض الفرنسية بخصوص الطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، بنفي أيّ علاقة تعاقدية بين الطبيب والمريض، وبالتالي مساءلة الطبيب في حالة الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية.

ونتيجة لذلك، ظهر تيار قوي في فرنسا في بداية القرن التاسع عشر، ينادي ويدافع عن عدم مساءلة الأطباء عن نشاطاتهم الطبية، بحجة أنّ العلاقة بين الطبيب ومريضه هي علاقة إنسانية وليست رابطة قانونية حتى تقام مسؤولية الطبيب إذا أخطأ في العلاج، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون الأطباء بمنأى عن القانون وذلك حماية لمصلحة التطور العلمي، إذ يعتبر خضوع الطبيب لسيف المسؤولية المسلط عليه يجعله مع مرور الزمن عاجزاً عن المبادرة وعن تطوير أساليب العلاج والبحث العلمي، وهذا ليس في مصلحة المرضى⁽²⁾.

وفي سبيل تبرير موقفهم، استند أنصار الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية إلى مجموعة من الحجج لإبعاد الطبيعة العقدية عنها:

1- الطابع الفني والتقني لمهنة الطب والجراحة

ينفرد الجراح بمعرفة أصول الطب ويتميز بمستوى ثقافي عالي، فهو رجل متخصص في مجال الطب، ويطغى على مهنته الطابع الفني والتقني، ومن ثم فليس من العدل أن تكون هذه المهنة مجالاً للتعاقد لأنّها معروفة فقط من جانب واحد أي من قبل الأطباء، فالعلم بالأمور الطبية تكون فقط للطبيب، والمريض الذي يعتبر من عامة الناس يجهل هذه الأمور، ولا يعلم عنها إلاّ القليل جداً، ومن هذا السياق فلا يمكن القول أنّ علاقة المريض

¹ - نقلاً عن: رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 68.

² - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 79.

بالطبيب هي علاقة تعاقدية مادام مركز الأول لا يتكافأ مع المركز القانوني والثقافي للطبيب⁽¹⁾ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإنّ جوهر عمل الجراح يقوم على احترام قواعد وأصول مهنته، فسواء ارتبط الجراح بعقد مع المريض أم لا، فهو ملزم بأن يراعي واجب الضمير والأصول العلمية الثابتة في علم الطب، فإنّ إخلاله بالالتزام يعد إخلالا لالتزام قانوني⁽²⁾، وأن كل ما يتعلق بالضمير والعلم الطبي مناطه البحث في قواعد المهنة وهي خارجة عن دائرة العقد⁽³⁾.

3- عدم جواز التعامل بحياة الإنسان والإستناد إلى فكرة النظام العام

تتصرف العلاقة بين الجراح والمريض إلى حقوق متعلقة بالكيان المادي للمريض، وهي حقوق لا يرد عليها التعاقد، فإن وقع بشأنها تعاقد كان باطلا بطلانا مطلقا⁽⁴⁾، فالقانون يكفل الحماية لحياة الإنسان وجسده باعتباره غاية التنظيم القانوني، فجسم الإنسان معصوم من أي اعتداء من الغير، والحماية تمتد لتشمل كيانه المادي أي جسد الإنسان، وكيانه المعنوي، فقد أخرج القانون الإنسان من دائرة التعامل، فلم يعتبره مالا ولم يعامله معاملة الأشياء، لذلك يحظر كل اتفاق أو عقد يكون محله المساس بجسد الإنسان⁽⁵⁾.

¹- رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،...، مرجع سابق، ص 364. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 232.

²- عيمور راضية- يخلف عبد القادر، المسؤولية المدنية الطبية في ظل التوجهات الفقهية والقضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي، الأغواط، العدد الرابع جوان 2016. ص 322.

³- وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص 22.

⁴- مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجا، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد السابع، 2010، ص 128.

⁵- رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،...، مرجع سابق، ص 362.

انتقدت هذه الحجة على أنّها أخلطت بين حياة الإنسان التي هي بطبيعة الحال ليست محل للتعامل وبين مدى التزام الطبيب، حيث أنّ هذا الأخير يلتزم ببذل عناية من أجل الشفاء مسترشدا بمبادئ العلم وأصول الفن الطبي، والطبيب لا يسأل عن وفاة المريض لأنّه لا يلتزم بضمان حياته، فالأعمار بيد الله سبحانه وتعالى، فالطبيب لا يلتزم بتحقيق نتيجة. أنظر: أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 234.

تتلخص حجة الإستناد إلى فكرة النظام العام، في أنّ أمر العلاج يتعلق بالمسّاس بحياة الأشخاص وسلامة أجسادهم ومصلحة المجتمع، وأن أيّ اعتداء على ذلك يعدّ مساساً بالنظام العام - إلاّ إذا أذن ورخص القانون ذاته تلك الأعمال وفق الشروط والقواعد التي يحددها، فيجعل أعمالهم مباحة -⁽¹⁾، وبالتالي تجرنا هذه الاعتبارات إلى إخضاع المخالف له إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وليس العقدية، إذ أن العقد لا يبرر بما هو من النظام العام ولا يبيح عملاً لم يجيزه القانون ولم يأذن به⁽²⁾.

تعتبر قواعد المسؤولية التقصيرية أكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدية، خاصة عندما يرتكب الطبيب المعالج غشاً أو تدليسا عمدياً، فالمسؤولية التقصيرية تسمح للمضرور الحصول على تعويضه كاملاً في مثل هذه الحالات دون أن تكون هناك قيود كتلك المتفق عليها مسبقاً في العقد.

تستمد طبيعة العمل الطبي أصولها من القواعد القانونية التي تحتم على الطبيب التزاماً هو القيام بالعلاج ومراعاة الحيطة والحذر في أدائه، وأن الإخلال بذلك يعتبر إخلالاً بالتزام قانوني مهني وليس إلتزاماً عقدياً، يستوجب المسؤولية التقصيرية⁽³⁾، ضف إلى ذلك أن القاضي عند مساءلة الطبيب لا يفسر النية المشتركة بين الطرفين، إنما يؤسسها على مدى تنفيذ الإلتزامات الطبية التي تفرضها قواعد المهنة وعلاقتها بالضمير والعلم الطبي، وهي التّزامات لا يمكن أن تدرج ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض، ولذلك يجب إقامة المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁾.

3- فقدان الوعي وغياب الممثل القانوني للمريض

لا يمكن الكلام عن العلاقة العقدية بين الجراح والمريض في حالة ما إذا كان هذا الأخير في حالة غيبوبة، أو مصاباً في طريق عام على إثر حادث خطير، أو شخص عاجز لا يعرفه الجراح أو لا يمكنه الاتصال بمن ينوب عنه قانوناً، فالمريض غير قادر عن التعبير عن إرادته بالقبول أو بالرفض، ففي مثل هذه الحالات يتدخل الطبيب الجراح بدون

¹ - وفاء حلمي أبو جميل، مرجع سابق، ص 23.

² - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 263.

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 187.

⁴ - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 235.

وجود أي اتفاق سابق بينه وبين المريض، وبالتالي لا يمكن التحدث عن المسؤولية العقدية، لأن الطبيب في حالة واجب قانوني وأن الخروج عليه يرتب المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

4- كل جريمة ينشأ عنها ضرر توجب المسؤولية التقصيرية

قد يؤدي خطأ الطبيب أو الجراح إلى وفاة المريض أو المساس بسلامته الجسدية، وفي كلتا الحالتين يعتبر الأمر جريمة، وهو ما يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني، وحتى وإن وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه، فإن الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي⁽²⁾، فالضرر الذي ينشأ عن الجريمة يوجب المسؤولية التقصيرية⁽³⁾.

إن جميع الحلول والآراء المسندة إلى نظام المسؤولية التقصيرية لم تكن سليمة في نتائجها إذ تبدو في بعض الأحيان جائزة بحق المتضررين، وذلك بسبب عجز المريض عن إثبات خطأ الطبيب وجهله بما تقتضيه أصول الفن والعلم، ولهذا حاول رجال القانون التخفيف من شدة تلك الحلول بالانتقال بالمسؤولية الطبية إلى نطاق العقد، لأن الرابطة التي تقوم بين الطبيب والمريض إنما تبنى في واقع الحال على الإرادة المشتركة التي تقضي إلى عقد خاص يلتزم فيه الطبيب ببذل العناية لعلاج ومحاولة شفاء المريض مقابل أتعاب⁽⁴⁾.

هذا التحول كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي بقرار شهير صدر في 20 ماي 1936، عن محكمة النقض الفرنسية، بناء على تقرير المستشار "جوسران" ومطالبة النائب العام "ماتر" الذي ختم مطالعته بالكلمة التالية:

"... فالأحوال تتغير وصعوبات جديدة تعترض، وإنه لما يشرفنا نحن رجال القضاء أن نذللها بالعمل والتفكير، وإذا كان البعض يذهبون إلى تركيز المسؤولية على أساس العقد والخطأ معا، فإن الإجماع يكاد ينعقد على طبيعتها التعاقدية، ماعدا حالات خاصة أهمها الحالات المنطوية على جريمة جزائية، والحالات الخارجة عن دائرة التعاقد، أو الناشئة عن

¹ -PENNEAU Jean , La responsabilité du médecin..., Op.cit, p 36.

² - أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 82.

³ - عيمور راضية - يخلف عبد القادر، مرجع سابق، ص 322.

⁴ - عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص ص 94-95.

بطلان العقد لسبب غير مشروع، والحالات المنبثقة من إعطاء الإفادات والتقارير الكاذبة، ونشر الآراء العلمية المنطوية على أخطاء في تعيين الجرعة الجائز استعمالها في بعض العلاجات وخاصة تلك التي تحتوي على بعض المواد السامة والضارة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الإستقرار حول الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب الجراح

إستمر القضاء الفرنسي بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الطبيب إلى غاية 1936، أين غيرت محكمة النقض الفرنسية من رأيها بشأن الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، وقد كرّست محكمة النقض الفرنسية الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب في قرارها الشهير المعروف بقرار مرسى Mercier الصادر بتاريخ 20 ماي 1936، والذي بموجبه اعتبرت مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي ألحقها بالمريض مسؤولية عقدية تخضع لأحكام المادة 1147 من القانون المدني. وبالتالي اعترفت بوجود عقد حقيقي يرتب في ذمة الطبيب التزاما - وإن لم يكن بشفاء المريض- وإنما بتقديم عناية وجدانية يقظة- فيما عدا حالات الظروف الإستثنائية- المطابقة لما توصل إليه العلم من حقائق ثابتة (أولا)، وإخلال الطبيب به، يوجب مسؤولية من نفس النوع، أي مسؤولية عقدية تقوم على شروط (ثانيا).

أولا: الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب أثناء التدخل الجراحي

تنقسم الإلتزامات الملقاة على المدين إلى قسمين⁽²⁾، على أساسهما يتحدد الطرف المكلف بعبء الإثبات، فهناك الإلتزام ببذل عناية ويسمى أيضا الإلتزام بوسيلة Obligation de moyen، يلتزم فيه المدين ببذل عناية في تنفيذ التزامه، دون أن يكون مطالبا بتحقيق النتيجة التي يأمل الدائن الوصول إليها، أما النوع الثاني من الإلتزامات، فيكمن في الإلتزام بتحقيق نتيجة Obligation de résultat، وهو الذي يجب على المدين فيه أن يدرك غاية أو يحقق نتيجة معينة.

¹- نقلا عن: عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 96.

²- يعود الفضل إلى التمييز بين الإلتزام ببذل عناية والإلتزام بتحقيق نتيجة إلى الفقيه " ديموج " DEMOGUE

سنة 1925، للمزيد من التفاصيل راجع:

GRAPIN Christine, Op.cit., p. 91. BOYER CHAMARD George, MONZEIN Paul, Op. cit., p. 83.

تعتبر مسألة تحديد طبيعة التزام الجراح مسألة صعبة ومعقدة، وهذا راجع إلى صعوبة الجراحة ذاتها وتعقيد جسم الإنسان، وكذلك ما يعرفه التطور العلمي في مجال الطب والعمل الجراحي.

يعتبر الجراح مدينا بموجب العقد الطبي الذي يربطه بالمريض، وبالتالي يتعهد في الالتزام ببذل عناية، بأن يبذل مقدارا معيناً من الحرص واليقظة في عمله من أجل تحقيق غرض معين، يتمثل في الوصول إلى نتيجة محددة يبتغيها الدائن - المريض - سواء تحققت بالفعل أم لم تتحقق، والعناية المطلوبة هي إتخاذ الحيطة والتحلي باليقظة والتبصر في السلوك، لتحاشي الإضرار بالغير. ويثور التساؤل في هذا المقام حول درجة هذه العناية التي يلتزم الجراح ببذلها؟

إذا كان التزام الجراح أصلاً التزاماً ببذل عناية، إلا أنه في بعض الحالات، وهي محددة، فهو ملزم بتحقيق نتيجة، وقد أضاف القضاء التزاماً آخر على عاتقه، يتمثل في الالتزام بالسلامة، الذي لا بدّ من البحث عن شروطه وعناصره؟

1- الالتزام ببذل عناية كأصل: من الالتزام ببذل العناية إلى الالتزام ببذل عناية مشددة

أ- إلتزام الجراح ببذل عناية كأصل

الأصل أنّ التزام الطبيب الجراح تجاه المريض هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، فالطبيب الجراح لا يلتزم بشفاء المريض، لأنّ الشفاء بيد الله سبحانه وتعالى، مصداقاً لقوله تعالى في الآية 80 من سورة الشعراء: "وَإِذَا مَرِضْتُ فَهُوَ يَشْفِينِ"، ذلك أنّ التزام الطبيب لا يكون بشفاء المريض، أو التزامه بنجاح العملية الجراحية التي أجراها لأنّ العمل الذي التزم به الطبيب قبل المريض عمل لا تضمن نتيجته.

وتتأسس كذلك طبيعة التزام الجراح، واقتصار محله على بذل عناية، على فكرة الاحتمال التي تهيم على نتيجة مهمته، التي تتدخل فيها عوامل عديدة لا تخضع لسيطرتة⁽¹⁾. ولهذا كان التزام الطبيب بالعلاج التزام ببذل عناية، ببذل الجهد للوصول إلى

¹ - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في إزدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 370.

غرض الشفاء، وما على الجراح في سبيل مباشرة علاجه إلا بذل العناية المعتادة من أجل شفاء المريض، وتوخي الحيطة والحذر طبقا لنص المادة 172 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

وعلى الأساس فإنّ الأصل في الالتزام الطبي أنّه التزام ببذل عناية لأن شفاء المريض كما سبق القول ليس متعلقا بيد البشر، وإنما بيد الله سبحانه وتعالى، ممّا جعل الالتزام الطبي الالتزام النموذجي الأمثل للالتزام ببذل العناية.

يقصد بالالتزام ببذل عناية، التزام المدين - الجراح - ببذل العناية اللازمة في صدد ما التزم بتنفيذه، وأنّ العناية المطلوب بذلها ليست أي نوع من العناية بل عليه أن يبذل جهودا صادقة يقظة تتفق مع الظروف التي يوجد بها المريض ومتفقة مع الأصول العلمية المستقرة والمعاصرة وقت إجراء التدخل الجراحي، وهو ما أكّدت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 23 جانفي 2008⁽²⁾.

ولا يكون الجراح مسؤولا في هذه الحالة، إلا إذا أقام الدائن - المريض - الدليل على مخالفة المبدأ المتمثل في بذل الجراح جهود صادقة، يقظة، متفقة مع الظروف التي يوجد فيها المريض ومع الأصول العلمية الثابتة، أو أنّه خالف المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري التي تنص على أنّه: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أيّ طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والإستعانة، عند الضرورة، بالزملاء المختصين والمؤهلين."

وعلى ذلك يعتبر الطبيب الجراح مخطئا إذا لم يبذل لمريضه هذا القدر من العناية الصادقة اليقظة والمتفقة مع الأصول العلمية، كما يعتبر مخطئا إذا ثبت مخالفته لواجباته المهنية. ويجب عليه أن يعتني بالمريض العناية الكافية، فلا يكفي لاعتبار الطبيب مخطئا

¹ - راجع المادة 172 من ق.م.ج.

² - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، صادر بتاريخ 23 جانفي 2008، (قضية: (ع.ع.ق) ضد (ع.ب)، حول موضوع: الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب يعني بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2008. (ص.ص 175-178).

بالتزامه أن يفشل في العلاج أو تسوء حالة المريض بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته، ولا يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عنه المسؤولية. يتحدد مدى إلتزام الطبيب الجراح من خلال معايير يمكن من خلالها التأكد من أن هذا الأخير قد بذل العناية المطلوبة منه أثناء إجراء التدخل الجراحي، وتتمثل في الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المعالج، ثم الأصول العلمية الثابتة.

أ- 1 بالنسبة للظروف الخارجية:

يقصد بها الظروف التي يوجد فيها الطبيب أثناء علاج المريض، وهي مستقلة عن شخصية الطبيب، ومن هذه الظروف مكان العلاج أو إجراء التدخل الجراحي، الإمكانيات المتاحة، ودرجة خطورة حالة المريض التي تقتضي التدخل السريع، إذ أن مسؤولية الطبيب في مستشفى مزودة بأجهزة حديثة تختلف عن مسؤولية الطبيب الذي يعمل في وحدة ريفية.

أ- 2 بالنسبة للأصول العلمية الثابتة:

يلتزم الطبيب بإتباع الوسائل الطبية الحديثة والتي تتفق مع التطور العلمي، فإذا إستعمل وسائل بدائية لم تعد تستعمل من الأطباء كونها تخالف التطور العلمي الحديث يكون قد أخطأ، ومن ثم يساءل عن خطئه الذي أصاب الغير بضرر، فإذا كانت له حرية إختيار الوسائل العلاجية التي يراها مناسبة، إلا أنه مقيد باللجوء إلى تلك التي إستقر عليها الطب الحديث، ومن ثم ليس له أن يستخدم طرق علاجية مهجورة، أو يتجاهل المبادئ الأولية في تشخيص المرض⁽¹⁾.

ب- نحو الالتزام ببذل عناية مشددة في بعض التدخلات الجراحية

إذا كانت العناية الواجبة في الالتزام ببذل عناية، هي في الأصل عناية الشخص العادي، التي قد تنقص أو تزيد بالإتفاق أو بنص القانون، وكل تقصير في بذل هذه العناية يعتبر خطأ يرتب مسؤولية الجراح.

إتجه الفقه والقضاء نحو التشدد في المسؤولية المهنية، أو مسؤولية المحترفين واعتبار أن الالتزام ببذل عناية قد أصبح التزاما مشددا يؤدي إلى افتراض خطأ الطبيب لمجرد وقوع

¹ - أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب تجاه المريض، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، 2013، ص ص 28 - 29.

الضرر، وعلى إثر ذلك ظهر نوع آخر من الالتزامات يسمى: " الالتزام ببذل عناية مشددة" لاسيما في مجال جراحة التجميل.

2- الالتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء

إذا كان الأصل العام في التزام الطبيب الجراح تجاه المريض هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، فهناك بعض الأعمال الطبية الجراحية يكون فيها التزام الجراح فيها تحقيق نتيجة، لا مجال فيها لفكرة الاحتمال.

وعلى هذا الأساس، يعتبر الالتزام بتحقيق نتيجة التزام يتعهد المدين (الجراح) بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة، وإذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن (المريض)، لكونه لم يحم بتفويض التزامه، فالشخص في مثل هذا الالتزام مدين بتحقيق نتيجة معينة، بحيث يفترض خطئه ومن ثم مسؤوليته لمجرد أن الغاية المنتظرة والتي هي محل إلتزامه لم تتحقق، وبالتالي أصبح الإدعاء أمام القضاء مقبولا كلما كان هناك إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، بمجرد تخلف النتيجة المقصودة من التدخل الجراحي.

يتضمن عقد العلاج الجراحي الذي يبرم بين الجراح والمريض التزاما بعمل جراحي معين ومحدد مثل استئصال ورم أو إزالة الزائدة الدودية أو أي عضو لا يؤدي وظائفه أو إجراء عملية توليد قيصرية، فالالتزام الجراح في هذه الحالات التزام بتحقيق نتيجة، فاستئصال عضو سليم بدلا من عضو تالف وهو المتفق على إزالته خطأ مصدره الإهمال وعدم بذل العناية اليقظة، ويعتبر أيضا عدم تحقيق للنتيجة المنتظرة.

ففي مجال جراحة التجميل، ميّز الدكتور هشام عبد الحميد فرج بين حالتين لتحديد طبيعة إلتزام الجراح وهما:

- إذا كان تدخل جراح التجميل لسبب نفسي، بعد التأكد من ذلك عن طريق عرض الشخص على أخصائي الأمراض النفسية، فيمكنه إجراء التدخل الجراحي، ويكون إلتزامه في هذه الحالة إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

- إذا كانت الجراحة قد أجريت بهدف تغيير ملامح الوجه فقط، كتلك التي يجريها الفنانون من باب التغيير، فإنّ الجراح في تلك الحالات مطالب بتحقيق نتيجة، كون تلك العملية لا يقصد بها شفاء المريض من علة، وإنما تعديل في ملامحه لا يعرض حياته لأيّ خطر⁽¹⁾.

3- إلتزام الجراح بضمان سلامة المريض أثناء التدخل الجراحي:

يعد الإلتزام بالسلامة من حيث الأصل، فكرة أخذ بها القضاء، منذ صدور قرار عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 نوفمبر 1911⁽²⁾⁽³⁾ في محاولة منه للخروج عن الإطار التقليدي للمسؤولية القائمة على فكرة الخطأ التي يرى أنّها لم تعد تتفق ومستجدات العصر

¹ - هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 138-139.

² - Cass. civ., 21 novembre 1911, voir sur : www.legifrance.gouv.fr.

³ - يعد قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1911، بداية ميلاد الإلتزام بضمان السلامة، وكان ذلك في مجال النقل البحري، وتتلخص القضية في أنّ شخصا يدعى " زيدي حميدة بن محمود" الذي أقام دعوى ضد الشركة العامة للملاحة عبر الأطلسي، بمناسبة عقد النقل البحري المبرم بينه وبين إحدى السفن التابعة للشركة، حيث أصيب المسافر المذكور، إثر رحلة بحرية أثناء تنقله من تونس إلى بون، في قدمه، إصابة بالغة بسبب سقوط خزان (برميل) وضع في السفينة بطريقة معيبة، فطالب المسافر المضطرب الشركة الناقلة بالتعويض أمام محكمة بون، فدفعت هذه الشركة بعدم إختصاص المحكمة تأسيسا على وجود شرط في عقد النقل يجعل الإختصاص لمحكمة مارسيليا التجارية، إلا أنّ المحكمة رفضت هذا الدفع، قائلة بأنّ قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق، لا التعاقدية، وبالتالي لا مجال لإعمال الشرط الوارد في العقد.

ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم، وقضت بأنّ: " عقد النقل بين الراكب والناقل هو الأساس في تحديد طبيعة مسؤولية الناقل ولا مجال لإعمال قواعد المسؤولية عن الفعل الضار"، لذا فمسؤولية الناقل عما أصاب المسافر مسؤولية عقدية تطبق بشأنها أحكام المسؤولية العقدية. فأضافت بأنّ: " تنفيذ عقد النقل يتضمن بالنسبة للناقل التزاما بنقل الراكب سالما معافا إلى وجهته".

فالناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافر إلى مكان الوصول (الإلتزام الأصلي)، بل عليه أيضا إيصاله سالما معافى (الإلتزام بضمان السلامة). أنظر: فتاك علي، تأثير المنافسة على الإلتزام بسلامة المنتج، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007، ص 27. أكو فاتح حمه ره ش، المرجع السابق، ص ص 47-48.

Voir également : CAPITANT Henri, TERREE Francois, LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Obligations- Contrats spéciaux- Suretés, 12^{eme} édition, DALLOZ, 2008, P.759. GRAPIN Christine, Op. cit., p. 101.

الحديث، حيث بدت قاصرة عن توفير الحماية القانونية اللازمة للمضرورين⁽¹⁾، ولذلك يعتبر هذا الالتزام كوسيلة أو حيلة لجأت إليها المحاكم من أجل إقامة مسؤولية بدون خطأ، وهو يركز على نقل الدعوى من الميدان التقصيري، والذي يعيبه صعوبة الإثبات، إلى الميدان التعاقدية⁽²⁾.

كما أدرك القضاء عدم ملائمة المبادئ التقليدية في المسؤولية العقدية المجسدة لفكرة الضمان الإتاقي والقانوني والمسؤولية التقصيرية القائمة على أساس الإخلال بواجب قانوني لضمان الحماية في مواجهة ما يلزم العمل الطبي من الأضرار، وهذا ما دعا إلى بناء نظام قانوني موضوعي لجبر الأضرار الناشئة عن تحقيق تلك المخاطر تحت ستار الالتزام بضمان السلامة⁽³⁾.

أ- مبررات ظهور الالتزام بضمان السلامة:

تكمن أهم مبررات ظهور الالتزام بضمان السلامة في:

- التطور التكنولوجي الذي صاحب ظهور الآلات الميكانيكية، والذي نتج عنه أخطار فادحة سببت أضرار جسيمة تصيب العمال في المصانع أو المرضى في المستشفيات أو غيرهم، من جراء استخدام الآلات والأشياء الخطرة التي تتطلب عناية خاصة، إضافة إلى تضاعف الحوادث بفعل استخدام هذه الآلات.
- ظهور نظام التأمين من المسؤولية واتخاذ أداة فنية في يد القضاء، استطاع بها ومن خلالها تطوير قواعد المسؤولية، فاستنادا إلى هذا النظام قبل القضاء دعاوى ما كان ليقبلها دون وجوده، وأرسى حلولاً ما كان ليرسيها إلا اعتماداً عليه وفي ضوءه.

¹- محمد سليمان فلاح الرشدي، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الإسكندرية، 1998، ص 93.

²- أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 157.

³- أحمد عبد الحميد أمين، التزام الطبيب بضمان السلامة، دراسة مقارنة وفقاً لأحدث آراء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 206.

- حماية الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي: فالمضرورين جسدياً من أخطار الأشياء والآلات الخطرة غالباً ما يكونوا هم الطرف الضعيف في العلاقة، فمن الضروري التشدد في حمايتهم والعمل على تسهيل حصولهم على التعويض⁽¹⁾.

ب- مضمون الالتزام بضمان السلامة

تباينت تعاريف الفقه بشأن التزام السلامة عموماً، بين الشروط الواجب توافرها في الالتزام بضمان السلامة ومضمون هذا الالتزام.

عرفه جانب من الفقه بالنظر إلى شروطه بأنه: "الالتزام الذي يقع على عاتق أحد المتعاقدين الذي هو مهني محترف في مواجهة المتعاقد الآخر متلقي الإنتاج أو الخدمة، بضمان ما يهدده من مخاطر الإصابة الجسدية أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد"⁽²⁾.

حاول جانب من الفقه إيجاد تعريف مناسب للالتزام بالسلامة لتوضيح محتواه ومضمونه، في ضوء محل هذا الالتزام ألا وهي السلامة، على أنه: "سيطرة المدين على الأشخاص وعلى الأشياء التي تثير الضرر الجسدي، وتنفيذه بطريقة كاملة يستلزم خطوة مزدوجة: توقع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن، والتصرف تجاه هذه الأخطار إما بمنع وقوعها أو التقليل من أثارها"⁽³⁾.

ج- عناصر وجود الالتزام بضمان السلامة

من خلال التعريف السابق، يتضح أنّ الالتزام بالسلامة يتضمن عنصرين يشكلان جوهره، يمكن من خلال تحليلهما إدراك مغزاه، يتمثلان في عنصر سيطرة المدين على أدوات التنفيذ بالإضافة إلى عنصر اجتناب وقوع الضرر.

¹- أنظر: أكو فاتح حمه ره ش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016، ص ص 49-50.

²- أكو فاتح حمه ره ش، مرجع سابق، ص 57.

³- أقصاصي عبد القادر، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 218. أكو فاتح حمه ره ش، مرجع سابق، ص 57.

العنصر الأول: سيطرة المدين على أدوات التنفيذ:

يكن الالتزام بالسلامة في سيطرة المدين على العناصر التي يمكن أن تسبب الضرر للدائن⁽¹⁾، والتي من شأنها أن تحفظ الكيان الجسدي والصحي للمتعاقد، من أي اعتداء يسببه له تنفيذ الالتزامات التعاقدية⁽²⁾، ويعتبر كذلك السيطرة على سلوك الأشخاص أو على الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد.

تعني السيطرة التأثير الكامل للمدين وهو بصدد التوجيه والرقابة على أدوات التنفيذ بحيث لا ينال منها ضرراً بصحة الدائن أو تكامله الجسدي، وفقاً لتوقع المدين للحادث الذي يمكن أن يطرأ أثناء التنفيذ.

العنصر الثاني: إجتنب وقوع الضرر:

يجب على المدين بضمان السلامة، توقع الحادث الضار، الذي يمكن أن يمس بسلامة المتعاقد الآخر، مع محاولة منع حدوثه أو على الأقل التقليل من أثاره.

اعترف القضاء بوجود الالتزام بالسلامة، وإستند إلى كون هذا الأخير قد استجمع الشروط التي يوجب الفقه توافرها مجتمعة للقول أن هناك التزاماً بالسلامة في أي عقد من العقود، ويكاد يجمع الفقه والقضاء بالرغم من اختلاف العقود المثار بشأنها وجود الالتزام بضمان السلامة على ضرورة توافر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: وجود خطر يهدد سلامة أحد المتعاقدين

نتج عن التقدم والتطور التكنولوجي أضرار متعددة، أخطرها تلك التي قد تمسّ بسلامة الأشخاص وتلحق أجسامهم وحياتهم، ولعلّ وجود هذا الخطر هو القاسم المشترك بين مختلف العقود التي تتضمن التزاماً بضمان السلامة⁽³⁾.

يمكن لذلك القول، أنّ التقدم العلمي بقدر ماله من أثار إيجابية في تقدم الشعوب والأمم والارتقاء بمستوى معيشة للإنسان، بقدر ماله من أثار سلبية عليه، إذ أثبت الواقع، أنّ ليس كل ما هو ممكن علمياً وتقنياً، يمثل بالضرورة خيراً للبشرية، ويبدو أنّ هذا التقدم الذي

¹- VINEY Geneviève - JOURDAIN Patrice, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, 2^{ème} Ed, Delta, L.G.D.J, Paris, 1998, p. 407.

²- أقصاصي عبد القادر، مرجع سابق، ص 211.

³- أحمد عبد الحميد أمين، مرجع سابق، ص 228.

تسارعت وتيرته في نهاية القرن العشرين وبداية القرن الحادي والعشرين، أثر سلبا على الإنسانية⁽¹⁾.

وبعد الفعل ماسًا بالسلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، متى كان فيه انتهاك لحق الإنسان في نصيبه من الصحة، ولهذا الحق جانبان: جانب موضوعي يتمثل في القيمة الموضوعية الكاملة، لأن يكون محتفظا بكل أجزائه الطبيعية لجسده، لأنّ الإنسان أغلى قيمة في الوجود، وجانب شخصي، فباعتبار الناس متساوون في القيمة الإنسانية، فالكّل له الحق في التكامل الجسدي.

الشرط الثاني: فقدان أحد المتعاقدين حقه في ممارسة خيارات تحقيق سلامته الجسدية وانتقاله للمتعاقد الثاني

يعني هذا الشرط انتقال حق أحد المتعاقدين في سلامة جسده إلى المتعاقد الآخر، بمعنى أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحدهما، موكولا للآخر، إذ لا يمكن إلّا أن يخضع له، وهذا ما جعلنا نسلم بأنّ الالتزام بضمان السلامة لا يقوم إلّا في العقود التي يعهد أحد المتعاقدين بمقتضاها إلى المتعاقد الآخر، برعايته والمحافظة على سلامته.

يلاحظ مع ذلك، أنّه لا يقصد من انتقال حق أحد المتعاقدين في سلامة جسده إلى المتعاقد الآخر، خضوعه كلياً وفقدانه السيطرة تماماً على سلامة جسده، فبالنسبة لعلاقة المريض بالطبيب الذي يجري له عملية جراحية، فعلى الرغم من أن المريض سيد نفسه، يعلم مقدماً بكل أبعاد ما يراد لجسده وصحته، إلّا أنّ هناك اعتبارات التعقيد والتقدم في المجال الطبي وما يقتضيه من ضرورة إعطاء الطبيب، قدراً كبيراً من الحرية في التصرف في جسمه⁽²⁾.

الشرط الثالث: قصر الالتزام بضمان السلامة على عاتق المهني

اشترط الفقه والقضاء احتراف المدين للدفع بالالتزام بضمان السلامة في مواجهته، ويعود ذلك إلى عدّة أسباب، أهمها أن من يتعاقد معه، يترتب منه حرصاً شديداً في أداء

¹ - فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 25، دمشق، العدد الثاني 2009، ص 470.

² - محمد سليمان فلاح الرشيد، مرجع سابق، ص 93.

مهامه، فظهور المدين بمظهر المحترف⁽¹⁾ يوحي بثقة، لما يتمتع به من خبرة من خلال التخصص الذي يكتسبه في أداء عمله، ما يؤدي إلى رفع درجة المستوى الفني في تنفيذه للالتزام⁽²⁾، بالإضافة إلى المعرفة الكافية في مجال مهنته، التي تفرض الإلمام بالأصول العلمية والفنية لممارستها في أحسن الظروف وعلى أكمل وجه، هذا من جانب، ومن جانب آخر، يمكن تغطية الأعباء المالية التي تترتب على هذا الالتزام، عن طريق التأمين، الذي يمكن المحترفين اللجوء إليه لما لديهم من إمكانيات مادية⁽³⁾.

د-تطبيق نظرية الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي

لاقت نظرية الالتزام بضمان السلامة نجاحا كبيرا ومازالت تطبق في الوقت الحاضر في الكثير من الحالات لا سيما التي يوجد فيها علاقة تعاقدية بين المضرور وبين الشخص المطالب بالتعويض.

إنّ الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي-شأنه في ذلك شأن التزام الناقل-وسيلة من صنع القضاء الفرنسي الذي بذل محاولات عديدة في سبيل كفالة حق المريض المضرور في الحصول على حقه عما أصابه من ضرر نتيجة التدخل الطبي، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ الطبي.

لا يقصد بضمان سلامة المريض، أن يلتزم الطبيب الجراح بشفائه بل يلتزم بأن لا يعرضه لأيّ أذى من جراء ما يستعمل من أدوات وأجهزة أثناء التدخل الجراحي⁽⁴⁾، أو ما

¹ - المحترف هو الشخص المتخصص الذي يعمل في مهنة مقابل أجر، ويكتسب خبرة ومهارة، بمرور الزمن في أدائه لعمله، ويقنضي أن يتركز نشاطه المعتاد في القيام بإبرام عقود معينة وتنفيذها، وهذا الاحتراف يؤدي إلى تحمله التزامات معينة تزيد عما يطالب به المدين غير المحترف. أنظر: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، 2003، ص 05.

² - أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني المهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحليب الحقوقية، بيروت، 2010، ص 118.

³ - أيمن إبراهيم العشماوي، مرجع سابق، ص 157.

أنظر كذلك: أنس محمد عبد الغفار، إلتزامات الطبيب تجاه المريض، مرجع سابق، ص 20.

⁴ - يعتبر إلتزام الطبيب الجراح بعدم إصابة المريض الخاضع للعملية الجراحية، بضرر أثناء إستعماله الآلات والأدوات التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية، مضمونه ضمان سلامة المريض أثناء إستخدامه لهذه الأجهزة، وأن =

يعطيه من أدوية، وألا يتسبب في نقل مرض آخر إليه عن طريق العدوى، بسبب عدم تعقيم الأدوات والمكان، أو عن طريق ما ينقل إليه من دم أو محاليل أخرى⁽¹⁾.

وليتحقق الالتزام بضمان السلامة، لا بدّ أن يكون هناك:

الشرط الأول: وجود خطر يهدد سلامة المريض الخاضع للتدخل الجراحي في المستشفى.

الشرط الثاني: فقدان المريض القدرة على ممارسة خيارات تحقيق سلامة نفسه، وانتقال تلك القدرة إلى الطبيب أو المستشفى:

يسلم المريض حقه في سلامة جسده إلى الطبيب، ويضع نفسه تحت حراسته، لاسيما تحت تأثير التخدير - وبالتالي يفقد القدرة على ممارسة تحقيق سلامة نفسه، إذ يخضع، بوصفه الطرف الضعيف، للطبيب، على أساس من الثقة التي يضعها فيه، وأنّه يتصرف في حدود علمه ولا يتجاوز أمانته العلمية⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، لا يكفي أن يتعرض المريض لأيّ خطر، وإنما لكي يقوم التزام السلامة على عاتق الطبيب لا بدّ أن يسلم المريض نفسه تماما للطبيب المعالج أملا في الشفاء والتخفيف من الآلام، والطبيب يبذل كل ما في وسعه بغية شفاء هذا المريض.

الشرط الثالث: المدين بضمان سلامة المريض هو الطبيب الجراح المحترف

إنّ المدين في هذا الإلتزام هو مدين محترف لما له من كفاءة وخبرة مهنية، والطبيب الجراح هو مدين محترف، له معارف ودراية كافية لأصول ومهنة الطب، يحترف علاج المرضى، ومن ثم يقع عليه الإلتزام بضمان سلامة المريض أثناء التدخل الجراحي، الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة القانونية، والذي يترقب من الطبيب حرصا شديدا في تنفيذ التزامه، وينتظر منه تنفيذ التزامه بدرجة أعلى من أي شخص عادي⁽³⁾.

= هذه الآلات والأشياء تتطلب حراستها عناية فائقة، ويفترض أن الطبيب الجراح هو الذي له السيطرة عليها أثناء التدخل الجراحي.

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 155. أنظر كذلك: أنس محمد عبد الغفار، إلتزامات الطبيب تجاه المريض، مرجع سابق، ص 20.

² - أنظر: محمد سليمان فلاح الرشيدي، مرجع سابق، ص 93.

³ - أكو فاتح حمه ره ش، مرجع سابق، ص 63.

يجب تحقق الشروط الثلاثة مجتمعة، فضلا عن أن لا يكون الضرر راجعا إلى التطور الطبيعي للحالة المرضية للمريض، لكي يكون الطبيب مسؤولا عن سلامة المريض، ويطلب المريض تبعا لذلك التعويض الكامل من جراء الأضرار المادية والمعنوية التي أصيب بها بسبب إخلال الطبيب بسلامته.

وهو ما قضى به مجلس الدولة الجزائري في قرار له صادر بتاريخ 11 مارس 2003⁽¹⁾، بمناسبة النظر في قضية أحد المواطنين الذي أجريت له عملية جراحية بمستشفى بجاية بتاريخ 31 أكتوبر 1995 على مستوى عظم الفخذ، أين تطلبت حالته الصحية وضع **صفحة لولبية** على مستوى العظم لتقويم رجل المريض، لكن بعد يومين من إجراء التدخل الجراحي تعرض المريض لإصابة **ميكروبية**، إذ تسببت الصفحة اللولبية في **إنتان** مقاوم للعلاج الطبي، مما أدى إلى تعفن عظم الفخذ، وعلى إثر ذلك قرر الأطباء إجراء تدخل جراحي آخر لنزع هذه الصفحة في الشهر الموالي.

جاء في قرار مجلس الدولة ما يلي: "حيث يتضح أن العمليات الجراحية المتعددة التي أجريت على المستأنف، ما هي سوى نتيجة للعملية الجراحية الأولى التي أجريت بمستشفى بجاية بتاريخ 31 أكتوبر 1995، وإن الصفحة اللولبية المصابة بإنتان أدت إلى تعفن عظم الفخذ.

حيث أن علاقة السببية بين العمل الجراحي الأول، أي وضع الصفحة ونتائج هذا العمل موضوع هذه الدعوى بالتعويض ثابتة.

حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن يسبق أي عملية جراحية، بفحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء العملية.

ولقد ثبت أن المستأنف عليه أخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل المحافظة على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته، وأن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ المرفق العام، وعلى هذا الأساس، تضمن القرار ما يلي: "...وأنه بالنتيجة بما أن المستأنف عليه ساهم في وجود الضرر بسبب تقصيره، في

¹ - قرار مجلس الدولة، ملف رقم 7733، صادر بتاريخ 11 مارس 2003، قضية (م.ع) ضد (مدير مستشفى بجاية ومن معه)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004، ص 208.

مراقبة الآلات الجراحية المستعملة أثناء العملية الطبية، فإنه يلتزم بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمستأنف.¹

بيّن هذا القرار ضرورة الالتزام بضمان سلامة المريض الخاضع للعملية الجراحية، وذلك بتقويم ساقه دون تعريض سلامته للخطر، إذ يجب السيطرة على العناصر التي قد تسبب الضرر وتمس بسلامة المريض، التي تدخل في نطاق مسؤولية الملتزم باعتباره مهني محترف- الجراح- الذي يجب عليه التحكم في الوسائل التي يؤدي بها عمله وينفذ بها التزامه تجاه مريضه، فالجراح هو الذي يقدر مدى سلامتها وقابليتها لتنفيذ الالتزام بضمان السلامة، دون إلحاق أي ضرر أو أذى بالمريض.

والجدير بالذكر أنّ المشرع الجزائري لم يهتم بضمان سلامة المرضى من العدوى في المستشفيات، إلا أنّه أصدر مرسوماً تنفيذياً رقم 13-194 مؤرخ في 20 ماي 2013 سالف الذكر، والملاحظ أنّه يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة دون المرضى.

كما أدى التطور في المجال الطبي والاستخدام المتزايد للمعدات والآلات والأجهزة في تشخيص المرض والعلاج ولاسيما أثناء إجراء التدخل الجراحي، إلى ضرورة إلزام الجراح بضمان سلامة المريض الخاضع للعلاج عن طريق هذه الأجهزة.

ويلاحظ أنّ الأضرار التي تصيب المريض نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات الطبية تعتبر منقطعة الصلة بالمرض، وتستقل عن العمل الطبي في ذاته وما ينطوي عليه من طبيعة فنية، لذا فإن محل الالتزام بصدها هو الالتزام بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض من الأضرار التي قد يلحقه استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العمليات الجراحية، فلا يعفى الجراح من المسؤولية حتى ولو كان العيب الموجود بالآلة أو الجهاز يرجع إلى صنعه ويصعب كشفه، إلا أنّه يستطيع التخلص منها، طبقاً للقواعد العامة، إقامة الدليل على أنّ الأضرار التي وقعت ترجع إلى سبب أجنبي لا يدّ له فيها⁽¹⁾.

أكدت محكمة النقض الفرنسية، في قرارها الصادر بتاريخ 9 نوفمبر 1999، على أنه: إلى جانب التزام الطبيب ببذل عناية، فعليه يقع كذلك التزام تبعي Supplémentaire

¹ - محمد محمد أحمد سويلم، مرجع سابق، ص 129.

بضمان سلامة المريض إثر الأجهزة التي يستعملها الجراح أثناء التدخل الطبي، والذي هو التزام بضمان سلامة النتيجة Affirmation d'une nouvelle obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin الطبيب، وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد خطا خطوة أخرى لمصلحة ضحايا الحوادث الطبية في مجال التعويض⁽¹⁾.

ثانياً: شروط قيام المسؤولية العقدية للطبيب الجراح

استقر القضاء الفرنسي منذ عام 1936، تاريخ صدور قرار "مرسي" MERCIER الشهير عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، على الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب والجراح كمبدأ عام، مؤسساً على نص المادة 1147 من القانون المدني، وقد كانت قبل ذلك من طبيعة تقصيرية، مبنية على أساس نص المادة 1382 من القانون المدني⁽²⁾. ساند الفقه ما تبنته محكمة النقض بخصوص الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب، التي تخضع في شروطها للقواعد العامة، إذ تقوم على وجود عقد طبي صحيح بين الجراح المسؤول وبين المريض، وأن يكون هذا الأخير هو المتضرر جراء التدخل الجراحي، وأن يكون مصدر الضرر الإخلال بمضمون العقد القائم بينهما.

1- وجود عقد صحيح بين الجراح والمريض

إذا انتفى العقد بين الجراح والمريض كانت مسؤوليته تقصيرية، وقد ورد تعريف العقد بوجه عام في المادة 54 من القانون المدني الجزائري، المعدلة بموجب المادة 23 من القانون رقم 05-10، التي تنص على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وقد عرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري على أنه: "إتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"⁽³⁾.

¹- JOURDAIN Patrice, Une nouvelle avancée de l'obligation de sécurité de résultat du médecin, note sous Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, in : Recueil Dalloz, N° 6, Paris, 10 février 2000, pp. 117-118.

²- GRAPIN Christine, Op. cit., p.75.

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

يبقى العقد الطبي اتفاق يربط الطبيب والمريض، بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري والمناسب للمريض وفقا للقواعد العلمية، الذي بدوره يقوم بدفع أتعاب العلاج، ويجسد هذا الاتفاق في مجرد فتح الطبيب لعيادته وتعليقه للافتة تحمل اسمه وتحدد تخصصه، إذ يضع نفسه في موقع من يعرض إيجاب موجه للجمهور، وأي مريض يقبل بمثل هذا العرض للعلاج يبرم مع الطبيب عقدا بشكل طبيعي⁽¹⁾، حتى ولو كان شفهيًا أو ضمنيًا⁽²⁾.

يجب أن يكون العقد الطبي صحيحا، ذلك أن العقد الباطل لا يترتب عنه التزام، ومن بين الحالات التي يكون فيها العقد باطلا كحالة عدم الأخذ برضا المريض، أو القيام بتدخل جراحي ليس لغرض العلاج⁽³⁾.

يرتب العقد الطبي الصحيح آثاره القانونية كاملة، إذ تكون له عادة قوة ملزمة، ولكن هذه القوة قد يعتريها ما يوجب زوالها إذا لم يؤخذ رضا المريض بالعلاج، أو كان سبب العقد غير مشروع كما لو كان غرضه إجراء عملية جراحية خطيرة لا تستدعيها حالة المريض⁽⁴⁾.

يجب لإنعقاد العقد الطبي بين الجراح والمريض تراضي الطرفين في أغلب صورته، حتى في الحالات التي اشترط المشرع شكلا معينًا كعملية زرع الأعضاء وجراحة التجميل فهو عقد رضائي، يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد، إذ تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". ولا يمنع العقد من أن يكون رضائيا أن يشترط في إثباته شكل خاص، إذ ينبغي التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته فما دام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين، فالعقد رضائي حتى ولو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها⁽⁵⁾.

¹ - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 68.

² - عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 95.

³ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 111.

⁴ - رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 395.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص 35.

ينعقد العقد الطبي بمجرد تبادل المريض التعبير عن إرادته مع الطبيب، فيلعب رضا الأول دورا مزدوجا، فهو ركن لانعقاد العقد الطبي، وشرط أساسي لتنفيذه، إذ يتعلق الأمر برضائين منفصلين لكل منهما نطاق مستقل عن الآخر، فالأول ضروري لانعقاد العقد والثاني ضروري لتنفيذ العقد الطبي ويضفي على عمل الجراح طابع المشروعية من الوجهتين المدنية والجنائية، لذا يتعين التفريق بين الرضا اللازم لتكوين العقد الطبي الذي يؤدي انعدامه إلى بطلان العقد وإذا كان معيبا يجعل العقد قابلا للإبطال وبين الرضا بالعمل الطبي الذي يجعل عمل الطبيب غير مشروع⁽¹⁾.

يعتبر العقد الطبي عقد غير مسمى فلم يخصه القانون المدني الجزائري باسم معين ولم يتول تنظيمه، لذا فهو يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين طرفيه الطبيب الجراح والمريض وكذلك من العادات المهنية والتشريع الخاص بتنظيم الصحة وترقيتها.

كما يعتبر العقد الطبي عقد مدني ملزم للجانبين، لا يقبل بأي حال من الأحوال الصبغة التجارية ولا يخضع لإجراءات العمل التجاري، فالتعامل في المجال الطبي عن طريق التعاقد وتقديم العلاج، لا يجب أن يكون محلا للمعاملات التجارية، فكل تعامل تجاري في هذا المجال يعتبر محظورا⁽²⁾، وهذا راجع إلى ارتباط هذه الممارسات بجسد الإنسان وهو أفضل مخلوقات الله عز وجل هذا من جهة، والدور النبيل الذي يقوم به الطبيب في عقد العلاج من جهة أخرى⁽³⁾.

2- أن يكون المتضرر هو المريض

يجب لقيام مسؤولية الطبيب العقدية أن يكون من أصابه الضرر هو المريض فقط، بناء على ذلك فإذا كان المصاب إثر التدخل الجراحي شخص آخر غير المريض لما جاز الإستناد إلى العقد⁽⁴⁾، وتكون مسؤولية هذا الأخير مسؤولية تقصيرية، لكون عقد العلاج الذي

¹ - بلعربي عبد الكريم، سداوي محمد، الإغفاء من المسؤولية الطبية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 09 و 10 أبريل 2008، ص 180.

² - دلال يزيد، مختاري عبد الجليل، مرجع سابق، ص 62.

³ - نصت المادة 20 من (م.أ.ط) على أنه: " يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة أو غير المباشرة ".

⁴ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 111.

يربط بين المريض والجراح لا يتضمن مثل هذه الالتزامات، إذ يستمد هذا الشرط أساسه من أنّ آثار العقد تقتصر على أطرافه المتعاقدة كأصل عام، عملاً بمبدأ الأثر النسبي للعقد⁽¹⁾.

3- أن يكون الخطأ المنسوب إلى الجراح نتيجة عدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج

لكي تتحقق المسؤولية العقدية للجراح لا بد أن يكون الضرر الذي لحق بالمريض قد نشأ عن الإخلال بالالتزام عقدي، بمعنى أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج، في حين أنه إذا كان الخطأ المنسوب للطبيب لا يمت بصلة إلى الرابطة العقدية، فتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية⁽²⁾، فالخطأ العقدي المتمثل في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، هو المنشئ للمسؤولية المدنية العقدية التي تعد الأصل في المسؤولية الطبية.

الفرع الثالث

قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح

تترتب المسؤولية التقصيرية على كل إخلال بواجب قانوني لا يمت إلى العقد بصلة مباشرة، ويكون مصدر الالتزام فيها هو القانون، حيث يتحتم على الأفراد أن يسلوكوا سلوكاً يبتعدون فيه عن سبل الرعونة وعدم الاحتراز والاستهتار والإهمال⁽³⁾، فإذا ما سلك أحد الأشخاص سلوكاً نتج عنه إلحاق ضرر بالغير فإنّ ذلك الشخص يكون ملزماً بالتعويض، لأن الواجب القانوني يقضي بعدم الإضرار بالغير.

إنّ اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية، لا يعني عدم إمكانية تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية بين المريض والجراح، إذ هناك حالات تكون فيها مسؤولية الجراح تجاه المريض تقصيرية (أولاً) ولا بدّ من بيان موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد (ثانياً).

¹ - راييس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 395.

² - طلال عجاج، مرجع سابق، ص 71.

³ - المادة 125 من ق.م.ج تنص على أنه: " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو بإمتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزاً ".

أولاً: الحالات التطبيقية لقيام المسؤولية التقصيرية للجراح في مواجهة المريض

تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب عند صدور خطأ تقصيري منه يؤدي إلى إصابة المريض بضرر نتيجة هذا الخطأ، إذ يعرف الخطأ التقصيري وفقاً للقواعد العامة بأنه الإخلال بالتزام مصدره القانون، ويقوم على عنصرين: عنصر التعدي، إذ يعتبر الشخص متجاوزاً أو متعدياً وفقاً لمعيارين، أحدهما شخصي، وذلك على أساس النظر للفعل من خلال شخص الفاعل، ومعيار موضوعي على أساس النظر إلى الانحراف دون الإهتمام بالأمر وظروفه الشخصية، وعنصر الإدراك والتمييز من قبل الشخص المعتدي.

تظهر تطبيقات مسؤولية الجراح التقصيرية جلية في حالات انعدام الرابطة العقدية بينه وبين المريض الخاضع للعملية الجراحية، وينطبق نفس الحكم على حالة بطلان العقد الطبي، وكذا في حالة امتناع الجراح عن علاج مريض دون مبرر مشروع⁽¹⁾.

1- إنعدام الرابطة العقدية بين الجراح والمريض

في حالة غياب عقد بين المريض والجراح فمسؤولية هذا الأخير لا تكون إلا تقصيرية، وتوجد حالات عديدة يمارس فيها الطبيب عمله الطبي دون الاستناد إلى عقد أو اتفاق بينه والمريض الذي سيقدم على علاجه.

أ- حالة الجراح الذي يتدخل من تلقاء نفسه

تتمثل هذه الحالة في تدخل الجراح في إجراء تدخل جراحي بدون دعوة من المريض، أي لا يستند إلى عقد مبرم بينهما، كما لو قام الجراح بإجراء عملية جراحية لمريض لا يستطيع التعبير عن إرادته، كونه فاقداً للوعي مثلاً⁽²⁾.

فعند غياب أي عقد بين الطبيب والجراح والمريض فإن مسؤوليته لا يمكن أن تكون تعاقدية، ففي الحالات التي ينجم عن فعل الطبيب ضرر لم يبرره أي عقد كان، سواء صريحاً أو ضمناً كمصدر للتدخل الجراحي، فإن مسؤولية الطبيب تكون تقصيرية.

¹- KHADIR Abdelkader, La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Edition HOUMA, Alger, 2013, pp. 99-100 .

²- تقريباً في هذا المعنى أنظر: محمد هشام قاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية،.. مرجع سابق، ص 82. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 24.

ب- حالة مباشرة الجراح لعمله في مرفق عام

لا يوجد عقد طبي بين أطباء المرفق العام والمرضى الذين يعالجون فيه، فالجراح الذي يعمل موظفاً في مستشفى عام، يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي ويخضع تبعاً لذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالموظفين في الدولة، وبالتالي لا يمكن مساءلته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

ج- حالة تقديم الطبيب لخدماته مجاناً

ذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى نفي الطبيعة العقدية على الخدمات المجانية، على اعتبار أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، فالواعد بالخدمة المجانية لم يقصد ترتيب إلتزام في ذمته والموعود له يعلم بهذه النية، وهذه الإلتزامات مصدرها اللباقة لا تلقي على المدين سوى واجبات أدبية وبالتالي فلا يترتب عليها سوى مسؤولية تقصيرية إذا ما وقع بمناسبتها خطأ⁽²⁾.

وفي هذا الصدد يرى "هنري" HENRI و"ليون مازو" MAZEAUD أن من يبذل عناية بالمجان لا يقصد أن يتعهد بأي التزام، حاله في ذلك حال الناقل بغير أجر، ومن ثم تكون مسؤوليته تقصيرية⁽³⁾.

2- حالات بطلان العقد الطبي

يعتبر العقد الطبي باطلاً في حالة غياب رضا المريض بالعمل الطبي، أو حالة التدخل الطبي الجراحي دون وجود منفعة علاجية⁽⁴⁾، وهو تدخل طبي لا تترتب عليه منفعة تطبيقية أو علاجية للمريض، الأمر الذي يبطل العقد لعدم مشروعية المحل⁽⁵⁾.

¹- طلال عجاج ، مرجع سابق، ص 75.

²- عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 23 .

³- طلال عجاج ، مرجع سابق، ص 77.

⁴- بودالي محمد، مرجع سابق، ص 20.

⁵- KHADIR Abdelkader, La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Op. cit., p. 99.

3- امتناع الطبيب عن علاج وإنقاذ المريض دون مبرر

تقوم مسؤولية الطبيب التقصيرية في الحالة التي يمتنع فيها عن علاج مريض⁽¹⁾ أو إنقاذه بلا عذر مشروع، فمسلك الطبيب في هذه الحالة مخالف للسلوك المألوف للطبيب اليقظ إذا وجد في نفس الظروف، فالطبيب إذا كان حرا في مزاوله مهنته وله الحق في ممارستها بالكيفية التي يريدها، إلا أن ذلك الحق مقيد بما تفرضه عليه مهنته من واجبات، وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه، وفي هذا الصدد نصت المادة 9 من (م.أ.ط) على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له". وحينئذ يمكن مساءلة الطبيب الممتنع مدنيا على أساس التعسف في استعمال حق الإمتناع، حيث يقترن استعمال هذا الحق بنية الإضرار بالغير⁽²⁾.

مع أنه يجوز للجراح رفض إجراء عملية جراحية للمريض لأنه يعلم مسبقا أن من شأنه أن تسبب مضاعفات مضرّة، لكن يجب عليه أن يعلّل سبب الامتناع، أو حالة ما إذا استعان المريض بطبيب آخر خفية عن الطبيب المعالج مما يمسّ بكرامة هذا الأخير، أو حالة إهمال المريض لتعليمات الجراح⁽³⁾.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الجراح

يظهر موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب بصفة عامة والجراح على وجه الخصوص، عن إخلاله بالتزامه باليقظة والتبصر، وثبوت تقصيره أو إهماله، من خلال قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى، وذلك في نص المادة 239 المعدلة والمتممة بموجب القانون رقم 90-17 التي تنص على أنه: "يتابع، طبقا لأحكام المادتين 288 و239 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها، ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 203.

² - بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 146.

³ - سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص ص 16-17.

ثم من خلال المادة 413 من قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة الجديد التي تنص على أنه: "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقاً لأحكام المواد 288 و 289 و 442 (الفقرة 2) من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، على كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر، أو يتسبب في وفاته".

يؤكد نص المادة 413 المذكور أعلاه، على إمكانية مساءلة الجراح، باعتباره من مهنيي الصحة، على أساس المسؤولية التقصيرية والجزائية طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 و 402 (الفقرة 2) من قانون العقوبات، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضرراً بالسلامة الجسدية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته، وإذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية.

وبالمقابل تنص المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخلوا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال." ويتبين من هذا النص أنّ المشرع الجزائري أكد ضرورة توفير الإستقلال التام للطبيب في ممارسة مهنته، إذ لا يسوغ له أن يتنازل عن استقلاله المهني بأي صورة كانت، بحيث لا يخضع إلى أي توجيه كان، وإذا لم يحترم الطبيب الالتزامات الملقاة على عاتقه، يجوز لمن تضرر من ذلك رفع دعوى قضائية أمام المحاكم المدنية وفقاً للمادة 221 من نفس المدونة، على أساس المسؤولية التقصيرية في الحالات التي يخالف فيها الطبيب واجب قانوني⁽¹⁾.

نصت كذلك المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب على منع الطبيب من ممارسة مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية⁽²⁾، كما أضافت

¹ - ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 366.

² - المادة 14 من (م.أ.ط) تنص على أنه: "... ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية."

المادة 17 من نفس المدونة صراحة على وجوب امتناع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لأي خطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية المدنية للطبيب الجراح

متى أصيب المريض الخاضع للعملية الجراحية بضرر من جراء خطأ الطبيب الجراح، وكان خطأ هذا الأخير السبب المباشر في الضرر اللاحق به، بوجود علاقة سببية مباشرة وأكيدة بينهما، يحق له متى كان على قيد الحياة، أو خلفه العام في حالة وفاته بمطالبة الجراح المسؤول بإصلاح الضرر باللجوء إلى القضاء عن طريق رفع دعوى قضائية.

يحتاج المضرور في الحالات التي تقوم فيها مسؤولية الجراح المؤسسة على خطأ مهني إلى ضمان للحصول على التعويض المناسب لجبر تلك الأضرار الجسمانية أو المالية أو المعنوية (الفرع الأول)، وغالبا ما لا يستطيع الطبيب الجراح الوفاء بمبلغ التعويض نظرا لضخامة النتائج المترتبة على الخطأ، لتتولى شركة التأمين ذلك، لذا أصبح التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية ضرورة ملحة حاليا بالنسبة للأطباء والجراحين والمؤسسات الصحية (الفرع الثاني).

وبموجب الأحكام الجديدة، الصادرة بمناسبة تعديل القانون المدني، تتكفل الدولة بتعويض الأضرار الجسمانية في حالة إنعدام المسؤول (الفرع الثالث).

الفرع الأول

التعويض المباشر للمريض المضرور:

ضرورة تناسب مقدار التعويض ودرجة الضرر

تتعدد وتتنوع الأخطاء الطبية الواقعة على المرضى، لاسيما تلك المرتكبة أثناء التدخلات الجراحية، الأمر الذي أدى إلى كثرة الدعاوى المرفوعة أمام القضاء، فمتى توافرت

¹ - المادة 17 من (م.أ.ط) تنص على أنه: "...يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو العلاجية".

أركان المسؤولية المدنية من خطأ طبي، وضرر لاحق بالمريض وعلاقة سببية بينهما، أصبح مرتكب الفعل الضار ملزماً بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر (أولاً)، بعد أن يقدره القاضي المدني (ثانياً).

أولاً: نشوء حق المضرور في المطالبة القضائية لجبر الضرر

لا يحصل المضرور على هذا التعويض إلا برفعه دعوى قضائية ضد مرتكب الفعل الضار، بمعنى أنه يستطيع المضرور المطالبة بالتعويض في حالة إصابته بضرر سواء مادي كما لو أصيب بعاهة دائمة أو مؤقتة، وما يترتب عنه من نفقات مالية، أو معنوي كإفشاء نوع المرض الذي يعاني منه، أو تفويت عليه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

وعلى هذا الأساس، فمتى كان الضرر اللاحق بالمريض سببه الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب الجراح، يحق له إذا بقي على قيد الحياة، أو من ينوب أو يمثله في حالة ما إذا كان قاصراً، أو خلفه العام في حالة وفاته برفع دعوى التعويض، ضد الجراح مرتكب الفعل.

تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أنه لا يكفي للمدعي عرض النزاع على المحكمة ليحكم له بالتعويض عن مختلف الأضرار اللاحقة به، بل يتعين عليه قبل ذلك إثبات أركان المسؤولية.

ينشأ حق المضرور في التعويض عن العمل غير المشروع من وقت قيام أركان المسؤولية، فالحكم ليس مصدر الحق في التعويض، بل هو مقرر لهذا الحق لا منشأ له. فينشأ حق المضرور من وقت تحقق الضرر لا من وقت إرتكاب الخطأ⁽¹⁾.

تنص المادة 124⁽²⁾ من القانون المدني الجزائري على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فإذا أثبت

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهاوي، مرجع سابق، ص 1088.

² - تقابلها المادة 1382 من ق.م.ف التي تنص على أنه:

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

المضرور مسؤولية الجراح، مرتكب الفعل الضار، يحكم لصالحه بالتعويض، الذي يهدف إلى جبر الضرر.

يعتبر التعويض الحكم المترتب على تحقق المسؤولية، فقد يلزم القاضي المسئول بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار إذا كان ذلك ممكناً، وهذا هو التعويض العيني، وإذا كان ذلك مستحيلاً، يحكم لصالح المضرور بالتعويض بمقابل وذلك إما بتعويض نقدي أو غير نقدي.

تنص المادة 132 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يعيّن القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين أن يقدر تأميناً. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

يعيّن القاضي حسب هذه الحالة طريقة التعويض تبعاً للظروف، فقد يحكم بإلزام المسئول بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار⁽¹⁾، وإذا إستحال إعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل الضرر، سيمنح القاضي للمضرور تعويضاً وهو مقابلاً عن الضرر اللاحق به.

يتضمن التعويض العيني Réparation en nature إزالة الضرر ومحو آثاره نهائياً كلما أمكن ذلك من خلال إعادة الطرف المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، ويعتبر أنجع طرق التعويض مقارنة بالتعويض بمقابل، والقاضي ملزم بالحكم به إذا كان ممكناً وطلبه الدائن أو تقدم به المدين⁽²⁾.

¹ - تنص المادة 164 من ق.م.ج على أنه: " يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 1092. أنظر كذلك: أنور سلطان، مرجع سابق، ص 353.

غير أنّ إعمال هذا النوع من التعويض في مجال المسؤولية المدنية الطبية يبقى نسبياً، غير ممكن في الكثير من الحالات إذ لا يمكن تصور ذلك في المجال الطبي كأن يرتكب الجراح خطأ أثناء إجراء العملية، فإستئصال رحم المريضة عوض الورم الليفي يؤدي إلى العقم، فهذا يستحيل إعادة الحالة الصحية للمريضة قبل إرتكاب الجراح للخطأ.

بالرغم من محدودية نطاق التعويض العيني في المجال الطبي إلا أنّه توجد حالات يتصور فيها الحكم بالتعويض العيني، لأنّه لا يكون ممكناً إلاّ حين يتخذ الخطأ المرتكب من المدين صورة القيام بعمل تمكن إزالته، فإذا أخطأ الطبيب مثلاً أثناء إجراء جراحة تجميل للمريض فنتج عنها تشوهاً، يمكن إصلاحه وإزالته بإجراء عملية جراحية جديدة⁽¹⁾، إذ يجوز للقاضي إلزام المدين وهو جراح التجميل القيام بعمل إيجابي، وهذا ما أكدته المادة 132 المذكورة سابقاً.

وكذلك الأمر في حالة خطأ الجراح المتمثل في ترك جسم غريب في بطن المريض بعد إنتهائه من إجراء العملية الجراحية كنسيان ضمادة أو إبرة، ففي هذه الحالة يلزم الجراح بإجراء عملية جراحية ثانية للمريض لإستخراج الجسم الغريب من بطنه وإعادة الحال إلى ما كانت عليه من قبل.

وعليه متى تبيّن للقاضي أنّ التعويض العيني غير ممكناً أو غير ملائم لجبر الضرر وخصوصاً في نطاق الضرر الطبي حيث لا يمكن في أغلب الأحوال إعادة الحال إلى ما كان عليه، فإنّه لا يبقى أمامه سوى اللّجوء إلى التعويض النقدي باعتباره الصورة الغالبة في التعويض عن المسؤولية المدنية، ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر اللاحق بالمضرور سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً، ويدفع التعويض النقدي دفعة واحدة، إلا أنّه يجوز أن يدفع على أشكال أقساط، أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة⁽²⁾.

ثانياً: تقدير التعويض

بيّنّا فيما سبق، أنّ التعويض يعتبر الأثر المباشر لتحقيق مسؤولية الجراح، إذ يستحق المريض المضرور تعويضاً عن الأضرار اللاحقة به، فيحدد مبلغ التعويض بمقتضى حكم

¹ - حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 360. أنظر أيضاً: أحمد حسن الحيارى، مرجع سابق، ص 163.

² - أنور سلطان، مرجع سابق، ص 354.

قضائي، ويستند القاضي عند النظر في الدعوى، وتقدير مبلغ التعويض الممنوح للمضرور إلى معايير معينة.

يتولى قاضي الموضوع الذي ينظر في الدعوى بتقدير مبلغ التعويض الذي سيمنح للمضرور، إذ يتمتع قاضي الموضوع بالحرية المطلقة في تقدير قيمة التعويض ولا رقابة لمحكمة النقض عليه إلا من حيث التسبب⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، فإن تقدير التعويض جبراً للضرر اللاحق بالمضرور يعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض أو مجلس الدولة⁽²⁾، ما دام قد اعتمد القاضي في حكمه على أساس معقول، وهو ما قضى به مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 2006 سالف الذكر⁽³⁾.

لكن، تعد مسألة تحديد الضرر القابل للتعويض من المسائل القانونية التي تتقيد فيها سلطة القاضي المدني وحتى الإداري، حسب الأحوال، لما لمحكمة النقض أو مجلس الدولة حق الرقابة عليه في تحديد نوع الضرر، هل هو ضرر حال أم مستقبل؟ مادي أو معنوي؟ إذ أنّ عدم بيان عناصر الضرر يجعل الحكم قاصر التسبب وعرضة للبطلان، لذا يتعين على قاضي الموضوع أن يبين الضرر القابل للتعويض، وهذه كلها تعتبر من المسائل

¹ - عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002. ص 199.

² - طاهري حسين، مرجع سابق، ص 64.

³ - قرار مجلس الدولة ملف رقم 26678، صادر بتاريخ 29 نوفمبر 2006، سالف الذكر، (قضية: (س.م) بن (ر) ومن معه) ضد المركز لإستشفائي الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: خطأ طبي إثر علاج بمستشفى ومسؤولية المرفق والإستناد إلى نسبة العجز)، نشرة القضاة، عدد 63 لسنة 2008. جاء في القرار ما يلي: "أنّه من مبدأ القانون أنّ الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق الإستشفائي بتعويض المتضرر ويحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به.

وبالتالي فإنّ طلب ضحية خطأ طبي الرامي إلى مراجعة مبلغ التعويض المستحق لها وجعله يتناسب والضرر الفعلي وفقاً لنسبة العجز اللاحق بها يعد مؤسسا".

القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض، أو مجلس الدولة، لأن هذا التعيين من قبل التكييف القانوني للوقائع⁽¹⁾.

وعلى العموم، يجب أن يكون التعويض طبقاً للقاعدة العامة على قدر كاف لجبر الضرر، فلا يزيد التعويض عن الضرر ولا يقل عنه، ولم يترك المشرع للقاضي سلطة تحديد التعويض بل حدد له معايير يستند عليها، وتتمثل طبقاً للمادتين 131⁽²⁾ و182⁽³⁾ من (ق.م.ج) في الضرر المباشر، والظروف الملازمة المحيطة بالمضروور وقت وقوع الفعل الضار، وقد يتغير الضرر منذ وقوعه إلى يوم النطق بالحكم.

الفرع الثاني

ضمان عقد التأمين للمسؤولية المدنية للجراح

ازدادت الدعاوى القضائية المرفوعة ضد الأطباء والجراحين من قبل المرضى، فكان لا بدّ من التفكير في إيجاد آلية فعالة من شأنها أن تبعث الطمأنينة لدى هؤلاء المرضى والأطباء على السواء، وهو ما جعل في التأمين من المسؤولية (أولاً) حلاً لمواجهة هذه المشاكل الناجمة عن الأخطاء الطبية على اختلاف أنواعها وتلك الأخطار حماية للمتضررين.

¹ - طاهري حسين، مرجع سابق، ص 64.

² - المادة 131 من ق.م.ج تنص على أنه: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

³ - تنص المادة 182 من ق.م.ج على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وعلى هذا الأساس، أصبح للتأمين من المسؤولية الطبية ضرورة تملّحها الإعتبارات العملية (ثانياً)، الأمر الذي جعل له دوراً بارزاً وأهمية قصوى في العصر الحديث، لاسيما بعدما أصبحت ممارسات الأطباء والجراحين خطيرة، بسبب تطور مهنة الطب والجراحة وزيادة إستعمال الأجهزة الطبية الحديثة، نتيجة التقدم العلمي والتكنولوجي.

أولاً: مفهوم التأمين من المسؤولية المدنية

يندرج التأمين⁽¹⁾ من المسؤولية تحت التأمين من الأضرار الذي يتفرع عنه التأمين من الأشياء والتأمين من المسؤولية، وتطبق عليه الصفة التعويضية، لذلك يقتضي وجود ثلاثة أطراف وهم المؤمن، والمؤمن له، والمضرور من فعل المؤمن له، وهو وسيلة لحماية الذمة المالية للمسؤول، باعتباره عقد بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحقه جراء رجوع الغير عليه.

يعرف التأمين من المسؤولية بأنه عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية المدنية، فيضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير.

ثانياً: التأكيد على إلزامية آلية التأمين من المسؤولية الطبية ومدى فعاليتها

إنّ العاملين في المجال الطبي من أطباء، وعلى وجه الخصوص الجراحين، وكذا المستشفيات العامة والعيادات الخاصة ليسوا بمنأى عن ارتكاب الأخطاء الطبية، لاسيما مع التطور التكنولوجي الهائل الذي مس العلوم والمهن الطبية وما صاحبه من اكتشافات مذهلة

¹ - يعرف التأمين بأنه: " عملية يحصل بموجبها أحد الأطراف وهو المؤمن له، نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر، وهو المؤمن تعهد يدفع بموجبه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك بأن يأخذ على عاتقه مهمة تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء مقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء."

للمزيد من التفاصيل راجع: أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007، ص 60.

وقد عرفت المادة 619 من ق.م.ج عقد التأمين على أنه: عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن."

للأجهزة الطبية والأدوات التي تستعمل في التدخلات الطبية، وبسبب اعتمادهم على هذه الأجهزة فهم عرضة للمساءلة القانونية⁽¹⁾ عما يسببوه من أضرار نتيجة أخطائهم الشخصية والجماعية، أثناء ممارستهم للعمل الطبي وبالتالي مطالبتهم من قبل المتضرر (المريض) بالتعويض عما أصابه من ضرر، وذلك عن طريق رفع دعوى قضائية وإصراره الحصول على تعويض⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس، أصبح للتأمين أهمية على المسؤولية الطبية بحيث أصبح ضرورة ملحة⁽³⁾، سواء بالنسبة للمريض أو الطبيب أو المستشفى، للتأمين من المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها أثناء ممارستهم لمهنتهم، وهو الأمر الذي جعل الكثير من الدول تتجه نحو فرض إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية.

¹ - مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجاً، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد السابع، 2010، ص 113.

² - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص 60.

³ - بدأ الفقه المطالبة بالتأمين في المجال الطبي منذ الربع الأول من القرن الماضي، فالمريض هو من يجب عليه آنذاك إبرام عقد التأمين من الأضرار التي قد يتعرض لها نتيجة التدخل الطبي، إذ كان عليه أن يؤمن من مخاطر العلاج وبالأخص العمليات الجراحية، لأن ذلك سيضمن له حق التعويض في حالة تحقق المخاطر المرتبطة بالطرق العلاجية، وفي نفس الوقت تعد بمثابة حماية للطبيب المعالج من الدعاوى التي يمكن أن ترفع ضده بمناسبة أخطائه المهنية، لأن شركة التأمين تتولى تغطية تلك الأضرار الناجمة عن خطأ الجراح، إلا أن الفقه (من بينهم الفقيه تانك Tunc) إستقر في النهاية على وجوب إلزام الأطباء دون سواهم باكتتاب تأمين، فالأطباء لا يؤمنون ضد أخطائهم بل ضد الأضرار التي تصيب مرضاهم، وعلى هؤلاء دفع أقساط مالية مقابل قيام المؤمن بتعويض الأضرار التي تصيب المرضى من جراء الخطأ الناتج عن التدخل الطبي.

أنظر: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 535. مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجاً...، مرجع سابق، ص 143.

وقد إقترح الأستاذ "بريزر" تطبيق نظام التأمين من المسؤولية في مجال الجراحة، لأنها من أكثر النشاطات الطبية ارتفاعاً في عدد الدعاوى.

أنظر: بركات عماد الدين، التأمين من المسؤولية في المجال الطبي وأهميته، دراسة مقارنة، مجلة المحامي، عدد خاص: المسؤولية الطبية والخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، سطيف، عدد 23، جوان 2017، ص 127.

إنّ التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب الجراح عقد يتم بمقتضاه تأمين الذمة المالية للطبيب ضد المطالبات التي يتقدم بها المضرورين ويحمي حقوق هؤلاء من إفسار الأول، إذ يجد المضرورون مسؤولاً عن مطالبهم يتمثل في هيئة مليئة يتقاضون منها حقهم في التعويض بدعوى مباشرة لا تخضع لتزام الدائنين⁽¹⁾.

ألزمت التشريعات في الكثير من الدول الأطباء ولاسيما الجراحين منهم على التأمين عن مسؤوليتهم المدنية الناجمة عن أخطائهم المهنية المرتبطة بممارسة العمل الطبي، وتكمن الغاية من ذلك في ضمان تعويض مالي للمريض المضرور عما قد يصدر أثناء الممارسة، فابتكار وتكريس نظام التأمين الإجباري من المسؤولية هو من أجل تغطية نتائج الأخطاء في جميع مراحل النشاط الطبي الجراحي الصادرة من الجراح كما يغطي نتائج المخاطر التي قد تنجم عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الجراحي.

ومن جهته، ألزم المشرع الجزائري المؤسسات الصحية المدنية وكل ممارسي المهن الطبية الذين يمارسون بصفة حرة باكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وكذا الغير في الأمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات⁽²⁾ من خلال المادة 167 التي تنص على أنه: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"، ويتعرض كل مخالف لهذا الالتزام إلى غرامة مالية من 5000 دج إلى 100.000 دج، بغض النظر عن وجوبه إكتتاب التأمين⁽³⁾.

أكد القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة على هذا الالتزام من خلال نص المادة 296 التي تنص على أنه: " يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهنيي الصحة الذين يمارسون بصفة حرة، إكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير".

¹ - أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 533.

² - أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995، يتضمن قانون التأمينات، ج.ر.ج. عدد 13، صادر بتاريخ 08 مارس 1995. معدل ومتمم.

³ - راجع المادة 184 من أمر رقم 95-07، يتضمن قانون التأمينات سالف الذكر.

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

أكد كذلك المشرع الجزائري على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية لممارسي القطاع الخاص، من خلال المادة السادسة (06) من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007 سالف الذكر، التي تنص على أنه: " **يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها**".

كان نظام التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب أو الجراح في فرنسا إلزاميا، ويظهر موقف المشرع الفرنسي بشأن وجوب التأمين من المسؤولية لممارسي الصحة، من خلال نص المادة L.1142-2 من قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي⁽¹⁾، الذي فرض عقوبات في حالة الإخلال بالتزام التأمين، إذ أكد في المادة 5 L.1142-2 على عقوبة أصلية تتمثل في فرض غرامة تقدر بـ 45000 أورو، وعقوبة تكميلية تتمثل في المنع من ممارسة النشاط المهني أو الاجتماعي⁽²⁾، كما تضمنت كذلك المادة 26 L.1142-2 من قانون الصحة الفرنسي دفع غرامة إضافة إلى الحظر من ممارسة النشاط المهني كجزاء عدم التأمين من المسؤولية الطبية من طرف الشخص المعنوي⁽³⁾.

¹- Art. L1142-2 du C.S.P.F stipule : « Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services des santé (...) sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative... ».

²- Art. L1142-25 du C.S.P.F stipule : « Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L1142-2 est puni de 45000 euros d'amende.

Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Cette interdiction est portée à la connaissance du directeur général de l'agence régionale de santé qui en informe les organismes d'assurance maladie. ».

³- Art. L1142-26 du C.S.P.F.

يختلف التشريع الجزائري عن التشريع الفرنسي فيما يتعلق بجزء مخالفة الجراح للالتزام المتعلق بالتأمين من المسؤولية الطبية، إذ سلط الأول غرامة بسيطة جداً، في حين نصّ الثاني على غرامة مالية معتبرة وقاسية، وهدفه في ذلك دفع الأطباء والجراحين إلى عدم مخالفة هذا الالتزام.

يقوم نظام التأمين من المسؤولية على أساس إعفاء المؤمن له وهو الجراح من العبء المالي لتعويض الضرر الذي سببه للغير، وتشتيت هذا العبء على عدد من المؤمن لهم، أي أنه ينقل المسؤولية المالية للطبيب الجراح بحيث تتكفل شركة التأمين بدفع مبلغ التعويض للمريض الذي وقع عليه الضرر أثناء التدخل الجراحي، ومن ثم فهي تبعث الطمأنينة في نفس المضرور بأنّه سيحصل على حقه.

لكن على الرغم من أنّ نظام التأمين من المسؤولية له ميزة أساسية وهي أنّه يجعل شركة التأمين تتكفل بدفع مبلغ التعويض للمريض المضرور بدلاً من الجراح المسؤول، وهو الأمر الذي يبعث الطمأنينة في نفس المضرور، إلا أن هذا النظام لم يسلم من النقد، فهو في نظر البعض ينمي لدى المستفيد المؤمن له (الطبيب الجراح) لا مبالاة وعدم الاكتراث، أي تقاعس الجراح في أداء العناية الواجبة تجاه المريض فلا يقوم بالتزاماته نحوه نظراً لما يؤمنه له التأمين من تحصين من المساءلة⁽¹⁾.

ثالثاً: نطاق التأمين من المسؤولية المدنية للجراح

ينفرد نظام التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب بأحكام خاصة، إذ لا يتوقف على دفع التعويض من المؤمن بحصول الخطأ وإنما بحصول المطالبة به خلال فترة سريان عقد التأمين، ويثير عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء عدة مسائل جوهرية تدور حول نطاق هذا العقد من حيث المخاطر والأضرار التي يغطيها.

1- المخاطر التي يغطيها التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن خطأ الجراح

تعتبر المسؤولية المدنية الناتجة عن خطأ الجراح، محل عقد التأمين، وهي الخطر المؤمن منه، لأن التأمين هنا يهدف إلى ضمان الذمة المالية للجراح أو الفنيين العاملين في المجال الطبي أو المستشفيات والعيادات الخاصة من مطالبة المريض المتضرر من جراء

¹ - أنظر: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 534.

الخطأ أثناء التدخل الجراحي، حيث ستتكفل شركة التأمين بدفع التعويضات التي ستترتب على ذمة الجراح حال ثبوت مسؤوليته المدنية عن خطئه.

2- الأضرار التي يغطيها عقد التأمين من المسؤولية المدنية للجراح

إنّ عقد التأمين من المسؤولية المدنية للجراحين وغيرهم من العاملين في المجال الطبي، ليس من المعقول أن يبقى دون قيود تحكمه، فلا بد أن ينحصر هذا التأمين في حدود معينة، سواء من حيث الأضرار التي يغطيها أو من حيث الزمان.

يغطي عقد التأمين من المسؤولية الأضرار الناشئة عن نشاط الطبيب الجراح، سواء الأضرار المادية أو المعنوية، فعقد التأمين من المسؤولية الذي يبرمه الطبيب الجراح يغطي الأضرار التي تنتج عن ممارسة الجراح لمهنته دون أن يمتد إلى تغطية الأخطار الناجمة عن نشاطه باعتباره شخصا عاديا. ويقتصر التأمين من المسؤولية للجراح على المسؤولية المدنية دون أن يمتد إلى التأمين من المسؤولية الجنائية، التي تعتبر مسؤولية شخصية، وفقا لمبدأ شخصية العقوبة⁽¹⁾.

أ- التأمين يشمل مسؤولية الجراح المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية

إنّ الأصل في المسؤولية المدنية للجراح أنّها مسؤولية عقدية، وقد تكون تقصيرية في بعض الحالات، فإنه لا شك في ضرورة أن يغطي التأمين شقي المسؤولية المدنية، بمعنى يغطي الأضرار التي تصيب المريض بصرف النظر عن طبيعة المسؤولية المدنية للجراح، ولا يثور أي إشكال في هذا الصدد إذا تضمن عقد التأمين صراحة تغطيته للمسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، وإنما تثار المسألة حين يتضمن العقد على ضمان المسؤولية المدنية دون تحديد نطاق تلك المسؤولية إن كانت عقدية أم تقصيرية أم كلاهما معا⁽²⁾.

إذا كان عقد التأمين من المسؤولية يتضمن النص على تغطية مسؤولية الطبيب الجراح المدنية، دون ذكر نوع المسؤولية المدنية، مسؤولية عقدية أم تقصيرية، فإنه يجب أن يغطي مسؤوليته سواء أكانت عقدية أم تقصيرية، أي يلتزم المؤمن بذلك.

¹- أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 538.

²- مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجا...، مرجع سابق، ص 144.

وعلى هذا الأساس، يجب أن يغطي عقد التأمين من المسؤولية الطبية نوعي المسؤولية المدنية للجراح، بحيث لا تقتصر على إحداها دون الأخرى، لذا فالمؤمن ملزم بضمان مسؤولية الجراح سواء كانت مسؤوليته عقدية أو تقصيرية لأن كلاهما يندرج تحت مفهوم المسؤولية المدنية⁽¹⁾.

وإذا كانت مسؤولية الطبيب الجراح القائمة على الخطأ توصف بأنها مسؤولية شخصية، لأنها تؤسس من حيث الأصل على فحص وتقييم سلوك المسؤول وتبين ما به من إنحراف وإهمال، ولو كان الخطأ مفترضا، في حين المسؤولية الموضوعية فهي التي تؤسس بعيدا عن فكرة الخطأ، أي مسؤولية قائمة على أساس الضرر أو على فكرة تحمل المخاطر فإن هذا يدفعنا إلى طرح تساؤل حول: مدى إمكانية التأمين من المسؤولية الطبية بدون خطأ إلى جانب المسؤولية القائمة على الخطأ؟ بمعنى آخر: هل تعتمد نظرية الخطأ لوحدها كأساس لقيام مسؤولية الجراح المراد تأمينها أم تشمل أيضا نظرية المخاطر؟

ثار خلاف فقهي حول هذه المسألة، ولما كانت مسؤولية الطبيب لم تتعد الأساس الشخصي إلى الموضوعي حتى مع ظهور نظام التأمين من المسؤولية، إتجه الرأي الغالب في الفقه إلى القول بأنّ التأمين من المسؤولية الطبية يجب ألا يقوض الأساس التقليدي لهذه المسؤولية بحيث يجب أن يغطي عقد التأمين مسؤولية الطبيب القائمة على أساس الخطأ⁽²⁾، إلا أن إتجاها في الفقه والذي يتزعمه الفقيه الفرنسي Tunc يذهب إلى القول بأنّه يجب أن يكون عقد التأمين من المسؤولية الطبية شاملا، يغطي المخاطر الطبية كافة، بحيث يغطي مسؤولية الطبيب بدون خطأ مبرر، وهو ما أكدّه جانب آخر من الفقه الفرنسي⁽³⁾، فتغطية التأمين لكل المخاطر أفضل، كونه يؤدي إلى تعويض المريض⁽⁴⁾.

¹ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص 148. مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجا...، مرجع سابق، ص 144.

² - أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، 1990، ص 184. راجع كذلك: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 545.

³ - Yvonne LAMBERT-FAIVRE, Le droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation, 2^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1993, p.270.

⁴ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص 148. أنظر كذلك: أنور يوسف حسين، مرجع سابق، ص 545.

إنّ الأخذ بمبدأ التأمين من المسؤولية دون خطأ لا يعني الاستغناء عن الخطأ كلياً، والبحث على أساس آخر، لأنّ ذلك يخالف القواعد المستقرة في المسؤولية، إذ أنّه من الضروري الاعتراف بمكانة نظرية المخاطر، التي تلعب دوراً مكملاً لنظرية الخطأ، ولا شك أن الأخذ بالمسؤولية بدون خطأ وتغطيتها من قبل التأمين يؤدي إلى ارتفاع الأقساط التي يلتزم الجراح المؤمن له بدفعها للشركة المؤمنة، والتي سيقطعها بطبيعة الحال من مرضاه، مما يؤدي إلى زيادة المصروفات على المريض بالنتيجة⁽¹⁾.

وبالمقابل، لا يعني التأمين من المسؤولية دون خطأ تحويل التزام الطبيب الجراح، من كونه التزاماً ببذل عناية، إلى التزام بتحقيق نتيجة، إنّما يبقى التزامه تجاه مرضاه التزاماً ببذل عناية كأصل عام، وتحقيق النتيجة استثناء عليه.

تجدر الإشارة إلى أنّ الأخذ بنظام التأمين الإجباري من المسؤولية في بعض المجالات الطبية استثناء على الأصل العام، بالمسؤولية بدون خطأ، التي تقوم على فكرة الالتزام بنتيجة، ومثالها نقل الدم.

ب- التأمين يغطي المسؤولية الناجمة عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الجراحي
تقوم هذه المسؤولية على أساس المسؤولية العقدية، وذلك متى كانت العلاقة بين الجراح والمريض علاقة عقدية، ويترتب على ذلك أن تقوم هذه المسؤولية على الخطأ الواجب الإثبات وليس على خطأ مفترض، إذ يجب على المريض أن يثبت خطأ الجراح، بأن يبين أن هذا الأخير قد استعمل جهازاً لا يجوز استعماله أثناء إجراء التدخل الجراحي.

بينما تكون مسؤولية الجراح عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الجراحي تقصيرية إذا لم يرتبط مع المريض بعقد، وهي مسؤولية عن حراسة الأشياء غير الحية، وفقاً لما جاء في نص المادة 138 من القانون المدني⁽²⁾.

يغطي عقد التأمين الأضرار الجسدية التي تقع بفعل الأدوات والأجهزة المهنية، لأنها يفترض أن تكون في عيادة الطبيب الجراح أو في المستشفى المؤمن له، والتأمين يغطي

¹- مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجاً...، مرجع سابق، ص 145.

²- راجع المادة 138 من التقنين المدني.

أضرار هذه الأدوات والآلات في حالة الاصطدام بها أو انفجارها أثناء استعمالها من قبل الجراح⁽¹⁾.

رابعاً: أهمية نظام التأمين من المسؤولية المدنية للجراح

يبقى نظام التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب إلزامي، نظراً للفوائد والنتائج المرجوة منه، بالنسبة لكل من الطبيب والمريض على حد سواء، وحتى بالنسبة للمجتمع والإقتصاد الوطني.

1- أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للجراح

يؤدي التأمين الإلزامي إلى خلق وعي تأميني لدى الأطباء والجراحين، مما يساعد على رفع مستواهم المهني، ويخلق لديهم الحافز إلى رفع مستوى الأداء وبذل المزيد من الجهد وتسخير الخدمة لمرضاهم⁽²⁾.

كما يعتبر تأمين المسؤولية أحد أهم الوسائل لتحقيق تطور المسؤولية الطبية، لتواكب التطور العلمي والتقني في المجال الطبي، حيث يتم نقل أثر مسؤولية الطبيب على عاتق مجموعة الأطباء والجراحين، باعتبارهم زملاء مهنة واحدة وتفعيلاً لمبدأ توزيع المخاطر، بدلاً من تحمل الطبيب أو الجراح المسؤول نتائج خطئه وحده، إذ تتحمل شركة التأمين عبء تغطية مخاطر ممارسة العمل الطبي⁽³⁾.

يولد نظام التأمين من المسؤولية نوعاً من الطمأنينة والاستقرار اللذين يحتاج إليهما الجراح، فالأخطار تتزايد مع التقدم العلمي والتكنولوجي مما يولد الخوف والتردد في النفس، والتأمين يزيل هذا الخوف والتردد ويجعل الطبيب أو الجراح يعمل وهما مطمئن، إذ يمنح له القدرة على الابتكار ومتابعة ما توصلت إليه العلوم الحديثة في المجال الطبي، وبالتالي أي خطأ غير مقصود من طرفه يتكفل المؤمن بدفع التعويض، مما ينعكس إيجاباً على عمله من جهة، وعلى ضمان ذمته المالية من جهة أخرى، لأنّ نظام التأمين من المسؤولية يقيه

¹ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، مرجع سابق، ص 156.

² - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع نفسه، ص 140.

³ - أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، مرجع سابق، ص 566.

من خطر إفساره وعجزه عن دفع مبالغ التعويض الباهضة بسبب قيام مسؤوليته المدنية، وهذا بحلول شركة التأمين محله في دفع مبلغ التعويض للمتضرر⁽¹⁾.

يشجع نظام التأمين من المسؤولية الأطباء والجراحين، سواء في المؤسسات الإستشفائية العمومية أو الخاصة إلى استخدام الأجهزة والآلات الحديثة والتقنيات التكنولوجية الحديثة أثناء ممارستهم للعمل الطبي لاسيما في التدخل الجراحي، لأنهم يشعرون بالأمان وهم يستعملونها، ولأنه في حالة حصول أي خطأ غير مقصود جراء استعمال هذه الأجهزة فإنّ هناك شركة التأمين ستدفع مبلغ التعويض للمتضرر⁽²⁾.

2- أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للمريض المتضرر

يحقق نظام التأمين من المسؤولية الطبية الحماية والأمان والطمأنينة للمريض في الحصول على حقه في العلاج الأمثل والأفضل، باستخدام التقنيات والأجهزة الالكترونية كافة، وباعتباره المتضرر والحلقة الضعيفة في العلاقة الطبية، فلا بد له من تعويض عادل يجبر ضرره، فأمام عجز الطبيب المخطئ وعدم قدرته على دفع التعويض، تتولى هيئة مليئة ماديا كشركة التأمين بدفع مبلغ التعويض، بدلا من الإنتظار الطويل أمام الجهات القضائية. وبالتالي يكون لهذا المؤمن دورا مزدوجا، فهو يشكل حماية للمسؤول وضمانا للمضرور، وهو بذلك أوجد نوعا من الضمان للطرف الضعيف من مظنة الإفسار، أو عدم ملاءة المسؤول. فيمنح نظام التأمين الإلزامي من المسؤولية للمريض المضرور إمكانية الرجوع مباشرة على المؤمن بالدعوى المباشرة، دون الرجوع إلى المؤمن له، وإذا كان مبلغ التأمين لا يتناسب مع الضرر، أي كان قليلا، يستطيع المضرور الرجوع على المؤمن له بالباقي⁽³⁾.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، أنّه في حالة ما إذا حصل المضرور على التعويض من شركة التأمين، فإنه لا يحق له أن يعود على الجراح المسؤول للمطالبة بتعويض آخر، إلا في حالة عدم تمكنه من الحصول على تعويض كامل من شركة التأمين⁽⁴⁾.

¹ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة ، مرجع سابق، ص 140.

² - بركات عماد الدين ، مرجع سابق، ص 139. أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع نفسه، ص 141.

³ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة ، مرجع سابق، ص 143.

⁴ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص ص 174-175.

الفرع الثالث

التكفل الإحتياطي للدولة للأضرار الجسمانية في المجال الطبي

يقع على عاتق الدولة التزام جديد يتمثل في التكفل بصفة احتياطية بتعويض الأضرار الجسمانية لضحايا الأعمال الطبية، في حالة إنعدام المسؤول (أولا)، أو باسم التضامن الوطني عند عدم تحقق مسؤولية الطبيب، وهو النظام المعمول به في القانون الفرنسي (ثانيا).

أولا: تكفل الدولة على أساس انعدام المسؤول في القانون الجزائري:

استحدثت المشرع الجزائري من خلال تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10، المادة 140 مكرر 1 التي من خلالها وضع على عاتق الدولة التزام التكفل بصفة احتياطية بتعويض الأضرار الجسمانية، في حالة إنعدام المسؤول، إذ تنص على أنه: " إذا إنعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر."

يجوز تطبيق هذا النص في مجال تكفل الدولة بتعويض ضحايا الأعمال الطبية، أي بالقياس على ضحايا الأخطاء الطبية، الذي يكون بصفة احتياطية إذ لا تتدخل إلا إذا إنعدم المسؤول، كما يشترط النص أن يكون الضرر جسمانيا، وأن لا يكون للمتضرر يد في حدوث هذا الضرر.

بصفة عامة يسعى المشرع من خلال هذا النص الجديد إلى توفير حماية لضحايا الأضرار الجسمانية يمكن إدخال ضمنها ضحايا الأعمال الطبية العلاجية والجراحية، غير أنه يصعب تجسيده ميدانيا، فقد أتى النص عاما وغامضا ما جعل شروط تطبيقه قد استعصت على تحقيق الهدف المنشود، لأنّ النص يطرح عدة إشكالات قانونية، فهل يقصد بانعدام المسؤول تخلف شروط قيام المسؤولية المدنية، كأن يكون المتسبب في الضرر مجهولا، أو إنتفاء خطأ الفاعل أو إنتفاء علاقة السببية، أو إعسار المسؤول، وهل يشترط وجود حكم قضائي نهائي ضد المدين المسؤول؟، وهل يجب على المضرور بعد إثبات إعسار المدين المسؤول، رفع دعوى أخرى ضد الدولة؟

أكثر من ذلك، اكتفى المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر¹ من القانون المدني الجزائري الإشارة إلى تكفل الدولة بتعويض المضرور عن الضرر الجسماني اللاحق به في حالة انعدام المسؤول، ولم يكن للمضرور أيّ يد في الضرر اللاحق به، دون بيان الهيئة التي تتولى تعويض المضرور. لذا كان على المشرع الجزائري أن يحدد الصندوق الذي يتكفل بتعويض المضرور في حالة انعدام المسؤول، كما فعله بالنسبة لحوادث المرور⁽¹⁾.

ثانيا: التعويض على أساس فكرة التضامن الوطني في القانون الفرنسي:

تضمن القانون المتعلق بحقوق المرضى الصادر عام 2002 بفرنسا ضمن أهدافه الأساسية، تلبية طلبات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون والذين لم يكن الحق لهم الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطبية، وذلك لإنعدام ركن الخطأ، لذلك قرر المشرع الفرنسي وضع نظام جديد للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني وفقا لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ سنوات⁽²⁾.

ولذلك، عكست آلية التعويض التي اتبعتها المشرع الفرنسي في الحوادث الطبية رغبته في تحقيق ضمان أوسع عند حصول ضرر من تنفيذ الأعمال الطبية، سواء من جهة شركة التأمين التي أمن فيها الطبيب عند تحقيق مسؤوليته، أو باسم التضامن الوطني عند عدم تحقق مسؤولية الطبيب.

يمكن أن يصاب المريض بضرر، دون أن يرتكب الطبيب الجراح أو المستشفى أي خطأ، وهذا ما يعرف بالحادثة الطبي، تستوجب العدالة عدم ترك المضرور دون جبره الضرر الذي لحقه، لذا أوجد المشرع الفرنسي حلا لهذا المشكل، بموجب قانون 4 مارس

¹ - تنص المادة 24 من قانون التأمينات سالف الذكر على أنه: " أن هدف الصندوق الخاص بالتعويضات...، يحدد كما يلي:

يكلف الصندوق الخاص بالتعويضات بتحمل كل أو جزء من التعويضات المقررة لضحايا الحوادث الجسمانية أو ذوي حقوقهم، وذلك عندما تكون هذه الحوادث التي ترتب عليها حق في التعويض، مسببة من مركبات برية ذات محرك، ويكون المسؤول عن الأضرار مجهولا أو سقط حقه في الضمان وقت الحادث أو كان ضمانه غير كاف أو كان غير مؤمن أو ظهر بأنه غير مقتدر كليا أ جزئيا ."

² - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي...، مرجع سابق، ص

2002 المعدّل لقانون الصحة العمومي الفرنسي، وذلك بحصول المريض على التعويض على أساس التضامن الوطني، فهذا النظام أتى لتعويض المتضررين في نطاق النشاط الطبي العادي، فجعله امتيازاً للمتضرر من حيث الاستفادة من هذا النظام.

وعليه، تقتضي المحافظة على حقوق المرضى عدم ترك المضرور دون تعويض أمام مختلف الأضرار اللاحقة به، إذ تم وضع نظام للتعويض عند وقوع حادث طبي، يستند إلى ما يسمى بالتضامن الوطني، ويتكفل به جهاز حكومي يطلق عليه "الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية"⁽¹⁾.

ولكي يستفيد المضرور من التعويض بإسم التضامن الوطني، لابد من توافر الشروط القانونية المنصوص عليها في القانون سالف الذكر، كما يتعين عليه إتباع إجراءات معينة للحصول على مبلغ التعويض تغطية للأضرار اللاحقة به.

1- شروط الاستفادة بالتعويض من صندوق الضمان

سعى المشرع الفرنسي لتمكين المضرور من الاستفادة من التعويض في حالة عدم إمكان إثبات مسؤولية الطبيب، فكرس نظام التعويض بإسم التضامن الوطني من خلال القانون وهو ما يستشف من نص المادة L.1142-1⁽²⁾ من قانون الصحة الفرنسي رقم 303-2002، التي جاء فيها أنه:

"عندما لا يمكن إقامة مسؤولية مهني الصحة "الطبيب" أو المؤسسات والهيئات الصحية... فإن الأضرار التي تصيب المرضى من جراء الحوادث الطبية أو تلك الناتجة

¹ - « Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux », O.N.I.A.M.

يعتبر مؤسسة عامة ذات طابع إداري، خاضعة لوصاية وزير الصحة، وظيفتها الأساسية التعويض على أساس التضامن الوطني عن كل الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية أو العدوى.

للمزيد من التفاصيل راجع:

MOQUET-ANGER Marie-Laure, Droit hospitalier, L.G.D.J., Lextenso, Paris, 2010, p.472.

² - Art. L.1142-1 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, précitée dispose : « ... Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme...n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou affection nosocomiale ouvre droit à réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputable à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité... ».

عن إنتشار العدوى داخل المؤسسات الصحية...تعطي الحق للمريض المضروب في الحصول على تعويض باسم التضامن الوطني".

تتوقف استفادة المريض المضروب من التعويض باسم التضامن الوطني على توافر مجموعة من الشروط القانونية المنصوص عليها في المادة أعلاه، إذ إلى جانب شرط إنتفاء خطأ الطبيب أو المرفق الصحي العام، وشرط أن يتعلق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي خارج نطاق الخطأ أو عدوى مرضية في المستشفى، توجد شروط أخرى لا تقل أهمية، أهمها: شرط السببية وشرط الجسامة.

أ- أن تتوفر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي:

يجب أن يكون الضرر اللاحق بالمريض ناتجا عن أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج، بمعنى توافر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي، إذ وفقا لنص المادة L.1142-1 سالفه الذكر، يجب أن يكون الحادث الطبي أو العدوى التي يعوض عنها من طرف الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية، ناتجة مباشرة عن أي عمل وقائي أو عمل تشخيصي أو علاجي، وأن تسبب هذه الأضرار للمريض آثار غير عادية بالمقارنة عما كانت عليه حالته الصحية السابقة، لذا يجب التمييز بين ما ينتج عن الإخفاق في العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض وبين ما يترتب عن الحادث الطبي⁽¹⁾.

يلاحظ أنّ اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون الضرر اللاحق بالمريض ناتجا عن أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج، دليل على أنه لا يأخذ بالأضرار اللاحقة بالمريض الناتجة عن أعمال لا تهدف إلى علاجه، كما هو الشأن بالنسبة لجراحة التجميل⁽²⁾.

¹ - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة...، مرجع سابق، ص 149.

² - تباينت الآراء في هذا الشأن، فهناك من يرى أنّ الأضرار والحوادث الطبية التي تلحق المصاب في جراحات التجميل، لا بدّ أن تخضع لنفس المبدأ من حيث تعويضها تحقيقا لمبدأ المساواة، فكل شخص أيا كان دافعه يخضع للعمل الطبي، يجب أن يستفيد من نفس الشروط، في حين لا يرى جانب آخر من الفقه أيّ سبب يبرر منح تعويضات في مثل هذه الحالات والتي لا يمكن اعتبارها نتيجة للتدخل الطبي بهدف التشخيص أو العلاج، بل هي لا تعدو في حقيقتها نتيجة وإن كانت مأساوية لاختيار كماله.

أنظر في ذلك: عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص ص 35-36.

يظهر موقف القانون الفرنسي من خلال الفقرة السادسة (6) نص المادة 1- L.6322⁽¹⁾ من قانون الصحة الفرنسي، التي يستشف منها أن هذا القانون لا يمنح تعويضات لمضروور جراحة التجميل باسم التضامن الوطني، التدخل الجراحي محل الترخيص لا يدخل في مجال تأمين المرض المغطاة من طرف الحماية الاجتماعية بمعنى المادة 8- L.160 من قانون الحماية الاجتماعية الفرنسي.

وبالرجوع إلى نص المادة 8- L.160⁽²⁾ يتبين لنا أن المشرع الفرنسي يقصد بالتدخل الجراحي موضوع الترخيص، جراحة التجميل، التي استبعدتها من مبدأ التعويض باسم التضامن الوطني، إذ لم تشر إلى تدخلات الجراحة التجميلية من بين الأعمال الطبية التي تغطي مصاريف علاجها.

ب- أن يبلغ الضرر درجة من الجسامة:

يجب كذلك، لكي يستفيد المضروور من نظام التعويض باسم التضامن الوطني، أن يبلغ الضرر اللاحق به درجة من الجسامة، والتي تتحدد بالنظر إلى العجز الوظيفي للمريض، أي إلى فقدان القدرات الوظيفية، وما يترتب عن ذلك من آثار على حياته العائلية والمهنية. وتجدر الإشارة في هذا المقام، أن المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1- L.1142 من قانون 4 مارس 2002، إشتراط أن تتعدى نسبة العجز التي يعاني منها المريض 25% لكي يستفيد من التعويض⁽³⁾.

¹ - Art. L.6322-1 alinéa 6 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, modifié par l'article 59 de la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015, de financement de la sécurité sociale pour 2016, dispose : « L'activité, objet de l'autorisation, n'entre pas dans le champ des prestations couvertes par l'assurance maladie au sens de l'article L.160-8 du code de la sécurité sociale ». Voir sur : www.legifrance.gouv.fr.

² - Art. L.160-8 du code de la sécurité sociale Français. www.legifrance.gouv.fr.

³ - Art. L.1142-1 du cspf.

ثم جاء فيما بعد المرسوم رقم 314-2003⁽¹⁾ المؤرخ في 4 أبريل 2003، نص في مادته الأولى على تخفيض هذه النسبة المذكورة في المادة L.1142-1 لتصبح 24%⁽²⁾ بموجب المرسوم رقم 462-2003 المؤرخ في 21 ماي 2003⁽³⁾.

يتبين مما سبق، أنّ هذه النسبة تؤدي إلى التقليل من عدد ضحايا الحوادث الطبية المستفيدة من صندوق الضمان، بحيث يجب أن تكون نسبة جسامه الضرر تتعدى 24% ليتم التعويض، أما إذا كانت أقل من ذلك فلا يتم التعويض عنه.

والجدير بالتعليق، أنّه من المستحيل أن تتجاوز نسبة جسامه الضرر اللاحق بهم نسبة 24% في معظم الحالات، وهذا يعني أن هؤلاء الضحايا الذين تقل نسبة عجزهم عن النسبة المذكورة، سوف يسعون للبحث عن طرق بديلة للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحق بهم.

2- إجراءات المطالبة بالتعويض باسم التضامن الوطني

رغبة منه في تسهيل حصول المضرور على التعويض وتبسيط الإجراءات، وضع المشرع الفرنسي إجراءات لتسوية النزاع وديا، تقوم بها **اللجان الجهوية للمصالحة والتعويض**⁽⁴⁾، التي يترأسها طبقا لنص المادة L.1142-6/1 من قانون الصحة الفرنسي، قاضي إداري أو مدني، ويكون في عضويتها كذلك ممثلون عن المرضى ومستخدمي نظام الصحة وأصحاب المهن الصحية ومسؤولي المؤسسات والمصالح الصحية، وكذلك أعضاء ممثلين

¹- Décret n° 2003-314 du 4 Avril 2003, relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L.1142.1 du code de la santé publique, J.O.R.F n° 81 du 5 Avril 2003.

²- Art. 01 du décret n° 2003-314 stipule : « Le pourcentage mentionné au deuxième alinéa du II de l'article L.1142-1 du code de la santé publique est fixé à 24%. »

وبالتالي يكون المشرع الفرنسي، بموجب هذا المرسوم، قد جاء بالمادة D.1142-1 ليدرجها في قانون الصحة. Art. D.1142-1 du Code de la santé publique, issu du décret n° 2003-314 stipule : « Le pourcentage mentionné au dernier alinéa de l'article L.1142-1 est fixé à 24%. »

Voir aussi : ISSA Ahmed, La responsabilité médicale en droit public libanais et Français, Thèse pour le doctorat en Droit public, Université Grenoble, juin 2013, p.317.

³- Décret n° 2003-462 du 21 Mai 2003, relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II, III du code de la santé publique, J.O.R.F n° 122 du 27 Mai 2003.

⁴- « *Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnités* », C.R.C.I.

عن المكتب الوطني للتعويض ومؤسسات التأمين⁽¹⁾، كما حدد المرسوم رقم 140-2003 كيفية تشكيل هذه اللجان وآلية عملها⁽²⁾.

أ- إتباع إجراءات ودية أمام لجان المصالحة والتعويض:

أ-1 تقديم طلب من المضرور

يتعين على المريض تقديم طلب إلى اللجان الجهوية للمصالحة والتعويض التي يجب أن تقدم رأيها حول ظروف وأسباب وطبيعة الأضرار وكذا نظام التعويض المطبق، في مدة لا تتجاوز ستة (06) أشهر من تاريخ رفع الطلب إليها⁽³⁾، وذلك سواء برفض الطلب لعدم توفر شرط الجسامة مثلاً، فتصدر تصريحاً بعدم الاختصاص وتبلغه للأطراف⁽⁴⁾، أو تصدر رأياً سلبياً نظراً لعدم توافر نسبة العجز في الضرر اللاحق بالمريض والمحدد قانوناً، أو تصدر رأياً إيجابياً.

أ-2 إجراء خبرة طبية لتقييم أسباب وأثار الضرر

قبل أن تصدر هذه اللجنة قرارها، الإيجابي أو السلبي، تلجأ إلى الخبرة لتقييم أسباب وأثار الضرر اللاحق بالمضرور لتقدير نسبة العجز الجسماني ومدة العجز الوظيفي⁽⁵⁾، بعد

¹ - Art. L.1142-6 alinéa 1 stipule : « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales sont présidées par un magistrat d'ordre administratif ou un magistrat d'ordre judiciaire, en activité ou honoraire. Elles comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et des responsables d'établissements et services de santé, ainsi que les membres représentant d'office institué à l'article L.1142-22 et les entreprises d'assurance. »

² - Décret 2003-140 du 19 février 2003, modifiant le code de la santé publique. www.legifrance.gouv.fr.

³- Voir : L'article L.1142-8 de la loi n°2002-303 précité, modifié par l'ordonnance n° 2010-177 du 23 Février 2010.

للمزيد من التفاصيل راجع: ياسر عبد الحميد الأفتيحات، الآثار القانونية الناجمة عن التشدد في نظام التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي (دور الحوادث الطبية في تسريع إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني نموذجاً)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد 7 أكتوبر 2016، ص 25.

⁴ - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة...، مرجع سابق، ص 151.

⁵- Voir : Art. L.1142-12 de la loi n° 2002-303 précité, modifié par la loi n° 2004-806 du 9 Aout 2004, relative à la politique de la santé publique, J.O.R.F du 11 Aout 2004.

أن تقوم بتعيين خبير أو أكثر من الخبراء المسجلين في قائمة معدة مسبقاً، وتحدد لهم المهمة وأجل إيداع تقاريرهم، لتتوصل هذه اللجنة لإبداء رأيها⁽¹⁾.

أ-3 حالة سكوت المؤمن أو رفضه تقديم عرض

أما في حالة سكوت المؤمن أو رفضه تقديم عرض، أو كان المسؤول غير مؤمن عليه، سوف يحل الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية (O.N.I.A.M) بدل المؤمن في تقديم عرض للمتضرر ودفع مبلغ التعويض، وبطبيعة الحال سيحل بعد دفعه مبلغ التعويض محل المتضرر في حقوقه ضد الشخص المسؤول وعند الاقتضاء حتى ضد شركة التأمين التي أمن فيها المسؤول، بمعنى يحتفظ بحقه في الرجوع على المسؤول أو على مؤمنه⁽²⁾، وهو ما جاءت الإشارة إليه في نص المادة L.1142-15 من قانون رقم 2002-303⁽³⁾.

وفي حالة الإتفاق بين المتضرر والديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية، على المبلغ الذي يستحقه المتضرر، فإن المؤمن أو الشخص المسؤول لا يمكنه الاعتراض على هذا الاتفاق، إلا أن لهم بالمقابل الحق بالاختصام أمام القاضي الإداري أو المدني، لأن الأصل أنه يجوز الطعن في الأمور المادية أي مبلغ التأمين، لكن أيّا كان قرار القاضي فإن المبلغ المدفوع من قبل الديوان للمتضرر يعد حقا مكتسبا لا يمكن استرجاعه⁽⁴⁾.

¹ - للمزيد من التفاصيل حول سير إجراءات الخبرة التي تأمر بها اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض وكذا تقرير الخبرة راجع:

HUREAU (J), L'expertise pour une commission régionale de conciliation et d'indemnisation, in : L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, 3^{ème} édition, Elsevier Masson, 2010, p.p. 124-126.

² - للمزيد من تفاصيل أوفى انظر: ياسر عبد الحميد الأفتيحات، مرجع سابق، ص 27.

³ - Art. L.1142-15 de la loi n° 2002-303 précité, modifié par l'article 146 de la loi n° 2011-1977 du 28 Décembre 2011 de finances pour 2012, J.O.R.F du 29 décembre 2011, stipule :

« En cas de silence ou de refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré ou la couverture d'assurance prévue à l'article L.1142-2 est épuisée ou expirée, l'office institué à l'article L. 1142-22 est substitué à l'assureur... ».

⁴ - ياسر عبد الحميد الأفتيحات، مرجع سابق، ص 27.

ب- إمكانية المتضرر رفض عرض شركة التأمين:

يمكن المتضرر الذي يرفض العرض الذي تتقدم به شركة التأمين معتقدا عدم كفايته، أن يرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة من أجل طلب تقدير مبلغ التعويض المستحق لجبر الضرر اللاحق به⁽¹⁾.

¹ - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة...، مرجع سابق، ص 152.

خاتمة:

تبيّن من خلال هذه الدراسة عدم وجود أحكام خاصة لمسؤولية الجراح عن أخطائه المهنية المختلفة، سواء من الناحية المدنية وحتى الجزائية، وهو الأمر الذي إستدعى الرجوع إلى القواعد العامة، وهو ما لا يتماشى وصفة الجراح وخصوصية الخطأ الطبي بصفة عامة والخطأ الجراحي على وجه الخصوص، لذا فتطبيقها في الواقع يصطدم بعدة عقبات أهمّها صعوبة الإثبات وعدم نجاعة التعويض الذي في غالب الأحيان ما يكون غير منصفاً مجحفاً في حق المريض.

فمنذ أن اعترف القضاء بالمسؤولية المدنية للأطباء والجراحين فلا تزال هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ، رغم محاولة بعض الفقه والقضاء إزاحة هذا الأساس وترتيب مسؤولية موضوعية في جانب الطبيب والجراح.

كان بناء مسؤولية الطبيب الجراح على أساس الخطأ يمثل حلاً عادلاً لا إفراط فيه ولا تقريط بحيث يتحمل الطبيب الجراح نتائج خطئه لا مخاطر العمل الطبي مهما بلغت جسامة ودرجة هذه المخاطر. ولعل ما يميز مسؤولية الجراح عن غيرها من المسؤوليات هي طبيعة الخطأ، فخطئه ليس كخطأ الشخص العادي، وذلك لما ينطوي عليه من طبيعة فنية وتعقيد علمي.

وبالرغم من الخصائص والمميزات التي جاءت بها نظرية المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي، في تحقيق العدالة وضمان التعويض للمتضررين، إلا أنه لا يمكن الإستغناء عن قواعد المسؤولية المدنية بوجهها التقليدي في حالة ما إذا تحقق خطأ الجراح المتسبب في الضرر، لكن يبقى اللجوء إلى قواعد المسؤولية الموضوعية أمر حتمي في حالة ما إذا لم يثبت أي خطأ أو يصعب تحديد المتسبب فيه.

كما أنّ إقرار نظام المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام، على الرغم من صفتها الاحتياطية والاستثنائية، تعتبر ضماناً ليس فقط للمضرورين من المرضى فحسب بل وللأطباء والجراحين كذلك.

ولما كان الهدف الأسمى من اللجوء إلى القضاء من طرف ضحايا الأخطاء الطبية الفنية هو تحقيق العدالة والمطالبة بالحقوق، فإنّ العدالة تقتضي حصول الضحية على

تعويض عما لحقها من ضرر، وهذا التعويض لا يزال مرتبطاً من حيث المبدأ بضرورة توافر عنصر الخطأ في جانب الجراح المدعى عليه، وضرورة قيام المريض المضرور بإثبات هذا الخطأ تحت طائلة خسارة دعواه، يجعل منه رهينة لتحقيق هذه المعادلة الصعبة.

وبالرغم من أهمية الخطأ كركن لقيام المسؤولية المدنية للجراح، فإن صعوبة إثبات هذا الخطأ يحول في غالب الأحيان دون حصول المريض المضرور على التعويض العادل، إذ تظهر هذه الصعوبات سواء من خلال عبء الإثبات الملقى على المريض الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، أو من خلال وسائل الإثبات القانونية المعتمدة في ذلك، فخصوصيات الخطأ الطبي الذي يمتاز بالتعقيد، جعلت القواعد العامة التقليدية غير كفيلة بحل هذه المشكلات، وبالتالي صعوبة الاعتماد عليها في إثبات هذا النوع من الأخطاء.

تكاد تنعدم قضايا الأخطاء الطبية الفنية أثناء التدخل الطبي أمام القضاء الجزائري مقارنة بالقضاء الفرنسي، وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى نقص الوعي لدى المرضى وجهلهم لحقوقهم التي تعد التزامات على عاتق الأطباء والجراحين من جهة، ومن جهة أخرى فإن صعوبة إثبات هذه الأخطاء قد تشكل عائقاً وسداً منيعاً في مجرد التفكير في اللجوء إلى العدالة.

لم يضع المشرع الجزائري أهلية خاصة في مجال التدخلات الطبية الواردة على جسم المريض، وهو ما يستدعي الإحالة إلى القواعد العامة وتطبيق أحكام القانون المدني المتعلقة بالأهلية، وهو قانون يهتم بالمعاملات المالية التي يخرج جسم الإنسان منها.

استحدث المشرع الجزائري المادة 182 مكرر بموجب قانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، التي جاءت بشمولية التعويض عن الضرر المعنوي الذي يمس بالشرف أو الحرية أو السمعة، إلا أنه يلاحظ قصور هذه المادة، إذ أقصت التعويض عن الضرر المعنوي المتمثل في الآلام النفسية التي تسببها التشوهات والعاهات نتيجة الخطأ في استخدام الآلات والأجهزة أو تلك الناتجة عن الأفعال الضارة الماسة بجسم الإنسان.

لا يمكن الحديث عن ضرر تقويت الفرصة بدون وجود ضرر ناتج عن التدخل الجراحي وهو ما يسمى بالضرر النهائي المتمثل في الحالة التي آل إليها المريض بعد هذا التدخل، وهو ضرر كان المريض يأمل تجنب حدوثه وهو إما عجز أو وفاة وانتقال عدوى أو ولادة معاقة، ولا يلجأ القاضي تلقائياً إلى تطبيق نظرية تقويت الفرصة وإنما يجب عليه أولاً

أن يتأكد من وجود فرصة جدية تثبت أن لولا الخطأ الطبي الثابت لأمكن اتخاذ احتياطات مناسبة لتجنب الضرر النهائي اللاحق بالمريض.

ألغى المشرع الجزائري قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها باعتباره قانونا جامدا، إذ أكد الواقع العملي عدم مواكبة هذا القانون للتقدم الحاصل في علم الطب، إذ هناك تفاوت كبير بين التقدم العلمي والتطور الفكري، فكلاهما يتصف بالخصوصية، فالقاعدة القانونية تتصف بقدر من الثبات بهدف استقرار الأوضاع القانونية، أما علم الطب فيتقدم بسرعة مذهلة، مما يجعل من الصعب الربط بين القاعدة القانونية والنظرية العلمية، ولكن القاعدة العامة تقرر أنه لا تعارض بين الطب والقانون، مما يؤكد وجود ارتباط وثيق بينهما، فإن كان الطب يقدم الأمل فالقانون يقدم الحماية.

رغم الإستهانة عن القانون رقم 85-05 سالف الذكر بقانون جديد أكثر مرونة، يتضمن التزامات الأطباء وحقوق المرضى، وجزاء الإخلال بهذه الالتزامات ونوع المسؤولية المترتبة عن ذلك، إلا أنه لم يستجب لجميع التطورات الحاصلة في مجال الطب، لاسيما جراحة التجميل والتجارب الطبية وتطوير عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، ولم يؤطر بالقدر الكافي أحكام المسؤولية المدنية الطبية.

تمّ التوصل من خلال هذه الدراسة إلى إدراج مجموعة من الإقتراحات أهمّها:

- كان لزاما على المشرع الجزائري سن قانون خاص ينظم المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، تحت عنوان القانون الطبي، يخضع بموجبه الأطباء لقواعد موحدة تحكم مسؤوليتهم المدنية.

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتعديل المادة 182 مكرر حتى يتسع نطاقها لتشمل التعويض عن الضرر المعنوي المتمثل في الآلام النفسية التي تسببها التشوهات والعاهات نتيجة الخطأ في استخدام الآلات والأجهزة أو تلك الناتجة عن الأفعال الضارة الماسة بجسم الإنسان، بما في ذلك أفعال الجراح الضارة أثناء التدخل الجراحي.

- ضرورة تبني نظام المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي بصفة صريحة، وحصر حالات اللجوء إلى تطبيقها.

- ضرورة إلقاء عبء الإثبات على الجراح لضمان حقوق المريض المتضرر.

- باعتبار الملف الطبي عنصرا هاما في مجال إثبات الأخطاء الطبية لاسيما الجراحية منها، نظرا لما يحتويه من وثائق تتعلق بحالة المريض وكل المراحل التي تمت لعلاجها، ونظرا للصعوبات المتعلقة بمسك وتحيين وحفظ الملفات الطبية للمرضى خاصة في المؤسسات الإستشفائية العامة وعدم العناية بها بعد مغادرة المريض لها، ورغم تدارك المشرع هذا الأمر بنصه على إلزامية إعداد ملف طبي معلوماتي وتحيينه من خلال المادة 292 من قانون رقم 18-11، إلا أنّ ذلك يبقى إجراء غير كاف لا بدّ من تدعيمه بإجراء لاحق يتمثل في حفظ محتوى هذه الملفات إلكترونيا بشكل يحول دون إجراء تعديلات أو إضافات، ليضاف إلى جانب الأرشفة الورقية.

- تفعيل دور الخبرة في مجال إثبات الأخطاء الطبية الفنية، وبالتالي يجب على المشرع تنظيمها تنظيما كافيا بموجب قوانين خاصة يوضح فيها الإطار القانوني لإجراء الخبرة في نطاق المسؤولية الطبية الناجمة عن الأخطاء الفنية المرتكبة أثناء التدخل الطبي، وجزاء الإخلال بالضوابط القانونية لممارسة الخبرة الطبية، بدلا من التشتت، كونها مبعثرة في قوانين مزاوله مهنة الطب وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أكثر من ذلك، أمام الشكوك والجدل الذي يثيره لجوء القضاء إلى الخبراء في منازعات المسؤولية الطبية، وخصوصا فيما يتعلق بتضامن الأطباء الخبراء المعيّنين من الهيئات القضائية والأطباء محل المساءلة، كان لا بد من تشكيل **لجنة طبية عليا متخصصة ومحايدة** تتولى مهمة إبداء الرأي في المسائل الطبية الفنية المعروضة أمام القضاء، مشكلة من أطباء وجراحين ذوي خبرة وكفاءة، جاعلا مقرها العاصمة، تعمل تحت الوصايا المباشرة لوزير الصحة وإصلاح المستشفيات.

- التأكيد على إلزامية نظام التأمين من المسؤولية الطبية لكل ممارسي الصحة بتبيان شروطه وإجراءاته، لأنّ هذا من شأنه أن يضمن حقوق للمرضى في حالة خطأ الجراح، وفي نفس الوقت تجعل هذه الإلزامية من الطبيب ممارسا لمهامه بأكثر دقة وطمأنينة بتجنبه هاجس الوقوع في الخطأ، لأنّ المشرع الجزائري قد نصّ على هذا الالتزام بطريقة سطحية في القوانين المتعلقة بممارسة مهنة الطب سواء في ظل قانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى، أو في المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، وحتى في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

بالرغم من أنّ التأمين من المسؤولية يعتبر من بين الإلتزامات التي تقع على ممارسي الصحة وكل المؤسسات الإستشفائية، إذ يضمن حق المريض في جبر الضرر، وهو الأمر الذي يتطلب من المشرع الجزائري إدراج هذا النظام في النصوص التطبيقية المنتظر صدورها لقانون الصحة الجديد، بموجب نصوص صريحة واضحة خاصة بالتأمين من المسؤولية الطبية بعيدة عن القواعد العامة المتعلقة بالتأمين من المسؤولية، مؤكدا إجبارية هذا النوع من التأمين، ووضع عقوبات ردعية صارمة في حالة مخالفة هذا الإلتزام، بدلا من ترتيب غرامة بسيطة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي رتب غرامة مالية قاسية على الأطباء والجراحين المخالفين لهذا الإلتزام.

- ضرورة استحداث آلية التعويض باسم التضامن الوطني للمرضى المتضررين في المجال الطبي، بإحداث صندوق التكفل بضحايا الأخطاء الطبية، وفق حالات وشروط يتم النص عليها صراحة في قانون الصحة مثلما فعل المشرع الفرنسي في قانون رقم 302-2002.

- تفعيل دور المجلس الوطني لأخلاقيات الطب وكذا توسيع سلطات المجالس الجهوية، التي سوف يتم تنصيبها، لأنه طبقا للمادة 447 من قانون الصحة الجديد ستواصل هذه المجالس ممارسة صلاحياتها وفقا لأحكام قانون رقم 85-05 إلى غاية تنصيب مجالس وطنية وجهوية للأدبيات الطبية المنصوص عليها في قانون رقم 18-11 المتضمن قانون الصحة.

- إجراء دورات تفتيشية للمراقبة من مصالح وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات على العيادات الخاصة والمؤسسات الإستشفائية الخاصة.

- إجراء دورات تكوينية للقضاة، وإحاطتهم بكل القوانين المتعلقة بممارسة مهنة الطب من جهة أخرى.

- تدريس مقياس القانون الطبي والمسؤولية الطبية على مستوى كليات الطب، لأنّ ذلك يعطي أهمية للمسائل القانونية، عن طريق تدريس التشريعات المؤطرة لمهنة الطب لطلبة المهنة كي يستلهموها أثناء ممارسة مهامهم، الأمر الذي يجعلهم يقضين من جهة، ومن جهة أخرى فإن ذلك سيحميهم من الوقوع في أخطاء لتجاهلهم الإلتزامات القانونية الملقة على عاتقهم.

قائمة المصادر والمراجع

I- باللغة العربية:

المصحف الشريف

أولاً: الكتب:

1- الكتب العامة:

1. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
2. أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني المهني، دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
3. العزة مهند، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الإتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة للنشر، 2002.
4. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار المعارف، مصر، 1998.
5. أيمن إبراهيم العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
6. بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.
7. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني الواقعة القانونية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
8. بن حيدة محمد، الحق في الحياة الخاصة في إطار القانون الجزائري: المفهوم- العناصر- الحماية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2018.
9. بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

10. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الضرر، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
11. حمدي عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الثاني، القسم الثاني: المصادر غير الإرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
12. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
13. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
14. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات (بيروت-باريس) وبين ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، 1984.
15. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005.
16. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
17. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
18. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
19. عبد الرشيد مأمون، النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، الطبعة الثانية، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 2007.

20. عبد العزيز اللصاصمة، نظرية الإلتزامات في ضوء القانون المدني المقارن، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، أساسها وشروطها، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
21. عبد القادر أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.
22. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987.
23. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
24. عدلي خليل، جنح وجنابات الجرح والضرب في ضوء الفقه والقضاء والطب الشرعي، دار الكتب القانونية، مصر، 1996.
25. عز الدين الدناصوري - عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه القضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.
26. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
27. فيلالي علي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفملنشر، الجزائر، 2010.
28. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، "سوء السلوك الفاحش"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
29. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
30. محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

31. محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
32. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول: في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978.
33. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
34. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
35. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
36. مقدم السعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
37. ياسين محمد يحيى، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية مصر، 1992.

2- الكتب المتخصصة:

1. ناسوس نامق براخاس، قبول المخاطر الطبية وأثره في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، 2013.
2. إبراهيم أحمد محمد الرواشدة، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
3. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

4. أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
5. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، دار ذات السلاسل، الكويت، 1986.
6. أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب والصيدلي والمحامي والمهندس المعماري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
7. أحمد عبد الحميد أمين، إلتزام الطبيب بضمان السلامة، دراسة مقارنة (وفقا لأحدث آراء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
8. أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000.
9. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
10. أسامة عبد العليم الشيخ، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة وغير المستعجلة في ضوء الفقه الإسلامي والنظم الوضعية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2013.
11. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
12. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
13. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، مصر، 1990.

14. إفتكار مهيبوب دبان المخلافي، حدود التصرف في الأعضاء البشرية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، مكتبة شادي، القاهرة، 2006.
15. أكو فاتح حمه ره ش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2016.
16. أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
17. أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشرعية الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
18. أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب تجاه المريض، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر - الإمارات، 2013.
19. أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2014.
20. أوان عبد الله الفيضي، الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
21. إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، (على ضوء القانون الإتحادي رقم (10) لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية)، دراسة مقارنة للقوانين (الإماراتية - المصرية - الأمريكية - اليابانية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
22. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

23. بشير سعد زغلول، الأحكام القانونية للتبرع بالأعضاء البشرية، دراسة على ضوء القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار النهضة العربية، 2010.
24. بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
25. عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
26. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000.
27. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2008.
28. حسام زيدان شكر الفهاد، الإلتزام بالتبصير في المجال الطبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2013.
29. خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2014.
30. خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2016.
31. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
32. رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012.
33. رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء، دراسة مقارنة في ضوء القانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، دار الجامعة الجديدة، 2015.

34. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.
35. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
36. سمير عبد السميع الأودن، المسؤولية القانونية للطبيب والمستشفى والصيدلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.
37. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح طبيب والتخدير ومساعدتهم مدنيا، جنائيا، إداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
38. سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999.
39. سيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
40. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
41. شمس محمود زكي، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، مؤسسة عبور للطباعة، دمشق، 1999.
42. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، الجزائر - فرنسا، دار هوم، الجزائر، 2008.
43. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
44. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
45. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
46. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، (د.ت.ن).

47. عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
48. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007.
49. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
50. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
51. غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
52. فطناسي عبد الرحمان، المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
53. لقمان فاروق حسن نانه كه لى، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشرعية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
54. مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
55. مأمون عبد الكريم، رضا المريض على الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
56. محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1993.
57. محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية العلمية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992.
58. محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.

59. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.
60. محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
61. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الطبيب- الجراح - طبيب الأسنان الصيدلي- التمريض- العيادة والمستشفى- الأجهزة الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
62. محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
63. محمد محمد أحمد سويلم، مسؤولية الطبيب والجراح وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي " دراسة مقارنة "، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.
64. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانوناً وفقها واجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
65. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.
66. منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1995.
67. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
68. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
69. منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

70. منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
71. منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
72. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.
73. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، الطبعة الثامنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.
74. هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
75. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دراسة تحليلية فقهية وقضائية في كل من مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.

ثانياً: رسائل الدكتوراه والمذكرات الجامعية:

1. رسائل الدكتوراه:

1. أحمد شعبان محمد طه، فكرة الخطأ المهني وصوره في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق - الدراسات العليا، جامعة عين شمس، مصر، 2009.
2. أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007.
3. بدر حامد يوسف راشد الملا، المسؤولية المدنية عن مخاطر الأجهزة الطبية التعويضية، دراسة مقارنة بين القوانين اللاتينية والقوانين الأنجلو

- أمريكية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2010.
4. بشاتن صفية، الحماية القانونية للحياة الخاصة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
5. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
6. بورويس العيرج، الخبرة الطبية في التشريع الجنائي الجزائري والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2009.
7. حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص علوم قانونية، فرع قانون الصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لباس، سيدي بلعباس، 2018.
8. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، القاهرة، (د.س.م).
9. سعيدان أسماء، الإطار القانوني لعمليتي نقل وزرع الأعضاء البشرية والتلقيح الإصطناعي، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.
10. عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2010.

11. عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الإستشفائية العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
12. غضبان نبيلة، الخطأ الطبي الجراحي والمسؤولية الجزائية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
13. فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007.
14. فطناسي عبد الرحمان، إثبات الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بمؤسسات الصحة العمومية الجزائرية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص: قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة-1، باتنة، 2018.
15. قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2009.
16. مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2008.
17. محمد سليمان فلاح الرشدي، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، الإسكندرية، 1998.
18. محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 2005.

19. موسى العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

2. المذكرات الجامعية:

1. إسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

2. بشير عبد السلام القرالة، حق الإنسان في الحماية الجسدية في التشريع الأردني، دراسة مقارنة رسالة مقدمة إكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة مؤتة، الأردن، 2007.

3. بومدين سامية، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

4. عماد سالم عبد الله شقوارة، خصوصية الخطأ المهني، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.

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

ثالثاً: المقالات والمداخلات:

1- المقالات:

1. أورفلي سمير، مسؤولية طبيب التخدير القانونية والمهنية، مجلة المحامون السورية، سوريا، العدد السابع، 1985. (ص ص. 902-913).

2. الشيخ بلال، الخطأ الجراحي ومدى التزام الجراح بدقة العمل الجراحي، مجلة الندوة للدراسات القانونية، قسنطينة، العدد السابع، 2016. (ص ص. 184-199).
3. اليوموري فريدة، دور الخبرة الطبيّة في تقرير مسؤولية الطبية في تقرير مسؤولية الطبيب، مجلة فكر العلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، (د.د.ن)، (د.ب.ن)، العدد الأول، 2008. (ص ص. 173-186).
4. بركات جوهرة، الحق في الصحة وقيام المسؤولية الطبية الجنائية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول، 2008، (ص ص. 457-482).
5. بركات عماد الدين، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي وأهميته، دراسة مقارنة، مجلة المحامي: عدد خاص المسؤولية الطبية والخطأ الطبي في ضوء القانون والإجتهاد القضائي، منظمة المحامين سطيف، عدد 28، جوان 2017، (ص ص. 123-146).
7. بن زيطة الهادي، العمل الطبي في القانون المقارن والإجتهاد القضائي، مجلة القانون والمجتمع، منشورات مخبر القانون والمجتمع، جامعة احمد دراية، أدرار، المجلد الأول، العدد الأول، جوان 2013. (ص ص. 141-176).
8. بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أعمال (أخطاء) أطباء المستشفيات العمومية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد السابع، 2010. (ص ص. 299-333).
9. بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية (دراسة مقارنة)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، جوان 2017. (ص ص. 143-154).

10. بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد الثالث، 2007، (ص 9-39).
11. بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الثاني، 2008، (ص ص. 45-73).
12. بوصوف حمادة نزيهة، المسؤولية الطبية للجراح والمخدر في مرحلة ما بعد العملية الجراحية، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، العدد 25، 2010. (ص ص. 127-139).
13. بوعبد الله مسعود، تقدير القاضي لتعويض الضرر الطبي وموقفه من تقارير الخبراء الأطباء، مجلة الفقه والقانون، العدد السابع وثلاثون 2015. (ص.ص. 63-75).
14. حاج عزام سليمان، الدعوى التأديبية الناشئة عن مخالفة قواعد أخلاقيات الطب، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثامن، 2012. (ص ص. 129-145).
15. حساين سامية، خصوصية الجراحة التجميلية فقها قضاء وتشريعا، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 13، 2016. (ص ص. 161-180).
16. حسيني محمود نجيب، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها قانون العقوبات، مجلة القانون والإقتصاد، العدد الثالث، السنة 29 لسنة 1959.
17. دلال يزيد، مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية الإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد الثالث، 2005. (ص ص. 59-72).

18. راييس محمد، إثبات المسؤولية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، العدد 0، ديسمبر 2005. (ص ص. 39-72).
19. راييس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2008. (ص ص. 65-118).
20. راييس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفساء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، 2009. (ص ص. 247-279).
21. زياد علي محمد الكايد، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع عشر، جانفي 2017. (ص ص. 11-37).
22. سي يوسف زاهية حورية، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول 2008. (ص ص. 55-81).
23. عبد السلام عبد الجليل سالم، التعويض عن الضرر الأدبي، مجلة الباحث، العدد السابع، (د.ت.ن). (ص ص. 289-301).
24. عبد الله بن إبراهيم الموسى، إمتناع الطبيب عن العلاج بين الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد 44، أكتوبر 2010. (ص ص. 271-339).
25. عكاكة فاطمة الزهراء، طبيعة التزام الطبيب، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد العاشر، مارس 2016. (ص ص. 226-245).
26. عميري فريدة، المسؤولية بدون خطأ: توجه جديد نحور إقرار مسؤولية المرافق الطبية العامة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، المجلد 17، العدد الأول، 2018. (ص ص. 87-105).

27. عيمور راضية، يخلف عبد القادر، المسؤولية المدنية الطبية في ظل التوجهات الفقهية والقضائية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد الرابع جوان 2016. (ص ص. 319-339).
28. عيمور راضية، يخلف عبد القادر، مدى لزوم الخطأ الطبي كأساس للمسؤولية الطبية للمرافق العامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد العاشر مارس 2016. (ص ص. 121-140).
29. فتاحي محمد، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد الثالث، 2005. (ص ص. 87-98).
30. فطناسي عبد الرحمان، الإثبات في مجال المسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية عن نشاطها الطبي، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-1- العدد العاشر، جانفي 2017، (ص ص. 251-267).
31. فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد 22، العدد الأول، 2006. (ص ص. 121-155).
32. فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 25، العدد الثاني، 2009. (ص ص. 469-506).
33. قمرابي عز الدين، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول،

- المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر.
(د.ت.ن)، (ص ص. 47-68).
34. قوادري مختار، معيار الخطأ الطبي في فقه القانون المدني والفقه الإسلامي، مجلة الحقيقة، مجلد 17، جامعة احمد دراية، أدرار، العدد الرابع (العدد 47 من التسلسل السابق)، ديسمبر 2018. (ص ص. 77-113).
35. مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية: الأطباء نموذجاً، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد السابع، 2010. (ص ص. 113-160).
36. محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، الكويت، السنة الثالثة، العدد الأول، 1979. (ص ص. 7-17).
37. محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، الكويت، السنة الخامسة، العدد الثاني، 1981. (ص ص. 79-94).
38. مروك نصر الدين، المسؤولية الجزائية عن إفشاء سر المهنة، الجزء الأول، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر. (د.ت.ن).
39. مروك نصر الدين، المشاكل التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، المجلة القضائية، قسم الوثائق، المحكمة العليا، العدد الثاني، 2001. (ص ص. 28-58).
40. منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، الكويت، السنة الثالثة، العدد الأول، 1979. (ص ص. 11-25).
41. موسى بن محمد بن حمود التميمي، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الرابع، مارس 2015. (ص ص. 222-270).

42. نبالي معاشو فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 2013. (ص ص. 19-38).
43. نبالي معاشو فطة، الترخيص القانوني لإجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الأول، 2014. (ص ص. 25-45).
44. نقادي حفيظ، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد الثالث، 2007. (ص ص. 73-86).
45. هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد الثالث، 2005. (ص ص. 239-250).
46. هديلي أحمد، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول، 2008. (ص ص. 82-125).
47. هليل منير، مسؤولية المستشفى الناشئة عن خطأ الطبيب غير الموظف، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 25، الأردن، العدد الثالث، 2011. (ص ص. 773-795).
48. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة الإقتصاد والقانون للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية، العدد الأول، السنة الثانية عشر، 1942.

49. ياسر عبد الحميد الافتتاحات، الآثار القانونية الناجمة عن التشدد في نظام التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي (دور الحوادث الطبية في تسريع إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني نموذجاً)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، طرابلس، لبنان، العدد السابع، أكتوبر 2016. (ص 11-32)

50. يخلف عبد القادر، نحو مسؤولية موضوعية عن الأضرار الطبية، دراسة تحليلية مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، الجزء الثالث، العدد 31 ديسمبر 2017. (ص ص. 38-56).

2- المداخلات:

1. أبو الوفا محمد أبو الوفا، مسؤولية الطبيب إزاء رفض المريض الإذن بالعلاج الضروري في قانون المسؤولية الطبية الإماراتي، بحث مقدم إلى المؤتمر العربي الأول للمسؤولية الطبية، معهد التدريب والدراسات القضائية بالتعاون مع أكاديمية شرطة دبي وجمعية الإمارات الطبية، الإمارات العربية المتحدة، 2009. (ص ص. 73-85).

2. بلعربي عبد الكريم - سعداوي محمد، الإغفاء من المسؤولية الطبية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أبريل 2008. (ص ص. 179-188).

3. جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بحث منشور ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004. (ص ص 401-436).

4. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بحث منشور ضمن

المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004. (ص ص. 121-253).

5. عبد الجبار ناجي الملا صالح، التزامات الطبيب في إجراء العملية الجراحية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش الأردن، 1999.

6. مصطفى محمد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بحث منشور ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، (ص ص. 85-118).

رابعاً - النصوص القانونية:

أ- الدستور:

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، مؤرخ في 28 نوفمبر 1996، صادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، ج.ر.ج. ج. عدد 76، صادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996، معدّل ومتمّم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج.ر.ج. ج. عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، والمعدّل بقانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ر.ج. ج. عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، والمعدّل بقانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. ج. عدد 14، صادر بتاريخ 7 مارس 2016.

ب- الإتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948، وافقت عليه الجزائر بموجب دستور 1963، ج.ر.ج. ج. عدد 64، صادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

2. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي إنضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ج. ج. عدد 20، صادر بتاريخ 17 ماي 1989. والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج.ر.ج. ج. عدد 11، صادر بتاريخ 26 فيفري 1997.

3. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية المبرم في 16 ديسمبر 1966، والذي إنضمت إليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-67 مؤرخ في 16 ماي 1989، ج.ر.ج. ج. عدد 20، صادر بتاريخ 17 ماي 1989. والنص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم، ج.ر.ج. ج. عدد 11، صادر بتاريخ 26 فيفري 1997.

ج-النصوص التشريعية:

1. أمر رقم 66-155 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج. ج. عدد 48، صادر بتاريخ 10 جوان 1966، معدّل ومتمّم.
2. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج. ج. عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، معدّل ومتمّم.
3. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج. ج. عدد 78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدّل ومتمّم.
4. أمر رقم 76-79 مؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ج. ج. عدد 101، صادر بتاريخ 1976 (ملغى).
5. قانون 84-11 مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج. ج. عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984، معدّل ومتمّم.
6. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج. ج. عدد 8، صادر بتاريخ 17 فبراير سنة 1985، معدّل ومتمّم بقانون رقم 88-15 مؤرخ في 3 ماي 1988، ج.ر.ج. ج. عدد 18، صادر بتاريخ 4 ماي 1988، معدّل ومتمّم بقانون رقم 90-17 مؤرخ في 31 يوليو 1990، ج.ر.ج. ج. عدد 35، صادر

- بتاريخ 15 أوت 1990، معدل وملتّم بقانون رقم 98-09 مؤرخ في 19 أوت 1998، ج.ر.ج.ج عدد 61، صادر بتاريخ 23 أوت 1998. (ملغى).
7. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج عدد 13، صادر بتاريخ 8 مارس 1995، معدل وملتّم.
8. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج عدد 21، صادر بتاريخ 23 فيفري 2008.
9. قانون رقم 18-11 مؤرخ في 02 يوليو 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج عدد 46، صادر بتاريخ 29 يوليو 2018.

د. النصوص التنظيمية:

1. مرسوم رئاسي رقم 18-114 مؤرخ في 17 أبريل 2018، يحدّد القانون الأساسي النموذجي للمستشفى المختلط، ج.ر.ج.ج عدد 22، صادر بتاريخ 18 أبريل 2018.
2. مرسوم تنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج.ر.ج.ج عدد 42، صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1988، معدل وملتّم بالمرسوم التنفيذي رقم 02-69 مؤرخ في 6 فيفري 2002، ج.ر.ج.ج عدد 11، صادر بتاريخ 13 فيفري 2002. (ملغى) بالمرسوم التنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007.
3. مرسوم تنفيذي رقم 91-106 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 22، صادر بتاريخ 15 مايو 1991، معدل وملتّم.
4. مرسوم تنفيذي رقم 91-471 مؤرخ في 07 ديسمبر 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج.ر.ج.ج عدد 66، صادر بتاريخ 22 ديسمبر 1991، معدل وملتّم.
5. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52، صادر بتاريخ 08 يوليو 1992.

6. مرسوم تنفيذي رقم 95-310 مؤرخ في 10 أكتوبر 1995، يحدد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم، ج.ر.ج.ج عدد 60، صادر بتاريخ 15 أكتوبر 1995.
7. مرسوم تنفيذي رقم 97-465 مؤرخ في 10 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء المراكز الاستشفائية المتخصصة وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج عدد 81، صادر بتاريخ 10 ديسمبر 1997.
8. مرسوم تنفيذي رقم 97-466 مؤرخ في 10 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج عدد 81، صادر بتاريخ 10 ديسمبر 1997.
9. مرسوم تنفيذي رقم 97-467 مؤرخ في 10 ديسمبر 1997، يحدد قواعد إنشاء المراكز الإستشفائية الجامعية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج عدد 81، صادر بتاريخ 10 ديسمبر 1997.
10. مرسوم تنفيذي رقم 07-140 مؤرخ في 19 مايو 2007، يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الإستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج عدد 33، صادر بتاريخ 20 مايو 2007.
11. مرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 22 أكتوبر 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر.ج.ج عدد 67، صادر بتاريخ 24 أكتوبر 2007.
12. مرسوم تنفيذي رقم 11-235 مؤرخ في 3 يوليو 2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، ج.ر.ج.ج عدد 38، صادر بتاريخ 6 يوليو 2011.
13. مرسوم تنفيذي رقم 11-236 مؤرخ في 3 يوليو 2011، يتضمن القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية، ج.ر.ج.ج عدد 38، صادر بتاريخ 6 يوليو 2011.
14. مرسوم تنفيذي رقم 12-167 مؤرخ في 05 أبريل 2012، يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ج.ج عدد 22، صادر بتاريخ 15 أبريل 2012.

15. مرسوم تنفيذي رقم 13-194 مؤرخ في 20 مايو 2013، يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، ج.ر.ج.ج عدد 27، صادر بتاريخ 22 مايو 2013.

هـ- القرارات الوزارية:

1. قرار رقم 29 مؤرخ في 14 جوان 2012، يحدد قائمة مؤسسات الصحة المرخص لها بالقيام بانتزاع و/أو زرع الخلايا أو الأنسجة أو الأعضاء البشرية، النشرة الرسمية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، 2012.

2. قرار رقم 86 مؤرخ في 16 أكتوبر 2012، يحدد مقر الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، النشرة الرسمية لوزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، 2012.

خامسا: القرارات والأحكام القضائية:

1. المحكمة العليا:

1. قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، القسم الأول، ملف رقم 34653، صادر بتاريخ 20 نوفمبر 1985، (قضية: (م.م) المولودة (ب.خ) ضد (م.ط)، حول موضوع: المهمة التي يكلف بها خبير تنتدبه جهة قضائية، تنحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصفة أعم وأشمل، وأنه لا يمكن في أي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيات القاضي مثل سماع الشهود وإجراء تحقيق قضائي، ولما كان كذلك فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون)، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1989. (ص.ص. 71-73).

2. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 79863، صادر بتاريخ 29 سبتمبر 1991، (قضية: (م.ق) أرملة (خ.ع) ومن معها ضد (د.ع.ق)، حول موضوع: الأمر بإجراء خبرة لا يكون إلا بموجب قرار مكتوب أو الأمر بإجراء خبرة بموجب قرار شفوي يعتبر خرق للقانون)، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الثالث، 1992. (ص.ص. 95-97).

3. قرار المحكمة العليا، الغرفة الإجتماعية، ملف رقم 97774، صادر بتاريخ 07 جويلية 1993، (قضية: (ن.س) ضد (ب.م)، حول موضوع: القاضي يأمر بإجراء الخبرة، وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحتا، مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير)، المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، العدد الثاني 1994. (ص.ص. 108-111).
4. قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، القسم الرابع، ملف رقم 157555، صادر بتاريخ 20 أكتوبر 1998، (قضية: المستشفى الجامعي بوهران ضد (ب.م) ومن معه، حول موضوع: القضاء بالتعويضات على المراكز الإستشفائية الجامعية في الدعوى المدنية من إختصاص القضاء الإداري)، المجلة القضائية، قسم المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد الثاني 1998. (ص.ص. 146-149).
5. قرار المحكمة العليا، الإجتهااد القضائي للغرفة الجنائية، ملف رقم 231419، صادر بتاريخ 28 مارس 2000، (قضية: (ب.أ) و(ب.ض) ضد (ع.ع) ومن معه، حول موضوع: عناصر التعويض عن الضرر المادي مختلفة عن عناصر التعويض عن الضرر المعنوي، وعدم الفصل بين النوعين من التعويض، ولا يمكن للمحكمة العليا من مراقبة تطبيق القانون)، المجلة القضائية، قسم الوثائق، عدد خاص 2003. (ص.ص. 627-631).
6. قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 209917، صادر بتاريخ 26 جويلية 2000، (قضية: النائب العام ضد (ق.ج)، حول موضوع: إن القضاء بصرف الطرف المدني للتقاضي أمام الجهة المختصة وعدم الفصل في الدعوى المدنية بعد التقرير بأنّ المستشفى هو المسؤول المدني عن الواقعة يعدّ خطأ في تطبيق القانون)، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الثاني 2002. (ص.ص. 537-540).
7. قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 302397، صادر بتاريخ 11 مارس 2003، (قضية: (أ.أ) ضد (م.ب)، حول موضوع: اختيار وتعيين خبير من اختصاص القاضي وفقا لما يقتضيه العمل في الدعوى من توضيح فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الآخر)، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003. (ص.ص. 289-292).

8. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، ملف رقم 297062، صادر بتاريخ 24 جوان 2003، (قضية: (ز.ف) ضد النيابة العامة، حول موضوع: تسبيب القاضي المتمثل في استبعاد مسؤولية الطبيب على أساس بذل عناية وليس تحقيق نتيجة غير مقبول قانوناً وأنّ الإستعانة بخبرة فنية وجوبية)، المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد الثاني 2003. (ص.ص. 337-339).

9. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 399828، صادر بتاريخ 23 جانفي 2008، (قضية: (ع.ع.ق) ضد (ع.ب.ب)، حول موضوع: الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب يعني بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني، 2008. (ص.ص. 175-178).

10. قرار المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، القسم الأول، ملف رقم 450573، صادر بتاريخ 20 فيفري 2008، (قضية: (ع.ع) ضد مركز التوليد بسعيدة والنيابة العامة، حول موضوع رفض غرفة الاتهام فتح تحقيق قضائي بخصوص وفاة شخص قصد التأكد من وجود أو انعدام الخطأ الطبي، يشكل خطأ في تقدير الوقائع يبرر نقص القرار المطعون فيه)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، الجزائر، العدد الثاني، 2008. (ص.ص. 341-344).

11. قرار المحكمة العليا، غرفة الجناح والمخالفات، ملف رقم 439331، صادر بتاريخ 25 مارس 2009، (قضية: (ب.ف) ضد (م.ب) و (م.ع) والنيابة العامة، حول موضوع: رفض الطبيب (المتهم) معالجة مريضة بحجة عدم وجود طبيبها الجراح، يعدّ ارتكاباً لجريمة الامتناع العمدي عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر)، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد الثاني 2009. (ص.ص. 374-376).

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

2. مجلس الدولة:

1. قرار مجلس الدولة، ملف رقم 26678، صادر بتاريخ 29 نوفمبر 2006، (قضية: (س.م) بن (ر) ومن معه ضد المركز الإستشفائي الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: الخطأ الطبي إثر علاج بمستشفى، وإقرار مسؤولية المستشفى بالاستناد إلى نسبة العجز)، نشرة القضاة، مديرية الدراسات القانونية والوثائق، الديوان الوطني للأشغال التربوية، عدد 63، 2008. (ص.ص. 398-402).

2. قرار مجلس الدولة، ملف رقم 7733، صادر بتاريخ 11 مارس 2003، (قضية (م.ع) ضد (مدير مستشفى بجاية ومن معه، حول موضوع: قواعد مهنة الطب تتطلب فحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء إجراء العملية الجراحية)، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس 2004.

3. المجلس القضائي:

- مجلس قضاء تيزي وزو، الغرفة الجزائية، ملف رقم 15/02927، صادر بتاريخ 10 جوان 2015، (قضية: (ق.ف.ز) ضد (و.م) طبيب أخصائي جراحة أطفال بالمستشفى الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: الإهمال الطبي (نسيان ضمادة) المؤدي إلى الجروح الخطأ (إستئصال الكلية اليسرى)، في الشق المدني إلزام الجراح المسؤول تحت ضمان المسؤول المدني الشركة الوطنية للتأمين بدفع مبلغ 3000.000 دج. جبرا لكافة الأضرار). قرار غير منشور.

4. المحكمة الابتدائية:

1. محكمة تيزي وزو، قسم الجرح، ملف رقم 13/05682، حكم صادر بتاريخ 09 ديسمبر 2013، (قضية: (ق.ف.ز) ضد (و.م) طبيب أخصائي جراحة أطفال بالمستشفى الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: الإهمال الطبي (نسيان ضمادة) المؤدي إلى الجروح الخطأ (إستئصال الكلية اليسرى)، تعيين خبير لفحص الضحية والقول فيما إذا كانت الضمادة السبب المباشر في مرض الكلية اليسرى للضحية ومن ثم استئصالها وتحديد حجم الأضرار ونسب العجز). غير منشور.

2. محكمة تيزي وزو، قسم الجرح، ملف رقم 15/0268، حكم صادر بتاريخ 19 جانفي 2015، (قضية: (ق.ف.ز) ضحية ضد (و.م) طبيب أخصائي جراحة أطفال

بالمستشفى الجامعي (ن.م) تيزي وزو، حول موضوع: الإهمال الطبي (نسيان ضمادة) المؤدي إلى الجروح الخطأ (إستئصال الكلية اليسرى)، المصادقة على تقرير الخبرة وفي الشق المدني إلزام الجراح المسؤول تحت ضمان المسؤول المدني الشركة الوطنية للتأمين بدفع تعويض 1200.000 دج جبرا لكافة الأضرار اللاحقة بها). غير منشور.

II - باللغة الفرنسية:

I. Ouvrages :

1. **AKIDA (M)**, La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, L.G.D.J, Paris, 1994.
2. **BERGOIGNAN-ESPER Claudine et SARGOS Pierre**, Les grands arrêts du droit de la santé, Dalloz, Paris, 2010
3. **BOYER CHAMMARD Georges, MONZEIN Paul**, La responsabilité médicale, Presses Universitaires de France, France, 1974.
4. **CAPITANT Henri, TERREE François, LEQUETTE Yves**, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Obligations- Contrats spéciaux- Suretés, 12^{eme} édition, DALLOZ, 2008.
5. **DORSNER DOLIVET Annick**, Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, L.G.D.J, Paris, 1986.
6. **DORSNER DOLIVET Annick**, La responsabilité du médecin, Ed Economica, paris, 2006.
7. **FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc**, Les obligations, Le fait juridique, ARMAND COLIN, Paris, 1997.
8. **FLOUZAT AUBA Marie-Dominique, TAWIL Sami-Paul**, Droits des malades et responsabilité des médecins, mode d'emploi, marabout (Hachette livre), Italie, 2005.
9. **GRAPIN Christine**, La responsabilité chirurgicale, Sauramps médical, 2001.

10. **HANNOUZ (MM), HAKEM (AR)**, Précis de droit médical a l'usage des praticiens et de la médecine et du droit, Office des Publications Universitaires, Ben-Akenoun, Alger, 1993.
11. **HOCQUET-BERG Sophie, PY Bruno**, La responsabilité du médecin, Editions Heures de France, Paris, France, 2006.
12. **HUREAU (J), POITOUT (D)**, l'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 2^{eme} édition, MASSON, Paris, 2005.
13. **JOURDAIN Patrice**, Les principes de la responsabilité civile, 5^{eme} édition, Dalloz, paris, 2000.
14. **KHADIR Abdelkader**, La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Editions HOUMA, Algér, 2013.
15. **KHADIR Abdelkader**, Recueil d'arrêts en responsabilité médicale, Tome 1, Editions HOUMA, Algér, 2014.
16. **LAMBERT FAIVRE Yvonne**, Le droit du dommage corporel, système d'indemnisation, 6^{eme} ed., Dalloz, Paris, 2009.
17. **LE TOURNEAU Philippe**, La responsabilité civile professionnelle 2^{eme} édition, Dalloz, Paris, 2005.
18. **MALICIER (D), MIRAS (A), FEUGLET (P), FAIVRE (P)**, La responsabilité médicale, données actuelles, Ed ESKA, Paris, 1999.
19. **MOQUET-ANGER Marie-Laure**, Droit hospitalier, 2^{eme} édition, L.G.D.J, Lextenso éditions, Paris, 2012.
20. **PENNEAU Jean**, La responsabilité du médecin, 3^{eme} édition, Dalloz, paris, France, 2004.
21. **PENNEAU Michel**, Le défaut d'information en médecine (Analyse de l'arrêt de la cour d'appel d'Angers, 11 septembre 1998), Dalloz., N°3, 1999.
22. **SAVATIER René, AUBY (J.M)**, Traité de droit médical, Paris, 1959.

23. **TERKI Nour-Eddine**, Les obligations, Responsabilité civile et régime général, Office des publications Universitaires, Alger, 1982.

24. **VIALLA François**, Les grandes décisions du droit médicale, L.G.D.J, Lextenso éditions, 2010.

25. **VINEY Geneviève - JOURDAIN Patrice**, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, 2eme Ed, Delta, L.G.D.J, Paris, 1998.

II. Thèses:

1. **ALQUIER Isabelle**, Le statut juridique du patient hospitalisé en établissement de santé privé, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 17 juin 2011.

2. **DELORT Selvie**, La responsabilité des chirurgiens des anesthésistes et des établissements de santé, Thèse de doctorat en droit privé, Faculté de droit- économie et sciences sociales, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2003.

3. **GIMBERT Bernadette**, La responsabilité du médecin anesthésiste-réanimateur, Thèse pour le doctorat en droit privé (Nouveau régime), Faculté de droit et de sciences politiques, Université D'Auvergne, 1991.

4. **ISSA Ahmad**, La responsabilité médicale en droit public libanais et français, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Beyrouth, 06 décembre 2012.

5. **KAMKAR Caroline**, Les limites de la faute : Essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit (IFROSS), Université Jean MOULIN, Lyon III, 2006.

6. **MARTINI Philippe**, La responsabilité du chirurgien, Thèse de droit, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de droit, d'économie et des sciences, D'Aix-Marseille, 1998.

7. **PY Bruno**, Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Faculté de droit, de sciences économiques et de gestion, Université de NANCY II, 23 octobre 1993.

III. Articles :

1. **ALBERT Nathalie**, Obligation d'information médicale et responsabilité, in : *R.F.D.A*, N° 2, Dalloz, Paris, Mars-Avril 2003, (pp. 353-361).
2. **AUBY Jean-Marie**, La responsabilité médicale en France, in : *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 28, N° 3, juillet-septembre 1976, (pp. 511-529).
3. **BACACHE-GIBELLI Mireille**, L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, (pp.1-6), *Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical*. Voir sur : www.univ-paris5.fr/cddm/index.php.
4. **BEN CHABANE Hanifa**, Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, in : *Revue algérienne de sciences juridique et politique*, Université d'Alger, N°4, 1995, (pp. 765-777).
5. **BISMUTH Serge, POUTRAIN Jean Christophe, et autres**, La loi Kouchner en médecine générale : le dossier d'abord ?, in : *Revue Exercer*, N° 79, Toulouse, septembre-octobre 2006, (pp.112-115).
6. **BON Pierre**, L'obligation du médecin d'informer le patient, *R.F.D.A*, N°3, Dalloz, France, 2000.
7. **BOUSSOUF- HAMANA Naziha**, L'expertise en matière de responsabilité médicale, *Revue sciences humaines*, Université Mentouri, Constantine, Algérie, N° 13, 2000, (pp. 7-13).
8. **BOY Laurence**, Le chirurgien a une obligation de sécurité accessoire à l'obligation de moyens, note sous CA Paris, 1^{ère}, 15

- janvier 1999 ; S c/ M^{lle} R, JCP- La semaine juridique, Edition Générale, II, 10068, n° 15, 14 avril 1999, (pp.735-740).
9. **CAPRI Servane**, Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'état et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation), in : *Les Petites Affiches*, N° 114, 8 juin 2001, (pp. 12-19).
10. **CHABAS François**, L'obligation médicale d'information en danger, JCP- La semaine juridique, Edition Générale, n° 11, 15 mars 2000, (pp. 459-462).
11. **CORGAS- BERNARD Cristina**, Perte de chance et responsabilité médicale, Actes de colloque sur : La perte de chance, in : *Les Petites affiches*, Numéro spécial, Orléans, N° 218, 2013, (pp. 38-42).
12. **GOBERT Michelle**, La cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000), in : *L.P.A.*, N° 245, 8 décembre 2000, (pp. 4-8).
13. **HARICHAUX-RAMU Michèle**, Responsabilité du médecin, Principes généraux, Fasc. 440-1, *Editions Techniques, Juris-classeurs*, 1993, (pp. 1-19).
14. **HARICHAUX-RAMU Michèle**, Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, *Juris-Classeurs*, Vol. 4, Fasc. 440-5, Edition Techniques, Paris, 1993, (pp.1-23).
15. **HARICHAUX-RAMU Michèle**, La responsabilité du médecin, Fautes se rattachant à l'exercice collectif privé ou social de la médecine, Recueil Juris-classeur, Responsabilité civile, Vol 04, Fasc. 440-6, Techniques juris-classeur, Paris, 1993.
16. **HUREAU (J)**, Le devoir médical d'information, Essai et réflexion sur la doctrine de la cour de cassation, in : L'expertise

médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, Elsevier MASSON, 1998.

17. **HUREAU (J)**, Evolution du droit civil en responsabilité médicale, Morceaux choisis de jurisprudences, in : L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, Elsevier MASSON, 1998.
18. **HUREAU (J)**, L'expertise pour une commission régionale de conciliation et d'indemnisation, in : L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel, 3^{ème} édition, Elsevier MASSON, 2010.
19. **JOURDAIN Patrice**, Une nouvelle avancée de l'obligation de sécurité de résultat du médecin, note sous Cass. 1^{re} civ, 9 nov. 1999 in : *Recueil Le Dalloz*, N° 6, Paris, 10 février 2000, (pp.117-119).
20. **KACHER Abdelkader**, Une réflexion sur le principe de précaution appliqué à la médecine : Quelques notes sur son approche en droit français et algérien, in : *Revue critique de droit et sciences politiques*, faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, Numéro spécial, 2008/1, (pp. 230-250).
21. **MANAOUIL Cecile, ARNAUD Anne-Sophie, GRACER Marie, HAKEY Edouart, JARD Olivier**, La responsabilité de l'anesthésiste, Jurisprudence et apports de la loi du 4 Mars 2002, Revue de droit, Déontologie et soin, Vol. 01, no 01, 2003. (pp. 05-27). Sur : www.espace-éthique-picardie.fr
22. **MOREAU Jaques**, Responsabilité sans faute, note sous CE, sect., 3 nov. 1997, req. No 153686, Hôpital Joseph Imbert d'Arles, JCP- La semaine juridique, Edition Générale, II 10016, no 6, 4 fev. 1998. (pp. 239-241).
23. **NICOL Pierre**, Faute médicale : Preuve par présomption de fait et exonération, in : *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, N° 27, 1996, 1997, (pp. 143-169).

24. **PORCHY Stéphanie**, Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D., N°40 du 12 nov. 1998, *rub. Chron.*, (pp. 379-384).
25. **RAMEIX Suzanne**, La décision médicale : Du paternalisme des médecins à l'autonomie des patients. www.cndp.fr
26. **SARGOS Pierre**, Infection nosocomiale : de la présomption de faute à l'obligation de sécurité de résultat, Rapport sur Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1999, JCP- La Semaine juridique, Edition Générale, II, 10138, N° 30-34, 28 juillet 1999, (pp. 1469-1475).
27. **SAUVAGE Nathalie**, Perte de chance de servie et responsabilité civile médicale, *Revue générale de droit médical*, n° 43, juin 2012.
28. **SOW SIDIBE Amsatou**, Le secret médical aujourd'hui, *AFRILEX, Revue d'étude et de recherche sur le droit de l'administration dans les pays d'Afrique*, Université Montesquieu, Bordeaux IV, N° 2, Septembre 2001, (1-34).
29. **YOUNSI-HADDAD Nadia**, La responsabilité médicale des établissements hospitaliers, *Revue Idara*, Vol. 8, N° 2, 1998, (pp. 9 -45).

IV. Textes juridiques :

A. Codes :

1. Code civil français, 24^{ème} édition, Litec, Paris, 2005.
2. Code de la santé publique, www.legifrance.gouv.fr
3. Code de déontologie médicale français, figurant (codifié) dans le code de la santé publique sous les numéros R.4127-1 à R.4127-112.
4. Code de la sécurité sociale Français. Version consolidée au 1 novembre 2017, Voir sur : www.legifrance.gouv.fr.

B- Lois :

1. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, J.O.R.F du 5 mars 2002.

2. Loi n° 2004-806 du 9 Aout 2004, relative à la politique de la santé publique, J.O.R.F du 11 Aout 2004.
3. Loi n° 2011-1977 du 28 Décembre 2011 de finances pour 2012, J.O.R.F du 29 décembre 2011.
4. Loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015, de financement de la sécurité sociale pour 2016. www.legifrance.gouv.fr
5. Loi 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, JORF 22 du 27 janvier 2016.
6. Loi n° 2016-87 du 02 Février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, JORF 0028 du 3 février 2016.

C- Décrets :

1. Décret n° 95-1000 du 06 septembre 1995, portant code de déontologie médicale, J.O.R.F n° 209 du 8 septembre 1995, modifié et complété.
2. Décret n° 2003-140 du 19 février 2003, modifiant le code de la santé publique. www.legifrance.gouv.fr.
3. Décret n° 2003-314 du 4 Avril 2003, relatif au caractère de gravité des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales prévu à l'article L.1142.1 du code de la santé publique, J.O.R.F n° 81 du 5 Avril 2003.
4. Décret n° 2003-462 du 21 Mai 2003, relatif aux dispositions réglementaires des parties I, II et III du code de la santé publique, J.O.R.F n° 122 du 27 Mai 2003.
5. Décret n° 2012-694 du 07 mai 2012, portant modification du code de déontologie médicale, J.O.R.F n°108 du 08 mai 2012.
6. Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, relatif aux exceptions d'incompétences et à l'appel en matière civile, (modifiant l'article 272 du code de procédure civile). www.legifrance.gouv.fr .

IIV- Jurisprudence judiciaire:

1. Cass. Req, 18 Juin 1835, **Thouret Noroy**, publié au : (S. 1835, I , p. 401, concl. M. Dupin),
2. Cass. civ., 21 novembre 1911. www.legifrance.gouv.fr.

3. Cass. Civ., 20 mai 1936, **Mercier**, publié au : (D. 1936, 1,88). Cité in : Centre de documentation multimédia en droit médical .Voir également sur : www.droit.Univ-paris5.fr/cddm/index.php.
4. Cass. req., 28 janvier 1942, **Teyssier** publié au : (Gaz. Pal. 62, 1942, 1, p. 177 ; D., 1942, p.43).
5. Cass. civ., 29 mai 1951 : publié au : (Bull. civ. 1, n° 162; D. 1952, p.53, note R. Savatier ; JCP 1951. II, n° 6421, note R. Perrot ; S. 1953, 1, p.41, note R. Nerson ; RTD civ. 1951, p.508, obs. H. et L. Mazeaud.).
6. Cass. civ., 1^{er}. 18 Octobre 1960, publié au : (Bull. civ. I, n° 442 ; JCP G 1960, II, 11846, note R. Savatier, Gaz. Pal. 1960, 2, p.289 ; RTD civ. 1961, p. 120, obs. A. Tunc): www.legifrance.gouv.fr .
7. Cass. civ., 1^{ere}, 18 mars 1969, **Docteur M. c/ Mme Karoubi**,(JCP 1970, II, 16422, note A. Rabut.).
8. Cass. crim., 22 juin 1972, (Bull. crim., 1972, 1, n° 218, p. 568) www.legifrance.gouv.fr .
9. Cass. civ., 1^{ere}, 11 décembre 1984. www.legifrance.gouv.fr
10. Cass. civ., 28 juin 1989, www.legifrance.gouv.fr
11. CA. Lyon, du 21 déc. 1990, Consorts GOMEZ. www.Légifrance.gouv.fr
12. CA Paris, 23 Janvier 1992. www.legifrance.gouv.fr
13. CE, 10 Avril 1992, n° 79027, **Dame V. c/ Hopital clinique du Belvédère de Mont-Saint-Aignan**. www.legifrance.gouv.fr
14. CE, ass., 9 avril 1993, **BIANCHI**. www.legifrance.gouv.fr
15. Cass. civ., 1^{ere}, 21 mai 1996, www.legifrance.gouv.fr
16. Cass. civ., 1^{ere}, 07 janv. 1997. www.legifrance.gouv.fr
17. Cass. civ., 1^{ere}, 25 février 1997, n° 94-19685, **Hedreul c/ Cousin** : publié in : (RTD civ., 1997. p.434, note P. Jourdain et p.924 ; Gaz. Pal., 27-29 avr. 1997, p.13, rapp. P. Sargos, note J. Guigne ; JCP 1997, I, n° 4025, obs. G. Viney ; D. 1997, Somm. p.319, obs. J. Penneau; RDSS 1997, p.288, note L. Dubouis.). www.legifrance.gouv.fr
18. Cass. civ. 1^{ere}, 14 Octobre 1997, **Guyomar**, n° 95-19.609, publié au : (Bull. civ. I, n° 278; JCP 1997. II. 22942, rapp. P. Sargos ; RTD civ. 1998, 100, obs. Mestre), www.legifrance.gouv.fr.
19. Cass. civ., 1^{ere}, 28 Octobre 1997. (Bull. civ., 1997, 1, n° 298, p. 200) www.legifrance.gouv.fr
20. CE, sect., 3 nov. 1997; **Hôpital Joseph Imbert d'Arles**, publié au: (RFDA, 1998, p. 90 ; JCP 1998, II, 10016, note Jacques MOREAU).
21. Cass, civ., 1^{ere}, 17 fev.1998. www.legifrance.gouv.fr
22. Cass. civ., 1^{ere}, 07 mai 1998. www.legifrance.gouv.fr
23. CA Paris., 1^{ere}, 15 janv. 1999 ; S c/M^{lle} R, publié au : (JCP 1999, II, 10068, note Laurence Boy. www.legifrance.gouv.fr
24. Cass. 1^{ere} civ., 29 juin 1999 n°97-14254, n° 97-15818, n° 97-21903, Staphylocoques dorés, publié au : (JCP G.1999, II, 10138, rapp. Pierre

SARGOS : D.1999, p.559, note D. Thouvenin ; D. 199, somm. P. 395, obs. J. Panneau ; RTD civ. 1999, p. 841, obs. P. Jourdain; Gaz. Pal. 6 avr. 2000, p. 624, note S. Hoquet-Berg ;^Bull. civ., 1999, I, n° 220, p.141.).

www.legifrance.gouv.fr

25. CE., sect., 05 janvier 2000, **Consorts Telle**, publié au : (RFDA., 2000. p. 646, concl. et note P. Bon ; JCP 2000. II. 10271, note J. Moreau).

www.legifrance.gouv.fr

26. Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2001. www.legifrance.gouv.fr

27. Cass. civ., 22 Mai 2002, publié au: (Bull. civ. I. p.142; 09 Oct. 2001. D. 2001, 3470, Rapp. Sargos, note Thouvenin; RTD Civ. 2002, 176 obs. Libchaber, 17 Mai 2000, JCP, 2000, II, 10462, note Savatier).

www.legifrance.gouv.fr

28. Cass. 1^{ère} civ., 18 Octobre 2005, n°04-14268, publié au : (D. 2006, n° 10, p. 705, note O. Smallwood et F. Violla.). www.legifrance.gouv.fr

29. Cass. 1^{ère} civ., 4 avril 2006, no 04-17491, publié au : (Bull. civ. I ? no 191, p. 167 ; RTD civ. P. 567, note P. Jourdain). www.legifrance.gouv.fr

30. CA. Paris, 24 nov. 2006, n° de RG : 298. www.legifrance.gouv.fr

31. CA. Paris, 1^{ère}, civ., 23 mars 2007, publié au :(Gaz. Pal., Recueil, mars-avril 2008, p. 1139). www.legifrance.gouv.fr

32. Cass. civ., 1^{ère}, 25 mars 1971. www.legifrance.gouv.fr

33. CE, sect., 21 décembre 2007, n° 289328, **Centre hospitalier de Vienne**, publié au: (RFDA 2008, p. 348, concl. conf. T. Olson. P. 1023, chr. S. Boussard, p. 1036, chr. F. Puigserver; AJDA 2008, p.125, chr. J. Boucher et B. Bourgeois ; JCP G 2008, p. 27, chr. B. Plessix ; JCP A 2008, comm n° 2078, note C. Paillard, etc...). www.legifrance.gouv.fr

34. Cass. 1^{ère} civ., 09 juillet 2009, n° du pourvoi: 08-17468, www.legifrance.gouv.fr

فهرس

06.....	مقدمة:
15	الباب الأول: إلزامية تحقق الخطأ أثناء التدخل الجراحي لقيام المسؤولية المدنية للجراح..
17	الفصل الأول: الإطار القانوني لإجراء التدخل الجراحي.....
18	المبحث الأول: وجوب إحترام الضوابط القانونية لإجراء التدخل الجراحي.....
18	المطلب الأول: إحترام حق المريض في السلامة الجسدية.....
19	الفرع الأول: التوفيق بين مبدأ حرمة الجسم البشري وضرورة التدخل الطبي الجراحي.....
20	أولاً: حماية الحق في السلامة الجسدية.....
20	1. الحماية القانونية لمبدأ حق الإنسان في سلامة جسده.....
21	أ. تكريس حق الإنسان في سلامة جسده في المواثيق الدولية.....
22	ب. حق الإنسان في سلامة جسده في ظل القانون الجزائري.....
24	2. مبدأ حرمة جسم الإنسان في الشريعة الإسلامية.....
24	ثانياً: نطاق حق الإنسان في الحماية الجسدية.....
24	1. التكامل الجسدي.....
25	2. أداء الجسد لوظائفه.....
25	3. التحرر من الآلام البدنية والنفسية.....
26	الفرع الثاني: مبررات المساس بجسد الإنسان عن طريق التدخل الجراحي.....
27	أولاً: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب وإجراء العمل الجراحي.....
28	ثانياً: إجراء التدخل الجراحي بقصد العلاج أو الشفاء.....
29	1. إجراء التدخل الجراحي بقصد العلاج شخص معين.....
34	2. إجراء التدخل الجراحي لاكتشاف علاج أو لتقدم البحث العلمي.....
34	ثالثاً: ضرورة موافقة صاحب الجسد على إجراء التدخل الجراحي.....
34	رابعاً: الالتزام باتباع الأصول العلمية.....
35	1. ماهية الأصول العلمية في مهنة الطب.....
36	أ. المعطيات العلمية.....
37	ب. العادات المهنية.....

2.	بعض الجوانب التطبيقية للأصول العلمية في التدخل الطبي الجراحي.....	37
أ.	تعقيم واستعمال الأدوات والمعدات أثناء التدخل الجراحي.....	38
ب.	إستشارة الجراح للطبيب المعالج للمريض.....	38
ج.	إجراء فحوصات معمّقة قبل إجراء التدخل الجراحي والحصول على الموافقة.....	39
د.	تخدير المريض وملازمة طبيب التخدير له.....	39
هـ.	نقل الدم للخاضع للعملية الجراحية.....	40
و.	إختيار طريقة التدخل الجراحي وفقا للأصول العلمية الثابتة.....	41
ي.	ضرورة متابعة المريض بعد إجراء التدخل الجراحي.....	41
	الفرع الثالث: تحديد مضمون التدخل الجراحي.....	41
	أولاً: تحديد نطاق التدخل الطبي الممارس على جسد الإنسان.....	42
1.	التدخل الطبي في الفقه بين التضييق والتوسيع.....	42
2.	التعريف التشريعي للتدخل الطبي.....	44
3.	موقف القضاء من التدخل الطبي.....	45
	ثانياً: صوّر التدخل الطبي.....	46
1.	التدخل الطبي الإختياري.....	46
أ.	الطب مهنة حرة.....	46
ب.	مسؤولية الطبيب الممتنع.....	47
2.	التدخل الطبي الإجباري.....	49
أ.	حالة الضرورة والاستعجال.....	49
ب.	حالة وجود عقد.....	51
ج.	حالة وجود قانون أو لائحة.....	51
	المطلب الثاني: احترام مراحل إجراء التدخل الطبي الجراحي.....	51
	الفرع الأول: المراحل الممهدة للتدخل الطبي الجراحي.....	52
	أولاً: مرحلة الفحص الطبي لتحديد نوعية وطبيعة المرض.....	52
1.	تعريف الفحص الطبي.....	52
2.	الهدف من الفحص الطبي.....	52
3.	مراحل الفحص الطبي.....	53

53	أ. مرحلة الفحص الطبي التمهيدي.....
54	ب. مرحلة الفحص الطبي التكميلي.....
54	ثانيا: التشخيص ومعرفة نوع المرض قبل إجراء التدخل الطبي الجراحي
56	ثالثا: الفحص الطبي لمعرفة أهلية المريض لإجراء الجراحة اللازمة له.....
57	رابعا: التخدير والإنعاش.....
57	الفرع الثاني: مرحلة تنفيذ التدخل الجراحي
56	أولا: توزيع المهام بين الجراح وطبيب التخدير قصد إتمام العمل الجراحي.....
59	1. توزيع المهام أثناء التدخل الجراحي في المرحلة السابقة للعملية الجراحية.....
59	أ. إجراء الفحوص الأولية.....
60	ب. التزام طبيب التخدير بتخدير المريض وفقا للأصول العلمية النظرية والعملية لمهنة الطب.....
63	2. توزيع المهام بين الجراح وطبيب التخدير أثناء فترة التدخل الجراحي.....
	ثانيا: توزيع المهام بعد الفترة اللاحقة للتدخل الجراحي: استمرار دور الجراح وطبيب التخدير
64	إلى مرحلة ما بعد إنهاء التدخل الجراحي
66	المبحث الثاني: الشروط القانونية لإجراء التدخل الجراحي على جسم المريض.....
66	المطلب الأول: ضرورة الحصول على الترخيص القانوني لممارسة مهنة الطب والجراحة ...
66	الفرع الأول: حصول الطبيب الجراح على ترخيص لممارسة المهنة.....
67	أولا: الشروط العامة لممارسة مهنة الطب.....
68	ثانيا: الشروط الخاصة لممارسة إختصاصي الجراحة
68	1. أن يتحصل على الشهادة العلمية المؤهلة لممارسة مهنة الطب: إختصاص الجراحة
68	2. أن يكون الطبيب مسجلا في جدول عمادة المهنة بعد أدائه اليمين
69	3. تحديد الصفة والعلاقة الوظيفية للطبيب الجراح في المستشفى.....
	الفرع الثاني: ضرورة حصول المؤسسة الإستشفائية على ترخيص لإجراء العمليات الجراحية
69	المتخصصة.....
70	أولا: حصول المؤسسة الصحية على ترخيص وزاري يؤهلها القيام بتدخل جراحي متخصص
72	ثانيا: تحديد المؤسسات الصحية المرخص لها إجراء التدخلات الطبية الجراحية المتخصصة
74	ثالثا: إنشاء وكالة وطنية لرقابة وتنظيم عمليات نقل وزرع الأعضاء.....
75	المطلب الثاني: إلزامية الحصول على الرضا المتبصر بالتدخل الجراحي.....

76	الفرع الأول: شرط التزام الجراح بإعلام المريض لتحقيق الرضا المتبصر والمستتير
76	أولاً: نظام الوصاية الطبية: السلطة الأبوية للطبيب على المريض
79	ثانياً: الالتزام بالإعلام شرط لتحقيق الرضا المتبصر والمستتير
79	1. التزام الجراح بإعلام المريض بطبيعة التدخل الجراحي
84	2. نطاق التزام الطبيب الجراح بإعلام المريض
89	الفرع الثاني: تحقق الرضا المتبصر
89	أولاً: صدور الرضا المتبصر للمريض البالغ
90	1. الرضا الصريح من المريض عن التدخل الجراحي
92	2. الرضا الضمني من المريض أو من يمثله
93	3. سكوت المريض وعدم اعتراضه على التدخل الجراحي
94	ثانياً: عدم جواز صدور القرار الطبي من قبل القاصر
96	ثالثاً: صدور القرار الطبي من الممثل القانوني للقاصر
98	الفرع الثالث: حالات إعفاء الجراح من الالتزام بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض ..
98	أولاً: حالة الإستعجال
101	ثانياً: تنازل المريض عن حقه في الموافقة بشأن التدخل الجراحي
103	الفصل الثاني: تحديد خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي
	المبحث الأول: غيَاب الإرادة التشريعية وجمود القضاء في تحديد خطأ الطبيب أثناء مراحل
104	التدخل الطبي
104	المطلب الأول: تطبيق النظرية العامة للخطأ في مجال المسؤولية الطبية
105	الفرع الأول: المعنى العام للخطأ المدني
105	أولاً: تعريف الخطأ وتحديد عناصره
106	1. تعريف الخطأ
108	2. عناصر الخطأ
109	أ. العنصر الموضوعي أو المادي للخطأ: التعدي
109	ب. العنصر الشخصي أو المعنوي للخطأ: الإدراك
110	ثانياً: التمييز بين الخطأ الأخلاقي والخطأ القانوني

110	1. الخطأ الأخلاقي
111	2. الخطأ القانوني.....
114	الفرع الثاني: مفهوم الخطأ الجراحي.....
114	أولاً: المقصود بالخطأ الطبي.....
115	1. موقف الفقه والقضاء من الخطأ الطبي.....
115	أ. موقف الفقه من الخطأ الطبي.....
116	ب. موقف القضاء من الخطأ الطبي.....
116	2. تمييز الخطأ الطبي عن الغلط العلمي في ظل المعيار العام لتقدير الخطأ.....
120	ثانياً: شروط ثبوت الخطأ في حق الجراح
120	1. الشروط القانونية لتحقيق الخطأ الطبي الجراحي.....
120	أ. أن يكون مرتكب الخطأ طبيباً أخصائياً الجراحة.....
122	ب. أن يكون الخطأ محققاً وأكداً أثناء مزاولة المهنة
123	ج. أن تراعى الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب الجراح المخطئ
124	2. الشروط المهنية.....
124	أ. خروج الطبيب عن الأصول والقواعد العلمية الطبية المستقرة.....
126	ب. عدم بذل العناية اللازمة وعدم اتخاذ الحيطة والحذر
126	المطلب الثاني: أحكام خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي.....
126	الفرع الأول: نطاق خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي
127	أولاً: خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في المستشفيات العمومية.....
	1. إقتصار إجراء التدخلات الجراحية في المستشفيات العمومية باعتبارها من مؤسسات
127	الصحة العمومية
130	2. علاقة الطبيب الجراح بالمستشفى العام.....
132	3. علاقة المريض بالمستشفى العام: علاقة مباشرة.....
133	4. علاقة المريض بالجراح في المستشفى العام.....
133	5. أساس مساءلة المستشفى العام عن أخطاء الأطباء والجراحين
	ثانياً: خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي في العيادات الخاصة أو المؤسسات الإستشفائية
134	الخاصة.....

الفرع الثاني: تعدد صور خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي.....	135
أولاً: خطأ الطبيب أثناء مزاوله المهنة	136
1. الخطأ المستقل عن طبيعة العمل الطبي الجراحي (الخطأ العادي)	136
2. الخطأ اللصيق بالعمل الطبي الجراحي (الخطأ الفني أو المهني)	137
ثانياً: أفعال الجراح الماسة بالأخلاقيات الطبية.....	138
1. الإخلال بالتزام تبصير المريض بطبيعة ومخاطر التدخل الجراحي	138
2. الإخلال بالتزام الحصول على رضا المريض الخاضع للعملية الجراحية	139
3. الإخلال بالتزام الحفاظ على السر المهني.....	140
ثالثاً: خطأ الطبيب من حيث درجة خطورته.....	143
1. مساءلة الجراح عن الخطأ الجسيم.....	143
2. نحو مساءلة الجراح على مجرد خطئه اليسير	144
المبحث الثاني: خطأ الطبيب في إطار تنفيذ التدخل الجراحي.....	146
المطلب الأول: مضمون التزام الجراح.....	146
الفرع الأول: التزامات الجراح أثناء التدخل الجراحي.....	147
أولاً: التزام الجراح بالتشخيص الصحيح وإجراء فحص مسبق قبل العملية الجراحية.....	147
ثانياً: التزام الجراح باستشارة الطبيب المعالج.....	148
ثالثاً: التزام الجراح بتفحص الآلات والأجهزة المستعملة في العمل الجراحي	149
رابعاً: التزام الجراح بإجراء العملية الجراحية أو تحت إشرافه.....	149
الفرع الثاني: أخطاء الجراح عبر مراحل إجراء العملية الجراحية.....	150
أولاً: خطأ الطبيب في المراحل الممهدة للتدخل الجراحي.....	151
1. خطأ الجراح في مرحلة الفحص الطبي.....	151
2. خطأ الجراح في مرحلة التشخيص.....	151
ثانياً: الخطأ أثناء إجراء العملية الجراحية.....	154
1. خطأ الطبيب الجراح أثناء التدخل الجراحي	154
أ. سوء تثبيت المريض فوق طاولة العمليات الجراحية.....	155
ب. نسيان أجسام غريبة داخل أحشاء المريض.....	156
ج. سوء استعمال الأدوات والأجهزة الطبية أثناء التدخل الجراحي.....	158

2. الخطأ الشخصي لطبيب التخدير باعتباره عضو مهم ضمن الفريق الطبي..... 160
- ثالثاً: ارتباط خطأ الجراح بخطأ طبيب التخدير أثناء العملية الجراحية..... 162
1. ضرورة استعانة الجراح بأخصائي تخدير وإنعاش أثناء التدخل الجراحي: أخصائي التخدير جزء لا يتجزء من الفريق الجراحي..... 163
2. اقتران خطأ الجراح بخطأ طبيب التخدير..... 164
- أ. من المسؤولية العقدية عن فعل الغير إلى إقرار المسؤولية الشخصية لكل من الجراح وطبيب التخدير..... 165
- ب. المسؤولية المشتركة بين الطبيب الجراح وطبيب التخدير: الإستقلال النسبي للمسؤولية داخل الفريق الطبي..... 167
- المطلب الثاني: خصوصية الخطأ في التدخلات الجراحية المتخصصة..... 172
- الفرع الأول: خصوصية خطأ الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 172
- أولاً: التزامات الجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 173
1. التزام الجراح بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمتبرع..... 173
- أ. الشروط الموضوعية للرضا..... 174
- ب. الشروط الشكلية للرضا..... 178
2. التزام الجراح باستئصال عضو من الأعضاء الجائز استئصالها والتبرع بها..... 180
- أ. جواز استئصال الأعضاء المزدوجة..... 180
- ب. جواز التبرع بالأعضاء الوحيدة المتجددة..... 181
- ثانياً: صور الخطأ الفني للجراح في عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية..... 181
1. تخلف الرضا الحر والمتبصر للمتبرع والمستقبل..... 181
2. الخطأ في استعمال أجهزة وأدوات الجراحة أو استعمال أجهزة غير معقمة..... 182
3. الخطأ في العضو محل الاستئصال..... 183
- الفرع الثاني: خصوصية خطأ الجراح في مجال الجراحة التجميلية..... 183
- أولاً: أنواع جراحة التجميل..... 184
- ثانياً: التكليف القانوني لالتزام جراح التجميل..... 185
1. التزام جراح التجميل بتحقيق نتيجة..... 185
2. التزام جراح التجميل ببذل عناية مشددة..... 186

188		ثالثاً: صوّر الخطأ في جراحة التجميل.
188		1. إخلال جراح التجميل بالتزام الحصول على الرضا الحر والمتبصر.
189		أ. إخلال جراح التجميل بالتزام الإعلام.
191		ب. إخلال جراح التجميل بالتزامه في الحصول على الرضا.
192		2. عدم استعانة جراح التجميل بأخصائي التخدير والإنعاش.
193		3. الإهمال في العناية بالمريض.
193		4. عدم مراعاة التناسب بين مخاطر الجراحة وفوائدها.
194		الباب الثاني: إلزامية إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي لقيام المسؤولية المدنية...
195		الفصل الأول: قواعد إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني
196		المبحث الأول: عبء إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي.
196		المطلب الأول: تحمل عبء إثبات خطأ الجراح.
197		الفرع الأول: عبء الإثبات وفق طبيعة الالتزام.
198		أولاً: عبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية.
200		ثانياً: عبء الإثبات في الالتزام في الالتزام بتحقيق نتيجة.
203		الفرع الثاني: مشكلة إثبات الخطأ الطبي أثناء التدخل الجراحي.
203		أولاً: الصعوبات المتعلقة بالممارسة الطبية.
204		ثانياً: الصعوبات المتعلقة بخطأ الطبيب الجراح.
205		ثالثاً: صعوبات إثبات علاقة السببية بين خطأ الجراح والضرر.
206		رابعاً: تحمل المريض تبعات الإثبات: " مخاطر الإثبات".
207		المطلب الثاني: التخفيف من عبء الإثبات الواقع على المريض.
208		الفرع الأول: نحو نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي.
209		أولاً: المبررات العملية للتحويل في مجال الإثبات: قرار هيدرول.
211		ثانياً: الأساس القانوني للتحويل في مجال الإثبات.
		ثالثاً: تكريس الكتابة لإثبات الالتزام بالإعلام الطبي: أثر التحول في الإثبات في مجال
213		الإعلام الطبي.
215		الفرع الثاني: بروز فكرة الخطأ المفترض أو الإجمالي.

215	أولاً: مضمون فكرة الخطأ المفترض
217	ثانياً: أهمية الأخذ بفكرة الخطأ المفترض
220	الفرع الثالث: تطبيق المسؤولية دون خطأ في مجال الأعمال الطبية الجراحية.....
221	أولاً: بؤادر تبني نظام المسؤولية دون خطأ.....
221	1. نظرية تحمل تبعة المخاطر
223	2. نظرية الضمان
224	ثانياً: إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ.....
224	1. قرار (Consorts GOMEZ) بتاريخ 1990/12/21.....
226	2. قرار (BIANCHI) بتاريخ 1993/04/09
227	3. قرار (Hopital Joseph Imbert d'Arles) بتاريخ 1997/11/03
228	ثالثاً: محاولات تطبيق المسؤولية دون خطأ في القضاء المدني: الالتزام بضمان السلامة ...
229	1. قرار (FRANCHOT) بتاريخ 1997/01/07.....
231	2. قرار (SOUMILLA (R) بتاريخ 1999/01/15
234	المبحث الثاني: وسائل إثبات خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي أمام القاضي المدني
234	المطلب الأول: إثبات الأخطاء العادية للطبيب الجراح
235	الفرع الأول: وسائل إثبات الأخطاء الخارجة عن نطاق الفن الطبي.....
235	أولاً: إثبات خطأ الجراح بالقرائن.....
236	ثانياً: إثبات خطأ الجراح بالكتابة.....
236	1. دور الكتابة في إثبات تحقق الالتزام بالإعلام الطبي.....
238	2. الإطلاع على الملف الطبي.....
239	الفرع الثاني: عن فعالية وسائل الإثبات القانونية في الكشف عن أخطاء الطبيب الجراح ...
240	أولاً: عدم جدوى الشهادة في إثبات خطأ الجراح.....
241	ثانياً: بالنسبة للكتابة والملف الطبي
241	1. بالنسبة للكتابة.....
241	2. أهمية الملف الطبي في إثبات خطأ الجراح
243	3. عدم جدوى الملف الطبي في الإثبات.....
243	أ. عدم العناية بالملف الطبي بعد مغادرة المريض المؤسسة الإستشفائية.....

244	ب. إهمال حفظ الملفات بعد مغادرة المريض المؤسسة الصحية.....
245	المطلب الثاني: إثبات الخطأ الفني للجراح عن طريق الخبرة الطبية.....
245	الفرع الأول: دور القاضي المدني في تقدير خطأ الجراح.....
247	أولاً: إستبعاد المعيار الشخصي لتقدير الخطأ الفني للجراح.....
247	1. مضمون المعيار الشخصي.....
248	2. مبررات التخلي عن المعيار الشخصي لتقدير خطأ الطبيب الجراح.....
249	ثانياً: استقرار الفقه والقضاء على الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الجراح.....
249	1. بالنسبة لتقدير الخطأ العادي للطبيب الجراح.....
251	2. بالنسبة لتقدير الخطأ الفني للطبيب الجراح.....
253	الفرع الثاني: ضرورة اللجوء إلى الخبرة القضائية للكشف عن الأخطاء الطبية الفنية.....
254	أولاً: التنظيم القانوني للخبرة الطبية.....
255	1. الطبيعة القانونية للخبرة الطبية.....
257	2. خصائص الخبرة الطبية.....
257	أ. الخبرة الطبية إجراء قضائي.....
258	ب. الخبرة الطبية إجراء وجوبي في المسائل الفنية.....
259	ج. الأمر بإجراء الخبرة الطبية غايته الحصول على الرأي الفني للخبير.....
261	3. التزامات الخبير الطبي.....
262	ثانياً. الحكم القاضي بانتداب الخبير.....
262	1. إجراءات تعيين الطبيب الخبير.....
263	2. الطبيعة القانونية للحكم القاضي بإجراء الخبرة الطبية.....
264	أ. الحكم القاضي بإجراء الخبرة الطبية حكم لا يفصل في موضوع النزاع.....
264	ب. مضمون الحكم القاضي بإجراء الخبرة الطبية.....
266	الفرع الثالث: دور الخبرة القضائية في الكشف عن أخطاء الطبيب الجراح.....
266	أولاً: ضمانات الخبرة الطبية للقاضي في الكشف عن خطأ الجراح.....
268	ثانياً: عدم جدوى الخبرة الطبية للقاضي المدني.....
268	1. التضامن المهني بين الطبيب الخبير والجراح محل المساءلة.....
269	2. صعوبة تحديد والكشف عن خطأ الطبيب الجراح.....

271	الفصل الثاني: قيام المسؤولية المدنية للجراح
272	المبحث الأول: ارتباط خطأ الجراح بضرر المريض.....
273	المطلب الأول: نطاق الضرر الناتج عن خطأ الجراح.....
273	الفرع الأول: الضرر المادي.....
274	أولاً: الضرر الجسدي.....
274	1. الضرر الجسدي المفضي للوفاة.....
275	2. العجز الجسدي.....
275	ثانياً: الضرر المالي أو الاقتصادي.....
277	الفرع الثاني: الضرر المعنوي.....
278	أولاً: التعريف بالضرر المعنوي أو الأدبي.....
280	ثانياً: صور الضرر المعنوي.....
281	1. الآلام الجسمانية والنفسية.....
281	2. الحرمان من متع الحياة المشروعة.....
282	3. الضرر الجمالي.....
283	ثالثاً: كيفية تقدير الضرر المعنوي.....
285	الفرع الثالث: نحو الاعتراف بضرر تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة
285	أولاً: تبني القضاء لنظرية تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية الجراحية
286	1. تبني نظرية تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء الطبية الإيجابية أثناء التدخل الجراحي
287	أ. تفويت الفرصة بمناسبة الخطأ في التشخيص.....
288	ب. تطبيق نظرية تفويت الفرصة بمناسبة الخطأ في الرعاية الطبية في مجال التوليد
290	2. تطبيق نظرية تفويت الفرصة بمناسبة الأخطاء السلبية أثناء التدخل الجراحي
290	أ. تفويت الفرصة بسبب عدم استعانة الجراح بطبيب أخصائي التخدير
292	ب. تفويت الفرصة بسبب إهمال إجراء الفحص الطبي التمهيدي.....
293	ثانياً: تكريس نظرية تفويت الفرصة بمناسبة إخلال الجراح بالتزام الإعلام.....
296	المطلب الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض.....
297	الفرع الأول: وجوب تحقق الضرر

297	أولاً: الضرر المؤكّد.....
298	ثانياً: الضرر المستقبلي
299	الفرع الثاني: أن يكون الضرر مباشراً وشخصياً يصيب مصلحة مالية مشروعة.....
300	أولاً: أن يكون الضرر مباشراً وشخصياً.....
303	ثانياً: أن يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة للمضرور.....
304	المبحث الثاني: أحكام المسؤولية المدنية للجراح.....
304	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للجراح.....
305	الفرع الأول: المسؤولية المدنية الطبية مسؤولية تقصيرية إلى غاية 1936.....
305	أولاً: التكريس القضائي للمسؤولية المدنية التقصيرية للأطباء.....
308	ثانياً: تأييد الفقه للطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية الطبية.....
308	1. الطابع الفني والتقني لمهنة الطب والجراحة.....
309	2. عدم جواز التعامل بحياة الإنسان والاستناد إلى فكرة النظام العام.....
310	3. فقدان الوعي وغياب الممثل القانوني للمريض.....
311	4. كل جريمة ينشأ عنها ضرر توجب المسؤولية التقصيرية.....
312	الفرع الثاني: الإستقرار حول الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب الجراح.....
312	أولاً: الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب أثناء التدخل الجراحي.....
313	1. الإلتزام ببذل عناية كأصل: من الإلتزام ببذل عناية إلى الإلتزام ببذل عناية مشددة.....
313	أ. إلتزام الجراح ببذل عناية كأصل.....
315	ب. نحو الإلتزام ببذل عناية مشددة في بعض التدخلات الجراحية.....
316	2. الإلتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء.....
317	3. الإلتزام الجراح بضمان سلامة المريض أثناء التدخل الجراحي.....
318	أ. مبررات ظهور الإلتزام بضمان السلامة.....
319	ب. مضمون الإلتزام بضمان السلامة.....
319	ج. عناصر وجود الإلتزام بضمان السلامة.....
322	د. تطبيق الإلتزام بضمان السلامة في المجال الطبي.....
326	ثانياً: شروط قيام المسؤولية العقدية للطبيب الجراح.....
326	1. وجود عقد صحيح بين الجراح والمريض.....

2.	أن يكون المتضرر هو المريض.....	328
3.	أن يكون الخطأ المنسوب إلى الجراح نتيجة عدم تنفيذ التزام ناتج عن عقد العلاج	329
الفرع الثالث:	قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح.....	329
أولاً:	الحالات التطبيقية لقيام المسؤولية التقصيرية للجراح في مواجهة المريض	330
1.	إنعدام الرابطة العقدية بين الجراح والمريض.....	330
أ.	حالة الجراح الذي يتدخل من تلقاء نفسه	330
ب.	حالة مباشرة الجراح لعمله في مرفق عام.....	331
ج.	حالة تقديم الجراح لخدماته مجاناً	331
2.	حالات بطلان العقد الطبي.....	331
3.	امتناع الطبيب عن علاج وانقاذ المريض دون مبرر.....	332
ثانياً:	موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الجراح.....	332
المطلب الثاني:	الآثار المترتبة عن قيام المسؤولية المدنية للطبيب الجراح.....	334
الفرع الأول:	التعويض المباشر للمضرور: ضرورة تناسب مقدار التعويض ودرجة الضرر .	334
أولاً:	نشوء حق المضرور في المطالبة القضائية لجبر الضرر.....	335
ثانياً:	تقدير التعويض.....	337
الفرع الثاني:	ضمان عقد التأمين من المسؤولية المدنية للجراح.....	339
أولاً:	مفهوم التأمين من المسؤولية المدنية.....	340
ثانياً:	التأكيد على إلزامية آلية التأمين من المسؤولية الطبية ومدى فعاليتها	340
ثالثاً:	نطاق التأمين من المسؤولية المدنية للجراح.....	344
1.	المخاطر التي يغطيها التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن خطأ الجراح.....	344
2.	الأضرار التي يغطيها عقد التأمين من المسؤولية المدنية للجراح	345
أ.	التأمين يشمل مسؤولية الجراح المدنية سواء أكانت عقدية أم تقصيرية.....	345
ب.	التأمين يغطي المسؤولية الناجمة عن استعمال الآلات والأجهزة أثناء التدخل الجراحي ..	347
رابعاً:	أهمية التأمين من المسؤولية المدنية للجراح.....	348
1.	أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للطبيب أو الجراح.....	348
2.	أهمية نظام التأمين من المسؤولية بالنسبة للمريض المتضرر	349
الفرع الثالث:	التكفل الاحتياطي للدولة بالأضرار الجسمانية في المجال الطبي	350

أولاً: تكفل الدولة على أساس إنعدام المسؤول في القانون الجزائري.....	350
ثانياً: التعويض على أساس فكرة التضامن الوطني في القانون الفرنسي.....	351
1. شروط الاستفادة بالتعويض من صندوق الضمان.....	352
أ. أن تتوفر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي.....	353
ب. أن يبلغ الضرر درجة من الجسامة.....	354
2. إجراءات المطالبة بالتعويض باسم التضامن الوطني.....	355
أ. إتباع إجراءات ودية أمام لجان المصالحة والتعويض.....	356
ب. إمكانية المتضرر رفض عرض شركة التأمين.....	358
خاتمة.....	359
قائمة المراجع.....	364
الفهرس.....	403

ملخص:

أدت خطورة التدخلات الجراحية على جسم الإنسان من جهة، وإهمال الجراحين وتقصيرهم في أداء التزاماتهم الإنسانية والمهنية من جهة أخرى، بالمشروع إلى وضع قواعد وضوابط يحمي من خلالها المريض في الحالات التي ترتكب فيها أخطاء من الجراح من شأنها المساس بصحته، فالجراح أثناء ممارسة مهنته قد يقترب أخطاء الأمر الذي يستوجب فيه قيام مسؤوليته المدنية.

لكن لقيام هذه المسؤولية يستوجب إثبات الخطأ باعتباره ركناً أساسياً، إلا أنّ صعوبة إثبات هذا الخطأ من المريض المضرور يحول في غالب الأحيان دون حصوله على التعويض، إذ تظهر هذه الصعوبات سواء من خلال عبء الإثبات الملقى عليه باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، ومن خلال وسائل الإثبات القانونية المعتمدة في ذلك، فخصوصيات الخطأ الطبي الذي يمتاز بالتعقيد جعلت القواعد العامة التقليدية غير كفيلة بحل هذه المشكلات، وبالتالي صعوبة الاعتماد عليها في إثبات هذا النوع من الأخطاء، وهو الأمر الذي أدى بالفقه والقضاء إلى محاولات لتخفيف عبء الإثبات على المريض وإيجاد حلول أخرى.

Résumé :

La gravité des interventions chirurgicales d'une part, et la négligence des chirurgiens et le manquement de leurs obligations d'autre part, font qu'il est nécessaire de protéger le patient des fautes au cours de l'intervention médicale chirurgicale, ce qui exige une responsabilité médicale, de nature contractuelle comme principe général et délictuelle dans des cas exceptionnels.

L'obtention de l'indemnisation, due au préjudice causé par une faute chirurgicale - élément générateur de la responsabilité civile- dépend, dans une large mesure, de la capacité du patient d'apporter la preuve concrète que le chirurgien a failli à ses obligations lors d'une intervention chirurgicale.

En effet, comme principe général, la preuve doit être apportée par le patient. Cependant, vu les difficultés rencontrées par ce dernier pour s'acquitter de cette charge, la doctrine et la jurisprudence ont tenté de trouver des solutions en vue d'alléger le fardeau qui pèse sur le patient.