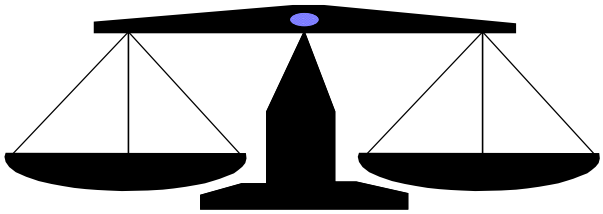
وزارة التعليـــــم العالـــــي والبحـث العلمـــي

جامعة محمد بوضياف -المسيلة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



المسؤولية القانونية للطبيب في القانون الجزائري والمقارن

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالب: تحت إشراف:

كشيدة الطاهر **أ. الوافي سعيد**

لجنـة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة	الجامعة	الصفة
لجلط فواز	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	رئيسا
الوافي السعيد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
والي عبد اللطيف	أستاذ التعليم العالي	جامعة المسيلة	مناقشا
برابح السعيد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة المسيلة	مناقشا
رابحي لخضر	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأغواط	مناقشا
قرواز فرحات	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر 1	مناقشا

السنة الجامعية 2023/2022

شكـــــر

وتقديـــــر

شكر وتقدير

قال الله تعالى:" أَنِ أَشْكُرْ لي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ المَصِير..."
سورة لقمان آية 14

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

فالشكر لله أولا فهو الهادي والموفق، ثم خالص الشكر وعظيم الامتنان للدكتور **الوافي السعيد** الذي تكرم بقبوله الإشراف على هذا البحث رغم كثرة انشغالاته واهتماماته فكان طيلة الإشراف أخا ومعلما متواضعا بتوجيهاته ونصائحه.

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

كما أتوجه بخالص الشكر وفائق التقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة وأخص بالذكر رئيسها **لجلط فواز**

والأعضاء المناقشين الأساتذة: **والي عبد اللطيف، برابح السعيد، رابحي لخضر، قرواز فرحات**

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.

بسم الله الرحمن الرحيم

"وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ"

الآية 05 من سورة الأحزاب

وقوله تعالى أيضا:

"وقِفُوهُمْ إِنَّهم مسؤولون"

الآية 40 من سورة الصافات

قائمة المختصرات

1- باللغة العربية:

ق. م أو ق.م.ج : القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

ق.ع أو ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.

ق. إ. م .إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.إ.ج : قانون الإجراءات الجزائية الجزائري المعدل والمتمم.

ق. أ : قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.

مدونة او م.أ.ط.ج : مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

م.أ.ط.ف : مدونة اخلاقيات الطب الفرنسي

م. ج.ع.ق : المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية.

م. ق : المجلة القضائية.

ن. ق : نشرة القضاة.

غ. م : الغرفة المدنية.

غ. ج : الغرفة الجنائية.

د. م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ج. ر : الجريدة الرسمية.

ج : الجزء.

ط : الطبعة.

ص : الصفحة.

ق. م. ف : القانون المدني الفرنسي.

ق. م. م : القانون المدني المصري.

ق.ع. م : قانون العقود والموجبات.

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

مقدمـــــة

مقــدمــة

الطب من بين اهم المهن النبيلة، التي يتوجّب على من يمارسها احترام جسم الإنسان في جميع الظروف والأحوال، والحفاظ على سلامة الناس وأرواحهم، فالواجبات المفروضة على الممارس الطبي هي **أخلاقية**[1] قبل أن تكون **قانونية**.

وغني عن البيان، انّ 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 مفاسد المعاطب والأسقام ولقد قيل قديما "صنفان من الناس لا غنى للناس عنهما الأطباء لأبدانهم والعلماء لأديانهم".

ولا شك، أنّ ضمان عدم المساس بالسلامة الجسدية، يعتبر أحد الحقوق العامة اللصيقة بشخصية الإنسان، والنابعة في نفس الوقت من فكرة الحق في الحياة، وأساس 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.

فعلى الصعيد الطبي، لم يعد الطبيب هو ذلك "الدكتاتور"، 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 من القرارات ما يراه منـــاسبا للحـــالة المرضية، دونما حاجة إلى استمزاج 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 ينبلج مع بدايات القرن الماضي، خاصة باكتشاف إمكانية الاستعانة

[1] 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 Nº 63 P 241, 2008.

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 ورضاه المتبصر والمستنير على أي تدخل طبي.

أمّا على **الصعيد القانوني** فالأمر يظهر بوضوح في أفول نجم مبدأ حرمة هذا الكيان الجسدي للإنسان الذي تراجع بشكل مذهل أمام الممارسات الطبية الحديثة، اذ اصبح هذا الجسم يشكل مخزونا **لقطع الغيار الآدمية**، ومسرحا للتجارب العلمية والطبية و حقلا خصبا للإبداع و الابتكار في العلوم الطبية، حيث تكلّل نجاح الأطباء في احياء الأجنّة خارج رحم الأمهات في الأنابيب، واستئجار الأرحام لزرع البويضات الملقّحة بما يسمى التلقيح الاصطناعي، و ما افرزته تلك الابتكارات من جدل قانوني، حول ظهور ما يسمّى بمفهوم **الأم البديلة** و الأم الطبيعية، واشكاليات تغيير الجنس، ضف الى ذلك ابتكار العديد من أجهزة و أساليب الإنعاش الاصطناعي لإطالة الحياة، من اجل تحقيق سبق علمي بهدف نزع الأعضاء البشرية من الاحياء او الأموات بغرض إعادة زرعها، وهو ما استدعى إعادة النظر في وضع معيار **قانوني** جديد لتحديد **لحظة الوفاة**[1].

وأمام 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 خارجا عن المعاملات المالية من جهة، ومن جهة أخرى، التأكيد عن مساءلة الأطباء عن أخطائهم، ووجوب بذل عناية التبصر في معالجة مرضاهم، وهذا لن يتأتّى إلّا بمعرفة الطبيب للقيود القانونية والأحكام التي تحكم علاقته بالمريض خلال ممارسته وهي قيود متواجدة في القانون الجنائي وقوانين خاصة بالمهن الطبية وآدابها.

[1] 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.

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...

أمّا المسألة الثانية، توفير الحماية القانونية للأطباء وتأمينهم من المخاوف الناجمة عن المسائلات 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 ريب أن طمأنة الأطباء وعدم تخويفهم، هو بهدف النهوض بمهنة الطب وتطويرها من خلال فسح 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 انّ هناك عدة أمراض كانت مستعصية على العلاج أو على الشفاء، أصبحت اليوم بفضل التطور العلمي التقني من الأمراض العادية القابلة للعلاج أو الشفاء.

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 الإمكانات والتجهيزات.

وهكذا كان للتقدم العلمي-التقني وتطور التجهيزات في مجال الطب، أثره البالغ في تطور طبيعة ونطاق مسؤولية الطبيب، الأمر الذي يفسر مسايرة الفقه والتشريع والقضاء لهذا التطور.

في هذا الصدد نشير إلى أنّ 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 انّها لم تكن على نفس المنوال ونفس النمط فقد وجد لها أثر في قانون حمورابي[1] 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 مزاولة 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 ، امّا في حالة وجود خطا الطبيب فالتعويض يكون على عاتق العاقلة أي اسرة و أقرباء الطبيب و التي يقابلها اليوم صندوق التأمين.

غير ان استخلاص وصياغة مبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية في العصر الحديث لم يتم إلاّ في القانون المدني الفرنسي القديم، على يد الفقيه دوما "Domat"، (1625–1696) وقد تبنى واضعوا قانون نابليون ما توصل اليه هذا الفقيه، وصاغو المادتين 1382 و1383 المتعلقتين بالأخطاء العمدية وغير العمدية، واعتبروا ذلك تحقيقا لاستقلال المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية.

في هذا السياق، راعت غالبية التشريعات قواعد المسؤولية الطبية واولتها عناية واهتماما بدءا بالقانون المدني الفرنسي، حيث تعرضّت محكمة النقض الفرنسي لمسؤولية الأطباء في قرارها الشهير المؤرخ في 1835/06/18 والذي وضع حدّا للجدل الفقهي القائم آنذاك بين

[1] 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".

جانب معارض وآخر مؤيد لمساءلة الأطباء، وكان ذلك بمناسبة مرافعة المحامي العام الفرنسي Dupin ومطالبته بتطبيق أحكام المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي سالفة الذكر أعلاه –المقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري والمادة 163 من القانون المدني المصري– على سائر المهنيين بما فيهم الأطباء، على إثر قضية خطأ طبي رفعها مريض يسمى السيد GUIGNE ضد طبيبه حيث اعتبرت المحكمة ان خطأ الطبيب كان موجبا للمسؤولية المدنية بمفهوم المادة 1382ق.م.ف، واتبعت ذلك وكرّسته بنصوص أخرى تتعلق بمسؤولية المتبوع عن اعمال التابع والمسؤولية عن حراسة الأشياء في المواد 1383، 1384، 1385، من القانون المدني الفرنسي، وهكذا تترتب المسؤولية المدنية او الجزائية للطبيب نتيجة الخطأ الذي يرتكبه الطبيب نتيجة اهماله وعدم احترازه او جهله بالأمور الفنية للطب.

غير انّ المسؤولية الطبية بنوعيها المدنية والجزائية، لم تحظ في يوم من الأيام بمثل هذا الاهتمام البالغ الذي تلقته في عصرنا الحاضر بسبب التطور المذهل والسريع في الآونة الأخيرة في مجال العلوم الطبية حيث يظهر من خلال الإحصائيات التي عثرنا عليها، أنّ أكثر قضايا المسؤولية الطبية المطروحة أمام القضاء، هي قضايا ذات طابع جنائي في المرافق العامة بالدرجة الأولى ، اذ نادرا ما يتم تحميل مهنيي الصحة من أطباء وممرضين مسؤولية أخطائهم الشخصية، حتّى انّ القضاء هو الآخر يلقي تبعات تلك الأخطاء على المستشفيات كمرافق عمومية، بتحميلهم مسؤولية تابعيهم كونهم ميسوري الحال، واحتماء مستخدميهم وراء صندوق التأمينات والضمان الاجتماعي في حالة الحكم بالتعويض.

وهكذا أصبح الطبيب اليوم يتابع قضائيا، ذلك الذي كانت علاقته بالأمس مع المريض مبنية على الثقة والاحترام، حيث لم يكن للعائلة الّا طبيب واحد يعرفه افراد الاسرة، ومن ثمّ لم يكن مستساغا قبل ذلك ان يكون هذا الأخير موضعا للاتّهام والتقصير لمجرد احتمال خطئه رغم اجتهاده وبذل العناية اللازمة، ولهذا لم يعرف القضاء قضايا المسؤولية الطبية الاّ منذ سنوات قليلة، اضف الى ذلك انّ هناك عدة أسباب وعوامل أخرى حالت دون ذلك

والتي 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 أدّت 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 مسبقا مصاريف الدعاوى، مثل ما يجري في أمريكا وكندا وبعض الدول الغربية، مما دفع بشريحة عريضة من الأطباء لاعتماد أساليب غير مهنية مع مرضاهم، بإثقال كاهلهم والطلب منهم إجراء تحاليل وأشعة غير ضرورية أحيانا تكبدهم الكثير من النفقات، بل اكثر من ذلك إحجامهم عن علاج ومتابعة حالات ذوي الامراض المزمنة، او تفادي القيام بتقنيات وطرق علاجية فعّالة وحديثة خشية تعرضهم للمساءلة القانونية، و هذا ما نتج عنه ظهور ما يسمى بالطب الدفاعي[1] (Médecine défensive) في كندا وامريكا، كما صرّح بذلك الدكتور فادي شمعون العامل في مستشفى مينيسوتا بأمريكا بقوله :"... حاليا تدرك كطبيب انّه 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.

[1] Dominique Demers, Médecine défensive, responsabilité médicale, thèse en doctorat en droit, université Sherbrooke, Otawa, Canada, 1996, P03.

غير انّه في بلادنا، فإنّ موضوع المسؤولية الطبية هو الآخر لم ينل حظه من الدراسة والبحث، إلّا 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 نشير الى أنّ الخطأ الطبي له ميزاته الخاصة، فهو ليس مرتبط بصحة 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 آفريل 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.

علاوة عن ذلك، فإنّ بعض الآراء تذهب الى ابعد من أجل توفيق بين مصالح المريض وأهداف وحرية الممارسة الطبية، حيث اقترح البعض التخلّي نهائيا عن فكرة المسؤولية الطبية القائمة على أساس الخطأ، وإفادة المضرور من عمل طبي بالتعويضات المستحقة بصورة آلية دون البحث عن الخطأ، وأوصى أصحاب هذا الاتّجاه الأطباء بالتأمين عن المسؤولية الطبية.

إنّ هذا الاتجاه الفقهي والقضائي 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 **المفترض** من جهة ومن جهة أخرى المسؤولية الطبية **بقوة القانون (بدون خطأ)**، مما جعل المسؤولية الطبية في أزمة حقيقية[1] تجلّت بظهور التأمين

[1] Y .Lambert-Faivre, La crise de L'assurance responsabilité médicale, D2003 N03 P142

وتجسدت أكثر من خلال إنشاء وتطور هيئات التأمين، التي تتولّى تأسيس مختلف أقطاب المسؤولية المهنية.

هكذا واجهت المسؤولية الطبية في الدول الغربية –لاسيما في فرنسا–مشكلة تحقيق التوازن بين الاعتبـــارات الســـابقة مما أدّى 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 الأطباء و شركات التأمين من ناحية أخرى، ممّا 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 للتدّخل مرة ثانية من اجل إيجاد صيغة لتذليل هذه العقبات بإصداره لقانون مكملا –سنتعرض له لاحقا– بتاريخ 2002/12/30 للتوفيق بين المرضى المتضررين و الأطباء و بإنشاء صندوق تعويض لضحايا الحوادث الطبية باسم التضامن الوطني وتوزيع التعويض بينه وبين صناديق التامين.

ولو أنّ المشرع الجزائري في محاولة منه لمواكبته ذاك التطور، أحسن صنعا بنصّه على إلزامية التأمين عن الأعمال الطبية من خلال المادة 167 من الأمر رقم 07/95[1] المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات بنصّها:" يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني والممارسين لحسابهم الخاص أن

وانظر كذلك محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأسين 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.

[1] الأمر رقم07/95 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.

يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير". وأكد على ذلك في المادة 296 من القانون الجديد للصحة العمومية رقم 11/18[1].

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 تأمينا على المال من الأضرار ومعنى ذلك تحمّل المؤمن تبعة التعويض، الأمر الذي يزيل مسبقا اشتراط البحث في كل مرة عن مصدر الضرر او خطأ طبيب من عدمه.

وهكذا بدت ملامح التوجّه الحديث لإقرار المسؤولية على أساس الضرر وحتى **بدون خطأ** او ما يسمّى **بالنظرية الموضوعية**.

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 المعدّل للنظام القانوني للبحوث الطبية الحيوية بتاريخ 2004/08/09 في فرنسا.
- على الصعيد **العملي**، ترجع هذه الأهمية ايضا إلى التطور الهائل الذي عرفه الطب، إلى حد إعادة النظر في تنظيم العلاقة القانونية التي تربط الطبيب بالمريض، حيث لم

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

يكتف القضاء–خاصة الفرنسي–بالتضييق من التزام الطبيب **ببذل عناية** فحسب، بل بمطالبته في مواطن عدة **بالتزام بتحقيق نتيجة وضمان السلامة.**

2–أهداف الدراسة:

- إثراء الساحة العلمية والمكتبة الوطنية بالمستجدات والاتجاهات الحديثة للمسؤولية الطبية في القانون المقارن ومدى مواكبة القانون الجزائري لها.
- حثّ ممتهني الصحة بمختلف أسلاكهم من أطباء وممرضين على الاطّلاع 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 الأمّية 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 اجل إيجاد توازن بين مصلحتين، حق الطبيب في ممارسة عمله باطمئنان، و حق المريض في سلامته البدنية فحسب، بل ما تثيره طبيعة المسؤولية[1] المدنية للطبيب خاصة التي تطال الطبيب بحيث أنّه و إلى امد غير بعيد، ظلّت هذه الأخيرة مسؤولية **تقصيرية** منذ ان اقرّها القضاء الفرنسي لأول مرّة في سنة 1835 ثمّ بعد ذلك وضعت في اطار ما استقر عليه القضـــاء الفرنسي و تواترته التطبيقـــات القضـــائية المقـــارنة من بعد، بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية المبدئي و الشهير، المسمى "بقرار مارسييه

[1] حيث احتدم الجدل بين فريق من الفقهاء مناصر لازدواجية المسؤولية المدنية عقدية وتقصيرية وعلى رأسهم الفقيه Sainctelette 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.

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 يبيّن القرار المشار إليه أعلاه، على أنّه **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 دعاوي المسؤولية الطبية المرفوعة ضد الأطباء لاسيما بالدول الغربية، في الوقت الذي بدأت 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 مزاولة نشاطه ومهنته، فهي دون شك في المجال الطبي تزداد صعوبة وتعقيدا لاختلاف أسبابها ونتائجها، بحسب نوعيها ما إذا كانت مدنية او جزائية، والاتّجاه الحديث لإقرارها دون خطا في ظل التطورات الطبية الحديثة وعليه نطرح الإشكالية التالية:

– ما مدى مسايرة المشرع والقضاء الجزائريان لأحكام المسؤولية الطبية الحديثة في القانون والقضاء المقارن؟

ويتفرع على هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ما هو الاتّجاه الحديث في الفقه والقضاء المقارن لإقرار المسؤولية الطبية؟
- 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؟
- وهل أنّ إباحة العمل الطبي إباحة مطلقة ام نسبية؟ وما هي الأخطاء والجرائم الموجبة للمسؤولية الطبية؟

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 الاكبر في إرساء ملامح وقواعد المسؤولية الطبية ومستجداتها، والذي سارت على نهجهما 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 النظرية التقليدية القائمة على الخطأ، والتوجه الحديث لقيامها على أساس الضرر واستحداث المخاطر.

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

وإذا كان هذان البابان يشكلان لبّ الدراسة وجوهرها، إلّا 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.

خـــطـــة البـــــحث

مقـدمـة

الفصل التمهيدي: ماهية العمل الطبي

المبحث الأول: مفهوم العمل الطبي على جسم الانسان

المبحث الثاني: أساس اباحة العمل الطبي وشروطه في القانون

الباب الأول: أحكام المسؤولية المدنية للطبيب

الفصل الأول: طبيعة ونطاق المسؤولية المدنية للطبيب

المبحث الأول: نطاق المسؤولية المدنية للطبيب

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية المدنية

الفصل الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب في ظل الأساس التقليدي والاتجاه الحديث

المبحث الأول: الأساس التقليدي لقيام مسؤولية الطبيب المدنية بخطأ

المبحث الثاني: التوجه الحديث لقيام مسؤولية الطبيب بدون خطأ (مسؤولية موضوعية)

الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الفصل الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة الخطأ

المبحث الأول: قيام المسؤولية الجزائية في حالة الخطأ غير العمدي

المبحث الثاني: مجالات الخطأ الطبي وتطبيقات القضاء بشأنها

الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة العمد (الجرائم الطبية)

المبحث الأول: جرائم الممارسة الطبية (الماسة بالسلامة الجسدية)

المبحث الثاني: الجرائم المهنية (غير الماسة بالسلامة الجسدية)

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، والنابعة في نفس الوقت من فكرة حقه في الحياة فهو حق تحميه المواثيق الدولية[1] ودساتير البلدان[2] 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)**.

---

[1] 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 الأوربية لحقوق الإنسان سنة 1950.

[2] الدستور الجزائري لعام 1963 و1976، 1989، في مواده المتتالية: م 10، م71، م33، 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 الاستنساخ 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 إلّا أنها اختلفت في تحديد مفهوم العمل الطبي[1] وهذا راجع إلى التطور المذهل والمستمر للثورة العلمية الطبية وما صاحبها من التوسع والابتكار[2] إذ تميز القرن الماضي أيضا **بإدخال مفهوم الصحة بدلا من المرض ومفهوم جودة الحياة بدلا من الشفاء** بالإضافة الى 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 اول) والتشريع (فرع ثاني).

---

[1] محمود القبلاوي المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 5.

[2] 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 الإسلامي والمقارن

لم يهتم الفقه –خاصة الغربي–بهذا المجال لتحديد مفهوم العمل الطبي وتعريفه إلّا 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"[1]، 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 للأمور إلى شفاء المريض[2].

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"[3].

لكن يعاب على هذا التعريف أيضا، رغم إضافته لجانب أساسي و مهم في العمل الطبي ألا و هو الوقاية، إلّا 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 نشاط يرد على جسم الإنسان، أو نفسه، و يتفق في طبيعته و كيفيته مع الأصول العلمية

---

[1] مأمون عبد الكريم رضا، المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2009، ص 38.

[2] رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005، ص 23.

[3] شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003 ص 87.

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"[1].

بناء على ما تقدم يبدو أن هذا التعريف الاخير 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 أقروا 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 وان أحببت دعوت الله أن يشفيك" فقالت: بل اصبر ولكنني أتكشف فادع الله لي ألّا 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[2]، لأن التعامل في جسم

[1] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى جامعة نايف العربية للعلوم السعودية ،2004، ص 10.

[2] 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[1].

الفرع الثاني

تعريف العمل الطبي في التشريع

مثلما مرّ به الفقه من تغيير في مواقفه 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

صدر اول امر يحدّد مدّة الدراسة لمهنة الطب بفرنسا في سنة 1331 من طرف الملك فيليب الأول، ثمّ في سنة 1803 صدر القانون المدني والذي تمّ تعديله لاحقا سنة 1898 وتلته بعد ذلك عدّة تعديلات آخرها سنة 2008.

حيث كان القانون الفرنسي القديم[2] ينظر إلى العمل الطبي على أنه يقتصر على عملية العلاج فحسب، ثم ما فتئ أن عدّل 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"**[3] 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 ضمنيا 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

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

[2] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 08.

[3] رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة،2007 ص 75.

عينة من العينات...إلا إذا كان أسمه مقيدا بسجل الأطباء البشريين وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة المنظمة لمهنة التوليد "[1].

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 مزاولة مهنة الطب وجراحة الأسنان..."[2].

ثالثا: تعريف العمل الطبي في التشريع الجزائري

أشار التشريع الجزائري على غرار التشريعين الفرنسي والمصري لمفهوم العمل الطبي من خلال الإشارة إليه ضمنيا وهو بصدد تناول أهداف الصحة و قواعدها 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[3]، وهو

[1] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 8.

[2] محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 27.

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

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.

خلاصة لما تقدم نلاحظ أن الفقه كان أكثر توفيقا من التشريع في تحديد مفهوم العمل الطبي[1]، 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 [2]، المؤرخ في 1992/07/06، حيث اعتبرتا 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

[1] 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 والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجز عن خياراته، وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات او العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي 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".

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

ازدياد الأخطار الناجمة عن التقدم العلمي والبحوث، كإطالة الحياة بالتنفس الصناعي للانتفاع بأعضاء ومكونات الجسم والهندسة الوراثية إلى غير ذلك.

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 شيئا، غير أن انتفاء الطبيعة المالية عن جسم الإنسان لا تمنع من الانتفاع بمكوناته كالأعضاء البشرية والانسجة وفقا لعدة اعتبارات اخرى[1].

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 يخرجه عن الصورة التقليدية لبني البشر[2]، كما أنه من المسائل الأولية اللازمة لتبيان عناصر محل التدخل الطبي وإجراء التجارب والأبحاث الطبية[3] بتوضيح مفهومه ومكوناته واعضائه.

أولا: مفهوم الجسم

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

[1] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، ص382، المرجع السابق.

[2] فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 131.

[3] مهند 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 خصوصا 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[1]: " لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا البشرية إلّا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".

يقصد بجسم الإنسان ذلك الكيان الذي يباشر وظائف الحياة، والمتكون 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 عظاما، فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين...."[2].

أما التشريعات القانونية، فلم تضع تعريفا لجسم الإنسان رغم أن التحديد الاصطلاحي الفقهي للجسم يبدو كافيا لبيان الأحكام الخاصة بالمساس بسلامته، إلّا أن قصورا كبيرا 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 تتحدد من خلالها الشخصية والمواهب والمشاعر والروح كسر إلهي تبقى من علم الغيب إذ

[1] قانون 11/18، المرجع السابق.

[2] سورة المؤمنون، الآيات (12،13،14).

يقول سبحانه وتعالى: "يسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم إلا قليلا..."[1].

ثانيا: 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 اهتماما كبير[2].

لا يبدو من المغالاة القول أنها قليلة جدا تلك الكتابات التي تصدت لتحديد المقصود بالعضو البشري على نحو دقيق وصحيح، لأن وضع التعريف من الناحية الطبية أمر يتسم بالأهمية والضرورة التي يتسم بها من الناحية القانونية، فرجال القانون هم أيضا أكثر احتياجا من رجال الطب لوضع تعريف محدد و دقيق للعضو البشري، لتسهيل تكييف المسؤولية مدنية كانت ام جنائية عند المساس به[3].

1. الأعضـاء

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[4] في المادتين 34 و35 لمصطلح "**عضو**" بعدم جواز بتر واستئصـال الأعضاء دون سبب طبي غير أنها لم تبين تعريفه، فهو عبـارة عن مجموعة من الأنسجة أو الأجزاء المتصلة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيـفة معينة

[1] سورة الإسراء الآية 85.

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق ص 11.

[3] هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2003، ص09.

[4] مرسوم تنفيذي رقم 276/92، المرجع السابق.

مثل المعدة والقلب والرئة والأعضاء التناسلية واتصال العضو بالجسم لتأدية وظيفة.

وبناءا 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 لتعوض نقص أصيل أو طارئ واستبدال للذي هو أدنى بالذي هو خير[1].

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"[2]، وهناك من عرفه على أنه:" كل جزء إذا أنتزع لم ينبت"[3]، فصحيح هذا التعريف أصاب في جانب منه.

4. تعريف العضو في قانون العقوبات الجزائري وأخلاقيات العلوم الإحيائية

تنص المـادة 264 فقرة 3 من قانون العقوبات الجـزائري:" 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 الجـــاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات"[4].

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

---

[1] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 370.

[2] وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم (دراسة مقارنة)، دار المغربي للطباعة، عمان، الأردن، 2006، ص04.

[3] هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص 12.

[4] 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 12/20/ 2006.المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84 بتاريخ 2006/12/24 المعدل والمتمم.

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 انه أدرك مؤخرا في قوانين أخلاقيات العلوم الإحيائية الصادرة في سنة 1994 الفارق الجوهري بين أعضاء الجسم وسائر المشتقات والمكونات، وهذا بإفراد قسم مستقل خاص بالأعضاء وآخر بالمشتقات [1].

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. 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 تجددها وتعويضها و استبدالها من الجسم نفسه دون حاجة لزراعتها كالأعضاء، 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[2]، 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.

---

[1] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص15.

[2] محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999، ص26.

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:

أولا: 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 يوما 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، لأن الجنين هنا مهيأ لتدب فيه الحياة وقابلا لها لو ترك لينمو حتى تدب فيه الروح، أما المرحلة الثانية التي تلي 120 يوما أي بعد 4 أشهر فتنفخ الروح في الجسد وذلك لوضوح دلالة أحاديث عبد الله ابن مسعود على ذلك[1] 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 سـورة المؤمنون ذلك حيث يقول عز وجـل: "ولقـد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقة، فخلقنا العلقة مضغة، فخلقنا المضغة عظاما، فكسونا العظام لحما، ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين ".

أما قانونا فإن الجنين إذا كان لايزال في رحم أمه فهو يخضع لحمايته كجنين بالنصوص التي تعاقب على الإجهاض[2]، وهنا يوجد تباين كبير بين القوانين التي تحكم هذه الجريمة

[1] أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ص 160.

[2] هدى حامد قشقوش، جرائم الاعتداء على الأشخاص (الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم)، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ،1994، ص19.

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 أحيانا، 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 إنسانا يمكن قتله متى نزل حيا من بطن أمه، سواء تنفس أم لم يتنفس وسواء كان حبل سرته قطع أم لا[1]، ومنه يرى القانون أن ميلاد الجنين هو بداية الحياة ولا يكون إنسان إلا إذا ولد ونزل وخرج من بطن 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[2].

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، وعلة ذلك في أن الجنين غدا كيانه المادي مكتملا ومتخذا 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.

[1] هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص21.

[2] عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 326.

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 إلّا 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 أفعال الاعتداء عليه جريمة قتل عمدي أو بإهمال أو جريمة إحداث عاهة مستديمة.

ولو أن القانون المدني الجزائري[1] 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 إلّا 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[2] 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.

---

[1] الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم10/05 المؤرخ في 2005/06/20 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، بتاريخ 2005/06/26.

[2] المادة 153 من قانون 23/06 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

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 الإطالة الظاهرية للحياة[1]، لذلك يتوجب على المشرع التدخل بإصدار قانون يتضمن تعريف دقيق للموت وينظم إجراءات التثبت من تحققه، مستندا إلى القواعد العلمية الطبية لكي نكون أمام معيار قانوني موضوعي، ففي ظل هذا الجدل العلمي لتحيد 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[2]، 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 تبنى 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 89/39[3] بتاريخ 1989/03/26 المتعلق بنزع الأنسجة والأعضاء من أجل الزرع.

---

[1] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة ،1999، ص 51.

[2] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق ص 167.

[3] 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

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

نستخلص مما سبق أنه يجب التفريق بين موت الشخص، وموت الأنسجة، فهذه الأخيرة قد تستمر فيها الحياة لفترة ساعتين أو أكثر[2] من ذلك خاصة بالاستعانة بأجهزة الإنعاش، وهذا ما يحتاج إليه الأطباء عند نزع الأعضاء من جثث الموتى لزرعها للأحياء[3]، 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.

لكن من المستقر عليه، هو أن إباحة الأعمال الطبية يشكل خروجا استثنائيا على قواعد

تشكيله بموجب المرسوم التنفيذي رقم 122/96 الصادر في 1996/04/06، وأضفى المشرع الصفة القانونية على تلك 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.

[1] 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.

[2] جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2002، ص 51.

[3] 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.

العقاب بالنسبة للأطباء، وذلك لوجود مصلحة أقوى من المصلحة التي دفعت إلى تجريمها[1].

ذلك بالترخيص لهذه الفئة بمباشرة نشاط، اتفق المجتمع على مشروعيته 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 مفاسد 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[2].

غير ما تقدم فان 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

تنازع العديد من الفقهاء حول أساس إباحة الأعمـــال الطبية وأثار هذا الموضوع جدلا وخلافا كبيرين، نظرا 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).

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[3] بينما يرى البعض أن الأساس في ذلك هو رضا المريض بتلك العمليات الجراحية[4]، أما

[1] ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص 86.

[2] بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002، ص 54.

[3] عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 193.

[4] بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 80.

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[1].

أولا: 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"[2] و إذا ترسخت و شعر الناس بإلزاميتها 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..."[3].

غير أنه تطبيقا 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 "[4]، ويرى هذا الاتجاه التقليدي انطلاقا 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.

---

[1] بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق،1984، ص 391.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 193.

[3] الأمر رقم 58/75، المرجع السابق.

[4] الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

هكذا حكمت محكمة جنح **"بوردو Bordeaux"** الفرنسية بجواز الختان من المطهر، بشرط أن يكون الطفل الذي يجرى له الختان يهوديا أي أنها أباحته لليهود فقط[1]، غير أن الشراح يرون أن محتوى العرف ينطوي تحت فكرة القانون، أي أن العرف لا يجب أن يتعارض في مضمونه مع نصوص القانون وروحه[2].

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 ملوثا 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 عبرة 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[3].

خلاصة لما تقدم نرى أنه بالرغم من أن العرف هو أول مصادر القانون في العالم، وحتى حاليا 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 الآذان 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.

ثانيا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو رضا المريض

إن أساس إباحة الأعمال الطبية حسب هذا الاتجاه هو رضا المريض بذلك سواء صدر منه شخصيا، أو من وليه أو من ينوبه قانونا[4]. 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

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 193

[2] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 355.

[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 193.

[4] عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 195.

حتى لو قام به شخص آخر غير الطبيب[1]، كما أن الشريعة الإسلامية جعلت من رضا المريض أثر في تخفيف العقاب، بل أحيانا الإعفاء من المسؤولية، فيكفي أن يكون الرضا صحيحا والغرض مشروع وذلك عندما أجريت عملية ختان، لشاب أعتنق الإسلام ورضي بهذا تماشيا مع شعائر هذا الدين[2]، لم يسلم هذا الرأي من سهام النقد الكثيرة التي وجهت إليه، وأولها أن الحق في سلامة الجسم ليس حقا خالصا 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[3].

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 وضيفته الاجتماعية على أكمل وجه[4].

كما اعترض البعض الآخر، على أن رضا المريض له قيمة محدودة في جرائم المساس بالسلامة الجسدية، لأن صحة المجتمع من النظام العام[5] 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:" يتعّين على المصالح الصحية المؤهلة القيام بالتلقيح الإجباري مجانا لفائدة المواطنين المعنيين، تحّدد كيفيات 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 سجينا مضربا عن الطعام، ضف

[1] محمود القبلاوي، المرجع السابق ص 15.

[2] بسام محتسب بالله، المرجع السابق ص 339.

[3] أحمد شوقي، المرجع السابق، ص 11.

[4] محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2003، ص 98.

[5] مأمون عبد الكريم المرجع السابق ص 25.

إلى ذلك أن هناك فحوصات تسبق مباشرة أعمال أو وظائف معينة[1] حتى ولو بدون رضا الشخص.

في هذا الصدد اعتنق القضـاء الفرنسي هذا الاتجاه وتطبيقا لذلك قضت محكمـــــــة "**الساين La seine**" الفرنسية في 1937/05/16 بانتفاء مسؤولية الطبيب إذا 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[2].

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[3]، بناءا 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 الحـــــامل بذلك، ولو لغير ضرورة شرعية وطبية من طرف الطبيب أو غيره.

إذ أن الرضـــا من الشخص لا يمكن أن يكون أســـاسا لإبـــــاحة الأعمـــال الطبية، بل ما هو إلّا شرط من بين شروط أخرى، لممارسة الأعمال الطبية الماسة بسلامة الجسم، فهناك فرق بين علة وسبب الإباحة لعمل ما، وبين شرط القيام به.

---

[1] Xavier Lesegretion et Stephanie Chassany, la protection juridique de l'hôpital, Paris Berger Levraut, 1999, p141.

[2] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص16.

[3] محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر، عمان 1999، ص 87.

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 دون قصد الإضرار به، وهذا عكس الأعمال الأخرى التي يكون فيها الجاني قاصدا الإضرار بالمجني عليه وعالما بما يقوم به ومريدا لنتيجته[1].

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 الخطأ دون حاجة لإثبات الإهمال والتقصير.

أنتقد هذا الرأي هو الآخر، على أســـاس أن قصد العلاج والشفاء يعد من قبيل البواعث وليس عنصرا من عناصر القصد الجنائي[2]، 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[3].

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

لقد اعتنق كل من القضاء المصري والفرنسي هذا الاتجاه الآخذ بفكرة الباعث وانتفاء القصد الجنائي، أثناء المساس بالحق في السلامة الجسدية، وقضت محكمة "**فرساي Versailles**" على شخص غير مؤهل بجريمة القتل الخطأ، لأنه أجرى قلع ضرس

---

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 195.

[2] فتوح عبد الله الشـاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخـاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 146، 147.

[3] محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 65.

[4] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 327.

لمريض دون أخذ إجراءات الحيطة والحذر، مما ترتب عنه حدوث نزيف دموي خطير للمريض أدى إلى وفاته[1]، بما أن القصد الجنائي غير متوفر لدى هذا الشخص المعالج الذي لاحق له في العلاج أصلا، ولا عبرة للباعث في انتفاء القصد الجنائي مهما كان شرف ونبل الباعث، وعليه لا يعد هذا الرأي كأساس لإباحة العمل الطبي.

رابعا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو مشروعية الغرض الطبي

يرى بعض الشراح، أن الأعمال الطبية تعتبر مباحة لأنها وسيلة لمنع أمراض يبذل المجتمع جهدا لاتقائها، وهذا تأسيسا لقاعدة أن هناك طائفة من الأعمال تعد مشروعة، رغم أنها في الأصل اعتداءات على حقوق يحميها القانون، لكنها الوسيلة لتحقيق غرض تقرره الدولة وهي الحفاظ على صحة الافراد والمجتمع ككل، وبالتالي تصبح هذه الأعمال الطبية مباحة[2]. وهي الغاية والغرض الذي يسعى إليه المشرع باعتبار الصحة من النظام العام.

لقد أيد شراح القانون المصري[3] 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 بيانا لإجازة عمل الطبيب ولا يصلح أن يكون سندا كافيا 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 مرتعا للمغامرين من المجرمين، وعليه لا يعد هذا الرأي أيضا أساس لإباحة العمل الطبي إذ أنّه لا ينسجم مع ما يهدف إليه المجتمع من تنظيم المهن الطبية.

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

[1] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 339-340.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 196.

[3] بسام محتسب بالله، المرجع نفسه، ص 345.

المهنة دون سواهم[1]، ذلك أن الطبيب عندما يقوم بفحص أو علاج المريض يكون قد استخدم رخصة[2] 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[3]، 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[4]، 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 حضي هذا الاتجاه بتأييد كل من القضاء الفرنسي والمصري[5] وهذا في الكثير من الأحكام باعتبار أن الطبيب الذي يمارس مهنته على جسم المريض أساسه في ذلك إذن قانون مهنته اعتمادا على مؤهلاته العلمية.

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.

---

[1] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 391.

[2] شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 79.

[3] رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 341.

[4] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 19.

[5] محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص 20.

الفرع الثاني

أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري

لقد نص قانون العقوبات الجزائري[1] 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[2]، 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.

أما إذن القانون فهو جوازي، أي يترك للشخص الحرية في القيام بالفعل أو الامتناع عنه مثل ما تناولته المادة 61[3] 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 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 حرمته، فكانت تلك القيود هي الحد الفاصل بين الفعل المباح والجريمة.

---

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

[2] عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 121.

[3] المادة 61 من ق.إ.ج:" يحق لكل شخص في حالات الجناية او الجنحة المتلبس بها والمعاقب عليها بعقوبة الحبس، ضبط الفاعل واقتياده الى أقرب ضابط للشرطة القضائية ".

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 الكـاملة أو تقليل معاناته وآلامه بقصد الشفاء والقضاء على الأمراض والوقاية منها[1]، 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 الحـاجة إلى وجود الأطبـاء دلالة على اعتلال المجتمع جسمانيا أو نفسيا[2].

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 والاهتمام بتطويرها وتقدمها، 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

[1] حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 324.

[2] بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 02.

الصحة الجديد[1]، ضف إلى ذلك، عدة مراسيم تنفيذية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، المرسوم التنفيذي رقم 106/91[2] 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[3] 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 مقومات الإعداد الفني والعملي ما يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة[4] وهذا ما نصت عليه المادتين 166[5] 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 او 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.

---

[1] قانون 11/18، المرجع السابق.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 106/91، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3] م414:" 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 خمسة (5) سنوات وبغرامة من 1.000.000 دج إلى2.000.000 دج".

[4] رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 345.

[5] م166:" تخضع ممـــارسة مهن الصحة للشروط الآتية: التمتع بالجنسية الجزائرية، الحيــازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له؛ التمتع بالحقوق المدنية؛ عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة؛ التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة، يتعّين 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".

على هذا الأساس، فإذا قام شخص ليس من المرخص لهم بممارسة المهنة الطبية وأحدث جروحا 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 التثبت من استيفاء الطبيب لكل الشروط التنظيمية[1].

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 352 من قانون الصحة السالف الذكر 11/18 التي تنص على:" لا يمكن أي شخص يمارس مهنة الصحة أن يقدم إلّا العلاجات التي تحصل فيها على التكوين والخبرة الضروريين، ويجب عليه أن يمتنع 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 جنائيا عن ذلك[2].

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 سابقا 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

[1] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 23.

[2] محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 18.

المجالس الطبية الجهوية المختصة إقليميا وتغض الطرف عن ذلك مما يؤدي الى تهميش هذه المجالس وجعلها شكلية فقط.

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

شرط انصراف نية الطبيب للعلاج

لا يكون العمل الطبي مشروعا 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 إعفاءه من أداء الخدمة العسكرية[1] أو لجوء الطبيب إلى التدليس من أجل إجهاض امرأة حامل تسبب هو شخصيا في حملها[2] أو بوصف مهدئات لغير العلاج.

غير أنه إذا كان القدر الذي كان مسموحا 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 مسببا للشخص مرضا نفسيا فتكون تلك الأعمال لازمة للعلاج النفسي، كالجراحة التجميلية مما جعل القوانين تأذن بها وتجيزها 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 ملحقا ضررا بقيمته الشخصية و الاجتماعية.

[1] محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 67.

[2] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 43.

مما تجدر الإشارة إليه في هذا الشأن أن المــادة 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".

كما أضافت المادة 14 من نفس القانون على أنه من الأهداف المسطرة في مجال الصحة هي الوقاية وتوفير العلاج من أجل التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وكدت 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 قانون11/18 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[1] أو النائب عنه قانونا شفاهة أو كتابة، فالرضا معناه الموافقة على العلاج أو رفضه حسب ما تقتضيه مصلحة المريض[2] فهي سابقة عن العمل الطبي ذاته وعلة ذلك رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة فقها وقانونا كما يجب أن يكون الرضا حرا ومتبصرا أي مبنيا على أساس من العلم المستنير بطبيعة ونوعية التدخل الطبي ومخاطره المحتملة وهذا من أجل إيجاد نوع من التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض لكيلا يكون العقد الطبي عقد إذعان[3].

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

---

[1] المادة 343 من قانون 11/18، المرجع السابق.

[2] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 119.

[3] مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 72.

غير أنه إذا كان في وضع لا يسمح له بإبداء موافقته، لكونه في غيبوبة، أو عديم الأهلية أو ناقصها فصدور الرضا يكون ممن يعينه القانون ممثلا له، فلا يجوز أن يرغم 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 ومتبصرة 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 جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم"، فإذا رفض الشخص المراد علاجه التدخل الطبي، يكون لهذا الرفض أثر قانوني في تحديد مسؤولية الطبيب[1].

لذلك فانه يشترط عند رفض المريض للعلاج تصريح كتابي[2] بذلك، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو ممثله المخول قانونا بالموافقة، بعواقب هذا الرفض[3] إذ أن كتابة رفض العلاج تبرئ ذمة الطبيب من المسؤولية[4]، وفي هذا الصدد نصت المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول:" يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن".

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

---

[1] منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1989، ص 101.

[2] 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 معدٍ، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

[3] هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994، ص 42.

[4] محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999 ص 41.

أولا: حالة الضرورة

هي الحـالة 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 سالفة 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 لخياطة فتق ثم يكتشف أن سبب الآلام التي يعاني منها المريض هي نتيجة غنقرينا او 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[1].

ثانيا: حالة تهديد الصحة العامة للمجتمع

هناك من الأمراض المبينة والمحددة حصريا كانتشـار الأوبئة التي تتطلب التصدي لها 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 بناءا 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**".

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

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"[1]، 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 استثناءا كحالة الضرورة[2].

فإذا خالف الطبيب أتباع هذه الأصول والقواعد، قامت مسؤوليته بحسب تعمده 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 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[3] 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

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، 196-197.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 199.

[3] أبو اليزيد على المتيت جرائم الإهمال، الطبعة الثالثة، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1975، ص 219.

كما جاء في المادة 181 فقرة 03 من قانون الصحة 11/18 بنصها: "يتعين على مهنيي الصحة عدم تعريض المريض لأخطار غير متكافئة مع الفائدة العلاجية المرجوة".

على هذا الأســـاس يعد هذا الطبيـــب مخـــالفا للأصـــول والقواعد الطبية كاللجوء إلى الكيّ التقليدي والشعوذة، بمفهوم المـــادة 31 من المدونة أخلاقيات الطب الســـالفة الذكر نصها: " 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 و11 من المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المعدل والمتمم[1] 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 والعـــلاج الحديثة وهذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب[2] 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 المـــادة 17 من المدونة المشـــار إليها أعلاه حيث نصت على أنه: " يجب أن يمتنع 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 والعلاج، إذ وسع من مفهوم العمل الطبي إلى الوقاية التي هي من أولويات الطب الحديث

[1] مرسوم التنفيذي رقم 91 /106 المتعلق بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المرجع السابق.

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.

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

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 حرمته الجسدية بصفة خاصة فلابد 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[3] وهذا ما سنحاول التطرق إليه في هذه الدراسة.

---

[1] جلال الجابري، المرجع السابق، ص 51.

[2] Peaneau Jean, 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.

[3] 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، سعيا منهم لوضعه في مكانه اللّائق به لتعلقه بالسلامة الجسدية لمريض يضع جسمه بين يدي طبيب لا يعرف عنه إلاّ القليل، ولم يكن ذلك بالأمر الهيّن ذلك أن سلامة الجسد هي من أثمن القيم، التي يحرص الفرد والمجتمع على حمايتها كونها من النظام العام، اذ استقر مبدأ حصانة جسم الإنسان وسلامته، وصمد في وجه رياح التغيير زمنا طويلا ذلك انّ الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي.

كما لا يماري أحد في أنّ التقدم العلمي في شتى المجالات، كانت له انعكاسات على مسؤولية الأطباء، إذ ازدادت عدد الحالات التي تثور فيها مسؤوليتهم بوتيرة متصاعدة عما كانت عليه سابقا، 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 متخصّصة[1]، موازاة مع تزايد الأخطاء الطبية المرتكبة سواء في العيادات الخـاصة 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. والقاعدة في المسؤولية الطبية هي كالقاعدة في المسؤولية المدنية[2]، إلاّ أنّه خلافا لهذه الاخيرة فإنّ المسؤولية الطبية لا يكفي

[1] مثل القانون الطبي الليبي رقم 17 الصادر في 1986/11/24 وقانون المسؤولية الطبية الإماراتي الصادر في 2016.

[2] طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص369.

لقيامها مجرد حدوث الخطأ والضرر للمريض للتمسك بمسؤولية الطبيب، ذلك أنّ التزامات الطبيب من حيث نطاقها، ما فتئت تتراوح بين قطبين أحدهما **الالتزام ببذل عناية** يقظة وصادقة كأصل عام، والآخر **التزام بتحقيق نتيجة وضمان سلامة المريض** أيا كانت طبيعة مسؤولية الطبيب عقدية أو تقصيرية، ومن ثمّ يمكن –رغم حدوث الأضرار–ألاّ تثور المسؤولية الطبية إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال من جانب الطبيب المعالج أو إدارة المستشفى.

كما انّ الضرر متشعب الأشكال والمظاهر في المسؤولية الطبية، حيث يثير العديد من الإشكاليات، كأن يكون المريض مصابا في الأصل بعجز سببه حالة صحية سابقة على المرض الذي يعالج منه، مما يثير تحديد حجم الضرر المتأتي من النشاط الطبي وفرزه عن الضرر من الإصابة الأصلية، وهو ما يتطلب بحث دقيق في رابطة سببية، والذي بدوره يدخل في اختصاص الخبير، وقد لا يكون للضرر علاقة بالعمل الطبي بل كان لنتيجة غير طبيعية، بالنظر للحالة الصحية للمريض والتطور المتوقع لها[1].

ولما كان الضرر الطبي يتميز بنوع من الخصوصية عن الأضرار العادية، فقد يتصف الضرر في مجال المسؤولية الطبية بالذاتية عن الضرر العادي، وذلك من خلال مقارنته بالمقومات العامة للضرر وفقا للقواعد العامة، ويظهر ذلك انّ الأضرار التي تثير المسؤولية التقليدية للقائم بأعمال الرعاية الصحية، والتي تستند إلى خطأ في العلاج أو التشخيص لم تعد تستوعب فكرة الخطأ بل تتجاوزه، فهي تتصل أساسا بالمخاطر المحيطة بالعمل الطبي أكثر من ارتباطها بخطأ القائم عليه[2].

[1] عدنان إبراهيم سرحان، المسؤولية الطبية المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية الطبية)، الجزء الأول، ط2 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2004، ص172 وما بعدها.

[2] محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، عدد 03، 2005، الجزائر، ص30–31.

ولهذا كان لابد من الفقه والقضاء البحث عن قواعد جديدة لتطويع وتغيير ملامح المسؤولية المدنية التقليدية كي تتوافق مع مبادئ العدالة واحترام حقوق المرضى المتضررين من الأعمال الطبية، فتمّ ابتداع من قبل القضاء الفرنسي وتحت ضغط فقهي، نظرية المسؤولية الموضوعية التي تتمرّد على قواعد المسؤولية المدنية القائمة على نسب الضرر إلى شخص محدّد وجعل التعويض دائما من طرفه، بل يكفي فيها أن يشترط لقيامها وجود ضرر وعلاقة سببية مباشرة بين الضرر والعمل او النشاط الطبي، بل حتىّ في غياب أي خطأ من جانب الطبيب كما لو كان العمل أو النشاط مصدر الضرر في ذاته سليما وصحيحا.

على هذا الأساس، بدت أهم ملامح ومظاهر القصور في قواعد المسؤولية المدنية التقليدية والتي ادّت الى الجنوح للمسؤولية الموضوعية في المجال الطبي لضمان حقوق المرضى المتضررين من التدخلات الطبية في الحصول على التعويض المناسب والعادل.

وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذا الباب الذي نتطرق فيه للطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب ونطاقها في فصل أول، ثم في فصل ثاني قيام المسؤولية المدنية للطبيب في ظل **النظرية التقليدية القائمة على أساس الخطأ**، والاتجاه **الحديث لإقرارها دون خطأ** بل على أساس الضرر فحسب واستحداث المخاطر.

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، إمّا قانونا أو اتفاقا ينتج عنه ضرر يستوجب تعويض عادل نتيجة مخالفته لقاعدة قانونية أو لبنود الاتفاق.

على هذا الأســـاس، فالمسؤولية المدنية للطبيـــب تعني إتيان الطبيب لأعمال إيجابية أو سلبية أثناء ممارسته لمهنته، والتي تستوجب المؤاخذة 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 وضمان 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 إمّا إخلالا بالتزامات مصدرها العقد الطبي فتتقرر **المسؤولية العقدية**، أو إخلالا 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 résultat الى الفقيه الفرنسي "**ديموغ**" Demogue René سنة 1898، وتكرس ذلك التمييز الى يومنا هذا، بحيث انّ هناك شبه إجماع بين الفقه والقضاء على أنّ التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية أصلا، واستثناء التزاما بتحقيق نتيجة في بعض الحالات ، ذلك انّ 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،

أيّا كان المعيار الذي يلجأ إليه لتحديد طبيعة الالتزام من حيث عنايته، وفي أيّ مرحلة من مراحل التدخل الطبي، وإذا كان هذا هو الأصل العام فثمّة 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، آملا 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، والعلّة في ذلك تكييف 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

كـانت المناسبة التي دعت الى التأكيد على التزام الطبيب بأنّه التزام ببذل عناية هو قرار النقض الفرنسي الشهـــير في قضية مرسييه[1] Mercier الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 والذي ارسى بدوره الطابع العقدي للمسؤولية الطبية[2] من جهة، ومن جهة أخرى كرّس توجّها تاريخيا يؤكّد من خلاله، انّ العقد الطبي ينشئ التزاما في مواجهة الطبيب قوامه التزاما ببذل عناية، حتّى انّه ذكر مميزات ذلك الالتزام، بانّه التزام يتسّم 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 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

[1] 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 × 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 واستجابت لطلبه. غير انّ 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

[2] 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…»

نفسه، إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعـود لسبب أجنبي لا يد له فيه، شريـطة الاّ يكون سيئ النية"[1].

أولا: تكريس الالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي الفرنسي

رغم الاحكام السابقة المتعلقة بالتزامات الطبيب، إلاّ انّ المشرع أعاد التأكيد على انّ مناط التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، والذي يقتضي على الطبيب الالتزام به تجاه المريض في مختلف مراحل العلاج والوقاية، بدأ بالحصول على موافقة هذا الأخير وتبصيره، كما جاء في قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة رقم 303/2002[2] الصادر بتاريخ 04 مارس2002 المعدل والمتمم، حيث نصت المادة L1111-2 al 2 منه على "انّه 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، تماشيا مع التوجيه الأوروبي، وهو ما اكّدته المادة L4127-35 على التزام الطبيب بإعلام المريض بمعلومات صادقة وواضحة وملائمة، عن حالته الصحية والعلاجات المقترحة له، تماشيا مع ما اكّد عليه سابقا قانون الآداب الطبية الفرنسي لسنة 1995.

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

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

[2] قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي رقم 303/2002 الصادر بتاريخ 04 مارس2002 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05، والذي اثارت تطبيقاته على ارض الواقع عدة صعوبات فيما يتعلق بالتأمين من المسؤولية الطبية، الأمر الذي دفع بالمشرع للتدخل مرة ثانية لتذليل تلك 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.

وافادته بالإعلام المستنير لحالته الصحية، والمخاطر المتوقعة والحرص على سلامته[1]، لكي يتمكّن هذا الأخير من اتخاذ القرار، برفض أو قبول التدخل الطبي، ويلتزم الطبيب بذلك[2] حتّى ولو في غياب نص قانوني، ومردّ ذلك انّ المساس بالسلامة الجسدية من النظام العام اضف الى ذلك، انّ التدخل الطبي على جسم المريض كما اوضحناه آنفا ورغم مزاياه، إلاّ انّه محفوف بالمخاطر غير المتوقّعة، ومن ثمّ فالتزامات الطبيب تتجاوز ما يتسّع له الاتفاق ولو في وجود العقد الطبي من جهة ، وتجد مصدرها قبل هذا وذاك في القواعد الأخلاقية والإنسانية[3] للمهنة الطبية من جهة أخرى.

في هذا الصدد نصت المواد 53-4322 R و233-R4127 من مدونة اخلاقيات الطب الفرنسي[4] 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 والاشعّة إن اقتضى الأمر ذلك، وتشخيص المرض، وصولا لمرحلة العلاج بوصف الدواء، او القيام بعملية جراحية إذا تطلب الأمر ذلك، مراعيا 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 32-R4127[5] منه على انّ:" يلتزم الطبيب بأن يقدم علاجات **مطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة**"، من جهتها نصت المادة80-R4321 من ذات القانون على: "علاجات يقظة مؤسسة على **المعطيات العلمية**

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

[2] Philippe LE TOURNEAU, Responsabilité civile professionnelle, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2005, P 90.

[3] جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمر الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص 65.

[4] 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 ».

[5] 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 المعـــــاصرة"[1]، في اشـــارة من المشرع بإلزام 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 انّ مرحلة التشخيص تكتسي أهمية بالغة، اذ يتم فيها تحديد نوع المرض او الإصابة للمريض[2]، 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[3]، اذ يعتمد هذا الأخير على صحة التشخيص وسلامته، فإذا فشل هذا الأخير فقد تظل كل الأعمال اللاّحقة له خاطئة، وخاصة العلاج الموصوف، ومن ثمّ يقع الطبيب تحت طائلة المساءلة.

كما تجدر الإشارة الى انّ 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[4].

---

[1] 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»

[2] رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005، ص30.

[3] رمضان جمال كامل، المرجع نفسه، ص 30.

[4] 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، حيت الزمت 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 اللاّزم، والاستعانة قدر الإمكان بالطرق العلمية الملائمة."[1]، ومن ثمّ يجب أن يكون تشخيص الطبيب مطابقا للأصول 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 الوراثية 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..."[2].

من جهة أخرى، وحماية للمرضى حتى لا تزيد حالتهم سوءا، الزمت 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[3] مثلما هو الحال في الدول المتطورة ، وهذا ما أشار اليه المشرع الفرنسي في المادة R6316-1 من م.أ.ط.ف، بنصها على انّ:" الاستشارة عن بعد، هدفها السماح لمهني طبي إعطاء استشارة عن بعد للمريض، يمكن للمهني الصحي

[1] 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 ».

[2] 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… »

[3] 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، كالقيام 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.

الحضور لدى المريض وعند الاقتضاء مساعدة المهني الطبي أثناء إجراء الاستشارة الطبية عن بعد"[1] ولن يتأتّى ذلك إلاّ ببذل العناية الصادقة التي تتسّم بالتفان والإخلاص للوصول بالمريض الى برّ الأمان والسلامة.

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

رغم انّ البعض من الدول المتطورة، وحرصا منهـا على سلامة مواطنيـها، ابتكرت مؤخّرا نظام مراقبة الكتروني[4] قبل صرف الدواء، حيث يجب ان يمرّ هذا الأخير بنظام

[1] 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 »

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

[3] 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 appropriés en la circonstance ».

[4] نظام التنبيه الالكتروني للخطأ التفاعلي الدوائي:

ظهر حديثا تقنية إدخال الوصفات الدوائية الكترونيا للأطباء في المستشفيات وتأثيرها وذلك للحد من الوفيات والأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية، هذه التقنية والمعروفة Computerized Physician Order Entry وتعرف اختصارا 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 مواصفات 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 أنظيمة 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

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

غير انّ حرية الطبيب ليست دون قيد، اذ لا يجوز له ان يقترح على مرضاه او اقرباءهم طريقة علاج وهمية غير مؤكدة كالأعشاب الطبيعية، او الكيّ، او طرق الشعوذة، وهذا ما نصت عليه قانون الصحة الفرنسي في المادة R4127-39 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"[1].

أضف الى ذلك ما نصت عليه المادة R4127-8 فقرة 2 من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي سالفة الذكر أعلاه على أنّه " يجب على الطبيب، دون أن يهمل واجبه الأخلاقي بالمساعدة، أن يتقيد في وصفاته وفي أعماله بما هو ضروري لجودة وأمن وفعالية العلاج"[2] والغاية من وراء ذلك هو تجنب استغلال ضعف المريض وإنهاكه ماديا دون فائدة

– بعد 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 وبرّر 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

[1] 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 ».

[2] تنص المادة 23 من لائحة آداب مزاولة 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".

مرجوة من وراء ذلك، مع عدم الإخلال بجودة وفعالية العلاج الذي يقدمه الطبيب لمريضه، والذي يراه مناسبا وأكثر موافقة لطبيعة المرض[1].

كما يتعيّن على الطبيب بذل العناية الواجبة، في اختيار العلاج الملائم لحالة المريض بغية التوصل إلى شفائه أو تخفيف آلامه، وهذا ما أكّدته المادة R4127-32، من نفس المدونة، حيث جاء فيها "أنه من اللّحظة 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"[2] 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 أعمـــال التطبـيب في المـــادة R6316-1 فقرة 4 على انّ:" 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 التكفّل الجيّد بالمشاكل الصحية الخاصة والمعقّدة للمرضى.

إذ انّ التزامات الطبيب تجاه مريضه ببذل عناية مطابقة لما توصّل له العلم، تجد مصدرها في اخلاقيات مهنته ونبل رسالتها، بغض النظر عن الإمكانيات المادية للمريض حسب ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/12/19 بانّ: " الاعتبارات

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

[2] 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 ».

المرتبطة بالإمكانيات المالية للمريض، لا ترخص لجراح الاسنان كغيره من مهني الصحة، الإعفاء من تقديم علاجات غير مطابقة للمعطيات العلمية المكتسبة "[1]، مراعيا في ذلك البنية الجسدية للمريض وحالته النفسية، وسنه، وقوة مقاومته، ودرجة احتماله للمواد الكيماوية التي يحتويها الدواء[2].

أضف إلى ذلك أنّه يجب على الطبيب التخلّي عن الطرق الخطرة وغير الملائمة في العلاج، وأن يوازن بين مخاطر العلاج العادي للمرض[3]، وذاك الذي يشكل خطراً غير متناسب مع الفائدة المتوقعة منه ، وهذا ما أكّد عليه المشرع الفرنسي في نص المادة L1110-5 من قانون الصحة العامة الفرنسي على انّ : " لكل شخص، مع الأخذ بالحسبان حالته الصحية وضرورة التدخلات الجراحية التي تتطلبها، الحق في الحصول على العلاجات الأكثر ملائمة، و الاستفادة من المعالجات التي تثبت فعاليتها، والتي تضمن أفضل سلامة صحية بالنظر إلى المعارف الطبية الحالية، ويجب الاّ تسبب له أخطاراً غير متناسبة مع الفائدة المرجوة منها"[4].

وغني عن البيان، الّا يقف التزام الطبيب عند مجرّد وصف العلاج أو إجراء العملية الجراحية فحسب، بل يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك، وخاصة بعد أجراء العمليات الجراحية لما يكون للفترة اللاّحقة على إجراء العمليات الجراحية، من أهمية في نجاحها أو فشلها[5]، اذ يقتضي العمل الطبي انّ يبقى الطبيب مسؤولا عن متابعة المريض وضرورة

[1] Cass .civ 1éreCh .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

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص45. أنظر كذلك رمضان جمال كامل، المرجع السابق ،33.

[3] عبد الرحمان الطحان، حيوية المسؤولية عن الخطأ الطبي، بحث مقدم الى كلية الشريعة، المؤتمر العلمي الأول جامعة جرش ،1999، ص 18.

[4] 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»

[5] رمضان جمال كمال المرجع السابق، ص37.

مراقبة ما يسفر عنه علاجه الدوائي او الجراحي، والنتائج المترتّبة عنه إيجابيا او سلبيا، ذلك انّ وضع المريض تحت الملاحظة البعدية في التدخلات الطبية تكتسي أهمية بالغة، لاسيما عند إجراء العمليات الجراحية، ومن ثمّ يلتزم الطبيب باستمرارية مراقبته لحالة المريض والتأكّد 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.

ثانيا: التزام الطبيب ببذل العناية طبقا للقضاء الفرنسي

حدّدت محكمة النقض الفرنسية، نطاق ومضمون الالتزام الواقع على عاتق الطبيب تجاه المريض، في قرارها الشهير الصادر في 1936/05/20 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 التعاقدي ولو بطريقة غير عمدية، يترتّب عنه قيام المسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية"[1].

تطبيقا لذلك، قضت محكمة بـــاريس في حكم لها، صادر بتـاريخ 1957/12/25، على أن:" يلتزم الطبيب في علاج مريضه العناية اليقظة التي تتوافق مع المعطيات العلمية المكتسبة، والتي تفرض عليه ألّا يطبق على مريضه علاجاً نادراً وخطرا "[2].

وباعتباره خلاّقا ومبدعا في قضـــايا المسؤولية من جهة، وحرصه على تكريس حماية أكبر للمريض من جهة أخرى، استمّر القضـــــاء الفرنسي من خـــلال 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 1970/10/26 على أن :" يكون التزام الطبيب موضوع البحث مطابقا للمعطيات العلمية المعاصرة أو الحالية[3]"

[1] 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.
[2] Godebert Mélanie, L'image du procès dans les yeux du médecin, faculté de droit, université Nancy 2, p72.
[3] Cass. Civ., 20 mai 1936, Mercier, G.A.J.C., 11e éd. n° 161-162 Selon Cass. Ch. Civ, 26 octobre 1970.

données actuelles de la science فتارة تستعمل في قراراتها " المعطيات العلمية المكتسبة"، وتارة أخرى تستعمل عبارة "أن يكون التزام الطبيب موافقاً للمعطيات العلمية المكتسبة والحالية"[1]. Acquises et actuelles وهذا من اجل حث الطبيب على استمرارية تحسين مستواه.

كما أصدرت محكمة باريس كذلك في هذا الشأن بتاريخ 20 أكتوبر 1997 حكماً مشابها جاء فيه: " العقد الطبي المبرم بين الجراح وزبونه لا يضع على عاتق هذا الجراح كأصل عام إلّا التزاماً ببذل عناية"[2].

علاوة على ذلك، شهد القضاء الفرنسي تحولا هاما في الآونة الأخيرة، فيما يتعلق بمخاطر العمل الطبي التي يتعيّن على الطبيب إعلام المريض بها، وكان ذلك بمناسبة قرارين أصدرتهما محكمة النقض بتاريخ 1998/10/07[3]، قضت فيهما بأنّه " فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة أو رفض المريض للإعلام، فإن الطبيب يكون ملزما 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 إلاّ بشكل استثنائي "[4].

[1] 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

[2] 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&fast ReqId=510711313&fastPos=2

[3] 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&fastR eqId=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&fa stReqId=1297502809&fasrPos=273

[4] « 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 ».

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

على هذا الأساس، اذا 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[2]، 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، إلّا أنه بالنظر لجسامته كان من المتعيّن على أطباء المساعدة العمومية الاستشفائية لباريس إعلام المريض به"[3].

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

[1] Cour d'appel de Lyon, du 26/09/1996.

[2] 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

[3] « 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 compotait 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 »

العلمية المكتسبة، والتي لا تعرضه لأخطار غير متناسبة مقارنة بالفائدة المرجوة، وعليه فإن هذا الطبيب قد قصّر في التزامه العقدي ببذل عناية..."[1]، وجاء على لسان نفس القرار على أن: " وصف كاتلجين 0.10غ Catalgine، لا يكون ممكناً دائماً للأطفال الرضع خاصة الذين صحتهم سريعة التأثر، وهذا غير مطابق للمعطيات العلمية الحالية، وخاصة وصف دواء يمكن أن يصبح خطيرا في حالة الجرعة الزائدة."[2].

الواضح من هذه الصيغة الجديدة "**أن_يكون التزام الطبيب موافقاً للمعطيات العلمية المكتسبة والحالية**"، أنّها تتضمّن مفهوم متحركا للعلم الذي يجب أن يلّم به الطبيب، وما دام الأمر كذلك، فإن العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض، لا بدّ وأن تتخذ هي الأخرى مفهوما متحركا، طبقا لهذا التحديد، والذي يعطي اتساعا أكبر لمفهوم العناية، تبعا لانتشار الأجهزة الطبية والوسائل العلاجية الحديثة، بل أن البعض قد تسرّب إليه الشك في طبيعية التزام الطبيب، وهل سيبقى كما هو التزاما ببذل عناية دائما، أم يعاد النظر في ذلك، في ظل ما أصبح يتمتّع به الأطباء من وسائل دقيقة ومتطورة وبالتالي يتغيّر ويتسّع مفهوم العناية الواجبة على الطبيب طبقا للمعطيات العلمية المكتسبة والحالية أو المعاصرة[3].

ومهما يكن من امر تشديد القضاء لالتزامات الطبيب تجاه مريضه، فان مضمون ونطاق التزام الطبيب يبقى على ايّة حال التزام ببذل عناية، وتأكيدا على ذلك اكّدت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 06 جانفي 2011 على ان طبيعة العقد الذي ينشأ بين الطبيب ومريضه يضع على عاتق الطبيب كأصل التزام ببذل عناية[4].

---

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

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

[3] TORELLI (Maurice). op.cit. p132.

[4] « 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&fast Pos-17.

الفرع الثاني

التزام الطبيب ببذل عناية طبقا 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.

أولا: 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 بأنّه التزام ببذل عناية اصلا، وبالرجوع إلى التقنين المدني الجزائري[1] جاءت المـادة 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 اليها أعلاه، ففي الالتزام بعمل كالفحص والتشخيص، إذا كان المطلوب من المدين(الطبيب) أن يحافظ على الشيء (صحة المريض أو حياته) فان المدين، يكون قد وفّى 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 تكرّس ذلك الالتزام تجاه المريض ضمنياً في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب[2] على أنه:" يلتزم الطبيب أو جراح الاسنان بضمان علاج لمرضاه يتسّم بالإخلاص والتفاني والمطابق لمعطيات العلم الحديثة" كما يلتزم بإفادة المريض بكل المعلومات المتعلّقة بصحّته وعلاجه وهذا ما اكّدت عليه المادة 43 بنصها : " يجب على الطبيب او جراح الأسنان ان يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشان أسباب كل عمل طبي" ومن ثمّ لا

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

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

يعدّ الطبيب مخطئًا، إذا نجم ضرر عن عمله، وكان ذاك العمل متصّفا بالإخلاص والتفاني والمطابق لمعطيات العلم الحديثة".

ولئن كـــان الطبيب حرّ في اختيـــار العلاج الذي يراه مناسبا، بصريح عبـارة نص المادة 11[1] من مدونة اخلاقيات المهنة، ومن ثمّ لا تطاله أي مسؤولية إذا اختار طريقة علاج دون أخرى تكن أكثر فعالية وملاءمة لطبيعة المرض، رغم انّ القانون الزم الطبيب عند تحريره للوصفة، وتشجيعا للإنتاج الوطني، بوصف دواء وارد في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية لسهولة اقتناءه واستعماله، وأن تتضمّن هذه الاخيرة البيانات الالزامية، والكتابة الواضحة لتفادي الأخطاء عند صرفه، والتي من شانها ان تسبّب اضرارا للمريض كمواعيد الجرعات أو طريقة الاستعمال حسبما نصت عليه المادة 47[2] من مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية.

من جهة أخرى نصت المادة 30 من مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية:" يجب الاّ 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 بالكيّ، او طرق الشعوذة حسب ما نصت عليه المادة 31 من م.أ.ط.ج سالفة الذكر.

أضف الى ذلك انّه 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 سالفة الذكر

[1] المادة 11:" يكون الطبيب وجراح الاسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملاءمة للحالة ".

[2] المادة 47:" يجب على الطبيب او جراح الاسنان ان يحرّر وصفاته بكل وضوح وتمكين المريض ومحيطه من فهمها فهما جيدا ".

على انّ: يجب ان يمتنع الطبيب او جراح الاسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية او علاجه".

وحماية للمرضى حتى لا تزيد حالتهم سوءا، الزمت 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 او عن بعد وهذا لا لشيء، إلاّ لأجل التكفّل الجيّد بالمشاكل الصحية الخاصة والمعقّدة للمرضى، حسب المادة 316 من قانون الصحة الجزائري 11/18[1] ، كما يمكن ان يكون هذا التعاون الصحي، وطنيا او دوليا حسب ما نصت عليه المادة 317 من ذات القانون " يمكن ان يكون التعاون في مجال الصحة وطنيا أو دوليا".

من جانب المشرع المصري، وتكريساً للالتزام ببذل عناية، جاءت المادة 20 من لائحة آداب مهنة الطب[2] مكرسّة لذاك الالتزام بنصها "على الطبيب أن يبذل كل ما في وسعه لعلاج مرضاه وأن يعمل على تخفيف آلامهم..." بمعنى انّ كل ما على الطبيب القيام به هو أن يعتني بالمريض العناية الكافية، وأن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه من مرضه، فلا يعدّ الطبيب مخلا بالتزامه، أن يخيب العلاج أو تسوء حالة المريض بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنـــايته، ولا يتأتّى هذا إلّا إذا وقع منه خطأ

[1] المادة 316:" قصد تلبية الاحتياجات الصحية للمواطنين، يمكن هياكل ومؤسسات الصحة، بموجب اتفاقية تعاون، تشكيل شبكات علاج او التطبيب عن بعد من اجل التكفل بالمواطنين او بمشاكل صحية خاصة، لا سيما في المناطق التي تكون التغطية الصحية فيها غير كافية ". ولو انّ هذه المادة جاءت بصورة محتشمة مقارنة بالمقابلة لها في التشريع الفرنسي.

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

[2] لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان، مصر، رقم 238 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

يمكن أن تترتّب عليه المسؤولية[1].

في هذا السياق نصت المادة 15 من لائحة آداب مهنة الطب المصرية على أنّه:" لا يجوز للطبيب الجزم بتشخيص مرض أو التوصية بعلاج من خلال بيانات شفهية 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 للتأكّد من صحة التشخيص، كما يتعيّن عليه ألّا يستخدم وسائل طبية مهجورة أو طرقا لم يعد معترفا بهـــا علميا أو طرقا جديدة للتشخيص لم يكتمل اختبارهـــــا".

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

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 أنّه:" لا تقوم مسؤولية الطبيب إذ اتّبع أسلوبا طبيا معينا في العلاج مخالفا لغيره في ذات الاختصاص مادام أسلوبه

[1] احمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983 ص 111.

العلاج الذي اتّبعه متفقا مع الأصول الطبية المتعارف عليها" وهذا مطابق لما جاء به المشرع الفرنسي والجزائري، 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 انّه: " يجب على الطبيب توخّي 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 قائلا أنّ التزام الطبيب هو التزاما ببذل عناية أصلا واستثناءا يكون بنص قانوني حسب ما نصت عليه المادة 7: " يكون التزام الطبيب في أداء عمله التزاماً ببذل عناية، إلاّ إذا نص القانون على خلاف ذلك".

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

ثانيا: التزام الطبيب ببذل عناية طبقا 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 التزاما بتحقيق نتيجة، وإنما هو التزام ببذل عناية، إلّا 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"[1].

وأكدّت هذا الالتزام أيضا المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية في قرارها الصادر في 2009/02/03 على انّه "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"[2].

أمّا 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 مزاولة 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..."[3].

بدورها قضت المحكمة العليا بسلطنة عمان في قرارها الصادر في 2004/06/16 على انّ " التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية أي بذل الجهد الطبي الصـادق لعلاج المريض مع

[1] 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

[2] 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

[3] 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

مراعاة الأصول الفنية لمهنة الطب وليس التزاما بتحقيق غاية وهي شفاء المريض"[1].

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 نظرا 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 مسؤولا عن ضمان تلك المضاعفات وتبعا لذلك تغدو دعواها حقيقة بالرد سيما وأن البينة الفنية قطعت بعد وجود أخطاء طبية"[2].

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 علما 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"[3]، 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.. "

[1] 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

[2] قرار تمييز أردني، رقم 2005/4226 بتاريخ 2006/08/16، أنظر موقع محكمة التمييز الأردنية

http://www.jc.jo/cassation court résolutions

[3] إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقهاً وقضاءا، دار الكتب القانونية، مصر 2007، ص 50.

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 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 وإنها إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر"[1].

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، وبتحقيق 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[2].

فإذا كـــان الطبيب حرّا في اختيـــار طريقة العلاج، إلاّ أنّه لا يعقل أن يستعمل وسائل أو أساليب بدائية نبذها العلم وهجرها الطب[3]، وأخيرا يدخل في تحديد مدى التزام الطبيب

[1] الطعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/06/26، يمكم الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:

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

[2] G. Viney et P. Jourdain, traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, édition L.G.D.J, 1998. P 45.

[3] يوسف محمد طردة، المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة مـاجستير جامعة الخليل فلسطين 2011، ص 54.

أن تكون الجهود المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، وتتمثّل هذه الأخيرة في كل ما توصّل إليه العلم واستقر عليه في مجال الطب، من أساليب الفحص والتشخيص والعلاج حيث فرضت التشريعات الصحية على الأطباء، التكوين الإلزامي والمستمر من أجل تحيين معلوماتهم حتى تكون مطابقة للمعطيات العلمية المعاصرة والمستقر عليها.[1]

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[2].

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

إنّ الالتزام في هذه الحالات، يعني الاّ 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، الاّ انّ 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

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

[2] 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

يكون تقوم مسؤولية الطبيب بمجرد عدم تحقيق النتيجة المرجوة [1] وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين مع تبيان موقف القضاء المقارن والجزائري من ذلك من خلال احكامه وقراراته.

الفرع الأول

نقل الدم والأعمال 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.

أولا: نقل الدم

يعدّ نقل الدم من العمليات المألوفة في الطب منذ وقت طويل، وتؤدي دورا مهما في إنقاذ حياة العديد من الأشخاص، و هذه العملية تتطلب وجود شخص ينقل منه الدم، و هو المتبرع، و شخص آخر ينقل إليه الدم ويسمى متلقيا، متى كان محتاجا إليه، و تكون مسبوقة 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 [2] والفتّاك المعروف باسم فقدان المناعة "الإيدز"، ولا شك أن هذا التطور يلقي عبئا مضاعفاً على الأطباء في هذا المجال لكفالة حماية فعالة للمتبرعين بدمائهم من جهة، والمنقولة إليهم هذه الدماء من جهة أخرى. وطبقاً لقضاء مستقر لمحكمة

[1] 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.

[2] طلال عجـاج، المسؤولية المدنية للطبيــب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 163.

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.

تأسيسا على ما سبق بسبب التقدم العلمي الكبير في مسائل تحليل ونقل الدم، يذهب القضاء الفرنسي بحق إلى أن التزام الطبيب المتخصص هنا، يكون التزاما بتحقيق نتيجة، إذ عليه أن يضمن ايضا 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 امر فالتزام الطبيب بالنسبة لمن ينقل إليه الدم يظل التزاما محددا بنتيجة.

تطبيقا 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 تأثيرا 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[1] و في هذا الصدد، فإنه متى قامت القرينة على خطأ الطبيب في عمليات نقل الدم، فإن هذا الطبيب لا يستطيع نفي هذه القرينة بمجرد ادعائه –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 اعتمـادها إذا رأت عدم اتفاقها مع قواعد الحيطة اللازمة[2].

ثانيا: الأعمال المخبرية

يميز الاجتهاد الفرنسي فيما إذا كانت التحاليل تتعلق بالاختبارات الحساسة والصعبة أو المعتادة فبالنسبة للطبيب المتخصص في التحاليل المخبرية يبقى التزام الطبيب المخبري التزاما بوسيلة[3] وبالمقابل إذا كانت تلك التحاليل معتادة فيعد الطبيب فيها ملتزما 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 لمجرد عدم تحقق النتيجة الصحيحة. وهذا حكم منطقي جدا في نظر البعض، خاصة أن عنصر الاحتمال في هذه التحاليل معدوما على وجه التقريب، وحيث يمكن الحصول على نتيجة دقيقة[4].

[1] HALLIEZ (Doriane), La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique, Thèse doctorale, Université. Lille 2. 2001 P52.

[2] عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص193.

[3] 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

[4] محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006، ص 65.

الفرع الثاني

الجراحة التجميلية واستعمال الأجهزة الطبية

نظرا 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 الى تقويم وإصلاح عيوب ظاهرة وراثية أو مكتسبة تشوه المظهر الخارجي للشخص.

أولا: الجراحة التجميلية

تعرف جراحة التجميل بأنها تلك الجراحة الترميمية او التحسينية، التي تهدف الى اصلاح تشويه يخدش الذوق او يثير الاشمئزاز في النفوس وهي: "مجموعة من العمليات التي تتعلق 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 علّة وانما اصلاح تشويه أو عيب ظاهر لا خطر منه على صحة الشخص المريض[1] " كتقصير الانف أو إزالة تجاعيد والندوب وآثار الحروق إلى غير ذلك.

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

تطبيـقا لذلك، فقد قضت محكمة استئنـاف باريس في حكمها الصادر في 12 مارس سنة 1931، " أنّه إذا لم يكن الغرض من العملية الجراحية شفاء المريض من علة بل

[1] أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983، ص 256.

مجرد إصلاح تشويه في جسمه، وجب على الجراح استعمال منتهى الحيطة واليقظة في الفحص قبل إجراء العملية وتقدير المخاطر التي يتعرض لها من جراء العملية وإعطاؤه صورة صحيحة كاملة عن تلك المخاطر، وإلاّ كان مسئولا "[1]. 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 صيغا تقرّب بها كثيرا التزام جراح التجميل بتحقيق بنتيجة، فقد قضت محكمة استئناف باريس "بأنّ النتيجة هي التي تبرّر التدخل الجراحي بهدف التجميل، فحيث إن تلك الجراحة لا تستلزمها صحة المريض، فإن على الطبيب أن يمتنع عن التدخل إذا ما قامت هناك مخاطر حادة للفشل، لم يتم تحذير المريض منها. فينبغي على الطبيب عدم القيام بالعملية إلاّ 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، لأنّه لم يقدم ما يبرر فشل العملية، عكس ما هو متوقّع وما يحدث عادة في هذا النوع من العمليات[2].

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 عـــام والأشعة بوجه خـــاص، من بين الوســائل الطبية

[1] 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.

[2] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 175–177.

المستحدثة للكشف عن الأمراض والعلاج في آن واحد، وهي مثال حي على توغل التكنولوجيا في ميدان الطب وغزو الآلة لهذه المهنة. والجدير بالذكر أنّها أصبحت جد ضرورية وإجبارية في تشخيص عدة حالات مرضية أو علاجية، وتدخل ضمن التجهيزات الطبية الحديثة وهذا ما أشارت إليه المادة 14[1] 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 تنطوي 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[2].

في هذا الإطـــار قضت به محكمة "بوردو Bordeaux" في حكم صـــادر بتاريخ 1933/06/07 بمسؤولية الطبيب لأنه تجاوز الجرعة المسموح بها طبيا عند تسليطه للأشعّة من أجل علاج مريض مصاب بورم سرطاني متسببا له في حروق[3].

بالمقابل، فإنه إذا راعى الطبيب قواعد الحيطة والحذر وبذل عنايته، وفق ما تفرضه القواعد والأصول الطبية فانّه لا يسأل حتى ولو نتج عن استعمال الأشعة ضررا للمريض لأنه ملزم يبذل 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

[1] " يجب ان تتوفر للطبيب او جراح الاسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لآداء هذه المهمة، ولا ينبغي للطبيب او جراح الاسنان ان يمارس مهنته في ظروف من شانها ان تضر بنوعية العلاج ..."

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 205.

[3] بســـام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمـــان دمشق، 1984، ص 276-278.

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 الأشعّة، على أساس انّ عنصر الاحتمال هنا يكاد يتلاشى بالنظر للتقدم الفني الذي أحدثه العلم في هذا المجال، بتحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها لمنع الأضرار[1] وبالتالي يكون الطبيب المتخصص ملتزما بتحقيق نتيجة.

في هذا الصدد قرّرت محكمة استئناف تونس بتاريخ 1998/04/29 على أنّه:" 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 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 "[2].

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص222.

[2] إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاءا، دار الكتب القـــانونية مصر، المجلة الكبرى 2007، ص 50 و51.

بناءا على ما تقدم فإنّ 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.

من جهة أخرى، فإنّ تركيب الأعضاء والأطراف الاصطناعية كالنظارات، أو أجهزة السمع، أو عصى 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 تقديم طاقم أسنان للمريض يوفر له الإشباع المطلوب، بأن تؤدي الأسنان الصناعية وظيفة الأسنان الطبيعية دون آلام أو أضرار جانبية[1] 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[2].

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 أصلا، وبتحقيق نتيجة استثناء، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول المستقرة والمعطيات العلمية

[1] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن افشاء السر المهني، الطبعة الأولى مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1998، ص66.

[2] بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق 1984.

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 حرا في اختيار طريقة العلاج، إلا أنه لا يعقل أن يستعمل وسائل أو أساليب بدائية نبذها العلم وهجرها الطب، حيث فرضت التشريعات الصحية[1] على الأطباء بالتكوين الإلزامي والمستمر من أجل تحيين معلوماتهم حتى تكون مطابقة للمعطيات العلمية الحالية أو المعاصرة والمستقر عليها.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية المدنية

المسؤولية الطبية هي المسؤولية التي يتحمّلها الطبيب ومن في حكمه، ممّن يزاولون هذه المهنة عند اخلالهم 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، امّا 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 انّه متى أخلّ الطبيب بواجبه القانوني في التزام الحيطة والحذر واليقظة، ممّا يسبب ضررا للمريض، كان مسؤولا مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة العقدية.

[1] 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".

إلّا انّ قضاء النقض الفرنسي، عدّل عن موقفه بعد ذلك التاريخ واخضعها للطابع العقدي كأصل، بحيث إذا أخلّ الطبيب ببنود التزاماته الناشئة عن عقد العلاج الطبي الذي يربطه بالمريض وتسبّب 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 "[1].

إنّ هذا الوضع جعل من المسؤولية المدنية نوعان، مسؤولية تقصيرية وأخرى عقدية، ممّا دفع بكثير من رجال الفقه والقضاء ـ بدرجات متفاوتة ـ إلى تبنّي هذا التقسيم، إلّا أن الاتفاق يبدو راسخا والإجماع منعقدا حول مناط التزام الأطباء، كونه في الأصل التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة[2]، ورغم ذلك فإن العديد من الفقهاء[3] احتفظوا بذلك التقسيم الذي أيده القضاء[4] 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:

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

[2] مـاجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية النـاشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقـارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 216.

[3] سليمان مرقس، بحوت وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، مجمع النشر، مصر، 1987، ص 317.

[4] بن صغير مراد، الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011، ص 166، وانظر قرار المحكمة العليا، 1998/10/20، ملف رقم 5755، م. ق العدد الثاني، 1998، ص 102-105.

- **من حيث الاختصاص:**

الاختصاص هو سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة[1]، وقد يكون محليا أو نوعيا، فالاختصاص المحلي نصت عليه المواد 37، 38، 39 فقرة 02، 40 فقرة 05 وكذا المادة 804 فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] 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 قُدِّم فيه العلاج"، والأمر كذلك في إطار المسؤولية التقصيرية حيث ينعقد الاختصاص للمحكمة التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار الناتج عن عمل تقصيري أو جريمة وفق ما نصت عليه المادة 39 فقرة 02 من ذات القانون.

امّا الاختصاص النوعي فيؤول 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 ليها قانون العقوبات، حسب ما نصت عليه المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية[3] 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 جثمانيه أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".

غير أنه إذا باشر المدعي دعواه أمام المحكمة المدنية لا يجوز له أن يرفعها مجدّدا أمام المحكمة الجزائية بمفهوم نص المادة 5 من ذات القانون بنصّها: "لا يسوغ للخصم الذي

---

[1] الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري–الديوان الوطني للأشغال التربوية–الطبعة الثانية–.2000، ص01.

[2] قانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 /2008/02 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد21 بتاريخ 23 /2008/04.

[3] الأمر رقم 155/66 مؤرخ في 1966/06/28 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، عدد 48، بتاريخ 1966/06/10 المعدل والمتمم.

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، وفقا 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 الاختصـــاص بنظر دعـاوى المسؤولية التي يكون المدعى عليه فيها طبيب 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 ماعدا 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 **Faute de service**[1].

- **من حيث الأهلية:**

يكون الشخص كامل الاهلية، البالغ لسن الرشد والمتمتع بكل قواه العقلية وغير المحجور عليه، اهلا لاستعمال حقوقه ومباشرة مختلف العقود والتصرفات كالعقود الطبية، وبناء على

[1] رايس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005 ص77.

ذلك فعديم التمييز (المريض) غير مسؤول عقديا لأن كل تصرفاته باطلة[1]، أمّا من جهة الطبيب فلا يمكن تصور نقص أهليته بسبب مدة التكوين وشروط الترخيص بمزاولة المهنة، وبما أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلاّ إذا وجد عقد صحيح فلا محلّ لوجودها بالنسبة لعديم التمييز[2]. وبالمقابل تنعقد التقصيرية بمجرد التمييز حسب المادة 125من ق.م.ج.

- **من حيث درجة الخطأ:**

الخطأ في المسؤولية العقدية يختلف باختلاف العقود، امّا في المسؤولية التقصيرية يكون ناتجا دائما عن الاخلال بالتزام سببي قانوني، حيث تقوم مسؤولية الشخص التقصيرية متى 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 أنّه في نطـــاق المسؤولية العقدية، فالمبدأ أنّ مسؤولية المدين لا تثـور إلاّ إذا أخلّ

بما هو ملتزم به بوصفه الرجل الحريص وفقا لمعيار موضوعي[3].

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، لأنّها تتابعه حتّى عن أتفه الأخطاء وأبسطها، أما لو أنّها اعتبرت ذات طبيعة عقدية لاستنِد إلى معيار موضوعي لوزن الخطأ أو الفعل الضار الحاصل من المسؤول.

[1] وفقا لنص المادتين 78 و79 من القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[2] انظر المادة 42 و43 من القانون المدني الجزائري وانظر كذلك المادة 164 ق.م، مصري، المادة 167 ق.م، ليبي المادة 122 فقرة 2 ق.م، لبناني.

[3] 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.

- **من حيث الإثبات:**

تنص المادة 323 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر على أنّه:" 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 أنّه 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 انّ الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة تجاهه، امّا في حالة التزام الطبيب بنتيجة فيكفي المريض إثبات انّ النتيجة المقصودة لم تتحقق وحدوث ضرر كما تم توضيحه آنفا.

- **من حيث الإعذار:**

نص المشرع في المادة 179 ق.م.ج على ضرورة إعذار المدين وهكذا يتجلّى لنا بوضوح

ضرورة هذا الإعذار لاستحقاق التعويض في المسؤولية العقدية كأصل عام[1]، غير أنه لا حاجة للإعذار في المسؤولية التقصيرية كما نص على ذلك صراحة المشرع الجزائري في المادة 181 فقرة 3 ق.م.ج لأن مناط الالتزام فيها هو الالتزام بالتعويض عن عمل أحدث ضرر للغير.

[1] يرد على هذا المبدأ استثناءات نصت عليها المادة 181 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

- **من حيث التقادم:**

نصت المادة 133من القانون المدني على أنه:" تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل الضار" كما أكّدت 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 آنفا.

وأمّا 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.[1]

- **من حيث التضامن:**

في إطـــار المسؤولية العقدية، لا تضـــامن بين المسؤوليـــن إلا بمقتضى اتفـاق أو نص قانوني[2]. أمّا في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن مقرر بقوة القانون، وفقا لنص المادة 126[3] ق.م.ج.

---

[1] 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 بسب وجود الإبرة التي نسيت في بطن المستأنف عليها بعد العملية الجراحية، وبالتالي فلا يمكن القول بأنه يوجد تقادم لأن الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، وبالتالي يصبح الدفع غير مجدي وينبغي ألّا يؤخذ بعين الاعتبار"، المنتقى في قضاء مجلس الدولة.

[2] انظر المادة 217 ق.م.ج: "التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض، وانما يكون بناءا على اتفاق أو نص في القانون" وتقابلها المادة 1202 ق م فرنسي والمادة 279 ق م مصري، والمادة 266 ق.م ليبي.

[3] 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".

- **من حيث الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية:**

لا شك أن الإرادة يمكن لها أن توجد اتفاقا خاصا على الإعفاء من المسؤولية، ومن باب أولى التخفيف منها إلّا ما استثني بنص خاص، أمّا المسؤولية التقصيرية فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها إطلاقا، وهو ما قررته المادة 178 فقرة 3 ق.م.ج بقولها:" ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"، ولو أنّه 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 يترتّب على تحقق المسؤولية ويختلف بحسب نوع المسؤولية عقدية كانت أو تقصيرية، نتيجة الضرر المادي والمعنوي الذي لحق بالمريض حسب نص المواد 124، و 131[1]،182 و182 مكرر من ق.م.ج. ففي المسؤولية العقدية على القاضي أن يراعي من جهة عند تقديره للتعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، ومن جهة اخرى فلا يكون المدين مسؤولا إلّا عن تعويض الضرر المباشر والمتوقع ما لم يكن هناك غشا او خطأ جسيما من المدين (الطبيب) بمفهوم نص المادة 182 فقرة 2 من ذات القانون، أمّا 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 نتائج قانونية.

[1] " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة".

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 المدنية للطبيب كـــان بتـاريخ 1835/06/18، والمسمى بقرار **قوين GUIGNE**[1]، والذي وضع حدا للجدل الفقهي المؤيد والمعارض لمساءلة الأطباء ومؤسّسا في نفس الوقت لطبيعة المسؤولية الطبية باعتبارها تقصيرية[2] استنادا لنص المادتين 1382، و1383 من القانون المدني الفرنسي والذي تواترته الأحكام والقرارات القضائية بعد ذلك لغاية 1936.

وفي الواقع لا خلاف في طبيعة مسؤولية الطبيب تجاه الغير، فهي دون شك وغالبا ذات طبيعة تقصيرية، امّا مسؤوليته تجاه المريض والناجمة عن العلاج فهي التي كانت محل خلاف وجدل فقهي وقضائي.

حيث بعد صدور قرار النقض الفرنسي الشهيـر المسمى بقرار "مرسييه MERCIER"[3] بتـــاريخ 1936/05/20 الذي أرسى الطـــابع العقدي للمسؤولية الطبية انتقل القضاء

---

[1] سيتم تناوله لاحقا بنوع من التفصيل في المطلب المخصص للمسؤولية التقصيرية.

[2] 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.

[3] 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 × 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 تقادم المسؤولية التقصيرية 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 انّ مدة التقادم لكل الدعاوي المتعلقة بالتعويض أصبحت حاليا موحدة بـ 10

الفرنسي من المسؤولية التقصيرية 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، يرتّب 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 تنشا عنه مسؤولية عقدية. في حين عالج المشرع الجزائري المسؤولية العقدية في المواد 172، و176 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 **الاخلال 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[1]"، حسب ما نصّت عليه المـــادة 54 من القانون المدني الجزائري[2].

كما عرّفه مارتيني Martini بأنه:" اتفـاق يربط الطبيب والمريض، يلتزم بمقتضاه الأول بتقديم العلاج الأوفق لحالة المريض وفقا للمعطيات المستقرة عليها علميا ويلتزم الثاني

سنوات، سواء تعلق الأمر بالقضاء المدني او الإداري بعد صدور قانون 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى ونظام الصحة الفرنسي.

[1] عبد الودود يحي الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992 ص19.

[2] 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 ".

مقابل ذلك بدفع أتعاب الأول"[1]، ويتفق مع ما جاء به Savatier من تعريف للعقد الطبي على انّه 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، تكــاد 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 ببنود 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"[2] أو كما عرّفه الأستاذ **احمد أدريوش** بأنه :اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بموجبه الأول بآن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجرة يدفعها هذا الأخير وتتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الآمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الآعمال الطبية المشروعة وذلك وفق الضوابط المستقر عليها في علم الطب والقانون[3] أيضا في حسب شروط يتطلب منا تبيانها من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني

شروط اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية

لقد كرّست محكمة النقض الفرنسية توجه تاريخي في قرارها الشهير المعروف بقرار مرسييه MERCIER الصادر بتاريخ 20 ماي 1936[4]، والذي بموجبه اعتبرت مسؤولية

[1] 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.

[2] ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 111.

[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، ص 7 و8.

[4] Cass. Civ, 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris classeur, Paris, 1999, P 07,

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 – وإنّما 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"[1].

"…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[2] الصادر بتاريخ 2002/03/04، المتعلق بحقوق المرضى ونوعية نظام الصحة والذي جاء بأحكام خاصة، يقيم مسؤولية الطبيب من حيث المبدأ على أساس الخطأ العقدي الذي لا يتحقق إلاّ 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 أصلا وتقصيرية استثناءا، وعلى العكس وبدون أدنى شك

[1] Cathreine Paley, Vincent, responsabilité du médecin, droit médical pratique, Masson, Paris 2002, P08.

[2] قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05، والذي اثارت تطبيقاته على ارض الواقع عدة صعوبات فيما يتعلق بالتأمين من المسؤولية الطبية، الأمر الذي دفع بالمشرع 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.

فهي ذات طبيعة تقصيرية في القطاع العام.

في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 1969/06/26 على انّ "مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض ونائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية، والطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الطبي الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه وبنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وانّما هو التزام ببذل عناية..."[1].

كما اعترف القضاء التونسي هو الآخر بالطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب في قرار لمحكمة استئناف تونس بتاريخ 1998/04/29 على انّه " لا جدال في ثبوت الأضرار الحاصلة للمستأنف ضده المدعي في الأصل من جراء عملية تصوير، وحيث انّ 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 أصلا كالقضاء العماني والقطري والعراقي، فالمشرع الأردني مثلا، يقيم المسؤولية على أساس موضوعي قوامه الإضرار بالغير ولوكان فاعله غير مميّز، عملا بمفهوم التعدّي في الشريعة 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 أدّى إلى الخطأ في العلاج، وأحدث عاهة دائمة لابنة المدعي، بسبب عدم إتباع الأساليب

[1] الطعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/06/26، يمكم الاطلاع على القرار على رابط قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية:

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

العلمية الطبية الصحيحة، وحيث أنّ تقرير الخبرة جاء واضحا ومعلّلا، فلا تملك محكمتنا التدخل في تلك القناعة، وبما أن مالك المستشفى مسؤولا عن أخطاء العاملين لديه لعملهم تحت رقابته وتوجيهه عملا بالمادة 288 من القانون المدني الأردني والتي تنص على : "لا يسأل أحد عن فعل غيره، ومع ذلك فالمحكمة بناء على طلب المضرور إذا رأت مبررا 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 حرا 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 أدّى إلى خطأ في المعالجة والذي أدّى لإصابة الطفلة بعاهة دائمة"[1].

من جانب القضاء الجزائري ومع قلّة احكامه، التزم الصمت في مواطن عدّة ولم يفصح عن موقفه الصريح حيث بقي يتخبّط بين المسؤولية الطبية العقدية والتقصيرية، ولو انّ المشرع نظم مؤخرا العلاقة العقدية للعلاج، والتي تجلّت في الاتفاقيات النموذجية[2] المبرمة

[1] 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 مضافا 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 بناءا على رأي الخبرة الجديدة. وطعن بهذا القرار أمام محكمة التمييز في 1990/11/26 من قبل وكلاء المدعي عليهم مطالبين بفسخ الحكم، إلاّ أن محكمة التمييز وبعد التدقيق والمداولة في وقائع الدعوى توصلت إلى القول ما جاء في القرار أعلاه.

[2] 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.

بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء، في إطار الخدمات المقدمة للمؤّمن لهم وذوي حقوقهم من خلال مرسوم تنفيذي.

غير أنّه في القطاع العمومي، فبدون أدنى شك انّ المسؤولية الطبية هي ذات طبيعة تقصيرية وهو ما كرّسته محكمة النقض المصـرية في قرار لها يحمل الرقم 417 بتاريخ 1969/07/03 بنصه على أنه " لا يمكن مساءلة الطبيب في المستشفى العام إلّا على أساس المسؤولية التقصيرية لأنّه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد العقد بينهما"[1].

كما تمّ التأكيد على ذلك في قرار آخر لذات المحكمة على أنّه:" لا يمكن مساءلة الطبيب إلاّ على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنّه لا يمكن القول في هذه الحالة بأنّ المريض قد اختار الطبيب لعلاجه 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 تعاقدي لا يسأل عن عمل الغير إلّا إذا كان قد استخدمه في تنفيذ التزامه التعاقدي، ممّا يقتضي ألاّ يسأل الجراح عن خطأ صادر من أحد مساعديه من الأطباء يصيب المريض بضرر، إلاّ 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"[2].

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

---

[1] 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

[2] إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاءا، دار الكتب القانونية مصر، المجلة الكبرى 2007 ص53.

أولا: 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 للّافتة التي تحمل اسمه وتخصصه فهو في موضع الإيجاب العام، وأي مريض يقبل العلاج عنده، إنمّا هو قبول منه لهذه الدعوة إلى التعاقد[1].

ثانيا: أن يكون العقد صحيحا

نص المشرع الجزائري على شروط العقد، مركزا على وجه الخصوص على الرضا والمحل خالطا بذلك شروط العقد مع أركانه[2]، وعلى هذا الأساس لكي يعتبر العقد الطبي صحيحا يجب أن تتوافر فيه جميع أركان العقد من رضا ومحل وسبب وفقا للقواعد العامة"[3].

1. الرضا Consentement

تنص المـــادة 59 من القــانون المدني على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبـــادل الطرفان التعبير عن إرادتهمـــا المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وأكّدت على ذلك المادة 44 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة اخلاقيات 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 ابتداء في العقد الطبي واكّدت على ذلك المادة 343 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر كما

[1] طبقا لما تنص عليه المادة 78 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب الجزائري، المرجع السابق.

[2] على فيلالي، الالتزامات –النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2001، ص 66.

[3] انظر المواد 54، 59، 73، 93، 97 ق. م ج، والمواد 23، 344.

انظر كذلك المادة 343 من قــانون 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 معدٍ، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقّدم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

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

2. أهلية المتعاقدين

كل شخص بلغ سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه، يعتبر كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية فيكون بذلك أهلا 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 يقررها القانون طبقا للمادة 44 من القانون المدني والمواد 44 و52 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري[3].

في هذا الصدد شدد قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي على ذلك بقوله: " يجب على كل مؤمن بـالغ سن 16 سنة فمـا فوق، أن يدلي باسم الطبيب المعـالج الذي اختاره بموجب الاتفاق معه لدى الجهاز المسير لنظام التأمين على المرض"[4].

3. المحل L'objet

لكي يكون العقد صحيحا يجب أن يكون محله مشروعا، والعقد الطبي فحواه يتناول جسم الإنسان، ومن ثم فإن الهدف من هذا العقد يجب ألّا يكون مخالفا للنظام العام والآداب

[1] 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 فقرة 3 من قانون الآداب الطبية اللبناني.

[2] طبقا لما نصت عليه المادة 09، من مدونة أخلاقيات الطب.

[3] 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 جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ... ".

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

العامة وإلاّ كان باطلا طبقا للمادة 93 من القانون المدني الجزائري"[1]، حتّى 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 للآداب 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[2]، كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية.

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

[1] 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 "

[2] سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، مجمع النشر مصر، 1987، ص 381.

[3] حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر الجامعات المصرية القاهرة، 1951.ص 81.

رابعا: أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد

إذا كان المريض أو من ينوب عنه قانونا هو الذي تعاقد مع الطبيب، فإذا أقــام الدعوى 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[1] حسب نصوص القانون المدني الجزائري والمقارن.

غير أنه إذا رفعت دعوى التعويض من غير ورثة المريض، كأن يكونوا أقارب له أو كفيل لأحدهم، فإنّه يحق لهم الرجوع على الطبيب المتسبب في وفاة قريبهم وبتعويض الأضرار المادية بفقد عائلهم، أو الأضرار المعنوية التي حلّت بهم شخصيا من حزن وألم وأسى بسبب فقدانه على أساس المسؤولية التقصيرية[2]، 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

[1] انظر نص المــادة 108 من ق.م. ج :" ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعــامل، 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.

[2] حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 82.

الأعظم من الدول العربية لعدّة اعتبارات وجوانب واقعية، والتي تتمثل في انتشار المستشفيات العمومية، بحيث لا يزال النظام الصحي من مهام الدولة تجاه مواطنيها مثله مثل الأمن، والدفاع والعدالة ، وإقبال غالبية المرضى للعلاج فيها – لاسيما في الجزائر حيث لازالت الى اليوم تدعّم 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، في وضع لائحي تنظيمي لا يعرفه ولا يناقشه، ومن ثمّ فإنّ خطأ هذا الأخير لا يكون الاّ تقصيريا.

فالمسؤولية التقصيرية هي الإخلال بالتزام قانوني يفرض على أي شخص الامتناع عن الاضرار بالغير عمدا (الجريمة) او خطا (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 140،139،138 من ذات القانون، على هذا الأساس تقوم المسؤولية التقصيرية 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 تقصيريا إذ كانت مهنة الطبيب من المهن النبيلة التي لا يمارسها إلاّ 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 إلاّ ذو طبيعة تقصيرية، ومنه اخذ الفقه الفرنسي تلك النظرة غير انّ 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 اوضحنا ذلك سابقا.

وقد كان من المتحمّسين للدفاع عن هذه الفكرة آنذاك، هي الأكاديمية الطبية الفرنسية، حيث أعلنت في تقرير لها بتاريخ 29 سبتمبر 1829م[1] أن الأطباء يتلقون عن مرضاهم تفويضا غير محدود، وأنّ الفن الطبي لا يمكن أن يكون ناجعا ومثمرا للمرضى إلاّ بناء على هذا الأساس، وأن الطبيب كالقاضي لا يسأل عن الأخطاء التي يقترفها بحسن نية، بل انّ 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 الاخذ بالمسؤولية التقصيرية في بداية الامر

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

[1] سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها المرجع السابق، ص 375، 376.

[2] علي فيلالي، الالتزامات –العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000، ص 22، وأنظر كذلك غنيمة خيار لحلو، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، 2018، ص 205.

تتمحور هذه القضية في أن 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 اللاّعقاب الطبي في غياب النص المتعلق بمسؤولية الطبيب principe 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 وتضر بالمجتمع، مصرحا بأنّه:" لا يمكننا في أي حال التصريح بعدم مسؤولية المهني، رجل الفن دون تعريض باقي المجتمع للخطر"[1].

وتمّ الأخذ بتقريره وأصدرت المحكمة قرارها الشهير في 1835/06/18 الذي أنهى جدل اللاّعقاب للأطباء، مؤكدا على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب كسائر المهنيين تطبيقا 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.

تأسيسا على ما سبق، تتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية لاحقا، مؤكّدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء، المنصوص عليها في الفصل الثاني من القانون المدني الفرنسي في المواد من 1382 الى 1386، والمقابلة للمواد من124 الى 140 مدني جزائري في الفصل الثالث من الباب الأول تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض.

[1] « 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 ».

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 ضررا للغير أيا كان مركزه أو مهنته، وأنّه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء[1].

علاوة على ذلك، فقد استمر القضاء الفرنسي قرنا كاملا من الزمن على هذا المنوال، أي من سنة 1835 إلى غاية عام 1936 مؤسّسا مسؤولية الأطباء على أساس الخطأ التقصيري مستخدما في تبرير ذلك ذات التعـابير الخـاصة بالخطأ والإهمال والرعونة، وقد سـار على

خطاه غالبية القضاء العربي، كالقضاء الجزائري والمصري واللبناني وغيرهم.

جدير بالذكر **انّ** ننوه، أنّ المشرع الفرنسي عالج 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[2].

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 لاسيّما وأن غالبية أخطاء الأطباء هي أخطاء فنية مهنية خارجة عن إطار العقد[3]، ولعلّ الدليل على ذلك أن القاضي لا يبحث عن النيّة المشتركة للطبيب والمريض في تقدير

[1] محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، ص 90، 91.

[2] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص130.

[3] سعد سالم عبد الكريم العالي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 1994، ص 100.

مدى الإخلال بالالتزام، وإنّما 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 تكرّس أكثر حماية للمريض المضرور من المسؤولية العقدية، لاسيّما 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.
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، وحتّى إن وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه فإنّ الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي[1]، تغليبا للناحية الجنائية في الموضوع[2].
4. لمّا كان التزام الطبيب كأصل عام هو التزام ببذل عناية، فإنّ الأمر يستتبع ألّا تكون المسؤولية الطبية إلّا تقصيرية، على أساس أن المريض يقع عليه عبء إثبات تخّلف العناية المبذولة من جانب الطبيب.

إنّ هذا الاتجاه الذي كان يشكل القضاء السواد الأعظم منه، قد تمسّك بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية حينا من الدهر، مكرّسا توجهه هذا بالحجج والمبررات المختلفة، والتي أوردنا بعضا منها آنفا، واضعا بذلك وبشكل جلي وواضح أركان هذه المسؤولية المتمثلة في صيغتها التقصيرية وجاءت تطبيقاتها مكرّسة لذلك كما سنوضحه في هذا الفرع الموالي.

[1] محمود التريك، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة 1988، ص 82.

[2] أبابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان (الأردن)، 2002، ص 127.

الفرع الثاني

شروط اعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية

إذا كانت المسؤولية الطبية المدنية وضعت في إطار استقر عليه القضاء الفرنسي بعد سنة 1936 وتواترته التطبيقات القضائية المقارنة، ومنها العربية على أنها **مسؤولية عقدية** بموجب قرار محكمة النقض الفرنسي في قرارها الشهير المسمى قرار "مرسييه" بتاريخ 1936/05/20 كما أوضحنا سابقا، فإنّ هناك حالات تطبيقية تظهر فيها بصورة جلية المسؤولية التقصيرية، كغياب العقد الطبي بين الطبيب والمريض بصفة عامة[1]، كيفما كانت طبيعة أو صورة هذا الغيــاب لسبب يتعلق بالمريض أو بالطبيب، أو بطبيعة العلاقة القائمة بين الطبيب والمستشفى الذي يعالج فيه المريض، وتفصيل ذلك كما يلي:

أولا: 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 وعـــــاجل، دون انتظار حصول الطبيب على موافقة المريض أو ذويه، و هذا ما نصت عليه المادة 09 و المادة 44 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92[2] فإذا أصاب المريض ضرر اثناء أو بعد تدخل الطبيب المسعف نتيجة خطأ طبي تثور مسؤولية الطبيب التقصيرية، والحال نفسه بالنسبة للطبيب المدرسي إذا أدّى تدخله لمعالجة أحد الأطفال وإلحـاق الضرر به فعندئذ يمكن لوليّه مطالبة الطبيب بالتعويض على

أساس المسؤولية التقصيرية وذلك لانتفاء العلاقة العقدية بينه وبين الطبيب.

---

[1] رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 1999 ص 200.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب، المرجع السابق.

والواضح من خلال الحالات المذكورة أعلاه والتي يقدم فيها الطبيب على تقديم العلاج في الحالات الاستعجالية[1]، فطبيعة المسؤولية المترتبة لن تكون إلاّ 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[2]، إذ انّ تدخل الطبيب هنا قد تمّ بناءا على أمر القانون.

ثانيا: حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية

إن تطور الطب تمـــاشيا مع متطلبـــات المجتمع أدى الى ان يصبح مفهوم الصحة من النظام العام، وكان لذلك أثر في تقييد حرية الطبيب في ممارسة مهنته، اذ ألقيت عليه واجبات مستمدة من أنسنة المهنة ونبل 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[3]، والمادة 182 لاسيما الفقرة 01 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم[4] سالف الذكر، فالأمر هنا يتعلق بجنحة مما يقتضي تطبيق المسؤولية التقصيرية.

ثالثا: حالة مباشرة الطبيب لعمله في مستشفى عمومي

إن دراسة المسؤولية الطبية في المرافق الصحية العمـومية، يؤدي بنـا حتما إلى التمييـز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، ومفهوم تبعية الطبيب والإشراف عنه وتوجيهه،

---

[1] طبقا لما نصت عليه المادة 344 من قانون الصحة 11/18 المرجع السابق:" غير أنّه في حالات الاستعجال أو في حالة مرض خطير أو معدٍ، أو عندما تكون حياة المريض مهددة بشكل خطير، يجب على مهني الصحة أن يقّدم العلاجات وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة ". وكذا المادتين 09 و44 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".

[2] منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 82.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة اخلاقيات الطب، المرجع السابق.

[4] الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المؤرخ في 08-06-،1966 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 1966/06/11، المعدل والمتمم.

فالمريض يتعامل مع شخص معنوي لا يكون لديه خيار لاختيار طبيبه، ومناقشة العقد الطبي وذلك انّ الطبيب موظف في وضعية لائحية وتنظيمية يؤدي خدمة عمومية، ومن ثمّ لا تكون مسؤوليته الطبية إلاّ تقصيرية.

وعلى هذا الأساس تعتبر علاقة الطبيب بالمريض في مستشفى عمومي علاقة غير مباشرة تفترض وجود علاقة مباشرة بين المريض والمستشفى العام[1]، ولذلك فإنّ حقوق والتزامات كل من الطبيب والمريض تتحدّد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي يديره المستشفى.

وجدير بالإشارة أن ننبّه إلى أنّ الأمر يختلف بالنسبة لمسؤولية المستشفى الخـــــاص أو العيادة الطبية، حيث يحكم العلاقة القائمة بينه وبين المريض عقد الاستشفاء 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.[2]

إنّ هذا التوجه في تحديد طبيعة الأخطاء المرتكبة من قبل أطباء المستشفيات العمومية واعتبار المسؤولية المترتبة عنها تقصيرية، كرّسه غـــالبية القضـــاء، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في عدة قرارات لها[3] بمسؤولية المستشفيـــــات التقصيرية نتيجة أخطاء ارتكبهـــا الأطبـــاء الممـــارسون فيها، كمـــا قضى مجلس الدولة الفرنسي بنفس التوجه

[1] 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، ص 265، 266.

[2] 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, 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.

[3] Cass. 1 civ : 08/06/1994, inédit polyclinique Bordeaux Nord c/ cts Fonteneau, Hors-série (juillet-aout) 1999 Paris, p 30. Cass. 1 civ : 07/07/1998, clinique du parc. Hors-série (juillet-aout) 1999, Paris, p.33.

بخصوص مسؤولية المستشفيات العمومية.

من جهتها قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه: " لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلّا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائها، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليست تعاقدية، وبذلك لا يكون هناك محل لبحث 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[1].

فـــي هذا الصدد قضى مجلس الدولـــة في قرار حديث له بمسؤوليـة المستشفى عن خطأ ارتكبته الممرضة في تلقيح فتاة صغيرة، أدى بها إلى إجراء عملية جراحية على كتفها الأيمن[2]. 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

[1] M.M. Hannouz et A.R. Hakem: op.cit. p 145.

[2] 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 413.

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، أدّى إلى بتر ساعد اليد اليمنى للضحية، حيث جاء فيه:" أنّه من مبدأ القانون أنّ الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق الاستشفائي بتعويض المتضرر ويحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم اللاحق به"[1].

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[2]، 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[3].

في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المستشفى التقصيرية عن خطأ الطبيب، قد تنعقد بصفة أصلية متى انتفى خطأ الطبيب وثبت خطأ المستشفى وحده، أو متى استغرق خطأ المستشفى خطأ الطبيب، كما قد تنعقد مسؤوليتهما بحسب نسبة خطأ كل واحد منهما

---

[1] 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.

[2] نجيب خلف أحمد، مسؤولية المستشفى العام عن أخطاء أطبائه، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد 21، 2006، العراق، ص 240 وما بعدها.

[3] محمود خيال، خطأ التابع والجمع بين المسؤوليات عن فعل الغير، دراسة قضائية، كلية الحقوق بني سويف، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص 25-27.

وإن كان المريض قد رفع الدعوى ضد المستشفى، إذ قد يرجع المستشفى لاحقا على الطبيب بنصيبه في التعويض متى ثبت خطؤه[1]، غير أن ذلك نادر التطبيق على ارض الواقع.

رابعا: 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.

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 الجزائي

استقر الاجتهاد القضائي في فرنسا، على أنّه إذا اتخذ المتضرر من خطأ طبي من نفسه مدعيا شخصيا أمام القضاء الجزائي و طالب بالتعويض، فإن الطبيب في مثل هذه الحالة قد يكون مسؤولا، ومن ثمّ يلزم بدفع التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، المنصوص عليها في المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي، في حالة

[1] 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.

ثبوت الخطأ، ذلك انّ القاضي في مثل هذه الحال يقرر إصلاح ضرر ناجم عن جنحة و ليس عن عدم تنفيذ عقد كما أن غياب الخطأ الجزائي 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 4-1 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 بنقاوس 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[1] بسبب الإهمال.

علاوة على ذلك قضت محكمة النقض المصرية في اجتهاد لها: " أنّ المشرع خصّ المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية كلاّ منهما بأحكام تستقل بها عن الأخرى، وجعل كلاّ من المسؤوليتين في نطاق محدّد، وعليه فلا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية إذا توافرت المسؤولية العقدية التي يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لما يترتب على الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في مقام المسؤولية العقدية من إهدار لبنود العقد،

[1] حكم محكمة باتنة 2001/03/13، قضية ضد مستشفى نقاوس، باتنة، جريدة الخبر اليومية، العدد رقم2001/03/19 ص 12.

ما لم يثبت ضد أحد طرفي العقد أن الفعل الذي ارتكبه أدى إلى الإضرار بالطرف الآخر، يشكل جريمة جنائية أو يعد غشّا أو خطأ جسيما، مما تتحقق معه المسؤولية التقصيرية تأسيسا على أنه أخل بالتزام قانوني"[1].

سادسا: حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن رعاية مريض عقلي من الطبيب

هناك حالات يقوم فيها الطبيب بتحرير شهادة طبية مخالفة للحقيقة ينتج عنها ضرر للغير، ففي هذه الحالة فالمسؤولية تقصيرية، ونفس الشيء حالة إهمال طبيب الأمراض العقلية رعاية مريض عقلي يتسبب في إصابة الغير بأذى.

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، وإنّما بصفتهم الشخصية، حيث يمتنع الاستناد إلى العقد، ونفس الأمر فيما لو كانت الدعوى قد أقيمت من قبل أقارب المريض من غير ورثته، أو من قبل الغير الذي أصابه الضرر نتيجة خطأ الطبيب، ففي مثل هذه الحالات تنعقد مسؤولية الطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية وليس العقدية[2].

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.

---

[1] قرار محكمة النقض المصرية 1968/04/26، مجموعة أحكام النقض المدنية السنة 19، ص68، 69.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998، ص 755.

الفصل الثاني

المسؤولية المدنية للطبيب

في ظل

الأساس التقليدي والتوجه 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 كالالتزام بالسلامة وغيرها، وحدثت محاولات عديدة لزعزعة أركان المسؤولية المدنية بدءا 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، اضف الى 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 الاخصائي، 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 الصفة 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 تزعزع 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.

وادراكا لكل هذا، وقصد تسهيل وتذليل الصعوبات في إثبات خطأ الطبيب كان لابد من الفقه والقضاء البحث عن حيلة جديدة أكثر مرونة تسهل عبء الإثبات، وكانت أولها تبنّي فكرة الخطأ المفترض، والتي تقوم على أساس افتراض خطأ غير موجود في الحقيقة، أو افتراض علاقة سببية، وبالتالي افتراض أن الضرر لم يكن ليقع لولا وقوع خطأ من الطبيب حتّى ولو لم يثبت على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزامه بالحيطة والحذر، فإنّ الخطأ يستنتج بمجرد وقوع الضرر[1] ، وهو ما أيّده الفقه[2] والقضاء الفرنسي[3] ، ولكن رغم كل المزايا والتسهيلات التي جاءت بها فكرة الخطأ المفترض في إثبات خطأ الطبيب، إلّا أنها بقيت هي كذلك عاجزة عن إثبات جميع الأخطاء الطبية، وإيصال التعويض المناسب للمرضى وكفالة حقهم في ذلك خاصة أمام وجود الكثير من الأخطاء الطبية التي تبقى مجهولة النسب، وأخطاء متعددة وصعبة الإسناد إلى شخص معين كارتكابها داخل فريق طبي، إضافة إلى هذا اتّسام العمل الطبي بالطابع الخطر والمتطور، حيث قد تحدث أضرار جسدية للمريض لم يكن للطبيب يد فيها، بل تسببت فيها مخاطر أدت إلى مضاعفات الاستثنائية.

وبسبب قصور قواعد المسؤولية المدنية التقليدية بمفهومها الأخلاقي عن مواكبة التغييرات التي فرضتها المعطيـات الاجتمـاعية من مقتضيات، بدأ التفكير في المسؤولية الموضوعية

[1] حمد بن سعد بن عمر، الخطأ المفترض وأثره في التعويض (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية تخصص السياسة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2013، ص25.

[2] مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن،2015، ص565.

[3] ويؤيد الفقيه" Savatier" فكرة الخطأ المفترض، باعتبارها من قبيل القرائن طبقا للمادة 1353 من القانون المدني الفرنسي، فاللجوء إلى هذه الفكرة ليس إذا إلا استعمالا للقرائن القضائية، أي استعمال القاضي لسلطته في استخلاص الخطأ من كافة القرائن، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه.

منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، ط2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص167.

القائمة على أساس الضرر وتكون بقوة القانون، فيكفي لقيامها وجود ضرر وعلاقة سببية.

وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال مبحثين، خصصنا المبحث الأول لقيام مسؤولية الطبيب المدنية على أساس الخطأ في ظل النظرية التقليدية، **والاتجاه الحديث** لقيامها على أساس الضرر فحسب ولو **دون خطأ** في مبحث ثاني.

المبحث الأول

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 شخصيا، والآخر مادي مرجعه فكرة تحمل التبعة على أساس الأفعال المرتكبة من قبل المساعدين والممرضين أو تلك التي تمتد إلى مختلف الأضرار الناجمة عن الأشياء كالآلات 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[1]، وقد راعت غالبية التشريعات الحديثة قواعد المسؤولية المدنية بأركانها الثلاثة، الخطأ، الضرر، والعلاقة السببية وأولتها العناية والاهتمام، بدءا بالقانون المدني الفرنسي، حيث اعتبر الخطأ أساسا للمسؤولية في نص المادة 1382[2] والتي تقابلها المـــــــادة 124 من القـــــانون المدني الجزائري والمادة 163 من القانون المدني المصري على انّ : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

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

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

وهذا ما سنحـاول معـالجته 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، ما هو الاّ أحد صور الخطأ في المسؤولية المدنية عموما، ولا يبتعد كثيرا ان لم نقل أحد أوجهها في مجال المسؤولية المدنية الطبية، باعتبار أن مسؤولية الطبيب في عدم التقيد بالالتزامات والقواعد والأصول الطبية التي تفرضها عليه مهنته[1]، ما هي إلاّ إحدى تطبيقات أوجه المسؤولية المدنية بوجه عام.

إنّ مفهـوم الخطأ يشكل أحد المشكلات الدقيقة للغـاية في قـانون المسؤولية المدنية،

[1] Geneviève Duflos, La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, Librairie malouines, Paris, 1937, p 25

باعتباره فكرة أخلاقية غير محددة ومضبوطة[1]، من حيث نشأتها ومصدرها، حيث انّ استخلاص وصياغة مبدأ عام للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، لم تتم إلّا في القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه "دوما" Domat متأثرا بالقانون الكنيسي، الذي أعطى لفكرة الخطأ كل أهمية، وأكّد 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 مدفوعا إلى التصرف بأقصى درجة ممكنة من العناية والحذر، كي يكون في مأمن من عبء التعويض [2].

وقد تبنى واضعوا قانون نابليون في فرنسا ما توصل إليه الفقيه دوما، وصاغوا المادتين 1383، والمادة 1382 والتي تقابلها 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 .

أولا: تعريف الخطأ الطبي

الخطأ هو إخلال الفرد بالتزام يقع عليه بوجوب تنفيذه قانونا أو اتفاقا، إذ ينظر إليه من زاوية الإضرار بالفرد، ومن زاوية الإخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد، والجزاء فيه يتمثل في إصلاح ذلك التوازن الذي اختل بما يقضي به من تعويض، وعليه، يتوجب علينا تبيان تعريفه في كل من الفقه والتشريع والقضاء.

[1] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس مصر، 1998، ص 19.

[2] 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، ص526، وانظر بن صغير مراد، الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011، ص19.

1. تعريف الخطأ الطبي في الفقه

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

ويبدو أن أنسب وصف لتعريف الخطأ هو:" إخلال بالتزام قانوني بأن ينحرف الشخص عن السلوك الواجب أو عن السلوك المألوف للشخص العادي"[6]، 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.

فالخطأ الطبي في تعريف الفقه هو " تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول".

---

[1] Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, 5"" édition, Dalloz, Paris, 2000, p 48

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

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

[3] محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، مؤسسة غور للطباعة، دمشق 1999، ص 23.

[4] Savatier. René, Traité de responsabilité civile, tome 1, 2éme édition, Paris, 1962, p 13.

[5] أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام المصادر الالتزام)، دار المطبوعات، الجامعية، مصر، 1998 ص 323.

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

[6] أنور طلبة، المسؤولية المدنية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2005، ص 08.

كما يعتبر خطأ طبيا "إخلال الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة" وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان تسبّب في الإضرار بمريضه.

ففي الالتزام الملقى على عاتق المسؤول ببذل عناية، فإنّ الخطأ لا يثبت في حق المسؤول إلّا إذا قام المضرور بإثبات أّن المدين لم يبذل العناية الكاملة في ذلك، وإن كانت المسؤولية عقدية أصلا.

امّا إذا 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 يتخلّص من المسؤولية بإثبات أنّه بذل العناية الكاملة، إذ ذلك لا يجديه نفعا إلاّ إذا أثبت السبب الأجنبي أو خطأ المضرور.

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 Infections nosocomiales[1]، أو الالتزام بضمان سلامة المنتجات الطبية والمواد الصيدلانية[2] وغيرها، فإنّ القاضي في مثل هذه الأحوال في غنى عن بحث وجود ركن الخطأ من عدمه، إذ لا يستطيع المسؤول أن ينفي عن نفسه المسؤولية حتّى ولو أثبت السبب الأجنبي باعتبار أنّ الاتفاق أو القانون هو مصدر الالتزام بالتعويض[3].

[1] 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.

[2] M. Tourneur et autre Contrat médical, concurrence, consommation, Edition du juris, classeur, janvier 2001, Paris, p 13.

[3] محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقـارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص 108.

2. تعريف الخطأ الطبي في التشريع

لم تتعرض أغلب التشريعات لتعريف الخطأ وتركت ذلك للفقه الذي لم يستقر هو الآخر على تعريف معين ومحدد لفكرة الخطأ[1]، إلاّ انّ ذلك لا يعني انّ المشرع لم يحاول الإشـــارة إليه وهو بصدد التعرض لأركان المسؤولية المدنية.

في هذا الصدد، أشار المشرع الفرنسي إلى ركن الخطأ في المادة 1382سالفة 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 آنفا، حيث أضيفت مواد ومنها المادة L1142-1 فقرة1[2] والتي تنص على انّه ". باستثناء الحالة التي تقوم فيها مسؤولياتهم على عيب في مادة او منتج صحي، لا يسأل محترفو الصحة، وكذلك كل مؤسسة، مصلحة، او هيئة يتم فيها إنجاز الأعمال الفردية المتعلقة بالوقاية والتشخيص أو العلاج، عن النتائج الضارة لتلك الأعمال إلاّ في حالة الخطأ"[3].

امّا المشرع الليبي جاء بذكر الخطأ الطبي في نص المادة 23 منه: " تترتّب المسؤولية الطبية عن كل خطأ ناشئ عن ممارسة نشاط طبي سبب ضررا للغير، ويعتبر خطأ مهنيا

---

[1] 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، ص 88.

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

[3] Cour d'appel de Nîmes audience publique du 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 consultez 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 :
http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1

كل إخلال بالتزام تفرضه التشريعات النافذة أو الأصول العلمية المستقرة للمهنة، كل ذلك مع مراعاة الظروف المحيطة والإمكانيات 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 353[1] 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." كما اشارت اليه المادة 125 من ذات القانون.

3. تعريف الخطأ الطبي في القضاء

كان للاجتهاد القضائي باع طويل في إعطاء تعريف للخطأ الطبي وتحديد معالمه فقد جاء في قرار مرسييه Arrêt Mercier الشهير لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 بأنّ: " الطبيب يكون مخطئا إذا كانت العنـاية التي بذلها تخـــالف الحقائق العلمية الحالية"[2] 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[3].

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 ومســاعديه الحيطة والحذر اللازمين، وعدم مراعاة الأصـــول

[1] 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 بمناسبتها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض، ويسبب عجزا دائما ويعّرض الحياة للخطر أو يتسبب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.

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

[3] عبد المعيد لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتب للنشر القاهرة، 1979، ص19.

العلمية المستقرة في مهنة الطب، من حرص ودراية "[1].

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

ثانيا: 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 الاثبات على عاتق المريض، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّه لما كان العقد الطبي لا يولد التزاما بتحقيق نتيجة، إنّما فقط التزاما يبذل عناية، فإنّه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب.

ولا شك انّ معظم التشريعات تتفق على قاعدة تكليف الخصم الذي يدّعي أمرا معينا بإقامة الدليل على ما يدعيه، وإلّا اعتبر ادعاؤه غير مؤسس مما يقتضي رفضه وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 323[2] من ق.م.ج، المعدل والمتمم، فإذا كان المريض بحسب الأصل هو المدّعي بخطأ الطبيب المعالج، فعليه عبء إثبات ما يدعيه، رغم أن

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

[2] تنص المادة 323 من ق.م.ج على ما يلي " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

هذا العبء لا يعني تحمله إلى نهاية النزاع[1]، إذ يمكن تبادله وتنقله 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[2] وهو الأصل، وبما ينطوي على ذلك من صعوبات كثيرة تثقل كاهل المريض في الاثبات، 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 انّ مرد ذلك بسبب القوة القاهرة او خطا المريض، وعليه فلا يسأل الطبيب عن عدم الشفاء وإنّما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة، تلك العناية الوجدانية اليقظة المطابقة للحقائق والمعطيات العلمية[3]،

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

---

[1] محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، 1987 ص154.

[2] 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".

[3] نص المادة 45 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق:" يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على اي 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.

وهنا يثور الاشكال بشأن جدية وقدرة المريض على إثبات خطأ الطبيب، إذ يشكل ذلك عبئا حقيقيا على عاتق المريض[1]، 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، وفضلا عن ذلك جهله للكثير من المعطيات الطبية والأساليب العلاجية والأصول العلمية الطبية، بل ربما قد يكون فاقدا للوعي أثناء وقوع الخطأ الطبي، الأمر الذي دفع بالقضاء، وإدراكا منه لصعوبة إثبات الخطأ الطبي، ورغبة في مساعدة المرضى المتضررين، الى السعي لإدخال تعديلات جوهرية فيما يتعلق بعبء وكيفية إثبات الخطأ الطبي[2].

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 أنّه بعد العملية أصيب المريض بثقب في أمعائه، وعندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية قررت مبدأ جديدا مفاده، أن عبء الاثبات يقع على الطبيب طبقا لنص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي وجاء في حيثيات قرارها:" لمّا كان على عاتق الطبيب التزام خاص في مواجهة مريضه وأنّه ملزم بإثبات تنفيذه لهذا الالتزام فإنّه ينبغي معه القول أن محكمة الاستئناف قد خالفت النص المشار اليه" [3].

فكل تلك الصعوبات تحول في الواقع دون استعداد المريض المسبق بحصوله على دليل يمكنه الاستعانة به لإثبات خطأ الطبيب، ذلك أن القاضي يتعيّن عليه أن يستخلص الخطأ

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

[2] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص337.

[3] مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009، ص 285.

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[1] كما يتعين عليه أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء المتخصصين[2]، رغم ان الفقه لا يخفي قلقه ومخاوفه من هذا الطريق أيضا وينبه إلى ما قد يلجأ إليه الخبراء في الطب من محاولات لتغطية أخطاء زملائهم أو تبرير مسلكهم[3] على أساس الزمالة والتضامن المهني.

في هذا السياق كرّس المشرع الجزائري إجراء الخبرة في عدة نصوص قانونية منها قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم من خلال المواد من 143[4] 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 المادتين 157 و178.

فالخبرة الطبية عمل فني يتمثل في تقديم الرأي والمشورة إلى القضاء بمناسبة نزاع متعلق بعمل طبي[5]، وتعرف عموما بأنها إجراء يهدف لاستغلال معارف تقني لتوضيح تساؤل ما حيث أن الحل يتطلب كفاءة تقنية لا تتوافر في القاضي[6].

---

[1] محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 64.

[2] 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.

[3] 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 : Boussouf- Hamana Naziha : L'expertise en matière de responsabilité médicale, Revue "science humaines", nº 13, Juin 2000, université Mentouri- Constantine (Algérie), p 07, 08.

[4] تنص المادة 143 ق.إ.ج:" يجوز لقاضي التحقيق أن يأمر أو يندب خبير أو أكثر لإبداء رأيه في مسالة فنية اما من تلقاء نفسه وإما بناء على طلب من النيابة أو من أحد الخصوم في الدعوى ".

[5] Gérard Creusot, Dommage corporel et expertise médicale, librairie médicale, France, 1989, p 01.

[6] Boussouf Hamana Naziha, op.cit., p 07.

وقد عرفت المادة 95[1] من مدونة أخلاقيات الطب الخبرة والدور الذي يلعبه الطبيب الخبير في تنوير القضاء وتقدير وإثبات خطأ طبيب آخر.

إنّ 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 القضـاء تلمّس 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 أدّى الى وقوع الضرر للمريض وهذا ما سنوضحه من خلال عنصرين نخصص الأول لركن الضرر والثاني لعلاقة السببية.

أولا: الضرر

يقصد بالضرر وفقا للقواعد العامة، المساس بمصلحة مشروعة للمضرور، أو أذى يصيب حق من حقوقه[2]، 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 الشخص المضرور دون إلزام قـــــانوني، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة

[1] المادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب:" تُعد 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 ".

[2] علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000، ص 244.

بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك[1].

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 بأنّه ذلك الأذى الذي يصيب المريض في نفسه أو ماله أو شعوره نتيجة عمل الطبيب غير المعتاد.

وغني عن البيان أنّه وخلافا للقواعد العامة، لا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب، فالالتزام بالعلاج يعدّ أساسا التزاما ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، إذ رغم حدوث الضرر يمكن ألّا تقوم مسؤولية الطبيب، إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمـــال أو أي خطأ من جانبه ، أو حتّى 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 التزاما 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 الى 140 مكرر1، والمواد 175 الى 187 من القانون المدني بصفة عامة إلى الخطأ والضرر والتعويض عنه وعلاقة السببية، أضف الى 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 الجزائية".

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر 1999، ص 143.

في هذا الصدد نذكر أن هنـــاك عدة تقسيمـــات 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، او القتل الخطأ.

ومعلوم أن الضرر الذي يشمله التعويض يتضمن عنصرين كما نصت على ذلك المادة 182 من ق.م.ج سالفة 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 كمـــا أن المريض لو أصيب بعاهة ما، أو لازم الفراش مدة طويلة نتيجة خطأ طبي دون عمل أو كسب لأولاده وأسرته، كـــان ذلك ضررا واضحا فيمـــا فاته من كسب وجب تعويضه عنه.

ب. **الضرر المعنوي Dommage moral**

الضرر المعنوي[1] هو الضرر الذي لا يطال 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.

[1] المنصوص عليه في المادة 131 ق.م.ج والمادة 222 مدني مصري، والمادة 223 ليبي والمادة 1/78 مغربي.

في هذا الصدد نشير إلى انّ الاجتهاد القضائي الفرنسي، بعدما كان في البداية يعوض عن الضرر المعنوي لعائلة المتوفي، مثل الزوج أو أحد الوالدين او الأبناء، قبِل بالتعويض فيما بعد عن الضرر المعنوي الذي يصيب حتىّ أقارب المضرور في حالة الاعتداء الجسدي المفضي إلى عاهة دائمة[1]، حيث يصاب الاهل بضرر اكبر من المضرور نفسه، ضرر يتجدّد لهم كل يوم وهم يرون قريبهم يتألّم امامهم جسديا ونفسيا، 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 او 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[2] من ق.م.ج في المسؤولية العقدية، مثلما استقر الراي لدى الفقه والقضاء المصريين على جواز التعويض بمقتضى المادة 222 من القانون المدني المصري.

امّا 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 ".

[1] M. Bourrie Quenillet, le préjudice moral des proches d'une victime J.C.P 1998, P186, Paris.

[2] المادة 176: " إذا استحال على المدين ان ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت انّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر في تنفيذ التزامه".

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[1].

كما أن هناك عدة حالات في المجال الطبي للتعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيب المرضى، منها حالة إجراء تجـارب 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 مستنيرة ورضا حر من هذا المريض من جهة أخرى، تجعل من الأضرار مادية كانت أو أدبية، والناتجة 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 وكتمها، وفي هذا الإطار جرم المشرع الجزائري في نص المادة 301 فقرة 1 ق.ع.ج[2] 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.

---

[1] نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص في حد ذاتها على تعويض الضرر بصفة عامة وشاملة دون تحديد لطبيعته سواء ماديا أو معنويا، 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.

[2] الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر عدد 49 بتاريخ 1966/06/11 المعدل والمتمم.

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 أثمن 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 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 يستقل تمام عما يطالب به الشخص العائل من إصلاح ممّا أصيب هو به من ضرر.

فيكون للضرر المرتدّ كيان مستقل عن الضرر الأصلي، ويترتب على هذا أنه يمكن لمن أصابه ضرر مرتد المطالبة بالتعويض عنه، حتّى لو اتخذت الضحية موقفا سلبيا من حقها في التعويض عن الضرر الذي أصابها أو تنازلت عنه[1].

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، إلّا 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 يقسّم بين الورثة[2]، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر

[1] عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1984، ص 340.

[2] حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1979، ص 430.

بتاريخ 1982/04/14[1] 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".

فوفاة 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.

كما قد يكون الضرر إخلال بمصلحة مالية لشخص آخر بالتبعية[2]، كأن يصاب نتيجة خطأ طبي أحد العاملين بشركة ما بضرر يقعده عن العمل وعن الكسب، فيستحق مكافأة أو راتبا مقطوعا 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 محققا

يكون الضرر محققا، أي محقق وأكيد الوقوع سواء آجلا ام عاجلا، كالحروق الناجمة عن تعريض جسم المريض للأشعة، والتي تبدو في أول وهلة هينة وخفيفة، سرعان ما يترتب عنها ضرر جسماني في المستقبل[3].

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضت به المحكمة العليا من ضرورة تحقق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وألّا يكون افتراضيا أو احتماليا[4].

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

---

[1] قرار المحكمة العليا رقم 24770، الصادر بتاريخ 1984/04/14، المجلة القضائية، العدد 1، 1985، ص153.

[2] محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة مصر، 1993، من 272.

[3] Jean Penneau, La responsabilité médicale, op.cit., p 104.

[4] 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.

وقوعه أو عدم وقوعه، وبناء على ذلك لا يعتبر ضررا محققا ما يستند إليه مثلا 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 محلا 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 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 أدّت إلى وفاته، ففي بادئ الامر كانت المحاكم الفرنسية لا تعوض عن فوات الفرصة، إذ كانت تسوي بينها وبين الضرر الاحتمالي ولكنها عدّلت 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 " أنّها أمر لا يتعلق إلاّ بحادث مستقبلي غير مؤكد التحقق لا ينتج عن سلوك الضحية"[1].

إن مفهوم تفويت الفرصة يعتبر جديدا في الميدان الطبي في فرنسا إذ يعود إلى تاريخ 12/14/ 1965 والتي تتلخص وقائعها في إصابة طفل في يده اليمنى، يدعى Pierre على إثر سقوطه، ولم يكتشف الأطباء خلع مفصل الكوع إلاّ 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.

[1] Angelo Castelletta, Responsabilité médicale- Droit des malades-, Dalloz, Paris, 2002, p 87.Voir aussi, Gérard Mémeteau, Perte de chance et responsabilité médicale, Gaz. Pal, nº spécial" Droit de la santé", Paris, 24-25/10/1997, p 22.

وفي قرار آخر لذات المحكمة، قضى لأقارب المضرور بعاهة دائمة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي اصابهم[1]، فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن خســـارة الفرصة بحد ذاتها تشكل ضررا، حيث جاء في القرار " أنّ الضرر قد ينشأ من مجرد فعل كانت معه الفرصة قائمة ثم ضاعت، وأنّ الضرر ليس في الوفاة إنّما في إضاعة فرصة البقاء"[2].

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 تصلّب أو تحجّر أوردته وشرايين 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**" [3] الصادر بتاريخ 2000/11/17، المتعلق بتفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة، ومفاد ذلك انّ القانون الفرنسي يعطي للمرأة الحامل رخصة اللجوء للإجهاض الاختياري في حالتين.

فالحالة الأولى تتعلق بحالة الضيق او 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.

امّا الحالة الثانية، فتتعلق بالإجهاض لأسباب طبية وعلاجية، او احتمال ولادة جنين مصاب بتشوهات او عاهة شديدة، وورد النص على هذه الحالة من حالات الإجهاض

[1] 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 الكتاب، بيروت، 1987، ص142.

[2] « Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue ».

[3] 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, Recueille Dalloz- Hors-Série justices, Mai 2001, France, p 14-20.

الاختياري، في المادة1-L2213 من ق.م.ف، بصياغتها الجديدة وفقا لقانون 2001/06/04، بنصها على انّ: " إنهاء الحمل اختياريا 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 احتمالا كبيرا في أن يولد الجنين مصابا بعاهة شديدة الخطورة استقر الرأي الطبي أن لا سبيل لعلاجها وفقا للمتعارف عليه وقت التشخيص".

وهذه الطائفة تختلف عن سابقتها، في أنّه لا يشترط أن يتم الإجهاض قبل مضي 12 أسبوعا من بدء الحمل، بل يمكن أن يتمّ في أي وقت، كما أنه يتطلّب مشورة طبية، حيث يتم اللجوء سواء إلى رأي لجنة طبية، أو أبحاث وتحاليل مختبرية لمعرفة ما إذا كان الحمل يشكل خطورة على حياة الأم الحامل، أو أنّ الجنين يحمل من الجينات المورثة ما قد يوحي بولادته معاقا أو مصابا بمرض وراثي لا يرجى شفاءه[1].

وتتلخص وقائع قضية Perruche، انّ السيدة "بيريش"، انتقل اليها مرض الحصبة La rubéole والتي كانت يحتمل كونها حامل، فلجأت إلى الطبيب الذي أكّد لها الحمل، وطلب منها إجراء تحاليل مخبرية للبحث عن مضادات المرض Anticorps rubéole ونظرا لوجود تناقض في نتيجة التحليلين اللذين أجرتهما، تمّ اجراء تحليل المراقبة Analyse de contrôle من طرف مخبر التحاليل، ظهرت فيه نتيجة إيجابية ووجود نسبة 6/1 من مضادات المرض، ما يدل على أن 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.

[1] 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.

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[1] عدّلت هذا الحكم، برفض تعويض الولد Nicolas Perruche بحجة انّ الضرر اللاّحق 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 سببها الجوهري والوحيد في فيروس الحصبة الألمـانية، الذي انتقل إليه من أمه وهو مـا يزال جنينا في رحمها"[2].

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 بطفلهما وبين الأخطاء المرتكبة، قرّرت في 1996/03/26[3] بإلغاء قرار الاستئناف، استنادا للمادة 1147 من ق.م.ف ، وجاء في أسباب الحكم " أنّه من الثابت أنّ الوالدين قد أبدا رغبتيهما في اللجوء إلى الإجهاض الاختياري، إذ ثبت إصابة الأم بالحصبة الألمانية، وأنّ 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".

[1] Cour d'appel de Paris 17/12/1993.

[2] « L'enfant Nicolas ne subit pas un préjudice indemnisable en relation de causalité avec les fautes commises par des motifs tirés de la circonstance que les séquelles dont il était atteint pour seule cause la rubéole transmise par sa mère ».

[3] 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

وعندما نظرت الدعوى من جديد أمام محكمة استئناف أورليان في 1999/02/05[1] رفضت هذه المحكمة الخضوع لوجهة نظر محكمة النقض على أساس أنّ:" الطفل لا يعاني من أضرار قابلة للتعويض ترتبط بعلاقة سببية مباشرة مع الأخطاء التي ارتكبها 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 المرّة إلى المادتين 1165 و1382 من ق.م فرنسي، وجاء في قرارها الشهير سالف الذكر، المؤرخ في 2000/11/17[2]: "حيث أنّ الأخطاء التي وقعت من جانب الطبيب ومخبر التحاليل في 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 المبينة" كما يرجع سبب الضرر اللاّحق 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[3].

وهكذا قضت بالتعويض للأبوين نتيجة **تفويت فرصة اللجوء للإجهاض الاختياري للأم** والضرر الذي أصابهما والمتمثل في ولادة طفلهما "**نيكولا بيريش**" مشوها فضلا عن تعويض الطفل "نيكولا" عن الضرر المتمثل في ولادته مشوها.

[1] Cour d'appel d'Orléans, du 05/02/1999.

[2] « 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 enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

[3] Loi n° 75-17 du 17/01/1975 relative à l'interruption médicale de grossesse, JO 18 janvier1975.

غير أن هذا الوضع لم يعمّر طويلا[1]، فقد جاء قانون 2002/03/04 الذي نظّم وضبط حالات ولادة الأطفال المشوهين، في مادته الأولى المتعلقة بمسألة التعويض والمستفيدين منه.

من جانب القضاء العربي –لاسيّما المصري – فقد عرف تطبيقات مختلفة ومعاصرة لإقرار التعويض عن تفويت فرصة الشفاء، والتحسن الصحي للبقاء على قيد الحياة في المجال الطبي، شأنه شأن القضاء الفرنسي، وعرف 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، فإن تفويتها أمر محقق[2]، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة"[3].

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، إلاّ أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائما على أسباب مقبولة من شأنها طبقا للمجرى العادي للأمور ترجيح كفّة كسب، فوتّه عليه العمل الضار غير المشروع[4].

من جانب موقف المشرع الجزائري فقد جاء في نص المادة 182 ق.م.ج أنّ:" ويشمل التعويض ما لحق بخسارة وما فاته من كسب"، على أنّ المدين في المسؤولية العقدية (الطبيب) لا يكون مسؤولا إلاّ عن الضرر المباشر والمتوقع وقت التعاقد، ما لم يكن قد

[1] عبد الرحمن بن سليمان الربيش، إسقاط الجنين المشوه بين الإباحة والتحريم، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 84، 2010، ص 36.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، 1986 الكويت، ص 81.

[3] معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 330، 331.

[4] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 126.

ارتكب غشا أو خطأ جسيما وهذا حسب نص المادة 182 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري وعليه يمكن القول أنّ المشرع الجزائري لم يشر إلى تفويـــت 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[1].

ومن أمثلة ذلك قرار المحكمة العليا بتعويض المريض المصـاب الذي ترك دون متـــابعة أو رعاية، مما كان سيجنبه الآثار الوخيمة التي لحقته[2].

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 معـالجتها بمادة "مولدة الليفين" 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 بإلزام 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

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 165.

[2] M. M. Hannouz et A. R. Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médicine et du droit, O.P.U, Alger, 2000, p 147, 148.

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 انتفت علاقة السببية بين الخطأ والضرر لسبب من الأسباب لا تقوم مسؤولية الطبيب المدنية وهذا سنوضحه كالآتي.

1. قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر

إنّ وقوع الخطأ من الطبيب وحصول ضرر للمريض، لا يعني بالضرورة قيـام مسؤولية الطبيب، ما لم يكن الضرر الذي أصاب المريض ناتجا عن خطأ الأول، كنتيجة طبيعية له ومرتبطة به ارتباطا مباشرا برابطة اصطلح 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 أنّه متى ثبت الخطأ والضرر وتوافرت العلاقة السببية بينهما، فإنّه لا مناص من قيام مسؤولية الطبيب المدنية، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: " ومتى ثبت أن خطأ الطبيب أدّى 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".[1]

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

[1] 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.

ملوث يعود لخطأ المرفق، الذي أهمل في اتخاذ الحيطة اللاّزمة لتفادي هذا الخلل، فإن العلاقة السببية بين عملية التطعيم والضرر اللاّحق ثابتة، وهذا ما يجعل مسؤولية المستشفى قائمة بكاملها"[1].

لا يثار الإشكال متى كان خطأ الطبيب السبب الوحيد والمباشر لحصول ضرر بالمريض كما لو أخطأ طبيب التخدير بأن أعطى المريض جرعة زائدة أدّت 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 تتقرّر مسؤولية هذا الطبيب ومفاد ذلك انّه لو ارتكب الطبيب خطأ كإهماله في تعقيم أدوات الجراحة ويموت المريض بنوبة قلبية لا ترجع لخطأ الطبيب فحينئذ تنتفي مسؤوليته.

إنّما يثور الإشكال وتتعقد مسألة بحث موضوع علاقة السببية، متى تداخلت مع خطأ الطبيب أخطاء أخرى سواء من غيره من الأطباء أو الممرضين، أو من المريض المضرور ذاته، وهو ما تمخض عنه عدة نظريات.

أ. نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب

تعود هذه النظرية إلى الفقيه الألماني " فون بيري"، وتتلخص في انّ كل سبب له دخل في إحداث الضرر مهما كان بعيدا يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متعادلة ومتكافئة، كأنّ كل منها قام منفردا، 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[2].

[1] 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.

[2] عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 11 وما بعدها.

ففي فرنسا قضت محكمة Angers مرّة 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 أدّى ارتكابها ووقوعها إلى إحداث الضرر.

من جانب القضاء الجزائري فقد قضى مجلس الدولة بتبنّي فكرة تعادل الأسباب، حيث جاء في أحد قراراته الحديثة[1]:" 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

وقد قال بها الفقيه الألماني يوهانس فون كريس Von Kries، وتمّ تعديلها على يد فقهاء آخرين منهم رومالين، وتراجر ومفادها انّنا نستعرض جميع الأسباب التي لها دخل ونميز فيها بين السبب العارض والسبب المنتج، وهذا الأخير هو وحده السبب المألوف لإحداث الضرر حسب المجرى الطبيعي للأمور، 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[2].

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

[1] قرار مجلس الدولة، 2007/03/28، المشار إليه أنفا.

[2] محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د،م، ج، الجزائر، 1988، ص 117.

المسؤولية، ولو ثبت أنّ هناك خللا في الأجهزة الطبية، ولكن لا يكون ذا أثر على وفاة المريض[1].

أمّا القضـــاء المصري فلم يخالف نظيـــره الفرنسي، حيث اعتنق نظرية السبب المنتج أو الفعّال عند تداخل الأسباب أو توالي النتائج غير المباشرة، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض أنّ المتّهم بالقتل الخطأ يكون مسؤولا جنائيا 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 متعمّدا لتجسيم المسؤولية، كما أنّ مرض المجني عليه وتقدمه في السن هي من الأمور الثانوية التي لا تقطع رابطة السببية بين فعل المتهم والنتيجة التي انتهى إليها أمر المجني عليه بسبب إصابته[2].

من ناحية أخرى تبنى القضاء الجزائري هو الآخر هذه النظرية، عندما أقرّ بمسؤولية الطبيب الذي أدى خطؤه المباشر لوفاة الضحية، حيث جاء فيه: " حيث أنّ الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، ممّا يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات"[3].

بناءا 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 جليا من خلال نصوص المواد124-127، و130، و182 من القانون المدني الجزائري[4]، غير أنّه في مواطن عدة لم يساير القضاء الجزائري هذا التوجه إلى حدّ ما، إذ

[1] Cass. Civ, 26/01/1970, Encyclo De droit civil, 2eme éd, Paris, 1974, n° 421, p 27.

[2] منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص 120.

[3] قرار المحكمة العليـــا، 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ا ل دح) ضد (ب)، م ق، العدد 02، 1996 ص 180.

[4] 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، فانه يفترض أن يعتد بمساهمة كل شخص في إحداث الضرر، وبالتاني مراعاة جميع الأسباب المؤدية إلى الضرر.

يبدو موقف القضاء عندنا متذبذبا بين كلا النظريتين، وذلك لتغير ظروف ووقائع كل قضية والذي يظهر من خلال التحليل السابق ترجيح الرأي والنظرية القائلة بتعادل الأسبـــاب التي ســـاهمت في إحداث الضرر، لاسيّما في مجـــال 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 توخّي مزيدا من الحيطة والحذر كما يؤدي الى عدم اعفـــاء كثير من الأطبـــــاء من المسؤولية، ويظهر هذا من خلال عدة أحكام قضائية[1]، لكون السلامة الجسدية من النظام العام.

والصحيح فيما يتعلق بإثبات رابطة السببية أنّها مفترضة، لا يلقى بعبء إثباتها على عاتق المريض المضرور، كما يتعذر في كثير من الأحيان على المريض إثباتها وذلك لجهله عـــادة بالأمور الفنية، وبناء على ذلك فلا مناص من الاستعـــانة بالخبراء الفنيين[2]، للتحقق من مدى اعتبار فعل الطبيب الخاطئ هو المتسبب في إحداث الضرر.

ويبقى ان يثبت الطبيـب ان الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كالقوة القـــاهرة 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 غالبا 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

[1] 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 رايس محمد، المرجع السابق، ص 310.

[2] Jean Penneau, La responsabilité médicale, op.cit. p 134, voir aussi la responsabilité du médecin, op.cit. p 44.

في إحداث الضرر بالمريض، طبقا لما نصت عليه المادة 127 ق.م.ج.[1] في إمكانية هدم قرينة علاقة السببية بين الخطأ والضرر متى توافرت إحدى حالات قطعها، إذ نصت على انه "اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك، والسبب الأجنبي الذي تنتفي به رابطة السببية يكون إمّا قوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

أ. القوة القاهرة

القوة القــاهرة هي كل مــا ليس في وسع الادراك البشري أن يتوقعه، وإذا أمكن توقعه لا يمكن مقــاومته، إذ لا فرق بين القوة القــاهرة أو الحادث المفاجئ لدى غالبية الفقه والقضاء[2] ممّا يترتب عنه انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر[3]، 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، الاّ يكون في الإمكان توقعه عقلا، ولا يكون وقوعه في حدوث المألوف، كما لا يمكن مقاومته والتغلب عليه ويجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ب. خطأ المضرور

تنتفي علاقة السببية بسبب خطأ المضرور أي المريض، بفعل إيجابي أو سلبي ويسقط حقه في التعويض، متى كان فعله هو السبب الوحيد في إحداث الضرر[4]، سواء كان هذا

[1] تنص المادة 127 ق.م.ج: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك.

[2] عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 79، 80، 81.

[3] قرار المحكمة العليا، 1988/05/25، ملف رقم 53010، م. ق، العدد 02، 1992، ص 11.

[4] محمد عبد الظاهر حسنين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 72.

الفعل خطأ أم عمدا، كما لو تعمّد المريض الكذب على الطبيب[1] بعدم تعاطيه المطلق في أي نوع من الأدوية أو إخفاء لمرضه المزمن وعدم إتّباع أي علاج مسبق، مما يضلل 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، فهنا يصبح مساهما بهذا الرضا في تحمل آثار الضرر الناتج، وتخفّف بالتالي مسؤولية الطبيب بمقدار هذه المساهمة[2]، وهكذا فإنّ رفض المريض إجراء فحوصات طبية ضرورية لإجراء عملية جراحية، لا يعفي الطبيب من المسؤولية، بل يعد هذا الأخير مسؤولا عن الأضرار المترتبة 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 فيتحمّل بذلك المسؤولية لوحده دون سواه[3].

---

[1] قيس الصغير، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، بدون دار نشرة الرياض، 1996 ص 185.

[2] رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005 ص 280 – 311.

[3] قرار المحكمة العليا، 1987/06/16، ملف رقم 48727، م.ق، العدد الثالث، 1991، ص 22، حيث جاء فيه: " من المقرر قانونا 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. ولمّا كان ثابتا في قضية الحال أنّ الضحية هي التي تسببت في وقوع الحادث، فانّ قضاة الموضوع الذين سببو قرارهم على المسؤولية المفترضة على كل من له حق الحراسة على شيء، فإنّهم 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".

كما أنّ رضـا المريض بالضرر لا يمكن أن يحمل على أنّه اتفـاق لإعفـاء الطبيب من المسؤولية، وعلى فرضية التسليم بوجود هذا الاتفاق، فهو باطل متى كانت المسؤولية تقصيرية ناجمة عن عمل إجرامي، أو حتّى عقدية متى كانت مترتبة عن غش المدين أو خطئه الجسيم[1].

ج. خطأ الغير

يقصد بالغير كل شخص لا يكون المدعى عليه مسؤولا عنه، فاصطلاح الغير هنا لا يتضمن الخاضعين للرقابة ولا التابعين، بمعنى غير الأشخاص الخاضعين لأحكام المواد 134 و136 ق.م. ج، فالغير من كان أجنبيا عن المسؤول، أي هو الشخص الثالث الأجنبي عن المدعى عليه، وتنتفي 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.

على هذا الاساس يكون خطأ الغير قاطعا لعلاقة السببية، متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة[2]، كما أنّ الضرر المشكو منه يجب ألاّ يكون راجعا سببيا لخطأ الطبيب بالذات، دون أن يحجبه عنه عامل خارجي يكفي لاستغراقه[3].

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

[1] تنص المادة 178 فقرة 2 ق.م.ج على: " وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي"، وانظر كذلك المادة 17 من مدونة اخلاقيات الطب السالفة الذكر.

[2] 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.

[3] عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود، 1992، ص 440 –445.

على نحو ما بيّناه، لا يثير إشكالا بالنسبة لنفي رابطة السببية، وبالتالي انعدام مسؤولية الطبيب.

المطلب الثاني

صور المسؤولية المدنية للطبيب والتامين منها

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 الاضرار الناجمة عن الغير وعن الأشياء كالآلات والتجهيزات الطبية، وحتّى 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 يكوّن ويصوغ بذلك مجموعة من المبادئ والقواعد غيّرت 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 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

صور المسؤولية المدنية للطبيب

تبرز مسؤولية الطبيب المدنية سواء عن افعاله الشخصية بصفة منفردة او ضمن فريق طبي وافعال مساعديه من ممرضين او تلك التي تنشأ عن الأجهزة والآلات المستعملة في الفحص والعلاج والتحاليل، ويقصد بالخطأ الطبي في هذا المقام الذي تتوافر فيه مقومات

الخطأ الشخصي الذي ينتج عنه ضرر للمريض سواء في عيادة 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 عن نطاق دراستنا على أساس اختصاص القضاء الإداري به، عندما يكون الطبيب في مركز لائحي تنظيمي، غير انّ ذلك لا يحول دون ان نسرد بعض[1] الأحكام والقرارات القضائية ذات الصلة في الممارسة الطبية.

أولا: في حالة ممارسة الطبيب للعمل الطبي بصفة منفردة

من المسلّم به، انّه لمساءلة الطبيب يجب ان يكون الخطأ واقعا منه، وليس من شخص آخر ينتج عنه ضرر للغير، عند الممارسة، ويعتبر الطبيب مخطئا حسب ما أشرنا إليه سابقا إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة تجاه مريضه، أو إذا كانت العناية المبذولة من قبله لا تتّسم بالعناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة.

جدير بالذكر أن مسؤولية الطبيب المدنية عن فعله الشخصي، مستمدّة من القواعد العامة للمسؤولية المدنية أو من مجموع القواعد والمبـــادئ والأعراف التي تشكل أخلاقيـــات المهنة وهكذا فمسؤولية الطبيب عن فعلـه الشخصي، تبرز كلما كان فعله خروجا عن هذه القواعد ما يشكل انحرافا عن السلوك المعتاد للطبيب، وسواء كان فعله إيجابيا أي ارتكاب خطأ ثابت اثناء علاجه للمريض، او كان فعلا سلبيا كما لو امتنع عن إسعاف مريض يواجه خطرا وشيكا، أو تحلّله من مواصلة مهمته دون ضمان مواصلة العلاج للمريض، وكان الطبيب بفعله قد ألحق ضررا بالمريض.

ثانيا: في حالة ممارسة العمل الطبي ضمن فريق طبي

يبدو انّ تطور مهنة الطب خاصة مهنة الجراحة تتطلب ان تجرى العملية ضمن فريق طبي متكامل كالجراح وطبيب التخدير والمساعدين.

[1] نقول بعض الأحكام والقرارات القضائية بحكم اننا تطرقنا لجلها آنفا في الفصل الأول.

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 نائبا عن زملاءه في التعاقد، ام انّه 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 انّنا نكون امام حالة تبعية[1]، وهذا ما يصطدم بمبدأ الاستقلال المهني للطبيب المنصوص عليه في المادة 10[2] والمادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، اللّتان تنصان بصريح العبارة على الاستقلال المهني لكل طبيب في ممارسة مهنته والمادة L4127-5 من قانون الصـــحة العامة الفرنسي التي تنص على انّه " لا يجوز للطبيب ان يتخلّى عن استقلاله المهني تحت أي شكل من الأشكال." فإذا صادف وأن أصيب المريض بضرر نتاج هذا التدخل الجراحي، فإنّ المريض أكيد سيعود على

[1] 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، إشرافا فنيا فيوجهه في أصول ودقائق مهنة الطب ويراقب كيفية تنفيذه للأعمال المطلوبة منه، فضلا عن أوقات قدومه وانصرافه، أنظر في نفس المعنى:

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

[2] لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال.

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 يتعقّد 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[1] فقرة 1 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنّه: "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، لاسيما 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 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، حتّى في الحالة التي لا يمكن فيها معرفة مرتكب الخطأ، فكل طبيب مساهم في العملية سيبقى مسؤولا مسؤولية عقدية وبصفة فردية أمام المريض المضرور الذي له الرجوع عليهم كذلك بصفة تضامنية.

[1] تقابلها المادة 59 من مدونة آداب المهنة الفرنسي.

أمّا 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 اعضاء الفريق، مسؤولا مسؤولية عقدية عن كل خطأ طبي ثابت يلحق ضررا بالمريض، أمّا باقي أعضاء الفريق، فلا يربطهم أي عقد مع هذا الاخير وعليه فمسؤوليتهم تجاهه تكون تقصيرية حسبما تم توضيحه آنفا، ويسأل كل منهم مسؤولية تقصيرية تجاه المريض وفقا لنص المادة 124 من القانون المدني.

كما تجدر الإشارة أنّه 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 اخلاقيات المهنة الفرنسي، نصت صراحة في فقرتها الأولى المذكورة آنفا، 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 جميعا كانت بناءاً على عقد طبي أم بدونه، ولو انّ الفقرة الثانية منها نصت صراحة أن المساعدين من ممرضين، يتحمّلون كل منهم المسؤولية الشخصية حسب مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، ما يؤكد استقلالية الطبيب في إطار الفريق الطبي عن باقي أطباء الفريق وحتّى عن الطبيب الذي اختارهم للعمل إلى جانبه.

في هذا الصدد نشير أن القضاء الفرنسي مرّ بعدّة مراحل في حالة حدوث الخطأ، فتارة يلقي بالمسؤولية على الطبيب الجراح المتعاقد مع المريض بمقتضى المادة 1147 سالفة

الذكر المقابلة للمادة 176[1] 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 انّ الطبيب الجراح المتعاقد هو المدين بالالتزام، ولو أنّ المادة 178[2] 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، سالفة الذكر اعلاه، إلاّ أنّ القضاء الفرنسي في هذه المرحلة، او في عدة قضايا، اتّجه للأخذ بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير على أساس، انّ 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 انّه لم يعلنها صراحة، فبالرغم من وجود عقد بين الجراح والمريض، إلاّ انّ 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 وغيّر وجهته مكرّسا لفكرة المسؤولية المشتركة بينهم.

[1] 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".

[2] المادة 178 من ق.م.ج:" يجوز الاتفاق على أن يتحمّل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة؛ وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن يشترط 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.

وتراجع مرّة اخرى في مرحلته الرابعة، الى تطبيق نص المادة 59، بالتأكيد على استقلالية كل من الجراح وطبيب التخدير، ورغم انّه لم يأخذ بمبدأ الاستقلال التام والفصل الكامل بين المسؤوليات، إلاّ انّه غيّر الأساس وكرّس مبدأ جديد في الالتزام، وهو الالتزام **بالمشورة المتبادل بين أعضاء الفريق الطبي والمسؤولية المشتركة بينهم.**

فقد ذهبت محكمة استئنـــاف "بـــاريس" في 1994/09/16 إلى القول بوجود مسؤولية تضامنية بين كل من الجراح وطبيب التخدير والعيادة، وكان ذلك بسبب إصابة سيدة بعجز كلّي 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 اللاّحقة 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 انّ العيادة قامت مسؤوليتها عن خطأ الممرضة التي تتابع بانتظام قياس ضغط الدم لدى المريضة[1]، وأيدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة استئناف باريس وهذا في قرارها الصادر في 1996/06/25[2].

وفي ذات الاتجاه، قضت محكمة النقض الفرنسية في 1997/10/28[3] بأنّ هناك التزاما على الجراح بإحاطة طبيب التخدير بالمعلومات اللاّزمة عن التخدير، وكان ذلك بمناسبة

[1] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 366، أنظر كذلك أشرف جابر، المرجع السابق، 109، و110.

[2] 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

[3] 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

الطعن في قرار محكمة استئناف Lyon الصادر في 1995/05/03، 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 موضعيا، فنتج عن ذلك أن فقد المريض الرؤية تماما بسبب استخدام طبيب التخدير حقنة غير منــاسبة لحالة المريض أحدثت ثقبا في مقلة العين globe oculaire، حيث قضت محكمة الاستئناف بمسؤولية كل من طبيب التخدير والجراح مسؤولية تضامنية على أساس انّه 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 تماما.

امّا 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 بدلا من الموضعي اذ لا يقتصر التزامه فحسب على الأفعال الجراحية، وإنّما عليه التزام بتبصير طبيب التخدير بحالة المريض، بوصفه رئيسا للفريق الجراحي، ويقع عليه واجب التأكد من أن تخدير المريض قد تمّ على نحو يناسب حالته[1]. وتمّ تأييد هذا الحكم من محكمة النقض حيث أكدت على أن:" التزامات الجراح لا تقتصر على الأعمال الجراحية فحسب، بالنسبة للمريض الذي تابعه لعدة سنوات، وإنما يجب أن تمتد إلى تبصيــر طبيب التخديــر بمخــاطر التخدير الموضعي الذي لا يتناسب مع حالة المريض"[2].

وفي نهاية هذا الاستعراض لمراحل التطور، التي مرّ بها القضاء الفرنسي، يتبين لنا دون شك أن هذا التطور أو التردد لا يعبر إلّا عن شعور عميق لدى هذا القضاء بدقة

[1] سمير عبد السميع الأذون، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخذير ومساعديهم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 366 و367، أنظر كذلك أشرف جابر، المرجع السابق، 109 و110.

[2] « 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 ».

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[1]، تأسيسا على التوجه الحديث للقضاء للأخذ بالمسؤولية المشتركة لأعضاء الفريق الطبي الواحد.

وأبرز قضية في هذا الصدد قضية الكـــاتبة الروائيـــة '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 يعد إهمالا معيبا 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.

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 والقيام بالعمل الطبي على أحسن وجه، ناهيك عن توفير ضمانة قوية لتعويض المريض أو ذويه بسبب زيادة عدد المسئولين عن الضرر اللاحق به، وهو ما تبناه القضاء الجزائري

[1] أشرف جابر، المرجع السابق، ص 109 و110.

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 أن هناك منطقة اختصاص مشتركة في العمل بحيث يقع عبء القيام بها على كل عضو.

كما أن المادة 126 من القانون المدني في نصها: "إذا تعدد المسئولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلاّ إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض"، وهذا في الحالة التي يشترك فيها عدد من الأطباء في إحداث الضرر بالمريض.

ثالثا: المسؤولية المدنية للطبيب عن الغير وعن الأجهزة الطبية

قد تنشأ مسؤولية الطبيب من الناحية المدنية عن أعمال الغير التابعين له من مساعدين كالممرضين، أو حتّى من مرضى موضوعين تحت رقابته كالمصابين بالآفات العقلية، كما قد تنشأ عن استعمال الأشياء والأجهزة الطبية، وهذا ما سنوضحه في الآتي :

1. مسؤولية الطبيب المدنية عن أفعال الغير

والغير في هذه الحالة قد يكون من بين معاوني الطبيب من ممرّضين أو مساعدين شبه الطبيين، كما قد يكون من بين المرضى الموضوعين تحت رقابته، في المؤسسات الاستشفائية المتخصصة المعدّة لذلك.

أ. مسؤولية الطبيب مدنيا عن أفعال معاونيه ومساعديه

قد تستدعي الضرورة أحيانا أن يستعين الطبيب المعالج بمساعدين أو ممرضين[1] يباشرون تنفيذ تعليمات العلاج تحت رقابته وإشرافه، كالاستعانة بمختص في الأشعة، أو ممرض

[1] المرسوم التنفيذي رقم 121/11 المؤرخ في 2011/04/20 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 17، بتاريخ 2011/03/20.
انظر كذلك القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2012/04/15 الذي يحدد كيفيات تنظيم التكوين المتخصص للالتحاق ببعض الرتب المنتمية لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 2013/03/17.

التخدير او 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 أنّ مرتكب الخطأ هو من يتحمل مسؤوليته؟

ففي هذا الصدد، وفي ظل غياب النص، وأمام سكوت المواد 1146ـ1155 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 لاتّخاذه كذريعة، في وجه الجناح المعارض لذلك مثلما أوضحنا آنفا.

بالمقابل نظّم المشرع الجزائري، مهنة التخدير والإنعاش بموجب المرسوم التنفيذي رقم 235/11[1] المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية[2]، ووفقا للمواد من 18 إلى 23 من هذا المرسوم أنّ التخدير والإنعاش المناط بالأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش، الذين ينتمون إلى سلك الشبه الطبي، و يتلقون تعليما خاصا في المدارس شبه الطبية، ليس لهم صفة أطباء وبالتالي لا يتمتّعون بالاستقلال المهني، الذي يتمتع به الأطباء طبقا للمادة 10 من م.أ.ط.ج[3] 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..."، اذ يقوم هؤلاء الأعوان بأعمال التخدير والإنعاش تحت إمرة

[1] مرسوم تنفيذي رقم 235/11 مؤرخ في 2011/07/03، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، ج.ر، عدد 38 مؤرخة في 2011/07/06.

[2] المادة 42 منه نصت على أنّه:" تلغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 109/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 1991/04/27 والمذكور أعلاه".

[3] 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".

المسؤول الطبي السلمي، وبالتالي يمكن مساءلة الطبيب الجراح على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه طبقا للمادة 136 من ق.م.ج.

ونظرا لعدم عثورنا على حكم أو قرار في القضاء الجزائري حول مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطـاء 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"[1].

في هذا الصدد، نصت المادة 73 فقرة 02 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية سالفة الذكر، على" أمّا المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنّهم يعملون تحت مراقبتهما وتحت مسؤوليتهما".

وعلى هذا الأساس، يمكن مساءلة الطبيب المعالج شخصيا، 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 اللاّحق بالمريض نتيجة تنفيذ المساعد لتعليمات خاطئة من الطبيب المعالج، أو أنّ هذا الأخير نفذ تعليمات صحيحة من الناحية الطبية إلاّ 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 أيّة لحظة حال حصول أي طارئ أو ملاحظة أي خطأ.

ورغم انّ الطبيب لم يباشر بنفسه كل ما يجب نحو مريضه، فهو على الأقل ملزم بمراقبة كل عمل يقوم به مساعدوه من ممرضين نحو مريضه، هذا في الحـــالة التي يكون

[1] قرار محكمة استئناف تونس رقم 269875 بتاريخ 1998/04/29.

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 أن 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 لهـا، تجـاه 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 القـــانون المدني: "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفة أو بسببها أو بمناسبتها، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

فالمسؤولية هنا هي مسؤولية التابع عن أعمال تابعيه، وهي مسؤولية تقصيرية وفقا لأحكام المادة 136 ق.م.ج، والخطأ فيها مفترض ولا يقبل اثبات العكس، ومن ثمّ فإنّها قاسية نوعا ما، 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 مركزا تعاقديا بل علاقة المنتفع بخدمة عامة بالمرفق الصحي والخدمات التي يؤديها.

ب. مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يحدثها المريض العقلي بالآخرين

يمكن ان 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 خطرا عموميا، 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 أولا 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 وفقا للمعطيات المحيطة به، والإمكانيات الطبية المتوافرة لديه، بقاء المريض حرا لمدة مؤقتة طبقا لبرنامج علاجه بالوسط المفتوح أو الإفراج عنه نهائيا.

فإذا كان الطبيب العقلي قد تصرف وفقا لسلطته التقديرية، باعتبار المسألة طبية وفنية فإن القاضي يقدر مدى اعتبار تصرف الطبيب العقلي يدخل في باب الإهمال المعتبر خطأ طبي، استنادا للظروف الملابسة لاسيما تلك التي تم فيها الإفراج عن المريض ومدة الخروج والاحتياطات الواجبة، والعلاج اللّازم، 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 انّ الرقابة هنا تعتبر قانونية والخطأ الناتج عنها يكون مفترضا حسب نص المادة 134، وكذا ضمان عدم إيذائه للغير

نظرا لحالته الخاصة وظروفه العقلية، ولكن ليس هناك ما يمنع من مساءلة المستشفى عن خطأ الطبيب باعتباره تابعا للمستشفى، وهذا ضمانا للمضرور، 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، ويتحمّل مسؤولية كافة أخطائه.

2. مسؤولية الطبيب عن الآلات والأجهزة الطبية

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 المشرط 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 اولى، هو انّنا 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 انّ 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 او الآلات او 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، إلاّ بإقامة الدليل على انّ ما لحق بالمضرور من ضرر إنّما يرجع لسبب أجنبي.

والحقيقة انّ محكمة النقض الفرنسي، عندما جنحت للأخذ بالتزام السلامة 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"[1].

ففي قرار حديث لدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2003/02/04[2] على أنّ الطبيب:" لا يتحمّل التزام بتحقيق نتيجة إلّا فيما يتعلق بالأدوات المستعملة لتنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص والعلاج، تحت طائلة إثبات المريض أنها سبب الأضرار اللاحقة به"[3].

وفي قرار آخر للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 2011/03/17 قضت بأنّ:" العقد المشكل بين المريض وطبيبه يضع على عاتق هذا الأخير التزام بالسلامة

[1] 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. »

[2] 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

[3] « 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 ».

محله تحقيق نتيجة فيما يتعلق الأجهزة التي يستعملها في تنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص أو العلاج"[1] ايّ مسؤولية عقدية.

والالتزام بالسلامة هو التزام تبعي accessoire فالعقد لا يقتصر على تنفيذ ما ورد فيه فحسب، وإنّما يشمل أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام حسب نص المادة 107من ق.م.ج المشار اليها اعلاه.

غير أنّه 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 فإنّ 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 تولّى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء"، وهو نفس النص الذي جاءت به المادة 1384 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 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 الاشعة 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.

[1] « 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

والجدير بالذكر أنّ الأشعة أصبحت جد ضرورية وإجبارية في تشخيص عدة حالات مرضية أو علاجية، وتدخل ضمن التجهيزات الطبية الحديثة وهذا ما أشارت إليه المادة 14 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 تنطوي 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 "بوردو 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 الثاني

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 قانونا 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 المؤمّن (شركة التأمين)، الطبيب باعتباره مؤمّنا 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 تأمينا على الأشخاص، وإنّما يقصد به تأمين الطبيب نفسه من ضرر يقع على مـــاله نتيجة رجوع المريض عليه بالمسؤولية، ومن ثمّ كان تأمينـــا على المال، أي تأمينا من الأضرار.

أولا: التكريس التشريعي للتأمين عن الاضرار

انّ التأمين من المسؤولية، على النحو المشار اليه أعلاه، يعتبر تأمينا من الأضرار وبالتالي يخضع لمبدأ التعويض ككل تأمين من الأضرار، سواء كانت اضرار ناتجة عن خطأ طبي او بدونه، وهو في هذا يختلف عن التأمين التقليدي.

1. إلزامية التأمين عن الأضرار في التشريع الجزائري والمقارن

تحقيقا لغرض كفالة حصول المضرورين على التعويض المناسب، وحماية للأطباء وصونا لممارسة المهن الطبية في جو آمن، ألزم قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي رقم 2002–303 المؤرخ في 2002/03/04 في المادة L1142-2 المضافة بالمادة 98 الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، بالتأمين الإجباري[1]، من المسؤولية المدنية، حيث

[1] يحق الرجوع على المؤمن له في وثيقة تأمين المسؤولية الطبية بقيمة ما أدته شركة التأمين من تعويض في الحالات الآتية:

تنص المادة L1142-2 فقرة 4 من القانون المشار اليه 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"[1].

أما جزاء عدم التأمين، فقد فرض قانون الصحة العامة الفرنسي عقوبة الغرامة، والمنع من الممارسة الطبية، في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية، وهذا ما نصت عليه المادة L1142-25 فقرة 1 "يعاقب على الإخلال بإلزامية التأمين المنصوص عليه في المادة L1142-2 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 2002/12/30 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 أنّه:" يحظر مزاولة المهنة بالدولة دون التأمين ضد المسؤولية عن الأخطاء الطبية لدي إحدى شركات التأمين المرخص لها في الدولة. وتتحمل المنشأة الصحية التي تستقبل طبيبا زائرا مسؤولية التعويض عن خطئه الطبي في مواجهة المضرور، وذلك دون إخلال بحقها في الرجوع على مرتكب الخطأ. ويتعين على الجهات الخاضعة لأحكام هذه المادة أن توفق

- إذا حصل الضرر نتيجة فعل متعمد من المؤمن له.
- إذا حصل الضرر من المؤمن له نتيجة قيامه بعمله وهو في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر.
- إذا مارس المهنة بدون وثيقة، أو بوثيقة مزورة أو عقد التأمين بناء على بيانات أو معلومات غير صحيحة أو إخفاء وقائع أو معلومات جوهرية.

[1] L'article L. 1142-2 alinéa 4 C.S.P.F « L'assurance des établissements couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».

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".

وقد نظم المشرع الجزائري في قانون التأمين رقم 07/95 التأمين من المسؤولية تحت عنوان التأمينات الإلزامية، حيث خصصّ التأمينات الإلزامية في مجال النشاطات البحرية (المواد من 145-150) وفي مجال النشاطات الجوّية (المواد 158-160). وفي المجال البرّي حددّت المادة 163 وما يليها المؤسسات والأشخاص والمهن التي تكون فيها التأمين من المسؤولية المدنية أمرا إجباريا.

في هذا الصدد كان المشرع الجزائري نصت المادة 167 على انّه "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"[1].

ونفس التأكيد جـــاءت به المــادة 6 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم المستشفيـــات رقم 07-321[2] على أنه:" يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها".

[1] الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد 13، المؤرخة في 1995/03/08، المعدل والمتمم.

[2] 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.

كما أوجبت المادة 168 على المبتكرين أو المستوردين أو الموزعين إلزامية التأمين من مسؤولياتهم المدنية المهنية، التي تتسبب في أي ضرر، تجاه المستهلكين والمستعملين والغير، لكل المستحضرات الغذائية والصيدلانية ومستحضرات التجميل والمواد الصناعية ...الخ.

وأوجبت المادة 173 أن يكون الضمان المكتتب كافيا، بالنسبة للأضرار الجسمانية والأضرار المادية على حد سواء، ومنعت عقد التأمين من أن ينص على سقوط أي حق، يمكن أن يحتج به على الضحايا، أو ذوي حقوقهم.

وممّا يلفت الملاحظة، انّ جزاء عدم التأمين في القانون الجزائري أخف شدّة منه في القانون المقارن، ويكون وفقا للمـــادة 184 فقرة 1 من الأمر رقم 95-07 ســـالف الذكر[1] بـنصها:" يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 و174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000دج إلى 10000 دج"، والملاحظ أن هذا الجزاء هو جزاء رمزي، مقارنة بما هو منصوص عليه في قانون الصحة الفرنسي، وحسنا فعل المشرع الإماراتي، بجعل الالتزام بالتأمين شرط ضروري للحصول على الترخيص لممارسة المهنة بصفة مشروعة.

2. نطاق التأمين

تبرز مسؤولية الطبيب الشخصية سواء مارس عمله الطبي بنفسه بصفة منفردة، أو كان قد عالج المريض ضمن فريق طبي، اذ تنص المادة 73 فقرة 1 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنّه: "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلاّ 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.

[1] الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد 13، مؤرخة في 1995/03/08.

وهذا ما نحاول توضيحه في عنصرين، ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب وتوزيع الضمان في حالة وقوع الخطأ داخل الفريق الطب.

أ. تأمين الأضرار الناتجة عن الخطأ الطبي الفردي

تنص المادة R4127-8 من قانون الصحة العامة الفرنسي على أن الطبيب حرّ في تحرير وصفاته بالشكل الذي يعتقد بأنّها 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.

غير أنّه إذا قام الطبيب بعمل لا يدخل في اختصاصه، فإنه يعدّ مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بالمريض نتيجة ذلك، فالطبيب ملزم بممارسة مهنة الطب في مجال تخصّصه وهذا ما أكّدته المادة R4127-70، من قانون الصحة العامة الفرنسي.

وتماشيا مع سابقه من التشريع الفرنسي، نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92[1] المتعلق بمدونة الطب الجزائرية على أنّه:" يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدما علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات، في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلاّ في الحالات الاستثنائية"، وترتيبا 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 وفقا للمادة L1142-2 فقرة 4 من قانون الصحة سالف الذكر، فإنّه يمكن لشركة التأمين التنصّل من تغطية المسؤولية المدنية، بمعنى أن تدفع أمام القضاء بسقوط ضمان المؤمّن له الذي تجاوز حدود المهمة المنوط والمصرح بها وهذا بنصها:" يغطي تأمين مهني الصحة والمؤسسات والمصالح والهيئات المشار إليها في

[1] المرسوم التنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 1991/07/06، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر، عدد 52، مؤرخة في 1992/07/08.

الفقرة الأولى أجراءها المتصرّفون، في حدود المهمة التي تسند لهم حتى وإن كان هؤلاء يتوفّرون على استقلال في ممارسة مهنة الطب".

وتطبيقا لذلك، قضت محكمة استئنـــاف بـــاريس بتاريخ 1992/02/12[1] بمسؤولية طبيب الفم médecin stomatologiste عن خطأ ارتكبه عند ختـــان طفل لا يتجـــاوز عمره 8 اشهر وهذا بتـــاريخ 1987/12/06، وحمّلته المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي المرتكب والذي ألحق أضرار بالطفل، حيث استبعدت المحكمة الاستئنـــافية شركة التأمين المسمّاة La médicale de France ، على أساس أن النشاط الوحيد والقانوني المغطّى تأمينيا هو نشاط طب أمراض الفم activité de stomatologie ، وحيث أنه لم يصّرح لشركة التأمين بممارسته لعملية الختان إلى جانب عمله الأصلي إلاّ بعد حدوث عدة أخطاء تجاوز فيها حدود اختصاصه. وعلى إثر الطعن بالنقض المرفوع من قبل الطبيب أيّدت محكمة النقض الفرنسية قرار الجهة الاستئنافية، في قرار لها صادر بتاريخ 1994/12/06[2] 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 المتمّثل 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 أبرما تأمينا من المسؤولية لدى نفس المؤمّن، فإذا رجع المريض على هذا الأخير بالضمان، فلا تثور أي صعوبة لأنه يضمن مسؤولية أعضاء الفريق الجراحي جميعا.

إنما يثور الاشكال، حين يكون كل عضو من أعضاء الفريق الجراحي قد أبرم تأمينا من المسؤولية لدى مؤمّن مختلف، حيث يرجع المريض على أكثر من مؤمّن وكل منهم يتنصّل

[1] Cour d'appel de Paris, du 12/02/1992.
[2] 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

من التعويض، ناهيك عن نزاعاتهم فيما بينهم حول توزيع الضمان بينهم، لأن ذلك يقتضي تحديد مدى التزام كل مؤمّن بالضمان إلى جانب المؤمّنين 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 ناشئ عن إجراء الفحوص السابقة عن التدخل الجراحي التي تدخل في تخصصه والتدخل الجراحي ذاته والآثـار 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 بالتحقّق من سلامة أدوات التخدير، ووضع المريض على منضدة العمليات فيما عدا الضرورات الخاصة التي يقدّرها الجراح بالنسبة لهذا الوضع، أفعال التخدير بالمعنى الفني، أفعال الإنعاش والمتابعة المباشرة للمريض حتى إفاقته نهائيا من تأثير التخدير.

والغاية من هذا الاتفاق هو قطع النزاع الذي يثور بين المؤمّنين وبين الأطباء فيما يتعلق بتحديد الأفعال التي تقيم المسؤولية

غير انّه، ومهما يكن من امر، فإنّ القضاء الفرنسي في آخر مراحل تطوره، وبعد جهد ومشقة جنح للأخذ بالمسؤولية التضامنية لأعضاء الفريق الطبي او 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.

ثانيا: مدى تغطية التأمين للأضرار الطبية

على الرغم من أن الأطبـاء الخواص، وأصحـاب المنشـآت 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 ثمّة لخطأ 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 مستعرضا فيها تجربة القانون الفرنسي (2).

1. حالة تغطية التأمين لبعض الأضرار التي قد تصيب المرضى

بعد أن تطرقنا آنفا للطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية لمزاولي مهنة الطب ومناط التزامهم وانعقاد الإجماع على الخطأ كأساس لقيام المسؤولية، ومن ثمّ فإنه إذا ثبت أن الطبيب لم يخطئ وفقا 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، وفقا 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

وفقا للمادة L1142-1 فقرة 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي، ولما هو منصوص عليه في كل التشريعات وما درج عليه القضاء، لا يكون الطبيب مسؤولا إلاّ عن خطئه متى كانت تربطه بالضرر علاقة السببية، أمّا في الحالات التي لا يثبت فيها أي خطأ مهني فلا يكون الطبيب مسؤولا عن تعويض الأضرار التي أصابت المرضى.

وعلى الرغم من أنّ هذا المبدأ له ما يبرره من الناحية النظرية التقليدية، فإنه قد يترتّب عليه من الناحية العملية حرمان الكثير من اشدّ المضرورين من الحصول على التعويض اللاّزم لجبر الأضرار التي لحقتهم. فقد يصاب المريض أثناء تلقيه إحدى الخدمات الطبية بضرر ليس راجعا لخطأ مهني وإنما إلى المخاطر التي قد تصاحب عمل من أعمال الوقاية

التشخيص أو اثناء علاج الأمراض ويطلق عليها مصطلح **الحادث الطبي**[1] **او العلاجي، وإنتان المشافي**[2] 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 ظاهرا فبدون أدنى شك في هذه الحالة تقوم مسؤولية صاحب المنتج.

غير انّه في حالة عدم تعيّب المنتج، فإنه من الصعوبة بمكان حصول ضحايا هذه المنتجات على التعويض عن الإصابات والأضرار الناتجة عن العلّة 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 تترتّب المسؤولية الطبية، وبالتالي لا يغطي التأمين كافة الأضرار التي قد تلحق المرضى، إلاّ انّ المشرع الفرنسي وقضـاءه لهما رأي آخر وتجربة حديثة في هذا الشأن.

---

[1] « Aléa thérapeutique » او 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 nosocomials.

ويقصد بـــ: Les affections iatrogènes. ، تلك الإصابات علاجية المصدر، أي المرتبطة بالدواء الموصوف او العلاج دون معرفة السبب

Les affections iatrogènes « Le dommage subi par un patient lié au traitement délivré (médicaments, soins…)

ويقصد بـــ: Les infections nosocomiales، عدوى نتيجة الدخول او 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://fjpansier.com/ARTICLES%Présentation de la loi sur le droit des malades.html

لقد كان للقضاء الفرنسي كعادته دور خلاّق 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 ومساهمته في حدوث الضرر[1]، فإنّها في ذات الوقت أقرّت في مواطن عدّة حق المضرور في الرجوع على الطبيب، على أساس الخطأ المفترض وأحيانا على تفويت الفرصة في تحسّن حالة المريض الصحية، أو على الأقل عدم تفاقم وتعقد حالته، إذ ثار الشكّ لدى القضاء حول سبب وقوع الضرر، كما في الحالات التي يكون الخطأ قد اقترن بالمخاطر الملازمة لكل عمل طبي[2].

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 اللاّزم له في الفترة السابقة على ولادته، وذلك على الرغم من أن الخبراء لم يتمكنوا من تحديد ما إذا كان من اللاّزم إجراء ولادة قيصرية مبكرا للأم لتجنب حدوث هذه الأضرار أم لا[3].

كما قضت أيضا، بأنّ تقصير الطبيب في التزامه بإخبار المريض بحقيقة حالته الصحية

[1] 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

[2] DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé.

[3] 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, a néanmoins conclu que l'erreur de diagnostic et l'abstention thérapeutique qui en était résulté avaient été à l'origine d'une perte de chance, pour l'enfant de naitre indemne de toutes lésions et notamment d'éviter les conséquences de l'hypoxie fœtale qu'il présentée avant naissance ».

يكون قد فوّت عليه الفرصة في اتخاذ القرار المناسب لكي يتخلّص من آلامه، وأن الضرر المترتب على هذا التقصير، يختلف عن الضرر الجسدي المترتب عن الخطأ المهني، غير أنه لا يكون متحققا في الحالة التي لا يكون المريض فيها مؤهّلا لأن يبدي رأيا بالموافقة أو برفض العمل الطبي[1]. 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[2]، فلا يكون الطبيب مسؤولا عن فوات فرصة المريض في تحسين حالته الصحية[3]. ويتم تقدير التعويض عن فوات الفرصة الضائعة وليس بمقدار الفائدة المنتظرة إذا ما تحققت هذه الفرصة[4].

غير ان جانب من الفقه[5] 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 ا التأمين كذلك حالة إدلاء الطبيب المؤمّن له لدى شركة التأمين ببيانات غير صحيحة، وكذلك حالة الغرامات المفروضة على الطبيب طبقا لأحكام القانون الجنائي.

[1] 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

[2] Aléa thérapeutique.

[3] DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé, op.cit. P9.

[4] Civ. 1ère, 16/07/1998, Bull, N° 160.

[5] 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.

المبحث الثاني

التوجه الحديث لقيام المسؤولية المدنية للطبيب

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.

على هذا الأساس تتحقق المسؤولية المدنية للطبيب، استنادا إلى الضرر الذي لحق المضرور استقلالا عن وجود خطأ، ومرّ ذلك التطور عبر عدّة مراحل بدءا بتقرير المسؤولية الطبية على أساس **الخطأ المفترض** والأخذ بالخطأ **المهني** أحيانا، وصولا لتقرير المسؤولية **بدون خطأ**.

ولا ريب أن مكانة الخطأ في ظل قواعد المسؤولية الطبية التقليدية كما أسلفنا، ما لبثت ان تعرّضت لمضايقات بين الفينة والأخرى، في محاولات لزعزعة 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 نادت 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 لاحقا، والذي يقوم **على ان**

حـــــادث العمل مـــا هو إلّا خطر مهني يتحمّله رب العمل، اذ تصبح مسؤوليته آلية تقوم على فكرة المخـــاطر لا على فكرة الخطأ[1].

ولا شك انّ هذا التوجه، يعدّ أحد أبرز أعمال القضاء الإداري في فرنسا، ثم انتقلت تطبيقاته فيما بعد الى القضاء المدني كما سبقت الإشارة اليه، وأصبح القضاء تبعا لذلك يتساهل في منح التعويض للمريض أو لذوي الحقوق باستغنائه عن اشتراط الخطأ كمعيار لقيام المسؤولية الطبية[2].

بل وأكثر من ذلك ان بعض الآراء تذهب الى ابعد من أجل توفيق بين مصالح المريض وأهداف وحرية الممارسة الطبية، حيث اقترح البعض التخلّي 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 الاتّجاه الأطباء بالتأمين عن المسؤولية المدنية كما اوضحنا آنفا، أو احداث صندوق خاص يتكفل بالتعويضات، ولو انّ المشرع الجزائري من جانبه، واقتداء بسائر التشريعات، اكّد على إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية بمقتضى الامر 07/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995[3].

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[4]، تجلّت بظهور التأمين وتجسدت أكثر من خلال إنشاء وتطور هيئات التأمين، التي تتولّى تأسيس مختلف أقطاب المسؤولية المهنية.

---

[1] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جـامعة عين شمس مصر، 1998، ص144.

[2] Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité, op.cit. P20.

[3] الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، ج.ر رقم 13 لسنة 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 2006/02/20، ج.ر رقم 15، 2006.

[4] Y .Lambert-Faivre, La crise de L'assurance responsabilité médicale, D2003 N03 P142

وهذا ما سنحاول تبيانه في مطلبين نتناول في **المطلب الأول** التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المهني والخطأ المفترض و**مطلب ثاني** التوجه الحديث للأخذ بالمسؤولية الطبية **بدون خطأ** ودوافع هذا التحول.

المطلب الأول

التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المفترض والخطأ المهني

لطالما اعتبر المهاجمون لفكرة الخطأ أن لجوء أنصار المذهب الشخصي إلى افتراض الخطأ في بعض من ضروب المسؤولية، ما هو إلاّ حيلة للإبقاء عليها في إطار المسؤولية المدنية الخطئية، وأنّ اللجوء إلى افتراض الخطأ إنّما يدل على مدى الفشل الذي بلغته هذه الفكرة في ضمان تعويض المضرور، بل إنّ المهاجمين لفكرة الخطأ يعتبرون بأنّ المواد من 1384 إلى 1386 من تقنين نابليون وما تتضمنه هذه المواد من تطبيقات تقوم على فكرة الخطأ المفترض، تدفع إلى الاعتقاد بأنّ فكرة الخطأ التي أوردها قانون نابليون في المادة 1382، قد ولدت ومعها في مدونتها عناصر ضعفها ووهنها ممثلة في الاستثناءات المنصوص عليها المواد 1384-1386[1].

والحقيقة أن القضاء الفرنسي قد تأثر بنظرية تحمل التبعة، وإن لم يصرح باعتناقه لها، ذلك أن الخطأ المفترض الذي يقول به أنصـــار فكرة الخطأ لا يعدو أن يكون خطئا صوريا لا وجود له في الواقع، فالأمر لا يعدوا كونه حيلة لجأ إليها القضاء لإعفاء المضرور من إثبات الخطأ سواء في المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن فعل الأشياء.

وانظر كذلك محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأسين 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.

[1] محمد التلتي، رسالة، المرجع السابق، ص 51، انظر كذلك • محمد نصر الدين محمد، أساس التعويض، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ص 82 وما يليها.

في هذا الصدد، أجرى القضاء –لاسيما الفرنسي – كونه مبدعا وخلاّقا في قواعد المسؤولية، تحوّلا هاما من خلال رسم معالم جديدة لقواعد الإثبات، بالنظر للصعوبات التي يواجهها المريض، رغبة منه في اعفاءه من عبء إثبات خطأ الطبيب، أو على الأقل التخفيف منه من خلال محاولاته أحيانا الأخذ بمفهوم الخطأ المقدر أو **المفترض**[1] 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[2].

في هذا الصدد رأى الكثير من الفقهاء، عدم صلاحية الخطأ كأساس للمسؤولية، وأنّه يقف حجرة عثر، تحول دون حصول المضرورين على حقوقهم في تعويض الأضرار التي أصابتهم إذ كيف يتيّسر لهم إثبات خطأ صاحب العمل، والحادث غالبا ما يرجع إلى تشغيل الآلة ذاتها، او 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**[3].

[1] حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دون جهة نشر، مصر، 2005، ص 15 وما بعدها.

[2] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص33.

[3] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، جامعة تلمسان،2011، ص33.

على هذا الأســـاس، فإنّ الخطأ يستنتج من مجرد وقـــوع الضرر[1] 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 بالحيطة، فإنّه يقرر تعويض المضرور.

انّ فكرة الخطأ المفترض ذاتها، ليست سوى ستار يخفي خلفه المسؤولية دون خطأ، فالتقنين المدني الفرنسي وضع القاعدة العامة للمسؤولية في المادتين 1382-1383 وتطلب لقيام المسؤولية توافر أركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وألزم المضرور بإثبات جميع أركانها وعلى رأسها الخطأ[2].

وإلى جانب هذه المسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات، نصّ التقنين المدني الفرنسي على تطبيقات أخرى للمسؤولية القائمة على الخطأ أيضا، غير أنّه أعفى المضرور من إثباته، بأن جعله مفترضا ، ويتعلّق الأمر بمسؤولية الآباء والأمهات عن أفعال أولادهم وتلاميذهم المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة 1384 مدني، وكذا مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه المنصوص عليها في الفقرة الخامسة والسادسة من ذات المادة، كما أقام بموجب المواد 13/1386 مدني على أساس الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس مسؤولية كل من مالك البناء والحيوان عن الضرر الذي يتسبب فيه تهدم البناء والحيوان، وبذلك ظلّت المسؤولية عن الأشياء غير الحية فيما عدا البناء، خاضعة للقواعد العامة، أي الخطأ الواجب الإثبات[3]. غير أنّه بتظافر جهود الفقه والقضاء الفرنسيين، تمّ التوصل إلى إقامة المسؤولية عن الأشياء غير الحية على أساس الخطأ المفترض افتراضا بسيطا في بداية الأمر لينتهي بها إلى مسؤولية قائمة على أساس الخطأ المفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، بحيث لا يُسمح للحارس ولا يُقبل منه أن يدفع بانعدام الخطأ في جانبه أو

[1] Yvonne Lambert- Faivre : Droit du dommage corporel- système d'indemnisation. 3éd. Précis Dalloz, Paris 1996, p 672.

[2] محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص 250.

[3] محمد إبراهيـــم دسوقي، المرجع الســـابق، ص 250، انظر كذلك محمد نصر الدين محمد، رسالة، المرجع السابق، ص 64.

عدم تقصيره في التزامه بالحراسة، فلا يكون أمامه للتخلص من هذه المسؤولية إلّا إثبات السبب الأجنبي الذي له يد لا فيه، ولسوف نرى لاحقا أن القضاء الفرنسي لم يقف عند هذا الحدّ، وإنّما ذهب أبعد من ذلك من القول بالمسؤولية المفترضة إلى القول بمسؤولية بقوّة القانون مقرّرة على عاتق الحارس للشيء.

وتقوم نظرية الخطأ المفترض على نقل عبء الإثبات بالنسبة للضرر الذّي يكون نتيجة فعل الأشخاص أو الأشياء من على عاتق المضرور لتجعله على عاتق المسؤول على نحو يكفي معه لثبوت حق المضرور في التعويض قيامه بإثبات الضرّر الذي أصابه وعلاقة السببية بينه وبين فعل الشخص أو الشيء دونما حاجة إلى إثبات الخطأ[1]، وذلك خلافا لما تقتضيه القواعد العامة، من إلزام المضرور بإثبات وقوع خطأ من المدعى أو عليه المسؤول.

وعدم التكليف بإثبات الخطأ هنا يرجع لإرادة المشرع، لأنّه قدّر ثقل هذا العبء على المضرور، ورأى أن صعوبته يمكن أن تحرم هذا الأخير من الوصول إلى في حقه التعويض، فقرّر إعفاءه من إثبات الخطأ.

على أنّ إعفاء المضرور من إثبات الخطأ لا يعني أنّه لم يعد ركنا من أركان هذه المسؤولية، وإنّما الغرض منه التخفيف على المضرور من عبء الإثبات.

أما المشرع الجزائري، فكما نعلم أنّه اقتبس القواعد المتعلقة بالمسؤولية المدنية التقصيرية من القانون المدني الفرنسي، بحيث أنّ النصوص في القانونين تكاد تكون متطابقة، فكان أن جعل من المسؤولية طبقا للقواعد العامة أي المادة 124 المتعلقة بالمسؤولية عن العمل الشخصي تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات أين يلتزم المضرور بإثبات الخطأ في جانب المتسبب في الضرر، ودون ذلك الإثبات لا تنعقد مسؤولية هذا الأخير، وإلى جانب المسؤولية القائمة على الخطأ الواجب الإثبات قرّر تطبيقات أخرى للمسؤولية من خلال المواد 134 إلى 140 مدني، تقوم على أساس الخطأ أيضا، غير أن الخطأ هنا مفترض

[1] عبد القادر الفار، رسالة، المرجع السابق، ص 101، محمد نصر الدين محمد، رسالة، نفس المرجع، ص 81.

بنصّ القانون، بحيث أعفى المضرور من عبء إثباته، كما جعل من قرينة الخطأ المفترض أحيانا قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، وتشدّد في البعض الآخر بأن جعل منها قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ولا تدحض إلا بإثبات السبب الأجنبي.

فمن خلال المادة 134 فرض على من يتولى رقابة شخص آخر في حاجة إلى رقابة بسبب السن أو الحالة العقلية أو الجسدية وسواء كان الالتزام بالرقابة مصدره القانون أو الاتفاق أن يقوم على رقابة هذا الشخص على نحو يمنعه من الإضرار بالغير، فإن أتى الخاضع للرقابة من الأفعال ما أضّر بالغير، فإن القانون وطبقا للمادةّ 134 يفترض أن متولي الرقابة قد قصّر وأخل بواجب الرقابة، وأنّه لم يبذل ما ينبغي من العناية في رقابة الخاضع للرقابة، ومن ثم يكون متولي الرقابة مسؤولا عن الأضرار التي يحدثها المشمول بالرقابة دون حاجة إلى إثبات الخطأ في جانبه من قبل المضرور، هذا الأخير الذي لا يكلف إلّا بإثبات الضرر الذي أصابه والعلاقة السببية بينه وبين فعل المشمول بالرقابة، وعلى متولي الرقابة إن أراد التخلص من المسؤولية أن ينفي الخطأ المفترض في جانبه بإثبات أنّه قام بواجب الرقابة أو بنفي علاقة السببية.

كما ذهب المشرع الجزائري إلى افتراض الخطأ افتراضا غير قابل لإثبات العكس في مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه من خلال المادة 136[1]، وكذاك جعل القانون المدني الجزائري من فكرة الخطأ المفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس أساسا لمسؤولية حارس الحيوان وحارس الأشياء بموجب المواد 139/138، كما أقام مسؤولية مالك البناء بموجب المادة 2/140 على أساس قرينة الخطأ المفترض افتراضا بسيطا.

والحقيقة أن القضاء الفرنسي قد تأثر بنظرية تحمل التبعة، وإن لم يصرح باعتناقه لها، ذلك أن الخطأ المفترض الذي يقول به أنصار فكرة الخطأ لا يعدو أن يكون خطئا صوريا

[1] المادة 136 من القانون المدني:" يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذّي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكون المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع."

لا وجود له في الواقع، فالأمر لا يعدوا كونه حيلة لجأ إليها القضاء لإعفاء المضرور من إثبات الخطأ سواء في المسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن فعل الأشياء.

بل إن افتراض الخطأ يتناقض مع فكرة الخطأ ذاتها خاصة إذا كان هذا الافتراض قاطعا غير قابل لإثبات العكس ويظهر هذا التناقض بجلاء في الأحوال التي يستحيل معها على الشخص تنفيذ التزامه[1]، كأن ينشأ الضرر نتيجة عيب في الشيء يستحيل على أي شخص وجد في مثل الظروف التي وجد فيها الحارس (الشخص المعتاد) أو حتى الشخص اليقظ الحريص أن يكتشف ذلك العيب، ففي هذه الحالة يستحيل على الحارس تنفيذ التزامه، ومن هنا تناقض فكرة الخطأ المفترض القواعد العامة التي تقتضي بأنه لا تكليف بمستحيل[2].

ومن ناحية أخرى فأن القول بافتراض الخطأ افتراضا غير قابل لإثبات العكس يتناقض مع صريح المادة 337 مدني جزائري[3] المقابلة للمادة 2/1352 مدني فرنسي، والتي تقرّر بأن القرينة القانونية هي قرينة بسيطة كقاعدة عامة، وأنّها لا تكون قاطعة إلّا إذا ورد بشأنها نص صريح، مثل ما هو الحال بالنسبة للمسؤولية عن الأشياء غير الحية المقرّرة بموجب المادة 138 مدني جزائري[4]، والتي تقوم من خلالها مسؤولية حارس الشيء غير الحي، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن ينفي قرينة الخطأ المفترضة في جانبه بأي وسيلة عدا السبب الأجنبي.

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

[1] LEGEAIS (R), La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par des mineurs, D 1965, Chron, P 775.

[2] حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض، المرجع السابق، ص 183.

[3] تنص المادة 337:" القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

[4] سليمان مرقس، الفعل الضّار، الطبعة الثانية، مطابع النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1966، ص 206، محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 17.

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"[1]

جدير بالذكر ان نشير إلى أن القضاء الإداري الفرنسي وهو السبّاق 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[2]، عن الإصابة الناشئة عن عيوب الأدوات والأجهزة المستخدمة فيه، وكذا الأضرار المنسوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل داخل المستشفى، إضافة إلى حالات اصابة 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 أدّى إلى موته[3].

والواقع أن فكرة الخطأ المحتمل أو المضمر، 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[4]، عن إدراك القضاء لقصور القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى، في مواجهة ما لحق العملية الطبية من تطورات، صار معها المريض المضرور عاجزا عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى.

والحال أن أخذ القضاء بفكرة الخطأ المحتمل، إنّما يعني تمسّكه بالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ مع افتراض هذا الأخير من مجرد تحقق الضرر، وعلى المدعى عليه نفي

[1] Cass.civ, 21/05/1996, Gaz. Pal, 1997-2, J.P. p 565.
[2] Cass.civ, 29/11/1989, Res. Civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995. 2, p 946.
[3] محكمة قسنطينة، الغرفة الإدارية 1981/05/20، (قضية ضد مستشفى سكيكدة)، حكم غير منشور.
[4] Yvonne Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel- système d'indemnisation, op.cit. p 247.

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 مؤيدا 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 عقدية كما أسلفنا آنفا منذ قرار "مرسييه" في سنة 1936، الاّ انّ ذلك لم يمنع من تعرض هذه النظرة لانتقادات لاذعة، بحيث لا تعكس حقيقة مصدرها، ممّا أدى الى ظهور تصور واتجاه حديث للمسؤولية الطبية، واعتبارها مسؤولية مهنية بالدرجة الأولى[1]، 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، اذ ظهرت أنظمة خاصة، كحوادث البيئة والاستهلاك، والحوادث الطبية، وفيها بدأ الحديث عن مسؤولية المهنيين.

في هذا الصدد، ننوه انّ المسؤولية المهنية هي من ابتكار وخلق القضاء الفرنسي، وهي مسؤولية قانونية وليست عقدية، تزول فيها الفوارق المعروفة بين المسؤولية العقدية

[1] بن صغير مراد، الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 183.

والتقصيرية سواء من حيث الإثبات او من حيث الإعفاء من المسؤولية، او ما الى غير ذلك.

وعلى هذا الأساس، تعتبر المسؤولية المهنية رجوعا لوحدة المسؤولية وانحياز أكثر الى المريض المضرور يوما بعد يوم بعد تكريسها من المشرع.

أولا: مفهوم الخطأ المهني

استقر الفقه الحديث والقضاء بعد جهد ومشقة، على الاعتراف كما أسلفنا سابقا بالمسؤولية العقدية للطبيب أصلا واستثناءا 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.

ثانيا: 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[1].

جدير بالذكر، انّ **الخطأ المهني** يختلف عن كلا الخطأين العقدي والتقصيري، فالخطأ العقدي وفقا 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 أيضا لتقدير الخطأ التقصيري، حيث يقاس سلوك محدث الضرر بسلوك الشخص المعتاد من أوسط الناس حيطة وحذرا.

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص184.

غير أن الاحتكام إلى سلوك الرجل العادي، لا يكفي معيارا للخطأ المهني، إذ لا ريب أنّ جمهور المرضى ينتظرون من الطبيب أكثر مما ينتظرونه من غيره من الأشخاص العاديين حتى ولو كانوا أكثر الناس حرصا وتبصرا. 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 طبيعيا ألاّ يقاس سلوكه بسلوك الرجل المعتاد، وإنّما بسلوك طبيب مهني مثله، بل أكثر من ذلك يقاس بسلوك طبيب يباشر نفس تخصّصه بنفس مستواه[1]، على هذا الأساس فالخطأ المهني هو تقصير واهمال الطبيب في مسلكه وانحرافه عن الأصول المستقرة بين امثاله من اهل مهنته.

1. التكريس الفقهي لإقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني

إن الالتزامات الطبية غالبا مالا تنشأ عن العقد لأنّها ببساطة تعدّ التزامات **مهنية**، تجد مصدرها الحقيقي في **أعراف المهنة وأخلاقياتها**[2] من جهة، كما أنّ القواعد المنظمة للمسؤولية المهنية تتـــاقض في بعض الأحيـــــان قواعد المسؤولية العقدية، الأمر الذي جعل المسؤولية المهنية تتخطى حدود التقسيم الثنائي للمسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية[3]، 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[4].

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 اتصالا وثيقا بالمصلحة العامة، بحيث يستحيل أن تفلت من سلطان**

[1] 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.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المرجع السابق.

[3] رايس محمد، المرجع السابق، ص 402 –405، راجع في هذا الموضوع، بن الغير مراد، المرجع السابق، ص184.

[4] أشار اليه بن صغير مراد، المرجع السابق، ص185.

Philippe le Tourneau, La responsabilité civile professionnelle, op.cit P402

النظام العام، الذي لا يتوقف عن الاتساع، ومن ثم تبدو القواعد العامة في المسؤولية العقدية، التي وضعت أصلا لكفالة احترام الالتزامات الإرادية، غير كافية دوما لضمان احترام تلك الالتزامات القانونية[1].

2. التكريس التشريعي والقضائي للخطأ المهني كأساس لمسؤولية الطبيب المهنية

يعتبر المشرع في كثير من الأحيان الإخلال بالواجبات التي تنص عليها قواعد أخلاقيات المهنة، خطأ يقيم المسؤولية المدنية للمهني المخاطب بها، أمّا بشأن مسؤولية الطبيب، فإنّ 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 تؤسّس عليه دعوى التعويض.

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 413 من قانون الصحة 11/18 صراحة على ذلك بقوله: " باستثناء الضرورة الطبية المبرّرة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288، 289، 442 فقرة 02 من قانون العقوبات الجزائري، كل مهني الصّحة، 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 تكرّس 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

[1] Geneviève Viney, op. cit. p 296. "De façon générale d'ailleurs, il parait impossible de laisser sous l'empire de la liberté contractuelle la définition même des obligations professionnelles".

الأهمية بالنسبة لدراستنا هذه، وهي أنّ المسؤولية المدنية للطبيب، ورغم التطورات والتغيرات المختلفة وتزعزع مكانة الخطأ، ومحاولات اقتلاعه كأساس لمسؤولية الطبيب المدنية، إلاّ أنّ التشريعات الحديثة، ولاسيما منها التعديل الحديث للقانون المدني الجزائري في 20 يونيو 2005، وبقية النصوص التشريعية الفرعية – كما رأينا –، لازالت تقيم هذه المسؤولية على أساس الخطأ بوجه عام ، غير انّ 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[1].

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 أن مسؤولية الطبيب هي **مسؤولية مهنية ذات طبيعة خاصة**. لأن 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 فانّ 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".

[1] L'article 1142 - 1 du code de la santé publique, crée par la loi n° 2002/303 du 04 mars 2002.

وبالتـــالي فطبيعة الالتزام، **هي مهنية بالدرجة الأولى**، وهكذا يتضح لنا جليا من الأوجه الســـابقة، أنّ مسؤولية الطبيــب المهنية لا تخضع للقــواعد التقليــدية للمسؤولية العقدية أو التقصيرية فحسب، وانّما 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 يضفي على المسؤولية وصف العقدية، دون أن يجهد نفسه في التبرير فعلاً على وجود علاقة عقدية تربط المريض المضرور بالطبيب المسؤول، ومثل ذلك حقن المريض بدم فاسد، فتتقرر مسؤولية بنك الدم العقدية نتيجة الضرر الذي أصاب المريض بسبب تلقيه دما فاسدا أو ملوثا، رغم أنه لا توجد رابطة عقدية مباشرة تجمع بين المضرور والمسؤول (بنك الدم)[1].

كما أنّه في أحيان أخرى، يقرر القضاء مسؤولية الطبيب، دون أن يضفي على هذه المسؤولية تكييفا ما، بمعنى دون أن يقرر اعتبارها مسؤولية عقدية أو تقصيرية[2]، ويكتفي باعتبارها مسؤولية مهنية.

ولا شك انّ القضاء، في جميع الدول يسعى جاهدا لتأمين حماية أكبر للمرضى، بالإضافة إلى جانب الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدين صراحة، التزامات مهنية أخرى لم تنصرف إليها إرادتهما، كالالتزام بضمان **السلامة**[3].

والالتزام بضمان السلامة[4] الذي بنت محكمة النقض قضاءها هذا أساسه المادة 1135 من ق.م. الفرنسي "لا تقتصر العقود على إلزام بما ورد فيها فحسب، بل تتناول أيضا ما

---

[1] وائل محمود أبو الفتوح العزيزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006، ص 499، أشار اليه بن صغير مراد، المرجع السابق، ص183 ومايليها.

Cass. Civ 12/04/1995, Gaz. Pal 1995, Paris, p 35.

[2] 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.

[3] 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.

[4] Geneviève Viney, La responsabilité dans la jurisprudence de la cour de cassation, P 6.

هو من مستلزماتها وفقا للعدالة والعرف والقانون، بحسب طبية الالتزام"[1]، 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"[2].

وجاء في قرار حديث للدّائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 2003/02/04[3]، على أن الطبيب:" لا يتحمّل التزام بتحقيق نتيجة إلّا فيما يتعلق الأدوات المستعملة لتنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص والعلاج، تحت طائلة إثبات المريض أنها سبب الأضرار اللاحقة به"[4].

وفي قرار آخر للدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 2011/03/17 قضت بأنّ:" العقد المشكل بين المريض وطبيبه يضع على عاتق هذا الأخير التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة فيما يتعلق الأجهزة التي يستعملها في تنفيذ العمي الطبي المتعلق بالفحص أو العلاج"[5].

[1] 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 ».

[2] 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 يقررها القانون، أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته"، يقابلها الفصل 243 من ق.ا.ع التونسي الذي ينص على:" يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الأمانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب من حيث القانون أو العرف أو الإنصاف حسب طبيعته".

[3] 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

[4] « 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 »

[5] « 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 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.

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[1].

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية، قرارا اعتبرت فيه الطبيب الجراح مخطئا لإخلاله بالتزام مهني عام[2]، يتخطّى 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[3] في العديد من نصوصها، كالمواد 06، 07، 10، 13، 42، 44 و45.

وتضيف محكمة النقض الفرنسية أن العقد الطبي عقد قائم بذاته، وله خصوصياته [4] ولا يمت بأي صلة لعقد آخر، أمّا عن طبيعة العقد الذي يربط الطبيب بالعيادة الخاصة، فقد كيفته 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"[5].

---

[1] 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.

[2] رايس محمد، المرجع السابق، ص 405.

[3] 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 الاشكال".

[4] 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.

[5] 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 »[1].

وتضيف ذات المحكمة في قرار حديث لها، أن قضاة الموضوع قد أصابوا صحيح القانون عندما قرروا الاستقلال المهني الذي تتمتع به القابلة sage-femme في قيامها بمهام عملها بمقتضى المادة 10 من تقنين أخلاقيات مهنة القابلات، يجعلها تتحمّل شخصيا مسؤولية ما يصدر عنها من أخطاء وذلك بمناسبة الأضرار التي لحقت بمولود أثناء عملية الولادة، دون أن يكون بإمكـــانها التحصيـــن وراء علاقة العمل التي تربطهـــا بإدارة المستشفى للتخلص من المسؤولية وإلقاء تبعتها على هذه الأخيرة[2].

يؤكد هذا القرار بدوره على مراعاة قواعد أخلاقيات المهنة في مجال المسؤولية المدنية، اذ اعتبر أن الاستقلال الفني الذي يتمتع به المهني وفقا لهذه القواعد، يرتب 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[3].

وهكذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث آخر لها بتاريخ 18 مارس 1997[4] 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.

من جانب القضاء **الجزائري** هو الآخر، ورغم قلة الأحكام الصادرة عنه، إلاّ أنه لم يجد هو الآخر بدّا، من تقرير المسؤولية المهنية للأطباء نتيجة ارتكابهم لأخطاء مهنية، مما

[1] 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

[2] Cass. Civ, 30/10/1995, Bull. civ. I, nº383, France, p 267.

[3] Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub : La responsabilité civile dans la pratique chirurgicale, Thèse, Université Dijon - France, 1986, P 377.

[4] Cass 1 civ, 18/03/1997, J.C.P. 1997, II, 22829.

يوحي بأن القضاء الجزائري التزم إلى حدّ ما نصوص القانون وتطبيقها من جهة، محاولا بذلك تفادي ما أمكن تقرير الطابع التعاقدي خاصة لمسؤولية الطبيب.

فقد قضت المحكمة العليا، بمسؤولية طبيب أمراض النساء نتيجة ارتكابه لخطأ جسيم يتمثل في عدم مراقبة الحالة الصحية للأم، مما أدّى إلى ولادة طفل مشوه بعينين مغلقتين وتضيف المحكمة " وانّ عدم المراقبة لهذا المرض خلال 21 يوما كما أمر بذلك الطبيب البيولوجي، شكّل خطأ **مهنيا** جسيما وفق المادة 239[1] من قانون الصحة ".

كما قضت بعدم مسؤولية طبيبة اختصاصية في أمراض العيون، لأنّها 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 قانونا 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..."[2].

كما قضى مجلس الدولة كذلك في قرار حديث جدا له، بمسؤولية المستشفى على أساس الخطأ المهني، حيث ورد تأسيس المسؤولية المدنية في حيثيات القرار على أساس **الخطأ**

[1] تم تعديلها بالمادة 413 من قانون الصحة 11/18 بسبب الغاء القانون رقم 05/85 مؤرخ في، 1985/02/16، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، عدد 08، بتاريخ، 1985/02/17.

[2] 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[1]، مما يعني ربط المسؤولية بالخطأ المهني دون اعتبار ما إذا كانت تقصيرية أو عقدية، مادام الخطأ يشكل مخالفة لقواعد أخلاقيات مهنة الطب.

إنّ 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، انّ 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[2]، بناءا على عقد.

المطلب الثاني

التوجه الحديث للأخذ بالمسؤولية الموضوعية

(على أساس الضرر) ودوافعه

خلافا 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 أحيانا، لاعتبارات العدالة والتضامن الاجتماعي ولهذا نادى الفقه باستبعاد فكرة الخطأ والجنوح الى فكرة الضمان وتحمل تبعة المخاطر المستحدثة.

من جهة أخرى، فإنّ انتشار الفكر الاشتراكي كان له بالغ الأثر في هذا التحول بحيث لم يعد الفرد كما في السابق هو المحور والغاية، بل الأولى هو حماية المجتمع ككل ومن ثمّ يقتضي التضحية ببعض المصالح الفردية للأقلية المتمثلة في اصحاب رؤوس الأموال

[1] قرار مجلس الدولة 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس) ضد (م.م ومن معه)، ن.ق، العدد 63، 2008، ص 409.

[2] Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub, op.cit. p250.

والمصانع بسبب فكرة استحداثهم للمخاطر المتسببة في الاضرار، وبالتالي اخضاعهم لقاعدة الغرم بالغنم، لحساب الطبقات العمالية الأكثر عددا.

على هذا الأساس بدأ التوسع في نظام التأمين والذي غيّر كثيرا في مغزى المسؤولية المدنية[1]، فعندما تتقرّر مسؤولية شخص ما، كقائد سيارة عن ضرر تسبب فيه للغير، فإنّ هذه المسؤولية تكون مجرّد مسؤولية شكلية، إذ أنّ المسؤول لن يدفع شيئا، وإنّما يقع هذا العبء على شركة التأمين، فيصبح هذا الشخص غير مسؤول عن نتائج خطئه إلاّ في نطاق ضيّق جد، وهو دفع اقساط التأمين[2].

ولم يتوقف الفقه والقضاء–لا سيما الفرنسي–بمطاردة فكرة الخطأ لاستبعاده وتخليص المسؤولية منه، باعتباره حجرة عثر امام التعويض العادل والجنوح الى بدائل أخرى كالضمان وفكرة تحمل التبعة، بل اجتهد وقفز على النصوص وطالب بإجبارية التأمين وجعله إلزاميا من جهة، وابتكار صناديق التعويض الخاصة وتدخل الدولة كمدينة من اجل حماية المضرورين من خطر اعسار المتسبب في الضرر، او بقاءه مجهولا.

كما يضيف البعض من الفقه لتبرير أفكارهم، انّ المسؤولية المدنية نشأت في أحضان المسؤولية الجنائية، فكان مبررّا ان يكون أساسها الخطأ في البداية، امّا وقد انفصلت عنها فلا مبرر لبقاء الخطأ كأساس لها كما هو في الجنائية، فغاية المسؤولية المدنية هي جبر الضرر، لا مجازاة الفاعل وعقابه بغض النظر عن خطئه اومن عدمه، بل ينبغي النظر للفعل ذاته المتسبب في الضرر وردّة فعل المجتمع تجاهه لاقتضاء حقه حسب ما يقول رواد المدرسة المادية الإيطالية وعلى راسهم الفقيه "جارو".

هكذا بدت ملامح تغير المسؤولية المدنية، وأصبحت تنأى شيئا فشيئا عن الطبيعة الشخصية، وتدنو رويدا رويدا من الطبيعة الموضوعية بسبب تلك العوامل والتطورات.

[1] André Tunc, L'enfant et la balle, réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, J.C.Paris, 1983, France, p 06.

[2] محمد سلامة الشلس، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، جامعة القدس، مجلة الأبحاث، عدد 09، 2007، ص317.

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 أنّه تحت تأثير مجموعة من العوامل والتطورات الجديدة، أضحى لزوما على المشرع النظر من جديد وبرؤية واقعية منطقية إلى قواعد المسؤولية المدنية عموما والطبية خصوصا[1].

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 قصّرت الأخذ بالمسؤولية الشخصية على الخطأ في الحالة الثانية، وقد ثبت هذا التوجه في غير حكم لها[2]، اذ قضت بمسؤولية الطبيب الجراح على أساس توافر قرينة الخطأ في جـــانبه، بسبب إصابة المريض بعدوى أثناء إجرائه لعملية جراحية[3].

---

[1] إن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الموضوعة 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 بإلزامية 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.

[2] Cass.civ, 28/06/1989, Bull.civ. I, n° 266, D. 1990, p 412.

[3] Patrice Jourdain, Gaz. Pal, 1997, II, P 565, voir aussi, H.Grroutel, chron, n° 29. R.T.D.C. 1996, p 913. Obs.

بناءا 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[1] من جهة اخرى.

أولا: ضغط الفقه والقضاء نتيجة التطور العلمي

لا شك أن التطور الاقتصادي الذّي شهده العالم نهاية القرن التاسع عشر كان له أثره البالغ على نظام المسؤولية المدنية، حيث ترتب على انتشار استعمال الآلات الميكانيكية ودخولها عالم الصناعة، أن ازدادت المخاطر بدرجة كبيرة في مجال حوادث العمل[2]، التي زادت فيها المخاطر والأرباح كنتيجة طبيعية لانتشار الآلة، كل ذلك أدى إلى إحداث تغيير هائل في العلاقة بين العامل ورب العمل، ومن جهة أخرى أدى الانتشار الهائل لوسائل النقل الحديثة في كل مكان إلى زيادة المخاطر على الإنسان وظهور لحوادث لم تكن معروفة من قبل[3].

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، 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 كثيرا ما يصعب إثباته، وهذا كله سعيا في تكريس حماية أكبر للمضرور، وتجنيبه تحمل أضرار وتبعات أخطاء آخرين لم يستطع إثباتها. فقواعد العدالة والمنطق

[1] Y .Lambert-Faivre, La crise de L'assurance responsabilité médicale, D2003 N03 P142.

[2] SAVATIER (René) : Les métamorphoses économique et social du code civil d'aujourd'hui, 1er série, 3ème éd, 1964, P 274 et s.

[3] إن ظهور الآلة واستعمالها وكذا استحداث الصناعات الكبرى، واستخدام الإنسان لقوى الطبيعة الهائلة والعمياء، كل ذلك كان له ثمن باهظ على الإنسانية، حيث أدى إلى وقوع ضحايا بآلاف الضحايا وخاصة في حوادث العمل وحوادث النقل والمرور، وهو ما يفسر أن تطور المسؤولية المدنية كان بالأساس بصدد مسؤولية الإنسان عما يستخدم من الأشياء. راجع بن صغير مراد، المرجع السابق 205 وما بعدها.

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 بوجوب 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[1].

1. التطور العلمي التقني

إن استخدام أبسط الآلات والأجهزة الطبية قديما، رغم منافعها، إلّا أنها غالبا ما كانت محفوفة بالمخاطر، الأمر الذي يفسّر تأسيس المسؤولية المدنية للطبيب على ارتكابه لخطأ ثابت ومحقق ومؤكد، كل هذا على حساب الحماية المأمولة للمرضى، الذين كانوا يتحملون جزءا 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 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[2].

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 الإمكانات والتجهيزات.

---

[1] وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة عشرة، 1945، مصر، ص 177.

[2] Dominique Demers, Médicine défensive, responsabilité médical, thèse en doctorat en droit, université Sherbrooke, Otawa, 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 دافعا 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 أساسا للمسؤولية، والمناداة بإحلال فكرة المخاطر أو الضمان بدلا عنه.

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[1].

نتيجة لذلك كان رد فعل الفكر القانوني تجاه التطورات الحديثة في استخدام الآلة، وما ينشأ عنها من أضرار شديدة، دفع العض إلى الانقلاب على قواعد المسؤولية التقليدية – الشخصية–والمطالبة بتغيير أساس هذه المسؤولية، واتخاذ فكرة الخطر أو حتّى الضرر أساسا للمسؤولية بدلا من فكرة الخطأ العتيقة، التي لم تعد تتناسب مع مقتضيات العدالة في المجتمع المعاصر[2].

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.

[1] Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, op.cit. p 20.

[2] محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1988، ص 115.

جدير بالذكر أن الفقه الحديث[1] هو الآخر لعب دورا هاما في محاولة منه لتأسيس قواعد المسؤولية الطبية، وفق منظور المسؤولية الموضوعية، ففي ظل جمود التشريع وتردد القضاء أول الأمر، و وازن 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 وأولوية السلامة الجسدية للإنسان، باعتبارها من المعطيات الاجتماعية الفطرية اللصيقة باستمرارية حياة البشرية، لاسيما في ظل التهديد المستمر للمخاطر الناجمة عن تقدم وازدهار الحياة الاجتماعية الحديثة[2] هكذا تبين للفقه مدى عجز المسؤولية الفردية الشخصية القائمة على أساس الخطأ، وعدم مسايرتها لنسق الحياة الاجتماعية والاقتصادية، فاتجه إلى رسم معالم المسؤولية الاجتماعية الجماعية القائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد والمجتمع. وهو حرص القضاء على كفالته وتكريسه ميدانيا.

3. ضغط القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية

لقد كانت لتلك الأفكار والنظريات الفقهية التي دعت إلى تأسيس المسؤولية على فكرتي الخطر والضرر، تأثيرا واضحا على نهج القضاء في تعامله مع قضايا المسؤولية الطبية، حيث حظيت بقبول وترحيب من لدن القضاء.

وقد بـــادر القضـــاء الفرنسي إلى تبني نظرية المسؤولية الموضـــوعية، منذ الإعلان عنها من قبل الفقه. وفي هذا الصدد نشير إلى حكمي مجلس الدولة، حكم Cames الصادر بتاريخ 21 يونيو 1895 وحكم Régnault Desroziers في 28 مارس 1919. ومن هذين الحكمين استخلصت شروط إعمال نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الإدارية، وأكّدتها من بعد الأحكام المنتمية لنطاق تطبيق هذه النظرية، لتكون من مداخل تمييز قواعد

[1] 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.

[2] Savatier René, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H, France, 1931, p 355.

المسؤولية الإدارية عن قواعد المسؤولية المدنية وشاهدا عليه[1]، هذا وقد استعمل القضاء الفرنسي عدة وسائل بغية إقرار التعويض دون خطأ، حيث توسعت المحاكم في استعمال سلطتها لاعتبار خطأ المدعى عليه ثابتا على أساس أن بعض الحوادث يحمل في ذاته أو طياته دليل حصوله بخطأ، المتسبب فيه تلك الأضرار التي تلحق المريض، نتيجة استخدام جهاز طبي كأجهزة الكشف بالأشعة" أو انفجار جهاز التخدير" أو غير ذلك.

ومن هنا ظهرت فكرة الالتزام بضمان السلامة والتي تعني في مضمونها أن يلتزم الطبيب بألّا يعرض المريض لأي أذى، نتيجة ما يستعمله من أدوات أو أجهزة طبية، أو ما يصفه أو يعطيه من أدوية[2] فالأضرار التي تصيب المريض من هذه الأجهزة، أو المواد الطبية، تستقل عن العمل الطبي بمفهومه الفني، كما أنه يتلاشى بشأنها عنصر الاحتمال، وبالتالي فإن مجرّد 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 طبّقها القضاء الفرنسي على أساس أنّها لا تحتاج إلى إثبات خطأ في جانب حارس الشيء حتى تقوم مسؤوليته، وهذا ما أدّى إلى صدور القانون المتعلق بإصابات العمل في فرنسا.

والجدير بالذكر أن القضاء –لاسيما الفرنسي–باعتباره خلاّقا ومبدعا في قضايا المسؤولية خصوصا، قد حرص على تقرير المسؤولية الموضوعية للطبيب، كلّما أمكنه ذلك تكريسا لحماية أكبر للمرضى في ظل المتغيرات العلمية والاقتصادية والاجتماعية الموازية.

ويكفينا الإشـــارة إلى ثلاث حـــالات في المجـــال الطبي كالأضرار النـــاجمة عن الاخماج، والحادث الطبي، والمسؤولية الناجمة عن جهاز أو منتج، حيث أكّد القضاء من

[1] Rene Chapus, droit administratif général, tome1, 11eme Edition, France 1997, P119.
[2] 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، متأثرا 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[1]، فهي بحسب البلاغ الصادر عن وزير التضامن والصحة والحماية الاجتماعية الفرنسي بتاريخ 1988/10/13 تتعلق بكل مرض سببته جراثيم وميكروبات أصابت مريضا 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 التزاما 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 المؤسّسات 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 وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون. وهذا بالطبع يؤدي إلى القضاء على الأسباب التي تسبب مثل هذه الالتهابات.

امّا فيما يخص الحادث الطبي l'aléa thérapeutique، يرى بعض الفقه[2] 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.

[1] Sophie Hoquet -Berg et Bruno Py, La responsabilité du médecin, Edition heures de France, France, 2006, p 42.

[2] 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, 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 ألاّ يكون الضرر الواقع نتيجة طبيعية ومتوقعة على مجرد إخفاق العلاج، وهو ما يتحقق عندما يكون هذا الضرر ضررا جديدا ليس من شأن التطور العادي لحالة المريض أن يأتي به، بمعنى آخر أن الضرر المترتب بالنظر لحالة المريض الصحية والعناية المبذولة في علاجه، يستدّل منها على أن الضرر كان بسبب حادثة طبية وليس مجرد إخفاق للعلاج هذا من جهة، ومن جهة ثانية يلزم أن يكون الضرر المتحقق راجعا 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[1].

على هذا الأساس يتجه القضاء الفرنسي **إلى التضييق من نطاق الالتزام ببذل عناية** الملقى على عاتق الطبيب بموجب عقد العلاج، ليتحول شيئا فشيئا 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 والناتجة مباشرة عن استخدام جهاز أو آلة أو أدوية أو منتجات صيدلانية، توجب مسؤولية الطبيب، وهذا ما يظهر جليا في إقراره بمسؤولية طبيب الأسنان الذي يلتزم بتركيب طاقم أسنان اصطناعي لمريضه.

[1] 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[1].

ولا شك أن هذا التوجه دفع المشرع الفرنسي إلى تكريس هذا الاجتهاد القضائي، لاسيما من خلال المادة L-1142-1 من قانون الصحة العـامة، حيث استثنت مثل هذه الحـالات المشار اليها آنفا وغيرها من نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ.

ثانيا: تبلور فكرتي التأمين والمسؤولية الجماعية

ذهبت مجموعة من الفقه الفرنسي بزعامة الأستاذ Savatier الى محاولة طرح أساس جديد للمسؤولية المدنية، يجمع من خلاله بين فكرتي الخطأ والمخاطر، فقال Savatier بتأسيس المسؤولية المدنية أساسا على الخطأ، وعلى مجرد الضرر في الحالات التي لا يتمكن فيها المضرور من اثبات الخطأ[2]، أو الحالات التّي ينعدم فيها المسؤول، وبذلك فقد سعى هذا الفقيه إلى تكريس المسؤولية الموضوعية ليس في أساس المسؤولية كما فعل أنصار تحمل التبعة أو الضمان، وإنّما من خلال الالتزام بالتعويض، وقد أُطلق على هذه النظرية تسمية **نظرية اجتماعية المسؤولية**، وقد لاقت هذه النظرية اهتماما كبيرا لدى مجموعة معتبرة من

[1] Cass. 1 civ, 07/11/2000, D. 2000, n° 42, IR, P293, D. 2001, nº 7.

[2] محمد بعجي، المسؤولية المدنية المترتبة عن حوادث السيارات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2007-2008، ص 85.

الفقه الفرنسي الذين أسهموا بتحليلاتهم وأفكارهم في إثراء هذه النظرية حتى بلغت شأنا لا يقل عن ذلك الذي بلغته نظريتا الخطأ والتبعة.

وأخيرا يستدل الفقيه Savatier من كل ذلك، بأن تعويض المضرور لم يعد مقصورا على الذمة الفردية لمحدث الضرر، إنّما هو التزام يقع على الذمة الجماعية، فالذمة الجماعية أصبحت تمثل المجتمع في التزامه بالتعويض، الأمر الذّي يعتبره Savatier دليل إفلاس الأفكار التقليدية للمسؤولية المدنية، التّي تقوم على إسناد المسؤولية إلى شخص بعينه يحدده نظامها سواء كان المخطئ أو المتسبب في الضرر[1]، ويعزوا ذلك الفشل إلى كون الذمة باتت عاجزة لوحدها عن الوفاء بالتعويض، إمّا بسبب جسامة الأضرار أو بسبب إعسارها، صحيح أن الذمة الفردية هي أول وجهة للمضرور في سبيل الحصول على التعويض، لكنّها ليست الوجهة الوحيدة، فهي أول درجة من درجات الصعود في سلم التعويض[2]، فإذا لم يتحقق تعويض المضرور على هذا المستوى أي الذمة الفردية، يتجه المضرور في مطالبته بالتعويض صعـــودا إلى ذمة المتبـــوع، ثم إلى مؤمن المسؤولية أو التأمينات الاجتماعية أو التأمين الاجباري، فإذا ما أوصدت كل هذه الأبواب في وجه المضرور، كانت الدولة هي المسؤول الأخير عن تعويض الأضرار التّي لا تجد ملتزما بالتعويض عنها، مثل الأضرار الناجمة عن الحروب والكوارث الطبيعية.

من جهة أخرى، فإنّ 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، واتسّاعه ليشمل المسؤولية الطبية[3].

[1] SAVATIER (René) : vers la socialisation de la responsabilité et des risqué individuelles, D.H. 1931. P 9.
[2] Ripert (Georges), Le régime démocratique et le droit civil moderne, 2ème éd, 1948, n° 196, P 360, VINEY (Geneviève), Le déclin de la responsabilité individuelle, Thèse, Paris, 1964.
[3] Ahmed Issa, Responsabilité médicale en droit libanais et français, thèse doctorat en droit public, Grenoble 2012.P05.

راجع كذلك بن صغير مراد في رسالته، المرجع السابق، ص213.

فقد أفرز **التأمين من المسؤولية المدنية** – لاسيما وأنه أضحى إجباريا[1] –نتيجة هامة مفادها أن القاضي أصبح لا يتردّد في إعلان قيام مسؤولية الطبيب، ولا يتوانى عن الحكم بالتعويض لصالح المريض المضرور، ولو في غياب خطأ ثابت يوجب المسؤولية، ذلك أنّه يعلم مسبقا أن العبء لن يتحمّله الطبيب، وإنّما المؤمّن في نهاية المطاف[2]، مما يجعل فكرة التأمين تتلاءم ونظام المسؤولية الموضوعية التي لا تعتد بالخطأ.

من جانب المشرع الجزائري لم يعول كثيرا على القواعد العامة للمسؤولية المدنية في مجال التعويض عن الضرر خاصة الجسماني منه، بل حاول كفالة مجموعة من الضمانات الأخرى للمضرور جسديا في سبيل ضمان حصوله على التعويض المناسب وبأقل السبل تكلفة وجهدا، ولعل أهم تلك الضمانات هو تعدد الذمم المالية التي يستطيع المضرور الرجوع عليها ومطالبتها بالتعويض، وتتميز هذه الذمم بأنّها ذات صبغة جماعية وهو ما يجعلها توفر للمضرور الثقة في ملاءتها وقدرتها على أداء التعويض المطلوب دون أن يخشى خطر إعسار المدين أو عدم ملاءته، وفي سبيل ذلك أوجد المشرع الجزائري نظام التأمينات الاجتماعية وتأمين المسؤولية المدنية، وجعله إلزاميا في أغلب النشاطات كما أوجد إلى جانبه بعض النظم التعويضية الخاصة أو الصناديق في بعض الحالات التي تتميز بجسامة الأضرار واتساع نطاقها[3] ليكون بذلك قد تحول من نظـــــام المسؤولية الفردية القائمة على

---

[1] 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.

[2] Philippe le Tourneau, Lois Cadiet, Droit de responsabilité et des contrats, Edition Dalloz. Paris, 2000, n° 34, p13.

[3] وفي هذا لسياق يرى الأستاذ سفاتييه، أن الأسباب التي أدت إلى ضرورة قيام الأنظمة الجماعية للتعويض لا تقتصر على مجرد صعوبة إثبات الخطأ في الحياة المعاصرة وصعوبة تحديد أو نسبة الخطأ إلى المتسبب في الضرر، وإنما أيضا جسامة الأضرار قياسا بالخطأ واتساع نطاقها، فبعض الأخطاء التي تبدوا عادية وبسيطة في وقتنا الحاضر قد ينجم عنها أضرارا فادحة وواسعة النطاق، بحيث لا يستطيع الشخص المتسبب فيها تحمل نتائجها بمفرده، أما قديما فقد كان هناك تناسب بين الخطأ والضرر بحيث لا تخرج في أغلب الأحوال عن قدرة المتسبب فيها، يستطيع أن يتكفل بالتعويض عنها بمفرده.

Voir aussi Savatier, vers la socialisation de la responsabilité, Op.cit. p. 11.

الخطأ إلى نظام المسؤولية الجماعية أو المجتمعية القائمة على التضامن الاجتماعي والبعيدة تماما عن فكرة الخطأ، كما استكمل المشرع الجزائري هذه المنظومة التعويضية الجماعية، بتقريره مسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الجسمانية التي يبقى المتسبب فيها مجهولا، وذلك بموجب نص المادة 140 مكرر 1.

التأمين من المسؤولية هو العقد الذي بموجبه يؤمن المؤمن، المؤمن له من الأضرار التي تلحق به من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية[1]، وقد عمد المشرع الجزائري بالإضافة إلى تنظيمه صيغة التأمين الاختياري بموجب المواد 619 الى 625 مدني جزائري إلى الاعتماد على صيغة التأمين الإلزامي بإصداره قانون التأمين لسنة 1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، والذي يلزم في مادته الأولى كل مالك مركبة باكتتاب عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها المركبة عند إطلاقها للسير[2] ثم القانون 31/88 المعدل والمتمم للأمر 15/74 وكذا قانون التأمين رقم 07/95 لسنة 1995[3]، حيث جعل التأمين على المسؤولية المدنية تجاه الغير تأمينا إجباريا في العديد من مجالات النشاط[4].

وفي السياق ذاته كتبت الأستاذة **فيني Viney**، انّ تطور الهياكل الجماعية وظهور المذاهب الفلسفية جعلت لفكرة التضامن مكانة معتبرة، فوجهت الأذهان نحو فكرة أن بعض الأخطار لا ينبغي تركها على عبء الأفراد، ولكن من الضروري إضفاء طابع الجماعية عليها توخيا للتخفيف من آثارها وذلك عملا بالمبدأ الدستوري الذي ينص على مبدأ مساواة وتضامن كافة المواطنين أمـــام الأعبـــاء الناجمة عن الكوارث العمومية، لتظهر في هذا الزخم من التطور فكرة " الخطر الاجتماعي le risque social" التي تعرف انتشارا واسعا في التشريعات المعاصرة.

Viney, thèse précité, p. 40.

[1] سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، كليك للنشر، 2008، ص 47، انظر كذلك جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007، ص 113.

[2] الأمر 15/74 المؤرخ في 1974/01/30، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض على الأضرار، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 15 سنة 1974.

[3] الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04/06 المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية رقم 15، سنة 2006.

[4] راجع الأمر رقم 07/95 خاصة المواد 163، وما يليها.

كما ألزم الأجير والمستخدم بالانتساب إلى هيئة الضمان الاجتماعي بمقتضى المادة 08 من القانون رقم 14/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الاجتماعي[1].

ويشكل التأمين من المسؤولية المدنية خاصة الإلزامي منه ضمانة فعالة لحق المضرور في الحصول على تعويض، دون التقيد بالقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية وتعقيداتها، ومن ناحية أخرى ونظرا للارتباط الوثيق بين نظام التأمين ونظام المسؤولية المدنية في مجال تعويض الأضرار، فإن أي تطور في أي من النظامين سيؤثر حتما في الآخر.

فتأمين المسؤولية المدنية يأتي في مقدمة الضمانات بالنسبة للمضرور، إذ بمقتضى هذا النظام يستطيع المضرور أن يحصل على حقه في التعويض من المسؤول وهو بذلك يأمن خطر إعسار المسؤول، بل ويأمن أيضا مزاحمة دائنيه له في مبلغ التعويض، فيأخذ التعويض المستحق له كاملا من شركة التأمين[2]، وفي الجهة المقابلة بمقتضى نظام التأمين أيضا يستطيع الفرد أن يؤمن على مسؤوليته المترتبة على الخطأ أيا كانت طبيعته، بشرط الّا يكون هذا الخطأ عمديا[3]، وبذلك يجد المسؤول ملاذا يرفع على كاهله عبء المسؤولية الثقيل فيقيه من الإعسار أو الإفلاس إذا اشتد هذا العبء[4].

---

[1] المعدل والمتمم بالقانون 17/04 المؤرخ في 2004/11/10، الجريدة الرسمية، العدد 72، 2004، ص 06.
وقد كان لنظام تعويض إصابات العمل أثره واضح في تطور المسؤولية المدنية، حيث كان من أوائل التشريعات التّي كرست نظام المسؤولية الموضوعية وجعلت التعويض مستقلا عن فكرة الخطأ، فلولا الإصلاحات التي أدخلت في مجال حوادث العمل ابتداء من القرن التاسع عشر وما تبعه من تطور في الذهنيات لدى رجال القانون، لما أمكن إقامة وتعميم نظام للتعويض الآلي عن الأضرار خاصة الجسمانية، سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 168.

[2] في هذا المعنى راجع كيحل كمال، الاتجاه الموضوعي في المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ودور التأمين، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2007، ص 197.

[3] تأمين الأخطاء العمدية غير جائز قانونا، لمخالفته للنظام العام، فيقع بطلا كل شرط يخالفه (أنظر نقض مدني في الطعن رقم 4766 لسنة 66 ق، جلسة 1993/02/01، المجلة الفصلية للقضاة السنة 27، عدد 1، ص 55.

[4] الحقيقة أن تأمين المسؤولية وإن كان قد نشأ أساسا ليغطي دين المسؤول أي الضرر المالي الذي قد يتعرض له المؤمن له جراء مطالبة المضرور، فإنّه يتجه شيئا فشيئا وفي ظل حركة تطور مستمر نحو توفير حماية مباشرة وفعالة للمضرور.

ويقوم نظام تأمين المسؤولية على فكرة توزيع المخاطر على عدد كبير من الأفراد[1]، حيث يلتزم المؤمن بضمان المسؤولية التي قد تترتب على ذمة المؤمن له، متى طلب منه تعويض الضرر الوارد في وثيقة التأمين، فيتعين عليه أن يوفى للمضرور في حقه التعويض، وفي المقابل يلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين المستحقة في ذمته.

ولعل أهم ميزة يقدمها تأمين المسؤولية للمضرور هو الاعتراف له في بحقه الرجوع مباشرة على المؤمن بالدعوى المباشرة وغني عن الذكر ما في ذلك من خروج عن القواعد العامة، والتي تجعل أثر العقد فيما يرتبه من آثار محصورة في طرفيه، وأنه من شأن هذه الأحكام لو طبقت، ألا يكون للمضرور سوى الرجوع على المؤمن بالدعوى غير المباشرة أو حوالة الحق أو حجز ما للمدين لدى الغير، وهي وسائل لا تتحقق معها الحماية الكافية للمضرور في استيفاء في حقه التعويض[2].

[1] Ripert (Georges): le régime démocratique et le droit civil moderne. 2éme éd, 1948, P 187 et s.
ويعتبر توزيع الأضرار على مجموع المؤمن لهم بمثابة إضفاء للطابع الاجتماعي على نظام المسؤولية المدنية، حيث يلجأ المؤمن لهم وهو في الأغلب من المنيين الذين يلجئون إلى إبرام عقود التأمين اختيارا أو جبرا بهدف تفادي تحمل عبء التعويض منفردين عن أضرار تعتبر في مجال نشاطهم مألوفة الحدوث ومتوقعة، فنظام التأمين يقوم على التعاون والتكاتف للذمم المالية الخاصة وهو ما يضفي على التعويض طابعا اجتماعيا، وهذه الميزة التي يتوافر عليها التأمين هي التّي تبرر وتمد من نطاق المسؤولية الموضوعية للمؤمن له أو القائم بالنشاط وهي تبدو أكثر من أي وقت ضرورية بل ومنطقية بالنظر إلى الأخطار التي تمثلها الحرفة أو المؤسسة، راجع في هذا المعنى:
R. Savatier ; vers la socialisation de la responsabilité individuel, Op. Cit, p. 39

[2] تطبيقا للقواعد العامة، يستطيع المضرور أن يرفع دعوى غير مباشرة على شركة التأمين لمطالبتها بالتعويض بصفتها مدين مدينه المؤمن له، غير أن مثل هذا الرجوع لا يؤمن للمضرور الحماية الكافية، إذ قد تعترضه في هذا الرجوع مخاطر وعقبات كثيرة، وذلك بسبب أن شروطها قد لا تتوافر في بعض الأحيان، كما أن حصيلتها إذا ما توافرت شروطها، سوف تدخل في الضمان العام للدائنين والخضوع لقسمة الغرماء، ناهيك عن مخاطر وجود دائنين ممتازين يتقدمون على المضرور في استيفاء حقوقهم، فضلا عن أنّه يمكن للمؤمن له أن يتصرف في حقه قبل المؤمن بتنازله عنه، أو بتصالحه عليه، ويضطر المضرور إلى اللجوء إلى الدعوى البوليصية، وأخيرا فإنّه من عيوبها أنّه من حق المؤمن أن يتمسك في مواجهة المضرور بكافة الدفوع التّي له في مواجهة المؤمن له، راجع: كيحل كمال، المرجع السابق، ص 200.
وأما رجوع المضرور على المؤمن بحجز ما للمدين قبل الغير وهي وسيلة يستطيع من خلالها كل دائن بدين محقق أن يوقع حجزا على الديون التي لمدينه لدى الغير، فيستطيع المضرور بوصفه دائنا بدين محقق هو التعويض أن يلجا إلى هذه الوسيلة فيما لو رفض المؤمن له المسؤول أن ينقل إليه حقه في دينه إلى المؤمن، إلا أن هذه الوسيلة هي الأخرى لا تخلو من المخاطر خاصة في الحالة التي تتضمن فيها وثيقة التأمين شرطا ينقص من هذا الدين، إذ في هذه الحالة

ويجسد التأمين من المسؤولية خاصة التأمين الإلزامي منه فكرة جماعية المسؤولية بل يعتبر أهم مظاهرها، حيث لا يقع عبئ التعويض على المؤمن المسؤول بمفرده، وإنما يتشتت ويتوزع الخطر على عدد كبير من أفراد المجتمع المؤمن لهم ممثلين في شركات التأمين[1]، والتي تلتزم بضمان التعويض الذي قد يترتب في ذمة المؤمن له نتيجة تحقق مسؤوليته، وتعويض المضرور عن كافة الأضرار الواردة في وثيقة التأمين، وفي المقابل يلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين فضلا عن الالتزامات الأخرى المتضمنة في وثيقة التأمين[2]، وبهذا المعنى فإن المؤمن له عندما تتحقق مسؤوليته، فهو لا يتحمل عبء التعويض سوى شكليا، أما فعليا فإن التعويض يتحمله مجموع المؤمن لهم، من خلال المؤمن أي شركة التأمين، وكذلك الحال بالنسبة لحوادث المرور في حال بقي المتسبب في الحادث مجهولا، أو كان معلوما لكنه معسرا، فصندوق الضمان هو من يتحمل عبء التعويض شكليا، لكن في الواقع فإن هذا العبء يتوزع بين مجموع المؤمنين والمؤمن لهم[3].

وفي تكنيك الضمان الاجتماعي تهيمن فكرة جماعية التعويض، بحيث يتقرر للعامل المضرور الحق في التعويض بصرف النظر عن خطأ رب العمل، حيث أن الضرر وحده كافيا لقيام الحق في التعويض[4]، وعلى خلاف التعويض في نظام المسؤولية الذي يقع على

لا يكون للمضرور الرجوع على المؤمن بكل حقوقه تجاه المؤمن، وإنما فقط في حدود ما تضمنته وثيقة التأمين من حقوق للمؤمن له تجاه المؤمن، فضلا على أنه في هذه الوسيلة أيضا يكون للمؤمن أن يتمسك في مواجهة المضرور بكافة الدفوع التي له قبل المؤمن له.

أما فيما يتعلق بحوالة الحق فإنه للمؤمن له المسؤول عن الفعل الضار أن ينقل حقه قبل المؤمن إلى المضرور، وذلك بإعلانه مدينه المؤمن بالحوالة، ومن ثم يتسنى للمضرور الرجوع على المؤمن بدعوى يطالبه فيها بمبلغ التأمين، وهذه الوسيلة أيضا لا تخلوا من المخاطر، كونها تتوقف على رضا المؤمن له وموافقته على نقل حقه في دينه إلى المضرور، فإنه هنا أيضا يجابه المضرور بحق المؤمن بأن يتمسك في مواجهته بكافة الدفوع التي له قبل المؤمن له.

[1] عمر إبراهيم حسين، جماعية المسؤولية المدنية، دراسة في القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قاريونس بدون سنة طبع، ص 174.

[3] Ph. Malaurie et A. L'aurent, Op.cit. P 28.

[4] الدسوقي أبو الليل إبراهيم، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 22.

الذمة الفردية للشخص المسؤول، يقع التعويض الرئيسي وفقا لنظرية الأخطار الاجتماعية على عاتق الذمة الجماعية للمجتمع ممثلة في هيئة عامة أنشئت لهذا الغرض، هي هيئة الضمان الاجتماعي[1]، ممثلة في الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء، وليس المستخدم أو رب العمل، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1984/03/12[2]، معتبرا ذلك من النظام العام، وعلى ذلك تعتبر هيئة الضمان الاجتماعي المختصة مسؤولة أصلية ومباشرة قبل الضحية.

وعلى الرغم من انقسام الفقه حول مسألة الطبيعة القانونية للتأمين من المسؤولية المدنية بين فقه تقليدي يعتبر التأمين من المسؤولية تأمين لدين المسؤول في مواجهة المضرور، واتجاه ثان يمثله غالبية الفقه الحديث يعتبر أن التأمين من المسؤولية وتماشيا مع التطورات المعاصرة يجب ن يتجه إلى ضمان حق المضرور مباشرة وألا يقتصر على ضمان دين

[1] تنص المادة 81 من القانون 13/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1983 على انّه "تسير المخاطر المنصوص عليها في هذا القانون على يد هيئات الضمان الاجتماعي". وجاء المرسوم التنفيذي رقم 07/92 يتضمن الوضع القانوني لصناديق الضمان الاجتماعي والتنظيم الإداري والمالي لصندوق الضمان الاجتماعي، وقد ورد في المادة الأولى من هذا المرسوم " أن هيئات الضمان الاجتماعي المقرّرة في المادة 49 من القانون 01/88 والمواد 81/49/78 من القوانين 11/83، 12/83، 13/83 هي: الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء بالترخيم (ص.و.ت.أ)، الصندوق الوطني للتقاعد بالترخيم (ص.و.ت)، الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي للعمال غير الأجراء بالترخيم (ص.أ.غ.أ)، وجاء في المادة الثانية من المرسوم " يخضع لأحكام هذا المرسوم والقوانين والتنظيمات السارية الصناديق التي تتولى تسيير هذه الأخطار المنصوص عليها في قوانين الضمان الاجتماعي، وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالية المالية، وتخضع في علاقاتها مع الآخرين للتشريع التجاري وكذا القوانين والتنظيمات السارية المفعول ولأحكام هذا المرسوم"، وهذه الصناديق تخضع لوصاية الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي (المادة 03 من المرسوم)، وقد أعطت المادة الثامنة من هذا المرسوم اختصاص تسيير الأداءات العينية والنقدية المتعلقة بحوادث العمل للصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء.

[2] قرار المجلس الأعلى رقم 33761 بتاريخ 1984/03/12، المجلة القضائية، عدد 2 لسنة 1989، ص 154، حيث جاء في إحدى حيثياته:" لكن المواد 87 والتي تليها من الأمر 183/66 تحدد قواعد المنازعة في خصومه مماثلة وتنص على أن النزاع يتعين الفصل فيه بين الصندوق الاجتماعي وبين المستفيد، وعلى كل افتراض في الشأن يكون المستخدم أجنبي عن الخصومة.

المسؤول[1]، فقناعتنا أنّه إذا كان التأمين الاختياري من المسؤولية وفقا للمادة 619 هو تأمين من الأضرار يراد منه تأمين دين المسؤول، وهو يغطي بصفة عرضية حق المضرور في التعويض، فإنّ الأمر يختلف بالنسبة للتأمين الإلزامي، إذ أن هذا النوع من التأمين لا يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة للمؤمن له وفقا لما يقرّره المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، وإنّما الصحيح أنّ هذا العقد هو وسيلة في يد المشرع يهدف منها إلى تحقيق مصلحة اجتماعية والتّي تقتضي تعويض المضرور في الحوادث المختلفة وعود تركه دون تعويض، وهذا الأمر تدّل عليه مؤشرات كثيرة لعلّ أهما هو تخلف حرية التعاقد بالمعنى المتعارف عليه فيهذا النوع من التأمين الإلزامي، فالمؤمن له مجبر على إبرام عقد التأمين، بل ويقع تحت طائلة العقوبة الجزائية في بعض الحالات في حال تخلف عن إبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية، مثل ما هو الحال بالنسبة لتأمين السيارات.

كذلك تدخل المشرع بشكل مكثف في هذا العقد فحدّ بذلك من الحرية التعاقدية في مجال التأمين، بحيث أصبح وجود العقد وتحديد مضمونه وكيفيات انقضائه، لا يتوقف على إرادة المتعاقدين فحسب، بل على إرادة المشرع أيضا[2].

ولعل مـــا يمكن ملاحظته هو أن الحـــالات التّي جعل فيها هذا التأمين إلزاميا وإجبـــاريا

[1] إن تحديد الطبيعة القانونية لتأمين المسؤولية من حيث هل هو تأمين لدين المسؤول أم تأمين لحق المضرور في التعويض أهمية بالغة في موضوع بحثنا لارتباطه بالأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية والوظيفة التّي تقوم بها، ذلك أنّه إذا ما اعتبرنا التأمين من المسؤولية المدنية هو تأمين لدين المؤمن أو المسؤول، فإنّ ذلك يدعونا إلى القول بأن ثبوت الحق في التعويض للمضرور على عاتق المؤمن مرهون بثبوت المسؤولية في جانب المؤمن له، سواء كانت مسؤولية هذا الأخير تقوم على الخطأ الواجب الإثبات، إذ حينها يلتزم المضرور بإقامة الدليل على هذا الخطأ، أو كانت تقوم على خطأ مفترض فينتقل عبء الإثبات من على عاتق المضرور إلى عاتق المؤمن له أو المسؤول.
أما إذا ما اعتبرنا التأمين من المسؤولية هو تأمين لحق المضرور في التعويض، فإن التزام المؤمن بتعويض المضرور ينشأ حتما بنشوء حق المضرور في التعويض ويصرف النظر عن إثبات مسؤولية المؤمن له، وهذا الخيار الثاني يتناسب مع فكرة المسؤولية الموضوعية، (محسن البيه، المرجع السابق، ص 31).

[2] موسى جميل نعيمات، رسالة، المرجع السابق، ص 74.

بالنسبة للمؤمن تعتبر هي أكثر أنماط التأمين المعروفة[1]. والملاحظة الثانية هي أنّه عمم التأمين الإلزامي على أغلب مجالات النشاط في المجتمع إن لم نقل كلّها، وهي نشاطات تتسم بالخطورة وتصنف على أنّها مصدرا دائما ومعتادا للضرر، ومن هنا فرض المشرع الجزائري التأمين الإجباري من المسؤولية في مجال حوادث السيارات، كما تدخل بالمرسوم التنفيذي رقم 48/96 المؤرخ في 1996/01/17 لتحديد شروط التأمين وكيفياته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات تجاه المستهلكين وتجاه الغير[2]، والأنشطة الطبية، والكوارث الطبيعية[3]، ولا يتسع المجال هنا لسرد كل الأنشطة التّي جعل فيها المشرع التأمين من المسؤولية إلزاميا لكثرتها، بل لا نبالغ إن قلنا أنّه من الأيسر سرد حالات التأمين الاختياري بسبب انحصارها في مواجهة التأمين الإجباري الذّي فرضه المشرع فرضا في كل أنواع النشاط تقريبا[4].

لقد كـان للتطور الهـائل الذّي شهدته المسؤولية المدنية نهـاية القرن الماضي خاصة في مجال المسؤولية عن الأشاء تأثيرا بالغا على التأمين[5]، ذلك أن التطور الذي شهده أساس المسؤولية المدنية وابتعادها التدريجي عن فكرة الخطأ الواجب الإثبات بإعفاء المضرور من إثبات الخطأ في بعض الحالات ومن ثم الانتقال إلى فكرة الخطأ المفترض

[1] حول هيمنة التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن التأمين الاختياري في القانون الجزائري كتب الأستاذ معراج جديدي " تبين الإحصائيات الحديثة على أنّ التأمينات الإلزامية من المسؤولية المدنية تمثل 85% من مجموع عقود التأمين بالجزائر، وهو مقسم بحسب الفروع وذلك من خلال سنة 1996 كما يلي: التأمين الإلزامي على السيارات 38%، التأمين الإلزامي على المخاطر الصناعية 28%، التأمين الإلزامي للنقل 13%، فيما تمثل التأمينات الاختيارية نسبة 15%، موزعة على الفروع التالية: الأخطار البسيطة 6%، الأخطار الزراعية 5%، أخطار التأمين على الأشخاص 4%، راجع جديدي معراج، رسالة، المرجع السابق، ص 105.

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 5، المؤرخة في 1996/01/21.

[3] الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 2003/08/26، الجريدة الرسمية، العدد 52، لسنة 2003.

[4] راجع تطبيقات التأمين الإجباري من المسؤولية في القانون الجزائري، جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين، المرجع السابق، ص 120 وما يليها.

[5] راجع مقال للأستاذة يوسف فتيحة، التأمين على تطور المسؤولية عن الأشياء عير الحيّة، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 1، ديسمبر 2004، ص 31 وما يليها.

إلى المسؤولية بقوة القانون أو المسؤولية المفترضة، كل ذلك كان له تأثيره الواضح على التأمين من المسؤولية المدنية، الذّي أصبح نظاما ضروريا يتحقق من خلاله ضمان حصول المضرور على حقه في التعويض، وقامت علاقة وثيقة بينه وبين المسؤولية المدنية، بحيث كلما اتسعت دائرة المسؤولية سواء كان هذا التوسع يتدخل من المشرع أو بجهود القضاء، يتسع نطاق التأمين بالضرورة بحيث أصبح التأمين بمثابة الملاذ للمؤمن المسؤول يتحصن خلفه لكي يدرأ عنه خطر التزامه بالتعويض[1]، وبالمقابل كلما اتسع نطاق التأمين تشجع القضاء في التوسع في المسؤولية على حساب المسؤولية الخطئية لمصلحة المضرور[2]، وبالتالي المساهمة في التوسع الدائم لحق الضحية في التعويض وهو ما يتفق مع رغبات الرأي العام وشعوره المعاصر[3]، بل وفي تقدير البعض لدور التأمين في المسؤولية المدنية، فإنّه من دون وجود تأمين للمسؤولية، فإنّ نظام المسؤولية المدنية سوف ينهار بالكامل بسبب جسامة الأضرار، وعجز المسؤول ذوا الدخل المحدود عن الوفاء بالتعويض[4] وفي هذا الصدد يرى الفقيه Savatier أن التوسع في التأميـن من المسؤولية قد يؤدي إلى قلب المسؤولية رأسا على عقب، بحيث فقدت الأخيـرة كل معني جزائي لهـا لتصبح قـاعدة ضمان للمضرور تكفل له الحصـول على التعويض بمجرد وقوع الضرر[5].

والحقيقة التّي لا مفر منها أن هذا الانتشار الواسع لتأمين المسؤولية سواء الاختياري أو الإلزامي، قد أدى بالفعل إلى إفراغ المسؤولية المدنية من معناها الأخلاقي، فالمتسبب في الضرر أصبح في ظلّه محصنا وبعيدا من دين التعويض، بعد أن حلّت محله شركات التأمين والتّي تتولى تغطية النتائج الضارّة لسلوكيه الخاطئ بدفع التعويض بدلا عنه، وبذلك

[1] في ذات المعنى، سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، كليك للنشر، 2008، ص 140.

[2] LE TOURNEAU (Ph) et CADIET (L): Droit de la responsabilité, 2ème éd. DALLOZ ACTION, 1998, P 17 et s.

[3] محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس المسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1978م، فقرة 382، ص 469، سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 141.

[4] LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), L'évolution de la responsabilité d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, RTD, Civ, 1987, P 17.

[5] Savatier, vers la socialisation art précité, voir également : SAVATIER (René) : comment repenser la conception française, précité, p 32.

لم تعد المسؤولية المدنية جزاء ملائما للخطأ، بل أنّ هذا الأخير تم إضعافه وتهميشه بفعل التأمين[1]، والنتيجة أنّه حيث ينتشر تأمين المسؤولية يلاحظ أن المسؤول لم يعد يلعب دور المدين بالتعويض بمعنى الكلمة، وإنّما أصبح أقرب إلى أن يؤدي دور مورد أموال لشركات التأمين، وكل ذلك أدى إلى تلاشي وتراجع الشروط التقليدية للمسؤولية المدنية خاصة شرطي الخطأ والعلاقة السببية[2].

وانطلاقا من ذلك ألّا يجوز التفكير في أن الممارسة العملية الطويلة لتأمين المسؤولية من شأنها أن تحدث تغييرا عميقا في مبادئ المسؤولية وتساهم كثيرا في توسيع أساسها لنشهد مع مرور الوقت أفولا تدريجيا للخطأ قد يؤدي في النهاية إلى زواله في صالح الخطر وربما زوال الخطر ذاته ليفسح مكانه للمسؤولية المطلقة التي تقضي بإلزام المسؤول بالتعويض حتى في القوة القاهرة أو خطأ المضرور؟"[3].

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، والّذين 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 ضحيا الحوادث الطبية منذ عدة سنوات طبقا لما نصت عليه المادة L-1142-1 و المادة L1142-2 المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 303/2002 المتعلق بالصحة العامة المؤرخ في04 مارس 2002 حيث الزمت الأطباء وجميع المؤسسات الصحية، بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، حيث تنص المادةL1142-

[1] M. Mignon, La socialisation de risque, Op.cit. P 97.

راجع أيضا محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المدخل للعلوم القانونية نظرية الحق، مكتبة الجلاء الجديدة 1995، ص 3.

[2] محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، المرجع نفسه، ص 29، محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين – بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي– الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص 186.

[3] سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 141.

2الفقرة 4 من قانون الصحة العامة أنّ "تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي اجراءها العاملين ضمن حدود المهمّة الممنوحة لهم، حتّى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلال في ممارسة فن الطب"[1].

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[2]، 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.

حتى أصبح من النادر في الوقت الحاضر أن توجد مخاطر لا تقبل شركات التأمين على تغطيتها[3]، وقد أدّى هذا **التوسع في التأمين** من المسؤولية كما يقول جانب من الفقه[4] 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 الإجباري[5]، لاسيما بالنسبة للمسؤولية عن حوادث السيارات، حوادث العمل، الأمراض المهنية، حوادث النقل الجوي.

---

[1] L'article L.1142-2 alinéa 4 C.S.P.F « L'assurance des établissements couvre leurs salariés agissant dans la limite de la mission qui leur a été impartie, même si ceux-ci disposent d'une indépendance dans l'exercice de l'art médical ».

[2] 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. nº 01, 1998, France, p36.

[3] عبد الودود يحي، التأمين على الحياة، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964، ص 09.

[4] Savatier René : Traité de responsabilité civile, op.cit. p 03.

[5] 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

وهكذا يبدو واضحا تبعا لذلك، تلمس تأثير التأمين على المسؤولية الطبية، من خلال تقليص الدور الممنوح للخطأ الشخصي، باعتباره شرطا للمسؤولية المدنية عموما، والذي يرجعه كثير من الفقه كما رأينا إلى التأثير المتزايد للتأمين عن المسؤولية، حيث أن تحمّل تبعة التعويض المادي تقع على عاتق المؤمّن، الأمر الذي يزيل مسبقا اشتراط خطأ الطبيب المسؤول، لاسيما بعدما أصبحت المسؤولية مجرد دعامة للتأمين، ولو لم يعد من السائغ 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[1].

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 أيضا 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 محدودا، حيث تأخذ شركة التأمين على عاتقها تغطية مسؤولية الطبيب في حدود مالية معينة تدفع للمضرور أو للورثة، وهذا

08-01 المؤرخ في 23 يناير 2008م، ج.ر رقم 04 لسنة 2008، اما في المجال الطبي فقد نصت المادة 167 من القانون رقم 95/ 07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم على أنه: " يجب على كل المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتبوا تأمينا 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.

[1] 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.

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[1].

الفرع الثاني

نظريتا المسؤولية الطبية على أساس الضرر

(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 إنّه 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، وتجنيبه 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

[1] 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[1].

في هذا الصدد نشير الى انّ مسؤولية الطبيب، لم تكن في منأى عن هذه التطورات والتغيرات التي لحقت بقواعد المسؤولية المدنية عموما، 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 لاحقا.

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، اذ تهافتت عليها النظريات الفقهية والتطبيقات القضائية بشدة، باعتبارها مخرجا للمسؤولية من أزمتها المتعلقة بالخطأ الواجب الإثبات، وعنوانا جديدا للمسؤولية المدنية الحديثة، حيث تعبّر وبعمق عن أهدافها ودورها في المجتمعات المعاصرة، اذ يمكن تلخيصها في نظريتين أساسيتين هما: نظرية تحمل تبعة المخاطر المستحدثة، ونظرية الضمان[2] **باعتبارهما حالتين للمسؤولية بدون خطأ** وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي.

أولا: نظرية تحمّل تبعة المخاطر المستحدثة

إذا لم يكن من المتصور قيـــام المسؤولية المدنية دون ضرر أو عـــلاقة سببية، فإنّه على العكس من ذلك يمكن تصور قيامها من دون خطأ، تلك هي الفكرة المحورية التي تقوم عليها نظرية تحمل التبعة، فوفقا لهذه النظرية، لا يشترط لقيام المسؤولية المدنية

[1] وديع فرج، الاتجاهات الحديثة في العقد والمسؤولية الخطئية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول والثاني والثالث، السنة الخامسة عشرة، 1945م، مصر، ص 177، أشار اليه بن صغير مراد، المرجع السابق،196.

[2] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص210.

للشخص أن يأتي فعلا خاطئا، بأن ينحرف في مسلكه عن مسلك الرجل العادي أو المألوف على النحو الذي يقول به أنصار الخطأ، بل يكفي أن يكون ذلك الفعل هو مصدر الضرر الذي أصاب المضرور وحينها لا يهم أن يكون ذلك الفعل خاطئا أم غير خاطئ، إذ وفي كل الأحوال يلتزم من أتاه بتعويض ما نجم عنه من ضرر، ويتأكد هذا الالتزام بالتعويض خاصة في الأحوال التي يجني فيها المتسبب في الضرر من وراء فعله الضّار نفعا أو ربحا، أو يكون بفعله قد استحدث مخاطر إضافية في المجتمع لم تكن موجودة.

تلكم هي الفكرة البسيطة التي انطلق منها أنصار نظرية تحمل التبعة، والتي التف حولها أعلام وأقطاب في القانون خاصة الفرنسي من أمثال العلامة "ساليه"، "جوسران"، "سفاتييه"، و"ديموج"، وهذه الفكرة على بساطتها كانت وراء التطور الهائل الذي عرفه قانون المسؤولية المدنية في العصر الحديث.

نشأت نظرية تحمّل 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 كثيرا من تلك الحوادث التي لحقت بالعمال المصابين، 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 جزءا أساسيا منها، بحيث أن أيّ تعدّ على سلامته الجسدية يعتبر تعدّيا على سلامة المجتمع، ومن ثمّ مطالبة الفقه بوجوب تغيير أســـاس هذه المسؤولية، واتخـاذ فكرة تحمل التبعة أساسا للمسؤولية بوجه عام بدلا من فكرة الخطأ العتيقة[1].

[1] محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس المسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1978م، ص 423، وما بعدها.

1. مضمون نظرية تحمل التبعة

يعتبر العلامة "لابيه" أول من مهد لنظرية تحمل التبعة بصورتها المطلقة كأساس عام للمسؤولية المدنية وذلك عـــام 1890، حيث نــادى بالتحول عن فكرة الخطأ العتيقة وهجرها حين تبين له عدم كفايتها وفشلها، واعتناق فكرة تحمل التبعة واعتبارها أساسا بديلا للخطأ[1].

وقد قرر "لابيـه" أنه بالنظر إلى المنافع والمخاطر، المرتبطة بما تقوم المنشأة على استغلاله من النشاط، فإن ذلك يجعلنا نسلم بعدالة مبدأ، أنّ من يتلقى المنافع التي يجلبها استخدام الآلة يجب أن يتحمل تبعة ما ينشئ عن ذلك من ضرر، كما يعتبر العلامة Labbé أول من تنبّه إلى الفقرة الأولى من المادة 1384 واستدل به، حين استخلص أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة إنما تقرر إعفاء الأب والأم والمربين ومعلمي الحرفة فقط، بأن خولتهم إمكانية نفي المسؤولية عنهم بإثبات انعدام الخطأ في جانبهم، وأن هذه الإمكانية لا يستفيد منها لا حارس الشيء ولا السادة والمتبوعين، ليخلص من تلك القراءة أن مسؤولية حارس الشيء والمتبوع ليس أساسها الخطأ مثل ما هو الحال بالنسبة الأب والأم والمربين ومعلمي الحرفة[2].

غير أن نظرية تحمّل التّبعة لم تعرف انتعاشا وقوّة، إلّا بفضل جهود الفقيهين الفرنسيين[3] سالي Saleilles جوسران Josserand اللّذان أكّدا الطبيعة الموضوعية للمسؤولية، معتبرين إيّاها محرّرة من أي فكرة للخطأ[4].

---

[1] رغم نظرية تحمل التبعة اشتهرت كنظرية من إبداع الفقه الفرنسي، غير أنه في حقيقة الأمر فإن هذه النظرية من أصل ألماني، حيث يعتبر الفقهاء الألمان أول من أسس لهذه النظرية عام 1838 في قانون بسمارك عام 1871 عن المسؤولية عن حوادث السكك الحديدية.

[2] البرعي صلاح حسن، أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 1996، ص 322، وانظر أيضا مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، 2 في الالتزامات، المجلد الثاني، الفعل الضار والمسؤولية، الطبعة الخامسة، منشورات مكتبة صادر، بيروت لبنان، 1988، ص 225.

[3] Saleilles Reymond, Les accidents de travail et la responsabilité civile, L.N.D.J. Paris, 1987

[4] Josserand Louis, Cours de droit civil positif français, Tome 2,3éme édition, recueil Sirey, Paris, 1939, p 305.

في هذا الصدد، يعتبر الفقيه **ساليه** أول من قال بنظرية تحمل التبعة في الفقه الفرنسي وذلك عام 1897، في رسالته ع حوادث العمل[1]، والتي هاجم فيها فكرة الخطأ هجوما عنيفا، واعتبرها من مخلفات الماضي عندما اختلطت المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية، واختلطت فكرة التعويض بفكرة العقوبة[2]، وأنه بعد انفصال المسؤوليتين، لم تعد وظيفة المسؤولية المدنية عقاب الفاعل، وإنما التعويض عن الضرر، بغض النظر عن كون ذلك الضرر قد نتج عن خطأ أم لا، ذلك أن المسؤولية المدنية لا تعدو أن تكون رد فعل اجتماعي وقانوني لما يصدر عن الشخص من فعل ضار، سواء كان ذلك الفعل مشروعا أم غير مشروع، خاطئا أم غير خاطئ[3]، فالمشكلة التي تطرح نفسها هنا، كما يؤكد الفقيه Saleilles هي تحمل تبعة المخاطر، وهي مسألة ينبغي أن تحسم من خلال النظر إلى الطبيعة الموضوعية للفعل لا عنصره الشخصي، فهناك أفعال تتجاوز موضوعيا حدود المألوف، ويفترض في من يباشرها القبول بمخاطرها، وإذا كان القانون ينهى عن الأفعال التي تؤدي مباشرة إلى الضرر، فلا يمكن أن ينهى عن الأفعال التي يحتمل في العادة عن مباشرتها حدوث الضرر، وعلى الرغم من ذلك يلقي على عاتق كل من يبادر إلى ما يبيحه من فعل واجبا بتحمل مخاطره[4]، وبالتالي لم يعد يشترط من منظور Saleilles أن يكون الضرر ناتجا عن انحراف في سلوك المتسبب فيه، ومن ثم توجب حصر فكرة الخطأ فقط في دائرة المسؤولية الجنائية دون أن تمتد خارجها[5].

---

[1] أثيرت إشكالية الأخطار المهنية في فرنسا، بسبب التوسع الهائل للنشاطات الاقتصادية على إثر الثورة الصناعية، مما دفع البعض إلى إثارتها أثناء مناقشات البرلمان الفرنسي، وقد استغرق هذا النقاش حول ما سمي آنذاك بالأخطار المهنية فترة طويلة من الزمن قاربت الثماني عشر عاما، وقد تمخضت هذه المناقشات عن صدور قانون تعويض إصابات العمل في 1898/04/09.

[2] BETTER- MIEUX (Pierre) Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité en droit français Thèse Lille 1921 n° 51 p. 94 -97.

[3] الذنون حسن علي، المبسوط في شرح القانون المدني 2، الخطأ، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2006، ص 6-7.

[4] SALEILLES (Raymond), La responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du Canada. RTD. Civ 1911, p. 55 -58.

[5] منصور أمجد محمد، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 170.

كانت تلك هي القناعة التي كونها Saleilles حول أساس المسؤولية المدنية، ومن هنا انطلق في الدعوة إلى الأخذ بنظرية تحمل التبعة كآلية قانونية بديلة لفكرة الخطأ التي دعا إلى هجرها كونها لم تعد تستجيب لمقتضيات الواقع الاجتماعي والصناعي الذي فرضه التطور والنهضة الصناعية التي عرفتها أوروبا آنذاك، فكل إنسان يستطيع العمل في حرية، وأن يستعمل حريته كيف ما شاء، غير أن هذه الحرية في النشاط والعمل تتضمن مخاطر يجب عليه تحملها[1].

وقد استند Saleilles في دعم نظريته حول أساس المسؤولية المدنية إلى نصوص المواد 1383/1382 من المجموعة المدنية الفرنسية، حيث حاول الربط بين هذه النصوص ونظرية تحمل التبعة، فقال أن نص المادة 1382 والذي يقضي أن كل فعل أيا كان يقع من الإنسان ويحدث ضررا بالغير، لم يشترط الخطأ كشرط لقيام المسؤولية المدنية، حيث أن ما تقرره هذه المادة، هو أن كل فعل ضار يرتب حقا للمضرور في التعويض، وذلك بصرف النظر إن كان ذلك الفعل خاطئا أم لا، وأن كلمة خطأ التي أوردها المشرع الفرنسي في هذه المادة ترد إلا عرضا ، وأن المشرع لم يقصد بها بيان مصدر الالتزام أو ترتيب ذلك الأثر الخطير المتمثل في ضرورة أن ينطوي الفعل الذي يرتب المسؤولية على خطأ، وإنما أراد بها تعيين من يتحمل عبء التعويض، أي تحديد العلاقة السببية التي تسمح بربط الفعل بفاعله الأصلي المتسبب فيه، وأن علاقة السببية هنا لا تعني بأي حال من الناحية القانونية الخطأ الشخصي[2].

---

[1] وفي هذا الصدد يقول Saleilles (.. لنطلق إذا عن الأشياء أسماءها ولنترك جانبا هذه الفكرة الخاصة بالخطأ، ونقول بكل بساطة أن ما يكون منصفا من وجهة النظر الاجتماعية وأكثر مطابقة لفكرة الكرامة الإنسانية، هو أن كل شخص عندما يعمل يحدث أخطارا، وأنه إذا حدث ونشأ ضرر نتيجة فعل عمد وحر، فإن مرتكب الفعل سيتحمل المخاطر، وهذا هو ثمن الحرية ..)، محمد نصر رفاعي، رسالة، المرجع السابق، ص 444.

[2] محمد نصر رفاعي، رسالة، المرجع السابق، ص 440، عبد القادر الفار، رسالة، المرجع السابق، ص 131.
وبخصوص المادة 1382 اعترض Saleilles على التفسير الذي يقصر تطبيق هذه المادة على الأفعال العمدية، فهو يرى أن صياغة هذه المادة واسعة جدا على النحو الذي يجعلها تستوعب الأفعال العمدية وغير العمدية، وكذلك الحال بالنسبة لنص المادة 1383 والتي تقضي" كل شخص مسؤول عن الضرر الذي يحدثه ليس فقط بفعله ولكن أيضا بإهماله

غير أن Saleilles حين تبين له أن قراءته للمادتين 1383/1382 لم تكن تشكل أساسا متينا يمكنه من بناء نظريته تحول عنهما إلى الفقرة الأولى من نص المادة 1384 مدني فرنسي، ليقرر أن المبدأ الذي أقّره المشرع من خلال هذه الفقرة بشأن المسؤولية عن الأشياء غير الحية، هو مبدأ مطلق وعام على غرار ذلك الذي تقرره المادة 1382 في مجال المسؤولية عن العمل الشخصي[1]، وأنه لا يستبعد احتمال الخطأ كأحد أسباب المسؤولية عن الأشياء غير الحية، غير أنه لا يمكن القول بأن الخطأ هو الأسـاس الصحيح لهذه المسؤولية، فالأساس يتجاوز الخطأ ليقوم على فكرة المخاطر[2] أي أنّ من ينشئ بفعله مخاطر مستحدثة risques crées في المجتمع، يتعيّن عليه تحمل تبعتها.

كما استند Saleilles في دعم رأيه حول أساس المسؤولية المدنية إلى القضاء الفرنسي، فهذا الأخير بحسب Saleilles لم يعد يعول على الخطأ، أو على الأقل لم يعد يرى فيه مفهومه التقليدي، والذي يقوم على عنصره المادي والنفسي، حين اكتفي هذا القضاء بالعنصر المادي للقول بوجود الخطأ، وقد بنى رأيه هذا أيضا على ما استنتجه من أحكام القضاء الإداري الفرنسي الذي أقّر مسؤولية الدولة عن حوادث العمل التي تقع في المصانع التابعة لها دون أن يسند للدولة أي خطأ[3].

أو بعدم يقظته .."، فالمقصود بعبارة الخطأ هنا هو اشتراك الفاعل اشتراكا غير مباشر، حيث يفرق Saleilles بين نوعين من الاشتراك أحدهما مباشر طبقا للمادة 1382 وهو كاف بذاته لإثبات مسؤولية الفاعل، والآخر غير مباشر وفقا للمادة 1383 ويقتضي من المضرور إثبات الإهمال أو عدم التبصر، والسبب في إلزام المضرور بإثبات الخطأ في حالات الخطأ غير العمد بالإهمال وعدم التبصر بحسب Saleilles، هو أن اشتراك الشخص الذي ينسب إليه الإهمال أو عدم التبصر لا يظهر جليا بمجرد تحقق الضرر، لذلك يقع على عاتق المضرور إثباته، على أنه لا ينبغي تقدير الخطأ بالإهمال وعدم التبصر بمعيار ذاتي أو شخصي لأن ذلك أمر متعذر من الناحية النظرية، وعليه يجب أن يقدر هذا الخطأ تقديرا مجردا، فيكون بذلك الخطأ في حالتي الإهمال وعدم التبصر خطئا موضوعيا. راجع:

SALLIELLE (RAYMOND) : Les accidents de travail et de la responsabilité civile, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1897, p. 53 – 54.

[1] Ibid. n° 14, p. 23 – 24.

[2] Ibid. n° 17, p. 30 – 31.

[3] عبد القادر الفار، أساس مسؤولية حارس الأشياء، دراسة مقارنة في الأنظمة الثلاث اللاتيني– الأنجلوأمريكي– الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1988، ص 152.

كما وجد Saleilles سنده في القول بنظرية تحمل التبعة في حكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 1896/06/16 والشهير بحكم Teffaine والذي قضت فيه المحكمة بمسؤولية مالك السفينة دون خطأ استنادا إلى الفقرة الأولى من المادة 1384، حيث لم تتطلب المحكمة من العامل المصاب، سوى إثبات الضرر الذي أصابه، كان بفعل الآلة الميكانيكية الموجودة في حراسة رب العمل، وقد خلص Saleilles من هذا الحكم، أن المبدأ المطبق في هذه المادة هو تعويض الضرر على أساس رابطة علاقة السببية بواقعة مادية هي الخطأ الموضوعي، وأنه لو تقدمنا أكثر فلسوف نتوصل إلى تقرير أن المسؤولية عن الأشياء غير الحية وبموجب الفقرة الأولى من المادة 1384 تقوم على أساس علاقة السببية مرتبطة بمجرد واقعة مادية مجردة من أي خطأ، وأنه لا يستبعد أن يكون الخطأ من بين الأسباب المؤدية للضرر، غير أنه ينظر إليه دائما كواقعة مادية كغيره من الوقائع[1]، بل أن Saleilles يذكر أن الفقرة 1/1384 تندرج تحتها مخاطر استعمال الغير ومخاطر استعمال الأشياء أو كما يسميه مخاطر المشروع[2].

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 أنّه فكرة أخلاقية عديمة الجدوى، ذلك أن غرض المسؤولية المدنية ليس عقاب المذنب، بل تحديـــد المسؤول الذي يتحمل عبئ الضرر[3].

[1] Ibid., n° 21-22, p. 35 - 36.

[2] محمد نصر الدين محمد، رسالة، المرجع السابق، ص 102، محمد التلتي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1988، ص 162.

[3] Teillais Clémentine : La faute dans l'application de l'article 1384 alinéa 1 du code civil, Thèse, Nantes, 1989, p 123, 124.

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[1].

2. أساس نظرية تحمل التبعة

إن الأساس الذي تقوم عليه النظرية يستند إلى أن المسؤول عن الضرر، وهو يقوم بنشاط اقتصادي معين، عليه أن يعوض الغير الذي لحقه الضرر من هذا النشاط. **إذ كما يغنم 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 التبّعة 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 التّبعة، أن نظريتهم احتمالية تتجاوب مع مقتضيات المجتمع وظروفه الحالية، لاسيما في مجال المسؤولية عن الأضرار المترتبة عن الآلات وغيرها من الأشياء[2] غير انّه لمّا كان لنظرية تحمّل التّبعة من تهديد كمبدأ عام بحلولها محل نظرية الخطأ، باعتبار أن الأخذ بها من شأنه أن يجعل المرء مسؤولا عن النتائج لأي نشاط يقوم به، مما يشكل هو الآخر تهديدا مستمرا للأفراد يثنيهم عن العمل، ويجعلهم يؤثرون الامتناع عن كل نشاط نافع ابتغاء السلامة، وقد كان حقا لهذا التخوّف أثره وصداه، مما جعل هذه النظرية تأخذ عدة صور، بقصد التخفيف من حدّة تلك الآثار المحتملة على المسؤولية، ولعلّ من أهم تلك الصور:

[1] ايمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132.

[2] محمد نصر رفاعي، المرجع السابق، ص 425.

أ. نظرية المخاطر المستحدثة La théorie des risques crées

أنكر أنصار هذا الرأي، كل وجود للخطأ كأساس للمسؤولية، مؤكّدين على وجوب تحمّل كل شخص مخاطر أفعاله، مهما كانت خاطئة أم لا، إذ تتجه أنظار أصحاب هذه الصورة المطلقة من صور نظرية تحمل التّبعة إلى الواقعة ذاتها محدثة الضرر وماديّاتها، بعيدا عن التعمّق في العنصر الشخصي والنفسي للخطأ[1]، 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[2]. مما جعل هذه النظرية محل انتقاد، نظرا 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 تدخّل في إحداث الضرر، مما قد يشلّ هذا النشاط، حيث يعتبر صاحبه أن مواجهة بينه وبين المسؤولية ستظهر مع كل خطوة منه ومن ثم إحجامه عن أي نشاط من هنا كان الاتجاه نحو الصورة الضيقة، والمتمثلة في فكرة الغنم بالغرم.

ب. نظرية المخاطر المقابلة للربح او الغنم بالغرم Profit -Risque

بعد ان تأكد ان الاخذ بنظرية تحمل التبعة بصورتها المطلقة غير مقبول والتخوف من أن يؤدي تطبيقها إلى إحجـــام الأفراد عن كل نشاط نافع، خشية المسؤولية وتأثير ذلك كان واضحا، مما دفع ببعض فقهاء نظرية تحمّل التّبعة إلى التضييق من نطاق تطبيقها، ليس

[1] محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 ص 68.

[2] سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009 ص 45.

رأفة 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[1]، 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[2].

في هذا الصدد تبنى القضاء الفرنسي صراحة نظرية تحمل تبعة المخاطر في عدّة قضايا عرضت عليه، من بينها حكم محكمة ليون في 1907/12/18 بتأسيس المسؤولية التي تقرها الفقرة الأولى من المادة 1384 مدني فرنسي كما عبّرت عنه المحكمة، خلق خطر جديد يصيب المجتمع من جراء إنتاج شيء خطر، وهو تبني صريح لنظرية الخطر المستحدث إحدى صورتي نظرية تحمل التبعة، وكذلك في حكم آخر صدر عن محكمة باريس بتاريخ 15 مارس 1910 تبنت هذه الأخيرة صراحة فكرة تحمل التبعة حيث جاء فيه "... وسواء كان الضرر ناشئا عن شيء أو عن فعل تابع أو خادم للغير متى كان ضحية لهذا الضرر، فإن العدالة تقتضي في هذه الحالات كلها بأن يتحمل النتائج المادية لهذا الضرر، لا من كان ضحية له أو ورثة هذه الضحية، وهم غرباء تماما عن سبب الحادث أو الفعل الضار، وإنما ينبغي أن يتحمله من كان الشيء أو عمل التابع أو الخادم يعود عليه بالنفع والفائدة..."[3].

ثانيا: نظريـــــة الضمـــــان

الى جانب نظرية تحمل التبعة او المخاطر، والتي كما أسلفنا تنادي بهجر واستبعاد فكرة الخطأ من نطاق المسؤولية المدنية ظهرت الى الوجود عدّة نظريات ومن بينها نظرية

[1] Pierre Betteremieux: Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, Thèse, Lille (France), 1991, p 92.

[2] عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 175.

[3] راجع فاضلي إدريس، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص382، انظر كذلك بن صغير مراد، المرجع السابق، ص199.

الضمان التي تتبنى نفس الطرح لنظرية تحمل التبعة ولكن ليس بنفس المغالاة، اذ لم يتنكر القائلون بها لفكرة الخطأ بصفة مطلقة مثل ما فعل فقهاء تحمل التبعة وانما حاول أصحاب هذه النظريات التوفيق بين النظريتين الشخصية والموضوعية.

على هذا الأساس، حاول الفقيه الفرنسي ستارك Starck أن يضع نظرية تسعى لكفالة التعويض للمضرورين، باعتبارها إحدى نظريات التكافل الاجتماعي وهي نظرية الضّمان، 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[1].

انطلاقا من هذا المفهوم، هاجم ستارك كلاً من نظريتي الخطأ التقليدية على أساس أنّ قصر المسؤولية على العمل الخاطئ، يؤدي إلى وقوع كثير من ضحايا الحوادث فريسة للفقر والبؤس، كما انّ نظرية تحمل التّبعة والتي تجعل مناط المسؤولية وعدمها في نشاط المتسبّب 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 شكّ 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

يستهل Starck نظريته بهجوم عنيف على النظرية التقليدية للخطأ، حيث يعتبر أن قصر المسؤولية المدنية على الفعل الخاطئ فيه إجحاف وإضاعة لحقوق الكثير من المضرورين والضحايا، في حين يقتضي التضامن والتكافل الاجتماعيين، أن يضمن

[1] STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.): Droit civil, les obligations, t1- responsabilité délictuelle, 4éme éd, LITEC, France 1996p. 38, etc.

انظر بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 200، وانظر كذلك، سمير دنون، المرجع السابق، ص 53 – 61، وانظر أيضا، ايمن ابراهيم عبد الخالق العشماوي: المرجع السابق، ص 186 –196.

المجتمع لأفراده السلامة في حياتهم وسلامتهم الجسدية وكذا السلامة في أموالهم على السواء، وأي مساس بهذه القيم يستوجب التعويض حتى في الحالات التي لا ينسب فيها للمتسبب في الضرر أي انحراف في السلوك أو خطأ[1].

كما لم يتوان Starck من ناحية أخرى عن مهاجمة نظرية تحمل التبعة التي تجعل مناط المسؤولية وعدمها نشاط المتسبب في الضرر سواء كان مخطئا أم غير مخطئ، على اعتبار أن الأخذ بهذه النظرية هو توسع غير مبرر في المسؤولية المدنية، لأنه يشمل الأفعال الضارة الخاطئة وغير الخاطئة على حد السواء تحت تبرير النفع الذي يعود عليه من ذلك النشاط، واعتبر Starck ذلك تحايلا وقضاء على كل مظاهر المبادرة والنشاط الإنساني بسبب الأعباء الكثيرة التي تقع على عاتق المسؤول بمنطق تحمل التبعة[2].

ومن ناحية أخرى يعتبر Starck أن نظرية تحمل التبعة قد فشلت في كل صورها في إعطاء تفسير منطقي لأساس المسؤولية المدنية مما جعل الفقه يهجرها ليعود إلى الأساس التقليدي للمسؤولية أي إلى فكرة الخطأ، ولكن في ثوب جديد هو الخطأ المفترض والمسؤولية المفترضة أو قرينة المسؤولية، بحيث لم يعد الخطأ في ظّل هذه التطبيقات معيارا للقاضي أو للمشرع يؤسس عليه المسؤولية بل أصبح تفسيرا لاحق للمسؤولية التي تقوم في الحقيقة على أساس آخر غير الخطأ[3].

وعلى ضوء نقده المزدوج لنظرتي الخطأ وتحمل التبعة حاول الفقيه Starck في طرح نظريته الجديدة تجاوز الانتقادات أو العيوب التي يعتقد أنها كانت السبب وراء فشل وعجز نظرية الخطأ ومن ثم هجرها والتحول عنها إلى نظرية تحمل التبعة، وطرح بالمقابل فكرة العقوبة الخاصة، ومن جهة أخرى حاول الاستفادة من نظرية تحمل التبعة ولكن دون أن يسلم بها على إطلاقها.

[1] B. Starck ; Op.cit. P 38.
[2] Ibid, P 38.
[3] B. Starck ; Op.cit, P 17.

ويقيم Starck نظريته على أساس جديد يهتم بالمضرور وليس بالمتسبب في الضرر على نحو ما ذهبت إليه نظريتا الخطأ وتحمل التبعة اللتان تجاهلتا حقوق المضرور تماما وفسرتا المسؤولية من زاوية المتسبب في الضرر[1]، وبحسب الفقيه Starck يعود السبب وراء التركيز على شخص المسؤول لدى القائلين بنظرية الخطأ أو تحمل التبعة إلى كون هؤلاء ينظرون إلى المسؤولية على أنّها مظهر من مظاهر الحرية، فأما فقهاء المذهب الشخصي فهم يرون في المسؤولية قيد على حرية الإنسان في النشاط، ورأوا تبعا لذلك تقييدها بفكرة الخطأ، فالقانون بحسبهم يكفل الحرية، وكنتيجة لذلك لا يسأل الإنسان طالما لم يتعد ما حدّه القانون، وأما أنصار نظرية تحمل التبعة، فيرون في المسؤولية المقابل العادل والمشروع لحرية النشاط والفعل[2].

وبحسب Starck فإن طرح المشكلة بهذه الكيفية قاد الفقه إلى طريق مسدود، ذلك أن تقييد المسؤولية بفكرة الخطأ يترتب عليه حرمان فئة كبيرة من الضحايا من التعويض، وفي المقابل يؤدي إطلاق المسؤولية إلى مساس خطير بالحياة الاجتماعية وتقييد مظاهر النشاط الإنساني من خلال الإحجام عن النشاط خشية المسؤولية[3].

وهكذا انطلق الفقيه Starck في نظريته من المقابلة بين حقين متقابلين ينشآن عن كل عمل ضار أو حادث وهما حق المضرور في سلامته المادية والأدبية أو ما يسميه الفقيه

---

[1] 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، آفريل 1999، ص 25، صلاح حسن البرعي، رسالة، المرجع السابق، ص 362، أنظر في هذا المعنى أيضا:
LB, Eugène, article, précité, P 222-223.

[2] حيث يفرق Starck في هذا الشأن بين الضمان وتحمل التبعة، فبينما نظرية تحمل التبعة تنظر إلى التعويض على أنه المقابل الضروري للفائدة المستخلصة من النشاط، ذلك أن من باشر نشاطا من شأنه إحداث نتائج ضارة بالغير تحمل تبعة هذا النشاط، في حين أن نظرية الضمان تبرر الالتزام بتعويض المضرور بفكرة الإخلال بحقوقه. لذا فنظرية تحمل التبعة تنظر للمسألة من وجهة نظر محدث الضرر، أما نظرية الضمان فتتناولها من وجهة نظر المضرور. راجع: دسوقي محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية والنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص 152-153.

[3] STARCK (B): Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé, Thèse paris, 1947, P 38-39.

Starck بالحق في السلامة، وهو الحق المشروع لكل إنسان في المحافظة على حياته وسلامة جسده والاستمتاع بأمواله المادية وغير المادية من دون منازعة أو تعكير من جهة، ومن جهة أخرى حق المتسبب في الضرر في العمل وحرية ممارسة أي نشاط غير ممنوع قانونا، حتى لو أدى ذلك النشاط إلى الإضرار بالغير، باعتبار أنّ كل نشاط غير ممنوع هو نشاط مباح، بشرط أن يراعي الأنظمة وقواعد الحيطة وعدم الإخلال بحق الغير في الاستقرار[1].

وعليه تقوم نظرية الضمان على المفاضلة بين هذين الحقين، وبما أنه على الأغلب لا يتساوى الحقان وتلك طبيعة الأشياء وجب بحسب Starck تقويم الحقين بالمفاضلة بينهما على النحو الآتي:

إذا علا حق المضرور على حق المتسبب في الضرر، بأن كان الحق المعتدى عليه هو الحق في الحياة أو السلامة الجسدية للمضرور أو أمواله المادية، فهنا نكون أمام مساس بالحق في السلامة، فيعتبر الضرر غير مشروع دون حاجة إلى تقدير مسلك المتسبب في الضرر أو المدعى عليه، ولا يفرق Starck في إطار التعويض عن الأضرار الجسمانية والمادية بين المسؤولية عن الفعل الشخصي أو المسؤولية عن فعل الأشياء، لأن ضمان الحق في السلامة لا يتوقف على وسائل الاعتداء أو ظروفه، إذ يكفي في المسؤولية عن فعل الأشياء أن يكون الشيء قد أحدث الضرر ومن ثم يتحقق الضمــان ويُستحق التعويض في جانب الحارس[2].

أما إذا علا حق المتسبب في الضرر على حق المضرور، بأن لم يتمثل الضرر في مساس بحياة المضرور أو بسلامته الجسدية أو أمواله المادية، ولم يكن أيضا ناتجا عن عمل غير مشروع، فخارج هذه الحالات إذا تحقق الضرر بسبب نشاط المدعى عليه، يتحمل المضرور وحده الضرر ولا مجال للتعويض[3]، باعتبار الضرر في مثل هذه الحالات نتيجة

[1] B. Starck, essai, d'une théorie. Op. cit P 45.
[2] B. Starck, essai, d'une théorie, P38.
[3] Eugène, article précité, P 224.

طبيعية وضرورية لممارسة حق شخصي مشروع، وفي هذه الحالات فإن القانون هو الذي يخلع الصفة المشروعة على الضرر ويخول الشخص إيقاعه[1]، وعلى ذلك لا يسأل التاجر الذي يستخدم المنافسة المشروعة عما يترتب عن هذا النشاط من ضرر لتاجر آخر، وكذلك لا يسأل الناقد عن الأضرار التي تنشأ عن ممارسته لحقه في النقد ما دام لم يخرج عن حدود النقد، ومثل ذلك يقال بالنسبة للدائن في ممارسته لحقه في الحجز .. وهكذا.

أما الأضرار التي تمس سلامة الجسد والأموال كالقتل أو الجرح أو السرقة أو الإتلاف، فإن الأضرار المترتبة عنها لا تستند إلى حق، وذلك كاف لقيام المسؤولية دون الالتفات إلى السلوك الذي يقف وراء الضرر، وما إذا كان مشروعا أم غير مشروع.

ويعلل Starck موقفه هذا بالقول إن حق الإنسان في الأمان هو الحد الأدنى من السلامة التي يجب أن يضمنها أي مجتمع لأي فرد فيه، وأي مساس بهذا الحق غير مرخص به يعتبر ضررا واجب التعويض وذلك بصرف النظر عن الحالة النفسية، العقلية أو الجسدية للمتسبب في الضرر.

انّ 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 تماما حقوق المضرور، كما تقوم على أساس التكفل بتعويض المصابين حيث نادى الفقيه ستارك Starck بفكرة الضمان كأساس لتعويض المصابين.

إن البحث عن الإجابة والتماس الحلول بالنسبة للإشكال الجوهري المتمثل في أساس المسؤولية المدنية، كان دائما 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[2] كونها تبحث عن أسباب المسؤولية في جانب الشخص المتسبب في إحداث الضرر، إذ يكون هناك التزام بالتعويض لأن الفاعل

[1] B. Starck, essai, d'une théorie. Op.cit. P 49.

[2] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 187.

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، يعتريها القصور لأنها تهمل جانب المضرور.

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 التصرّف من جهة أخرى[1]، ومنتهى الإشكال والتساؤل، كيفية التوفيق بين هذين الحقّين المتعارضين.

في هذا الصدد، يرى جانب من الفقه[2] 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

[1] 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.

[2] محمد نصر رفاعي المرجع السابق، ص 466.
وانظر أيضا حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 138.

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[1]، ففي حالة ما إذا لحق الشخص ضرر في سلامة جسمه أو في ممتلكاته المادية، كان الفاعل هو المسؤول من غير أن يلزم المضرور بإثبات الخطأ أو ملابسات الخطر، لا لشيء إلاّ لأنّ الفاعل ما كان له أن يلحق أضرارا بحقوق هامة ومعتبرة للضحية المضرور.[2]

- **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 المتسبّب وليس في مقدوره[3]، وتبعا لذلك فإن مثل هذه الأضرار لا يمكن أن تثار بصددها المسؤولية إلاّ إذا أثبتنا خطأ المسؤول.

وتفسير ذلك أن بعض الحقوق في التصرّف، تسمح بالإضرار بالغير دون مؤاخذة، كحق التاجر في منافسة تاجر آخر، متى مارس مهنته بطريقة طبيعية ومشروعة، فهو قد يلحق أضرارا ولو كانت مقصودة كجلب عدد أكبر من الزبائن وتحصيل ربح أكبر، إلاّ أنّه ومع ذلك لا يمكن إلزامه بالتعويض عن هذا الفعل لما فيه من التضييق على الحقوق المشروعة وإنكار مبدأ حرية المنافسة ذاته مثلا، ومثل ذلك أيضا الحق في الإضراب، رغم أنه يؤدي إلى إلحاق الضرر بربّ العمل وبالغير أيضا، بل إنّ هذا هو هدفه تماما، إلاّ أن الحكم

[1] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 190.

[2] حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص 138.

[3] سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 212.

على النقابات التي قررت الإضراب وعلى ما قاموا به ونفّذوه، بتعويض نتائجه الضّارة، لأدّى ذلك إلى المساس بحق الإضراب نفسه.

ومع ذلك نتحفظ ونشير إلى أن الحق في الإضراب، والذي يبرر من–حيث المبدأ – عدم التعويض، ليس حقا مطلقا، إلاّ إذا كان شرعيا، كأن يقوم التاجر بمنافسة غير مشروعة مثلا، فإنّه يكون مسؤولا دون شك، على أساس أن الخطأ الذي ارتكبه يبطل حقه في التصّرف بالمنافسة، فالحق الأول لا يمكّن مطلقا التصّرف بطريقة خاطئة.

3. تقدير نظرية الضمان في المجال الطبي

يظهر من خلال عرض نظرية الضمـــان، أنّها تهدف إلى مراعاة أكبر لحقوق المتضرر غير أن البعض قد تحفّظ عليها بسبب تعارضها مع حلول اعتمدها الاجتهاد سابقا، إضافة إلى أنّها لا تكفي لتحديد المسؤول من خلال أوجه الحراسة المتعددة.[1]

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[2]. إذ أنّ التوفيق بين هذه الأفكار لا يمكن أن ينتهي إلاّ 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

[1] عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 394، 395.

[2] أيمن إبراهيم عبد الخالق العشماوي، المرجع السابق، ص 191، راجع كذلك بن صغير مراد، المرجع السابق، 206.

المخاطر، لأنّ الأساس الوحيد للمسؤولية المدنية من وجهة نظرهم هو ضمان الحقوق الأساسية للفرد والجماعة، ممّا يجعل موقفهم هذا موقفا فريدا دون شك[1].

هكذا رأى الفقه مدى عجز المسؤولية الفردية الشخصية القائمة على أساس الخطأ، وعدم مسايرتها لنسق الحياة الاجتماعية والاقتصادية، فاتّجه إلى رسم معالم المسؤولية الاجتماعية الجماعية، القائمة على تكريس الالتزام بضمان سلامة الأفراد والمجتمع، وهو حرص القضاء على كفالته 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 للمسؤولية المدنية قد عرف تصدّعا – إن لم نقل تراجعا–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 تنجح إلّا في حمل المشرع على إصدار بعض التشريعات التي ينظّم فيها أحوالا محددّة 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 والمنتوجات الطبية.

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 عّدة[2] كما أسلفنا وكما سنوضحه في تعديل القانون المدني الجزائري.

[1] سعيد مقدم، التأسيس والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 21، راجع بن صغير مراد، المرجع السابق، 208.

[2] Jean Penneau, La réforme de la responsabilité médicale - responsabilité ou assurance, R.I.D.C, nº 02. (Avril - Juin), 1990, France, p 527.

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.

انّ من نتائج تبني فكرة المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي استبعاد فكرة الخطأ واستبدالها بفكرة طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض، فكان بذلك واضحا تأثير المسؤولية الموضوعية على فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية، من خلال التشديد في التزامات الطبيب تجاه مريضه.

ثالثا: مدى اعتناق المشرع الجزائري للمسؤولية الموضوعية

كان اختيار المشرع الجزائري للخطأ أساسا للمسؤولية المدنية والالتزام بالتعويض صريحا لا غبار عليه، من هنا أمكن التمييز بين مرحلتين، فأما المرحلة الأولى فهي مرحلة وضع أول قانون مدني جزائري بعد الاستقلال بموجب الأمر 58/75، وهي المرحلة ما قبل تعديل القانون المدني، اما المرحلة الثانية فهي المرحلة التّي تلي تعديل القانون المدني بموجب القانون 10/05 لسنة 2005[1].

لقد تناول المشرّع الجزائري أحكام المسؤولية التقصيرية في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني من القانون المدني، تحت عنوان العمل المستحق للتعويض، وقد أدرج ضمن هذا العنوان، المسؤولية عن الأعمال الشخصية في القسم الأول، وخصها بالمواد من 124 إلى 133، وفي القسم الثاني تناول المسؤولية عن عمل الغير، وخصص لها المواد من 134 إلى 137، في حين خصص القسم الثالث للمسؤولية الناشئة عن الأشياء،

وانظر أيضا، محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأسيس المسؤولية، المرجع السابق ص 14، 51.

[1] قانون 10/05 الصادر في 2005/06/20، يعدّل ويتمّم الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني، المعدّل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد لسنة 2005.

والتي نظمها بموجب المواد من 138 إلى 140 مدني.

وقد جعل واضعو القانون المدني الجزائري المسؤولية التقصيرية عن العمل الشخصي هي القاعدة أو الشريعة العامة للمسؤولية وجعلوا منها تقوم على القاعدة العامة التي أخذ بها القانون الفرنسي في المواد 1382-1383 وهي الخطأ الواجب الإثبات بالنسبة لمسؤولية الشخص عن عمله أو فعله الشخصي[1] فنصّت المادة 124 الأصلية قبل تعديلها "كل عمل أيّا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

إن من بين أهم الملاحظات التي يمكن الخروج بها من تعديل القانون المدني فيما يتعلق بقواعد المسؤولية المدنية، هو أن المشرع الجزائري رغم حرصه من خلال هذا التعديل على الطابع الشخصي للمسؤولية المدنية كما سبق بيانه، من خلال التأكيد على فكرة الخطأ كأساس لا يتزحزح عنه من خلال المادة 124، وكذا إلغائه الفقرة الثانية من المادة 125 والتي كانت تعتبر أهم التطبيقات للمسؤولية غير الخطئية في القانون المدني الجزائري، غير أنه ذهب من خلال تعديله لبعض النصوص الأخرى منحا مناقضا تماما لفكرة المسؤولية القائمة على الخطأ، مكرسا أساسا جديدا هي المسؤولية الموضوعية غير الخطئية، ونخص بالذكر هنا التعديلات التي تم إدخالها على نص المادة 134[2] الخاصة بمسؤولية متولي الرقابة، وكذا نصوص المواد 136-137 مدني الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، أو من خلال استحداثه نصوصا تتضمن مسؤوليات جديدة لم تكن موجودة من قبل، ونخص

[1] راجع فيلالي علي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر 2002، ص 40، أنظر كذلك السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام والواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 1992، ص 25، انظر أيضا سليمان علي علي، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 138.

[2] المادة 134 من ق.م.ج:" كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية، أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرّر الذّي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضّار. ويستطيع المكلّف بالرقابة أن يتخلّص من المسؤولية إذا أثبت أنّه قام بواجب الرقابة أو أثبت أنّ الضرّر كان لابدّ من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

هنا بالذكر مسؤولية المنتج التي نص عليها في المادة 140 مكرر، ومسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الجسمانية المادة 140 مكرر 1.

أما بالنسبة لمسؤولية متولي الرقابة، فهي وإن بقيت قائمة على أساس الخطأ المفترض البسيط، فإن المشرع من خلال تعديله لبعض الشروط الخاصة بهذه المسؤولية خاصة الشرط المتعلق بضرورة إثبات الخطأ في جانب الخاضع للرقابة، **واكتفاءه بالفعل الضار** الصادر عن الأخير، لتتحقق مسؤولية متولي الرقابة الذي أصبح مسؤول أصلي عن الضرر الذي يحدثه الخاضع للرقابة، خاصة بعد حرمانه من حق الرجوع على المشمول بالرقابة إثر التعديل الذي مسّ المادة 137 مدني لتصبح هذه المسؤولية أقرب إلى المسؤولية الموضوعية منه للمسؤولية الخطئية[1].

وأما بالنسبة لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه فقد كان من أثر التعديل الذي استحدثه المشرع في المواد 136-137 أن تأكد ما كان يقول به الفقه من أن هذه المسؤولية هي مسؤولية موضوعية بامتياز، وبالفعل فإن ما أدخله المشرع من تعديلات ينأى بمسؤولية المتبوع تماما عن فكرة الخطأ، ونخص بالذكر هنا اعتماد المشرع للمعيار الاقتصادي الذي يقول به أنصار نظرية تحمل التبعة، في القول بقيام رابطة التبعية من عدمه، وكذا من خلال إلغاء حق المتبوع في الرجوع على تابعه إلّا في حالة الخطأ الجسيم، ذلك أن هذا الرجوع غير عملي ولا طائل منه[2].

ومن ناحية أخرى استحدث المشرع الجزائري نصا جديدا هو نص المادة 140 مكرر والخاصة بمسؤولية المنتج، أين قرّر المسؤولية المفترضة للمنتج حسب ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع التعديل عن كل الأضرار التي يسببها العيب في المنتج، وذلك بصرف النظر عن وجود أو انعدام الرابطة العقدية بين المضرور المستهلك والمنتج، وهذه المسؤولية

[1] عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون، جامعة سعيد حمدين، الجزائر، يوليو 2017، ص 273 وما يليها.

[2] عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 314 وما يليها.

هي أيضا مسؤولية موضوعية بامتياز لا دور للخطأ فيها، بل تقوم على أساس النظرية الموضوعية متمثلة في فكرة الضمان التي قال بها " **ستارك** " كما اسلفنا، وكذا على فكرة التبعة في صورتيها المخاطر مقابل الربح او المخاطر المستحدثة.

وأخيرا وفي سياق التحول الذي كرسه هذا التعديل استحدث المشرع الجزائري من خلال المادة 140 مكرر 1 مسؤولية موضوعية جديدة هي مسؤولية الدولة عن الأضرار الجسمانية التي يبقى الفاعل فيها مجهولا، والحقيقة أن المشرع باستحداثه لهذا النص لا يكون أسّس تطبيقا جديدا للمسؤولية غير الخطئية فحسب، بل أبعد من ذلك فإنّه **تحول بالمسؤولية المدنية من المسؤولية الفردية إلى المسؤولية الجماعية في الالتزام بالتعويض**، فالمشرع قد سعى في سابقة لم تشهدها القوانين التي كانت تعتبر إلى فترة وجيزة مصدر إلهام بالنسبة للمشرع الجزائري ونقصد هنا القانون المدني الفرنسي والمصري، من خلال هذا النص إلى احتواء مصادر التعويض أو الأنظمة التعويضية المنفصلة عن القانون المدني خاصة صندوق تعويض ضحايا الإرهاب وكذلك صندوق التعويض عن الكوارث الطبيعية والأخطار التكنولوجية الكبرى وبعض التطبيقات الأخرى والتي باتت تنافس إن لم نقل أنّها همشت كل دور للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية في وظيفتها التعويضية.

الفرع الثالث

استحداث نظام تعويض الاضرار باسم التضامن الوطني في فرنسا

لقد جعل القضاء التربة صالحة أمام المشرع لوضع القانون 2002/03/04 الخاص بحقوق المرضى وبجودة أداء الخدمات الطبية[1]، ومن أهدافه تعويض المضرورين من الحوادث الطبية، الذين لم يكن يحق لهم الحصول على تعويض بسبب انعدام الخطأ الطبي وعدم ثبوته وفقا لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية. ويتميز هذ القانون بالعديد

[1] 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.

من المزايا لا يتسّع المقام لذكرها، فالمسؤولية وفقا له **هي مسؤولية غير خطئية**، حيث تتحقق بقوة القانون.

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 أيّة مرحلة من المراحل التي تقدم فيها تلك الخدمات، سواء في مرحلة الوقاية من الأمراض أم تشخيصها أم العلاج منها.

فمن بين الأهداف الأساسية لصدور القانون المتعلق بحقوق المرضى لعام 2002 هو تلبية طلبات المضرورين في **الحادث الطبي** 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.

فقد وضع القانون آلية لتعويض المضرورين سواء نتجت الأضرار التي أصابتهم **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 فقرة 2 التي تنص على أنه:" عندما لا تقوم مسؤولية مهني أو مؤسسة أو مصلحة أو هيئة المشار إليهم في الفقرة الأولى، أو صانع منتجات صحية، فإن أي حادث طبي او العلاجي Aléa thérapeutique أو علّة 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 الأعمال المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج، وتكون قد أدّت بالنسبة للمريض إلى نتائج استثنائية بالنظر إلى حالته الصحية وكذلك التطور المتوقع لها، وأن تمثل هذه النتائج

طابعا جسيما يحدّده مرسوم، ويقدر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية، هذه النتائج التي تقدّر بعد الأخذ بالحسبان بصورة خاصة نسبة العجز الدائم بالكيان الجسدي والنفسي أو مدّة التوقف المؤقت عن النشاط المهني أو مدّة العجز الوظيفي المؤقت"[1].

حيث ميّزت المادة L1142-1 بين التعويض على أساس قواعد المسؤولية المدنية وبين الضمان، وما يهمّنا هنا التعويض على أساس الضمان وذلك على النحو التالي:

أولا: 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[2]، وبالتالي لا تنطبق قواعد المسؤولية المدنية على مثل هذه الحالة[3]، كحالة الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة إنتان مشفى بمناسبة استشفاء المريض في مستشفى عام أو خاص[4]، وكذا الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة الحادث طبي، واستقر الفقه الفرنسي في الندوة التي نظمتها الجمعية

[1] 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 ».

[2] Aléas thérapeutiques وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية هذه الأضرار بأنّها :" 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

[3] 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

[4] 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

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".

كما عرّفه 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 انّه: " نسبة المخاطر التي تصاحب العمل الطبي اللاّزم 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 ويتخلّف عنها ضرر ذو خطورة استثنائية".

كما تمّ إقرار التعويض عن اضرار الإصابات علاجية المنشأ ففي 1998/05/19، أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 389 لسنة 1998 بشأن المسؤولية عن المنتجات المعيبة[1]، وقد احتوى هذا القانون على ثمان عشرة مادة أضيفت إلى المادة 1386 من القانون المدني الفرنسي[2].

فالمسؤولية وفقا لهذا القانون هي مسؤولية غير خطئية، حيث تتحقق بقوة القانون[3]، ولا يعفي المنتج منها ولو أثبت سلامة سلوكه[4]، ومن ناحية أخرى، فإن مسؤولية المنتج وفقا

[1] وذلك تفعيلا للتوجيه الذي أصدره مجلس المجموعة الأوروبية في 1998/07/25 إلى الدول الأعضاء بهدف التقريب بين النصوص التشريعية والتنظيمية والإدارية في الدول الأعضاء فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

[2] حول بيان أحكام هذا القانون تفصيليا راجع: فتحي عبد الرحيم عبد الله، المرجع السابق.

[3] 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 أنّه اشترى المنتج في تاريخ لاحق أو أنّ حالة المعرفة العلمية والفنية عند طرح المنتج للتداول لم تسمح بالكشف عن وجود عيب فيه.

[4] فالمنتج وفقا للمادة 10/1386 يكون مسؤولا عن العيب ولو ثبت أن المنتوج تم تصنيعه طبقا لأصول وقواعد المهنة، أو كان محلا لإذن إداري.

لأحكام هذا القانون تتحقق سواء كان مرتبطا بعقد مع المستهلك أم لا[1]، 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[2].

والاستثناء الوارد بنص المادة L1142-1 متعلقا بالمنتجات الصحية، إلاّ أن مشرع 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 légitiment 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 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 تتوافر شروط التعويض الأخرى وذلك وفقا لقانون 1998/05/19، عن الإصابات والمخاطر الناتجة عن تعاطي للأدوية والعقاقير الطبية.

---

[1] راجع نص المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي.

[2] ويكون للبائع والمؤجر والمورد الحق في الرجوع على المنتج خلال سنة من تاريخ المخاصمة القضائية، راجع نص المادة 7/1386.

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[1].

ففيما يتعلق بطابع الاستثنائية، والخطورة الواجب أن تتسّم 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 تنطوي 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 تفادي أي اختلاف في التقدير بهذا الخصوص، من ناحية، وتفادي تحديد الحكومة لنسبة أعلى تضيّق 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[2].

ثانيا: شروط وإجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني

قرّر المشرع وضع نظام للتعويض في هذه الحالة يستند إلى التضـــامن الوطني وفقا لما طالبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطبية منذ سنوات.

1. أهمية نظام التضامن الوطني

لقد 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

[1] 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.

[2] 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.

والعلاج التي تمّت بدءا من 2001/09/05 حتى لو كان التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه الحوادث محل دعوى تنظر أمـام القضـاء، مادام لم يصدر قرار قطعي فيهـا، طبقا لما نص عليه القانون رقم 2002/1577[1]، بتاريخ 2002/12/30 في مادته الثالثة.

في هذا الصدد، تنص الفقرة الثـانية من المـادة L1142-1 من قـانون الصحة العامة الفرنسي على أنّه عندمـا لا يمكن إثبات مسؤولية الطبيب أو المؤسسـات والأقسام والهيئـات الطبية المنصـوص عليها في الفقرة الأولى، أو منتج المواد الصحية، فإن الحادث الطبي أو العلة العلاجية المنشـأ une affection iatrogène أو إنتـانـات المشفى une infection nosocomiale تعطي الحق للمضرور في الحصول على تعويض باسم التضامن الوطني، عندما تكون هذه الحوادث أو العلل أو الإنتان مرتبطة مباشرة بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، وترتّب عليها بالنسبة للمضرور نتائج غير عادية، وتمثل درجة من الخطورة ومن أجل ذلك أنشأت المادة L1142-22 المكتب الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وإنتانات المشافي المرتبط بوزارة الصحة[2].

ويقوم هذا المكتب بتعويض الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية وإنتان المشافي والعلل العلاجية[3]، وقد نظمت المادة L1142-17 وL1142-22 أحكام هذا المكتب وذلك من حيث المقصود به والغرض من إنشائه وتشكيله.

وحددت الفقرة الأولى من المادة L1142-22 المقصود من هذا المكتب حيث عرفّته بأنه مؤسّسة عامة، خاضعة لإشراف وزير الصحة، تختص بالتعويض عن الأضرار المترتّبة عن الحوادث الطبية والأضرار التي تحدث أثنـاء العلاج وإنتـان المشـافي او العدوى

[1] هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد الصادر بتاريخ 2002/12/31.

[2] وقد حدد المرسوم رقم 2003-140 المؤرخ في 2003/02/19 القواعد المتعلقة بتكوين هذا المكتب، وبوظيفته، وهذا المرسوم منشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2003/02/21.

[3] 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

التي تحدث في المستشفيات وذلك في إطار التضامن القومي[1].

ووفقا للفقرة 2 من المادة L1142-22 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[2] ووفقا للفقرة 3 من المادة ذاتها يرأس هذا المجلس الإداري رئيس المكتب الذي يتم تعيينه بقرار رسمي[3].

كما حدّدت المادة L1142-23 إيرادات المكتب الوطني للتعويض وكذلك مصروفاته، فالإيرادات تتمثّل في حصة المكتب الواردة إليه من التأمين الاجتماعي وفقا للقيمة التي يتم تحديدها سنويا طبقا للقانون المنظّم 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[4].

---

[1] وقد نصت الفقرة الأولى من المادة L1142-22 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 »

[2] فقد نصت الفقرة الثانية من المادة L1142-22 على:

« L'office est administré par un conseil d'administration dont la composition est fixée par un décret en conseil d'Etat. Il comprend, outre son président, pour moitié des représentants de l'Etat et pour moitié des personnalités qualifiées ainsi que des représentants des usagers, des professionnels et établissements de santé, des organismes d'assurance maladie et du personnel de l'office ».

[3] حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة L1142-22 على:

« Le président du conseil d'administration et le directeur de l'office sont nommés par décret »

[4] وأضافت نفس 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

2. شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني

يستفيد من التعويض باسم التضـــامن الوطني ضحـايا 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.

إضـــــافة إلى الأضـــرار التي لا يمكن أن تؤدي إلى قيـــــام المسـؤولية الطبية، فإنه منذ صدور القـــانون رقم 1577/2002 المؤرخ فـــي 2002/12/30[1] والذي عدّل المادة L1142-1 فقرة 2 من قانون الصحة العامة[2]، 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[3] وحتى يعطي هذه الحوادث الحق

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 remboursement 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.

[1] هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد الصادر بتاريخ 2003/12/13.

[2] 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 établissement, 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.)

[3] نص هذه المادة باللغة الفرنسية هو الآتي:

I- Hors le cas ou 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.

في التعويض يجب أن تتوافر فيها الشروط التي نص عليها القانون، كانتفاء الخطأ لكي يستفيد المضرور من التعويـــض باسم التضـــامن الوطني لابد ألّا 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، جسـامة الضرر، حيث نصت المادة L1142-1 فقرة 2 على أنّه:" ويقدّر طابع الجسامة بالنظر إلى فقدان القدرة الوظيفية، ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية، هذه النتائج التي تقدّر التوقّف المؤقت عن النشاط المهني أو مدّة العجز الوظيفي المؤقت"[1].

حيث اشترط المشرع الفرنسي أن تتعدى نسبة العجز التي يعاني منها المريض 25% حتّى 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 الودّية تقوم بها لجان جهوية تسمى اللجان الجهوية للمصالحة والتعويض[2] (CRCI)، وهذه اللجان

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 »

[1] 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 ».

[2] 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.

مكلّفة 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 ودّيا إلّا 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.

أ. اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)

تتكون هذه اللجنة برئاسة قاضي إداري أو مدني[1] ويكون في عضويتها ممثلون عن المرضى والزبائن، وممثلون عن أصحاب المهن الصحية والمسؤولين عن المؤسسات وكذلك ممثلون عن المكتب الوطني للتعويض والمؤمّنين، طبقا لما جاء في المادة L1142-6 فقرة 1 وحدّد المرسوم رقم 2003-140 الصادر في 2003/02/19 كيفية تشكيل هذه اللجان وآلية عملها.

وتنعقد هذه اللجان الجهوية إمّا لحل النزاعات ودّيا، أو للمصالحة، وعندما تنعقد

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.)

[1] فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، بحث في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، 2006، ص151.

للمصالحة يمكن لها أن تفوض كلاّ أو جزءا من اختصاصها إلى وسيط مستقل أو أكثر، طبقا لما جاء في المادة L1142-5 الفقرتان 2 و3.

ب. عرض النزاع على اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض CRCI.

نصت المادة L1142-7 فقرة 1 المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجود النظام الصحة على أنّه:" 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 مرفقا بالأدلّة، ولا سيّما تقرير طبي يبين بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، وهذا طبقا لما جاء في المادة R795-49 من قانون الصحة العامة المضافة بالمرسوم رقم 2003-140[1].

كما يلتزم الشخص المضرور المخطر، بإعلام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض بكل الإجراءات القضائية المتعلقة بنفس النزاع التي أخطرت بها، كما يلتزم أيضا إذا كانت الدعوى على مستوى المحاكم بإعلام القاضي عن إخطاره اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض وهذا طبقا للفقرة 2 من المادة L1142-7 من ق.ص.ع.

ج. رأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI).

قبل أن تصدر اللجنة الجهوية رأيها يمكن أن تجري خبرة بالشروط المذكورة في المادة L1142-12 وهذا طبقا للمادة L1142-9، فإذا قررت اللجنة، بعد إجراء الخبرة، أنّه لا يتوافر في الضرر شرط الجسامة، عليها أن تعلن عدم اختصاصها وتبليغ الأطراف بذلك. وإذا قررت اللجنة أن الشروط المطلوبة قانونا متوافرة ولا سيما شرط الجسامة الوارد في الفقرة 2 من المادة L1142-1، تصدر اللجنة رأيا حول ظروف الضرر وأسبابه ومدى الأضرار، وكذا نظام التعويض المطبق وهذا طبقا لنص المادة L1142-8 ويجب أن يصدر رأيها في

[1] فواز صالح، المرجع السابق، ص151.

أجل 6 أشهر من تاريخ إخطارها[1]، كما يجب أن يبلغ إلى الشخص المخطر وكل الأشخاص المعنيين بالنزاع وإلى الديوان المؤسس بالمادة L1142-22.

كما تقوم اللجنة بإخطار السلطة المختصة بالمتابعة التأديبية لمعاينة الاختلالات، التي من شأنها أن تكون محل متابعة تأديبية وهذا طبقا للمادة L1142-8 فقرة 4.

وإذا كانت الأضرار ناتجة عن إنتان المشفى بمثل طابع الجسامة المقرر بالمادة L1142-1-1، تقوم اللجنة دون تأخير بإخطار السلطة المختصة المذكورة بالمادة L6115-3 وكذلك الديوان المؤسّس بنص المادة L1142-22 بهذا الإنتان وهذا طبقا للمادة L1142-8 فقرة أخيرة.

وإذا قرّرت اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض أن الضرر يدخل ضمن أحكام المادة L1142-8 فقرة 1، التي تقيم مسؤولية ممتهن الصحة، اومؤسسات وهيئات الصحة المذكورة في المادة L1142-1 أو منتج المنتجات الصحية المذكورة في المادة L1142-2، يجب أن يبلغ الرأي إلى مؤمّن 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 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 بدءا من تاريخ وصول القبول إلى المؤمّن، وإذا تأخر الدفع عن تلك المدة، يترتّب على المسؤول دفع فوائد عنها، ضعف المعدل القانوني لها طبقا للمادة للفقرة 8 من المادة L1142-14 من ق.ص.ع.ف.

ويمكن للمضرور أن يرفض العرض الذي تقدم به المؤمّن، ومن ثمّ عليه أن يرفع الدعوى أمام القاضي المختص من أجل تقدير مبلغ التعويض الناجم عن الأضرار التي لحقت به، وإذا تبيّن للقاضي بشكل واضح أن العرض الذي تقدم به المؤمّن غير كاف يمكن له أن

[1] فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق 151.

يحكم على المؤمّن كجزاء، بدفع مبلغ على الأكثر يساوي 15% من قيمة التعويض الذي يحكم به.

وفي حالة سكوت المؤمّن، أو إذا رفض تقديم عرض، أو إذا كان المسؤول غير مؤمن عليه، فإن المكتب الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع تعويض للمضرور، ويحتفظ بحقه في الرجوع على المسؤول أو على مؤمّنه، طبقا لما جاء في المادة L1142-1 من قانون الصحة العامة.

وعندما تقرر اللجنة بأن الأضرار قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، يجب تبليغ الرأي الصادر عنها إلى المكتب الوطني للتعويض الذي يجب عليه أن يدفع التعويض طبقا للإجراءات نفسها المطبقة على المؤمن والمشار إليها وفق ما جاء في المادة L1142-17 من قانون الصحة العامة.

ثالثا: الطعن برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض[1] (CRCI)

أناطت المادة L1142-14 فقرة 8 من ق.ص.ع.ف، للمضرور حق رفض الرأي الصادر عن اللجنة الجهوية، وعليه في مثل هذه الحال أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض أمام الجهة القضائية المختصة، وبالمقابل لا يمكن لمؤمّن المسؤول عن الضرر أو الصندوق الوطني للتضامن أن يعترضا على هذا القرار إلاّ بعد دفع التعويض للمضرور، وبعد ذلك يكون الاعتراض بموجب دعوى الحلول[2] action subrogatoire، وإذا كان المؤمّن يعتقد أن مسؤولية المؤمّن عليه غير متحقّقة، فإنّه يحق له أن يحلّ محل هذا الأخير، فيرفع الدعوى على الغير المسؤول عن الضرر، أو على الصندوق الوطني للتضامن حسب الحال للمطالبة بالتعويض الذي دفعه للمضرور، وطبقا للمادة L1142-17 فقرة 7 من قانون الصحة العامة يحق للصندوق الوطني للتضامن، الرجوع على المسؤول عن الضرر سواء كان أحد ممتهني

[1] فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع السابق ص151-153.

[2] فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المرجع نفسه ص 152.

الصحة، أو مؤسسة صحية أو منتج المنتجات الصحية، إذا كان يرى خلافا لرأي اللجنة أنّ مسؤوليته متحققة نتيجة لتوافر أركانها.

ولو انّ المشرع الجزائري، لم يسعفه الحظ الى حدّ ما، ليقتدي بالمشرع الفرنسي في هذا الشأن، وفي محاولة منه لسد النقص التشريعي المتعلقة بتعويض الحوادث الطبية وإنتانات المستشفيات وغيرها من الإصابات في حالة انتفاء خطأ الطبيب أو المستشفى، اكتفى في المـــــادة 140 مكرر 1[1] من ق.م.ج بالإشـــــارة إلى تكفّل الدولة بتعويض المضرور عن الضرر الجسماني اللاّحق به في حالة انعدام المسؤول، ولم يكن للمضرور أي يد في الضرر اللاحق به.

وحبذا لو أن المشرع الجزائري أنشأ على غرار المشرع الفرنســـي، الصنـدوق الذي يتكفل بتعويض المضرور في حالة انعدام المسؤولية لانتفاء الخطأ الطبي، كما فعله بالنسبة لحوادث المرور.

ملخص الباب الأول

لقد كشفت النظرية التقليدية، عيوب نظرية الخطأ، فبيّنت عجزها ولا عدالتها في الكثير من قضايا المسؤولية المدنية في العصر الحديث، فصعوبة إثبات الخطأ وعجزه على التكفل بالضحايا والمضرورين، وسّع من دائرة منتقديها بل وشجع على ظهور نظريات أخرى تدعو إلى هجرها في الحوادث المختلفة، لهذا سعى الفقه والقضاء بل والتشريع كذلك إلى التخفيف من حدّة المسؤولية القائمة على الخطأ، على نحو ما اوضحنا آنفا، سواء بافتراضه أو حتى افتراض المسؤولية ذاتها أحيانا، أو من خلال إقامة المسؤولية على أساس آخر غير الخطأ مهما كانت مسمياته، كنظرية تبعة المخاطر واستحداثها أو الضمان أو العدالة أو التضامن.

[1] المادة 140 مكرر 1:" إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

من جانب المشرع الجزائري، كما اوضحنا آنفا ورغم تمسكه بفكرة الخطأ من خلال المادة 124، غير انّ إلغائه للفقرة الثانية من المادة 125 والتّي كانت تعتبر أهم تطبيقات المسؤولية غير الخطئية في القانون الجزائري، و من خلال تعديله لبعض النصوص التّي تمّ إدخالها على نصوص المواد 134 الخاصّة بمسؤولية متولى الرقابة، وكذا المواد 136-137 مدني الخاصّة بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، أو من خلال استحداثه نصوصا تتضمن مسؤوليات جديدة لم تكن موجودة من قبل، ونخصّ هنا بالذكر مسؤولية المنتج التّي نص عليها في المادّة 140 مكرر، ومسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الجسمانية، المادة 140 مكرر1، يتبـيّن انّه سلك منحا معاكسا تماما لفكرة المسؤولية القائمة على الخطأ، مكرّسا لمسؤوليات ليست على أساس الخطأ، بل على أساس جديد هو المسؤولية الموضوعية غير الخطئية.

الباب الثاني

أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

من أبجديات قانون العقوبات أن الشخص تنعقد مسؤوليته بصفة عامة نتيجة إخلاله أو عدم امتثاله لأوامر القانون الوضعي، وذلك بإتيانه لعمل مجرّم أو الامتناع عن فعل أمر به القانون. على هذا الأساس، يجد الشخص نفسه معرضا للعقوبة الجنائية التي تتناسب مع الجرم المرتكب، بعد تحريك الدعوى العمومية

على ضوء ذلك، فانّ الطبيب لا يكون مسؤولا عن جريمة معينة إلاّ إذا كان قد تسبّب ماديا في حدوثها ويكون متمتّعا بالأهلية المطلوبة لتحمّل التّبعة والمتمثلة في عنصري الإدراك والتمييز، اثناء ارتكابه لهذه الجريمة إمّا عمدا او خطأ، ولا يتطلب القانون في ذلك أن يترتّب ضرر للمريض، بل حتّى ولو رضي هذا الأخير بذلك، وأحيانا بمجرد الشروع فيها. فإذا كان الضرر ضروري لقيام المسؤولية المدنية، فإنّ هذا العنصر ليس ضروريا دائما لقيام المسؤولية الجزائية مثلما سنبيّن ذلك لاحقا في 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 مجرّم ومعاقب عليه، أو الامتناع عن فعل يشكّل مخالفة للقواعد والأحكام التي قررتها التشريعات[1].

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 تترتّب عليها قيام مسؤوليته الجزائية في حالة توافر أركانها.

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

[1] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002، ص 58.

بالقانون وتسمى القصد الجنائي، والثانية صورة الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد وتسمّى 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)

إنّ الخطأ كركن في الجرائم غير العمدية قد يقع بفعل ايجابي او سلبي، وعليه فمن يفضي سلوكه إلى نتيجة إجرامية يكون مسؤولا عنها، إذا ثبت أن سلوكه يحمل معنى تجاوز واجبات الحيطة والحذر، حتىّ ولو أنّه لم يتوقع النتيجة الإجرامية متى كان بوسعه توقعها وهذا ما يوضح الفرق بين الخطأ والعمد في القصد 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 ان نشير الى انّنا سنستبعد التعرّض لركني الضرر وعلاقة السببية في هذا الفصل تفاديا للتكرار، باعتبار سبق بحثهما آنفا في الفصل الثاني من الباب الأول، غير انّ ذلك لا يحول دون توضيح أكثر لركن الخطأ، والمقصود هنا هو الخطأ الجنائي تمييزا له عن الخطأ المدني سالف الذكر في الفصل الثاني من الباب الأول.

وهذا ما سنحاول بحثه في مبحثين، نتطرق في المبحث الأول للخطأ غير العمدي، من خلال صوره وانواعه، 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 إمّا عمدية تقوم على توافر القصد الجنائي أو غير عمدية تقوم على الخطأ غير العمدي[1] في صوره المختلفة.

ففي القصد الجنائي كما سبق وان أشرنا، انّ الإرادة تسيطر على ماديات السلوك وتسعى لتحقيق النتيجة التي تتوقعها وترغب فيها، أي بمعنى آخر يستلزم أن تتّجه الإرادة إلى الفعل المجرّم والمعاقب عليه والى تحقيق النتيجة، بينما في الخطأ، فهي تلك الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد، دون ان تسعى لها.

على هذا الأساس، فإنّ ما يميز الجريمة المقصودة هو أنّه في الحالة الأولى يخرج السلوك الإجرامي إلى حيز الوجود مصحوبا بعلم من الفاعل وإرادته، أما في الحالة الثانية فإنّ السلوك الجرمي يقع نتيجة خطأ ارتكبه الفاعل دون إرادة في ارتكاب الفعل ولا إرادة في تحقيق النتيجة. والمقصود بالخطأ هنا هو الخطأ غير المقصود في احدى الصور المنصوص عليها في المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري، إذ أن الجريمة القصدية أيضا تقوم على عنصر الخطأ، لكن هذا الخطأ يكون عن قصد.

انّ الخطأ الجزائي غير العمدي المتمثّل في القتل او الجرح الخطأ المشار اليه في المواد 288، 289، يختلف بين اليسر والحدّة والفظاعة، حسب كل صورة، وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما عدّد صوره المختلفة في المادة 288 المتعلقة بالقتل الخطأ، اذ انّ لكل صورة معنى كما أسلفنا آنفا.

[1] أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 17، منشورات برتي، دار النجاح، دالي إبراهيم، الجزائر،2022، ص148.

وغني عن البيان، انّه خلافا لما هو عليه الامر في المدني، فإنّ القانون الجزائي ووفقا لمبدأ الشرعية يلزم القاضي بأن يحدّد الخطأ بدقة عالية، لأنّ لكل صورة من صور الخطأ معنى خاص يختلف عن الصورة الأخرى، وقلّما يهتدي فيها القاضي الى الصواب، فما يعتبره خطأ في رأيه قد لا يكون كذلك في رأي اهله من الأطباء، وقد يتبيّن له بانّ ذلك لا يمثل خطأ، بينما هو خطأ فادح، بل خطأ جسيما[1] عند اهله، ومن ثمّ لا مفرّ من اللجوء الى الخبرة[2]، وهذا لا ينقص من قيمة القاضي شيئا وإنّما يزيد منها، بحرصه وسعيه للوصول الى الحقيقة.

ومهما يكن من أمر، فإنّ إلحاق أي ضرر بالسلامة الجسدية للشخص يقيم المسؤولية الجزائية عبر مختلف مراحل التدخل الطبي كالفحص والتشخيص والعلاج، غير انّنا قبل الولوج الى ذلك سنحاول تبيان معنى القصد العمدي والخطأ، والآثار القانونية المترتبة عن ذلك التمييز والاختلاف بينهما لما لذلك من أهمية بالغة في وصف الجريمة والجزاء (مطلب اول)، ثم نبيّن صور الخطأ وانواعه في (مطلب ثاني).

المطلب الأول

أهمية وآثار التمييز بين القصد العمدي والخطأ

إذا كان الركن المعنوي في الجرائم العمدية يتمثل في القصد الجنائي، الذي يتمثل في العلم بعناصر الجريمة وإرادة ارتكابها[3]، فإنّه يتخذ في الجرائم غير العمدية صورة ثانية أقل خطورة والمتمثلة في الخطأ الجزائي أو غير العمدي والذّي يكون إما عن طريق سلوك

[1] رغم انّ بعض الفقه، ومنه الفقيه Jean Penneau، يؤكد على عدم أهمية التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير وانّ كلاهما يقيم المسؤولية

[2] الخبرة الطبية منصوص عليها في المواد من 143الى 156 من قانون الإجراءات الجزائية رقم 155/66، ج. ر، عدد 48 بتاريخ 1966/06/10.

[3] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المرجع السابق، ص231.

إيجابي بالقيام بفعل إجرامي تنتج عليه آثار لم يكن يتوقعها الفاعل عند ارتكابه لذلك الفعل، وإمـــا عن طريق سلوك سلبي بالامتناع عن القيـــام بواجب أو التزام يفرضه القانون فيؤدي ذلك إلى وقوع نتيجة ضارة[1].

والمشرّع الجزائري لم يعرف الخطأ الجزائي، وإنّما اكتفى باستعمال بعض التعابير في بعض الجرائم للدلالة عليه، كعبارة "قتل خطأ" الواردة في نصّ المادة 288 من قانون العقوبات، بالنسبة لجريمة القتل الخطأ، وعبارة "نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط" إصابة أو جرح الواردة في نص المادتين 289 من قانون العقوبات، وعبارة "بغير قصد" المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 442 من نفس القانون، بالنسبة للجرح الخطأ.

وعموما يمكن تعريف الخطأ الجزائي على أنّه قيام الشخص بتصرّف لا يتفق والحيطة التّي تقتضي بها ظروف الحياة العادية، فهو بذلك عيب يشوب مسلك الإنسان، لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالشخص المسؤول.

كمالا يتطلب القانون أن يقع الخطأ غير العمدي بجميع صوره، بل يكفي لتحقيق الجريمة أن تتوافر صورة واحدة منه فقط، إلاّ انّ 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.

في هذا الإطار، أشار المشرع الجزائري في قانون العقوبات المشار اليه أعلاه، في المادة 288 المتعلقة بالقتل الخطأ[2] والعقوبة المقررة له، لمختلف صور الخطأ غير العمدي، على

[1] سعيد بوعلي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الرابعة، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2021، ص50.

[2] 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 استنادا لتقرير الخبرة واعترافات المتهم الذي أمر بتجريع دواء غير لائق بصحة المريض (غ.ج.م. 1995/05/30، ملف 118720، المجلة القضائية 1996/2).

سبيل الحصر لا المثال، ولكل صورة معنى. والملاحظ انّ تلك الصور تستوعب جلّ الأخطـــاء التي تقع عـــادة في الحيـــاة اليومية، حيث تنص على انّ:" 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 100000دج".

امّا في حالة الخطأ المؤدي الى الجرح او المرض، والمترتّب عنه عجز كلي عن العمل لمدّة تجاوز ثلاثة أشهر، فتنص المادة 289 من ذات القانون على انّه: " إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح او مرض ادّى الى العجز الكلي عن العمل لمدّة 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 والخطأ

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 يقرّره 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 المترتّبة 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 إيجابية بإتيان فعل جرمه القانون أو سلبية بالامتناع عن فعل أوجبه القانون، بل وفي جرائم أخري يعاقب حتّى بمجرد الشروع في الجريمة دون اكتمالها وسنحاول توضيح ذلك.

أولا: مفهوم القصد الجنائي (العمد)

في هذا الصدد نشير الى انّ قانون العقوبات قد أشار في كثير من مواده إلى القصد الجنائي دون أن يعرّفه لأنه حالة نفسية داخلية وترك مسؤولية تعريفه للفقه الذي اختلف هو الآخر في تعريفه، حيث ظهرت عدة تعريفات، فعرّفه الفقيه "نورمان " القصد الجنائي على أنّه علم الجاني بأن يقوم مختارا بارتكاب الفعل الموصوف جريمة في القانون، وعلمه أنّه بذلك يخالف أوامره ونواهيه. كما عرّفه جارو بأنّه " إرادة الخروج عن القانون بعمل أو امتناع أو هو إرادة الإضرار بمصلحة يحميها القانون الذي يفترض العلم به عند الفاعل"[1].

ثانيا: عناصر القصد الجنائي

تتمثل عناصر القصد الجنائي من جهة، **في** علم الجاني بالقانون وبالواقعة الإجرامية ومن جهة أخرى في اتجاه إرادته لتحقيق النتيجة.

1. عنصر العلم في القصد الجنائي

العلم هو إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع، أي أنّ العلم يرسم للإرادة اتجاهها ويعين حدودها في تحقيق الواقعة الإجرامية، وعلى هذا فالعلم شرط لتوافر القصد الجنائي، والعكس فالجهل أو الخطأ يؤدي إلى انتفائه، ويتحقق علم الجاني بالوقائع الإجرامية مثلا في العلم بالحق او المصلحة المعتدى عليها، او ببعض صفات المجني عليه فإذا قام

[1] سعيد بوعلي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الرابعة، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2021، ص50.

طبيب بأعمال تسبّبت في إجهاض امرأة وهو لا يدري أنّها حامل، فلا يسأل عن جريمة عمدية لانتفاء القصد الجنائي على أساس علمه بحملها، واتجاه ارادته إلى تحقيق نتيجة وخروجه عن القانون، لأنّ توقع النتيجة أمر مطلوب للقول بتوافر القصد الجنائي والغلط في النتيجة ينفي القصد الجنائي أحيانا.

والأصل أن يحيط علم الجاني بكل الوقائع التّي يتطلبها القانون لقيام الجريمة، فلا يقتصر الأمر على العناصر السابقة على السلوك، وإنّما يمتد ليشمل العناصر اللّاحقة والمعاصرة للفعل، طالما كانت ضرورية للتكوين القانوني للواقعة. والوقائع التّي تدخل في تكوين الجريمة، والتّي يتطلب المشرع علم الجاني بها هي:

أ. موضوع الحق المعتدى عليه: لقيام القصد الجنائي وجب أن يكون الجاني، على علم بموضوع الحق الذّي يعتدي عليه. ففي جريمة القتل مثلا يتطلب القصد أن يكون الجاني، على علم بأنّه يعتدي على إنسان حي. وفي جريمة السرقة يجب أن يعلم بأن المال مملوك للغير. فإذا كان الجاني يجهل هذه الحقائق انتفى القصد.

ب. العلم بخطورة الفعل على المصلحة المحمية قانونا: إذا اعتقد الجاني أن فعله، لا يكون خطرا على المصلحة المحمية قانونا، ثم قام بفعله على هذا الأساس، فإنّ فعله الضار لا يعد جريمة عمدية، إذ ينتفي القصد لديه.

ج. العلم بمكان وزمان ارتكاب الفعل: الأصل أن القانون يجرم الفعل في أي مكان وقع، أو في أي زمان حدث، غير انّ القانون اشترط في بعض الجرائم، أن ترتكب في مكان محدّد، كجرائم الإجهاض في الخفاء، والامتناع عن تقديم المساعدة لشخص وجد في مكان وزمان الحاجة للمساعدة، كما اشترط القانون على بعض الجرائم، أن تتم في زمان محدد كالجرائم التي ترتكب في زمن الحرب (المادة 62 و73 من قانون العقوبات الجزائري). وقد يجتمع الشرطان معا وفي نفس الواقعة.

د. العلم ببعض الصفات في الجاني أو المجني عليه: قد يتطلب المشرع صفة معينة في الجاني أو المجني عليه. كما يقتضي أن يعلم الجاني بهذه الصفات، كي يقوم

القصد في الجريمة المرتكبة. ومن صفات الخاصة في الجاني، أن تعلم المرأة التّي تحاول إجهاض نفسها بأنّها حامل، فإذا قامت المرأة بأعمال أجهضتها، وهي لا تعلم أنها حامل لا ترتكب جريمة عمدية، أي ينتفي قصدها الجنائي[1].

2. عنصر الإرادة

هي ذلك النشاط النفسي الذي يصدر عن وعي وإدراك، بهدف بلوغ هدف معين وتوجّه الإرادة لتحقيق الجريمة، يبدو واضحا بالنسبة للجرائم الشكلية التي تقوم بمجرد السلوك المادي المحض، ففي توجهّها يكفي ذلك للقول بأنّها تسيطر على ماديات الجريمة الشكلية، أمّا بالنسبة للجرائم غير الشكلية، فانّ 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.**

كما لا يتحقق القصد الجنائي بمجرد العلم بعناصر الواقعة الإجرامية، وإنّما يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك وإلى النتيجة أيضا، إذا كان القانون يشترط لقيام الجريمة حدوث نتيجة معينة. وقد عرفت الإرادة بأنّها نشاط نفسي، اتجه إلى تحقيق غرض عن طريق وسيلة معينة[2].

على ذلك فإن إرادة السلوك تتحقق في الجرائم ذات النتيجة، عن طريق بذل الجاني جهده في وضع ما استقر عليه عزمه، موضع التنفيذ إلى غاية تحقيق النتيجة الإجرامية.

وبذلك تحتل الإرادة أهمية كبيرة في القانون الجنائي، فلا شأن لهذا الأخير بالأفعال غير الإرادية. والإرادة ليست الرغبة، فالأخيرة تعني الاشتهاء المجرد والتمني، وليس من وظائفها

[1] عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم العام"، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 251-252.

[2] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1977، ص 123.

السيطرة على الحركان العضوية للجاني أو توجيه سلوكه. والقصد الجنائي يتطلب الإرادة لا الرغبة، وكمثال على تحقق الرغبة أن يتمنى أحدهم الموت لآخر، فيغريه بالسفر إلى مكان غير آمن، فيسافر فعلا ويلقى حتفه. فيقول البعض عن هذا أن إرادة إحداث الوفاة لم تتوفر لديه، لأنّه لم يكن مسيطرا بإرادته على سبيل تحقق النتيجة، وإنّها توافرت لديه الرغبة في حدوث الوفاة، وهي غير كافية تماما لتوافر القصد الجنائي[1].

ثالثا: 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 فانّ 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 اجل مقابل مادي، أمّا لو كان هو المتسبّب في الحمل فالقصد هنا خاص وهو من أجل ستر الفضيحة.

2. القصد الخاص

قد يعتد المشرع أحيانا، في بعض الجرائم بالغاية من ارتكاب الجريمة حتىّ يتكون ركن القصد الجنائي المطلوب فيها، وهو ما يسمّى بالقصد الجنائي الخاص، إلى جـانب القصد

[1] شهاب باسم، مبادئ القسم العام لقانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 114.

الجنائي العام، الذي لا يختلف في الجريمة الواحدة.

من جانب آخر فانّ الغاية تختلف، فقد يكون القتل الرحيم مثلا لشخص ما من طرف طبيب، من أجل الاستيلاء على تركته، أو من أجل انتزاع عضو من أعضائه، لأجل زراعته لأحد اقرباءه، أو كالطبيب 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، فانّه معاقب عليه بعقوبة الفعل إلاّ إذا توافرت أسباب وشروط الامتناع القانونية، فالطبيب الذي يمتنع عن ربط الحبل السرّي 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:

أولا: عدم إمكان تصور الشروع[1] في جرائم الخطأ، لأنّ الشروع في الجريمة يستلزم توافر القصد –المتخلف في الجرائم غير العمدية –في إتمام تلك الجريمة بكافة أركانها رغم انّ الشروع يظل معاقب عليه وبصفة مطلقة حسب المادة 30[2] من قانون العقوبات سالف الذكر.

[1] سعيد بوعلي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الرابعة، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2021، ص50

[2] المادة 30 من قانون العقوبات:" كل المحاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لُبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلّا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتّى ولو لم يكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادّي يجهله مرتكبها" أمّا المحاولة في الجنحة أو في المخالفة تنّص المادة 31 من ذات القانون:" المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلّا بناءا على نص صريح، والمحاولة في المخالفة لا يعاقب عليها إطلاقا".

ثانيا: عدم تصور الاشتراك في جرائم الخطأ، لأنّ الاشتراك في الجريمة يكون بالمساعدة طبقا لأحكام المادة 42 من ق.ع.ج، وهو ما يستلزم توافر القصد الجنائي 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 مخطئا أصليا ويجب إثبات خطأ كل منهما مستقلا عن الآخر كمسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه.

ثالثا: لا وجه لقيام الظرف المشدد لاستحالة تصوره او افتراضه، فلا سبق إصرار ولا ترصّد في جريمة القتل الخطأ[1].

وبالعكس من ذلك، يمكن ان يستفيد الجاني من الظروف المخفّفة حسب ما نصت عليه المادة 53 في فقراتها 1،2،3،4،6 على التوالي، ومردّ ذلك انتفاء القصد الجنائي في جرائم الخطأ.

المطلب الثاني

قيام مسؤولية الطبيب في حالة الخطأ

تنقسم الجرائم بحسب ركنها المعنوي الى جرائم عمدية وغير عمدية، فالجرائم غير العمدية هي التي تتجه فيها إرادة الطبيب الجاني الى ارتكاب فعل او الامتناع عن فعل دون ان يقصد من وراء ذلك تحقيق النتيجة، غي انّ هذه الأخيرة قد تتحقق بسبب خطأ صادر من الجاني نفسه في صورة من الصور المختلفة التي عددّها المشرع في المادة 288، جاء كما أسلفنا على سبيل الحصر، وافترض المشرع الخطأ في بعض صورها، اضف الى ذلك الأخذ بصورتين فقط للخطأ غير العمدي في المادة 289 وهما الرعونة وعدم الاحتياط لانّهما لا يؤديان حتما الى القتل، بل يترتّب عنهما آثار الجرح والعجز، وهنا الخطأ مفترض فيهما كقرينة قانونية في هذه الحالة، و من ثمّ فلا مجال للبحث عن علاقة السببية مثلما

[1] إبراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، بدون سنة، ص 114.

اكّدته المحكمة العليا: " كل حادث يقع قرب مدرسة، يتحمّل مسؤوليته السائق لكون الطفل غير قادر على التفكير وتوقع نتائج تصرفه"[1].

في حين أوردت المادة 290 ظرف مشدّد للعقوبة، ككون الجاني في حالة سكر او محاولة التهرب من المسؤولية، امّا 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، أضف 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، فانّ الفقهاء يميزون بين صور الخطأ المذكورة في المادة 288 سالفة الذكر وسنجري فيما يلي توضيح بسيط لكل صورة من الصور وآراء الفقه منها والوقوف على أهمية ذلك في الحياة العملية.

الفرع الأول

صور الخطأ غير العمدي

نصت **المادة "288"** من قانون العقوبات[2] 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 او مرض ادّى الى العجز الكلي عن العمل لمدّة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب

[1] أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 17، منشورات برتي، دار النجاح، دالي إبراهيم، الجزائر،2022، ص 150.

[2] الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، مؤرخ في 1966/06/08 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 1966/06/11، المعدل والمتمم.

الجاني بالحبس من شهرين الى سنتين وبغرامة من 500 الى 15000 د.ج، او بإحدى هاتين العقوبتين. "

أولا: صور الخطأ

تجلّت 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، 222/19 الى 222/21 من القانون الفرنسي، وممّا تجدر الإشارة اليه وكما يبدو انّ هذه الصور المتعددة للخطأ غير العمدي، جاءت على سبيل الحصر في المادة 288 المذكورة أعلاه ومنها:

1. الرعونة

هي الصورة التي يسميها الفقه "بالخطأ الفني" ويقصد بها ذلك التصرف الذي يحمل في طياته سوء التقدير أو الطيش أو نقص الدراية لمباشرة العمل او عدم اتّباع الأصول والقواعد الطبية الحديثة والمستقرّة بين اهل المهنة، كالطبيب الذي يجري عملية جراحية دون الاستعانة بطبيب التخدير، فهنا تنطبق عليه احكام المادة 288 من قانون العقوبات المذكورة أعلاه والخاصة بالقتل غير العمدي، ولو حتّى مع وجود عقد بينه وبين المريض، فالرعونة هي تلك الخفة في عمل ما يتعين على فاعله أن يكون على علم به.

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

الإهمـــال وعدم الانتباه هما صورتان متقاربتان تنصرفان 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[1]، او نسيان قطعة قماش او ضمادة داخل بطن المريض او 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 مشدّد فقد يرى المشرع أن سلوكا معينا 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[2] والثانية هي النتيجة الإجرامية التي آل إليها عمل الجاني[3] ، ومثال ذلك عدم تحرير الوصفة الطبية بوضوح وتعيين جرعة الدواء ومقداره ، يعدّ في حد ذاته خطأ ناتج عن عدم مراعاة اللوائح والقوانين مثلما نصت عليه المادة 47 من قانون276/92[4] بقولها :" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرّر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا ".

فعدم تحرير الوصفة الطبية حسب القوانين والأنظمة يرتّب المسؤولية حتى بدون ضرر المريض، أمّا إذا تسبب ذلك في وفاته فيسأل الطبيب عن جريمتين.

---

[1] طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 45.

[2] منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات، مصر، 1989، ص 29.

[3] عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 273.

[4] مرسوم تنفيذي رقم 92 / 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

ثانيا: المعيار الشخصي والموضوعي لمرتكب الخطأ

إن المتفحص لنص المادة 288 السالفة الذكر يجد أنّها عدّدت كل صور الخطأ كالرعونة وعدم 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 والى 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 مخطئا[1] 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[2] 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 لمساءلة المتهم وفي حالة العكس فإن المتهم عندئذ يعد مهملا ويسأل عن جريمته.

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في **مادته 172** من القانون المدني وهو الغالب فقها وقضاء لكونه الأنسب[3]. إذ أن المعيار الشخصي يجعل مساءلة الشخص الحذر لمجرد

[1] منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص 52.

[2] منصور عمر المعايطة، المرجع نفسه، 52.

[3] طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 19.

هفوة بسيطة في حين يفلت الشخص معتاد التقصير من المساءلة.

الفرع الثاني

أنواع الخطأ

للخطأ عدة تقسيمات وأنواع، وجلّ الفقهاء يميزون بين أنواع الخطأ وسنجري فيما يلي مقارنة بسيطة بين هذه الأخطاء لتوضيح آراء الفقه حول هذه التفرقة والوقوف على أهمية ذلك في الحياة العملية.

فهناك عدة أنواع للخطأ منها الخطأ الجسيم والخطأ اليسير والخطأ الجنائي والخطأ المدني وهناك الخطأ المادي والخطأ الفني.

أولا: 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 تطبيقيه في نطاق القانون المدني لأنّه لا يصلح لترتيب المسؤولية الجزائية بالنظر لتفاهته. وانتقد هذا الرأي على أنّه إذا أخذنا بهذا التقسيم فإنّه 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.

وأمام غياب نص جنائي يؤيد هذا التمييز، وصعوبة التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير والافتقار إلى معيار يميز بينهما، فقد هجر الفقه والقضاء هذا التقسيم إذ اعتبر القانون كل من أخطأ عدّ مسؤولا ولو كان خطؤه يسيرا[1].

أمّا المشرع الجزائري فلم يتناول التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير وترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية.

[1] 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 أعتمد على التفريق بين الخطأين على أساس الجسامة، فكلّما كان الخطأ جسيما كان خطأ جنائيا ورتب المسؤولية الجزائية وكلّما كان يسيرا عدّ خطأ مدنيا ورتب المسؤولية المدنية، وقد سبق أن تناولنا النقد الموجه لهذا الرأي آنفا، وتمّ رفض الأخذ به[1] اذ 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[2].

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[3]" 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 أنّ انفراد بعض الطوائف الاجتماعية بمهن معينة يطرح التساؤل عن إمكـــانية تطبيق قواعد الخطأ الفني عليهم في حـــالة اقتراف أحدهم لخطأ يتعلق بمهنته.

---

[1] عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 283.

[2] أمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم المرجع السابق.

[3] عبد الله سليمان، المرجع نفسه، ص 280.

إنّ الرأي السائد فقها وقضاء ينفي التفرقة بين الخطأ المادي والفني، كما أنّ المشرع الجزائري لم يفرق بين الخطأين إذ يكتفي القانون بإثبات الخطأ كركن حتّى يتحمل الجاني تبعة عمله وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك بتشديد أو تخفيف العقوبة.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ 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 إلاّ استثناء كحالة الضرورة[1]، 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 الصحة[2] عقوبة الخطأ المهني المرتكب من الطبيب إلى القواعد العامة لقانون العقوبات، حيث تنص المادة 413 منه على انّه:" باستثناء الضرورة الطبية المبرّرة، يعاقب طبقا لأحكام المواد288 و289 و442 الفقرة 2 من قانون العقوبات، كل مهني الصحة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تمّ اثباته، يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرّض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

فالمادة المشار اليها أعلاه، تميز بين الخطأ المهني والتقصير رغم أنّ 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 انّه إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر، يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية التي هي من

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 198.

[2] قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

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 المستنير 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، او اعفاء شخص من الخدمة الوطنية، او من ممارسة الريضة، 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 تبنى عليه المراحل اللاّحقة حيث يتعرف الطبيب من خلاله على حالة المريض الصحية وسوابقه الوراثية وتأثيرات المرض عليه بملاحظة العلامات والدلائل الظاهرية، والاستفسار عمّا يحس به المريض بطرح الأسئلة

عليه أو استعمال السماعة الطبية وجهاز قياس ضغط الدم والهدف من كل هذا تجميع هذه الأعراض "**الإكلينيكية**" من أجل تشخيص المرض.

لقد استقرّ القضاء الفرنسي على أنّ إهمال هذه الفحوص يشكل خطأ من جانب الطبيب يقيم مسؤوليته[1] أمّا بالنسبة للفحوص التكميلية فقد تردّد القضاء في مدى إقرار المسؤولية عن إهمالها أو نفيها إلاّ إذا كانت محل إجماع طبي وعلمي ثابت وبدونها يستحيل التشخيص[2].

من جهة الاجتهـــاد الحديـــث في لبنـــان، قضت محكمة التمييـــز في حكم حديث جدا لها:" بأن المدعى عليه الطبيب بصفته مسؤولا عن بنك الدم في المستشفى، قد أوكل إلى المدعي عليها بإجراء الفحوصات المخبرية على عينات الدم، وهو عالم بأنها غير مجازة علميا للقيام بمثل هذه الفحوصات، يكون قد ساهم عن إهمال وقلة احتراز ونتيجة مخالفة القوانين والأنظمة في الإيذاء الذي لحق بالرقيب الأول".[3]

الفرع الثاني

أخطاء التشخيص

تأتي مرحلة التشخيص عقب مرحلة الفحص ويقوم به أي طبيب عاما أو متخصصا بوصف العلة بناء على الأعراض "**الإكلينيكية**" أو بعد إجراء التحاليل أو الأشعة.

فالتشخيص ما هو إلاّ استنتاج علمي وعقلي، لنتيجة معينة حول الحالة الصحية للمريض من خلال التقويم الفني لأعراض وعوامل وحقائق بشأن حالة المريض[4] وتحديد طبيعتها تمهيدا للعلاج المناسب.

---

[1] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 84.

[2] محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص 84-85.

[3] محمد يوسف ياسين المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، قانونا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 22، 24.

[4] بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 182.

كمـــا يتميز التشخيص الطبي ببعض الخصـــائص، فهو لا يرتكز على العلم فقط ولكن أيضا على الخبرة والفطنة وقدرة الاستنتاج وبهذا لا يملك الأطباء هذه السمات بمقدار متماثل مما يسبب ارتكاب الأخطاء[1].

على ضوء ما سبق، 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 تسّرع، قد يوقع الطبيب في خطأ التشخيص، فعلى هذا الأخير –عند الاقتضاء– اللّجوء الى اجراء اشعة، وغيرها من المستحدثات التي أوجدها التطور والعلمـــي كالمنـــاظر الطبيـعية، والموجـــات فوق الصوتية، على انّ استخـــدام ذلك لا يكـــون إلاّ في حـــــالة الشك في التشخيـــــص للتحقق من الحـــــالة 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[2] 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 أنّه إذا استلزم الأمر الاستعانة بأخصائي أو زميل آخر يستكمل فحصه الدقيق.

على ذلك الأساس، 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 التشـــاور مع زملائه والإخصائيين في الحـــالات المستعصية وذلك بقولها " يجب على الطيب او جراح الاسنان ان يقترح استشارة طبية

[1] محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي إمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص 08.
[2] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 137.

مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك..."[1]، وقد سار القضاء الفرنسي على هذا النهج فأوجب ضرورة إجراء الطبيب التشاور الطبي مع زملائه والأخصائيين في الحالات المستعصية وخاصة إذا كان يقوم بالعلاج ممارسا عاما[2].

بل ذهب إلى أبعد من ذلك، فقضى بمساءلة طبيب، كان قد استعان بممارس عام بدلا من أخصائي، وقد أيّدت محكمة النقض الفرنسية الحكم الصادر بإدانة طبيب والذي استعان بصديق له في توليد سيدة، وقد أجمع كل من الطبيبين على قرار يقضي بمباشرة عملية التوليد بواسطة جهاز التوسعة forceps لفرج المرأة لإخراج المولود، ممّا ألحق أضرار 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، وأنّ وجود أخصّائي في مثل هذه الحالة، كان من شأنه تجنيب مثل هذا الخطأ[3].

ومهما يكن من امر، 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[4].

أولا: حالة الخطأ العلمي

غالبا ما يتمثل الخطأ العلمي في تغليب الطبيب لرأي علمي على آخر، فإن أخطأ فلا مسؤولية عليه مادام هذا الرأي هو علمي معتمد غير انّه مختلف فيه، ومن أشهر القضايا قضية أستاذ أمراض النساء في جامعة باريس، حيث تقدمت إليه امرأة تشكو من ألم في

[1] طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 25-166.

[2] 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، ص 43.

[3] محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 16.

[4] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف، العربية للعلوم السعودية، 2004، ص 67.

أسفل البطن مما جعله يشخص هذا المرض على أنّه ورم في المبيض وعالجها على هذا الأساس وبعد مدّة وضعت المرأة مولودا ولما عرض الأمر على القضاء الفرنسي لم يعتبر هذا الخطأ أساسا للمسؤولية، وردّ أنّ الطبيب يحاسب علـــى الجهل بأصول المهنة لا على أساس الاجتهاد العلمي بحكم التقنيات المتوفرة آنذاك للتشخيص[1].

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[2].

وفي هذا الصدد قضت محكمة "**الســـاين La seine**" بفرنســا، في قرار لهـــا صـــادر بتاريخ 1934/01/13 بأنّه في حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من المرض وإلا كان الطبيب مهملا إهمالا يحاسب عليه[3].

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 ".

لكن رغم ذلك، ففي حالة الاستعجال لإنقاذ مريض فإنّ الطبيب غير ملزم بنتائج التحاليل وصور الأشعة لطول مدّة انتظارها ولذا يرجع له القرار في هذه الحالة، لأنّ فن الطب تخميني في غالب الأحيان، يعتمد على قوة الملاحظة والقدرة على الاستنتاج، وهذه الملكة تختلف من فرد لآخر وبالتالي لا يسأل الطبيب إلاّ عن الجهل الواضح بقواعد وأصول مهنة

[1] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 137-138.

[2] طاهري حسين، المرجع السابق، ص 50.

[3] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 138.

الطب، إذ لا شك أنّه في حالة وجوب إجراء التحاليل وصور الأشعة وأهمل الطبيب ذلك عدّ مرتكبا لخطأ يسأل عنه[1] وعلّة ذلك أنه في عدّة حالات مرضية تتشابه الأعراض، وللتمييز 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[2]. ويثور التساؤل حول إخفاء تشخيص مرض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب من أجل مصلحة المريض النفسية، وهذا ما أجازته المادة **51** من مدونة أخلاقيات الطب.

وغني عن البيان، 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 276/92.

[1] طاهري حسين، المرجع السابق، ص 24 – 25.

[2] المادة 177 من الأمر رقم58/75، المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 10/05، المؤرخ في 20 /2005/06، الجريدة الرسمية عدد44 بتاريخ 2005/06/26.

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 تنطوي هذه الآلات على مخاطر عديدة وأضرار جسيمة حين عدم مراعاة الحيطة والحذر في استعمالها 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[1].

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 علاجا وفحص بالأشعة، التزم بمراعاة الحرص التام في استعمالها، ودراسة وقراءة نتائجها.

ولذلك قضت إحدى المحاكم بأنّ عدم اكتشاف الكسر في الصورة التي أخذت بالأشعة، لا يمكن أن يحمل إلّا على أحد أمرين كلاهما موجب لمسؤولية الطبيب، فإمّا أن الطبيب أهمل في تحري وجه الدقة في قراءة الصورة، وإمّا أنّه يفتقد إلى الخبرة الفنية اللاّزم 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[2]، فإن الاتجاه الغالب في القضاء الفرنسي، **هو افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر نتيجة استعمال الأشعة**[3].

---

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 205.

[2] أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل ديبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983، ص 213.

[3] طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 156.

على أية حال، فإنّ هذا النوع من الأعمال الفنية المتصل بالفحوص المخبرية واستعمال الأشعة، يكاد يتلاشى فيه عنصر الاحتمال حاليا مع تطور الأجهزة، ولذلك يكون الطبيب المتخصص **فيه ملتزما بتحقيق نتيجة** في مواجهة المريض.

نذكر في هذا الإطار ما قضت به محكمة "بوردو Bordeaux" في حكم صادر بتاريخ "1933/06/07" بمسؤولية الطبيب لأنّه تجاوز الجرعة المسموح بها طبيا عند تسليطه الأشعة من أجل علاج لمريض مصاب بورم سرطاني متسبّبا له في عدّة حروق[1]، رغم انّه في السابق، إذا راعى الطبيب قواعد الحيطة والحذر وبذل عنايته وفق ما تفرضه القواعد والأصول الطبية، فإنّه لا يسأل حتّى ولو نتج عن استعمال الأشعة ضررا للمريض لأنّه 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 كما سبق القول، 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[2].

ومن ثمّ، فإنّ استخدام الأشعة أو غيرها من الأجهزة الطبية 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، لأنّ أي إهمال يقود إلى آثار وخيمة بصحة المريض من جهة ويقيم المسؤولية الجنائية للطبيب من جهة أخرى.

[1] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 276-278.

[2] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص222.

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 تحمّله لنوع وطريقة العلاج، إذ من المستقر عليه أن الطبيب حر في اختيار العلاج المناسب ولا يقيد هذه الحرية إلاّ 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، وأنّ الخطأ المرتكب من طرف المستأنف يتمثل في إخلاله بواجب القيام بالتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمّل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم م.م"[1].

كما أوردت المحكمة العليا حكما آخر قضت فيه: " حيث أنّ المدعى عليه لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية ممّا يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات"[2].

وجاء في قرار آخر: " أن المسؤولية المترتّبة على المستشفى هي تعويض ذوي الضحية طبقا للمادة 124 من ق.م.ج، كما جاء في القرار المستأنف مادام يوجد تهاون وتقصير من

[1] 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.

[2] قرار المحكمة العليا 1995/05/30 ملف رقم 118720، قضية (ك.ج) ضد (ب أ)، م. ق، العدد الثاني، 1996 ص 180.

طرف عمال المستشفى، انجرّ عنه وفاة الضحية"[1].

وهكذا تتابعت الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري[2]، لاسيّما 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، ومن ذلك النص العام الوارد في المادة 124 من القانون المدني الجزائري[3]، والمادتين 353 و413[4] من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر، إضافة إلى نص المادّتين 288 و289 من قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم[5]، وكذلك المواد 14، 17 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري سالف الذكر.

من جانب القضاء في مصر، فإنّ محكمة النقض المصرية قضت " بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب عن خطئه في المعالجة".

الفرع الأول

أخطاء تحرير الوصفة الطبية

إنّ الطبيب له الحرية في اختيار وسائل العلاج، وهي متعددة، جراحية وغير جراحية

---

[1] 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.

[2] 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.

[3] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78 بتاريخ 1975/09/30.

[4] 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 الصّحة، 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".

[5] الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، مؤرخ في 1966/06/08 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 1966/06/11، المعدل والمتمم.

وأشعة، طبقا لنص المادة 11 من مدونة اخلاقيات الطب سالفة الذكر، فقد يختار من أجل العلاج، وفق ما تقتضيه الحالة الصحية للمريض بداية وفي الغالب والشائع في الحالات البسيطة وسيلة تحرير وصفة طبية.

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[1].

في هذا الصدد، يقصد بالوصفة الطبية، تلك التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص وقد أطلقت عليها مدونة أخلاقيات مهنة الطب هذا المصطلح في المادة 11 منها قائلة: " يكون الطبيب وجراح الأسنان حرّين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة المرضية...".

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[2]، يلتزم الطبيب بتحريرها 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

[1] المادة 316 من قانون 11/18 المؤرخ في 2018/07/02 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46، بتاريخ 2018/07/29.

[2] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 92.

الذكر:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا".

ولتفادي الإشكاليات المحتملة الوقوع، نص المشرع الجزائري على توضيح الشكل القانوني والبيانات 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 إلّا البيانات:

- الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات العمل.
- أسماء الزملاء المشتركين.
- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها ".

كمـا أشارت المادة 174 من قانون 11/18[1] على أنّه: " يمكن مهنيي الصحة الممارسين الطبيين المؤهلين لممارسة مهامهم وفي حدود اختصاصاتهم، دون سواهم، وصف اعمال تشخيص وعلاج واستكشاف ومواد صيدلانية، ويجب عليهم السهر على احترام الممارسات الحسنة للوصف".

وغني عن البيان، انّ خلو الوصفة من هذه البيـانات يعيق صرفها، حيث لا يمكن لمن حرّرت له 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 الوصفة المعيبة تحمل مواد مهدئة كما هو الحال في الوقت الراهن إذ قد يكون حامل هذه الوصفة متواطئ مع ممرض أو شخص تابع للطبيب إلّا إذا أثبت المريض سوء نية الطبيب بتعمّده فعل ذلك.

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

وفي هذا الصدد نذكر أن الأخطاء المتعلقة بتحرير الوصفة لا يستهان بها، إذ هناك قضايا منها ما تم تكييفها على أساس القتل الخطأ ومنها الجرح الخطأ ومنها إعطاء مواد ضارة، وكلها نتيجة الإهمال والرعونة أو الجهل العلمي[1] أو عدم احترام القوانين واللوائح.

فقد 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 قضـــاء الرويبة بإدانة طبيب أطفـــال بالحبس لمدة 08 أشهر نافذة لإهماله وعدم حيطته 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.

وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أنه أقام مسؤولية الطبيب عندما أخطأ في تحرير وصفة لمريض بكتابة 25 قطرة بالفرنسية مختصرة " 25GTS " وبخط غير واضح ممّا أدّى بالصيدلي للوقوع في خطأ هو الآخر وصرف الدواء على أســـاس 25 غراما مما نتج عنه وفاة المريضة عقب تناولها لهذه الكمية المفرطة[2].

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 لتفادي هذا الخطأ[3].

[1] محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 46.

[2] محمد سامي الشوا، المرجع نفسه، ص 47.

[3] منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 79.

من جهة أخرى قررت محكمة " سانت كانتان 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[1].

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 كميا 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 فعلا، عندما أعطى للصيدلي صلاحيات عدم تسليم دواء أو مادة صيدلانية مشكوك في وصفها، وهذا ما يسمى بالرقابة البعدية، لكي تتضافر 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 الجراحة نموذجية في هذا المجال، ولا شك في أنّه 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.

[1] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 150.

فالجراحة أحد فروع الطب المتخصص، 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 إلاّ بعد استنفاذ كل طرق العلاج الأخرى، ويجب عليه أن يفحص المريض بدقة وعناية قبل إجراء العملية، اذ له أن يستعين برأي الطبيب المعالج الذي هو استشاري لكي يستأنس برأيه في معرفة حالة المريض. والجراحة كعمل طبي تطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية، أي أنّها التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء الجراحة التجميلية، أين يكون الالتزام بتحقيق نتيجة في حالة تحسين مظهر او شكل لا لهدف علاجي، ولا يمكن للجراح الاحتجاج بأنّ الطبيب المعالج هو الذي أشار عليه بإجراء هذه العملية، لأنّه هو المؤهل علميا وعمليا للفصل فيما إذا كان المريض يحتاج إلى الجراحة أم لا[1]، وبشرط أن تكون حالة المريض غير مستعجلة أو منذرة بما هو أخطر.

كما أنه لا بد من الحصول على رضا المريض المتبصر وشرح وتفصيل العملية الجراحية إلّا 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 لأنّه ترك ضمادة في جسم مريضة تسببت في وفاتها فرأت المحكمة أنّ خطأ الجراح يتعلق بخرق أصول مهنة الجراحة، وأقامت مسؤوليته الجزائية والمدنية في منطوق حكمها الابتدائي الصادر بتاريخ: 03/13 /2001 وحكمت عليه بستة أشهر حبس موقوف النفاذ وتعويض قدره 600.000 دج لأهل المريض[2].

[1] إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، 2003، ص 45.

[2] جريدة الخبر، 2001/03/19، ص 12-13.

كما قضت في هذا الشأن المحكمة العليا بمسؤولية الطبيب عندما اتفق مع المريض لنزع له حصاة من إحدى الكلى غير أنّ الطبيب نزع له الكلية كليًّا، وحكمت عليه بتعويض المريض بمبلغ 700.000 دج، نتيجة خطأ طبي جراحي[1].

ونظرا لخطورة وأهمية العمل الجراحي فان القضاء تشدّد مع الجراحين وحمّلتهم المحاكم مسؤولية ما يحدث للمريض من قبل العملية إلى غاية انتهاء العملية وصحوة المريض.

لأن حالة المريض في هذه الفترة تتطلب من الجراح أكثر يقظة واحتراز، إذ عليه أن يباشر بنفسه كل ما يتعلق بالمريض، وأن يراقب كل عمل يقوم به مساعدوه حيث أنه يسأل مثلا 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 تسبّبت في حروق للمريض[2].

الفرع الثالث

أخطاء التخذير

جرى العمل الجراحي على وضع المريض تحت تأثير التخذير (البنج) الكلي أو الجزئي أو الموضعي لما له من فائدة عظيمة تمكن الجراح في أن يعمل في ظروف حسنة دون تحرك المريض الذي لا طاقة له في تحمل الجراحة دون هذا التخدير. ويقوم بعملية التخذير طبيب مختص يتأكد قبل التخذير من مدى قابلية المريض في تحمله ونوعية التخدير وجرعته وخاصة عند مرضى القلب ومرضى الشرايين.

إنّ الطبيب المخذر، 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[3] لأنه في حالات نجد أن المرضى المخدرين تطول

[1] المجلة القضائية، عدد2، السنة 2008، ملف رقم 399828، بتاريخ 2008/01/23.

[2] بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 373.

[3] محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 64.

بهم الغيبوبة نتيجة التخذير أو يستعيدون وعيهم وهم مصابون بشلل في أعضاء حيوية نتيجة أخطاء تحذيرية، ففي قضية فتاة المسماة جهان قاصرة توفت في عيادة الهناء بوهران يوم 2005/02/27 إثر إعطائها مادة مخدرة قصد إجراء عملية لها لاستئصال الدودية الزائدة تبين فيما بعد أن الطبيب المخذر لم يتحصل على موافقة من ولي الطفلة كإجراء مبدئي وهذا يعد جريمة[1] .

إن مسؤولية الطبيب المخذر هنا مستقلة عن مسؤولية الطبيب الجراح، إذ ليس هو من تابعيه باستثناء إذا كان رئيس الفريق الطبي هو من أختار الطبيب المخدر دون علم المريض أما إذا كانا يعملان مستقلان عن بعضهما وكلاهما تابع لمستشفى عام فتقوم مسؤولية المستشفى عن تابعية، المخدر والجراح.

[1] جريدة الخبر، عدد 4358 المؤرخ في 2005/04/02، ص 12.

الفصل الثاني

الجرائم العمدية للطبيب

انّ الطبيب عند ممارسته لمهنته قد يكون كغيره من الناس عرضة للمساءلة الجزائية متى دخل فعله دائرة التجريم، حالة كونه مخطئا مهملا او مقصّرا وأحيانا أخرى متعمّدا، ممّا يعود بالضرر على المريض والمجتمع في عدّة صور من الأفعال كالّتي تقع على الجسم مباشرة أو ما يسمى **بالجرائم الماسة بالسلامة الجسدية** مثل جمع الدم ونقله او بيعه، او ممارسة جرائم الإجهاض، او القيام بالتجارب الطبية على البشر، او نزع وزرع الأعضاء البشرية والاتّجار بها **(المبحث الأول)** كما قد يرتكب أفعال أخرى لا تنصبّ على جسم الإنسان مباشرة ولكن تبقى أفعال مشينة، مجرّمة ومعاقب عليها قانونا، إذ أنّها تعارض مع 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 من خلال وصفات طبية لأفراد المجتمع، والامتناع عن تقديم المساعدة وإفشاء السر الطبي**(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

جرائم الممارسة الطبية الماسة بالسلامة الجسدية

اذا وضعنا حماية جسم الانسان في مجال التطبيق، فإنّنا نجد قصورا كبيرا في فرض نطاق الحماية عليها وخاصة تلك المستجدات العلمية التي طرأت حديثا كانتشار اوبئة جديدة وصور عدّة للسلوك الخاطئ في الممارسات الطبية التي تمس بالسلامة الجسدية للإنسان ومن بينها تلك الجرائم التي يمكن أن يقترفها الأطباء عند مساسهم بالجسم البشري وتسبّب الأذى المادي والمعنوي لمن وقع ضحية لها، وهذا ما دفعنا لتناولها في مبحث مشترك وعليه نتناول **جريمة جمع ونقل الدم أو بيعه وجريمة الإجهاض (المطلب الأول)** ثمّ نتناول **الجرائم الطبية الحديثة نسبيا، كجريمة التجارب على البشر ونزع وزرع الأعضاء البشرية (المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

جريمتي جمع الدم وبيعه والإجهاض

ان حماية جسم الانسان من مخاطر نقل الدم تثير أمام رجال القانون مجالا جديدا في البحث العلمي، ويظهر ذلك من خلال متابعة المسائل المدنية والجنائية لذوي المهن الطبية ولعلّ ذلك يظهر من خلال دور الطبيب ورجال القانون في المساهمة في خلق اطار قانوني يحدد معايير وإجراءات جمع الدم ونقله للمرضى، اذ يعدّ وسيلة ناجعة وفعالة لعلاج وإنقاذ العديد من المرضى والمصابين في ظل المجهودات التي تبذلها السلطات المسؤولة في الدولة لضمان وسلامة عمليات جمع الدم ونقله سنحاول بحث جريمة نقل الدم الملوث او بيعه للأشخاص (فرع أول) ثم بعد ذلك نتعرض لجريمة أكثر شيوعا في وسط المجتمع وهي جريمة الإجهاض (فرع ثاني).

الفرع الأول

جريمة جمع الدم وبيعه

إن عمليات نقل الدم بين الأشخاص سواء في وقت الحرب أو السلم من الأمور المستحدثة نسبيا في علم الطب، وهذا بعد ذلك التردّد والتراجع الذي ساد في الماضي على الساحة الدولية بخصوص هذه العمليات التي ترتب عنها ارتفاع نسبة الوفيات، ثم برزت بعد ذلك إشراقة نور في سنة 1900 عندما اكتشف العالم النمساوي " **كارل لا نرستايز**" وجود الزمر الدموية ممّا قضى على مشكلة التضاد بين الفصائل الدموية او الزمر، عند نقل الدم بين الأشخاص وكان لهذا الاكتشاف وقعا كبيرا في الأوساط الطبية، خاصة وطبول الحرب العالمية الأولى آنذاك كانت تدق.

غير أنّ خاصية تخثر الدم بسرعة حال دون نقله إلى ميادين المعركة، وهذا ما دفع العلماء للبحث عن حلول اخرى، حيث تكلّلت التجارب فيما بعد باكتشاف مبهر من طرف الطبيب "ريتشارد لوسن" في أمريكا لمادة "**سيترات الصوديوم**" المانعة للتخثّر وهو ما مكّن

الكثير من الأشخاص من التبرع بدمائهم خلال الحرب العالمية الثانية إذ جمعت آنذاك ملايين اللترات في أمريكا وإنجلترا ووزعت على الجرحى.

ولو أنّ الأمر مع مرور الزمن انحرف عن مقاصد وأهداف التبرع بالدم، إذ أصبح ينظر إليه كمصدر للربح والمتاجرة ممّا أدى بالفقهاء ورجال القانون لتنظيم إجراءات التبرع بهذا السائل الثمين وتجريم كل المعاملات المالية بشأنه.

أولا: الطبيعة العضوية والتنظيمية للدم

تأتي أهمية التساؤل عن مفهوم الدم فيما إذا أعتبر عضوا او نسيجا، أم مجرد جزئية مثله مثل الجزيئات السائلة كالعرق والدموع واللعاب، وعندئذ لن يتمتع بالحماية القانونية الكافية وعلى العكس إذا أعتبر عضوا او نسيجا تمتع بها كاملة[1] وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال تعريف الدم ومكوناته وطبيعته العضوية في عنصر ثاني.

1. الطبيعة العضوية للدم ومكوناته

يعرف الدم بأنه:" السائل الأحمر إلي يملئ الشرايين والأوردة ويجري في عروق بعض الكائنات الحية، منها الإنسان"[2].

كما عرفه آخرون بأنه " سائل أحمر غير شفاف وهو عبارة عن نسيج ضام يجري داخل الجسم البشري في الشرايين والأوردة ويتكون من مادة سائلة تسمي البلازما تسبح فيها مكوناته".

على هذا الأساس، يلعب الدم دورا كبيرا في جسم الإنسان الحي، إذ تتوقف عليه حياة الأشخاص باعتباره شريان الحياة سواء بنقل الأغذية وخلايا المناعة والأكسجين لخلايا الجسم أو باستخراج الفضلات منه عن طريق الكلى، ففي حالات كثيرة تسمع نداءات

[1] وائل محمود أبو الفتوح العزيزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006، ص 35.

[2] مروك نصرك الدين، نقل وزرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 193.

للمواطنين للتبرّع 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.

وممّا 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 انّها تخرج عن نطاق بحثنا.

فالدم هو نسيج ضام، يتكون من خلايا ومادة حشويه تسمّى البلازما وسبق أن تعرضنا لمفهوم الأعضاء والانسجة المشمولة بحماية قانونية في الفصل التمهيدي، وتبين لنا أنّ العضو لا يقتصر على الجامد بل على بعض السوائل والانسجة أيضا ذلك أن مفهوم العضو في القانون، أوسع منه في مفهوم الطب ولا ادلّ على ذلك اعتبار القانون لقرنية العين بمثابة عضو كما جاء في المادة 164 الفقرة الثالثة من قانون 17/90[1] المتعلق بالصحة، رغم كونها في المفهوم الطبي جزء من العضو الذي هو العين، ومن ثمّ اعتبر الدم عضوا بحكم بنيته العضوية وبحكم وظيفته الكبرى من الناحية القانونية رغم خاصيته بالتجدّد 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 فـي التنظيم القانونـي

[1] 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.

لعمليات نقل الدم وجمعه وأسس إباحته ثم لقيام مسؤولية الطبيب الجزائية عند مخالفته للأحكام والاجراءات المنظمة لهذا الغرض والجزاء المترتب عن ذلك.

2. التنظيم القانوني لعمليات جمع ونقل الدم

إن نقل الدم بين الأشخاص من الأمور المستحدثة التي بدأت تتوسع يوما بعد يوم في القرن الحالي، اذ استخدم على نطاق واسع منذ ظهوره، ورغم أهميته في إنقاذ العديد من الأشخاص من الموت المحقّق إلّا أنه وجد تباين في الآراء حول التصرف فيه بالتبرع او بالبيع كما يجري عند البعض.

ومهما يكن من امر، فإنّ المشرع الجزائري على غرار الأكثرية من المؤيدين للتبرع تجاوز ذلك الجدل الدائر حول مسألة المنع والإباحة، حيث اباح التبرّع بالدم وجعل غايته لأغراض انسانية وتضامنية لإنقاذ من هم في امسّ الحاجة اليه، ولا ادلّ على ذلك انّ الشريعة الإسلامية اباحت من قبل التبرع بالدم وجواز نقله بين الأشخاص لأجل العلاج تأسيسا على قاعدة حفظ الكليات الخمس في الدين، بل أكثر من ذلك اعتبرت التبرع بالدم يدخل في باب الصدقات.

وفي هذا الصدد جاء العلم ليؤكد على ما أتت به الشريعة الإسلامية، **إذ أثبتت الأبحاث أن كمية الدم المتبرع به بين 350 و400 ملل، وهي 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، في هذا السياق نظم القانون الجزائري إجراءات التبرّع بالدم ونقله كباقي التشريعات في هذا الشأن بإجراءات وشروط 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

إلى 264 وأتبع ذلك بأحكام جزائية عند مخالفة القواعد والإجراءات.

في هذا الصدد، تطرق المشرع الجزائري صراحة في المادة 258 من الصحة رقم 11/18 للأشخاص المنوط بهم جمع الدم وحفظه ونقله وهم الدولة ومؤسساتها الصحية، المخولة حصريا بذلك بنصها:" تتولى هياكل صحية عمومية جمع الدم، طبقا للمعايير المطلوبة في مجال نشاط نقل الدم. تكلّف الهياكل المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، بجمع وتقسيم ومراقبة وحفظ وتوزيع الدم ومواد الدم غير الثابتة."

ويبدو أنّ المشرع الجزائري أناط جمع الدم حصريا، بهياكل عمومية ووحدات صحية متخصّصة لهذا الغرض كمراكز حقن الدم أو وحدات حقن الدم، والتي تكون تابعة في التسيير والتنظيم للوكالة الوطنية للدم المنشأة بنص المادة 264 من ذات القانون ومن ثمّ لا يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أن ينشئ مراكز للتبرع بالدم.

في هذا الصدد، نص المشرع الجزائري في المادة 264[1] على انشاء وكالة وطنية شبيهة بالوكالة السابقة المنشأة بمرسوم تنفيذي رقم 108/95 المؤرخ في 1995/04/09 بحيث 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 لذات القانون، والتي لم تصدر لحد الآن، وفي انتظار ذلك نسترشد بالنصوص التنظيمية السابقة والتي تبقى سارية المفعول لحين صدور النصوص التنظيمية الجديدة حسب نص المادة 449[2] من قانون 11/18 المتعلقة بإلغاء قانون الصحة السابق 05/85.

[1] المادة 264 من قانون 11/18:" تنشأ وكالة وطنية للدم تكلّف 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."

[2] 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."

غير انّه، فيما يخص الهيئات والمؤسسات الخاصة والتي لا تملك كما اوضحنا حق إنشاء مراكز للتبرع بالدم، أجاز لها المشرع في مقابل ذلك وعند الحاجة أن تطلب أكياس الدم التي تحتاجها من المراكز التابعة للدولة بعد إمضاء اتفاقيتين مع هذه المراكز، تكون الاتفاقية الأولى خاصة بحرق الدم والنفايات المتعلقة به في حالة تلوثه وفساده، أمّا الاتفاقية 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 البلاستيكي المحتوي للدم، وتكاليف معاينة وتحليل هذا الأخير للتأكد من خلوه من الأمراض وحقوق الحفظ والصيانة، ومن ثمّ لا يفهم منها أبدا أنّها عملية شراء بمقابل مالي، باعتبار ذلك محظورا.

من جانب آخر خصّ الأطباء العاملون في المراكز المتخصّصة لوحدهم دون سواهم بهذه المهمة تطبيقا لنص المادة 259 من ذات القانون المشار اليه اعلاه، ملقيا على عاتقهم بمسؤولية جمع الدم وتحليله وحفظه وتصنيفه حسب الزمر، وتخزينه ونقله للمرضى آمنا، بنصها على انّه:" نشاط نقل الدم هو نشاط طبي يتمثل في: –تحضير مواد الدّم؛ –تحليل الدّم المتبرع به وتصنيفه؛ –حفظ وتوزيع الدّم ومشتقاته."، وهذا دلالة على أهمية هذه العملية سواء على الأشخاص المتبرعين أو نقاوة الدم وخلوه من الأمراض، بصريح عبارات نص المادة 260 من ذات القانون:" يجب أن يتم نشاط نقل الدّم طبقا للممارسات الحسنة في مجال الجمع والتحضير والتصنيف والتخزين والتوزيع قصد تسليم مواد تستجيب لمقاييس الجودة المطلوبة، كما هي محدّدة في التنظيم المعمول به".

من جهة أخرى خصّ القانون 11/18[1] سالف الذكر الجوانب المتعلقة بحقوق المتبرعين بأحكام خاصة وبنوع من التفصيل، كإعلام المتبرع اعلاما مستنيرا وشروط متعلقة بتحديد

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

سنّ التبرع من 18 الى 65 سنة في المادتين[1] 368، و369، اذ انّ هناك اشخاص لا تسمح لهم بنيتهم الصحية بالتبرع بل هم أولى به من غيرهم، حيث حضر المشرع جمع الدم من هذه الفئة من الأشخاص، كالمسنّين وغير المميزين، كالقصر وعديمي الإرادة.

ولو انّ المادة 361 فقر1 وفقرة 2، من قانون 11/18 المشار اليه أعلاه أباحت نزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من المتبرع القاصر لصالح اخت او اخ فقط، واستثناء في غياب حلول أخرى لبعض المقربين كابنة وابن العم او ابنة وابن الخالة بموافقة ابوي او وليي المتبرع والمتلقي القاصرين.

وغني عن البيان أنّ عملية نقل الدم في حد ذاتها، تتطلب إجراءات وقواعد وممارسات حسنة، في كيفية استقبال المتبرع واعلامه وموافقته وتقديم له وجبة بعد الانتهاء من العملية ومراقبة حالته الصحية على سرير لمدة لا تقل عن نصف ساعة.

كما ينبغي أن تحدّد فصيلة الدم بعد تحليله، 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 إلـــى 08 درجات مئوية، وعدم مراعاة هذه الإجراءات يقيم المسؤولية الجنائية للطبيب بالإضافة إلى مسؤولية المرافق المخصّصة لذلك على أساس الخطأ أو على أساس المخاطر[2].

ب. في اللوائح التنظيمية

بعد صدور القانون السابق 05/85 المتضمن حماية الصحة وترقيتها الملغى بموجب المادة 449 المشار اليها أعلاه من قانون 11/18، ونتيجة لقصوره في تنظيم هذه الإجراءات صدرت عدّة نصوص تنظيمية وقرارات وزارية حسب ما أسلفنا، لتنظم عمليات التبرع بالدم

[1] المادة 368:" يجب أن تكون عملية التبرع بالدم مسبوقة بمقابلة طبية مع المتبرع تراعي خلالها القواعد الطبية؛ يجب إعلام المتبرع في مجال التبرع بالدم قبل وأثناء عملية نزع الدم. توضح كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم." وانظر كذلك المادة 369:" يجب ألا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة وألّا يتعدى خمسا وستين (65) سنة. غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية."

[2] وائل محمود أبوا الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 760.

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.

على هذا الأساس، نشير انّه جاء في القرار 220 المؤرخ في 1991/09/07 المحدّد 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 بعد ذلك بمقتضى مرسوم تنفيذي الوكالة الوطنية للدم[1] للتكفل الأحسن بهذه المسألة، وانبثق منه قرار وزاري مؤرخ في 1998/05/24 ليكون أكثر توضيحا في تنظيم هذه الإجراءات.

في هذا الصدد، أوضحت المادة الثانية من القرار المشار اليه أعلاه، على أن التبرّع بالدم يكون دون مقابل ودون إلحاق أي ضرر بالمتبرع، كما اوجبت الالتزام بالسر المهني عند تحاليل دم المتبرع، وحدّدت سن التبرع مثلما هو منصوص عليه حاليا في المادة 369[2] من قانون الصحة الجديد 11/18 سابق الذكر من 18 إلى 65 سنة، على الاّ تتجاوز الكمية المتبرع بها 500 ملل في المرة الواحدة، مسبوقة بفحص طبي شـــامل وكشف إجبـــاري للأمراض المتنقلة، ويكون التبرع طواعية في كل 03 أشهر[3].

- ألّا يكون المتبرع قاصرا، أو راشد محروما من قدرة التمييز، وهذا طبعا لمنع استغلال هؤلاء الأشخاص وتعريضهم للخطر بسبب ما يحتاجون إليه من دم أكثر من غيرهم لزيادة نموهم.

[1] 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.

[2] المادة 369:" يجب ألا يقل سن المتبرع بالدم عن ثماني عشرة (18) سنة وألّا يتعدى خمسا وستين (65) سنة. غير أنه، يجوز نزع الدم في كل الأعمار لأسباب علاجية أو تشخيصية."

[3] قرار وزاري مؤرخ في 1998/05/24، المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم.

- الاّ يكون المتبرع بالدم مصابا بالأمراض كالالتهاب الكبدي، أو الايدز أو الملاريا لتجنب نقل العدوى للمتلقين
- الاّ يكون مصابا بالصرع أو أمراض التخثر.
- الاّ تكون المرأة حاملا أثناء تبرعها.

من جهة أخرى اوجب المشرع 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.

ورغم انّ الإجماع يبدو قائما من جانب الفقهاء على عدم جواز اخضاع الدم للمعاملات المالية بالشراء او البيع، لانّ الغاية من ذلك هو جمعه لنقله لمن هم في أمس الحاجة له لأغراض علاجية وإنسانية في إطار التضامن فحسب، الاّ انّه قد تحدث في الخفاء عن اعين الناس بعض الانحرافات والتجاوزات بالبيع بمقابل، وما يهمّنا هو موقف القانون من ذلك والجزاءات المقرّرة في هاته الأحوال، وهذا ما نصت عليه المادة 263 وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع المصري بإباحته لعمليات شراء الدم بمقابل من الدولة[1].

ثانيا: جزاء مخالفة القواعد المنظمة لجمع الدم أو بيعه

غني عن البيان انّه، إذا تحول الهدف العلاجي من جمع الدم 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 تمّ تشديد العقوبة لتصل الى الحبس عند ما تقترن مخالفة الاحكام المتعلقة بجمع الدم ومشتقاته بالمتاجرة به في المادة 429 من ذات القانون بنصها على انّه:" يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 263 من هذا القانون، المتعلقة بالنشاطات المربحة المرتبطة بالدم البشري والبلازما ومشتقاتها،

[1] هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2003، ص 30.

بالحبس من سنتين(2) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج".

إنّ 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 المتلقين له نظيفا، وغير ملوثا بأمراض معدية حسب الفصيلة الملائمة[1] لهم.

الفرع الثاني

جريمة الإجهاض

كغيره من مختلف التشريعات عالج المشرع الجزائري السلامة الجسدية بترسانة قانونية وحماية خاصة، بسنّه لجملة من النصوص المجرمّة لكل أذى يمس ويلحق ضررا بالسلامة الجسدية للكائن الآدمي، وامتدّت هذه الحماية لتصل إلى الجنين بكفالة بقائه سالما في بطن أمه، إلى حين حلول الموعد الطبيعي للولادة[2].

غير أنّ ذلك الجنين قد يعّجل بخروجه قبل موعده الطبيعي، سواء حيا أو ميتا بفعل فاعل وهو ما يسمّى بالإجهاض العلاجي، او ما يطلق عليه البعض اصطلاحا وقف الحمل لظروف صحية وعلاجية.

غير انّ الأمر يتعدّى ذلك أحيانا الى الإجهاض الجنائي، وحينئذ نكون أمـــام جريمة

[1] أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999، ص 26.

[2] محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004، ص 50.

اجهاض، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب حيث نستبعد من الدراسة الإجهاض التلقائي الذي يكون نتيجة مرض مكتسب أو وراثي للأم أو للجنين.

أولا: مفهوم الإجهاض

تعددت مفاهيم الإجهاض ومصطلحاته حتّى بين الدول الإسلامية والعربية نفسها وسنحاول تبيان تعريفاته المختلفة.

1. **تعريف 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 إجهاضا وهي مجهض أي ألقت ولدها لغير تمام وقد يرد الإجهــاض بمعنى الاملاص أو الطرح[1]، 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 فقها

تكاد تخلو التشريعات من تعريف الإجهاض وتركت مسألة تعريفه للفقه فيعرفه الفقه الفرنسي على أنه طرد متحصل الحمل قبل أوان ولادته الطبيعي سواء خرج ميتا أو حيا ولكنه غير قابل للحياة[2].

أما الفقه الجزائري فعرفه بأنّه إخراج الجنين قبل أوانه[3] كما عرفه الدكتور محمد صبحي

---

[1] عمر بن محمد إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع جدة، 2001، ص 111.

[2] أمير عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2005 ص 226.

[3] بارش سليمان، محاضرات في شرح القانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص) الطبعة الأولى، دار البعث، قسنطينة، 1985، ص 171.

نجم بأنّه إسقاط الجنين من داخل أحشاء المرأة قبل اكتمـــاله وقبل الموعد الطبيعي المحدد لنزوله وولادته بأي وسيلة أو طريقة كانت[1].

ج. تعريف الإجهاض في الطب

اختلف الأطباء في تعريف الإجهاض فهناك من عرّفه بأنّه انتهاك لمسيرة الحمل خلال28 أسبوع من بداية الحمل حيث يكون فيها الجنين غير مهيأ للتكييف والعيش خارج الرحم.

بينما عرفه آخرون بأنه تفريغ لمحتويات الحمل قبل تمام الشهر السادس وهو السن الذي يهيئ الجنين للقابلية للحياة المنفصلة عن الرحم، ويعتبر تفريغ محتويات الرحم بعد هذه السن وقبل إتمام شهور الحمل الطبيعية ولادة قبل الأوان[2].

من جهة أخرى، أكّدت المراجع الطبية أنّه بعد ستة أشهر يكون الحمل قابلا للحياة ويعني أنّ الإجهاض يكون عادة في الشهر الثاني أو الثالث من الحمل أي قبل قدرته على البقاء على قيد الحياة وفي أحيانا قليلة يحدث في الشهر السابع وأكثر علاماته هو خروج الدم من المهبل[3].

2. طرق الإجهاض وأخطاره

أن تعمّد إنهاء الحمل سواء بإعدامه داخل الرحم أو بإخراجه بأي وسيلة قبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته بلا ضرورة قد يكون في سرّية تامة، وفي دهاليز مظلمة خالية من كل الشروط الصحية[4] وهذا بفعل إجهاض المرأة لنفسها أو بفعل الغير باستعمال طرق عدّة قد تؤدي أحيانا إلى وفاة المرأة المجهض.

---

[1] فريجه حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص وجرائم الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 123.

[2] عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 464.

[3] وليام بريخ، الحمل ترجمة ودار الشيخ، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1992 ص 55.

[4] أمير عدلي، أمير عيسى خالد، المرجع السابق ص 297.

أ. طرق الإجهاض

إن أخطار الإجهاض تتفاوت بحسب نوعية الطرق المستعملة في الإجهاض سواء من الحامل نفسها كحمل أثقال وتعاطي العقاقير واستعمال آلات أو بتدخل الغير او الطبيب في عملية الإجهاض باستعمال العنف على بطن الحامل أو بتوجيه أشعة إلى جسمها أو باللّجوء إلى الأدوية أو الآلات الطبية في قتل الجنين.

- **استعمال العنف**

هي المرحلة التي يمتد فيها عمر الجنين إلى نهاية الشهر الأول[1] كالقفز وحمل الأثقال 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[2] وزيت الخروع، أو باستعمال مهيجات للجهاز البولي كنترات الصودا أو تناول المرأة الحامل لمجموعة المعادن الثقيلة كالزرنيخ و الزئبق أو السوائل الفوسفورية والبترول مما يؤدي إلى تسمّم الجنين وجسم الحامل نتيجة امتصاص الجسم لهذه المواد السامة[3] غير أنّه 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

[1] شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 117.

[2] شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 124.

[3] عبد الحميد المنشاوي، المرجع السابق، ص 470.

أو كإعطاء الحامل أقراص من الخلاصات المبيضية أو المشيمية مثل الاستروجين الذي يزيد من إدرار الطمث بدلا من البروجسترون[1] المثبت للحمل.

- **استعمال الآلات**

في هذه المرحلة يتم استعمال العنف الموضعي على الأعضـــاء التنـــاسلية، باستعمال 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[2].

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 نستنتجها من خطورة الطرق المستعملة، كالتسمّم أو الصدمة العصبية، نتيجة الألم الذي تتعرض له المرأة المراد إجهاضها أو تمزقات 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 وفي حالات أخرى تستعمل المحاقن المحمّلة 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 الإجهـــاض لا تقوم بدون وجود حمل وهو المحل الذي يقع عليه الاعتداء كما

[1] عبد الحميد المنشاوي، المرجع نفسه ص 471.

[2] شريف الطباخ، نفس المرجع، ص124.

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، لابدّ من وجود حمل، والذي لم يرد له تعريف في قانون العقوبات بيد أنّ الفقه عرّفه بأنّه:" هو البويضة الملقحة منذ التلقيح حتى تتم الولادة الطبيعية ".

ومعنى ذلك، أنّ الحمل يتحقّق بتلقيح الحيوان المنوي للرجل لبويضة المرأة وتكون لحظة التلقيح هي بداية الحمل التي تنتهي بعملية الولادة وهذا ما يفسر أنّ 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[1].

ومهما يكن من امر، فالمشرع الجزائري بسط حمايته على الجنين سواء اكتمل تكوينه وسرت فيه الروح، أو كان في طور التكوين، سواء أكان الحمل موجودا أو مفترضا، أي انّ الجريمة تقوم حتّى ولو لم يتأكد حمل المجني عليها، لاسيما في الأيام الأولى من تخلف العادة الشهرية، بل وأحسن ما فعل المشرع الجزائري إذ جرّم حتى المحاولة او الشروع[2] في هذه الجريمة وهذا رغبة منه لمكافحة هذه الآفة.

2. الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجريمة الإجهاض، بإتيان كل سلوك من شأنه أن يؤدي إلى إخراج الجنين حيّا أو ميتا[3] من بطن أمه، قبل أوان الولادة الطبيعية، ويقوم هذا الركن على ثلاث

[1] فريجة حسين، المرجع السابق، ص 124.

[2] أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة 17، منشورات برتي، دار النجاح، دالي إبراهيم، الجزائر،2022، ص173.

[3] محمود القبلاوي، المرجع السابق ص 50.

عناصر هي: فعل الإجهاض أو السلوك، خروج الجنين من الرحم كنتيجة، علاقة السببية بين الفعل والنتيجة.

أ. فعل الإجهاض

فعل الإجهاض هو كل سلوك أو نشاط من شأنه الاعتداء على الجنين في رحم أمه قبل حلول أجل ولادته، وقد أشار قانون العقوبات الجزائري[1] في المواد من 304 الى 313 الى الجزاءات المتعلقة بالإجهاض، و إلى بعض السلوكيات والوسائل المستعملة على سبيل المثال لا الحصر في المادة 304 بنصها على أنّ: "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 وعكس القانون المصري يعاقب حتّى على الشروع في ارتكاب جريمة الإجهاض، باستعمال كل الأنشطة والوسائل المستعملة بغية الوصول إلى النتيجة الإجرامية وهذا لعدم تمكين الفاعل من الإفلات وإعطاءه 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[2]. ومعنى ذلك أنّه 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[3].

[1] قانون رقم 23/06، مؤرخ في 2006/12/20، يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ:2006/12/24.

[2] منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1989، ص 152.

[3] فريجة حسين، المرجع السابق ص 127.

ج. الركن المعنوي

لا تقع جريمة الإجهاض إلا عمدا أي بتوافر القصد الجنائي المتمثل في اتجاه إرادة الفاعل وعلمه وقت الجريمة بذلك. ومقتضى ذلك أن يكون الجاني عالما 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**[1]. ومفاد ذلك أن الطبيب الذي يصف دواء معتقدا 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[2].

د. 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[3] أو غير ذلك.

ثالثا: عقوبة جريمة الإجهاض وقيام حالة الضرورة

منذ القدم كان الإجهاض مقيتا لذلك اختلفت صور عقوبته في كل من الشريعة الإسلامية وكذا في القوانين الوضعية التي بدورهـا تختلف من بلد لآخر غير أنه في حـــالات أخرى تسقط العقوبة على الفاعل بتوفر حالة الضرورة.

---

[1] محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري (القسم الخاص)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003 ص 62.

[2] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 55.

[3] دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الجزائر 2005، ص 104.

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 الى المادة 83، ومدونة أخلاقيات الطب في المادة 33، وقانون العقوبات في المواد من 304 الى 313، اضف الى ذلك جاءت المادة 262 من قانون 08/ 13[1] المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى بموجب المادة 449 من قانون 11/18 سالف الذكر، لتحيل عقوبة الإجهاض الى قانون العقوبات.

وبالرجوع إلى أحكام القانون 23/06 المتضمن قانون العقوبات، يتبين لنا أنّ المشرع كان أكثر تفصيلا ودقّة لهذه الجريمة والعقوبة المقررة لها، من عدة نواحي وحالات، من الجنحة إلى الجناية، والظروف المشددة بالنظر لصفة الفاعل.

في هذا السياق، تنص المادة 304/فقرة 01 من قانون العقوبات[2] على: " كل من أجهض امرأة حاملا، 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 أدّى هذا الفعل إلى وفاة الحامل تحولت الواقعة من جنحة إلى جناية حسب ما نصت عليه المادة 304/ فـ2: "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 الاقامة".

فالنص هنا جاء شاملا، 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

[1] قانون 13/08 مؤرخ في 2008/07/20 يعدل ويتمم القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 2008/08/03.

[2] قانون 23/06 مؤرخ في 2006/12/20 المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

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 عـــن طريق الإجهــاض أو يسهلـونه 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".

ومما يلفت الانتباه في هذا النص، هو أنّه ورد تعداد الأشخاص على سبيل الحصر ومردّ ذلك، لظرف التشديد الملازم لهؤلاء الأشخاص بحكم مهنتهم ودرايتهم، 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 أومن 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، ومردّ 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، أّن هناك خطر جسيما يهدّد الحامل، وعلى وشك الوقوع وبالتالي يكون صراعا 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 الام لأنه ثابت واقعيا، بينما حق الجنين في النمو أو الحياة فهو غير مؤكد، فقد يتعرض في أي مرحلة لما قد يؤدي إلى وفاته[1]، اذ انّ كل التشريعات الحديثة، تكاد تجمع على إباحة الإجهاض في هذه الحالة نتيجة الاخطار او 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 استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية "، وتمّ 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 كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

[1] بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،2002، ص 113.

على ان 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 جسيما على الأم في صحتها وتوازنها العقلي والجسمي، وكان الإسقاط هو السبيل الوحيد لدفع هذا الخطر المحدق بها بل وبجنينها أيضا.

غير أنّ ذلك الإيقاف العلاجي مرهون بشروط، بحيث يكون فعل الإسقاط من طبيب مختص، بعد إبلاغ السلطات الإدارية، والإبلاغ هنا ينفي الإجهاض الجنائي الذي يتم في الخفاء والمخالف للشروط المنصوص عليها في القانون[1]، ومتى توفرت الشروط السابقة خرج الفعل من دائرة التجريم ودخل دائرة الإباحة، وتخلف أحد هذه الشروط يكفي لقيام المسؤولية الجزائية للطبيب.

غير انّ الإشكال يثور حول جواز اجهاض النساء المغتصبات نتيجة جرائم الاختطاف في الوقت الرهن او نتيجة حوادث استثنائية مثلما عاشته بلادنا خلال العشرية السوداء.

ففي هذا الصدد أثارت فتوى[2] منذ وقت غير بعيد، للدكتور محمد سيد طنطاوي شيخ الأزهر، تتيح للمرأة المغتصبة بإسقاط حملها في أي وقت تشاء، جدلا واسعا بين علماء الأزهر بين مؤيد ومعارض.

فيرى الفريق المؤيد لهذه الفتوى، انّ 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 يتبيّن لها أنها أصبحت حاملا نتيجة تعرضها للاغتصاب، وأنّها لا تتحمّل أي وزر إزاء تخلّصها من ثمرة هذه الجريمة الوحشية، ولا تعتبر بأي حال من الأحوال قاتلة للنفس التي حرّم الله

[1] 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".

[2] محمد سيد طنطاوي، فتوى حول المرأة المغتصبة، القاهرة، من موقع
www.reetne t. gavsy/arab encyclopedia/hygienic-sciences/medicine/aboration2htm-1/k

تعالى وذلك استنادا لمبدأ الأعذار الشرعية". بينما يـرى الجـانب الرافـض لهـذه الفـكرة عـكس ذلك، وكـل لـه حججـه.

غير انّ الإشكال الآخر يتمثل في تقنين هذا الإجراء، في الوقت الذي بدا فيه موقف السلطات سلبيا ولم تفصح عنه عن طريق التشريع او نصوص التنظيم، فهل رخصت ولو ضمنيا 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.

المطلب الثاني

جرائم الممارسات الطبية الحديثة

(التجارب – زرع الأعضاء–)

لعل خروج الأعمال الطبية عن مألوف أغراضها ومقاصدها العلاجية والمحافظة على سلامة الانسان والتي هي ركيزة وجودها وأساس مشروعيتها، مما دفع الكثير من الفقهاء للتصدي لهذه الممارسات ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أظهرت التطورات العلمية الحديثة وما ترتب عنها من مخاطر باتت تهدد الإنسان وقدسيته ، انّ ناقوس الخطر قد دقّ ويجب على رجال الفقه والقانون التحرك لبحث إمكانية تنظيم تلك الممارسات، حيث اكتفى البعض من الفقهاء الى معارضة هذه الممارسات الحديثة بشدّة وتجريمها بينما راح البعض الآخر مسارعا لتنظيمها باعتبارها جاءت في خدمة الإنسانية والمصلحة العامة كالتجارب الطبية(فرع أول)، وعمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية (فرع ثاني).

الفرع الأول

الجرائم المتعلقة بالتجارب العلمية

تاريخيا، يعود بنا مفهوم التجارب الطبية[1] على البشر الى المحاكمة الدولية للأطباء النازيين على الجرائم التي ارتكبوها في حق اسرى الحرب العالمية الثانية أو ما يعرف

[1] 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

بمجموعة قواعد "**نورمبرغ**"، Nuremberg عقب محاكمة الأطباء الألمان الذين قاموا بتجارب مروعة على السجناء والمعتقلين من اليهود والتحالف الدولي دون موافقتهم[1]، حيث أصدرت محكمة نورمبرغ في اعقاب هذه المحاكمة مجموعة من المبادئ والقواعد التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء اثناء التجارب على الانسان والتي تم تصميمها للالتزام بشروط السلوك الأخلاقي في البحوث المتضمنة للدراسات على البشر واعتمدت هذه القواعد فيما بعد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1964/12/11 ، كما أقرّت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948 ولأجل اعطاءه مزيد من القوة القانونية والأخلاقية أقرّت الجمعية العامة في عام 1966 الاتفاقية الدولية للحقوق 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 انّ 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 مراتّ، آخرها في سنة 2008 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

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.

[1] نصت بعض قوانين الولايات المتحدة الأمريكية عليه ومنها قانون " أوهايو" على جواز إجراء التجارب الطبية على المحكوم عليهم بالإعدام، بحيث إذا لم يمت ذاك 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.

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 جاء بمبادئ وقواعد يراعيها القائم بالتجربة بنوعيها على البشر[1]، بقي هو الإطار والاساس المعتمد.

ومهما يكن من امر تعتبر الاتفاقية الاوربية حول حقوق الانسان والبيو طبي لسنة 1997 اول نص قانوني ملزم لتنظيم التجارب الطبية ووضع شروطها، كما يحددّ المسؤولية المدنية والجنائية للقائم بها.

ولا ريب، انّ العـــالم اليوم يشهد تقدما لم يكن ليتصوره أحد منذ زمن غير بعيـــد في شتى منـــاحي الحيـــاة ومنها العلوم الطبية، اذ تنوعت طرق العلاج متجـــاوزة حدود الأعمـــال الطبية التقليدية بفضل تطور الأجهزة والآلات لتشخيص ومعرفة الأمراض المختلفة ومسببـــاتها وكيفية معـــالجتها واكتشاف الأدوية النـــاجعة لها، حيث تمت السيطرة على عـــلاج العديد من الامراض، التي كـــانت مستعصية من قبل، ولم يكن ذلك ليتمّ لولا الأبحاث والتجارب العلمية المستمرة التي يقوم بها الأطباء.

غير أن ذلك التطور لم يتأتّى مجانا، اذ انعكس سلبا على نطاق حماية السلامة الجسدية وقدسية الجسم البشري، اذ تعرضت هذه الأخيرة لانتهاكات واعتداءات جمّة[2]، 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[3]،

[1] رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القومية الإسكندرية، 2005، ص 138.

[2] بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد لنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 301.

[3] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 297.

كالحصول على رضاه كتابيا بعد تبصيره تبصيرا شاملا بكل ما يتعلق بالتجربة وفوائدها ومخاطرها ومدّتها واحترام رايه في العدول عن موافقته الى ما غير ذلك.

أولا: 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"[1]. 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"[2].

في هذا الصدد نشير الى انّ الأبحاث والدراسات الطبية التي تتعلق بمسؤولية الطبيب هي التي تقتضي المساس بسلامة الجسم أيّا كان الأسلوب أو الوسيلة المستخدمة، وأيّا 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 ألّا يكون قد استخدم إلّا في أحوال محددة[3]، وإذا كان لم يصل إلى حد القبول العام من طرف المزاولين للمهنة الطبية أو لأغلبيتهم، أو لم يزل محل خلاف بين المختصين[4]. من جانب الفقه فإنّه 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.

ومهما يكن من امر، فإنّ هناك نوعين من التجارب الطبية على الإنسان، **الأولى علاجية**[5] كما أسلفنا، وهي التي يجريها الطبيب بهدف علاج مريض في حالة إخفاق الوسائل العلاجية

[1] أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، منشورات الحلبي، بيروت، 1999، ص416.

[2] مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، المرجع السابق، ص297.

[3] أحمد شوقي، عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 6.

[4] أحمد شوقي، عمر أبو خطوة، نفس المرجع، ص 07.

[5] 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.

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[1]، كالكفاءة الطبية ورضا المريض وعدم تعريضه للخطر الى ما غير ذلك وخروج الطبيب عن هذه الشروط يؤدي إلــى قيام مسؤوليته الجنائية.

أمــا النوع الثاني من التجارب، فهي التجارب العلمية التــي تجرى لهدف البحث العلمي لغير الغرض العلاجي[2]، من أجل اكتشاف طريقة جديدة أو مدى فعالية وسيلة أو عقار دون أن يكون هناك مصلحة للخاضع لها[3]، إذ أنّ الشخص في هذه الحالة ليس مريض والاصل انّها لم تلق اجماعا فقها وقضاءا، ورغم ذلك نجد انّ بعض النظم لقانونية اباحت هذا النوع بشروط مشدّدة، كما في الجزائر ومصر وفرنسا والدول الانجلوسكسونية.

ثانيا: موقف القانون من التجارب الطبية

انّ موقف التشريعــات العربية غير واضح بخصوص التجارب الطبية على الانســـان، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال موقف التشريع الفرنسي والجزائري والمصري.

1. في القانون الفرنسي

بطرح المسألة عن القانون الفرنسي[4]، 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 ذلك في الكثير من أحكامه، بأنّ التدخل الطبي الممارس على الشخص يعدّ مخالفا للنظام العام –حتّى ولو تمّ برضاه –إذا ما انتفى قصد العلاج وأضاف كذلك حتّى انّه لا يكفي الرضا المتبصر من إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية ثمّ ما لبث أن غيّر موقفه لاحقا وقبل بتلك التجارب.

[1] محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 51.

[2] 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

[3] OBER DORFF HENRI, Droits de l'Homme et libertés fondamentales, Armand éden, 1 Paris 2003.

[4] Loi n° 76, 1181, du 22 Décembre 1976 Relative aux prélèvements d'organes,J.O n° 23 , Décembre 1976-G.P – n°1 Janvier – Février, 1977 Législation – p. 31.

غير أن الاختلاف بقي في تحديد أساس وهدف القائم بالتجربة في القانون الفرنسي بالنظر إلى نوع التجارب الطبية، فبالنسبة للتجارب العلمية أعتمد المشرع الفرنسي مؤخرا نظام المسؤولية بدون خطأ، في حين أسّس المسؤولية في التجارب العلاجية على الخطأ المفترض[1] في حالة ضرر أصاب المريض.

فبالنسبة للتجربة الأولى، أقرّ بمسؤولية 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[2].

ومهما يكن من امر، فانّ المشرع الفرنسي يفضل استعمال مصطلح أبحاث طبية Recherches médicales لما لهذا المصطلح من شساعة في المعنى، اذ يضم التجارب الطبية والبيولوجية السريرية وغير السريرية كما جاء به قانون **Huriet-Serusclat** الذي يعتبر اول نظام قانوني مستقل في مجال البحوث الحيوية، اين أبقى البحوث الطبية على تصنيفها الى أبحاث بيوطبية يرجى منها فائدة شخصية مباشرة او علاجية، وأخرى لا يرجى منها فائدة شخصية مباشرة، أي علمية محضة.

ولتدارك القصور أورد عدة تعديلات لقانون "**Huriet-Serusclat**" من خلال قانون 806/2004 المتعلق بأحكام الأبحاث البيوطبية توافقا مع ما تطلبته توجيهات الاتحاد الأوروبي الخاصة بالتطبيق السريري الحسن للبحوث الطبية الدوائية على الانسان، ثم قانون 814/2011 المتعلق بأخلاقيات علم الاحياء "la bioéthique" الى حين اصدار القانون الساري 300/2012 المؤرخ في 2012/03/05 المعروف بقانون Loi Olivier Jarde حيث بادر من خلاله بتغيير مصطلح الأبحاث البوطبية الى الأبحاث المتعلقة بالإنسان واصبح يعترف بثلاث فئات من مواضيع الأبحاث الطبية القابلة

[1] مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2009، ص 775.

[2] مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 779.

للرقابة مبدئيا من حيث الموضوع على شكل الأبحاث الطبية التدخلية على الأشخاص التي لا تبررها رعايتهم الطبية المعتادة ذات الاخطار والاضرار والمتاعب غير المعرفة سابقا، والفئة الثانية هي الأبحاث الطبية التدخلية التي لا ينجر عنها سوى مخاطر ومتاعب ضئيلة ومعروفة وأخيرا الفئة الثالثة وهي الأبحاث الطبية غير التدخلية وهي خالية من أي خطر او ضرر لأنها مخبرية لا سريرية.

2. في القانون الجزائري

يتضّح 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.

غير انّه ممّا يؤاخذ عن المشرع الجزائري هو التخلي عن تأطير إجراءات وشروط قبول الأبحاث الطبية بنوع من التفصيل والنص بصورة فضفاضة على وجوب احترام المبادئ الأخلاقية والطبية، أي الالتزام بما ورد في مدونة اخلاقيات الطب التي لا تعدو ان تكون توجيهات عامة غير زجرية.

في هذا الصدد، أجاز المشرع اجراء هذه الأبحاث والدراسات على الكائن البشري، إذا كان ذلك بغرض تطوير وتحسين المعارف الطبية، التشخيصية او العلاجية حسب نص المادة 377 كما يجب ان تكون مؤسّسة على معطيات علمية ومبنية على ما توصلت اليه بحوث سابقة، ويرجى منها فائدة، بصريح عبارة نص المادة 380 اذ جاء فيها:" لا يمكن إجراء الدراسات العيادية على الكائن البشري إلّا إذا:

- كانت مؤسّسة على آخر ما توصل إليه البحث العيادي والمعارف العلمية وتجربة ما قبل عياديه كافية.
- كان معدل الفائدة بالنسبة للخطر المتوقع في صالح الشخص المعني بالدراسة
- كانت منفّـذة تحت إدارة ومراقبة طبيب باحث يثبت خبرة مناسبة.
- تمّـت 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 والاشخاص المزمع اجراؤها عليهم ويخضعون لها، حيث تنص المادة 381:" تخضع الدراسات العيادية لترخيص الوزير المكلف بالصحة الذي يبث في اجل ثلاثة أشهر على أساس ملف طبي وتقني وتصريح بشأن انجاز الدراسات العيادية على الكائن البشري، يقدمها المرقي."

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[1] 377، و384، بعد ترخيص وزير الصحة واخذ راي لجنة الاخلاقيات الطبية المنشأة بموجب المادة 382[2] من نفس القانون.

وغني عن البيان، وبالنظر لحرمة وقدسية السلامة الجسدية للكـــائن البشري، خصص المشرع للأشخاص الذين يخضعون للتجربة، ثلاثة[3] مواد، 386، 387، 388، تبين بما لا

[1] 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 كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

المادة 384:" يتولى إجراء الدراسات العيادية وجوبا مرّق. المرقي 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."

[2] 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".

[3] المادة 386"يمكن إجراء الدراسات العيادية إلّا إذا عبّر الأشخاص المستعدون للخضوع للدراسة العيادية، أو عند تعذر ذلك، ممثلوهم الشرعيون عن موافقتهم الحرة والصريحة والمستنيرة، كتابيا، 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 تحمّل أية مسؤولية ودون المساس بالتكّ فل العلاجي بهم."

يدع مجالا للشك أهمية الحصول على موافقتهم على ذلك، في شكل رضا صريح كتابيا، بعد اعلامهم بالفوائد المرجوة، وبكل المخاطر المتوقعة.

فالمشرع 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 اليه أعلاه القائم بالتجربة او ما يطلق عليه القانون مصطلح "**المرقي**" 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، بالّا يقتضي ذلك مطلقا، المساس بحقه في سلامة جسمه وإنّما يقتضي التوفيق بين مصلحتين متعارضتين، مصلحة الشخص في حماية جسمه والمصلحة العامة من أجل تقدم العلوم للصالح العام[1].

3. العقوبة المقررة لمخالفة أحكام التجارب

في هذا الإطار، رتّب المشرع الجزائري عقوبات قاسية على الأشخاص الطبيعية او المعنوية عند مخالفة الاحكام والقواعد التي تحكم التجارب الطبية بنوعيها في المواد من 438 الى 441، من حيث الحصول على ترخيص الوزير المختص ومن حيث موافقة الشخص الخاضع للتجربة حيث جـــاء في نص المـــادة 439: " يعـــاقب 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 دج.

المادة 387:" إدراج موافقة الشخص المستعد للخضوع للدراسة العيادية ضمن بروتوكول الدراسات. وتطبق موافقة الشخص حصريا وفقط على الدراسة التي التمست 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."

[1] محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 65.

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[1].

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 المعملي على الحيوان، ويعتبر هذا خطأ يستوجب المساءلة عنه لإحداث ضررا بالمريض[2] 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[3] – 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.

أمّا النموذج الآخر، فهو مسؤولية الطبيب عن إجراء العلاج التجريبي دون رضا المريض فيكون ذلك بدون أخذ موافقة المريض ودون تبصيره وهنا يسأل الطبيب جنائيا عن الخطأ العمدي لأن كل أسلوب علاج جديد أو تجريب أدوية جديدة تفرض حتميا أخذ رضا المريض

[1] المادة 343 من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض؛ ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجرّ عن خياراته؛ وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي 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 يقدّم العلاجات، وعند الاقتضاء، تجاوز الموافقة".

[2] محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 65.

[3] قانون 23/06 مؤرخ في، 2006/12/20، يعدل ويتمم الأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

وتبصيره بالمخاطر طبقا لنص المواد 385، 386، 387، من قانون الصحة 11/18 المشار اليه أعلاه.

إنّ المظهر الثاني هو قيام مسؤولية الطبيب عن التجارب العلمية التي تجرى على الشخص السليم دون ضرورة، تمليها حالته طبقا لما استقر عليه الفقه والقضاء، كجريمة عمدية لانتفاء قصد العلاج، ولا ينفي توافر رضا من أجريت عليه التجربة، ولا إتباع الطبيب للأصول العلمية في إجرائها، كما يتحمّل القائم بالتجربة العيادية دون منفعة شخصية للخاضع لها ولو بدون خطأ تعويض الاضرار لهذا الأخير ولذوي حقوقه، حسب ما جاء في المادة 393[1] من قانون الصحة 11/18 سالف الذكر.

انطلاقا من هذا المبدأ حكم القضاء الفرنسي[2] على طبيبين بالعقوبة في واقعة حقن طفل بفيروس مخفف لمرض الزهري لمعرفة مبلغ العدوى في هذا المرض، فأصيب ذلك الطفل به، وبذلك لا يكون التجريب على الإنسان مشروعا اطلاقا الاّ 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[3] بقولها: " لا يجوز النظر في استعمال العلاج الجديد للمريض إلاّ 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 والاتّجار 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.

---

[1] المادة 393:"يتحمل المرقي بالنسبة للدراسات العيادية دون منفعة فردية مباشرة وفي كل الحلات، وإن انعدم الخطأ، تعويض الاثار المسببة للضرر بسبب الدراسة لصالح الشخص الخاضع لها ولذوي حقوقه".

[2] محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص 44.

[3] مرسوم تنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

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 احالت لتطبيق العقوبات المنصوص والمنوه عليها في المواد من 303 مكرر 16 الى 303 مكرر 20 من قانون 01/09[1] المؤرخ في2009/02/25.

لم يشهد عصرنا الحالي قضية طبية لها صلة وطيدة بالجانب الشرعي والأخلاقي جدلا واسعا 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 يتسنّى 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[2] فالمستقبل هو من يتلقى العضو السليم من المتبرع به.

إن عملية نقل وزراعة الأعضاء لم تلق القبول والاستحسان المتوقع لأنها وان كانت انتصارا علميا حلم بها الأطباء إلّا 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[3].

[1] قانون رقم 01/09، المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بالاتجار بالأعضاء، يعدل ويتمم الأمر 156/166، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 2009/03/08.

[2] 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، ص 03.

[3] هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 45.

من جانب آخر فأن انتزاع الأعضاء لا يتوقف عند الاحياء بل يمتد ليطال جثث الأموات وهذا مـا يفتـح الباب علـى مصراعيه لفكرة **منفعة الموت**[1].

على هذا الأساس يتجه البعض الى تقصير وقت الرحيـل للمرضـى الميؤوس من شفائهم الموجودين في غيبوبة والموضوعين تحت أجهزة الإنعاش الاصطناعي بنزع هذه الأجهزة عنهم وبالتالي تقصير رحيلهم 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.

أولا: نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء

تجدر الإشارة بادئ ذي بدء في مسألة نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء أنّ القضية أقل شدّ للانتباه، وأقل تعقيدا ممّا 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[2].

1. أهداف عمليات نزع وزرع الأعضاء بين الاحياء

في المادة 355 من قانون الصحة رقم 11/18 على أنه:" لا يجوز نزع الأعضاء والانسجة والخلايا البشرية وزرعها الاّ لأغراض علاجية او تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون" الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية ".

[1] قرار وزير الصحة رقم 89/39 بتاريخ 1989/03/26 المتعلق بنزع الأنسجة والأعضاء من أجل الزرع، 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 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.

[2] بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص 207.

2. شروط نزع وزرع الأعضاء بين الاحياء

أضافت المادة 35 من مدونة أخلاقيات الطب[1] 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[2] أو لأغراض تشخيصية عندما يتطلب الأمر نزع أنسجة وتحليلها لمعرفة المرض.

أ. 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 انّه حدث تغيير فيما يخص علاقة المتبرع بالمتلقي، اذ حصرها المشرع في هذا القانون الجديد بين الأشخاص ذوي القرابة العائلية، كالفروع والأصول والحواشي بحسب الأصل، حسب ما جاءت به المادتين[3] 359 والمادة 360، من ذات

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في: 1992/07/06، المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، عدد 52، بتاريخ 1992/07/08.

[2] أسامة عبد السميع السيد، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 34.

[3] 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 او 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 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" متطابقين. 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 وعندّ يجب أن يعب الاقتضاء، للتبرع المتقاطع، أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، الذي يتأكد، مسبقا، من أن الموافقة حرة ومستنيرة، وأّن التبرع مطابق للشروط المنصوص عليها في هذا القانون

يمكن المتبرع أن يسحب موافقته التي أعطاها في أي وقت وبدون أي إجراء.

القانون المشار اليه أعلاه، وحسنا فعل المشرع الجزائري لسلكه هذا الدرب، وهذا دون أدنى شك للحيلولة من ان تكون عملية نزع الأعضاء وزرعها محل صفقات مالية.

غير انّه واستثناء من الأصل، وفي حالة عدم التطابق المناعي بين ذوي القرابة العائلية او إذا كان نزع العضو مضر بالقريب المتبرع يمكن في هذه الحالة، اللجوء لمتبرع آخر من غير الاقرباء، ولكن قيد المشرع هذه الحالة بشرطين جوهريين، الاّ يتم كشف هوية المتبرع والمتلقي، والاّ يكون التبرع محل صفقة مالية، وهذا ما أوضحته المادة 360 المشار اليها أعلاه، مـن قانون 11/18 المتعلق الصحة سالف الـذكر بنصها:" لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء أو الانسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع، إذا عرّض حياة المتبرع إلى الخطر...".

ب. 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[1] والناس سواسية أمام القانون غنيهم كفقـيرهم وسلامة الجسم من النظام العام، بمفهوم المادة 358، المشار اليها أعلاه.

ج. شرط رضا المتبرع

استقرت جميع التشريعـــات المنظمة لعملية نقل وزرع الأعضاء على أن رضـــا المتبرع وخصائصه مسألتين رئيسيتين ويجب أن يستمر هذا الرضا إلى لحظة الاستئصال[2]، 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

تقوم لجنة الخبراء بإعلام المتبرع مسبقا، بالأخطار التي قد يتعرض لها وبالعواقب المحتملة للنزع وكذلك بالنتائج المنتظرة من الزرع بالنسبة للمتلقي.

تقدم لجنة الخبراء ترخيصا للنزع بعد أن تتأكد من أن موافقة المتبرع حرة ومستنيرة ومطابقة للشروط المنصوص عليها في هذا القانون.

تحدد تشكيلة لجان الخبراء وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم".

[1] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 82.

[2] مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 132.

المختص إقليميا وتقدم وثيقة الموافقة الى لجنة خبراء التي بدورها تقوم بإعلام المتبرع مسبقا بالأخطار والعواقب المحتملة التي قد يتعرض لها حالا ومستقبلا وهذا ما نصت عليه المادة 357 فقرة 2[1] والمادة 360 فقرة 4 من قانون 11/18 بقولها: " لا يمكن القيام بنزع الأعضاء والخلايا من شخص حي قصد زرعها بدون الموافقة المستنيرة للمتبرع ".

غير أن قانون 11/18 لم يبين السن القانونية أو الأهليــة المطلوبة في المتبرع وإنمــا منع في مادته 361 انتزاع الأعضاء مــن القصـــر والمحرومين من التمييز وعليه يمكن الرجوع للقواعد العامة للأهلية المنصوص عليها في المادة 40 من القانون المدني[2].

غير انّه من جهة أخرى اباح في نص المادة 361 فقرة 2 التبرع **بالخلايا الجذعية للدم استثناء من القصر لصالح الأخ او الأخت فقط**،[3] وهذا ليس بصفة مطلقة، بل قيد هذه الحالة بشروط، منها توافر حالة الضرورة القصوى، وعدم وجود حلول وبدائل أخرى، وبموافقة وليي المتبرع والمتلقي ولصالح ابن او بنت العم او العمة او ابن او بنت الخال او الخالة.

د. رضا المتلقي

حضي المتلقي لزراعة العضو بحماية قانونية مثل المتبرع، على أساس انّه 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، فانّ الموافقة وعكس ما يتطلب القانون في وجوب موافقة المتبرع كتابيا امام رئيس المحكمة المختصة اكتفى المشرع بان تكون مواقة المتلقي امام الطبيب رئيس

---

[1] المادة 357 فقرة 2:" لا يجوز جمع أعضاء جسم الانسان من متبرع حي لأغراض الحفظ، دون موافقة المتبرع أو ممثله الشرعي".

[2] الأمر 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، ويقتضي هذا النزع في جميع الحالات الموافقة المستنيرة لكلا الأبوين أو ممثلهم الشرعي".

المصلحة التي يمكث فيها، وشاهدين اثنين حسب المادة 364[1] من قانون 11/18 وفي حالة تعذر ذلك يمكن لاحد افراد العائلة حسب الترتيب إعطاء الموافقة كتابيا.

ثانيا: نقل وزرع الأعضاء من جثث الموتى

إذا كانت الموافقة الصريحة ضرورية لشرعية المساس بجسم المتبرع وهو على قيد الحياة فإنها ضرورية كذلك للاقتطاع من جثته بعد مماته[2] 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 وان كان فريق من الفقهاء المحدثين أجاز نقل الدم والأعضاء بين المسلم وغيره.

في هذا الصدد فان موضوع النقل من جثة الميت إلى الحـــي مبنـــي بالأساس علـــى معيار بدء الوفاة[3]، إذ انّ 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 مجدّدا، ولو انّ أجهزة الإنعاش هي التي تبقى فيه الحياة البيولوجية للأنسجة لكي يستفاد من نزع الاعضاء وهذا بعد الإثبات الشرعي للوفاة وبالرجوع للقانون الجزائري نجده أباح هذه العملية طبقا لنص المادة 362. حيث أجازت هذه المادة صراحة نزع الأعضاء من الموتى لغرض زرعها[4] غير انّه قيّد ذلك بشروط وهي:

- الإثبات الشرعي للوفاة ويكون من طرف لجنة طبية[5] منشأة لهذا الغرض حسب المادة

---

[1] المادة 264:" تنشأ وكالة وطنية للدم تكّلف 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] مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2009، ص 608.

[3] أسامة السيد عبد السميع، المرجع السابق ص 109.

[4] قرار وزير الصحة رقم 89/39، بتاريخ: 1989/03/26 المحدد لعمليات نقل وزرع الأعضاء، سالف الذكر.

[5] لجنة طبية تنشأ في كل مستشفى مرخص له بانتزاع وزرع الأعضاء، حسب قرار وزير الصحة في 2002/10/02. سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الاعضاء بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى بيروت،2004، ص 277.

362[1] من قانون 11/18 السالف الذكر.

- عدم جواز إجراء استئصال للأعضاء من المتوفين إذا كان ذلك يعيق التشريح حسب المادة 363[2].
- حدّد المشرع أماكن خاصة وعددها 07 مستشفيات[3] في الجزائر يمكن أن يتم فيها زرع الأعضاء الآدمية بقرار من وزير الصحة بتاريخ 02 أكتوبر 2002 بحسب المادة 366[4].
- ترسيخ ضمانات من المشرع لحيادية 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.

[1] المادة 362:" لا يمكن نزع الأعضاء أو الأنسجة البشرية من أشخاص متوفين بغرض الزرع إلّا لا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفقا لمعايير علمية يحددها الوزير المكلف بالصحة. وفي هذه الحالة، يمكن القيام بالنزع 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 كيفيات التسجيل في سجل الرفض، عن طريق التنظيم

يجب ان يطلع الفريق الطبي المكلف بالنزع 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 النزع التي تم القيام بها".

[2] المادة 363:" يمنع كشف هوية المتبرع المتوفي للمتلقي وهوية المتلّقي لأسرة المتبرع. يجب أّ لا يكون الطبيب الذي قام بمعاينة وإثبات وفاة المتبرع من الفريق الذي يقوم بالزرع ويمنع الشروع في نزع الأعضاء أو الأنسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي".

[3] المستشفيات المرخص لها بزرع القرنية هي المستشفى الجامعي مصطفى باشا، المؤسسة الاستشفائية وهران، بني مسوس، باب الوادي، عنابة. امّا المستشفيات الموكل لها زرع الكلى فهي عيادة الدقسي قسنطينة ومصطفى باشا، ومركز بيار ماري كيري لزراعة الكبد

[4] المادة 366:" لا يمكن القيام بنزع أو زرع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا البشرية إلّا لا 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".

- 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 تصــرفا أحاديا أمــا 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.

ثم أضافت المادة 362 من نفس القانون أنه لا يجوز انتزاع الأعضاء من الجثة مهما كان الأمر إذا عارض الشخص المتوفي ذلك كتابة أثناء حياته بتسجيل الرفض في السجل الوطني لرفض التبرع الذي تمسكه الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء، من جهة أخرى لا يجوز المساس بالجثة من اجل النزع إذا كان الانتزاع للعضو يعيق عملية التشريح الطبي لمعرفة سبب وظروف الوفاة لا سيما الوفاة المشبوهة تطبيقا لنص المادة 363 فقرة 3.

غير أنّ الرفض بالتبرع بالأعضاء لا يلزم إلاّ قضية التبرع بالأعضاء من اجل الزرع[1] امّا إذا كان نزع العضو من الشخص لغرض علمي أو غرض آخر غير الزرع فهو جائز قانونا، حتّى ولو كان الشخص رفضا كتابيا وهذا ما يفهم من نص المادة 362 فقرة 1 السالفة الذكر، وأكّدت على هذا المادة 363 فقرة 2 من قانون 11/18 بقولها:" ويمنع الشروع في نزع الأعضاء او الانسجة إذا كان ذلك سببا في عرقلة التشريح الطبي الشرعي".

- بناء على امر من السلطة العمومية.

ثالثا: عقوبة مخالفة أحكام نزع وزرع الأعضاء والاتجار بها

إن المعطي ليس أداة يستعملها الطبيب كيفما يشاء، وكذلك المتلقي فكل منهما يعدّ إنسان حرّ، له حق في سلامة جسمه، باعتباره ذلك من الحقوق اللصيقة بالشخصية، والمتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز للطبيب المساس بالتكامل الجسدي لكل من المتبرع او المتلقي من دون رضاه.

من ناحية أخرى يجب ألاّ يعتد بهذا الرضا، إذا كان هناك مساس بالتكامل الجسدي مع انتقاص من مقدرة الجسم الوظيفية[2]، يضاف إلى ذلك أنّ هذا التنازل يجب إلاّ يقترن بمقابل

[1] مامون عبد الكريم، المرجع السابق ص 643.

[2] أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 68.

مادي، ويعد هذين الشرطين من أبرز الضوابط والقيود القانونية لعمليات نقل وزرع الأعضاء إضافة إلى الضوابط والقيود الاخرى سالفة الذكر، ومخالفة هذه القيود والشروط تقيم المسؤولية الجزائية للطبيب المنصوص عليها في المواد من 303 مكرر 16 إلى 303 مكرر 29 المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء، هذا بالإضافة إلى المسؤولية المدنية والجزائية عن الأخطاء المهنية السابق ذكرها في الفصل الأول.

تأسيسا على ما سبق، نصت المادة 303 مكرر 16 من قانون 01/09 المتعلق بالاتّجار بالأعضاء المؤرخ في 2009/02/25، المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات[1]، 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 يتوسّط قصد تشجيع أو تسهيل الحصول على عضو من جسم شخص ".

والملاحظ انّ هذا النص جاء عاما وشاملا للأطباء أو لغيرهم سواء للانتفاع بهذا العضو من قبل الشخص نفسه كالشخص الذي يدفع مبالغ لشراء كلية أو قرنية عين لنفسه أو يعد المتبرع بمقابل ما أو يوفر له امتياز ما، كما يسري نفس الحكم على من يقوم بالسمسرة في الأعضاء البشرية بالتوسط وتقريب وجهات النظر بين المتبرعين والمتلقين او غيرهم مقابل عمولة أو بدونها.

غير أنّه 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 يمكن أن يقترفها الأطباء بانتزاع أعضاء من أشخاص أحياء أو أموات دون

[1] قانون 01/09، المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بالاتجار بالأعضاء، المرجع السابق.

أخذ الموافقة الصريحة بعد الإعلام المتبصر من المتبرعين أنفسهم أو ذويهم حسب ما هو منصوص عليه في التشريع.

غير انّه فيما يخص انتزاع الطبيب للأنسجة أو للخلايا 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 إذ 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 نصادف حالات زرع 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 هامدة أو في حالة الطبيب الذي يستغل وظيفته للتأثير على المرضى، أو للنصب عليهم كالقصر وجلبهم إلى مكان العمل ويقوم بانتزاع منهم أنسجة أو خلايا مثلما هو منصوص عليه في المادتين 303 مكرر 18، 303 مكرر 19 بمقابل أو بدون موافقة.

فالمشرع شدّد العقوبة لهؤلاء بنص المادة 303 مكرر 20 بقولها: " يعاقب على الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر 18 و303 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...".

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[1]، كالمنع من الإقامة، غلق محل الجريمة، طرد من الوظائف.

المبحث الثاني

الجرائم المهنية

(غير الماسة بالسلامة الجسدية)

إن كون الطبيب بشر قد يعتريه ما يعتري 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 إماطة 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 جرام أخرى مثل **جريمة الممارسة** غير الشرعية للطب و**جريمة تزوير** الشهادات الطبية (المطلب الأول) ثم بعد ذلك الى **جريمتي امتناع الطبيب** عن المساعدة **وإفشاء السر** المهني (المطلب الثاني).

[1] قانون 23/06، المؤرخ في 2006/12/20، 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 الشرعية 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 انّه حتّى وان حدث أن نجحوا في مرة او مرّتين في تدخلهم، لا شك انّهم سيخفقون في المرّات الأخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الامر يقتضي معرفة ذلك الدخيل المنتحل لصفة طبيب، لتحديد المسؤوليات عن المساس بالسلامة الجسدية للأشخاص، على هذا الاساس فإنّ انتفاء ولو شرط من شروط الممارسة الطبية يترتّب عنه قيام المسؤولية الجزائية للطبيب، وهذا ما سنحاول التطرق إليه في عنصرين حيث نتناول في الأول جريمة الممارسة غير شرعية لمهنة الطب[1] أما في الثاني فنتطرق لجريمة انتحال الألقاب الطبية.

[1] المادة 185 من قانون الصحة 11/18:" يمارس بصفة غير شرعية مهنة الصحة كل من لا يستوفي شروط الممارسة المحدّدة 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".

أولا: جريمة الممارسة غير الشرعية لمهنة الطب

من الطبيعي أن تخضع ممارسة مهنة الطب كأي مهنة، للقانون وللتنظيمات المعمول 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، حتىّ ولو كان يحمل شهادة طبيبا[1]. وتتكون هذه الجريمة كسابقيها من ركنيين، الركن المادي والركن المعنوي والجزاء المترتّب 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 قانونا ويتحقق هذا السلوك في ثلاث صور، اولاها 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 بتواطؤ طبيب مع غيره لتسهيل لهم الممارسة غير الشرعية حتّى ولو كان هذا الغير حائزا هو على الشهادة العلمية (الصورة الثالثة).

أ. الصورة الأولى: ممارسة الطب قبل الترخيص القانوني

هي ممارسة الطبيب لمهنة الطب في عيادة او مؤسسة مفتوحة للجمهور دون الحصول على الترخيص من السلطة الوصية او كالطبيب الذي يمارس المهنة في الفترة السابقة على منحه الترخيص، أي قبل إتمام الإجراءات المطلوبة من السلطة الوصية، حيث تنص المادة الثانية من مدونة أخلاقيات الطب[2] 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 ".

[1] محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2004، ص 34.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

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 الحصول على الترخيص المشار اليه في المادة 273 و307 من قانون الصحة 11/18 وقبل اكتمال الإجراءات المنصوص عليها في قانون الصحة سالف الذكر، والنصوص التنظيمية ذات الصلة، تطبيقا لنص المادة 414[1] من ذات القانون،

غير انّ المشرع أورد حكم آخر في المادة 416[2] من قانون الصحة 11/18 المذكور أعلاه، وهو حالة مختلفة عن الحالة السابقة المشار اليها أعلاه، بحيث هنا يكون الشخص لا يحمل شهادة أصلا، او حامل لشهادة غير المطلوبة، او طبيب حامل للشهادة العلمية ومارس المهنة الطبية المتنقلة المنصوص عليها في المادة 21 من مدونة اخلاقيات المهنة دون فتح عيادة او مؤسسة تتطلب ترخيصا وبالتالي يقع تحت طائلة العقاب المقرر في المادة 243[3] من قانون العقوبات، وغني عن البيان، انّ كل طبيب لم تتوافر فيه الشروط المنصوص والمنوه عليها في القوانين المنظمة للمهنة الطبية وبدأ في ممارسة المهنة دون ترخيص او 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 الحرّ 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[4] السالفة

---

[1] 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".

[2] المادة 416: "يعاقب كل شخص على الممارسة عير الشرعية لمهن الصحة طبقا لأحكام المادة 243 من قانون العقوبات".

[3] المادة 243 من ق.ع.ج:" كل من استعمل لقبا متصلا بمهنة منظمة قانونا أو شهادة رسمية أو صفة حددّت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئا 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".

[4] المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المرجع السابق.

الذكر بنصها: " يمكن للمجلس الجهوي أن يتخذ العقوبـــات التأديبية التـــالية: -الإنذار؛ -التوبيخ؛ كما يمكنه أن يقترح على السلطات الإدارية المختصة، منع ممارسة المهنة و/أو غلق المؤسسة، بمقتضى مقررة غلق المؤسسة الصحية لفترة قد تطول او تقصر والتي تصدرها السلطة الوصية الممثلة في مديرية الصحة او الوزارة المختصة اوفي حالة ما كان الطبيب في وضع لائحي تنظيمي وتمّ توقيفه بنا على قرار صادر من المؤسسة العمومية او الهيئة التابع لها الطبيب كموظف.

كما يمكن أن يسحب الترخيص بناءا 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 اكّدته المادة 188 من قانون الصحة 11/18 المشار اليه أعلاه بنصها: "يمنع على كل مهني الصحّة الذّي منع من الممارسة، من تقديم فحوص أو تحرير وصفات أو تحضير أو تقديم أدوية لتطبيق علاج أو استعمال أيّ أسلوب علاجي تابع للطب أو طب الأسنان أو الصيدلة".

غير انه وللأسف فرغم وجود بعض الأطباء في الحالات التي ذكرناها أعلاه بوقف حقهم في ممارسة المهنة بصفة مؤقتة او دائمة الاّ انهم يستمرون في ممارستها في الخفاء وهو ما يقيم مسؤوليتهم الجزائية.

ج. الصورة الثالثة: تسهيل الممارسة غير شرعية للطب

سبق وان اوضحنـــا أنّ كل شخص لا تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها قـــانونا ولم يحصل على رخصة المزاولة للمهنة الطبية، يعدّ عمله غير مشروعا، حتّى ولو قام به بحضور طبيب أو جراح أسنان مرخص له بذلك، بل أنّه متى ثبت تواطؤهما فيما بينهما يعدّ كلاهما مرتكبا 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 والصيادلة 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 التستّر عليه لأجل مساعدته في عيادته لأغراض مربحة حسب ما أوردته المادة 186[1]، على أساس انّ 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[2] بل هي جريمة قائمة ومستقلة في حدّ ذاتها والشروع فيها لا يمكن تصوره، فالطبيب المتحصّل على شهادة علمية لا يسمح له بممارسة الطب إلّا 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 كأي شخص آخر لا لشيء إنما من اجل صون افراد المجتمع ومنع الدخلاء بتنظيم المهنة الطبية.

3. عقوبة الممارسة غير الشرعية للطب وتوافر حالة الضرورة

رغم كون جريمة الممارسة غير الشرعية جنحة معاقب عليها بالحبس او بالغرامة، غير انّه وبالنظر للبعد الإنساني لهذه المهنة، هناك حالات للضرورة تسمح للطبيب بممارسة المهنة دون ترخيص، كأي فرد آخر من المجتمع في حالات الحوادث والاستعجال والنجدة وتقديم المساعدة بناء على امر القانون.

---

[1] 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 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".

[2] شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها: المرجع السابق، ص 99.

أ. عقوبة الممارسة غير شرعية للطب

نصت على ذلك المادة 416 من قانون الصحة 11/18 بقولها:" يعاقب كل شخص على الممارسة عير الشرعية لمهن الصحة طبقا لأحكام المادة 243 من قانون العقوبات "، حيث أحالت العقوبة إلى المـــادة 243 من قانون العقوبات[1] التي تنص على:" كل من استعمل لقبا متصلا بمهنة منظمة قانونا أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادّعى لنفسه شيئا 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".

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 مريضا يواجه خطر وشيكا ...".

وعليه تنتفي مسؤولية الطبيب إذا مارس المهنة بدون ترخيص في هذه الحالة نظرا لنبل المهنة الطبية وبعدها الإنساني.

ثانيا: 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 أحيانا مع توفر هذه الشروط قد يلجأ بعض الأطباء إلى انتحال ألقاب ومواصفات لم يرخص لهم القانون بها وذلك ابتغاء

[1] قانون 23/06 المؤرخ في 2006/12/20، المعدل والمتمم للأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

الترويج لأنفسهم من أجل الربح المادي كمن يدّعي لنفسه على لافتة أو وصفة طبية بأنه مختص في امراض ليس من اختصاصه.

وأحيانا 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[1] 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 بأحقّية صاحبها في هذه الصفة أو اللقب[2]. فالطبيب الذي يضع لافتة عند مدخل عيادته مكتوب ومشاد بها لصفة ما لم يرخص له 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، اذ 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:" يتعيّن 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".

[1] شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 116.

[2] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 38.

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 عـــام عادي، أو كتـــابته على لافتة أو وصفة أنه عضو في هيئة كذا...أو مدرسا في كذا...وهذا مـــا أكدته المـــادة 77 من مدونة أخلاقيـــات الطب الســـالفة الذكر بقولهـــا:" لا يســـوغ للطبيـــب أو جراح الأسنـــان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية أو الدليل المهني إلا البيانات الآتية:

1-الاسم واللّقب 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 في غلط[1] وتحقيق نتيجة متمثلة في حمل العامة على الاعتقاد بأحقيته في هذه الصفة أو اللقب.

3. العقوبـة

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، المتعلّقة بالممارسة تحت الهوّية القانونية لمهن الصحّة، طبقا 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[2] التي تنص على أنّ:" كل من انتحل

[1] محمد القبلاوي، المرجع السابق ص 39.

[2] قانون 23/06 المؤرخ في 2006/12/20، يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

لنفسه في محرر عمومي أو رسمي أو في وثيقة إدارية معدّة 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 مؤسسة او هيئة عمومية، والأصل أن يعهد بتحريرها إلى الخبراء والأطباء الشرعيين، غير أنّ القانون سمح بذلك للأغلبية منهم كطبيب العمل والطبيب المدرسي وطبيب الشركة والطبيب العام والخاص.

فالطبيب محرر الشهادة الطبية يقوم بمعاينة ما يرى وليس ما يبلغه به طالب الشهادة عند تحريرها رغم الاستماع اليه للتوضيح لسرد اعراض المرض او الإصابة إذ لا يعني أنّه حضر الواقعة أو شاهدها، لان تحرير الشهادة إجراء لا يخلو من المشاكل والآثار المترتبة عنها.

أولا: أهمية الشهادة الطبية ودورها

الشهادة الطبية من الاعمال الفنية التي خص المشرع بها الطبيب في عدّة مواد قانونية اثناء ممارسته لمهنته او اثناء انتدابه من القضاء لتوضيح مسالة فنية في واقعة او خصومة ما لرفع اللبس وتنوير القاضي، ومن ثمّ فانّ تحريرها يترتب عنه تغيير في المراكز القانونية للأشخاص المتعلقة بهم او اطراف الخصومة ، سواء كان الشخص متهما أو ضحية في جرائم الضرب والجرح ، أو في الاعتداءات الجنسية أو حوادث العمل أو المرور وفي عقود الزواج، كونها ستستعمل من طرف حائزها للحصول على حقوق أو مزايا، أو لمساءلة الغير، ومن ثمّ حمّل القانون مسؤولية محرّرها، مسؤولية تأديبية، أو مدنية أو جزائية عند مخالفته للأحكام والقواعد المنظمة لها، باعتبار ذلك تزييف للحقيقة بإثبات او بنفي لواقعة بواسطة الشهادة الطبية، ناهيك عن آثارها الاجتماعية والاقتصادية بترتيب حقوق لأشخاص دون وجه حق، أو تفضيل شخص على آخر أو الإضرار بأشخاص معنوية كالشركات، وصناديق الضمان الاجتماعي، أو تضليل للعدالة.

وقد تناول قانون الصحة[1] هذه الحالات في عدّة نصوص منها ما جاء في نص المادتين 199 والمادة 200[2] من قانون 11/18 سالف الذكر أعلاه.

في هذا الصدد تنص المادة 199 على انّه: " 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 ".

وأكدّت على هذا الأمر المادة 24 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يمنع ما يأتي:

- كل عمل من شأنه أن يوفر لمريض ما امتيازا ماديا غير مبرر؛
- أي حسم ماليا كان أو عينيا 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 ".

[1] قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

[2] 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 إلّا شهادة لإثبات الوفاة، ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجثّة، مع احترام الإجراءات التنظيمية المعمول بها."

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.

ثانيا: مفهوم الشهادة الطبية

غني عن البيان ان أي تحرير للشهادة الطبية يسبقه بالضرورة فحص طبي او معاينة والذي يتنوع ويختلف من شخص إلى آخر حسب المرض او مكان الإصابة، حيث يفيد هذا الفحص الأولي في معاينة وتدوين العلامات او الاعراض قبل زوال آثار الإصابة او حدوث مضاعفات بفعل الزمن من جهة، ومن جهة أخرى يفيد كذلك في حالة إعادة الفحص من طرف الطبيب الشرعي بناء على امر قضائي.

1. تعريف الشهادة الطبية

فالشهـــادة الطبية هي إشهاد مكتوب يتضمن معاينة الواقعة لاحظها الطبيب او اكتشفها بنفسه عند فحص شخص او معاينة لحالة او واقعة بناء على طلب المعني بها او ذويه او بناء على امر السلطات[1].

على هذا الأساس فانّه يترتّب على تحريرها مسؤولية الطبيب المهنية المدنية والجزائية، وتحريرها يستوجب توفر ثلاثة شروط مسبقة: حضور المراد فحصه، الفحص الطبي الملائم وتحرير وثيقة مكتوبة ينجزها أي طبيب حضر أو عرضت عليه الحالة، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، شهادات انتقاء العمال لتولّي منصب ما او شهادات الطب المدرسي[2] او المجنّدين للخدمة العسكرية، وشهادات الإصابات والحوادث والاعتداءات، مثل شهادة الضرب والجروح العمدية، وشهادة معاينة الاعتداءات الجنسية، كفض البكارة[3] نتيجة اغتصاب شهادة معاينة الوفاة وغيرها.

---

[1] محمود القبلاوي، المرجع السابق ص 44.

[2] قرار وزاري مشترك في 1997/10/25 يتضمن الإعفاء من ممارسة التربية البدنية والرياضية، الجريدة الرسمية، عدد 83، 1997.

[3] إنّ الادعاء بأنّ الزوجة لم تكن عذراء عند الدخول بها في حين أثبتت الشهادة الطبّية المحررّة بناءا على طلبات وكيل الجمهورية، بعد الواقعة أنّها لا تزال عذراء بحكم أنّ غشاء البكرة مطاطي وهو سليم، وعليه يعتبر هذا الادّعاء مساسا بشرف الزوجة واعتبارها (غ.ج.م 1995/01/15، ملف 102628).

في هذا الصدد وضعت المواد 24، 56، 57، 58 من مدونة أخلاقيات الطب سالفة الذكر، التزاما قانونيا على الطبيب، يتمثّل في تسهيله لمرضاه الحصول على الامتيازات الاجتماعية التي تتطلّبها حالتهم الصحية ، وذلك بتحرير الشهادات والكشوف والوثائق اللاّزمة ومن جملتها الشهادات الطبية المثبّتة لحالتهم الصحية ، كما يتعيّن أن تحرّر 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 المهنة حسب المادة 204 من م.أ.ط.ج، والمواد[1] 165، 166، 167 من قانون الصحة 11/18 المشار اليه اعلاه.

غير انّ الإشكال يثور حول الشهادة الطبية المحرّرة من طرف الطالب المقيم في فترة التربص وهل له صلاحية تحريرها؟

بالرجوع إلى القرار الوزاري المتعلق بالقانون الأساسي للمتربص الداخلي[2] 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 وإلّا سقطوا تحت طائلة جريمة ممارسة الطب بطريقة غير شرعية.

---

[1] المادة 165 من قانون الصحة 11/18:" 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.

تحدّد مدوّنة مهن الصحّة عن طريق التنظيم." وانظر كذلك المادة 166 من نفس القانون: " 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."

[2] المرسوم التنفيذي رقم 236، المؤرخ في 2011/07/03، يتضمن القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية، جريدة رسمية عدد 38، مؤرخة في 2011/07/06.

2. مضمون الشهادة الطبية

تختلف الشهـادة الطبية تبعا لمضمونها وما ترتبت عنه المعـــاينات والإشهادات ونتائج الفحص كالعجز الكلي عن العمل[1] 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[2]، 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.

ب. الإشهادات

الاشهاد هو تحرير إقرار بشهادة ولكنها لا تعني مشاهدة الطبيب لواقعة الحادث أو المشاجرة التي نجمت عنها الإصابات محل معاينته، ولكن الإشهاد الذي يحرره يتضمن الفحوصات، والمعاينات وقراءة نتائج التحاليل، والعلاجات التي قدمها الطبيب لطالب الشهادة، وبالأحرى كل الأعمال الطبية التي قام بها بنفسه أو التي اطّلع عليها، ذكر كل تدخل جراحي أو علاجي استلزمته الإصابات، وذكر الادعاءات التي يصرح بها طالب الشهادة على لسانه.

3. نتائج الفحص او المعاينة

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

---

[1] القرار المتضمن جدول المعدلات الطبية الخاص بالعجز الدائم، مؤرخ في 1967/04/11، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 38، المعدل بالقرار 1981/09/16 الذي يحدد بصفة انتقالية معدل العجز الدائم الجزئي، أو الكلي.

[2] 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 المحددّة في التشريع والتنظيم المعمول بهما."

على الطبيب إعطاءها كل العناية اللاّزمة وعلى الخصوص في تحديد مدة العجز الكلي عن العمل والعاهات المستدامة إن وجدت.

أ-المرض

عرف القضاء المقارن بأنه كل اعتلال بالصحة[1]، ولا يكفي مجرد توافر الألم في تحقيق معناه، والمريض يلازم 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.

ب-العجز الكلي أو الجزئي[2] عن العمل

أما العجز الكلي عن العمل فعرفه الفقه بأنه العجز عن الأعمال المعتادة للشخص سواء كانت بدنية أو عقلية والعبرة في تحديد المدة ما يقضيه المصاب مريضا أو عاجزا عن الأشغال الشخصية من يوم إصابته إلى يوم شفائه.

أما القضاء المقارن -لاسيما القضاء الفرنسي-فإنّه يعرف العجز الكلي[3] عن العمل بأنّه 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 بالنشاطات 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.

---

[1] مجلة المحكمة العليا العدد الأول ،2007، ص90.

[2] العجز الدائم الناتج عن حادث يمكن أن يكون عجز كلي أو جزئي.

[3] القرار المتضمن جدول المعدلات الطبية الخاص بالعجز الدائم، مؤرخ في 1967/04/11، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 38، المعدل بالقرار 1981/09/16 الذي يحدد بصفة انتقالية معدل العجز الدائم الجزئي، أو الكلي (يتغير معدل العجز أو نسبته من 0% إلى 100%).

بناءا على ما تقدم، يمكن أن نستخلص أن العجز الكلي عن العمل ليس مفهوما طبيا بل مفهوما قانونيا، كما أنّه يختلف عن التوقف عن العمل، كونه عجزا شخصيا وليس عجزا مهنيا إذ يمكن تحديد مدة العجز الكلي عن العمل لصبي، للمتقاعد أو لبطال كما أنّه لا يعني عدم إمكــانية الضحية القيام بالمهام العادية كالجلوس وتناول الطعام وإنّما 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 تألّم 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 الاستفادة 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 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 بترا لعضو أو إعاقة لمنفعة عضو.

ثالثا: جريمة تزوير الشهادة الطبية وعقوبتها

لقيام جريمة تزوير الشهادة الطبية في حق محررها يجب ان يتوافر ركنين، ركن مادي وركن معنوي وعقولة تتبع ذلك، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الاتي

1. الركن المادي

تتم بسلوك مادي ذي مضمون نفسي، وركنها المادي يتكون من عنصرين هما: صفة الفاعل ومضمون الشهادة المزورة.

اشترط المشرع أن تكون الشهادة صادرة من أشخاص ذوي صفة معينة، ولا تتحقق هذه الصفة بمجرد الحصول على شهادة الطب أو المؤهل العلمي وإنّما ينبغي الحصول على الترخيص بالمزاولة للمهنة.[1] وقد أشارت المادة 174[2] من قانون الصحة 11/18 الى الأشخاص المسموح لهم بوصف الادوية باستعمال عبارة "المؤهلين"، وأكّدت على ذلك المادة 188 من ذات القانون بنصها: " يمنع على كل مهني الصحة الذي منع من الممارسة من تقديم فحوص او تحرير وصفات او تحضير او تقديم ادوية لتطبيق علاج او استعمال أي أسلوب علاجي تابع للطب او طب الاسنان او الصيدلة".

إن موضوع الشهادة يتعلق بإثبات أو نفي واقعة أو عاهة على خلاف الحقيقة وتأخذ حالتين:

– الحالة الأولى وهو أن تتضمن الشهادة أمرا مزورا، مخالفا للحقيقة أو تجعل واقعة مزورة واقعة صحيحة كإثبات أو نفي مرض أو عاهة أو وفاة[3] كأن يثبت الطبيب في شهادته مرض مزمن لإعفــاء طالبها من الخدمة الوطنية أو شهادة عجز لتقديمها أمام المحاكم[4] أو نقل سجين إلى مستشفى خارجي.

وفي هذه الحالة تطبق احكام المادة 226 من قانون العقوبات الجزائري على الطبيب المزور للشهادة من باب المجاملة ومراعاة للخاطر ليس إلّا، كما وصفت ذلك المادة 58 من مدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر بعبارات تحرير الطبيب لتقرير مغرض او على

[1] منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 146.

[2] المادة 174: "يمكن مهنيي الصحة الممارسين الطبيين المؤهلين لممارسة مهامهم وفي حدود اختصاصاتهم، دون سواهم، وصف أعمال تشخيص وعلاج واستكشاف ومواد صيدلانية. ويجب عليهم السهر على احترام الممارسات الحسنة للوصف".

[3] قرار وزير الصحة رقم 89/39 بتاريخ 1989/03/26 المتعلق بنزع الأنسجة والأعضاء من أجل الزرع، 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 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.

[4] شريف الطباخ، المرجع السابق ص 148، 149.

سبيل المجاملة وبدون مقابل أو وعد أو عطية أو هدية أو تلقي هبة أو منافع أخرى مثلما سنوضحه لاحقا بنوع من التفصيل.

– الحالة الثانية وهي الاشدّ خطورة ويتحول التزوير بمقابل إلى جريمة الرشوة وكانت تطبق عليها فيما مضى المادة 126[1] (الملغاة) من قانون العقوبات، وحاليا تطبق احكام القانون رقم 06–01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته لاسيما المواد 25،26،27،32 والذي سناتي على شرحه لاحقا.

2. الركن المعنوي

التزوير جريمة لا تقوم إلّا عمدا أي بتوافر القصد الجنائي، إذ يجب أن تنصرف إرادة الطبيب إلى الفعل المكون للجريمة وهو تغيير الحقيقة مع علمه بذلك ولا يستلزم لقيام هذه الجريمة معرفة الطبيب لأغراض استعمالها من الشخص المسلّمة إليه منه ، والأهم إدراكه بأنّه حرّر وسلّم بيان مزور وفق إرادته الحرة بغرض المحاباة، فالقصد الجنائي متوفر منذ لحظة تحرير البيان وتسليمه إلى مستعمله سواء ألحقت هذه الشهادة ضررا أم لا، بفرد آخر أو بالصالح العام، أي أنّ الطبيب يكون عالما بكذب الأمر الذي تضمّنته الشهادة في شأن حمل امرأة أو عاهة أو مرض أو وفاة فلا يهم الغرض الذي أعطيت من أجله، فقد يكون من أجل الإعفاء من خدمة عامة[2] كالخدمة العسكرية مثلا أو لترتيب حقوق بدون وجه حق وللإثراء بلا سبب، او لمسائلة الغير.

3. 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

[1] المادة 126 من الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات ملغاة واستبدلت بالمادة 25 من قانون رقم 06–01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ:24 /12/ 2006.

[2] شريف الطباخ، المرجع نفسه، ص 150.

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".

والملاحظ أن المـــادة 126 والتي تتعلق بالتزوير مقابل رشوة ألغيت بموجب القانون 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته[1]، 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 واستبدلها بالمادة 25 من القانون 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 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 والمحررات 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

[1] القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد14، بتاريخ 2006/03/08.

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 ما لم يكن الفعل احدى الجرائم المنصوص عليها في المواد25،26،27، من قانون 06،01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته".

علاوة على ذلك يمكن ان يتابع الطبيب تأديبيا والذي ينعقد فيها الاختصاص للهيئة المستخدمة، والتي تملك صلاحية التعيين سواء بتوقيف الموظف تحفظيا عند متابعته جزائيا وتتنوع حسب الخطأ المرتكب وجسامته، من خطأ من الدرجة الأولى إلى خطأ من الدرجة الرابعة حساب المواد 173، 174، اللتان تقضيان على التوالي، على التوقيف التحفظي التأديبي والتوقيف التحفظي بسبب متابعة جزائية وكذا المادة 185 التي تقضي بتسريح الموظف أو إعادة إدماجه حسب القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية 03/06.

غير انّه في حالة الممارسة الطبية الحرة، فإنّ مدونة اخلاقيات المشار إليها سابقا تحظر كل سلوك من شأنه أن يؤدي إلى الفساد ويفقد المهنة اعتبارها، ومن ثمّ فالعقوبات التأديبية تتمثّل الإنذار او التوبيخ او الغلق حسب ما جاء في نص مادته 217:" يمكن المجلس الجهوي ان يتخذ العقوبات التأديبية التالية الإنذار، التوبيخ، كما يمكنه ان يقترح على السلطات الإدارية المختصة منع ممارسة المهنة و/ او غلق المؤسسة ".

الفرع الثالث

جريمة وصف وتسهيل تعاطي المخدرات والمهلوسات

إن مشكلة المخدرات التي أخذت دائرتها تتسع يوما بعد يوم نتيجة عدة عوامل منها اجتماعية واقتصادية وثقافية، وتشير الأبحاث ان وجود واستعمال المخدرات ذات الأصل النباتي ضارب في أعماق التاريخ، منها ما استعمل للعلاج وتسكين الآلام، ومنها ما استعمل في جلب السعادة والفرح واخرى في الشعوذة والسحر والاتصال بالأرواح[1] وطرد الشريرة منها لم تعد تقتصر على مجتمع دون الآخر، لذا أصبحت من أعقد المشاكل التي يوجهها المجتمع

[1] فاطمة العرفي، ليلى إبراهيم العدواني، جرائم المخدرات في ضوء الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010، ص11.

الإنساني، حيث وصل الامر ان تسببت في مناوشات وحروب بين الدول ولا ادلّ على ذلك ما سمي بحرب "الافيون" التي دارت رحاها سنة 1839 و1842 بين إنجلترا والصين بسبب تصدي هذه الأخيرة لمساهمة إنجلترا في نشر تلك المخدرات والمهلوسات[1] في الأسواق عن طريق الرحلات الاستكشافية[2].

في هذا السياق تشير التقديرات انّ عائدات المخدرات بلغت 500 مليار دولار، أي في مرتبة بعد تهريب الأسلحة والاتجار فيها الذي يأتي في المرتبة الأولى وبعده البترول في المرتبة الثالثة، كما أن مكافحتها تتطلب 50 مليار دولار سنويا من جانب الدول[3].

فبغض النظر عن جريمة تبيض الأموال والإثراء بلا سبب على حساب الغير بسبب الاتجار اللّامشروع 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.

في هذا الصدد فانّ 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 اذ لجأت 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

[1] قانون رقم 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما المؤرخ في 2004/12/25، الجريدة الرسمية عدد 83، 2004 المعدل والمتمم بالقانون 05/23 المؤرخ في 07 ماي 2023 والمتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية، عدد 32، بتاريخ 2023/05/09.

[2] حاج شريفة فوزية، مكافحة الاتجار الدولي غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الجنائي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2019.

[3] Abidat Abdelkrim, Drogue, La Bête qui menace le Monde, Nouvelle édition (GED -COM), Algérie, 2007, P 69.

1988[1] وتبعا لذلك سنت الجزائر تشريعاتها طبقا لهذه الاتفاقيات ليصدر أول قانون يتضمن بعض المواد المتعلقة بالمخدرات آنذاك في 1985/02/16 تحت رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

غير أنه ونظرا للتطورات الواقعة على المستويين الوطني والدولي بالإضافة إلى نقص وعدم فعالية القانون 05/85 المشار اليه أعلاه وجعله أكثر تطورا مع بداية الانتشار الرهيب للمخدرات وتماشيا مع الاتفاقيات الدولية، صدر القانون المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية بتاريخ 2004/12/25 تحت رقم 18/04 المعدل والمتمم، والذي جاء بمفاهيم جديدة للمخدرات وسد النقص الذي كان يعاني منه القانون القديم المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والذي تمّ الغاءه مؤخرا بموجب المادة 449 من قانون الصحة 11/18.

أولا: مفهوم المخدرات

جاء تعريف المخدرات والمؤثرات العقلية حسب نص **المادة الثانية قبل تعديلها** من قانون 18/04 المعدل والمتمم: " كل مادة طبيعية كانت ام اصطناعية من المواد الواردة في الجدولين الأول والثاني من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 بصيغتها المعدلة[2] بموجب بروتوكول سنة 1972"، ثمّ عدّدت نفس المادة المذكورة وعرفت في ثماني فقرات لها المقصود بالمخدرات، المؤثرات العقلية، السلائف، المستحضرات، القنب، نبات القنب، خشخاش الافيون، شجيرة الكوكا، امّا باقي الفقرات فتتعلق بزرعها وصنعها، ونقلها.

في هذا الصدد، نشير الى انّه بالإضافة لباقي التعديلات الأخرى المتعلقة بالعقوبات المنصوص عليها في المواد 12 و16 و17، فإنّ اهم التعديلات التي جاء بها قانون05/23 المشار اليه أعلاه جاءت تحت مسميات وعناوين جديدة، كالفصل الأول المعنون "**بالتدابير الوقائية**"، والفصل الثاني المعنون "**بالتدابير العلاجية**"، والتي سنتعرض لها لاحقا.

---

[1] اتفاقية الأمم المتحدة بفيينا في 1988/12/20، المصادق عليها من الجزائر بالمرسوم الرئاسي 41/95 ج.ر عدد 07 بتاريخ 1995/01/28.

[2] انظر كذلك، كل من اتفاقية الأمم المتحدة بفيينا بتاريخ 1988/12/20، والمصادق عليها بالمرسوم 41/95 في 1995/01/28، الجريدة الرسمية عدد 07، وانظر كذلك المرسوم الرئاسي رقم 61/02 المؤرخ في 2002/02/05 المتضمن المصادقة على البروتوكول المتعلق بتعديل الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 المعتمدة بجنيف 1972، الجريدة الرسمية عدد 10 بتاريخ 2002/02/12 وانظر كذلك الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية لسنة 1994.

ففي المادة الثانية(02)، المشار اليها أعلاه فقد تمّ تعديلها[1] في القانون الجديد رقم 05/23 السابق الذكر، بالتنويه فيها في فقرتها الأولى بأعلى هيئة عمومية مشرفة على الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية والمتمثلة في الديوان الوطني للوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، المنصوص عليه في التنظيم الساري المفعول، والمهام الموكلة اليه بالرصد واعداد البرامج والتخطيط لمكافحة هذه الآفة والإتجار بها والإدمان عليها حسب ما نصت عليه المادة 5[2] مكرر 1 و2.

غير انّ اهم تعديل في المادة 2 المشار اليها أعلاه، هو الذي مسّ تعريف نوع المخدر والسلائف والمؤثرات العقلية، حيث اعتبر المشرع انّه زيادة على التعريفات والتصنيفات التي جاءت بها الاتفاقيات المتعلقة بالمخدرات والمؤثرات العقلية المصادق عليها ، فإنّ كل مادة يتم تصنيفها في الإقليم الوطني من طرف الخبراء والمتخصصين على انّها من المخدرات او من المؤثرات العقلية او السلائف **تعتبر كذلك**، ومن ثمّ تخضع في تصنيفها وتجريمها لقانون العقوبات الجزائري، بغض النظر عن عدم تصنيفها والنص عليها في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، وبهذا يكون المشرع قد تدخل لوضع حد للتلاعب بالتصنيف والجدل القانوني القائم حول التوسع او التضييق في تفسير ووصف بعض الادوية الموصوفة طبيا كمسكنات للألم ومهدئات على انّها مخدرات، لاسيما اثناء المحاكمات.

---

[1] المادة 2 من قانون 05/23:" يقصد في مفهوم هذا القانون لما يأتي:

- الديوان: الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدمانها المنصوص عليه في التنظيم الساري المفعول.
- المخدر: كل مادة طبيعية كانت أو تركيبية من المواد الواردة في الجدولين الأول والثاني من الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 بصيغتها المعدولة بموجب بروتوكول 1972، **وكل مادة مصنفة وطنيا كمخدر**.
- المؤثرات العقلية: كل مادة طبيعية كانت أو اصطناعية ...**وكل مادة مصنفة وطنيا كمؤثر عقلي**.

السلائف: جميع المنتجات الكيمياوية التي تستخدم في عمليات صنع المواد المخدرة ... **وتلك المصنفة وطنيا كسلائف...**".

[2] المادة 5 من قانون 05/23 مكرر 1:" يكلف الديوان بالتعاون مع القطاعات المعنية لإعداد مشروع الاستراتيجية الوطنية للوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية والسهر على تنفيذها بعد مصادقة الحكومة عليها". والمادة 05 مكرر 2:" يتولى الديوان بالتنسيق مع مختلف القطاعات الوزارية وفاعلي المجتمع المدني جمع ومركزة المعلومات المتعلقة بالوقاية من المخدرات، والتنسيق بين مختلف المتدخلين.... إعداد مخططات توجيهية في مجال الوقاية، وإعداد تقرير سنوي وطني حول الوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية يرفع إلى رئيس الجمهورية...".

امّا التعديل الآخر فمسّ المادة 3 في فقرتها 2 المتعلقة بتسمية المادة المخدرة، والتي زيادة على التسمية الدولية او العلمية او المتعارف عليها دوليا، تكون تسميتها إذا اقتضى الامر ذلك حسب التسمية المتعارف عليها وطنيا، وهنا يحث المشرع من خلال نص المادة 5 مكرر 8[1] وزارة الصحة بإعداد فهرس وطني الكتروني للوصفات الطبية المتضمنة مواد مخدرة ومهلوسات عقلية.

غير انّ اهم التعديلات جاءت بإضافة فصلين جديدين، سمي الفصل الأول مكرر تحت عنوان "**التدابير الوقائية**" وحسنا فعل، بالتركيز وإعطاء الأولوية للجانب الوقائي من آفة المخدرات والمؤثرات العقلية، بإلزام المؤسسات العمومية، الإدارية منها والتعليمية والصحية والدينية والاعلام ،بلعب أدوارها كاملة في التصدي للوقاية من الانتشار المرعب في الآونة الأخيرة لهذه الآفة بتكثيف الجهود، وعقد ندوات وملتقيات علمية ودراسية لشرح آثارها التدميرية والوخيمة على المجتمع وتطوره وأمنه وسكينته، والتكفل والمتابعة والرعاية الصحية لضحايا الإدمان على تعاطيها لاسيما فئة الشباب في المؤسسات التعليمية.

في هذا الصدد، تضمن الفصل المشار اليه أعلاه 9 مواد جديدة، نصت عليها المادة 3 من ذات القانون، من المادة 5 مكرر الى المادة 5 مكرر 8، تتمثل من جهة، في استراتيجية السلطات للعمل الجواري والوطني وتفعيل آليات الوقاية والتصدي لانتشار وتفشي هذه السموم، لبلوغ الأهداف المسطرة والحد من تفشيها في أوساط المجتمع حسب ما جاءت به المادتين 5 مكرر 1 و3 واللّتان تنصان على التوالي:" يكلف الديوان بالتعاون مع القطاعات المعنية لإعداد مشروع الاستراتيجية الوطنية للوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية والسهر على تنفيذها بعد مصادقة الحكومة عليها"، " تلزم الإدارات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية بالتنسيق مع الديوان بإعداد برامج قطاعية وقطاعية مشتركة للوقاية من الاستعمال والاتجار غير المشروعين بالمخدرات والمؤثرات العقلية... والتحسيس والتوعية بآثار المخدرات والمؤثرات العقلية وتفعيل دور المؤسسات التربوية والتعليمية والتكوينية في مجال

[1] المادة 5 مكرر 8:" يحدث على مستوى وزارة الصحة فهرس وطني الكتروني للوصفات الطبية المتعلقة بالمخدرات والمؤثرات العقلية ويوضع الفهرس تحت تصرف الجهات القضائية والشرطة القضائية وممارسي الصحة ومصالح الرقابة من وزارة الصحة والجمارك، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

التحسيس والتوعية بمخاطر المخدرات وتعزيز دور المسجد والمراكز الثقافية والرياضية ودور الشباب للتحسيس بخاطر المخدرات والمؤثرات العقلية..".

كما تلزم المؤسسات العمومية وكل الفاعلين من المساجد والمراكز الثقافية والمجتمع المدني والمؤسسات التعليمية بتفعيل دورها التحسيسي للوقاية والحد من انتشار هذه الآفة، كما اشارت الى ذلك المادة 5 مكرر 3 المذكورة أعلاه.

من جهة ثانية اكّد المشرع على تضمين السياسة العقابية، الذي يعدها وزير العدل أساليب واحكام وقائية لصد كل المنافذ وسد كل الطرق التي تسهل تعاطي هذه السموم وانتشارها في أوساط المجتمع، بصريح عبارة نص المادة 5 مكرر 5:" يجب تضمين السياسة الجزائية التي يعدّها وزير العدل حافظ الأختام أحكاما تتعلّق بالوقاية من المخدرات ومكافحتها على المستوى الوطني والمحلي"، حيث يعفى الصيدلي من المتابعة الجزائية في حالة ما يؤدي اخطاره لأية نتيجة، بتبليغه المصالح الصحية بوجود وصفة مشبوهة لا تستجيب للمواصفات التي حدّدها التنظيم ساري المفعول حسب نص المادة 5 مكرر 7 بنصها:" يلزم الصيدلي بإخطار مصالح الصحة المختصة إقليميا فورا بكل وصفة طبيّة لا تستجيب للمواصفات المحددّة في التنظيم ساري المفعول، يعفى الصيدلي المعني من المتابعة الجزائية إذا لم يؤدي الاخطار إلى أي نتيجة".

وجدير بالذكر، انّ المشرع وتشجيعا منه لفئة الشباب أعفي الأشخاص الذين استهلكوا المخدرات حسب مفهوم نص المادة 12 من ذات القانون من المتابعات الجزائية، إذا امتثلوا واستجابوا لوضعهم تحت العلاج المزيل للتسمّم بعد تأكيد الخبرة الطبية انّ حالتهم تستوجب ذلك[1]،

[1] المادة 8 فقرة 2 من قانون 05/23:" تأمر الجهة القضائية المختصة بإخضاع الأشخاص المتهمين بارتكاب الجنحة المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون للعلاج المزيل للتسمم الذّي تصاحبه جميع التدابير المنصوص عليها في المادة 07 أعلاه إذا ثبت بخبرة طبيّة مختصة أن حالتهم الصحية تستوجب ذلك وينفذ قرارات الجهة القضائية المختصة رغم المعارضة أو الاستئناف، وفي حالة تطبيق أحكام الفقرة 01 من المادة 07 أعلاه والفقرتين 01 و 02 من هذه المادة يمكن للجهة القضائية المختصة ألّا تحكم بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون، يمكن للجهة القضائية أن تأمر المعني بإجراء تكوين حول مخاطر المخدرات والمؤثرات العقلية بمؤسسة متخصصة في معالجة الإدمان أو بجمعية تنشط في مجال الوقاية...".

سواء بمباشرة علاجهم داخل مؤسسة علاجية متخصصة[1] او خارجها، او كانوا من قبل كذلك منذ حدوث الوقائع.

من جانب آخر، أجازت الفقرة 4 من المادة 8 من ذات القانون، للجهة القضائية الاّ تحكم بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 12، إذا امتثل الأشخاص المدمنين لتطبيق التدابير العلاجية المزيلة للتسمّ المنصوص عليها في هذا القانون، كما يمكن لها ان تأمر الشخص المتهم بإجراء تكوين في مؤسسة متخصصة او جمعية، للتعرّف على اخطار المخدرات، او بوضعه المتهم تحت المراقبة الطبية لمدة لا تزيد عن سنة إذا كان حدث.

غير انّه، حسب نص المادة 9 المعدلة في قانون 05/23 سالف الذكر، في حالة اثبتت الخبرة الطبية انّ حالة الشخص المدمن لا تستوجب ذلك العلاج لإزالة التسمّ، او في حالة رفض الشخص لهذه التدابير الوقائية والعلاجية وامتناعه عن مباشرة العلاج او التكوين، تطبق عندئذ احكام المادة 12[2]، والتي تمّ تعديلها هي كذلك بإضافة عبارة "يشتري" او يستهلك او يحوز المخدرات او المؤثرات العقلية بهدف الاستهلاك وبرفع حدّها الأدنى من الغرامة من 5000 الى 20.000 دج.

فبالنسبة للمادة 15 كما هي في السابق، دون تعديل والمتعلقة بالتسهيل للغير من الاستعمال غير مشروع للمخدرات والمؤثرات بمقابل او مجانا، في الأماكن المعتادة من الجمهور كالفنادق او المطاعم او الحانات او الأماكن المفروشة، والذين يكون مالكوا او مسيرو هذه الأماكن يسمحون بتناول المخدرات.

امّا فيما يتعلق بدراستنا في هذه الرسالة، فهو مضمون نص المادة 16[3]من قانون 04/18 المتعلق بالمخدرات والمؤثرات العقلية المعدل والمتمم، والتي تتصل باتصال وثيق بهذا المبحث وبرسالتنا قاطبة.

---

[1] يعد وزير الصحة قائمة المؤسسات المتخصصة المعدّة لذلك.

[2] المادة 12 من قانون 05/23:" يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنتين (02) وبغرامة من 20.000 دج إلى 50.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل شخص يستهلك أو يشتري أو يحوز من أجل الاستهلاك الشخصي مخدرات أو مؤثرات عقلية بصفة غير مشروعة".

[3] المـــــادة 16:" يعـــــاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج كل من: أعدّ عن قصد وصفة طبيّة صورية تحتوي على مخدرات أو مؤثرات عقلية أو على سبيل

ففيما يخص اعداد وتسليم عن قصد وصفات طبية صورية على سبيل المجاملة او مخالفة للأوضاع القانونية للوصفة الطبية، والتي تحتوي على مخدرات او مؤثرات عقلية او بدونها فقد خضعت المادة 16 للتعديل هي الأخرى، من حيث تخفيض الحد الأدنى لعقوبة الحبس الى 2 سنتين بدل 5 سنوات التي كانت في القانون المعدل والمتمم، والحد الأقصى الى 10سنوات بدل 15 سنة كذلك.

غير انّ العقوبة تكون نوعا ما مشدّدة، إذا تعلق الأمر بالترويج في الأماكن العمومية كالعيادات او المراكز الصحية وتصل الى 20 سنة، حسب نص المادة 16 مكرر1 فقرة 2 من ذات القانون 05/23 الجديد.

وتتحول الجريمة الى جناية والعقوبة اشد، إذا كان من أنتج مخدر او مهلوسات او عرضها للبيع موظفا، او من ممتهني الصحة، كالأطباء والصيادلة وتصل عقوبتها الى 30 سنة سجنا، حسب نص المادة 17:" يعاقب بالحبس من عشر(10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 5000.000 دج إلى 50.000.000 دج كل من قام بطريقة غير مشروعة بإنتاج أو صنع أو بيع أو وضع للبيع .... ويعاقب على الأفعال المنصوص عليها في الفقرة 01 أعلاه بالسجن المؤقت من عشرين (20) إلى ثلاثين (30) سنة إذا كان الفاعل موظفا عموميا سهلت له وظيفته ارتكاب الجريمة أو من مهنيي الصحة أو الصيدلية أو الصناعة الصيدلانية أو من مستخدمي مؤسسة مخصصة في معالجة الإدمان أو عضو في جمعية تنشط في مجال الوقاية من الاستعمال والاتجار غير المشروعين بالمخدرات والمؤثرات العقلية...".

وجدير بالذكر انّ القواعد العامة لقانون العقوبات[1] لم تتعرض بالتفصيل للجرائم المتعلقة بالمخدرات من تسهيل، وحيازة، وتعاطي، والمتاجرة.

ثانيا: المقصود بجريمة تسهيل تعاطي المخدرات والمهلوسات

يقصد بجريمة تسهيل تعـاطي المخدرات والمهلوسات في هذا البحث، تمكين الغير بدون

المحاباة أو مخالفة للمواصفات المحدّدة في التنظيم الساري المفعول؛ سلّم مخدرات أو مؤثرات عقلية بدون وصفة طبيّة أو بموجب وصفة طبيّة مخالفة للمواصفات المحددة في التنظيم الساري المفعول...".

[1] أمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المؤرخ في 1966/06/08، الجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 1966/06/11، المعدل والمتمم.

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، وذلك بتسليمها له مباشرة على شكل ادوية واقراص او بتحريرها له في وصفة طبية. وتتكون هذه الجريمة من ركن مادي ومعنوي وركن شرعي.

1. الركن المادي

يتمثل هذا النشاط، في اتخاذ الطبيب موقفا ايجـــــابيا، امّا بتحرير وصفة طبية له تتضمن مخدرات او مهلوسات، او تسليمه أقراص او حقن مهلوسة او عرضها على المريض او ارشاده اليها وتسهيل تعاطيه لها فيكون فعله مجرّما ومعاقب عليه، ويجري عليه حكم القانون، أسوة بسائر الناس[1] بل أشدّ من ذلك، بسبب استغلاله لمهنته لنشر تلك السموم، وعلّة ذلك أنّ المشرع خوّل فئة الأطباء وائتمنهم –لاسيما الاخصائيين –دون سواهم بوصف المخدرات قصد العلاج أو التخذير، 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[2] لأغراض إجرامية بحكم مهنتهم والانحراف بها عن مقاصدها.

في هذا الصدد، نظم المشرع في القانون رقم 18/04 المعدل والمتمم المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية سابق الذكر، كيفيات وصف المخدرات وشروط صرفها، بحيث ألزم الأطباء بأن تكون الوصفة المتضمّنة للمخدر او 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[3] كما أوجب القانون الصيدلي بمسك دفتر خاص بصرف المواد المخدرة، يكون مرقم ومختوم ومصادق عليه من الجهة الوصية ومصالح الامن، واخطار مصالح الصحة المختصة

[1] بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984، ص 416.

[2] شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 144.

[3] عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006، ص 162.

إقليميا عند الاشتباه في الوصفات التي لا تستجيب للمواصفات القانونية حسب نص المادة 5 مكرر 7 سالفة الذكر.

2. الركن المعنوي

يتكون الركن المعنوي لجريمة وصف وتسهيل تعاطي 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 لغير هدف علاجي ومخالفة نبل الرسالة الطبية وأحكام مدونة أخلاقيات الطب[1]، 6، 7 و28[2]، و29، المتعلقة بعدم جواز توزيع أدوية معروفة بإضرارها الصحية كما قد يكون لسلوك الطبيب في تسهيل تعاطي المخدرات قصد خاص لإكثـــار 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، اذ انّ العلم بأنّ المادة الموصوفة أو المعطاة عن طريق الحقن هي من المواد المخدرة فهو علم حقيقي لا غبار عليه بحكم المهنة والمعرفة العلمية.

ثالثا: 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[3] في

[1] 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.

[2] المادة 28:" يمنع على الأطباء توزيع أدوية وأجهزة صحية لأغراض مربحة إلّا تحت ترخيص يمنح حسب الشروط المنصوص عليها في القانون ويمنع عليهم، في كل الأحوال تسليم أدوية معرفة بأضرارها."

[3] المواد 04، 05، 09 من قانون العقوبات الجزائري رقم 06 /23، المؤرخ في 2006/12/20 الجريدة الرسمية، عدد 84 بتاريخ 2006/12/24.

قانون 18/04[1] المعدل والمتمم وإلى جنح وجنايات وما يعنينا في دراستنا، هو جريمة وصف وتسهيل 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 500.000دج كل من يسلّم 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 المحدّدة في الفقرة السابقة على قاصر أو معوق أو شخص يعالج بسبب إدمانه أو في مراكز تعليمية أو تربوية أو تكوينية أو صحية أو اجتماعية أو داخل هيئات عمومية ".

فالنص هنا جاء عاما وشاملا للأطباء ولغيرهم بحيث تتحقّق الجريمة بمجرد التسليم والعرض على الغير من أجل تعاطي هذه السموم ولو كانت الكمية قليلة وضئيلة لغرض الاستعمال الشخصي فقط.

وتشدّد العقوبة على الجاني إذا تمت الجريمة من أجل إغراء القصر لتعاطي المخدرات أومن أجل استغلال الضعف الشخصي لهؤلاء أو للمعوقين ناقصي الإرادة والتمييز أو في مراكز معينة كالجامعات أو مراكز إزالة التسمم أو المستشفيات أو السجون.

وعلّة ذلك، أن في هذه الأماكن الحساسة تكون احتمالات استجابة الأشخاص أكثر لتعاطي هذه السموم، بسبب عدّة 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 المعدّة لذلك.

أمّا فيما يخص تسهيل تعاطي المخدرات خاصة في الأماكن المفروشة والأكثر قابلية لذلك حيث يقصدها معتادي الجرائم الأخلاقية ويسمح أصحابها بذلك، جاءت المادة 15

[1] قانون رقم 18/04 المرجع السابق، المعدل والمتمم بالقانون 05/23 المؤرخ في 07 ماي 2023 والمتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية، عدد 32، بتاريخ 2023/05/09.

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 المعدلة من ذات القانون، وهو موضوع بحثنا حيث تنص على: " يعاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشرة (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج كل من:

- اعدّ عن قصد **وصفة طبيبة صورية** تحتوي على مخدرات أو مؤثرات عقلية او على سبيل المحاباة او مخالفة للمواصفات المحدّدة في التنظيم الساري المفعول.
- سلّم مخدرات او مؤثرات عقلية **بدون وصفة** طبية أو بموجب وصفة طبية مخالفة للمواصفات المحددة في التنظيم ساري المفعول.
- تحصل على مخدرات او مؤثرات عقلية قصد البيع أو حاول الحصول عليها بواسطة **وصفات طبية مخالفة للمواصفات** المحددة في التنظيم ساري المفعول.

فمن يسهلون لغيرهم استعمال المواد المذكورة والمبينة في هذا القانون عن طريق وصفات طبية صورية **ووهمية** أو **وصفات تواطئية** بالمجاملة او بدون وصفة، كما في الصيدليات وسواء بمقابل مالي أو مجانا وبتسخير محل لهذا الغرض أو بأي وسيلة أخرى، يقع تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها أعلاه.

وهذا يعتبر تطور في المنظومة القانونية إثر الفراغ السابق في تنظيم الوقاية من المخدرات وانتشار الظاهرة بشكل مفزع ولافت للنظر.

غير انّ المشرع ضمن تعديلاته للقانون 04/18 تمّ من جهة تعديل المادة 16[1] وجاء من جهة أخرى بمادتين جديدتين هما المادة 16مكرر والمادة 16 مكرر1 بحسب نص المادة 10من قانون 05/23 الجديد، واللتان لهما بحق اتصال وثيق مع موضوع دراستنا،

[1] المـــــادة 16:" يعـــــاقب بالحبس من سنتين (02) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1000.000 دج كل من: أعدّ عن قصد وصفة طبيّة صورية تحتوي على مخدرات أو مؤثرات عقلية أو على سبيل المحاباة أو مخالفة للمواصفات المحدّدة في التنظيم الساري المفعول؛ سلّم مخدرات أو مؤثرات عقلية بدون وصفة طبيّة أو بموجب وصفة طبيّة مخالفة للمواصفات المحددة في التنظيم الساري المفعول...".

حيث تشيران الى تسهيل تعاطي المخدرات والمؤثرات العقلية عن طريق تحرير وصفات طبية على سبيل المجاملة، او مخالفة للأوضاع القانونية.

ومهما يكن من امر فانّ اعداد وتسليم عن قصد وصفات طبية صورية على سبيل المجاملة او مخالفة للأوضاع القانونية للوصفة الطبية، والتي تحتوي على مخدرات او مؤثرات عقلية او بدونها فقد خضعت المادة 16 للتعديل هي الأخرى، من حيث تخفيض الحد الأدنى لعقوبة الحبس الى 2 سنتين بدل 5 سنوات التي كانت في القانون المعدل والمتمم، والحد الأقصى الى 10سنوات بدل 15 سنة كذلك.

غير انّ العقوبة تكون نوعا ما مشدّدة، إذا تعلق الأمر بالترويج في الأماكن العمومية كالعيادات او المراكز الصحية وتصل الى 20 سنة، حسب نص المادة 16 مكرر1 فقرة 2 من ذات القانون 05/23 الجديد.

وتتحول الجريمة الى جناية والعقوبة اشد، إذا كان من أنتج مخدر او مهلوسات او عرضها للبيع موظفا، او من ممتهني الصحة، كالأطباء والصيادلة وتصل عقوبتها الى 30 سنة سجنا، حسب نص المادة 17 المذكورة أعلاه آنفا.

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[1]، 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.

[1] قانون رقم 23/06، مؤرخ في 2006/12/20، يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.

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 الجريـــمة **ممتهن في الصحة او شخص مكلف بمكـــافحة المخدرات او استعمالها...**".

إن علّة 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 استعمـــال هذه المخدرات باستغلال ثقة المجتمع بارتكـــاب الجرائم المشار اليها آنفا 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[1].

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[2]. فكيف تتحقق هذه الجريمة وماهي حالات إباحة إفشاء السر الطبي؟ (فرع أول) ثم نبحث جريمة امتناع الطبيب (فرع ثاني).

[1] مجلة الشرطة، مقال من إعداد وهيبة ث، العدد 87، جوان 2008.

[2] LUCIE LAMARCHE, Pierre Bosset ،les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne, Paris, 1996, p 110.

الفرع الأول

جريمة إفشاء السر الطبي

سنبين أركان قيام جريمة افشاء السر الطبي والعقوبة المقررة لها ثم نتناول حالات إباحة إفشاء السر الطبي.

أولا: مفهوم السر الطبي

السر الطبي هو من بين الالتزامات الأساسية الملقاة على أعوان الدولة، بل انّه من أهم السلوكات المهنية التي ينبغي عليهم التحلّي 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 شرفه..."[1].

1. الأساس الفقهي لمفهوم السر الطبي

مما يلاحظ عموما 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 يطّلعوا على معلومات ينبغي أن تبقى في طي الكتمان، وكشفها يعد تعدّي على الثقة التي ربطت علاقة الطبيب بالمريض، كما يعدّ خرقا لقواعد قانونية تستوجب قيام المسؤولية الجزائية، فلو أبيح 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 تفشى أسراره، ولا أن تخرق خصوصيته في التكتم، بسبب العقد الضمني الذي يربط الطبيب بالمريض، وما يرتبه من التزامات متقابلة، من ضمنها أن يدلي المريض إلى الطبيب ببعض

[1] التعديل الدستوري بتاريخ 1996/11/28، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم: 438/96 بتاريخ 1996/12/07 الجريدة الرسمية، العدد 76 بتاريخ 1996/12/08.

أسراره الشخصية وربما العائلية والأسرية، وفي المقابل فانّ الطبيب يعلم وهو يتلقى ذلك أنّه ليس له الحق في التصرف خلاف لما يريده المريض، وأنّه يمتنع عليه البوح بما أسرّ به إليه[1].

بينما يرى أصحاب النظرية الثانية، او نظرية المصلحة العامة، أنّ السر الطبّي يعد 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 محل حماية قانونية بالنصوص الأساسية للدولة[2].

2. تعريف السر الطبي

يعرف السر الطبّي، بأنّه كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيّا كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض وعلاجه، سواء حصل عليها الطبيب من المريض نفسه، أو علم بها أثناء أو بسبب ممارسة مهنته[3] وعرّفه الفقه الفرنسي[4] 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 سرًّا، يلتزم بالمحافظة عليه وعدم إفشاءه، أيّا 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[5]. بمعنى آخر أنّه يعدّ في حكم السر، كل أمر يكون بطبيعته ولملابساته من الظروف وخلافه من اعتبارات أخرى سرّا، ولو لم يطلب صاحبه ذلك، بل ولو لم يدل به إلاّ إدلاء.

فكل أمر ترامى إلى علم الطبيب عن طريق الخبرة الفنية، أو الحدس أو حتىّ المباغتة

[1] محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 121.

[2] Khadir Mohamed Hannouz Mourad, la responsabilité de contrôle et d'expertise, office des publications universitaires d'Alger, 2003, p 640.

[3] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 58.

[4] أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الطبعة 1989، دار النهضة العربية، ص 4.

[5] محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق ص 120-121.

ولو لم يذكر له المريض شيئا عنه، فيعدّ من قبيل السر. [1] فإذا أخلّ الطبيب بهذا الالتزام قامت مسؤوليته، وللإلمام بجريمة افشاء السر الطبي والإحاطة بمعالمها من كل النواحي وجب أن نغوص أولا في البحث عمّا يعدّ سرا وكيفية إفشاءه والعقوبة المقررة له ثم إلى الأحوال التي يباح فيها للطبيب هذا الإفشاء.

ثانيا: أركان جريمة إفشاء 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.

أ. فعل الإفشاء

هو اطلاع الغير على السرّ والشخص الذي يتعلق به[2]، وعليه فالإفشاء هو نوع من الإخبار، وجوهره نقل المعلومات المتعلقة بشخص ما كان متكتّما 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 لتصوّر المجني عليه ومعرفته، ولقيام علّة التجريم المتجسدة في حماية مصلحة هذا الشخص[3].

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[4] بنصها:" لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية

[1] سمير عبد السميع الأذون، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخذير ومساعديهم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 316.

[2] منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 160.

[3] منير رياض حنا، المرجع السابق ص 161.

[4] قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

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 1[1] من ذات القانون.

و نفس المعنى اكّدته المادة 36 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[2] والتي اوجبت على الممارسين الطبيين الاحتفاظ بالسرّ المهني، إلاّ 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 طبيبا بدوره ماعدا في إطار التشاور والتنسيق لتبادل المعلومات بين الأطباء المعالجين في شكل فريق طبي[3] ذلك أنّ المريض يختار طبيبا بعينه، لذا يتوجّب عليه أن يمسك عن الإفضاء 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[4]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[5]، 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

[1] المادة 169 فقرة 1: "يمارس مهني الصحة مهنته بصفة شخصية، ويجب أن يلتزم بالسرّ الطبي و/أو المهني."

[2] مرسوم تنفيذي رقم 276/92، المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

[3] المادة 169:" يمارس مهني الصحة مهنته بصفة شخصية، ويجب أن يلتزم بالسرّ الطبي و/أو المهني. عندما يتدخل المهنيون ضمن فريق للتكفّل بمريض فإنّه يجب توزيع المعلومات التي تحصل عليها أحد أعضاء الفريق على كل الأعضاء الآخرين وذلك في مصلحة المريض.

[4] المادة 41 من م.أ.ط.ج:" لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلّا لإحقاق حقوق."

[5] شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 106.

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 الإفشاء لسر غير معلوم او ظاهر

من الصعب أن نجد معيارا صادقا يحدّد معنى السر فالبعض يرى أن السرّ هو كل ما يضر إفشاؤه بالسمعة أو بالكرامة، والبعض الآخر يجد أن كل نبأ يجوز أن يعدّ سرًّا ولو غير مشين بمن يريد كتمانه، المهم أنّه قد يلحق ضررا بشخص ما بالنظر إلى طبيعة النبأ 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 إفشاؤه وما يجب كتمانه، طالما أنّه لا يستطيع التنبؤ بما سيرتّبه الإفشاء من آثار على المريض، وينبغي أن يصل السر 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 أمر فإن الطبيب ملزم بعدم إفشاء ما توصل إليه وما احتفظ به، اذ انّ المواد[1] 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 أنّه لا يعتبر سرّا كل ما هو معلوم وظاهر إلى حد لا جدوى من إخفائه، ومثال ذلك لا يفشي طبيب العيون سرّا إذا قال أنّ شخص له عين زجاجية، إذ هذا الأمر ظاهر للعيان كما لا تعدّ الشهادات الطبية إفشاء للسر المهني، إذا كان الطبيب ممثلا لشركة ما وتختار موظّفيها لتولي مناصب حسّاسة في الشركة، بعرضهم على الفحص الطبي من أجل أخذ رأيه في ملائمة موظّف لتولي منصب ما.

[1] 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."

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[1].

ج. وقوع الإفشاء من الطبيب

لم يبين قانون الصحة 11/18 الأشخاص الملتزمين بكتمان السر، بل أوردهم بصياغة شاملة على أساس مهنتم، بالقول في المادة 169: " يمارس مهني الصحة مهنته بصفة شخصية، ويجب أن يلتزم بالسرّ الطبي و/أو المهني. عندما يتدخل المهنيون ضمن فريق للتكفّل 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[2]، 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 دج الأطباء والجراحون والصيادلة 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 افشاءها ويصرح لهم بذلك".

والقـــانون بهذا التجريم أراد أن يحمي مصلحة من تحتّم عليهم الضرورة الى البوح بأسرارهم إلى هذه الفئة بصفة عامة، والأطباء بصفة خاصة باعتبارهم أكثر الاطّلاع عن أسرار الحياة الخاصة بطبيعة عملهم وهو ما جاءت به مواد مدونة اخلاقيات الطب سالفة الذكر، وعكس قانون الصحة توجه خطابها الى الأطباء وجراحي الاسنان على أساس انّهم الأكثر احتكاكا بالمرضى واسرارهم من جهة، ومن جهة أخرى باعتبار ان المدونة تخص هذه الفئة من مهنيي الصحة فقط، لا أكثر.

[1] حسن علي الذنون، المسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 531.

[2] قانون رقم 23/06، مؤرخ في 2006/12/20، يعدل ويتمم الأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.

2. الركن المعنوي

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[1]، والقصد الجنائي الذي يتطلبه القانون لقيام هذه الجريمة هو القصد العام، فينبغي أن يعلم الأمين على السر بكافة عناصر الجريمة، أيّ 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 السالفة الذكر، في حق كل ممارس طبي أو من في حكمه كتابعيه، 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[2]: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20000 إلى 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".

رابعا: 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[3]، ونظرية المصلحة العامة للمجتمع

[1] منير رياض حنا، المرجع السابق ص 166.

[2] قانون 23/06، المعدل والمتمم للأمر 156/66، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998، ص 930.

وأفراده في عدم إفشاء السر المهني، الذي يعدّ من النظام العام في تأمين العلاج للعامة مع المحافظة على خصوصية كل شخص[1]، بيد انّ المتأمل في النظريتين يجد أنّه لا تناقض في ذلك، لأنّ كلتا النظريتين مكملة للأخرى، ذلك أن 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 أسراره، والتي تؤدي حتما للإضرار بمصالح المجتمع كله، بأن يفقد المرضى الثقة في المنظومة الصحية ككل، وبالتالي يكون تفشي للأمراض 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 ترجيحا 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، واباحة 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 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

[1] M.Benezech ، B.Horeini، le secret médical, confidentialité et discrétion en médecine, Paris, 1996, p 18.

بالحالة المدنية:" يصرّح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية..."[1].

فقد حدد المشرع مدة التبليغ بخمسة أيام، وهي تختلف من تشريع لآخر، لكن الشيء المتّفق 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 حتىّ ولو كانت الولادة ناتجة عن حمل غير شرعي[2] 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 الدفن دون ترخيص من ضابط الحالة المدنية، مكتوب على ورقة عادية ودون نفقة ولا يمكن أن يسلم الترخيص إلاّ بعد تقديم شهادة معدّة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية...". واكّدت ذلك المادة 204 من قانون الصحة سالف الذكر[3].

ولاشكّ أنّ الطبيب المعاين للوفاة او الجثّة–حاليا الطبيب الشرعي – والذي يقوم بإعداد شهادة تثبت وفاة الشخص لا يعدّ مرتكبا لجريمة إفشاء للسر الطبي، بل تدخل ضمن عمله

[1] أمر رقم 20/70 مؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 12، بتاريخ 1970/02/27.

[2] موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 148.

[3] المادة 204 من قانون الصحة 11/18:" لا يتمّ الدفن إلّا على أساس شهادة طبية لإثبات الوفاة يعدّها طبيب حسب الكيفيات المحدّدة عن طريق التنظيم. تبيّن هذه الشهادة المحررة حسب نموذج تعدّه الإدارة المختصة، سبب أو أسباب الوفاة وعند الاقتضاء، المعلومات المفيدة للصحّة العمومية وفق شروط تضمن سرّيتها.

حسب ما نصت عليه المادة 200[1] 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، أمّا 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[2] تتخلص وقائعها، بأن فتاة حملت من سفاح ووضعت بمساعدة طبيب في منزل والدها إلّا أن الطفل توفي بعد لحظات من الولادة، فاعتقد الطبيب أنّه لا داعي للتبليغ وعلى الأخصّ فانّ ذلك فيه ستر للفضيحة، فلما انتشر الخبر قدم الطبيب للمحاكمة وقضي 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 علم الطبيب، كحالات الاعتداء والعنف الممارس على الفئات الضعيفة

[1] 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 إلّا شهادة لإثبات الوفاة، ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجثّة، مع احترام الإجراءات التنظيمية المعمول بها."

[2] محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته، ص 680.

كالنساء[1] والأطفـال والمسنين[2] وعديمو الاهلية والمحبوسين[3]، والمادة 198[4] من ذات القانون.

فكلتا الحالتين تشتركان في كون الهدف من الإفشاء هو توخي 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[5] 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 فورا للمصالح الصحية المعنية بكل حالة مشكوك فيها أو مؤكدة من الأمراض الواردة في قائمة الأمراض ذات التصريح الإجباري 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 كـــان الفعل قد

---

[1] المادة 69:" تضمن حماية صحة الأم والطفل بواسطة كل التدابير الطبية والنفسية والاجتماعية والتربوية والإدارية التي تهدف، لا سيما إلى ما يأتي: -حماية صحة الأمّ قبل وأثناء وبعد الحمل؛ -ضمان الظروف الصحية للطفل ونموه."

[2] المادة 86:" تتولّى الدولة إعداد وتنفيذ برامج لحماية صحة الأشخاص المسنين. يستفيد الأشخاص المسنون، لا سيما المصابون بأمراض مزمنة أو المعوّقون من كل الخدمات المتعلّقة بالعلاج وإعادة التكييف والتكفّل التي تتطلبها حالتهم الصحية."

[3] المادة 101:" تضع الدولة برنامجا وطنيا للصحّة في الوسط العقابي يشمل النشاطات التي تسمح بوقاية صحّة المحبوسين وحمايتها وترقيتها وحفظها والعلاج الاستعجالي والعلاج القاعدي والتكفّل بالأمراض التي تمّ الكشف عنها، والوقاية من الأخطار الوبائية والمساعدة النفسية. ويتولّى القيام بهذه النشاطات مستخدمو الصحّة في مصالح الصحة للمؤسسات العقابية و/أو الهياكل والمؤسسات العمومية للصحّة. تتولّى مصالح الوزارة المكلّفة بالصحة المختصة إقليميا، مراقبة ومتابعة نشاطات هياكل الصحّة في الوسط العقابي. "

[4] المادة 198 من قانون الصحة 11/18:" يتعيّن على مهنيي الصحّة، خلال ممارسة مهامهم، إعلام المصالح المعنية بحالات العنف التّي اطلعوا عليها والتّي تعرض لها، لا سيما النساء والأطفال والمراهقون القصّر والأشخاص المسنون، وعديمو الأهلية والأشخاص مسلوبو الحرية."

[5] محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 127.

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 [1] تغليبا لمصلحة المجتمع على الالتزام بالسر الطبي كما يجب على الطبيب الاّ يمتنع عن التصريح بموجب شهادة طبية بحجة السر الطبي عن المرضى عقليا، خاصة إذا كان هؤلاء يشكّلون خطرا[2]

كما أن الطبيب يتحرر من السر الطبي في حالة اكتشافه لمرض مهني[3] 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[4].

- **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 التستّر على الإجرام وحماية المجرمين.

ففي هذه الحالات يكون التبليغ سواء بعد او قبل وقوع الجريمة عن سوء معاملة النساء والأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارستهم مهنتهم.

ولمّا كان الطبيب فرد من هذا المجتمع فانّ التبليغ واجب عام يقع على عاتق كل شخص

---

[1] 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 يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض ..."

[2] انظر المواد من 125 الى 164 من قانون 11/18.

[3] أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص 150.

[4] القانون رقم 13/83 المؤرخ في 02 يونيو 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية، العدد 28، السنة 20، بتاريخ 05 يوليو 1983.

تصل الى علمه معلومات عن محاولة الإخلال بالأمن العام طبقا لنص المادتين 198[1]، 200[2] من قانون الصحة 11/18، فيقع على الأطباء الالتزام بالتبليغ عن كل آثار العنف أو سوء المعاملة التّي تصل إلى علمهم.

كما اكّدت ذلك المادة 12 من مدونة أخلاقية الطب سالفة الذكر بانّه: " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص شخص سليب 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 اكّدته المادة 54 من ذات المدونة: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر أو بشخص معوق إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاسية او غير إنسانية او حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة".

إن كـل هذه النصـــوص تـــوجب على الطبيـــب تبليـــغ الجهـــات 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 واحقاق الحقوق، غير انّ هذا الالزام ليس مطلقا في مجمله، بل تردّ على ذلك استثناءات توافر شروط حتّى يكون الإفشاء

[1] المادة 198:" يتعيّن على مهنيي الصحّة، خلال ممارسة مهامهم، إلام المصالح المعنية بحالات العنف التي اطلعوا عليها والتّي تعرض لها، لا سيما النساء والأطفال والمراهقون القصّر والأشخاص المسنون، وعديمو الأهلية والأشخاص مسلوبو الحرية."

[2] 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 إلّا شهادة لإثبات الوفاة، ويخطر السلطات المختصة بذلك للقيام بالفحص الطبي الشرعي للجثّة، مع احترام الإجراءات التنظيمية المعمول بها."

مباحا من الممارس الصحي أو الخبير.

ولا شكّ انّه أمام هذا التعارض بين واجبين، حفظ السر المهني، وواجب أداء الشهادة أمام القضاء، يصبح من الضروري على الطبيب الموازنة بين هذين الواجبين[1]، حيث أنّه بسكوته وعدم شهادته سيعرّض بريئا 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[2].

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[3]"، فنص الشطر الأول من الفقرة الأولى للمادة المشار اليها اعلاه، يبيّن المبدأ العام المتمثل في الالتزام القانوني بأداء الشهادة، في حين أنّ الشطر الأخير منها تضمّن التحفظ ومراعاة الاحكام العامة، بمعنى أنّ الطبيب المعالج لا يمكنه الإدلاء بشهادته إلّا برضا المريض نفسه وفي حدود الأسئلة المطروحة عليه، وألّا يتعدّى إلى أمور لم يطلب منه الإدلاء بها.

إلاّ أنّ هناك استثناء من حكم الشطر 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 المبينون 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".

---

[1] منير رياض حنا، المرجع السابق، ص 170.

[2] مسعودة زبدة، القرائن القضائية، الطبعة الأولى، موفم للنشر، مصر، 2001، ص 195.

[3] أمر رقم 155/66 مؤرخ في 1966/06/28 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية، عدد 48، بتاريخ 1966/06/10 المعدل والمتمم.

خلاصة لما سبق نجد أنّه إذا دعي الطبيب للشهادة أمام القضاء، يجب عليه الالتزام بالسر المهني، إلاّ إذا رخّص له المريض بذلك واستثنـــاءا يمكن له إفشــاء السر المهني المتعلق بجريمة الإجهاض ولو بدون هذا الأخير، بل حتّى ولو اعترض على ذلك.

- **شهادة الخبير أمام القضاء:**

بسبب عدم إلمام القاضي بالمسائل التقنية البحتة[1]، يتعيّن عليه أحيانا الاستعانة بأهل الاختصاص في المسائل المعروضة عليه، والقاضي الجزائي مثل القاضي المدني له سلطة تقديرية في اتخاذ قرار اللجوء إلى الخبرة من عدمه، غير أنّه يجدر بنا ان نشير انه لا يجوز ردّ الخبير في المــادة الجزائية، خلافا لما هو جار في المادة المدنية[2].

فالخبير هو الشخص المؤهل فنّيا، لتبيان الحقائق والوقائع المتعلّقة بالموضوع المطلوب منه إبداء الرأي فيه، وبناء على ذلك يباح له الإدلاء بكل ما علم به من المريض لأنّه يجسد المحكمة أو الجهة التي انتدبته ولا يمكن أن يوصف ذلك بانّه إفشاء للسر الطبي.

غير أنّه يجب على الخبير أن يعلم المريض بصفته هذه، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من مدونة اخلاقيات 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[3] من مدونة أخلاقيات الطب على أنه لا يجوز أن يكون الطبيب معالجا وفي ذات الوقت خبيرا. وإذا حدث ذلك يمكن لهذا الأخير أن يرفض مهمة الخبرة[4] لأن الخبير يمثّل المحكمة أو الجهة التي انتدبته إذ أن عمله لا يتجزأ من عملها بشرط أن يفضي بسره لهذه الأخيرة فقط وفي حدود ما طلب منه.

---

[1] Marion Schnitzler, la communication du dossier médical dans le cadre d'une expertise judiciaire, Gestions hospitaliers Paris, 2005, p 155.

[2] عبد العزيز نويري، الخبرة الطبية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة الجزائرية، العدد 50، 1994، ص 17.

[3] المادة 97 من م.أ.ط.ج: " لا يمكن أحدا أن يكون في ذات الوقت طبيبا خبيرا وطبيبا معالجا أو جراح أسانا خبيرا وجراح أسنان معالجا لنفس المريض ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل مهمة تعرض للخطر مصالح أحد زبنه أو أحد أصدقائه أو أقاربه أو مجموعة تطلب خدماته، وكذلك الحال عندما تكون مصالحه هو نفسه معرضة للخطر."

[4] عبد العزيز نويري، المرجع نفسه، ص 21.

2. إفشاء السر الطبي للمصلحة الخاصة

قد يجد الطبيب نفسه مضطرا إلى إفشاء سر مريضه لضرورات تحتّمها عليه حالات كأن يكون ذلك لصالحه في الدفاع عن نفسه من جريمة هو متّهم 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 أنّه من الثابت قانونا أن الطبيب يتحرّر من الالتزام بالسر الطبي عند اتهامه بخطأ طبي، سواء أمام النيابة أو التحقيق أو جهات الحكم التي بإمكانها عقد الجلسة سرية، غير أنّه لا يجوز له النشر في الصحف لأسرار مرضاه[1] يضاف إلى ذلك حالة إذا وقع خلاف بينه وبين المريض حول الأتعاب بحسب الجهد الذي بذله أو نوعية العلاج.

ففي كل الحالات ترجّح مصلحة الطبيب على مصلحة المريض وبالتالي يباح للطبيب في إفشاء سر المريض بالقدر الكافي من الأسرار التي توجب الكشف عنها تبرئة للطبيب من التّهم المنسوبة إليه.

ب. ترخيص المريض للطبيب بإفشاء السر

انّ رضا المريض، يعدّ سببا لإباحة إفشاء الطبيب للسرّ الطبي، فصاحب الحق الشخص يفي السر أولى به أن يفشيه، ومن ثمّ يجوز له أن يطلب ممن ائتمنه على هذا السرّ أن يفضي به نيابة عنه للغير[2].

فإذا طلب مثلا مريض ما بواسطة زوجته، شهادة بمرضه من الطبيب المعالج، فليس في إعطاء هذه الشهادة إفشاء للسر[3] طالما انّه انابها عن نفسه، وسار غالبية الفقه على هذا

---

[1] عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 304.

[2] شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 110.

[3] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 298.

النهج، حيث لا مانع من إفشاء السر بطلب ورضا صاحبه، وهذا ما اكّدته 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، 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 بأنّ التقرير الذي نشر حول صحته من قبل الطبيب الخاص به، كان بترخيص 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 51[1] من أخلاقيات المهنة.

يثور التساؤل حول إذا ما توفي المريض، فهل يعدّ رضا ورثته بالإفشاء سببا لإباحته فمن الفقه[2] من أقرّ بحق هؤلاء في الاطلاع على ملف مورثهم، وطلب شهادة طبية تبيّن 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[3] 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 المتوفي، ومع ذلك أقرّ استثناء من هذا المبدأ إفشاء السر إذا كان لمصلحة مشروعة ومثال ذلك حق ورثة البائع المتوفي في الحصول على شهادة تثبت إصابة مورثهم بعاهة عقلية لإثبات عيب التصرف من مورثهم في مرض الموت، وبناء على ما سبق يمكننا القول

[1] المادة 51:" يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلّا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التّي يجب إبلاغها بالأمر. ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلّا بمنتهى الحذر والاحتراز."

[2] سمير عبد السميع الأوذن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخذير ومساعديهم، الطبعة الاولى، منشاة المعارف، الإسكندرية،2004، ص 322.

[3] مرسوم تنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: المرجع السابق.

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[1].

الفرع الثاني

جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة

من الطبيعي أن تمر أيّ مهنة من المهن، بمراحل تطور حتى تتلاءم مع متطلبات ومتغيرات المجتمع، وبذلك تتحدّد معالمها ومفاهيمها، وكذا الشأن بالنسبة للمهن الطبية، اذ 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.

فرغم التسليم في حرية الطبيب في مزاولة مهنته إلاّ أنّه يجب ألاّ يستعملها إلاّ في حدود الغرض الاجتماعي الذي اعترف له بها وإلّا يعتبر متعسّفا في استعمال حقه[2]، وعليه فانّ إقرار مسؤولية الطبيب الممتنع يتطلب وجود نية الإضرار بالغير وهذه النية يمكن استخلاصها من ظروف الحال كوجود المريض في مكان ناء ولا يوجد سوى طبيب معين لإنقاذه وعلاجه، أو إذا طلب المريض العلاج في ساعة متأخرة من الليل ولا يوجد في هذه الساعة غيره، كذلك وجود المريض في حالة خطرة تستدعى التدخل السريع والفوري من الطبيب الحاضر ، وخلاصة القول أن مجرد امتناع الطبيب في مثل هذه الحالات يشكل خطأ يستوجب المسؤولية وتطبق بشأن هذا الخطأ قواعد المسؤولية التقصيرية التي من شروطها ثبوت وجود ضرر نشأ من هذا الامتناع واثبات العلاقة السببية بين الامتناع والضرر ويقع على عاتق المريض إثبات قيام هذه العلاقة ومن الجدير بالذكر أنّ الطبيب

---

[1] عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص 305.

[2] المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطا لاسيما في الحالات الاتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير.
- إذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

الذي يعمل في مستشفى عام أو مصلحة حكومية ليس له أن يرفض معالجة المرضى الذين ينبغي عليه معالجتهم، ونفس الحكم بالنسبة للطبيب الذي يتعاقد مع مؤسسة أو رب عمل على علاج العاملين، فامتناع الطبيب عن العلاج هنا يثير مسؤوليته التعاقدية التي لا مناص منها.

غير أنّ ذلك لم يعمّر طويلا، اذ تغيّرت الافكار 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، وألقيت عليه واجبات والتزامات مستمدّة 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[1] فـي عـدة مـواد (م6، م7، م8)، وقبل هذا وذاك أقرّت الشريعة الإسلامية السمحاء 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 أضحى الامتناع عن تقديم المساعدة جريمة معاقب عليها، لما لهذا النشاط السلبي من خلفيات شريرة وسيئة في نفس مرتكبه والأنانية في إيثار 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 تبيانه 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.

أولا: 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 او حادث أثناء حياته، وبعد فترة تطول او تقصر تنتهي حياته الطبيعية رغم بقاء تمتعه بحياة عضوية وبيولوجية بفضل استخدام هذه الأجهزة، فهل يجوز

[1] مرسوم تنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: المرجع السابق.

للطبيب المختص بالإنعاش إنهاء هذه الحياة العضوية الصناعية[1] 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 او ما يصطلح على تسميته بالقتل الرحيم؟

1. حالة رفض الطبيب لعلاج مريض

لقد سادت قديما فكرة حرية الطبيب في ممارسة مهنته، فكان له أن يقبل أو يرفض دعوة وتقدم مريض لعلاجه، ومردّ ذلك العلاقة التعاقدية بين المريض والطبيب كما مرّ بنا واوضحناه آنفا، غير أنّه ما فتئت أن تغيّرت الأفكار والمفاهيم أخلاقيا وقانونيا وأصبح من الواجب قانونا حسبما تفرضه مقتضيات المهنة، ألاّ يرفض الطبيب علاج مريض إلاّ في حالات استثنائية ونادرة جدا، 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[2] 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 أساسيا 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 انّه من حق الطبيب رفض علاج المريض في تلك الحالات العادية المشار اليها أعلاه، أمّا في الحالات الحرجة التي تتطلب تقديم الإسعافات، فلا يحق له ذلك وهذا بصريح عبارات نصي المادتين[3] 6، و9، من نفس المدونة، إلاّ في حالات استثنائية حرّرته من ذلك وهو ما نصت عليه المادة 50 من نفس المدونة انّه:" يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرّر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض ".

---

[1] المجلة القضائية، مقال من إعداد مروك نصر الدين الإنعاش الصناعي، العدد 01، السنة 1998، ص 42.

[2] مرسوم تنفيذي 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب: المرجع السابق.

[3] المادة 6:" يكون الطبيب وجراح الأسنان في خدمة الفرد والصحة العمومية. يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري"

المادة 9:" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له."

تأسيسا على ما سبق، وامتثالا 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، يتوجّب عليهم الاّ يرفضوا علاج أو ينقطعوا عن مواصلته للمرضى إلّا في حالات استثنائية المنصوص عليها في المواد69 فقرة2، 70 فقرة2 والمادة 71، 72، ومردّ ذلك انّ مفهوم الصحة اصبح من النظام العام، وهذا ما أكّدت عليه المواد 6، 7[1]، 17، 69 فقرة2، والمادة 70 فقرة2 من نفس المدونة ومخالفة هذه القيود يضع الطبيب تحت طائلة العقوبة المقررة لجريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر.

2. حالة رفع أجهزة الإنعاش عن المريض من اجل القتل بدافع الشفقة

إذا كانت التشريعات مجتمعة تعترف بحق الإنسان في الحياة، فإنّها 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 أنّه خلال القرن الماضي أخذ الدّاعون إلى الموت الرحيم يزدادون وينشئون الجمعيات كجمعية " **الحق في الموت في كرامة** " التي تأسّست سنة 1980 بفرنسا، والجمعية الأمريكية المسماة " **حق الإنسان في الموت** " التي أنشئت سنة 1930، وكان الهدف من **وراء ذلك حسب ما يرونه، إراحة مريض ميؤوس من شفائه وتخليصه من آلامه**[2]**، والاستفادة من بعض أعضائه لغرض نزعها وزرعها ما دامت لم تزل صالحة بيولوجيا ولم تمت**، ومع أنّ القوانين في أغلب بلدان العالم تجرّم قتل الإنسان بأيّ صورة، إلاّ أن هذا القتل قد مورس في عدّة امكنة ودول، وباعتراف بعض الأطباء يكون ضائعا في أروقة المستشفيات وسجلاّتها تحت أسماء مضلّلة تجعل السلطات تغضّ الطرف عنه.

تجدر الإشارة إلى انّ القتل الرحيم تطور حتّى 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

[1] 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."

[2] Renaud Perronet, Acharnement thérapeutique, Euthanasie ou soins palliatifs, Paris، 2004, p 02.

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 او 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"[1].

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 امّا الحالة غير المباشرة، فيتّم فيها القتل بصفة بطيئة بزيادة الجرعات المسكّنة للألم حتى يتوقف القلب والتنفس.

غير ما يهمنا في دراستنا هو تلك الحالة التي تسمّى **بالقتل المنفعل**[2]، **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 لأن الباعث على ارتكاب ذلك هو باعث الشفقة، ولو انّ لا اعتبار لذلك في القانون الجنائي غير أن الوجه الإنساني دفع بجانب من المفكّرين 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 الأوربية بسبب نظرتهم إلى الجانب النفعي والمادي للإنسان من جهة، واحترام إرادته في تقرير مصيره من جهة ثانية.

[1] هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة،1996، ص07.

[2] كريستيان برنار، اختر حياتك، اختر موتك، ترجمة عدنان مولوي، دار الآداب، بيروت، بدون سنة، ص 45.

في هذا الصدد نشير إلى أن القـــانون الجزائري لم يتنـــاول هذا النوع من القتل بنصوص تنظيمية خاصّة ويترتب عن ذلك أن امتناع الطبيب عن تركيب أجهزة الإنعاش لمريـــض أو رفعـــها يقيم مسؤوليته الجنـــائية سـواء كجريـــمة قتـــل عمدي او 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[1]، ويتحقق هذا الركن في وجود شخص على قيد الحياة في حالة خطر حالاّ وثابتا وحقيقيا[2]، 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، بأنّه ذلك الخطر الحال والحقيقي والثابت الذي يتطلب تدخلا مباشرا من الطبيب[3].

ويقصد بالخطر الحال الوشيك الوقوع والحقيقي، ألّا يكون محتملا أو مفترضا أو وهميا وفضلا عن ذلك يتعيّن أن يكون طارئا غير متوقعا، كما لا يشترط توقع الموت لقيام الخطر[4] بل يكفي أن يكون مهدّدا للتكامل الجسدي، ولو انّ القانون لم يحدّد مصدرا الخطر

[1] محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، الرياض، 2001، ص100.

[2] بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 83.

[3] محمود القبلاوي، المرجع السابق ص 69.

[4] حبيب إبراهيم خليل، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990 ص 226.

الموجب لتقديم المساعدة، فقد يكون أي خطر، طبيعي او مرض أو جرح أو حادث وما الى غير ذلك، ولا يسمح للضحية لا سيّما فـاقدة الوعي بطلب النجدة وبالإدلاء بموافقتهـا على التدخل الطبي أو الجراحي، وهذا ما نصت عليه المادتين 9، و44[1]، من م.أ.ط.ج.

ولا يجدي الطبيب نفعا بادعائه جهل خطورة الحالة التي حضرها أو استدعي من أجلها طالما أنّه لم يقم بما امره القانون بفعله بفحص وتشخيص الضحية المحتاج للمساعدة والتأكد من طبيعة الخطر[2]، 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 أيّا كان نوعه[3]، ويقصد بذلك أن يكون الطبيب متمكّنا من تقديم العون إمّا بنفسه أو بواسطة غيره، ولا يشترط أن تكون المساعدة الممكن بذلها كفيلة بدفع الخطر فعلا، لأنّ الالتزام بالتدخل ليس متوقّفا على فعالية المساعدة وتحقيق نتيجة، وهذا ما نصت عليه المادة 09 من م.أ.ط.ج[4] سالفة الذكر أعلاه.

ولا شكّ في انّ الطبيب لا يمكنه التنصل من المسؤولية إلّا بوجود القوة القاهرة أو وجود خطر عليه كانعدام او نقص في المواصلات أو انّ الطريق غير آمن لمسلكه عند استدعائه من قبل المستشفى أو أسرة المراد إنقاذه، وعند حدوث كوارث كالزلزال أو أوبئة وتمّ تسخيره من السلطات حسب المادة 178 من قانون الصحة 11/18[5] سالف الذكر.

---

[1] المادة 44:" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة حرة ومتبصرة 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 بموافقته".

[2] François Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, paris، 2000, p 12.

[3] محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 71.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب، المرجع السابق.

[5] قانون رقم 11/18، يتعلق بالصحة، مؤرخ في 02 جويلية 2018 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 46 بتاريخ 29 جويلية 2018.

2. الركن المعنوي

تعتبر جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة من الجرائم العمدية، أي الامتناع العمدي 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 لا يمكن أن ينسب إليه الامتناع[1]، وعليه ينتفي قصد الطبيب في الامتناع عن تقديم المساعدة للمريض إذا ثبت أنّه 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 فان 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 لهذا السلوك، فقد نصت المادة 182 من قانون العقوبات[2] 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 بأنّه جناية 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.

---

[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 المتهمة، وهي طبيبة، أعطت للطبيب المداوم التعليمات لإدخال المريضة إلى المصلحة ووضعها تحت المراقبة وبداية العلاج، إلّا 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).

[2] القانون رقم 23/06 مؤرخ في: 2006/12/20 المعدل والمتمم للأمر رقم: 66 /156 المتضمن قانون العقوبات، المرجع السابق.

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[1] وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير...".

من جانب المشرع الفرنسي نجده مشدّدا لعقوبة هذه الجريمة، من حيث رفع مدّة الحبس ومقدار الغرامة، اذ نصت المادة 223-6 من قانون العقوبات الفرنسي رقم 916/200 المؤرخ في 2000/09/19 على:" يعاقب بالحبس خمس سنوات وبغرامة 75000 أورو كل من امتنع عمدا عن تقديم المساعدة لشخص في خطر سواء من تلقاء نفسه او بطلب المساعدة من الغير بشرط الاّ يكون من شأن تقديم المساعدة تعريضه للخطر".

ملخص الباب الثاني

إنّ الطبيب بشر يعتريه ما يعتري النفس البشرية من جنوح وأخطاء جنائية عمدية وغير عمدية، في 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 وتسمّى الخطأ. وتكون لها آثار سلبية على المريض وبالتالي تترتّب عليها قيام مسؤوليته الجزائية في حالة توافر أركانها.

ولا يتطلب القانون في ذلك أن يترتّب ضرر للمريض بل، حتّى ولو رضي المريض بذلك، وأحيانا بمجرد الشروع فيها، وإذا كان الضرر ضروري لقيام المسؤولية المدنية، فإنّ هذا العنصر ليس ضروريا لقيام المسؤولية الجزائية.

[1] قرار المحكمة العليا، غرفة الجنـح والمخالفات، ملف رقم 0839344، قضية (ب. ن) ضد النيابة العامة بتـــاريخ 05 /2019/09، اشارت اليه مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2019، ص190-192.

الخـاتـمة

إذا كنّا قد اخترنا دراسة المسؤولية القانونية للطبيب، بنوعيها المدنية والجزائية، والتي للأسف، لم تسلّط عليها الأضواء بالقدر الكافي، حيث انصبّت اغلب البحوث والدراسات التي اطّلعنا عليها، على المسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ بوجه عام حسب النظرة التقليدية إلّا بعض الدراسات القليلة، فقد كان لزاما 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.

وعلى فرضية تسليمنا، ولو في حالات، بهذا التوجه الحديث الذي جاء به بعض الفقه والقضاء المقارن، باستبعاد ركن الخطأ بالتخلّي عنه وتجريده من أهميته كأساس لقيام المسؤولية الطبية بحجة أنّ بعض الحقوق لها من الأهمية البالغة من الناحية الاجتماعية والقانونية ما يستلزم حمايتها وضمانها، بمجرّد ان يمسّها ضرر دون الحاجة للبحث عن الخطأ.

إلاّ انّ المنطق من جهة، يقتضي منّا ان ننظر قبل كل شيء إلى الغاية من تكريس المسؤولية على أساس الخطأ والتي هي في حدّ ذاتها وقاية أصلا من قيامها، لتفادي وقوع الخطأ والوصول للخسائر والتعويضات وللتحلّي بالحذر واليقظة وبذل أكبر جهد من العناية لتفادي المساءلة، ومن جهة أخرى لو سلّمنا انّ الطبيب يتحمّل مسؤولية أي ضرر حتىّ ولو كان غير متوقع عند ممارسته لمهنته، رغم بذله العناية اللازمة في ذلك، لقيّدنا حرية ممارسته ونشاطه والقضاء على مواهبه وروح الابتكار لديه.

رغم أنّه وبالنظر لما في ذلك من فوائد للمريض يمكن التسليم بصلاحية الضرر او على الأقل تفويت فرصة شفاءه ووجوب تعويضه، دون عناء البحث دائما وتسليط الضوء على ركن الخطأ وشخصية المتسبّب فيه.

غير أنّه، تبيّن لنا من خلال ما تمّ بحثه من أفكار ونظريات واجتهادات قضائية مقارنة انّها رغم ذلك، أبقت على مكانة الخطأ رغم تزعزعه في مواطن عدّة لإقامة المسؤولية الطبية ولو بالتضحية ببعض حقوق المرضى المتضررين نتيجة أخطاء طبية بسبب مشقة عبء

اثباتها من طرف المرضى، بل واستحالة ذلك أحيانا نتيجة الجهل وعدم الإلمام بالأمور الفنية الطبية من طرف المرضى وتعقيدات الجسم البشري من جهة، والتزامات الطبيب التي غالبا ما تكون التزامات ببذل عناية أصلا، من جهة اخرى.

وهذا ما دفع المشرّع –لا سيما–الفرنسي، وتحت ضغط الفقه وقضاء النقض لديه بأن يخطو خطوات جبارة ومبهرة في تطويع قواعد المسؤولية من خلال تشريعاته الحديثة كقانون 04 مارس 2002 المعدل والمتمم من جهة، من خلال اجتهادات قضاءه، كتوسيع التزامات الطبيب الى الالتزام بالسلامة وإدخال مفاهيم جديدة كتفويت فرصة الشفاء والعلاج، والاخذ بالخطأ المفترض بل وحتّى التعويض دون خطا.

وهو ما لفت انتباهنا من تطور لا بأس به على مستوى التشريع والقضاء الفرنسيين والذي تبناه المشرع والقضاء في الجزائر من خلال تعديلاته الأخيرة للقانون المدني لسنة 2005، فرغم تمسكه بفكرة الخطأ من خلال المادة 124، غير أنّه من خلال تعديله لبعض النصوص كإلغائه للفقرة الثانية من المادة 125 والتّي كانت تعتبر أهم تطبيقات المسؤولية غير الخطئية في القانون الجزائري، وبعض النصوص التّي تمّ إدخالها على المادة 134 الخاصّة بمسؤولية متولى الرقابة، وكذا المواد 136–137 مدني الخاصّة بمسؤولية المتبوع عن أفعال تابعه، أو من خلال استحداثه نصوصا تتضمن مسؤوليات جديدة لم تكن موجودة من قبل، ونخصّ هنا بالذكر مسؤولية المنتج التّي نص عليها في المادّة 140 مكرر، ومسؤولية الدولة عن تعويض الأضرار الجسمانية، المادة 140 مكرر1، يتبـيّن انّه سلك منحى معاكسا تماما لفكرة المسؤولية القائمة على الخطأ، مكرّسا لمسؤوليات ليست على أساس الخطأ، بل على أساس جديد هو المسؤولية الموضوعية غير الخطئية.

أمّا القضاء وبالنظر ربّما لقلة دعاوى المسؤولية الطبية –لاسيما المدنية –مقارنة مع الدعاوى الإدارية وفق ما تمّ توضيحه في بحثنا لاحظنا انه خطى خطوات معتبرة بخصوص تدخل القاضي الإيجابي من أجل التخفيف عن المضرور من عبء الإثبات، كتحويل عبء إثبات واجب إعلام المريض من المريض والقاءه على الطبيب، والأخذ بفكرة الخطأ المقدّر، والتي مفادها استنتاج الخطأ الطبي من مجرد وقوع الضرر ذاته الذي ما كان ليحدث لولا خطأ الطبيب.

كما أنّ القول بأنّ التزام الطبيب يعد مجرد التزام ببذل عناية، لم يعد من المسلّمات التي لا تقبل النقاش، بل أخذ نطاقه يضيق موازاة مع التطورات العلمية التي جعلت من مهنة الطب تتجه إلى الدقّة في توقّع النتيجة بدلا من الاحتمال، ويبرز ذلك جليا في مجال جراحة التجميل والتحاليل والعدوى داخل المستشفيات، حيث ذهب القضاء الفرنسي في بعض أحكامه إلى استعمال عبارات تقرّب بها التزام جراح التجميل من الالتزام بتحقيق نتيجة هذه الأخيرة والتي تبرّر وحدها التدخل الجراحي بهدف التجميل لا غير ودون ان تستلزمه صحة المريض، ولا ينبغي على الطبيب القيام بالعملية إلّا إذا كان واثقا من نجاحها.

ولعلّ 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، فضلا عن ذلك فإنّه في حالة الأخذ بالمسؤولية الطبية القائمة على عقد طبي فالأصل أن يعفى المتضرّر من إقامة الدليل والبيّنة، ويعدّ الخطأ في هذه الأحوال مفترضا، وما على المدّعى عليه –أي الطبيب– اذا أراد تبرئة ساحته، الّا إثبات قيام السبب الأجنبي ، أمّا إذا كنّا بصدد المسؤولية الطبية ذات الطبيعة التقصيرية وفق المادة 124 من القانون المدني، فعلى المضرور إثبات خطأ المدعى عليه، مما يتضح معه أنّ حق المدعي في إعمال قواعد المسؤولية العقدية أقرب منالا منه في حال إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية أين يصبح الحق فيها مهدّدا، وموقوفا على نجاح المضرور أي المريض في إقامة الدليل على صحة ادعائه.

من جهة أخرى فإنّ فكرة مسؤولية التابع عن أعمال تابعيه تشهد هي الأخرى تطورا كبيرا في المجال الطبي نتيجة التوجه المستمر نحو خوصصة 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 الخطأ فيها يدفن مع المريض الذي توفى على طاولة الجراحة، لا سيما وأنّ من توكل إليه مهمة الكشف عن هذا الخطأ هو طبيبا آخرا بصفته خبيرا، ما يفتح مجال المجاملة في إخفاء ما سها عنه زميله، ولعلّ في تقرير المشرع الجزائري إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي تعتبر خطوة إيجابية في هذا المجال، إلّا أنّها تبقى قاصرة ما لم تتمّم 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 ونوعية النظام الصحي المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 1577/2002 المؤرخ في 2002/12/30 المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية الذي دعّم الأسس التي تضمّنها قانون الصحة الفرنسي وحدّد تطبيقاته بالأخذ بعين الاعتبار المعطيات الجديدة والحالية للصحة وعلاقة المريض بالطبيب، ومنها التعويض عن الخطأ الطبي الذي تحدثه المؤسسات الصحية أو مختصي الصحة وفرض احترام الحقوق الطبيعية للمريض، وتقرير الحق له في جودة العلاج وفعاليته.

ويمكن القول أنّ هذا القانون يكتسي طابعا خاصا ومستقلا بحيث لا يمكن للقاضي عملا بأحكامه تطبيق قواعد المسؤولية وفقا للأحكام العامة، لأنّه لم يشر أبدا إلى المواد 1382 و1147 وما يليها من القانون المدني، فلم يؤسّس المسؤولية الطبية لا على أساس عقدي ولا على أساس تقصيري بل بنى المسؤولية الطبية على أساس قانوني جديد هو الأساس الشرعي الخاص بها.

ولاشك انّ هذا الاتجـــاه هو نحو التخلي نهائيا عن فكرة المسؤولية المدنية الطبية القائمة على أســـــاس الخطأ أين لا يكون على القـــــاضي البحث عن خطأ الطبيب ودرجة هذا الخطأ وإنّما الاكتفـــاء بإقرار المسؤولية بدون خطأ سعيا لتوفير أكبر حمـــــاية للمريض أسوة بما توصل إليه القـاضي الإداري الفرنسي في بـــاب المسؤولية بدون خطأ «La responsabilité sans faute» والذي يعدّ خطوة جريئة في مجال القضاء أين أدينت المؤسسات الاستشفائية حتّى وان لم يثبت أي خطأ من جانبها، وهو ما تكرّس 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 مثلما اوضحناه آنفا.

هذا وقد ينتهي المطاف بالطبيب للمساءلة الجزائية متى دخل فعله دائرة التجريم، اكانت تلك الأفعال جرائم منصوص عليها في قانون العقوبات او قوانين خاصة، ولو بمجرد الشروع فيها، وإذا كان الضرر ضروري لقيام المسؤولية المدنية، فإنّ هذا العنصر ليس ضروريا لقيام المسؤولية الجزائية.

وعلى هذا الأساس نخلص من هذه الدراسة التي تناولنا فيها المسؤولية الطبية المدنية والجزائية الى جملة من النتائج نوجزها في الآتي:

- لقد تطورت المسؤولية الطبية وتغيرت طبيعتها واحكامها، فمن المسؤولية بخطأ بوجه عام الى المسؤولية بالخطأ المفترض، فالمسؤولية المهنية وصولا الى حدّ تأسيسها دون خطأ أي على أساس الضرر فحسب وتفويت الفرصة، وهذا يدلّ بما لا يدع محلا 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.
- لاحظنا من خلال دراستنا وجود ثغرة كبيرة بين الممارسين للمهن الطبية ورجال القانون والقضاء، وبالتالي تولّد 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 واللّامبالاة موازاة مع انتشار الثقافة القانونية.
- قلة النصوص وقواعد واحكام المسؤولية الطبية وعدم مسايرة القانون للطب وفتوحاته وابتكاراته الحديثة في تنوع العلاج والأجهزة والمعدات.

- السعي الحثيث لإيجاد انظمة 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 الصحة 11/18 في مادته 353، ومثلما اقرّها 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 تشدّد 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.
- نشيد ونثمن ما جاء به قانون الصحة الجديد 11/18 من تعديلات في مجال مسّت واجبات الممارسة الطبية، والخطوط العريضة للتنظيم الصحي، فضلا عن تعديلات تتعلق بجمع الدم ونقله والأبحاث والتجارب الطبية واحكام جزائية جديدة عند مخالفة نصوص قانون الصحة سالف الذكر.
- كما نثمن التعديلات التي جاء بها القانون رقم 05/23 المؤرخ في 07 ماي 2023 والمتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، وذلك فيما يخص الجوانب الوقائية من جهة، لمكافحة هذه الآفة بتخفيف العقوبات لفئة المستهلكين وبحث سبل علاجهم في مراكز متخصصة لإزالة تسمّمهم وبالمقابل تشديد العقوبات على تسهيل وترويج وتجارة المخدرات والمؤثرات العقلية

ومن اجل ان يكون لهذه الدراسة بعدها العملي فإنّنا نقترح مجموعة من الحلول والتوصيات 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 اثقال 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-انشاء صندوق وطني للتعويض عن الحوادث الطبية من شانه أن يعود بالفائدة على المتضررين من جراء الأخطاء الطبية يساهم فيه بالتساوي كل من الدولة والمجلس الوطني لآداب المهنة من اشتراكات الأطباء اقتداء بالنظرية الحديثة للمسؤولية الجماعية وتوزيع عبء التعويض، على غرار الصندوق الخـــاص بتعويض ضحـــايا الإرهاب أو على الأقل الأخطاء الطبيّة صعبة الإثبات.

4-تحديث وتعديل نظام التأمين الاجباري خاصة على الممارسة الطبية في القطاع الخاص والمصحات ورفع عقوبة عدم التامين عمّا هي عليه حاليا مثلما فعله المشرع الفرنسي والاماراتي.

5-تعديل المادة 140 مكرر 1 بإضافة فقرة تتحمّل الدولة بمقتضاها مسؤولية عبء التعويض عن الاضرار المتسبب فيها عديم التمييز في حالة انعدام او عسر متولي رقابته.

6-تكثيف لجان التفتيش والرقابة على المؤسسات الصحية العمومية خاصة المستشفيات بسبب تدني خدماتها بل ورداءتها أحيانا ، اذ تبيّن لنا أنّ أغلبية الأخطاء الطبية في بلادنا ترتكب بسبب الإهمال واللاّمبالاة بحجة ظروف العمل والواقع الاجتماعي المزري لذلك نرى أنّه 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 إلّا بعد قضاء خدمة لمدّة معينة في المرافق العامة كالمستشفيات والعيادات المتعددة الخدمات من أجل تحسين التأطير باحتكاك الأطباء بعضهم ببعض

لسدّ النقائص واكتساب الخبرة في القطاع العام كون هذا الأخير غالبا ميسور الحال لتحمّل التبعات والأخطاء.

7-اعتماد تقنين طبي مستقل كما هو الحال في ليبيا والامارات.

8-تعديل شروط الترخيص بالممارسة الطبية المنصوص عليها في المادة 166 من قانون 11/18 بإضافة شرط اكتتاب التأمين في تكوين ملف طلب الرخصة.

9-كما نقترح تعديل المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب التي تنص على" يخضع كل عمل طبي **يكون فيه خطر جدي على المريض** لموافقة حرة ومتبصرة من المريض أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب او جراح الاسنان ان يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر او غير قادر على الادلاء بموافقته " بحذف عبارة:" **يكون فيه خطر جدي على المريض**"، وجعل موافقة المريض غير مشروطة ومتوقفة على الخطر الجدي للعمل الطبي كالآتي: " 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، ومن ثمّ فانّ كل عمل طبي حتّى في ابسط صوره ليس في منأى عن المخاطر.

10- أمّا 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 حضور جلسات المحكمة، وتعيين الخبير لإثبات الخطأ الطبي إذا اقتضى الامر، كلّما رفعت دعوى مسؤولية أحد الممارسين الطبيين مثل ما هو جاري العمل به في المواد التجارية.

11- من جانب آخر، وبهدف تطوير المنظومة الصحية في بلادنا، وتحسين فعالية المجالس الطبية يكون من الأفضل التطبيق الصارم للقوانين –لاسيما اللوائح المنظمة للطب–واستبعاد تأثير الإدارة على عمل المجالس الطبية، بتشجيع وترقية المهن الطبية وعدم عرقلة مجالسها للقضاء على ظاهرة التهرب من دفع مستحقات الاشتراكات، والواقع يثبت ان أغلبية الممارسين الطبيين الخواص لاسيما– الموظفين– لدى الهيئات العمومية لم يدفعوا مستحقات اشتراكاتهم السنوية ومع ذلك تغض الإدارة الطرف عنهم، بل ويتم توظيفهم ولو لم يكونوا حتّى مسجلين في قوائم المجالس الطبية الجهوية، وما يترتب عن ذلك، من عدم قدرة هذه الأخيرة من تسيير شؤونها وإنقاص لفاعليتها.

12- نرى أنّه من الضروري استخدام الوسائل التثقيفية من اشرطة وحصص إعلامية وملتقيات وندوات حول الأخطاء الطبية وآثارها السيئة على الافراد وعلى تكاليف التكفل بها من الدولة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية

أولا: 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. البرعي صلاح حسن، أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن الأفعال الشخصية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، 1996.

11. برهام عطاء الله، حق المضرور ودعواه المباشرة تجاه المؤمن، رسالة، باريس، 1967.

12. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، د.م.ج، الجزائر 1999

13. بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2011

14. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003.

15. جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2007.

16. جلال محمد إبراهيم، دراسة مقـــارنة بين القـــانون المصري والقـــانونين الكويتي والفرنسي، دار النهضة العربية القاهرة، 1994.

17. حبيب إبراهيم خليل، مسؤولية الممتنع المدنية والجنائية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990.

18. حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2004.

19. حسن عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، دون جهة نشر، مصر، 2005.

20. حسن على الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الأول (الضرر)، شركة التايمز للطباعة والنشر المساهمة بغداد، 1991.

21. حسن علي الذنون، المسوط في شرح القانون المدني (الخطأ)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.

22. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، 1979.

23. حمد بن سعد بن عمر، الخطأ المفترض وأثره في التعويض (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة ماجستير في العدالة الجنائية تخصص السياسة الجنائية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض،2013.

24. دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الثاني، الجزائر 2005.

25. دسوقي محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية والنشر والتوزيع، دون سنة نشر.

26. رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.

27. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

28. السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام والواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 1992.

29. سعيد مقدم، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، شركة كليك للنشر، الجزائر، 2008.

30. سليمان مرقس، الفعل الضّار، الطبعة الثانية، مطابع النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1966.

31. سليمان مرقس، بحوت وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، مجمع النشر، مصر، 1987.

32. سمير دنون، الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في القانونين المدني والإداري، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.

33. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.

34. عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

35. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات، بيروت، باريس، 1984.

36. عبد الحكيم فوده التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.

37. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998.

38. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع المجلد 01، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، 1998.

39. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

40. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية على الأخطاء المهنية، الطبعة الأولى، الشركة العالمية الكتاب، بيروت، 1987.

41. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 327.

42. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002.

43. عبد المعيد لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم الكتب للنشر القاهرة،1979.

44. عبد الودود يحي الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر، الأحكام الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

45. عبد الودود يحي، التأمين على الحياة، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، 1964.

46. عدنان إبراهيم سرحان، المسؤولية الطبية المهنية في القانون الفرنسي، بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، الجزء الأول، ط2 منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.

47. عفيف شمس الدين، المصنف في قضايا الموجبات والعقود، 1992.

48. على فيلالي، الالتزامات –النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2001.

49. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، د.م.ج، الجزائر 1998.

50. علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع، الجزائر، 2000.

51. علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر 2002.

52. غنيمة خيار لحلو، نظرية العقد، بيت الأفكار، الجزائر، 2018.

53. الغوثي بن ملحة، القانون القضائي الجزائري–الديوان الوطني للأشغال التربوية–الطبعة الثانية–2000.

54. فاطمة العرفي، ليلى إبراهيم العدواني، جرائم المخدرات في ضوء الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010.

55. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.

56. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

57. فريجه حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص وجرائم الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.

58. محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأسين المسؤولية، مكتبة الجلاء الجديدة المنصورة مصر، 1993.

59. محمد حسين على الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقـارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

60. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر،1998.

61. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر، عمان 1999.

62. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003.

63. محمد عبد الظاهر حسنين، خطأ المضرور وأثره على المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

64. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

65. محمد على البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة مصر، 1993.

66. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية.

67. محمود التريك، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة 1988.

68. محمود جلال حمزة، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1988.

69. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الثالثة، مطبعة جـــامعة القاهرة، 1987.

70. محمود خيال، خطأ التابع والجمع بين المسؤوليات عن فعل الغير، دراسة قضائية، كلية الحقوق بني سويف، جامعة القاهرة، مصر، 1994.

71. مراد بن صغير، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2015.

72. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

73. مسعودة زبدة، القرائن القضائية، الطبعة الأولى، موفم للنشر، مصر، 2001.

74. معوض عبد التواب، مدونة القانون المدني، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.

75. ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.

76. هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة،1996.

77. هدى حامد قشقوش، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الاعتداء على الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1994.

78. 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 وقضاءا، دار الكتب القـــانونية 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 ديبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط 1983.

5. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة–دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والفضاء الكويتي والمصري والفرنسي، ذات السلاسل للطبع والنشر، الكويت، 1986.

6. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة ،1999.

7. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

8. أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

9. أسامة عبد السميع السيد، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الخطر والإباحة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

10. أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، الطبعة 1989، دار النهضة العربية.

11. أشرف جابر سيد مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق –جامعة القاهرة 1999م.

12. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، منشورات الحلبي، بيروت، 1999.

13. أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الايدز والالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999.

14. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،2002.

15. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، عمان الأردن، 2002.

16. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002.

17. بسام محتسب بالله، المرجع السابق طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، الجزائر، دار هومة، 2004.

18. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984.

19. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار الإيمان، دمشق 1984.

20. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، دار الإيمان، دمشق، 1984.

21. بوشي يوسف، الحق في سلامة الجسم وأثر التطور الطبي على حمايته جنائيا، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

22. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

23. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمر الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000.

24. جلال الجابري، الطب الشرعي والسموم، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2002.

25. جوزيف داود المسؤولية الطبية المدنية والجزائية وتأمين الأطباء من المسؤولية عن أخطائهم، الطبعة الأولى، مطبعة الإنشاء، دمشق، 1987.

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

27. حسان شمسي باشا، محمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 2004.

28. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر الجامعات المصرية القاهرة، 1951.

29. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة،2007.

30. رضا عبد الحليم عبد المجيد، المسؤولية القانونية عن النفايات الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.

31. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القومية الإسكندرية، 2005.

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

33. سعد سالم عبد الكريم العالي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، الطبعة الأولى، منشورات جامعة بنغازي، 1994.

34. سمير عبد السميع الأذون، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخذير ومساعديهم، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

35. سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزرع الاعضاء بين القانون والشرع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى بيروت،2004.

36. سهيل يوسف الصويصل مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، الطبعة الأولى، دار أزمنة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، 2004.

37. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

38. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.

39. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004

40. طلال عجاج، المسؤولية المهنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.

41. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.

42. عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته ودوره الفني في البحث عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

43. عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.

44. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

45. عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2006.

46. 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.

47. عمر بن محمد إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع جدة، 2001.

48. قيس الصغير، المسؤولية المهنية الطبية في المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، بدون دار نشرة الرياض، 1996.

49. كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، كلية القانون، جامعة بابل، سنة 2008.

50. كريستيان برنار، اختر حياتك، اختر موتك، ترجمة عدنان مولوي، دار الآداب، بيروت، بدون سنة.

51. ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

52. مامون عبد الكريم رضا، المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2009.

53. محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات العلمية مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية،1992.

54. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

55. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 1999.

56. محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006.

57. محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993.

58. محمد سامي الشوا، مسؤولية الأطباء وتطبيقاتها في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

59. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

60. محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 1999.

61. 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.

62. محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

63. محمد يوسف ياسين المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، قانونا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

64. محمود أحمد طه، المسؤولية الجنائية في تحديد لحظة الوفاة، الرياض، 2001.

65. محمود القبلاوي المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

66. محمود زكي شمس المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية، الطبعة الأولى، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق 1999.

67. محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سرا من أسرار مهنته.

68. 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.

69. 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.

70. 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.

71. منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الاخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف، العربية للعلوم السعودية، 2004.

72. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.

73. منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

74. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

75. موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن افشاء السر المهني، الطبعة الأولى مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان 1998.

76. هيثم حامد المصاورة، نقل الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.

77. وائل محمود أبو الفتوح العزيزي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، مصر، 2006.

78. وليام بريخ، الحمل ترجمة ودار الشيخ، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1992.

79. يوسف محمد طردة، المسؤولية الجنائية المترتبة على عمل الطبيب في الفقه الإسلامي، رسالة مـاجستير 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. حاج شريفة فوزية، مكافحة الاتجار الدولي غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي الجنائي، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2019.
3. رايس محمد، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2005.
4. محمد نصر رفاعي، الضرر كأساس المسؤولية المدنية في المجتمع المعاصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1978م.
5. هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994.

رابعا: اجتهادات وقرارات قضائية

1. قرار المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات ملف رقم 0839344 بتاريخ 2019/09/05 (ب. ن) ضد النيابة العامة

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 العليـا، 1995/05/30، ملف رقم 118720، قضية (ا ل 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 الثـاني، 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 الالكتروني، لبنان، بدون تاريخ.

19. الطعن رقم 111 لسنة 35 ق جلسة 1969/06/26، يمكم 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. حكم محكمة باتنة 2001/03/13، قضية ضد مستشفى نقاوس، باتنة، جريدة الخبر اليومية، العدد رقم2001/03/19.

24. قرار مجلس قضاء قسنطينة، غرفة الاتهام، ملف رقم 297062 بتاريخ 2001/11/26 قضية (ب.ف) ضد الطبيب (د.م)،.

25. 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.

26. 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.

27. قرار مجلس الدولة 2007/03/28، ملف رقم 30176، قضية (مدير القطاع الصحي بعين تادلس) ضد (م م ومن معه)، ن ق، العدد 2008.

28. قرار رقم 238 لسنة 2003 المؤرخ في 2003/09/05، المتعلق بإصدار لائحة آداب مهنة الطب المصرية.

29. 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، الرابط http://pal-lp-org/s248.html .

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

31. 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، الرابط:

http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=QAJudgBy Courtes&FIID=344

32. تمييز دبي، مدني 2007/09/30، شبكة المحامين العرب موسوعة الأحكام القضائية العربية موسوعة الأحكام الإماراتية، أحكام تمييز دبي، الرابط:

http://www.mohamoon-
ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgment
Types&ParentID=330

33. 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، الرابط:

http://www.mohamoon-
ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgment
Types&ParentID=820

خامسا: المجلات والمقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، القسم الأول، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة العاشرة، 1986 الكويت.
2. عبد الرحمن بن سليمان الربيش، إسقاط الجنين المشوه بين الإباحة والتحريم، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 84، 2010.
3. عبد الرحمان الطحان، حيوية المسؤولية عن الخطأ الطبي، بحث مقدم الى كلية الشريعة، المؤتمر العلمي الأول جامعة جرش ،1999.
4. عبد العزيز نويري، الخبرة الطبية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة الجزائرية، العدد 50، 1994.
5. فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، بحث في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، 2006.
6. فوزي بن عمران، الأخلاق الطبية، نظرات في الطب الشرعـــي، بحث منشور على الانترنت بتاريخ 2008/04/25، على الموقع التالي:

http://www.ibnosinahealth.org/modules/AMS/article.php?storyid=27

7. محمد سيد طنطاوي، فتوى حول المرأة المغتصبة، القاهرة، من موقع

www.reetne t. gavsy/arab encyclopedia/hygienicsciences/medicine /aboration2htm-1/k

8. محمد محمد سلامة الشلس، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، جامعة القدس، مجلة الأبحاث، عدد 09، 2007.

9. 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.

10. نجيب خلف أحمد، مسؤولية المستشفى العام عن أخطاء أطبائه، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، المجلد 21، 2006، العراق.

11. مجلة الشرطة، مقال من إعداد وهيبة ث، العدد 87، جوان 2008.

12. المجلة القضائية، عدد2، السنة 2008، ملف رقم 399828، بتاريخ 2008/01/23.

13. المجلة القضائية، مقال من إعداد مروك نصر الدين الإنعاش الصناعي، العدد 01، السنة 1998.

14. مجلة المحكمة العليا العدد الأول، 2007.

15. جريدة الخبر، 2001/03/19.

16. جريدة الخبر، عدد 4358 المؤرخ في 2005/04/02.

سادسا: القوانين

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

2. الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، مؤرخ في 1966/06/08 الجريدة الرسمية، عدد 49 بتاريخ 1966/06/11.
3. 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.
4. الأمر رقم 20/70 مؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، العدد 12، بتاريخ 1970/02/27.
5. الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في2005/06/20 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، بتاريخ 2005/06/26.
6. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78 بتاريخ 1975/09/30.
7. الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1995، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 04/06 المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية رقم 15، سنة 2006.
8. 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.
9. الأمر 15/74 المؤرخ في 1974/01/30، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض على الأضرار، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 15 سنة 1974.

10. الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 2003/08/26، الجريدة الرسمية، العدد 52، لسنة 2003.

11. القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008، المتعلق بالمسؤولية الطبية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

12. قانون حقوق المرضى ونظام الصحة الفرنسي رقم 303/2002 الصادر بتاريخ 04 مارس2002 المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05.

13. قانون حقوق المرضى ونوعية نظام الصحة الفرنسي، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد 54، بتاريخ 2002/03/05.

14. القانون رقم 17 لسنة 1986 م بشأن المسئولية الطبية الليبي الصادر في 24 نوفمبر 1986.

15. القانون رقم 288 يتعلق بالآداب الطبية اللبناني، ج ر رقم 9 مؤرخة في 3 آذار 1994م.

16. القانون رقم 13/83 المؤرخ في 02 يونيو 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية، العدد 28، السنة 20، بتاريخ 05 يوليو 1983.

17. القانون رقم 13/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983م، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1983.

18. القانون رقم 11/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983م، المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، المتمم بالقانون رقم 08-01 المؤرخ في 23 يناير 2008م، الجريدة الرسمية رقم 04 لسنة 2008.

19. القانون رقم 05/85 مؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 08، بتاريخ 1985/02/17.

20. القانون 13/08 المؤرخ في 2008/07/20 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 2008/08/03.

21. القانون رقم 17/90 المؤرخ في 1990/07/31 المعدل والمتمم للقانون 05/85 المتعلق لحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية عدد 35 بتاريخ 1990/08/15.

22. القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتعلق بقانون العقوبات، جريدة رسمية، عدد 14، بتاريخ 2003/03/08.

23. القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، عدد 84، بتاريخ 2006/12/24.

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

25. القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 /2008/02 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد21 بتاريخ 23 /2008/04.

26. القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بالاتجار بالأعضاء، يعدل ويتمم الأمر 156/166، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 2009/03/08.

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

28. قانون رقم 18/04 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما المؤرخ في 2004/12/25، الجريدة الرسمية عدد 83، المعدل والمتمم.

29. القانون رقم 05/23 المؤرخ في 07 ماي 2023 والمتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بهما، الجريدة الرسمية، عدد 32، بتاريخ 2023/05/09.

30. القانون الطبي الليبي رقم 17 الصادر في 1986/11/24 وقانون المسؤولية الطبية الإماراتي الصادر في 2016.

31. المرسوم الرئاسي رقم 438/96 بتاريخ 1996/12/07 المتضمن التعديل الدستوري بتاريخ 1996/11/28، الجريدة الرسمية، العدد 76 بتاريخ 1996/12/8.

32. المرسوم الرئاسي رقم 61/02 المؤرخ في 2002/02/05 المتضمن المصادقة على البروتوكول المتعلق بتعديل الاتفاقية الوحيدة للمخدرات لسنة 1961 المعتمدة بجنيف 1972، الجريدة الرسمية عدد 10 بتاريخ 2002/02/12.

33. المرسوم 41/95، الجريدة الرسمية عدد 07، المؤرخة في 1995/01/28.

34. المرسوم رقم 2003-140 المؤرخ في 2003/02/19 المتضمن القواعد المتعلقة بتكوين المكتب الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية، وبوظيفته، الجريدة الرسمية بتاريخ 2003/02/21.

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

36. المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية بتاريخ 08 جويلية 1992، العدد 52.

37. المرسوم التنفيذي رقم276/92، مؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 52 مؤرخة في 1992/07/08.

38. المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 52، السنة 29، بتاريخ: 1992/07/08.

39. المرسوم التنفيذي رقم 108/95 المؤرخ في 1995/04/09، المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية، عدد 21، بتاريخ: 1995/09/19.

40. المرسوم التنفيذي 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.

41. المرسوم التنفيذي 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

42. 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.

43. المرسوم التنفيذي رقم 235/11 مؤرخ في 2011/07/03، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الأعوان الطبيين في التخدير والإنعاش للصحة العمومية، ج.ر، عدد 38 مؤرخة في 2011/07/06.

44. 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.

45. قرار وزاري مؤرخ في 1998/05/24، المحدد للقواعد المنظمة للتبرع بالدم.

46. قرار وزير الصحة رقم 89/39، بتاريخ: 1989/03/26 المحدد لعمليات نقل وزرع الأعضاء.

47. القرار المتضمن جدول المعدلات الطبية الخاص بالعجز الدائم، مؤرخ في 1967/04/11، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 38، المعدل بالقرار 1981/09/16 الذي يحدد بصفة انتقالية معدل العجز الدائم الجزئي، أو الكلي (يتغير معدل العجز أو نسبته من 0% إلى 100%).

48. لائحة آداب مزاولة الطب البشري المصرية

49. لائحة آداب مهنة الطب الصادرة بقرار وزير الصحة والسكان، مصر، رقم 238 بتاريخ 5 سبتمبر 2003م.

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. BETTER- MIEUX (Pierre) Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité en droit français Thèse Lille 1921.
9. 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.
10. Boussouf- Hamana Naziha, L'expertise en matière de responsabilité médicale, Revue "science humaines", nº 13, Juin 2000, université Mentouri- Constantine (Algérie).
11. Catherine Caillé, Commentaire de cassation, assemblée plénière du 17/11/2000, Revue générale de droit médical, no 95, 2000, France.
12. Cathreine Paley, Vincent, responsabilité du médecin, droit médical pratique, Masson, Paris 2002.
13. Denis Salas, L'arrêt perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu, Recueille Dalloz- Hors-Série justices, Mai 2001, France.
14. 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.
15. Djaber Mahdjoub Ali Mahdjoub : La responsabilité civile dans la pratique chirurgicale, Thèse, Université Dijon - France, 1986.
16. Dominique Demers, Médecine défensive, responsabilité médicale, thèse en doctorat en droit université Sherbrooke, Otawa, Canada, 1996.
17. DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé.
18. DUVAL ARNOULD (M), La responsabilité civile de professionnels de santé.

19. François Chabas, l’obligation médicale d’information en danger, paris ،2000.
20. G. Viney et P. Jourdain, traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, édition L.G.D.J, 1998.
21. Geneviève Duflo, La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente, Librairie maloine, Paris, 1937.
22. 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.
23. Geneviève Viney, La responsabilité dans la jurisprudence de la cour de cassation.
24. Gérard Creusot, Dommage corporel et expertise médicale, librairie médicale, France, 1989.
25. 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.
26. Gérard Mémeteau, Perte de chance et responsabilité médicale, Gaz. Pal, nº spécial" Droit de la santé", Paris, 24-25/10/1997.
27. Godebert Mélanie, L’image du procès dans les yeux du médecin, faculté de droit, université Nancy 2.
28. H.Grroutel, chron, n° 29. R.T.D.C. 1996.
29. Hadjira Dennouni, De l'étendue de l'obligation de sécurité en droit algérien, L'obligation de sécurité, presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, France, 2003.
30. HALLIEZ (Doriane), La responsabilité personnelle civile et pénale du chirurgien esthétique, Thèse doctorale, Université. Lille 2. 2001.
31. 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.
32. Hubert Goutel, La responsabilité des cliniques, responsabilité civile et assurances, Editions juris- classeur, (juillet-août) 1999, Paris.

33. 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.
34. Jean Penneau, La réforme de la responsabilité médicale - responsabilité ou assurance, R.I.D.C, nº 02. (Avril - Juin), 1990, France.
35. Josserand Louis ،Cours de droit civil positif français, Tome,2 troisième Edition, recueil Sirey, Paris, 1939.
36. 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.
37. Khadir Mohamed, Hannouz Mourad, la responsabilité de contrôle et d'expertise, office des publications universitaires d'Alger, 2003.
38. LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), L'évolution de la responsabilité d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, RTD, Civ, 1987.
39. 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.
40. LEGEAIS (R), La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par des mineurs, D 1965, Chron.
41. LUCIE LAMARCHE, Pierre Bosset, les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne, Paris, 1996.
42. M. Bourrie Quenillet, le préjudice moral des proches d'une victime J.C.P 1998, Paris.
43. M. M. Hannouz et A. R. Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médicine et du droit, O.P.U, Alger, 2000.
44. M. Tourneur et autre Contrat médical, concurrence, consommation, Edition du juris, classeur, janvier 2001, Paris.

45. M.Benezech Bahreïni ،le secret médical, confidentialité et discrétion en médecine, Paris, 1996.
46. 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.
47. 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.
48. Marion Schnitzler, la communication du dossier médical dans le cadre d'une expertise judiciaire, Gestions hospitaliers Paris, 2005.
49. Martine Carcenac, De la responsabilité sans faute à la faute objective, R.V.D.A. nº 01, 1998, France.
50. 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.
51. Medy Diakité, le médecin devant le juge pénal et civil en droit malien et français, thèse de doctorat, Reims Champagne – Ardenne, France 2017.
52. Naceur Fatiha, Le contrôle de la sécurité des produits, l'obligation de sécurité, presses universitaire de Bordeaux, Pessac, France, 2003.
53. OBER DORFF HENRI, Droits de l'Homme et libertés fondamentales, Armand éden, 1 Paris 2003.
54. Patrice Jourdain, Gaz. Pal, 1997, II.
55. Patrice Jourdain, La responsabilité du médecin du fait d'autrui, responsabilité civile et assurances Editions du juris-classeur, Hors- série (juillet - août) 1999, Paris.
56. Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, 5"" édition, Dalloz, Paris, 2000.
57. Philippe le Tourneau, La responsabilité Civile Professionnelle, Ed. Economica, Paris, 1995.
58. Philippe le Tourneau, Lois Cadiet, Droit de responsabilité et des contrats, Edition Dalloz. Paris, 2000, n° 34.

59. Philippe LE TOURNEAU, Responsabilité civile professionnelle, 2ème édition, Dalloz, Paris, 2005.
60. Pierre Betteremieux, Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité civile en droit français, Thèse, Lille (France), 1991.
61. 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.
62. Renaud Perronnet, Acharnement thérapeutique, Euthanasie ou soins palliatifs, Paris ،2004.
63. Rene Chapus, droit administratif général, tome1, 11eme Edition, France 1997.
64. Ripert (Georges): le régime démocratique et le droit civil modérne. 2éme éd, 1948.
65. Rouabah Dahbia, inspectrice, direction de santé Jijel, bulletin des juges No 63, 2008.
66. Saleilles Reymond, Les accidents de travail et la responsabilité civile, L.N.D.J. Paris, 1987.
67. SALEILLES (Raymond), La responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du Canada. RTD. Civ 1911
68. Savatier René, comment repenser la conception française actuelle de la responsabilité civile.
69. Savatier René, Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels, D. H, France, 1931.
70. Savatier. René, Traité de responsabilité civile, tome 1, 2éme édition, Paris, 1962.
71. SAVATIER (René): La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?, D.H, Chron., 1933.
72. SAVATIER (René) : Les métamorphoses économique et social du code civil d'aujourd'hui, 1ère série, 3ème éd, 1964.
73. Sophie Hoquet -Berg et Bruno Py, La responsabilité du médecin, Edition heures de France, France, 2006.

74. STARCK (B): Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privé, Thèse paris, 1947
75. STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.): Droit civil, les obligations, t1- responsabilité délictuelle, 4éme éd, LITEC, France 1996.
76. Teillais Clémentine : La faute dans l'application de l'article 1384 alinéa 1 du code civil, Thèse. Nantes, 1989.
77. V. CHARBONNEAU (C), Présentation du titre 1er – Solidarité envers les personnes handicapées – sur le site : http://fjpansier.com/ARTICLES%Présentation de la loi sur le droit des malades.html
78. Xavier Lesegretion et Stephanie Chassany, la protection juridique de l'hôpital, Paris Berger Levraut, 1999.
79. Y .Lambert-Faivre, La crise de L'assurance responsabilité médicale, D2003 N03.
80. Yvonne Lambert- Faivre: Droit du dommage corporel-système d'indemnisation. 3éd. Précis Dalloz, Paris 1996.

III- اجتهادات وقرارات قضائية اجنبية

1. 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.
2. Cass. Civ, 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances, Edition du juris -classeur-, Hors-série, (juillet-août 1999), Paris.
3. Cass. Civ, 20/05/1936, Mercier, G.A.J.C., 11e éd. n° 161-162 Selon Cass. Ch. Civ, 26 octobre 1970.
4. 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.
5. Cass. Civ, 26/01/1970, Encyclo De droit civil, 2eme éd, Paris, 1974, n° 421.
6. Cass. Ch Civ 01/01/1974. Pourvoi N°, 71-11918.
7. Cass.civ. 4 janv. 1974, Bull.civ. n°4.
8. Loi n° 75-17 du 17/01/1975 relative à l'interruption médicale de grossesse, JO 18 janvier1975.

9. Cass. Civ 1èreCh. 27/10/1987. N° de pourvoi : 77-41477.
10. Cass.civ.1er Ch.27/10/1987 n° du pourvoi 77/41477.
11. Cass.civ, 28/06/1989, Bull.civ. I, n° 266, D. 1990.
12. Cass.civ, 29/11/1989, Res. Civ et assur, n° 190, Gaz. Pal, 1995. 2.
13. Cass. Civ 1èreCh. 07/02/1990. N° de pourvoi : 88-14797.
14. Cass. Civ. 14 jan 1992. N° de pourvoi 89-12598.
15. Cour d'appel de Paris, du 12/02/1992.
16. Cour d'appel de Paris 17/12/1993.
17. Cass. 1 civ : 08/06/1994, inédit polyclinique Bordeaux Nord c/ cts Fonteneau, Hors-série (juillet-aout) 1999 Paris.
18. Cass. Civ. 1èreCh. 06/12/1994. N° de pourvoi : 92-17767.
19. Cass. Civ 12/04/1995, Gaz. Pal 1995, Paris.
20. Cass. Civ, 30/10/1995, Bull. civ. I, nº383, France.
21. Cass. Civ 1èreCh. 26/03/1996. Pourvoi N° : 94-10951.
22. Cass.civ, 21/05/1996, Gaz. Pal, 1997-2, J.P.
23. Cass. Civ 1èreCh. 25/06/1996. N° de pourvoi : 94-20461.
24. Cour d'appel de Lyon, du 26/09/1996.
25. Cass. 1 civ, 25/02/1997, Responsabilité civile et assurances, Edition du juris - classeur, Hors-série (juillet -aout 1999), Paris.
26. Cass 1 civ, 18/03/1997, J.C.P. 1997, II, 22829.
27. Cass. Civ 1èreCh. 30/09/1997. N° de pourvoi : 95-16500.
28. Cass. Civ 1èreCh. 28/10/1997. N° de pourvoi : 95-17274.
29. Cass. 1 civ : 07/07/1998, clinique du parc. Hors-série (juillet-aout) 1999, Paris.
30. Civ. 1ère, 16/07/1998, Bull, N° 160.
31. Cass. Civ 1èreCh. 7 Oct. 1998. Pourvoi N° : 97-12185.
32. Cass. Civ 1èreCh. 7oct. 1998. Pourvoi N°: 97-10267.
33. 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.
34. 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.
35. Cour d'appel d'Orléans, du 05/02/1999.
36. C.E 05/01/2000, Contentieux N° 181899.
37. C.E 05/01/2000, Contentieux N° 198530.

38. Cass. 1 civ, 07/11/2000, D. 2000, n° 42, IR, P293, D. 2001, nº 7.
39. Cass. Civ 1èreCh. 08/11/2000. N° de pourvoi : 99-11735.
40. Cass. Civ 1èreCh. 08/11/2000. N° de pourvoi : 99-11735.
41. Cass .civ 1éreCh .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 ».
42. 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.
43. Cass. Civ 1èreCh. 10/07/2002. N° de pourvoi : 01-10039.
44. Cass. Civ 1èreCh. 04/02/2003. Pourvoi N° : 00-15572.
45. Loi du 13/08/2004, relative à l'assurance sociale Française.
46. TORELLI (Maurice), L'obligation du médecin de respecter les données acquises de la science, L.G.D.I, 2001, P137, Article R4321-80
47. Cour d'appel de Nîmes audience publique du 06/11/2007.
48. Cass. Civ 1èreCh. 18/09/2008, N° de pourvoi : 07-13080.
49. Cass. Civ 1èreCh. 11/03/2010. Pourvoi n° : 09-11270.
50. Cass. Civ 1èreCh. 03/06/2010.Pourvoi N° : 09-66752.
51. Cass. Civ 1èreCh. 03/06/2010.Pourvoi N° : 09-66752.
52. Cass. Civ. 14 oct. 2010. N° de pourvoi 09-68471.
53. Cass. Civ Ch, civ. 6 jan 2011. N° de pourvoi : 09-66994.
54. Cass. Civ 1èreCh. 17/03/2011. N° de pourvoi : 10-11735.
55. Cass. Civ 1èreCh. 17/03/2011. N° de pourvoi : 10-11735.
56. Cass. Civ 1èreCh. 13/09/2011, Pourvoi N° :11-12536.
57. Cass. Civ 1èreCh. 17/11/2011. N° de pourvoi : 10-254688.
58. Trib. Gr. Inst. Paris, 1Ch, 20. Oct.1997.

IV- مواقع الانترنت

1. http://www.legifrance.gouv.fr/affich.Juri.Judi.do?oldAction=rech.Juri.Jui&idTexte=URITEXT000006989698&fastReqId=43849632&fastPos=795
2. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007001742&fastReqId=1206940586&fastPos=1
3. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000025216731&fastReqId=574044737&fastPos=14

4. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007022948&fastReqId=215154368&fastPos=374
5. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction-rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007139838&fastRegId=1558937838& fastPos=6
6. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007033700&fastReqId=129065654&fastPos=295
7. http://www.legifrance.gouv.fr/afichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007293908&fastReqId=1142600873&fastPos=3
8. http://www.legifrance.fr/afichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007309396&fastReqId=1738116144&fastPos=654
9. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038502&fastReqId=1770652145&fastPos=262
10. http://www.legitrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007036238&fastReqId=1654247694&fastPos=242
11. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007038718&fastReqId=1297502809&fasrPos=273
12. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri.do?oldAction=rechJuri&idTexte=JURITEXT000007038718&fastReqId=1260788571&fastPos=274
13. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008079452&fastReqId=1796382490&fastPos=154
14. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000008085759&fastReqId=203424832&fastPos=35
15. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233&fastReqId=858970062&fastPos=44
16. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007042233&fastReqId=1600961017&fastPos=43

17. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURTEXT000007041895&fastReqID=1301339756&fastPos=1
18. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007043113&fastReqId=983013772&fastPos=162
19. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049346&fastReqId=1466564464&fastPos=2
20. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017701333&fastReqId=385641010&fastPos=20
21. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019512539&fastReqId=1123406722&fastPos=8
22. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021967605&fastReqId=1682293939&fastPos=9
23. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1
24. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022313390&fastReqId=441007947&fastPos=1
25. http://www.tegifrance.gouv.fr/affich.Juri.Judi.do?ofdaction=rech.Juri.Judi&idTexte=JURITEXT000023390771&fastRegld-574044737&fast Pos-17.
26. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023743360&fastReqId=574044737&fastPos=16
27. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023743360&fastPos=16
28. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024567704&fastReqId=663568986&fastPos=1
29. http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024819330&fastReqId=119773069&fastPos=3
30. http://www.legifrance.gouv.fr/afichJudi.do?oldAction=rechJuridi&idTexte=JURITEXT000007037408&fastReqId=510711313&fastPos=2

31. http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/index.aspx
32. http://pal-lp-org/s248.html
33. http://www.jc.jo/cassation court résolutions
34. http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=QAJudgByCourtes&FIID=344
35. http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID=330
36. http://www.mohamoon-ju.com/Default.aspx?action=UAEJudgmentTypes&ParentID=820
37. http://www.ibnosinahealth.org/modules/AMS/article.php?storyid=27
38. www.reetne t. gavsy/arab encyclopedia/hygienicsciences/medicine/aboration2htm-1/k

الفهرس

مقدمـة.....01

خطـة البحث.....15

الفصل التمهيدي: ماهية العمل الطبي

المبحث الأول: مفهـوم العمل الطبي على جسم الانسان.....18

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي.....18

الفرع الأول: تعريف العمل الطبي في الفقه الإسلامي والمقارن.....19

الفرع الثاني: تعريف العمل الطبي في التشريع.....21

أولا: تعريف العمل الطبي في التشريع الفرنسي.....21

ثانيا: تعريف العمل الطبي في التشريع المصري.....21

ثالثا: تعريـف العمل الطبي في التشريع الجزائري.....22

المطلب الثاني: مفهوم الجسم البشري.....23

الفرع الأول: مفهوم الجسم البشري ومكوناته.....24

أولا: مفهوم الجسم.....24

ثانيا: مكونات الجسم البشري.....26

1. الأعضـاء.....26

2. تعريف العضو في الطب.....26

3. تعريــف العضو في الفقه الإسلامي.....27

4. تعريف العضو في قانون العقوبات الجزائري وأخلاقيات العلوم الإحيائية.....27

5. المشتقات والمنتجـات البشرية.....28

الفرع الثاني: تحديد مفهوم لحظة وجود الجسم البشري ونهـايته.....29

أولا: لحظة وجود الجسم البشري.....29
ثانيا: تحديد لحظة نهاية الوجود للجسم البشري (الوفاة).....32
المبحث الثاني: أساس اباحة العمل الطبي وشروطه.....33
المطلب الأول: أساس إباحة العمل الطبي.....34
الفرع الأول: أساس إباحة العمل الطبي في الفقه والقضاء المقارن.....34
أولا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو العرف أو العادة.....35
ثانيا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو رضا المريض.....36
ثالثا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو انعدام القصد الجنـائي لدى الطبيب.....39
رابعا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو مشروعية الغرض الطبي.....40
خامسا: الفقه القائل بأن أساس الإباحة هو إذن القانون.....40
الفرع الثاني: أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري.....42
المطلب الثاني: شروط ممارسة العمل الطبي في القانون الجزائري.....43
الفرع الأول: شرط الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب.....43
الفرع الثاني: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج.....46
الفرع الثالث: شرط رضـا المريض.....47
أولا: حـالة الضرورة.....49
ثانيا: حالة تهديد الصحة العامة للمجتمع.....49
الفرع الرابع: شرط مراعاة الأصـول والقواعد الطبية.....50

الباب الأول: أحكام المسؤولية المدنية للطبيب

الفصل الأول: طبيعة ونطاق المسؤولية المدنية للطبيب

المبحث الأول: نطاق مسؤولية الطبيب المدنية.....58
المطلب الأول: الالتزام ببذل عنـاية.....59

الفرع الأول: التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء والتشريع الفرنسي.....60
أولا: تكريس الالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي الفرنسي.....61
ثانيا: التزام الطبيب ببذل العناية طبقا للقضاء الفرنسي.....69
الفرع الثاني: التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء والتشريع في الدول العربية.....73
أولا: التكريس التشريعي للالتزام ببذل عناية في التشريع الصحي في الدول العربية.....73
ثانيا: التزام الطبيب ببذل عناية طبقا للقضاء في الدول العربية.....77
المطلب الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة.....81
الفرع الأول: نقل الدم والاعمال المخبرية.....82
أولا: نقـل الدم.....82
ثانيا: الأعمال المخبرية.....84
الفرع الثاني: الجراحة التجميلية واستعمـال الأجهزة الطبية.....85
أولا: الجراحة التجميلية.....85
ثانيا: استعمال الأجهزة الطبية والأعضاء الصناعية.....86
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية المدنية.....90
المطلب الأول: المسؤولية العقدية.....98
الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية.....99
الفرع الثاني: شروط اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية.....100
أولا: ضرورة وجود العقد.....105
ثانيا: أن يكون العقد صحيحا.....105
1. الرضا Consentement.....105
2. أهلية المتعاقدين.....106
3. المحل L'objet.....106
4. السبب La cause.....107

ثالثا: أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج.....107
رابعا: أن يكون المدعي صاحب حق في الاستناد إلى العقد.....108
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية.....108
الفرع الأول: نشأة الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية وحجج القائلين بها.....109
أولا: نشأة الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية.....110
ثانيا: حجج أنصار المسؤولية التقصيرية.....112
الفرع الثاني: شروط اعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية.....114
أولا: حالة انعدام قدرة المريض عن التعبير عن إرادته.....114
ثانيا: حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو المساعدة الطبية.....115
ثالثا: حالة مباشرة الطبيب لعمله في مستشفى عمومي.....115
رابعا: حالات بطلان العقد.....119
خامسا: رفع دعوى التعويض أمام القضاء الجزائي.....119
سادسا: حالة إصابة الغير بضرر ناجم عن رعاية مريض عقلي من الطبيب.....121
سابعا: حالة مطالبة الغير بالتعويض استنادا للحق الشخصي غير الناشئ عن العقد....121

الفصل الثاني: قيام المسؤولية المدنية للطبيب في ظل الأساس التقليدي والتوجه الحديث

المبحث الأول: المسؤولية المدنية للطبيب في ظل الأساس التقليدي.....125
المطلب الأول: أركان المسؤولية المدنية للطبيب.....126
الفرع الأول: ماهية الخطأ.....126
أولا: تعريف الخطأ الطبي.....127
1. تعريف الخطأ الطبي في الفقه.....128
2. تعريف الخطأ الطبي في التشريع.....130
3. تعريف الخطأ الطبي في القضاء.....131
ثانيا: إثبات الخطأ.....132
الفرع الثاني: الضرر وعلاقة السببية.....136

أولا: الضـرر.....136
1. نوعا الضرر في المسؤولية الطبية المدنية.....137
أ. الضرر المادي Dommage matériel.....138
ب.الضرر المعنوي Dommage moral.....138
2. شروط الضرر.....140
أ. أن يصيب الضرر مصلحة مالية مشروعة أو حق للمريض.....141
ب.أن يكون الضرر محققا.....142
3. تفويت فرصة الشفاء ومكانتها في تحديد معالم جديدة في المسؤولية الطبية.....143
ثانيا: علاقة السببية.....149
1. قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر.....150
أ. نظرية تكافؤ أو تعادل الأسباب.....151
ب.نظرية السبب المنتج.....152
2. انتفاء علاقة السببية.....154
أ. القوة القاهرة.....155
ب.خطأ المضرور.....155
ج. خطأ الغير.....157
المطلب الثاني: صور مسؤولية الطبيب المدنية والتأمين منها.....158
الفرع الأول: المسؤولية المدنية للطبيب عن أفعاله الشخصية.....158
أولا: في حالة ممارسة الطبيب للعمل الطبي بصفة منفردة.....159
ثانيا: في حالة ممارسة العمل الطبي ضمن فريق طبي.....159
ثالثا: المسؤولية المدنية للطبيب عن الغير وعن الأجهزة الطبية.....167
1. مسؤولية الطبيب المدنية عن أفعال الغير.....167
أ. مسؤولية الطبيب مدنيا عن أفعال معاونيه ومساعديه.....167
ب.مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يحدثها المريض العقلي بالآخرين.....171
2. مسؤولية الطبيب عن الآلات والأجهزة الطبي.....172
الفرع الثاني: التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب.....175

أولا: التكريس التشريعي للتأمين عن الاضرار.....176
1. إلزامية التأمين عن الأضرار في التشريع الجزائري والمقارن.....176
2. نطاق التأمين.....179
أ. تأمين الأضرار الناتجة عن الخطأ الطبي الفردي.....180
ب.تأمين الأضرار الناتجة عن خطأ الفريق الطبي.....181
ثانيا: مدى تغطية التأمين للأضرار الطبية.....182
1. حالة تغطية التأمين لبعض الأضرار التي قد تصيب المرضى.....183
أ. الأضرار الناتجة عن الأخطار التي قد تلازم أعمال الوقاية أو العلاج أو التشخيص.....183
ب.الأضرار الناتجة عن المنتجات الصحية.....184
2. التوجه للتغطية الشاملة لكافة الأضرار التي تلحق بالمرضى.....184
المبحث الثاني: التوجه الحديث لقيام المسؤولية المدنية للطبيب.....187
المطلب الأول: التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المفترض والخطأ المهني.....189
الفرع الأول: التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المفترض.....190
الفرع الثاني: التوجه الحديث للأخذ بالخطأ المهني.....196
أولا: مفهوم الخطأ المهني.....197
ثانيا: التكريس الفقهي، التشريعي، والقضائي لإقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني.....197
1. التكريس الفقهي لإقرار مسؤولية مهنية قائمة على أساس خطأ مهني.....198
2. التكريس التشريعي والقضائي للخطأ المهني كأساس لمسؤولية الطبيب المهنية.....199
المطلب الثاني: التوجه الحديث للأخذ بالمسؤولية الموضوعية (على أساس الضرر) ودوافعه.....206
الفرع الأول: دوافع التحول إلى المسؤولية الطبية بدون خطأ.....208
أولا: ضغط الفقه والقضاء نتيجة التطور العلمي.....209

1. التطور العلمي التقني.....210
2. ضغط الفقه.....211
3. ضغط القضاء الفرنسي في تعديل قواعد المسؤولية.....212
ثانيا: تبلور فكرتي التأمين والمسؤولية الجماعية.....216
الفرع الثاني: نظريتا المسؤولية الطبية على أساس الضرر (نظرية تحمل تبعة المخاطر ونظرية الضمـان).....230
أولا: نظرية تحمّل تبعة المخاطر المستحدثة.....231
1. مضمون نظرية تحمل التبعة.....233
2. أساس نظرية تحمل التبعة.....238
أ. نظرية المخاطر المستحدثة La théorie des risques crées 239
ب.نظرية المخاطر المقابلة للربح او الغنم بالغرم Profit -Risque 239
ثانيا: نظريـــة الضمـــــان.....240
1. أساس نظرية الضمـان.....241
2. هدف نظرية الضمان.....246
3. تقدير نظرية الضمان في المجال الطبي.....248
ثالثا: مدى اعتناق المشرع الجزائري للمسؤولية الموضوعية.....250
الفرع الثالث: استحداث نظام تعويض الاضرار باسم التضامن الوطني في فرنسا.....253
أولا: التعويض عن أضرار الحوادث الطبية Aléas thérapeutiques.....255
ثانيا: شروط وإجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني.....258
1. أهمية نظام التضامن الوطني.....258
2. شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني.....261
3. إجراءات التسوية الودية.....262
أ. اللجنة الجهوية للمصـالحة والتعويض (CRCI).....263

ب. عرض النزاع على اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض CRCI.....264
ج. رأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI).....264
ثالثا: الطعن برأي اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI).....266
ملخص الباب الأول.....267

الباب الثاني: أحكام المسؤولية الجزائية للطبيب

الفصل الأول: الجرائم غير العمدية للطبيب (في حالة الخطأ)

المبحث الأول: المسؤولية الجزائية للطبيب في حـــالة الخطأ (عدم توافر القصد الجنـــــائي).....274
المطلب الأول: أهمية وآثار التمييز بين القصد العمدي والخطأ.....275
الفرع الأول: التمييز بين القصد العمدي والخطأ.....277
أولا: مفهوم القصد الجنائي (العمد).....278
ثانيا: عناصر القصد الجنائي.....278
1. عنصر العلم في القصد الجنائي.....278
2. عنصـر الإرادة.....280
ثالثا: صور القصد الجنائي.....281
1. القصد العـام.....281
2. القصد الخاص.....281
الفرع الثاني: الآثار الناتجة عن انعدام القصد الجنائي في جرائم الخطأ.....282
المطلب الثاني: قيام مسؤولية الطبيب في حالة الخطأ.....283
الفرع الأول: صور الخطأ غير العمدي.....284
أولا: صور الخطأ.....285
1. الرعونة.....285
2. عدم الاحتياط.....285
3. الإهمال وعدم الانتباه.....285

4. عدم مراعاة الأنظمة والقوانين.....286
ثانيا: المعيار الشخصي والموضوعي لمرتكب الخطأ.....287
الفرع الثـاني: أنواع الخطأ.....288
أولا: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير.....288
ثانيا: الخطأ الجنائي والخطأ المدني.....289
ثالثا: الخطأ المادي والخطأ الفني.....289
المبحث الثاني: مجالات الخطأ الطبي وتطبيقات القضاء بشأنها.....291
المطلب الأول: أخطاء الفحص والتشخيص والاشعة.....291
الفرع الأول: أخطاء الفحص الطبي.....291
الفرع الثاني: أخطاء التشخيص.....292
أولا: حالة الخطأ العلمي.....294
ثانيا: حالة الخطأ بالإهمال.....295
الفرع الثـالث: أخطاء الأشعة.....296
المطلب الثاني: أخطاء العلاج.....299
الفرع الأول: أخطاء تحرير الوصفة الطبية.....300
الفرع الثاني: أخطاء الجراحة.....304
الفرع الثالث: أخطاء التخذير.....306

الفصل الثاني: الجرائم العمدية للطبيب

المبحث الأول: جرائم الممارسة الطبية الماسة بالسلامة الجسدية.....309
المطلب الأول: جريمتي جمع الدم وبيعه والإجهاض.....310
الفرع الأول: جريمة جمع الدم وبيعه.....310
أولا: الطبيعة العضوية والتنظيمية للدم.....311
1. الطبيعة العضوية للدم ومكوناته.....311
2. التنظيم القانوني لعمليات نقل الدم وجمعه.....313
أ. في قانون الصحة الجديد 11/18.....313

ب. في اللوائح التنظيمية.....316
ثانيا: جزاء مخالفة القواعد المنظمة لنقل الدم وجمعه.....318
الفرع الثاني: جريمة الإجهاض.....319
أولا: مفهوم الإجهاض.....320
1. تعريف الإجهاض.....320
أ. تعريف الإجهـاض في اللغة.....320
ب.تعريف الإجهاض فقها.....320
ج. تعريف الإجهـاض في الطب.....321
2. طرق الإجهـاض وأخطاره.....321
أ. طرق الإجهاض.....322
ب.أخطار الإجهاض.....323
ثانيا: أركان جريمة الإجهاض.....323
1. محل جريمة الإجهاض.....324
2. الركن المـادي.....324
أ. فعل الإجهاض.....325
ب.خروج الجنين من الرحم.....325
ج. الركن المعنوي.....326
د. علاقة السببية.....326
ثالثا: عقوبة جريمة الإجهاض وقيام حالة الضرورة.....326
1. عقوبة جريمة الإجهاض.....327
2. إجهـاض الضرورة.....329
المطلب الثاني: جرائم الممارسات الطبية الحديثة (التجارب – زرع الأعضاء–).....331
الفرع الأول: الجرائم المتعلقة بالتجارب العلمية.....331
أولا: مفهوم التجربة والبحث الطبيين.....334
ثانيا: موقف القانون من التجارب الطبية.....335
1. في القـانون الفرنسي.....335

2. في القانون الجزائري.....337
3. العقوبة المقررة لمخالفة أحكام التجارب.....339
الفرع الثاني: جريمة نزع الأعضاء البشرية والاتّجار بها.....341
أولا: نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء.....343
1. أهداف عمليات نزع وزرع الأعضاء بين الاحياء.....343
2. شروط نزع وزرع الأعضاء بين الاحياء.....344
أ. شرط القرابة العائلية وعدم تعريض المتبرع للخطر.....344
ب. شرط أن يكون النقل والزرع تبرعا دون مقابل.....345
ج. شرط رضا المتبرع.....345
د. رضا المتلقي.....346
ثانيا: نقل وزرع الأعضاء من الموتى.....347
ثالثا: عقوبة مخالفة أحكام نقل وزرع الأعضاء والاتجار بها.....349
المبحث الثاني: الجرائم المهنية (غير الماسة بالسلامة الجسدية).....352
المطلب الأول: جريمتي الممارسة غير شرعية للطب بانتحال الألقاب وجريمة تزوير الشهادات الطبية.....353
الفرع الأول: جريمتي الممارسة غير شرعية للطب وانتحال الألقاب الطبية.....353
أولا: جريمة الممارسة غير شرعية لمهنة الطب.....354
1. الركن المادي.....354
أ. الصورة الأولى: ممارسة الطب قبل الترخيص القانوني.....354
ب. الصورة الثانية: ممارسة المهنة بعد سحب الترخيص.....355
ج. الصورة الثالثة: تسهيل الممارسة غير شرعية للطب.....356
2. الركن المعنوي.....357
3. عقوبة الممارسة غير شرعية للطب وتوافر حالة الضرورة.....357
أ. عقوبة الممارسة غير شرعية للطب.....358
ب. حالات إباحة ممارسة المهنة بدون ترخيص (حالة الضرورة).....358
ثانيا: جريمة انتحال ألقاب طبية.....358

1. الركن المـادي.....359
2. الركن المعـنوي.....360
3. العقوبـة.....360
الفرع الثاني: جريمة تزوير الشهادات الطبية.....361
أولا: أهمية الشهادة الطبية ودورها.....361
ثانيا: مفهوم الشهادة الطبية.....363
1. تعريف الشهادة الطبية.....363
2. مضمون الشهـادة الطبية.....365
أ. المعـاينات.....365
ب. الإشهـادات.....365
3. نتائج الفحص أو المعاينة.....365
أ. المـرض.....366
ب. العجز الكلي أو الجزئي عن العمل.....366
ثالثا: جريمة تزوير الشهادات الطبية وعقوبتها.....367
1. الركن المادي.....367
2. الركن المـعنوي.....369
3. العقوبة.....369
الفرع الثالث: جريمة وصف وتسهيل تعاطي المخدرات.....371
أولا: مفهوم المخدرات.....371
ثانيا: المقصود بجريمة تسهيل تعاطي المخدرات والمهلوسات.....378
1. الركن المـادي.....379
2. الركن المـعنوي.....380
ثالثا: عقوبة جريمة تسهيل تعاطي المخدرات.....380
المطلب الثاني: جريمتي إفشاء السر الطبي وامتناع الطبيب عن تقديم مساعدة.....384
الفرع الأول: جريمة إفشاء السر الطبي.....385
أولا: مفهوم السر الطبي.....385

1. الأساس الفقهي لمفهوم السر الطبي.....385
2. تعريف السر الطبي.....386
ثانيا: أركان جريمة السر الطبي.....387
1. الركن المادي.....387
أ. فعل الإفشاء.....387
ب. أن يكون الإفشاء لسر غير معلوم او ظاهر.....389
ج. وقوع الإفشاء من الطبيب.....390
2. الركن المعنوي.....391
ثالثا: عقوبة جريمة إفشاء السر الطبي.....391
رابعا: حالات إباحة إفشاء السر الطبي.....391
1. إفشاء السر الطبي للمصلحة العامة.....392
أ. أسباب إباحة إفشاء السر الطبي الخاصة بالحالة المدنية.....392
ب. أسباب إباحة إفشاء السر الطبي من أجل الصحة والأمن العامين.....394
2. إفشاء السر الطبي للمصلحة الخاصة.....400
أ. الحالات المخول فيها للطبيب إفشاء السر الطبي للدفاع عن نفسه.....400
ب. ترخيص المريض للطبيب بإفشاء السر.....400
الفرع الثاني: جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة.....402
أولا: إشكاليات التكييف القانوني لجريمة الامتناع عن تقديم المساعدة.....403
1. حالة رفض الطبيب لعلاج مريض.....404
2. حالة رفع أجهزة الإنعاش عن المريض من اجل القتل بدافع الشفقة.....405
ثانيا: أركان جريمة امتناع الطبيب عن تقديم المساعدة.....407
1. الركن المادي.....407
أ. مفهوم الخطر.....407
ب. الالتزام بتقديم المساعدة في غياب الخطر على الطبيب أو الغير.....408
2. الركن المعنوي.....409
ثالثا: عقوبة جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة.....409

ملخص الباب الثاني.....410
الخاتمة.....411
المراجع.....420
الفـهرس.....459

ملخص

كلما ظنّ البعض أن موضوع المسؤولية الطبيّة – بنوعيها المدنية والجزائية – استقرّ على إطار ثابت، طرأ ما يعيده للواجهة بالبحث والاهتمام في مختلف جوانبه من الفقه والقضاء تماشيا مع التطور العلمي في وسائل وأساليب العلاج من جهة وانتشار وتوّسع نظام التأمين وما يوفره من ثقة في ملاءته وقدرته على التعويض من جهة أخرى، كيف لا والموضوع يتعلّق بحق الإنسان في سلامته الجسدية ويعكف هذا البحث على تناول الموضوع من زاوية البناء والأساس القانوني للمسؤولية الطبيّة – لا سيما المدنية – في ظلّ النظرية التقليدية المبنية على تبنّي فكرة الخطأ الطبّي والمغالاة فيها كأساس للمسؤولية والاتجاه الحديث لمواكبة التطوّر للأخذ بالمسؤولية الموضوعية باعتماد الضرر واستحداث المخاطر فحسب لتعويض المضرور من التدخل الطبّي دون عناء ومشقّة إثبات الخطأ.

كما تهدف هذه الدراسة لتبيان مسؤولية الطبيب الجنائية عند ارتكابه للجرائم العمدية وغير العمدية في القانون الجزائري والمقارن.

الكلمات المفتاحية

المسؤولية المدنية للطبيب، المسؤولية الجزائية للطبيب، المسؤولية الموضوعية، الضرر، التعويض، التأمين، الجرائم العمدية، الجرائم غير العمدية.

Mots Clés :

Responsabilité civile du médecin, Responsabilité Pénale du médecin, Responsabilité Objective, Préjudice, Indemnisation, Assurance, les Infractions intensionnelles, les Infractions non-intensionnelles.

Résumé :

Le sujet de la responsabilité médicale dans ses différents aspects continue d'être influencé par le plus en plus de recherches et d'études de la part de la jurisprudence et de la magistrature, plus certains pensent qu'elle s'est installée dans un cadre fixé. Plus elle revient sue le devant de la scène avec des recherches et un intérêt en ligne avec le développement scientifique et des moyens et méthodes de traitements d'un part et la diffusion et l'expansion de l'assurance d'autre part pourquoi pas quand il s'agit de sécurité de l'intégrité corporelle.

Cette recherche aborde le sujet dans l'ongle de la construction et la base juridique de responsabilité médicale en particulier civile à la lumière de la théorie traditionnelle basé sur l'adoption de la faute et l'exagération comme base, et l'approche moderne de prise de responsabilité objective. Comme elle aborde en outre les infractions intensionnelles et non-intensionnelles commises par le médecin.