جامعة محمد بوضياف –المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الطبي الجراحي في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري . دراسة مقارنة

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبتين:

- رقية لعربي
- فاطمة الزهراء بطة

إشراف الأستاذ:

د/ العربي مجيدي

السنة الجامعية : 1441-1442هـ/ 2019- 2020 م

جامعة محمد بوضياف –المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الطبي الجراحي في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

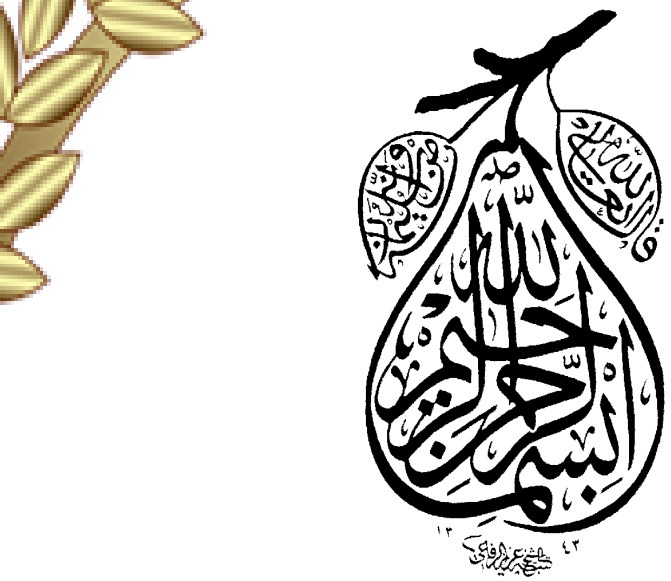
إعداد الطالبتين:

- رقية لعربي
- فاطمة الزهراء بطة

إشراف الأستاذ:

د/ العربي مجيدي

السنة الجامعية : 1441-1442هـ/2019- 2020 م



بسم الله الرحمن الرحيم

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): العربي رقية

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم:

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 037330766

والصادرة بتاريخ: 2018/11/15

عن دائرة: بوسعادة

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:
المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الطبي الجراحي بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 22 سبتمبر 2020

إمضاء المعني

تقرر صرفه على الترخيص
2020 سبتمبر 22
عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه الموظف المكلف

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): بطة فاطمة الزهراء

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: طالبة

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم:

والصادرة بتاريخ:

عن دائرة: عين الملح

المسجل (ة) بكلية: العلوم الانسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها:

مذكرة ماستر

المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الطبي الجراحي.

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 20 سبتمبر 2020

إمضاء المعني

شكر وعرفان

كل التقرير والإحترام والإعتراف بالجميل نتوجه به إلى الأستاذ المشرف

الدكتور مجيدي العربي الذي رافقنا في مشوار إعداد هذا العمل حيث

وجّهنا وأولى لعملنا عناية كبيرة، وكذلك الشكر الجزيل لكل أساتذة قسم

العلوم الإسلامية وعلى رأسهم رئيس القسم الدكتور أحمد الزايدي.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع لروح والدتي رحمها الله وأسكنها فسيح جناته، إلى والدي أطال الله عمره، إلى أفراد عائلتي عادل ، إبراهيم، لجين نور الهدى، إلى صديقتاي شيماء وفاطنة، وكل الزملاء دفعة الطاهر سرايش رحمه الله.

رقية

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الينبوع

الذي لايمل العطاء إلى رمز الحب أمي

الغالية، إلى من كلت أنامله ليقدم لنا

لحظة سعادة أبي الغالي، إلى من حبهم يجري

في عروقي إخوتي الغالين...

وإلى أصدقائي الاعزاء وأساتذتي

الكرامراجية من المولى عز وجل القبول

والنجاح.

فاطمة

قائمة المختصرات:

الرمز	معناه
ت	تحقيق
ج	الجزء
د.ب.ن	دون بلد النشر
د.ت.ن	دون تاريخ النشر
د.د.ن	دون دار النشر
د.ط	دون طبعة
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ف.إ	الفقه الإسلامي
ق. أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.ج	القانون الجزائري
ق.ع.ج	قانون العقوبات الجزائري
ق.م	القانون المدني
مج	مجلد

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين إن حرص الإنسان منذ القديم على استبقاء حياته، وطمعه في دنياه وزخارفها وتماديه في كسب لذاتها حذا به إلى مكافحة الأدواء التي تلم بجسده، ورفع الآلام التي تقلق راحته، وإقصاء عوادي الزمان تمتعا بطول العمر، وتوغلا في إجتناء اللذات، كل ذلك كان داعيا لإيجاد الطب.

فقد وجد الطب وما يتعلق به مع الإنسان الأول، ومازال يرافقه فيزيده إتقانا بمباحثه وكشوفه واختراعاته، متطورا بحسب أهواءه ومعتقداته، مرتقيا بالتجربة والاستقراء والاختبار، مكملا بالعمل.

وعلم الطب من العلوم الدنيوية التي تحتاجها البشرية جمعاء إذ هو من أشرف العلوم الدنيوية وأجلها، لتعلقه بالجسد البشري، فبتعلمه وممارسته تدفع الأسقام وتتحقق الصحة والمصلحة للإنسان، ومن المعلوم أن الشريعة الغرّاء مبناها على جلب المصالح وتحقيقها ، ودفع المفاسد وتعطيلها، ورفع الحرج والضيق والشدة والمشقة، ومن جملة ما راعته الشريعة حاجة الإنسان للتطبب والتداوي والمعالجة، فجعلت من تعلم الطب واستخدامه الذي تحفظ به النفس البشرية أمرا مباحا، هذه النفس التي يعد حفظها أحد المقاصد الشرعية، لذلك كان علم الطب من فروض الكفاية التي لا بد منها، حيث حث الإسلام على تعلم الطب وتعليمه، قال الشافعي:" لا أعلم علما بعد الحلال والحرام أنبل من الطب".

وتعتبر الجراحة كفرع هام من فروع الطب، المجال الواسع الذي تتعدد فيه الممارسات الطبية بمختلف أنواعها وأقسامها، وعليه فإن أخطاء الأطباء والجراحين أو بالأحرى أخطاء الجراحة هي الأخطاء الأنموذجية التي يمكن دراسة المسؤولية الطبية من خلالها بكافة وجوهها وأشكالها.

حيث تعتبر هذه الأخيرة أي المسؤولية الطبية من المواضيع التي لازمت ممارسة مهنة الطب منذ قديم الأزمنة، وقد وضعت التشريعات والنصوص المحددة لتلك المسؤولية.

وبتطور العلوم الطبية عبر مختلف العصور، فقد تطورت تلك التشريعات أيضا وبشكل منسجم مع تطور الطب، ولما جاء الإسلام وضع ضوابط وقوانين لممارسة هده المهنة والتي يشكل محورها حديث النبي صلى الله عليه وسلم {من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن}، وبناءا عليه

فقد حدد الأطباء العرب القدامى شروطا لإنتفاء مسؤولية الطبيب في حالة وقوع خطأ طبي، فنجد ابن قيم الجوزية في كتابه الطب النبوي ، أحد الذين فصّلوا في تلك الشروط، ولما ازداد عدد الأطباء والصيادلة الممارسين لصناعة الطب في البلاد العربية الإسلامية كان من الضروري إنشاء نظام يتولى مراقبة سلامة هذه المهنة، وهذا النظام سمي بنظام الحسبة، وقد ألفت العديد من الكتب التي تبحث فيه وتطبيقاته، إلا أنه حديثا وبسبب التقدم الكبير الذي حدث في مجال الطب، خاصة فيما يتعلق بمجال جراحات زرع الأعضاء والجراحات العلاجية والتجميلية وتطور وسائل التشخيص والعلاج في حالة الأمراض الخبيثة والمستعصية، فقد تعددت صور المسؤولية الطبية وتشعبت إلى الحد الذي يتطلب إعادة مناقشة تطوير القوانين التي تضبط مسؤولية الطبيب في حالة وقوع خطأ وعلى نحو يفي بالحاجة إلى ممارسة مهنة الطب في جو يشجع الأطباء على أدائها وفق أحدث الطرق العلاجية، دون التفريط بحقوق المريض عند وقوع خطأ طبي من الطبيب، فيكون هذا الأخير مؤاخذا ومسئولا أمام القانون مسؤولية جنائية أو مدنية أو كلاهما معا، المسؤولية الجنائية ليست محور بحثنا وإنما المسؤولية المدنية التي إما أن تكون عقدية قائمة على عقد بين الطبيب الجراح والمريض وإما أن تكون تقصيرية نشأت بسبب إخلال الطبيب بالتزام قانوني، فيقع "الخطأ الطبي الجراحي في إطار المسؤولية التقصيرية" بسبب إهمال الطبيب وعدم مبالاته ورعونته وعدم أخذه بالحيطة والحذر اللذان توجبهما عليه أصول مهنة الطب.

أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث لما لمهنة الطب من مكانة عظيمة لكونها تمس الإنسان في صحته وسلامة جسده، وارتباطها بمقصد عظيم من مقاصد الشرع وهو مقصد حفظ النفس، فالعمل الطبي أبيح إستثناءا من قاعدة التجريم لحاجة الإنسان للتطبيب والمعالجة، وبانحراف سلوك الطبيب الجراح عن الهدف الأساسي للإباحة وارتكابه أذى للمريض يعود لدائرة التجريم حرصا على حماية الإنسان وحفظا للنفس البشرية من الإعتداء والإتلاف.

أسباب إختيار موضوع البحث:

يعود إختيارنا لهذا الموضوع لأسباب كثيرة نعددها كالآتي:

– كون الخطأ الطبي عموما والجراحي بصفة خاصة يشكل غموضا، ويطرح نقاشا فقهيا وقضائيا من حيث ماهيته وكيفية تحديده، لاسيما مع ما يتميز به من خصوصية، لكونه يجمع بين مختلف صور الخطأ الطبي.

– استفحال ظاهرة الأخطاء الطبية وكثرة ضحاياها الذين أصبحوا يعدون بالمئات مما يدعو إلى النظر جديا في أسبابها وملابساتها، للحد منها أو على الأقل الحد من تزايدها.

– الزيادة المطردة في المشاكل القانونية التي أصبحت تثيرها الأعمال الطبية، خاصة الجراحية، لدرجة تكاد أن تكون معها مادة يومية في أروقة المحاكم ووسائل الإعلام والمؤتمرات والندوات الطبية، المحلية والعالمية.

أهداف موضوع البحث:

غايتنا من دراسة هذا الموضوع هو تحصيل عدد من الأهداف تتمثل في:

– زيادة الوعي الطبي لدى الممارسين للعمل الطبي وللأفراد على حد سواء وزرع ثقافة قانونية تمكن المتضررين من الأخطاء الطبية من معرفة سبل تحصيل تعويض الضرر الواقع لهم، فأغلب الأطباء لا يعرفون حدود مسؤولياتهم وليس لديهم تكوين قانوني ولا شرعي كافي في مسائل عدة مرتبطة ارتباطا وثيقا بمجال عملهم، عليهم معرفتها لأداء واجبهم المهني والإنساني على أحسن وجه، إضافة إلى المرضى وذويهم الذين يجهلون حقوقهم كمرضى أو كمستعملي القطاع الصحي فوجب توعيتهم ليعرفوا حدود تصرفاتهم في أجسادهم؛ وحدود الغير في مواجهتهم، ولو كان الغير هو الطبيب المعالج.

– البحث عن مدى مسايرة التشريع والإجتهاد القضائي للتطور السريع الحاصل في المجال الطبي، مما يضع المشرعين والقضاة في مواجهة مستجدات ووقائع جديدة تستدعي مواكبتهم لها بتشريعات تحكمها وتنظمها.

إشكالية البحث:

– ولكشف غموض هذا الموضوع علينا حل الإشكالية القائلة: ما طبيعة إلتزام الطبيب الجراح في إطار المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الطبي الجراحي بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري ؟ وتتفرع منها بعض التساؤلات هي:

_ ما طبيعة إلتزام الطبيب؟

_ ما طبيعة المسؤولية الناشئة عن تقصير الطبيب الجراح وإهماله ؟

_ ما هو موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب الجراح؟

وللإجابة على هذه التساؤلات إعتمدنا المنهج التحليلي المقارن إذ قمنا بتجليل بعض النصوص القانونية إضافة إلى المنهج المقارن حيث قارنّا بين الشريعة والقانون الوضعي.

الدراسات السابقة:

وللعلم فإن موضوع المسؤولية الطبية وإلتزام الطبيب والخطأ الطبي ليس بالجديد فقد تمت دراسته والخوض فيه كثيرا فنجد من بين الدراسات التي تناولته:

خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، وتمثلت إشكالية هذه الدراسة: ما مدى كفاية تطبيق القواعد العامة لمساءلة الطبيب عن خطئه أثناء التدخل الطبي وتحديد مسؤوليته المدنية؟ وخلصت إلى بعض النتائج نذكر منها:

– أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى أغفل الإشارة إلى الخطأ الطبي سواء في القانون المدني والقوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب وأن هذه الأخيرة اقتصرت فقط على تحديد واجبات والتزامات الطبيب مما يجعلها غير مجدية في مجال المسؤولية الطبية.

– تبدو أهمية موضوع خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي لإتصاله بحياة الإنسان وسلامة جسده، فكان لزاما على المشرع الجزائري أن يضع صراحة في مدونة أخلاقيات مهنة الطب وقانون الصحة، نصوص قانونية تهتم بأخطاء الأطباء... لأن نص المادة 124من ق.م.ج أتى عاما لا يكفي تطبيقه لتحديد الخطأ كركن من أركان المسؤولية الطبية، ويتمثل الإختلاف بين هذه الدراسة وموضوع دراستنا بتناولها لموضوع الخطأ الطبي بشكل عام في حين إقتصارنا على الخطأ الطبي الجراحي.

وهناك دراسة أخرى معنونة بالخطأ الطبي الجراحي والمسؤولية الجزائية وهي أطروحة دكتورا نوقشت بجامعة مولود معمري بتيزي وزو سنة2018م وكانت تتضمن الإشكالية التالية: في ظل غياب نصوص قانونية خاصة تحدد معالم الخطأ الطبي الجراحي الموجب للمسؤولية الجزائية، ما مدى تكيفه مع القواعد العامة لتقدير المسؤولية الجزائية عنه؟ وقد اعتمدت الباحثة عدة مناهج: الوصفي، التحليلي، المقارن، وخلصت في آخر الدراسة لجملة من النتائج منها:

– يعتبر الخطأ الطبي الجراحي أهم صور الخطأ الطبي بصفة عامة، وأنموذجا واقعي للخطأ غير العمدي، لذلك يعبر عنه بأنه كل مخالفة أو خروج من الطبيب الجراح_ أو أي عضو من أعضاء الفريق الطبي المشارك في إجراء العملية الجراحية_ في سلوكه عن القواعد والأصول العلمية التي تتطلبها المهنة.

– يعد الإثبات عنصرا جوهريا تتوقف عليه نتيجة الدعوى الرامية لتقدير المسؤولية الجزائية عن الخطأ الطبي الجراحي، لكنه لا يزال يعاني صعوبات متمثلة في مدى تجرد الخبراء وحيادهم، باعتبار أن الخبرة الطبية تنفرد بدور بارز في الإثبات .

هذه الدراسة وإن اتفقت مع دراستنا في تناول الخطأ الطبي الجراحي ولكنها اختلفت في المسؤولية التي درسته في إطارها فقد سلطت الضوء على المسؤولية الجزائية وعلى خلاف ذلك تناولت دراستنا المسؤولية المدنية التقصيرية.

ودراسة ثالثة أيضا بعنوان: الخطأ الطبي في التشريع والإجتهاد القضائي، رسالة ماجستير بجامعة قاصدي مرباح بورقلة، سنة2006م وكانت إشكالية هذه الدراسة كالتالي: هل أن مفهوم الخطأ الطبي منظم كفاية في المنظومة القانونية على غرار التشريعات المقارنة؟ وما هي المرجعية التي يعتمد عليها القاضي في تقرير الخطأ الطبي؟ وقد اعتمدت الباحثة المنهج التحليلي إضافة إلى المنهج المقارن، وخلصت إلى بعض النتائج:

– أن الخطأ الطبي لا ينكم أن يكون إلا إخلالا بحق المريض في التطبيب على وجه العموم وفقا لقواعد المهنة المتفق عليها.

– وهو أيضا إخلال بواجب قانوني عام يقوم على أصل أخلاقي في محيط إجتماعي يراعى فيه الواجب الإنساني والواجب المهني.

أما الإختلاف بين هذه الدراسة وموضوع دراستنا فلا يكمن في الموضوع نفسه وإنما في إقتصار هذه الدراسة على الجانب القانوني فقط على خلاف دراستنا التي تعتبر دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

الصعوبات والعوائق:

ومما لا يخفى على أي باحث أنه لابد من أن تواجهه الكثير من الصعوبات خلال مشوار جمع المادة العلمية ولمّ شتاتها ومن بين الصعوبات التي واجهتنا:

_ ندرة أو انعدام الأحكام والقرارات القضائية المرتبطة بالمجال الطبي، وهذا راجع ربما لقلة النشر أو لنقص الوعي لدى المواطنين بحقوقهم في هذا المجال الذي يتخوفون فيه من مقاضاة الأطباء بحجة جهلهم بالطب، فيردّون الأخطاء الطبية وما يلحقهم من أضرار إلى قضاء الله وقدره.

_ وتمثلت إحدى الصعوبات في كون مسائل موضوع الدراسة المتعلقة بالجانب الشرعي أو القانوني ليست محصورة في باب واحد من أبواب الفقه ، أو في نصوص قانونية محددة، وإنما مبعثرة ومتفرقة في أبواب كثيرة من أبواب الفقه، ككتاب الإجارة وكتاب الضمان وكتاب الحدود...إلخ، وحتى القوانين فقد كانت جد متشعبة ومتعددة فنجد المسؤولية الطبية لا تحظى بقانون خاص بها في القانون الجزائري، حيث لا يوجد قواعد خاصة تحكمها بل تتفرق في مختلف القوانين على غرار القانون المدني وقانون العقوبات وقانون حماية الصحة وترقيتها...إلخ، وهذا الأمر إستدعى منا جهدا كبيرا لإستخراج المسألة أو الفكرة وتبيان إرتباطها بالموضوع محل البحث.

_ صعوبة الحصول على مراجع فيما يخص الجانب الإحصائي فلم نستطع الحصول على إحصائيات تخدم بحثنا. وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على خطة مكونة من مقدمة و فصلين: حيث الفصل الأول بعنوان: الخطأ الطبي الجراحي ومضمون إلتزام الجراح، ويندرج تحته مبحثان، المبحث الأول:إرتباط خطأ الطبيب بالعمل الجراحي، والمبحث الثاني:مضمون التزام الجراح، حيث نتعرض فيهما لمفهوم الخطأ الطبي الجراحي وطبيعة إلتزام الجراح.

أما الفصل الثاني فقد كان بعنوان: آثار الخطأ الطبي الجراحي، لنتطرق في المبحث الأول منه إلى أركان المسؤولية الطبية التقصيرية على غرار ركن الخطأ الطبي الجراحي، إضافة إلى التعويض، والذي عنوناه ب: ركنا المسؤولية التقصيرية والتعويض عنها، ومبحث ثاني بعنوان: طبيعة مسؤولية الجراح وموقف المشرع الجزائري ، وخاتمة تتضمن أهم النتائج المستخلصة من الدراسة.

الفصل الأول

الخطأ الطبي الجراحي ومضمون إلتزام الطبيب الجراح

- المبحث الأول: ارتباط خطأ الطبيب الجراح بالعمل الجراحي
- المبحث الثاني: مضمون إلتزام الطبيب الجراح

يتصل عمل الطبيب أو الجراح بسلامة جسم الانسان وحياته، وحيث ما كان العمل كان هناك احتمال لوقوع الخطأ، ولا عصمة للبشر العاديين من الوقوع في الخطأ، والطبيب واحد من هؤلاء البشر، فالخطأ يمكن أن يقع منه أثناء ممارسته للعمل الطبي، وذلك بمخالفته للقواعد والاصول الطبية، أو عدم اتخاذه للحيطة والحذر وقت تنفيذه للعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض هو الذي يرتب نشوء خطأ الطبيب.

إن الجراحة كفرع من فروع الطب تعتبر المجال الرحب لدراسة المسئولية بمختلف وجوهها وأشكالها، لأن أخطاء الجراحة هي الأخطاء النموذجيفن في مجال المسئولية التقصيرية المدنية لطبيعتها ودقة نطاق العمل فيها. للصبغة الفنية تأثير مهم في معرفة الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب الجراح،سواء كان الإلتزام ببذل عناية كأصل عام،أو الإلتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء،وهو ما تستدعيه بعض التدخلات الطبية التي لا مجال فيها لفكرة الإحتمال الطبي، وعليه فمحور الدراسة في هذا الفصل هو التطرق الى مدى ارتباط خطا الطبيب بالعمل الجراحي في المبحث الاول، ثم تبيين مضمون التزام الجراح في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ارتباط خطأ الطبيب بالعمل الجراحي

تعتبر الجراحة من أهم الفروع الطبية ولعلها الأبرز، باعتبارها الأكثر مساسا بالسلامة الجسدية للمريض، حيث يعد موضوع الأخطاء الطبية الجراحية من الموضوعات التي تحظى باهتمام كبير، ذلك أن نشاط الطبيب الجراح متصل بجسم الإنسان وحياته ، وهو غير معصوم من الخطأ، فقد يرتكب أخطاء تستوجب مساءلته.

وعلى هذا الأساس ولبيان مفهوم الخطأ الطبي الجراحي، وجب أولا تبيين مفهوم العمل الجراحي بذكر شروطه ونطاق العمل فيه في المطلب الأول، ثم التعريج على مفهوم الخطأ الطبي ببيان أنواعه ومعيار تقديره إضافة إلى نطاقه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم العمل الجراحي

تعتبر الجراحة إحدى التخصصات الطبية التي تعتمد على الإجراءات اليدوية والأدوات التقنية بغرض معالجة المرضى، الأمر الذي يحيلنا إلى التعرف على مفهومها(الفرع الأول) وتبيين شروطها(المطلب الثاني) ونطاق العمل فيها(الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف العمل الجراحي

لتعريف العمل الجراحي ، يستوجب تحديد المعنى اللغوي والاصطلاحي للجراحة، ثم التطرق من خلال ذلك إلى المعنى الفقهي والتشريعي في هذه المسألة.

أولا: الجراحة لغة

جرح: الجرح: الفعل؛ جرحه يجرحه جرحا: أثر فيه بالسلاح؛ وهي للضربة والطعنة ، وجمعها جراح، وتجمع على جراحات أيضا.

وجرح الشيء واجترحه: كسبه[1]؛ **وفي التنزيل:**﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى يَتَوَفَّىٰكُم بِٱلَّيۡلِ وَيَعۡلَمُ مَا جَرَحۡتُم بِٱلنَّهَارِ﴾ **(سورة الأنعام: 60)**

والجوارح: إناث الخيل ، وأعضاء الإنسان التي تكتسب، وذوات الصيد من السباع والطير.[2]

---

[1]ابن منظور:محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ر، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دط، د س ن، ج2، ص422

[2]الفيروزابادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005، ص 215

وجوارح الانسان : أعضاءه وعوامل جسده كيديه ورجليه واحدتها جارحة، لأنهن يجرحن الخير والشر، أي يكسبنه[1]

ثانيا: الجراحة اصطلاحا:

لم يرد في كتب الفقه الإسلامي تعريف للعمل الطبي، وإنما وردت تعاريف متعددة للطب كمهنة أو صناعة تستعمل لعلاج المريض وإزالة العلة عنه أو على الأقل تخفيفها، نذكر منها:

أن العمل الطبي هو ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير ، مستندا في ذلك على العمل على الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب تمييزا للعمل الطبي عن السحر والشعوذة.[2]

وتعرف بأنها: صناعة ينظر بها في تعريف أحوال بدن الإنسان من جهة ما يعرض لظاهره من أنواع التفرق في مواضع مخصوصة وما يلزمه. وغايتها إعادة العضو إلى الحالة الطبيعية الخاصة به.[3]

غير أن هذا التعريف للجراحة يعتبر تعريفا تقليديا إذ يقتصر على العمليات الجراحية المعاصرة تدخل في كافة أحوال بدن الإنسان الظاهرة والباطنة منه.

ومن التعاريف المعاصرة للجراحة أنها: إجراء جراحي بقصد إصلاح عاهة ، أو رتق تمزق، أو عطب ، إفراغ صديد أو سائل مرضي آخر ، أو لاستئصال عضو مريض أو شاذ.[4]

ويعرفها الدكتور أحمد كنعان بأنها: فن من فنون الطب يعالج الأمراض بالاسئصال أو الإصلاح أو الزراعة أو غيرها من الطرق التي تعتمد كلها على الجرح والشق والخياطة[5].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المرجع نفسه، ص423

[2] أبو الوفا محمد أبو الوفا، العمليات الجراحية المستجلة، مجلة منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة19، الإمارات العربية المتحدة، دس ن، ص 3

[3] ابن القف: أبو الفرج ابن موفق الدين يعقوب بن اسحاق، العمدة في الجراحة، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط1، دت ن، ج1، ص9

[4] محمد بن محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة جدة، ط2، 1994، ص39

[5] أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1420هـ- 2000م، ص 234

ثالثا:الجراحة في القانون الجزائري:

لم ينص المشرع الجزائري على تعريف للعمل الجراحي صراحة، ولكن أشار ضمنيا إلى ذلك، عندما أدخله في العمل الطبي باعتباره من مشتملاته.

إذ نص على العمل الطبي من خلال القوانين الصادرة في مجال الصحة منها المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[1]، التي تنص على مايلي: "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة او لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب او جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

كذلك نصت المادة 34 من نفس القانون على:" لا يجوز إجراء عملية بتر أو استئصال العضو دون سبب طبي بالغ الخطورة...."

كما يلاحظ أن القانون رقم85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، نص في المادة 195 بما يأتي: "... السهر على حماية السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم" [2]

يظهر من خلال استقراء المواد السالف ذكرها أن المشرع الجزائري لم يذكر تعريف العمل الجراحي وإنما ذكر بعض أعمال الجراحة من بتر واسئصال، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 34 من مدونة أخلاقيات الطب السالف ذكرها.

وعليه فإن الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري يشتركان في كون العمل الجراحي وسيلة وأداة لعلاج بعض الأمراض التي لا يقتصر شفاءها على الأدوية، وذلك وفق الأصول والقواعد الثابتة في علم الطب.

الفرع الثاني: شروط القيام بالعمل الجراحي

يبيح الفقه الإسلامي والقانون العمل الطبي، وتنتفي عدم شرعيته إذا توافرت شروط معينة، نذكرها فيما يلي:

[1] الجريدة الرسمية، العدد 52 المؤرخ في 7 محرم 1413، ص1421

[2] الجريدة الرسمية، العدد 8، المؤرخ في 17 فبراير 1985، ص195

أولا- الإذن العام

ويكون بسماح ولي الأمر للطبيب بمزاولة مهنة الطب، ذلك أن الشريعة الإسلامية تشترط فيمن يزاولون مهنة الطب أن يكونوا من ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة[1]، وأصل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: " من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن"[2].

وهو ما يعرف اليوم بترخيص وزارة الصحة وإجازتها للطبيب بالعمل.

وهو ما نصت عليه المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها، على أنه:" تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناءا الشروط التالية:....."

وهي جملة من الشروط يمنح على أساسها وزير الصحة الترخيص لمباشرة العمل الطبي.

ثانيا: الإذن الخاص

يعرف الإذن الخاص بأنه: إقرار المريض أو من ينوبه بالموافقة على إجراء ما يراه الطبيب مناسبا له من كشف سريري وتحاليل مخبرية ووصف الدواء، وغيره من الإجراءات الطبية التي تلزم لتشخيص المرض وعلاجه.

إذ يشترط لرفع المسئولية عن الطبيب أن يكون تدخله بناءا على إذن المريض أو وليه إذا كان قاصرا، أو من في حكمه، أو كان المريض في حال لا يتمكن فيها من الإذن للطبيب بمزاولة عمله[3] يجد التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض قبل التدخل الطبي مصدرا في القانون الجزائري من خلال المواد162و166من قانون حماية الصحة وترقيتها [4]، ومدونة أخلاقيات مهنة الطب في المادة

---

[1] مازن مصباح صباح، نائل محمد يحي، المسئولية الجنائية عن خطأ التطبيب، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، العدد2، 2012، المجلد20، ص123

[2] أخرجه أبو داد (ت275) في سنه، كتاب: الطب، باب: فيمن تطبب بغير علم فأعنت، رقم الحديث: 4586. سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلميةبيروت، لبنان، ط1، ج3، ص 199، وقال عنه الألباني: حديث حسن، سلسلة الأحاديث الصحيحة، إشراف: سعد بن عبد الرحمان الراشد، مكتبة المعارف، الرياض، دط، 1995، ج2، ص226

[3] أحمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، المرجع السابق، ص 52-55

[4] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، تتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد8، المؤرخ في 17 فبراير 1985.

44 [1]، وذلك من خلال تبصير المريض بطبيعة ونوع التدخل الطبي، وكل النتائج المحتملة والضارة التي قد تنتج من هذا التدخل.

ثالثا- قصد العلاج

يجب أن يكون الباعث على عمل الطبيب هو علاج المريض، أو بصفة عامة رعاية مصلحة مشروعة، وهذا هو السبب الذي من أجله رخص له الشارع بممارسة عمله، ويسأل الطبيب إذا استهدف بعمله غرضا آخر غير علاج المريض.[2]

وعليه فإن كان تدخل الطبيب منصرفا إلى غرض آخر فقد خرج عن وظائف مهنته وزالت صفته وتوافرت في فعله عناصر المسئولية وفق المبادئ العامة وتبعا لما يفضي إليه تدخله من نتائج في جسم المريض أو حياته ولو كان برضاه أو برجائه[3].

نصت المادة 11من م أ ط ج [4]على أن :" يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية".

وجاء في نص المادة 18 من المرسوم نفسه بأنه:" لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة ، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

وبهذا فإن للطبيب أو الجراح الحرية في تقديم الوصفة بالنسبة للمرضى، غير أنه يمنع تقديم علاج جديد إلا بعد التأكد أن العلاج يعود بالفائدة.

وقد صدرت عدة أحكام عن القضاء الجزائري تدين الأطباء عن الأخطاء الواقعة.

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في: 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، العدد52، المؤرخ في 7 محرم 1413

[2] أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، ط2، 1987، ص48

[3] محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دس ن، ص 50

[4] المرسوم التنفيذي رقم 92_ 176، المرجع السابق

رابعا: اتباع الأصول العلمية

اهتم الفقه الإسلامي بالأصول العلمية وخاصة في المجال الطبي، وذلك رحمة بالعباد، ولأن ذلك يتفق مع مقاصد الشريعة الموجبة لحفظ الأنفس ودفع الضرر.

وهو ما دعا إليه المشرع الجزائري من خلال نصوص مدونة أخلاقيات الطب[1]، حيث نص في المادة 30 منه على ما يلي:" يجب أن لا يفشي الطبيب أوجراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو للعلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات الازمة ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية"

كما نصت المادة 31 من م أط أنه:" لايجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة بما فيه الكفاية كعلاج شاف أولا خطر فيه، وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة".

إن اتباع الأصول العلمية لا يعني القضاء على ملكة الإبداع والبحث، إذ لا حرج على الأطباء ومساعديهم في أخذهم بالجديد المفيد شريطة ان يثبت اعتباره عند أهل الإختصاص، بل يجب عليهم ذلك خاصة في الحالات التي يكون فيها ذلك الجديد أكثر أمانا وأخف ضررا من سابقه، لأن ذلك يتفق مع مقاصد الشريعة الموجبة لحفظ الأنفس ودفع الضرر.[2]

ويلخص مجموع هاته الشروط قول ابن القيم رحمه الله:" أما الطبيب الحاذق الذي أعطى الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن جهة من يطببه تلف العضو أو النفس، أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتفاقا".[3]

الفرع الثالث: نطاق العمل الجراحي

من المتفق فيه بين الأطباء أن العمل الجراحي يمر غالبا بثلاث مراحل، وهي كالتالي:

[1] مرسوم تنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق

[2] الشنقيطي، أحكام الجراحة والآثار المارتبة عنها، المرجع السابق، ص476

[3] ابن قيم الجوزية: شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعبي الدمشقي(ت: 751)، الطب النبوي، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ن، ص 106

أولا: مرحلة الفحص والإعداد

يعتبر الفحص الطبي كشف الحالة الصحية للمريض بفحصه فحصا ظاهرا، وهي أول مرحلة يقوم بها الطبيب عند بدء العمل الطبي،

يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة، مثل السماعة الطبية وجهاز قياس الظغط، كما يستعين ببعض حواسه للتحقق من وجود دلائل تساعده في وضع التشخيص المناسب. [1] وهذا مانصت عليه المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "يجب أن تتوفر للطبيب اوجراح الاسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته، تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لاداء هذه المهنة.... "[2]

ثانيا: مرحلة العلاج

وهي المرحلة الموالية بعد الفحص والتشخيص، حيث يتعرف الطبيب على طبيعة و نوع المرض ومدى خطورته على الحالة الصحية للمريض، إذ على أساسها يختار العلاج المناسب بغرض الوصول إلى الشفاء.

جاء في المادة 16 [3] من م أط، والمادة 95 من قانون ح ص ت أنه: " **يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي:**

السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم.... "[4] .

من خلال ما سبق يظهر ما سبق يظهر أن المشرع الجزائري لم يعرف العلاج، وإنما اكتفى بذكر هاذا الاصطلاح في بعض مواده.

---

[1] نبيلة نسيب، الخطا الطبي في القانون الجزائري والمقارن، شهادة الماجستير، فرع العقود والمسئولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2001، ص 93

[2] المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق

[3] تنص المادة16 من م أ ط على: "**يخول الطبيب وجراح الاسنان القيام بكل اعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصه أو امكانياته إلا في الحالات الاستثنائية**"

[4] قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، متعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد: 8، المؤرخ في 17 فبراير 1985

ثالثا: مرحلة الرقابة

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

لم يورد المشرع الجزائري نص على الرقابة العلاجية للمريض، إلا أن القضاء استقر على أهميتها.[1]

المطلب الثاني: مفهوم الخطا الطبي

يعد موضوع الأخطاء الطبية من الموضوعات ذات الاهمية الخاصة في زماننا المعاصر، وذلك بالنظر إلى التطور المذهل والسريع في مجال العلوم الطبية، إظافة إلى انتشار المؤسسات العلاجية، واتساع دائرة التخص الطبي مما ترتب عليه بالمقابل زيادة في الأخطاء الطبية.

تستوجب دراستنا في إطار هذا المطلب توضيح معنى الخطأ بما ورد بشأنه من تعاريف في(الفرع الأول)، ثم التعرض إلى تحديد أنواعه ومعاييره التي يؤاخذ بها في تقديره (الفرع الثاني)، لنتعرف في (الفرع الثالث) على نطاق الخطأ الطبي.

الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي

تقتضي دراسة الخطأ الطبي تحديد مفهوم الخطأ بوجه عام ثم نتناول بعد ذلك تحديد مفهوم الخطأ الطبي.

أولا: الخطأ لغة

الخطأ والخطاء: ضد الصواب وقد أخطأ، وفي التنزيل: ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَآ أَخْطَأْتُم بِهِۦ ﴾ [سورة الأحزاب:الآية 05]، وأخطأه وتخطأ له في المسألة وتخطأ كلاهما: أراه أنه مخطئ فيها، وأخطأ الطريق: عدل عنه، وأخطأ الرامي الغرض: لم يصبه.

[1] بوخرس بلعيد، خطا الطبيب أثناء التدخل الجراحي، شهادة ماجستير، قانون المسئولية المدنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص25

والخطأ: مالم يتعمد، والخطء: ما تعمد؛ وفي الحديث: قتل الخطا ديته كذا وكذا هو ضد العمد، وهو أن تقتل إنسانا بفعلك من غير أن تقصد قتله، أو لا تقصد ضربه بما قتلته به[1]

ثانيا: الخطأ اصطلاحا

تناول الفقهاء والاصوليين خطأ الطبيب علر الأصل العام في تحديد الخطأ، حيث عرف الإمام الجرجاني الخطأ في كتابه التعريفات بأنه: " الفعل أو القول الذي ليس للانسان فيه قصد"[2]

وعرفه ابن عرفة في حدوده بقوله: "هو ما مسببه غير مقصود لفاعله ظلما"[3]

ومن امثلته: أن تزل يد الطبيب الجراح، أو أخصائي التخدير، أو الممرض أو المصور بالأشعة والمناضير، وينشأ عنه ضرر بجسم المريض. [4]

وعليه لايوصف سلوك الطبيب الذي يفعل ما يفعله طبيب وسط من نفس مستواه وفي نفس ظروفه بالخطأ، لأن الفعل يكون حينئذ على وفق الرسم المعتاد أي موافق للقواعد الفنية، وإذا كان هناك خطا فهو خطأ يرجع إلى مهنة الطب ويتصل بها بسبب قصورها وعنصر الاحتمال اللصيق بها. [5]

ثالثا: الخطأ في القانون الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ تاركا ذلك للفقه والقضاء، حيث وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب نجد أن هذه الأخيرة اقتصرت على تحديد واجبات والتزامات الطبيب.

وأشار الخطأ في المادة 124 من ق م التي تنص على مايلي" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"[6].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ج1، ص65، 66

[2] الجرجاني:(ت 816هـ) علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، د ط، دس ن، ص 88

[3] أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (ت894 هـ)، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط1، ج1، 1993، ص 617.

[4] الشنقيطي، احكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عنها، المرجع السابق، ص481

[5] أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للاعمال الطبية، المرجع السابق، ص 54

[6] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزايري، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في30 سبتمبر 1975، المعدل بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20يونيو 2005، الجريدة الرسمية، عدد44، الصادر في 26 يونيو2005.

وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي، حيث جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسئولية بوجه عام.[1]

ويرى الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري:" أن الخطأ في المسئولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني[2].

وبصفة عامة هو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عن إدراك، وهذا الانحراف من شأنه أن يلحق الضرر بالغير.[3]

عرف الخطأ الطبي بأنه" تقصير في مسلك الطبيب"[4]

كما عرف بأنه " الخطأ الذي ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، والذي يحوي في طياته طبيعة تلك الالتزامات للطبيب والتي منشؤها ذلك الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير[5]

وعليه يقيم الفقهاء مسؤولية الطبيب على اساس الاخلال المهني لا على أساس الضرر الذي يلحق المريض، وهوما أدى إلى ايجاد ننوع من التوازن بين مصلحة المريض في الحفاظ على سلامته ومصلحة الجماعة في بقاء مهنة الطب .

الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي الجراحي ومعايير تقديره

إن تعريف الخطأ يؤدي بنا للإحاطة بكافة الجوانب المتعلقة بالخطأ الطبي الجراحي، وذلك بإبراز أنواعه ومعايير تقديره.

أولا: أنواع الخطأ

جرى عند فقهاء الشريعة تقسيم الخطأ إلى نوعين:

---

[1] عيساني رفيقة، مسئولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، شهادة الدكتوراه، القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص79، 80

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د ط، د س ن، ج1، ص 778

[3] بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2012، ص148، 149.

[4] محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، المرجع السابق، ص13

[5] صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسئولية المدنية، شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2004-2005، ص10

أ- الخطأ في الظن: وذلك بأن يقصد فعلا فيصدر فعل آخر، كما إذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا.

ب- الخطأ في القصد: وهو الخطأ في الفعل، ومثاله في المجال الطبي أن يخطئ الجراح في ظنه فيقطع عضوا للمريض خلاف ما أجريت الجراحة لأجله.[1]

ويقسم فقهاء القانون الخطأ إلى:

أ- الخطأ المادي(العادي): ويقصد به تلك الأعمال التي لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب، ويمكن تقديرها دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن يقوم بها.[2]كإجراء العملية الجراحية في حالة سكر أو الاهمال في تخدير المريض قبل العملية.[3]

ب-الخطأ الفني(المهني):وهو الذي يتعلق مباشرة بفن مهنة الطب، حيث تكون لصيقة بصفة الطبيب، ولا يتصور صدورها من غير طبيب، كالتشخيص والعلاج، مثل ذلك الطبيب الذي يشخص إصابة المريض على أنها التواء في مفصل الكوع، ثم يعالجها على هذا الأساس، بينما حقيقة الإصابة أنها كسر في الكوع.[4]

يؤاخذ الطبيب بالأخطاء العادية كغيره عند الفقهاء، ومعيار قياسه بما هو مألوف من أي شخص عادي.

أما الاخطاء المهنية التي يؤاخذ بها الطبيب فمعيارها عند الفقهاء هو الخروج عن السلوك المعتاد الذي يسلكه أي طبيب آخر في العادة إذا كان في نفس الظروف، سواء كان الخطأ صغيرا أو كبيرا، وسواء كان أثره هينا أو جسيما.[5]

---

[1] هالة جستينية، " الخطا الطبي في الميزان"، السحل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي-، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، المملكة العربية السعودية د، المجلد5، العدد2، ص 4510، 4511.

[2] منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2007، ص253

[3] محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، المرجع السابق، ص14

[4] منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء الجراحين، المرجع نفسه، ص 253، 254

[5] هاني بن عبد الله الجبير، "الخطأ الطبي، "السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد5، العدد 2، 1431هـ، ص 4374.

حيث استقر القضاء على أن يسأل الطبيب عن خطاه العادي في جميع درجاته وصوره يسيرا كان أم جسيما، أما بالنسبة للخطأ المهني أو الفني فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم.[1]

ج- الخطأ الجسيم:

هو. ذلك الخطأ غير العمدي، والذي لا تتوافر فيه نية الإضرار بالغير ولكن كون هذا الخطأ جسيما وكبيرا ، فإن ذلك دفع بفقهاء الرومان إلى تشبيهه بالخطأ العمدي أو الخطأ التدليسي، وإن كان هذا التشبيه لايؤثر أبدا على كونه خطأ غير عمدي فالخطأ الجسيم لا يصدر إلا من أقل الناس تبصرا[2].

د- الخطأ اليسير:

يقصد بالخطأ اليسير ذلك الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته.[3]

يؤاخذ الطبيب بالأخطاء العادية كغيره عند الفقهاء، ومعيار قياسه بما هو مألوف من أي شخص عادي.

أما الأخطاء المهنية التي يؤاخذ بها الطبيب فمعيارها عند عند الفقهاء هو الخروج عنوالسلوك المعتاد الذي يسلكه أي طبيب آخر في العادة إذا كان في نفس الظروف، سواء كان الخطأ صغيرا أو كبيرا ، وسواء كان أثر ه هيناا أو جسيما.

كما استقر القضاء على أن يسأل الطبيب عن خطإه العادي والمهني في جميع درجاته وصوره يسيرا كان أم جسيما .[4]

ثانيا: معايير تقدير الخطأ الطبي

للخطأ الطبي معياران:

1 -المعيار الشخصي: وهو ما يستلزم النظر فيه إلى شخص المتعدي أي المخطئ، لا إلى التعدي في حد ذاته، أي البحث في مدى اعتبار ماوقع من المتعدي بالنسبة إليه تعديا ام لا.

---

[1] محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، المرجع السابق، ص 15.

[2] عبيد فتيحة، الإثبات في نطاق المسئولية المدنية الطبية، شهادة الماجستير، عقود ومسئولية، جامعة أحمد دراية أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014_2015، ص14

[3] بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، المرجع السابق، ص 41.

[4] محمد حسين منصور، المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص19.

إلا أن هذا المعيار يعاب عليه بأنه لا يصلح معه أن يكون مقياسا منضبطا يوفي بالغرض، ولهذا تم الأخذ بالمعيار الموضوعي[1]

2 –المعيار الموضوعي:

مقتضى هذا المعيار، أن يقارن سلوك المخطئ بما يصح أن يصدر من شخص آخر.

يتمثل هذا المعيار في التزام الطبيب ببذل عناية إزاء المريض، أي بذل العناية الصادقة مت اجل شفاءه، فإن قصر فهو تقصير في واجب الحيطة الذي لايقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخرجية التي أحاطت بالمسئول أثناء ممارسته لعمله.[2]

والمعيار المعتمد هو المعيار الموضوعي الذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف عن حالة إلى أخرى، وهو سلوك الشخص المعتاد، أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض، يقيس سلوكه عل سلوك طبيب آخر من نفس المستوى: طبيبا عاما أم طبيبا متخصصا أم أستاذا في الطب[3].

الفرع الثالث: نطاق الخطأ الطبي

قد يقع الطبيب الجراح في أخطاء طبية في عمله الجراحي وهذا ما يستوجب ترتب المسئولية عليه، وتختلف هذه الأخيرة بحسب ما إذا كان الطبيب في مستشفى عام أو خاص.

أولا: في المستشفى العام

ذهب غالبية الفقه إلى أنه لا توجد علاقة تعاقدية في المرفق الصحي العام بين الطبيب والمريض، أو بين المريض وإدارة المستشفى .

وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري، فقد صدرت له أحكام ما يجعل مسئولية المستشفيات العمومية ذات طبيعة تقصيرية.

---

[1] صفية سنوني، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، شهادة الماجستير، القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، 2005–2006، ص20.

[2] بوخرس بلعيد، خطا الطبيب أثناء التدخل الطبي، المرجع السابق، ص37.

[3] محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، المرجع نفسه، ص14.

حيث قضى مجلس الدولة في قرار حديث له بمسئولية المستشفى عن خطأ ارتكبه طبيب الأشعة أدى إلى بتر ساعد اليمنى للضحية، حيث جاء فيه:" إنه من مبدأ القانون أن الضرر الناجم عن الخطأ الطبي يلزم المرفق الاستشفائي بتعويض المتضرر ، ويحدد المبلغ المستحق له بناء على نسبة العجز الدائم الاحق به.[1]

1-علاقة المريض بالمستشفى العام:

إن المريض الذي يتلقى العلاج في المستشفى يتعامل معةشخص معنوي، ويخضع للتنظيمات واللوائح الإدارية لهذاةالمرفق، وهذا ما يفقد المريض أحقية اختيار الطبيب المعالج ولا كيفية العلاج، وللمستشفى تغيير طرق تنظيمه وكيفية العلاج فيه، دون استشارة المرضى أو أخذ موافقتهم، ولا يحق لهم الاحتجاج على طرق العلاج والتنظيم.[2]

كما يحق للمريض الرجوع على وزارة الصحة باعتبار المستشفى تابعا لها والطبيب، فهما ملتزمان بالتضامن طبقا للقواعد العامة لمسئولية المتبوع عن أعمال تابعه قبل المريض المضرور، الذي يحق له الرجوع عليهما مجتمعين أو منفردين بكامل التعويض المقضي به.[3]

2 -علاقة الطبيب بالمستشفى:

يخضع كل من الطبيب ومساعديه العاملين في المستشفى لعلاقة إدارية مع الإدارة

هذا الأخير سلطة إصدار الأوامر لهم باعتبارهم موظفونةمكلفون بأداء خدمة عامة، وتتحددهذه العلاقة بمقتضى مختلف اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي يديره.[4]

تربط الطبيب بالمستشفى علاقة تبعية باعتبار الطبيب موظفا في المستشفى، وذلك دون اشتراط توافر الإشراف الفني، بل يكفي أن يكون له سلطة الإشراف الإداري، وبذلك خضوع الطبيب للأوامر

[1] بن صغير مراد، أساس المسئولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، 2010، ص146

[2] عميري فريدة، مسئولية المستشفيات في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 18

[3] بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، المرجع السابق، ص 49.

[4] عميري فريدة، مسئولية المستشفيات في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 18

التي التي تصدرها إدارة المستشفى في جانبها الإداري، وفي المقابل فإنه تتم مسائلة المستشفى في حالة وقوع خطأ طبي من طرف التابع (الطبيب) بمناسبة ممارسته لنشاطه المهني بالمستشفى.[1]

وهذا ما يظهر من خلال المادة 36 من ق م ج ، والتي تنص على:" **يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.**

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعهمتى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".[2]

3 –علاقة المريض بالطبيب:

يعتبر الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام في مركز لا ئحي يخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين في الدولة، وبالتالي لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسئولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول أن المريض قد اختار طبيبه، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية الصادر في 3جويلية 1969، بأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار طبيبه لهلاجه حتى يعقد عقدا بينهما.[3]

ثانيا: في العيادات الخاصة:

الجراح في عيادته الخاصة، هو الذي يعتني بالمريض، ويلجأ إلى طلب المساعدة من الغير، والذين هم في العادة من الأطباء، كنا أن مساعدتهم تكون محدودة، أما الجراح فلديه الرؤية الكافية عن العملية التي يقوم بها مع مساعديه، وهو وحده من يستطيع اتخاذ القرارات الملزمة لهم، وعليه فإن تركيز المسئولية يكون على عاتقه.[4]

---

[1] بن صغير مراد، أساس المسئولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، المرجع السابق، ص146 .

[2] أمر رقم 75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المرجع السابق.

[3] بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، المرجع السابق، ص50.

[4] منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص250.

وعلى عكس العلاقة الائحية التي تربط المريض بالمستشفى العام، فإن إلتجاء المريض إلى المستشفيات أو العيادات الخاصة لا يكون عادة إلا بناء على عقد ولو ضمني بينه وبين إدارتها.[1]

وهو ما نصت عليه المادة 87 فقرة (1) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه:" **يجب أن تكون الممارسة المعتادة للطب أو جراحة الأسنان مهما كان شكلها في مؤسسة أو مجموعة أوعيادة أو أي مؤسسة أخرى ، خاضعة في كل الحالات لعقد كتابي**".

وبهذا فإن المسئولية في العيادات على الأصل العام ذات طبيعة عقدية

[1] محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، المرجع السابق، ص87

المبحث الثاني: مضمون التزام الطبيب الجراح

يترتب على تدخل الطبيب لاسعاف المريض التزامات متعددة، يدعى بعضها الالتزام ببذل عناية، ويدعى البعض الآخر بتحقيق غاية.

إذ لا يفرض الالتزام ببذل عناية تحقيق نتيجة معينة، بل يوجب بذل الجهد للوصول إلى هدف معين، سواء تحقق هذا الهدف أو لم يتحقق، أما الإلتزام بتحقيق غاية فهو يفرض على المدين أن يحقق هدفا او نتيجة معينة هي محل الالتزام، وهو ما سنفصل فيه وذلك بدراسة إلتزام الجراح ببذل عناية في (المطلب الأول)، والتزامه بتحقيق نتيجة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزام الطبيب الجراح ببذل عناية

يلتزم الطبيب الجراح تجاه المريض بذل العناية الازمة عند إجراء العملية الجراحية له، وتنشأ مسئوليته إذا لم يتخذ الاحتياطات الازمة قبل إجراء العملية وخلالها، وسيأتي تفصيل هذه العناية في ظل الظروف العادية (في الفرع الأول)، وكذا في الظروف الاستثنائية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: عناية واجبة في ظروف عادية

يقرر الفقه الاسلامي أن فعل الطبيب أو الجراح لا يتقيد بشرط السلامة وهذا ما يعبر عنه في الفقه الوضعي ببذل عناية، وذلك نظرا للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي، فكل ما يطلب من الطبيب هو بذل العناية المعتادة من مثله في ممارسته للعمل، والكبيب إن كان يستعمل حقة في هذه الحالة فهو يقوم بواجبه في نفس الوقت، والأصل أن الواجب لايتقيد بوصف السلامة[1].

وقد سار التشريع والقضاء الجزائريين على هذا النهج ، فنصت المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب على ما يلي: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة ، والاستعانة عند الضرورة ، بالزملاء المختصين والمؤهلين".

وبناءا على ذلك لا يسأل الطبيب عن عدم شفاء المريض، إلا إذا ثبت تقصيره في بذل العناية الواجبة.

[1] أحمد شرف الدين، الاحكام الشرعية للاعمال الطبية، المرجع السابق، ص52- 53.

ومن جملة التزامات الجراح في ظل الظروف العادية مايلي:

أولا: التزام الطبيب الجراح بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني:

وذلك بأن يعنى بفحص المريض فحصا دقيقا قبل إجراء العملية بغير تسرع أو إهمال حتى يكون بعيدا عن الغلط بقدر الإمكان، كما أن عليه الإلتزام بإجراء الجراحة في مكان مجهز بالتجهيزات الطبية الضرورية التي تعينه على نجاح مهنته ومجابهة ما قد ينجم عن الجراحة من مضاعفات، كما يلتزم بتحصيل الخبرة العلمية التي تمكنه منواداء عمله بكفاءة واقتدار استعدادا لمواجه الحالات المتنوعة للجراحة[1].

ثانيا–التزام الطبيب الجراح بتقديم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة

يدخل في التزام الجراح أن تكون الجهود المبذولة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، إذ لا يعقل استعماله لوسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فهو وإن كان لا يلتزم باتباع تلك الوسائل إلا أنه ينبغي عليهة الالتجاء إلى تلك التي استمر عليها الطب الحديث وله الاجتهاد في اختيار أنسب الوسائل حسب حالة المريض والامكانيات المتاحة.[2]

الفرع الثاني: عناية واجبة في ظروف استثنائية

يقصد بالظروف الاستثنائية الظروف الخارجية التي يعمل الطبيب في محيطها[3]، ولذلك سوف ندرس العناية الواجبة في أحوال الاستعجال(أولا)، وفي الظروف الشاذة (ثانيا) وكذا الحالات الدقيقة والمحيرة (ثالثا).

أولا: العناية الواجبة في أحوال الاستعجال

وهي الأحوال التي تنطوي على درجة معينة من الخطورة، ومن ثم تحتاج إلى إجراءات طبية سريعة وعاجلة[4]، وغالبا ما يكون لعنصر الوقت الأهمية القصوى في مثل هذه الاحوال.

---

[1] منير رياض حنا، الخطا الطبي الجراحي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2008، ص 109

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 207

[3] محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص207

[4] منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 164

فيمكن للجراح أن يواجه ظرف من ظروف الاستعجال، وهو ما يتطلب أحيانا أن يتغاظى عن القيام بأعمال وإجراءات لم يكن له أن يتغاضى عن القيام بها، إذا لم يواجهه ظرف من ظروف الاستعجال، بل أن نقص العناية في حد ذاته قد يكون مبررا، إذا أحاط بالواقعة ظرف من هذه الظروف.[1]

ثانيا:العناية الواجبة في الظروف الشاذة:

يقصد بالظروف الشاذة الظروف التي يؤدي توافرها إلى عدم تقديم الجراح العناية الازمة وقد تتعلق هذه الظروف بالظروف العينية ، وقد تتعلق بالظروف الشخصية.

1-الظروف العينية

ويقصد بها أن يعمل الطبيب في أماكن لا تصلح لمباشرة العلاج الطبي ، كالجهات النائية والبعيدة عن العمران، والتي لا يتصور فيها أن تكون مزودة بالأجهزة والمعدات والأدوات الطبية الازمة، أو أن يعمل في ظر وف غير مناسبة كظرف الليل وعدم وجود إضاءة كافية وغير ذلك من الظروف التي تواجه الطبيب في الحالات الخطرة والعاجلة .[2]

ففي مثل هذه الحالات يمكن للطبيب أن يخرج عن الأصول العلمية الثابتة بقدر ما تفرضه عليه الظروف.

2-الظروف الشخصية:

وهي الظروف المتعلقة بشخص المريض ذاته، ككبر السن ، وظروف الإصابة.

وهو ما قضت به محكمة "ليون" في دعوى نسب فيها إلى الطبيب أنه في علاجه لمصاب لم يضع عظمتي الساقين متقابلتين، نجم عنه عاهة مستديمة، ولكن تبين من تقارير الاطباء أن الطبيب اضطر إلى ما قام به اضرار بسب كبر السن، حيث رفضت المحكمة الدعوى، وقضت الطبيب بالأتعاب.[3]

[1] منير رياض حنا، لمرجع السابق، ص136

[2] منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجعةالسابق، ص171

[3] منير رياض حنا، المرجع نفسه، ص173

3 -الحالات الدقيقة والمحيرة:

وهي الحالات التي يكون فيها للجراح أن يستعين برأي الأخصائيين من الأطباء، وذلك بسبب لجوء هذا الأخير إلى وسائل طبية غير معتادة في الفحص والتشخيص والعلاج.

وهذا ما نصت عليه المادة 69 من م أ ط ج [1]" **يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة إلى ذلك** ..." وكذا ما نصت عليه المادة 45 من نفس القانون.

وعلى العكس من ذلك، فقد قضي بمسئولية الطبيب في حالة ولادة عسرة، انفرد بإجرائها، رغم ما صادفه فيها من صعوبات، دون أن يعدو أحدا من زملائه ، لمعاونته فيها.[2]

المطلب الثاني: التزام الجراح بتحقيق نتيجة

يعتبر الالتزام بتحقيق نتيجة التزام يتعهد الطبيب بمقتضاه بتحقيق نتيجة معينة، إذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون الطبيب مسؤولا أمام المريض، وعلى هذا الأساس تتمحور دراستنا وذلك بتحديد مضمون التزام الجراح بتحقيق نتيجة (الفرع الأول)، وبعرض تطبيقات لالتزام الجراح بتحقيق نتيجة في (الفرع الثاني).

الفرع الاول: مضمون التزام الجراح بتحقيق نتيجة

يعتبر التزام الطبيب كأصل عام التزام ببذل عناية صادقة تتفق مع الأصول العلمية، إلا أن هناك استثناءات يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، ويمكن دراسة هذه الحالات فيما يلي:

أولا- اتفاق الطرفين

وذلك بأن يكون هناك اتفاق سابق بين الطبيب والمريض على أساس أن يقوم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة للمريض، بحيث يكون مخطئا إذا لم تتحقق النتيجة المتفق عليها مسبقا.[3]

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92_276، المرجع السابق

[2] منير رياض حنا، الخطأ الطبي، المرجع السابق ص148

[3] وائل عساف، المسئولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2008، ص44، 45

ثانيا- أن يكون التزام بتحقيق نتيجة بنص القانون: وذلك يكون:

1-عندما يتصل التزامه بواجباته الانسانية كالالتزام بمعالجة المريض، والالتزام بإعلام المريض والالتزام بالسر المهني.

2-عندما يتصل التزامه ببعض الاعمال الفنية مثل الاعمال المخبرية واستعمال الأشعة ووضع التركيبات.

3-عند التزامه بضمان سلامة المريض، وذلك بضمان عدم تعرضه لأي أذى من جراء عيب في المنتوجات الصحية من اجهزة وأدوية[1]

إظافة إلى الالتزامات التي سبق ذكرها يقع عاتق الطبيب التزامات أخرى مرتبطة بالتدخل الجراحي ويمكن حصرها فيما يلي:

أ-التزام الطبيب الجراح بالتشخيص الصحيح

يعتمد التدخل الطبي على صحة التشخيص وسلامته، فإذا فشل التشخيص فقد تصبح الأعمال الاحقة خاطئة، ومنها بطبيعة الحال العمليات الجراحية، وبالتالي فلا معني لعمل الجراح مالم يكن التشخيص الذي يقوم به صحيحا ومؤكدا، فيقع على عاتق الجراح القيام بتشخيص آخر حتى وإن قام به الطبيب المعالجو، وعليه التأكد أيضا من قدرة المريض علر تحمل العملية. [2]

ب- الالتزام بإعلام المريض

يجب على الطبيب أن يحيط مريضه بكافة المعلومات التي من شانها أن تجعل رضا هذا الاخير سليما ومتبصرا حول كل ما يتعلق بمرضه، والالتزام بالاعلام مؤداه احترام الشخصية الانسانية والمعنوية للمريض والمساعدة على اتخاذ قرار لقبول أو رفض هذا التدخل. [3]

---

[1] آيت مولود ذهبية، المسئولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، شهادة الماجستير، ، قانون المسئولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص 19

[2] بوخرس بلعبيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي، المرجع السابق، ص 94

[3] عميري فريدة، مسئولية المستشفيات في المجال الطبي، شهادة ماجستير، قانون المسولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص24

تناول المشرع الجزائري هذا الالتزام من خلالةعدة مواد قانونية، من بينها المواد43 و48 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب[1] وكذلك المادة 145 من قانون حماية الصحة وترقيتها[2]

ج- الالتزام بالحصول على رضا المريض بإجراء العملية

يلتزم الطبيب كقاعدة عامة لكي يقوم بالعلاج والجراحة بأن يحصل على المريض[3]، وهو ما فصلنا فيه سابقا.

د- الالتزام بالرقابة الطبية بعد العمليات الجراحية

تمتد عناية الطبيب بالمريض إلى ما بعد العملية الجراحية، حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات من جهة، ويستطيع الخروج منوالغيبوبة ويستعيد نفسه من جديد من جهة أخرى.

ويشكل كل تهاون أو إهمال من قبل الطبيب بشأن التزامه بالرقابة خطأ يتحمل عليه المسئولية. [4]

الفرع الثاني: تطبيقات التزام الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة

لقد تعددت القرارات القضائية المكرسة للالتزام الطبيب بتحقيق نتيجة في مختلف الأعمال الطبية والتي يمكن من خلالها إثارة مسئوليته في ظل ارتكاب خطأ من جانبه.

أولا:استعمال الأدوات والأجهزة الطبية

قد ينجم عن استعمال بعض الأدوات والأجهزة الطبية أضرار تمس بالسلامة الجسدية للمريض، ومن بين التطبيقات القضائية في هذا الصدد، القضاء بمسئولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة انفجار حدث بسبب تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرار ة خرجت منه. كذلك الحكم بمسئولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض بسبب اللهب الخارج من المشرط الكهربائي أثناء العملية رغم أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدامه. [5]

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق

[2] قانون رقم85-05، المرجع السابق

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 49

[4] سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، شهادة ماجستير، قانون المسئولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011، ص 51-52

[5] محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص213

ثانيا: التركيبات والأسنان الصناعية

ويظهر التزام الطبيب بتحقيق نتيجة من خلال الحكم الصادر عن محكمة "ديجون" الفرنسية في حكمها الصادر في 1952/1/24 بأن العقد المبرم بين طبيب الأسنان والعميل لتركيب طاقم الأسنان، يفرض على الأول التزاما بعناية محله بذل الجهود الأمينة واليقضة في وضع الأسنان الصناعية. ويفرض عليه كذلك التزاما بتحقيق نتيجة...[1]

ثالثا: نقل الدم والسوائل الأخرى

يقع على عاتق الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة في نقل دم سليم خال من الفيروسات مناسب ومتفق مع معةفصيلة دم المريض.

ونشير في هذا الصدد إلى التقرير الصادر عن رئيس صندوق تعويض ضحايا نقل الدم وتحليله بفرنسا لسنة 1993 الذي أثبت أن ما يقارب 3500 حالة إصابة بالسيدا كانت بسبب حوادث نقل الدم، من بينهم 2500 مصاب بالعدوى على قيد الحياة نجحوا في الحصول على تعويض من جراء إصابتهم بدم ملوث، و1000 مستفيد كوارث أو خلف بالنسبة للضرر الحاصل بسبب تلوث الدم الذيأصاب مورثهم أو صاحب الحق الأصلي.[2]

رابعا: التحاليل الطبية العادية

ويلحق بالتزام تحقيق نتيجة التحاليل الطبية العادية، حيث قررت محكمة استئناف "تولوز" في قرارها الصادر في 1959/12/14، بأن مدير المخبر ملزم بتحقيق نتيجة عند القيام بالتحاليل المخبرية العادية، والمتمثلة خاصة في تحديد الزمرة الدموية ، وعامل الريزوس، ونسبة الكوليستيرول.

في حين استبعدت محكمة النقض الفرنسية الالتزام بالنتيجة في قرارها الصادر في 1974/1/4، وقضت بأنه وقع وفق تقرير الخبراء، فإن الغلط في الفصيلة ممكن ومبرر علميا وطبيا.[3]

---

[1] منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص227.

[2] بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسئولية المدنية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010_2011، ص227.

[3] نبيلة نسيب الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، المرجع السابق، ص 44- 45.

خامسا: عمليات التجميل

يضاف إلى الحالات السابقة التي أكد فيها القضاء التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، بعض صور الأعمال الطبية التي يرى بعض الفقه وبالنظر إلى الغرض منها، ضرورة أن يكون التزام الطبيب القائم بها بتحقيق نتيجة معينة، وعليه بالتالي الامتناع عن القيام بها مالم يكن واثقا من تحقيق النتيجةالمرجوة منها، ولذلك فيكفي في مثل هذه الحالات أيضا عدم تحقق النتيجة لقيام مسئولية الطبيب عن الأضرار التي تصيب المريض من جراء القيام بها.[1]

وعليه فإن الطبيب يسأل عن كل التزام كان المفترض فيه تحقيق نتيجة.

[1] وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاض المدني، المرجع السابق، ص83

ملخص الفصل الأول:

وفي الأخير نستخلص أن الجراحة تعتبر من أهم الفروع الطبية، غالبا ما تكون العلاج الوحيد للأمراض التي لا يقتصر شفاءها على الأدوية، إلا أنها تنطوي على مخاطر عديدة وذلك لاحتمالية وقوع أخطاء طبية جراحية قد تعرض حياة المريض للخطر إن لم تودي بحياته.

يعتبر العمل الجراحي وسيلة وأداة لعلاج بعض الأمراض التي لا يقتصر شفاؤها على الادوية، وذلك وفق الأصول والقواعد الثابتة في علم الطب.

يعرف الخطا الطبي بانه عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنة الطب.

ويتفق الفقه والقانون الجزائري على اعتبار الخطأ الطبي أساسا للمسئولية المدنية، ومعيار الخطا في هذا الصدد هو المعيار الموضوعي الذي يقيس الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف بحسب الظروف وهو سلوك الشخص المعتاد.

تفرض مهنة الطب على الطبيب الجراح مجموعة من الالتزامات التي يترتب على الاخلال بها قيام مسؤولية هذا الأخير، وتتعلق هذه الالتزامات بالالتزام ببذل عناية وهو الاصل وتحقيق نتيجة كاستثناء.

الفصل الثاني

آثار الخطأ الطبي الجراحي

- **المبحث الأول: أركان المسؤولية الطبية التقصيرية والتعويض عنها.**
- **المبحث الثاني: طبيعة مسؤولية الطبيب الجراح عن الخطأ الطبي الجراحي وموقف المشرع الجزائري**

من المعلوم أن المسؤولية لا تثبت إلا بتوافر أركانها، فلا يكفي الخطأ الطبي لقيام المسؤولية الطبية – سبق وتطرقنا له في الفصل الأول– بل يجب أن يتبع هذا الخطأ ضرر يلحق بالشخص الخاضع للعلاج، ويكون هذا الضرر ناتجا عن الخطأ المرتكب من طرف الطبيب المعالج، والضرر يجب أن يتصف بعدد من الصفات كي يعتبر ضررا موجبا للمسؤولية ؛ بتعبير آخر وأوضح لمقصدنا هو شروط الضرر الموجب للتعويض، فوقوع الضرر لا يكفي لتثبت مسؤولية الجراح بل أن تتوفر فيه شروط سنتكلم عنها بتفصيل أكثر في المطلب الأول من المبحث الأول بين طيات هذا الفصل بإذن الله، وكذلك أن تتبع هذا الضرر علاقة تربطه بالخطأ الجراحي الحاصل مما يجعل الخطأ سببا في الضرر؛ وهذا ماندعوه بالرابطة السببية ألا وهي الركن الثاني من أركان المسؤولية التقصيرية التي نحن بغرض دراستها، وهذه الرابطة قد يطرأ عليها حادث يجعلها منعدمة مما يزيل وشاح المسؤولية عن الجراح حيال الخطأ المرتكب فانعدام رابطة السببية – بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو أن يكون الخطأ تسبب فيه المريض نفسه أو غيره من غير الطبيب الجراح أو مساعديه أو من هم تحت إشرافه –، فتنقطع الصلة بين الخطأ الحاصل والضرر، وهذا محتوى المطلب الثاني.

فإن لم يحدث أي من هذه الحوادث التي تنعدم من خلالها العلاقة السببية؛ وإكتملت أركان المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية أصبح الجراح مؤاخذا ومسئولا، وأصبح من حق المريض المضرور أو ذويه – إن أدى الخطأ الجراحي إلى وفاة المريض– أن يطالبوا بتعويض للضرر اللاحق بهم جراء الخطأ الجراحي، أيا كان نوع الضرر ماديا أو معنويا، أو تفويت فرصة الشفاء وأحيانا فرصة الحياة، فيحدد التعويض حسب القواعد والقوانين التي تنظم هذه المسألة وسنبين ذلك في المطلب الثالث من نفس المبحث، إضافة إلى مسألة عبء الإثبات وعلى من يقع هذا العبء؛ على المريض أن يثبت تضرره من

جراء خطأ الطبيب أم الطبيب الذي ينفي ذلك وبالتالي سقوط المسؤولية عنه، فهناك عديد الوسائل التي يلجأ إليها متحمل هذا العبء والتي يقرها القانون لإثبات قيام المسؤولية أو إسقاطها .

أما المبحث الثاني فقد خصصناه لدراسة طبيعة مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاءه التي نتجت عن إهماله وتقصيره في أداء واجبه الذي تفرضه عليه أصول مهنة الطب في المبحث الأول، وكان فحوى المبحث الثاني موقف المشرع الجزائري من هذه المسؤولية؛ هل يَعتبر مسؤولية الطبيب عن أخطاءه مسؤولية تقصيرية أم له رأي مخالف .

المبحث الأول: أركان المسؤولية الطبية التقصيرية والتعويض عنها.

تقوم المسؤولية الطبية التقصيرية على ركنين على غرار الخطأ الطبي، وهما الضرر الطبي والذي يعتبر أذى يلحق بالمريض جراء الخطأ الواقع، وتتعدد أنواعه حسب الواقعة، وشروطه التي تجعل منه موجبا للتعويض بغية جبره ومحو آثاره عن المريض المضرور، والركن الثالث وهو الرابطة السببية التي تعتبر الصلة بين الخطأ والضرر، والتي تجعل من الضرر نتيجة حتمية للخطأ، فوجود هذه الرابطة يوجِد المسؤولية على عاتق الطبيب الجراح وبانعدامها لسبب أجنبي تنعدم المسؤولية، وهنا فإن المسؤولية التقصيرية قائمة لتوافر أركانها جميعا مما يمكن المضرور من المطالبة بالتعويض، هذا الأخير الذي يقدر حسب القواعد الخاصة به بعد إثبات مسؤولية الجراح .

المطلب الأول: ماهية الضرر الطبي الجراحي

من الطبيعي عند وقوع خطأ طبي إثر العمليات الجراحية أن ينجرّ عنه أذى – في أغلب الأحيان – يصيب المريض الخاضع للعمل الجراحي، وهذا الأذى يختلف حسب حالة المريض والخطأ الحاصل والملابسات التي تحيطه، ويعتبر هذا الأذى ضررا يسبب للمريض ألما معنويا أو أن يمس مصلحة مالية، كأن يسبب له تشوها أو عطبا في جسمه، أو خسارة مالية ويكبده نفقات علاج إضافية وغيرها كثير، مما سنبين معالمه بتفصيل أكثر.

الفرع الأول: مفهوم الضرر الطبي

أولا: تعريف الضرر:

1- **لغة:** الضر، الفاقة والفقر بضم الضاد اسم وبفتحها مصدر ضره يضره من باب ضرر قتل اذا فعل به مكروها، وأضرّ به، قال الأزهري : كل ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضر بالضم وما كان ضد النفع، وفي التنزيل مسني الضرّ أي المرض، والاسم الضرر وقد أطلق على نقص يدخل على الأعيان .[1]

[1] أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي(المتوفى عام 720 هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم الشناوي، الطبعة2، دار المعارف، د ت، ص360 .

وجاء في لسان العرب لإبن منظور: في أسماء الله الحسنى؛ الضار النافع، وهو الذي ينفع من يشاء من خلقه ويضره، والضرر لغتان: ضد النفع وكل ما كان ضد النفع فهو ضر، وكل ما كان من سوء حال وفقر وشدة في بدن فهو ضرر، والإسم ضرر، وقيل الضرر ما تضرّ به صاحبك وتنتفع أنت به.[1]

جاء في مختار الصحاح : الضرر ضد النفع، وضارّه بالتشديد بمعنى ضرّه و الإسم الضرر، وضرّة المرأة إمرأة زوجها، والبأساء والضراء الشدة، والضرّ بالضم الهزال وسوء الحال والمضرّة خلاف المنفعة .[2]

2- إصطلاحا:

الضرر هو حالة نتجت عن فعل إقداما أو إحجاما مست بالنقص أو بما يعنيه قيمة مادية أو معنوية أو كليهما للشخص المضرور.[3]

ونجد الدكتور محمد بن المدني بوساق يعرف الضرر بأنه: الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء أكان في مال متقوم محترم، أو جسم معصوم، أو عرض مصون .[4]

3- في القانون الجزائري:

بالنظر إلى التقنين المدني الجزائري لا نعثر على تعريف جامع مانع للضرر بالرغم من أن فكرة الضرر وردت في كل النصوص، من المادة 124 إلى 140 من ذات التقنين، والملاحظ أن هذه المواد التي تعطي توضيحات هامة عن الضرر القابل للتعويض، لا تقدم تعريفا للضرر وإنما يستنتج من دراستها .ولذلك فقد اتجه الفقه القانوني إلى محاولة تعريفه إذ عرفه الدكتور علي فيلالي على أنه: " تلك الخسارة المادية أوالمعنوية التي تلحق بالمضرور نتيجة التعدي الواقع عليه ".[5]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، (د ط)، بيروت، لبنان، (د ت)، ص 482-483 .

[2] محمد بن أبي بكر بن عبد القادرالرازي (المتوفى 604 هـ)، مختار الصحاح، المجلد الأول، مكتبة لبنان، (د ط)، 1989م، (د ت)، ص 159.

[3] منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة 1، جامعة نايف العربية للعلوم والتربية، الرياض، 1425 هـ / 2004م، ، ص 55.

[4] محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا، الطبعة 1 (د م)، 1419هـ/1999م، ص 28.

[5] عمارة مخطارية، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، العدد 08 جوان 2017، ص 396.

ويمكن تعريف الضرر على أنه ذلك الأذى الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون سواء في جسمه أو في ماله أو شرفه أو عواطفه وعقيدته [1].

تعريف الضرر الطبي الجراحي :

-هو إصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج أو من جرائها سواء من خطأ الطبيب أو من إهماله بالقيام بواجب الحيطة والحذر أثناء ممارسته للعمل الطبي، أو أن يكون ناتجا عن حادث طبي أثناء تواجده بالمستشفى [2].

-حالة نتجت عن فعل طبي أو عدم فعل طبي مسّت بالأذى المريض، وقد نتج عن عن ذلك تأثير سلبي انعكس عليه سواء من الناحية الجسمية أو النفسية، أو المادية [3].

-أو هو كل أذى يلحق الشخص محل التطبيب، دون مسوغ شرعي، في جسمه، وما يستتبع ذلك من أذى مادي أو معنوي، في نفسه أو ذويه ومن لهم به مصلحة مشروعة [4]

ثانيا: أنواع الضرر الطبي الجراحي:

ينقسم الضرر الطبي إلى ثلاثة أنواع :ضرر مادي، ضرر معنوي وتفويت فرصة.

1-الضرر المادي: أجمعت التعاريف الفقهية على أن الضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة، ويعتبر الضرر المادي ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، ويعتبر الضرر المادي الذي يمس بالذمة المالية للشخص ضررا ماليا، في حين الضرر المادي الذي يمس بحق غير مالي وهو حق السلامة كالمساس بالحياة

[1] علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الحق في القانون المدني الجزائري، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية، (د ت)، الجزائر، 2007، ص 162.

[2] حسين طاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، – دراسة مقارنة الجزائر فرنسا– دار هومة، (د ط)، الجزائر، 2004، ص 48 .

[3] صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، الأخطاء الطبية وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 1435هـ/2014م، ص 82.

[4] مختار قوادري، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم اللإنسانية، قسم العلوم الإسلامية، 2010/2009، ص251 .

وسلامة الجسد يعتبر ضررا جسمانيا، بناءا على هذا ينقسم الضرر المادي بدوره إلى قسمين: ضرر جسدي وضرر مالي.[1]

أ – الضرر الجسدي: وهو الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه، وهو يمثل إخلالا بحق مشروع للمريض، وهو حق سلامة الجسم وسلامة الحياة، ومن واجبات الأطباء والتزاماتهم المهنية أن يحترموا حق الإنسان في الحياة وسلامة جسمه عند ممارستهم للعمل الطبي، وأن يهدف العمل الطبي إلى مصلحة المريض .[2]

والضرر الجسمي إما أن يكون مميتا أو أن يكون غير مميت، فالضرر الجسمي المميت: هو الضرر الذي يتمثل في الوفاة مما يجعل نسبة العجز المقدرة في هذه الحالة لاحتساب التعويضات هي نسبة 100%، وهو أقصى ما يمكن تصوره من ضرر[3]

أما الضرر الجسمي غير المميت : فهو الذي يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي في بعض وظائف الجسم، أو بمعنى أدق هو الضرر الذي يفضي إلى حدوث عاهة مستديمة لدى المريض؛ مثل إتلاف العين بسبب خطأ في الجراحة أو المعالجة مما أدى إلى فقدان البصر [4] (بتصرف)

ب–الضرر المالي: يقصد به في المجال الطبي الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى ونفقات إصلاح الخطأ الطبي الواقع له، بالإضافة إلى ما فاته من كسب خلال تعطله عن عمله بسبب العلاج[5].

2– الضرر المعنوي أو الأدبي : هو كل أذى يصيب الإنسان في عرضه أو عاطفته أو شعوره، وسمي ضررا أدبيا أو معنويا ؛لأنه غير مادي فإن محله العاطفة والشعور، وقد اعتنت الشريعة

---

[1] بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/10/05م، ص 103.

[2] منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 58.

[3] رضا بدور، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية وتأمينها، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية عامة، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2013م، ص 83.

[4] منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 59

[5] بوخرس بلعيد، مرجع سابق، ص 107.

الإسلامية بحماية الجنس البشري من جميع الآفات المادية والمعنوية على حد سواء[1]، فقد سدّت الشريعة الغراء كل منافذ وسبل العبث والإضرار بحقوق الناس بغير حق، سواء في أموالهم، أو في أجسادهم، أو في أعراضهم وعواطفهم ومشاعرهم، فكما وضعت حدودا لردع من يعتدي على أموال الناس وأنفسهم، وضعت حد القذف وعقوبات أخرى غير مقدرة حماية للأعراض، وصيانة للمجتمع من شيوع الرذيلة والفساد، فالجانب المعنوي للإنسان لا يقل أهمية عن الجانب المادي[2] فلم يغفل الفقه الإسلامي عن فكرة الضرر المعنوي الذي يتمثل في إصابة مشاعر وعواطف الإنسان بالآلام والحزن، حيث حرص على جبر الضرر مهما كان نوعه وأيا كان مصدره، مستندا على قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة " الضرر يزال شرعا " والضرر النفسي المتولد عن الجرح يتمثل في الشعور بالحسرة على فوات الجمال أو ما يسببه من قبح عند المضرور فيولد عنده الآلام والحزن وهو ما يستوجب تعويضه.[3]

أ- موقف الفقه القانوني من قابلية الضرر المعنوي للتعويض:

حدث خلاف لدى الفقه القانوني حول ما إذا كان الضرر المعنوي قابلا للتعويض تعويضا نقديا لصعوبة تقدير حجم الضرر المعنوي، فيرى بعضهم أن الضرر المعنوي مثله مثل الضرر المادي كلاهما قابلان للتعويض متى توافرت شروطهما، ومنه يجب أن يعوض عن الضرر المعنوي تعويضا نقديا، طالما كان هذا الضرر مشروعا، ففي رأي الأستاذ دلما Delma يتمثل المعنى الحقيقي لعبارة التعويض تقديم البديل ؛ وطالما أن النقود هي أحسن بديل فالتعويض يكون نقديا، فالتعويض وسيلة لإرضاء النفس ومحو الضرر أو التقليل من وطأته إذا لم يمكن محوه.[4]

[1] مختار قوادري، مرجع سابق، ص 259.

[2] مختار قوادري، مرجع نفسه، ص 259.

[3] بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 14.

[4] بوخرس بلعيد، المرجع نفسه، ص 13.

ب- موقف المشرع الجزائري من قابلية الضرر المعنوي للتعويض :

أما عن موقف المشرع الجزائري من قابلية التعويض عن الضرر المعنوي؛ فقد تفطن المشرع إلى عدم وجود نص يقر بمبدأ جواز تعويض الضرر المعنوي بشكل صريح حيث نص عليه في قوانين متفرقة كقانون الأسرة وقانون الإجراءات الجزائية ...بتصرف[1]؛ فاستحدث المادة 182مكرر بموجب القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20جوان 2005م، والتي جاء نصها كالتالي:"يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"[2]

3- **تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة:** تفويت الفرصة ضرر محقق يصيب المريض ويجوز التعويض عنه، فهو ما دام قد ترتب عن خطأ أو إهمال صدر من الطبيب فقد كان لهذا المريض أمل في نيلها، وإن كانت تلك الفرصة مجرد أمل فإن الطبيب بخطئه أو إهماله قد جعل هذا التحقق صعبا[3].

وقد اتخذ الفقه القانوني والقضاء موقفا واحدا من مسألة التعويض عن تفويت الفرصة باعتباره ضررا محققا أصاب المريض، وفوت عليه فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.[4]

الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض:

ليكون الضرر قابلا للتعويض يجب أن تتوافر فيه شروط محددة، حيث يشترط فيه أن يكون مباشرا، حالا أي محققا أو مستقبلا، ولكن الرأي السائد في الفقه الإسلامي لا يرى التعويض عن الضرر المستقبل إلا بعد تحققه، عملا بالقاعدة الفقهية " لا يقاد جرح إلا بعد برئه" ومستنده ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم" أنه نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه" والهدف من ذلك هو مراعاة لمصلحة المضرور، فلا يعوض المضرور قبل أن يتبين وضعه، فقد تتضاعف حالته فيما بعد، من تلف للعضو بأكمله أو زوال منفعته أو بعضها أو حتى يصل حد الوفاة، أما إذا كان

[1] بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص 114-116.

[2] أضيفت بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج ر ج العدد 44، ص24).

[3] جواد منصوري، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017/2016م، ص 32.

[4] جواد منصوري، المرجع نفسه، ص 34.

للمضرور مصلحة في أن يعجل بالتعويض له قبل أن يبرأ جرحه فإن على القاضي أن يأخذ ذلك في اعتباره[1].

أما في القانون فلكي يكون الضرر الطبي موجبا للتعويض يجب أن يتوفر فيه ثلاثة شروط هي:

أولا: المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للشخص المضرور:

ذكرنا سابقا أنه يجب لوقوع الضرر أن يكون هناك إخلال بحق المضرور أو بمصلحة مالية ما، أي أن يمس الضرر حقا ثابتا يحميه القانون، ولاشك أن خطأ الطبيب الذي نتج عنه ضرر بجسم المريض هو تعدي على حق من الحقوق الأساسية للمريض وهو الحق 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، والمطالبة بالتعويض لا تقتصر في بعض الأحيان على المضرور نفسه فقط بل قد تتعدى إلى ذويه؛ فطالب التعويض قد يكون المريض المضرور أو أحد ورثته الذي يلزم المريض إعالتهم قانونا كالآباء والزوجة والأولاد.[2] بتصرف

ثانيا: أن يكون الضرر محققا:

أي أن يكون محقق الوقوع عاجلا أو آجلا، فالمهم أن يكون مؤكد الوجود، وهذا يتطلب التأكد من أن المريض قد لحقه ضرر جراء فعل الطبيب الخاطئ؛ ولا يجوز التعويض عن ضرر محتمل قد يقع وقد لا يقع، وذلك لأن القاضي يقضي بالتعويض عما أصاب المريض من خسارة وما فاته من كسب.[3] فالضرر غير مؤكد الوقوع لا يمكن للقاضي تقديره وبذلك عدم القدرة على تقدير التعويض عنه، وإلا كان هناك إجحاف في حق المريض المضرور وأكل لحقه .

وننوه إلى أن الضرر المحتمل يختلف عن الضرر المستقبلي؛ فهذا الأخير مؤكد الوجود وإن تراخت عوارضه وتراخى حدوثه إلى المستقبل، كمن فقد عينه اليمنى نتيجة التهاب سببه خطأ جراحي

[1] صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، مرجع سابق، ص 85.

[2] جواد منصوري، المرجع السابق، ص 34-35.

[3] جواد منصوري، المرجع نفسه، ص 35.

قام به الجراح ثم بعد مدة انتقل الالتهاب إلى عينه اليسرى ليفقد كلتي عينيه ؛ فلو قد التعويض عن فقد عينه اليمنى فقط لضاع حق المريض .

ثالثا: أن يكون الضرر مباشرا :

إن الضرر المباشر هو مايكون نتيجة طبيعية للفعل الخطأ، وهذا الضرر هو الذي يكون بينه وبين الخطأ المنشئ له علاقة سببية وفقا للقانون.[1]

وقولنا هنا بالمباشرة كشرط للضرر لا ينفي الضرر بالتسبب؛ فالمتسبب بالضرر تقع عليه مسؤولية ذلك الضرر الذي وقع بسببه وله يد فيه، ولكن المقصود هنا هو عدم حدوث سبب خارج عن إرادة الطبيب يتسبب في حدوث الخطأ أو ما يسمى السبب الأجنبي وهذا الأخير سنتحدث عنه بتفصيل أكثر في المطلب الموالي.

المطلب الثاني : ركن العلاقة السببية بين الخطأ الطبي الجراحي والضرر:

قد يقع خطأ من الطبيب الجراح أثناء القيام بالعلاج ولكن هذا الخطأ لا يؤدي إلى ضرر المريض، أوقد يقوم الطبيب بعمله الجراحي على أتم وأحس وجه؛ ولكن حدث أمر أدى إلى وقوع ضرر للمريض من دون أن يكون للطبيب يد فيه، في هذه الحالات لا يسأل الطبيب الجراح عن الأذى الذي أصاب المريض وذلك لعدم وجود رابط بين الخطأ والضرر، أي غياب علاقة السببية بين الخطأ المرتكب والضرر الحاصل، والتي تجعل من الخطأ سببا في الضرر مما تقوم على إثره مسؤولية الجراح.

الفرع الأول: مفهوم العلاقة السببية

أولا: تعريف العلاقة السببية

ويقصد بها وجود رابطة بين الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب أو الجراح والضرر الذي أصاب المريض، والعلاقة السببية في الأعمال الطبية شديدة التعقيد من حيث وجودها وقيامها، نظرا لما يتميز به الجسم الإنساني من النواحي الفيزيولجية والتشريحية الوظيفية، وتغير حالاته المرضية،

[1] منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص 56.

حيث تتعدد أسباب حدوث الضرر أحيانا عند المريض، فقد يكون مصدر الضرر أشخاصا آخرين، أو قد يكون سببه المريض نفسه.[1]

-ويراد بها أيضا العلة التي تربط الضرر بالخطأ وتعد هذه العلة ركنا قائما بذاته مستقلا عن ركن الخطأ، فقد يقع الخطأ من الطبيب ولكن لا يكون هو السبب فيما أصاب المريض من أضرار، كما لو أهمل الطبيب في إجراء العملية الجراحية ثم أصيب المريض بأزمة قلبية أدت إلى وفاته، وهذه الأزمة لا ترجع إلى خطأ الطبيب.[2]

وسواء أكان الطبيب مباشرا للضرر الذي لحق بالمريض أو متسببا فيه، فإنه يسأل عن ذلك، إلا إذا أثبت انعدام علاقة السببية بين تصرفه والضرر الذي لحق بالمريض؛ كأن يثبت أن الضرر يرجع لخطأ المريض، أو لخطأ الغير، أو لقوة قاهرة.[3]

ثانيا-موقف القضاء الفرنسي من ركن العلاقة السببية: تقيم محكمة النقض الفرنسية مبدأ شهيرا في هذا الشأن مقتضاه أنه متى أثبت المضرور الخطأ والضرر وكان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، و للمسؤول نفي هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه .[4] كما سبق وذكرنا.

ولا يمكن للطبيب أو الجراح أن ينفي المسؤولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي والمقصود به كل فعل أو حادث لا ينسب للطبيب، يجعل منع وقوع الفعل مستحيلا.

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من ركن العلاقة السببية: أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد نص في المادة 127 من القانون المدني على: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له

---

[1] صالح حمليل، المسؤولية الجزائية الطبية -دراسة مقارنة- الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، قسم الحقوق، أدرار، ورقة بحثية مقدمة في إطار الملتقى الوطني المنظم من طرف كلية الحقوق بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، بتاريخ 23-2008/01/24م، ص 13-14.

[2] صالح بن ممحمد بن مشعل العتيبي، مرجع سابق، ص 88.

[3] صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، المرجع نفسه، ص 88.

[4] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية، دار الجامعة الجديدة، (د ط)، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 170-171.

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" [1] ويستخلص منها أن السبب الأجنبي يتمثل في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وخطأ المضرور، وخطأ الغير، وعليه فإن السبب الأجنبي، يزيل وصف الخطأ عن الفعل الضار وينفي ركن السببية، ومما جاء عن المحكمة العليا أنه: " يشترط في السبب الأجنبي أن يكون عفويا، بعيدا عن أي تقصير أو إهمال من جانب من يتمسك به و بحدوثه "؛ ومعنى ذلك أنه ينبغي ألا يكون المدعى عليه قد أسهم بخطئه في إحداث الفعل أو الحادث أو استفحال نتائجه.[2]

الفرع الثاني: إنعدام العلاقة السببية لقيام السبب الأجنبي:

تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا كان هناك سبب أجنبي ترتب عليه حدوث الضرر، وهذا السبب قد يكون حادثا فجائيا أو قوة قاهرة أو خطأ المريض أو الغير.

ويشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه، واستحالة دفعه أو التحرز منه؛ ويترتب عليه انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فلا يكون هناك محل للتعويض.[3]

أولا: الحادث المفاجئ: هو أن يحصل التلف بفعل يقدر الإنسان على دفعه، ولكنه فوجئ به في مكان مأمون عادة، [4] ومعناه أن يطرأ على الطبيب أو الجراح حادث مفاجئ لم يكن يتوقع حدوثه في نفس الموضع .

ثانيا: القوة القاهرة: وتعني الأمر الذي لا يمكن توقعه أو تلافيه، وهو خارج عن الإرادة ومن شأنه إذا حدث أن يجعل الوفاء بالالتزام مستحيلا.[5] ؛ ولعل أقرب مثال على ذلك في ميدان العمل الطبي؛ عدم مقدرة الطبيب الجراح على الوصول إلى المستشفى أو التأخر في الوصول لإجراء عملية

---

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني (ج، ر، ج لسنة 1975، ع 78، ص990 وما بعدها) المعدل والمتمم.

[2] صالح حمليل، مرجع سابق، ص 14.

[3] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 171.

[4] وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، (د ط)، دمشق، سوريا، 1998، ص 24.

[5] منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 115-116.

مستعجلة لمريض بسبب تعرض الجراح لحادث سير، فهنا في مثل تلك الحالات ما يلحق بالمريض من أضرار أو مضاعفات أو حصول الوفاة ليس بسبب خطأ الطبيب الجراح بل بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، فوجود هذا السبب الأجنبي يقطع رابطة السببية بين الضرر الحاصل للمريض والخطأ الطبي والذي ليس للطبيب شأن فيه، ينفي المسؤولية عن الطبيب.[1]

ويمكن أن نقول عن القوة القاهرة أيضا أنها حصول التلف بقوة لا يستطيع الإنسان دفعها، وليس في إمكانه الإحتراز منها، وبالتالي لا يضمن المتسبب، لأن القاعدة الفقهية تقرر: " ما لا يمكن الإحتراز منه لا ضمان فيه"[2]

ثالثا: خطأ الغير: إن المقصود بالغير في المجال الطبي هو شخص غير الطبيب المعالج أو المريض نفسه، كما يشترط ألا يكون الغير من بين الأشخاص الذين يعد الطبيب مسئولا عنهم كالمساعدين أو الممرضين، وإلا كنا بصدد مسؤولية الطبيب عن خطأ تابعيه، وإذا تبين أن السبب في حصول الضرر أو المضاعفات للمريض هو من الغير فهنا تنتفي المسؤولية عن الطبيب المعالج، كأن يذهب مثلا مريض مصاب بكسر إلى مجبر شعبي غير مراع لتوجيهات الطبيب؛ مما يسبب له عدم التئام الكسر أو عاهة مستديمة ؛ فخطأ المجبر الشعبي هنا هو خطأ الغير.بتصرف[3].

رابعا: خطأ المريض: قد يكون المريض نفسه هو السبب الوحيد في حصول الضرر، وإذا أثبت القائم بالعمل الطبي أو الجراحي ذلك يمكنه إسقاط المسؤولية الملقاة عليه ولا يلزم بالتعويض، كأن يهمل المريض العناية بالجرح بع العملية الجراحية من حيث عدم مراجعته للطبيب لمتابعة الجرح وإجراء الغيار والتطهير اللازم والمراقبة، فهذا الإهمال قد يؤدي إلى تلوث الجرح جرثوميا، وقد يؤدي ذلك إلى وفاة المريض، فهنا لا يسأل الطبيب عن تلك الأضرار لأنه لا يد له في حصولها بل إهمال المريض في المتابعة.[4]

---

[1] منصور عمر المعايطة، المرجع السابق، ص 116.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص37.

[3] منصور عمر المعايطة، المرجع نفسه، ص 116-117.

[4] منصور عمر المعايطة، المرجع نفسه، ص 117.

الشريعة الإسلامية تأبى أن يسأل الإنسان عن ضرر لا يد له في إحداثه، وذلك ما يدل عليه قوله عز وجل:﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[سورة الأنعام:164]، وقوله تعالى أيضا: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ....﴾[سورة البقرة:286]، وعليه لا يسأل الإنسان عن ضرر أحدثه حيوانه، إلا إذا كان نتيجة إثارة أو توجيه منه، أو إهمال أو تقصير في حفظه وحراسته، حيث يجب ذلك شرعا، ولا يسأل عما يحدثه أولاده، ولا أتباعه من ضرر، وإنما يسألون هم عنه، وجملة القول أن المبدأ العام عدم مساءلة الإنسان عن ضرر يحدثه غيره ولا يد له فيه.[1]

المطلب الثالث: التعويض عن الضرر وعبءإثباته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

كما بينا سابقا فإن غاية وهدف قيام المسؤولية المدنية هو جبر الضرر الحاصل ومحاولة محو آثاره الواقعة على الشخص المضرور، أو التخفيف من حدة هذا الضرر إن لم يكن بالإمكان محو معالمه كليا، إذا ثبت حصول الضرر بسبب خطأ مرتكب من طرف المدعى عليه ويتمثل في الطبيب الجراح، في هذا المطلب سنتعرف على ماهية التعويض بين كل من الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، وكيف كانت نظرة كل منهما لمسألة جبر الضرر، وكيف تعامل كل منهما مع هذه المسألة من حيث الحرص على حصول المضرور على حقه من غريمه، وعلى من يقع عبء إثبات مسؤولية مرتكب الخطأ.

الفرع الأول: التعويض عن الضرر وكيفية تقديره.

من أجل فهم التعويض كآلية لجبر الضرر إنتهجها كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي يجب علينا أولا أن نتعرض لتعريفه سواء في الفقه الإسلامي – كيف تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لمسألة التعويض– وكذلك بالنسبة لشرّاح القانون، هذا ما سنحاول تناوله من خلال هذا الفرع.

أولا: تعريف التعويض أو الضمان

1–التعويض لغة: من العوض وهو البدل، والجمع أعواض، تقول عُضت فلانا وأعضته وعوّضته إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، والمستقبل التعويض، وتعوض منهوإعتاض أخذ العوض.[2]

[1] علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، (د ط)، القاهرة، مصر، 2000، ص 46– 47.

[2] ابن منظور، لسان العرب، المجلد السابع، دار صادر، بيروت، لبنان، ص 192.

والضمان : ضمن : الضمين الكفيل، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا: كفل به، وضمّنه إياه: كفّله، قيل: ما يضمن فهو أداء أي ضمنه، والإسم ضمان.[1]

2- التعويض إصطلاحا:

يستعمل أكثر الفقهاء كلمتي: "الضمان والكفالة" على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس، وذلك عند إلتزامهما بعقد الكفالة أوالضمان، كما يستعملون إسم الضمان فيما هو أعم من ذلك، وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد كالاعتداء.

والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، إذ هو مطلوبآدائه إذا ما تحقق شرط آدائه.[2]

والضمان يشكل جزاءا ماليا يخلو من معنى العقوبة، إذ يقاس بمعيار موضوعي بحت ويتعادل في قيمته مع الضرر المراد جبره.[3]

وقد عرض بعض الفقهاء للتعريف بالضمان فعرفه بعضهم بأنه: واجب رد الشيئ أو بدله عند تلفه، قال تعالى في محكم تنزيله: ﴿ ۞إِنَّ ٱللَّهَيَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِإِلَىٰٓأَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُمبَيۡنَٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْبِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢابَصِيرَا ٥٨ ﴾[سورة النساء:58].فقد أوجب أداء الأمانة، ووجوب الآداء عليه يستلزم شغل الذمة به، وقال تعالى أيضا: ﴿ وَلِمَن جَآءَبِهِۦحِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَاْ بِهِۦ زَعِيمُ ٧٢ ﴾[سورة يوسف: 72] أي أنه ضامن.[4]

وأكثر ما يستعمل الضمانبمعنى التعويض عن الشيء في حال هلاكه، ونجد تعريفه في مجلة الأحكام العدلية بأنه:" إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات"[5]، ويعرف أيضا بأنه: شغل الذمة بواجب يطلب الوفاء به إذا توافرت شروطه.[6]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث عشر، المرجع السابق، ص 258.

[2] علي الخفيف، مرجع سابق، ص 8-9.

[3] أسماء موسى أسعد سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 13.

[4] علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 10.

[5] مجلة الأحكام العدلية، الكتاب الثاني، الباب الأول، المادة 416، (د ط)، (د ت)، ص71 .

[6] أسماء موسى أسعد سرور، المرجع نفسه، ص 29.

ومن تعريفاته التي تهدف إلى توضيح العلاقة بين الضمان والمسؤولية التقصيرية، حيث يعرفه الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي بأنه: الإلتزام بتعويض الغير عما لحق به من تلف أو ضياع للمنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية[1]، فهو إلتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير[2]

ونجد هنا أن التعريفات السابقة تعبر عن غاية الضمان وهي إزالة الأثر الضار الذي تسبب فيه الفعل، الذي لا يجيزه الشرع، فالضمان من الجزاءاتالجوابر لا من الجزاءات الزواجر، إيجاز فكرته (الضمان) بأنه: شغل الذمة بالتعويض عن عدم تنفيذ الضامن لما ضمنه من واجب محله العمل أو المال.[3]

3-التعويض في التشريع الجزائري:

يعد التعويض الآلية القانونية التي رصدها المشرع الجزائري _على غرار التشريعات العربية_ لكل متضرر من أجل الحصول على حقه، وهذا ما أشارت إليه المادة 124 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" وهنا نجد أن المشرع الجزائري قد أشار إلى مصطلح التعويض ولكنه لم يحدد معناه، غير أن هذا لا يمنع من اعتباره ذلك الأثر المباشر والآلية التشريعية المنظمة.[4]

وعليه فالتعويض في ميدان المسؤولية الطبية يعتبر ثمرتها، إذ هو البدل الذي يدفعه الطبيب لمريضه تعويضا له عن الضرر اللاحق به، والهدف الذي يرمي إليه المدعي.[5]

وقد عرفه الدكتور محمد صبري السعدي على أنه الحكم الذي يترتب على تحقق المسؤولية.[6]

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 15.

[2] أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 29

[3] أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع نفسه، ص 35.

[4] مخطارية عمارة، مرجع سابق، ص 406.

[5] مخطارية عمارة، المرجع نفسه، ص 407.

[6] محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدي، ط2، 2004، ص 210 .

ثانيا: مشروعية الضمان والحكمة منها.

1_مشروعية الضمان:

قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمين للحفاظ على حرمة أموال الناس وأنفسهم، وجبرا للضرر، وقمعا للعدوان، ونجد القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة لا يخلوان من آيات وأحاديث تدل على مشروعيته:

أ-دليل مشروعية الضمان من القرآن الكريم:

قال **جل جلاله**: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾[سورة الشورى: 40]، وقال جل وعلا أيضا: ﴿وَإِنۡعَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ١٢٦﴾[سورة النحل: 126].

والضمان شرع كوسيلة لحفظ أموال الناس وصيانتها، ومحافظة على حقوقهم وبعدا عن ضررهم، ودرءا للعدوان عليهم وجبرا لما انتقص من أموالهم، قال الله عز وجل :﴿وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٍ أَن يَقۡتُلَ مُؤۡمِنًا إِلَّا خَطَـٔٗاۚ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ﴾[سورة النساء:92] .

ب- دليل مشروية الضمان من السنة المطهرة:

ومن السنة النبوية في ضمان المتلفات: ما رواه أنس رضي الله علي قال: أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت مافيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " طعام بطعام، وإناء بإناء"[1].

وحديث يحيى عن مالك عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" لا ضرر ولا ضرار"[2]

وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة 20 منها: "الضرر يزال شرعا"[1]ويقصد بها أن الضرر إن وقع، والواجب عدم إيقاعه، يستوجب إزالته، باعتبار ذلك ظلم وإقرار الظالم على ظلمه حرام شرعا، ومن أوجه إزالته المقررة في الشريعة، ضمان المتلف لما أتلف.[2]

[1] رواه البخاري في صحيحه (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري(256ه)، الحديث رقم5225، دار ابن كثير، دمشق – بيروت، 1423ه/2002، ص 1331.

[2] رواه مالك بن أنس: (179 ه)، الموطأ، ضبط وتوثيق وتخريج: صدقي جميل العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1435 ه-1436 ه / 2014م، رقم الحديث: 1461، ص 374.

قال الكاساني: " يجب الضمان في الغصب والإتلاف، لأن كل ذلك إعتداء وإضرار"[3]، ويعني وجوب رفع الضرر الفاحش وترميم آثاره،

قال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام : " إن الإتلاف يقع بالظنون والأيدي والأقوال والأفعال، ويجري الضمان في عمدها وخطئها، لأنه من الجوابر، ولا تجري العقوبة والقصاص إلا في عمدها لأنها من الزواجر. وكل ذلك يدل على أن مبدأ المسؤولية عن الضرر والتعويض عنه أمر مقرر أساسي في الإسلام.[4] بتصرف

2- حكمة مشروعية التعويض (الضمان):

يقول الدكتور محمد المدني بوساق في كتابه التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي: مشروعية التعويض عن الضرر من أسرار عظمة هذا التشريع الرباني ورحمته بالأمة؛ حيث جعل هذا المبدأ جامعا لكل خير، دافعا لكل ضرر، فهو يحقق صيانة الأموال من الضياع والنقص، فإن حرمة المال لا تقل شأنا عن حرمة الأنفس، بل هي من لوازم المحافظة على الأنفس، لذلك اقتضت الحكمة أن تكون صيانة الأموال، بتقرير مبدأ التعويض بالمثل أو القيمة، جبرا للضرر والنقص الذي يلحق المضرور.[5]

ثالثا: كيفية تقدير التعويض:

اتفق العلماء على تحريم الغصب والإتلاف ونحوهما من الاعتداء على أموال الناس، لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾[سورة النساء:29] ولأن المقصود من التضمين جبر الضرر، وذلك أعدل وأتم في مثل الشيء المتلف، وإذا تعذر وجود المثل ينتقل إلى القيمة للضرورة عملا بالقاعدة الشرعية: "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل".[6]

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، (د ط)، (د ت)، المادة :20، 26.

[2] أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 35.

[3] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 24.

[4] وهبة الزحيلي، مرجع نفسه، ص 24.

[5] محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا، الرياض، ط 1، 1419 هـ / 1999 م، ص 161.

[6] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 86-87.

1-تقدير التعويض في الفقه الإسلامي:

المبدأ العام في تعويض الأضرار الناشئة عن ضمان اليد أو المسؤولية التقصيرية؛ هو المماثلة بين التعويض والضرر أي أنه يجب تعويض جميع الضرر؛ لأن ضمان الإتلاف ضمان اعتداء، والاعتداء لم يشرع إلا بالمثل في النص القرآني .

إذا وقع الضرر فعلا وجب التعويض؛ لأن السبب يفضي إلى مسببه دائما، وإذا لم يترتب على الفعل ضرر لم يجب به الضمان.[1]، فإذا كان الضرر نتيجة مباشرة للفعل ألزم من أحدثه الضمان إتفاقا، سواء كان من أحدثه متعمدا فيه، أو غير متعمد، وذلك محل اتفاق فيضمن المجنون من ماله ما أتلفه بفعله، وكذلك الصبي الذي لايميز والنائم إذا إنقلب على مال فأتلفه، وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار"، ويعد هذا الإلزام في أموالهم من قبل خطاب الوضع _ القاضي بترتب المسبب على سببه _لا التكليف، إذ ليسوا في فعلهم أهلا للتكليف، ولكن مناط التضمين هو تحقق الضرر فكل من ألحق ضررا بغيره لزمه الضمان سواء كان في إحداثه متعمدا أم غير متعمد. والمتفق عليه بين فقهاء المذاهب أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والمتسبب لا يضمن إلا إذا تعمد[2].

والتماثل في الأموال المثلية يكون بجعل مقدار التعويض مماثلا للمال الذي أصابه الضرر جنسا ونوعا وصفة وكمية، وفي الأموال القيمية يكون التعويض بقدر قيمة المال النقدية المقدرة بواسطة أهل الخبرة .ويلاحظ أن الضمان يجب من مال الجاني نفسه، وهو الأصل في المسؤولية.[3]وبالنسبة للجرائم فإن ما يقع من المخطئ مسئول عنه ماليا ولا يعاقب بدنيا، ودليله من القرآن ذكرناه سابقا في الآية: 92 من سورة النساء، وكذلك إذا أخطأ فترتب على خطئه قطع طرف من أطراف الشخص، وجبت عليه دية هذا الطرف، وقال الزيلعي في كتابه شرح التبيين:" الضمان

[1]علي الخفيف، مرجع سابق، ص 38.

[2] علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 58-58، 60 .

[3]وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 89.

في الخطأ لضرورة صون الدم من الإهدار، ولولا ذلك لتخاطأ كثير من الناس، وأدى إلى التفاني، ولأن النفس محترمة، فلا تسقط بعذر التخاطؤ كما في المال، فيجب المال صيانة لها من الإهدار.[1]

فإذا كان الضرر ناتجا عن خطأ من الفاعل، أو سقط القصاص لأحد الأسباب العامة أو الخاصة بالجناية على ما دون النفس، أو سقط بسبب صلح أو عفو عن غير الدية فإن الواجب حينئذ البدل المالي، وهو الدية أو الأرش أو حكومة العدل.

والدية إذا أطلقت قصد منها الدية الكاملة، وهي مائة من الإبل، ومعنى الأرش: هو ما كان دون الدية الكاملة؛ كالنصف والثلث وغير ذلك، أما حكومة العدل فهي: أرش غير مقدر ابتداءا، وتقديره يعود لاجتهاد القاضي[2]، ويقول الدكتور علي الخفيف في كتابه الضمان في الفقه الإسلامي:" في حالات الاعتداء التي لم يقدر فيها الشارع جزاءا ماليا وترك تقديره لذوي الخبرة والنظر، وذلك ما يسمى في الفقه الإسلامي بحكومة العدل، إذ لا يخلو ذلك التقدير فيها من مراعاة المعادلة بين الضرر والجزاء بواسطة أصحاب الخبرة[3]، وذهب بعض الفقهاء إلى أن حكومة العدل تقدر بما يتطلبه علاج الجرح أو الشجة من النفقة وأجرة الطبيب وثمن الأدوية، وما إلى ذلك إلى أن يبرأ.[4]

أما عن وقت تقدير التعويض فالإتلاف تجب فيه القيمة يوم التلف اتفاقا[5]و يحدد التعويض في القانون المدني وفقا لقاعدتين هما: أن يكون التعويض مساويا للضرر الحاصل، وألا يزيد مقدار التعويض عن الضرر، ومقياس التعويض هو الضرر المباشر، وذلك يشتمل على عنصرين جوهريين هما: الخسارة التي لحقت المضرور، والكسب الذي فاته، فلا تراعى جسامة الخطأ ولا المركز المالي للمسئول، ولا إذا ما كان المسئول مؤَمّنا على مسؤوليته، ولكن يراعى في تقدير التعويض الظروف الملابسة للمضرور، لا الظرف الملابس للمسئول، فيقدر التعويض حسب جسامة الضرر الذي لحق المضرور جراء الإعتداء، ويشمل التعويض الضرر المادي والمعنوي معا.[6]

---

[1] محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د ط)، (د ت)، ص 353-354 .

[2] محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص 308.

[3] علي الخفيف، مرجع سابق، ص 13 .

[4] علي الخفيف، المرجع نفسه، ص 14 .

[5] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 91.

[6] وهبة الزحيلي، مرجع نفسه، ص 92-93 .

سبق وأشرنا أن التعويض في المسؤولية الطبية ينشأ عند اكتمال عناصرها من خطأ وضرر، وعلاقة سببية، فإن القاضي يقدره بحسب قيمة الضرر اللاحق بالمضرور... [1].

2-تقدير التعويض في التشريع الجزائري:

تناول المشرع الجزائري مسألة تقدير التعويض، فنجد المادة: 131 من القانون المدني والتي نصها:" يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182"[2]، وبالرجوع لنص المادة 182 من نفس التقنين نجدها تنص على: " إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب"[3]، ولكن الناظر في هذا النص يلاحظ أن المشرع الجزائري ركز فقط على التعويض عن الضرر المادي ذلك أن عنصري ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب هما عنصران للضرر المادي.[4]بتصرف، ولكنه تدارك ذلك النقص وصححه بتعديل المادة سالفة الذكر(المادة 182 مكرر ق م ج) وقد تطرقنا لهذا آنفا.[5]، وكذلك ما نجده في المواد 288و289 من قانون العقوبات، والتي قرر فيها عقوبات بخصوص القتل الخطأ والجرح الخطأ وكان نصها كالتالي:

المادة 288: " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه، أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20000 دينار"[6].

المادة 289:" إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الإحتياط إصابة أو جرح، أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى العقوبتين"[7].

---

[1] مخطارية عمارة، مرجع سابق، ص 407.

[2] حررت في ظل الأمر رقم 75 -58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، وعدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م (ج ر ج العدد 44، ص 23).

[3] تقنين مدني جزائري، الكتاب2 : آثار الإلتزام، الفصل2 :التنفيذ بطريق التعويض، ص 30 .

[4] جواد منصوري، مرجع سابق، ص 31.

[5] أنظر الصفحة 41، أنواع الضرر، الضرر المعنوي أو الأدبي.

[6] قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ج2، الكتاب 3، القسم 3، 2005، ص 106.

[7] قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ج2، الكتاب 3، القسم 3، 2005، ص 106.

من خلال هاتين المادتين من قانون العقوبات الجزائري يتضح لنا أن المشرع الجزائري لم يهمل مسألة تعويض الضرر الناتج عن الخطأ أو التقصير والرعونة وعدم الحيطةوالإنتباه وحدد مقدار التعويض بمبلغ مالي إضافة إلى نصه على العقوبة البدنية المتمثلة في الحبس.

أما فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية فنستنتج أن المشرع وإن لم يقرر نصوصا خاصة بالتعويض عن الضرر الطبي إلا أنه أشار إلي الضرر في نصوص متفرقة من قانون العقوبات مثل المادتين السابقتين وكذلك القانون المدني وغيره، وهذا ما يفتح المجال للقاضي ليجتهد في تقدير التعويض عن الضرر اللاحق بالمريض المضرور مراعيا الظروف المحيطة بكل خطأ طبي، مما يضمن لهذا الأخير تحصيل حقه.

3-وقت تقدير التعويض:

أما وقت تقويم الضرر وبالتالي تقدير التعويض عنه فهو في رأي أغلب شراح القانون المدني؛ هو وقت وقوع الضرر، لأن الفعل غير المشروع هو الذي أنشأ الحق في التعويض، وهناك رأي مؤداه التمييز بين الإلتزام بإصلاح الضرر وذلك ينشأ وقت وقوع الضرر، وبين الإلتزام بدفع التعويض الذي يقضي بتقدير مبلغ التعويض وقت صدور الحكم.[1]

الفرع الثاني: عبء إثبات المسؤولية الطبية التقصيرية للطبيب الجراح

تعرضنا لموقف كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري حول مسألة التعويض عن الضرر الناتج من الخطأ الطبي الجراحي وكيفية تقدير التعويض، ولكن عند إمعان النظر نجد أن هناك حلقة مفقودة يجب البحث عنها والخوض فيها لكي نقول أننا قد ألممنا بمسألة التعويض، ألا وهي مسالة إثبات المسؤولية فعلى من يقع عبئها ومن المكلف بأن يثبت سواء قيامها أو سقوطها، هل هو المريض المضرور أم الطبيب الجراح ؟

تفتقر الدعوى المتضمنة لما يوجب المسؤولية إلى وجود الدليل الذي يشهد بصحتها، وثبوتها، وهذا مبني على الأصل الذي قررته الشريعة الإسلامية من أن الدعاوى لا تقبل مجردة من الأدلة التي تثبتها، قال تعالى في محكم تنزيله:﴿قُلْ هَاتُواْ بُرْهَـٰنَكُمْ إِن كُنتُمْ صَـٰدِقِينَ ﴿١١١﴾﴾[سورة البقرة: 111]،

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 93.

وفي الصحيح من حديث ابن عباس_ رضي الله عنهما_ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال، وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه".[1]

فدلت هذه النصوص على أن الدعوى لا تقبل مجردة عن الدليل الذي يؤكد صحتها، وأن صاحبها مطالب بإقامته لكي يحكم باعتبارها، وعلى ذلك أجمع أهل العلم رحمهم الله، وبناءا على هذا الأصل فإن المرضى وذويهم إذا ادعوا ما يوجب مسؤولية الأطباء ومساعديهم فإنهم مطالبون بإقامة الدليل الذي يثبت صحة دعواهم إذا أنكر الأطباء و مساعدوهم تلك الدعوى[2]

ولذلك فالقاضي يعتمد في إثبات موجب المسؤولية على الأدلة المعتبرة شرعا وهي:

1_ الإقرار.

2_ الشهادة.

3-الخبرة الطبية.

4-المستندات الخطية. وسنشرح كل منها بتفصيل أكثر.

أولا: الإقرار: نجد الدكتور الشنقيطي في كتابه أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها؛ يعتبره أقوى الأدلة للإثبات ويبرر ذلك بقوله ؛ لأن كونه شهادة الإنسان على نفسه وهو أعلم بها من غيره، والغالب فيه أنه لا يشهد على نفسه بما يوجب الضرر بها إلا وهو صادق في شهادته.[3]

ثانيا:الشهادة: فإنها تكون برجلين عدلين إذا ترتب على الحكم بها إثبات القصاص والتعزير، أما إذا كان المترتب عليه من الحقوق المالية، كالضمان فإنه يقبل شهادة النسوة منفردات ومشتركات مع الرجال بناءا على الأصل الموجب لقبول شهادتين بالأموال وما يرجع عليها، قال الشيخ أحمد الرملي الشافعي _ رحمه الله _ : "من تطبب ولا يعرف الطب فتلف شيء ضمن، ويعرف ذلك بقول طبيبين عدلين غير عدوين له ولا خصمين.." وينبغي أن يكون الأطباء الذين يعتمد القاضي على شهادتهم من أهل الخبرة والدراية الواسعة التي تمكنهم من إنصاف الأطباء المتهمين، وتوجب حصول الثقة

[1] رواه البخاري في صحيحه، الحديث رقم 4552، كتاب التفسير، مصدر سابق، ص 1115.

[2] محمد الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، الطبعة 2، جدة، السعودية، 1415 هـ / 1994م ص 485- 486.

[3] محمد الشنقيطي، المرجع نفسه، ص 487.

والطمأنينة بصحة حكمهم"[1]. ندرك من هذا القول مدى حرص الشريعة على تحقيق العدل واجتناب الظلم في الحكم سواء بالنسبة للمدعي أو المدعى عليه أي المريض والطبيب، وذلك من خلال عبارتي: "غير عدوين له ولا خصمين" أي أن لا تربط الشاهدان بالطبيب المدعى عليه علاقة عداوة أو خصومة تدعوهما إلى الكذب في الشهادة بما يضر هذا الأخير، _ ويمكننا أن نضيف أيضا عدم قيام الشاهدان بالتواطؤ مع المدعى عليه كأن تأخذهما الحمية ويطمسا الحقائق في تقرير الخبرة الطبية مساندة لزميلهم وهذا ما نسمع أو نرى حدوثه في مجتمعنا_، وعبارة "من أهل الخبرة والدراية الواسعة أي من أصحاب الإختصاص ولهما دراية بعلم الطب ما يمكنهما من معرفة ملابسات المسؤولية الواقعة على الطبيب المدعى عليه، وهذا ما أشار إليه الدكتور محمد بوساق بقوله:"ويرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح وعمقه وعرضه..."[2]

ثالثا-الخبرة الطبية:

وعليه فلكي يصل القاضي إلى تقدير تعويض عادل للذي لحقه الضرر، لابد من اللجوء إلى خبير يكون صاحب تخصص وخبرة في الصنف المراد تقدير تعويض عنه، وإذا اختلف أهل الخبرة في تقدير العوض، يكون على القاضي أن يسأل غيرهم ممن له بصر أكثر حتى يتبين له السداد أو أن ينظر إلى أقرب تقويم إلى السداد[3].

وهذا ما يطلق عليه حاليا بالخبرة الطبية: وهي إحدى طرق الإثبات التي نص عليها القانون في كثير من دول العالم وأباحها لطرفي الدعوى، فنجد تطبيقها في الكثير من التشريعات العربية والغربية، ومثال ذلك ما جاءت به المادة 39 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني، حيث تنص: " إذا توقف تمييز ماهية الجرم وأحواله على معرفة بعض الفنون والصنائع، فعلى المدعي العام أن يستصحب واحدا أو أكثر من أرباب الفن والصنعة "، ويشمل ذلك الأطباء لكونهم أصحاب فن وعلم وصناعة.[4]

---

[1] محمد الشنقيطي، مرجع السابق، ص 488 .

[2] محمد بن المدني بوساق، مرجع سابق، ص 257 .

[3] محمد بن المدني بوساق، المرجع نفسه، ص 259- 260 .

[4] منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 123.

ونجد الإمام الشافعي[1] _ رحمه الله_ يؤكد ما سبق، فقد أشار إلى إعتبار أهل الخبرة والعلم بصنعة الجراحة، وذلك من خلال قوله: " وإذا أمر الرجل أن يحجمه، أو يختن غلامه، أو يبيطر دابته، فتلفوا من فعله، فإن كان فعل ما يفعله مثله مما فيه الصلاح للمفعول به عند أهل العلم بتلك الصناعة فلا ضمان عليه"[2]

رابعا- المستندات الخطية: فالمراد بها التقارير المكتوبة من طرف الأطباء ومساعديهم، إذ تعتبر حجة في حال العثور عليها في سجلات المستشفيات، فإن وجد فيها ما يوجب مؤاخذة الطبيب ومساعديه فإنها تعتبر مستندا شرعيا.[3]

نجد هنا أن الفقه الإسلامي قد اتفق مع القانون الوضعي على أن عبء الإثبات يقع على المدعي المتضرر، وذلك بأن يثبت خطأ المتعدي، ووقوع الضرر، وفي نطاق المسؤولية التقصيرية على المدعي المتضرر إثبات خطأ المتعدي وأنه سبب تضرره، وهذا تماشيا مع القاعدة العامة في الإسلام في توزيع طرق الإثبات على المتخاصمين[4]، وهي قوله صلى الله عليه وسلم : " البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"[5]

فإذا أثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر ولم يتدخل بينها فعل تنعدم من خلاله هذه الرابطة وقد ذكرنا ذلك سابقا كالسبب الأجنبي والقوة القاهرة والحادث المفاجئ وخطأ المريض أو الغير قامت المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح ووجب عليه التعويض للمريض المضرور.

إستنتاج: يمكننا أن نلاحظ مما سبق أن الشريعة الإسلامية تعتبر أساس الضمان وأساس المسؤولية هو الضرر بحيث تولي كل اهتمامها بالضرر الواقع للشخص المضرور ومدى جسامة الضرر بغض النظر عن جسامة الخطأ و من هو مرتكبه، وهذا لأن هدف وغاية المسؤولية أو الضمان هو جبر الضرر، على خلاف التشريع الوضعي الذي يعتبر الخطأ هو أساسها.

---

[1] الإمام الشافعي، هو أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المطلبي القرشي، ولد سنة:150 هـ /767م وتوفي رحمه الله سنة: 204هـ/ 820م .

[2] الشافعي،الأم، تحقيق الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، ج6، الطبعة 1، دار الوفاء للطباعة والنشر،1422هـ/2001م، ص 166.

[3] محمد الشنقيطي، المرجع نفسه، ص 491- 492 .

[4] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 232 .

[5] رواه الترمذي (200- 289هـ)، جامع الترمذي، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، الحديث رقم 1342، الطبعة 2 دار السلام، الرياض، السعودية، ص 324.

المبحث الثاني: طبيعة مسؤولية الطبيب الجراح عن الخطأ الطبي الجراحي وموقف المشرع الجزائري منها.

الجراحة كفرع من فروع الطب تعتبر المجال الأرحب لدراسة المسؤولية الطبية بكافة وجوهها وأشكالها، لأن أخطاء الجراحة هي الأخطاء الأنموذجية في مجال المسؤولية الطبية المدنية، وتبدو أهمية مسؤولية الجراح من خلال أهمية الجراحة في حد ذاتها، وذلك للتعقيد والخصوصية اللذان تتميز بهما هذه المهنة، إضافة

إلى كونها تمس سلامة النفس البشرية هذه الأخيرة التي حباها الله بكل التبجيل والتكريم، وسعت كل التشريعات لحمايتها من كل خطب، فالطب عامة والجراحة خاصة وجد ليزيل الألم والسقم، لا أن يوجدهما، فإخلال الجراح بواجبه وانحرافه عن مساره يجعله مؤاخذا لتسببه بالألم والمعاناة لمن كان يجب عليه أن يزيلهما عنه، وهذه المؤاخذة أو المسؤولية هي ما سنتطرق إليه في هذا المبحث لنتعرف على طبيعة مسؤولية الجراح الناتجة عن الخطأ الجراحي، وموقف المشرع الجزائري منها.

المطلب الأول: طبيعة مسؤولية الطبيب الجراح.

من المقرر في الشريعة الإسلامية مسؤولية الإنسان عن أعماله، قال عز وجل :﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[سورة الإسراء:15] وقال تعالى أيضا:﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴿٣٨﴾ ﴾[سورة المدثر:38]، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته »[1] ويدخل ضمن هذه المسؤولية الطبيب أو الجراح شأنه شأن أي إنسان يكون محلا للمسائلة باعتبار مهنته، وذلك وفق ضوابطتقتضيها خطورة المهنة التي يمارسها، وذلك إذا لم يلتزم بأصولها، ولم يبذل العناية اللازمة للمريض.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية:

أولا: المسؤولية في الفقه الإسلامي:

يرى الدكتور مصطفى الزرقا المسؤولية على أنها: تعبر عن جميع المقتضيات والآثار التي قد تنشأ عن الفعل من رد القيمة أو المثل أو الإزالة أو القيام بأي فعل يجبر الضرر بحسب

[1] أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العتق(39)، باب كراهية التطاول على الرقيق (17)، رقم الحديث 2554، 2/ ص 222 .

الأحوال[1]؛ المسؤولية في الفقه الإسلامي تأخذ ذات المعنى اللغوي لها، وما يتضمنه من معنى المؤاخذة، فهي تنشأ في حال فعل لم يجر مع مقتضيات الشريعة، وتأخذ أحد نوعين يقابل الأنواع في الفقه القانوني، فقد تكون دينية لا عقوبة دنيوية فيهان باستثناء استهجان المجتمع وتأنيب الضمير، حيث عقوبتها الأساسية في الآخرة، أو أن تكون قضائية وهي تقابل المسؤولية القانونية، وأهم ما يميزها أن الجزاء المترتب عليها يكون جزاءا دنيويا ظاهرا، ويمكن تقسيمها إلى مسؤولية مدنية، ومسؤولية جنائية، وأساس التقسيم هو الحق الذي تم انتهاكه بهذا الفعل، فإن وقع الانتهاك على حق الله شكل هذا الفعل جريمة عامة تستوجب مسؤولية تقابل المسؤولية الجنائية، وموضع التشابه أن حق الله هو ما تعلق به النفع العام للعباد دون اختصاص بأحد.[2]، كما هو حال حق المجتمع في المسؤولية الجنائية في القانون، وعليه فحق الله لا يجوز التنازل عنه، أو التصالح عليه، أو الإعفاء منه، أما إن وقع الانتهاك على حق العبد، أو على مصلحة خاصة، فإن الجريمة المتشكلة هي جريمة خاصة بالشخص الواقع عليه الانتهاك وليس المجتمع كله، وبذلك فإن هذه الجريمة تستوجب قيام المسؤولية المدنية، وقد تستوجب المسؤوليتان معا المدنية والجنائية، وذلك حين يختلط حق العباد مع حق الله نتيجة اختلاط الغاية من المسؤولية، إذ في الجزاء المترتب عليها نجد معنى العقوبة والتعويض معا، و تختلط فيها غاية الردع مع غاية الإصلاح والجبر.[3]

ثانيا: المسؤولية في التشريع الجزائري:

المسؤولية القانونية تتحقق عندما يكون القانون مصدرا للقاعدة التي تم الإخلال بها، وهي بذلك تنقسم إلى مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية، والمسؤولية المدنية تنقسم بدورها إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، حيث تنشأ المسؤولية العقدية من مخالفة الأحكام المنصوص ليها في العقد، بينما تنشأ المسؤولية التقصيرية من الإخلال بأحكام القانون[4]

[1] الزرقا مصطفى أحمد، الفعل الضار والضمان فيه، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، ط1، دمشق، 1409هـ، 1988م، ص 63 .

[2] أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع سابق، ص 25 .

[3] أسماء موسى أسعد أبو سرور، مرجع نفسه، ص 25- 26.

[4] أسماء موسى أسعد أبو سرور، المرجع نفسه، ص 13.

ومن الطبيعي تعريف المسؤولية التقصيرية كونها صلب موضوع البحث، حيث عرفها الأستاذ السنهوري بأنها: " تعويض الضرر الناشئ عن الفعل غير المشروع".[1]

ثالثا: المسؤولية في المجال الطبي:

تعرف بأنها: "الجزاء المترتب على الطبيب نتيجة إخلاله بالتزام قانوني، وهو التزام يفرض عدم الإضرار بالآخرين، ويعبر عنه في القانون المدني بالخطأ غير المشروع، ومعياره إنحراف المرء في سلوكه وتصرفاته عن جانب الحيطة والحذر والتبصر وعن بذل العناية اللازمة للمريض.[2]

لا يزال موضوع المسؤولية الطبية بمختلف جوابه وتعدد مضامينه يستأثر بمزيد من البحث والدراسة إذ حظيت قضايا المسؤولية الطبية باهتمام بالغ من طرف عديد المتخصصين من أطباء وقانونيين وباحثين، بل حتى عموم الناس، وذلك عائد بطبيعة الحال لتعلقه بحفظ النفس البشرية وحمايتها وحرمتها، فلطالما كان حرص الإنسان على نفسه وحياته من أولى أولوياته بل كان منذ القدم شغله الشاغل، لأنه مجبول على حب الذات والخوف عليها، حتى أضحى موضوع الأخطاء الطبية _ وما تشكله من تهديد على حياة الأشخاص وصحتهم_، حديث العام والخاص.

إن الباحث والمطّلع على تطور المسؤولية الطبية يعلم أن الخطأ أول ما نشأ في إطار المسؤولية المدنية نشأ تقصيريا، نتيجة تقصير وإهمال ولا مبالاة من طرف الطبيب، الأمر الذي دفع بكثير من الدول من خلال التشريع والقضاء إلى ضبط معالم المسؤولية التقصيرية للأطباء وتنظيم أصولها ومسائلها.[3]

رابعا: حالات قيام المسؤولية الطبية التقصيرية:

هناك عدة حالات تقوم فيها المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح، نجملها في عدة نقاط:

أول حالة هي غياب المسؤولية العقدية أي عدم وجود عقد بين المريض و الجراح، كأن يقوم هذا الأخير بمعالجة معيبة أو خاطئة للمريض، وفي حالة رفضه إسعاف أو مد يد العون لمريض في

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، العقد– العمل غير المشروع– الإثراء بلا سبب–القانون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت)، ص 774.

[2] محمد فهر سقفه، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد 3، 1979، ص 139.

[3] مراد بن صغير، مرجع سابق، ص 145.

حالة خطر مباشر، أو إذا ألحق المريض ضررا بالغير نتيجة إهماله من طرف الطبيب وعدم مراقبته[1]، حيث تقوم المسؤولية في المجال الطبي متى أخل الطبيب بواجبه القانوني المتمثل في التزام الحيطة والحذر واليقظة، والذي سبب بدوره ضررا للمريض، فيكون مسئولا مسؤولية تقصيرية، وهذا طبعا لانتفاء الرابطة العقدية، ومؤداه أنه إذا لم يلتزم الطبيب الجراح بما تقتضيه أصول مهنة الطب بأن يكون متيقظا حذرا أثناء تدخله الجراحي لضمان سلامة المريض، وأدى إهماله إلى وقوع خطأ سبب ضررا للمريض فإنه في هذه الحالة يصبح مقصرا في أداء واجبه المهني، مما يضعه في موضع المسئول مسؤولية مدنية تقصيرية[2].

وقد كرس القضاء في فرنسا توجها نحو مساءلة الأطباء عن أخطائهم، حيث بدأت محكمة النقض الفرنسية منذ سنة1835م تتعرض لمسؤولية الأطباء، إذ قضت بأن مسؤولية الطبيب عن فقد أحد مرضاه لذراعه نتيجة لإهمال الطبيب في العناية والرعاية لمريضه، يعتبر خطأ يقع تحت طائلة المادتين 1382و1383 تقنين مدني فرنسي، أن هذه القواعد تعد واجبة التطبيق على كل ضرر عن الرعونة أو الإهمال وعدم التبصر، وتتابعت قرارات محكمة النقض الفرنسية مؤكدة على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء، واستمر القضاء الفرنسي يؤسس مسؤولية الأطباء على أساس الخطأ التقصيري في إطار المسؤولية التقصيرية للأطباء مستخدما في تبريرها التعابير الخاصة بالخطأ والإهمال والرعونة.[3]

الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء تابعيه.

الأصل العام في الشريعة وفي القانون هو مبدأ المسؤولية الفردية، فقد قرر التشريع الإسلامي أن كل واحد مسئول عن عمله وخطئه الشخصي، وعليه وحده يقع عبء هذه المسؤولية وتحمل آثارها ونتائجها، فلا يسأل شخص عن آخر، ولا يتحمل امرؤ تبعة شخص آخر، حتى لو كان أقرب الناس له ما دام كبيرا راشدا.[4]ودليل ذلك قوله عز وجل : ﴿كُلُّ ٱمۡرِيٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [سورة الطور:21]،

[1] صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، مرجع سابق، ص 23.

[2] مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 144- 145 .

[3] بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الجراحي، مرجع سابق، ص 140-141.

[4] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 217 .

وغيرها من الآيات التي تدل على وجوب تحمل الشخص مسؤولية أعماله الفردية، وقال تعالى: ﴿كُلُّ ٱمۡرِيٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾[سورة الطور:21]، وغيرها من الآيات التي تدل على وجوب تحمل الشخص مسؤولية أعماله الفردية، وقال تعالى:﴿ قُل لَّا تُسۡـَٔلُونَعَمَّآ أَجۡرَمۡنَا وَلَا نُسۡـَٔلُ عَمَّا تَعۡمَلُونَ ٢٥ ﴾[سورة سبأ:25].

إلا أن هناك استثناءات يقتضيها العدل، وضرورة الحفاظ على حقوق الآخرين، وهي محدودة ناشئة عن تقصير في حفظ المباشر للخطأ، وتفريط في مراقبته، وإهمال للشيء المتسبب في الضرر، وهذا ما يعبر عنه القانونيون بالمسؤولية القائمة على خطأ مفترض، وهي تشمل المسؤولية عن عمل الغير كالقصر، ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه كالعمال والخدم والموظفين، والمسؤولية الناشئة عن الأشياء كحارس البناء أو الحيوان.[1] ويقابلها في المجال الطبي _بالترتيب_ مسؤولية الجراح عن أخطاء تابعيه من مساعدين وممرضين خاضعين لإشرافه وأيضا من آلات وأجهزة طبية.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية

لم يتعرض المشرع الجزائري للمسؤولية الطبية بنصوص خاصة بل ترك حكمها للقواعد العامة في المسؤولية المدنية والجزائية والإدارة، إلا أنه مما لا شك فيه أن تطبيق القواعد العامة بطريقة مجردة دون النظر إلى الطبيعة الخاصة التي يتميز بها هذا المجال قد يؤدي إلى تنازع القوانين مع الواقع، فكان للقضاء الفرنسي دور كبير في تحديد أطر هذه المسؤولية وفي تطوير أحكامها، _ كما أوردنا سابقا_.

فقد وضع القضاء الفرنسي مبادئ لهذه المسؤولية من بينها طبيعة إلتزام الطبيب في قراره الشهير(Mercier) الصادر في 20 مايو1936، والذي يقرر بأن التزام الطبيب تجاه المريض كمبدأ هو إلتزام ببذل عناية لا من أي نوع بل جهود صادقة يقظة متفقة مع الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة.[2]

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية: وإن كان المشرع الجزائري لم يخص المسؤولية الطبية بقوانين ونصوص خاصة إلا أنه كان يستند إلى مجمل

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 217 .

[2] زينب أحلوش بولحبال، حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون، أطروحة دكتورا، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر1، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2015- 2016، ص 238 .

النصوص القانونية التي تتابع الطبيب عن إخلاله بالتزامه باليقظة والتبصر، وثبوت تقصيره أو إهماله، ومن ذلك ما ورد في نص المادة 124من القانون المدني المعدل والمتمم، إضافة إلى نص المادتين 288 و289ق ع ج م م، والمواد 11، 14، 17مدونة أخلاقيات مهنة الطب.[1]والمادة 239 من قانون حماية الصحة وترقيتها م م والتي نصت على مسؤولية الطبيب التقصيرية، حيث أكد نصها على أنه يتابع طبقا لأحكام المادتين 288و289ق ع أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه، أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة الجسدية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته.[2]

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية: وقد سار المشرع الجزائري على خطى القضاء الفرنسي مثل غالبية القضاء العربي: المصري، المغربي والسوري واللبناني، فقد جاء على لسان المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها: "وحيث أن الضحية كان تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن خلال ذلك فإن المسؤولية التقصيرية ثابتة وأن الخطأ المرتكب من طرف المستأنف يتمثل في إخلاله بواجب القيام بالتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم م م"[3] وهذا القرار يظهر بشكل واضح وصريح أن القضاء الجزائري يقرّ بالمسؤولية الطبية التقصيرية.

كما أوردت المحكمة العليا أيضا حكما آخر لها تقضي فيه: " حيث أن المدعي لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة288 من قانون العقوبات"[4]

وجاء في قرار آخر:" أن المسؤولية المترتبة على المستشفى هي تعويض ذوي الضحية طبقا للمادة 124 ق م .

---

[1]مراد بن صغير، مرجع سابق، ص 145.

[2]بوخرس بلعيد، مرجع سابق، 152.

[3]مراد بن صغير، المرجع نفسه، ص 145 .

[4]مراد بن صغير، المرجع نفسه، ص 145.

كما جاء في القرار المستأنف "ما دام يوجد تهاون وتقصير من طرف عمال المستشفى، إنجرّ عنه وفاة الضحية".

وهكذا تتابعت الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري، والتي تؤكد الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية، لا سيما ما يتعلق بالأخطاء المرتكبة في المستشفيات العامة للدولة.

خلاصة الفصل:

– إن المشرع الجزائري لم ينص على المسؤولية الطبية بشكل تنفرد فيه بتشريع خاص يحكمها ويحدد ملامحها ؛ ويضع ضوابط للعمل الطبي وممتهنيه وممارسيه حيث تناثرت نصوصها _وما أقلها_ بين طيات مختلف القوانين مما يصعب على القضاة والباحثين في هذا المجال لم شتاتها، ويسبب تنازع القوانين فيما بينها وبين الواقع ؛ فتضيع حقوق كثيرة وفرص عديدة على ضحايا الأخطاء الطبية في تحصيل حقوقهم، ولا نقصد هنا المرضى فقط بل قد يُظلم الطبيب في أحايين كثيرة.

– كذلك يعاب على المشرع الجزائري أنه أهمل مسألة عبء الإثبات، فلم يحدد على عاتق من تقع، المريض أم الطبيب.

– كما قلنا سابقا فإن الشريعة الإسلامية تعتمد الضرر أساسا لقيام المسؤولية ووجوب التعويض دون النظر لجسامة الخطأ وهذا في نظرنا أعدل وأنصف في جبر الأضرار وتحصيل الحقوق، بدل التركيز على الخطأ.

ورغم هذا السهو إن صح التعبير الذي وقع فيه المشرع الجزائري من أن يشرع قانونا خاصا بالمسؤولية الطبية لعظم خطورتها وكبر شأنها؛ إلا أنه لم يهملها مطلقا حيث نص على بعض القوانين _ ذكرنا بعضها سابقا_التي يمكنها أن تنقذ القاضي في حالة ما إذا وجد نفسه في مواجهة قضية من هذا النوع .

الخاتمة

الخاتمة:

تقوم المسؤولية المدنية عموما حينما يخل الشخص بالتزامه القانوني، سواء أوجده القانون أو الإتفاق، وهذا هو الجاري العمل به في المسؤولية الطبية، فمتى أخل الطبيب الجراح بواجبه القانوني في الإلتزام بالحيطة والحذر وسبب ضررا للمريض كان مسئولا مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة التعاقدية، وخلال دراستها لموضوع الخطأ الطبي الجراحي في إطار المسؤولية التقصيرية لاحظنا أن أهم الحالات التي يثار بشأنها موضوع المسؤولية التقصيرية أو الضمان في الفقه الإسلامي، إما أن يكون الخطأ فيها صادرا عن الشخص المخطئ كالطبيب الجراح، أو عن أشخاص خاضعين لرقابته أو تابعين له كمساعدي الجراح، أو عن شيء كالمرفق والآلات الطبية، وقد خلصنا من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الطبي الجراحي لعدد من النتائج نجملها في النقاط التالية:

- الخطأ الطبي هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول التي يقتضيها العلم.
- الأخطاء الطبية الجراحية التي يترتب عليها التعويض هي: الخطأ في العلاج أو نقص متابعة ورقابة الطبيب الجراح للمريض قبل وأثناء وبعد العمل الجراحي والإشراف عليه، الجهل بأمور فنية يفترض الإلمام بها، إجراء عمليات تجريبية وغير مسبوقة بالمخالفة للقواعد المنظمة لذلك؛ كأن يقوم الجراح بإجراء جراحة تجريبية للمريض بغية التجريب لا العلاج ، أو إعطاء دواء للمريض على سبيل الإختبار، إستخدام آلات أو أجهزة طبية دون علم كاف بطريقة استعمالها أو دون أخذ الإحتياطات الكفيلة بمنع حدوث ضرر من جراء هذا الإستعمال.
- خروج الطبيب الجراح أو مخالفته للقواعد والأصول الطبية، والإخلال بواجبات الحيطة والحذر وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك، هو الأساس الذي يرتب عليه تقدير التعويض في المجال الطبي.

- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الجزائري على اعتبار الخطأ أساسا للمسؤولية المدنية، في حين يختلف معه من جهة أن القانون يأخذ بقاعدة الخطأ باعتباره أساسا عاما للمسؤولية المدنية أيا كان نوعها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك؛ وفقا لقاعدة " كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".
- تميز الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في تحديد نوع الخطأ ومعيار تقديره؛ فباستقراء القوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب لم نجد نصا يقرر مسؤولية الأطباء المدنية – وبالتالي المسؤولية التقصيرية– الناشئة عن أخطاءهم، وهذا ما يدفع القضاء إلى تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية على الأطباء شأنهم في ذلك شأن جميع الممتهنين للمهن والحرف الأخرى، أما فقها فإن الطبيب يؤاخذ بالإضافة إلى الأخطاء العادية التي يرتكبها غيره عن الأخطاء المهنية الفنية، ومعيار ذلك الخروج عن السلوك المعتاد الذي يسلكه أي طبيب آخر في العادة.
- يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح وقوع خطأ منه، وأن يترتب على هذا الخطأ ضرر، إضافة إلى وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر بحيث يكون الضرر نتيجة حتمية للخطأ المرتكب من طرف الجراح، فإن لم ينتج خطؤه ضررا للمريض والتزم في علاجه بالأصول الثابتة في مهنة الطب؛ وكان مؤذونا له من طرف وزارة الصحة أي حائز على ترخيص بمزاولة المهنة والذي يقابله في الفقه إذن الشارع، إضافة إلى إذن المريض أو وليه في الحالات العادية وغير المستعجلة انتفت مسؤوليته.
- اشتراك فريق طبي في العمل الجراحي يستوجب مسؤولية كل واحد عن خطئه ولا يسأل عن خطأ غيره، إلا إذا أخطأ المسئول في التوجيه أو قصر في الإشراف فيشترك مع المخطئ في الضمان، و المرفق الصحي أو المؤسسة الصحية مسئولة عن كل خطأ نتج عن تقصيرها، أو عن إهمال رقابة موظفيها.
- وإذا عدنا إلى التاريخ نجد أن تطبيق أحكام الشريعة في نطاق المسؤولية المدنية أو الجنائية لم يحدث أي ضجة أو إرباك أو تعثر أو شكوى من ظلم، أو تناقض أو خصاما،

وإنما كان واقع الأمة أحسن بكثير مما عليها الآن من سلام واستقرار واحترام لحقوق الغير، على عكس التشريعات الوضعية وعلى رأسها التشريعات العربية، وما رناه من إهدار للحقوق وتراجع وتقهقر لنظام العدالة فيها، وهذا أصدق دليل أو شاهد على أصالة الشريعة وصلاحيتها الدائمة للتطبيق وتجاوبها مع فطرة الناس وواقع الحياة الإجتماعية.

وبعد النتائج التي خرجنا بها من خلال دراستنا لهذا الموضوع يمكننا أن نشير ببعض **التوصيات:**

- إعادة النظر في منظومة العمل الطبي وتوحيدها بحيث يجمع فيها كا ما يتعلق بمسؤولية الطبيب دون الرجوع لقوانين أخرى مراعاة لخصوصية المهنة ؛ فتناثر أحكام بعض الجرائم الطبية بين طيات قانون الصحة وقانون العقوبات يصعب من عملية التوفيق بينها فضلا عن إحتمال الوقوع في تناقضات.
- وجوب أن ينص المشرع الجزائري في قانون مزاولة مهنة الطب على مسؤولية الأطباء الجنائية والمدنية الناشئة عن أخطائهم أثناء ممارستهم للمهنة، والأحذ بعين الإعتبار إقتراح ربط الخطأ بجسامة النتيجة أي الضرر وأن يتناسب التعويض مع جسامة الضرر لا مع جسامة الخطأ وهذا أعدل وأنصف.
- الحاجة الملحّة لإصدار قانون خاص بالتأمين الإلزامي عن المسؤولية الطبية؛ يشمل جميع العاملين بالمهن الطبية بحيث يضمن للمريض المضرور الحصوص على التعويض الذي يجبر الضرر اللاحق به.
- إضافة إلى إنشاء صندوق خاص لتأمين التعويض عن الأخطاء الطبية.
- إلزامية التوسع في عملية الرقابة لأعمال وممارسات الأطباء وممتهني الصحة.

الفهارس

- فهرس سور وآيات القرآن الكريم
- فهرس الأحاديث النبوية

فهرس سور وآيات القران الكريم		
السورة والآية	رقم الآية	رقم الصفحة
سورة البقرة		
﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَهَا مَا كَسَبَتۡ وَعَلَيۡهَا مَا ٱكۡتَسَبَتۡۗ....﴾	286	47
﴿قُلۡ هَاتُواْ بُرۡهَٰنَكُمۡ إِن كُنتُمۡ صَٰدِقِينَ ١١١﴾	111	56
سورة النساء		
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾	29	52
﴿ ۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ٥٨﴾	58	49
﴿وَمَا كَانَ لِمُؤۡمِنٍ أَن يَقۡتُلَ مُؤۡمِنًا إِلَّا خَطَـٔٗاۚ وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ﴾	92	51
سورةالأنعام		
﴿ وهو الذى يتوفاكم بالليل ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾	60	9
﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۚ﴾	164	47
سورة يوسف		
﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ٧٢﴾	72	49
سورة النحل		
﴿وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ١٢٦﴾	126	51
سورة الإسراء		

﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾	15	60
سورة الشورى		
﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾	40	51
سورة سبأ		
﴿ قُل لَّا تُسۡـَٔلُونَ عَمَّآ أَجۡرَمۡنَا وَلَا نُسۡـَٔلُ عَمَّا تَعۡمَلُونَ ٢٥ ﴾	25	64
سورة المدثر		
﴿كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ رَهِينَةٌ ٣٨ ﴾	38	60
سورة الأحزاب		
﴿ وَلَيۡسَ عَلَيۡكُمۡ جُنَاحٞ فِيمَآ أَخۡطَأۡتُم بِهِۦ ﴾	05	16
سورة الطور		
﴿كُلُّ ٱمۡرِيٕۭ بِمَا كَسَبَ رَهِينٞ﴾	21	63

.

فهرس الاحاديث النبوية	
الحديث	**رقم الصفحة**
" من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن" .	**13**
" أنه نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه"	**42**
" أهدت بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم إليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت مافيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : " طعام بطعام، وإناء بإناء" " لا ضرر ولا ضرار"	**51**
" البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"	**59**
« ألا كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته»	**61**

قائمة

المصادر والمراجع

❖ **القرآن الكريم**

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: الكتب

1)ابن القف: أبو الفرج ابن موفق الدين يعقوب بن اسحاق، العمدة في الجراحة، مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، ط1، دت ن، ج1.

2)ابن قيم الجوزية: شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعبي الدمشقي(ت: 751)، الطب النبوي، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ن.

3)ابن منظور: محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ، لسان العرب، دار صادر، بيروت، دط، د س ن، ج2.

4)ابن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر، (د ط)، بيروت، لبنان، (د ت).

5)أبو الوفا محمد أبو الوفا، العمليات الجراحية المستجلة، مجلة منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة19، الإمارات العربية المتحدة، دس ن.

6)أبو زهرة محمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، (د ط)، (د ت).

7)أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع (ت894 ه)، شرح حدود ابن عرفة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ج1، ط1.

8)أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي(المتوفى عام 720 ه)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق عبد العظيم الشناوي، الطبعة2، دار المعارف، د ت.

9)أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، ط2، 1987.

10) أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، ط1، 1420ه 2000م.

11) أخرجه أبو داود (ت275) في سنه، كتاب: الطب، باب: فيمن تطبب بغير علم فأعنت، رقم الحديث: 4586. سنن أبي داود، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالدي، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1، ج3، ص 199، وقال عنه الألباني: حديث حسن، سلسلة الأحاديث الصحيحة، إشراف: سعد بن عبد الرحمان الراشد، مكتبة المعارف، الرياض، دط، 1995، ج2.

12) أخرجه البخاري في صحيحه: كتاب العتق(39)، باب كراهية التطاول على الرقيق (17)، رقم2، الحديث 2554.

13) الرشيد بن شويخ ، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2012 .

14) محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي. دار إشبيليا ، الرياض ، ط 1 ، 1419 هـ / 1999 م.

15) تقنين مدني جزائري، الكتاب2 : آثار الإلتزام، الفصل2 :التنفيذ بطريق التعويض.

16) الجرجاني:(ت 816هـ) علي بن محمد السيد الشريف، معجم التعريفات، دار الفضيلة، مصر، د ط، دس ن.

17) علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، (د ط)، القاهرة، مصر، 2000.

18) رواه البخاري في صحيحه (أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري(256هـ)، الحديث رقم5225، دار ابن كثير، دمشق – بيروت، 1423هـ/2002.

19) رواه الترمذي (200- 289هـ)، جامع الترمذي، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، الحديث رقم 1342، الطبعة 2 دار السلام، الرياض، السعودية.

20) رواه مالك بن أنس: (179 هـ)، الموطأ، ضبط وتوثيق وتخريج: صدقي جميل العطار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1435 هـ-1436 هـ / 2014م، رقم الحديث: 1461.

21) وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر، (د ط)، دمشق، سوريا، 1998.

22) مصطفى أحمد الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، الفعل الضار والضمان فيه ،دار القلم ، ط1، دمشق ،1409هـ،1988م

23) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، العقد– العمل غير المشروع– الإثراء بلا سبب–القانون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د ط)، (د ت).

24) الشافعي، الأم، تحقيق الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب، ج6، الطبعة 1، دار الوفاء للطباعة والنشر، 1422هـ/2001م .

25) محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة، الطبعة 2، جدة، السعودية، 1415 هـ / 1994م .

26) حسين طاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، – دراسة مقارنة الجزائر فرنسا– دار هومة، (د ط)، الجزائر، 2004.

27) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د ط، د س ن، ج1.

28) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الحق في القانون المدني الجزائري، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية، (د ت)، الجزائر، 2007.

29) الفيروزابادي: مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط8، 2005.

30) محمد بن أبي بكر بن عبد القادرالرازي (المتوفى 604 هـ)، مختار الصحاح، المجلد الأول، مكتبة لبنان، (د ط)، 1989م، (د ت).

31) محمد بن المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا، الطبعة 1 (د م)، 1419هـ/1999م.

32) محمد بن محمد مختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، مكتبة الصحابة جدة، ط2، 1994.

33) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية، دار الجامعة الجديدة، (د ط)، الإسكندرية، مصر، 2001.

34) محمد حسين منصور، المسئولية الطبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، دس ن.

35) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدي، ط2، 2004، ص 210 .

36) منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة 1، جامعة نايف العربية للعلوم والتربية، الرياض، 1425 هـ / 2004م، ص 55.

37) منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2008.

38) منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط1، 2007.

39) هاني بن عبد الله الجبير، "الخطأ الطبي، "السجل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، المجلد5، العدد 2، 1431هـ.

المقالات:

40) مراد بن صغير ، أساس المسئولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، العدد 18، 2010.

41) محمد فهر سقفه ، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب، مجلة المحامون السورية، العدد 3، 1979.

42) مخطارية عمارة ، الضرر الطبي الموجب للتعويض وآثاره القانونية، مجلة القانون، العدد 08 جوان 2017.

43) مازن مصباح صباح، نائل محمد يحي، المسئولية الجنائية عن خطأ التطبيب، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، العدد2، 2012، المجلد20.

44) هالة جستينية، " الخطأ الطبي في الميزان"، السحل العلمي لمؤتمر الفقه الإسلامي–، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، المملكة العربية السعودية د، المجلد5، العدد2.

45) مجلة الأحكام العدلية، (د ط)، (د ت)، المادة :20، 26.

46) مجلة الأحكام العدلية، الكتاب الثاني، الباب الأول، المادة 416، (د ط)، (د ت)

البحوث الأكاديمية

47) زينب أحلوش بولحبال ، حرمة الجسد والعمل الطبي بين الشريعة الإسلامية والقانون، أطروحة دكتورا، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر1، يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2015/ 2016.

48) أسماء موسى أسعد سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.

49) ذهبية آيت مولود ، المسئولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، شهادة الماجستير، قانون المسئولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011.

50) رضا بدور ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية وتأمينها، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية عامة، كلية الحقوق والعلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2013م

51) مراد بن صغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسئولية المدنية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010_2011.

52) بوخرس بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011/10/05م.

53) صالح حمليل ، المسؤولية الجزائية الطبية –دراسة مقارنة– الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، قسم الحقوق، أدرار، ورقة بحثية مقدمة في إطار الملتقى الوطني المنظم من طرف كلية الحقوق بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، بتاريخ 23-24/ 2008/01م.

54) وزنة سايكي، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، شهادة ماجستير، قانون المسئولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011.

55) صالح بن محمد بن مشعل العتيبي، الأخطاء الطبية وتقدير التعويض عنها في النظام السعودي، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 1435هـ/2014م.

56) فريد صحراوي ، الخطأ الطبي في مجال المسئولية المدنية، شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2004-2005.

57) صفية سنوني، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، شهادة الماجستير، القانون الخاص، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، 2005-2006.

58) فتيحة عبيد ، الإثبات في نطاق المسئولية المدنية الطبية، شهادة الماجستير، عقود ومسئولية، جامعة أحمد دراية أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014_2015.

59) فريدة عميري ، مسئولية المستشفيات في المجال الطبي، شهادة ماجستير، قانون المسولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011.

60) رفيقة عيساني ، مسئولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، شهادة الدكتوراه، القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

61) مختار قوادري ، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم اللإنسانية، قسم العلوم الإسلامية، 2010/2009.

62) جواد منصوري ، توجهات المسؤولية المدنية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017/2016م.

63) نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، شهادة الماجستير، فرع العقود والمسئولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2001.

64) وائل عساف، المسئولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، 2008.

النصوص القانونية

65) الجريدة الرسمية، العدد 52 المؤرخ في 7 محرم 1413.

66) الجريدة الرسمية، العدد 8، المؤرخ في 17 فبراير 1985.

67) القانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، (ج ر ج العدد 44)

68) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في30 سبتمبر 1975، المعدل بموجب القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20يونيو 2005، الجريدة الرسمية، عدد44، الصادر في 26 يونيو2005.

69) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني (ج، ر، ج لسنة 1975، ع 78، ص990 وما بعدها) المعدل والمتمم.

70) أمر رقم 75 -58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، وعدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005م (ج ر ج العدد 44).

71) قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم، ج2، الكتاب 3، القسم 3، 2005.

72) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 16 فبراير 1985، تتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد8، المؤرخ في 17 فبراير 1985.

73) مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في: 6يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية، العدد52، المؤرخ في 7 محرم 1413.

فهرس الموضوعا

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
قائمة المختصرات	
مقدمة	أ- و
الفصل الأول:الخطأ الطبي الجراحي ومضمون التزام الطبيب الجراح	7
المبحث الأول: ارتباط خطأ الطبيب الجراح بالعمل الجراحي	9
المطلب الأول: مفهوم العمل الجراحي	9
الفرع الأول: تعريف العمل الجراحي	9
أولا: الجراحة لغة	9
ثانيا: الجراحة اصطلاحا	10
أ_ في الفقه الإسلامي:	10
ب- في القانون الوضعي	11
الفرع الثاني: شروط القيام بالعمل الجراحي	11
أولا: الإذن العام	12
ثانيا:الإذن الخاص	12
ثالثا: قصد العلاج	13
ربعا: اتباع الأصول العلمية	14
الفرع الثالث: نطاق العمل الجراحي	14
أولا: مرحلة الفحص والإعداد	15

ثانيا: مرحلة العلاج	15
ثالثا: مرحلة الرقابة	16
المطلب الثاني: مفهوم الخطأ الطبي	16
الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي	16
أولا: الخطأ لغة	16
ثانيا: الخطأ اصطلاحا	17
الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي ومعيار تقديره	18
أولا: أنواع الخطأ	18
أ- الخطأ في الظن	18
ب- الخطأ في القصد	19
ج_ الخطأ الجسيم	19
د_ الخطأ اليسير	20
ثانيا: معيار الخطأ الطبي	20
1 -المعيار الشخصي	20
2 -المعيار الموضوعي	21
الفرع الثالث: نطاق الخطأ الطبي	21
أولا: في المستشفى العام	22
1-علاقة المريض بالمستشفى العام	22
2 -علاقة الطبيب بالمستشفى	22
3-علاقة المريض بالطبيب	23
ثانيا: في العيادات الخاصة	23
المبحث الثاني: مضمون التزام الطبيب الجراح	25
المطلب الأول: التزام الطبيب الجراح ببذل عناية	25

الفرع الأول: عناية واجبة في ظروف عادية	25
أولا: التزام الجراح بتقديم عناية تتفق مع الضمير الإنساني والمهني:	26
ثانيا–التزام الطبيب الجراح بتقديم عناية تتفق والأصول العلمية الثابتة	26
الفرع الثاني: عناية واجبة في ظروف استثنائية	26
أولا: العناية الواجبة في أحوال الاستعجال	26
ثانيا:العناية الواجبة في الظروف الشاذة	27
1–الظروف العينية	27
2–الظروف الشخصية	27
3–الحالات الدقيقة والمحيرة	28
المطلب الثاني: التزام الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة	28
الفرع الاول: مضمون التزام الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة	28
أولا– اتفاق الطرفين	28
ثانيا– أن يكون التزام بتحقيق نتيجة بنص القانون	29
أ–التزام الجراح بالتشخيص الصحيح	29
ب– الالتزام بإعلام المريض	29
ج– الالتزام بالحصول على رضا المريض بإجراء العملية	30
د– الالتزام بالرقابة الطبية بعد العمليات الجراحية	30
الفرع الثاني: تطبيقات التزام الطبيب الجراح بتحقيق نتيجة	30
أولا:استعمال الأدوات والأجهزة الطبية	30
ثانيا: التركيبات والأسنان الصناعية	31
ثالثا: نقل الدم والسوائل الأخرى	31
رابعا: التحاليل الطبية العادية	31
خامسا: عمليات التجميل	32

ملخص الفصل:	33
الفصل الثاني: آثار الخطأ الطبي الجراحي	34
المبحث الأول: أركان المسؤولية الطبية التقصيرية (الضرر – الرابطة السببية) والتعويض عنها.	37
المطلب الأول: ماهية الضرر الطبي الجراحي	37
الفرع الأول: مفهوم الضرر الطبي الجراحي	37
أولا: تعريف الضررالضرر الطبي الجراحي	37
ثانيا: أنواع الضرر الطبي الجراحي	39
1-الضرر المادي	39
أ- الضرر الجسمي	41
ب-الضرر المالي	41
2- الضرر المعنوي أو الأدبي	41
أ- موقف الفقه القانوني من قابلية الضرر المعنوي للتعويض	42
ب- موقف المشرع الجزائري من قابلية الضرر المعنوي للتعويض	43
الفرع الثاني: شروط الضرر الموجب للتعويض	43
أولا: المساس بحق أو بمصلحة مشروعة للشخص المضرور	43
ثانيا: أن يكون الضرر محققا	43
المطلب الثاني : ركن العلاقة السببية بين الخطأ الطبي الجراحي والضرر	44
الفرع الأول: مفهوم العلاقة السببية	44
أولا: تعريف العلاقة السببية	45
ثانيا: موقف القضاء الفرنسي من ركن العلاقة السببية	46
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من ركن العلاقة السببية	46
الفرع الثاني:إنعدام العلاقة السببية لقيام السبب الأجنبي:	46
أولا: الحادث المفاجئ	47

ثانيا: القوة القاهرة	47
ثالثا: خطأ الغير	48
رابعا: خطأ المريض	48
المطلب الثالث: التعويض عن الضرر وعبء إثباته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.	48
الفرع الأول: التعويض عن الضرر وكيفية تقديره.	48
أولا: تعريف التعويض أو الضمان	48
1-التعويض لغة	49
2-التعويض إصطلاحا	50
3-التعويض في التشريع الجزائري	51
ثانيا: مشروعية الضمان والحكمة منها.	51
1_مشروعية التعويض أوالضمان	51
أ-دليل مشروعية الضمان من القرآن الكريم	52
ب-دليل مشروعية الضمان من السنة النبوية	52
2- حكمة مشروعية التعويض (الضمان)	52
ثالثا: كيفية تقدير التعويض	52
1-تقدير التعويض في الفقه الإسلامي	53
2- تقدير التعويض في التشريع الجزائري	56
3-وقت تقدير التعويض	57
الفرع الثاني: عبء إثبات المسؤولية الطبية التقصيرية للطبيب الجراح	57
أولا: الإقرار	58
ثانيا: الشهادة	58
ثالثا: الخبرة الطبية	59

رابعا: المستندات الخطية	60
المبحث الثاني: طبيعة مسؤولية الطبيب الجراح عن الخطأ الطبي الجراحي وموقف المشرع الجزائري منها	60
المطلب الأول: طبيعة مسؤولية الطبيب الجراح.	60
الفرع الأول: تعريف المسؤولية	61
أولا: المسؤولية في الفقه الإسلامي	62
ثانيا: المسؤولية في التشريع الجزائري	62
ثالثا: المسؤولية في المجال الطبي	63
رابعا: حالات قيام المسؤولية الطبية التقصيرية	63
الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب الجراح عن أخطاء تابعيه.	64
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية	65
الفرع الأول:موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية	66
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية	66
خلاصة الفصل	68
الخاتمة	70
فهرس سور وآيات القرآن الكريم	75
فهرس الأحاديث النبوية	76
قائمة المصادر والمراجع	78
فهرس الموضوعات	87
ملخص	

ملخص:

.

تنشأ المسؤولية التقصيرية للطبيب الجراح نتيجة إهمال وتقصير في عمله، وذلك من خلال عدم إتباعه القواعد المعروفة في أصول مهنة الطب، فيكون مساءلا بسبب تقصيره في عمله الذي أدى بدوره إلى حدوث ضرر للمريض الخاضع للعمل الجراحي.

تعالج هذه الدراسة إشكالية الخطأ الطبي الجراحي في مجال المسؤولية التقصيرية، وذلك بالبحث عن إمكانيات توقيع المسؤولية على الجراحين لاستحقاق التعويض الملائم والعادل عن الضرر الناتج عن أخطائهم، وهو الأمر الذي يستوجب على المشرع الجزائري فعله من خلال سن قانون خاص ينظم مسؤولية الأطباء وممتهني الصحة، و يجمع شتات النصوص المتعلقة بهذه المسؤولية بدل تفرقها بين صفحات قوانين عدة ، كما تبرز الدراسة شمولية الشريعة الإسلامية وواقعيتها ومعالجتها لمشاكل البشرية في كل زمان ومكان.

الكلمات المفتاحية: الخطأ الطبي الجراحي، المسؤولية التقصيرية، الضرر، التعويض، الضمان.

Summary:

The surgeon s tort liability arises as a result of neglect and default, and that is through not following the known rules of medical profession, so he will be accountable for his default , his action which in turn caused harm to the patient undergoing surgery

This research aims to addresses the problem of medical _ surgical error in the field of tort , and by searching for possibilities to impose liability on surgeons , to obtain appropriate compensation for damage caused of their mistakes, which is what the Algerian legislator must do by create a special law regulates the responsibility of doctors and collects the related texts instead of separation it between of several laws .

This study also highlights the comprehensiveness and realism of Islamic law .

key words : Medical surgical error ,Tort liability, Tort – Harm , Compensation , Warranty.