

جامعة مولود معمري تيزي وزو
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص: القانون

إشراف الأستاذة الدكتورة

سي يوسف/ كجار زاهية حورية

إعداد الطالبة

بومدين سامية

لجنة المناقشة

أ.د/ نبالي معاشو فطة، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزورئيساً
أ.د/ سي يوسف/ كجار زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري تيزي وزو ... مشرفة ومقررة
أ.د/ بوشير محند أمقران، أستاذ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ممتحناً
أ.د/ رايس محمد، أستاذ، جامعة تلمسان ممتحناً
أ.د/ سي يوسف قاسي، أستاذ، جامعة بويرة ممتحناً
د./ نساخ فاطمة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة الجزائرممتحنة

تاريخ المناقشة: 05 ديسمبر 2019

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

أ.د.ا.ا.	: الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية
ج.ر.	: الجريدة الرسمية
د.ب.ن.	: دون بلد النشر
د.د.ن.	: دون دار النشر
د.س.ن.	: دون سنة النشر
ص	: صفحة
ص ص	: من صفحة الى صفحة
ع.خ	: عدد خاص
ق.ح.ص.ت.	: قانون حماية الصحة وترقيتها
ق.م.ج	: قانون مدني جزائري
ق.ص.	: قانون الصحة
م.أ.ط	: مدونة أخلاقيات الطب
م.ق	: المجلة القضائية
م.ا.د.ق.ا.	: مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية
م.ن.ق.ع.س	: المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية
م.ر.ح	: مجلة الرافدين للحقوق

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Art : Article

C.A : Cour d'Appel

C.A.A : Cour d'Appel Administrative

C. E : Conseil d'Etat

C.C.F : Code Civil Français

C .Cass : Cour de Cassation

C. E .E : Communauté Économique Européenne

C.R.C.I : Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation

Ch. Civ : Chambre Civil

Civ : Civil

CSPF :Code de la Sante Publique Français

Ed : Edition

Ibid. : Même Ouvrage Précédent

JORF : Journal officiel de la République française

L.G.D.J : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

N° : Numéro

O.M.S : L'Organisation Mondiale de la Santé,

ONIAM: l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux

Op.cit : Ouvrage Précité (opus citatum)

O.P.U : Office des Publications Universitaires

P : Page

p.p. : de page à page

P.U.A.M : Presses Universitaires D'Aix Marseille

R.M.I : Revue de Médecine Interne

R.G.D.M : Revue Générale de Droit Médical

R.G.D.M .F : Revue Générale de Droit Médical Français

V : Volume

مقدمة

يعتبر القانون والطب مجالين مرتبطين باعتبار أن القانون قواعد منظمة لسلوك الفرد داخل المجتمع، فكان لابد منه تنظيم عمل الطبيب والمؤسسات العلاجية، خاصة وأن الطب يرتبط نشاطه بصحة الإنسان وحقه في سلامة جسده.

لا يُعد الطب مجرد علم أو تقنية فنية يُمارسها الطبيب، وإنما يتضمن جانبا هاما من المتطلبات الإنسانية لورودها على جسم الإنسان، الذي يتمتع بحرمة كفلها الدستور.

لذلك فمهنة الطب كفاءة فنية مهنية وضمير إنساني تحت رقابة القانون. فبالرغم من مساس الأعمال الطبية بكافة أنواعها بجسم الإنسان إلا أن هدفها وهو المحافظة على صحة الإنسان وسلامته الجسدية والنفسية جعل منها أعمال مشروعة ومرخص بها قانونا⁽¹⁾.

يعدّ حق الإنسان في الصحة وسلامة الجسد من أهمّ الحقوق الأساسية للفرد التي كفلها القانون بتنظيمها، خاصة وأنّ العلوم الطبية أصبحت بفضل التطورات التي شهدتها، تقدم للإنسانية خدمات متميزة ومبهره في كافة فروعها وتخصصاتها، بظهور وسائل طبية حديثة التي تعد أكثر فعالية في اكتشاف المرض أو علاجه أو الوقاية منه. ومع ذلك رغم أهمية وفوائد تلك الوسائل الحديثة على صحة الإنسان، إلا أنّ استخدامها قد تصاحبه عدة مخاطر قد تؤثر على صحة الإنسان.

حيث في ضوء التقدم العلمي والتكنولوجي وتعاظم دور الأجهزة والأدوات والمنتجات الطبية، وما صاحب ذلك من مخاطر جديدة، ومع التخصص الدقيق في مهنة الطب، وفي ظل المكتشفات الطبية المتسارعة والمتواصلة والمعدات الطبية المتطورة، فإن مسؤولية الطبيب سيسايرها تطورا كبيرا وتكيفا يكاد يكون مغايرًا لما استقر عليه الحال في الماضي، هذا كفيلاً

1- أكلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 1.

بقلب موازين هذه المسؤولية رأساً على عقب، خاصة وأن هذه المهنة تعتبر الأكثر تعقيداً وخطورة وتخصيصاً في ظل التقدم الذي أحرزته هذه العلوم في الآونة الأخيرة.

أدى التقدم الملحوظ في المجال الطبي إلى تعاظم نسبة المخاطر التي من شأنها المساس بصحة المريض وسلامته سواء الجسدية منها أو النفسية، إذ يأتي الطبيب أفعالا تعتبر اعتداءات في حقيقتها على الحق في السلامة الجسدية والتي تعتبر من أهم الحقوق التي اعتنت بها الشريعة الإسلامية⁽¹⁾ وكفلتها المواثيق الدولية⁽²⁾ وأكدتها القوانين المنظمة لمهنة الطب⁽³⁾ على احترامها وصيانتها. فتوفيقاً بين احترام حق الشخص في سلامة جسده وضرورة التداوي، ضبطت مهنة الطب ووضعت شروطاً للترخيص بالتدخل الطبي.

¹ - تتضح مكانة الحق في سلامة الجسم في القرآن الكريم من خلال الدعوة إلى الحفاظ على النفس البشرية بصفة عامة، وعدم إلقاءها في التهلكة، لذلك شرع الله تعالى القصاص كجزاء لمن يعتدي على هذا الحق، انظر: فغور رابح، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، ع. 2، الجزائر، 2018، ص 67.

وأكثر آية دلالة على مكانة الحق في سلامة الجسد ما جاء من خلال قوله تعالى في الآية 45 من سورة المائدة " وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ۚ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾ "

² - منها المنظمة العالمية للصحة، والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر التي سوف نراها في هذا البحث.

³ - أعطى قانون الصحة الفرنسي مكانة بارزة للسلامة الصحية الجسدية كمبدأ قانوني، وذلك في منطوق المادة 1-1110، التي تنص على:

«Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible. » voir, loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, In : www.legifrance.gouv.fr

وفي قانون الصحة الجزائري الجديد رقم 18_11 المؤرخ في 2 يونيو 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر. ع. 46، الصادر في 29 يوليو 2018، الذي كرس مبدأ السلامة الجسدية في المادة 21 الفقرة 4 التي تنص " ... ولا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس إلا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانوناً وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

أثر هذا التقدم العلمي للطب على طبيعة التزام الطبيب هذا الأخير الذي تطور بتطور التقنيات الطبي. فلم يبق الطبيب فنانا في علاجه كما هو في البداية، ولم يقتصر على الالتزام ببذل العناية اللازمة للوصول بالمريض إلى بر الشفاء بل تعداه إلى ضرورة ضمان سلامته.

يُعد الالتزام بضمان السلامة التزام حديث تعود العلة في ظهوره إلى كثرة المخاطر الناجمة عن الأعمال الطبية، فلم تعد أحكام المسؤولية بقواعدها العامة كافية لتوفير الحماية اللازمة للمرضى ضحايا الأخطاء الطبية، كما انه التزام تفرضه طبيعة الطب الحديث الذي أصبح قائما على نوع من الهندسة الطبية⁽¹⁾.

طبقت فكرة الالتزام بضمان السلامة من قبل في مجالات عدة، تلك التي تتضمن خطرا يهدد السلامة الجسدية لأحد الأطراف، وكان الدافع القوي للقضاء بابتكاره فكرة الالتزام بضمان السلامة إظهارها لعالم القانون، للتشديد على معصومية الجسد وذلك للتحكم في كل مساس بتلك السلامة الجسدية ورغبة في إعلاء قيمة الإنسان قانونا بعد انتهاك هذه القيمة واقعا.

ولما كان محل المجال الطبي هو جسم المريض، وسلامته هي محور الاهتمام، فلا يمنع من فرض الالتزام بضمان السلامة على الطبيب في مواجهة مرضاه الذي يعتبر المجال الطبيعي لهذا الالتزام. باعتبار المجال الطبي من المجالات النادرة التي ترتب التزاما رئيسيا بعلاج المريض ويبرز فيه مدى احتياج المريض للالتزام يقع على الطبيب يكون فيه أكثر أمانا وحماية.

1- أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014، ص 218.

وعليه، فالطبيب مسؤول على صحة وسلامة المريض؛ لأنه يقرر سلامته طبيا، فلا يلتزم فقط ببذل عناية صادقة يقظة، بل عليه أن يضمن سلامة مريضه أيضا، وهذا هو الحد الأدنى الذي ينتظره المريض من طبيبه أو من دخوله المستشفى لهدف العلاج.

وبالتالي تقوم فكرة الالتزام بضمان السلامة على فكرة الحماية القانونية للمريض الضعيف أمام التقدم الذي شهده المجال الطبي التي استوجب تلك الحماية. ويكسب هذا الموضوع أهمية خاصة لأنه يعتبر أمرا خارجا عن المرض موضوع العلاج، ولذلك يلتزم الطبيب بعدم تعرض المريض إلى أي خطر آخر.

لا يعني التزام الطبيب بضمان سلامة المريض التزام بشفائه، وإنما أن لا يعرضه لأي مرض آخر وأذى جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة وما يعطيه من أدوية، وأن لا يتسبب في نقل مرض آخر إليه نتيجة العدوى، لعدم تعقيم الأدوات والأجهزة أو نتيجة نقل الدم أو التحاليل.

تظهر أهمية موضوع الالتزام بضمان السلامة في كونه من أهم المواضيع التي شغلت اهتمام الفقه والقضاء الحديثين، إذ أنه أصبح يطبق في معظم المجالات، كحماية المستهلك ومسؤولية المنتجين والبائعين والناقلين، إذ حُدِّدت بشكل دقيق معالمه وقواعده. وكما قد حاول هذا الالتزام اقتحام المجال الطبي، لذلك بحثنا في، ما مدى تطبيق هذا الالتزام في المجال الطبي؟ بحكم أن هذا المجال له اعتبارات خاصة به لاحتوائه على عنصر الاحتمال الذي يُسيطر على العمل الطبي الذي لا يمكن للطبيب ضمان أي نتيجة.

إنَّ ضرورة تطبيق هذا الالتزام في المجال الطبي أمرا منطقيا بحكم أهمية وقُدسية محله وهو سلامة جسم المريض وهو سبب اختيارنا لدراسة مثل هذا الموضوع لمحاولة إيجاد نوع من التوفيق بين حرية الطبيب في اختيار وسيلة معينة للعلاج وحق المريض في سلامته وحمايته من أخطاء الأطباء والأضرار الناتجة عنها.

اعتمدنا حين دراستنا لهذا الموضوع على المنهجين الوصفي التحليلي، إذ استعرضنا جميع الآراء المتعلقة بموضوع البحث، من اعتبارات ظهور هذه الفكرة وتجسيدها في المجال الطبي. وكون الالتزام بضمان السلامة موضوعاً يعالج فكرة عملية ومتصلة بمحور المهنة الطبية، قمنا بدراسة تطبيقات هذا الموضوع في المجال الطبي وذلك بدراسة أهم الأعمال المثار بشأنها موضوع الالتزام بضمان السلامة، والمسؤولية المدنية المترتبة في حالة الإخلال بهذا الالتزام، كونه يُعد من أهم مواضيع المسؤولية المدنية التي شغلت اهتمام الفقه والقضاء مدعماً هذا المنهج بالتطبيقات القضائية من أحكام وقرارات.

ولكن هذا ليس بالأمر السهل الذي توقعناه، إذ واجهنا صعوبة وهذا راجع إلى ندرة الاجتهادات القضائية الجزائية فهي قليلة جداً أو شبه منعدمة، خاصة ما يتعلق بموضوع دراستنا، وذلك يعود حسب رأيي لحدثة هذا الالتزام، وليس لقلة الأضرار الماسة بسلامة المريض وغياب الثقافة القانونية أو جهل لمصطلح المسؤولية الطبية وإمكانية متابعة الطبيب قضائياً. بل العكس مع التفتح والتطور العلمي والتكنولوجي، أصبح الإنسان يعلم كل ما يتعلق به وما حوله، وإن سبب قلة الأحكام القضائية في هذا المجال هو عدم لجوء المتضررين إلى القضاء لطول الإجراءات وتقاضي تكاليف القضاء الباهظة، حيث أكد أبو بكر الصديق محي الدين رئيس المنظمة الوطنية لضحايا الأخطاء الطبية، أن نسبة ضحايا الأخطاء الطبية بلغت 40 بالمائة وفي هذا الصدد، أشار أن الإحصائيات منذ عدة سنوات، بلغت ما يقرب بـ 20 000 شكاوى تتعلق بالمسؤولية الطبية، التي لم يصدر حكم بشأنها بعد. ومع العلم أن المنظمة تلقت منذ عام 2011 أكثر من 1400 شكاوى حول الأخطاء الطبية⁽¹⁾ علماً أن هذه الأخيرة في مضمونها تمس سلامة المرضى. لذا تمت الاستعانة

1 -HuffPost Algérie, 40% des victimes d'erreurs médicales ont recours à la justice, le journal « L'ECO news de 10 mars 2016, in : www.huffpostmaghreb.com

بالاجتهادات القضائية الفرنسية التي تعرف اجتهادا وتطورا يوميا نحو حماية المريض باعتبارها طرفا ضعيفا في العلاقة الطبية.

ومحاولة منا الإحاطة بالموضوع، فقد تناولنا الدراسة من خلال اعتمادنا على خطة مقسمة إلى بابين:

تضمن الباب الأول، ظهور فكرة الالتزام بضمان السلامة، الذي قسم إلى فصلين: الفصل الأول، تجسيد فكرة الالتزام بضمان السلامة كالتزام جديد في المجال الطبي، وفي الفصل الثاني، بيننا الضوابط القانونية للالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي.

في حين خصصنا الباب الثاني، لتطبيقات الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي و الذي قسم بدوره إلى فصلين: الأول، تضمن: أهم الأعمال المثار بشأنها الالتزام بضمان السلامة، والثاني خصصناه للمسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال بهذا الالتزام.

الباب الأول:

ظهور فكرة الالتزام بضمان السلامة

يعود فضل ميلاد الالتزام بالسلامة إلى فكرة حماية الأشخاص، لأنه أثبت فائدته في بعض العقود، كون أحد المتعاقدين كان مهتداً دون شك في سلامته الجسدية، على هذا الشخص يجب أن يكون لسبب أو لآخر مظهرًا يستحق الاهتمام بشكل خاص فلا بد من مطالبة المتعاقد ضمان سلامة المتعاقد الآخر⁽¹⁾.

ونظرا لما أحدثته التكنولوجيا من تقدم علمي تمثل في كثرة الحوادث التي ألحقت أضرارا بالأشخاص في أجسادهم، ظهرت الحاجة إلى ظهور فكرة الالتزام بضمان السلامة، فكان على القضاء أن يتدخل لحماية هؤلاء المتضررين بسبب قصور النصوص القانونية وعدم تحقيق الحماية الكافية، وذلك دون الاقتصار على النظرية التقليدية المتمثلة في نظرية الخطأ واجب الإثبات، التي كثيرا ما يقف المضرور عاجزا إزاءها، مما قد يفوت فرصة تعويضه عما أصابه من أضرار، ذلك هو السبب العام الذي ساهم في ابتكار الالتزام بضمان السلامة⁽²⁾.

يرجع جذور تقنين فكرة الالتزام بضمان السلامة قانونيا إلى القضاء الفرنسي وذلك حينما أثار تطبيق معايير العدالة في العقود، التي ترى أن المسؤولية التقصيرية وما تنثيरे من صعوبات في الإثبات غير كافية لإثبات حق المتضررين، حيث كان القضاء الفرنسي يطبق أحكام المسؤولية التقصيرية عندما كان أحد الركاب يصاب أثناء عملية نقله، وكانت ترفض التسليم بوجود التزام تعاقدى بضمان سلامة الأشخاص. إذ ذهبت في أحكامها إلى أنه لا يجوز قياس نقل الأشخاص بنقل الأشياء، إذ الراكب يملك حرية الحركة عند ركوبه، لأنه وسيلة من وسائل النقل بعكس الأشياء، وإذا ما أصيب الراكب بأي حادث، فإنه لا يستطيع إلا اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية، بإثبات خطأ الناقل وحدث الضرر نتيجة له.

ظهرت فكرة الالتزام بضمان السلامة في منتصف القرن التاسع عشر (19)، وهي فكرة

1 - BENCHABANE(Hanifa), L'aléa dans le droit des contrats, O.P.U, Alger, 1992, p 364.

2- الرشيدى محمد سليمان فلاح، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1998، ص52.

من ابتكار القضاء⁽¹⁾. وتم تأكيد هذا الالتزام في مجال عقد النقل من قبل القضاء من خلال أحد قراراته الشهيرة الصادرة في 1911 من طرف محكمة النقض الفرنسية⁽²⁾.

يُعد حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 21 نوفمبر 1911، بداية تطبيق الالتزام بضمان السلامة، وذلك في قضية تتلخص وقائعها. في أن مسافر يدعى "...حميدة..." « Y... Hamida X » أقام دعوى على الشركة العامة للملاحة عابرة للمحيط الأطلسي « la Compagnie Générale Transatlantique » بمناسبة عقد النقل البحري المبرم بينه وبين إحدى السفن التابعة للشركة، حيث أصيب هذا المسافر أثناء نقله من "تونس" إلى "بون" « Bône » في قدمه إصابة بالغة بسبب سقوط خزان وُضع في السفينة بطريقة مُعيبة فطالب المسافر المضرور الشركة الناقلة بالتعويض أمام محكمة "بون" « Bône »⁽³⁾، فدفعت الشركة هذه الدعوى بعدم اختصاص المحكمة تأسيسا على وجود شرط في عقد النقل المبرم بين الطرفين يجعل الاختصاص المحلي لمحكمة مارسيليا التجارية، إلا أنّ المحكمة رفضت هذا الدفع قائلة بأن قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق لا التعاقدية، وبالتالي لا مجال لإعمال الشروط الواردة في العقد، ولما عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية، نقضت الحكم وقضت بأن مسؤولية الناقل عما أصاب المسافر مسؤولية عقدية، تطبق في

¹ - غير أن بروز هذه الفكرة كانت قبل ذلك، من قبل الفقه في بداية سنة 1880 وذلك في مجال حوادث العمل والنقل. إذ تم النطق به عام 1881 من قبل المحامي الفرنسي "باباسور" Vavasseur، ثم تم تطويره من قبل الفقيه "مارك سوزي" Marc Sauzet، وفي الوقت نفسه، قدم الفقيه "اوراس برن بشلغل" Horace Verne de Bachelard اقتراحا مماثلا بشأن الأضرار التي لحقت بمستخدمي السكك الحديدية، واستكمالا لنظرية الالتزام بضمان السلامة، اقترح المحامي البلجيكي "شارل سنكتلت" Charles Sainctelette، بعد سنة إدخال "ضمان أممي تعاقدي" « garantie contractuelle de sûreté » في مجال حوادث النقل والعمل. انظر:

BLOCHE (Cyril), *l'obligation contractuelle de sécurité, faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille*, Institut d'études judiciaires, P. U. D'Aix Marseille, Paris, 2002, pp 11-12.

2 - BENCHABANE (Hanifa), *L'aléa dans le droit des contrats*, op.cit , p 365.

3 - " Bône " fut un département français d'Algérie entre 1955 et 1962. Considérée depuis le 4 mars 1848 comme partie intégrante du territoire français, l'Algérie fut organisée administrativement de la même manière que la métropole. C'est ainsi que pendant une centaine d'années, la ville d'Annaba, alors connue sous le nom de Bône, fut une sous-préfecture du département de Constantine, et ce jusqu'au 7 août 1955. À cette date ledit département est amputé de sa partie orientale, afin de répondre à l'accroissement important de la population algérienne au cours des années écoulées. In ; Wikipedia l'encyclopédie libre. cite in ; <https://fr.wikipedia.org>

شأنها أحكام المسؤولية العقدية، وأضافت أن الناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافرين إلى مكان الوصول بل عليه أيضا الالتزام بضمان سلامة المسافرين، أي إيصاله سليما معافى⁽¹⁾.

تم تمديد هذا الالتزام إلى عقد البيع في وقت لاحق، وذلك في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن غرفته المدنية الأولى في 20 مارس 1989⁽²⁾.

ثم أكد بعد ذلك بعض الفقهاء منهم "سوزيه" Susie و"سانكتليت" "Sanktlet"، على ضرورة وجود مثل هذا الالتزام أيضا في عقد العمل، إذ دافعا على الالتزام بالسلامة وألقيا على عاتق رب العمل التزاما محددا بأن يلتزم بسلامة العام. ثم أصدرت قوانين العمل تحمي العامل مهما اختلفت حرفته وصناعته، ثم بعد ذلك تم تطبيق الالتزام بضمان السلامة في المدارس، ثم في عقود الفنادق⁽³⁾، ثم تطور مع الوقت ليشمل مجموعة من العقود الأخرى⁽⁴⁾، منها العقد الطبي، حيث يتميز بعدم التكافؤ بين طرفي العلاقة واضحة، فأحدهما طبيب شخص مهني متخصص والطرف الآخر شخص عادي لا يملك سوى أن يسلم نفسه للطبيب المهني.

لهذا فالالتزام بضمان السلامة له أهمية تقتضي أن تلقى على عاتق الطبيب المهني الالتزام بعدم الإضرار بالطرف الآخر أي المريض، وذلك في بعض الحالات التي تكون فيها النتائج متوقعة بحسب المجرى العادي للأمر⁽⁵⁾.

1- C. Cass., civ. Audience publique du mardi 21 novembre 1911, In : www.legifrance.gouv.fr

2-C. Cass. Civ. 1er ch , 20 mars 1989, n° 87-16.011, n° 457, note cité par, MOR (Gisèle) et GREARD (Maggy), **La responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et la protection des victimes**, Ed. ESKA ,Paris, 2001, p 33.

3 - أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة الإسكندرية، 2015، ص32.

4- RADE (Christophe), **L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale**, l'obligation de sécurité acte de colloque franco-algérien, l'Université Montesquieu, Bordeaux, Université d'Oran, Es-senia, 22 mai 2002, PUB, 2003, p113.

5- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2011، ص15.

ولم تغفل اجتهادات القضاء الفرنسي عن هدفها في التوصل بكافة السبل والأدوات القانونية لإضفاء الحماية الجسدية للأشخاص، على مجال المسؤولية الطبية، فشعور القضاء الفرنسي بعدم العدالة وسعياً نحو إنصاف المريض، جسّد فكرة الالتزام بضمان السلامة كالتزام جديد في المجال الطبي (الفصل الأول) محددا ضوابط وقواعد خاصة به باعتبار المجال الطبي مجالاً خاصاً يختلف عن المجالات الأخرى، كونه يمس مباشرة جسم الإنسان الذي هو محور الحماية (الفصل الثاني).

الفصل الأول

تجسيد فكرة الالتزام بضمان السلامة كالتزام جديد في المجال الطبي

تبنّت الأكاديمية الطبية الفرنسية، في بداية القرن التاسع عشر، وبالتحديد في 29 سبتمبر 1829، الرأي القاضي بعدم مسؤولية الطبيب عن نشاطه الطبي باعتباره وكيلا عن المريض وكالة غير محدودة، ولا يجوز مساءلة الطبيب عن الخطأ الذي يرتكبه بحسن نية في ممارسته لمهنته، حيث أن مسؤوليته تنحصر في إطار الأخلاق والضمير، فضلا عن عدم وجود نص قانوني يقرر تلك المسؤولية، وترتبطا على هذا الرأي كان الطبيب لا يسأل إلا في حالات الغش أو إهمال واجبات مهنته فحسب، كما استند هذا الرأي إلى أن الطبيب يجب أن يبقى بمنأى عن المسؤولية حتى يستطيع تطوير أساليب العلاج تبعا للتطور العلمي⁽¹⁾.

وقررت محكمة النقض الفرنسية في 18 جوان 1835 مسؤولية الطبيب عن خطأه تجاه مريضه عندما تركه بدون رعاية بعد جراحة في ذراعه، مما اضطر إلى قطع ذراع المريض، هذا وفقا للمادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي القديم المعدلة بالمادتين 1240 و1241 من القانون المدني الفرنسي الجديد⁽²⁾. وثم في حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية في 29 نوفمبر 1920 قررت مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي أصيب بها مريضه لأنه مسؤول عن سلامته⁽³⁾. ويبرز وجود هذا الالتزام بالسلامة في القرار الصادر من محكمة النقض الفرنسية الصادر في 7 جانفي 1997 "إذ يرى أنه بصرف النظر عن تشوهات المريض التي لا

1- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص46.

2 Art. 1240 et 1241 du code civil français, modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations in : www.legifrance.gouv.fr

Art. 1240, stipule : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Art. 1241, stipule : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

3- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص46.

يمكن اكتشافها، أو الظروف الاستثنائية التي لا تعزى إلى عمل الطبيب الجراح الذي يتدخل على عضو واحد لا ينبغي أن يضر عضواً آخر، إذا كان يعترف بأن الطبيب لا يلتزم إلا بالالتزام بوسيلة فهذا لا يعني عدم مسألته على أعماله التقنية⁽¹⁾.

وفي أواخر التسعينيات، بالضبط في 29 جوان 1999 قررت محكمة النقض الفرنسية تبني بصفة صريحة فكرة الالتزام بضمان السلامة بالنتيجة⁽²⁾ تقع على عاتق الطبيب والمؤسسات الصحية وذلك خلال المحاربة ضد عدوى المستشفيات Infections nosocomiales⁽³⁾. وفي حكم آخر لها مؤرخ في 09 نوفمبر 1999، قضت بأن العقد المبرم بين الطبيب والمريض يُلقي على عاتق هذا الأخير التزاما بالسلامة فيما يتعلق بالأدوات والأجهزة الطبية التي يستعملها لتنفيذ العمل الطبي⁽⁴⁾.

وبذلك جسد القضاء الفرنسي فكرة الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي من خلال هذين القرارين، نظراً لأهميته لكون محل هذا الالتزام هو أعلى وأهم ما يمتلكه الإنسان ألا وهو جسمه وصحته، إذ كل عمل طبي محل نشاطه يكون جسم المريض المصاب بعلّة، ومحاولة علاجه أو التقليل من آلامه، فبالتالي أيّ مساس بسلامة جسمه أو صحته تُعتبر انتهاكاً له.

1-Civ.1, 7 janvier 1997, considère que « hormis des anomalies particulières non décelable du patient, ou circonstances tout à fait exceptionnelles non imputables à l'action du médecin, le chirurgien qui intervient sur un organe ne doit pas en blesser un autre, s'il reconnaît que le médecin n'est tenu que d'une obligation de moyens il n'en estime pas moins qu'il doit être irréprochable dans ses gestes techniques. ».

Voir : ACCAD (Lucian) et CAUSSIN-ZANTE (Maryse), **Les nouvelles obligations juridiques du médecin**, Ed.ESKA, Paris, 2001, p39.

2- Scolan (V), Telmon (N), Rouge (J.C), Rouge (D), **Responsabilité médicale et infections nosocomiales**, La R. M. I, V. 21, Issue 4, Elsevier, Paris, avril 2000, p 361.

3- BREGER (Thomas), **Sécurité et droit des patients, Approches des fondements juridiques de l'identito-vigilance**, R.G.D.M., N°43, études hospitalier Bordeaux, Paris, Juin 2012, p203.

4- حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، في العلوم القانونية، فرع قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لياس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية، 2017-2018، ص 96.

أما في القضاء الجزائري، كنموذج للالتزام بالسلامة في المجال الطبي، فنجد ما قضى به مجلس الدولة في قرار له بتاريخ 15 جويلية 2002، في قضية مستشفى الأمراض العقلية "قرنان حنفي" بواد عيسي ولاية تيزي وزو ضد أرملة مولاي، على إثر وفاة مريض في مستشفى الأمراض العقلية، بسبب تلقيه ضربات من مصاب عقلي متواجد بنفس المستشفى الذي يشكل خطأ مرفقيا لانعدام الحراسة. حيث جاء في حيثيات القرار أن غياب "الحراسة يشكل خطأ ارتكبه المستشفى الملزم بالسهر على ضمان صحة وسلامة المرضى". فالقضاة قد استندوا سوء التسيير من طرف إدارة المستشفى على الالتزام بالسلامة (1).

قضت نفس الجهة، بعد سنة في قرار لها بتاريخ 11 مارس 2003، في قضية (م.خ) ضد مستشفى بجاية، بمسؤولية المستشفى عن وفاة المريض، لسبب "إخلال المستشفى بواجبه في اخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته" (2).

إذاً تعزيز أمن وسلامة المرضى في المؤسسات الصحية، يعتبر الهدف الأساسي بما أنه يوجب حماية صحة الفرد من المخاطر الصحية التي تتكبد خلال تواجده في المؤسسة الصحية العامة أو الخاصة الذي هدفه الأول هو شفاء المريض من العلة والآلام التي يُعاني منها والتي تؤثر على حالته الصحية، وهذه تعتبر من التحديات والركائز الأساسية لسياسة الصحة في فرنسا، وكما برزت فكرة "سلامة المرضى" في المجال الطبي بعد ذلك في البلدان الأخرى، ابتداء من الولايات المتحدة الأمريكية، بريطانيا، كندا، أستراليا، وأيضا الدانمارك، وذلك أمام الأحداث السلبية الناتجة والمرتبطة بأنشطة الرعاية الصحية، مما أدى إلى ضرورة توعية السلطات العامة على ضرورة تعزيز ثقافة سلامة المرضى داخل المؤسسات الصحية (3).

1- مجلس الدولة، قرار بتاريخ 15 جويلية 2002، منشور في: خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هوم، الجزائر، 2014، ص ص 78-79.

2- مجلس الدولة، قرار بتاريخ 11 مارس 2003، منشور في: مرجع نفسه، ص ص 84-87.

3- BREGER(Thomas), Sécurité et droit des patients...,op.cit, p302.

على هذا فسلامة الشخص في صحته وجسمه من أولى الحقوق التي يكتسبها بمجرد تحقق وجوده (المبحث الأول)، قبل أن يكون التزاما يقع على عاتق الطبيب والمؤسسات الصحية عامة كانت أو خاصة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

السلامة حق قانوني للمريض

حق الإنسان في الحياة⁽¹⁾ هو حق مُقرر له، ومن أجلّ وأهم مظاهره، حقه في سلامة جسده، ومن مبدأ حرمة الشخص يشتق مبدأ حرمة المطلقة لجسم الإنسان، والتي تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه، ويرفض الخضوع لأي إجراء طبي، سواء كانت التحاليل الطبية أو العمليات الجراحية. فكل شخص حق على جسمه يدخل ضمن الحقوق للصيقة بالشخصية⁽²⁾، وهذه الحقوق أجدد بالرعاية والاهتمام.

1- الحياة من لوازم الإنسان، والإنسان باعتباره كائنا حيا، يتمتع بالشعور والإدراك وله رغبات واهتمامات، يستطيع أن يعي ويفهم ويتذكر ويتعلم ويتصرف ويميز، لذا قيل بأن الإنسان كائن عاقل وبالعقل يتميز عن غيره من الكائنات الحية، إذ الجسم والعقل والروح هي العناصر الأساسية المكونة للإنسان، وهذه العناصر تتكامل وتتربط في نظام دقيق، وبقدر هذا التكامل والترابط والانسجام تتكامل شخصية الإنسان.

أنظر بالتفصيل: محمد سعد خليفة، **الحق في الحياة وسلامة الجسد**، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق بجامعة أسيوط، ع.18، مصر، 1996، ص206.

2- والحقوق للصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية تثبت للشخص بمجرد وجوده لكونه إنسانا، وتظل تتبعه حتى وفاته، وهدفها حماية الشخص في ذاته وحماية القيم للصيقة به وتتقرر محافظة على مقومات الإنسان الشخصية- مادية، معنوية، فردية أو جماعية- وتعد هذه الحقوق لازمة لحماية الشخصية الإنسانية تثبت للفرد باعتباره إنسانا، لذلك سماها الفلاسفة "الحقوق الطبيعية" أو بالحقوق الإنسان. وقد أكد حماية الأفراد وحقوقهم وحررياتهم العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي وافقت عليه الجمعية العامة للمنظمة الأمم المتحدة عام 1948. وهي حقوق متعلقة بمقومات مادية للشخص وحقوق متعلقة بمقومات معنوية للشخص، وحقوق متصلة بنشاط الشخصية. بالنسبة للحقوق المتعلقة بالمقومات المادية للشخص، فإنها تضم الحق في الحياة والحق في السلامة البدنية والجسمية. وهذا النوع من الحقوق يخول للشخص حماية جسمه بأعضائه المختلفة، بعبارة أخرى يخول له الدفاع عن كيانه المادي ودفع أي مساس به أو اعتداء عليه من أشخاص آخرين.

انظر: بوشي يوسف، **الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائيا**، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص59.

فصحة الإنسان وسلامة جسمه تعد مصلحةً كبرى، أما المصالح الأخرى كالأموال مثلاً، فهي أجزاء تأتي في المرتبة اللاحقة من حيث الأهمية، فالإنسان أولاً ثم تأتي الأموال ثانياً⁽¹⁾.

والحق في سلامة الجسم هو أن تظل أعضاء الجسم وأجهزته تؤدي وظائفها على نحو عادي ولمدة طبيعية، فكل إخلال بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء أو الأجهزة يعد اعتداء على الحق في سلامة الجسم. ويتحقق هذا الإخلال إذا حدثت أية واقعة أدت إلى المساس بالصحة البدنية أو العقلية أو النفسية أي بالتكامل الجسدي، وأيضا الحق في الاحتفاظ بكل أعضاء الجسم غير منقوصة، فكل فعل يؤدي إلى الانتقاص من هذه الأعضاء يعد مساساً بسلامة الجسم وتكامله. فإجراء عملية جراحية ولو كانت بسيطة تُعد مساساً بسلامة الجسم، ولا تخرج عن دائرة التجريم إلا بفضل الأسباب التي يُجيزها ويُرخصها القانون⁽²⁾، فسلامة الجسم من أهم المقومات الأساسية للحق في الصحة.

بما أن من أحد المقومات الأساسية للحق في الصحة هي سلامة المريض في جسمه لذا لابد من الإلمام بمفهوم هذا الحق (المطلب الأول) الذي يُعد مبدأ قانونياً نظراً لأهميته (المطلب الثاني).

1- أكرم محمود حسين البدو، بريك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 09، السنة 12، ع. 33، العراق، 2007، ص 2.

2- حق الإنسان في سلامة جسمه، هو الحق في أن يتحرر من الآلام البدنية، فأى فعل يؤدي إلى إحداث آلام بدنية، لم تكن موجودة من قبل أو تزيد من مقدارها يعد مساساً بالحق في سلامة الجسم. أنظر: أحلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، مرجع سابق، ص 1.

المطلب الأول

مفهوم الحق في سلامة الجسم

الحق في سلامة الجسم أحد المقومات الأساسية للحق في الصحة إذ يشكل الاعتداء على الكيان الجسدي والنفسي للإنسان بصورة مختلفة انتهاكا لحقه في الصحة، سواء اقتصر أثر هذا الاعتداء على مجرد المساس بسلامته الجسدية أو أدى إلى إصابته بأحد الأمراض أو أنواع العجز المختلفة⁽¹⁾، وإزاء هذا لا بد من معرفة معنى هذا الحق (الفرع الأول) وفيما يتمثل مضمونه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الحق في سلامة الجسم

يمثل تعريف الحق في سلامة الجسم نقطة البدء في تحديد أهميته، وفي هذا الصدد يثير محاولة تحديد مدلول الحق في سلامة الجسم اختلاف بين رجال الطب (أولا) وبين رجال القانون (ثانيا).

أولا- المدلول الطبي للحق في سلامة الجسم

إن محاولات تعريف الحق في سلامة الجسد في مجال الطب مقترن بمدلول الصحة وذلك كون الحق في سلامة الجسم من المقومات الأساسية للحق في الصحة⁽²⁾، وأي مساس بسلامة جسمه يعني المساس بسلامة صحته.

1- عادل يحي، الحماية الجنائية للحق في الصحة بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع.83، 2010، ص173.

2- يعني الحق في الصحة، واجب السلطات في تهيئة الظروف التي يمكن فيها لكل فرد ان يكون موفر الصحة بقدر الإمكان، وتتراوح هذه الظروف بين ضمان توفير الخدمات الصحية وظروف العمل الصحية والمأمونة والإسكان الملائمة والأطعمة المغذية. أنظر: منظمة الصحة العالمية، الحق في الصحة، صحيفة وقائع رقم 323، نوفمبر 2013، الموقع الإلكتروني:

www.who.int

اتجه الطب التقليدي إلى تحديد مدلول الحق في سلامة الجسم في إطار صحة الكائن البشري. ومصطلح حق الإنسان في سلامة جسمه أو الحق في سلامة صحته، مصطلح مركب إضافي لا يدرك معناه إلا بإدراك كل أجزائه، فهو يتكون من مجموعة من المفردات التي يجب تعريفها فيما يلي:

1-الحق: يعرف بأنه: مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقرره الشرع والقانون⁽¹⁾.

2-الإنسان: هو ابن آدم الذي خلفه الله تعالى وأوجده في هذه الأرض ليعمرها⁽²⁾.

3-الصحة: هي اتحاد مادة الجسم بجميع جزئياته وقدراته على الإدراك، والشخص المعافى هو الذي يتمتع بسلامة الجسم في مجموع هذه العناصر على نحو يحقق الانسجام الملائم بينهما⁽³⁾.

لكن هذا التعريف لم يُقنع الذين تَوَلَّوْا أمر المنظمة العالمية للصحة، واعتبروا أن هذا المفهوم هو إهدارٌ لمعنى الصحة ويجعل دوره سلبياً لمجرد أنه علاج للداء⁽⁴⁾.
إذ عرفت منظمة الصحة العالمية، الصحة بأنها: "حالة من اكتمال السلامة البدنية والنفسية والاجتماعية لا مجرد انعدام المرض أو العجز"⁽⁵⁾.

¹-خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة والنظام، دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية، مذكرة ماجستير في العدالة الاجتماعية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الاجتماعية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1427هـ-1428هـ، ص 7.

²-عتيق عائشة، جودة الخدمات الصحية في المؤسسات العمومية الجزائرية، دراسة حالة المؤسسة العمومية الاستشفائية لولاية سعيدة، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير الدولي للمؤسسات، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012، ص34.

³- مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1997، ص32.

⁴-عتيق عائشة، جودة الخدمات الصحية في المؤسسات العمومية الجزائرية...، مرجع سابق، ص34.

⁵-دستور منظمة الصحة العالمية (OMS)، أقره مؤتمر الصحة الدولي الذي عقد في نيويورك من 19 يونيو إلى 22 يوليو 1946، السالف الذكر.

4-والسلامة⁽¹⁾ اصطلاحاً: تعني الأمن بالنسبة للشخص⁽²⁾، فالسلامة أصبحت علماً مستقلاً في العصر الحديث، وكان من أنسب التعريفات لها هو بأنها: "العلم الذي يسعى لحماية الإنسان من المخاطر والأضرار"⁽³⁾. وتعرف أيضاً: "السلامة هي وضعية شخص يحس بالاطمئنان ويعيدا عن الخطر"⁽⁴⁾.

أما **الجسم** الذي هو محل الحق في السلامة هو الموضوع الذي تنصب عليه أفعال الاعتداء على هذا الحق. ويمكن القول إن لفظ "**الجسم**" يتسع ليشمل فضلاً عن الكيان المادي للإنسان، كيانه النفسي والعقلي أيضاً، مما يعني الحماية القانونية لجسم الإنسان هي واحدة بغض النظر عن أهمية الوظيفة التي يؤديها العضو المعتدي عليه سواء كان العضو ظاهراً أو باطناً. كما لا فرق بين الاعتداء على جزء من الجسم والاعتداء الذي يصيب أجزاء الجسم كافة⁽⁵⁾.

1-السلامة لغة: هي البراءة من العيوب، وتسليم شخص من الآفات بالكسر سلامة وسلمه الله منها. أنظر: خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، **حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة والنظام**، مرجع سابق، ص15.

2- أبو بكر محمد نزمين، **الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص120.

3- خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، **حق الإنسان في سلامة صحته...**، مرجع سابق، ص15.

4-La sécurité se définit comme: "**la situation de quelqu'un qui se sent à l'abri d'un danger et qui est rassuré**". Voir: PONCHON (François), **La Sécurité des patients à l'hôpital**, Recueil des principaux textes, Berger Levrault, Paris, Juin 2000, p11.

5-كما يدخل ضمن الحماية القانونية أعضاء جسم الإنسان العاجزة عن القيام بوظائفها بصورة كلية أو جزئية، كالأعضاء المشلولة، كما يشمل المفهوم بجسم الإنسان وبالتالي شموله بالحماية القانونية ما يلزم نقله إلى الجسم من أعضاء بشرية لم تكن موجودة فيه منذ ولادته، وإنما نقلت إليه لاحقاً لمعالجة ما يقتضيه الوضع الصحي للجسم من نقص في الأعضاء بسبب إصابتها أو توقفها عن أداء وظائفها الفسيولوجية، كما يتمتع الأعضاء الشاذة كما هو متعارف عليه بالحماية القانونية (كالأصبع السادس في اليد الواحدة) لأن جسم الإنسان هو وحدة واحدة فلا يمكن إصدار الحماية القانونية للعضو، وإن كان زائداً عن الحد الطبيعي. أنظر: أكرم محمود حسين البدو، بريك فارس حسين، **الحق في سلامة الجسم...**، مرجع سابق، ص56.

أما المفهوم الطبي للجسم، هو "مجموعة من الأعضاء التي تتكون من أنسجة متباينة قوامها خلايا مميزة لكل نسيج. والخلية هي الوحدة الأساسية في تكوين جسم الإنسان ويتجمعها وارتباط بعضها مع البعض الآخر تتكون الأنسجة المختلفة، وتقوم هذه الأعضاء بأداء الوظائف الحيوية بالنسبة لبقاء الإنسان، سواء أكانت هذه الوظائف من النوع الفسيولوجي أو السيكلوجي" (1).

أما بالنسبة للحق في سلامة الجسم ككل، فيعرف بأنه: «مصلحة مشتركة للمجتمع والفرد في المحافظة على سلامة جسم الإنسان في تكامله وصحته وسكينته، يقرها القانون ويحدد وسائل حمايتها».

يتبين من خلال هذا التعريف أن الحق في سلامة الجسم جانبيين: الأول فردي والآخر اجتماعي، يحددان نطاق هذا الحق ومضمون كل جانب منهما يتمثل في الحق في التكامل الجسدي والحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي للجسم، فضلا عن الحق في التحرر من الآلام البدنية والنفسية، وهذه العناصر الثلاثة تشكل مضمون الحق في سلامة الجسم (2).

ثانيا- المدلول الفقهي للحق في سلامة الجسم

ينطلق مدلول الحق في سلامة الجسم من وجهة نظر رجال القانون أساسا من فكرة الحق الذي يعرف بأنه "المصلحة التي يحميها القانون". وعلى ضوء ذلك يعرف الدكتور "محمد عبد الغريب" الحق في سلامة الجسم بأنه: "المصلحة القانونية التي يحميها القانون في أن يظل الجسم مؤديا كل وظائفه على النحو العادي الطبيعي حتى لا تتعطل إحدى

1- أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم...، مرجع سابق، ص 8.

2- مرجع نفسه، ص 6.

الوظائف ولو كانت أقلها أهمية، أو كان التعطيل وقتياً، وفي ألا تتحرف في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية"⁽¹⁾.

ويعرفه الدكتور "عصام أحمد محمد" على أنه «مركز قانوني يخول شاغله في حدود القانون الاستثناء بتكامله الجسدي والمستوى الصحي الذي يعايشه وبسكينته البدنية والنفسية»، ويتمثل الحق في سلامة الجسم في: "أن يحتفظ الإنسان بمستوى من الصحة وبالتكامل الجسدي، وأي فعل ينقص من هذه السلامة يعتبر اعتداء عليه" كما أن سلامة الجسم تعني أيضاً: "أن يتحرر صاحبه من كل ألم لم يكن موجوداً من قبل أو الزيادة من مقدار ألم كان الشخص يعانيه". لذلك وفقاً لهذه التعاريف، نقول أن الحق في سلامة الجسم هو: "مصلحة يحميها القانون في أن يستمر الجسم مؤدياً وظائف الحياة على نحو طبيعي وأن يحتفظ بجسده، وأن يتحرر من جميع الآلام البدنية والنفسية، والنهوض بالوظيفة الاجتماعية المنبثقة به"⁽²⁾.

باعتبار الحق في سلامة الجسم مقوماً أساسياً لحقه في الصحة، ففيم يتمثل مضمون هذا الحق؟

الفرع الثاني

مضمون الحق في سلامة الجسد

الاعتداء على سلامة الجسد، يؤدي إلى تعطيل بعض الوظائف ولا يهتم أن يكون مؤقتاً أو دائماً، فإذا ترتب الاعتداء على عدم السير العادي والطبيعي لإحدى وظائف الجسم أو بعضها مع ترك الجسم قادراً على أداء الوظائف الأخرى، سواء أكان تعطيلها جزئياً مؤقتاً أو

1- نقلاً عن: بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً...، مرجع سابق، ص 65.

2- بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً...، مرجع سابق، ص 66.

أبدى، كنا أمام الاعتداء على حق الإنسان في تكامله الجسدي⁽¹⁾ (أولاً) وعلى الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي للجسم (ثانياً) وعلى الحق في السكينة الجسدية (ثالثاً).

أولاً- الحق في التكامل الجسدي

يعني الحق في أن تظل أعضاء الجسم مؤديتا وظائفها على نحو عادي وطبيعي، ومن ثم أي مساس يؤدي إلى حدوث خلل بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء، يعتبر اعتداءً على حق الإنسان في سلامة جسده، ويقوم هذا الحق على أساس أن لا قيمة موضوعية كاملة للحق في سلامة الجسم إلا إذا كان محتفظاً، بكل أجزائه الطبيعية، فإذا فقد جزءاً منها فقد انتقصت هذه القيمة⁽²⁾، ولا يشترط أن يصاحب الفعل شعور بالألم أو يترتب عليه تدهور في المستوى الصحي لكي يعتبر مساساً بالتكامل الجسدي، لأن هذا التكامل يقوم على اعتبار موضوعي بغض النظر عن الاعتبار الشخصي⁽³⁾.

ثانياً- الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي للجسم

يراد بهذا الحق المصلحة التي يعترف بها القانون للشخص في أن يحتفظ بالنصيب الذي يتوافر لديه من الصحة⁽⁴⁾، والحق في أن تؤدي وظائفها على نحو عادي وطبيعي وأي مساس بها يؤدي إلى حدوث خلل بالسير الطبيعي لهذه الأعضاء⁽⁵⁾، ويقوم هذا الحق على أساس مصلحة الفرد في الاحتفاظ بصلاحية أعضاء جسمه كافة لكي يتمكن من القيام بوظائفه المضادة بشكل طبيعي دون الإخلال بقدرته على القيام بتلك الوظائف.

1- إذا أدى الفعل إلى تعطيل وظائف الحياة جميعها تعطيلًا كاملاً ودائماً، كان اعتداء على الحق في الحياة. انظر: محمد سعد خليفة، *الحق في الحياة وسلامة الجسد*، مرجع سابق، ص 47.

2- مرجع نفسه، ص ص 224-225.

3- أكرم محمود حسين البدو، بيريك فارس حسين، *الحق في سلامة الجسم...*، مرجع سابق، ص 16.

4- مرجع نفسه، ص 17.

5- محمد سعد خليفة، *الحق في الحياة وسلامة الجسد*، مرجع سابق، ص 224.

كما يعد إخلالا بالمستوى الصحي للجسم وبالتالي المساس بالحق في سلامته، إحداث مرض جديد أو زيادة فاعلية مرض كان الشخص يعاني منه⁽¹⁾.

ثالثا-الحق في السكينة الجسدية

يقصد بالحق في السكينة الجسدية، تحرر الإنسان من الآلام البدنية، ومن ثم فإن أي فعل يؤدي إلى إلحاق الأذى بشعور الإنسان بالارتباط والسكينة، يعتبر اعتداءً على حق الإنسان في سلامة جسمه⁽²⁾ يقوم هذا الحق على أساس مصلحة الفرد في عدم التعرض لأي نوع من الآلام، لذلك فكل فعل يترتب عليه المساس بالسكينة الجسدية، يعتبر اعتداءً على الحق في سلامة الجسم حتى لو لم يترتب عليه انخفاض في المستوى الصحي للجسم أو انتقاص في أعضائه، وذلك لاستقلال عناصر الحق في سلامة الجسد بعضها عن البعض الآخر، ولا يقتصر المساس بالسكينة الجسدية على حال المساس المباشر.

كما في ضرب المعتدي عليه، بل يمكن أن يكون صورة غير مباشر فيكون التزاما ثانويا للمساس بأحد العنصرين الآخرين للحق في سلامة الجسد، أو كلاهما كما في التسبب بنقل عدوى مرض إلى شخص مما يؤدي إلى الإخلال بمستواه الصحي وما ينتج عن ذلك من آلام بدنية⁽³⁾.

1- أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم....، مرجع سابق، ص 17 و18.

2- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مرجع سابق، ص 224-225.

3- للسكينة الجسدية جانب آخر غير الآلام البدنية وهو الآلام النفسية، فالحماية القانونية لجسم الإنسان لا تقتصر على الأعضاء التي تؤدي وظائف عضوية كالقلب والطحال فحسب، وإنما تتعداه لتشمل أيضا الأعضاء التي تؤدي الوظائف النفسية، كمراكز الإحساس والشعور بالألم، فلا حماية قانونية متكاملة لجسم الإنسان إذا ما لم يتضمن جانبي الجسم "المادي والنفسي"، فيعد الفعل اعتداءً على الحق في سلامة الجسم وإن كان لا يمس الجانب المادي من جسم الإنسان، وذلك إذا ترتب عليه المساس بالسكينة النفسية وسبب له آلام نفسية، ويعد اعتداءً على السكينة النفسية أي فعل من شأنه إرباك الشخص في ملكاته الذهنية كإشعاره بالخوف أو الفرع أو التهديد. ولا يخفى أن الاعتداء على السكينة النفسية قد يكون له أثر بالغ في السكينة البدنية، كما في الأزمات والاضطرابات النفسية، وحالات الغضب الشديد التي يترتب عليها تسارع نبضات القلب وضيق في التنفس وارتفاع في ضغط الدم وغيره ذلك من الآثار في السكينة البدنية.

أنظر: أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم....، مرجع سابق، ص 19 و20.

المطلب الثاني

أهمية الحق في سلامة الجسم

تعتبر السلامة الجسدية بمفهومها الواسع من أهم الحقوق الجوهرية للإنسان، إذ تكمن أهميتها بتمتعها بخصائص معينة (الفرع الأول) تميزها عن الحقوق الأخرى، وباعتبار السلامة الجسدية ذات أهمية بالغة في حياة الفرد والشعوب، ولذا حظيت بالحماية القانونية على المستوى الوطني والدولي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصائص حق الإنسان في سلامة جسمه

يترتب على اعتبار الحق في سلامة الجسم من حقوق الشخصية تمتعه بذات الخصائص التي تتميز بها هذه الحقوق المتمثلة بكونه حقاً غير ماليٍّ ومطلقاً (أولاً)، حقاً لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه أو انتقاله بالإرث (ثانياً)، وأنه حق أصليٌّ ولا يخضع لنظام التقادم (ثالثاً).

أولاً- حق غير ماليٍّ ومطلق

إذا كان المال هو كل حق له قيمة مالية، فإن هذا الحق - الحق في سلامة الجسم - لا يعد من قبيل المال⁽¹⁾ باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية، لذلك فهو لا يقدر بالنقود ولكن قد يترتب على المساس به الحكم بتعويض نقدي، مما يعني نشوء حق للمتضرر في التعويض⁽²⁾ وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بحكمها الصادر في 1994 «... وكان حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه من الحقوق التي كفلها الدستور والقانون، وجرم

1- أكو فاتح حمه رش، مدى الالتزام المستشفى بضمان سلامة المريض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2015، ص7

2- أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص11.

التعدي عليه، ومن ثم المساس بسلامة الجسم من أي أذى من شأنه الإخلال بهذا الحق يتوفر به الضرر المادي»⁽¹⁾.

والحق في سلامة الجسم حق مطلق بمعنى لكل شخص أن يحتج في مواجهة الناس كافة، كما يفرض لهذا الحق واجبا سلبياً على كافة في عدم التعرض لهذا الحق أو عرقلة مزاولته⁽²⁾، لكن هذا الإطلاق لا يعني حرية الفرد فيه حسبما يشاء، فلهذا الحق قيود اجتماعية⁽³⁾.

ثانياً- حق لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه وانتقاله إلى الورثة

باعتبار أن جسم الإنسان وأعضائه وسلامته ليست من قبيل الأموال، هذا يعني عدم جواز التصرف فيها أو التنازل عنها، سواء أكان هذا الحق بعوض أو بغير عوض. وسبب ذلك هو أن نطاقه يتعدى مصلحة المجتمع، فلا يكون حراً في التصرف في سلامة جسمه إلى الحد الذي تضر فيه مصلحة المجتمع، إلا أن التنازل عن عضو من أعضاء الجسم لشخص آخر لأجل إنقاذه من خطر يهدد حياته هو عمل مشروع، ولو كان هدراً لبعض مكونات الجسم البشري وتفريطاً بالسلامة الجسدية التي يحميها القانون، إلا أن المصلحة التي تتحقق من عملية التنازل هذه تفوق المصلحة المحققة من عدم التنازل. ولذلك أسبغ المشرع على مثل هذه الأعمال صفة المشروعية⁽⁴⁾.

وكما لا نتصور انتقال مثل هذا الحق إلى الورثة، فيقتضي ملازمة الحق في سلامة

1- الطعن رقم 3517 سنة 62 في 22/02/1994 نقلا عن: أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص7.

2- أكو فاتح حمه رش، مرجع نفسه، ص8.

3- أكرم محمود حسين البدو، بيريك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص9.

4- مرجع نفسه، ص11.

الجسم لشخصية الإنسان وجودا وعدما من جهة، ومن جهة أخرى لا تعد جزءا من الذمة المالية، وبالتالي لا يمكن للورثة أو الدائنين مباشرة الدعوى بهذا الحق لأنها تتصل بالشخص المتوفى⁽¹⁾.

ثالثا- حق أصلي لا يخضع لنظام التقادم

الحقوق بشكل عام إما أن تكون أصلية أو تبعية. والحقوق التبعية هي التي لا يمكن أن تنشأ إلا متصلة بحق آخر وتنتهي بانتهائه، وبالنسبة للحق في سلامة الجسم هناك من يرى أنه حق تبعية لحق أصلي وهو الحياة، فهذا الأخير هو الأصل الذي يحتاج إلى إسناد وحماية وتوسيع وهذا ما يقوم به الحق في سلامة الجسم فهو يرتبط وجودا وعدما وجود الحق في الحياة وجود الحق في سلامة الجسم وبانتهائه ينتهي الثاني⁽²⁾.

فإذا كان هناك ارتباط وثيق بين الحق في سلامة الجسم والحق في الحياة، إلا أن الأول حق مستقل عنه، وإن كانت الحياة مناط لهذا الحق، فإنها مناط لكافة الحقوق، وقول بأن الحق في سلامة الجسم مصدر لحماية الحق في الحياة ولتحقيق أهدافه وتوسيعه، يرد عليه بأن جميع الحقوق مسخرة لخدمة الحق في الحياة وسلامة الجسم، لأن التكامل الجسدي للإنسان هو غاية التشريعات من جهة، ومن جهة أخرى فإن القول بتبعية الحق في سلامة الجسم لحق في الحياة، وعليه، ينتج عن الحكم بالإعدام على شخص، فقدان حقه في سلامة جسمه ومن ثم يستباح جسمه وهذا شيء لا إنساني لا يمكن القبول به⁽³⁾. وكما لا يمكن تصور تقادم هذا الحق بسكوت الفرد عن استعماله وعدم الدفاع عنه مهما طال الزمن، لأهمية

1- أكرم محمود حسين البدو، بيرك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص10.

2- مرجع نفسه، ص10.

3- أكو فاتح حمد رشا، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص11.

حقوق الشخص قياساً إلى باقي الحقوق، ولا يستطيع الشخص أن يكسب أحد أعضاء البشرية بالحياة لمدة معينة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم

يعتبر موضوع سلامة الجسم من أهم وأبرز موضوعات حقوق الإنسان، ذلك لكون محل الحق هو الجسد الذي يحيا بروحه، ومن حق هذا الإنسان أن يحفظه ويحميه وهو من الحقوق اللصيقة به، إذ حثّت الشريعة الإسلامية على حمايته وعلى تشريع كل ما من شأنه تكريم هذا الإنسان، ولا شك أن اهتمام الشريعة بصحة الإنسان في بدنه وعقله يعتبر من أسمى مظاهر هذا التكريم، لذلك أوجبت الشريعة على الناس حماية أبدانهم وعقولهم⁽²⁾.

من المنظور الإسلامي، النفس الإنسانية محترمة ومكرمة يحرم الاعتداء عليها أو الإضرار بها، إلا إذا أخلت بما وجب عليها وخرجت عن حدود الشرع، وقد وصلت الشريعة الإسلامية في مبلغ حرصها على حماية جسم الإنسان إلى أمد بعيد لم تصل إلى مثله أية شريعة أخرى من شرائع العالم، ويبدو ذلك الحرص أبعد ما يكون في العقوبات ذات الجانب الثنائي؛ الدنيوي والأخروي، التي تقررها في حالة الاعتداء على النفس، ولا يقتصر فقط على مجابهة الغير وإنما وفقت أيضاً في مواجهة الشخص ذاته كتحريم الانتحار⁽³⁾.

1- أكرم محمود حسين البدو، بيريك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، مرجع سابق، ص 11.

2- خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته...، مرجع سابق، ص 8.

3- شفيعي حسين، حق تصرف الإنسان بجسده وأعضائه، دراسة في موقف الشريعة الإسلامية، نصوص معاصرة، مركز البحوث المعاصرة، بيروت، 29 أبريل 2015، على الموقع الإلكتروني: www.nosos.net

هذا الحق تعرض للانتهاك عبر العصور، لذا يجب أن يحظى بالحماية الكافية لحفظه وصونه، وهذه الحماية بالإضافة إلى الحماية الدينية، هو حماية من طرف القوانين الوضعية الداخلية (أولاً) وحماية دولية (ثانياً).

أولاً- الحماية القانونية الداخلية للحق في سلامة الجسم

لما كان القانون يقر حقوقاً شخصية للفرد، فإنه في المقابل يفرض لها حماية قانونية من شأنها ضمان عدم المساس بهذه الحقوق أو التعدي عليها⁽¹⁾. وهو ما تبناه المشرع الفرنسي بخصوص حق احترام جسم الإنسان في القانون رقم 94-653 المؤرخ في 29 جويلية 1994 المتعلق باحترام جسم الإنسان⁽²⁾. الذي يعتبر أول تشريع اهتم بتكريس مبدأ حرمة جسم الإنسان⁽³⁾، وكما أكد على هذا الحق في القانون المدني الفرنسي في بابه الثاني المتعلق باحترام جسم الإنسان في المادة 16-1 التي تنص على: « لكل شخص الحق في احترام جسده ».

- جسم الإنسان لا يجوز انتهاك حرمة.

- جسم الإنسان عناصره ومنتجاته لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي⁽⁴⁾.

1- مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ص9.

2-loi N°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF N°175 du 30 juillet 1994, cite in: www.legifrance.gouv.fr

3- مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة 10 ديسمبر 2016، ص 7.

4-Art 16-1 C.C.F, crée par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF N° 175 du 30 juillet 1994, in www.legifrance.gouv.fr , stipule: "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".

وما جاء في قانون الصحة العامة الفرنسي باعتبار ميدان الطب أكثر اتصالاً بالجسم البشري، إذ أكد على ضرورة ضمان سلامة المريض الصحية التي قد تكون جسمية أو نفسية وكذا احترام كرامته وذلك في المادتين L1110-2 و L1110-1⁽¹⁾.

ولإبراز أهمية احترام هذا الحق أحاطت الدساتير الحق في سلامة الجسم بحماية دستورية فعالة ضد أي اعتداء يقع عليه، فالجزائر مثلها مثل أي بلد يحترم كرامة جسم الإنسان، تناولت دساتيرها على تعاقبها مبدأ حرمة الكيان المادي والمعنوي للإنسان، وحرمة إساءة معاملة المسجونين بدنيا ومعنويا، كما كفلت الحماية القضائية للاعتداء على الحق في سلامة الجسم⁽²⁾. إذ نص الدستور الجزائري في فصله الرابع على الحقوق والحريات في المواد 40 و 41، والمادة 40 منه تنص على: «تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي، أو أي مساس بالكرامة». والمادة 41 تنص على: «يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية»⁽³⁾.

وكما أكد المشرع الجزائري على أهمية الالتزام بالسلامة في قانون الصحة الجديد رقم 11-18، إذ نص في المادة الأولى منه على: «يحدد هذا القانون الأحكام والمبادئ

1- Article L1110-1 C.S.P.F, crée par la loi N°2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. JORF N°54 du 05 mars 2002, in: www.legifrance.gouv.fr stipule : « Le droit fondamental à la protection de la santé doit être mis en œuvre par tous moyens disponibles au bénéfice de toute personne. Les professionnels, les établissements et réseaux de santé, les organismes d'assurance maladie ou tous autres organismes participant à la prévention et aux soins, et les autorités sanitaires contribuent, avec les usagers, à développer la prévention, garantir l'égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé et assurer la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible ».

- Article L 1110-2 de la loi précitée, stipule : « La personne malade a droit au respect de sa dignité ».

2- مروت نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومه، الجزائر 2003، ص 90-93.

3- المادتين 40 و 41 من قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ع. 14 الصادر في 07 مارس 2016.

الأساسية، ويهدف إلى تجسيد حقوق وواجبات المواطن في مجال الصحة. ويرمي إلى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة»⁽¹⁾. وتنص المادة 21 الفقرة الرابعة من نفس القانون على: «... ولا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس إلا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانوناً وحسب الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون».

وجاء كذلك في نص المادة 353 منه للتأكيد على أهمية الحفاظ على سلامة المريض وذلك بإمكانية فرض عقوبات في حالة المساس بالسلامة الجسدية أو الصحية للمريض، منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، التي جاء نصها كما يلي «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 ويسبب عجزاً دائماً ويعرض الحياة للخطر، أو يتسبب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما».

وكما نص في المادة 413 من نفس القانون، على أهمية الالتزام بالحفاظ على سلامة الأشخاص والذي قد يكون محل للمساءلة الجزائية على ما يلي: «باستثناء 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، إثباته يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو مناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته».

و أكد كذلك الدستور المصري على أهمية حماية واحترام جسم الإنسان في الباب الثالث منه، على حرمة الكيان الجسدي والنفسي للإنسان وحضر المساس به إلا في حالات الضرورة

1- قانون رقم 18 - 11 سالف الذكر.

العلاجية، وذلك في المادة 60 منه التي جاء نصها كما يلي: «لجسد الإنسان حرمة، والاعتداء عليه، أو تشويهه، أو التمثيل به، جريمة يعاقب عليها القانون، ويحظر الإتجار بأعضائه، ولا يجوز إجراء أي تجربة طبية، أو علمية عليه بغير رضاه الحر الموثق، ووفقاً للأسس المستقرة في مجال العلوم الطبية، على النحو الذي ينظمه القانون»⁽¹⁾.

كما حرص الدستور الكويتي لسنة 1964 على حماية هذا الحق في نص المادة 34 منه، وبالمثل فقد حرصت مختلف الدساتير الغربية على كفالة هذا الحق، كدستور ألمانيا لسنة 1949 في المادة 21 منه والتعديل الدستوري البلجيكي الصادر في 1979⁽²⁾. يعتبر كذلك حق الإنسان في سلامة جسمه من الحقوق التي يشملها قانون العقوبات بالحماية، كون الجسم هو الموضوع الذي يقع عليه الاعتداء على هذا الحق.

يتضمن الحق في سلامة الجسم جانب موضوعي يتمثل في التكامل الجسدي لجسم الإنسان وجانب فردي يتمثل في حق الفرد في أن يكون جسمه مكفول الحماية، ولا يقوم أحد بالاعتداء عليه، وهناك جانب متعلق بالمجتمع الذي له حق في حماية الجسم من الاعتداءات التي تقع عليه⁽³⁾.

حرص المشرع الجزائري على تأمين سلامة جسم الإنسان بنصوص قانونية عقابية فيها قرر إصباح الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في صور اعتبرها ماسة بعناصر هذا الحق، إذ نص على تجريم الأفعال الماسة بسلامة الجسد كالضرب والجرح، أو أي عمل

1- المادة 60 من الدستور المصري لسنة 2014، الموقع الإلكتروني: <http://www.constituteproject.org>

2- نقلاً عن: مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 6.

3- شفيعي حسين، حق تصرف الإنسان بجسده وأعضائه...، مرجع سابق، ص 1.

آخر من أعمال العنف، جرم عمل الضرب والجرح والعنف الماسة بسلامة الجسم في المواد التالية: من 263 مكرر إلى 276 من قانون العقوبات الجزائري⁽¹⁾.

وبخصوص القانون المدني، فمن أهم المبادئ المستقرة لدى فقهاء القانون المدني خاصة هو مبدأ حرمة جسم الإنسان، فهو ليس بضاعة ومن ثم غير قابل للتصرف فيه لأنه ليس شيئاً من الأشياء. تجسد هذا المبدأ في الواقع من خلال صورتين: الأولى؛ منع الغير من الاعتداء عليه والثانية؛ حظر التصرف في جسم الإنسان. ومبدأ حرمة جسم الإنسان من المبادئ المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يمكن الاتفاق على المساس به أو التصرف فيه إلا لضرورة وفي أضيق الحدود وعلى سبيل الاستثناء، ومن ثم لا يمكن أن يكون جسم الإنسان محلاً للعقود وخاصة الاتفاقات التجارية، ولا غير ذلك من الاتفاقات، فجسم الإنسان يخرج من نطاق دائرة المعاملات سواء كان التصرف بمقابل أو بغير مقابل⁽²⁾.

لم يهتم المشرع الجزائري إلا بحماية المال وتنظيم كل التعاملات الخاصة بالأموال، أما ما يتعلق بحماية السلامة البدنية ضد اعتداءات الغير، فقد عالجها من خلال قواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية، وجعل للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابته، كما أخرج جسم الإنسان من دائرة التعامل، فلم يعتبره مالا ولم يعامله معاملة الأشياء، وحرم كل اتفاق يكون محله جسم الإنسان⁽³⁾، وذلك في نص المادة 682 فقرة ثانية والتي تنص «...والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها فهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها، وأما الخارجة عن التعامل بحكم القانون فهي التي حسب القانون، لا يجيز

1- راجع المواد من 263 مكرر إلى 276 من أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

2- سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 7.

3- مواسي العجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 7.

أن تكون محلاً للحقوق المالية»⁽¹⁾.

ثانياً- الحماية القانونية الدولية لحق في سلامة الجسم

قد عكست العديد من المواثيق والاتفاقيات الدولية أهمية السلامة الجسدية لكونها إحدى المقومات الأساسية للحق في الصحة، لاسيما في ضوء الممارسات الطبية المستحدثة، ومن الأهداف التي يسعى لتحقيقها القانون الدولي الإنساني، حماية حق الإنسان في سلامة صحة جسمه، وذلك عن طريق إبرام المواثيق وإنشاء الأجهزة المتعلقة بحق الإنسان في سلامة صحته. في إطار الجهود الدولية لحماية صحة جسم الإنسان، تم إبرام عدد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تناولت بعض الضمانات الخاصة بحماية حق الإنسان في سلامة صحته⁽²⁾. فمن أهم هذه المواثيق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث أكدت المادة 03 منه على: «لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه»⁽³⁾.

كما أشارت المادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في فقرتها الأولى التي تنص على: «... حق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه»⁽⁴⁾.

والمادة 04 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أكدت على هذا الحق بالنص على: «لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية

1- نشير هنا أن هناك خطأ في المادة بالتعبير باللغة العربية حيث نص المادة جاء دون أداة النفي "لا" بخلاف النص باللغة الفرنسية الذي يعتبر الأصوب. حيث جاء النص كما يلي:

«...celles qui sont hors du commerce en vertu de la loi sont les choses qui, d'après la loi, ne peuvent faire l'objet de droits patrimoniaux.».

2- خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته، مرجع سابق، ص 103.

3- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، وافقت عليه الجزائر بموجب المادة 11 من دستور 1996، ج. ر. ع 64 بتاريخ 10 سبتمبر 1963.

4- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، صادقت عليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16 ماي 1989، ج. ر. ع 20، صادرة في 17 ماي 1989، النص الكامل لهذا العقد منشور في ملحق هذا المرسوم ج، ر. ع. 1، الصادر في 26 فيفري 1997.

والمعنوية، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا وكذا ما نصت عليه المادة 1/16: لكل شخص الحق في التمتع بأفضل حالة صحية بدنية وعقلية يمكنه الوصول إليها»⁽¹⁾.

وكذا ما أشارت إليه المادة 14 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل، حيث أكدت على حق كل طفل في أن يتمتع بأفضل حاله بدنية وذهنية وروحية ممكنة، وعلى كفالة تقديم العلاج الطبي والرعاية الصحية اللازمة لجميع الأطفال مع التركيز على تطوير الرعاية الصحية الأولية، وتطوير العلاج الوقائي⁽²⁾.

ومن أجل تطبيق ما تضمنته هذه المواثيق العالمية المعنية بحماية حق الإنسان في سلامة صحته، ثم إنشاء عدة أجهزة دولية لتفعيل حماية هذا الحق، منها منظمة الصحة العالمية التي تهدف إلى الرفع من مستوى الشعوب صحيا من خلال البرامج التي تضمها وتنفذها لمساعدة الدول على تحسين خدماتها الصحية والإرشادات على مكافحة الأمراض والعدوى المختلفة والقضاء عليها، وتشجيع البحوث الطبية وإصدار النشرات الدولية عن نقشي بعض الأمراض وأسبابها التي تمس سلامة المرضى⁽³⁾.

1- الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية، رقم 18 في نيروبي (كينيا) في يونيو 1981، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37 المؤرخ في 1987/02/03، ج. ر. ع. 6، الصادر في 1987/02/04.

2- راجع المادة 14 الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهية، إعلان مؤتمر رؤساء دول حكومات منظمة الوحدة الإفريقية، الإعلان رقم 04 لرؤساء الدول والحكومات (د16)، التعديل الأول الذي صدر عن دورته العادية السادسة عشر (16) في ميروفا (ليبيريا) خلال الفترة 17-20 يوليو 1979، المصادق عليه من قبل الجزائر بموجب مرسوم رئاسي المؤرخ في 8 يوليو 2003، المنشور في ج. ر. ع. 41، الصادر في 9 يوليو 2003.

3- خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته...، مرجع سابق، ص105. ومنظمة الصحة العالمية (OMS) أنشأت عام 2004 منظمة التحالف الصحي من أجل سلامة المريض بقصد تقليص حالات الوفاة بسبب الأخطاء الطبية، وقد أنشأ هذا التحالف استجابة للقرار 55-18 الذي أصدرته جمعية الصحة العالمية 55 لمنظمة الصحة العالمية في ماي 2002، والذي حث الدول الأعضاء على إيلاء أقصى اهتمام ممكن لمشكلة سلامة المرضى والارتقاء بنوعية الرعاية الصحية، ويجسد ذلك القرار ويدعم مختلف النداءات الموجهة لاتخاذ الإجراءات اللازمة لجعل سلامة المرضى إحدى الأولويات الصحة العمومية، أنظر: منظمة الصحة العالمية، سلامة المرضى، الموقع الإلكتروني: www.who.int.

من خلال ما تقدم، فإن مسألة حماية حق الإنسان في سلامة جسمه في مواجهة التطورات والاكتشافات العلمية الحديثة، قد أصبحت تشغل البال، ليس الهيئات المحلية فقط وإنما الهيئات الدولية أيضاً، باعتبار أن الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي، ومن ثم وجب توفير الحماية الضرورية لوجوده واستمرار تقدمه في المجتمع، وتهدف الحماية المقررة لسلامة جسم الإنسان إلى إقامة التوازن بين مصلحتين متعارضتين، المصلحة العامة في تقديم العلوم بمختلف أنواعها من أجل فائدة الإنسانية بأسرها، ومصلحة الشخص الذي تنعكس عليه التطورات العلمية بصورة سلبية. من هذا كان البحث ولا زال مستمرا عن الأساليب الناجعة اتباعها لجعل التطورات العلمية في خدمة الإنسان وليس العكس⁽¹⁾.

مع ذلك، ومع التطور الحاصل في مختلف المجالات سواء الاجتماعية والعلمية أو الطبية، واستنادا لمبدأ حرية البحث العلمي بوصفه هدف الدول، فقد بات من الضروري أن يتخذ مبدأ حرمة جسم الإنسان وتكامله الجسدي شكلا جديدا فيه قدر من المرونة، يمكن من خلاله الاستعانة بالجسم أو بأي جزء من أعضائه، فالقول بأن الجسم غير قابل للتعامل ينصرف أساسا إلى الجسم ككل، أي لا يجوز أن يكون الجسم محلا للبيع والتجارة والرهن⁽²⁾.

1- مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 95.

2- مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، مرجع سابق، ص 8.

المبحث الثاني

السلامة، التزام بضمان سلامة المريض

انطلاقاً من مبدأ سلامة الأشخاص ابتكر القضاء فكرة ضمان سلامة الأشخاص وذلك لكثرة الأضرار التي ألحقت بهم في أجسادهم، فكان على القضاء التدخل لحماية المستضعفين إزاء قصور النصوص القانونية المنظمة لمثل هذه الأضرار وعدم تحقيقها الحماية الكافية، فكان عليه أن يتدخل لإيجاد وسيلة يمكن من خلالها تحقيق تلك الحماية، وذلك بفرض فكرة الالتزام بضمان السلامة كأحد الالتزامات التي تقع على الطرف الآخر.

وإن كان هذا الالتزام قد لا يثير جدلاً حول وجوده في بعض المجالات، إلا أنه في المجال الطبي -أين تكون علاقة عدم التكافؤ بين طرفي العلاقة واضحة، فأحدهما شخص مهني متخصص والطرف الآخر لا يملك سوى أن يسلم نفسه إلى هذا الأخير- يكون الالتزام بضمان السلامة له أهمية تقتضي أن تلقى على عاتق هذا المهني في بعض الحالات التي تكون فيها النتائج متوقعة بحسب المجرى العادي للأمر.

وتبدو فكرة الالتزام بضمان السلامة بحاجة إلى تحديد تعريفها (المطلب الأول)، وتحديد الاعتبارات التي ساهمت في تكريسها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التعريف بالالتزام بضمان السلامة

الالتزام بضمان السلامة مبدأ قانوني أساسه المحافظة على الحياة والسلامة الجسدية للأشخاص⁽¹⁾، حيث يفرض هذا الالتزام على الطبيب أو المستشفى لقيام بإجراءات من شأنها عدم الإضرار بالحالة الصحية للمريض.

1- بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي الياقوت، سيدي بلعباس، ع.03، الجزائر 2007، ص54.

فالطرف الذي يفرض عليه هذا الالتزام ليس مطالباً بشفاء هذا المريض، وإنما ملزم بتفادي وقوع أضرار لا علاقة لها بالحالة الأصلية للمتضرر قبل التدخل الطبي وتطورها الطبيعي⁽¹⁾.

فإن كان هذا هو المقصود العام بالالتزام بضمان السلامة فلا بد من التوقف عن تحديد مقصوده ومعناه التي تباينت مقاصد الفقه بشأنه (الفرع الأول) والتي قد يلتبس معناه بمعاني التزامات أخرى التي لابد من تمييز بعضها البعض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالالتزام بضمان السلامة

يصعب تحديد القصد الجامع للالتزام بضمان السلامة، فهناك من مقاصد تدرجه بالنظر إلى تحديد شروط معينة يتمتع بها هذا الالتزام (أولاً) وكما أن هناك مقاصد تستند بالنظر إلى ذاتية الالتزام أي على فكرة السلامة في حد ذاتها (ثانياً). لكن قبل التطرق للتعريف الفقهي لهذا الالتزام، لابد من تحليل معنى المصطلح لغة واصطلاحاً، فالالتزام بضمان السلامة لغة:

- **الالتزام في اللغة:** من مشتقات اللزوم ورد في اللغة بعدة معان منها الثبات والدوام والوجوب، ويعرف بأنه الإيجاب على النفس أي بمعنى التعلق بشيء أو عدم المفارقة عنه⁽²⁾، أو التعهد بالفعل أو الأداء⁽³⁾.

- **أما الضمان لغة:** فهو مصطلح مشتق من ضامن وضمين أي ضمن الشيء أو به ضمناً، وضماناً أي كافل وكفيل، ويقال ضمننت الشيء أضمنه ضماناً، فأنا ضامن، أي ملتزم بالحفظ والرعاية.

1- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص 41.

2- أبو بكر محمد نزمين، الالتزام بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 114.

3- المر سهام، التزام المنتج بالسلامة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 115.

- **والسلامة لغة:** تتكون من السين واللام والميم، معظم بابه من الصحة والعافية ويكون فيه ما يشد، والشاذ عنه قليل، فالسلامة، أن يسلم الإنسان من العاهة والأذى⁽¹⁾.
أما معنى هذا الالتزام اصطلاحاً يعني: الالتزام في الاصطلاح القانوني هو كما تناولته مدونة "جوستينيان" أنها: "رابطة قانونية تضطرنا إلى أداء شيء وفقاً لأحكام القانون"⁽²⁾، كما عرفه الفقيه الأستاذ "عبد الرزاق أحمد السنهاوري" هو: "أنّ الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل"⁽³⁾.

أما الضمان فهو سير الأمور وطريقتها بشكل تحمي الأشخاص ضد الخسارة، وفقهاء الشريعة عرفوها بأنها الكفالة، وكما عرّفها الفقه الحديث من بينهم الأستاذ "علي الحفيف" أنه: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته فيها مطلوباً أدائه شرعاً عند تحقق شرط أدائه"⁽⁴⁾.

ويرى أحد شراح الفقه المدني الأستاذ الدكتور "محمد سليمان الأحمد" بأنه: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل عند تحقق أحد أسبابه واجتماع شروطه دون أن يكون هناك مانع يحول دون ترتيب آثاره القانونية"⁽⁵⁾.

وأما السلامة، فوردت بمعنى الأمن بالنسبة للشخص فهو أمن فردي، وبمفهوم عام تشمل الراحة العمومية وبالنسبة إلى الدائن ضمان يقدمه شخص (ضمان اتفاقي) أو ينشئه القانون (ضمان قانوني) لتنفيذ ما هو في ذمته.

1- أبو بكر محمد نزمين، الالتزام بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 115.

2- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد الإرادة المنفردة، الجزء الأول، قصر الكتاب، الجزائر 2007، ص 3.

3- عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 114.

4- أبو بكر محمد نزمين، الالتزام بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 118.

5- المرجع نفسه، ص 118-120.

أولاً-المقصود بضمان السلامة من خلال بيان شروطه

ذهب جانب من الفقه من بينهم "محمود وحيد"، جابر أشرف السيد، حسن عبد الرحمن تدرس" للقول أن: "الالتزام بضمان السلامة، هو أن يتجه أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر من أجل الحصول على منتج أو خدمة معينة، وأن يوجد خطر يهدد المتعاقد طالبا هذه الخدمة أو المنتج وأن يكون الملتزم بتقديم الخدمة أو المنتج مهنيا أو محترفا"⁽¹⁾. وكذلك عرفوه بأنه: "التزام الذي يقع على عاتق أحد المتعاقدين الذي هو مهني محترف في مواجهة المتعاقد الآخر متلقي الإنتاج أو الخدمة لضمان ما يهدده من مخاطر الإصابة الجسدية أثناء تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد"⁽²⁾.

وعليه، يمكن تعريف الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي على أنه: "التزام المستشفى أو الطبيب المهني بالسيطرة على العناصر التي يمكن أن تسبب في ضرر يلحق بجسم المريض والذي لا ينتج عن التطور الطبيعي للمرض الأصلي الذي يعاني منه المريض الذي يعهد بنفسه إليه"⁽³⁾.

يتضح من خلال هذه التعاريف، أنها ركزت على الشروط التي يجب توافرها للالتزام بضمان السلامة، ويعتبرها بعض الفقه منهم الأستاذ "محمد علي عمران" من السمات الإنسانية للالتزام بضمان السلامة⁽⁴⁾، والتي تتمثل في:

1- مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة الفكر، ع.10، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص414.

2- كما قد عرفه جانب من الفقه على رأسهم (PIERRE JORDAN) في ضوء محل الالتزام بضمان السلامة ألا وهي السلامة على أنه "سيطرة المدين على الأشخاص وعلى الأشياء لمنع وقوع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن، والتصرف حيال هذه الخطار يمنع وقوعها أو التقليل من أثارها". أنظر: أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان السلامة، مرجع سابق، ص40.

3- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان السلامة، مرجع سابق، ص42.

4- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، مرجع سابق، ص142.

1- وجود خطر يهدد أو يتعرض له أحد طرفي العقد في جسده

إنّ لسلامة جسد الإنسان قدسية، فإذا سلم شخص جسده لآخر، واثتمنه على أعلى ما يملك، فإنه ينتظر منه ضمانا خاصا، يليق بالصيغة القدسية التي يتسم بها جسمه⁽¹⁾، إذ لكل إنسان الحق في المحافظة على سلامة جسده، فلا يجب الاعتداء عليه، فإذا ما حدث عليه اعتداء، فله المطالبة بوقفه وله أيضا الحق في المطالبة بالتعويض⁽²⁾، حتى وإن كان بحسب الأصل يخرج جسم الإنسان من دائرة التعامل، لكن هذا لا يعني عدم وجوب حمايته، بل إن فيه تأكيد لوجوب هذه الحماية، وإذا كان الإنسان يمثل أعلى قيمة في الوجود، فإن جسده يمثل جزءا هاما من هذه القيمة، ومن ثم فإذا ما سلم إنسان جسده لآخر واثتمنه على أعلى ما يملك، فإنّه لابد من أن ينتظر منه ضمانا خاصا⁽³⁾.

يوجد في هذا الخصوص مجالين ينطويان على مخاطر أكثر تهدد سلامة الأجسام وهما النقل والمجال الطبي⁽⁴⁾.

ففي مجال النقل باعتبار الناقل ملزماً بضمان سلامة المسافر، فعليه إيصاله سليما ومعافى إلى جهة الوصول وفي المجال الطبي أيضا الطبيب يلتزم بضمان سلامة المريض التي قد تترتب على نقل الدم إلى المريض، وفاته إذا كان الدم المنقول من فصيلة غير فصيلة دمه أو كان ملوثا، كذلك في التحاليل التي يطلبها الطبيب المعالج قد تكون غير ملائمة مع حالة المريض ويبتعد عن التحليل اللازم لكشف حقيقة المرض⁽⁵⁾، وبوجه عام ليس فقط في هذين المجالين وإنما في كل المجالات التي تكون فيها سلامة أحد الأطراف

1- عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 141.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 228.

3- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 8.

4- عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود...، مرجع سابق، ص 141.

5- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 228.

محل اعتبار سواء ذكر ذلك في العقد أم لا⁽¹⁾، فوجود الخطر هو القاسم المشترك بين مختلف العقود التي تتضمن الالتزام بضمان السلامة⁽²⁾ والثقة الكبيرة التي يضعها البعض هي بمثابة ائتمان المدين بسلامة دائنه على أهم حق من حقوقه كإنسان وهو ممارسته لخيارات من أجل تحقيق سلامته الجسدية، ومن ثم المدين يلتزم بضمان سلامة دائنه⁽³⁾.

2- تسلم أحد المتعاقدين نفسه للمتعاقد الآخر

لوجود الالتزام بالسلامة في عقد من العقود، بالإضافة الى تعرض أحد الطرفين للخطر لابد كذلك أن يسلم أحد طرفي العقد (الدائن في الالتزام بالسلامة) نفسه للآخر (المدين في الالتزام بالسلامة)⁽⁴⁾.

ويظهر هذا الشرط واضحا في المجال الطبي، حيث يفقد الإنسان خيارات المحافظة على سلامة جسمه وبالرغم من الإقرار أن الفرد سيد نفسه وقراره فيما يتعلق بسلامة جسده، إلا أن اعتبارات التقدم في علوم الطب تسمح للطبيب بقدر واسع من الحرية في التصرف في جسم مريضه نظرا للثقة المتبادلة بين المريض والطبيب الملتزم في حدود علمه وأمانته العلمية بسلامة جسد المريض⁽⁵⁾، نتيجة لذلك يسلم المريض بتسليم جسده وهو غالبا ما يكون في حالة ضعف، أملا في شفاء إلى الطبيب ودون مناقشة في جانب الطب لجملة للعلوم الطبية ويخضع للعلاج بعد ذلك أحيانا يكون واعيا أحيانا أخرى يفقد وعيه نتيجة للمنومات أو تخديره قبل العملية، ويكون الطبيب في هذه الحالة سيد الموقف⁽⁶⁾، وبمعنى آخر، هذا الالتزام يقع على أحد المتعاقدين (الطبيب) في مواجهة الآخر (المريض)، متى اعتمد هذا

1- عبد القادر محمد أقصاصي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص141.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، الالتزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص228.

3- مرجع نفسه، ص230.

4- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة، مرجع سابق، ص145.

5- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، الالتزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص331.

6- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص46.

الأخير اعتمادا كليا على الطبيب معتقدا على أَنَّ الطبيب لن يقصر بجهده في سبيل ضمان سلامة المريض، بمعنى بوضع أحد المتعاقدين في موقف الخضوع المؤقت بالنسبة للآخر وهذا الخضوع يفقد المريض لحقه في ممارسة خيارات تحقيق السلامة الجسدية ومن أهم أسباب ذلك:

- جهل المريض بالمسائل الطبية، فالمريض بوصفه شخصا عاديا لا يستطيع أن يصل إلى المضمون الواضح لمرضه في أي لحظة من اللحظات لأنه لا يملك العلم أو الخبرة اللازمة للتعرف على طبيعة المرض ومداه، بالإضافة إلى أَنَّ الأمراض تختلف من حالة إلى أخرى ومن مريض إلى آخر.
- ما يعانيه المريض من ضعف نفسي مؤقت ناتج عن المرض فقدرات المريض تتأثر ولاشك بمرضه فمقاومته تتضاءل حيث يصبح دائم القلق والخوف، وربما دفعته هذه العوامل إلى عدم قبول علاج ما كان ليرفضه لو كان بحالة طبيعية (1).

3-المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا

إذا كان يشترط أن يكون أمر الحفاظ على سلامة أحد طرفي العقد موكلا للطرف الآخر، فهذا يعني أن هذا الأخير مهنيا وهو ما يبرر خضوع الطرف الدائن لهذا الالتزام خضوعا تاما له (2).

والمظهر الرئيسي للامتهان أو الاحتراف هو الخبرة والتخصص الفني الطبي الذي يكسبه في أداء العمل، ويؤدي هذا الاحتراف إلى تحميل المحترف بواجبات تزيد عن تلك المتطلبة من غير المحترف أي شخص عادي، فمن يتعاقد مع محترف إنما ينتظر منه

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص ص 231-232.

2- أقصاصي عبد القادر محمد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 142.

حرصاً شديداً في التزاماته الناشئة من العقد، إذ هو يوحى بثقة كبيرة، لذلك يكون مسؤولاً عن ضمان سلامة المتعاقد معه نظراً لأنه مؤهل لذلك⁽¹⁾.

وفي المجال الطبي لا شك أن العلاقة التي تنشأ بين الطبيب والمريض هي علاقة غير متكافئة، فالطبيب مهني على درجة عالية من المعرفة والتخصص الفني، والمريض شخص عادي يجهل عادة كل ما يتعلق بالمرض أو بفن العلاج، وما يزيد عدم التكافؤ حدة هي أن أحد طرفي العلاقة يعاني من علة جسدية أو نفسية أو عقلية لجاء إلى الطبيب بحثاً عن العلاج لها⁽²⁾.

والطبيب محترف لمهنته التي يكتسبها في أدائه لعمله، فذلك هو الذي يرتفع به إلى درجة رفيعة من المستوى الفني، فالذي قد يعتبر خطأ يسيراً إذ أصدر من شخص غير مهني، قد يصبح خطأ جسيماً إذ صدر من آخر محترف، والمدين في الالتزام بالسلامة هو في الغالب، مدين محترف، يمارس مهنته بمقابل مادي ويتعيش منها، وقد اكتسب نتيجة احترافه لمهنته خبرة علمية وطنية لا يستهان بها، تدعو إلى ضرورة إلقاء التزام على عاتقه بضمان سلامة من يتعامل معه في إطار سلامته الجسدية⁽³⁾، وفي ذلك أن من يحترف مهنة معينة يجب أن يعد نفسه إعداداً تاماً للقيام بها، فيحصل على المؤهلات الضرورية ويكتسب المعلومات الفنية، ويتحصل على الأدوات اللازمة لحسن تنفيذ التزامه ويعد مكاناً ملائماً يتناسب مع طبيعة العمل وعليه أن يختار فرقته ومعاونيه الذين يمكنهم مس عده بصورة مفيدة⁽⁴⁾.

1- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 9.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 234.

3- الرشدي محمد سليمان فلاح، نظرية الالتزام بضمان السلامة ...، مرجع سابق، ص 94.

4- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 234.

ويقاس مسلك المدين المهني بالمسلك الذي يتخذه المحترف في نفس الطائفة ذات المستوى الفني التي ينتمي إليها وهذا المحترف ليس إلا الشخص العادي المتوسط في درجة تخصص مهنة المدين، واستقر القضاء في فرنسا ومصر إلى اعتبار أن درجة تخصص الطبيب تؤثر في المسلك المطلوب منه.

فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي، لا يقع من طبيب فطن في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، ومن البديهي أن درجة التخصص لن تكون لها أية أهمية إلا في حدود تخصصه، أما خارج تخصصه فلن يكون المدين محترفاً، وبالتالي يحاسب على أساس الشخص العادي غير المحترف⁽¹⁾.

وفضلاً عن هذه الشروط الثلاث التي يجب أن تتوفر في الالتزام بالسلامة، يجب أن لا يكون الضرر راجعاً إلى التطور الطبيعي للحالة المرضية الأولى للمريض.

4- أن لا يكون الضرر حاصلًا بسبب التطور الطبيعي للمرض

فالتطور الطبيعي للمرض لا ينسب إلى الطبيب ما لم يكن قد ساهم بخطئه في تفاقم الحالة المرضية، ولكن طريقة العلاج إذا ما وجدت مسائل فنية علمية يتجادل فيها أصحاب الخبرة واتباعها الطبيب، فلا يعد مخطئاً ولو لم يستقر عليها الرأي، ولعل السبب وراء ذلك يرجع إلى مصلحة المريض وعلم الطب والطبيب معاً، حيث يؤسس البعض التزام الطبيب ببذل العناية على إعطاء الحرية التي يتعين الاعتراف بها للطبيب في عمله وهو البحث العلمي، الذي يعد العلاج تطبيقاً له، وأنّ هذا يؤدي إلى أن بقاء باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهنته العلمية والإنسانية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه، وهو مطمئن لا يسأل إلا إذا ارتكب خطأ ثابتاً، وهذا يعني إعفاء الطبيب من المساءلة

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 236.

إذا ما كان يمارس طرق التشخيص والعلاج المعترف بها علمياً، ولم يعلن عن إغائها، ولم يتراخ في التدخل العلاجي في الوقت المناسب، بشرط أن يبذل جهوداً أو عناية يقظة صادقة، وإن يقدم أفضل ما لديه من معالجة لمريضه وأن يكون هذا اختياراً مبرراً، وذلك لأنّ التزام الطبيب في الأصل هو بذل عناية التي تهدف إلى معالجة المرضى والتخفيف من آلامهم ومن باب الأولى عدم الإضرار بهم، والتي تتأسس على فكرة الاحتمال التي تهيمن على نتيجة مهمته التي تتداخل فيها عوامل عديدة (1).

والتطور الطبيعي للمرض والاستعداد الخلقي للمريض لا يعفي المستشفى من المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض ما لم تكن سبباً منتجاً، أو مساهماً في إحداث الضرر فمثلاً إذا كان لدى المريض حساسية للدواء أو المواد المستخدمة في التخدير، وكان لا يمكن للطبيب التنبؤ لها، فإنما بمثابة القوة القاهرة التي تستبعد مسؤولية الطبيب (2).

ثانياً-المقصود بالالتزام بضمان سلامة المريض بالنظر إلى فكرة السلامة ذاتها

خلافاً لما سبق، فهناك جانب آخر من الفقه على رأسهم " بيير جوردان" (Jordan Pierre) عرف الالتزام بضمان السلامة بالنظر إلى فكرة السلامة ذاتها التي تقتضي أن يمارس المدين بها سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً للدائن بها ويعني ذلك أن تكون هذه العناصر داخلة في إطار العقد الذي يربط الدائن بالمدين. إذا تقتضي فكرة السلامة في ذاتيتها على:

1-ضرورة السيطرة الفعلية على العناصر المسببة للضرر

يعني السيطرة على سلوك الأشخاص وعلى الأشياء المستخدمة في تنفيذ العقد. والسيطرة يقصد بها التأثير الكامل؛ أي توجيه ورقابة يمارسان بواسطة المدين بالسلامة على

1- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 48-50.

2- مرجع نفسه، ص 51.

هذا السلوك وتلك الأشياء، بطريقة أن استخدامها في تنفيذ الالتزامات لا يقدم أي ضرر لصحة الدائن أو لتكامله الجسدي⁽¹⁾.

والسيطرة الفعلية للعناصر المسببة للضرر تلزم المدين بضمان السلامة وتقدير مدى احتمالية وقوع هذا الحادث⁽²⁾ كي يتمكن من السيطرة عليه، فالحوادث غير المتوقعة وغير المحتملة تخرج من دائرة السيطرة، فبالتالي لا يكون الطبيب مسؤولاً عنها، فهو يلتزم فقط بالحوادث الضارة المتوقعة، ولا يستطيع التمسك بالسبب الأجنبي أو القوة القاهرة إذا كان الحادث الضار متوقعاً ومحتمل الوقوع، لأن عدم التوقع يُعد أحد شروط التمسك بالقوة القاهرة، ومعيار توقع الحادث الضار موضوعي، أي يجب أن يكون متوقعاً من قبل المهنيين من نفس طائفة الملتزم، أي المعيار هنا ليس معيار الرجل المعتاد العادي وإنما معيار شخص مهني حريص، وذلك لما للإنسان من حرمة يجب أن تصان⁽³⁾.

والسيطرة على العناصر المسببة للضرر، يجب أن تغطى خلال مدة تنفيذ الالتزام أي من وقت إبرام العقد إلى حين تنفيذ العقد.

ويمكن تحديد النطاق الزمني للالتزام بضمان السلامة من وقت تسليم الدائن بضمان السلامة نفسه إلى المدين به وفقدانه القدرة على ممارسة خيارات تحقيق سلامة نفسه، وانتقال تلك القدرة إلى المدين به، ويعني المدة الزمنية التي يبقى خلالها المدين ملتزماً بضمان السلامة تجاه الدائن، أي من وقت دخول المريض إلى العيادة أو إلى المستشفى، أو دخول سيارة الإسعاف تابعة كما في عقد العلاج الطبي أو الاستشفاء إلى وقت مغادرته. فمن خلال

1- عبد القادر محمد أقصاصي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص139.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص249.

3- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص26.

هذا النطاق الزمني يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة مسيطرا فعليا على العناصر التي قد تسبب الضرر⁽¹⁾.

هذه الفرضية في حالة توقع المدين بالالتزام بضمان السلامة وجود تهديد يمس أمن وسلامة المتعاقد الآخر فيفرض عليه ذلك ضرورة اتخاذ إجراءات كفيلة بمنع وقوع هذا الحادث أو التهديد، أو ما يخفف من الآثار الضارة للحادث بالنسبة للمتعاقد الآخر. فالالتزام بضمان السلامة يتمثل في سيطرة المدين على الأشخاص والأشياء التي تثير الضرر الجسدي وتنفيذه بطريقة كاملة من خلال توقع الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الدائن والتصرف حيال هذه الأخطار إما بمنع وقوعها أو التقليل من آثارها⁽²⁾.

2- ضرورة انتماء العناصر المسببة للضرر للعقد المبرم بين الدائن والمدين في الالتزام

بالسلامة

العقد عبارة عن دائرة مغلقة بين المتعاقدين، يتبادلان فيه التزامات مختلفة، وأن هذا العقد يجب ألا يعرض الدائن إلى خطر أكثر مما يتعرض له الغير، وتبين ذلك أحكام القضاء الصادرة في موضوع "نقل عدوى الإيدز"⁽³⁾، حيث تلتمز مراكز نقل الدم بالالتزام بتحقيق نتيجة يهدف سلامة الأشخاص محل عملية نقل الدم، إذ لا تعتبر أحكام القضاء العيب الداخلي حتى لو كان صعب الاكتشاف سببا أجنبيا بالنسبة لمركز نقل الدم، هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 09 جويلية 1996 على أن الالتزام بالسلامة لا يعفي مركز نقل الدم من المسؤولية لأنه كان عليه استحالة أن يتبين أن الدم ملوث ودفعه بالسبب الأجنبي، حيث قضت بأن مركز نقل الدم يتعهد بتوريد منتجات خالية من العيوب ضمانا للسلامة، وليس بوسعه الإغفاء من هذا

1- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 51 و 52.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 250.

3- أقصاضي عبد القادر محمد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 139.

الالتزام بالسلامة بإثبات السبب الأجنبي بأن العيب الكامن في المنتج ليس من المقدور تبينه، فليس في ذلك مبرر لإعفاء المركز من المسؤولية⁽¹⁾، فلا يجب أن يسبب الشيء المستخدم أي أثر ضار للكيان الجسدي والصحي للمستفيد من هذا الشيء⁽²⁾.

الفرع الثاني

خصائص الالتزام بضمان السلامة

يتميز الالتزام بضمان السلامة بالإضافة إلى كونه مدنياً وشخصياً (أولاً)، أنه التزام سلبي (ثانياً) وهو عكس الالتزامات التي معظمها إيجابية، وكما تتميز من حيث كونها التزاماً ملحقاً وضمينياً للالتزام بالعلاج (ثالثاً).

أولاً - الالتزام بضمان السلامة التزام مدني وشخصي

الالتزام الطبيب بضمان السلامة التزاماً مدنياً وشخصياً. التزاماً مدنياً يتمثل في السيطرة على جميع العوامل المادية والبشرية التي يمكن أن تسبب في خطر يهدد سلامة المريض.

والتزاماً شخصياً، بمعنى أن يلتزم الطبيب شخصياً باعتباره المدين المحترف تجاه المريض بضمان سلامته⁽³⁾.

1- الزبيد أحمد سلمان سليمان، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2007، ص 349 و 350.

2- أقصاضي عبد القادر محمد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 140.

3- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 62_ 68.

ثانيا - الالتزام بضمان السلامة التزام سلبي

يكون الالتزام إيجابيا في حالة الالتزام بإعطاء شيء أو حالة الالتزام بالقيام بعمل... إلخ والالتزام السلبي هو عندما يتعلق الأمر بالامتناع عن القيام بعمل⁽¹⁾.

وفائدة هذا التقسيم كما نعلم، تظهر في ناحيتين هما الاعذار والجزاء.

أما من حيث الاعذار، فانه لا بد من اعذار المدين بالالتزام إيجابي حتى يعتبر متأخراً في التنفيذ تأخراً يرتب عليه القانون آثاراً قانونية معينة. في حين لا حاجة للمدين بالالتزام السلبي إلى إعداره لأن مجرد مخالفة هذا الالتزام يعتبر بحد ذاته امتناعاً عن التنفيذ يرتب عليه القانون آثاره.

وأما من حيث الجزاء، فان القاعدة العامة هي انه إذا أخل المدين بالتزامه السلبي فانه يتعرض إلى جزاء هو دفع التعويض لأنه يصعب إمكان تنفيذ هذا النوع من الالتزام تنفيذا عينياً قهرياً لما في هذا التنفيذ من إرهاب للمدين، أما الالتزامات الإيجابية فان القاعدة العامة هي جواز للدائن إذا ما أخل المدين بالتزامه هذا أن يقوم هو بتنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً على حساب المدين.

على هذا الالتزام بضمان السلامة تنطبق عليه أكثر أحكام الالتزام السلبي. إذ إخلال الطبيب أو المستشفى بتنفيذ الالتزام بضمان السلامة لا يحتاج إلى إعداره، لكي يُعد مخلاً بتنفيذه، وذلك لأن الالتزام بالسلامة يمس الحق بسلامة الجسم وهو من النظام العام، وان الإعدار بهذا الشأن يعني الاتفاق الضمني على المساس بسلامة الجسم، وهو الشيء الذي يخالف النظام العام، ومن جهة أخرى لا يمكن تنفيذ الالتزام على حساب المدين تنفيذاً عينياً، وذلك راجع للطبيعة الخاصة لمحل الالتزام ألا وهو جسم المريض.

فبالتالي، التزام الطبيب أو المستشفى بضمان السلامة المريض هو التزام سلبي، إذ يلتزم الطبيب بالامتناع عن أي عمل من شأنه عدم تفاقم حالة المريض، حتى وان لم يطالب

1-فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص26.

بطبيعة الحال بشفائه، إلا أنه يلزم بعدم تعرض سلامة المريض للخطر⁽¹⁾. وفي سبيل تحقق سلامة المريض، يجب على الطبيب القيام بالسيطرة على جميع العناصر التي يمكن أن تتسبب في الضرر الجسدي الذي يلحق بالمريض خلال تواجده في المستشفى وتنفيذ الالتزام بضمان السلامة لا يحتاج إلى الأعذار، لكي يعد مخلا بتنفيذه⁽²⁾. وهذا فضلا عن أن الالتزام بضمان السلامة له جانبان: جانب إيجابي وآخر سلبي يتمثل الجانب الإيجابي في كونه حق للمتضرر، والجانب السلبي يتمثل في كونه ضمان حماية الأشخاص في مواجهة المخاطر الماسة بسلامتهم، حيث أنها تمثل أحد المقتضيات الأولية للمجتمع المعاصر، وهو واجب ملقى على عاتق المدين المهني⁽³⁾.

ثالثا- الالتزام بضمان السلامة التزام ملحق وضمني للالتزام بالعلاج

يعد الاجتهاد القضائي الفرنسي في بداية القرن العشرين الأول من كان سببا في ميلاد الالتزام بالسلامة. واعتبره كالتزام ملحق وضمني ملقى على عاتق أحد الطرفين. حيث ظهر كالتزام عقدي تبعية للالتزام الأصلي، يستمد أساسه من المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي القديم (المادة 1194 من القانون المدني الفرنسي الحالي)⁽⁴⁾. فالالتزام بالسلامة يظهر كالتزام إضافي طالما أن سلامة الشخص المتعاقد تلازم بشكل طبيعي الالتزام الأصلي، مما يجعل من الممكن تنفيذه⁽⁵⁾.

1- ACCAD (Lucien) et CAUSSIN-ZANTE (Maryse), *Les nouvelles obligations juridiques du médecin*, Ed.ESKA, Paris, 2001, p 38.

2- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى لضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص66.

3- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى لضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص67.

4-art. 1135 du ancien code civil des français du 1804, in :

<http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2352/CivilCode-1565-Bk.pdf>, qui stipule : « les conventions obligent non seulement à ce qu'est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature » .

Art. 1194 C.C.F, Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 , JORF n°0035 du 11 février 2016 Stipule : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi. »".

5- RADE- (Christophe), *l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, ...*, op.cit, p113.

لم يرغب القضاء في البداية إدخال الالتزام بالسلامة كالتزام ملحق أو تبعي في العقد الطبي، والتي تأسس بموجب قرار "مرسي" Mercier في 20 ماي 1936 على الطبيب تحمل بعض الأضرار الناتجة بمناسبة التدخل الطبي، وهذا الرفض بعدم إدخال هذا الالتزام في العقد الطبي، يوضح تخوف عدم تشديد مسؤولية الأطباء وعدم تحويل التزامهم الأصلي من بذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة التي سوف تنتهي بتخوف كل الأطباء من ممارسة مهنتهم.

ولكن في نهاية الثمانينات، اقترح الفقه المدني إلحاق الالتزام الأصلي بالعلاج التزام تبعي بالسلامة يفرض على الأطباء تحمل كل الأضرار التي تصيب المرضى بدون خطأ بمناسبة تنفيذ العقد الطبي، لكن دون أن يكون لهذه الأضرار أي علاقة بالخطأ التقني⁽¹⁾. وتمّ الأخذ بهذا الاقتراح من طرف القضاء بشكل صريح لأول مرة في قرار صادر من محكمة استئناف باريس الصادر في 15 جانفي 1999، حيث قضت، بأن الجراح له التزام تبعي بالسلامة للالتزام الأصلي بالعلاج الذي هو بذل عناية، وجاء في قرار لها:

«... التزام تبعي ضروري غايته ضمان سلامة المريض، وهكذا الجراح له التزام بالسلامة الذي يلزمه بتعويض الضرر الذي سببه للمريض تدخله الجراحي الضروري للعلاج، حتى بغياب الخطأ، لما يكون الضرر لا علاقة له بالحالة الأولى للمريض وليس حصلا بسبب التطور الطبيعي للمرض»⁽²⁾.

1- RADE- (Christophe), *l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, ...*, op.cit, p114.

2- C.A PARIS, 1er Ch. 15 janvier 1999 : "Considérant qu'à 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, toutefois, 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, le chirurgien a ainsi l'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 : ACCAD (Lucien) et CAUSSIN-ZANTE (Maryse), *Les nouvelles obligations juridiques du médecin, ...*, op.cit, pp 41-42.

المطلب الثاني

اعتبارات تكريس الالتزام بضمان السلامة

ظهرت الحاجة إلى ضرورة حماية سلامة الأشخاص الجسمانية نظرا لما أحدثته التكنولوجيا من تقدم علمي أدى إلى إلحاق الضرر بالأشخاص في أجسادهم، فكان على القضاء التدخل لحماية المتضررين إزاء قصور النصوص القانونية المنظمة لمثل هذه الحوادث، وعدم تحقيقها الحماية الكافية وذلك بإيجاد وسيلة، يمكن من خلالها تحقيق تلك الحماية وهي فكرة الالتزام بضمان السلامة وهذه الفكرة ساهمت في ظهورها عدة اعتبارات خاصة في المجال الطبي وهي ضرورة مسايرة نصوص القانون للتطور العلمي في المجال الطبي (الفرع الأول) تراجع الأساس القانوني التقليدي للمسؤولية الطبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

ضرورة مسايرة القانون للتطور العلمي في المجال الطبي

ترتب عن التطورات العلمية أثار بالغة الأهمية في نواحي الحياة المختلفة، ففي أواخر القرن 19 ومع ظهور الثورة الصناعية التي شملت فرنسا وباقي المجتمع الأوروبي، حيث شهدت تقدما هائلا في مجال التقنيات الحديثة، فتوسعت معارف الإنسان واكتشافاته في حل ألغاز الكون وأسراره وقوانينه ما أتاح مجال الاختيار والحرية أمامه، والعبرة في اتساع هذه المعارف ليس بكميتها وإنما بكيفية توظيفها واستثمارها وتسيير الحياة، مع دفع المحاذير في التعامل مع هذه المعطيات، وهذا ما أدى إلى إيجاد نظام قانوني يحكم سبيل توظيف المكتسبات في القوانين ووضع الضوابط وإخضاعها لمنهج سليم، وأخطر المناهج التي اكتشفها الإنسان وأخضعها لبحثه وتجاربه ما تعلق بالكيان الجسدي للإنسان بوصفه مركز التنظيم

الاجتماعي وغايته، ومحل القضايا التي تستحق العناية والبحث والتأصيل فيما أسفر عنه التقدم العلمي في مجال الطب الحديث ضيقاً واتساعاً في نطاق حماية الجسم البشري (1).

رغم الاعتراف بوجود مبدأ حرمة جسم الإنسان، إلا أنه أمام نجاح التطورات الطبية الحديثة تم وضع هذا المبدأ موضع الشك، حيث مع التطورات الحديثة في المجال الطبي أصبح الطب قد تجاوز الأعمال الطبية التقليدية، إذ استطاع الأطباء إجراء عملية استبدال أعضاء بشرية لا تقوم بدورها الوظيفي بأعضاء بشرية سليمة، فأصبح أكثر فعالية في معالجة الأمراض المستعصية التي تؤدي بحياة الكثير إلى الموت، إذ تم إنقاذ الكثير من الأشخاص نتيجة ظهور تقنية نقل وزرع الأعضاء البشرية كطريقة علاجية جديدة، كما قام الطب حديثاً بدور إيجابي بالنسبة لمن يرغب في الإنجاب ويحول دون تحقيق هذه الرغبة بعض الموانع المرضية والخلقية، وذلك عن طريق استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي لمساعدة الأفراد على تحقيق أمنية الإنجاب، بالإضافة إلى ظهور عمليات تغيير الجنس وعمليات الاستئصال البشري، وأساليب طبية أخرى في مواجهة بعض الأمراض الحديثة (2).

على هذا لحماية سلامة المرضى أمام هذه التطورات، كرس القضاء وسيلة سريعة في مواجهة كل التطورات الحديثة التي ترتبت في كل المجالات وبالخصوص في المجال الطبي، بإلقاء الالتزام على الأطباء بضمان سلامة المرضى من أي ضرر يمكن أن يصيبهم من جراء التدخل الطبي ولو كان هذا الضرر منفصلاً عن العمل الذي باشره الطبيب أو مساعدوه، وذلك من أجل ضمان الحماية للمرضى من جراء الأضرار التي قد تصيبهم من الأعمال الطبية.

1- بوشي يوسف، الجسم البشري وأثر التطور الطبي على نطاق حمايته جنائياً، مرجع سابق، ص 1.

2- سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، مرجع سابق، ص 8.

ويعمل القضاء والفقه هذه الحماية الواجبة توفيرها للمرضى في أن العصر الحديث وما لحقه من ظروف اقتصادية متعلقة بالعرض والطلب وتقلبات الأسعار جعل الإنسان يفقد جزءاً من حريته في إطار المسؤولية العقدية وخاصة عندما يفقد خيارات الحفاظ على سلامته الجسدية⁽¹⁾ خاصة وأن هذا التقدم، ساعد على ذلك أن العلاقة بين الأطباء والمرضى قد تجردت من الصفة الشخصية وأصبحت علاقة تجارية⁽²⁾. الأمر الذي أدى إلى الاهتمام بهذه الفئة المتضررة في نطاق حماية سلامة أجسادهم من أي ضرر قد يلحق بها جراء التدخل الطبي أو خلال تواجدهم في المستشفى، وقد ألقت الكسر من التشريعات الالتزام بضمان السلامة على عاتق الطرف المهني وهو الطبيب أو من مساعديه أو المستشفى، حيث أن عدم التكافؤ بين طرفي العلاقة واضح في العقد الطبي، فأحدهم شخص مهني متخصص والطرف الآخر وهو المريض لا يملك إلا أن يسلم نفسه رهن إشارة الأول⁽³⁾.

على هذا لم يعد نظام المسؤولية الفردية كافياً لبسط حماية أوفر للمرضى، فاتجه الفقه والقضاء الحديثان في سبيل ضمان حصول المضرور على التعويض إلى الأخذ بالأنظمة الجديدة للمسؤولية الجماعية وتكوين ذمم جديدة إلى جانب المسؤول الأمر الذي دعا إلى مزيد من الاهتمام بأولئك المرضى⁽⁴⁾ في نطاق انتشار نظام التأمين من المسؤولية الطبية. فكل الأخطاء التي وقعت على السلامة الجسدية للمرضى قابلة للتعويض وتعويض المرضى سيكون مستقلاً عن أي خطأ طبي، وعلى هذا فلا يؤمن الأطباء على أخطاءهم، ولكنهم يؤمنون على الأضرار التي قد تقع على مرضاهم، ويغطي هذا التأمين كل النتائج غير

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 16.

2- محمد سليمان فلاح الرشيد، نظرية الالتزام بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 59.

3- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 15.

4- مرجع فسه، ص 16.

العادية في العلاج، وكذلك التدخل الجراحي، وعليه فإن الأطباء من خلال قيامهم بالتأمين من المسؤولية تتحقق مصلحتهم بقيامهم بأعباء وظائفهم السامية دون خوف أو تردد من أن قيامهم بالعلاج أو الجراحة تجاه مرضاهم لن ينعكس عليهم سلباً بدعوى المسؤولية، إذا ما اهتز مشروط الجراحة بأيديهم وهم يعالجون مرضاهم، أو أخطأ أحدهم في تشخيص داء المريض، فجره هذا الخطأ إلى خطأ آخر في العلاج، وترتب في جميع هذه الأحوال أن تعدى خلل فكرهم وأدواتهم الطبية إلى فعل في السلامة الجسدية لمرضاهم ولاشك أن هذا أمر ينعكس بدوره على إنتاج الطبيب وابتكاراته الطبية، إذا ما علم أن التعويض في هذه الحالات يقع ليس عليه وحدة بل على شركات التأمين التي قام باكتتاب التأمين لديها ضد رجوع المرضى بالمسؤولية، إذا ما أصابهم ضرر من العلاج أو الجراحة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تراجع الأساس القانوني التقليدي للمسؤولية الطبية

يفترض قيام المسؤولية اعتداء على حق من حقوق الفرد، لذلك فإنه لا يلتزم بالتعويض إلا بناء على عمل غير مشروع صدر منه، ومن المسلم به في نظر الفقه التقليدي أن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا على أساس الخطأ⁽²⁾، والذي يعتبر المصدر الأساسي والأصلي في القانون الجزائري⁽³⁾، حيث المضرور في سبيل ذلك إذا لم يجد الشخص المسؤول الذي حددته المسؤولية المدنية يتحمل بالتالي وحده الأضرار. فالمجتمع لا علاقة له بهذه الأضرار، وهذا ما يعبر عنه بالمسؤولية الفردية وكانت هذه المسؤولية تتفق مع ظروف الحياة في بداية القرن 19⁽⁴⁾.

1- محمد سليمان فلاح الرشيدي، نظرية الالتزام بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 63-69.

2- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص 158.

3- راجع المادة 124 ق.م.ج.

4- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص 181.

يعتقد كثير من الفقهاء أن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية سوف يظل الأساس الرئيسي لها، وإن كان ذلك لا يمنع في تخلي المسؤولية المدنية عن هذا الأساس التقليدي في حالات خاصة يفرضها التطور الإنساني⁽¹⁾.

أما في عصر الآلة والمشروعات الصناعية الضخمة، فإن هذه المسؤولية تعجز عن توفير الحماية الضرورية للمضرور⁽²⁾، خاصة وأنه أصبح يتعامل مع أخطر المواد لتحقيق أكثر ربح ممكن، مما أدى إلى زيادة خطر وقوع الأضرار لاسيما تلك التي ترجع إلى أخطاء غامضة أو مجهولة يصعب فيها اكتشاف الفاعل أو إقامة الدليل على خطئه⁽³⁾، خاصة في المجال الطبي والغموض الذي يعتري الجسم البشري. وهذا الاتجاه الذي فرضه التقدم العلمي تبناه الفقه الموضوعي وعلى رأسهم الفقيه "سافيتي" savetier الذي أكد أن العصر الحديث يتجه نحو اجتماعية المسؤولية، وهذه تتجه إليها المسؤولية المدنية اليوم تبدو أكثر وضوحاً وتأكيذاً إذا كان موضوع الضرر هو حياة الإنسان وكيانه وجسمه، فقد تُغير أفكار المسؤولية المدنية من وجهتين:

ـ أولهما: زيادة قيمة الإنسان في الدائنية بالمسؤولية أي إنسانية المسؤولية.

ـ وثانيهما: إلغاء الفردية من المديونية بالمسؤولية بمعنى عدم تعليق حق المضرور في التعويض على وجود المسؤولية.

فالإنسان يجب أن يحصل على التعويض عن أي ضرر يلحق بجسمه، وذلك دون اشتراط الخطأ من محدث الضرر، فهذه المسؤولية تكسب يوماً بعد يوم بُعداً إنسانياً، وذلك بإعلان حق المضرور في التعويض وتأکید حماية جسمه وكيانه دون السماح للأفكار

1- حسن محمد محمد عمار، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية الناشئة عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2014، ص 390.

2- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص 182.

3- حسن محمد محمد عمار، المسؤولية المدنية عن الأضرار...، مرجع سابق، ص 390.

التقليدية بحرمانه منها⁽¹⁾. وعلى هذا تمّ الانتقال من الخطأ الواجب الإثبات إلى الخطأ المفترض، والذي يعتبر استثناء عن القاعدة التي أوردها المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي القديم (المادة 1240 من القانون المدني الفرنسي الحالي)⁽²⁾ المقابلة للمادة 124 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

ولكن تسلل فكرة جبر الضرر كهدف مباشر لقواعد المسؤولية يوجب الوصول إليه مباشرة دون البحث عن محدث الخطأ، هذا منذ بداية العهد بتقنين الخطأ كأساس للمسؤولية. وكانت أول ما ظهرت بصدد المسؤولية التقصيرية في المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي القديم (المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي الحالي)، حين نص على اعتبار حارس الأشياء غير الحية مسؤولاً لمجرد إحداثها ضرراً بالغير⁽³⁾. المقابلة للمادة 138 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

ولقد كان الباعث وراء ذلك هو حوادث المساس بالسلامة الجسدية للأشخاص والرغبة في حماية المضرورين وتعويضهم عما أصابهم من أضرار، وفي إطار هذه العلاقة بين الرغبة في تحقيق الحماية الجسدية للأشخاص وأدائها الالتزام بضمان تلك السلامة وبين المسؤولية القائمة على فكرة الخطأ بقيودها الإيديولوجية والأخلاقية، أسفرت النتيجة عن

1- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص 182.

2- Art.1382 du C.C.F. Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février, précitée. Par l'article 1240, qui stipule «*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- Art. 1384 alinéa 1 du C.C.F., Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 Février 2016, précitée. par art. 1242, qui stipule: «*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore ... des choses que l'on a sous sa garde*».

4- تنص المادة 138 ق.م.ج. فقرة أولى على " كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".

معادلة هامة مفادها، أنه كلما ازدادت درجة الحماية التي يسبغها القضاء والفقه على المضرور في الحوادث الجسدية، كلما ازداد اتساع المسؤولية والميل إلى التشديد فيها على محدث الضرر. ويتعبير آخر أنه كلما ازدادت تطبيقات الالتزام بالسلامة في نظام المسؤولية المدنية، كلما ازداد اتساع مجالها ليجتوي تلك الصور الجديدة لهذا الالتزام، الأمر الذي يجعل الابتعاد عن فكرة الخطأ كأساس أمراً محتوماً. ولقد ترجمت محاولة هذا التغيير من خلال أحكام القضاء بالاتجاه نحو أساس الخطر الذي يتضمنه النشاط الطبي، الذي يعتبر مبرراً حقيقياً لتغطية الضرر وإصلاحه في حالة المساس بجسم المريض، إذ أن ضمان السلامة جاء لمواجهة هذه المخاطر التي يتعرض لها المريض⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الخطر كأساس ظهور فكرة الالتزام بضمان السلامة

تُهيمن فكرة الالتزام الطبي بالسلامة على أساسين، الأول هو فكرة الثقة الممنوحة للأطباء بصفاتهم مهنيين والتي تركز على الإنصاف. والثاني هو الخطر الذي يتضمنه النشاط الطبي الذي يعتبر مبرراً حقيقياً لإصلاح الضرر في حالة المساس بجسم المريض حيث ضمان السلامة جاء لمواجهة هذه المخاطر التي يتعرض لها المريض⁽²⁾.

يُعتبر القانون الفرنسي -كعادته- من الأنظمة السباقة لتنظيم ظاهرة المخاطر الناجمة عن الأنشطة الطبية بشكل مستقل تماماً عن نظم المسؤولية القائمة على أساس الخطأ بموجب "قانون كوشنير" loi Kouchner رقم 303-202 المؤرخ في 03 مارس 2002

1- التلتي محمود ، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة للأشخاص، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1988، ص67.

2- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, thèse doctorat en droit, l'université de paris Panthéon, Sorbonne, Paris, 1999, p436.

المتعلق بحقوق المرضى ونوعية الأنظمة الصحية وذلك في الباب الرابع منه تحت عنوان "تعويض آثار المخاطر الصحية"⁽¹⁾.

فالمخاطر متصلة ومتزامنة مع الأعمال الطبية أو شبه الطبية الضرورية للتشخيص أو العلاج، وإن كان كل نشاط أو عمل طبي قد يحتوي قدراً من المخاطر، لا يمكن تفاديه، قد ينتج عنه عدم الشفاء أو حدوث مضاعفات أو آثار جانبية غير مرغوبة، إلا أنها تختلف عن عدم نجاح العلاج، لذا بات تسليط الضوء على مصطلح الخطر (أولاً) لتوضيح صفتها الخاصة المتميزة عن الحالات التي تؤسس عليها المسؤولية التقليدية للقائم بأعمال الرعاية الصحية على نحو يتسنى معه إيجاد أحكام متميزة لها تبرر خروجها عن الأصل العام وإبراز ذلك يكون من خلال تمييز المخاطر الطبية بعدم نجاح العلاج أو عدم فعاليتها (ثانياً).

أولاً-الخطر

الخطر يمكن أن يكون كأساس للالتزام بالسلامة إلى جانب الخطأ الذي يبرر الالتزام بالعناية اللازمة الواقعة على عاتق الطبيب، فوجود فكرة التزام الطبيب بالسلامة مبرر بوجود فكرة تعرض المريض للخطر⁽²⁾. كون الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب لا تخلو من المخاطر، ذلك أنّ محل هذه الأعمال هو جسم الإنسان، الذي لا يزال يخفي الكثير من الخصائص السلبية التي تؤثر على سلامته⁽³⁾.

يسلم الفقه والقضاء الحديث بوجود التزام محدد على عاتق مقدم الرعاية الصحية بضمان سلامة المريض من المخاطر التي قد تحدث وتصبح أضراراً مستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله، يلتزم بمقتضاه بتقادي تقاوم حاله أكثر مما يتطلبه التنفيذ العادي

1- Loi N°202-303 du 04 mars 2002, précitée.

2- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, Op.cit, p436.

3- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص30.

للعمل الطبي من جهة، وبضمان عدم وقوع الأضرار التي لا علاقة لها بالحالة الصحية السابقة للتدخل الطبي وتطورها الطبيعي من جهة أخرى، حيث يعتبر الأخذ بنظام الالتزام بضمان السلامة في مجال الطب هو الحل الأمثل الواجب إدراجه في كل حالة يعزي فيها الضرر إلى واقعة يمكن وصفها بالحادث الطبي اللاخطئي⁽¹⁾.

تعددت التسميات لمصطلح المخاطر الطبية (risques médicaux)، أحيانا نجد مصطلح مخاطر العلاج (risques thérapeutiques)، احتمالات العلاج (aléas thérapeutiques) الحوادث الطبية (accidents médicaux)، قد نجد مصطلح "التداعيات الضارة للعمل الطبي" أو "التبعات الطبية".

أمام هذا الخلط في المصطلحات، حتى وإن كانت هذه المصطلحات متقاربة، إلا أنها تختلف. على هذا لابد من تعريف وتقديم معنى لكل مصطلح ليزيل هذا الغموض.

1-الخطر والاحتمال

الاحتمال «aléa» مفهوم متطور، فهو المرحلة الأولى للخطر، عُرف الاحتمال على أنه إحداث ضرر غير معروف من قِبَل المجتمع الطبي، ففي لحظة تحقق ذلك، يتحول الاحتمال إلى خطر". فمعيار التفرقة بين الخطر والاحتمال هو شرط "عدم التوقع" «imprévisibilité». فالاحتمال هو حادث غير متوقع ولا يمكن التنبؤ به، أما الخطر «risque» فهو حادث متوقع⁽²⁾.

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية دراسة في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص56.

2- SAISON (Johanne), **le risque médical, évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier**, Ed. L'Harmattan, Paris, 1999, p 30 .

فالاختمال هو حادث طبي دون خطأ وغير معروف، أما الخطر فهو أيضا حادث طبي دون خطأ ولكن معروف⁽¹⁾.

فالخطر قد يحدث لسببين، قد يكون سببها الاحتمال، الذي يعتبر عنصراً غير قابل للتحكم فيه، وإنما حدث عن طريق الصدفة. وقد يكون سببها نتيجة خطأ الطبيب⁽²⁾.

فالخطر "يمثل صدفة مواجهة ضرر مع وجود أمل الحصول على الخير"، فهذا التعريف يطبق على كل نشاط طبي، مهما كان نوعه سواء التشخيص أو العلاج، فإن فكرة الخطر تجمع كلا من الصدفة والمخاطرة⁽³⁾، بينما الاحتمال فهو "عدم اليقين في أي عمل جراحي أو طبي، حتى أفضل أداء، بسبب رد فعل غير متوقع من المريض أو ظروف لا يمكن وقفها والتي لا تؤثر على مهارة أو كفاءة مقدمي الرعاية الطبية"⁽⁴⁾.

وهذا ما يشكل معيار التمييز بين الالتزام ببذل عناية بالالتزام بتحقيق نتيجة، وهذا المعيار يجب تطبيقه في المجال الطبي وخاصة في مرحلة العلاج، حيث أن نتيجة الشفاء غير مؤكدة كون العلاج احتمالياً⁽⁵⁾، فالاختمال هي "حصة الخطر التي لا يمكن تفاديها والتي تحتويها أي علاج طبي مشروع وصحيح يترتب عليه آثار غير مرغوب فيها"⁽⁶⁾. والتي يبرر إبقاء على التزام الطبيب ببذل العناية.

1- SAISON (Johanne), **le risque médical, évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier**, op.cit, p 34.

2- Ibid, p 29.

3- نسيب نبيلة، **الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن**، مذكرة ماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، 2001، ص 161.

4- SAISON (Johanne), **le risque médical...**, op.cit, p 20.

5- نسيب نبيلة ، **الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن**، مرجع سابق، ص 161.

6- ZEIDENBERG (Alexandre), **L'aléa thérapeutique, documents de médecine légale**, du 16 mars 2014, In : <http://www.medecinelegale.wordpress.com>

2- الاحتمال والحادث

إنّ معظم المؤلفين يستعملون مصطلح الحادث الطبي في حالة انعدام الخطأ الطبي باعتباره المجال الطبيعي للمسؤولية الموضوعية المؤسسة على الالتزام بالسلامة.

يعرف بعض الفقه الغربي الحادث الطبي بأنه: "واقعة غير متوقعة تسبب ضرراً، له علاقة بعمل طبي لكن حدوثه غير مرتبط بخطأ طبي ثابت"⁽¹⁾.

فحسب الأستاذ " برنار بورن " Bernard BORN -عضو في المجلس الوطني لنقابة الأطباء الفرنسيين- في تعريف الاحتمال الطبي أنه "عدم اليقين المتعلق بالطب وليس بالطبيب بحد ذاته"⁽²⁾.

وهناك من يعتبر الاحتمال هو الحادث الطبي الذي يحدث دون مسؤولية المهني (الطبيب) أو المؤسسة الصحية⁽³⁾، لكن هناك من يرى أنّ الاحتمال والحادث الطبي يختلفان، كون أنّ الحادث الطبي مرتبط بشرطين، الأول يتعلق بالضرر والثاني متصل بالعمل المادي الطبي، فالأول يجب أن يكون منفصلاً عن الحالة الأولى للمريض وغير مرتبط بها، كأن يصاب المريض بشلل بعد العملية الجراحية أو الإصابة بالعدوى بمناسبة العلاج المقدم له دون أن تتدخل حالته المرضية السابقة في إحداث الضرر، أما الثاني المتعلق بالجانب المادي للعمل الطبي في إحداث الضرر كالعدوى التي تحدث نتيجة عدم تعقيم الأدوات أو العتاد الطبي⁽⁴⁾.

1- حسان نادية، تطور القانون المقارن لحماية ضحايا الأعمال الطبية، م.ن.ق.ع.س، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع 01، 2012، ص73.

2-L'aléa thérapeutique est une incertitude liée à la médecine et non pas au médecin en particulier: voir: BORN (Bernard), **Alea médical et responsabilité ordre national des médecins, conseil national de l'ordre**, 2ème jeudi de l'ordre, 4 février 1999, p2.

3- CARLOT (Jean François, **Indemnisation des accidents médicaux et de l'aléa thérapeutique en suite de la loi du 04 mars 2002** in: www.jurisques.com/sante2.html

4- بكوش أمال ، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعيات الطبية...، مرجع سابق، ص32.

وبهذين الشرطين يمكن تعريف الحادث الطبي بأنه: "النتائج الضارة التي تحدث استثنائيا، بالنظر إلى الخطر العادي الذي يحمله كل عمل طبي"⁽¹⁾.
فالحادث إذا يتمثل في الخطر المتوقع وغير المتوقع، وبالتالي يضم في مفهومه الخطر، حيث يحتوي على صفة عدم التوقع بشكل واسع.

3- الخطر والحادث

الحوادث أو التداعيات الطبية كما يسميها بعض المؤلفين، منهم "ثروت عبد الحميد" هي: نسبة ضئيلة من المخاطر، يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي أو الصيدلاني الذي يتم بطريقة مشروعة، ووفقا للأصول العلمية المتعارف عليها والتي يترتب على حدوثها عدم اكتمال الشفاء أو حدوث مضاعفات وآثار غير مرغوبة⁽²⁾.

كما جاء في حيثيات قرار لمجلس الدولة الفرنسي بخصوص مسؤولية المستشفى في سنة 1997 أن الحادث الطبي هو "... نسبة الخطر التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو للتشخيص، والتي يكون وجودها معروفاً، غير أن تحققها يعتبر أمراً استثنائياً، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى، ولا يمكن اعتبارها تطورا متوقعا لها، ويتخلف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية"⁽³⁾.

وهناك من عرف المخاطر الطبية بأنها "عارضٌ ضارٌّ ناجمٌ عن عمل طبي غير مقترن بخطأ أو غلط أو رعونة، لا صلة له بالحالة السابقة للمريض ولا يُعدُّ تطورا طبيعياً متوقعا

1-نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص162.

2- ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التداعيات الطبية للعمل الطبي، دار الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص13 و14.

3- نقلا عن: حسان نادية، تطور القانون المقارن لحماية ضحايا الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص74.

لحالته المرضية، ويقصد بالضرر في إطار الحوادث الطبية كلٌ تدهور في القدرات أو الحالة الجسدية أو النفسية للمريض⁽¹⁾.

من هذا نفهم أنّ المخاطر تضم الحوادث، والمشرع الفرنسي قد استعمل في قانون 04 مارس 2002 الباب الرابع منه عبارة "آثار المخاطر الصحية" (les conséquences des risques sanitaires) للدلالة عما قد يكتنف الأعمال الطبية من مخاطر، والتي تضم ثلاثة أشكال هي: الحوادث الطبية والأمراض الناجمة عن الأدوية والعدوى المكتسبة داخل مؤسسات الرعاية الصحية⁽²⁾.

أما بالنسبة للكلمة الثانية التي تلي المخاطر، فأحيانا نجد مصطلح مخاطر علاجية (risques thérapeutiques)، وأحيانا المخاطر الطبية (risques médicaux).

فحسب الفقيه "ديدي تبيتو" « Didier Tabuteau » فالخطر يكون "علاجيا"، لما "يتعلق الأمر حصريا بأعمال الرعاية والعلاج"، ويكون "طبيا" "عندما يمتد المجال المغطى إلى التدخلات الأخرى للطب وحتى إجراءات وأعمال الوقاية⁽³⁾.

فمصطلح العلاجي يُضيق مجال الحماية المرجوة للمريض، ويحصرها في أضيق الحدود فلا تتجاوز بذلك مرحلة العلاج، أما الطبية فهو أشمل من ذلك، إذ يتضمن بالضرورة أعمال التشخيص والرعاية والعلاج وإعمال الوقاية التي قد تتضمن بدورها قدرا مماثلا من المخاطر التي لا يستهان بها⁽⁴⁾.

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعيات الطبية...، مرجع سابق، ص34.

2- voir Art. 1142-1 de la loi 04 mars 2002, précitée, Modifié par Loi N°2009-526 du 12 mai 2009 - art. 112. In : www.legifrance.gouv.fr

3 - SAISON (Johanne), **le risque médical...**, op.cit, p 32.

4- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعيات الطبية...، مرجع سابق، ص30.

وقد لعب القضاء الفرنسي دورا فعالا لاسيما القضاء الإداري وذلك عن طريق إرساء أسس التعويض عن أضرار المخاطر الطبية مكلا بذلك حافزا قويا للمشرع نحو تبني أحكام تنظيمية خاصة، وقد نتج عن ذلك تعريفات للمخاطر الناتجة عن العمل الطبي، وكانت البداية في حكم "قومز" (GOMEZ)، عندما قرر التعويض على المخاطر خاصة الاستثنائية وغير عادية حتى بدون خطأ في 20 ديسمبر 1990، وذلك بقولها "أن استخدام تقنية علاجية جديدة غير معلومة العواقب بصفة كلية يثير حتى في غياب الخطأ مسؤولية المرفق العام المستشفائي عن التعقيدات الاستثنائية ذات الخطورة الجسيمة التي تعزي لها مباشرة، إذا ما سببت للمريض ضررا ذا طبيعة خاصة طالما لم يشكل اللجوء إليها ضرورة حيوية"⁽¹⁾.

وكما يمكن أيضا استنتاجه عن المجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية المستشفيات والمنشآت الصحية العمومية، وذلك في حكمين شهرين، الأول صدر بتاريخ 09 أبريل 1993 حكم بيونشي (BIANCHI) وقرار (Joseph Imper Hospital) حيث من خلال القرارين جاء تعريف للمخاطر الطبية بأنها: "نسبة الخطر المصاحبة للأعمال الطبية الضرورية للتشخيص أو العلاج التي تعتبر معروفة، ولكن تحققها أمرا استثنائيا..."⁽²⁾.

فهكذا فإن مفهوم الخطر الطبي تعتبر مبررا رئيسيا لا شك فيه لوضع على عاتق الطبيب الالتزام بالسلامة، وبما أن أساس المسؤولية في حالة الحوادث الطبية لم يعد على أساس الخطأ ولكن على أساس المخاطر، فكل ما سبق قوله يهدف إلى التأكيد بالالتزام بالسلامة وبصورة أعم المسؤولية الموضوعية تعتبر صارمة في حق الطبيب.

1-C.A. Lyon, 21 décembre 1990, GOMEZ, requête n°89 Lyon 1742, p498, décision citée par TIFINE Pierre, revue générale du droit, 2012-2014, In: www.revuegeneraledudroit.eu

2- « Considérant, toutefois, que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle ... » C.E, du 09 avril 1993, Assemblée, du 9 avril 1993, 69336, publié au recueil Lebon, et C.E du 03 novembre 1997, Section du 3 novembre 1997, 153686, publié au recueil Lebon In : www.legifrance.fr

وفي الواقع أنّ منذ اللحظة التي سيتم الإعلان فيها عن مسؤولية الطبيب عن حادث طبي على أساس المخاطر، لا يجب أن يشعر كأنّه وصمة عار عليه كون أن سبب وجود هذه المسؤولية الموضوعية ليس على الخطأ ولكن وجودها هو حاجة الضحية للحصول على التعويض⁽¹⁾، إذ المسؤولية على أساس الخطر هدفها هو الإصلاح وليس العقاب⁽²⁾. فوجود الخطر يعني تحمل المسؤولية لأن في العادة القانون يتطلب منا أن ننظر إلى مسبب الضرر -أي يكمن أساس مسؤوليته على أعماله- وليس إلى الضحية، وأنّ الالتزام بالسلامة يسمح بجعل الطبيب مسؤولاً مالياً وليس أخلاقياً، فإدانته يتحملها شركة تأمينه⁽³⁾. في الحقيقة مثلما قال البروفسور (Yvane Lambert Faivre) أنّ مبدأ المسؤولية الطبية على أساس الخطأ التي تعني عدم الكفاءة المهنية هي أكثر ألماً وصدمة للأطباء أكثر مما كونها حماية لهم مثلما يدعيه⁽⁴⁾.

لم يعد الأمر مسألة المسؤولية، ولكن القانون الحالي لا يسمح بالفصل بين التعويض وإعلان المسؤولية، على هذا الضحية يجب أن نفهم أن الاعتراف بمسؤولية الطبيب الذي انتهك سلامته الجسدية، لا يدعو إلى التشكيك في قدراته ومؤهلاته، فالمسؤولية في حالة الحادث الطبي ليس مسألة الجدارة أو النقص وإنما قبل أي شيء هي مسألة جبر الضرر

1- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, op.cit, p439.

2-Ibid, p437.

3- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, op.cit, p439.

4- FAIVRE Y. (Lambert) souligne que: "le principe de la responsabilité médicale pour faute qui sous-entend l'incompétence professionnelle est beaucoup plus traumatisant pour les médecins que protecteur comme on le prétend souvent à tort".

Voir: MANSART(Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, op.cit, p939.

الذي عاناه من الإصابة المقررة وفقاً للمبادرات المتخذة والمخاطر الناتجة عن المهنة⁽¹⁾.
إذًا، الأخطار الطبية تعد من الظواهر التي تحيطها غموض، وذلك بتداخلها مع ظاهرة الضرر الناتج عن فشل العلاج، ولذلك بات تسليط الضوء على هذه الأخيرة وذلك بالتمييز بينهما، حتى يتسنى إيجاد أحكام متميزة لها تبرر خروج الأولى عن الثانية.

ثانياً- تمييز المخاطر الطبية عن عدم نجاح العلاج

يجب عدم الخلط بين المخاطر الطبية التي تعتبر ظاهرة، قد تكون متوقعة لكن لا يمكن السيطرة عليها أو توقي حدوثها، في حين أنّ عدم فاعلية العلاج، يعني أنّ النتيجة المرجوة منه لم تتحقق لسبب أو لآخر⁽²⁾. والحقيقة أنّ المريض حتى وإن لم ينتظر أن يؤتى العلاج نتائج إيجابية في كل الأحوال ولكن على الأقل لا ينتظر زيادة علة إلى علته وعدم فاعلية العلاج يعني ما يلحق الرعاية الصحية من أضرار تعتبر نتائج طبيعية مباشرة ومتوقعة للعمل الطبي مهما كانت استثنائية، كذلك الآثار الجانبية التي تقع بمناسبة إجراء طبي متى كان ذلك ناشئاً عن خرق من جانب مقدم الرعاية الصحية للأصول العلمية أو عن الاحتمال المحيط بالعمل الطبي⁽³⁾.

ويبدو الاختلاف بين الأخطار الطبية وعدم نجاح العلاج في نقطتين، أولهما: الخطأ الطبي وثانيهما: الاحتمال والقدر، وإن كان الخطأ الطبي هو تقصير الطبيب عن القيام بواجباته التي يفرضها علم الطب وقواعد وأصول المهنة أو تجاوزها، فإنه ينقسم بالنظر إلى تعمد المسؤول إتيانه من عدمه إلى خطأ عمدي وآخر غير عمدي خارج عن إرادته

1- MANSART(Beatrice), La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, op.cit, p440.

2- ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التداعيات الطبية للعمل الطبي، مرجع سابق، ص22.

3- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية...، مرجع سابق، ص37.

يتخذ شكل حادث خطئي⁽¹⁾، وهو ما يمكن أن يثير اللبس مع الأخطار العلاجية، من حيث الطبيعة ومن حيث تحديد الالتزام، لكن ينبغي أن نبين كلا من الحوادث الطبية والمخاطر العلاجية، فالأولى تتجم عن خطأ طبي متوقع غير أنّ الثاني وهي المخاطر العلاجية مصدرها لا يمكن أن يكون الخطأ الطبي، وإنما تعتبر أخطارا تصاحب العمل الطبي وهي غير متوقعة الحدوث.

1- الحادث الخاطئ هو الإخلال بواجب قانوني سابق مقترن بادراك المخل لهذا الإخلال من غير قصد الأضرار بالغير، وهو يتكون من عنصرين أحدهما نفسي يتمثل في التمييز أو الإدراك والثاني مادي هو الإخلال بواجب قانوني وهو ما يدعي بالخطأ غير العمدى.

أنظر: بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية...، مرجع سابق، ص38.

الفصل الثاني

الضوابط القانونية للالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي

لقد سبقت الدراسة أن الالتزام بضمان السلامة فكرة جسدها القضاء بتوجيهه وتأثير من الفقه، فهي فكرة وليدة عقل الإنسان استدعتها طبيعته الفطرية، وحرصه الدائم على سلامته الجسدية، وجاءت كتعبير عن حالة التطور في القانون الوضعي، من أجل التمكن من حماية الطرف المهدد سلامة جسمه.

إذ فكرة الالتزام لضمان السلامة في حقيقتها هي صياغة قانونية لمفهوم السلامة الجسدية للأشخاص، وهي ذات بعد مثال. إن الطبيعة المثالية لتلك السلامة دفعت الفقه والقضاء إلى تطوير القواعد القانونية، وحث المشرع على وضع ضوابط تشريعية في المجال الطبي لأن محور مجال السلامة هو جسد المريض أو الشخص المتواجد في المستشفى.

يبدأ العمل الطبي بمرحلة تشخيص أولية يحاول فيها الطبيب أن يتعرف على طبيعة الآلام التي يعاني منها المريض ثم على ضوئها يقوم بطلب بعض الفحوصات الطبية حتى يتمكن من اكتشاف المرض ووجوده ومدى جسامته ليحدد العلاج المناسب، وخلال كل هذه المراحل يجب تحديد النطاق والوسائل التي تضمن سلامة المرضى (المبحث الأول)، وكما أنّ فكرة التزام الطبيب بضمان سلامة المريض تُثير عدّة تساؤلات قانونية أخرى حول أحكام هذا الالتزام كأساسها وطبيعتها القانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

نطاق ووسائل الالتزام بضمان السلامة

يعدّ ضمان السلامة عموماً وضمان سلامة المريض خصوصاً من المواضيع الحديثة الهامة في مجال الصحة العامة، أي ضمان سلامته من أيّ أذى قد يتعرض له أثناء تلقي العلاج سواء في المستشفى أو العيادة.

لا يلتزم الطبيب بضمان السلامة إلاّ فيما يصدر عنه من أعمال طبية، فإذا كان تدهور حالة المريض لسبب آخر غير العمل الطبي الذي باشره الطبيب على هذا المريض، فلا شك أن هناك انقطاع العلاقة السببية بين عمل الطبيب وحالة المريض.

فالتدخل الطبي يتم عبر مراحل تبدأ بالتشخيص إلى غاية العلاج أو التدخل الجراحي في بعض الحالات التي تستدعيها الحالة الصحية للمريض، وأكثر من ذلك، قد يكون هناك مراحل لاحقة للعلاج. فهنا يجب تحديد من يلتزم بضمان السلامة ومتى يعتبر غير مسؤول، بمعنى النطاق الزمني والمكاني للالتزام لضمان السلامة **(المطلب الأول)**، وكذلك لضمان سلامة المرضى أكثر لابد من استعمال وسائل لها علاقة كبيرة بالالتزام بضمان السلامة **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

نطاق الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي

يقع على الطبيب أو المستشفى الالتزام بضمان السلامة الذي يعد التزاماً مستمراً من لحظة دخول المريض المستشفى إلى غاية مغادرته له، ولا يتم تنفيذه دفعة واحدة، وهو التزام مستمر بالسيطرة على جميع العوامل التي يمكن أن تمس بسلامة المريض، هذا ما يسمى بنطاق الالتزام لضمان السلامة الذي يشمل النطاق الزمني **(الفرع الأول)** والنطاق المكاني

(الفرع الثاني) الذي يبقى خلالهما المدين الملتزم -الطبيب أو المستشفى- بضمان السلامة تجاه الدائن -المريض.

الفرع الأول

النطاق الزمني للالتزام بضمان السلامة

يقصد بالنطاق الزمني للالتزام، الوقت الذي ينفذ فيه الملتزم العقد من وقت إبرامه إلى حين تنفيذه، أي الوقت الذي تنشأ فيه مسؤولية الملتزم بضمان السلامة، وهذه المدة تختلف بحسب طبيعة كل عقد، إلا أنها تشترك في غالب الأحيان في أنها تبدأ منذ نشوء الالتزام بضمان السلامة حتى انتهاء العقد.

غير أنه في العقد الطبي، تردد القضاء الفرنسي حول تحديد اللحظة التي يعد فيها العقد مبرماً وناظراً واللحظة التي ينتهي فيها. وهناك من يرى أن النطاق الزمني في المجال الطبي يبدأ من وقت دخول المريض إلى العيادة أو المستشفى أو دخول سيارة إسعاف تابعة لها إلى وقت مغادرته⁽¹⁾. وهناك من يرى أن باعتبار العمل الطبي يبدأ بمرحلة التشخيص، فإن الالتزام بالضمان السلامة يبدأ كذلك في هذه المرحلة.

كما نعلم، أن الهدف الأساسي للطبيب هو علاج المريض أو على الأقل التخفيف من آلامه، وهذا لا يمكن تحقيقه إذا لم يكن الطبيب عالماً بالأسباب التي تؤدي إلى الشفاء، فمعرفة العلاج هو شرط مسبق لقيام الطبيب بعمله وهذا ما يسمى بالتشخيص الذي يعتبر المرحلة الأولى التي يقوم بها الطبيب⁽²⁾. وتعتبر مرحلة التشخيص الطبي هي المرحلة التي يبدأ فيها الطبيب بتنفيذ التزامه بضمان سلامة مريضه.

1- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 51-52.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 363.

يُعرف التشخيص بأنه "ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض، ووضعه في الإطار المحدد له"⁽¹⁾. كذلك يعرف انه ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له، فالتشخيص عملية فكرية تقوم على تحديد الأعراض وترتيبها ومقارنتها بغيرها من الأعراض لكي يستخلص الطبيب في النهاية نوع المرض الذي يعاني منه المريض ودرجته ومراحل تطوره وتحديد عناصر الخطورة بالنسبة له وما هي درجة مقاومة المريض له⁽²⁾.

التشخيص الخاطئ يمكن أن يؤدي إلى إهمال علاج المرض حتى يدخل في مراحل خطيرة فضلا عن أن العلاج الخاطئ نتيجة للتشخيص الخاطئ يؤدي إلى إصابة المريض بمرض مختلف عما يعاني منه، مما يؤدي إلى تدهور حالته الصحية فضلا عن الأعباء المالية التي يتحملها. ففي هذه الحالة تثور مسؤولية الطبيب باعتباره مخلا بالتزامه بضمان السلامة في مرحلة التشخيص، إذا كان فعله يشكل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل جميع الأطباء والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول مهنة الطب⁽³⁾.

يتعين عند تقدير خطأ الطبيب في التشخيص أن ينظر إلى مستواه من جهة وتخصصه من جهة أخرى. فلا جدال في أنّ الخطأ الصادر من الطبيب الأخصائي يعتبر أدق من خطأ الممارس العام. ولا يُسأل الأخصائي عن خطأ لا يدخل في دائرة تخصصه. وإن كان هذا لا يعفيه من الاسترشاد برأي أخصائي آخر في هذا المجال ليتمكن من القيام بتشخيص الحالة التي تدخل في تخصصه. ولا خطأ إذا تعلق الأمر بوسيلة طبية لازالت

1 - سمير عبد السميع الاودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم-، مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص60.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص363

3- مرجع نفسه، ص ص 262 ، 264.

محل خلاف بين الأطباء، غير أنه لا جدال في أن الإخلال بالأصول العلمية الثابتة المعترف بها من الجميع يعتبر خطأ موجباً للمسؤولية⁽¹⁾، فلا مسؤولية إذا كان الإخلال بالالتزام بضمان السلامة في التشخيص راجعاً إلى ترجيح الطبيب لرأي علمي على آخر، أو لطريقة في التشخيص على طريقة أخرى، طالما أن هذا الرأي لا زال أمام البحث والتطور العلمي ولا يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى تضليل المريض أو أهله في البيانات التي أدلوا بها وعن أعراض المرض أو إخفائهم لبعض الحقائق الخاصة به. وتتحقق المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة في التشخيص إذا كان الخطأ يشكل جهلاً فادحاً بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع، والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية، كما تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان الإخلال بالالتزام بضمان السلامة راجعاً إلى عدم استعماله الوسائل العلمية الحديثة التي يقتضيها تخصصه، ويتعين على الطبيب أن يبذل في التشخيص العناية الواجبة ويشرع في فحص المريض فحصاً دقيقاً مثلماً مواضيع الألم متحسناً مواطن الداء مستعملاً جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه ليكون رأيه بعيداً عن الخطأ بقدر الإمكان، وكل خطأ مرجعه الإهمال أو الرعونة تعرضه للمسؤولية⁽²⁾.

والالتزام بضمان السلامة لا يقتصر فقط على مرحلة التشخيص، إذ يمتد أيضاً إلى الفحوصات الطبية المطلوبة لما لها من أثر بالغ الخطورة على المراحل التالية لتحديد العلاج. وإخلال الطبيب بالتزامه بضمان السلامة في هذه المرحلة يأخذ إحدى صورتين:

- **الصورة الأولى:** أن يغفل فحص طبي هام مؤثر في تحديد الحالة المرضية مما سيؤدي حتماً إلى الخطأ في التشخيص وبالتالي تحديد العلاج مما يصيب المريض

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 370.

2- أنظر بالتفصيل: أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 371-376.

بمضاعفات نتيجة التأخير في العلاج، ومن ناحية أخرى، فإنّ العلاج الخاطئ سوف يؤدي إلى الإصابة بمرض آخر منقطع الصلة بالمرض الأصلي إلى جانب الأعباء المالية التي سيتحملها المريض الأمر الذي يجعل من المنطق أن يطالب المريض الطبيب بالتعويض عن إخلال الأخير بضمان سلامته.

- **الصورة الثانية:** أن يطلب الطبيب فحصاً طبياً معيناً غير لازم للحالة المعروضة عليه، الأمر الذي قد يصرف المريض عن حقيقة مرضه⁽¹⁾ ويوجهه إلى أمر آخر وبالتالي يتأخر في العلاج فضلاً عن المبالغ المالية التي يصرفها في غير محلها⁽²⁾. وبعد مرحلة الفحص والتشخيص تأتي مرحلة العلاج التي ليست بأقل أهمية من المراحل الأولى.

طرق العلاج متعددة وطرق استعمالها متشعبة، فما ينفع لمريض قد لا ينفع لغيره، لأن المرض لا يوجد مجرداً، إنّما هو عرض حال في جسم الإنسان يختلف في مداه وتأثيره من شخص لآخر رغم وحدة المرض، فيلتزم الطبيب بمراعاة الحد اللازم من الحيطة في وصف العلاج مع مراعاة بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتماله للمواد الكيماوية التي يحتويها الدواء ومن ثم يعتبر الطبيب مخلاً بالتزامه بضمان سلامة المريض إذا لم يراع ما تقدم أو أخطأ في كمية الدواء بإعطاء المريض جرعة أزيد من اللازم أو إذا باشر العلاج بطريقة تنم عن الإهمال واللامبالاة، وعدم اتباع الأصول الطبية المتعارف عليها في هذا الشأن، فيعتبر مسؤولاً الطبيب الذي يصف علاجاً ليس من المؤلف الالتجاء إليه حيث ينطوي على درجة خاصة من المخاطر ويستدعي استعماله التأكد من حالة المريض بإجراء التحليل قبل تقرير هذا العلاج الخطر⁽³⁾.

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب لضمان السلامة، مرجع سابق، ص 379.

2- مرجع نفسه، ص 379.

3- مرجع نفسه، ص 281.

وإخلال الطبيب بالتزامه بضمان السلامة في هذه المرحلة يكون في الحالات التالية:

_ أن يعجز عن تحديد العلاج المناسب للحالة المرضية القائمة وهذه الحالة تصدق على ما سيليه.

- أن يحدد العلاج المناسب، ولكن بصورة غير كافية لمواجهة هذا المرض لعدم إدراكه لحجمه مما يؤدي إلى تفاقمه إلى الحد الذي يصعب معه تداركه.

_ أن يكون هذا العلاج كافياً لمثل هذا المرض ولكنه غير مناسب لحالة هذا المريض كان توجد لديه أمراض أخرى يضاعفها ويزيد من خطورتها العلاج الذي حدده الطبيب.

- أن يكون هذا العلاج كافياً لمثل هذا المرض ولكنه سوف يضعف أجهزة أخرى بجسم المريض أو يؤدي إلى تلفها أو التقليل من كفاءتها.

ووصف العلاج مرحلة متعددة الجوانب تهدف إلى دراسة الوسائل الممكنة عن طريق تحديد الدواء المناسب من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء، ولا شك أن الطبيب يتمتع في اختياره للدواء المناسب والعلاج الملائم لحالة المريض، فما العلاقة بين الالتزام بضمان السلامة وحرية الطبيب في تحديد طريقة العلاج؟

فلا يعتبر الطبيب مخلاً بالتزامه بضمان سلامة المريض إلا إذا اتسم سلوكه بالرعونة وعدم الحيطة والحذر أو عدم اتباعه الأصول العلمية التي يجب مراعاتها أثناء ممارسته لفن المهنة⁽¹⁾. لكن حتى وإن كان الطبيب حراً في اختيار طريقة العلاج التي يراها إلا أنه يجب عليه وفقاً لفكرة الالتزام بضمان السلامة، ألا يعرض مريضه لخطر لا تدعو إليه حالته أو لا تتناسب مع الفائدة التي يمكن أن تتجم عنه حتى ولو كان بناء على طلب المريض لأنّ الذي

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 382.

يطبق طريقة العلاج في حين أنّ حالة المريض تتطلب طريقة أخرى متعارفاً عليها يكون محلاً للمساءلة.

فالعلاج يجب أن يكون مطابقاً للقواعد المطبقة في علوم الطب ابتغاء التوصل إلى شفاء المريض أو تخفيف آلامه، كذلك فإن حرية الطبيب في وصف واختيار العلاج لا تمنع بل توجب عليه أن يستعين برأي زملائه، إذا وجد نفسه أمام حالة فوق مستوى علمه وكفاءته، وفي هذه الحالة يعتبر مخطئاً، ومن ثم تثار مسؤوليته إذا لم يطبق العلاج الذي أشار به الأخصائي الذي استدعاه هو نفسه وأقرّ علاجه، أما إذا رأى مخالفة ذلك العلاج فله أن يخبر أهل المريض أو ينسحب، فإذا لم يفعل ذلك وقبل ذلك العلاج فلا يجوز له بدفع مسؤوليته في حالة ظهور خطأ في العلاج متذرعاً بأنه لم يكن موافقاً عليه، وإنما باشره نزولاً على رأي الأخصائي وحرية الطبيب في اختياره طريقة العلاج لا تمنع من مساءلته إذا ارتكب خطأ ضاراً في تحرير تذكرة العلاج أو في الأوامر والتعليمات التي أمر بها المريض أو في تحرير وصفه الدواء، سواء أكان ذلك الدواء ساماً بطبيعته أم لم يكن كذلك.

ولكنه أدى إلى التسمم بوصف جرعة أكبر من اللازم أو بإعطائه على مدة متقاربة رغم اعتراض الصيدلي على ذلك وإصرار من جانب الطبيب إلا أنّ الطبيب في تحديده للدواء يخضع للالتزام العام ببذل العناية اليقظة في أن يكون الدواء نافعا، وإن كان لا يلتزم بشفاء المريض والدواء لا يكون نافعا إلا إذا كان مناسباً للمريض من حيث بنيته وسنه وقوة احتماله وحالته النفسية⁽¹⁾.

ويجب على الطبيب في جميع الأحوال أن يكون في منتهى اليقظة أثناء وصف العلاج وأن يكتبه في الوصفة الطبية موضحاً بها طريقة استعماله والجرعة التي يجب على المريض تناولها.

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب لضمان السلامة للمريض، مرجع سابق، ص 383.

غير أنّ مبدأ حرية اختيار العلاج يجب أن لا تُتسي الطبيب الخطر المفروض وألاً يحولوا مرضاهم إلى حقول التجربة مراعين في ذلك واجب الأمانة واليقظة في وصف العلاج⁽¹⁾.

فإذا كان الطبيب ملزم بضمان سلامة المريض أثناء التشخيص والفحص وتحديد العلاج فهل يلتزم بضمان السلامة في المراحل اللاحقة على تحديد العلاج؟

يستلزم العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض أن يقوم بمتابعة حالته إذا لزم الأمر فيلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض حتى ما بعد تحديد العلاج وطالما أنّ هذا الأخير في حاجة إلى جهوده.

فيلتزم بإعطاء الأوامر والتوجيهات اللازمة لتمام العلاج حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب عن العملية أو تناول العلاج من نتائج ومضاعفات وعلى الطبيب أن يتأكد بنفسه بأن إجراءات العناية والرعاية التي يلزم القيام بها عقب العملية قد تمت على خير وجه حتى عن طريق إجراء الأشعة للمراقبة والاطمئنان.

والالتزام الطبيب بضمان السلامة يستلزم عليه أن يقوم بمتابعة حالة المريض الذي خضع للعلاج أو الجراحة، وفحصه على فترات دورية حسب حالة المريض، حتى إذا ما تبين له وجود خطأ أو حدوث مضاعفات نجمت عن التدخل العلاجي أو الجراحي، فيجب عليه أن يبادر إلى العمل على تداركها حتى لا يصاب المريض بضرر أشد وغير متوقع أدانت محكمة باريس طبيب لم يلاحظ ولم يتابع مريضه، مما أدى إلى إصابة المريض بأورام ترتبت عليها عاهة مستديمة ومضاعفات نجمت عن التدخل الجراحي⁽²⁾.

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب لضمان السلامة للمريض، مرجع سابق، ص 384.

2- مرجع نفسه، ص 388-389.

كما أن القضاء الفرنسي وضع في الحدود الزمنية للالتزام بضمان السلامة بإدخال المرحلة السابقة على التنفيذ المادي للعقد الطبي أو اللاحقة له في الإطار العقدي، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أنّ سيدة ذهبت إلى الطبيب للكشف عليها، وبعد انتهاء الكشف وأثناء نزولها من منضدة الكشف، انزلت قدمها وسقطت على الأرض وأصيبت ذهبت محكمة الاستئناف إلى أنّ مسؤولية الطبيب وإن كانت ذات طبيعة عقدية، إلا أن هذه المسؤولية لا تقوم إلا في الإطار الضيق للعمل الطبي وفيما عدا ذلك فإن القواعد العامة في المسؤولية هي التي تقوم خارج العقد ولما كان سقوط المريضة من على المنضدة بعد انتهاء الطبيب من عمله يعد عملاً خارجاً عن عقد العلاج لأنه وقع في لحظة كان فيها قد انتهى فإن مسؤولية الطبيب عن هذا الضرر تقوم على أساس المادة 1/1384 (1/1242 من القانون المدني الفرنسي بعد التعديل)، المقابلة للمادة 138 من التقنين المدني الجزائري المتعلقة بالمسؤولية عن حراسة الأشياء لكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أنه ما دام أن استخدام الشيء الذي سبب الضرر للمريضة، يرتبط بعلاقة ضرورية بتنفيذ العقد الطبي، فإن محكمة الاستئناف تكون قد فصلت بطريقة تحكيمية بين العمل الطبي والعقد الذي يشملته وهو ما يجعل حكمها واجب النقض⁽¹⁾.

ووصولاً إلى تأييد هذا الحكم ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن نطاق العقد الطبي لا يقتصر على العمل الطبي وحده، وإنما يمتد إلى العمل الذي يكون للطبيب وحده القدرة على القيام به، وأنّ هذا العمل يجب أن يوضع في الإطار الذي أحاط به الأطراف في اتفاقهم الذي لا يقبل التجزئة، فمن غير المتصور أنّ الطبيب الذي أصعد مريضه لمنضدة الكشف لفحصه طبياً، لم يعده في الوقت ذاته بإعطائه الوسائل التي تسمح له بالنزول منها، فإذا

1- عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص190.

كان الكرسي المخصص للصعود إلى المنضدة والنزول منها لا يمثل بداهة جزءاً من العمل الطبي فإنه يمثل جزءاً من العقد الطبي⁽¹⁾.

الفرع الثاني

النطاق المكاني للالتزام بضمان السلامة

يغطي الالتزام بضمان السلامة جميع الأماكن التي تسلم فيها الدائن بضمان السلامة إلى المدين به وفقدانه القدرة على ممارسته خيارات تحقيق سلامة نفسه، وانتقال تلك القدرة إلى المدين به، ويشمل جميع الأماكن التابعة للمستشفى أو لعيادة الطبيب المدين بهذا الالتزام، بمعنى يقع الالتزام بضمان السلامة على عاتق الطرف المدين بها في زمان ومكان تسليم الدائن بها إليه، كالسطح والغرف وجميع الأماكن التابعة للمستشفى أو العيادة في العقد الطبي، وقد تبدأ في بعض الحالات في مكان خارج المستشفى كأن يرسل سيارة إسعاف لنقل المريض، فيبدأ التزامه بضمان السلامة في هذه الحالة من لحظة ركوبه سيارة الإسعاف⁽²⁾.

المطلب الثاني

وسائل ضمان الالتزام بالسلامة

أدى الانتشار المتزايد للأمراض والأوبئة، سواء على مستوى الدولة الواحدة أم على مستوى العالمي، إلى كثرة السؤال عن السبل والوسائل الكفيلة والواجب انتهاجها واتخاذها بهدف تجنب مخاطر المساس بسلامة جسم المريض وصحته.

1- عبد القادر محمد أقصاصي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 191.

2- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام الطبيب بضمان السلامة المريض، مرجع سابق، ص 53.

يقول الأستاذان " مارييس كوسن" Maryse CAUSSIN و "لوسين أكاد" Lucien ACCAD بصدد الالتزام بالسلامة: "إن الطبيب ملزم قانونا بتقديم علاجات لا تُدهور حالة المريض، حتى وإن لم يستطع إشفاءه، على الأقل يضمن سلامته"⁽¹⁾. ولضمان سلامة المريض لابد من وسائل تضمن فعلا تحقيق ذلك، وهذا بتنفيذ الطبيب التزامه الأخلاقي بالإعلام (الفرع الأول) وبتعزيز ثقافة السلامة في المنشآت الطبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الالتزام بالإعلام كوسيلة للالتزام بضمان السلامة

لم يثر الالتزام بالإعلام⁽²⁾ قبل الستينات من القرن العشرين أمام القضاء، وذلك لأنه يفترض أن الطبيب كان يجري حوارا مميزا مع مريضه لم يكن يقبل النقاش ولا الإفشاء ولكن بعد ذلك أخذ التزام الطبيب بالإعلام يحتل حيزا كبيرا من عمل القضاء⁽³⁾. سواء الدولي أو الداخلي. وكذا المواثيق الدولية والإقليمية والقوانين الداخلية التي اهتمت بإبراز هذا الالتزام باعتباره أداة احترام حق الشخص في سلامة جسمه. حيث يُعتبر إحدى التجسيديات العملية للإنسانية الطبية. وهو بالتالي وسيلة لحماية حقوق الإنسان في إطار العلاقة بين الطبيب والمريض⁽⁴⁾.

1- نسيب نبيلة، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 61.

2- تم إدخال الالتزام بالإعلام كالتزام أخلاقي من طرف القضاء سنة 1942. أنظر:

ROUGE MAILLART (Clotilde), SOUSSET (Nathalie), PENNEAU (Michel), **Influence de la loi du 04 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information du patient, médecine & droit**, 2006, p 64, in: www.sciencedirect.com ou: <http://france.elsevier.com>

3- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، ع. 1، 2006، ص 124.

4 - أنظر تفاصيل التكريس القانوني والقضائي سواء الداخلي أو الدولي لحق المريض في الإعلام:

قنيفة غنيمة، التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 10.

يقصد بهذا الالتزام تزويد المريض بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض العلاج بإرادة حرة مستنيرة. وللإعلام أهمية خاصة للمريض بالنظر إلى أهمية محل التعاقد وهو العمل الطبي المراد توقيعه على جسم المريض، لأن جهل المريض بهذا العمل ومخاطره تجعل واجب التبصير أكثر من ضروري، ومما لا شك فيه أن للتبصير دور مهم في شتى المجالات، إلا أن هذا الأمر يتعاضد في المعاملات الطبية لاتصاله بأهم ما يملك الفرد وما يسعى للمحافظة عليه ألا وهو جسده، لذا ينبغي على الطبيب قبل مباشرة عمله الحصول على رضا المريض، وحتى يكون الرضا سليماً وصحيحاً لابد من تزويده بالمعلومات⁽¹⁾.

يبدأ الالتزام بالإعلام من وقت الاستشارة، يتيح للجراح أثناءها التأكد من حماس وإرادة هذا المريض للتنفيذ العلاج عليه⁽²⁾. والإعلام يجب أن يصدر قبل تنفيذ العقد أي قبل التدخل الطبي، وإلا فإنه يصبح عديم الفائدة إذا تم بعد التدخل. إذ أن طبيعة العقد تتطلب مثل هذا الالتزام، وهو مكرس بنصوص قانونية على حد السواء⁽³⁾. وهو يعتبر حق المريض القانوني. إذ نص عليه قانون الصحة الفرنسي في المادة L1111/2 على أنه: "كل شخص له الحق في أن يعلم عن حالته الصحية..."⁽⁴⁾. وكما جاء في المادة R4127-35 من نفس القانون التي تنص على "ضرورة إعلام الطبيب مريضه إعلاماً صادقاً وواضحاً ومناسباً..."⁽⁵⁾.

1- سهى الصباحين، ومنير هليل، وفيصل شطناوي، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية: دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 26، فلسطين، 2012، ص 236.

2 - CORONE (Stéphane), *Ce qu'il faut savoir avant une opération esthétique*, vos droits, top santé, emap international magazines, France, juin, 2003, p 50.

3- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 119.

4 Art. L1111 /2 du C.S.P.F, modifié par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé , In : www.legifrance.gouv.fr

5 - art. R4127-35 du C.S.P.F, codifié par le Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004 relatif aux parties IV et V (dispositions réglementaires) du code de la santé publique et modifiant certaines dispositions de ce code Les dispositions réglementaires des parties IV et V du code de la santé publique font l'objet d'une publication spéciale annexée au Journal officiel de ce jour, JORF n°183 du 8 août 2004, In : www.legifrance.gouv.fr . qui stipule : « 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... ».

كما أكد المشرع الجزائري على أهمية الالتزام بالإعلام، في القانون 18_11 المتعلق بالقانون الصحة الجديد السالف الذكر، وذلك باستحداث المادة 343 في الفصل الثاني المعنون " الجوانب الأخلاقية المتصلة بالمرضى" التي جاء نصها كما يلي: " لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض بعد إعلامه، بالنتائج التي تنجر على خياراته..."⁽¹⁾

يعد الالتزام بالإعلام من أهم الوسائل التي تضمن تنفيذ الالتزام بالسلامة، مادام الغرض من فرضه هو الحيلولة دون وصول الخطر إلى المستهلك أو المستفيد من الخدمة أو المساس بصحته وأمواله، وبالتالي فإنّ الهدف الأول للالتزام بالإعلام هو المحافظة على سلامة الشخص وتحقيق حمايته من أي ضرر سواء جسمه أو ماله، فالالتزام بالإعلام يرتبط بالالتزام بضمان السلامة⁽²⁾، والالتزام بالإعلام يجب تنفيذه قبل إبرام العقد، بحيث يقبل على إبرامه وهو على بينة، فالطبيب ملزم بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بحالته التي تساهم في تكوين الرضا لديه، وهذا الالتزام يجد أساسه في نظرية صحة الرضا وسلامته فهو يتعلق بإبرام العقد⁽³⁾. فعلى المتعاقد المهني بالمبادرة بتبنيه غير المهني بمخاطر تنفيذ العقد حتى يترك له خيار قبول هذا التنفيذ مع مخاطره أو رفضه، فالالتزام بالإعلام يفترض أن أحد

1- المقارنة بين نص المادة 154 من قانون الصحة وترقيتها رقم 85-05 القديم، ونص المادة 343 من قانون الصحة 18-11 الجديد، في النص القديم نص، يكون الحصول على موافقة المريض إلا في حالة تقديم العلاج الطبي، بمعنى في الأعمال الطبية الأخرى ليس ضروري، في حين في القانون الجديد قد احسن المشرع بالإضافة إلى جانب ضرورة الحصول على الموافقة على تقديم العلاج ، ضرورة الحصول على الموافقة في أي عمل طبي يقوم به الطبيب. بمعنى القانون الجديد وسع في مجالات أين يجب على الطبيب طلب موافقة المريض. وكما أضاف النص الجديد ضرورة احترام إرادة المريض بعد إعلامه بكل النتائج التي تنجر عن خياراته، وكما النص الجديد حدد المعلومات التي يجب ان يعلم بها المريض.

2- أكرم محمود حسين البدو، إيمان محمد ظاهر، الالتزام بالإفشاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 1، السنة العاشرة، ع.24، جامعة الموصل، العراق، 2005، ص ص39-40.

3- أقصاصي عبد القادر محمد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص145.

المتعاقدين محترف لمهنة معينة والطرف الآخر غير محترف، فيقع على الأول التزام بتبصير والإفصاح بما لديه من معلومات للثاني⁽¹⁾.

وهذا الالتزام يجد أساسه في الثقة التي يضعها المتعاقد غير المهني في المتعاقد المهني⁽²⁾، وتأتي هذه الثقة نتيجة عدم المساواة بينهما في العلم والمعرفة، فالالتزام بالإعلام هي وسيلة لتحقيق السلامة عندما يتخذ شكل تحذيرات، فهي تعتبر أول خطوة من خطوات تنفيذ الالتزام بضمان السلامة هي قيام أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر عند إبرام العقد بخطورة الأداء محل الالتزام والتي قد تهدد سلامته⁽³⁾.

تأتي هذه الثقة نتيجة عدم المساواة بينهما في العلم والمعرفة، فالالتزام بالإعلام هي وسيلة لتحقيق السلامة عندما يتخذ شكل تحذيرات، فهي تعتبر أول خطوة من خطوات تنفيذ الالتزام بضمان السلامة هي قيام أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر عند إبرام العقد بخطورة الأداء محل الالتزام والتي قد تهدد سلامته⁽⁴⁾.

فالالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المستشفى والطبيب تجاه المريض له علاقة بسلامة المريض في المستشفى، إذ يعد الإعلام بحقيقة المرض ونوع العلاج وتداعياته ومكونات ومزايا ومخاطر الدواء، من الحقوق المقررة للمريض، ومن ثم ليكون المريض على

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 282.

2- يعتبر الاهتمام الذي يوليه الطبيب بالمريض عن طريق إعلامه بكل حالته، محفزاً لاستمرار العملية العلاجية ومؤشراً إيجابياً على بلوغ نتائج مهمة، فإعلام الطبيب مريضه، يشعره بالاهتمام من طرف الطبيب ويجعل سهلاً بناء الثقة، ومن المعروف عن المريض المبادر ببناء الثقة في الطبيب نظراً لعدم التوازن بين الطرفين، لأن الأطباء يعملون على تسهيل المهمة للمريض في بناء الثقة. انظر: بن مغنية قادة، الثقة بين الطبيب والمريض في المسار العلاجي، - دراسة لحالات- رسالة دكتوراه علوم في علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، وهران، 2017.

3- عبد القادر محمد أقصاوي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 145-146.

4- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، مرجع سابق، ص 308.

بيئة لصدور رضا صريح ومستشير للقبول بإجراء العمل الطبي.

قررت محكمة النقض الفرنسية مسؤولية الطبيب عن ضرر وقع لطفل نتيجة كسر أضلاعه بسبب وضع جهاز طبي على صدره، على الرغم من أن الطبيب اتبع التعليمات المقررة لكيفية استخدام الجهاز، واستندت في قرارها إلى أن الطبيب المسؤول أخل بالتزامه بتقديم معلومات كافية إلى ذوي الطفل عن مخاطر استخدام الجهاز على سلامة طفلهم⁽¹⁾.

وكما يلزم الطبيب بتبصير المريض بالمنتج الطبي، حيث أكد قانون جويلية 1998 على أهمية التبصير بالمنتج الطبي وذلك بإعلام مستهلكيه بأخطاره المعلومة فضلا عن أخطاره المتوقعة، ويحدد مضمون التبصير كل ما من شأنه درء خطأ متوقع، أو لتحسب خطر متوقع، أو لخطر محتمل أو حتى الاحتياط لحضر حدوثه⁽²⁾.

وعلى سبيل التشديد، ظل القضاء يحاسب الطبيب إذا ما أخل بالتزامه إلى أن جاء السابع من أكتوبر 1998 وقررت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية، بأن الطبيب يلتزم من الآن فصاعدا بتبصير المريض ليس فقط بوجود المخاطر العادية الملازمة للمنتج الطبي بل بالمخاطر غير العادية (الاستثنائية) كذلك⁽³⁾.

والرأي السائد في الفقه المعاصر هو أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام بضمان السلامة، ما دام الغرض منه هو حماية مستهلك الخدمة أو السلعة من المساس

1- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص83.

2- المنتجات الطبية، حددتها المادة 06 و 07 من قانون جويلية 1998 في مادته السابعة بأنها: "المنتجات التي تتعلق بالإنسان سواء لغايات تجميلية أو لأغراض الصحة البدنية، وتعتبر منتجاته طبية الأدوية والعقاقير، والأجهزة الطبية، وكل ما يتصل بها من أدوات وآلات فضلا عن التفاعلات التي تتم في المختبرات ومعامل الأبحاث العلمية والعيانات الطبية التي تأخذ لغرض الاختبار والعناصر الفعالة التي تستخدم في هذا الصدد". أنظر:

Loi N°98-535 du 01 juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, JORF N°151 du 02 juillet 1998 in: www.legifrance.fr

3- عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الموسم الجامعي 2013-2014، ص335.

بسلامته الشخصية وبسلامة أمواله، إذا فهو يرتبط بالالتزام بضمان السلامة الذي يعد أعم منه، وهي التزام بتحقيق نتيجة، لأنّه من الالتزامات المحددة التي تقضي إلى نتيجة معينة ألا وهي إحاطة المريض بحالته الصحية ومخاطر العلاج⁽¹⁾.

ولكي ينفذ الطبيب التزامه بالإعلام على أكمل وجه، لا بد أن يبحث وأن يستعلم عن كل المستجدات من تقنيات ووسائل العلاج والمخاطر التي قد تترتب عنها، فيجب عليه اتباع الأصول العلمية التي تظهر فيها اكتشافات علمية جديدة، وتكون واجبة الاتباع، لأن العلم في تطور مستمر، فيجب عليه متابعة التطورات العلمية الطبية التي تضيف أصولاً جديدة إلى الأصول المستقرة في علم الطب حتى يقف دائماً على ما استجد من وسائل العلاج، لأنّ الطبيب إذا قام بالعلاج وبإعلام مريضه وفقاً لهذه الأصول قد وفى بالتزامه قبل المريض أما إذا قصر في اتباع هذه التطورات العلمية فإنّه يخيب ثقة المريض فيه، ويحرمه من الاستفادة من المعرفة الجديدة المكتسبة، إذ يجب على الطبيب دائماً متابعة التطورات العلمية، وأن يكون على علم بما استجد من وسائل العلاج والوقاية ليطبقها ويعلم بها مرضاه⁽²⁾.

الفرع الثاني

تعزيز ثقافة السلامة عن طريق الوقاية الطبية

تُعرف الثقافة بأنها افتراضات عميقة الجذور والقيم، ومبادئ المؤسسة التي تواجه تفاعلات الأعضاء من خلال المواقف والعادات والسلوك. وتوجد ثقافة السلامة عندما يكون هناك جهود منظمة ومركزة بالالتزام من كل مستخدم الصحة من أطباء وموظفين للحفاظ على المرضى⁽³⁾

1- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 85 و86.

2- علاء الدين خميس، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، دار الكتاب القانوني، الإسكندرية، 2009، ص 169-170.

3- باريارام سول، سلامة المريض، 2014، ص 03، الموقع الإلكتروني:

www.theific.org/wp-content/uploads/2014/08/PtSafetyArabic.pdf

وتعزيز ثقافة سلامة المريض تؤدي إلى ترشيد المواقف والمبادئ وتصرفات الأشخاص والمؤسسات، وباتباع ثقافة سلامة المريض، فإن كل مستخدم الصحة مسؤولون عن صحة مرضاهم التي تحتاج إلى الحماية والوقاية⁽¹⁾.

والوقاية الطبية هي مجموع التدابير الموضوعة ضد أخطار الأمراض، وحسب منظمة الصحة العالمية، الوقاية الصحية هي مجموع النشاطات الهادفة إلى ترقية الصحة الفردية والجماعية بهدف ضمان الكمال الجسدي والعقلي للإنسان وكذا تطوير قدراته الحيوية كالإبداع والرغبات وعلاقته الإيجابية بمحيطه من جهة، ومن جهة أخرى العمل على حفظ المخاطر التي تستهدفه في جسده ومحيطه الفيزيائي والنفسي والاجتماعي⁽²⁾. كما أصبح تعزيز ثقافة السلامة واحد من أهم أعمدة تحقيق سلامة المرضى، ويتزايد الاهتمام في إرساء ثقافة السلامة في مجال جودة الرعاية الصحية في المستشفيات سواء العامة أو الخاصة.

تعتبر سلامة المريض حجر الزاوية في رعاية الصحة وفي جودة الخدمات الطبية⁽³⁾ وأهمية المستشفى كونه المكان الذي يقصد للشفاء والمكان المفترض أن يكون على أعلى مستوى من الأمن والسلامة، ولذا يتوجب على كل منتسب إلى هذه المنشأة الصحية تحسين

1- باريارام سول، سلامة المريض، ص 01.

2- عمر شنتير رضا، الوقاية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بين عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007، ص16.

3- تعرف الهيئة الأمريكية المشتركة لاعتماد المنظمات الصحية (JCAH) جودة الخدمات الصحية على أنها: "درجة الالتزام بالمعايير المعترف بها لتحديد مستوى جيد من الممارسة ومعرفة النتائج المتوقعة لخدمة معينة أو إجراء تشخيصي لمشكلة طبية معينة" ويشدد هذا التعريف على عناصر الجودة الفنية والاجتماعية والنفسية، وكذلك يتضمن المعايير الواجب الالتزام بها، كذلك المقارنة بين المعايير الموضوعة والتطبيق للحث على تحسين وتطوير الخدمات الصحية. ويعرف أيضا جودة الخدمة الصحية على أنها "الدرجة التي تصل فيها الخدمات الصحية للأفراد والمجتمع إلى الارتفاع بالمستوى العام للصحة تحقيقا لحياة أفضل مع تطبيق آخر ما توصلت إليه الخبرات العلمية والفنية المتخصصة لتحقيق أداء أفضل". شهد القرن العشرين قفزة حقيقية في مجال الخدمات الصحية وفي تحسين جودتها وذلك من خلال التطور التكنولوجي الهائل والسريعة الذي ساعد العاملين في مجال العلوم الطبية على استخدام الأشعة والطب النووي والعلاج الكيماوي. أنظر: فطيمة عبيد الله، تقييم جودة الخدمات الصحية في المخابر الطبية الخاصة، دراسة عينة من زبائن المخابر الطبية الخاصة في ولاية معسكر، مجلة مجاميع المعرفة، رقم 05، عدد أكتوبر 2017، المركز الجامعي لتندوف، الجزائر، 2017، ص53.

أداء ونوعية وسلامة الخدمات المقدمة إلى المرضى⁽¹⁾، سواء من قبل الطاقم الطبي أو إدارة المستشفى وحتى من قبل المرضى أو الزوار أنفسهم.

حيث أثبتت الدراسات أن أكثر من 92 من الحوادث داخل المستشفيات تكون من المرضى والمتكردين على المستشفيات بسبب السلوك المعيب والتصرف غير المأمون الذي يقوم به بعض المرضى نتيجة عدم تقديرهم للمواقف التي تحتاج لحسن تدبير وبقطة وحذر أو نتيجة عادات غير حميدة اكتسبوها في ممارسات خاطئة، ولما كانت الحوادث تؤثر على المرضى وما يقدم لهم من خدمات طبية ورعاية صحية، كما تؤثر على حجم وزيادة تكلفة هذه الخدمات⁽²⁾.

وعلى هذا لابد من إيجاد وسيلة لضمان سلامة المرضى باتخاذ إجراءات الوقاية والوعي الوقائي بإجراءات السلامة وانتشارها بين المرضى، لأن عدم إدراك هذا الأخير للأخطار الموجودة داخل المستشفى وعدم إلمامهم بوسائل الوقاية إلى جانب الإهمال الطبي من أهم مصادر وقوع الحوادث والأخطار الأخرى داخل المستشفيات.

ويعتمد السلامة على جميع الاحتياطات والإجراءات الوقائية والاحترازية الفنية والطبية من وعي وحذر وحسن تصرف في ظروف العمل ولإيجاد بيئة عمل آمنة خالية من جميع المخاطر والأمراض التي تهدد حياة وصحة الأفراد⁽³⁾.

1- حمود بن محمد علي الجمالي، الهندسة الصناعية ودورها في الحفاظ على أمن وسلامة المنشآت والمكتسبات الوطنية، المؤتمر الأول لشعبة الهندسة الصناعية بالهيئة السعودية للمهندسين، معهد الهندسة الصناعية، في 20 إلى 22 أكتوبر 2008، الموقع الإلكتروني: www.kenana.online.com

2 - فراج علي سعد السبيعي، مدى الرضا عن مستوى خدمات الأمن والسلامة في مدينة الملك فهد الطبية من وجهة نظر المبحوثين، مذكرة ماجستير في قسم العلوم الشرطية، تخصص: قيادة أمنة، جامعة نايف العربية للعلوم المنية، كلية الدراسات العليا، قسم علوم الشرطة، الرياض، العربية السعودية، 2013، ص33.

3- فراج علي سعد السبيعي، مدى الرضا عن مستوى خدمات الأمن والسلامة ...، مرجع سابق، ص34.

وباعتبار المستشفى هو المكان الذي يفترض أن يكون فيه أعلى مستوى من الأمن والسلامة والصحة، يتوجب على مديري المستشفيات تحسين الأداء ونوعية وسلامة الخدمات المقدمة للمرضى، والتي كثيرا ما يصاحبها انخفاض معدلات الإصابة بالعدوى في المستشفيات وقلة الأخطاء الطبية بها وتحسين إدارة الأدوية.

وإجراءات السلامة تمس سواء العامل المتمثل في الإدارة والأطباء والمرضى والفنيين والعمال والمرضى وثم الزوار، وأيضا متابعة مستوى السلامة سواء للمبنى والمعدات والأجهزة والأدوات المستعملة.

على هذا، لابد من إيجاد آلية للتنسيق وتدريب العاملين وتثقيف المرضى وذويهم والزائرين لتقييم الحالة الصحية للمرضى، وكذلك استخدام أجهزة وأدوات وأدوية واستعمال الدم ومشتقاته سليمة وخالية من أي عيب ومكافحة العدوى. ولابد من تحسين المعلومات وتطوير كفاءة الأطباء والمرضى الذي يعتبر من أهم الأسباب التي تؤدي إلى المساس بسلامة المرضى وذلك بسبب قلة المعرفة الطبية ونقص التدريب، وكل هذا يكون بالتشديد على المستشفيات لضمان سلامة المرضى وذلك بتحسين المستشفيات وإتقان الجودة لرفع مستوى سلامة المرضى التي يجب أن تعد من أهم أولويات الوزارة وأحد محاورها الاستراتيجية، حيث يجب وضع برامج ومشاريع لتحسين الأداء الطبي وتجويده في كل المرافق الصحية للوصول إلى أرقى مستوى للخدمات الصحية المقدمة للمرضى.

ومن أجل ذلك لابد من ضمان سلامة المرضى ابتداء من دخوله المستشفى إلى حين خروجه، وذلك بتحسين الخدمات الطبية في غرف العلاج وغرف العمليات التي تعتبر مرحلة العملية الجراحية وما بعدها من أحد الهموم الطبية التي تعمل الأوساط الطبية جاهدة لإيجاد حلول تبعد عن المرضى شبح الإصابة بالمضاعفات الميكروبية وتعرض المرضى

للحوادث والتداعيات وغيرها. وللد من هذه الأضرار التي قد تلحق بالمرضى نتيجة لخضوعه للعمليات الجراحية، وضعت منظمة الصحة العالمية ما يعرف في الأوساط الطبية بـ"قائمة مأمونية الجراحة" وهي قائمة تفقدية تشمل على ضرورة مراجعة الفريق الجراحي من أطباء وممرضين وفنيين عناصر محددة ترفع من مستوى مأمونية إجراء العملية الجراحية، وهي وسيلة قوية لضمان سلامة المرضى ومنع حصول مضاعفات جراء الخضوع للعملية الجراحية⁽¹⁾. وكذا تدريب الأطباء لمتابعة أي خطر محتمل حدوثه للمريض، وتدريب الصيدلي لمتابعة تطبيق دليل السلامة الدوائية وتنقيف الأطباء وهيئة التمريض على الأسلوب الأمثل لإعطاء الدواء. وكل هذا عن طريق استخدام المعايير ذات إطار علمي يسمح للمستشفى بتقويم ما تقدمه من رعاية للمرضى من منظور مأمونيتهم والعمل على بناء قدرات العاملين في نطاق سلامة المرضى بالإضافة إلى اشتراك المستفيدين من الخدمة بما فيهم المرضى في تحسين الرعاية الصحية وسلامتهم.

1- حسن محمد صندقجي، متى تنجح جهود ضمان سلامة المرضى؟ الشرق الأوسط، جريدة العرب الدولية، في 28 مارس 2014، الموقع الإلكتروني: www.Archive.aawsat.com

المبحث الثاني

أحكام الالتزام بضمان السلامة

الالتزام الطبيب بضمان سلامة المريض، يتفق ومقتضيات العدالة، ذلك لأن المريض حين يخضع للتخدير ويفقد وعيه، فضلا عن أن ظروف الجراحة تفرض أن يبتعد عنه أقاربه، لذلك فإنّ الطبيب يلتزم في مواجهة مريضه أن يؤمن سلامته بهدف حمايته، وهذه الأخيرة يكفل تحقيقها للمريض ذلك التقدم العلمي الهائل في مجال الطب ووسائله وأدواته وكذلك وسائل العلاج والكشف والتشخيص والجراحات الدقيقة التي تستوجب حماية المريض والتي اضطرت الأحكام الفرنسية إلى تطوير أحكامها التي تنظم الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بضمان السلامة (المطلب الأول) وتحديد طبيعة الالتزام بالسلامة الواقع على عاتق الطبيب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

أساس الالتزام بضمان السلامة

وضحنا في البداية أن الالتزام بضمان السلامة كان من ابتكار القضاء وذلك في عقد النقل البحري، فأول ما نشأ الالتزام بالسلامة، نشأ في الإطار العقدي، حيث أن إقرار القضاء لهذا الالتزام، كان من أجل حماية المتعاقد المضرور، وتحسين موقفه من الخدمة التي تقدم له كعلاج في المستشفى أو غيرها من الخدمات، وجبر الضرر الذي يصيب سلامة جسمه وصحته استنادا إلى أحكام المسؤولية العقدية حتى ولو لم ينص عليه في العقد صراحة (الفرع الأول) لكن القضاء في بعض الحالات يجد صعوبة في الحكم بالتعويض استنادا لأحكام المسؤولية العقدية، وأمام الرغبة التشريعية في حماية المستهلك أكثر، اقتضى الأمر سن نصوص تشريعية غيرت من أساس ومصدر هذا الالتزام من أساس عقدي إلى أساس

تقصيلي (الفرع الثاني). ولحماية أكثر لكل متضرر من جراء عمل أو خدمة المتعاقد معه المهني الذي لا يهم أن تربط به علاقة عقدية أو تقصيرية، ابتكر أساس آخر للالتزام بالسلامة، وهو الأساس المهني، إذ يعتبر الأساس القانوني الأمثل له (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الأساس العقدي للالتزام بضمان السلامة

إسناد الطابع العقدي للالتزام بالسلامة من شأنه إيجاد وسيلة تتفق مع فروع القانون الوضعي فهو يتعلق بالتزام تبعي إلى جانب الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب⁽¹⁾.

وضحنا في البداية أن تطبيق الالتزام بضمان السلامة كان بمناسبة عقد النقل البحري في 21 نوفمبر 1911، الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية قررت أن تنفيذ عقد النقل يستلزم من الناقل توصيل المسافرين سليماً ومعافى، وهو ما قرره لاحقاً في قرار صادر لها في 1913 وذلك بالتأكيد على أن الالتزام بالسلامة قد نشأ عقدي، وسرعان ما يعمم على كل العلاقات التعاقدية⁽²⁾.

فإقرار القضاء لفكرة الالتزام بضمان السلامة في العقود، كان بكل تأكيد من أجل حماية المتعاقدين المضروور وتحسين موقفه من السلعة أو الخدمة التي تقدم له كعلاج في المستشفى أو غيرها من الخدمات، وبالتالي يتقرر جبر الضرر الذي يصيب سلامة جسمه وصحته استناداً إلى أحكام المسؤولية العقدية حتى ولو لم ينص عليه العقد صراحة.

إدخال الالتزام بالسلامة في العقود، يستجيب لحاجة معاصرة سواء في القانون الوطني أو المقارن، لأن عبارات العقد وكلماته كتعبير عن إرادة الأطراف، لا تلغي ولا تمحي روح الاتفاق الذي يجمع المتعاقدين⁽³⁾.

1- MANSART (Beatrice), *la responsabilité médicale...*, op.cit, p420.

2- Ibid, p 14.

3- مواقي بناني أحمد، *الالتزام بضمان السلامة*، مرجع سابق، ص415.

وجود الالتزام بضمان السلامة في العقد يكون عن طريق ربطه بالإرادة التعاقدية وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، ولما كانت هذه الإرادات التعاقدية لم تعبر بصفة صريحة عن وجود الالتزام بالسلامة، فإنه بتفسير العقد، أي بالبحث عن الإرادة المفترضة للطرفين، ثم ربط الالتزام بضمان السلامة بالعقد⁽¹⁾.

فسلطة القاضي في تفسير للعقد، يعني البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وهذا هو الهدف وعلى القاضي أن يصل إليه دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، وإذا كانت عبارات العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها بدعوى تفسيرها، وأما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عن المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات⁽²⁾ ولا يقتصر القاضي في تحديد مضمون العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد⁽³⁾ لهذا فإن القاضي بما له من سلطة في تفسير العقد يمكنه أن يضيف التزامات غير موجودة فيه، وهذا هو الذي كان سببا مبررا لميلاد الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل من طرف القضاء الفرنسي، عندما أكد أن عقد النقل الأشخاص يتضمن أيضا الالتزام بتوصيل المسافر إلى مقصده سالما، إذ هذا يؤكد السلطة التي يتمتع بها القاضي في إنشاء الالتزامات التي لا ينتبه الأفراد لإدراجها بعبارات واضحة وصريحة ضمن بنود العقد⁽⁴⁾.

لكن هل القاضي يمكن أن يضيف على العقد الطبي التزام ملحق بالسلامة مثلما أضافه إلى عقد النقل الذي يعتبر مرحلة تجريبية لهذا الالتزام، وأيضا هل من السهل اعتبار

1- أقصاصي عبد القادر محمد، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص174.

2- راجع نص المادة 111 ق.م.ج.

3- راجع نص المادة 2/107 ق.م.ج.

4- مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة....، مرجع سابق، ص414.

القضاء أن العقد الطبي يحتوي إلى جانب الالتزام ببذل عناية التزم محدد بضمان سلامة المريض؟

فهنا يتعارض مع مبدأ حرية التعاقد التي يمنع القاضي أو المشرع التدخل في الاتفاقيات عبر مراحلها سواء في مرحلة المفاوضات أو مرحلة التنفيذ⁽¹⁾ -إلا في بعض الاستثناءات-.

لكن في الواقع منذ فترة طويلة، المحاكم تتدخل لاضافة بعض الالتزامات التي تعتبرها من مستلزمات العقد لتعزيز مضمونه الإلزامي وهو ما يسمى ب (l'art de faire parler le contrat) ، بهدف ضمان السلامة وفعالية العلاقات بين المتعاقدين كل ذلك سعيا لتحقيق المساواة بين الضحايا⁽²⁾ ويرجع الأساس القانوني لهذا الالتزام إلى نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بنص المادة 1194 من القانون المدني الفرنسي الجديد⁽³⁾ المقابلة للمادة 2/107 قانون مدني جزائري التي تنص على: «...ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام».

فالتوسع في الأساس التعاقدي يجد مبرراته في المادتين السابقة الذكر، وكون الالتزام بضمان السلامة لم يشر إليه في العقد لا ينزع منه هذا الالتزام الأساس العقدي.

1- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale...**, op.cit, p420.

2- Ibid, p421.

3- art. 1135 du l'ancien C.C.F précité, stipule : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. ». Art. 1194 C.C.F , Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 , précitée, stipule: « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

فإضافة مثل هذا الالتزام يرجع إلى اعتبارات العدالة⁽¹⁾ التي أصبحت في مصاف مصادر الالتزامات العقدية المستقلة عن الإرادة المعبر عنها وذلك عن طريق إدماجها بمعرفة القاضي في العقد، فإن كانت هناك تقوية للمضمون الإلزامي للعقد فهي تقوية قانونية، والتي تستحق إعطاء الالتزامات المدمجة في العقد أساسا موضوعيا من اعتبارات العدل والعدالة التعاقدية وليس بإقامتها على إرادات مفترضة والتي ليست دائما متطابقة⁽²⁾. وهذا رأي الأستاذة " بن شعبان حنيفة" بقولها أن "في الواقع ليس صحيحا وجود الالتزام بضمان السلامة خاص بالإرادة المحتملة لمتعاقدين، وإنما في الحقيقة الالتزام بضمان السلامة تم إدماجه في العقد عن طريق القاضي"⁽³⁾

والالتزام بضمان السلامة يعتبر الابن الروحي للقاضي، فيطبقها أينما طلب للفصل في قضية ما، وهو يعتبر التزاما قضائيا ذا أهمية إلى جانب الالتزام بالإعلام والتحذير والنصح والحيطة التي قام القضاء أيضا بإضافتها في العقد⁽⁴⁾. التي تعتبر من مكونات الالتزام بالسلامة. وهكذا، فالالتزام بضمان السلامة يبدو كالتزام ملحق منصوص عليه ضمنيا من قبل

1- أصبحت العدالة من المصادر القانونية المضافة من قبل القاضي إلى الالتزامات التعاقدية المستقلة عن الإرادة المعبرة عنها، وتجد الالتزامات المدمجة في العقد لها أساسا موضوعيا مستمدة من اعتبارات العدل والعدالة التعاقدية، وليس إقامتها على إرادات مفترضة والتي لا تأتي بتطابق دوما، وهذا هو التحليل الذي تبناه الاجتهاد القضائي وبوجه خاص، أحكام محكمة النقض الفرنسية التي صدرت بمقتضى نص المادة 1135 السالفة الذكر، الذي يعطي للقاضي أن يضيف للعقد ما يقتضي به العرف والعدالة، ومن ثم يجب على القاضي أن يقدر ما إذا كان في إضافته التزام ثانوي إلى مضمون العقد ما يحقق تنظيم أفضل العلاقات بين طرفيه أم لا، ومن هنا يقع على عاتق الطرف المهني التزاما بضمان سلامة الطرف المضرور، وليس هناك ما يدعو إلى اللجوء لتفسير الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ولكن يتعين عند الغموض البحث عما إذا كان الالتزام أحد المتعاقدين تتضمن سلامة العاقد الآخر يتم تنفيذ العقد على الوجه الصحيح أم لا.

أنظر: أكو فاتح حمه رش، مدى التزام مستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 81.

2- عبد القادر محمد أقصاصي، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 175.

3 - « ce n'est pas à vrai dire, par interprétation de la volonté probable des parties que l'on déclare l'existence de cette obligation de sécurité, il s'agit en réalité d'une obligation introduite dans le contrat par voie "prétorienne". Voir : BENCHABANE Hanifa, l'aléa dans le droit des contrats, op.cit, p 365.

4 - MANSART (Beatrice), La responsabilité médicale..., op.cit, p421.

المتعاقدين الذي يضاف إلى الالتزام الرئيسي الذي يشكل استمرارا بالمعنى المنصوص عليه في المادة 1135 مدني فرنسي - السابقة الذكر - أكثر من التزام "ملحق".

الالتزام بالسلامة يظهر كالتزام "مكمل" لدرجة أن سلامة الشخص المتعاقد تصاحب بصفة طبيعية الالتزام الرئيسي مما يجعل تنفيذه ممكنا، وبالتالي من الصعب أن نرى أن عقد نقل الأشخاص أنه قد لا يلزم الناقل من نقل المسافرين بأمن وسلام⁽¹⁾.

خلال عدة سنوات، لم يرغب القضاء إدخال التزام ملحق بالسلامة في العقد الطبي الذي أقرّ بالعلاقة العقدية بين الطبيب ومريضه منذ قرار "مرسي" (Mercier)، في 20 ماي 1936⁽²⁾، بعدما أيدت محكمة النقض الفرنسية محكمة "أكس" (Aix) برفض دفع الطبيب بالتمسك بتطبيق التقادم الثلاثي، وأكدت الطابع العقدي لمسؤولية الطبيب بقولها: ... حيث أنه يشكل بين الطبيب ومريضه عقدا حقيقيا، يتضمن تعهد الطبيب إن لم يكن بشفاء المريض، والتي لم يكن يزعم بها أبدا، فعلى الأقل تقديم عناية خاصة، مع اتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تتناسب مع المعطيات العلمية المكتسبة وأن الإخلال حتى وإن كان غير إرادي بهذا الالتزام العقدي، فإنه يولد مسؤولية مماثلة من نفس الطبيعة، أي مسؤولية عقدية، وأن الدعوى المدنية الناشئة عنها تتخذ أساسها من مصدر مستقل عن الواقعة المخالفة للقانون الجنائي، وهو إخلال بالالتزام عقدي سابق الوجود ومن ثم لا يطبق عليها أحكام التقادم الثلاثي المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي" وهذا الحكم لم يأت عن طريق الصدفة أو مجرد الرغبة في تغيير قضاء استقر على تطبيق أحكام القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية. بل كان الدافع هو تحقيق الحماية القانونية للمريض المضرور جسمانيا نتيجة لإخلال الطبيب بالتزامه المنبثق من العقد بضمان سلامته، فالحكم الذي حول مسؤولية

1- RADE (Christophe) , L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, op.cit, p113.

2- HOQUET- BERG (Sophie), C.CASS. CIV, 20 mai 1936 Mercier, RGA, in: www.revuegeneraledudroit.eu

الطبيب من الإطار التقصيري إلى الإطار العقدي تنبض بحرارة جوهر الأساس الفلسفي لفكرة ضمان سلامة الأشخاص وهي تحقيق الحماية القانونية للمضرورين جسدياً في كافة النشاطات الإنسانية⁽¹⁾.

التزام ملحق بالسلامة التي بموجبه الطبيب ملزم بتحمل مسؤولية بعض الأضرار التي وقعت بمناسبة التدخل الطبي أو تقديم العلاج⁽²⁾، رغم أن نسبة التعرض لخطر المساس بسلامة الشخص أكثر وضوحاً في العقد الطبي، بالمقارنة إلى العقود الأخرى التي تم الاعتراف بمثل هذا الالتزام في متنها، إذ خطر المساس بسلامة جسم المريض موجود في صميم تلك الخدمة الطبية وموجودة أثناء تنفيذ العقد الطبي، مما يجعل هذا الالتزام امتداداً طبيعياً وملحقاً أساساً للتدخل الطبي، ولذلك من المستغرب أن محكمة النقض الفرنسي لم تعترف بوجود الالتزام بالسلامة في العقد الطبي منذ البداية⁽³⁾.

وتفسير الرفض القوي في البداية بإدخال الالتزام بالسلامة في عقد العلاج هو رغبة في عدم تقادم مسؤولية الأطباء وبعدم تحويل التزامهم الأصلي الذي عادة التزام ببذل عناية إلى التزام بالنتيجة الذي سوف يجعل في نهاية المطاف تراجع الأطباء عن ممارسة نشاطهم الطبي⁽⁴⁾.

حسب بعض الفقهاء من بينهم "برق" (S.Hoquet Breg) يرون أنه حتى ولو لم ينص عليه الأطراف صراحة عليه، فيمكن كشفه من الإرادة الضمنية للطبيب والمريض، فالالتزام بالسلامة يعكس تماماً إرادة المتعاقدين في العقد الطبي⁽⁵⁾.

والشيء الذي لا يمكن إنكاره هو أن المريض عند استشارة الطبيب لم يكن يفكر أبداً

1- محمد التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 302.

2- RADE (Christophe), *L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale*, op.cit, p114.

3- MANSART (Beatrice), *la responsabilité médicale...*, op.cit, p422.

4- RADE,(Christophe), *L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale*, op.cit, p114.

5- MANSART (Beatrice), *la responsabilité médicale...*, op.cit, p422.

بإمكانية تعرضه لضرر جديد لا علاقة له بحالته الصحية الأولى، وأما فيما يخص الطبيب حسب هذا الاتجاه الفقهي، فإنه لما يوافق على تقديم العلاج وتشخيص هذا المريض، فإنه يعده ضمناً بعدم التسبب بأضرار أخرى ليس لها علاقة بالضرر الذي بسببه أتى لاستشارته أو لعلاجه، فبالنسبة للطبيب يعتبر الالتزام بالسلامة التزاماً إطلاقياً حقيقياً، به يشعر دون أدنى شك بأنه مدين بهذا الالتزام وواجب يقع عليه بعدم إضرار مريضه⁽¹⁾.

لكن هذا التفسير بوجود إرادة ضمنية لوجود الالتزام بالسلامة في العقد، تعرض لكثير من الانتقادات، كون ذلك يتم عن طريق تضمين في تفسير إرادة المتعاقدين أحياناً لا يصادق الواقع، فيحتوي على جانب كبير من التحكم في البحث بكل الوسائل عن إخراج التزام إرادي غير معبر عنه، فهل يمكن افتراض بأن المدين (الطبيب) قد قصد ضماناً بالسلامة دون أن يقول ذلك خاصة عندما يكون هذا الالتزام بتحقيق نتيجة؟ أكثر من ذلك حتى وإن افترضنا أن المضرور (المريض) قد فكر في مخاطر المساس بسلامته الصحية والجسدية الناشئة عن تنفيذ العقد (عن التدخل الطبي) وعدّ نفسه دائماً بمثل هذا الالتزام، فمن غير المعقول في كل الحالات أن تكون إرادتا الطرفين ملتقيتين حول هذا الأمر⁽²⁾، على هذا يرى اتجاه آخر أنّ الطبيعة العقدية للالتزام ليس على أساس مبدأ سلطان الإرادة ولا على أساس تفسير الإرادة الضمنية، فبالنسبة لهم الالتزام بالسلامة ذات طابع عقدي، لكن هذه الإرادة لا تعبر عن الرغبة المحتملة للمريض، وإنما الرغبة المرغوب فيها، إذ المنطق عندهم يتجه نحو التفسير الموضوعي للعقد الذي يتضمن أحكاماً قانونية إلزامية في حالة مخالفتها يترتب عنها مسؤولية عقدية، لكن الالتزام بالسلامة المفروضة على عاتق الطبيب يكون عقدياً، لأنّ أطراف العقد الطبي (الطبيب والمريض) يجدون أنفسهم في وضع توفر لهم فرص خاصة وجديدة للإيذاء والإضرار، والمريض هو المعرض أصلاً لهذا الضرر بالمقارنة

1- MANSART (Beatrice), *la responsabilité médicale...*, op.cit, p422.

2- أقصاوي عبد القادر محمد، *التزام بضمان السلامة في العقود*، مرجع سابق، ص 174-175.

للغير⁽¹⁾، هذا لا يعني أن المسار العقدي هو دائماً المرضى، ولكن ما هو مشاع هو اقتران الالتزام بالسلامة بواجب غير عقدي، ففي الواقع منذ ابتكار القضاء للالتزام بالسلامة في عقد النقل البحري 1911 سلامة الأشخاص تغيرت أبعاده، حيث إذا كان في ذلك الوقت الاعتراف بالطابع العقدي لهذا الالتزام مبرراً، حالياً الأمر يعتبر متنازعا فيه، ففي الواقع في سنة 1911 فإن سلامة الأشخاص لم تكن مهددة مثل الآن، إذ كانت تظهر فقط في بعض العقود التي تعتبر غير مشاعة كعقد النقل البحري، حالياً الخطر تغيرت نسبته وأبعاده أصبح يمس في الحقيقة كل النشاطات والمجالات، فالقاضي حالياً أدرج الالتزام بالسلامة في عدة عقود، ومن هذا من الحكمة الاعتراف بوجود الالتزام العام بالسلامة بدلا من فرضه في كل مرة على عقد معين على أن المدين تقع عليه التزام سلامة من يتعاقد معه، لاسيما أن هذا الطابع العقدي يكمن في الإرادة الضمنية للأطراف، أو يتلخص من العقد من طرف القاضي وفقا للمقتضيات العدالة والإنصاف وهو يتضمن نوع من الخيال القانوني مما يعقد من فهم قواعد القانون وإنكار أكثر لمعنى المسؤولية العقدية، لكن هذا لا يعني أن هذه الأخيرة قد تم إنكارها فعلا، في الحقيقة مسألة المسؤولية العقدية لا يمكن أن تكون لها قيمة إلا كعملية تقنية قانونية فالطبيعة التقصيرية حالياً هي أكثر تأهيلا⁽²⁾.

الفرع الثاني

الأساس التقصيري للالتزام بضمان السلامة

تطبيقاً لمبدأ معصومية الجسد ومبدأ عدم الإضرار بالغير والحق في سلامة الجسم يجد الالتزام بضمان السلامة مجالا أوسع في مجال المسؤولية التقصيرية منها في المسؤولية العقدية⁽³⁾.

1- MANSART (Beatrice), *la responsabilité médicale...*, op.cit, p422.

2- Ibid, p423.

3- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 82.

علما إن كان الالتزام بالسلامة في المجال الطبي قد نشأ في فرنسا أولا في إطار المسؤولية التقصيرية لا العقدية، وذلك في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1920 حيث أسندت مسؤولية الطبيب عن خطئه في العلاج إلى القواعد العامة تطبيقا لأحكام المادتين 1382 و 1383 من القانون القديم⁽¹⁾ (المادتين 1240 و 1241 من القانون المدني الفرنسي الجديد) لأنه مسؤول عن سلامة مرضاه⁽²⁾.

ظهر اتجاه فقهي يمثلته الأستاذ (Beatrice Jordain) الذي يدعو إلى إلغاء الالتزام التعاقدية بضمان السلامة من حيث المبدأ، وذلك كون هذا الالتزام حتى ولو حاولنا تحقيق طابعه الاصطناعي يبقى عديم الفائدة، ففي كثير من الأحيان يستطيع المضرور الاستفادة من المسؤولية التقصيرية عن الأشياء والتي تمنحه مزايا مماثلة لتلك التي يحصل عليها بالالتزام بتحقيق نتيجة، إنها حالة الأضرار الناجمة عن الأشياء التي يستخدمها المدين في تنفيذ التزامه، تكون المسؤولية العقدية الجديدة عن فعل الأشياء ذات فائدة بسيطة بالنسبة للمضرورين⁽³⁾، إذا ما قورنت مع الفائدة الناتجة عن أعمال المسؤولية المنصوص عليه في المادة 1384 مدني فرنسي القديم (المادة 1242 / 1 من القانون المدني الفرنسي الجديد)⁽⁴⁾ المقابلة لنص المادة 138 مدني جزائري⁽⁵⁾.

1 -Art. 1382 du ancien C.C.F, stipule : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. ». Art 1383 du même code stipule : » chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait ? mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

2- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 46.

3- أقصاضي عبد القادر محمد، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 218.

4-Art, 1384 du ancien C.C.F stipule: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde...".

5-المادة 138 مدني جزائري تنص على: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء، ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبتت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

حيث أنصار هذا الاتجاه يرون أن السلامة ليست لها أية صلة بالعقد فكل شخص يمارس أي نشاط يكون ملزماً باحترام سلامة الغير، والأنشطة الموجهة نحو تنفيذ العقود ليست سوى من قبيل الأنشطة الأخرى المتعلقة بهذا الالتزام الذي في الواقع ما هو إلا واجب قانوني عام تماماً⁽¹⁾.

هكذا يشيرون إلى أنّ السلامة لا يمكن أن نضعها في نفس درجة الأداءات المنتظرة من الطرفين نتيجة لإبرامها العقد، فهي لم تكن أبداً التزاماً رئيسياً، وإنما تظهر دائماً بوصفها التزاماً ثانوياً وضع من أجل تكملة العقد، فهي لا تمثل إذاً مصلحة مرغوبة بوجه خاص من الطرفين، على العكس فإن سلامة الآخرين هي أمر وجوبي ذو مدى عام يمثل قاعدة سلوك مستقلة عن العقد.

فبالسلامة يمكن أن ينظر إليها بشكل عقلائي بوصفها مفروضة على الجميع ومرغوبة من الجميع بعيداً عن أي وعد تعاقدية فهي نوعاً ما: خارج العقد، وكما يشير جانب آخر من الفقه إلى أنّ حلول مبادئ المسؤولية التقصيرية تلقائياً محل مبادئ المسؤولية العقدية أو فعاليتها في حماية المضرورين إنّما يكشف بوضوح أن الالتزام بضمان السلامة لا ينشأ في الحقيقة عن العقد، ما هو إلا ترجمة في العلاقات بين المتعاقدين للقاعدة العامة للحذر الموجود في العلاقات بين الأفراد والتي يكون جزاؤها خارج العلاقات العقدية، وأضاف البعض الآخر، أن الالتزام التعاقدية بضمان السلامة المزعوم ليس سوى تعبير عن الواجب المفروض من القانون بوجه خاص المواد 1382 وما يليها من القانون المدني الفرنسي (المواد 1240 وما يليها من القانون الجديد)، والمقابلة للمواد 124 وما يليها من القانون

1- عبد القادر محمد أقصاصي ، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص218.

المدني الجزائري، وما يتضمنه من عدم المساس بسلامة الغير، وبالالتزام التقصيري بتعويض الضرر الجسدي أو المادي الواقع على الغير بصورة غير مشروعة⁽¹⁾.

وحتى محكمة النقض الفرنسية قرّرت منذ زمن بعيد إسناد مسؤولية الأطباء إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية في قرار لها الصادر في 18 يونيو 1835⁽²⁾.

وذلك من خلال واقعة أصابت أحد الأشخاص بخراج في ذراعه حيث قام الطبيب بفتحه ولكنه تركه بعد ذلك 18 يوم دون رعاية. مما أدى إلى ظهور "الغرغرينة" والاضطرار إلى قطع الذراع، وكما تؤكد هذا الحكم نفس الجهة في 29 نوفمبر 1920 التي قضت بتطبيق المادتين 1382 و1383 مدني فرنسي سالفتي الذكر على أي خطأ يسببه شخص للغير أيا كانت مهنته أو مركزه، دون استثناء لصالح الأطباء، أي تطبيق المسؤولية التقصيرية على مسؤولية الأطباء وعلى ذلك فقد ظل القضاء الفرنسي طوال هذه الحقيقة مصبغا الطبيعة التقصيرية على الالتزام بسلامة المريض.

وقد تأسس اتجاه القضاء الفرنسي في إسباغ الطبيعة التقصيرية على الالتزام بسلامة المريض على ثلاث حجج:

– **الأولى:** إن خطأ الطبيب قد يؤدي إلى وفاة المريض أو المساس بسلامته الجسدية، وهما حالتان تشكلان جريمة جنائية الأمر الذي يقتضي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في إطار التعويض المدني.

– **الثانية:** أن جوهر عمل الطبيب هو علاج المريض طبقا لقواعد وأصول المهنة وعلى ذلك فمعظم أخطائه تمثل إخلالا بالأصول والقواعد المهنية وهي أمور خارجة

1- عبد القادر محمد أقصاصي ، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص218 و219.

2- التلتي محمد، نظرية العامة بالتزام بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص298.

عن نطاق العقد، بدليل أن القاضي لا يلجأ إلى البحث عن النية المشتركة لكل من الطبيب ومريضه في تقدير مدى الإخلال بالالتزام بل يلجأ إلى أهل الخبرة لمعرفة ما إذا كان الطبيب قد التزم بالقواعد الطبية والأصول الفنية من عدمه.

– **الثالثة:** أن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام، ومن ثم فهي أكثر حماية للمريض المضرور من المسؤولية العقدية خاصة في حالات ارتكاب المدين غشا أو تدليسا حيث تسمح المسؤولية التقصيرية للمريض المضرور بالحصول على كامل التعويض عما أصابه من ضرر دون التعرض لمخاطر القيود والتحديدات العقدية⁽¹⁾.

وأیضا ما يجرح المريض المضرور ليس عدم تحقق ما التزم به الطبيب، وإنما هو المساس الذي لحق بشخصه، وأيضا نسب الإرادة بتحمل ضمان سلامة المريض بالنسبة للطبيب والمطالبة بسلامته الجسدية بالنسبة للمريض هو ما يسميه بعض الفقهاء بالاشتراكية القانونية (socialisme juridique) "والتوجيه التعاقدي" (contractuel dirigisme).

فهو يتعلق حتما بالالتزام تعاقدي، ولكن على أساس السلطة والتأثير وليس على أساس الرضا، فالنية الحقيقية والمشاركة بين المتعاقدين تركز على تقديم وتنفيذ الرعاية الصحية وليست على سلامتهم.

ولو فرضنا أن الطبيب والمريض وافقا على إمكانية احتمال وقوع حادث –أمر لا يصدق- زد على ذلك، لما يعلم الطبيب مريضه بكل المخاطر التي قد تتجرع عن التدخل الطبي، أليس لتجنب تحمل أي ضمانات؟ ولما المريض يتلقى هذا الإعلام، ألا يفهم تلقائيا أن سلامته غير مضمونة؟ ذلك يعني أن التزام الطبيب بالسلامة وحق المريض في ضمان سلامته هو خارج عن العقد، الاعتراف بالعقد من خلال اكتشاف الالتزام بالسلامة في العقد

1- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 47.

الطبي، والذي حتى وإن تم اكتشافه من طرف القضاء، من شأنه أن يعتبر من قيمة الخيال وذلك من خلال خلق حيلة داخل حيلة⁽¹⁾.

وهذا ما يفهم من عدم اعتراف القضاء بوجود دين السلامة على عاتق الطبيب، لأن واجب الطبيب بضمان السلامة ليس اتفاقاً وإنما يندرج ضمن المسؤولية التقصيرية، علاوة على ذلك لكي يكون الالتزام عقدي، يجب أن يلزم على شيء أكثر من القانون، تكون مضافة إلى الواجبات التي تكفل حقوق الغير فيما بينهم إذ واجب عدم الإضرار بالغير موجود بالفعل وبمثابة واجب عام، والسلامة ليست امتيازاً أُعِدَّ خصيصاً للمتعاقدين، وإنما يستفيد منها الجميع.

أضف أن الالتزام بالسلامة هي من بين الالتزامات السلبية التي تعتبر من أكبر الواجبات التي يفرضها القانون على الكل بعكس الالتزامات العقدية التي تعتبر بشكل عام التزامات إيجابية وهو الالتزام بعمل، حتى وإن كان من الممكن أن تكون هناك التزامات عقدية سلبية، إلا أنها نادرة.

فالفكرة هنا هو الحفاظ على العقد الطبي والالتزام بوسيلة وإخراج الالتزام بالسلامة من السياق العقدي كي تلوح كمبدأ فرضه النظام العام، إذن هناك على عاتق الطبيب من جهة التزام عقدي يبذل العناية اللازمة لعلاج مريضه وشفائه، ومن جهة أخرى، التزام تقصيري بالسلامة بعدم الإضرار به.

لكن السؤال الذي يثير جدلاً فقهيًا وقضائياً هو معرفة ما إذا كان الخطأ التقصيري يمكن أن يتعايش مع الخطأ العقدي، وما ينبغي أن يكون حدوداً لكل منهما، لكن في نهاية المطاف ما هي إلا مشكلة قانونية تقنية⁽²⁾.

1- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale...*, op.cit, p424.

2- Ibid, p425.

في الواقع فكرة الالتزام بالسلامة من طبيعة تقصيرية يتجاوز الإطار البسيط للمسؤولية الطبية، بصفة عامة، المساس بسلامة الأشخاص لا يتعلق بعدم تنفيذ الالتزام العقدي، وأن طرف الواجب عام وهو عدم الإضرار بالغير، ولا يهم إذا كان هذا التعدي وقع بمناسبة تنفيذ العقد، فهي كما أشار إليه الفقيه "برن" (M.Brun) لا نبالي بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية، هذا لأنّ الالتزام بالسلامة قد تطورت خارج مجالها الطبيعي حيث تحولت إلى التزام ببذل عناية إذ يتعلق بالالتزام أكثر تابع أو ثانوي بالمقارنة إلى الالتزام الذي ينتظره المريض الدائن من طبيبه المدين، وإذا قررنا أنّ المدين ليس ملزم إلا ببذل عناية، فهذا لأنّه من غير الممكن نسب التنفيذ المعين للعقد كل الأضرار التي قد يواجهها الدائن في هذه المناسبة بفعل هذا الضرر الغريب بالمقارنة مع جوهر العقد، اضطررنا إلى منح نوع من الحصانة للمدين بهذا الالتزام عن طريق إدخال التزام بسيط ببذل عناية بالسلامة، وهذا كفخ يتم إخفاؤه مباشرة في حالة ما إذا رأينا أنّ الالتزام بالسلامة واجب عام مستقل عن أي ارتباط تعاقدية⁽¹⁾.

والفقيه "بوريس ستارك" (B.Starek) قدم ملاحظتين بهما يسمح استبعاد النظرية العقدية كأساس للالتزام بالسلامة:

- **الملاحظة الأولى:** إنّ الالتزام بالسلامة قبل أن يكون من أصل إرادي فإن القضاء

يمنع الأطراف من تجنبها، وبالتالي الطابع الإلزامي للالتزام بالسلامة يفرض على الأطراف عدم المساس به من تعديل وإلغاء.

- **الملاحظة الثانية:** إنّ الالتزام بالسلامة تم ابتكاره من قبل القضاء على الرغم من أنّ

النقل كان على أساس غير عقدي⁽²⁾.

وحتى النصوص القانونية قد كرست المبدأ التقصيري للالتزام بالسلامة وأثبتت أنه موجود بشكل مستقل عن أي عقد وذلك بموجب قانون 21 جويلية 1983 من خلال التوجيه الأوروبي

1- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale...*, op.cit, p426.

2- Ibid, p427.

الصادر في 25 جويلية 1985⁽¹⁾، وذلك بإنشاء مادة 1-1386 بموجب قانون 98-389 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة⁽²⁾، الذي تم إلغاؤها واستبدالها بموجب القانون المدني الجديد بالمادة 1245 الذي أنشأ مسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة التي تقوم على أساس الالتزام بالسلامة⁽³⁾، التي لا تعتمد في تطبيقها على أي عقد معين، بالعكس خلقت نظام وحيد بالمسؤولية التي يطبق على جميع الضحايا دون تمييز⁽⁴⁾.

يعتبر الإخلال بهذا الالتزام خرقا للواجب العام، فالالتزام لا يمس الهدف الأساسي من التعاقد، فهذا الالتزام موجود بصفة كامنة بين كل الناس بغض النظر عن وجود أو عدم وجود اتفاقية بينهم، إذ في الحقيقة الالتزام بالسلامة لم ولن يكون أبدا التزاما عقديا، فهي من بين الواجبات التي لا تسمح بانغلاقها وتحديدها في إطار عقدي، لأن احترام سلامة الجسم مفروضة على الكل سواء المتعاقدين أم الغير، إذ في الواقع مسألة الطابع العقدي للالتزام بالسلامة لا ينبغي حتى أن يطرح، بما أن في الأطراف الحقيقة ليس لهم الحق في النظر إلى الالتزام بالسلامة، فيتعلق الأمر هنا بالالتزام الذي ينشأ تلقائيا بقوة القانون، وهذا ما نستخلصه من قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 30 جانفي 2008، عن وفاة شخص نتيجة إهمال صيانة عمود كهربائي موجود بالطريق العمومي التي أكدت على أن الالتزام بالسلامة يقع على عاتق البلدية بحكم القانون⁽⁵⁾. وكما يكون في أي اتفاق يكون موضوع التزام مدني هو مواجهة الشخص الدائن نفسه، كما هو الحال في المجال الطبي.

1-Directive 85/374/CEE du conseil du 25/07/1985, relative au rapprochement des dispositions législatives réglementaires et administratives des états membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, in: actu.dalloz.etudiant.fr

2 Loi n°98-389 du 19 mai 1998 - relative à la responsabilité du fait des produits défectueux , JORF 117, du 21 mai 1998, In : www.legifrance.gouv.fr

3 - Voir l'article 1245 du C.C.F précité

4- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale...*, op.cit, p427.

5- قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 036230 بتاريخ 30 جانفي 2008، منشور في مجلة المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين بسطيف، ع 28، 2017، ص ص 252-253.

فالمريض الذي يعالج في المستشفى العام يكون في مركز تنظيمي وليس عقدياً، ولكن هذا لا يمنع من المستشفى العام أن يلتزم بضمان سلامة مرضاه، خاصة وأن المستشفى العام تتطوي على مخاطر عدة، كانتشار العدوى، وبالتالي يكون التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، حتى ولو كان من يقوم به مرفقا عاما (1).

يتعلق الأمر إذن في الحقيقة بمسؤولية تقصيرية كامنة وراء العقد، وباعتبار السلامة تقع خارج العقد، فقد نسأل عما إذا كان لا يزال مناسبا الحديث عن الالتزام على الأقل في منظور المصطلحات، إذ سيكون من الأحسن والمناسب الحديث عن الواجب وأكثر دقة عن "واجب محدد" (devoir déterminé) بما أن الالتزام بالسلامة الطبية غير عقدي يُفرض على المهني اتجاه الكل (2).

ولكن إذا لم ننتقد بهذا التصنيف العقدي أو التقصيري للالتزام بالسلامة، فهذا يعني أن هناك من يرى وجود أساس آخر أفضل ملائمة لهذا الالتزام!

الفرع الثالث

الأساس المهني للالتزام بضمان السلامة

في الحقيقة الالتزام بالسلامة ذو طبيعة خاصة تمثل وحدة متكاملة ومتماسكة والتي تشكل فرعاً ثالثاً من المسؤولية والتي تعتبر تعاقدية وتقديرية في نفس الوقت. فالطبيب اعتباراً لمهنته تكون مساءلته وفق ضوابط تقتضيها خطورة المهنة التي يمارسها، وذلك إذا لم يلتزم بأصولها وأعرافها مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض (3).

1- قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، قسم: العلوم الإسلامية، تخصص، شريعة وقانون، جامعة وهران، الجزائر، 2010، ص 123 و124.

2- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale...*, op.cit, p428.

3- Ibid, p429

في الأصل، الالتزام بالسلامة يتجسد في وحدة معينة، وهذه الوحدة تتمثل في الواجب المتعلق بممارسة المهنة⁽¹⁾. في الواقع للبحث عن الأساس الحقيقي للالتزام بالسلامة؛ يجب أن يتقبل الحقيقة أنّ لا القانون ولا النية الحقيقية أو المفترضة للمتعاقدتين واضحة في هذا الشأن.

في الحقيقة يجب أن نتخلى عن البحث عن الإرادة، لأنها لا يمكن أن توفر الأساس الكافي الثابت الذي يقوم عليه الالتزام بالسلامة، لأن هذه الإرادة المفترضة مشكوك منها⁽²⁾. وكما أنه لا يجب أن نحاول ربط الالتزام بالسلامة بالقانون، بما أنه لا يوجد قانون منح له فعالية حقيقية، فالقانون هو الوحيد الذي أدرك قيمة هذا المبدأ، ولكن ليس إلا وظيفة وقائية فقط.

ففي كل الحالات التي اعترف فيها القضاء بوجود مثل هذا الالتزام هي دائما في حالة وجود نشاط مهني، فمدين الالتزام بالسلامة ليس رجلا عاديا أيّا كان، وإنما دائما مهنيًا -كما وضحنا في الفصل الأول من هذا الباب-

فالصفة المهنية لدين السلامة يسمح لنا بتفسير ترددات القضاء وكل الحلول غير الأكيدة التي قدمتها هذه الأخيرة من خلال إصراره على الإطار العقدي للالتزام بالسلامة، مع العلم باستحالة المواصلة في هذا المسار العقدي إلى الأخير، مع ضرورة إشباعه بالمبادئ التقصيرية⁽³⁾، ذلك لأنّ الالتزام بالسلامة متعلق بالمهنة التي يجب أن يستفيد منها جميع الضحايا، سواء أكان مرتبطا أم لا بالعلاقة العقدية مع المهني.

1- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale...*, op.cit p 429.

2- Ibid, p 430.

3- Ibid, p 431.

الالتزام بالسلامة إذاً ليس مرتبطاً بأي مدين كان، وإنما يتعلق بشخص مهني يمارس المهنة، وهذا ما كان يبدو في قرار قديم لمحكمة النقض "ليون" (Lyon) الصادر في 19 مارس 1935، الذي كان مشبعاً بحقيقة واقعية إذ جاء في قرار لها: «في حالة عدم نجاح أو وقوع حادث أثناء العلاج، فإذا كان ذلك ناتجاً عن خطأ من جانبه (الطبيب)، هذا الخطأ يكمن ليس خرقاً للعقد وإنما لعدم امتثال للمبادئ المهنية لفن الطب»⁽¹⁾.

فالألغة المتداولة تعرف ما يسمى بالخطأ المهني، ويعرف الخطأ المهني بصفة عامة بغض النظر عن القائم به، بأنه: "... إخلال ذوي المهن بالواجبات الخاصة التي تفرضها عليهم مهنتهم كإهمال الجراح أصول مهنة الجراحة، وإهمال المحامي أصول الدفاع عن موكله وتعتبر المسؤولية عن هذا الخطأ مسؤولية عقدية إذا كان يربط صاحب المهنة بالمضرور عقد، أما إذا انتفى العقد فالمسؤولية تقصيرية"⁽²⁾. والخطأ المهني بصفة خاصة بالنظر إلى مهنة الطب، هو "ذلك الخطأ الذي يقع من الطبيب أثناء ممارسته لمهنة الطب ويتصل مباشرة بفنون تلك المهنة وأصولها"⁽³⁾.

وإذا ما اعتبرناها أخطاء مهنية مدنية سينتهي الأمر بضرورة الاعتراف بوجود مجالين منفصلين خاص بها، وهي أنه قد تكون عقدية أو تقصيرية⁽⁴⁾.

ففي حالة الإخلال بالالتزام بالسلامة فالمسؤولية الناتجة هي مسؤولية مهنية، كما فسره المستشار (SARGOS) أنه "التزام مهني" حيث واجب المحافظة على سلامة المريض هو

1-C.A.Lyon le 19 mars 1935: "au cas d'insuccès ou d'accident au cours d'un traitement, s'il est dû à une faute de sa part (médecin), cette faute réside non dans un manquement au contrat mais bien dans l'inobservation des prescriptions professionnelles de l'art médical".

Cité par: Beatrice MANSART, *La responsabilité médicale...*, op.cit., pp430-431.

2- حسان نادية، تطور القانون المقارن لحماية ضحايا الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 76.

3- رايس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 92.

4- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale...*, op.cit., p 431.

الالتزام ومبدأ أساسي لحريتهم المهنية، وإن كان هؤلاء المهنيون يمارسون أعمالهم ضمن مرافق صحية، فإنّ هذا لا يعفيهم من التزاماتهم المهنية⁽¹⁾.

وكما يتضح من خلال قانون الصحة الجديد 18-11 الاعتراف بالمسؤولية المدنية للطبيب القائمة على أساس الخطأ المهني، وذلك في المادة 413 منه التي تنص على ما يلي: «**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 مناسبة القيام بها، ويلحق ضرراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزاً مستديماً، أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته**».

إذا تم الاعتماد على فكرة الخطأ المهني كأساس ملائم للمسؤولية الطبية، إذ أنه في ظل التقسيم التقليدي للمسؤولية الطبية المدنية، ظهرت عراقيل عملية تواجه المريض المتضرر بالدرجة الأولى، إضافة إلى صعوبة التمييز بين ما هو خطأ عقدي وما هو خطأ تقصيري في المجال الطبي وما يترتب عن ذلك من آثار، ذلك أن التزامات الطبيب مصدرها الحقيقي هو أعراف المهنة وأخلاقياتها باعتبارها التزامات مهنية. كما أن القواعد المنظمة للمسؤولية المهنية تناقض في بعض الأحيان قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، الأمر الذي جعل المسؤولية المهنية تتجاوز حدود التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية.

والإتجاه نحو إرساء معالم مسؤولية مهنية جديدة في المجال الطبي تقوم على أساس الإخلال بقواعد وأصول وأخلاقيات مهنة الطب بالدرجة الأولى، بغض النظر عن التقسيم التقليدي الثنائي للمسؤولية المدنية كونها عقدية أو تقصيرية⁽²⁾.

1- عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2014، ص 331.

2- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011، ص 188.

يرى الفقه عند تدليله على عدم وضوح الحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية المدنية ورغبة في ذكر الاستثناءات التي ترد على معيار التمييز بينهما، بضرورة اللجوء إلى حالات المسؤولية المهنية، وهذا ما يؤكد صعوبة إخضاع هذه المسؤولية للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية، حيث ميز الفقه الخطأ المهني عن الخطأين؛ العقدي والتقصيري، ويوحد بينهما في نفس الوقت.

وفقا لنص المادة 172 / 1 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 1137 من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ يقدر بمعيار موضوعي يقاس بمسلك الرجل العادي، وهو نفس المعيار المتخذ أيضا لتقدير الخطأ التقصيري، حيث يقاس سلوك الطبيب محدثا لضرر بسلوك الشخص (الطبيب) المعتاد من أوسط الناس حيلة وحذر⁽²⁾.

غير أن الاحتكام إلى سلوك الطبيب العادي لا يكفي معيار الخطأ المهني، إذ أنه بدون شك المرضى ينتظرون من هذا الطبيب أكثر مما ينتظرونه من غيره من الأشخاص العاديين حتى ولو كان أكثر الناس حرصا وتبصرا لذلك طبيعيا ألا يقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد، وإنما بسلوك طبيب مهني مثله، بل أكثر من ذلك يقاس بسلوك طبيب يباشر نفس تخصصه بنفس مستواه⁽³⁾.

وفي ظل هذه المستجدات التي تتجاهل التمييز التقليدي بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، تعالت بعض الآراء الفقهية مطالبة بنظام مسؤولية مدنية مهنية مستقلة عن المسؤولية

1- تنص المادة 172 فقرة أولى من قانون مدني جزائري على ما يلي: " في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود...".

Art. 1137 du l'ancien C.C.F. stipule : « L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins raisonnables... »

2- مع العلم أن المشرع الفرنسي قد استبدل تعبير "الرجل العادي" بمصطلح "رعاية معقولة"، "soins raisonnables"، بموجب القانون 873-2014، أخذا بعين الاعتبار أن السلوك ينطبق على كل من الرجال والنساء، انظر:

LOI n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, In : www.legifrance.gouv.fr

3- بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسة الطبية، دراسة مقارنة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة حسيبة بن بوعلي، ع. 18، الشلف، جوان 2017، ص 147.

المدنية⁽¹⁾، ذلك أن المسؤولية الطبية لا تنشأ فقط بسبب الإخلال بالالتزام عقدي، أو في إخلال بأحد الواجبات العامة، بل قد تنشأ عن الإخلال بالواجبات المهنية⁽²⁾.

فالفقه ينادي بضرورة إنشاء المسؤولية المهنية، وهذا ما أخذ به مشرعنا وذلك في:

المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنّ «**الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به...**»⁽³⁾.

غير أنّ المسؤولية المدنية لا يمكن أن تخرج عن التقسيم الثنائي (عقدية وتقصيرية) على هذا الأساس غالباً ما يصنف الفقه والقضاء المسؤولية المهنية بأنها عقدية، مبررين ذلك بأن العقد هو مصدر الالتزامات المهنية⁽⁴⁾.

على هذا يمكن أن نقول إن أساس الالتزام بضمان السلامة هو في الأصل عقدي، لكن هذا لا يعني أنه لا يمكن أن يكون تقصيرياً في حالة عدم وجود عقد، لأن هدف تكريس هذا الالتزام هو ضمان سلامة الأشخاص مهما كان الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية سواء عقدية أو تقصيرية.

1- علي فيلالي، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لمتنغاست، سداسية محكمة، ع. 07، الجزائر، جانفي 2015، ص10.

2- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص184.

3- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر. ع. 52، الصادرة في 8 يوليو 1992.

4- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص185.

المطلب الثاني

طبيعة الالتزام بضمان السلامة

لتحديد طبيعة الالتزام بالسلامة الواقع على عاتق الطبيب، يجب تحديد، إذا ما كان من فئة الالتزام ببذل عناية أو من فئة الالتزام بتحقيق نتيجة⁽¹⁾، إذ تتجلى أهمية تحديد طبيعة هذا الالتزام فيما يتعلق بالإثبات اللازم لقيام المسؤولية. والتي تعتبر من قبيل التساؤلات القانونية التي تثار بمناسبة التطرق لبعض الالتزامات خاصة تلك المستحدثة منها، سواء من قبل الفقه في إطار صياغته للنظريات الفقهية، أو من قبل القضاء أثناء تصديده لمقتضيات العدالة وأعبائها وما قد ينتج من أفكار قضائية منها فكرة الالتزام بالسلامة⁽²⁾.

والالتزام بوسيلة يقتصر على بدل العناية اللازمة في صدقت تنفيذ ما التزم به المدين (الطبيب)، ولا تتحقق مسؤولية هذا الأخير إلا إذا أقام الدائن (المريض) الدليل على مخالفة المبدأ الذي أقرته الجهات القضائية المختلفة، والمتمثل في بذل جهود صادقة، يقظة، متفقة مع الظروف التي يوجد فيها المريض، ومع الأصول العلمية الثابتة، وحتى يعتبر الأسلوب العلمي من الأصول الثابتة، يجب أن يعلن هذا من قبل مدرسة طبية معترف بها، وعلى الطبيب أن يلم بهذه الأصول العلمية وقت قيامه بالعمل الطبي وأن يقيم الدليل على أن الطبيب لم يضمن له تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم

1_ ومسألة التمييز بين الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة والالتزام بتحقيق نتيجة أو بغاية، تم اقتراحه لأول مرة من قبل الفقه، وذلك من طرف الأستاذ الفقيه "ديموق" (DEMOGUE) عام 1928، وتم إعادتها من قبل الفقيه "مزود" (H. MAZEUD) تحت اسم "الالتزام بالحرص والحذر" (prudence et de diligence obligation de) و"الالتزام المحدد" (obligation déterminée) التي رغم كل الانتقادات التي يمكن أن تكون، إلا أنها تبقى هي المرجع الأمثل والضروري لتحديد شدة الالتزامات وحدتها حتى وإن كان من الممكن الشك في مدى صحة هذا التصنيف، فإنه مع ذلك يعتبر ميزة فقهية ومنهجية لا يمكن إنكارها، وحتى أن القضاء يلجأ إلى هذا التمييز في المجال العقدي لتبرير تنفيذ المسؤولية إما الذاتية أو إما الموضوعية. انظر:

MANSART Beatrice, *la responsabilité médicale...*, op.cit, p380.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، *التزام الطبيب بضمان السلامة*، مرجع سابق، ص 238.

الحديثة، وأنه عند الاقتضاء لم يستشر ذوي الخبرة والتأهيل⁽¹⁾، وفقا لأحكام المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري⁽²⁾.

أما الالتزام بتحقيق نتيجة هو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة، وإذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولا، أما الدائن لكونه لم يقدّم بتنفيذ التزامه، فالشخص في مثل هذا الالتزام مدين بتحقيق نتيجة معينة، بحيث يفترض خطأه ومن ثم مسؤوليته لمجرد أن الغاية المنتظرة والتي هي محل التزامه لم تتحقق⁽³⁾.

إذا كان الالتزام ببذل عناية وجود حقيقي في مضمون العقد الطبي، وأن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، لأنّ الطبيب يعالج والله يشفي وفقا لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا مَرَضْتَ فَهُوَ يَشْفِينِي﴾ (الآية 80 من سورة الشعراء).

فالعامل الطبي عمل فني جوهره احتمالية النتائج، فالالتزام بالطبيب هو التزام ببذل العناية اللازمة التي تتفق مع المعطيات العلمية المستقرة، لكن جعل الالتزام بالسلامة في المجال الطبي التزاما بسيطاً ببذل عناية ليس مناسبا في كل الحالات، لأنه لا يستجيب للمعايير المتعارف عليها في هذا النوع من الالتزام (الفرع الأول) وعليه إذا أردنا أن يكون فعّالا وذا مصداقية، من الضروري تشديده في حالات غياب الاحتمال الطبي وبالتالي تحويله إلى الالتزام بالضمان (بتحقيق نتيجة) (الفرع الثاني).

1- صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، ع. 1، 2001، ص 74.

2- تنص المادة 45 من م.أ.ط.ج على ما يلي: " يلتزم الطبيب أو جراح الإنسان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة، عند الضرورة، بالمزلاء المختصين والمؤهلين".

3- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفر للنشر، الجزائر، 2008، ص 27.

الفرع الأول

الالتزام بضمان السلامة التزام ببذل عناية

يذهب بعض الفقه من بينهم "فروسارد" (FROSSARD) إلى أنّ العقد الطبي يعتبر أحد العقود النادرة التي ترتب التزاما رئيسيا محله بذل عناية، وذلك على خلاف الأصل في الالتزامات العقدية⁽¹⁾. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير لها الصادر في 20 ماي 1936، الذي قضى بأن الطبيب لا يتعهد بداهة بشفاء المريض ولكن ببذل عناية ناتجة من الضمير ولكن ببذل عناية ناتجة من الضمير الحساس الحذر واليقظة والاحتياط الناتج عن الخيرات المكتسبة من المواقف الاستثنائية المطابقة للمعطيات العلمية⁽²⁾.

من خلال هذا الحكم نستنتج أن التزام الطبيب ببذل عناية لا يمكن أن يقتصر على مجرد الحضور والكشف وإعطاء الأدوية، فهذا لا يكفي لممارسة هذه المهنة النبيلة، فالعناية الطبية لا يجب أن تكون عادية وإنما متقنة وحذرة وأن تكون متفقة في غير الظروف الاستثنائية أو النادرة مع المعطيات والأصول العلمية المستقرة عليها⁽³⁾. وهذا ما يعبر مضمون الالتزام بالسلامة في العقد الطبي، وتعني العناية المتقنة والحذرة، مداومة الطبيب وملاحظة

1- يُعد الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة، من الالتزامات التي يلتزم المدين بمقتضاه بالقيام بالعناية الواجبة عليه قانونا أو اتفاقا، وأن يبذل ما في وسعه لأجل تنفيذ التزامه دون أن يتعهد بتحقيق نتيجة، فهو ملزم باستخدام جميع الوسائل الممكنة لإرضاء دائنيه، غير أنه لا يضمن تحقيق نتيجة، فالطبيب يتعهد ببذل كل الجهد والعناية وفي اتخاذ الوسائل الممكنة والمتاحة لأجل تنفيذ التزامه الذي لا يكون مطلقا ضمان الشفاء.

أنظر: أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤولية الشخصية والموضوعية، دراسة تحليلية قضائية في القانونيين الفرنسي والمصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 275.

2 - C. CAS. Civ, 20 mai 1936, Mercier, « Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ... », in : www.revuegeneraledudroit.eu

3- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 266-267.

المريض، والتعامل بحرص مع التقنيات الطبية أو الجراحية، ولا تقتصر العناية المتقنة الحذرة على هذا المعنى الضيق بل تشمل أيضا النصائح والتعليمات والتوصيات، فالطبيب يتعرض للمسؤولية إذا امتنع أو رفض عيادة مريضه أثناء العلاج، وفي الحالات المرضية الحرجة يجب عليه التوجه للكشف على المريض والوقوف على حالته، ويعتبر مخطئا إذا تأخر عن زيارة مريضه، إذا ما أبلغته عائلته بتطور خطير أو غير متوقع للمرض أو كان في موقف حرج يتطلب إسعافات سريعة، كما يعتبر أيضا علاجا غير حذر يوجب المسؤولية، قيام طبيب الأسنان بملامسة العصب عند خلع السن، ويعتبر انتهاكا للالتزام الجراح بسلامة المريض نسيانه جسم غريب في معدته. فنسيان جسم غريب داخل جسم الإنسان يكون سببا لمساءلة الطبيب مساءلة شديدة، فقد كان من الواجب عليه عد الآلات والأدوات التي يستخدمها لقطع النزيف⁽¹⁾.

في هذه الحالة، فالالتزام الطبيب بالسلامة لا بد أن يكون أكثر اتساعا وشدة من تلك الالتزامات التي وضعتها القواعد العامة والتي تعتبرها المحاكم بالتزام ببذل عناية وهذا ما أكدته محكمة باريس بمسؤولية أخصائي نقل الدم، رغم عدم مخالفته، خروجه عن أصول العرف المهني، قرّرت أنّه "طبقا للقانون لا يكفي أن يكون الفعل مطابقا للعرف كي يفلت مرتكبه من أية مسؤولية، فالعرف المهني لا يحرم المحاكم من حريتها في التقدير، فهي تستطيع دائما ترك اختصاص العرف المهني بالتقدير جانبا إذا كان مخالفا لقواعد الحرص، أو إذا كان غير كاف، كما هو الحال في الحالة المعروضة⁽²⁾.

فالالتزام بالحرص والحذر واليقظة يلزم الجراح بضرورة متابعة المريض بعد إجراء العملية، فإن كان عليه تدفنته خوفا عليه من المضاعفات، فلا يجوز أن ينتج عن التدفئة حروق بقدم المريض، ولا جدال في أن هذا الالتزام بالملاحظة لا يقتصر عبئه على الجراح

1- التلتي محمد، نظرية العامة بالالتزام بضمان السلامة....، مرجع سابق، ص 306-307.

2- محكمة باريس، الدائرة الأولى، 25 أبريل 1945: أنظر: مرجع نفسه، ص 307.

فقط، بل يقع على أي طبيب معالج⁽¹⁾، هذه العناية المتقنة والحذرة لابد أن تتطابق وتتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة والاحتياط الناتج عن الخبرات الطبية الاستثنائية أو النادرة، لكن هذه القاعدة تثير ثلاث مسائل وهي:

ـ **أولها:** أنه على الطبيب أن يستخدم في العلاج المعطيات العلمية المكتسبة فيما عدا الحالات الاستثنائية أو النادرة ففي هذه الحالة يجب على الطبيب دائماً متابعة التطورات العلمية وأن يكون على علم بما استجد من وسائل العلاج، ليطبقها على مرضاه، فلا يجهل العلامات والأعراض الجديدة لاستدلال على الأمراض وأنواع العلاج التي يوصي بها لتحقيق العلاج. فالطبيب يرتكب خطأ عقدياً بتركه طرق البحث التي يضعها العلم الحديث تحت تصرفه، وعلى حدة عبارة الفقيه "لوفي" (Levy) فإن الطبيب يُخيب ثقة مريضه عندما يحرمه الاستفادة من المعرفة الجديدة المكتسبة والتي أثبتت نجاحها لدى مريض آخر، فالمريض ينتظر من طبيبه الحد الأدنى من العلم، غير أنّ هذا القول لا يعني أن نقارن بين أطباء عامين وبين الأخصائيين، بل يجب أن تكون المقارنة هنا بنفس الدرجة والمستوى العلمي⁽²⁾. فسلوك الطبيب في أدائه لعمله يقاس على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى، طبيباً عاماً أم طبيباً متخصصاً⁽³⁾.

ـ **ثانيها:** عدم جواز قيام الطبيب بتجربة دواء أو علاج أو إجراء عملية بدون موافقة المريض الحرة الواضحة واحتياجه لذلك حتى ولو كان قد اتبع الأصول الطبية المكتسبة من العلم، أي أنّ هناك شرطين يضافان إلى الشروط الأخرى للطبيب الحريص:

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 270.

2- علماً أن أياً كانت كفاءة الطبيب، فالمريض لا ينتظر منه سوى الحد الأدنى من المعرفة الطبية المطابقة لمعطيات العلم الحديث، مع مراعاة المواقف الخاصة النادرة وهي الحالات المستعجلة، سواء نقص الأدوية أو الأدوات الخاصة بالعلاج تمثل صورة واضحة للقوة القاهرة، حيث لا يستطيع الطبيب مع وجودها استخدام الأصول الطبية والعلمية الحديثة، أنظر: التلتي محمد، نظرية العامة بالالتزام بضمان السلامة....، مرجع سابق، ص 310.

3- عبد القادر محمد أقصاصي، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 173.

- **الشرط الأول:** حصول الطبيب على موافقة المريض الحرة الواضحة للعلاج أو إجراء العملية.

- **الشرط الثاني** هو التناسب بين مخاطر العلاج أو التدخل الجراحي وفوائدها، حيث الطبيب أو الجراح يجب أن يقوم بتقدير مدى ملائمة العملية أو العلاج لتحقيق التوازن بين الضرر الناتج عن العملية والفوائد المرجوة منها.

- فقاعدة التوازن هذه نجدها في الالتزام بالسلامة، وأن تطبيقها نجده في المادة 40 من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي التي ألغيت بموجب المرسوم 802_2004 الذي يتعلق بقانون الصحة العامة في المادة 40 - R 4127 التي تنص على "يجب على الطبيب ان يمتنع عن التدخلات التي يمارسها، كما في العلاجات التي يضعها من أن يعرض مريضه لأي خطر لا مبرر له ⁽¹⁾. التي تقابلها المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري⁽²⁾."

يجب إجراء مقارنة بين المنفعة المتوقعة من العلاج أو التدخل الجراحي وبين المخاطر، حيث تكون النتيجة إيجابية في صالح العلاج أو التدخل الجراحي عندما تكون حياة المريض معرضة للخطر، أما إذا كان العلاج أو التدخل الجراحي لا يفرضه صحة المريض حيث من الممكن تعريضه للخطر، ومثال ذلك الجراحة التجميلية التي لا يكون هدفها الشفاء من علة أو علاج، وإنما تحسين المظهر فقط، أو إصلاح عيب لا يضر صحته العامة، فيجب أن يمتنع عن التدخل حفاظا على سلامة طالب عملية التجميل.

1 - art. R 4127- 40, de Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004, modifiant le code de la santé publique français, JORF n°183 du 8 août 2004, In www.legifrance.gouv.fr , stipule : « le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié. »

2- تنص المادة 17 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر. عدد 52 الصادرة في 8 يوليو 1992 على ما يلي: "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان من تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه".

ولقد أثارت الجراحة التجميلية نقاشاً حاداً حول ضرورة حماية السلامة الجسدية للإنسان، إذ قال الفقيه "جارسون" (Garson): "أن الطبيب الذي يمس جسماً سليماً بحجة تحسين مظهره، يتجاوز الاختصاصات التي منحتها له شهادته، لكن أي خلاف أو نقاش حول هذه الجراحة يجب أن يكون بموضوعية، وعلى ذلك، تطورت نظرة القضاء الفرنسي لجراحة التجميل، واتجه إلى الموافقة على هذا النوع من الاختصاص، إذا كان العيب الجسماني ذا طبيعة تعكس أثراً سيئاً على نفسية المريض، وقد أدى هذا الاتجاه إلى التعسف نتيجة لإغفال المسؤولية عن إجراء جراحة تجميل تتضمن مخاطر السلامة الجسدية للمريض ولا تتناسب مع العيب المراد علاجه"⁽¹⁾.

على هذا في هذه الحالة يجب اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة، حيث أن جراح التجميل، فضلاً عن بذل العناية اليقظة في العمل الجراحي وفقاً للأصول العلمية، يتعهد بالالتزام محدد بسلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله وعلى غير صلة به، ومحل التزامه هذا هو تحقيق نتيجة"⁽²⁾.

- **ثالثها:** المسائل تتعلق بقيام مسؤولية الطبيب إذا ما تجاوز الأصول الطبية المستقرة والمتعارف عليها في مهنته، فالقضاء كان يحرص على وضع حدٍّ للمغامرات والتجارب الطبية التي تتضمن العديد من المخاطر التي تمس السلامة الجسدية للإنسان ولكن من الممكن القول بعدم مسؤولية الطبيب إذا ما تجاوز الأصول الطبية المستقرة والمتفقة عليها عند فشلها، كعلاج تقليدي لحالة مرضية ميؤوس منها، إذا كان العلاج الجديد يمثل آخر فرصة لنجاة المريض المحتضر"⁽³⁾.

1- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، مرجع سابق، ص 211 و 212.

2- الخفاجي وسن قاسم، الخزاعي نور حسين، أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة التاسعة، جامعة بابل، العراق، 17، 20، ص 369.

3- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، مرجع سابق، ص 295.

تتفاعل في العقد الطبي فكرتان أساسيتان ومختلفتان في جوهرهما إلى حد كبير وهما:

- أولاً- حماية المريض والتأكيد على سلامته الجسدية كأساس، جوهرها وغايتها ضمان السلامة.

- ثانياً- العمل الفني المتخصص للطبيب، والذي يتعين معه الاعتراف له بحرية واسعة في عمله من خلال البحث العلمي، وجوهره احتمالية النتائج، حيث أن تعدد الخيارات والبدائل فضلاً عن تدخل عوامل عديدة لم يتوصل العلم بعد إلى حصرها.

على ذلك فطبيعة العمل الطبي تقوم على أساسين يتناقض كلاهما مع الآخر، أحدهما يقوم على الضمان والآخر يقوم على الاحتمال، وبشكل من الأشكال يؤثر كل منهما ويتأثر بالآخر، فينتج في النهاية الالتزام بالسلامة في العقد الطبي بمضمونه الخاص مع الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي فهو بذل عناية، لكن في الحالات التي لا يقوم العمل الطبي على الاحتمالات، هنا يتحول إلى الالتزام بالضمان أي بتحقيق نتيجة.

الفرع الثاني

تحول الالتزام بالسلامة من بذل عناية إلى الالتزام بالضمان

تجتمع في المجال الطبي فكرتان، فكرة الاحتمال مع فكرة الضمان. فالأولى جوهرها حرية البحث العلمي للطبيب والثانية جوهرها حماية السلامة الجسدية للمريض، فلم يحظ بالسيادة الالتزام بالسلامة الذي يقتصر على مجرد بذل عناية إلا في نطاق العمل الطبي بالمعنى الضيق، سواء كان تشخيصاً للمريض أو علاجاً بالدواء أو تدخلاً بالجراحة، أما غير ذلك خارج هذا النطاق، حيث يكون العمل الطبي بعيداً إلى حد ما عن مهمة الطبيب بالمعنى الضيق، بحيث تصبح نتيجة تنفيذ التزام الطبيب لا مجال فيها لفكرة الاحتمال أو على الأقل تضعف حدة وجودها، حينئذ يعود الالتزام بالسلامة إلى حجمه الطبيعي، ليصبح

التزاما بالضمان أي بتحقيق نتيجة⁽¹⁾، بمعنى لما تكون طبيعة الخدمة تستبعد أي خطر، ففي هذه الحالة التزام الطبيب يتحول إلى التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾.

يُعد الالتزام بالسلامة التزاما بتحقيق نتيجة في حالة غياب فكرة الاحتمال، ذلك في حالات استخدام المهني مثلا المنتجات والأجهزة الطبية.

فالمسؤولية عن المنتجات الطبية -التي تكون معيبة، مثلما سوف قد ندرسه في الباب الثاني من هذا البحث- تقوم على أساس التزام بالنتيجة، وأيضا الطبيب في حالة استعماله للأجهزة الطبية والأدوات، ونقل وتحليل الدم، وفي مجال الدواء⁽³⁾. ففي كل هذه الحالات التي تعتبر ميكانيكية "Mécanique"، الطبيب المهني لا يؤدي عملا طبيا، وإنما عملا فنيا "Acte technique"، إذ لا يعتبر طبيا، وإنما يعتبر كتقني "Technicien"⁽⁴⁾.

ذهبت بعض محاكم الموضوع في فرنسا بناء على ما تقدم إلى التمييز في عمل الجراحين، بين ما يتضمن عنصر الاحتمال، كالعلمية الجراحية نفسها، وبين إجراءات أو أعمال أخرى لا تتضمن عنصر الاحتمال، كتثبيت المريض على منضدة العمليات مثلا، واستنتجت من ذلك أن الجراح يسأل عن كل ضرر يصيب المريض لا علاقة له بالعملية الجراحية نفسها، دون حاجة إلى إثبات خطئه لأنه يلتزم بسلامة المريض وهو التزام

1- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، مرجع سابق، ص213.

2- PENNEAU Jean, *La responsabilité du médecin*, Ed. Dalloz, Paris, 1996, p10.

3- إلا أن الصيدلي البائع أو المنتج للدواء، فهناك من يرى أن التزامه بتحقيق نتيجة ولكن مخففة نوعا ما، لأن إثبات الضرر من طرف المضرور للحصول على التعويض وفقا لأحكام هذا الالتزام، لا يكفي وحده لحصول المريض على التعويض عما لحقه من ضرر من جراء الدواء المستعمل، لأن العبرة من قيام مسؤولية الصيدلي ليس في تقدير في مسلكه أي إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من جانبه، وإنما ما ينطوي عليه المنتج الصيدلاني من خطورة، فبالتالي يتعين عليه زيادة على ذلك إقامة الدليل على أن سبب الضرر الحاصل هو عيب أو خلل في التصنيع أكسب الدواء وصف الخطورة وجعله من ثمة سببا للضرر.

أنظر: بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير، فرع: مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص201.

4- PETRONI-MAUDIERE Nicole, *L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale*, R. G.D.M., n° 06, Paris, 2001, p194.

بتحقيق نتيجة⁽¹⁾.

في سبيل كفالة حق المضرور في الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة العمل الطبي، بذل القضاء الفرنسي محاولات عديدة في سبيل ذلك، دون حاجة إلى إثبات خطأ الطبيب وكانت وسيلته في ذلك إقرار الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي إذ بمقتضى هذا الالتزام يكون الطبيب مطالباً ليس بشفاء المريض، وإنما بتفادي وقوع أضرار لا علاقة لها بالحالة الأصلية للمريض قبل التدخل الطبي، وتطورها الطبيعي⁽²⁾.

وفي هذا المعنى قررت محكمة مرسيليا، مسؤولية الجراح الذي أجرى لمريضه عملية استئصال زوائد صغيرة في منطقة "العانة" عن الجروح الشديدة التي أصابته، رغم عدم ثبوت إهمال من جانب هذا الجراح، وقد أسست المحكمة قضاءها على أنه نظراً للظروف التي تحيط بالعمليات الجراحية، حيث يرقد المريض مخدراً دون حول ولا قوة بعيداً عن ذويهِ فإن الجراح يلتزم في مواجهته ليس ببذل عناية يقظة وصادقة، بل بضمان سلامته، بحيث يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تصيبه دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانبه، متى كان هذا الضرر لا علاقة له بالمرض الذي كان يعالج المريض منه، وقد حدث أثناء العملية الجراحية⁽³⁾.
وكما اعتبر المستشار "SARGOS" فيما يخص قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 7 جانفي 1997 السالف الذكر، أن الالتزام بالسلامة لا يمكن أن يكون إلا التزام بتحقيق نتيجة، وإلا جُردت من معناه⁽⁴⁾.

1- البينة محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1993، ص235.

2- محمد عبد القادر أقصاوي، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص55.

3- نقلاً عن البينة محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص235.

4- ACCAD (Lucien) et CAUSSIN-ZANTE (Maryse), Les nouvelles obligations juridiques du médecin, op.cit, p48.

وإذا كان إقرار الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي لا يعني نهاية الالتزام ببذل عناية الواقع على العائق الطبي فإنه يتعين تحديد نطاق أعمال كل منهم، وقد أخذ الفقه بفكرة التمييز بين الحادث الطبي وعدم نجاح العلاج كمعيار لتحديد نطاق كل من الالتزام بالسلامة بالنتيجة والالتزام ببذل عناية.

ويستند التمييز بين الحادث الطبي والإخفاق في العلاج إلى فكرة أساسية مؤداها أن المريض لا يكون محقا في ادعائه بأن العمل الطبي لم يحقق له الشفاء أو تحسين حالته لكن من حقه أن ينتظر من الطبيب ألا يؤدي تدخله الطبي إلى إضافة علة جديدة إلى المرض الذي يعانيه.

فالحادث الطبي هو المجال الطبيعي للالتزام بضمان السلامة، إذ الأخذ بنظام الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، يتعين أن يكون هو الحل الواجب التطبيق في كل حالة يرجع فيها الضرر إلى واقعة يمكن وصفها بالحادث الطبي، ويتوقف وجود هذا الأخير على تحقق شرطين: الأول يعود إلى الضرر والآخر يعود إلى العمل الطبي ذاته.

في المقام الأول: يجب ألا يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية ومتوقعة لتطور حالة المريض بسبب عدم نجاح العلاج، وهو ما يتحقق عندما يكون هذا الضرر جديدا، أي لا علاقة له بحالة المريض السابقة على أعمال التشخيص والعلاج وبعبارة أكثر تحديدا يمكن القول بأن جسامه الضرر المترتب وعدم تناسبه مع حالة المريض الأولى، ومع العناية المبذولة لعلاجيه يستدل منه على أننا بصدد حادث طبي وليس مجرد إخفاق للعلاج⁽¹⁾.

ومن الأمثلة عن ذلك الإصابة بعجز كلي أو جزئي أو الاضطرابات العصبية الجسمية التي تنجم عن إجراء فحص بسيط أو جراحة عادية، أو حدوث الوفاة أثناء تخدير المريض أو العدوى بمرض قاتل على إثر نقل دم ملوث، ومن هذه الحوادث أيضا، الإصابات التي

1- عبد القادر محمد أقصاصي، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 55-56.

يمكن أن تقع أثناء التدخل الجراحي "حروق، كسور، سقوط، ..." والتي لا تكون لها أية علاقة بحالة المريض السابقة.

ويلزم في **المقام الثاني**، ألا يكون للضرر المتحقق صلة بالتدخل الطبي أو بالأعمال اللازمة للعلاج، كحدوث رضوض بجسم المريض بسبب الحالة السيئة للأجهزة والأدوات المستخدمة من جانب الطبيب، أو أن يلحق الجراح الضرر بعضو آخر غير العضو الذي يراد جراحته، فالملاحظ هنا أن الضرر نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجي.

أما إخفاق العلاج وهو المجال الطبيعي للالتزام ببذل عناية، ينحصر نطاقه في حالة إخفاق العلاج وعدم الوصول للأثر المنشود.

ويدخل في معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التي تعد نتائج مباشرة ومتوقعة للعمل الطبي، حتى ولو كانت هذه الأضرار استثنائية، كتلك الآثار الجانبية التي تقع بمناسبة التخدير متى كان ذلك ناشئاً عن خرق من جانب الطبيب لأصول عمله⁽¹⁾.

ويترتب عن اختلاف الحادث الطبي عن الإخفاق في العلاج في الطبيعة واختلاف أيضاً في الآثار المترتبة.

ففي حالة الحادث الطبي فإن مسؤولية الطبيب تتعد بمجرد وقوع الضرر ودون حاجة إلى إثبات مسلك خاطئ في جانبه، أما في حالة عدم نجاح العلاج، وتحقق النتيجة المرجوة منه فإن مسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا تمكن المريض من إثبات تقصير من جانبه في تقديم العناية اللازمة لأن الأمر هنا يتعلق بممارسة الفن الطبي الذي يهيمن عليه الاحتمال. مما يبرر قصور التزام الطبيب على مجرد بذل عناية فلا تقوم مسؤوليته إلا على أساس الخطأ واجب الإثبات⁽²⁾.

1- عبد القادر محمد أقصاصي ، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص56.

2- مرجع نفسه، ص57.

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالتمييز بين الحادث الطبي والإخفاق في العلاج وذلك في القانون رقم 303-2002 الصادر في 04 مارس 2002 والمتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، فقد أدخل هذا القانون تعديلات على المادة 1-1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي، التي تنص على ما يلي: "فيما عدا حالة مسؤوليةهم عن عيب المنتج الصحي، ممتنهي الصحة المنصوص عليهم في الباب الرابع من هذا القانون، كذلك أية مؤسسة علاجية، لا تقوم مسؤوليتهم عن النتائج الضارة للتشخيص أو العناية إلا في حالة الخطأ"⁽¹⁾

إذ أخذ هذا القانون بثلاثة أنظمة للتعويض في مجال مهنة الطب:

- **الأول: التعويض عن الخطأ الطبي**، وهنا تقرر مسؤولية القائم بالعمل الطبي وهذا حسب ما جاء في نص المادة L1142-1 من قانون الصحة العامة السالفة الذكر.

- **الثاني: التعويض عن حالات الحوادث الطبية** في حالة وجود عيب في المنتج الطبي أو الإصابة بالعدوى، وفي هذه الحالات تقوم مسؤولية القائم بالعمل الطبي دون حاجة لإثبات خطأ في جانبه وإنما يكفي وجود علاقة سببية بين الضرر وتناول واستعمال هذا المنتج أو الإصابة بالعدوى، هذا ما نصت عليه المادة L1142-1 السالفة الذكر التي استتنت المسؤولية عن عيب المنتج الطبي من حالات المسؤولية القائمة على أساس الخطأ.

- **الثالث: بالنسبة للمسؤولية عن الإصابة بالعدوى** فقد نصت عليها في الشطر الثاني من الفقرة الأولى من المادة L1142-1 التي جاء نصها كما يلي: «...المؤسسات

1- Art. 1142-1 alinéa 1 de la Loi N°2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades précitée., modifiée par loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, In : www.legifrance.gouv.fr , stipule : « hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de sante, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsable des conséquences dommageables d'actes de prévention de diagnostic ou de soin qu'en cas de faute... ».

والمرافق العلاجية تكون مسئولة عن الأضرار الناتجة عن العدوى إلا إذا أقامت الدليل على وجود سبب أجنبي...»⁽¹⁾.

أما النظام الثالث من التعويض فيتعلق بالتضامن الوطني الذي فرضه المشرع الفرنسي بالقانون السابق وذلك بتعديل المادة L1142-1-1 منه، التي أتاحت للمريض الحصول على تعويض الأضرار التي أصابته في إطار التضامن الوطني وذلك عندما يتعلق الأمر بحادثة طبية، ترجع إلى فعل من أفعال الوقاية أو التشخيص أو الرعاية الطبية، طالما كانت هذه الأضرار تمثل للمريض نتائج غير عادية بالنظر إلى حالته الصحية وعلى عكس التطور المتوقع لها⁽²⁾.

وعليه، الالتزام ببذل عناية، والذي يتعين الاحتفاظ به في مجال الالتزام بالعلاج، كما يتعين في حالة الإخلال به ضرورة إثبات الخطأ من جانبه، وبين تعويض الحادثة الطبية غير الخطئية، والتي يميزها إصابة المريض بضرر جديد، بمناسبة التدخل الطبي، ولا علاقة له بالمرض الذي يعانيه المريض أصلاً⁽³⁾، والتي لا تشترط إثبات الخطأ.

وتحويل الالتزام بالسلامة إلى التزام بتحقيق نتيجة نظراً لمضمون الالتزام الذي يقع على المدين بضمان السلامة ألا وهو الالتزام بضرورة توقع الحادث الضار والالتزام بالعمل على منع حدوث هذا الضرر، والالتزام باتخاذ كل الإجراءات الكفيلة لمنع وقوعه والتقليل منه على الأقل.

1-Art 1142-1-1 du C.S.P.F, précitée, qui stipule : "... les établissements services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infection nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère..".

2-Article 1142-1-2 C.S.P.F. stipule : "...un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationales, 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...".

3- منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 2013، ص148.

من أجل الوفاء بالالتزام بضمان السلامة كالتزام بتحقيق نتيجة، يجب أن يتوقع المدين كل الحوادث التي تعترض التنفيذ العادي والصحيح للعقد، والتي يمكن أن تولّد أضراراً جسدية للمتعاقد الآخر، فرفض القضاء بصفة دائمة للسبب الأجنبي كوسيلة لاستبعاد مسؤولية المدين يرتبط ليس فقط بأن هذا الأخير كان يمكنه توقع الحادث، ولكن لأن هذا الحادث كان محتملاً، فكون الحادث متوقعاً يقدم كنتيجة منطقية، لا يستطيع أن يتخلص منها المدين بإثبات السبب الأجنبي، فإذا كان عدم التوقع أحد شروط السبب الأجنبي الذي تدفع مسؤولية المدني بالالتزام أنه يكون محلاً بالالتزام في حالة ما إذا كان الحادث الضار متوقعاً ومحتمل الوقوع⁽¹⁾.

وكما يلتزم المدين بضمان السلامة بالعمل على منع وقوع الحادث الضار، وذلك بأن يتخذ كل الاحتياطات والإجراءات اللازمة لمنع وقوع الحادث الضار، أو على الأقل التقليل من الآثار الضارة للحادث، حيث إذا لم يكن بوسع المدين تجنب وقوع الحادث الضار فعلى الأقل يجب عليه أن يتخذ إجراءات معينة تمنع حصول الضرر أو التخفيف من الآثار الضارة للحادث بالنسبة للمتعاقد الآخر، وفي هذا الخصوص لوحظ تشدد القضاء في اعتبارات الحادث الضار غير المتوقع أو غير ممكن الدفع، أي القضاء يرفض دائماً اعتبار الحوادث الضارة بالسلامة الجسدية والصحية للمتعاقد غير ممكنة التوقع، الأمر الذي يؤكد معه القضاء عدم وفاء المدين بالتزامه بضمان سلامة المتعاقد معه⁽²⁾.

يضاف كل ذلك، الضمان العام الذي يقع على عاتق المستشفى العام بسلامة المريض في إقامته، وما يتناوله من أغذية ومشروبات والاهتمام بنظافته، ومنع إصابته بالعدوى، فمجرد إثبات الضرر في مثل هذه الحالات يكفي لانعقاد مسؤولية الطبيب أو المستشفى

1- أقصاصي عبد القادر محمد، التزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 171.

2- مرجع نفسه، ص 172.

العام، لكن هناك من يرى وعلى رأسهم الفقيه "سافيتي" (Savetier) أن الأطباء الذين يعملون في المستشفيات العامة، مسؤوليتهم تكون تقصيرية، وبالتالي فلا محل للقول بأن التزامهم يكون بتحقيق نتيجة، لأن الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية وهو التحلي باليقظة والتبصر، حتى لا يسبب سلوك المدين ضرراً للغير هو التزام ببذل عناية، وفي سبيل تبرير هذه النظرية يذكر أن الالتزام بضمان السلامة لا ينشأ على عاتق المدين إلا بمقتضى نص قانوني أو اتفاقي، ومن الثابت عدم وجود عقد بين المستشفى العام والمريض، أو بين هذا الأخير والطبيب المعالج، كما لا يوجد نص قانوني يقره⁽¹⁾.

ولا يجوز أن يتأسس وجود مثل هذا الالتزام بضمان السلامة، على الإرادة المفترضة للطرفين لأنه لا يوجد عقد بينهما، وبناء على ذلك، فإنه يؤكد أن الإلزام بضمان سلامة المريض الذي يتلقى علاجه في مستشفى عام عن الأضرار التي تصيبه، ليس إلا التزاماً ببذل عناية، بحيث يقع عبء إثبات عدم تنفيذه على عاتق المدعي وهو المريض، وحينئذ يستطيع الطبيب أن ينفي خطأه بإثبات أنه قد قام بما يجب عليه من حيطة وبقظة في تنفيذه التزاماته، أو أن يثبت واقعة من شأنها أن تنفي عن سلوكه وصف الخطأ.

لكن هذا غير منطقي، أن يكون المدعي عليه طبيباً خاصاً أو طبيباً في مستشفى عام، فإن الالتزام بضمان سلامة المريض الذي يقع على الطبيب في مستشفى عام لا يختلف في مضمونه، عن ذلك الذي يقع على طبيب خاص، فهو التزام محدد، أي بتحقيق نتيجة، فالالتزام بتحقيق نتيجة ليس مقصوراً على المجال العقدي، وإنما يوجد أيضاً في المجال غير العقدي مع التسليم بأن المريض نزيل المستشفى العام يكون في مركز تنظيمي وليس عقدياً، إلا أنه لا يوجد ما يمنع أو يعوق التزام هذا المرفق العام بضمان سلامة نزلائه

1- البينة محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب....، مرجع سابق، ص 236.

من المرضى⁽¹⁾، بالنظر لما تتطوي عليه الإقامة في مستشفى عام من مخاطر، مثل العدوى وهي مخاطر لا تقل جساماً عن مخاطر النقل، فيكون التزام المستشفى بضمان سلامة المرضى بنتيجة، كما يحدث في مجال النقل ولو كان الظالم به مرفقاً عام، من ناحية أخرى فإن نظام العمل في المستشفيات العامة قد يسمح للمريض باختيار الطبيب المعالج أو الجراح، وحينئذ يمكن تصور انصراف إرادة هذين الطرفين إلى ترتيب الالتزام بضمان السلامة على عاتق الطبيب، ولا يفلح في ذلك أن يكون العلاج بمقابل أو مجاني⁽²⁾.

ويجب أن نشير في هذا الصدد، إلى أن قد يذهب البعض إلى أن هناك تداخل بين الالتزام بالسلامة والالتزام بتحقيق نتيجة، إلى حد قد يصعب التمييز بينهما.

إلا أن الالتزام بالسلامة قُدر لحماية الحياة والسلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، فهو ضمان لتحديد الحماية الجسدية للشخص، مؤداه أن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، بل بأن لا يُعرضه لأي ضرر أو تدهور صحته نتيجة مباشرة العلاج أو استخدام الأجهزة والأدوات الطبية أو حتى نتيجة بقاءه في العيادة أو المستشفى⁽³⁾.

وفي الأخير، لاشك أن الاعتراف بأن الالتزام بضمان السلامة المريض يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، من شأنه تدعيم ثقة المرضى في المستشفيات خاصة بعد أن تعرضت هذه الثقة للاهتزاز في كثير من الأحوال⁽⁴⁾.

غير أنه في جميع الأحوال، لم يكن القضاء بمثابة إعلان عن نهاية الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق المريض، ولكنه يُثري هذا الالتزام بالتزام جديد تبعي أو ملحق له - كما سبق وأن وضّحناه في المبحث الأول من هذا الفصل - هو التزام بضمان سلامة المريض

1- البينة محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 237.

2- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، مرجع سابق ص 318.

3- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 357 و 358.

4- محسن عبد الحميد البراهيم البينة، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب...، مرجع سابق، ص 238 و 239.

بحيث يلتزم الطبيب بتعويض المريض عن الأضرار التي تصيبه نتيجة عمل جراحي ضروري لعلاج، ولو لم يكن هناك خطأ في جانبه، وذلك متى كان الضرر الذي أصاب المريض منقطع الصلة بالحالة السابقة للمريض أو بتطورها الطبيعي.

وإذا كان القضاء قد أقر الالتزام بضمان السلامة، فإن هذا يمثل تعبيراً عما تمناه الفقه، من ضرورة اعتراف القضاء بالتمييز بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بالسلامة، وهو التزام بتحقيق نتيجة، دون أن يستبعد أحدهما الآخر.

الباب الثاني:

تطبيقات الالتزام بضمان السلامة في

المجال الطبي

كرسه القضاء الفرنسي الحديث الالتزام بالسلامة، عندما أكد أن عقد نقل الأشخاص يتضمن أيضا الالتزام بتوصيل المسافر إلى مقصده سالما_ كما وضحناه في الباب الاول_ وهو ما يؤكد سلطة القضاء في إنشاء التزامات لم يدرجها المتعاقدان في العقد أو لم يفكرا حتى في وضعها ضمن بنود العقد بعبارات صريحة وواضحة، وفي نفس الوقت لا يمكن أن نتصور بأنهم سيرفضونها عند وضعها، لأن الإنسان أكثر ما يحرص عليه هو سلامته من الخطر الذي يمس حياته وسلامة جسمه من أي مكروه. على هذا امتد هذا الالتزام إلى المجال الطبي بالنظر إلى خصوصية وطبيعة العمل الطبي.

فلما كانت العلاقة بين الطبيب والمريض غير متساوية في المعرفة العلمية والتي يترتب عنها أن يكون الثاني خاضعا أثناء العمل الطبي كلية لتعليمات الأول. ولما كان المريض وهو الشخص غير المهني يدخل في علاقة بالطبيب المهني المتخصص، فإن المجال الخصب لتنفيذ فكرة الالتزام بالسلامة يكون في المجال الطبي.

على هذا تم فرض سلامة المريض كالتزام ملقى على عاتق الطبيب لكونها ذات أهمية كبيرة بالنسبة له.

حيث السلامة الجسدية للإنسان ذات قيمة عالمية معترف بها. وهي تعتبر من أسمى الحقوق. فالمساس بها أصبح غير مسموح به في أي شكل من الأشكال، وهو حق كرسه معظم التشريعات والدساتير مثلما وضحناه في الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث.

وعلى هذا جعل السلامة التزاما حتميا يقع على عاتق الطبيب. إذ بمقتضاه، يصبح الطبيب مطالبا ليس بشفاء المريض وإنما بتفادي تفاقم حالته أكثر مما يتطلبه التنفيذ العادي للعمل الطبي أو الحالة الأصلية للمريض قبل التدخل الطبي.

فالمريض عند مراجعته للطبيب يرفض رفضا باتا فكرة إصابته بضرر إضافي بمناسبة العلاج، فهو يفرض أن تكون سلامته أمرا مضمونا بالنظر إلى التقدم الطبي وظهور تقنيات طبية حديثة لكون الطبيب في وقتنا الحالي يملك كل الوسائل الضرورية لضمان سلامة المريض، التي تجعله قادرا على تنفيذ الالتزام.

وعلى ذلك ما يصيب المريض من أضرار لا علاقة لها بالعلاج الذي يتلقاه، ويستقل عن العمل الطبي بمفهومه الفني، فان محل الالتزام بصده يكون التزاما بنتيجة هي سلامة المريض. غير أن لا ننكر في حالة ما إذا نشأت الأضرار عن تلك الأعمال الفنية الطبية البحتة، بما تتطوي عليه من عنصر الاحتمال فان التزام الطبيب في هذه الحالة يبقى التزاما بعناية، ولا تقوم مسؤوليته إلا بإثبات وجود تقصير في جانبه.

فإذا سلمنا بوجود التزام محدد على الطبيب بضمان السلامة تجاه مريضه، ماهي أهم الأعمال التي يثار بشأنها هذا الالتزام (الفصل الأول)، والتي فيها مشدد، وماهي المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بهذا الالتزام (الفصل الثاني).

الفصل الأول

أهم الأعمال المثار بشأنها الالتزام بضمان السلامة

يسلم القضاء الحديث بوجود التزام محدد على عاتق مقدم الرعاية الصحية بضمان سلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله⁽¹⁾. لكن ليس معنى ذلك أنه يفرض عليه الالتزام المحدد بضمان شفاء المريض. لأن الشفاء يتوقف على عوامل لا تخضع في كل الحالات لسلطات الطبيب أو الجراح، بل هناك اعتبارات تتدخل دون أن يكون لإرادة الطبيب في حدوثها، كمناعة الجسم، درجة استيعاب جسم المريض، حالته من حيث الوراثة، وكذلك حدود الفنون الطبية التي تعجز أحيانا عن علاج المريض. وعلى ذلك لا يمكن مسالة الطبيب في حالة ما إذا لم يشف المريض من مرضه.

إلا أن في بعض الحالات الطبيب ملزم بالالتزام محدد بسلامة المريض لا من نتائج المرض بل من خطر حوادث قد تقع أثناء التدخل الطبي خارجة عن العمل الفني الطبي.

إذ ثمة حالات بمقدور الطبيب أن يضمن لمريضه فيها عناية طبية يقينية لا يتطرق إلى نتائجها الشك بالاستعانة بمعطيات العلم الحديثة، التي يكون تنفيذها لا مجال فيه لفكرة الاحتمال التي تبرر حصر التزام الطبيب على مجرد العناية، فالالتزام بضمان السلامة ظهر كالتزام يقع على عاتق الطبيب كوسيلة فعالة لحماية المريض.

ويبرز هذا الالتزام في بعض الأعمال كتوريد المنتجات الطبية (المبحث الأول) وأثناء إجراء العمل العلاجي (المبحث الثاني).

1 -La jurisprudence développe à la charge du médecin une obligation de sécurité de CA Besançon (commune en France) , première Chambre civile, 12 septembre 2001, Petroni-Maudière, Nicoleop L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale, op.cit, pp. 175-196. Cour de cassation, 1 ère Chambre civile, 23 mai 2000, Virfolet, (Jean-Luc) , **L'obligation de sécurité est autonome de l'obligation de soins** , La Gazette du Palais, n°352, 17/12/2000, pp. 43-46.

المبحث الأول

الالتزام بضمان السلامة أثناء استخدام المنتجات الطبية

إن المنتجات الطبية قد تكون بشرية والتي تشمل الدم، الأعضاء، الأنسجة القرنيات الخلايا والحليب المأخوذ من البشر للاستعمال العلاجي، وذلك قصد المحافظة على سلامة المرضى وخصوصيتهم وحقوقهم الإنسانية⁽¹⁾.

وقد تكون المنتجات الطبية مركبة كيميائياً والتي تعني أي منتج ينتجه قطاع الصناعات الدوائية من المنتجات اللازمة لمعالجة مشكلات الصحة العامة⁽²⁾.

ولتوفير قدر من الحماية للإنسان في مواجهة الأضرار التي قد تنتج عن هذه المنتجات فرض القضاء الفرنسي نظام الالتزام بضمان السلامة. حيث تعتبر عملية توريد المنتجات الطبية من أكثر الأعمال المثار بشأنها التزام الطبيب بضمان السلامة، إذ يكون المريض في موقف المتلقي لهذه المنتجات اللازمة لصحته وحياته ويفترض فيه أن تكون سليمة ومناسبة لصحته.

على هذا ارتأينا لدراسة الالتزام بضمان السلامة أثناء توريد المنتجات الطبية وذلك بدراسة أهم مجالاتها وهي عمليات التحاليل ونقل الدم (المطلب الأول)، ومجال الأدوية (المطلب الثاني).

1- مجلة منظمة الصحة العالمية، ع05 المجلد 91، ماي 2013، الموقع الإلكتروني: www.who.int

2- عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، التنظيم القانوني للصناعات الدوائية على ضوء اتفاقية التريبس، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع الجيزة، مصر، 2015، ص278، على الموقع الإلكتروني: <https://books.google.fr>

المطلب الأول

الالتزام بضمان السلامة في مجال عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية

يشمل الحق في سلامة الجسم، بقاء كل مكوناته وأجهزته سليمة كي تقوم بوظائفها على أكمل وجه. وأي إخلال في ذلك يكون اعتداء على هذا الحق، فهذه الحماية تتعلق بسلامة الجسم عموماً بما في ذلك مشتقاته، والتي تأتي في مقدمتها الدم ومكوناته؛ لأن الحماية المقصودة هي حماية تكامل الجسم، فجميع مكونات الجسم البشري تنتمي لطائفة الأعضاء الضرورية لاستمرار الحياة⁽¹⁾.

ويعتبر الدم بمكوناته عنصراً من العناصر المهمة لتشخيص حالة المريض. ولهذا يعد نقل الدم وسيلة علاجية فعالة لإنقاذ حياة المرضى ويعتبر خطوة من خطوات الكشف عن الأمراض التي تصيب الإنسان، والتي تلتزم فيها مراكز نقل الدم بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض (الفرع الأول)، وإذا لم يخضع هذا الدم لإجراءات وفحوصات طبية دقيقة للتأكد من خلوه من الأمراض المعدية، يصبح وسيلة لنقل الأمراض. وللتأكد من سلامته وخلوه من الفيروسات، لابد من إجراء تحليل طبي في مخابر خاصة بذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزام مراكز نقل الدم بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض

تكتسب عمليات نقل الدم⁽²⁾ أهمية خاصة، حيث يكون المريض في موقف المتلقي لدم لازم لحياته والذي يفرض أن يكون سليماً خالياً من الجراثيم.

1- وليد شهران، الحماية القانونية لجسم الإنسان من مخاطر العدوى عند نقل الدم، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون، جامعة الزاوية، ليبيا، جوان 2015، ص 137.

2- عملية نقل الدم، أو نشاط نقل الدم كما نص عليه المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد 18-11 السالف الذكر في المادة 259 منه، على أنه: "نشاط نقل الدم هو نشاط طبي يتمثل في :

- تحضير مواد الدم،
- تحليل الدم المتبرع به وتصنيفه،
- حفظ وتوزيع الدم ومشتقاته."

ويمكن القول أنّ فكرة الطبيعة الاحتمالية للأعمال الطبية لها دور لا ينكر في توجيه الاعتقاد القانوني لاعتبار مضمون التزام الطبيب التزاما بضمان السلامة، إذ فكرة الاحتمال كان لابد أن تضعف الأعمال البعيدة عن هذه الأخيرة، مؤكدة أن الالتزام بغياب الاحتمال هو التزام بضمان السلامة⁽¹⁾.

تقتضي عملية نقل الدم وجود شخص ينقل منه الدم، وهو متبرع، وشخص آخر ينقل إليه هذا الدم، متى كانت حالته بحاجة إليه، مسبقة بالضرورة بتحليل الدم، سواء للمعطي أو للمنقول إليه، من أجل معرفة فصائل الدم، والتوافق بينها وخلوها من الأمراض، ويتولى تنفيذ هذه الإجراءات أطباء متخصصون، خاصة بعد أن أصبحت تحاط عمليات نقل الدم بضوابط وقيود مشددة من أجل ضمان سلامة الأشخاص على إثر اكتشاف مرض فقدان المناعة، ولاشك أن هذا التطور يلقي على عاتق الأطباء عبئا مضاعفا في هذا المجال لكفالة حماية فعالة للمتبرعين بدمهم والمنقولة إليهم على حد سواء⁽²⁾.

وتحت وقع النزعة الحمائية، هب الكثير من الباحثين إلى الدعوة لتوفير حماية للمرضى خاصة المضرورين من عمليات نقل الدم، وهو ما استجابت له غالبية التشريعات المقارنة، فأقرت نظاما قانونية بعضها وقائي يستهدف الحيلولة دون وقوع الأخطار، وبعضها ردعي يستهدف معاقبة كل من يعرض سلامة وصحة المريض المنقول له الدم، للخطر⁽³⁾.

1- جريوة منيرة، الالتزامات الحديثة للطبيب في العمل الطبي، رسالة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر (1)، بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016، ص ص 201-202.

2- البينة محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 212.

3- براهيم يمينية، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص 02.

على هذا تدخل المشرع الفرنسي بجملة من القوانين ابتداء من القانون رقم 52-854 الصادر في جويلية 1952⁽¹⁾، والقانون رقم 91-1406 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1991 ينص على إنشاء صندوق خاص بتعويض المضرورين من عمليات نقل الدم⁽²⁾ مروراً بالقانون 93-05 المؤرخ في 04 جانفي 1993 المتعلق بسلامة نقل الدم والأدوية والذي جاء بالتفصيل للمواد 666 و 667 و 668 من قانون الصحة العامة الفرنسي⁽³⁾، ثم قانون 98-535 المؤرخ 01 جويلية 1998 المتعلق بتعزيز المراقبة الصحية ورقابة سلامة المنتجات المعدة للاستخدام البشري⁽⁴⁾ لنصل إلى الأمر 1087 المؤرخ في 1 سبتمبر 2005 المتعلق بالمؤسسات العامة الصحية الوطنية والمنازعات في مجال نقل الدم⁽⁵⁾، وكذا قانون 4 مارس 2002 والمتعلق بحقوق المرضى وجودة الخدمات الطبية السالف الذكر.

أما بالنسبة للقانون الجزائري ظل بعيد إلى غاية منتصف الثمانينات، أين تمت إصابة عدد من الرعايا الجزائريين بعدوى نقل الدم الملوث بالإيدز في مستشفيات فرنسية في الفترة الممتدة بين سنة 1980 وسنة 1985، والتي سميت آنذاك في فرنسا بـ "فضيحة نقل الدم الملوث"، حيث لم تُبد الدولة الجزائرية في ذلك الوقت أي رد فعل حيال هذا الوضع بالنظر إلى طبيعة النظام السياسي والاجتماعي وقلة النقاش العام السائد آنذاك⁽⁶⁾.

1-Loi N°52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés ; in : www.legifrance.gouv.fr

2 - Voir : l'art.67 de la loi LOI n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, Modifié par Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 in : www.legifrance.gouv.fr.

3-Loi N°93-5 du 4 Janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicaments. In : www.legifrance.gouv.fr

4-Loi N°98 - 535 du 1 juillet relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme. In : www.legifrance.gouv.fr

5-Ordonnance N°2005 -1087 du 1 Septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine. In : www.legifrance.gouv.fr

6 - براهيم يمين، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص3.

غير أن الوضع لم يبق على حاله وإنما بتغير المعطيات السياسية والإعلامية تمّ إخراج الفكرة فكانت أول التفاتة من المشرع الجزائري لعمليات نقل الدم من خلال الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتعلق بقانون الصحة العمومية⁽¹⁾، وكذا القانون رقم 85-05 المؤرخ في 25 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم⁽²⁾ والمرسوم التنفيذي رقم 140-07 المؤرخ في 19 ماي 2007 المتضمن إنشاء وتنظيم وسير المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية⁽³⁾، وقد أصدر وزير الصحة مجموعة من القرارات المنظمة لعمليات نقل الدم وعلى رأسها القرار الوزاري المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم، إنشاءها وصلاحياتها والذي ألغي بموجب القرار الوزاري رقم 198 الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006 المتضمن تنظيم وإنشاء وصلاحيات هياكل حقن الدم⁽⁴⁾، والمرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت 2009 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم⁽⁵⁾.

أخذت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية مراكز نقل الدم عام 1954، وكان لسبب الإخلال بالالتزام بتقديم خدمة عادلة التي كان يستحقها المريض، هذا الالتزام الذي كان يعتبر ضمناً بتحقيق نتيجة. وبمناسبة ظاهرة انتشار مرض الايدز بسبب عمليات نقل الدم

1- أمر 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ع. 101، الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1976.

2- قانون رقم 85-05 المؤرخ في 25 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، ج.ر.ع. 35، المعدل والمتمم بالقانون 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج.ر.ع. 44، الصادر بتاريخ 03 أوت 2008.

3- مرسوم تنفيذي رقم 140-07 المؤرخ في 19 ماي 2007 المتضمن إنشاء وتنظيم وسير المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية، ج.ر.ع. 33، الصادر بتاريخ 20 ماي 2007.

4- قرار وزاري رقم 198 الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006 المتضمن تنظيم وإنشاء وصلاحيات هياكل حقن الدم. أنظر: براج يمينة، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 441.

5- مرسوم تنفيذي 09-258 المؤرخ في 11 أوت 2009 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم، ج.ر.ع. 47، الصادر بتاريخ 16 أوت 2009.

الملوث ذهب القضاء في نفس الاتجاه، إذ اعتبر مراكز نقل الدم مسئولة لكن دون النطق بالالتزام بالسلامة⁽¹⁾. لكن بعد ذلك استقر القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه على النطق صراحة بأن مراكز نقل الدم تكون ملتزمة بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض وتعتبر مسئولة عن الأضرار التي تصيب هذا الأخير من جراء نقل دم ملوث. فقررت محكمة "تولوز" (Toulouse) في 16 جويلية 1992 بوجود التزام بضمان السلامة على عاتق مركز نقل الدم بسبب احترام تكامل جسم الإنسان⁽²⁾.

وقرار آخر يشير إلى الالتزام بنقل دم خال من عيب، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في 12 أبريل 1995 أنه «يلتزم مراكز نقل الدم بتقديم منتج خال من العيوب ولا يستطيع أن يعفي نفسه من الالتزام بضمان السلامة إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، ولا يعد العيب الداخلي الموجود بالدم وان لم يتم اكتشافه، سببا أجنبيا يعفي هذه المراكز من المسؤولية⁽³⁾». وهو ما أكدته مجلس قضاء "فرساي" في قرار لها الصادر في 13 ديسمبر 2002⁽⁴⁾. ومحكمة استئناف "بورديو" Bordeaux في 4 أبريل 2008⁽⁵⁾.

وعليه، فإن مراكز نقل الدم تكون ملزمة بتوريد منتجات خالية من العيوب، وأنه لا

1-Cass.civ. 17 Décembre 1954, cité par ; M. Hubert GROUDEL, **Les avancées de l'obligation de sécurité et de la responsabilité sans faute en matière médicale**, université de bordeaux 4, 03 avril 2002, p320, site in : www.fdsp.rnu.tn/useruploads/files/com.hubert.groudel.pdf

2-عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية وفيرس مرض الايدز، المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس مرض الايدز، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص147.

3. -Cass.civ le 12 avril 1995 « Les centres de transfusion sanguine sont tenus de fournir aux receveurs des produits exempts de vices et qu'ils ne peuvent s'exonérer de cette obligation de sécurité que par la preuve d'une cause étrangère qui ne puisse leur imputée, et que le vice interne du sang, même indécélable, ne constitue pas, pour l'organisme fournisseur, une cause qui lui est étrangère ».

voir: M GROUDEL. Hubert , **Les avancées de l'obligation de sécurité ...**,op.cit, pp 320-321.

4 -C.A. Versailles, **Audience publique du vendredi 13 décembre 2002**, N° de RG: 2000-3368, cité in : www.ligifrance.gouv.fr .

5 - « ... cependant..., l'Etablissement Français du sang, tenu d'une obligation de sécurité de résultat de fournir des produits exempts de vices... », C.A. Bordeaux, Audience publique du vendredi 4 avril 2008, N° de RG: 06/06002 , In : www.legifrance.gouv.fr

يمكن التخلص من هذا الالتزام بالسلامة إلا بإثبات السبب الأجنبي الخارجي حتى ولو تعذر عليها الكشف أو الإحاطة بالعيب الداخلي للدم، فلا يشكل ذلك سببا للإعفاء من المسؤولية. من هذه النقطة، قد يثار سؤال حول إمكانية تعداد هذا العيب الداخلي الموجود في الدم والذي لم يتم كشفه والإحاطة وقت توريد ونقل هذا الدم من بين مخاطر التطور التي تعتبر سببا من أسباب إعفاء مراكز نقل الدم من المسؤولية؟

يقصد بمخاطر التطور تلك المخاطر اللصيقة بطبيعة الشيء والتي لا يمكن كشفها لحظة صناعة الشيء أو بيعه، طبقا للمعلومات الفنية المتوفرة في ذلك الوقت، ثم ما تلبث هذه المخاطر أن تتكشف فيما بعد نتيجة للتقدم العلمي.

وفي مجال عملية نقل الدم الملوث، فإنّ العيب اللصيق بالدم الملوث يتطابق تماما مع فكرة مخاطر التطور، بحيث أن وقت توريد الدم للمريض مباشرة لم يكن معروفا لدى مركز نقل الدم العيب الموجود في الدم طبقا للمعلومات العلمية المتوفرة في ذلك الوقت لكن سرعان ما ينكشف هذا العيب فيما بعد نتيجة للتقدم العلمي⁽¹⁾.

وقد استقر الفقه على أنّ الصانع يتحمل مخاطر التطور باعتباره مهنيا يتساوى مع البائع سيء النية، فلا تعد مخاطر التطور سببا للإعفاء من المسؤولية، كذلك أن مركز نقل الدم باعتباره مهنيا يقوم بحفظ الدم، فلا تعتبر مخاطر التطور سببا للتخلص من مسؤوليته بل يلتزم بالتعويض عن الأضرار التي تصيب المريض نتيجة للعيب الموجود بالدم وقت توريده، والذي استطاع التقدم العلمي فيما بعد أن يكتشف هذا العيب. وهذا الرأي لا يستند فقط على خبرة مركز نقل الدم وعلمه ودراسته الذي يستطيع أن يكشف العيب الموجود بالدم بل يتأسس أيضا هذا الالتزام على الثقة التي يمنحها المرضى لهذا المركز وعلى قدرة هذا الأخير في مواجهة أعباء التعويضات التي تحكم بها على مركز نقل الدم عن طريق التأمين⁽²⁾.

1- عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية وفيرس مرض الإيدز...، مرجع سابق، ص155.

2- مرجع نفسه، ص156.

فتتبع التطور القضائي في مجال عمليات نقل الدم، يكشف بوضوح عن أن مبدأ ضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، كان بمثابة الفكرة الموجهة لحركة التطور، وهذا يتضح بجلاء من خلال فصل الالتزام بالسلامة عن الضمان العقدي للعيوب الخفية، وعدم قصر الالتزام بضمان السلامة على الروابط العقدية، فيلتزم مركز نقل الدم بتقديم منتج خال من العيوب ولا يقللها من هذا الالتزام بضمان السلامة إلاّ إثبات سبب أجنبي لا يمكن نسبته إليه، ولا يشكل ما يلزم الدم من عيب سببا أجنبيا عنها حتى ولو تعذر الإحاطة به (1).

والالتزام بضمان السلامة في إطار عمليات نقل الدم يتوافق والسياسة العامة للتوجيه الأوروبي الصادر في 25 يوليو 1985 المتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة التي تنص على أن كل منتج يكون مسؤولا عن الأضرار الناشئة عن قصور منتجاتها في مواجهة سائر الضحايا، من تعرض منهم مباشرة أو بالتبعية للإصابة بتلك الأضرار، ومن تربطهم به علاقة عقدية ومن ثبتت له صفة الغير (2). فهنا يجب الاعتراف بالنسبة للمضرورين الذي لا تربطهم علاقة عقدية مع مرتكب الضرر وهو مركز نقل الدم بوجود اشتراط ضمني لمصلحة الغير لتجنب مبدأ الأثر النسبي للعقد (3).

فهنا تقوم مسؤولية مركز نقل الدم تجاه المستشفى أو الطبيب الذي تعهد بهذا المريض إلى مركز نقل الدم على أساس المسؤولية العقدية لوجود رابطة عقدية بينهما، وتقوم مسؤوليته اتجاه

1- حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص52.

2- حسن عبد الرحمن قدوس، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، مرجع سابق، ص53.

3- محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص ص166-167.

والاشتراط لمصلحة الغير، نظمته المواد 116، 117، 118 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1121 من القانون المدني الفرنسي، وتعتبر نظرية الاشتراط لمصلحة الغير التطبيق الساطع لقاعدة أنه، العقد يجوز أن يكسب الغير حقا ولو كان أجنبيا عليه، ويحدث هذا عندما يتم الاتفاق بين شخصين يتعهد أحدهما بأن يؤدي مباشرة إلى شخص آخر أجنبي عن العقد أداء معين يشترطه الطرف الآخر في هذا الاتفاق، فيسمى هذا الأخير بـ "المشترط"، أما الطرف الآخر الذي تعاقد معه وتعهده بتقديم أداء معين إلى الغير يسمى "المتعهد"، والغير هو من لم يكن طرفا في هذا الاتفاق يكون متعهدا له والذي يتم الاشتراط لمصلحته فيسمى المنتفع أو المستفيد.

أنظر: فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، قصر الكتاب، الجزائر، 2007، ص138 و139.

المريض المتعهد كذلك على أساس المسؤولية العقدية نابعة من اشتراط لمصلحة الغير⁽¹⁾. مما يعني أنه في حالة توريد دم مُعيب يحق للمريض أن يُقيم الدعوى مباشرة ضد مركز نقل الدم المورد للدم مستندا إلى العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمؤسسة العلاجية⁽²⁾، وهذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الأول السالف الذكر الصادر في 17 ديسمبر 1954، عندما أجازت للمريض الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم الذي قدم إليه دما ملوثا، استنادا إلى قيام اشتراط لمصلحة في العقد الذي أبرمه طبيبه مع بنك الدم. فالمريض يستطيع مطالبة بالتعويض نتيجة إخلاله بالالتزام الناشئ عن العقد لمصلحته دون الحاجة لإثبات خطئه⁽³⁾. ويعدّ التزام مركز نقل الدم في عقد نقل الدم التزاما بتحقيق نتيجة يماثل ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق المنتج أو الصانع، ويستوي أن يكون بصدد نقل دم طبيعي أو مشتقاته⁽⁴⁾.

وبذلك نخلص أن مركز نقل الدم ملزم بضمان السلامة الذي هو تحقيق نتيجة، فيكفي تحقق الضرر بسبب منتج صادر عن جسم الإنسان حتى ولو كان راجع إلى سبب غير معلوم في منظور حالة العلم وقت طرحه للتداول فمورد الدم يعد مسؤولا بطريقة مباشرة إذا ما كان المنتج من شأنه أن يسبب ضررا وفق طبيعة السلامة المرجوة منه والتي يأملها المريض وفقا لحالته⁽⁵⁾. كل هذا هو حماية أكبر للمضروب وحافزا أكثر لمراكز نقل الدم على الحرص والدقة في حفظ الدم، مما يسهم إلى حد كبير في تجنب مخاطر عمليات نقل الدم⁽⁶⁾.

1- مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب على الخطأ المهني، دراسة موازنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2008 ص181.

2- أحمد سلمان سليمان الزيد، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، ...، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2007، ص349.

3- مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب على الخطأ المهني، مرجع سابق، ص182.

4- توني خالد موسى، المسؤولية الجنائية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص579.

5- أحمد سلمان سليمان الزيد، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، ...، مرجع سابق، ص350.

6 - توني خالد موسى، المسؤولية الجنائية في مجال عمليات نقل الدم، مرجع سابق، ص579.

وقد تضطلع بمهمة سحب الدم البشري مؤسسات غير مراكز نقل الدم، وهذه المؤسسات العلاجية هي أشخاص معنوية تتمتع بالشخصية القانونية، وهي تمثل كل مكان أعد للعلاج أو التمريض أو الكشف على المرضى أو إيوائهم ويندرج تحت مفهوم المؤسسة العلاجية⁽¹⁾، المستشفى العام (أولا) والمستشفى الخاص على حد سواء (ثانيا).

أولا - التزام المستشفى العام بضمان السلامة في عمليات نقل الدم

يعتبر المستشفى العام⁽²⁾ كمرفق عام شخصا معنويا عاما يمثل الدولة كأهم أداة من أدواتها التي أوكلت لها مهمة الإشراف والسهر على صحة المواطن وسلامته من مختلف الأمراض والأوبئة التي تحول دون القيام بواجباته الاجتماعية⁽³⁾.

والحقيقة أن مفهوم المؤسسة العلاجية العمومية (المستشفى العام)، يندرج في إطارها مجموعة من الهياكل الصحية فهي تتسع لتشمل مجموعة هياكل الوقاية، التشخيص والعلاج والاستشفاء وإعادة التأهيل الصحي وهي بهذا المعنى تضم المستشفيات، العيادات المتعددة الخدمات، المراكز الصحية، قاعات الفحص والعلاج، مراكز الأمومة، مراكز المراقبة، وكل منشأة صحية عمومية تحت وصاية وزارة الصحة والسكان⁽⁴⁾.

1- برابح يمينية، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، ع.15، جانفي 2016، ص149.

2- عرف المشرع الجزائري المستشفى العام في المرسوم التنفيذي رقم 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007 الذي يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ع.33 الصادر بتاريخ 20 ماي 2007، في المادة الثانية منه على أن: «المؤسسة العمومية الاستشفائية هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتوضع تحت وصاية الوالي».

3- برابح يمينية، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، مرجع سابق، ص38.

4- مرجع نفسه، ص149.

وبعد التزام المستشفى بشفاء المريض التزاما ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، غير أن التزامه بضمان سلامة المريض التزام بتحقيق نتيجة، حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية المستشفى عن عملية نقل الدم الذي تم داخل المستشفى على أساس المخاطر، في حكمها الصادر في 26 ماي 1995، والذي يتعلق بالإصابة بفيروس فقدان المناعة (الايدز) وذلك على أثر نقل دم ملوث بفيروس المرض.

وبعد قيام مسؤولية المستشفى العام بدون خطأ على أساس المخاطر، الذي يكفي فيه المريض إثبات بان الضرر الذي أصابه كان بسبب نقل الدم إليه بمثابة شروع في تأسيس مسؤولية المستشفيات العامة على أساس موضوعي، وبذلك قد يكون قد اقترب من أحكام القضاء المدني فيما يخص المستشفيات الخاصة، والتي تقوم على أساس المسؤولية الموضوعية - الالتزام بضمان السلامة-(1).

على إثر هذا أصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 91-1406 الصادر في 31 ديسمبر 1991⁽²⁾، الخاص بالتعويض عن الإصابة بفيروس الايدز، الذي يؤسس حقا "ضمانا اجتماعيا" لصالح الأشخاص المصابين بهذا الفيروس بسبب نقل الدم الملوث⁽³⁾.

وقد قضت محكمة الاستئناف الإدارية لـ "نانت" Nantes على مستوى المستشفيات العامة بدون خطأ حيث استندت على فكرة المخاطر في ترتيب مسؤولية المستشفى العام اتجاه المتبرع بالدم باعتباره معاونا تطوعيا للمرفق الطبي العام، ومن ثم يجب أن يتحمل المرفق التبعات الضارة لعمليات أخذ الدم حتى ولو لم تثبت أية أخطاء في حق المرفق⁽⁴⁾.

1- أكو فاتح حمه رش ، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص174.

2-Loi 91-1406 du 31 décembre 1991, portant diverses dispositions d'ordre social, cité in : www.legifrance.gouv.fr

3- FORGES Jean-Michel , L'indemnisation des contaminations par transfusion ou traitement, actualité et dossiers en santé publique N°06, mars 1994, p02, Site in : www.ilo.org

4 - قرار محكمة استئناف "نانت" الصادر في 11 جوان 1992. أنظر: براجيمينة، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم....، مرجع سابق، ص47.

ثانيا - التزام المستشفى الخاص بضمان سلامة الدم المنقول

الالتزام المستشفى الخاص⁽¹⁾ والعيادات الطبية الخاصة بشأن شفاء المريض هو نفس التزام الطبيب، وهو الالتزام ببذل عناية، إلا أنه في الالتزام بضمان سلامة المرضى هو الالتزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾، فكما يلتزم المستشفى بضمان سلامة الأغذية والأدوية المقدمة للمريض وكذا الأجهزة المستخدمة، يلتزم بضمان سلامة الدم المنقول للمريض. وباعتبار التزام المستشفى الخاص بنقل الدم هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا مجال له للتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، لذلك تتعقد مسؤولية المستشفى الخاص إذا كان الدم المنقول للمريض غير مناسب له، كأن يكون من فصيلة لا تتطابق وفصيلة دم المريض، أو كان فاسداً كأن يكون فاقداً للصلاحية بسبب عدم احترام شروط الحفظ والتجميع، أو يكون ملوثاً بفيروسات الأمراض المعدية⁽³⁾. ولا يعد العيب الداخلي في الدم المنقول من قبيل السبب الأجنبي الذي يمكن للمستشفى أن يدفع مسؤوليته بها تجاه المريض. والطبيب أو المستشفى الخاص التي تجمع الدم ونعالجه أو تمارس عملية نقله تضمن سلامة المريض الذي ينقل إليه، وتكون مسئولة عقدياً عن الأضرار الناتجة عن نقل الدم لأنّ ثبوت هذه الأضرار يعني عدم الوفاء بالالتزام بسلامة المريض، الذي يعد من مستلزمات العقد⁽⁴⁾.

1- عرف المشرع الجزائري المستشفى الخاص من خلال المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007 المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر. ع. 67، الصادرة بتاريخ 24 أكتوبر 2007. في المادة الثانية منه على أن: «المستشفى الخاص هي مؤسسة علاج واستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة والتوليد وأنشطة الاستكشاف...».

وطبقاً لنص المادة 03 من ذات المرسوم، منح لها الشخصية المعنوية، وعليه تعتبر المستشفى الخاص شخص من أشخاص القانون الخاص، يخضع في تصرفاته لقواعد القانون المدني ونزاعاتها تنظر من طرف القضاء العادي، ونظراً لحساسية النشاط الذي يمارسه المستشفى الخاص كون محله جسم الإنسان وحالته النفسية والبدنية، أفرد له المشرع نصوص خاصة تتعلق بكيفية تنظيمه وسيره، حماية منه للمريض كطرف ضعيف في العلاقة الطبية العقدية من خطورة النشاط الطبي. أنظر: براهيم يمين، المسؤولية القانونية الناجمة عن نقل الدم...، مرجع سابق، ص 48.

2- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص 170.

3- براهيم يمين، المسؤولية القانونية الناجمة عن نقل الدم...، مرجع سابق، ص 50.

4- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص 170 و 171.

الفرع الثاني

الالتزام بضمان السلامة في مجال التحاليل الطبية

يلتزم الطبيب أو المستشفى اتجاه المريض عند دخوله إلى المستشفى بتقديم له العلاج أو السيطرة على المرض وإيقاف تدهور حالته للوصول إلى حالة مستقرة أو التخفيف من بعض آلامه، ولا يمكن تخفيف ذلك إذا لم يكن الطبيب عالما بنوع المرض وأسبابه، ومن ثمّ تحديد الأسباب التي تؤدي إلى شفاء المريض، فيجب قبل كل شيء تشخيص المرض، ولكي يستخلص الطبيب نوع المرض ودرجته، يستعين بوسائل حديثة لكشف المرض منها التحاليل الطبية، الذي يكون في أماكن خاصة وهي مخابر التحاليل⁽¹⁾.

توصف التحاليل الطبية بكونها نصف التشخيص أحيانا، بل أن من الأطباء من يصفها بأنها كل التشخيص، إذ يعتمد عليها لوصف العلاج الناجح. وتعتبر من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا ولا تحتل صعوبات ولا تنطوي على قدر معين من الاحتمال والمخاطر كغيرها من الأعمال الطبية الأخرى⁽²⁾.

وينشئ على عاتق أخصائي التحاليل الطبية باعتباره مهني متخصص لصالح المريض التزاما بضمان السلامة، فإذا كان من السمات الأساسية للالتزام بضمان السلامة كون المدين في هذا الالتزام شخص مهني أو مدين محترف. مما لا جدال في أن لا القانون ولا العدالة

1- تنص المادة 251 ق.ص.ج على ما يلي: " يرخص مخابر البيولوجيا الطبية ومخابر التشريح المرضي للخلايا، دون سواها، بالقيام بالفحوصات التي تساهم في تشخيص الأمراض البشرية أو علاجها أو الوقاية منها أو التي تبين كل تغيير آخر في الحالة الفيزيولوجية للمرضى...".

وتنص المادة 255 من نفس القانون على ما يلي: " يخضع إنشاء كل مخبر تحاليل طبية واستغلاله لترخيص من الوزير المكلف بالصحة. تحدد شروط وكيفيات إنشاء المخابر واستغلالها، وكذا أعمالها وأصناف المستخدمين المؤهلين للقيام بهذه الأعمال، عن طريق التنظيم".

2- مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني...، مرجع سابق، ص185.

يسمحان بأن يعرض أخصائي التحاليل الطبية المريض لأي أذى⁽¹⁾، وإنما لابد من ضمان السلامة عند اخذ العينة (أولاً)، لضمان دقة نتيجة التحاليل التي يتوصل إليها (ثانياً).

أولاً: الالتزام بضمان السلامة عند أخذ العينة

يُعد أخذ أية عينة من جسم الإنسان في حد ذاته مساساً بسلامة الجسم إذا لم تكن لغرض علاجي، مما يستوجب المسؤولية، ويجب أن لا يكون لغرض تجريبي بحت، إذ الهدف من وراء أخذ العينة هو مصلحة المريض الشخصية، وكما هو الحال في أي تدخل طبي⁽²⁾.

وعملية أخذ العينة من الجسم تتم بطرق فنية دقيقة تحتاج إلى أن يكون الطبيب متخصص، فيستلزم أن يتم إجراء مثل هذه التحاليل بمعرفة أخصائي التحاليل الطبية الذي تتوفر فيه شروط مزولة المهنة. حتي في حالة استعانة الأخصائي بفريق عمل، يجب عليه التحقق من كفاءة الأخصائيين الذين يساعدونه في المهمة⁽³⁾.

فقد شدد المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد في إعطاء الإجازة لفتح مخابر التحاليل الطبية الاهلية اللازمة، بحيث قصر فتحها على الحائزين على ذوي التخصصات الدقيقة⁽⁴⁾، لأنها لا تخلو من المخاطر، كأخذ عينة من الدم من مريض لغرض تحليلها، عن

1- رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، ص 136.

2- أكو فاتح حمه رش، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 179.

3- رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مرجع سابق، ص 173.

4- تنص المادة 252 ق.ص.ج على ما يلي: "يرخص الحائزون على شهادة الدراسات المتخصصة في البيولوجية العيادية باستغلال مخبر للتحاليل البيولوجية الطبية.

الأشخاص المذكورين في الفقرة الأولى أعلاه، مسؤولون على مخابرهم، وكذا على نشاطهم الذي يجب عليهم ممارسته شخصياً وفعلياً، ضمن الشروط المحددة عن طريق التنظيم".

وكما جاء في نص المادة 253 من نفس القانون على ما يلي. "يرخص الحائز على شهادة الدراسات الطبية المتخصصة في أحد التخصصات البيولوجية القاعدية، باستغلال مخبر للتحاليل البيولوجية الطبية ضمن الشروط المحددة عن طريق التنظيم".

طريق حقنة تستخدم لمرة واحدة، فعند إدخال الهواء إلى الوريد خلال عملية أخذ عينة الدم من المريض قد يؤدي بحياته، وأما في حالة أخذ العينة من الأورام بالمنظار أو عن طريق عملية جراحية، فإن الخطورة تتضاعف جراء ذلك. حيث يتم في هذه الحالات تخدير المريض، ويستخدم الأجهزة والأدوية اللازمة لهذه العملية⁽¹⁾.

هذا فضلا عن ضرورة أخذ منتهى الدقة في اخذ العينة واستخلاص النتائج، وهذا لا يتسنى إلا إذا اتخذ أخصائيو التحاليل الطبية كافة الاحتياطات المادية التي تؤدي به إلى استخلاص نتائج صحيحة ومؤكدة تحول دون الوقوع في الغلط. فمسؤولية أخصائي التحاليل الطبية عن دقة ما يجريه من تحاليل تبدأ من اللحظة التي يتوجه فيها المريض إليه لأخذ العينة لتحليلها⁽²⁾.

على هذا من الضروري أخذ منتهى الحذر في اخذ العينة، حيث يجب على أخصائي التحاليل الطبية أن يتحقق من شخصية المريض الذي توجه إليه لإجراء التحاليل الطبية⁽³⁾، وتبدوا أهمية هذا الإجراء عندما يكون طالب التحليل غير كامل الأهلية أو يعتريه عارض من عوارض الأهلية، مما يعرض أخصائي التحاليل إلى خطورة المهمة المراد إجراؤها. فإذا شك في شخصية طالب التحليل فمن حقه رفض إجراء التحاليل المطلوبة⁽⁴⁾.

وكما أوجب على الأخصائي التحاليل الطبية، أن يتحقق من أن المواد والأجهزة المستخدمة في أخذ العينة معقمة ومتفقة مع نوع التحاليل المطلوبة حتى يمكن تجنب العدوى وعدم دقة النتائج. وكما يجب عليه بعد اخذ العينة غلق الوعاء الذي وضعت فيه العينة جيدا، كما يجب عليه أن يدوّن على الوعاء اسم صاحب العينة، ووقت أخذها وكافة

1- أكو فاتح حمه رش، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 180.

2- رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مرجع سابق، ص 171.

3- احمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 331.

4- رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مرجع سابق، ص 171.

المعلومات الإكلينيكية ومراعاة قواعد السلامة والصحة في حفظ العينات التي أخذ لفحصها في درجة الحرارة المناسبة. وكما يتعين على الأخصائي التحاليل، أن يحتفظ بدفاتر وسجلات يدون فيها كافة المعلومات والبيانات التي قام بتحليلها⁽¹⁾.

وكما أن دور الأخصائي لا ينتهي بمجرد أخذ العينة والقيام بالتحاليل، بل يجب عليه التخلص من النفايات والبقايا بطريقة سليمة حتى يتجنب إصابة الآخرين بالعدوى ومنهم المرضى المترددين وطاقم التمريض. إذ أن جودة وضمان دقة التحاليل يستلزم وجود بيئة معينة خالية من المخاطر بمراعاة متطلبات السلامة⁽²⁾.

وعليه تكون مسؤولية الطبيب الأخصائي والمستشفى بضمان سلامة المريض، من جراء عملية اخذ العينة التزام بالنتيجة، بالرغم من أن الأصل في التزام الطبيب هي بذل عناية، وأن هذا الأصل يحتم عليه أن يضمن سلامة المريض، وذلك بتفادي الأضرار والمضاعفات التي تلحق بالمريض من جراء أخذ العينة منه، ولا يمكن التخلص منها إلا بنفي علاقة السببية، وذلك بإقامة الدليل على أن الضرر المتحقق يرجع حدوثه إلى سبب أجنبي. فإذا كان الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، فانه يجب أن يلتزم بالعمل على أن لا يكون تدخله الطبي _ أخذ العينة _ في حد ذاته سببا في الأضرار أو تفاقم حالة المريض⁽³⁾.

ثانيا: الالتزام بدقة وضمان نتيجة التحاليل

تعد عملية التحليل الطبي للعينات المأخوذة من المريض بحد ذاتها، من العمليات التي تقع على محل محدد بدقة. فلما كان الهدف من إجراء التحاليل الطبية هو التشخيص السليم والتنبؤ والوقاية من الأمراض، فان ذلك يفرض على أخصائي التحاليل الطبية ضرورة الدقة

1- احمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 331 و332.

2- رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مرجع سابق، ص 173.

3- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص 180.

في إجراء التحاليل لمساعدة الطبيب على التشخيص السليم، لاكتشاف بدقة حقيقة المرض. حيث أخصائي التحاليل الطبية يساهم بقدر كبير في دقة التشخيص وفي التحقق من فعالية طريقة المعالجة ومدى نجاحها. وعليه يجب على الأخصائي التحاليل أن يراعي المعطيات العلمية في سبيل الوصول إلى نتيجة مؤكدة وصحيحة⁽¹⁾.

يتجه القضاء الفرنسي بصددها إلى اعتبار الطبيب مكلفا بتحقيق النتيجة ألا وهي صحة وسلامة التحاليل الطبية ودقتها⁽²⁾.

وهذا في قضية السيد "دراون" «DRAON» ضد مخبر التحاليل الطبية "Leonel Labrotory"، تتلخص وقائع هذه القضية، بأن ابن السيد "دراون" مصابا بإعاقات عديدة مع أن الحمل بدأ طبيعيا في شهر مارس 1996، وأن الفحص الأول بالموجات فوق الصوتية قد أعطى نتائج إلا أن أخصائي النساء عند إجراء الفحص الثاني في الشهر الخامس من الحمل، لاحظ وجود قصور واضح في نمو الجنين، لذلك طلب من الوالدين التحقق من ترتيب الكروموزومات بناء على التحليل السائل المحيط بالجنين، وكانت نتيجة التحاليل سليمة ولم تكشف فيها التشوهات. إلا أنه في شهر ديسمبر، وضعت الأم طفلا ذكرا لوحظ عليه ازرقاق مؤقت بسبب نقص الأكسجين فضلا عن عيوب خلقية في القلب وعدم اتساق مقدمة الرأس، وبناء عليه قرر الأطباء إجراء فحوصات وتحليل جديد للكروموزومات الطفل. فظهر تشوه جسيم في المخ ومن ثم استخلص الأطباء احتمال وجود خطأ نتيجة التحليل الأول للكروموزومات. وبناء على ذلك رفع والدا الطفل دعوى ضد مخبر التحاليل "Leonel Labrotory" وقد جاء في تقرير رد المخبر على أنه بمراجعة ترتيب الكروموزومات وصور الاختبار الذي أجري في الأسبوع 25 تبين أنه يوجد اختلاف حقيقي في الكروموزومات المكونة لرقم 11 في ترتيب الكروموزومات الخاص بالجنين وهو تشوه أفلت من انتباهنا". وبناء على

1 - رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مرجع سابق، ص 165.

2 - أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، مرجع سابق، ص 183.

هذا التقرير الصادر من مخبر التحاليل أقرت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية مخبر التحاليل عن خطأه في نتيجة التحاليل مع إلزامه بدفع التعويض المستحق لوالدي الطفل المعاق⁽¹⁾.

حيث تفترض المحكمة خطأ المخبر المختص الذي أجرى التحليل عند إعطاء نتائج غير صحيحة للمريض، وتقوم مسؤوليته، فإذا كانت نتائج هذه التحاليل غير صحيحة، فيفترض فيها خطأ الطبيب. لأن التزامه في مثل هذه الأعمال هو التزام بضمان سلامة المريض من أي إضرار تلحقه من جراء تلك الأعمال وتكون منقطعة الصلة بعمل الطبيب، ولا شك في أن نتائج التحاليل المغلوطة من الممكن أن تؤدي إلى إلحاق ضرر غير متوقع بالمريض. وتتحقق مسؤولية الطبيب المتخصص في ذلك بمجرد عدم تحقق النتيجة، وهي الحصول على تحاليل صحيحة. خاصة وأن التحاليل الطبية طرأت عليها تقنيات حديثة لضمان حسن كفاءتها تفاديا لوقوع أي ضرر بالمريض⁽²⁾.

فمحل التزام أخصائي التحاليل هو التزام بتحقيق نتيجة، فنشاطه ينحصر في أعمال لا تتضمن حسب الأصول العلمية أي احتمال فهو ملزم بتقديم تقرير صحيح مطابق تماما للحقيقة، ويقع الإخلال به بمجرد ثبوت خطأ فيه ولا تنفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، والنتيجة التي يلتزم بها الطبيب بتحقيقها هنا، هي دقة النتيجة التي تستخلص من أعمال التحاليل التي يقوم بها⁽³⁾.

ففي مجال التحاليل الطبية فإن المريض لا يطالب أخصائيو التحاليل بشفائه نتيجة إجرائه مثل هذه التحاليل، بل هو يطلب منه إجراء تحاليل طبية دقيقة وصولا إلى نتائج صحيحة وسليمة تساعد الطبيب المعالج في تشخيصه للمرض، لذلك من المنطوق أن يكون

1 - محكمة النقض الفرنسية في 26 مارس 1996، انظر: رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مرجع سابق، ص 165 و 166.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة...، مرجع سابق، ص 328.

3- عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2010، ص 118.

التزام أخصائي التحاليل الطبية التزاما بتحقيق نتيجة. فأي إخلال به بمجرد ثبوت غلط في التحاليل تتعقد مسؤوليته. وهذا راجع ربما إلى الثقة التي أولاها المريض بأخصائي التحاليل للقيام بمهمته، بل أن هذا الأخير بما يحوزه من مؤهلات علمية وبما يتمتع به من تخصص في مجال مهنته يتفوق به على غيره من عامة الناس، يجعلنا ننتظر منه الدقة أكثر من تلك المطلوبة من الشخص العادي. فضلا عن ذلك فإن التقدم التقني والفني والتكنولوجي المذهل الذي اقتحم مجال التحاليل الطبية، قد قلل إلى حد كبير من درجة الاحتمال وجعل الغلط فيما يجريه من التحاليل يكاد يكون شبه منعدم⁽¹⁾.

إذا يقع على أخصائي التحاليل الطبية التزام بسلامة مريضه مما يجريه من تحاليل ومما يستخدمه من أدوات وآلات طبية فضلا عن التزامه بضمان سلامة مريضه من العدوى التي تصيبه في المختبر ولكن التزامه بضمان هو التزام بتحقيق نتيجة، إذا أراد أن يتخلص من المسؤولية فلا بد أن يثبت السبب الأجنبي.

غير أن هناك استثناء من ذلك، أنه في حالة التحاليل الدقيقة التي تخرج عما تجريه المخابر يوميا منها ويصعب فيها الكشف عن الحقيقة بالطرق العلمية القائمة، يمكن أن يختلف فيها التفسير ويقتصر محل التزام الطبيب على بذل العناية واليقظة الواجبة، هذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في 4 جانفي 1974⁽²⁾.

وبهذا على الرغم من أهمية اختصاص التحاليل الطبية وانتشاره في الواقع العملي بشكل كبير، إلا أن هذا المجال لم يحظَ باهتمام المشرع الجزائري.

1- رائدة محمد محمود النجاوي، عقد التحاليل الطبية، مرجع سابق، ص ص 169-170.

2- محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأسيسية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986، ص 146.

فحقيقة الأمر قانون الصحة الجديد رقم 18-11 على الرغم من اهتمامه بتنظيم مخاطر التحاليل الطبية في الفصل الحادي عشر من الباب الخامس منه من المادة 251 إلى 257، إلا أنه لم يضع نصوص تنظم العلاقة بين أخصائي التحاليل الطبية والمرضى الذين يلجئون لإجراء التحاليل.

المطلب الثاني

الالتزام بضمان السلامة في مجال الأدوية

يتزايد حجم مخاطر الأشياء والمنتجات؛ نتيجة لتقدم أساليب الفنية للتكنولوجيا الحديثة وانتشار المعدات والمواد التي أصبحت تشكل خطرا ملموسا على صحة وسلامة مستعمليها، وأمام قصور النصوص التشريعية المنظمة لهذه المسؤولية أو عدم كفايتها؛ فإن التشريعات المعاصرة وجدت نفسها أمام ضرورة ملحة لوضع أنظمة خاصة لهذه المسؤولية. وتعتبر الأدوية من أهم هذه المنتجات التي قد تشكل خطرا على مستهلكيها. وذلك لما للدواء من خصوصية، فهو منتج معقد وخطير له اتصال مباشر بصحة الإنسان. فمن الصعب أن يخضع في تنظيمه للقواعد العامة، التي أصبحت عاجزة عن حماية السلامة الجسدية للأشخاص؛ وهذا ما فرض تأسيس التزام جديد على عاتق المنتج ومن في حكمه، قوامه ضمان سلامة المنتجات والخدمات التي تعرض في السوق، ليشمل كل من تضرر من العيوب والمخاطر الموجودة في المنتج⁽¹⁾.

على هذا تَوَسَّع الالتزام بضمان السلامة إلى مجال الدواء. وكان أول تعريف للدواء في التشريع الفرنسي بمقتضى قانون الصحة العامة الصادر في 11 سبتمبر 1941، والذي

1- اصبيحي مصطفى ، الالتزام بالسلامة كأساس لانعاش المسؤولية في المنتجات الدوائية، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، مجلة قانونية إلكترونية شهرية، ع.2، أكتوبر، 2017، ص 103. الموقع الإلكتروني:

www.essdroit.com

دمج في مادته الأولى تعريف الدواء بالاحتكار الصيدلاني⁽¹⁾، ليكون التعريف الحالي للدواء والذي تضمنته المادة L 5111-1. من ق.ص.ع.ف، والمعدلة بمقتضى القانون رقم 2007-248 كالآتي: «يعتبر دواء كل مادة أو تركيب يعرض أو يقدم لكونه يحتوي على خواص علاجية أو وقائية في مواجهة الأمراض البشرية أو الحيوانية، وكل مادة أو تركيبة يمكن وصفها للإنسان أو الحيوان بغرض الفحص والتشخيص الطبي، أو لاستعادة أو تصحيح أو تعديل وظائفه العضوية والفيزيولوجية.

كما يدخل في مفهوم الدواء منتجات إنقاص الوزن أو الخسيس، طالما تحتوي في مكوناتها على مواد كيميائية أو بيولوجية، حيث أنها لا تعتبر غذاء في حد ذاتها ولكنها تتوافر على خواص علاجية لأمراض السمنة أو خواص التمثيل الغذائي. كما يدخل في مفهوم الدواء كل منتج يدخل في نطاق الفقرة الأولى، وكذلك كل الفئات الأخرى من المنتجات استناداً للقانون الاتحادي أو الوطني وفي حالة الشك يعتبر بمثابة دواء»⁽²⁾.

1 - Art. 1 de la loi du 11 septembre 1941 relative à l'exercice de la médecine, "Sont réservés aux pharmaciens La préparation des médicaments, destinés à l'usage de la médecine humaine: C'est à dire toute drogue, substance en composition présentée comme possédant..."

أنظر: المر سهام، المسؤولية المدنية لمنتجي المواد الصيدلانية وبائعها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، 2017، ص98.

2- Art. L5111-1 du C.S.P modifié par. Loi n° 2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament, in : www.legifrance.gouv.fr , qui stipule : « On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que toute substance ou composition pouvant être utilisée chez l'homme ou chez l'animal ou pouvant leur être administrée, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions physiologiques en exerçant une action pharmacologique, immunologique ou métabolique.

Sont notamment considérés comme des médicaments les produits diététiques qui renferment dans leur composition des substances chimiques ou biologiques ne constituant pas elles-mêmes des aliments, mais dont la présence confère à ces produits, soit des propriétés spéciales recherchées en thérapeutique diététique, soit des propriétés de repas d'épreuve.

Les produits utilisés pour la désinfection des locaux et pour la prothèse dentaire ne sont pas considérés comme des médicaments.

Lorsque, eu égard à l'ensemble de ses caractéristiques, un produit est susceptible de répondre à la fois à la définition du médicament prévue au premier alinéa et à celle d'autres catégories de produits régies par le droit communautaire ou national, il est, en cas de doute, considéré comme un médicament ».

يستفاد من هذه المادة أن المشرع الفرنسي وسع من دائرة المستحضرات التي تدخل في عداد مفهوم الدواء إلى إدخال كل المنتجات التي لا تعتبر من الغذاء، لكنها تحتوي على خواص علاج مرض السمنة، كما وصل إلى قبول كلما يعتبر دواء في قانون الاتحاد الأوروبي لتوفير حماية أكبر للمستهلكين الذين يتعاملون مع الصيادلة كونهم مهنيين⁽¹⁾.

والمشرع الجزائري نص في المادة 208 من ق.ص.ج، أن " الدواء في مفهوم هذا القانون، هو كل مادة أو تركيب يعرض على أنه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية وكل المواد التي يمكن وصفها للإنسان أو للحيوان قصد القيام بتشخيص طبي أو استعادة وظائفه الفيزيولوجية أو تصحيحها وتعديلها". وأضافت المادة 209 من نفس القانون على أن: " يعتبر كذلك كأدوية، لاسيما، ما يأتي: _ منتجات التغذية الحميوية التي تحتوي على مواد غير غذائية تمنحها خاصيات مفيدة للصحة البشرية ،

- المنتجات الثابتة المشتقة من الدم،
- مركبات تصفية الكلى أو محاليل التصفية الصفاقية،
- الغازات الطبية
- وتكون مماثلة للأدوية، على الخصوص:
- منتجات حفظ الصحة البدنية والتجميل التي تحتوي مواد سامة بمقادير وتركيزات تفوق تلك التي تحدد عن طريق التنظيم"⁽²⁾.

1- العمري صالحة ، حماية المستهلك في اطار قواعد المسؤولية المستحدثة لمنتج الدواء في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، ع.4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أفريل 2017، ص 559.

2- والمادة 170 من القانون القديم رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ع. 44(ملغى)، كانت قد عرفت الدواء على أنه «...كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية وكل=

ونلاحظ أن المشرع الجزائري مثل نظيره الفرنسي قد وسع من مفهوم الدواء في القانون الصحة الجديد 11-18 بالمقارنة إلى القانون القديم 85-05. حيث تم إدخال كل المنتجات منها المنتجات المشتقة من الدم، ومنتجات حفظ الصحة البدنية والتجميل التي تحتوي على مواد سامة. وأضافت كذلك مراكز تصفية الكلى والغازات الطبية⁽¹⁾.

تحتل صناعة الأدوية المكانة الثانية في العالم من حيث الأهمية، حيث تأتي في الترتيب بعد صناعة الأسلحة مباشرة، وفضلا عن ذلك فإن توفير الدواء يعتبر من مسائل

=المواد التي يمكن وصفها للإنسان أو للحيوان قصد القيام بتشخيص طبي أو استعادة وظائفه العضوية أو تصحيحها وتعديلها، كل مستحضر وصفي يحضر فوراً في صيدلية تنفيذا لوصفة طبية، كل مستحضر استشفائي محضّر بناء على وصفة طبية وحسب بيانات دستور الأدوية بسبب غياب اختصاص صيدلاني أو دواء جنيس متوفر أو ملائم في صيدلية مؤسسة صحية والموجه لوصفه لمريض أو عدة مرضى، كل مستحضر صيدلاني لدواء محضّر في الصيدلية حسب بيانات دستور الأدوية أو السجل الوطني للأدوية والموجه لتقديمه مباشرة للمريض، كل مادة صيدلانية مقسّمة معرّفة بكونها كل عقار بسيط أو كل منتج كيميائي أو كل مستحضر ثابت وارد في دستور الأدوية والمحضر سلفاً من قبل مؤسسة صيدلانية والتي تضمن تقسيمه بنفس الصفة التي تقوم بها الصيدلية أو الصيدلية الاستشفائية، كل اختصاص صيدلاني يحضر مسبقاً ويقدم وفق توضيب خاص ويتميز بتسمية خاصة - وكل دواء جنيس يتوفر على نفس التركيبة النوعية والكمية من المبدأ (المبادئ الفاعل أو الفاعلة) ونفس الشكل الصيدلاني دون دواعي استعمال جديدة والتعارض مع النتائج المرجعي نظراً لتكافئه البيولوجي أثبتت بدراسات ملائمة للتوفر البيولوجي، كل كاشف الحساسية وهو كل منتج موجه لتحديد أو إحداث تعديل خاص ومكتسب للرد الاناعي على عامل مثير للحساسية، كل لقاح أو سمّين أو مصل وهو كل عامل موجه للاستعمال لدى الإنسان قصد إحداث مناعة فاعلة أو سلبية أو قصد تشخيص حالة المناعة، كل منتج صيدلاني إشعاعي جاهز للاستعمال لدى الإنسان والذي يحتوي على نوكليد إشعاعي أو عدة نوكليدات إشعاعية، كل منتج ثابت مشتق من الدم، كل مركز تسمية الكلى أو محاليل التصفية الصفاقية، الغازات الطبية".

1- نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع الأعشاب الطبية ضمن صنف الأدوية، حيث لم ينظم الصيدلة الموازية، أو ما يعرف بالتداوي بالأعشاب، خاصة أن هذه الأخيرة عرفت انتشاراً غي الآونة الأخيرة مما جعلها تشكل خطراً على صحة المواطن، مع العلم أن هذه الأعشاب التي تباع في هذه المحلات تستعمل لصناعة الأدوية، على هذا من المفروض منعها على هؤلاء التجار وتصنيفها ضمن الأدوية المحظورة استعمالها دون وصفة طبية.

الأمن القومي الذي تحرص كل الدول على تحقيقه لمواطنيها، ولهذا، يعتبر الدواء من السلع التي تمس مباشرة صحة وسلامة الإنسان⁽¹⁾.

إذ أصبح الطلب على المنتجات الدوائية في تزايد مستمر. حيث يقدر حجم تداوله في الوطن العربي وحده بحوالي ستة مليارات دولار سنويا أي ما يعادل 10 بالمائة من الاستهلاك العالمي، كما بلغت مبيعات شركات الدواء عالميا سنة 1972 ما يقارب 70 بليون دولار، وبعد 10 سنوات ارتفع الرقم إلى حوالي 200 بليون دولار، وفي عام 2002 تضاعفت الحصيلة لتصل إلى 355 بليون دولار⁽²⁾.

يتمتع الدواء بنوع من الخصوصية المستمدة من حاجة الإنسان إليه التي لا تتوقف فهي ترتبط مباشرة بحياة الإنسان وسلامته الجسدية، ولهذا اكتسبت هذه الأهمية الحيوية خاصة في ظل الحياة المعاصرة وما ترتب عنها من تطورات وعواقب سلبية على صحة الإنسان وقدرته المعيشية. فهذه المكانة التي تربح بها الدواء خاصة والمواد الصيدلانية عامة على قائمة السلع الضرورية، كانت نتيجة أهمية الدور الذي يمثله بالنسبة للإنسان، ومن كونها تهدف إلى تحقيق الشفاء الكامل له أو على الأقل تخفيف الآلام التي يعاني منها، فإذا كان باستطاعة الإنسان أن يستغني عن المنتجات الاستهلاكية الأخرى باختلاف أنواعها فهو في أمس الحاجة إلى دواء يكفي حاجته في العلاج⁽³⁾.

1- شحاته غريب شلقامى، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2008، ص 01.

2- العمري صالحة، حماية المستهلك في اطار قواعد المسؤولية المستحدثة لمنتج الدواء في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 561 و562.

3- المر سهام، المسؤولية المدنية لمنتجي المواد الصيدلانية وبياعها...، مرجع سابق، ص 99.

الفصل الأول: أهم الأعمال المشار بشأنها الالتزام بضمان السلامة

الدواء ليس منتجًا مثل أي منتج آخر، فهو لا تندرج تحت فئة المنتجات الاستهلاكية اليومية لأنه ذو تكنولوجيا عالية ومصدر الخطر⁽¹⁾، لخطورته لا يعد سلعة تجارية بشكل مطلق، وإنما هو منتج أو سلعة تحمل صفة الخطورة بطبيعتها، إذ يترتب عن تناولها أثار خطيرة على حياة وسلامة الإنسان⁽²⁾.

وبالتالي، نظرا للخصوصية التي يتمتع بها الدواء ولكونه خطير، فُرض الالتزام بضمان السلامة على الصيدلي صانع وبائع الأدوية (الفرع الأول) وعلى الطبيب بسلامة الأدوية التي يقدمها للمريض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التزام الصيدلي المنتج والبائع بضمان سلامة الأدوية

إذا كان الالتزام بضمان السلامة من صنع القضاء فإنّه ما لبث وأن أصبح التزاما قانونيا مفروضا على عاتق المنتج بصفة عامة، بمقتضى القانون الفرنسي الصادر في 19 ماي 1998 حول المنتجات المعيبة⁽³⁾، والذي صدر بناء على التوجيه الأوروبي الصادر في 25 جويلية 1985⁽⁴⁾ وقد تمّ إدخال قانون 19 ماي 1998 في القانون المدني الفرنسي

1- MOR Gisèle et GREARD Maggy, **la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et la protection des victimes**, Ed. ESKA, Paris, 2001, p 07.

2- حسن حسين البراوي، مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص81.

3 -Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux , JORF n°117 du 21 mai 1998, In : www.legifrance.gouv.fr

4 - Directive n° 85-374/CEE du Conseil du 25 /07/1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. <https://actu.dalloz-etudiant.fr>.

والذي أكدت نصوصه على ضرورة تسليم منتج يحقق السلامة والأمن لمستخدميه، وذلك في المادة 1386-4 منه (المادة 1245-3 بعد التعديل)⁽¹⁾.

فالضحية ابتداء من هذا التاريخ يحق لها إثارة مسؤولية صانع الدواء وفقا للقواعد العامة وكذلك وفقا لهذا القانون واعتبار مسؤولية صانع الأدوية مسؤولية بقوة القانون⁽²⁾ فقانون 19 ماي 1998 أسس نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة⁽³⁾ والالتزام بالسلامة يعتبر أساس هذا النظام⁽⁴⁾. خاصة وأن القانون الفرنسي أدرك أن المنتجات المعيبة يتضمن التزام بضمان السلامة بالنتيجة من خلال نظام المسؤولية دون خطأ، وذلك بموجب قانون 4 مارس 2002 الخاص بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، الذي تبني الأفكار التي توصل إليها القضاء وذلك باستثناء المسؤولية الناتجة عن المنتجات المعيبة من المسؤولية القائمة على أساس الخطأ في نص المادة L1142-1⁽⁵⁾. إذ يشمل مفهوم المنتجات الصحية التي يشير إليها المشرع في هذه المادة المنتجات الصيدلانية بشكل عام.

1 - Art. 1245-3 du C.C.F, modifié par ordonnance n° 2016- 131 du 10 février 2016, précitée stipule : « Un produit est défectueux au sens du présent chapitre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ».

2-Christophe RADE, **L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale**, op.cit, p119.

3 -Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, JORF n°117 du 21 mai 1998, In : www.legifrance.gouv.fr

4- Gisèle MOR et Maggy GREARD, **la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et la protection des victimes**, op.cit. p 31.

5 - Art. L 1142-1 de la loi 2002- 303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé précitée, modifiée par loi n°2009- 526 du 12 mai 2009, stipule : « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute... » .

وتقوم مسؤوليته بقوة القانون، حتى وإن تعذر تحديد المنتج، فأى شخص شارك في تداول ذلك المنتج المعيب يعتبر مسؤولاً عن انعدام سلامة المنتج، وهذا ما أتى به القانون المدني الفرنسي بعد تعديله في 2016، بإضافة المادة 1245-7⁽¹⁾.

وكما يفرض الالتزام بضمان السلامة على الصيدلي⁽²⁾ البائع عدم تقديم المواد الصيدلانية إلا بناء على وصفة طبية، ويمنع وصف مواد صيدلانية، وتغيير الوصفات المذكورة بدون رأي طبي مسبق⁽³⁾. فأصبح الصيدلي البائع يتحمل كل ما يحمله الدواء من عيوب، سواء كان بسبب سوء الحفظ، أو بسبب انتهاء مدة الصلاحية⁽¹⁾.

1 Art. 1245-6 Créé par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations précitée, stipule : « Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit bailleur ou du loueur assimilable au crédit bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée.

2- الصيدلي هو " ذلك المحترف الذي يزاول مهنة الصيدلة التي تهتم بفن علوم تحضير الأدوية من مصادرها الطبيعية والمشيقة عملياً، لهدف استخدامه في علاج الأمراض والوقاية منها."، انظر: نبالي معاشو فطة، التزامات الصيدلي تجاه مستهلك المواد الصيدلانية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي علة حركة التشريع، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع. 14، أبريل 2017، ص 545.

وعرفت المادة 249 من ق. ص.ج الجديد الفقرة الثانية الصيدلي، على أن " الصيدلي هو المالك والمسير الوحيد للمحل التجاري للصيدلية التي يمتلكه". والصيدلية بمفهوم هذا القانون " هي المؤسسة المخصصة لصرف المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية بالتجزئة وكذا تنفيذ مستحضرات وصفية وصيدلانية. كما يمكنها أن تضمن بصفة ثانوية التوزيع بالتجزئة للمواد شبه الصيدلانية".

وكما استحدث قانون الصحة الجديد 18-11 مهنة صيدلي مساعد، وذلك في المادة 250 منه، التي تنص على "يمكن ان يساعد الصيدلي مساعد أو عدة صيادلة مساعدين. ويمارس الصيدلي المساعد تحت مسؤوليته نشاطاته الصيدلانية. تحدد شروط ممارسة مهنة الصيدلي والصيدلي المساعد وكيفية تنظيمها، عن طريق التنظيم".

3- تنص المادة 179 / 1 من ق.ص.ج الجديد على : " لا يمكن أن يقدم الصيدلي المواد الصيدلانية الا بناء على وصفة طبية..."

وكما تنص المادة 180 من نفس القانون على " يمنع على مهنيي الصحة المكلفين بتنفيذ الوصفات الطبية ، وصف مواد صيدلانية وتغيير الوصفات المذكورة بدون رأي طبي مسبق." =

وعلى ضرورة تسليم مستحضر مطابق لذلك المستحضر المدون في الوصفة الطبية وعلى الصيدلي المنتج التزام مقتضاه ألا يصيب المستحضر الصيدلي مستهلكا بألم جديد لا علاقة له بالمرض الذي يعالج منه⁽²⁾، إذ أكدت محكمة النقض الفرنسية في 3 مارس 1988، أن صانع الأدوية ملزم بتسليم منتج خال من كل عيب من طبيعته أن يعرض الأشخاص أو الأموال للخطر⁽³⁾.

ويوجب هذا الالتزام على الصانع في مجال الصناعات الدوائية ضرورة متابعة التطورات الحديثة في مجال علم الدواء، بحيث لا يقتصر الأمر على المعرفة العلمية السائدة وقت طرح الدواء للتداول، وإنما يجب أن يقوم منتج الدواء بمتابعة كل ما يكشف عنه العلم من مخاطر، حتى يمكن توقعها وتفادي أثارها الضارة⁽⁴⁾.

= ويقصد بـ"الوصفة الطبية" التذكرة أو الوثيقة التي يثبت فيها الطبيب ما قرره بعد إجراء الفحص والتشخيص، بحيث يتميز عن غيرها من الأوراق المثبت فيها الأعمال الطبية الأخرى كالتحاليل الطبية والأشعة وتعتبر دليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض مما يجعل خصوصيتها تكمن في غرضها، وهو الأمر الذي يوجب لها ضوابط خاصة تتعلق بتحريرها وتسليمها. انظر: زروقي حنين، نطاق وطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب والصيدلي عن الدواء المعيب، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانه، ع. 8، غيليزان، جوان 2017، ص 430. وهذا ما دفع بالمشروع الجزائري إلى إلزام الطبيب بتحريرها بكل وضوح وأن يجتهد لإيجاد أفضل سبل للعلاج، وهذا ما جاء في نص المادة 47 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 السالف الذكر التي تنص على " يجب على الطب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج"

1- نبالي معاشو فطة، التزامات الصيدلي تجاه مستهلك المواد الصيدلانية، مرجع سابق، ص 550.

2- محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية الناشئة عن أضرار الدواء، (مشكلاتها، وخصوصية أحكامها)، مرجع سابق، ص 76.

3-Cass.1er civ. 03 mars 1998 : « Le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens, c'est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Voir, RADE Christophe, l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, op.cit, p 119.

4- محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية الناشئة عن أضرار الدواء، (مشكلاتها، وخصوصية أحكامها)، مرجع سابق، ص 77.

والصيدلي ملزم بتقديم أدوية صالحة للاستعمال غير ضارة وغير فاسدة، لأنه قادر من الناحية العملية على أن يتحقق من سلامة وصحة الأدوية التي تسلم إليه لبيعها، أين رتبت التزاما على عاتق الصيادلة بإجراء تحاليل على الأدوية التي تورده من قبل مصانع الأدوية للتأكد من سلامتها، أو خلوها من أي عيب⁽¹⁾، كما نصت المادة 144 من مدونة أخلاقيات الطب على وجوبية قيام الصيدلي بتحليل الوصفات الطبية نوعا وكما، لتدارك كل خطأ محتمل في مقادير الأدوية أو دواعي عدم جواز استعمالها أو التدخلات العلاجية⁽²⁾، وكذا التأكد من تاريخ صلاحية الدواء فهو من يلتزم بتحديد صلاحيات الدواء وذلك بطريقة واضحة ويتم الإشارة إليها في الغلاف اللاصق بالدواء أو على الزجاجة⁽³⁾.

يعتبر الحق في السلامة أهم الحقوق الأساسية للمستهلك الذي حرصت التشريعات على جعله هدفا أوليا في ظل السياسة الرامية لحماية المستهلك من مخاطر العولمة والأسواق المفتوحة التي زادت من التعقيدات الفنية والعملية للمنتجات، مما قد ينذر بمزيد من الحوادث والعواقب الوخيمة التي تعر المستهلك للخطر⁽⁴⁾.

- 1- يستوجب التوقف عند هذه النقطة وهي انتشار ظاهرة تكوين بائعي الدواء في الصيدليات، لمدة ثلاثة أشهر لدى مؤسسات مرخصة بها من قبل الدولة، التي تمنح لهؤلاء المتكويين حق مباشرة عملية البيع في الصيدلية بصفة رسمية، وهو امر غير منطقي مقارنة بالمسار الجامعي الطويل للصيدلي، وهذا من شأنه أن يشجع انتشار ظاهرة الدواء المعيب. حيث لا يمكن لهم مراقبة المواد الداخلة في تركيب الدواء والتحقق من سلامتها لنقص التكوين في هذا المجال.
- 2- تنص المادة 144 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب السالف الذكر على : " يجب على الصيدلي أن يحلل الوصفة نوعيا وكميا لتدارك كل خطأ محتمل في مقادير الأدوية أو دواعي عدم جواز استعمالها أو التدخلات العلاجية التي لم ينقطن إليها، وان يشعر، عند الضرورة، واصفها ليعدل وصفته، وإذا لم تعدل هذه الوصفة ، امكنه عدم الوفاء بها إلا اذا أكدها الواصف كتابيا. وفي حالة ما إذا وقع خلاف، يجب عليه، اذا رأى ضرورة لذلك، ان يرفض تسليم الأدوية وان يخطر الفرع النظامي الجهوي بذلك".
- 3- لطروش أمينة، تأثير قانون حماية المستهلك وقمع الغش على العقد الطبي، مجلة منازعات الأعمال، جامعة فاس، الرباط، المغرب، جوان 2014، ص08، الموقع الإلكتروني:

<http://revues.imist.ma/index.php?journal=Contentieux-Affaires&page=index>

- 4- محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية الناشئة عن أضرار الدواء، (مشكلاتها، وخصوصية أحكامها)، مرجع سابق، ص76.

والسؤال المطروح، هو مدى تأثير قانون حماية المستهلك وقمع الغش على التزام الصيدلي بضمان سلامة المريض، إذا اعتبرنا المريض مستهلكا للخدمة الطبية؟ خاصة أن المريض بمجرد تلقيه للخدمة الطبية يكون في إطار علاقة استهلاكية، ويكون طرفا ضعيفا يحتاج إلى حماية وفقا لأحكام قانون حماية المستهلك.

نظرا للتحويلات التي تشهدها السوق الوطنية الجزائرية نتيجة كثرة الإنتاج، وبسبب حرص المنتجين على الوصول إلى أعلى نسب من التسويق دون الاهتمام بمصلحة المستهلكين وسلامتهم الصحية، وبالإضافة إلى زيادة نسب الاستهلاك دون وعي المستهلك بمدى ملائمة السلع والخدمات المطروحة للتداول لسلامته وصحته. اصدر المشرع الجزائري القانون 03-09 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾، من أجل توضيح تدابير حماية صحة المستهلكين وسلامتهم من خلال إقرار التزام المتدخل⁽²⁾ بضمان سلامة المستهلك⁽³⁾، حيث نصت المادة 9 منه على «يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصلحه وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين».

1 - قانون رقم 03-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 ، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. ع.15، الصادر في 08 مارس 2009، معدل ومتمم بقانون رقم 18_09.

2- المتدخل: حسب القانون 03-09 السالف الذكر في مادته 03: «كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك».

3- نصت المادة 03 من قانون 03-09 السالف الذكر على ان "المستهلك هو «كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به».

هذه المادة لم تميز فيما إذا كانت هذه المنتجات خطيرة أو غير خطيرة، إذ يشمل التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك كل المنتجات المعروضة على السوق مهما كانت طبيعتها.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قرر الالتزام بضمان سلامة الطرف الضعيف سواء أكان مريضاً أثناء استهلاكه للمواد الصيدلانية تنفيذا للعقد الطبي أو مستهلكاً أثناء تنفيذ العقد الاستهلاكي. إلا أن المنتجات الصيدلانية تحظى بتأطير قانوني أكثر صرامة وذلك من صناعة الدواء حتى طرحه للسوق الذي لا يكون إلا بعد إجراء التحاليل اللازمة في مخابر الرقابة وإصدار التقارير التي تثبت أنها تطابق المواصفات الدولية⁽¹⁾.

رخص المرسوم التنفيذي رقم 92-285 استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية أو توزيعها، وفرض على مؤسسات الإنتاج والتوزيع رخصة يمنحها والي ولاية مقر المؤسسة⁽²⁾. والرسوم التنفيذي رقم 92-284 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، نص على امتناع طرح الدواء في السوق إلا بعد منح قرار التسجيل من وزير الصحة ولا يتم ذلك إلا إذا أثبت الصانع أنه قام بفحص مدى سلامة المنتج في ظروف استعماله العادية ومدى أهميته الطبية، وقام كذلك بتحليله النوعي والكمي⁽³⁾.

وقد قام القضاء بدور هام في وضع الأسس التي يقوم عليها، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 22 جانفي 1991، أن البائع أو المنتج ملزمان بضمان السلامة لاسيما المنتجات المتعلقة بجسد الإنسان وسلامة أعضائه وإن كانت

1- لطروش أمينة، تأثير قانون حماية المستهلك وقمع الغش على العقد الطبي، مرجع سابق، ص8.

2- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-285 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها، ج. ر ع. 53، الصادر في 12 يوليو 1992.

3- الفقرة الأولى من المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج. ر ع. 53 الصادر في 12 يوليو 1992.

السلامة تقتصر على إتباع كافة الإرشادات والمعلومات التي تسمح حالة العلم بمعرفتها والإلمام بها. أما ما يترتب على المنتج من أضرار أخرى لم تسمح حالة العلم بمعرفة أسبابها، فلا يسأل عنها الصانع، حيث لا يشمل الالتزام ضمان هذه الأضرار، ثم ذهبت محكمة استئناف (Aix en Provence) في 1993 إلى القول بأن الطبيعة الخطرة في المنتجات الدوائية وما ثبت احتوائها على الفيروسات المسببة للمرض يؤدي إلى قيام مسؤولية المنتج، ويتعذر عليه دفع المسؤولية استناداً إلى عدم قدرته على الإحاطة بوجود هذه الفيروسات التي يصعب اكتشافها في ضوء الإمكانيات العلمية والتكنولوجية المتاحة وقت إنتاج الدواء، فالصانع يلتزم بتسليم منتج خال من كل عيب أو أي قصور من شأنه أن يعرض الأشخاص أو الأموال للخطر، ويجب عليه ضمان السلامة، ولو لم يكن على علم بالعيوب التي سببت الضرر. هذا ويعتبر الالتزام بضمان السلامة التزاماً بتحقيق نتيجة مفادها وجوب تعويض المستهلك عن كافة الأضرار التي تصيبه دون حاجة إلى إثبات الخطأ وكفي إثبات الضرر بحيث ينقلب عبء الإثبات، ولا يستطيع الصيدلي المنتج أو البائع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ويتميز الالتزام بضمان السلامة بكونه التزاماً مستقلاً عن ضمان العيوب الخفية، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية عندما قضت بأن العقد ينشأ عنه كافة الالتزامات سواء تلك التي يقتضيها العرف، أو تلك التي تفرضها قواعد العدالة، كما قضت بأنه يجب على المنتج تسليم منتجات لا تعرض حياة الأفراد للخطر، مما يؤكد ضرورة ضمان السلامة وعدم التضحية بحياة الإنسان وسلامته، وبأن أكثر من ذلك فقد اتسع نطاق الالتزام بضمان السلامة ليشمل كل المخاطر التي يمكن أن تنتج عن الشيء المباع⁽¹⁾.

1- محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية الناشئة عن أضرار الدواء ...، مرجع سابق، ص 77-78.

ومع ذلك، إذا كان الدواء سليماً ومركباً بعناية ودقة، وترتب عن تعاطيه إصابة المريض ببعض الأضرار نتيجة للعوامل الداخلية أو لحساسية المريض، فلا مسؤولية على الصيدلي أو المنتج، وإنما تثور مسؤولية الطبيب الذي وصف الدواء دون القيام بالفحص الأولي والتحليل اللازمة لمعرفة قابلية جسمه لهذا الدواء⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التزام الطبيب بسلامة الأدوية التي يُقدمها للمريض

المبدأ هو الحرية العلاجية، بمعنى الطبيب حر في تحرير وصفاته بالشكل الذي يعتقد بأنها الأكثر ملائمة لحالة المريض⁽²⁾، وهذا ما جاء في نص المادة 11 من قانون مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، التي تنص على " يكون الطبيب وجراح الأسنان حريين في تقديم الوصفة إلي يري أنها أكثر ملائمة للحالة... ". غير أن هذه الحرية مقيدة، بوصف علاج دون مخاطر من شأنه أن يضمن السلامة والسكينة للمريض⁽³⁾.

حيث يلتزم الطبيب التزاماً محدداً بسلامة الأدوية التي يُقدمها ويوصفها لمريضه، إذ يجب أن تكون هذه الأدوية صالحة للاستعمال ومرخصاً بها وتتوافر على جميع الشروط والمواصفات القانونية الواجب توافرها في هذا الدواء⁽⁴⁾، وهذا ما تبنته المادة 232 من ق.ص.ج الجديد، التي تنص على أن "لا يجوز للممارسين الطبيين أن يصفوا أو يستعملوا إلا الأدوية المسجلة

1- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 231.

2- فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25 / ع. 2، 2009، ص 486.

3- فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة قانونية مقارنة، مرجع سابق، ص 487.

4- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هوم، الجزائر، 2012، ص 163.

والمواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المصادق عليها . المستعملة في الطب البشري والواردة في المدونات الوطنية الخاصة بها".

كما نصت المادة 45 من م. أ. ط السالف الذكر على ضرورة تقديم علاج مطابق لمعطيات العلم الحديثة بالنص على ما يلي: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقة على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة، بالزملاء المختصين والمؤهلين".

فالتبيب يلتزم بتقديم دواء غير ضار لمريضه وإلا قامت مسؤوليته واعتبر مُخلًا بالتزامه ما لم يثبت وجود السبب الأجنبي الخارج عن إرادته، ومحل التزامه في هذه الحالة تحقيق نتيجة⁽¹⁾. ومع ذلك يجب التفرقة في هذا الصدد بين التزام الطبيب بتقديم دواء غير ضار وضمان فعالية الدواء في علاج المريض. لأنّ الطبيب لا يضمن تحقيق شفاء المريض، بل يكتفي بضمان أن يكون الدواء سليماً من العيوب، مطابقاً للأصول العلمية، وأن لا يُشكل خطراً على صحّة وعافية المريض. وهكذا يقع على الطبيب التزام بتسليم أو وصف دواء يتوافق وحالة المريض الصحية كما تقتضي ذلك الأصول العلمية. وبالتالي يُحظر على الطبيب تقديم دواء سام بطبيعته، أو يؤدي إلى التسمّم بوصف جرعات أكبر من اللازم أو بإعطائه على فترات متقاربة، حيث عوقب الطبيب من طرف محكمة "رين" Rennes وأدين بتهمة القتل الخطأ بسبب وصفه للمريض دواء مرتفع التركيز من مادة سامة، ممّا أدّى إلى وفاته بعد تناوله للجرعة الأولى مباشرة رغم اعتراض الصيدلي على إعطاء هذا الدواء.

كما أدانت محكمة "غرونوبل" Grenoble طبيبا بنفس التهمة لأنّه وصف لمريض دواء

1- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، مرجع سابق، ص 163.

من الموروفين بجرعات تحتوي كل واحدة منها على 4 سنتغرامات بدلا من 4 ملغرامات، مما أدى إلى وفاة هذا المريض⁽¹⁾.

يلتزم الطبيب بالإضافة إلى ذلك بتسليم أو وصف دواء صالح للاستعمال، لا يكون هذا الدواء ضارا بصحته، وأن لا يؤدي بطبيعته إلى عكس الغاية المقصودة منه. وكما يلتزم بإعطاء النصح والتوجيه اللازم للمريض بخصوص استعمال هذا الدواء، فلا يكتفي الطبيب بوصف الدواء اللازم للعلاج، بل يقع على عاتقه واجب بشرح طريقة استعماله، وكذا الأخطار والآثار الجانبية التي يمكن أن تترتب عن استهلاكه⁽²⁾.

فالطبيب ملزم بضمان سلامة المريض ضد كل الأدوية التي يستعملها أو يصفها وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يُعد مقصرا بمجرد عدم تحقق النتيجة وهي سلامة الأدوية. فإذا لحق المريض أي ضرر من جراء إعطائه الأدوية، فإن مسؤوليته تثار ولا يلتزم المريض بإثبات الخطأ بل يكفي إثبات تناول الأدوية ووقوع الضرر، ليلقى عبء الإثبات بعد ذلك على عاتق الطبيب، لأنه ببساطة، التزام بضمان السلامة المرتبطة بنتيجة⁽³⁾، المتمثل في تقديم دواء صالح للمريض، خال من العيوب، وغير مضر به، الذي هو التزام قائم بذاته ولا يختلط بغيره من الالتزامات الأخرى.

ففي مجال الدواء لا يشترط المريض من طبيبه سوى عدم إحداث هذا الدواء علة جديدة تُضاف إلى المرض الذي جاء ليعالجه، فالذي ينتظره ليس بالضرورة الشفاء نتيجة أخذ الدواء، ولكن السلامة من هذا الدواء ذاته، والتأكد من صلاحيته وخلوه من الأضرار⁽⁴⁾، وطبيعة الالتزام

1 - رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، ص 164.

2- مرجع نفسه، ص 164.

3- مرجع نفسه، ص 166.

4- مرجع نفسه، ص 168.

بالسلامة في هذا المجال -الدواء- هو تحقيق نتيجة وفقا لما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 7 نوفمبر 2000⁽¹⁾.

وهو ما قرره في قرار حديث لها في 14 نوفمبر 2018 بسبب حدوث اضطرابات خطيرة للمريض نتيجة لقاح التهاب الكبد "ب" l'hépatite B الذي أُعطي له، حيث قررت أن "... فيما يتعلق باستخدام المنتجات الصحية، فإن العقد الذي تم تكوينه بين المريض وطيبه يضع على مسؤولية هذا الأخير التزاماً بضمان السلامة التي هي تحقيق نتيجة...⁽²⁾". حيث يتضح أن حتى في مجال التطعيمات واللقاحات يقع على عاتق الطبيب التزام بضمان سلامة الأشخاص عند تلقيحهم ضد الأمراض والعدوى للوقاية من الأمراض المتقلة ومكافحتها⁽³⁾.

ويرى الأستاذ (رايس محمد) أن هذا الموقف لن ينال رضا الأطباء، وذلك لما يتضمنه من تشديد المسؤولية عليهم -بالإضافة إلى المسؤولية التي تقع عليهم أثناء التدخل الطبي لتقديم العلاج، أضيفت إليهم مسؤولية الدواء الذي يقدم ويوصف للمريض- غير أن حماية المرضى أولى وأجدر بالاهتمام والاعتناء من غيرهم. إذ لا يمكن تقرير حماية هذا المريض الضعيف دون التشديد من مسؤولية الطبيب، خاصة وأن المريض أصبح في وقتنا الحالي أكثر وعياً، وأقل إيماناً بالقدرية من مريض العصور القديمة، وأصبح أكثر مطالبة للحماية القانونية، خاصة مع التطورات الحديثة التي تُلزمها كثرة الحوادث وكثرة المخاطر. ويُضيف أيضاً أن أي تدخل طبي سواء

1-« ... Mais attendu que le contrat d'hospitalisation et de soins liant un patient à un établissement de santé privé met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments, qu'il fournit... », Cass., **Ch. Civ. 1, du 7 novembre 2000, 99-12.255**. In : www.legifrance.gouv.fr

2 - «... qu'en matière d'utilisation des produits de santé, le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier une obligation de sécurité de résultat... »,C.Cass., **Ch.Civ.1, du 14 novembre 2018, 17-27.980 17-28.529**,In : www.legifrance.gouv.fr

3- اللقاح، صنفه المشرع في القانون الجديد رقم 18-11 يتعلق بالصحة في المادة 9/210 منه على انه دواء مناعي موجه لتقديمه للإنسان قصد إحداث مناعة فعالة أو سلبية أو قصد تشخيص حالة المناعة. في حين في القانون القديم رقم 85-05 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها لم يذكره حتى في القائمة التي يعتبر دواء إلا بعد تعديله بموجب قانون رقم 08-13 ولم يحدد صنفه.

علاجي أو جراحي، تقرر مشروعيتها أولا وأخيرا لتحقيق السلامة الجسدية للإنسان، لذلك كانت سلامة المريض هدفا ينبغي أن يُكَلَّل كل المساعي الطبية والنوايا الخيرة للأطباء⁽¹⁾.

غير أنه أحيانا قد يجد الطبيب نفسه مقيدا بوصف علاج تحت تأثيرات خارجية حيث تؤثر في قراراته عند وصفه للعلاج. حيث قد تأثر شركات صناعة الأدوية على حرية الطبيب في وصف الدواء المناسب للمريض، وذلك بترويج لمنتجاتها الصيدلانية بين الأطباء، وتقوم بتشويه سمعة المنتجات الصيدلانية الأخرى التي تعتبر أكثر فعالية ويتوجيه هذه الشركات بعوض وهدايا لهؤلاء الأطباء لإقناعهم أو التأثير عليهم، لتفضيل منتجها على منتجات الشركات الأخرى. وكما قد تؤثر الدولة على حرية الأطباء في وصف الأدوية من خلال منح مكافآت مالية خاصة للأطباء الذين يوافقون على وصف بعض الأدوية الرخيصة بدلا من الأدوية الأخرى الأكثر تكلفة، دون النظر إلى مدى فعاليتها. هذا يؤثر في قرارات الأطباء عند وصفهم العلاج⁽²⁾، وهذا التأثير يدفع ثمنه المريض، حيث أن الأصل أن الطبيب يعمل لمصلحة المريض، ويثق فيه المريض ثقة كاملة، وقد تكون مصلحة المريض فيها وقد لا تكون، والمصلحة هنا فعالية الدواء في علاج ما بالمريض من مرض، وتقليل من آثاره الجانبية، وأيضا مناسبة لحالة المريض المادية، ومن هنا قد يحصل تعارض بين المصلحتين ويقع الطبيب في حرج فيما لو ظهر أن دواء آخر أصلح للمريض. من غير الدواء الذي فرضته هذه الشركات أو الدولة. التي يعتبر قيودا اقتصادية، الذي يفرض على الطبيب أن يكون اقتصاديا في وصفاته وعلاجاته، ولكن دون الإخلال بجودة وفعالية العلاج الذي يوصفه للمريض، تنفيذا لالتزامه بضمان سلامة المريض.

1- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، مرجع سابق، ص ص 195 - 196.

2 - BOUBCHIR (M.A), *Liberté de prescrire et responsabilité médicale*, Revue Critique De Droit Et Sciences Politiques, Faculté de droit et sciences politiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n°1 , 2018, pp 65-67 .

المبحث الثاني

الالتزام بضمان السلامة أثناء إجراء العمل العلاجي

إن المقصود بضمان سلامة المريض، أن لا يعرض الطبيب مريضه أثناء التدخل الطبي لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة، وألا يتسبب في نقل عدوى أثناء تواجده في المستشفى من أجل العلاج، لعدم تعقيم الأدوات أو المكان، حيث يلزم أثناء تحقيق العلاج بضمان السلامة عند استعمال المستلزمات الطبية (المطلب الأول)، ويلتزم بضمان السلامة كذلك في مجال عدوى المستشفيات (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الالتزام بالسلامة في استخدام المستلزمات الطبية

أدى تطور التقنيات الحديثة في مجال المستلزمات الطبية⁽¹⁾ إلى زيادة لجوء الأطباء والجراحين إلى استخدامها في الجراحات والعلاجات الحديثة، ولكن مع الوقت تثبت أن مثل هذه الأجهزة والأدوات قد تلحق بالمريض إصابات وأضرار نتيجة الاستعانة بها، وعلى هذا أصبحت حماية المريض أمراً ضرورياً ولا بد من الحفاظ على سلامته من المخاطر الناشئة عن استخدام هذه الأجهزة الطبية⁽²⁾.

1- يقصد بالمستلزمات الطبية وفقاً لقانون الصحة الجديد 18-11 في المادة 212 منه على أنه "كل جهاز أو أداة أو تجهيز أو مادة أو منتج، باستثناء المنتجات ذات الأصل البشري، أو مادة أخرى مستعملة لوحدها أو بصفة مشتركة، بما في ذلك الملحقات والبرمجيات التي تدخل في سيره، وموجه للاستعمال لدى الإنسان لأغراض طبية" وكما تعتبر كمستلزمات طبية أيضاً ما نصت عليه المادة 213 من نفس القانون " تلك المستعملة في التشخيص في المخبر: المنتجات والكواشف والمواد والأدوات والأنظمة ومكوناتها وملحقاتها وكذا أوعية العينات الموجه خصوصاً للاستعمال في المخبر، لوحدها أو بصفة مشتركة، في فحص عينات متأتية من جسم الإنسان من أجل توفير معلومة بخصوص حالة فيزيولوجية أو مرضية مثبتة أو محتملة أو شذوذ خلقي من أجل مراقبة قياسات علاجية أو من أجل تحديد أمن نزع عناصر من جسم الإنسان أو مطابقته من متلقين محتملين".

2- بوخرس بلعيد، الخطأ المدني للطبيب أثناء التدخل الطبي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، ع. 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 383.

أخضع القضاء والفقه التقليدي في البداية مسؤولية الطبيب على الإصابات التي تحدثها الأجهزة والأدوات التي يستعملها لتحقيق العمل العلاجي لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن الأعمال الطبية الأخرى. إذ يتعين على المريض أن يثبت في دعوى المطالبة بالتعويض خطأ الطبيب والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي أصابه، وقد أسس هذا على الحرية الواسعة التي يتوجب الاعتراف بها للطبيب لكي يؤدي عمله بكل ثقة واطمئنان، ودون خوف من توقيع المسؤولية عليه بغير خطأ منه، هذا فضلاً عن استحالة الفصل في عمل الطبيب بين فعله وفعل الشيء، بسبب استغراق عمله لفعل الجهاز الذي يستخدمه. إلا أن القضاء والفقه الحديث، يسلمان بأن الطبيب يلتزم اتجاه مريضه بالالتزام محدد هو سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إلى الطبيب من أجله وعن الأضرار التي تلحقه من الأدوات والأجهزة الطبية المستعمل⁽¹⁾. حيث يتعهد الطبيب فضلاً عن بذل العناية اللازمة وفق الأصول العلمية المستقرة بالالتزام محدد نتيجة استخدامه تلك الأجهزة والآلات، مؤداه عدم إلحاق الضرر بالمريض. والأضرار المقصودة في هذا الشأن، هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل في الأجهزة والأدوات الطبية، إذ يقع على الطبيب التزام مقتضاه، استخدام آلات سليمة التي لا تحدث إضراراً بالمريض⁽²⁾.

إذا، طبيعة هذا الالتزام بالسلامة التي تقع على الطبيب نتيجة الأضرار التي قد تنشأ جراء استعمال الطبيب لهذه الأجهزة والأدوات الطبية، تختلف في حالة كون تلك الأدوات والأجهزة الطبية سليمة (الفرع الأول) وفي حالة كون هذه الأجهزة والأدوات مُعيبة (الفرع الثاني).

1- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة فقهية قضائية مقارنة، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2011، ص 122.

2- منصور جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2016-2017، ص 105.

الفرع الأول

ضمان السلامة في حالة استعمال أجهزة وأدوات طبية سليمة

يقع على الطبيب عندما يحدث للمريض ضرراً أثناء العمل الطبي وبمناسبتها. بالمعنى سواء كان تشخيصاً لمرض أو علاجاً بدواء أو تدخلاً جراحياً لاستئصال علة، التزام أساسي بسلامة المريض، ومحل هذا الالتزام بذل العناية الفائقة واليقظة المتاحة في علاج المريض وفقاً للأصول العلمية، وأنَّ على المريض عبء إثبات تقصير الطبيب في ذلك⁽¹⁾.

ومضمون الالتزام بالسلامة في هذه الحالة، يدخل في نفس الإطار الذي يتحدد به التزامه بالسلامة عن أعماله الطبية وهو بذل عناية بمعنى التزام الطبيب بالسلامة حال استعماله للأجهزة والأدوات الطبية السليمة هو التزام ببذل عناية، بمعنى لكي يتمكن المريض بالزام الطبيب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته جراء استعمال الأدوات والأجهزة الطبية عليه إثبات خطئه، نظراً لفكرة الاحتمال التي تسيطر على طبيعة العمل الطبي، وفكرة الحرية المطلوبة التي يحظى بها الطبيب لتأدية مهمته باطمئنان وثقة، وأخيراً للقول باستحالة الفصل في الأعمال الطبية، بين فعل الإنسان وفعل الشيء، أو غلبة عمل الطبيب على فعل أجهزته أو أدواته⁽²⁾.

غير أنه رغم اعتبار الطبيب في هذه الحالة ملزماً ببذل عناية، ولكنه يلتزم ألا يصيبه بمرض جديد أو أي ضرر آخر نتيجة التجهيزات الطبية المستخدمة، فيلتزم الطبيب بتقديم علاج يتسم بالنوعية والفعالية ويضمن سلامة المستلزمات الطبية⁽³⁾، ونصت المادة 19 الفقرة

1- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم-، مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص191.

2- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة للأشخاص، مرجع سابق، ص322.

3- تدخل المشرع الجزائري بوضع نص المادة 1/173 من قانون رقم 13/08 المعدل والمتمم للقانون 05/85 الملغى الذي استحدث وكالة وطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، وحددت المادتين 173 /3 من نفس القانون بعض المهام المنوط بها، ومن بينها السهر على ضمان سلامة المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري وفعاليتها ونوعيتها ومراقبتها. في حين في قانون الصحة الجديد 18-11 حدد مهام هذه الوكالة في ضمان اليقظة بخصوص المستلزمات الطبية المستعملة بالطب البشري.

الثانية من م. أ.ط. الفرنسي على انه "يتوجب على الطبيب تحديد أعماله بما هو ضروري ليتسم علاجه بالنوعية والسلامة والفعالية"⁽¹⁾. خاصة بسبب إهماله وجهله في استخدام التجهيزات الطبية وعدم مراقبة وفحص كل المستلزمات المستعملة. حيث يلتزم الطبيب عند استعماله لأي جهاز طبي بفحصه عن مدى صلاحيته للاستعمال، وهذا عن طريق تعقيمها والتأكد من سلامتها، وأخذ كل الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على سلامة المريض. وهذا ما أقره القضاء الجزائري في قرار لها الصادر عن مجلس الدول في 11 مارس 2003 السالف الذكر، على إثر سقوط المستأنف أصيب بكسر على مستوى عظم الفخذ وأجريت له عملية جراحية بمستشفى بجاية، حيث يومين بعد العملية التي تطلب وضع صفيحة ملولبة، المستأنف تعرض لإصابة ميكروبية، والصفيحة مصابة بالصدأ مما تسببت في تعفن مقاوم للعلاج الطبي الذي عولج به وتم نزع الصفيحة الشهر الموالي، حيث أن بعد نزع الصفيحة، تبين أن عظم الفخذ قد أصيب بتعفن أدى إلى خضوع المستأنف لعمليات زرع عظام في عدة مراكز استشفائية. حيث الصفيحة الملولبة المصابة بالصدأ هي التي أدت إلى تعفن عظم الفخذ. حيث أن المجلس قضى بأن قواعد مهنة الطب تقتضي أن تتبع أية عملية جراحية بفحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء العملية، وأن المستأنف عليه (المستشفى) أخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته. وإن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ مرفقيا. وعليه بالنتيجة المستشفى المستأنف عليه ساهم في وجود الضرر بسبب تقصيره في مراقبة آلات الجراحة المستعملة أثناء العملية الطبية فانه ملزم بتعويض الضرر اللاحق بالمستأنف المريض. وأن لهذا الأخير بالتالي الحق في الحصول على تعويض عن الضرر⁽²⁾.

1 Art. 8 du Décret N° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JORF n°209 du 8 septembre 1995, In : www.legifrance.gouv.fr , stipule : « ...limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins... ».

2- خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص ص84-87.

كما يجب أن تُستخدم وسيلة الفحص بالطرق العلمية الصحيحة وهذا لضمان نتائج سليمة، ولحماية المريض من الأضرار التي قد يتعرض إليها نتيجة الاستعمال الخاطئ للتجهيزات. فمثلا في حالة الفحص بالأشعة يجب أن يكون المريض في وضعية صحيحة وأن تكون الأشعة موجهة مباشرة على الموضع المراد فحصه، كما ينبغي أن تترك مسافة محددة بين موضع الأشعة وجسم المريض، بحيث تكون الأشعة بالقدر الكافي لتشخيص الحالة دون أن تزيد عن ذلك حتى لا تعرض المريض للخطر. إذ المريض في هذه الحالة يعتبر غريبا عن هذه الآلة، ولا يسأل عن عدم وقوفه في وضعية جيدة، فهذه المسائل كلها تعود إلى الطبيب المشخص ويعتبر المسؤول في ذلك⁽¹⁾.

فبالرجوع إلى قواعد القانون الطبي والسوابق القضائية والفقه، نجد أن الطبيب ملزم بضمان سلامة المريض من استعمال هذه الأجهزة التي قد تنطوي على مخاطر لسوء استعمالها. لكن ما هو أصل هذا الالتزام في القواعد العامة؟

فقد نتساءل عن إمكانية مساءلة القائم بالرعاية الطبية عما تسببه الأشياء التي يستعملها في نشاطه الطبي من أضرار باعتباره حارسا لها، لما تمثله المسؤولية عن الأشياء غير الحية من ضمان للمضروب؟

في هذه الحالة اختلفت الآراء حول تطبيق نص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي (المادة 1242 - 1 بعد التعديل)⁽²⁾ التي تقابل نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾ على مسؤولية الأطباء في استخدامهم لمثل هذه الأجهزة أو الأدوات الطبية.

1- حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي...، مرجع سابق، ص 109.

2-Art. 1384du C.C.,F. modifié par ordonnance 2016-131 du 10 février 2016- précitée, Art. 1242-1 stipule : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par...des choses que l'on a sous sa garde... ».

3- تنص المادة 138 من القانون المدني الجزائري على: «كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء».

وتباينت في اتجاهين:

ـ **الاتجاه الأول:** رفض اتجاه فقهي- من بينهم (Casanova (DE)) كذا القضاء الفرنسي إعمال قواعد المسؤولية الناشئة عن الأشياء للقائم بالرعاية الطبية بالنسبة للأجهزة والأدوات الطبية التي يستعملها والتي تسبب أضراراً للمريض، وأخضعها لذات القواعد التي تحكم مسؤوليتهم عن الأعمال الطبية، والهدف من ذلك هو استبعاد المسؤولية المفترضة للأطباء، مما يستوجب على الضحايا إثبات تقصيرهم وتخلفهم عن بذل العناية اللازمة وذلك لعدة اعتبارات، أهمها:

ـ **أولاً:** أن فعل الطبيب يستغرق فعل الأجهزة والأدوات التي يستخدمها الطبيب. فالضرر الذي يصيب المريض لا يُنسب إلى فعل الشيء ذاته وإنما إلى الطبيب نفسه، إذ لا يمكن نسب الضرر إلى فعل الشيء إلا إذا خرج عن إشراف الطبيب وتحكمه، ولم تعد مجرد آلة يحركها الطبيب حسب رغبته⁽¹⁾.

ـ **ثانياً:** أن العلاقة بين الطبيب ومريضه في الغالب هي علاقة عقدية تنفي بذاتها إمكان تطبيق أحكام المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي المقابلة للمادة 138 من القانون المدني الجزائري التي تجد مجالاتها في النطاق التقصيري، لأنّ العبرة في المجال العقدي بما يحتويه العقد من التزامات متبادلة، وبالتالي لا توجد أهمية لتحديد المصدر المادي للضرر، طالما أن أحكام هذه الأخيرة لا تختلف تبعاً لما إذا كان الضرر ناشئاً عن الفعل الشخصي للطبيب أو عن فعل شخص تابع له، أو حتى عن تدخل شيء استخدمه الطبيب في العمل الطبي. ويجد هذا الاتجاه أساسه في تطبيق مبدأ عدم الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية واستقلال كل منهما بأحكام خصّها المشرع بها بقصد

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية،...، مرجع سابق، ص242.

تحديد نطاق كل منهما وبالتالي يستبعد تطبيق المادة 1242-1 السالفة الذكر عندما يكون الضرر الناتج عن الشيء راجعا إلى عدم تنفيذ العقد⁽¹⁾.

وتأسيسا عما سبق قد تم استبعاد تطبيق قواعد المسؤولية عن الأشياء غير الحية طبقا للفقرة الأولى من المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي المقابلة لمادة 138 مدني جزائري، ليس فقط في إطار العقد الطبي تطبيقا لعدم الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، بل وأيضا في حالة عدم وجود علاقة تعاقدية بين الطبيب ومريضه. ولكن القضاء أقر بقيام قرينة المسؤولية الواردة في المادة 1384 عندما تنتفي أو لا تقوم علاقة بين الطبيب والمريض أي خارج نطاق العقد الطبي⁽²⁾.

- **الاتجاه الثاني:** يرى ضرورة التراجع عن الاتجاه السابق على أساس أن العقد الطبي لا ينشئ فقط على عاتق الطبيب التزاما ببذل عناية أثناء علاج المريض، وإنما فضلا عن ذلك يلتزم التزاما محددا بضمان سلامة مريضه وذلك بتحسين فني في استعمال الأجهزة المستخدمة لتنفيذ العلاج. إذ فرق بين الأضرار الناتجة عن التدخل الطبي التي تبقى ببذل عناية، والأضرار الناجمة عن سوء استعمال مستلزمات طبية.

هذا الاتجاه وهو الأغلب، يرى أن علاقة الطبيب بالأجهزة الطبية المستعملة من طرفه في العلاج، هي علاقة حراسة أي الطبيب هو حارس الجهاز الطبي (الشيء). وأن كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء. ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر

1- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هوم، الجزائر، 2008، ص ص 141-142.

2- نقض فرنسي في 29 ديسمبر 1948. نقلا عن: التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة للأشخاص، مرجع سابق، ص322.

حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة⁽¹⁾.

حسب رأي الأستاذ (حروزي عز الدين) أحكام المادة 138 ق.م.ج، المطابقة لأحكام المادة 1384 ق.م.ف، يمكن تطبيقها على طائفة الأطباء، كونها جاءت عامة ولم تُخصص أي طائفة، طبقاً لقاعدة لا تخصيص بدون نص مخصص. ويُضيف أنه تعذر الحصول على أي حكم يفيد في تحديد موقف القضاء الجزائري في هذا المجال⁽²⁾.

إذن، مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي تسببه كل المستلزمات الطبية التي يستعملها، هي مسؤولية حارس الشيء عن الضرر الذي يسببه هذا الأخير للغير، وفقاً للقواعد العامة. والطبيب لا يمكنه أن يكتفي بإثبات بذله العناية اللازمة في استعمال التجهيزات الطبية، لأن هذا غير كاف طبقاً للقواعد العامة، فهو ملزم بتحقيق نتيجة في هذا الاستعمال، كما أنه ملزم بضمان سلامة المريض جراء استعماله لهذه التجهيزات. لأن المبدأ في استخدام التجهيزات الطبية هو الالتزام بعدم إلحاق الضرر بالمريض⁽³⁾.

أما بالنسبة لدرأ المسؤولية عن الطبيب نتيجة سوء استعماله للتجهيزات الطبية، بسبب القوة القاهرة والحالة الطارئة، كلاهما يستحيل دفعهما أو توقعهما، ولكنهما يختلفان في أن القوة القاهرة حادث خارجي لا يتصل بنشاط المدعى عليه كالزلازل مثلاً، بينما الحالة الطارئة أو الحادث المفاجئ يأتي من الداخل ويكون متصلاً بنشاط المدعى عليه، كما في حالة انفجار آلة مثلاً أو احتراق مادة⁽⁴⁾.

1- نص المادة 138 من ق.م.ج

2- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة...، مرجع سابق، ص 144.

3- حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي...، مرجع سابق، ص 101.

4- مرجع نفسه، ص 99.

فدفع المسؤولية، هنا مسألة تقديرية للقضاء، حسب قواعد الالتزام بتحقيق نتيجة، وطرق إثبات الحادث الطارئ، والقوة القاهرة من جهة أخرى. فالحادث الطارئ أو القوة القاهرة وفقا للقواعد العامة، بالرغم من عدم إمكان توقعه أو استحالة دفع أو التحرز منه، فتحققه ينفي الرابطة السببية بين الخطأ الصادر عن الطبيب أو المستشفى والضرر الحاصل للمريض، إلا أن هذا الأمر نسبي خاصة إذا عرفنا أن الالتزام هنا هو التزام بالسلامة، وهذا الالتزام لا يراعي فيه الخطأ، فمثلا لو كان طبيب بصدد تشخيص حالة مرضية بواسطة جهاز طبي معقد وينطوي على مخاطر في حالة سوء استعماله وقام الطبيب بإدخال المريض داخله مثلا، وأدى انقطاع الكهرباء الناتج عن عاصفة أو أس سبب خارجي آخر إلى استحالة فتح الجهاز وإخراج المريض منه، وكان الجهاز عند توقفه عن التشغيل وإخراج المريض في الحالات الاعتيادية تتسرب منه مواد مشعة وخطيرة، وأدى بقاء المريض داخله بعد توقفه إلى تسرب هذه المواد إلى جسد المريض، فهنا قد يظهر الحادث بأنه مفاجئ بحيث انه راجع إلى انقطاع التيار الكهربائي الذي يعتبر خارج عن إرادة الطبيب. غير أن مسؤولية الطبيب هنا قائمة بالرغم من عدم وجود أي خطأ أو تقصير من طرفه وبالرغم من انه قد بذل العناية اللازمة عند استخدامه للجهاز، لأن التزامه هنا هو التزام بتحقيق نتيجة وبسلامتها في نفس الوقت. فكان عليه في مثل هذه الحالات أن يحتاط لكل ما يمكن الاحتياط له، كالتزود في مثل هذه الحالة بمولد كهربائي، لإعادة تشغيل الجهاز مباشرة بعد انقطاع التيار الكهربائي وإخراج المريض منه قبل تسرب المواد الخطيرة إلى جسمه⁽¹⁾. أما لو حدث هذا التوقف بسبب الزلزال مثلا، فهنا توفرت القوة القاهرة وتنفي معها المسؤولية.

بهذا يمكن أن نقول أن، القوة القاهرة تدفع المسؤولية، وأما الحادث الطارئ فلا يمنع تحققها، بل يتحمل المدين تبعاتها.

1- حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي...، مرجع سابق، ص 101.

الفرع الثاني

ضمان السلامة في حالة استعمال مستلزمات طبية معيبة

تعرضنا فيما سبق إلى أن الأضرار التي تنشأ عن الأعمال الطبية عند استعانة أجهزة أو أدوات طبية سليمة، هي أضرار لا يسأل عنها الطبيب إلا إذا ثبت عدم احتياطه وإهماله في استخدامه لهذه الأجهزة.

فالتزام الطبيب في هذه الحالة أصلاً هو ببذل عناية. لكن الأضرار التي تلحق بالمريض من جراء استخدام الأدوات الطبية المعيبة في عمليات العلاج والجراحة فالتزام الطبيب في هذه الحالة التزم بتحقيق نتيجة، لأنه يقع عليه التزم مقتضاه استخدام الآلات السليمة التي لا تحدث أضرار للمريض⁽¹⁾.

وبعد أن تم فصل المسؤولية بفعل المنتجات المعيبة عن الخطأ، وجدت مصدرها في التزم تبعي ناشئ عن العقد الطبي، يتمثل في الالتزام بضمان السلامة بتحقيق نتيجة فيما يخص الوسائل والأجهزة المستعملة في تنفيذ العقد الطبي⁽²⁾.

منذ 1926 قرر مجلس قضاء "ليون" « Lyon » بأن الطبيب يكون مخلاً بالتزامه بالسلامة إذا ما استعمل أجهزة من نوعية ناقصة، ومنذ صدور هذا القرار أصبح الطبيب فيما يخص الأجهزة التي يستعملها في تنفيذ العمل الطبي ملزماً بضمان سلامة مريضه وأقر القضاء الفرنسي مسؤولية الطبيب بفعل الأجهزة الطبية المعيبة على أساس إخلاله بالالتزام بالسلامة، في قرار حديث صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 4 فيفري 2003⁽³⁾.

أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها الصادر في 9 نوفمبر 1999 طبيعة

1- عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 118-119.

2- بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير فرع : مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص 180.

3-C. Cass.Civ. 1, Audience publique du mardi 4 février 2003, N° de pourvoi: 00-15572, In : www.legifrance.gouv.fr

الالتزام بضمان السلامة الذي يقع على طبيب جراحة الأسنان في حالة استعماله الأجهزة التزام بتحقيق نتيجة، لما تكون هذه الأجهزة والأدوات المستخدمة يشوبها عيب⁽¹⁾.

يسأل الطبيب عن الأضرار أو الإصابات التي تلحق بالمريض نتيجة وجود عيب في الأجهزة أو الأدوات المستخدمة في علاج المريض، حتى ولو كان هذا العيب من العيوب الخفية التي يصعب على الطبيب كشفها بالفحص العادي، ويعفى الطبيب من المسؤولية إذا أقام الدليل على أن هذه الأضرار ترجع إلى سبب أجنبي لا يمكن أن ينسب إليه⁽²⁾.

وكما لا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى ولو كانت الآلة الطبية المستعملة بها عيب راجع إلى طريقة تصنيعها، وبصعب اكتشافه، لأنه يتعين على الطبيب أن يعاين ويفحص حالة الآلة التي يستعملها، وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرار لها الصادر في 28 جوان 1960 والذي أقامت بموجبه المسؤولية على طبيب مختص في الأشعة، نتيجة سقوط براغي آلة الأشعة نظراً للحالة السيئة لها، الأمر الذي سمح بمرور أشعة مضرّة بجسم الإنسان، فسبب ذلك أضراراً بليغة لحالة المريض الصحية، وفي هذه القضية أُلقيت المسؤولية على عاتق الطبيب كونه ملزماً بتحقيق نتيجة في مثل هذه الحالات، كما قضت نفس المحكمة بتاريخ 5 مارس 1999 بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي أصابت المريض من جراء اللهب والحرارة المنبعثة من المسخن الكهربائي، بالرغم من أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدامه⁽³⁾.

وعندما تكون هذه الأجهزة والأدوات الطبية مُعيبة، وتحدث أضرار بالمريض نكون أمام صورتين:

– الصورة الأولى: هو عندما ينتج عن استعمال الطبيب لأجهزة وأدوات طبية

1- NGUYEN (Catherine), L'obligation de sécurité du fait du matériel utilisé, conseil juridique, Le Fil Dentaire - du 07/01/2008, p01, In : <https://www.lefildentaire.com>

2- بوخرس بلعيد، الخطأ المدني للطبيب أثناء التدخل الطبي، مرجع سابق، ص 176.

3- حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي....، مرجع سابق، ص 106.

أضرار منقطعة الصلة بالمرض والأعمال الطبية، أي يكون ذلك راجعا لعيب في تلك الأجهزة أو الأدوات الطبية، إذ تقوم مسؤولية الطبيب ولا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه. لأنّ الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب بضمان سلامة المريض مضمونة ومحلّه هو تحقيق نتيجة، وهي استخدام أجهزة وأدوات طبية سليمة لا تحدث أضرارا بالمريض⁽¹⁾. وتطبيقا لذلك يسأل الطبيب عن الحروق التي أصابت المريض بسبب تطاير لهب من المشط الكهربائي أثناء العملية الجراحية رغم عدم ثبوت أي تقصير من قبل الطبيب⁽²⁾.

- الصورة الثانية: عندما ينتج عن استعمال الطبيب لأجهزة وأدوات طبية معيبة أضرارا للمريض مرتبطة بالعمل الطبي، في هذه الصورة وبالرغم أنّ الطبيب يمارس عمله الطبي، إلاّ أنّه ملزم بضمان سلامة مريضه إلى جانب التزامه الأصلي المنبثق من العمل الطبي ببذل عناية، يكون محل ومضمون الالتزام بضمان السلامة هو تحقيق نتيجة هي استخدام أجهزة وأدوات سليمة لا تُحدث أضرارا بمرضاه كما في الصورة الأولى تماما⁽³⁾.

اتجه الفقه والقضاء الفرنسي نحو التوسع في تقرير هذه المسؤولية معتبرين هذا الالتزام بضمان سلامة المريض يلزمه بتعويض الضرر الذي لحق بمريضه بمناسبة عمل جراحي ضروري لعلاجته حتى في غياب الخطأ، وذلك متى كان هذا الضرر لا علاقة له بحالة المريض السابقة على التدخل الجراحي أو بالتطور المتوقع له، نتيجة لتدخل الأدوات والآلات بشكل ملحوظ وظاهر في العلاج. فإذا نشأ عن استخدام هذه الآلات والأجهزة والتي تعتبر غالبا من الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة والطبيب المعالج هو الذي يملك السيطرة عليها وإن ألحقت أضرارا بالمريض وجب على الطبيب تعويضه عن هذا الضرر⁽⁴⁾.

1- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة للأشخاص، مرجع سابق، ص 327.

2- عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 119.

3- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة للأشخاص، مرجع سابق، ص 328.

4- جربوعة منيرة، الالتزامات الحديثة للطبيب في العمل الطبي، رسالة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر (1) بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2016، ص 209.

من هنا يتبين لنا التفريق بين حالتين:

ـ الأولى: تشمل الأضرار التي تتجم عن التدخل الطبي، وينحصر التزام الطبيب في هذه

الحالة في بذل العناية اللازمة، وبالتالي فلا تتعدد مسؤوليته إلا إذا أقام المريض المضرور

الدليل على تقصير وعدم يقظة الطبيب، وهذا ما يطبق بالنسبة لمسؤولية الطبيب بصفة عامة

ـ الثانية: تشمل الأضرار التي تتجم عن الأجهزة والآلات الطبية نتيجة عيوب ذاتية فيها لا

تتصل بالعمل الطبي في شيء ويكون الالتزام في هذه الحالة التزاما بتحقيق نتيجة،

وبالتالي تتعدد مسؤولية الطبيب ابتداء حتى ولو كان العيب خفيا لا يمكن كشفه، ولا يعفيه

من المسؤولية إلا أن يثبت السبب الأجنبي الذي أدى لحدوث الضرر⁽¹⁾.

وقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى تمديد هذا الحل ليشمل كافة الأضرار الناجمة عن

استخدام الأجهزة والمواد الطبية متى بلغت درجة استثنائية من الجسامة لم تكن متوقعة.

وقد ذهب بعض الفقه في تبرير هذا المسلك القضائي، تكليف مسؤولية الطبيب عن استعمال

الأجهزة والمواد الطبية بأنها مسؤولية تعاقدية، تكرر ضمانا تعاقديا بتحقيق نتيجة فحواه أن يلتزم

الطبيب ألا يستعمل آلات ينجم عنها ضرر للمتعاقد معه⁽²⁾، ولا يقتصر فقط على الأضرار التي

تتجم عن عيوب الأجهزة والأدوات الطبية التي يستعملها، بل يشمل أيضا الأضرار الاستثنائية التي

لا صلة لها بالمريض الذي يعالجه ويلحق المريض نتيجة استعمال هذه الأجهزة أو تلك الأدوات، أو

نتيجة لوجود المريض لدى الطبيب المعالج⁽³⁾.

كما أن القضاء يساوي في هذا المجال في المعاملة بين المتعاقد والغير الذي لم

يتعاقد مع الطبيب حيث يضمن للمتعاقدين قدرا من الحماية مساويا لذلك الذي منحه القانون

1- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم...، مرجع سابق، ص194.

2- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية...، مرجع سابق، ص245.

3- عبد القادر محمد أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود...، مرجع سابق، ص61.

للغير بمقتضى أحكام المسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

وقد أدرك القانون الفرنسي أيضا أن استخدام الأجهزة الطبية المعيبة يتضمن التزاما بضمان السلامة بالنتيجة من خلال نظام المسؤولية دون خطأ، وذلك بموجب قانون 4 مارس 2002 الخاص بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة، الذي تبنى الأفكار التي توصل إليها القضاء وذلك باستثناء المسؤولية الناتجة عن المنتجات المعيبة من المسؤولية القائمة على أساس الخطأ في نص المادة 1-1142 L⁽²⁾. إذ يشمل مفهوم المنتجات الصحية التي يشير إليها المشرع في هذه المادة المنتجات الصيدلانية بشكل عام، ومن ناحية أخرى، جميع أنواع الأجهزة الطبية وفقا للمادة 1-5211 L⁽³⁾.

المطلب الثاني

الالتزام بضمان السلامة في حالة عدوى المستشفيات

تُعد العدوى من الآفات الأكثر انتشارا في العصر الحالي، حيث كل سنة حوالي 6 إلى 7 بالمائة من المرضى يُصابون بالعدوى أثناء تواجدهم في المستشفى أو المترددين

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية....، مرجع سابق، ص245.

2 - Art. L 1142-1 de la loi 2002- 303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé précitée, modifiée par loi n°2009- 526 du 12 mai 2009, stipule : « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute... » .

3 -Art. L5211-1de la loi 2002- 303 précitée, modifiée par ordonnance n° 2010-250 du 11 mars 2010, relative aux dispositifs médicaux, JORF n°0060 du 12 mars 2010, In : www.legifrance.gouv.fr , stipule : « On entend par dispositif médical tout instrument, appareil, équipement, matière, produit, à l'exception des produits d'origine humaine, ou autre article utilisé seul ou en association, y compris les accessoires et logiciels nécessaires au bon fonctionnement de celui-ci, destiné par le fabricant à être utilisé chez l'homme à des fins médicales et dont l'action principale voulue n'est pas obtenue par des moyens pharmacologiques ou immunologiques ni par métabolisme, mais dont la fonction peut être assistée par de tels moyens. Constitue également un dispositif médical le logiciel destiné par le fabricant à être utilisé spécifiquement à des fins diagnostiques ou thérapeutiques. Les dispositifs médicaux qui sont conçus pour être implantés en totalité ou en partie dans le corps humain ou placés dans un orifice naturel, et qui dépendent pour leur bon fonctionnement d'une source d'énergie électrique ou de toute source d'énergie autre que celle qui est aénérée directement par le corps humain ou la pesanteur, sont dénommés dispositifs médicaux implantables actifs. ».

عليه⁽¹⁾، هذه العدوى سُميت بعدوى المستشفيات (Infection nosocomiale)⁽²⁾ لسبب أنها تُكتسب أثناء تواجد المريض في المستشفى حيث لم تكن موجودة قبل دخوله المستشفى وإنما تكتسب أثناء تواجده فيها⁽³⁾. وقد تكون داخل مستشفى عام أو مستشفى خاص. لأن انتقال العدوى يشملهما معا، وحيث قد تنتقل إلى المريض سواء خلال إقامته الاستشفائية لفترة معينة داخل المستشفى العمومي أو المصحة الخاصة، أو خلال تلقيه علاجات مستقلة داخله⁽⁴⁾.

تم تعريف عدوى المستشفيات حسب توصيات المجلس الشوري الأوروبي لعام 1984 على أنها: «كل مرض أُعدي في المستشفى بسبب فيروس أُعترف به، الذي يُصيب سواء المريض بسبب دخول المستشفى لتلقي العلاج أو عمال المصلحة الاستشفائية بفعل مهنتهم، وأن تظهر أعراض هذا المرض خلال تواجد المُعدي في المستشفى»⁽⁵⁾.

1- MARSAUDON (Eric), **Les infections hospitalières**, que sais-je? PUF, Paris, 1998, p 03.

2_ مصطلح Infection nosocomiale "مصطلح مركب من أصل يوناني، Nosos يعني المرض Komein يعني علاج. وكما تسمى أيضا بـ Infections hospitalières، أنظر :

Ibid, p03.

3- LUCAS-BALOUL (Isabelle), **Infections nosocomiales, 40 questions sur les responsabilités encourues**, SCROF, septembre 1997, p07. Cité in : <http://editions-scrof.com>

4- المعاشي عائشة، مسؤولية المرافق الصحية عن الإصابة بعدوى المستشفيات، مجلة القانون والاعمال، جامعة الحسن الاول. ع. 16، المغرب، يناير 2018، ص 1.

- يرى الدكتور عبد الرؤوف على المناعة، أستاذ في قسم العلوم الطبية المخبرية الجامعة الإسلامية في غزة، استبدال "عدوى المستشفيات" ب "العدوى المرتبطة بالرعاية الصحية"، نظرا لحدوث هذه الظاهرة في جميع أماكن الرعاية الصحية وليس فقط في المستشفيات، انظر: عبد الرؤوف على المناعة، عدوى المستشفيات، خطر يمكن تجنبه، منظمة المجتمع العلمي العربي، علوم الصحة، 2 سبتمبر 2015، الموقع الإلكتروني: <http://arsco.org/article>

5-Infection nosocomiales est définie selon les recommandations du Comité du Conseil de l'Europe, en 1984, comme : «*Toute maladie contractée à l'hôpital, due à des micro-organismes, cliniquement et/ou bactériologiquement reconnaissables, qui affecte soit le malade du fait de son admission à l'hôpital ou des soins qu'il y a reçus, en tant que patient hospitalisé ou en traitement ambulatoire, soit le personnel hospitalier du fait de son activité, que les symptômes de la maladie apparaissent ou non, pendant que l'intéressé se trouve à l'hôpital*».

Voir: LANGLOIS (Jean), **Les infections nosocomiales et les infections à l'occasion des soins hors de l'hôpital**, Rapport adopté lors de la session du conseil national de l'ordre des médecins du 30 juin 2000, p828. cité in, <http://www.conseil-national.medecin.fr>

كما جاء في التعليمية الوزارية الفرنسية رقم 263 الصادرة في 13 أكتوبر 1988 تعريف عدوى المستشفيات على أنها: «كل مرض سببه فيروس أُصيب به المريض في المستشفى عقب دخوله إليها، إما بغرض الإقامة أو بغرض تلقي الرعاية، وأن تظهر أعراض هذه العدوى خلال أو عقب الإقامة في المستشفى وأن يسهل معرفتها على المستوى الإكلينيكي أو على مستوى علم الجراثيم أو على المستويين معا، هذه الخصائص تتعلق أيضًا بموظفي المستشفى بسبب أنشطتهم»⁽¹⁾.

وجاء في التعليمية الوزارية الفرنسية رقم 645-2000 الصادرة في 29 ديسمبر 2000 المتعلقة بتنظيم مكافحة عدوى المستشفيات في المرافق الصحية، الملغى للتعليمية رقم 263 الصادرة في 13 أكتوبر 1988 السالفة الذكر، تعريف لعدوى المستشفيات على أنها: "العدوى التي يصاب بها داخل المنشآت الصحية، التي يمكن أن تمس المرضى أو الأطباء بسبب نشاطهم"⁽²⁾.

وأعاد مجلس الدولة تعريف العدوى المكتسبة في المستشفى في قرار حديث له الصادر في 23 مارس 2018، على أنها "عدوى ناشئة أثناء استشفاء المريض أو خلال تلقي الرعاية، والتي لم تكن موجودة وقت دخول المستشفى، أو قبل أي تدخل طبي، ما لم يثبت أن لها أصل آخر عن ذلك"⁽³⁾.

1-On entend Par infection nosocomiale: «toute maladie provoquée par des micro-organismes; contractée dans un établissement de soins par tout patient après son admission, soit pour hospitalisation, soit pour y recevoir des soins ambulatoires; - que les symptômes apparaissent lors du séjour à l'hôpital ou après, que l'infection soit reconnaissable aux plans clinique ou microbiologique, données sérologiques comprises, ou encore les deux à la fois.

Ces caractéristiques concernent aussi les personnels hospitaliers en raison de leurs activités. ... ».

Voir: Circulaire n° 263 du 13 octobre 1988 relative à l'organisation de la surveillance et de la prévention des infections nosocomiales, cité in : <http://affairesjuridiques.aphp.fr>

2-Circulaire n°645 du 29 décembre 2000, relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé, ministère de l'emploi et de la solidarité, in : www.nosobase.chu-lyon.fr

3 - C.E, du 23 mars 2018, n° 402237, a redéfini l'infection nosocomiale comme étant une « infection survenant au cours ou au décours de la prise en charge d'un patient et qui n'était ni présente, ni en incubation au début de celle-ci, sauf s'il est établi qu'elle a une autre origine que la prise en charge ». In : www.legifrance.gouv.fr

ويميز في إطار عدوى المستشفيات بين نوعين رئيسيين هما:

_ العدوى الخارجية: الناتجة عن انتقال العدوى من مريض إلى آخر أو من الأدوات المستخدمة من طرف الطاقم الطبي الملوثة بالميكروبات أو غير المعقمة بالشكل الصحيح أو من البيئة المحيطة بالمريض داخل المستشفى.

_ العدوى الداخلية: أي المنبثقة من داخل جسم المريض.

وكما يتسع مفهوم "عدوى المستشفيات" ليشمل:

_ العدوى الناتجة عن إصابة المريض بجراثيم أو بكتيريا.

كما يشمل العدوى الناتجة عن الإصابة بفيروسات خطيرة، مثل فيروس السيدا أو التهاب الكبد "l'hépatite C"⁽¹⁾.

توصف العدوى بأنها عدوى المستشفيات، لما تظهر بعد مرور 48 إلى 72 ساعة من الدخول إلى المستشفى، فالمدة قد تمتد إلى 30 يوم لما يتعلق الأمر بعدوى الجرح الجراحي وقد تمتد المدة إلى أكثر من ذلك إذا كان هناك جسم أجنبي كتركيبات صناعية⁽²⁾.

مددت محكمة استئناف Aix-en-Provence مدة اعتبار العدوى أنها عدوى المستشفى إلى بعد 10 أشهر من الدخول إلى المستشفى، وذلك في حالة مريض أُصيب بفيروس التهاب الكبد "l'hépatite C"⁽³⁾.

وتُعد العدوى إحدى المشكلات الصحية الخطرة التي تُصيب المريض. وخطر الإصابة بهذه العدوى يتزايد مع تقدم السن، حيث أكثر من 70 من حالات الإصابة بالعدوى هم في الخمسينات، وأيضاً المرضى الموجودين في الإنعاش، ومرضى ذوي المناعة

1- المعاشي عائشة، مسؤولية المرافق الصحية عن الإصابة بعدوى المستشفيات، مرجع سابق، ص 2.

2- OLIVIER (Helene), **La responsabilité de l'hôpital en matière d'infection nosocomiale**, Mémoire de l'école nationale de la santé publique, Rennes, Paris, 11 et 12 décembre 2001, p 01.

3 - VIALLA (François), **Responsabilité du fait des infections nosocomiales, Bilan et perspectives après la loi du 4 mars 2002**, Revue Médicale de l'Assurance Maladie, v. 34, n° 1, France, janvier-mars 2003, p 42.

المحدودة، فهذه العدوى حاليا تعتبر من المواضيع التي تشغل فكر المجتمع لأثرها السلبي على المريض، حيث قالت الدكتورة Anne-Marie DUGUET أن عدوى المستشفيات: «تؤسس حقيقة مشكلة الصحة العامة لسبب انتشارها وكلفتها»⁽¹⁾.

إن انتشار "عدوى المستشفيات" في تزايد مستمر في كل دول العالم؛ هذا ما أكدته تقرير منظمة الصحة العالمية خلال سنة 2008، الذي أفاد بأن عدد المرضى المصابين بهذا النوع من العدوى يقدر بحوالي 1.40 مليون مصاب، وتعتبر أكثر شيوعا حسب الإحصائيات التي حددتها المنظمة العالمية للصحة، في مناطق شرق البحر الأبيض المتوسط وجنوب شرق آسيا ب معدل ب 10 إلى 11.8 بالمائة، في أوروبا ب من 7 بالمائة، وفي غرب المحيط الهادي ب 9 بالمائة⁽²⁾.

في فرنسا، نظم المشرع هذه العدوى بوضع نصوص تهدف إلى الوقاية وإلى تعويض الضحايا عن الأضرار الناتجة عنها. حيث في سنة 1992 صدر قرار بخصوص تنظيم لمكافحة عدوى المستشفيات، التي يعد أول خطوة رسمية لمكافحة عدوى المستشفيات المعدل بقرار 23 سبتمبر سنة 2004 يتعلق بتكوين لجان لمكافحة انتقال عدوى المستشفيات والعدوى المتصلة بالرعاية⁽³⁾. وصدر قانون 2002_303 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي السالف الذكر.

وتعتبر هذه العدوى حاليا من المواضيع الهامة في الجزائر، حيث تؤسس حقيقة مشكلة الصحة العامة لسبب انتشارها وتعرض حياة المرضى للخطر وكذلك زيادة التكلفة الصحية. فقد بدأت الجزائر تشعر بالخطورة التي تشكلها "عدوى المستشفيات"، حيث أكد الدكتور

1 -OLIVIER Helene, **La responsabilité de l'hôpital en matière d'infection nosocomiale**, op.cit, p 02.

2- Organisation Mondiale de la Santé, Préventions des infections nosocomiales, Guide pratique, OMS, 2ème Edition, Genève 2008, p1. In :

<file:///C:/Users/BOS/Desktop/oms%20infection%20nosocomiales.pdf>

3 Arrêté du 23 septembre 2004 portant création d'un comité technique des infections nosocomiales et des infections liées aux soins et modifiant l'arrêté du 3 août 1992 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales, JORF n°242 du 16 octobre 2004, In : www.legifrance.gouv.fr

"امحمد بقاط بركاني"، رئيس مجلس أخلاقيات مهنة الطب، أن 30 بالمائة من المرضى بالمستشفيات تعرضوا لعدوى المستشفيات، في الوقت الذي لا تتعدى فيه النسبة بالدول الأوروبية 10 بالمائة⁽¹⁾.

وأمام هذه الظاهرة الخطيرة التي تطرح مشاكل كبيرة في الجزائر، إلا أن المشرع الجزائري لم يهتم بتنظيم مثل هذا المشكل كنظيره المشرع الفرنسي، بالنص على أخذ التدابير والاحتياطات اللازمة والفورية من أجل القضاء أو الحد من الظاهرة التي أصبحت تهدد مستشفيات الدولة الجزائرية، كما أنه لم ينص صراحة على وضع نظام تعويضي خاص بضحايا عدوى المستشفيات. إذ وجدنا فقط مرسوما تنفيذيا رقم 13-194 متعلق بالتعويض الشهري عن خطر العدوى المصابة بالمستشفيات إلا أنه لا يتعلق بتعويض المرضى عن هذا الخطر، بل اكتفى بالاهتمام بفئة المستخدمين في المؤسسات الصحية العامة فقط، إذ نص في المادة الأولى منه على "التعويض الشهري من خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، الذين يمارسون نشاطات تشكل خطر عدوى وكذا الذين يمارسون نشاطات مكثفة وذات خطر عال"⁽²⁾.

وأمام انتشار هذه العدوى التي تشكل تخوفا حقيقيا على الصحة العامة، تم القضاء الفرنسي الاعتراف بوجود الالتزام بضمان السلامة في حالة عدوى المستشفى المصابة في مستشفى عام (الفرع الأول)، ولتقوية ومضاعفة حماية المرضى من انتقال هذه العدوى نادى إلى فرض هذا الالتزام أيضا على عائق الأطباء والمستشفيات الخاصة (الفرع الثاني).

1- علي بن محمد، مستشفيات الجزائر أوسخ من الشوارع، مقال منشور في قناة الجزائر، في 22 سبتمبر 2013،

الموقع الإلكتروني: <http://www.algeriachannel.net>

2 المرسوم التنفيذي رقم 13-194 مؤرخ في 30 ماي 2013، يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، ج.ر.ع 27، الصادر في 22 مايو 2013.

الفرع الأول

الاعتراف بالالتزام بضمان السلامة في حالة عدوى المستشفى المصابة

في مستشفى عام

اعترف القضاء بوجود وسيلة قانونية يمكن من خلالها إقامة مسؤولية المستشفيات العامة في حالة عدوى المستشفيات، تتمثل هذه الوسيلة في ظهور مبدأ الالتزام بالسلامة بشأن عدوى المستشفيات.

اعترف القضاء بوجود وسيلة قانونية يمكن من خلالها إقامة مسؤولية المستشفيات العامة في حالة عدوى المستشفيات، تتمثل هذه الوسيلة في ظهور مبدأ الالتزام بالسلامة بشأن عدوى المستشفيات.

أول قرار أدان مستشفى لسبب عدوى المستشفيات هو قرار "سافولي" (Saveilli) الصادر من مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 18 نوفمبر 1960، في قضية تتلخص أحداثها في " أنَ طفل دخل المستشفى لإصابته بمرض "بوحمرن" (la rougeole)، ولعدم توفر سرير في القسم المخصص للأطفال، تم وضعه في غرفة مخصصة للكبار، أين يوجد مريض أُشْتَبِه بإصابته بمرض "الجدري" (la variole) والذي توفي في اليوم الموالي بهذا المرض وبعد مرور 8 أيام عن مكوث هذا الطفل "سافولي" في غرفة هذه المستشفى، حيث أنه لم يكن في ذلك الوقت إلا بعض حالات الإصابة بمرض الجدري، والتي تم عزلهم. ظهرت أعراض هذا المرض لدى الطفل وتوفي إثرها. وحسب مجلس الدولة، ظهور مرض الجدري ووفاة الطفل راجع إلى مكوثه في المستشفى، وأيضاً الظروف التي مكث فيها الطفل في المستشفى تُعتبر في تسيير الخدمات الصحية العمومية خطأ من طبيعته إثارة مسؤولية

المؤسسة الاستشفائية العامة⁽¹⁾، حيث يفترض خطأ المستشفى في حالة انتقال العدوى إخلالا بضمان سلامة المرضى، لكن مجلس الدولة بعد هذه القضية قيد حالات افتراض خطأ المستشفى وذلك بطلب المرضى المعدين بعدوى المستشفيات بإثبات خطأ المستشفى في تسيير الخدمة، والذي يعتبر شيء صعب⁽²⁾، حيث لم يعترف بوجود خطأ مفترض على عائق المستشفيات سواء العامة أو الخاصة على أساس الإخلال بالالتزام بضمان السلامة إلا بعد 1988 في قراراتين "بازين" Bazin و"كوهين" Cohen، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي قام بالتحول القضائي واعترف نهائيا بوجود الخطأ المفترض على أساس الالتزام بالسلامة في مجال عدوى المستشفيات.

في القضية الأولى دخلت السيدة "بازين" Bazin مستشفى "كالمر" Clamart في 19 جويلية 1979 لكي تلد، وفي نفس اليوم ولدت طفلا، وجرت الولادة بدون أي عائق وفي ليلة 21 جويلية أكتشف لدى المولود الذي حُول إلى قسم طب الأطفال، أنه أصيب بعدوى بسبب الأدوية المضادة التي أخذتهم الأم أثناء الولادة لمساعدتها على الولادة ولإنقاذ الطفل كذلك. إلا أن الأم تُوفيت صباح يوم 22 جويلية.

و تتمثل وقائع القضية الثانية، في أن السيد "كوهين" Cohen دخل مستشفى (La Pitie salpêtrière) في فرنسا بتاريخ أوت 1976، لعلاج ألام في ركبته ورجله اليسرى، وهذا العلاج لم يأتِ بنتيجة. فتعرض لإجراء أشعة (Sccoradiculographie) وتبين أنه مصاب بـ (Hernie discale) وعلى هذا قام بإجراء عملية جراحية التي تمت بطريقة صحيحة، لكن بعد

1- GROMB (S.), PARNEIX (P.), GACHIE (J-P), LABADIE (J-C) , **La Responsabilité médicale : les nouvelles obligations en matière d'information sur les risques infectieux**, revue générale, médecine et maladie infectieuse, N°34, Éd. ELSEVIER, Paris 2004, pp 123-124.

2- OLIVIER (Hélène), **La responsabilité de l'hôpital en matière d'infection nosocomiale**, Op.cit, p 09.

مرور يومين، تدهورت حالة السيد Cohen ، وظهرت أعراض عدوى خطيرة، أدى إلى عجزه بنسبة 80%(1).

على إثر هذه النتائج الوخيمة في كلتا القضيتين، قام السيد (Bazin) زوج المتوفية، والسيد(Cohen)، بمطالبة المستشفى العام بتحمل المسؤولية، لكن محكمة باريس الفرنسية رفضت طلبيهما وذلك لعدم وجود خطأ يُبرر مساءلة المستشفى، وقاما بالطعن في هذه الأحكام وقررت مجلس الدولة في 9 ديسمبر 1988، أن الوقائع التي حدثت تؤسس على أساس خطأ في التنظيم أو في تسيير الخدمة العامة للمستشفى وهو تقديم مواد مُعقمة حيث مجلس الدولة طبق في محال العدوى نظرية الخطأ المفترض، وهو خطأ في التنظيم وتسيير الخدمة العامة (2). وعلى نفس النهج سار عليه مجلس قضاء الإداري لـ "نانت"(Nantes) في قرار (Partel d'Auray)، حيث أن الوسيلة الوحيدة لنفي مسؤولية المستشفى هو إثبات خطأ المريض، حيث في مجال عدوى المستشفيات يجب إثبات أن المريض كان مصاباً بالعدوى قبل دخوله المستشفى. إذ في الحقيقة حسب الأستاذ (Bernard Stim) الالتزام بالسلامة هو الذي وقع على المستشفى، حيث من الممكن المطالبة بتعقيم الأجهزة تعقيماً جيداً، حتى ولو لم تتحقق تقنياً ففي كل الأحوال لا يجب أن يُصاب المريض بجراثيم لم يحملها معه أثناء دخوله المستشفى (3).

وافترض الخطأ في مجال عدوى المستشفيات هو تطبيقاً لمبدأ الالتزام بضمان السلامة، الذي هو ليس ضمان شفاء المريض وإنما ضمان عدم تعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزه وألا يُنقل إليه مرضٌ آخر عن طريق جراثيم من جراء المكان أو الأدوات التي يستعملها.

1-DECHEZLEPRETRE (Ghislain), **Les infections nosocomiales : Responsabilité et assurance**, diplôme d'études supérieures spécialisées en droit des assurances, Université Panthéon Assas, Paris 2, 2000, p51.

2- Ibid, p 52.

3- OLIVIER Hélène, **La responsabilité de l'hôpital en matière d'infection nosocomiales**, Op.cit, p 12.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي في قرار حديث له الصادر في 10 أكتوبر 2011 على افتراض خطأ المؤسسات الصحية العامة في حالة العدوى، وذلك على أساس الالتزام بضمان السلامة⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، وجدنا قرار لمجلس الدولة الجزائري الصادر في 11 مارس 2003، أين أدين مستشفى بجاية لسبب حدوث عدوى، لإخلاله بواجبه في أخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على سلامة المريض الموجود تحت مسؤوليته.

كان ذلك في قضية (م.خ) ضد مستشفى بجاية، حيث وعلى إثر سقوط المستأنف (م.خ) أصيب بكسور على مستوى عظم الفخذ وأجريت له عملية جراحية بمستشفى بجاية بتاريخ 31 أكتوبر 1995.

حيث وبعد يومين من العملية التي تطلبت وضع صحيفة ملوابة، تعرض المصاب لإصابة ميكروبية، وهذا لسبب إصابة هذه الصحيفة الملوابة المستخدمة بإنتان (تعفن) مقاوم للعلاج الطبي الذي عولج به وتم نزع الصحيفة الشهر الموالي.

حيث أنه بعد نزع الصحيفة، تبين أن عظم الفخذ قد أصيب بعدوى أدى إلى خضوع المصاب لعمليات زرع عظام في عدة مراكز استشفائية.

حيث يتضح جليا، أن هذه العمليات الجراحية المتعددة التي أجريت على المصاب، ما هي سوى نتيجة للعملية الجراحية الأولى التي أجريت له بمستشفى بجاية يوم 31 أكتوبر 1995، وأن الصحيفة الملوابة المصابة بإنتان أدت إلى تعفن عظم الفخذ. وأن علاقة السببية بين العمل الجراحي الأول، ونتائج هذا العمل موضوع هذه الدعوى بالتعويض ثابتة.

حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن تتبع أية عملية جراحية بفحص دقيق ومراقبة الأدوات وفحصها قبل استعمالها وأثناء العملية، حيث قرر المجلس بأن "عدم مراقبة الأدوات

1- C.E 10 octobre 2011, N°328500, in : www.legifrance.gouv.fr

والأجهزة المستخدمة من طرف أعوان المستشفى الذي أدى إلى إصابة المريض بعدوى في عظم فحده ، يعتبر إخلالاً من المستشفى بواجبها في أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على سلامة المريض الموجود تحت مسؤوليته" (1).

وسريعا ما تبنى القضاء العادي كذلك فكرة افتراض الخطأ في مجال عدوى المستشفيات على أساس ضمان سلامة المرضى، حيث شهد تحول هام خلال السنوات الأخيرة إذ شدد هذا الالتزام في نظام المسؤولية عن فعل العدوى التي يصاب بها المريض داخل المؤسسات الصحية الخاصة

الفرع الثاني

فرض الالتزام بالسلامة على عاتق الأطباء والمستشفيات الخاصة في حالة عدوى المستشفيات

أخذ القضاء العادي في مرحلة أولى بقرينة الخطأ في هذا الصدد، إلا أنه وافق في ذات الوقت على استبعاد هذه القرينة إذا ما قام الدليل على عدم وجود أي خطأ في أعمال التعقيم، فقد قررت محكمة النقض في أحد أحكامها الصادرة في 21 ماي 1996 إذ المؤسسة الصحية التي وقعت فيها العدوى قد امتثلت بصورة تامة للضوابط الصحية السارية، وأنه لم يحدث أي خطأ يستتبع بطبيعته مسؤوليتها (2).

انتقل القضاء العادي في مرحلة ثانية في موضوع العدوى من قرينة الخطأ إلى الالتزام بتحقيق نتيجة، حيث ابتكر القضاء العادي وسيلة قانونية يمكن من خلالها افتراض

1- C.E, arrêt du 11 mars 2003. M .K...c / Hôpital de Bejaia, : « ... Attendu que les règles de la profession médicale imposent le contrôle minutieux du matériel utilisé dans l'acte chirurgical. Attendu que le défendant a failli à son obligation de prendre toutes les dispositions nécessaires à la préservation de la sécurité du patient mis sous sa responsabilité... ». voir KHADIR Abdelkader, Recueil d'arrêts en responsabilité médicale, Ed. Houma ; tome 1, Alger, 2014, p77.

2- GROMB (S.), PARNEIX (P.), GACHIE (J-P), LABADIE (J-C) , **La Responsabilité médicale : les nouvelles obligations en matière d'information sur les risques infectieux**, Op.cit, p 124.

المسؤولية الطبية وفقا لقواعد القانون الخاص، تتمثل هذه الوسيلة في ظهور الالتزام بالسلامة في مجال عدوى المستشفيات.

وعلى الرغم من أنّ محكمة النقض الفرنسية قد وضعت على عاتق مرافق الصحة افتراض الخطأ في مجال عدوى المستشفيات التي قد يتعرض لها المريض داخل قاعة الجراحة والتي سبق بيانها، إلاّ أنّها عملت على تقوية ومضاعفة حماية المرضى من انتقال العدوى من خلال التشديد في الالتزام بالسلامة الذي هو بتحقيق نتيجة المفروضة على عاتق المرفق الصحي والأطباء والذي لا يمكنهم التخلص منه إلاّ بإثباتهم السبب الأجنبي⁽¹⁾.

اعتبرت محكمة النقض من خلال إصدارها ثلاث قرارات (Staphylocoques dorés) الصادرة في 29 جوان 1999، الذي قرر بأنّه «يقع على المؤسسة الصحية الخاصة والطبيب في مجال عدوى المستشفيات التزام بضمان السلامة الذي هو تحقيق نتيجة، التزم تبعا للالتزام ببذل عناية، والذي لا يمكن التخلص منه إلاّ بإثبات السبب الأجنبي⁽²⁾.

أحداث هذه القضية أن هناك سيّدًا يدعى Mechain يعاني من ألآم في ركبتيه، وحالته تسوء يوم بعد يوم إلى حد عدم قدرته على العمل ، في أبريل 1987، لجأ إلى مستشفى خاص (Ambrois paré) واستشار طبيباً، شخّص مرضه وأجرى له عملية جراحية في ركبته اليمنى في 11 جانفي 1988 قام وفي نفس المستشفى الخاص بإجراء عملية جراحية ترقيعية بوضع تركيبة صناعية في ركبته اليسرى، بعد مرور 8 أيام من إجراء العملية لاحظ أن هناك التهاباً حاداً في موضع الجراحة، فثبت أن سبب الالتهاب راجع إلى عدوى جرثومية

1- عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص329.

2- VIALLA (François), Les grandes décisions du droit médical, Ed.Alpha, L.G.D.J, Paris, 2010, p607.

أصيب بها أثناء وضع التركيبة الصناعية ما أدى إلى عجز السيد (Méchain) بالعجز الدائم الجزئي بنسبة 22، ومُنِع نهائياً من مواصلة نشاطه المهني، نُسب هذا الضرر إلى خطأ المستشفى الخاص وإلى خطأ الطبيب، السيد (Méchain) رفع دعوى قضائية ضدهم، تم تعيين خبير في هذا الشأن لتحديد ما إذا وجدت العدوى، والخبير قرر أن لا يوجد أي جرثوم في قاعة العمليات والأجهزة التي تم استعمالها وبالتالي صدرت محكمة (Nanterre) في 16 سبتمبر 1994 حكماً بأن «لا الطبيب ولا المستشفى الخاص قد ارتكبا خطأ بسببه يؤدي إلى حدوث عدوى المستشفيات»، ثم بعد الطعن، قرر مجلس قضاء Versailles بنفس ما حكمت به محكمة (Nanterre)، ولكن بما أن الضحية أعدي بالعدوى في غرفة العمليات، هذا دليل على أن هذه الأخيرة غير مُعقمة جيداً، على هذا تم نقض القرار وأصدرت محكمة النقض الفرنسية قرار في 29 جوان 1999 التي قررت على الأساس التالي: "العقد الاستشفائي والعلاجي الذي تم بين المريض والمؤسسة الصحية، يفرض على عاتق هذه الأخيرة في مجال عدوى المستشفيات، الالتزام بالسلامة بالنتيجة التي لا يمكن أن يتحرر منها إلا بإثبات السبب الأجنبي"⁽¹⁾.

هذا التشديد في مسؤولية المؤسسات العلاجية بالالتزام بالسلامة بالنتيجة في مجال عدوى المستشفيات، لإعفاء الضحية من ضرورة إثبات خطأ المستشفى، حيث بمجرد وجود عدوى المستشفيات أثناء تواجده في المستشفى أو أثناء خروجه يكفي لقيام مسؤولية المستشفى، فبمجرد إثبات وجود هذه العدوى بالطبيعة تقوم مسؤولية المستشفى، فما عليها لنفي مسؤوليتها إلا بإثبات أن هذه العدوى حدثت نتيجة سبب أجنبي. وإذا تمكن المستشفى من إثبات أن الضحية قد أُصيب بالعدوى قبل دخوله المستشفى، وأن هذه العدوى كانت موجودة من قبل. وبالإضافة أن محكمة النقض صاغت أساس الالتزام بضمان السلامة

1-DECHEZLEPRETRE (Ghislain), Les infections nosocomiales : Responsabilité et assurance, Op.cit, pp79-80.

بالنتيجة بألفاظ خصبة، حيث أن هذا الالتزام في مجال عدوى المستشفيات لا يقتصر في قاعة العمليات فقط، وإنما أي عدوى أصيب بها المريض في أي مكان في المستشفى تقوم المسؤولية على أساس الالتزام بالسلامة بالنتيجة⁽¹⁾. فلا يهم متى وأين أصيب المريض بالعدوى، المهم أنه أصيب بها أثناء تواجده في المؤسسة العلاجية، وكما أن القرار السابق الذكر 29 جوان 1999 أنشأت على الطبيب الحر في عيادته الخاصة التزامًا بالسلامة بالنتيجة في مجال عدوى المستشفيات، حيث جاء في قرار لها أن: «**الطبيب يقع عليه اتجاه مريضه في مجال عدوى المستشفيات، التزام بالسلامة بالنتيجة التي لا يمكن أن يتحرر من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي**»⁽²⁾.

وهذا ما أكدته المشرع الفرنسي في قانون 4 مارس 2002 في المادة L1-1142 المعدلة بقانون 2009- 526 التي تنص على «...**المؤسسات الصحية مسؤولة عن الأضرار الناتجة عن العدوى التي تقع داخلها إلا في حالة إثبات السبب الأجنبي**»⁽³⁾، هذا يثير حتما استياء الأسرة الطبية، حيث أسس القضاء ما يسمى "مسؤولية التعويض" (responsabilité-indemnisation)، وهو ما يعتبر تشديدا على مسؤولية مهنيي الصحة⁽⁴⁾.

1- DECHEZLEPRETRE (Ghislain), **Les infections nosocomiales : Responsabilité et assurance**, Op.cit, p 80.

2-Ibid, p82.

3 Art. L1142-1 de la loi 2002-303 du 4 mars 2002 précitée, modifiée par loi n° 2009- 526 du 12 mai 2009- art 112, stipule : « ...les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultants d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère... »

4- VIALLA (François), **Les grandes décisions du droit médical**, op.cit, p 608.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

قد تُصيب المريض أضرارٌ بعيدة عن التدخل الطبي في حد ذاته إذ لا علاقة لها مع علته الأصلية، يُعد مَساسًا وإخلالًا بالالتزام بالسلامة. فالضرر الناجم عن العمل الطبي ليس بالنتيجة إخلالًا بالالتزام الرئيسي بالعلاج، بل هو نتيجة مباشرة لإخلال الطبيب بالتزامه بالسلامة، الذي يستدعي الحفاظ على صحة وسلامة المريض ولا يزيد من خطورة المرض والضرر الذي يقع لأبد من جبره، ولابد من حصول المضرور على التعويض الذي يستحقه، وإذا كان هذا التعويض لا يصل إلى مرتبة إعادة الحال إلى ما كان عليه، إلا أنه يخفف الشيء الكثير مما قد يتعرض له المضرور فيما لو ترك بدونه. ولذلك عمد المشرعون إلى وضع قوانين تتضمن قواعد المسؤولية التي تُحدد طرقًا قانونية يستطيع أن يسلكها المضرور بهدف الحصول على حقه، فالهدف الأساسي من هذه المسؤولية هو حمايته وجبر ما أصابه من أضرار.

عرفت المسؤولية الطبية تطورًا ملحوظًا سواء من حيث طبيعتها أو من حيث أساس قيامها، في بداية الأمر ذات طابع تقصيري أساسها القانوني المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بموجب الأمر رقم 131-2016 في المادتين 1240 و1241⁽¹⁾ المقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، ثم أصبحت بعد صدور قرار "مرسي" (Mercier) سنة 1936 مسؤولية عقدية⁽³⁾.

1-Voir :art. 1240 et 1241 du C.C.F modifié par ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, précitée.

2-راجع المادة 124 ق.م.ج.

3-C.cass, civ., 20 mai 1936, Mercier , « ...Mais attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science : que la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature... ».

Décision citée par : Hocquet-Berg (Sophie), RGD, Doctrine, l'université de la Sarre, Allemagne, 11/11/2017. in : <http://www.revuegeneraledudroit.eu>.

غير أنّ مسألة ازدواجية المسؤولية لم تبق محل اعتبار، بعد إصدار قانون رقم 303-2002، وأصبح اجتهاد القضاة الفرنسي يؤسس المسؤولية المدنية عند إخلال الطبيب بالتزامه بسلامة مريضه على أساس أحكام المادة 1382 -المادة 1240 بعد التعديل- من القانون المدني الفرنسي بحجة أن هذا الالتزام يقوم على مبدأ حفظ كرامة الإنسان، وهو مبدأ دستوري- كما سبق وإن درسناه في الباب الأول من هذا البحث- يتعدى دائرة العقد الذي يربط بين الطبيب والمريض، ويظهر أنّ المشرع الجزائري هو أيضا أصبح لا يعتد بالتمييز التقليدي بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وذلك بعد تكريسه مسؤولية المنتج بموجب المادة 140 مكرر من القانون المدني بعد التعديل بموجب قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، التي تنص على ما يلي: «**يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة عقدية**».

ومن حيث أساس قيام هذه المسؤولية، فطبقا للقواعد العامة التقليدية للمسؤولية المدنية، فالخطأ ركن أساسي لقيام المسؤولية المدنية حيث اتخذت قاعدة «**لا مسؤولية بدون خطأ**»⁽¹⁾.

غير أنّ هذا أيضا قد تعرض لتطور ملحوظ، حيث لم يصبح الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التقليدية نفسه نظرا للعوامل الاقتصادية والتطور التكنولوجي الهائل الذي تميز به عصرنا الحالي الذي يمس بصفة أكثر سلامة الأشخاص. ضف إلى ذلك العوامل القانونية التي تجسدت في قصور النصوص القانونية عن تغطية ما استجد من حوادث لم تكن

1-قوادي مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2009-2010، ص24.

معروفة من قبل، وأصبح من غير المعقول أن تقوم أساس هذه المسؤولية على نفس الأساس الذي كانت تقوم عليه قبل هذا التطور⁽¹⁾.

على هذا ساهم القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية التقليدية الطبية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة (المبحث الأول) وما شجع تعديل قواعد هذه المسؤولية، ظهور آليات قانونية لتغطية وتعويض آثار هذه الأضرار ولتوزيع عبء الأضرار الناتجة عن الإخلال بهذا الالتزام (المبحث الثاني).

1- في هذا الشأن ترى الأستاذة الدكتورة "سي يوسف زاهية حورية" أن طبيعة المسؤولية التي تضمنتها المادة 140 كرر من التقنين المدني الجزائري، هي مسؤولية من نوع خاص أي مسؤولية قائمة بقوة القانون. ففي نظرها ليست قانونية. إذ القول ذلك لا يميزها عن نوعي المسؤولية المدنية، تقصيرية وعقدية، فهذا يجعلها قائمة على الضرر أي مسؤولية يفترض فيها الخطأ، مما يتعارض مع قصد المشرع. انظر، سي يوسف زاهية حورية، تعليق على نص المادة 140 مكرر تقنين مدني جزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع. 2، 2010، ص64.

المبحث الأول

مساهمة القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية الطبية

تغير مسار المسؤولية المدنية ليتسم بالموضوعية، وذلك بسبب التحول الجذري للمجتمع على امتداد القرن التاسع عشر (19). فالتطور الصناعي وارتباط النشاطات الإنسانية بالآلات، أدى إلى تعدد الإصابات وخطورة الأضرار.

وتضاعفت الظاهرة في القرن العشرين (20) مع التقدم العلمي والتكنولوجي حيث انتشار الآلة، بحيث أصبح الإنسان بشكل محدد ضحية أخطائها. فأخطار التقدم هذه خلقت نوعا جديدا من الأضرار يجب وضعها في الحسبان، خاصة أنها تصيب الإنسان وتمس سلامته مباشرة. مما تطلب سن قوانين، لتواجه هذه الأخطار (1).

وبتزايد النشاطات الخطيرة دفعت بالإنسان إلى رفض هذا الوضع والمطالبة بالتعويض عن كل الأضرار، وقد أدى تقييم الشخصية الإنسانية بالمواطنين إلى المطالبة أكثر فأكثر من الدولة الحامية. وإن الحماية والمساعدة التي يكفلها المجتمع، زادت لدى الفرد الحاجة في الأمان، وحته إلى أن يطالب بأن يكون التعويض عن الأضرار حقا مكتسبا، فأصبحت الرحمة الاجتماعية تنمو بشكل خاص لمصلحة المتسببين في أحداث الخطأ، لتنتقل بشكل مفاجئ لمصلحة الضحايا، فإن الاقتصار على الخطأ باعتباره أساسا وحيدا تقوم عليه المسؤولية المدنية يُمثل غطاء ضيقا، لا يستجيب تماما للوظيفة التعويضية للمؤسسة، وبالتالي أضحى الخطأ بالتالي يستبعد الأساس الروحي والفردية الذي منحه القانون المدني، ومن ثم أصبح لا يتلاءم مع هذه الغاية. حيث المسؤولية لا ينبغي أن تُناط بالخطأ فحسب وبناء على ذلك، أصبحت قواعد المسؤولية المدنية التقليدية لا تتناسب ولا تتماشى مع هذا

1- قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 24.

التطور⁽¹⁾، فعليه بادر القضاء الفرنسي إلى تعديل الأساس التقليدي لقيام المسؤولية المدنية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة (المطلب الأول) وإسباغ نوع من الخصوصية لركني الضرر والعلاقة السببية في حالة الإخلال بهذا الالتزام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعديل أساس المسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

كانت في الحقيقة فكرة الخطأ من أدق الأفكار في القوانين المدنية، وذلك لاتصالها عن قرب بفكرة الأخلاق، فقيام المسؤولية باقترانها بالقاعدة الأخلاقية، يفترض اعتداء على النظام الأخلاقي المتمثل في الإخلال بواجب الفرد، لذلك فانه لا يلتزم بالتعويض إلا بناء على عمل غير مشروع صدر منه، ومن المسلم به في نظر الفقه التقليدي هو أن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا على خطأ، وقد انعكس هذا الربط بين القاعدة الأخلاقية والمسؤولية المدنية على ركن الخطأ ذاته كأساس لقيام الالتزام بالتعويض، فمحدث الضرر لا يلتزم بالتعويض إلا بإثبات انحراف سلوكه انحرافا يمثل اعتداء على الأخلاق، فالخطأ دائما فعل ملوم من الناحية الأخلاقية. فإذا كان الضرر متعمدا، فإنّه لا يثير أي صعوبة في التعرف على الأساس الأخلاقي لإلزام مرتكبه بالتعويض، إذ نية الإضرار هي في ذاتها ذنب أخلاقي. ولقد نتج عن هذه النظرة الأخلاقية لركن الخطأ أن المسؤولية كانت تؤخذ من وجهة نظر المسؤول وحده.

ولكن التطور الهائل الذي شهده المجال الطبي أظهر قصورها، فقد تزايدت الأضرار وعلى الخصوص تلك الماسة بالسلامة الجسدية والتي يعجز المضرور عن إثبات خطأ الطبيب وكان من شأن ذلك حرمان الكثير من المضرورين من التعويض.

1- قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 25.

لذلك فقد بدأت النظرة تتحول شيئاً فشيئاً من المسؤول إلى المضرور، وذلك بتسهيل قيام حق هذا الأخير في التعويض بدليل أن هدف المسؤولية المدنية هو جبر الضرر قبل أن يكون جزاء للخطأ⁽¹⁾.

من أجل ضمان حق المضرور في التعويض بأبسط الطرق، ظهرت ضرورة البحث عن أسس جديد تتماشى والتطورات التي حدثت خاصة في المجال الطبي. وذلك بمحاولة إيجاد أسس جديدة تقوم عليه المسؤولية خاصة في حال الإخلال بالالتزام بضمان السلامة ومن بين هذه الأسس، انطلاقاً من أساس الخطأ المفترض (الفرع الأول)، ثم ظهر بعد ذلك أساس فكرة الضمان (الفرع الثاني)، ليصل إلى تأكيد الاتجاه نحو موضوعية المسؤولية (الفرع الثالث)

الفرع الأول

الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

كانت مهنة الطب ولفترة طويلة محمية إلى حد كبير، ففي فرنسا مثلاً، استغرق الأمر حتى الثلث الثاني من القرن العشرين ليصبح القضاة أكثر تشدداً وتطلباً بشأن فعالية العلاج ونشاط الأطباء، فتوسع مفهوم الخطأ الطبي⁽²⁾ حيث أصبح في بعض الحالات خطأ مفترضا وقد يصل الحال إلى عدم اشتراطه لقيام مسؤولية الطبيب⁽³⁾.

1- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص 159.

2- ينبغي الإشارة هنا أن "الخطأ الطبي" و"خطأ الطبيب"، عبارتين يستعملهما الفقه لعبارة على نفس المعنى، غير أن عبارة "خطأ الطبيب" أشمل وأدق من عبارة "الخطأ الطبي". حيث خطأ الطبيب يستعمل لتركيز الاهتمام على مرتكب الخطأ شخصياً، وهو يفيد التصاق الخطأ بشخص بذاته وصفته أثناء ممارسته لمهنته. انظر: رايس محمد، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، ع. 2، الجزائر، 2008، الهامش رقم 1 ص 65.

3 - SAISON (Johanne), *Le risque médical, évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier*, Ed. L'Harmattan, Paris, 1999, p 05.

إن مواجهة الواقع والاعتراف بوجود بعض الالتزامات المحددة بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب وبالخصوص الاعتراف بوجود الالتزام بالسلامة، لم يكن السبيل الوحيد أمام القضاء لتخفيف عبء الإثبات على المريض، وإنما بابتكار طرق أخرى من أجل تحقيق ذلك، وكان ذلك عن طريق ما يسمى بفكرة الخطأ المفترض.

كان همه أنه متى كان التزام الطبيب مجرد بذل عناية، وجب أن يكون خطأ ثابتاً ومؤكداً ولا يتسنى ذلك إلا بإثبات خطأ الطبيب وعلاقة سببية بين خطئه وما أصاب المريض من ضرر حيث لا يكفي الادعاء بقيام السببية بين مجرد العمل الطبي ووقوع الضرر كي يفترض الخطأ. وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية حكماً صادراً من إحدى محاكم الاستئناف، لأن هذه الأخيرة قررت أن العلاج بالأشعة يتضمن بذاته خطأ الطبيب، متى وقع للمريض ضررٌ على إثر هذا العلاج، حيث لم تتحقق محكمة الاستئناف من وجود خطأ متميز ثابت في جانب الطبيب ومتمثلاً في إنكاره لبعض واجباته⁽¹⁾.

بيد أن القضاء الفرنسي أخذ بفكرة الخطأ المفترض، ومقتضى هذه الفكرة، افتراض خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، وذلك خلافاً للقواعد العامة في المسؤولية المدنية التي تتطلب من المدعى إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه.

فالفقه والقضاء الفرنسيان تركا شيئاً فشيئاً فكرة الخطأ واجب الإثبات في مجال المسؤولية الطبية في كثير من القضايا، وأسّس المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، إذ طبقت فكرة الخطأ المفترض عن المسؤولية عن فعل الغير وعن الأشياء التي تكون في حراسة الشخص. والخطأ المفترض ليس في الواقع إلا فكرة افتراضية أو تقديرية لا وجود لها في الحقيقة، بل هي

1- محسن عبد الله إبراهيم البينة ، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1993، ص241.

مجرد حيلة اهتدى إليها القضاء لإعفاء المضرور من إثبات الخطأ⁽¹⁾، حيث صدر لأول مرة حكم بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 أكتوبر 1885 بشأن المسؤولية عن فعل حيوان، أين قررت فيه أن هذه المسؤولية تقوم على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا يُدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي، نفس الشيء بالنسبة للمسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية، بعدما كانت تخضع لضرورة إثبات الخطأ، صدر لأول مرة حكم من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 جوان 1896، أين قررت أن الخطأ فيها مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، ولا يُنفى إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽²⁾.

وتطبيقاً، فمحكمة النقض الفرنسية، أخذت بفكرة الخطأ المفترض في 21 ماي 1996 في مجال العدوى- كما سبق وأن بيناه سابقاً في الفصل الأول من هذا الباب-، حيث استخلصت خطأ المستشفى من مجرد انتقال العدوى أثناء إقامته بها، إذ جاء في قرارها «بأن مسؤولية العيادة مفترضة فيما يخص إصابة مريض بعد وأثناء إجرائه لعملية جراحية في قاعة العمليات، إلا إذا أثبتت العيادة غياب الخطأ من طرفه»⁽³⁾.

وكما قرر القضاء الخطأ المفترض من قبل الطبيب عن الأجهزة المستخدمة في العلاج لأنها أشياء تقع تحت حراسته، والخطأ المفترض فيه بمقتضى القانون في حال وجود أي ضرر يصيب المريض بسببها، وفي هذا اعترفت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الطبيب حتى ولو كان العيب الموجود بالآلة أو الجهاز راجعاً للتصنيع في حد ذاته ويصعب كشفه ولا يمكن نفيه إلا بإثبات السبب الأجنبي، ونفس الشيء أخذ به في حالة الأضرار الناجمة

1- قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع. 13، جامعة ورقلة، 1 جوان 2015، ص 344.

2- قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 147 و148.

3 «...mais attendu qu'une Clinique est présumée responsable d'une infection contractée par un patient lors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à moins de prouver l'absence de faute de sa part...» .C.CASS. 1er ch. Civ, du 21 mai 1996, n°94-16.586, cite in : www.legifrance.gouv.fr

جراء عملية نقل الدم،- كما سبق وأن درسناه في الفصل الأول من هذا الباب.- على هذا فالخطأ المفترض في مجال المسؤولية الطبية يظهر بجلاء في مجال الالتزام بالنتيجة وأحسن صورة له هي الالتزام بضمان السلامة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة أن القضاء الفرنسي حاول تعديل مصطلح الخطأ المفترض إلى مصطلح المسؤولية المفترضة، لكن هذا الأخير لم يسلم من الانتقاد، ف قيل إن المسؤولية نتيجة، والنتيجة لا تُفترض، وإنما تُفترض الوقائع التي تُستخلص منها النتيجة. على هذا اضطرت محكمة النقض إلى العدول عن هذا المصطلح، والإبقاء على مصطلح الخطأ المفترض⁽²⁾.

كما أن القضاء الإداري الفرنسي تطور وأخذ بفكرة الخطأ المفترض في مجال مسؤولية المرافق العامة الطبية، فالمبدأ أنه يقع على عاتق المضرور من المرافق العامة الطبية إقامة الدليل على الخطأ المرفقي، غير أن هناك حالات لا يمكن معها إقامة الدليل على أي خطأ بصورة إيجابية، وهي الحالات التي يظل معها مصدر الضرر افتراضياً بصورة خالصة حيث يكون هذا الضرر غير متوقع، ويستعصي على التفسير بالنظر إلى معطيات العلم وغير عادي بالنظر إلى النتيجة التي يمكن توقعها بشكل منطقي من الإقامة في المستشفى أو العلاج بها.

ففي مثل هذه الظروف وبالنظر إلى كون الضرر غير عادي ويصعب تفسيره، اتجه القضاء الإداري الفرنسي نحو الاحتجاج بمسؤولية المرافق الطبية العامة على أساس الخطأ المفترض، بمعنى آخر فقد وُجد تيارٌ يميل إلى إقرار قرينة الخطأ للمرافق العامة الطبية، متى ظهر بأنه من الصعب إقامة الدليل على الخطأ، وكانت الظروف الخاصة لوقوع الضرر قد

1- برابح يمينية، المسؤولية القانونية الناجمة عن نقل الدم، مرجع سابق، ص138.

2- قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص148.

لعبت في ذات الوقت دورها في تكوين عقيدة القاضي بوقوع خطأ ما⁽¹⁾.

ويحتفظ القاضي الإداري في هذا الصدد بهامش كبير من الحرية، حيث يقدر الأمر حالة بحالة، كما يقدر مدى ملائمة قراره على مثل هذه القرينة، مراعيًا في ذلك انعدام التناسب بين الدليل المطروح وبين الوسائل التي يملكها الطاعن، فباستخدام تقنية القرينة يمكن أن تتعدّد المسؤولية المرفق الطبي العام دون أن يكون مرتكب الخطأ معروفاً، أو أن يكون الفعل أو العيب المنشئين للخطأ لهما وجود أصلاً داخل المرفق العام، وبهذا الشكل تتضح تلك التقنية (خطأ مفترض)⁽²⁾.

ونجد أن القضاء الإداري الفرنسي ابتدع فكرة الخطأ المفترض في قرار مبدئي في حالات إجراء التلقيح الإجباري، وذلك بمناسبة قضية Dejeus بتاريخ 7 مارس 1958، حيث اعتبر ظهور عوارض السل على المدعي بعد إجراء التلقيح ناتجة مباشرة عن أعمال التلقيح الإجباري ضد الكزاز "tétanos"، حيث هذا يعتبر دليلاً على وجود عيب في تفسير المرفق الطبي مما يعقد مسؤولية المرفق اتجاه المدعي المضرور، إضافة إلى ذلك فقد اعتبر مجلس الدولة في قضية "Lastrajolie" بأنّ الحوادث الحاصلة على إثر العمليات العمومية للتلقيح تنتم عن سير مُعيب للمرفق العام، والذي من طبيعته إقامة مسؤولية المستشفى⁽³⁾.

وكما تبني مجلس الدولة لصالح نظام الخطأ المفترض في قرار آخر له الصادر في 9 ديسمبر 1988 حيث قضى بأنّه: «على الرغم من غياب الخطأ الجسيم وخصوصاً في موضوع التعقيم، فإن حدوث العدوى التي كان المريض ضحيتها على إثر الدخول العرضي

1- أغريز أحمد محمد صبحي ، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية...، مرجع سابق، ص 259.

2- مرجع نفسه، ص 260.

3- خضراوي الهادي- عبد القادر يخلف، عمليات التلقيح الإجباري ونظام المسؤولية المترتبة عنها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، ع. 10، جانفي 2017، ص 117.

لجراثيم ميكروبي في جسمه، يكشف عن خطأ في التنظيم أو تسيير المرفق الطبي الذي يتطلب منه تزويد العاملين بأدوات وأجهزة معقمة»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر سنة 1991 في قضية (Maalem) ذهب مجلس الدولة إلى نفس القرينة، ونفس الحجة التي أخذ بها المجلس في عام 1988⁽²⁾.

تجدر الإشارة أن القضاء الإداري الفرنسي لم يستخدم في الأحكام الصادرة عنه تعبير الخطأ المفترض بشكل صريح، وإنما يستخدم صيغ ضمنية مثل «الضرر يكشف عن أداء معيب للمرفق العام يؤدي بطبيعته إلى انعقاد مسؤولية المرفق»، أو «الضرر يكشف عن خطأ في تنظيم أو تسيير المرفق بما يؤدي بطبيعته إلى قيام المسؤولية»⁽³⁾ وهو الشيء نفسه ما نلاحظه في القضاء الإداري الجزائري، حيث استعمل عبارة " سوء سير عمل المستشفى" للتعبير عن خطأ المستشفى المفترض، في قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 15 جويلية 2002، الذي جاء في قراره أنه في «...حالة عدم حراسة المرضى في المستشفى نظرا لعجزهم العقلي، يُشكل خطأ ارتكبه المستشفى الملزم بالسهر على ضمان صحة وسلامة المرضى، حيث أن ثمة علاقة مباشرة بين سوء سير عمل المستشفى مع الوفاة...»⁽⁴⁾.

1 « Le fait qu'une telle infection ait pu néanmoins se produire, révèle une faute dans l'organisation ou le fonctionnement du service hospitalier à qui il incombe de fournir au personnel médical et des produits stériles » C.E, du 9 décembre 1988, voir : OLIVIER (Helene), **La responsabilité de l'hôpital en matière d'infection nosocomiales**, op.cit., p 11.

2- أغريز أحمد محمد صبحي، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية ...، مرجع سابق، ص274.

3- أحمد محمد صبحي أغريز ، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية ...، مرجع سابق، ص261.

4- مجلس الدولة، بتاريخ 15 جويلية 2002، العدد رقم 2002/2. منشور في: خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص ص 78-79.

ونلاحظ من خلال هذه الصيغ، أنّ القاضي الإداري يستخدم في سبيل الدلالة على الخطأ المفترض، فعل " يكشف " أو يُشكل " الذي يحدد الاقتناع لدى القاضي بوقوع الخطأ على الرغم من عدم وجود العيب المادي في سير المرفق⁽¹⁾.

في الواقع أخذ القضاء الإداري بهذه التقنية (خطأ مفترض)، يكمن في مراعاة صالح المضرور وذلك بتخليصه من عبء إثبات الدليل، فهذه القرينة تقضي إلى تحول عبء الإثبات بحيث يصبح من الواجب على المرفق كي تتخلص من مسؤوليتها أن تثبت غياب الخطأ أو وجود سبب أجنبي. غير أن القضاء الإداري أخذ بفكرة الخطأ المفترض فقط في حالة الخطأ البسيط في تنظيم أو تسيير المرفق وليس الخطأ الواقع في الأعمال الطبية. فعلى سبيل المثال استبعدت المحكمة الإدارية ب "ليون" «Lyon» في حكمها الصادر في 28 يونيو 1989 إمكانية تأسيس المسؤولية على أساس فكرة الخطأ المفترض، على اعتبار أن الأمر يتعلق هنا بأعمال طبية وليس بعمل من أعمال المرفق ذات الطابع البسيط، وبالتالي رفض الحكم بالتعويض لعدم ثبوت خطأ طبي جسيم من جانب الطبيب، وعلى الرغم من أن محكمة الاستئناف الإدارية "ليون" قد ألغت هذا الحكم، غير أنها لم تؤسس المسؤولية على أساس قرينة الخطأ وإنما على أساس آخر هو المخاطر وذلك في قرار Gomez⁽²⁾. كما سنرى فيما بعد.

وكما قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الخطأ الاحتمالي خلال فترة من الزمن، الذي هو استنتاج خطأ الطبيب من مجرد وقوع الضرر، الذي يعتبر من الوهلة الأولى نفسه مع الخطأ المفترض، فيما يتمثل الفرق بينهما؟

1- أحمد محمد صبحي أغريز ، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية ...، مرجع سابق، ص 261.

2- مرجع نفسه، ص ص 260-262.

يرى الفقيه "شابس" (CHAPUS) أنَّ الاختلاف بينهما يتجسد في الالتزام بتحقيق نتيجة فيعتبر الطبيب مخطئاً بناءً على خطأ مفترض بمجرد تخلف النتيجة المطلوبة، أما طبقاً لفكرة الخطأ الاحتمالي فيفرض خطأ الطبيب فقط متى وقعت للمريض نتائج سيئة⁽¹⁾ إذ الخطأ المفترض يُعد خطأ حقيقياً ثابتاً في جانب الطبيب بمجرد الإخلال بالتزامه بالنتيجة، أي مجرد عدم تحقق النتيجة المطلوبة، وإنَّما سمي خطأ مفترضاً لأن المريض يعفى من إثباته، أما الخطأ الاحتمالي فهو فكرة احتمالية تستخلص خطأ الطبيب من حدوث الضرر للمريض⁽²⁾.

ومن كل هذا نلاحظ أنَّ المسؤولية على أساس الخطأ المفترض تبقى دائماً مسؤولية خطئية وليست مسؤولية دون خطأ. على هذا ظهرت فكرة الضمان.

الفرع الثاني

قيام المسؤولية على أساس فكرة الضمان

حاول الفقيه "ستارك" Stark إقامة المسؤولية على فكرة الضمان بدلاً من افتراض الخطأ ، التي هي صورة مخففة عن الخطأ.

فهذا الفقيه يرى أنه ينبغي أن ننظر إلى حقوق المتضرر، التي يتطلب حماية قانونية من خلال الجزاء الذي يوقع بمسبب الضرر، ألا وهو موجب التعويض عنها، فالضحية الحق في احترام حرمة جسده وسلامة ذمته المالية⁽³⁾، حيث الأضرار التي تصيب المضرور تتمثل في الاعتداء على سلامة جسمه وبالتالي يجب ضمانها والتعويض عنها⁽⁴⁾، وهذا باسم

1- البينة محسن عبد الحميد إبراهيم، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، مرجع سابق، ص 246.

2- براهيم يمينه، المسؤولية القانونية الناجمة عن نقل الدم، مرجع سابق، ص 143.

3- قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 150.

4- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص 144.

الحق في السلامة الجسدية للمريض، التي توجب على الطبيب التعهد على أن العمل الطبي نفسه لا يكون السبب في تفاقم حالة المريض⁽¹⁾.

وتكمن الأزمة الحقيقية للمسؤولية المدنية في وجود نزاع بين حقين وهما الحق في السلامة من جهة، والحق في التصرف من جهة أخرى.

فيرى نفس الفقيه، أن حل المشكلة في المفاضلة بين هذه الحقوق، على أساس قيمة كل من الحقين، وعلى نوع الضرر الذي حدث⁽²⁾.

فالمسؤولية عن الأضرار الجسمانية والمادية تفسر بفكرة الضمان ذلك أن فكرة الخطأ قد ظهر قصورها بتعدد الحوادث التي يتعذر فيها معرفة الخطأ أو إثباته، فلم يعد الخطأ معيارا للقاضي في تفسير المسؤولية المدنية ولكنه أصبح تفسيرا لاحقا له، وأن أساس المسؤولية المدنية لا يقتصر على فكري الخطأ الواجب الإثبات والخطأ المفترض، فهما فكرتان تتميزان بأنهما شخصيتان تبحثان عن سبب وتبرير الالتزام بتعويض الضرر من وجهة نظر المسؤول وتتجاهلان حقوق المضرور.

فإذا وقع ضرر جسماني على الغير، فانه يمثل إخلالا بحقه في السلامة (Droit à la sécurité) الذي يضمنه ويقره القانون لكل فرد، وعليه يلتزم المسؤول عن الضرر بالتعويض بغض النظر عن خطئه. أما إذا كانت الأضرار اقتصادية وأدبية (غير جسمانية)، فإنه لا غنى عن فكرة تدخل الخطأ الثابت⁽³⁾.

ووفق هذه النظرية يكفي لتقرير الضمان واستحقاق التعويض، أن يكون الشيء قد أحدث ضررا، لأن فعل الشيء هو مظهر خارجي لنشاط الإنسان، أيًا كانت طبيعته، لأن

1- PETRONI-MADIÈRE (Nicole), L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin..., op.cit, p 188 .

2- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 200 - 201.

3- بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية...، مرجع سابق، ص 169.

ضمان الحقوق عند الفقيه "ستارك" يجب أن لا تتوقف على الظروف التي تمّ فيها الإخلال ويتعين في الحق في ضمان السلامة أن تكون حماية مطلقة، في الحالات معينة منها المسؤولية عن الأشياء غير الحية، التي تمس سلامة جسم الإنسان، وأنّ أي إخلال بهذا الحق يعد ضرراً بغض النظر عن الحالة الشخصية لمحدث الضرر.

وعليه، فإنّ الالتزام بضمان سلامة المريض، الذي يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة، ينطبق بوجه خاص على الأضرار التي تلحق بالمريض من جراء استخدام الطبيب للأدوات والأجهزة والمنتجات الطبية والتي تنقطع صلتها بالأعمال الطبية الفنية التي تظل محل التزامها ببذل عناية⁽¹⁾. وبذلك استناداً إلى هذه التفرقة فالمسؤولية تقترب هنا من النظرية الموضوعية على أساس فكرة الضمان، والهدف من ذلك دائماً هو الحماية الجسدية للمريض⁽²⁾.

نلاحظ أن نظرية الضمان تقرر في الوقت نفسه وجود مسؤولية بدون خطأ بالنسبة للأضرار الجسمانية فقط، ومسؤولية أخرى تقوم على الخطأ بالنسبة للأضرار غير الجسمانية (ذات الطابع الاقتصادي والمعنوي)⁽³⁾.

لكن هذا الاتجاه لم يجد سبيلاً لها في الفقه والقضاء والتشريع وكانت محل انتقاد ورفض، ولكن رغم ذلك تبقى الأقرب إلى العدالة، إذ يسهل على المريض المضرور الحصول على التعويض في حالة المساس بسلامته.

1- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص 144.

2- التلتي محمود، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة للأشخاص، مرجع سابق، ص 81.

3- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 202.

الفرع الثالث

الالتزام بضمان سلامة المريض تأكيد للاتجاه نحو موضوعية المسؤولية

ظهر من خلال ما سبق ، محاولات الفقه والقضاء في البحث عن الأساس المناسب الذي تقوم عليه المسؤولية، من أجل تحقيق حماية أكبر وضمان تعويض عادل للمضرورين. حيث مع التطورات الحديثة في استخدام الآلة، وما ينشأ عنها من أضرار شديدة، دفع إلى تغيير قواعد المسؤولية التقليدية -الشخصية- واتخاذ فكرة الخطر أو الضرر أساساً للمسؤولية بدلاً من فكرة الخطأ الثابتة التي لم تعد تتناسب مع مقتضيات العدالة في المجتمع المعاصر.

لذلك رأى الفقه الحديث على رأسهم الفقيه "سافتي" مدى عجز المسؤولية الفردية الشخصية القائمة على أساس الخطأ وعدم مسايرتها لنسق الحياة الاجتماعية والاقتصادية فاتجه إلى وضع معالم المسؤولية الاجتماعية الجماعية القائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد والمجتمع، وهو حرص القضاء على كفالاته وتكريسه ميدانياً⁽¹⁾.

وبدأت مظاهر التوجه نحو مسؤولية موضوعية في المجال الطبي بالنسبة للقضاء الفرنسي، لما اتجه نحو التوسع في تقرير قيام المسؤولية الطبية، وخرقه لمبدأ الالتزام ببذل عناية وتقرير الالتزام بضمان السلامة⁽²⁾.

وقد بادر القضاء الفرنسي في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية لأول مرة من قبل القضاء الإداري الفرنسي خلال حكم محكمة استئناف "ليون" السالف الذكر في 21 ديسمبر 1990 في قضية Gomez، الذي قضى بمسؤولية المرفق الطبي العام حتى بدن خطأ وحق المضرور في التعويض حيث جاء في قرارها "أن استخدام العلاج الجديد، يمكن أن يسبب خطراً للمرضى الذين يخضعون له، عندما لا تكون نتائجه معروفة بعد؛ أنه عندما لا يكون

1- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 206.

2- مرجع نفسه، ص 203.

استخدام مثل هذا العلاج ضروريًا لأسباب حيوية، فإن المضاعفات الاستثنائية وغير العادية الخطيرة التي تترتب عليها، حتى في حالة عدم وجود خطأ، يؤدي إلى تحقيق مسؤولية المستشفى العامة⁽¹⁾. ثم صدر بعد ذلك قرار آخر معروف بقرار " Bianchi " في 9 أبريل 1993، الذي أقام حكمه على أساس أن تنفيذ العمل الطبي هو الذي أدى إلى حدوث الضرر، رغم عدم ارتكاب أي خطأ⁽²⁾. حيث سلم بوجود مسؤولية دون خطأ لصالح المنتفعين بالمرافق العامة الطبية، الذي تعلق بالمخاطر الاستثنائية المعروفة للأعمال الطبية والجراحية، إلا أن القضاء الإداري لم يقف عند هذا الحد في تقرير مصلحة منتفعي المرافق الطبية العامة، وإنما طبق المسؤولية دون خطأ على مخاطر العدوى الناشئة عن نقل الدم الملوث بالفيروس في قرار حديث له الصادر في 23 ماي 2017⁽³⁾ ثم على الأضرار الناجمة عن المنتجات والأجهزة الطبية المعيبة. فيما يخص المنتجات المعيبة، حكمت محكمة "فرساي" Versailles الإدارية في حكم حديث لها أيضا في 21 نوفمبر 2017 بمسؤولية المؤسسة الفرنسية للدم لسبب الطبيعة المعيبة للبلازمة المقدمة⁽⁴⁾ أما فيما يخص الأجهزة الطبية المعيبة فمحكمة "نانسي" Nancy الإدارية حكمت على مركز استشفائي على أساس مسؤولية بدون خطأ بسبب العيب الموجود في الأجهزة الطبية المستخدمة⁽⁵⁾.

1 - « ... Considérant que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet ; que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engageant, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier ... », C.A.A Lyon, 21 décembre 1990, Gomez, requête numéro 89LY0N1742, In : www.revuegeneraledudroit.eu

2 - Commentaire de l'arrêt BIANCHI du conseil d'Etat de 1993, In : www.doc-du-juriste.com

3 - C.A.A de NANCY, 3ème ch. - formation à 3, 23/05/2017, 16NC00060, Inédit au recueil Lebon, In : www.legifrance.gouv.fr

4 - C.A.A de VERSAILLES, 4ème chambre, 21/11/2017, 15VE02849, Inédit au recueil Lebon, In : www.legifrance.gouv.fr

5 - C.A.A de Nancy, 3ème chambre - formation à 3, 06/12/2007, 06NC00988, Inédit au recueil Lebon, In : www.legifrance.gouv.fr

وقد حاول القضاء العادي في فرنسا اللحاق بما أقره القضاء الإداري تطبيق المسؤولية دون خطأ، بشأن المنتفعين بخدمات المستشفيات العامة ، وكان ذلك من خلال الوسائل والأدوات القانونية المتوافقة مع مبادئ القانون الخاص، وكان ذلك عن طريق وسيلة الالتزام بضمان السلامة الذي رأى فيه أداة يمكن من خلالها الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به دون حاجة للبحث عن الخطأ الطبي سواء من جانب الطبيب أو المؤسسة الصحية الخاصة، وهي لا شك أضراراً تستقل بطبيعة الحال عن العمل الطبي بمفهومه الفني الذي يظل قائم على أساس التزام ببدل عناية⁽¹⁾.

في قراراتين صادرتين عن محكمة النقض الفرنسية في 9 ماي 2001، و 17 جويلية 2001، قررت فيهما أن بنوك الدم لا تستطيع أن تدفع وقوع الخطأ الطبي من جانبها بإثبات أن الدم الذي لديها كان خالياً من أي عيب، فقرر أن مسؤولية بنوك الدم، هي مسؤولية دون خطأ عن الأضرار التي يتعرض لها المتبرع بالدم، في الحالة التي يتم فيها تعديل خصائص دم المتبرع قبل سحبه منه⁽²⁾.

في هذا الصدد أيضاً أيدت محكمة النقض الفرنسية حديثاً، التوجه السابق جاء في قرار محكمة استئناف "نيم" Nîmes في 2 افريل 2015 بأن "المؤسسة الصحية "افينيون" Avignon، في حالة عدوى المستشفيات، هذه الأخيرة ملزمة بضمان سلامة بالنتيجة التي لا يمكن أن يتحرر منها إلا بإثبات السبب الأجنبي حتى وإن لم يرتكب أي خطأ..."⁽³⁾.

1- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 371 و 372.

2- مرجع نفسه، ص 374

3 - : «...le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre le patient et L'établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d' infection nosocomiale , une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère qui ne peut résulter d'un risque connu de complications lié à l'intervention, fût-elle non fautive, du praticien... ». CA de Nîmes, 1ère ch , Audience publique, du jeudi 2 avril 2015,N° de RG: 14/02518, In www.legifrance.gouv.fr

وبناء على ذلك نلاحظ أن القانون الفرنسي الصادر في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي السالف الذكر، في المادة L1142-1 الفقرة الأولى التي تنص على مسؤولية المؤسسات الصحية عن الأضرار الناجمة عن العدوى التي تقع داخلها، وأن هذه المسؤولية لا يمكن استبعادها إلا بإثبات السبب الأجنبي⁽¹⁾، يتضح أن نظام مسؤولية المؤسسات العلاجية في موضوع العدوى التي تقع داخلها، شبه متطابقة في كل من القانون العام والقانون الخاص⁽²⁾.

لكن أثارت صياغة هذا النص التساؤل حول ما إذا كان مشيدا للمسؤولية دون خطأ، أي منحاز إلى جانب القضاء الإداري الذي يفترض الخطأ في تنظيم وتسيير المرفق الصحي العام، أم أنه ينصرف في قصده إلى فكرة الخطأ المفترض المطبقة في القضاء العادي وذلك على أساس الإخلال بالالتزام بالسلامة بالنتيجة؟

والراجع أن النص قد أخذ بفكرة الخطأ المفترض استنادا إلى أنه تحدث عن مطلق السبب الأجنبي، أي بعموم صورته كسبب للإعفاء من المسؤولية، في حين أن السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية دون خطأ يقتصر على القوة القاهرة وخطأ المضرور، دون أن يكون للحادث المفاجئ أو لفعل الغير هذا الأثر⁽³⁾.

يبدو في الواقع أن هذا النص ومع بقاءه في نطاق الخطأ المفترض، قد أقام التزاما بتحقيق نتيجة، نظرا لأنه تحدث مباشرة على السبب الأجنبي سبيلا لإعفاء من المسؤولية وهذا يدل على أن الخطأ قد وقع ولا يمكن بالتالي للمدعي نفي مسؤوليته بإقامة الدليل على غياب الخطأ، فالقرينة إذاً ومن هذه الناحية قاطعة وغير قابلة لإثبات العكس في حين أن

1 - Art. L1142-1 de la loi 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé Art. 98, précitée : « ... Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère... ».

2- أحمد محمد صبحي أغريز ، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، مرجع سابق، ص 278.

3- مرجع نفسه، ص 278.

طريق الإعفاء من المسؤولية القائمة على أساس الخطأ المفترض ستكون بدايته وبطبيعة الحال السعي إلى إثبات انتفاء الخطأ أصلاً أي القرينة تكون نسبية قابلة لإثبات العكس⁽¹⁾.

لكن ما نلاحظه أن محكمة النقض ومجلس الدولة على النحو الذي بيناه سابقاً، تعاملتا مع قرينة الخطأ في مجال عدوى المستشفيات على أساس قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهذا ما جاء في قرار حديث لمجلس قضاء "نيم" «Nîmes» الصادر في 2015، الذي قرر «أن العقد الاستشفائي الذي يبرم بين المريض والمؤسسات الاستشفائية توقع على هذا الأخير في مجال عدوى المستشفيات التزام بالسلامة بتحقيق نتيجة ولا يمكن دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، الذي لا يمكن أن ينتج عن خطر معروف من المضاعفات المرتبطة بالتدخل، حتى لو لم يكن الممارس قد ارتكب خطأ تأكيداً لنص للمادة 1142-1-1 السالفة الذكر»⁽²⁾. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسي على قيام مسؤولية المؤسسة الصحية دون خطأ في حالة قيام حالة عدوى المستشفى في قرار لها الصادر في 1 جوان 2016⁽³⁾.

وفي حالة عدم قيام مسؤولية هذه المؤسسات فيمكن تعويضها على أساس التضامن الوطني. وهذا ما نصت عليه. وهذا ما نصت عليه المادة 1142-1-2 L السالفة الذكر على أن «... في حالة عدم قيام مسؤولية هذه المؤسسات الصحية، فإنه يبقى ممكناً تعويض المضرور أو نوبي

1- أحمد محمد صبحي أغير ، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، مرجع سابق، ص ص279.

2 - Le juge a rappelé le principe de la responsabilité de plein droit qui pèse sur la Polyclinique Urbain V édicté par l'article L 1142-1 du code de la santé publique, suivant lequel le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre le patient et l'établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère qui ne peut résulter d'un risque connu de complications lié à l'intervention, fût-elle non fautive, du praticien. C.A. Nîmes, 1ère ch. Audience publique du jeudi 2 avril 2015, N° de RG: 14/02518, In : www.legifrance.gouv.fr

3 - « ... » Il s'ensuit pour l'établissement de soins une responsabilité sans faute dès lors que le caractère nosocomial de l'affection est établi... », C.Cass, civ, 1, 1 juin 2016, 15-17.472, In : www.legifrance.gouv.fr

حقوقه في حالة وفاته على سبيل التضامن الوطني، متى كانت الأضرار منسوبة بشكل مباشر إلى أعمال الوقاية أو التشخيص أو الرعاية، التي تعرض المريض لأثار غير عادية بالنظر إلى حالته المتوقعة ومنطوية على جد من الجسامة التي يتم تحديدها بمرسوم...»⁽¹⁾.

إذاً، من خلال هذا النص، المشرع الفرنسي قد كرس نظام المسؤولية الموضوعية دون خطأ تقع على عاتق الدولة وذلك باسم التضامن الوطني، بإنشاء صندوق (ستكون هذه النقطة محل تفصيل في الفصل الثاني من هذا الباب) يقع عليه عبء تحمل دفع تعويض لضحايا الإضرار الناشئة في المؤسسات الصحية العامة أو الخاصة بدون خطأ هذه الأخيرة. وهذا ما قضت به محكمة استئناف الإدارية ل "مارسيليا" بصفة صريحة في قرار حديث لها الصادر في 14 ديسمبر 2010، حيث تم تلقيح طفل عمره 5 أشهر بلقاح "Tétracoq" ضد الخناق والكزاز وشلل الأطفال والسعال الديكي، الذي أدى إلى إصابة الطفل باضطرابات خطيرة، مصحوبة بتخلف حركي وذهني، وأمام عدم إمكانية إثبات العلاقة السببية بين الأضرار الناتجة وهذا التلقيح، أقامت المحكمة مسؤولية الدولة عن حالة ، على أساس المادة 9-3111 L. من قانون الصحة العامة⁽²⁾، التي يتم التعويض عنها عن طريق الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية وعدوى المستشفيات⁽³⁾.

1-Art L 1142-1-2 de la loi 2002-303 précitée modifié, stipule : « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné ... n'est pas engagée, ... une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient et en cas de décès ces ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsque ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu' ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret... ».

2 - « ... qu'il n'est pas possible d'établir un lien direct de causalité entre l'apparition des graves troubles dont est atteinte Sophie et le vaccin Tétracoq qui lui a été administré, seules susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat sur le fondement de l'article L. 3111-9 précité du code de la santé publique... » ; C. A.A. de Marseille, 2ème ch. – du 14/12/2010, In : www.lrgifrance.gouv.fr

3 - Art . L3111-9 du C.S.P , Modifié par loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, In : www.lrgifrance.gouv.fr, stipule : « .. Sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun, la réparation intégrale des préjudices directement imputables à une vaccination obligatoire pratiquée dans les conditions mentionnées au présent titre, est assurée par l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales institué à l'article L. 1142-22, au titre de la solidarité nationale... »

في هذا المجال، أثار انتباهي ما حصل في الجزائر مؤخرا، التي أثارت ضجة في وسائل الإعلام. عن وفاة رضيعتين تبلغان من العمر 3 أشهر عقب تلقيهما لقاح (بانثافالو) في عيادة البرتقال بالرويبة/الجزائر العاصمة في يوم 15 جويلية 2016 وحادثة وفاة رضيعة أخرى في شهرها الثاني بمدينة الأربعاء ولاية البليدة بعد أن خضعت لتلقيح خاص بالرضع للشهر الثاني في يوم 08 سبتمبر 2016 بالإضافة إلى تسجيل يوم 13 أكتوبر 2016 حالة وفاة لرضيعة تبلغ من العمر 13 شهر تم تطعيمها بلقاح "بانثافالو" في المؤسسة الاستشفائية بحي النصر التابع لولاية سعيدة.

لكن لم تثر أية مسؤولية في هذا الشأن، لا مسؤولية المؤسسات الصحية ولا الدولة التي تعوز المضرورين عن طريق الضمان الوطني، وإنما اكتفت وزارة الصحة بسحب اللقاح، وأمرت بفتح تحقيق، وحسب النتائج الأولية التي أفصحت عنها الوزارة، أن الموت المفاجئ لهؤلاء الرضع ليس له علاقة مباشرة باللقاح، ومن باب الوقاية أعطت الوزارة تعليمات بسحب اللقاح. ومن جهة بعد شهرين أو ثلاثة وفرت الوزارة لقاحا آخر. والسؤال المطروح هنا، لماذا الوزارة سحبت اللقاح الأول، وعوضته بلقاح آخر؟ فهل السبب هو للتأكد من عدم وجود علاقة بينه وبين الوفيات، مرجعة السبب إلى مبدأ الوقاية، كما صُرح به، في انتظار نتائج التحقيق والتأكد من عدم وجود علاقة بين الوفاة والرضع؟ والتي في حد علمي إلى يومنا هذا لم تصرح بأية نتائج، سواء أكانت سلبية أو إيجابية! أو أن سبب سحب اللقاح هو فساد، فحقيقة اللقاح هو السبب الرئيسي في وفاة الرضع؟ فبالنّالي من هو المسؤول؟

وفي رأيي أمام هذه الإحداث المأساوية وغيرها التي وقعت خاصة في مجال التلقيحات، يتمثل الهدف الأساسي منها في ضمان صحة وسلامة الشخص ومنع انتشار الأمراض في المجتمع، سواء كان التلقيح دوريا أو عرضيا فهو يهدف إلى الحيلولة دون المرض، وذلك بالوقاية منه قبل وقوعه، أو بالقضاء عليه فور حدوثه. كنا ننتظر من المشرع

الجزائري في قانون الصحة الجديد إعادة النظر في أحكام المسؤولية الطبية خاصة ما يتعلق منها بالمساس بسلامة المريض الصحية والجسدية كالتلقيحات، إقامة المسؤولية بدون خطأ مثل نظيره الفرنسي، غير أنه بالعكس قد أكد على ضرورة وجود الخطأ وإثباته لقيام مسؤولية مهني الصحة. وهذا ما جاء في نص المادة 413 من قانون 18-11 يتعلق بالصحة، حيث تنص على " **باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لإحكام المواد 288 و 289 و 442 الفقرة 2 من قانون العقوبات كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكب 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.** "

الفرع الرابع

عبء إثبات الخطأ في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

وفقا للقواعد العامة للمسؤولية، الإثبات هو الإتيان بالدليل بطريقة من الطرق القانونية، بما يفيد من صحة الوقائع أو الطلبات التي تلحق الحق أو الآثار القانونية المدعى بها لأصحابها. فععب الإثبات هو واجب الخصم في إقامة الدليل على صحة ما يدعيه، بإقناع القاضي بكل الوسائل القانونية بصدقية ادعاءاته التي ينازعه فيها خصمه⁽¹⁾.

لهذا حددت التشريعات علة من يقع هذا العبء، حيث نصت المادة 323 ق.م.ج على " **على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه**"، وهو ما جاء في المادة 1353 ق.م.ف الجديد (المادة 1315 قبل التعديل)⁽²⁾.

1- بن زيطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص (عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1- بن يوسف بن خدة- الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 216.

2 « 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. » Art. 1353 du C.C.F, modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 , **précitée**.

إذاً من خلال هذه المادتين فإن عبء الإثبات يقع على المدعي الدائن بهذا الالتزام. وفي المجال الطبي يفهم على أن المريض المضرور هو المكلف بهذا العبء. غير أنه وفقاً للفقهاء والقضاء الحديثين¹ لاسيما الفرنسي²، وإدراكاً للصعوبات التي قد يواجهها المريض في النهوض بهذا العبء وتحمل إخفاقه في ذلك، وفي محاولة لمواجهة اختلال التوازن بين طرفي العلاقة، اتجهوا إلى إعفاء المريض من عبء إثبات خطأ الطبيب أو على الأقل التخفيف منه. وهو الأمر في حالة حدوث ضرر نتيجة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة.

فالأصل خطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر، ولكنه واجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس، أي إقامة الدليل على أنه بدل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عناية. ولكن الأمر يختلف بوجود التزام بتحقيق نتيجة على عاتق الطبيب مضمونه ضمان سلامة المريض من الأضرار، فإنه يكفي المريض أن يثبت وجود التزام الطبيب، وإصابته بالضرر أثناء تنفيذ التزامه، ليدل بذلك على إخلال الطبيب بالتزامه المتمثل في عدم ضمان سلامة المريض، دون حاجة إلى إثبات وقوع خطأ محدد في جانب الطبيب⁽¹⁾.

ولم تكن فكرة الالتزام بتحقيق نتيجة الوسيلة الوحيدة التي لجأ إليها القضاء الفرنسي من أجل الإعفاء أو التخفيف من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور، إذ لجأ إلى وسائل قانونية أخرى منها الخطأ المفترض، والمسؤولية دون خطأ كما سبق وأن وضحناه في القرارات والأحكام السابقة الذكر، التي أجازت للقضاة أن يستنتجوا الخطأ من واقعة ليس من الثابت على نحو قاطع أنها مصدر الضرر، حيث يستخلص قضاة الموضوع خطأ الطبيب أو المستشفى بمجرد المساس بسلامة المريض خاصة حالات العدوى المستشفيات، فبمجرد

1- قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 167.

انتقال العدوى أثناء إقامته به، يعتبر مساساً بسلامته يستوجب قيام مسؤولية الطبيب أو المستشفى، ولا يمكن دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.

والواقع كما سبق بيانه استخلاص الخطأ من مجرد حدوث الضرر، وإن كان يبدو فيها وجه التشدد اتجاه الأطباء، إلا أنها تكشف عن إدراك القضاء لقصور القواعد التقليدية لتوفير الحماية للمرضى في مواجهة ما لحق الأعمال الطبية من تطورات صار معها المريض المضور عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الضرر وعلاقة السببية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

لا يعد مجرد الخطأ كافياً لقيام واكتمال أركان المسؤولية الطبية وفقاً للقواعد العامة، بل لا بد أن ينجم عنه ضررٌ مثبتٌ ومنسوبٌ إلى هذا الخطأ بواسطة رابطة أو علاقة سببية بينهما.

كما هو معلوم فإنّ المسؤولية المدنية لا تخلو من ركني الضرر والعلاقة السببية، حتى وإن كان أساس قيامها على أساس الخطأ المفترض، فهي تبقى رغم ذلك تقوم على الخطأ إلاّ أنّه مفترض (كما سبق وأن بيناه في المطلب الثاني من هذا الفصل).

ومما لا شك أن الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام بالسلامة (الفرع الأول) له من خصوصية ما يميزه عن مجرد الأضرار التي تثير المسؤولية التقليدية التي تستند الضرورة وجود الخطأ، وبطبيعة الحال لا بد من وجود علاقة سببية بين الضرر الحاصل وهذا الخطأ المفترض بمجرد الإخلال بالالتزام بضمان السلامة (الفرع الثاني).

1- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 347.

الفرع الأول

الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

يعتبر الضرر قِوامَ المسؤولية المدنية، فلا مسؤولية مدنية دون ضرر تطبيقاً للقاعدة "لا دعوى بغير مصلحة" إذ يعتبر الركن الثاني بعد الخطأ لقيام المسؤولية المدنية التي تتميز به عن المسؤولية الجنائية التي لا تشترط ركن الضرر.

يقصد بالضرر بصفة عامة "المساس بحق أو مصلحة مشروعة لشخص، مساساً يترتب عليه أن يكون مركزه أسوأ مما كان عليه قبل الإصابة بالضرر، لأنه انتقص من المزايا أو السلطات التي يخولها ذلك الحق أو تلك المصلحة لصاحبه"⁽¹⁾.

يُعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو عواطفه ويعتبر هذا التعريف المقياس في مسؤولية الطبيب التي تخضع للقواعد العامة التي تحكم الضرر. فالقاعدة في المسؤولية الطبية هي كالقاعدة في المسؤولية المدنية، فحصول الخطأ لوحده دون ضرر لا يترتب المسؤولية، وعلى هذا الأساس ومهما بلغت جسامه الخطأ، فإنه لا يترتب مسؤولية الطبيب ما لم يثبت عنه ضرر حالٌّ أو مستقبلي محقق الوقوع⁽²⁾.

ولم يشر المشرع الجزائري إلى تعريف الضرر الطبي بصورة صريحة، غير أنه يمكن أن نستنتج من خلال نص المادة 413 من قانون الصحة الجديد بمناسبة الحديث عن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، هذه المسؤولية تقوم على إلحاق ضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته⁽³⁾.

1- قاسم محمود جاسم، نظام جبار طالب، الأضرار المعنوية الناتجة عن الإصابة الجسدية، دراسة مقارنة، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013، ص 125.

2 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ...، مرجع سابق، ص 291.

3- راجع نص المادة 413 من قانون رقم 18-11 يتعلق بالصحة السالف الذكر.

يكتسب ركنُ الضرر أهميةً نسبيةً بين غيره من أركان المسؤولية المدنية، ففي حالات المسؤولية التي تقوم فيها على أساس الخطأ، يحتل ركن الضرر أهمية ثانوية نسبياً، على اعتبار أنه ليس المعطى الأساسي لقيام المسؤولية وإنما مناسبة لانعقادها، أما في الأحوال التي تضطلع فيها المسؤولية بوظيفة الضمان، كحالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة فإن الضرر يعتبرُ ركنًا أساسيًا، ومع ذلك تبقى ضرورة توافره لقيام المسؤولية المدنية بنوعيتها، العقدية أو التقصيرية، فإذا لم يثبت وقوعه فلا مجال للبحث عن المسؤولية أصلاً.

فيتمثل الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة بأنه أضرارٌ، لا تحتاج إلى وقوع الخطأ وإثباتها لقيام مسؤولية المدين بهذا الالتزام، فهي أضرار لا تحتاج إلى إثبات الخطأ، فهي ليست الأضرار التي تثير المسؤولية التقليدية للقائم بأعمال الرعاية الطبية والتي تستند إلى خطأ في العلاج أو التشخيص، إنما هي أضرار تتصل أساساً بالمخاطر المحيطة بالعمل الطبي أكثر من ارتباطها بالخطأ القائم بها، وأنها مخاطر تتصل بسلامة الجسم الإنساني ومكوناته⁽¹⁾.

وعليه، بمجرد تحقق الأضرار نتيجة هذه الأعمال، والتي ليس لها علاقة بالتطور الطبيعي للمرض الأصلي الذي كان يُعاني منه المريض، تقوم مسؤولية الطبيب أو المستشفى، لأنّ ثبوت هذه الأضرار يعني بالحقيقة عدم الوفاء وتنفيذ الالتزام بسلامة المريض، وليس على المستشفى أو الطبيب استبعاد المسؤولية عنهما إلا بإثبات السبب الأجنبي، ونفي العلاقة السببية بين خطئه المفترض والضرر الذي أصاب المريض⁽²⁾.

إذ أن محكمة النقض الفرنسية أكدت في مسلكها في مواجهة الصعوبات التي قد يواجهها المريض في سبيل إقامة الدليل على الخطأ الطبي في انتهاجها منهج استخلاص

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية،...، مرجع سابق، ص77.

2- أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض...، مرجع سابق، ص95.

الخطأ من وقوع الضرر، وهو ما يشكل خروجاً عن القواعد العامة التي تُحمل المدعي عبء إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه. ومؤدى ذلك أن يستظهر الخطأ من واقعة ليست بصفة مؤكدة مصدر الضرر، حيث نستخلص الخطأ من الضرر الذي لم يكن ليحدث في مثل هذه الأحوال لولا وقوع خطأ الطبيب، فيفترض وقوع الخطأ وثُقام المسؤولية الطبية، رغم أنه لم يثبت على نحو قاطع إهمال هذا الأخير في بذل العناية الواجبة أو تقصيره في التزامه بالحيلة والحذر اللازمين⁽¹⁾.

فيكفي للمريض بإثبات وجود الضرر الذي هو إصابته بالعدوى لقيام مسؤولية الطبيب. فبوجود الضرر تقوم مسؤولية مدين بالالتزام بسلامة النتيجة، وبالتالي على هذا الأخير محاولة إبراء ذمته والتحلل من مسؤوليته بإثبات سبب أجنبي لا ينسب إليه. وهذا السبب الأجنبي لابد أن يكون له طابع القوة القاهرة، إذ يجب أن يكون خارجياً غير متوقع ولا يمكن مقاومته، فيجب عليه في هذه الحالة أن يثبت أن هذا المريض كان قد أصيب بهذه العدوى قبل أن يتدخل بعمله الطبي⁽²⁾.

والضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان سلامة المريض، لا يختلف كثيراً عن القواعد العامة في المسؤولية الطبية، لأن قد يكون الإخلال بالالتزام بالسلامة نتيجة خطأ ثابت من الطبيب أو المستشفى، فبالنظر إلى تطبيق القواعد العامة، ولكن قد يحدث إخلال بهذا الالتزام حتى ولو لم يثبت الخطأ من قبل الطبيب أو المستشفى، فبمجرد حدوث الضرر تقوم مسؤوليتهم، لأن الأضرار التي تتسبب نتيجة الإخلال بهذا الالتزام هي أضرار جسيمة بالدرجة الأولى (أولاً) وبالنتيجة يترتب عنها أضرار أخرى مالية (ثانياً) ومعنوية (ثالثاً).

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية...، مرجع سابق، ص 194.

2- DECHEZLEPRTRE (Ghislain), *Les infections nosocomiales : Responsabilité et assurance*, Op.cit, p 86.

أولا الضرر الجسدي الناجم عن الإخلال بالالتزام بسلامة المريض

يتمثل الضرر الجسدي، في الأذى الذي ينتج عن الاعتداء على سلامة وحرمة الجسم البشري بالقتل أو الجرح أو التشويه أو نقل المرض، ويحظى هذا النوع من الضرر بأهمية بالغة بسبب تزايد عدد المضرورين من الحوادث التي تمس الأجسام لاسيما في استخدام الأجهزة الطبية، والمنتجات، والتحاليل الطبية.

فالأضرار الصحية الجسدية التي يعانيها المريض المصاب بالعدوى جراء عملية نقل دم مُعيب لا تُعد ولا تُحصى، ذلك أن البكتيريا الموجودة في الدم الملوّث المنقول لها بالغ الأثر على الجسم المناعي للإنسان بشكل عام وعلى كل عضو من أعضاء الجسم بشكل خاص، باعتبار الدم مكوناً دورياً يصل لكل خلية في جسم الإنسان، فعُدوى "الإيدز" مثلاً يتسم بخطورته الشديدة على جسم المريض، التي تتمثل في الارتفاع البالغ الشدة لمعدل الوفيات الناتج عنه وهذا بعد أن يحدث المرض تأثيره الخطير والمشوه لجسم المصاب، ومن جانب آخر يتميز المرض بطول فترة الحضانة التي يمر بها فيروسه، أي طول الفترة التي يظل خلالها الفيروس كامناً في جسم الإنسان دون أن تبدو عليه أية أعراض، وتتمثل المعاناة الجسمية لهذا المرض الناتج عن الإخلال بضمان سلامة الدم المنقول، في العجز الجسماني الجزئي أو الكلي على حسب خطورة المرض، والذي يكون بسبب العدوى بالدرجة الأولى وبسبب العلاج أيضاً، إذ تؤثر الأدوية والأشعة على جسم الإنسان بالإيجاب والسلب معاً، بما يصيب المريض بالآلام والإخلال الوظيفي لأعضاء جسمه⁽¹⁾.

بالإضافة إلى الأضرار التي قد تصيب المريض جراء الدواء المُعيب التي تسبب أضراراً جسمانية من الدرجة الأولى. هذه الأضرار عبارة عن الآثار الضارة وغير المرغوبة

1- براهيم يمينه، المسؤولية القانونية الناتجة عن عمليات نقل الدم، مرجع سابق، ص 83.

التي تحدث نتيجة استعمال الدواء والتي يمكن أن تعدل من الوظيفة العضوية للجسم⁽¹⁾. فالالتزام بالسلامة هو التزام حتمي وأي إخلال به من شأنه أن يسبب أضراراً من طبيعة جسدية، وهذا بحد ذاته يُعد إخلالاً بحق الإنسان في سلامته، إذ يُعرّف الالتزام بالسلامة بالرجوع إلى الضرر المحقق الذي هو ضرر جسماني من الدرجة الأولى. فضحايا الأخطاء الطبية، هم ذوو الأضرار الجسمانية، ولا يُتصور أن يكون هناك ضررٌ يلحق بالمريض إلا في جسده نتيجة التصاق الأعمال الطبية بجسم الإنسان⁽²⁾.

الضرر الجسماني أصبح يشكل في حد ذاته موضوعاً مستقلاً للبحث، لأنه يختلف عن بقية الأضرار التي تصيب الأموال، فإن هذا الضرر يصيب الإنسان في جسمه الذي هو موضوع شخصيته⁽³⁾.

وباعتبار الضرر الجسدي هو المساس بالمزايا التي يمنحها الحق في السلامة الجسدية، يترتب عنه أضرارٌ أخرى قد تكون مالية.

ثانياً - الضرر المالي الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

مما لا شك أن هناك أضراراً مالية تترتب عن الإصابة الجسدية جراء الإخلال بالالتزام بضمان سلامة المريض، ويُراد بالضرر المالي، الضرر الذي يُصيب الذمة المالية بفعل الإصابات الجسدية⁽⁴⁾.

1- شحاتة غريب شلقامي، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، مرجع سابق، ص 58.

2- BLOCH (Cyril), l'obligation contractuelle de sécurité, P.U. d'Aix-Marseille, Aix en Provence, Paris, 2002, p 92.

3- قيرع محمد، التعويض عن الضرر الجسماني للخطأ الطبي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص 07.

4- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1995، ص 50.

يعرف الضرر المالي أنه كل إخلال بمصلحة مالية للمضرور، ويعتبر الضرر المالي الناتج عن الضرر الجسدي بالنظر لما يفوته على المضرور من المزايا المالية وفيما يتكبد من أعباء مالية (1).

فالمساس بجسم المريض أو إصابته يترتب عليه خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج وفي إضعاف قدراته على الكسب جزئيا أو كليا، وقد يلحق الضرر المالي ذوي المريض كما في حالة وفاة هذا الأخير العائل لهم، أو لمن يثبت أن المريض المتوفى كان يعوله فعلا، وهو الأمر الذي ضيع فرصة إعالتهم بسبب الوفاة مما يقتضي تعويضهم على هذا الأساس، بشرط أن يثبت الشخص المضرور أن المريض المتوفى كان يعوله فعلا قبل وفاته وعلى نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار في ذلك مستقبلا كانت محققة حيث تقدر المحكمة ما ضاع على المتضرر من فرصة إعالته، وتحكم التعويض على هذا الأساس (2).

ويجتمع الضرر المالي مع الضرر الجسدي معا، كما لو أصيب شخص بعاهة مستديمة نتيجة التدخل الطبي، فيشكو ضررا جسديا وضررا ماليا. نظرا لما يتطلبه من علاج ونفقات شراء الأدوية وتعطله عن العمل، كما لو سقط مريض فوق طاولة العمليات، وهو تحت التخدير فأصيب بجروح وكسور، فيشكو المريض ضررا جسديا متمثلا في الجروح والكسور، وضررا ماليا متمثلا في المبالغ المالية التي ينفقها في سبيل علاجه، وانقطاع دخله الشهري خلال فترة خضوعه للعلاج وفترة مكوثه في المستشفى (3).

1- قاسم محمود جاسم، نظام جبار طالب، الأضرار المعنوية الناتجة عن الإصابات الجسدية، مرجع سابق، ص 125.

2- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 292.

3- عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 20.

والضرر المالي يتضمن عنصرين وفقا للمادة 182 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾ وهو ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب؛ أي كل المصاريف والنفقات التي أنفقها المريض المتضرر من الأجهزة والأدوية والإقامة في المستشفى، إضافة إلى ضعف دخله الشهري، بسبب تعطيله عن العمل وحرمانه من الفرص التي قد يستفيد منها المضرور قبل الإصابة بالضرر⁽²⁾.

ثالثا - الضرر المعنوي الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

من الواضح أن الضرر الناتج عن الإصابة الواقعة على الجسم لا ينحصر في الضرر المادي فقط، بل يمتد ليشمل الضرر المعنوي، وهو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يصيبه في شعوره أو عاطفته أو كرامته ويعتبر من قبيل الضرر المعنوي الألم والمعاناة والشعور بالعجز، ويظهر ذلك في المجال الطبي لمجرد المساس بسلامة جسم المريض، يتمثل في الآلام الجسدية والنفسية التي قد يتعرض لها⁽³⁾. وإذا أخذنا بطبيعة الحق أو المصلحة محل الاعتداء، فإن الاعتداء على الحق في السلامة الجسدية حق غير مالي ذو طبيعة معنوية؛ لأنه من الحقوق للصيقة بالشخصية، حيث الضرر الناتج مباشرة بالمساس بالسلامة الجسدية هو ضرر معنوي، أما إذا أخذنا بآثار الاعتداء والتي تتمثل في المصاريف الطبية والعلاج، وما ينجم عنه من عجز كلي أو مؤقت في القدرة على الكسب وما لحقه من خسارة يعتبر ضررا ماديا⁽⁴⁾.

1 - راجع المادة 182 ق.م.ج.

2 - بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية، مرجع سابق، ص22.

3 - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص295.

4- أحمد شاعة، تعويض الضرر المعنوي المتعلق بالسلامة الجسدية، على ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجائر 01، 2012، ص06.

ويعرف الضرر المعنوي أيضا في المجال الطبي بأنه ذلك الضرر الذي قد يصيب الجسم، فيحدث تشوه أو عاهة فيتألم المريض المضروب لذلك حساً⁽¹⁾، فالمساس بالسلامة الجسدية يؤدي إلى الإخلال بالتكامل الجسدي ويلحق أثرا ملموسا بالكيان المعنوي لذلك لمضروب⁽²⁾.

ففي المجال الطبي لا ينفك الضرر المادي عن الضرر النفسي المعنوي، الذي يصيب الشخص من جراء آلامه الجسدية، كتشويه جسمه أثناء الإصابة بالعدوى، أو تعطيل منافع أحد أعضائه، وما يستتبع ذلك من آلام نفسية، تحرمه بشكل مؤقت أو دائم من التمتع بنشاطات مهنية أو ترفيهية⁽³⁾ والضرر الجمالي التي تعتبر كلها مساسا بسلامة المريض.

ولكن مسألة تحديد محدث الضرر لتوزيع المسؤولية مسألة جد معقدة في المجال الطبي خاصة في ظل تعدد وتداخل الأسباب والعوامل المحدث للضرر، غير أن إذا قيل بوجود التزام بتحقيق نتيجة بضمان سلامة المريض من الأضرار، فمجرد المساس بسلامة المريض ينتج عنها خرق الالتزام.

إضافة إلى أنواع هذه الأضرار التي قد تنتج عن المساس بسلامة المريض، فلكي يستحق المريض المضروب التعويض عنها لابد أن تكون أضرارا محققة ومباشرة. غير أن هناك بعض الأضرار الناجمة عن التطور الطبي قد لا توفر هذه الاشتراطات، فهي لا تظهر مرة واحدة، بل تتأخر لفترات زمنية لاحقة، كما هو الشأن بالنسبة لعدوى المستشفيات، أو تفاعلات الأدوية، أو الأضرار الناتجة عن الأجهزة الطبية. التي قد لا تحدث مباشرة والتي قد لا تتحقق في الحين، فبالتالي قد يكون تطبيق قواعد المسؤولية التقليدية مانعا للعديد من الضرر المندرجة تحتها نظرا لخصوصيتها، لكونها غير حالة وغير مباشرة. فيجعل المرضى

1 - الحلويسي إبراهيم علي الحماوي، الخطأ المهني والخطأ العادي...، مرجع سابق، ص66.

2- قاسم محمود جاسم، نظام جبار طالب، الأضرار المعنوية الناتجة عن الإصابة الجسدية، مرجع سابق، ص13.

3 - قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، مرجع سابق، ص181 و182.

المضرورين يتحملون تبعات عدم اعتراف المسؤولية التقليدية بحقوقهم في التعويض، وهذا ما يؤدي إلى حرمانهم من التعويض (1).

قد لا يظهر الضرر فور وقوعه، وتظهر أعراض الضرر بعد فترة زمنية طويلة، فيتفاجأ المريض به ويتحمل هو الخسائر المادية والآلام المعنوية لم تكن في الحسبان، بسبب عدم ظهور الضرر فور مباشرة النشاط الطبي عليه. فلابد من إقرار التعويض عن هذا الضرر المتراخي والمستمر. ففي مجال الدواء مثلاً يتفاجأ المريض بأضرار لم تكن في الحسبان، حيث يؤثر العيب غير المتوقع في الدواء على صحته، وعلى سلامته الجسدية، فلا تستمر أجهزة الجسم في أداء وظائفها الطبيعية، فالعيب في الدواء أصبح مستقلاً عن المفهوم العام وفق قواعد ضمان العيوب الخفية، وبات لا يكفي بحد عدم صلاحيته للاستعمال، بل تظهر خطورته على الرغم من ثبوت هذه الصلاحية، فلا شك أن الأضرار الجسدية الناتجة عن مخاطر الأدوية هي صورة عملية لخصوصية الضرر في مجال المسؤولية عن مخاطر التطور الطبي، تتطلب معها إعادة النظر في قواعد المسؤولية. وكذلك ونتيجة للتطور الحاصل، لا يكاد يخل التدخل الطبي من الاستعانة بالأجهزة الطبية، تشخيصاً وتحليلاً، فإن هذه المستلزمات الحديثة تمثل محلاً لإظهار خصوصية الأضرار المتعلقة بها فقد تتجم عنها أخطار غير عادية قد تعزى لعيوب في التصنيع وأخرى في التصميم. فعيوب التصنيع هي حالة عدم اتفاق التجهيز الطبي مع المواصفات والمعايير الخاصة به عندما يكون أصلياً، وهي تخرج عن توقعات المريض، بل تخالف تطلعاته المشروعة للاستفادة التامة من التجهيز بما يحقق له العلاج.

أما عيوب التصميم فتتصور عند عدم وجود ضمان السلامة الكافية، وعدم تناسب مخاطر الجهاز مع ما هو منتظر منه من فعالية. ولا ينبغي إهمال الأضرار أو التأثيرات الناجمة عن طبيعة عمل التجهيزات والمستلزمات الطبية، فعلى سبيل المثال، تنتج أجهزة

1- بن زينة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص 227.

العلاج الطبيعي أشعة كهرومغناطيسية تنتشر في دائرة قطرها ثلاثة أمتار، ويؤدي التعرض الدائم لها إلى أعراض مرضية خطيرة، كسرطان الدم والمخ، وأعراض الشيخوخة المبكرة وبصفة عامة تؤثر على الكهرياء الحيوية لجسم الإنسان والمسئولة عن سير وظائف كل أعضاء الجسم، يمس سلامته، فهذا النطاق الواسع للأضرار الناجمة عن التجهيزات والأدوات الطبية لا يمكن تصويره في ظل واقع الأضرار الطبية التقليدية التي تختصر غالباً في ضرر المباشر المحقق. التي قد تؤدي إلى إقصاء المرضى من حقهم في السلامة الجسدية والصحية، ومن حقهم في تعويض ما أصابهم من ضرر، هذا الحق الذي تقرر لهم بموجب القواعد ذاتها، لذا من الضروري محاولة مواءمة هذه المسؤولية مع الطبيعة الخاصة لأضرار التطور الطبي، بما يمكن المرضى من التعويض⁽¹⁾. حتى على الأضرار غير المباشرة وغير المحققة أثناء التدخل الطبي نظراً لخصوصية هذه الأضرار.

الفرع الثاني

علاقة السببية بين الضرر والإخلال بالالتزام بضمان السلامة

تُعد الرابطة السببية أساس المسؤولية المدنية، فلا يمكن تصور ضرر ناتج عن خطأ ما لم تكن هناك علاقة سببية تجعل الخطأ سبب وقوع الضرر.

ويُراد بالعلاقة السببية، العلاقة التي تربط الضرر بالخطأ، وتعد هذه العلاقة ركناً قائماً بذاته مستقل عن ركن الخطأ، فالعلاقة السببية بين فعل الطبيب المخالف لأصول مهنة الطب والضرر الذي لحق بالمريض أمر ضروري لانعقاد المسؤولية⁽²⁾.

1- بن زيطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، مرجع سابق، ص-ص 232-235.

2- صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، الأخطاء الطبية، وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي، دراسة تطبيقية، مذكرة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2014، ص88.

إذ كي يتمكن المضرور من إثارة مسؤولية الطبيب عليه إثبات أن ما وقع عليه من ضرر يجد سببه في نشاط المسؤول عن التدخل الطبي، فالرابطة السببية هي التي توضح انبثاق النتيجة عن السبب على الوجه الذي يسمح بإسناد الضرر إلى الفعل الضار، فعندما لا يكون هذا الرابط مؤكداً، فلا مجال لجبر الضرر المدعى به في الأصل، على نحو ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 11 أكتوبر 1988 بمناسبة فصلها في دعوى رفعها أحد المرضى في مواجهة الطبيب المعالج جراء إصابته بالصمم على أثر لجوئه لهذا الأخير بغرض علاجه من مرض التهاب السحايا (une méningite)، وحيث تعذر التحقق مما إذا كان الضرر الواقع على المريض ضرراً مستقلاً عن فعل الطبيب وعن الحالة الصحية السابقة، أم أنه يشكل ضرراً تبعياً بحسب ادعاء المضرور الذي تمسك باحتمال كون هذا الضرر ناجماً عن تفاقم المرض الأصلي نتيجة عدم تحقق الشفاء، فقد قررت المحكمة أن عدم الإحاطة بحقيقة الصفة الأصلية أو التبعية لعلّة الصمم لا تسمح بالتأكيد على وجود رابطة سببية بين فعل الطبيب الضار وبين الضرر الذي لحق بالضحية⁽¹⁾.

وقد ظلّ القضاء الفرنسي لوقت طويل أمينا على تطبيق المبادئ العامة في المسؤولية المدنية بخصوص استلزام توافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق المريض، ورفضه دعاوى التعويض عندما يعجز هذا الأخير عن إقامة الدليل على أن الضرر الذي وقع له نتيجة مباشرة للخطأ الذي سببه الطبيب.

غير أنه حادّ عن هذا الموقف إلى إمكانية افتراض رابطة سببية بين الفعل الضار من جهة وبين الضرر المدعى به من جهة أخرى، حيث يمكن للقاضي أخذ بعين الاعتبار جسامة واستثنائية النتائج الحاصلة بمناسبة العمل أو على إثره أن يستخلص خطأ الممارس، دون أن يكون من الضروري أن يثبت أن الضرر ناجم مباشرة وبصفة مؤكدة عن

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية....، مرجع سابق، ص 140

الخطأ، وإنّما بمقتضى قرائن أو افتراضات قوية ودقيقة ومتوافقة وهو ما اصطلح عليه بالخطأ المفترض. إذ أنّ أهمية الضرر لمساسه بسلامة المريض الصحية والجسدية، وصعوبة إثباته، شكلت دافعا قويا للاجتهاد القضائي نحو ابتكار قواعد جديدة قائمة على افتراض الخطأ في الأحوال التي يتطلب فيها القانون وجود الخطأ، وبالتالي افتراض قيام رابطة سببية بين الخطأ المفترض وبين الضرر الثابت، أو الاكتفاء بافتراض رابطة سببية بين الفعل الضار وبين الضرر طالما أنّ هذا الأخير قد نجم أثناء التدخل الطبي أو بالتزامن معه، في الأحوال التي لا يتطلب فيها القانون الخطأ سواء كان ثابتا أو مفترضا لقيام المسؤولية. وتقنية افتراض العلاقة السببية وتقنية افتراض الخطأ، لا تختلفان كثيرا، حيث أنّ الخطأ المفترض في معظم الحالات يفترض ليس فقط الخطأ وإنّما أيضا العلاقة السببية⁽¹⁾.

فإقرار الالتزام بالسلامة في جل الحالات على أنه التزام بتحقيق نتيجة، فإنه بمجرد وقوع الضرر يُفترض الإخلال بالالتزام بضمان السلامة (أولا)، وأن فرضية وجود علاقة سببية بين الضرر والإخلال بالالتزام بالسلامة لا يمكن نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي (ثانيا).

أولا-افتراض خرق الالتزام بضمان السلامة بمجرد المساس بسلامة المريض

تقنية افتراض العلاقة السببية وتقنية افتراض الخطأ، لا تختلفان كثيرا، حيث أنّ في تقنية الخطأ المفترض في معظم الحالات لا يُفترض فقط الخطأ وإنّما أيضا العلاقة السببية فهناك علاقة حقيقية بين هاتين التقنيتين، ففي قضية نسيان ضمادة أثناء التدخل الجراحي أدى إلى استئصال الرحم، محكمة النقض أكدت على قرار قاضي الموضوع الذي أقام مسؤولية كاملة على عاتق الجراح استنادا إلى الخبرة، في 23 جانفي 1972 التي جاء في

1 - بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية...، مرجع سابق، ص 140.

قرارها: «...أنه من البديهي أن هذا الجسم الأجنبي هو السبب الأصلي لاستئصال الرحم...»، حيث أن القاضي في هذه القضية أسس قراره على وقائع احتمالية⁽¹⁾. وفي قضية أخرى، قام جراح بعملية جراحية على مريضة، وأثناء العملية نسي في بطنها ضمادة، وهذه الأخيرة تم نزعها من طرف جراح آخر إثر تدخل جراحي جديد، بسبب إصابة المريضة بعدوى الرحم خطيرة، ثم توفيت المريضة على إثر مضاعفات (Cardio-rénales).

حكمت محكمة استئناف باريس في 5 مارس 1957 على الجراح الأول على أساس نسيان الضمادة هو السبب في الوفاة، بالرغم أن تقرير الخبرة توصل إلى غياب العلاقة السببية بين نسيان الضمادة وبين وفاة المريضة، وأن هذه المضاعفات هي التي أدت إلى وفاة المريضة، وليس نسيان الضمادة، لكن محكمة النقض قدرت أن بقاء الضمادة خلال يومين داخل بطن المريضة المصابة بالعدوى، يُعتبر سبب لحدوث الالتهاب، الذي تفاقم وسبب في ظهور العدوى التي نتجت عنه الوفاة، فنسيان الضمادة حتى وإن أثرت بشكل ثانوي دون شك، وبصفة محددة، وأن العلاقة السببية مشكوك فيها، ولكن القاضي حكم على الجراح بالتعويض لحق عائلة المتوفاة⁽²⁾.

ففي هذه الحالة تقوم القرينة على مسؤولية الطبيب، ويُعفى المريض من عبء الإثبات، هنا تظهر أهمية طبيعة الالتزام الذي يقع على الطبيب، لأنه في حالة قيام فرضية أن الضرر الناتج ليس نتيجة الخطأ أو نتيجة أسباب واضحة، تتبين أهمية اعتبار الالتزام بالسلامة التزام بتحقيق نتيجة، فيتخلص بذلك المريض من عبء الإثبات، فما على المريض إلا إثبات وجود مساس بسلامته، ويثبت أن الضرر الحاصل مستقل عن المرض الأصلي

1 - MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, op.cit , pp 120 .

2- Ibid, pp120-121.

لكن قد يواجه المريض صعوبات في إثبات ذلك، لأنه من الصعب إثبات استقلالية الضرر أكثر من إثبات الخطأ الطبي في حد ذاته، فإسناد ذلك للمريض يتقل كاهله. في حين أن تأسيس التزام بضمان السلامة وجعله التزام بتحقيق نتيجة، هدفه الأساسي هو أن يتحصل المريض على تعويض بثبوت الضرر، على هذا تم افتراض هذه العلاقة السببية بين الإخلال بالالتزام بالسلامة والضرر الحاصل. فمخاطر عبء الإثبات تنتقل إلى الطبيب وليس إلى المريض المضروب، يعني أن المريض المصاب بالعدوى أو التعفن، أو أي علة جديدة مستقلة عن المرض الأصلي لا يلزم بإثبات أن الضرر كان نتيجة الإخلال بالالتزام بالسلامة، فالعلاقة بين الضرر والإخلال بهذا الالتزام ثابتة بمجرد حصول الضرر أثناء التدخل الطبي⁽¹⁾.

إذ أحيانا القضاة يفترضون العلاقة السببية عن طريق منطق مستخلص من الإهمال ففي قرار لمحكمة استئناف باريس الصادر في 20 مارس 1989، حيث قررت أن الأزمة القلبية التي تعرض لها المريض تنسب إلى النقص في الأجهزة التي وضعت تحت تصرف الطبيب من قبل المستشفى، إذ لو وُضعت تحت يده كل الأدوات والأجهزة اللازمة، من الممكن أن يتفادى وقوع هذا الحادث⁽²⁾.

فبعض المؤلفين يعتبرون ويسمون تقنية افتراض العلاقة السببية التي تفترض أيضا الخطأ بـ "نظرية السببية البديلة" (Théorie de la causalité alternative)، وذلك في قرار صادر من محكمة استئناف باريس، في 7 أبريل 1994، التي قامت بمسائلة ممرضة على اثر تعفن (Abcès) بعد الحقنة المقدمة إلى المريضة، حيث محكمة الاستئناف قبلت طلب الضحية على أساس أن التعفن كان أما بسبب عدم تعقيم الحقنة، أو عدم تطهير الجسم مكان الحقنة، حيث ابتداء من لحظة وقوع الضرر، بسبب أحد هذه العوامل أو الفرضيات التي

1- جريوة منيرة، الالتزامات الحديثة للطبيب في العمل الطبي، مرجع سابق، ص ص235-236.

2- MANSART (Beatrice), La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, op.cit, p..122

تعتبر كلها مخطئة، فبالتالي لا يهم تحديد السبب بالضبط، المهم أن هذه الأسباب نتيجة إهمال أو خطأ⁽¹⁾، وهو ما سارت عليه محكمة استئناف " Aix-en-Provence " في 8 نوفمبر 2004 بافتراض العلاقة السببية بين عملية نقل الدم والعدوى التي حدثت⁽²⁾. ونفس الشيء قرره محكمة النقض الفرنسية في 26 ماي 2011 بإقرارها العلاقة السببية بين العدوى والعلاج المتخذ عن طريق افتراضها⁽³⁾. ولا يمكن نفي هذه الفرضية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ثانيا: وسائل دفع المسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة

باعتبار الالتزام بالسلامة التزام سلبي وهو عدم المساس بسلامة الشخص، يمكن للطبيب الدفاع عن نفسه بإثبات أنه لم يكن هناك أي مساس بسلامة المريض، وأن الضرر ناتج عن تعقد حالته المرضية الأصلية واستعداداته الصحية، ولا علاقة له بالعلاج المقدم⁽⁴⁾ غير أن في حالة إثبات وقوع الضرر ففي حالة العدوى مثلا، يمكن للطبيب أن يثبت أن المريض كان حاملا للجراثيم المعدي قبل دخوله المستشفى، ولم ينتقل إليه أثناء تقديم العلاج، لأن من شروط اعتبار المساس بسلامة المريض في مجال عدوى المستشفيات، أن تظهر العدوى خلال أو عقب الإقامة في المستشفى، وهذا الإثبات من الناحية العملية، قرينة صعبة الإثبات، لأنه يفرض التعرف على حقيقة سبب الضرر الناتج للمريض⁽⁵⁾. وكما يمكن للطبيب إثبات دوره السلبي في حصول الضرر الذي كان ناتجا عن سبب أجنبي.

1- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, op.cit, p 123.

2 - CA d'Aix-en-Provence, du 8 novembre 2004, 00/21350, In : www.legifrance.gouv.com

3 -« ...ALORS qu'en matière d'infection nosocomiale, la preuve du lien de causalité entre l'infection et les soins peut être rapportée par des présomptions... », Cass. Civ., Cha civ. 1, 26 mai 2011, 10-17.446 In : www.legifrance.gouv.com

4- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, op.cit, p394.

5-GROMB, Parneix (P.), Gachie (J-P.), Labadie (J-C.), **La Responsabilité médicale : Les nouvelles obligations en matière d'information sur le risque infectieux**, Médecine et maladies infectieuses, Elsevier, N°34, Bordeaux, Paris, 2004, p 124.

الالتزام بضمان السلامة الواقع على الطبيب هو بتحقيق نتيجة، فبالتالي نفترض مسؤوليته متى وقع الضرر بالمساس بسلامة مريضه. لكن هذا الالتزام لا يعني الضمان المطلق، إذ يجب أن يرضخ هذا الالتزام أمام دليل وجود سبب أجنبي، إذ ثمة وسائل قانونية يُمكن للطبيب أن يدفع بها المسؤولية عنه عند المساس بسلامة المريض. وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 10 أبريل 2013 حيث قررت أن "يقع على المؤسسة الصحية والطبيب التزام بالسلامة بالنتيجة اتجاه المريض، التي لا يمكن دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي، تطبيقاً لنص المادة L. 1142-1 من قانون الصحة العامة..."⁽¹⁾.

فالسبب الأجنبي طبقاً لنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: *«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا بد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك»*، كما تنص المادة 2/138 من نفس القانون على *«يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة»*.

والسبب الأجنبي يعرف بأنه كل أمر لا يد فيه للطبيب أن يكون هو السبب في إحداث الضرر ويترتب عليه انتفاء مسؤوليته كلها أو بعضها⁽²⁾، وهذا السبب الأجنبي الذي لا بد من إثباته في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة، قد يكون قوة قاهرة أو خطأ الغير أو فعل المضرور نفسه، التي يجب أن تتكيف هذه الأسباب مع خصوصية هذا الالتزام.

1 - «... l'établissement de soin et le médecin étaient, l'un et l'autre, tenus à l'égard du patient victime d'une infection nosocomiale d'une obligation de sécurité de résultat dont ils ne pouvaient de se libérer que par la preuve d'une cause étrangère...». Cass, civ, Ch 1, du 10 avril 2013, In : www.legifrance.gouv.fr

2- MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, op.cit, p385.

1- القوة القاهرة

لما حدد مجال الالتزام بالسلامة، تم تحديد معه الأضرار التي ينبغي تحملها سواء غير متوقعة استثنائية أو أصلا غير معروفة، لكن هذا ينطبق فقط في الوقت الذي لا يمكن للطبيب إثبات أن القوة القاهرة هي السبب في حدوث هذا الضرر⁽¹⁾.

تُعد القوة القاهرة سببا للإعفاء من المسؤولية أيا كانت طبيعتها، إذ تهدم العلاقة السببية بين الفعل الضار وبين الضرر، وهذا السبب يُعد من أكثرها تأثيرا على بقاء عناصر المسؤولية إذا ما توفرت خصائصها الذاتية. ويرجع هذا التأثير الشامل للقوة القاهرة إلى كونها دائما ذات طبيعة خارجية عن النشاط المحدث للضرر، فضلا عن كونها تحدث بصورة مفاجئة أي غير متوقعة ومن ثم لا يتسنى التصدي لها في كافة الأحوال⁽²⁾.

ويقصد بالقوة القاهرة كل فعل أجنبي لا يد للإنسان فيه كالحوادث الطبيعية والحروب إلى غير ذلك من المسائل غير المتوقعة⁽³⁾.

وفي سبيل تحديد هذا المفهوم يرى الفقيه "شابس" Chapus بأن القوة القاهرة هي «ذلك الحدث القائم على ثلاث خصائص رئيسية خارج عن إرادة المدعى، وغير متوقع الحدث ولا يمكن مقاومته. وأبرز مثال له الأحداث الطبيعية». ويعتبرها الفقيه Latournerie بأنها قوة تتجاوز الإرادة الإنسانية، كما لو توفي المريض على إثر رعد مفاجئ أو هزة أرضية⁽⁴⁾.

1- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, op.cit, p396.

2- محمد أحمد عبد النعيم عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1995، ص 257.

3- العرعاري عبد القادر، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، 2011، ص 120.

4- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, op.cit, p397.

إذا القوة القاهرة هي حدث خارجي عن إرادة الشخص وخارج عن نطاقه وأجنبي عن الشيء الذي يستعمله، التي لا يمكن توقعها وفقا لمنطق الأمور المعتادة، فالحدث الذي يمكن توقعه حتى لو استحال دفعه لا يُعد من قبيل القوة القاهرة، مهما بلغت درجة جسامته وتؤدي صفة عدم التوقع - غالبا - إلى المسؤولية.

في الواقع، القول إن الحادث غير متوقع يعني أنه لا يمكن توقع حدوثه مرة أخرى، إذ قد يقع الحادث في الماضي ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم هناك سبب خاص لتوقع حدوثه، فلو نأخذ مثلا التخدير، فنعلم أن كل طبيب تخدير يعلم أن تنويم المريض بمخدر يكون هناك خطر عدم استيقاظه، فحادث التخدير إذا في الحقيقة متوقع، ومع ذلك يعتبر الحادث قوة القاهرة⁽¹⁾.

وكما أن القوة القاهرة لا يمكن مقاومتها أو دفعها، أي أنها تخرج عن إمكانيات الإرادة البشرية⁽²⁾، فالضرر لا يمكن تقاذه، من شأنه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى الطبيب وحده بل استحالة بالنسبة إلى أي طبيب يكون في نفس الظروف⁽³⁾.

من هذا، يستطيع المدين بالالتزام بالسلامة إذا ما أثبت أن القوة القاهرة هي السبب الوحيد في وقوع ضرر المساس بالسلامة، أن يتخلص من المسؤولية، فإذا ما أثبت الطبيب أن القوة القاهرة هي السبب الوحيد فيما وقع من ضرر. فانه يستطيع بذلك التخلص من المسؤولية⁽⁴⁾.

1- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, op.cit, p397.

2- محمد أحمد عبد النعيم عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري ، مرجع سابق، ص 259; 260.

3- MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, op.cit, p397.

4- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 259.

إذا القوة القاهرة هي حدث أو واقعة مستقلة عن دائرة نشاط الفرد أو مصدر الفعل الضار من شأنها أن تؤدي إلى انتفاء رابطة السببية بسبب عدم إمكانية توقعها أو دفعها ومن ثم يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية.

لكن ماذا عن الحادث المفاجئ؟ بمعنى هل الحادث المفاجئ يترتب ذات الأثر الإعفائي الشامل للقوة القاهرة في مجال المسؤولية؟

فهنا يختلف حسب أساس قيام المسؤولية، ففي مجال المسؤولية على أساس الخطأ الفقه المدني اعترف بالدور الإعفائي للحادث الفجائي في هذا المجال، إلا أن الأمر ليس مطلقاً. فالفقه يفرق في هذا الصدد بين الخطأ الواجب الإثبات والخطأ المفترض. ويرفض ترتيب ذات الأثر بالنسبة للخطأ المفترض، وقد فسر العميد "دوز" Deuz هذا الأمر بقوله: «لا يمكن من الناحية المنطقية أن يترتب الحادث الفجائي مسؤولية مرتكب الضرر في مجال المسؤولية القائمة على الخطأ واجب الإثبات، أما في مجال الخطأ المفترض فلا يمكن أن يؤدي الحادث الفجائي ذات الدور باعتبار أن مرتكب الفعل يمكنه أن يتخلص من هذه المسؤولية بإثبات انعدام أو عدم تحقق الخطأ»⁽¹⁾.

أما في مجال المسؤولية دون خطأ؛ أي التي تقوم على أساس المخاطر، فتعد التفرقة بين الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ذات أثر واضح بالنسبة لمسؤولية المخاطر. ففي حالة القوة القاهرة نجد أن السبب الأول في إحداث الضرر قوة خارجية ومن ثم فإن رابطة السببية لا يمكن أن تقوم وبالتالي تنتفي المسؤولية في هذه الحالة، أما بالنسبة للحادث المفاجئ فإن الرابطة السببية تتوافر من حيث الظاهر بين الفعل الضار والضرر، ولا يمكن للشخص أن يتخلص من المسؤولية في هذه الحالة باعتبار أن سبب الضرر غير معلوم⁽²⁾.

1- محمد عبد النعيم عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص 267.

2- مرجع نفسه، ص 268؛ 269.

وهذا منطقي، فالحادث المفاجئ يؤدي دوره في مجال الخطأ وليس في مجال العلاقة السببية، بخلاف القوة القاهرة التي تؤدي إلى انهيار هذه العلاقة باعتبارها حدثاً خارجياً معلوم السبب.

وانتهى الفقيه "تيري" Thery إلى ترجيح انعدام الأثر الإعفائي للحادث الفجائي في مجال مسؤولية المخاطر، استناداً إلى انفراده بطابع داخلي ليس من شأنه هدم علاقة السببية، بينما القوة القاهرة التي تتفرد بطابع خارجي من شأنه إحداث هذا الأثر ومن ثم الإعفاء من المسؤولية⁽¹⁾.

2- خطأ المضرور

يقوم الافتراض العادي في المسؤولية على أن المضرور هو غير الشخص المتسبب في الضرر، ولكنه قد يحدث أن يكون المتضرر والمخطئ شخصاً واحداً، وذلك بأن يرتكب الشخص خطأ يؤدي إلى الأضرار به شخصياً، فهنا لا يقع التزام شخص بتعويض شخص آخر، وإنما يكون على الشخص الذي أصابه الضرر أن يتحملة وحده دون أن يستطيع الرجوع على غيره بالتعويض⁽²⁾. لذلك فقد نصت المادة 127 ق.م.ج على خطأ المضرور كسبب من الأسباب الأجنبية المعفية من المسؤولية التي جاء نصها كما يلي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ بسبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك."، يتضح من هذا النص للشخص المنسوب إليه الضرر أن يتخلص من المسؤولية إذا ما اثبت صدور فعل خاطئ من المضرور. إلا أن المادة

1- محمد عبد النعيم عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، مرجع سابق، ص 267-270.

2- مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني...، مرجع سابق، ص 371.

2/138 ق.م.ج تنص على مجرد الفعل، إذ جاء فيها على: "ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء، إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه، مثل عمل الضحية، أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة." هذا يعني أن عمل الضحية هنا قد يكون عمل خاطئ وقد يكون غير خاطئ. غير أنه يمكن أن نقول أن نص المشرع الجزائري على عمل المضرور في المادة 138 كسبب أجنبي معفي من المسؤولية إذا كان غير متوقع⁽¹⁾. فإذا كان فعل المضرور هو السبب الوحيد للضرر نظرا لعدم إمكان توقعه بالنسبة للمدعى عليه كالقوة القاهرة، فإن هذا الأخير يعفى من المسؤولية. وفي المجال الطبي إذا وقع الضرر بفعل المريض المضرور، فقد خرجنا في هذه الحالة عن نطاق مسؤولية الطبيب إذ لا يوجد أمانا مسؤول أجنبي، فالمضرور هو الذي ألحق بنفسه الضرر وكان هذا بفعله⁽²⁾. كما أن هذه الحالة مثل الصورة السابقة للسبب الأجنبي (القوة القاهرة)، يجب أن تتوافر فيه صفة القوة القاهرة وهي عدم إمكانية التوقع لكي يعفى من المسؤولية نتيجة خطأ المضرور⁽³⁾.

إذا ثبت الطبيب أن الضرر الذي أصاب المريض وقع بخطأ هذا الأخير، وأن هذا الخطأ هو السبب الوحيد في وقوع الضرر فإن خطأ المضرور في هذه الحالة يُعد سببا أجنبيا ينفي علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق بالمريض، فيُعد فيها خطأ المريض في حكم السبب الأجنبي الذي يقطع الرابطة السببية ويؤدي إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية، أن يكون فشل العلاج راجعا إلى خطأ المريض وحده، كتناوله أشياء منعها عنه الطبيب بصفة صريحة وقاطعة مُوضحا له نتائجها، وكذلك الحال لو امتنع المريض عن

1- راجع تفاصيل هذه النقطة، تلمساني عفاف، خطأ المضرور واثره في المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013-2014، ص 31.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، 266 و 267.

3- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 23.

تتناول الدواء حسب تعليمات الطبيب، أو كذب عليه وضلله بأن يذكر له خلاف الحقيقة أنه لم يسبق له أن تعاطى أدوية معينة، مما يؤدي إلى وقوع الطبيب في خطأ التشخيص ثم في وصف العلاج، ففي مثل هذه الحالات يكون سبب الضرر هو خطأ المريض الذي يقطع العلاقة السببية بين ما نُسب إلى الطبيب والضرر الحاصل وبالتالي لا تقوم مسؤولية الطبيب⁽¹⁾.

فيقع على المريض الالتزام بالسهر على سلامته الشخصية، بالإضافة إلى الالتزام بالسلامة التي تقع على الطبيب، فهذان الالتزامان المتقابلان على عاتق الطبيب وعلى عاتق المريض يؤديان إلى نتيجة واحدة وهي ضمان سلامة المريض⁽²⁾. فمثلاً إذا كان المريض مصاباً بداء السكري، ووصف له الطبيب دواء خاصاً ونظاماً غذائياً معيناً. عدم احترام المريض للوصفة الطبية المحددة من قبل الطبيب ولم يراع نظامه الغذائي، ففي هذه الحالة لا يجوز مساءلة الطبيب عن الضرر الذي يصيب المريض إذا كان هذا الأخير يستطيع أن يتجنب حدوث الضرر بقليل من الحرص والحذر ليضمن سلامته.

وإذا كان السبب يشترك مع فعل الطبيب في إحداث الضرر، فإعفاؤه من المسؤولية قد يكون جزئياً. فيعتبر فعل المضرور سواء كان خاطئاً أم لا، سبباً من أسباب إعفاء الطبيب من المسؤولية إذا كانت السبب المباشر والوحيد للضرر. وأيضاً في حالة ما إذا كان فعل المضرور غير متوقع ومستحيلاً دفعه بالنسبة للمدعى عليه قوة قاهرة. في هذا المعنى يجب استبعاد مسؤولية الطبيب في حالة جلوس المريض بشكل غير ملائم ثم سقط، فهذه الحركة بالنسبة للطبيب غير متوقعة وبالتالي تعتبر سبباً أجنبياً. أيضاً المريض البالغ الذي يقوم بحركة أثناء إجراء فحص من قبل الطبيب وأدى إلى جرح هذا الأخير، ومن ناحية أخرى في حالة ما إذا

1- مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني...، مرجع سابق، ص 373-374.

2- تلمساني عفاف، خطأ المضرور وأثره في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 17.

كان المريض المضرور سبب الضرر جزئياً، فيمكن نفي مسؤولية الطبيب جزئياً⁽¹⁾، والشروط التي يلزم توافرها في فعل المضرور والتي تبرر إعفاء المدعى عليه جزئياً من المسؤولية هي:

الشرط الأول: أن يكون المضرور قد تسبب بفعله في حدوث الضرر

فالفعل الذي يصدر من المضرور دون أن يكون متصلاً بالضرر بعلاقة سببية لا يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار حتى ولو كان فعلاً خاطئاً، وبعبارة أخرى فإنّه إذا لم يكن لفعل المضرور أي دور في وقوع الحادث، فإنه لا يكون له أي تأثير على مسؤولية المدعى عليه غير أنّه يمكن أن يترتب على خطأ المضرور إعفاء الطبيب جزئياً من المسؤولية حتى ولو لم تكن لهذا الخطأ علاقة سببية مع فعل الطبيب مصدر الضرر إذا كان هذا الخطأ قد ساهم في زيادة الضرر الجسدي الذي لحق بالمريض⁽²⁾.

فمثلاً في هذه الحالة فإن المريضة لم تبلغ الطبيب الأشعة عن أنها تعاني من مرض في فقرات عمودها الفقري، فالآلام الحادة التي أصيبت بها هذه المريضة نتيجة هذه الأشعة لا يمكن اعتبارها بأنها إخلال الطبيب بالتزامه بسلامة مريضه، خاصة أن هذه الحالة لا يمكن للطبيب اكتشافها بالعين المجردة. فهنا الطبيب غير مسؤول عن الأضرار التي حدثت للمريضة. لأن الفكرة العقد الطبي عقد ملزم للجانبين، فالمريض له التزام بإبلاغ وتقديم كل معلومات خاصة بحالته للطبيب لمساعدته في التشخيص. فيجب إعلام الطبيب بكل ما يعاني منه.

فالمريض هنا، له دور فعال في الحفاظ على سلامته الصحية، ففي حالة عدم اكتشافه لحالته، يجب مساءلته وذلك بعدم تعويضه سواء جزئياً أو كلياً، وهذا رأي الدكتور

1- MANSART (Beatrice), La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, op.cit, p 401.

2- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 269 و270.

D.THOUVENIN الذي يرى ضرورة منع التعويض كلياً أو جزئياً، لما يتأخر المضرور عن موعد العلاج، فقد أهمل موعد تشخيص حالته للحصول على علاج قد يتفادى تفاقم حالته الصحية، فبالتالي ارتكابه خطأ الإهمال، فهذا ينفي مسؤولية المستشفى أو الطبيب الذي يعالجه⁽¹⁾.

- الشرط الثاني: ألا يكون فعل المضرور نتيجة لخطأ المدعى عليه (الطبيب أو المستشفى)

فإذا كان فعل المضرور نتيجة لخطأ المدعى عليه، لاستغراق خطأ هذا الأخير فعل المضرور وجب تحميل المسؤولية كاملة للمدعى عليه في هذه الحالة، فإذا تحقق أن ما وقع من المدعى عليه (الطبيب) خطأ ومن المضرور وجب أن نعرف إلى أي حد يؤثر خطأ المضرور في المسؤولية التي نجمت عن خطأ المدعى عليه.

وهنا، يجب أن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر أو بقيا كلا من الخطأين مستقلان عن الخطأ الآخر فيتكون منهما خطأ مشترك.

واستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر حالتان:

- الحالة الأولى-أحد الخطأين يفوق كثيرا في جسامته الخطأ الآخر: مهما كان أحد الخطأين يفوق جسامته الخطأ الآخر فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر لم يكن للخطأ المستغرق أي أثر، فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذي استغرق خطأ المضرور كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة، لا

1 -MANSART (Beatrice), *La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient*, op.cit, p 403- 404.

يخفف منها خطأ المضرور، أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه فان مسؤولية المدعى عليه تنعدم لانعدام رابطة السببية⁽¹⁾.

_ الحالة الثانية- أحد الخطأين هو نتيجة للخطأ الآخر: إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذي أحدث الضرر وتكون مسؤولية المدعى عليه مسؤولية كاملة وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه وكان ذلك بناء على استشارة خاطئة من الطبيب، فان خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض، إذ الخطأ الثاني ليس إلا نتيجة للخطأ الأول فيكون الطبيب مسؤولاً عن التعويض كاملاً، لأن الخطأ الثاني هو نتيجة الخطأ الأول.

- فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر بل بقي متميزين كل منهما في إحداث الضرر كان للضرر سببان: خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور وهذا ما يسمى بـ "الخطأ المشترك"، والأصل أن كلا الخطأين يعتبران سببا في إحداث الضرر إذ لولاه لما وقع هذا الضرر، ولما كان كلا من المدعى عليه والمضرور مسؤولاً بقدر ما أحدثه من ضرر وكان خطأ كل منهما سببا لوقوع الضرر كله كما قدمنا، فان المسؤولية تكون بالتساوي بينهما ويكون المدعى عليه مسؤولاً عن جزء الضرر ويتحمل المضرور الجزء الآخر، فلا يرجع على المدعى عليه بجزء الضرر⁽²⁾.

وحسب الفقيه Hoquet Berg إذا كان الطبيب والمضرور مسئولان على الضرر بسبب خطأيهما، فإصلاح هذا الضرر يجب أن يخفف بالنصف للمريض، ومع ذلك المسؤولية تكون مشتركة حسب درجة الاشتراك في السببية ودرجة الخطأ. هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية عام 1996 لما اعتبرت أن العيادة مسئولة بنسبة 75% لعدم وجود

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص470.

2- مرجع نفسه، ص473.

ممرضين كافيين للتدخل في الوقت المناسب لمساعدة المريضة، وتمّ مساءلة المريضة بنسبة 25% لتحقيق ضررها لرفضها تركيب جهاز مخصص للحد من المخاطر التي قد تحدث والتي تم إعلامها بها⁽¹⁾.

الشرط الثالث: يجب أن يكون المضرور شخصا مميزا

تنص المادة 125 ق.م.ج على: «لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهماله منه أو عدم الحيطة إلا إذا كان مميزا». يتضح من خلال هذا النص أنه إذا تسبب عديم التمييز بضرر بفعله أو امتناعه أو بإهماله منه أو عدم حيطة، فإنه لا يسأل بتعويض هذا الضرر، كما يتضح أن هذا النص يتناول الفرض الذي يكون فيه عديم التمييز هو المسؤول عن الضرر الذي حدث له أي تضرر من فعله. فمن المنطق إذا كان عديم التمييز لا يسأل اتجاه الغير فمن باب أولى أن لا يسأل اتجاه نفسه⁽²⁾. ومع ذلك فإن الفعل الضار الذي يقوم به عديم التمييز بتناول جرعات كبيرة من الدواء مثلا من الدواء يمكن أن يستبعد مسؤولية الطبيب باعتباره حادثا فجائيا إذا كان غير ممكن التوقع ولا الدفع⁽³⁾.

3- خطأ الغير (غير الخاضعين لرقابة الطبيب أو التابعين له)

يستطيع المدين بالالتزام بضمان السلامة أن يتخلص من مسؤوليته عن الحادث المسبب للضرر إذا أثبت أن السبب في الضرر الذي وقع للضحية يرجع إلى فعل الغير أو خطئه، ويشترط في ذلك أن يكون فعل الغير غير ممكن الدفع ويستحيل دفعه بمعنى يجب توافر مقومات القوة القاهرة⁽⁴⁾.

1- MANSART (Beatric), La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, op.cit, p 407.

2- تلمساني عفاف، خطأ المضرور وأثره في المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 28.

3- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة مرجع سابق، ص 474.

4- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص 23.

كما يشترط في خطأ الغير، فضلاً عن الصفتين المتقدمتين أن يكون هذا الفعل أو ذلك الخطأ هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، أما إذا كان فعل الغير ممكناً توقعه أو كان بإمكان المسؤول دفعه، ظلت المسؤولية عليه، كما تظل مسؤوليته منعقدة إذا اقترن فعل الغير بخطأ المسؤول⁽¹⁾.

ويقصد بالغير الذي تتقي بفعله مسؤولية المدعى عليه، ذلك الشخص أو الأشخاص غير الخاضعين لرقابة المدعى عليه أو التابعين له، فإذا كان الغير ممن تحت رقابة المدعى عليه أو تابع له، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في نفي مسؤولية المدعى عليه تجاه المضرور⁽²⁾.

سنكون في هذه الحالة بصدد مسؤولية الطبيب عن أفعال تابعيه وبالتالي لا يجوز له التنصل من مسؤوليته تجاه المضرور في هذه الحالة، سواء أكان هذا الغير من مساعدي الطبيب أو ممن اختارهم في مباشرة العلاج معه، وفي هذا الاتجاه قضى بمسؤولية الطبيب الذي يتحمل عبء اختيار طبيب التخدير يُعد خطأ في جانبه تتحقق به رابطة السببية الفعالة بينه وبين وفاة المريض⁽³⁾.

إذا يُثار فعل الغير في حالتين، إذا كان فعل الغير غير ممكن ويستحيل دفعه من قبل الطبيب، فهنا إذا نكون إما في حالة القوة القاهرة، وإما في حالة اشتراك فعل الغير مع فعل الطبيب في إحداث الضرر، ففي الحالة الأولى، يكون نفي مسؤولية الطبيب كلية، أما الحالة الثانية فتكون جزئية أي تكون مسؤولية مشتركة بين الغير والطبيب، ففي هذه الحالة إذا وقع خطأ من المدعى عليه (الطبيب)، واشترك في إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسؤولية المدعى عليه؟

1- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، مرجع سابق، ص24.

2 - مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني...، مرجع سابق، ص376.

3- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص319.

يشترط هنا أيضا كما اشترط في فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأ له شأن في إحداث الضرر، فإذا لم يكن فعل الغير خطأ، فليس له أثر في مسؤولية المدعى عليه وكان هذا وحده هو المسؤول وكانت مسؤوليته كاملة، ولا بد أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر؛ حيث إذا لم تكن علاقة لخطأ الغير بالضرر فلا يجوز للمدعى عليه أن يحتج به⁽¹⁾.

إذًا، في حالة ما إذا اشترك الخطأ الصادر عن الغير مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر الذي أصاب المريض، فهنا يجب أن نميز بين استغراق وعدم استغراق أحد الخطأين للآخر، لأن استغراق خطأ الطبيب لخطأ الغير لا يؤثر في مسؤولية الأول، ومن ثم تقع عليه المسؤولية كاملة، أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ الطبيب تنتفي مسؤولية الطبيب⁽²⁾. ويستغرق أحد الخطأين الآخر، إذا كان خطأ متعمدا أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر⁽³⁾.

أما في حالة عدم استغراق أحد الخطأين الآخر، نكون بصدد الخطأ المشترك ويتحمل كل منهما نتيجة خطئه، حيث يتم توزيع المسؤولية بينهما بالتساوي، وفقا لأحكام المادة 126 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾.

وقد يساهم في إحداث الضرر خطأ أول يُثبت في جانب المدعى عليه (الطبيب) وخطأ ثانٍ في جانب الغير، وخطأ ثالث من جانب المضرور (المريض)، ففي هذه الحالة يتحمل المضرور ثلث الضرر ويتحمل المدعى عليه والغير الثلثين الباقيين بالتضامن، فيرجع المضرور بتعويض هذا الثلثين على المدعى عليه والغير، ومن ثم يرجع دفع الثلثين على

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 475.

2- مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني ...، مرجع سابق، ص 377.

3- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 476.

4- راجع المادة 126 ق.م.ج.

المسؤول الآخر بالتلث، هذا إذا لم يقدر القاضي توزيع الضرر حسب جسامه الخطأ⁽¹⁾.

نقول إذًا، أنه في الواقع يجب منح الطبيب سُبلاً لدفع المسؤولية عنه بسهولة أكثر من أي مدين آخر بهذا الالتزام دون تفريغ الالتزام بالسلامة بكل فعاليتها، لأنه يجب المحافظة بشكل دائم على فكرة التسوية بين مصالح المرضى ومصالح الأطباء⁽²⁾.

فتحمل الأطباء تعويض الحوادث الطبية يجعل المضرورين يقومون ببعض التضحيات هذه التضحيات تكون بالتنازل عن أي تعويض في حالة ارتكاب خطأ من جانبه أو في حالة ما إذا كانت الأضرار التي أصيب بها ليست كلية أجنبية عن فعله.

من هنا يُستخلص فرضيتان يجب النظر فيهما:

_ **الفرضية الأولى:** حالة الإخلال بالالتزام بسلامة المريض بدون خطأ الطبيب، هذا الأخير يمكن إعفاؤه من المسؤولية كلياً في حالتين: حالة ما إذا أثبت حالة القوة القاهرة أو حالة خطأ المضرور.

- **أما الفرضية الثانية** هي حالة الإخلال بالالتزام بالسلامة بخطأ الطبيب، هنا تقوم مسؤولية الطبيب وفقاً للقواعد العامة، وفي حالة مشاركة خطأ المضرور فهنا كما وضعنا سابقاً تكون المسؤولية مشتركة⁽³⁾.

تظهر كل هذه الطرق دفع المسؤولية أن تنفيذ الالتزام بالسلامة بالنتيجة ينبغي أن يبقى مهماً كان، متأثراً بفكرة وجود الخطأ في المجال الطبي، في الواقع، لا يمكن استبعاد تماماً الخطأ والسببية التي لا تزال دائماً في ظل أي نظام المسؤولية، في هذا المعنى، أن الالتزام

1- أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة، مرجع سابق، ص 477.

2- MANSART (Beatrice), La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, op.cit, p 407.

3-Ibid, p 408.

بالسلامة لا يتعلق بالمسؤولية بدون خطأ بما أن كل هذه الإعفاءات تميل إلى إثبات أن الطبيب غير مخطئ⁽¹⁾.

يبقى بعد كل هذا، أن أمر التدقيق في رابطة السببية في نطاق مسؤولية الطبيب تكتنفه صعوبات، حيث أن تعدد الأسباب وتسلسل النتائج يزيد الأمر صعوبة، هذا فضلا عن غموض الجسم البشري واختلاف درجة تحمله من شخص لآخر، كما أن قوة الاحتمال لمضاعفات المرض يحيط بها الكثير من الأسرار التي ما تزال غامضة، إذ أن هناك بعض الأمراض كثيرا ما يقف أمامها الأطباء عاجزين بمضاعفاتها، بحيث لا يستطيعون أن يجدوا تفسيراً للمسببات والعوامل المؤثرة في سير المرض وتفاقمه⁽²⁾.

1- MANSART (Beatrice), La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient, op.cit, p409.

2- مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ المهني، مرجع سابق، ص379.

المبحث الثاني

آليات تغطية الأضرار الماسة بضمان السلامة

لم تعد المسؤولية المدنية المرتكزة على فكرة الخطأ كأساس وحيد للمسؤولية كافية بذاتها، فظهرت إلى جانبها مصادر متعددة للالتزام بالتعويض، حيث باتت المسؤولية الاجتماعية تتربع على عرش قانون المسؤولية في إغراق عجز المسؤولية الفردية عن توفير حماية فعالة للمضرورين، وفي سبيل تحقيق ما رمت إليه آمال البشرية وتطلباتها في تحقيق أقصى قدر من ضمان السلامة الجسدية للأشخاص، من خلال توجيهات فكرية تبلورت مشكلة فقه المسؤولية الموضوعية، القائمة على الموازنة بين حرية الفرد، حيث لا يلزم بتعويض الضرر إلا إذا كان ناشئاً عن خطئه، وحق الفرد في ضمان سلامته الجسدية، ومن ثم وجوب حصوله على تعويض عن ما يهدد تلك السلامة.

ولما كانت السلامة الصحية والجسدية للإنسان كمعطى اجتماعي فطري قد باتت مهددة بالمخاطر الرهيبة للعصر الحديث مما استدعى التوسع في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية في شتى الصور سواء من خلال التشريعات الخاصة أو من خلال جهود القضاء، التي أفرزت نظاماً جديدةً من شأنها ضمان حصول المضرور على تعويض نتيجة المساس بسلامته الجسدية دون أن يحول انعدام الخطأ أو إغراق المسؤول لاسيما في ظل عجز الفرد عن تحمل الأضرار بمفرده.

ولقد أصرَّ الأستاذ "سافتي" Savatier على فكرة الأنظمة الجماعية للتعويض على أثر رصده للنتائج التي أسفر عنها تعاظم الاتجاه القانوني نحو الأخذ بالمسؤولية الموضوعية وهي نظم قانونية أدت إلى تعدد مصادر الالتزام بالتعويض، فلم تعد قاصرة على المسؤولية الفردية القائمة على فكرة الخطأ، وإنما ظهرت إلى جانبها المسؤولية القائمة على تحمل التبعة والتأمين مشيراً إلى قيام الأنظمة الجماعية للتعويض والتزامها إلى جانب المسؤول، بعد أن

عجزت المسؤولية الفردية عن توفير الحماية للمضرور في عصر الآلة، كما أشار إلى مشكلة الإسناد في المسؤولية الخطئية نتيجة للتشابك الاقتصادي والصناعي ومن ثم شيوع الخطأ بين العديد ممن شاركوا في النشاط الذي أحدث الضرر، وقد دلّ على ذلك بعملية نقل الدم من غير فصيلة دم المصاب، فقد يكون ذلك راجعاً إلى خطأ في نقل الدم، أو من طبيب تحاليل الدم أو من بنك الدم.

ولم تقتصر أسباب التحول من المسؤولية الفردية إلى المسؤولية الاجتماعية على صعوبات الإثبات أو الإسناد، وإنما إلى عدم تناسب جسامه الأضرار المستحدثة مع الأخطاء المرتكبة، إذ أنّ خطأ يسيرا قد يسبب أضرار بالغة الجسامه يصعب جبرها بواسطة التعويضات الفردية، كل هذه التحولات الاقتصادية والاجتماعية انعكست على قانون المسؤولية الفردية وتحولت نحو اجتماعية المسؤولية، إذ تقوم على تحقيق تعويض عادل ومناسب لما يُصيب الفرد من أضرار دون اشتراط توافر الخطأ من جهة، وعدم التقيد بذمة واحدة للتعويض من جهة أخرى⁽¹⁾.

وقد أفرزت هذه التحولات تغير النظرة للفرد حتى أصبح الاهتمام بحماية سلامته محور اهتمامات المسؤولية المدنية بإعلاء فكرة سلامة الإنسان كأسمى غايات المسؤولية وذلك من خلال ضمان تعويض الأضرار التي تمثل مساساً بهذا الحق، وقد اعتبر الفقيه "سافيتي" Savatier أن ظهور الذمة الجماعية التي باتت تمثل المجتمع في التزامه بالتعويض منهى إلى تعبير صريح عن إفلاس الأفكار التقليدية التي تقوم على إسناد المسؤولية إلى فرد بعينه⁽²⁾.

1- بكوش أمال ، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية...، مرجع سابق، ص 213 - 216.

2- مرجع نفسه، ص 217.

وقد تجلت هذه الأنظمة⁽¹⁾ في تحقيق اجتماعية المسؤولية إلى وسيلتين رئيسيتين: أولهما هو نظام التأمين من المسؤولية التي تعتبر آلية غير مباشرة تقوم بتدعيم المسؤولية الفردية من خلال تأكيد الحصول على تعويض ما لحقه من أضرار وتجنبه خطر إعاقة المسؤول (**المطلب الأول**)، وثانيهما استحداث وسيلة مباشرة لقيام اجتماعية الالتزام بالتعويض عن الحوادث الطبية غير الناجمة عن الخطأ باسم التضامن الوطني (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

التأمين كآلية عامة لتغطية الأضرار الناتجة عن المساس بسلامة المرضى

مهّد تقرير إلزامية التأمين من المسؤولية الطبية لاتساع دائرة المسؤولية القائمة على الخطأ إلى مسؤولية على أساس الضرر، ذلك أن اعتماد التأمين كنظام قانوني سهل حصول المصاب على التعويض لدرجة تغيير وظيفة المسؤولية المدنية من ردع المسؤولية إلى جبر الضرر.

ونظرا لصعوبات التي تحيط بالعمل الطبي كون محله هو جسم الإنسان وما يتمتع من خصوصية، جعلت حلقات المسؤولية في هذا المجال تتعدد، فالطبيب المعالج أو الجراح يسأل عن خطئه الشخصي، ويسأل عن خطأ تابعيه، وعن الدواء الموصوف وعن الدم المنقول وعن العدوى المنقولة في المستشفى وعن استخدام الآلة أو الأداة في العلاج للمريض

1- اختلفت الدول خاصة الأوروبية في استحداث آليات لتعويض المريض المضرور أو ذوي حقوقه، فمثلا الدول الاسكندنافية اعتمدت على آلية التأمين الخاص، ودول أخرى اعتمدت على نظام الوساطة، في حين غيرها مثل فرنسا وضع جهاز متخصص في التعويض. انظر: حسان نادية، تطور القانون المقارن لحماية ضحايا الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 83.

باعتبارها أشياء تحت حراسته (1).

على هذا جعلت هذا النوع من التأمين إلزاميا، مثلما سوف نراه، حفاظا على حقوق المرضى من جهة، وضمانا لحرية الأطباء عند مباشرة العلاج من جهة ثانية، إذ تطور فكرة التأمين من المسؤولية الطبية (الفرع الأول) لها دور في أعلاء مفهوم سلامة المريض في المجال الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تطور فكرة التأمين من المسؤولية الطبية

التأمين من المسؤولية هو عقد الهدف منه ضمان المؤمن له الأضرار التي قد يسببها للغير، أو هو عقد يضمن بموجبه المؤمن الأضرار التي تعود على المؤمن له من دعاوى الغير عليه بالمسؤولية (2).

وينطبق هذا التعريف على جميع أنواع التأمين سواء كانت على الأضرار بما فيها التأمين على المسؤولية من خلال نص المادة 619 من القانون المدني محددا أطراف العقد والتزاماتهم والأركان الخاصة لهذا العقد من خطر وقسط ومبلغ التأمين (3).

وتقريبا نفس التعريف الذي جاء في نص المادة الثانية من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات إذ جاءت صياغتها على النحو التالي: «أن التأمين، في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد

1- براج يمينه، المسؤولية القانونية الناتجة عن عمليات نقل الدم، مرجع سابق، ص 154-155.

2- بحماوي الشريف، آليات تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي لتامنغست، مجلة الاجتهاد، سداسية محكمة، معهد الحقوق، ع.07، الجزائر، جانفي، 2015، ص 62.

3- راجع نص المادة 619 من ق. م. ج.

الذي اشترط التأمين لصالحها مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى»⁽¹⁾.

وقد عرفت المادة 56 من قانون التأمينات الصادر بالأمر 95-07 السالف الذكر تأمين المسؤولية على بأنه: «يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير».

ظهر التأمين من المسؤولية أول مرة في نطاق التجارة البحرية في فرنسا نظرا لكثرة مخاطر هذه التجارة وجسامتها⁽²⁾، ثم تطور بشكل سريع، وأثر على سائر ميادين الحياة الاجتماعية خاصة التي فيها كثرة المخاطر من بينها الميدان الطبي.

إذ برزت أما الأطباء والجراحين، والأعمال الطبية المختلفة مخاطر جديدة لم تكن معروفة أو على الأقل غير منتشرة كما في السابق، وتظهر هذه المخاطر بشكل واضح في مجال الجراحات أين يستعمل الأجهزة المختلفة ومجال نقل الدم. فأمام تطور هذه المخاطر ومساسها مباشرة بسلامة المريض، أدى إلى كثرة مقاضاة المرضى للأطباء، وما نجم عن ذلك من صعوبة ميدانية في معالجة تلك الدعاوى القضائية، وبالتالي ضمانا لحرية الأطباء في مباشرة عملهم الطبي، وفي المقابل حفاظا على حقوق المرضى وحماية لهم، تم التفكير في نظام التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، ليستفيد منه كل من الطبيب ومريضه⁽³⁾.

1- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 يناير 1995، يتعلق ب.التأمينات، ج.ر.ع. 13، المؤرخة في 8 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر.ع. 15، الصادر بتاريخ 12 مارس 2006.

2- علي حسن الذنوب ، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، الجزء الثالث، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 03.

3- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن ...، مرجع سابق، صص 219-220.

وقد ظهرت فكرة التأمين التكميلي (Assurance complémentaire) التي تقوم على تعويض المضرور من الحوادث غير المتوقعة التي قد تلحق بالمضرور أثناء التدخل الطبي دون تحريك لمسؤولية الطبيب، وبذلك يكسب صفة التأمين التكميلي لتغطية الأضرار التي تخرج عن نطاق التزامات الطبيب ببذل العناية اللازمة، لتشمل نطاق التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة كاللزام بضمان سلامة مريضه. وانطلاقاً من هذه الأفكار قد أكد الفقهاء على ضرورة الاستغناء عن النظام التقليدي في المسؤولية الطبية، والتخلي عن نظامها المبني على أساس الخطأ وإقامة أساس آخر للتعويض الذي يغطي كل النتائج غير العادية للعلاج والتدخل الجراحي، ويقوم على الأقساط التي يدفعها الأطباء⁽¹⁾.

وقد ظهرت إلزامية التأمين من المسؤولية الطبية، التي قرر المشرعون أحكامها بفرض العديد من النصوص الآمرة من بينهم المشرع الفرنسي والجزائري، حيث أن المشرع الفرنسي لم يكتفِ بتعديل القواعد العامة في المسؤولية الطبية، بل اعتبر التأمين من المسؤولية إجبارياً بالنسبة لجميع المهنيين العاملين في مجال الصحة، ودعمه بآليات تعويضية هامة.

سبق التجسيد القانوني لفكرة التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب محاولات فقهية عديدة منها ما اقترحه الفقيه "تانك" Tanc، والذي أسس لنظام عام للتأمين سمّاه "التأمين من كل المخاطر الطبية"، والذي رأى من خلاله أن النظام الذي كان مطبقاً آنذاك يأخذ من المرضى ويعطي للأطباء، ومن ثم فإنّ نظام المسؤولية على أساس الخطأ يبدو عديم الإقناع، لذلك لابد من الاستغناء عن نظام المسؤولية المبنية على أساس الخطأ وإقامة أساس آخر يتكون من التأمين القائم على أقساط يدفعها الأطباء، وبالتالي سيكون تعويض المرضى

1- بجاوي الشريف، آليات تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 63.

مستقلا عن أي خطأ طبي فلا يؤمن الأطباء ضد أخطائهم، ولكنهم يؤمنون ضد الأضرار التي قد تقع على مرضاهم⁽¹⁾، نتيجة لمساس بسلامتهم.

وتحقيقا لكفالة حصول المضرورين على التعويض المناسب وحماية الأطباء، ففان قانون الصحة العامة الفرنسي رقم 2002-203 السالف الذكر في المادة L 1142 نص على أن «يلزم كل من المهنيون الخواص في مجال الصحة وجميع المؤسسات الصحية التي تمارس نشاطات وقائية أو تشخيصية أو علاجية وكذلك منتوجي وموردي المنتوجات الصحية... على اكتتاب التأمين لضمان مسؤوليتهم المدنية التي قد تنتج عن سبب الأضرار التي قدي يصيب بها الغير والماسة بالشخص ناتجة عن نشاطهم... وتأمين هؤلاء المهنيين المحددة في الفقرة الأولى، تُغطي أيضا مسؤولية الإجراء العاملين فيها في حدود المهام المطالبين بها حتى ولو كان لهم استقلال في ممارسة فن الطب»⁽²⁾.

ودعم المشرع الفرنسي إلزامية التأمين في المجال الطبي بعقوبات من خلال مجموعة من المواد تناولها قانون الصحة، حيث نص على عقوبات مالية تصل إلى 45000 أورو إضافة إلى المنع من مزاولة المهنة⁽³⁾.

1- برابح يمينه، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، مرجع سابق، ص 161.

2-Art.L1142-2 de la loi 2002-303 précité, Modifié par LOI n°2011-1977 du 28 décembre 2011 - art. 146, stipule : « Les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements de santé, services de santé et organismes..., et toute autre personne morale, autre que l'Etat, exerçant des activités de prévention, de diagnostic ou de soins ainsi que les producteurs, exploitants et fournisseurs de produits de santé, ..., sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'atteintes à la personne, survenant dans le cadre de l'ensemble de cette activité... ».

L'assurance des professionnels de santé, des établissements, services et organismes mentionnés au premier alinéa couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur est impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical. »

3-Art. 1142-25 de la loi 2002-303 précité, Modifié par Ordonnance n°2010-177 du 23 février 2010 - art. 7, stipule : « Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 Euros d'amende. Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer l'activité professionnelle.. ».

وكما أن المشرع الجزائري قد اعتبر هذا النظام إلزامياً بمراجعة الأمر 95-07 السالف الذكر المتعلق بالتأمينات، إذ نص في الكتاب الثاني منه على التأمينات الإلزامية، التي ينطوي تحتها تأمينات المسؤولية المدنية لكثير من محترفي الصحة من مؤسسات صحية وأعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير⁽¹⁾.

يضمن هذا التأمين التعويض للمريض، نتيجة الضرر الذي لحقه بسبب خطأ الطبيب أو الجراح، سواء أكان هذا الخطأ وقع في مرحلة التشخيص أوفي العلاج أو خلال إجراءات عملية جراحية، أو أخطاء التخدير أو وقع الضرر وقت الاستشارة الطبية، كما يشمل هذا التأمين⁽²⁾ ما ينجم عن فعل المنقولات والآلات المعدة للعلاج التي اعتمدها وسيلة لممارسة أعمالهم، وكما يشمل ما يصدر من مساعديه ضمن الفريق الطبي

أما جزاء عدم التأمين وفقاً للمادة 184 من قانون 95-07 السالف الذكر هو فرض غرامة مالية تقدر من 5000 إلى 10000 دج مع بقاء الالتزام بالتأمين إلزامي إلى غاية اكتتابه⁽³⁾.

يُلاحظ أن مبلغ الغرامة المفروض عن مخالفة أحكام التأمين الإلزامي رمزيا بالمقارنة إلى العقوبات المفروضة في القانون الفرنسي، وفرض القانون الفرنسي غرامة ب 45000 أورو إضافة إلى المنع من مزاولة المهنة ليس عبثاً، وإنما لإدراكه لمدى أهمية هذا التأمين. فبالتالي على المشرع الجزائري كذلك الصرامة في العقوبات لحمل إلزام المهنيين على اكتتاب مثل هذا التأمين الذي يعود بالفائدة لكلا الطرفين، فهي وسيلة فعالة لطائفتي السلك

1- راجع المادة 167 من قانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم، السالف الذكر.

2- الحياوي أحمد حسن عباس، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 185 و 186.

3- راجع نص المادة 184 من قانون 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم السالف الذكر.

الطبي والمرضى، فبالنسبة للسلك الطبي فهو منبع الطمأنينة والحرية في مباشرة مهنتهم، أما بالنسبة للمرضى فيضمن لهم الحصول على التعويض عند حدوث أي ضرر بمناسبة تلقي العلاج.

الفرع الثاني

دور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

من أهم دعائم تعويض ضحايا مخاطر الطب الحديثة التي تمس بسلامة المريض نجد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، والذي له دور فعال في إعلاء مفهوم ضمان سلامة المريض، حيث يشكل ضمانه للمضروب في الحصول على التعويض المقضي به. ويمكن دور التأمين الإلزامي في المجال الطبي في تحقيق غاية مزدوجة، فهو من ناحية يشكل حماية للمسؤول، ومن جهة أخرى هو ضمانه للمضروب من خلال حمايته من خطر إعسار المسؤول، فهو بذلك حماية للطرفين باعتباره الوسيلة الوحيدة المتاحة للتقريب بين ما يسعى إليه الطبيب وما يأمل فيه المريض⁽¹⁾.

غير أنه قد لقي التأمين كآلية لتغطية المخاطر العلاجية عدة انتقادات، على أساس أن هذا النظام يؤدي إلى عدم العدالة، ذلك أن الطبيب الممتاز والناجح في عمله، يجد نفسه مساهماً في تعويض الخطأ الذي يقع من غيره المهمل.

كما أن هذا النظام قد يؤدي إلى الاتكال وعدم الرعاية والإهمال، كما أن فكرة التأمين في المجال الطبي أثارت صعوبات في مجال كيفية تحديد الضرر الذي يغطيه التأمين، حيث اقترح بعض الفقه على ضرورة التفرقة بين الضرر العادي وغير العادي والضرر المألوف وغير المألوف.

1- براهيم يمينة، المسؤولية القانونية الناجمة عن نقل الدم، مرجع سابق، ص 163.

فالضرر العادي يمكن للمريض تحمله، غير أن هذا القول غير معقول، لأن أمر ذلك أمر احتمالي مما أدى إلى اعتبار التأمين ساري على كل الأضرار والمخاطر الطبية دون تمييز. وقد أثار عقد التأمين في المجال الطبي صعوبات أخرى، من بينها كيفية تحديد مبلغ التأمين خاصة إذا كان شاملا لكل الأضرار والمخاطر. وذهب الفقيه "تاتك" Tunc إلى أن جميع الأضرار يمكن تعويضها نقدا ويكون مماثلا لتقدير التعويض في حوادث السيارات وكما هناك صعوبات فيما يتعلق بكيفية تحديد القسط الواجب دفعه مقابل الالتزام بالتأمين حيث اعتبر الفقيه "سافيتي" SAVETIER إذ الزيادة في قيمة القسط الخاص بالتأمين هي بمثابة القيد على هذا النوع من التأمين والخاص بالتأمين من جميع المخاطر الطبية، غير أن هذه الصعوبة قد رد عليها، على أن هذا النوع سيكون قاصر على بعض المخاطر في حدود المعقول، خاصة في مجال العلاج الجراحي.

ذهب بعض الشراح إلى أنه عند تحديد القسط المقابل للالتزام بالتأمين، ينبغي الأخذ في الاعتبار عمر الطبيب وخبرته السابقة ومدى تخصصه، والنسبة المئوية لوقوع المخاطر الطبية ومدى جسامتها، حتى يتسنى تحديد أقساط عادلة بين الأطباء⁽¹⁾.

فالنشاط الطبي كأى نشاط مهني آخر قد يتضمن صورا يمكن أن يغطيها التأمين وأخرى لا يمكن أن تقبل شركات التأمين تغطيتها لأن القانون يمنع كونها محلا للتأمين ونظرا لجسامة الأضرار الماسة بسلامة المريض الجسمانية الناتجة عن العمل الطبي، فإن شركات التأمين تسعى إلى تضمين الوثيقة التأمينية على الأضرار التي تغطيها.

فبالناتالي، فإن المخاطر التي يغطيها عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية تتمثل أساسا في:

1- بحماوي الشريف، آليات تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية، مرجع سابق، ص 65.

- يشمل التأمين مسؤولية الطبيب المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية على حسب الحال إذا لم يحدد نوعها في وثيقة التأمين يبقى التفسير للقاضي بحسب ظروف الحال، كما يثار التساؤل في هذا المقام حول إمكانية التأمين من المسؤولية الطبية بدون خطأ، والتي طالب الفقه الفرنسي بأن يكون التأمين من المسؤولية الطبية شاملاً للمخاطر الطبية كافة ضماناً لتعويض عادل للمضرور، وفي هذا يرى الفقيه "سافيتي" بأن نظرية المخاطر في القانون الفرنسي من الضروري الاعتراف بمكانتها لأنها تكمل نظرية الخطأ.

_ التأمين يغطي مسؤولية الطبيب الناتجة عن فعله الشخصي "المؤمن له" أثناء ممارسته للعمل الطبي، سواء مارس النشاط في المستشفى أو العيادة، إذ لا اعتبار للمكان الذي يزاول فيه نشاطه، وإنما العبرة هو خروج الطبيب عن نشاطه الطبي في العقد، إذ يستوي الخطأ في كل مراحل العلاج من تشخيص ووصف الدواء ومنح الاستشارة الطبية وحتى إجراء العملية الجراحية بشرط عدم الخروج من التخصص، فلا يمكن للطبيب مزاوله عمل طبيب خارج عن تخصصه لأنه يعتبر جاهلاً به⁽¹⁾.

- يغطي التأمين الأخطاء التي تقع من تابعي الطبيب المؤمن له⁽²⁾، كما يشمل التأمين المتمرن، مادام أن الطبيب قد استعان به أثناء قيامه بالعلاج، وفقاً للمادة 121-2 من قانون التأمينات الفرنسية⁽³⁾.

1- يرايح يمينه، المسؤولية القانونية الناجمة عن نقل الدم، مرجع سابق، ص 159.

2 - راجع الفقرة الثالثة من المادة 12 من قانون التأمينات 75-07 المعدل والمتمم السالف الذكر.

3-L'art. 121-2 du code des assurances français, modifié par ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 qui stipule : « L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes ».

_ يغطي التأمين الأخطاء التي يرتكبها الطبيب البديل للطبيب المعالج المؤمن له في حالة غيابه على أساس سوء اختياره له، ويشترط لتغطية التأمين أخطاء التأمين أخطاء الطبيب البديل أن يكون غياب الطبيب المعالج غياباً قانونياً.

- التأمين يغطي المسؤولية الناجمة عن حوادث الآلات والأجهزة المستعملة في النشاط الطبي والتي تستعمل في مباشرة العمل الطبي.

ومن الأخطاء المستبعدة من نطاق التأمين والتي لا يجوز للتأمين تغطيتها وهي:

_ لا يجوز التأمين على الخطأ العمدي للطبيب، ذلك أن من شروط الخطر المؤمن أن لا يتوقف تحققه على إرادة أي طرف في العقد، لذلك فإن عقد تأمين مسؤولية الطبيب يضمن نتائج الأخطاء المهنية للطبيب سواء كانت يسيرة أم جسيمة، الناتجة عن خطأ غير متعمد من المؤمن له. وقد جاء نص المادة 12 من قانون التأمينات على هذا الذي يعتبر مبدأً عاماً، ينطبق على جميع أنواع التأمينات بما فيها التأمين الطبي.

- لا يجوز التأمين على الغرامات الناتجة عن فعله كعقوبة جنائية منصوص عليها في قانون العقوبات، وعليه لا يمكن لشركة التأمين أن تحل محل الطبيب المؤمن له في دفع هذه الغرامات إلا أنه تحل محله في دفع التعويض عن المسؤولية المدنية المترتبة عن فعله الجنائي⁽¹⁾.

ان صدور قانون 4 مارس 2002 في فرنسا كان استجابة للآمال التي أعرب عنها رجال القانون والطب في استعادة سير العمل في حقل التأمين من المسؤولية الطبية مع الحفاظ على حقوق المرضى وسلامتهم بما فيهم ضحايا العدوى المكتسبة داخل مؤسسات الرعاية الصحية، وذلك من خلال نظم اقتسام التعويض ونظم التضامن الوطني - الذي سوف

1- براهيم يمينة، المسؤولية القانونية الناتجة عن نقل الدم، مرجع سابق، ص ص 160-161.

يكون محل الدراسة في المطلب الثاني من هذا المبحث - وكذا المسؤول عن النشاط الطبي الضار⁽¹⁾.

رغم الأهمية التي حققها نظام التأمين من المسؤولية في المجال الطبي، إلا أنه في الكثير من الحالات قد يصطدم المريض المضروب أما بعدم إمكانية الحصول على حقه في التعويض وهذا لسبب إفلاس شركة التأمين، أو عدم معرفة المسؤول عن الضرر، وإما أن التعويض الذي حصل عليه غير كاف لتغطية الأضرار التي إصابته. مما يدفع إلى البحث عن تعويض تكميلي يجبر المضروب ذلك عن طريق الضمان العام.

وكما أن في السنوات الأخيرة تم تسليط الأضواء على المسؤولية الطبية، وأدى ذلك إلى نشوء ما يسمى بأزمة المسؤولية الطبية. وكان من أهم آثار هذه الأزمة على الصعيد النظري الحصول على التعويض. وعلى الصعيد العملي قامت بعض شركات تأمين المهن الصحية بفسخ عقود التأمين التي تربطها مع الأطباء أو بزيادة قسط التأمين نتيجة ازدياد الدعاوى في مجال المسؤولية الطبية التي كانت في الغالب تلزم الطبيب بدفع التعويض، ومن ثم كانت شركات التأمين ملزمة بدفع التعويض إذا كان ذلك الطبيب قد أمن على نفسه من المسؤولية المدنية. ومن ثم كان من شأن ذلك الوضع أن الطبيب أصبح يفكر ملياً قبل الإقدام على أي خطوة في علاج مريضه وكذلك تزعزعت العلاقات بين الأطباء والمرضى من ناحية، وبين الأطباء وشركات التأمين من ناحية أخرى⁽²⁾، كل ذلك أدى إلى تبني المشرع الفرنسي القانون رقم 2002-2003 تاريخ 2002/3/4 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الذي عدل أحكام المسؤولية الطبية.

1- برابح يمينية، المسؤولية القانونية الناتجة عن نقل الدم، مرجع سابق، ص163.

2- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة...، مرجع سابق، ص135-136

ويعتبر نظام التأمين أحد أهم الوسائل التي تقوم على تعزيز ضمان السلامة وحصول المضرور على التعويض عند الإخلال بهذا الالتزام، بحيث تعتبر الدعوى المباشرة هي الوسيلة الإجرائية التي يتمتع بها المضرور في مواجهة شركة التأمين وحصوله على التعويض⁽¹⁾.

وقد أثار تطبيق هذا القانون صعوباتٍ على أرض الواقع فيما يتعلق بالتأمين من المسؤولية الطبية، الأمر الذي دفع المشرع للتدخل ثانية من أجل تذليل هذه الصعوبات وأصدر قانوناً مكملاً للقانون الصادر في 2002/3/4، وذلك بتاريخ 2002/12/30⁽²⁾.

وقد فعل هذا القانون الالتزام الملقى على عاتق الطبيب بإبرام عقد تأمين من المسؤولية المدنية، وتتص المادة الأولى من هذا القانون المعدلة للمادة 1142-1-1 من قانون 2002-303، على التعويض المالي عن الأضرار الناجمة عن التدخل المهني أو مؤسسة أو خدمة أو منظمة خارج نطاق نشاطها في مجال الوقاية والتشخيص والرعاية، في ظروف استثنائية، التي تمس بصفة مباشرة بسلامة المريض، عن طريق التضامن الوطني الذي أنشأه القانون الصادر في 2002/3/4 المتعلق بحقوق المرضى، وذلك من أجل تهدئة وتخفيف قلق أصحاب المهنة الطبية وبالمقابل من أجل أن يلبي رغبات ضحايا الحوادث الطبية في حالة عدم إثبات المسؤول، فإن المشرع أقام نظاماً لتعويض ضحايا الحوادث الطبية التي تمس بسلامة المريض الصحية والجسدية باسم التضامن الوطني.

1- جريفيلى محمد ، الالتزام بضمان السلامة كمبدأ لكفالة الحق في التعويض، مجلة الحقيقة، ع. 39، جامعة أحمد دراية، أدرار ، 2017، ص148.

2-Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, JORF 31 décembre 2002. in : www.legifrance.gouv.fr

المطلب الثاني

تعويض ضحايا الحوادث الطبية باسم التضامن الوطني (في القانون الفرنسي)

حقق القضاء في فرنسا حداً معقولاً من الضمان في ملاحقة التطور الحادث في المجتمع نتيجة تضاعف المخاطر المترتبة على ممارسة أوجه النشاط المختلفة نتيجة للتوسع في استخدام التقنية، وما ترتب عليه في أغلب الأحيان من صعوبة إيجاد علاقة سببية بين الضرر الحادث للمضرور وبين خطأ المسؤول⁽¹⁾، بل وقد يصعب تحديد المسؤول عن الخطأ نتيجة لتداخل مجموعة من العوامل في إحداث الضرر. واستجابة منه نتيجة لما طرأ على المجتمع من تغيرات اجتماعية اقتضت الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف في دعاوى المسؤولية، نظراً لكثرة الأضرار التي يتعرض لها المتعاملون مع الجهات التي تقدم خدمات طبية سواء كانت وقائية أم تشخيصية أم علاجية.

فقد حقق المشرع الفرنسي حماية فعالة لمن أصابته مثل هذه الأضرار وذلك استجابة للمبادئ التي قررتها محكمة النقض الفرنسية، حيث أصدر عدداً من القوانين التي من شأنها كفالة حماية قانونية حقيقية للمضرورين نتيجة للاعتداء على سلامتهم في المجال الطبي⁽²⁾. لذلك فقد قرر المشرع وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني وفقاً لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ سنوات عدة. وهذا النظام مكرس في المادة 1142-1 L من قانون الصحة العامة الفرنسي، وتطبق هذه الأحكام الجديدة على الحوادث الطبية الناجمة عن أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج التي تمت بدءاً من 2001/9/5، حتى لو كان التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه الحوادث محل دعوى

1- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية...، مرجع سابق، ص 290.

2- مرجع نفسه، ص 291.

تتظر أمام القضاء ما دام لم يصدر قرار قطعي فيها، طبقاً لما نص عليه القانون رقم 2002/1577 تاريخ 2002/12/30 السالف الذكر في المادة الثالثة منه⁽¹⁾.

تنص الفقرة الثانية من المادة 1-1142 L. من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه: «لا يسأل الأطباء والهيئات الطبية والمؤسسات الصحية المنصوص عليها في الفقرة الأولى أو منتج المواد، إلا في حالة ارتكاب الخطأ. ومع ذلك فهم مسؤولون مسؤولية كاملة في حالة عيب في المنتجات الصحية، والأضرار الناتجة عن عدوى المستشفيات إلا بإثبات السبب الأجنبي، وفي حالة ما إذا لم تثر مسؤولية هذه المؤسسات، المضرور وذوي حقوقه الحق في التعويض عن طريق التضامن الوطني، عندما تكون هذه الحوادث مرتبطة مباشرة بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، وترتب عليها بالنسبة للمضرور نتائج غير عادية، وتمثل درجة من الخطورة»⁽²⁾ ومن أجل ذلك أنشأت المادة 22-1142 L الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية (O.N.I.A.M.).

1 - Art. 03 de la Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 , précitée , stipule : « Les dispositions du titre IV du livre Ier de la première partie du code de la santé publique issues de l'article 98 de la présente loi, à l'exception du chapitre Ier, de l'article L. 1142-2 et de la section 5 du chapitre II, s'appliquent aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001, même si ces accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales font l'objet d'une instance en cours, à moins qu'une décision de justice irrévocable n'ait été prononcée.

Les dispositions de la section 6 du chapitre II du titre IV du livre Ier de la première partie du même code sont immédiatement applicables, en tant qu'elles sont favorables à la victime ou à ses ayants droit, aux actions en responsabilité, y compris aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable.

Les dispositions de l'article L. 1141-1 du même code s'appliquent aux contrats en cours à cette même date ».

2 Article 1142-1-2 de la loi 2002-303, Modifié par loi n°2008-1330 du 17 décembre 2008 - art. 67, stipule : « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. »

ويقوم هذا الصندوق بتعويض الأضرار الناجمة عن تلك الحوادث والأضرار وعدوى المستشفيات باسم التضامن الوطني. ويحدد المرسوم رقم 2003-140 الصادر في 19 فيفري 2003 المعدل لقانون الصحة العامة تكوين هذا المكتب وآلية عمله، إضافة إلى التعويضات التي يدفعها هذا المكتب⁽¹⁾، هذا الصندوق هي مؤسسة عامة ذات طابع إداري مرتبطة بوزارة الصحة وظيفتها الأساسية التعويض في إطار التضامن الوطني عن كل الأضرار الناتجة بدون خطأ، وفقا للمادة L142-22 من قانون الصحة العامة⁽²⁾، إضافة إلى التعويضات التي يدفعها هذا المكتب، فإنه يأخذ على عاتقه النفقات الإدارية الناجمة عن عمل اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض، وكذلك نفقات الخبرة التي تطلبها هذه اللجان⁽³⁾ وتتكون موارد هذا المكتب، طبقاً لنص المادة 1142-23 من قانون الصحة العامة، في: حصة المكتب الواردة إليه من التأمين الاجتماعي وفق القيمة التي يتم تحديدها سنوياً طبقاً للقانون المنظم له، المصروفات التي يتم دفعها مقابل الخبرة الطبية، وحصيلة العقوبات المالية التي يقررها القاضي على شركات التأمين في الحالات التي يكون المبلغ المعروض منها في حالة التسوية الودية لا يمثل تعويضاً كاملاً عما أصاب المدعي من ضرر وحصيلة الدعاوى التي يحل بمقتضاها المكتب محل المهني أو المنشأة التي تقدم خدمات

1-Décret n°2003-140 du 19 février 2003 modifiant le code de la santé publique français, in : www.legifrance.gouv.fr

2 Art. L1142-22 du C.S.P, Modifié par Ordonnance n° 2018-20 du 17 janvier 2018 relative au service de santé des armées et à l'Institution nationale des invalides, JORF n°0014 du 18 janvier 2018, stipule : « L'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales est un établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé. Il est chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, dans les conditions définies au II de l'article L. 1142-1, à l'article L. 1142-1-1 et à l'article L. 1142-17, des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale ainsi que des indemnisations qui lui incombent, ... ».

3 -MOQUET – ANGER Marie-Laure, **Droit hospitalier**, LGDJ, Paris, 2010, p 472.

صحية لتحصيل المبالغ المدفوعة في الحالات التي تثار فيها المسؤولية المدنية للمهني أو المنشأة المسؤولة عن الضرر⁽¹⁾.

غير أنّ القانون الفرنسي علق الاستفادة من التعويض عن طريق هذا الصندوق O.N.I.A.M، على توافر شروط (الفرع الأول) وإجراءات لا بد من احترامها وإتباعها للحصول على التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط التعويض باسم التضامن الوطني

يستفيد من التعويض باسم التضامن الاجتماعي ضحايا الحوادث الطبية والإصابات الخارجية أو عدوى المستشفيات، عندما لا تتوفر أركان المسؤولية بالنسبة لممتن العمل الصحي، أو مؤسسة صحية أو صانع لمنتجات دموية. إذاً يتعلق الأمر هنا بتعويض نتائج ما نسميه بالضرر أو الاحتمال العلاجي، ومع ذلك فإنّ المشرع تجنب استخدام هذا المصطلح (l'aléa thérapeutique) لأنّ الفقه لم يتفق بعد على تعريف له. وبالمقابل فإنّ المشرع لم يبين المقصود من الحوادث الطبية، أو الإصابات أو عدوى المستشفيات، إضافة إلى الأضرار التي لا يمكن أن تؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية⁽²⁾.

إضافة إلى الأضرار التي لا يمكن أن تؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية فإنه منذ صدور القانون رقم 1577-2002 المؤرخ في 30 ديسمبر 2002 المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية السالف الذكر، المعدل للمادة L1142-1-1 من قانون 303-2002 يمكن أيضاً تعويض الأضرار الناجمة عن عدوى المستشفيات باسم التضامن الوطني عندما يتوفر فيها

1 - Voir : l'art. L1142-23 de la loi 2002-303 précitée, Modifié par LOI n°2008-1330 du 17 décembre 2008 - art. 67, cité in : www.legifrance.gouv.fr

2- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب...، مرجع سابق، ص ص 147-148.

شرط النسبة المنصوص عليها في المادة 1-1142.L. الفقرة الأخيرة من قانون الصحة العام وليستفيد ضحية هذه الحوادث في التعويض يجب أن تتوافر فيها الشروط التي نص عليها القانون وهي:

أولاً- شرط علاقة السببية

يجب أن تكون الأضرار المدعى بها ناجمة مباشرة عن عمل وقائي أو عن عمل تشخيصي أو علاجي، طبقاً لما جاء في المادة 1-1142.L. من قانون الصحة العامة السالفة الذكر. ويفترض أن هذا الشرط لا يثير أي صعوبات. ومع ذلك فإن نتائج بعض عدوى المستشفيات التي أصابت المريض في المستشفى غير ناجمة عن عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي يجب أن تستبعد من نطاق التعويض، مثل الإصابة بمرض (Légionellose).

وأن تسبب هذه الأضرار للمريض نتائج غير عادية بالمقارنة مما كانت عليه حالته الصحية السابقة، حيث يجب التمييز بين ما ينتج عن إخفاق العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض وبين ما يترتب عن الحادث الطبي⁽¹⁾.

ثانياً- أن يكون التدخل الطبي قد تم ابتداءً من 5 سبتمبر 2001

نصت المادة 101 من قانون 4 مارس 2002 على أن «أحكام المادة 2-1142.L السالفة الذكر، تُطبق على الحوادث الطبية، الأضرار التي لها علاقة مباشرة بالعلاج المقدم كالأدوية وعدوى المستشفيات الناتجة عن أعمال الوقاية، التشخيص أو العلاج الذي تم في وقت على الأكثر

1- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص149.

قبل ستة أشهر من نشر هذا القانون... اعتبرت أن أحكام نص المادة السالفة الذكر لا تستهدف إلا أعمال الوقاية والعلاج والتشخيص، التي تمت ابتداء من 5 سبتمبر 2001...»⁽¹⁾.

إذا المرضى المصابون بالعدوى بمناسبة إقامتهم بالمستشفى قبل هذا التاريخ، لا يمكنهم الاستفادة من التعويض على أساس التضامن الوطني.

ثالثاً- شرط الجسامة

يقتصر الحق في التعويض باسم التضامن الوطني على الأضرار التي تصل أو تتجاوز حداً معيناً من الجسامة يتم تحديده بمرسوم. وبالنسبة للأضرار التي لا يتوافر فيها هذا الشرط لا يمكن للمضرور أن يحصل على أي تعويض ما دامت أركان المسؤولية الطبية غير متوافرة. وتقدر جسامة الأضرار بالنظر إلى فقدان القدرات الوظيفية ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية التي تقدر بالنظر إلى نسبة العجز الدائم أو مدة التعطيل المؤقت عن العمل، ونسبة العجز الدائم المطلوبة من أجل الاستفادة من هذا التعويض لا يمكن أن تكون أعلى من 25% تحدد بجدول خاص يتم تحديده بمرسوم، طبقاً لما جاء في المادة L1142-1

فقرة 2 .

1 - L'art. 101 de la loi 2002-303 précitée, Modifiée par Loi n°2002-1577 du 30 décembre 2002 précitée stipule : « Les dispositions du titre IV du livre Ier de la première partie du code de la santé publique issues de l'article 98 de la présente loi, à l'exception du chapitre Ier, de l'article L. 1142-2 et de la section 5 du chapitre II, s'appliquent aux accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales consécutifs à des activités de prévention, de diagnostic ou de soins réalisées à compter du 5 septembre 2001, même si ces accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales font l'objet d'une instance en cours, à moins qu'une décision de justice irrévocable n'ait été prononcée.

Les dispositions de la section 6 du chapitre II du titre IV du livre Ier de la première partie du même code sont immédiatement applicables, en tant qu'elles sont favorables à la victime ou à ses ayants droit, aux actions en responsabilité, y compris aux instances en cours n'ayant pas donné lieu à une décision irrévocable.

Les dispositions de l'article L. 1141-1 du même code s'appliquent aux contrats en cours à cette même date ».

وانتقد الفقه بشدة هذا الشرط، ويرى فيه نوعاً من التمييز بين ضحايا الحوادث الطبية. زد على ذلك أن نسبة 25% على افتراض أن المرسوم سينص على ذلك، وهي عالية جداً الأمر الذي قد يؤدي إلى حرمان عدد كبير من ضحايا الحوادث الطبية من الاستفادة من نظام التعويض باسم التضامن، على هذا تم تعديل هذه النسبة بإنقاصها إلى 24% بالمرسوم رقم 314-2003 الصادر في 4 أبريل 2003⁽¹⁾.

ما نلاحظه من خلال هذه الأحكام الصادرة بالتعويض على أساس التضامن الوطني أنه من جهة، بعض المرضى المصابين بالعدوى بمناسبة إقامتهم في المستشفى لا يمكنهم الاستفادة من التعويض نظراً لأنهم قد أصيبوا بهذه العدوى دون أن يخضعوا لأي عمل طبي أو غير طبي، أي لا يمكن إرجاع سبب هذه العدوى إلى أعمال التشخيص أو الرعاية فضلاً عن أن كل الاحتياطات تكون متخذة بشأن الوقاية من أي عدوى وذلك بما يتطابق مع قواعد التعقيم والتطهير المعمول بها قانوناً. ومن جهة ثانية في جسامة بعض الأضرار الناجمة عن العدوى قد لا تتجاوز النسبة التي حددها القانون، وبالتالي لا يكون ممكناً في الحالات التي لا تتعقد فيها المسؤولية الحصول على التعويض تحت ما يسمى التضامن الوطني⁽²⁾، ومع ذلك يبقى التعويض على أساس التضامن الوطني بشأن عدوى المستشفيات أكبر فرصة لتعويض الضرر الذي لحق بالضحايا.

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, in : www.legifrance.gouv.fr

2- أحمد محمد صبحي أغريز ، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية...، مرجع سابق، ص 279 و 280.

الفرع الثاني

إجراءات الحصول على التعويض وفقاً للتضامن الوطني

من أجل تعجيل حل النزاع ودفع التعويض وتبسيطهما وضع القانون إجراءات لحل النزاعات ودياً تقوم بها لجان إقليمية تسمى اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض⁽¹⁾، وهذه اللجان مكلفة أيضاً بتسهيل حل النزاعات الأخرى بين أصحاب المهن الصحية وزبائنهم وكذلك المؤسسات الصحية ومنتجي المنتجات الطبية، طبقاً لما جاء في المادة 5-1142 L. وما يليها من قانون الصحة العامة⁽²⁾.

قبل صدور قانون حقوق المرضى لعام 2002، كان ضحايا الحوادث الطبية يشتكون من طول أمد دعاوى المسؤولية وإجراءات المطالبة بالتعويض وكذلك تعقيداتها والنفقات الباهظة التي تتطلبها، لذا تدخل المشرع من أجل تلبية هذا المطلب لجمعيات ضحايا الحوادث الطبية ومع ذلك لا يستفيد من هذه الإجراءات لحل النزاع ودياً إلا ضحايا الحوادث الطبية الذين تتوافر في الضرر الذي لحق بهم الشروط المطلوبة في القانون.

وبالمقابل، فإنّ اللجوء إلى هذه الإجراءات هو أمر اختياري بالنسبة للمضرور، ويمكن له أن يفضل رفع الدعوى أمام القضاء المختص، كما يمكن له أن يقوم بالإجراءين معاً، أي

1 - MOQUET – ANGER (Marie-Laure), **Droit hospitalier**, op.cit, p 474.

2-Art. 1142-5 de la loi 2002- 303 précitée, Modifié par LOI n°2009-526 du 12 mai 2009 LOI n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures

Art. 112, stipule : « Dans chaque région, une ou plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2

Toutefois, un arrêté du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale peut instituer une commission interrégionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales compétente pour deux ou plusieurs régions.

La commission siège en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et en formation de conciliation... ».

أن يطالب بحل النزاع ودياً وفي الآن ذاته يرفع الدعوى أمام القضاء المختص⁽¹⁾.
غير أن في حالة ما إذا اختار المضرور حقه في اللجوء إلى هذه اللجان الإقليمية للمطالبة بالتعويض (أولاً) هذا لا يعني انه مجبر على أخذ رأي اللجنة بل يمكن الطعن فيه (ثانياً).

أولاً- اللجوء إلى اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض

يرأس هذه اللجان قاض إداري أو مدني ويكون في عضويتها ممثلون عن المرضى ومستخدمي النظام الصحي، وممثلون عن أصحاب المهن الصحية والمسؤولين عن المؤسسات وكذلك ممثلون عن المكتب الوطني للتعويض والمؤمنين، طبقاً لما جاء في المادة 6-1142 L الفقرة الأولى⁽²⁾.

وحدد المرسوم رقم 140-2003 الصادر بتاريخ 2003/2/19 المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية السالف الذكر، كيفية تشكيل هذه اللجان وآلية عملها.
وتتعد هذه اللجان إما لحل النزاعات ودياً، أو للمصالحة، وعندما تتعد للمصالحة يمكن لها أن تفوض كلاً أو جزءاً من اختصاصها إلى وسيط مستقل أو أكثر طبقاً لما جاء في المادة 5-1142 L الفقرتان 3 و4⁽³⁾.

يمكن لكل شخص يعتقد بأنه ضحية لضرر ناجم عن عمل وقائي أو تشخيصي أو

1- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص150.

2-Art. 1142-6 de la loi 2002-303, précitée, stipule : « Les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou un magistrat de l'ordre judiciaire, en activité ou honoraire. Elles comprennent notamment des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et des responsables d'établissements et services de santé, ainsi que des membres représentant l'office institué à l'article L. 1142-22 et les entreprises d'assurance... ».

3-Art. 1142-5 alinéa 3 et 4 de la loi 2002-303 précitée, stipule : «... La commission siège en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et en formation de conciliation.

Dans le cadre de sa mission de conciliation, la commission peut déléguer tout ou partie de ses compétences à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs extérieurs à la commission qui, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la commission. ».

علاجي، أو لورثته في حال وفاته رفع النزاع إلى اللجنة، طبقاً لما جاء في المادة 7-1142 لفقرة أولى من قانون 2003-303⁽¹⁾.

ويجب أن يكون الطلب مرفقاً بالأدلة، ولا سيما تقرير طبي يبين بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، وإذا رأت اللجنة، بعد إجراء الخبرة إذا اقتضى الأمر، أنه لا يتوافر في الضرر شرط الجسامة، عليها أن تعلن عدم اختصاصها وإبلاغ الأطراف بذلك⁽²⁾.

إذا قررت اللجنة أن الشروط المطلوبة قانوناً ولا سيما الجسامة، متوافرة في الضرر الذي لحق بالمدعي، فعليها أن تصدر رأياً عن ظروف الضرر وأسبابه وطبيعته وشموله وكذلك عن نظام التعويض الذي يجب تطبيقه، طبقاً لما جاء في المادة 8-1142 من قانون 2002-303⁽³⁾.

ويجب أن يصدر هذا الرأي خلال مدة ستة أشهر بدءاً من تاريخ رفع الطلب إلى اللجنة، ويجب أن يبلغ إلى الأطراف المعنية، ويجب أن يكون الرأي مسبقاً بخبرة. ويتم اختيار الخبراء من قائمة الخبراء الطبيين الوطنية التي تضعها اللجنة الوطنية الجديدة للحوادث الطبية، وفقاً لما جاء في المادة 12-1142 من قانون رقم

1-Art. 1142-7 alinéa 1, de la loi 2002-303 précitée, stipule : « La commission régionale peut être saisie par toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, par son représentant légal. Elle peut également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée à la suite d'un acte de prévention, de diagnostic ou de soins... »

2- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 151.

3-Art. 1142-8 alinéa 1-2 de la loi 2002-303 précitée, Modifié par Ordonnance n° 2010-177 du 23 février 2010 de coordination avec la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires précitée, stipule : « Lorsque les dommages subis présentent le caractère de gravité prévu au II de l'article L. 1142-1, la commission émet un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages, ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable. L'avis de la commission régionale est émis dans un délai de six mois à compter de sa saisine. Il est transmis à la personne qui l'a saisie, à toutes les personnes intéressées par le litige et à l'office institué à l'article L. 1142-22... »

2002-303⁽¹⁾.

إذا رأت اللجنة أن الضرر يستوجب مساءلة أحد أصحاب المهن الصحية، أو مؤسسة صحية أو مسؤولية منتج للمواد الدوائية، يجب أن يبلغ الرأي إلى مؤمن المسؤول عن الضرر الذي يجب أن يتقدم بعرض خلال مدة أربعة أشهر يهدف إلى تعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به كاملاً في حدود عقد التأمين المبرم مع المسؤول ويؤدي قبول المضرور للعرض إلى انعقاد الصفقة، وفي هذه الحال يجب أن يتم دفع التعويض خلال مدة شهر بدءاً من تاريخ وصول القبول إلى المؤمن وإذا تأخر الدفع عن تلك المدة يترتب على المسؤول دفع فوائد عنها ضعف المعدل القانوني لها.

ويمكن للمضرور أن يرفض العرض الذي تقدم به المؤمن، ومن ثم عليه أن يرفع الدعوى أمام القاضي المختص من أجل تقدير مبلغ التعويض الناجم عن الأضرار التي لحقت به. وإذا تبين للقاضي بشكل واضح أن العرض الذي تقدم به المؤمن غير كاف يمكن له أن يحكم على المؤمن كجزاء بدفع مبلغ على الأكثر يساوي 15% من قيمة التعويض

1 - Art. 1142-12 de la loi 2002-303 précité, Modifié par Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - relative à la politique de santé publique, JORF 11 août 2004, stipule : « La commission régionale désigne aux fins d'expertise un collège d'experts choisis sur la liste nationale des experts en accidents médicaux, en s'assurant que ces experts remplissent toutes les conditions propres à garantir leur indépendance vis-à-vis des parties en présence. Elle peut toutefois, lorsqu'elle l'estime suffisant, désigner un seul expert choisi sur la même liste.

A défaut d'expert inscrit sur la liste des experts en accidents médicaux compétent dans le domaine correspondant à la nature du préjudice, elle peut nommer en qualité de membre du collège d'experts un expert figurant sur une des listes instituées par l'article 2 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 précitée ou, à titre exceptionnel, un expert choisi en dehors de ces listes.

La commission régionale fixe la mission du collège d'experts ou de l'expert, s'assure de leur acceptation et détermine le délai dans lequel le rapport doit être déposé. Lorsque l'expertise est collégiale, le rapport est établi conjointement par les membres du collège d'experts.

Elle informe sans délai l'Office national d'indemnisation institué à l'article L. 1142-22 de cette mission... ».

الذي يحكم به طبقاً لما جاء في المادة 14-1142 من قانون 2002-303⁽¹⁾. وفي حالة سكوت المؤمن، أو إذا رفض تقديم عرض، أو إذا كان المسؤول غير مؤمن عليه، فإنّ الصندوق الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع التعويض للمضرور ويحتفظ بحقه في الرجوع على المسؤول أو على مؤمنه، طبقاً لما جاء في المادة 15-1142 L من قانون 2002-303⁽²⁾.

1-Art. 1142-14 de la loi 2002-303 précitée, Modifié par Loi N°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, stipule : « Lorsque la commission régionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales estime qu'un dommage relevant du premier alinéa de l'article L. 1142-8 engage la responsabilité d'un professionnel de santé, d'un établissement de santé, d'un service de santé ou d'un organisme mentionné à l'article L. 1142-1 ou d'un producteur d'un produit de santé mentionné à l'article L. 1142-2, l'assureur qui garantit la responsabilité civile ou administrative de la personne considérée comme responsable par la commission adresse à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis dans la limite des plafonds de garantie des contrats d'assurance. Cette offre indique l'évaluation retenue, le cas échéant à titre provisionnel, pour chaque chef de préjudice ainsi que le montant des indemnités qui reviennent à la victime, ou à ses ayants droit, déduction faite des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, et plus généralement des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice. Les prestations et indemnités qui font l'objet d'une déduction du montant de l'offre sont remboursées directement par l'assureur du responsable du dommage aux débiteurs concernés. Lorsque l'offre prévoit le versement d'une rente à la victime, cette rente est revalorisée dans les conditions prévues à l'article L. 351-11 du code de la sécurité sociale. L'offre a un caractère provisionnel si l'assureur n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive doit être faite dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'assureur a été informé de cette consolidation. L'assureur qui fait une offre à la victime est tenu de rembourser à l'office les frais d'expertise que celui-ci a supportés. L'acceptation de l'offre de l'assureur vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil. Le paiement doit intervenir dans un délai d'un mois à compter de la réception par l'assureur de l'acceptation de son offre par la victime, que cette offre ait un caractère provisionnel ou définitif. Dans le cas contraire, les sommes non versées produisent de plein droit intérêt au double du taux légal à compter de l'expiration de ce délai et jusqu'au jour du paiement effectif ou, le cas échéant, du jugement devenu définitif... ».

2-Art. 1142-15 de la loi 2002-303 précitée, 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. Dans ce cas, les dispositions de l'article L. 1142-14, relatives notamment à l'offre d'indemnisation et au paiement des indemnités, s'appliquent à l'office, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'Etat. L'acceptation de l'offre de l'office vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil. La transaction est portée à la connaissance du responsable et, le cas échéant, de son assureur ou du fonds institué à l'article L. 426-1 du code des assurances. L'office est subrogé, à concurrence des sommes versées, dans les droits de la victime contre la personne responsable du dommage ou, le cas échéant, son assureur ou le fonds institué à l'article L. 426-1 du même code. Il peut en outre obtenir remboursement des frais d'expertise. 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, le juge, saisi dans le cadre de la subrogation, condamne, le cas échéant, l'assureur ou le responsable à verser à l'office une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue, lorsque l'office transige avec la victime, ou ses ayants droit, en application du présent article, cette transaction est opposable à l'assureur ou, le cas échéant, au fonds institué au même article L. 426-1 du code des assurances ou au responsable des dommages sauf le droit pour ceux-ci de contester devant le juge le principe de la responsabilité ou le montant des sommes réclamées. Quelle que soit la décision du juge, le montant des indemnités allouées à la victime lui reste acquis ».

وعندما تقرر اللجنة بأن الأضرار قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، يجب تبليغ الرأي الصادر عنها إلى المكتب الوطني للتعويض وهذه الأخيرة تعلم المضرور أو ذوي حقوقه خلال أربعة أشهر من تاريخ إعلان رأي اللجنة، الذي يجب عليه أن يدفع التعويض طبقاً للإجراءات نفسها المطبقة على المؤمن والمشار إليها أعلاه، وفق ما جاء في المادة L1142-17 من قانون 2002-303⁽¹⁾.

ثانياً-الطعن برأي اللجنة

يمكن للمضرور أن يرفض الرأي الصادر عن اللجنة، وعليه في مثل هذه الحال أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض أمام القضاء المختص. وبالمقابل لا يمكن لمؤمن المسؤول عن الضرر أو للمكتب الوطني للتعويض أن يعترض على ذلك القرار إلا بعد دفع التعويض للمضرور، وبعد ذلك يكون الاعتراض بموجب دعوى الحلول.

في الحقيقة إذا كان المؤمن يعتقد أن مسؤولية المؤمن عليه غير متحققة فإنه يحق له أن يحل محل هذا الأخير فيرفع الدعوى على الغير المسؤول عن الضرر أو على المكتب الوطني حسب الحال للمطالبة بالتعويض الذي دفعه للمضرور، وفقاً لما جاء في المادة 1142-14

1-Art .1142-17 de la loi 2002-303 précitée, Modifié par Loi N°2002-1577 du 30 décembre 2002 - Art. 1 JORF 31 décembre 2002, relative à la responsabilité civile médicale cité in : www.legifrance.gouv.fr , stipule : « lorsque la commission régionale estime que le dommage est indemnisable au titre du II de l'article L. 1142-1, ou au titre de l'article L. 1142-1-1 l'office adresse à la victime ou à ses ayants droit, dans un délai de quatre mois suivant la réception de l'avis, une offre d'indemnisation visant à la réparation intégrale des préjudices subis. Cette offre indique l'évaluation retenue, le cas échéant à titre provisionnel, pour chaque chef de préjudice ainsi que le montant des indemnités qui reviennent à la victime, ou à ses ayants droit, déduction faite des prestations énumérées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 précitée, et plus généralement des indemnités de toute nature reçues ou à recevoir d'autres débiteurs du chef du même préjudice, lorsque l'offre prévoit le versement d'une rente à la victime, cette rente est revalorisée dans les conditions prévues à l'article L. 351-11 du code de la sécurité sociale. L'offre a un caractère provisionnel si l'office n'a pas été informé de la consolidation de l'état de la victime. L'offre définitive doit être faite dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'office a été informé de cette consolidation. L'acceptation de l'offre de l'office vaut transaction au sens de l'article 2044 du code civil. Le paiement doit intervenir dans un délai d'un mois à compter de la réception par l'office de l'acceptation de son offre par la victime, que cette offre ait un caractère provisionnel ou définitif »

فقرة 8 من قانون 2002-303⁽¹⁾. وكذلك الحال يحق للصندوق الوطني الرجوع على المسؤول عن الضرر سواء أكان صاحب إحدى المهن الصحية، أو المؤسسة الصحية أو منتج المواد الصحية إذا كان يرى خلافاً لرأي اللجنة أن مسؤوليته متحققة نتيجة لتوافر أركانها، وفق ما جاء في المادة L1142-17 فقرة 7 من قانون رقم 2002-303⁽²⁾.

1Art. 1142-14alinéa 8, précité, stipule : « ...Si l'assureur qui a transigé avec la victime estime que le dommage n'engage pas la responsabilité de la personne qu'il assure, il dispose d'une action subrogatoire soit contre le tiers responsable, soit contre l'Office national d'indemnisation si les dispositions du II de l'article L. 1142-1 trouvent à s'appliquer. ».

2 Art. 1142-17 alinéa 7, précité, stipule : « ...Si l'office qui a transigé avec la victime estime que la responsabilité d'un professionnel, établissement, service, organisme ou producteur de produits de santé mentionnés au premier alinéa de l'article L. 1142-14 est engagée, il dispose d'une action subrogatoire contre celui-ci. Cette action subrogatoire ne peut être exercée par l'office lorsque les dommages sont indemnisés au titre de l'article L. 1142-1-1, sauf en cas de faute établie de l'assuré à l'origine du dommage, notamment le manquement caractérisé aux obligations posées par la réglementation en matière de lutte contre les infections nosocomiales. ».

خاتمة

توصلنا من خلال بحثنا هذا إلى جملة من النتائج أهمها:

لم تُحظى الالتزامات الطبية بشكل عام والالتزام بضمان السلامة بشكل خاص بنصيبها من الدراسة القانونية والتطبيق القضائي في الجزائر، إذ لم تحدد معالمه كما هو الحال في المجالات الأخرى كالنقل، مسؤولية المنتجين والبائعين وخاصة في قانون العمل أين أثبت فعلا أهمية الالتزام بالسلامة وذلك بالمصادقة على اتفاقيات دولية بشأن السلامة والصحة المهنية وبيئة العمل⁽¹⁾.

لا يزال القانون والقضاء الجزائريان يحتكمان إلى قواعد المسؤولية العامة في مجال مساءلة الطبيب وإنصاف المريض على عكس القانون والقضاء الفرنسيين الذين سايرا التطور الطبي واحتكما إلى ضرورة حماية المريض والموازنة بين مصلحتين هما مصلحة المريض في سلامته ومصلحة الطبيب في ممارسة مهنته بقدر كبير من الحرية.

تتجسد فكرة ضمان السلامة بعدم اقتصار التزام الطبيب على مجرد بذل العناية في تلك التدخلات التي لا محال فيها لفكرة الاحتمال على سبيل المثال عمليات نقل الدم، التحاليل الطبية، والأجهزة المستخدمة.

ويحقق الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي حماية للمريض في مواجهة المخاطر التي يشتمل عليها المجال الطبي وكفالة حق المتضررين في الحصول على تعويض الأضرار الماسة بسلامتهم الصحية الجسدية والنفسية، حتى في حالة انعدام المسؤول. وقد جسد ذلك القانون الفرنسي، وهذا بتكريس الاجتهادات القضائية اليومية الرامية إلى حماية المريض المتضرر الذي يواجه صعوبات إثبات الخطأ، وذلك بتنظيم المسؤولية الطبية وفقا لقواعد خاصة بها بعد مجيء قانون "كوشنير" 2002-303 الصادر في 4

1- الاتفاقية 155 بشأن السلامة والصحة المهنتين وبيئة العمل، المعتمد بجنيف في 22 يونيو 1981، المصادق عليها بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-59 مؤرخ في 11 فبراير 2006، ج.ر.ع. 07، الصادر في 12 فبراير 2006.

مارس 2002 متعلق بحقوق المرضى وتحسين الصحة المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 1577-2002 المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية، وإنشاء الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية O.N.I.A.M، في سبيل الحصول على التعويض الجابر للضرر لتوفير حماية فعالة لهؤلاء المرضى، نتيجة للمخاطر المستحدثة المصاحبة للعمل الطبي خاصة وأن هذه الأضرار من قبيل الأضرار الماسة بالسلامة الجسدية للمرضى، التي تقتضي حماية خاصة.

اكتفى المشرع الجزائري بتكريس حق الشخص في سلامته الجسدية، وبكفالة تعويض الأضرار الجسدية في حالة عدم وجود مسؤول، وذلك بترتيب التزامات جديدة على عاتق الدولة وهذا بمناسبة تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 الذي استحدث المادة 140 مكرر 1 التي تنص : «إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمضرور يا فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر»⁽¹⁾ التي جاءت بحكم جديد يكرس نظاما تعويضيا جديدا في القانون المدني.

باعتبار الأضرار الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالسلامة هي أضرار جسمانية بالدرجة الأولى، فإنه قياسا على ذلك في حالة وجود أضرار ناتجة عن المساس بسلامة المريض الجسدية، ولم تثبت مسؤولية المستشفى أو الطبيب، فحماية للمريض المضرور لحصوله على التعويض، الدولة هي التي تتكفل بذلك.

هذه المادة حتى وإن أمكن الاعتقاد أنها جاءت لتطبق على مسؤولية المنتج المنصوص عليه في المادة 140 مكرر، في حالة إذا أصاب شخصا ضررا جسمانيا نتيجة تناول منتج معين وانعدام المسؤول وانتفى خطأ الضحية، إلا أن كيفية تطبيق نص هذه المادة أمام القضاء يرى الأستاذ "علي فيلاي" أنها جاءت بمبدأ عام يقضي بإلزام الدولة بتعويض كل الأضرار الجسمانية في حالة انعدام المسؤول عن الضرر دون تحديد مجال معين. غير أن

تكفل الدولة بالتعويض عن هذه الأضرار يكون بصفة احتياطية، إذ لا تتدخل الدولة إلا إذا انعدم المسؤول، وأن يكون هذا الضرر جسمانياً، وأن لا يكون للمتضرر يدا في حدوث الضرر الجسماني⁽¹⁾.

استجابت المادة 140 مكرر 1 لمبدأ العدالة حيث تقوم الدولة بضمان الضرر الجسماني تحت شعار العدالة الاجتماعية، ومن خلاله تستجيب لضرورة حماية حق الضحية في سلامتها الجسدية، وتحمل في معناها تجسيدا لحق الفرد في حماية سلامته الجسدية كما هو وارد في الدستور بتكريس مبدأ عدم جواز الاعتداء على سلامة الشخص⁽²⁾. غير أن هذا ليس كاف، لأن نصوص القانون المدني هي أحكاما عاما، فكان على المشرع إدراج ما يجسد هذه الفكرة في قانون الصحة الجديد.

يبقى تدخل الدولة للتكفل بالأضرار الجسدية ولو بصفة احتياطية، دليلاً على أهمية تكريس حق المريض في سلامته. ولتحقيق سلامة المرضى لابد من الطبيب أو المؤسسات الصحية اتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات لحماية المريض من أي نتائج سلبية أو خطيرة عندما يتلقى نوعاً معيناً من الخدمات الصحية تمس بسلامته، وهذه التدابير تتمثل كالتالي:

- سلامة بيئة المؤسسة الصحية: يتضمن ذلك المواصفات والأسس التي يجب أن تتوفر في المباني الصحية على اختلاف مواقعها ومساحتها مع ضرورة تنظيم وتنسيق التوزيع الداخلي للغرف والأخذ بعين الاعتبار مواصفات مواد البناء المستخدمة وأنظمة التكيف والإضاءة، كما يجب أن تحتوي المباني على وسائل الحد من خطر الحريق،

1- فيلالي علي ، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف، عدد خاص 28، المسؤولية الطبية والخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، جوان 2017، ص 32.

2- أوقنون بوسعد، ضمان الدولة للأضرار الجسمانية في اطار القواعد العامة (المادة 140مكرر 1 من القانون المدني الجزائري)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ع.1، 2018، ص361.

والتمديدات الخاصة بالماء والكهرباء وضمان عملها على مدار الساعة دون توقف مراعاةً لاحتياجات المرضى ومقتضياتهم.

- سلامة الغذاء: يُمكن المحافظة على سلامة الغذاء من خلال وضع مجموعة من الاتفاقيات والنصائح الطبية الخاصة بالوجبات الغذائية المقدمة للمرضى، فلا بدّ أن تكون خالية من الأخطار، وأن تحدّ من مضاعفات الأمراض بحيث لا تحتوي على ما هو ضارّ بالصحة، لذلك يجب الاستعانة بالنظام العالمي الوقائي الذي أوصت ونصحت به الصحة العالمية للوقاية من الملوثات الغذائية في المؤسسات الصحية.

- منع العدوى: يجب وقاية المرضى والعاملين في المؤسسات الصحية من مخاطر العدوى المكتسبة، ويكون ذلك من خلال إيجاد أماكن نظيفة وصحية خالية من الجراثيم في المستشفيات والمراكز الصحية، وإجراء الفحوصات اللازمة للكشف عن معدلات العدوى في المؤسسات الصحية والتعرف على أسبابها وطرق الوقاية منها والحد من عواقبها ونتائجها، لذلك يجب المقارنة بين المستشفيات وتطبيق سياسات العزل، وغسل الأيدي، والتطهير، والتعقيم باستخدام الأدوات والأجهزة المختلفة لمنع تفشي وتضاعف انتشار الأمراض البائية بين الموجودين في أيّ نوع من أنواع المؤسسات الصحية.

- الصحة الوقائية: للصحة الوقائية دور مهم في عمليات البحث والاستقصاء والتبليغ عن وجود حالات مرضية معدية، حيث يتمّ إجراء فحوصات بشكلٍ مستمر لجميع العاملين في المؤسسة الصحية، وتنفيذ آليات التحصينات اللازمة للشرائح المختلفة في المستشفى، فمثلاً يحتاج المواليد الجدد إلى مجموعة من الأمصال والطعوم الدورية المهمة للحفاظ على سلامة أعضاء الجسم، وأن تحتوي المستشفى

أيضاً على كمية كافية من الدم عند حاجة المرضى إليه أو خلو المتبرعين مع ضرورة حفظه بطرق صحية وآمنة (1).

- بهذا نقول أن سلامة المرضى مسألة جدية من مسائل الصحة العمومية في المؤسسات الاستشفائية والصحية في الجزائر، فبالتالي الالتزام بضمان هذه السلامة من أهم الالتزامات التي يجب أن تحظى باهتمام واسع من طرف فقه القانون الجزائري مواكبة نظيره الفقه الفرنسي الذي جعل القضاء الفرنسي يتبناه ويعتبره التزاماً قانونياً يطبق على جميع العقود المهنية التي يكون محلها جسم الإنسان، وتتضمن خطراً يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، وكان في مقدمة تلك المجالات المجال الطبي الذي يعتبر المجال الطبيعي لهذا الالتزام خاصة مع المستجدات العلمية.

- ونقول إصدار قانون الصحة رقم 18-11 يعتبر نوعاً ما قفزة نوعية في الرعاية الصحية ويليق بمكانة الجزائر الرائدة في المجتمع الدولي وحتى نلحق بالدول المتقدمة في مجال التشريعات الصحية وحماية حقوق المرضى وسلامتهم، حيث هذا القانون حدد الأحكام والمبادئ الأساسية التي تنظم قطاع الصحة في بلادنا، وتجسد حقوق وواجبات المواطنين في مجال الصحة. كما هذا القانون جاء لضمان الوقاية، وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها وترقيتها ضمن احترام الكرامة الإنسانية والحرية والسلامة والحياة الخاصة للمواطنين.

إلا أنه ككل قانون قد يتضمن نقائص، حيث كنا نأمل من المشرع الجزائري كنه نظيره المشرع الفرنسي عند وضع قانون الصحة الجديد أن يأخذ بعين الاعتبار

- ضرورة وضع آليات تتماشى مع التطور الذي شهدته مهنة الطب من أجل خدمة المريض وحمايته وضبط مستوى الالتزام بالسلامة في المسائل الطبية وإلقاء الضوء

1- ساجدة أبو صوي، معايير سلامة المرضى، 30 أبريل، 2018، الموقع الإلكتروني: <http://mawdoo3.com>

على مسؤولية الطبيب مع ضرورة التفرقة بين الخطأ الطبي والمضاعفات التي قد تحدث نتيجة التدخل الطبي.

- وأن يضع لمهنة الطب لما لها من أهمية وخطورة في المسؤولية قواعد ونصوص خاصة تبين حدود مسؤولية الأطباء عن أعمالهم مراعين فيها طبيعة الأعمال التي يقومون بها والمخاطر التي يتعرضون لها. خاصة ما يتعلق بأعمال المخابر الطبية التي لم تحظ بتنظيم أوسع، وذلك بضرورة وضع تنظيم تشريعي لعمل التحاليل الطبية التي تجرى داخل هذه المخابر في إطار القانون الطبي وتنظيم العلاقة بين أخصائي التحاليل الطبية والمرضى الذين يلجئون لإجراء التحاليل.

- وكذلك إصدار قانون خاص بضحايا الأعمال الطبية، يكفل حقهم في الحصول على تعويضات مقابل الأضرار التي لحقت بهم أثناء تلقي العلاج سواء في المستشفيات العامة أو الخاصة خاصة لتغطية الأضرار الناتجة عن التلقيحات وإيجاد حلّ للقضايا التي وقعت حديثاً. وذلك بإنشاء صندوق أو لجان قضائية وطبية مشتركة للبت في التعويض عن الأضرار الماسة بالسلامة الجسدية.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية

- القرآن الكريم

أ-كتب

1. أحمد حسن عباس الحيارى ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن. 2005.
2. أسامة أحمد بدر، الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤولية الشخصية والموضوعية، دراسة تحليلية قضائية في القانونيين الفرنسي والمصري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
3. البراوي حسن حسين، مخاطر التطور بين قيام المسؤولية والإعفاء منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 .
4. الذنوب علي حسن، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، الجزء الثالث، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
5. العرعاري عبد القادر، مصادر الالتزام، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، دار الأمان، الرباط، 2011.
6. أنور يوسف حسين، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014.
7. بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية دراسة في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

8. توني خالد موسى، المسؤولية الجنائية في مجال عمليات نقل الدم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
9. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التداعيات الطبية للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
10. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، دار هوم، الجزائر، 2009.
11. حنا منير رياض، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 2013.
12. خضير عبد القادر، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هوم، الجزائر، 2014.
13. خميس علاء الدين، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، دار الكتاب القانوني، الإسكندرية، د.س.ن.
14. رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هوم، الجزائر، 2012.
15. سمير عبد السميع الأودن ، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم-، مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
16. شحاته غريب شلقامى، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

17. عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية وفيرس مرض الايدز، المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل دم ملوث بفيروس مرض الايدز، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
18. عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، التنظيم القانوني للصناعات الدوائية على ضوء اتفاقية التريبس، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، الجيزة، مصر، 2015.
19. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
20. عجاج طلال، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة فقهية قضائية مقارنة، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2011.
21. فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، العقد الإرادة المنفردة، الجزء الأول، قصر الكتاب، الجزائر، 2006-2007.
22. فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفر للنشر، الجزائر، 2008.
23. قاسم محمود جاسم، نظام جبار طالب، الأضرار المعنوية الناتجة عن الإصابة الجسدية، دراسة مقارنة، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.
24. قدوس حسن عبد الرحمن، مدى التزام المنتج بضمان السلامة في مواجهة مخاطر التطور العلمي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

25. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
26. محسن عبد الحميد إبراهيم البينة ، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، القاهرة، 1993.
27. محمد أحمد المعداوي عبد ربه، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.
28. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986.
29. محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
30. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، التطبيقات العملية لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، الجزء الأول، الكتاب الثاني، دار هومه، الجزائر 2003.
31. منذر الفضل ، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1995.

32. نرمين أبو بكر محمد، الالتزام بضمان السلامة في عقد الحضانة، دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.

II-رسائل ومذكرات جامعية

أ-رسائل الدكتوراه

1. أحمد سلمان سليمان الزبيد، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2007.

2. أحمد سلمان سليمان الزبيد، المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2007.

3. أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2011.

4. أحمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2005.

5. أكو فاتح حمه رش، مدى التزام المستشفى بضمان سلامة المريض، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة الإسكندرية، 2015.
6. المر سهام، المسؤولية المدنية لمنتجي المواد الصيدلانية وبائعها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان، السنة الجامعية 2016-2017.
7. بحماوي الشريف، التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطار العلاجية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.
8. براح يمينه، المسؤولية القانونية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2016.
9. بن زيطه عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص (عقود ومسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة - الجزائر، 2015.

10. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011.
11. بن مغنية قادة، الثقة بين الطبيب والمريض في المسار العلاجي، دراسة لحالات، رسالة دكتوراه علوم في علم الاجتماع، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع، جامعة وهران 2 محمد بن احمد، وهران، 2017.
12. جربوعة منيرة، الالتزامات الحديثة للطبيب في العمل الطبي، رسالة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر (1)، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2016.
13. حادي شفيق، المسؤولية المدنية عن الخطأ في التشخيص الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، في العلوم القانونية، فرع قانون وصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي الياس، سيدي بلعباس، 2018.
14. سايب عبد النور، الممارسات الطبية الحديثة الواردة على جسم الإنسان، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو. 2018.
15. عبد القادر محمد أقصاصي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود (نحو نظرية عامة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، السنة الجامعية 2007-2008.

16. عبد المنعم محمد أحمد عبد النعيم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانون الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1995.
17. عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2010.
18. عمار حسن محمد محمد، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية الناشئة عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2014.
19. عمارة نعيمة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014.
20. قنيف غنيمية، التزام الطبيب بالحصول على الرضا الحر والمتبصر للمريض، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.
21. قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، قسم: العلوم الإسلامية، تخصص، شريعة وقانون، جامعة وهران، 2010.

22. مالك حمد محمود أبو نصير، المسؤولية المدنية للطبيب على الخطأ المهني، دراسة موازنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2008.
23. محمد سليمان فلاح الرشيدي ، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1998.
24. محمد محمد القطب مسعد، المسؤولية الناشئة عن أضرار الدواء، (مشكلاتها، وخصوصية أحكامها)، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة المنصورة، 2012.
25. محمود التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان السلامة للأشخاص، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 1988.
26. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري المقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1997.
27. مواسي العلجة، التعامل بالأعضاء البشرية من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

ب- رسائل ومذكرات ماجستير

1. أحلوش بولحبال زينب، رضا المريض في التصرفات الطبية، رسالة ماجستير في الحقوق، فرع: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.
2. العتيبي صالح بن محمد بن مشعل ، الأخطاء الطبية، وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي، دراسة تطبيقية، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، قسم الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2014.
3. المر سهام، التزام المنتج بالسلامة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
4. بختاوي سعاد، المسؤولية المدنية للمهني المدين، مذكرة ماجستير، فرع: مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، جامعة تلمسان، 2012.
5. تلمساني عفاف، خطأ المضرور واثره في المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2014.
6. خالد بن عبد الله بن صالح الغامدي، حق الإنسان في سلامة صحته في الشريعة والنظام، دراسة مقارنة بالمواثيق الدولية، مذكرة ماجستير في العدالة الاجتماعية، كلية الدراسات العليا،

قسم العدالة الاجتماعية، جامعة نايف العربية للعلوم
الأمنية، الرياض، -2007.

7. شاعة أحمد ، تعويض الضرر المعنوي المتعلق بالسلامة الجسدية، على
ضوء القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير فرع العقود
والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.

8. عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير في القانون، فرع
المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،
2011.

9. عتيق عائشة، جودة الخدمات الصحية في المؤسسات العمومية الجزائرية،
دراسة حالة المؤسسة العمومية الاستشفائية لولاية
سعيدة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم
التسيير الدولي للمؤسسات، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان،
2012.

10. عمر شنتير رضا، الوقاية الطبية، مذكرة ماجستير في القانون، فرع
قانون المؤسسات، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن
عكنون، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2007.

11. فراج علي سعد السبيعي، مدى الرضا عن مستوى خدمات الأمن
والسلامة في مدينة الملك فهد الطبية من وجهة نظر
المبجوثين، رسالة ماجستير في قسم العلوم الشرطية،
تخصص: قيادة أمنة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،
كلية الدراسات العليا، قسم علوم الشرطة ، الرياض،
2013.

12. قيرع محمد، التعويض عن الضرر الجسماني للخطأ الطبي، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2015.
13. مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006.
14. منصوري جواد، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017.
15. نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة ماجستير في القانون، فرع: العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بن عكنون، 2001.

III-مقالات

1. اصبيحي مصطفى، الالتزام بالسلامة كأساس لإنعاش المسؤولية في المنتجات الدوائية، مجلة الباحث للدراسات القانونية والقضائية، مجلة قانونية إلكترونية شهرية، العدد الثاني، أكتوبر، 2017، (ص ص 103_126). الموقع الإلكتروني: www.essdroit.com

2. أكرم محمود حسين البدو، أيمن محمد ظاهر، الالتزام بالإفضاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 1، السنة العاشرة، العدد 24، جامعة الموصل، العراق، 2005، (ص. ص. 09-47).
3. _____، بيارك فارس حسين، الحق في سلامة الجسم، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 09، السنة 12، العدد 33، العراق، 2007، (ص. ص. 01-47).
4. الصباحين سهى، هليل منير، شطناوي فيصل، الالتزام بالتبصير في الجراحة التجميلية: دراسة مقارنة بين القانون الأردني والقانون المصري والفرنسي، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد 26، فلسطين، 2012، (ص ص 1235_1254).
5. العمري صالحة، حماية المستهلك في اطار قواعد المسؤولية المستحدثة لمنتج الدواء في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، أفريل 2017، (ص ص 556_580).
6. أوقنون بوسعد، ضمان الدولة للأضرار الجسمانية في اطار القواعد العامة (المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق

- والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2018، (ص ص 351 - 375).
7. باريارام سول، سلامة المريض، 2014، (ص ص 01 - 16)، الموقع الإلكتروني www.theific.org/wp-content/uploads/2014/08/PtSafetyArabic.pdf
8. بحماوي الشريف، آليات تعويض الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية المركز الجامعي لتامنغست، مجلة الاجتهاد، سداسية محكمة، معهد الحقوق، العدد 07 ، الجزائر، جانفي، 2015. (ص. ص 52-69).
9. براج يمينه، نقل الدم بين الضرورة العلاجية والمساءلة القانونية (دراسة تأصيلية في القانون المدني)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسية بن بوعلي، العدد 15، الشلف، جانفي 2016. (ص. ص 145-159).
10. بن صغير مراد، أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسة الطبية، دراسة مقارنة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة حسية بن بوعلي، العدد 18، الشلف، جوان 2017. (ص. ص 143-153).
11. _____، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجيلالي اليااس،

سيدي بلعباس، العدد 03، الجزائر، 2007، (ص.ص 41-86).

12. بوخرس بلعيد، الخطأ المدني للطبيب أثناء التدخل الطبي، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 1، 2012، (ص 350_386).

13. حسان نادية، تطور القانون المقارن لحماية ضحايا الأعمال الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، (ص 70-93).

14. حمود بن محمد علي الجمالي، الهندسة الصناعية ودورها في الحفاظ على أمن وسلامة المنشآت والمكتسبات الوطنية، المؤتمر الأول لشعبة الهندسة الصناعية بالهيئة السعودية للمهندسين، معهد الهندسة الصناعية، في 20 إلى 22 أكتوبر 2008، الموقع الإلكتروني: (ص ص 1_54) ،
الموقع: www.kenana.online.com

15. خضراوي الهادي-عبد القادر يخلف، عمليات التلقيح الإجباري ونظام المسؤولية المترتبة عنها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، العدد 10، جانفي 2017، (ص ص 109_123).

16. رائدة محمد محمود النجاوي، **عقد التحاليل الطبية**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، العراق، (ص 136_213).
17. رايس محمد، **نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري**، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، الجزائر، 2008، (ص 65_118).
18. زروقي حنين، **نطاق وطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب والصيدلي عن الدواء المعيب**، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، عدد 8، غيليزان، جوان 2017، (ص 423_447).
19. ساجدة أبو صوي، **معايير سلامة المرضى**، 30 أبريل، 2018، (ص ص 12_1)، الموقع الإلكتروني: <http://mawdoo3.com>
20. سي يوسف زاهية حورية، **تعليق على نص المادة 140 مكرر تقنين مدني جزائري**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2، 2010، (ص 61_75).
21. شفيعي حسين ، **حق تصرف الإنسان بجسده وأعضائه، دراسة في موقف الشريعة الإسلامية، نصوص معاصرة**، مركز البحوث المعاصرة، بيروت، 29 أبريل 2015، (ص ص 1_10). الموقع الإلكتروني: www.nosos.net
22. شهران وليد ، **الحماية القانونية لجسم الإنسان من مخاطر العدوى عند نقل الدم**، مجلة العلوم القانونية والشرعية، كلية القانون،

- جامعة الزاوية، ليبيا، جوان 2015، (ص ص 163_152).
23. صندوق حسن محمد، متى تتجح جهود ضمان سلامة المرضى؟ الشرق الأوسط، جريدة العرب الدولية، في 28 مارس 2014، (ص ص 1_5)، الموقع الإلكتروني: www.archive.aawsat.com
24. صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد 1، 2001، (ص ص 61_77).
25. عادل يحي، الحماية الجنائية للحق في الصحة بين النظرية والتطبيق، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 83، 2010، (ص.ص. 137-352).
26. عائشة المعاشي، مسؤولية المرافق الصحية عن الإصابة بعدوى المستشفيات، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول. العدد 16، المغرب، يناير 2018، (ص ص 1_14).
27. عبد الرؤوف على المناعمة، عدوى المستشفيات، خطر يمكن تجنبه، منظمة المجتمع العلمي العربي، علوم الصحة، 2 سبتمبر 2015، (ص ص 1_4)، الموقع الإلكتروني: <http://arsco.org/article>
28. علي بن محمد، مستشفيات الجزائر أوسخ من الشوارع، مقال منشور في قناة الجزائر، في 22 سبتمبر 2013، الموقع الإلكتروني: <http://www.algeriachannel.net>

29. فطيمة عبيد الله، تقييم جودة الخدمات الصحية في المخابر الطبية الخاصة، دراسة عينة من زبائن المخابر الطبية الخاصة في ولاية معسكر، مجلة مجاميع المعرفة، رقم 05 ، عدد أكتوبر 2017، المركز الجامعي لتندوف، الجزائر، 2017، (ص ص 51- 62).
30. فغور رابح ، الحق في سلامة الجسم بين القدسية والضرورة الطبية، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، مجلة البحوث والدراسات، المجلد 15، العدد 2، الجزائر، 2018 ، (ص ص 61 _ 92).
31. فوز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 1، سوريا، 2006، (ص. ص. 121-156).
32. _____ ، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية، المجلد 25، العدد 2، سوريا، 2009، (ص ص 469 _ 506).
33. فيلالي علي ، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمدغاست، سداسية محكمة، العدد 07، الجزائر، جانفي 2015، (ص ص 09-35).

34. _____، ملاحظات حول المسؤولية الطبية، مجلة المحامي، العدد 28، عدد خاص، المسؤولية الطبية والخطأ الطبي في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين سطيف، جوان 2017، (ص ص 11-35).
35. قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جامعة ورقلة، 1 جوان 2015، (ص. ص. 331-352).
36. لطروش أمينة، تأثير قانون حماية المستهلك وقمع الغش على العقد الطبي، مجلة منازعات الأعمال، جامعة فاس، الرباط، المغرب، جوان 2014، (ص ص 1 _ 08)، الموقع الإلكتروني: <http://revues.imist.ma/index.php?journal=Contentieux-Affaires&page=index>
37. محمد جريفي، الالتزام بضمان السلامة كمبدأ لكفالة الحق في التعويض، مجلة الحقيقة، العدد 39، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2017، (ص. ص. 134-150).
38. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، مجلة الدراسات القانونية، مجلة تصدرها كلية الحقوق بجامعة أسيوط، مصر، عدد 18، مصر، 1996، (ص ص 204-243).
39. مصطفى عطية، الحقوق اللصيقة بالشخصية ليست الحق الشخصي، (ص ص 1 _ 3)، الموقع الإلكتروني: <https://lawvoice.wordpress.com>

40. مواقي بناني أحمد، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر، العدد 10، جامعة محمد خيضر، بسكرة، جانفي 2014، (ص ص 414 - 425).
41. نبالي معاشو فطة، التزامات الصيدلي تجاه مستهلك المواد الصيدلانية، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد 14، أبريل 2017، (ص ص 545 - 556).
42. وسن قاسم الخفاجي، نور حسين الخزاعي، أثر إخلال جراح التجميل بضمان السلامة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، السنة التاسعة، جامعة بابل، العراق، 2017، (ص ص 360 _ 391).

IV-نصوص قانونية

- الدستور

1. قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ع. 14 الصادر في 07 مارس 2016.
- الاتفاقيات الدولية المصادق عليها:
 1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، وافقت عليه الجزائر بموجب دستور 1963، ج.ر.ع. 64، صادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963.
 2. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف، المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، صادقت عليه الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 89-67 المؤرخ في 16

ماي 1989، ج.ر.ع. 20، صادرة في 17 ماي، 1989، النص الكامل لهذا العهد منشور في ملحق هذا المرسوم ج.ر.ع. 1، الصادر في 26 فيفري 1997.

3. الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهية، إعلان مؤتمر رؤساء دول حكومات منظمة الوحدة الإفريقية، الإعلان رقم 04 لرؤساء الدول والحكومات، التعديل الأول الذي صدر عن دورته العادية السادسة عشر (16) في ميروفا (ليبيريا) خلال الفترة 17-20 يوليو 1979، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي المؤرخ في 8 يوليو 2003، المنشور في ج.ر.ع. 41، الصادر في 9 يوليو 2003.

4. الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب، تمت إجازته من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية، رقم 18 في نيروبي (كينيا) في يونيو 1981، الموقع الإلكتروني، صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 87-37 المؤرخ في 03/02/1987، ج.ر.ع. 6، الصادر في 04/02/1987.

5. الاتفاقية 155 بشأن السلامة والصحة المهنتين وبيئة العمل، المعتمد بجنيف في 22 يونيو 1981، صادقت عليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 06-59 مؤرخ في 11 فبراير 2006، ج.ر.ع. 07، الصادر في 12 فبراير 2006.

_ نصوص تشريعية

1. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائي المعدل والمتمم.
2. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

3. أمر 76-79 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر. عدد. 101، الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1976
4. قانون رقم 85-05 المؤرخ في 25 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ج.ر. عدد 8، الصادر في 17 فيفري 1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 جويلية 1990، ج.ر. ع. 35، الصادر في 15 أوت 1990 المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-07 المؤرخ في 15 يوليو 2006 الصادر في 19 يوليو 2006 المعدل والمتمم بالقانون 08-13 المؤرخ في 20 جويلية 2008، ج.ر. ع. 44، الصادر بتاريخ 03 أوت 2008 (ملغى).
5. أمر رقم 95-07 مؤرخ في 23 يناير 1995، يتعلق ب.التأمينات، ج.ر. ع 13، المؤرخة في 8 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير 2006، ج.ر. ع 15، الصادر بتاريخ 12 مارس 2006.
6. قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 ، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. ع 15، الصادر في 08 مارس 2009، معدل ومتمم بقانون رقم 18_09.
7. قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة، ج.ر. ع 46، الصادر في 9 يوليو 2018.

_ نصوص تنظيمية

1. مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج.ر. عدد 52 الصادر في 8 يوليو 1992
2. مرسوم تنفيذي رقم 92-284 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر. عدد. 53 الصادر في 12 يوليو 1992

3. مرسوم تنفيذي رقم 92-285 مؤرخ في 6 يوليو 1992 يتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها، ج. ر عدد 5 الصادر في 12 يوليو 1992.

4. مرسوم تنفيذي رقم 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007 الذي يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها، ج.ر.ع. 33 الصادر بتاريخ 20 ماي 2007.

5. مرسوم تنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007 المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر.ع. 67، الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2007

6. مرسوم تنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت 2009 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم، ج.ر.ع. 47، الصادر بتاريخ 16 أوت 2009.

7. مرسوم تنفيذي رقم 13-194 مؤرخ في 30 ماي 2013، يتعلق بالتعويض عن خطر العدوى لفائدة مستخدمي المؤسسات العمومية التابعة لقطاع الصحة، ج.ر.ع. 27، الصادر في 22 مايو 2013.

_ قوانين أخرى

1. الدستور المصري لسنة 2014، الموقع الإلكتروني:

<http://www.constituteproject.org>

_ قرارات مجلس الدولة الجزائري

1. قرار صادر بتاريخ 15 جويلية 2002 ، منشور في : خضير عبد القادر ، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هوم، الجزائر، 2014، ص 78-79.

2. قرار صادر بتاريخ 11 مارس 2003، منشور في : قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، دار هوم، الجزائر، 2014، ص 84_87.

3. قرار صادر بتاريخ 30 جانفي 2008، منشور في مجلة المحامي، ،
تصدر عن منظمة المحامين بسطيف، العدد 28، 2017، ص ص 252-
253.

_ المواثيق الدولية

1. دستور منظمة الصحة العالمية (OMS)، أقرّه مؤتمر الصحة الدولي الذي عقد في نيويورك من 19 يونيو إلى 22 يوليو 1946، الموقع الإلكتروني:
www.apps.who.int/gb/gov/assets/constitutions-ar.pdf
2. منظمة الصحة العالمية، الحق في الصحة، صحيفة وقائع رقم 323،
نوفمبر 2013، الموقع الإلكتروني: www.who.int.
3. منظمة الصحة العالمية، سلامة المرضى، الموقع الإلكتروني:
www.who.int
4. مجلة منظمة الصحة العالمية، عدد 05 المجلد 91، ماي 2013،
الموقع الإلكتروني: www.who.int

ثانيا - باللغة الفرنسية

I-Ouvrages

1. ACCAD (Lucian) et CAUSSIN-ZANTE (Maryse), **Les nouvelles obligations juridiques du medecin**, Ed.ESKA, Paris, 2001,
2. BENCHABANE (Hanifa), **l'alea dans le droit des contrats**, O.P.U, Alger, 1992.
3. BLOCHE (Cyril), **l'obligation contractuelle de sécurité, faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille**, Institut d'études judiciaires, P. U. d'Aix Marseille, Paris, 2002 .
4. KHADIR (Abdelkader), **Recueil d'arrêts en responsabilité médicale**, Ed. Houma ; tome 1, Alger, 2014.
5. MOQUET – ANGER (Marie-Laure), **Droit hospitalier**, LGDJ, Paris, 2010
6. MOR (Gisèl)e et GREARD (Maggy), **la responsabilité du fait des produits pharmaceutiques et la protection des victimes**, Ed. ESKA, Paris, 2001.
7. PENNEAU (Jean), **La responsabilité du médecin**, Ed. Dalloz, Paris, 1996.
8. PONCHON (François), **La Sécurité des patients à l'hôpital**, Recueil des principaux textes, Berger Levrault, Paris, Juin 2000.
9. RADE (Christophe), **L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, l'obligation de sécurité acte de colloque franco-algérien**, l'Université Montesquieu, Bordeaux,

Université d'Oran, Es-senia, Presses Universitaire de Bordeaux, 22 mai 2003.

10. SAISON (Johanne), **le risque médical, évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier**, Ed. L'Harmattan, Paris, 1999 .
11. VIALLA(François), **Les grandes décisions du droit médical**, Ed. Alpha, L.G.D.J, Paris, 2010.

II-Thèses et mémoires

A- Thèse

1. MANSART (Beatrice), **La responsabilité médicale en cas d'atteinte à la sécurité du patient**, thèse doctorat en droit, l'Université Panthéon, Sorbonne, Paris, 1999.

B-Mémoires

1. DECHEZLEPRETRE (Ghislain), **Les infections nosocomiales : Responsabilité et assurance**, diplôme d'études supérieures spécialisées en droit des assurances, Université Panthéon Assas, Paris 2, 2000.
2. OLIVIER (Helene), **La responsabilité de l'hôpital en matière d'infection nosocomiales**, Mémoire de l'école nationale de la santé publique, Rennes, Paris, 12 décembre 2001.

III-Articles

1. HuffPost Algérie, **40% des victimes d'erreurs médicales ont recours à la justice**, le journal « L'ECO news du 10 mars 2016 p1, in : <https://www.huffpostmaghreb.com>
2. BORNI (Bernard), **Alea médical et responsabilité ordre national des médecins, conseil national de l'ordre**, 2^{ème} jeudi de l'ordre, 4 février 1999, p p 1- 2.
3. BOUBCHIR (M.A), **Liberté de prescrire et responsabilité médicale**, Revue Critique De Droit Et Sciences Politiques, Faculté de droit et sciences politiques, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, n°1 , 2018, pp 60_73.

4. BREGER (Thomas), **Sécurité et droit des patients, Approches des fondements juridiques de l'identito-vigilance**, R.G.D.M., N°43, études hospitalier Bordeaux, Paris, Juin 2012,p p201-215.
5. CARLOT (Jean François), **Indemnisation des accidents médicaux et de l'aléa thérapeutique ensuite de la loi du 04 mars 2002** , p1,in: www.jurisques.com/sante2.html
6. Commentaire de l'arrêt BIANCHI du conseil d'Etat de 1993, In : www.doc-du-juriste.com
7. CORONE (Stéphane), Ce qu'il faut savoir avant une opération esthétique, vos droits, top santé, Emap international magazines, France, juin, 2003, pp1_50.
8. FORGES (Jean-Michel), **L'indemnisation des contaminations par transfusion ou traitement**, actualité et dossiers en santé publique N°06, mars 1994,p p 01- 02, Site in :www.ilo.org
9. GROMB (S), PARNEIX (P), GACHIE(J-P), LABADIE J-C, **Responsabilité médicale : les nouvelles obligations en matière d'information sur les risques infectieux**, revue générale, médecine et maladie infectieuse, N°34, Éd. ELSEVIER, Paris, 2004, pp 123-126.
10. HOQUET- BERG Sophie, C.CASS. CIV, 20 mai 1936 Mercier, RGA, in: www.revuegeneraledudroit.eu
11. LUCAS-BALOUL (Isabelle), **Infections nosocomiales, 40 questions sur les responsabilités encourues**, Ed SCROF, Paris septembre 1997, in : <http://editions-scrof.com>
12. MAILLART (Rouge Clotilde), SOUSSET (Nathalie), PENNEAU (Michel), **Influence de la loi du 04 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information du patient, médecine & droit**, 2006, p p 1_64, in: www.sciencedirecte.com ou: <http://france.elsevier.com>
13. NGUYEN (Catherine), **L'obligation de sécurité du fait du matériel utilisé**, conseil juridique, Le Fil Dentaire - du 07/01/2008, p01, In : <https://www.lefildentaire.com>
14. PETRONI-MAUDIERE (Nicole), **L'institution d'une obligation de sécurité de résultat à la charge du médecin ou le risque**

- d'une rupture des équilibres fondamentaux du droit de la responsabilité médicale**, R. G.D.M., n° 06, Paris, 2001, p p 158- 195.
15. Scolan (V.) , Telmon (N.) , Rouge (J.C.) , Rouge (D.) , **Responsabilité médicale et infections nosocomiales**, La R. M. I, V. 21, Issue 4, Elsevier, Paris, avril 2000, p p 361- 367.
16. Sophie Hocquet-Berg, **C.cass, civ., 20 mai 1936**, Mercier **RGD**, Doctrine, l'Université de la Sarre, Allemagne, 11/11/2017, p 1, Cité in : <http://www.revuegeneraledudroit.eu>
17. VIALLA (François), **Responsabilité du fait des infections nosocomiales, Bilan et perspectives après la loi du 4 mars 2002**, Revue Médicale de l'Assurance Maladie, v. 34, n° 1, France, janvier-mars 2003, pp 41_ 47.
18. Virfolet (Jean-Luc), **L'obligation de sécurité est autonome de l'obligation de soins**. La Gazette du Palais, n°352, , France, Paris, 17/12/2000, pp. 43-46.
19. ZEIDENBERG (Alexandre), **L'aléa thérapeutique, documents de médecine légale**, du 16 mars 2014, In : <http://www.medecinelegale.wordpress.com>

IV-Textes législatifs français

1. code civil français de 1804, in : http://lfs3.amazonaws.com/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf
2. Loi N°52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation thérapeutique du sang humain, de son plasma et de leurs dérivés ; in : www.legifrance.gouv.fr
3. Loi 91-1406 du 31 décembre 1991, portant diverses dispositions d'ordre social, cité in : www.legifrance.gouv.fr
4. Loi N°93-5 de 4 Janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicaments. In : www.legifrance.gouv.fr
5. loi N°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF N°175 du 30 juillet 1994, cite in: www.legifrance.gouv.fr

6. _Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux , JORF n°117 du 21 mai 1998, In : www.legifrance.gouv.fr
7. Loi N°98-535 du 01 juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme, JORF N°151 du 02 juillet 1998 in: www.legifrance.fr
8. loi N°2002-303 du 04 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. JORF N°54 du 05 mars 2002, in: www.legifrance.gouv.fr
9. Loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, JORF 31 décembre 2002. in : www.legifrance.gouv.fr
10. Loi n°2004-806 du 9 août 2004 - relative à la politique de santé publique, JORF 11 août 2004.
11. Ordonnance N°2005 -1087 du 1 Septembre 2005 relative aux établissements publics nationaux à caractère sanitaire et aux contentieux en matière de transfusion sanguine. In : www.legifrance.gouv.fr
12. Loi n° 2007-248 du 26 février 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament, In : www.legifrance.gouv.fr
13. Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, Modifié par Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013 in : www.legifrance.gouv.fr
14. loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allégement des procédures, In : www.legifrance.gouv.fr
15. ordonnance n° 2010-250 du 11 mars 2010, relative aux dispositifs médicaux, JORF n°0060 du 12 mars 2010, In : www.legifrance.gouv.fr
16. Loi N°2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 In : www.legifrance.gouv.fr
17. LOI n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, In : www.legifrance.gouv.fr

18. la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, In : www.legifrance.gouv.fr
19. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 in : www.legifrance.gouv.fr
20. Loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018, In : www.lrgifrance.gouv.fr
21. Ordonnance n° 2018-20 du 17 janvier 2018 relative au service de santé des armées et à l'Institution nationale des invalides, JORF n°0014 du 18 janvier 2018

V-Décrets

1. Décret N° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale, JORF n°209 du 8 septembre 1995 In : www.legifrance.gouv.fr
2. Décret n°2003-140 du 19 février 2003 modifiant le code de la santé publique français, in : 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, JORF n° 81 du 5 avril 2003, in : www.legifrance.gouv.fr
4. Décret n° 2004-802 du 29 juillet 2004, modifiant le code de la santé publique français, JORF n°183 du 8 août 2004, In www.legifrance.gouv.fr

VI- Arrêté

1. Arrêté du 23 septembre 2004 ,portant création d'un comité technique des infections nosocomiales et des infections liées aux soins et modifiant l'arrêté, du 3 août 1992 relatif à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales, JORF n°242 du 16 octobre 2004, in : www.legifrance.gouv.fr

VII-Circulaires

1. Circulaire n° 263 du 13 octobre 1988 relative à l'organisation de la surveillance et de la prévention des infections nosocomiales, cité in : <http://affairesjuridiques.aphp.fr>

2. Circulaire n°645 du 29 décembre 2000, relative à l'organisation de la lutte contre les infections nosocomiales dans les établissements de santé, ministère de l'emploi et de la solidarité, in : www.nosobase.chu-lyon.fr

VIII- Directive :

1. Directive n° 85-374/CEE du Conseil du 25 /07/1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux In : <https://actu.dalloz-etudiant.fr>.

IX-Jurisprudence française

1. C.A., civ, Audience publique du mardi 21 novembre 1911 , Non publié au bulletin, cité in : <https://www.legifrance.gouv.fr11>
2. C. Cass. Civ, 20 mai 1936, Mercier, In : www.revuegeneraledudroit.eu
3. C.A. Lyon, 21 décembre 1990, GOMEZ, requête n°89 Lyon 1742, p498, décision cite par Pierre TIFINE, revue générale du droit, 2012-2014, In: www.revuegeneraledudroit.eu
4. C.Cass. 1^{er} ch. Civ, du 21 mai 1996, n°94-16.586, cite in : www.legifrance.gouv.fr
5. C.Cass.cha.civ1 du 29 juin 1999, bull.220, in : www.legifrance.gouv.fr
6. C.E, du 09 avril 1993, Assemblée, du 9 avril 1993, 69336, publié au recueil Lebon, et C.E du 03 novembre 1997, Section du 3 novembre 1997, 153686, publié au recueil Lebon ,In : www.legifrance.fr
7. - Cass. 1^{ère} 7 Novembre 2000, Bull. 2000, N°279, p.181, obligation de sécurité résultat en ce qui concerne les produits, tels les médicaments. in : www.legifrance.gouv.fr
8. C.A. Versailles, Audience publique du vendredi 13 décembre 2002, N° de RG: 2000-3368, in : www.ligifrance.gouv.fr .
9. Cass.Civ . 1, Audience publique du mardi 4 février 2003, N° de pourvoi: 00-15572 , In : www.legifrance.gouv.fr
10. C.A d'Aix-en-Provence, du 8 novembre 2004, 00/21350, In : www.legifrance.gouv.com

11. C.A.A de Nancy, 3ème chambre - formation à 3, du 06/12/2007, 06NC00988, , In : www.legifrance.gouv.fr
12. C.A. Bordeaux, Audience publique du vendredi 4 avril 2008, N° de RG: 06/06002 , In : www.legifrance.gouv.fr
13. C. A.A.de Marseille, 2ème ch. – du 14/12/2010, In : www.lrgifrance.gouv.fr
14. Cass. Civ., Cha civ. 1, du 26 mai 2011, 10-17.446 In : www.legifrance.gouv.com
15. C.E du 10 octobre 2011, N°328500, in : www.legifrance.gouv.fr
16. C. Cass, civ, Ch 1, du 10 avril 2013, In : www.legifrance.gouv.fr
17. C.A. Nîmes, 1^{ère} ch. Audience publique du jeudi 2 avril 2015, N° de RG: 14/02518, in : www.legifrance.gouv.fr
18. C.Cass, civile, Chambre civile 1, du 1 juin 2016, 15-17.472, In : www.legifrance.gouv.fr
19. C.A.A de NANCY, 3ème ch. - formation à 3, du 23/05/2017, 16NC00060, , In : www.legifrance.gouv.fr
20. C.A.A de VERSAILLES, 4ème chambre, du 21/11/2017, 15VE02849, , In : www.legifrance.gouv.fr
21. C.E, du 23 mars 2018, n° 402237, in : www.legifrance.gouv.fr
22. C.Cass., Ch.Civ.1, du 14 novembre 2018, 17-27.980 17-28.529, In : www.legifrance.gouv.fr

X- documents

1. LANGLOIS (Jean), **Les infections nosocomiales et les infections à l'occasion des soins hors de l'hôpital**, Rapport adopté lors de la session du conseil national de l'ordre des médecins du 30 juin 2000, p p 700_ 828. cité in, <http://www.conseil-national.medecin.fr>
2. Organisation mondiale de la santé, Préventions des infections nosocomiales, Guide pratique, OMS, 2^{ème} Ed, Genève 2008, p1. In : <file:///C:/Users/BOS/Desktop/oms%20infection%20nosocomiales.pdf>

3. wikipédia l'encyclopédie libre. In ; <https://fr.wikipedia.org>

مقدمة.....3

الباب الأول:

ظهور فكرة الالتزام بضمان السلامة

الفصل الأول: تجسيد فكرة الالتزام بضمان السلامة كالتزام جديد في المجال الطبي.. 14

المبحث الأول: السلامة حق قانوني للمريض..... 18

المطلب الأول: مفهوم الحق في سلامة الجسم..... 20

الفرع الأول: تعريف الحق في سلامة الجسم..... 20

أولاً- المدلول الطبي للحق في سلامة الجسم..... 20

ثانياً- المدلول الفقهي للحق في سلامة الجسم..... 23

الفرع الثاني: مضمون الحق في سلامة الجسد..... 24

أولاً- الحق في التكامل الجسدي..... 25

ثانياً- الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي للجسم..... 25

ثالثاً- الحق في السكينة الجسدية..... 26

المطلب الثاني: أهمية الحق في سلامة الجسم..... 27

الفرع الأول: خصائص حق الإنسان في سلامة جسمه..... 27

أولاً- حق غير مالي ومطلق..... 27

ثانياً- حق لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه وانتقاله إلى الورثة..... 28

ثالثاً- حق أصلي لا يخضع لنظام التقادم..... 29

الفرع الثاني: الحماية القانونية للحق في سلامة الجسم..... 30

أولاً- الحماية القانونية الداخلية للحق في سلامة الجسم..... 31

ثانياً- الحماية القانونية الدولية لحق في سلامة الجسم..... 36

المبحث الثاني: السلامة، التزام لضمان سلامة المريض..... 39

المطلب الأول: التعريف بالالتزام بضمان السلامة	39
الفرع الأول: المقصود بالالتزام بضمان السلامة	40
أولا-المقصود بضمان السلامة من خلال بيان شروطه	42
1-وجود خطر يهدد أو يتعرض له أحد طرفي العقد في جسده	43
2-تسلم أحد المتعاقدين نفسه للمتعاقد الآخر	44
3-المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا	45
4-أن لا يكون الضرر حاصلا بسبب التطور الطبيعي للمرض	47
ثانيا-المقصود بالالتزام بضمان سلامة المريض بالنظر إلى فكرة السلامة ذاتها	48
الفرع الثاني: خصائص الالتزام بضمان السلامة	51
أولا- الالتزام بضمان السلامة التزام مدني وشخصي	51
ثانيا- الالتزام بضمان السلامة التزام سلبى	52
ثالثا-الالتزام بضمان السلامة التزام ملحق وضمنى للالتزام بالعلاج	53
المطلب الثاني: اعتبارات تكريس الالتزام بضمان السلامة	55
الفرع الأول: ضرورة مسايرة القانون للتطور العلمى فى المجال الطبى	55
الفرع الثانى: تراجع الأساس القانونى التقليدى للمسؤولية الطبية	58
الفرع الثالث: الخطر كأساس ظهور فكرة الالتزام بضمان السلامة	61
أولا-الخطر	62
1-الخطر والاحتمال	63
2-الاحتمال والحادث	65
3-الخطر والحادث	66
ثانيا-تمييز المخاطر الطبية عن عدم نجاح العلاج	70

72	الفصل الثاني: الضوابط القانونية للالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي.....
73	المبحث الأول: نطاق ووسائل الالتزام بضمان السلامة.....
73	المطلب الأول: نطاق الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي.....
74	الفرع الأول: النطاق الزمني للالتزام بضمان السلامة.....
82	الفرع الثاني: النطاق المكاني للالتزام بضمان السلامة.....
82	المطلب الثاني: وسائل ضمان الالتزام بالسلامة.....
83	الفرع الأول: الالتزام بالإعلام كوسيلة للالتزام بضمان السلامة.....
88	الفرع الثاني: تعزيز ثقافة السلامة عن طريق الوقاية الطبية.....
93	المبحث الثاني: أحكام الالتزام بضمان السلامة.....
93	المطلب الأول: أساس الالتزام بضمان السلامة.....
94	الفرع الأول: الأساس العقدي للالتزام بضمان السلامة.....
101	الفرع الثاني: الأساس التقصيري للالتزام بضمان السلامة.....
109	الفرع الثالث: الأساس المهني للالتزام بضمان السلامة.....
115	المطلب الثاني: طبيعة الالتزام بضمان السلامة.....
117	الفرع الأول: الالتزام بضمان السلامة التزام ببذل عناية.....
122	الفرع الثاني: تحول الالتزام بالسلامة من بذل عناية إلى الالتزام بالضمان ..

الباب الثاني:

تطبيقات الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي

136	الفصل الأول: أهم الأعمال المثار بشأنها الالتزام بضمان السلامة.....
137	المبحث الأول: الالتزام بضمان السلامة أثناء استخدام المنتجات الطبية.....
	المطلب الأول: الالتزام بضمان السلامة في مجال عمليات نقل الدم والتحاليل
138	الطبية.....

فهرس الموضوعات

- الفرع الأول: التزام مراكز نقل الدم بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض 138
- أولا - التزام المستشفى العام بضمان السلامة في عمليات نقل الدم 146
- ثانيا- التزام المستشفى الخاص بضمان سلامة الدم المنقول 148
- الفرع الثاني: الالتزام بضمان السلامة في مجال التحاليل الطبية 149
- أولا: الالتزام بضمان السلامة عند أخذ العينة..... 150
- ثانيا: الالتزام بدقة وضمان نتيجة التحاليل 152
- المطلب الثاني: الالتزام بضمان السلامة في مجال الأدوية 156
- الفرع الأول: التزام الصيدلي المنتج والبائع بضمان سلامة الأدوية 161
- الفرع الثاني: التزام الطبيب بسلامة الأدوية التي يُقدمها للمريض 169
- المبحث الثاني: الالتزام بضمان السلامة أثناء إجراء العمل العلاجي..... 174
- المطلب الأول: الالتزام بالسلامة في استخدام المستلزمات الطبية 174
- الفرع الأول: ضمان السلامة في حالة استعمال أجهزة وأدوات طبية سليمة . 176
- الفرع الثاني: ضمان السلامة في حالة استعمال مستلزمات طبية مُعيبة 183
- المطلب الثاني: الالتزام بضمان السلامة في حالة عدوى المستشفيات..... 187
- الفرع الأول: الاعتراف بالالتزام بضمان السلامة في حالة عدوى المستشفى المصابة في مستشفى عام 193
- الفرع الثاني: فرض الالتزام بالسلامة على عائق الأطباء والمستشفيات الخاصة في حالة عدوى المستشفيات..... 197
- الفصل الثاني: المسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة .. 201
- المبحث الأول: مساهمة القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية الطبية 204
- المطلب الأول: تعديل أساس المسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة 205
- الفرع الأول: الخطأ المفترض كأساس للمسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة 206

فهرس الموضوعات

الفرع الثاني: قيام المسؤولية على أساس فكرة الضمان	213
الفرع الثالث: الالتزام بضمان سلامة المريض تأكيد للاتجاه نحو موضوعية المسؤولية	216
الفرع الرابع: عبء إثبات الخطأ في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة	223
المطلب الثاني: الضرر وعلاقة السببية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة	225
الفرع الأول: الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة	226
أولاً الضرر الجسدي الناجم عن الإخلال بالالتزام بسلامة المريض	229
ثانياً- الضرر المالي الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة	230
ثالثاً- الضرر المعنوي الناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة	232
الفرع الثاني: علاقة السببية بين الضرر والإخلال بالالتزام بضمان السلامة	235
أولاً-افتراض خرق الالتزام بضمان السلامة بمجرد المساس بسلامة المريض	237
ثانياً: وسائل دفع المسؤولية في حالة الإخلال بالالتزام بضمان السلامة .	240
1- القوة القاهرة.....	242
2- خطأ المضرور	245
3- خطأ الغير (غير الخاضعين لرقابة الطبيب أو التابعين له)	251
المبحث الثاني: آليات تغطية الأضرار الماسة بضمان السلامة	256
المطلب الأول: التأمين كآلية عامة لتغطية الأضرار الناتجة عن المساس بسلامة المرضى	258
الفرع الأول: تطور فكرة التأمين من المسؤولية الطبية	259
الفرع الثاني: دور التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب	264
المطلب الثاني: تعويض ضحايا الحوادث الطبية باسم التضامن الوطني (في القانون الفرنسي)	270

فهرس الموضوعات

273	الفرع الأول: شروط التعويض باسم التضامن الوطني
274	أولاً- شرط علاقة السببية
274	ثانياً- أن يكون التدخل الطبي قد تم ابتداءاً من 5 سبتمبر 2001
275	ثالثاً- شرط الجسامة
277	الفرع الثاني: إجراءات الحصول على التعويض وفقاً للتضامن الوطني
278	أولاً- اللجوء إلى اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض
282	ثانياً- الطعن برأي اللجنة
284	خاتمة
290	قائمة المراجع
324	فهرس الموضوعات

ملخص

يعد موضوع الالتزام بضمان السلامة من أهم مواضيع المسؤولية المدنية التي شغلت اهتمام الفقه و القضاء . كانت بداية تطبيق هذا الالتزام عام 1911 في عقد نقل الأشخاص، ثم انتقل إلى بقية العقود الأخرى، لاسيما تلك التي تقضي خطورة تهدد الإنسان في حياته وسلامة جسده، كتلك التي يكون محلها جسم الإنسان كالمجال الطبي الذي يعتبر تطبيقا هاما من تطبيقات الالتزام بضمان السلامة، على ذلك تم تجسيده في هذا المجال من قبل القضاء الفرنسي في أواخر التسعينات بالضبط في 29 جوان 1999 بمناسبة عدوى المستشفيات.

إن الالتزام بضمان السلامة لا يعني التزام الطبيب بضمان شفاء المريض، وإنما يلتزم بأن يكون تدخله ليس سببا في تفاقم حالة المريض، و ذلك بعدم تعرضه لأي أذى أو ضرر مستقل عن المرض المعالج خلال تواجده في المستشفى بنقله عدوى، أو خلال إجراء تحاليل طبية، أو إعطاء الأدوية، أو إجراء ما يستعمله من أدوات و أجهزة، أو أي نشاط آخر يقل فيه عنصر الاحتمال. إذ يتحمل المسؤولية بتعويض الأضرار التي تصيب المريض دون حاجة لإثبات الخطأ في جانبه، متى كان هذا الضرر لا علاقة له بالمرض الذي كان يعالج منه وقد حدث أثناء تواجده في المستشفى و أثناء التدخل الطبي. يترتب على إخلال الطبيب أو المستشفى بالتزامه بالسلامة، نشوء حق المريض الحصول على تعويض دون البحث عن وجود الخطأ، حسب ما استقر عليه القضاء. و ذلك باستحداث آليات للتعويض عن أي ضرر يمس بسلامة المريض و استفادته من هذا الحق و ذلك عن طريق التامين من المسؤولية أو عن طريق وضع جهاز متخصص في التعويض وهو الصندوق الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية.

Résumé :

Depuis plusieurs décennies, la doctrine a attaché un intérêt déterminant à la question liée à l'obligation de sécurité. Ce chapitre important de la responsabilité civil a vu sa première application en 1911 sur le contrat de transport des personnes avant de se propager pour atteindre d'autres contrats touchant à la sécurité physique et morale des personnes. Le volet médical en a tiré une proportion importante de ce regain d'intérêt. La jurisprudence française a donné sens à cette obligation en l'appliquant rigoureusement en 1999 pour pallier contre les infections hospitalières.

Si l'obligation de sécurité ne garantit pas la guérison du patient, toutefois elle ordonne à tout praticien de santé de prémunir le malade de tout risque d'infection pouvant l'atteindre lors de ses différents examens cliniques. La responsabilité du médecin est entièrement engagée dans le cas où le dommage subi par le patient est liée aux conditions de son séjour clinique.

La nouvelle orientation, portée par la jurisprudence, a procuré au malade endommagé un droit de réclamer une indemnisation sans, pour autant, le charger à prouver la faute du staff médical. Ceci a eu l'effet sur l'avènement d'organismes de prise en charge de ce genre de dommages, à l'instar des caisses d'assurances contre les accidents médicaux.