

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

تخصص قانون خاص



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

## المسؤولية القانونية للطبيب في القانون الجزائري والمقارن

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم

إشراف الأستاذ

الوافي سعيد

إعداد الطالب

كشيدة الطاهر

لجنة المناقشة

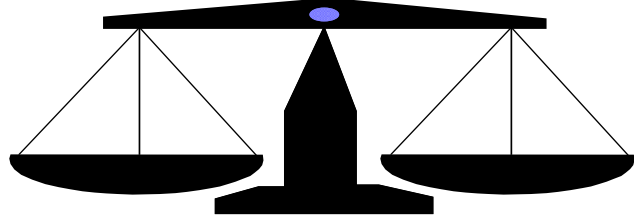
اللقب والاسم	الرتبة	الصفة
لجلط فواز	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
الوافي سعيد	أستاذ محاضرا	مشرفا ومقررا
والي عبد اللطيف	أستاذ التعليم العالي	ممتحنا
برايح السعيد	أستاذ محاضرا	ممتحنا
رابحي لخضر	أستاذ التعليم العالي	ممتحنا
فرحات قرواز	أستاذ محاضرا	ممتحنا

السنة الجامعية 2022-2023

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف - المسيلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



## المسؤولية القانونية للطبيب في القانون الجزائري والمقارن

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ. الوافي سعيد

إعداد الطالب:

كشيدة الطاهر

لجنة المناقشة

السيد : ..... رئيسا

السيد : ..... مشرفا ومقررا

السيد : ..... مناقشا

السيد : ..... مناقشا

السيد : ..... مناقشا

السنة الجامعية 2023/2022

تک

تفسیر

## شكر وتقدير

قال الله تعالى: "أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ..."

سورة لقمان آية 14

وقال صلى الله عليه وسلم: "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

رواه الترمذي

فالشكر لله أولاً فهو الهادي والموفق، ثم خالص الشكر وعظيم الامتنان الدكتور الوافي السعيد الذي تكرم بقبوله الإشراف على هذا البحث رغم كثرة انشغالاته واهتماماته فكان طيلة الإشراف أخاً ومعلماً متواضعاً بتوجيهاته ونصائحه.

(فالحر من راعى وداد لحظة وانتمى لمن أفاده لفظة).

كما أتوجه بخالص الشكر وفائق التقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة

وأخص بالذكر رئيسها .....

والعضو المناقش الدكتور .....

كما لا يفوتني أن أتوجه بخالص الشكر والعرفان الى كل من عميد

الكلية الأستاذ لجلط فواز ونائبه الأستاذ زبدة وإلى رئيس القسم الأستاذ

برابح السعيد الذين حركوا فينا دواعي مواصلة العمل والاجتهاد

وإلى كل زملائي الأساتذة لكلية الحقوق وكل الإداريين والعمال.

# بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

"وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ  
قُلُوبُكُمْ"

الآية 05 من سورة الأحزاب

وقوله تعالى أيضا:

"وَقِفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ"

الآية 40 من سورة الصافات

## قائمة المختصرات

### 1- باللغة العربية:

: القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.	ق. م أو ق.م.ج
: قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.	ق.ع أو ق.ع.ج
: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.	ق.إ.م.إ
: قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.	ق.إ.ج
: قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.	ق.أ
: مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.	مدونة أو م.أ.ط.ج
: مدونة اخلاقيات الطب الفرنسي	م.أ.ط.ف
: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية.	م.ج.ع.ق
: المجلة القضائية.	م.ق
: نشرة القضاة.	ن.ق
: الغرفة المدنية.	غ.م
: الغرفة الجنائية.	غ.ج
: ديوان المطبوعات الجامعية.	د.م.ج
: الجريدة الرسمية.	ج.ر
: الجزء.	ج
: الطبعة.	ط
: الصفحة.	ص
: القانون المدني الفرنسي.	ق.م.ف
: القانون المدني المصري.	ق.م.م
: قانون العقود والموجبات.	ق.ع.م

## 2- باللغة الفرنسية:

AJDA	: Actualité Juridique de Droit Administratif
AP-HP	: Assistance Publique-Hôpitaux de Paris
Art	: Article
Bull	: Bulletin
Bull.civ	: Bulletin civil
C. assises	: Cour d'assises
C.E	: Conseil d'Etat
CA	: Conseil d'Administration
CA	: Cour d'Appel
CAA	: Cour Administrative d'Appel
CADA	: La Commission d'Accès aux Documents Administratifs
Cassa	: Cour de cassation
CC	: Conseil Constitutionnel
CDMF	: Code de Déontologie Médicale Français
CEF	: Conseil d'État français
Cf.	: Conférer
CH	: Centre Hospitalier
CHG	: Centre Hospitalier Général
CHU	: Centre Hospitalier Universitaire
Coll.	: Collection
D	: Recueil Dalloz
Ed	: Édition
EFS	: Établissement Français du Sang
Gaz. Pal	: Gazette du Palais
IPP	: Incapacité Partielle Permanente
IPP	: Incapacité Permanente Partielle
JCPA	: La semaine juridique administration et collectivités territoriales
JO	: Journal Officiel
Jur	: Jurisprudence
LGDJ	: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

OMS : Organisation Mondiale de la Santé  
op. cité : Ouvrage précédemment cité  
p : page  
Plén : Plénière  
RCA : Responsabilité Civile et Assurances  
RDA : Revue de Droit Administratif  
Rev : Revue  
S : suivant(e)(s)  
Somm : Sommaire  
TA : Tribunal Administratif  
Trib : Tribunal  
V : Voir

# مقدمة

# مقدمة

الطب من أهم المهن النبيلة، وفي نفس الوقت المعقدة والخطيرة، التي يتوجب على من يمارسها احترام جسم الإنسان في جميع الظروف والأحوال، والحفاظ على سلامة الناس وأرواحهم، فالواجبات المفروضة على الممارس الطبي هي أخلاقية<sup>1</sup> قبل أن تكون قانونية. ولا شك في القول أنّ ضمان عدم المساس بالسلامة الجسدية، يعتبر أحد الحقوق العامة للصيقة بشخصية الإنسان، والناعبة في نفس الوقت من فكرة الحق في الحياة، ذلك أن عدم المساس بالسلامة الجسدية يعتبر أساس تمتع الإنسان بجميع الحقوق المعترف له بها، سواء في المواثيق الدولية، أو التشريعات الداخلية، خاصة بعد الطفرة الحديثة التي شهدتها العلوم الطبية وما نتج عنها من آثار، في تغيير العديد من المفاهيم والقواعد في علمي الطب والقانون.

وغني عن البيان أن قلنا، أنّ غرض المشرع من اباحة الاعمال الطبية هو حماية مصلحة أولى بالرعاية من مصلحة أخرى في نظر المجتمع، لأن الطب كالشرع هدفه جلب مصالح السلامة والعافية ودرء مفاصد المعاطب والأسقام ولقد قيل قديما "صنغان من الناس لا غنى للناس عنهما الأطباء لأبدانهم والعلماء لأديانهم".

**فعلى الصعيد الطبي**، لم يعد الطبيب هو ذلك "الدكتور"، الذي ينفرد في اتخاذ كافة القرارات التي تستلزمها عملية علاج المريض، هذا الأخير الذي كانت سلطته على كيانه المادي تنتهي منذ اللحظة التي يوضع فيها ذلك الكيان بين يدي الطبيب، الذي له أن يتخذ

<sup>1</sup>, Jean François Mattei : « si la médecine est devenue une science, pour autant elle doit rester un art nourri d'humanisme » Selon, Rouabah Dahbia, inspectrice, direction de santé Jijel, bulletin des juges N° 63 P 241, 2008.

من القرارات ما يراه مناسباً للحالة المرضية، دونما حاجة إلى استمزاغ ذلك المريض أو التحقق من سبق موافقته، على ما يخضع له كيانه المادي من ممارسات طبية مختلفة.

إن تلك السلطة المطلقة للطبيب (*paternalisme médical*) لم تعد تتواءم والمستحدثات العلمية التي بدأ صبحها ينبج مع بدايات القرن الماضي، خاصة باكتشاف إمكانية الاستعانة بعناصر الجسم ومكوناته لعلاج ما استعصى من الأمراض، فأخذ مبدأ تلك السلطة الطبية يتراجع لمصلحة مبادئ جديدة منها استقلالية المريض، وحقه في تقرير مصير كيانه المادي.

أمّا على الصعيد القانوني فالأمر يظهر بصفة جلية في أفول نجم مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان الذي تراجع بشكل مذهل أمام الممارسات الطبية الحديثة، فاصبح هذا الجسم يشكل مخزوناً لقطع الغيار الآدمية، ومسرحاً للتجارب العلمية والطبية وحقلاً خصباً للإبداع و الابتكار في العلوم الطبية، اذ تكفل نجاح الأطباء في احياء الأجنة خارج رحم الأمهات، في الأنابيب واستئجار الأرحام لزرع البويضات الملقحة، بما يسمى التلقيح الاصطناعي، وتغيير الجنس ، و ما افرزته تلك الابتكارات من جدل قانوني، حول ظهور ما يسمى بمفهوم الأم البديلة و الأم الطبيعية، ضف الى ذلك ابتكار العديد من أجهزة و أساليب الإنعاش الاصطناعي لإطالة الحياة، من اجل تحقيق سبق علمي بهدف نزع وزرع الأعضاء البشرية و هو ما استدعى إعادة النظر في وضع معيار قانوني جديد لتحديد لحظة الوفاة<sup>1</sup>.

أمام هذه الهجمة الشرسة على جسم الانسان التي أطاحت بأعتى المبادئ الأخلاقية والقانونية، اعتكف رجال القانون في البحث عن وسائل للتصدي لها، وتنظيم الأعمال الطبية منادين باحترام قدسية الجسم وبقائه خارجاً عن المعاملات المالية من جهة، ومن جهة أخرى، التأكيد عن مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ووجوب بذل عناية التبصر في معالجة مرضاهم، وهذا لن يتأتى إلا بمعرفة الطبيب للقيود القانونية والأحكام التي تحكم علاقته

<sup>1</sup> Jean Peaneau, la responsabilité médicale, Sirey, 1977 n° 137, voir également les travaux de la commission de réforme du droit Canadian sur les critères de détermination de la mort n° 23 ,1979 et n°15, 1981.

بالمريض خلال ممارسته وهي قيود متواجدة في القانون الجنائي وقوانين خاصة بالمهنة الطبية وآدابها.

علاوة على ذلك، فإن القضاء وجد نفسه هو الآخر في حيرة من أمره، بين مسألتين تدور الأولى حول مسألة التأكيد على حرمة وقدسية الجسم البشري، وتوفير حماية أكثر للمرضى مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء ذات أثر سلبي على المرضى مثل التشوهات والعاهات والوفيات...

أما المسألة الثانية، توفير الحماية القانونية للأطباء وتأمينهم من المخاوف الناجمة عن المسائل القضائية، لتفادي إحجامهم عن علاج ومساعدة المرضى من جهة، ووجود حاجة ماسة لروح البحث والابداع والابتكار، وتطور العلوم الطبية من أجل النفع العام، من جهة أخرى.

ولا شك أن كل هذا، كان بهدف النهوض بمهنة الطب وتطويرها، من خلال فسخ المجال أمام الأطباء وإبداعاتهم العلمية، وهو ما تحقق فعلا، فإجراء مقارنة بسيطة بين ما كان عليه الطب في ذلك الوقت، وبين ما هو عليه اليوم، يدل دلالة قاطعة على ازدهاره وتحسن مردوديته ونتائجه، إذ لا نبالغ إذا قلنا إن هناك عدة أمراض كانت مستعصية على العلاج أو على الشفاء، أصبحت اليوم بفضل التطور العلمي التقني من الأمراض العادية القابلة للعلاج أو الشفاء<sup>1</sup>.

فقد تطورت الأجهزة الطبية تطورا ملحوظا، وازدهرت الصناعات الدوائية، على نحو لم يسبق له مثيل، الأمر الذي ساهم في تقلص المخاطر الطبية إلى درجات أقل، مما يغلق أمام الأطباء باب التذرع بالمخاطر غير المألوفة أو غير المتوقعة، أو قلة الإمكانيات والتجهيزات.

<sup>1</sup> Dominique Demers, *Médecine défensive, responsabilité médical*, thèse en doctorat en droit, université Sherbrooke, Ottawa, Canada, 1996, P03.

وهكذا كان للتقدم العلمي التقني وتطور التجهيزات في مجال الطب، أثرها البالغ في تطور طبيعة مسؤولية الطبيب. الأمر الذي يفسر اتجاه الفقه هو الآخر في اتخاذه لهذا التطور.

في هذا الصدد نشير إلى أن الفكر البشري قد عرف منذ أمد بعيد المسؤولية القانونية للأطباء عن أخطائهم العمدية وغير العمدية، ذلك انها ليست وليدة هذا العصر، بل تمتد بشهادة التاريخ الى النظم الاجتماعية القديمة، رغم انها لم تكن على نفس المنوال ونفس النمط فقد وجد لها أثر في قانون حمورابي<sup>1</sup> الذي يعود تقريبا الى 2800 سنة قبل الميلاد وفي حضارات أخرى قديمة مثل الحضارة الفرعونية في كتاب السفر المقدس، والحضارة الاغريقية والرومانية.

وغني عن التذكير بالدور الذي لعبه المسلمون في تطوير الطب سواء في جانبه العلمي او التنظيمي، اذ اسند الخليفة العباسي المقتدر بالله في سنة 319 هجرية، لاحد كبار الأطباء في عهده، و هو سنان بن ثابت بن قرة الحراني صلاحية اختبار من يرغب في مزاوله الطب آنذاك و تسليمه إجازة بذلك، وقتئذ لا يسأل الطبيب الحاذق عن الضرر حتى و لو مات المريض، طالما هناك رضا المريض و اذن الشرع و عدم وجود خطأ، ومفاد ذلك ان العمل الطبي في الشريعة الإسلامية واجب ، اما في حالة وجود خطأ الطبيب فالتعويض يكون على عاتق العاقلة أي اسرة و أقرباء الطبيب و التي يقابلها اليوم صندوق التأمين.

غير ان استخلاص وصياغة مبدأ عام للخطأ في العصر الحديث كأساس للمسؤولية لم يتم إلا في القانون المدني الفرنسي القديم، على يد الفقيه دوما "Domat"، (1625-1696) وقد تبنى واضعوا قانون نابليون ما توصل اليه هذا الفقيه، وصاغوا المادة 1383 المتعلقة

---

<sup>1</sup> المادة 217 من قانون حمورابي "ان كان المريض عبدا، على المالك أن يعطي الطبيب شيكلين من الفضة " وأنظر المادة 219 من ذات القانون التي تنص على: " لو شق الجراح جرحا عميقا في جسم عبد قروي بمشرط من البرونز مما تسبب في موته، يعوض عبدا بعبد".

بالأخطاء العمدية والمادة 1382 المتعلقة بالأخطاء غير العمدية والتي تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري، والمادة 163 من القانون المدني المصري، واعتبروا ذلك تحقيقاً لاستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية.

في هذا السياق، راعت غالبية التشريعات قواعد المسؤولية وأولتها عناية واهتماماً بدءاً بالقانون المدني الفرنسي، حيث تعرضت محكمة النقض الفرنسي لمسؤولية الأطباء في قرارها المؤرخ في 18/06/1835 والذي وضع حدًا للجدل الفقهي القائم آنذاك بين جانب معارض وآخر مؤيد لمساءلة الأطباء، وكان ذلك بمناسبة مرافعة المحامي العام الفرنسي Dupin ومطالبته بتطبيق أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي سالفه الذكر أعلاه، والمقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري على سائر المهنيين بما فيهم الأطباء، على إثر قضية خطأ طبي رفعها مريض يسمى السيد GUIGNE ضد طبيبه حيث اعتبرت المحكمة أن خطأ الطبيب كان موجباً للمسؤولية المدنية بمفهوم المادة 1382 ق.م.ف، واتبعت ذلك وكرّسته بنصوص أخرى تتعلق بمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع والمسؤولية عن حراسة الأشياء في المواد 1383، 1384، 1385، من القانون المدني الفرنسي، وهكذا تترتب المسؤولية المدنية أو الجزائية للطبيب نتيجة الخطأ الذي يرتكبه الطبيب نتيجة إهماله وعدم احترازه أو جهله بالأمر الفني للطب.

علاوة على ذلك، فإن المسؤولية الطبية بنوعها المدنية والجزائية، لم تحظ في يوم من الأيام بمثل هذا الاهتمام البالغ الذي تلقته في عصرنا الحاضر بسبب التطور المذهل والسريع في الأونة الأخيرة في مجال العلوم الطبية حيث يظهر من خلال الإحصائيات التي عثرنا عليها، أن أكثر قضايا المسؤولية الطبية المطروحة أمام القضاء، هي قضايا ذات طابع جنائي في المرافق العامة بالدرجة الأولى، إذ نادراً ما يتم تحميل مهنيي الصحة من أطباء وممرضين مسؤولية أخطائهم الشخصية، ضف إلى ذلك فإن القضاء هو الآخر يلقي تبعات تلك الأخطاء على المستشفيات كمرافق عمومية، بتحميلهم مسؤولية تابعيهم كونهم

مؤمّنين وميسوري الحال، واحتماء مستخدميهم وراء صندوق التأمينات والضمان الاجتماعي في حالة الحكم بالتعويض.

هكذا، أصبح الطبيب اليوم يتابع قضائياً، ذلك الذي كانت علاقته بالأمس مع المريض مبنية على الثقة والاحترام، حيث لم يكن للعائلة إلا طبيب واحد يعرفه افراد الاسرة، ومن ثم لم يكن مستساغاً قبل ذلك ان يكون هذا الأخير موضعاً للاتهام والتقصير لمجرد احتمال خطئه رغم اجتهاده وبذل العناية اللازمة، ولهذا لم يعرف القضاء قضايا المسؤولية الطبية إلا منذ سنوات قليلة، لعدة أسباب وعوامل حالت دون ذلك تتمثل في العلاقة غير المتوازنة بين المريض والطبيب والصعوبات المرتبطة بإثبات الخطأ الطبي.

لقد أثارت هذه الوضعية إزعاج وقلق الأطباء، الذين صاروا يطالبون منذ زمن الى يومنا هذا بعدم مساءلتهم، ونعتقد أن هذا الإزعاج لا محل له، إذا علمنا أن كثير من الأطباء في كل سنة يباشرون الآلاف من الأعمال الطبية والجراحية ذات خطورة متغيرة، حقيقة الأمر أن الإشاعة التي أعطيت لبعض القضايا هي التي أدت إلى تشويش بال الأطباء وتخويفهم مع اعتقادهم أنهم مضطهدون.

ومهما يكن من أمر، يجب تجنب ما يحدث في بعض البلدان المتقدمة التي يلجأ فيها بعض المحامين إلى تشجيع المرضى أو ذويهم على متابعة الأطباء، مع تقديمهم لهم مسبقاً مصاريف الدعاوى، مثل ما يجري في أمريكا وكندا وبعض الدول الغربية، مما دفع بشريحة عريضة من الأطباء لاعتماد أساليب غير مهنية مع مرضاهم، بإتقال كاهلهم والطلب منهم إجراء تحاليل وأشعة غير ضرورية أحياناً، بل أكثر من ذلك إحجامهم عن علاج ومتابعة حالات ذوي الامراض المزمنة، او تقادي القيام بتقنيات وطرق علاجية فعالة وحديثة خشية تعرضهم للمساءلة القانونية، و هذا ما نتج عنه ظهور ما يسمى بالطب الدفاعي (Médecine défensive) في كندا وامريكا، كما صرّح بذلك الدكتور فادي شمعون العامل في مستشفى مينيسوتا بأمريكا بقوله: "... حالياً تدرك كطبيب أنّه يتعيّن عليك ممارسة الطب من منظور دفاعي".

Le phénomène de médecine défensive existe depuis des décennies aux Etats-Unis où il a atteint des proportions inquiétantes, elle se produit lorsque les médecins prescrivent des tests, procédures ou évitent les patients à risque élevé ou certaines procédures à haut risque, principalement pour réduire leur exposition a une responsabilité civile médicale<sup>1</sup>.

غير انه في بلادنا، فإنّ موضوع المسؤولية الطبية هو الآخر لم ينل حظه من الدراسة والبحث، إلاّ بالقدر القليل مقارنة ببعض الدول العربية، التي افردت قوانين خاصة بالمسؤولية الطبية مثل ليبيا سنة 1986 والامارات العربية المتحدة سنة 2008، وذلك بالرغم من إثارة الكثير من الإشكالات، وتلك الزيادة المتصاعدة في قضايا دعاوي المسؤولية الطبية في أروقة المحاكم، ففي سنة 2009 تم تقديم أكثر من 650 شكوى ضد الأطباء وحكم على خمسين من بينهم بالسجن، ناهيك عن آلاف القضايا ذات الطابع المدني بسبب الأخطاء الطبية.

ففي هذا الصدد ننوه أنّ الخطأ الطبي له ميزاته الخاصة، فهو ليس مرتبط ب صحة الشخص فقط وإنما كذلك بالتطور العلمي في كل من المجال الطبي والتكنولوجي، حيث صرّح وزير العدل السابق الطيب بلعيز في ندوة صحافية عقدها يوم 12 أفريل 2010 بأن "القضاة غالبا ما يخطئون في تقدير الخطأ الطبي" ولهذا وجب على القضاة اليوم أكثر من قبل تقدير الخطأ الطبي تقديرا صحيحا، لما له من دور هام في قيام المسؤولية القانونية للطبيب.

هكذا واجهت المسؤولية الطبية دائما مشكلة تحقيق التوازن بين الاعتبارات السابقة مما أدى الى نشوء ما يسمى بأزمة المسؤولية الطبية ، و كان من أهم آثار هذه الأزمة على الصعيد النظري قيام شركات تأمين المهن الطبية بفسخ عقود التأمين التي تربطها مع الأطباء أو بزيادة أقساطه نتيجة ازدياد الدعاوي المرفوعة ضدّهم والتي كانت تلزم شركات التأمين بدفع التعويض مما أدى إلى تزعزع علاقات الأطباء بالمرضى من ناحية و بين

<sup>1</sup> Dominique Demers, Médecine défensive, responsabilité médicale, thèse en doctorat en droit université Sherbrooke, Ottawa, Canada, 1996, P03.

الأطباء و شركات التأمين من ناحية أخرى، مما نتج عنه تبني المشرع الفرنسي للقانون المتعلق بحقوق المرضى و نوعية نظام الصحة الذي صدر بتاريخ 2002/03/04 و الذي أثار عدة صعوبات على أرض الواقع في ما يتعلق بالتأمين من المسؤولية الطبية ، الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي للتدخل مرة ثانية من اجل إيجاد صيغة لتذليل هذه العقبات بإصداره لقانون مكملا -سنتعرض له لاحقا- بتاريخ 2002/12/30 للتوفيق بين حقوق المرضى و الأطباء و بإنشاء صندوق تعويضات لضحايا الحوادث الطبية باسم التضامن الوطني.

ولو أنّ المشرع الجزائري، من جهته نصّ على إلزامية التأمين عن الأعمال الطبية، من خلال المادة 167 من الأمر رقم 107/95<sup>1</sup> المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات بنصها: " يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني والممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير". وأكد على ذلك في المادة 296 من القانون الجديد للصحة العمومية رقم 11/18<sup>2</sup>.

ولا يقصد بالتأمين من المسؤولية الطبية، تأمين المريض من الإصابة التي قد تقع عليه من جراء عمل طبي، وإنما يقصد بالتأمين، تأمين الطبيب نفسه من ضرر قد يقع على ماله نتيجة رجوع المريض عليه بالمسؤولية، أي تأميناً على المال من الأضرار ومعنى ذلك تحمّل المؤمن تبعة التعويض، الأمر الذي يزيل مسبقاً اشتراط البحث في كل مرة عن مصدر الضرر او خطأ طبيب من عدمه، وهكذا بدأت تظهر ملامح التوجّه الحديث لإقرار المسؤولية بدون خطأ او ما يسمّى بالنظرية الموضوعية.

<sup>1</sup> الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج.ر رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالقانون 04/06 مؤرخ في 2006/02/20 ج.ر رقم 15 لسنة 2006.

<sup>2</sup> قانون 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 2018/07/29.

## 1- أهمية الدراسة:

- من الناحية العلمية تتجلى أهمية هذه الدراسة في تبيان عمق الهوة بين التطور العلمي للطب الحديث، وتذبذب وتأخر علم القانون في مسايرة هذا التطور المذهل للعلوم الطبية التي أخذت منعرجا خطيرا هذه السنوات إلى درجة انها أصبحت كما يقول البعض ضحية لتقدمها.
- كما تظهر هذه الأهمية في إلقاء الضوء على الأحكام التشريعية الجديدة للمسؤولية القانونية للطبيب، في القانون المقارن، خاصة الفرنسي بعد صدور مؤخرا القانون المتعلق بسياسة الصحة العامة المعدل للنظام القانوني للبحوث الطبية الحيوية بتاريخ 2004/08/09 في فرنسا.
- على الصعيد العملي، ترجع هذه الأهمية أيضا إلى التطور الهائل الذي عرفه الطب، إلى حد إعادة النظر في تنظيم العلاقة القانونية التي تربط الطبيب بالمريض، حيث لم يكتف القضاء -خاصة الفرنسي- بالتضييق من التزام الطبيب ببذل عناية فحسب، بل بمطالبتة في مواطن عدة بالالتزام بتحقيق نتيجة وضمن السلامة.

## 2- أهداف الدراسة:

- إثراء الساحة العلمية والمكتبة الوطنية بالمستجدات والاتجاهات الحديثة للمسؤولية الطبية.
- حثّ ممتهني الصحة بمختلف أسلاكهم من أطباء وممرضين على الاطلاع على القوانين المنظمة للمهنة وبعض أحكام وقرارات القضاء الجزائري والمقارن في مجال المسؤولية الطبية لتجنيبهم الوقوع تحت طائلة المسائلة.
- حثّ ممارسي الصحة الخواص على اكتتاب تأمين على المسؤولية، فإذا كان المرضى بالأمس القريب يرجعون ما يقع لهم من حوادث طبية مميتة، بسبب تقصير الأطباء،

إلى القضاء والقدر نتيجة انتشار الأمانة القانونية، أصبحوا اليوم لا يتقبلون ذلك بالنظر إلى تقدم الاكتشافات الطبية والوسائل العلمية المتطورة.

- إضافة إلى ما سبق فإن هدف دراستنا للموضوع لا يبررها هذا الجدل من أجل إيجاد توازن بين مصلحتين، حق الطبيب في ممارسة عمله باطمئنان، وحق المريض في سلامته البدنية فحسب، بل ما تثيره طبيعة المسؤولية<sup>1</sup> المدنية للطبيب خاصة التي تطال الطبيب بحيث أنه و إلى امد غير بعيد، ظلت هذه الأخيرة مسؤولية تقصيرية منذ ان اقرها القضاء الفرنسي لأول مرة في سنة 1835 ثم بعد ذلك وضعت في اطار ما استقر عليه القضاء الفرنسي و تواترته التطبيقات القضائية المقارنة من بعد، بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية المبدئي و الشهير، المسمى " بقرار مارسويه arrêt Mercier " بتاريخ 20 ماي 1936 الذي أرسى مبدأ عاما في تكييف المسؤولية الطبية المدنية باعتبارها كأصل مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي - باستثناء بعض الحالات التي لا يرتبط فيها الطبيب بمريضه بعقد طبي وبعض الحالات الأخرى التي سنتناولها لاحقا- إذ يبين القرار المشار إليه أعلاه، على أنه يتكون بين الطبيب و مريضه عقد حقيقي يرتب على الطبيب، ان لم يكن الالتزام بشفاء المريض فعلى الأقل ان يسدي له سبل العناية لا كيفما كان، بل العناية الوجدانية اليقظة - فيما عدا الظروف الاستثنائية - المطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة و المستقرة بين اهل المهنة.

- من جهة أخرى تتجلى أهداف الدراسة في تبيان وتفسير ظاهرة تصاعد وتيرة دعاوى المسؤولية الطبية المرفوعة ضد الأطباء لاسيما بالدول الغربية، في الوقت الذي بدأت

<sup>1</sup> حيث احتدم الجدل بين فريق من الفقهاء مناصر لازدواجية المسؤولية المدنية عقدية وتقصيرية وعلى رأسهم الفقيه Saintelette وفريق منادي بتوحيد المسؤولية وعلى رأسهم الفقيه Grand Moulin، إلى أن تدخل في الوساطة الفقيه Brun وحسم الأمر معتبرا أن المسؤولية المدنية وحدة واحدة، غير أن هناك نظامين قانونيين بمعنى وحدة في الطبيعة واختلاف في النظام القانوني.

تتلاشى فيه فكرة مجانية العلاج خاصة في بلادنا، واتجاه الأطباء نحو ممارسة الطب كمهنة حرة، موازاة مع التخصص الطبي المقترن بالتوسع الكبير في الآفاق الطبية والتطور الهائل في مجال الاختراعات الحديثة للأجهزة والمعدات الطبية، والأدوية، ناهيك عن تزايد متطلبات العلاج الفعال وتطور التأمين.

تأسيسا على ما سبق، ولما كانت المسؤولية القانونية هي أساس المساءلة عن الأخطاء التي يقع فيها الطبيب خلال مزاولته نشاطه ومهنته، فهي دون شك في المجال الطبي تزداد صعوبة وتعقيدا لاختلاف أسبابها ونتائجها، بحسب نوعيتها ما إذا كانت مدنية او جزائية، والاتجاه الحديث لإقرارها دون خطأ في ظل التطورات الطبية الحديثة وعليه نطرح الإشكالية التالية:

ما مدى مسايرة المشرع والقضاء الجزائريان للقانون والقضاء المقارن لأحكام المسؤولية الطبية؟ ويتفرع على هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ما مدى نجاح القضاء المقارن-لا سيما الفرنسي-في تطويع القواعد العامة للمسؤولية بهدف إيجاد توازن بين حق المريض في سلامته الجسدية وحق الطبيب في الممارسة في اطمئنان؟

- هل يتوجّه بعض القضاء المقارن للتخلي شيئا فشيئا عن الطبيعة الشخصية لمسؤولية الطبيب القائمة على فكرة الخطأ، وصولا الى اعتناق فكرة الضرر كأساس للمسؤولية الطبية؟ وهل نتوجّه عمليا نحو اختفاء مصطلحي المسؤولية العقدية والتقصيرية للطبيب واستبداله بمفهوم المسؤولية المهنية، بمعنى إعادة ترتيب لبيت المسؤولية المتصدّع أصلا؟

- ما هو الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء المقارن لإقرار المسؤولية الطبية بدون خطأ؟ وما هي الأخطاء والجرائم الموجبة للمسؤولية الطبية؟

- وهل أنّ إباحة العمل الطبي إباحة مطلقة ام نسبية؟ من أجل معالجة هذه التساؤلات التي تقتضيها دراستنا هذه، ارتأينا الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال استعراض

جل انتهاكات الطبيب خلال ممارسته مهنته وكذا تحليل النصوص القانونية للطبيب دون إهمال المنهج المقارن من خلال البحث في مختلف النظم القانونية لوضع الإطار المناسب لقواعد المسؤولية الطبية بإضفاء نوع من التركيز على القانون والقضاء الفرنسيان باعتبارهما صاحبا الفضل الأكبر في إرساء ملامح وقواعد المسؤولية الطبية ومستجداتها، والذي سارت على نهجها بعض النظم القانونية الأخرى كالمصري واللبناني والجزائري.

على هدي ما سبق ولتحقيق الأهداف المرجوة من الدراسة التي تحتاج إلى قدر كبير من الموازنة وللإحاطة بكل جوانب الموضوع، ارتأيت تقسيم هذه الدراسة الى بابين خصصت:

**الباب الأول** لأحكام المسؤولية المدنية للطبيب من خلال فصلين تطرقت في الفصل الأول الى نطاق وطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب أمّا الفصل الثاني فخصّصته لقيام المسؤولية المدنية للطبيب على أساس تقليدي (كلاسيكي) وعلى أساس الاتجاه الحديث.

**الباب الثاني** فخصّصته إلى بحث أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب من خلال فصلين تطرقت في الفصل الأول إلى الجرائم غير العمدية، أمّا الفصل الثاني فخصّصته للجرائم العمدية.

وإذا كان هذان البابان يشكلان لبّ الدراسة وجوهرها، إلا ان الاكتفاء بهما لا يستقيم دون إبراز وتوضيح ماهية العمل الطبي على جسم الانسان وأساس وشروط إباحته وممارسته من خلال فصل تمهيدي لما لذلك من علاقة وطيدة مع موضوع الدراسة.

# الفصل التمهيدي

ماهية العمل الطبي

لا يخفى على أحد أن الطب من أقدم العلوم والمهن التي عرفها الإنسان، فقد نشأ في عصور ما قبل التاريخ حين كان ممتزجا بالخرافات والسحر، كما أن هذه المهنة تعتبر من المهن الأكثر تعقيدا وخطورة خاصة في ظل التقدم الذي أحرزته هذه العلوم في الآونة الأخيرة.

ولا شك في القول إن عدم المساس بالسلامة الجسدية يعتبر أحد الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، والناבעة في نفس الوقت من فكرة حقه في الحياة فهو حق تحميه المواثيق الدولية<sup>1</sup> وديساتير البلدان<sup>2</sup> المختلفة من أجل أن يبقى الجسم سليما محتفظا بتكامله ومؤديا لوظائفه الطبيعية وهي دون شك غاية العمل الطبي ومضمون ونبل رسالته.

غير أنه قبل الولوج لموضوع بحثنا، يتطلب منا بداية في **فصل تمهيدي**، التطرق بنوع من التوضيح تبيان ماهية العمل الطبي، وأساس إباحته وشروط ممارسته، وما هو مفهوم الجسم البشري ومكوناته، وتحديد لحظة وجوده لإسباغ الحماية المقررة له، كما ينبغي الوقوف على تحديد لحظة حدوث الوفاة، إذ تعد الفيصل في انتهاء نطاق الحماية المقررة للجسم ليدخل بعد ذلك إلى باب الاحكام الخاصة بحماية حرمة الجثث.

وهذا من خلال مبحثين، نتطرق لمفهوم العمل الطبي على جسم الانسان في (مبحث أول) وأساس اباحته وشروط ممارسته في (مبحث ثاني).

<sup>1</sup> اتفاقية تجريم إبادة الجنس البشري بتاريخ 1948/12/09، أنظر كذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 1948/12/10، وأنظر كذلك اتفاقية جنيف الأربعة بتاريخ 1949/08/12 المواد 1، 4، 147، وأنظر كذلك العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 1966/12/16 المادة 7، وانظر ايضا الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950.

<sup>2</sup> الدستور الجزائري لعام 1963 و1976 و1989، في مواد المتتالية: م 10، م 71، م 33، والمادتين 29 و59 لدستور 1996 المعدل.

## المبحث الأول

### مفهوم العمل الطبي على جسم الانسان

تزداد خطورة العمل الطبي في ظل التقدم الذي أحرزته هذه العلوم في الآونة الأخيرة وخاصة فيما تعلق منها بالتجارب الطبية على البشر والمتاجرة بأعضائه، والهندسة الوراثية التي تشمئز لها النفوس من خلال ما أفرزته للبشرية في مجال الاستتساخ البشري. هذا ما دفع بالفقهاء والقضاء للبحث عن تبيان مفهوم وأساس العمل الطبي، وتعريفه دون لبس أو غموض (مطلب أول) وتحديد مفهوم الجسم البشري الذي يرد عليه هذا العمل الطبي وتوضيح مكوناته من أجل تمييزه عن مفهوم الجثة بعد الوفاة لما لهذا التمييز من أهمية بالغة عند دراسة نقل وزرع الأعضاء من الاحياء والأموات (مطلب ثاني).

### المطلب الأول

#### مفهوم العمل الطبي

على الرغم من صراحة النصوص الواردة في القوانين وأحكام القضاء وآراء الفقهاء إلا أنها اختلفت في تحديد مفهوم العمل الطبي<sup>1</sup> وهذا راجع إلى التطور المذهل والمستمر للثورة العلمية الطبية وما صاحبها من التوسع والابتكار<sup>2</sup> إذ تميز القرن الماضي أيضا بإدخال مفهوم الصحة بدلا من المرض ومفهوم جودة الحياة بدلا من الشفاء بالإضافة إلى التخصص الطبي والتعاون بين الأطباء في شكل فريق طبي متكامل لبذل أكثر عناية بالمريض والأخذ في الاعتبار بالعوامل النفسية والعضوية والاجتماعية والأسرية. بناء على هذا يقتضي أن نتعرض للتعريفات المختلفة للعمل الطبي في كل من الفقه المقارن والإسلامي (فرع أول) والتشريع (فرع ثاني).

<sup>1</sup> محمود القبلاوي المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 5.

<sup>2</sup> Medy Diakité, le médecin devant le juge pénal et civil en droit malien et français, thèse de doctorat, Reims Champagne –Ardenne, France 2017, P16

## الفرع الأول

### تعريف العمل الطبي في الفقه المقارن والاسلامي

لم يهتم الفقه -خاصة الغربي- بهذا المجال لتحديد مفهوم العمل الطبي وتعريفه إلا في العهود الحديثة التي شهدت تطور فكريا وعلميا.

حيث عرف بعض الفقهاء العمل الطبي بأنه: " ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير، طالما استند هذا العمل إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب"<sup>1</sup>، وهذا ما يميز الطب عن أعمال السحر والشعوذة.

كما حدده آخرون بأنه كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض<sup>2</sup>.

وبالتمعن في هذين التعريفين نلاحظ أنهما يحصران العمل الطبي في العلاج والشفاء فقط وهو ما لا يتفق والواقع، لأن عمل الطبيب من وراء ممارسة أعماله ليس دائما هو العلاج فقد يكون بحثا علميا، أو خبرة طبية أو وقاية من الأمراض، وهذا ما أدى بفريق آخر من الفقهاء إلى القول بأن العمل الطبي هو: " ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض ووقاية الناس من الأمراض"<sup>3</sup>.

لكن يعاب على هذا التعريف أيضا، رغم إضافته لجانب أساسي و مهم في العمل الطبي ألا وهو الوقاية، إلا أن العمل الطبي ليس مقصورا على العلاج والوقاية، بل أشمل و أوسع من ذلك، مما أدى بجانب آخر من الفقه إلى إعطاء تعريف للعمل الطبي على أنه: " كل

<sup>1</sup> مأمون عبد الكريم رضا، المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2009، ص 38.

<sup>2</sup> رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005، ص 23.

<sup>3</sup> شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ص 87.

نشاط يرد على جسم الإنسان، أو نفسه، و يتفق في طبيعته و كفيته مع الأصول العلمية و القواعد المتعارف عليها نظريا و عمليا في علم الطب و يقوم به طبيب مصرح له قانونا به بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء، أو تخفيف آلام المرض، أو الحد منها أو منع المرض أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية بشرط توافر رضا من يجري عليه هذا العمل"<sup>1</sup>.

بناء على ما تقدم يبدو أن هذا التعريف الأخير هو الراجح لأنه يشمل جميع مراحل الفحص والتشخيص والعلاج، إذ وسع من مفهوم العمل الطبي إلى الوقاية التي هي من أولويات الطب الحديث من جهة، كما أنه حدد القائم بالعمل الطبي المتمثل في الطبيب الذي يمارس هذا العمل بصفة مشروعة كالترخيص القانوني ورضا المريض من جهة أخرى. أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فقد أقرروا بأن تعلم مهنة الطب هي فرض كفاية لا يسقط إلا بتصدي مجموعة للقيام به، ذلك أن العلاج أو التداوي من الأمراض ليس بواجب عند جماهير الفقهاء و أئمة المذاهب، بل هو في دائرة المباح، حتى أنهم تنازعوا في أيهما أفضل، التداوي أم الصبر كما جاء في حديث ابن عباس في الصحيح، عن الجارية التي كانت تعاني من الصرع فسألت النبي (ص) أن يدعو لها فقال لها: "إن أحببت إن تصبري و لك الجنة وإن أحببت دعوت الله أن يشفيك" فقالت: بل اصبر ولكنني أتكشف فادع الله لي ألا أتكشف" فدعا لها بذلك.

كما يشترط في ممارسي مهنة الطب أن يكونوا من ذوي حدق، ولهم بها بصارة ومعرفة، والمراد بالبصير أن يعرف العلة وكيفية علاجها، وتلقى الإجازة بممارسة الطب من المختصين، ويكون قد مارس الفعل على الأقل مرتين وأصاب<sup>2</sup>، لأن التعامل في جسم

<sup>1</sup> منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى جامعة نايف العربية للعلوم السعودية، 2004، ص 10.

<sup>2</sup> مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، المرجع السابق.

الإنسان ليس حقا خالصا للمريض بل هو حق انتفاع واستمتاع بالجسم، وملكية الجسم تعود أساسا للخالق<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### تعريف العمل الطبي في التشريع

مثلا مرّ به الفقه من تغيير في موقفه من تعريف العمل الطبي، تطور في هذا الشأن كذلك موقف التشريع من مفهوم العمل الطبي موازاة مع تقدم العلوم الطبية.

#### أولا: تعريف العمل الطبي في التشريع الفرنسي

كان القانون الفرنسي القديم<sup>2</sup> ينظر إلى العمل الطبي على أنه يقتصر على عملية العلاج فحسب، ثم ما فتئ أن عدل موقفه بصدور قانون الصحة العامة في: 1945/12/24 حيث شمل العمل الطبي مرحلتي الفحص والتشخيص وصولا إلى قانون 04 مارس 2002 في قضية "بيريش"<sup>3</sup> التي سنتناولها لاحقا.

#### ثانيا: تعريف العمل الطبي في التشريع المصري

حذا التشريع المصري فيما يخص تحديد مفهوم العمل الطبي حذو المشرع الفرنسي حيث أشار إلى ذلك ضمنا في سياق النص الخاص بمزاولة العمل الطبي وهذا في المادة الأولى من قانون 1945 تحت رقم 415 وتعديلاته: " لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات...إلا إذا كان اسمه مقيدا بسجل الأطباء البشريين وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> مهند صلاح فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 98.

<sup>2</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 08.

<sup>3</sup> رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، 2007، ص 75.

<sup>4</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 8.

كما نص القانون رقم 136 لسنة 1988 عند تنظيمه لمهنة الطب بصفة عامة في مادته الأولى بقولها: لا يجوز لأحد الكشف على فم المريض أو مباشرة أي عمل به أو وصف أدوية له أو الاستعاضة بالصناعة الخاصة بالأسنان مثل أخذ طوابع بها ووضع أجهزتها في الفم وبوجه عام مزاوله مهنة الطب وجراحة الأسنان...<sup>1</sup>.

### ثالثا: تعريف العمل الطبي في التشريع الجزائري

أشار التشريع الجزائري على غرار التشريعين الفرنسي والمصري لمفهوم العمل الطبي من خلال الإشارة إليه ضمنا وهو بصدد تناول أهداف الصحة وقواعدها العامة حسب ما نصت عليه المواد 2 و3 و6 و8 و9 و13 و14 و343 من قانون الصحة 11/18 السالف الذكر، بحيث تعمل مصالح الصحة بشكل تكون في متناول جميع السكان، ووضع الحد الأقصى من السهولة والفعالية بالنسبة للاحتياجات الصحية، والوقاية والعناية العلاجية والحماية الاجتماعية وإعادة التأهيل، بتقريب الأعمال الصحية من المواطن والوقاية من الأمراض، والعلاج والسهر على حماية الصحة للسكان، بتقديم العلاج الطبي الملائم والمشاركة في التربية الصحية والقيام بتكوين مستخدمي الصحة وتحسين مستواهم، من أجل البحث العلمي.

من جهة أخرى عدد المشرع الأعمال الطبية في المرسوم التنفيذي رقم 91/106<sup>2</sup>، وهو بصدد تناوله لمهام الأطباء العامون على الخصوص في مادته 19 بنصها: "يقوم الأطباء العامون التشخيص والعلاج والحماية الصحية في الوسط العمالي والوقاية العامة وعلم الأوبئة والخبرة الطبية والفحوصات والتحليلات.

<sup>1</sup> محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 27.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 91/106، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العامين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 22، السنة 28، بتاريخ 15/05/1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 09/393 بتاريخ 24/11/2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 70 بتاريخ 29/11/2009.

خلاصة لما تقدم نلاحظ أن الفقه كان أكثر توفيقا من التشريع في تحديد مفهوم العمل الطبي<sup>1</sup>، وهذا يرجع حسب اعتقادنا إلى أن تعمد المشرع في عدم حصر مفهوم العمل الطبي بدقة مرده إلى التطور المذهل المصاحب لهذه المهنة من جهة وتشعبها واتساع مجالاتها وهذا ما أشارت إليه المادة 06 والمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92<sup>2</sup>، المؤرخ في 1992/07/06، حيث اعتبرنا الطبيب في خدمة الفرد والإنسانية بالنظر إلى نبل رسالته في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية والتخفيف من المعاناة ضمن احترام الكرامة البشرية ودون تمييز عرقي أو ديني سواء في السلم أو في وقت الحرب.

## المطلب الثاني

### مفهوم الجسم البشري

الجسم البشري هو ذلك الكيان الذي يباشر الوظائف الحيوية، وهو محل التدخل الطبي في دراستنا، وانطلاقا من ذلك تتطلب دراسة الجسم والحماية المقررة له، التعرض لبعض الإشكالات القانونية بسبب ان هذا الأخير حضي في الوقت الحاضر بأهمية بالغة بعد ازدياد الأخطار الناجمة عن التقدم العلمي والبحوث، كإطالة الحياة بالتنفس الصناعي للارتفاع بأعضاء ومكونات الجسم والهندسة الوراثية إلى غير ذلك.

<sup>1</sup> قانون 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 2018/07/29، اذ تنص المادة 343 منه: " لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستتيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تتجز عن خياراته، وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات او العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تتطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض، ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه، تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي".

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 08 جويلية 1992، العدد 52.

ففي كثير من الأحيان نجد ان العلوم الطبية وبحوثها تسبق العلوم الإنسانية باعتبار هذه الأخيرة تأتي لتنظم هاته البحوث مع القيم والمبادئ السائدة في المجتمع وحسب تقرير مجلس الدولة الفرنسي المعنون بـ: "علوم الحياة من الأخلاق إلى القانون"، الصادر في 1976 في الصفحة 16، أن جسم الإنسان غير قابل للتصرف باعتباره ليس شيئاً، غير أن انتفاء الطبيعة المالية عن جسم الإنسان لا تمنع من الانتفاع بمكوناته كالأعضاء البشرية والأنسجة وفقاً لعدة اعتبارات أخرى<sup>1</sup>.

حيث تتطلب دراسة ذلك تبيان مفهوم الجسم البشري ومكوناته في فرع أول ثم تحديد مفهوم **لحظتي الوجود والوفاة للجسم من الناحية القانونية والطبية في فرع ثاني**.

## الفرع الأول

### مفهوم الجسم البشري ومكوناته

لا يعدو المقصود بجسم الإنسان لدى الفقه الجنائي أن يكون ذلك البنيان البشري الذي تدب فيه الحياة والذي تم انفصاله عن رحم الأم، ولا يشوبه مسخ يخرج عن الصورة التقليدية لبني البشر<sup>2</sup>، كما أنه من المسائل الأولية اللازمة لتبيان عناصر محل التدخل الطبي وإجراء التجارب والأبحاث الطبية<sup>3</sup> بتوضيح مفهومه ومكوناته وأعضائه.

### أولاً: مفهوم الجسم

الجسد هو جسم الإنسان، ولا يقال لغيره من الأجسام، ولا يقال لغير الإنسان جسد من خلق الأرض، والجسد هو الجسم في لغة العرب، ويراد به البدن كذلك، لقوله تعالى: " فالיום ننجيك ببدنك لتكون لمن خلفك آية...".

<sup>1</sup> مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، ص 382، المرجع السابق.

<sup>2</sup> فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 131.

<sup>3</sup> مهدي صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق.

يختلف مفهوم النفس عن مفهوم الجسد في كون النفس أعم من الجسم، إذ تشمل الروح والجسم، أمّا لفظ الجسد أو الجسم فإنه لا يشمل في غالب الأحيان النفس، فكل نفس تشمل الجسد وليس كل جسد نفس.

إن التعرض لمفهوم الجسم يكتسي أهمية كبيرة خصوصاً مع التطور المذهل للعلوم الطبية، ذلك أن جسم الإنسان لا ينظر إليه ككتلة واحدة بل هو أعضاء ومشتقات ومنتجات بشرية وأبرز مثال على هذا ما نصت عليه المادة 355 من قانون الصحة 11/18<sup>1</sup>: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".

يقصد بجسم الإنسان ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، والمكون من خلايا وأنسجة وأعضاء مترابطة ومتناغمة في دقة متناهية أبدعها الخالق عز وجل، حيث قال في محكم تنزيله: " ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين، ثم خلقناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقة، فخلقنا العلقة مضغة، فخلقنا المضغة عظاماً، فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين... "2.

أما التشريعات القانونية، فلم تضع تعريفاً لجسم الإنسان رغم أن التحديد الاصطلاحي الفقهي للجسم يبدو كافياً لبيان الأحكام الخاصة بالمساس بسلامته، إلا أن قصوراً كبيراً يلاحظ فيه إذا ما أنصرف الحديث إلى الممارسات الطبية خاصة المستحدثة منها، إذ أنه لم يميز بين مكونات الجسم سواء كانت طبيعية أو اصطناعية، اندمجت بجسم الإنسان أو كانت ثابتة وهل كانت تؤمن وظيفة حيوية أم لا.

فالجسم يتكون من مادة أو كيان تصب فيه الحياة أو الروح، وهو مجموعة من الأجهزة والأعضاء تمكن من القيام بوظائف فيزيولوجية وعقلية، إذ أن النفس التي هي جسد وروح

<sup>1</sup> قانون 11/18، المرجع السابق.

<sup>2</sup> سورة المؤمنون، الآيات (12،13،14).

تحدد من خلالها الشخصية والمواهب والمشاعر والروح كسر إلهي تبقى من علم الغيب إذ يقول سبحانه وتعالى: "يسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً...<sup>1</sup>".

### ثانياً: مكونات الجسم البشري

تتكون مادة الجسم من قسمين رئيسين، لا يقتصر التفاوت والتباين فيما بينهما على الناحية الطبية والعلمية فحسب، بل يبدو الأثر الأكبر في اختلافهما في ترتيب الآثار القانونية وتكييف أفعال المساس بسلامتهما، وهذان القسمان هما الأعضاء البشرية ومشتقات الجسم التي أولتهم تشريعات أخلاقيات العلوم الإحيائية اهتماماً كبيراً<sup>2</sup>.

لا يبدو من المغالاة القول أنها قليلة جداً تلك الكتابات التي تصدت لتحديد المقصود بالعضو البشري على نحو دقيق و صحيح، لأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر يتسم بالأهمية و الضرورة التي يتسم بها من الناحية القانونية، فرجال القانون هم أيضاً أكثر احتياجاً من رجال الطب لوضع تعريف محدد و دقيق للعضو البشري، لتسهيل تكييف المسؤولية المدنية كانت ام جنائية عند المساس به<sup>3</sup>.

#### 1- تعريف العضو لغة

هو كل جزء من جسد الإنسان كاليد والرجل والأنف وكل عضو وافر بلحمه، ويقال عضيت الشاة تعضية أي جزأتها إلى أعضاء، ويطلق كذلك العضو على الأطراف.

#### 2- تعريف العضو في الطب

أشارت مدونة أخلاقيات الطب<sup>4</sup> في المادتين 34 و 35 لمصطلح "عضو" بعدم جواز بتر

<sup>1</sup> سورة الإسراء الآية 85.

<sup>2</sup> مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق ص 11.

<sup>3</sup> هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 09.

<sup>4</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92، المرجع السابق.

واستئصال الأعضاء دون سبب طبي غير أنها لم تبين تعريفه، فهو عبارة عن مجموعة من الأنسجة أو الأجزاء المتصلة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة مثل المعدة والقلب والرئة والأعضاء التناسلية واتصال العضو بالجسم لتأدية وظيفة. وبناء على ذلك، يستبعد اعتبار النظارة أو آلة السمع أو عصا الأعرج كأعضاء وامتدت هذه الفكرة لتشمل أيضا الأعضاء التي نقلت إلى الجسم حسب ما اقتضت ظروف الإنسان الصحية سواء أعضاء بشرية أو غير بشرية لتعويض نقص أصيل أو طارئ واستبدال للذي هو أدنى بالذي هو خير<sup>1</sup>.

### 3- تعريف العضو في الفقه الإسلامي

تناول مجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيا أو ميتا على أنه: "أي جزء من الإنسان مكون من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها كقرنية العين سواء أكان متصلا به، أم انفصل عنه". كما عرفه فريق من الفقه على أنه: "أي جزء من أجزاء الإنسان، سواء أكان عضوا مستقلا كاليد والكلية ونحو ذلك أو جزءا من عضو كقرنية العين"<sup>2</sup>، وهناك من عرفه على أنه: "كل جزء إذا أنتزع لم يثبت"<sup>3</sup>، فصحيح هذا التعريف أصاب في جانب منه.

### 4- تعريف العضو في قانون العقوبات الجزائري وأخلاقيات العلوم الإحيائية

تنص المادة 264 فقرة 3 من قانون العقوبات الجزائري: "إذا ترتب على أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر أو فقد إبصار إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى، يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من

<sup>1</sup> مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 370.

<sup>2</sup> وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم (دراسة مقارنة)، دار المغربي للطباعة، عمان، الأردن، 2006، ص 04.

<sup>3</sup> هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص 12.

خمس إلى عشر سنوات"<sup>1</sup>.

الملاحظ لنص هذه المادة يجد أن هناك غموض يكتنفها حول حقيقة المقصود بالعضو الذي تتحقق الجريمة بفقده، أو بتره، أو الحرمان من استعماله، وعدم وضوح مفهومه في ذهن المشرع الجزائري، فهو يستعمل ألفاظ تؤدي إلى نتيجة واحدة مثل الفقد، البتر، الحرمان، ناهيك عن فقد البصر الذي لا يعدو أن يكون فقد لمنفعة ولوظيفة الرؤية للعين.

أما في القانون الفرنسي فالمشرع لم يتطرق لتعريف العضو إلا أنه أدرك مؤخرا في قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية الصادرة في سنة 1994 الفارق الجوهرى بين أعضاء الجسم وسائر المشتقات والمكونات، وهذا بإفراد قسم مستقل خاص بالأعضاء وآخر بالمشتقات<sup>2</sup>. أما من جهة التشريعات الأنجلو أمريكية، نجد القانون البريطاني الخاص بتنظيم نقل وزراعة الأعضاء الصادر في 1989 من التشريعات الرائدة، في وضع تعريف لمصطلح العضو حيث ينص: "يقصد بكلمة عضو في تطبيق أحكام هذا القانون، كل جزء من الجسم يتكون من مجموعة مركبة من الأنسجة، والذي لا يمكن للجسم استبداله بشكل تلقائي إذا ما استؤصل بالكامل". على هذا الأساس فالعضو في مفهوم القانون أشمل وأوسع منه في الطب، فالقرنية مثلا هي جزء من العضو في المفهوم الطبي، أما في القانون فهي عضو.

##### 5- مفهوم المشتقات والمنتجات البشرية

بتعريفنا سالف الذكر لمصطلح العضو، وبمفهوم المخالفة يمكن أن نستنتج مفهوم المشتقات والمنتجات التي هي كافة العناصر والمواد البشرية التي لا تشكل وحدة نسيجية متكاملة ولا يترتب على استئصالها فقدانها للأبد، بل يمكن تجديدها وتعويضها و استبدالها

<sup>1</sup> الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 49، بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم بالقانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006. المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84 بتاريخ 24/12/2006 المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص15.

من الجسم نفسه دون حاجة لزرعتها كأعضاء، ولا تخضع لنفس القواعد و الأحكام المقررة للأعضاء، إذ أن القانون أستبعد من نصوصه بعض الأنسجة والخلايا و منتوجات جسم الإنسان بسبب طبيعتها وظروف الحصول عليها كمخلفات وبقايا العمليات الجراحية، الشعر، حليب الأم، السائل المنوي إلى غير ذلك<sup>1</sup>، فالواقع يؤكد أن هذه المكونات والمشتقات الجسدية تتعرض أحيانا لأذى يمس بسلامتها ووظيفتها كتسليط إشعاعات ضارة عليها رغم عدم النص على حمايتها وتبرير هذا هو أن الحماية الجنائية مقررة وشاملة لجميع عناصر الجسم دون الحاجة إلى إضفاء حماية عليها.

## الفرع الثاني

### تحديد مفهوم لحظة وجود الجسم البشري ونهايته

إذا كان الإنسان هو الكائن الحي المتمثل في اتحاد البويضة الأنثوية مع الحيوان المنوي الذكري، وعندما تبدأ الخلية في الانقسام يبدأ الجنين في التكوين، فإن الجسم البشري هو مجموع الخلايا والأنسجة المشكلة للأعضاء والمشتقات، مع إلزامية لقيام هذه العناصر المكونة للجسم بوظائفها الطبيعية والحيوية وجوب سريان الحياة في هذا الأخير.

لتحديد مفهوم لحظة وجود الجسم ونهايته يقتضي منا الوقوف على حقيقة ضابطين هما الفيصل والمرجع لتحديد اصطلاح الجسم البشري بصفة عامة وهما:

### أولاً: لحظة وجود الجسم البشري

لا بد من الاعتراف بادئ ذي بدء للشريعة الإسلامية في أسبقيتها في بحث هذه المسألة باستفاضة، حيث تشير بأن الجسم البشري لا يكتمل في صورته النهائية أثناء المدة الممتدة إلى 120 يوماً منذ بداية التلقيح للبويضة على أساس تشكل العلقة ثم المضغة، ففي هذه المرحلة لا تنفخ الروح والاعتداء عليها يستوجب الغرة (نصف عشر الدية) وليس بجناية،

<sup>1</sup> محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999، ص26.

لأن الجنين هنا مهياً لتدب فيه الحياة وقابلاً لها لو ترك لينمو حتى تدب فيه الروح، أما المرحلة الثانية التي تلي 120 يوماً أي بعد 4 أشهر فتنفخ الروح في الجسد وذلك لوضوح دلالة أحاديث عبد الله ابن مسعود على ذلك<sup>1</sup> حتى تمام الولادة فيحرم فيها الإسقاط ما لم تكن ضرورة لذلك وتظهر في هذه المرحلة معالم الجسم، وقد بينت الآيات من 12 إلى 14 من سورة المؤمنون ذلك حيث يقول عز وجل: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقة، فخلقنا العلقة مضغة، فخلقنا المضغة عظماً، فكسونا العظام لحماً، ثم أنشأناه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين".

أما قانوناً فإن الجنين إذا كان لا يزال في رحم أمه فهو يخضع لحمايته كجنين بالنصوص التي تعاقب على الإجهاض<sup>2</sup>، وهنا يوجد تباين كبير بين القوانين التي تحكم هذه الجريمة خاصة في الأمر المتعلق بتحديد محل الجريمة من حيث بداية الجنين، فيتحقق بمجرد اكتمال عملية التلقيح في بعض القوانين ويتراخى إلى مراحل التكوين الأخرى في بعضها الآخر، كما أن محل الجريمة يندرج في بند المنتجات البشرية إذا ما تمت عملية الإخصاب بطريقة غير طبيعية خارج نطاق جسم الإنسان وداخل أنبوب اصطناعي، ولكن الإشكال المطروح أحياناً، هو التكييف للإجهاض وتمييزه عن القتل لأن المجني عليه في الأولى هو الجنين بينما في الجريمة الثانية هو الإنسان الحي.

ففي القانون الأردني للعقوبات في مادته 155 يعتبر المولود إنساناً يمكن قتله متى نزل حياً من بطن أمه، سواء تنفس أم لم يتنفس وسواء كان حبل سرتة قطع أم لا<sup>3</sup>، ومنه يرى القانون أن ميلاد الجنين هو بداية الحياة ولا يكون إنساناً إلا إذا ولد ونزل وخرج من بطن

<sup>1</sup> أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ص 160.

<sup>2</sup> هدى حامد قشقوش، جرائم الاعتداء على الأشخاص (الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1994، ص 19.

<sup>3</sup> هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص 21.

أمه وعكس ذلك يخضعه لأحكام أخرى.

أما قانون العقوبات الجزائري و المصري فإنهما لم يتعرضا إلى بيان محل تلك الجرائم وهما بصدد تنظيم الجرائم الماسة بالحياة باستثناء الجرائم المتعلقة بالإجهاض وإيقاف الحمل والتصريح به حسب نص المادة 77 و78 من قانون الصحة 11/18 السالف الذكر، في حين أن الفقه المصري اختلف في تحديد هذه المسألة فذهب جانب منه إلى اكتساب الكيان المادي للإنسان وصف الجسم، يتحقق مع بداية عملية الولادة والانفصال عن الرحم، وذلك ببروز جزء فقط من جسم الجنين دون لزوم الانفصال التام وبهذا يشمل بالحماية المقررة لجسم الإنسان فيشكل الاعتداء عليه جريمة قتل أو إيذاء<sup>1</sup>.

الجانب الآخر من الفقه المصري، يرى أن الجنين ينتقل كيانه المادي من نطاق الحماية الجنائية المقررة في جرائم الإجهاض، إلى نطاق الحق في الحياة وسلامة الجسد بمجرد اكتمال نموه وبداية عملية الولادة دون شرط بروز جزء من أجزائه ولا انفصال تام، وعلّة ذلك في أن الجنين غدا كيانه المادي مكتملا ومتخذاً لصورته النهائية التي سيولد عليها، فلا فرق بينهما وبين الصورة بعد الانفصال عن الرحم، ويضاف إلى ذلك إلى أن أفعال الاعتداء لا تؤدي إلى الموت دائما ومنه لا محل للحديث عن جريمة الإجهاض، عند استقطاع الطبيب خلايا أو أنسجة من ذلك الجنين من أجل تطوير الأبحاث.

أما التشريع الفرنسي، فقد أباح في بادئ الأمر إنهاء حياة الحمل، خلال العشرة أسابيع الأولى في حالة رضا الأم الحامل، ومنه فالوجود القانوني للإنسان واكتساب كيانه المادي وصف الجسم، وبالتالي تقرير الحماية الجنائية لا تكون إلا بمرور 10 أسابيع. لكن القضاء الفرنسي أدرك الفجوة التشريعية الكبيرة في نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسد خاصة في نهاية مراحل تكوين الجنين، فاعتنقت المحاكم معيار القابلية للحياة القاضي بأن الجنين القابل للحياة والولادة بمثابة شخص متمتع بكيان جسدي مستقل، وتشكل

<sup>1</sup> عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 326.

أفعال الاعتداء عليه جريمة قتل عمدي أو بإهمال أو جريمة إحداث عاهة مستديمة. ولو أن القانون المدني الجزائري<sup>1</sup> بدوره أشار إلى ذلك في هذا الشأن في مادته الخامسة والعشرون بنصها: " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته"، وطبقا لهذا فالإنسان لا يوجد إلا لحظة ميلاده حيا ويستمر هذا الوجود إلى لحظة موته ويتحول حينئذ إلى جثة.

### ثانيا: تحديد لحظة نهاية الوجود للجسم البشري (الوفاة)

إذا كان تحديد لحظة بدأ الحياة أو الوجود للجسم البشري، هو الإعلان عن دخول الكيان المادي للإنسان إلى نطاق الحماية المقررة له، فإن الوقوف على لحظة حدوث الوفاة يعد الفيصل في انتهاء نطاق هذه الحماية، هذا بمفهومه الواسع، فبتحقق الموت ينتهي وصف الجسم عن الكيان المادي للإنسان، ليدخل إلى باب الأحكام الخاصة بحماية حرمة الجثث<sup>2</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 202 من قانون الصحة 11/18: " عند القيام بأي نزع على جثة في إطار التشريح الطبي الشرعي، يجب أن يتحقق الطبيب الذي قام بالنزع من إعادة الجثة بصفة لائقة إلى ما كانت عليه".

فبغدو كل جزء من جسم الإنسان موضوع علم بذاته، ناهيك عن استخدامه كقطع غيار لعمليات نقل وزرع الأعضاء، احتدم الجدل بين رجال الطب والقانون حول تحديد لحظة تحقق الوفاة، فالبعض يرى أن المسألة يحسمها القانون ورجال الطب يرون غير ذلك. وبإرجاء المسألة على الجانب القانوني، نجد أن رجال القانون تأخذهم الريبة في ترك الأمر بتفاصيله في أيدي الأطباء، خشية إعطائهم تقرير وفاة لشخص معين تحت تأثير الرغبة في إحراز سبق علمي في مجال عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأبحاث العلمية، فيثبتون أجهزة الإنعاش الصناعي على المرضى ويخضعونهم لهذا النظام، الذي يؤدي إلى

<sup>1</sup> الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ

في 2005/06/20 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، بتاريخ 2005/06/26.

<sup>2</sup> المادة 153 من قانون 23/06 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الإطالة الظاهرية للحياة<sup>1</sup>، لذلك يتوجب على المشرع التدخل بإصدار قانون يتضمن تعريف دقيق للموت وينظم إجراءات التثبيت من تحققه، مستندا إلى القواعد العلمية الطبية لكي نكون أمام معيار قانوني موضوعي، ففي ظل هذا الجدل العلمي لتحديد لحظة الوفاة ومفهوم الموت الحقيقي نشأ معياران الأول تقليدي و الثاني علمي حديث.

فالأول يرى أن الوفاة تتحقق عند توقف الدورة الدموية وتوقف التنفس أي توقف القلب والرئتان عن العمل، لكن أنتقد هذا المعيار على أنه غير واقعي مع التقدم العلمي الحالي فتوقف القلب مؤقتا عن النبضان لا يمكن أن يكون دليلا قاطعا على حدوث الوفاة، لأنه يمكن إعادته إلى عمله بواسطة الصدمة الكهربائية<sup>2</sup>، ولعدم دقة هذا المعيار، وجد معيار علمي حديث أكد على أن هناك أنواع للموت منها السريري، والموت الظاهري، والموت الخلوي، أين تفقد فيه الحياة من سائر خلايا الجسم، بعد توقف وموت خلايا جذع المخ، وقد تبني المشرع الفرنسي هذا المعيار وذلك في المرسوم رقم 1041 سنة 1996 المعدل لقانون الصحة وأيده في ذلك غالبية شرائح القانون الجنائي بالتأكيد على وجوب توفر شروط من بينها وأهمها الغياب التام والكامل عن الوعي، وانعدام الحركة التلقائية للجسم، وتوقف كافة ردود الأفعال للجذع المخي، وانقطاع التنفس التلقائي (بدون أجهزة إنعاش) وعدم وجود أي نشاط كهربائي في رسم المخ، هذه هي الشروط التي اعتمدها المشرع الجزائري، في قرار وزير الصحة رقم 389/39 بتاريخ 1989/03/26 المتعلق بنزع الأنسجة والأعضاء من أجل الزرع.

<sup>1</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 51.

<sup>2</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق ص 167.

<sup>3</sup> غير أن هذا القرار تعرض للنقض من قبل الأطباء الجزائريين على أساس أن وزير الصحة قد اعتمد في وضعه للمعايير المذكورة فيه على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر بسبب نقص الإمكانيات وتم تقديم اقتراح بضرورة توكيل مهمة تحديد المعايير الخاصة بالوفاة إلى خبراء جزائريين وعلى إثر ذلك لجأ المشرع إلى تعديل قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1990 بإنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية بموجب المادة 168 مكرر 1 والذي تم تشكيله بموجب المرسوم التنفيذي رقم 122/96 الصادر في 1996/04/06، وأضفى المشرع الصفة القانونية على تلك

تأسيساً على ما سبق تبين لنا أن موت جذع المخ المسؤول عن التنفس ونبضان القلب ليس دليلاً قاطعاً، ولا ينهض أن يكون حقيقة علمية ثابتة يعتد بها لتعريف الموت وتحديد لحظة الوفاة، إذا الواقع يثبت خلاف ذلك، كما حدث في بريطانيا لفئة حين أعلن أطباء وفاتها لعدم وجود موجات أو ذبذبات فرفض أهلها تقبل الأمر مما استدعى تدخل أطباء آخرين وواصلوا استخدام أجهزة الإنعاش، إلا أن تنفست وأفاقت من غيبوبتها وروت بعد ذلك ما كانت تسمعه عن الحوار بين الأطباء لتقرير موتها<sup>1</sup>.

نستخلص مما سبق أنه يجب التفريق بين موت الشخص، وموت الأنسجة، فهذه الأخيرة قد تستمر فيها الحياة لفترة ساعتين أو أكثر<sup>2</sup> من ذلك خاصة بالاستعانة بأجهزة الإنعاش، وهذا ما يحتاج إليه الأطباء عند نزع الأعضاء من جثث الموتى لزرعها للأحياء<sup>3</sup>، مؤسسين تدخلهم على أساس قانوني، فما هو هذا الأساس وما هي شروطه؟

## المبحث الثاني

### أساس اباحة العمل الطبي وشروطه

لا شك أن الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب، كفحص جسم المريض الذي يمتد حتى عوراته أو وصف الأدوية، أو إعطاء مواد مخدرة، أو القيام بعمليات جراحية، أو إجراء تحاليل تتطلب المساس بسلامة الجسم، وهذا يعني أنها تتطابق مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسم إذا مارسها أو أتاها شخص غير الطبيب.

المعايير الجديدة التي يجب اعتمادها للتأكد من الوفاة في مجال نزع وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء والأموات، وصدر بذلك قرار وزير الصحة بتاريخ 2002/11/19 الذي يحدد المعايير الجديدة.

<sup>1</sup> مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الكتاب الثاني دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 278.

<sup>2</sup> جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2002، ص 51.

<sup>3</sup> Jean Peaneau, la responsabilité médicale, Sirey, 1977 n° 137, voir également les travaux de la commission de réforme du droit Canadian sur les critères de détermination de la mort n° 23, 1979 et n°15, 1981.

لكن من المستقر عليه، هو أن إباحة الأعمال الطبية يشكل خروجاً استثنائياً على قواعد العقاب بالنسبة للأطباء، وذلك لوجود مصلحة أقوى من المصلحة التي دفعت إلى تجريمها<sup>1</sup>. ذلك بالترخيص لهذه الفئة بمباشرة نشاط، اتفق المجتمع على مشروعيتها بل ضرورته لصيانة مصالح الأفراد، لأن إباحة الأعمال الطبية هي استثناء من الأعمال المجرمة وغرض المشرع من هذا هو حماية مصلحة أولى بالرعاية، من مصلحة أخرى في نظر المجتمع، لأن الطب كالشرع هدفه جلب مصالح السلامة ودرء مفسد المعاطب والأسقام، الأمر الذي يترتب عنه تمتع الطبيب بحصانة جنائية منوطة بالتزامه بأصول المهنة والقواعد المنظمة لها، ومنه فالأعمال الطبية مباحة بحكم الوظيفة وما تقتضيها طبيعة المهنة الإنسانية<sup>2</sup>. غير ما تقدم فإن انتفاء المسؤولية عن العمل الطبي رغم مساسه بجسم الإنسان تم على أساس أستند عليه لإباحة هذا العمل (المطلب الأول) وشروط لممارسته (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### أساس إباحة العمل الطبي

تتازع العديد من الفقهاء حول أساس إباحة الأعمال الطبية وأثار هذا الموضوع جدلاً وخلافاً كبيرين، نظراً لأهمية هذا الأساس للتمييز بين عمل الطبيب وغيره من جهة، ولإعفاء وتحصين الطبيب من المسؤولية عند المساس بالحق في سلامة الجسم من جهة أخرى، إذ سنتناول بحث إباحة أعمال الطبيب في كل من الفقه والقضاء المقارن (فرع أول) ثم نبحث عن أساس هذه الإباحة في القانون الجزائري (فرع ثاني).

<sup>1</sup> ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 86.

<sup>2</sup> بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002، ص 54.

## الفرع الأول

### أساس إباحة العمل الطبي في الفقه والقضاء المقارن

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن مرد إباحة العمل الطبي هو العرف أو العادة<sup>1</sup> بينما يرى البعض أن الأساس في ذلك هو رضا المريض بتلك العمليات الجراحية<sup>2</sup>، أما الجانب الآخر من الشراح، فيرى أن أساس إباحة العمل الطبي هو حالة الضرورة وانعدام القصد الجنائي لدى الطبيب، في حين انتهى البعض من الفقهاء إلى القول بأن الأساس في ذلك يرجع إلى إذن القانون<sup>3</sup>.

### أولاً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو العرف أو العادة

يرى هذا الجانب من الفقه ومنهم "أوبنهم Oppenheim" أن العادة هي سبب إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية عند المساس بالحق في السلامة الجسدية، والعادة كاصطلاح قانوني هي: " القاعدة التي ينشئها الأفراد وتثبت باستمرارها مدة من الزمن"<sup>4</sup> و إذا ترسخت و شعر الناس بالزاميتها فتتحول إلى عرف، ويتحجج هذا الفريق من الشراح بأن أغلب التشريعات أخذت بالعرف كمصدر من مصادر القانون، فصحيح هذا القول من جهة إذ أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات قد أخذ بالعرف في القانون المدني وجعله كمصدر ثالث بعد النص القانوني أو التشريع كمصدر أول، والشريعة الإسلامية كمصدر ثاني، حيث تنص المادة 1 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري: "وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف..."<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 193.

<sup>2</sup> بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 80.

<sup>3</sup> بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984، ص 391.

<sup>4</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 193.

<sup>5</sup> الأمر رقم 58/75، المرجع السابق.

غير أنه تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فإن الفعل لا يجرم إلا بنص قانوني صريح ولا مجال للقياس في قانون العقوبات، إذ تنص المادة الأولى منه: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بقانون"<sup>1</sup>، ويرى هذا الاتجاه التقليدي انطلاقاً من هذا النص أن العرف لا يقيم الجريمة وهو ما يشير إلى اعتبار العرف كسبب وكأساس لإباحة العمل الطبي.

لقد أخذت المحاكم بحكم العرف في مسألة الختان عند اليهود، فالختان هو بدون شك عملية جراحية يجب أن يجريها جراح أي طبيب مختص، غير أن المطهر يجريها بمعرفته حسب ما تعارف عليه الناس، سواء عند العرب أو عند اليهود، باعتبار الأمر يتعلق بتنفيذ ديني مصرح به منذ أقدم العصور.

هكذا حكمت محكمة جنح "بورديو Bordeaux" الفرنسية بجواز الختان من المطهر، بشرط أن يكون الطفل الذي يجري له الختان يهودياً أي أنها أباخته لليهود فقط<sup>2</sup>، غير أن الشراح يرون أن محتوى العرف ينطوي تحت فكرة القانون، أي أن العرف لا يجب أن يتعارض في مضمونه مع نصوص القانون وروحه<sup>3</sup>.

في هذا الإطار أثير إشكال آخر في إحدى القضايا، حيث قام طبيب بنقل دم من شخص متبرع إلى أحد المرضى، واتضح بعد التحاليل التي أجريت، أن الدم كان ملوثاً بمكروب الزهري ولكن الطبيب دفع بأنه اتبع العرف القاضي بأن الفحص الطبي للأشخاص المتبرعين بالدم يكون كل ثلاثة أشهر، غير أن المحكمة لم تقر هذا العذر، وقررت بمسؤولية الطبيب ولا عبء للعرف المتبع من قبل المستشفيات، مضيفة أن العرف لا يرفع عن المحكمة حرية التقدير إذا وجدت أن العرف لا يتفق مع قواعد الحيطة والحذر ومع القانون<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 193

<sup>3</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 355.

<sup>4</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 193.

خلاصة لما تقدم نرى أنه بالرغم من أن العرف هو أول مصادر القانون في العالم، وحتى حالياً يجد مرتبة مرموقة في مصادر القانون غير أنه، لا أثر له في قانون العقوبات مصدر التجريم والعقاب، وأنه لا محل لإباحة العمل الطبي على جسم الإنسان بمقتضى العرف كأساس لذلك حتى في الجروح البسيطة كالوشم وخرق الأذان حيث تبقى هذه الأخيرة في نظر القانون جروحا ومساس بالسلامة الجسدية تستوجب العقاب، كما أن قانون العقوبات لم ينص على أن العرف سبب من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع العقاب.

### ثانياً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو رضا المريض

إن أساس إباحة الأعمال الطبية حسب هذا الاتجاه هو رضا المريض بذلك سواء صدر منه شخصياً، أو من وليه أو من نيوبه قانوناً<sup>1</sup>. هذا ما يذكرنا بالقاعدة الرومانية التي كانت تنص على أنه: "لا ضرر على من رضي بهذا الضرر".

قد ساد هذا الرأي لدى الفقه الانجليزي والألماني لمدة من الزمن، باعتبار الرضا هو تنازل المريض على الحق في السلامة التي يقررها القانون لجسده، وذلك من أجل العلاج حتى لو قام به شخص آخر غير الطبيب<sup>2</sup>، كما أن الشريعة الإسلامية جعلت من رضا المريض أثر في تخفيف العقاب، بل أحيانا الإعفاء من المسؤولية، فيكفي أن يكون الرضا صحيحاً والغرض مشروع وذلك عندما أجريت عملية ختان، لشاب أعتنق الإسلام ورضي بهذا تماشياً مع شعائر هذا الدين<sup>3</sup>، لم يسلم هذا الرأي من سهام النقد الكثيرة التي وجهت إليه، وأولها أن الحق في سلامة الجسم ليس حقاً خالصاً للفرد فقط حتى يملك التنازل عنه ليكون رضاه هو أساس إباحة الأعمال الطبية، بل أن سلامة الجسم يستأثر بها جانبان الأول فردي والثاني اجتماعي فهذا الأخير لم يبدي رضاه ولم يتنازل عن حقه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 195.

<sup>2</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق ص 15.

<sup>3</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق ص 339.

<sup>4</sup> أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 11.

فلو تمعنا في مسألة الرضا لوجدناها مقتصرة على الجانب الفردي، دون الجانب الاجتماعي (المجتمع) الذي يتقاسم هو أيضا هذا الحق في السلامة الجسدية للشخص، لكي يتمكن هذا الأخير من أداء وظيفته الاجتماعية على أكمل وجه<sup>1</sup>.

كما اعترض البعض الآخر، على أن رضا المريض له قيمة محدودة في جرائم المساس بالسلامة الجسدية، لأن صحة المجتمع من النظام العام<sup>2</sup> وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع، من جهة أخرى، أضاف آخرون بأن رضا المريض لا يكون دائما متحققا ففي بعض الأحوال يتعذر الحصول على هذا الرضا، وأحيانا أخرى لا يعتد به ككون المريض في غيبوبة أو كونه صغير غير مميز، ولا يوجد من يقوم مقامه في إعلان الرضا هذا من جهة.

من جهة أخرى في بعض الحالات يكون العمل الطبي خلاف لإرادة المريض ورغبته كإجراء التطعيم الإجباري حسب المادة 40 من قانون الصحة 11/18 السابق الذكر بنصها: "يتعين على المصالح الصحية المؤهلة القيام بالتلقيح الإجباري مجانا لفائدة المواطنين المعنيين، تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة، لا سيما رزنامة التلقيحات الإجبارية، عن طريق التنظيم"، أو في حالة تفشي أوبئة، كجائحة كورونا مؤخرا، بنصي المادتين 34 و35 من ذات القانون أو قيام الطبيب بتغذية سجيننا مضربا عن الطعام، ضف إلى ذلك أن هناك فحوصات تسبق مباشرة أعمال أو وظائف معينة<sup>3</sup> حتى ولو بدون رضا الشخص.

في هذا الصدد اعتنق القضاء الفرنسي هذا الاتجاه وتطبيقا لذلك قضت محكمة "الساين La seine" الفرنسية في 16/05/1937 بانتفاء مسؤولية الطبيب إذا

<sup>1</sup> محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، 2003، ص 98.

<sup>2</sup> مأمون عبد الكريم المرجع السابق ص 25.

<sup>3</sup> Xavier Lesegretion et Stephanie Chassany, la protection juridique de l'hôpital, Paris Berger Levrault, 1999, p141.

كان ما يقوم به على جسم المريض من علاج قد تم برضا هذا الأخير ثم ما لبث أن عدل عن رأيه وقضى بأن الرضا لا يعد سببا لإباحة العمل الطبي ولا مانع من موانع المسؤولية وقضى بمسؤولية، طبيب أجرى عملية تعقيم لرجل بناء على طلبه وبرضاه<sup>1</sup>.

أما القضاء المصري فأعتبر في بادئ الأمر، رضا الشخص بالعمل الطبي على جسمه سببا لإباحته، حين قدم شخص غير طبيب على كي رجل بناء على طلبه، فقضت محكمة النقض المصرية في حكمها بالبراءة له، على أساس أن الرضا مانع من موانع العقاب، وأساس لإباحة هذا لكي، ثم ما لبث أن عدل عن موقفه وحذا حذو القضاء الفرنسي، وأعتبر أن الرضا لا يعد سببا لإباحة أي فعل يمس بالسلامة الجسدية مهما كانت الدوافع ونبل البواعث<sup>2</sup>، بناء على ما تقدم يبقى العمل الطبي بهذا الشكل على جسم الإنسان، دون أساس لإباحته وخاضعا للتجريم.

في هذا الصدد، نرى من جانبنا أنه لو سلمنا وقبلنا بفكرة الرضا كأساس لإباحة العمل الطبي لأدى بنا ذلك إلى نتائج وخيمة وغير مقبولة أخلاقيا وقانونيا، مثل جواز الإجهاض متى رضيت المرأة الحامل بذلك، ولو لغير ضرورة شرعية وطبية من طرف الطبيب أو غيره.

إذ أن الرضا من الشخص لا يمكن أن يكون أساسا لإباحة الأعمال الطبية، بل ما هو إلا شرط من بين شروط أخرى، لممارسة الأعمال الطبية الماسة بسلامة الجسم، فهناك فرق بين علة وسبب الإباحة لعمل ما، وبين شرط القيام به.

### ثالثا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو انعدام القصد الجنائي لدى الطبيب

إن تبرير هذا الرأي القائل بأن أساس إباحة الأعمال الطبية يرجع لانعدام القصد الجنائي لدى الطبيب، باعتبار أن إرادة هذا الأخير تتجه إلى شفاء أو تخفيف آلام الشخص المريض

<sup>1</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر، عمان 1999، ص 87.

دون قصد الإضرار به، وهذا عكس الأعمال الأخرى التي يكون فيها الجاني قاصدا الإضرار بالمجني عليه وعالما بما يقوم به ومريدا لنتيجته<sup>1</sup>.

في هذا الصدد يرى الفقهاء الألمان، أن عمل الطبيب لا يعد اعتداء على حق السلامة الجسدية لأن نية الاعتداء منتفية لديه، وعليه فالطبيب غير المرخص له بالعمل والمتسبب في موت مريض أثناء علاجه يعاقب بعقوبة القتل خطأ دون حاجة لإثبات الإهمال والتقصير.

أنتقد هذا الرأي هو الآخر، على أساس أن قصد العلاج والشفاء يعد من قبيل البواعث وليس عنصرا من عناصر القصد الجنائي<sup>2</sup>، حسب ما أستقر عليه الفقه والقضاء.

إن القصد الجنائي في المساس بالسلامة الجسدية هو قصد عام متوفر بعنصر العلم وانصراف الإرادة إلى هذا الفعل، فلو اعتمدنا على البواعث كأساس لإباحة الأعمال الطبية لأجزنا ما يسمى بالقتل الرحيم، أو القتل بدافع الشفقة (Euthanasie) لنبل الباعث ولأجزنا كل التجارب والأبحاث الطبية على الجسم البشري لعموم مصلحتها<sup>3</sup>.

إن انتفاء القصد الجنائي عند ممارسة الطبيب لمهنته على جسم الإنسان، يمكن أن يكون ضمن حالات الضرورة فقط، ويبقى الفعل مجرما رغم إسقاط العقوبة<sup>4</sup>، لكن لا يصلح أن يكون كأساس لإباحة الأعمال الطبية على الجسم البشري.

لقد اعتنق كل من القضاء المصري والفرنسي هذا الاتجاه الأخذ بفكرة الباعث وانتفاء القصد الجنائي، أثناء المساس بالحق في السلامة الجسدية، وقضت محكمة

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 195.

<sup>2</sup> فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 146، 147.

<sup>3</sup> محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 65.

<sup>4</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 327.

"فرساي Versailles" على شخص غير مؤهل بجريمة القتل الخطأ، لأنه أجرى قلع ضرس لمريض دون أخذ إجراءات الحيطة والحذر، مما ترتب عنه حدوث نزيف دموي خطير للمريض أدى إلى وفاته<sup>1</sup>، بما أن القصد الجنائي غير متوفر لدى هذا الشخص المعالج الذي لاحق له في العلاج أصلاً، ولا عبرة للباعث في انتفاء القصد الجنائي مهما كان شرف ونبل الباعث، وعليه لا يعد هذا الرأي كأساس لإباحة العمل الطبي.

#### رابعاً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو مشروعية الغرض الطبي

يرى بعض الشراح، أن الأعمال الطبية تعتبر مباحة لأنها وسيلة لمنع أمراض يبذل المجتمع جهداً لاقتائها، وهذا تأسيساً لقاعدة أن هناك طائفة من الأعمال تعد مشروعاً، رغم أنها في الأصل اعتداءات على حقوق يحميها القانون، لكنها الوسيلة لتحقيق غرض تقرره الدولة وهي الحفاظ على صحة الأفراد والمجتمع ككل، وبالتالي تصبح هذه الأعمال الطبية مباحة<sup>2</sup>. وهي الغاية والغرض الذي يسعى إليه المشرع باعتبار الصحة من النظام العام. لقد أيد شراح القانون المصري<sup>3</sup> هذا الرأي حين يتحججون بأن إباحة العمل الطبي مرده الغرض المشروع حتى ولو كان العمل الطبي لهدف غير علاجي.

غير أن سهام النقد نالت هي الأخرى من هذا الاتجاه، لأنه قد يصلح بياناً لإجازة عمل الطبيب ولا يصلح أن يكون سندا كافياً له، وهذا لعمومية هذا الأساس مما يجعله غير صالح للتفريق بين عمل الطبيب وغير الطبيب، كما أنه غير دقيق لأنه يترك لكل منهما الحرية الواسعة في عمل ما يشاء، طالما أنه متوافق مع الغرض المشروع وهذا ما يجعل جسم المريض مرتعاً للمغامرين من المجرمين، وعليه لا يعد هذا الرأي أيضاً أساساً لإباحة العمل الطبي إذ أنه لا ينسجم مع ما يهدف إليه المجتمع من تنظيم المهن الطبية.

<sup>1</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 339-340.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 196.

<sup>3</sup> بسام محتسب بالله، المرجع نفسه، ص 345.

### خامسا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو إذن القانون

يذهب أنصار هذا الرأي ومنهم الفقيهين "جارسون Garçon" و"فيدال Vidal" إلى القول بأن إباحة الأعمال الطبية على أجسام المرضى، يرجع أساسها إلى إذن القانون بذلك ويكاد الفقه الحديث يجمع على هذا الأساس، باعتباره مقصور على فئة الأطباء المؤهلين لمزاولة المهنة دون سواهم<sup>1</sup>، ذلك أن الطبيب عندما يقوم بفحص أو علاج المريض يكون قد استخدم رخصة<sup>2</sup> قررها له القانون، ومن ثم لا يكون مرتكبا لأي عمل مجرم، لأن المصلحة المتوخاة من وراء ذلك أكبر وأهم، فالجراحة التي يجريها جراح لشخص أقعده المرض في الفراش واحتمال أن يؤدي به ذلك للوفاة زالت عنها وصف الجريمة، واعتبرت من قبيل النشاط المتلائم مع طبيعة الحياة الاجتماعية.

ففي عملية استئصال ورم سرطاني خبيث لا يمكن الكلام عن مظهر مادي للجريمة، بل هذا السلوك متلائم مع طبيعة العلاقة الاجتماعية<sup>3</sup>، ورغم هذا تعرض هذا الأساس لشبه النقد على أن أساس الإذن القانوني بالممارسة الطبية لا يعتبر بذاته أساسا كافيا، باعتبار أن المؤهل العلمي هو الأساس الحقيقي والمنشئ للإذن القانوني وللشروط الأخرى للترخيص<sup>4</sup>، إضافة لذلك فالمشرع لم يجز هذه الأعمال الطبية لكل من يدعي لنفسه طبيب بل قيد ذلك بشروط نصت عليها قوانين الصحة وتنظيم المهنة.

رغم ذلك، لقد حضى هذا الاتجاه بتأييد كل من القضاء الفرنسي والمصري<sup>5</sup> وهذا في الكثير من الأحكام باعتبار أن الطبيب الذي يمارس مهنته على جسم المريض أساسه في ذلك إذن قانون مهنته اعتمادا على مؤهلاته العلمية.

<sup>1</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 391.

<sup>2</sup> شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 79.

<sup>3</sup> رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 341.

<sup>4</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 19.

<sup>5</sup> محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص 20.

في هذا الصدد ترى الشريعة الإسلامية أن اذن الشرع هو أساس المساس بالسلامة الجسدية وان حق الشخص على جسمه ليس حقا خالصا له بل يشترك معه الخالق. كما هو معلوم أن حقوق الله لا يجوز إسقاطها على العبد أو العفو أو الصلح بشأنها فلا يكفي إذن المريض لإباحة العمل الطبي بل يجب الحصول على إذن صاحبي الحق أي إذن المريض وإذن الشرع أو المجتمع. ذلك أن إذن الشرع بالممارسة الطبية ليس تنازل المريض عن حقه في السلامة الجسدية بل رخصة من أجل صيانة أحد المصالح الخمس ويبقى المرخص له في حدود الترخيص الممنوح له وبشروط سنتعرض لها بنوع من التفصيل في الفرع الثاني.

## الفرع الثاني

### أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري

لقد نص قانون العقوبات الجزائري<sup>1</sup> في المادة 39 فقرة 1، مبينا أسباب الإباحة على أنه: " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون "، وقد جاء نص المادة 39 عاما وشاملا، حيث لم تحدد الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون<sup>2</sup>، ويمكن التفريق بين أمر القانون وإذن القانون ذلك أن أمر القانون هو إجباري ومخالفته تقيم المسؤولية الجزائية، ويدخل تحت طائلة إذن القانون الترخيص بمباشرة الأعمال الطبية وهذا ما يبرر أن ممارسة العمل الطبي على جسم المريض ليس حقا كما تطرقنا له سابقا بل هو استخدام لرخصة فحسب، فليس للطبيب حق الفحص والعلاج، إنما له رخصة بأن يباشر أعماله مع كل مريض يلجأ إليه طالبا العلاج إلا في حالات استثنائية ونادرة كتفشي الأوبئة والتطعيم الإجباري وغيره كما أشرنا الى ذلك آنفا.

<sup>1</sup> الأمر 156/66 المؤرخ في 08/06/1966 والمتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 121.

أما إذن القانون فهو جوازي، أي يترك للشخص الحرية في القيام بالفعل أو الامتناع عنه مثل ما تناولته المادة 61<sup>1</sup> قانون إجراءات جزائية أين خولت لكل شخص في الجرائم المتلبس بها اقتياد المشتبه فيه الى المركز الشرطة أو الدرك.

نستخلص مما سبق أن المشرع لم يجر هذه الأعمال الطبية ويرخص بها لكل من يدعي التطبيب، وإنما أحاط هذا الإذن بسياج من الحدود والقيود لضمان استعماله في سبيل غايته النبيلة وألا يتم العبث بجسم المريض وانتهاك حرمة، فكانت تلك القيود هي الحد الفاصل بين الفعل المباح والجريمة.

## المطلب الثاني

### شروط ممارسة العمل الطبي في القانون الجزائري

الأصل في جسم الإنسان أنه معصوم من كل اعتداء عليه، حتى ولو كان هذا المساس برضا صاحبه إذ يبقى هذا المساس مجرم ومعاقب عليه، غير أن هناك حالات يتم فيها هذا المساس وينتفي فيها وصف الجريمة، لأنه قد تم في ظل الفعل المباح كممارسة الأعمال الطبية باعتبارها وسيلة لتحقيق غاية سامية لاستمتاع الإنسان بسلامته الجسدية الكاملة أو تقليل معاناته وآلامه بقصد الشفاء والقضاء على الأمراض والوقاية منها<sup>2</sup>، ذلك إن الشخص بحكم اتصاله اليومي بالأمراض يعد ذلك من التفاعلات الطبيعية التي لا دخل لإرادته فيها فبرزت فكرة التطبيب، وعلاقة المريض بالطبيب بقصد واحد وهو تحقيق سلامة جسم الإنسان والحفاظ عليه وترقية صحة المجتمع وهذا عكس ما عبر عنه "أفلاطون" من قبل، إذ عامل الأطباء باستخفاف فيرى أن الحاجة إلى وجود الأطباء دلالة على اعتلال

<sup>1</sup> المادة 61 من ق.إ.ج: "يحق لكل شخص في حالات الجناية أو الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس، ضبط الفاعل واقتياده الى أقرب ضابط للشرطة القضائية".

<sup>2</sup> حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 324.

المجتمع جسمانيا أو نفسيا<sup>1</sup>.

بيد أن المشرع أحاط الأعمال الطبية بشروط، نصت عليها عدة قوانين منها على سبيل المثال لا الحصر قانون حماية الصحة وترقيتها وقانون أخلاقيات الطب، وهي أربعة شروط وهذا ما سنوضحه في الآتي.

## الفرع الأول

### شرط الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب

إن مزاولة مهنة الطب والجراحة من الأمور التي تحرص الدول على تنظيمها و الاهتمام بتطويرها وتقديمها، وفقا لما تقرره القواعد التنظيمية للمهن الطبية، ولقد تناول المشرع الجزائري من جانبه تنظيم هذه المهن، بواسطة قوانين تهدف إلى حماية الصحة العمومية منها قانون الصحة الجديد<sup>2</sup>، ضف إلى ذلك، عدة مراسيم تنفيذية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، المرسوم التنفيذي رقم 106/91<sup>3</sup> والمرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن لمدونة أخلاقيات الطب، فمن البديهي أن يكون أولى الشروط التي يتوجب توافرها لإباحة عمل الطبيب هو الترخيص القانوني له بذلك تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 414<sup>4</sup> من قانون الصحة 11/18 الذي هو عبارة عن اعتماد إداري يمنحه وزير الصحة أو بتفويض منه لمدير الصحة الولائي عند الممارسة الحرة أو قرار التعيين للممارس الطبي في هيئة أو إدارة عمومية، والهدف من وراء ذلك الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من الدخلاء على مهنة الطب إذ ليس لهؤلاء من

<sup>1</sup> بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 02.

<sup>2</sup> قانون 11/18، المرجع السابق.

<sup>3</sup> مرسوم تنفيذي رقم 106/91، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>4</sup> م414: "يعاقب كل من ينشئ أو ينجز أو يفتح أو يستغل مؤسسة صحية دون الترخيص المنصوص عليه في المادتين 273 و 307 من هذا القانون، بالحبس من سنتين (2) إلى خمسة (5) سنوات وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج".

مقومات الإعداد الفني والعمل ما يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة<sup>1</sup> وهذا ما نصت عليه المادتين 166<sup>2</sup> و167 من قانون الصحة 11/18 السالف الذكر علاوة على ذلك اشترطت المادة 349 من ذات القانون التسجيل الاجباري في مجلس أخلاقيات المهنة.

كما أكدت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 بقولها: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي أن يؤكد عند تسجيله أنه قد اطلع على قواعد هذه الأخلاقيات وأن يلتزم كتابيا باحترامها"، كما أكدت المادتان 204،206 من نفس المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب على منع الأطباء غير المسجلين في سجلات الفروع النظامية من الممارسة باعتبارهم لا يتوفرون على الشروط القانونية.

على هذا الأساس، فإذا قام شخص ليس من المرخص لهم بممارسة المهنة الطبية وأحدث جرحا بجسم الغير حتى ولو كانت بسيطة، كان ذلك الشخص مسؤولا جنائيا عن الجرح العمد حتى ولو كان تدخله بنية العلاج، وحتى لو كان حاصل على المؤهل العلمي، وعلة ذلك أن المشرع لا يثق في غير من رخص لهم بالمزاولة لمهنة الطب فضلا عن التثبيت من استيفاء الطبيب لكل الشروط التنظيمية<sup>3</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أنه يتوجب على الطبيب المرخص له الالتزام بممارسة مهنته في إطار الاختصاص المحدد له في الترخيص لأن هذا الأخير ما هو إلا تحصيل وشرط للأساس الحقيقي للممارسة الطبية إلا وهو الإجازة العلمية المتحصل عليها بمفهوم المادة

<sup>1</sup> رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 345.

<sup>2</sup> م166: " تخضع ممارسة مهن الصحة للشروط الآتية: التمتع بالجنسية الجزائرية، الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له؛ التمتع بالحقوق المدنية؛ عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة؛ التمتع بالقدرة البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة، يتعين على مهنيي الصحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم، وزيادة على شروط الممارسة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، البنود من 2 إلى 5، والفقرة 2 المذكورتين أعلاه، يخضع مهنيو الصحة ذوو الجنسية الأجنبية لشروط الممارسة والعمل التي تحدد عن طريق التنظيم".

<sup>3</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 23.

352 من قانون الصحة السالف الذكر 11/18 التي تنص على: " لا يمكن أي شخص يمارس مهنة الصحة أن يقدم إلا العلاجات التي تحصل فيها على التكوين والخبرة الضروريين، ويجب عليه أن يتمتع عن كل عمل زائد أو غير ملائم حتى ولو كان بطلب من المريض أو من مهني في الصحة".

فإذا كان الترخيص محدد لمزاولة أعمال التخدير وقام صاحبه بإجراء عملية جراحية فيكون عندئذ متجاوز لحدود الترخيص الممنوح له ويسأل جنائياً عن ذلك<sup>1</sup>.

غير أنه يلاحظ أن الفقرة 6 من المادة 166 لقانون الصحة 11/18 والمادة من مدونة أخلاقيات الطب المشار إليهما أعلاه ليس لهما تطبيق في الميدان العملي فإذا طالعنا الصحف اليومية نجد أن أغلبية الممارسين الطبيين لم يسجلوا في المجالس الطبية الجهوية المختصة بل حتى لم يقوموا بتسديد اشتراكاتهم وهذا بشهادة رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات الطب السيد " بيكات".

علاوة عن هذا لم يشر قانون الصحة المذكور أعلاه إلى إجراء جوهري وهو أداء اليمين القانونية أمام أعضاء مجلس أخلاقيات المهنة كما كان معمول به سابقاً وقصر ذلك على المفتشين للصحة العمومية في مادته 190 من ذات القانون، وخير دليل عن ذلك توظيف ممارسي الصحة في المستشفيات والمؤسسات الصحية العمومية، إذ أن الإدارات الصحية المستخدمة لهؤلاء الممارسين لا تشترط فيهم عند التوظيف لا التسجيل ولا أداء اليمين في المجالس الطبية الجهوية المختصة إقليمياً وتغض الطرف عن ذلك مما يؤدي إلى تهميش هذه المجالس وجعلها شكلية فقط.

في هذا الصدد نرى أنه يكون من الأفضل إلزام الأطباء بالتسجيل الإجمالي حسب نصوص المادة 166 فقرة 02 والمادة 05 من مرسوم 276/92 السالف الذكر ودفع مستحقات اشتراكاتهم لكيلا تضعف هيبته وفعالية المجالس الطبية الجهوية في أداء عملها

<sup>1</sup> محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 18.

ويحول دون بسط سيطرتها التنظيمية وما ينجر عن ذلك من تجاوزات وأخطاء طبية كما يؤثر ذلك على نقص الملتقيات العلمية من أجل تحسين المستوى المهني.

## الفرع الثاني

### شروط انصراف نية الطبيب للعلاج

لا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا قصد به علاج المريض أو تخفيف آلامه، وخلاف ذلك يؤدي لزوال أساس إباحته بتخلف علته، وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب ويجري عليه حكم القانون أسوة بسائر الناس، كالطبيب الذي يجري عملية بتر عضو من أعضاء شخص ما بقصد إعفائه من أداء الخدمة العسكرية<sup>1</sup> أو لجوء الطبيب إلى التدليس من أجل إجهاض امرأة حامل تسبب هو شخصياً في حملها<sup>2</sup> أو بوصف مهدئات لغير العلاج.

غير أنه إذا كان القدر الذي كان مسموحاً به فيما مضى هو من أجل العلاج، فإنه في الوقت الحاضر لم تصبح الأعمال الطبية قاصرة على ذلك، بل أصبحت تتدخل في حالات ليست بقصد العلاج من مرض بدني بالمعنى الدقيق، بل لتخليص الجسم من عارض غير طبيعي مسبباً للشخص مرضاً نفسياً فتكون تلك الأعمال لازمة للعلاج النفسي، كالجراحة التجميلية مما جعل القوانين تأذن بها وتجزئها إذ أن هذه الجراحة لا يقصد بها شفاء علة وإنما إصلاح تشوه خلقي، أو طارئ، لا ينال الصحة بضرر ولا يهدر الجسم في السير الطبيعي و لكنه مؤثر في شكل الإنسان ملحقاً ضرراً بقيمته الشخصية و الاجتماعية.

مما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن المادة 13 من القانون 11/18 توضح التكليف الملقى على الأطباء بالحفاظ على حماية الصحة للمجتمع وبتقديم العلاج للسكان بقولها: " يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يلي: " السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم".

<sup>1</sup> محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 67.

<sup>2</sup> مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 43.

كما أضافت المادة 14 من نفس القانون على أنه من الأهداف المسطرة في مجال الصحة هي الوقاية وتوفير العلاج من أجل التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وكادت ذلك المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها على أنه: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان".

نستخلص مما تقدم أنه بانتفاء قصد العلاج والوقاية والبحوث الطبية تنتفي إباحة الأعمال الطبية على جسم المريض وتخضع بالتالي لنصوص التجريم حسب نصوص المواد 413 من قانون 11/18 السالف الذكر، والتي تحيل الى المواد 442، 288، و289 من قانون العقوبات الجزائري.

### الفرع الثالث

#### شرط رضا المريض

لإباحة تدخل الطبيب يشترط المشرع أن يتم ذلك برضا المريض<sup>1</sup> أو النائب عنه قانونا شفاهة أو كتابة، فالرضا معناه الموافقة على العلاج أو رفضه حسب ما تقتضيه مصلحة المريض<sup>2</sup> فهي سابقة عن العمل الطبي ذاته وعلّة ذلك رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة فقها وقانونا كما يجب أن يكون الرضا حرا ومتبصرا أي مبنيًا على أساس من العلم المستتير بطبيعة ونوعية التدخل الطبي ومخاطره المحتملة وهذا من أجل إيجاد نوع من التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض لكيلا يكون العقد الطبي عقد إذعان<sup>3</sup>.

كما يجب أن يصدر الرضا أيضا عن من هو أهل له، ومتى كان المريض بالغًا راشدا متمتعا بكامل قواه العقلية فإن رضاه المتبصر بالتدخل العلاجي لا يثير مشكلة.

غير أنه إذا كان في وضع لا يسمح له بإبداء موافقته، لكونه في غيبوبة، أو عديم الأهلية

<sup>1</sup> المادة 343 من قانون 11/18، المرجع السابق.

<sup>2</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 119.

<sup>3</sup> مأمون عبد الكريم: المرجع السابق، ص 72.

أو ناقصها فصدور الرضا يكون ممن يعينه القانون ممثلاً له، فلا يجوز أن يرغب شخص على تحمل المساس بسلامة جسده وتكامله ولو كان ذلك من أجل مصلحته، حيث أكدت على ذلك المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومنتصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون".

كما أضافت المادة 42 من نفس المرسوم على حرية اختيار المرضى لأطبائهم وحرية مغادرتهم لهم بقولها: " للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته".

بالإضافة إلى ما أكدت عليه المادة 52 من نفس المرسوم على ضرورة الحصول على رضا الأولياء أو الممثلين القانونيين عند تقديم العلاج لقاصر أو بالغ عاجز عن التعبير عن إرادته وقبوله بالتدخل الطبي لعلاجه بقولها: " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم"، فإذا رفض الشخص المراد علاجه التدخل الطبي، يكون لهذا الرفض أثر قانوني في تحديد مسؤولية الطبيب<sup>1</sup>.

لذلك فإنه يشترط عند رفض المريض للعلاج تصريح كتابي<sup>2</sup> بذلك، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو ممثله المخول قانوناً بالموافقة، بعواقب هذا الرفض<sup>3</sup> إذ أن كتابة رفض العلاج تبرئ ذمة الطبيب من المسؤولية<sup>4</sup>، وفي هذا الصدد نصت المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول: " يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن".

<sup>1</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1989، ص 101.  
<sup>2</sup> المادة 344 من قانون الصحة 11/18: "في حالة رفض علاجات طبية، يمكن اشتراط تصريح كتابي، من المريض أو ممثله الشرعي، غير أنه في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معد، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".  
<sup>3</sup> هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994، ص 42.  
<sup>4</sup> محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999 ص 41.

لكن قد يتعذر الحصول على رضا المريض أحيانا ومع هذا يقوم الطبيب بعمله دون الحاجة إلى انتظار رضا هذا الأخير وذلك في حالتين.

### أولاً: حالة الضرورة

هي الحالة التي يوجد فيها شخص ما، دافعا عن نفسه أو عن غيره، خطر محدقا به أو بغيره بارتكاب جريمة بحق نفسه أو بحق اشخاص آخرين من أجل التخلص أو الوقاية من خطر جسيم وحال حسب نص المادة 344 فقرة 1 سالفه الذكر وكذا المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له".

ومثال ذلك كأن يحضر إلى المستشفى مريض إثر إصابته في حادث مرور وهو في حالة غيبوبة تستلزم التدخل الطبي الاستعجالي لإسعافه من خطر قد يهدد حياته أو عند قيام طبيب بإجراء عملية لخيطة فتق ثم يكتشف أن سبب الآلام التي يعاني منها المريض هي نتيجة غنقرينا أو ما يسمى "gangrène" في الخصية فيقوم باستئصالها دون الحصول على رضا المريض حسب ما نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات السابق الذكر بنصها: " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب جريمة قوة قاهرة لا قبل له بردها".

على هذا الأساس نلاحظ أن القانون أجاز هذه الإسعافات الأولية دون تهاون (حالة الضرورة) بل أنه حتى أمر بها بالنصوص القانونية وفي حالة مخالفتها تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية على أساس عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر حسب نص المادة 182 فقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري 23/06<sup>1</sup>.

### ثانياً: حالة تهديد الصحة العامة للمجتمع

هناك من الأمراض المبينة والمحددة حصريا كانتشار الأوبئة التي تتطلب التصدي لها

<sup>1</sup> القانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84 بتاريخ 24/12/2006 المعدل والمتمم.

من قبل الدولة وكذا التلقيحات الإجبارية ومكافحتها وفي هذه الحالة يقوم الطبيب بالعمل الطبي ولو رفض المريض ذلك، وعندئذ لا تستند الإباحة إلى استعمال الرخصة، وإنما تستند إلى تنفيذ القانون أو استعمال السلطة العامة لما لها من قوة جبر كتشريح الجثة بناء على طلب من السلطة القضائية، وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: " لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون".

إن النص هنا جاء عاما وشاملا لم تحدد فيه الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون.

خلاصة لما سبق، إذا أجرى الطبيب العمل الطبي في غير هاتين الحالتين دون رضا المريض، يتخلف سبب الإباحة بتخلف شرط من شروطه وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب.

## الفرع الرابع

### شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية

حتى يكون العمل الطبي مباحا، يشترط إلى جانب الشروط الثلاثة السابقة أن يكون عمل الطبيب مطابقا للأصول الفنية الطبية التي يعرفها أهل الطب، بحيث لا يتسامحون مع من يستهين بها ممن ينتسب إليهم، ولقد عرف الفقهاء الأصول العلمية بأنها: " تلك المبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها نظريا بين طائفة الأطباء"<sup>1</sup>، أو هي مجموعة القواعد النظرية العلمية لمستقرة بين أهل الطب ولم تعد محل نقاش بينهم، والتي تمثل الحد الأدنى الذي يجب مراعاته في العمل الطبي إلا استثناء كحالة الضرورة<sup>2</sup>.

فإذا خالف الطبيب أتباع هذه الأصول والقواعد، قامت مسؤوليته بحسب تعمدته أو تقصيره ومعنى هذا أن الطبيب ليس ملزما عند ممارسة مهنته أن يطبق العلم كما في العلوم الدقيقة فالعلوم الطبية ليست كذلك، إذ يوجد فيها مجال للاختلاف أي أنه إذا كانت طريقة علمية

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، 196-197.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 199.

ما محل خلاف، بين مؤيد ومعارض لها، وأخذ بها الطبيب فلا يعتبر مخالفا لتلك الأصول العلمية.

إن العبرة هي في أداء الطبيب لأعماله على قدر من العناية وبذل الجهد الصادق والذي يتفق مع ظروف وحالة المريض<sup>1</sup> الصحية وفق الأصول العلمية.

أما إذا ثبت أن الطبيب قد خالف هاته القواعد والأصول المتعارف عليها بين أهل المهنة نتيجة جهله التام بها، ومثال ذلك إتباع نظرية طبية مهجورة تخلى عنها الأطباء، وأحيانا أخرى إذا اتبع الطبيب نظرية حديثة لم يستقر العمل الطبي عليها بعد، فحينئذ تقوم مسؤوليته كما جاء في المادة 181 فقرة 03 من قانون الصحة 11/18 بنصها: "يتعين على مهني الصحة عدم تعريض المريض لأخطار غير متكافئة مع الفائدة العلاجية المرجوة".

على هذا الأساس يعد هذا الطبيب مخالفا للأصول والقواعد الطبية كاللجوء إلى الكي التقليدي والشعوذة، بمفهوم المادة 31 من المدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر بنصها: " لا يجوز لطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية، وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة ".

في هذا الصدد ألزمت المادتين 10 و 11 من المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المعدل والمتمم<sup>2</sup> والمادة 170 من قانون الصحة 11/18 الهيئة المستخدمة تحسين المستوى العلمي وتجديد المعرفة لمستخدميها وعلى نفقتها من أجل مواكبة التقدم العلمي في ميادين الطب والاكتشافات الجديدة بمساعدة الدولة.

كما يعد عمل الطبيب غير مطابق للأصول العلمية والطبية إذا كان مارس المهنة في ظروف سيئة وغير ملائمة للقواعد الطبية كافتقاره لوسائل الكشف والتشخيص والعلاج

<sup>1</sup> أبو اليزيد على المتيت جرائم الإهمال، الطبعة الثالثة، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1975، ص 219.

<sup>2</sup> مرسوم التنفيذي رقم 106/ 91 المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الحديثة وهذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>1</sup> بقولها: "يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء المهمة ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية".

إضافة لذلك أكدت المادة 15 من نفس المدونة أنه: "من حق الطبيب أو جراح الأسنان ومن واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية ويحسنها"، إذ لا يجب أن تمارس المهن الطبية خارج المجال المتعارف عليه بين أعضاء المهنة مما قد ينتج عنه احتمال تعرض المريض لخطر حسب ما أشارت إليه المادة 17 من المدونة المشار إليها أعلاه حيث نصت على أنه: " يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه"، وأكدته المادة 181 من قانون الصحة 11/18.

خلاصة لما سبق نستنتج أن التعريف الراجح يشمل جميع مراحل الفحص والتشخيص و العلاج، إذ وسع من مفهوم العمل الطبي إلى الوقاية التي هي من أولويات الطب الحديث من جهة، كما أنه حدد القائم بالعمل الطبي المتمثل في الطبيب الذي يمارس هذا العمل بصفة مشروعة كالترخيص القانوني ورضا المريض من جهة أخرى، كما ان العضو في مفهوم القانون أشمل وأوسع منه في الطب، فالقرنية مثلا هي جزء من العضو في المفهوم الطبي، أما في القانون فهي عضو، كما انه يتجلى لنا أنه بالإضافة إلى توافر الشروط المعتمدة من قبل المشرع الجزائري المتعلقة بلحظة الوفاة السابقة الذكر فلا بد من إضافة شرطين آخرين وهما موت جميع خلايا الدماغ، بحيث لا يكون فيها أي نشاط كهربائي آت من خلايا الدماغ، وأن تكون جميع الأفعال المنعكسة مفقودة تماما بما في ذلك الأفعال المنعكسة من النخاع الشوكي.

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المرجع السابق.

كما يجب التفريق بين موت الشخص، وموت الأنسجة، فهذه الأخيرة قد تستمر فيها الحياة لفترة ساعتين أو أكثر<sup>1</sup> من ذلك خاصة بالاستعانة بأجهزة الإنعاش، وهذا ما يحتاج إليه الأطباء عند نزع الأعضاء من جثث الموتى لزرعها للأحياء<sup>2</sup>.

نستخلص مما سبق أن المشرع لم يجز هذه الأعمال الطبية ويرخص بها لكل من يدعي التطبيب، وإنما أحاط هذا الإذن بسياج من الحدود والقيود لضمان استعماله في سبيل غايته النبيلة وألا يتم العبث بجسم المريض وانتهاك حرمة الجسدية بصفة خاصة فلا بد أن يكون هدفها خدمة الصحة العامة للأفراد والمجتمع حسب أسس وشروط وقيود أحدها رئيسي وهو إذن القانون والآخرين بمثابة شروط كالترخيص القانوني ورضا المريض وقصد العلاج حسب الأصول والقواعد الطبية فان تخلف أحد هذه العناصر أصبح عمل الطبيب غير مشروع وتنتفي أسباب إباحته وتقوم عندئذ مسؤوليته المدنية أو الجزائية وهذا الرأي هو الراجح فقها وقضاء فكانت تلك القيود هي الحد الفاصل للفعل الخطأ أو المباح<sup>3</sup> وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الدراسة.

<sup>1</sup> جلال الجابري، المرجع السابق، ص 51.

<sup>2</sup> Peaneau Jean, la responsabilité médicale, Sirey, 1977 n° 137, voir également les travaux de la commission de réforme du droit Canadian sur les critères de détermination de la mort n° 23, 1979 et n° 15, 1981.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 197.

# الباب الأول

أحكام المسؤولية المدنية

للطبيب

يعدّ موضوع المسؤولية الطبية من أكثر الموضوعات، التي يدور حولها الجدل والنقاش بين الأطباء ورجال القانون، سعياً منهم لوضعه في مكانه اللائق به لتعلقه بالسلامة الجسدية لمريض يضع جسمه بين يدي طبيب لا يعرف عنه إلا القليل، ولم يكن ذلك بالأمر الهين ذلك أن سلامة الجسد هي من أثنى القيم، التي يحرص الفرد والمجتمع على حمايتها كونها من النظام العام، إذ استقر مبدأ حصانة جسم الإنسان وسلامته، وصمد في وجه رياح التغيير زمناً طويلاً ذلك أنّ الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي.

كما لا يماري أحد في أن التقدم العلمي في شتى المجالات، كانت له انعكاسات على مسؤولية الأطباء، إذ ازدادت عدد الحالات التي تنور فيها مسؤوليتهم بوتيرة متصاعدة عما كانت عليه سابقاً، بسبب عدة عوامل؛ منها تغير النمط المعيشي وغزو التكنولوجيا للميدان الطبي، موازاة مع ظهور امراض وممارسات طبية لم تكن معروفة في الماضي، هذا من جهة، والبعض الآخر مرده تطور وعي المجتمع ومعرفة حقوقه من جهة أخرى.

في هذا الصدد، نشير أنّه في أغلب الدول العربية بقيت المسؤولية الطبية غير واضحة المعالم، تتخبط بين الأنظمة القانونية المختلفة، خاضعة للقواعد العامة للمسؤولية المدنية بسبب عدم وجود قوانين متخصصة<sup>1</sup> في هذا الموضوع موازاة مع تزايد الأخطاء الطبية المرتكبة سواء في العيادات الخاصة أو المستشفيات العامة، نتيجة الإهمال واستغلال البعض لهذه المهنة وتحويلها إلى مهنة تجارية، إذ كشفت لنا التظلمات العديدة على الصحف ووسائل التواصل الاجتماعي، عن صرخات مؤلمة وحزينة نتيجة أخطاء طبية تعددت صورها وحالاتها دون وجود إحصائيات دقيقة في هذا الشأن الطبي.

فالمسؤولية الطبية هي المسؤولية التي يتحمّلها الطبيب، ومن في حكمه، ممن يزاولون المهن الطبية إذا ما نتج عن ممارستهم ضرر للمريض، أي تلك المسؤولية التي تقع على عاتق الطبيب نتيجة إخلاله بالتزاماته المهنية، كبذل العناية اللازمة اتجاه مرضاه، وهذا ما

<sup>1</sup> مثل القانون الطبي الليبي رقم 17 الصادر في 1986/11/24 وقانون المسؤولية الطبية الإماراتي الصادر في 2016.

سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا الباب الذي نتطرق فيه للطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب ونطاقها في فصل أول، ثم لقيام المسؤولية المدنية للطبيب على أساس أركانها التقليدية، والاتجاه الحديث لإقرارها دون خطأ في فصل ثاني.

# الفصل الأول

طبيعة ونطاق المسؤولية المدنية للطبيب

تعتبر المسؤولية المدنية بوجه عام، العمود الفقري للقانون المدني، من حيث نطاقها، ومن حيث طبيعتها، إذ تقوم عند إخلال الشخص بواجب مفروض عليه تنفيذه، إما قانوناً أو اتفاقاً ينتج عنه ضرر يستوجب تعويض عادل نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية أو لبنود الاتفاق. على هذا الأساس، فالمسؤولية المدنية للطبيب تعني إتيان الطبيب لأعمال إيجابية أو سلبية أثناء ممارسته لمهنته، والتي تستوجب المؤاخظة والمساءلة المنصوص عليها في التشريعات والقوانين الخاصة.

في هذا الصدد نشير إلى أن التزامات الطبيب من حيث نطاقها، ما فتئت تتراوح بين قطبين أحدهما الالتزام ببذل عناية يقظة وصادقة، والآخر التزام بتحقيق نتيجة وضمن سلامة المريض أيا كانت طبيعة مسؤولية الطبيب عقدية أو تقصيرية، وهذا ما سنتطرق له في تبيان نطاق مسؤولية الطبيب المدنية في مبحث أول، بينما نخصّص المبحث الثاني لتوضيح الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية، ذلك أن إخلال الطبيب بالتزاماته لا تعدوا أن تكون إما إخلالاً بالتزامات مصدرها العقد الطبي فنقرر المسؤولية العقدية، أو إخلالاً بالتزام مصدره القانون أو اللوائح الخاصة تتولد عنها مسؤولية تقصيرية.

## المبحث الأول

### نطاق مسؤولية الطبيب المدنية

يعود الفضل في تصنيف الالتزامات، الى الالتزام بوسيلة Obligation de moyen والالتزام بتحقيق بنتيجة Obligation de resultat الى الفقيه الفرنسي "ديموغ" Demogue، وهناك شبه إجماع بين الفقه والقضاء، على أنّ التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية اصلا واستثناء التزاما بتحقيق نتيجة في بعض الحالات ، ذلك ان الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض ولكن يلتزم ببذل عناية صادقة في سبيل ذلك، و ترتيبا على ذلك يرى البعض أن التزام الطبيب يكون ببذل عناية، أيًا كان المعيار الذي يلجأ إليه لتحديد طبيعة الالتزام من حيث عنايته، وفي أيّ مرحلة من مراحل التدخل الطبي، وإذا كان هذا هو الأصل العام فثمة أحوال يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة معينة، وضمان سلامة المريض، كما سبق و ان اشرنا، وبناءا على ذلك على ذلك سوف نتعرض لكل من التزام الطبيب ببذل عناية كأصل (المطلب الأول)، والتزامه بتحقيق نتيجة كاستثناء (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### الالتزام ببذل عناية

إنّ الطبيب عند مباشرة عمله، يسعى دوما لبذل قصارى جهده لتأدية رسالته على أكمل وجه، ببذل العناية الوجدانية اليقظة، أملا الوصول الى شفاء مريضه، بيد أنّ هذا الأخير يتوقف على عدّة عوامل واعتبارات ، لا تخضع دائما لرغبة الطبيب وسلطانه، كالعوامل الوراثية للمريض، ومناعته، ، وسنه، ومستوى معيشته، ونوع المرض وتطوره لأنّ عدم تحسن حالة المريض و تدهور حالته الصحية او هلاكه، لا يعني بالضرورة إخلال الطبيب بالتزاماته وقيام مسؤوليته، والعلة في ذلك تكليف التزامه بأنه التزام ببذل عناية فحسب، غير أنّ ذلك الالتزام يتميز بعناية مشروطة بأن تكون صادقة، يقظة، تتفق والأصول العلمية المعاصرة،

مما يجدر بنا توضيح ذلك الالتزام من خلال أحكام القضاء، وموقف الفقه، والتكريس التشريعي لذلك، في كل من فرنسا وهي السبّاقة والرائدة في هذا المجال (فرع اول) وبعض الدول العربية (فرع ثاني)، على أن نخصص لكل منهما عنصر مستقلاً، على نحو ما سيأتي.

## الفرع الأول

### التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء والتشريع الفرنسي

كانت المناسبة التي دعت الى التأكيد على التزام الطبيب بأنه التزام ببذل عناية هو قرار النقض الفرنسي الشهير في قضية مرسيه<sup>1</sup> Mercier الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 والذي ارسى بدوره الطابع العقدي للمسؤولية الطبية<sup>2</sup> من جهة، ومن جهة أخرى كرّس توجّها تاريخيا يؤكّد من خلاله، أنّ العقد الطبي ينشئ التزاما في مواجهة الطبيب قوامه التزاما ببذل عناية، حتّى أنّه ذكر مميزات ذلك الالتزام، بأنّه التزام يتسم بالإخلاص والتفاني واليقظة والمطابق للمعطيات العلمية المعاصرة والمكتسبة عند علاج المريض، و استمرّ ذلك الوضع في خضوع المسؤولية الطبية حتّى سنة 2002 للقواعد العامة للقانون المدني الفرنسي تطبيقا للمادة 1147 منه، المقابلة للمادة 176 من القانون المدني الجزائري، المتعلقة بتنفيذ الالتزام

<sup>1</sup> تتلخص وقائع هذه القضية التي أصدر فيها القضاء قراره الشهير المسمى بقرار مرسيه، في أن السيدة مرسيه كانت تشكو من حساسية في الأنف، حيث قام طبيبها بمعالجتها بأشعة × سنة 1925، وترتب عن ذلك العلاج تلف في الأنسجة المخاطية لوجهها، فقام زوجها برفع دعوى قضائية نيابة عنها سنة 1929 أي بعد مرور أكثر من 3 سنوات مطالبا بالتعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته، وحين عُرضت القضية على محكمة النقض الفرنسية وبعد عدة نقاشات ومحاولات لتكييف القضية هل هي مسؤولية تقصيرية ناتجة عن الإهمال، وبالتالي تسقط بالتقادم بمضي 3 سنوات وهي مدة التقادم سابقا في القانون الفرنسي، للمسؤولية التقصيرية، ولا يستجاب لطلب المدعي ويرفض طلبه، أم هي ذات طبيعة عقدية تخضع للتقادم الطويل أي 30 سنة في القانون المدني الفرنسي، واهتدت المحكمة في الأخير إلى تكييفها على أنها مسؤولية عقدية تخضع للتقادم الطويل واستجاب لطلبه. غير أنّ مدة التقادم لكل الدعاوي المتعلقة بالتعويض في فرنسا أصبحت حاليا موحدة بـ 10 سنوات، سواء تعلق الأمر بالقضاء المدني او الإداري بعد صدور قانون 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى ونظام الصحة الفرنسي والذي هو الآخر تمّ تعديله

<sup>2</sup> Cass. Civ., 20 mai 1936, Mercier «...attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le médecin l'engagement, si non bien, évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué mais du moins de lui donner des soins consciencieux, non pas quelconques mais attentifs et réserves faites 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 également contractuelle...»

بنصّها: " يحكم على المدين إذا كان هناك محل لذلك، بدفع التعويض إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر في تنفيذه، ويستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه، إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود لسبب أجنبي لا يد له فيه، شريطة ألا يكون سيئ النية"<sup>1</sup>.

### أولاً: تكريس الالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي الفرنسي

لم يكتف المشرع الفرنسي بترسانته القانونية السابقة المتعلقة بالتزامات الطبيب، بل أعاد التأكيد على أنّ مناط التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، يقتضي على الطبيب الالتزام به تجاه المريض في مختلف مراحل العلاج والوقاية، كما جاء في قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة رقم 2002/303<sup>2</sup> الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 المعدل والمتمم، حيث نصت المادة 2 al 2-1111 L منه على "أنّه يحق لكل شخص ان يحاط علما بوضعه الصحي والعلاجات واعمال الوقاية المقترحة".

أضف الى ذلك ما جاء به قانون الصحة العامة رقم 806/2004 الصادر في 2004/08/09 من احكام خاصة حديثة، كتلك المتعلقة بالبحوث الحيوية، تماشياً مع التوجيه الأوروبي، وهو ما أكدته المادة 35-4127 L على التزام الطبيب بإعلام المريض بمعلومات صادقة وواضحة وملائمة، عن حالته الصحية والعلاجات المقترحة له، تكملة لما كان قد أكد عليه سابقاً قانون الآداب الطبية الفرنسي لسنة 1995.

جدير بالذكر أنّ المشرع الفرنسي، في هذا الشأن، ربّب عدّة التزامات وواجبات على عاتق الطبيب، منها ما هو إنساني وأخلاقي ومهني، كالحصول على رضا المريض المتبصر

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

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000025216731&fastReqId=574044737&fastPos=14>

<sup>2</sup> قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي رقم 303/2002 الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05، والذي اثار تطبيقه على ارض الواقع عدة صعوبات فيما يتعلق بالتأمين من المسؤولية الطبية، الأمر الذي دفع بالمشرع للتدخل مرة ثانية لتذليل تلك الصعوبات وأصدر قانوناً مكملًا له بتاريخ 2002/12/30 للتوفيق بين حقوق المرضى وحقوق الأطباء وتقسيم التعويض المالي بين شركات التأمين والمكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية باسم التضامن الوطني.

واقافته بالإعلام المستنير لحالته الصحية، والمخاطر المتوقعة والحرص على سلامته<sup>1</sup>، لكي يتمكن هذا الأخير من اتخاذ القرار، برفض أو قبول التدخل الطبي، ويلتزم الطبيب بذلك<sup>2</sup> حتى ولو في غياب نص قانوني، ومرد ذلك أنّ المساس بالسلامة الجسدية من النظام العام اضم الى ذلك، أنّ التدخل الطبي على جسم المريض كما اوضحناه آنفا ورغم مزاياه، إلاّ أنّه محفوف بالمخاطر غير المتوقعة، ومن ثمّ فالتزامات الطبيب تتجاوز ما يتسع له الاتفاق ولو في وجود العقد الطبي من جهة ، وتجد مصدرها قبل هذا وذاك في القواعد الأخلاقية والإنسانية<sup>3</sup> للمهنة الطبية من جهة أخرى.

في هذا الصدد نصت المواد R 4322-53 و R 4127-233 من مدونة اخلاقيات الطب الفرنسي<sup>4</sup> على تبيان وتوضيح تلك الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب المعالج، والملازمة للعلاقة بين هذا الأخير والمريض، في شتى مراحل التدخل الطبي، بدأ بالاتفاق والرضا فالفحص وإجراء التحاليل والاشعة إن اقتضى الأمر ذلك، وتشخيص المرض، وصولاً لمرحلة العلاج بوصف الدواء، او القيام بعملية جراحية إذا تطلب الأمر ذلك، مراعيًا في ذلك القواعد العلمية المتعارف عليها، والمعاصرة والمستقرّة بين اهل المهنة.

ومهما يكن من امر، فإنّ جلّ التزامات الطبيب في القانون الفرنسي سالف الذكر، جاءت مسايرة للتطور الطبي في هذا الشأن، اذ تنص المادة R4127-32<sup>5</sup> منه على أنّ: "يلتزم الطبيب بأن يقدم علاجات مطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة"، من جهتها نصت المادة R4321-80 من ذات القانون على: "علاجات يقظة مؤسسة على المعطيات العلمية

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

<sup>2</sup> Philippe LE TOURNEAU, Responsabilité civile professionnelle, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2005, P 90.

<sup>3</sup> جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمر الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص 65.

<sup>4</sup> Article R4127-233 du code de déontologie médicale français: «Le chirurgien-dentiste, qui a accepté de donner des soins à un patient s'oblige à lui assurer des soins éclairés, et conformes aux données acquises de la science, soit personnellement, soit lorsque sa conscience lui commande, en faisant appel à un autre chirurgien-dentiste ou à un médecin ».

<sup>5</sup> Article R.4127-32 du code de Déontologie médicale Français : « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

الحالية أو المعاصرة"<sup>1</sup>، في إشارة من المشرع بالزام الطبيب بتحيين معارفه وتحسينها وتطويرها وهذا حماية للمريض ولمهنته النبيلة، وتوسيع من مفهوم العناية الواجبة على الطبيب، إذ تعدّ حماية نوعية للمريض.

وغني عن البيان أنّ مرحلة التشخيص تكتسي أهمية بالغة، إذ يتم فيها تحديد نوع المرض او الإصابة للمريض<sup>2</sup>، حيث يقوم الطبيب باستخلاص النتائج من اعراض المرض، التي تبيّنت له، ومعرفة المرض ودرجة خطورته وتطوره، وجمع ما يحيط به من ظروف المريض، وحالته الصحية، وسوابقه المرضية والتأثيرات الوراثية.

ففي اغلب الأحيان، لا يجد الطبيب ما يعتمد عليه في تكوين رأيه، سوى ما يلمسه من أعراض المرض وما يدلي به المريض إليه من معلومات وحقائق، تمهيدا لوصف العلاج الملائم له<sup>3</sup>، إذ يعتمد هذا الأخير على صحة التشخيص وسلامته، فإذا فشل هذا الأخير فقد تظل كل الأعمال اللاحقة له خاطئة، وخاصة العلاج الموصوف، ومن ثمّ يقع الطبيب تحت طائلة المساءلة.

كما تجدر الإشارة الى أنّ مختلف التشريعات، ألزمت الطبيب ببذل العناية اليقظة في مرحلتي الفحص والتشخيص، إذ عليه أن يستمع للمريض وأن يأخذ منه ومن أهله كافة المعلومات التي يحتاج إليها، ويلتزم بفحص المريض بشكل دقيق لمواضع الألم ومواطنه، مستعملا جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه، وطلب إجراء تحاليل او اشعة إن اقتضى الأمر ذلك، بحيث يكون رأيه في التشخيص بعيدا عن الخطأ قدر الإمكان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>TORELLI (Maurice), L'obligation du médecin de respecter les données acquises de la science, L.G.D.I, 2001, P137

Article R4321-80 du CDMF : « Dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le masseur-kinésithérapeute s'engage personnellement à assurer au patient des soins consciencieux, attentifs et fondés sur les données actuelles de la science»

<sup>2</sup> رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005، ص30.

<sup>3</sup> رمضان جمال كامل، المرجع نفسه، ص 30.

<sup>4</sup> طلال عجاج، المسؤولية المهنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004 ص 252.

في هذا الإطار، يجب أن يكون الطبيب حاذقا وعالما بالمبادئ الأولية للطب المتعارف عليها بين قبل اهل المهنة، والتي تعدّ الحد الأدنى لأصول المهنة الطبية، حيث ألزمت المادة L4127-33 من قانون الصحة الفرنسي سالف الذكر، الطبيب بان يسعى لبذل مجهودات صادقة بنصّها: " يجب على الطبيب دائما أن يجري تشخيصه بعناية أكثر دقة، وأن يكرّس له الوقت اللازم، والاستعانة قدر الإمكان بالطرق العلمية الملائمة..."<sup>1</sup>، ومن ثمّ يجب أن يكون تشخيص الطبيب مطابقا لأصول العلمية الثابتة، والتي يفترض على كل طبيب من نفس المستوى والتخصص، الإلمام بها والتعرّف من خلال هذه المرحلة على الحالة الصحية للمريض وسوابقه المرضية و الوراثة والأعراض، وألزمت المادة L4127-14 من ذات القانون الأطباء على ان: " لا يجوز للأطباء أن يشيعوا في الأوساط الطبية طريقة تشخيص أو علاج جديدة لم يكتمل اختبارها..."<sup>2</sup>.

من جهة أخرى، وحماية للمرضى حتى لا تزيد حالتهم سوءا، ألزمت مختلف التشريعات الطبية للطبيب -عند الاقتضاء - طلب المساعدة من زملاءه الأخصائيين أو من هم أكثر خبرة منه في حال تعقد حالة المريض سواء بحضور الطبيب المستشار في مكان عمل طالب المساعدة او عن بعد<sup>3</sup> مثلما هو الحال في الدول المتطورة ، وهذا ما أشار اليه المشرع الفرنسي في المادة R6316-1 من م.أ.ط.ف، بنصها على أنّ: "الاستشارة عن بعد، هدفها السماح لمهني طبي إعطاء استشارة عن بعد للمريض، يمكن للمهني الصحي الحضور لدى

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

<sup>2</sup> Article R4127-14 du CDMF dispose que « Les médecins ne doivent pas divulguer dans les milieux médicaux un procédé nouveau de diagnostic ou de traitement insuffisamment éprouvé... »

<sup>3</sup> يستخدم الطب عن بعد بصورة كبيرة، في مجال الاستشارات الطبية وخاصة بالنسبة للمستشفيات الصغيرة والعيادات حيث يتم عرض المريض عن بعد للطبيب الاستشاري، وكذا إرسال صور الأشعة الخاصة بالمريض عبر شبكات الاتصال وعبر أجهزة مخصصة لذلك في إطار الطب عن بعد، ومن ثمّ يتم تلقي نتائج هذا الأشعة والتشخيص الدقيق للحالة وهو الأكثر تطورا حاليا، بحيث يتمثل في المساعدة الطبية التي يقدمها طبيب لطبيب آخر خاصة في العمل الجراحي، كالتقيام بعملية جراحية في القلب اعتمادا على نظام يستند لتكنولوجيا الشبكات، اذ حدث ان كان المريض في إيطاليا بينما الطبيب يجلس على بعد 6000 كيلومتر على حاسبه الآلي في الولايات المتحدة الأمريكية.

المريض وعند الاقتضاء مساعدة المهني الطبي أثناء إجراء الاستشارة الطبية عن بعد<sup>1</sup> ولن يتأتى ذلك إلا ببذل العناية الصادقة التي تتسم بالتفان والإخلاص للوصول بالمريض الى برّ الأمان والسلامة.

ولو أنّ الطبيب حرّ في اختيار العلاج الذي يراه مناسباً، ومن ثمّ لا تطاله أي مسؤولية إذا اختار طريقة علاج دون أخرى تكن أكثر فعالية وملاءمة لطبيعة المرض<sup>2</sup>، حيث نصّت المادة R4127-8-8<sup>3</sup> فقرة 1<sup>3</sup> من نفس المدونة سالفه الذكر، على أنّه: "في الحدود المثبتة بالقانون، الطبيب حرّ في تحرير وصفاته بالشكل الذي يعتقد أنها الأكثر ملاءمة لحالة المريض".

رغم أنّ البعض من الدول المتطورة، وحرصاً منها على سلامة مواطنيها، ابتكرت مؤخراً نظام مراقبة الكتروني<sup>4</sup> قبل صرف الدواء، حيث يجب ان يمزّ هذا الأخير بنظام التنبيه

<sup>1</sup> Art R6316-1 al(1) CDMF: « La téléconsultation, qui a pour objet de permettre à un professionnel médical de donner une consultation à distance à un patient, Un professionnel de santé peut être présent auprès du patient et le cas échéant, assister le professionnel médical au cours de la téléconsultation »

<sup>2</sup> كاظم زاهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية القانون، جامعة بابل، سنة 2008، ص 86.

<sup>3</sup> Article R4127-8 al 1 du CDMF dispose que : « Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance ».

<sup>4</sup> نظام التنبيه الإلكتروني للخطأ التفاعلي الدوائي:

ظهر حديثاً تقنية إدخال الوصفات الدوائية الكترونياً للأطباء في المستشفيات وتأثيرها وذلك للحد من الوفيات والأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية، هذه التقنية والمعروفة بـ Computerized Physician Order Entry وتعرف اختصاراً بـ C.P.O.E هي عبارة عن نظام أو برنامج آلي كامل يتيح للأطباء إرسال وصفاتهم الدوائية والتحليلية والأشعة إلى الأقسام ذات الصلة كالصيدلية والمختبر الأشعة، كما أن هذه التقنية تتميز بعدة مميزات تسمح للأطباء بالتعرف على التفاعلات الدوائية والمحاذير العلاجية عند إدخالهم الأدوية لمرضاهم في المستشفيات ومن ثمّ يؤدي ذلك إلى انخفاض في الممارسات الطبية الخاطئة والوفيات الناتجة من التفاعلات الدوائية الضارة، ويعمل هذا البرنامج على تقليل مخاطر الخطأ في وصف الدواء أو تفاعلاته الضارة داخل جسم الإنسان، وهو برنامج متصل بكل من الطبيب المعالج والصيدلي وجهة التأمين الطبي وهيئات وزارة الصحة.

وتشغيل النظام يتناول الدورة الدوائية في المستشفى أو عيادة الطبيب الحر في ظل وجود أنظمة الإدخال الآلي، فالدورة الدوائية في المستشفى تبدأ بالطبيب عند كتابته للوصفة الدوائية، ومن ثمّ يقوم طاقم التمريض أو السكرتارية بإرسال الوصفات الدوائية إلى الصيدلية عن طريق أجهزة الفاكس أو المسح الضوئي أو التحميل عبر شبكة الأنترنت، حيث يقوم الصيدلي بإدخال الوصفات الطبية إلى أنظمة آلية متخصصة تمكنه من إجراء عملية مراجعة وتدقيق الوصفة الدوائية قبل أن يتم صرفها للمريض، وفي حال وجود أنظمة الإدخال الآلي C.P.O.E يقوم النظام المطبق بإرسال الوصفات الدوائية - بعد

أو التحذير الإلكتروني للخطأ الوارد في الوصفة، ويمتد هذا النظام من خلال شبكة تتصل بالطبيب والصيدلي والجهة الإدارية المسؤولة بهيئة أو وزارة الصحة، ومن ثم فإن احتمالات الخطأ تكون طفيفة، أو منعدمة.

غير أنّ حرية الطبيب ليست دون قيد، إذ لا يجوز له أن يقترح على مرضاه أو اقرباءهم طريقة علاج وهمية غير مؤكدة كالأعشاب الطبيعية، أو الكي، أو طرق الشعوذة، وهذا ما نصت عليه قانون الصحة الفرنسي في المادة 39-4127 R1 فقرة 1 من م.أ.ط.ف، والتي تنص على أنه: "لا يجوز للأطباء اقتراح علاج وهمي أو غير ثابت بشكل كاف على المريض أو على وسطه الأسري، ووصفه بأنه ناجح أو دون مخاطر"<sup>1</sup>.

أضف الى ذلك ما نصت عليه المادة 8-4127 R1 فقرة 2 من م.أ.ط.ف، سألقة الذكر أعلاه على أنه "يجب على الطبيب، دون أن يهمل واجبه الأخلاقي بالمساعدة، أن يتقيد في وصفاته وفي أعماله بما هو ضروري لجودة وأمن وفعالية العلاج"<sup>2</sup> والغاية من وراء ذلك هو تجنب استغلال ضعف المريض وإنهاكه ماديا دون فائدة مرجوة من وراء ذلك، مع عدم الإخلال بجودة وفعالية العلاج الذي يقدمه الطبيب لمرضه، والذي يراه مناسبا وأكثر موافقة

---

عملية الإدخال بواسطة - إلى صيدلية المستشفى بعد أن تمحص ويتم التأكد من سلامة الوصفة الدوائية من التفاعلات غير المرغوب فيها أو أي مسبب محتمل للمضاعفات العلاجية. (يتم فحص 1100 وصفة طبية من عينات عشوائية مأخوذة من أنظمة مستشفى أمريكي موجود بها أنظمة C.P.O.E من خلال الفترة يناير 2006 إلى مايو من نفس العام، ورصد 142 مسبب للأخطاء الطبية في ظل استخدام نظام الكتابة العادية مقارنة بـ 35 مسبب في ظل وجود أنظمة الإدخال الدوائي C.P.O.E وبّر الخطأ في نظام الكتابة العادية إلى وجود صلة بالمعلومات الخاطئة ذات العلاقة بالتركيز الدوائي والشكل الدوائي وطرق تعاطي الأدوية وتكرارها والجرعات المقررة، أما بالنسبة لأنظمة الإدخال الدوائي وطرق تعاطي الأدوية لإيقاف الحساسيات الدوائية لم تتم بعد لعدم تفعيل هذه الخاصية عند إجراء الدراسة، أنظر إبراهيم محمد عبد الرحمن عباس، رسالة ماجستير بجامعة هيوستن قسم الصيدلة الولايات المتحدة، ط 2، مشار إليها تفصيلا على:

<http://www.yemen-nic.info/contents/studies/detail.p>

<sup>1</sup> Article R4127-39 al 1 du CDMF dispose que : « Les médecins ne peuvent proposer aux malades ou à leur entourage comme salutaire ou sans danger un remède ou un procédé illusoire ou insuffisamment éprouvé ».

<sup>2</sup> تنص المادة 23 من لائحة آداب مزاوله الطب البشري المصرية على ما يلي: "على الطبيب أن يراعي ما يلي: بأن يلتزم بالأدوية الضرورية مع مراعاة أن تكون الأولوية للدواء الوطني والأقل سعرا بشرط الفاعلية والأمان؛ وأن يقتصر على طلب التحاليل المعملية أو وسائل التشخيص الضرورية".

## لطبيعة المرض<sup>1</sup>.

كما يتعيّن على الطبيب بذل العناية الواجبة، في اختيار العلاج الملائم لحالة المريض بغية التوصل إلى شفاؤه أو تخفيف آلامه، وهذا ما أكدته المادة R4127-32، من نفس المدونة، حيث جاء فيها "أنه من اللحظة التي قبل فيها الطبيب علاج المريض، فإن الطبيب يلتزم بأن يؤمن للمريض شخصيا العلاج الرشيد والمناسب لوضعه المطابق للمعطيات العلمية المكتسبة، ويمكن له عند الحاجة أن يستعين بأشخاص آخرين"<sup>2</sup> بالتعاون والتنسيق معهم في فريق او في إطار ما اصطلح عليه حديثا بالطب عن بعد.

في هذا الصدد، نصّ المشرع الفرنسي على المساعدة الطبية عن بعد كعمل من أعمال التطبيب في المادة R6316-1 فقرة 4 على أنّ: "المساعدة الطبية عن بعد، هدفها السماح لمهني طبي بمساعدة مهني طبي آخر عن بعد أثناء انجاز العمل الطبي" وأضاف في المادة R6316-1 فقرة 2، في إطار الخبرة عن بعد كعمل من أعمال التطبيب على ما يلي: "الخبرة عن بعد، هدفها السماح لمهني طبي طلب المشورة عن بعد من مهني طبي أو أكثر بسبب تكوينهم ولمهاراتهم الخاصة، بناء على المعلومات الطبية المتعلقة بالتكفل بالمريض"، والغاية من هذا التعاون هو من اجل التكلّف الجيّد بالمشاكل الصحية الخاصة والمعقّدة للمرضى.

إذ أنّ التزامات الطبيب تجاه مريضه ببذل عناية، مطابقة لما توصلّ له العلم تجد مصدرها في اخلاقيات مهنته ونبيل رسالتها، بغض النظر عن الإمكانيات المادية للمريض حسب ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/12/19 بأن: "الاعتبارات المرتبطة بالإمكانيات المالية للمريض، لا ترخص لجراح الاسنان كغيره من مهني الصحة، الإغفاء

<sup>1</sup> كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية القانون، جامعة بابل، سنة 2008، ص 86.

<sup>2</sup> Article R4127-32 du CDMF dispose que « dès lors qu'il a accepté de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, S'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents ».

من تقديم علاجات غير مطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة<sup>1</sup>، مراعيًا في ذلك البنية الجسدية للمريض وحالته النفسية، وسنه، وقوة مقاومته، ودرجة احتمال له للمواد الكيماوية التي يحتويها الدواء<sup>2</sup>.

أضف إلى ذلك أنه يجب على الطبيب التخلي عن الطرق الخطرة وغير الملائمة في العلاج، وأن يوازن بين مخاطر العلاج العادي للمرض<sup>3</sup>، وذاك الذي يشكل خطراً غير متناسب مع الفائدة المتوقعة منه، وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي في نص المادة L1110-5 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن: " لكل شخص، مع الأخذ بالحسبان حالته الصحية وضرورة التدخلات الجراحية التي تتطلبها، الحق في الحصول على العلاجات الأكثر ملائمة، والاستفادة من المعالجات التي تثبت فعاليتها، والتي تضمن أفضل سلامة صحية بالنظر إلى المعارف الطبية الحالية، ويجب ألا تسبب له أضراراً غير متناسبة مع الفائدة المرجوة منها"<sup>4</sup>.

تطبيقاً لذلك، قضت محكمة باريس في حكم لها، صادر بتاريخ 25/12/1957، على أن: " يلتزم الطبيب في علاج مريضه العناية اليقظة التي تتوافق مع المعطيات العلمية المكتسبة، والتي تفرض عليه ألا يطبق على مريضه علاجاً نادراً وخطراً"<sup>5</sup>.  
وغني عن البيان، ألا يقف التزام الطبيب عند مجرد وصف العلاج أو إجراء العملية الجراحية فحسب، بل يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك، وخاصة بعد إجراء العمليات

<sup>1</sup> Cass .civ 1èreCh .19 déc. 2000. Pourvoi N° : 99-12403 « Des considérations liées aux possibilités financières du patient ne peuvent donc autoriser le chirurgien-dentiste, comme tout autre professionnel de santé, à dispenser des soins non conformes aux données acquises de la science » consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURTEXT000007041895&fastReqID=1301339756&fastPos=1>

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص45. أنظر كذلك رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص33.

<sup>3</sup> عبد الرحمان الطحان، حيوية المسؤولية عن الخطأ الطبي، بحث مقدم إلى كلية الشريعة، المؤتمر العلمي الأول جامعة جرش، 1999، ص 18.

<sup>4</sup> Art L1110-5 du C.S.P.F dispose que « Tout personne a compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir de risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté»

<sup>5</sup> Godebert Mélanie, L'image du procès dans les yeux du médecin, faculté de droit, université Nancy 2, p72.

الجراحية لما يكون للفترة اللاحقة على إجراء العمليات الجراحية، من أهمية في نجاحها أو فشلها<sup>1</sup>، إذ يقتضي العمل الطبي أن يبقى الطبيب مسؤولاً عن متابعة المريض وضرورة مراقبة ما يسفر عنه علاجه الدوائي أو الجراحي، والنتائج المترتبة عنه إيجابياً أو سلبياً، ذلك أن وضع المريض تحت الملاحظة البعدية في التدخلات الطبية تكتسي أهمية بالغة، لاسيما عند إجراء العمليات الجراحية، ومن ثم يلتزم الطبيب باستمراره مراقبته لحالة المريض والتأكد من استعادة وعيه وخروجه من الغيبوبة لأجل التواصل معه وما أكثر الحوادث و الأحكام القضائية في هذا الشأن، سنتناول البعض منها عند تناولنا لبحث الالتزام ببذل العناية في القضاء.

### ثانياً: التزام الطبيب ببذل العناية طبقاً للقضاء الفرنسي

حدّدت محكمة النقض الفرنسية، نطاق ومضمون الالتزام الواقع على عاتق الطبيب تجاه المريض، في قرارها الشهير الصادر في 20 ماي 1936 المسمى بقرار "مرسييه" سالف الذكر بأنّه: "ينشأ بين الطبيب وزبونه عقد حقيقي، وإن كان هذا العقد يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج اليقظ والنزيه والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة، وأنّ خرق هذا الالتزام التعاقدى ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام المسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية"<sup>2</sup>.

وباعتباره خلافاً ومبدعاً في قضايا المسؤولية من جهة، وحرصه على تكريس حماية أكبر للمريض من جهة أخرى، استمرّ القضاء الفرنسي من خلال اجتهادات محكمة النقض لديه لتحديد نطاق أكثر انضباطاً للعناية الواجبة على الطبيب، فقد قررت المحكمة بعد 34 سنة من قرار مرسييه سالف الذكر، في قرار لها صادر في 26 أكتوبر 1970 على: "... أن يكون التزام الطبيب موضوع البحث مطابقاً للمعطيات العلمية المعاصرة أو الحالية"<sup>3</sup> "données actuelles de la science" فتارة تستعمل في قراراتها "المعطيات العلمية

<sup>1</sup> رمضان جمال كمال المرجع السابق، ص 37.

<sup>2</sup> HOCQUET-BERG (Sophie), Obligation de moyens ou obligation de résultat , A propos de la responsabilité civile du médecin. , Thèse doctorale , Université Paris 2 , Année 1997 , P18.

<sup>3</sup> Cass. Civ., 20 mai 1936, Mercier, G.A.J.C., 11e éd. n° 161-162 Selon Cass. Ch. Civ, 26 octobre 1970.

المكتسبة"، وتارة أخرى تستعمل عبارة "أن يكون التزام الطبيب موافقاً للمعطيات العلمية المكتسبة والحالية"<sup>1</sup>. "acquises et actuelles" وهذا من أجل حث الطبيب على استمرارية تحسين مستواه.

كما أصدرت محكمة باريس كذلك في هذا الشأن بتاريخ 20 أكتوبر 1997 حكماً مشابهاً جاء فيه: "العقد الطبي المبرم بين الجراح وزبونه لا يضاع على عاتق هذا الممارس (الجراح) كأصل عام إلا التزاماً ببذل عناية..."<sup>2</sup>.

في هذا الصدد، شهد القضاء الفرنسي تحولاً هاماً في الآونة الأخيرة، فيما يتعلق بمخاطر العمل الطبي التي يتعين على الطبيب إعلام المريض بها، وكان ذلك بمناسبة قرارين أصدرتهما محكمة النقض بتاريخ 1998/10/07<sup>3</sup>، قضت فيهما بأنه "فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة أو رفض المريض للإعلام، فإن الطبيب يكون ملزماً بأن يقدم له معلومات أمينة واضحة وملائمة عن المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات والعلاج المقترح، ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام لمجرد كون هذا المخاطر لا تتحقق إلا بشكل استثنائي"<sup>4</sup>.

كون القرار الأول من هذين القرارين يتعلق بسيدة تعرضت على إثر سقوطها بتاريخ 1995/04/03 لكسر في الفقرة الثانية من العمود الفقري، حيث خضعت لعملية جراحية

<sup>1</sup> Cass.civ. 4 janv. 1974, Bull.civ. n°4. Cité en thèse; Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale, p. 170, Cass. Civ. 14 jan 1992. N° de pourvoi 89-12598, consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007139838&fastRegId=1558937838&fastPos=6>

<sup>2</sup> Trib. Gr. Inst. Paris, 1Ch, 20. Oct.1997 : « Le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client ne met en principe à la charge du praticien qu'une obligation de moyens », consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/afichJudi.do?oldAction=rechJuridi&idTexte=JURITEXT000007037408&fastReqId=510711313&fastPos=2>

<sup>3</sup> Cass. Civ 1èreCh. 7oct. 1998. Pourvoi N°: 97-10267. Consulter l'arrêt sur le lien suivant: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000007038718&fastReqId=1260788571&fastPos=274>

Cass. Civ 1èreCh. 7 Oct. 1998. Pourvoi N° : 97-12185. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038718&fastReqId=1297502809&fastPos=273>

<sup>4</sup> « Hormis les cas d'urgences, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait qu'un tel risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ».

بالعمود الفقري نتج عنها فقد أبصار العين اليسرى، ولم يكن الطبيب قد أحاط المريضة علماً بهذا الخطر قبل إجراء العملية، فرفضت محكمة الاستئناف<sup>1</sup> لمدينة "ليون" دعوى التعويض التي رفعتها المريضة على أساس أنّ هذا الخطر الذي تحقق نادر الحدوث، وبالتالي لم يكن على الطبيب التزاماً بإخبارها به، غير أن محكمة النقض ألغت قرار الاستئناف وأصدرت قرارها المذكور اعلاه.

على هذا الأساس، إذا كانت محكمة النقض الفرنسية، قد حدّدت بقضائها الجديد نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض بجميع المخاطر الجسيمة ولو كانت استثنائية، فذلك ما فعله مجلس الدولة الفرنسي بقرارين أصدرهما في 2000/01/05<sup>2</sup>، حيث قرّر حسب ما جاء فيهما: "أن تحقق المخاطر بصفة استثنائية، لا يعفي الأطباء من التزامهم، وعلى ذلك تكون محكمة استئناف باريس الإدارية لم ترتكب خطأ بقضائها بأن خطر الإصابة بالشلل الذي تتضمنه العملية الجراحية المقترحة للمريضة، ولو كان استثنائي الحدوث، إلا أنه بالنظر لجسامته كان من المتعيّن على أطباء المساعدة العمومية الاستشفائية لباريس إعلام المريض به"<sup>3</sup>.

وفي قرار آخر حديث لمحكمة النقض الفرنسي، بتاريخ 14 أكتوبر 2010 جاء فيه ما يلي "... حق كل شخص من تلقي العلاجات الأكثر ملائمة لسنه وحالته، والموافقة للمعطيات العلمية المكتسبة، والتي لا تعرضه لأخطار غير متناسبة مقارنة بالفائدة المرجوة، وعليه فإن هذا الطبيب قد قصّر في التزامه العقدي ببذل عناية..."<sup>4</sup>، وجاء على لسان نفس القرار على

<sup>1</sup> Cour d'appel de Lyon, du 26/09/1996.

<sup>2</sup> C.E 05/01/2000, Contentieux N° 198530. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35>

C.E 05/01/2000, Contentieux N° 181899. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154>

<sup>3</sup> « La seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ; qu'ainsi, et alors même que l'absence d'intervention aurait présenté des risques, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le risque de paraplégie que comptait l'intervention proposée à M.G, quoiqu'exceptionnel, était connu, et qu'eu égard à sa gravité, les praticiens de l'assistance publique-hôpitaux de paris étaient tenus d'en informer l'intéressé »

<sup>4</sup> Cass. Civ. 14 oct. 2010. N° de pourvoi 09-68471. « ..droit de toute personne de recevoir les soins les plus appropriés à son âge et à son état, conformes aux données acquises de la science et ne lui faisant pas courir de

أن: "... وصف كاتلجين 0.10 غ Catalgine، لا يكون ممكناً دائماً للأطفال الرضع خاصة الذين صحتهم سريعة التأثر، وهذا غير مطابق للمعطيات العلمية الحالية، وخاصة وصف دواء يمكن أن يصبح خطيراً في حالة الجرعة الزائدة".<sup>1</sup>.

الواضح من هذه الصيغة الجديدة "أن يكون التزام الطبيب موافقاً للمعطيات العلمية المكتسبة والحالية"، أنها تتضمن مفهوم متحركاً للعلم الذي يجب أن يلمّ به الطبيب، وما دام الأمر كذلك، فإن العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض، لا بدّ وأن تتخذ هي الأخرى مفهوماً متحركاً، طبقاً لهذا التحديد، والذي يعطي اتساعاً أكبر لمفهوم العناية، تبعاً لانتشار الأجهزة الطبية والوسائل العلاجية الحديثة، بل أن البعض قد تسرّب إليه الشك في طبيعية التزام الطبيب، وهل سيبقى كما هو التزاماً ببذل عناية دائماً، أم يعاد النظر في ذلك، في ظل ما أصبح يتمتع به الأطباء من وسائل دقيقة ومتطورة وبالتالي يتغيّر ويتسع مفهوم العناية الواجبة على الطبيب طبقاً للمعطيات العلمية المكتسبة والحالية أو المعاصرة.<sup>2</sup>.

ومهما يكن من امر تشديد القضاء للالتزامات الطبيب تجاه مريضه، فإن مضمون ونطاق التزام الطبيب يبقى على آية حال التزاماً ببذل عناية، وتأكيداً على ذلك أكدت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 06 جانفي 2011 على أن طبيعة العقد الذي ينشأ بين الطبيب ومريضه يضع على عاتق الطبيب كأصل التزاماً ببذل عناية.<sup>3</sup>.

---

risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté, que ce médecin avait manqué à son obligation contractuelle de moyens...»

<sup>1</sup> Dans le même arrêt précité « ...La Catalgine à 0, 10 g peut toujours être prescrite pour les bébés, son caractère inoportun pour les nourrissons, dont la santé est particulièrement vulnérable, n'est pas conforme aux données actuelles de la science et surtout, ayant prescrit un médicament qui pouvait se révéler dangereux en cas de surdosage, ... »

<sup>2</sup> TORELLI (Maurice). op.cit. p132.

<sup>3</sup> « la nature du contrat qui se forme entre le médecin et son patient met en principe à la charge du praticien une obligation de moyen ... »

Cass. Civ Ch, civ. 6 jan 2011. N° de pourvoi: 09-66994. Consultez l'arrêt sur le lien Suivant:

[http://www.tegifrance.gouv.fr/affich\\_Juri.Judi.do?ofdaction=rech.Juri.Judi&idTexte=JURITEXT000023390771&fastRegld=574044737&fastPos=17](http://www.tegifrance.gouv.fr/affich_Juri.Judi.do?ofdaction=rech.Juri.Judi&idTexte=JURITEXT000023390771&fastRegld=574044737&fastPos=17).

## الفرع الثاني

التزام الطبيب ببذل عناية طبعا للقضاء والتشريع في الدول العربية

سنتطرق في هذه الفرع إلى الالتزام ببذل عناية كأصل في التشريع الصحي العربي ومدى تكريسه لهذا الالتزام، وموقف القضاء من خلال تطبيقاته.

**أولاً: التكريس التشريعي للالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي في الدول العربية**

جاء التشريع الجزائري، على غرار التشريع الفرنسي والسواد الأعظم من تشريعات الدول العربية ليضفي على التزام الطبيب تجاه مرضاه بأنه التزام ببذل عناية اصلا، وبالرجوع إلى التقنين المدني الجزائري<sup>1</sup> جاءت المادة 172 فقرة 1 والتي تقابلها المادة 211 من ق.م. مصري، لتؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية.

فحسب القواعد العامة لنص المادة 172 المشار إليها أعلاه، ففي الالتزام بعمل كالفحص والتشخيص، إذا كان المطلوب من المدين (الطبيب) أن يحافظ على الشيء (صحة المريض أو حياته) فإن المدين، يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي أي الطبيب العام الوسط أو الطبيب الأخصائي الوسط ولو لم يتحقق الغرض المقصود من ذلك.

كما تركز ذلك الالتزام تجاه المريض ضمناً في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>2</sup> على أنه: " يلتزم الطبيب أو جراح الاسنان بضمان علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابق لمعطيات العلم الحديثة...". كما يلتزم بإفادة المريض بكل المعلومات المتعلقة بصحته وعلاجه وهذا ما أكدت عليه المادة 43 بنصها: " يجب على الطبيب او جراح الأسنان ان يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"

<sup>1</sup> الأمر 58/75 مؤرخ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية عدد 78 مؤرخة 30 سبتمبر 1975 م، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 06/07/1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 52 مؤرخة في 08/07/1992.

ومن ثمّ لا يعدّ الطبيب مخطئاً، إذا نجم ضرر عن عمله، وكان ذلك العمل متصفاً بالإخلاص والتفاني والمطابق لمعطيات العلم الحديثة".

ولئن كان الطبيب حرّاً في اختيار العلاج الذي يراه مناسباً، بصريح العبارة لنص المادة 11 من مدونة اخلاقيات المهنة، ومن ثمّ لا تطاله أي مسؤولية إذا اختار طريقة علاج دون أخرى تكن أكثر فعالية وملاءمة لطبيعة المرض، غير أنّ القانون الزم الطبيب عند تحريره للوصفة، وتشجيعاً للإنتاج الوطني، بوصف دواء وارد في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية لسهولة اقتنائه واستعماله، وأن تتضمن هذه الاخيرة البيانات الالزامية، والكتابة الواضحة لتفادي الأخطاء عند صرفه، والتي من شأنها ان تسبّب اضرارا للمريض كمواعيد الجرعات أو طريقة الاستعمال حسبما نصت عليه المادة 147<sup>1</sup> من مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية.

من جهة أخرى نصت المادة 30 من مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية: "يجب ألا يفشي الطبيب او جراح الاسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج غير مؤكدة دون ان يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة ويجب الا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية ". ومن باب أولى، لا يجوز له كذلك ان يقترح على مرضاه او اقرباءهم، طريقة علاج وهمية غير مؤكدة كالأعشاب الطبيعية، او كالعلاج بالكّي، او طرق الشعوذة حسب ما نصت عليه المادة 31 من م.أ.ط.ج سالفه الذكر.

أضف الى ذلك أنّه يقع التزام على الطبيب، بالتخلي عن الطرق الخطرة وغير الملائمة في العلاج، وأن يوازن بين مخاطر العلاج العادي للمرض، وذاك الذي يشكل خطراً غير متناسب مع الفائدة المتوقعة منه، وهذا ما أكّدت عليه للمادة 17 من م.أ.ط.ج سالفه الذكر على أنّ: يجب ان يتمتع الطبيب او جراح الاسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية او علاجه".

<sup>1</sup> المادة 47: " يجب على الطبيب او جراح الاسنان ان يحرّر وصفاته بكل وضوح وتمكين المريض ومحيطه من فهمها فهما جيداً "

وحماية للمرضى حتى لا تزيد حالتهم سوءاً، ألزمت مختلف التشريعات الطبية للطبيب - عند الاقتضاء - طلب المساعدة من زملاءه الأخصائيين أو من هم أكثر خبرة منه في حال تعقد حالة المريض بمفهوم المادة 45 من م.أ.ط.ج المقابلة للمادة 22 من لائحة آداب الطب المصرية، سواء بحضور الطبيب المستشار في المكان مع طالب المساعدة أو عن بعد وهذا لا لشيء، إلا لأجل التكلّف الجيد بالمشاكل الصحية الخاصة والمعقّدة للمرضى، حسب المادة 316- ولو بصورة محتشمة مقارنة بالمقابلة لها في التشريع الفرنسي- من قانون الصحة الجزائري 11/18<sup>1</sup>، كما يمكن ان يكون هذا التعاون الصحي، وطنياً او دولياً حسب ما نصت عليه المادة 317 من ذات القانون " يمكن ان يكون التعاون في مجال الصحة وطنياً أو دولياً".

من جانب المشرع المصري، وتكريساً لقضاء النقض لديه، جاءت المادة 20 من لائحة آداب مهنة الطب<sup>2</sup> مكرّسة لذاك الالتزام بنصها " على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم... " بمعنى أنّ كل ما على الطبيب القيام به هو أن يعتني بالمرضى العناية الكافية، وأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه من مرضه، فلا يعدّ الطبيب مخلاً بالتزامه، أن يخيب العلاج أو تسوء حالة المريض بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته، ولا يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 316: " قصد تلبية الاحتياجات الصحية للمواطنين، يمكن هياكل ومؤسسات الصحة، بموجب اتفاقية تعاون، تشكيل شبكات علاج أو التطبيب عن بعد من اجل التكلّف بالمواطنين او بمشاكل صحية خاصة، لا سيما في المناطق التي تكون التغطية الصحية فيها غير كافية " .

انظر قانون 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 2018/07/29.

<sup>2</sup> لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان، مصر، رقم 238 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

<sup>3</sup> احمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983 ص 111.

في هذا السياق نصت المادة 15 من لائحة آداب مهنة الطب المصرية على أنه: " لا يجوز للطبيب الجزم بتشخيص مرض أو التوصية بعلاج من خلال بيانات شفوية أو كتابية أو مرئية دون مناظرة المريض وفحصه شخصيا" ، وذلك بإجراء التحاليل الطبية واستعمال مختلف وسائل التشخيص، حسب المادة 23 من لائحة آداب مهنة الطب البشري المصرية التي تنص: " على الطبيب أن يراعي على طلب التحاليل المعملية أو وسائل التشخيص الضرورية" وللطبيب أن يلجأ إلى استخدام الأجهزة العلمية الحديثة للتأكد من صحة التشخيص، كما يتعين عليه ألا يستخدم وسائل طبية مهجورة أو طرقا لم يعد معترفا بها علميا أو طرقا جديدة للتشخيص لم يكتمل اختبارها".

وهذا ما تأكد في نص المادة 09 من لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري المصري المقابلة لنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية سالفه الذكر بأنه: " لا يجوز للطبيب تطبيق طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج إذا لم يكن قد اكتمل اختبارها بالأسلوب العلمي والأخلاقي السليم ونشرت في المجالات الطبية المعتمدة وثبتت صلاحيتها وتم الترخيص بها من الجهات الصحية المختصة، كما لا يجوز له أيضا أن ينسب لنفسه دون وجه حق أي كشف علمي أو يدعى انفراده به".

العربي في مجمله، حذو المشرع الفرنسي في التأكيد على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية أصلا.

حذا التشريع الإماراتي حذو التشريعات العربية في القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 حيث اعطى الحرية للطبيب في اختيار طريقة العلاج الذي يراه ملائما لمعالجة مريضه وإن كان أسلوب العلاج مخالفا للأسلوب الشائع بين الأطباء، كأن يكون جديدا وغير مألوف الاستعمال، ما دام الطبيب لا يخالف قواعد الأصول الطبية العامة ويهدف من وراء ذلك معالجة مريضه ، إذ تنص المادة 14 فقرة منه على أنه: " لا تقوم مسؤولية الطبيب إذ اتبع أسلوبا طبيا معيناً في العلاج مخالفا لغيره في ذات الاختصاص مادام أسلوبه العلاج الذي

اتّبعه متفقاً مع الأصول الطبية المتعارف عليها" وهذا مطابق لما جاء به المشرع الفرنسي و الجزائري، مادام الأمر يتعلق بالطرق المتعددة للعلاج.

من جهته، كرّس المشرع الليبي هو الآخر الالتزام ببذل العناية في قانون المسؤولية الطبية حيث نصت المادة 3 منه على أنه: " يجب على كافة العاملين الذين لعملهم صلة بالمريض مراعاة أصول المهنة"، كما نصت المادة 5 من ذات القانون أنه: " يجب على الطبيب توخي الدقة والالتزام بالأصول العلمية الثابتة، المعترف بها من قبل أمانة الصحة سواء في الكشف أو العلاج أو الجراحة وبذل الجهد والعناية لتخفيف آلام المريض الميؤوس من شفائه أو حياته ". وأردف قائلاً أنّ التزام الطبيب هو التزاما ببذل عناية أصلاً واستثناءا يكون بنص قانوني حسب ما نصت عليه المادة 7: " يكون التزام الطبيب في أداء عمله التزاماً ببذل عناية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك ."

أمّا التشريع اللبناني، فقد اعتمد قانون الآداب الطبية اللبناني أحدث ما توصل إليه الاجتهادان الفقهي والقضائي حول هذا الموضوع، فنص في المادة 28 منه على أنه: " لا يلتزم الطبيب بموجب نتيجة معالجة المريض بل بموجب تأمين أفضل معالجة مناسبة له". واشترط في المادة 8 فقرة 2 منه بأن تكون إرشادات الطبيب وعلاجه لمريضه: " حسب أفضل الأنظمة الطبية المعمول بها"، كما فرض في المادة 27 فقرة 2 منه بأن تتم هذه لمعالجة " بكل دقة وضمير حيّ، ووفقاً لأحدث المعطيات العلمية التي ينبغي أن يتابع تطورها".

### ثانياً: التزام الطبيب ببذل عناية طبقاً للقضاء في الدول العربية

في هذا الصدد قضت محكمة تمييز دبي بالإمارات بأنه: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن الطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه، بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب

عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>1</sup>.

وأكدت هذا الالتزام أيضا المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في قرارها الصادر في 2009/02/03 على أنه "تقوم مسؤولية الطبيب على تقصيره في بذل العناية المعتادة في سبيل شفاء المريض وفقا لتقاليد المهنة وأصولها العلمية - وأن استخلاص الخطأ الموجب للتعويض يخضع لتقدير محكمة الموضوع"<sup>2</sup>.

أما في القضاء القطري فقررت محكمة التمييز القطرية على " أن التزام الطبيب في علاج مرضاه ليس التزاما بتحقيق غاية وإنما هو التزام ببذل عناية، ومع ذلك فهو يسأل عن خطئه الفني مهما كان يسيرا إذا لحق المريض بسببه ضررا، ذلك أنه يتعين إقامة التوازن بين حاجة الأطباء إلى الطمأنينة والثقة والحرية في مزاوله أعمالهم وبين حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهم وحقه في التعويض عن الأضرار التي تسببها، وهو ما يستوجب ثبوت مسؤولية الطبيب عن خطئه المهني بصفة أكيدة واضحة ومخالفته في سلوكه عن جهل أو تهاون أصول الفن الطبي الثابتة وقواعده الأساسية التي لا مجال فيها للجدل أو الخلاف..."<sup>3</sup>.

بدورها قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان في قرارها الصادر في 2004/06/16 على أن " التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية أي بذل الجهد الطبي الصادق لعلاج المريض مع مراعاة الأصول الفنية لمهنة الطب وليس التزاما بتحقيق غاية وهي شفاء المريض"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> تمييز دي، مدني 2007/09/30، شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الإماراتية، أحكام تمييز دبي:

<http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID=330>

<sup>2</sup> قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الصادر في جلسة الأربعاء 2009/02/03، شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الإماراتية، أحكام تمييز اتحادية:

<http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID=820>

<sup>3</sup> قرار محكمة التمييز القطرية، جلسة 2006/12/05، الطعن رقم 56 لسنة 2006 (دائرة المواد المدنية والتجارية) شبكة المحامين موسوعة الأحكام العرب الأحكام القضائية العربية، موسوعة الأحكام القطرية، محكمة التمييز:

<http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=QAJudgByCourtes&FIID=344>

<sup>4</sup> قرار 45 في الطعن رقم 2003/95، جلسة الأربعاء 2004/06/16، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا الدائرة التجارية - والدائرة الضريبية، لسنة 2004.

في القضاء الأردني هو الآخر، قضت محكمة التمييز الأردنية حول قضية تتعلق بطفل أجريت له عملية جراحية في مستشفى خاص بالقول: "والثابت بالبينة الفنية أن نتائج المداخلة الجراحية ومعالجة الطفل ليست مضمونة النتائج نظراً لطبيعة حالته المرضية غير المستقرة، وما يصاحبها من تطور التشوهات وحدوث المضاعفات، وحيث أن البينة تشير إلى أن المدعى عليه قد بذل عناية عادية في معالجة الطفل الذي خرج معافى من المستشفى، وإن المضاعفات التي حصلت معه بعد ذلك كانت نتيجة لحالته المرضية، فإنه لا يعد مسؤولاً عن ضمان تلك المضاعفات وتبعاً لذلك تغدو دعواها حقيقة بالرد سيما وأن البينة الفنية قطعت بعد وجود أخطاء طبية"<sup>1</sup>.

من جانب القضاء المصري، اعتبرت محكمة النقض المصرية على أنه: " و لما كان واجب الطبيب بذل العناية مناطه ما يقدمه طبيب يقظ من أوسط زملائه علماً و دراية، في الظروف المحيطة به أثناء ممارسته لعمله، مع مراعاة تقاليد المهنة و الأصول العلمية الثابتة، و بصرف النظر عن المسائل التي اختلف فيها أهل هذه المهنة، لينفتح باب الاجتهاد فيها، فإن انحراف الطبيب عن أداء هذا الواجب، يعد خطأ يستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق بالمريض"<sup>2</sup>، و هذا ما تم تأكيده في قرار آخر بنصه على أنه: " التزام الطبيب - و على ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليس التزاماً بتحقيق نتيجة شفاء المريض، و إنما هو التزام ببذل عناية، إلا أن هذه العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة، تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب.. " وفي قرار آخر صادر في 1969/06/26 قضت ذات المحكمة على أن: " مسؤولية الطبية الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم

<http://pal-lp-org/s248.html>

<sup>1</sup> قرار تمييز أردني، رقم 2005/4226 بتاريخ 2006/08/16، أنظر موقع محكمة التمييز الأردنية <http://www.jc.jo/cassation court résolutions>

<sup>2</sup> إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاً، دار الكتب القانونية، مصر 2007، ص 50.

بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه وبنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية.

غير أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق - في غير الظروف الاستثنائية - مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، وجراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر<sup>1</sup>.

نخلص ممّا تقدم، أنّ هناك إجماع تشريعي-قضائي فرنسي وعربي على أنّ الطبيب لا يلتزم بمقتضى العقد أو بدونه بشفاء المريض، أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأنّ التزامه هو التزام بذل عناية أصلا، وتحقيق نتيجة استثناء، إلّا أنّ العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة، تتفق مع الأصول المستقرة والمعطيات العلمية المكتسبة والحالية، فيسأل الطبيب عن كل تقصير، لا يقع من طبيب في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>2</sup>.

فإذا كان الطبيب حرّاً في اختيار طريقة العلاج، إلّا أنّه لا يعقل أن يستعمل وسائل أو أساليب بدائية نبذها العلم وهجرها الطب<sup>3</sup>، وأخيرا يدخل في تحديد مدى التزام الطبيب أن تكون الجهود المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، وتتمثّل هذه الأخيرة في كل ما توصل إليه العلم واستقر عليه في مجال الطب، من أساليب الفحص والتشخيص والعلاج

<sup>1</sup> الطعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/06/26، يمكّم الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:

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

<sup>2</sup> G. Viney et P. Jourdain, traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, édition L.G.D.J, 1998. P 45.

<sup>3</sup> يوسف محمد طردة، المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة الخليل فلسطين 2011، ص 54.

حيث فرضت التشريعات الصحية على الأطباء، التكوين الإلزامي والمستمر من أجل تحيين معلوماتهم حتى تكون مطابقة للمعطيات العلمية المعاصرة والمستقر عليها.<sup>1</sup>

## المطلب الثاني

### الالتزام بتحقيق نتيجة

يكاد ينعقد الإجماع على أن التزام الطبيب ببذل عناية هو الأصل كما أوضحنا سابقا حتى ولو لم يكن التزام هذا الأخير بشفاء المريض، فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية الوجدانية اليقظة، المطابقة للمعطيات العلمية المستقرة بين اهل المهنة.<sup>2</sup>

غير أنّ القضاء الفرنسي ضيق كثيرا وفي مواطن عدّة، من التزام الطبيب ببذل عناية وتحول شيئا فشيئا الى الالتزام بتحقيق نتيجة في كثير من الحالات، حيث يقع فيها على الطبيب التزام محدد بتحقيق نتيجة معينة.

إنّ الالتزام في هذه الحالات، يعني ألاّ يعرض الطبيب مريضه للأخطار والأذى جراء ما يستعمله من أجهزة، وما يعطيه من ادوية، او ينقل اليه مرض آخر في عمليات نقل الدم، او اجراء عملية جراحة تجميلية ضررها اكبر من نفعها، او ما يترتب عن الاعمال المخبرية والتحاليل التي تستلزم الدقة، او سوء استعمال أجهزة الاشعة، او عدم اتقان تركيب الاجهزة الطبية الصناعية، فرغم تعلق هذه الاعمال بالطابع الفني، إلاّ أنّ القضاء ابدى موقفا متشددا من التزام الطبيب ومرد ذلك انّ عنصر الفشل في هذه الاعمال يكاد يتلاشى او يكون معدوما بالنظر للتطور الحاصل في الميدان الطبي والأجهزة الحديثة و من ثمّ يكون تقوم مسؤولية الطبيب بمجرد عدم تحقيق النتيجة المرجوة<sup>3</sup> وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين مع تبيان

<sup>1</sup> المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

<sup>2</sup> M.M Hanouz et A.R Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U 1992, P22

<sup>3</sup> C. Appel. Toulouse, 14/12/1959, cité in KAMKAR (Caroline), les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, thèse pour le doctorat en droit, université jean moulin Lyon III faculté de droit (IFROSS), année 2006.

موقف القضاء المقارن والجزائري من ذلك من خلال احكامه وقراراته.

## الفرع الأول

### نقل الدم والاعمال المخبرية

إن الاعمال المخبرية تختلف وتتميز عن بعضها البعض بالنظر الى الهدف والغرض من اجراءها، فمنها المعقدة ومنها العادية والبسيطة سواء بالنسبة لتحليل الدم أو المشتقات الأخرى.

#### أولاً: نقل الدم

يعدّ نقل الدم من العمليات المألوفة في الطب منذ وقت طويل، وتؤدي دوراً مهماً في إنقاذ حياة العديد من الأشخاص، وهذه العملية تتطلب وجود شخص ينقل منه الدم، وهو المتبرع، و شخص آخر ينقل إليه الدم ويسمى متلقياً، متى كان محتاجاً إليه، و تكون مسبقة بالضرورة، بتحليل الدم، سواء للمتبرع أو للمنقول إليه، من أجل معرفة فصائل وزمر الدم والتوافق بينها وخلوها من الأمراض، ويتولى تنفيذ هذه الإجراءات أطباء متخصصون في المستشفيات الخاصة أو العامة، أو مراكز نقل الدم، خاصة بعد أن أصبحت تُحاط عمليات نقل الدم بضوابط وقيود مشددة، من أجل ضمان سلامة الأشخاص، على إثر اكتشاف ذلك المرض الخطير<sup>1</sup> والفتاك المعروف باسم فقدان المناعة "الإيدز"، ولا شك أن هذا التطور يلقي عبئاً مضاعفاً على الأطباء في هذا المجال لكفالة حماية فعالة للمتبرعين بدمائهم من جهة، والمنقولة إليهم هذه الدماء من جهة أخرى. وطبقاً لقضاء مستقر لمحكمة النقض الفرنسية، فإن المريض يستطيع الرجوع على الطبيب المتخصص في تحليل الدم استناداً إلى قيام اشتراط لمصلحته في العقد الذي أبرمه الطبيب المعالج مع المركز أو المعمل الذي يعمل به الطبيب المتخصص في التحليل، وفي هذه الحالة يطالب المريض هذا الطبيب بالتعويض نتيجة إخلاله بالتزامه بضمان سلامة الدم، ودقة التحليل الناشئ عن ذلك العقد لمصلحته.

<sup>1</sup> طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004. ص

تأسيساً على ما سبق بسبب التقدم العلمي الكبير في مسائل تحليل ونقل الدم، يذهب القضاء الفرنسي بحق إلى أن التزام الطبيب المتخصص هنا، يكون التزاماً بتحقيق نتيجة، إذ عليه أن يضمن أيضاً عدم ترتيب أية آثار ضارة على عملية نقل الدم بالنسبة للمتبرعين بدمائهم. ففي مواجهة هؤلاء، نجد أن القضاء الفرنسي يفرض على مراكز نقل الدم التزاماً بنتيجة. ويتأكد ذلك، عندما توجه الدعوة للمتبرعين، ويعلنوا أن نقل الدم لن يسبب لهم أية أضرار صحية، ومهما يكن من أمر فالتزام الطبيب بالنسبة لمن ينقل إليه الدم يظل التزاماً محددًا بنتيجة.

تطبيقاً لذلك، حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية مركز نقل الدم، لتعويض الأضرار التي لحقت بمريض بسبب نقل دم معيب إليه، حيث كان الشخص المنقول منه حاملاً لأحد الأمراض المعدية. كما تمتد هذه المسؤولية للأضرار التي تلحق بالمتبرع بالدم بسبب عملية النقل، إذ على الطبيب أن يتأكد من عدم تأثير ذلك تأثيراً ضاراً على صحة المتبرع بدمائه. ويلاحظ أن القضاء الفرنسي لم يلزم المريض -المنقول إليه الدم- بإثبات خطأ المركز القومي الفرنسي لنقل الدم، لأن هذا المركز محمل بالتزام بتحقيق نتيجة، موضوعه، ضمان سلامة المريض.

من جهة أخرى تقرر أن الطبيب يكون مسؤولاً عن الخطأ في تحليل الدم و معرفة نوع الفصيلة و لو قام به الممرض أو المساعد لأنه كان ينبغي على الطبيب أن يتأكد من مدى تخصص و كفاءة المساعد الطبي<sup>1</sup> و في هذا الصدد، فإنه متى قامت القرينة على خطأ الطبيب في عمليات نقل الدم، فإن هذا الطبيب لا يستطيع نفي هذه القرينة بمجرد ادعائه - مثلما وقع في حادثة سابقة - أنه استند إلى عادة جرت على عدم القيام بفحص دم المنقول منه الدم، إلا على فترات متباعدة، فمثل هذه العادة المهنية لا تكفي لإعفاء الطبيب من المسؤولية، إذ يكون للمحكمة حرية تقديرها، و لها أن ترفض اعتمادها إذا رأت عدم اتفاقها

<sup>1</sup> HALLIEZ (Doriane), La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique, Thèse doctorale, Université. Lille 2. 2001 P52.

مع قواعد الحيطة اللازمة<sup>1</sup>.

### ثانياً: الأعمال المخبرية

يتميز الاجتهاد الفرنسي فيما إذا كانت التحاليل تتعلق بالاختبارات الحساسة والصعبة أو المعتادة فبالنسبة للطبيب المتخصص في التحاليل المخبرية يبقى التزام الطبيب المخبري التزاماً بوسيلة<sup>2</sup> وبالمقابل إذا كانت تلك التحاليل معتادة فيعد الطبيب فيها ملتزماً بتحقيق نتيجة، كأن يجري للمريض بعض الفحوص المخبرية بمناسبة التشخيص أو العلاج، كتحليل الدم، وتحديد الزمر الدموية ونسبة محتوياته. هذا النوع من الأعمال الطبية يؤدي إلى نتائج أكيدة والاحتمال فيها معدوم أو ضئيل بحيث يثبت إخلال الطبيب بالتزامه بمجرد عدم تحقق النتيجة الصحيحة. وهذا حكم منطقي جداً في نظر البعض، خاصة أن عنصر الاحتمال في هذه التحاليل معدوماً على وجه التقريب، وحيث يمكن الحصول على نتيجة دقيقة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني

#### الجراحة التجميلية واستعمال الأجهزة الطبية

نظراً لزيادة استعمال الأجهزة الطبية الحديثة ودورها في التشخيص وفي العلاج، نتج عن ذلك زيادة المخاطر على سلامة المرضى لسوء استخدامها أو لعيوب مصاحبة لها، أضف إلى ذلك النتائج المنتظرة من الجراحة التجميلية التي تهدف إلى تقويم وإصلاح عيوب ظاهرة وراثية أو مكتسبة تشوه المظهر الخارجي للشخص.

#### أولاً: الجراحة التجميلية

تعرف جراحة التجميل بأنها تلك الجراحة الترميمية أو التحسينية، التي تهدف إلى إصلاح تشويه يخدش الذوق أو يثير الاشمئزاز في النفوس وهي: "مجموعة من العمليات التي تتعلق

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات، المدنية والجناحية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص193.

<sup>2</sup> Cass. Ch Civ 1 jan 1974. Pourvoi N°, 71-11918. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affich.Juri.Judi.do?oldAction=rech.Juri.Judi&idTexte=URITEXT000006989698&fastReqId=43849632&fastPos=795>

<sup>3</sup> محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 65.

بالشكل والتي يكون الغرض منها علاج عيوب أو تشوهات طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم والتي تؤثر في القيمة الجمالية الشخصية أو الاجتماعية للفرد ولا يقصد من ورائها شفاء المريض من علة وإنما اصلاح تشويهه أو عيب ظاهر لا خطر منه على صحة الشخص المريض<sup>1</sup> " كتنقيح الانف أو إزالة تجاعيد والندوب وآثار الحروق إلى غير ذلك.

جدير بالذكر أن جراحة التجميل شهدت تطوراً واتساعاً كبيراً عقب الحرب العالمية الثانية، بسبب وجود عدد كبير من مشوهي الحرب فضلاً عن الزيادة الهائلة في حوادث الطرق والصناعات، وما تجلبه للمصابين من عاهات وتشوهات مؤذية، وقد أثر ذلك على الفقه والقضاء، فلم بمشروعية جراحة التجميل وبخضوعها للمبادئ العامة في المسؤولية المدنية التي تخضع لها العمليات الجراحية بوجه عام.

تطبيقاً لذلك، فقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 12 مارس سنة 1931، " أنه إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علة بل مجرد إصلاح تشويهه في جسمه، وجب على الجراح استعمال منتهى الحيطة واليقظة في الفحص قبل إجراء العملية وتقدير المخاطر التي يتعرض لها من جراء العملية وإعطائه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر، وإلا كان مسئولاً"<sup>2</sup>. ولذلك يقع على جراح التجميل التزام بتحقيق نتيجة، مما يوفر للمريض قرينة على خطأ الطبيب، بحيث يسأل هذا الأخير عند فشل العملية، ما لم ينف علاقة السببية بين فعله والضرر الحادث.

في هذا الصدد، وبمراجعة بعض أحكام القضاء الفرنسي، نجده يستعمل صيغاً تقرب بها كثيراً التزام جراح التجميل بتحقيق بنتيجة، فقد قضت محكمة استئناف باريس "بأن النتيجة هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فحيث إن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة

<sup>1</sup> أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983، ص 256.

<sup>2</sup> أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، ذات السلاسل للطبع والنشر، الكويت، 1986، ص 175.

المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر حادة للفشل، لم يتم تحذير المريض منها. فينبغي على الطبيب عدم القيام بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها، نظرا لأن الأمر ليس على درجة من الحيوية، التي تتعلق بها حياة المريض وصحته" فأدانت المحكمة الطبيب رغم ثبوت قيامه بالجهود اليقظة، لأنه لم يقدم ما يبزر فشل العملية، عكس ما هو متوقع وما يحدث عادة في هذا النوع من العمليات<sup>1</sup>.

من جهة أخرى لا يخفى على فطن، أنه متى كانت العناية المطلوبة من جراح التجميل هي العناية الفائقة غير العادية، فيكون من اليسير على المريض أن يقدم من الوقائع ما يرجح به إهمال الطبيب كما اشارت لذلك محكمة النقض المصرية، وحينئذ تقوم القرينة القضائية لمصلحة المريض وينقل عبء الإثبات إلى الطبيب، ويبدو أن ذات المحكمة لم ترغب أن تعلنها صراحة بأن التزام جراح التجميل إنما هو التزام بتحقيق نتيجة.

### ثانيا: استعمال الأجهزة الطبية والأعضاء الصناعية

تعتبر الأجهزة الطبية بوجه عام والأشعة بوجه خاص، من بين الوسائل الطبية المستحدثة للكشف عن الأمراض والعلاج في آن واحد، وهي مثال حي على توغل التكنولوجيا في ميدان الطب وغزو الآلة لهذه المهنة. والجدير بالذكر أنها أصبحت جد ضرورية وإجبارية في تشخيص عدة حالات مرضية أو علاجية، وتدخل ضمن التجهيزات الطبية الحديثة وهذا ما أشارت إليه المادة<sup>2</sup>14 والمادة 83 من المرسوم التنفيذي 92/ 276 المتعلق بمدونة اخلاقيات الطب الجزائرية السالفة الذكر.

إن خطأ استعمال الآلات في ميدان الطب خاصة الحديثة منها، التي تتطلب تكوين خاص بها من أجل تحقيق هدفها والوقاية مما قد ينجم عنها من أخطار نتيجة جهل تقنيات تشغيلها فبدون شك تتطوي هذه الآلات على مخاطر عديدة وأضرار جسيمة حين عدم مراعاة

<sup>1</sup> أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 175-177.

<sup>2</sup> " يجب ان تتوفر للطبيب او جراح الاسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء هذه المهمة، ولا ينبغي للطبيب او جراح الاسنان ان يمارس مهنته في ظروف من شأنها ان تضر بنوعية العلاج..."

الحيطة والحذر في استعمالها للفحص أو تحديد مكان العلاج بها. وعليه فإن الطبيب عند لجوءه إلى هذه الآلات سواء في الفحص أو العلاج يجب عليه أن يدرس آثارها الجانبية والتحكم الجيد في استعمالها وهو مسؤول عن كل إهمال مهما كان نوعه<sup>1</sup>.

في هذا الإطار قضت به محكمة "بورديو Bordeaux" في حكم صادر بتاريخ 1933/06/07 بمسؤولية الطبيب لأنه تجاوز الجرعة المسموح بها طبيا عند تسليطه للأشعة من أجل علاج مريض مصاب بورم سرطاني متسببا له في حروق<sup>2</sup>.

بالمقابل، فإنه إذا راعى الطبيب قواعد الحيطة والحذر وبذل عنايته، وفق ما تفرضه القواعد والأصول الطبية فإنه لا يسأل حتى ولو نتج عن استعمال الأشعة ضررا للمريض لأنه ملزم ببذل عناية لا تحقيق نتيجة، وظهر هذا في عدة قضايا طرحت أمام المحاكم انتقت مسؤولية الطبيب فيها، منها ما قضت به محكمة في مصر عام 1931 بانتفاء مسؤولية الطبيب عن فقدان شعر مريضة عولجت بأشعة (س)، ونجمت عنها حساسية طالما أن الطبيب لا يمكنه التنبؤ بها باعتبارها حالة نادرة الوقوع.

غير أن القضاء يميل حاليا إلى افتراض خطأ الطبيب، بمجرد حدوث الضرر الناتج عن الأشعة، على أساس أنّ عنصر الاحتمال هنا يكاد يتلاشى بالنظر للتقدم الفني الذي أحدثه العلم في هذا المجال، بتحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها لمنع الأضرار<sup>3</sup> وبالتالي يكون الطبيب المتخصص ملتزما بتحقيق نتيجة.

في هذا الصدد قرّرت محكمة استئناف تونس بتاريخ 1998/04/29 على أنه: "حيث لا جدال في ثبوت الأضرار الحاصلة للمستأنف ضده المدعي في الأصل من جراء عملية التصوير، وحيث أن التجاء المريض للطبيب يكون في إطار عقد يحصل بمجرد أن يعرض

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 205.

<sup>2</sup> بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان دمشق، 1984، ص 276-278.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي المرجع السابق، ص 222.

المريض نفسه للعلاج دونما حاجة إلى حصول ذلك الاتفاق في نطاق شكل معين وتختلف طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض بحسب مضمون العقد المبرم بينهما فهو التزام ببذل العناية إذا ما تعلق الأمر بالعلاج في حد ذاته باعتبار عمل الطبيب يتضمن في هذا الخصوص دائما جانبا من الافتراض ومن الحكمة أن لا يقع تحميله تبعة هذا الجانب وهو الالتزام بتحقيق نتيجة إذا ما تعلق الأمر بتشخيص المرض ومؤداه أن الطبيب لا يجب أن يعرض المريض لأي خطر متأتي مما يستعمله من أدوات علاج وأجهزة ومما يسلمه له من أدوية وبأن ينقل إليه مرضا آخر نتيجة ما ينقله له من دم وغير ذلك.

وحيث ينتج عن طبيعة التزام الطبيب في الحالة الثانية وحالة الحال أن عدم توفر النتيجة يكفي لقيام مسؤوليته ولا يستطيع الطبيب أن يدفع عنه تلك المسؤولية إلا إذا أثبت أمرا طارئا أو قوة قاهرة أو خطأ المريض المتضرر نفسه<sup>1</sup>.

بناء على ما تقدم فإن استخدام الأشعة أو غيرها من الأجهزة الطبية والآلات سواء في ميدان التشخيص أو العلاج، هو سلاح ذوي حدين فالفائدة والضرر قائمان بنفس القدر ولهذا وجب أن تراعى عند استعمالها، المعرفة التقنية والدقة والحيلة لأن أي إهمال يقود إلى آثار وخيمة بصحة المريض من جهة ويقوم المسؤولية للطبيب من جهة أخرى.

من جهة أخرى، فإن تركيب الأعضاء والأطراف الاصطناعية كالنظارات، أو أجهزة السمع، أو عصي الأعرج أو تركيب الأسنان التي تنقل للمرضى المصابين حسب ما تقتضي به الضرورة لتعويض نقص اصيل أو طارئ لديهم.

ففي هذه الأحوال يكون التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة على أساس تأدية العضو الصناعي المنقول لوظيفته المنشودة من اجل الانتفاع به، بحيث يفترض خطأه بمجرد وقوع ضرر. ففي طب الاسنان، فإن معنى أن يكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، هو أن يلتزم بتقديم طاقم أسنان للمريض يوفر له الإشباع المطلوب، بأن تؤدي الأسنان الصناعية وظيفة

<sup>1</sup> إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر، المجلة الكبرى 2007، ص 50 و51.

الأسنان الطبيعية دون آلام أو أضرار جانبية<sup>1</sup> حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في عام 1977، على طبيب الاسنان بمسؤوليته على أساس الخطأ بعدم بذل عناية في تقديم طاقم أسنان مناسب مما تسبب في نزيف غير عادي<sup>2</sup>.

نخلص مما تقدم إلى أن هناك إجماع قضائي وتشريعي فرنسي وعربي على أن الطبيب لا يلتزم بمقتضى العقد أو بدونه بشفاء المريض أو بنجاح العملية التي يجريها له لأن التزامه هو التزام بذل عناية أصلاً، وتحقيق نتيجة استثناء، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة والمعطيات العلمية المكتسبة والحالية، فيسأل الطبيب عن كل تقصير لا يقع من طبيب في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

فإذا كان الطبيب حراً في اختيار طريقة العلاج، إلا أنه لا يعقل أن يستعمل وسائل أو أساليب بدائية نبذها العلم وهجرها الطب، حيث فرضت التشريعات الصحية<sup>3</sup> على الأطباء بالتكوين الإلزامي والمستمر من أجل تحيين معلوماتهم حتى تكون مطابقة للمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة والمستقر عليها.

<sup>1</sup> موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائرية للأطباء عن افشاء السر المهني، الطبعة الأولى مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1998، ص66.

<sup>2</sup> بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق 1984.

<sup>3</sup> المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق، والمادة 170 من قانون الصحة 11/18 المرجع السابق بنصها: "التكوين المتواصل حق، وهو اجباري بالنسبة لجميع مستخدمين الصحة الذين يمارسون في هياكل ومؤسسات الصحة، وهو على عاتق الدولة بالنسبة لمهنيي الصحة الذين يمارسون في الهياكل والمؤسسات العمومية للصحة".

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية المدنية

المسؤولية الطبية هي المسؤولية التي يتحملها الطبيب ومن في حكمه، ممن يزاولون هذه المهنة عند اخلاهم بالالتزامات المفروضة عليهم، سواء كان هذا الالتزام قانوني أو اوجده الاتفاق.

وفي الواقع لا خلاف في طبيعة مسؤولية الطبيب تجاه الغير، فهي دون أدنى شك ذات طبيعة تقصيرية، أما مسؤوليته اتجاه مريضه والناجمة عن العلاج فهي التي كانت محلّ خلاف فقهي وقضائي - لاسيما في فرنسا - وسارت على هذا الدرب اغلب الدول العربية.

ففي القضاء الفرنسي وهو الرائد في هذا الشأن خضعت المسؤولية الطبية قبل تاريخ 1936 للطابع التقصيري بحسب نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، على أساس انه متى أخلّ الطبيب بواجبه القانوني في التزام الحيطة والحذر واليقظة، مما يسبب ضررا للمريض، كان مسؤولا مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة العقدية.

إلا أنّ قضاء النقض الفرنسي، عدّل عن موقفه بعد ذلك التاريخ واخضعها للطابع العقدي كأصل، بحيث إذا أخلّ الطبيب ببند التزاماته الناشئة عن عقد العلاج الطبي الذي يربطه بالمريض وتسبب ذلك في حدوث ضرر للمريض، كان الطبيب مسؤولا مسؤولية عقدية بحسب نص المادة 1147 من القانون م. ف: " يحكم على المدين إذا كان هناك محل لذلك بدفع التعويض إما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر في تنفيذه، ويستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود سبب أجنبي لا يد له فيه، شريطة ألا يكون سيئ النية"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Article 1147 du C.C.F : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. » Voir sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000025216731&fastReqId=574044737&fastPos=14>

إنّ هذا الوضع جعل من المسؤولية المدنية نوعان، مسؤولية تقصيرية وأخرى عقدية، ممّا دفع بكثير من رجال الفقه والقضاء - بدرجات متفاوتة - إلى تبني هذا التقسيم، إلا أن الاتفاق يبدو راسخا والإجماع منعقدا حول مناط التزام الأطباء، كونه في الأصل التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>، ورغم ذلك فإن العديد من الفقهاء<sup>2</sup> احتفظوا بذلك التقسيم الذي أيده القضاء<sup>3</sup> لسهولة تطبيقاته قضائيا على مختلف المهن.

تأسيسا على ذلك، تبرز الأهمية القانونية لتحديد طبيعة المسؤولية الطبية من خلال معالم التمييز والاختلاف بين نوعي المسؤولية التقصيرية والعقدية في عدة نقاط نوجزها فيما يلي:

#### • من حيث الاختصاص:

الاختصاص هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة<sup>4</sup>، وقد يكون محليا أو نوعيا.

- **الاختصاص المحلي:** نصت عليه المواد 37، 38، 39 فقرة 02، 40 فقرة 05 وكذا المادة 804 فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>5</sup> حيث نصت المادة 37 منه: "يكون الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه" كما نصت المادة 40 فقرة 05 على أنه: "وفي الدعاوي المتعلقة بالخدمات الطبية أمام الجهة القضائية للمكان الذي قُدم فيه العلاج"، والأمر كذلك في إطار المسؤولية التقصيرية حيث ينعقد الاختصاص للمحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل

<sup>1</sup> ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 216.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، مجمع النشر، مصر، 1987، ص 317.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا، 1998/10/20، ملف رقم 5755، م. ق العدد الثاني، 1998، ص 102-105.

<sup>4</sup> الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري-الديوان الوطني للأشغال التربوية-الطبعة الثانية-2000، ص 01.

<sup>5</sup> قانون رقم 09/08، المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 23/04/2008.

الضار الناتج عن عمل تقصيري أو جريمة وفق ما نصت عليه المادة 39 فقرة 02 من ذات القانون.

- **الاختصاص النوعي:** يؤول الاختصاص للفصل في دعاوى المسؤولية الطبية المدنية للمحكمة، سواء الفرع المدني لها، إذا رفعت بصفة مستقلة أمام القاضي المدني، أو كدعوى مدنية تبعية للدعوى الجزائية أمام القسم الجزائي، متى كان خطأ الطبيب قد شكّل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، حسب ما نصت عليه المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup> على أنه: "يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها..."، كما أضافت المادة 03 في فقرتها 03 على أنه: "وتقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سوء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".

غير أنه إذا باشر المدعي دعواه أمام المحكمة المدنية لا يجوز له أن يرفعها مجدداً أمام المحكمة الجزائية بمفهوم نص المادة 5 من ذات القانون بنصّها: "لا يسوغ للخصم الذي يباشر دعواه أمام المحكمة المدنية المختصة أن يرفعها أمام المحكمة الجزائية. إلا أنه يجوز ذلك، إذا كانت النيابة العامة قد رفعت الدعوى العمومية قبل أن يصدر من المحكمة المدنية حكم في الموضوع".

وهذا بخلاف دعاوى المسؤولية الطبية الإدارية التي ينعقد الاختصاص بنظرها للمحكمة الإدارية الذي يتواجد في دائرة اختصاصها المستشفى أو القطاع الصحي التابع له الطبيب مرتكب الخطأ، وفقاً للمادة 804 فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 السالف الذكر، التي تجعل من منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية مثل المستشفيات والمستوصفات الطبية من اختصاص المحاكم الإدارية.

وكانت مسألة الاختصاص بنظر دعاوى المسؤولية التي يكون المدعى عليه فيها طبيب

<sup>1</sup> الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 28/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، عدد 48، بتاريخ 10/06/1966 المعدل والمتمم.

عامل بالمستشفى قد أثارت تنازعا إيجابيا بين جهات القضاء الإداري و القضاء العادي الفرنسيين، أين حاولت هذه الأخيرة بسط سلطتها على المنازعات التي تحدث بين الأطباء العاملين بالمستشفيات العامة والمرضى، على اعتبار أن الأطباء يمارسون نشاطاتهم في تلك المستشفيات بصفة مستقلة تماما وحرية كاملة، إلى أن فصلت في الأمر محكمة التنازع الفرنسية في حكمها المؤرخ في 1957/03/25 أين قررت اختصاص القضاء الإداري بالفصل في النزاع ما عدا الحالات التي يثبت فيها خطأ شخصي يرتكبه الطبيب، ويكون منفصلا عن نشاط المرفق العمومي، وقد أخذت بعد هذا محكمة النقض الفرنسية بهذا الحكم في قرارها المؤرخ في: 1963/6/18 وقضت بأن خطأ الطبيب العامل بالمستشفى خطأ مرفقي لا غير <sup>1</sup> **Faute de service**.

• من حيث الأهلية:

يكون الشخص كامل الأهلية، البالغ لسن الرشد والمتمتع بكل قواه العقلية وغير المحجور عليه، اهلا لاستعمال حقوقه ومباشرة مختلف العقود والتصرفات كالعقود الطبية، وبناء على ذلك فعدم التمييز (المريض) غير مسؤول عقديا لأن كل تصرفاته باطلة<sup>2</sup>، أمّا من جهة الطبيب فلا يمكن تصور نقص أهليته بسبب مدة التكوين وشروط الترخيص بمزاولة المهنة، وبما أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا إذا وجد عقد صحيح فلا محلّ لوجودها بالنسبة لعدم التمييز<sup>3</sup>.

• من حيث درجة الخطأ:

الخطأ في المسؤولية العقدية يختلف باختلاف العقود، أمّا في المسؤولية التقصيرية يكون ناتجا دائما عن الاخلال بالتزام سببي قانوني، حيث تقوم مسؤولية الشخص التقصيرية متى

<sup>1</sup> راييس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005 ص77.

<sup>2</sup> وفقا لنص المادتين 78 و 79 من القانون المدني الجزائري، المعدل والمنتم، المرجع السابق.

<sup>3</sup> انظر المادة 42 و 43 من القانون المدني الجزائري وانظر كذلك المادة 164 ق.م، مصري، المادة 167 ق.م، لبيبي المادة 122 فقرة 2 ق.م، لبناني.

ارتكب خطأ سبب ضررا للغير وفقا للمادة 124 ق.م.ج. إذ يبدو ظاهرا أن المشرع الجزائري شأنه شأن القضاء سواء في فرنسا أو مصر لا يشترط درجة معينة من الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، حيث انتهجت العديد من الأحكام عدم اشتراط قدر معين من الخطأ، إذ يكفي حتى الخطأ التافه لقيام المسؤولية التقصيرية.

غير أنه في نطاق المسؤولية العقدية، فالمبدأ أنّ مسؤولية المدين لا تثور إلا إذا أخلّ بما هو ملتزم به بوصفه الرجل الحريص وفقا لمعيار موضوعي<sup>1</sup>.

ولا شكّ أن التمييز بشأن طبيعة الخطأ في نطاق المسؤولية الطبية يختلف من حالة لأخرى تبعا لاختلاف نوعي المسؤولية، فتكون مسؤولية الطبيب التقصيرية قاسية إلى حدّ ما، لأنها تتابعه حتى عن أنفه الأخطاء وأبسطها، أما لو أنّها اعتبرت ذات طبيعة عقدية لاستند إلى معيار موضوعي لوزن الخطأ أو الفعل الضار الحاصل من المسؤول.

#### • من حيث الإثبات:

تنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر على أنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" ولذا يقع على عاتق الدائن (المريض) في إطار المسؤولية العقدية إثبات وجود عقد طبي بينه وبين المدين (الطبيب)، هذا الأخير الذي يقع عليه إثبات تنفيذ التزامه العقدي، في حين أنه في مجال مسؤولية الطبيب التقصيرية، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب أثناء العلاج، وإخلاله بالتزامه القانوني بارتكابه عملا ضارا.

ومهما يكن من أمر في مجال المسؤولية المدنية الطبية وخصوصيتها، وخروجا عن هذه القواعد العامة، فلا أثر لهذا التمييز في الغالب، ذلك أن كيفية إثبات الخطأ الطبي لا تتوقف على تحديد طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عنه فيما إن كانت عقدية أم تقصيرية بل تتوقف على تحديد مضمون التزام الطبيب، فإذا كان التزام ببذل عناية فعلى المريض إثبات أن

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 11، 12، وانظر أيضا أحمد شوقي محمد عبد الرحيم، المسؤولية العقدية للمدين المحترف منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 10، 11.

الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة تجاهه، أما في حالة التزام الطبيب بنتيجة فيكفي المريض إثبات أنّ النتيجة المقصودة لم تتحقق وحدث ضرر كما تم توضيحه آنفاً،

• من حيث الإعذار:

نص المشرع في المادة 179 ق.م.ج على ضرورة إعذار المدين وهكذا يتجلى لنا بوضوح ضرورة هذا الإعذار لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية كأصل عام<sup>1</sup>، غير أنه لا حاجة للإعذار في المسؤولية التقصيرية كما نص على ذلك صراحة المشرع الجزائري في المادة 181 فقرة 2 ق.م.ج لأن مناط الالتزام فيها هو الالتزام بالتعويض عن عمل أحدث ضرر للغير.

• من حيث التقادم:

نصت المادة 133 من القانون المدني على أنه: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل الضار" كما أكدت المادة 308 منه على أنه: "يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات " ولا فرق في تقادم دعوى المسؤولية الطبية سواء كانت عقدية أم تقصيرية في القانون المدني الجزائري. وقد كانت المناسبة التي دعت محكمة النقض الفرنسية إلى إصدار قرار Arrêt Mercier الشهير سالف الذكر تتعلق بتقادم دعوى المسؤولية الطبية، أين قرّرت أن المسؤولية عقدية تخضع للتقادم العادي 30 سنة وليس للتقادم القصير الذي تخضع له المسؤولية التقصيرية بسبب الإهمال مثلما اوضحنا ذلك آنفاً.

وأما نقطة انطلاق حساب مدة 15 سنة فيكون من يوم العلم بوقوع الفعل الضار، وليس من يوم وقوع خطأ الطبيب، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2000/01/31<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> يرد على هذا المبدأ استثناءات نصت عليها المادة 181 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

<sup>2</sup> قضية مدير القطاع الصحي شي قفارة بمستغانم ضد بن سليمان فاطمة، أين قضى ضمن حيثيات قراره: "حيث أنه يستخلص من أوراق الملف، بأن العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966 وأن هذه الدعوى لم ترفع إلا خلال سنة 1995 حيث أنه حركت هذه الدعوى عندما اكتشفت الآلام بسبب وجود الإبرة التي نسيبت في بطن المستأنف عليها بعد العملية

• من حيث التضامن:

في إطار المسؤولية العقدية، لا تضامن بين المسؤولين إلا بمقتضى اتفاق أو نص قانوني<sup>1</sup>. أمّا في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن مقرر بقوة القانون، وفقاً لنص المادة 126<sup>2</sup> ق.م.ج.

• من حيث الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية:

لا شك أن الإرادة يمكن لها أن توجد اتفاقاً خاصاً على الإعفاء من المسؤولية، ومن باب أولى التخفيف منها إلا ما استثني بنص خاص، أمّا المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها إطلاقاً، وهو ما قرره المادة 178 فقرة 3 ق.م.ج بقولها: "ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"، ولو أنه في كلتا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية موضوع بحثنا لا يجوز الاتفاق عن الإعفاء من المسؤولية الطبية لتعلق السلامة البدنية بالنظام العام.

• من حيث تقدير التعويض وشكله:

التعويض هو الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية ويختلف بحسب نوع المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية، نتيجة الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بالمريض حسب نص المواد 124، و 131<sup>3</sup> و 182 مكرر من ق.م.ج. ففي المسؤولية العقدية على القاضي أن يراعي من جهة عند تقديره للتعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، ومن جهة أخرى فلا يكون المدين مسؤولاً إلا عن تعويض الضرر المباشر والمتوقع ما لم يكن

---

الجراحية، وبالتالي فلا يمكن القول بأنه يوجد تقادم لأن الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، وبالتالي يصبح الدفع غير مجدي وينبغي ألا يؤخذ بعين الاعتبار"، المنتقى في قضاء مجلس الدولة.

<sup>1</sup> انظر المادة 217 ق.م.ج: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وإنما يكون بناءً على اتفاق أو نص في القانون" وتقابلها المادة 1202 ق م فرنسي والمادة 279 ق م مصري، والمادة 266 ق.م.لبيي.

<sup>2</sup> المادة 126، ق.م.ج: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

<sup>3</sup> " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة".

هناك غشا أو خطأ جسيما من المدين (الطبيب) بمفهوم نص المادة 182 من ذات القانون، أما في المسؤولية التقصيرية فالتعويض يشمل كافة الأضرار المادية المتوقعة وغير المتوقعة. وكذا الضرر المعنوي حسب المادة 182 مكرر. "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي، كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

ورغم أن الإجماع يكاد يكون راسخا ومنعقدا على أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة غير أنه احتدم الجدل والذي لا يزال قائما إلى يومنا هذا حول طبيعة المسؤولية هل هي تقصيرية أم عقدية؟ وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية. ومن أجل تفصيل أكثر وضوحا لنوعي المسؤولية سنبحث مفهوم كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية وتطبيقاتهما المختلفة في المطلبين المواليين.

## المطلب الأول

### المسؤولية العقدية

إن أول قرار وتطبيق للمسؤولية الطبية كان بتاريخ 18/06/1835، والمسمى بقرار قوين GUIGNE، والذي وضع حدا لجدل اللاعقاب للأطباء وفي نفس الوقت مؤسسا لطبيعة المسؤولية الطبية باعتبارها تقصيرية<sup>1</sup> استنادا لنص المادتين 1382، و1383 من القانون المدني الفرنسي وتواترته الأحكام والقرارات القضائية بعد ذلك لغاية 1936.

وفي الواقع لا خلاف في طبيعة مسؤولية الطبيب تجاه الغير، فهي دون شك وغالبا ذات طبيعة تقصيرية، أما مسؤوليته تجاه المريض والناجمة عن العلاج فهي التي كانت محل خلاف وجدل فقهي وقضائي، حيث بعد صدور قرار النقض الفرنسي الشهير المسمى بقرار "مرسييه MERCIER"<sup>2</sup> بتاريخ 20/05/1936 الذي أرسى الطابع العقدي للمسؤولية الطبية

<sup>1</sup> MANAOUIL(Cécile), la responsabilité du médecin du travail, mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit et de la santé – Lille III, année 1999-2000, P4.

<sup>2</sup> تتلخص وقائع هذه القضية التي أصدر فيها القضاء قراره الشهير المسمى بقرار مرسييه، في أن السيدة مرسييه كانت تشكو من حساسية في الأنف، حيث قام طبيبها بمعالجتها بأشعة x سنة 1925، وترتب عن ذلك العلاج تلف في الأنسجة المخاطية لوجهها، فقام زوجها برفع دعوى قضائية نيابة عنها سنة 1929 أي بعد مرور أكثر من 3 سنوات مطالبا

انتقل القضاء الفرنسي من المسؤولية التصيرية إلى المسؤولية العقدية حسب ما هو منصوص عليه في المواد 1146-1155 مدني فرنسي، في قسم التعويض الناتج عن عدم تنفيذ الالتزام وآثاره وتبعه الفقه في ذلك، حيث يكاد يجمع على أن علاقة الطبيب بمريضه هي علاقة عقدية، يتكون بمقتضاها عقد حقيقي بين الطبيب ومريضه، يرتب على الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض، فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية الوجدانية اليقظة المطابقة للمعطيات العلمية المستقرة بين أهل المهنة، وإن خرق هذا الالتزام العقدي تنشأ عنه مسؤولية عقدية.

في حين عالج المشرع الجزائري المسؤولية العقدية في المواد 176 وما يليها في الفصل الثاني، تحت عنوان التنفيذ بطريقة التعويض من الباب الثاني لآثار الالتزام، وهذا ما سنوضحه من خلال تعريف المسؤولية العقدية وشروطها في فرعين.

## الفرع الأول

### تعريف المسؤولية العقدية

يقصد بالمسؤولية العقدية، ذلك الجزاء الذي يترتب على الإخلال بالالتزامات التعاقدية باعتبار العقد شريعة المتعاقدين يتطلب احترام مضمونه وعدم الإخلال به، ويعرّف العقد بصفة عامة بأنه: " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"<sup>1</sup>، حسب ما نصّت عليه المادة 54 من

---

بالتعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته، وحين عُرضت القضية على محكمة النقض الفرنسية وبعد عدة نقاشات ومحاولات لتكييف القضية هل هي مسؤولية تصيرية ناتجة عن الإهمال، وبالتالي تسقط بالتقادم بمضي 3 سنوات وهي مدة تقادم المسؤولية التصيرية في القانون الفرنسي ولا يستجاب لطلب المدعي ويرفض طلبه أم هي ذات طبيعة عقدية تخضع للتقادم الطويل أي 30 سنة في القانون المدني الفرنسي، واهتدت المحكمة في الأخير إلى تكييفها على أنها مسؤولية عقدية تخضع للتقادم الطويل غير أنّ مدة التقادم لكل الدعاوي المتعلقة بالتعويض أصبحت حالياً موحدة بـ 10 سنوات، سواء تعلق الأمر بالقضاء المدني أو الإداري بعد صدور قانون 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى ونظام الصحة الفرنسي.

<sup>1</sup> عبد الودود يحي الموجد في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 ص19.

القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

كما عرّفه مارتييني Martini بأنه: "اتفاق يربط الطبيب والمريض، يلتزم بمقتضاه الأول بتقديم العلاج الأوفق لحالة المريض وفقا للمعطيات المستقرة عليها علميا ويلتزم الثاني مقابل ذلك بدفع أتعاب الأول"<sup>2</sup>، ويتفق مع ما جاء به Savatier من تعريف للعقد الطبي: اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض أو من يمثله من جهة أخرى بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه النصائح والعلاج الصحي.

على ضوء تحديد مفهوم العقد، تكاد تتفق غالبية التشريعات وأحكام القضاء وآراء الفقهاء على أن الخطأ العقدي la faute contractuelle يتمثل في الإخلال بأحد الالتزامات التعاقدية سواء كان ذلك الإخلال، بعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ أو بتنفيذ التزامات على خلاف ما هو مقرر ببند العقد على نحو يضر بمصلحة الدائن.

فالعقد الطبي بشكل اشمل هو "اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض المعالج أو من يمثله قانونا من جهة أخرى، يلتزم بموجبه الطبيب بتقديم العلاج والفحوصات اللازمة، مقابل التزام المريض بتطبيق تعليمات الطبيب بدقة ودفع الاتعاب المستحقة"<sup>3</sup> أو كما عرّفه الأستاذ احمد أدريوش بأنه: اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجره يدفعها هذا الأخير وتتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الأمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة وذلك وفق الضوابط المستقر عليها في علم الطب والقانون<sup>4</sup> أيضا في حسب شروط يتطلب منا تبيانها من خلال الفرع الثاني.

<sup>1</sup> المادة 54 ق م جزائري: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

<sup>2</sup> MARTINI (P), la responsabilité du chirurgien, thèse présenté à la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, année 1999, P132.

<sup>3</sup> ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 111.

<sup>4</sup> أحمد أدريوش، العقد الطبي - تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه- منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، المطبعة الأمنية، الرباط 2009، ص 7 و8.

## الفرع الثاني

### شروط اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية

لقد كرّست محكمة النقض الفرنسية توجه تاريخي في قرارها الشهير المعروف بقرار مرسية MERCIER الصادر بتاريخ 20 ماي 1936<sup>1</sup>، والذي بموجبه اعتبرت مسؤولية الطبيب عن اضرار ألحقها بالمريض مسؤولية عقدية تخضع لأحكام المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي بقولها: " ينشأ بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يرتب في ذمة الطبيب التزاما - وإن لم يكن بشفاء المريض - وإنما بتقديم عناية وحدانية يقظة ، فيما عدا حالات الظروف الاستثنائية، المطابقة لما توصل إليه العلم من حقائق ثابتة، وإخلال الطبيب بما يمليه عليه العقد، ولو غير متعمّد، يوجب مسؤولية من نفس النوع، أي مسؤولية تعاقدية"<sup>2</sup>.

"...attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le médecin l'engagement, si non bien, évidemment, de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué mais du moins de lui donner des soins consciencieux, non pas quelconques mais attentifs et- réserves faites 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 également contractuelle...."

بل وحتّى التشريع الفرنسي الجديد رقم 303/2002<sup>3</sup> الصادر بتاريخ 2002/03/04، المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الذي جاء بأحكام خاصة، ولكن يقيم مسؤولية

<sup>1</sup> Cass. Civ, 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris classeur, Paris, 1999, P 07,

<sup>2</sup> Cathreine Paley, Vincent, responsabilité du médecin, droit médical pratique, Masson, Paris 2002, P08.

<sup>3</sup> قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05، والذي اثار تطبيقه على ارض الواقع عدة صعوبات فيما يتعلق بالتأمين من المسؤولية الطبية، الأمر الذي دفع بالمشروع للتدخل ثانية لتذليل هذه الصعوبات، وأصدر قانونا مكملا له بتاريخ 2002/12/30 للتوفيق بين حقوق المرضى وحقوق الأطباء وتقسيم التعويض المالي بين شركات التأمين والمكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية باسم التضامن الوطني.

الطبيب من حيث المبدأ على أساس الخطأ العقدي الذي لا يتحقق إلا متى تم الإخلال بعقد العلاج.

هذا التوجه أخذ به السواد الأعظم من الفقه في الدول العربية، وجانب من قضاءها كالقضاء المصري والمغربي والتونسي والإماراتي، واعتبر المسؤولية في القطاع الخاص ذات طبيعة عقدية أصلاً وتقصيرية استثناءً.

في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1969/06/26 على أنّ "مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض ونائبه لعلاجها هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الطبي الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفاؤه وبنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية..."<sup>1</sup>.

كما اعترف القضاء التونسي هو الآخر بالطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب في قرار لمحكمة استئناف تونس بتاريخ 1998/04/29 على أنّه " لا جدال في ثبوت الأضرار الحاصلة للمستأنف ضده المدعي في الأصل من جراء عملية تصوير، وحيث أنّ التجاء المريض للطبيب يكون في إطار عقد يحصل بمجرد ان يعرض المريض نفسه للعلاج دونما حاجة حصول ذلك الاتفاق في نطاق شكل معين وتختلف طبيعة التزام الطبيب اتجاه المريض بحسب مضمون العقد المبرم بينهما...".

أمّا قضاء باقي الدول العربية فقد أحجم جانب منه عن تحديد طبيعة المسؤولية الطبية، كالقضاء الأردني واللبناني والجزائري، واخذ الجانب الآخر بالطبيعة التقصيرية أصلاً كالقضاء العماني والقطري والعراقي، ففي الأردن فالمشرع يقيم المسؤولية على أساس موضوعي قوامه الإضرار بالغير ولو كان فاعله غير مميّز، عملاً بمفهوم التعدي في الشريعة

<sup>1</sup> الطعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/06/26، يمكّم الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:

الإسلامية لا ضرر ولا ضرار، وامتنع قضاءه عن الإفصاح عن طبيعة المسؤولية آهي عقدية أم تقصيرية ومنه قرار محكمة التمييز الأردنية المؤرخ في 12 ماي 1991 الذي جاء فيه: "إنّ البيانات المثبتة في أوراق الدعوى تثبت أن الخطأ في التشخيص أدى إلى الخطأ في العلاج، وأحدث عاهة دائمة لابنة المدعي، بسبب عدم إتباع الأساليب العلمية الطبية الصحيحة، وحيث أنّ تقرير الخبرة جاء واضحاً ومعلّلاً، فلا تملك محكمتنا التدخل في تلك القناعة، وبما أن مالك المستشفى مسؤولاً عن أخطاء العاملين لديه لعملهم تحت رقابته وتوجيهه عملاً بالمادة 288 من القانون المدني الأردني والتي تنص على: "لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فالمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبرراً أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر، من كانت له على من وقع منه الإضرار سلطة في رقابته وتوجيهه ولو لم يكن حراً في اختياره إذا كان الفعل الضار قد صدر من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها"، فكان من واجب المميز - مالك المستشفى - والعاملين لديه ملاحظة وضع الطفلة الصحي وتصوير رقبتها لأنها كانت تعاني من الآلام، وإن عدم تصوير الرقبة أدى إلى خطأ في المعالجة والذي أدى لإصابة الطفلة بعاهة دائمة"<sup>1</sup>.

من جانب القضاء الجزائري ومع قلة أحكامه، التزم الصمت في مواطن عدّة ولم يفصح عن موقفه الصريح حيث بقي يتخبّط بين المسؤولية الطبية العقدية والتقصيرية، ولو أنّ

<sup>1</sup> تتلخص وقائع القضية المتعلقة بالدعوى: أن طفلة أصيبت في حادث، وتم إدخالها إلى مستشفى خاص المعشر في عمان وبعد معالجة الطفلة من قبل الطاقم الطبي برئاسة مالك المستشفى (الطبيب)، ومساعديه تبين وجود كسر في رقبة الطفلة نتيجة خطأ لعدم إتباع الأساليب العلمية الصحيحة من قبل طاقم المستشفى حيث لم يجر تصوير رقبتها بصورة شعاعية في الوقت المناسب، فتسبب لها بعاهة دائمة، فقام والدها برفع دعوى مدنية على المستشفى والأطباء أمام محكمة بداية حقوق عمان يطالب بالتعويض، فقررت المحكمة بعد الاستعانة بالخبرة، الحكم على المستشفى وصاحبه بمبلغ أربعة آلاف دينار أردني كتعويض عن الضرر مضافاً إليه الفائدة القانونية، وذلك بعد أن تم إسقاطها عن أحد الأطباء المعالجين من قبل المدعي أثناء سير الدعوى، وتم رد الادعاء عن الآخر من قبل المحكمة ذاتها وانحصر الادعاء بالمستشفى ومالكه. ولكن بعد استئناف الحكم أمام محكمة الاستئناف، أذنت الأخيرة بإجراء خبرة جديدة وقضت بإقامة المسؤولية على المستشفى ومالكه وضاعفت المبلغ بناء على رأي الخبرة الجديدة. وطعن بهذا القرار أمام محكمة التمييز في 26/11/1990 من قبل وكلاء المدعي عليهم مطالبين بفسخ الحكم، إلا أن محكمة التمييز وبعد التدقيق والمداولة في وقائع الدعوى توصلت إلى القول ما جاء في القرار أعلاه.

المشروع نظم مؤخرا العلاقة العقدية للعلاج، والتي تجلّت في الاتفاقيات النموذجية<sup>1</sup> المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء، في إطار الخدمات المقدمة للمؤمن لهم وذوي حقوقهم من خلال مرسوم تنفيذي.

غير أنّه في القطاع العمومي، فبدون أدنى شك أنّ المسؤولية الطبية هي ذات طبيعة تقصيرية وهو ما كرّسته محكمة النقض المصرية في قرار لها يحمل الرقم 417 بتاريخ 1969/07/03 بنصه على أنه " لا يمكن مساءلة الطبيب في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنّه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج حتى ينعقد العقد بينهما"<sup>2</sup>.

كما تمّ التأكيد على ذلك في قرار آخر لذات المحكمة على أنّه: " لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنّه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاج حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطباءها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية الطاعن في دائرة المسؤولية التعاقدية، ولو أنّ الأمر لا يتغير في هذه الحالة لأن المدين بالتزام تعاقدية لا يسأل عن عمل الغير إلا إذا كان قد استخدمه في تنفيذ التزامه التعاقدية، ممّا يقتضي ألاّ يسأل الجراح عن خطأ صادر من أحد مساعديه من الأطباء يصيب المريض بضرر، إلا إذا كان قد اختار هو هذا المساعد لمعاونته في العملية أو تركه يتدخل فيها مع استطاعته منعه من هذا التدخل وهو ما لا يتوافر في حالة الطاعن"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 116/09 مؤرخ في 2009/04/07، يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء، ج ر عدد 23، مؤرخة في 2009/04/19.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1969/07/03، قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية 2009/01/15 يمكن الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:

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

<sup>3</sup> إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر، المجلة الكبرى 2007 ص53.

غير أنّ هذا التمييز بين كلا المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ليس بهذه البساطة بل يتطلب أن تتوافر في المسؤولية العقدية بدها الشروط التالية.

### أولاً: ضرورة وجود العقد

لا شك أن أغلب الحالات تقتضي أن يرتبط الطبيب بمريضه بموجب عقد شفهي أو كتابي على أساس أن الطبيب بمجرد فتحه لعيادته وتعليقه للآفئة التي تحمل اسمه وتخصصه فهو في موضع الإيجاب العام، وأي مريض يقبل العلاج عنده، إنّما هو قبول منه لهذه الدعوة إلى التعاقد<sup>1</sup>.

### ثانياً: أن يكون العقد صحيحاً

نص المشرع الجزائري على شروط العقد، مركزاً على وجه الخصوص على الرضا والمحل خالطاً بذلك شروط العقد مع أركانه<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس لكي يعتبر العقد الطبي صحيحاً يجب أن تتوافر فيه جميع أركان العقد من رضا ومحل وسبب وفقاً للقواعد العامة<sup>3</sup>.

### 1- الرضا Consentement

تنص المادة 59 من القانون المدني على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وأكّدت على ذلك المادة 44 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بنصها: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون"، وهو ممّا يتعين توافره ابتداءً في العقد الطبي وأكّدت على ذلك المادة 343 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر كما حرصت غالبية

<sup>1</sup> طبقاً لما تنص عليه المادة 78 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، المرجع السابق.

<sup>2</sup> على فيلالي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية لفنون الطب، الجزائر، 2001، ص 66.

<sup>3</sup> انظر المواد 54، 59، 73، 93، 97 ق. م ج، والمواد 23، 344.

انظر كذلك المادة 343 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر: " في حالة رفض علاجات طبية، يمكن اشتراط تصريح كتابي، من المريض أو ممثله الشرعي. غير أنّه، في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معدّي، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدّم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

التشريعات على تكريس رضا المريض وموافقته على التدخلات الطبية<sup>1</sup>، كما خول القانون للطبيب الحق في التخلي عن مهمة العلاج لأسباب شخصية، أو مهنية حسب نص المادة 50 من مدونة الطب سالفه الذكر من جهة أخرى، واستثنى من ذلك حالات مواجهة المريض لخطر صحي وشيك يهدد حياته<sup>2</sup> أو تعذر الحصول على رضاه أو حضور ممثله الشرعي إذا كان قاصراً.

## 2- أهلية المتعاقدين

كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يعتبر كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية فيكون بذلك أهلاً للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منه بحكم القانون وهكذا إذا كان المريض ناقص الأهلية أو فاقدها، فإن المشرع الجزائري أولى به عناية من خلال وضعه تحت مسؤولية ممثله، وليه أو الوصي عنه ضمن الشروط التي يقرها القانون طبقاً للمادة 44 من القانون المدني والمواد 44 و52 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري<sup>3</sup>.

في هذا الصدد شدد قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي على ذلك بقوله: " يجب على كل مؤمن بالغ سن 16 سنة فما فوق، أن يدلي باسم الطبيب المعالج الذي اختاره بموجب الاتفاق معه لدى الجهاز المسير لنظام التأمين على المرض"<sup>4</sup>.

## 3- المحل L'objet

لكي يكون العقد صحيحاً يجب أن يكون محله مشروعاً، والعقد الطبي فحواه يتناول جسم الإنسان، ومن ثم فإن الهدف من هذا العقد يجب ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة

<sup>1</sup> أنظر المواد 42، 44، 45 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، المقابلة للمواد 36 و42 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي، والمواد 27 و28 و3 من قانون الآداب الطبية اللبني.

<sup>2</sup> طبقاً لما نصت عليه المادة 09، من مدونة أخلاقيات الطب.

<sup>3</sup> تنص المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب. " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ... "

<sup>4</sup> L'article 162/2, 4 de la loi du 13/08/2004, relative à l'assurance sociale Française.

وإلا كان باطلا طبقا للمادة 93 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>، حتى وإن رضي به المريض إذ يظل باطلا بطلانا مطلقا طبقا للقانون بغض النظر عن إرادة الأطراف أو أهدافهم.

#### 4- السبب La cause

السبب هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول اليه، فالمريض يرغب في معرفة طبيعة وتطور حالته الصحية، والبحث عن علاج لها من قبل الطبيب، أما هذا الأخير فالتزامه هو بذل العناية الصادقة لعلاج المريض، مقابل أتعاب يتلقاها من عنده أو من عند الغير، إذ تنص المادة 97 من القانون المدني على مشروعية السبب بقولها: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا ".

#### ثالثا: أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج

كلما انعدمت الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض الذي لحقه ضرر، أو وجدت بينهما مثل هذه الرابطة، غير أنّ الضرر كان نتيجة الإخلال بالتزام غير ناشئ عن العقد<sup>2</sup>، كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية.

وعليه تعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية متى كان الخطأ الذي نسب إليه لا يمت بصلة إلى رابطة عقدية، كالتبيب الموظف في مستشفى أو كما هو الشأن عند تحرير شهادات طبية على سبيل المجاملة، أو مخالفة للواقع<sup>3</sup>، أو ضرر أصاب المريض سببه مريض آخر مختل عقليا في قاعة الانتظار.

#### رابعا: أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد

إذا كان المريض أو من ينوب عنه قانونا هو الذي تعاقد مع الطبيب، فإذا أقام الدعوى

<sup>1</sup> تنص المادة 93 من ق.م.ج: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا "

<sup>2</sup> سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، مجمع النشر مصر، 1987، ص 381.

<sup>3</sup> حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر الجامعات المصرية القاهرة، 1951. ص 81.

على الطبيب، فإنه يستند في إقامتها على أساس أحكام المسؤولية العقدية، ويستوي في ذلك إذا توفي المريض نتيجة خطأ الطبيب وتمّ رفع دعوى التعويض من قبل الورثة فلا شك أن قواعد المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق هنا، ذلك لأن الورثة خلفاء للمتوفى في جميع حقوقه، ودعواهم تجاه الطبيب تكون عقدية، مادامت تستند إلى تقصيره في تنفيذ التزامه العقدي الذي أجراه مع مورثهم، وأثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه ينصرف إلى الخلف العام والخاص<sup>1</sup> حسب نصوص القانون المدني الجزائري والمقارن.

غير أنه إذا رفعت دعوى التعويض من غير ورثة المريض، كأن يكونوا أقارب له أو كفيل لأحدهم، فإنه يحق لهم الرجوع على الطبيب المتسبب في وفاة قريبهم وبتعويض الأضرار المادية بفقد عائلهم، أو الأضرار المعنوية التي حلت بهم شخصياً من حزن وألم وأسى بسبب فقدانه على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في المطلب الموالي.

## المطلب الثاني

### المسؤولية التقصيرية

إلى وقت ليس ببعيد، ظل الاتجاه التقليدي-لاسيما الفرنسي - يأخذ بالطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب حسب ما هو منصوص عليه في القواعد العامة، وسار على دربه السواد الأعظم من الدول العربية لعدّة اعتبارات وجوانب واقعية، والتي تتمثل في انتشار المستشفيات العمومية، بحيث كان النظام الصحي من مهام الدول تجاه مواطنيها مثله مثل الأمن، والدفاع والعدالة، وإقبال غالبية المرضى عليها - لاسيما في الجزائر حيث لازالت إلى اليوم تدعّم

<sup>1</sup> انظر نص المادة 108 من ق.م. ج: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك ما مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، انظر كذلك نص المادة 109 من ق.م. ج: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"، المقابلتين لهما المادتين 145 و146 من ق.م. مصري والمادة 222 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

<sup>2</sup> حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 82.

إلى حدّ ما العلاج المجاني -دون حاجة لإبرام اتفاق ينظّم العلاقة بين المريض والطبيب حيث يجد المريض نفسه غالبا نتيجة ظروف معينة بين يدي طبيب موظف، في وضع لائحي تنظيمي لا يعرفه ولا يناقشه.

إنّ المسؤولية التقصيرية هي الإخلال بالتزام قانوني يفرض على أي شخص الامتناع عن الاضرار بالغير عمدا (الجريمة) او خطأ (شبه الجريمة)، إمّا ان تكون ناتجة عن الاعمال الشخصية حسب المادة 124 من ق.م.ج، او عن فعل الغير كالملتزم بالرقابة ومسؤولية المتبوع عن اعمال التابع حسب المواد 134، 136، 137 او ناتجة عن استعمال الأشياء حسب المواد 138، 139، 140 من ذات القانون.

فالمسؤولية التقصيرية بشكل عام، تقوم على الاخلال بالتزام قانوني ثابت هو التزام بعدم الاضرار بالغير، حيث تنشأ خارج دائرة العقد ويكون مصدر الالتزام فيها هو القانون، فاذا سلك الطبيب سلوك يسبب ضرر للمريض تقوم مسؤوليته ويلتزم بالتعويض ولتوضيح ذلك علينا بتبيان النشأة التقصيرية للمسؤولية الطبية وحجج القائلين بها فرع أول ثم شروط اعتبار مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تقصيرية في فرع ثاني.

## الفرع الأول

### نشأة الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية وحجج القائلين بها

تاريخيا، الخطأ الطبي أول ما نشأ في إطار المسؤولية المدنية للطبيب نشأ تقصيرا إذ كانت مهنة الطبيب من المهن النبيلة التي لا يمارسها إلا الطبقة الراقية عند الرومان، ومن ثمّ لم يكن مستساغا ان تنزل هذه الطبقة لإبرام عقد العلاج مع العامة من الناس، وبالتالي لم يكن الخطأ الطبي إن وجد إلا ذو طبيعة تقصيرية، ومنه اخذ الفقه الفرنسي تلك النظرة غير ان تطبيقها في المجال الطبي كان متأخرا نوعا ما لعدّة أسباب سنوردها لاحقا.

### أولا: نشأة الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية

نشير في البداية، أنه في بداية القرن التاسع عشر ظهر في فرنسا تيار قوي يدافع عن

الأطباء بطريقة مغال فيها، مفادها عدم مساءلة الأطباء عن الخطأ الطبي، على اعتبار أنّ التطور العلمي واطمئنان الأطباء لا يتحقق إلا بإخراجهم من نطاق المسؤولية المدنية عن أفعالهم المهنية، ذلك أنّ مساءلتهم تعرقل البحث العلمي، وتقوض حماس الأطباء في البحث عن أفضل سبل العلاج والشفاء كما أوضحنا ذلك سابقا.

وقد كان من المتحمسين للدفاع عن هذه الفكرة آنذاك، هي الأكاديمية الطبية الفرنسية، حيث أعلنت في تقرير لها بتاريخ 29 سبتمبر 1829م<sup>1</sup> أنّ الأطباء يتلقون عن مرضاهم تفويضا غير محدود، وأنّ الفن الطبي لا يمكن أن يكون ناجعا ومثمرا للمرضى إلاّ بناء على هذا الأساس، وأنّ الطبيب كالقاضي لا يسأل عن الأخطاء التي يقترفها بحسن نية، بل إنّ الضمان الوحيد للمريض يكمن في ضمير الطبيب وأخلاقه، وبالتالي لا يسأل إلاّ في حالات نادرة يثبت فيها الغش أو التدليس أو خيانة الأمانة ونتيجة ذلك وعلاوة على الأسباب السابقة تم الأخذ بالمسؤولية التقصيرية في بداية الامر

في هذا الصدد، تجدر الإشارة الى أنّ اول قرار وتطبيق للمسؤولية الطبية كان في فرنسا بتاريخ 18/06/1835، وتأثرت به غالبية التشريعات العربية كالقانون المصري واللبناني والجزائري ووصل الأمر بالفقهاء إلى حدّ القول أنّ المسؤولية التقصيرية هي الأصل<sup>2</sup> وكان ذلك بمناسبة قضية قوين Guigne.

تتمحور هذه القضية في أنّ السيد قوين رفع دعوى قضائية ضد طبيبه Thouret بسبب بتر ذراعه الأيمن نتيجة خطأ الأخير في قطع الشريان العضدي Artère Humérale حيث قضت المحكمة بمسؤولية الطبيب تقصيريا والذي أيدته محكمة الاستئناف، وحين عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسي ارتكزت مرافعة محامي الطبيب الأستاذ Mérieux على مبدأ اللأعقاب الطبي في غياب النص المتعلق بمسؤولية الطبيب principe

<sup>1</sup> سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها المرجع السابق، ص 375، 376.

<sup>2</sup> علي فيلاي، الالتزامات - العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية لفنون الطب، الجزائر، 2000، ص 22، وأنظر كذلك غنيمة خيار لحلو، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، 2018، ص 205.

d'impunité médicale وأنّ الطبيب في ممارسة وظيفته لا يخضع في وصفاته واوامره وعملياته الجراحية المتعلقة بفنه لأيّة مسؤولية.

في حين ارتكزت مرافعة المحامي العام الأستاذ Dupin على ضرورة حماية صحة المجتمع بأكمله وأنّ بعض الأعمال الطبية تندرج تحت الإهمال غير المغتفر وتضرر بالمجتمع، مصرحاً بأنّه: " لا يمكننا في أي حال التصريح بعدم مسؤولية المهني، رجل الفن دون تعريض باقي المجتمع للخطر".

« Qu'on ne pourrait proclamer en péril cas, l'irresponsabilité de l'homme de l'art, sans mettre en péril le reste de la société ».

وتمّ الأخذ بتقريره وأصدرت المحكمة قرارها الشهير في 18/06/1835 الذي أنهى جدل اللآعقاب للأطباء ومؤكدا على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب كسائر المهنيين تطبيقاً لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، المقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري والمادة 163 من القانون المدني المصري، الأمر الذي دفع بكثير من الدول من خلال التشريع والقضاء إلى ضبط معالم المسؤولية الطبية ذات الطبيعة التقصيرية وتنظيم أصولها ومسائلها.

تأسيساً على ما سبق، تتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية لاحقاً، مؤكّدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء، وأنّ هذه المسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني عام هو وجوب عدم الإضرار بالغير، حيث قضت بأن المادتين 1382 ق.م.فرنسي والمادة 1383 ق.م.ف تنطبقان على أي خطأ لأي شخص سبب ضرراً للغير أيا كان مركزه أو مهنته، وأنّه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء<sup>1</sup>.

علاوة على ذلك، فقد استمر القضاء الفرنسي قرناً كاملاً من الزمن على هذا المنوال، أي من سنة 1835 إلى غاية عام 1936 مؤسساً مسؤولية الأطباء على أساس الخطأ التقصيري مستخدماً في تبرير ذلك ذات التعابير الخاصة بالخطأ والإهمال والرعونة، وقد سار على

<sup>1</sup> محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، ص 90، 91.

خطاه غالبية القضاء العربي، كالقضاء الجزائري والمصري واللبناني وغيرهم.

جدير بالذكر أنّ ننوه، أنّ المشرع الفرنسي عالج أحكام المسؤولية التقصيرية في الفصل الثاني من القانون المدني في المواد 1382-1386، في حين نظم المشرع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية في المواد 124-140 مدني في الفصل الثالث من الباب الأول تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض.

إنّ هذا التوجه التقصيري في تكييف وتحديد طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية، قد استمرّ ردحا من الزمن يدافع عنه كل من الفقه والقضاء، محاولا في ذلك تعزيز هذا الاتجاه، وتكريس وجهة نظرهم بجملة من الحجج والمبررات.

### ثانيا: حجج أنصار المسؤولية التقصيرية

أورد القائلون بالمسؤولية التقصيرية عدة حجج نقتصر على ذكر أهمها وهي:

1. أن المهنة الطبية ذات صبغة فنية، حيث أن جوهر عمل الطبيب يقوم على احترام قواعد وأصول مهنته ومراعاة وازع الضمير، سواء ارتبط في ذلك بعقد مع المريض أم لم يرتبط لاسيما وأن غالبية أخطاء الأطباء هي أخطاء فنية مهنية خارجة عن إطار العقد<sup>1</sup>، ولعلّ الدليل على ذلك أن القاضي لا يبحث عن النية المشتركة للطبيب والمريض في تقدير مدى الإخلال بالالتزام، وإنما يلجأ إلى الخبرة لمعرفة مدى توافق عمل الطبيب ومدى التزامه بالأصول الفنية لمهنة الطب.

2. إنّ قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام، لاسيما في المجال الطبي إذ يتعلق الأمر بالمساس بالسلامة الجسدية للأشخاص ومساسا بمصالح المجتمع والنظام العام، ومن ثمّ فهذه القواعد تركز أكثر حماية للمريض المضرور من المسؤولية العقدية، لاسيما عند غشّ الطبيب أو تدليسه، ممّا يسمح للمريض بالحصول على تعويض كامل دون أن يتعرض لقيود تعقيدات المسؤولية التعاقدية، فكلّ هذه الاعتبارات تجرنا إلى إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية وليس قواعد المسؤولية العقدية، إذ أنّ العقد لا يبرر المساس بما هو من النظام العام، ولا يبيح عملا لم يجزه القانون ولم يأذن به.

<sup>1</sup> سعد سالم عبد الكريم العالي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 1994، ص 100.

3. أنّ خطأ الطبيب أو الجراح قد يؤدي إلى وفاة المريض أو إلى المساس بسلامته الجسدية وفي كلتا الحالتين يكون الأمر جريمة جنائية، الأمر الذي يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني، وحتى إن وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه فإنّ الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي<sup>1</sup>، تغليباً للناحية الجنائية في الموضوع<sup>2</sup>.

4. لما كان التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية، فإنّ الأمر يستتبع ألا تكون المسؤولية الطبية إلا تقصيرية، على أساس أن المريض يقع عليه عبء إثبات تخلف العناية المبذولة من جانب الطبيب.

إنّ هذا الاتجاه الذي كان يشكل القضاء السواد الأعظم منه، قد تمسك بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية حيناً من الدهر، مكرّساً توجهه هذا بالحجج والمبررات المختلفة، والتي أوردنا بعضاً منها آنفاً، واضعاً بذلك وبشكل جلي وواضح أركان هذه المسؤولية المتمثلة في صيغتها التقصيرية وجاءت تطبيقاتها مكرّسة لذلك كما سنوضحه في هذا الفرع الموالي.

## الفرع الثاني

### شروط اعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية

إذا كانت المسؤولية الطبية المدنية وضعت في إطار استقر عليه القضاء الفرنسي بعد سنة 1936 و تواترت التطبيقات القضائية المقارنة، و منها العربية على أنها مسؤولية عقدية بموجب قرار محكمة النقض الفرنسي في قرارها الشهير المسمى قرار "مرسييه" بتاريخ 1936/05/20 كما أوضحنا سابقاً، فإنّ هناك حالات تطبيقية تظهر فيها بصورة جلية المسؤولية التقصيرية، كغياب العقد الطبي بين الطبيب والمريض بصفة عامة<sup>3</sup>، كيفما كانت طبيعة أو صورة هذا الغياب لسبب يتعلق بالمريض أو بالطبيب، أو بطبيعة العلاقة القائمة

<sup>1</sup> محمود التريك، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة 1988، ص 82.

<sup>2</sup> أبا بكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان (الأردن)، 2002، ص 127.

<sup>3</sup> رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 1999 ص 200.

بين الطبيب والمستشفى الذي يعالج فيه المريض، وتفصيل ذلك كما يلي:

### أولاً: حالة انعدام قدرة المريض عن التعبير عن إرادته

هناك حالات معينة، قد يصعب فيها أو يستحيل الحصول على موافقة المريض للعلاج كالحالة التي يتم فيها إحضاره على جناح السرعة للطبيب نتيجة إصابته بحادث مرور فاقدا للوعي، أو في حالة الغرق، أو في حالة زلزال أو في حالة الحروب بحيث تستدعي حالته إسعافه طبيا بشكل فوري وعاجل، دون انتظار حصول الطبيب على موافقة المريض أو ذويه، وهذا ما نصت عليه المادة 09 و المادة 44 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 1276/92<sup>1</sup> فإذا أصاب المريض ضرر اثناء أو بعد تدخل الطبيب المسعف نتيجة خطأ طبي تثور مسؤولية الطبيب التقصيرية، والحال نفسه بالنسبة للطبيب المدرسي إذا أدى تدخله لمعالجة أحد الأطفال وإلحاق الضرر به فعندئذ يمكن لوليّه مطالبة الطبيب بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية وذلك لانتهاء العلاقة العقدية بينه وبين الطبيب.

والواضح من خلال الحالات المذكورة أعلاه والتي يقدم فيها الطبيب على تقديم العلاج في الحالات الاستعجالية<sup>2</sup>، فطبيعة المسؤولية المترتبة لن تكون إلا تقصيرية، ولا يغير من ذلك أن يكون تدخل الطبيب لإسعاف المريض، قد تمّ بناء على دعوة الجمهور، مادام أن هذا الأخير ليست له الصفة في تمثيله<sup>3</sup>، إذ إنّ تدخل الطبيب هنا قد تمّ بناء على أمر القانون.

### ثانياً: حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب، المرجع السابق.

<sup>2</sup> طبقا لما نصت عليه المادة 344 من قانون الصحة 11/18 المرجع السابق: "غير أنه في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معدٍ، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة". وكذا المادتين 09 و 44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب الجزائري، المرجع السابق، إذ تنص المادة 09: "على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري".

<sup>3</sup> 148. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 82.

إن تطور الطب تماشياً مع متطلبات المجتمع أدى إلى أن يصبح مفهوم الصحة من النظام العام، وكان لذلك أثر في تقييد حرية الطبيب في ممارسة مهنته، إذ أقيمت عليه واجبات مستمدة من أنسنة المهنة ونبذ رسالتها، للتخفيف من المعاناة وتقديم المساعدة للأفراد في حالة الخطر ومعاقبته إذا امتنع عن ذلك وهذا ما نصت عليه المواد 06، 07، 09 والمادة 44 من المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة أخلاقيات المهنة الطبية<sup>1</sup>، والمادة 182 لاسيما الفقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم<sup>2</sup> سالف الذكر، فالأمر هنا يتعلق بجنة مما يقتضي تطبيق المسؤولية التقصيرية.

### ثالثاً: حالة مباشرة الطبيب لعمله في مستشفى عمومي

إن دراسة المسؤولية الطبية في المرافق الصحية العمومية، يؤدي بنا حتماً إلى التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، ومفهوم تبعية الطبيب والإشراف عنه وتوجيهه، فالمريض يتعامل مع شخص معنوي لا يكون لديه خيار لاختيار طبيبه، ومناقشة العقد الطبي وذلك إن الطبيب موظف في وضعية لأئحية وتنظيمية يؤدي خدمة عمومية، ومن ثم لا تكون مسؤوليته الطبية إلا تقصيرية.

وعلى هذا الأساس تعتبر علاقة الطبيب بالمريض في مستشفى عمومي علاقة غير مباشرة تفترض وجود علاقة مباشرة بين المريض والمستشفى العام<sup>3</sup>، ولذلك فإن حقوق والتزامات كل من الطبيب والمريض تتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي يديره المستشفى.

وجدير بالإشارة أن ننبه إلى أن الأمر يختلف بالنسبة لمسؤولية المستشفى الخاص أو العيادة الطبية (clinique)، حيث يحكم العلاقة القائمة بينه وبين المريض عقد الاستشفاء

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

<sup>2</sup> الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المؤرخ في 08-06-1966، الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> محمد محي الدين ابراهيم سيد، أحكام مساءلة المتبوع عن خطأ التابع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق - جامعة المنوفية، مصر، العدد التاسع، السنة الخامسة، أبريل 1996، ص 265، 266.

المنعقد بينهما، إذ أن مسؤوليته هي عقدية سواء وقع الخطأ بسبب المستخدمين فيه من أطباء وممرضين وغيرهم أو وقع من المستشفى الخاص مباشرة كسوء في المراقبة أو الإهمال في الإشراف أو نحوه.<sup>1</sup>

إنّ هذا التوجه في تحديد طبيعة الأخطاء المرتكبة من قبل أطباء المستشفيات العمومية واعتبار المسؤولية المترتبة عنها تقصيرية، كرّسه غالبية القضاء، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات لها<sup>2</sup> بمسؤولية المستشفيات التقصيرية نتيجة أخطاء ارتكبتها الأطباء الممارسون فيها، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بنفس التوجه بخصوص مسؤولية المستشفيات العمومية.

من جهتها قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه: " لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلاّ على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشترط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحت مسؤولية طبيب المستشفى في دائرة المسؤولية التعاقدية "

أمّا بالنسبة للقضاء الجزائري، فرغم قلة الأحكام المدنية المترتبة عن الخطأ الطبي، إلاّ أنه يمكن تصنيف مسؤولية المستشفيات العمومية ضمن المسؤولية التقصيرية، حيث قضت العديد من أحكامه بمسؤولية المستشفى نتيجة إهماله وعدم متابعة المريض ومراقبة حالته.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Pierre Sargos: La doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité. Responsabilité civile et assurances, Editions juris classeur, Hors- série, (juillet-août) 1999, Paris, p 36, Voir aussi Hubert Goutel, La responsabilité des cliniques, responsabilité civile et assurances, Editions juris- classeur, (juillet-août) 1999, Paris, p 27.

وانظر، حسام الدين كامل الأهواني، مسؤولية الطبيب العقدية عن فعل الغير، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004 ص 390.

<sup>2</sup> Cass. 1 civ : 08/06/1994, inédit polyclinique Bordeaux Nord c/ cts Fonteneau, Hors-série (juillet-août) 1999 Paris, p 30. Cass. 1 civ : 07/07/1998, clinique du parc. Hors-série (juillet-août) 1999, Paris, p.33.

<sup>3</sup> M.M. Hannouz et A.R. Hakem: op.cit. p 145.

في هذا الصدد قضى مجلس الدولة في قرار حديث له بمسؤولية المستشفى عن خطأ ارتكبته الممرضة في تلقيح فتاة صغيرة، أدى بها إلى إجراء عملية جراحية على كتفها الأيمن<sup>1</sup>. كما جاء في قرار آخر لمجلس الدولة صادر بتاريخ 2003/06/03 بين القطاع الصحي بعين ولمان ولاية سطيف (المستأنف) وبين ورثة ص.ب (المستأنف عليهم) الذي أيد قرار مجلس قضاء سطيف في 1999/12/06 و القاضي بتأييد حكم محكمة عين ولمان إذ جاء في حيثياته: "حيث ان المستأنف يتمسك بان الممرضين لم يرتكبا أي خطأ بما انهما استفادا من حكم البراءة من طرف محكمة عين ولمان و أيده قرار مجلس قضاء سطيف و ان معهد باستور بالجزائر العاصمة هو الذي ارتكب خطأ بوضع مادة لها نفس لون الماء المقطر في قارورات وضعت في علبة مخصصة لمحاربة داء الكلب غير ان غياب المسؤولية الجزائية للمرضين لا يمكنه اعفاءهما من خطأ يتمثل في الخدمة إذ ان من الثابت استعمال قارورة لقاح لا تحمل أي إشارة بخصوص طبيعتها ولا نوعيتها وصلاحيتها في محلول مع لقاح يسلمه معهد باستور يعتبر خطأ من الممرضين و حيث ان الأخطاء المرتكبة من طرفهما في أداء مهمتهما تشكل إهمال في سير المصلحة الاستشفائية العمومية والتي تقيم المسؤولية التقصيرية للمرفق العام حيث أن قضاة الدرجة الأولى أصابوا لما ألقوا المسؤولية على مستشفى عين ولمان".

كما قضى مجلس الدولة كذلك في قرار حديث بمسؤولية المرفق الصحي العام (المستشفى) عن خطأ ارتكبه طبيب الأشعة، أدى إلى بتر ساعد اليد اليمنى للضحية، حيث جاء فيه: "أنه من مبدأ القانون أن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق الاستشفائي بتعويض المتضرر ويحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلوس) ضد (م م ومن معه)، ن.ق، العدد 2008، ص 413.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة، 2006/11/29، ملف رقم 26678، قضية (س.م.ب.ن ومن معه) ضد (المركز الاستشفائي الجامعي لمستشفى بتيزي وزو)، ن.ق العدد 63، 2008 ص 398.

إنّ ما يمكن استخلاصه من كل ذلك أن توجه القضاء في هذا الصدد يبدو في اعتبار مسؤولية المرافق الصحية عن أخطاء الأطباء المزاولين في المستشفيات العمومية، من قبيل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه<sup>1</sup>، بعد أن ثبت قدرة الإدارة على إصدار التعليمات للأطباء في عملهم الذي يزاولونه لحسابها ويخضعون في تنفيذه لرقابة وتوجيه من ينوبون عنها، بل ولا يلزم لقيام التبعية أن تجتمع للمتبوع (المستشفى) سلطة الإشراف الفني والإداري على التابع (الطبيب)، إذ يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه<sup>2</sup>. في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المستشفى التقصيرية عن خطأ الطبيب، قد تتعد بصفة أصلية متى انتفى خطأ الطبيب وثبت خطأ المستشفى وحده، أو متى استغرق خطأ المستشفى خطأ الطبيب، كما قد تتعد مسؤوليتهما بحسب نسبة خطأ كل واحد منهما وإن كان المريض قد رفع الدعوى ضد المستشفى، إذ قد يرجع المستشفى لاحقاً على الطبيب بنصيبه في التعويض متى ثبت خطؤه<sup>3</sup>، غير أن ذلك نادر التطبيق على أرض الواقع.

#### رابعاً: حالات بطلان العقد

تتمثل هذه الحالات متى كان عقد العلاج باطلا لسبب من الأسباب، كما لو تخلف أحد أركانه أو شرط من شروط صحة محله أو سببه، ومن أمثلة تلك الحالات، أن يقوم الطبيب بإجراء تدخل جراحي للمريض دون موافقته ورضائه، وخاصة بالنسبة للأحوال التي يشترط فيها موافقة صريحة من المريض، كنقل الأعضاء البشرية أو زراعتها، أو القيام بعمليات التلقيح الاصطناعي، أو إجراء عملية جراحية خطيرة تتطلب موافقة كتابية صريحة من المريض.

<sup>1</sup> نجيب خلف أحمد، مسؤولية المستشفى العام عن أخطاء أطبائه، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد 21 2006، العراق، ص 240 وما بعدها.

<sup>2</sup> محمود خيال، خطأ التابع والجمع بين المسؤوليات عن فعل الغير، دراسة قضائية، كلية الحقوق بني سويف، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص 27 25.

<sup>3</sup> Patrice Jourdain, La responsabilité du médecin du fait d'autrui, responsabilité civile et assurances Editions du juris- classeur, Hors- série (juillet - août) 1999, Paris, p 17 et 18.

علاوة على ذلك قد تتوافر حالات أخرى متى كان سبب العقد الطبي مخالفا للنظام العام والآداب العامة، كأن يقوم الطبيب مثلا بإجراء عملية جراحية لامرأة لإزالة مبيض التناسل دون أدنى حاجة أو ضرورة تدعو لذلك، مثلما يتعاقد الطبيب مع المريض من أجل تجارب طبية على مرضه، دون أن يكون دافعه البحث عن علاج مناسب لرفع المرض عنه أو حتى التخفيف منه.

يبدو واضحا مما سبق أنه متى كان العقد الطبي باطلا، استلزم قيام مسؤولية الطبيب التقصيرية، لانعدام الأساس العقدي الذي تبنى عليه.

### خامسا: رفع دعوى التعويض أمام القضاء الجزائري

استقر الاجتهاد القضائي في فرنسا، على أنه إذا اتخذ المتضرر من خطأ طبي من نفسه مدعيا شخصا أمام القضاء الجزائري و طالب بالتعويض، فإن الطبيب في مثل هذه الحالة قد يكون مسؤولا، ومن ثم يلزم بدفع التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، المنصوص عليها في المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، في حالة ثبوت الخطأ، ذلك أنّ القاضي في مثل هذه الحال يقرر إصلاح ضرر ناجم عن جنحة و ليس عن عدم تنفيذ عقد كما أن غياب الخطأ الجزائري غير القصدي بمفهوم المادة 121-3 من قانون العقوبات الفرنسي لا يشكّل مانعا من رفع الدعوى أمام المحاكم المدنية بقصد الحصول على التعويض على أساس المادة 1383 من القانون المدني الفرنسي أو تطبيقا لنص المادة L-452-1 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي وهذا ما نصت عليه المادة 1-4 من

قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي رقم 647/2000 المؤرخ في 2000/07/10 بنصها:

Article 4-1 du code de procédures pénales français: « l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal, ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles, afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie en application de l'article L452-1 du code de sécurité sociale ».

على هذا الأساس أدانت محكمة باتنة طبيبا جراحا متعاقدا للمداومات مع القطاع الصحي بنقلوس بعقوبة الحبس النافذ لمدة ستة أشهر طبقا للمادة 288 من قانون العقوبات الجزائري والتعويض لذوي الضحية المتوفاة بمبلغ 600.000 دينار جزائري بسبب نسيانه قطعة قماش في بطنها بعد إجراء عملية جراحية لاستئصال ورم في رحمها في شهر أبريل 1999، أدى إلى وفاتها<sup>1</sup> بسبب الإهمال.

علاوة على ذلك قضت محكمة النقض المصرية في اجتهاد لها: " أنّ المشرع خصّ المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلاً منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى، وجعل كلاً من المسؤوليتين في نطاق محدّد، وعليه فلا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية إذا توافرت المسؤولية العقدية التي يرتبط الضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام المسؤولية العقدية من إهدار لبند العقد، ما لم يثبت ضد أحد طرفي العقد أن الفعل الذي ارتكبه أدى إلى الإضرار بالطرف الآخر، يشكل جريمة جنائية أو يعد غشاً أو خطأ جسيماً، مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيساً على أنه أخل بالتزام قانوني"<sup>2</sup>.

#### سادسا: حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن تدخل الطبيب

هناك حالات معينة ينجم عنها تدخل المريض بإصابة الغير، كإهمال طبيب الأمراض العقلية رعاية مريض عقلي يتسبب في إصابة الغير بأذى أو يقوم الطبيب بتحرير شهادة طبية مخالفة للحقيقة ينتج عنها ضرر للغير.

#### سابعا: حالة مطالبة الغير بالتعويض استنادا للحق الشخصي غير الناشئ عن العقد

لا شك أنه لو أقيمت الدعوى من قبل الخلف العام ضد الطبيب لا بصفتهم كورثة، وإنما بصفتهم الشخصية، حيث يمتنع الاستناد إلى العقد، ونفس الأمر فيما لو كانت الدعوى قد

<sup>1</sup> حكم محكمة باتنة 2001/03/13، قضية ضد مستشفى نقاوس، باتنة، جريدة الخبر اليومية، العدد رقم 2001/03/19 ص 12.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض المصرية 1968/04/26، مجموعة أحكام النقض المدنية السنة 19، ص 68، 69.

أقيمت من قبل أقارب المريض من غير ورثته، أو من قبل الغير الذي أصابه الضرر نتيجة خطأ الطبيب، ففي مثل هذه الحالات تتعقد مسؤولية الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية<sup>1</sup>.

إنّ ما يمكن أن نخلص إليه أنّ الخطأ التقصيري، كان أول أساس بنيت عليه قواعد المسؤولية الطبية، ولازال يشغل حيزا كبيرا ضمن منظومة المسؤولية المدنية، لأنّه يمنح حماية أكبر للمريض في التعويض وسهولة الإثبات، رغم تطور قواعد المسؤولية الطبية، وهذا سعيا لتكريس حماية أكبر للمرضى كطرف ضعيف أمام التدخلات الطبية وهذا ما سنحاول توضيحه في الفصل الثاني من خلال قيام المسؤولية المدنية للطبيب في مبحثين نتعرض في الأول إلى الأساس التقليدي لقيام المسؤولية الطبية وأركانها الثلاثة ثم في مبحث ثاني إلى منحى الاتجاه الحديث لقيام المسؤولية الطبية.

---

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998، ص 755.

# الفصل الثاني

قيام المسؤولية المدنية للطبيب

في ظل

الأساس التقليدي والاتجاه الحديث

إن قواعد المسؤولية الطبية شهدت تطور ملحوظ، ولم تستقر مبادئها إلى الآن حيث اتسع نطاقها بشكل كبير، واقترن بالتطور العلمي الهائل في الاختراعات والأجهزة والمعدات الطبية ووسائل العلاج الحديثة، موازاة مع ذلك ارتفاع وتيرة الأضرار الجسمانية ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل بدأت في الظهور عقود أخرى والتزامات يصعب حصرها كالاتزام بالسلامة وغيرها، وحدثت محاولات عديدة لزعة أركان المسؤولية المدنية بدءاً بالخطأ، مثل التعويض على أساس الضرر، ولو بدون خطأ وما إلى غير ذلك من مستجدات حديثة، مما طرح مشكلة طبيعة الدعاوي المرفوعة، فهل ترفع على أساس دعاوي تقصيرية أم عقدية، اضم إلى ذلك ظهور أنظمة جديدة لا تعترف بتصنيف المسؤولية إلى عقدية وتقصيرية، مثلما هو الحال في مسؤولية المنتج حسب المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، والمسؤولية الطبية في التشريع الفرنسي في قانون 2002/03/04 حيث أخضعها المشرع لتنظيم قانوني واحد سواء كانت مدنية أو إدارية.

كما أثارت المسؤولية المدنية للطبيب بكافة فروع العمل، سواء من قبل الطبيب العام، أو الاختصاصي، أو جراح الاسنان، أو الصيدلي الكثير من الجدل في ساحات القضاء، تزامنا مع تزايد الأخطاء الطبية وكذا الدعاوي المتعلقة بها مقارنة بالسنوات الماضية نظرا لكثرة الإهمال في المستشفيات العامة وإضفاء الصبغة التجارية والمادية على المهنة الطبية.

ولعل أهم ما يبرز المسؤولية المدنية للطبيب هي طبيعة الخطأ، من حيث مجالاته وصوره، إذ تبرز أهميته كأساس لها من خلال قيمته التي تعني بوجه عام، تحمل الطبيب المخطئ عاقبة الفعل الضار الذي قام به، وخروجه عما تأمر به قواعد القانون والأعراف المهنية أو

الاتفاق، اذ راعت غالبية التشريعات الحديثة واجتهادات القضاء ركن الخطأ واعتبرته أساس للمسؤولية الطبية تقوم عليه وتنتفي لغيابه.

غير أن هذا الركن تزعرع وبدأ يتقهقر، نتيجة ضغط الفقه والقضاء المقارن، والبحث عن أساس آخر تقوم عليه المسؤولية الطبية، يكون أخف وطأة من الخطأ الطبي الذي كثيرا ما يصعب إثباته من المريض كطرف ضعيف، والمقصود بالخطأ محل البحث هنا هو الخطأ المدني لتمييزه عن الخطأ الجنائي الذي سنتطرق اليه لاحقا في الباب الثاني عند دراسة المسؤولية الجزائية للطبيب، وهذا ما سنحاول تبينه من خلال مبحثين، خصصنا المبحث الأول لقيام مسؤولية الطبيب المدنية وأركانها، والاتجاه الحديث لقيامها على أساس الخطأ المهني أو دون خطأ في مبحث ثاني.

## المبحث الأول

### أركان المسؤولية المدنية للطبيب

#### في ظل الأساس التقليدي

إن مسؤولية الطبيب منذ ما يزيد عن قرن من الزمن، ما فتئت تتذبذب بين قطبين أحدهما شخصي مبني على فكرة الخطأ المنسوب للطبيب شخصا، والآخر مادي مرجعه فكرة تحمل التبعة على أساس الأفعال المرتكبة من قبل المساعدين والمرضى أو تلك التي تمتد إلى مختلف الأضرار الناجمة عن الأشياء كالألات والتجهيزات الطبية.

ومهما يكن من أمر، فالمسؤولية المدنية بوجه عام هي تحمّل عاقبة الفعل الضار الذي قام به الشخص، سواء كان بخروجه عمّا تأمر به قواعد الأخلاق، أو خروجا عما يأمر به القانون، فتكون المسؤولية في الحالة الأولى أخلاقية وفي الثانية قانونية<sup>1</sup>، وقد راعت غالبية التشريعات الحديثة قواعد المسؤولية المدنية بأركانها الثلاثة، الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية

<sup>1</sup> حسن على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول (الضرر)، شركة التايمز للطباعة والنشر المساهمة بغداد، 1991، ص 04.

وأولتها العناية والاهتمام، بدءا بالقانون المدني الفرنسي، حيث اعتبر الخطأ أساسا للمسؤولية في نص المادة 1382<sup>1</sup> والتي تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري والمادة 163 من القانون المدني المصري على أن: " كل فعل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وهذا ما سنحاول معالجته في هذا المبحث من خلال تبيان أركان المسؤولية بدءا بالخطأ والضرر وعلاقة السببية (مطلب أول) ثم قيامها بصفة شخصية وتبعية عن الغير والأجهزة الطبية في (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

### أركان المسؤولية المدنية للطبيب

ترتكز المسؤولية المدنية بوجه عام والطبية بشكل خاص، عقدية كانت ام تقصيرية على ثلاثة اركان أساسية، وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال فرعين نخصص الفرع الأول لماهية الخطأ اما الفرع الثاني فنخصصه للضرر وعلاقة السببية.

### الفرع الأول

#### ماهية الخطأ

ظل الخطأ مرتبطا بالمسؤولية رغم تعرضه لهزات عديدة ومحاولات النيل منه بحجة قصوره وعدم كفايته كأساس لها.

ولا شك أن الخطأ الطبي رغم ما انفرد به وتميز، هو أنه أحد صور الخطأ في المسؤولية المدنية عموما، ولا يبتعد كثيرا ان لم نقل أحد أوجه أو صور الخطأ في مجال المسؤولية المدنية الطبية، باعتبار أن مسؤولية الطبيب في عدم التقيد بالالتزامات والقواعد والأصول

<sup>1</sup> « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel, il est arrivé, à le réparer ».

الطبية التي تفرضها عليه مهنته<sup>1</sup>، ما هي إلا إحدى تطبيقات أوجه المسؤولية المدنية في بوجه عام.

جدير بالذكر، أنّ مفهوم الخطأ يشكل أحد المشكلات الدقيقة للغاية في قانون المسؤولية المدنية، باعتباره فكرة أخلاقية غير محددة ومضبوطة<sup>2</sup>، من حيث نشأتها ومصدرها، حيث أنّ استخلاص وصياغة مبدأ عام للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، لم تتم إلا في القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه "دوما" Domat متأثراً بالقانون الكنيسي، الذي أعطى لفكرة الخطأ كل أهمية، وأكد أن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية، بحيث أن الشخص الذي يتصرف دون خطأ لا يلتزم بتعويض الأضرار الناتجة عن هذا الفعل، وبالنتيجة فإنّ الشخص يجد نفسه مدفوعاً إلى التصرف بأقصى درجة ممكنة من العناية والحذر، كي يكون في مأمن من عبء التعويض.

وقد تبنى واضعوا قانون نابليون في فرنسا ما توصل إليه الفقيه دوما، وصاغوا المادتين 1382 و 1383، والتي تقابلهما المادة 124 ق.م.ج والمادة 163 ق.م.مصري، بل أبعد من ذلك توسع القضاء الفرنسي في مفهوم الخطأ بجعله مفترضا تارة، وخطأ غير قابل لإثبات العكس تارة أخرى، كما يقيم المسؤولية عن فعل الأشياء دون حاجة لإثبات هذا الخطأ في أحيان أخرى.

### أولاً: تعريف الخطأ الطبي

الخطأ هو إخلال الفرد بالتزام يقع عليه بوجوب تنفيذه قانوناً أو اتفاقاً، إذ ينظر إليه من زاوية الإضرار بالفرد، ومن زاوية الإخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد، والجزاء فيه

<sup>1</sup> Geneviève Duflos, La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, Librairie malouines, Paris, 1937, p 25

علي مصباح إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجزائرية، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 526.

<sup>2</sup> أيمن إبراهيم عبد الخالق العشاوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس مصر، 1998، ص 19.

يتمثل في إصلاح ذلك التوازن الذي اختل بما يقضي به من تعويض، وعليه، يتوجب علينا تبيان تعريفه في كل من الفقه والتشريع والقضاء.

### 1- تعريف الخطأ الطبي في الفقه

الخطأ الطبي في تعريف الفقه هو " تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول".  
كما يعتبر خطأ طبيًا "إخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة" وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان تسبب في الإضرار بمريضه.

حيث عرفه الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol) بأنه: " إخلال بالتزام سابق "la faute est un manquement à une obligation préexistante"<sup>1</sup>، بعدم الإضرار بالغير تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو الأشياء<sup>2</sup>، في حين عرفه الأستاذ ايمانويل ليجي Emmanuel Leghi بأنه: " إخلال بالثقة المشروعة"<sup>3</sup>، أمّا الفقيه سافاتي Savatier فعرفه بأنه: " إخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يستبينه وأن يلتزم به"<sup>4</sup>، وقد حاول الدكتور أنور سلطان إعطاء تعريف للخطأ بقوله: " هو انحراف في سلوك الشخص مع إدراكه لهذا الانحراف"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2000, p 48

وانظر كذلك، عبد الحكيم فوده التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998، ص 28.

<sup>2</sup> علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر 1998، ص 146.

<sup>3</sup> محمود زكي شمس المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، مؤسسة غور للطباعة، دمشق 1999، ص 23.

<sup>4</sup> Savatier. René, Traité de responsabilité civile, tome 1, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, 1962, p 13.

<sup>5</sup> أنور سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام (المصادر للالتزام)، دار المطبوعات، الجامعية، مصر، 1998 ص 323.

Philippe le Tourneau, La responsabilité Civile Professionnelle, Ed. Economica, Paris, 1995, p 12.

ويبدو أن أنسب وصف لتعريف الخطأ هو: "إخلال بالتزام قانوني بأن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي"<sup>1</sup>، حيث يتضح من خلال ذلك أنّ الخطأ هو إخلال بواجب عام كعدم الإضرار بالغير، في نطاق المسؤولية التقصيرية أو إخلال بواجب خاص تجاه اشخاص، كعدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية في نطاق المسؤولية العقدية.

ومهما يكن من أمر، فإذا كان التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، كإجراء التحاليل الطبية أو فيما يتعلق بنقل الدم والسوائل الأخرى، وكذا فيما يتعلق باستعمال الأجهزة والمعدات الطبية ففي هذه الأحوال وأمثالها يقوم الخطأ الطبي عند عدم تحقق النتيجة ذاتها، ولا يستطيع المسؤول أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية الكاملة، إذ ذلك لا يجديه نفعا إلا إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور.

غير أنه إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاما ببذل عناية، فإنّ الخطأ لا يثبت في حق المسؤول إلا إذا قام المضرور بإثبات أن المدين لم يبذل العناية الكاملة في ذلك، وإن كانت المسؤولية عقدية أصلا.

من جهة أخرى، إذا كان الالتزام الملقى على عاتق المسؤول التزاما بالضمان، كما هو الحال مثلا في التزام الطبيب بضمان سلامة المريض من العدوى داخل المستشفيات والعيادات<sup>2</sup> Infections nosocomiales، أو الالتزام بضمان سلامة المنتجات الطبية والمواد الصيدلانية<sup>3</sup> وغيرها، فإنّ القاضي في مثل هذه الأحوال في غنى عن بحث وجود ركن الخطأ

<sup>1</sup> أنور طلبية، المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 08.

<sup>2</sup> Cass. 1 civ, 25/02/1997, Responsabilité civile et assurances, Edition du juris - classeur, Hors-série (juillet -aout 1999), Paris, p 09 et voir aussi,

Cass. 1 civ, 29/01/1999. Voir, Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, responsabilité civile et assurances, Edition du juris - classeur, Hors-série (juillet-août 1999), Paris, p 06.

<sup>3</sup> M. Tourneur et autre Contrat médical, concurrence, consommation, Edition du juris, classeur, janvier 2001, Paris, p 13.

من عدمه، إذ لا يستطيع المسؤول أن ينفي عن نفسه المسؤولية حتى ولو أثبت السبب الأجنبي باعتبار أنّ الاتفاق أو القانون هو مصدر الالتزام بالتعويض<sup>1</sup>.

## 2- تعريف الخطأ الطبي في التشريع

لم تتعرض أغلب التشريعات لتعريف الخطأ وتركت ذلك للفقهاء الذي لم يستقر هو الآخر على تعريف معين ومحدد لفكرة الخطأ<sup>2</sup>، إلا أنّ ذلك لا يعني أنّ المشرع لم يحاول الإشارة إليه وهو بصدد التعرض لأركان المسؤولية المدنية.

في هذا الصدد، أشار المشرع الفرنسي إلى ركن الخطأ في المادة 1382 سالف الذكر والمقابلة للمادة 124 من ق.م.ج، والمادة 1383 من ق.م.ف، وتمّ تأكيد ذلك في قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة المذكور آنفاً، حيث أضيفت مواد ومنها المادة 1-1142 L<sup>3</sup> والتي تنص على أنّه " . باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤولياتهم على عيب في مادة أو منتج صحي، لا يسأل محترفو الصحة، وكذلك كل مؤسسة، مصلحة، أو هيئة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية والتشخيص أو العلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلا في حالة الخطأ<sup>4</sup> .

<sup>1</sup> محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 108.

<sup>2</sup> محمد فاتحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، مكتبة الرشد، الجزائر، 2007، ص 88.

<sup>3</sup> Art L1142-1 al 1 du C.S.P.F dispose que « Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute »

<sup>4</sup> Cour d'appel de Nîmes audience publique du 06/11/2007 : « En vertu des dispositions de l'article 1142-1 du Code de la santé publique, il résulte que la mise en cause de la responsabilité du praticien pour un acte de diagnostic ou un acte de soin nécessite une faute commise par lui, un préjudice causé au patient et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. Dès lors, la patiente ne peut engager la responsabilité médicale du praticien, étant donné que le préjudice qu'elle subit ne résulte pas d'une faute de ce dernier » vous pouvez consulter l'arrêt sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017701333&fastReqId=385641010&fastPos=20>

- Cass. Civ 1èreCh. 03/06/2010.Pourvoi N° : 09-66752 : « hors le cas où sa responsabilité est encourue en raison d'un défaut de produit de santé, le médecin n'est tenu de répondre des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Qu'il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver que le médecin n'a pas apporté des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science à la date des soins » Consultez l'arrêt sur le lien suivant :

أما المشرع الليبي جاء بذكر الخطأ الطبي في نص المادة 23 منه: "تترتب المسؤولية الطبية عن كل خطأ ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضررا للغير، ويعتبر خطأ مهنيا كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانات المتاحة، ويعد نشوء الضرر قرينة على ارتكاب الخطأ أو الإخلال بالالتزام".

من جانبه نص المشرع الجزائري على الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية والجزاء المترتب عنه، في المادتين 1353<sup>1</sup> والمادة 413 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر والمادة 124 ق.م.ج، بنصها " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض." وكذا المادة 125 من ذات القانون.

### 3- تعريف الخطأ الطبي في القضاء

كان لاجتهاد القضائي باع طويل في إعطاء تعريف للخطأ الطبي وتحديد معالمه فقد جاء في قرار مرسيه Arrêt Mercier الشهير لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 بأن: " الطبيب يكون مخطئا إذا كانت العناية التي بذلها تخالف الحقائق العلمية الحالية"<sup>2</sup> من جهتها لخصت محكمة النقض المصرية في حكم لها مفاده، أن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>3</sup>.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1>

<sup>1</sup> 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 عجزا دائما ويعرض الحياة للخطر أو يتسبب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

<sup>2</sup> Cass. Civ, 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors-série, (juillet-août 1999), Paris, p 07

<sup>3</sup> عبد المعيد لطفى جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتب للنشر القاهرة، 1979، ص19.

في حين حدّد القضاء الليبي مفهوم الخطأ بقوله: " إن عناصر الخطأ التي توجب المسؤولية الطبية في حق التابعين للمدعى عليهما قد توافرت، والمتمثلة في عدم اتخاذ الطبيب الذي أجرى العملية ومساعديه الحيطة والحذر اللازمين، وعدم مراعاة الأصول العلمية المستقرة في مهنة الطب، من حرص ودراية"<sup>1</sup>.

من جانب للقضاء الجزائري، فقد أورد الاجتهاد القضائي عدة تعريفات، تركز في معظمها على خروج الطبيب عن أصول مهنة الطب ومقتضياتها، وتقصيره في بذل العناية اللازمة وإهماله أو انحرافه، إذ جاء في قرار للمحكمة العليا: " أنه من المقرر قانوناً أن كل إهمال أو عدم انتباه أو عدم مراعاة للأنظمة يفضي إلى القتل الخطأ، يعرض صاحبه للمسؤولية الجزائية ومتى ثبت أنّ خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية، وتوافرت العلاقة السببية بينهما استناداً لتقرير الخبرة".

### ثانياً: إثبات الخطأ

إنّ الإثبات يقصد به إقامة الدليل أمام القضاء عن الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعى عليه، وأهميته البالغة تنبع من توقف نتيجة الدعوى عليه، إذ متى استلزم الأمر أن يثبت المريض خطأ الطبيب ولم يستطع ذلك فلا مسؤولية على هذا الأخير، وكذلك إذا استطاع الطبيب نفي ادعاء المريض بوجود خطأ من جانبه فإنّه يتخلص من المسؤولية.

ففي هذا الصدد، وإلى وقت قريب، كان القضاء الفرنسي قد استقرّ على جعل عبء الإثبات على عاتق المريض، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّه لما كان العقد الطبي لا يولد التزاماً بتحقيق نتيجة، إنّما فقط التزاماً ببذل عناية، فإنّه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب.

ولا شك أنّ معظم التشريعات تتفق على قاعدة تكليف الخصم الذي يدّعي أمراً معيناً بإقامة الدليل على ما يدعيه، وإلا اعتبر ادعاؤه غير مؤسس مما يقتضي رفضه وهو ما نص

<sup>1</sup> سعد سالم عبد الكريم العالي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 1994، ص 121، 122.

عليه المشرع الجزائري في المادة 323<sup>1</sup> من ق.م.ج، المعدل والمتمم، فإذا كان المريض بحسب الأصل هو المدّعي بخطأ الطبيب المعالج، فعليه عبء إثبات ما يدعيه، رغم أن هذا العبء لا يعني تحمله إلى نهاية النزاع<sup>2</sup>، إذ يمكن تبادله وتقله بين الخصوم، لما يتمتع به القاضي من سلطة تمكنه من تخفيف هذا العبء ونقله من خصم لآخر.

كما لا تؤثر طبيعة مسؤولية الطبيب عقدية كانت أم تقصيرية، في تحديد من يقع عليه عبء إثبات الخطأ، بقدر ما يؤثر في ذلك طبيعة التزام الطبيب، إذ متى اعتبر التزام الطبيب التزاما ببذل عناية بمقتضى العقد أو اللوائح<sup>3</sup> وهو الأصل، وبما ينطوي على ذلك من صعوبات كثيرة تثقل كاهل المريض في الإثبات، فإنّه يقع على هذا الأخير عبء إثبات خطأ الطبيب بإقامة الدليل على إهماله أو انحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة مقارنة مع السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه وجد في نفس ظروفه الخارجية، بينما متى اعتبر التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة في حالات استثنائية كما رأينا سابقا، فالعبء ينتقل على عاتق الطبيب بإثبات أنّ مرد ذلك بسبب القوة القاهرة أو خطأ المريض، وعليه فلا يسأل الطبيب عن عدم الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة، تلك العناية الوجدانية اليقظة المطابقة للحقائق والمعطيات العلمية<sup>4</sup>،

غير أن مسألة عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، قد عرفت انحرافا في مواطن عدّة، حيث انتقل هذا الأخير من المريض إلى الطبيب في كثير من الحالات بسبب صعوبة إثبات الخطأ الطبي وضياع حق المريض في التعويض في كثير من الأحيان نتيجة عجزه

<sup>1</sup> تنص المادة 323 من ق.م.ج على ما يلي " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

<sup>2</sup> محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1987 ص154.

<sup>3</sup> قرار مجلس قضاء قسنطينة، غرفة الاتهام، بتاريخ: 2001/11/26 قضية (ب.ف) ضد الطبيب (د.م)، ملف رقم 297062، حيث جاء فيه: " أن الطبيب مطلوب منه بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وما دام قد بذل عنايته المطلوبة فإنه لم يرتكب أي خطأ مهني".

<sup>4</sup> نص المادة 45 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة المعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين ". والمادتين 46 و47 من نفس المرسوم.

عن إثبات ما يدعيه من خطأ الطبيب، كما افترض الخطأ مباشرة في ذمة الطبيب بمجرد إصابة المريض بضرر في مواطن أخرى.

وهنا يثور الاشكال بشأن جدية وقدرة المريض على إثبات خطأ الطبيب، إذ يشكل ذلك عبئاً حقيقياً على عاتق المريض<sup>1</sup>، باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة التي تربطه بالطبيب كونه في وضع صحي ونفسي متدهور وسيئ، لا يسمح له في كثير من الأحيان بإقامة الدعوى ومتابعتها في مواجهة الطبيب، فضلاً عن ذلك جهله للكثير من المعطيات الطبية والأساليب العلاجية والأصول العلمية الطبية، بل ربما قد يكون فاقداً للوعي أثناء وقوع الخطأ الطبي، الأمر الذي دفع بالقضاء، وإدراكاً منه لصعوبة إثبات الخطأ الطبي، ورغبة في مساعدة المرضى المتضررين، إلى السعي لإدخال تعديلات جوهرية فيما يتعلق بعبء وكيفية إثبات الخطأ الطبي.

في هذا الصدد، حدث تغيير مفاجئ لمحكمة النقض الفرنسية بنقلها عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب، في قرار صادر بتاريخ 1997/02/25 إثر قضية Hedreul التي تتلخص وقائعها إلى لجوء السيد Hedreul، إلى طبيبه بسبب أوجاع حادة في المعدة فأعلمه الطبيب بأن حالته تتطلب تدخل جراحي لاستئصال بعض الأورام، غير أنه بعد العملية أصيب المريض بثقب في أمعائه، وعندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية قررت مبدأً جديداً مفاده، أن عبء الإثبات يقع على الطبيب طبقاً لنص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي وجاء في حيثيات قرارها: " لَمَّا كان على عاتق الطبيب التزام خاص في مواجهة مريضه وأنه ملزم بإثبات تنفيذه لهذا الالتزام فإنه ينبغي معه القول أن محكمة الاستئناف قد خالفت النص المشار إليه"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> قرار محكمة استئناف جبل لبنان رقم 80 الصادر بتاريخ 1987/10/08، الغرفة الرابعة، المستشار القضائي، موسوعة الأحكام القضائية، دار الكتاب الإلكتروني، لبنان، بدون تاريخ، ص 117.

<sup>2</sup> مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 285.

فكل تلك الصعوبات تحول في الواقع دون استعداد المريض المسبق بحصوله على دليل يمكنه الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب، ذلك أن القاضي يتعين عليه أن يستخلص الخطأ الطبي المتمثل في الخروج عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم من كافة عناصر الدعوى، دون أن يصل به المقام إلى الخوض في النظريات العلمية<sup>1</sup> كما يتعين عليه أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء المتخصصين<sup>2</sup>، رغم أن الفقه لا يخفي قلقه ومخاوفه من هذا الطريق أيضا وينبهه إلى ما قد يلجأ إليه الخبراء في الطب من محاولات لتغطية أخطاء زملائهم أو تبرير مسلكهم<sup>3</sup> على أساس الزمالة والتضامن المهني.

في هذا السياق كرسّ المشرع الجزائري إجراء الخبرة في عدة نصوص قانونية منها قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم من خلال المواد من 143<sup>4</sup> إلى 156، والمادة 126 وما بعدها إلى المادة 145 من ق.إ.م.إ. المعدل والمتمم سالف الذكر، وكذا المواد من 95 إلى 99 من مدونة أخلاقيات الطب، إضافة إلى بعض النصوص ذات الصلة في قانون الصحة 11/18 المشار إليه آنفا، في مادته 157 والمادة 178.

فالخبرة الطبية عمل فني يتمثل في تقديم الرأي والمشورة إلى القضاء بمناسبة نزاع متعلق بعمل طبي<sup>5</sup>، وتعرف عموما بأنها إجراء يهدف لاستغلال معارف تقني لتوضيح تساؤل ما حيث أن الحل يتطلب كفاءة تقنية لا تتوافر في القاضي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 64.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا بتاريخ 2002/02/13، ملف رقم 273529، قضية (ف ب) ضد (بين ومن معها)، م. ق، العدد الثاني، 2003، ص 289 291، حيث جاء فيه " أن المرض العقلي الذي يمنع التصرف القانوني يثبت بخبرة طبية فنية تكون صادرة عن طبيب مختص أو بوسائل علمية.

<sup>3</sup> مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004، ص 108.

Voir aussi : Boussof- Hamana Naziha : L'expertise en matière de responsabilité médicale, Revue "science humaines", n° 13, Juin 2000, université Mentouri- Constantine (Algérie), p 07, 08.

<sup>4</sup> تنص المادة 143 ق.إ.ج: " يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر أو يندب خبير أو أكثر لإبداء رأيه في مسألة فنية اما من تلقاء نفسه وإما بناء على طلب من النيابة أو من أحد الخصوم في الدعوى ".

<sup>5</sup> Gérard Creusot, Dommage corporel et expertise médicale, librairie médicale, France, 1989, p 01.

<sup>6</sup> Boussof Hamana Naziha, op.cit., p 07.

وقد عرفت المادة 195 من مدونة أخلاقيات الطب الخبرة والدور الذي يلعبه الطبيب الخبير في تنوير القضاء وتقدير وإثبات خطأ طبيب آخر. إن ما نخلص إليه أن تكليف المريض ضحية الخطأ الطبي، بإقامة الدليل على ما يدعيه يشكل مشقة حقيقية له، نظرا للمعطيات العلمية التي يجهلها وبالنتيجة يضيع حقه في التعويض لذلك حاول القضاء تلمس طرق الحد من هذا العبء المكلف به المضرور أصلا في تحول جريء منه في هذا المجال، وهو ما سنبحثه لاحقا.

## الفرع الثاني

### الضرر وعلاقة السببية

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية للطبيب ان يقع خطأ، وانما ينبغي ان يلحق بالطرف الآخر (المريض) من جراء هذا الخطأ ضرر، يتمثل في الإخلال بمصلحة مشروعة له، والضرر هو الركن الثاني للمسؤولية بوجه عام وشرط لقيامها سواء كانت عقدية، أم تقصيرية، أو مهنية، كما يجب ان تقوم علاقة سببية بين الخطأ الطبي والضرر أي ان يكون خطأ الطبيب هو السبب الذي أدى الى وقوع الضرر للمريض وهذا ما سنوضحه من خلال عنصرين نخصص الأول لركن الضرر والثاني لعلاقة السببية.

### أولاً: الضرر

يقصد بالضرر وفقا للقواعد العامة، المساس بمصلحة مشروعة للمضرور، أو أذى يصيب حق من حقوقه<sup>2</sup>، ولا يشترط ان يكون هذا الحق مسبوغ بحماية قانونية، بل يكفي ان يمس الضرر بمصلحة مشروعة غير مخالفة للقانون، كما هو الحال في مصلحة المعالين من قبل

<sup>1</sup> المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب: "تعد الخبرة الطبية عملا يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

<sup>2</sup> علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000، ص 244.

الشخص المضرور دون إلزام قانوني، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك<sup>1</sup>.

في هذا الصدد يرى جانب من الفقه، ولاسيما القضاء الحديث أنّ الضرر هو الركن الأول الأساسي للمسؤولية المدنية ولا وجود لها بدونه وعلى هذا الأساس، يمكننا تعريف الضرر في المجال الطبي بأنه ذلك الأذى الذي يصيب المريض في نفسه أو ماله أو شعوره نتيجة عمل الطبيب غير المعتاد.

غني عن البيان أنّه وخلافاً للقواعد العامة، لا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب، فالالتزام بالعلاج يعدّ أساساً التزاماً ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، إذ رغم حدوث الضرر يمكن ألا تقوم مسؤولية الطبيب، إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال أو أي خطأ من جانبه، أو حتى إدارة المستشفى أو العيادة الخاصة باستثناء بعض الحالات التي يكون فيها وقوع الضرر قرينة بسيطة على وجود الخطأ، وهي تلك الحالات التي يكون فيها التزام الطبيب التزاماً بسلامة الأدوات المستعملة وتعقيمها، وكذا عمليات نقل الدم وانتقال العدوى داخل المستشفيات، وهوما يتفق وصريح العبارة لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، التي تقيم المسؤولية على ركني الخطأ والضرر، وعلاقة السببية، فالضرر هو بصفة عامة في المجال الطبي نوعان ضرر مادي وضرر أدبي أو معنوي.

### 1- نوعا الضرر في المسؤولية الطبية المدنية

لقد أشارت المواد 47، 124-140 مكرر 1، والمواد 175-187 من القانون المدني بصفة عامة إلى الخطأ والضرر والتعويض عنه وعلاقة السببية، أضف إلى ذلك المواد 01 فقرة 1 والمادة 02، والمادة 03 فقرة 4 من ق.إ.ج بنصها: "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائرية".

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، دم.ج، الجزائر 1999، ص 143.

في هذا الصدد نذكر أن هناك عدة تقسيمات للضرر، ضرر محقق، وضرر محتمل، ضرر مباشر، وضرر غير مباشر، ضرر شخصي، ضرر مرتد، غير أنه يبقى التقسيم الثنائي للضرر مادي وأدبي أهم تقسيم لاسيما في المجال الطبي.

#### أ- الضرر المادي **Dommage matériel**

هو الضرر الذي يصيب الشخص في جسده أو ماله أو الاخلال بمصلحة ذات قيمة مالية مشروعة.

ففي المجال الطبي يتمثل الضرر المادي في المساس بجسم المريض وإصابته بإحداث عاهة دائمة، أو مؤقتة بإضعاف بنيته نتيجة خطأ من الطبيب، يترتب عنه خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج، وفي إضعاف قدرته على الكسب، أو القتل الخطأ.

ومعلوم أن الضرر الذي يشمل التعويض يتضمن عنصرين كما نصت على ذلك المادة 182 من ق.م.ج سالف الذكر، وهما ما لحق المريض المضرور من خسارة وما فاته من كسب، فمتى تسبب الطبيب بخطئه في إلحاق ضرر بالمريض، كعاهة مثلا أو زيادة نفقات العلاج مثل الأدوية وأتعاب الطبيب وغيرها، كان ذلك خسارة للمريض وجب تعويضه عنها كما أن المريض لو أصيب بعاهة ما، أو لازم الفراش مدة طويلة نتيجة خطأ طبي دون عمل أو كسب لأولاده وأسرته، كان ذلك ضررا واضحا فيما فاته من كسب وجب تعويضه عنه.

#### ب- الضرر المعنوي **Dommage moral**

الضرر المعنوي هو الضرر الذي لا يطل بشيء من كيان الشخص المادي، بل يصيب عواطفه وأحاسيسه ومشاعره كآلامه النفسية، حين يصاب بتشوهات أو عجز في وظائف جسمه تسبب له حسرة وشعور بالإحباط.

في هذا الصدد نشير إلى أنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي، بعدما كان في البداية يعوض عن الضرر الأدبي لعائلة المتوفي، مثل الزوج أو أحد الوالدين أو الأبناء، قبل بالتعويض بتاريخ 1989/02/09 عن الضرر الأدبي الذي يصيب حتى أقارب المضرور في حالة

الاعتداء الجسدي المفضي إلى عاهة دائمة<sup>1</sup>، حيث يصاب الأهل بضرر أكبر من الضرر نفسه، ضرر يتجدد لهم كل يوم وهم يرون قريبتهم يتألم أمامهم جسدياً ونفسياً، والمحاكم الفرنسية تميز هنا، بين نوعين من الضرر المعنوي في هذه الحالة، الضرر الذي ينجم عنه آثار عاطفية ونفسية كالحزن والكآبة والقلق *préjudice d'affection*، وضرر المصاحبة والمرافقة أو ما يسمى *préjudice d'accompagnement* وهو الضرر الذي يسبق التغيرات التي تطرأ على الحياة اليومية، كالحرمان من الحياة العاطفية والجنسية، تغيير الحياة الزوجية بسبب شخص مرافق في البيت اقعدته العاهة الدائمة، والذي يكون محل تعويض بمقتضى المادة 1382 المقابلة للمادة 124 من ق.م.ج إذا كانت المسؤولية ذات طبيعة تقصيرية و المادة 1147 من ق.م.ف، والتي تقابلها المادة 176<sup>2</sup> من ق.م.ج في حالة العقدية، من جانب الفقه والقضاء المصريين استقر الرأي لديهما كذلك على جواز التعويض بمقتضى المادة 222 من القانون المدني المصري.

أما المشرع الجزائري أجاز هو الآخر بصريح النص على التعويض عن مثل هذا الضرر المعنوي في تعديله الجديد للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 سنة 2005، في المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

غير أنه وخلاف لغالبية التشريعات العربية، قيّد المشرع الجزائري الحالات التي يشملها التعويض والناشئة عن الضرر المعنوي في ثلاث حالات وهي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة، في محاولة للتضييق من الأضرار الأدبية التي تجوز المساءلة عنها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> M. Bourrie Quenillet, le préjudice moral des proches d'une victime J.C.P 1998, P186, Paris.

<sup>2</sup> المادة 176: "إذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر في تنفيذ التزامه"

<sup>3</sup> نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص في حد ذاتها على تعويض الضرر بصفة عامة وشاملة دون تحديد لطبيعته سواء مادياً أو معنوياً، أنظر كذلك المادة 47 والمادة 48 من ذات القانون اللتان تجيزان التعويض عن الضرر الناتج عن الاعتداء غير المشروع على حق من الحقوق الملازمة للشخص، وأنظر كذلك نص المادة 375 من نفس القانون التي تجيز التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة لكلا الطرفين.

كما أن هناك عدة حالات في المجال الطبي للتعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيب المرضى، منها حالة إجراء تجارب طبية دون رضا المريض أو موافقته وبغير قصد العلاج، ففي هذه الحالة على سبيل المثال لا الحصر فالطبيب الذي يجري تجارب طبية على شخص مريض أو حتى سليم، دون أن يكون غرضه علاجي يساهم في شفاء المريض من جهة، ودون موافقة مستتيرة ورضا حر من هذا المريض من جهة أخرى، تجعل من الأضرار مادية كانت أو أدبية، والناجمة عن هذه التجارب موجبة للتعويض، وفقا لما نصت عليه المادة 386 من قانون الصحة 11/18، أو حالة إفشاء سر من أسرار حالة المريض الصحية مما يمس بشرف الإنسان وسمعته، لذا حرصت مختلف الشرائع والتشريعات على حفظ الأسرار وكتمتها، وفي هذا الإطار جرم المشرع الجزائري في نص المادة 301 فقرة 1 ق.ع.ج<sup>1</sup> المعدل والمتمم إفشاء أسرار المرضى من قبل الأسرة الطبية، كما أن المواد من 36 إلى 41 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة اخلاق الطب ألزمت كل طبيب أو جراح أسنان بحفظ أسرار المرضى.

## 2- شروط الضرر

هناك مجموعة من الشروط الخاصة التي يجب توافرها في الضرر الطبي لكي يتمكن المريض من المطالبة بالتعويض.

### أ- أن يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة أو حق للمريض

الضرر المالي هو كل إخلال بالمصلحة المالية، فالمساس بجسم الانسان واصابته بضرر يترتب عليه بالتأكيد خسارة مالية، من نفقات علاج، أو نفقات محاولة إصلاح ذلك الضرر اللاحق بالمريض أو التخفيف منه، ولاشك أن خطأ الطبيب الذي أصاب جسم المريض يعتبر قد مس حقا من أثن الحقوق الأساسية في الحياة، كما أن إتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، أو

<sup>1</sup> الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر. عدد 49 بتاريخ 11/06/1966 المعدل والمتمم.

يكبده نفقات العلاج وقد يصيب الضرر شخصا آخر بالارتداد ، ويطلق عليه مصطلح الضرر المرتد كما لو أصيب شخص في حادث ما أقعده عن القيام بعمله، وبالتالي يحول دون الإنفاق على من يعولهم، فلهؤلاء الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي، وهذا التعويض مستقل تمام عما يطالب به الشخص العائل من إصلاح مما أصيب هو به من ضرر.

فيكون للضرر المرتد كيان مستقل عن الضرر الأصلي، ويترتب على هذا أنه يمكن لمن أصابه ضرر مرتد المطالبة بالتعويض عنه، حتى لو اتخذت الضحية موقفا سلبيا من حقها في التعويض عن الضرر الذي أصابها أو تنازلت عنه<sup>1</sup>.

فإذا توفيت الضحية المعيلة لأشخاص آخرين، دون أن تكون قد طالبت بحقها في التعويض فإنّ هذا الحق ينتقل إلى ورثتها من بعدها، فيجتمع لديهم هذا الحق مع ما لحق بهم من ضرر مرتد بسبب حادث معيلهم، إلا إذا كانت الضحية قد تنازلت عنه حال حياتها فيبقى لهم الحق في التعويض عن الضرر المرتد الذي لحق بهم، وما يقضي به من تعويض لا يعتبر تركه، فلا يقسم بين الورثة<sup>2</sup>، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 14/04/1982<sup>3</sup> حيث جاء في حيثياته: "إن تعويض ذوي الحقوق لا يعتبر إرثا لأن الإرث هو ما خلفه المورث من أموال كان قد جمعها حال حياته، أما التعويض عن الأضرار فهو يعطي لكل من تضرر من الحادث ولو كان غير وارث".

ف وفاة المريض ضرر أصابه في حياته، ونتيجة هذا الضرر (الوفاة) أصيب أشخاص آخرون كزوجة المريض المتوفى وأولاده بضرر يتمثل في حرمانهم من نفقة المريض الذي كلن يعيلهم.

<sup>1</sup> عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1984، ص 340.

<sup>2</sup> حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 430.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا رقم 24770، الصادر بتاريخ 14/04/1984، المجلة القضائية، العدد 1، 1985، ص 153.

كما قد يكون الضرر إخلال بمصلحة مالية لشخص آخر بالتبعية<sup>1</sup>، كأن يصاب نتيجة خطأ طبي أحد العاملين بشركة ما بضرر يقعه عن العمل وعن الكسب، فيستحق مكافأة أو راتباً مقطوعاً من عند الشركة، فيكون مرتكب الخطأ الطبي قد أصاب الشركة في مصلحة مالية لها يجعلها مسؤولة اتجاه المصاب عن مكافأة أو دفع راتب مقطوع له.

### ب- أن يكون الضرر محققاً

يكون الضرر محققاً، أي محقق وأكد الوقوع سواء آجلاً أم عاجلاً، كالحروق الناجمة عن تعريض جسم المريض للأشعة، والتي تبدو في أول وهلة هينة وخفيفة، سرعان ما يترتب عنها ضرر جسماني في المستقبل<sup>2</sup>.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضت به المحكمة العليا من ضرورة تحقق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وألا يكون افتراضياً أو احتمالياً<sup>3</sup>.

جدير بالذكر ونحن بصدد تناول شرط تحقق الضرر، أن نبين من جهة أن هذا الضرر المستقبلي يختلف عن الضرر المحتمل (Dommage éventuel) الذي لا يمكن التحقق من وقوعه أو عدم وقوعه، وبناء على ذلك لا يعتبر ضرراً محققاً ما يستند إليه مثلاً الوالدان من حرمانهما من كسب ولدهما الشاب المتوفى أثناء عملية جراحية بسبب حقنه بالتخدير ذلك أنه ولو طال عمر هذا الولد قد يحتمل إهماله لوالديه، أو أن يصاب بعاهة ما أو قد يموت بسبب آخر، وعليه فالاحتمال هذا قد يقع وقد لا يقع، وعليه فهذا النوع من التعويض لا ينبغي أن يكون محلاً للتعويض بحسب قرار المحكمة العليا سالف الذكر.

في هذا الصدد نشير من ناحية أخرى إلى مسألة غاية في الأهمية وهي التمييز بين الضرر المحتمل وبين تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، ففي إطار ما يسمى

<sup>1</sup> محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة مصر، 1993، من 272.

<sup>2</sup> Jean Penneau, La responsabilité médicale, op.cit., p 104.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا، 1985/11/27، ملف رقم 41783، م. ق، العدد 01، 1990، ص 43، وانظر كذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1989/02/28، ملف رقم 58012 م. ق، العدد 07، 1992، ص 14.

بتفويت الفرصة التي خلقها القضاء الفرنسي *La perte de chance*، وهي حالة حرمان الشخص من فرصة كان من المحتمل ان تعود عليه بالكسب كحرمان المريض من فرصة الحياة نتيجة خطأ طبي إثر عملية جراحية فاشلة أدت إلى وفاته، ففي بادئ الامر كانت المحاكم الفرنسية لا تعوض عن فوات الفرصة، إذ كانت تسوي بينها وبين الضرر الاحتمالي ولكنها عدلت بعدئذ عن ذلك وقررت وجوب التعويض وهذا ما سنوضحه.

### 3- تفويت فرصة الشفاء ومكانتها في تحديد معالم جديدة في المسؤولية الطبية

يقصد بتفويت الفرصة لدى الفقه القانوني " أنها أمر لا يتعلق إلا بحادث مستقبلي غير مؤكد التحقق لا ينتج عن سلوك الضحية"<sup>1</sup>.

إن مفهوم تفويت الفرصة يعتبر جديدا في الميدان الطبي في فرنسا إذ يعود إلى تاريخ 1965 /12/14 والتي تتلخص وقائعها في إصابة طفل في يده اليمنى، يدعى Pierre على إثر سقوطه، ولم يكتشف الأطباء خلع مفصل الكوع إلا بعد مدة، من طرف طبيب آخر وبعد رفع الدعوى من طرف والدي الطفل وعرض القضية على محكمة النقض، قضت له ولوالديه بالتعويض على أساس تفويت فرصة الشفاء.

وفي قرار آخر لذات المحكمة، قضى لأقارب المضرور بعاهة دائمة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي اصابهم<sup>2</sup>، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن خسارة الفرصة بعد ذاتها تشكل ضررا، حيث جاء في القرار " أن الضرر قد ينشأ من مجرد فعل كانت معه الفرصة قائمة ثم ضاعت، وأن الضرر ليس في الوفاة إنما في إضاعة الفرصة"<sup>3</sup>.

وقضت أيضا في حكم حديث آخر لها بتاريخ 2004/12/17 بالتعويض عن تفويت فرصة الشفاء لمريض، كان يعاني من تلف أو موت لخلايا الجلد والعضلات الناجم عن

<sup>1</sup> Angelo Castelletta, Responsabilité médicale- Droit des malades-, Dalloz, Paris, 2002, p 87. Voir aussi, Gérard Mémeteau, Perte de chance et responsabilité médicale, Gaz. Pal, n° spécial" Droit de la santé", Paris, 24-25/10/1997, p 22.

<sup>2</sup> M. Bourrie Quenillet, le préjudice moral des proches d'une victime J.C.P 1998, P186, Paris

وانظر كذلك عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية على الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص142.

<sup>3</sup> « Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue ».

تصلّب أو تحجّر أوردته وشرابين ساقه نتيجة لحقنة سببت له تصلبا وتلفا في خلايا الجلد والعضلات.

في هذا الصدد، نشير إلى القرار الشهير الذي أثار ضجة إعلامية وقانونية والمعروف بقرار بيروش "L'arrêt Perruche"<sup>1</sup> الصادر بتاريخ 2000/11/17، المتعلق بتفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة، وقبل ذلك نشير الى أنّ القانون الفرنسي يعطي للمرأة الحامل رخصة اللجوء للإجهاض الاختياري في حالتين.

الحالة الأولى تتعلق بحالة الضيق أو ما يطلق عليه Situation de détresse، ويتمّ فيها الإجهاض قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر وفقا لقانون 588/2001، وتستقل بتقديرها هي وحدها دون معقب من أي شخص ولو كان والد الجنين التي تحمله في احشائها. أمّا الحالة الثانية، فتتعلق بالإجهاض لأسباب طبية وعلاجية، أو احتمال ولادة جنين مصاب بتشوهات أو عاهة شديدة، وورد النص على هذه الحالة من حالات الإجهاض الاختياري، في المادة 1-2213 من ق.م.ف، بصياغتها الجديدة وفقا لقانون 2001/06/04، بنصها على أنّ: "إنهاء الحمل اختياريًا يمكن أن يحدث في أي وقت من بدء الحمل، إذ أثبتت التقارير الطبية أن مواصلة الحمل يمكن أن يعرض صحة السيدة الحامل للخطر الشديد، أو أنّ هناك احتمالًا كبيرًا في أن يولد الجنين مصابًا بعاهة شديدة الخطورة استقر الرأي الطبي أن لا سبيل لعلاجها وفقا للمتعرف عليه وقت التشخيص".

وهذه الطائفة تختلف عن سابقتها، في أنّه لا يشترط أن يتمّ الإجهاض قبل مضي 12 أسبوعًا من بدء الحمل، بل يمكن أن يتمّ في أي وقت، كما أنه يتطلّب مشورة طبية، حيث يتمّ اللجوء سواء إلى رأي لجنة طبية، أو أبحاث وتحاليل مختبرية لمعرفة ما إذا كان الحمل

<sup>1</sup> Catherine Caillé : Commentaire de cassation, assemblée plénière du 17/11/2000, Revue générale de droit médical, no 95, 2000, France, p 69.

Voir aussi Dennouni Hadjira, L'arrêt Perruche et les perspectives de la responsabilité médicale, Revue semestrielle, Editée par le laboratoire de droit prive fondamental, Faculté de droit, « Etudes Juridiques », Université Abou Bekr Belkaid - Tlemcen, n° 01, décembre 2004, p 01 - 22.

Voir aussi, Denis Salas : L'arrêt perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu, Recueil Dalloz- Hors-Série justices, Mai 2001, France, p 14-20.

يشكل خطورة على حياة الأم الحامل، أو أنّ الجنين يحمل من الجينات المورثة ما قد يوحى بولادته معاقا أو مصابا بمرض وراثي لا يرجى شفاؤه<sup>1</sup>.

وتتلخص وقائع قضية Perruche، أنّ السيدة "بيريش"، انتقل إليها مرض الحصبة La rubéole والتي كانت يحتمل كونها حامل، فلجأت إلى الطبيب الذي أكد لها الحمل، وطلب منها إجراء تحاليل مخبرية للبحث عن مضادات المرض Anticorps rubéole ونظرا لوجود تناقض في نتيجة التحليلين اللذين أجرتهما، تمّ إجراء تحليل المراقبة Analyse de contrôle من طرف مخبر التحاليل، ظهرت فيه نتيجة إيجابية ووجود نسبة 6/1 من مضادات المرض، ما يدل على أنّ السيدة بيروش Perruche محصّنة ضد هذا المرض فليس هناك احتمال تحقق خطر إعاقة الجنين، وبالتالي لا داعي لإسقاط الجنين، لذلك أنجبت السيدة بيروش Perruche بعد 08 أشهر ولدا مصابا بإعاقة جسيمة نتجت عن الحصبة الألمانية الوراثية، انتقلت إليها أثناء فترة الحمل.

قام الزوج "بيروش" برفع دعوى قضائية ضد الطبيب ومخبر التحاليل، هدفت إلى تعويض الضرر الخاص الذي لحقهما بصفة شخصية، وبهدف جبر الأضرار التي لحقت طفلهما الذي ولد معاقا.

فقد حكمت محكمة أول درجة Evry سنة 1993 بمسؤولية الطبيب ومخبر التحاليل عن الأخطاء المرتكبة، لكن محكمة استئناف باريس<sup>2</sup> عدّلت هذا الحكم، برفض تعويض الولد Nicolas Perruche بحجة أنّ الضرر اللاحق به، لا تربط بينه وبين الأخطاء المرتكبة علاقة سببية على سند أن: "الضرر الذي يعاني منه الطفل (نيكولا) لا تربطه علاقة مباشرة بالأخطاء التي وقعت من جانب الطبيب ومخبر التحاليل، وأنّ الإصابة التي لحقت به يكمن

<sup>1</sup> BONNINGUES (Virginie), naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit privé, université de Lille III, droit et de la santé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2001, P 58.

<sup>2</sup> Cour d'appel de Paris 17/12/1993.

سببها الجوهري والوحيد في فيروس الحصبة الألمانية، الذي انتقل إليه من أمه وهو ما يزال جنينا في رحمها"<sup>1</sup>.

وعندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية على إثر الطعن بالنقض المرفوع من قبل الزوج بيروش Perruche ضد قرار محكمة استئناف باريس بحجة أن هذه الأخيرة استبعدت رابطة السببية بين الضرر اللاحق بطفلها وبين الأخطاء المرتكبة، قرّرت في 26/03/1996<sup>2</sup> بإلغاء قرار الاستئناف، استنادا للمادة 1147 من ق.م.ف ، وجاء في أسباب الحكم " أنه من الثابت أن الوالدين قد أبدا رغبتيهما في اللجوء إلى الإجهاض الاختياري، إذ ثبت إصابة الأم بالحصبة الألمانية، وأن الأخطاء التي وقع فيها الطبيب ومخبر التحاليل، قد أوجدت لديهما اعتقادا زائفا أن لدى الأم مناعة من الإصابة من جراء إصابة والدته بالحصبة الألمانية حال كونها حامل به".

وعندما نظرت الدعوى من جديد أمام محكمة استئناف أورليان في 05/02/1999<sup>3</sup> رفضت هذه المحكمة الخضوع لوجهة نظر محكمة النقض على أساس أن: "الطفل لا يعاني من أضرار قابلة للتعويض ترتبط بعلاقة سببية مباشرة مع الأخطاء التي ارتكبتها الطبيب ومخبر التحاليل".

وهكذا نُظرت القضية مرة أخرى أمام محكمة النقض، ومنعقدة انعقادا في شكل هيئة عامة نظرا لتمرد محاكم الاستئناف و تصدّت للقضية، وألغت هذه الأحكام، استنادا هذه المرة إلى المادتين 1165 و1382 من ق.م.فرنسي، وجاء في قرارها الشهير سالف الذكر، المؤرخ في 17/11/2000<sup>4</sup>: "حيث أنّ الأخطاء التي وقعت من جانب الطبيب ومخبر التحاليل في

<sup>1</sup> « L'enfant Nicolas ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint pour seule cause la rubéole transmise par sa mère ».

<sup>2</sup> Cass. Civ 1èreCh. 26/03/1996. Pourvoi N° : 94-10951. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/afichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007293908&fastReqId=1142600873&fastPos=3>

<sup>3</sup> Cour d'appel d'Orléans, du 05/02/1999.

<sup>4</sup> « Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

تنفيذ العقود المبرمة بينهما وبين السيدة الحامل، قد حرمت هذه الأخيرة من ممارسة اختيارها في وضع حد للحمل لتجنب ولادة طفل معاق، فإنّ هذا الأخير (أي الطفل) يمكنه المطالبة بالتعويض عن الضرر الناشئ عن إعاقته، والمتسبب عن الأخطاء المذكورة أو المبيّنة<sup>1</sup> كما يرجع سبب الضرر اللاحق بالأولياء نتيجة الولادة المعاقة، إلى إخلال الطبيب في إعلامهم بالحالة الصحية للجنين، مما ترتب عن اطمئنانهم بالحالة الصحية للجنين هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أنّه لم يلفت الطبيب الأم إلى احتمالات عدم دقة عمليات تشخيص حالة الجنين، وكذا التحاليل المخبرية للسائل الرحمي، مما دفع الأم إلى عدم ممارسة حقها في الإجهاض بما يسمح به القانون الفرنسي لسنة 1975<sup>1</sup>.

وهكذا قضت بالتعويض للأبوين نتيجة تفويت فرصة اللجوء للإجهاض الاختياري للأُم والضرر الذي أصابهما والمتمثل في ولادة طفلها "نيكولا بيريش" مشوها فضلا عن تعويض الطفل "نيكولا" عن الضرر المتمثل في ولادته مشوها.

غير أن هذا الوضع لم يعمر طويلا<sup>2</sup>، فقد جاء قانون 2002/03/04 الذي نظم وضبط حالات ولادة الأطفال المشوهين، في مادته الأولى المتعلقة بمسألة التعويض والمستفيدين منه.

من جانب القضاء العربي -لاسيما المصري- عرف تطبيقات مختلفة ومعاصرة لإقرار التعويض عن تفويت فرصة الشفاء، والتحسين الصحي للبقاء على قيد الحياة في المجال الطبي، شأنه شأن القضاء الفرنسي، و عرف تطبيقا أوسع وتكريسا أكثر للتعويض عن تفويت فرصة الشفاء، حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنّه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنّه إذا كانت الفرصة أمرا احتماليا، فإنّ تفويتها أمر محقق<sup>3</sup>، ولا يمنع القانون من أن يحسب

<sup>1</sup> Loi n° 75-17 du 17/01/1975 relative à l'interruption médicale de grossesse, JO 18 janvier 1975.

<sup>2</sup> عبد الرحمن بن سليمان الربيش، إسقاط الجنين المشوه بين الإباحة والتحریم، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 84، 2010، ص 36.

<sup>3</sup> إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، 1986 الكويت، ص 81.

في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة<sup>1</sup>.

وجاء في حكم آخر حديث له، يؤكد فيه التعويض عن تفويت فرصة الشفاء بقوله: " بأنّ تفويت الفرصة وإن جاز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنه، على أن يدخل في عناصره ما كان للمضرور يأمل الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة، إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى العادي للأمر ترجيح كفة كسب، فوّته عليه العمل الضار غير المشروع<sup>2</sup>.

من جانب موقف المشرع الجزائري فقد جاء في نص المادة 182 ق.م.ج أن: " ويشمل التعويض ما لحق بخسارة وما فاته من كسب"، على أن المدين في المسؤولية العقدية (الطبيب) لا يكون مسؤولاً إلاّ عن الضرر المباشر والمتوقع وقت التعاقد، ما لم يكن قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً وهذا حسب نص المادة 182 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري وعليه يمكن القول أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى تفويت الفرصة بشكل صريح، إذ لم يذكر مصطلح تفويت الفرصة بل تفويت كسب.

كما أنّه لا مانع في القانون الجزائري يمنع القاضي من أن يحسب في عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوّته عليه وقوع فعل ضار غير مشروع، ولا رقابة للمحكمة العليا على تقدير قاضي الموضوع للضرر المترتب على تفويت الفرصة<sup>3</sup>.

ومن أمثلة ذلك قرار المحكمة العليا بتعويض المريض المصاب الذي ترك دون متابعة أو رعاية، مما كان سيجنبه الآثار الوخيمة التي لحقته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 330، 331.

<sup>2</sup> سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup> بلحاج العربي. النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 165.

<sup>4</sup> M. M. Hannouz et A. R. Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 2000, p 147, 148.

كما قضت المحكمة العليا في قضية أخرى تتلخص وقائعها في وفاة امرأة بسبب نزيف حاد بعد إجراء عملية جراحية قيصرية، مما استدعى تزويدها بكمية من الدم، غير أن التأخر في نقل الدم مباشرة وفي الحين وكذا عدم معالجتها بمادة "مولدة لليفين" قد أدّى إلى وفاتها حيث كان من الممكن مراعاة ما سبق أن يؤدي إلى تجنب المأساة حسب ما جاء في قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 1992/07/26 في قضية استئناف القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان والقاضي بالزام كل، من مدير القطاع الصحي ببني صاف ومدير شركة التأمين الجزائرية، بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بالضحية المتوفاة وذويها، بالتضامن بينهما.

نستنتج مما سبق أن القضاء اعتبر وفاة المريضة سببا في تفويت فرصة البقاء، وضررا يوجب التعويض، مثلما استقر عليه كل من الفقه والقضاء في هذا الشأن.

### ثانيا: علاقة السببية

تعد علاقة السببية بين الخطأ والضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية الطبية ومناط ودورها رغم صعوبة تبيانها في المجال الطبي، نظرا لتعقيدات الجسم وتغير خصائصه، وعدم وضوح أسباب المضاعفات للمرض أحيانا، فالرابطة السببية هي احد اسس المسؤولية الطبية وركنها الثالث، فلا يمكن تصور ضرر ناتج عن خطأ ما بغير وجود علاقة سببية، تجعل من الخطأ علة الضرر وسبب وقوعه، فلا يكفي ان يكون خطأ من جانب الطبيب وإلى جانبه حدوث ضرر، بل يجب ان تكون هناك علاقة سببية بينهما، وبالمقابل إذا انتقت علاقة السببية بين الخطأ والضرر لسبب من الأسباب لا تقوم مسؤولية الطبيب المدنية وهذا سنوضحه كالاتي:

### 1- قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر

إن وقوع الخطأ من الطبيب وحصول ضرر للمريض، لا يعني بالضرورة قيام مسؤولية الطبيب، ما لم يكن الضرر الذي أصاب المريض ناتجا عن خطأ الأول، كنتيجة طبيعية له ومرتبطة به ارتباطا مباشرا برابطة اصطلاح عليها برابطة أو علاقة السببية.

لقد تناول المشرع الجزائري موضوع علاقة السببية ضمن نصوص القانون المدني مستعملا عبارة " ويسبب" في نص المادة 124 ق.م.ج، كما أكد عليها في نصوص المواد 125، 127، 130 من القانون المدني الجزائري.

كما أن قضاء النقض استقر في هذا الشأن، على أنه متى ثبت الخطأ والضرر وتوافرت العلاقة السببية بينهما، فإنه لا مناص من قيام مسؤولية الطبيب المدنية، حيث جاء في قرار المحكمة العليا: " ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية وتوفرت العلاقة السببية بينهما، استنادا للخبرة واعترافات المتهم، إذ أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض، فإنّ قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكييف الصحيح وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية"<sup>1</sup>.

كما جاء في قرار حديث جدا: " أنه من المقرر قانونا أن كل فعل خاطئ سبب ضررا للغير يلزم من تسبب في حدوثه بالتعويض" وتتابع " متى كان من الأكيد أن التلقيح بمصل ملوث يعود لخطأ المرفق، الذي أهمل في اتخاذ الحيطة اللازمة لتفادي هذا الخلل، فإن العلاقة السببية بين عملية التطعيم والضرر اللاحق ثابتة، وهذا ما يجعل مسؤولية المستشفى قائمة بكاملها"<sup>2</sup>.

لا يثار الإشكال متى كان خطأ الطبيب السبب الوحيد والمباشر لحصول ضرر بالمريض كما لو أخطأ طبيب التخدير بأن أعطى المريض جرعة زائدة أدت إلى وفاته، أو كما لو نسي الجراح قطعة قماش أو جرحا دون خياطته، نتج عن ذلك وفاة المريض أو زيادة إصابته بالمرض والضرر، ففي هذه الأحوال يكون خطأ الطبيب السبب المباشر في حصول الضرر للمريض، وبمجرد إثبات هذا الخطأ تتقرر مسؤولية هذا الطبيب ومفاد ذلك أنه لو

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1995/05/30 ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب) م.ق، العدد رقم 02 1996، ص 179 وانظر كذلك قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1991/01/13 ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي) ضد فريق (ك ومن معهم)، م. ق، العدد 1996، ص 129.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس) ضد (م م ومن معه)، ن ق، العدد 2008، ص 409.

ارتكب الطبيب خطأ كإهماله في تعقيم أدوات الجراحة ويموت المريض بنوبة قلبية لا ترجع لخطأ الطبيب فحينئذ تنتفي مسؤوليته.

إنّما يثور الإشكال وتتعدّد مسألة بحث موضوع علاقة السببية، متى تداخلت مع خطأ الطبيب أخطاء أخرى سواء من غيره من الأطباء أو المرضى، أو من المريض المضروب ذاته، وهو ما تمخض عنه عدة نظريات.

#### أ- نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب

تعود هذه النظرية إلى الفقيه الألماني " فون بييري"، وتتلخص في أنّ كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيداً يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متعادلة ومتكافئة، كأنّ كل منها قام منفرداً، بمعنى أيّ سبب منها هو الذي أحدث الضرر دون تمييز بينها من حيث القوة وأثر النتيجة كما أنّ تخلف أيّ سبب من الأسباب لن يحول دون وقوع الضرر<sup>1</sup> شأنه شأن الحلقة المفقودة.

ففي فرنسا قضت محكمة Angers مرة أخرى بمسؤولية الطبيب حتّى ولو لم يكن خطأ الطبيب هو السبب الوحيد لإحداث الضرر، ولو كان هذا الضرر نتيجة أسباب عديدة، فيكفي أن يكون خطأ الطبيب من بين الأسباب التي أدى ارتكابها ووقوعها إلى إحداث الضرر. من جانب القضاء الجزائري فقد قضى مجلس الدولة بتبني فكرة تعادل الأسباب، حيث جاء في أحد قراراته الحديثة<sup>2</sup>: "وحيث أن الثابت من أوراق الملف ومن الخبرة التي أجريت على الضحية تؤكد أنّ هناك علاقة بين مصل اللقاح والضرر الذي أصاب القاصر لكون اللقاح غير سليم، وهذا يعود إلى أسباب متعددة وليس بالضرورة إلى خطأ الممرضة، وهذا ما يجعل مسؤولية المرفق العام قائمة لأنه لم يأخذ الحيطة اللازمة".

#### ب- نظرية السبب المنتج

<sup>1</sup> عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 11 وما بعدها.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة، 2007/03/28، المشار إليه أنفاً.

وقد قال بها الفقيه الألماني يوهانس فون كريس (Von Kries)، وتمّ تعديلها على يد فقهاء آخرين منهم رومالين، وتراجر ومفادها أنّنا نستعرض جميع الأسباب التي لها دخل ونميز فيها بين السبب العارض والسبب المنتج، وهذا الأخير هو وحده السبب المألوف لإحداث الضرر حسب المجرى الطبيعي للأمر، ونستبعد السبب العارض الذي وجوده أو غيابه لا يغير من النتيجة، لأنّ السبب المنتج هو السبب المألوف، الذي يحدث الضرر عادة بحكم السير العادي للوقائع والأحداث، ومن ثمّ يعتبر صاحبه هو المسؤول<sup>1</sup>.

لقد اتجه القضاء الفرنسي للأخذ بهذه النظرية في عدة مجالات، ولاسيما المسؤولية الطبية حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بوجوب إعفاء المستشفى الخاص من أيّ مسؤولية نتيجة قطع الشريان السباتي (carotide) أثناء إجراء عملية جراحية للمريض في البلعوم، وبسبب أنّ الوريد لم يكن في موقعه الطبيعي، وهذا سبب كاف لإعفائهم من المسؤولية، ولو ثبت أنّ هناك خلافاً في الأجهزة الطبية، ولكن لا يكون ذا أثر على وفاة المريض<sup>2</sup>.

أمّا القضاء المصري فلم يخالف نظيره الفرنسي، حيث اعتنق نظرية السبب المنتج أو الفعّال عند تداخل الأسباب أو توالي النتائج غير المباشرة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أنّ المتهم بالقتل الخطأ يكون مسؤولاً جنائياً عن جميع النتائج المحتمل حصولها عن الإصابة التي أحدثها عن خطأ أو عمد ولو كانت عن طريق غير مباشر كالتراخي في العلاج أو الإهمال فيه ما لم يثبت أنّه كان متعمداً لتجسيم المسؤولية، كما أنّ مرض المجني عليه وتقدمه في السن هي من الأمور الثانوية التي لا تقطع رابطة السببية بين فعل المتهم والنتيجة التي انتهت إليها أمر المجني عليه بسبب إصابته<sup>3</sup>.

من ناحية أخرى تبني القضاء الجزائري هو الآخر هذه النظرية، عندما أقرّ بمسؤولية الطبيب الذي أدى خطؤه المباشر لوفاة الضحية، حيث جاء فيه: " حيث أنّ الطبيب لم يأخذ

<sup>1</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د.م، ج، الجزائر، 1988، ص 117.

<sup>2</sup> Cass. Civ, 26/01/1970, Encyclo De droit civil, 2eme éd, Paris, 1974, n° 421, p 27.

<sup>3</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالّة، المرجع السابق، ص 120.

بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات<sup>1</sup>.

بناء على ما تقدم عرضه، وبحسب الرأي الراجح لدى الفقه فإنّ المشرع الجزائري قد ساير كلاً من التشريعين الفرنسي والمصري، واعتنق بذلك نظرية السبب المنتج أو الفعال، وهذا يبدو جلياً من خلال نصوص المواد 124-127، و130، و182 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، غير أنه في مواطن عدة لم يساير القضاء الجزائري هذا التوجه إلى حدّ ما، إذ يبدو موقف القضاء عندنا متذبذباً بين كلا النظريتين، وذلك لتغير ظروف ووقائع كل قضية والذي يظهر من خلال التحليل السابق ترجيح الرأي والنظرية القائلة بتعادل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر، لاسيّما في مجال المسؤولية الطبية، وذلك بسبب، جنوح القضاء عندنا إلى تفضيل نظرية تعادل الأسباب، لما فيها من تحقيق نوع من العدالة وتكريس حماية أكبر للمريض ويدفع كثير من الأطباء الى توخي مزيداً من الحيطة والحذر كما يؤدي الى عدم اعفاء كثير من الأطباء من المسؤولية، ويظهر هذا من خلال عدة أحكام قضائية<sup>3</sup>، لكون السلامة الجسدية من النظام العام.

والصحيح فيما يتعلق بإثبات رابطة السببية أنها مفترضة، لا يلقي بعبء إثباتها على عاتق المريض المضرور، كما يتعذر في كثير من الأحيان على المريض إثباتها وذلك لجهله

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ال دح) ضد (ب)، م ق، العدد 02، 1996 ص 180.

<sup>2</sup> تنص المادة 126 ق.م: " إذا تعدد المسؤولون عن فعل مضار، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر...". إذ نفهم من هذا النص أنه إذا تعددت الأسباب المؤدية إلى نتيجة واحدة، فإنه يفترض أن يعتد بمساهمة كل شخص في إحداث الضرر، وبالتالي مراعاة جميع الأسباب المؤدية إلى الضرر.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا، 1989/05/17 ملف رقم 530809، م.ق، العدد 02، 1991، ص 23. حيث جاء فيه: " ولما كان الثابت في قضية الحال أن السائقين اشتركا في المسؤولية المدنية عن الحادث باعتبار كل واحد منهما ارتكب خطأ فيه، فإن قضاة الموضوع بتقسيمهم المسؤولية مناصفة بين السائقين طبقوا القانون الصحيح وانظر كذلك ريس محمد، المرجع السابق، ص 310.

عادة بالأمور الفنية، وبناء على ذلك فلا مناص من الاستعانة بالخبراء الفنيين<sup>1</sup>، للتحقق من مدى اعتبار فعل الطبيب الخاطئ هو المتسبب في إحداث الضرر. ويبقى ان يثبت الطبيب ان الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ حسب نص المادة 127 ق.م.ج. وحينئذ تنتفي علاقة السببية، وهذا ما سنحاول بحثه من خلال الفقرة الموالية.

## 2- انتفاء علاقة السببية

لا شك أن بحث نسبة الضرر إلى الخطأ من المسائل الشائكة، في المسؤولية الطبية لذلك فإن ثبوت مثل هذه الرابطة غالباً ما يكون مفترضا مع وجود هذه الأدلة، ويترك للطبيب المدعى عليه أمر منازعة هذا الافتراض وتقديم الدليل العكسي، لنفي رابطة السببية بين فعله والضرر الذي أصاب المريض، بإثبات السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه، والمتسبب في إحداث الضرر بالمريض، طبقاً لما نصت عليه المادة 127 ق.م.ج.<sup>2</sup> في إمكانية هدم قرينة علاقة السببية بين الخطأ والضرر متى توافرت إحدى حالات قطعها، إذ نصت على انه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب 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، والسبب الأجنبي الذي تنتفي به رابطة السببية يكون إما قوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

### أ- القوة القاهرة

القوة القاهرة هي كل ما ليس في وسع الإدراك البشري أن يتوقعه، وإذا أمكن توقعه لا يمكن مقاومته، إذ لا فرق بين القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ لدى غالبية الفقه والقضاء<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Jean Penneau, La responsabilité médicale, op.cit. p 134, voir aussi la responsabilité du médecin, op.cit. p 44.

<sup>2</sup> تنص المادة 127 ق.م.ج: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب 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.

<sup>3</sup> عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 79، 80، 81.

مما يترتب عنه انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر<sup>1</sup>، وبالتالي انعدام المسؤولية، كما لو توفي المريض على إثر رعد مفاجئ أو هزة أرضية.

إنّ تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي، ويشترط الاجتهاد الفرنسي في الحادث المفاجئ، ألا يكون في الإمكان توقعه عقلاً، ولا يكون وقوعه في حدوث المألوف، كما لا يمكن مقاومته والتغلب عليه ويجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

### ب- خطأ المضرور

تنتقي علاقة السببية بسبب خطأ المضرور أي المريض، بفعل إيجابي أو سلبي ويسقط حقه في التعويض، متى كان فعله هو السبب الوحيد في إحداث الضرر<sup>2</sup>، سواء كان هذا الفعل خطأ أم عمداً، كما لو تعمّد المريض الكذب على الطبيب<sup>3</sup> بعدم تعاطيه المطلق في أي نوع من الأدوية أو إخفاء لمرضه المزمن وعدم إتباع أي علاج مسبق، مما يضلّل الطبيب فيقع في خطأ في التشخيص، و في وصف علاج مضر بصحته، ومن الأمثلة كذلك تناول المريض أو تعاطيه لأشياء منعها عليه الطبيب بصورة قاطعة وصريحة مبينا له آثارها السلبية والوخيمة، أو عدم اتباع نصائح وتوجيهات الطبيب المعالج، وهو ما يقطع رابطة السببية بين فعل الطبيب والضرر الحاصل.

كما تجدر الإشارة أن رضا المريض بالضرر كأن يعلم بالضرر ويرضى بوقوعه، فهذا يصبح مساهماً بهذا الرضا في تحمل آثار الضرر الناتج، وتخفّف بالتالي مسؤولية الطبيب بمقدار هذه المساهمة<sup>4</sup>، وهكذا فإنّ رفض المريض إجراء فحوصات طبية ضرورية لإجراء عملية جراحية، لا يعفي الطبيب من المسؤولية، بل يعد هذا الأخير مسؤولاً عن الأضرار

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، 1988/05/25، ملف رقم 53010، م. ق، العدد 02، 1992، ص 11.

<sup>2</sup> محمد عبد الظاهر حسنين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 72.

<sup>3</sup> قيس الصغير، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر الرياض، 1996، ص 185.

<sup>4</sup> رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 280 - 311.

المرتبة عن هذا الرفض إذا أجرى تلك العملية، غير أنّ الطبيب يمكنه التخلص من المسؤولية متى أثبت رفض المريض كتابة متابعته بعد العملية والخروج المبكر من المستشفى دون اذن من الطبيب الجراح، حيث يعتبر هذا الرفض خطأ ارتكبه المريض الذي أراد الضرر لنفسه فيتحمل بذلك المسؤولية لوحده دون سواه<sup>1</sup>.

كما أنّ رضا المريض بالضرر لا يمكن أن يحمل على أنّه اتفاق لإعفاء الطبيب من المسؤولية، وعلى فرضية التسليم بوجود هذا الاتفاق، فهو باطل متى كانت المسؤولية تقصيرية ناجمة عن عمل إجرامي، أو حتى عقديّة متى كانت مترتبة عن غش المدين أو خطئه الجسيم<sup>2</sup>.

### ج- خطأ الغير

يقصد بالغير كل شخص لا يكون المدعى عليه مسؤولاً عنه، فاصطلاح الغير هنا لا يتضمن الخاضعين للرقابة ولا التابعين، بمعنى غير الأشخاص الخاضعين لأحكام المواد 134 و136 ق.م.ج، فالغير من كان أجنبياً عن المسؤول، أي هو الشخص الثالث الأجنبي عن المدعى عليه، وتتنفي علاقة السببية بسبب خطأه اذ وقع الضرر للمريض من هذا الغير متى كان هذا الخطأ في غير مقدور الطبيب المدين توقعه أو تفاديه، أو كان وحده السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، 1987/06/16، ملف رقم 48727، م.ق، العدد الثالث، 1991، ص 22، حيث جاء فيه: " من المقرر قانوناً أنه يعفى من المسؤولية حارس الشيء إذا أثبت أنّ الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إساءة في تطبيق القانون. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أنّ الضحية هي التي تسببت في وقوع الحادث، فإنّ قضاة الموضوع الذين سببوا قرارهم على المسؤولية المفترضة على كل من له حق الحراسة على شيء، فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق هذه القاعدة التي لها استثناءات ومنها خطأ الضحية كما نصت عليه المادة 138 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري".

<sup>2</sup> تنص المادة 178 فقرة 2 ق.م.ج على: " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"، وانظر كذلك المادة 17 من مدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر.

على هذا الأساس يكون خطأ الغير قاطعا لعلاقة السببية، متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة<sup>1</sup>، كما أنّ الضرر المشكو منه يجب أن يكون راجعا سببيا لخطأ الطبيب بالذات، دون أن يحجبه عنه عامل خارجي يكفي لاستغراقه<sup>2</sup>. فإذا ناول أحد أقارب المريض أو أصدقائه الدواء بكميات مخالفة لوصفات الطبيب، فإنّ الأضرار المترتبة عن ذلك لا يسأل عنها الطبيب، لانتفاء رابطة السببية بسبب خطأ هذا الغير، وجدير بالتنبيه أن توافر خطأ المريض المضرور أو خطأ الغير بصفة مستقلة واضحة على نحو ما بيّنناه، لا يثير إشكالا بالنسبة لنفي رابطة السببية، وبالتالي انعدام مسؤولية الطبيب.

## المطلب الثاني

### قيام مسؤولية الطبيب المدنية

إنّ مسؤولية الطبيب منذ ما يزيد عن قرن من الزمن، ما فتئت تتذبذب بين قطبين أحدهما شخصي مبني على فكرة الخطأ المنسوب للطبيب شخصيا، والآخر مادي مرجعه فكرة تحمّل التبعة على أساس الأفعال المرتكبة من قبل المساعدين والممرضين أو تلك التي تمتد الى مختلف الأضرار الناجمة عن الغير وعن الأشياء كالألات والتجهيزات الطبية، وحتى أدوية العلاج الموضوعة تحت تصرفه، فنطاق مسؤولية الطبيب المدنية قد تقوم عن أفعاله الشخصية كما قد تقوم عن أفعال الغير وعن الأشياء.

وهكذا استطاع القضاء الفرنسي، أن يكون ويصوغ بذلك مجموعة من المبادئ والقواعد غيرت من وجه المسؤولية وخرجت بها أحيانا عن قصد المشرع، وهذا ما دفع بالبعض إلى القول بأنّ المسؤولية المدنية أصبحت الآن نوعين؛ أحدهما يقوم على أساس الخطأ، والثاني يقوم على أساس تحمّل التبعة، وأنّ المسؤولية عن فعل الأشياء التي خلقها القضاء الفرنسي

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 173 وما بعدها، نقض مدني مصري: 1987/12/10 الطعن رقم 318، السنة 54 ق، ص 248.

<sup>2</sup> عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود، 1992، ص 440-445.

تضاءلت أمامها المسؤولية عن الفعل الشخصي الواردة بالمادة 1382 ق.م.ف، المقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري وأصبحت اليوم مع التطور الصناعي المتزايد تمثل القانون العام للمسؤولية .

## الفرع الأول

### المسؤولية المدنية للطبيب عن أفعاله الشخصية

تبرز مسؤولية الطبيب الشخصية سواء مارس عمله الطبي بنفسه بصفة منفردة أو كان قد عالج المريض ضمن فريق طبي ويقصد بالعمل الشخصي ذلك الخطأ الطبي الذي تتوفر فيه مقومات الخطأ الشخصي الذي ينتج عنه ضرر للمريض سواء في عيادة أو مستشفى خاص أو في مستشفى أو مصلحة عمومية، حسب المعايير التي تميز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي المرتكب في المرافق العامة الذي يشير إليه القضاء ويصفه في أحكامه وقراراته بخطأ سوء التسيير والتنظيم، و الذي يخرج من نطاق دراستنا إذ هو من اختصاص القضاء الإداري، عندما يكون الطبيب في مركز لائحي تنظيمي، غير أنّ ذلك لا يحول دون ان نسرد بعض<sup>1</sup> الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة في الممارسة الطبية بصفة منفردة أو ضمن فريق طبي.

### أولاً: في حالة ممارسة الطبيب للعمل الطبي بصفة منفردة

من المسلّم به، أنّه لمساءلة الطبيب يجب ان يكون الخطأ واقعا منه، وليس من شخص آخر ينتج عنه ضرر للغير، عند الممارسة، ويعتبر الطبيب مخطئاً حسب ما أشرنا إليه سابقاً إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة تجاه مريضه، أو إذا كانت العناية المبذولة من قبله لا تتسم بالعناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة.

جدير بالذكر أن مسؤولية الطبيب المدنية عن فعله الشخصي، مستمدة من القواعد العامة للمسؤولية المدنية أو من مجموع القواعد والمبادئ والأعراف التي تشكل أخلاقيات المهنة

<sup>1</sup> نقول بعض الأحكام والقرارات القضائية بحكم اننا تطرقنا لجلها آنفا في الفصل الأول.

وهكذا فمسؤولية الطبيب عن فعله الشخصي، تبرز كلما كان فعله خروجاً عن هذه القواعد ما يشكل انحرافاً عن السلوك المعتاد للطبيب، وسواء كان فعله إيجابياً أي ارتكاب خطأ ثابت أثناء علاجه للمريض، أو كان فعلاً سلبياً كما لو امتنع عن إسعاف مريض يواجه خطراً وشيكاً، أو تحلله من مواصلة مهمته دون ضمان مواصلة العلاج للمريض، وكان الطبيب بفعله قد ألحق ضرراً بالمريض.

### ثانياً: في حالة ممارسة العمل الطبي ضمن فريق طبي

يبدو أنّ تطور مهنة الطب خاصة مهنة الجراحة تتطلب ان تجرى العملية ضمن فريق طبي متكامل كالجراح وطبيب التخدير والمساعدين.

فإذا كانت مسؤولية الطبيب عن فعل غيره من المساعدين، من غير الأطباء، لا تثير أي مشكلة على أساس التبعية، فإنّ الممارسة الطبية في فريق طبي متعاون أثارت بعض الإشكاليات القانونية، في حالة حدوث خطأ، سواء من ناحية العضو في الفريق الذي لم يتعاقد مع المريض مباشرة، كطبيب التخدير والإنعاش، ومن ناحية أخرى هل يعتبر الجراح المتعاقد مع المريض نائباً عن زملاءه في التعاقد، أم أنّه المسؤول الأول والوحيد امام المريض باعتباره الموجه والمشرف على الفريق ككل.

ففي هذا الصدد، وعلى فرضية التسليم بالإشراف والتوجيه العملياتي للجراح على الفريق الطبي المساعد له، فمعنى ذلك أنّنا نكون امام حالة تبعية<sup>1</sup>، وهذا ما يصطدم بمبدأ الاستقلال

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 236/11 مؤرخ في 2011/07/03، يتضمن القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية، ج.ر. عدد 38 مؤرخة في 2011/07/06.

تنص المادة 9 من ذات المرسوم، على أنه: "يتعين على المقيمين، في إطار برامج تكوينهم، أن يشاركوا تحت إشراف سلك الأساتذة، وتحت مسؤولية رئيس المصلحة القيام حسب التوقيت الكامل بالأعمال الآتية:

- العلاج والتشخيص والوقاية.

- المداومة الاستعجالية ومداومة المصلحة."

كما تجدر الإشارة إلى إحدى الحالات التي تتحقق فيها التبعية الفنية والتنظيمية في آن واحد وهي هذه الحالة الطبيب المقيم والطبيب المتربص الذي يعمل في عيادة أو مستشفى، إذ يعمل تحت إشراف ورقابة الطبيب المشرف على الطبيب المقيم أو المتربص، إشرافاً فنياً فيوجهه في أصول ودقائق مهنة الطب ويراقب كيفية تنفيذه للأعمال المطلوبة منه، فضلاً عن أوقات قدومه وانصرافه، أنظر في نفس المعنى:

المهني للطبيب المنصوص عليه في المادة 10<sup>1</sup> والمادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، اللتان تنصان بصريح العبارة على الاستقلال المهني لكل طبيب في ممارسة مهنته والمادة L4127-5 من قانون الصحة العامة الفرنسي التي تنص على أنه " لا يجوز للطبيب ان يتخلى عن استقلاله المهني تحت أي شكل من الأشكال." فإذا صادف وأن أصيب المريض بضرر نتاج هذا التدخل الجراحي، فإن المريض أكيد سيعود على الطبيب الذي تعاقد معه، ويبدو الأمر عاديا لو كان هذا الخطأ قد وقع من ذات الطبيب أين يكون مسؤولا مسؤولية عقدية أمام المريض واستنادا لعقد العلاج المكون بينهما.

غير أنّ الأمر يتعمّد في الحالة التي يرتكب فيها الخطأ من قبل أحد أعضاء الفريق الطبي غير الطبيب المعالج كطبيب التخدير مثلا، أو في الحالة التي لا يعرف فيها الخطأ مصدر الضرر للمريض، وهو ما اجابتنا عنه المادة 73<sup>2</sup> فقرة 1 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه: "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإنّ كلا منهم يتحمّل مسؤولياته الشخصية".

فنص المادة يأخذ بمبدأ استقلال المسؤوليات في وسط الفريق الطبي، على أساس الاستقلال المهني والفني لكل طبيب من الفريق الطبي، لاسيّما ضمن الفريق الجراحي الذي يعدّ أهم صور الفريق الطبي، فوظيفة الطبيب الجراح تختلف عن وظيفة طبيب التخدير بالرغم من اتجاهها إلى نفس الهدف وهو علاج المريض، لاسيّما من حيث التخصص فالطبيب الجراح غير مسؤول على المواد المستعملة في عملية التخدير من قبل طبيب التخدير، كما لا يعنى الجراح كذلك بإفاقة المريض بعد العملية الجراحية، طالما أن مهمّته قد انتهت بعد إنجاز العملية، وأنّ مهمة مراقبة المريض بعد انتهاء الجراحة وخروجه من غرفة العمليات

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

<sup>1</sup> لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال.

<sup>2</sup> تقابلها المادة 59 من مدونة آداب المهنة الفرنسي.

تقع على عاتق طبيب التخدير، فهنا نكون أمام توزيع للاختصاصات بين الفريق الواحد ينتج عنه توزيع المسؤوليات بينهم .

فالمسؤولية الشخصية للطبيب مرتكب الخطأ هي وحدها، إذا أمكن تحديد مصدر الفعل المضر بالمريض، والذي يأخذ بالطبع وصف الخطأ المهني، وتكون مسؤوليته عقدية طالما أن الفريق الطبي قد تم اختيار أعضائه بموافقة واختيار من المريض، حتى في الحالة التي لا يمكن فيها معرفة مرتكب الخطأ، فكل طبيب مساهم في العملية سيبقى مسؤولاً مسؤولية عقدية وبصفة فردية أمام المريض المضرور الذي له الرجوع عليهم كذلك بصفة تضامنية. أما في الحالة التي يكون فيها اختيار الفريق الطبي من قبل الطبيب المعالج والمتعاقد مع المريض، بسبب ضرورات العمل، ففي هذه الحالة ودون أدنى شك، سيبقى الطبيب المتعاقد مع المريض لوحده، دون باقي أعضاء الفريق، مسؤولاً مسؤولية عقدية عن كل خطأ طبي ثابت يلحق ضرراً بالمريض، أما باقي أعضاء الفريق، فلا يربطهم أي عقد مع هذا الأخير وعليه فمسؤوليتهم تجاهه تكون تقصيرية حسبما تم توضيحه آنفاً، ويسأل كل منهم مسؤولية تقصيرية تجاه المريض وفقاً لنص المادة 124 من القانون المدني.

كما تجدر الإشارة أنه لا مجال لاعتبار ذلك في هذه الحالة مسؤولية المتبوع عن فعل التابع، أين يسأل الطبيب المتعاقد مع المريض باعتباره متبوعاً عن أفعال الطبيب مرتكب الخطأ باعتباره تابعا، لعدة اعتبارات، منها، استقلالية الطبيب في ممارسة عمله الطبي وهو ما يجعل من غير الممكن اعتبار الطبيب تابعا في ممارسة مهنته لأي طبيب آخر وتحت أي شكل، وبالتالي هدم إحدى أركان علاقة التبعية وهي سلطة التوجيه، والإشراف.

ومهما يكن من أمر، فالمادة 73 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، المقابلة للمادة 59 من مدونة أخلاقيات المهنة الفرنسي، نصت صراحة في فقرتها الأولى المذكورة آنفاً، على تحمّل كل طبيب مشارك في عمل علاجي جماعي مسؤوليته الشخصية، و لم تحدد إن كان قد تمّ اختيار كل واحد منهم من قبل المريض ذاته، أو الطبيب المتعاقد مع المريض، أو أنّ مشاركتهم جميعاً كانت بناءً على عقد طبي أم بدونه، ولو أنّ الفقرة الثانية منها نصت

صراحة أن المساعدين من ممرضين، يتحملون كل منهم المسؤولية الشخصية حسب مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ما يؤكد استقلالية الطبيب في إطار الفريق الطبي عن باقي أطباء الفريق وحتى عن الطبيب الذي اختارهم للعمل إلى جانبه.

في هذا الصدد نشير أن القضاء الفرنسي مرّ بعدة مراحل في حالة حدوث الخطأ، فتارة يلقي بالمسؤولية على الطبيب الجراح المتعاقد مع المريض بمقتضى المادة 1147 سالفه الذكر المقابلة للمادة 1176<sup>1</sup> من القانون المدني الجزائري، دون الأعضاء الآخرين الذين استعان بهم الجراح في الفريق ولم يكونوا أطراف في العقد، ومنهم طبيب التخدير المتسبب في الخطأ على أساس أنّ الطبيب الجراح المتعاقد هو المدين بالالتزام، ولو أنّ المادة 178<sup>2</sup> من ذات القانون اجازت له ان يشترط الإعفاء من المسؤولية عن اعمال الغير الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

فرغم النص الصريح للمادة 59 من م.أ.ط.ف، سالفه الذكر اعلاه، إلا أنّ القضاء الفرنسي في هذه المرحلة، او في عدة قضايا، اتّجه للأخذ بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير على أساس، أنّ الجراح المتعاقد كانت له الحرية في اختيار وسائل تنفيذ التزامه العقدي، فكما يستطيع اللجوء الى تابع حقيقي لضمان التنفيذ، فإنّه يستطيع كذلك ان يطلب المساعدة من اشخاص آخرين غير تابعين له، والحال كذلك، لا يعني ذلك انها علاقة تبعية بين الجراح والطبيب المخدر.

غير أنّه وفي مرحلة ثانية، اتّجه القضاء الفرنسي في قضية مشابهة، للأخذ بالاستقلال المهني لكل عضو من الفريق الطبي، رغم أنّه لم يعلنها صراحة، فبالرغم من وجود عقد بين

<sup>1</sup> المادة 176 من ق.م.ج: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

<sup>2</sup> المادة 178 من ق.م.ج: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة؛ وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه؛ ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

الجراح والمريض، إلا أنّ القضاء، أشار الى وجود عقد ضمني بين المريض وطبيب التخدير وبالتالي اقام مسؤولية هذا الأخير، وفي مرحلة ثالثة، استبعد تماما فكرة سيطرة الجراح على باقي مساعديه وغير وجهته مكرّسا لفكرة المسؤولية المشتركة بينهم.

وتراجع مرّة اخرى في مرحلته الرابعة، الى تطبيق نص المادة 59، بالتأكيد على استقلالية كل من الجراح وطبيب التخدير، ورغم أنّه لم يأخذ بمبدأ الاستقلال التام والفصل الكامل بين المسؤوليات، إلا أنّه غير الأساس وكرّس مبدأ جديد في الالتزام، وهو الالتزام بالمشورة المتبادل بين أعضاء الفريق الطبي والمسؤولية المشتركة بينهم.

فقد ذهبت محكمة استئناف "باريس" في 16/09/1994 إلى القول بوجود مسؤولية تضامنية بين كل من الجراح وطبيب التخدير والعيادة، وكان ذلك بسبب إصابة سيدة بعجز كلي إثر اجراء جراحة قيصرية لها، حيث قام طبيب التخدير مضطرا لتخديرها كليا، على إثر انفصال المشيمة وارتفاع الضغط بصورة مفاجئة لدى المريضة وفي اليوم التالي وجدت هذه السيدة في حالة إغماء ومصابة بالتهاب مخي ترتب عنه إصابتها بذلك العجز الكلي وقد أقامت المحكمة المسؤولية التضامنية على أساس أن الجراح طبيب الولادة ركن إلى حدّ بعيد إلى أن حالة المريضة شبه عادية، فلم يقدم التوجيهات اللازمة لمتابعة المريضة وهو ما يعدّ قصورا منه في بذل العناية اللائقة على العملية الجراحية من جهة.

من جهة ثانية فإنّ طبيب التخدير اشترك مع الجراح في وقوع القصور منه في متابعة حالة المريضة حيث لم يقدم المشورة إلى الجراح، بمقتضى تخصصه، فهو ليس ملتزما فقط بتخدير المريضة، وإنما بمتابعة آثار التدخل الجراحي عليها، كما أنّ العيادة قامت مسؤوليتها عن خطأ الممرضة التي تتابع بانتظام قياس ضغط الدم لدى المريضة<sup>1</sup>، وأيدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة استئناف باريس وهذا في قرارها الصادر في 25/06/1996.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> سمير عبد السميع الأوزن، المرجع السابق، ص 366، أنظر كذلك أشرف جابر، المرجع السابق، 109، و110.

<sup>2</sup> Cass. Civ 1èreCh. 25/06/1996. N° de pourvoi : 94-20461. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.fr/afichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007309396&fastReqId=1738116144&fastPos=654>

وفي ذات الاتجاه، قضت محكمة النقض الفرنسية في 28/10/1997<sup>1</sup> بأنّ هناك التزاماً على الجراح بإحاطة طبيب التخدير بالمعلومات اللاّزمة عن التخدير، وكان ذلك بمناسبة الطعن في قرار محكمة استئناف Lyon الصادر في 03/05/1995، والمتعلق بدعوى ترجع وقائعها إلى عام 1987، حيث أجريت جراحة لمريض كان يعاني من عدم وضوح الرؤية في إحدى عينيه، بعد أن فقد الرؤية في عينه الأخرى منذ عام 1963، فقام طبيب التخدير بتخديره موضعياً، فنتج عن ذلك أن فقد المريض الرؤية تماماً بسبب استخدام طبيب التخدير حقنة غير مناسبة لحالة المريض أحدثت ثقباً في مقلة العين globe oculaire، حيث قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية كل من طبيب التخدير والجراح مسؤولية تضامنية على أساس أنّه بالنسبة لطبيب التخدير، قررت مسؤوليته للجوء إلى التخدير الموضعي الذي لا يناسب حالة المريض، مما ترتب عليه حدوث ثقب في مقلة العين، أسفر عن تجمع دموي أفقد المريض بصره تماماً.

أمّا بالنسبة للجراح، قررت مسؤوليته على أساس أنه يتابع حالة المريض منذ فترة طويلة فكان ينبغي عليه أن يشير على طبيب التخدير باللّجوء إلى التخدير الكلي بدلاً من الموضعي إذ لا يقتصر التزامه فحسب على الأفعال الجراحية، وإنّما عليه التزام بتبصير طبيب التخدير بحالة المريض، بوصفه رئيساً للفريق الجراحي، ويقع عليه واجب التأكيد من أن تخدير المريض قد تمّ على نحو يناسب حالته<sup>2</sup>. وتمّ تأييد هذا الحكم من محكمة النقض حيث أكدت على أن: "التزامات الجراح لا تقتصر على الأعمال الجراحية فحسب، بالنسبة للمريض الذي تابعه

<sup>1</sup> Cass. Civ 1èreCh. 28/10/1997. N° de pourvoi : 95-17274. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legitrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036238&fastReqId=1654247694&fastPos=242>

<sup>2</sup> 39. سمير عبد السميع الأذنون، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 366 و367، أنظر كذلك أشرف جابر، المرجع السابق، 109 و110.

لعدة سنوات، وإنما يجب أن تمتد إلى تبصير طبيب التخدير بمخاطر التخدير الموضعي الذي لا يتناسب مع حالة المريض<sup>1</sup>.

وفي نهاية هذا الاستعراض لمراحل التطور، التي مرّ بها القضاء الفرنسي، يتبين لنا دون شك أن هذا التطور أو التردد لا يعبر إلا عن شعور عميق لدى هذا القضاء بدقة المشكلة وصعوبتها، تلك الصعوبة هي التي دفعت شركات التأمين بدورها، ومن وقت ليس ببعيد إلى محاولة إيجاد صيغة مشتركة بين أعضاء الفريق الطبي، لمواجهة تلك المشكلة وذلك بتوزيع الضمان بحسب تخصص كل واحد منهم<sup>2</sup>، تأسيساً على التوجه الحديث للقضاء للأخذ بالمسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي الواحد.

وأبرز قضية في هذا الصدد قضية الكاتبة الروائية 'SARRAZIM' التي توفيت بعد استئصال كليتها إثر توقف جهازها التنفسي الذي تبعه توقف قلبها، وكان هذا لحظة تغيير وضعها بعد العملية الجراحية، أين تمسكت محكمة النقض بفكرة الفريق الجراحي بالتضامن مبرزة بذلك المسؤولية المشتركة لكل من الجراح وطبيب التخدير.

وتابعت تدليلها لذلك، بأنّ عدم وجود جهاز الإنعاش قبل مباشرة العملية الجراحية الطويلة و الدقيقة على مريضة أصابها الوهن، نتيجة لعدة عمليات جراحية يعدّ إهمالاً معيباً يسند لكل من أعضاء الفريق معاً، و هذا حتى و لو كان أخصائي التخدير المسؤول من حيث الأصل، إلا أن الطبيب الجراح كذلك بوصفه المنسق و المنظم للعملية الجراحية في مجموعها قد أهمل في عمله في عدم تحديد فصيلة الدم باعتباره ملزماً بمراقبة الأعمال التحضيرية للعملية، زيادة على عدم قيامه بمباشرة نقل الدم للمريضة أثناء العملية لكي لا تواجه آثار النزيف الحتمي.

<sup>1</sup> « Les obligations du chirurgien ne pouvaient se limiter aux seuls gestes chirurgicaux des lors que, suivant depuis plusieurs années son patient, celui-ci se devait d'aviser le médecin anesthésiste des risques que comportait une anesthésie locale ».

<sup>2</sup> أشرف جابر، المرجع السابق، ص 109 و 110.

إنّ هذا الاتجاه لمحكمة النقض الفرنسية، ينطوي على فكرة إيجابية هامة مفادها دفع كل عضو من أعضاء الفريق الطبي إلى الاهتمام، ليس فقط بالأعمال التي تدخل في دائرة تخصصه كطبيب جراح أو طبيب تخدير ، بل تلك التي تكون مشتركة بين أعضاء الفريق الواحد، و هو الشيء الذي يقود لا محال إلى تكثيف العناية من اجتماع أعضاء الفريق و القيام بالعمل الطبي على أحسن وجه، ناهيك عن توفير ضمانات قوية لتعويض المريض أو ذويه بسبب زيادة عدد المسؤولين عن الضرر اللاحق به، وهو ما تبناه القضاء الجزائري في نظرنا في مواطن عدّة، طالما أنّ كل طبيب من أطباء الفريق الطبي يسأل عن الإهمال الحاصل من جانبه، ليس فقط على أساس تخصصه فيما يعتبر داخل في مهمته وواجبه أثناء التدخل الطبي طالما أنّ هناك منطقة اختصاص مشتركة في العمل بحيث يقع عبء القيام بها على كل عضو.

كما أنّ المادة 126 من القانون المدني في نصها: "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض"، وهذا في الحالة التي يشترك فيها عدد من الأطباء في إحداث الضرر بالمريض.

## الفرع الثاني

### المسؤولية المدنية للطبيب عن الغير وعن الأجهزة الطبية

قد تنشأ مسؤولية الطبيب من الناحية المدنية عن أعمال الغير التابعين له من مساعدين كالمرضى، أو حتّى من مرضى موضوعين تحت رقابته كالمصابين بالآفات العقلية، كما قد تنشأ عن استعمال الأشياء والأجهزة الطبية، وهذا ما سنوضحه في الآتي :

### أولاً: مسؤولية الطبيب المدنية عن أفعال الغير

والغير في هذه الحالة قد يكون من بين معاوني الطبيب من ممرضين أو مساعدين شبه الطبيين، كما قد يكون من بين المرضى الموضوعين تحت رقابته، في المؤسسات الاستشفائية المتخصصة المعدة لذلك.

### 1- مسؤولية الطبيب مدنيا عن أفعال معاونيه ومساعديه

قد تستدعي الضرورة أحيانا أن يستعين الطبيب المعالج بمساعدين أو ممرضين<sup>1</sup> يباشرون تنفيذ تعليمات العلاج تحت رقابته وإشرافه، كالاستعانة بمختص في الأشعة، أو ممرض التخدير أو العلاج أو التوليد، فإذا وقع ضرر بالمريض نتيجة خطأ من أحد هؤلاء الممرضين فهل يسأل الطبيب عن هذا الخطأ باعتباره الطبيب المعالج الذي لجأ إليه المريض، أم أن مرتكب الخطأ هو من يتحمل مسؤوليته؟

ففي هذا الصدد، وفي ظل غياب النص، وأمام سكوت المواد 1146-1155 المتضمنة احكام المسؤولية العقدية في القانون المدني الفرنسي، بادر الاجتهاد القضائي في فرنسا، الى تطبيق المادة 1374 فقرة 5، المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع، ضمن احكام المسؤولية التقصيرية، وعدّ ذلك كدليل على تخبّط القضاء، مما دفع بالجناح المؤيد من الفقه لوحدة المسؤولية لاتّخاذة كذريعة، في وجه الجناح المعارض لذلك مثلما أوضحنا آنفا.

بالمقابل نظّم المشرع الجزائري، مهنة التخدير والإنعاش بموجب المرسوم التنفيذي رقم 235/11<sup>2</sup> المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية<sup>3</sup>، ووفقا للمواد من 18 إلى 23 من هذا المرسوم أن

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 121/11 المؤرخ في 20/04/2011 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 17، بتاريخ 20/03/2011.

انظر كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/04/2012 الذي يحدد كليات تنظيم التكوين المتخصص للالتحاق ببعض الرتب المنتمية لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 17/03/2013.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 235/11 مؤرخ في 03/07/2011، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، ج.ر، عدد 38 مؤرخة في 06/07/2011.

<sup>3</sup> المادة 42 منه نصت على أنه: "تلغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 109/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27/04/1991 والمذكور أعلاه".

التخدير والإنعاش المناط بالأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش، الذين ينتمون إلى سلك الشبه الطبي، و يتلقون تعليماً خاصاً في المدارس شبه الطبية، ليس لهم صفة أطباء وبالتالي لا يتمتعون بالاستقلال المهني، الذي يتمتع به الأطباء طبقاً للمادة 10 من م.أ.ط.ج<sup>1</sup> كما لا يتمتعون باستقلال مهني بناء على نص في قانونهم الأساسي.

وفي هذا نصت المادة 20 من ذات القانون على: "يكلف الأعوان الطبيون في التخدير والإنعاش بحضور ممارس طبي متخصص في التخدير والإنعاش أو في غيابه، تحت سلطة المسؤول السلمي الطبي..."، إذ يقوم هؤلاء الأعوان بأعمال التخدير والإنعاش تحت إمرة المسؤول الطبي السلمي، وبالتالي يمكن مساءلة الطبيب الجراح على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه طبقاً للمادة 136 من ق.م.ج.

ونظراً لعدم وجود حكم أو قرار في القضاء الجزائري حول مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء أعوان التخدير نسترشد بالقضاء التونسي كتطبيق حيث جاء في أحد قراراته " حيث ثبت من الاختبار الطبي أنّ ما أصاب المريضة من ضرر كان نتيجة سوء تقدير وتصرف لحالتها أثناء وبعد العملية وحيث أن عدم الالتجاء إلى طبيب مختص في التبنيج والاعتماد على فني سامي في الميدان يجعل هذا الأخير يعمل مباشرة تحت إمرة الطبيب الجراح"<sup>2</sup>. في هذا الصدد، نصت المادة 73 فقرة 02 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية سالف الذكر، على " أمّا المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنّهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤوليتهم".

وعلى هذا الأساس، يمكن مساءلة الطبيب المعالج شخصياً، عن كل خطأ يثبت في حق أحد من مساعديه يصيب المريض بضرر أثناء علاجه، بوصفهم يعملون تحت مراقبته ومسؤوليته مادام قد اختارهم بنفسه، ويستوي في هذا أن يكون الضرر اللاحق بالمريض نتيجة

<sup>1</sup> تنص المادة 10 من م.أ.ط.ج على أنه: " لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أم يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال".

<sup>2</sup> قرار محكمة استئناف تونس رقم 269875 بتاريخ 1998/04/29.

تنفيذ المساعد لتعليمات خاطئة من الطبيب المعالج، أو أنّ هذا الأخير نفذ تعليمات صحيحة من الناحية الطبية إلا أنّ تنفيذها من المساعد قد شابها عيب، فمسؤولية الطبيب المعالج تبقى قائمة في مواجهة المضرور، مادامت ظروف العمل الطبي تستوجب أن يتم تنفيذ هذه التعليمات بحضور الطبيب المعالج وتحت رقابته المباشرة، أين يتعين عليه التدخل في أية لحظة حال حصول أي طارئ أو ملاحظة أي خطأ.

ورغم أنّ الطبيب لم يباشر بنفسه كل ما يجب نحو مريضه، فهو على الأقل ملزم بمراقبة كل عمل يقوم به مساعده من ممرضين نحو مريضه، هذا في الحالة التي يكون فيها المساعد قد اختير من قبل الطبيب أي حالة الطبيب الذي يعمل لحسابه الخاص.

في حين أنّه لو كان الطبيب موظفا بمستشفى عمومي أو خاص، فالحال غير ذلك، إذ أنّ الممرضين والمساعدين الطبيين العاملين بالمستشفى يرتبطون في مواجهة المريض بتنفيذ التزامات من شخصين مختلفين الطبيب العامل بالمستشفى والمشرف على العلاج، إذ يلتزمون بتنفيذ تعليماته وأوامره في مجال العلاج، وإدارة المستشفى باعتبارهم موظفين بالمستشفى ويخضعون إداريا لها، تجاه المريض بتوفير الشروط الضرورية لتحقيق العلاج أو التدخل الطبي وتنفيذ الوصفات الطبية للطبيب المعالج.

وعلى هذا الأساس وبالرجوع لنص المادة 73 فقرة 2 من مدونة أخلاقيات الطب فالطبيب المعالج يسأل فقط عن أخطاء المساعدين الذين يختارهم ويعملون تحت مراقبته، ومادام أنّ الطبيب العامل بمستشفى عمومي، لم يكن حرا في اختيار مساعديه كونهم موظفون به، فلا مجال لمساءلة الطبيب المعالج عن الأخطاء الواقعة منهم أثناء تنفيذهم لتعليماته أو أوامره الطبية، ويبقى في هذه الحالة المستشفى مسؤولا عن هذه الأخطاء باعتبارهم تابعين للمستشفى حتّى وإن كانوا يساعدون مباشرة الطبيب الأخصائي مادامت للمستشفى سلطة الإشراف الإداري عليهم والتي تكفي وحدها لإعمال أحكام المادة 136 من القانون المدني: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حالة

تأدية وظيفة أو بسببها أو بمناسبة، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

فالمسؤولية هنا هي مسؤولية التابع عن أعمال تابعيه، وهي مسؤولية تقصيرية وفقاً لأحكام المادة 136 ق.م، ذلك أنه لا يمكن مساءلة المستشفى العمومي على أساس المسؤولية العقدية فعلاقة المريض بالمستشفى كمرفق عام مستمدة من قواعد قانونية أوجدتها القوانين واللوائح المنظمة للمرفق العام، ومركز المريض لا يعد مركزاً تعاقدياً بل علاقة المنتفع بخدمة عامة بالمرفق الصحي والخدمات التي يؤديها.

## 2- مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يحدثها المريض بالآخرين

يمكن أن يحال المرضى المصابين بآفات عقلية، إلى مؤسسة استشفائية أو مصلحة طبية متخصصة بحضور المريض نفسه إليها، أو بمبادرة وليه أو من السلطات العمومية، عندما يشكل هؤلاء المرضى خطراً عمومياً، ورغم تواجدهم في تلك المصالح للعلاج وكونهم موضوعين تحت رقابة صارمة بإشراف طبيب مختص، قد يقومون بأعمال وبتصرفات مضرة بالغير كالمرضى الموجودين معهم أو حتى بالمستخدمين العاملين في المؤسسة الماكثين فيها من أجل العلاج.

وهنا يثور التساؤل حول مدى مسؤولية الطبيب العقلي عن الأضرار التي قد يحدثها المريض بالآخرين، فدور الطبيب يبدأ أولاً بصدد تشخيص حالة المريض وما يترتب على ذلك من حجزه أو إيداعه المستشفى أو المؤسسة الخاصة، ويستمر ذلك الدور فيما يتعلق بالطرق العلاجية المنتقاة، أو التعليمات التي يعطيها للمريض وإدارة المستشفى لرعاية المريض وضمان سلامته طيلة إقامته بالمؤسسة، أو حتى في الحالات التي يقدر فيها الطبيب وفقاً للمعطيات المحيطة به، والإمكانات الطبية المتوافرة لديه، بقاء المريض حراً لمدة مؤقتة طبقاً لبرنامج علاجه بالوسط المفتوح أو الإفراج عنه نهائياً.

فإذا كان الطبيب العقلي قد تصرف وفقاً لسلطته التقديرية باعتبار المسألة طبية وفنية فإن القاضي يقدر مدى اعتبار تصرف الطبيب العقلي يدخل في باب الإهمال المعتبر خطأ طبي

استنادا للظروف والملابسة لاسيما تلك التي تم فيها الإفراج عن المريض ومدة الخروج والاحتياطات الواجبة، والعلاج اللازم، وحالة المريض عند الإفراج عنه ومدى تطورها وخطورتها والقاضي في هذا يستعين بخبير عقلي لفحص المريض، وإذا كانت مسؤولية المستشفى العمومي أو العيادة الخاصة عن الأضرار التي يلحقها المريض بنفسه أو بالغير أثناء إقامته بالمستشفى قائمة، واستنادا لالتزامها باتخاذ كافة التدابير والإجراءات الأمنية الكفيلة بضمان سلامة المريض الموضوع تحت رقابتها، إذ إنّ الرقابة هنا تعتبر قانونية والخطأ الناتج عنها يكون مفترضا حسب نص المادة 134، وكذا ضمان عدم إيدائه للغير نظرا لحالته الخاصة وظروفه العقلية، ولكن ليس هناك ما يمنع من مساءلة المستشفى عن خطأ الطبيب باعتباره تابعا للمستشفى، وهذا ضمانا للمضور، ونشير أنّه في الحالات التي يرتبط فيها الطبيب العقلي مع مستشفى الأمراض العقلية، أو العيادة المخصصة لذلك بعقد تلتزم فيه المؤسسة بتزويد الطبيب بما يتطلبه عمله الطبي من أجهزة وأدوات طبية، وكذا استقبال المرضى المعالجين لديه وتنفيذ تعليماته بشأنهم دون أن يكون الطبيب بطبيعة الحال موظفا بالمؤسسة فلا يمكن القول في هذه الحالة بوجود علاقة تبعية بين الطبيب والمؤسسة كون الطبيب يبقى محتفظا باستقلاله الطبي والإداري الكامل، ويتحمل مسؤولية كافة أخطائه.

### ثانيا: مسؤولية الطبيب عن الآلات والأجهزة الطبي

في الوقت الذي يلزم فيه القانون الطبيب أن يتوافر في المكان الذي يمارس فيه مهنته على تجهيزات ملائمة، ووسائل تقنية كافية لأداء مهمته في ظروف ليست من شأنها أن تضر بنوعية العلاج، أو الأعمال الطبية المقدمة للمريض، فقد أقيم حديثا على عاتقه التزاما بسلامة المريض المعالج لديه من أي ضرر قد يلحق به، بسبب هذه الأجهزة والأدوات الطبية. علاوة على ذلك، نشير إلى أنّ الضرر المعني في هذه الحالة، ليس ذلك المعتبر نتيجة حتمية وجزء من العلاج، فلا يمكن مساءلة الطبيب بسبب ما لحق المريضة من ندبات، جراء استعمال المشط scalpel لإجراء عملية قيصرية، بحكم أنّ التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية كما أسلفنا آنفا.

إنّما الضرر المقصود، يجب أن يكون نتيجة لعدم انتباه الطبيب أو قصور أو عيب في الآلة ذاتها، وفي كل مرة يلحق فيها الطبيب ضررا بالمريض باستخدام آلة أو جهاز طبي فإننا أكيد نكون أمام مسؤولية عقدية.

ومردّ ذلك من جهة أولى، هو أنّنا أمام حالة كان فيها تدخل الآلة سببا في عدم تنفيذ التزام بتحقيق نتيجة، ثابت بالعقد المبرم بين الطبيب المعالج والمريض، وهو الالتزام بسلامة المريض، أين تطبق أحكام المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي للطبيب، في كل مرة يكون فيها إخلال من الطبيب في تحقيق الالتزام بسلامة المريض جراء إصابته بضرر نتيجة استعمال الآلة أو الجهاز الطبي، بحسب اجتهادات القضاء الفرنسي حديثا، حيث يرى أنّ نطاق الالتزام بالسلامة اتسع مؤخرا، ولم يعد امره قاصرا على عقد النقل كما كان من قبل بحيث اصبح يشمل كثيرا من العقود الأخرى، لاسيّما تلك التي تبرم مع أصحاب المهن الفنية والتي يستخدم في تنفيذها بعض الأجهزة أو الآلات أو المعدات، وهذا ما يجعل التزام ضمان السلامة التزاما بتحقيق نتيجة وبالتالي تنهض مسؤولية المتعاقد بمجرد إصابة المتعاقد معه بضرر ولا سبيل له للتخلص من هذه المسؤولية، إلا بإقامة الدليل على أنّ ما لحق بالمضروب من ضرر إنّما يرجع لسبب أجنبي.

والحقيقة أنّ محكمة النقض الفرنسي، عندما جنحت للأخذ بالالتزام بالسلامة بنت قضاءها على أساس المادة 1135 من ق.م.ف - المقابلة للمادة 107 من القانون المدني الجزائري - التي تنص على: " لا تقتصر العقود على إلزام بما ورد فيها فحسب، بل تتناول أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للعدالة والعرف والقانون، بحسب طبيعة الالتزام"<sup>1</sup>.

ففي قرار حديث لدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2003/02/04<sup>2</sup> على أنّ الطبيب: " لا يتحمّل التزام بتحقيق نتيجة إلا فيما يتعلق بالأدوات المستعملة لتنفيذ

<sup>1</sup> Article 1135 du C.C.F « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

<sup>2</sup> Cass. Civ 1èreCh. 04/02/2003. Pourvoi N° : 00-15572. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

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

العمل الطبي المتعلق بالفحص والعلاج، تحت طائلة إثبات المريض أنها سبب الأضرار اللاحقة به<sup>1</sup>.

وفي قرار آخر للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 17/03/2011 قضت بأن: "العقد المشكل بين المريض وطيبه يضع على عاتق هذا الأخير التزام السلامة محله تحقيق نتيجة فيما يتعلق بالأجهزة التي يستعملها في تنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص أو العلاج"<sup>2</sup> أي مسؤولية عقدية.

والالتزام بالسلامة هو التزام تبعي *accessoire* فالعقد لا يقتصر على تنفيذ ما ورد فيه فحسب، وإنما يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام حسب نص المادة 107 من ق.م.ج المشار إليها اعلاه.

غير أنه في الحالة التي يكون فيها الطبيب مستخدم الآلة غير مرتبط مع المريض بعقد طبي، وهذا في الحالات التي سبق وأن أشرنا إليها، ففي هذه الحالة فإن مسؤولية الطبيب عن الآلات والمعدات الطبية تجاه المريض هي مسؤولية تقصيرية، مسؤولية حارس الشيء وتخضع لأحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري بنصها: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"، وهو نفس النص الذي جاءت به المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

على هذا الأساس يتضح، أنّ المشرع قد أقام قرينة على قيام مسؤولية الطبيب عن الأجهزة والمعدات الطبية التي يستخدمها في المستشفى العمومي، متى تسببت في إحداث ضرر للمريض، وهي قرينة بسيطة يمكن نفيها إذا أثبت الطبيب أن الضرر الواقع بالمريض حدث

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

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

- Cass. Civ 1èreCh. 17/03/2011. N° de pourvoi : 10-11735. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

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

بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة، حسب المادة 138 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

في هذا الصدد فإنّ من بين الأجهزة الطبية شائعة الاستعمال اليومي نجد أجهزة الأشعة الطبية، اذ تعتبر من بين الوسائل الطبية المستحدثة للكشف عن الأمراض والعلاج في آن واحد، وهي مثال حي على توغل التكنولوجيا في ميدان الطب وغزو الآلة لهذه المهنة .

الجدير بالذكر أن الأشعة أصبحت جد ضرورية وإجبارية في تشخيص عدة حالات مرضية أو علاجية، وتدخل ضمن التجهيزات الطبية الحديثة وهذا ما أشارت إليه المادة 14 والمادة 172 من مرسوم 92/ 276 سالف الذكر المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، والتي تتطلب تكوين خاص بها من أجل تحقيق هدفها والوقاية مما قد ينجم عنها من أخطار نتيجة جهل تقنيات تشغيلها، فبدون شك تتطوي هذه الآلات على مخاطر عديدة وأضرار جسيمة حين عدم مراعاة الحيطة والحذر في استعمالها للفحص أو تحديد مكان العلاج بها، وعليه فان الطبيب عند لجوءه إلى هذه الآلات سواء في الفحص أو العلاج يجب عليه أن يدرس آثارها الجانبية والتحكم الجيد في استعمالها وهو مسؤول عن كل إهمال مهما كان نوعه وهو ما قضت به محكمة "Bordeaux" بتاريخ: "1933/06/07" في حكم لها بمسؤولية الطبيب لأنه تجاوز الجرعة المسموح بها طبيا عند تسليطه الأشعة من أجل علاج لمريض مصاب بورم سرطاني متسببا له في حروق.

كما أن القضاء حاليا يميل إلى افتراض خطأ الطبيب، بمجرد حدوث الضرر الناتج عن الأشعة، وذلك بالنظر للتقدم الفني الذي أحدثه العلم في هذا المجال، بتحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها لمنع الأضرار خلاصة القول، فإن استخدام الأشعة أو غيرها من الأجهزة الطبية والآلات سواء في ميدان التشخيص أو العلاج هو سلاح ذوي حدين فالفائدة والضرر قائمان بنفس القدر ولهذا وجب أن تراعى عند استعمالها، المعرفة التقنية والدقة والحيطة لأن أي إهمال يقود إلى آثار وخيمة بصحة المريض من جهة ويقيم المسؤولية للطبيب من جهة أخرى.

## الفرع الثالث

### التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

يقصد بالتأمين من المسؤولية الطبية في المجال الطبي، عقد تتحمّل بموجبه هيئة أو جهة (شركة التأمين) المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية، الناشئة عن ممارسة المهن الطبية والمهن المرتبطة بها، نظير أقساط محدّدة قانوناً تُدفع من المؤمن له (الطبيب)، أي أن هذا التأمين هو بين شركة التأمين والطبيب عن الأضرار التي تصيب هذا الأخير، نتيجة رجوع المرضى عليه بالتعويض بسبب خطأ طبي صدر منه أو ضرر أصاب المريض.

وبناء على ذلك فالتأمين من المسؤولية الطبية المدنية هو: "عقد بموجبه يؤمّن المؤمن (شركة التأمين)، الطبيب باعتباره مؤمّناً له، من الأضرار التي قد تلحق به من جراء رجوع المريض أو ذويه، أو المتضررين من الغير، عليه بالمسؤولية الطبية أثناء ممارسته لمهنته، لارتكابه ما يوجب المسؤولية".

على هذا الأساس لا يقصد بالتأمين من المسؤولية الطبية، تأمين المريض من الإصابة التي تقع عليه من الطبيب، وإلاّ أصبح تأميناً على الأشخاص، وإتّما يقصد به تأمين الطبيب نفسه من ضرر يقع على ماله نتيجة رجوع المريض عليه بالمسؤولية، ومن ثمّ كان تأميناً على المال، أي تأميناً من الأضرار.

### أولاً: التكريس التشريعي للتأمين عن الأضرار

إنّ التأمين من المسؤولية، على النحو المشار إليه أعلاه، يعتبر تأميناً من الأضرار وبالتالي يخضع لمبدأ التعويض ككل تأمين من الأضرار، سواء كانت اضرار ناتجة عن خطأ طبي أو بدونه، وهو في هذا يختلف عن التأمين التقليدي.

### 1- إلزامية التأمين عن الأضرار في التشريع الفرنسي والعربي

تحقيقاً لغرض كفالة حصول المضرورين على التعويض المناسب، وحماية للأطباء وصوناً لممارسة المهن الطبية في جو آمن، ألزم قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي

رقم 2002-303 المؤرخ في 04/03/2002 في المادة 2-L1142 المضافة بالمادة 98 الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، بالتأمين الإجباري<sup>1</sup>، من المسؤولية المدنية، حيث تنص المادة 2-L1142 فقرة 4 من القانون المشار إليه أعلاه، على أنّ "تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي أجراءها العاملين ضمن حدود المهمة الممنوحة لهم، حتى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب"<sup>2</sup>.

أما جزاء عدم التأمين، فقد فرض قانون الصحة العامة الفرنسي عقوبة الغرامة، والمنع من الممارسة الطبية، في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية، وهذا ما نصت عليه المادة 25-L1142 فقرة 1 "يعاقب على الإخلال بالالتزام بالتأمين المنصوص عليه في المادة 2-L1142 بغرامة تقدر بـ 45000 أورو.

كما يعاقب الأشخاص الطبيعيين على ارتكابهم الجريمة المذكورة في هذه المادة، أيضا بعقوبة تكميلية بالمنع حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 131-27 من قانون العقوبات"، ودخل هذا الجزاء مجال التطبيق، بموجب القانون 1577-2002 الصادر في 30/12/2002 المعدل والمتمم للقانون 2002-303، والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية L'assurance responsabilité civile médicale والذي حدّد أول يناير 2004، تاريخ بدأ المساءلة القانونية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين.

من جانب المشرع الإماراتي، فقد نص في المادة 25 من قانون المسؤولية الطبية على أنه: "يحظر مزاوله المهنة بالدولة دون التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية لدي إحدى

<sup>1</sup> يحق الرجوع على المؤمن له في وثيقة تأمين المسؤولية الطبية بقيمة ما أدته شركة التأمين من تعويض في الحالات الآتية:

- إذا حصل الضرر نتيجة فعل متعمد من المؤمن له.
- إذا حصل الضرر من المؤمن له نتيجة قيامه بعمله وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر.
- إذا مارس المهنة بدون وثيقة، أو بوثيقة مزورة أو عقد التأمين بناء على بيانات أو معلومات غير صحيحة أو إخفاء وقائع أو معلومات جوهرية.

<sup>2</sup> L'article L. 1142-2 alinéa 4 C.S.P.F « L'assurance des établissements couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».

شركات التأمين المرخص لها في الدولة. وتحمل المنشأة الصحية التي تستقبل طبيباً زائراً مسؤولية التعويض عن خطئه الطبي في مواجهة المضرور، وذلك دون إخلال بحقها في الرجوع على مرتكب الخطأ. ويتعين على الجهات الخاضعة لأحكام هذه المادة أن توفّر أوضاعها خلال ستة أشهر من تاريخ سريان أحكام هذا القانون، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط اللازمة لتنفيذ أحكام هذه المادة".

كما نصت المادة 26 من ذات القانون على أن: "يلتزم صاحب المنشأة بالتأمين على مزاولي المهنة العاملين لديه، عن مسؤولية الأخطاء الطبية ويتحمل نسبة 80% كحد أدنى من قيمة قسط التأمين السنوي ويتحمل مزاول المهنة باقي قيمة هذا القسط، كما يلتزم بالتأمين عليهم ضد المخاطر الناجمة عن ممارسة المهنة أو بسببها ويتحمّل صاحب المنشأة كامل قسط التأمين على العاملين لديه في هذه الحالة".

في هذا الصدد كان المشرع الجزائري أخفّ شدة من سابقه، من حيث جزاء مخالفة عدم الامتثال لنصّ المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات التي تنص على أنه "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"<sup>1</sup>.

ونفس التأكيد جاءت به المادة 6 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم المستشفيات رقم 07-2321 على أنه: "يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاهم".

<sup>1</sup> الأمر رقم 95/07 مؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد 13، المؤرخة في 08/03/1995، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 07-321، مؤرخ في 10 شوال عام 1842 الموافق لـ 22/10/2007، المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر، عدد 67، مؤرخة في 12 شوال 1428 الموافق 24/10/2007.

كما أنّ جزء عدم التأمين يكون وفقاً للمادة 184 فقرة 1 من الأمر رقم 95-07 سالف الذكر<sup>1</sup> بنصها: "يعاقب على عدم الامتثال للإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 و174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000 دج إلى 10000 دج"، والملاحظ أن هذا الجزء هو جزء رمزي، مقارنة بما هو منصوص عليه في قانون الصحة الفرنسي، وحسناً فعل المشرع الإماراتي، بجعل الالتزام بالتأمين شرط ضروري للحصول على الترخيص لممارسة المهنة بصفة مشروعة.

## 2- التأمين من الأضرار في التشريع

تبرز مسؤولية الطبيب الشخصية سواء مارس عمله الطبي بنفسه بصفة منفردة، أو كان قد عالج المريض ضمن فريق طبي، إذ تنص المادة 73 فقرة 1 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه: "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلاً منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية." فنص المادة يأخذ بمبدأ استقلال المسؤوليات في وسط الفريق الطبي، على أساس الاستقلال المهني والفني لكل طبيب من الفريق الطبي لاسيما ضمن الفريق الجراحي.

وهذا ما نحاول توضيحه في عنصرين، ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب وتوزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطبي.

### أ. تأمين الأضرار الناتجة عن الخطأ الطبي الفردي

تنص المادة 8-4127R من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن الطبيب حرّ في تحرير وصفاته بالشكل الذي يعتقد بأنها الأكثر فعالية لحالة المريض، وهذا هو مبدأ الحرية العلاجية الذي يعطي الطبيب الحرية في اختيار وصفاته، ويعدّ من أهم المبادئ التي تقوم عليها قوانين الطب.

<sup>1</sup> الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد 13، مؤرخة في 1995/03/08.

غير أنه إذا قام الطبيب بعمل لا يدخل في اختصاصه، فإنه يعدّ مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بالمريض نتيجة ذلك، فالطبيب ملزم بممارسة مهنة الطب في مجال تخصصه وهذا ما أكدته المادة R4127-70، من قانون الصحة العامة الفرنسي.

وتماشياً مع سابقه من التشريع الفرنسي، نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 1276/92<sup>1</sup> المتعلق بمدونة الطب الجزائرية على أنه: "يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات، في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية"، وترتباً على ذلك لا تضمن شركات التأمين المسؤولية المهنية للأطباء عن أخطاءهم الفردية وأخطاء تابعيهم إذا تجاوزوا حدود تخصصاتهم.

على هذا الأساس، فالتأمين يغطي المسؤولية المهنية للطبيب في مجال تخصصه، وفي حال تجاوز الطبيب المهمة المنوط بها وفقاً للمادة L1142-2 فقرة 4 من قانون الصحة سالف الذكر، فإنه يمكن لشركة التأمين التصل من تغطية المسؤولية المدنية، بمعنى أن تدفع أمام القضاء بسقوط ضمان المؤمن له الذي تجاوز حدود المهمة المنوط والمصرح بها وهذا بنصها: "يغطي تأمين مهني الصحة والمؤسسات والمصالح والهيئات المشار إليها في الفقرة الأولى أجزائها المتصرفون، في حدود المهمة التي تسند لهم حتى وإن كان هؤلاء يتوفرون على استقلال في ممارسة مهنة الطب".

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 12/02/1992<sup>2</sup> بمسؤولية طبيب الفم *médecin stomatologiste* عن خطأ ارتكبه عند ختان طفل لا يتجاوز عمره 8 أشهر وهذا بتاريخ 06/12/1987، وحملت المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي المرتكب والذي ألحق أضراراً بالطفل، حيث استبعدت المحكمة الاستئنافية شركة التأمين المسماة La

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 06/07/1991، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 08/07/1992.

<sup>2</sup> Cour d'appel de Paris, du 12/02/1992.

médicale de France، على أساس أن النشاط الوحيد والقانوني المغطى تأمينيا هو نشاط طب أمراض الفم activité de stomatologie، وحيث أنه لم يصرح لشركة التأمين بممارسته لعملية الختان إلى جانب عمله الأصلي إلا بعد حدوث عدة أخطاء تجاوز فيها حدود اختصاصه. وعلى إثر الطعن بالنقض المرفوع من قبل الطبيب أيدت محكمة النقض الفرنسية قرار الجهة الاستئنافية، في قرار لها صادر بتاريخ 1994/12/06<sup>1</sup> بقولها: "حيث أنّ محكمة الاستئناف قد ذهبت إلى أن محل عقد التأمين المبرم بواسطة المؤمن له يتحدّد في طب أمراض الفم، وأنّه لم يصرح للمؤمن بممارسته لنشاط طبي آخر المتمثل في الختان العلاجي والعلاجات المرتبطة به، ولمّا كان هذا النشاط الأخير لا يندرج ضمن التغطية التأمينية لعقد التأمين مما يتعيّن معه التصريح بعدم قبول الطعن".

#### ب. تأمين الأضرار الناتجة عن خطأ الفريق الطبي

لا يكون هناك اشكال، إذا كان كل من الجراح وطبيب التخدير قد أبرم تأميناً من المسؤولية لدى نفس المؤمن، فإذا رجع المريض على هذا الأخير بالضمان، فلا تثور أي صعوبة لأنه يضمن مسؤولية أعضاء الفريق الجراحي جميعاً.

إنما يثور الاشكال، حين يكون كل عضو من أعضاء الفريق الجراحي قد أبرم تأميناً من المسؤولية لدى مؤمن مختلف، حيث يرجع المريض على أكثر من مؤمن وكل منهم يتصل من التعويض، ناهيك عن نزاعاتهم فيما بينهم حول توزيع الضمان بينهم، لأن ذلك يقتضي تحديد مدى التزام كل مؤمن بالضمان إلى جانب المؤمنيين الآخرين، ونتج عن ذلك الوضع عدّة نزاعات، انتهت بعقد اتفاق بينهم بتاريخ 1976/06/28 يقضي بتقسيم المسؤولية بالنظر إلى اللحظة التي وقع فيها الحادث، ومن ثمّ فمؤمن الجراح يتحمل مسؤولية خطأ الجراح متى كان الخطأ ناشئاً عن إجراء الفحوص السابقة عن التدخل الجراحي التي تدخل في تخصصه

<sup>1</sup> Cass. Civ. 1èreCh. 06/12/1994. N° de pourvoi : 92-17767. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033700&fastReqId=129065654&fastPos=295>

والتدخل الجراحي ذاته والآثار المباشرة له، والمسؤولية عن التخدير إذا تمّ بواسطة ممرض أو أي شخص آخر غير طبيب متخصص في أعمال التخدير.

والأمر بالمثل لطبيب التخدير، فيكون مؤمّنه هو الملتزم بالضمان بالنسبة للمسؤولية المدنية لطبيب التخدير، متى كانت الخطأ ناشئ عن الفحوص السابقة على التدخل لجراحي والمتعلقة بفحص انتظام عمل القلب والتنفس وفحوص الدم، والفحوص المتعلقة بالتحقق من سلامة أدوات التخدير، ووضع المريض على منضدة العمليات فيما عدا الضرورات الخاصة التي يقدرها الجراح بالنسبة لهذا الوضع، أفعال التخدير بالمعنى الفني، أفعال الإنعاش والمتابعة المباشرة للمريض حتى إفاقة نهائياً من تأثير التخدير.

والغاية من هذا الاتفاق هو قطع النزاع الذي يثور بين المؤمّنين وبين الأطباء فيما يتعلق بتحديد الأفعال التي تقيم المسؤولية

غير أنه، ومهما يكن من امر، فإنّ القضاء الفرنسي في آخر مراحل تطوره، وبعد جهد ومشقة جنح للأخذ بالمسؤولية التضامنية لأعضاء الفريق الطبي أو الجراحي، بالرغم من اقراره باستقلال كل طبيب منهم عن الآخر، وذلك على أساس وجود التزام متبادل بالمشورة بينهم، وسايره في هذا الرأي السواد الأعظم من القضاء العربي.

### ثانياً: تغطية التأمين للأضرار التي تلحق بالمرضى

على الرغم من أن الأطباء الخواص، وأصحاب المنشآت الطبية ملزمين بالتأمين على مزاولي المهنة لديهم من المسؤولية المدنية عن أخطاءهم، فإنه يثور التساؤل حول مدى تغطية التأمين لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى المتعاملين مع الأطباء والمنشآت الصحية، ففي بعض الأحوال قد يلحق هؤلاء ضرر دون وجود ثمة خطأ طبي ثابت، ففي هذه الأحوال يثور الشكّ حول استحقاق هؤلاء للتعويض، وهذا ما سنتناول في نقطة أولى إلى عدم تغطية التأمين من المسؤولية لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى لعدم وجود خطأ طبي ثابت (1)، وفي نقطة ثانية التوجه نحو تغطية شاملة لكافة الأضرار الناتجة عن التعامل مع مزاولي مهنة الطب مستعرضاً فيها تجربة القانون الفرنسي (2).

## 1- حالة تغطية التأمين لبعض الأضرار التي قد تصيب المرضى

بعد أن تطرقنا آنفاً للطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لمزاوولي مهنة الطب ومناطق التزامهم وانعقاد الإجماع على الخطأ كأساس لقيام المسؤولية، ومن ثمّ فإنه إذا ثبت أن الطبيب لم يخطئ وفقاً لتقدير القاضي فلا يستحق المضرور التعويض.

ولكن قد يثور التساؤل عن حالات إصابة المريض بأضرار دون خطأ، ورغم قيام الأطباء بأداء واجبهم وتنفيذ التزامهم ببذل عناية، وفقاً لما تقتضيه أصول مهنة الطب في الكثير من الأحوال، منها الأضرار التي قد تلازم أعمال الوقاية والعلاج والتشخيص، والأضرار الناتجة عن المنتجات الطبية المعيبة.

أ. الأضرار الناتجة عن الأخطار التي قد تلازم أعمال الوقاية أو العلاج أو التشخيص وفقاً للمادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي، ولما هو منصوص عليه في كل التشريعات وما درج عليه القضاء، لا يكون الطبيب مسؤولاً إلا عن خطئه متى كانت تربطه بالضرر علاقة سببية، أمّا في الحالات التي لا يثبت فيها أي خطأ مهني فلا يكون الطبيب مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي أصابت المرضى.

وعلى الرغم من أنّ هذا المبدأ له ما يبرره من الناحية النظرية التقليدية، فإنه قد يترتب عليه من الناحية العملية حرمان الكثير من أشدّ المضرورين من الحصول على التعويض اللازم لجبر الأضرار التي لحقتهم. فقد يصاب المريض أثناء تلقيه إحدى الخدمات الطبية بضرر ليس راجعاً لخطأ مهني وإنما إلى المخاطر التي قد تصاحب عمل من أعمال الوقاية

أو التشخيص أو اثناء علاج الأمراض ويطلق عليها مصطلح الحادث الطبي<sup>1</sup> او العلاجي، وإنتان المشافي<sup>2</sup> وبالتالي لا تنطبق قواعد المسؤولية الطبية في مثل هذه الحالة.

### ب. الأضرار الناتجة عن المنتجات الصحية

من المتصور أن تترتب أضرار للمتعاملين مع الأطباء والهيئات والمؤسسات الصحية نتيجة لاستخدام من يزاول مهنة الطب إحدى المنتجات المعيبة والتي لا يكون عيبها ظاهراً فبدون أدنى شك في هذه الحالة تقوم مسؤولية صاحب المنتج.

غير أنه في حالة عدم تعيب المنتج، فإنه من الصعوبة بمكان حصول ضحايا هذه المنتجات على التعويض عن الإصابات والأضرار الناتجة عن العلة العلاجية الناجمة عن تعاطي العلاج المقرر كالأدوية والعقاقير الطبية affectation iatrogène.

### 2- التوجه للتغطية الشاملة لكافة الأضرار التي تلحق بالمرضى

إن مختلف التشريعات، تشترط الخطأ الطبي لكي تترتب المسؤولية الطبية، وبالتالي لا يغطي التأمين كافة الأضرار التي قد تلحق المرضى، إلا أن المشرع الفرنسي وقضاه لهما رأي آخر وتجربة حديثة في هذا الشأن.

<sup>1</sup> « Aléa thérapeutique » أو الحوادث العلاجية، وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية هذه الحوادث بأنها: "المخاطر

الملازمة للعمل الطبي التي تحدث للمريض دون وجود أي خطأ من الطبيب ويصعب السيطرة عليها" أنظر :

- Cass. Civ 1èreCh. 08/11/2000. N° de pourvoi : 99-11735. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233>

&fastReqId=1600961017&fastPos=43

- Cass. Civ 1èreCh. 17/11/2011. N° de pourvoi : 10-254688. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024819330>

&fastReqId=119773069&fastPos=3

2 Les accidents médicaux, les affections iatrogènes et des infections nosocomiales.

ويقصد بـ: Les affections iatrogènes، تلك الإصابات علاجية المصدر، أي المرتبطة بالدواء الموصوف أو العلاج

دون معرفة السبب

Les affections iatrogènes « Le dommage subi par un patient lié au traitement délivré (médicaments, soins...)

ويقصد بـ: Les infections nosocomiales، عدوى نتيجة الدخول أو المكوث في المستشفى، ولهذا يمنع دخول الأطفال

اثناء زيارة المرضى الماكثين في المستشفى.

Les infections nosocomiales « Une infection qu'apparait à la suite d'une hospitalisation alors qu'elle était absente à l'hôpital »

V. CHARBONNEAU (C), Présentation du titre 1er – Solidarité envers les personnes handicapées – sur le site :

<http://fjpersier.com/ARTICLES%Présentation de la loi sur le droit des malades.html>

لقد كان للقضاء الفرنسي كعادته دور خلاق ومبدع لسدّ النقص التشريعي، وتجلّى ذلك في مجال المسؤولية الطبية، فمن خلال سلطته في تفسير النصوص القائمة من أجل تطوير قواعد المسؤولية المدنية كي تتلاءم مع مقتضيات التطور التي يشهدها المجتمع سيّما في السنوات الأخيرة التي زادت فيها أضرار المتعاملين مع مزاولي مهنة الطب.

فإذا كانت محكمة النقض الفرنسية قد أكّدت في أكثر من حكم لها على وجوب ثبوت الخطأ المرتكب ومساهمة في حدوث الضرر<sup>1</sup>، فإنّها في ذات الوقت أفرت في مواطن عدّة حق المضرور في الرجوع على الطبيب، على أساس الخطأ المفترض وأحيانا على تقويت الفرصة في تحسّن حالة المريض الصحية، أو على الأقل عدم تفاقم وتعمد حالته، إذ ثار الشكّ لدى القضاء حول سبب وقوع الضرر، كما في الحالات التي يكون الخطأ قد اقترن بالمخاطر الملازمة لكل عمل طبي<sup>2</sup>.

فقد قضت في حكم لها سنة 2002 بأن الطبيب يكون مسؤولا عن التعويض، عن فوات فرصة المولود في أن يولد سليما من الإصابات التي حدثت له، والمترتبة بوجه خاص عن نقص الأكسجين اللازم له في الفترة السابقة على ولادته، وذلك على الرغم من أن الخبراء لم يتمكنوا من تحديد ما إذا كان من اللازم إجراء ولادة قيصرية مبكرا للأُم لتجنب حدوث هذه الأضرار أم لا<sup>3</sup>.

كما قضت أيضا، بأنّ تقصير الطبيب في التزامه بإخبار المريض بحقيقة حالته الصحية يكون قد فوّت عليه الفرصة في اتخاذ القرار المناسب لكي يتخلّص من آلامه، وأنّ الضرر

<sup>1</sup> Cass. Civ 1èreCh. 30/09/1997. N° de pourvoi : 95-16500. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038502&fastReqId=1770652145&fastPos=262>

<sup>2</sup> DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé.

<sup>3</sup> Cass. Civ 1èreCh. 10/07/2002. N° de pourvoi : 01-10039. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043113&fastReqId=983013772&fastPos=162>

« c'est par une appréciation souveraine du préjudice consécutif à la faute du praticien qu'une cour d'appel ayant que les experts qui n'avaient pu déterminer si la pratique d'une césarienne faite de manière précoce aurait d'éviter, à coup sûr, les lésions dont souffre aujourd'hui l'enfant, à néanmoins conclu que l'erreur de diagnostic et l'abstention thérapeutique qui en était résulté avaient été à l'origine d'une perte de chance, pour l'enfant de naître indemne de toutes lésions et notamment d'éviter les conséquences de l'hypoxie fœtale qu'il présentée avant naissance ».

المترب على هذا التقصير، يختلف عن الضرر الجسدي المترتب عن الخطأ المهني، غير أنه لا يكون متحققا في الحالة التي لا يكون المريض فيها مؤهلا لأن يبدي رأيا بالموافقة أو برفض العمل الطبي<sup>1</sup>. ومن البديهي أن تتوافر رابطة السببية بيت التقصير في الإخبار وبين الضرر المحقق، ولهذا فإذا كان سبب الضرر الذي أصاب المريض غير معلوم أو كان نتيجة للمخاطر الملازمة للعلاج والتشخيص<sup>2</sup>، فلا يكون الطبيب مسؤولا عن فوات فرصة المريض في تحسين حالته الصحية<sup>3</sup>. ويتم تقدير التعويض عن فوات الفرصة الضائعة وليس بمقدار الفائدة المنتظرة إذا ما تحققت هذه الفرصة<sup>4</sup>.

غير ان جانب من الفقه<sup>5</sup> والتشريع استثنى بعض الحالات التي لا يجوز التأمين عليها في المجال الطبي ومنها، حالة حصول الضرر بالمريض نتيجة فعل عمدي من الطبيب، وكذلك حالة حصول ضرر بالمريض نتيجة قيام الطبيب بعمله تحت تأثير مسكر (في حالة سكر) أو مخدر، وكذا متى لحق بالمريض ضرر من طرف الطبيب الذي يزاول مهنته بدون ترخيص أو حتى بترخيص مزور، إضافة إلى أنه يستثنى من التأمين كذلك حالة إلقاء الطبيب المؤمن له لدى شركة التأمين بيانات غير صحيحة، وكذلك حالة الغرامات المفروضة على الطبيب طبقا لأحكام القانون الجنائي.

## المبحث الثاني

<sup>1</sup> Cass. Civ 1èreCh. 07/02/1990. N° de pourvoi : 88-14797. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007022948&fastReqId=215154368&fastPos=374>

<sup>2</sup> Aléa thérapeutique.

<sup>3</sup> DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé, op.cit. P9.

<sup>4</sup> Civ. 1ère, 16/07/1998, Bull, N° 160.

<sup>5</sup> سعد سالم عبد الكريم العالي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 350-353. وانظر أيضا عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص 56.

## التوجه الحديث لقيام مسؤولية الطبيب

يقصد بالتوجه الحديث لقيام المسؤولية المدنية للطبيب، تلك التي تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق المضرور استقلالاً عن وجود خطأ، ومرّ ذلك التطور عبر عدّة مراحل بدءاً بتقرير المسؤولية الطبية على أساس **الخطأ المفترض** والأخذ بالخطأ المهني أحياناً، وصولاً لتقرير المسؤولية بدون خطأ.

ولا ريب أن مكانة الخطأ في ظل قواعد المسؤولية الطبية التقليدية كما أسلفنا، ما لبثت أن تعرّضت لمضايقات بين الفينة والأخرى، في محاولات لزعة ركن الخطأ والنيل منه، ممّا جعل هذا الأخير، عرضة لكثير من الهزات والصدمات المتمثلة في الانتقادات اللاذعة بقصوره وعدم كفايته بل وعدم صلاحيته كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب.

ولعلّ من آخر فصول هذه الحملة الشرسة على الخطأ، ما نادى به وحملته في كنفها ما يسمّى بالنظرية الموضوعية، على يد مجموعة من الفقهاء منهم سافيتي Savatier جوسران Josserand، سالي Saleilles حيث تأثر بهم المشرع الفرنسي، وأصدر قانون حوادث العمل في 1898/04/09، الذي تمّ تعديله لاحقاً، والذي يقوم على ان حادث العمل ما هو الا خطر مهني يتحمّله رب العمل، اذ تصبح مسؤوليته آلية تقوم على فكرة المخاطر لا على فكرة الخطأ<sup>1</sup>.

ولا شك أنّ هذا التوجه، يعدّ أحد أبرز أعمال القضاء الإداري في فرنسا، ثم انتقلت تطبيقاته فيما بعد الى القضاء المدني كما سبقت الإشارة اليه، وأصبح القضاء تبعاً لذلك يتساهل في منح التعويض للمريض أو لذوي الحقوق باستغنائه عن اشتراط الخطأ كمعيار لقيام المسؤولية الطبية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس مصر، 1998، ص144.

<sup>2</sup> Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité, op.cit. P20.

بل وأكثر من ذلك ان بعض الآراء تذهب الى ابعد من أجل توفيق بين مصالح المريض وأهداف وحرية الممارسة الطبية، حيث اقترح البعض التخلي نهائيا عن فكرة المسؤولية المدنية الطبية القائمة على أساس الخطأ، وإفادة المضرور من عمل طبي بالتعويضات المستحقة بصورة آلية دون البحث عن الخطأ. وأوصى أصحاب هذا الاتجاه الأطباء بالتأمين عن المسؤولية المدنية كما اوضحنا آنفا، أو احداث صندوق خاص يتكفل بالتعويضات، ولو انّ المشرع الجزائري من جانبه، واقتداء بسائر التشريعات، أكد على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية بمقتضى الامر 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995<sup>1</sup>.

إنّ هذا الاتجاه القضائي ما هو إلاّ سعي للتخفيف من أعباء إثبات الخطأ الملقى على عاتق المريض، وخطوة واضحة وجريئة، للأخذ بالتوجه الجديد للمسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ المهني على أساس تشديد التزامات أصحاب المهن، والخطأ المفترض من جهة ومن جهة أخرى المسؤولية الطبية بقوة القانون (بدون خطأ)، مما جعل المسؤولية المدنية في أزمة حقيقية<sup>2</sup>، تجلّت بظهور التأمين وتجسدت أكثر من خلال إنشاء وتطور هيئات التأمين، التي تتولّى تأسيس مختلف أقطاب المسؤولية المهنية.

وهذا ما سنحاول تبيانه في مطلبين نتناول في المطلب الأول التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المهني والخطأ المفترض ومطلب ثاني التوجه الحديث للأخذ بالمسؤولية الطبية بدون خطأ ودوافع هذا التحول.

<sup>1</sup> الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر رقم 13 لسنة 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20/02/2006، ج.ر رقم 15، 2006.

<sup>2</sup> Y. Lambert-Faivre, La crise de L'assurance responsabilité médicale, D2003 N03 P142

وانظر كذلك محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة مصر، 1993، ص 8-29، وانظر كذلك سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، شركة كليك للنشر، الجزائر، 2008 ص 188.

## المطلب الأول

### التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المفترض والخطأ المهني

أجرى القضاء -لاسيما الفرنسي - كونه مبدعا وخلقا في قواعد المسؤولية، تحولا هاما من خلال رسم معالم جديدة لقواعد الإثبات، بالنظر للصعوبات التي يواجهها المريض، رغبة منه في اعفائه من عبء إثبات خطأ الطبيب، أو على الأقل التخفيف منه من خلال محاولاته أحيانا الأخذ بمفهوم الخطأ المقدر أو المفترض<sup>1</sup> وأحيانا أخرى بالخطأ المهني لقيام المسؤولية الطبية على أساس مصدرها وشدّة التزامات أصحاب المهن نوع ما.

## الفرع الأول

### التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المفترض

شهدت أوروبا والعالم خلال الثلث الأخير من القرن التاسع عشر تقدما صناعيا كبيرا، وانتشر استخدام الآلات والمعدات المعقدة بما تنطوي عليه من مخاطر، الأمر الذي ترتب عنه زيادة حوادث العمل وإصابات العمل بنسبة كبيرة، مما جعل الخطأ عرضة لسهام النقد الشديد من كثير من الفقهاء على رأسهم سالي Saleilles. في هذا الصدد رأى الكثير من الفقهاء، عدم صلاحية الخطأ كأساس للمسؤولية، وأنه يقف حجرة عثر، تحول دون حصول المضرورين على حقوقهم في تعويض الأضرار التي أصابتهم إذ كيف يتيسر لهم إثبات خطأ صاحب العمل، والحادث غالبا ما يرجع إلى تشغيل الآلة ذاتها، أو عند انتقال العدوى لبعض المرضى اثناء مكوثهم في المستشفى، فكانت بذلك تلك الأفكار تمهيدا لبروز ما يسمى بالنظرية الموضوعية، التي سنتناولها لاحقا ضمن التوجه الحديث لقيام مسؤولية الطبيب المدنية بدون خطأ.

<sup>1</sup> حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دون جهة نشر، مصر، 2005، ص 15 وما بعدها.

على هذا الأساس، فإنّ الخطأ يستنتج من مجرد وقوع الضرر<sup>1</sup> ومعنى ذلك أنّ القضاء بمقتضى هذه الفكرة، ورغم أنّه لم يثبت لديه على نحو قاطع إهمال من الطبيب، في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزامه بالحيطّة، فإنّه يقرر تعويض المضرور.

في هذا الصدد، استخلصت محكمة النقض الفرنسية خطأ المستشفى الخاص من مجرد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته به، معتبرة أنّ إصابة المريض في هذه الحالة لا يمكن تفسيرها، إلاّ بارتكاب خطأ ما من قبل المستشفى، حيث جاء فيه: " أنّ العيادة الخاصة يفترض مسؤوليتها عن العدوى التي أصابت المريض، أثناء القيام بالعملية الجراحية بغرفة عمليات العيادة، ما لم تتمكّن هذه الأخيرة من إقامة الدليل على عدم توافر الخطأ من جانبها"<sup>2</sup> جدير بالذكر ان نشير إلى أن القضاء الإداري الفرنسي وهو السباق في هذا، قد أخذ بفكرة الخطأ الاحتمالي، بل وتوسع في استخدامها، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر له بتاريخ 1997/11/21 وجود خطأ طبي احتمالي من جانب المستشفى العام<sup>3</sup>، عن الإصابة الناشئة عن عيوب الأدوات والأجهزة المستخدمة فيه، وكذا الأضرار المنسوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل داخل المستشفى، إضافة إلى حالات إصابة المرضى بالعدوى داخله infection nosocomiale.

من جانبه، أخذ القضاء الجزائري هو الآخر بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة، بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك أدى إلى موته<sup>4</sup>.

والواقع أن فكرة الخطأ المحتمل أو المضمّر، والتي تعني كما سبق بيانه استخلاص الخطأ من مجرد حدوث الضرر، وإن كان يبدو فيها وجه التشدّد إزاء الأطباء، إلاّ أنها تكشف كما يرى البعض بحق<sup>5</sup>، عن إدراك القضاء لقصور القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية

<sup>1</sup> Yvonne Lambert- Faivre: Droit du dommage corporel- système d'indemnisation. 3éd. Précis Dalloz, Paris 1996, p 672.

<sup>2</sup> Cass.civ, 21/05/1996, Gaz. Pal, 1997-2, J.P. p 565.

<sup>3</sup> Cass.civ, 29/11/1989, Res. Civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995. 2, p 946.

<sup>4</sup> محكمة قسنطينة، الغرفة الإدارية 1981/05/20، (قضية ضد مستشفى سكيكدة)، حكم غير منشور.

<sup>5</sup> Yvonne Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel- système d'indemnisation, op.cit. p 247.

للمرضى، في مواجهة ما لحق العملية الطبية من تطورات، صار معها المريض المضرور عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى.

والحال أن أخذ القضاء بفكرة الخطأ المحتمل، إنّما يعني تمسكه بالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ مع افتراض هذا الأخير من مجرد تحقق الضرر، وعلى المدعى عليه نفي ذلك بكل الوسائل، ولا شك أنّ في ذلك رعاية لمصلحة المريض المضرور، ومحاولة لإقامة نوع من التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب والمريض.

ومهما يكن من أمر، فإن فكرة **الخطأ الاحتمالي** لم تكن هي السبيل الوحيد الذي لجأ إليه قضاء النقض الفرنسي وفقهه، من أجل الحدّ من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور والحكم له بالتعويض، إذ لجأ القضاء مؤيداً في ذلك من الفقه، التوجّه لإقرار المسؤولية الطبية على اعتبارها مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى على أساس مصدرها وشدّة التزامات المهني نوع ما.

## الفرع الثاني

### التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المهني

إن هذا التصور والتوجه الحديث للمسؤولية الطبية واعتبارها مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى هي حقيقة ملموسة وصفحة جديدة افتتحت في هذا الشأن.

فرغم استقرار القضاء بعد جهد كبير، على اعتبارها عقديّة كما أسلفنا آنفاً منذ قرار "مرسييه" في سنة 1936، إلا أنّ ذلك لم يمنع من تعرض هذه النظرة لانتقادات لاذعة، بحيث لا تعكس حقيقة مصدرها، ممّا أدى إلى ظهور تصور واتجاه حديث للمسؤولية الطبية، واعتبارها مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، بفعل التغيرات والمستجدات العلمية الحديثة، والواقع الذي نعيشه والذي تميزه الاخطار الكثيرة والحوادث، حتّى أصبح قانون المسؤولية في فرنسا يسمى قانون الحوادث Droit des accidents، إذ ظهرت أنظمة خاصة، كحوادث البيئة والاستهلاك، والحوادث الطبية، وفيها بدأ الحديث عن مسؤولية المهنيين.

في هذا الصدد، نوه أنّ المسؤولية المهنية هي من ابتكار وخلق القضاء الفرنسي، وهي مسؤولية قانونية وليست عقدية، تزول فيها الفوارق المعروفة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية سواء من حيث الإثبات أو من حيث الإعفاء من المسؤولية، أو ما الى غير ذلك. وعلى هذا الأساس، تعتبر المسؤولية المهنية رجوعاً لوحدة المسؤولية وانحياز أكثر الى المريض المضرور يوماً بعد يوم بعد تكريسها من المشرع.

### أولاً: مفهوم الخطأ المهني

استقر الفقه الحديث والقضاء بعد جهد ومشقة، على الاعتراف كما أسلفنا سابقاً بالمسؤولية العقدية للطبيب أصلاً واستثناءاً بمسؤوليته التقصيرية في حالات، ولا شك أن هذه النظرة رغم دقتها من حيث التحليل النظري، قد تعرضت في السنوات الأخيرة لانتقادات عديدة، ذلك أنها لا تعكس حقيقة المصدر الذي تنشأ عنه التزامات المهني، مما جعل الفقهاء يجنحون الى مفهوم المسؤولية الطبية على أساس خطأ مهني، باعتبار تلك الالتزامات هي مهنية بالدرجة الأولى، فالخطأ المهني هو تقصير، واهمال الطبيب في مسلكه وانحرافه عن الأصول المستقرة والمتعارف عليها بين اهل المهنة.

ثانياً: التكريس الفقهي، التشريعي، والقضائي لإقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني

إن هذا التصور والتوجه الحديث للمسؤولية الطبية على أساس اعتبارها مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى، بغض النظر عن طبيعتها التقصيرية أو العقدية، قد أرسى معالمه توجه الفقه والتشريع والقضاء.

جدير بالذكر، أنّ الخطأ المهني يختلف عن كلا الخطأين العقدي والتقصيري، فالخطأ العقدي وفقاً لعبارة نص المادة 172 فقرة 1 ق.م.ج المقابلة للمادة 1137 ق.م.ف والمادة 211 فقرة 1 ق.م.م، يقدر بمعيار موضوعي ويقاس بمسلك الرجل العادي، وهو نفس المعيار المتخذ أيضاً لتقدير الخطأ التقصيري، حيث يقاس سلوك محدث الضرر بسلوك الشخص المعتاد من أوسط الناس حيطة وحذراً.

غير أن الاحتكام إلى سلوك الرجل العادي، لا يكفي معياراً للخطأ المهني، إذ لا ريب أنّ جمهور المرضى ينتظرون من الطبيب أكثر مما ينتظرونه من غيره من الأشخاص العاديين حتى ولو كانوا أكثر الناس حرصاً وتبصراً. ذلك أن الطبيب إنّما هو متخصص في علاج الأمراض، له من الإعداد والإمكانات العلمية ما يؤهله لذلك، كما يملك الأدوات والتجهيزات الطبية التي تساعده على عمله، لذلك طبيعياً ألاّ يقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد، وإنّما بسلوك طبيب مهني مثله، بل أكثر من ذلك يقاس بسلوك طبيب يباشر نفس تخصصه بنفس مستواه<sup>1</sup>، على هذا الأساس فالخطأ المهني هو تقصير وإهمال الطبيب في مسلكه وانحرافه عن الأصول المستقرة بين أمثاله من أهل مهنته.

### 1- التكريس الفقهي لإقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني

إن الالتزامات الطبية غالباً ما لا تنشأ عن العقد لأنّها ببساطة تعدّ التزامات مهنية، تجد مصدرها الحقيقي في أعرف المهنة وأخلاقياتها<sup>2</sup> من جهة، كما أنّ القواعد المنظمة للمسؤولية المهنية تناقض في بعض الأحيان قواعد المسؤولية العقدية، الأمر الذي جعل المسؤولية المهنية تتخطى حدود التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية<sup>3</sup>، لأنّ الفقه عندما يريد أن يدلّل على عدم وضوح الحدود الفاصلة بين نوعي المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، ويرغب في ذكر استثناءات ترد على معيار التمييز بينهما، فإنه يذكر حالات للمسؤولية المهنية<sup>4</sup>.

في هذا الصدد تؤكد الأستاذة Geneviève Viney هذا المعنى بأكثر توضيح حين تقرر أنّه من المستحيل أن يترك تحديد الالتزامات المهنية للطبيب لمبدأ الحرية التعاقدية، ذلك أنّ هذه الالتزامات تتصل اتصالاً وثيقاً بالمصلحة العامة، بحيث يستحيل أن تغفل من سلطان النظام العام، الذي لا يتوقف عن الاتساع، ومن ثم تبدو القواعد العامة في المسؤولية العقدية،

<sup>1</sup> André Tunc, Ebauche du droit des contrats professionnels - Etudes offertes à G. Ripert, Tome II. Ed L.G.D.I., Paris, 1950, p 140 - 143.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المرجع السابق.

<sup>3</sup> رايس محمد، المرجع السابق، ص 402 - 405.

<sup>4</sup> Philippe le Tourneau, La responsabilité civile professionnelle, op.cit. p 402.

التي وضعت أصلا لكفالة احترام الالتزامات الإرادية، غير كافية دوما لضمان احترام تلك الالتزامات القانونية<sup>1</sup>.

## 2- التكريس التشريعي والقضائي للخطأ المهني كأساس لمسؤولية الطبيب المهنية

يعتبر المشرع في كثير من الأحيان بالإخلال بالواجبات التي تنص عليها قواعد أخلاقيات المهنة، خطأ يقيم المسؤولية المدنية للمهني المخاطب بها، أمّا بشأن مسؤولية الطبيب، فإن كثيرا من التشريعات تقيم مسؤولية الطبيب، نتيجة ارتكابه لخطأ مهني. إذ تحتكم في تقدير المسؤولية المدنية للطبيب إلى قواعد أخلاقيات المهنة، فتعتبر الخروج عن هذه القواعد بمثابة خطأ مدني يمكن أن تؤسس عليه دعوى التعويض.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 413 من قانون الصحة 11/18 صراحة على ذلك بقوله: " باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288، 289، 442 فقرة 02 من قانون العقوبات الجزائري، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

كما أنّ المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية تكرر بشكل واضح المسؤولية المهنية حيث تنص على أنّ: " الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به، ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلاّ تحت هويته الحقيقية، ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه".

هكذا يتضح من خلال النصوص التشريعية، الاعتراف الصريح بالمسؤوليات المدنية للطبيب القائمة على أساس الخطأ المهني، مما يسمح لنا باستخلاص أمرين في غاية الأهمية بالنسبة لدراستنا هذه، وهي أنّ المسؤولية المدنية للطبيب، ورغم التطورات والتغيرات المختلفة

<sup>1</sup> Geneviève Viney, op. cit. p 296. "De façon générale d'ailleurs, il paraît impossible de laisser sous l'empire de la liberté contractuelle la définition même des obligations professionnelles".

وتزعرع مكانة الخطأ، ومحاولات اقتلعه كأساس لمسؤولية الطبيب المدنية، إلا أن التشريعات الحديثة، ولاسيما منها التعديل الحديث للقانون المدني الجزائري في 20 يونيو 2005، وبقيّة النصوص التشريعية الفرعية - كما رأينا -، لازالت تقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ بوجه عام، غير أنّ هناك اتجاه حديث، نحو إرساء معالم لمسؤولية 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. هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ كثير من التشريعات حديثا تسير في هذا الاتجاه، منها التشريع الفرنسي من خلال المادة 1142 فقرة 1 من قانون الصحة العامة<sup>1</sup>.

من جهة أخرى، أخذت غالبية التشريعات العربية، المتعلقة بالصحة وأخلاقيات مهنة الطب بتأسيس المسؤولية المدنية على الخطأ المهني، دون تمييز بينها إذا كانت عقدية أو تقصيرية. كالتشريع اللبناني في نص المادة 18 والتشريع الليبي.

إنّ تماشي النهج التشريعي مع الاتجاه الفقهي -على وفق ما أشرنا إليه -، ما هو إلاّ تكريس وتأكيد في نفس الوقت على أنّ مسؤولية الطبيب هي مسؤولية مهنية ذات طبيعة خاصة.

لان الفقه يرفض الاعتراف باي شرط يلغي أو يقيد من المسؤولية المهنية للطبيب، رغم حرية ومنطق التعاقد في إمكانية التقيد أو الحد من آثار المسؤولية العقدية عن طريق العقد نفسه، بل أكثر من ذلك فإنّ هذا الالتزام يجد أساسه كذلك في نص المادة 107 ق.م.ج بنصها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

وبالتالي فطبيعة الالتزام، هي مهنية بالدرجة الأولى، وهكذا يتضح لنا جليا من الأوجه

<sup>1</sup> L'article 1142 - 1 de code de la santé publique, créée par la loi n° 2002/303 du 04 mars 2002.

السابقة، أنّ مسؤولية الطبيب المهنية لا تخضع للقواعد التقليدية للمسؤولية العقدية أو التقصيرية فحسب، وأنّما تتمتع كذلك بالاستقلال بالنسبة لنوعي المسؤولية المدنية.

وما من شك، أنّ هذا ما يؤكد صعوبة إخضاع هذه المسؤولية، للتقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية، وهو ما يظهر بجلاء في أنّ القضاء - ولاسيما الفرنسي - أمام هذه الصعوبة، فإنّه يسلك في تكييفه للمسؤولية إحدى الطريقتين، إمّا يضيف على المسؤولية وصف العقدية، دون أن يجهد نفسه في التبرير فعلاً على وجود علاقة عقدية تربط المريض المضروب بالطبيب المسؤول، ومثل ذلك حقن المريض بدم فاسد، فتتقرر مسؤولية بنك الدم العقدية نتيجة الضرر الذي أصاب المريض بسبب تلقيه دماً فاسداً أو ملوثاً، رغم أنه لا توجد رابطة عقدية مباشرة تجمع بين المضروب والمسؤول (بنك الدم)<sup>1</sup>.

كما أنّه في أحيان أخرى، يقرر القضاء مسؤولية الطبيب، دون أن يضيف على هذه المسؤولية تكييفاً ما، بمعنى دون أن يقرر اعتبارها مسؤولية عقدية أو تقصيرية<sup>2</sup>، ويكتفي باعتبارها مسؤولية مهنية.

ولا شك أنّ القضاء، في جميع الدول يسعى جاهداً لتأمين حماية أكبر للمرضى، بالإضافة إلى جانب الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدان صراحة، التزامات مهنية أخرى لم تنصرف إليها إرادتهما، كالالتزام بضمان السلامة<sup>3</sup>.

والالتزام بضمان السلامة<sup>4</sup> الذي بنت محكمة النقض قضاءها هذا أساسه المادة 1135 من ق.م. الفرنسي "لا تقتصر العقود على إلزام بما ورد فيها فحسب، بل تتناول أيضاً ما هو

<sup>1</sup> وائل محمود أبو الفتوح العريزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006، ص 499.

Cass. Civ 12/04/1995, Gaz. Pal 1995, Paris, p 35.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة 2003/06/03، ملف رقم 6788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م م)، ن، ق، العدد 63، 2008، ص 389.

<sup>3</sup> Hadjira Dennouni, De l'étendue de l'obligation de sécurité en droit algérien, L'obligation de sécurité, presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, France, 2003, p 12.

<sup>4</sup> Geneviève Viney, La responsabilité dans la jurisprudence de la cour de cassation, P 6.

من مستلزماتها وفقا للعدالة والعرف والقانون، بحسب طبية الالتزام<sup>1</sup>، والتي تقابلها المادة 107 فقرة 2 من التقنين المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام<sup>2</sup>.

وجاء في قرار حديث للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2003/02/04<sup>3</sup>، على أن الطبيب: " لا يتحمل التزام بتحقيق نتيجة إلا فيما يتعلق الأدوات المستعملة لتنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص والعلاج، تحت طائلة إثبات المريض أنها سبب الأضرار اللاحقة به"<sup>4</sup>.

وفي قرار آخر للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 2011/03/17 قضت بأن: " العقد المشكل بين المريض وطيبه يضع على عاتق هذا الأخير التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة فيما يتعلق الأجهزة التي يستعملها في تنفيذ العمى الطبي المتعلق بالفحص أو العلاج"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Article 1135 du C.C.F « Les convention 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 ».

<sup>2</sup> تقابلها المادة 246 من ت.م.الإماراتي، كما يقابلها الفصل 231 من ق.ا.ع المغربي الذي ينص على: " كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون، أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته"، يقابلها الفصل 243 من ق.ا.ع التونسي الذي ينص على: " يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

<sup>3</sup> Cass. Civ 1èreCh. 04/02/2003. Pourvoi N° : 00-15572. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049346&fastReqId=1466564464&fastPos=2>

<sup>4</sup> « Il n'est tenu d'une obligation de sécurité de résultat qu'en ce qui concerne les matériels utilisés pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins, sous réserve que le patient prouve qu'ils sont à l'origine de son dommage »

<sup>5</sup> « Alors que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins »

- Cass. Civ 1èreCh. 17/03/2011. N° de pourvoi : 10-11735. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023743360&fastReqId=574044737&fastPos=16>

والالتزام بالسلامة هو التزام تبعية *accessoire* فالعقد لا يقتصر على تنفيذ ما ورد فيه فحسب وإنما يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية بنك الدم على أساس إخلاله بالتزامه بضمان سلامة الدم من أي تلوث أو فيروس، كما قضت حديثا مسؤولية الجراح عن الضرر الذي يصيب المريض بفعله أثناء العملية، ولو لم ينسب إليه خطأ<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية، قرارا اعتبرت فيه الطبيب الجراح مخطئا لإخلاله بالتزام مهني عام<sup>2</sup>، يتخطى نطاق العقد، بل ويوجد ولو في غيابه، وهو الالتزام بالحصول على رضا المريض بالعملية قبل إجرائها، ومعنى ذلك ان الالتزام بإعلام المريض والحصول على رضاه، يجد مصدره في ضرورات احترام الإرادة الإنسانية التي تعبر عنها قواعد مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية<sup>3</sup> في العديد من نصوصها، كالمواد 06، 07، 10، 13، 42، 44 و 45.

وتضيف محكمة النقض الفرنسية أن العقد الطبي عقد قائم بذاته، وله خصوصياته<sup>4</sup> ولا يمت بأي صلة لعقد آخر، أما عن طبيعة العقد الذي يربط الطبيب بالعيادة الخاصة، فقد كلفته محكمة النقض في عدة قرارات لها، بأنه عقد إيجار خدمة كالقرار الصادر بتاريخ 1992/03/05 الذي يقضي بأن: "الاستقلال المهني الذي يتمتع به الطبيب في ممارسة فنه لا يتعارض مع حالة التبعية التي تنتج عن عقد إيجار الخدمة الذي يربطه بالغير"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cour d'appel de Paris, 15/01/1999, J.C.P.G. 1999, II, p 10068. Cité par Christophe Radé, l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, L'obligation de sécurité, presses universitaires de Bordeaux, Pessac, France, 2003, p 120.

<sup>2</sup> رايس محمد، المرجع السابق، ص 405.

<sup>3</sup> تنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: "لا يجوز للطبيب أو جراح الاسنان ان يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال".

<sup>4</sup> KAMKAR (Caroline), les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière Lyon III faculté de droit (IFROSS), 2006 P104.

<sup>5</sup> Cass. Civ 1èreCh. 27/10/1987. N° de pourvoi : 77-41477. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

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

«L'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de louage de service le liant à un tiers »<sup>1</sup>.

وتضيف ذات المحكمة في قرار حديث لها، أن قضاة الموضوع قد أصابوا صحيح القانون عندما قرروا الاستقلال المهني الذي تتمتع به القابلة *une sage-femme* في قيامها بمهام عملها بمقتضى المادة 10 من تقنين أخلاقيات مهنة القابلات، يجعلها تتحمل شخصيا مسؤولية ما يصدر عنها من أخطاء وذلك بمناسبة الأضرار التي لحقت بمولود أثناء عملية الولادة، دون أن يكون بإمكانها التحصين وراء علاقة العمل التي تربطها بإدارة المستشفى للتخلص من المسؤولية وإلقاء تبعاتها على هذه الأخيرة<sup>2</sup>.

يؤكد هذا القرار بدوره على مراعاة قواعد أخلاقيات المهنة في مجال المسؤولية المدنية، إذ اعتبر أن الاستقلال الفني الذي يتمتع به المهني وفقا لهذه القواعد، يترتب نتيجة مهمة، هي استبعاد قواعد المسؤولية عن فعل الغير، بحيث لا يجيب مهني عن أخطاء مهني آخر حتى ولو كانت تربط بينهما علاقة عمل تجعل أحدهما في حالة تبعية إدارية للآخر، إذ يبقى أن الاستقلال الفني للتابع يبرر مسؤوليته شخصيا عما يصدر عنه من أخطاء<sup>3</sup>.

وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث آخر لها بتاريخ 18 مارس 1997<sup>4</sup> بمسؤولية ثلاثة أطباء أشعة لمخالفتهم قواعد أخلاقيات مهنة الطب، بممارستهم لمهنتهم في عيادة أخرى غير عيادهم، وهو ما يشكل مخالفة صريحة للمادة 85 من قانون أخلاقيات مهنة الطب، توجب عليهم تعويض زملائهم الأطباء المتضررين.

<sup>1</sup> Cass.civ.1er Ch.27/10/1987 n° du pourvoi 77/41477, Voir le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000025216731&fastReqId=574044737&fastPos=14>

<sup>2</sup> Cass. Civ, 30/10/1995, Bull. civ. I, n°383, France, p 267.

<sup>3</sup> Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub : La responsabilité civile dans la pratique chirurgicale, Thèse, Université Dijon - France, 1986, P 377.

<sup>4</sup> Cass 1 civ, 18/03/1997, J.C.P. 1997, II, 22829.

من جانب القضاء الجزائري هو الآخر، ورغم قلة الأحكام الصادرة عنه، إلا أنه لم يجد هو الآخر بدءاً، من تقرير المسؤولية المهنية للأطباء نتيجة ارتكابهم لأخطاء مهنية، مما يوحي بأن القضاء الجزائري التزم إلى حد ما نصوص القانون وتطبيقها من جهة، محاولاً بذلك تفادي ما أمكن تقرير الطابع التعاقدية خاصة لمسؤولية الطبيب.

فقد قضت المحكمة العليا، بمسؤولية طبيب أمراض النساء نتيجة ارتكابه خطأً جسيماً يتمثل في عدم مراقبة الحالة الصحية للأم، مما أدى إلى ولادة طفل مشوه بعينين مغلقتين وتضيف المحكمة " وأنّ عدم المراقبة لهذا المرض خلال 21 يوماً كما أمر بذلك الطبيب البيولوجي، شكّل خطأً مهنيًا جسيماً وفق المادة 239<sup>1</sup> من قانون الصحة ".

كما قضت بعدم مسؤولية طبيبة اختصاصية في أمراض العيون، لأنها قامت بما يجب عليها من إعطاء تعليمات للطبيب المداوم بإدخال المريضة إلى المصلحة، ووضعها تحت المراقبة وبداية العلاج، وكون الطاعنة (الطبيبة) بحسب تعبير المحكمة العليا " لم ترتكب أي خطأ مهني، إذ أنّ المرسوم رقم 386/90 المؤرخ في 24 نوفمبر 1990 في مادته الرابعة ينص على مداومة بالمنزل مع البقاء تحت تصرف المستشفى ".

من جهته قضى مجلس الدولة الجزائري بمسؤولية مستشفى عين تموشنت، حيث جاء في قراره: "... وحيث أنّه من الثابت قانوناً أنّ المسؤولية تقوم على أساس الخطأ، وحيث أنّه لا يوجد بالملف أي دليل يثبت مسؤولية المستأنف (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ولا الخطأ المهني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية..."<sup>2</sup>.

كما قضى مجلس الدولة كذلك في قرار حديث جداً له، بمسؤولية المستشفى على أساس الخطأ المهني، حيث ورد تأسيس المسؤولية المدنية في حيثيات القرار على أساس الخطأ

<sup>1</sup> تم تعديلها بالمادة 413 من قانون الصحة 11/18 بسبب إلغاء القانون رقم 05/85 مؤرخ في، 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 08، بتاريخ، 17/02/1985.

<sup>2</sup> قرار مجلس الدولة 2003/06/03، ملف رقم 06788، قضية ( مدير القطاع الصحي لعين تموشنت ) ضد ( ورثة المرحوم م.م )، ن ق، العدد 63، 2008، ص 389.

المهني أكثر من خمس مرات<sup>1</sup>، مما يعني ربط المسؤولية بالخطأ المهني دون اعتبار ما إذا كانت تقصيرية أو عقدية، مادام الخطأ يشكل مخالفة لقواعد أخلاقيات مهنة الطب. إنَّ ما يمكن أن نخلص إليه من خلال هذا التحليل للمسؤولية المدنية العقدية أو التقصيرية إنّما تؤسّس على ارتكاب خطأ مهني محقق ثابت في جانب الطبيب. ضف إلى ذلك، أنّ خير دليل على أن التزامات الطبيب تجاه المريض لا تنشأ عن العقد فقط، بل أن التزامات الطبيب لا تتغير سواء وجد العقد أم لا، إذ أنّه ليس هناك عاقل يقبل أن يكون مستوى العناية التي يقدمها الطبيب لجريح نقل إلى عيادته فاقدا للوعي، اقل من تلك التي يقدمها لمريض قصد عيادته لتلقي العلاج<sup>2</sup>، بناء على عقد.

## المطلب الثاني

### التوجه الحديث لإقرار المسؤولية الطبية بدون خطأ ودوافعه

خلافًا للنظرية الشخصية التي تؤسّس المسؤولية على فكرة الخطأ بوجه عام، أو على الخطأ المهني، ولا تقوم إلاّ بإثباته أو افتراضه، تقوم النظرية الموضوعية على الضرر فحسب بل حتّى ولو كان سبب هذا الأخير، قوة قاهرة أحياناً أخرى، لاعتبارات العدالة والتضامن الاجتماعي، ذلك أنّ التوسع في نظام تأمين المسؤولية قد غير كثيراً في مغزى المسؤولية المدنية<sup>3</sup>، فعندما تتقرر مسؤولية شخص ما، كقائد سيارة عن ضرر تسبب فيه للغير، فإنّ هذه المسؤولية تكون مجرد مسؤولية شكلية، إذ أنّ المسؤول لن يدفع شيئاً، وإنما يقع هذا العبء على شركة التأمين، فيصبح هذا الشخص غير مسؤول عن نتائج خطئه إلاّ في نطاق ضيق جد، وهو دفع اقساط التأمين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قرار مجلس الدولة 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلوس) ضد (م.م ومن معه)، ن.ق، العدد 2008، 63، ص 409.

<sup>2</sup> Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub, op.cit. p250.

<sup>3</sup> André Tunc, L'enfant et la balle, réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, J.C.Paris, 1983, France, p 06.

<sup>4</sup> محمد سلامة الشلس، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، جامعة القدس، مجلة الأبحاث، عدد 09، 2007، ص 317.

هكذا تغيرت المسؤولية المدنية، وأصبحت تتأى شيئاً فشيئاً عن الطبيعة الشخصية، وتدنو رويدا رويدا من الطبيعة الموضوعية بسبب عدة عوامل وتطورات.

## الفرع الأول

### دوافع التحول إلى المسؤولية الطبية بدون خطأ

من خلال ما سبق تفصيله، تبين لنا أن محاولات الفقه للبحث عن أساس موضوعي للمسؤولية المدنية يمكن الاعتماد عليه، من أجل تحقيق حماية أكبر وضمان تعويض عادل للمضرورين، في ظل تقهقر الخطأ وتعرضه لهزات عنيفة، حملها التزايد المستمر للمخاطر الحديثة. ولم تكن مسؤولية الطبيب، بمنأى عن هذا التحول، إذ أنه تحت تأثير مجموعة من العوامل والتطورات الجديدة، أضى لزوماً على المشرع النظر من جديد وبرؤية واقعية منطقية إلى قواعد المسؤولية المدنية عموماً والطبية خصوصاً<sup>1</sup>.

هكذا بدت مظاهر هذا التوجه الحديث نحو المسؤولية الموضوعية واضحة، في المجال الطبي بالنسبة للقضاء الفرنسي، وتقتصر للتدليل على ذلك بأمرين، الأول هو اتجاه القضاء الفرنسي للتوسع في تقرير قيام المسؤولية الطبية، والثاني، هو خرقه لمبدأ الالتزام ببذل عناية وتقرير للالتزام بالسلامة.

على هذا الأساس اعتنقت محكمة النقض الفرنسية فكرة التمييز بين الحادثة الطبية، وبين مجرد إخفاق العلاج، فقررت تأسيس المسؤولية الموضوعية في الحالة الأولى، بينما قصرت الأخذ بالمسؤولية الشخصية على الخطأ في الحالة الثانية، وقد ثبت هذا التوجه في غير حكم لها<sup>2</sup>، إذ قضت بمسؤولية الطبيب الجراح على أساس توافر قرينة الخطأ في جانبه، بسبب

<sup>1</sup> إن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعية من خلال الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلق بإجبارية التأمين على السيارات ونظام التعويض، المعدل والمتسم بالقانون رقم 88/31 المؤرخ في 19 يوليو 1988 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار ج. ر رقم 29 لسنة 1988 وكذا الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، ج. ر رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، ج. ر رقم 15 لسنة 2006.

<sup>2</sup> Cass.civ, 28/06/1989, Bull.civ. I, n° 266, D. 1990, p 412.

إصابة المريض بعدوى أثناء إجرائه لعملية جراحية<sup>1</sup>.

بناء على ما سبق سنتناول قبل ذلك، العوامل أو الدوافع التي ساهمت في ولوج المسؤولية الموضوعية للمجال الطبي، وتتمثل في التطور العلمي، ضغط الفقه واستجابة القضاء لذلك من جهة وكذا اتساع نطاق نظام التأمين من المسؤولية<sup>2</sup> من جهة أخرى.

### أولاً: ضغط الفقه والقضاء نتيجة التطور العلمي

ترتب على ازدياد حركة الصناعة والتصنيع، انتشار وتقدم في استعمال الآلات الميكانيكية من وسائل النقل والصناعة والأجهزة والمعدات الطبية، وما صاحب هذا التطور من كثرة الحوادث التي كثيراً ما ترجع إلى هذه الأجهزة والآلات ذاتها، دون أن يكون هناك ما يمكن نسبته إلى مستعملها، بل إنه حتى في الحالات التي يرجع فيها الحادث إلى الخطأ، يكون من الصعب على المضرور إثباته، لذلك كان في كثير من الحالات يضيع حقه في التعويض لعدم قدرته على إثبات خطأ مستعمل الآلة.

إن هذا الوضع دفع بالفقه للبحث عن أساس تقوم عليه المسؤولية، يكون أخف وطأة من الخطأ الذي كثيراً ما يصعب إثباته، وهذا كله سعياً في تكريس حماية أكبر للمضرور، وتجنبيه تحمل أضرار وتبعات أخطاء آخرين لم يستطع إثباتها. فقواعد العدالة والمنطق تقضي أن كل مضرور يجب تعويضه عن الضرر الذي لحق به، بغض النظر عن سبب الضرر، وهكذا برز ركن الضرر كأساس يحاول الفقه إقامة وتأسيس المسؤولية عليه، بدلا من ركن الخطأ حيث نادوا بوجود التعويض عن كل نشاط خطر يفضي إلى إلحاق الضرر بالغير، حتى ولو لم يصاحب ذلك النشاط خطأ من جانب المسؤول بل ولو كان ذلك بخطأ من المصاب نفسه أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Patrice Jourdain, Gaz. Pal, 1997, II, P 565, voir aussi, H.Grroutel, chron, n° 29. R.T.D.C. 1996, p 913. Obs.

<sup>2</sup> Y.Lambert-Faivre, La crise de L'assurance responsabilité médicale, D2003 N03 P142.

<sup>3</sup> وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة عشرة، 1945، مصر، ص 177.

## 1- التطور العلمي التقني

إن استخدام أبسط الآلات والأجهزة الطبية قديماً، رغم منافعها، إلا أنها غالباً ما كانت محفوفة بالمخاطر، الأمر الذي يفسّر تأسيس المسؤولية المدنية للطبيب على ارتكابه لخطأ ثابت ومحقق ومؤكّد، كل هذا على حساب الحماية المأمولة للمرضى، الذين كانوا يتحملون جزءاً من تلك المخاطر التي تحيط بالتدخلات الطبية.

ولا شكّ أن كل هذا، كان بهدف النهوض بمهنة الطب وتطويرها، من خلال فسح المجال أمام الأطباء وإبداعاتهم العلمية، وهو ما تحقق فعلاً، فإجراء مقارنة بسيطة بين ما كان عليه الطب في ذلك الوقت، وبين ما هو عليه اليوم، يدل دلالة قاطعة على ازدهاره وتحسن مردوديته ونتائجه، إذ لا نبالغ إذا قلنا إن هناك عدة أمراض كانت مستعصية على العلاج أو على الشفاء، أصبحت اليوم بفضل التطور العلمي التقني من الأمراض العادية القابلة للعلاج أو الشفاء<sup>1</sup>.

فقد تطورت الأجهزة الطبية تطوراً ملحوظاً، وازدهرت الصناعات الدوائية، على نحو لم يسبق له مثيل، الأمر الذي ساهم في تقلص المخاطر الطبية إلى درجات أقل، مما يغلق أمام الأطباء باب التذرع بالمخاطر غير المألوفة أو غير المتوقعة، أو قلة الإمكانيات والتجهيزات. وهكذا كان للتقدم العلمي التقني وتطور التجهيزات في مجال الطب، أثرها البالغ في تطور طبيعة مسؤولية الطبيب. الأمر الذي يفسر اتجاه الفقه هو الآخر في اتخاذه لهذا التطور دافعاً له في تبني مسؤولية مدنية دون خطأ.

## 2- ضغط الفقه

لا يماري أحد في الدور الفعال للفقه في رسم وإرساء معالم المسؤولية الموضوعية، من خلال تعاقب النظريات التي اتخذت من الخطأ وعدم صلاحيته أساساً للمسؤولية، والمناداة بإحلال فكرة المخاطر أو الضمان بدلاً عنه.

<sup>1</sup> Dominique Demers, Médecine défensive, responsabilité médical, thèse en doctorat en droit, université Sherbrooke, Ottawa, Canada, 1996, P03.

فقد رأينا اهتمام الفقه وحرصه على توفير الحماية اللازمة للمضرورين، وتحسين وضعهم باعتبارهم ضحايا للحوادث، التي ليست إلا تجسيدا ماديا للخطر، مما جعل الخطأ أساسا ضعيفا وغير كاف لضمان حق المضرورين في الحصول على التعويض<sup>1</sup>.

نتيجة لذلك كان رد فعل الفكر القانوني تجاه التطورات الحديثة في استخدام الآلة، وما ينشأ عنها من أضرار شديدة، دفع العنصر إلى الانقلاب على قواعد المسؤولية التقليدية - الشخصية- والمطالبة بتغيير أساس هذه المسؤولية، واتخاذ فكرة الخطر أو حتى الضرر أساسا للمسؤولية بدلا من فكرة الخطأ العتيقة، التي لم تعد تتناسب مع مقتضيات العدالة في المجتمع المعاصر<sup>2</sup>.

لا يخفى على أحد الدور الذي لعبه الفقه في تكريس معالم المسؤولية الموضوعية عموما وفي المجال الطبي خصوصا، حيث نادي الكثير منهم بالمسؤولية غير الخطئية للطبيب في كثير من مجالات الممارسة الطبية، بدأ بالتحاليل الطبية، والعدوى الناشئة داخل المستشفيات *les infections nosocomiales*، المسؤولية دون خطأ للقائم بالبحوث الطبية، ومسؤولية مراكز نقل الدم، إلى غير ذلك.

جدير بالذكر أن الفقه الحديث<sup>3</sup> هو الآخر لعب دورا هاما في محاولة منه لتأسيس قواعد المسؤولية الطبية، وفق منظور المسؤولية الموضوعية، ففي ظل جمود التشريع وتردد القضاء أول الأمر، ووازن الفقه بين تقديس حرية الفرد، حيث لا يلتزم بتعويض الضرر إلا إذا كان ناشئا عن خطئه، وحرية الفرد في اختيار وسائل تحقيق سلامته الجسدية، ومن ثم وجوب تعويضه عما يصيب تلك السلامة من أضرار تقع عليه من الغير، رأى الفقه مدى أهمية

<sup>1</sup> Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, op.cit. p 20.

<sup>2</sup> محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1988، ص 115.

<sup>3</sup> Savatier René, comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile, op.cit. p 03, voir aussi Geneviève Viney : Le déclin de la responsabilité individuelle, op.cit. p 06.

وانظر كذلك، محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 76 وما بعدها.

وأولوية السلامة الجسدية للإنسان، باعتبارها من المعطيات الاجتماعية الفطرية للصيقة باستمرارية حياة البشرية، لاسيما في ظل التهديد المستمر للمخاطر الناجمة عن تقدم وازدهار الحياة الاجتماعية الحديثة<sup>1</sup> هكذا تبين للفقهاء مدى عجز المسؤولية الفردية الشخصية القائمة على أساس الخطأ، وعدم مسابقتها لنسق الحياة الاجتماعية والاقتصادية، فاتجه إلى رسم معالم المسؤولية الاجتماعية الجماعية القائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد والمجتمع. وهو حرص القضاء على كفالاته وتكريسه ميدانياً.

### 3- مساهمة القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية

لقد كانت لتلك الأفكار والنظريات الفقهية التي دعت إلى تأسيس المسؤولية على فكرتي الخطر والضرر، تأثيراً واضحاً على نهج القضاء في تعامله مع قضايا المسؤولية الطبية، حيث حظيت بقبول وترحيب من لدن القضاء.

وقد بادر القضاء الفرنسي إلى تبني نظرية المسؤولية الموضوعية، منذ الإعلان عنها من قبل الفقهاء. وفي هذا الصدد نشير إلى حكمي مجلس الدولة، حكم Cames الصادر بتاريخ 21 يونيو 1895 وحكم Régnauld Desrozières في 28 مارس 1919. ومن هذين الحكمين استخلصت شروط إعمال نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الإدارية، وأكّدها من بعد الأحكام المنتمية لنطاق تطبيق هذه النظرية، لتكون من مداخل تمييز قواعد المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية وشاهداً عليه<sup>2</sup>، هذا وقد استعمل القضاء الفرنسي عدة وسائل بغية إقرار التعويض دون خطأ، ولعل من أبرز تلك الطرق:

#### - قرائن الأحوال:

حيث توسعت المحاكم في استعمال سلطتها في الأخذ بقرائن الحال، والتي ترك لها المشرع سلطة التقدير لاعتبار خطأ المدعى عليه ثابتاً عن طريق هذه القرائن، فاعتبرت بناء على ذلك أن بعض الحوادث يحمل في ذاته أو طياته دليل حصوله بخطأ، المتسبب فيه تلك

<sup>1</sup> Savatier René, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H, France, 1931, p 355.

<sup>2</sup> Rene Chapus, droit administratif général, tome1, 11<sup>ème</sup> Edition, France 1997, P119.

الأضرار التي تلحق المريض، نتيجة استخدام جهاز طبي كأجهزة الكشف بالأشعة" أو انفجار جهاز التخدير " أو غير ذلك.

غير أن تقدير قرائن الأحوال من صلاحيات قاضي الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في إلزامه بالأخذ بها في الحالات التي تعرض عليه، لذلك لم يكن الاعتماد على هذه الوسيلة، مما دفع بالبحث عن غيرها.<sup>1</sup>

#### - فكرة الالتزام بضمان السلامة:

ومضمونها أن يلتزم الطبيب بالأعرض المريض لأي أذى، نتيجة ما يستعمله من أدوات أو أجهزة طبية، أو ما يصفه أو يعطيه من أدوية<sup>2</sup> فالأضرار التي تصيب المريض من هذه الأجهزة، أو المواد الطبية، تستقل عن العمل الطبي بمفهومه الفني، كما أنه يتلشى بشأنها عنصر الاحتمال، وبالتالي فإن مجرد المساس بالسلامة الجسدية للمريض يرتب مسؤولية الطبيب دون حاجة لإثبات خطأ من جانبه.

فنص المادة 1384 فقرة 5 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابل المادة 138 من القانون المدني الجزائري، تعالجان المسؤولية عن فعل الأشياء، حيث طبقها القضاء الفرنسي على أساس أنها لا تحتاج إلى إثبات خطأ في جانب حارس الشيء حتى تقوم مسؤوليته، وهذا ما أدى إلى صدور القانون المتعلق بإصابات العمل في فرنسا.

والجدير بالذكر أن القضاء-لاسيما الفرنسي-باعتباره خلافاً ومبدعاً في قضايا المسؤولية خصوصاً، قد حرص على تقرير المسؤولية الموضوعية للطبيب، كلما أمكنه ذلك تكريساً لحماية أكبر للمرضى في ظل المتغيرات العلمية والاقتصادية والاجتماعية الموازية.

ويكفي الإشارة إلى ثلاث حالات في المجال الطبي كالأضرار الناجمة عن الاخماج، والحادث الطبي، والمسؤولية الناجمة عن جهاز أو منتج، حيث أكد القضاء من

<sup>1</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 114-115.

<sup>2</sup> Naceur Fatiha, Le contrôle de la sécurité des produits, l'obligation de sécurité, presses universitaire de Bordeaux, Pessac, France, 2003, p 50.

خلالها بمسؤولية الطبيب أو القائم على النشاط الطبي، ولو في غياب أي خطأ، متأثراً كما أشرنا بالتوجه الفقهي في هذا الإطار.

فالأضرار الناجمة عن الاخماج أو ما يسمى *les infections nosocomiales*، يقصد بها تلك العدوى والالتهابات التي يصاب بها المريض نتيجة وجوده في المستشفى<sup>1</sup>، فهي بحسب البلاغ الصادر عن وزير التضامن والصحة والحماية الاجتماعية الفرنسي بتاريخ 1988/10/13 تتعلق بكل مرض سببته جراثيم وميكروبات أصابت مريضاً بعد قبوله في مؤسسة صحية، إمّا للبقاء فيها أو لتلقي العلاج دون المكوث بها، وسواء ظهرت أعراض تلك الالتهابات أثناء إقامة المريض في المستشفى، أو تم التعرف عليها بعد ذلك في أثناء فحص سريري. وعلى هذا الأساس ألقى الاجتهاد القضائي الفرنسي المسؤولية على الطبيب، باعتباره التزاماً بالسلامة، لا ضرورة فيه للخطأ.

وقد دفع هذا التوجه القضائي بالمشرع الفرنسي إلى تبنيه وتكريسه، من خلال نص المادة L-1142-1 من قانون الصحة العامة، حيث استثنى مسؤولية المؤسسات الطبية في مثل هذه الأحوال من أحكام المسؤولية القائمة على الخطأ، كما أنّ المادة 71 من تقنين الآداب الطبية الفرنسي، تلزم الطبيب بالحرص على تعقيم الأدوات الطبية التي يستخدمها في عمله والتخلص من النفايات الطبية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون. وهذا بالطبع يؤدي إلى القضاء على الأسباب التي تسبب مثل هذه الالتهابات.

أمّا فيما يخص الحادث الطبي *l'aléa thérapeutique*، يرى بعض الفقه<sup>2</sup> أن اقرار القضاء لمسؤولية غير خطئية، يتعين أن يكون هو الحل واجب التطبيق في كل حالة يرجع فيها الضرر المتحقق إلى واقعة يمكن وصفها بالحادثة.

<sup>1</sup> Sophie Hoquet -Berg et Bruno Py, La responsabilité du médecin, Edition heures de France, France, 2006, p 42.

<sup>2</sup> Geneviève Viney et Patrice Jourdain, L'indemnisation des accidents médicaux, que peut faire la cour de cassation ? J.C.P, éd. G. 1997, n° 17, doc. 4016, p 181, et voir aussi Sophie Hocquet - Berg et Bruno Py : op.cit. p 17, et voir aussi Marie - Josephe Lamar : l'aléa thérapeutique : modalités et conditions de l'indemnisation, centre de documentation multimédia en droit médical, <http://www.droit.univ-paris 5.fr>. mise à jour le 01/12/2003.

ويتوقف وجود الحادثة الطبية على الضرر ذاته من ناحية، وعلى العمل الطبي من ناحية أخرى، فمن جهة يجب ألا يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية ومنتوقعة على مجرد إخفاق العلاج، وهو ما يتحقق عندما يكون هذا الضرر ضرراً جديداً ليس من شأن التطور العادي لحالة المريض أن يأتي به، بمعنى آخر أن الضرر المترتب بالنظر لحالة المريض الصحية والعناية المبذولة في علاجه، يستدل منها على أن الضرر كان بسبب حادثة طبية وليس مجرد إخفاق للعلاج هذا من جهة، ومن جهة ثانية يلزم أن يكون الضرر المتحقق راجعاً إلى عمل مادي، لا تقتضيه أعمال العلاج، كأن ترجع الرضوض أو آثار الإصابة التي تلحق بجسم المريض إلى استخدام الطبيب لجهاز أو آلة، وهكذا يتضح من هذين الوجهين أن الضرر قد نتج عن فعل منفصل عن العمل العلاجي، وبالتالي فهو ضرر غير مترتب على مجرد إخفاق للعلاج، الذي يصح أن يثار بخصوصه وحده التزام الطبيب ببذل عناية، عكس الضرر الذي يقع نتيجة حادث طبي مما يتعين إخضاعه لنظام آخر<sup>1</sup>.

على هذا الأساس يتجه القضاء الفرنسي إلى التضييق من نطاق الالتزام ببذل عناية الملقى على عاتق الطبيب بموجب عقد العلاج، ليتحول شيئاً فشيئاً إلى إلقاء التزام بتحقيق نتيجة على عاتقه، وكانت الغاية من ذلك هي تعويض المضرور عن الأضرار التي لحقت به في نطاق عقد العلاج الطبي، وهكذا اعتبر القضاء أن طبيب التحاليل ملزم بتحقيق نتيجة، تتمثل في تقديم نتائج صحيحة، وأنه بمجرد إعطاء نتائج مغلوطة تتحقق مسؤوليته.

كما اعتبر القضاء أن الأضرار التي تلحق بالمريض والناجمة مباشرة عن استخدام جهاز أو آلة أو أدوية أو منتجات صيدلانية، توجب مسؤولية الطبيب، وهذا ما يظهر جلياً في إقراره بمسؤولية طبيب الأسنان الذي يلتزم بتركيب طاقم أسنان اصطناعي لمريضه.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي م. باشا) ضد (فريق ك ومن معهم)، م ق، العدد الثاني، 1996، ص 127-131.

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها إلى أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة وبالسلامة، بالنسبة للمادة المستعملة من أجل تنفيذ العمل الطبي في نطاق العلاج.

وهو ما حرصت على تأكيده في قرار آخر لها، ذهبت فيه إلى أن العيادة التي قدمت المادة المطهرة للطبيب، والتي سببت حروقا من الدرجة الأولى والثانية للمريض تعد مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالمريض، ذلك لأن عقد العلاج الذي تم إسعاف المريض بموجبه من قبل المؤسسة الطبية الخاصة، يلقي على عاتقها التزاما بتحقيق نتيجة وسلامة ما يتعلق بالمنتجات كالأدوية التي تقدمها<sup>1</sup>.

ولا شك أن هذا التوجه دفع المشرع الفرنسي إلى تكريس هذا الاجتهاد القضائي، لاسيما من خلال المادة L-1142-1 من قانون الصحة العامة، حيث استتنت مثل هذه الحالات المشار إليها آنفا وغيرها من نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ.

### ثانيا: تطور التأمين من المسؤولية

إذا كان نظام المسؤولية المدنية في الأساس التقليدي، يقوم على فكرة الخطأ وتعويض المضرور، قد فشل في مواضع عدّة، بالموازاة مع التقدم التكنولوجي والابتكارات الحديثة من جهة، وصعوبات إثبات الخطأ الطبي من طرف المريض من جهة أخرى، فإن التوجه الحديث يقوم على تعويض المضرور بغض النظر عن إثبات الخطأ أو نفيه، بل حتى التعويض بدون خطأ، أو خطأ المضرور نفسه.

في هذا الصدد، نشير إلى أنّ القضاء لم يكن ليستجيب لضغط الفقه، فيما يتعلق بإقرار المسؤولية الموضوعية للأطباء في كثير من الحالات، كما رأينا لولا وجود عامل تطور التأمين من المسؤولية المدنية عموما، واتساعه ليشمل المسؤولية الطبية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cass. 1 civ, 07/11/2000, D. 2000, n° 42, IR, P293, D. 2001, n° 7.

<sup>2</sup> Ahmed Issa, Responsabilité médicale en droit libanais et français, thèse doctorat en droit public, Grenoble, 2012, P05.

فقد أفرز التأمين من المسؤولية المدنية - لاسيما وأنه أضحي إجباريا<sup>1</sup> - نتيجة هامة مفادها أن القاضي أصبح لا يتردد في إعلان قيام مسؤولية الطبيب، ولا يتوانى عن الحكم بالتعويض لصالح المريض المضرور، ولو في غياب خطأ ثابت يوجب المسؤولية، ذلك أنه يعلم مسبقا أن العبء لن يتحمله الطبيب، وإنما المؤمن في نهاية المطاف<sup>2</sup>، مما يجعل فكرة التأمين تتلاءم ونظام المسؤولية الموضوعية التي لا تعتد بالخطأ.

وهكذا نجد المشرع الفرنسي، قد بادر لسنّ قانون حماية المرضى ونوعية نظام الصحة سنة 2002، الذي يهدف أساسا لتلبية طلبات المضرورين من الحوادث الطبية المطابقة للقانون، والذين لم يكن لهم الحق في الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطبية بسبب انعدام الخطأ، ومن هذا المنطلق حسب ما اشرنا اليه آنفا، قرّر المشرع الفرنسي وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني، وفقا لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ عدة سنوات طبقا لما نصت عليه المادة 1-1142-L و المادة 2-1142-L المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 303/2002 المتعلق بالصحة العامة المؤرخ في 04 مارس 2002 حيث ألزمت الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 2-1142-L الفقرة 4 من قانون الصحة العامة أنّ "تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي اجراءها العاملين ضمن حدود المهمة الممنوحة لهم، حتّى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415هـ/25 يناير 1995م المتعلق بالتأمينات، ج ر رقم 13 لسنة 1995، المعدل بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006ء ج، ورقم 15 لسنة 2006.

<sup>2</sup> Philippe le Tourneau, Lois Cadiet, Droit de responsabilité et des contrats, Edition Dalloz. Paris, 2000, n° 34, p13.

<sup>3</sup> L'article L.1142-2 alinéa 4 C.S.P.F « L'assurance des établissements couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».

في هذا الصدد، كان من نتائج الثورة الصناعية وما نجم عنها من تطور اقتصادي وصناعي هائل، تزايدت على إثرها الأضرار الناجمة عن الحوادث والمعدات، مما عجل في ظهور التأمين عن المسؤولية من أجل تغطيتها.

هكذا كان لزاما مع هذا التطور العميق الذي لحق قواعد المسؤولية وفقا لما أشرنا إليه سابقا أن يقوم التأمين بجوار المسؤولية بضمان حصول المضرور على حقه في التعويض فأصبح تبعا لذلك سباق بين التأمين والمسؤولية<sup>1</sup>، ففي كل مرة تتسع دائرة المسؤولية بفضل القضاء أو بحكم القانون، يدفع هذا بالمسؤول إلى أن يؤمن على مسؤوليته. وهكذا في كل مرة يوجد هذا التأمين فإنه يدفع بالقضاء إلى التوسع في المسؤولية ومحو كل أهمية للخطأ والغاية طبعا في جميع الأحوال، هي حماية مجدية للشخص المضرور.

وغني عن البيان، انّ التأمين شهد تطورا كبيرا وتزييدا مستمرا، فاتّسعت مجالاته حتى شمل غالبية مرافق الحياة، حتى أصبح من النادر في الوقت الحاضر أن توجد مخاطر لا تقبل شركات التأمين على تغطيتها<sup>2</sup>، وقد أدّى هذا التوسع في التأمين من المسؤولية كما يقول جانب من الفقه<sup>3</sup> إلى قلب قواعد المسؤولية رأسا على عقب، بحيث فقدت كل معنى جزائي لها، لتصبح قاعدة ضمان للمضرور تضمن له الحصول على التعويض بمجرد وقوع الضرر، كما أن هذا التطور في قواعد المسؤولية المدنية دفع بالكثير من الدول ومنها الجزائر إلى الأخذ بنظام التأمين الإلزامي<sup>4</sup>، لاسيما بالنسبة للمسؤولية عن حوادث السيارات، حوادث

<sup>1</sup> حسان شمسي باشا، محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 2004، ص 113-114 وانظر كذلك سهيل يوسف الصويصل مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، الطبعة الأولى، دار أزمنة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2004، ص 218-226.

Voir aussi, Martine Carcenac, De la responsabilité sans faute à la faute objective, R.V.D.A. n° 01, 1998, France, p36

<sup>2</sup> عبد الودود يحيى، التأمين على الحياة، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964، ص 09.

<sup>3</sup> Savatier René : Traité de responsabilité civile, op.cit. p 03.

<sup>4</sup> قانون رقم 13/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983م، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر. رقم 28 لسنة 1983. وكذا القانون رقم 11/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983م، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، المتمم بالقانون رقم 08-01 المؤرخ في 23 يناير 2008م، ج.ر. رقم 04 لسنة 2008، اما في المجال الطبي فقد نصت المادة 167 من القانون رقم 07 /95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم على أنه: " يجب على كل المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك

العمل، الأمراض المهنية، حوادث النقل الجوي، فالتأمين من المسؤولية هو عقد يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له من الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية<sup>1</sup>. وهكذا يبدو واضحاً تبعاً لذلك، تلمس تأثير التأمين على المسؤولية الطبية، من خلال تقليص الدور الممنوح للخطأ الشخصي، باعتباره شرطاً للمسؤولية المدنية عموماً، والذي يرجعه كثير من الفقه كما رأينا إلى التأثير المتزايد للتأمين عن المسؤولية، حيث أن تحمّل تبعه التعويض المادي تقع على عاتق المؤمن، الأمر الذي يزيل مسبقاً اشتراط خطأ الطبيب المسؤول، لاسيما بعدما أصبحت المسؤولية مجرد دعامة للتأمين، ولو لم يعد من السائع في كل مرة يكون فيها ضرر أن تتساءل عن مصدره، وما إذا كان مرده لخطأ أم لا ولذلك لا يستبعد أن يكون للتأمين مكانة معتبرة في تطوير أنظمة المسؤولية الموضوعية، بل إنّ البناء القانوني لأنظمة المسؤولية القانونية، أصبح يأخذ بعين الاعتبار العلاقة الوطيدة بينها وبين التأمين<sup>2</sup>.

نخلص مما تقدم أن هناك علاقة وطيدة بين تطور تأمين المسؤولية، وتقليص دور الخطأ في إعادة تنظيم المسؤولية المدنية. ذلك أن التأثير لا يقتصر على إضعاف دور الخطأ في المسؤولية المدنية، بفعل ازدهار التأمين فقط، وإنما ساهم أيضاً في إقصاء المسؤول نفسه، من خلال إلزامه بالاختفاء وراء مؤمنه، فأصبح المؤمن هو المدين الحقيقي بالتعويض.

وغني عن البيان أن الغرض من التأمين عن المسؤولية الطبية، هو تعهد هيئة التأمين بتغطية الأضرار سواء كانت مادية أو معنوية التي تلحق الأطباء بسبب الأخطاء المهنية المترتبة على ممارسة مهنتهم، سواء كان هذا التأمين محدوداً، حيث تأخذ شركة التأمين على

---

الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية والمهنية: تجاه مرضاهم وتجاه الغير ". إضافة إلى نص المادة 169 المتعلقة بتأمين المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري، وكذا المادة 173.

<sup>1</sup> جلال محمد إبراهيم، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانونين الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة، 1994 ص 112.

<sup>2</sup> Gérard Mémeteau, La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal (Canada). 1990, p 197.

عانتها تغطية مسؤولية الطبيب في حدود مالية معينة تدفع للمضرور أو للورثة، وهذا هو الغالب، كما يمكن للطبيب أن يبرم عقد تأمين غير محدود تتعهد بموجبه شركة التأمين بتغطية مسؤولية الطبيب أيا كانت هذه المسؤولية، ومهما كانت الأضرار وإن كان هذا النوع نادرا جدا<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### نظريتا المسؤولية الطبية بدون خطأ

#### (نظرية تحمل تبعة المخاطر ونظرية الضمان)

ترتب على ازدياد حركة الصناعة والتصنيع، انتشار وتقدم في استعمال الآلات الميكانيكية من وسائل النقل والصناعة والأجهزة والمعدات الطبية، وما صاحب هذا التطور من كثرة الحوادث التي كثيرا ما ترجع إلى هذه الأجهزة والآلات ذاتها، دون أن يكون هناك ما يمكن نسبته إلى مستعملها، بل إنه حتى في الحالات التي يرجع فيها الحادث إلى الخطأ، كان من الصعب على المضرور إثباته لذلك كان في كثير من الحالات يضيع حقه في التعويض لعدم قدرته على إثبات خطأ مستعمل الآلة.

إنّ هذا الوضع، دفع بالفقه للبحث عن أساس تقوم عليه المسؤولية، يكون أخف وطأة من الخطأ الذي كثيرا ما يصعب إثباته، وهذا كله سعيا في تكريس حماية أكبر للمضرور، وتجنبه تحمل أضرار وتبعات أخطاء آخرين لم يستطع إثباتها، ذلك ان قواعد العدالة والمنطق تقتضي أن كل مضرور يجب تعويضه عن الضرر الذي لحق به، بغض النظر عن سبب الضرر. هكذا برز ركن الضرر كأساس يحاول الفقه إقامة وتأسيس المسؤولية عليه، بدلا من ركن الخطأ، حيث نادوا بوجوب التعويض عن كل نشاط خطر يفضي إلى إلحاق الضرر

<sup>1</sup> عبد الرشيد مامون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 57، 58، وانظر أيضا جوزيف داود، المرجع السابق، ص 148.

بالغير، حتى ولو لم يصاحب ذلك النشاط خطأ من جانب المسؤول. بل ولو كان ذلك بخطأ من المصاب نفسه أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي<sup>1</sup>.

في هذا الصدد نشير الى أنّ مسؤولية الطبيب، لم تكن في منأى عن هذه التطورات والتغيرات التي لحقت بقواعد المسؤولية المدنية عموماً، إذ كان للفقه والقضاء دور لا ينكر في إقرار كثير من الحالات والحوادث الطبية التي تقوم فيها مسؤولية الطبيب، ولو في غياب تام للخطأ، وذلك بمجرد حدوث الضرر كما سنبينه لاحقاً.

ويقصد بالمسؤولية الموضوعية، ثبوت مسؤولية الشخص بمجرد أن يصيب شخص ثاني الضرر، بغض النظر عن خطأ الأول من عدمه، مادامت صلته وعلاقته بالضرر قائمة، كما لا يشك أحد في أهمية هذا التوجه، وما تحمله المسؤولية الموضوعية في كنفها من مقومات ووسائل تكريس حماية أكبر للمضرور، نتيجة لبروز الضرر كفكرة قانونية صيغت في إطار المسؤولية المدنية كركن من أركانها، إذ تهافتت عليها النظريات الفقهية والتطبيقات القضائية بشدة، باعتبارها مخرجا للمسؤولية من أزمته المتعلقة بالخطأ الواجب الإثبات، وعنوانا جديدا للمسؤولية المدنية الحديثة، حيث تعبر وبعمر عن أهدافها ودورها في المجتمعات المعاصرة، إذ يمكن تلخيصها في نظريتين أساسيتين هما: نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة، ونظرية الضمان باعتبارهما حالتين للمسؤولية بدون خطأ وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي.

#### أولاً: نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة

نشأت نظرية تحمل تبعة المخاطر *la théorie des risques* في أواخر القرن التاسع عشر، بمناسبة كثرة حوادث العمل، وعدم كفاية قواعد المسؤولية التقليدية، التي تقوم على ركن الخطأ كأساس لها، استجابة لمقتضيات تعويض المضرورين، من الحوادث الناشئة عن استخدام الآلات والمعدات. ذلك أن كثيراً من تلك الحوادث التي لحقت بالعمال المصابين،

<sup>1</sup> وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة عشرة، 1945م، مصر، ص 177.

ظلت دون تعويض بسبب عجز العمّال عن إثبات خطأ رب العمل في تهيئة ظروف العمل سواء من الناحية الأمنية أو اختيار الآلات أو تركيبها أو غير ذلك.

إن هذا الوضع السائد في ظل منظومة اجتماعية تعتبر الفرد جزءاً أساسياً منها، بحيث أن أيّ تعدّد على سلامته الجسدية يعتبر تعدّياً على سلامة المجتمع، ولم يكن ليستمر أكثر لذلك كان رد فعل الفكر القانوني تجاه هذه التطورات قويا جداً، دفع ببعض الفقه إلى الثورة على قواعد المسؤولية التقليدية، والمطالبة بوجوب تغيير أساس هذه المسؤولية، واتخاذ فكرة تحمل التبعة أساساً للمسؤولية بوجه عام، بدلاً من فكرة الخطأ العتيقة<sup>1</sup>.

### 1- مضمونها

قد كان أول من نادى بفكرة تحمّل التبعة بصورتها المطلقة، هو الفقيه الفرنسي لابييه Labbe، صاحب التعليقات المشهورة، والذي ظل حتى سنة 1890 متمسكاً باعتبار الخطأ أساساً ضرورياً للمسؤولية المدنية، قبل أن يعتنق منذ تلك السنة فكرة تحمّل التبعة<sup>2</sup>، فقرر أنّ الأساس الذي يجب أن تقوم عليه المسؤولية المدنية، هو أنّ من ينشئ بفعله مخاطر مستحدثة *risques créés* في المجتمع، يتعيّن عليه تحمّل تبعاتها.

على هذا الأساس كان أول من اتّجه نظر الفقيه لابييه Labbe هو المادة 1384 فقرة 1 من القانون المدني المتعلقة بمسؤولية المتبوع عن عمل التابع، حيث استتبط ورأى فيها تقريراً لهذا المبدأ الأساسي الذي قال به، غير أن نظرية تحمّل التبعة لم تعرف انتعاشاً وقوة، إلاّ بفضل جهود الفقيهِين الفرنسيين<sup>3</sup> سالي Saleilles جوسران Josserand اللذان أكّدا الطبيعة الموضوعية للمسؤولية، معتبرين إيّاها محرّرة من أي فكرة للخطأ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس المسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1978م، ص 423، وما بعدها.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 120.

<sup>3</sup> Saleilles Reymond, Les accidents de travail et la responsabilité civile, L.N.D.J. Paris, 1987

<sup>4</sup> Josserand Louis, Cours de droit civil positif français, Tome 2, 3<sup>ème</sup> édition, recueil Sirey, Paris, 1939, p 305.

هكذا نشأت نظرية تحمّل التبعة وتطورت، حتى استطاعت أن تضع لنفسها مكانة في منظومة المسؤولية المدنية لدى الفقه والقضاء الفرنسيين على حدّ سواء، فوضعت بذلك أسسا تقوم عليها، بل وتطورت في عدّة صور مختلفة متعاقبة.

انطلقت هذه النظرية من الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية، التي تقوم على أساس الخطأ، باعتباره فكرة غامضة مستعصية عن التعريف والتحديد، فضلا على أنه فكرة أخلاقية عديمة الجدوى، ذلك أن غرض المسؤولية المدنية ليس عقاب المذنب، بل تحديد المسؤول الذي يتحمل عبئ الضرر<sup>1</sup>.

بناء على ذلك يمكن القول بأن الغرض الرئيسي لهذه النظرية كان شديد البساطة والوضوح، يتمثل في التعويض التلقائي للأضرار الناجمة عن الأشياء المستخدمة في الصناعة، قبل أن يمتد إلى كافة الأشياء، طبقا للتفسير الموضوعي لنص المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>.

## 2- أساسها

إن الأساس الذي تقوم عليه النظرية يستند إلى أن المسؤول عن الضرر، وهو يقوم بنشاط اقتصادي معين، عليه أن يعرض الغير الذي لحقه الضرر من هذا النشاط. إذ كما يغرم منه عليه أن يغرم عنه، ذلك أن هناك تبعة في كل الحالات التي يتكبّد فيها الفرد في النهاية نتائج الضرر، حتى وإن لم يرتكب أي خطأ، حيث أن هذا الضرر ما هو إلا نتيجة لانتشار نشاطه، وهذا ما دعا الفقه الحديث إلى إحلال نظرية تحمّل التبعة محل فكرة المسؤولية الخطئية، إذ أن الامتناع عن جبر الضرر بدعوى عدم إثبات الخطأ، يفوت تحقيق العدالة التعويضية ويهدم المساواة بين مركز المواطنين.

كما يرى أنصار تحمّل التبعة، أن نظريتهم احتمالية تتجاوب مع مقتضيات المجتمع وظروفه الحالية، لاسيما في مجال المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن الآلات وغيرها من

<sup>1</sup> Teillais Clémentine : La faute dans l'application de l'article 1384 alinéa 1 du code civil, Thèse. Nantes, 1989. p 123, 124.

<sup>2</sup> ايمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132.

الأشياء<sup>1</sup> غير أنّه لما كان لنظرية تحمّل التّبعة من تهديد كمبدأ عام بحلولها محل نظرية الخطأ، باعتبار أن الأخذ بها من شأنه أن يجعل المرء مسؤولاً عن النتائج لأي نشاط يقوم به، مما يشكل هو الآخر تهديداً مستمراً للأفراد يثنيهم عن العمل، ويجعلهم يؤثرون الامتناع عن كل نشاط نافع ابتغاء السلامة، وقد كان حقاً لهذا التّخوّف أثره وصداه، مما جعل هذه النظرية تأخذ عدة صور، بقصد التخفيف من حدّة تلك الآثار المحتملة على المسؤولية، ولعلّ من أهم تلك الصور:

#### أ. الصورة الكاملة لنظرية تحمل التّبعة *La théorie du risque intégrale*

أنكر أنصار هذا الرأى، كل وجود للخطأ كأساس للمسؤولية، مؤكّدين على وجوب تحمّل كل شخص مخاطر أفعاله، مهما كانت خاطئة أم لا، إذ تتجه أنظار أصحاب هذه الصورة من صور نظرية تحمل التّبعة إلى الواقعة ذاتها محدثة الضرر ومادياتها، بعيداً عن التعمّق في العنصر الشخصي والنفسي للخطأ<sup>2</sup>، حيث لم يعد هذا الاتّجاه يقصّر نطاق تطبيق هذه الصورة على حوادث العمل، باعتباره المجال الأول لتطبيقها، بل نادوا بها كنظرية عامة تسري على جميع الأفعال والأنشطة التي تصدر عن الأفراد، دون أي تفرقة بين ما هو فعل خاطئ أو غير خاطئ.

ذلك أنّ المسؤولية بالنسبة لهم تتحقق بمجرد حدوث الضرر وتوافر العلاقة السببية بينه وبين فعل المدعى عليه، وهذا ما يفسر تسمية هذه الصورة بالنظرية العامة المطلقة أو نظرية المخاطر المتكاملة<sup>3</sup>. مما جعل هذه النظرية محل انتقاد، نظراً لغلوها في تعميم أحكامها، إذ بصورتها الواسعة والمطلقة هذه تؤدي دون شك إلى سيل من المسؤوليات، تطال الشخص الذي يتابع نشاطه، إذ تحمّله العبء لمجرّد أن النشاط الذي يزاوله قد تدخل في إحداث الضرر، مما قد يشلّ هذا النشاط، حيث يعتبر صاحبه أن مواجهة بينه وبين المسؤولية

<sup>1</sup> محمد نصر رفاعي، المرجع السابق، ص 425.

<sup>2</sup> محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص 68.

<sup>3</sup> سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009 ص 45.

ستظهر مع كل خطوة منه ومن ثم إجماعه عن أي نشاط من هنا كان الاتجاه نحو الصورة الضيقة، والمتمثلة في فكرة الغنم بالغرم.

### ب. نظرية الغنم بالغرم Profit – Risque

كان للتحوف من أن يؤدي تطبيق النظرية الأولى بصورتها المطلقة، إلى إجماع الأفراد عن كل نشاط نافع، خشية المسؤولية وتأثير ذلك كان واضحاً، مما دفع ببعض فقهاء نظرية تحمّل التبعة إلى التضييق من نطاق تطبيقها، ليس رافة بالخطأ، وإنما تمهيدا لتأسيس نظريتهم على أسس سليمة وقواعد متينة، فظهرت بذلك نظرية المخاطر المقابلة للربح، والتي تقوم على وجوب تحمّل الشخص تبعة النشاط الذي يصب في مصلحته<sup>1</sup>، ومن تمّ يلزم بتعويض الضرر الناجم عنه، إذ أن قواعد العدالة تأبى أن يجني صاحب الشيء ثمراته ويستأثر بفائدته، بينما يتحمّل غيره مخاطره والأضرار الناجمة عنه، فمن استأثر بنفع شيء تحمّل تبعته، اي الغنم بالغرم<sup>2</sup>.

### ثانياً: نظرية الضمان

تجاه النقد الذي تعرّضت له فكرتا الخطأ وتحمل التبعة، وبالتالي فشل فكرة الجمع بينهما في نظرية واحدة، حاول الفقيه الفرنسي ستارك Starck أن يضع نظرية تسعى لكفالة التعويض للمضرورين، باعتبارها إحدى نظريات التكافل الاجتماعي وهي نظرية الضمان، وتقوم على أساس أن المجتمع يجب عليه ضمان سلامة أفراده في أجسادهم وأموالهم، ومن ثمّ فإنّ أي ضرر يلحق بهم يوجب لهم الحق في التعويض الذي يقوم على فكرة الضمان<sup>3</sup>. انطلاقاً من هذا المفهوم، هاجم ستارك كلاً من نظريتي الخطأ التقليدية على أساس أنّ قصر المسؤولية على العمل الخاطيء، يؤدي إلى وقوع كثير من ضحايا الحوادث فريسة للفقر

<sup>1</sup> Pierre Betteremieux: Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, Thèse, Lille (France), 1991, p 92.

<sup>2</sup> عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 175.

<sup>3</sup> Starck Boris, op.cit. p. 38, etc.

انظر كذلك، سمير دنون، المرجع السابق، ص 53 - 61، وانظر أيضاً، ايمن ابراهيم عبد الخالق العشماوي: المرجع السابق، ص 186 - 196.

والبؤس، كما أنّ نظرية تحمل التبعة والتي تجعل مناط المسؤولية وعدمها في نشاط المتسبب في الضرر وما يجني من غنم منه، باعتبار أن الأخذ بهذه النظرية فيه توسع في المسؤولية لأنه يشمل كل الأفعال الضارة مخطئة كانت أم غير مخطئة، ولا شك أنّ في ذلك قضاء على النشاط الإنساني أمام الأعباء الثقيلة لتعويض الأضرار التي تقع.

وقد انتهى ستارك من دراسته إلى عدم إمكانية الاعتماد على أي من النظريتين (الخطأ وتحمل تبعة المخاطر المستحدثة)، والاقتصار عليهما في تأسيس المسؤولية المدنية، واتّجه نحو البحث عن أساس جديد يكمل قصور النظريتين السابقتين وهذا ما سنبينه.

### 1- أساس نظرية الضمان

إنّ أساس هذه النظرية، يقوم على التكفل بالمصابين والنظر إليها من زاوية المتسبب في الضرر أو الفاعل، على النحو الذي ذهبت إليه نظريتا الخطأ وتحمل التبعة، حيث تجاهلتا تماماً حقوق المضرور، كما تقوم على أساس التكفل بتعويض المصابين حيث نادى الفقيه ستارك Starck بفكرة الضمان كأساس لتعويض المصابين.

إنّ البحث عن الإجابة والتماس الحلول بالنسبة للإشكال الجوهرى المتمثل في أساس المسؤولية المدنية، كان دائماً ينظر إليه من جانب واحد فقط وهو جانب الشخص المضرور والمتسبب في الضرر. وعلى هذا فإنّ النظريات التي طرحت في هذا الصدد، وهي نظريتا الخطأ وتحمل التبعة، إنما هي نظريات شخصية<sup>1</sup> كونها تبحث عن أسباب المسؤولية في جانب الشخص المتسبب في إحداث الضرر، إذ يكون هناك التزام بالتعويض لأنّ الفاعل قد ارتكب خطأ، أو لأنه أنشأ مخاطر أو جنى فائدة من نشاطه وهذا ما سنبينه من حيث مضمون نظرية الضمان.

### 2- هدف نظرية الضمان

الجدير بالذكر أن هذه النظرية ترى في طريقة التحليل للنظرية الشخصية القائمة على أساس الخطأ أنها غير كافية وغير مقنعة، يعترها القصور لأنها تهمل جانب المضرور.

<sup>1</sup> ايمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 187.

ذلك أن كل شخص في الواقع له الحق في الحياة وفي التكامل الجسدي والمالي، بمعنى له الحق في الضمان المادي والأدبي لكافة حقوقه، والأضرار التي تلحق بالشخص نتيجة فعل الغير، إنما هي اعتداء على هذه الحقوق تبرّر الحكم بعقوبة على مرتكبها، ولن تكون هذه العقوبة إلاّ الالتزام بالتعويض، على أساس أن لكل شخص الحق في السلامة.

غير أن هذا لا يعني إلغاء أو إغفال الحق في التصرف المقرر للفاعل، مما يستدعي عدم النظر إلى المشكلة من زاوية واحدة فقط. إذ أن الشخص الذي تصرف والذي تسبب بسلوكه هذا في إلحاق الضرر بالغير، يمكنه أيضا الاحتجاج بتمسكه بحقوقه.

وبناء على هذا فإن أزمة أو مشكلة المسؤولية المدنية، تكمن في وجود نزاع بين حقّين شخصيين وهما الحق في السلامة من جهة، والحق في التصرف من جهة أخرى<sup>1</sup>، ومنتهى الإشكال والتساؤل، كيفية التوفيق بين هذين الحقّين المتعارضين.

في هذا الصدد، يرى جانب من الفقه<sup>2</sup> أنّ حلّ المشكلة يكون في المفاضلة بين هذه الحقوق، على أساس قيمة كل من الحقين، فإذا كان حق المدعى عليه يعلو حق المضرور فلا محلّ للتعويض، أما إذا علا حق المضرور على حق المدعى عليه، فإنّه يتعين على هذا الأخير أن يعوّض المضرور عما أصابه من ضرر، وتعقيبا على ذلك ترى هذه النظرية أن هذا الحل لا يمكن أن يكون متماثلا بمعنى موحدا.

#### - الأضرار الجسمانية والمادية:

وهي التي تعطي الحق في الحصول على تعويض، دون استلزام إقامة الدليل على خطأ المسؤول، مما يعني أن القانون يضمن هذه الأضرار بطريقة موضوعية<sup>3</sup>، ففي حالة ما إذا لحق الشخص ضرر في سلامة جسمه أو في ممتلكاته المادية، كان الفاعل هو المسؤول

<sup>1</sup> محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، المرجع السابق، ص 13. وانظر أيضا سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 211.

<sup>2</sup> محمد نصر رفاعي المرجع السابق، ص 466.

وانظر أيضا حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 138.

<sup>3</sup> أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 190.

من غير أن يلزم المضرور بإثبات الخطأ أو ملابسات الخطر، لا لشيء إلا لأنّ الفاعل ما كان له أن يلحق أضراراً بحقوق هامة ومعتبرة للضحية المضرور.<sup>1</sup>

### - الأضرار ذات الطابع الاقتصادي أو الأدبي البحث:

هي التي تلحق بالمصالح الاقتصادية والمعنوية البحتة، حيث يغلب عليها حق التصرف والممارسة، مما ينتج عنه بالضرورة الإضرار بالغير الذي لا يملكه المتسبب وليس في مقدوره<sup>2</sup>، وتبعاً لذلك فإن مثل هذه الأضرار لا يمكن أن تثار بصدد المسؤولية إلا إذا أثبتنا خطأ المسؤول.

وتفسير ذلك أن بعض الحقوق في التصرف، تسمح بالإضرار بالغير دون مؤاخذه، كحق التاجر في منافسة تاجر آخر، متى مارس مهنته بطريقة طبيعية ومشروعة، فهو قد يلحق أضراراً ولو كانت مقصودة كجلب عدد أكبر من الزبائن وتحصيل ربح أكبر، إلا أنه ومع ذلك لا يمكن إلزامه بالتعويض عن هذا الفعل لما فيه من التضييق على الحقوق المشروعة وإنكار مبدأ حرية المنافسة ذاته مثلاً، ومثل ذلك أيضاً الحق في الإضراب، رغم أنه يؤدي إلى إلحاق الضرر برب العمل وبالغير أيضاً، بل إن هذا هو هدفه تماماً، إلا أن الحكم على النقابات التي قررت الإضراب وعلى ما قاموا به ونفذوه، بتعويض نتائجه الضارة، لأدى ذلك إلى المساس بحق الإضراب نفسه.

ومع ذلك نتحفظ ونشير إلى أن الحق في الإضراب، والذي يبرر من -حيث المبدأ - عدم التعويض، ليس حقاً مطلقاً، إلا إذا كان شرعياً، كأن يقوم التاجر بمنافسة غير مشروعة مثلاً، فإنّه يكون مسؤولاً دون شك، على أساس أن الخطأ الذي ارتكبه يبطل حقه في التصرف بالمنافسة، فالحق الأول لا يمكن مطلقاً التصرف بطريقة خاطئة.

### 3- تقدير نظرية الضمان في المجال الطبي

يظهر من خلال عرض نظرية الضمان، أنّها تهدف إلى مراعاة أكبر لحقوق المتضرر

<sup>1</sup> حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 138.

<sup>2</sup> سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 212.

غير أن البعض قد تحفظ عليها بسبب تعارضها مع حلول اعتمدها الاجتهاد سابقا، إضافة إلى أنها لا تكفي لتحديد المسؤول من خلال أوجه الحراسة المتعددة.<sup>1</sup>

وهكذا يبدو واضحا، مما سبق الإشارة إليه في مضمون هذه النظرية، أنّ الاختيار بين الخطأ والمخاطر من وجهة نظرية القائلين بها مثل "ستارك"، ما هو إلى مأزق كاذب ومزيف.<sup>2</sup> إذ أنّ التوفيق بين هذه الأفكار لا يمكن أن ينتهي إلا للإخفاق، أمّا تجاوزها عن طريق أخذ حقوق ومصالح المضرور فقط في الاعتبار، بدلا من التوقف عند حقوق الفاعل غير المذنب وحدها وتركيز الأضواء عليها، فهو الذي ينجح في نظر المشكلة بطريقة جديدة مبتكرة. إنّ نظرية الضمان تقرر في الوقت نفسه وجود مسؤولية بدون خطأ بالنسبة للأضرار الجسمانية والمادية، ومسؤولية أخرى تقوم على الخطأ بالنسبة للأضرار ذات الطابع الاقتصادي والمعنوي البحت.

وعلى هذا الأساس فإن أنصار هذه النظرية يسلّمون بوجود حالات للمسؤولية على أساس الخطأ وأخرى بدون خطأ، ناكرين تماما أن تقوم المسؤولية تارة على الخطأ وتارة أخرى على المخاطر، لأنّ الأساس الوحيد للمسؤولية المدنية من وجهة نظرهم هو ضمان الحقوق الأساسية للفرد والجماعة، ممّا يجعل موقفهم هذا موقفا فريدا دون شك.<sup>3</sup>

هكذا رأى الفقه مدى عجز المسؤولية الفردية الشخصية القائمة على أساس الخطأ، وعدم مسابقتها لنسق الحياة الاجتماعية والاقتصادية، فاتّجه إلى رسم معالم المسؤولية الاجتماعية الجماعية، القائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد والمجتمع، وهو حرص القضاء على كفالاته وتكريسه ميدانيا.

إن ما يمكن أن نخلص إليه من خلال هذه المتابعة والتفصيل لمفهوم النظرية الموضوعية وتطورها في المجال الطبي، ليؤكد حقيقة ملموسة مهمة، مفادها أن الخطأ كأساس تقليدي

<sup>1</sup> عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 394، 395.

<sup>2</sup> أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 191.

<sup>3</sup> سعيد مقدم، التأسيس والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 212.

للمسؤولية المدنية قد عرف تصدّعا - إن لم نقل تراجعاً- بفعل تأثير النظرية الموضوعية، وما صاحبها من عوامل ومؤثرات ساهمت بشكل لافت في ولوجها مختلف مجالات المسؤولية المدنية وعلى رأسها المسؤولية الطبية.

لكن ورغم ذلك ومهما يكن الحال، فإن النظرية الموضوعية كانت محل نقد شديد، كونها حسب البعض، لم ترق إلى التطلّعات المأمولة للمتضرّرين، كما أنها لم تتجح إلا في حمل المشرع على إصدار بعض التشريعات التي ينظّم فيها أحوالا محدّدة وخاصة للمسؤولية المدنية، بل وفي فروع محصورة، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية الطبية فيما يتعلق بالمسؤولية عن الحوادث الطبية، أو الاخماج الواقعة داخل المستشفيات *les infections nosocomiales*، أو فيما يتعلق بالمسؤولية عن بعض الأجهزة والمنتجات الطبية كما سنوضحه لاحقا في فرع مستقل.

وخلاصة القول أنّ النظرية الموضوعية وإن لم تجد آذانا صاغية لدى عموم الفقه والقضاء -بل وحتى المشرع - لجعلها قاعدة عامة، فإن ذلك لم يمنع هذا الأخير من الأخذ بها في مواطن عدّة<sup>1</sup> كما أسلفنا.

وهكذا كان أخذ التشريع - لاسيما الفرنسي-، وكذا الفقه والقضاء بمفهوم النظرية الموضوعية في المجال الطبي، من خلال إتّباع مسار آخر، تؤسس عليه قواعد المسؤولية المدنية، وتبرر من خلاله دواعي اعتناق النظرية الموضوعية، ألا وهو طبيعة التزام الطبيب في المجال الطبي.

إنّ من نتائج تبني فكرة المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي استبعاد فكرة الخطأ واستبدالها بفكرة طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض، فكان بذلك واضحا تأثير المسؤولية

<sup>1</sup> Jean Penneau, La réforme de la responsabilité médicale - responsabilité ou assurance, R.I.D.C, n° 02. (Avril - Juin), 1990, France, p 527.

وانظر أيضا، محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأسيس المسؤولية، المرجع السابق ص 14، 51.

الموضوعية على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، من خلال التشديد في التزامات الطبيب تجاه مريضه.

### الفرع الثالث

#### تعويض الاضرار باسم التضامن الوطني

لقد جعل القضاء التربة صالحة أمام المشرع لوضع القانون 2002/03/04 الخاص بحقوق المرضى وبجودة أداء الخدمات الطبية<sup>1</sup>. ويتميز هذا القانون بالعديد من المزايا لا يتسع المقام لذكرها، ولكن سوف نستعرض بإيجاز كيف عالج المشرع الفرنسي مشكلة التعويض باسم التضامن الوطني مطروحة.

فبصدور القانون المذكور أعلاه، والذي أدخل العديد من التعديلات على تقنين الصحة العامة، اجتمعت للمرضى سبل الحماية القانونية من الأضرار، التي قد تصيبهم نتيجة لتعاملهم مع الأطباء والجهات التي تقدم الخدمات الطبية، في أية مرحلة من المراحل التي تقدم فيها تلك الخدمات، سواء في مرحلة الوقاية من الأمراض أم تشخيصها أم العلاج منها.

فقد وضع القانون آلية لتعويض المضرورين سواء نتجت الأضرار التي أصابتهم عن خطأ مهني أو عن المخاطر التي قد تلازم أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج، ورغبة من المشرع الفرنسي في حصول المضرورين على التعويض، أضاف بالمادة 98 من قانون 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي مواد جديدة إلى قانون الصحة العامة، ومن هذه المواد، المادة L1142-1-1-2 التي تنص على أنه: "عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو مؤسسة أو مصلحة أو هيئة المشار إليهم في الفقرة الأولى، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي أو العلاجي Aléa thérapeutique أو علة علاجية المنشأ une affection iatrogène يعطى المريض، أو لورثته في حالة وفاته، الحق في تعويض الأضرار باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الأضرار ناجمة مباشرة، عن

<sup>1</sup> Loi n°2002-303 du 04/03/2002 relative aux droit des maladies et à la qualité du système de santé, JO 05/03/2002.

الأعمال المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، وتكون قد أدت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية وكذلك التطور المتوقع لها، وأن تمثل هذه النتائج طابعا جسيما يحدده مرسوم، ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية، هذه النتائج التي تقدر بعد الأخذ بالحسبان بصورة خاصة نسبة العجز الدائم بالكيان الجسدي والنفسي أو مدة التوقف المؤقت عن النشاط المهني أو مدة العجز الوظيفي المؤقت"<sup>1</sup>.

حيث ميّزت المادة L1142-1 بين التعويض على أساس الضمان وذلك على النحو التالي:  
الضمان، وما يهمنّا هنا التعويض على أساس الضمان وذلك على النحو التالي:

### 1- التعويض عن أضرار الحوادث الطبية *Aléas thérapeutiques*

قد يصاب المريض أثناء تلقيه إحدى الخدمات الطبية بضرر لا يرجع إلى خطأ مهني وإنما إلى المخاطر التي قد تصاحب أعمال الوقاية والتشخيص وعلاج الأمراض<sup>2</sup>، وبالتالي لا تنطبق قواعد المسؤولية المدنية على مثل هذه الحالة<sup>3</sup>، كحالة الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة إنتان مشفى بمناسبة استشفاء المريض في مستشفى عام أو خاص<sup>4</sup>، وكذا الأضرار

<sup>1</sup> Article L1142-1 al 11 du C.S.P.F dispose que : « Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné ou I ou d'un producteur de produits n'est pas engagé, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales ou 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 ».

<sup>2</sup> *Aléas thérapeutiques* وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية هذه الأضرار بأنها: "المخاطر الملازمة للعمل الطبي التي تحدث للمريض دون وجود أي خطأ من الطبيب - أو من يقوم بالعمل الطبي - ويصعب السيطرة عليها".

- Cass. Civ 1èreCh. 08/11/2000. N° de pourvoi : 99-11735. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233&fastReqId=858970062&fastPos=44>

<sup>3</sup> Cass. Civ 1èreCh. 18/09/2008, N° de pourvoi : 07-13080, « En présence d'une lésion accidentelle d'un nerf, lors d'une intervention chirurgicale sur un organe situé à proximité du nerf lésé, laquelle constituait un risque inhérent à l'intervention chirurgicale pratiquée sur le patient, la cour d'appel a pu retenir, après avoir relevé que les techniques utilisées par le praticien étaient conformes aux données acquises par la science, que le dommage s'analysait en un aléa thérapeutique, des conséquences duquel le chirurgien n'est pas contractuellement responsable ». Vous pouvez Consulter l'arrêt sur le lien suivant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019512539&fastReqId=1123406722&fastPos=8>

<sup>4</sup> Cass. Civ 1èreCh. 13/09/2011, Pourvoi N° : 11-12536, Consultez l'arrêt sur le lien suivant :

اللاحقة بالمريض نتيجة الحادث طبي، واستقر الفقه الفرنسي في الندوة التي نظمتها الجمعية الفرنسية للقانون الصحي في مجلس الشيوخ الفرنسي في شهر مارس 1994 على تعريف الحادث الطبي بأنه: "نسبة ضئيلة من المخاطر، يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي أو الصيدلاني، الذي يتم بطريقة مشروعة، ووفقا للأصول العلمية المتعارف عليها، والتي يترتب على حدوثها عدم اكتمال الشفاء أو حدوث مضاعفات غير مرغوبة".

وعرفه مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية المستشفيات العامة، وذلك من خلال حكمين شهيرين وهما حكم Bianchi الصادر عام 1993، وحكم hôpital joseph Imbert d'Arles على النحو التالي:

"نسبة المخاطر التي تصاحب العمل الطبي اللازم للعلاج أو التشخيص، والتي يكون وجودها معروفا، غير أن تحققها يعتبر أمرا استثنائيا، ولا صلة لها بحالة المريض الأولى ولا يمكن اعتبارها تطورا متوقعا لها ويتخلف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية". هذا عن تعويض أضرار الحوادث الطبية، أما عن تعويض العلل العلاجية affection iatrogène هذا ما سنراه في النقطة التالية:

- التعويض عن أضرار العلل العلاجية الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج

ففي 19/05/1998، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 389 لسنة 1998 بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة<sup>1</sup>، وقد احتوى هذا القانون على ثمان عشرة مادة أضيفت إلى المادة 1386 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024567704&fastReqId=663568986&fastPos=1>

<sup>1</sup> وذلك تفعيلا للتوجيه الذي أصدره مجلس المجموعة الأوروبية في 25/07/1998 إلى الدول الأعضاء بهدف التقريب بين النصوص التشريعية والتنظيمية والإدارية في الدول الأعضاء فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

<sup>2</sup> حول بيان أحكام هذا القانون تفصيلا راجع: فتحي عبد الرحيم عبد الله - نظام تعويض الأضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري المقارن، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة المنصورة، عدد 25، أبريل 1999.

وأهم ما يميز هذا القانون، أن المسؤولية وفقا له هي مسؤولية غير خطئية، حيث تتحقق بقوة القانون<sup>1</sup>، ولا يعفي المنتج منها ولو أثبت سلامة سلوكه<sup>2</sup>، ومن ناحية أخرى، فإن مسؤولية المنتج وفقا لأحكام هذا القانون تتحقق سواء كان مرتبطا بعقد مع المستهلك أم لا<sup>3</sup>، فلا يوجد فرق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وطبقا لذلك، فقد تمّ الأخذ بمفهوم واسع عند تحديد الأشخاص الخاضعين لأحكام القانون، فالمادة 6/1386 حددت المنتج بأنه: الصانع لمنتج كامل، أو لبعض مكوناته، والمنتج لمواده الأولية، ويعتبر في حكم المنتج من يضع اسمه أو علامته التجارية على المنتج، والمستورد والمؤجر والمورد<sup>4</sup>.

والاستثناء الوارد بنص المادة 1-1142 متعلقا بالمنتجات الصحية، إلا أن مشروع قانون 2002/03/04 ارتأى هذه المنتجات في النطاق العام لتطبيق قانون 1998/05/19 والأحكام التي أوردها هذا القانون في هذا الخصوص مدرجة بحسب المادة الأولى منه في القانون المدني وكمواد مكررة للمادة 1386 من هذا الأخير بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة ويكون المنتج معيبا في تطبيق هذا القانون وبحسبه *lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* والتي بالتطبيق له في جانب المنتجين تجاه المضرورين من عيب المنتج بقوة القانون *de plein droit* متى أثبت المضرور الضرر والعيب الذي شاب المنتج وعلاقة السببية بين العيب والضرر وما لم يثبت المنتج قيام أحد الأسباب المسوغة لإعفائه من المسؤولية والمتضمنة بصفة أساسية، استبعاد خطأ الغير وعدم

<sup>1</sup> فطبقا لهذا القانون أصبح المنتج، وفقا للمادة 11/1386 من القانون المدني مسؤولا بقوة القانون، ما لم يثبت أنه لم يطرح المنتج المعيب للتداول، أو أنّ العيب لم يكن موجودا في تاريخ وقوع الضرر أو أنه اشترى المنتج في تاريخ لاحق أو أنّ حالة المعرفة العلمية والفنية عند طرح المنتج للتداول لم تسمح بالكشف عن وجود عيب فيه.

<sup>2</sup> فالمنتج وفقا للمادة 10/1386 يكون مسؤولا عن العيب ولو ثبت أن المنتج تم تصنيعه طبقا لأصول وقواعد المهنة، أو كان محلا لإذن إداري.

<sup>3</sup> راجع نص المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي.

<sup>4</sup> ويكون للبائع والمؤجر والمورد الحق في الرجوع على المنتج خلال سنة من تاريخ المخاصمة القضائية، راجع نص المادة 7/1386.

عرض المنتج للتداول، وعدم وجود العيب في المنتج لدى عرضه للتداول أو حصوله بعد ذلك

مع ذلك فتح قانون 2002/03/04 بابا للتعويض عن مخاطر الأدوية على أساس مبدأ التضامن الوطني في حدود معينة وعندما لا تتوفر شروط التعويض الأخرى وذلك وفقا لقانون 1998/05/19، عن الإصابات والمخاطر الناتجة عن تعاطي للأدوية والعقاقير الطبية .affection iatrogène

إنّ تحديد الأعمال الطبية بهذا النطاق يتميز بالسعة حيث يستوعب العمل الطبي في مختلف مظاهره، من ناحية، ويبعد عنه ما ليس بطبيعة العمل الطبي، من ناحية أخرى<sup>1</sup>. ففيما يتعلق بطابع الاستثنائية، والخطورة الواجب أن تتسم به الأضرار المعوض عنها بالنظام الجديد، فإنه يشترط أن تكون هذه الأضرار غير عادية في منظور حالة المريض الأصلية أو تطورها المتوقع، واشتراط خطورة الآثار التي يجب أن تتطوي عليها هذه الأضرار على كيان المريض الجسماني والوظيفي وبالتالي، سيوجّه النظام الجديد لفائدة وتحديد القانون لحد أقصى لا يتجاوز 25% ضبطا للمعيار الموضوعي للعجز الدائم المسوّغ للتعويض، والذي يتعين على المرسوم الذي أوكل القانون إلى الحكومة إصداره لتنظيم الأمر لحرص المشرع على تقادي أي اختلاف في التقدير بهذا الخصوص، من ناحية، وتقادي تحديد الحكومة لنسبة أعلى تضيق بها من نطاق المستفيدين بالنظام الجديد، من ناحية أخرى وإضافة معيار شخصي إلى هذا المعيار الموضوعي قائم على مؤثرات الضرر على القدرات الوظيفية للجسم والحياة الخاصة والمهنية<sup>2</sup>.

**ثالثا: شروط وإجراءات تعويض الأضرار على أساس التضامن الوطني في فرنسا**

قرّر المشرع وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني وفقا لما

<sup>1</sup> Alexandre (Dumery), responsabilité du fait médicament, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit privé, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, faculté de droit et de science politique année universitaire 2002/2003, P 105.

<sup>2</sup> LAPORTE (Sylvie), la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du master droit filière recherche, mention droit médical université de Lille 2, droit de santé école doctorale n° 74, faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004, P 96.

طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ سنوات.

### 1- أهداف وأهمية نظام التضامن الوطني

من الأهداف الأساسية لصدور القانون المتعلق بحقوق المرضى لعام 2002 هو تلبية طلبات المضروبين في الحادث طبي un accident médical أو العلة العلاجية المنشأ une affection iatrogène أو إنتان المشفى infection nosocomiale المطابق للقانون الذين لم يكن يحق لهم الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطبية، وذلك لانعدام ركن الخطأ.

لذلك فقد قرر المشرع وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضامن الوطني وفقا لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ سنوات عد، وهذا النظام مكرس في المادة L1142-1 من قانون الصحة العامة. وتطبيق هذه الأحكام الجديدة على الحوادث الطبية أو العلل العلاجية المنشأ أو إنتانات المشافي الناجمة عن أعمال الوقاية والتشخيص والعلاج التي تمت بدءا من 2001/09/05 حتى لو كان التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه الحوادث محل دعوى تنتظر أمام القضاء، مادام لم يصدر قرار قطعي فيها، طبقا لما نص عليه القانون رقم 2002/1577 تاريخ 2002/12/30، في المادة الثالثة منه<sup>1</sup>.

في هذا الصدد، تنص الفقرة الثانية من المادة L1142-1 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أنه عندما لا يمكن إثبات مسؤولية الطبيب أو المؤسسات والأقسام والهيئات الطبية المنصوص عليها في الفقرة الأولى، أو منتج المواد الصحية، فإن الحادث الطبي un أو العلة العلاجية المنشأ une affection iatrogène أو إنتانات المشفى infection nosocomiale تعطي الحق للمضروب في الحصول على تعويض باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الحوادث أو العلل أو الإنتان مرتبطة مباشرة بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، وترتب عليها بالنسبة للمضروب نتائج غير عادية، وتمثل

<sup>1</sup> هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد الصادر بتاريخ 2002/12/31.

درجة من الخطورة ومن أجل ذلك أنشأت المادة 22-1142 L المكتب الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وإنتانات المشافي المرتبط بوزارة الصحة<sup>1</sup>. ويقوم هذا المكتب بتعويض الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية وإنتان المشافي والعلل العلاجية<sup>2</sup>، وقد نظمت المادة 17-1142 L و 22-1142 L أحكام هذا المكتب وذلك من حيث المقصود به والغرض من إنشائه وتشكيله.

وحددت الفقرة الأولى من المادة 22-1142 L المقصود من هذا المكتب حيث عرفته بأنه مؤسسة عامة، خاضعة لإشراف وزير الصحة، تختص بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن الحوادث الطبية والأضرار التي تحدث أثناء العلاج وإنتان المشافي أو العدوى التي تحدث في المستشفيات وذلك في إطار التضامن القومي<sup>3</sup>.

ووفقا للفقرة 2 من المادة 22-1142 L يدار هذا المكتب من خلال مجلس إداري يصدر بتشكيله قرار من مجلس الدولة الفرنسي، ويكون نصف أعضاء المجلس من ممثلين عن الدولة، والنصف الآخر من ممثلين عن الأشخاص الذين يتعاملون مع الجهات التي تؤدي خدمات طبية، وممثلي تلك الجهات، وممثلين عن شركات التأمين من الأمراض<sup>4</sup> ووفقا للفقرة 3 من المادة ذاتها يرأس هذا المجلس الإداري رئيس المكتب الذي يتم تعيينه بقرار رسمي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> وقد حدد المرسوم رقم 2003-140 المؤرخ في 19/02/2003 القواعد المتعلقة بتكوين هذا المكتب، وبوظيفته، وهذا المرسوم منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 21/02/2003.

<sup>2</sup> Cass. Civ 1ère Ch. 11/03/2010. Pourvoi n° : 09-11270. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021967605&fastReqId=1682293939&fastPos=9>

<sup>3</sup> وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 22-1142 L على:

« L'office national d'indemnisation des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections est une établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous tutelle du ministère 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 L1142-1 et l'article L1142-17, des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale ainsi que des indemnisations qui lui incombent, le cas échéant, en application des articles L1142-15 et L1142-18 »

<sup>4</sup> فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 22-1142 L على:

« L'office est administré par un conseil d'administration dont la composition est fixée par un décret en conseil d'Etat. Il comprend, outre son président, pour moitié des représentants de l'Etat et pour moitié des personnalités qualifiées ainsi que des représentants des usagers, des professionnels et établissements de santé, des organismes d'assurance maladie et du personnel de l'office ».

<sup>5</sup> حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 22-1142 L على:

كما حدّدت المادة L1142-23 إيرادات المكتب الوطني للتعويض وكذلك مصروفاته، فالإيرادات تتمثل في حصة المكتب الواردة إليه من التأمين الاجتماعي وفقا للقيمة التي يتم تحديدها سنويا طبقا للقانون المنظم له، والمصروفات التي يتم دفعها مقابل الخبرة الطبية، وحصيلة العقوبات المالية التي يقررها القاضي على شركات التأمين وحصيلة الدعاوي التي يحل بمقتضاها المكتب محل المهني أو المنشأة التي تقدم خدمات صحية في الحالات التي يدفع فيها بدفع قيمة التعويض ويقدر أن المسؤولية المدنية قد توافرت في جانب المهني أو المنشأة<sup>1</sup>.

## 2- شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني

يستفيد من التعويض باسم التضامن الوطني ضحايا الحوادث الطبية أو العلل العلاجية المنشأ أو إنتانات المشافي، عندما لا تتوافر أركان المسؤولية بالنسبة لممتهن العمل الصحي أو مؤسسة صحية أو صانع لمنتج صحي، إذا يتعلق الأمر هنا بتعويض نتائج ما نسميه بالضرر أو الاحتمال العلاجي، ومع ذلك فإن المشرع تجنّب استخدام هذا المصطلح لأن الفقه لم يتفق بعد على تعريف له، وبالمقابل فإن المشرع لم يبين المقصود من الحوادث الطبية، أو العلل العلاجية المنشأ وإنتانات المشافي.

إضافة إلى الأضرار التي لا يمكن أن تؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية، فإنه منذ صدور القانون رقم 1577/2002 المؤرخ في 2002/12/30<sup>2</sup> والذي عدّل المادة L1142-1 فقرة

« Le président du conseil d'administration et le directeur de l'office sont nommés par décret »

<sup>1</sup> حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة L1142-23 على:

Les recettes de l'office sont constituées par :

1. Une dotation globale versée par les organismes d'assurance maladie dans des conditions fixées par décret. La répartition de cette dotation entre des différents régimes d'assurance maladies s'effectue dans les conditions prévues à l'article L174-2 du code de la sécurité sociale. Le montant de cette dotation est fixé chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale ;
2. Le produit des remboursements des frais d'expertise prévus aux articles L1142-24-4, L1221-14, L1142-14, et L1142-15.
3. Le produit des pénalités prévues aux articles L1142-14, L1142-15, L1142-24-6 et L1142-24-7.
4. Le produit des recours subrogatoires mentionnés aux articles L1221-14, L1142-15, L1142-17.

<sup>2</sup> هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد الصادر بتاريخ 2003/12/13.

2 من قانون الصحة العامة<sup>1</sup>، يمكن أيضا تعويض الأضرار الناجمة عن إنتانات المشافي باسم التضامن الوطني عندما يستحق فيها شرط الحساب المنصوص عليها في المادة L1142-1 من قانون الصحة العامة<sup>2</sup> وحتى يعطي هذه الحوادث الحق في التعويض يجب أن تتوافر فيها الشروط التي نص عليها القانون، كإنتفاء الخطأ لكي يستفيد المضرور من التعويض باسم التضامن الوطني لابد ألا يقوم الخطأ في جانب الطبيب أو الهيئة أو المؤسسة الصحية و أن يتعلق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي أو علة علاجية المنشأ أو إنتان المشفى خارج نطاق الخطأ.

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط المشرع الفرنسي أن يكون الضرر اللاحق بالمريض ناتجا عن أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج دليل على أنه لا يأخذ بالأضرار اللاحقة بالمريض الناجمة عن أعمال لا تهدف إلى علاجه، كما هو الشأن بالنسبة لجراحة التجميل التحسينية. أضف الى ذلك، جسامة الضرر، حيث نصت المادة L1142-1 فقرة 2 على أنه: "ويقدّر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية

<sup>1</sup> نص هذه المادة باللغة الفرنسية هو الآتي:

(Sans préjudice des dispositions de septième alinéa de l'article L1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale.

1° Les dommages résultant d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L1142-1 correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25% déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ces infections nosocomiales ;

2° Les dommages résultant de l'intervention, en cas de circonstances exceptionnelles, d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme en dehors du champ de son activité de prévention, de diagnostic ou de soins.)

<sup>2</sup> نص هذه المادة باللغة الفرنسية هو الآتي:

I- Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

II- Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et en cas de décès, se 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 »

هذه النتائج التي تقدّر التوقف المؤقت عن النشاط المهني أو مدّة العجز الوظيفي المؤقت<sup>1</sup>. حيث اشترط المشرع الفرنسي أن تتعدى نسبة العجز التي يعاني منها المريض 25% حتى يستفيد من التعويض وحددها المرسوم الصادر في 2003/04/04 بنسبة 24%.

### 3- إجراءات التسوية الودية

وضع القانون رقم 2002-303 الصادر في 2002/03/04 إجراءات للتسوية الودية تقوم بها لجان جهوية تسمى اللجان الجهوية للمصالحة والتعويض<sup>2</sup> (CRCI)، وهذه اللجان مكلفة أيضا بتسهيل حل النزاعات الأخرى بين أصحاب المهن الصحية وزبائنهم وكذلك المؤسسات الصحية ومنتجي المنتجات الصحية، طبقا لما جاء في المادة L1142-5 وما يليها من قانون الصحة العامة.

لا يستفيد من هذه الإجراءات لتسوية النزاع وديا إلا ضحايا الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وإنتان المشافي الذين يتوافر في الضرر الذي لحق بهم وفق الشروط المطلوبة في القانون، وبالمقابل فإن اللجوء إلى هذه الإجراءات هو أمر اختياري بالنسبة للمضرور، ويمكن له أن يفضل رفع الدعوى أمام القضاء المختص (المدني أو الجزائي)، كما يمكن له أن يقوم بالإجراءين معا، أي أن يطالب بحل النزاع وديا وفي الآن ذاته يرفع الدعوى أمام القضاء المختص.

<sup>1</sup> Article L1142-1 al II du C.S.P.F dispose que : « le 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 ».

<sup>2</sup> C.R.C.I : (Dans chaque région, une commission régionale de conciliation et d'indemnisation est chargée de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L1142-1 et L1142-2.

Toutefois, un arrêté du ministère chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale peut instituer une commission interrégionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales compétente pour deux ou plusieurs régions. La commission siège en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et en formation de conciliation.

Dans le cadre de sa mission de conciliation, la commission peut déléguer tout ou partie de ses compétences à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs extérieurs à la commission qui, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la commission.)

### أ- اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

تتكون هذه اللجنة برئاسة قاضي إداري أو مدني<sup>1</sup> ويكون في عضويتها ممثلون عن المرضى والزبائن، وممثلون عن أصحاب المهن الصحية والمسؤولين عن المؤسسات وكذلك ممثلون عن المكتب الوطني للتعويض والمؤمنين، طبقاً لما جاء في المادة 6-1142-L فقرة 1 وحدد المرسوم رقم 140-2003 الصادر في 19/02/2003 كيفية تشكيل هذه اللجان وآلية عملها

وتتعدد هذه اللجان الجهوية إما لحل النزاعات ودياً، أو للمصالحة، وعندما تتعدد للمصالحة يمكن لها أن تفوض كلاً أو جزءاً من اختصاصها إلى وسيط مستقل أو أكثر، طبقاً لما جاء في المادة 5-1142-L الفقرتان 2 و3.

### - عرض النزاع على اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض CRCI.

نصت المادة 7-1142-L فقرة 1 المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 303-2002 المؤرخ في 04/03/2002 المتعلق بحقوق المرضى وجود النظام الصحة على أنه: "يمكن إخطار اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض من طرف الشخص المضرور من عمل وقائي أو تشخيص أو علاجي، وعند الاقتضاء من طرف ممثله الشرعي، أو من طرف ذوي حقوقه في حاله وفاته"، ويجب أن يكون الطلب مرفقاً بالأدلة، ولا سيما تقرير طبي يبين بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، وهذا طبقاً لما جاء في المادة 49-795-R من قانون الصحة العامة المضافة بالمرسوم رقم 140-2003.<sup>2</sup>

كما يلتزم الشخص المضرور المخطر، بإعلام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض بكل الإجراءات القضائية المتعلقة بنفس النزاع التي أخطرت بها، كما يلتزم أيضاً إذا كانت الدعوى على مستوى المحاكم بإعلام القاضي عن إخطاره اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض وهذا

1

<sup>2</sup> فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، بحث في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، 2006، ص 151.

طبقاً للفقرة 2 من المادة 7-1142L من ق.ص.ع.

### - رأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI).

قبل أن تصدر اللجنة الجهوية رأياً يمكن أن تجري خبرة بالشروط المذكورة في المادة 12-1142L وهذا طبقاً للمادة 9-1142L، فإذا قررت اللجنة، بعد إجراء الخبرة، أنه لا يتوافر في الضرر شرط الجسامة، عليها أن تعلن عدم اختصاصها وتبليغ الأطراف بذلك. وإذا قررت اللجنة أن الشروط المطلوبة قانوناً متوافرة ولا سيما شرط الجسامة الوارد في الفقرة 2 من المادة 1-1142L، تصدر اللجنة رأياً حول ظروف الضرر وأسبابه ومدى الأضرار، وكذا نظام التعويض المطبق وهذا طبقاً لنص المادة 8-1142L ويجب أن يصدر رأياً في أجل 6 أشهر من تاريخ إخطارها<sup>1</sup>، كما يجب أن يبلغ إلى الشخص المختر وكل الأشخاص المعنيين بالنزاع وإلى الديوان المؤسس بالمادة 22-1142L.

كما تقوم اللجنة بإخطار السلطة المختصة بالمتابعة التأديبية لمعاينة الاختلالات، التي من شأنها أن تكون محل متابعة تأديبية وهذا طبقاً للمادة 8-1142L فقرة 4. وإذا كانت الأضرار ناتجة عن إنتان المشفى بمثل طابع الجسامة المقرر بالمادة 1-1-1142L، تقوم اللجنة دون تأخير بإخطار السلطة المختصة المذكورة بالمادة 3-6115L وكذلك الديوان المؤسس بنص المادة 22-1142L بهذا الإنتان وهذا طبقاً للمادة 8-1142L فقرة أخيرة.

وإذا قرّرت اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض أن الضرر يدخل ضمن أحكام المادة 8-1142L فقرة 1، التي تقيم مسؤولية ممتن الصحة، اومؤسسات وهيئات الصحة المذكورة في المادة 1-1142L أو منتج المنتجات الصحية المذكورة في المادة 2-1142L، يجب أن يبلغ الرأي إلى مؤمن المسؤول عن الضرر الذي يجب أن يتقدم بعرض للمضرور أو ذوي حقوقه في أجل 4 أشهر تبعا لاستلام رأي اللجنة وهذا في حدود سقف الضمان لعقود

<sup>1</sup> فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق 151.

التأمين Plafonds de garantie des contrats d'assurance، وقبول العرض للمادة L1142-14-فقرة 7.

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 طبقاً للمادة للفقرة 8 من المادة L1142-14 من ق.ص.ع.ف. ويمكن للمضروب أن يرفض العرض الذي تقدم به المؤمن، ومن ثمّ عليه أن يرفع الدعوى أمام القاضي المختص من أجل تقدير مبلغ التعويض الناجم عن الأضرار التي لحقت به، وإذا تبين للقاضي بشكل واضح أن العرض الذي تقدم به المؤمن غير كاف يمكن له أن يحكم على المؤمن كجزاء، بدفع مبلغ على الأكثر يساوي 15% من قيمة التعويض الذي يحكم به.

وفي حالة سكوت المؤمن، أو إذا رفض تقديم عرض، أو إذا كان المسؤول غير مؤمن عليه، فإن المكتب الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع تعويض للمضروب، ويحتفظ بحقه في الرجوع على المسؤول أو على مؤمنه، طبقاً لما جاء في المادة L1142-1 من قانون الصحة العامة.

وعندما تقرر اللجنة بأن الأضرار قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، يجب تبليغ الرأي الصادر عنها إلى المكتب الوطني للتعويض الذي يجب عليه أن يدفع التعويض طبقاً للإجراءات نفسها المطبقة على المؤمن والمشار إليها وفق ما جاء في المادة L1142-17 من قانون الصحة العامة.

#### ب-الطعن برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

أنطت المادة L1142-14-فقرة 8 من ق.ص.ع.ف، للمضروب حق رفض الرأي الصادر عن اللجنة الجهوية، وعليه في مثل هذه الحال أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض أمام الجهة القضائية المختصة، وبالمقابل لا يمكن لمؤمن المسؤول عن الضرر أو الصندوق الوطني للتضامن أن يعترضاً على هذا القرار إلاّ بعد دفع التعويض للمضروب، وبعد ذلك يكون

الاعتراض بموجب دعوى الحلول<sup>1</sup> action subrogatoire، وإذا كان المؤمن يعتقد أن مسؤولية المؤمن عليه غير متحققة، فإنه يحق له أن يحل محل هذا الأخير، فيرفع الدعوى على الغير المسؤول عن الضرر، أو على الصندوق الوطني للتضامن حسب الحال للمطالبة بالتعويض الذي دفعه للمضرور، وطبقاً للمادة L1142-17 فقرة 7 من قانون الصحة العامة يحق للصندوق الوطني للتضامن، الرجوع على المسؤول عن الضرر سواء كان أحد ممتهني الصحة، أو مؤسسة صحية أو منتج المنتجات الصحية، إذا كان يرى خلافاً لرأي اللجنة أن مسؤوليته متحققة نتيجة لتوافر أركانها.

ولو أنّ المشرع الجزائري، لم يسعفه الحظ إلى حدّ يومنا هذا، ليقّدي بالمشرع الفرنسي في هذا الشأن، وفي محاولة منه لسدّ النقص التشريعي المتعلقة بتعويض الحوادث الطبية وإنتانات المستشفيات وغيرها من الإصابات في حالة انتفاء خطأ الطبيب أو المستشفى، اكتفى في المادة 140 مكرر<sup>2</sup> من ق.م.ج بالإشارة إلى تكفل الدولة بتعويض المضرور عن الضرر الجسماني اللاحق به في حالة انعدام المسؤول، ولم يكن للمضرور أي يد في الضرر اللاحق به.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري أنشأ على غرار المشرع الفرنسي، الصندوق الذي يتكفل بتعويض المضرور في حالة انعدام المسؤولية لانتفاء الخطأ الطبي، كما فعله بالنسبة لحوادث المرور.

<sup>1</sup> فوز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص 152.

<sup>2</sup> المادة 140 مكرر 1: "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

# الباب الثاني

## أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجنائية للطبيب

من أوجديات قانون العقوبات أن الشخص تنعقد مسؤوليته بصفة عامة نتيجة إخلاله أو عدم امتثاله لأوامر القانون الوضعي، وذلك بإتيانه لعمل مجرم أو الامتناع عن فعل أمر به القانون.

إذ يجد الشخص نفسه معرضاً للعقوبة الجنائية التي تتناسب مع الجرم المرتكب، بعد تحريك النيابة العامة للدعوى العمومية إذ هي التي تتولى -حسب الأصل- تحريك الدعوى ضده وتقديمه للمحاكمة وطلب توقيع العقوبة المقررة له، ذلك أن المسؤولية الجنائية تأخذ بمبدأ الشرعية والمتمثل في تحديد الأفعال المجرمة والعقوبات المقررة لها.

على ضوء ذلك فإن الطبيب لا يكون مسؤولاً عن جريمة معينة إلا إذا كان قد تسبب مادياً في حدوثها ويكون متمتعاً بالأهلية المطلوبة لتحمل التبعة والمتمثلة في عنصري الإدراك والتمييز، أي يكون ارتكابه لهذه الجريمة قد تمّ إمّا عمداً وإمّا خطأً، ولا يتطلب القانون في ذلك أن يترتب ضرر للمريض بل، حتى ولو رضي المريض بذلك، وأحياناً بمجرد الشروع فيها، مثل جريمة الإجهاض والممارسة غير الشرعية للطب، وهكذا يخرج فعل الطبيب من دائرة الإباحة ويقع تحت طائلة التجريم.

فالمسؤولية الجنائية تشكل العنصر الأساسي للنظام الجنائي العقابي، لكونها ترمي إلى تحميل الشخص الجزاء المترتب عن اقترافه فعل مجرم ومعاقب عليه، أو الامتناع عن فعل يشكّل مخالفة للقواعد والأحكام التي قررتها التشريعات<sup>1</sup>.

على هذا الأساس، فإنّ الطبيب وهو بصدد مباشرة وممارسة تدخله الطبي على جسم المريض، إنّما يأتي أفعال هي في حقيقتها اعتداءات، على الحق في السلامة الجسدية للمريض، ومن جهة أخرى فالطبيب بشر يعتريه ما يعتري النفس البشرية من جنوح وأخطاء جنائية عمدية وغير عمدية تكون لها آثار سلبية على المريض وبالتالي تترتب عليها قيام مسؤوليته الجنائية في حالة توافر أركانها.

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002، ص 58.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

ومردّ ذلك، أنّ إرادة الفرد في اتجاهها لتحقيق الجريمة تأخذ إحدى الصورتين، الأولى هي صورة الإرادة الواعية التي تسعى إلى إحداث النتيجة، على النحو المنصوص عليه بالقانون وتسمى القصد الجنائي، والثانية صورة الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد وتسمى الخطأ.

في هذا الصدد فإنّ الطبيب الذي جنّد نفسه من خلال التفاني في الدراسات الطويلة من أجل النجاح في تأدية رسالته النبيلة لم يكن ليتصور أن يجد نفسه فجأة أمام القضاء في قفص الاتهام بجريمة غير عمدية (الفصل الأول)، او عمدية، سواء جرائم ماسة او غير ماسة بالسلامة الجسدية وهذا ما سنتناوله في (الفصل الثاني).

# الفصل الأول

الجرائم غير العمدية للطبيب

(في حالة الخطأ)

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

إنّ الخطأ كركن في الجرائم غير العمدية قد يقع بفعل ايجابي او سلبي، وعليه فمن يفضي سلوكه إلى نتيجة إجرامية يكون مسؤولاً عنها، إذا ثبت أن سلوكه يحمل معنى تجاوز واجبات الحيطة والحذر، حتى ولو أنه لم يتوقع النتيجة الإجرامية متى كان بوسعه توقعها، ويتضح الفرق بصورة جلية بين الخطأ غير العمد والقصد الجنائي.

ففي القصد الجنائي تسيطر الإرادة على ماديات السلوك وتسعى لتحقيق النتيجة التي تتوقعها وترغب فيها في حين أنّ إرادة الجاني في الخطأ غير العمد تسيطر على ماديات السلوك فحسب دون النتيجة.

على أنّ العلاقة لا تنقطع بين النتيجة والإرادة الإجرامية، لأن انقطاعها لا يقيم الجريمة ومفاد ذلك أن القانون يعاقب على تحقيق النتيجة في غالب الأحيان لا مجرد السلوك المادي المحض.

جدير بالذكر، وتقاديا للتكرار، ننوه أنّنا سنستبعد التعرّض لركني الضرر وعلاقة السببية في هذا الفصل، على اعتبار سبق بحثهما آنفا في الفصل الثاني من الباب الأول، غير أنّ ذلك لا يحول دون تبيان ركن الخطأ، والمقصود به هنا هو الخطأ الجنائي تمييزا له عن الخطأ المدني، والذي سبق بحثه كذلك سابقا، في الفصل الثاني من الباب الأول.

وهذا ما سنحاول بحثه في مبحثين، نتطرق في المبحث الأول للخطأ غير العمد، من خلال صورته وأنواعه، ثم في مبحث ثان نتطرق لمجالات الخطأ الطبي والتطبيقات القضائية بشأنه.

## المبحث الأول

### المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة الخطأ

#### (عدم توافر القصد الجنائي)

الخطأ هو أحد اركان الجريمة، فالجرائم إما عمدية تقوم على توافر القصد الجنائي أو غير عمدية تقوم على الخطأ غير العمدية<sup>1</sup> في صورته المختلفة. ففي القصد الجنائي، تسيطر الإرادة على ماديات السلوك وتسعى لتحقيق النتيجة التي تتوقعها وترغب فيها، أي بمعنى آخر يستلزم أن تتجه الإرادة إلى -الفعل المعاقب عليه- وإلى تحقيق النتيجة، بينما في الخطأ، فهي تلك الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد، دون ان تسعى لها.

إنّ الخطأ الجزائي غير العمدية المتمثل في القتل أو الجرح، أو الجرح الخطأ المشار إليه في المواد 288، 289، 290، 290 مكرر و442 فقرة 2، وجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة المنصوص عليها في المادة 182 من قانون العقوبات<sup>2</sup> المعدل بالمادة 60 من قانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يختلف حسب الحالات، بين اليسر والحدّة والفظاعة، وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما عدّد صورته المختلفة في المادة 288 المتعلقة بالقتل الخطأ، إذ أنّ لكل صورة معنى كما أسلفنا آنفا.

وغني عن البيان، وعكس القانون المدني، فإنّ القانون الجزائي ووفقا لمبدأ الشرعية الذي يلزم القاضي بأن يحدّد الخطأ بدقة عالية، لأنّ لكل صورة من الخطأ لها معنى خاص يختلف عن الصورة الأخرى، وقلّما يهتدي فيها القاضي الى الصواب، فما يعتبره خطأ في

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 17، منشورات برتي، دار النجاح، دالي إبراهيم، الجزائر، 2022، ص148.

<sup>2</sup> الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، مؤرخ في 08/06/1966 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

رأيه قد لا يكون كذلك في رأي اهله من الأطباء، وقد يتبين له بأن ذلك لا يمثل خطأ، بينما هو خطأ فادح، بل خطأ جسيماً عند اهله، ومن ثم لا مفرّ من اللجوء الى الخبرة<sup>1</sup>، وهذا لا ينقص من قيمته شيئاً وإنما يزيد منها، بحرصه وسعيه للوصول الى الحقيقة.

ومهما يكن من أمر، فإنّ إلحاق أي ضرر بالسلامة الجسدية يقيم المسؤولية الجزائية عبر مختلف مراحل التدخل الطبي كالفحص والتشخيص والعلاج، غير أنّنا قبل ذلك سنحاول توضيح التمييز بين القصد العمدي وغي العمدي، وآثاره القانونية، لما لذلك من أهمية بالغة في بحثنا (مطلب اول)، ثم نبيّن صور الخطأ وانواعه في (مطلب ثاني).

### المطلب الأول

#### أهمية التمييز بين القصد العمدي وغير العمدي

لا يستلزم القانون أن يقع الخطأ غير العمدي بجميع صورته، بل يكفي لتحقيق الجريمة أن تتوافر صورة واحدة منه فقط، إلا أنّ ذلك ليس بالأمر اليسير خاصة اثناء المحاكمات القضائية فقد يختلط الأمر بين الخطأ المدني والجزائي، وبين القصد العمدي وغير العمدي ولذلك سنحاول قدر الإمكان تبيان الحدود الفاصلة بينهما.

أشار المشرع الجزائري في قانون العقوبات المشار اليه أعلاه، في المادة 288 المتعلقة بالقتل الخطأ<sup>2</sup> والعقوبة المقررة له، للخطأ غير العمدي بمختلف صورته، ولكل صورة معنى على سبيل الحصر لا المثال، والتي تستوعب جلّ الأخطاء التي تقع عادة في الحياة اليومية، حيث تنص على أنّ: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاثة سنوات

<sup>1</sup> الخبرة الطبية منصوص عليها في المواد من 143 الى 156 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 155/66، ج. ر، عدد 48 بتاريخ 10/06/1966.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص 149، المرجع السابق: تقوم الجريمة في حق الطبيب متى ثبت أن خطأه أدى إلى وفاة الضحية وتوفرت علاقة السببية بينهما استناداً لتقرير الخبرة واعترافات المتهم الذي أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض (غ.ج.م. 1995/05/30، ملف 118720، المجلة القضائية (1996/2).

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

وبغرامة من 20000 الى 100000 دج".

أما في حالة الخطأ المؤدي الى الجرح او المرض، والمترتب عنه عجز كلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر، فتتص المادة 289 من ذات القانون على أنه: " إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى الى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين الى سنتين وبغرامة من 500 الى 15000 د.ج، او بإحدى هاتين العقوبتين. "

### الفرع الأول

#### التمييز بين القصد العمدي وغير العمدي

إن دراسة المسؤولية الجنائية للطبيب في نطاق توافر القصد الجنائي الذي هو أحد صور الركن المعنوي، هو نوع من التجاوز لأنّ المسؤولية الجنائية ليست جزء من الركن المعنوي الذي هو أحد أركان الجريمة مع الركن المادي والركن الشرعي، في حين أنّ المسؤولية الجنائية هي حصيلة هذه الأركان مجتمعة، وقيامها يؤدي إلى خضوع الطبيب لجزاء جنائي يقرّه القانون.

غير أنّ ما يبرر هذا التجاوز هو العلاقة الخاصة التي تربط المسؤولية الجنائية بالركن المعنوي، ففي كثير من الأحيان تختلط فكرة المسؤولية الجنائية بالركن المعنوي فنجد أن موانع الركن المعنوي هي نفسها موانع المسؤولية الجنائية، ولهذا قيل أنّ الركن المعنوي للجريمة، هو ركن المسؤولية الجنائية، ولكي تتحقق هذه المسؤولية يجب أن يتوفر قصد جنائي من قبل الطبيب بأن يكون عالم بالأضرار المترتبة عن أفعاله ومع ذلك قام باقترافها ففي القصد الجنائي تسيطر الإرادة على ماديات السلوك وتسعى لتحقيق النتيجة التي تتوقعها وترغب فيها، بينما في الخطأ، فهي صورة الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد.

فالقصد الجنائي هو أحد صور الركن المعنوي وتوافره يقيم مسؤولية الطبيب الجنائية ويجعل الجريمة عمدية، والتي تأخذ صورتين حسب طبيعة الركن المادي فتكون جريمة

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

إيجابية بإتيان فعل جرمه القانون أو سلبية بالامتناع عن فعل أوجبه القانون، بل وفي جرائم أخرى يعاقب حتى بمجرد الشروع في الجريمة دون اكتمالها وسنحاول توضيح ذلك.

### أولاً: مفهوم القصد الجنائي (العمد)

في هذا الصدد نشير الى ان قانون العقوبات قد أشار في كثير من مواده إلى القصد الجنائي دون أن يعرفه لأنه حالة نفسية داخلية وترك مسؤولية تعريفه للفقهاء الذي اختلف في ذلك وظهرت عدة تعريفات. حيث عرفه الفقيه "تورمان" القصد الجنائي على أنه علم الجاني بأن يقوم مختاراً بارتكاب الفعل الموصوف جريمة في القانون، وعلمه أنه بذلك يخالف أوامره ونواهيه. كما عرفه جارو بأنه "إرادة الخروج عن القانون بعمل أو امتناع أو هو إرادة الإضرار بمصلحة يحميها القانون الذي يفترض العلم به عند الفاعل".

### ثانياً: عناصر القصد الجنائي

تتمثل عناصر القصد الجنائي من جهة، في علم الجاني بالواقعة الإجرامية ومن جهة أخرى في إرادته لتحقيق النتيجة

#### 1. عنصر العلم في القصد الجنائي

العلم هو إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع، أي أن العلم يرسم للإرادة اتجاهها ويعين حدودها في تحقيق الواقعة الإجرامية، وعلى هذا فالعلم شرط لتوافر القصد الجنائي والعكس فالجهل أو الخطأ يؤدي إلى انتفاءه، ويتحقق علم الجاني بالوقائع الإجرامية، فإذا قام طبيب بأعمال تسببت في إجهاض امرأة وهو لا يدري أنها حامل، فلا يسأل عن جريمة عمدية لانتهاء القصد الجنائي على أساس عمله بحملها، واتجاه ارادته إلى تحقيق نتيجة وخروجه عن القانون، لأن توقع النتيجة أمر مطلوب للقول بتوافر القصد الجنائي والغلط في النتيجة ينفي القصد الجنائي أحياناً.

#### 2. عنصر الإرادة

هي ذلك النشاط النفسي الذي يصدر عن وعي وإدراك، بهدف بلوغ هدف معين وتوجّه الإرادة لتحقيق الجريمة، يبدو واضحاً بالنسبة للجرائم الشكلية التي تقوم بمجرد السلوك المادي

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

المحض، ففي توجيهها يكفي ذلك للقول بأنها تسيطر على ماديات الجريمة الشكلية، أما بالنسبة للجرائم غير الشكلية، فإنّ الأمر موضوع خلاف بين الفقهاء الألمان فهناك من أخذ بنظرية التصور (العلم)، ومفادها أنّ القصد الجنائي يمثل حقائق النفس البشرية، فإرادة الإنسان تدفعه إلى إتيان حركة تمثل مظهر تصميمه الإجرامي، سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه للقول، أنّ القصد الجنائي يستلزم ان تتّجه الإرادة إلى الفعل المعاقب عليه والى تحقيق النتيجة، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري فالإرادة هي تعمّد الفعل أو النشاط المادي أما القصد فهو تعمّد النتيجة المترتبة عنه.

### ثالثاً: صور القصد الجنائي

هناك عدة صور للقصد الجنائي، فهناك القصد المباشر والغير مباشر، والمحدود وغير المحدود ونكتفي بتوضيح صورتين أساسيتين، هما القصد العام والقصد الخاص.

#### 1. القصد العام

القصد العام هو انصراف إرادة الجاني، نحو ارتكاب الجريمة مع توافر العلم بأركانها كما يتطلبها القانون، وهو ما يمثل القصد العام في كل جريمة وعليه فإنّ القصد العام يتكون من عنصري القصد الجنائي.

إن القصد العام ضروري في جميع الجرائم العمدية لقيام المسؤولية الجنائية فهو لازم في الجنايات جميعها وفي جزء كبير من الجنح، فالقصد العام هو الهدف الفوري والمباشر للسلوك الإجرامي، فالطبيب الذي يجهض امرأة حامل بدون ضرورة أو مصلحة، ليس له من وراء ذلك غير الربح، فقصده العام من هذا هو الاعتداء على الجنين وإخراجه قبل ولادته الطبيعية من أجل مقابل مادي، أما لو كان هو المتسبّب في الحمل فالقصد هنا خاص وهو من أجل ستر الفضيحة.

#### 2. القصد الخاص

قد يعتد المشرع أحياناً، في بعض الجرائم بالغاية من ارتكاب الجريمة حتىّ يتكون ركن

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

القصد الجنائي المطلوب فيها، وهو ما يسمّى بالقصد الجنائي الخاص، إلى جانب القصد الجنائي العام، الذي لا يختلف في الجريمة الواحدة.

من جانب آخر فإنّ الغاية تختلف، فقد يكون القتل الرحيم مثلاً لشخص ما من طرف طبيب، من أجل الاستيلاء على تركته، أو من أجل انتزاع عضو من أعضائه، لأجل زراعته لأحد اقرباءه، أو كالتبيب المزور لشهادة طبية من أجل استعمالها من طرف قريب أو صديق له في غرض ما، ففي هذه الأمثلة فإنّ، الأمر يتعلق بقصد جنائي خاص هذا في حالة الفعل الايجابي أمّا في حالة الفعل السلبي أو الامتناع عن فعل، فإنّه معاقب عليه بعقوبة الفعل إلاّ إذا توافرت أسباب وشروط الامتناع القانونية، فالطبيب الذي يمتنع عن ربط الحبل السري لمولود، سيؤدي هذا الامتناع إلى موت المولود وبهذا يكون الامتناع جريمة عمدية.

### الفرع الثاني

#### الآثار الناتجة عن انعدام القصد الجنائي في جرائم الخطأ

يترتب على تخلف القصد الجنائي في جرائم الخطأ عدة نتائج هامة منها:

**أولاً:** عدم إمكان تصور الشروع في جرائم الخطأ غير العمدي، لأنّ الشروع في الجريمة يستلزم توافر القصد في إتمام تلك الجريمة بكافة أركانها والقصد الجنائي متخلف في الجرائم غير العمدية ومنعدم فيها.

**ثانياً:** عدم تصور الاشتراك في جرائم الخطأ، لأنّ الاشتراك في الجريمة يكون بالمساعدة وهو ما يستلزم توافر القصد الجنائي كذلك لمعاونة الفاعل لإتمام الجريمة، وانعدام القصد لدى الفاعل الأصلي في الخطأ، يستتبع بعدم تصوره لدى الشريك، وينجم عن ذلك أنّ المساهمة بقدر من الخطأ يجعل القائم به مخطئاً أصلياً ويجب إثبات خطأ كل منهما مستقلاً عن الآخر كمسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه.

**ثالثاً:** انعدام الظروف المشددة في جرائم الخطأ، لأنّ القصد الجنائي ينتفي فيها، فلا

وجه لقيام الظرف المشدد لاستحالة تصوره او افتراضه، فلا سبق إصرار ولا ترصد في جريمة القتل الخطأ<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### صور الخطأ غير العمدي وأنواعه

السائد في الفقه والقضاء، أنّ تعداد المشرع لهذه الصور المختلفة للخطأ والعقوبات المقررة له في المادة 288، جاء كما أسلفنا على سبيل الحصر، وافترض المشرع الخطأ في بعض صورها، اضعف الى ذلك الأخذ بصورتين فقط للخطأ غير العمدي في المادة 289، وهما الرعونة وعدم الاحتياط لانهما لا يؤديان حتما الى القتل، بل يترتب عنهما آثار الجرح والعجز والخطأ هنا مفترض فيهما كقرينة قانونية في هذه الحالة، و من ثمّ لا مجال للبحث عن علاقة السببية مثلما أكدته المحكمة العليا: " كل حادث يقع قرب مدرسة، يتحمّل مسؤوليته السائق لكون الطفل غير قادر على التفكير وتوقع نتائج تصرفه"<sup>2</sup>.

في حين أوردت المادة 290 ظرف مشدد للعقوبة، ككون الجاني في حالة سكر او محاولة التهرب من المسؤولية، اما المادة 182 أوردت جريمة سلبية، متمثلة في جنحة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر، كالطبيب الممتنع عن اسعاف مريض إثر نوبة قلبية او حالة استعجالية لحادث ما او ربط الحبل السري لمولود، او حالة اغماء والدته، أضعف الى ذلك، المخالفة المترتب عنها عجز كلي عن العمل لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، المنصوص والمنوه عليها في المادة 442 فقرة 2.

في هذا الصدد، فإنّ الفقهاء يميزون بين عدة أنواع للخطأ وسنجري فيما يلي مقارنة بسيطة بين هذه الأخطاء لتوضيح آراء الفقه حول هذه التفرقة والوقوف على أهمية ذلك في

<sup>1</sup> إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، بدون سنة، ص 114.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 17، منشورات برتي، دار النجاح، دالي إبراهيم، الجزائر، 2022، ص 150.

الحياة العملية.

## الفرع الأول

### صور الخطأ غير العمدي

نصت المادة "288" من قانون العقوبات<sup>1</sup> بقولها: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاثة سنوات وبغرامة من 20000 الى 100000 د.ج."

كما نصت المادة 289 من نفس القانون بقولها: "إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى الى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين الى سنتين وبغرامة من 500 الى 15000 د.ج، او بإحدى هاتين العقوبتين."

### أولاً: صور الخطأ

تجلت صور الخطأ المختلفة بوضوح من خلال نص المادة 288 من قانون العقوبات والتي تقابلها المادة 238 من القانون المصري، والمادتين 190، 464 من القانون اللبناني، والمواد 121/3، 121/6، 121/19، 222/19 الى 222/21 من القانون الفرنسي، ومما تجدر الإشارة اليه وكما يبدو أنّ هذه الصور المتعددة للخطأ غير العمدي، جاءت على سبيل الحصر في المادة 288 المذكورة أعلاه ومنها:

#### 1. الرعونة

هو ذلك التصرف الذي يحمل في طياته سوء التقدير أو الطيش أو نقص الدراية لمباشرة العمل او عدم اتباع الأصول والقواعد الطبية الحديثة والمستقرة بين اهل المهنة، كالتبيب الذي يجري عملية جراحية ان يحسنها او دون الاستعانة بطبيب التخدير، فهي تلك الخفة في عمل ما يتعين على فاعله أن يكون على علم به.

<sup>1</sup> الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، مؤرخ في 08/06/1966 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم.

**2. عدم الاحتياط**

هو ذلك الخطأ الذي ينطوي على نشاط ايجابي، أو هو إتيان الشخص لفعل كان يجب الامتناع عنه، بعبارة أخرى عدم الاحتياط هو عدم التبصر بعواقب الأمور، حيث أن الشخص يكون مدركا لما يمكن أن ينجر عليه هذا الفعل من ضرر للغير ويمضي في فعله باستخفاف ضانا منه أنه يمكن تجنب النتيجة، فهو العمل الطبي بالمجازفة.

**3. الإهمال وعدم الانتباه**

الإهمال وعدم الانتباه هما صورتان متقاربتان تتصرفان إلى الخطأ الذي ينطوي على نشاط سلبي نتيجة لترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما، ومثال ذلك عدم مراقبة الطبيب لمريضة كانت تعاني من مرض الكوليرا الذي يرفع من درجة حرارة جسمها ويؤثر على جهازها العصبي فرمت بنفسها من نافذة المستشفى وتوفيت على الفور<sup>1</sup>، أو نسيان قطعة قماش أو ضمادة داخل بطن المريض أو مغادرة المستشفى دون انتظار افاقة المريض بعد العملية.

**4. عدم مراعاة الأنظمة والقوانين**

عدم مراعاة الأنظمة والقوانين يفيد معنى عدم تنفيذ الأنظمة المقررة على النحو المطلوب وتعتبر ظرف مشدد فقد يرى المشرع أن سلوكا معيناً يكون خطرا وبإمكانه أن يؤدي إلى ارتكاب جريمة فيحظره وقاية لذلك، ويتمثل الخطأ في هذه الحالة بالإقدام على السلوك المحظور، ويعتبر الخطأ في هذه الحالة مفترض.

فإذا ما أقدم شخص ما عن هذا السلوك المحظور يسأل عن جريمتين الأولى هي مخالفة القوانين والأنظمة وتعد جريمة قائمة ومستقلة، بحد ذاتها، ولو لم يقع خطأ آخر<sup>2</sup> والثانية هي النتيجة الإجرامية التي آل إليها عمل الجاني<sup>3</sup>، ومثال ذلك عدم تحرير الوصفة الطبية بوضوح وتعيين جرعة الدواء ومقداره، يعدّ في حد ذاته خطأ ناتج عن عدم مراعاة اللوائح

<sup>1</sup> طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 45.

<sup>2</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات، مصر، 1989، ص 29.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 273.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

والقوانين مثلما نصت عليه المادة "47" من قانون "276/92"<sup>1</sup> بقولها: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحزر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا".

فعدم تحرير الوصفة الطبية حسب القوانين والأنظمة يترتب المسؤولية حتى بدون ضرر المريض، أمّا إذا تسبب ذلك في وفاته فيسأل الطبيب عن جريمتين.

### ثانيا: المعيار الشخصي والموضوعي لمرتكب الخطأ

إن المتخصص للمادة "288" السالفة الذكر يجد أنّها عدت كل صور الخطأ كالرعونة عدم الاحتياط، الإهمال وعدم الانتباه، وعدم مراعاة الأنظمة واللوائح والقوانين، وقد وردت على سبيل الحصر فلا قياس عليها، غير أنّ الأشكال يثور عندما لا يشير القانون إلى الواقعة المجرمة بفعل الإهمال أو عدم الاحتياط.

على هذا الأساس يتوجب تحديد المعيار الذي يسمح بالتمييز بين تصرفات الجاني التي تعد حسب المعيار الشخصي خطأ، والذي بمقتضاه ينظر إلى الشخص المسند إليه الخطأ وإلى ظروفه الخاصة بحيث لا يمكن أن نطالب شخصا بقدر من الحيطة والذكاء تفوق ما تتحمله ظروفه الاجتماعية في حدود ثقافته وسنه وخبرته فإذا تبين أن سلوكه المقضي للجريمة كان يمكن تفاديه بحسب ظروفه وصفاته عد الفاعل مخطئاً<sup>2</sup> أما غير ذلك فيعد غير مخطئ.

أما الفريق الثاني من الفقه فيذهب إلى وجوب المقارنة بين ما صدر من المتهم وما كان يمكن أن يصدر عن شخص آخر متوسط الحذر والاحتياط وضع في نفس ظروفه أي تقرير سلوك الطبيب المخطئ على ضوء سلوك<sup>3</sup> طبيب آخر من مستواه والأخذ بالظروف الخارجية التي أحاطت بالعمل الطبي كوجوب التدخل المستعجل وأتباع القواعد والأصول للمهنة فإذا وجدنا أن الشخص العادي المتوسط الحيطة والحذر سيقع فيما وقع فيه المتهم فلا مجال

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 92 / 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

<sup>2</sup> منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 52.

<sup>3</sup> منصور عمر المعاينة، المرجع نفسه، 52.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

لمساءلة المتهم وفي حالة العكس فإن المتهم عندئذ يعد مهملًا ويسأل عن جريمته. لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في مادته 172 من القانون المدني وهو الغالب فقها وقضاء لكونه الأنسب<sup>1</sup>. إذ أن المعيار الشخصي يجعل مساءلة الشخص الحذر لمجرد هفوة بسيطة في حين يفلت الشخص معتاد التقصير من المساءلة.

### الفرع الثاني

#### أنواع الخطأ

هناك عدة أنواع للخطأ منها الخطأ الجسيم والخطأ اليسير والخطأ الجنائي والخطأ المدني وهناك الخطأ المادي والخطأ الفني

#### أولاً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

يميل بعض الفقهاء إلى ضرورة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فالخطأ الجسيم يجد مجال تطبيقه في نطاق قانون العقوبات إذ يصلح هذا النوع من الخطأ لترتيب المسؤولية الجزائية، ويجد الخطأ اليسير مجال تطبيقه في نطاق القانون المدني لأنه لا يصلح لترتيب المسؤولية الجزائية بالنظر لتفاهته. وانتقد هذا الرأي على أنه إذا أخذنا بهذا التقسيم فإنه لا بدّ من وضع معيار للتمييز بين الخطأ الجسيم واليسير لأن معيار الرجل العادي المعتمد في مجال المسؤولية غير العمدية لا يصلح للتمييز بين الخطأين الجسيم واليسير لأنه يقوم على مجرد إثبات الخطأ فقط.

أمام صعوبة التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير والافتقار إلى معيار يميز بينهما فقد هجر الفقه والقضاء هذا التقسيم إذ اعتبر القانون كل من أخطأ عدّ مسؤولاً ولو كان خطؤه يسيراً<sup>2</sup>.

أمّا المشرع الجزائري فلم يتناول التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير وترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية.

<sup>1</sup> طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 19.

<sup>2</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 282.

### ثانيا: الخطأ الجنائي والخطأ المدني

الخطأ الجنائي هو الإخلال بواجب قانوني مكفول في قانون العقوبات، أما الخطأ المدني فهو الإخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله القوانين ومن ثمّ فالخطأ المدني أوسع دائرة من الخطأ الجنائي، إذ أنّ الخطأ الجنائي يشكل دائما خطأ مدنيا، أمّا الخطأ المدني فقد يتوافر دون أن يشكل خطأ جنائيا.

غير أن البعض أعتد على التفريق بين الخطأين على أساس الجسامة، فكلمّا كان الخطأ جسيما كان خطأ جنائيا ورتب المسؤولية الجزائية وكلمّا كان يسيرا عدّ خطأ مدنيا ورتب المسؤولية المدنية، وقد سبق أن تناولنا النقد الموجه لهذا الرأي آنفا، وتمّ رفض الأخذ به<sup>1</sup> إذ سبق ان أوضحنا أنّ المشرع الجزائري، لم يفرق بين الخطأين، حيث أنّ هناك من الخطأ الذي يصلح لإقامة المسؤولية الجزائية والمدنية، غير أنّه ليس كل خطأ يستلزم قيام المسؤولية الجزائية وان كان يستلزم التعويض مدنيا، حسب تعداد صور الخطأ على سبيل الحصر في المادة 288 قانون العقوبات الجزائري<sup>2</sup>.

### ثالثا: الخطأ المادي والخطأ الفني

يقصد بالخطأ المادي: "الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين أو إتيان فعل لتجنب ما يؤدي إلى نتيجة غير مشروعة<sup>3</sup> إذ من المقرر أن تطبق قواعد الخطأ بمفهومه العام (المادي) على جميع الناس المخاطبين بالقاعدة القانونية التي من خصائصها العموم والتجريد ولا تفرق بين شريحة اجتماعية وأخرى، فواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون تسري على الكافة، على أن انفراد بعض الطوائف الاجتماعية بمهن معينة

يطرح التساؤل عن إمكانية تطبيق قواعد الخطأ الفني عليهم في حالة اقتراف أحدهم

<sup>1</sup> عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 283.

<sup>2</sup> أمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم المرجع السابق.

<sup>3</sup> عبد الله سليمان، المرجع نفسه، ص 280.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

لخطأ يتعلق بمهنته.

إنّ الرأي السائد فقها وقضاء ينفي التفرقة بين الخطأ المادي والفني، كما أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الخطأين إذ يكتفي القانون بإثبات الخطأ كركن معنوي حتى يتحمل الجاني تبعه عمله وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك بتشديد أو تخفيف العقوبة. (المادة 124 من القانون المدني).

كما تجدر الإشارة إلى أن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بواجبات مهنته وفقا لما تقتضيه اللوائح والقوانين وأصول المهنة العلمية والفنية التي هي مجموعة القواعد النظرية والعلمية المستقرة بين أهل الطب ولم تعد محل نقاش بينهم، أي هي القدر الأدنى الذي يجب مراعاته في عمل طبي إلا استثناء كحالة الضرورة<sup>1</sup> وهي حقائق ثابتة ومسلمات معترف بها والمعيار المعتمد لتحديد الخطأ الطبي هو معيار موضوعي كما سبق أن أشرنا إليه آنفا وقد أحالت المادتين 413، 353 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة<sup>2</sup> عقوبة الخطأ المهني المرتكب من الطبيب إلى القواعد العامة لقانون العقوبات، حيث تنص المادة 413 منه على أنه: "باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و289 و442 الفقرة 2 من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم اثباته، يرتكبه خلال ممارسة 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".

فالمادة المشار إليها أعلاه، تميز بين الخطأ المهني والتقصير رغم أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الخطأ المهني والمادي ويعتبر هذا استثناء نظرا لطبيعة المهنة الطبية، فالخطأ المهني يرتكب أثناء الممارسة الفعلية للمهنة الطبية، كعدم تعقيم الأدوات الجراحية، أمّا التقصير فيكون بمناسبة القيام بالمهنة، كإهمال مراقبة الطبيب لعمل الممرض غير أنه إذا

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 198.

<sup>2</sup> قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية التي هي من اختصاص السلطة الإدارية، كإدارة المستشفى، او المجالس الوطنية لأخلاقيات المهنة حسب المادة 200 من مدونتها، لتحقيق الصرامة وإيجاد الانضباط وسنتعرض لبعض التطبيقات القضائية لصور الأخطاء الطبية أثناء العمل الفعلي للطبيب.

### **المبحث الثاني**

#### **مجالات الخطأ الطبي وتطبيقات القضاء بشأنها**

نظرا لتعقيدات العمل الطبي وتنوع الأمراض تتعدّد الأخطاء الطبية فمنها الأخطاء التي تتعلق برضا المريض والإعلام المستتير له، او بتحرير الوصفات، وأخرى متعلقة بالجراحة والتخدير، كما توجد أخطاء ناتجة عن استعمال الآلات الطبية والتكنولوجيا الحديثة، وكتمان السر الطبي وما الى غير ذلك.

### **المطلب الأول**

#### **أخطاء الفحص والتشخيص والاشعة**

إن مرحلة الفحص الطبي هي بداية العلاقة بين الطبيب والشخص المراد فحصه إذ هناك من الفحوصات الطبية تكون لأغراض غير علاجية كما إذا كان الهدف بيان مدى ملائمة شخص من الناحية الصحية لشغل منصب ما في شركة أو مؤسسة أو لإجراء خبرة وما الى غير ذلك، فالفحوصات من قبل الطبيب تأتي بعد رضا المريض بها صراحة أو ضمنا بذهابه للطبيب.

### **الفرع الأول**

#### **أخطاء الفحص الطبي**

إن الفحص من أهم المراحل لأنه الأساس الذي تبني عليه المراحل اللاحقة حيث يتعرف الطبيب من خلاله على حالة المريض الصحية وسوابقه الوراثية وتأثيرات المرض فيه سواء بملاحظة العلامات والدلائل الظاهرية، والاستفسار عما يحس به المريض بطرح الأسئلة

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

عليه أو استعمال السماع الطبية وجهاز قياس ضغط الدم والهدف من كل هذا تجميع هذه الأعراض "الإكلينيكية" من أجل تشخيص المرض.

لقد استقر القضاء الفرنسي على أن إهمال هذه الفحوص يشكل خطأ من جانب الطبيب يقيم مسؤوليته<sup>1</sup> أما بالنسبة للفحوص التكميلية فقد تردد القضاء في مدى إقرار المسؤولية عن إهمالها أو نفيها إلا إذا كانت محل إجماع طبي وعلمي ثابت وبدونها يستحيل التشخيص<sup>2</sup>.

من جهة الاجتهاد الحديث في لبنان، قضت محكمة التمييز في حكم حديث جدا لها: " بأن المدعى عليه الطبيب بصفته مسؤولاً عن بنك الدم في المستشفى، قد أوكل إلى المدعي عليها بإجراء الفحوصات المخبرية على عينات الدم، وهو عالم بأنها غير مجازة علمياً للقيام بمثل هذه الفحوصات، يكون قد ساهم عن إهمال وقلة احتراز ونتيجة مخالفة القوانين والأنظمة في الإيذاء الذي لحق بالرقيب الأول"<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني

#### أخطاء التشخيص

تأتي مرحلة التشخيص عقب مرحلة الفحص ويقوم به أي طبيب عام أو متخصصاً بوصف العلة بناء على الأعراض "الإكلينيكية" أو بعد إجراء التحاليل أو الأشعة.

فالتشخيص ما هو إلا استنتاج علمي وعقلي، لنتيجة معينة حول الحالة الصحية للمريض من خلال التقويم الفني لأعراض وعوامل وحقائق بشأن حالة المريض<sup>4</sup> وتحديد طبيعتها تمهيدا للعلاج المناسب.

كما يتميز التشخيص الطبي ببعض الخصائص فهو لا يرتكز على العلم فقط ولكن

<sup>1</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 84.

<sup>2</sup> محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص 84-85.

<sup>3</sup> محمد يوسف ياسين المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى، قانونا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 22، 24.

<sup>4</sup> بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 182.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

أيضا على الخبرة والفتنة وقدرة الاستنتاج وبهذا لا يملك الأطباء هذه السمات بمقدار تماثل مما يسبب ارتكاب الأخطاء<sup>1</sup>.

على ضوء ذلك يتحدّد التعامل مع المريض وطريقة علاجه، وأنّ أي خطأ في تلك المرحلة بالذات يستتبع نتائج قد لا تحمد عقباها محلها سلامة جسم الإنسان الذي سيكون عرضة لتلك الأخطاء، وعليه فإن أي تسرع، قد يوقع الطبيب في خطأ التشخيص، فعلى هذا الأخير- عند الاقتضاء- اللجوء الى اجراء اشعة، وغيرها من المستحدثات التي أوجدها التطور والعلمي كالمناظر الطبيعية، والموجات فوق الصوتية، على ان استخدام ذلك لا يكون إلا في حالة الشك في التشخيص للتحقق من الحالة المرضية وصحة التشخيص قبل الإقدام على العلاج.

في هذا الصدد، نصت المادة 36 من قانون أخلاقيات الطب في فرنسا، التزام الطبيب بإجراء التشخيص بعناية أكثر دقة وتخصيصا<sup>2</sup> حيث جاء فيها: " على الطبيب دائما أن يعد تشخيصه كاملا بكل دقة، وأن يخصص له الوقت المناسب، أو يستعين في سبيل ذلك بكل وسيلة ممكنة، والطرق العلمية المناسبة، وأن يحتاط لنفسه عند اللزوم بالمساعدات الأكثر تبصرا"، والفقرة الأخيرة تؤكد على أنه إذا استلزم الأمر الاستعانة بأخصائي أو زميل آخر يستكمل فحصه الدقيق.

من جهة أخرى، يلتزم الطبيب بالتشاور الطبي والاستعانة بزميل آخر أو أخصائي وهذا لاستكمال الفحص الدقيق، فقد أوجبت المادة 69 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري على الطبيب ضرورة التشاور مع زملائه والإخصائيين في الحالات المستعصية وذلك بقولها " يجب على الطبيب او جراح الاسنان ان يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك..."<sup>3</sup>، وقد سار القضاء الفرنسي على هذا النهج فأوجب

<sup>1</sup> محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي إمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص 08.

<sup>2</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 137.

<sup>3</sup> طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 25-166.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

ضرورة إجراء الطبيب التشاور الطبي مع زملائه والأخصائيين في الحالات المستعصية وخاصة إذا كان يقوم بالعلاج ممارساً عاماً<sup>1</sup>.

بل ذهب إلى أبعد من ذلك، ففضى بمساءلة طبيب، كان قد استعان بممارس عام بدلاً من أخصائي، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر بإدانة طبيب والذي استعان بصديق له في توليد سيده، وقد أجمع كل من الطبيبين على قرار يقضي بمباشرة عملية التوليد بواسطة جهاز التوسعة forceps لفرج المرأة لإخراج المولود، مما ألحق أضراراً جسيمة به وهذا من باب الاعتداء على سلامته، وقد ذكر الخبراء في تقريرهم أن استعمال forceps كان نتيجة خطأ في التشخيص يتعلق بالمكان الحقيقي لرأس الوليد، وأن وجود أخصائي في مثل هذه الحالة، كان من شأنه تجنب مثل هذا الخطأ<sup>2</sup>.

ومهما يكن من أمر، فقد اختلف الفقه والقضاء في تقرير مسؤولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص سواء أكان الخطأ علمي أو خطأ ناتج عن جهل. ففي حين قضى البعض بانتفاء المسؤولية للطبيب بينما قضى البعض الآخر بقيامها في حالة الجهل الفاضح أو نتيجة فحص متعجل وناقص<sup>3</sup>.

### أولاً: حالة الخطأ العلمي

غالباً ما يتمثل الخطأ العلمي في تغليب الطبيب لرأي علمي على آخر. فان أخطأ فلا مسؤولية عليه ومن أشهر القضايا قضية أستاذ في أمراض النساء في جامعة باريس حيث تقدمت إليه امرأة تشكو من ألم في أسفل البطن مما جعله يشخص هذا المرض على أنه ورم في المبيض وعالجها على هذا الأساس وبعد مدة وضعت المرأة مولوداً ولما عرض الأمر على القضاء الفرنسي لم يعتبر هذا الخطأ أساساً للمسؤولية، وردّ أن الطبيب يحاسب

<sup>1</sup> مارك نصر الدين، الخطأ الطبي في مجال القانون الجنائي الطب الشرعي والمسؤولية الطبية، اليوم الدراسي الثاني المنعقد بيومرداس، مجلة المورد الإعلامي لوزارة العدل، العدد 2، سنة 1997، ص 43.

<sup>2</sup> محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 16.

<sup>3</sup> منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف، العربية للعلوم السعودية، 2004، ص 67.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

على الجهل بأصول المهنة لا على أساس الاجتهاد العلمي بحكم التقنيات المتوفرة آنذاك للتشخيص<sup>1</sup>.

### ثانيا: حالة الخطأ بالإهمال

حالة الخطأ بالإهمال تظهر في عدة صور كتسرع الطبيب في تكوين رأيه عن حالة مرضية دون الاستعانة بنتائج التحاليل أو صور الأشعة أو دون استعانة بالزملاء الاختصاصيين. فهذا الخطأ الجسيم أو الفاحش يصفه القضاء بالجهل الذي لا يعذر<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة "الساين La seine" بفرنسا، في قرار لها صادر بتاريخ 13/01/1934 بأنه في حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من المرض وإلا كان الطبيب مهملًا إهمالًا يحاسب عليه<sup>3</sup>.

على هذا الأساس فالطبيب ملزم بالتريث والاستعانة بصور الأشعة ونتائج التحاليل واستشارة الاختصاصيين من زملائه وهذا ما نصت عليه المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 بقولها: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتم بالإخلاص والتفاني والمطابق لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة، عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

غير أن الطبيب في حالة الاستعجال لإنقاذ مريض غير ملزم بنتائج التحاليل وصور الأشعة لطول مدة انتظارها ولذا يرجع له القرار في هذه الحالة، لأن فن الطب تخميني في غالب الأحيان يعتمد على قوة الملاحظة والقدرة على الاستنتاج وهذه الملكة تختلف من فرد لآخر وبالتالي لا يسأل الطبيب إلا عن الجهل الواضح بقواعد وأصول مهنة الطب إذ لا شك أنه في حالة وجوب إجراء التحاليل وصور الأشعة وأهمل الطبيب هذا وتجاهله عد مرتكبا لخطأ يسأل عنه<sup>4</sup> وعلة ذلك أنه في عدة حالات مرضية تتشابه الأعراض وللتمييز

<sup>1</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 137-138.

<sup>2</sup> طاهري حسين، المرجع السابق، ص 50.

<sup>3</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 138.

<sup>4</sup> طاهري حسين، المرجع السابق، ص 24 - 25.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

بينها يعود الفصل فيها إلى نتائج التحاليل وصور الأشعة حسب الأصول المتعارف عليها لدى أهل الطب.

بينما في حالة الخطأ في التشخيص لمرض ما لا يتطلب فحوصات تكميلية مخبرية أو صور أشعة بل يبني فيها التشخيص على الأعراض الظاهرية أو على ما يدلي به المريض من بيانات للطبيب فهنا لا تثور مسؤولية الطبيب، كما يضاف إلى ذلك حالة قيام المريض بتضليل الطبيب من خلال إعطائه بيانات غير صحيحة<sup>1</sup>. ويثور التساؤل حول إخفاء تشخيص مرض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب من أجل مصلحة المريض وهذا ما أجازته المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب.

مما تجدر الإشارة إليه هو أن تقدير خطأ الطبيب في التشخيص ينظر فيه إلى تخصصه ومستواه ودرجته العلمية فيعتبر التشخيص الصادر من الأستاذ في الطب أدق من ذلك الصادر من الممارس الطبي العام.

### الفرع الثالث

#### أخطاء الأشعة

تعتبر الأشعة من بين الوسائل الطبية المستحدثة للكشف عن الأمراض والعلاج في آن واحد وهي مثال حي على توغل التكنولوجيا في ميدان الطب وغزو الآلة لهذه المهنة. والجدير بالذكر أنها أصبحت جد ضرورية وإجبارية في تشخيص عدة حالات مرضية أو علاجية، وتدخل ضمن التجهيزات الطبية الحديثة وهذا ما أشارت إليه المادة " 14 " والمادة 172 من مرسوم 92/ 276. إن دراسة خطأ الأشعة يقودنا إلى دراسة خطأ استعمال الآلات في ميدان الطب خاصة الحديثة منها، التي تتطلب تكوين خاص بها من أجل تحقيق هدفها والوقاية مما قد ينجم عنها من أخطار نتيجة جهل تقنيات تشغيلها. فبدون شك تتطوي هذه الآلات على مخاطر عديدة وأضرار جسيمة حين عدم مراعاة الحيطة والحذر في استعمالها

<sup>1</sup> المادة 177 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05، المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 26/06/2005.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

للفحص أو تحديد مكان العلاج بها. وعليه فان الطبيب عند لجوؤه إلى هذه الآلات سواء في الفحص أو العلاج يجب عليه أن يدرس آثارها الجانبية والتحكم الجيد في استعمالها وهو مسؤول عن كل إهمال مهما كان نوعه<sup>1</sup>.

من جانب آخر، فإن استعمال الأشعة في تشخيص وعلاج الأمراض أصبح يؤدي دورا مهما وخطيرا في المجال الطبي. ومن ثم فإن هذا الاستعمال يلقي على الطبيب التزاما محدداً بحماية مما قد ينجم عنها من أضرار. فإذا ما أجرى الطبيب للمريض علاجاً وفحص بالأشعة، التزم بمراعاة الحرص التام في استعمالها، ودراسة وقراءة نتائجها. ولذلك قضت إحدى المحاكم بأن عدم اكتشاف الكسر في الصورة التي أخذت بالأشعة، لا يمكن أن يحمل إلا على أحد أمرين كلاهما موجب لمسؤولية الطبيب، فإما أن أهمل في تحري وجه الدقة في قراءة الصورة، وإما أنه يفتقد إلى الخبرة الفنية اللازم توافرها في الأخصائي.

هكذا وبالنظر إلى التقدم الفني الكبير الذي أحدثته العلم الحديث في هذا المجال عن طريق تطوير وتحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها وتزويدها بالإمكانيات اللازمة لمنع المضار عن جسم الإنسان<sup>2</sup>، فإن الاتجاه الغالب في القضاء الفرنسي، هو افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعة<sup>3</sup>.

على أية حال، فإن هذا النوع من الأعمال الفنية المتصل بالفحوص المخبرية واستعمال الأشعة، يكاد يتلاشى في نطاقه عنصر الاحتمال، ولذلك يكون الطبيب المتخصص فيه ملتزماً بتحقيق نتيجة في مواجهة المريض.

نذكر في هذا الإطار ما قضت به محكمة "Bordeaux" في حكم صادر بتاريخ

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 205.

<sup>2</sup> أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983، ص 213.

<sup>3</sup> طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

"1933/06/07" بمسؤولية الطبيب لأنه تجاوز الجرعة المسموح بها طبيا عند تسليطه الأشعة من أجل علاج لمريض مصاب بورم سرطاني متسببا له في حروق<sup>1</sup>.  
أما إذا راعى الطبيب قواعد الحيطة والحذر وبذل عنايته وفق ما تفرضه القواعد والأصول الطبية فإنه لا يسأل حق ولو نتج عن استعمال الأشعة ضررا للمريض لأنه ملزم ببذل عناية لا تحقيق نتيجة. وظهر هذا في عدة قضايا طرحت أمام المحاكم انتفت مسؤولية الطبيب فيها، منها ما قضت به محكمة في مصر عام 1931 بانتفاء مسؤولية الطبيب عن فقدان شعر مريضة عولجت بأشعة (س)، ونجمت عنها حساسية طالما أن الطبيب لا يمكنه التنبؤ بها.

غير أن القضاء حاليا يميل إلى افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر الناتج عن الأشعة وذلك بالنظر للتقدم الفني الذي أحدثه العلم في هذا المجال بتحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها لمنع الأضرار<sup>2</sup>.

بناء على ما تقدم فإن استخدام الأشعة أو غيرها من الأجهزة الطبية والآلات سواء في ميدان التشخيص أو العلاج هو سلاح ذوي حدين فالفائدة والضرر قائمان بنفس القدر ولهذا يجب أن تراعى عند استعمالها، المعرفة التقنية والدقة والحيطة لأن أي إهمال يقود إلى آثار وخيمة بصحة المريض من جهة ويقوم المسؤولية الجنائية للطبيب من جهة أخرى.

### المطلب الثاني

#### أخطاء العلاج

تأتي مرحلة العلاج بعد تشخيص المرض بحيث تعتبر مرحلة العلاج هي الجانب التطبيقي لما أقرّه التشخيص فيختار الطبيب العلاج المناسب لحالة المريض الصحية بمراعاة بنيته الجسدية ومدى تحمله للعلاج، إذ من المستقر عليه أن الطبيب حر في اختيار

<sup>1</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 276-278.

<sup>2</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 222.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

العلاج المناسب ولا يقيد هذه الحرية إلا تحقيق مصلحة المريض وما تقتضي به القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب، سواء بتحرير وصفة طبية أو اللجوء للجراحة والتخدير أو العلاج بالأشعة.

ففي قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية جاء فيه على لسانها: " وحيث أن الضحية كان تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن ذاك فإن المسؤولية التقصيرية ثابتة وأن الخطأ المرتكب من طرف المستأنف يتمثل في إخلاله بواجب القيام بالتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم م.م<sup>1</sup>.

كما أوردت المحكمة العليا حكماً آخر قضت فيه: " حيث أن المدعى عليه لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات"<sup>2</sup>.

وجاء في قرار آخر: " أن المسؤولية المترتبة على المستشفى هي تعويض ذوي الضحية طبقاً للمادة 124 من ق.م.ج، كما جاء في القرار المستأنف مادام يوجد تهاون وتقصير من طرف عمال المستشفى، انجر عنه وفاة الضحية"<sup>3</sup>.

وهكذا تتابعت الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري<sup>4</sup>، لاسيما ما يتعلق بالأخطاء المرتكبة في المستشفيات العامة للدولة.

وغني عن البيان أن القضاء الجزائري، كان يستند في أحكامه إلى مجمل النصوص القانونية التي تتابع الطبيب عن إخلاله بالتزامه باليقظة والتبصر، وثبوت تقصيره أو إهماله،

---

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، 2003/06/30 ملف رقم 6788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م.م)، م. ق، العدد 63، 2008، ص 391.

<sup>2</sup> قرار المحكمة العليا 1995/05/30 ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب.أ)، م. ق، العدد الثاني، 1996 ص 180.

<sup>3</sup> قرار المحكمة العليا، 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا) ضد (فريق ك ومن معهم)، م. ق، العدد الثاني، 1996، ص 131.

<sup>4</sup> قرار المحكمة العليا، 1998/03/10 ملف رقم 159148، م. ق، العدد الأول، 1999، ص 192-195، وانظر أيضا قرار المحكمة العليا، 1999/07/06 ملف رقم 193469 م. ق، العدد الأول، 2000، ص 214 217.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

ومن ذلك النص العام الوارد في المادة 124 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>، والمادتين 353 و2413<sup>2</sup> من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر، إضافة إلى نص المادتين 288 و289 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم<sup>3</sup>، وكذلك المواد 14، 17 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري سالف الذكر.

من جانب القضاء في مصر، حيث قضت محكمة النقض المصرية " بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب عن خطئه في المعالجة.

### الفرع الأول

#### أخطاء تحرير الوصفة الطبية

إن الطبيب له الحرية في اختيار وسائل العلاج وهي متعددة، جراحية وغير جراحية وأشعة... الخ، فقد يختار من أجل العلاج، وفق ما تقتضيه الحالة الصحية للمريض وسيلة تحرير وصفة طبية على أن يتم ذلك في شكل دقيق ومقروء وكامل وتعد عملية تحرير الوصفة من العمليات اليومية الأكثر شيوعا في المجال الطبي، وكل إهمال أو عدم احتياط في تحريرها يعتبر إخلال قد ينتج عنه ضرر قاتل للمريض، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية<sup>4</sup>.

يقصد بالوصفة الطبية التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص وقد أطلقت عليها مدونة أخلاقيات مهنة الطب هذا المصطلح في المادة 11

<sup>1</sup> الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78 بتاريخ 30/09/1975.

<sup>2</sup> المادة 413 من قانون الصحة 11/18، المرجع السابق: " باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288، 289، 442 فقرة 02 من قانون العقوبات الجزائري، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

<sup>3</sup> الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، مؤرخ في 08/06/1966 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم.

<sup>4</sup> المادة 316 من قانون 11/18 المؤرخ في 02/07/2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 29/07/2018.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

منها قائلة: " يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة...".

كما تتميز الوصفة الطبية عن غيرها من الأوراق الطبية الأخرى التي تثبت فيها أنواع مختلفة من الأعمال الطبية، كالتحاليل والأشعة بحيث تعتبر كدليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض<sup>1</sup>. ويلتزم الطبيب بأن يحرر الوصفة بخط واضح مع تحديد دقيق للأدوية والمقادير والجرعات، وكيفية الاستعمال للأدوية الموصوفة على أن تكون الوصفة مؤرخة وممهورة بالتوقيع وهذا ما نصت عليه المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "...ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية، ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه".

كما يشترط في الوصفة أن تحرر بألفاظ دقيقة ومقروءة لكي يتمكن كل من الصيدلي والمريض ومحيطه من فهمها، وهذا ما نصت عليه المادة 47 من نفس المدونة السابقة الذكر: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا...".

يعد المشرع الجزائري رائدا في توضيح الشكل القانوني للوصفة لدرء الإشكاليات حيث نص على البيانات الأساسية والرئيسية لمحتوى الوصفة الطبية في المادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " لا يسوغ للطبيب أو لجراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات إلا البيانات:

- الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات العمل.
- أسماء الزملاء المشتركين.
- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها "

كما أشارت المادة 174 من قانون 11/18<sup>2</sup> على أنه: " يمكن مهنيي الصحة الممارسين

<sup>1</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 92.

<sup>2</sup> قانون 11/18 المؤرخ في 02/07/2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 2018/07/29.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الطبيين المؤهلين لممارسة مهامهم وفي حدود اختصاصاتهم، دون سواهم، وصف اعمال تشخيص وعلاج واستكشاف ومواد صيدلانية، ويجب عليهم السهر على احترام الممارسات الحسنة للوصف"

بناء على هذه المواد السالفة الذكر الخاصة بتحرير الوصفة الطبية فان خلوها من هذه البيانات لا يمكن لمن حررت له (المريض) أن يطالب بصرفها له في الصيدلية كما لا يمكن لحاملها أن يحتج بها كدليل أمام القضاء أو ضد الطبيب المحرر في حالة ما إذا وقع خطأ في وصف الدواء وترتب عليه ضرر للمريض خاصة إذا كانت الوصفة غير مؤرخة وغير موقعة أو غير مؤشر عليها بختم الطبيب.

من جهة ثانية تتفاقم المشكلة إذا كانت تحمل مواد مهدئة كما هو الحال في الوقت الراهن عند شبابنا إذ قد يكون حامل هذه الوصفة متواطئ مع ممرض أو تابع للطبيب إلا إذا أثبت المريض سوء نية الطبيب بتعمده فعل ذلك.

وفي هذا الصدد نذكر أن الأخطاء المتعلقة بتحرير الوصفة لا يستهان بها، إذ هناك قضايا حيرت العقول منها ما تم تكييفها على أساس القتل الخطأ ومنها الجرح الخطأ ومنها إعطاء مواد ضارة، وكلها نتيجة الإهمال والرعونة أو الجهل العلمي الغير مقبول<sup>1</sup> أو عدم احترام القوانين واللوائح.

وقد قضى مجلس قضاء باتنة بمسؤولية الطبيب بسبب خطأ طبي في قرار له بتاريخ: **1990/09/15**، وذلك إثر وفاة شخص نتيجة تناوله دواء موصوف له بغير وضوح مع عدم تبيان طريقة استعماله.

كما قضى مجلس قضاء الرويبة بإدانة طبيب أطفال بالحبس لمدة **08** أشهر نافذة لإهماله وعدم حيظته عند تحرير وصفة طبية دون تبيان طريقة استعمال الدواء المحرر فيها بحيث وصف له دوائيين متضادين أحدهما منشط للأعصاب والآخر مهدئ لها، وعند استعمالهما معا من طرف أم الطفل توفي الولد نتيجة تشنج عضلي ونوبات عصبية.

<sup>1</sup> محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 46.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أنه أقام مسؤولية الطبيب عندما أخطأ في تحرير وصفة لمريض بكتابة 25 قطرة بالفرنسية مختصرة " 25GTS " وبخط غير واضح مما أدى بالصيدلي للوقوع في خطأ هو الآخر وصرف الدواء على أساس 25 غراما مما نتج عنه وفاة المريضة عقب تناولها لهذه الكمية المفرطة<sup>1</sup>.

كما قضت محكمة " BLOIS " على طبيب أطفال بإدانته بالقتل الخطأ لسهوه في تحرير وصفة وكتابة اسم دواء محل آخر، حيث كتب "INDOCID" بدلا من INDUSIL لطفل يبلغ من العمر 05 أسابيع، فالأول يمنع استعماله للأطفال الأقل من 15 سنة مما أدى إلى وفاته رغم قدرة الطبيب لتقادي هذا الخطأ<sup>2</sup>.

من جهة أخرى قررت محكمة " سانت كاتان Saint Quentin " في قرارها الصادر عام 1891 بمسؤولية الطبيب إثر خطأه في وصف علاج لم تراع فيه مدى مقاومة المريض للمواد الضارة المقدمة له وعدم مراعاة بنيته الجسدية<sup>3</sup>.

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه يجب على الصيدلي في حالة تقديم وصفة طبية له غير مقروءة أو تحتوي على خطأ في الجرعة أو في المقدار أن يراجع الطبيب بالاتصال به لمراجعة هذا الخطأ قبل فوات الأوان وتسليم الدواء للمريض و إن اقتضى الأمر جاز له أن يرفض صرف الدواء وعرض الأمر على المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب وهذا ما نصا عليه المادة 144 من المرسوم رقم 296/92 بقولها يجب على الصيدلي أن يحلل الوصفة كيميا ونوعيا لتدارك كل خطأ محتمل ... وإذا أكدها الواصف كتابيا، وفي حالة ما إذا وقع خلاف يجب عليه ، إذا رأى ضرورة لذلك ، أن يرفض تسليم الأدوية وأن يخطر الفرع النظامي الجهوي بذلك.

من جانبنا نرى أن المشرع أحسن ما فعل عندما أعطى للصيدلي صلاحيات عدم تسليم دواء أو مادة صيدلانية مشكوك في وصفها وهذا ما يسمى بالرقابة البعدية، لكي تتضافر

<sup>1</sup> محمد سامي الشوا، المرجع نفسه، ص 47.

<sup>2</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 79.

<sup>3</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 150.

الجهود بين الطبيب والصيدلي من أجل مصلحة المريض والمجتمع ويبقى الشفاء مسألة تختلف باختلاف الأشخاص ومدى فعالية العلاج وقابلية الجسم له.

### الفرع الثاني

#### أخطاء الجراحة

تعتبر الجراحة فرع من فروع الطب، والمجال الرحب لدراسة المسؤولية الطبية، كون الأخطاء الجراحية نموذجية في هذا المجال، ولا شك في أنه يتوجب على الطبيب الجراح قبل الشروع في العملية الجراحية القيام بفحوصات أولية وشاملة، وإعلام المريض بكل الأخطار والمضاعفات كما عليه أن يعمل مع طبيب مختص في التخدير الذي لا تقل مسؤوليته عن مسؤولية الجراح.

فالجراحة أحد فروع الطب للتخصص، وتعتبر المجال الواسع في علاج الكثير من الأمراض التي تستعصي على الطرق العلاجية العادية، وبهذا تعتبر أخطاء الجراحة أخطاء نموذجية لدراسة الخطأ الطبي.

فالجراح لا يقرر إجراء العملية الجراحية إلا بعد استنفاد كل طرق العلاج الأخرى ويجب عليه أن يفحص المريض بدقة وعناية قبل إجراء العملية، وعليه أن يستعين برأي الطبيب المعالج لكي يستأنس برأيه في معرفة حالة المريض ورأي الطبيب المعالج هنا استشاري. والجراحة كعمل طبي تطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية، أي أنها التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء الجراحة التجميلية، أين يكون الالتزام بتحقيق نتيجة في حالة تحسين مظهر لا لهدف علاجي، حيث أنه لا يمكن للجراح الاحتجاج بأن الطبيب المعالج هو الذي أشار عليه بإجراء هذه العملية لأنه هو المؤهل علميا وعمليا للفصل فيما إذا كان المريض يحتاج إلى الجراحة أم لا<sup>1</sup>، أي بشرط أن تكون متاعب المريض غير محتملة أو منذرة بما هو أخطر.

كما أنه لا بد من الحصول على رضا المريض المتبصر وشرح وتفصيل العملية الجراحية

<sup>1</sup> إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، 2003، ص 45.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

إلا في حالة الضرورة والاستعجال وفي هذا الصدد يسأل الجراح عن تجاهل أصول المهنة وقواعدها كأن يهمل تنظيف الجرح أو يترك بقايا ضمادة في جوف المريض فيصاب المريض بالتهاب ينتهي بوفاته.

هذا ما ذهبت إليه محكمة باتنة حيث أدانت على أساس جنحة القتل الخطأ لأنه ترك ضمادة في جسم مريضة تسببت في وفاتها فرأت المحكمة أن خطأ الجراح يتعلق بخرق أصول مهنة الجراحة، وأقامت مسؤوليته الجزائية والمدنية في منطوق حكمها الابتدائي الصادر بتاريخ: "2001/ 03/13" وحكمت عليه بستة أشهر حبس موقوف النفاذ وتعويض قدره 600.000 دج لأهل المريض<sup>1</sup>.

كما قضت في هذا الشأن المحكمة العليا بمسؤولية الطبيب عندما اتفق مع المريض لنزع له حصة من إحدى الكلى غير أن الطبيب نزع له الكلية كلياً، وحكمت عليه بتعويض المريض بمبلغ 700000 دج، نتيجة خطأ طبي جراحي<sup>2</sup>.

فالجراحة كعمل طبي تطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية أي أنها التزام بالعناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء الجراحة التجميلية أين يكون الالتزام فيها بتحقيق نتيجة في حالة تحسين مظهر لشخص ما غير هدف علاجي. ونظراً لخطورة وأهمية العمل الجراحي فإن القضاء تشدد مع الجراحين وحملتهم المحاكم مسؤولية ما يحدث للمريض من قبل العملية إلى غاية انتهاء العملية وصحة المريض.

لأن حالة المريض في هذه الفترة تتطلب من الجراح أكثر يقظة واحترار إذ عليه أن يباشر بنفسه كل ما يتعلق بالمريض وأن راقب كل عمل يقوم به مساعدوه حيث أنه يسأل مثلاً إذا ترك للممرضة أمر وضع حافظات الماء الساخن تحت رجلي مريض في حالة غيبوبة بعد العملية من أجل استعادة وعيه ولم يراقب درجة الحرارة التي تسببت في حروق للمريض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> جريدة الخبر، 2001/03/19، ص 12-13.

<sup>2</sup> المجلة القضائية، عدد2، السنة 2008، ملف رقم 399828، بتاريخ 2008/01/23.

<sup>3</sup> بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 373.

### الفرع الثالث

#### أخطاء التخدير

جرى العمل الجراحي على وضع المريض تحت تأثير التخدير (البنج) الكلي أو الجزئي أو الموضعي لما له من فائدة عظيمة تمكن الجراح في أن يعمل في ظروف حسنة دون تحريك المريض الذي لا طاقة له في تحمل الجراحة دون هذا التخدير. ويقوم بعملية التخدير طبيب مختص يتأكد قبل التخدير من مدى قابلية المريض في تحمله ونوعية التخدير وجرعته وخاصة عند مرضى القلب ومرضى الشرايين.

إنّ الطبيب المخدر، أصبح يلعب دورا هاما في مجال العمليات الجراحية وعنصرا مهما في المجموعة الجراحية، فتقع عليه مسؤولية فحص المريض قبل التخدير وبعد انتهاء العملية حتى يفيق المريض ويستعيد وعيه التام<sup>1</sup> لأنه في حالات نجد أن المرضى المخدرين تطول بهم الغيبوبة نتيجة التخدير أو يستعيدون وعيهم وهم مصابون بشلل في أعضاء حيوية نتيجة أخطاء تحذيرية، ففي قضية فتاة المسماة جهان قاصرة توفت في عيادة الهناء بوهان يوم 2005/02/27 إثر إعطائها مادة مخدرة قصد إجراء عملية لها لاستئصال الدودية الزائدة تبين فيما بعد أن الطبيب المخدر لم يتحصل على موافقة من ولي الطفلة كإجراء مبدئي وهذا يعد جريمة<sup>2</sup>.

إن مسؤولية الطبيب المخدر هنا مستقلة عن مسؤولية الطبيب الجراح، إذ ليس هو من تابعه باستثناء إذا كان رئيس الفريق الطبي هو من أختار الطبيب المخدر دون علم المريض أما إذا كانا يعملان مستقلا عن بعضهما وكلاهما تابع لمستشفى عام فتقوم مسؤولية المستشفى عن تابعة، المخدر والجراح.

<sup>1</sup> محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 64.

<sup>2</sup> جريدة الخبر، عدد 4358 المؤرخ في 2005/04/02، ص 12.

# الفصل الثاني

## الجرائم العمدية للطبيب

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

إنّ الطبيب عند ممارسته لمهنته قد يكون عرضة للمساءلة الجزائية متى دخل فعلة دائرة التجريم، كغيره من البشر كونه مخطأً مهملاً أو مقصراً وأحياناً أخرى متعمداً ممّا يعود بالضرر على المريض والمجتمع في عدة صور من الأفعال كالتي تقع على الجسم مباشرة أو ما يسمى بالجرائم الماسة بالسلامة الجسدية مثل نقل الدم الملوّث أو بيعه للأشخاص وجريمة الإجهاض، والتجارب الطبية وزرع ونزع الأعضاء البشرية والاتجار بها (المبحث الأول) كما قد يرتكب أفعال أخرى لا تتصب على جسم الإنسان ولكن تبقى أفعال مشينة، مجرّمة ومعاقب عليها قانوناً، إذ أنّها تعارض أدنى ما يحمله الطب من أهداف وقيم، وهي ما يطلق عليها تسمية الجرائم المهنية أو غير الماسة بالسلامة الجسدية كالممارسة غير شرعية للمهنة، وتزوير الشهادات الطبية وتسهيل تعاطي المخدرات في وصفات لأفراد المجتمع، والامتناع عن تقديم المساعدة وإفشاء السر الطبي (المبحث الثاني).

### المبحث الأول

#### جرائم الممارسة الطبية الماسة بالسلامة الجسدية

هي تلك الجرائم التي يمكن أن يقترفها الأطباء عند مساسهم بالجسم البشري وتسبب الأذى المادي أو المعنوي لمن وقع ضحية لها، وهذا ما دفعنا لتناولها في مبحث مشترك لها، وعليه نتناول جريمة نقل الدم الملوّث أو بيعه وجريمة الإجهاض (المطلب الأول) ثمّ نتناول الجرائم الطبية الحديثة نسبياً، كجريمة التجارب على البشر ونزع الأعضاء البشرية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### جريمة نقل الدم الملوّث أو بيعه وجريمة الإجهاض

سنحاول بحث جريمة نقل الدم الملوّث أو بيعه للأشخاص (فرع أول) ثم بعد ذلك نتعرض لجريمة أكثر شيوعاً في وسط المجتمع وهي جريمة الإجهاض (فرع ثاني).

## الفرع الأول

### الجرائم المتعلقة بنقل الدم أو بيعه

إن عمليات نقل الدم بين الأشخاص سواء في وقت الحرب أو السلم من الأمور المستحدثة نسبيا في علم الطب، إذ أنه بعد التردد والتراجع الذي ساد في الماضي على الساحة الدولية بخصوص هذه العمليات نتيجة ارتفاع نسبة الوفيات ، برزت من جديد إشراقة نور في سنة 1900 عندما اكتشف العالم النمساوي "كارل لانرستايز" وجود الزمر الدموية مما قضى على مشكلة التضاد بين الفصائل عند الحقن للدم بين الأشخاص وكان لهذا الاكتشاف وقعا كبيرا في الأوساط الطبية خاصة وطبول الحرب العالمية الأولى كانت تدق غير أن خاصية تخثر الدم بسرعة حال دون نقله إلى ميادين المعركة وهذا ما دفع العلماء للبحث عن حلول لذلك ، حيث تكلفت التجارب فيما بعد باكتشاف ماهر من طرف الطبيب "رينشارد لوسن" في أمريكا مادة "سيترات الصوديوم" المانعة للتخثر وهو ما مكّن الكثير من الأشخاص من التبرع بدمهم خلال الحرب العالمية الثانية إذ جمعت آنذاك ملايين اللترات في أمريكا وإنجلترا ووزعت على الجرحى.

غير أن الأمر مع مرور الزمن انحرف عن مقاصد وأهداف التبرع بالدم، إذ أصبح ينظر إليه كمصدر للربح والمتاجرة مما أدى بالفقهاء ورجال القانون لتنظيم إجراءات التبرع بهذا السائل الثمين وتجريم كل المعاملات المالية بشأنه.

### أولاً: الطبيعة القانونية للدم وتنظيمه

تأتي أهمية التساؤل عن مفهوم الدم فيما إذا أعتبر عضوا أم مجرد جزئية مثله مثل الجزيئات السائلة كالعرق والدموع واللحاح وعندئذ لن يتمتع بالحماية الكافية، وعلى العكس إذا أعتبر عضوا تمتع بالحماية القانونية الكاملة<sup>1</sup> وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال تعريف الدم ومكوناته في العنصر الأول، ثم نتعرض لطبيعته العضوية في عنصر ثاني.

<sup>1</sup> وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006، ص 35.

1. الطبيعة العضوية للدم ومكوناته

يعرف الدم بأنه: "السائل الأحمر إلي يملئ الشرايين والأوردة ويجري في عروق بعض الكائنات الحية منها الإنسان..."<sup>1</sup>.

كما عرفه آخرون بأنه "سائل أحمر غير شفاف وهو عبارة عن نسيج ضام يجري داخل الجسم البشري في الشرايين والأوردة ويتكون من مادة سائلة تسمى البلازما تسبح فيها مكوناته".

إن الدم يلعب دورا كبيرا في جسم الإنسان الحي، إذ تتوقف عليه حياة الأشخاص باعتباره شريان الحياة سواء بنقل الأغذية والأكسجين للخلايا أو باستخراج الفضلات من الجسم عن طريق الكلى بالإضافة لنقله لعناصر المناعة ففي حالات كثيرة تسمع نداءات للمواطنين لتبرع بدمهم من أجل إنقاذ أشخاص سقطوا ضحايا الكوارث الطبيعية كالزلازل أو حوادث الطرقات وتتوقف حياتهم على حقنهم بدماء المتبرعين كما أن إصابة أشخاص آخرين بأمراض مزمنة أو وراثية كالأنيميا الانحلالية أو افتقار آخرين لعناصر التخثر الدموي يستدعي حقنهم غالبا وعلى الدوام بدماء المتبرعين.

مما تجدر اليه الإشارة، أنّ حجم الدم يتراوح عند الشخص البالغ من 4.5 إلى 05 لترات، ويتكون الدم من كريات حمراء في كل ميليمتر مكعب من الدم يوجد من أربع إلى خمس ملايين كرية حمراء مدة حياتها 60 يوما، كما يحتوي الدم على كريات بيضاء وصفائح دموية وإنزيمات وأملاح وما الى غير ذلك، لا يسعنا التطرق لها، بحكم أنّها تخرج عن نطاق بحثنا.

إن الدم هو نسيج ضام يتكون من خلايا ومادة حشوية تسمى البلازما وسبق أن تعرضنا لمفهوم الأعضاء في الفصل الأول، وتبين لنا أن العضو لا يقتصر على الجامد بل السائل أيضا كالمني والهرمونات وغيرها، ذلك أن مفهوم العضو في القانون أوسع منه في مفهوم

<sup>1</sup> مارك نصر ك الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 193.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الطب ولا ادلّ على ذلك اعتبار القانون لقرنية العين بمثابة عضو كما جاء في المادة 164 الفقرة الثالثة من قانون 17/90<sup>1</sup> المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، رغم كونها في المفهوم الطبي جزء من العضو الذي هو العين، وعليه اعتبر الدم عضواً بحكم بنيته العضوية وبحكم وظيفته الكبرى من الناحية القانونية رغم خاصيته بالتجدد والاستبدال وأسبغ بذلك عليه المشرع حماية قانونية.

على هذا الأساس، تتطلب الدراسة التعرض لإجراءات وشروط نقل الدم وجمعه من الناحية القانونية وقيام المسؤولية عن ذلك وهذا ما سنحاول بحثه في عنصرين، نتعرض في الأول للتنظيم القانوني لعمليات نقل الدم وجمعه وأسس إباحته ثم في الثاني لقيام مسؤولية الطبيب عند مخالفة الإجراءات المنظمة لهذا الغرض والجزاء المترتب عن ذلك.

### **2. التنظيم القانوني لعمليات نقل الدم وجمعه**

أباححت الشريعة الإسلامية من قبل التبرع بالدم وجواز نقله بين الأشخاص لأجل العلاج تأسيساً على قاعدة حفظ الكليات الخمس في الدين بل أكثر من ذلك اعتبرت التبرع بالدم يدخل في باب الصدقات، وجاء العلم ليؤكد على هذا إذ أثبتت الأبحاث أن كمية الدم المتبرع به بين 350 و 400 مل هي ما يعادل 2.5 % من مجموع احتياطي خلايا الدم الكلي أي بمعنى 1/4 عشر وهو ما يقابله نصيب الزكاة المفروضة في الشريعة الإسلامية وفي حالة ما إذا لم يتبرع الشخص بهذا النصيب الاحتياطي يتلف هذا الأخير خلال شهرين ليستبدل بغيره وتلك حكمة الخالق عز وجل. ولقد نظم القانون الجزائري إجراءات التبرع بالدم ونقله كباقي التشريعات في هذا الشأن بشروط نصت عليها أحكام ولوائح تنظيمية.

### **أ. في قانون الصحة الجديد 11/18**

نظم المشرع الجزائري عمليات التبرع بالدم ومشتقاته، وحفظه ونقله في المواد من 258

---

<sup>1</sup> قانون 17/90 مؤرخ في، 1990/07/31، المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 35، السنة 27، بتاريخ، 1990/08/15.

إلى 264 وأتبع بعد ذلك

في هذا الصدد، بيّن المشرع الجزائري صراحة في المادة 258 من الصحة رقم 11/18، على أن تتولى الدولة من خلال مؤسساتها الصحية، عمليات جمع الدم بنصها: "تتولى هياكل صحية عمومية جمع الدم، طبقا للمعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم. تكلف الهياكل المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، بجمع وتقسيم ومراقبة وحفظ وتوزيع الدم ومواد الدم غير الثابتة."

يتضح من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أناط جمع الدم حصريا، بهياكل عمومية ووحدات صحية متخصصة لهذا الغرض كمراكز حقن الدم أو وحدات حقن الدم، إذ لا يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أن ينشئ مراكز للتبرع بالدم دون الترخيص له بذلك قانونا من طرف السلطات الوصية والمعنية، كما خص بهذه المهمة الأطباء العاملون في مراكز متخصصة لوحدتهم دون سواهم تطبيقا لنص المادة 258 المشار إليها أعلاه، ملقيا بمسؤولية جمع الدم وحفظه وتخزينه ونقله للمرضى على عاتقهم، وهذا دلالة على خطورة هذه العملية سواء على الأشخاص المتبرعين أو نقاوة الدم وخلوه من الأمراض.

جدير بالذكر، أنّ هناك من اشخاص لا تسمح لهم بنيتهم الصحية بالتبرع بل هم أولى بالحاجة لهذا الدم حيث حضر المشرع جمع الدم من هذه الفئة من الأشخاص، كالمسنين وغير المميزين، كالقصر وعديمي الإرادة.

ولو أنّ المادة 361 فقر 1 وفقرة 2، أباحت نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من المتبرع القاصر لصالح اخت أو اخ فقط، واستثناء في غياب حلول أخرى لبعض المقربين كابنة وابن العم أو ابنة وابن الخالة بموافقة ابوي أو وليي المتبرع والمتلقي القاصرين. أضف إلى ذلك أن عملية نقل الدم في حد ذاتها تتطلب إجراءات وقائية كالأدوات والأجهزة المعقمة وتقديم وجبة للمتبرع بعد الانتهاء من العملية ومراقبة حالته الصحية على سرير لمدة لا تقل عن نصف ساعة.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجنائية للطبيب

كما ينبغي أن تحدد فصيلة الدم وتكتب على الكيس الذي جمع فيه الدم والخالي من الأمراض المعدية وتحفظ بعد ذلك الأكياس لمدة لا تتجاوز 35 يوما في درجة حرارة من 04 إلى 08 درجات مئوية.

إنّ عدم مراعاة هذه الإجراءات يقيم المسؤولية الجنائية للطبيب بالإضافة إلى مسؤولية المرافق المخصصة لذلك على أساس الخطأ أو على أساس المخاطر<sup>1</sup>.

في هذا الصدد، نص المشرع الجزائري في المادة 264<sup>2</sup> على انشاء وكالة وطنية تتولى ضمان هذه الخدمة العمومية وترقيتها في أحسن الظروف، واحال تنظيم العمليات المتعلقة بالدم وكذا سير وتنظيم الوكالة الوطنية المشار اليها أعلاه الى النصوص التنظيمية، التي لم تصدر لحد الآن، على هذا الأساس نسترشد بالنصوص التنظيمية السابقة والتي تبقى سارية المفعول لحين صدور النصوص التنظيمية الجديدة والمنوه بها في المادة 449 من قانون 11/18، كوجوب تسجيل فصيلة الدم على بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة وهذا لتسهيل عمليات الحقن بالدم المناسب في حالة الحوادث المرورية خاصة في حالة فقدان الوعي للمصاب أو للمريض، او الكشف عن الامراض المعدية، الى غير ذلك.

### **ب. في اللوائح التنظيمية**

بعد صدور القانون السابق 05/85 المتضمن حماية الصحة وترقيتها الملغى بموجب المادة 449 من قانون 11/18، ونتيجة لقصوره في تنظيم هذه الإجراءات صدرت عدّة مراسيم تنفيذية وقرارات وزارية، لتنظم عمليات التبرع بالدم ونقله، وكانت أكثر تفصيلا لهذه العمليات من أجل بسط أكبر حماية قانونية على المتبرعين من جهة ووقاية المتلقين للدم من الأمراض المتنقلة من جهة أخرى.

<sup>1</sup> وائل محمود أبوا الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 760.

<sup>2</sup> المادة 264 من قانون 11/18: "تنشأ وكالة وطنية للدم تكلف بضمان خدمة عمومية في مجال متابعة وتنفيذ السياسة الوطنية للدم، ومراقبة، وترقية التبرع بالدم، واحترام الممارسات الحسنة المتعلقة باستعمال الدم. تحدّد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها، عن طريق التنظيم."

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

جدير بالذكر أنّ المادة 449<sup>1</sup> من قانون الصحة الجديد 11/18 احوالت الى تطبيق النصوص التنظيمية للقانون 05/85 الملغى، والتي تبقى سارية المفعول، الى حين صدور النصوص التنظيمية الجديدة المشار اليها في القانون الجديد للصحة 11/18. على هذا الأساس، نشير أنّه جاء في القرار 220 بتاريخ: 1991/09/07 المحدد لإجبارية الكشف عن الأمراض المعدية، كالالتهاب الكبدي والزهري والسيدا، وغيرها، حيث إذا ما أكتشف في دم المتبرع هذه الأمراض يتلف ويحرق كيس الدم المتبرع به. ونظرا لارتفاع وتيرة التبرع، تزامنا مع ارتفاع عدد المرضى، وتطور الأجهزة والمعدات الطبية ونظام السلامة في العلوم الطبية مقارنة بالماضي، أنشأ المشرع الوكالة الوطنية للدم<sup>2</sup> للتكفل الأحسن بهذه المسألة، وجاء القرار المؤرخ في 1998/05/24 ليكون أكثر توضيحا في تنظيم هذه الإجراءات.

في هذا الصدد، أوضحت المادة الثانية منه على أن التبرع بالدم يكون دون مقابل ودون إلحاق أي ضرر بالمتبرع كما اوجب الالتزام بالسّر المهني بتحليل دم المتبرع، وحددت سن التبرع<sup>3</sup> من 18 إلى 65 سنة، على ألا تتجاوز الكمية المتبرع بها 500 ملل في المرة الواحدة، مسبوقه بفحص طبي شامل وكشف إجباري للأمراض المتقلبة، ويكون التبرع طواعية في كل 03 أشهر<sup>4</sup>.

غير أنّه، فيما يخص العيادات الخاصة، التي لا تملك حق إنشاء مراكز للتبرع أجاز لها المشرع أن تطلب أكياس الدم التي تحتاجها من المراكز التابعة للدولة، بعد إمضاء

---

<sup>1</sup> المادة 449 من قانون 11/18 المتعلق بالصحة: "تلغى أحكام القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 1985/02/16 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، غير أن النصوص المتخذة لتطبيقه تبقى سارية المفعول إلى غاية صدور النصوص التنظيمية المنصوص عليها في هذا القانون."

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 108/95 المؤرخ في 1995/04/09، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية، عدد 21، بتاريخ: 1995/09/19.

<sup>3</sup> المادة 369: "يجب ألا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة وألا يتعدى خمسا وستين (65) سنة. غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية."

<sup>4</sup> قرار وزاري مؤرخ في 1998/05/24، المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

اتفاقيتين مع هذه المراكز تكون الاتفاقية الأولى خاصة بحرق الدم والنفائات، أما الثانية فتتعهد بموجبها أن تدفع مبلغ رمزي قدر بـ 2000 دج مقابل كل كيس دم سعته من 350 إلى 450 ملل، وهي تكاليف شراء الكيس ومعاينة الدم لخلوه من الأمراض وحقوق الحفظ، إذ لا يفهم منها أبدا أنها عملية شراء.

إن نقل الدم بين الأشخاص من الأمور المستحدثة التي بدأت تتوسع يوما بعد يوم في القرن الحالي، إذ استخدم على نطاق واسع منذ ظهوره، ورغم أهميته في إنقاذ العديد من الأشخاص من الموت المحقق إلا أنه وجد تباين في الآراء حول التصرف فيه بالتبرع أو بالبيع كما يجري عند البعض.

ومهما يكن من امر فإنّ المشرع الجزائري على غرار الأكثرية من المؤيدين، تجاوز ذلك الجدل الدائر حول مسألة المنع والإباحة، حيث اباح التبرع بالدم وجعل غايته لأغراض انسانية وتضامنية لإنقاذ من هم في أمس الحاجة اليه. وفي هذا السياق نظم المشرع

الجزائري إجراءات وشروط التبرع بالدم بنصوص تنظيمية ملازمة لذلك، كما أسلفنا آنفا

- ألا يكون المتبرع قاصرا أو راشدا، محروما من قدرة التمييز وهذا طبعا لمنع استغلال هؤلاء الأشخاص وتعرضهم للخطر بسبب ما يحتاجون إليه من دم أكثر من غيرهم لزيادة نموهم.
- ألا يكون المتبرع بالدم مصابا بالأمراض كالالتهاب الكبدي، أو الايدز أو الملاريا لتجنب نقل العدوى للمتلقين
- ألا يكون مصابا بالصرع أو أمراض التخثر.
- ألا تكون المرأة حاملا أثناء تبرعها.

ورغم أنّ الإجماع يبدو قائما من جانب الفقهاء على عدم جواز اخضاع الدم للمعاملات المالية بالشراء أو البيع، إلا أنه قد تحدث في الخفاء عن اعين الناس بعض الانحرافات والتجاوزات بالبيع بمقابل، وما يهمننا هو موقف القانون من ذلك والجزاءات المقررة في هاته الأحوال.

غير أنّ الاجماع منعقد على عدم التصرف في الدم بالبيع أو بالشراء لأنّ الغاية من ذلك هو جمعه لنقله لمن هم في أمس الحاجة له لأغراض علاجية وإنسانية في إطار

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

التضامن فحسب وهذا ما نصت عليه المادة 263 وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري بإباحته لبيع الدم بمقابل<sup>1</sup>.

### ثانيا: جزاء مخالفة القواعد المنظمة لنقل الدم وجمعه أو بيعه

وغني عن البيان أنّه، إذا انتفى الهدف العلاجي من ذلك كأن يكون لغرض المتاجرة قامت مسؤولية الطبيب أو المستخدم عن ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 428 من قانون الصحة 11/18 بقولها: " يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 258 من هذا القانون، المتعلقة بجمع وتقسيم وحفظ وتوزيع الدم ومواد الدم غير الثابتة، بغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج" بالمقابل شددت المادة 429 على النشاط المريح للدم بنصها على أنّه: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 263 من هذا القانون، المتعلقة بالنشاطات المربحة المرتبطة بالدم البشري والبلازما ومشتقاتها، بالحبس من سنتين (2) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج". من جهة أخرى خصّ القانون 11/18<sup>2</sup> سالف الذكر، الجوانب المتعلقة بحقوق المتبرعين بأحكام خاصة وبنوع من التفصيل، كإعلام المتبرع اعلاما مستتيرا وشروط متعلقة بسنّه في المادتين<sup>3</sup> 368، و369.

وأكدت على ذلك المادة 263 من قانون 11/18 سالف الذكر، وقانون 03/08<sup>4</sup> المؤرخ في 20/07/2008 المعدلة بموجب المادة 27 منه " يعاقب بالحبس من سنة (01) إلى (03) ثلاث سنوات وبغرامة من 500000 دج إلى 1000000 دج، كل من يتاجر بالدم

<sup>1</sup> هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003، ص 30.

<sup>2</sup> قانون 11/18 المؤرخ في 20/07/2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 29/07/2018.

<sup>3</sup> المادة 368: " يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعي خلالها القواعد الطبية؛ يجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم. توضح كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم." ونظر كذلك المادة 369: " يجب ألا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة وألا يتعدى خمسا وستين (65) سنة. غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية."

<sup>4</sup> قانون رقم 13/08 بتاريخ 20/07/2008 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 20/07/2008، الجريدة الرسمية، العدد 44، بتاريخ: 03/08/2008.

البشري أو مصله أو مشتقاته قصد الربح "

أن النص هنا جاء صريحا ومشددا على كل من تسوّل له نفسه أن يستغل المراكز المخصصة للتبرع بالدم وبنوك الدم في الشراء أو البيع، من أجل المتاجرة بهذا الدم أو القيام بتشجيع المتبرعين ومكافئتهم ثم إعادة البيع للدم أو القيام باستخلاص بعض المشتقات كالعوامل المخثرة للدم ثم إعادة بيعها بأثمان عالية للذين هم في حاجة إليها.

كما تقوم مسؤولية كل طبيب أو مستخدم حسب القواعد العامة للمسؤولية، عن كل إهمال أو تقصير صدر منه عند عدم أخذ الحيطة والحذر، وعدم مراعاة القوانين والأنظمة المتعلقة بسلامة الأشخاص المتبرعين، وحفظ الدم ونقله إلى متلقين له نظيفا، وغير ملوث بأمراض معدية وحسب الفصيلة الملائمة<sup>1</sup> لهم، إذ من الطبيعي أن تسبق عمليات نقل الدم فحوص معينة للتأكد من سلامة المتبرع وخلوه من الأمراض.

## **الفرع الثاني**

### **جريمة الإجهاض**

كغيره من مختلف التشريعات أسبغ المشرع الجزائري السلامة الجسدية بترسانة قانونية وحماية خاصة بسنّه لجملة من النصوص المجرمة لكل أذى يمس ويلحق ضررا بالسلامة الجسدية للكائن الأدمي، وامتدّت هذه الحماية لتصل إلى الجنين بكفالة بقائه سالما في بطن أمه، إلى حين حلول الموعد الطبيعي للولادة<sup>2</sup>.

غير أنّ ذلك الجنين قد يعّجل بخروجه قبل مواعده الطبيعي، سواء حيا أو ميتا بفعل فاعل وهو ما يسمّى بالإجهاض العلاجي، او ما يطلق عليه البعض اصطلاحا وقف الحمل لظروف صحية وعلاجية

غير أنّ الأمر يتعدّى ذلك أحيانا الى الإجهاض الجنائي، وحينئذ نكون أمام جريمة

<sup>1</sup> أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999، ص 26.

<sup>2</sup> محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004، ص 50.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

إجهاض، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب حيث نستبعد من الدراسة الإجهاض التلقائي الذي يكون نتيجة مرض مكتسب أو وراثي للأُم أو للجنين.

### أولاً: مفهوم الإجهاض

تعددت مفاهيم الإجهاض ومصطلحاته حتى بين الدول الإسلامية والعربية نفسها وسنحاول تبيان تعريفاته المختلفة.

### 1. تعريفات الإجهاض

يختلف تعريف الإجهاض في اللغة عنه في الفقه والطب.

#### أ. تعريف الإجهاض في اللغة

ورد الإجهاض في اللغة من الفعل جهض حيث يقول العرب أجهضت الناقة إجهاضاً وهي مجهض أي ألفت ولدها لغير تمام وقد يرد الإجهاض بمعنى الاملاص أو الطرح<sup>1</sup>، أي إلقاء الجنين إذا لم يستبين خلقه قبل الوقت.

كما يرد الإجهاض باسم الأسلاب فيقال أسلبت الحامل، أي أسقطت ويقال امرأة سلوب إذا مات ولدها أو ألقته من رحمها بغير تمام.

#### ب. تعريف الإجهاض فقهاً

تكاد تخلو التشريعات من تعريف الإجهاض وتركت مسألة تعريفه للفقه فيعرفه الفقه الفرنسي على أنه طرد متحصل الحمل قبل أوان ولادته الطبيعي سواء خرج ميتاً أو حياً ولكنه غير قابل للحياة<sup>2</sup>.

أما الفقه الجزائري فعرفه بأنه إخراج الجنين قبل أوانه<sup>3</sup> كما عرفه الدكتور محمد صبحي نجم بأنه إسقاط الجنين من داخل أحشاء المرأة قبل اكتماله وقبل الموعد الطبيعي المحدد

<sup>1</sup> عمر بن محمد إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع جدة، 2001، ص 111.

<sup>2</sup> أمير عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 226.

<sup>3</sup> بارش سليمان، محاضرات في شرح القانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص) الطبعة الأولى، دار البعث، قسنطينة، 1985، ص 171.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

لنزوله وولادته بأي وسيلة أو طريقة كانت<sup>1</sup>.

### ت. تعريف الإجهاض في الطب

اختلف الأطباء في تعريف الإجهاض فهناك من عرفه بأنه انتهاك لمسيرة الحمل خلال 28 أسبوع من بداية الحمل حيث يكون فيها الجنين غير مهياً للتكيف والعيش خارج الرحم. بينما عرفه آخرون بأنه تفرغ لمحتويات الحمل قبل تمام الشهر السادس وهو السن الذي يهيئ الجنين للقابلية للحياة المنفصلة عن الرحم، ويعتبر تفرغ محتويات الرحم بعد هذه السن وقبل إتمام شهور الحمل الطبيعية ولادة قبل الأوان<sup>2</sup>.

وأكدت على ذلك المراجع الطبية أن بعد ستة أشهر يكون الحمل قابلاً للحياة ويعني أن الإجهاض يكون عادة في الشهر الثاني أو الثالث من الحمل أي قبل قدرته على البقاء على قيد الحياة وفي أحياناً قليلة يحدث في الشهر السابع وأكثر علاماته هو خروج الدم من المهبل<sup>3</sup>.

### 2. طرق الإجهاض وأخطاره

أن تعمد إنهاء الحمل سواء بإعدامه داخل الرحم أو بإخراجه بأي وسيلة قبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته بلا ضرورة قد يكون في سرية تامة وفي دهايلز مظلمة خالية من كل الشروط الصحية<sup>4</sup> وهذا بفعل إجهاض المرأة لنفسها أو بفعل الغير كالطبيب وهذا باستعمال طرق عدة قد تؤدي أحياناً إلى وفاة المرأة المجهض.

#### أ. طرق الإجهاض

إن أخطار الإجهاض تتفاوت بحسب نوعية الطرق المستعملة في الإجهاض سواء من الحامل نفسها كحمل أنقال وتعاطي العقاقير واستعمال آلات أو بتدخل الغير كالطبيب في

<sup>1</sup> فريجه حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص وجرائم الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 123.

<sup>2</sup> عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 464.

<sup>3</sup> وليام بريخ، الحمل ترجمة ودار الشيخ، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1992 ص 55.

<sup>4</sup> أمير عدلي، أمير عيسى خالد، المرجع السابق ص 297.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

عملية الإجهاض باستعمال العنف على بطن الحامل أو بتوجيه أشعة إلى جسمها أو باللجوء إلى الأدوية أو الآلات الطبية في قتل الجنين.

### - استعمال العنف

هي المرحلة التي يمتد فيها عمر الجنين إلى نهاية الشهر الأول<sup>1</sup> كالفقرز وحمل الأتقال أو الضغط على البطن أو الاستحمام بماء ساخن وغسل المهبل بمواد مطهرة سامة وعادة ما لا تفلح هذه المحاولات.

### - استعمال العقاقير المجهضة

في هذه المرحلة يمتد الحمل إلى نهاية الشهر الثاني وأصبح متيقنا منه، وتستعمل فيها عقاقير وأدوية مسببة للإسهال والحمى مما يؤدي إلى الإجهاض كالحنظل وزيت حب الملوك<sup>2</sup> وزيت الخروع، أو باستعمال مهيجات للجهاز البولي كتنترات الصودا أو تناول المرأة الحامل لمجموعة المعادن الثقيلة كالزرنينخ و الزئبق أو السوائل الفوسفورية والبتترول مما يؤدي إلى تسمم الجنين وجسم الحامل نتيجة امتصاص الجسم لهذه المواد السامة<sup>3</sup> غير أنه مع تطور الاكتشافات البيولوجية والمواد الصيدلانية لجأ البعض من الأطباء المجرمين إلى استعمال الهرمونات والأدوية لإسقاط الأجنة وذلك بسبب ما تحدثه هذه المستخلصات من انقباضات للعضلة الرحمية، كالإكستوسين ( **Oxytocine** ) الذي يستعمل عن طريق الحقن أو كإعطاء الحامل أقراص من الخلاصات المبيضية أو المشيمية مثل الاستروجين الذي يزيد من إدرار الطمث بدلا من البروجسترون<sup>4</sup> المثبت للحمل.

### - استعمال الآلات

في هذه المرحلة يتم استعمال العنف الموضعي على الأعضاء التناسلية، باستعمال

<sup>1</sup> شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 117.

<sup>2</sup> شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 124.

<sup>3</sup> عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 470.

<sup>4</sup> عبد الحميد المنشاوي، المرجع نفسه ص 471.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الآلات الحادة لثقب الأغشية الجينية وإنزال الجنين أو الموسعات لعنف الرحم فغالبا ما تكون خطيرة وتؤدي لوفاة المجهض نتيجة الصدمات العصبية أو تمزيق الجدار الرحمي وما ينتج عن ذلك من نزيف حاد ينتهي بمفارقة الحياة للمرأة المجهض حيث بلغت الهمجية الإنسانية إلى استعمال المحاقن المملوءة بالماء الساخن والصابون في مهبل الحامل لتتم عملية الامتصاص من الرحم الذي ينقبض نتيجة التسمم ويفرغ محتوياته<sup>1</sup>.

### ب. أخطار الإجهاض

إن الإجهاض الجنائي قد يؤدي إلى مضاعفات تهدد بدورها حياة الأم التي تكون قاب قوسين أو أدنى من مفارقتها للحياة ولقد تناولنا فيما سبق الطرق الإجرامية التي يلجأ إليها الطبيب الجاني أو المرأة نفسها دون مراعاة للأخطار والتي يمكن أن يستتجها أي عاقل من خطورة الطرق المستعملة كالتسمم أو الصدمة العصبية نتيجة الألم الذي تتعرض له المرأة المراد إجهاضها أو تمزيقات الجدار الرحمي وما ينتج عنها من نزيف حاد أو التعفنات الناتجة عن إدخال أجسام غريبة دون تعقيم سواء من السيدات أنفسهن أو من الأطباء أو القابلات الجاهلات وفي حالات أخرى تستعمل المحاقن المحملة بالسوائل أو السموم لتفرغ في مهبل المرأة من أجل إجهاضها مسببة لها تخثر دموي نتيجة الهواء المدخل أو ما يسمى بالسدد الهوائية التي تتجمع إلى سدة رئوية تنتهي بوفاة المرأة المجهض.

### ثانيا: أركان جريمة الإجهاض

جريمة الإجهاض لا تقوم بدون وجود حمل وهو المحل الذي يقع عليه الاعتداء كما تتطلب ركن مادي يتمثل في ركن الاعتداء باستعمال الوسيلة التي تجعل الجنين يخرج من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته كما تتطلب هذه الجريمة الركن المعنوي أو القصد الجنائي وهذا ما سنحاول التعرض له في الآتي.

#### 1. محل جريمة الإجهاض

لكي يقع الإجهاض لأبد من وجود حمل الذي لم يرد له تعريف في قانون العقوبات بيد

<sup>1</sup> شريف الطباخ، نفس المرجع، ص124.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

أن الفقه عرفه بأنه: " هو البويضة الملقحة منذ التلقيح حتى تتم الولادة الطبيعية ". ومعنى ذلك أن الحمل يتحقق بتلقيح الحيوان المنوي للرجل لبويضة المرأة وتكون لحظة التلقيح هي بداية الحمل التي تنتهي بعملية الولادة وهذا ما يفسر أن الإجهاض يتحقق في الفترة الممتدة بين التلقيح وعملية الولادة وتبدأ حماية حق الجنين في السلامة والبقاء على قيد الحياة منذ لحظة الإخصاب إلى لحظة بداية الولادة، فكل إخراج للجنين بأي وسيلة كانت.

تحقق جريمة الإجهاض<sup>1</sup>، إذ أن المشرع الجزائري قد بسط حمايته على الجنين سواء اكتمل تكوينه وسرت فيه الروح أو كان في طور التكوين سواء أكان الحمل موجودا أو مفترضا. أي تقوم الجريمة حتى ولو لم يتيقن منه ويكون عادة ذلك في الأيام الأولى من تخلف العادة الشهرية بل أكثر من ذلك وأحسن ما فعل المشرع الجزائري إذ جرم حتى الشروع<sup>2</sup> في هذه الجريمة وهذا رغبة منه في مكافحة هذه الآفة.

### 2. الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة الإجهاض بإتيان كل سلوك من شأنه أن يؤدي إلى إخراج الجنين حيا أو ميتا<sup>3</sup> من بطن أمه قبل أوان الولادة الطبيعية ويقوم هذا الركن على ثلاث عناصر هي: فعل الإجهاض أو السلوك، خروج الجنين من الرحم كنتيجة، علاقة السببية بين الفعل والنتيجة.

#### أ. فعل الإجهاض

فعل الإجهاض كل سلوك أو نشاط من شأنه الاعتداء على الجنين في رحم أمه قبل حلول أجل ولادته. وقد أشار قانون العقوبات الجزائري<sup>4</sup> في المواد من 304 الى 313 الى الجزاءات

<sup>1</sup> فريجة حسين، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> فريجة حسين، المرجع نفسه ص 125.

<sup>3</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق ص 50.

<sup>4</sup> قانون رقم 23/06، مؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ: 2006/12/24.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

المتعلقة بالإجهاض، و إلى بعض السلوكيات والوسائل المستعملة على سبيل المثال لا الحصر في المادة 304 منه بنصها على أن: " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو استعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة "

ومما تجدر الإشارة إليه حسب هذا النص هو أن القانون الجزائري عكس القانون المصري يعاقب حتى على الشروع في ارتكاب جريمة الإجهاض، وأستعمل عبارة أو بأي وسيلة أخرى للدلالة على كل الأنشطة والوسائل المستعملة بغية الوصول إلى النتيجة الإجرامية وهذا لعدم تمكين الفاعل وإعطائه فرصة للتملص من العقاب.

### ب. خروج الجنين من الرحم

تتخذ النتيجة الإجرامية في الإجهاض إحدى الصورتين، خروج الجنين ميتا أو قابل للحياة ويشكل هذا اعتداء على حقه الطبيعي في النمو الكامل والولادة الطبيعية<sup>1</sup>. ومعنى ذلك أنه إذا استعملت وسائل لإخراج الجنين قبل حلول الأوان الطبيعي لولادته أو شرع في ذلك سواء خرج الجنين من بطن الأم أو بقي في بطنها ميتا فإننا نكون بصدد جريمة الإجهاض<sup>2</sup>.

### ت. علاقة السببية

يتعين أن تتوافر علاقة السببية بين النشاط الإجرامي أيا كان نوعه والاعتداء على الجنين ويعتبر استعمال وسائل الإجهاض بنية أحداثه وتحقيق النتيجة اكتمال الركن المادي للجريمة وقيام علاقة السببية. أما في حالة عدم تحقق النتيجة فنكون بصدد شروع في الجريمة المعاقب عنه هو الآخر.

وقد يرجع سبب الفشل في اكتمال الجريمة ناتج عن ظروف خارجية لا دخل فيها لإرادة الجاني (الطبيب) كسوء الوسائل المستخدمة أو نقص الكمية المعطاة للحامل<sup>3</sup> أو غير ذلك.

<sup>1</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1989، ص 152.

<sup>2</sup> فريجة حسين، المرجع السابق ص 127.

<sup>3</sup> دريوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الجزائر

2005، ص 104.

ث. الركن المعنوي

لا تقع جريمة الإجهاض إلا عمداً أي بتوافر القصد الجنائي المتمثل في اتجاه إرادة الفاعل وعلمه وقت الجريمة بذلك. ومقتضى ذلك أن يكون الجاني عالماً بأن السلوك الذي يباشره بأي وسيلة كانت تقع على امرأة حامل وأن بفعله هذا يبتغي أحداث الإسقاط. فيتطلب في هذه الجريمة قصد عام أو خاص ويفهم من ذلك أن الجاني إذا أعطى الحامل مواد ضارة بقصد إيذائها ولكن تسببت تلك المواد في إسقاط حملها فلا يسأل الجاني على الإجهاض بل يسأل عن الإيذاء العمد لأن نيته لم تتجه إلى الاعتداء على الجنين بغية إسقاطه إذ لا وجود لمفهوم جريمة الإجهاض الخطأ<sup>1</sup>. ومفاد ذلك أن الطبيب الذي يصف دواء معتقداً أن هذا الأخير يساعد على نمو الجنين ولم يرد في اعتقاده أنه يؤدي إلى الإجهاض لا يحاسب عنه بل يسأل عن الخطأ في إحداث الأذى لا غير<sup>2</sup>.

ثالثاً: عقوبة جريمة الإجهاض وقيام حالة الضرورة

منذ القدم كان الإجهاض مقبلاً لذلك اختلفت صور عقوبته في كل من الشريعة الإسلامية وكذا في القوانين الوضعية التي بدورها تختلف من بلد لآخر غير أنه في حالات أخرى تسقط العقوبة على الفاعل بتوفر حالة الضرورة.

1. عقوبة جريمة الإجهاض

تناول المشرع الجزائري جريمة الإجهاض في عدة قوانين، كقانون الصحة 11/18 في القسم الأول بعنوان حماية صحة الأم والطفل من الفصل الثالث المعنون تحت البرامج الصحية النوعية من الباب الثاني تحت عنوان الحماية والوقاية في الصحة ضمن مواده من 69 إلى المادة 83، ومدونة أخلاقيات الطب في المادة 33، وقانون العقوبات في المواد من 304 إلى 313، اضم إلى ذلك جاءت المادة 262 من قانون 08/13 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى بموجب المادة 449 من قانون 11/18 سالف الذكر، لتحيل عقوبة الإجهاض إلى قانون العقوبات.

<sup>1</sup> محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003 ص 62.

<sup>2</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 55.

<sup>3</sup> قانون 13/08 مؤرخ في 20/07/2008 يعدل ويتمم القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 03/08/2008.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

وبالرجوع إلى أحكام القانون 23/06 المتضمن قانون العقوبات، يتبين لنا أنّ المشرع كان أكثر تفصيلاً ودقةً لهذه الجريمة والعقوبة المقررة لها، من عدة نواحي وحالات، من الجنحة إلى الجنائية، والظروف المشددة بالنظر لصفة الفاعل.

في هذا السياق، تنص المادة 304/فقرة 01 من قانون العقوبات<sup>1</sup> على: "كل من أجهض امرأة حاملاً، أو مفترض حملها، بإعطائها مأكولات، أو مشروبات، أو أدوية، أو باستعمال طرق أو أعمال عنف، أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك، أو لم توافق، أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج".

غير أنّه إذا أدى هذا الفعل إلى وفاة الحامل تحولت الواقعة من جنحة إلى جنائية حسب ما نصت عليه المادة 304/ف2: "وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

فالنص هنا جاء شاملاً، بغض النظر عن صفة الفاعل كما نصت المادة 305 من نفس القانون على تشديد العقوبة، في حالات العود بنصها على ظرف مشدد "إذا ثبت أنّ الجاني، يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304، فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى" وهذه إشارة من المشرع إلى معتادي الإجرام بسبب ممارستهم لهذا العمل وخبرتهم الفنية فيه كالأطباء، ومن في حكمهم من أصحاب المهن الطبية، حيث جاء التأكيد على هؤلاء في المادة 306 من نفس القانون، في شكل ظرف مشدد آخر، متعلق بصفة الجاني بنصها على: "الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طريق الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و 305 على حسب الأحوال، ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 09 من نفس القانون".

<sup>1</sup> قانون 23/06 مؤرخ في 2006/12/20 المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

ومما يلفت الانتباه في هذا النص، هو أنه ورد تعداد الأشخاص على سبيل الحصر ومرّد ذلك، لظرف التشديد الملازم لهؤلاء الأشخاص بحكم مهنتهم ودرابيتهم، ومن ثم لا يجوز القياس عليهم، فبمجرد دلالة المرأة الحامل على وسائل الإجهاض يعدّ ذلك عملا تنفيذيا للجريمة بصريح النص وتطبق عليه المواد 304، 305 من قانون العقوبات.

أضف الى ذلك، يجوز للقاضي أن يحكم على الطبيب أو من في حكمه بالمنع من الإقامة وممارسة المهنة، اي أنّ المرشد على وسائل الإجهاض وطرقه يعدّ فاعلا أصليا للجريمة لا شريكا فيها، وهذا خروجا عن القواعد العامة في شأن التفرقة بين الفاعل والشريك لخطورة الجريمة في المجتمع وسدّ الطرق لارتكابها، ويترتب على ذلك أن من يدل الحامل على أي وسيلة للإجهاض يعاقب حتى ولو لم تستعمل الحامل تلك الوسيلة.

في هذا الصدد جرّم المشرع حتّى التحريض على الإجهاض، أو الدعوة إليه، في نشرات أو مقالات أو إعلانات أو خطب أو ملصقات أو مطبوعات أو دعاية لذلك علنا أو خفية حيث جاء في المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري، سالف الذكر: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرّض على الإجهاض ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة ما...".

من جانب آخر، فالمرأة الحامل التي تستعمل الوسيلة التي دلّها عليها المتهم لا تعتبر شريكة له في جريمته، وإنّما تعتبر فاعلة لجريمة إجهاض نفسها، إذ أنّ المشرع أورد حكما خاصا لها في المادة 309 من قانون العقوبات: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض". والواضح من هذا النص، أنّه جاء عاما، بمعنى أنّ كل امرأة تجهض نفسها، أو تحاول ذلك، تقع تحت طائلة العقاب المنصوص عليه في المادة 309 سالفة الذكر.

غير أنه ورغم ذلك، إذا كانت هذه المرأة الجانية على نفسها طبيبة أو صيدلية، ففي هذه الحالة ينتفي ظرف التشديد في حقها، والمنوه عليه في المادة 306 أعلاه، ومرّد ذلك أنّ حكمة التشديد في العقوبة هي منع استغلال المعارف الطبية في ارتكاب الجريمة على النساء الأخريات وليس على المرأة المجهضة لنفسها سواء كانت طبيبة أو ممرضة أو قابلة.

## 2. إجهاض الضرورة

تفترض حالة الضرورة، أن هناك خطر جسيماً يهدد الحامل، وعلى وشك الوقوع وبالتالي يكون صراعاً بين حق الجنين في النمو والحياة، وحق الأم في دفع هذا الخطر، الذي يهدد صحتها أو حياتها. ففي هذه الأحوال، يستغرق حق الأم في السلامة حق الجنين، حيث تكون الأولوية لحق الأم لأنه ثابت واقعياً، بينما حق الجنين في النمو أو الحياة فهو غير مؤكد، فقد يتعرض في أي مرحلة لما قد يؤدي إلى وفاته<sup>1</sup>، إذ إن كل التشريعات الحديثة، تكاد تجمع على إباحة الإجهاض في هذه الحالة نتيجة الاخطار أو الأمراض التي تهدد حياة الأم الحامل، سواء كانت تلك الأمراض وراثية أم مكتسبة للأم أو للجنين.

وفي هذا الصدد تنص المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجره الطبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية"، وتم التأكيد على تلك الضرورة في نص المادة 77 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر على: "يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل؛ تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

على أن يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي والإجهاض في هذا النص يدخل في إطار عام هو حالة الضرورة، حيث تنص المادة 48 من قانون العقوبات على أنه: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

من نص المادتين السابقين المادة 77 من قانون الصحة 11/18 والمادة 48 من قانون العقوبات يبدو أن المشرع أباح إسقاط الجنين، إذا كان يشكل خطر جسيماً على الأم في صحتها وتوازنها العقلي والجسمي، وكان الإسقاط هو السبيل الوحيد لدفع هذا الخطر المحدق بها بل وبجنينها أيضاً.

غير أن ذلك الإيقاف العلاجي مرهون بشروط، بحيث يكون فعل الإسقاط من طبيب مختص، بعد إبلاغ السلطات الإدارية، والإبلاغ هنا ينفي الإجهاض الجنائي الذي يتم في

1 بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 113.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الخفاء والمخالف للشروط المنصوص عليها في القانون<sup>1</sup>، ومتى توفرت الشروط السابقة خرج الفعل من دائرة التجريم ودخل دائرة الإباحة، وتخلف أحد هذه الشروط يكفي لقيام المسؤولية الجزائية للطبيب.

غير أنّ الإشكال يثور حول جواز اجهاض النساء المغتصابات نتيجة جرائم الاختطاف في الوقت الرهن او نتيجة حوادث استثنائية مثلما عاشته بلادنا خلال العشرية السوداء. ففي هذا الصدد أثارت فتوى<sup>2</sup> منذ وقت غير بعيد، للدكتور محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر، تتيح للمرأة المغتصبة بإسقاط حملها في أي وقت تشاء، جدلاً واسعاً بين علماء الأزهر بين مؤيد ومعارض.

فيرى الفريق المؤيد لهذه الفتوى، أنّ إسقاط جنين المرأة التي تم اغتصابها جائز، باعتبار ذلك فيه ستر للمرأة وتخليص لها من آلامها النفسية، وهذا لا تعارضه الشريعة الإسلامية حسب حججهم: "إنّ للمغتصبة حق شرعي في أن تجهض نفسها، في أيّ وقت عندما يتبين لها أنها أصبحت حاملاً نتيجة تعرضها للاغتصاب، وأنّها لا تتحمّل أيّ وزر إزاء تخلصها من ثمرة هذه الجريمة الوحشية، ولا تعتبر بأي حال من الأحوال قاتلة للنفس التي حرّم الله تعالى وذلك استناداً لمبدأ الأعذار الشرعية". بينما يرى الجانب الرافض لهذه الفكرة عكس ذلك، وكل له حججه.

غير أنّ الإشكال الآخر يتمثل في تقنين هذا الإجراء، في الوقت الذي بدا فيه موقف السلطات سلبياً ولم تقص عنه عن طريق التشريع او نصوص التنظيم، فهل رخصت ولو ضمناً بذلك أم لا، ولحد الآن حسب علمنا، لا يوجد نص صريح او ضمني يبيح ذلك وبدورنا نؤيد الموقف المعارض لهذه الفتوى لأنه ما ذنب الجنين في هذا حتى نحرمه من حقه الطبيعي في النمو والحياة.

<sup>1</sup> المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 267/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب" لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون".

<sup>2</sup> محمد سيد طنطاوي، فتوى حول المرأة المغتصبة، القاهرة، من موقع

[www.reetne t. gavsy/arab encyclopedia/hygienic-sciences/medicine/abortion2htm-1/k](http://www.reetne.t.gavsy/arab-encyclopedia/hygienic-sciences/medicine/abortion2htm-1/k)

## المطلب الثاني

### جرائم الممارسات الطبية الحديثة

(التجارب - زرع الأعضاء -)

لعل خروج الأعمال الطبية عن مألوف أغراضها ومقاصدها التي تشكل المصلحة العلاجية والمحافظة على سلامة الانسان ركيزة وجودها وأساس مشروعيتها، دفع الكثير من الفقهاء للتصدي لها، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أظهرت التطورات العلمية الحديثة وما ترتب عنها من مخاطر باتت تهدد الإنسان و قدسية جسمه، ومن اجل التصدي لتلك الممارسات الحديثة، هذا البعض من الفقهاء الى معارضة هذه الممارسات الحديثة وتجريمها بينما راح البعض الآخر مسارعا لتنظيمها باعتبارها في خدمة الإنسانية والمصلحة العامة كالتجارب الطبية ( فرع أول)، وعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية ( فرع ثاني)

### الفرع الأول

#### جريمة التجارب العلمية

تاريخيا، يعود بنا مفهوم التجارب الطبية<sup>1</sup> على البشر الى الاتفاقية الدولية الأولى بشأن آداب المهنة في مجال البحوث الطبية، أو ما يعرف بـ مجموعة قواعد "تورمبرغ"، في عام 1947 عقب محاكمة الأطباء الألمان الذين قاموا بتجارب مروعة على السجناء والمعتقلين من اليهود والتحالف الدولي دون موافقتهم<sup>2</sup>، حيث اجمع المشاركون في الاتفاقية على عدم

<sup>1</sup> يرى البعض أنه من المناسب استخدام عبارة "أبحاث طبية" حيث عرّفها القانون الفرنسي 88/1138 الصادر في 1988/12/20 الخاص بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الطبية الحيوية بأنها: "الأبحاث والدراسات التي تجرى على الكائن البشري بهدف تطوير العلوم الحيوية والطبية" وفي السياق الذي نحن بصدده فإن "البحث" يشمل كل من الدراسات الطبية والسلوكية المرتبطة بالصحة الإنسانية وعادة ما يقترن بصفة "الطب الإحيائي" ويهدف أساسا إلى إجراء الدراسات المبتكرة لأغراض الكشف عن حقائق جديدة أو إعادة النظر في حقائق وتطبيقات قائمة بهدف إثراء المخزون المعرفي النظري والتجريبي التطبيقي للمجتمع. أنظر في ذلك بوشي يوسف، الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 155.

<sup>2</sup> نصت بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية عليه ومنها قانون " أوهايو" على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليهم بالإعدام، بحيث إذا لم يمت ذلك السجين بسبب التجربة استبدلت العقوبة الاصلية بعقوبة مقيدة للحرية، ونظمت اللائحة الفيدرالية الصادرة بتاريخ 26 يناير 1981 الشروط والضمانات التي وفقا لها يمكن إجراء مثل هذه التجارب، أنظر في ذلك بوشي يوسف، المرجع السابق، ص 154.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

موافقتهم على مثل تلك التجارب التي أجريت خلال الحرب العالمية الثانية، وقد وضعت من خلال هذه الاتفاقية، القواعد التي تم تصميمها للالتزام بشروط السلوك الأخلاقي في البحوث المتضمنة للدراسات على البشر ، كما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948 ولأجل اعطائه مزيد من القوة القانونية والأخلاقية أقرت الجمعية العامة في عام 1966 الاتفاقية الدولية لحقوق المدنية والسياسية، اذ تنص المادة السابعة منه على عدم تعرض أي شخص للتعذيب أو المعاملة أو العقاب القاسي أو غير الإنساني أو المهين وخاصة عدم خضوع أي شخص للتجارب الطبية أو العلمية دون موافقته الحرة، ومن خلال هذا البيان، عبّر المجتمع الدولي عن القيمة الإنسانية الأساسية التي من شأنها أن تحكم جميع الأبحاث المتضمنة الدراسات على البشر الخاضعين للتجارب العلمية. غير ان إعلان "هلسنكي" الذي أصدرته الجمعية الطبية العالمية سنة 1964، يعد الوثيقة الأساسية في مجال آداب المهنة الطبية فيما يتعلق ببحوث الطب الإحيائي، وقد كان له الأثر الكبير في صياغة التشريعات الداخلية للدول وقواعد السلوك الدولية والإقليمية والوطنية، وقد تمّ تعديله عدة مرات، آخرها في سنة 2000 وأصدر مجلس المنظمات الدولية للعلوم الطبية في عام 1993 قواعد إرشادية لآداب المهنة فيما يخص التجارب الطبية، وهو ما دفع بالعديد من المنظمات الدولية لإصدار إرشادات أو قواعد أو توجيهات للمهن الطبية المتعلقة بالتجارب ، ومنها منظمة الصحة العالمية في عام 1995، وفي عام 2001 أقرّ مجلس وزراء الاتحاد الأوروبي توجيهات تتعلق بالتجارب الطبية القائمة على الملاحظة المباشرة والتي ستكون ملزمة للأعضاء بدءاً من 2004 "، ونتج عنه تعديل القواعد المتعلقة بالبحوث لدول الاتحاد ومنها فرنسا كما أوضحنا ذلك في الباب الأول من دراستنا، جدير بالذكر أنّ إعلان "هلسنكي Helsinki" لسنة 1964 الذي جاء بمبادئ وقواعد يراعيها القائم بالتجربة بنوعيتها على البشر<sup>1</sup>، بقي هو الإطار والاساس المعتمد.

ولا ريب، انّ العالم اليوم يشهد تقدماً لم يكن ليتصوره أحد منذ زمن غير بعيد في شتى مناحي الحياة ومنها العلوم الطبية، اذ تنوعت طرق العلاج متجاوزة حدود الأعمال الطبية التقليدية بفضل تطور الأجهزة والآلات لتشخيص ومعرفة الأمراض المختلفة ومسبباتها

<sup>1</sup> رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القومية الإسكندرية، 2005، ص 138.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

وكيفية معالجتها واكتشاف الأدوية الناجعة لها، حيث تمت السيطرة على علاج العديد من الامراض، التي كانت مستعصية من قبل، ولم يكن ذلك ليتمّ لولا الأبحاث والتجارب العلمية المستمرة التي يقوم بها الأطباء.

غير أن ذلك التطور لم يتأتى مجاناً، إذ انعكس سلباً على نطاق حماية السلامة الجسدية وقدسية الجسم البشري، إذ تعرضت هذه الأخيرة لانتهاكات واعتداءات جمّة<sup>1</sup>، خاصة في مجال التجارب التي تجرى على الإنسان السليم بغرض البحث العلمي، مما طرح اشكالية تتأرجح بين مصلحتين مصلحة عامة تتعلق بحرية البحث العلمي لما له من مزايا تعود بفائدة على البشرية جمعاء وبالتالي إطلاق العنان للأطباء في إجراء التجارب لتطوير أساليب التشخيص والوقاية والعلاج، والمصلحة الثانية خاصة بالفرد وحرمة جسده<sup>2</sup>.

### أولاً: مفهوم التجربة والبحث الطبيين

لقد عرف "أشرف جابر" في كتابه التأمين من المسؤولية المدنية "، البحث الطبي بأنه كل بحث أو اختبار يقع على الكائن البشري في ضوء تطور المعطيات البيولوجية أو الطبية، ولا تنحصر التجربة الطبية في نطاق اختبار العقاقير بل يشمل الأبحاث التطبيقية والبيولوجية والمتعلقة بدراسة الهندسة الوراثية<sup>3</sup>. كما عرفت المادة 46/102 من اللائحة الفدرالية، الصادرة عن الإدارة الصحية للولايات المتحدة الأمريكية، التجربة العلمية بصفة عامة بالقول: "هي كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم او المساهمة فيها بطريق مباشر"<sup>4</sup>.

في هذا الصدد فإنّ الأبحاث والدراسات الطبية التي تتعلق بمسؤولية الطبيب هي التي تقتضي المساس بسلامة الجسم أيّاً كان الأسلوب أو الوسيلة المستخدمة، وأيّاً كانت درجة الخطورة التي يمكن أن يتعرض لها الفرد محل البحث، لكن أسلوب العلاج الطبي أو التشخيص يكون له الصفة التجريبية إذا كان حديث العهد، بمعنى ألا يكون قد استخدم إلا

<sup>1</sup> بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد لنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 301.

<sup>2</sup> مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 297.

<sup>3</sup> أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، منشورات الحلبي، بيروت، 1999، ص 416.

<sup>4</sup> مارك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص 297.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

في أحوال محددة<sup>1</sup>، وإذا كان لم يصل إلى حد القبول العام من طرف المزاولين للمهنة الطبية أو لأغلبيتهم، أو لم يزل محل خلاف بين المختصين<sup>2</sup>.

ومهما يكن من امر، فإنّ هناك نوعين من التجارب الطبية على الإنسان، الأولى علاجية<sup>3</sup> كما أسلفنا، وهي التي يجريها الطبيب بهدف علاج مريض في حالة إخفاق الوسائل العلاجية المعروفة في تحقيق الشفاء، وهذا بعد أن تكون هذه التجربة قد أجريت على الحيوان وتسمّى "التجريب العلاجي أو التشخيصي"، والأصل أنّها مشروعة في القانون الجزائري والمصري والفرنسي، إلاّ أن القيام بها جائز بتوافر شروط<sup>4</sup>، كالكفاءة الطبية ورضا المريض وعدم تعريضه للخطر الى ما غير ذلك وخروج الطبيب عن هذه الشروط يؤدي إلى قيام مسؤوليته الجنائية.

أما النوع الثاني من التجارب، فهي التجارب العلمية التي تجرى لهدف البحث العلمي لغير الغرض العلاجي<sup>5</sup>، من أجل اكتشاف طريقة جديدة أو مدى فعالية وسيلة أو عقار دون أن يكون هناك مصلحة للخاضع لها<sup>6</sup>، إذ أنّ الشخص في هذه الحالة ليس مريض، والأصل أنّها لم تلق إجماعاً فقهاً وقضائياً، ورغم ذلك أباحتها بعض النظم لقانونية بشروط مشدّدة، كما في الجزائر ومصر وفرنسا والدول الانجلوسكسونية.

### ثانياً: موقف القانون من التجارب الطبية

إنّ موقف التشريعات العربية غير واضح بخصوص التجارب الطبية على الإنسان، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال موقف التشريع الفرنسي والجزائري والمصري.

#### 1. في القانون الفرنسي

<sup>1</sup> أحمد شوقي، عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 6.

<sup>2</sup> أحمد شوقي، عمر أبو خطوة، نفس المرجع، ص 07.

<sup>3</sup> وهي التجربة التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية ذلت مصلحة ومنفعة للشخص الخاضع لها من أجل إيجاد أفضل طريقة للعلاج حيث درجت القوانين على الاتفاق بشأن مشروعيتها.

<sup>4</sup> محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 51.

<sup>5</sup> فوزي بن عمران، الأخلاق الطبية، نظرات في الطب الشرعي، بحث منشور على الانترنت بتاريخ 2008/04/25 ص3، على الموقع التالي:

<http://www.ibnosinahealth.org/modules/AMS/article.php?storyid=27>

<sup>6</sup> OBER DORFF HENRI, Droits de l'Homme et libertés fondamentales, Armand éden, 1 paris 2003.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

بطرح المسألة عن القانون الفرنسي<sup>1</sup>، نجد في بادئ الأمر أنّ غالبية الفقه في فرنسا يجمع على أن كل تجربة غير علاجية على الإنسان تعدّ غير مشروعة، متحجّجين في ذلك بموقف القضاء الفرنسي الذي أكّد في أحكامه، أنّ التدخل الطبي الممارس على الشخص يعد مخالفا للنظام العام -حتى ولو تمّ برضاه- إذا ما انتفى قصد العلاج، ولا يكفي الرضا<sup>2</sup> المتبصر من إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية. ثم ما لبث أن غيّر موقفه لاحقا، غير أن الاختلاف بقي في تحديد أساس مسؤولية القائم بالتجربة في القانون الفرنسي بالنظر إلى نوع التجارب الطبية، فبالنسبة للتجارب العلمية أعتمد المشرع الفرنسي مؤخرا نظام المسؤولية بدون خطأ، في حين أسس المسؤولية في التجارب العلاجية على الخطأ المفترض<sup>3</sup>.

فبالنسبة للتجربة الأولى، أقرّ مسؤولية الطبيب القائم بالتجربة ولا يجوز له أن يدفع ويتذرّع بفعل الغير أو بعدول الشخص الخاضع للتجربة، فإذا ما رفض الشخص الاستمرار في التجربة ومع هذا استمرّ القائم بتنفيذها عليه، اعتبرت أفعاله خطأ شخصيا منشئا للمسؤولية الجنائية والمدنية.

أمّا فيما يخص التجربة العلاجية فإن مسؤولية الطبيب تقوم كذلك إذا ثبت أنه أحدث ضررا نتيجة خطئه أو خطأ مساعديه<sup>4</sup>.

### 2. في القانون الجزائري

يتضح موقف القانون الجزائري من خلال تنظيمه للأحكام المتعلقة بالتجارب الطبية، او ما يطلق عليها المشرع الاحكام المتعلقة بالبحث في مجال طب الاحياء المنصوص عليها في القسم السابع من الفصل الرابع من الباب السابع في المواد من 377 الى 399 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر.

في هذا الصدد، أجاز المشرع اجراء هذه الأبحاث والدراسات على الكائن البشري، إذا كانت مؤسّسة على معطيات علمية ومبنية على ما توصلت اليه بحوث سابقة، ويرجى منها

<sup>1</sup> Loi n° 76, 1181, du 22 Décembre 1976 Relative aux prélèvements d'organes (J.O. 23 Décembre 1976)-G.P - N° (1) Janvier - Février, 1977 Législation - p. 31.

<sup>2</sup>

<sup>3</sup> مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2009، ص 775.

<sup>4</sup> مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 779.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

فائدة، بصريح عبارة نص المادة 380 اذ جاء فيها: " لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري إلا إذا:

- كانت مؤسسة على آخر ما توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية وتجربة ما قبل عيادية كافية.

- كان معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة؛

- كانت من فذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة.

- تمت في ظروف بشرية ومادية وتقنية تتلاءم مع الدراسة العيادية وتتوافق ومقتضيات الصرامة العلمية وأمن الأشخاص الذين يخضعون للدراسة العيادية".

من جهة أخرى قيّد تلك التجارب بتوافر شروط، تتعلق بأهدافها وترخيص السلطات لها

والقائمين بها والأشخاص المزمع اجراءؤها عليهم ويخضعون لها، حيث تنص المادة 379

أجاز المشرع للأشخاص الطبيعية المؤهلة، او الأشخاص المعنوية الخاصة، كالجمعيات

والهيئات العلمية التي تتوفر على مؤهلات والمعتمدة من طرف الدولة، بالقيام بالبحوث

واجراء الدراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف التشخيصية والعلاجية، حسب

نص المادتين<sup>1</sup> 377، و384، بعد ترخيص وزير الصحة واخذ رأي لجنة الاخلاقيات الطبية

المنشأة بموجب المادة<sup>2</sup> 382 من نفس القانون.

وغني عن البيان، وبالنظر لحرمة وقدسية السلامة الجسدية للكائن البشري، خصص

---

<sup>1</sup> المادة 377: "البحث في مجال طب الأحياء في إجراء دراسات على الكائن البشري بغرض تطوير المعارف الوبائية والتشخيصية والبيولوجية والعلاجية وتحسين الممارسات الطبية. وتدعى هذه الدراسات في هذا القانون (الدراسات العيادية). يمكن أن تكون الدراسات العيادية ملاحظاتية أو تدخلية وتتعلق على الخصوص، بما يأتي:

- الدراسات العلاجية والتشخيصية والوقائية؛ -دراسات التكافؤ الحيوي والتوفر الحيوي؛ -الدراسات الوبائية والصيدلانية الوبائية؛

تحدد كفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

المادة 384: "يتولى إجراء الدراسات العيادية وجوبا مرق. المرقى هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبادر بالدراسة العيادية. ويمكن أن يكون مخبرا صيدلانيا أو مقدم خدمات معتمدا من طرف الوزارة المكلفة بالصحة أو مؤسسة علاج أو جمعية علمية أو هيئة بحث أو شخصا طبيعيا يتوفر على المؤهلات والكفاءات المطلوبة."

<sup>2</sup> المادة 382: "لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية على مستوى المصالح الخارجية المكلفة بالصحة. لجنة الأخلاقيات الطبية للدراسات العيادية هي جهاز مستقل، تراقب نشاطاتها من طرف المصالح المختصة للوزارة المكلفة بالصحة. تحدد مهام اللجنة وتشكيلتها وتنظيمها وسيرها، عن طريق التنظيم."

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

المشعر للأشخاص الذين يخضعون للتجربة، ثلاثة<sup>1</sup> مواد، 386، 387، 388، تبين بما لا يدع مجالاً للشك أهمية الحصول على موافقتهم على ذلك، في شكل رضا صريح كتابياً، بعد اعلامهم بالفوائد المرجوة، وبكل المخاطر المتوقعة.

المادة 168 فقرة 2 التي استحدثها المشعر بالقانون رقم 90-17<sup>2</sup> المؤرخ في 31 جويلية 1990 بنصها على أنه: " يجب حتما احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية، أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي، يخضع التجريب للموافقة الحرة والمنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه، لممثله الشرعي، تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة ".

فالمشعر الجزائري أباح التجارب العلمية ولكنه انفرد عن بقية التشريعات المقارنة بنصه الصريح في هذا الشأن، بضمان احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية والموافقة المستنيرة للشخص الخاضع للتجربة.

كما ألزمت المادة 383 من قانون الصحة المشار إليه أعلاه القائم بالتجربة أو ما يطلق عليه القانون مصطلح "المركبي" بالحصول زيادة على ترخيص الوزير، على رأي لجنة الدراسات العيادية بمصالح وزارة الصحة المنشأة بموجب المادة 382 من نفس القانون، ويذهب رأي لتفسير اعتراف تلك القوانين بشرعية التجارب غير العلاجية على الإنسان، بالآ يقتضي ذلك مطلقاً، المساس بحقه في سلامة جسمه وإثماً يقتضي التوفيق بين مصلحتين

---

<sup>1</sup> المادة 386 يمكن إجراء الدراسات العيادية إلا إذا عبر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة، كتابياً، وبعد اطلاعهم من طرف الطبيب الباحث أو الطبيب الذي يمثله، لا سيما عن:

- الهدف من البحث ومنهجيته ومدته والمنافع المتوخاة منه والصعوبات والأخطار المتوقعة والبدائل الطبية المحتملة؛ - حقهم في رفض المشاركة في بحث ما أو سحب موافقتهم في أي وقت دون تحمل أية مسؤولية ودون المساس بالتكفل العلاجي بهم.

المادة 387: "إدراج موافقة الشخص المستعد للخضوع للدراسة العيادية ضمن بروتوكول الدراسات. وتطبق موافقة الشخص حصرياً فقط على الدراسة التي التمس من أجله ويمكن سحبها في أي وقت دون تحمل أي مسؤولية ودون إلحاق أي ضرر بالتكفل العلاجي. لا يمكن لأي شخص إخضاع نفسه لعدة أبحاث بيو طبية في نفس الوقت." المادة 388: "تحدد شروط تأهيل الأشخاص المطلوبين للدراسة العيادية بذات منفعة على صحتهم، عن طريق التنظيم."

<sup>2</sup> قانون رقم 90-17 المؤرخ في: 31-07-1990، الذي يعدل ويتم القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 35 بتاريخ 15/08/1990.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

متعارضتين، مصلحة الشخص في حماية جسمه والمصلحة العامة من أجل تقدم العلوم للصالح العام<sup>1</sup>.

### 3. العقوبة المقررة لمخالفة أحكام التجارب

في هذا الإطار، رتبّ المشرع الجزائري عقوبات قاسية على الأشخاص الطبيعية او المعنوية عند مخالفة الاحكام والقواعد التي تحكم التجارب الطبية بنوعها في المواد من 438 الى 441، من حيث الحصول على ترخيص الوزير المختص ومن حيث موافقة الشخص الخاضع للتجربة حيث جاء في نص المادة 439: " يعاقب الطبيب الباحث الذي شرع في الدراسة العيادية دون الحصول على موافقة الشخص المدرج في بروتوكول البحث، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 100.000 د.ج إلى 500.000 د.ج.

من جانب الفقه فإنه يميّز الفقه بين مسؤولية الطبيب عن التجارب العلاجية التي يقصد منها تحقيق الشفاء للمريض أو التخفيف من آلامه، ومسؤوليته عن التجارب العلمية التي يقصد من ورائها اكتشاف علاج جديد أو طريقة جديدة. فبالنسبة للمسؤولية الطبية الناشئة عن التجارب الطبية العلاجية، فهي تنشأ عن عدم إتباع قواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي لإجراء العلاج الحديث أو عن إهمال الطبيب بواجب الالتزام برضا المريض<sup>2</sup>.

فالنموذج الأول للمسؤولية يكون بخروج الطبيب عن قواعد وأصول ممارسة الفن التجريبي المتعارف عليها في الطب، ومن ذلك استخدام طريقة حديثة لم تثبت بعد كفاءتها في التجريب المعملية على الحيوان، ويعتبر هذا خطأ يستوجب المساءلة عنه لإحداث ضرر

<sup>1</sup> محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> المادة 343 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستتيرة للمريض؛ ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنتج عن خياراته؛ وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتنا وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تتطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض؛ ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه."؛ انظر كذلك المادة 344: "في حالة رفض علاجات طبية، يمكن اشتراط تصريح كتابي، من المرض أو ممثله الشرعي. غير أنه في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معدٍ، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

بالمريض<sup>1</sup> لأنّ الطبيب بخروجه عن حدود الإباحة يكون قد أسقط عن نفسه الحماية التي يسبغها القانون على فعله.

كما يسأل الطبيب عن استخدامه لطرق حديثة، رغم وجود طرق تقليدية معروفة لها نفس النتائج مع أقل مخاطر على المريض، وعدم التزامه بواجب الحيطة والحذر في استخدام العلاجات الحديثة التي يفرضها القانون -لاسيما قانون العقوبات الجزائري<sup>2</sup> -في المادتين 288 و289، وهنا يسأل الطبيب عن جريمة الإهمال وهي نفس الجريمة في حالة عدم تطبيقه لطرق العلاج الحديثة والأدوية الجدية الملائمة التي تثبت فعاليتها.

أما النموذج الآخر، فهو مسؤولية الطبيب عن إجراء العلاج التجريبي دون رضا المريض فيكون ذلك بدون أخذ موافقة المريض ودون تبصيره وهنا يسأل الطبيب جنائياً عن الخطأ العمدي لأن كل أسلوب علاج جديد أو تجريب أدوية جديدة تفرض حتماً أخذ رضا المريض وتبصيره بالمخاطر طبقاً لنص المادة 138/3 من قانون حماية الصحة وترقيتها السالف الذكر<sup>3</sup>.

إنّ المظهر الثاني هو قيام مسؤولية الطبيب عن التجارب العلمية التي تجرى على الشخص السليم دون ضرورة، تملئها حالته طبقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء، كجريمة عمدية لانتفاء قصد العلاج، ولا ينفي توافر رضا من أجريت عليه التجربة، ولا إتباع الطبيب للأصول العلمية في إجراءاتها، كما يتحمّل القائم بالتجربة العيادية دون منفعة شخصية للخاضع لها ولو بدون خطأ تعويض الأضرار لهذا الأخير ولذوي حقوقه، حسب ما جاء في المادة 393<sup>4</sup> من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر.

انطلاقاً من هذا المبدأ حكم القضاء الفرنسي<sup>5</sup> على طبيبين بالعقوبة في واقعة حقن طفل بفيروس مخفف لمرض الزهري لمعرفة مبلغ العدوى في هذا المرض، فأصيب ذلك الطفل

<sup>1</sup> محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> قانون 23/06 مؤرخ في، 2006/12/20، يعدل ويتم الأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

<sup>3</sup> مارك نصر الدين، المرجع السابق، ص 334.

<sup>4</sup> المادة 393: "يتحمل المرقى بالنسبة للدراسات العيادية دون منفعة فردية مباشرة وفي كل الحالات، وإن انعدم الخطأ، تعويض الأثار المسببة للضرر بسبب الدراسة لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي حقوقه".

<sup>5</sup> محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص 44.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

به، وبذلك لا يكون التجريب على الإنسان مشروعاً إطلاقاً إلا إذا سبقته تجارب على الحيوان، وأن يكون القصد منه حماية الصحة وترقيتها وتطويرها. وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>1</sup> بقولها: " لا يجوز النظر في استعمال العلاج الجديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أنّ هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة للمريض ".

### الفرع الثاني

#### جريمة نزع الأعضاء البشرية والاتجار بها

من المعلوم أنه قد نجم عن التطورات العلمية الهائلة في القرن الماضي نتائج وإفرازات عدّة، مختلفة النطاق ومتنوعة الأهداف والغايات، بحيث بدا أن هذه التطورات شملت كل مناحي الحياة خاصة منها المتعلقة بجسم الإنسان ومكوناته كزراعة الأعضاء البشرية مما استوجب تنظيم هذه الممارسات وتوسيع دائرة المشاورات بين الطبيب ورجل القانون. في هذا الصدد تعدّ عمليات زرع الأعضاء البشرية كما تطرق إليها المشرع الجزائري في نصوص قانون الصحة 11/18 في المواد من 354 إلى 367، من المستجدات العلمية الحديثة بحيث تناولها قانون العقوبات ورتب على مخالفة أحكامها عقوبات جد قاسية لتعلقها بحرمة الجسد البشري كما جاء في ذات القانون في المواد من 430، الى 433 والتي احوالت لتطبيق العقوبات المنصوص والمنوه عليها في المواد من 303 مكرر 16 الى 303 مكرر 20 من قانون 01/09<sup>2</sup> المؤرخ في 25/02/2009 وهذا ما سنحاول توضيحه لاحقاً في ثلاثة بنود.

#### أولاً: تعريف نقل وزراعة الأعضاء

لم يشهد عصرنا الحالي قضية طبية لها صلة وطيدة بالجانب الشرعي والأخلاقي جدلاً واسعاً مثلما عرفته قضية زراعة الأعضاء البشرية والأمر الذي زاد من حدة الجدل والنقاش هو عدم الاتفاق والإجماع على مشروعية هذا الإجراء فمن الفقه من أيد ذلك ومنه من عارض هذا المساس الذي يطال حرمة الجسم وقدسيته ولكل من الفريقين حججه. ولكي

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

<sup>2</sup> قانون رقم: 01/09 المؤرخ في: 25/02/2009، المتعلق بالاتجار بالأعضاء، يعدل ويتمم الأمر 156/166،

المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 2009/03/08.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

يتسنى لنا الغوص في هذه المسألة يستلزم منا التعرض لتعريف نقل وزراعة الأعضاء، فمن الناحية الطبية يقصد بنقل وزراعة الأعضاء نقل عضو سليم أو أنسجة من شخص متبرع حيا أ ميتا ليزرع في جسم شخص آخر يسمى مستقبلا ليقوم هذا العضو المزروع مقام العضو التالف<sup>1</sup> فالمستقبل هو من يتلقى العضو السليم من المتبرع به.

### ثانيا: أحكام نقل وزرع الأعضاء

إن عملية نقل وزراعة الأعضاء لم تلق القبول والاستحسان المتوقع لأنها وإن كانت انتصارا علميا حلم بها الأطباء إلا أنها تصطدم بحرمة الجسم البشري حتى أن بعض الفقه أبدى معارضة شديدة لهذه العملية بوصفها خرقا للمبادئ وما يترتب عنها من مخاطر على الإنسان لاسيما الشخص المتبرع<sup>2</sup> ضف إلى هذا أن انتزاع الأعضاء يمتد إلى الأموات هذا ما يفتح الباب على مصراعيه لفكرة منفعة الموت بتقصير وقت الرحيل للمرضى الميؤوس من شفائهم الموجودين في غيبوبة والموضوعين تحت أجهزة الإنعاش الاصطناعي من أجل الاستفادة من أعضائهم، بل يمتد الأمر لما يسمى بالقتل الرحيم وعلى هذا الأساس نتناول أحكام نزع وزرع الأعضاء بحسب مصدرها بين الأحياء ثم من جثث الموتى.

### 1. نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

تجدر الإشارة بادئ ذي بدء في مسألة نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء أن القضية أقل شد للانتباه وأقل تعقيدا مما عليه في حالة الانتزاع من الجثث أو من المحتضرين، ولقد نظم المشرع الجزائري هذه الأعمال مثل باقي القوانين الأخرى إذ كلها بينت الأغراض والأهداف المرجوة منها ثم بين شروطها وقيودها<sup>3</sup>.

### أ. شرط غرض العلاج أو التشخيص

جاء في المادة 355 من قانون الصحة رقم 11/18 على أنه: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض

<sup>1</sup> مارك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 03.

<sup>2</sup> هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 45.

<sup>3</sup> بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص 207.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية". وأضافت المادة 35 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>1</sup> لتؤكد على أن عملية النقل والزرع للأعضاء لا تكون إلا حسب ما تقتضيه أحكام القانون ونستشف من هذا أن الهدف الأول من وراء هذه العملية هي بالأساس لأغراض العلاج كونه الوسيلة الوحيدة بعد فشل الطرق العادية لمن هم في حاجة إليه<sup>2</sup> أو لأغراض تشخيصية عندما يتطلب الأمر نزع أنسجة وتحليلها لمعرفة المرض.

### ب. شرط القرابة العائلية وعدم تعريض المتبرع للخطر

اشترط المشرع ألا يشكل نزع العضو خطرا على المتبرع به، كما كان معمولا به ومنوه عنه في القانون السابق، غير أنه حدث تغيير فيما يخص علاقة المتبرع بالمتلقي، إذ حصرها المشرع في هذا القانون الجديد بين الأشخاص ذوي القرابة العائلية، كالفروع والأصول والحواشي بحسب الأصل، حسب ما جاءت به المادتين<sup>3</sup> 359 والمادة 360، من ذات

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في: 1992/07/06، المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، عدد 52، بتاريخ 1992/07/08.

<sup>2</sup> أسامة عبد السميع السيد، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 34.

<sup>3</sup> المادة 359: "يمكن أن يتم نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي، بالامتثال الصارم للقواعد الطبية. يجب أن يتضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي له المتلقي التكفل بالفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي، وكذلك المتابعة الطبية لهما".

المادة 360: "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى خطر.

يجب أن يكون المتبرع، أب أو أم أو أخ أو أخت أو ابن أو ابنة أو جدة أو جد أو خال أو عم أو خالة أو عمة أو ابنة عم أو ابنة خال أو ابنة عمة أو ابنة خالة أو ابن عم أو ابن خال أو ابن عمة أو ابن خالة أو ابن شقيق أو ابن شقيقة أو ابنة شقيق أو ابنة شقيقة أو زوج أو زوجة أو زوجة أب وزوج أم المتلقي.

غير أنه، وفي حالة عدم التطابق المناعي بين المتبرع والمتلقي اللذين لهما قرابة عائلية، يمكن اقتراح على المتبرعين والمتلقين المحتملين اللجوء إلى التبرع المتقاطع للأعضاء والمتمثل في تشكيل ثنائيتين "متبرع - متلقي" متطابقتين. ويكون التبرع المتقاطع للأعضاء بدون كشف هوية المتبرع والمتلقي.

لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع. ر. المتبرع على موافقته للتبرع وعند يجب أن يعيب الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاهها في أي وقت وبدون أي إجراء.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

القانون المشار إليه أعلاه، وحسنا فعل المشرع الجزائري لسلكه هذا الدرب، وهذا دون أدنى شك للحيلولة من ان تكون عملية نزع الأعضاء وزرعها محل صفقات مالية. غير أنه واستثناء من الأصل، وفي حالة عدم التطابق المناعي بين ذوي القرابة العائلية أو إذا كان نزع العضو مضر بالقرب المتبرع يمكن في هذه الحالة، اللجوء لمتبرع آخر من غير الاقرباء، ولكن قيد المشرع هذه الحالة بشرطين جوهريين، ألا يتم كشف هوية المتبرع والمتلقي، والأى يكون التبرع محل صفقة مالية، وهذا ما أوضحتها المادة 360 المشار إليها أعلاه، من قانون 11/18 المتعلق الصحة سالف الذكر بنصها: "لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الانسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرض حياة المتبرع إلى الخطر...".

### ت. شرط أن يكون النقل والزرع تبرعا دون مقابل

لا يمكن لجسم الإنسان أن يكون محلا للمعاملات المالية أخلاقيا وقانونيا، ومن غير المقبول أخلاقيا أن نعالج شخص وننقذه، بأعضاء شخص آخر نستغل ضعفه وحاجته المادية، فالقيم الإنسانية تسمو على ذلك<sup>1</sup> والناس سواسية أمام القانون غنيهم كفقيرهم وسلامة الجسم من النظام العام، بمفهوم المادة 358، المشار إليها أعلاه.

### ث. شرط رضا المتبرع

استقرت جميع التشريعات المنظمة لعملية نقل وزرع الأعضاء على أن رضا المتبرع وخصائصه مسألتين رئيسيتين ويجب أن يستمر هذا الرضا إلى لحظة الاستئصال<sup>2</sup>، إذ نظرا لخطورة هذا التصرف الذي يقدم عليه المتبرع اشترط المشرع إبداء موافقته كتابة على أن ذلك لا يحول دون إمكانية تراجعه في أي وقت شاء كما أن الرضا يكون أمام رئيس المحكمة المختصة إقليميا وتقدم وثيقة الموافقة الى لجنة خبراء التي بدورها تقوم بإعلام المتبرع مسبقا

تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للزرع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي.

تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للزرع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستتيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

تحدد تشكيلة لجان الخبراء وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".

<sup>1</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 82.

<sup>2</sup> مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 132.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

بالأخطار والعواقب المحتملة التي قد يتعرض لها حالا ومستقبلا وهذا ما نصت عليه المادة 357 فقرة 2<sup>1</sup> والمادة 360 فقرة 3 من قانون 11/18 بقولها: " ... غير أن قانون 11/18 لم يبين السن القانونية أو الأهلية المطلوبة في المتبرع وإنما منع في مادته 361 انتزاع الأعضاء من القصر والمحرومين من التمييز وعليه يمكن الرجوع للقواعد العامة للأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني<sup>2</sup>، غير أنه من جهة أخرى اباح في نص المادة 361 فقرة 1، وفقرة ، التبرع بالخلايا الجذعية للدم استثناء من القصر لصالح الأخ أو الأخت فقط<sup>3</sup> وهذا ليس بصفة مطلقة، بل قيد هذه الحالة بشروط، منها توافر حالة الضرورة القصوى، وعدم وجود حلول وبدائل أخرى، وبموافقة وليي المتبرع والمتلقي و لصالح ابن أو بنت العم أو العمة أو ابن أو بنت الخال أو الخالة.

### ج. رضا المتلقي

حضي المتلقي لزراعة العضو بحماية قانونية مثل المتبرع، على أساس أنه هو المستفيد ولمصلحته، كما انه معرض للأخطار المماثلة وبنفس الخطورة التي يمكن ان يتعرض لها المتبرع، غيران هناك بعض الاختلافات، واولها ان يكون الزرع هو الوسيلة الوحيدة للحفاظ على حياة المتلقي أو سلامته الجسدية ويكون قد ابدى موافقته. ففي هذا الصدد، فإن الموافقة وعكس ما يتطلب القانون في وجوب موافقة المتبرع كتابيا امام رئيس المحكمة المختصة اكتفى المشرع بان تكون موافقة المتلقي امام الطبيب رئيس المصلحة التي يمكث فيها، وشاهدين اثنين حسب المادة 364<sup>4</sup> من قانون 11/18 وفي حالة تعذر ذلك يمكن لاحد افراد العائلة حسب الترتيب إعطاء الموافقة كتابيا.

<sup>1</sup> "لا يجوز جمع أعضاء جسم الانسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي.

<sup>2</sup> أمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ: 1975/09/30.

3 المادة 361: "يمنع نزع أعضاء وأنسجة وخلايا بشرية من أشخاص قصر أو عديمي الاهلية أحياء، كما يمنع نزع أعضاء أو أنسجة من أشخاص أحياء مصابين بأمراض من شأنها أن تصيب صحة المتبرع أو المتلقي.

يسمح بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت. وفي حالة غياب حلول علاجية أخرى يمكن أن يتم هذا النزع بشكل استثنائي لصالح ابنة عمه أو ابنة خاله أو ابنة عمته أو ابنة خالته أو ابن عمه أو ابن خاله أو ابن عمته أو ابن خالته، ويقضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".

<sup>4</sup> المادة 264: "تنشأ وكالة وطنية للدم تكلف بضمان خدمة عمومية في مجال متابعة وتنفيذ السياسة الوطنية للدم، ومراقبة، وترقية التبرع بالدم، واحترام الممارسات الحسنة المتعلقة باستعمال الدم.

تحدد مهام هذه الوكالة وتنظيمها وسيرها، عن طريق التنظيم".

## 2. نقل وزرع الأعضاء من الموتى

إذا كانت الموافقة الصريحة ضرورية لشرعية المساس بجسم المتبرع وهو على قيد الحياة فإنها ضرورية كذلك للاقتطاع من جثته بعد مماته<sup>1</sup> وقد أفتى العلماء بجواز الاقتطاع في هذا الشأن لكن يثور التساؤل عند الاختلاف في الديانة فمن الفقهاء من أجاز هذه العملية بين المسلمين وحرّمها إذا كان أحد الطرفين كافر وإن كان فريق من الفقهاء المحدثين أجاز نقل الدم والأعضاء بين المسلم وغيره وفي هذا الصدد فإن موضوع النقل من جثة الميت إلى الحي مبني بالأساس على معيار بدء الوفاة<sup>2</sup> إذ إن المقصود بالموت هنا هو الموت الحقيقي لا الظاهري الذي لا رجعة فيه وخروج الروح من الشخص الموضوع تحت العناية الطبية والذي لا سبيل له في الحياة مجدداً غير أن أجهزة الإنعاش هي التي تبقى فيه الحياة البيولوجية للأنسجة لكي يستفاد من نقلها وهذا بعد الإثبات الشرعي للوفاة وبالرجوع للقانون الجزائري نجده أباح هذه العملية طبقاً لنص المادة 164 من قانون 05/85 المعدلة والمتممة بالمادة الأولى من قانون 17/90<sup>3</sup> المعدل والمتمم للقانون 05/85 . حيث أجازت هذه المادة صراحة نزع الأعضاء من الموتى لغرض زرعها<sup>4</sup> ولكن بشروط وهي:

- الإثبات الشرعي للوفاة ويكون من طرف لجنة طبية<sup>5</sup> منشأة لهذا الغرض حسب المادة 362<sup>6</sup> من قانون 11/18 السالف الذكر.

<sup>1</sup> مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2009، ص 608.

<sup>2</sup> أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق ص 109.

<sup>3</sup> قانون 17/90 المؤرخ في 31/07/1990 المعدل والمتمم للقانون 05/85 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 35، الصادرة بتاريخ 15/08/1990.

<sup>4</sup> قرار وزير الصحة رقم 89/39، بتاريخ: 1989/03/26 المحدد لعمليات نقل وزرع الأعضاء.

<sup>5</sup> لجنة طبية تنشأ في كل مستشفى مرخص له بانتزاع وزرع الأعضاء، حسب قرار وزير الصحة في 02/10/2002. سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى بيروت، 2004، ص 277.

<sup>6</sup> المادة 362: "لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقاً لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة. وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالزرع إذا لم يعبر الشخص المتوفى عن رفضه النزع خلال حياته.

يمكن التعبير عن هذا الرفض بكل وسيلة، لا سيما من التسجيل في سجل الرفض الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. وتحدد كليات التسجيل في سجل الرفض، عن طريق التنظيم

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

- عدم جواز إجراء استئصال للأعضاء من المتوفين إذا كان ذلك يعيق التشريح حسب المادة 363<sup>1</sup>.
- حدد المشرع أماكن خاصة وعددها 05 مستشفيات في الجزائر يمكن أن يتم فيها زرع للأعضاء الأدمية بقرار من وزير الصحة بحسب المادة 366<sup>2</sup>.
- ترسيخ ضمانات من المشرع لحياضية الأطراف المشاركة في عملية زرع الأعضاء ونقلها بحيث منع الأطباء الذين عاينوا الوفاة وأثبتوها أن يكونوا من بين الأطباء الذين يقومون بعملية الزرع حسب المادة 363 فقرة 1.
- عدم جواز إعلان اسم المتبرع للمتلقي ولا لأسرته وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع حسب المادة 363 فقرة 1.
- رضا المتبرع قبل وفاته أي موافقة المتبرع قبل موته بالتبرع بعضو أو مجموعة من الأعضاء في شكل وصية تنشأ بالإرادة المنفردة بحيث تتجه إرادة الموصي إلى إنشاء التزام فتكون الوصية تصرفاً أحادياً<sup>(4)</sup> أما إذا لم يبدي في حياته رغبته في ذلك فيطلب الإذن والموافقة من أعضاء أسرته حسب الترتيب المنصوص عليه الأب، الأم، الزوج أو الزوجة بمفهوم المادة 362.

غير أن المشرع أورد استثناء في حالة انتزاع القرنية للعين أو الكلية من المتوفي الذي لم يبدي موافقته ولا اعتراضه في حياته وكان من المتعذر الاتصال بأسرته أو خشية من تلف هذه الأعضاء عند المماطلة وطول الانتظار من جهة، ومن جهة أخرى تجنب توجيه

---

يجب ان يطلع الفريق الطبي المكلف بالزرع على سجل الرفض قصد البحث عن موقف المتوفى. وفي حالة غياب التسجيل في هذا السجل، تتم استشارة أفراد أسرة المتوفى البالغين حسب ترتيب الأولوية الآتي: الأب أو الأم أو الزوج أو الأبناء أو الإخوة أو الأخوات أو الممثل الشرعي إذا كان المتوفى بدون أسرة، قصد معرفة موقفه من التبرع بالأعضاء. ويتم إعلام أفراد أسرة المتبرع المتوفي البالغين بعمليات الزرع التي تم القيام بها".

<sup>1</sup> المادة 363: "يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلقي لأسرة المتبرع. يجب ألا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سبباً في عرقلة التشريح الطبي الشرعي".

<sup>2</sup> المادة 366: "لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلا على مستوى المؤسسات الاستشفائية العمومية المرخص لها من طرف الوزير المكلف بالصحة، بعد رأي الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء. يجب أن تتوفر المؤسسات الاستشفائية على تنظيم طبي تقني وتنسيق استشفائي، كي تحصل على ترخيص للقيام بعمليات نزع الأعضاء والأنسجة. تحدد شروط وكيفيات الترخيص عن طريق التنظيم".

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

المرضى للعلاج في الخارج إن هذا الاستثناء جائز حسب المادة 164/ف4 المعدلة من قانون 17/90، ثم أضافت المادة 165/ف1 من نفس القانون أنه لا يجوز انتزاع الأعضاء من الجثة مهما كان الأمر إذا عارض الشخص المتوفي ذلك كتابتا أثناء حياته أو إذا كان الانتزاع للعضو يعيق عملية التشريح الطبي.

مما نستشفه من هذه النصوص إن موافقة الشخص في حيلته بالتبرع بأعضائه تكون بأي شكل كان كتابة أو شفاهة أو وصية... الخ، حسب نص المادة 164 السالفة الذكر: "...يجوز الانتزاع إذا عبر المتوفي أثناء حياته على قبوله".

غير أن الرفض بالتبرع بالأعضاء لا يعتد به إلا إذا كان كتابة وهذا قليل الحدوث في الواقع وهي الغاية المرجوة من المشرع في إمكانية الاستفادة من الأعضاء للمصلحة العامة يضاف إلى هذا أن المشرع بين أن الرفض الكتابي لنزع الأعضاء الصادر من شخص ما لا يلزم إلا قضية الزرع<sup>1</sup>، فإذا كان نزع العضو من الشخص لغرض علمي أو غرض آخر غير الزرع فهو جائز قانونا حتى ولو كان الشخص رافضا كتابيا وهذا ما يفهم من نص المادة 362 فقرة 1 السالفة الذكر، وأكدت على هذا المادة 363 فقرة 2 من قانون 11/18 بقولها: "ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الانسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي".

- طلب من السلطة العمومية...

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي...". وأضافت المادة 168 المعدلة من قانون 17/90 بالتوصية على إنشاء مجلس وطني<sup>2</sup> لأخلاقيات العلوم الطبية يتكفل بالزرع والقيام بالتجارب.

### ثالثا: عقوبة مخالفة أحكام نقل وزرع الأعضاء والاتجار بها

إن المعطي ليس أداة يستعملها الطبيب كيفما يشاء، وكذلك المتلقي فكل منهما يعد إنسان حر له حق في سلامة جسمه وهو من الحقوق اللصيقة بالشخصية والمتعلقة بالنظام العام فلا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي لكل أحد منهما بغير رضاه هذا من ناحية ومن ناحية أخرى يجب أن لا يعتد بهذا الرضا إذا كان هناك مساس بالتكامل الجسدي، مع

<sup>1</sup> مامون عبد الكريم، المرجع السابق ص 643.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي رقم 122/96، مؤرخ في 1996/04/06، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، عدد 22، بتاريخ 1996/04/10.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

انتقاص من مقدرته الوظيفية<sup>1</sup> يضاف إلى ذلك أن هذا التنازل يجب إلا يقترن بمقابل مادي، ويعد هذين الشرطين من أبرز الضوابط والقيود القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء إضافة إلى ضوابط وقيود أخرى تعرضنا لها سابقا ومخالفتها تقيم المسؤولية الجزائية للطبيب المنصوص عليها في المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء.

هذا بالإضافة إلى المسؤولية الجنائية عن الأخطاء المهنية السابق ذكرها في الفصل الأول، وعليه نصت المادة 303 مكرر 16 من قانون 01/09 المتعلق بالاتجار بالأعضاء المؤرخ في: 2009/02/25، المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات<sup>2</sup>، بقولها: " يعاقب بالحبس من ثلاث سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300000 دج إلى 1000000 دج كل من يحصل من شخص على عضو من أعضائه مقابل منفعة مالية أو أي منفعة أخرى مهما كانت طبيعتها، وتطبق نفس العقوبة على كل من يتوسط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ."

يستشف من هذا النص أنه جاء عاما وشاملا للأطباء أو غيرهم سواء للانتفاع بهذا العضو من قبل الشخص نفسه كالشخص الذي يدفع مبالغ لشراء كلية أو قرنية عين لنفسه أو يعد المتبرع بمقابل ما أو امتياز... الخ. كما تسري نفس العقوبة على من يقوم بالسمسة في الأعضاء البشرية بتقريب وجهات النظر بين المتبرع والمتلقي مقابل عمولة أو بدونها. غير أن فيما يخص الأطباء فقد جاءت المواد 303 مكرر 17 إلى 303 مكرر 20 أكثر وضوحا للعقوبة المترتبة على مخالفة الأحكام المتعلقة بنزع وزرع الأعضاء مع النص على ظروف التشديد سواء اكتمل النشاط الإجرامي للطبيب أو لم يكتمل أي في حالة الشروع حيث نصت المادة 303 مكرر 17 على أنه: " يعاقب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000000 دج، كل من ينتزع عضو من شخص على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، وتطبق نفس العقوبة إذا تم انتزاع عضو من شخص ميت دون مراعاة التشريع الساري المفعول ". وهذه دلالة واضحة عن الأعمال الإجرامية التي

<sup>1</sup> أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 68.

<sup>2</sup> قانون 01/09، المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بالاتجار بالأعضاء، المرجع السابق.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

يمكن أن يقع فيها الأطباء بانتزاع أعضاء من أشخاص أحياء أو أموات دون أخذ الموافقة الصريحة بعد الإعلام المتبصر من المتبرعين أنفسهم أو ذويهم حسب ما هو منصوص عليه في التشريع.

أما فيما يخص انتزاع الطبيب لأنسجة أو لخلايا بمقابل مالي يعاقب من سنة (01) إلى خمس (05) سنوات حسب ماجات به المادة 303 مكرر 18 وعلّة ذلك أن النسيج الذي هو مجموعة من الخلايا لا يكون في مستوى العضو الذي يؤدي دور وظيفي كبير وبالتالي عقوبة انتزاعه أشد من عقوبة انتزاع النسيج إذا أن فقدان العضو هو فقدان لوظيفة قد يؤدي إلى عاهة مستديمة أو إلى الوفاة وانتزاع الأنسجة عادة يكون في الجراحة التجميلية الترقيعية أو عند انتزاع جزء من عظم الفخذ المسطح لزرعه لشخص آخر مصاب بسرطان الدم أي عند الأشخاص الذين يعانون من سرطان النخاع العظمي مكان خلق الكريات الحمراء فعند زراعة لهم جزء من هذا العظم المسطح الذي يحتوي على نخاع عظمي يبدأ نشاطه بخلق الكريات الحمراء وتحفيز النخاع العظمي المريض لكي يستعيد عافيته ويقوم بدوره هو الآخر كما تصادف حالات ازرع الأنسجة في عملية التلقيح الاصطناعي عندما تفصل وتنزع بويضة أنثوية من رحم امرأة سليمة لتلقح ويعاد زرعها في رحم امرأة أخرى سليمة، كما يخضع للعقوبة نفسها المتعلقة بنزع الأنسجة بمقابل وجمعها المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 17، الطبيب الذي يقوم بانتزاع أنسجة أو خلايا دون موافقة المتبرع أكان على قيد الحياة أو جثة هامة أو في حالة الطبيب الذي يستغل وظيفته للتأثير على المرضى أو للنصب عليهم كالقصر وجلبهم إلى مكان عمله ويقوم بانتزاع منهم أنسجة أو خلايا كما هو منصوص عليه في المادتين 303 مكرر 18، 303 مكرر 19 بمقابل أو بدون موافقة. فالمشرع شدد له العقوبة بنص المادة 303 مكرر 20 بقولها: " يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و 303 مكرر 19 بالحبس من خمس (05) سنوات إلى خمس عشر (15) سنة وبغرامة من 500000 دج إلى 1500000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر أحد الظروف الآتية:

- إذا كانت الضحية قاصرا أو شخصا مصاب بإعاقة ذهنية.
- إذا سهلت وظيفة الفاعل أو مهنته ارتكاب الجريمة...".

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

أما في حالة انتزاع الأعضاء كما نصت عليه المواد 303 مكرر 16، و 303 مكرر 17 مع توافر ظرف من ظروف السابقة للإيقاع بالمرضى بسبب وظيفة الجاني أو مهنته كطبيب أو كون المريض قاصرا أو معاقا ذهنيا فالتشديد أكبر من السابق وتكون مدة الحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة كما أن الطبيب الجاني لا يستفيد من الظروف المخففة في قانون العقوبات المنصوص عليها في المادة 53 حسب المادة 303 مكرر 21 بل أكثر من ذلك تطبق عليه وجوبا عقوبة أو أكثر من العقوبات المنصوص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات<sup>1</sup>، كالمنع من الإقامة، غلق محل الجريمة، طرد من الوظائف.

### المبحث الثاني

#### الجرائم المهنية

#### (غير الماسة بالسلامة الجسدية)

إن كون الطبيب بشر قد يعتريه ما يعترى النفس البشرية من جنوح وأخطاء وحماية للمرضى وللمجتمع سعت النظم القانونية على مختلف أنواعها إلى تنظيم المهن الطبية من خلال سن القواعد والنصوص لمساءلة الأطباء عند مخالفتها.

ولقد سبق أن تعرضنا لمسؤولية الطبيب عند ارتكابه الجرائم الطبية الماسة بالجسم في المبحث الأول إلا أننا نحاول في هذا المبحث إمطة اللثام عن الجرائم الغير ماسة بالجسم أو ما يسمى بالجرائم المهنية التي يرتكبها الأطباء نتيجة اللامبالاة وعدم الاكتراث وترتبط أكثر بالمساس بالمصلحة العامة للمجتمع وغالبا ما توقع الأطباء في جرم أخرى مثل جريمة الممارسة غير الشرعية للطب وجريمة تزوير الشهادات الطبية (المطلب الأول) ثم بعد ذلك الى جريمتي امتناع الطبيب عن المساعدة وإفشاء السر المهني (المطلب الثاني).

<sup>1</sup> قانون 23/06، المؤرخ في 20/12/2006، المعدل والمتمم للأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

## المطلب الأول

### جريمتي الممارسة غير شرعية للطب بانتحال الألقاب

#### وجريمة تزوير الشهادات الطبية

سنحاول توضيح جريمتي الممارسة غير الشرعية للطب وانتحال ألقاب طبية (فرع أول) على أساس أن المشرع خصهما بنفس العقوبة، ثم الى جريمة تزوير الشهادات الطبية ( فرع ثاني) حيث خصها المشرع بعقوبة متميزة.

#### الفرع الأول

### جريمتي الممارسة غير شرعية للطب وانتحال الألقاب الطبية

لقد سبق أن تناولنا أساس وشروط الممارسة الطبية، كما حددها القانون واللوائح المنظمة لمهنة الطب، وهذا من أجل صيانة هذه المهنة من عبث الدخلاء، بسبب افتقارهم لمقومات الإعداد الفني لمباشرة تلك المهن، ذلك انه حتى وان حدث أن نجحوا في مرة او مرتين في تدخلهم، لا شك انهم سيخفقون في المرات الأخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الامر يقتضي معرفة ذلك الدخيل المنتحل لصفة طبيب، لتحديد المسؤوليات عن المساس بالسلامة الجسدية للأشخاص، على هذا الاساس فإنّ انتقاء ولو شرط من شروط الممارسة الطبية يترتب عنه قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في عنصرين حيث نتناول في الأول جريمة الممارسة غير شرعية لمهنة الطب<sup>1</sup> أما في الثاني فنتطرق لجريمة انتحال الألقاب الطبية.

<sup>1</sup> المادة 185 من قانون الصحة 11/18: "يمارس بصفة غير شرعية مهنة الصحة كل من لا يستوفي شروط الممارسة المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما" وانظر كذلك المادة 186 من نفس القانون: "يمارس بصفة غير شرعية الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة : - كل شخص يمارس نشاط طبيب أو طبيب أسنان أو صيدلي دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة في هذا القانون أو خلال مدة المنع من الممارسة؛ - كل شخص يقوم عادة، مقابل مكافأة أو بدونها ولو بحضور طبيب أو طبيب أسنان، بإعداد تشخيص أو تقديم دواء من خلال أعمال شخصية أو فحوص شفوية أو كتابية أو عن طريق أسلوب آخر كيفما كان نوعه، دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة في هذا القانون؛ - كل من كان حائزا الشهادة المطلوبة ويقدم مساعدته للأشخاص المذكورين في الفقرات أعلاه، أو يكون شريكا لهم؛ - كل شخص غير مرخص له من الوزير المكلف بالصحة، يمارس في هيكل أو مؤسسة خاصة للصحة".

أولاً: جريمة الممارسة غير شرعية لمهنة الطب

من الطبيعي أن تخضع ممارسة مهنة الطب كأبي مهنة، للقانون وللتنظيمات والمعمول بها في كل دولة، وما تتطلبه هذه الأخيرة من توافر شروط تسمح بالحصول على ترخيص من السلطة الوصية بمزاولة المهنة، وخلاف ذلك تطال المساءلة القانونية أي شخص غير مرخص له بمزاولة هذه المهنة، حتى ولو كان طبيباً<sup>1</sup>. وتتكون هذه الجريمة كسابقها من ركنين الركن المادي والركن المعنوي والجزاء المترتب عن هذا الفعل.

1. الركن المادي

هو سلوك ايجابي يقوم به الطبيب او شخص آخر بممارسة المهنة الطبية دون ترخيص وإذن يسلمه الوزير المكلف بالصحة او ممثله بعد توافر الشروط المحددة قانوناً ويتحقق هذا السلوك في ثلاث صور، اولها أن يقوم طبيب ما بممارسة المهنة في عيادة خاصة قبل حصوله على الترخيص القانوني من السلطة الوصية (الصورة الأولى)، او أن يستمر في ممارسة المهنة بعد سحب الترخيص منه نتيجة عقوبة تأديبية أو جزائية ( الصورة الثانية)، او أن يتواطؤ طبيب مع غيره لتسهيل لهم الممارسة غير الشرعية حتى ولو كان هذا الغير حائزاً هو على الشهادة العلمية ( الصورة الثالثة).

أ. الصورة الأولى: ممارسة الطب قبل الترخيص القانوني (انظر المادة 414<sup>2</sup> قانون

الصحة)

هي ممارسة الطبيب لمهنة الطب في الفترة السابقة على منح الترخيص أي قبل إتمام الإجراءات حيث تنص المادة الثانية من مدونة أخلاقيات الطب<sup>3</sup> على ما يلي: "تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان أو في الصيدلة مرخص له بممارسة المهنة وفق الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

<sup>1</sup> محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004، ص 34.

<sup>2</sup> المادة 414: "يعاقب كل من ينشئ أو ينجز أو يفتح أو يستغل مؤسسة صحية دون الترخيص المنصوص عليه في المادتين 273 و307 من هذا القانون، بالحبس من سنتين (2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج".

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

والمثال الحي على ذلك، أن يقوم طبيب بتقديم ملف إلى مديرية الصحة، أو للوزارة المعنية طالبا الترخيص له بالموافقة على فتح عيادة طبية خاصة، وقبل أن تكتمل الإجراءات القانونية في هذا الشأن لمنحه الترخيص بمزاولة مهنته يستعجل ويقوم بمزاولتها دون التريث لاكتمال الإجراءات المنصوص عليها في قانون الصحة سالف الذكر، والنصوص التنظيمية ذات الصلة، ومن ثمّ تقوم مسؤوليته الجزائية تطبيقا لنص المادة 416<sup>1</sup> من قانون الصحة 11/18 المذكور أعلاه، وبالتالي يقع تحت طائلة العقاب المقرر في المادة 243<sup>2</sup> من قانون العقوبات، إذا تمّ تحريك الدعوى العمومية ضده، من السلطة أو من النيابة العامة أو أي شخص له مصلحة في ذلك

وغني عن البيان، أنّ كل طبيب لم تتوافر فيه الشروط المنصوص والمنوه عليها في القوانين المنظمة للمهنة الطبية وبدأ في ممارسة المهنة دون ترخيص أو قرار توظيف في يعدّ مرتكبا لجريمة الممارسة غير شرعية لمهنة الطب.

### ب- الصورة الثانية: ممارسة المهنة بعد سحب الترخيص

تكون هذه الحالة عندما يسحب الترخيص من الطبيب الممارس الحر بقرار من السلطة الوصية، والتي هي غالبا مديرية الصحة، بناء على عقوبة تأديبية صادرة من مجلس أخلاقيات المهنة حسب ما نصت عليه المادة 217 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>3</sup> السالفة الذكر بنصها: " يمكن للمجلس الجهوي أن يتخذ العقوبات التأديبية التالية: -الإنذار؛ -التوبيخ؛ كما يمكنه أن يقترح على السلطات الإدارية المختصة، منع ممارسة المهنة و/أو غلق المؤسسة، طبقا للمادة 17 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 والمذكور أعلاه"، أو بمقتضى مقرر توقيف صادرة من المؤسسة العمومية أو الهيئة التابع لها كموظف.

<sup>1</sup> المادة 416: "يعاقب كل شخص على الممارسة غير الشرعية لمهن الصحة طبقا لأحكام المادة 243 من قانون العقوبات".

<sup>2</sup> المادة 243 من ق.ع.ج: "كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حدّدت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المرجع السابق.

كما يمكن أن يسحب الترخيص بناء على حكم قضائي صادر في حقه بالمنع من ممارسة المهنة الطبية، نتيجة جريمة من جرائم القانون العام. وعدم امتثال الطبيب لقرار سحب الترخيص منه بالممارسة للمهنة واستمراره في العمل يوقعه حتما كذلك تحت طائلة جريمة ممارسة المهنة بصفة غير شرعية، وهذا ما أكدته المادة 188 من قانون الصحة 11/18 المشار إليه أعلاه بنصها: "يمنع على كل مهني الصحة الذي منع من الممارسة، من تقديم فحوص أو تحرير وصفات أو تحضير أو تقديم أدوية لتطبيق علاج أو استعمال أي أسلوب علاجي تابع للطب أو طب الأسنان أو الصيدلة".

وهذا للأسف ما لا يكثر له البعض من الأطباء، إذ عند بالرغم بتوقيف حقهم في الممارسة غير أنهم يستمرّون في ذلك، دون ان يأبهوا بالنتائج والعواقب.

### ج- الصورة الثالثة: تسهيل الممارسة غير شرعية للطب

سبق وان اوضحنا أنّ كل شخص لا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها قانونا ولم يحصل على رخصة المزاولة للمهنة الطبية، يعدّ عمله غير مشروعاً، حتّى ولو قام به بحضور طبيب أو جراح أسنان مرخص له بذلك، بل أنّه متى ثبت تواطؤهما فيما بينهما يعدّ كلاهما مرتكباً لجريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب ويجري عليهما حكم القانون. في هذا الصدد نصت المادة 32 من أخلاقيات الطب على منع تسهيل الممارسة غير الشرعية قائلة: "يمنع كل تسهيل لشخص يسمح لنفسه بممارسة الطب أو جراحة الأسنان ممارسة غير شرعية". وأضافت المادة 26 في نفس السياق من ذات المدونة بقولها: "يحظر على كل طبيب أو جراح أسنان اللجوء إلى أي تواطؤ بين الأطباء وجراحي الاسنان والصيدلة واعوان الطب".

### 2. الركن المعنوي

ويتخذ صورة القصد الجنائي حيث يتحقق بانصراف إرادة الطبيب إلى ممارسة المهنة بصفة غير مشروعة وعلمه بذلك، أو التسهيل والتواطؤ مع طبيب غير مرخص له ومحاولة التسترّ عليه لأجل مساعدته في عيادته لأغراض مربحة حسب ما أورده المادة 186<sup>1</sup>،

<sup>1</sup> المادة 186: "يمارس بصفة غير شرعية الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة : - كل شخص يمارس نشاط طبيب أو طبيب أسنان أو صيدلي دون أن تتوفر فيه الشروط المحددة في هذا القانون أو خلال مدة المنع من الممارسة؛ - كل شخص يقوم عادة، مقابل مكافأة أو بدونها ولو بحضور طبيب أو طبيب أسنان، بإعداد تشخيص أو تقديم دواء من خلال أعمال شخصية أو فحوص شفوية أو كتابية أو عن طريق أسلوب آخر كيفما كان نوعه، دون أن تتوفر فيه الشروط

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

على أساس أنّ الطبيب المتحصّل على شهادة علمية لا يسمح له بممارسة الطب بصفة حرة إلاّ بعد حصوله على الترخيص القانوني من الجهات الوصية، او بمقتضى قرار توظيفه. ومهما يكن من امر فإنّ جريمة الممارسة غير شرعية لمهنة الطب، من الجرائم الشكلية التي لا يتطلب القانون لقيامها وقوع ضرر<sup>1</sup> بل هي جريمة قائمة ومستقلة في حدّ ذاتها والشروع فيها لا يمكن تصوره، فالطبيب المتحصّل على شهادة علمية لا يسمح له بممارسة الطب إلاّ بعد حصوله على الترخيص القانوني من الجهات الوصية، فإذا ما قام بمزاولة المهنة بدون ترخيص له بالممارسة بصفة حرة، او بناء على قرار توظيفه في المؤسسات او الهيئات العمومية تقوم مسؤوليته الجزائية ويحاسب على أساس العمد كأبي شخص آخر لا لشيء إنما من اجل صون افراد المجتمع ومنع الدخلاء بتنظيم المهنة الطبية. غير أنّه بالنظر للبعد الإنساني لهذه المهنة، هناك حالات للضرورة تسمح بممارستها دون ترخيص لذلك كأبي فرد آخر من المجتمع في حالات الحوادث والاستعجال للنجدة ولتقديم المساعدة بناء على امر القانون.

### 3. عقوبة الممارسة غير شرعية للطب وتوافر حالة الضرورة

#### أ. عقوبة الممارسة غير شرعية للطب

نصت على ذلك المادة 416 من قانون الصحة 11/18 بقولها: "يعاقب كل شخص على الممارسة غير الشرعية لمهن الصحة طبقاً لأحكام المادة 243 من قانون العقوبات". حيث أحالت العقوبة إلى المادة 243 من قانون العقوبات<sup>2</sup> التي تنص على: "كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادّعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

---

المحددة في هذا القانون؛ - كل من كان حائزاً الشهادة المطلوبة ويقدم مساعدته للأشخاص المذكورين في الفقرات أعلاه، أو يكون شريكاً لهم؛ - كل شخص غير مرخص له من الوزير المكلف بالصحة، يمارس في هيكل أو مؤسسة خاصة للصحة".

1 شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها: المرجع السابق، ص 99.

2 قانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، المعدل والمتمم للأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

**ب. حالات إباحة ممارسة المهنة بدون ترخيص (حالة الضرورة)**

استثناء يجوز مزاولة المهنة في حالة الضرورة القصوى ويدخل هذا تحت الواجب الإنساني كما نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات بقولها: " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب جريمة قوة قاهرة لا قبل له بردها " .

وهذه الحالة الاستثنائية التي هي حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي، كما تناول المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب حالة الضرورة في المادة التاسعة منه بقولها: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطر وشيكاً ...".

وعليه تنتفي مسؤولية الطبيب إذا مارس المهنة بدون ترخيص في هذه الحالة نظراً لنبل المهنة الطبية وبعدها الإنساني.

**ثانياً: جريمة انتحال ألقاب طبية**

لقد سبق أن تناولنا في الفصل الأول موقف القانون من مزاولة المهنة الطبية وشروطها وهذا من أجل صيانة المهنة من عبث الدخلاء عنها، لكن أحياناً مع توفر هذه الشروط قد يلجأ بعض الأطباء إلى انتحال ألقاب ومواصفات لم يرخص لهم القانون بها وذلك ابتغاء الترويج لأنفسهم من أجل الربح المادي كمن يدّعي لنفسه على لافتة أو وصفة طبية بأنه مختص في امراض ليس من اختصاصه.

وأحياناً أخرى يتظاهر بعض الأطباء بحصولهم على الترخيص قبل اكتمال الإجراءات القانونية لذلك أو عندما يوقف حقهم في الممارسة نتيجة عقوبة تأديبية أو إدارية، وهذا ما يطلق عليه انتحال ألقاب أو صفات طبية بغير وجه حق<sup>1</sup> وتتطلب هذه الجريمة كسابقيها ركنين المادي والركن المعنوي وجزاء مترتب عن ذلك.

**1. الركن المادي**

يتمثل الركن المادي في لجريمة انتحال ألقاب طبية في استعمال أي وسيلة من وسائل الدعاية التي تحمل الجمهور على الاعتقاد بأحقيّة صاحبها في هذه الصفة أو اللقب<sup>2</sup>. فالطبيب الذي يضع لافتة عند مدخل عيادته مكتوب ومشاد بها لصفة ما لم يرخص له

<sup>1</sup> شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 116.

<sup>2</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 38.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

القانون بها يعتبر منتحلا للقب أو لصفة هو ليس أهلا لها، ولم يرخص له القانون بها، ففي الحياة اليومية نشاهد هنا وهناك لافتات ووصفات طبية منوّهة بصفات اختصاصيين دون حقيقتها كعبارة: طبيب عام محلف مختص في أمراض النساء والتوليد أو حائز على شهادة جامعية أجنبية، أو جراح أسنان مختص في التقويم للأسنان أو الجراحة المصغرة واللثة ولقد أشار القانون لهذه التجاوزات، إذ لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي إذا لم يكن حائزا على شهادة في الاختصاص حسب المادة 196، 197 من قانون 11/18 أعلاه زيادة على الشروط المنصوص عليها في المواد 166 و174 و196 أعلاه.

كما أكدت المادة 168 من نفس القانون ذلك بقولها: "يتعين على مهني الصحة ممارسة مهنته تحت هويته القانونية"، كما أضافت المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها: "الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية، ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه".

نستشف من كل هذا أن هذا النشاط يتمثل في قيام الطبيب بانتحال صفة أو لقب حدد القانون شروطا لمنحها فادعاء الطبيب بالترويج لنفسه أنه مختص في فرع ما من فروع الطب مع أنه طبيب عام عادي، أو كتابته على لافتة أو وصفة أنه عضو في هيئة كذا...أو مدرسا في كذا...وهذا ما أكدته المادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر بقولها: "لا يسوغ للطبيب أو جراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية:

1- الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة الطبية؛

2- أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة

مشتركة؛

3- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها".

### 2. الركن المعنوي

هو توافر العلم عند الطبيب بأن الوسائل والأفعال التي اقترفها من شأنها أن توقع الجمهور

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

في غلط<sup>1</sup> وتحقيق نتيجة متمثلة في حمل العامة على الاعتقاد بأحقيته في هذه الصفة أو اللقب.

### 3. العقوبة

نصت المادة 415 من قانون 11/18 على عقوبة مخالفة احكام المادة 168 المتعلقة بالممارسة تحت الهوية القانونية لمهن الصحة حيث جاء فيها: "يعاقب على مخالفة لأحكام المادة 168 من هذا القانون، المتعلقة بالممارسة تحت الهوية القانونية لمهن الصحة، طبقاً لأحكام المادة 247 من قانون العقوبات".

ويبدو أنّ هذه المادة أخضعت العقوبة إلى القواعد العامة لقانون العقوبات، أي أن عند قيام أي طبيب أو جراح الأسنان بمزاولة مهنته تحت هوية أو صفة أخرى غير المرخص له بها يعاقب بنص المادة 247 من قانون العقوبات<sup>2</sup> التي تنص على أنّ: "كل من انتحل لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدة لتقديمها للسلطة العمومية اسم عائلة خلاف اسمه وذلك بغير حق، يعاقب بغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار".

### الفرع الثاني

#### جريمة تزوير الشهادات الطبية

الشهادات الطبية لا تخرج عن كونها محررات رسمية إذا صدرت من طبيب موظف لدى هيئة عمومية<sup>3</sup>، او قد تكون عادية إذا صدرت من طبيب في الممارسة الحرة، فالطبيب يقوم بمعاينة ما يرى وليس ما يبلغه به طالب الشهادة، إذ أنّ تحريرها لا يعني أنّ الطبيب حذر الواقعة المتطلبة لتلك الشهادة، أو شاهدها، بالنظر لما يترتب عن ذلك من نتائج والتزامات كونها ستستعمل من طرف حائزها للحصول على حقوق أو مزايا أو لمساءلة الغير، ومن ثمّ رتب القانون عن محررها مسؤولية قانونية تأديبية كانت ام جزائية، على أساس أنّه في حالة تزيفها ستخضع للأحكام العامة للتزوير، باعتبار ذلك تغيير للحقيقة، وكذب مكتوب يتضمّن إثبات أو نفي لواقعة على غير حقيقتها من طرف محررها. وقد تناول قانون

<sup>1</sup> محمد القبلاوي، المرجع السابق ص 39.

<sup>2</sup> قانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

<sup>3</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 44.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الصحة<sup>1</sup> ملاسبات هذه المسألة في عدّة نصوص منها ما جاء في نص المادتين 199 والمادة 200<sup>2</sup> من قانون 11/18 سالف الذكر أعلاه.

في هذا الصدد تنص المادة 199 على أنه: " في حالة استعمال العنف على شخص ما، يتعين على كل طبيب إثبات الأضرار والجروح وإعداد شهادة وصفية، ويحدّد نسب العجز والأضرار الأخرى طبيب متخصص في الطب الشرعي وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. ينبغي التصريح بكل جرح مشبوه وجوبا، حسب الكيفيات المحدّدة في التشريع والتنظيم المعمول بهما. "، وكذا ما جاءت به المادة 184 للتصدي لظاهرة التفضيل لشخص على آخر عن طريق تلقي الرشوة والهدايا والامتيازات بنصها: " يمنع تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، على كل مهني الصحة أن يطلب أو يقبل، مباشرة أو عن طريق شخص وسيط، في إطار مهامه، هدايا أو تبرعات أو مكافآت أو امتيازات مهنا كانت طبيعتها ".

وأكدت على هذا الأمر المادة 24 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يمنع ما يأتي:

- كل عمل من شأنه أن يوفر لمريض ما امتيازاً مادياً غير مبرر؛

- أي حسم مالياً كان أو عينياً يقدم للمريض؛

- أي عمولة تقدم لأي شخص كان؛

- قبول أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي. "

كما كرّست ذلك المادة 58 من مدونة أخلاقيات الطب بتأكيدها على: " يمنع تسليم أي

تقرير مغرض أو أي شهادة مجاملة ".

وهذا ما يبيّن دون أدنى شك خطورة هذه السلوكات وما يترتّب عنها من نتائج واضرار

اجتماعية بترتيب حقوق لأشخاص دون وجه حق أو أبعاد اجتماعية من تفضيل شخص

على آخر أو الإضرار بأشخاص أو مصالحهم أو تضليل للعدالة.

<sup>1</sup> قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

<sup>2</sup> المادة 200: " في حالة وفاة مشبوهة أو عنيفة أو وفاة في الشارع وفي حالة وفاة بمرض منتقل يمثل خطراً كبيراً على الصحة العمومية، لا يسلم الطبيب المعني إلا شهادة لإثبات الوفاة، ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجنّة، مع احترام الإجراءات التنظيمية المعمول بها. "

أولاً: مفهوم ومضمون الشهادة الطبية

قبل التطرق لجريمة تزوير الشهادات الطبية نبين مفهوم الشهادة ومضمونها

1. مفهوم الشهادة الطبية

فالشهادة الطبية هي إسهاد مكتوب يتضمن معاينة الواقعة لاحظها الطبيب يترتب على تحريرها مسؤولية الطبيب المهنية المدنية والجزائية، وتحريرها يستوجب توفر ثلاثة شروط مسبقة:

- حضور المراد فحصه.

- الفحص الطبي الملائم.

- تحرير وثيقة مكتوبة.

ينجز الشهادة الطبية أي طبيب حضر أو عرضت عليه الحالة ، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، كشهادات انتقاء العمال لتولي منصب ما او شهادات الطب المدرسي<sup>1</sup> او المجندين للخدمة العسكرية، وشهادات الإصابات والحوادث والاعتداءات، مثل شهادة الضرب والجروح العمدية ، وشهادة معاينة الاعتداءات الجنسية، كفض البكارة نتيجة اغتصاب شهادة معاينة الوفاة وغيرها، وفي هذا وضعت المواد 56،57 و 58 من مدونة أخلاقية الطب سالفه الذكر، التزاما قانونيا على الطبيب، يتمثل في تسهيله لمرضاه الحصول على الامتيازات الاجتماعية التي تتطلبها حالتهم الصحية ، وذلك بتحرير الشهادات والكشوف والوثائق اللازمة ومن جملتها الشهادات الطبية المثبتة لحالتهم الصحية ، كما يتعين أن تحرر الشهادة من طرف طبيب حائز على شهادة دكتور في الطب، او جراحة الاسنان مرخص له بممارسة الطب بموجب رخصة مسلمة من طرف الوزير المكلف بالصحة ويكون مسجلا في قائمة الاعتماد لدى مجلس أخلاقيات الطب حسب المادة 204 من مدونة أخلاقيات الطب والمواد<sup>2</sup> 165، 166، 167 من قانون الصحة.

<sup>1</sup> قرار وزاري مشترك في 1997/10/25 يتضمن الإعفاء من ممارسة التربية البدنية والرياضية، الجريدة الرسمية، عدد 83، 1997.

<sup>2</sup> المادة 165: "يقصد بمهني الصحة، في مفهوم هذا القانون، كل شخص ممارس وتابع لهيكل أو مؤسسة للصحة يقدم في نشاطه المهني خدمة صحية أو يساعد فيها أو يساهم في إنجازها. ويعتبر كذلك مهنيي الصحة المستخدمون التابعون للمصالح الخارجية الذين يقومون بمهام تقنية وتحقيقات وبائية ومهام المراقبة والتفتيش.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

غير أنّ الإشكال يثور حول الشهادة الطبية المحرّرة من طرف الطالب في الطب في فترة التربص والتدريب وهل له صلاحية تحرير الشهادة الطبية؟ بالرجوع إلى القرار الوزاري المتعلق بالقانون الأساسي للمتربص الداخلي وعلى الخصوص المادة 09 منه يستخلص أنه يسمح له ممارسة الطب في المؤسسات الصحية العمومية تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين، وعليه فإنّه لا يمكنهم توقيع الشهادة الطبية باسمهم وإلا سقطوا تحت طائلة جريمة ممارسة الطب بطريقة غير شرعية.

### 2. مضمون الشهادة الطبية

تختلف الشهادة الطبية تبعا لمضمونها وما ترتبت عنه المعاينات والإشهادات ونتائج الفحص كالعجز الكلي عن العمل<sup>1</sup> والإعفاء، والشهادة المرضية وما الى غير ذلك.

#### أ. المعاينات

يقوم الطبيب بمعاينة ما يرى وليس ما يبلغه به طالب الشهادة، أي يقوم بوصف الإصابات المعاينة بدقة من حيث نوعها وشكلها وعددها، كون المعاينات ووصف الإصابات قد يفيد لاحقا في حالة إعادة الفحص من طرف الطبيب الشرعي<sup>2</sup>، لأن تلك الآثار يمكن أن تزول بفعل الزمن، وقد تفيد القاضي في استنباط النتائج الملائمة بالاعتماد على تلك المعاينات الطبية من جهة ومعطيات الملف الجزائي من جهة أخرى.

---

تحدّد مدونة مهن الصحة عن طريق التنظيم. وانظر كذلك المادة 166: " تخضع ممارسة مهن الصحة للشروط الآتية: 1- التمتع بالجنسية الجزائرية؛ 2- الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادة له؛ 3- التمتع بالحقوق المدنية؛ 4- عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة؛ 5- التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة؛

يتعين على مهنيي الصحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم. وزيادة على شروط الممارسة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، البنود من 2 إلى 5، والفقرة 2، المذكورتين أعلاه، يخضع مهنيو الصحة ذوو الجنسية الأجنبية لشروط الممارسة والعمل التي تحدّد عن طريق التنظيم."

<sup>1</sup> القرار المتضمن جدول المعدلات الطبية الخاص بالعجز الدائم، مؤرخ في 11/04/1967، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 38، المعدل بالقرار 16/09/1981 الذي يحدد بصفة انتقالية معدل العجز الدائم الجزئي، أو الكلي.

<sup>2</sup> المادة 199 من قانون 11/18: " في حالة استعمال العنف على شخص ما، يتعين على كل طبيب إثبات الأضرار والجروح وإعداد شهادة وصفية. ويحدّد نسب العجز والأضرار الأخرى طبيب متخصص في الطب الشرعي وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ينبغي التصريح بكل جرح مشبوه، وجوبا، حسب الكيفيات المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما."

**ب. الإشهادات**

الإشهاد هو تحرير إقرار بشهادة ولكنها لا تعني مشاهدة الطبيب لواقعة الحادث أو المشاجرة التي نجمت عنها الإصابات محل معاینته، ولكن الإشهاد الذي يحرره يتضمن الفحوصات، والمعاینات وقراءة نتائج التحاليل، والعلاجات التي قدمها الطبيب لطالب الشهادة، وبالأحرى كل الأعمال الطبية التي قام بها بنفسه أو التي اطلع عليها، ذكر كل تدخل جراحي أو علاجي استلزمته الإصابات، وذكر الادعاءات التي يصرح بها طالب الشهادة على لسانه.

**ت. نتائج الفحص**

الشهادة الطبية مهما كان سبب تحريرها سبب طبي، إجراء بالغ الخطورة، كونها ستستعمل من طرف حائزها للحصول على حقوق أو مزايا أو لمساءلة الغير، الأمر الذي يستوجب على الطبيب إعطاءها كل العناية اللازمة وعلى الخصوص في تحديد مدة العجز الكلي عن العمل والعاهات المستدامة إن وجدت.

**ث. المرض**

عرف القضاء المقارن بأنه كل اعتلال بالصحة<sup>1</sup>، ولا يكفي مجرد توافر الألم في تحقيق معناه، والمريض يلزم الفراش في المعتاد فيعجز بالتالي عن مباشرة أشغاله الشخصية على أن تحقق إحدى الحالتين يكفي بذاته دون تحقق الأخرى. ينبغي أن يكون المرض الذي يحول دون مباشرة الأشغال الشخصية بالغا من الجسامة درجة تجعله معادلا العجز عنها، كما لا يكفي من باب أولى مجرد أن تترك الإصابة آثارا ظاهرة أو تقتضي عمل ضمادات لمدة تزيد عن 20 يوما.

**ج. العجز الكلي أو الجزئي عن العمل**

أما العجز الكلي عن العمل فعرفه الفقه بأنه العجز عن الأعمال المعتادة للشخص سواء كانت بدنية أو عقلية والعبارة في تحديد المدة ما يقضيه المصاب مريضا أو عاجزا عن الأشغال الشخصية من يوم إصابته إلى يوم شفائه.

<sup>1</sup> مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2007، ص 90.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

أما القضاء المقارن - لاسيما القضاء الفرنسي - فإنه يعرف العجز الكلي عن العمل بأنه الصعوبة والعسر في القيام بمجهود بدني متعلق بأعباء الحياة اليومية غير المهنية حسب قرار محكمة النقض بتاريخ 1982/11/22 مجلة رقم 263 وقرار بتاريخ 2001/02/06 مجلة رقم 34.

يفهم من هذا التعريف أن العجز الكلي عن العمل هو المدة الزمنية التي يكون فيها ضحية أعمال عنف أو حادث في وضعية استحالة القيام بالانشطات اليومية الغير مهنية مثل القيام بالغسل، النهوض، المشي، ارتداء الألبسة ... إلا بعسر شديد. وتمتد فترة العجز الكلي عن العمل من يوم الواقعة أو الحادث إلى يوم الشفاء.

بناء على ما تقدم، يمكن أن نستخلص أن العجز الكلي عن العمل ليس مفهوما طبييا بل مفهوما قانونيا، كما أنه يختلف عن التوقف عن العمل، كونه عجزا شخصيا وليس عجزا مهنيا إذ يمكن تحديد مدة العجز الكلي عن العمل لصبي، للمتقاعد أو لبطل كما أنه لا يعني عدم إمكانية الضحية القيام بالمهام العادية كالجلوس وتناول الطعام وإنما صعوبة أو عسر في أداء تلك المهام.

هناك معايير لتحديد العجز الكلي عن العمل، إذ وضعت مصالح الاستعجالات للطب الشرعي معايير قصد تحديد مدة العجز عن العمل اعتمادا على معطيات طبية تتمثل في الإصابات الجسدية وما يترتب عنها من قصور وظيفي، والذي يمكن تقييمه لمدة عدم القدرة على الحركة إلى غاية اندمال الجروح والنتائج السلبية في القيام بأعمال الحياة اليومية، (جروح ينجم عنها ضرر تألم ينعكس على صورة الجسد ويعرقل السير العادي للحياة اليومية، وعليه فإن مدة العجز الكلي عن العمل يمكن تقديرها إلى غاية الاضمحلال البين للجروح أو ظاهرة التألم) بالإضافة إلى ذلك هناك معيار جسامة وعدد الإصابات الملاحظة والتي أخذت بصفة فردية فإنها لا تمنح الاستفاضة بأي عجز أو بعجز صغير ولكن إذا أخذت بمجموعها فإنها تكون مصدرا لحالة ألم كبير أو بالنظر إلى مكان تمركزها إضافة إلى ذلك معيار المكوث في المستشفى قصد تلقي العلاج من جراء الإصابات أو البقاء تحت المراقبة الطبية والتي ينجز عنها فقدان الحرية وبالتالي تبرر عجزا كليا عن العمل أو عاهة مستدامة

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

التي هي الآثار المترتبة عن الإصابة سواء كانت جسيمة أو طفيفة بحيث تنعكس سلبا على الوظيفة أو على سلامة البدن دون رجاء في شفائها فقد تكون فقدان للبصر أو بترًا لعضو أو إعاقة لمنفعة عضو.

في هذا الصدد فإنه لقيام جريمة التزوير الشهادة الطبية يجب توفر ركنين المادي والمعنوي وهذا ما سنحاول توضيحه

### 1. الركن المادي

تتم بسلوك مادي ذي مضمون نفسي، وركنها المادي يتكون من عنصرين هما: صفة الفاعل ومضمون الشهادة المزورة.

#### أ. صفة الفاعل

اشترط المشرع أن تكون الشهادة صادرة من أشخاص ذوي صفة معينة، ولا تتحقق هذه الصفة بمجرد الحصول على شهادة الطب أو المؤهل العلمي وإنما ينبغي الحصول على الترخيص بالمزاولة للمهنة.<sup>1</sup> وقد أشارت المادة 226 من قانون العقوبات إلى هؤلاء الأشخاص بصفاتهم وهم الأطباء، الجراحون، أطباء الأسنان، الملاحظون الصحيون والقبالات.

#### ب. مضمون الشهادة المزورة

إن موضوع الشهادة يتعلق بإثبات أو نفي واقعة أو عاهة على خلاف الحقيقة وتأخذ حالات ثلاث:

- أن تتضمن الشهادة أمرا مزورا، مخالفا للحقيقة أو تجعل واقعة مزورة واقعة صحيحة كإثبات أو نفي مرض أو عاهة أو وفاة، كأن يثبت الطبيب في شهادته مرض مزمن لإعفاء طالبا من الخدمة الوطنية أو شهادة عجز لتقديمها أمام المحاكم<sup>2</sup> أو نقل سجين إلى مستشفى خارجي.
- أن يصدر الطبيب أو الجراح الشهادة من باب المجاملة ومراعاة للخاطر ليس إلا حسب المادة 58 من مدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر بدون مقابل.

<sup>1</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 146.

<sup>2</sup> شريف الطباخ، المرجع السابق ص 148، 149.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

- أن يصدر الطبيب الشهادة بدون مقابل أو وعد أو عطية أو هدية أو تلقي هبة أو منافع أخرى وإلا تحولت من جريمة التزوير إلى جريمة الرشوة وتطبق عندئذ المادة 126 من قانون العقوبات<sup>1</sup>.

### 2. الركن المعنوي

التزوير جريمة لا تقوم إلا عمدا أي بتوافر القصد الجنائي، إذ يجب أن تتصرف إرادة الطبيب إلى الفعل المكون للجريمة وهو تغيير الحقيقة مع علمه بذلك ولا يستلزم لقيام هذه الجريمة معرفة الطبيب لأغراض استعمالها من الشخص المسلّم إليه منه ، والأهم إدراكه بأنه حرّر وسلّم بيان مزور وفق إرادته الحرة بغرض المحاباة، فالقصد الجنائي متوفر منذ لحظة تحرير البيان وتسليمه إلى مستعمله سواء أُلحقت هذه الشهادة ضررا أم لا، بفرد آخر أو بالصالح العام، أي أن الطبيب يكون عالما بكذب الأمر الذي تضمنته الشهادة في شأن حمل امرأة أو عاهة أو مرض أو وفاة فلا يهتم الغرض الذي أعطيت من أجله، فقد يكون من أجل الإعفاء من خدمة عامة<sup>2</sup> كالخدمة العسكرية مثلا أو لترتيب حقوق بدون وجه حق وللإثراء بلا سبب ولمسائلة الغير .

### ثالثا: العقوبة

نص المشرع على عقوبة تزوير الشهادات الطبية في المادة 226 من قانون العقوبات الجزائري: "كل طبيب أو جراح أو طبيب أسنان أو ملاحظ صحي أو قابلة قرر كذبا بوجود أو بإخفاء مرض أو عاهة أو حمل أو أعطى بيانات كاذبة عن مصدر مرض أو عاهة أو عن سبب الوفاة وذلك أثناء تأدية أعمال وظيفته وبغرض محاباة أحد الأشخاص يعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى ثلاث سنوات ما لم يكون الفعل إحدى الجرائم الأشد المنصوص عليها في المواد 25، 26، 27، و32 من القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر".

<sup>1</sup> المادة 126 من الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات ملغاة واستبدلت بالمادة 25 من قانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ: 24/12/2006.

<sup>2</sup> شريف الطباخ، المرجع نفسه، ص 150.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

والملاحظ أن المادة 126 والتي تتعلق بالتزوير مقابل رشوة ألغيت بموجب القانون 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>1</sup>، وتم استبدالها بالمادة 25 من ذات القانون والتي تتعلق بالتزوير بصفة شاملة مقابل الرشوة للموظفين العموميين. ويبدو أنّ المشرع تدارك المسألة وأيقن أنّ الأطباء في القطاع الخاص يتقاضون أتعابهم من المرضى وليس من الهيئات العمومية مقابل تسليم الشهادات الطبية سواء الصحيحة أو المزورة وعلى هذا الأساس ومن غير المنطق ان تعتبر الاتعاب رشاوى وظرف مشددّ ومن ثمّ، تمّ تخفيف العقوبة بإلغاء المادة 126 واستبدالها بالمادة 25 من القانون 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المشدّدة للعقوبة والتي تخاطب الموظفين العموميين المرتشين والمزورين ويدخل تحت هذا الأطباء وجراحي الأسنان ومن هم في حكمهم لدى الهيئات العمومية الذين يتقاضون أجورهم من الخزينة العامة للدولة.

حيث تنص المادة 25 من قانون 01/06 على: " يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200000 دج إلى 1000000 دج.

- كل من وعد موظفا.

- كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحق لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته ."

غير أنّه في حالة التزوير في الوثائق والمحركات العمومية دون تلقي هدايا او رشاوي جاءت المادة 223 / فقرة 3 من نفس قانون العقوبات لتجرّم بعض أفعال الموظفين العموميين بقولها: "...والموظف الذي يسلم أو يأمر بتسليم إحدى الوثائق المعينة في المادة 222 إلى شخص يعلم أن لاحق له فيها يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج... ويجوز الحكم عليه بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 ...".

<sup>1</sup> القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتعلق بقانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد14، بتاريخ: 08/03/2003.

### الفرع الثالث

#### جريمة تسهيل تعاطي المخدرات

إن مشكلة المخدرات التي أخذت دائرتها تتسع يوما بعد يوم نتيجة عدة عوامل منها اجتماعية واقتصادية وثقافية، لم تعد تقتصر على مجتمع دون الآخر لذا أصبحت من أعقد المشاكل التي يواجهها المجتمع الإنساني وتم تجريمها في مختلف التشريعات.

الجزائر كباقي دول العالم عانت ولا تزال تعاني من تفاقم هذه الظاهرة الخطيرة لذا تبنت تشريع يتضمن العديد من الإجراءات والعقوبات للتصدي لهذه الجريمة التي تأتي في المرتبة الثانية عالميا من حيث التهريب و الاتجار الغير مشروع حيث بلغت عائداتها 500 مليار دولار أي في مرتبة بعد تهريب الأسلحة و الاتجار فيها الذي يأتي في المرتبة الأولى والبتروال في المرتبة الثالثة كما أن مكافحتها تتطلب 50 مليار دولار سنويا من جانب الدول<sup>1</sup> فبغض النظر عن جريمة تبيض الأموال والإثراء بلا سبب على حساب الغير بسبب الاتجار اللامشروع في المخدرات، تتسبب هذه المواد في خسائر كبيرة لميزانية الدول إذ تصيب العمود الفقري والمحور الذي تدور حوله التنمية ألا وهو الفرد والمجتمع بسبب ما يترتب عنها من كسل وركود وجرائم تتولد عنها.

وفي هذا الصدد فلقد لجأت الجزائر إلى الانضمام إلى عدة اتفاقيات دولية من أجل مكافحة هذه الجريمة كالاتفاقية الدولية المتعلقة بالمخدرات سنة 1961 وكذا البروتوكول المتعلق بها لسنة 1972 والمصادق عليهما بالتوالي بالمرسوم 343/63 لسنة 1963 والمرسوم الرئاسي رقم 61/02 المؤرخ في 2002 وكذا اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1988 وتبعاً لذلك سنت الجزائر تشريعاتها طبقاً لهذه الاتفاقيات ليصدر أول قانون يتعلق بهذه الجريمة آنذاك في 1985/02/16 تحت رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والذي تمّ الغاءه مؤخراً بموجب المادة 449 من قانون الصحة الجديد 11/18<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Abidat Abdelkrim, Drogue, La Bête qui menace le Monde, Nouvelle édition (GED -COM), Algérie, 2007, P 69.

<sup>2</sup> قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

غير أنه ونظرا للتطورات الواقعة على المستويين الوطني والدولي بالإضافة إلى نقص وعدم فعالية هذا القانون وجعله أكثر تطابقا مع الالتزامات الدولية صدر القانون المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية بتاريخ 2004/12/25 تحت رقم 18/04 الذي جاء بمفاهيم جديدة للمخدرات وسد النقص الذي كان يعاني منه القانون القديم المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والذي تمّ الغاءه مؤخرا.

### أولاً: مفهوم المخدرات

جاء تعريف المخدرات حسب قانون 04/18: " كل مادة طبيعية كانت ام اصطناعية من المواد الواردة في الجدولين الأول والثاني من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 بصيغتها المعدلة بموجب بروتوكول سنة 1972، المخدرات العقلية، السلانف المستحضرات، القنب، خشخاش الأفيون، شجيرة الكوكا، " و جدير بالذكر أنّ القواعد العامة لقانون العقوبات<sup>1</sup> بالتفصيل للجرائم المتعلقة بالمخدرات من تسهيل، وحياسة، وتعاطي، والمتاجرة، ولو أنّ المشرع نظم احكامها في القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى حسب ما أشرنا اليه أعلاه، حيث أورد الجزاءات المترتبة على مخالفة النصوص المنظمة لها، ونتيجة لما شابهه من قصور هو الآخر في تنظيم هذه المسألة من ناحية تحديد مفهوم المخدرات وتصنيفها، دفع المشرع إلى تنظيم هذه المسألة في قانون خاص بالمخدرات تحت رقم 18/04 والذي صدر بتاريخ 2004/12/25 تحت عنوان: " قانون يتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما".

### ثانياً: المقصود بجريمة تسهيل تعاطي المخدرات

يقصد بجريمة تسهيل تعاطي المخدرات، تمكين الغير بدون وجه حق من تعاطي هذه السموم، ويقتضي التسهيل أن يقوم الطبيب الجاني بتذليل العقبات، التي تعترض طريق الراغب في تعاطيها، أو على الأقل اتخاذ موقف معين يمكّن المتعاطي من تحقيق غايته بغض النظر عن الكمية، قلّت ام كثرت، وتتكون هذه الجريمة من ركن مادي ومعنوي وركن شرعي.

<sup>1</sup> أمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المؤرخ في 08/06/1966، الجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم.

## 1. الركن المادي

يتمثل هذا النشاط في اتخاذ الطبيب موقفاً إيجابياً، أما بوصفه مخدرات لشخص أو تسليمه أقراص أو حقن مهلوسة أو عرضها للمريض أو إرشاده إليها وتسهيل تعاظيه لها يكون فعله مجرماً ومعاقب عليه، ويجري عليه حكم القانون، أسوة بسائر الناس<sup>1</sup> بل أشدّ من ذلك، بسبب استغلاله لمهنته لنشر تلك السموم، وعلّة ذلك أنّ المشرع خوّل فئة الأطباء وائتمنهم -لأسيما الاخصائيين- دون سواهم بوصف المخدرات قصد العلاج أو التخدير، أو التخفيف من حدّة المعاناة والآم الامراض المستعصية، كالسرطان أو كمهدئات للاضطرابات العصبية والعقلية، وعليه فلا ينبغي أن تستغلّ هذه الثقة التي وضعها المجتمع فيهم<sup>2</sup> لأغراض إجرامية بحكم مهنتهم والانحراف بها عن مقاصدها.

في هذا الصدد، نظم المشرع في القانون رقم 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية سابق الذكر، كيفيات وصف المخدرات وشروط صرفها، بحيث ألزم الأطباء بأن تكون الوصفة المتضمّنة للمخدر أو المهلوس محرّرة حسب الشروط العامة للوصفات السابقة الذكر، ولكن في ثلاث نسخ لحفظ واحدة منها، كما أن الصيدلي ملزم بالاحتفاظ بالوصفة الطبية بمجرد صرفها، وعدم إعادتها للمريض حتّى لا يكرّر صرفها<sup>3</sup>، كما أوجب القانون الصيدلي بمسك دفتر خاص بصرف المواد المخدرة، يكون مرقم ومختوم ومصادق عليه من الجهة الوصية ومصالح الامن.

## 2. الركن المعنوي

يتكون الركن المعنوي لجريمة تسهيل تعاظي المخدرات من عنصري القصد الجنائي القصد العام والخاص، والعلم بالفعل ونتيجته، والذي هو مفترض في هذه الحالة على أساس المعرفة الجيدة للمادة المخدرة بحكم المهنة الطبية. فالقصد الجنائي العام هو انصراف السلوك الإجرامي للطبيب بناء على إرادة واعية إلى وصف هذه السموم إلى بعض مرضاه

<sup>1</sup> بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984، ص 416.

<sup>2</sup> شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 144.

<sup>3</sup> عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية

2006، ص 162.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

لغير هدف علاجي ومخالفة نبل الرسالة الطبية وأحكام مدونة أخلاقيات الطب<sup>1</sup>، 6، 7 و28<sup>2</sup>، و29، المتعلقة بعدم جواز توزيع أدوية معروفة بإضرارها الصحية كما قد يكون لسلوك الطبيب في تسهيل تعاطي المخدرات قصد خاص لإكثار من عدد زبائنه أو لغرض كسب الشهرة أو كونه من المتعاطين للمخدرات بالتواطؤ مع أحد مرضاه.

أمّا العلم بتجريم تسهيل تعاطي المخدرات فهو علم مفترض لا سبيل لنفيه، إذ إنّ العلم بأنّ المادة الموصوفة أو المعطاة عن طريق الحقن هي من المواد المخدرة فهو علم حقيقي لا غبار عليه بحكم المهنة والمعرفة العلمية.

### ثالثاً: عقوبة جريمة تسهيل تعاطي المخدرات

بما أنه لكل جريمة عقوبة، فالمشرع كما وضع مواد تجرم الأفعال المتعلقة بالمخدرات المختلفة من تسهيل تعاطيها، حيث خصّها بالمقابل بعقوبة تختلف حسب درجة خطورة كل فعل من الأفعال المتعلقة بمجال المخدرات، وقام بتقسيم العقوبات إلى أصلية وتكميلية<sup>3</sup> في قانون 18/04<sup>4</sup> وإلى جنح وجنايات وما يعيننا في دراستنا، هو جريمة تسهيل تعاطي المخدرات المصنّفة كجنحة، إذ تنص المادة 13 من قانون 18/04 المتعلق بالمخدرات السالف الذكر: " يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من يسلم أو يعرض بطريقة غير مشروعة مخدرات أو مؤثرات عقلية على الغير بهدف الاستعمال الشخصي، يضاعف الحد الأقصى للعقوبة إذا تم تسليم أو عرض المخدرات أو المؤثرات العقلية حسب الشروط المحددة في الفقرة السابقة على قاصر أو معوق أو شخص يعالج بسبب إدمانه أو في مراكز تعليمية أو تربية أو تكوينية أو صحية أو اجتماعية أو داخل هيئات عمومية ".

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92، المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52، السنة 29، بتاريخ: 1992/07/08.

<sup>2</sup> المادة 28: "يمنع على الأطباء توزيع أدوية وأجهزة صحية لأغراض مريحة إلا تحت ترخيص يمنح حسب الشروط المنصوص عليها في القانون ويمنع عليهم، في كل الأحوال تسليم أدوية معرفة بأضرارها."

<sup>3</sup> المواد 04، 05، 09 من قانون العقوبات الجزائري رقم 23/06، المؤرخ في 2006/12/20 الجريدة الرسمية، عدد 84 بتاريخ 2006/12/24.

<sup>4</sup> قانون رقم 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما المؤرخ في 2004/12/25، الجريدة الرسمية عدد.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

فالنص هنا جاء عاما وشاملا للأطباء ولغيرهم بحيث تتحقق الجريمة بمجرد التسليم والعرض على الغير من أجل تعاطي هذه السموم ولو كانت الكمية قليلة وضئيلة لغرض الاستعمال الشخصي فقط.

وتشدد العقوبة على الجاني إذا تمت الجريمة من أجل إغراء القصر لتعاطي المخدرات أو من أجل استغلال الضعف الشخصي لهؤلاء أو للمعوقين ناقصي الإرادة والتميز أو في مراكز معينة كالجامعات أو مراكز إزالة التسمم أو المستشفيات أو السجون.

وعلة ذلك، أن في هذه الأماكن الحساسة تكون احتمالات استجابة الأشخاص أكثر لتعاطي هذه السموم، بسبب عدة عوامل، منها سن المستجابين للتعاطي في المراكز التعليمية كسن المراهقة، وكثرة العدد وضعف الإرادة والشخصية، نتيجة المرض في المستشفيات أو الضغوط النفسية كما في السجون، وأثناء الامتحانات، وعند مراحل العلاج وإزالة التسمم والتخلص من المخدرات في المراكز المعدة لذلك.

أما فيما يخص تسهيل تعاطي المخدرات خاصة في الأماكن المفروشة والأكثر قابلية لذلك حيث يقصدها معتادي الجرائم الأخلاقية جاءت المادة 15 من نفس القانون المتعلق بالوقاية من المخدرات السالف الذكر بتشديد العقوبات حبسا وغرامة لردع هؤلاء من أجل مكافحة هذه الآفة وعدم انجرار الغير إليها بالمخالطة.

غير ان المشرع توجه بالخطاب الى ممتهني الصحة من خلال نص المادة 16 من ذات القانون، وهو موضوع بحثنا حيث تنص على: " يعاقب بالحبس من خمس (05) سنوات إلى خمس عشرة (15) سنة وبغرامة من 500000 دج إلى 1000.000 دج كل من

- قدم عن قصد وصفة طبية صورية أو على سبيل المحاباة تحتوي على مؤثرات عقلية.

- سلم مؤثرات عقلية بدون وصفة أو كان على علم بالطابع الصوري أو المحاباة للوصفات الطبية.

- حاول الحصول على المؤثرات العقلية قصد البيع أو تحصل عليها بواسطة وصفات طبية صورية بناء على ما عرض عليه"، سواء أطباء أو صيادلة أو من في حكمهم

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

من يسهلون لغيرهم استعمال المواد المذكورة والمبينة في المادة الثالثة أعلاه عن طريق وصفات طبية صورية ووهمية أو وصفات تواطئية بالمجاملة أو بدون وصفة، كما في الصيدليات وسواء بمقابل مالي أو مجانا وبتسخير محل لهذا الغرض أو بأي وسيلة أخرى. وهذا يعتبر تطور في المنظومة القانونية والفراغ السابق في تنظيم الوقاية من المخدرات وانتشار الظاهرة بشكل مفرغ ولافت للنظر.

أمّا فيما يخص العقوبات التكميلية فبعد تقرير العقوبات المنصوص عليها في المواد السابقة من قانون 18/04 المتعلقة بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية (م13، م15، م16) يجوز للمحكمة أن تقضي بعقوبات تكميلية حسب المادة 29 من نفس القانون كالحرمان من الحقوق السياسية والمدنية، كالمنع من ممارسة المهنة الطبية لمدة لا تقل عن خمس (5) سنوات، أو غلق المؤسسة أو العيادة أو الصيدلية.

غير أنه فيما يخص الظروف المخففة المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات المعدل والمتمم<sup>1</sup>، فإن القانون الخاص بالوقاية من المخدرات رقم 18/04 وضع استثناء على ذلك، باستبعاد تطبيق ظروف التخفيف المنصوص عليها في المادة 53 من قانون العقوبات، على الجرائم المنصوص والمعاقب عليها في المواد من 12 الى 15 من قانون 18/04.

في هذا السياق تنص المادة 26 من ذات القانون: " لا تطبق احكام المادة 53 من قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في المواد من 12 الى 23 من هذا القانون: أ-إذا استخدم الجاني العنف أو الأسلحة.

ب-إذا كان الجاني يمارس وظيفة عمومية وارتكب الجريمة أثناء تأدية وظيفته.

ج-إذا ارتكب الجريمة ممتهن في الصحة او شخص مكلف بمكافحة المخدرات او استعمالها...".

إن علة التشديد هو أنّ المشرع قد رخص للأطباء دون سواهم في وصف واستعمال هذه السموم لأغراض علاجية، لكن هذا الحق ليس مطلقا بل تحكمه ضوابط. فإذا ما خالف الطبيب الأهداف المتوخاة من استعمال هذه المخدرات باستغلال ثقة المجتمع بارتكاب

<sup>1</sup> قانون رقم 23/06، مؤرخ في 2006/12/20، يعدل ويتم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الجرائم المشار إليها أنفا قامت مسؤوليته الجزائية ووقع تحت طائلة العقاب. في هذا الصدد سعت الدولة بالتنسيق مع الأمن والمجتمع المدني في إطار مكافحة الإجرام، وآفة المخدرات بصفة خاصة وبحضور الطلبة وممثلي وزارة الشؤون الدينية والأطباء النفسانيين إلى تنظيم عدة ملتقيات ومعارض وأبواب مفتوحة، للتصدي لهذه الآفة، كما قامت الدولة في هذا الشأن بحملات تحسيسية وصل عددها في سنة 2006 إلى 84 حملة ونصّبت لهذا الغرض خلايا الإصغاء والنشاط الوقائي<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني

#### جريمتي إفشاء السر الطبي

#### وامتناع الطبيب عن تقديم مساعدة

يتفق الفقه والقضاء على أن حماية الحياة الخاصة تدخل ضمن حقوق الفرد حتى لا يتلقى أي عرقلة في ملكاته المعنوية أو الروحية<sup>2</sup>. فكيف تتحقق هذه الجريمة وماهي حالات إباحة إفشاء السر الطبي؟ (فرع أول) ثم نبحت جريمة امتناع الطبيب (فرع ثاني).

#### الفرع الأول

#### جريمة إفشاء السر الطبي

سنبين أركان قيام جريمة افشاء السر الطبي والعقوبة المقررة لها ثم نتناول حالات إباحة إفشاء السر الطبي.

#### أولاً: مفهوم السر الطبي

السر الطبي هو من بين الالتزامات الأساسية الملقاة على أعوان الدولة، بل انه من أهم السلوكات المهنية التي ينبغي عليهم التحلي بها، لأنّ الحق في الخصوصية هو حق جوهري للإنسان، ومكرس دستوريا في أغلب التشريعات، ومنها التعديل الدستوري سنة 1996 حيث جاء في مادته 39 على أنه: " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة

<sup>1</sup> مجلة الشرطة، مقال من إعداد وهيبة ث، العدد 87، جوان 2008.

<sup>2</sup> LUCIE LAMARCHE, Pierre Bosset 'les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne, Paris, 1996, p 110.

شرفه...<sup>1</sup>.

### 1. الأساس الفقهي لمفهوم السر الطبي

مما يلاحظ عموماً أن السرّ الطبي انطلق من فكرة كونه واجب أخلاقي، يستمدّ مضمونه من تقاليد المهنة، وهو مقرون في نفس الوقت بواجب قانوني تلتزم به فئة من الناس تقتضي أصول مهنتهم أن يطلعوا على معلومات ينبغي أن تبقى في طي الكتمان، وكشفها يعدّ تعدياً على الثقة التي ربطت علاقة الطبيب بالمريض، كما يعدّ خرقاً لقواعد قانونية تستوجب قيام المسؤولية الجزائية، فلو أتيح للطبيب إفشاء الأسرار لأحجم المرضى عن عيادة الأطباء خشية افتضاح أسرارهم.

ففي هذا الصدد، تنازعت نظريتان فقهيتان حول تحديد وضبط مفهوم السر الطبي وهما نظرية المصلحة الخاصة المتمثلة في نظرية العقد، ونظرية المصلحة العامة المستمدة من الالتزام القانوني والتي تمسّ بالنظام العام.

ففي حين يرى أصحاب النظرية الأولى، بأنّ مصلحة المريض الخاصة تقتضي ألاّ تفضى أسرارهم، ولا أن تخرق خصوصيته في التكتّم، بسبب العقد الضمني الذي يربط الطبيب بالمريض، وما يترتب من التزامات متقابلة، من ضمنها أن يدلي المريض إلى الطبيب ببعض أسرارهم الشخصية وربما العائلية والأسرية، وفي المقابل فإنّ الطبيب يعلم وهو يتلقى ذلك أنّه ليس له الحق في التصرف خلاف لما يريده المريض، وأنّه يتمتع عليه البوح بما أسرّ به إليه<sup>2</sup>.

بينما يرى أصحاب النظرية الثانية، أو نظرية المصلحة العامة، أنّ السرّ الطبيّ يعدّ بمثابة قاعدة من قواعد النظام العام، فالمصلحة العامة هي التي تبرّر واجب الكتمان الملقى على عاتق الطبيب، واحترام خصوصية الفرد مرهون بالمصلحة العامة، التي تكون محلّ حماية قانونية بالنصوص الأساسية للدولة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> التعديل الدستوري بتاريخ 1996/11/28، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم: 438/96 بتاريخ 1996/12/07 الجريدة الرسمية. العدد 76 بتاريخ 1996/12/08.

<sup>2</sup> محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 121.

<sup>3</sup> Khadir Mohamed Hannouz Mourad, la responsabilité de contrôle et d'expertise, office des publications universitaires d'Alger, 2003, p 640.

## 2. تعريف السر الطبي

يعرف السر الطبي، بأنه كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيًا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض وعلاجه، سواء حصل عليها الطبيب من المريض نفسه، أو علم بها أثناء أو بسبب ممارسة مهنته<sup>1</sup> وعرفه الفقه الفرنسي<sup>2</sup> بأنه كل ما يعهد به إلى ذي مهنة ويضر إفشاءه بالسمعة والكرامة.

على هذا الأساس، فإنّ كل المعلومات والبيانات والأخبار التي علمها الطبيب عن حالة المريض الصحية تعدّ سرًا، يلتزم بالمحافظة عليه وعدم إفشاءه، أيًا كان الطريق الذي توصل به إلى هذه المعلومات والبيانات، إذ يستوي أن يكون الطبيب قد علم بها بنفسه أثناء ممارسة الكشف على المريض، أم أنّ هذا الأخير أودع لديه هذه المعلومات<sup>3</sup>. بمعنى آخر أنّه يعدّ في حكم السر، كل أمر يكون بطبيعته ولملابساته من الظروف وخلافه من اعتبارات أخرى سرًا، ولو لم يطلب صاحبه ذلك، بل ولو لم يدل به إلاّ إدلاء.

فكل أمر ترمى إلى علم الطبيب عن طريق الخبرة الفنية، أو الحدس أو حتىّ المباغته ولو لم يذكر له المريض شيئًا عنه، فيعدّ من قبيل السر. <sup>4</sup> فإذا أخلّ الطبيب بهذا الالتزام قامت مسؤوليته، وللإلمام بجريمة إفشاء السر الطبي والإحاطة بمعالمها من كل النواحي يجب أن نغوص أولاً في البحث عمّا يعدّ سرا وكيفية إفشاءه والعقوبة المقررة له ثم إلى الأحوال التي يباح فيها للطبيب هذا الإفشاء.

## ثانياً: أركان جريمة السر الطبي

كما يستلزم لقيام كل جريمة توافر أركانها، تتكون هذه الجريمة من ركنين مادي ومعنوي وركن شرعي.

### 1. الركن المادي

ويتكون هذا الركن من ثلاثة عناصر، فعل الإفشاء ووسائله، وأن يكون موضوع الإفشاء سرا، ووقوعه من الطبيب المعالج.

<sup>1</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الطبعة 1989، دار النهضة العربية، ص 4.

<sup>3</sup> محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق ص 120-121.

<sup>4</sup> سمير عبد السميع الأذنون، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 316.

أ. فعل الإفشاء

هو اطلاع الغير على السرّ والشخص الذي يتعلق به<sup>1</sup>، وعليه فالإفشاء هو نوع من الإخبار، وجوهره نقل المعلومات المتعلقة بشخص ما كان متكتمًا عليها وأودعها لدى الطبيب أو اكتشفها هذا الأخير عن طريق الفحص، ومجرد الكشف عن واقعة السرّ لا يعدّ إفشاء إنّما يتعيّن تحديد الشخص الذي يتّصل به، فبيان هذا الشخص شرط أساسي لتصور المجني عليه ومعرفته، ولقيام علّة التجريم المتجسدة في حماية مصلحة هذا الشخص<sup>2</sup>.

بناء على هذا يجوز للطبيب أن يمثل بالوقائع، شريطة إلّا يشير إلى أسماء أو صفات أو وقائع قد تستنتج منها شخصية المريض، فالطبيب ملزم بكتمان ما يخبره مريضه من معلومات يحتفظ بها لديه ويؤتمن عنها، فهو التزام قضت به المادة 24 من قانون الصحة 11/18<sup>3</sup> بنصها: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون. ويشمل السرّ الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة. يمكن أن يرفع السرّ الطبي من طرف الجهة القضائية المختصة. كما يمكن رفعه بالنسبة للقصر أو عديمي الأهلية بطلب من الزوج أو الأب أو الأم أو الممثل الشرعي."، والمادة 169 فقرة 41 من ذات القانون.

و نفس المعنى أكدته المادة 36 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب<sup>5</sup> والتي اوجبت على الممارسين الطبيين الاحتفاظ بالسرّ المهني، إلّا إذا أعفاهم القانون من ذلك و لا يشترط في الإفشاء أن يقع على كامل جزئيات السرّ المهني، بل يكفي إيداع جزء منه، كما لا يتطلب لقيام هذا الفعل العلانية، بل يكفي البوح بسرّ لشخص واحد ولو كان طبيبًا بدوره ماعدا في إطار التشاور والتنسيق لتبادل المعلومات بين الأطباء المعالجين في شكل فريق طبي<sup>6</sup> ذلك

<sup>1</sup> منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 160.

<sup>2</sup> منير رياض حنا، المرجع السابق ص 161.

<sup>3</sup> قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

<sup>4</sup> المادة 169 فقرة 1: "يمارس مهني الصحة مهنته بصفة شخصية، ويجب أن يلتزم بالسرّ الطبي و/أو المهني."

<sup>5</sup> مرسوم تنفيذي رقم 276/92، المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

<sup>6</sup> المادة 169: "يمارس مهني الصحة مهنته بصفة شخصية، ويجب أن يلتزم بالسرّ الطبي و/أو المهني. عندما يتدخل المهنيون ضمن فريق للتكفل بمريض فإنّه يجب توزيع المعلومات التي تحصل عليها أحد أعضاء الفريق على كل الأعضاء الآخرين وذلك في مصلحة المريض."

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

أنّ المريض يختار طبيبا بعينه، لذا يتوجّب عليه أن يمك عن الإفشاء بالسرّ، وطالما أن الكتمان مفروض على الطبيب ما امتدّت به حياة المريض، فإنّه لا يحق له ذكر السرّ بعد وفاته وهو ما فرضته المادة 41<sup>1</sup> من مدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر، إلّا لإحقاق حقوق.

وقد تتعدّد وسائل إفشاء السرّ، فقد تكون شفاهة بالمحادثة، وقد تكون بالنشر في الصحف والدوريات العلمية، أو عن طريق الملفات الطبية والشهادات، كما في الحالات التي تصدر فيها نشرات طبية، بمناسبة إصابة أو مرض رؤساء الدول والشخصيات البارزة في المجتمع الدولي<sup>2</sup>، ومثال ذلك التقارير التي نشرت بخصوص ظروف وفاة الرئيس الفلسطيني ياسر عرفات، حيث تضمّنت بيانات ومعلومات حول كافة التحاليل، التي أجريت للرئيس الراحل بهدف الوصول إلى الأسباب الحقيقية للوفاة، وهذا من أجل إعلام الرأي العام بها لأن حالة الرؤساء الصحية تهم الجميع ومن حق الشعب الاطلاع عليها، بتصريح من السلطات المعنية، ومن أسرة الرئيس وهذا لتفادي مشاكل سياسية قد تحدث من جراء الإخفاء.

### ب. أن يكون موضوع الإفشاء سرا

من الصعب أن نجد معيارا صادقا يحدّد معنى السرّ فالبعض يرى أن السرّ هو كل ما يضر إفشائه بالسمعة أو بالكرامة، والبعض الآخر يجد أن كل نبا يجوز أن يعدّ سراّ ولو غير مشين بمن يريد كتمانها، المهم أنّه قد يلحق ضررا بشخص ما بالنظر إلى طبيعة النباّ أو إلى ظروف الحال.

تأسيسا على ذلك، لا يجوز للطبيب أن يذكر شيئا عن نوع المرض لمريضه، ذلك أنّه لا يصح أن يترك للطبيب سلطة تقدير ما يجوز إفشائه وما يجب كتمانها، طالما أنّه لا يستطيع التنبؤ بما سيرتبه الإفشاء من آثار على المريض، وينبغي أن يصل السرّ إلى الطبيب بحكم مهنته حتّى ولو لم يطلب منه الكتمان، وحتّى ولو لم يدل به المريض، بل اكتشفه الطبيب مصادفة عن طريق الفحص استنادا إلى مهاراته.

ومهما يكن من امر فإن الطبيب ملزم بعدم إفشاء ما توصل إليه وما احتفظ به، إذ إنّ

<sup>1</sup> المادة 41 من م.أ.ط.ج: "لا يلغى السرّ المهني بوفاة المريض إلّا لإحقاق حقوق".

<sup>2</sup> شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 106.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

المواد<sup>1</sup> 37، 39، 40، من مدونة أخلاقيات الطب جاءت شاملة، لكل ما يصل إلى الطبيب بحكم عمله، ويشمل كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه من خلال تدوينه والاحتفاظ به في ملف المريض.

غير أنه لا يعتبر سرّاً كل ما هو معلوم وظاهر إلى حد لا جدوى من إخفائه، ومثال ذلك لا يفشي طبيب العيون سرّاً إذا قال أنّ شخص له عين زجاجية، إذ هذا الأمر ظاهر للعيان كما لا تعدّ الشهادات الطبية إفشاء للسر المهني، إذا كان الطبيب ممثلاً لشركة ما وتختار موظفيها لتولي مناصب حسّاسة في الشركة، بعرضهم على الفحص الطبي من أجل أخذ رأيه في ملائمة موظّف لتولي منصب ما.

لكن في حالة عدم ملائمة الشخص لشغل ذلك المنصب لا يجوز للطبيب أن يسبّب رأيه بذكر نوع المرض المانع للملائمة، وفي هذا الصدد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب عندما ذكر في تقريره تشخيص المرض الذي يعاني منه شخص تقدم بطلبه للعمل في إحدى شركات الطيران<sup>2</sup>.

### ت. وقوع الإفشاء من الطبيب

لم يبين قانون الصحة 11/18 الأشخاص الملتزمين بكتمان السر، بل أوردتهم بصياغة شاملة على أساس مهنتهم، بالقول في المادة 169: " يمارس مهني الصحة مهنته بصفة شخصية، ويجب أن يلتزم بالسرّ الطبي و/أو المهني. عندما يتدخل المهنيون ضمن فريق للتكفل بمريض فإنّه يجب توزيع المعلومات التي تحصل عليها أحد أعضاء الفريق على كل الأعضاء الآخرين وذلك في مصلحة المريض." وكذلك فعل المشرع في قانون العقوبات<sup>3</sup>، هو الآخر حيث عدّدهم على سبيل المثال، لا الحصر وهذا ما نصت عليه المادة 301/ ف1 بقولها: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 100000

<sup>1</sup> المادة 39 من م.أ.ط.ج: " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزته من أي فضول."

المادة 40 من نفس المدونة: " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان، عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية، على عدم كشف هوية المريض."

<sup>2</sup> حسن علي الذنون، المسوّط في شرح القانون المدني (الخطأ)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 531.

<sup>3</sup> قانون رقم 23/06، مؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

دج الأطباء والجراحون والصيدالدة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب. عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك".

والقانون بهذا التجريم أراد أن يحمي مصلحة من تحتم عليهم الضرورة الى البوح بأسرارهم إلى هذه الفئة بصفة عامة، والأطباء بصفة خاصة باعتبارهم أكثر الاطلاع عن أسرار الحياة الخاصة بطبيعة عملهم وهو ما جاءت به مواد مدونة اخلاقيات الطب سالفه الذكر، وعكس قانون الصحة توجه خطابها الى الأطباء وجراحي الاسنان على أساس أنهم الأكثر احتكاكا بالمرضى واسرارهم من جهة، ومن جهة أخرى باعتبار ان المدونة تخص هذه الفئة من مهنيي الصحة فقط، لا أكثر.

### 2. الركن المعنوي (القصد الجنائي)

جريمة الإفشاء عمدية، يجب لقيامها توافر القصد الجنائي، فلا تقوم بالإهمال أو عدم الاحتياط حيث لا يعدّ مرتكب جريمة إفشاء السر الطبي، ذلك الطبيب الذي يهمل إخفاء ورقة متضمّنة أسرار مريضه على أنظار المرضى الآخرين، نتيجة تركها فوق المكتب مما يمكن لشخص ما الاطلاع عليها<sup>1</sup>، والقصد الجنائي الذي يتطلبه القانون لقيام هذه الجريمة هو القصد العام، فينبغي أن يعلم الأمين على السر بكافة عناصر الجريمة، أي أنّ يفشي واقعة لها صفة السر المهني يلزمه القانون بكتمانها، كما يجب أن تتّجه إرادته إلى السلوك المحقّق للجريمة وهو فعل الإفشاء وتحقيق النتيجة، حتّى ولو لم يكن لدى الأمين على السر نية الإضرار بصاحب السر إذ لا يستلزم هذا الجرم قصدا خاصا.

### ثالثا: عقوبة جريمة إفشاء السر الطبي

بتوافر كل الشروط والأركان السالفه الذكر، في حق كل ممارس طبي أو من في حكمه كتابيه، تقوم جريمة إفشاء السر الطبي وتطاله العقوبة المنصوص عليها في المادة 301 فقرة 1، التي جاءت شاملة للممارسين الطبيين وشبه الطبيين الذين يعملون كمساعدين وتسمح لهم ظروف عملهم بالاطلاع على أسرار المرضى اذ تنص المادة 301 فقرة 1 من قانون العقوبات<sup>2</sup>: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى

<sup>1</sup> منير رياض حنا، المرجع السابق ص 166.

<sup>2</sup> قانون 23/06، المعدل والمتمم للأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

100000 دج، الأطباء والجراحون وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاؤها ويصرح لهم بذلك".

### رابعاً: حالات إباحة إفشاء السر الطبي

تطرقنا فيما سبق لأساس كتمان السر الطب، الذي تتنازعه نظريتان نظرية المصلحة الخاصة والتي مفادها المحافظة على أسرار المرضى وعدم إفشائها بسبب ارتباط الطرفين (الطبيب والمريض) في أكثر الأحوال بعلاقة عقدية<sup>1</sup>، ونظرية المصلحة العامة للمجتمع وأفراده في عدم إفشاء السر المهني، الذي يعدّ من النظام العام في تأمين العلاج للعامة مع المحافظة على خصوصية كل شخص<sup>2</sup>، بيد أنّ المتأمل في النظريتين يجد أنّه لا تتناقض في ذلك، لأنّ كلتا النظريتين مكملتان للأخرى، ذلك أنّ المجتمع هو مجموعة أفراد وبالتالي فكلاهما أجدر بالحماية.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 37 من المرسوم 276/92 السابقة الذكر حيث أدمج النظريتين، حتّى لا يعطي للأطباء فرصة استغلال العلاقة التعاقدية الناشئة بين المريض والطبيب لإفشاء أسرارهم، والتي تؤدي حتماً للإضرار بمصالح المجتمع كله، بأن يفقد المرضى الثقة في المنظومة الصحية ككل، وبالتالي يكون تفشي الأمراض والأوبئة وتحطيم كيان الدولة.

غير أنّه استثناء من تجريم وعقوبة إفشاء السر الطبي، هناك حالات يجوز فيها الإفشاء دون تحقق الجريمة بزوال الصفة الجنائية عن فعل الإفشاء، وهذا ترجيحاً لمصلحة الإفشاء عن مصلحة الكتمان، أكان ذلك برضا المريض أو لأسباب أخرى، وهذا ما سنتناوله في عنصرين، حيث نتناول في الأول أسباب إباحة إفشاء السر الطبي للمصلحة العامة، وإباحة السرّ الطبي للمصلحة الخاصة في الثاني.

### 1. إفشاء السر الطبي للمصلحة العامة

في مقابل كتمان السر الطبي ألزم القانون الطبيب بالإفشاء في حالات محدّدة ومعينة ذكرها في نصوص متفرّقة من أجل المصلحة العامة كالتبليغ عن الولادات، والوفيات أي

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998، ص 930.

<sup>2</sup> M.Benezech ، B.Horeini، le secret médical, confidentialité et discrétion en médecine, Paris, 1996, p 18.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الخاصة بالحالة المدنية، وحالة الإفشاء من أجل الصحة والأمن العامين، كالتبليغ عن الجرائم والأمراض المعدية، وحالة الإفشاء لهدف حسن سير العدالة.

### أ. أسباب إباحة إفشاء السر الطبي الخاصة بالحالة المدنية

أشار إلى هذه الأسباب قانون الحالة المدنية في نصوص متعدّدة منها التبليغ عن المواليد سواء من الأشخاص أو مهنيي المستشفيات واقسام الولادة، وكذا بالنسبة لحالات الوفيات.

#### • التبليغ عن المواليد:

عالج المشرع مسألة التبليغ عن الولادات بنصه في المادة 61 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية: "يصرّح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية..."<sup>1</sup>. فقد حدد المشرع مدة التبليغ بخمسة أيام، وهي تختلف من تشريع لآخر، لكن الشيء المتفق عليه، هو أن التبليغ عن الولادة أمر إجباري، من قبل الطبيب أو القابلة أو في الحالات التي تحدث فيها عملية الولادة، سواء داخل أو خارج المستشفيات أو المراكز الصحية المخصصة لذلك، أو في مسكن خاص، وهذا ما نصت عليه المادة 62 من نفس الأمر السابق الذكر بما يلي: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلاّ فالأطباء والقابلات وأيّ شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده".

وهذا يعني أن الالتزام بالتصريح عن الولادة يقع على الطبيب أو القابلات على غرار ذوي الشأن، أو أي شخص حصلت عنده واقعة الولادة، ممّا يستدل منه أن التبليغ عن الولادة للجهات المعنية لا يعتبر إفشاء للسر الطبي حتّى ولو كانت الولادة ناتجة عن حمل غير شرعي<sup>2</sup> عملا بالاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الانسان والطفل المصادق عليها من قبل الدول لصون حقوق الام والطفل.

#### • التبليغ عن الوفيات:

نصت المادة 78 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية على أنّه: " لا يمكن أن يتم

<sup>1</sup> أمر رقم 20/70 مؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 12، بتاريخ 1970/02/27.

<sup>2</sup> موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 148.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية، مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة ولا يمكن أن يسلم الترخيص إلا بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية...". وأكدت ذلك المادة 204 من قانون الصحة سالف الذكر<sup>1</sup>.

ولاشك أن الطبيب المعين للوفاة أو الجثة -حاليا الطبيب الشرعي - والذي يقوم بإعداد شهادة تثبت وفاة الشخص لا يعد مرتكبا لجريمة إفشاء السر الطبي، بل تدخل ضمن عمله حسب ما نصت عليه المادة 200<sup>2</sup> من قانون الصحة 11/18، حيث يقوم بتدوين كل الآثار الظاهرة على الجثة فيها طبيعة الوفاة وتاريخها، وذلك لإحقاق حقوق الورثة، هذا في حالة الوفاة الطبيعية، أما إذا كانت غير طبيعية فعلى الطبيب تبليغ الجهات الرسمية والقضائية بذلك لفتح تحقيق من أجل معرفة أسبابها قبل زوال المعالم الحقيقية من الجثة أو لمنع انتقال العدوى.

كما أن القانون يلزم الطبيب بالتبليغ عن وفاة الطفل سواء أثناء الولادة أو بعدها بقليل ففي قضية<sup>3</sup> تتخلص وقائعها، بأن فتاة حملت من سفاح ووضعت بمساعدة طبيب في منزل والدها إلا أن الطفل توفي بعد لحظات من الولادة، فاعتقد الطبيب أنه لا داعي للتبليغ وعلى الأخص فإن ذلك فيه ستر للفضيحة، فلما انتشر الخبر قدم الطبيب للمحاكمة وقضى عليه بالعقاب لعدم تبليغه عن الولادة.

### ب. أسباب إباحة إفشاء السر الطبي من أجل الصحة والأمن العامين

نتناول في هذا الشأن مسألتين جد هامتين، هي إفشاء السر الطبي من أجل الصحة العامة، ونقصد بها الضرورة الملحة على الطبيب، في أن يبلغ الجهات المختصة عن الحالات المرضية الخطيرة والمهددة للصحة العامة، من أجل الحفاظ على سلامة الأشخاص من الأوبئة، وانتشار العدوى في أوساط المجتمع حسب نص المادة 200 من قانون الصحة سالف الذكر، والمسألة الثانية هي التبليغ من أجل الأمن العام على الجرائم التي تصل إلى

<sup>1</sup> المادة 204 من قانون الصحة 11/18: "لا يتم الدفن إلا على أساس شهادة طبية لإثبات الوفاة يعدها طبيب حسب الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم. تبين هذه الشهادة المحررة حسب نموذج تعده الإدارة المختصة، سبب أو أسباب الوفاة وعند الاقتضاء، المعلومات المفيدة للصحة العمومية وفق شروط تضمن سرّيتها.

<sup>2</sup> المادة 200: "في حالة وفاة مشبوهة أو عنيفة أو وفاة في الشارع وفي حالة وفاة بمرض منتقل يمثل خطرا كبيرا على الصحة العمومية، لا يسلم الطبيب المعني إلا شهادة لإثبات الوفاة، ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجثة، مع احترام الإجراءات التنظيمية المعمول بها."

<sup>3</sup> محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفضى سرا من أسرار مهنته، ص 680.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

علم الطبيب، كحالات الاعتداء والعنف الممارس على الفئات الضعيفة كالنساء<sup>1</sup> والأطفال والمسنين<sup>2</sup> وعديمو الاهلية والمحوسين<sup>3</sup>، والمادة 198<sup>4</sup> من ذات القانون.

فكلتا الحالتين تشتركان في كون الهدف من الإفشاء هو توكي الحذر وإعلام السلطات بالخطر المهدد لأمن واستقرار المجتمع فالطبيب يرجح كفة الإفشاء بالسر عن الالتزام بالكتمان من أجل إنقاذ ووقاية المجتمع من الأمراض المعدية أو من الجرائم.

### - إفشاء السر من أجل الصحة العامة:

إن كون المصلحة العامة أولى بالحماية من المصلحة الخاصة، ولا شك في أن الطبيب ملزم بالإبلاغ<sup>5</sup> قانونا عن الأمراض المعدية سواء أوبئة أو أمراض تناسلية أو مهنية أو عقلية من أجل اتخاذ التدابير الوقائية والعلاجية من طرف السلطات المعنية، وهذا ما ذهب إليه المشرع في نص المادة 39 من قانون الصحة 11/18: " يجب على كل ممارس طبي التصريح فوراً للمصالح الصحية المعنية بكل حالة مشكوك فيها أو مؤكدة من الأمراض الواردة في قائمة الأمراض ذات التصريح الإلزامي المذكورة في المادة 38 أعلاه، تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون".

ولا يعدّ الإبلاغ في هاته الحالة إفشاء للسر الطبي بل هو واجبا تنفيذا لأمر القانون حسب ما نصت عليه المادة 39 من قانون العقوبات بقولها: " لا جريمة إذا كان الفعل قد

<sup>1</sup> المادة 69: "تضمن حماية صحة الأم والطفل بواسطة كل التدابير الطبية والنفسية والاجتماعية والتربوية والإدارية التي تهدف، لا سيما إلى ما يأتي: -حماية صحة الأم قبل وأثناء وبعد الحمل؛ -ضمان الظروف الصحية للطفل ونموه".

<sup>2</sup> المادة 86: "تتولى الدولة إعداد وتنفيذ برامج لحماية صحة الأشخاص المسنين. يستفيد الأشخاص المسنون، لا سيما المصابون بأمراض مزمنة أو المعوقون من كل الخدمات المتعلقة بالعلاج وإعادة التكيف والتكفل التي تتطلبها حالتهم الصحية".

<sup>3</sup> المادة 101: "تضع الدولة برنامجا وطنيا للصحة في الوسط العقابي يشمل النشاطات التي تسمح بوقاية صحة المحوسين وحمايتهم وترقيتها وحفظها والعلاج الاستعجالي والعلاج القاعدي والتكفل بالأمراض التي تم الكشف عنها، والوقاية من الأخطار الوبائية والمساعدة النفسية. ويتولى القيام بهذه النشاطات مستخدمو الصحة في مصالح الصحة للمؤسسات العقابية و/أو الهياكل والمؤسسات العمومية للصحة. تتولى مصالح الوزارة المكلفة بالصحة المختصة إقليميا، مراقبة ومتابعة نشاطات هياكل الصحة في الوسط العقابي. "

<sup>4</sup> المادة 198 من قانون الصحة 11/18: " يتعين على مهنيي الصحة، خلال ممارسة مهامهم، إعلام المصالح المعنية بحالات العنف التي اطلعوا عليها والتي تعرض لها، لا سيما النساء والأطفال والمراهقون القصر والأشخاص المسنون، وعديمو الاهلية والأشخاص مسلوبو الحرية".

<sup>5</sup> محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 127.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

أمر أو أذن به القانون...".

ضف إلى ذلك أن قانون الأسرة الصادر بالأمر رقم 02/05 الزم إجراء الفحوص الطبية قبل الزواج، وإعلام الطرفين المقبلين على الزواج بكل مرض مكتسب أو وراثي يعاني منه أحدهما حسب المادة 07 مكرر منه<sup>1</sup> تغليبا لمصلحة المجتمع على الالتزام بالسر الطبي كما يجب على الطبيب ألاّ يمتنع عن التصريح بموجب شهادة طبية بحجة السر الطبي عن المرضى عقليا، خاصة إذا كان هؤلاء يشكّلون خطرا<sup>2</sup>

كما أن الطبيب يتحرر من السر الطبي في حالة اكتشافه لمرض مهني<sup>3</sup> كتلك الناتجة عن تفاعلات أو ترسبات لمواد كيميائية في الجسم، بالتبليغ عليها للسلطات لاتخاذ ما تراه من التدابير لمنع انتشار العدوى، كما في حالات الالتهاب الكبدي، لصون حق العامل في مواجهة صندوق الضمان الاجتماعي ومراقبة توفر شروط العمل، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية<sup>4</sup>.

### - إفشاء السر من أجل الأمن العام:

يقصد بإفشاء السر الطبي من أجل الأمن العام، حالة تبليغ السلطات عن الجرائم التي علمها الطبيب عند ممارسته لمهنته أو بسببها، وينطوي ذلك تحت مفهوم الالتزام العام لأي شخص بالإبلاغ عن تلك الجرائم، تغليبا للصالح العام، حتّى ولو بإفشائه لسر المريض، إذ لا يعقل أن يكون السر هو التستر على الإجراء وحماية المجرمين.

ففي هذه الحالات يكون التبليغ سواء بعد أو قبل وقوع الجريمة عن سوء معاملة النساء والأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارستهم مهنتهم. ولما كان الطبيب فرد من هذا المجتمع فإنّ التبليغ واجب عام يقع على عاتق كل شخص

<sup>1</sup> تنص المادة 07 مقرر من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 2005/02/27، على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض...".

<sup>2</sup> انظر المواد من 125 إلى 164 من قانون 11/18.

<sup>3</sup> أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 150.

<sup>4</sup> القانون رقم 13/83 المؤرخ في 02 يونيو 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية، العدد 28، السنة 20، بتاريخ 05 يوليو 1983.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

تصل الى علمه معلومات عن محاولة الإخلال بالأمن العام طبقا لنص المادتين 198<sup>1</sup>، 200<sup>2</sup> من قانون الصحة 11/18.

على الأطباء أن يبلغوا

كما أكدت ذلك المادة 12 من مدونة أخلاقية الطب سالفة الذكر بأنه: " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص شخص سلب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو كان ذلك لمجرد حضوره، وإذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرّض للتعذيب أو لسوء المعاملة، يتعيّن عليه إخبار السلطة القضائية بذلك، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يساعد أو يشارك أو يقبل أعمال تعذيب أو أي شكل آخر من أشكال المعاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهنية مهما تكن الحجج، وهذا في كل الحالات والظروف بما في ذلك النزاع المدني أو المسلح، ويجب أن لا يستعمل الطبيب أو جراح الأسنان معرفته أو مهارته أو قدرته لتسهيل استعمال التعذيب أو أي طريقة قاسية لا إنسانية أو مهنية مهما يكن الغرض من وراء ذلك." ونفس الالتزام أكدت المادة 54 من ذات المدونة: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر أو بشخص معوق إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة".

إن كل هذه النصوص توجب على الطبيب تبليغ الجهات المختصة عن وقوع جريمة أو التبليغ عن السر لمنع وقوع الجريمة.

### - إفشاء السر الطبي لحسن سير العدالة:

إن التشريعات والنصوص القانونية المتفرقة جاءت بأحكام ملزمة توجب الطبيب بإفشاء السر الطبي لتسهيل عمل القضاة في الوصول إلى الحقيقة وإحقاق الحقوق، غير أنّ هذا الالتزام ليس مطلقا في مجمله، بل تردّ على ذلك استثناءات توافر شروط حتى يكون الإفشاء

<sup>1</sup> المادة 198: " يتعيّن على مهنيي الصحة، خلال ممارسة مهامهم، إلام المصالح المعنية بحالات العنف التي اطلعوا عليها والتي تعرض لها، لا سيما النساء والأطفال والمراهقون القصر والأشخاص المسنون، وعديمو الأهلية والأشخاص مسلوبو الحرية."

<sup>2</sup> المادة 200: " في حالة وفاة مشبوهة أو عنيفة أو وفاة في الشارع وفي حالة وفاة بمرض منتقل يمثل خطرا كبيرا على الصحة العمومية، لا يسلم الطبيب المعني إلا شهادة لإثبات الوفاة، ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجنّة، مع احترام الإجراءات التنظيمية المعمول بها."

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

مباحا من الممارس الصحي أو الخبير.

ولا شكّ أنّه أمام هذا التعارض بين واجبين، حفظ السر المهني، وواجب أداء الشهادة أمام القضاء، يصبح من الضروري على الطبيب الموازنة بين هذين الواجبين<sup>1</sup>، حيث أنّه بسكوته وعدم شهادته سيعرّض بريئاً للعقاب، كما أنّ ذلك قد يعرضه لتهمة الامتناع عن الإدلاء بالشهادة أمام القضاء باعتبار ذلك عرقلة لحسن سير العدالة.

ففي هذا الصدد، تمتاز الشهادة بطابعها المعنوي إذ تنصبّ في شكل أقوال وتصريحات تخضع لمطلق تقدير القاضي<sup>2</sup>.

غير أنّ هناك تحفظ صريح ورد على واجب الشهادة في المادة 01/97 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: " كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور، وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة<sup>3</sup>"، فنص الشرط الأول من الفقرة الأولى للمادة المشار إليها أعلاه، يبيّن المبدأ العام المتمثل في الالتزام القانوني بأداء الشهادة، في حين أنّ الشرط الأخير منها تضمّن التحفظ ومراعاة الاحكام العامة، بمعنى أنّ الطبيب المعالج لا يمكنه الإدلاء بشهادته إلاّ برضا المريض نفسه وفي حدود الأسئلة المطروحة عليه، وألاّ يتعدّى إلى أمور لم يطلب منه الإدلاء بها.

إلاّ أنّ هناك استثناء من حكم الشرط الثاني للمادة أعلاه، يتحرر الطبيب بمقتضاه من الالتزام بالسر الطبي وهو حالة الإدلاء بالشهادة أمام القضاء في جريمة الإجهاض نظرا لخطورتها حتّى ولو اعترض المريض على هذه الشهادة، وهذا ما نصت عليه المادة 02/301 من قانون العقوبات : "ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبيّنون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عنها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني".

خلاصة لما سبق نجد أنّه إذا دعي الطبيب للشهادة أمام القضاء، يجب عليه الالتزام بالسر المهني، إلاّ إذا رخص له المريض بذلك واستثناءا يمكن له إفشاء السر المهني

<sup>1</sup> منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 170.

<sup>2</sup> مسعودة زيدة، القرائن القضائية، الطبعة الأولى، موفم للنشر، مصر، 2001، ص 195.

<sup>3</sup> أمر رقم 155/66 مؤرخ في 1966/06/28 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، عدد 48، بتاريخ 1966/06/10 المعدل والمتمم.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

المتعلق بجريمة الإجهاض ولو بدون هذا الأخير، بل حتى ولو اعترض على ذلك.

### - شهادة الخبير أمام القضاء :

بسبب عدم إلمام القاضي بالمسائل التقنية البحتة<sup>1</sup>، يتعين عليه أحيانا الاستعانة بأهل الاختصاص في المسائل المعروضة عليه، والقاضي الجزائري مثل القاضي المدني له سلطة تقديرية في اتخاذ قرار اللجوء إلى الخبرة من عدمه، غير أنه يجدر بنا ان نشير انه لا يجوز ردّ الخبير في المادة الجزائية، خلافا لما هو جار في المادة المدنية<sup>2</sup>.

فالخبير هو الشخص المؤهل فنياً، لتبيان الحقائق والوقائع المتعلقة بالموضوع المطلوب منه إبداء الرأي فيه، وبناء على ذلك يباح له الإدلاء بكل ما علم به من المريض لأنه يجسد المحكمة أو الجهة التي انتدبته ولا يمكن أن يوصف ذلك بأنه إفشاء للسر الطبي.

غير أنه يجب على الخبير أن يعلم المريض بصفته هذه، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية: "يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير، قبل الشروع في أي عملية خبرة، أن يخطر الشخص المعني بمهمته".

لا يمكن أن يستغل الخبير ثقة المريض للإيقاع به، حيث يتبادر إلى ذهن المريض أن هذا الأمر يدخل في إطار العلاج لمصلحته، ولقد أشارت المادة 97<sup>3</sup> من مدونة أخلاقيات الطب على أنه لا يجوز أن يكون الطبيب معالجا وفي ذات الوقت خبيراً. وإذا حدث ذلك يمكن لهذا الأخير أن يرفض مهمة الخبرة<sup>4</sup> لأن الخبير يمثل المحكمة أو الجهة التي انتدبته إذ أن عمله لا يتجزأ من عملها بشرط أن يفضي بسره لهذه الأخيرة فقط وفي حدود ما طلب منه.

### 2. إفشاء السر الطبي للمصلحة الخاصة

قد يجد الطبيب نفسه مضطراً إلى إفشاء سر مريضه لضرورات تحتمها عليه حالات كأن

<sup>1</sup> Marion Schnitzler, la communication du dossier médical dans le cadre d'une expertise judiciaire, Gestions hospitaliers Paris, 2005, p 155.

<sup>2</sup> عبد العزيز نويري، الخبرة الطبية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة الجزائرية، العدد 50، 1994، ص 17.

<sup>3</sup> المادة 97 من م.أ.ط.ج: " لا يمكن أحدا أن يكون في ذات الوقت طبيبا خبيراً وطيبيا معالجا أو جراح أسنانا خبيراً وجراح أسنان معالجا لنفس المريض ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل مهمة تعرض للخطر مصالح أحد زبانه أو أحد أصدقائه أو أقاربه أو مجموعة تطلب خدماته، وكذلك الحال عندما تكون مصالحه هو نفسه معرضة للخطر."

<sup>4</sup> عبد العزيز نويري، المرجع نفسه، ص 21.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

يكون ذلك لصالحه في الدفاع عن نفسه من جريمة هو متهم بها أو عندما يرخص له المريض بذلك برضاه.

### أ. الحالات المخول فيها للطبيب إفشاء السر الطبي للدفاع عن نفسه

استقر الرأي على أن للطبيب الحق في كشف السر، دفعا للمسؤولية في نطاق الدفاع عن نفسه، عندما يكون محل اتهام لارتكاب جريمة تمس بسمعته كالجرائم الأخلاقية، ففي هذه الأحوال، يجد نفسه مضطرا لاستعمال حقه في الكشف عن الأسرار المتواجدة في الملفات الطبية أو غيرها، من أجل كشف الحقيقة وإظهار براءته، كما أنه من الثابت قانونا أن الطبيب يتحرر من الالتزام بالسر الطبي عند اتهامه بخطأ طبي، سواء أمام النيابة أو التحقيق أو جهات الحكم التي بإمكانها عقد الجلسة سرية، غير أنه لا يجوز له النشر في الصحف لأسرار مرضاه<sup>1</sup> يضاف إلى ذلك حالة إذا وقع خلاف بينه وبين المريض حول الأتعاب بحسب الجهد الذي بذله أو نوعية العلاج.

ففي كل الحالات ترجح مصلحة الطبيب على مصلحة المريض وبالتالي يباح للطبيب في إفشاء سر المريض بالقدر الكافي من الأسرار التي توجب الكشف عنها تبرئة للطبيب من التهم المنسوبة إليه.

### ب. ترخيص المريض للطبيب بإفشاء السر الطبي

إن رضا المريض، يعدّ سببا لإباحة إفشاء الطبيب للسرّ الطبي، فصاحب الحق الشخصي في السر أولى به أن يفشيه، ومن ثمّ يجوز له أن يطلب ممن اتّمنه على هذا السرّ أن يفضي به نيابة عنه للغير<sup>2</sup>.

فإذا طلب مثلا مريض ما بواسطة زوجته، شهادة بمرضه من الطبيب المعالج، فليس في إعطاء هذه الشهادة إفشاء للسر<sup>3</sup> طالما أنّه انابها عن نفسه، وسار غالبية الفقه على هذا النهج، حيث لا مانع من إفشاء السر بطلب ورضا صاحبه، وهذا ما اكّده المادة 25 من قانون الصحة 11/18 بنصها: "في حالة تشخيص أو احتمال مرض خطير، يمكن أفراد أسرة المريض الحصول على المعلومات الضرورية التي تمكنهم من مساعدة هذا المريض،

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 304.

<sup>2</sup> شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 110.

<sup>3</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 298.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

ما لم يعترض على ذلك. لا يمنع السر الطبي من إعلام أسرة الشخص المتوفى طالما يسمح لها ذلك بمعرفة أسباب الوفاة من أجل الدفاع عن ذاكرة المتوفى أو المطالبة بحقوقه، ما لم يعبر الشخص قبل وفاته على خلاف ذلك".

ومثال ذلك التقرير الذي نشر حول الحالة الصحية للرئيس عبد العزيز "بوتفليقة" عند دخوله مستشفى "فال دوغلاس Val de Grace" الفرنسي بتاريخ 26-11-2005 حيث ظهر الرئيس على شاشة التلفزة، وصرح بأن التقرير الذي نشر حول صحته من قبل الطبيب الخاص به، كان بتريخيص منه هو شخصيا، غير أن إفشاء السر الطبي للمريض إذا كان سيزيده ألما أو يؤزم وضعيته الصحية فمن باب أولى أن يكتم عنه السر حسب ما نصت عليه المادة 151<sup>1</sup> من أخلاقيات المهنة.

يثور التساؤل حول إذا ما توفي المريض، فهل يعدّ رضا ورثته بالإفشاء سببا لإباحته فمن الفقه<sup>2</sup> من أقرّ بحق هؤلاء في الاطلاع على ملف مورثهم، وطلب شهادة طبية تبين حالته الصحية قبل الوفاة ومن جانب آخر رفض فريق الإفشاء على أساس حفظ كرامة الميت حسب ما نصت عليه المادة 41 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>3</sup> السالفة الذكر بقولها: "لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق".

ومن هذا النص نستخلص أن المشرع منع كمبدأ عام على الطبيب أو الورثة إفشاء سر مرض المتوفى، ومع ذلك أقرّ استثناء من هذا المبدأ إفشاء السر إذا كان لمصلحة مشروعة ومثال ذلك حق ورثة النافع المتوفى في الحصول على شهادة تثبت إصابة مورثهم بعاهة عقلية لإثبات عيب التصرف من مورثهم في مرض الموت، وبناء على ما سبق يمكننا القول إنّه متى صدر الرضا صحيحا من صاحب السر إلى من استودعه عليه حسب الشروط ودون مخالفة القوانين المانعة للإفشاء، أمكن للطبيب أن يفضي بما لديه من أسرار دون أن يترتب على ذلك أي مسؤولية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المادة 51: "يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر. ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر والاحتراز."

<sup>2</sup> سمير عبد السميع الأوزن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 322.

<sup>3</sup> مرسوم تنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: المرجع السابق.

<sup>4</sup> عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص 305.

## الفرع الثاني

### جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة

من الطبيعي أن تمر أي مهنة من المهن، بمراحل تطور حتى تتلاءم مع متطلبات ومتغيرات المجتمع، وبذلك تتحدّد معالمها ومفاهيمها، وكذا الشأن بالنسبة للمهن الطبية، إذ كان من حق الطبيب سابقا رفض علاج مريض ما، لعدّة اعتبارات، كما كان للمستشفى الحق في أن يمتنع عن استقبال المرضى، بحجة عدم قدرتهم عن دفع تكاليف العلاج والإقامة.

غير أنّ ذلك لم يعمر طويلا، إذ تغيّرت الأفكار والمفاهيم، فمفهوم الصحة أصبح من النظام العام وبالتالي برزت للوجود أفكار وقوانين، من أجل تقييد الحريات الفردية للصالح العام وكان أثر ذلك واضحا وملموسا في تقييد حرية الطبيب في ممارسة مهنته، وألقت عليه واجبات والتزامات مستمّدة من أنسنة المهنة ونبل رسالتها، للتخفيف من المعاناة وتقديم المساعدة في وقت الحرب والسلم، وهذا ما نصت عليه جميع التشريعات والتنظيمات الدولية والداخلية، ومنها مدونة أخلاقيات الطب<sup>1</sup> في عدة مواد (م6، م7، م8)، وقبل هذا وذاك أقرّت الشريعة الإسلامية السحاء أخلاق التضامن والمساعدة في الشدائد حيث يقول الله عز وجل: "وتعاونوا على البر والتقوى..."، وقول الرسول (ص): "من فرّج عن مؤمن كربة من كرب الدنيا فرّج الله عليه كربة من كرب الآخرة"، حيث أضحي الامتناع عن تقديم المساعدة جريمة معاقب عليها، لما لهذا النشاط السلبي من خلفيات شريرة وسيئة في نفس مرتكبه والأناية في إثثار الراحة الشخصية على الواجب الأخلاقي والقانوني المتمثل في تقديم المساعدة للغير في حالة الخطر.

في هذه الحالة يثور التساؤل حول إشكاليات التكييف القانوني لهذه الجريمة، إذ أنّها تتجلّى في عدّة صور متشابهة ومتداخلة مع بعضها البعض، وهذا ما سنحاول تبيانها من خلال ثلاثة عناصر، نخصص الأول لإشكاليات التكييف القانوني لجرائم امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة للغير في حالة خطر، وفي الثاني لأركان جريمة امتناع عن تقديم المساعدة، وفي الثالث إلى الجزاء المترتب عن ذلك.

<sup>1</sup> مرسوم تنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: المرجع السابق.

أولاً: إشكاليات التكييف القانوني لجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة

في هذا الصدد، تثور الصعوبة أكثر عند تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي على مريض دخل في غيبوبة نتيجة مرض أو حادث أثناء حياته، وبعد فترة تطول أو تقصر تنتهي حياته الطبيعية رغم بقاء تمتعه بحياة عضوية وبيولوجية بفضل استخدام هذه الأجهزة، فهل يجوز للطبيب المختص بالإنعاش إنهاء هذه الحياة العضوية الصناعية<sup>1</sup> للمريض بإيقاف عمل هذه الأجهزة للاستفادة من أعضائه بغية زرعها قبل تلفها؟ وهل يعدّ مرتكب لجريمة امتناع عن تقديم المساعدة برفض العلاج، أم مرتكب لجريمة القتل بدافع الشفقة أو ما يصطلح على تسميته بالقتل الرحيم؟

1. في حالة رفض الطبيب لعلاج مريض

لقد سادت قديماً فكرة حرية الطبيب في ممارسة مهنته، فكان له أن يقبل أو يرفض دعوة وتقدم مريض لعلاج، ومناطق ذلك العلاقة التعاقدية بين المريض والطبيب كما مرّ بنا ووضحناه آنفاً، غير أنه ما فتئت أن تغيّرت الأفكار والمفاهيم أخلاقياً وقانونياً وأصبح من الواجب قانوناً حسبما تقرضه مقتضيات المهنة، ألاّ يرفض الطبيب علاج مريض إلاّ في حالات استثنائية ونادرة جداً، كإهمال المريض لتعليمات الطبيب المعالج أو استعانة المريض بطبيب آخر وتراخي المريض في دفع أتعاب الطبيب.

في هذا الصدد، نصت المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب<sup>2</sup> بقولها: "للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته. وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض. ويمكن الطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 09 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"، ومفاد ذلك أنّه من حق الطبيب رفض علاج المريض في تلك الحالات العادية المشار إليها أعلاه، أمّا في الحالات الحرجة التي تتطلب تقديم الإسعافات فلا يحق له بذلك وهذا بصريح عبارات نصي المادتين<sup>3</sup> 6، و9، من نفس المدونة، إلاّ في حالات استثنائية حرّته من ذلك

<sup>1</sup> المجلة القضائية، مقال من إعداد مروك نصر الدين الإنعاش الصناعي، العدد 01، السنة 1998، ص 42.

<sup>2</sup> مرسوم تنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: المرجع السابق.

<sup>3</sup> المادة 6: "يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري"

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

وهو ما نصت عليه المادة 50 من نفس المدونة أنه: " يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض ".

تأسيسا على ما سبق، وامتنالا لما امر به القانون بمواصلة العلاج وتقييد حرية الأطباء في احتكار ما أنعم الله عليهم من حكمة ومعرفة، وصرف الدولة لأموال طائلة من الخزينة العامة لتكوينهم وتأطيرهم، يتوجب عليهم الآ يرفضوا علاج أو ينقطعوا عن مواصلته للمرضى إلا في حالات استثنائية المنصوص عليها في المواد 69 فقرة 2، 70 فقرة 2 والمادة 71، 72، ومرد ذلك أنّ مفهوم الصحة اصبح من النظام العام، وهذا ما أكدت عليه المواد 6، 17، 17، 69 فقرة 2، والمادة 70 فقرة 2 من نفس المدونة ومخالفة هذه القيود يوقع الطبيب تحت طائلة العقوبة المقررة لجريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر.

### 2. في حالة القتل الرحيم برفع أجهزة الإنعاش عن المريض (القتل بدافع الشفقة)

إذا كانت التشريعات مجتمعة تعترف بحق الإنسان في الحياة، فإنها تختلف في الاعتراف بحقه في الموت، فهذا النوع من القتل ظاهرة غريبة على عالم الطب ولم يزل الأطباء يلتزمون بالحفاظ على الحياة البشرية من بدء الحمل إلى أرذل العمر منذ قسم أبقراط Hippocrate

غير أنه خلال القرن الماضي أخذ الداعون إلى الموت الرحيم يزدادون وينشئون الجمعيات كجمعية " الحق في الموت في كرامة " التي تأسست سنة 1980 بفرنسا، والجمعية الأمريكية المسماة " حق الإنسان في الموت " التي أنشئت سنة 1930، وكان الهدف من وراء ذلك حسب ما يروونه، إراحة مريض ميؤوس من شفائه وتخليصه من آلامه<sup>2</sup>، والاستفادة من بعض أعضائه لغرض نزعها وزرعها ما دامت صالحة بيولوجيا ولم تمت، ومع أنّ القوانين في أغلب بلدان العالم تجرم قتل الإنسان بأي صورة، إلا أن هذا القتل قد مورس في عدّة امكنة ودول، وباعتراف بعض الأطباء يكون ضائعا في أروقة المستشفيات وسجلاتها تحت أسماء مضللة تجعل السلطات تغض الطرف عنه.

المادة 9: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له. "

<sup>1</sup> المادة 7: " تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الانسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب. "

<sup>2</sup> Renaud Perronet, Acharnement thérapeutique, Euthanasie ou soins palliatifs, Paris, 2004, p 02.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

تجدر الإشارة إلى أنّ القتل الرحيم تطور حتى في تسمياته تحت عناوين مختلفة " كالحق في الموت في وقار وإجلال " إضافة إلى تطور أهدافه من علاجية، إلى وقائية كالوقاية من الطفولة المعوقة، والمطالبة بتشريع يبيح قتل الأطفال حديثي الولادة المشوهين والمعاقين وهذا نتيجة ظهور أمراض مستعصية العلاج في الآونة الأخيرة، هذا ويعود أصل كلمة القتل الرحيم إلى الإغريق EUTHANASIA وهي تتألف من مقطعين، EU أي الحسن، الطبيب أو الرحيم أو الميسر، THANASIA وتعني الموت أو القتل.

مما يعني أن الكلمة EUTHANASIA تعني الموت أو القتل الرحيم أو الموت الميسر ويقصد به علميا " تسهيل موت الشخص المريض الميؤوس من شفائه بناء على طلبه وإلحاحه يقدمه للطبيب المعالج"<sup>1</sup>.

وقد يتم هذا الأمر بإعطاء المريض جرعة قاتلة من دواء، حسب عدّة طرق، نذكر منها الحالة المباشرة بإعطاء دواء قاتل بناء على طلب المريض أو من يمثله أو بناء على وصية أمّا الحالة غير المباشرة، فيتمّ فيها القتل بصفة بطيئة بزيادة الجرعات المسكّنة للألم حتى يتوقف القلب والتنفس.

غير ما يهمنا في دراستنا هو تلك الحالة التي تسمى بالقتل المنفعل<sup>2</sup>، والتي يتم فيها رفع أجهزة التنفس الاصطناعية عن المريض في غرفة الانعاش الذي حكم عليه بموت جهازه العصبي المركزي ولا أمل في استعادة وعيه.

ومهما يكن من امر فإنّ مشكلة القتل الرحيم، هي مشكلة إنسانية شغلت منذ امد طويل الفقه والقضاء لا سيما في الآونة الأخيرة، وأثارت جدلا كبيرا بين رجال الدين والقانون والطب حول إباحة هذا النوع من القتل أو تجريمه، بحيث وصل الامر بالبعض للقول، أنّ هذا القتل لا ينبعث من نفس إجرامية، بل بالعكس عن نفس شفوقة عن الإنسان محل العدوان لأنّ الباعث على ارتكاب ذلك هو باعث الشفقة، ولو أنّ لا اعتبار لذلك في القانون الجنائي غير أن الوجه الإنساني دفع بجانب من المفكرين إلى القول بتبرير هذا القتل، لاعتبارات تاريخية ودينية وقانونية واقتصادية بينما يرى البعض عكس ذلك وكلّ له حججه، وأشهر القوانين التي أباحت هذا النوع من القتل هو القانون الهولندي وحذت حذوه بعض الدول

<sup>1</sup> هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 07.

<sup>2</sup> كريستيان برنار، اختر حياتك، اختر موتك، ترجمة عدنان مولوي، دار الآداب، بيروت، بدون سنة، ص 45.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجنائية للطبيب

الأوربية بسبب نظرتهم إلى الجانب النفعي والمادي للإنسان من جهة، واحترام إرادته في تقرير مصيره من جهة ثانية.

في هذا الصدد نشير إلى أن القانون الجزائري لم يتناول هذا النوع من القتل بنصوص تنظيمية خاصة ويترتب عن ذلك أن امتناع الطبيب عن تركيب أجهزة الإنعاش لمريض أو رفعها يقيم مسؤوليته الجنائية سواء كجريمة قتل عمدي أو قتل خطأ، أو جريمة امتناع عن تقديم المساعدة، إذ يظل الإنسان محل للحماية القانونية ولو أصيب بمرض ميؤوس من شفائه، طالما لم تحن لحظة وفاته الطبيعية.

### ثانيا: أركان جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة

تتطلب جريمة الامتناع عن تقديم مساعدة، كبقية الجرائم الأخرى تتكون ثلاثة اركان مادي ومعنوي وشرعي متمثل في جزاء مقرر لذلك.

#### 1. الركن المادي

الامتناع هو إحجام الشخص عن إتيان فعل ايجابي معين، أوجبه القانون به مع إمكانية استطاعته القيام به<sup>1</sup>، ويتحقق هذا الركن في وجود شخص على قيد الحياة في حالة خطر حالاً وثابتاً وحقيقياً<sup>2</sup>، يقتضي ضرورة التدخل لإسعافه ولهذا سنبحث مفهوم الخطر ثم وجود شخص في خطر والالتزام بإسعافه في غياب الخطر.

#### أ. مفهوم الخطر

عرّف القضاء الخطر الذي تقوم به المسؤولية الجنائية للطبيب في جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة، بأنه ذلك الخطر الحال والحقيقي والثابت الذي يتطلب تدخلا مباشرا من الطبيب<sup>3</sup>.

ويقصد بالخطر الحال الوشيك الوقوع والحقيقي، ألا يكون محتملا أو مفترضا أو وهميا وفضلا عن ذلك يتعين أن يكون طارئا غير متوقعا، كما لا يشترط توقع الموت لقيام الخطر<sup>4</sup> بل يكفي أن يكون مهددا للتكامل الجسدي، ولو أنّ القانون لم يحدّد مصدرا الخطر

<sup>1</sup> محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، الرياض، 2001، ص 100.

<sup>2</sup> بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 83.

<sup>3</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق ص 69.

<sup>4</sup> حبيب إبراهيم خليل، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الموجب لتقديم المساعدة، فقد يكون أي خطر، طبيعى او مرض أو جرح أو حادث وما الى غير ذلك، ولا يسمح للضحية لا سيما فاقدة الوعي بطلب النجدة وبالإدلاء بموافقتها على التدخل الطبي أو الجراحي، وهذا ما نصت عليه المادتين 9، و144<sup>1</sup>، من م.أ.ط.ج. ولا يجدي الطبيب نفعا بادعائه جهل خطورة الحالة التي حضرها أو استدعي من أجلها طالما أنه لم يقم بما امره القانون بفعله بفحص وتشخيص الضحية المحتاج للمساعدة والتأكد من طبيعة الخطر<sup>2</sup>، إذ عليه في هذه الحالات الإسراع دون انتظار، وطلب المساعدة ان اقتضى ذلك وتقييم للوضع الذي يوجد فيه المراد إسعافه، ولا يتطلب حدوث ضرر للضحية بل تقوم الجريمة بمجرد الامتناع عن المساعدة.

### ب. الالتزام بتقديم المساعدة في غياب الخطر على الطبيب أو الغير

استقرّ القضاء الفرنسي على أنّ التزام الطبيب بتقديم المساعدة واجب عليه في حالة وجود شخص في خطر أيًا كان نوعه<sup>3</sup>، ويقصد بذلك أن يكون الطبيب متمكّنًا من تقديم العون إمّا بنفسه أو بواسطة غيره، ولا يشترط أن تكون المساعدة الممكن بذلها كفيلة بدفع الخطر فعلا، لأنّ الالتزام بالتدخل ليس متوقّفًا على فعالية المساعدة وتحقيق نتيجة، وهذا ما نصت عليه المادة 09 من م.أ.ط.ج<sup>4</sup> سالفه الذكر أعلاه.

ولا شكّ في أنّ الطبيب لا يمكنه التنصل من المسؤولية إلا بوجود القوة القاهرة أو وجود خطر عليه كانهدام أو نقص في المواصلات أو أنّ الطريق غير آمن لمسلكه عند استدعائه من قبل المستشفى أو أسرة المراد إنقاذه، وعند حدوث كوارث كالزلازل أو أوبئة وتمّ تسخيره من السلطات حسب المادة 178 من قانون الصحة 11/18<sup>5</sup> سالف الذكر.

## 2. الركن المعنوي

تعتبر جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة من الجرائم العمدية، أي الامتناع العمدي

<sup>1</sup> المادة 44: "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة حرة ومنتصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقتة".

<sup>2</sup> François Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, paris, 2000, p 12.

<sup>3</sup> محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 71.

<sup>4</sup> المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

<sup>5</sup> قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

## الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

ذاته دون أن يتطّلب ذلك القصد الجنائي الخاص المتمثل في قصد الإضرار بالضحية المحتاج للمساعدة، ويتحقّق الركن المعنوي بمجرد علم الطبيب بالخطر الذي يواجهه الشخص، واتجاه إرادته إلى الامتناع عن تقديم المساعدة فإذا انعدمت هذه الإرادة<sup>1</sup> لا يمكن أن ينسب إليه الامتناع، وعليه ينتفي قصد الطبيب في الامتناع عن تقديم المساعدة للمريض إذا ثبت أنه حاول وبذل العناية المرجوة منه كتحويله بسرعة للمستشفى ووضعه تحت المراقبة.

### ثالثا: عقوبة جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة

إن الطبيب بحكم إنسانية مهنته، لا يتصور فيه ترك مريض في حالة خطر لأن ضميره يلزمه بهذا السلوك وتلبية نداء المريض وعلاجه، وتأسيسا على ما تقدم فإن الطبيب متى امتنع بمحض إرادته عن تقديم العون لشخص في خطر ولم يكن ذلك ليشكل مخاطرة له أو للغير، وكان بإمكانه المساعدة سواء بعمله الشخصي أو بطلب العون، وقع تحت طائلة نص التجريم المعاقب على هذا السلوك، فقد نصت المادة 182 من قانون العقوبات<sup>2</sup> في فقرتها الثانية (02) على ما يلي: "يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يستطيع بفعل مباشر منه وبغير خطورة عليه أو على الغير أن يمنع وقوع فعل موصوف بأنه جنائية أو وقوع جنحة ضد سلامة جسم الانسان وامتنع عن القيام بذلك، بغير إخلال في هذه الحالة بتوقيع عقوبات أشد ينص عنها هذا القانون أو القوانين الخاصة.

ويعاقب بالعقوبات نفسها كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر كان إمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة له وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير...".

1 انظر في هذا أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 17، منشورات برتي، دار النجاح، دالي إبراهيم، الجزائر، 2022، "متى تبين ان المتهم، وهي طبيبة، أعطت للطبيب المداوم التعليمات لإدخال المريضة إلى المصلحة ووضعتها تحت المراقبة وبداية العلاج، إلا أن والد المريض تردّد في إدخالها إلى المستشفى وتأخر عن توفير الدواء المطلوب في حينه، كما منعت المتهمة من دخول المصلحة لمباشرة العلاج بنفسها، فإن العنصرين المادي والمعنوي للجريمة المنسوبة للمتهمة غير مكتملين مما يستوجب نقض القرار الذي أدانها (غ.ج.م. 26-12-1995، ملف 128892، المجلة القضائية 1996/2 ص 182).

<sup>2</sup> القانون رقم 23/06 مؤرخ في: 2006/12/20 المعدل والمتمم للأمر رقم: 66 / 156 المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

## الخاتمة

إذا كنّا قد اخترنا دراسة المسؤولية القانونية للطبيب، بنوعها المدنية والجزائية، والتي للأسف، لم تسلط عليها الأضواء بالقدر الكافي حيث انصبّت اغلب البحوث والدراسات التي أطلعنا عليها على المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ بوجه عام حسب النظرة التقليدية، فقد كان لزاماً علينا ان نحاول البحث عنها وتبيانها في ظل الاتجاه الحديث في كل من الفقه والتشريع والقضاء المقارن، من خلال النظريات الحديثة التي ظهرت في هذا الشأن والتي حاولت تجريد الخطأ التقليدي من أهميته واستبعاده.

ولو أنّه من جانبنا نسلم في بعض الحالات بهذه النظرة الحديثة التي جاء بها بعض الفقه والقضاء باستبعاد ركن الخطأ والتخلي عنه وتجريده من أهميته كأساس لقيام المسؤولية الطبية، باعتبار ان بعض الحقوق لها أهمية بالغة من الناحية الاجتماعية والقانونية تستلزم حمايتها وضمانها بمجرد ان يمسها ضرر دون الحاجة للبحث عن الخطأ.

إلاّ ان المنطق من جهة، يقتضي منّا ان ننظر قبل كل شيء الى هدف وغاية إقامة المسؤولية، وهو الوقاية من قيامها، لتفادي وقوعها قبل الوصول بعد ذلك الى حدوث الضرر ومحاولة التعويض عنه، من جهة أخرى لو سلّمنا بان أي طبيب يتحمّل مسؤولية أي ضرر حتى ولو كان غير متوقع عند ممارسته لمهنته، رغم بذله العناية اللازمة في ذلك، لقيّدنا حرية ممارسته ونشاطه والقضاء على مواهبه وروح الابتكار لديه.

غير أنّه، وبالنظر لما في ذلك من فوائد للمريض والطبيب يمكن التسليم أحيانا بصلاحيّة الضرر وتقويت الفرصة ووجوب تعويض المريض المضرور، دون عناء البحث دائماً وتسليط الضوء على ركن الخطأ وشخصية المتسبب فيه لقيام المسؤولية.

غير أنّه، تبين لنا من خلال ما تم بحثه من أفكار ونظريات واجتهادات قضائية مقارنة انها أبقّت على مكانة الخطأ رغم تزعمه لإقامة المسؤولية الطبية، رغم ما في ذلك من

تضحية ببعض حقوق المرضى المتضررين نتيجة أخطاء طبية بسبب مشقة وعبء اثباتها من طرف المرضى، بل واستحالة ذلك أحيانا نتيجة الجهل وعدم الالمام بالأمور الفنية الطبية من طرف المرضى وتعقيدات الجسم البشري من جهة ومن جهة أخرى التزامات الطبيب التي غالبا هي التزامات ببذل عناية أصلا حسب الأصول العلمية المستقرة والمتعارف عليها بين اهل المهنة واستثناء ما تكون التزامات بتحقيق نتيجة في حالات نادرة كما بينها أنفا.

ولو أنّ المشرع الفرنسي، وتحت ضغط الفقه وقضاء النقض لديه، خطى خطوات جبارة ومبهرة في تطويع قواعد المسؤولية من خلال تشريعاته الحديثة كقانون 04 مارس 2002 المعدل والمتمم من جهة، ومن خلال اجتهادات قضاءه، كتوسيع التزامات الطبيب الى الالتزام بالسلامة وإدخال مفاهيم جديدة كتفويت فرصة الشفاء والعلاج والاختصاص بالخطأ المفترض بل وحتى التعويض دون خطأ.

وهذا ما لفت انتباهنا من تطور قضائي لا بأس به على مستوى القضاء الفرنسي الذي يمكن تبنيه من القاضي الجزائري وإن لم يسعفنا الحظ في معرفة اتجاه هذا الأخير ربما لقلة دعاوى المسؤولية الطبية المدنية مقارنة مع الدعاوى الإدارية لاسيما ما بينها في صلب حديثنا بخصوص تدخل القاضي الإيجابي من أجل التخفيف عن المضرور عبء الإثبات، كقلب عبء إثبات واجب إعلام المريض على الطبيب، والأخذ بفكرة الخطأ المقدر التي مفادها استنتاج الخطأ الطبي من مجرد وقوع الضرر ذاته الذي ما كان ليحدث لولا خطأ الطبيب، كما أن القول بأن التزام الطبيب يعد مجرد التزام ببذل عناية لم يعد من المسلمات التي لا تقبل النقاش، بل أخذ نطاقه يضيق موازاة مع التطورات العلمية التي جعلت من مهنة الطب تتجه إلى الدقة في توقع النتيجة بدلا من الاحتمال، ويبرز ذلك جليا في مجال جراحة التجميل حيث ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى استعمال عبارات تقرب بها التزام جراح التجميل من الالتزام بتحقيق نتيجة هذه الأخيرة "النتيجة" التي تبرز وحدها

التدخل الجراحي بهدف التجميل الذي لا تستلزمه من صحة المريض ولا ينبغي على الطبيب القيام بالعملية إلا إذا كان واثقا من نجاحها.

ولعل أهم ما يمكننا ملاحظته في مجال عبء إثبات المسؤولية الطبية هو عدم وجود أي فارق أساسي بين المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، ففكرة الإخلال بالالتزام في المسؤولية العقدية توازن فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية، وفكرة الالتزام بضمان السلامة في المسؤولية العقدية توازن فكرة مسؤولية حارس الأشياء في المسؤولية التقصيرية، مع الإشارة إلى أن فكرة الالتزام بضمان السلامة تتسع لما لا تتسع له فكرة مسؤولية حارس الأشياء في المسؤولية التقصيرية، ما يجعل للمريض مصلحة في اللجوء إلى المسؤولية العقدية، كلما توافر مناط الرجوع إليها للتخلص من عبء الإثبات، كما أن الأصل أنه في حالة المسؤولية الطبية القائمة على عقد طبي يجب أن يعفى المتضرر من إقامة الدليل والبينة، ويعد الخطأ هنا مفترضا وعلى المدعى عليه أي الطبيب إثبات قيام السبب الأجنبي لتبرئة ساحته، أما إذا كنا بصدد المسؤولية الطبية من منظار المادة 124 من القانون المدني أي مسؤولية تقصيرية فعلى المضرور إثبات خطأ المدعى عليه، مما يتضح معه أن حق المدعي في أعمال قواعد المسؤولية العقدية أقرب منالاً منه في حال أعمال قواعد المسؤولية التقصيرية أين يصبح الحق عندها مهددا وموقوفا على نجاح المضرور أي المريض في إقامة الدليل على صحة ادعائه.

إضافة إلى ذلك فإن فكرة مسؤولية التابع عن أعمال تابعيه تشهد تطورا كبيرا في المجال الطبي نتيجة التوجه المستمر نحو خصوصية المهنة الطبية، وهو ما يستوجب تدخل المشرع بقواعد أخرى تتماشى والأوضاع المستجدة والمستحدثة خاصة عن طريق التشريعات الاجتماعية التي تقوم على فكرة التضامن مراعاة لأحوال وظروف المتعاملين مع الأطباء وللبعد الإنساني للعمل الطبي، ولما يواجهه المدعي من صعوبات في إثبات خطأ الطبيب المرتبط بتقنيات علمية يجهلها العامة من الناس، أو أن خطأه يذفن مع المريض الذي توفى على طاولة الجراحة، لا سيما وأن من توكل إليه مهمة الكشف عن هذا الخطأ طبيبا آخر

ما يفتح مجال المجاملة في إخفاء ما سها عنه زميله، ولعل في تقرير المشرع الجزائري إلزامية التأمين عن المسؤولية المدنية في المجال الطبي خطوة إيجابية في هذا المجال، إلا أنها تبقى قاصرة ما لم تتم بنصوص قانونية توضح بدقة أسس المسؤولية الطبية حفاظا على حقوق المرضى من جهة وضمانا للعمل على توفير الحرية اللازمة للأطباء في معالجة المرضى وممارستهم لمهنتهم في جو الثقة والأمن الكافي بعيدا عن التهديد بالمساءلة التي تجعل الطبيب يخشى القيام ببعض التدخلات الطبية، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 303/2002 بتاريخ 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى ومستوى النظام الصحي المعدل والمتم بمقتضى القانون رقم 1577/2002 المؤرخ في 2002/12/30 المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية الذي دعم الأسس التي تضمنها قانون الصحة الفرنسي وحدد التطبيقات بالأخذ بعين الاعتبار المعطيات الجديد والحالية للصحة وعلاقة المريض بالطبيب، ومنها التعويض عن الخطأ الطبي الذي تحدته المؤسسات الصحية أو مختصي الصحة وفرض احترام الحقوق الطبيعية للمريض فقرر للمريض الحق في جودة العلاج وفعاليتها.

ويمكن القول أن هذا القانون يكتسي طابعا خاصا ومستقلا بحيث لا يمكن للقاضي عملا بأحكامه تطبيق قواعد المسؤولية وفقا للأحكام العامة لأنه لم يشر أبدا إلى المواد 1382 و1147 وما يليها من القانون المدني، فلم يؤسس المسؤولية الطبية لا على أساس عقدي ولا على أساس تقصيري بل بنى المسؤولية الطبية على أساس قانوني جديد هو الأساس الشرعي الخاص.

هذا فهل ينجو الاتجاه نحو التخلي نهائيا عن فكرة المسؤولية المدنية الطبية القائمة على أساس الخطأ أين لا يكون على القاضي البحث عن خطأ الطبيب ودرجة هذا الخطأ وإنما الاكتفاء بإقرار المسؤولية بدون خطأ سعيا لتوفير أكبر حماية للمريض أسوة بما توصل إليه القاضي الإداري الفرنسي في باب المسؤولية بدون خطأ «La responsabilité sans faute» منذ عام 1988 والذي يعد خطوة جريئة في مجال

القضاء أين أدينت المؤسسات الاستشفائية حتى ولم يثبت أي خطأ من جانبها، وهو ما كرس صراحة في قرار المحكمة الإدارية للاستئناف بمدينة "ليون" بتاريخ 1990/12/26 في قضية « Gomez » ثم تبعه قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Bianchi » بتاريخ 1993/04/09.

وعلى هذا الأساس نخلص من هذه الدراسة التي تناولنا فيها المسؤولية الطبية المدنية والجزائية الى جملة من النتائج نوجزها في الآتي:

- تطورت المسؤولية الطبية وتغيرت طبيعتها واحكامها، فمن المسؤولية بخطأ بوجه عام الى المسؤولية بالخطأ المفترض، فالمسؤولية المهنية وصولاً الى حدّ تأسيسها دون خطأ أي على أساس الضرر فحسب وتقويت الفرصة، وهذا يدلّ بما لا يدع محلاً للشك اهتمام وحرص كل من الفقه والتشريع والقضاء- لا سيما الفرنسي- في إيجاد توازن بين حق المريض في سلامته الجسدية وحق الطبيب في ممارسة عمله.
- كما لاحظنا من خلال دراستنا وجود ثغرة كبيرة بين الممارسين للمهن الطبية ورجال القانون والقضاء، وبالتالي تولد عن هذه الفجوة عدم انسجام الطب مع القانون وبعبارة أخرى عدم مسايرة القانون للطب وفتوحاته.
- تصاعد وتيرة الدعاوي المرفوعة ضد الأطباء بسبب كثرة الأخطاء الطبية بشكل مذهل لاسيما في المؤسسات الصحية العمومية نتيجة الإهمال واللامبالاة.
- قلة النصوص وقواعد واحكام المسؤولية الطبية وعدم مسايرة القانون للطب وفتوحاته وابتكاراته الحديثة في تنوع العلاج والأجهزة والمعدات.
- السعي الحثيث لإيجاد أنظمة أخرى للتعويض التلقائي عن الاضرار الطبية من اجل اعفاء المرضى المتضررين من مشقة عبء إثبات الخطأ او على الأقل التخفيف منه.
- ان مسؤولية الطبيب هي مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى كما تبناها المشرع في مدونة اخلاقيات الطب في مادته 13 وفي قانون 05/85 المتضمن حماية الصحة وترقيتها

في مادته 239 والقانون 17/90 المعدل والمتمم لقانون 05/85 في مادته 08، كما اقرها القضاء الجزائري في اغلب احكامه وقراراته الحديثة.

• عدم مواكبة القضاء الجزائري للقضاء المقارن في الاخذ بمسؤولية المرافق العامة الطبية بدون خطأ او ما يسمى الخطأ المفترض اذ تشدد القضاء الجزائري في اعتبار الخطأ الطبي خطأ مهني يتطلب ضرورة اثباته، رغم انّ القضاء الفرنسي أحدث تغييرا في حدث مفاجئ، بإلقاء عبء الإثبات على عاتق الطبيب في حكم مؤرخ في 1997/02/25 في حالة الالتزام بالإعلام.

ومن اجل ان يكون لهذه الدراسة بعدها العملي فإننا نقترح مجموعة من الحلول التالية:

- 1- الاخذ بما توصل اليه القضاء والتشريع المقارن - لا سيما الفرنسي في قانون 04 مارس 2002- في مجال المسؤولية الطبية لكفالة إيجاد توازن بين حق المريض في سلامته البدنية وتعويضه في حالة الضرر دون ائقال كاهله بعبء الاثبات من جهة، ومن جهة أخرى حق الطبيب في ممارسة مهنته وحقه في الابتكار والتقدم دون تقييد حريته وترهيبه.
- 2- انشاء لجان محلية وجهوية لتسوية النزاعات المتعلقة بتعويض ضحايا الأخطاء الطبية مكونة من قضاة وخبراء وأطباء مختصين ممثلي الضمان الاجتماعي.
- 3- تحديث وتعديل نظام التأمين الاجباري خاصة على الممارسة الطبية في القطاع الخاص والمصحات ورفع عقوبة عدم التأمين عما هي عليه حاليا مثلما فعله المشرع الفرنسي والاماراتي.

- 4- تكثيف لجان التفتيش والرقابة على المؤسسات الصحية العمومية خاصة المستشفيات بسبب تدني خدماتها ورداءتها اذ بتمعننا في قيام المسؤولية الجزائرية للطبيب تبين لنا أن أغلبية الأخطاء الطبية في بلادنا ترتكب بسبب الإهمال واللامبالاة بحجة ظروف العمل والواقع الاجتماعي المزري، لذلك نرى أنه يجب على الدولة الاهتمام أكثر وتحسين المرافق الصحية، ومعاهد التكوين ومراكز البحث، كما يجب منع الترخيص للممارسة الطبية في العيادات الخاصة كما كان معمولا به سابقا إلا بعد قضاء خدمة في المرافق

العامة كالمستشفيات والعيادات المتعددة الخدمات من أجل احتكاك الأطباء بعضهم ببعض لسد النقص و اكتساب الخبرة في القطاع العام كون هذا الأخير غالبا ميسور الحال لتحمل التبعات والأخطاء.

5- اعتماد تقنين طبي مستقل كما هو الحال في ليبيا والامارات.

6- تعديل شروط الترخيص بالممارسة الطبية المنصوص عليها في المادة 197 بإضافة شرط التأمين في تكوين ملف طلب الرخصة.

كما تجدر الإشارة أن إنشاء صندوق وطني للتعويض عن الحوادث الطبية من شأنه أن يعود بالفائدة للمتضررين من جراء الأخطاء الطبية حيث يساهم فيه بالتساوي كل من الدولة والمجلس الوطني لآداب المهنة من اشتراكات الأطباء.

أما فيما يخص استشارة المجالس الطبية الجهوية فيكون من الأفضل تعديل المادة 267 مكرر 3 من قانون 90-17 المتضمن حماية الصحة وترقيتها، بحيث يصبح التماس العدالة للمجلس الوطني أو للمجالس الجهوية لآداب المهنة وجوبي سواء من المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الضحية من أجل إثبات الخطأ الطبي كلما رفعت دعوى مسؤولية أحدى الممارسين الطبيين مثل ما هو جاري العمل به في المواد التجارية.

أما فيما يخص شروط الممارسة الطبية بالمساس بالجسم البشري يستحسن تعديل المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب بحيث تحذف عبارة: " يكون فيه خطر جدي على المريض"، وجعلها كالاتي: " يخضع كل عمل طبي لموافقة حرة ومتبصرة من المريض أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون..." لأن جسم الإنسان مختلف من شخص لآخر بل متغير حسب الظروف والأحوال للشخص نفسه ولا يمكن التنبؤ بالخطر.

من أجل تطوير المنظومة الصحية في بلادنا وتحسين فعالية المجالس الطبية يكون من الأفضل التطبيق الفعلي للقوانين واللوائح المنظمة للطب واستبعاد تدخل الإدارة في عمل المجالس الطبية بتشجيع وترقية المهن الطبية وعدم عرقلة المجالس إذ أن أغلبية الممارسين

الطبيين الخواص أو الموظفين لدى الهيئات العمومية لم يدفعوا مستحقات اشتراكاتهم السنوية ومع ذلك تغض الإدارة الطرف عنهم وخاصة منهم الموظفين في القطاعات الصحية إذ يتم توظيفهم دون أن يكونوا حتى مسجلين في قوائم المجالس الطبية الجهوية، إذ في نظر القانون يعتبرهم كمارسين غير شرعيين.

# قائمة

# المراجع

## قائمة المراجع

## I - المراجع باللغة العربية

## أولاً: المراجع العامة

1. إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، بدون سنة.
2. أبو اليزيد على المتيت جرائم الإهمال، الطبعة الثالثة، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1975.
3. أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 17، منشورات برتي، دار النجاح، دالي إبراهيم، الجزائر، 2022.
4. أحمد شوقي محمد عبد الرحيم، المسؤولية العقدية للمدين المحترف منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
5. أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.
6. أمير عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
7. أنور سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام المصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
8. أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005.
9. بارش سليمان، محاضرات في شرح القانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص) الطبعة الأولى، دار البعث، قسنطينة، 1985.

10. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر 1999.
11. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003.
12. جلال محمد إبراهيم، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانونين الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة، 1994.
13. حبيب إبراهيم خليل، مسؤولية الممتع المدنية والجنائية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990.
14. حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.
15. حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دون جهة نشر، مصر، 2005.
16. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول (الضرر)، شركة التايمز للطباعة والنشر المساهمة بغداد، 1991.
17. حسن علي الذنون، المسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
18. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1979.
19. دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الجزائر 2005.
20. رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

21. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
22. سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، شركة كليك للنشر، الجزائر، 2008.
23. سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، مجمع النشر، مصر، 1987.
24. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.
25. عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
26. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1984.
27. عبد الحكيم فوده التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.
28. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998.
29. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998.
30. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
31. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية على الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987.

32. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 327.
33. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002.
34. عبد المعيد لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتب للنشر القاهرة، 1979.
35. عبد الودود يحي الموجد في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
36. عبد الودود يحي، التأمين على الحياة، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964.
37. عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود، 1992.
38. علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2001.
39. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر 1998.
40. علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000.
41. غنيمة خيار لحو، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، 2018.
42. الغوثي بن ملح، القانون القضائي الجزائري-الديوان الوطني للأشغال التربوية-الطبعة الثانية-2000.

43. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
44. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
45. فريجه حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص وجرائم الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
46. محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأسيس المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة مصر، 1993.
47. محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
48. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر، عمان 1999.
49. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003.
50. محمد عبد الظاهر حسنين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
51. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
52. محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة مصر، 1993.
53. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية.

54. محمود التريك، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة 1988.
55. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1988.
56. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1987.
57. محمود خيال، خطأ التابع والجمع بين المسؤوليات عن فعل الغير، دراسة قضائية، كلية الحقوق بني سويف، جامعة القاهرة، مصر، 1994.
58. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
59. مسعودة زبدة، القرائن القضائية، الطبعة الأولى، موفم للنشر، مصر، 2001.
60. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
61. ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
62. هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
63. هدى حامد قشقوش، جرائم الاعتداء على الأشخاص (الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1994.
64. وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة عشرة، 1945، مصر.

ثانيا: المراجع الخاصة

1. إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية مصر، المجلة الكبرى 2007.
2. إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، 2003.
3. أحمد أدريوش، العقد الطبي - تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه- منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، المطبعة الأمنية، الرباط 2009.
4. أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983.
5. أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983.
6. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، ذات السلاسل للطبع والنشر، الكويت، 1986.
7. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
8. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

9. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
10. أسامة عبد السميع السيد، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
11. أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الطبعة 1989، دار النهضة العربية.
12. أشرف جابر سيد مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة 1999م.
13. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، منشورات الحلبي، بيروت، 1999.
14. أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999.
15. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
16. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان (الأردن)، 2002.
17. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002.
18. بسام محتسب بالله، المرجع السابق طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، الجزائر، دار هومة، 2004.
19. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984.

20. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق 1984.
21. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984.
22. بوشي يوسف، الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائياً، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
23. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
24. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمر الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000.
25. جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2002.
26. جوزيف داود المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، الطبعة الأولى، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987.
27. حسام الدين كامل الأهواني، مسؤولية الطبيب العقدية عن فعل الغير، بحث ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
28. حسان شمسي باشا، محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 2004.
29. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر الجامعات المصرية القاهرة، 1951.

30. ريس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، 2007.
31. رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
32. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القومية الإسكندرية، 2005.
33. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
34. سعد سالم عبد الكريم العالي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 1994.
35. سمير عبد السميع الأذن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
36. سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الاعضاء بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى بيروت، 2004.
37. سهيل يوسف الصويصل مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، الطبعة الأولى، دار أزمنة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2004.
38. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
39. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
40. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.

41. طلال عجاج، المسؤولية المهنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
42. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
43. عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
44. عبد الرحمان الطحان، حيوية المسؤولية عن الخطأ الطبي، بحث مقدم الى كلية الشريعة، المؤتمر العلمي الأول جامعة جرش، 1999.
45. عبد الرحمن بن سليمان الربيش، إسقاط الجنين المشوه بين الإباحة والتحریم، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 84، 2010.
46. عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
47. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.
48. عبد العزيز نويري، الخبرة الطبية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة الجزائرية، العدد 50، 1994.
49. عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006.
50. علي مصباح إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجزائية، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول: (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

51. عمر بن محمد إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع جدة، 2001.
52. فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، بحث في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، 2006.
53. فوزي بن عمران، الأخلاق الطبية، نظرات في الطب الشرعي، بحث منشور على الانترنت بتاريخ 2008/04/25، على الموقع التالي:  
<http://www.ibnosinahealth.org/modules/AMS/article.php?storyid=27>
54. قيس الصغير، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، بدون دار نشرة الرياض، 1996.
55. كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية القانون، جامعة بابل، سنة 2008.
56. كريستيان برنار، اختر حياتك، اختر موتك، ترجمة عدنان مولوي، دار الآداب، بيروت، بدون سنة.
57. ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
58. مأمون عبد الكريم رضا، المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2009.
59. محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1992.
60. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

61. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999.
62. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006.
63. محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993.
64. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
65. محمد سيد طنطاوي، فتوى حول المرأة المغتصبة، القاهرة، من موقع [www.reetnet.gavsy/arab-encyclopedia/hygienic-sciences/medicine/aboration2htm-1/k](http://www.reetnet.gavsy/arab-encyclopedia/hygienic-sciences/medicine/aboration2htm-1/k)
66. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
67. محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999.
68. محمد فاتحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد 3، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2007.
69. محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
70. محمد يوسف ياسين المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضين، قانونا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

71. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، الرياض، 2001.
72. محمود القبلاوي المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
73. محمود زكي شمس المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق 1999.
74. محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته.
75. مروك نصر الدين، الخطأ الطبي في مجال القانون الجنائي الطب الشرعي والمسؤولية الطبية، اليوم الدراسي الثاني المنعقد ببومرداس، مجلة المورد الإعلامي لوزارة العدل، العدد 2، سنة 1997.
76. مروك نصر الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
77. مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول (المسؤولية الطبية)، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2004.
78. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف، العربية للعلوم السعودية، 2004.
79. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.

80. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
81. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
82. موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن افشاء السر المهني، الطبعة الأولى مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1998.
83. هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
84. وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006.
85. وليام بريخ، الحمل ترجمة ودار الشيخ، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1992.
86. يوسف محمد طردة، المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير جامعة الخليل فلسطين 2011.

### ثالثا: الرسائل والمذكرات

1. أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس مصر، 1998.
2. راييس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005.
3. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس المسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1978م.

4. هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994.

رابعاً: اجتهادات وقرارات قضائية

1. قرار المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية الصادر في جلسة الأربعاء 2009/02/03،

شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الإماراتية،

أحكام تمييز اتحادية-<http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID=820>

2. قرار المحكمة العليا رقم 24770، الصادر بتاريخ 1984/04/14، المجلة القضائية،

العدد 1، 1985.

3. قرار المحكمة العليا، 1985/11/27، ملف رقم 41783، م. ق، العدد 01،

1990.

4. قرار المحكمة العليا، 1987/06/16، ملف رقم 48727، م.ق، العدد الثالث،

1991.

5. قرار المحكمة العليا، 1988/05/25، ملف رقم 53010، م. ق، العدد 02،

1992.

6. قرار المحكمة العليا، 1989/02/28، ملف رقم 58012 م.ق، العدد 07، 1992.

7. قرار المحكمة العليا، 1989/05/17، ملف رقم 530809، م.ق، العدد 02،

1991.

8. قرار المحكمة العليا، 1991/01/13، ملف رقم 75670، قضية (المركز

الاستشفائي الجامعي مصطفى باشا) ضد (فريق ك ومن معهم)، م ق، العدد الثاني،

1996.

9. قرار المحكمة العليا، 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ال دح) ضد (ب)، م ق، العدد 02، 1996.
10. قرار المحكمة العليا 1995/05/30 ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب أ)، م. ق، العدد الثاني، 1996.
11. قرار المحكمة العليا، 1998/03/10 ملف رقم 159148، م ق، العدد الأول، 1999.
12. قرار المحكمة العليا، 1998/10/20، ملف رقم 5755، م. ق العدد الثاني، 1998.
13. قرار المحكمة العليا، 1999/07/06 ملف رقم 193469 م. ق، العدد الأول، 2000.
14. قرار المحكمة العليا، 2003/06/30، ملف رقم 6788، قضية (مدير القطاع الصحي لعين تموشنت) ضد (ورثة المرحوم م.م)، م. ق، العدد 63، 2008.
15. قرار المحكمة العليا، 2002/02/13، ملف رقم 273529، قضية (ف ب) ضد (بين ومن معها)، م. ق، العدد الثاني، 2003.
16. قرار محكمة النقض المصرية 1936/06/22 مجموعة أحكام النقض، الجزء الأول، رقم 376، الطعن رقم 25.
17. قرار محكمة النقض المصرية 1968/04/26، مجموعة أحكام النقض المدنية السنة 19.
18. قرار محكمة استئناف جبل لبنان رقم 80 الصادر بتاريخ 1987/10/08، الغرفة الرابعة، المستشار القضائي، موسوعة الأحكام القضائية، دار الكتاب الإلكتروني، لبنان، بدون تاريخ.

19. الطعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/06/26، يمكن الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية <http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx>
20. محكمة قسنطينة، الغرفة الإدارية 1981/05/20، (قضية ضد مستشفى سكيكدة)، حكم غير منشور.
21. نقض مدني مصري، 1987/12/10 الطعن رقم 318، السنة 54 ق.
22. قرار محكمة استئناف تونس رقم 269875 بتاريخ 1998/04/29.
23. قرار وزاري مؤرخ في 1998/05/24، المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم.
24. قرار وزير الصحة رقم 89/39، بتاريخ: 1989/03/26 المحدد لعمليات نقل وزرع الأعضاء.
25. حكم محكمة باتنة 2001/03/13، قضية ضد مستشفى نقاوس، باتنة، جريدة الخبر اليومية، العدد رقم 2001/03/19.
26. قرار مجلس قضاء قسنطينة، غرفة الاتهام، بتاريخ: 2001/11/26 قضية (ب.ف) ضد الطبيب (د.م)، ملف رقم 297062، حيث جاء فيه: "أن الطبيب مطلوب منه بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، وما دام قد بذل عنايته المطلوبة فإنه لم يرتكب أي خطأ مهني."
27. قرار مجلس الدولة 2003/06/03، ملف رقم 06788، قضية ( مدير القطاع الصحي لعين تموشنت ) ضد ( ورثة المرحوم م.م )، ن ق، العدد 63، 2008.
28. قرار مجلس الدولة، 2006/11/29، ملف رقم 26678، قضية (س.م.ب.ن ومن معه) ضد (المركز الاستشفائي الجامعي لمستشفى بتيزي وزو)، ن.ق العدد 63، 2008.

29. قرار مجلس الدولة 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادل) ضد (م م ومن معه)، ن ق، العدد 2008.
30. القرار رقم 238 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/09/05، المتعلق بإصدار لائحة آداب مهنة الطب المصرية.
31. قرار 45 في الطعن رقم 2003/95، جلسة الأربعاء 2004/06/16، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المحكمة العليا الدائرة التجارية - والدائرة الضريبية، لسنة 2004 <http://pal-lp-org/s248.html>.
32. قرار تمييز أردني، رقم 2005/4226 بتاريخ 2006/08/16، أنظر موقع محكمة التمييز الأردنية <http://www.jc.jo/cassation court résolutions>
33. قرار محكمة التمييز القطرية، جلسة 2006/12/05، الطعن رقم 56 لسنة 2006 (دائرة المواد المدنية والتجارية) شبكة المحامين موسوعة الأحكام العرب الأحكام القضائية العربية، موسوعة الأحكام القطرية، محكمة التمييز <http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=QAJudgByCourtes&FIID=344>
34. تمييز دي، مدني 2007/09/30، شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الإماراتية، أحكام تمييز دبي: <http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID=330>

#### خامسا: المجالات والمقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تقويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، 1986 الكويت.

2. محمد محمد سلامة الشلس، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، جامعة القدس، مجلة الأبحاث، عدد 09، 2007.
3. محمد محى الدين ابراهيم سيد، أحكام مساءلة المتبوع عن خطأ التابع، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق - جامعة المنوفية، مصر، العدد التاسع، السنة الخامسة، أبريل 1996.
4. نجيب خلف أحمد، مسؤولية المستشفى العام عن أخطاء أطبائه، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد 21، 2006، العراق.
5. مجلة الشرطة، مقال من إعداد وهيبة ث، العدد 87، جوان 2008.
6. المجلة القضائية، عدد 2، السنة 2008، ملف رقم 399828، بتاريخ 2008/01/23.
7. المجلة القضائية، مقال من إعداد مروك نصر الدين الإنعاش الصناعي، العدد 01، السنة 1998.
8. مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2007.
9. جريدة الخبر، 2001/03/19.
10. جريدة الخبر، عدد 4358 المؤرخ في 2005/04/02.

#### سادسا: القوانين

1. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950.

2. اتفاقية تجريم إبادة الجنس البشري بتاريخ 1948/12/09، أنظر كذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بتاريخ 1948/12/10.
3. اتفاقية جنيف الأربعة بتاريخ 1949/08/12.
4. العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بتاريخ 1966/12/16
5. الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، مؤرخ في 1966/06/08 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 1966/06/11.
6. الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 49، بتاريخ 1966/06/11، المعدل والمتمم بالقانون 23/06 المؤرخ في 2006/12/20. المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84 بتاريخ 2006/12/24 المعدل والمتمم.
7. الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 1966/06/28 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، عدد 48، بتاريخ 1966/06/10 المعدل والمتمم.
8. الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 1966/06/28 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، عدد 48، بتاريخ 1966/06/10 المعدل والمتمم.
9. الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 12، بتاريخ 1970/02/27.
10. الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، بتاريخ 2005/06/26.
11. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78 بتاريخ 1975/09/30.

12. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78 بتاريخ 30/09/1975.
13. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 26/09/1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 بتاريخ: 30/09/1975.
14. الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05، المؤرخ في 20/06/2005، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 26/06/2005.
15. الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالقانون 04/06 مؤرخ في 20/02/2006 ج.ر رقم 15 لسنة 2006.
16. الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بالقانون 04/06 مؤرخ في 20/02/2006 ج.ر رقم 15 لسنة 2006.
17. الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، ج.ر رقم 13 المؤرخة في 08/03/1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20/02/2006، ج.ر رقم 15، 2006.
18. الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتمم القانون رقم 11/84 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 15، بتاريخ 27/02/2005.
19. الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المؤرخ في 08/06/1966، الجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 11/06/1966، المعدل والمتمم.

20. القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
21. قانون حقوق المرضى ونظام الصحة الفرنسي رقم 303/2002 الصادر بتاريخ 04 مارس 2002 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05.
22. قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05.
23. القانون رقم (17) لسنة 1986 م بشأن المسؤولية الطبية الليبي الصادر في 24 نوفمبر 1986.
24. القانون رقم 288 يتعلق بالآداب الطبية اللبناني، ج ر رقم 9 مؤرخة في 3 آذار 1994م.
25. القانون رقم 13/83 المؤرخ في 02 يونيو 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية، العدد 28، السنة 20، بتاريخ 05 يوليو 1983.
26. القانون رقم 11/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983م، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، المتمم بالقانون رقم 08-01 المؤرخ في 23 يناير 2008م، ج.ر رقم 04 لسنة 2008.
27. القانون رقم 13/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983م، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر رقم 28 لسنة 1983.
28. القانون رقم 05/85 مؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 08، بتاريخ: 17/02/1985.
29. القانون الطبي الليبي رقم 17 الصادر في 24/11/1986 وقانون المسؤولية الطبية الإماراتي الصادر في 2016.

30. القانون رقم 17/90 المؤرخ في 31/07/1990 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق لحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 35 بتاريخ 15/08/1990.
31. القانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم.
32. القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتعلق بقانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 14، بتاريخ: 08/03/2003.
33. قانون رقم 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ: 24/12/2006.
34. القانون 23/06 المؤرخ في 20/12/2006، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84 بتاريخ 24/12/2006 المعدل والمتمم.
35. قانون العقوبات الجزائري رقم 23/06، المؤرخ في 20/12/2006 الجريدة الرسمية، عدد 84 بتاريخ 24/12/2006.
36. القانون رقم 23/06، مؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ 24/12/2006.
37. القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 23/04/2008.
38. القانون 13/08 مؤرخ في 20/07/2008 يعدل ويتمم القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 03/08/2008.

39. القانون رقم 13/08 بتاريخ 20/07/2008 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 20/07/2008، الجريدة الرسمية، العدد 44، بتاريخ 03/08/2008.
40. القانون رقم 01/09 المؤرخ في: 25/02/2009، المتعلق بالاتجار بالأعضاء، يعدل ويتم الأمر 156/166، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 08/03/2009.
41. القانون 11/18 المؤرخ في 02/07/2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 29/07/2018.
42. القانون رقم 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤشرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما المؤرخ في 25/12/2004، الجريدة الرسمية عدد.
43. القانون 23/06 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
44. القانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.
45. التعديل الدستوري بتاريخ 28/11/1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم: 438/96 بتاريخ 07/12/1996 الجريدة الرسمية. العدد 76 بتاريخ 08/12/1996.
46. المرسوم رقم 2003-140 المؤرخ في 19/02/2003 القواعد المتعلقة بتكوين هذا المكتب، وبوظيفته، وهذا المرسوم منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 21/02/2003.

47. المرسوم التنفيذي رقم 106/91، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاملين في الصحة العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 22، السنة 28، بتاريخ 15/05/1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 393/09 بتاريخ 24/11/2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 70 بتاريخ 29/11/2009.
48. المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06/07/1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 08 جويلية 1992، العدد 52.
49. المرسوم التنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 06/07/1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 52 مؤرخة في 08/07/1992.
50. المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المؤرخ في 06/07/1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52، السنة 29، بتاريخ: 08/07/1992.
51. المرسوم التنفيذي رقم 108/95 المؤرخ في 09/04/1995، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية، عدد 21، بتاريخ: 19/09/1995.
52. المرسوم التنفيذي رقم 122/96، مؤرخ في 06/04/1996، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية، عدد 22، بتاريخ 10/04/1996.
53. المرسوم التنفيذي رقم 116/09 مؤرخ في 07/04/2009، يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء، ج ر عدد 23، مؤرخة في 19/04/2009

54. المرسوم التنفيذي رقم 236/11 مؤرخ في 2011/07/03، يتضمن القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية، ج.ر، عدد 38 مؤرخة في 2011/07/06.
55. المرسوم التنفيذي رقم 235/11 مؤرخ في 2011/07/03، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعران الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، ج.ر، عدد 38 مؤرخة في 2011/07/06.
56. المرسوم التنفيذي رقم 07-321، مؤرخ في 10 شوال عام 1842 الموافق لـ 2007/10/22، المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر، عدد 67، مؤرخة في 12 شوال 1428 الموافق 2007/10/24.
57. لائحة آداب مزاولة الطب البشري المصرية
58. لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان، مصر، رقم 238 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.
59. القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية.
60. القانون المدني الجزائري
61. ق.إ.ج
62. ق.م، لبناني.
63. ق.م، ليبي
64. ق.م، مصري
- 65.

## II - المراجع باللغة الأجنبية

1. Abidat Abdelkrim, Drogue, La Bête qui menace le Monde, Nouvelle édition (GED -COM), Algérie, 2007.
2. Ahmed Issa, Responsabilité médicale en droit libanais et français, thèse doctorat en droit public, Grenoble, 2012.

3. Alexandre (Dumery), responsabilité du fait médicament, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit privé, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, faculté de droit et de science politique année universitaire 2002/2003.
4. André Tunc, Ebauche du droit des contrats professionnels - Etudes offertes à G. Ripert, Tome II. Ed L.G.D.I, Paris, 1950.
5. André Tunc, L'enfant et la balle, réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, J.C.Paris, 1983, France.
6. Angelo Castelletta, Responsabilité médicale- Droit des malades-, Dalloz, Paris, 2002.
7. BESTAWORDS (Alain), la responsabilité civile des résidents en médecine et de leurs commettants, revus collection de droit, barreau de Québec, tome 64, Consultez le lien électronique suivant : <http://www.barreau-qc/pdf/publications/revue/2004.pdf>
8. BONNINGUES (Virginie), naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit privé, université de Lille III, droit et de la santé, faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2001.
9. Boussouf- Hamana Naziha, L'expertise en matière de responsabilité médicale, Revue "science humaines", n° 13, Juin 2000, université Mentouri- Constantine (Algérie).
10. Catherine Caillé, Commentaire de cassation, assemblée plénière du 17/11/2000, Revue générale de droit médical, no 95, 2000, France.
11. Cathreine Paley, Vincent, responsabilité du médecin, droit médical pratique, Masson, Paris 2002.
12. Denis Salas, L'arrêt perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu, Recueil Dalloz- Hors-Série justices, Mai 2001, France.
13. Dennouni Hadjira, L'arrêt Perruche et les perspectives de la responsabilité médicale, Revue semestrielle, Editée par le laboratoire de droit prive fondamental, Faculté de droit, « Etudes Juridiques », Université Abou Bekr Belkaid - Tlemcen, n° 01, décembre 2004.

14. Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub : La responsabilité civile dans la pratique chirurgicale, Thèse, Université Dijon - France, 1986.
15. Dominique Demers, Médecine défensive, responsabilité médicale, thèse en doctorat en droit université Sherbrooke, Ottawa, Canada, 1996.
16. DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé.
17. DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé.
18. François Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, paris ,2000.
19. G. Viney et P. Jourdain, traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, édition L.G.D.J, 1998.
20. Geneviève Duflo, La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, Librairie maloine, Paris, 1937.
21. Geneviève Viney et Patrice Jourdain, L'indemnisation des accidents médicaux, que peut faire la cour de cassation ? J.CP, éd. G. 1997, n° 17, doc. 4016.
22. Geneviève Viney, La responsabilité dans la jurisprudence de la cour de cassation.
23. Gérard Creusot, Dommage corporel et expertise médicale, librairie médicale, France, 1989.
24. Gérard Mémeteau, La responsabilité civile médicale en droit comparé français et québécois, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Montréal (canada). 1990.
25. Gérard Mémeteau, Perte de chance et responsabilité médicale, Gaz. Pal, n° spécial" Droit de la santé", Paris, 24-25/10/1997.
26. Godebert Mélanie, L'image du procès dans les yeux du médecin, faculté de droit, université Nancy 2.
27. H.Grroutel, chron, n° 29. R.T.D.C. 1996.

28. Hadjira Dennouni, De l'étendue de l'obligation de sécurité en droit algérien, L'obligation de sécurité, presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, France, 2003.
29. HALLIEZ (Doriane), La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique, Thèse doctorale, Université. Lille 2. 2001.
30. HOCQUET-BERG (Sophie), Obligation de moyens ou obligation de résultat, A propos de la responsabilité civile du médecin. , Thèse doctorale, Université Paris 2, Année 1997.
31. Hubert Goutel, La responsabilité des cliniques, responsabilité civile et assurances, Editions juris- classeur, (juillet-août) 1999, Paris.
32. Jean Peaneau, la responsabilité médicale, Sirey, 1977 no 137, voir également les travaux de la commission de réforme du droit Canadian sur les critères de détermination de la mort no 23 ,1979 et no15, 1981.
33. Jean Penneau, La réforme de la responsabilité médicale - responsabilité ou assurance, R.I.D.C, n° 02. (Avril - Juin), 1990, France.
34. Josserand Louis 'Cours de droit civil positif français, Tome 2,3 eme edition, recueil Sirey, Paris, 1939.
35. KAMKAR Caroline, thèse, les limites de la faute, essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, université moulin Lyon III, faculté de droit, 2006.
36. Khadir Mohamed, hannouz Mourad, la responsabilité de contrôle et d'expertise, office des publications universitaires d'Alger, 2003.
37. LAPORTE (Sylvie), la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du master droit filière recherche, mention droit médical université de Lille 2, droit de santé école doctorale n° 74, faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004.
38. LUCIE LAMARCHE, Pierre Bosset 'les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne, Paris, 1996.
39. M. Bourrie Quenillet, le préjudice moral des proches d'une victime J.C.P 1998, Paris.

40. M. M. Hannouz et A. R. Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 2000.
41. M. Tourmeur et autre Contrat médical, concurrence, consommation, Edition du juris, classeur, janvier 2001, Paris.
42. M.Benezech 'B.Horeini 'le secret médical, confidentialité et discrétion en médecine, Paris, 1996.
43. MANAOUIL(Cécile), la responsabilité du médecin du travail, mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit et de la santé – Lille III, année 1999-2000.
44. Marie - Josephe Lamar, l'aléa thérapeutique : modalités et conditions de l'indemnisation, centre de documentation multimédia en droit médical, <http://www.droit.univ-paris5.fr> mise à jour le 01/12/2003.
45. Marion Schnitzler, la communication du dossier médical dans le cadre d'une expertise judiciaire, Gestions hospitaliers Paris, 2005.
46. Martine Carcenac, De la responsabilité sans faute à la faute objective, R.V.D.A. n° 01, 1998, France.
47. MARTINI (P), la responsabilité du chirurgien, thèse présenté à la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, année 1999.
48. Medy Diakité, le médecin devant le juge pénal et civil en droit malien et français, thèse de doctorat, Reims Champagne – Ardenne, France 2017.
49. Naceur Fatiha, Le contrôle de la sécurité des produits, l'obligation de sécurité, presses universitaire de Bordeaux, Pessac, France, 2003.
50. OBER DORFF HENRI, Droits de l'Homme et libertés fondamentales, Armand éden, 1 paris 2003.
51. Patrice Jourdain, Gaz. Pal, 1997, II.
52. Patrice Jourdain, La responsabilité du médecin du fait d'autrui, responsabilité civile et assurances Editions du juris-classeur, Hors- série (juillet - août) 1999, Paris.

53. Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2000.
54. Philippe le Tourneau, La responsabilité Civile Professionnelle, Ed. Economica, Paris, 1995.
55. Philippe le Tourneau, Lois Cadiet, Droit de responsabilité et des contrats, Edition Dalloz. Paris, 2000, n° 34.
56. Philippe LE TOURNEAU, Responsabilité civile professionnelle, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2005.
57. Pierre Betteremieux, Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, Thèse, Lille (France), 1991.
58. Pierre Sargos, La doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation en matière d'obligations des établissements de santé privés et des personnes y exerçant leur activité. Responsabilité civile et assurances, Editions juris classeur, Hors- série, (juillet-aout) 1999, Paris.
59. Renaud Perronnet, Acharnement thérapeutique, Euthanasie ou soins palliatifs, Paris ,2004.
60. Rene Chapus, droit administratif général, tome1, 11eme Edition, France 1997.
61. Rouabah Dahbia, inspectrice, direction de santé Jijel, bulletin des juges No 63, 2008.
62. Saleilles Reymond, Les accidents de travail et la responsabilité civile, L.N.D.J. Paris, 1987.
63. Savatier René, comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile, **op.cit.** p 03, voir aussi Geneviève Viney, Le déclin de la responsabilité individuelle, **op.cit.**
64. Savatier René, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H, France, 1931.
65. Savatier. René, Traité de responsabilité civile, tome 1, 2ème édition, Paris, 1962.
66. Sophie Hoquet -Berg et Bruno Py, La responsabilité du médecin, Edition heures de France, France, 2006.
67. Teillais Clémentine : La faute dans l'application de l'article 1384 alinéa 1 du code civil, Thèse. Nantes, 1989.

68. V. CHARBONNEAU (C), Présentation du titre 1er – Solidarité envers les personnes handicapées – sur le site : <http://fjpsansier.com/ARTICLES%Présentation de la loi sur le droit des malades.html>
69. Xavier Lesegetion et Stephanie Chassany, la protection juridique de l'hôpital, Paris Berger Levrant, 1999.
70. Y .Lambert-Faivre, La crise de L'assurance responsabilité médicale, D2003 N03.
71. Yvonne Lambert- Faivre: Droit du dommage corporel-système d'indemnisation. 3éd. Précis Dalloz, Paris 1996.

### اجتهادات وقرارات قضائية

1. Cass. Civ, 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors-série, (juillet-août 1999), Paris.
2. Cass. Civ, 20/05/1936, Mercier, G.A.J.C., 11e éd. n° 161-162 Selon Cass. Ch. Civ, 26 octobre 1970.
3. C. Appel. Toulouse, 14/12/1959, cité in KAMKAR (Caroline), les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale, thèse pour le doctorat en droit, université jean moulin Lyon III faculté de droit (IFROSS), année 2006.
4. Cass. Civ, 26/01/1970, Encyclo De droit civil, 2eme éd, Paris, 1974, n° 421.
5. Cass. Ch Civ 01/01/1974. Pourvoi N°, 71-11918. Consultez l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affich.Juri.Judi.do?oldAction=rech.Juri.Jui&idTexte=URITEXT000006989698&fastReqId=43849632&fastPos=795>
6. Cass.civ. 4 janv. 1974, Bull.civ. n°4.
7. Loi n° 75-17 du 17/01/1975 relative à l'interruption médicale de grossesse, JO 18 janvier1975.
8. Cass. Civ 1èreCh. 27/10/1987. N° de pourvoi : 77-41477. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007001742&fastReqId=1206940586&fastPos=1>
9. Cass.civ.1er Ch.27/10/1987 n° du pourvoi 77/41477, Voir le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000025216731&fastReqId=574044737&fastPos=14>
10. Cass.civ, 28/06/1989, Bull.civ. I, n° 266, D. 1990.
11. Cass.civ, 29/11/1989, Res. Civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995. 2.

12. Cass. Civ 1èreCh. 07/02/1990. N° de pourvoi : 88-14797. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007022948&fastReqId=215154368&fastPos=374>
13. Cass. Civ. 14 jan 1992. N° de pourvoi 89-12598, consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007139838&fastRegId=1558937838&fastPos=6>
14. Cour d'appel de Paris, du 12/02/1992.
15. Cour d'appel de Paris 17/12/1993.
16. Cass. 1 civ : 08/06/1994, inédit polyclinique Bordeaux Nord c/ cts Fonteneau, Hors-série (juillet-aout) 1999 Paris.
17. Cass. Civ. 1èreCh. 06/12/1994. N° de pourvoi : 92-17767.  
 Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033700&fastReqId=129065654&fastPos=295>
18. Cass. Civ 12/04/1995, Gaz. Pal 1995, Paris.
19. Cass. Civ, 30/10/1995, Bull. civ. I, n°383, France.
20. Cass. Civ 1èreCh. 26/03/1996. Pourvoi N° : 94-10951. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/afichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007293908&fastReqId=1142600873&fastPos=3>
21. Cass.civ, 21/05/1996, Gaz. Pal, 1997-2, J.P.
22. Cass. Civ 1èreCh. 25/06/1996. N° de pourvoi : 94-20461. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.fr/afichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007309396&fastReqId=1738116144&fastPos=654>
23. Cour d'appel de Lyon, du 26/09/1996.
24. Cass. 1 civ, 25/02/1997, Responsabilité civile et assurances, Edition du juris - classeur, Hors-série (juillet -aout 1999), Paris.
25. Cass 1 civ, 18/03/1997, J.C.P. 1997, II, 22829.
26. Cass. Civ 1èreCh. 30/09/1997. N° de pourvoi : 95-16500. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038502&fastReqId=1770652145&fastPos=262>
27. Cass. Civ 1èreCh. 28/10/1997. N° de pourvoi : 95-17274. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legitrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036238&fastReqId=1654247694&fastPos=242>

28. Cass. 1 civ : 07/07/1998, clinique du parc. Hors-série (juillet-août) 1999, Paris.
29. Civ. 1ère, 16/07/1998, Bull, N° 160.
30. Cass. Civ 1èreCh. 7 Oct. 1998. Pourvoi N° : 97-12185. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038718&fastReqId=1297502809&fastPos=273>
31. Cass. Civ 1èreCh. 7oct. 1998. Pourvoi N°: 97-10267. Consulter l'arrêt sur le lien suivant:  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000007038718&fastReqId=1260788571&fastPos=274>
32. Cour d'appel de Paris, 15/01/1999, J.C.P.G. 1999, II, p 10068. Cité par Christophe Radé, l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, L'obligation de sécurité, presses universitaires de Bordeaux, Pessac, France, 2003.
33. Cass. 1 civ, 29/01/1999. Voir, Patrice Jourdain : Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, responsabilité civile et assurances, Edition du juris - classeur, Hors-série (juillet-août 1999), Paris.
34. Cour d'appel d'Orléans, du 05/02/1999.
35. C.E 05/01/2000, Contentieux N° 181899. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154>
36. C.E 05/01/2000, Contentieux N° 198530. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35>
37. Cass. 1 civ, 07/11/2000, D. 2000, n° 42, IR, P293, D. 2001, n° 7.
38. Cass. Civ 1èreCh. 08/11/2000. N° de pourvoi : 99-11735. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233&fastReqId=858970062&fastPos=44>
39. Cass. Civ 1èreCh. 08/11/2000. N° de pourvoi : 99-11735. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233&fastReqId=1600961017&fastPos=43>
40. Cass .civ 1èreCh .19 déc. 2000. Pourvoi N° : 99-12403 « Des considérations liées aux possibilités financières du patient ne peuvent

- donc autoriser le chirurgien-dentiste, comme tout autre professionnel de santé, à dispenser des soins non conformes aux données acquises de la science » consulter l'arrêt sur le lien suivant :
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURTEXT000007041895&fastReqID=1301339756&fastPos=1>
41. Loi n°2002-303 du 04/03/2002 relative aux droit des maladies et à la qualité du système de santé, JO 05/03/2002.
  42. Cass. Civ 1èreCh. 10/07/2002. N° de pourvoi : 01-10039. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043113&fastReqId=983013772&fastPos=162>
  43. Cass. Civ 1èreCh. 04/02/2003. Pourvoi N° : 00-15572. Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049346&fastReqId=1466564464&fastPos=2>
  44. Loi du 13/08/2004, relative à l'assurance sociale Française.
  45. TORELLI (Maurice), L'obligation du médecin de respecter les données acquises de la science, L.G.D.I, 2001, P137, Article R4321-80
  46. Cour d'appel de Nîmes audience publique du 06/11/2007, vous pouvez consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017701333&fastReqId=385641010&fastPos=20>
  47. Cass. Civ 1èreCh. 18/09/2008, N° de pourvoi : 07-13080, Vous pouvez Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019512539&fastReqId=1123406722&fastPos=8>
  48. Cass. Civ 1èreCh. 11/03/2010. Pourvoi n° : 09-11270. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021967605&fastReqId=1682293939&fastPos=9>
  49. Cass. Civ 1èreCh. 03/06/2010.Pourvoi N° : 09-66752, Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1>
  50. Cass. Civ 1èreCh. 03/06/2010.Pourvoi N° : 09-66752, Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1>
  51. Cass. Civ. 14 oct. 2010. N° de pourvoi 09-68471.
  52. Cass. Civ Ch, civ. 6 jan 2011. N° de pourvoi : 09-66994. Consultez l'arrêt sur le lien Suivant :

- <http://www.legifrance.gouv.fr/affich.Juri.Judi.do?oldAction=rech.Juri.Judi&idTexte=JURITEXT000023390771&fastReqId=574044737&fastPos=17>.
53. Cass. Civ 1èreCh. 17/03/2011. N° de pourvoi : 10-11735, Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023743360&fastReqId=574044737&fastPos=16>
54. Cass. Civ 1èreCh. 17/03/2011. N° de pourvoi : 10-11735, Consulter l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023743360&fastPos=16>
55. Cass. Civ 1èreCh. 13/09/2011, Pourvoi N° :11-12536, Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024567704&fastReqId=663568986&fastPos=1>
56. Cass. Civ 1èreCh. 17/11/2011. N° de pourvoi : 10-254688. Consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024819330&fastReqId=119773069&fastPos=3>
57. Trib. Gr. Inst. Paris, 1Ch, 20. Oct.1997, consultez l'arrêt sur le lien suivant :  
<http://www.legifrance.gouv.fr/afichJudi.do?oldAction=rechJuridi&idTexte=JURITEXT000007037408&fastReqId=510711313&fastPos=2>
58. Loi n° 76, 1181, du 22 Décembre 1976 Relative aux prélèvements d'organes (J.O. 23 Décembre 1976)-G.P – N° (1) Janvier – Février, 1977 Législation.

المقدمة

الفصل التمهيدي: ماهية العمل الطبي

المبحث الأول: مفهوم العمل الطبي على جسم الانسان

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي في الفقه المقارن والإسلامي

الفرع الثاني: تعريف العمل الطبي في التشريع

أولاً: تعريف العمل الطبي في التشريع الفرنسي

ثانياً: تعريف العمل الطبي في التشريع المصري

ثالثاً: تعريف العمل الطبي في التشريع الجزائري

المطلب الثاني: مفهوم الجسم البشري

الفرع الأول: مفهوم الجسم البشري ومكوناته

أولاً: مفهوم الجسم

ثانياً: مكونات الجسم البشري

1-تعريف العضو لغة

2-تعريف العضو في الطب

3-تعريف العضو في الفقه الإسلامي

4-تعريف العضو في قانون العقوبات الجزائري وأخلاقيات العلوم الإحيائية

5- مفهوم المشتقات والمنتجات البشرية

الفرع الثاني: تحديد مفهوم لحظة وجود الجسم البشري ونهايته

أولاً: لحظة وجود الجسم البشري

ثانياً: تحديد لحظة نهاية الوجود للجسم البشري (الوفاة)

المبحث الثاني: أساس اباحة العمل الطبي وشروطه

المطلب الأول: أساس إباحة العمل الطبي

- الفرع الأول: أساس إباحة العمل الطبي في الفقه والقضاء المقارن  
أولاً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو العرف أو العادة  
ثانياً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو رضا المريض  
ثالثاً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو انعدام القصد الجنائي لدى الطبيب  
رابعاً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو مشروعية الغرض الطبي  
خامساً: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو إذن القانون  
الفرع الثاني: أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري  
المطلب الثاني: شروط ممارسة العمل الطبي في القانون الجزائري  
الفرع الأول: شرط الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب  
الفرع الثاني: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج  
الفرع الثالث: شرط رضا المريض  
أولاً: حالة الضرورة  
ثانياً: حالة تهديد الصحة العامة للمجتمع  
الفرع الرابع: شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية  
الباب الأول: أحكام المسؤولية المدنية للطبيب  
الفصل الأول: طبيعة ونطاق المسؤولية المدنية للطبيب  
المبحث الأول: نطاق مسؤولية الطبيب المدنية  
المطلب الأول: الالتزام ببذل عناية  
الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية طبقاً للقضاء والتشريع الفرنسي  
أولاً: تكريس الالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي الفرنسي  
ثانياً: التزام الطبيب ببذل العناية طبقاً للقضاء الفرنسي  
الفرع الثاني: التزام الطبيب ببذل عناية طبقاً للقضاء والتشريع في الدول العربية  
أولاً: التكريس التشريعي للالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي في الدول العربية

ثانيا: التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء في الدول العربية

المطلب الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة

الفرع الأول: نقل الدم والاعمال المخبرية

أولا: نقل الدم

ثانيا: الأعمال المخبرية

الفرع الثاني: الجراحة التجميلية واستعمال الأجهزة الطبية

أولا: الجراحة التجميلية

ثانيا: استعمال الأجهزة الطبية والأعضاء الصناعية

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية المدنية

المطلب الأول: المسؤولية العقدية

الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية

الفرع الثاني: شروط اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية

أولا: ضرورة وجود العقد

ثانيا: أن يكون العقد صحيحا

1- الرضا Consentement

2- أهلية المتعاقدين

3- المحل L'objet

4- السبب La cause

ثالثا: أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج

رابعا: أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية

الفرع الأول: نشأة الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية وحجج القائلين بها

أولا: نشأة الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية

ثانيا: حجج أنصار المسؤولية التقصيرية

- الفرع الثاني: شروط اعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية  
أولاً: حالة انعدام قدرة المريض عن التعبير عن إرادته  
ثانياً: حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية  
ثالثاً: حالة مباشرة الطبيب لعمله في مستشفى عمومي  
رابعاً: حالات بطلان العقد  
خامساً: رفع دعوى التعويض أمام القضاء الجزائي  
سادساً: حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن تدخل الطبيب  
سابعاً: حالة مطالبة الغير بالتعويض استناداً للحق الشخصي غير الناشئ عن العقد
- الفصل الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب في ظل الأساس التقليدي والاتجاه الحديث  
المبحث الأول: أركان المسؤولية المدنية للطبيب في ظل الأساس التقليدي  
المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية للطبيب  
الفرع الأول: ماهية الخطأ  
أولاً تعريف الخطأ الطبي  
1- تعريف الخطأ الطبي في الفقه  
2- تعريف الخطأ الطبي في التشريع  
3- تعريف الخطأ الطبي في القضاء  
ثانياً: إثبات الخطأ  
الفرع الثاني  
الضرر وعلاقة السببية  
أولاً: الضرر  
1- نوعا الضرر في المسؤولية الطبية المدنية  
أ- الضرر المادي Dommage matériel  
ب- الضرر المعنوي Dommage moral  
2- شروط الضرر  
أ- أن يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة أو حق للمريض  
ب- أن يكون الضرر محققاً

3- تفويت فرصة الشفاء ومكانتها في تحديد معالم جديدة في المسؤولية الطبية  
ثانيا: علاقة السببية

1-قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر

أ- نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب

ب- نظرية السبب المنتج

2-انتفاء علاقة السببية

أ- القوة القاهرة

ب- خطأ المضرور

ج- خطأ الغير

المطلب الثاني: قيام مسؤولية الطبيب المدنية

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للطبيب عن أفعاله الشخصية

أولاً: في حالة ممارسة الطبيب للعمل الطبي بصفة منفردة

ثانيا: في حالة ممارسة العمل الطبي ضمن فريق طبي

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية للطبيب عن الغير وعن الأجهزة الطبية

أولاً: مسؤولية الطبيب المدنية عن أفعال الغير

1-مسؤولية الطبيب مدنيا عن أفعال معاونيه ومساعديه

2-مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يحدثها المريض بالآخرين

ثانيا: مسؤولية الطبيب عن الآلات والأجهزة الطبي

الفرع الثالث: التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

أولاً: التكريس التشريعي للتأمين عن الاضرار

1- إلزامية التأمين عن الأضرار في التشريع الفرنسي والعربي

2- التأمين من الأضرار في التشريع

أ. تأمين الأضرار الناتجة عن الخطأ الطبي الفردي

ب. تأمين الأضرار الناتجة عن خطأ الفريق الطبي

ثانيا: تغطية التأمين للأضرار التي تلحق بالمرضى

1- حالة تغطية التأمين لبعض الأضرار التي قد تصيب المرضى

أ. الأضرار الناتجة عن الأخطار التي قد تلازم أعمال الوقاية أو العلاج أو التشخيص  
ب. الأضرار الناتجة عن المنتجات الصحية

2- التوجه للتغطية الشاملة لكافة الأضرار التي تلحق بالمرضى

المبحث الثاني: التوجه الحديث لقيام مسؤولية الطبيب

المطلب الأول: التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المفترض والخطأ المهني

الفرع الأول: التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المفترض

الفرع الثاني: التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المهني

أولاً: مفهوم الخطأ المهني

ثانياً: التكريس الفقهي، التشريعي، والقضائي لإقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني.

1- التكريس الفقهي لإقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني

2- التكريس التشريعي والقضائي للخطأ المهني كأساس لمسؤولية الطبيب المهنية

المطلب الثاني: التوجه الحديث لإقرار المسؤولية الطبية بدون خطأ ودوافعه

الفرع الأول: دوافع التحول إلى المسؤولية الطبية بدون خطأ

أولاً: ضغط الفقه والقضاء نتيجة التطور العلمي

1- التطور العلمي التقني

2- ضغط الفقه

3- مساهمة القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية

ثانياً: تطور التأمين من المسؤولية

الفرع الثاني: نظريتنا المسؤولية الطبية بدون خطأ (نظرية تحمل تبعة المخاطر ونظرية

الضمان)

أولاً: نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة

1- مضمونها

2-أساسها

أ. الصورة الكاملة لنظرية تحمل التبعة La théorie du risque intégrale

ب. نظرية الغنم بالغرم Profit –Risque

ثانيا: نظرية الضمان

1-أساس نظرية الضمان

2-هدف نظرية الضمان

3-تقدير نظرية الضمان في المجال الطبي

الفرع الثالث: تعويض الاضرار باسم التضامن الوطني

1- التعويض عن أضرار الحوادث الطبية Aléas thérapeutiques

أ- التعويض عن أضرار العلل العلاجية الناجمة عن عمل من أعمال الوقاية أو

التشخيص أو العلاج

ثالثا: شروط وإجراءات تعويض الأضرار على أساس التضامن الوطني في فرنسا

1- أهداف وأهمية نظام التضامن الوطني

2- شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني

3- إجراءات التسوية الودية

أ- اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

ب- الطعن برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الفصل الأول: الجرائم غير العمدية للطبيب (في حالة الخطأ)

المبحث الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة الخطأ (عدم توافر القصد الجنائي)

المطلب الأول: أهمية التمييز بين القصد العمدي وغير العمدي

الفرع الأول: التمييز بين القصد العمدي وغير العمدي

أولا: مفهوم القصد الجنائي (العمد)

ثانيا: عناصر القصد الجنائي

1. عنصر العلم في القصد الجنائي
2. عنصر الإرادة
- ثالثا: صور القصد الجنائي
  1. القصد العام
  2. القصد الخاص
- الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن انعدام القصد الجنائي في جرائم الخطأ  
المطلب الثاني: صور الخطأ غير العمدي وأنواعه  
الفرع الأول: صور الخطأ غير العمدي  
أولا: صور الخطأ
  1. الرعونة
  2. عدم الاحتياط
  3. الإهمال وعدم الانتباه
  4. عدم مراعاة الأنظمة والقوانين
- ثانيا: المعيار الشخصي والموضوعي لمرتكب الخطأ  
الفرع الثاني: أنواع الخطأ  
أولا: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير  
ثانيا: الخطأ الجنائي والخطأ المدني
- المبحث الثاني: مجالات الخطأ الطبي وتطبيقات القضاء بشأنها  
المطلب الأول: أخطاء الفحص والتشخيص والأشعة  
الفرع الأول: أخطاء الفحص الطبي  
الفرع الثاني: أخطاء التشخيص  
أولا: حالة الخطأ العلمي  
ثانيا: حالة الخطأ بالإهمال  
الفرع الثالث: أخطاء الأشعة  
المطلب الثاني: أخطاء العلاج  
الفرع الأول: أخطاء تحرير الوصفة الطبية

الفرع الثاني: أخطاء الجراحة

الفرع الثالث: أخطاء التخدير

الفصل الثاني: الجرائم العمدية للطبيب

المطلب الأول: جريمة نقل الدم الملوث أو بيعه وجريمة والإجهاض

الفرع الأول: جريمة نقل الدم الملوث أو بيعه

أولاً: مفهوم الدم

1. تعريف الدم ومكوناته

2. الطبيعة القانونية والعضوية للدم

ثانياً: التنظيم القانوني لعمليات نقل الدم وجمعه

1. في قانون الصحة الجديد 11/18

2. في اللوائح التنظيمية

3. جزاء مخالفة القواعد المنظمة لنقل الدم وجمعه

الفرع الثاني: جريمة الإجهاض

أولاً: مفهوم الإجهاض

1. تعريفات الإجهاض

أ. تعريف الإجهاض في اللغة

ب. تعريف الإجهاض فقهاً

ت. تعريف الإجهاض في الطب

2. طرق الإجهاض وأخطاره

أ. طرق الإجهاض

ب. أخطار الإجهاض

ثانياً: أركان جريمة الإجهاض

1. محل جريمة الإجهاض

2. الركن المادي

أ. فعل الإجهاض

ب. خروج الجنين من الرحم

- ت. علاقة السببية
- ث. الركن المعنوي
- ثالثا: عقوبة جريمة الإجهاض وقيام حالة الضرورة
1. عقوبة جريمة الإجهاض
  2. إجهاض الضرورة
- المطلب الثاني: جرائم الممارسات الطبية الحديثة (التجارب - زرع الأعضاء-)
- الفرع الأول: جريمة التجارب العلمية
- أولا: مفهوم التجربة والبحث الطبيين
- ثانيا: موقف القانون من التجارب الطبية
1. في القانون الفرنسي
  2. في القانون الجزائري
  3. العقوبة المقررة لمخالفة أحكام التجارب
- الفرع الثاني: جريمة نزع الأعضاء البشرية والاتجار بها
- أولا: تعريف نقل وزراعة الأعضاء
- ثانيا: أحكام نقل وزرع الأعضاء
1. نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء
  - أ. شرط غرض العلاج أو التشخيص
  - ب. شرط عدم تعريض المتبرع للخطر
  - ت. شرط أن يكون النقل والزرع تبرعا دون مقابل
  - ث. شرط رضا المتبرع
  - ج. رضا المتلقي
2. نقل وزرع الأعضاء من الموتى
- ثالثا: عقوبة مخالفة أحكام نقل وزرع الأعضاء والاتجار بها
- المطلب الأول: جريمتي الممارسة غير شرعية للطب بانتحال الألقاب وجريمة تزوير الشهادات الطبية
- الفرع الأول: جريمتي الممارسة غير شرعية للطب وانتحال الألقاب الطبية

أولاً: جريمة الممارسة غير شرعية لمهنة الطب

1. الركن المادي
  - أ. الصورة الأولى: ممارسة الطب قبل الترخيص القانوني
  - ب. الصورة الثانية: ممارسة المهنة بعد سحب الترخيص
  - ت. الصورة الثالثة: تسهيل الممارسة غير شرعية للطب
2. الركن المعنوي
  3. عقوبة الممارسة غير شرعية للطب وتوافر حالة الضرورة
  - أ. عقوبة الممارسة غير شرعية للطب
  - ب. حالات إباحة ممارسة المهنة بدون ترخيص (حالة الضرورة)

ثانياً: جريمة انتحال ألقاب طبية

1. الركن المادي
  2. الركن المعنوي
  3. العقوبة
- الفرع الثاني: جريمة تزوير الشهادات الطبية

أولاً: مفهوم ومضمون الشهادة الطبية

1. مفهوم الشهادة الطبية
  2. مضمون الشهادة الطبية
    - أ. المعايينات
    - ب. الإشهادات
    - ت. نتائج الفحص
    - ث. المرض
    - ج. العجز الكلي أو الجزئي عن العمل
- ثانياً: عقوبة جريمة تزوير الشهادات الطبية

1. الركن المادي
  - أ. صفة الفاعل
  - ب. مضمون الشهادة المزورة

2. الركن المعنوي

ثالثا: العقوبة

الفرع الثالث: جريمة تسهيل تعاطي المخدرات

أولا: مفهوم المخدرات

ثانيا: المقصود بجريمة تسهيل تعاطي المخدرات

1. الركن المادي

2. الركن المعنوي

ثالثا: عقوبة جريمة تسهيل تعاطي المخدرات

المطلب الثاني: جرميتي إفشاء السر الطبي وامتناع الطبيب عن تقديم مساعدة

الفرع الأول: جريمة إفشاء السر الطبي

أولا: مفهوم السر الطبي

1. الأساس الفقهي لمفهوم السر الطبي

2. تعريف السر الطبي

ثانيا: أركان جريمة السر الطبي

1. الركن المادي

أ. فعل الإفشاء

ب. أن يكون موضوع الإفشاء سرا

ت. وقوع الإفشاء من الطبيب

2. الركن المعنوي (القصد الجنائي)

ثالثا: عقوبة جريمة إفشاء السر الطبي

رابعا: حالات إباحة إفشاء السر الطبي

1. إفشاء السر الطبي للمصلحة العامة

أ. أسباب إباحة إفشاء السر الطبي الخاصة بالحالة المدنية

ب. أسباب إباحة إفشاء السر الطبي من أجل الصحة والأمن العامين

2. إفشاء السر الطبي للمصلحة الخاصة

أ. الحالات المخول فيها للطبيب إفشاء السر الطبي للدفاع عن نفسه

- ب. تصريح المريض للطبيب بإفشاء السر الطبي  
الفرع الثاني: جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة  
أولاً: إشكاليات التكييف القانوني لجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة
1. في حالة رفض الطبيب لعلاج مريض
  2. في حالة القتل الرحيم برفع أجهزة الإنعاش عن المريض (القتل بدافع الشفقة)
- ثانياً: أركان جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة
1. الركن المادي
    - أ. مفهوم الخطر
    - ب. أن يكون الشخص في خطر
    - ت. الالتزام بتقديم المساعدة في غياب الخطر على الطبيب أو الغير
  2. الركن المعنوي
- ثالثاً: عقوبة جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة