كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

اثر المخاطر الطبية على المسؤولية المدنية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص : عقود ومسؤولية

إعداد الطالبتين :

- قرقاب حدة
- عبد السلام مريم

إشراف الدكتورة.

عيمور راضية

لجنة المناقشة :

د: خضرون عطاء الله	رئيسا
د: عيمور راضية	مشرفا ومقررا
د: قوق أم الخير	مناقشا

السنة الجامعية :2024-2025

كلمة شكر

بادئ وبدئ ثناء على الله وثانية ترضى على الوالدين مصداقا لقوله تعالى " رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ "النمل الآية 19

كل الشكر والاحترام للأستاذ المشرف الدكتورة العزيزة عيمور راضية التي تحملت معنا عناء انجاز هذا العمل والتي لولا ارشاداتها ونصائحها وصبرها علينا ما كنا لنتم هذا العمل

كما لا يسعنا التعبير عن شكرنا وتقديرنا

لكل الاساتذة الكرام لجنة المناقشة لكم منا الشكر والتقدير

قرقاب حدة

عبد السلام مريم

الاهداء

قال تعالى:"يرفع الله الذين أمنو والذين أتوا العلم درجات".

نسأل الله تعالى عز وجل ان يرفعنا في درجاته العلى وأن يحشرنا في زمرة اهل العلم عنده وأن يجعل عملنا هذا شاهدا علينا

أهدي هذا العمل إلى والدي الكريم حفظه الله. ونور بصري وبصيرتي أمي حفظها الله .

الى ساندي وداعمي في كل خطواتي في مسيرتي زوجي. وابنتي وفرحتي الأولى زهرة الايمان. وابني نور الدين اسلام حفظهم الله

والى اخوتي واخواتي كل باسمه حفظهم الله ورعاهم.

دون ان انسى زميلاتي في العمل وأخص بالذكر صاني ابتسام دون ان انسى رفيقتي في المذكرة عبد السلام مريم

قرقاب حدة

الاهداء

اهدي هذا العمل إلى نبراس قلبي وعطفي وحناني والدي

الكريم حفظه

الى امي ثم امي ثم أمي رمز العطاء والحنان والتضحية.

إلى روح زوجي رحمه الله وجعله من اهل الفردوس

الى اولادي محمد وفاطمة الزهراء

الى صديقتي قرقاب حدة وكل زملائي في العمل وأصدقائي

عبد السلام مريم

مقدمة

مقدمة

مقدمة

لقد تطورت الادوية والأجهزة والأدوات الطبية في هذا المجال من البساطة إلى أن وصلت إلى درجة التقنية العالية، إذ أصبحت بعض العمليات الجراحية المعقدة تعتمد على الأدوات الليزرية والمناظير الطبية إلى أن وصل الأمر إلى استعمال الروبوتات في المجال الطبي، فضلا عن استعمال المواد المشعة في الكشف والعلاج، ناهيك عن ذلك فإن مجال الدواء شهد بدوره تطورا مذهلا من خلال ما وصل إليه من العلاج بالأدوية المستحدثة.

هذه المنتوجات الطبية الحديثة وذات التقنية العالية من شأنها أن تخدم المريض وتعود عليه بفوائد عديدة، تسهّل عليه الكثير من المعاناة التي يمر بها في حالات مرضية مختلفة، غير أن المنتوجات الطبية وفي خضمّ التطور الهائل، لا تزال محفوفة بالمخاطر الملازمة لها حين استعمالها والتي قد تكون خطورتها أشد من المرض في حد ذاته، وعلى النقيض من ذلك فلا غنى للمريض عنها، مقارنة بمنتوج استهلاكي آخر، لأنها تتعلق بأغلى ما يملكه الإنسان آلا وهو صحته.

يمكن القول أن مسألة المخاطر الطبية الضارة ليست بالحديثة، بل وجدت منذ القدم لارتباطها بمباشرة العمل الطبي، غير انها لم تصبح مسألة قانونية إلا في العقد الأخير من القرن المنصرم، نتيجة لكثرة ما تجره من مآسي، ولازدياد الوعي لدى المرضي .

إن تحديد الإطار القانوني للمسؤولية عن المخاطر الطبية هو غاية في الأهمية نظرا لخصوصية هذا النوع من المخاطر، حيث تتميز هذه المسؤولية بتطورها بسبب ما شهده المجال الطبي فلم بعد اساس المسؤولية في المجال الطبي مبنيا على الخطأ أو على فكرة الخطأ بل ذهب الى ابعد من ذلك مع تراجع فكرة الخطأ وتزايد التزامات اطرف عقد العلاج الطبي.

وقبل الخوض في دراسة اثر المخاطر الطبية على المسؤولية المدنية، لا بد من تعريف هذه الظاهرة الحديثة نسبيا، ليتسنى الوقوف على أبعادها ويقتضي الأمر عرضا تفصيليا لأهم التعريفات القانونية، الواردة في المجال، والتي تتراوح بين التعريفات التشريعية والقضائية والفقهية، ولم يتطرق القانون الجزائري بالتنظيم لظاهرة التبعات الطبية، وقد كان المشرع الفرنسي من الأنظمة السباقة في سن قانون خاص بالمخاطر الناجمة عن الأنشطة الطبية، بشكل مستقل تماما عن نظام المسئولية القائم على الخطأ، بموجب القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002، المتعلق بحقوق المرضى ونوعية الأنظمة الصحية وذلك في الباب الثاني منه تحت عنوان تعويض أثار المخاطر الصحية، غير أن القانون الفرنسي لم يتعرض لتعريف التبعات الطبية تاركا المجال أمام محاولات الفقه، واجتهاد القضاء بمناسبة فصله فيما يعترضه من منازعات ذات صلة – إلا بصفة عرضية بصدد النص على شروط التعويض ونطاقه.[1]

[1] قرور شهيناز، **مراحل تطور أساس المسؤولية المدنية في القانونين الفرنسي والجزائري**، مختارات من أشغال الملتقى الوطني حول: المسؤولية المدنية ، كلّية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة امحمد بوقرة بومرداس: يوم 28 جانفي 2020، ص 46

وقد استعمل المشرع الفرنسي عبارة "أثار المخاطر الصحية" للدلالة مما قد يكتنف الأعمال الطبية من مخاطر، والتي تضم ثلاثة أشكال اهي الحوادث الطبية والأمراض الناجمة عن الأدوية والعدوى المكتسبة داخل مؤسسات الرعاية الصحية.

كما قامت بعض التشريعات الأخرى بمناسبة تحديد لنطاق التعويض عن التبعات الطبية بتعداد حصري للأضرار التي تخرج عن دائرة التعويض، حيث نص بموجب المادة الخامسة من الفصل الثاني منه والمتضمن أحكام التعويض على: "لا تعوض الأضرار الناجمة عن الحالة السابقة للمريض و/أو التطور المتوقع لحالته بالنظر للمعطيات العلمية المتوفرة لحظة تلقيه الرعاية الطبية، ولا تلك الناجمة عن خطأ ولو غير مقصود من المريض أو رفضه العلاج، ما لم تقترن بخطأ المعالج، ولا الآثار الجانبية العادية المتوقعة أو المرتبطة بالعلاج.

تبرز اهمية الموضوع في الفراغ التشريعي في المنظومة القانونية الجزائرية رغم تطور وانتشار المخاطر الطبية مما جعل الامر يتجه الى محاولة تطويع القواعد العامة للمسؤولية المندية بصفة عامة والمسؤولية الطبية بصفة خاصة.

اما الهدف من هذه الدراسة محاولة ايجاد تطبيق تشريعي للمسؤولية الموضوعية عن المخاطر الطبية من خلال الاستدلال بالتشريع الفرنسي كأصل، والتشريع الجزائري في القوانين ذات الصلة من خلال محاولة الملائمة بين النصوص التقليدية وهذا النوع الجديد من المسؤولية.

كان وراء اختيار الموضوع اسباب ذاتية تمثلت في حب الاطلاع على هطا النوع من المواضيع كونه يدخل ضمن التخصص الجامعي، بالإضافة الى كون الاستاذة المشرفة من المتمكنين في المجال مما جل البحث في المضوع أمرا شيقا ومفيدا في الوقت نفسه.

اما الاسباب الموضوعية تمثلت في كون الموضوع جديد نسبيا وكذا محاولة البحث في مدى وجود نصوص قانونية تعنى بتحديد احكام المسؤولية المدنية عن المخاطر الطبية.

خلال انجاز الدراسة كانت هناك صعوبات كبيرة في تناول الموضوع بسبب ندرة المراجع المتعلقة بالموضوع باستثناء مرجع واحد تم الاعتماد عليه بشكل كبير في فصول المذكرة وهو كتاب الدكتورة أمال بكوش بعنوان نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية دارسة في القانون الجزائري والمقارن.

وبناءا على ما تقدم نطرح الاشكالية التالية: **الى أي مدى يمكن ان تؤثر المخاطر الطبية على قيام المسؤولية المدنية؟**

ومن اجل دراسة الموضوع اتبعنا المنهج التاريخي بسرد التطور التاريخي في مجال المسؤولية المدنية الطبية كما استخدمنا المنهج التحليل من خلال استقراء النصوص القانونية للمشرع الجزائري وبعض أحكام القانون الفرنسي.

وقد تم تقسيم الدراسة الى فصلين الاول كان عنوانه المسؤولية المدنية للطبيب على اساس قبول المريض للمخاطر الطبية من خلال مبحثين تطرقنا في الاول الى إرادة المريض في تحمل المخاطر

الطبية المبحث الاول، وفي المبحث الثاني إلى خصوصية أركان المسؤولية عن المخاطر الطبية أما الفصل الثاني فقد كان بعنوان حدود المسؤولية المدنية في ظل المخاطر الطبية وآليات تغطيتها حيث تطرقنا من خلال هذا الفصل الى تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية عن المخاطر الطبية في المبحث الأول، ثم آليات تغطية مخاطر التبعات الطبية في المبحث الثاني.

وفي الاخير خاتمة عن الموضوع تضمنت جملة من النتائج التي تم التوصل اليها وكذلك بعض المقترحات في الموضوع.

.

الفصل الأول :

المسؤولية المدنية للطبيب على اساس قبول المريض للمخاطر الطبية

يستوجب لقيام المسؤولية العقدية للطبيب وجود عقد طبي يربط بين المريض والطبيب، وذلك بالإخلال بالالتزامات التعاقدية في هذا الإطار، ونظرا للتطور القانوني لنظرية العقد خاصة في جانبه المتعلق بالتوسع في إرادة أطرافه من جهة، وخصوصية العلاج الطبي من جهة أخرى، فقد يجعل من قيام المسؤولية العقدية للطبيب مرتبطا بمدى توفر إرادة صحيحة ومستبصرة من طرف المريض، وذلك إذا ما نظرنا إلى أن العمل الطبي يتوفر على عامل الضمير المهني والانساني من أجل القيام بهذه المهنة على أحسن وجه، من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة خص مهنة الطب بم رسوم يتضمن أخلاقيات مهنة الطب من خلال المرسوم 92 – 276، بالإضافة إلى القانون 18 – 11 المتعلق بالصحة، وفي خض م هذه الأحكام قد يكون لقبول المخاطر الطبية من طرف المريض دور في تقليص المسؤولية العقدية للطبيب، طالما كان المريض حرا في إرادته.

من أجل معالجة هذا الفصل، نتطرق إلى دراسة إرادة المريض في تحمل المخاطر الطبية المبحث الاول، وفي المبحث الثاني إلى خصوصية أركان المسؤولية عن المخاطر الطبية.

المبحث الاول: إرادة المريض في تحمل المخاطر الطبية

يمكن القول أن إرادة المريض ترتبط إرتباطا وثيقا بمدى تبصير الطبيب بالأخطار المتوقعة من العلاج، وهو ما يؤكده المش رع الجزائري في مدونة أخلاقيات مهنة الطب من خلال المرسوم 92-276، والقانون 18-11 المعدل والمتمم المتع لق بالصحة، وعليه، وبما أن القانون يستلزم رضا المريض الح ر في قبوله للعلاج، فإن هذا الرضا قد يشوبه عيب أو عامل يؤثر على صحة التصرف الذي يقوم به، خاصة وأن آثار المخاطر الطبية تبقى حاضرة بقوة خلال الفترة العلاجية، لأجل الخوض في هذا الفصل، سنتطرق في المطلب الأول نخصصه الى مدى توافق قبول المريض بالمخاطر الطبية مع رضاه بالعمل الطبي ثم أحكام قبول المريض للمخاطر الطبية في المطلب الثاني

المطلب الاول: أحكام قبول المريض للمخاطر الطبية

إن قبول المريض المسبق للمخاطر الطبية ليس معناه إعفاء الطبيب من المسؤولية بل أن الطبيب يبقى مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء العلاج أو أثناء إجراء العمليات الجراحية طبقا للقواعد العامة، ورضا المريض يجب توافره في كل مرحلة من مراحل العمل الطبي من فحص وتشخيص وعلاج، فمهما كانت صورة القبول فيجب توافره في كل الأحوال سواء كان من المريض نفسه أو من يمثله، وعليه سوف نتطرق من خلال هذا المطلب الى شكل قبول المريض للمخاطر الطبية في الفرع الاول، ثم صور قبول المريض للمخاطر الطبية في الفرع الثاني.

الفرع: شكل قبول المريض للمخاطر الطبية

لم يحدد القانون شكلا معينا لقبول المريض ورضاه بالعمل الطبي عموما حسب ما جرت عليه العادة، كما لا يشترط صدور رضا المريض بالعقد أو صدور موافقته في شكل معين[1]، ويمكن أن يكون القبول كتابيا أو شفويا، إلا أن أغلب التشريعات، واذا ما تعلق الأمر بالتدخلات التي تنطوي على مخاطر فيها مساس بسلامة جسم المريض والبالغة الخطورة، وخصوصا ما تعلق منها بنقل وزراعة الأعضاء فإنها تشترط الكتابة بالإضافة لرضا المريض لأن هذا النوع من العمليات تستوجب طرفا ثالثًا، ألا وهو المتبرع " الذي لا يهدف من وراء تبرعه تحقيق مصلحة علاجية كما سلف الذكر لذلك كان لزاما الحصول على رضائه الحر والمستنير دون الخضوع لأي ضغط مادي أو معنوي يجبره على القبول.[2]

غير أن المشرع الجزائري اختص حال التبرع بأحد الأعضاء بتعبير المريض أو من يمثله بالكتابة، وهو ما نجده في القانون 18 - 11 المتضمن قانون الصحة في مادته 360 الفقرة 05 التي تنص على أن شكل الموافقة بالنسبة للتبرع تكون إجرائيا أمام رئيس المحكمة المختص إقليميا، أما لأعمال الطبية الأخرى فإن موافقة المريض تكون موافقة شفهية من دون ال لجوء إلى الكتابة بشرط أن يكون هذا

[1] جابر محجوب على، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة2015 ، ص 141.

[2] المرجع نفسه، ص 261.

القبول مستنيرا ومتبصرا وهو ما نصت عليه العديد من المواد في القانون 18 – 11 المتضمن قانون الصحة وكذا المرسوم 92 – 276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب على غرار المادة 34 والمادة 44 من هذا المرسوم [1]

لذا فإن القبول في العمليات الجراحية وفي حالة انتزاع أو زرع الأنسجة يأخذ شكلا معينا إذ تشترط فيه الكتابة الموافقة الكتابية فلا يكفي التعبير عن إرادته شفاهه، كما يشترط المشرع الجزائري إبداء الموافقة الكتابية في حالة تشريح الموتى من أجل هدف علمي، ويكون ذلك بموافقة المعني بالأمر وهو على قيد الحياة أو موافقة ذويه.

اولا :القبول الصريح

الأصل أن يكون تعبير المريض أو من يمثله عن قبول العلاج صراحة وخاصة إذا تعلق الأمر بال ت دخلات الطبية الخطيرة، إذا كانت العبارات لا تحتاج إلى التأويل وتد ل مباشرة على موافقته عن الأعمال الطبية المقترحة من الطبيب، ولهذا يعتبر التعبير الصريح من أصدق الصور المعبرة عن الإرادة الحقيقية، حيث انه بإمكان المريض أو من يمثله أن يعبر عن قبوله بالعلاج بأسلوبه دون أن يؤثر على سلامة الرضا، وسواء كان هذا الأسلوب توسلا أو رجاء أو حتى الأمر بتنفيذ العلاج ومهما كان الأسلوب يجب أن تكون العبارات واضحة في التعبير عن قبول المريض قبولا لا يدع مجال الشك أو لتفسيرات وتأويلات مختلفة، ومن ثم فإن العبارات التي تتصف بالمزاح وعدم الجدية لا يعتد بها ولا تعتبر رضا صريح.[2]

كما أن التعبير عن الإرادة يعد رضا صريح من خلال إشارات متداولة عرفا أو اتخاذ موقفا لا يدع شكا في دلالته[3]، مثل الإشارة التي لها دلالة بين الناس كهز الراس عموديا دلالة على القبول، أو أفق

---

[1] تنص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة الجريدة الرسمية عدد 52 **على : "لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، وما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد ابلاغ المعني أو وصيه الشرعي وموافقته".**

تنص المادة 44 على : "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

[2] نقار موسى، **قبول المخاطر الطبية وأثره على المسؤولية المدنية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص :قانون خاص، جامعة احمد درارية أدرار، الجزائر، 2022-2023، ص 59.

[3] فاضلي إدريس، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب**، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2009، ص54

يا دلالة على الرفض[1]، أخيرا وليس آخرا وفي كل الأحوال فإن قبول المريض أو من ينوب عنه للعلاج يكون بال لفظ شفاهية أو كتابة أو بإشارة واضحة المدلول والمعنى[2].

ثانيا :القبول الضمني

يكون تعبير المريض عن قبول العلاج ضمن يا، إذا أت خذ مظهرا يد ل بطريقة غير مباشرة عن مقصده بقبول العلاج، ويكون ذلك عن طريق استنباط ال ت عبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها المريض، ولكن بشرط أن تكون هذه الأفعال لا تع د بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة، ولك نها تشير وتكشف عن تلك الإرادة،[3] ومن صور الرضا الضمني توجه شخص مصاب بجروح أو نزيف حاد إلى مصلحة الإستعجالات بالمستشفى لغرض وقف النزيف وتلقي العلاج اللازم، فيستفاد قبول هذا المصاب بالتدخل الطبي اللازم ومن طرف أي طبيب لإيقاف النزيف وتقديم الإسعافات اللازمة، فالفعل الذي قام به الشخص المصاب وفي كثير من الحالات المشابهة يعتبر مثل هذا ال ت صرف أقوى دلالة في التعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض من مجرد الكلمات التي ينطق بها أو العبارات التي يكتبه[4]، ومن صور ال رضا ال ض مني للمريض أيضا مد المريض ذراعه للطبيب لحقنه، أو مجرد ذهابه إلى عيادة الطبيب للقيام بفحص طبي عارض.

بما أن رضا المريض في نطاق الأعمال الطبية يكتسي أهمية بالغة فإنه لا يعتد به إلا إذا كان حقيقةً يعبر عن الإرادة الباطنية للمريض، هذا وان كان المشرع يعتد فقط بالإرادة الظاهرة في بعض الحالات الأخرى، ولما كانت الأعمال الطبية والتدخلات الجراحية أو غيرها من الأعمال التي قد يقوم بها الطبيب على جسد المريض ولما لها من مساس بسلامة هذا الجسد، كان من واجب الطبيب التأكد من رضا المريض ال ض مني أو ممثله يعبر حقيقةً عن إرادته، كذلك عليه أن لا يتجاوز حدود هذا الرضا والا تعرض للمتابعة على أساس المسؤولية المدنية، وللإشارة فإن الإعتداد بالرضا الضمني ممكن في الأعمال الطبية البسيطة، عكس ذلك في التدخلات الطبية الدقيقة التي تنطوي على قدر من الخطورة الأمر الذي يستدعي اشتراط رضا الم ريض صراحة وبالكتابة، وذلك تج نبا لأي خطأ في تفسير أو تأويل

---

[1] وقد نصت على ذلك المادة 60 من الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78،المؤرخ في /30/ 09 1975 معدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 يونيو 2007 ،الجريدة الرسمية، عدد 31 ،الصادرة في 13 مايو 2007. بقولها " :التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه."

[2] نقار موسى، مرجع سابق، ص 59

[3] وهذا ما جاء في نص المادة 60 الفقرة 02 من الأمر 75-58 التي تنص على ... ": ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

[4] نقار موسى، مرجع سابق، ص61

إرادته أما فيما تعلق بالجانب العملي والقضائي يبقى أن لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تقدير وجود الرضا الضمني من عدمه، باعتبار أنها مسألة من مسائل الواقع.[1]

ثالثا : سكوت المريض

إن سكوت المريض وعدم تعبيره عن إرادته وفق ما سبق، لا يمكن اعتباره تعبيرا كافيا عن الإرادة، لذلك فقد ثار جدل فيما يخص سكوت المريض دون إبداء أي اعتراض بشأن التدخل الطبي، لذلك فهو يختلف عن ال تعبير الضمني لأن هذا الأخير يعد عملا إيجابي تستفاد منه إرادة المريض أما سكوته فهو العدم فلا يعتبر إيجابا ولا قبول من مجرد السكوت، وعلى ح د قول فقهاء الشريعة الإسلامية "**:لا ينسب لساكت قول** " لذلك فإن الأصل وتبعا للقاعدة العامة التي تقول بأن السكوت لا يحمل على القبول، غير أن لهذه القاعدة استثناءات، وهذا في حال وجود ملابسات تحيط بالسكوت عن القبول، فيرى القاضي من اقتران السكوت بها ما يفيد التعبير عن القب ول، ما لم يستبعد الطرفان السكوت كتعبير عن القبول، فنجد أن المشرع الجزائري قد نص في القانون المدني على حالات السكوت الملابس على سبيل المثال لا الحصر[2] ، بالإضافة إلى الحالات الثلاث المذكورة على سبيل المثال، فإن للقاضي أن يستنتج من أي سكوت ملابس بظروف تدل على القبول رضا المريض وقبوله بالتدخل الطبي.

الفرع الثاني: صور قبول المريض للمخاطر الطبية

يتعين وفقا لما سبق بأن المعني بالرضا بشأن الأعمال الطبية يكون المريض نفسه من حيث المبدأ، وحسب ما تقتضيه القواعد العامة إذا كان في حالة تسمح له بذلك، حيث تقضي أحكام المادة 343 / 1 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة [3]، بالموافقة الحرة والمستنيرة للمريض، كما أن احترام الطبيب لخيارات المريض العلاجية بعد تبصيره بالنتائج التي تنج رعنها تدل على أن إرادته حرة ومستنيرة [4] وأن العلاج يتم بموافقة المريض، أو من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي حسب الحالات، إذا ما كانت

---

[1] نقار موسى، مرجع سابق، ص61

[2] من خلال المادة 68 من الامر 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم وهي: كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول.

إذا كان بين الطرفين تعامل سابق وصدر عن أحدهما إيجاب جديد كان السكوت عن الرد عليه بمثابة القبول.

إذا كان الإيجاب يص ب في مصلحة المعروض عليه ويعد نافعا نفعا محضا له.

[3] تنص المادة 343 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 46، لسنة 2018 على : " لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض. ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته.و تخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الإستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الإعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها."

[4] وفق نص المادة 343 / 02 من القانون 18-11

حالته لا تسمح له بالتعبير عن رضائه، كأن يكون قاصرا، أو عديم الأهلية [1]، أو في حال عجزه عن التعبير عن رضاه كاستثناء عن موافقة المريض نفسه [2]

وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية، حسب الحالات من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي.[3]

أولا: صدور القبول من المريض

من البديهي والمنطقي أن تكون الموافقة على العمل الطبي من طرف المريض باعتبار أن التدخل الطبي وما يعتريه من مخاطر يتعلق بحقه في سلامته البدنية إستنادا للقواعد العامة، فإن المريض يكون أهلا لقبول العمل الط بي إذا كانت له الأهلية المدنية الكاملة لكون أن التمييز هو مناط الأهلية [4]، ليكون راشدا ومتمتعا بالملكات الذهنية التي تمكنه من استيعاب المعلومات المقدمة له من طبيبه حول كل ما يتعلق بحالته المرضية وادراكها إدراكا كافيا وذلك للإعتداد برضاه عند صدوره وترتيبه الآثار القانونية.[5]

لقد ذكر المشرع الجزائري في المواد من 42 إلى 44 من الأمر 75 – 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم القواعد العامة التي تحكم الأهلية ونصت كذلك المادة 78 من نفس الأمر، على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو ي ح د منها بحكم القانون.[6]

فسن التمييز هو 13 سنة[7]، أما سن الرشد فهو 19 سنة، ليكون المريض أهلا لإعطاء الموافقة على العمل الطبي فقط إذا كان راشدا أو مميزا ومتمتعا بكامل قواه العقلية، أما إذا كان غير مميز فلا يعتد برضاه بل لابد من موافقة من يمثله لينوب عنه وليه أو وصيه في مثل هذه التصرفات، وإذا تأثرت إرادة المريض بأحد عوارض الأهلية كالجنون، العته، الغفلة، السفه، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة إبرام عقد العلاج مع الطبيب إذ لا يعت د بأهليته لأنها معدومة.

الأصل أن يعلم الطبيب المريض نفسه بأي تدخل طبي على جسمه، حتي يحصل على رضائه الحر، ومن ثم فإنه لا يغني عن تصريح المريض بالموافقة أو الرفض عما سيخضع له من تصرف طبي تصريح شخص آخر مهما كانت علاقته بالمريض.

---

[1] وهذا حسب نص المادة 343 / 5 من القانون 18-11

[2] بحسب ما نستشفه من نص المادة 343 / 5 . من نفس القانون

[3] نقار موسى، مرجع سابق، ص 62

[4] تنص المادة 40 ق.م.ج :" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية."

[5] نقار موسى، مرجع سابق، ص 63

[6] الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

[7] حسب نص المادة 42 / 2 من الأمر رقم 75 – 58

غير أن لهذا الأصل وهذه القاعدة استثناء، ووفقا لما جاء في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائريين سلفا، فإن المريض قد يكون في وضعية لا يمكن معها إبداء قبوله ورضاه بشأن العلاج الذي يقترحه الطبيب، سواء كان بسبب فقدان التمييز لصغر سنه أو لجنونه، أو لعته، أو سفه ظاهر عليه، ففي هذه الحال[1]فإنه ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم بحسب الأحوال .

ثانيا: موافقة ممثل المريض

يستدعي تدخل ممثل المريض لإبداء موافقته على العلاج المقدم له، حسب ما نصت عليه المادة 5/343 من القانون 18- 11 المتضمن قانون الصحة المعدل والمتمم [2]، وهي: حالة المريض القاصر، حالة المريض العاجز عن التمييز، وحالة المريض الذي يستحيل عليه فيها التعبير عن إرادته وسنتناول كل حالة من هذه الحالات فيما سيأتي:

1. حالة المريض القاصر: قد يتقدم إلى الطبيب قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء، هنا يحق للطبيب أن يقدم العلاج مع الأخذ بموافقة الأولياء أو الممثل الشرعي، وقد نصت المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب:" يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ، أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي، ويحصل على موافقتهم."

ونجد أن قانون الصحة العامة الفرنسي قد أولى أهمية بالغة لإرادة كل من المريض القاصر والمريض الراشد حيث أن الموافقة على تلقي المريض القاصر للعلاج تعطى مبدئيا من قبل الأب أو الأم أو ممثله الشرعي [3]، باعتبار أن القاصر لا يتمتع بالأهلية القانونية الكاملة أهلية الأداء خاصة، وهذا يعني أيضا أن المعلومات الواجب إبلاغها للمريض من قبل الطبيب تبلغ لمن يخوله القانون الحق في قبول العلاج.

---

[1] ووفقا لنص المادة 44 من الأمر 58 – 75 المتضمن القانون المدني الجزائري، والمادة 81 من الأمر رقم 84 – 11 لصادر بتاريخ 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر05-02، المؤرخ في 2005/02/27، ج ر، عدد15، الصادرة في 2005/02/27.

[2] المادة 154 / 2 من القانون 18-11: " ... يقدم الطبيب العلاج الطبي، تحت مسؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز، أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب ".

[3] المادة 87 من الأمر رقم 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، جر، عدد 24 ،السنة 21 ،مؤرخة في 12 جوان 1984 ،المعدل والمتمم المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005) بأنه "يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا "، أنظر كذلك المادتين، 92 و99 من قانون الأسرة والمتعلقتين بالوصي والمقدم.

انظر ايضا أزوا عبد القادر، **نظام التعويض عن الأخطاء الطبية**، اطروحة دكتوراه في العلوم، قانون خاص، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس سنة 2015 – 2014 ص 58.

أما في حالة رفض العلاج من طرف الشخص الذي ينوب عن القاصر فقد اشترطت المادة 154/ 3 من ق.ح.ص.و بأنه وفي حالة رفض العلاج من طرف الشخص الذي ينوب عن القاصر بأن يكون بتصريح كتابي، مع تنبيهه إلى عواقب رفض العلاج.

فمن خلال نص المادة: 52 / 2 المرسوم 92 – 276 نجد أنه بإمكان الطبيب الإستغناء عن موافقة ممثل المريض القاصر ومباشرة تدخلاته الطبية الضرورية في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم، وباعتبار أن هذا القرار ذا أهمية بالغة كان لزامً أعلى الطبيب أن يسعى جاهدا لإقناع ممثل المريض القاصر وبكل الوسائل على ضرورة العلاج.

غير أن حق الأب أو الأم أو الممثل الشرعي في الموافقة ليس مطلقا حيث تنص المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب: " يجب أن يكون الطبيب أو جراح الأسنان حامي الطفل المريض عندما يرى مصلحة هذا الأخير الصحية لا تحضي بالتفهم اللائق أو باعتبار المحيط لها"، فيكون باستطاعة الطبيب بمقتضى النص أن يستغني عن هذه الموافقة تحت ضمان مسؤوليته إذا رأى أن مصلحة المريض القاصر تستدعي ضرورة تدخله العلاجي.

نجد أن المشرع قرر الحماية للمريض القاصر بموجب نص المادة: 54 م.أ.ط [1] التي تلزم الطبيب المعالج بتبليغ السلطات المختصة عن أي معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان يتعرض إليه المريض القاصر أثناء مزاولته لمهامه الطبية، كما أن القانون اعتبر القاصر مميزا إذا بلغ سن الثالثة عشرة، بمفهوم المخالفة وبنص المادة 42 / 2 ق م ج،.[2]

ثانيا: حالة المريض العاجز عن التمييز

قد يكون المريض بالغ لسن التمييز أو لسن الرشد، لكنه يعجز عن إبداء موافقته بسبب ظاهر ودائم كالعته والجنون، أو لسبب عارض كالمرض الذي يفقده وعيه جراء الألم المبرح ويؤثر عليه نفسيا وذهنيا مما يفقده القدرة على التمييز، لهذا كان لزاما التفرقة بين الحالتين:

1-المريض المصاب بالجنون: وهي حالة عديم الأهلية الفاقد للتمييز لعته أو جنون[3]، فيكون المريض عديم الأهلية غير قادر على إعطاء الموافقة عن العمل الطبي إذا كان مصابا بمرض عقلي أو نفسي يؤدي إلى الإنقاص من تلك القدرات، بما فيها قدرات المريض على الإدراك واختيار العلاج السليم الذي يتفق ومصلحته الصحية.[4]

---

[1] المادة 54 من المرسوم 92 – 276 التي نصت على أنه:" يجب على الجراح أو طبيب الأسنان المدعو للإعتناء بقاصر، أو بشخص معوق، إذا لاحظ أنهما ضحية معاملة قاصية أو غير إنسانية أو حرمان، أن يبلغ بذلك السلطات المختصة."

[2] وكذلك حسب مضمون نص المادة 83 من قانون الأسرة

[3] حسب نص المادة 42 / 1 ق.م.ج: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون..."

[4] نقار موسى، مرجع سابق، ص 68

فإذا كان الطبيب بصدد تقديم العلاج لمجنون أو معتوه فمن الضروري الحصول على موافقة ممثله القانوني كما هو الحال بالنسبة للمريض القاصر السالف الذكر لأن رضاءه لا يحلل الطبيب من واجب الحصول على تصريح من ممثله القانوني.

غير أن موافقة الممثل القانوني لا يؤخذ بها على إطلاقها، فقد يكون المريض بالغا راشدا ولكنه مصاب بمرض عقلي أو نفسي مما يؤثر على تلك القدرات، خاصة إذا كانت وقتية في شكل نوبات تتخللها فترات استفاقة يكون فيها هذا المريض قادرا على الإدراك وفهم حالته الصحية وتقدير ملائمة العلاج له ونتائجه عليه باتخاذ القرار المناسب في ذلك الوقت، يكون على الطبيب الأخذ بقرار المريض قبولا أو رفضا، وبصفة جدية مع التأكد من تبعات المرض ونوباته على فترة الإستفاقة تلك.

كما اهتم المشرع الجزائري بتنظيم علاج الإصابات إذا ما تعلقت بحالات للأمراض العقلية وذلك من خلال الباب الثالث من قانون الصحة وترقيتها بعنوان: الصحة العقلية من خلال فصول ثلاث كما يلي:

-الفصل الأول: معالجة المصابين بالأمراض العقلية، [1]

-الفصل الثاني: تدابير الرقابة خلال الإستشفاء، [2]

-الفصل الثالث: الوضع تحت المتابعة الطبية[3]

وفيما يتعلق بقبول ممثلي المرضى المصابين بالأمراض العقلية والنفسية عند وضعهم لدى الهياكل المخصصة لهذا النوع من الأمراض، يجب مراعات التفرقة بين التدخلات البسيطة، وال ت دخلات الخطيرة والمعقدة.

فأما بالنسبة للتدخلات البسيطة وكما سبق الذكر فبإمكان المستشفيات القيام بها دون حاجة لرضا المريض أو ممثله، أما إذا انطوت التدخلات الطبية على خطورة مثل العلاج بالصدمات الكهربائية، فيكون الحصول على رضا المريض أو ممثله ضروري عند وضعه بالمستشفى، باستثناء حالات الإستعجال والتي يكون بإمكان الطبيب فيها التدخل دون حاجة لرضا المريض أو من يمثله مع مراعات شروط حالة الاستعجال.[4]

2-المريض المصاب بعارض أثر على تمييزه الراشد: يكون المريض غير مميز لكنه ليس بمجنون ولا معتوه كما هو عليه الأمر في الحالة السابقة، وإنما أصبح عاجزا عن التمييز بسبب المرض ووطئه عليه، الأمر الذي جعله يفقد وعيه، أو يغمى عليه ليصير غير مميز بسبب الآلام المبرحة التي تجعله في حالة نفسية مضطربة.

---

[1] وذلك من خلال المواد من 103 إلى 138. من القانون 18-11

[2] والمنصوص عليها في المواد من 139 إلى 144. من نفس القانون

[3] حسب المواد من 145 إلى148 من نفس القانون

[4] نقار موسى، مرجع سابق، ص 69.

كإصابة شخص على مستوى الراس مثلا تفقده الذاكرة أو تدخله في غيبوبة، أو بفعل التخدير، ففي هذه الحالة يكون المريض عاجزا عن التمييز، ولا يمكنه التعبير عن إرادته في الوقت الذي تستدعي حالته ال ت دخل ال س ريع لذا يعتد برضا ممثله القانوني وهذه الوضعية بالذات لم يتناولها المشرع، ولم يعين من ينوب عنه أو يقوم مقامه فيها.

غير أن المادة 154 من ق.ح.ص.ت، والتي أشارت إلى موافقة الأشخاص الذين يخولهم القانون ذلك فقط دون ذكرهم، كما أن المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب أشارت أيضا إلى موافقة الأشخاص المخ ولين منه أو من طرف القانون ولم تذكرهم.

فنجد أن المادة 164 / 2 من ق.ح.ص.و.ت، فقط هي من ذكرت هؤلاء الأشخاص المخ ولين بالموافقة، ولكن في حالة انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين بقولها: " وفي هذه الحالة يجوز الإنتزاع بناء على الموافقة الكتابية للشخص المعني وهو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين، حسب هذا الترتيب الأولي: الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة، الابن أو البنت، الأخ أو الأخت...و إذا لم تكن للمتوفي أسرة يطلب الإذن من الولي الشرعي، ومن خلال هذا النص نرى وعلى سبيل القياس أن المريض الراشد الغير مميز أولى بتعيين من يعطي الموافقة على العلاج مكانه، وإذا غفل عن ذلك يمكن اتباع الترتيب الوارد في القانون 18-11[1].

في كلتا الحالتين على الطبيب أن يراعى هذه الأمور عند تلقيه الرضا ممن هو في حالة ذهنية أو نفسية أو قانونية لا تسمح له بأن يعطي رضاءه الحر والسليم وما ينجم عنه من آثار قانونية.

ثالثا: حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته ذو العاهتين

بالإضافة إلى الإعاقة الذهنية الجنون والعته كما أسلفنا، هناك عاهات وإعاقات جسدية تحول دون القدرة على تعبير المريض عن قبول العلاج أو رفضه[2]، ووفقا لأحكام هذه المادة فإن اجتمعت في المريض عاهتين من العاهات الثلاثة العمى والبكم والصمم، تعذر عليه إبداء موافقته على الأعمال الطبية التي سيقدمها الطبيب، ومن أجل ذلك جاز للمحكمة أن تع ين له مساعدًا قضائيا يساعده في اتخاذ قرار قبول العلاج، باعتباره من التصرفات التي تقتضيها مصلحة المريض.

كما أنه بشأن صحة أي تصرف يتعلق بقبول المريض ذي العاهتين الذي عين له مساعد قضائي، وجعلته قابلا للإبطال إذا صدر من المريض ذو العاهتين دون حضور المساعد القضائي، كما

[1] المادة 164 / 2 السالفة الذكر من القانون 18-11

[2] والتي نصت عليها المادة 80 من ق م ج: " إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جازت للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته."

اشترطت تسجيل قرار المساعدة كشرط لصحته[1]، فطبقا لما تقدم فإن التصرفات التي يبرمها الطبيب مع المريض ذو العاهتين لا تكون صحيحة إلا إذا تو فرت الشروط التالية:[2]

1-أن تجتمع في المريض عاهتان من العاهات الثلاث المشار إليها قانونا وهي: العمى والصمم والبكم.

2-أن يكون المريض باجتماع العاهتين غير قادر فعلا على التعبير عن إرادته بصفة واضحة.

3-أن يكون العلاج محل التصرف مأذونا به في قرار المحكمة المعين للمساعد الذي يتولى مساعدة المريض ذي العاهتين.

4-أن يبرم التصرف بحضور المساعد المع ين بقرار المساعدة المسجل مع المريض ذو العاهتين.

تلعب إرادة المريض دورا مهما في القرار الذي يتخذه بشأن قبول العلاج الطبي نظرا للخطورة التي يكتسيها هذا العمل بغض النظر عن درجة هذه الخطورة، وفي هذا المجال نجد أن المشرع الجزائري قد نص على صور للتعبير عن إرادة المريض، فيشترط الكتابة في بعض الحالات التي تتميز بخطورة العمل الطبي وجسامة الآثار التي قد تنجر عنها كما هو الحال بالنسبة لنزع وزراعة الأعضاء والخلايا والتي نص عليها المشرع الجزائري مثلا في المادة 360 / 5 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة وكذا عند رفض العلاج الطبي من طرف المريض أو ممثله الشرعي كما هو الشأن بالنسبة للمادة 344 / 01 من نفس القانون، وفي حالات اخرى وعندما يكون العمل الطبي بسيطا فإن قبول المريض للمخاطر الطبية يكون شفهيا من طرفه أو من يمثله دون حاجة للكتابة، كما تجب الاشارة إلى أن المش رع الجزائري قد تجاوز قبول المريض أو ممثليه في حالات قانونية نصت عليها المادة 344 / 2 وهي حالات الاستعجال والمرض الخطير والمرض المعدي وتعرض حياة المريض الى تهديد خطير.

في الأخير يجب التنويه إلى أن إرادة المريض يجب أن لا تكون مشوبة بعيب من العيوب التي تنقص من إرادته، رغم إقتراب هذا التصرف خاصة في جانبه المتعلق بالعقد الطبي من عق ود الإذعان ودور اللاتوازن العقدي في اختلال الإلتزامات العقدية[3]

---

[1] الفقرة الثانية من المادة 80 من الأمر 75 – 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم

[2] علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003، ص 52 و53.

[3] نقار موسى، مرجع سابق، ص 72

المطلب الثاني: القواعد المستحدثة لضمان رضا المريض في قبول المخاطر الطبية

جاءت المسؤولية الموضوعية في المجال الطبي، محاولة قدر الإمكان التضييق على الخطأ وتشديد الخناق عليه. غير أن التساؤل الذي يتبادر إلى الذهن هل فعلا استطاعت هذه النظرية إلغاء مكانة الخطأ كليا من قاموس المسؤولية المدنية؟ أم أن تأثيرها كان أقل باقتصاره على التشديد في طبيعة التزام الطبيب؟

وهنا يجب على الطبيب أن يعني بالمريض العناية اللازمة، وأن يبذل في ذلك جهود صادقة ويستعين بوسائل العلاج ما يرجى به شفاء المريض ولا يكفي أن يفشل العلاج أو تدهور حالة المريض لظروفه خارجة عن إرادة الطبيب حتى يعتبر هذا الأخير مخلا بالتزامه وبالتالي تقوم مسؤوليته، بل لا أن يقوم الدليل على تقصير واضح منه في بذل عنايته. ولا يستقيم هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه مسؤوليته[1]، وتحدد التزامات الطبيب أو الجراح وفق ما نلف ذكره إلى قواعد المهنة وقوانينها، ما لم ينص العقد إن وجد بزيادة الالتزامات أو الحد منها، في الحدود التي يجوز فيها الاتفاق على ذلك.

وبشكل عام فإن قواعد المهنة وقوانينها، لا تضع على كاهل الطبيب أو الجراح التزاما بشفاء المريض، ولا حتى ضمان عدم استفحال المرض أو الحد منه، بل تفرض عليه أن يبذل في علاج المرض قدرا معينا من الجهد والعناية والمساعي التي تتماشى مع الضمير والأخلاق الحميدة فمتى بذل الطبيب ذلك الجهد وتلك العناية وهذه المساعي، بعد أنه قد أوفي بالتزامه حتى ولم ينف المريض[2]، ذلك لأن العلم قد لا يدرك الأثار البعيدة والمستقبلية للعمل الطبي أو الجراحي.

وما يجب أن ننوه عليه كذلك أن مسألة تحديد التزامات الطبيب في وقتنا هذا تختلف كثيرا عما كانت عليه في ما مضى، وذلك نتيجة التطور الهائل في المجال الطبي سواء تعلق الأمر بالنظريات الطبية أو الأساليب العلاجية أو الأجهزة والإمكانيات المتطورة، هذا ما جعل تحديد الالتزام الطبي يختلف ويخضع لضوابط جديدة تماشيا مع التطورات والمستجدات العلمية الجديدة.

الفرع الأول: طبيعة الالتزام الطبي

هنالك شبه إجماع على أن التزام الطبيب في مواجهة المريض هو التزام ببذل عناية وجدانية وحريصة، لأن شفاء المريض هو أمر احتمالي غير مؤكد، فعلى الطبيب أن يبذل جهود صادقة متناسبة مع الأصول العلمية المقررة، وهي الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتساهلون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينسب إلى عملهم أو فنهم، وليس معنى هذا أن على الطبيب تطبيق العلم كما يطيقه غيره من الأطباء، فمن حقه أن يترك له قدر من الاستقلالية في التقدير فلا يكون مسئول إلا أثبت أنه في

---

[1] بن صغير مراد، **الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 354

[2] منصوري جواد، **توجهات المسؤولية المدنية الطبية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة ابي البكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017،، ص 99

اختياره للعلاج قد أظهر جهلا بأصول العلم أو الفن الطبي، وعلى ذلك يكون الطبيب مسئول إذا أجرى عملية جراحية وهو في حالة سكر أو أجراها مع كون يده اليمني مصابة بعجز عن الحركة أو ترك طفل حديث الولادة بغير عناية أو ترك أداة من أدوات الجراحة في جسم المريض[1].

فالطبيب يكون مخلا لالتزامه إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة، أو إذا كانت العناية التي بذلها مخالفة للحقائق العلمية المستقرة والمكتبة.

ويقوم الالتزام ببذل العناية على عنصرين هما:[2]

- الالتزام باليقظة ونباهة الضمير.
- الالتزام بالعلم.

الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على الأصل أو المبدأ العام لطبيعة الالتزام الطبي

الأصل هو أن الطبيب أو الجراح لا يلتزم تجاه المريض إلا بذل عناية طبيب أو جراح يقض من مستواه المهني، فالطبيب لا يقع على كاهله التزام بنقاء المريض لأن الشافي هو الله سبحانه وتعالى، فضلا عن أنه يتوقف على عوامل واعتبارات تخرج عن إرادة الطبيب لا سيطرة له عليها، كما أن في الإنسان قصور عن الإحاطة بأسرار الجسيم البشري، وهذا هو الأصل والمبدأ العام الذي ردا عليه الفقه والقضاء وقد أدى هذا المسلك التحليلي إلى حصر مجال الالتزام ببذل عناية في نطاق العلاج بمعناه الضيق، أما ما يجاوز العلاج بالمفهوم التقليدي من أعمال طيبة تقل فيها نسبة الاحتمال حتى تكاد تصل درجة اليقين كالتحاليل الطبية والحقن تحت الجلد وغيرها فتتحقق بصددها المسئولية بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة منها، ودون الحاجة إلى إثبات التقصير أو إخلال منه بالتزاماته. ومن الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة نذكر[3]:

أولا: التزام الطبيب بضمان سلامة المريض

معيار الالتزام بضمان السلامة يتضمن ثلاث عناصر تعد بمثابة شروط لوجود هذا الالتزام، وهي وجود خطر يهدد السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين وأن يعهد أحد المتعاقدين بنفسه إلى المتعاقد الآخر وأخيرا أن يكون المتعاقد المدين بالالتزام بضمان السلامة مهنيا [4].

فنجد مدلول مصطلح الضمان على أنه التعهد الذي يلتزم به أحد أطراف العقد في تنفيذ التزاماته وفي حالة تعذر ذلك فعليه أن يعوض عن الضرر الناجم عن عدم التنفيذ أو التنفيذ الناقص، حيث أن الالتزام بالضمان يشمل تعويض الشخص عما يصيبه من ضرر.

---

[1] منصوري جواد، المرجع السابق، ص 100

[2] المرجع نفسه، ص 101

[3] المرجع نفسه، ص 103

[4] جيرون محمد الهامل، **الالتزام بضمان سلامة الأشخاص في عقد النقل البري في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، الجزائر،2013-2014، ص 18.

أما مدلول مصطلح السلامة فقد عرف بأنه الحالة التي يكون فيها الكيان الجسدي والصحي للمتعاقد محفوظا من أي اعتداء يكون سببه تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تربط المتعاقد بالمحترف.

ومنه نجد أن مفهوم الالتزام بالسلامة يتمثل فيما ينبغي أن يقوم به المدين بقصد عدم تعريض الدائن لأي مكروه يمس سلامة جسمه وحياته وهي نتيجة لا بد أن تتحقق حتى يمكن القول بأن المدين قد وفي بالتزامه [1].

ومن اجل الوصول الى تعريف الالتزام بضمان السلامة يجب التعرض الى فكرة السلامة في ذاتها مضمون الالتزام بالسلامة.

وتعتبر السلامة مفهوم أحادي فعندما تكون السلامة هي محل الالتزام كما يقال بعض الفقهاء، فلا يمكن التعبير عنه بطريقة وسط فالتنفيذ لا يحتمل الزيادة أو النقص فالسلامة غير قابلة للتجزئة من أجل الوفاء بها فيجب أن تغطي السلامة كل مدة تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الذي أنشأها وأن تكون مطلقة لا يشوبها نقص ولا تعترضها حادثة بعد تحديد المقصود بالسلامة نستطيع أن نحدد محل هذه السلامة. [2]

كما ان شرط ضرورة انتماء العناصر المسببة للضرر للعقد المبرم بين الدائن والمدين في الالتزام بالسلامة واساس هذا الشرط ينشأ من حقيقة أن العقد عبارة عن دائرة معلقة على عافيه يتبدلان في أداءات مختلفة وأن هذا العقد يجب أن يعرض الدائن الى خطر أكثر مما يتعرض له الغير، وتبني أحكام القضاء الصادرة في موضوع " نقل عدوى الإيدز حيث تلتزم مراكز تقل الدم بالتزام تحقيق نتيجة هي سلامة الأشخاص محل عملية نقل الدم تشددا واضحا في تحديد المجال التعاقدي وفي هذا الخصوص لا بعد العيب الداخلي حتى ولو كان صعب الاكتشاف عيبا أجنبيا بالنسبة لمركز الدم، هذا المبدأ وإن كان ليس جديدا في هذه المسألة، ألا أنه يشير إلى أن الشيء المستخدم في تنفيذ الالتزام يجب أن يسبب أي أثر ضار للكيان الجسدي والصحي للمستفيد من هذا التنفيذ وتقرر الأحكام الصادرة في مسألة الإصابة بفيروس التهاب الكبد الوبائي (س) نفس هذا الحكم .

غير أن وجود عيب داخلي في شيء موضوع العقد يمنع في حالة انعدام تدخل عنصر خارجي بالمعنى الدقيق للكلمة استبعاد مسؤولية صاحب المطعم بسبب القوة القاهرة فشرط انتماء العناصر للعقد أو شرط الداخلية يبلور إذن الالتزام بضمان سلامة المرتبط بوجود وتنفيذ العقد المبرم بين صاحب المطعم والعميل تنفيذا صحيحا.[3]

---

[1] موافي بنائي أحمد، **الالتزام بضمان السلامة (المفهوم المضمون، أساس المسؤولية)**، مجلة المفكر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، العدد العاشر، 2014، ص 415

[2] بودالي محمد، **مبدأ السلامة في المجال الطبي**، مذكرة ماستر، تخصص قانون طبي، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2017-2018، ص13

[3] المرجع نفسه، ص 15

إن أساس فكرة الالتزام بضمان السلامة في العقود يتمثل في الحماية الجسدية ولقد أجمع الفقه على أن لقيام الالتزام بضمان السلامة يقتضي توافر عدد من الشروط وهي تسليم المريض نفسه للطبيب الجراح وأن يوجد خطر يهدد سلامة المريض بالإضافة إلى أن يكون الملتزم بضمان السلامة مهنيا ومحترفا .

1. تسليم المريض نفسه للطبيب الجراح: إن العقد الطبي هو اتفاق عن طريقه يعبر المريض عن قبوله للعلاج الذي يقضيه حالته والذي يقدمه له الطبيب، فالمريض يتهيأ للعلاج وفي المقابل يلتزم الطبيب بأداء مهمته .

يحتوي العقد الطبي على التزام بالسلامة، ففي الميدان الجراحي نجد أن العمل الجراحي من طبيعة جد خطيرة وأن الدور الذي يلعبه المريض هو بلا شك دور سلبي لأنه يسلم كليا نفسه للطبيب الجراح ويترك له كل الإمكانيات للعمل، فمنطقيا يجب أن تكون سلامته مضمونة من طرف الذي التزم في علاجه.

إن العمل الجراحي الذي يباشره الطبيب الجراح على جسم المريض فيه مساس مباشر بجسمه ولا يوجد سبب في إباحته والترخيص بإجرائه إلا لتوفر مصلحة المريض فيه، فالمريض الذي يسلم نفسه للجراح إنما يكون لسبب إجراء له عملية جراحية للمرض الذي يعاني منه لهذا على هذا الأخير أن يحافظ على السلامة الجسدية للمريض الذي يكون فاقد السيطرة على نفسه [1].

فيقع على عاتق الطبيب التزام بإعانة ومساعدة المريض فيقدم له العلاج المستمر ويقوم بزيارته بطريقة مستمرة لمراقبة حالته الصحية فلا يمكن للطبيب الجراح أن يتخلى أو يترك مريضه في خطر.

2. أن يوجد خطر يهدد سلامة المريض: إن العمل الطبي الجراحي الذي يباشره الطبيب الجراح على جسم المريض فيه مساس مباشر بجسم هذا الأخير وذلك عند استعمال أداة الجراحة عليه، وأنه ما كان ليجد سببا لإباحته والترخيص بإجرائه إلا لتوفر مصلحة المريض فيه.

لهذا يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض مما قد تسببه الآلات والأدوية التي يستعملها من أضرار تهدد سلامته الجسدية. [2]

فلا يكون إعفائه من التزامه في حالة إهمال أو سهو أو عدم أنتباه أو نسيان، فمن واجب الطبيب الجراح اتجاه المريض الدقة والاستقامة في تصرفاته الجراحية وألا يحدث بعمله هذا عللا جديدة تضاف

---

[1] محمود موسى دودين، **مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية**، مذكرة الماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2009، ص 14

[2] فبمفهوم المادة 173 من قانون حماية الصحة وترقيتها الملغى فإن الأجهزة الطبية التقنية تشمل الأجهزة المستعملة في الفحوص والعلاجات الطبية والأعمال الأخرى المرتبطة بالعلاج الطبي وأجهزة ترميم الأسنان وتقويم الأعضاء والمعينات البصرية والسمعية وكذلك الأجهزة المساعدة على التحرك.

إلى المرض الذي يعاني منه المريض، ولا يمكن أن تتعرض السلامة الجسدية للشخص لأي مساس إلا في حالة الضرورة الطبية المثبتة قانونا وحسب الأحكام المنصوص عليها في القانون18-11.[1]

وكذا ما ورد في نص المادة 413 من نفس القانون بقولها :" باستثناء الضرورة الطبية المبررة، يعاقب طبقا لأحكام المواد 288 و289و 442 الفقرة 2 من قانون العقوبات، كل مهني الصحّة، عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته، يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة البدني ة لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته[2]

3. أن يكون الملتزم بالضمان مهنيا أو محترفا: فالطبيب أصلا غير ملزم بنجاح العملية الجراحية، لكن مطلوب منه أن يقدم للمريض علاجا يتطابق مع الأصول العلمية الثابتة والقواعد الطبية المتعارف عليها ويقصد بالأصول العلمية الثابتة الأصول التي يعرفها أهل العلم ولا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطاها ممن ينتسب إلى علمهم أو فنهم[3]، فيلزم على الطبيب المعرفة والقيام ببحوث متواصلة حول أحدث الطرق للعلاج وإذا اقتضى الأمر ووجد نفسه إزاء حالة لا يسعفه فيها علمه يجب أن يستعين بآراء غيره من الأخصائيين، ولقد نصت المادة 45 من مدونة أخلاقيات المهنة على أنه لا يلتزم الطبيب أو الجراح الأسنان بمجرد موافقة على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة المعطيات العلم الحديث والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين».

لقد اتفق الفقه والقضاء الفرنسي على اعتبار الالتزام بالسلامة التزاما بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل عناية، فيرى فالفقه بأن الطبيب غير ملزم بالشفاء، فعلى الأقل يلتزم بأن لا يسبب ضرر للمريض وعدم المساهمة في تفاقم حالة المريض الصحية، فإذا حدث وإن قام الطبيب بكل العلاجات ورغم ذلك تدهورت حالة المريض فيجب عليه أن يبين مصدر الأضرار التي زادت من خطورة المرض.[4]

وقد أكد الفقه إلى أن العقد المبرم بين الطبيب ومريضة فضلا على أنه يلتزم بموجبه الطبيب ببذل عناية [5]ويقظة كبيرة وفقا للأصول العلمية فإنه يلتزم أيضا بضمان سلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض ولا صلة لها به، وهو التزام بتحقيق نتيجة ينصب بالخصوص على الأضرار التي تلحق المريض من جراء استعمال الأدوات والأجهزة والتي لا صلة لها بالأعمال الطبية التي يلتزم فيها الطبيب ببذل عناية، والتي غالبا ما ترجع تلك الأضرار إلى عيوب في الأجهزة والآلات المستعملة. فيرى هذا

[1] المادة 21 الفقرة 04 من القانون 18-11

[2] المادة 413 من القانون 18-11

[3] بوخرس بلعيد، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي**، مذكرة ماجستير في القانون، فرع "قانون المسؤولية المهنية"، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر، 2010-2011، ص 68

[4] نسيب نبيلة، **الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2002، ص 40

[5] بومدين سامية، **الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 50

الاتجاه أنه ينبغي التفريق بين الأضرار التي تنشأ عن أعمال الطبيب العلمية الفنية . حتى ولو استعان في أدائها إلى الأدوات الطبية والأجهزة، وبين الأضرار المستقلة عن المرض وغير متصلة به والتي غالبا ما تكون ناتجة عن عيوب في الأجهزة المستعملة نفسها، فتقوم مسؤولية الطبيب حتى ولو كان العيب فيها خفيا ولا تنتفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي.

فالالتزام بالسلامة يبدوا واضحا في الحالات التي تقوم فيها مسؤولية الطبيب عند حدوث أي ضرر يخل بسلامة المريض وهذا ما يجعله التزام بتحقيق نتيجة، ويتأكد هذا الاتجاه بموجب حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في غرفتها الأولى في 15 جانفي 1998 بقولها « رغم عدم ارتكابه لأي خطأ فإن الطبيب الجراح عد مسؤولا عن الضرر الذي لحق السيدة «سوميلو» على إثر عملية جراحية إصلاحية للفك العلوي وإثر إفاقتها أصيبت بعمى تام للعين اليمني وذلك نظرا لحادث عصبي سببه خلل أصاب الأوعية الدموية، ولا علاقة له بالحالة السابقة على العملية الجراحية للمريض، ولم يكن متوقعا كتطور طبيعي للحالة التي كانت تعاني منها أصلا. [1].

فإن الطبيب الجراح أصبح على عاتقه التزام بالسلامة إلى جانب الالتزام ببذل عناية الناتج عن العقد الطبي وهذا الالتزام يرمي إلى عدم تعقيد حالة المريض حفاظا على مصلحته وسلامته ونخلص إلى أن الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة في الميدان الطبي هو التزام بتحقيق نتيجة هذا ما يؤدي إلى زيادة حرص الطبيب الجراح أثناء إجراء العملية الجراحية على النحو يحقق الأمن المنتظر منه قانونا. كما أن الغاية من الالتزام بالسلامة لا تتحقق إلا إذا كان التزاما بتحقيق نتيجة[2].

ثانيا: التحاليل الطبية

يلتزم الطبيب في هذا الصدد بالالتزام بتحقيق نتيجة معينة تتمثل في تحصيل نتائج دقيقة وبالتالي تثار مسئوليته بمجرد ثبوت أن تلك النتائج كانت غير دقيقة، نون الحاجة للبحث في قدر العناية التي أولاها لها له، أو البحث في إهماله أو تقصيره، ويظل هذا الالتزام محصورا بمجال التحاليل المألوفة التي تتم اعتمادها أليات بسيطة، حيث يتضاءل عنصر الاحتمال بشأنها، بينما يقتصر التزامه بالنسبة للتحاليل المعقدة التي لم يوجد استقرار بشأن تقديراتها على مجرد الالتزام ببذل العناية اللازمة في تحصيلها.[3]

ثالثا: الأدوات والأجهزة الطبية

يتعهد الطبيب فضلا عن بذل العناية اللازمة وفق الأصول العلمية المستقرة بالتزام محدد نتيجة استخدامه تلك الأجهزة والألات مؤداه عدم إلحاق الضرر بالمريض، والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات الطبية، إذ يقع التزام على الطبيب

---

[1] أرجيلوس رحاب، بحماوي الشريف، **إثبات الخطأ في المجال الطبي**، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جوان 2019، ص 825

[2] المرجع نفسه، ص 825

[3] منصوري جواد، المرجع السابق، ص 106

مقتضاه استخدام آلات سليمة التي لا تحدث أضرارا بالمريض فيعتبر الطبيب مسئولا عما يصيب المريض من حروق جراء تطاير اللهب من العداد الكهربائي أثناء التدخل الجراحي، بالرغم من عدم ثبوت أي تقصير منه في استخدامه وعن الالتهابات التي قد تصيب المريض جراء تعرضه لجرعة زائدة من الأشعة بسبب خلل في الجهاز المنظمة، ولا ينفي عنه مسئوليته أن تكون تلك الأضرار راجعة لوجود عيب في الصناعة[1]

رابعا :عمليات التجميل

يعتبر القضاء الفرنسي أن التزامات الطبيب في هذا المجال مجرد التزامات ببذل عناية استنادا إلى أن الجراحة التجميلية لا تخلو من عنصر الاحتمال على غرار غيرها من الأعمال الطبية غير أن الرأي الراجح في الفقه والقضاء يعتبر أن التزام الطبيب الجراح لم يرق إلى مصاف الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة، وإنما أنزله منزلة وسطى بين الالتزامين بحيث يمكن وصفه بأنه التزام ببذل عناية مشددة[2]

خامسا: التركيبات الصناعية

تعتبر مسألة تركيب الأعضاء الصناعية، من الاكتشافات والأساليب الحديثة لتعويض الانسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية، وما يصاب منها بشلل أو عجز أو ضعف. وقد اعتبر القضاء الفرنسي التزام الطبيب فيما يتعلق بمدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النص القائم لديه، التزام ببذل عناية نتيجة لما يخالط هذا العمل من احتمال لا يخرج عما هو سائد بالندية لبقية الأعمال الطبية. وفي المقابل اعترف بتحميله بالتزام بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بتصميمها وشروط صيانتها، ومدى ملامتها الحاجة المريض وخلوها من العيوب، ذلك أن هذه الأمور تخرج عن الفن الطبي وينتفي عنصر الاحتمال بصددها . [3]

سادسا: عمليات نقل الأعضاء

تحدد التزامات القائم على جراحة نقل الأعضاء بالالتزام بتحقيق نتيجة، حيث يلتزم في مواجهة المتبرع بالعضو بالتزام محدد بضمان سلامته من كل ضرر قد يحدث أثناء عملية الاستئصال، وذلك استنادا إلى أن مشروعية هذه الجراحة منوطة بانتقاء ما يهدد حياة المتبرع أو يعرض سلامته للخطر، وعليه تثور مسؤولية الطبيب على أديس الخطأ المفترض، ويكون على هذا الأخير إذا ما أراد أن دفع المسؤولية عنه إثبات الدبب الأجنبي الذي يرجع إليه الضرر[4]

[1] منصوري جواد، المرجع السابق، ص 106

[2] المرجع نفسه، ص 106

[3] المرجع نفسه، ص 107

[4] المرجع نفسه.

المبحث الثاني: خصوصية الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية عن المخاطر الطبية

سنقوم بعرض أركان المسئولية الطبية الموضوعية في مجال المخاطر الطبية، مع بيان خصوصياتها التي تميزها عن القواعد التقليدية في المسئولية، وكما هو معلوم فإن المسئولية الموضوعية تخلو من ركن الخطأ وتقوم على ركنين أساسيين هما الضرر المجرد من الخطأ وعلاقة السببية بين الضرر والفعل الضار.

المطلب الاول: الضرر المجرد أساس المسؤولية عن المخاطر الطبية

يعتبر الضرر قوام المسئولية المدنية حيث ذهب رأي فقهي معتبر إلى اعتبار الضرر الركن الأول للمسئولية المدنية، فلا مجال للبحث فيها ما لم يثبت وجوده، ولذلك يجب البدء بإثباته قبل إثبات ركن الخطأ والسببية، وهكذا يبدو الضرر على درجة من الأهمية الإقامة المسئولية على أساس المخاطر والضمان[1]، كما يعتب ركنها الركين الذي لا تقوم إلا لجبره، فلا قيام لها بدونه مهما بلغت جسامة الخطأ، فهو عنصر وجوبي حتى يتمكن المضرور من المطالبة بالتعويض، وبهذا تتميز هذه الأخيرة عن قواعد الأخلاق التي تشجب الخطيئة وتدينها، نظرا لكون المسئولية الأخلاقية تقوم لمجرد النوايا السيئة ولو لم تبرز نتائجها للوجود[2]، وعن المسئولية الجنائية التي قد تعاقب على بعض الجرائم الشكلية دون اشتراط وقوع الضرر أو حتى على مجرد الشروع في القيام بجناية، ومن هنا قيل إن الضرر روح المسئولية المدنية والعنصر الأساس فيها.[3]

ويكتسب الضرر أهمية نسبية بين غيره من أركان المسئولية المدنية، تتفاوت من نوع آخر من أنواعها، ففي حالات المسئولية التي تقوم فيها على أساس الخطأ يحتل ركن الضرر أهمية ثانوية نسبيا، على اعتبار أنه يمثل مناسبة لانعقاد المسئولية وليس المعطى الأساس، أما الأحوال التي تضطلع فيها المسئولية بوظيفة الضمان فإن ركن الضرر يتقدم ليحتل الصفوف الأولى، ومع ذلك يبقى الإجماع منعقدا حول ضرورة توافره لقيام المسئولية المدنية بنوعيها فإذا لم يثبت وقوعه فلا محل للبحث في المسئولية أصلا .[4]

وتتضح ذاتية هذه الأضرار من خلال مقارنتها بالمقومات العامة للضرر وفقا للقواعد العامة التي تحكمه، وتتمثل هذه الذاتية فيما يلي:

---

[1] مرقس سليمان، **المسئولية المدنية وتقنينات الدول العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية المدنية الضرر والخطأ والسببية**"، منشورات معهد البحوث والدراسات، سنة 1971، ص 126

[2] علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992، ص162

[3] بكوش أمال، **نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية ،دراسة في القانون الجزائري والمقارن** ،د.ط، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2011، ص 77

[4] المرجع نفسه، ص 77

الفرع الاول: خصوصية ركن الضرر في مجال المخاطر الطبية

الضرر هو الركن الأساسي ونقطة البداية لقيام المسؤولية الطبية، فهذه الأخيرة تقوم معه وجودا وعدما، وقد أجمعت التعاريف الفقهية على أن الضرر الذي يستتبع المسؤولية المدنية هو: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو بعاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك[1]"

مما لاشك فيه أن الضرر الناجم عن المخاطر الطبية بشتى أنواعها له من الخصائص ما يميزه عن مجرد الأضرار التي تثير المسئولية التقليدية القائم بأعمال الرعاية الصحية – أو المسئول عنه– والتي تستند إلى خطأ في العلاج أو التشخيص أو الإدارة، ذلك أن هذه الأخيرة لا تستوعب فكرة الخطأ بل تتجاوزه، فهي تتصل أساسا بالمخاطر المحيطة بالعمل الطبي أكثر من ارتباطها بخطأ القائم عليه هذه المخاطر الموضوعية التي باتت تتهدد العمل الطبي لا تتصل فقط بمكنونات جسم الإنسان وما يرتجي منه من ردود أفعال متباينة وغير متوقعة، وإنما تعكس تبعات تطور النشاط الإنساني من مخاطر تكنولوجية[2] أو ما يطلق عليها بالمخاطر الناجمة عن الأبحاث الصناعية المطبقة.

خصوصا مع ما شهده العمل الطبي في السنوات القليلة الماضية تطورات مذهلة على درب التقدم العلمي في مجال الوسائط التقنية، فما من شك أن التطبيقات الطبية للتقنية الليزرية التي تعتبر وبحق فتحا من الفتوحات العلمية، إذ أغنت في الكثير من الأحوال عن التدخلات الجراحية، وأثبتت نجاعة فائقة في شفاء العديد من الأمراض التي ساد الاعتقاد – لوقت ما – أن شفاءها باعتماد آليات العلاج التقليدية ضرب من الخيال، ناهيك عن تقنيات العلاج بالجينات والمركبات التخليقية وغيرها العديد من التقنيات المستحدثة، التي تتضمن رغم أهميتها وفعاليتها مخاطر متنامية تجر العديد من الأضرار التي تتزايد احتمالات وقوعها طرديا بتزايد تلك الأخطار.[3]

وفي السعي وراء ضمان قدر من السلامة في مواجهة مخاطر التطور سواء بالنسبة للمجال الطبي أو غيره من المجالات، يثير جملة من الصعوبات التي لا تختلف كثيرا عن تلك التي تثيرها حدود المعرفة الإنسانية في مجالات العلوم الطبيعية التي ترتكز منهجيا على معطيات تجريبية مستخلصة بطريق الاستقراء، لما تتسم به من نسبية أثبتها الواقع العلمي مرارا، فما بنهاية عن طريق التجربة لا يكتسب صفة اليقين ولا يعدو أن يكون حوصلة ظنية محدودة، ليس فقط بحدود المكتسبات العلمية المتوقفة على درجة التطور الإنساني وظروفه التاريخية المختلفة زمنيا ومكانيا، وإنما كذلك وبصفة أساسية بما تصطبغ به المقاصد الإنسانية.

---

[1] مرقس سليمان، **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات**، المجلد:الأول :في الفعل الضار والمسؤولية المدنية؛ ط 5، د .ن،1992 ، ص133 .

[2] بكوش أمال، المرجع السابق، ص79

[3] نفس المرجع، ص 82

هذه المخاطر التكنولوجية تتميز بسمات لعل أهمها :

1- حداثة والتجدد: ذلك أن موضوع الخطر التكنولوجي إما أن يكون ألية صناعية جديدة للعمل وإما منتجات أو خدمات تطرح للتداول، فهي بطبيعتها لا تخرج عن كونها تكديسا لقيم مستحدثة لم يسبق لها مثيل، بينما يتعلق الخطر الصناعي التقليدي بوسائل أو منتجات أو خدمات معروفة سبق تداولها أو تجربتها سلفا أو على الأقل أمكن ذلك، ومنه تكون هذه الأخطار في الغالب مجهولة، بل وغير معروفة الحدود سلفا فهي لا تعترف بالحدود الجغرافية أو السياسية للدول، إذ تتجاوز آثارها غالبا حدود الدولة التي ينشأ فيها مصدرها، نظرا لظاهرة الاستهلاك المتضخم التي أفرزها التقدم الاقتصادي والتي زاد من حدتها سعة وسرعة الانتشار بين جمهور المستهلكين مما جعلها اكبر تهديد لأمن المستهلك، خاصة أنه لا يمكن الاستغناء عن بعضها فمن يستغني عن الدواء يكون قد ضحى بشيء هو حياته.[1]

إن التطور الذي يشهده مجال الطبي يرافقه تزايد المخاطر المتولدة عن التقنيات الطبية الجد متطورة، ولكن في بعض الأحيان ما تزال تشهد سوء التحكم فيها، فالحادث الطبي ليس سوى تحقق هذه المخاطر المرتبطة بالنشاط الطبي، مع ضرورة التنبه لعدم الخلط بين هذه المخاطر وعدم ثبات الاحتمال الطبي الذي يبرر التزام الطبيب ببذل عناية عند تقديمه للعلاج، على خلاف الحادث الطبي المتمثل في الوقائع، بخطأ أو بدون خطأ منفصل عن الفعل الطبي، كما هو الشأن على سبيل المثال: حالة الأضرار الناتجة عن عيوب الأدوات، الأجهزة أو المواد المستعملة من طرف المعالج أو العدوى نتيجة عيب في النظافة والتي لا يمكن السيطرة عليها في ظل الأصول العلمية المتبعة في تاريخ العلاج.[2]

2.أهمية هذه الأخطار وجسامتها البالغة : جعلتها هذه الميزة تندرج ضمن طائفة الكوارث أو الأخطار الكبير، التي من شأنها أن تسبب أضرارا منجية تبلغ درجات مأساوية، ترتبط غالبا بحجم المشروعات الصناعية المنتجة ودرجة التقدم التقني التي حققتها، هذه الصفة تلازم كافة الأضرار المصاحبة للمخاطر التكنولوجية أو المنبثقة عنها[3]، خاصة أن تعاظم نسبة الأضرار الناجمة عن مخاطر التطورات الصناعية والاكتشافات العلمية قد تزامن مع اتساع دائرة نشاط الدولة إثر انتقالها من مرحلة الدولة الحارسة إلى مرحلة الدولة المتدخلة، وهو ما يفتح المجال للمرور بالقواعد العامة المسئولية المخاطر التي كرسها

---

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 84

[2] جبارة نورة، **نظرية المخاطر وتأثيرها على المسؤولية**، مداخلة ضمن الملتقى الوطني حول مستقبل المسؤولية المدنية، كلّية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة امحمد بوقرة بومرداس: يوم 28 جانفي 2020، ، ص 24

[3] وهو ما دعا مجلس الدولة الفرنسي إلى اشتراط " الصفة غير العادية للضرر كشرط ضروري لانعقاد مسئولية المخاطر أو المسئولية الموسعة للدولة حيث ارسى المجلس الدولة الفرنسي الذي اعترف لأول مرة بإمكانية قيام مسئولية الدولة عن الأضرار الناجمة عن نشاطاتها المشروعة بغير أن يثبت أي خطاب حقها، وكان ذلك بموجب قرار (CAMES) الصادر بتاريخ 21 جوان 1895، شوايل عاشور سليمان، **مسؤولية الإدارة دون خطأ والتطورات الحديثة في القضاء الفرنسي**، مجلة أفاق اقتصادية، جامعة بنغازي، مجلد5 ، الباب09، 2019، ص 05

مجلس الدولة الفرنسي تأصيلا المسئولية عن المخاطر الطبية التي لا تعدو تطبيقا من تطبيقاتها في المجال الطبي.

وقد قرر جانب من الفقه أن الصفة غير العادية في الضرر تتحقق متي تجاوزت الأضرار الناجمة عن النشاط الإداري حدود الأضرار التي يتحملها الأفراد كمقابل لحياتهم في المجتمع، وهي تمثل لديه الحاجز الذي يحول دون التوسع اللامحدود ومسئولية المخاطر .

فضرورات العيش في المجتمع الذي يؤمن لأفراده الأمان والاستقرار، تملي عليهم بعض التضحيات المتمثلة في تحمل قدر من الأضرار بحيث لا يحق لهم مطالبة المتسبب فيها بالتعويض، فإذا تجاوزت هذه الأضرار الحد المعقول، سواء من حيث طبيعتها أو أهميتها أعتبر ذلك إخلالا بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يوجب مساءلة المسئول عنها لاقتضاء تعويض مناسب لها، ومحاولته لإلقاء الضوء على ماهية الصفة غير العادية للضرر كركن جوهري للمسئولية الموضوعية للدولة عن التبعات الضارة لأنشطتها المشروعة، اعتمد بعض من الفقه على إبراز أهمية الطابع الاستثنائي لهذه المسئولية والتي أطلق عليها مسئولية المخاطر فهي مادامت مسئولية استثنائية، بحسب الأصل فإنها تتطلب لانعقادها بالضرورة شروطا استثنائية، من بينها ألا يكون الضرر الناجم عنها من الأضرار التي ينظر إليها باعتبارها أعباء عادية على عاتق المواطن.[1]

وقد عبر جانب من الفقه العربي عن مفهوم الصفة غير العادية للضرر بمصطلح "الضرر الجسيم"، وهو في نظره كل ما يخرج عن مخاطر المجتمع العادية [2]، وهناك من قال أن الضرر يعد غير عادي متى تجاوز في حسبانه القدر الذي يجب على الفرد أن يتحمله نتيجة وجوده في الجماعة".[3]

وقد أكد جانب من الفقه على هذا الشرط بالإشارة إلى التطبيقات المختلفة لفكرة المخاطر التي لا قيام لها إلا مقترنة بضرر استثنائي، بل ذهب واشتراطه جسامة الخطأ إلى حد القول بعدم قيام المسئولية الموضوعية أصلا دون قيامه وعدم إقرار هذه المسئولية إلا بتوافره، ذلك أن الضرر الذي يتوجب عنه التعويض في حالة المسئولية المبنية على المخاطر لا يكفي أن يكون بسيطا أو عاديا كما هو الشأن في المسئولية المبنية على الخطأ، بل يجب أن يكون على درجة كبيرة من الجسامة، أي ضررا خاصا وغير عادي فالمسئولية بدون خطأ في القانون الإداري ترتبط بوجوب تعويض الضرر غير العادي وحده، بل أن

---

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 88

[2] سليمان الطماوي، **القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام**، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، سنة 1986، ص 213

[3] مصطفى أبو زيد فهمي، **القضاء الإداري وقضاء التعويض**، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، سنة 1999، ص725

مجرد وجود خطر الخاص أو استثنائي وتسببه في ضرر ما، من شأنه أن يبرر– إلى حد بعيد قيام المسئولية بدون خطأ في حق من تسبب به [1].

مما سبق تقديمه نجد الامر لا يختلف كثيرا بالنسبة للاخطار الطبية الضارة بوصفها تطبيقا من تطبيقات المخاطر التكنولوجية في المجال الطبي، حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى اشتراط جسامة الأضرار الناجمة من الحوادث الطبية، على سند من القول أن الطبيب إذ يسال عن كافة الأضرار التي تترتب على خطئه أيا كانت جسامتها، فإنه لا يستقيم وميزان العدالة مساءلته إلا عن الأضرار الجسيمة التي قد تلحق المريض جراء إجراء علاجي سليم ومشروع، متى ثبت أن الطبيب لم يقع منه أي خطأ أو تقصير في مسلكه الطبي[2].

غير انه هناك اشكال يطرح حول المعيار الذي تتحدد على ضوئه الصفة الاستثنائية للضرر الطبي، وقد أخذ الاتجاه السائد من الفقه بالمعيار الكمي، فالخطر الجسيم هو ما يجاوز العادة أو هو الخطر ذو الطبيعة الاستثنائية غير المألوفة، والحقيقة أن الإجابة لا تقتصر على إعمال معيار واحد كونها تشمل عدة أبعاد بالنظر إلى حالات مختلفة.

أولها: مقارنة الضرر الراهن للمريض بنظيره في الحالات المماثلة السابقة، فإن شكل هذا الضرر سابقة مجاوزة للعادة باعتباره ضررا غير مألوف في مثل تلك الحالات، فيقال بصدده أنه ضرر استثنائي.

---

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 89

[2] قررت محكمة الاستئناف الإدارية بوردو بمقتضى قرارها الصادر في 4 مارس 1996، رفض الدعوى التي تقدم بها السيد (x Roger) بموجب الطلب الذي أودعه قلم كتاب المحكمة بتاريخ 26 أغسطس 1994 استئنافا لحكم المحكمة الإدارية "بيو" (Pau) التي قضت في 06 يوليو 949 1 برفض دعوى التعويض التي تقدم بها ضد المركز الطبي ب(Pau).
حيث أن المستأنف كان يعاني من تخثر وريدي معقد تلقى على إثره تدخلا جراحيا بتاريخ 27 يناير 1989، بغرض تفادي ما توقعه الأطباء من خطر إصابته بانسداد شرياني رئوي، وقد تم ذلك باعتماد تقنية إدخال أنبوب (Greenfield filtre de) مرورا بالجهاز الهضمي للمريض (chirurgie digestive) عبر الوريد الأجوف، إلا أن التحريك المستمر للأنبوب أثناء تنقله الداخلي أدى إلى تمزيق أحد فروعه للوريد الأجوف، مما اضطر الأطباء إلى إجراء جراحة ثانية بهدف استخراج الأنبوب (extraction dudit filtre) بتاريخ 12 يوليو 1990.
وقد استخلصت المحكمة من تقرير الخبرة المقدم أمام محكمة الدرجة الأولى أن خطر حصول ثقب في الوريد الأجوف لا يمثل طابعا استثنائيا، وأنه في جميع الأحوال فإن الخبير قد قدر نسبة العجز المؤقت عن العمل بنسبة 45%، بينما كان المستأنف يعاني في مرحلة سابقة للإجراء محل النزاع من نسبة عجز جزئي قدرت ب40% وهي النسبة التي استفاد على أساسها من مرتب حادث عمل (une rente accident de travaille)، وبالتالي فإنه بالنظر للحالة السابقة للمريض فإن التدخل الجراحي محل النزاع لا يمكن النظر إليه كمسبب لأضرار بالغة | الجسامة، وهو ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي الذي دأب على اشتراط أن يكون الضرر الحاصل جسيما ومأساويا، أو على حد تعبيره جسيما بدرجة استثنائية من بين ما يشترطها لإقامة المسئولية الطبية على أساس المخاطر، ومرد ذلك في رأي الفقه إلى كون المسئولية الطبية بدون خطاهي في المقام الأول مسئولية استثنائية..، بكوش أمال، المرجع السابق، ص ص 92–93

ثانيها: بالنظر إلى خصوصية الضرر ذاته بالنسبة للمريض نفسه، فبغض النظر عن كون ضرر ما شائعا بالنسبة للحالات السابقة، فإنه قد تشكل خصوصية الضرر جسامة استثنائية بالنسبة لمريض بعينه دون سائر المرضى، نظرا لحالته الشخصية.[1]

وثالثها: بالنظر إلى العمل الطبي المقصود ودرجة خطورته، فإذا ما نجم عن تطبيق تقنية جراحية معقدة أضرار جسيمة فان هذه الأضرار عادة ما تقبل في إطار المألوف، بينما ينبئ حدوث اضطرابات عصبية خطيرة أو شلل دائم على اثر الخضوع لفحص روتيني بسيط، عن جسامة استثنائية للضرر.

الا ان اشتراط الضرر الجسيم كفكرة ضابطة لحدود المسئولية الموضوعية في الحقل الطبي استحسانا لم يسلم من النقد من البعض على اعتبار أنه يضيف شرطا بجهله القانون وهو أمر لا سابقة له في مجال القانون الخاص، فجسامة الضرر وان لعبت دورا في تحديد مقدار التعويض فإنها لا تصلح أن تكون أساسا لقيام المسئولية في المطلق، كما أن إقرار هذا الشرط يؤدي إلى اعتماد شكل من التدرج في أنواع الضرر مما يعكس مخالفة للمبادئ القانونية السائدة في مجال تعويض الأضرار، إذ تصطدم هذه الفكرة بمبدأ أساس بحكم التعويض عن نطاق القانون الخاص، مفاده حظر أي تحديد للتعويض عن الأضرار الجسمانية وبطلان أي شرط يخفف من المسئولية هذا النطاق أو يستبعدها، ذلك أن الحق والتعويض بنشأ عن المساس بحق الفرد في السلامة، والقول بقصر التعويض في نطاق الحوادث الطبية عن الأضرار التي بلغت درجة معينة من الجسامة وإقصاء ما لم يبلغ منها ذلك القدر لا يجد أساسا له، بل هو أمر يخالف المنطق ذلك أن الحق في التعويض إما أن يوجد عند كل اعتداء وإما أن يتخلف بالمطلق.

وإذا كان الأصل أن المساس بأي حق من حقوق الشخص أيا كانت درجته تستوجب تعويضا عادلا يقدر بقدر الضرر ذاته، فإن اعتماد معيار الجسامة الاستثنائية للأضرار كأساس لقيام المسئولية عن المخاطر الضارة للأعمال الطبية، يناقض مبدأ التعويض الكامل للضرر.

وبين مؤيد ومعارض لهذا الشرط، ذهب جانب معتبر من الفقه إلى القول بأن صعوبة الأخذ بهذا الشرط في ظل النصوص الراهنة للقانون المدني التي لا تجيز التصنيف التدريجي للضرر، تحذو لاقتراح نظام متكامل من القواعد المستقلة عن القواعد التقليدية للمسئولية القائمة على أساس الخطأ في المجال الطبي، هذه الأسباب وقفت سدا منيعا في وجه تبني القضاء المدني الفرنسي لاشتراط الجسامة الاستثنائية للضرر كأساس لقيام المسئولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي في ظل أحكام المسئولية الخطئية فقد

[1] فتلف عضو أو حاسة من الحواس أو فقدان الوظيفة العضوية لعين مريض يتمتع بكامل قدراته وحواسه ليس على درجة من الجسامة ذاتها بالنسبة لمريض يعاني مسبقا من فقدان الإبصار بالعين الأخرى، أو من عاهة أخرى كأن يكون أصم أو أبكم، ذلك أنه في هذه الحالة قد تحول من مجرد العجز الجزئي وإن كان دائما إلى حالة عجز كليه إما بسبب العاهة المتمثلة في العمى أو في العامة المزدوجة – مما يعيق مباشرة شئونه الخاصة باستقلالية ويجعل حياته متوقفة على مساعدة شخص آخر، بكوش أمال، المرجع السابق، ص 94

رفضت محاكم الموضوع اعتمادها حتى بالنسبة للحالات المحدودة التي أقرت فيها قيام المسئولية على أساس قرينة الخطأ، بل أن هذه الأخيرة ظلت تردد بلا كلل بأن وجود خطأ لا يمكن أن يستخلص بأي حال من جسامة الأضرار الحاصلة مهما بلغت درجتها .[1]

كما اعترف القانون بصفة استثنائية بالجسامة الاستثنائية لأضرار الحوادث الطبية اللاخطئية في الأحوال التي يترتب عليها عجز المضرور عن ممارسة مهنته بصفة نهائية، وهو ما سمح بمراعاة الظروف الشخصية للأفراد الذين يمارسون نشاطا مهنيا غير متوافق والإعاقة التي باتوا يعانون منها كالفنانين والطيارين وغيرهم، بالإضافة إلى الحالات التي تسبب فيها الأضرار إخلالا بالغا وغير مألوف بالظروف الاقتصادية للمضرور وظروفه المعيشية.[2]

وإذا كان لفظ "خطر" من الاتساع بمكان حيث يشمل كل عارض أيا كانت أسبابه، من شأنه إخراج الشيء عن الأصل من النفع إلى الضرر، فإن اعتمادها في مجال الضمان بفرض قصر دلالتها على ما يلازم تقنيات العمل أو المنتجات أو الخدمات من عوارض ضارة، وبصفة أساسية ما كان منها ماسا بصحة وسلامة المستهلك، وإن لم تؤدي بالضرورة إلى مظاهر عدم الكمال الفني وإنما لمخاطر التقدم العلمي ذاتها وبهذا المفهوم يبدو مفهوم الخطر أكثر دلالة على ما تضمره التكنولوجيا من احتمال تحقق الضرر وأكثر خدمة لمصالح المضرورين.[3]

الفرع الثاني: أنها أضرار محققة رغم ما يخالطها من الاحتمال.

لقيام المسؤولية يجب أن يكون الضرر محقق الوقوع، أي أن يكون حالا أو وقوعه في المستقبل مؤكد والمقصود بالضرر المحقق أن لا يكون محتملا ولا مفترضا.[4]

فتحقق الضرر هو أن يكون قد وقع فعلا، أو سيقع حتما، مثاله المريض الذي يموت أو يصاب بتلف في جسمه نتيجة لخطأ الطبيب، فهذا الضرر قد وقع وهو الضرر الحال.

أما الضرر الذي سيقع حتما وهو الضرر المستقبل، فمثاله المريض الذي أصيب بضرر ناجم عن خطأ الطبيب، فعجز المريض عن العمل، ففي هذه الحالة لا يعوض فقط عن الضرر الذي وقع من جراء عجزه عن العمل في الحال بل وعن الضرر الذي سيقع من جراء عجزه عن العمل في المستقبل، كذلك يعتبر من قبيل الضرر المستقبل الحروق الناجمة عن تعريض جسم المريض للأشعة التي تبدو هينة، ثم يتمخض عنها ضرر جسيم في المستقبل، وهو سيقع حتما وبصفة أكيدة تنتج مخاطر التطور التكنولوجي الأضرار الطبية خارج نطاق الخطأ بالدرجة الأولى، وما تتسم به مخاطر التطور التكنولوجي من نسبية تنبؤ عن عدم إمكانية الجزم بتحققها مما يقتضي صعوبة حصرها في منتج أو نشاط بعينه،

---

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 94

[2] المرجع نفسه، ص 100

[3] المرجع نفسه، ص 101

[4] طلبه أنور، **المطول في شرح القانون المدني**، الجزء الثالث :نسبية آثار العقد؛ د .د .ن، د .س .ن، ص449 .

تدعو للتساؤل حول ما إذا كان الاحتمال الذي يخالطها بشكل مانعا من اعتبارها أضرارا محققة وبالتالي يستبعدها من دائرة تعويض الأضرار التي رسمتها القواعد التقليدية للمسئولية، هذه الاحتمالية في حصول الضرر وإن باتت تشكل جوهر العمل الطبي في مجمله، إذ تجد مجالا خصبا لها[1]

وفي النشاط الطبي بصفة مطلقة، فلا يكاد يخلو منها أي من إجراءاته في أي مرحلة من المراحل، فما من منتج أو تقنية طبية تستخدم في إطاره إلا وتنذر باحتمال وقوع الضرر، على نحو يصدق معه القول بأنه ما من عمل طبي مجرد من الخطر وما من برئ من داء إلا في نطاق الاحتمال، حيث قد يتحقق الضرر رغم العناية الطبية التي تتفق والمقتضيات القانونية في ضوء أصول مهنة الطب والمعطيات العلمية الثابتة في المجال، ذلك أن تنامي الأخطار يقود إلى تحقق الأضرار دونما خطأ أو تقصير من جانب الطبيب.[2]

غير أن هذا المظهر يتفاقم بالنسبة لأضرار المخاطر الطبية، ذلك آنها مادامت تخرج عن نطاق الخطأ الذي ينجم بمناسبة إجراء من إجراءات التشخيص أو العلاج، والذي من الممكن تجنبها من ممارس النشاط الطبي، بالنظر للمعطيات العلمية الراهنة للطب إلى جانب الملف الطبي الشخصي للمريض، فهي بعكسه تعتبر حوادث طارئة تخرج عن إرادة المباشر، بحيث لا يمكنه توفي حدوثها أو دفعها ببذل جهد معقول ولا يدرأ تحققها توخي الحيطة مراعاة القواعد العلمية المستقرة.

مما يجعل عنصر الاحتمال في الحقيقة مناط التفرقة بين الأضرار التي تنشا في نطاق الخطأ وتلك التي تنشأ في منأى عنه، ذلك أن الأولى تجد مصدرها في مخالفة القواعد بينما تجد الثانية مصدرها في محض الاحتمال.

وباعتبار الخطر يتسم باحتمالية وقوع الضرر، اصبح هذ الامر مبرر فيالمخاطر الطبية وإن كانت تندمج مع مضمون كل عمل طبي فإنها لا تفترض، غير أن الاحتمال الذي يخالط المخاطر الطبية لا ينال من شرط تحقق الضرر الذي تقتضيه القواعد العامة، ذلك أن هذه الأضرار وان كانت تكتسي الطابع الاحتمالي ابتداء من حيث هي نادرة الحدوث الدرجة لا يمكن معها في أطوار كثيرة التنبؤ بتحققها في حالة بعينها بالرغم من كونها معروفة ومتوقعة مسبقا على الصعيد النظري في الأوساط المتخصصة، فإنها قد تكتسي صفة التحقق انتهاء وقت المطالبة بالتعويض، فهذه الأخيرة فقط تشملها الحماية القانونية، وبها يتحدد نطاق التعويض.[3]

[1] بوخرس بلعيد، مرجع سابق، ص 117.

[2] بكوش أمال، المرجع السابق، ص105

[3] نفس المرجع، ص107

مما يستلزم التفرقة بين المخاطر الطبية التي تتفاقم درجة الاحتمال فيها بالنسبة للتبعات الطبية، وبين الأضرار المتولدة أساسا عنها والتي يشترط فيها أن تكون محققة، وبمعنى آخر التفرقة بين المصدر والنتيجة[1]

الفرع الثالث: أنها أضرار متوقعة.

وهو ما يعني أنها أضرار معروفة سلفا في الأوساط المتخصصة نظريا ومتوقعة من الناحية الإحصائية، مع أنه يستحيل القطع بتحققها تطبيقيا في حالة محددة، ولا يمكن بالتالي توقع حصولها على الصعيد الشخصي، بالنظر لخاصية الاستثنائية، فلا هي بالأضرار الشائعة والمتوقعة التي تنعقد مسئولية المتسبب فيها على أساس الخطأ من جهة، ولا هي بالأضرار غير المعلومة سلفا والتي يستحيل توقع حدوثها بالنظر للمعطيات العلمية السائدة في المجال، وبالتالي لا تستثار بخصوصها المسئولية الطبية.

بالإضافة إلى أن هذه المخاطر وما تسببه من أضرار تعد خارجة عن النطاق العقدي، لأنها تتجاوز التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة، بمقتضى العقد الطبي[2]، لآنه لا يوجد تقصير من الطبيب خارج نطاق العقد في تنفيذ التزاماته بالعناية، غير أنه في جميع هذه الأحوال يجب تعويض هذه الأضرار، وهو ما أخذ به نظام المسئولية الموضوعية الذي يستوعب خصوصية هذه الأضرار.

وفي تمييز الأخطار التي تعتبر من قبيل المخاطر الطبية، فقد اعتمد الفقهاء معيارا مزدوجا يراعى فيه من جهة ما إذا كانت هذه الأخطار معروفة من عدمه، وذلك تمييزا لها عن الأضرار المجهولة، مما ينتج عنه اعتبار الحالات التي تحدث لأول مرة أثناء عمل طبي مشابه أو على إثره مشكلة سابقة نوعية، أضرارا مجهولة لا تؤخذ في الحسبان عند تقدير مسئولية القائم بالعمل الطبي الضار عن تبعات فعله، مما يعني التضحية بحقوق المرضى الذين يقعون ضحايا لتلك المخاطر لأول مرة.

ولما كانت المعرفة الطبية متفاوتة من بلد إلى آخر ومن زمن إلى آخر، فلا تعتبر مخاطر معروفة سوى المخاطر الثابتة والموثقة، ذلك أن المعرفة المعتد بها قانونا لابد أن تكون يقينية وثابتة، وعليه رجع الفقه الأخذ بما هو موثق في الكتابات الطبية المنشورة في المجلات الطبية والمتداولة الأوساط الفنية المتخصصة، وهو يبقى أمرا منتقدا من شأنه أن يوسع نطاق الإعفاء من المسئولية، أما تحديد مدى شيوع هذه الأضرار فيتم غالبا باعتماد معيار كمي يقوم أساسا على الدراسات الإحصائية التي تتحدد بموجبها طبيعة هذه الأضرار على أساس نذرتها، إذ تعتبر الأضرار التي يمثل تحققها نسبة مئوية ضئيلة جدا أضرارا استثنائية بينما تمثل المخاطر الأكثر شيوعا نسبة مئوية أكبر.

ويؤخذ على هذا المعيار عدم دقة النتائج، فالنسب المحصلة التي من المفروض أن تتحدد على أساسها درجة شيوع هذه المخاطر، تتأثر بشيوع العمل الطبي ذاته، إذ تتناسب هذه المخاطر بصفة طردية مع نسبة اللجوء إلى استخدام الإجراء المتسبب في الضرر، تتضاعف خطورتها كلما زاد استخدامه

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 108

[2] وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية وحكمها الصادر في 8 نوفمبر 2000. بكوش أمال، المرجع السابق، ص 108

وتتضاءل مع انحسار اللجوء إليه، فمثلا تقل المخاطر المصاحبة لإجراء التصوير المقطعي لفقرات العمود الفقري لكون هذا الإجراء نادرا، بينما تتضاعف نسبة المخاطر المصاحبة لإجراء التخدير الكلي الذي هو أمر شائع جدا في التدخلات الجراحية.

ولكن هذا لا يعني بالضرورة أن نسبة حصول الضرر بالنسبة أضرار الإجراء الأول تتفوق على تلك في المجال الثاني، حيث أن شيوع المخاطر في مجال هذه الضرر قد تكون أكثر شيوعا في هذا المجال ذاته، أكثر من شيوع المخاطر المصاحبة لإجراء التخدير إذا ما نظرنا لكل منهما على حدة.

وهذا لا ينم عن الدقة لأنه يحدد شيوع الأخطار المترتبة عن إجراء مين بالمقارنة مع نسبة شيوعها إثر إجراءات مختلفة تماما بينما من الأصح أن يتم تقدير هذه النسب في كل مجال على حدة، دون اعتبار المدى شيوعه مقارنة ببقية الإجراءات كما أن اعتماد هذا المعيار ليس بالأمر الحاسم فما كان شائعا، في بالأمس لا يكون شائعا بالضرورة اليوم،[1]

أما في المجال الطبي اعتمد بعض الفقه كألية يتحدد من خلالها نطاق التزام الطبيب بالإعلام، ليقتصر على النوع الأول فقط، على سند من القول بأن توسيع نطاق الإعلام ليشمل كافة الأضرار المحتملة مهما كانت بعد أمرا مجافيا للمنطق، كونه يتجاوز القدرة الإنسانية المحدودة بالنظر إلى الكم الهائل من المخاطر التي لا يكاد يخلو منها أي إجراء طبي بكافة مفترضاته، فيشغل الطبيب بالمسئولية عن أداء مهامه، مما ينعكس سلبا على كفاءته، كما أن هذا التوجه تمليه اعتبارات إنسانية ونفسية يمتنع الأطباء بموجبها عن إحاطة المريض علما بالمخاطر الاستثنائية التي يستبعد تحققها، تفاديا لما تثيره في نفسه من رهبة تثنيه عن المضي قدما في تلقي العلاج أو تحبط من معنوياته وآماله في الشفاء على نحو يقلل من فرص استفادته من العلاج.[2]

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الاستثناء في قانون حماية الصحة وترقيتها بقوله:" لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض، ويجب على الطبيب احترام إرادة المريض، بعد إعلامه بالنتائج التي تنجر عن خياراته.

---

[1] وأحسن مثال على ذلك بتعلق بالإصابة بفيروس نقص المناعة المكتسب (S) على اثر عمليات نقل الدم في فرنسا، إذ كان معدل الإصابة به مرشا جدا، فمن بين (56) آلاف حالة إصابة، كانت توجد حوالي (54) آلاف حالة ناجمة عن نقل الدم، مما ينم عن شيوع هذه المخاطر، غير أن هذه النسبة تراجعت بشكل ملحوظ بعد تطبيق نظام الفحص الإجباري لفيروس الإيدز للمتبرعين بالدم بمقتضى القرار الوزاري الصادر بتاريخ 23 يوليو 1985 على اثر فضيحة نقل الدم التي ملأت أصداؤها الأوساط العامة في فرنسا، والذي تعزز في وقت لاحق بقانون 13 ديسمبر لسنة 1991)، حيث لم تعد تمثل سوى نسبة 0.53 % من مجمل الإصابات المسجلة، وهو ما بشكل أمرا استثنائيا إلى حد بعيد، بينما ظل انتقال العدوى عن هذا الطريق شائعا في دول أخرى مثل كندا والصين التي حدثت فيها كوارث مشابهة، بكوش أمال، المرجع السابق، ص 112

[2] بكوش أمال، المرجع السابق، ص ص 112-113

وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض.

ويضمن تقديم المعلومة كل مهني الصحة، في إطار صلاحياته ضمن احترام القواعد الأدبية والمهنية المطبقة عليه. تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية حسب الحالات، من قبل الأولياء أو الممثل الشرعي. [1]

وإذا كان التزام الطبيب بالإفضاء وفقا لهذا التوجه قد امتد ليشمل كافة الأخطار الجسيمة التي يحتمل وقوعها بغض النظر عن شيوعها، فإنه لم يتوقف عند هذا الحد، بل ألزمه بالإدلاء بكافة المعلومات حول التساؤلات التي يطرحها المريض، ليس فقط في نطاق ما اقترحه من إجراءات، حتى يتسنى لهذا الأخير أن يكون على بينة من أمره فيصدر رضا أو رفضا مستنيرا[2]

وغير تلك الأحوال يعتبر الطبيب مسئولا عند عدم أدائه لالتزامه الإفصاح، ويتحمل تبعة المخاطر الناشئة عن عمله الطبي حتى وإن لم مشب ذلك النشاط من الخطأ شائبة من الناحية الفنية، ذلك أنه بات شكل نشاطا غير مشروع، تتوافر فيه عناصر الخطأ بذاته، فالقانون ان كان يرخص للطبيب علاج المريض من علله، فإنه يبقيه معلقا على شما المريض إلى حد كبير، وإن كان هذا الأخير لا يبرر وحده سياسي بحرمة جسم الإنسان أو حياته، باعتبار حقوقه هاهنا غير قابلة نازل لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، إذ أن حقوق الفرد على جسده سمت مطلقة وإنما مقيدة بحقوق المجتمع الذي يحيا فيه، ومع ذلك يبقى شرطا ضروريا لإكساب النشاط الطبي صفة المشروعية.

ومع ذلك يفرق القضاء بين فرضين أساسيين.

الفرض الأول: يتعلق بالمخاطر البسيطة والمعروفة، ويتحدد الخطر البسيط بهذا المفهوم بالنظر إلى أثره المحدود على صحة وسلامة المريض، تبعا لحالته الصحية السابقة وظروفه الشخصية عامة، وكذلك على أثره على مسئولية الطبيب، حيث لا يلتزم الطبيب بالكشف عن هذه الأخطار ولا بالتحذير منها، وبالتالي لا يعتبر سكوته عنها تقصيرا في التزام قانوني.

أما المخاطر الشائعة فتتحدد بمعيار موضوعي بالنظر لما هو معلوم عادة من أواسط الناس بمعيار الشخص متوسط الخبرة، كمثل ارتفاع درجة الحرارة لدى الأطفال بشكل كبير على إثر خضوعهم للتطعيم مثلا، فلا نحتاج الأم للتنبيه عن هذه المخاطر الشائعة أما المخاطر المعروفة فتتحدد بالنظر للمريض ذاته بأعمال معيار شخصي في الأحوال التي يتكرر فيها خضوع المريض لذات الإجراء بحيث تصبح هذه المخاطر معروفة لديه بالنسبة لشكل معين من أشكال العلاج من واقع مراحل العلاج المتتالية،

[1] بموجب المادة 343 من القانون 18-11

[2] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 116

فإن مريض الحساسية المزمنة الذي يتناول دواء يحتوي على مركب بصفة شبه منتظمة ولفترات طويلة، لا يمكنه الادعاء بعدم تبصيره بالآثار الضارة له كل مرة يصفه فيها له الطبيب.[1]

الفرض الثاني: يتعلق بالمخاطر الجسيمة، وتنقسم إلى نوعين متميزين، وتختلف أحكام مسئولية الطبيب بالإعلام بحسبها، أولاها هي المخاطر الجسيمة المتوقعة، التي تلحق ضررا ملحوظة ومعقدة على صحة المريض أوقد تودي بحياته، والتي يمكن للطبيب توقعها وفقا لقواعد الفن العلاجي السائدة وقتئذ، ويلتزم الطبيب بصددها بإعلام المريض وتحذيره من هذه الأخطار حتى وان كان المريض مدركا لها أو من المفترض أن يعرفها.

أما النوع الثاني فهي المخاطر غير المتوقعة، وهي الأخطار الاستثنائية النادرة الوقوع بالنظر إلى الوضع المألوف، فهي تخرج عن مضمون النتائج الطبيعية أو المخاطر المتوقعة التي يمكن أن يفضي إليها التدخل الطبي، وقد انقسم بصددها القضاء الأمريكي إلى اتجاهين متباينين :

الاتجاه الأول : يرى أن التزام الطبيب بتبصير المريض يملي عليه إعلامه بكافة المخاطر المتوقعة منها وغير المتوقعة، حتى يكون المريض في وضع يخول له اتخاذ قراره بارتياح وقناعة تامة، على أن يلتزم الطبيب بالإفصاح عن مخاطر الامتناع عن قبول الإجراء المقترح، وفي هذه الحال لا تتعقد مسئولية الطبيب عن الأضرار التي يمكن أن تحصل للمريض في حال رفضه العلاج.[2]

أما الاتجاه الثاني: فيرى أن التزام الطبيب بالإعلام يبقى مفيدا بمصلحة المريض ومدى تقبله للمعلومات المفصح عنها، فهو يختلف من حالة إلى أخرى، وأن ذلك التحديد لا يشمل فقط المخاطر الشائعة بل يمتد إلى المخاطر الاستثنائية فلا يلتزم الطبيب بالإفصاح عنها ما لم يطلب المريض ذلك، خاصة في الأحوال التي يؤدي فيها هذا الكشف للتأثير سلبا على معنويات المريض ويدفعه إلى رفض العلاج.

الفرع الرابع: أنها أضرار مباشرة

القاعدة أن التعويض لا يكون إلا عن الضرر المباشر، وهو الضرر الذي يعد نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به[3]، أو الذي يكون نتيجة حالة ومباشرة بعدم تنفيذ الاتفاق[1]، وبناء

---

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 119

[2] بكوش أمال، المرجع السابق، ص ص 120-121

[3] القانون رقم 131 لسنة 1948 — بتاريخ 29 / 7 / 1948 المادة (221) : 1- إذا لم يكن التعويض مقدّراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقّاه ببذل جهد معقول. 2- ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقّعه عادةً وقت التعاقد.
تم الاطلاع عليه بتاريخ 2025/04/05 على الساعة 15:30 على الموقع الالكتروني :
http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=384

على ذلك بعد الضرر الطبي مباشرا بهذا المعنى، متى كان نتيجة طبيعية لإخلال الطبيب بالتزامه، وبالمقابل يعد الضرر غير مباشر، ومن ثم تنتفي مسئولية الطبيب لانتفاء السببية، إذا لم يكن الضرر نتيجة طبيعية لهذا الإخلال غير أن الضرر المباشر في نطاق المخاطر الطبية لا ينجم عن الإخلال بالتزام سابق، وإنما ينجم مباشرة عن ممارسة النشاط الطبي ذاته، على نحو يجعل من غير الملائم القول بصدد تعريف الضرر المباشر وهذا الإطار أنه :" ما كان نتيجة طبيعية لخطأ المدين، بحيث لا يكون في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول بشرط أن تتوافر بينه وبين الخطأ علاقة السببية"، وإنما هو الضرر الذي يكون نتيجة مباشرة النشاط المسئول، بحيث لا يمكن للمضرور توقيه ببذل جهد معقول، وهو ما يطلق عليه بالضرر المجرد .

المطلب الثاني: العلاقة السببية المجردة في المسؤولية عن المخاطر الطبية

تعد علاقة السببية بين الخطأ والضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية الطبية ومناط وجودها، رغم انه ليس من السهل تبيانها في المجال الطبي نظرا لتعقيدات الجسم وتغير خصائصه، وتعرف علاقة السببية في هذا المجال بأنها تواجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المسؤول والضرر الذي أصاب المريض أو المضرور، أو هي أن يكون خطأ الطبيب هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر بالمريض [2].و الضرر الذي يصيب المريض قد يكون نتيجة أسباب مختلفة ومتفاوتة تؤدي إلى المساهمة في وقوع الخطأ أو تفاقمه، فقد يكون خطا الطبيب هو المنتج للضرر كونه لعب دورا رئيسيا في تحققه وقد يكون أحد العوامل التي شاركت في حدوثه، في حين قد يكون لخطا الطبيب دور ضئيل في وقوع الضرر ،ونحد ان المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة السبب المنتج في علاقة السببية ويعتبر السبب منتجا إذا كان السبب المألوف لإحداث الضرر عادة حسب المجرى الطبيعي للأمور[3].

الفرع الاول: تعريف العلاقة السببية المجردة

أما العلاقة السببية المجردة هي الرابطة القانونية المجردة بين الفعل ونتيجته، أي اتصال السببية بين السلوك والحدث دون البحث عن توافر رابطة سببية نفسية أو معنوية تتمثل في التأكد من وجود الخطأ، فإذ ما اكتسب السلوك أو الفعل وصفه القانوني يصبح سببا وإذا ما اكتسب الحدث وصفه القانوني يصبح نتيجة، والرابطة بينهما عندما يعترف بها القانون كرابطة منتجة للحدث الذي رتب إهدار المصلحة،

---

[1] المادة 1231-4 أمر عدد 311-2016 مؤرخ في 10 شباط (فبراير) 2016 - مادة. 2 التعديل الأخير: 2022-03-02: "حتى في حالة أن عدم تنفيذ العقد ناتج عن خطأ جسيم أو احتيالي، فإن الأضرار تشمل فقط ما هو نتيجة فورية ومباشرة لعدم التنفيذ". بكوش امال، مرجع سابق، ص 309

[2] بوشربي مريم، **المسؤولية المدنية للطبيب**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 02، العدد 02، 2015، ص 163

[3] نفس المرجع، ص 164

تسمى علاقة سببية، هذه الرابطة أو الصلة بين ذلك السبب وتلك النتيجة، ليست بدورها إلا رابطة قانونية.[1]

الفرع الثاني: علاقة السببية المجردة في المسئولية عن المخاطر الطبية الضارة

اولا: علاقة السببية في الأعمال الطبية:

لكي يتمكن المضرور من إثارة المسئولية المدنية للطبيب فعليه إثبات أن ما وقع عليه من ضرر يجد سببه في نشاط المسئول عن العلاج، فطبقا لمحكمة النقض الفرنسية لا يمكن أن تثار المسئولية ما لم يكن الفعل المنشأ هو بصفة مؤكدة مصدرا مباشرا للضرر، فرابطة السببية هي التي توضح انبثاق النتيجة عن السبب على الوجه الذي يسمح بإسناد الضرر إلى الفعل الضار، فعندما لا يكون هذا الرابط مؤكدا، فلا مجال لجبر الضرر المدعى به في الأصل[2]، وقد ظل القضاء الفرنسي لوقت طويل أمينا على تطبيق المبادئ العامة في المسئولية المدنية بخصوص استلزام توافر علاقة السببية بين خطأ الطبيب أو فعله وبين الضرر الذي لحق المريض، رافضا دعاوى التعويض ما عجز هذا الأخير عن إقامة الدليل على أن الضرر الذي ألم به نتيجة مباشرة للخطأ الذي ينسبه للطبيب غير أنه حاد عن هذا الموقف إلى إمكانية افتراض رابطة السببية بين الخطأ، وفي وقت لاحق لفعل الضار من جهة وبين الضرر المدعى به من جهة أخرى، حيث يمكن للقاضي أخذا بعين الاعتبار جسامة واستثنائية النتائج الحاصلة بمناسبة العمل أو على إثره أن يستخلص خطأ الممارسة دون أن يكون من الضروري أن يثبت أن الضرر ناجم مباشرة وبصفة مؤكدة عن الخطأ، وإنما بمقتضى قرائن أو افتراضات قوية دقيقة وهو ما اصطلح عليه بالخطأ المضمر أو المفترض أو الاحتمالى.

إذن فإن خصوصية الضرر وصعوبات الإثبات في الحقل الطبي شكلت دافعا قويا للاجتهاد القضائي نحو ابتكار قواعد جديدة قائمة على افتراض الخطأ في الأحوال التي يتطلب فيها القانون وجود خطأ، وبالتالي افتراض قيام رابطة سببية بين الخطأ الاحتمالي وبين الضرر الثابت، أو الاكتفاء بافتراض رابطة السببية بين الفعل الضار وبين الضرر طالما أن هذا الأخير قد نجم أثناء التدخل الطبي أو بالتزامن معه، في الأحوال التي لا يتطلب فيها القانون الخطأ سواء كان ثابتا أو مفترضا القيام المسئولية

---

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 133

[2] على نحو ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 11 أكتوبر 1988 بمناسبة فصلها في دعوى رفعها احد المرضى في مواجهة الطبيب المعالج، جراء إصابته بالصمم على إثر لجوئه لهذا الأخير بغرض علاجه من مرض التهاب السحايا، وحيث تعذر التحقق مما إذا كان الضرر الواقع على المريض ضررا مستقلا عن فعل الطبيب وعن الحالة الصحية السابقة، أم أنه يشكل ضررا تبعيا بحسبه ادعاء المضرور الذي تمسك باحتمال كون هذا الضرر ناجما عن تفاقم المرض الأصلي نتيجة عدم تحقق الشفاء، فقد قررت المحكمة أن عدم الإحاطة بحقيقة الصفة الأصلية أو التبعية لعلة الصمم لا تسمح بالتأكيد على وجود رابطة سببية بين فعل الطبيب الضار وبين الضرر الذي لحق بالضحية، بكوش أمال، المرجع السابق، نفس المرجع ص 139

وفي إطار سعي القضاء إلى تخفيف عبء الإثبات على المضرورين، ظهرت نظرية الخطأ المضمر باعتبار أن بعض النتائج ذات خصوصية نادرة، هي نتائج الفعل، فافترض وجود خطأ.

غير أن الاجتهاد القضائي ظل متذبذبا حول هذه النقطة، ويتضح ذلك جليا في القرار الصادر من محكمة التمييز الفرنسية بغرفتها المدنية الأولى بتاريخ 27 مايو 1998، والذي عبرت من خلاله عن أملها في رسم حدود اللجوء إلى الإثبات بالافتراض، معتبرة آن مفهوم الخطأ المضمر المبني على عدم طبيعية الضرر وحده هو مفهوم مغلوط غالبا ما يثار افتراض الخطأ بصدد الأضرار الناجمة إما أعمال العلاج الجارية أو عن عيوب في المواد المستخدمة[1].

يقيم القضاء الفرنسي في حالات عديدة مسئولية الطبيب عن خطئه الثابت ولو لم تثبت علاقة سببية بين خطئه وبين الضرر الذي حاق بالمريض، غير أن هذا التعويض في حقيقة الأمر ليس تعويضا عن الضرر ذاته، وإنما تعويض عن ضياع فرصة تجنب الضرر الذي تحقق فعلا وهو ما يبرر كون هذا التعويض جزئيا لا يعطي قيمة الضرر ولا يتناسب معه، اين اقتصر على افتراض علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي حل بالمريض بمعنى أنه يقيم على عاتق الطبيب الذي يثبت في حقه الخطأ– المدعى به – قرينة السببية وحدها، التي تختلف من ناحية عن الالتزام المحدد بضمان السلامة في المجال الطبي الذي يفترض الخطأ بمجرد تحققه، ويختلف من ناحية أخرى عن قرينة المسئولية التي تفني المدعي عن إثبات الخطأ الطبي، أو ما يطلق عليها بنظرية الخطأ المفترض، ووجه تميزها عنهما يتمثل في أن التعويض القائم على افتراض علاقة السببية لا يكون كاملا بحيث يعادل كل الضرر وإنما يساوي ضياع فرصة النجاة من الضرر أو على حد قول محكمة النقض الفرنسية " وإذا كان التعويض يتقرر عن ضياع الفرصة أو الشفاء يتعين أن يكون جزئيا، ولا يجوز أن يكون كاملا، يساوي كل الأضرار الناجمة عن الخطأ".

---

[1] وهذا ما قررته محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر في 31 مايو 1966)، فصلا في دعوى مريض أخضع لتدخل جراحي بفرض استئصال حويصلة صفراوية وقد أثبتت الفحوص المسبقة سلامته من أي اختلال وظيفي لأعضائه قبل العملية، غير أنه أصيب على إثرها بشلل في الأطراف العلوية، وفي إطار سعيهم للبحث عن حقيقة الضرر كشف الخبراء أن الاختبارات السابقة على العملية قد تمت بطريقة سليمة، وأن العملية قد جرت على أحسن وجه وفي ظروف جيدة، بما فيها عملية التخدير التي تمت احتراما لقواعد الفن الطبي، وعليه قرروا غياب أي خطا في عمل الفريق الطبي المشارك في العملية غير أن محكمة استئناف باريس تبنت موقفا مغايرا لتقرير الخبرة، إذ قدرت أن الشلل يرتبط بخطأ طبي يتمثل في عدم اتخاذ الاحتياطات الكافية لتجنب أن تكون اليد في وضعية ضغط على أعصاب اليد طوال فترة العملية، وهو ما يمكن استخلاصه من حدوث هذا الضرر الجسيم أثناء التدخل الجراحي وهذا كاف وحده ليقيم قرينة دقيقة ومتسقة على قيام هذا الخطأ،...وقد شكل هذا القرار مفاجأة للفقه ومثارا لدهشتهم لاسيما إزاء تأسيس المسئولية على خطأ احتمالي، وهو ما عبر عنه أحد الفقهاء في خضم تعليقه على القرار قائلا:" ويبقى هذا القرار مثيرا للدهشة اذا لم نأخذ بعين الاعتبار الرغبة الجامعة لهذا القضاء في تعويض ضحايا التقنيات الطبية المعقدة بأي ثمن" بكوش أمال، المرجع السابق، ص ص 143–144

فتعويض الفرصة بعد تعويضا جزئيا نظرا لتقديره بنسبة فقط من الضرر الاحتمالي، لكنه يعتبر تعويضا كليا عن الضرر المحقق المتمثل في قيمة الفرصة الضائعة على المضرور.

وقد انتقد بعض الفقه هذا القضاء آخذين عليه مخالفته لقواعد القانون التي تقضي باعتبار علاقة السببية ركنا أساسيا من أركان المسئولية المدنية لا غنى عنه لقيامها، ومن ثم يتعين على المدعي إقامة الدليل على توافره، إذ لا يمكن الحكم بالتعويض عن ضرر ما لم يثبت أنه نتيجة لخطأ المدعى عليه أو فعله. [1]

ثانيا: افتراض علاقة سببية عن عيوب المنتجات

تعتبر علاقة السببية ركنا مستقلا من أركان المسئولية الموضوعية التي أرساها المشرع الفرنسي بمقتضى القانون المتعلق بمسئولية المنتج عن عيوب المنتجات المعيبة الصادر في 19 مايو 1998، فبالإضافة إلى حدوث الضرر ووجود العيب، وقوام هذه النظرية هو الاستغناء عن إثبات علاقة السببية طالما أمكن من خلال التحديد الموضوعي للقاعدة القانونية تحديد الأضرار التي تهدف القاعدة إلى توخيها وإقامة التعويض جزاء عند تحققها، وعليه يكفي مجرد إثبات التدخل المادي للشيء في إحداث الضرر حتى يفترض قيام علاقة السببية، وبالتالي تقوم المسئولية عن تعويض الأضرار على نحو يتحقق معه إرادة المشرع التي تم التعبير عنها في النص القانوني بصفة آلية، والحقيقة أن نظرية التدخل المادي تقف موقفا وسطا بين النظريتين التقليديتين، فهي من ناحية أوسع نطاقا من نظرية السبب المنتج التي لا تسمح في حالة تعدد الأسباب إلا باختيار السبب المألوف أو الملائم الذي يحدث به الضرر عادة، أي تحتوي على الاحتمال الموضوعي لحدوث النتيجة، ومن ناحية أخرى هي أقل اتساعا في نطاقها من نظرية تكافؤ الأسباب التي تعتد بجميع العناصر المتضافرة في إحداث الضرر على اعتبار أنه لا مبرر لانتخاب أحدها دون البقية طالما انه لم يكن من الممكن أن يحدث الضرر لولا وجود هذه الأسباب مجتمعة.[2]

وعيه فإن اللجوء التشريعي إلى اعتبار التدخل المادي في ظل أغراض النص القانوني مقيما العلاقة السببية، ليس إلا قرينة قانونية بسيطة يمكن إثبات عكسها بكافة الطرق، وهو ما يعني بالضرورة أن افتراض علاقة السببية على هذا النحو ليس إهدارا كاملا للسبيل الطبيعي في إثباتها، بل أن دور هذه القرينة ينحصر في نقل عبء الإثبات تخفيفا على المضرور لاعتبارات العدالة – بحيث يكلف المنتج انقطاع علاقة السببية إذا ما رغب في دفع مسئوليته وليس بالشيء المتعذر نظرا لما يتمتع به من دراية فنية متخصصة.[3]

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 150

[2] المرجع نفسه، ص 150

[3] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 151-152

الفصل الثاني :

حدود المسؤولية المدنية في ظل المخاطر الطبية وآليات تغطيتها

إذا كان الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية دائما، فان الأمر لا يقتصر على ذلك فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية، حيث يعرف القضاء أساسا آخر للمسؤولية غير الخطأ، وهذا ما يعرف بالمسؤولية بدون خطأ أو على أساس المخاطر. إلا أنّه من الواجب أن نبادر بالتنبيه على الصفة الاستثنائية للمسؤولية بدون خطأ، فلا تزال القاعدة العامة إقامة المسؤولية على أساس الخطأ، ولا تترتب المسؤولية بدون خطأ إلا على سبيل الاستثناء وبشروط معينة كما أن مسألة التعويض عن مخاطر النشاط الطبي نتيجة حتمية بعد ثبوت المسؤولية المدنية الطبية في شقيها العقدي أو التقصيري، حيث تتحقق المسؤولية هنا إستنادا إلى الضرر الدي لحق المضرور بصفة مباشرة عن التدخل الطبي وبغض النظر عن عدم وجود خطأ من الطبيب بدلا عن الأساس التقليدي الدي كانت تقوم عليه المسؤولية المدنية سابقا المتمثل في فكرة الخطأ الواجب الإثبات من المريض وهو الأمر الصعب إثباته من جانب المريض لتعدد المخاطر وتعدد الأشخاص المتسببين في الضرر الناجم عن هاته الأعمال الطبية.

إن المشكلة التي تواجه المسؤولية المدنية في الوقت الحاضر مع ازدحام الحياة العصرية وتشابكها وازدياد المخاطر والأخطار بشكل لم يسبق له نظير من قبل كشف القناع عن عدم كفاية قواعد النظرية التقليدية في تعويض المرضى من مخاطر النشاط الطبي مما أوجب ضرورة استحداث آليات للتعويض عن الأفعال اللاخطئية، وعليه سوف نتطرق من خلال هذا الفصل الى تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية عن المخاطر الطبية في المبحث الأول، ثم آليات تغطية مخاطر التبعات الطبية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب

تغير منظور الفقه لأساس المسؤولية المدنية للأطباء فتحولت اتجاهاتهم الفكرة التي كان تجعل اساس التعويض عن الخطأ هو اثبات انحراف في سلوك الشخص الذي تقوم عليه المسؤولية ضمن القواعد التقليدية الى الاخذ بالنظرية الموضوعية كأساس للمسؤولية الطبية.[1]

وما شجع أيضا على أفول الخطأ ظهور شركات التأمين على المخاطر، وظهور التشريعات الملزمة بالتأمين، مما أدى إلى توفير ضمانات كافية للمتضرر، وجعله يحصل على تعويض بأقرب السبل وأسهلها[2] وقد ظهرت عدة نظريات في هذا المجال حيث اثرت هذه النظريات على المسؤولية المدنية كبدائل عن الخطأ[3].

وعليه سوف نتطرق من خلال هذا المبحث الى بدائل عن الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية في المطلب الاول، ثم اسباب التوجه نحو المسؤولية المدنية الطبية الموضوعية في المطلب الثاني.

المطلب الاول: بدائل عن الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية

نظرًا لعوامل اقتصادية بالدرجة الأولى تمثلت في بروز الآلة والتطور الصناعي الهائل الذي تميز به عصرنا الحالي؛ حيث اتسمت سلوكيات الفرد بالمادية، فأصبح هاجس الربح يلاحق أرباب الصناعات، يقابله هاجس التعويض عن أي ضرر يمكن أن يلحق بالعامل من جراء عمل الآلة أو نشاط الغير مما جعل الخطر يحدق به في عمله وتنقله، فاتسع رويدًا رويدًا مفهوم المسؤولية ليشمل هذه المخاطر كافة . هذا إضافة إلى عوامل فلسفية، تمثلت في تقلص المذهب الفردي أمام المبادئ الاشتراكية، التي قلبت الآية وجعلت مصالح المجتمع أهم من مصالح الفرد.[4]

ضف إلى ذلك العوامل القانونية التي تجسدت في قصور النصوص القانونية عن تغطية ما استجد من حوادث لم تكن معروفة من قبل، وأصبح من غير المنطقي أن يطالَب العمال الضعفاء بإثبات خطأ ضد أصحاب المصانع الكبرى طبقا للقواعد القانونية التقليدية، لذلك، انما الشعور بوجوب التعويض للمتضرر دون إلزامه بإثبات الخطأ على عاتق الملتزم بالتعويض، ما أدى إلى انحصار فكرة الخطأ ومن ثم إلى أفولها كركن لازم لإقامة المسؤولية المدنية، وعلى هذا الأساس، سارع الفقه إلى إيجاد المركز القانوني للمسؤولية المدنية، فقدم عدة نظريات كما سيأتي بيانه.

---

[1] منصوري جواد، **مرجع سابق**، ص 89

[2] علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1998، ص 150 .

[3] قوادري مختار، قوادري مختار، **تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن**، دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جوان 2015، ص 342

[4] المرجع نفسه، ص 341

الفرع الاول : نظرية تحمل التبعة في مجال المسؤولية الطبية

تقوم نظرية تحمل التبعة على فكرة غاية في البساطة وهي إلتزام الشخص بتحمل تبعة ال نشاط الذي يحقق مصلحته أو يجني فائدته، ولكن بعيدا عن فكرة الخطأ، فلا يطلب من المضرور أن يثبت انحرافا في سلوك الشخص المسؤول، بل فقط عليه أن يثبت قيام السببية المادية المباشرة بين الفعل الذي آتاه المسؤول ولو كان غير خاطئ والضرر الذي أصابه، ونظرية تحمل التبعة بهذا المعنى لم يقتصر تطبيقها على حوادث العمل والذي كان المجال الأول لتطبيقها كما قال بها ساليه وجوسران، وانما نادى رواد هذه النظرية من بعدهم بجعلها نظرية عامة تسري على جميع الأفعال والأنشطة التي تصدر عن الأفراد دون أي تفرقة أو تمييز بين الفعل الخاطئ وغير الخاطئ، وكانت تلك هي القناعة التي ت كون تحول أساس المسؤولية المدنية، ومن هنا تم الإنطلاق في الدعوة إلى الأخذ بنظرية تح مل الت بعة كآلية قانونية بديلة لفكرة الخطأ التي دعا إلى هجرها كونه المتعد تستجيب لمقتضيات الواقع الإجتماعي والصناعي الذي فرضه التطور والنهضة الصناعية التي عرفتها أوروبا آنذاك، فكل إنسان يستطيع العمل في حرية، وأن يستعمل حريته كيفما شاء، غير أن هذه الحرية في النشاط والعمل تتضمن مخاطر يجب عليه تحملها[1].

إذا لم يكن من المتصور قيام المسؤولية المدنية دون ضرر أو علاقة سببية، فإنه على العكس من ذلك يمكن تصور قيامها من دون خطأ، تلك هي الفكرة المحورية التي تقوم عليها نظرية تحمل التبعة، فوفقا لهذه النظرية لا يشترط لقيام المسؤولية المدنية للشخص أن يأتي فعلا خاطئا، بأن ينحرف في مسلكه عن مسلك الرجل العادي أو المألوف على النحو الذي يقول به أنصار الخطأ، بل يكفي أن يكون ذلك الفعل هو مصدر الضرر الذي أصاب المضرور، وحينها لايهم أن يكون ذلك الفعل خاطئا أم غير خاطئ، إذ وفي كل الأحوال يلتزم من أتاه بتعويض ما نجم عنه من ضرر، ويتأكد هذا الالتزام بالتعويض خاصة في الأحوال التي يجني فيها المتسبب في الضرر من وراء فعله ال ضار نفعا أو ربحا، أو يكون بفعله قد استحدث مخاطر إضافية في المجتمع لم تكن موجودة[2].

الفرع الثاني: نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الطبية

لقد اتسمت النظرية خلال المرحلتين الأوليين بمحاربة فكرة الخطأ بكل الوسائل، والمناداة باستبدالها بفكرة الخطر، وذلك لإسعاف ضحايا حوادث العمل وغيرها بالحصول على التعويض عن الضرر الذي أصابهم من قبل أرباب العمل مثلاً، وإن في مطالبة هؤلاء الضحايا بإقامة الدليل على خطأ رب العمل والطبيب وحوادث النقل إرهاقًا لهم وضياعًا لحقوقهم، خصوصًا أن أكثر الحوادث تظل أسبابه خفية يعسر عليهم اكتشافها، ويحتاج إلى خبرة فنية يصعب الحصول عليها، والتمسك بضرورة إثبات

[1] نقار موسى، مرجع سابق، ص 239

[2] المرجع نفسه، ص 240

الخطأ يعني أن نضحي بمصالح طبقة ضعيفة لمصلحة طبقة قوية، وهذا مناف لمعنى العدالة التي ننادي بها. [1]

وهذا يثبت أن ليس كل القائلين بنظرية المخاطر هم ماديو النزعة وينظرون إلى العلاقات القانونية على أنها علاقات بين ذمتين ماليتين؛ فإذا استفادت إحداهما على حساب الأخرى وجب أن يعاد التوازن بين الذمتين، فقد ذهب بعضهم إلى هجر الخطأ بدواعي العدالة المثالية ممثلة في العدالة الاجتماعية أو العدالة الفردية، فإذا ما حدث حادثٌ أصاب شخصًا بضرر، فمن الذي ينبغي أن يتحمل نتيجة هذا الضرر؟ أهو المصاب الذي لا ذنب له، والذي كان موقفه من الحادث موقفا سلبيا، وقد يكون معسرًا، أم هو الفاعل الذي كان موقفه من الحادث موقفا إيجابيا، وقد كان فعله ذا فائدة تعود عليه، فينبغي أن يدفع ثمنها، وإذا لم تعد عليه فائدة، فقد كان ينبغي عليه ألا يأتيه، وقيامه به يحمله وزره.[2]

فالحادث الطبي ليس سوى تحقق هذه المخاطر المرتبطة بالنشاط الطبي، مع ضرورة التنبه لعدم الخلط بين هذه المخاطر وعدم ثبات الاحتمال الطبي الذي يبرر التزام الطبيب ببذل عناية عند تقديمه للعلاج، على خلاف الحادث الطبي المتمثل في الوقائع، بخطأ أو بدون خطأ منفصل عن الفعل الطبي[3]، كما هو الشأن على سبيل المثال:

حالة الأضرار الناتجة عن عيوب الأدوات، الأجهزة أو المواد المستعملة من طرف المعالج أو العدوى نتيجة عيب في النظافة والتي لا يمكن السيطرة عليها في ظل الأصول العلمية المتبعة في تاريخ العلاج .

قد يبدو الأمر بسيطا للوهلة الأولى، لكن أمام تميز الحادث الطبي بتشابك عدة عوامل تقنية، وفنية وحتى ذاتية تتعلق بالاستعداد الجسدي والعضوي للمريض، فكلها عوامل تساهم في ترتيب الحادث، إضافة إلى خصوصية العمل الطبي التي تقتضي منح الطبيب نوع من الحصانة المهنية بالنظر للمخاطر التي ترافق ممارسة مهنته، جعلت من مسؤولية الطبيب مسؤولية قوامها الخطأ واجب الإثبات من قبل المريض صاحب الحق في التعويض [4]، وهذا بطبيعة الحال ما دفع بالاجتهاد القضائي إلى اعتماد التزاما آمرا بالسلامة في العقود التي يعرض تنفيذها أحد الأطراف للمخاطر في شخصه أو في ممتلكاته مع ارتفاع بعض الأصوات المعارضة لعقدية الالتزام بالسلامة، فبالنسبة لهؤلاء، الالتزام بالسلامة يتعلق بالأساس بالتزام عام أكثر مما هو التزام عقدي بحت .

إن هذه الخطوة لا تكفي لإسعاف ضحايا الحوادث الطبية، بالرغم من استجابته لنظرية المخاطر التي تقرر مسؤولية بقوة القانون في حالة إخلال الممارس لالتزامه بالسلامة خاصة فيما يتعلق بالخطأ

---

[1] نقار موسى، مرجع سابق، ص 242

[2] المرجع نفسه، ص 242

[3] جبارة نورة، مرجع سابق، ص 24

[4] المرجع نفسه، ص 24

الفني المتمثل في الخطأ في التشخيص أو الخطأ في اختيار طريقة العلاج المناسبة وكذلك الخطأ العلاجي .[1]

وذات الأمر يمكن نظرية المخاطر وتأثيرها على المسؤولية المدنية انحازت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها نحو تشديد مسؤولية هذه المراكز، من خلال تقرير التزام بنتيجة السلامة على عاتقها[2].

كما تواصل مسلك القضاء سعيا منه لإسعاف ضحايا الحوادث الطبية والاستجابة إلى طلباتهم في التعويض، بالتشديد من التزامات الطبيب من خلال الاعتراف بأخطائهم الافتراضية بسبب استخلاصها لمسؤولية مراكز الدم بالاستعانة بتقنية الخطأ المدرج أو الافتراضي والتي تعتد بنتيجة الدم الملوث وحدها لاستدراج خطأ المركز وترتيب مسؤوليته بناء على ذلك، لا ينطبق مع الالتزام بنتيجة المفروض هنا [3]، غير أنه يمكن تبرير لجوء القضاء للأخذ بالخطأ الافتراضي عن طريق استنتاج الخطأ الطبي من مجرد وق وع الضرر، أنه كان بدافع الرغبة في إعفاء المريض من إثبات خطأ الطبيب، ويرجع الكثير من الفقهاء إلى تطبيق نظام الالتزام بضمان السلامة في المجال الطبي، حينما يكون الضرر الحاصل يعود إلى واقعة يمكن وصفها بالحادث الطبي[4]

هذا التوسع في تقدير الخطأ في مجال المسؤولية الطبية لم ينحصر في المجال الفني لهذه المهنة، بل امتد ليشمل الإخلال بواجب الإعلام [5]باعتباره خطأ منافيا للشعور الإنساني، بالإضافة إلى مخالفة الطبيب لإحدى الالتزامات التي تفرضها عليه أخلاقيات مهنته كالتزامه بالسر المهني، فغالبا ما يسند إلى الطبيب خلال تقديمه للعلاج، سوء إعلام المريض عن المخاطر المحتملة من عمله الطبي باعتباره التزاما مسبقا يلحق بالالتزام الأصلي المتمثل في تقديم علاجا مطابقا والمعطيات العلمية الحديثة ومتصفا بالإخلاص والتفاني، وبالرغم من تميز الإلتزام بالإعلام [6]بأنه التزام غير مطلق في المجال الطبي إذ ترد عليه استثناءات تنص عليها المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب[1] .

---

[1] جبارة نورة، المرجع السابق، ص 24

[2] المرجع نفسه، ص 26

[3] طرية معمر، **مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2012 ، ص32

[4] المرجع نفسه ، ص 35

[5] حساني علي، **الإطار القانوني للإلتزام بالضمان في المنتوجات**، اطروحة دكتوراة في القانون جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر2012 ، ص 332

[6] يقصد بإعلام المريض، إحاطة المريض بوضوح بكل ما يتعلق بالتدخل الطبي على شخصه، والذي يساعد المريض على اتخاذ القرار لقول التدخل أو رفضه، وإعلام المريض بوضعه الصحي بات وسيلة ضرورية حتى يكون على يقين وبينة من أمره ويستطيع الموازنة بين الفائدة المرجوة والمخاطر المحققة، غير أن الطبيب غير ملزم بإقناع مريضه بخطورة العمل

إلا أنه وبالنظر إلى أحكام وقرارات الجهاز القضائي، يلتمس التمادي في تقدير هذا الالتزام، تارة بالتوسع من نطاق الإعلام عن المخاطر الطبية وتارة أخرى بقلب عبء إثبات الإخلال بهذا الالتزام أو على الأقل تخفيفه، لفائدة الطرف المعرض لهذه المخاطر وهو المريض [2]، فبخصوص نطاق الالتزام بالإعلام، لم يكتف المشرع الجزائري بفرض واجب الإعلام المتبصر عن كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض فحسب، وإنما ألزم الطبيب بإفادة المريض بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي وقد فصلت المادة 343 من القانون رقم18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة في محاور التدخل الطبي التي يلتزم بها الطبيب بإعلام مريضه عنها[3]

الفرق الثالث: نظرية الضمان في مجال المسؤولية الطبية

تتلخص هذه النظرية، التي هي صورة مخففة من تحمل التبعة، في أنها عابت على المحاولات السابقة لإقامة النظرية العامة للمسؤولية المدنية تركيزها على "محدث الضرر" باحثة عن الخطأ الذي ارتكبه، والضرر الذي أنتجه، ومدى توافر علاقة السببية لتحديد مسؤوليته.

وكان ينبغي لها أن تنظر إلى حقوق "المتضرر أو الضحية"، التي تتطلب حماية قانونية من خلال الجزاء الذي يوقع بمسبب الضرر، ألا وهو موجب التعويض عنها، فللضحية الحق في احترام حرمة جسده وسلامة ذمته المالية، أو بعبارة أخرى، له الحق في أمنه المادي والمعنوي.[4]

فيرى ستارك ان المسؤولية المدنية يجب ان تحقق وظيفتين هما الضمان والعقوبة الخاصة، لأن فكرة الخطأ قد ظهر قصورها بتعدد الحوادث التي يتعذر فيها معرفة الخطأ أو إثباته. فلم يعد القضاء ومعه التشريع حدب رأي هذا التوجه مقيدان بفكرة الخطأ في تقدير المسؤولية المدنية، ذلك أن المسؤولية المدنية ليس متقوقعة فقط على فكرتي التبعة والخطأ، وهاتين فكرتان شخصيتان تبحثان عن نيب وتبرير الالتزام بتعويض الضرر من وجهة نظر المسئول، وتهملان حق المضرور[5]فالفرق بين نظرية الضمان

الطبي الذي يطلبه. قروي محمد الصالح، عليوة رابح، **إلتزام الطبيب بإعلام المريض :بين النص والتطبيق**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية المجلد65 :، العدد02 :، السنة 2019 :،ص 285

[1] يلتزم الطبيب بإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي وهذا وفقا للمادة 51 من المرسوم التنفيذي رقم 92 – 276

[2] جبارة نورة، المرجع السابق، ص 25

[3] المادة 343 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة على أنه لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض بناء على ما يقدمه الطبيب من إعلام بالنتائج التي تنجز على خياراته سواء بالموافقة أو بالرفض، وتخص هذه المعلومات مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المحتملة في حالة الرفض.

[4] قوادري مختار، المرجع السابق، ص 347

[5] منصوري جواد، المرجع السابق، ص 93

ونظرية تحمل التبعة يتجلى في أن هذه الأخيرة تنتظر إلى التعويض إلى أنه المقابل الضروري للفائدة المستخلصة من النشاط – غرم بغنم – أما نظرية الضمان فترى أن هذا الحل لا يمكن أن يكون موحدا، أي ما يختلف تباعا النوع الضرر الذي حدث، الأمر الذي يقتضي حدب أنصار هذه النظرية التمييز بين نوعين من الأضرار.

أولا: الأضرار الجسمانية أو المادية: فإذا ما وقع ضرر مادي أو جداني على الغير فإنه يمثل إخلالا على بحقه في السلامة الذي يضمنه ويقره القانون لكل فرد، وعليه يلتزم المسئول عن الضرر بالتعويض بغض النظر عن خطئه، وذلك عدا القوة القاهرة

ثانيا: الأضرار الاقتصادية والأدبية (غير الجسمانية): في هذه الحالة فإنه لا التخلي عن فكرة تدخل الخطأ، وأن وجود الخطأ يؤدي إلى إكمال الوظيفة الثانية للمسؤولية المدنية وهي العقوبة الخاصة.

إن الخطأ الموجب لعقوبة خاصة يهدف إلى منع الأضرار والأخطاء، وتطبق هذه العقوبة إذا ثبت الانحراف في سلوك الشخص المسئول هو الخطأ الثابت المتميز لو المعلوم، ويكفي فيه أن يثبت القاضي أن تصرف المسئول وتصرف غير عادي لو أنه ارتكب إهمالا أو عدم حيطة، فالعقوبة الخاصة بهذا المعنى ما هي إلى تكملة للتعويض وهذه العقوبة لها حد أدنى وحد أقصى.

أ. الحد الأدنى للعقوبة الخاصة: الحد الأدنى للعقوبة الخاصة هو التعويض الموضوعي الذي لا يشمل إلا الخسارة الواقعة أو القيمة التجارية للشيء ولا يشمل الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية كما لا يشمل الضرر الأدبي.

ب/ الحد الأقصى للعقوبة الخاصة: والحد الأقصى للعقوبة الخاصة في نظر ستارك هو التعويض الكامل المقدر تقديرا ذاتيا، ويشمل الكريب الفائت والضرر الأدبي والضرر غير المتوقع عند التعاقد، ولا يجب أن تتجاوز هذه العقوبة الخاصة مقدار الضرر وإلا اعتبر ثراء للمضرور.[1]

قد أزالت نظرية الضمان صفة الانتقام والتشبع بأفكار القانون الجنائي، فأوجدوا أصحاب هذا التوجه بتطبيق العقوبة الخاصة فكرة لها وظيفة الردع من جانب، مع جبر الضرر من خلال التعويض من جانب أخر. كما لفتت هذه النظرية الانتباه إلى أن أفكار النظرية التقليدية التي لم تعد تواكب الواقع القائم التشريع والقضاء.[2]

[1] منصوري جواد، المرجع السابق، ص 94

[2] المرجع نفسه، ص 94

الفرع الرابع: نظرية اجتماعية المسؤولية في مجال المسؤولية الطبية

مجموعة من الفقه الفرنسي إلى محاولة طرح أساس جديد للمسؤولية المدنية، يجمع من خلاله بين فكرتي الخطأ والمخاطر، فقالوا بتأسيس المسؤولية المدنية أساسا على الخطأ، وعلى مجرد الضرر في الحالات التي لا يتمكن فيها المضرور من إثبات الخطأ[1]، أو الحالات التي ينعدم فيها المسؤول، وبذلك فقد سعى الفقيه إلى تكريس المسؤولية الموضوعية ليس على أساس المسؤولية كما فعل أنصار تحمل التبعة أو الضمان، وانما من خلال الالتزام بالتعويض، وعليه وفقا لقواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي لعام 1804، فإن السبيل الوحيد المتاح أمام المضرور للحصول على تعويض عن ما لحقه من ضرر، هو أن يحاول إقامة مسؤولية المتسبب في الضرر سواء على أساس الخطأ واجب الإثبات أو الخطأ المفترض، وأن المضرور في سعيه للحصول على التعويض لا يجد أمامه إلا الفرد المسؤول الذي تحدده قواعد المسؤولية المدنية، فإذا لم يجد المضرور مسؤولًا، كأن بقي هذا الأخير مجهولًا، أو لكون المضرور فشل في إثبات خطئه إذا كان مما يتوجب إثباته، أو أنه أفلح في إقامة مسؤوليته لكن المسؤول كان معسرا غير قادر على الوفاء بالتعويض، فأيا كان الأمر، فإنه في كل هذه الأحوال وفي ظل تلك المسؤولية الفردية لا يتد خل المجتمع لتعويض المضرور، إذ يبقى عبء التعويض محصورا في العلاقة بين المسؤول والمضرور، هذا الأخير الذي يتحمل الضرر وحده في نهاية المطاف[2]

المطلب الثاني: اسباب التوجه نحو المسؤولية المدنية الطبية الموضوعية

تحت تأثير مجموعة من العوامل والتطورات الجديدة، أضحى لزوما على المشرع النظر من جديد وبرؤية واقعية منطقية إلى قواعد المسؤولية المدنية عموما والطبية خصوصا، وتتمثل هذه العوامل؛ في التطور العلمي والتقني لا سيما في المجتمعات التي يعرف اقتصادها تطورا، اتساع رقعة نظام التأمين نظرا لتطور الذي تعرفه الحياة الاجتماعية المعاصرة .[3]

الفرع الاول: التطور العلمي والتقني

إن استخدام أبسط الألات والأجهزة الطبية رغم منافعها إلا أنها غالبا ما تشوبها مخاطر، وهذا على حساب الحماية المأمولة للمرضى الذين كانوا يتحملون جزءا من تلك المخاطر التي تحيط بالتدخلات الطبية. ولا شك أن كل هذا كان بهدف النهوض بمهنة الطب وتطويرها، من خلال فتح المجال أمام الأطباء وإبداعاتهم العلمية وهو ما تحقق فعلا، ولعل ما وصلت إليه الأبحاث العلمية الطبية من اكتشافهم لأمصال أمراض كانت مستعصية على العلاج أو الشفاء، قد أصبحت بفضل التطور العلمي والتقني من

[1] محمد بعجي، **المسؤولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 – 2007 ، ص85

[2] نقار موسى، مرجع سابق، ص 242

[3] نفس المرجع، ص 95

الأمراض العادية القابلة للعلاج أو الشفائي، لدليل قاطع على ازدهار وتحسين مردودية البحث العلمي والتقني في المجال الطبي[1].

ونتيجة لما سبق ذكره عرفت الأجهزة الطبية في عصرنا تطورا ملحوظا، وراجت الصناعات الدوائية، الأمر الذي ساهم في تقلص المخاطر الطبية إلى درجات أقل وفي البعض الأحيان إلى النعدامها تماما، الأمر الذي جعل أبواب تصد أمام الأطباء التبرع بالمخاطر المألوفة أو غير المتوقعة، أو قلة الإمكانيات والتجهيزات، هذا ما أدى بالفقه هو الأخر إلى الانسياق في التيار التطور والتقدم محاولا يجاد طبيعة للمسؤولية الطبية – مسؤولية بدون خطأ – تكون أكثر تلاؤما مع الواقع الاجتماعي.[2]

الفرع الثاني: ضغط الفقه وتأثير التأمين على المسؤولية الطبية

لعب الفقه الحديث لعب دورا مهما في محاولة منه التأسيس قواعد المسؤولية الطبية وفق رؤية موضوعية، حيث تم تبرير المسؤولية الطبية الموضوعية على أساس فكترين؛ الأولى تقوم على أساس المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة، بحيث وجد عدد كبير من الفقه ضالتهم المنشودة في هذا المبدأ، كأساس شامل وقادر على تفسير كافة حالات المسؤولية دون خطأ للمرافق العامة ومنها الطبية، قوامه وجوب مساهمة المواطنين في الأعباء المترتبة عن إدارة المرافق الطبية، كل في حدود إمكانياته وطبقا لمقتضيات القانون.

وقد ذهب الفقيه والين إلى القول بأنه كثيرا ما تقع أضرار للأفراد بسبب نشاط إداري يوصف بأنه مشروع وأن الصالح العام هو الذي حتم على الإدارة القيام به، فيكون الوضع هنا أن الإدارة قامت بنشاط حققت به الصالح العام وترتب عليه في الوقت نفسه أضرار لبعض الأفراد، أي أن هؤلاء هم وحدهم قد تحملوا أعباء هذا النشاط، فيهتز مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة بسببه.[3]

أما الفقيه موريس هوريو فقال بأن هذا المبدأ يقوم على فكرة أنه من غير العدل تماما أن يستفيد مجموعة من المواطنين من نشاط الإدارة (المرفق الطبي)، بينما يتحمل شخص واحد المضار، لذلك فإن الدولة تتحمل التعويض من ميزانيتها، أي بصفة غير مباشرة من المواطنين الذين استفادوا من نشاط الإدارة ومن الأنشطة الطبية التي ألزمها المشرع الجزائري على الأفراد وجعله الص الح المجتمع، هي العمليات المتعلقة بالتلقيح الإجباري –التطعيم– وذلك بموجب المادة 55 من قانون حماية الصحة وترقيتها إذ نصت على أنه "يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية أما الفكرة الثانية فتقوم على أساس فكرة **الدولة المؤمنة**، فإن فكرة الدولة المؤمنة تعدِم مجال البحث عما إذا كان الضرر ناتجا عن خطأ أم لا فالدولة باعتبارها المؤمنة يقع عليها واجب تعويض الضحايا على

[1] بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 334

[2] منصوري جواد، المرجع السابق، ص 96

[3] عيمور راضية، يخلف عبد القادر، **المسؤولية المدنية الطبية في ظل التوجهات الفقهية والقضائية**، مجلة الدراسات القانونية والسياسية – العدد 04 جوان، 2016 ، ص 335

اعتبار أنها قبضت أقساط التأمين من المؤمن لهم، وهم الأفراد، في شكل ضرائب مباشرة أو غير مباشرة، فالأفراد يكونون مؤمنين ضد كل مخاطر نشاط الإدارة (المرفق الطبي)

ونشير بخصوص موقف التشريع والقضاء الجزائري تجاه المسؤولية الطبية القائمة على أساس الضرر، فرغم البحث والتحري، ورغم أننا نجد بأن التشريع الجزائري أخذ بالمسؤولية على أساس الضرر صراحة في القانون المدني [1]دون القوانين المتعلقة بالمجال الطبي على عكس المشرع الفرنسي، الذي أقر هذا النوع من المسؤولية في الفقرة الثانية من المادةL.1142-1 من قانون الصحة العامة، إلا أننا لم نعثر في أحكام القضاء الجزائري بجميع درجاته على أي حكم يؤكد لنا تبني القضاء لهذا النوع من المسؤولية.[2]

[1] أخذ المشرع الجزائري بالمسؤولية المدنية بدون خطأ صراحة في كل من المادتين 140 مكرر، والم ادة 140 مكرر 1 من القانون المدني، المعدل والم تمم بالقانون رقم05-10 إذ جاء في المادة 140 مكرر والمتعلقة بمسؤولية المنتج بأنه" :يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة عقدية ."....كما جاء في الم ادة 140 مكرر 1 والتي يشمل مض مونها كل أنواع وحالات المسؤولية، مايلي" :إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر." عيمور راضية، يخلف عبد القادر، المرجع السابق، ص 336

[2] عيمور راضية، يخلف عبد القادر ،نفس المرجع، ص 336

المبحث الثاني: آليات تغطية مخاطر التبعات الطبية

هناك صعوبة التوفيق بين مصلحة المريض في التعويض، ومصلحة الطبيب في توقي قيام مسئوليته، فتحميل أي من هذين البديلين بالنتيجة هو أمر غير عادل، إذ يجب أن يتمتع الطبيب بهامش واسع من الحرية، أشاء مزاولة نشاطه المهني دون خوف من قيام مسئوليته لمجرد ما قد يصادفه من سوء الحظ، كما لا يستقيم في المقابل ترك المريض يصارع وحده مغبة القدر.

وهذا ما دعا رجال القانون لبحث إمكانية أيجاد نظم قانونية تكفل الحماية للطرفين، فتضمن تعويض المضرور من جهة، وتحصن الطبيب ضد ما قد ينغص حياتهم من دعاوى المسئولية بحق أو بغير وجه حق.[1]

كان لظهور ذمم أخرى تلتزم بالتعويض إلى جانب المسئول أو بدلا منه وهذا ما يسمى بالتوزيع الجماعي للتعويض، وهكذا فإن الاتجاه الحديث الآن يتجه نحو الانتقال بالمسئولية عن التعويض الأضرار من الفردية إلى الجماعية، بحيث يجد المضرور نمة جماعية تلتزم بالتعويض تجاهه الى جانب المسئول[2]، وعلى هذا سوف نقدم هذا المطلب إلى مطلبين نتناول في الأول التأمين من المسؤولية الطبية ونتطرق في الثاني إلى أليات الضمان المكملة لنظام التأمين من المسئولية في المجال الطبي.

المطلب الاول :التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

نتيجة لزيادة الوعي لدى المواطنين وسعيهم للحصول على العلاج الأفضل فقد إزداد إهتمامهم بمراجعة الأطباء وهو ما زاد من الأخطاء الطبية المؤدية إلى الإضرار بالمرضى الذين توجهوا إلى القضاء للحصول على التعويض، وهو ما دفع بالأطباء إلى البحث عن آلية تجنبهم دفع التعويضات الباهضة، فأدى ذلك كله إلى ظهور تأمين المسؤولية المدنية الطبية كمسؤولية مهنية، والذي تطور إلى أن أصبح في أغلب الدول إلزاميا على الأطباء تحت طائلة عقوبات مالية، تأديبية وحتى جزائية[3].

الفرع الاول: تعريف التأمين عن المسؤولية الطبية

التأمين من أمن، والأمن ضد الخوف وهو يعني:

سكون القلب واطمئنانه وثقته "[4]، أما تعريف التأمين من الجانب الاقتصادي، فيمكن القول بأنه ": أداة لتقليل الخطر الذي يواجهه الشخص عن طريق تجميع عدد كاف من الوحدات المتعرضة لنفس ذلك

---

[1] بكوش أمال، المرجع السابق، ص 312

[2] منصوري جواد، المرجع السابق، ص 109

[3] بدور رضا، **المسؤولية المدنية عن الاخطاء الطبية وتأمينها**، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص ص 102-103

[4] مشالي زهية، **التأمين في مجال الخدمات الصحية في القانون الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون التأمينات، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018-2019، ص 43

الخطر، لجعل الخسائر التي يتعرض لها كل فرد قابلة للتوقع بصفة جماعية، ومن ثم يمكن لكل صاحب وحدة الاشتراك بنصيب منسوب إلى ذلك الخطر[1] ."

غير أنه من الجانب القانوني فقد تطرقت إلى تعريفه عدة قوانين بحيث أشار المشرع ،بحيث أشار إليه في الجزائري إلى تعريف التأمين في القانون المدني من خلال المادة 619[2] كما اشار اليه في قانون التأمينات من خلال المادة 02 من الأمر رقم04-06، والتي تحيلنا بدورها إلى المادة619 السالفة الذكر، حيث تنص المادة 02 من قانون التأمينات على أنه ": إن التأمين في مفهوم المادة 619 من القانون المدني، عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفوع مالية أخرى ".

وتضيف ذات المادة من ذات الأمر، في فقرتها الثانية، على أنه ": إضافة إلى أحكام الفقرة الأولي من هذه المادة، يمكن تقديم الأداء عينيا في تأمينات المساعدة والمركبات البرية ذات محرك[3] ".

ظهر تعريف فقهي أكثر إلماما بعناصر التأمين من المسؤولية المدنية المهنية وهو "التأمين من المسؤولية المدنية المهنية هو عقد بين شخص يسمى المؤمن وشخص آخر يسمى المؤمن له بمقتضاه يتحمل المؤمن العبء المالي المترتب على الخطر الضار غير المقصود والمحدد في العقد بسبب رجوع الغير على المؤمن له بالمسؤولية لقاء ما يدفعه هذا الأخير من أقساط" .[4]

فالأطباء يلجؤون إلى التعاقد مع شركات التأمين كي تضمن لهم الأضرار الناتجة عن رجوع الغير (المرضى المضرورين) عليهم بدعوى المسؤولية، فتتعهد هذه الشركات بالتعويض تخفيفا لوطأة عبء هذا التعويض الواجب إلى الأطباء المسؤولين لأدائه للغير . [5]

فالمسؤولية في العمل الطبي تجاوزت حدودها وتوسعت معالمها إذ قد يكون العيب في المنتجات الطبية أو في الآلات والأجهزة المستخدمة في العلاج، لذا ليست المخاطر الطبية مجرد ظاهرة عقدية أو تقصيرية يتكفل بتفسير وقائعها قضاءا أو تحدد قانونا[6]، فزادت الأخطار وتعددت الأضرار وتنوع المضرورين وأصبح هذا الزخم الكبير في مجال المسؤولية المدنية الطبية، وهو ما وجد ا من الضروري

---

[1] مشالي زهية، المرجع السابق، ص 43

[2] تعرف المادة 619 من القانون المدني الجزائري التأمين بأنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

[3] القانون 06-04 المتعلق بالتامينات مؤرخ في 20 فيفري 2006، المعدل والمتمم لامر رقم 95 – 07 (الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 12 مارس 2006)

[4] بدور رضا، المرجع السابق، ص 108

[5] المرجع نفسه، ص 108

[6] المرجع نفسه، ص 109

البحث عن آلياتها ا المتمثلة في التأمين من المسؤولية المدنية المهنية نطاقه في عقود التأمين إذ أن شركات التأمين تعرض منتجا عن الأضرار الناجمة عن فعل المؤمن كما يمكن أيضا إكتتاب تأمين عن الأضرار التي تسببها الآلات والأجهزة المستخدمة في العلاج، لا سيما بعد التطور التكنولوجي الكبير والذي أدى إلى إكتشاف آلات عدة تتداخل في العملية العلاجية وهو ما أدى أيضا إلى كثرة الأضرار التي تسببها هذه الآلات للمرضى، لكون الآلة ومهما بلغت درجة تطورها تبقى قابلة لإحداث الضرر بجسم المريض في أي لحظة، لذلك وجب أن تغطى هذه المسؤولية المدنية بتأمين منها لأن هذا التأمين عبارة عن نظام خاص مستقل عن نظام المسؤولية المدنية في حد ذاته .

وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن التأمين من المسؤولية المدنية المهنية وخاصة المسؤولية المدنية الطبية جوبه بإعتراضات مؤداها أن شأن هذا التأمين أنه يغري على الإهمال والتقصير ما دام التأمين يغطي كل الأضرار تغطية كاملة، كما من شأنه أن يساعد على إزدياد دعاوى المسؤولية إزديادا كبيرا لا من حيث الإغراء على الإهمال والتقصير فحسب، بل أيضا من حيث تشجيع المضرور على رفع دعوى المسؤولية منذ أن وجد أمامه المؤمن (شركة التأمين) الموسر إلى جانب المؤمن له (المدين بالتعويض الأصلي) المشكوك في يسره، بالإضافة إلى أن القضاة وفي غالب الأحيان يميلون إلى الحكم للمضرور بتعويض سخي ما دامت شركات التأمين هي التي ستدفع هذا التعويض .

غير أن تلك الإعتراضات لم تلق رواج ولا دعم ذلك أن المضرور وبفضل التأمين أصبح بإمكانه الحصول على التعويض كاملا من جهة موسرة دف بدورها إلى الربح، بعدما كان يواجه مسؤولا عن الضرر متعثر ومماطل ومعسر أحيانا، كما أن المسؤول عن الضرر نفسه وجد في التأمين ملاذا آمنا يرفع عن كاهله عبء المسؤولية المدنية، لذلك رجحت في التطبيق المعاصر كفة التأمين من المسؤولية المدنية المهنية إلى حد أن أغلب التشريعات جعلت منه إجباريا، كما هو الحال بالنسبة للتأمين من المسؤولية المدنية المهنية الطبية.[1]

الفرع الثاني: مضمون التأمين في المسؤولية الطبية

في السنوات الأخيرة تم تسليط الضوء على المسؤولية الطبية ،وأدى ذلك إلى نشوء ما يسمى بأزمة المسؤولية الطبية وكان أهم آثار هذه الأزمة هو الحصول على التعويض إذ قامت بعض شركات التأمين بفسخ عقود التأمين التي تربطها مع الأطباء أو بزيادة أقساط التأمين، نتيجة ازدياد عدد الدعاوى في مجال المسؤولية الطبية، التي كانت في الغالب تلزم الطبيب أو شركات التأمين من دفع مبلغ التعويض، فالتأمين من هذه المسؤولية هو شرط إلزامي للممارسة مهنة الطب، إذ لا يستطيع الطبيب أن يمارس مهنته إلا بعد اكتتابه لعقد التأمين من المسؤولية المدنية مهما كان اختصاص الطبيب.

تحقيقا لهذا الغرض وضمانا لحصول المضرورين على التعويض المناسب وحماية للأطباء وصونا للممارسة مهنتهم ألزم قانون الصحة الفرنسي الاطباء وجميع المؤسسات الصحية بالتأمين

[1] بدور رضا، المرجع السابق، ص 109

الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، حيث ينص قانون الصحة العامة الفرنسي على أن "تأمين المؤسسات والمصالح والهيئات المذكورة في الفقرة الأولى يغطي أجراءها العاملين ضمن حدود المهمة الممنوحة لهم، حتى لو كان هؤلاء يتمتعون بالاستقلالية في ممارسة فن الطب"[1]

كما أكدت المادة06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 على أنه" يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها.[2]

أما جزاء عدم التأمين فقد فرض قانون الصحة العامة الفرنسي عقوبة الغرامة، والمنع من الممارسة الطبية في حالة عدم الإلتزام بالتأمين من المسؤولية[3]، أما جزاء عدم التأمين وفقا للمادة184 فقرة الاولى من الامر 95-07 فتعاقد لعدم الامتثال الزامية التامين بغرامة مالية مبلغها 5000 دج الى 10.000 دج، تجدر الملاحظة أن هذا الجزاء هو جزاء رمزي وليس بجزاء حقيقي كما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي، لذا لا بد من المشرع الجزائري من وضع جزاء أكثر صرامة بالنسبة للإخلال بإلزامية التأمين.[4]

كما نصت المادة 169 من نفس القانون على أنه: "يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع و/أو تغيير الدم البشري من أجل الإستعمال الطبي أن تكتتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له".

وعليه تخضع لهذا التأمين المؤسسات الصحية والإستشفائية، سواء كانت تابعة للقطاع العمومي أو القطاع الخاص، بما في ذلك المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري للأغراض الطبية، وينطبق هذا التأمين كذلك على أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيادلة، وغيرهم من الأشخاص الذين يمارسون نشاطات مماثلة كذلك[5]

هذا التأمين يضمن التعويض للمريض نتيجة الضرر الذي لحقه بسبب خطأ الطبيب أو الجراح، سواء وقع هذا الخطأ في مرحلة التشخيص أو في مرحلة العلاج أو خلال إجراء عملية جراحية، أو وقع الضرر وقت الإستشارة الطبية ،كما يشمل هذا التأمين ما ينجم عن حراسة المنقولات والآلات المعدة للعلاج، التي يعتمدها الطبيب وسيلة لممارسة أعماله، وكما يشمل ما يصدر عن مساعديه ضمن الفريق

---

[1] ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، **التأمين من المسؤولية المدنية الطبية كضمان لحماية المستهلك في ضل قانون التأمينات 06-04**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، سنة 2018، ص 383

[2] المرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 2007/10/22 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج ر عدد 67 مؤرخة في 2007/10/24

[3] ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 383

[4] المرجع نفسه، ص 383

[5] كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2012، ص 339

الطبي، وبالطبع إلتزام المؤمن بتقديم التعويض للمؤمن له بشرط أن لا يزيد عن المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين.

ولقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على إلزامية التأمين إلا أنه لم يحطه بالسياج الكافي من القواعد القانونية، التي تراعي خصوصية المجال الطبي، وانما أخضعه للقواعد العامة في التأمين من المسؤولية، وهو ما يثير صعوبات كثيرة بالنسبة للأطباء عند الإكتتاب في التأمين.[1]

وتضمن عقود التأمين في هذا الشأن، تغطية النتائج المترتبة عن المسؤولية المدنية والمحددة في القانون المدني بالمواد 124 وما بعدها، أي ضمان تغطية جميع الأضرار الجسمانية والمادية والمعنوية التي تلحق بالغير. لكن الإشكال الذي يطرح في حالة ما إذا تحصل المضرور على تعويض من شركة التأمين، هل يحق له أن يعود على الطبيب المسؤول بتعويض آخر؟.[2]

كما يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير".[3]

يفهم من المادة أنه تضمن شركة التأمين تغطية التبعات المالية المترتبة عن المسؤولية المدنية للطبيب، الناتجة عن أخطائه المهنية غير العمدية، سواء كانت عقدية أو تقصيرية بفعله الشخصي أو تلك التي يتسبب بها أحد تابعيه، كالتعويض عن الوفاة أو المرض أو الأضرار الجسدية وما يتبعها من تعويضات مادية ومعنوية حيث أنه وبخصوص تأمين المسؤولية المدنية المشار إليه في المواد من163 الى 172 أعلاه، يجب أن يكون الضمان المكتتب كافيا سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية، علاوة على ذلك يجب أن لا ينص عقد التأمين على سقوط أي حق يمكن أن يحتج به على ضحايا أو ذوي حقوقهم".[4]

فالضرر من المسؤولية المدنية في هذه الحالة لا يصيب المال مباشرة، بل ينشأ عن قيام دين في ذمة المؤمن له، لذلك يوصف التأمين من المسؤولية بأنه تأمين دين يتعلق بخصوم المؤمن له، والدائن هو الشخص الذي أصيب بضرر بسبب خطأ المؤمن له أو بسبب خطأ أحد تابعيه، فيهدف التأمين من المسؤولية إلى ضمان المؤمن له من دعوى المسؤولية المرفوعة عليه من طرف المضرور أو ذوي حقوقه.[5]

---

[1] جديدي معراج، **محاضرات في قانون التأمين الجزائري**، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 136

[2] ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 384

[3] المادة 167 من القانون 06-04 المتعلق بالتأمينات

[4] المادة 173 من نفس القانون

[5] ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 385

ويترتب على تقرير الحق المباشر للمضرور أن يصبح له مدينان في التعويض المستحق، وهما المؤمن له الذي يرجع عليه بدعوى المسؤولية، والمؤمن الذي يرجع عليه بالدعوى المباشرة، فكلا من المؤمن والمؤمن له مدين بدين واحد ولكنهما غير متضامنين في هذا الدين، بل هما مسؤولان عنه بالتضامن، فيجوز للمضرور أن يرجع على أي منهما بمبلغ التعويض أو يرجع به كاملا على الطبيب، على أن يرجع به في حدود مبلغ التأمين على شركة التأمين، فإذا استوفى حقه من أحدهما برأت ذمة الآخر، واذا رجع على شركة التأمين بالدعوى المباشرة ولم يستوفي كل حقه لعدم كفاية مبلغ التأمين، جاز له أن يرجع على الطبيب بما تبقى له، باعتباره المسؤول عن الضرر الذي أصابه، واذا رجع على الطبيب بدعوى المسؤولية ولم يستوف حقه كاملا منه، فلا يمكنه الرجوع على شركة التأمين إذا كان مبلغ الذي استوفاه من الطبيب معادلا لمبلغ التأمين.[1]

فعقد التأمين لم يبرم إلا لتعويض من قد يصيبهم المؤمن له بأضرار، وان التعويض الذي يدفعه المؤمن إنما كان لتغطية هذه الأضرار.

1-دور شركة التأمين: تلتزم شركة التأمين بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية مدنية على المؤمن له أي في حدود المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين، وعليه فهو يضمن في المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب خطأ مهني من الطبيب أو الجراح، سواء وقع هذا الخطأ في التشخيص أو في العلاج أو خلال العمليات الجراحية، أو حالة الخطأ في حالة تخدير المريض أو حالة الخطأ في الإستشارة الطبية، ويشمل التأمين من المسؤولية ما ينسب للطبيب بما ينجم عن فعل المنقولات المعدة في المستشفى لعلاج المرضى التي يعتمد عليها الأطباء لممارسة مهامهم، ويشمل ما يصدر عن الطالب المتمرن الذي لم يمارس المهنة بعد استعانة الطبيب إليه بمناسبة قيامه بمهامه[2] حيث يجب على شركات التأمين تغطية أي خطر يخضع بموجب هذا الأمر لإلزامية التأمين بالنسبة لعمليات التأمين التي اعتمدت من أجلها..."[3]

كذلك لا يستطيع المؤمن ان يرفض تغطية اي خطر يخضع لالزامية التامين بالنسبة لعملية التأمين التي اعتمد من أجلها هذا ما تقضي به المادة 201 من الأمر المتعلق بالتأمينات في الفقرة01 يجب على شركات التأمين تغطية أي خطر يخضع بموجب هذا الأمر لإلزامية التأمين بالنسبة لعمليات التأمين التي اعتمدت من أجلها" نظم المشرع الجزائري، وحسب المادة202 من نفس الأمر: "كل عقد

[1] بن خروف عبد الرزاق، **التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري**، الجزء الأول، التأمينات البرية، دون طبعة، مطبعة حيرد، الجزائر، 1998، ص 216

[2] ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 386

[3] الفقرة الاولى من المادة 201 من قانون التأمينات

تأمين يخضع لإلزامية التأمين يكون مشتملا على ضمانات تعادل على الأقل الضمانات الواردة في الشروط النموذجية.[1]

وفي حالة اعتراض المؤمن له على التعريفة فيجب حسب المادة 201 الفقرة الثانية منها على المؤمن أن يخطر إدارة الرقابة بهذا الاعتراض وتقوم هذه الأخيرة بإقرار التعريفة الواجب تطبيقها وهذا بعدم استشارة الهيئة المكلفة بالتعريفة.

بمعنى أن المؤمن في هذا النوع من التأمينات ملزم بأن يستجيب لكل طلب تأمين الزامي بدون أن يكون له حق الرفض أو الخيار بين مكتتبي عقد التأمين.

كما أن كل من المؤمن والمؤمن له ملزم باحترام الشروط والقيود التي يفرضها التنظيم التي قد لا يترك مجال واسع للاتفاق[2] وبخصوص تأمين المسؤولية المدنية المشار إليه في المواد 163 الى 172 يجب أن يكون الضمان المكتتب كافيا سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية علاوة على ذلك يجب ألا ينص عقد التأمين على سقوط أي حق يمكن أن يحتج به على المضرورين أو ذوي الحقوق".[3]

إذا رفعت على المؤمن له أي الطبيب دعوى المسؤولية المدنية ،كان له أن يواجه هذه الدعوى وحده ثم له أن يرجع على المؤمن بالتعويض بصفة ودية أو قضائية، على أساس الدعوى الأصلية، أو يدخل المؤمن خصما في الدعوى، كما قد يشترط المؤمن في وثيقة التأمين أن يباشر دعوى المسؤولية وحده ويتولى إدارتها.

ففي كل الحالات يكون حكم القاضي بالتعويض نافذا في حق شركة التأمين باعتبار أن موضوع المسؤولية المدنية هو الدين المترتب في ذمة المؤمن له، وهو يتقرر بصفة نهائية من خلال صدور حكم القاضي الذي يكشف ويقرر هذا الدين ولا ينشئه.

2-المستفيد من هذا الضمان : يعتبر المستحق الأول للتعويض هو المضرور مباشرة من التدخل الطب، بمعنى الشخص الذي أصيب بالضرر يصبح له الحق في الحصول على التعويض. فيعوض بمناسبة حدوث الأضرار المادية الناجمة عن الإصابة سواء تمثلت في العجز الجسماني أو العاهة الناتجة عن الإصابة، أم ظهرت في الفقد الجزئي أو الكلي للنشاط أو العمل الذي يزاوله كما يشمل التعويض عن الأضرار المعنوية الناتجة عن الإصابة أو الإعلان عنها كما في الأمراض الخطيرة أو المعدية مثلا، فلا شك أنها تأثر على حياة الشخص اجتماعيا كتعرض المصاب إلى عزل اجتماعي أو هجر أسري بسبب المرض المعدي بالتالي يستحق تعويضا عن كل ذلك .

[1] ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 387

[2] بن خروف عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 228

[3] المادة 173 من الامر المتعلق بالتأمينات

كما تجدر الإشارة أن المضرور ليس وحده المستحق للتعويض فهناك ذوي حقوقه وهم من يتصلون بشكل غير مباشر بالضرر الذي أصاب المضرور، ما يثبت لهم الحق في الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم ويعتبر هذا الحق أصليا وليس موروثا عن المصاب، كالزوجة والأولاد الذين توفي عنهم رب البيت الذي ينفق عليهم نتيجة الخطأ الطبي، كل هؤلاء أصيبوا بصفة شخصية بأضرار يستحقون التعويض عنها، ومعنى ذلك أن لهم الحق في رفع دعوى مباشرة على المتسبب في الضرر.[1]

المطلب الثاني: الاليات المكملة لضمان التأمين من المسئولية عن المخاطر الطبية

تعالج في هذا الفرع آليتين للضمان هما الصندوق الضمان والتعويض عن طريق الدولة بوصفهما، وسيلة حماية إضافية إلى جانب نظام التأمين من المسئولية، وسوف نتناول كلا من هاتين الآليتين في فرع مستقلين.

الفرع الاول: تحمل صندوق ضمان المؤمن لهم للتعويض.

حسنا فعل المشرع الجزائري حين نص في المادة 213 مكرر من المر 95-07 المتضمن التأمينات على إنشاء لدى الوزارة المكلفة بالمالية صندوق يسمى(صندوق ضمان المؤمن لهم) ويكلف هذا الصندوق بتحمل التعويضات المحكوم بها لفائدة المؤمن لهم أو المستفيدين من عقود التأمين كليا أو جزئيا في حالة عجز شركات التأمين، والعجز هنا يكون في حالة إفلاس شركات التأمين أو عجزها المالي نتيجة كثرة تحملها للتعويضات المحكوم بها لكي لا يضيع حق المضرور فيجد الصندوق الذي يعوضه على إعتبار أن هذا الصندوق غالبا تكون له ملاءة سيما أنه يمول من إشتراكات سنوية لشركات التأمين و /أو إعادة التأمين وفروع شركات التأمين الأجنبية المعتمدة في حدود01 % من الأقساط الصافية من الإلغاءات.

حيث إن ظاهرة الأخطاء الطبية والأضرار المترتبة عنها أخذت في التزايد يوما بعد يوم فإننا نرى أنه يجب إيجاد حلول عملية لهذه الظاهرة كإنشاء صندوق خاص من أجل تعويض ضحايا الأخطاء الطبية، فرغم وجود تأمين إلزامي للمسؤولية المدنية الطبية ووجود شركات تأمين تغطي هذه التعويضات إلا أن إنشاء مثل هذا الصندوق فيه الكثير من الفوائد ولعل أهمها أنه يمكن المضرورين من الحصول على تعويضاتهم من جهة لها ملاءة وفي أقصر وقت ممكن، إذ اللجوء إلى هذا الصندوق في حال إنشائه يمكن من ربح الكثير من الوقت والذي يكون المضرور في أمس الحاجة إليه لجبر الضرر الذي أصابه جراء الخطأ الطبي، إقتداءا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي حين أنشأ صندوق لتعويض ضحايا مرض الإيدز، فإنشاء هذا الصندوق كان بالقانون1990/12/31، وعند إنشائه كان عدد المصابين بمرض الإيدز في حدود 5000 مصاب[2]، وهذا الصندوق الفرنسي يمول من قبل الدولة وشركات التأمين ويقدم

[1] ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، المرجع السابق، ص 388

[2] بدور رضا، المرجع السابق، ص 191

التعويضات للمصابين بعدوى الإيدز جراء نقل دم ملوث لهم، وقراراته تكون قابلة للإستئناف أمام محكمة إستئناف باريس[1].

فيمكن الإستفادة من هذه التجربة في الجزائر والنص على صندوق مماثل توكل له مهمة تعويض ضحايا الأخطاء الطبية، مع ترك الحق لهذا الصندوق في الرجوع على شركات التأمين التي تغطي المسؤولية المدنية الطبية بالتأمين، وعلى الطبيب المسؤول عن الضرر في حالة عدم إكتتابه للتأمين لا سيما مع تزايد عدد المضرورين من الأخطاء الطبية في الجزائري يوما بعد يوم.

الفرع : تحمل الدولة للتعويض

إن المسؤولية المدنية الطبية متجهة نحو مسؤولية مدنية مهنية موضوعية أي مسؤولية بدون خطأ، تطبيقا للنصوص القانونية ومبادئ حقوق الإنسان، وظهور أفكار إيديولوجية وأخلاقية فبدأت فكرة السلامة الجسدية تطفو من جديد في أفق المسؤولية التعويضية مدفوعة برغبة المجتمع في حماية أفراده مما يصيبهم من أضرار في الحياة . فسلامة الإنسان بإعتبارها أغلى قيمة إنسانية فهي أولى بالرعاية والإهتمام من أي إعتبارات مادية أخرى، فيتوجب على القانون حمايتها في إطار تنظيمه للحريات الفردية بإعتبارها أساس كل القيم .

لذلك ظهرت فكرة تحمل الدولة تعويض الأضرار التي تحصل للإنسان حتى في حالة إذا لم تنسب إلى أي شخص ولم يكن للمضرور يد في الضرر الذي حصل له . وقد تبنى المشرع الجزائري هذه الفكرة وجسدها عند تعديل القانون المدني بالقانون رقم05-10 فجاء بمادة جديدة هي المادة141 مكرر 01التي تنص على "إذا إنعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر."، فمن إستقراء هذه المادة يتضح لنا جليا أن الدولة تتكفل بتعويض الأضرار الجسمانية للأشخاص بتوافر الشروط التالية :[2]

أ / أن يكون هناك ضرر ثابت حل بالشخص المطالب بالتعويض.

ب/ أن يكون الضرر المطالب بتعويضه جسماني فلا تعويض عن الأضرار غير الجسمانية سواء كانت مادية أو معنوية .

ج/ أن لا ينسب الضرر إلى أي شخص (إنعدام المسؤول عن الضرر) .

د/ أن لا يكون للمضرور يد في حدوث الضرر، أي لا ينسب الضرر للمضرور في حد ذاته.

فبتوافر هذه الشروط تتولى الدولة تعويض المضرور عن ما أصابه من أضرار جسمانية وسبب ذلك هو أن الدولة هي المسؤولة المباشرة عن سلامة الإنسان في حياته وصحته وعمله، وعليها دفع الضرر عنه

[1] بدور رضا، المرجع السابق، ص 191

[2] بكوش أمال، مرجع سابق، ص 47

سواء كان ماديا أو معنويا، فكما هي وارث ما لا وارث له فمن باب أولى عليها أن تلتزم بحماية ذلك الإنسان في حياته قبل مماته[1]

غير أن هذا المبدأ بقي إلى غاية الآن مجرد مبدأ قانوني إحتوته قاعدة قانونية دون تجسيد على أرض الواقع ودون تحديد كيفية إلزام الدولة بدفع التعويض ؟ وما هي الجهة من الدولة التي تتولى دفع التعويض ؟ وكيف يتم تقدير قيمة التعويض ؟ فهل ترفع دعوى أمام القضاء والقاضي يلزم الدولة بدفع التعويض أم أن هناك جهة أخرى تتولى دفع التعويض مباشرة دون حاجة إلى إلزامها من القضاء ؟ وهل أن التعويض تتحمله الخزينة العمومية أم هل سينشأ صندوق خاص يتولى التعويض ؟

و من كل هذا يجب إنشاء صندوق خاص يتولى عملية دفع التعويضات للمتضررين الذين لا ينسب ضررهم إلى أي كان ويتم تمويل هذا الصندوق من ميزانية الدولة في جزء منه والجزء الآخر يمول بإقتطاع نسبة مؤية من كل قسط تأمين.[2]

كما أنه لا داع للجوء إلى القضاء للحصول على هذا التعويض وإلزام الدولة به، بل يكفي أن تكون هناك لجنة متكونة من قاضي ومجموعة من الخبراء في القانون والإقتصاد والطب وكل ما من شأن إختصاصه مساعدة هذه اللجنة لتتولى دراسة الملفات المعروضة عليها والتثبت من الشروط المنصوص عليها في المادة 141 مكرر من القانون المدني لتقدر بعدها قيمة التعويض المستحق للمضرور على أن تكون قراراها ملزمة للصندوق الذي يدفع التعويضات وأن لا تكون قراراتها قابلة لأي طريق من طرق الطعن لتجنب ضياع الوقت في إجراءات التقاضي والطعون.

وبطبيعة الحال فإن هذه المادة لها من الأهمية القدر الكبير بخصوص الأضرار الناتجة عن التدخلات الطبية التي لا يد للمضرور فيها والتي لا تنسب إلى أي خطأ من الممارس الطبي وما أكثر هذه الحالات والتي ستجد بتفعيل هذه المادة مخرجا لها للحصول على تعويض يجبر الضرر الذي أصابها ويرضي شعورها بالعدالة الإجتماعية[3].

[1] بدور رضا، المرجع السابق، ص 193

[2] المرجع نفسه، ص 193

[3] المرجع نفسه، ص 194

الخاتمة

الخاتمة

الخاتمة:

يجب ان يكون التراضي في العقد الطبي مبنيا إرادة سليمة ومستنيرة تتيح اتخاذ القرار الصحيح. وقد أشار المشرع الجزائري إلى أهمية الإرادة الحرة والمستنيرة عند الاستفادة من العلاج، سواء من خلال القواعد العامة كما هو الحال في القانون المدني الذي يتناول عيوب الرضا، أو من خلال القوانين الخاصة مثل قانون الصحة 18-11 المعدل والمتمم، أو عبر المرسوم 92-276 الذي يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

يتميز الالتزام في العقد الطبي بالعديد من الخصائص خاصة منها الالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة الصحية والالتزام بالمطابقة التي أملتها ظروف العقد الطبي والتطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحبه في ال نهاية تطور قانوني على مستوى قيام المسؤولية المدنية في العمل الطبي.

إن تطبيق أحكام حماية المستهلك وقمع الغش على العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض أنتجت نوعا جديدا من الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب خصوصا، وذلك من خلال اعتبار الطبيب محت رفا والمريض مستهلكا، والدواء والآلات الطبية منتجات.

لذلك فإن حماية المريض من المنتجات الدوائية يحتم تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش، سواء تعلق الأمر بكيفيات الصنع والوسم والحفظ والتوزيع ...، أو من خلال تحديد المسؤولية القانونية لمنتج هذا الدواء أو المنتجات والتجهيزات الطبية وبالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية لم تعد تكفي لتغطية هذا التطور، وال لجوء إلى أحكام المسؤولية التقصيرية كان لا بد منه خاصة فيما تعلق بالمسؤولية الموضوعية أو ما يعرف بالمسؤولية اللاخطئية، طالما إن قيام المسؤولية التقصيرية تقليديا يستوجب وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية.

من خلال اعتبار الطبيب منتجا والمريض مستهلكا، اتسعت الحماية القانونية للمريض، لكن في نفس الوقت تبقى خصوصية العمل الطبي ومهنة الطب تلقي بظلالها على المسؤولية العقدية للطبيب والذي يتمسك بأحكام قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في التملص من المسؤولية العقدية وخاصة في الإعفاء من المسؤولية.

إن المسؤولية العقدية للطبيب تتقلص في ظ ل قبول المريض بالضرر، وفي ظل الإختلال في التوازن العقدي، بالإضافة إلى القيمة الأخلاقية لمهنة الطب، بالرغم من المناداة بتطبيق أحكام حماية المستهلك على المريض باعتباره مستهلكا، والطبيب باعتباره منتجا.

إن تقلص المسؤولية العقدية للطبيب في ظل الظروف سالفة الذكر، يفتح المجال أمام إمكانية قيام المسؤولية التقصيرية للطبيب.

قد ساير المشرع الجزائري التطورات الحاصلة في موضوع المخاطر الطبية، وذلك بالنص على أحكام المادتين 140 مكرر، و140 مكرر 01 اللتان تمثلان أساس المسوؤلية الموضوعية، من خلال تحمل الدولة للتعويض عن الأضرار الناشئة من دون وجود خطأ، تماشيا وتطور المسؤولية المدنية.

الخاتمة

كما تظهر مسايرة هذا التطور من خلال نص المش رع الجزائري على القانون 18 – 11 المتعلق بالصحة والذي تطرق فيه إلى الأحكام العامة التي تطبق على العلاقة بين المريض والطبيب سواء تعلق الأمر بالتبصير أم بالإعلام أم بكيفية تقديم العلاج والشروط الواجب توفرها في مقدم هذه الخدمة، كل هذه الأحكام تأتي تماشيا والحماية القانونية المكفولة للمريض وللطبيب على حد سواء، والتي من خلالها يمكن تحديد المسؤولية القانونية لكل طرف.

رغم توفر النصوص القانونية في مجال العمل الطبي والتحديثات التي جاء بها المشرع الجزائري على مستوى أحكام القانون المدني أو القانون الصحي أو أخلاقيات مهنة الطب إلا إن التطور العلمي والتطور التكنولوجي والمعرفي بقي هذا القطاع في تطور دائم ومستمر وجب معه العمل على المستوى القانوني لإبراز بعض الإشكاليات القانونية في مجال تقديم الخدمة الطبية وما يصاحبها من أخطار على صحة المريض.

بسبب التطور التكنولوجي في عالم الطب أدى إلى ضرورة اللجوء إلى أحكام المسؤولية الموضوعية وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في التعديل الخاص بالقانون المدني لسنة 2007 من خلال المواد: 140 مكرر و 140 مكرر 01 .

ومن خلال ما تقدم يمكن الإشارة إلى مجموعة من المقترحات نوجزها فيما يلي:

تطوير الاطار التشريعي في مجال المسؤولية خاصة فيما تعلق منها بالمسؤولية الموضوعية، فعلى الرغم من تعديل المشرع الجزائري للقانون المدني سنة 2007 ، إلا إن المادتين المضافتين لا تستوعبان ك ل أحكام هذه المسؤولية.

توضيح الالتزامات القانونية للطبيب خاصة منها ما تعلق باعتبار المريض مستهلك في هذا الاطار، كما أن قانون حماية المستهلك الجزائري 09 – 03 لم يشر إلى المريض باعتباره مستهلكا ولا إلى الطبيب باعتباره حرفي بل ترك ذلك إلى الأحكام العامة، وعليه وجب توضيح هذه العلاقة والتي بموجبها يمكن توضيع التزامات كلا الطرفين والتي تؤثر بالضرورة على نوع المسؤولية ومداها.

على المشرع الجزائري وضع آليات لتعويض أضرار المخاطر الطبية اساسها فكرة المخاطر خاصة أن القضاء المدني هو قضاء يتميز ببعض الجمود مقارنة بالقضاء الاداري.

المساواة في جبر الضرر الذي اصاب الضحايا عن التبعات الطبية سواء كانوا ضحايا القطاع العام ام الخاص.

عدم الفصل بين المسئولية التعاقدية والتقصيرية، لأن هذا الفصل لم يعد مبررا في مجال تعويض الأضرار الجسدية الماسة بسلامة الأشخاص.

المصادر

والمراجع

المصادر والمراجع

I. المصادر

اولا. الاوامر

1- الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78،المؤرخ في /30/ 09 1975 معدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 مؤرخ في 13 يونيو 2007 ،الجريدة الرسمية، عدد 31 ،الصادرة في 13 مايو 2007. بقولها " :التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه."

2- الأمر رقم 84- 11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، جر، عدد 24 ،السنة 21 ،مؤرخة في 12 جوان 1984 ،المعدل والمتمم المعدل والمتمم: بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005)

ثانيا. القوانين

1- القانون 06-04 المتعلق بالتامينات مؤرخ في 20 فيفري 2006، المعدل والمتمم لامر رقم 95 - 07 (الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 12 مارس 2006)

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ل 2 يوليو سنة 2018، الجريدة الرسمية العدد 46، لسنة 2018

ثالثا. المراسيم

1- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة الجريدة الرسمية عدد 52

2- المرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 2007/10/22 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج ر عدد 67 مؤرخة في 2007/10/24

II. المراجع

أولا. الكتب العامة

1-بن خروف عبد الرزاق، **التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري**، الجزء الأول، التأمينات البرية، دون طبعة، مطبعة حيرد، الجزائر، 1998

2- جابر محجوب على، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة.2015

3- جديدي معراج، **محاضرات في قانون التأمين الجزائري**، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

4- سليمان الطماوي، **القضاء الإداري، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام**، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، سنة 1986

5- طلبه أنور، **المطول في شرح القانون المدني**، الجزء الثالث :نسبية آثار العقد؛ د .د .ن، د .س .ن

6- علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،1998

7- علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003

8- علي علي سليمان، **النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992

9- فاضلي إدريس، **الوجيز في النظرية العامة للإلتزام،العقد والإرادة المنفردة، الفعل المستحق للتعويض، الإثراء بلا سبب**، ديوان المطبوعات الجامعة، الجزائر، 2009

10- مرقس سليمان، **المسئولية المدنية وتقنينات الدول العربية، القسم الأول، الأحكام العامة، أركان المسؤولية المدنية الضرر والخطأ والسببية**"، منشورات معهد البحوث والدراسات، سنة 1971

11- مرقس سليمان، **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات**، المجلد:الأول :في الفعل الضار والمسؤولية المدنية؛ ط5 ، د .ن،1992

12- مصطفى أبو زيد فهمي، **القضاء الإداري وقضاء التعويض**، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، سنة 1999

ثانيا. الكتب المتخصصة

1-بكوش أمال، **نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية ،دراسة في القانون الجزائري والمقارن** ،د.ط، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية، 2011

ثالثا. الأطروحات

1- أزوا عبد القادر، **نظام التعويض عن الأخطاء الطبية**، اطروحة دكتوراه في العلوم، قانون خاص، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس سنة 2015 - 2014

2-بعجي محمد ، **المسؤولية المدنية المترتبة على حوادث السيارات**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008 – 2007

3-بن صغير مراد، **الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011

4-حساني علي، **الإطار القانوني للإلتزام بالضمان في المنتوجات**، اطروحة دكتوراة في القانون جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر2012

5-مشالي زهية، **التأمين في مجال الخدمات الصحية في القانون الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون التأمينات، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018-2019.

6-نقار موسى، **قبول المخاطر الطبية وأثره على المسؤولية المدنية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص :قانون خاص، جامعة احمد دراية أدرار، الجزائر، 2022-2023

رابعا. مذكرات الماجستير

1- بدور رضا، **المسؤولية المدنية عن الاخطاء الطبية وتأمينها**، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014

2- بوخرس بلعيد، **خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي** ؛ رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011

3-بومدين سامية، **الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق تيزي وزو، الجزائر، 2011

4-جيرون محمد الهامل، **الالتزام بضمان سلامة الأشخاص في عقد النقل البري في التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، الجزائر،2013-2014

5-دودين محمود موسى، **مسؤولية الطبيب الفردية المدنية عن أعماله المهنية**، مذكرة الماجستير في القانون، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2009

6-طرية معمر، **مدى تأثير فكرة المخاطر على النظام القانوني للمسؤولية المدنية للمهنيين**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر،2012

7-كمال فريحة، **المسؤولية المدنية للطبيب**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2012

8- منصوري جواد، **توجهات المسؤولية المدنية الطبية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة ابي البكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016-2017

9-نسيب نبيلة، **الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2002

خامسا. المقالات والمداخلات

1- أرجيلوس رحاب، بحماوي الشريف، **إثبات الخطأ في المجال الطبي**، دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جوان 2019

2-جبارة نورة، **نظرية المخاطر وتأثيرها على المسؤولية المدنية**، مداخلة ضمن الملقتى الوطني حول مستقبل المسؤولية المدنية، كلّية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة امحمد بوقرة بومرداس :يوم 28 جانفي 2020

3- بوشربي مريم، **المسؤولية المدنية للطبيب، جامعة خنشلة**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 02، العدد 02،2015

4- شوايل عاشور سليمان، **مسؤولية الإدارة دون خطأ والتطورات الحديثة في القضاء الفرنسي**، مجلة أفاق اقتصادية، جامعة بنغازي، مجلد5 ، الباب09، 2019

5- عيمور راضية، يخلف عبد القادر، **المسؤولية المدنية الطبية في ظل التوجهات الفقهية والقضائية**، مجلة الدراسات القانونية والسياسية – العدد 04 جوان، 2016

6- قروي محمد الصالح، عليوة رابح، **إلتزام الطبيب بإعلام المريض :بين النص والتطبيق**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية المجلد65 :، العدد02 :، السنة2019.

7- قرور شهيناز، **مراحل تطور أساس المسؤولية المدنية في القانونين الفرنسي والجزائري**، مختارات من أشغال الملتقى الوطني حول: المسؤولية المدنية ، كلّية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة امحمد بوقرة بومرداس: يوم 28 جانفي 2020

8- قوادري مختار، قوادري مختار، **تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن**، دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، جوان 2015.

9- موافي بنائي أحمد، **الالتزام بضمان السلامة (المفهوم المضمون، أساس المسؤولية)**، مجلة المفكر، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، العدد العاشر، 2014

10- ميسوم فضيلة، أكلي نعيمة، **التأمين من المسؤولية المدنية الطبية كضمان لحماية المستهلك في ضل قانون التأمينات 06-04**، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، سنة 2018

سادسا. مذكرات الماستر

1-بودالي محمد، **مبدأ السلامة في المجال الطبي**، مذكرة ماستر، تخصص قانون طبي، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2017-2018

سابعا. مواقع الانترنت

1- http://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=384

الفهرس

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: المسؤولية المدنية للطبيب على اساس قبول المريض للمخاطر الطبية

المبحث الاول: إرادة المريض في تحمل المخاطر الطبية 6
المطلب الاول: أحكام قبول المريض للمخاطر الطبية 6
الفرع: شكل قبول المريض للمخاطر الطبية 6
الفرع الثاني: صور قبول المريض للمخاطر الطبية 9
المطلب الثاني: القواعد المستحدثة لضمان رضا المريض في قبول المخاطر الطبية 16
الفرع الأول: طبيعة الالتزام الطبي 16
الفرع الثاني: الاستثناءات التي ترد على الأصل أو المبدأ العام لطبيعة الالتزام الطبي..... 17
المبحث الثاني: خصوصية الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية عن المخاطر الطبية..... 23
المطلب الاول: الضرر المجرد أساس المسؤولية عن المخاطر الطبية 23
الفرع الاول: خصوصية ركن الضرر في مجال المخاطر الطبية 24
الفرع الثاني: أنها أضرار محققة رغم ما يخالطها من الاحتمال. 29
الفرع الثالث: أنها أضرار متوقعة. 31
الفرع الرابع: أنها أضرار مباشرة 34
المطلب الثاني: العلاقة السببية المجردة في المسؤولية عن المخاطر الطبية 35
الفرع الاول: تعريف العلاقة السببية المجردة 35
الفرع الثاني: علاقة السببية المجردة في المسئولية عن المخاطر الطبية الضارة 36

الفصل الثاني: حدود المسؤولية المدنية في ظل المخاطر الطبية وآليات تغطيتها

المبحث الأول: تراجع فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية للطبيب 41
المطلب الاول: بدائل عن الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية 41
الفرع الاول : نظرية تحمل التبعة في مجال المسؤولية الطبية 42
الفرع الثاني: نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الطبية 42
الفرق الثالث: نظرية الضمان في مجال المسؤولية الطبية 45
الفرع الرابع: نظرية اجتماعية المسؤولية في مجال المسؤولية الطبية 47
المطلب الثاني: اسباب التوجه نحوى المسؤولية المدنية الطبية الموضوعية..... 47
الفرع الاول: التطور العلمي والتقني 47
الفرع الثاني: ضغط الفقه وتأثير التأمين على المسؤولية الطبية 48
المبحث الثاني: آليات تغطية مخاطر التبعات الطبية 50
المطلب الاول :التأمين من المسؤولية المدنية الطبية 50

الفهرس

الفرع الاول: تعريف التأمين عن المسؤولية الطبية 50
الفرع الثاني: مضمون التأمين في المسؤولية الطبية 52
المطلب الثاني: الاليات المكملة لضمان التأمين من المسئولية عن المخاطر الطبية 57
الفرع الاول: تحمل صندوق ضمان المؤمن لهم للتعويض. 57
الفرع : تحمل الدولة للتعويض 58
الخاتمة: 61

الملخص

الملخص:

إن اتخاذ قرار العلاج الطبي من طرف المريض قد يشكل بعض الأخطار عليه، خاصة إذا نظرنا إلى الحالة ال ص حية والنفسية التي يتواجد عليها المريض فالهدف بالنسبة إليه هو الحصول على العلاج مهما ك لف ذلك، وبغ ض ال نظر عن الأخطار التي قد تواجهه أو تترتب عن ذلك العلاج من الناحية القانونية، وذلك وفقا للقانون الجزائري المتمثل أساسا في القانون 18 – 11 المتعلق بالصحة والمرسوم التنفيذي 92 – 276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب، ذلك أن المسؤولية العقدية تترتب على وجود عقد يربط المريض والطبيب، لكن هذه المسؤولية تضيق نحو المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ، والتي لم تعد كافية بدورها في مواكبة التطورات اللاحقة في مجال التشريعات الطبية من جهة والتطور التكنولوجي في المجال الطبي من جهة أخرى في ظل صعوبة اثبات الخطأ وهو ما أدى بالمشرع الجزائري إلى تبني أحكام المسؤولية الموضوعية في المادتين 140 مكرر و 140 مكرر 01 ، وتوسيع أحكام المسؤولية إلى مجال حماية المريض من المخاطر الطبية .

الكلمات المفتاحية: المخاطر الطبية– المسؤولية المدنية– التأمين

Abstract :

The decision to treat a patient may pose some risks, especially given the patient's health and psychological state. The patient's goal is to obtain treatment, regardless of the cost and the risks that may arise from such treatment from a legal perspective. This is in accordance with Algerian law, primarily represented by Law 18-11 on health and Executive Decree 92-276 on medical ethics. Contractual liability arises from a contract between the patient and the physician. However, this liability is narrowed to tort liability based on error, which is no longer sufficient to keep pace with subsequent developments in medical legislation on the one hand and technological advancements in the medical field on the other, given the difficulty of proving error. This led the Algerian legislator to adopt the provisions of objective liability in Articles 140 bis and 140 bis 01, expanding the provisions of liability to include the protection of the patient from medical risks.

Keywords: Medical risks - Civil liability - Insurance