

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية - دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص

تحت إشراف:

أ. د. محمد رايس

إعداد الطالبة:

ربيعة خلافي

أعضاء لجنة المناقشة

- | | | | |
|--------------|----------------------|----------------------|-------------------|
| رئيسا | جامعة تلمسان | أستاذ التعليم العالي | د. قادة شهيدة |
| مشرفا ومقررا | جامعة تلمسان | أستاذ التعليم العالي | د. محمد رايس |
| مناقشا | جامعة تيارت | أستاذ محاضر | د. خالد سماحي |
| مناقشا | المركز الجامعي البيض | أستاذ محاضر | د. أحمد عبد النور |

السنة الجامعية: 2017 - 2018

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى بلدي الجزائر التي أحلم أن تكون في صدارة دول العالم وأن تنعم بالسلام والأمن.

إلى من افتقده ويرتعش قلبي لذكره

إلى من أودعتني الله أهديك هذا البحث والدي - رحمه الله -

إلى من ربتني وأنارت دربي وأعانتني بالصلوات والدعوات

إلى أروع إنسانة وأعظم امرأة والدي الحبيبة الغالية - أدامها الله تاجا على رأسي -

إليكما أهدي ثمرة عملي المتواضع وأسأل الله تعالى أن يجعله في ميزان حسناتكما وحسناتي.

إلى من تذوقت معهم أحلى اللحظات واستمد منهم عزتي وإصراري إخوتي

إلى من أرى التفاؤل بعينه والسعادة بعينه زوجي

إلى كل معلم أنار دربي بالعلم منذ نعومة أظفاري.

إلى كل من عرفته من خلال مشوار دراستي أو مهنتي ويكن لي الود والمحبة.

إلى جميع هؤلاء هذا تعبير عن مدى احترامي لكم.

شكر وتقدير

الحمد والشكر الكثير لله عز وجل صاحب النعمة والفضل، الذي منحني القوة حتى أرى حلمي يترجم بين أوراق مذكرتي وأن وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع، فلك يا إلهي كل الشكر والحمد حتى آخر نفس في حياتي.

بكل الوفاء وبأرق كلمات الشكر والعرفان أتوجه إلى أستاذي الدكتور محمد رابيس الذي تعهد هذا العمل بالإشراف، جاعلا بصمته تبرز على صفحات مذكرتي ولم ييخل علي لا بوقته ولا بأفكاره ولا بتوجيهاته السديدة رغم انشغالاته الكثيرة، لكم الفضل في تحويل الفشل إلى نجاح ورفع العزيمة، فكل عبارات الثناء لا توفيك حقا شكرا على عطائك وأتمنى أن تبقى شمعة تنير الدروب وان يمدكم بالصحة والعافية وأدام الله عزكم، عطاءكم، فإنكم أهل التميز والتقدم. وأجد من الواجب تقديم الشكر والتقدير إلى أستاذي وقودوتي في الإصرار والمثابرة الأستاذ الدكتور قادة شهيدة الذي كان عوننا لي في بحثي ونورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحيانا في طريقي من خلال إرشاداته المميزة وحسن تعاونه من أجل إعداد هذا البحث، فجزيل الشكر نهديك ورب العرش يجازيك

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى لجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بتصفح هذا العمل من أجل إثرائه، فلكم مني خالص التقدير والاحترام.

دون أن نسي التوجه بالشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تذليل ما واجهته من صعوبات فلكم مني جزيل التقدير والعرفان.

قال الله عز و جل في محكم تنزيله:

{وإذا مرضت فهو يشفين}

سورة الشعراء الآية 80

قائمة المختصرات

Liste des abréviations

أ- باللغة العربية:

الجزء	: ج
الصفحة	: ص
الطبعة	: ط
العدد	: ع
الكتاب	: ك
المجلد	: م
نشرة القضاة	: ن.ق
مجلة قضائية	: م.ق
دون ذكر سنة المناقشة	: د.ذ.س.م
ديوان المطبوعات الجامعية	: د.م.ج
دون ذكر تاريخ الطبعة	: د.ذ.ت.ط
دون ذكر دار النشر.	: د.ذ.د.ن
دون ذكر عدد الطبعة	: د.ذ.ع.ط
الجريدة الرسمية	: ج.ر
قانون الصحة العامة الفرنسي	: ق.ص.ع.ف
قانون أخلاقيات الطب الفرنسي	: ق.أ.ط.ف
القانون المدني الفرنسي	: ق.م.ف
قانون العقوبات الفرنسي	: ق.ع.ف

قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري	ق.ح.ص.ت.ج:
قانون مدونة أخلاقيات الطب الجزائري	ق.م.أ.ط.ج:
قانون العقوبات الجزائري	ق.ع.ج:
قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري	ق.إ.م.إ.ج:
قانون الإجراءات الجزائية الجزائري	ق.أ.ج.ج:
قانون الأسرة الجزائري	ق.أ.ج:

ب – باللغة الفرنسية:

Vol. :	Volume
V. :	Voir
N° :	Numéro
P :	Page
Op.cit :	Ouvrage déjà cité
Rev. :	Revue
Rec. :	Recueil
Al. :	Alinéa
Art :	Article
C.P.Fr :	code pénal français
C.Civ.Fr :	Code civil français
C.S.P.Fr :	Code de la santé publique français
C.D.M.Fr. :	code déontologie médicale français
L. :	Loi
Décr. :	Décret

Tr. :	Tribunal
T.A :	Tribunal Administratif
Cass :	Cour de cassation
Cass. 1 ^{er} Civ. :	Première chambre civile de la cour de cassation
C.A :	Cour d'Appel
C.A.A :	Cour Administrative d'Appel
Cass. Crim. :	Arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation
Bull. Crim :	Bulletin de la chambre de la cour de cassation
C.E :	Conseil d'état
C.S.ch.adm :	Cour suprême du chambre administrative
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
Jur. :	Jurisprudence
Somm :	Sommaires Commentes
J.O.Fr :	Journal officiel français
J.C.P :	Jurisprudence classeur périodique
Dall. :	Dalloz
O.P.U :	Offices des publications universitaires
Anep :	Agence Nationale d'Edition et de Publicité
A.S.J.E.P :	Algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques
A.C :	Des Archives Contemporaines
PUF :	Presses universitaires de France
Press. Med. :	La Presse Médicale
R.F.D.A :	Revue Française de Droit Administrative.
P.A :	Petites affiches.
L.G.D.J :	Librairie générale de droit et de jurisprudence France

R.D.P. :	Revue du droit public
R.F.D.A :	Revue Française de Droit Administrative
R.F.S. :	Revue française de sociologie.
R.T.D.S.S :	Revue trimestrielle de droit et des sciences. Sociologiques
R.D.S.S. :	Revue de droit et des sciences sociologiques
A.J.D.A :	Actualité Juridique du Droit Administrative.
A.N.A.E.S .	Agence National D'Accréditation et d'Evaluation en Santé
R.G.A.R :	Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
R.G.D.M :	Revue Générale de Droit Médicale
R.I.D.C :	Revue Internationale de Droit Comparée
R.T.D :	Revue Trimestrielle de Droit.
R.R.J :	Revue de la recherche médicale
R.T.D.C :	Revue Trimestrielle de Droit Civil
R.C.L.J :	Revue critique de législation et jurisprudence
C.D.S.P :	Revue critique de droit et science politique

مقدمة

شهد النشاط الطبي في الوقت المعاصر طفرة علمية وما واكب ذلك من اكتشافات بيولوجية ومستحدثات علاجية، كلها أدت إلى تغير وسائل العلاج التقليدي وظهور تقنيات وأنماط فنية حديثة أكثر فعالية، يمكن من خلالها ازدياد فرص نجاح لعمل الطبي ومواجهة الظروف الصحية للإنسان حتى قبل استفحال المرض أو الوقاية منه¹.

كما كان لها الأثر الواضح في تغير العديد من المفاهيم والقواعد المستقرة عليها في علم الطب والقانون². فمنذ ذلك الحين أخذ مبدأ السلطة الأبوية للطبيب في الانحسار لمصلحة مبادئ أخرى جديدة، من بينها مبدأ استقلالية المريض وحقه في تقرير مصير سلامة جسمه، في إطار ما يعرف بتقديس إرادة المريض واحترام كرامته الآدمية³. الأمر الذي انعكس على علاقة الطبيب بالمريض لاسيما من حيث المسار أو الأهداف.

فالتطور التكنولوجي الذي عرفه المجال الطبي، بما احتواه من جهة من أبحاث علمية وأساليب علاجية تتعلق أساسا بترقية صحة الإنسان، وتعميق استخدام أجهزة العلاج والتشخيص على جسمه أكثر فأكثر من جهة أخرى، قد فتح المجال أمام تحقيق آمال كثيرة للمرضى. غير أن سرعة التطور الذي وصل إليها الأطباء لم تحل دون تنامي ظاهرة المخاطر الطبية التي يتعرض لها هؤلاء واختلاف جسامتها من حالة إلى أخرى.

لذلك فإنه إذا اعترفنا بأهمية النشاط الطبي، لا مناص من توفير الحماية اللازمة للمريض، لأن الأمر يتعلق بحياته وسلامته الجسدية، فهو يضعهما تحت تصرف الطبيب بالرغم من اعتبارهما أثن ما يملكه الإنسان، ليتعدى القيم التي يحرص المجتمع على حمايتها لاعتبارها من النظام العام.

¹ - صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه تخصص القانون الجنائي، السنة الجامعية 2008-2009، جامعة القاهرة مصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط. 01، السنة 2011، ص 15.

² - أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، - د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، السنة 2013، ص 03.

³ - A. Batteur, le consentement sur le corps en matière médicale, actes du colloque de Caen organisé par le centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D) les 16 et 17 oct. 2008, sous titre « la libre disposition de son corps » sous direction J. Manuel Larralde, collection droit et justice, éd. Némésis, Bruxelles, 2009, p 46, 47.

هذا وقد اختلف الفقه والقضاء حول إيجاد مفهوم عام للمرض أو المريض، بالرغم من اعتباره من المواضيع التي تترتب عنها عدة آثار قانونية على المجتمع تجاه الغير. وذلك باعتبار أن المرض فالمرض مجموع ما يصيب الصحة البدنية، النفسية وكذا العقلية للإنسان¹، بما يشمل من حالات العجز أو الإعاقة تحول دون أداء الوظيفة الاعتيادية.

حيث أن زيادة الوعي حول حقوق الإنسان والانفتاح على المجتمعات الأخرى الأكثر تقدما وكذا سهولة تدفق المعرفة في المجالات المختلفة²، قد أدى إلى تغيير مصطلح المرض إلى مصطلح آخر يتعلق بالرعاية الصحية، على أساس ما يحتاجه من عناية خاصة في ظل استحداث بعض التقنيات الطبية التي تأخذ أشكالا غير العلاجية في عصرنا الحاضر³.

وهكذا ظهرت فكرة حقوق المريض، التي تطورت تدريجيا سواء من حيث سندها أو من حيث محتواها. حيث طغت عليها في البداية الصبغة الأخلاقية، وذلك من خلال واجبات أدبية محمولة على ممارسي مهنة العلاج، إلا أننا نلاحظ تعدد وتنوع مصادرها في عصرنا هذا، فمنها ما هو مستمد من أخلاقيات المهن العلاجية وجزء منها يجد مصدره في مبادئ ذات صبغة دولية.

على هذا الأساس فإن الحديث عن حقوق المريض أصبح يشكل في السنوات الأخيرة موضوعا أساسيا للكثير من الندوات واللقاءات العلمية، نتيجة التوسع المطرد في حماية المرضى، وخاصة المضروبين الذي بدأ عددهم يزداد بسبب تعقد مهنة الطب وزيادة مخاطرها، في ظل اتساع استخدام التقنيات الطبية جد المتطورة بهدف تحسين مستوى الخدمات الطبية.

فقد أخذت بعض المنظمات الدولية والإقليمية تهتم بهذه المسألة وتضع القواعد المنظمة لها، حيث أصدرت منظمة اليونسكو ثلاث إعلانات تتعلق بالأخلاقيات الحيوية⁴، كان أولها في سنة 1997 وهو الإعلان المتعلق بالمجين البشري وحقوق الإنسان والثاني هو الإعلان الدولي بشأن البيانات الوراثية في عام 2003. أما الثالث فهو الإعلان العالمي لأخلاقيات البيولوجيا وحقوق

¹ - أحمد زهير السباعي، محمد علي البار، الطبيب: أدبه وفقهه، ط. 02، دار القلم، دمشق سوريا، السنة 1997، ص 75 وما يليها.

² - D. Lochak, droit de l'homme, Repères, France, 2000, p 114, 115.

³ - L. Elmond Pettiti, réflexions sur la bioéthique, mélange en l'honnête homme et le droit, Jean-Claude Soyer, L.G.D.I, France, p 293, 294.

⁴ - A. Ossokkine, le droit du et au génome, rev. A.S.J.E.P., faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, vol. 37, n° 02, 1999, p 55.

الإنسان في عام 2005¹. فضلا عن ذلك وضعت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية ميثاقا إسلاميا للأخلاقيات الطبية والصحية².

كما أضحت حماية المريض اليوم في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة، حيث تعكس قيمة الإنسان والمواطن لديها، باعتبار أن هذه التطورات الطبية لا تقتصر على الحالة الصحية للشخص فقط، بل تؤثر على وضعه الاجتماعي والنفسي.

فحماية المريض هي حماية للطرف الضعيف في معترك وضعه الصحي المتدني وفي ظل اللاتكافؤ والاختلاف في درجة المعرفة مع الطبيب الذي يتعامل معه، خصوصا لو استعمل أساليب الاستغلال بهدف السعي إلى الربح.

كل ذلك ولّد حاجة حقيقة وملحة لتدخل المشرع لحماية المريض بتوفير أفضل الشروط سواء التي تكفل له سلامة رضاه وحرية إرادته واختياره أو تضمن خصوصية حياته الشخصية أو المهنية، ليكون في مأمن من التضليل والتشهير.

ونتيجة لذلك أصدرت بعض الدول قوانين خاصة لحقوق المرضى كالقانون الفرنسي الصادر في 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي وأيضا القانون البلجيكي المتعلق بحقوق المرضى، المؤرخ في 2002/08/22 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 2004/11/24 وكذلك القانون اللبناني رقم 574 المؤرخ في 2004/02/11 والمتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة.

أما التشريع الجزائري لم يسن إلى حد الآن قانون خاص بحقوق المريض، ولكن نجد مدونة أخلاقيات مهنة الطب تفرض واجبات عدة على الطبيب تجاه مرضاه، وهذه الواجبات هي من ناحية أخرى حقوق للمرضى.

ولعل نتاج التطور الطبي الحاصل أحدث منعطفا في تاريخ قواعد المسؤولية المدنية من خلال الحلول القضائية الجريئة لدعاوى المسؤولية الطبية بسبب الطبيب غير الكفاء أو المستشفى ناقص

¹ - وذلك على إثر الندوة التي عقدتها في القاهرة في ديسمبر 2004، نادية خلفه، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، مذكرة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر -باتنة-، السنة الجامعية 2009-2010، غير منشورة، ص 08، 09.

² - عبد الرحمان العوضي، الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية والصحية، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 29 شوال -03 ذو القعدة 1425، الموافق ل: 11-14، ديسمبر 2004، الكويت، السنة 2005.

المؤهلات الفنية والتجهيزات العلمية الحديثة. فضلا عن تحول أسلوب الممارسة الطبية من فردية إلى جماعية وامتداد هامش الممارسة الاستشفائية سواء التابعة للدولة أو الخاصة¹.

إذ تجاوز القضاء مهمة التطبيق الحرفي والضيق للنصوص القانونية، وراح يوسع من مفهوم المسؤولية الطبية ويستنتج مبادئ جديدة بما يتلاءم مع هذه التطورات الحديثة، لاسيما قواعد الإثبات وتطويعها لمصلحة المريض المتضرر، الذي يواجه الكثير من الصعوبات التي تحول دون قيام مسؤولية الطبيب، بدءاً بمحاولة دحض كل حججه وادعاءاته وانتهاءً بتعذر تحديد مصدرها في كثير من الأحوال².

ناهيك عن تقرير مبدأ ضمان السلامة أثناء التدخلات الطبية في مواجهة رعونة أو إهمال أو عدم احتياط الأطباء³، وهذا من خلال اتخاذ كل التدابير الوقائية التي تقلل من الحوادث الطبية وإن لم تمنعها، كل ذلك في إطار توسيع التزامات الطبيب وخرق المبدأ العام الذي يقوم عليه النشاط الطبي.

ولا يخفى علينا أن مخاطر الحوادث الطبية قد تترك آثار تمس جسم المريض أو حياته الخاصة، لذلك فإن اختلاف هذه الأضرار كان لها وقعها المؤثر على عملية تقدير التعويض لجبر خاطره. حيث تتراوح بين استقلالية القاضي في تقديرها والتقييد بالاستعانة بالخبراء الذين تنتدبهم المحكمة.

بل أكثر من ذلك فقد بدأ اضمحلال المسؤولية الفردية واضحا أمام تعزيز المسؤولية الجماعية سواء من خلال اختفاء المسؤول المؤمن له خلف المؤمن أو تقرير مبدأ التضامن الاجتماعي لضمان تعويض ضحايا الحوادث الطبية التي يكون عليهم من الصعب تحملها⁴.

وإذا كانت النظم القانونية المتطورة قد قطعت أشواطاً معتبرة في حماية الفرد مما قد تسببه له الأعمال الطبية الجراحية من أضرار، فإن الوضع في الدول النامية كالجائر لا يزال يحتاج إلى تدخل

¹ - محمد بودالي، المسؤولية الجزائرية للجراح طبيب التخدير والإنعاش، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس - الجزائر، ع.09، السنة 2010، ص 09.

² - عز الدين حروري، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، السنة 2009، ص 123.

³ - مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس - ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ص 53، 54.

⁴ - محمد ريس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، د.ذ.ع.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2005، ص 196.

للحاق بهذه الحركية السريعة وأن أي تخلف عن مواكبة كل المستجدات يترتب عليه فراغ قانوني يؤثر بشكل كبير على المركز القانوني للمريض في معادلة العلاقة التي تربطه بالطبيب .

هذا وقد يبدو للبعض من الوهلة الأولى أن موضوع حقوق المريض من المواضيع التقليدية التي لا جدوى من البحث فيها، لكن سرعان ما يتبدد أمام الأخطار اللامتناهية والانتهاكات التي يتعرض لها المريض، أين تبرز أهمية موضوعنا، كونه من المواضيع الحيوية والمهمة لارتباطه بصحة الإنسان وحياته ككل.

فكل إنسان معرض لأن يمرض ويكون عندها بحاجة إلى علاج، وخاصة أولئك الذين يعانون من أمراض مستعصية أنهكتهم آثارها، باعتبار أن إجراء هذه التطبيقات الطبية الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياتهم أو ترك باب الأمل مفتوحا أمامهم لتحسين وضعهم الصحي¹. لذلك فإن أهمية هذا الموضوع في مجموعته تنحدر من حرمة الجسد البشري ومعصوميته، بالقدر الذي يحفظ له حياته وسلامته².

كما أننا إذ نطرق باب البحث في موضوع من المواضيع التي لها ارتباط وثيق بحقوق الإنسان، كحماية حقه في الحياة³ والرعاية الصحية⁴، بما يكفل ذلك حقه في اتخاذ القرار الطبي لتحديد مصير وضعه الصحي بكل استقلالية ودون أي مساس بخصوصية حياته الشخصية وشرفه.

غير أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد في ازدياد الاهتمام بمسألة حماية حقوق المريض وترقيتها، لتؤكد الموثيق والعهود الدولية. فقد بات موضوعا دوليا، بعد أن كان شأنا داخليا يقوم على تحميل السلطات الوطنية مزيدا من المسؤوليات والواجبات تجاه مواطنيها المرضى، في ظل تغيير عميق شهدته المجتمعات، نتيجة للوعي المتزايد لحقوقهم في مواجهة الخدمات الصحية المقدمة، مما أصبح موضوعا يتطلب الاهتمام الأكبر.

هذا وتبدو أهمية هذا الموضوع بدرجة أكبر في الجانب العملي، إذ نجد أن غالبية الأطباء لا يعيرون أهمية لتبصير وإعلام المرضى بأحوالهم الصحية، حيث يعتقد الكثير منهم أن هذا الالتزام

¹ - C. Herzlich, Janine Pierret, malades d'hier malades d'aujourd'hui, éd. Payot, Paris France, 1984, p 235, 236.

² - محمد الكشيبور، محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، ط. 02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، السنة 2005، ص 10، 11.

³ - رايح طاهير، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي لباس - سيدي بلعباس-، ع. 03، السنة 2005، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 135.

⁴ - J-M. de Forge, le droit de la santé, 4^{ème} éd., press. Universitaire de France, 2000, p 08, 09.

مجرد واجب أدبي يخضع لسلطتهم التقديرية، في ظل الزحف المستمر لطرق العلاج الحديثة نتيجة التقدم الذي يشهده عالم الطب، دون أن يفصحوا عن ذلك صراحة لإشراكهم في القرارات المتعلقة بالعلاج¹، مما يؤثر سلبا على الوضعية الحقيقية لهؤلاء المرضى.

فمسألة إرادة المريض وتبصيره للحصول على موافقته المستنيرة، كانت سببا لإضفاء الأهمية على بحث هذا الموضوع، خاصة مع حالة الضعف واللاتكافؤ التي تتميز بها العلاقة التي تربطه مع الطبيب صاحب العلم والخبرة من ناحية، وتفاوت حجم مواضع التبصير والرضا تبعاً لتنوع التطبيقات الطبية وتعقد الأمراض من ناحية أخرى.

فالتطبيقات الميدانية أثبتت اختلاف الصيغة في نطاق رضاء المريض بالتدخل الجراحي، إذ أنها غير موحدة بين المستشفيات العامة والخاصة. فضلا عن أنها لم تحم المريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة، لكونها تجعل من توقيعه إقرار كاملا بتنزله عن حقه في مقاضاة الأطباء أو المستشفى مهما كان السبب.

حيث لم تعد علاقة الطبيب بمريضه علاقة صداقة أو علاقة شخصية، بل اتخذت طابعا مهنيا محضا، كما صار المريض ينتقل من طبيب لآخر إذا لم ير في العلاج المقدم إليه علاجا مناسباً له أو وجد تخصصا وخبرة أكبر، الأمر الذي أضعف إلى حد بعيد إطار هذه العلاقة الإنسانية².

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن أهمية هذا الموضوع في ازدياد متواصل، نتيجة التقصير والإهمال الطبي المتزايد والذي يحصد أرواح المرضى ويدخلهم دوامة الألم. فما فتئت التقارير الإعلامية في السنين الأخيرة تلامس معضلة الأخطاء الطبية، وتؤكد على مدى تزايد هذه الظاهرة واستفحالها بشكل يطرح أكثر من علامة استفهام حول أسبابها وإشكالية تعويض الأضرار التي تصيب ضحاياها. في إطار المسؤولية الطبية على مستوى القضاء في غياب رؤى واضحة من طرف المشرع.

بل أن الملفت للنظر هو التوجه نحو تحرير أكبر للخدمات الصحية وفسح المجال أمام القطاع الخاص، مما يجعل نشاط المؤسسات الاستشفائية الخاصة تسعى إلى جلب أكبر عدد من المرضى واستغلالهم لتحقيق الربح ولإنجاح هذه المشروعات الخاصة، ولاسيما في ظل تعديل قانون الصحة

¹ - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2006، ص 04، 06.

² - محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان - دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2012، ص 11، 12.

الجديد الذي منح الاستقلالية في تسيير المستشفيات العامة، رغم الطابع الإنساني الذي تنطوي عليه الخدمة المقدمة للمريض.

فقد تغيرت الكثير من المعادلات التقليدية في قواعد المسؤولية، مما تفاقمت معه المشكلات القانونية المترتبة عن النشاط الطبي والاستشفائي الذي يبقى تطبيقه بالصورة المجردة العامة، ومن دون الأخذ بالاعتبار خصوصية حتمية الاستعانة بالأأيادي الفنية المتخصصة من رجال الطب. حيث فرض تطور نمط الممارسة الطبية تعددا وتداخلا في العلاقات وتباينا في الأدوار كان له وقعه بالتأكيد على المركز القانوني للمريض.

وهذا الأمر يوقعنا لا محالة في مشكلة عدم التناسق بين النصوص القانونية مع الواقع العملي لاسيما في ظل قصورها في هذا الجانب وغموضها، بما يضمن حقوق الطرف الأضعف في هذه العلاقة بإعادة التوازن فيها. وكذا البحث عن حركية النصوص من منشئها الثابت إلى واقعها التطبيقي المرن المتحرك بأن يراعي في تطبيق القانون الضرورات الاجتماعية. فلا تزال القواعد العامة المقررة في القانون المدني الجزائي هي وحدها التي تؤطر إثبات المسؤولية والتعويض في المجال الطبي.

ومن هنا تأتي أهمية البحث لتوضيح واقع حماية المريض في التشريع والقضاء الجزائيين وما تثيره من إشكالات قانونية في تنظيم جوانب العلاقات الطبية. فغالبا ما نجد أن كثير من المرضى يصابون بأمراض أخرى لم يكونوا قد تعرضوا لها لولا إقامتهم بالمستشفى، وذلك نتيجة عدم مراعاة أصول النظافة والوقاية التي يجب أن تضطلع بها المستشفيات، مما يجعلها مناخا ملائما للإصابة بالعدوى.

كما أنه ليس لنا أن نتجاهل حقيقة أخرى وهي أن صعوبة إثبات خطأ الطبيب، مما كان سببا في تمادي بعض الأطباء في إهمالهم وتقصيرهم، مقارنة بالقضاء والتشريع الفرنسيين صاحب الريادة في تكريس التوجه الجديد في تحرير المريض والاعتراف بها صراحة.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن كل باحث يريد أن يدرس موضوعا ما إلا وله أسباب تدفعه، لذلك فإننا نسارع إلى القول بأن سبب اختيارنا لهذا الموضوع في الحقيقة نابع عن أسباب شخصية تظهر في حالة إنسانية تتعلق بوالدي-رحمه الله- الذي لم يحصل على فرصة ثانية للحياة، بسبب تقصير الطبيب من خلال إهماله لواجب الإعلام، متناسيا الحق في اطلاع عائلتي أو حتى تنبيهها عن وضعه الصحي المتأزم، بحيث فضل التدخل الجراحي لتحقيق أغراض مادية، ولعل واقع

والذي -رحمه الله- لا يختلف عن واقع الكثير من المرضى في بلادنا. فالوضع الذي وصل إليه المريض في الوقت الحالي مثير للجدل والفرع .

كما عزز هذا الاختيار في تناول الموضوع هو ما جمعنا بعدد من الحالات المرضية في مستشفى القطاع العام ومقابلة أهل الاختصاص من أطباء نفسانيين، جراحين وأطباء تخدير وموقفهم من مسألة إعلام المريض. فكم من حالات دفعت صاحبها إلى الانتحار البطيء عن طريق رفض العلاج، بمجرد أن أعلمه الطبيب بوضعه أو تعمد إخفاء قول الحقيقة عنه. وكم من عمليات أجريت دون إعلام المريض سببت أضرار بليغة، فأما أهل الاختصاص قد برروا موقفهم بقاعدة التناسب مفادها الموازنة بين العمل المراد القيام به ومصلحة المريض، فقد يجد الطبيب بحسب اعترافهم نفسه محررا بين الإقدام والإحجام أمام حالة نفسية متدهورة .

ولعل الدافع الإنساني كان محركا لقلمنا في دراسة هذا الموضوع والغوص في جوانبه، باعتبار أن المثات بل الآلاف من العلاقات الطبية تبرم يوميا في بلادنا، وبالمقابل يتعرض المريض -وقد نتعرض نحن أنفسنا- يوميا لانتهاكات فاضحة لحقوقه وانتشار مظاهر عدم احترام إنسانية المريض وكرامته. بل أكثر من ذلك قد نشهد وجود ممارسات يمكن وصفها بغير المقبولة، والتي تمس حقوق المرضى بتجاوز صارخ لخصوصياتهم وسرية المعلومات عنهم.

فالاهتمام بالمركز القانوني للمريض وحمايته لم يكن اعتباطا، إذ لا يخفى علينا أن البعد الاجتماعي الذي يأخذه هذا الأخير، بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة الطبية والأضعف في الخصومات القضائية، يجعل منه محل اهتمام تدور في فلكه كل التساؤلات والاستفهامات لاسيما في ظل التعدد والتنوع في النشاط الطبي.

علاوة على ذلك يعود اختيارنا للموضوع لأسباب موضوعية، تتجلى أساسا في ضعف آليات الحماية القانونية والتنظيمية في هذا الشأن. ولهذا فإن ما شد اهتمامي لمثل هذا الموضوع بعينه هو الإشكالات القانونية التي تثيرها الخبرة الطبية في تكون اقتناع القاضي، سواء في ثبوت المسؤولية أو في مجال تقدير التعويض. كما أن المريض يجد نفسه أمام سلسلة مركبة من العلاقات ربطت المتدخلين في علاجه، دون أن يكون بمقدوره في أغلب الأحوال تحديد المخطئ منهم والذي بوسعه أن يرجع عليه بالتعويض.

بل أكثر ما أثار انتباهي أيضا تجرد العلاقة بين الأطباء والمرضى من الصفة الشخصية والإنسانية وأمام سعيهم إلى جعلها ذات طبيعة تجارية، خاصة مع ظهور المستشفيات والعيادات الخاصة، وما يعرفه حاليا قطاع الصحة من استقالة الأطباء من القطاع العام والتحاقهم بالقطاع الخاص. لذلك فدراسة هذا الموضوع تساعد على التصدي لمكامن الخلل الكبيرة في الخدمات الطبية السيئة التي تقدم للمرضى ومراقبتها.

من جهة أخرى تبرز علة اختيارنا لهذا الموضوع الرغبة في إلقاء الضوء على القوانين الجديدة، التي صدرت من أجل وضع الإطار القانوني لحقوق المريض في مواجهة التقدم العلمي الذي يجتاح مجالات الطب. وذلك نظرا للقصور النسبي في تشريعاتنا المتعلقة بهذا الجانب ولكون هذا الموضوع لم ينل حظا من البحث والدراسة بشكل متكامل.

لذلك فإن دراستنا لهذا الموضوع تشكل في اعتقادنا سببا لنشر الثقافة والوعي فيما يسمى بحقوق المريض التي ينبغي أن يتمتع بها في أوساط مجتمعنا لدى الشخص العادي والقانوني والأطباء في نفس الوقت، مما يساعد على إبراز مركزه القانوني وحمايته في بلادنا. دون أن تكون الغاية من اختياري لهذا الموضوع التشهير بالأطباء وإظهار عيوبهم بالكشف عن أخطائهم أو الدعوة لإنزال العقاب بحقهم والحد من حرياتهم في اختيار العلاج المناسب حسب ما يتلاءم وطبيعة الحالة الصحية للمريض.

هذا ولا نكاد ندرك أهمية الزخم العلمي الوافر الذي يشهده مجال المسؤولية الطبية المدنية منها والجنائية وما تثيره من إشكالات، نتيجة تنوع الأعمال الطبية التي عقدت لها عدة ندوات شارك فيها أساتذة طرحوا هذه المسائل كمحمد حسين منصور، عدنان ابراهيم سرحان، ابراهيم الصياد، منصور مصطفى منصور، سهير منتصر، السيد محمد عمران وعلي جابر محجوب وغيرهم. كما تناول هذه الدراسة من جهة أخرى أساتذة على المستوى الوطني كالعربي بلحاج، محمد رايس، قادة شهيدة، عبد الكريم مأمون، محمد بودالي، عبد الحفيظ أوسكين، مراد بن صغير وغيرهم من الذين تعمقوا في هذا المجال.

الأمر الذي صعب من مهمة البحث في موضوعنا واختزال المعلومات، نظرا لتشعبها بأكثر من مجال وارتباطها بطرف ضعيف في علاقة قانونية سامية. لذلك فإن القارئ لهذه المذكرة سيلاحظ الإطالة في الهوامش، رغبة منا في تيسير وتبسيط المعلومات بما يخدم موضوعنا.

ولا ننسى بالمرّة الإشارة أن أفكار الموضوع كانت شتاتا بسبب اتساع دراسة دائرة حقوق المريض وما تثيره من الجانب الدولي والداخلي، خاصة بالنسبة للقانون المدني، قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذا قانون العقوبات، بحيث فضّلت أن أتناول بعض الإشكالات البارزة في الميدان العملي لإبراز معالم الحماية القانونية للمريض في ظل التطبيقات الطبية، دون تهميش للأخرى ليبقى مجال الدراسة واسعا للبحث لمن يريد الخوض في هذا الموضوع من جديد.

كما أنه واجهتنا صعوبات شائكة أيضا تتعلق أساسا بصعوبة الوصول إلى التطبيقات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري في المجال الطبي، فما يزال الأمر محدودا مقارنة بأحكام وقرارات القضاء الفرنسي الذي نجده قد يقدم حلولاً قضائية جريئة للدعوى.

فالمتمتع لقرارات وأحكام المحاكم الجزائرية يجدها، تتعلق أساسا في الأخطاء ذات الطبيعة الفنية دون الإنسانية. ولعل السبب في ذلك هو أن الساحة الطبية قلما تشهد اعتراضا من المريض بعدم إعلامه أو لانتهاك خصوصية حياته، حتى يكون هناك نزاع من أجلها أو تخوف المرضى من مساءلة الطبيب في أمور يجهلون عنها المعلومات. فنقص الوعي بحقوقهم المتعلقة بالعلاج في علاقاتهم مع أطباءهم وعدم سهولة الحصول على المعلومات الكافية حول المجال الطبي، نجم عنه إحجام المرضى عن تقديم شكاويهم أمام القضاء.

كما أن طول الإجراءات القضائية وتعقدها، قد يكون سببا يرهق كاهل المريض بتكاليف إضافية. الأمر الذي مما يجعله يئس في كثير من الأحيان في الحصول على تعويض يعادل حجم الأضرار التي لحقت به ويتنازل عن حقه في ذلك.

وأمام هذه العقبات ارتأينا أن نولي قراءتنا شطر الفقه والقضاء الفرنسي، بوجه أخص لاعتبارات موضوعية مردها بشكل أدق السبق الفقهي والقضائي الفرنسي على الصعيد القانوني، علنا نلتمس فيها ما يسد النقص في المراجع الوطنية وتكون لنا لبنة أساسية تصلح، لأن تكون أساسا لبناء أفكار البحث.

من جهة أخرى فقد اشدت الأمر في الحصول على إحصائيات رسمية بحجم الأخطاء الطبية التي تقع في المرافق الطبية العمومية، الذي تؤكد الصحف اليومية ازدياده بشكل مطرد، وهو ما أثار حتى حفيظة أعضاء البرلمان، بطرح أسئلة على وزير الصحة للاستفسار عن الأخطاء الطبية والتجاوزات

المتعلقة برفض التكفل بالمرضى الذين يتم إخلأؤهم من المستشفى إلى آخر. الأمر الذي يؤدي أحيانا إلى حصول وفيات جراء ذلك وكذا عدم مراعاة الشروط القانونية لذلك.

فضلا عن ذلك وجدنا صعوبة وعناء كبيرا في الاطلاع على النصوص المقترحة في مشروع تعديل قانون الصحة الجديد، بما وجدناه من رفض لمختلف المصالح التابعة لوزارة الصحة، مما جعلنا نكتفي بما تروجه وسائل الإعلام عن مسألة التعديل في كونه يشمل نصوصا تخص تنظيم مهنة الطب والممارسين الطبيين من جهة، وما يتعلق بإعادة نظام تسيير المستشفيات العمومية بشكل يمنحها الاستقلالية التامة في ممارسة النشاط الطبي. ودون الحديث عن كيفية جديدة لتعويض ضحايا الأخطاء الطبية وكذا الإبقاء على قواعد الإثبات التقليدية.

والحال نفسه حينما رفض طلبنا من قبل موظفي القطاع الصحي، المتمثل في الحصول على نسخ من الملفات الطبية لبعض الحالات من المرضى، فحجتهم في ذلك كانت مقتضيات حرمة السر المهني التي جرمتها بنصوص جزائية.

إلا أن هذه الصعوبات لم تضعف من عزيمة الإصرار فينا، بل كانت الدافع الذي فتح لنا شهية في البحث حول مدى التوفيق بين التطور والتقدم لرفاهية الإنسان من جهة وحماية المريض من مخاطر هذا التطور من جهة أخرى للوصول للعدالة التقريبية دون المثالية الواقعية أو القانونية.

حيث أن الخوض في دراسة المركز القانوني للمريض وما يتولد عنه من مشكلات قانونية، باعتباره جذوة المسؤولية بوصفه الطرف الأساسي في العلاقة ومنشؤها المتضرر والمدعي تقتضي منا الوصل بين إشكاليتين أساسيتين، أولاها تنصب حول تأثير التقنيات الطبية الحديثة ذات التعقيد العلمي على معالم الحماية المقررة للمريض، ومدى فعالية الأطر التشريعية القانونية ذات العلاقة في الحد من غلو هذه الممارسات وإهدارها للمصالح الجوهرية للمريض من جهة وتكريسها البعد الحمائي لهذا الأخير وحقوقه الأساسية من جهة أخرى.

ثم الخوض في إشكالية ثانية بحثا فيما إذا كان القضاء قد حقق المعادلة التي تحكم النشاط الطبي، لإيجاد توازن عادل وخلق جو من الاستقلالية والحرية للطبيب أثناء ممارسته لمهنته وتوفير قدر كاف من الحماية للمرضى، بتلقي العلاج والعناية المطلوبة والمبدولة من طرف أفضل المختصين وحصوله على التعويض المناسب في حالة تعرضه لحوادث طبية تمس بسلامته المعنوية أو الجسمانية.

هذا وتنفرد على هاتين الإشكاليتين عدة تساؤلات سنحاول بيانها من خلال دراسة هذا الموضوع تتمثل فيما يلي:

- ما مدى إمكانية استعمال القوة لإجبار المريض على العلاج؟
- ما طبيعة الرعاية المطلوبة والمبدولة من قبل الطبيب تجاه المريض؟
- هل هناك حدود للحماية القانونية للسر المهني الطبي؟
- كيف يتم إثبات المسؤولية في المجال الطبي؟
- كيف يتم تقدير التعويض العادل للمريض؟ وما مدى سلطة القاضي التقديرية في ذلك؟
- ما هي الأنظمة التعويضية الكفيلة بضمان تغطية شاملة للأضرار الطبية؟

تلك التساؤلات وغيرها هي ما سنحاول الإجابة والبحث عنها، من خلال مقارنة قانونية ولدت لدينا ملكة المقارنة والتحليل، وإن كان دراستنا لهذا الموضوع مقيدة بما رأيناه يمثل الأهم، مما جعلنا نتغاضى عن الأقل أهمية، نظرا لاتساع مجاله ورحابة نطاقه.

حيث اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي الذي يساعد على فهم الموضوع، بغية الوقوف حول طبيعة الحقوق التي يتمتع بها المريض، سواء ما تعلق منها بالجانب الموضوعي الذي يتضمن تارة حق المريض في المعالجة الطبية واحترام إرادته وكذا حقه في حرمة حياته الخاصة أو الإجرائي عند تحقق الضرر الطبي، مقتصرنا على إبراز قواعد إثبات الأخطاء أو الحوادث الطبية وكذا الضرر.

وذلك باعتباره موضوع دعوى التعويض وكيفية تقدير القاضي لقيمته، في ظل ما يشهده العصر الحديث الكثير من المتغيرات وما نشأ عنه من خطورة اختلال التوازن وعدم التكافؤ إما عند تنفيذ العلاقة الطبية أو في مجال الخصومة القضائية، بغية الوصول لآليات تعويضية كفيلة بتغطية مخاطر الحوادث الطبية. وذلك عبر استقراء النصوص والقرارات القضائية الصادرة في هذا المجال لاستجلاء الاتجاه الحديث في تكريس حماية المريض.

ودون التطرق لإجراءات الدعوى، لما اعتقدنا أنها لا تثير أي إشكال ميداني، لخضوعها لقواعد خاصة يتضمنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، سواء فيما يتعلق اختصاص الجهات القضائية أو شروط الدعوى ومواعيد رفعها أو الطعن في الأحكام المتعلقة بها أو تنفيذها.

كما اعتمدنا على المنهج التاريخي بغية كشف التطور الحاصل على مستوى القضاء الفرنسي في تقرير مبدأ إرادة المريض وتبصيره بمخاطر العلاج وكذا قواعد المسؤولية الموضوعية التي أصبح لها

الصيت الواسع في تخليص المريض من إثبات الخطأ الطبي. وذلك باعتباره السباق في إرساء معالم حماية المريض.

زيادة على ذلك استندت هذه الدراسة على المنهج المقارن، نظرا لاعترافنا منذ البداية بعدم وضع التشريع الجزائري، لتنظيم قانوني متكامل يقوم بتوفير الحماية اللازمة للمريض في ظل الممارسات الطبية. حيث اكتفى ببعض النصوص في قانون حماية الصحة وترقيتها وقانون العقوبات، وقد انعكس هذا الوضع على القضاء الجزائري الذي يجد بعض الصعوبات في حل النزاعات الطبية رغم ندرتها. لهذا اعتمدنا على تجارب بعض الأنظمة القانونية الأخرى، وبالتحديد التشريع والقضاء الفرنسيين إلى جانب بعض الدول الأخرى كمصر والمغرب، وذلك لمعرفة مكان القوة والضعف في قوانيننا ومحاولة إثرائها وإضافة ما هو أفضل لمصلحة المريض وضمان حقوقه في ظل التطور الطبي الحاصل.

وفي سبيل ذلك ارتأينا تقسيم الدراسة إلى بابين، بحيث سنوضح في البداية معالم الحماية الموضوعية للمريض على ضوء التطور الطبي، وهذا الأمر لا يمكن أن يتم إلا بدراسة حرية المريض واستقلاليتيه في مواجهة الممارسة الطبية ضمن الفصل الأول وما يحويه من حقوق تثبت للمريض سواء كانت خاصة بحق المريض بالعناية الطبية أو احترام إرادته بتبصيره عن مخاطر العلاج لاتخاذ القرار الطبي المناسب لحالته الصحية، لتتطرق في الفصل الثاني إلى حرمة الحياة الخاصة للمريض وما تشمله من تحديد نطاق السر الطبي وإبراز حدود حرمة (الباب الأول).

بينما نخوض الباب الثاني لمعالجة القواعد الإجرائية المتعلقة بحماية المريض عند تقرير المسؤولية الطبية، حيث نخصص فصله الأول لإبراز الإشكالات التي تثيرها مسألة إثبات المسؤولية المرتبة عن انتهاك حقوق المريض، والذي يتفرع إلى نقطتين أساسيتين تبرز، أولاها في معالجة قواعد الإثبات التي تتراوح بين التعقيد والتحرر لصالح المريض، بينما الثانية فهي تتعلق بطرق إثبات الأخطاء الطبية الإنسانية منها أو الفنية. أما الفصل الثاني فسنعكف فيه لدراسة أحكام دعوى الضمان كأداة لجرم الضرر الواقع على المريض، حيث سنلقي الضوء في البداية إلى تحديد الضوابط التي تخضع لها عملية تقدير التعويض ثم نلي ذلك بالبحث عن أنظمة التعويض في المجال الطبي بغية الوصول إلى توفير تغطية شاملة لضحايا الحوادث الطبية.

على أن يسبقهما في ذلك فصل تمهيدي فضلنا اعتماده، لعرض الطبيعة القانونية للأعمال الطبية وما تتضمنه من إبراز مفهوميها وتحديد نطاقها، لنتقل إلى إيضاح الأشكال التي قد تتخذها في ظل التطور العلمي. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى اتساع مجال الدراسة ووجود بعض المفاهيم القانونية لا بد من تناولها حتى لا تتكرر في ثنايا هذا البحث من زاوية وضرة التعريف ببعض المعلومات لرسم خارطة طريق نسير عليها واضحة المعالم.

وأخيراً خاتمة تتضمن أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات واقتراحات تتعلق بموضوع البحث.

وسياأتي تفصيل ذلك وفقاً لما يلي :

الفصل التمهيدي:

التطبيقات الطبية بين الخصوصية

والتطور العلمي

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

تعتبر الأعمال الطبية بمختلف أنواعها من صميم المهام التي تمارسها المرافق الصحية بشكل يومي، هذه الأعمال ذات الطبيعة الخاصة التي يمارسها إطارات قطاع الصحة من مختلف التخصصات الطبية تحكمها المعارف والتقنيات التي أوجدها التطور العلمي¹.

فقد صاحب هذا التطور الحديث في المجال الطبي اتساع طرق العلاج فلم تعد قاصرة على الشكل التقليدي، بل أصبح يشمل جراحات فنية معقدة، كما أمكن اكتشاف بعض الأمراض الوراثية والعمل على تجنبها وشملت الوسائل الطبية الحديثة، منها ما يتعلق بالإنبجاب أو استمرار حياة وصحة العديد من الأفراد وظهور الطب الحيوي والهندسة الوراثية وغيرها.

على هذا الأساس أثرت مسألة طبيعة العمل الطبي، على اعتبار أن المسألة تتعلق بجسم الإنسان، الذي تكتسي طبيعته أهمية بالغة بالنسبة لأطراف العمل الطبي، سواء بالنسبة للمريض كونه مرتبط بالمساس بحق الإنسان في الحياة. أو بالنسبة للطبيب، باعتبار أن عمله المحرك الأول لمسؤوليته، سواء كان مناسباً للأصول المعروفة في الطب أو مجافياً لها.

غير أنه رغم أهمية هذه الوسائل في مواجهة الظروف الصحية التي قد يتعرض لها الإنسان، إلا أن لها مخاطر تختلف درجة جسامتها، لذلك اختلفت الدول في مدى قبولها. فبعضها أولت هذه الأساليب اهتمامات خاصة واتجهت إلى تعميقها وتطبيقها والاستفادة من معطياتها، والبعض الآخر لا زال يحيطه الشك والتردد لعوامل مختلفة، منها ما يتعلق باعتبار وضوح وبساطة الوسائل التقليدية من حيث طبيعتها وآثارها وما يرتبط بها من مشاكل. أما الوسائل الحديثة فبعضها يتصف بالغموض وسرعة التغيير، مما يجعل من الصعب قبولها أو تطبيقها ومواجهة نتائجها.

وإزاء هذا الوضع يثار التساؤل أيضاً في هذا الصدد حول تقسيم الأعمال الطبية ومدى طبيعة اللجوء لها عند الضرورة، إذا تجاوزت الغرض المتوخى منها ودخلت بذلك دائرة الأعمال غير المشروعة. مع توالي الاكتشافات الطبية بطريقة سريعة ومتلاحقة التي كانت إلا ثمرة ونتاج تجارب تم إجراؤها وثبت نجاحها.

¹ - محمد بوكوطيس، مسؤولية الدولة في المجال الطبي - مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري-، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، جامعة محمد الخامس السويسي، الرباط المغرب، السنة الجامعية 2011-2012، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط المغرب، د.ذ.ع.ط، السنة 2014، ص 15.

وبالتالي ونظرا للاعتبارات السابقة خصصنا الفصل التمهيدي لدراسة الطبيعة القانونية للأعمال الطبية بتحديد مضمونها ونطاقها (المبحث الأول)، ليسهل علينا فيما بعد إبراز مختلف التصنيفات التي تعرفها هذه الأعمال المتزامنة مع التقدم الطبي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأعمال الطبية

لا شك أن للطب والأطباء دور بارز في حفظ الصحة البشرية وعلاجها من الأمراض¹، وهذا لا يكون إلا من خلال العمل الطبي، ذلك التدخل البشري الواقع على جسم الإنسان المريض، والذي يتطلب غالبا المساس بالتكامل الجسدي للجسم. من هنا تنور الإشكالية حول طبيعة هذا التدخل الطبي الذي تغطيه نظرية الإباحة الجنائية و تمهره بالشرعية.

ولما كان العمل الطبي يستند دوما إلى الأصول العلمية المقررة في علم الطب، فإن اللجوء إلى المعرفة من أجل علاج المرض هو الذي يميزه عن أعمال السحر والشعوذة، فالطب من العلوم التي يحدث بها تقدم مستمر، الأمر الذي أدى إلى ارتقاء العلاقات الطبية إلى درجة من الأهمية زادت من حدة الإشكاليات القانونية المطروحة.

على هذا الأساس لا يزال العمل الطبي يشكل المحرك الأساسي للمسؤولية الطبية، هذه الأخيرة ما فتئت تتعاضم بسبب التطورات التي يعرفها النشاط الطبي تحت تأثير التقدم العلمي والتكنولوجي. لهذا بات مفهوم العمل الطبي يعرف اختلافات كبيرة وتحولات هامة، إذ أن مضمونه ظل يتأثر بتطور الأفكار والمراحل التي بات يشملها تحت نطاقه رغما عنه، بحكم الثورة الطبية الهائلة التي تعرفها البشرية وما نجم عن تزاوج الطب بمختلف جزئيات العلوم التجريبية والدقيقة .

وعلى ضوء هذه الرؤى سنحاول تفصيل كل المضامين المطروحة للعمل الطبي بين أوساط الفقه القانوني وفي أحكام وقرارات القضاء، (المطلب الأول) ثم إبراز المراحل التي يمر بها (المطلب الثاني). وذلك بغية تحديد المعيار الصحيح للعمل الطبي على ضوء التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية.

¹ - فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط. 01، السنة 2012، ص 28 .

المطلب الأول: مضمون العمل الطبي

لقد شغل مفهوم العمل الطبي تفكير العديد من الباحثين من فقهاء وأطباء من حيث اختلاف زوايا النظر إليه: إنسانيا، أخلاقيا، طبيا وقانونيا وكل زاوية تسعى لضم هذا المفهوم إلى نطاقها والتأثير عليه بخصائصها¹.

فمن الجانب الإنساني والأخلاقي تطفو إلى السطح ضرورات احترام الكيان البشري والمعاملة الحسنة وعلى الصعيد الطبي يسعى الأطباء لبيان كل مراحل العمل وإظهارها، بحيث لا يمكن إغفال مرحلة على حساب أخرى والسعي لتضمين التطورات الطبية المعاصرة في نطاقه. أما الجانب القانوني فيهتم بمبررات ومسوغات احترام كرامة الإنسان و حماية حقه في الصحة والعلاج².

على وقع هذه الأفكار السابقة، تعدد مدلول العمل الطبي وتشابك بين الفقه، التشريع والقضاء، وهي التي أسعى لبسطها في هذا المطلب، نظرا لارتباط مضمون العمل الطبي بنطاق المسؤولية الطبية والآثار المترتبة عن قيامها. حيث سنخصص الفرع الأول لدراسة موقف الفقه من العمل الطبي، لننتقل إلى إبراز نظرة القانون والقضاء من هذه المسألة وطبيعة الاختلاف الذي نتج عنه تطور مفهوم العمل الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العمل الطبي في الفقه

تعددت الآراء حول تحديد مفهوم العمل الطبي³، إذ لم يهتم الفقه -خاصة الغربي منه- بهذا المجال إلا في العهود الحديثة التي شهدت تطورا فكريا وعلميا، بالموازاة مع الفقه الإسلامي الذي أولاه

1 - فتيحة زعنون مصابحي، التزام الطبيب باحترام إرادة المريض -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران السانبا، السنة الجامعية 2007-2008، غير منشورة، ص 11.

2 - محمد الكشور، محمد عند النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 21.

3 - فلفظ الطب بكسر الطاء أو فتحها وضم الباء له عدة معاني من الوجهة اللغوية منها: الحذق والمهارة والترقق والتلطف، وإما المداواة والعلاج وإما إصلاح الشيء وإحكامه... فالطب في اللغة هو علاج الجسم والنفس و منه علم الطب، يقال: طب المريض ونحوه طباً: داواه وعالجه والطبابة هي حرفة الطب. أما الطبيب هو الحاذق بالأمر العارف بما، الذي يعالج المرضى ونحوهم، و العالم بالطب، ويقال استطب بالدواء ونحوه: أي تداوى وتعالج، ويطلق الطبيب على كل من الطبائعي، الكحال، الجرائحي، الخاتن، الفاصد والمجبر، الكواء والحاقن ويطلق هذا اللفظ على كل من تعلم الطب سواء كان طبه لحيوان أو إنسان. والذي يهمننا هنا هو الطب بمعنى علاج الجسم والنفس، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، م. 01، ط. 03، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، السنة 1994، ص 553، ابراهيم مصطفي، أحمد حسن الزيات، محمد علي النجار وآخرون، المعجم الوسيط، ج 2، د.ذ.ع.ط، دار الدعوى، اسطنبول تركيا، السنة 1989، ص 546. ويقابلها في النص الفرنسي (médecine) وهي مشتقة من

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

عناية بالغة منذ البداية. لهذا فضلنا التطرق إلى تعريف العمل الطبي في الفقه الإسلامي (أولاً) لنتنقل فيما بعد إلى تحديد مفهومه في الفقه المقارن (ثانياً).

البند الأول: مفهوم العمل الطبي في الفقه الإسلامي

لم تضع كتب الفقه الإسلامي تعريفاً مانعاً جامعاً للعمل الطبي، رغم ما يجمع بين علاج البدن وعلاج الروح معاً¹. حيث كانت حرمة الجسد هو الهدف الذي تسعى لتكريسه الشريعة الإسلامية من خلال تعلقه بأحد المقاصد الخمس وهو حفظ النفس².

ولقد أرسى الإسلام قواعد الطب الوقائي وبيّن الوسائل والمصادر التي تؤدي إلى التهلكة وحذّر منها، وطلب الابتعاد عنها خشية العدوى والتحرز من نقل المرض والأخذ بالعافية³. كما وجدت بعض التصرفات الطبية الواقعة على بدن الإنسان، سواء ما يعرف بالعمليات الجراحية المجردة، إما عمليات التشريح التي تقع في حالات الضرورة. وعمليات نقل وزرع الأعضاء القائمة بين شخصين أو الشخص ذاته⁴، وإن كان يمكن أن يطلق عليها الأعمال الطبية العلاجية.

و ليس من الغريب وجود خلاف بين الفقهاء في تحديد مدلول تعبير عمل طبي سواء في الماضي أو الحاضر الذي نعيشه، غير أن هذا الخلاف يدور حول عنصره الذهني والمادي.

=الكلمة اللاتينية (médecina) ومعناها فن العلاج. أما من الناحية الاصطلاحية فإن مفهوم الطب هو محاولة التعرف على ما يعرض لبدن الإنسان من صحة ومرض ومحاولة علاج هذات المرض وشفاء الجسم منه بما يناسبه من الدواء. وللطب معنيين فأما المعنى العام: فهو مجموعة المعارف والإجراءات التي تتعلق بالمرض وعلاجه في الإنسان والحيوان. " أما المعنى الخاص: يعرف بأنه: " مجموعة من المعارف والإجراءات الخاصة بعلاج أو تخفيف الأمراض أو منعها، وباستعادة الصحة وحفظها في الجنس البشري. " وتميز في هذا التعريف بين الطب العيادي "médecine clinique" والطب الجراحي (مجموعة أمراض يقصد بها شفاء الأمراض بإحداث جروح) médecine opératoire". وهو ما أشار إليه عبد الصبور عبد القوي علي مصري، جرائم الأطباء والمسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، ط. 01، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، السنة 2011، ص 49.

¹ - غير أنه وردت تعابير متعددة للطب كمهنة أو صناعة تعمل على علاج المريض وإزالة العلة أو تخفيفها. كما وردت عدة تعريفات للطبيب باعتباره القائم بهذه المهنة، للتفصيل أكثر يمكن الرجوع إلى: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، الطب النبوي، و صححه الشيخ عبد الغني عبد الخالق، د.ذ.ع.ط، لجنة تراث وتاريخ، الإمارات العربية المتحدة، د.ذ.ت.ط، ص 05.

² - هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه والقانون الوضعي-دراسة مقارنة-، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2007، ص 70، أبو علي الحسن بن علي بن سينا، القانون في الطب، ج. 1، د.ذ.ع.ط، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ذ.ت.ط، ص 03.

³ - أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي، المرجع السابق، ص 39، 40.

⁴ - محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجملية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.ذ.ع.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 1992، ص 31.

البند الثاني: مفهوم العمل الطبي في الفقه القانوني المقارن

لقد اعتنى الفقه بتحديد تعريف العمل الطبي بأنها أعمال إنسانية وأخلاقية¹، غير أن مواكبة التطورات العلمية أبرزت اتجاهين رئيسيين تبني الأول تفسيراً ضيقاً في حين وسّع الثاني من نطاق العمل الطبي، وذلك كما يلي:

فقرة أولى: الاتجاه المضيق للعمل الطبي

اختزل أنصار هذا الاتجاه مفهوم العمل الطبي في مرحلة العلاج، متلائماً مع تاريخه الذي يعود لأواسط القرن الماضي. ومن بين هؤلاء الفقهاء العميد Savatier الذي عرّفه بأنه: "العمل الذي يقوم به شخص مؤهل من أجل شفاء الغير."² بينما ذهب البعض الآخر إلى القول أن: "العمل الطبي أياً كان من يمارسه لا يكون أكثر من ضرورة لفن العلاج."³

و مهما اختلفت الكلمات والتعابير فقد حاول هذا الاتجاه إيجاد تعريف دقيق وشامل للعمل الطبي، لكن شابه القصور كونه حصر مضمون العمل الطبي على العلاج فحسب⁴، دون استيعابه لكافة الأعمال الطبية الأخرى التي تكون الغاية منها المحافظة على صحة وسلامة جسم الإنسان. مما اعتبر هذا المفهوم مرحلة تقليدية بالنسبة للعصر الحالي، بحيث يلاحظ أن دور الطبيب قد تعدى هذه المرحلة ليشمل مراحل أخرى تصل إلى مرحلة ما قبل المرض.

فقرة ثانية: الاتجاه الموسع للعمل الطبي

نتيجة للانتقادات التي وجهت للرأي الأول وسّع أنصار هذا الاتجاه من مفهوم العمل الطبي، ليشمل مراحل التدخل الطبي المختلفة من الفحص والتشخيص، العلاج وكذا الوقاية، وهذا ما نلمسه من التعريفات التي قيلت في هذا الشأن.

¹ - علي بداوي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، ج. 01، د.ذ.ع.ط، دار الهلال، الجزائر، السنة 2002، ص 25.

² - « celui qu'un homme qualifié pose en vue de guérir autrui. » R. Savatier, J.M Auby, traité de droit médical, éd. Dall., Paris France, 1959, p 295,

³ - A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, 2^{ème} éd, Berger- Levrault, Paris France, 2000, p 18, A. Ossoukine, L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale, laboratoire de droit et des nouvelles Technologie, Faculté de droit et des Sciences Politiques, Université d'Oran, éd. OPU, d'Oran, 2006, p 22 .

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 19.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

فالأعمال الطبية تشمل جميع حالات التدخل الطبي لتحسين الحالة الصحية للمريض أو الوقاية من الإصابة¹. لذلك فهي تشمل كافة التطبيقات المباحة كالعلاجات الجراحية والعلاجات الطبية بمختلف أنواعها، ناهيك عن إجراء التحاليل المعقدة، استعمال الأشعة وعمليات التخدير². كما اعتمد باحثون آخرون في نفس الاتجاه على العنصر القانوني الذي يرخص للطبيب القيام بالعمل الطبي دون غيره بشرط توافر موافقة المريض على ذلك³.

ومن ثم أدخل التغيير الاجتماعي فكرة جديدة لم تكن معروفة قديما وهي فكرة الفن الصحي⁴. وتعدى بها العمل الطبي نطاق الطب الوقائي، فأصبح الشخص لا يطلب من الطبيب أن يشفيه من المرض أو يخفف آلامه فقط، بل يطلب منه أن ينظم حياته وحالته النفسية. إذ أصبح الطبيب يصف لمريضه الهرمونات والفيتامينات اللازمة والغذاء الضروري لحالته الصحية واستئصال أحد أعضاء جسمه لنقلها إلى شخص آخر مريض أو نقل الدم من شخص لآخر.

و يمكن تعريف العمل الطبي إجمالاً بأنه جملة الأعمال التي يقوم بها العالم بأمراض الجسم البدنية والنفسية مستخدماً التقنيات الحديثة وفقاً للأصول العلمية والطبية المستقرة والحالة والأعراف الطبية، في الأماكن المحددة وفقاً للقانون أو أماكن تواجد المريض وإقامته، بهدف حفظ الصحة أو استرداد زائلها أو استقرارها، بشرط موافقة المريض أو من ينوب عنه وعدم مخالفتها للقانون واللوائح⁵.

¹ - بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للطبيب، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، ص 189.

² - مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، د.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1984، ص 200.

³ - إذ اعتبر العمل الطبي في اعتقادهم نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه يتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانوناً، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرض أو الحد منها أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية، بشرط توافر رضا من يجري عليه هذا العمل." ذكر من طرف: عصام الدين حسن لقمان، المسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية على ضوء أحكام الفقه وتطبيقات القضاء في القوانين السودانية والمصرية والإماراتية، ط. 01، مكتبة المستقبل للنشر، المجلس الوطني للإعلام، دبي الإمارات العربية المتحدة، السنة 2011، ص 12.

4 - A. Ossoukine, la recherche bioéthique « repères et enjeux », rev. A.S.J.E.P, faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, Vol. 36, n° 1, 1996, O.P.U, Alger, p 72.

5 - أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق جامعة طنطا مصر، السنة الجامعية 2009، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، د.ع.ط، السنة 2015، ص 39.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

فهذا التعريف قد حدد نطاق العمل الطبي بأن يشمل سائر التطبيقات المعروفة الآن سواء تمثل في الوقاية أو المشورة أو التشخيص أو العلاج أو الرعاية الصحية وتحسين الصحة أو التدخلات الطبية ذات الطبيعة الخاصة¹. وكذلك ما يستحدث من أعمال طبية أخرى يمكن اكتشافها مستقبلا، حيث جاءت العبارة عامة لتستوعب ما يكتشفه الطب من أعمال طبية فلم يعدّها على سبيل الحصر. و صفوة القول أن العمل الطبي أصبح يسيطر على جسم الإنسان بكامله، بل وعلى نفسه و روحه، فقد كان لهذا التطور العلمي عظيم الأثر في ذلك خصوصا مع دخول الإنسان عصر التجارب العلمية و التكنولوجيا الصناعية.

الفرع الثاني: العمل الطبي بين التشريع الوضعي والقضاء

لقد عرف مفهوم العمل الطبي تطورا سواء من خلال أحكام القضاء أو من خلال التشريعات المقارنة، وذلك تبعا للتطور الحاصل في علم الطب، حيث تعتبر هذه الصفة -صفة التطور- إحدى صفاته البارزة. ومن ثم يبقى لهذا التحديد من الناحية القانونية أهميته الكبيرة، لاسيما على مستوى الآثار القانونية التي تترتب أثناء النظر في دعوى المسؤولية. لذلك سنحاول من خلال هذا الفرع إيضاح مختلف المفاهيم التشريعية التي عاجلت طبيعة العمل الطبي (البند الأول) ثم سنتطرق للاجتهادات القضائية التي حاولت تحديد مدلول العمل الطبي (البند الثاني).

البند الأول: التعريف التشريعي للعمل الطبي

لا تحفل الكثير من التشريعات بوضع تعريف للأعمال الطبية، اكتفاء منها ببيان الأعمال التي تدخل في نطاقها و هذا المنهج ليس بغريب²، فالتشريعات عادة لا تهتم بوضع التعاريف تاركة هذا المجال لاجتهاد الفقه و القضاء. و فيما يلي نبين ضمن عدة فقرات متتالية الاختلاف في تعاطيها لمضمون الأعمال الطبية.

1 - والتي تتمثل أساسا: عمليات التلقيح الاصطناعي، عمليات استئصال و نقل الأعضاء و الأنسجة البشرية، العمليات التجميلية وكذا التجارب الطبية والتي يتم التطرق إليها بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل التمهيدي ص 54، 60.

2 - شعلان سليمان محمد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة المنصورة المغرب، السنة 2002، غير منشورة، ص 90.

فقرة أولى: العمل الطبي في التشريع الفرنسي

لا يوجد نص صريح يعرّف العمل الطبي على صعيد التشريع الفرنسي¹، رغم التطورات التي عرفها مفهومه عبر النصوص المختلفة للقانون الطبي الفرنسي². إذ يمكن استخلاص ذلك ضمناً بالرجوع لنص المادة L. 4161-1 من قانون الصحة العامة، والتي تعاقب على الممارسة غير المشروعة للطب³. كما أن القرار الصادر عن وزير الصحة في 06 يناير 1962 حدّد قائمة الأعمال الطبية⁴. ولعل ما يلاحظ في هذا الصدد أن الغاية العلاجية لم تعد إلا شرطاً تقليدياً في تكييف العمل الطبي مع التعديلات المعاصرة والمتوالية للقانون المدني وخاصة المادة 16-3 منه، التي اعتبرت مجرد الوقاية

¹ - L. Delpart, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, éd. Chiron, Paris France, 2004, p 47.

² - فقد كان نطاق العمل الطبي يقتصر على العلاج فحسب إلى غاية صدور قانون الصحة العامة المؤرخ في 24 ديسمبر 1945، المعدل بموجب المرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1953، والذي تطور بفضل مضمون هذا العمل بشكل ملحوظ ليشمل الفحص والتشخيص

Art.372 al.1du C.S.P.Fr : «Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie même présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ou d'infections chirurgicales... » cité par : M. Hélène Renaut, L'évolution de l'acte médical, Revue de droit sanitaire et social, N°01, Janvier -Mars 1999, p 45-71.

³ - Art. L. 4161-1 : « Exerce illégalement la médecine : 1°- toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivi, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique l'un des actes professionnels prévues dans une nomenclature fixée par arrêté du ministre chargé de la santé pris après avis de l'académie nationale de médecine, sans être titulaire d'un diplôme, certificat ou autre titre mentionné à l'article L. 4131 et exigé pour l'exercice de la profession de médecin, ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales mentionnées aux l'articles L.4111-2 à L.4111-4, L.4111-7, L.4112-6, L.4131-2 à L.4131-5.... »

⁴ - حيث قسمها إلى ثلاث فئات، أولاها الأعمال التي لا يمكن إنجازها إلا بواسطة الأطباء (كالجراحة)، أما ثانياً فهي الأعمال المنفذة من قبل المساعدين الطبيين المؤهلين، تحت المسؤولية والمراقبة المباشرة للطبيب، الذي يمكنه التدخل في أي لحظة (كالمعالجة بالضوء أو الحرارة أو الأشعة). بينما الفئة الثالثة فتشمل الأعمال التي يمارسها مساعد الطبيب بوصفه نوعية وكمية من الطبيب ولكن في غيابه (كالحقن العضلي أو التديليكات البسيطة)، المواد 02، 03، 04 من القرار المؤرخ في 06 يناير 1962 يحدّد قائمة الأعمال الطبية التي يمكن ممارستها من طرف الأطباء أو المساعدين، المعدل و المتمم بتاريخ 01/06/1965 ثم بتاريخ 26/10/1975، ثم بتاريخ 19/08/1977، ثم بتاريخ 16/03/1979 و كان آخر تعديل في 02/07/1979، مشار إليه من طرف: سميرة أقرورو، المسؤولية الجنائية في ظل التطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، ط. 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، السنة 2015، ص 32.

Art. 02, 03, 04 de l'arrêté du 06 janvier 1962 (code de la santé annexe IV), modifié le 11/06/1965 - 26/10/1975 - 19/08/1977 - 16/03/1979 - 04/04/1979 -07/07/1980 et 14/12/1980, cité par : A-M. Duguet, la faute médicale à l'hospital, op.cit, p 62.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

الطبية مبررا للمساس بالتكامل الجسدي للإنسان¹، لكونها وسيلة علمية طبية يمكن عن طريقها تفادي الأمراض.

فقرة ثانية: العمل الطبي في التشريع المصري

فضّل المشرع المصري أن ينتهج نهج نظيره الفرنسي بشأن تحديد العمل الطبي، إذ لم يتطرق إليه صراحة، وإن كان مضمونه يستفاد من بعض نصوص القانون الطبي المصري. حيث يظهر من أن العمل الطبي يشمل أساسا تشخيص الأمراض والعلاج العادي وبوجه عام، كل ما يمكن للطبيب أن يقوم به بحكم تخصصه من وصف الأدوية، إجراء العمليات الجراحية المختلفة، أخذ العينات وإعطاء الاستشارات و غيرها من الأعمال الطبية الأخرى².

كما أدرج الوقاية كأحد الأعمال الطبية نظرا لأهميتها في المحافظة على الصحة³، دون أن ننسى اعتماده على بعض التدخلات الطبية ذات الطبيعة الخاصة من الأعمال الطبية. ليكون بذلك تبنى النظرة الموسعة كنظيره الفرنسي.

فقرة ثالثة: العمل الطبي في التشريع المغربي

إن البحث في ثنايا القانون المغربي من خلال المقتضيات القانونية المرتبطة بالموضوع، سواء تلك المتعلقة بالقانون المنظم لمهنة الطب أو مختلف المراسيم والقرارات الصادرة في هذا الإطار⁴. يُظهر لنا أن

¹ - Art. 16-3 C.C.Fr : « il ne peut être porté atteint à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. » A. Lucas, code civil français, Litec, Paris France, 24^{ème} éd. 2005, p 57.

إذ يستفاد من مضمون المادة، اعتبار التجارب الطبية ضمن نطاق العمل الطبي، كما نص ق.ص.ع.ف صراحة على اعتبار الفحوصات البيولوجية عملا طبيًا، وهي ليست ذات غاية علاجية أساسًا، بل تساعد في معرفة التشخيص الملائم للمرض.

Art. L.6211-1 C.S.P.Fr : « un examen de biologie médicale est un acte médical. » cité par : L. Délpert, op.cit, p 48.

² - وهو ما قضت به المادة الأولى من القانون رقم 415 المؤرخ في 1954/07/22 المتعلق بمزاولة مهنة الطب والمعدل بالقانون رقم 491 لسنة 1955، والقانون رقم 319 لسنة 1966، و القانون رقم 29 و46 لسنة 1965، نقلا عن صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1997، ص 157، 158.

³ - فقد نصت المادة 27 من لائحة آداب المهنة الصادر بقرار وزير الصحة رقم 238 بتاريخ 2003/09/05 على أنه: "على الطبيب أن ينبه المريض ومرافقته إلى اتخاذ أسباب الوقاية ويرشدهم إليها ويحذرهم مما يمكن أن يترتب على عدم مراعاتها...". مشار إليه من طرف:

شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2005، ص 281

⁴ - الظهير الشريف رقم 123-96-1، الصادر بتاريخ 1996/08/21، بتنفيذ القانون رقم 10-94 والمتعلق بمزاولة مهنة الطب، و قد أشار إلى ذلك محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 22.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

المشرع المغربي لم يحدد مدلول العمل الطبي بشكل دقيق رغم أنه حصره ضمن المصنف العام للأعمال المهنية في النشاطات التي يباشرها الأطباء والجراحون و أطباء الأسنان و غيرهم¹. وبهذا فأمام قصور التشريع المغربي لا يبقى إلا البحث في الكتابات الفقهية التي ووسّعت من نطاق العمل الطبي ليشمل كل أعمال العلاج و التشخيص وحتى الوقاية.

فقرة رابعة: العمل الطبي في التشريع الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري، كالعديد من المشرعين لتعريف محدد ومستقل للأعمال الطبية، وإن كان مفهومها ينبثق من النصوص القانونية ذات الصلة بالنطاق الصحي والاجتماعي². كما تكفّلت نصوص قانون حماية الصحة وترقيتها ببيان الخطوط الأساسية لمهام مستخدمي الصحة من أطباء، صيادلة، جراحي الأسنان، و مساعدين طبيين، بمقتضى المادة 195 و 196 منه³. كما يلاحظ أن مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية أكدت على رسالة الطبيب هي الدفاع عن الصحة والتخفيف من المعاناة⁴، وهما اللذان لا يتمان إلا بواسطة الأعمال الطبية. كما بيّنت نطاق اختصاص الطبيب يكون في كل أعمال التشخيص، الوقاية والعلاج⁵.

و إذا كانت النصوص السابقة جاءت بصفة عامة فإن موقف المشرع الجزائري يظهر بشكل واضح من خلال النصوص التنظيمية المتعلقة بالقوانين الأساسية الخاصة بأفراد السلك الطبي⁶. فالمهام

¹ - قرار وزير الصحة المغربي رقم 177.06، بتاريخ 2006/01/27، بتطبيق مقتضيات المتعلقة بالمصنف العام للأعمال المهنية، ج.ر.ع رقم 5414 لسنة 2006، ص 993، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء، محاولة في تأصيل فقه القضاء واجتهاد الفقه، دار نشر المعرفة، الرباط المغرب، د.ذ.ط، ص 18، 19.

² - فقد جاءت المادة 08 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16، المتعلق ب ح.ص.ت.ج، ج.ر.ع رقم 08، الصادرة في 1985/02/17، المعدل والمتمم، الذي ألغى الأمر رقم 76-79، المؤرخ في 1976/10/23، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر.ع رقم 101 لسنة 1976 لتؤكد أن العلاج الصحي الكامل يشمل الوقاية من الأمراض في جميع المستويات، تشخيص المرض وعلاجه، إلى جانب إعادة تكييف المرض، التربية الصحية.

³ - وهي كما يلي: السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم، المشاركة في التربية الصحية، القيام بتكوين مستخدمي الصحة، المراقبة الدائمة لحالة المرضى و نظافتهم الجسدية، المشاركة في أعمال وقاية السكان وتربيتهم الصحية، المشاركة في البحث العلمي.

⁴ - المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن م.أ.ط.ج، ج.ر.ع رقم 52، الصادرة بتاريخ 1992/07/08.

⁵ - المادة 16 من نفس المدونة جاء فيها: "يحول الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج...."

⁶ - إذ جاءت هذه القوانين الأساسية لتفصّل مهامهم وواجباتهم المهنية التي بأدائها يستحقون راتبهم و بالامتناع عنها يعرضون أنفسهم للمساءلة القانونية و تتمثل أساسا في المرسوم التنفيذي رقم 91-106، المؤرخ في 1991/04/27، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين العاميين و المتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر.ع رقم 22، بتاريخ 1991/05/15، المعدل و المتمم بالمرسوم

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

التي يتكلف بها هؤلاء هي: الوقاية من الأمراض، التشخيص، الاستكشاف الوظيفي، التحاليل البيولوجية، العلاج وإعادة التأهيل، المراقبة، الحماية والتربية الصحية، التكوين والبحث العلمي. و على صعيد الحماية الاجتماعية نص القانون على طائفة من الأعمال الطبية التي تشملها الأداءات العينية للتأمين على المرض، والتي تغطي مصاريفها صناديق الضمان الاجتماعي وهي الأعمال الطبية للتشخيص و العلاج بما فيها الفحوص الطبية، إعادة التدريب الوظيفي للأعضاء وإعادة التأهيل المهني¹. كما أحال قانون التأمينات الاجتماعية تحديد طبيعة الأعمال الطبية إلى المدونة العامة للأعمال المهنية للأطباء وجراحي الأسنان الصادرة بطريق التنظيم².

وبعد الاطلاع على النصوص والمفاهيم القانونية السالفة الذكر، يمكن استخلاص مضمون العمل الطبي في التشريع الجزائري، لاسيما نصوص الصحة والحماية الاجتماعية، الذي يشمل بالدرجة الأولى حماية الصحة وترقيتها بالوقاية والمراقبة والمتابعة وإشاعة التربية الصحية، كذلك الكشف عن الأمراض بالتشخيص والتحليل والكشوف الوظيفية، يليها تقديم العلاجات المختلفة بالأدوية والجراحات وإعادة التأهيل، دون أن ننسى التكوين والبحث العلمي³.

=التنفيذي رقم 09-393 المؤرخ في 2009/11/24 وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 91-471، المؤرخ في 1991/12/07 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج.ر.ع رقم 66 لسنة 1991، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 09-394، المؤرخ في 2009/11/24، المتضمن القانون الأساسي للموظفين المنتميين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر.ع رقم 70، المؤرخة في 2009/11/29.

¹ - المادة 08 من القانون رقم 83-11، المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج.ر.ع رقم 28، المؤرخة في 1983/07/05، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-08، المؤرخ في 2011/06/05، ج.ر.ع رقم 32، المؤرخة في 2011/06/08.

² - وهو ما أكدته المادة 62 من القانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية: "تحدد القائمة العامة للأعمال المهنية عن طريق التنظيم." و المادة 211 من ق.ح.ص.ت.ج: "تحدد عن طريق التنظيم أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء، جراحو الأسنان والصيدال. وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 05-257، المؤرخ في 2005/07/20، المتضمن كفاءات وإعداد المدونة العامة للأعمال المهنية للأطباء والصيدال وجراحي الأسنان والمساعدين الطبيين وتسعيرها، ج.ر.ع رقم 52، الصادرة في 2005/07/26. إذ جاء في المواد 01، 03، 04، 05، بأن المدونة العامة تحدد طبيعة الأعمال التي يمكن أن يمارسها الأطباء، الصيدال، جراحي الأسنان والمساعدين الطبيين وتصدر في شكل قرار وزاري مشترك بين الوزيرين المكلفين بالصحة والضمان الاجتماعي، ولهذا الغرض تنشأ لجنة لدى الوزير المكلف بالصحة من أجل اقتراح المدونة و مراجعتها، جدوى الأعمال المهنية وسلامتها، قائمة أعمال التشخيص والعلاج، عناوين الأعمال المهنية المشفوعة قدر الإمكان بالقواعد المعتمدة و المتعلقة باستعمالها الرشيد و الملائم.

³ - عبد الهادي بن زبطة، العمل الطبي في القانون والاجتهاد القضائي، مجلة القانون والمجتمع، الصادرة عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، ع. رقم 1، جوان 2013، د.ذ.د.ن، ص 164.

ويأتي هذا الاستخلاص في ظل غياب نص صريح يحدد مفهوم الأعمال الطبية، مما يؤكد لنا أن الفقه كان أكثر توفيقاً من التشريع في وضع تعريف واضح للعمل الطبي. وهذا يرجع حسب اعتقادنا إلى أن تعمد المشرع في عدم حصر مفهوم العمل الطبي بدقة يرجع إلى التطور المذهل المصاحب لهذه المهنة من جهة وإلى نبل المهنة وخدمتها الإنسانية في عدة مجالات و اتساعها.

البند الثاني: التعريف القضائي للأعمال الطبية

إلى جانب الفقه القانوني والتشريع، تدخل القضاء لتحديد وتفسير مختلف المفاهيم والمصطلحات التي تثير نقاشاً قانونياً، وفيما يتعلق بتحديد العمل الطبي فقد مرّ القضاء بعدة مراحل حتى يستكمل تعريفه للعمل الطبي. لهذا سنتجه من خلال هذا البند إلى تحديد ما ذهبت إليه الهيئات القضائية في نظرتها للأعمال الطبية، بالاعتماد على القضايا المطروحة أمامها، وذلك بالتطرق إلى موقف القضاء من العمل الطبي في فرنسا، مصر، حتى الجزائر وذلك وفق الفقرات الثلاث الآتية:

فقرة أولى: موقف القضاء الفرنسي من العمل الطبي

إن المتتبع لأحكام القضاء الفرنسي يتبين له أن مفهوم العمل الطبي تطور تطوراً ملحوظاً، فقد كان ينظر إليه على أنه عمل علاجي فقط¹، مماثلاً في ذلك اتجاه الفقه الفرنسي السائد في تلك الفترة، مما يعكس ارتباطه به وتأسيساً لما ذهب إليه هذا الأخير.

لكن هذا الموقف لم يبق على حاله، وما لبثت أن تغيرت نظرة القضاء الفرنسي في أحكامه خلال فترة لاحقة، حيث جنح إلى استيعاب أعمال أخرى تندرج ضمن طائفة الأعمال الطبية

¹ - فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 20/06/1929 بأن استقبال المرضى وممارسة الطرق الموجبة للعلاج عليهم دون ترخيص، يعتبر ممارسة غير مشروعة، إذ جاء منطوق القرار كما يلي:

« Le fait par une personne non diplômée de recevoir des malades et de se livrer sur eux à des pratiques d'imposition des mains, de magnétisme ou du suggestion, comportant l'émission d'un prétendu fluide, sous l'inspiration d'esprits mystérieux constitue la participation habituelle et par direction suivie au traitement des maladies, caractéristique du délit d'exercice illégal de la médecine. » Crim. 20/06/1929, D.P, 1929, I, 91, cité par : B. Lavaud - Legendre, « Charlatanisme et droit pénal », Les tribunes de la santé, n° 20, 2008/3, p 72.

و جاء في قرار آخر بأن العلاج المغناطيسي يعتبر ممارسة غير مشروعة للطب، لأن القائم به يتخذ صفة المعالج بشكل اعتيادي :

« Tout traitement par magnétisme constitue une exercice illégal de la médecine. Car son auteur prend ainsi part d'une manière habituelle au traitement est des maladies. » C.A Douai 22/02/1951, Gaz. Pal. 1951, I, 268, J. Pennau, (médecins) accès à la profession, rec., v° médecine, répertoire pénal, éd. Dall., Paris France, 1998, p 02.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

كالتشخيص¹، كما استمر في تطوره واتسع بعد ذلك إلى أن وصل أن العمل الطبي يشمل أيضا إجراء الفحوصات البيكتولوجية و التحاليل الطبية².

و بصدر قانون الصحة العامة الفرنسي سنة 1945 وإحكامه السيطرة على ممارسة المهن الطبية، استقر مجلس الدولة على المعيار الحقيقي لتمييز العمل الطبي وهو بصفة القائم به. فقد جاء في أحد قراراته بأن العمل الطبي هو الذي لا يمكن تنفيذه إلا من طبيب أو جراح أو من مساعد طبي تحت المسؤولية والمراقبة المباشرة للطبيب وفي ظروف تسمح له بالتدخل في أي وقت³.

وفي اعتقادنا بأن تبني القضاء الفرنسي لهذه النظرية الشخصية أو الذاتية في الأعمال الطبية يتفق مع موجة التطور التي عرفتتها هذه الأعمال والتي حادت عن الغاية العلاجية، لكن ليس لغير الأطباء القيام بها، وهو يسمح كذلك بتجنيبهم المساءلة القانونية عند غياب الضرورة العلاجية (تطبيقا لمبدأ الحرية الطبية) ويشدد الإحكام أمام الممارسة الدخيلة على الطب من طرف غير الأطباء⁴.

فقرة ثانية: العمل الطبي في القضاء المصري والأردني

سار القضاء المصري على نهج نظيره الفرنسي، حيث قصر مفهوم العمل الطبي في أول الأمر على تشخيص الأمراض وعلاجها، وتطبيقا لذلك قضت المحاكم المختلطة بأن مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص و العلاج لا تقوم إلا بتوافر الخطأ الجسيم⁵.

¹ - محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2005، ص 09.

² - فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1957/05/27 بما يلي: " بمعاينة من يقوم بإجراء الفحوص الطبية أو التحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض بدون ترخيص بجرمة الممارسة غير المشروعة لمهنة الطب والمنصوص عليها في المادة 372-3 من قانون الصحة العامة." مشار إليه من طرف: وقد ذكره حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة (دراسة مقارنة)، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1995، ص 34.

Cass. Crim.27/05/1957, D.1958, 387 note F.G, 24/03/1958, B.C.1958, n° 207, cité par : A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op. cit, p 18.

³ - « Les actes médicaux sont ceux, qui ne peuvent être exécutés que par un médecin ou un chirurgien, un des actes qui ne peuvent être que sous la responsabilité et la surveillance directes d'un médecin, dans des conditions qui lui permettent d'en contrôler l'exécution et d'intervenir de tout moment. » C.E. Arrêt Rouzet le 26/06/1959, Gaz. Pal.. 1959, Y. Haddad, la responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers, rev. IDARA, éd. par le Centre de Documentation et de recherche Administratives, Alger, n° 2, Rouiba Alger, 1999, p 18, 19.

⁴ - محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 22.

⁵ - محكمة النقض المصرية بتاريخ 1935/12/16، مجموعة القواعد القانونية، ج 3، ص 414، نقلا عن عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 24، كما ذهبت محكمة استئناف مصر الأهلية بتاريخ 1936/01/02 إلى استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطاء

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

هذا وقد كان لتطور مفهوم العمل الطبي في التشريع المصري أثره إلى اتساع نطاقه هذا العمل على أحكام القضاء المصري، فهذا المفهوم ما فتئ أن تطور ليشمل إلى جانب التشخيص والعلاج، إجراء العمليات الجراحية ووصف الأدوية وإعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير¹.

وفي حكم آخر لمحكمة النقض المصرية بخصوص جراحة التجميل، حيث اعتبرت أن حق الطبيب في إجراء جراحة التجميل أمر مسلم به ولا يحتاج إلى بحث أو مناقشة. بالرغم من أن القصد من هذه الجراحة ليس شفاء المريض من علة في جسمه، إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته للخطر². وتجدد الإشارة إلى أن القضاء الأردني استقر أيضا على أن العمل الطبي شمل مراحل العلاج كافة من فحص و تشخيص و استشارة و استعمال الآلات الطبية وفق الأصول المهنية والقواعد الطبية اللازمة لمعالجة المريض³.

وفي المغرب وبالرغم من أنه ليس هناك تعريف للعمل الطبي من قبل القضاء، فإنه -تحديدا القضاء الحديث- مستقر في مجال العمل الطبي على أن أي تدخل لا يمكن أن يتم قبل إجراء الفحوص والتحاليل اللازمة واتخاذ جميع الاحتياطات ومراعاة حالته الصحية⁴، وهو ما يعني أن القضاء المغربي مستقر على أن العمل الطبي يشمل إلى جانب الفحص والتشخيص، العلاج وحتى الوقاية.

=الأطباء الأخصائيين لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء، وعدم الإهمال في المعالج، وهذا يفهم منه أن التشخيص والعلاج هو من صميم أعمال الأطباء، نقلا عن منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحة في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 24. وتاريخ 1945/06/04، قضت محكمة النقض الفرنسية المصرية بأن إساءة استعمال الحق في وصف المخدر، لا يرمي من وراءه إلى علاج طبي، مشار إليه من طرف: إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، رسالة دكتوراه، د.د.س.م، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، د.د.ع.ط، السنة 2007، ص 67.

¹ - نقض جنائي بتاريخ 1957/10/27، نقض بتاريخ 1968/02/20، نقض جنائي بتاريخ 1974/03/11، نقلا عن محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 10، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 158.

² - نقض 1969/02/11، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط. 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، السنة 2005، ص 27.

³ - فقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن العاهة التي أصيبت بها ابنة المدعي نتجت عن كسر في الرقبة لم يتم علاجه في أوانه، بسبب عدم فحص وتصوير رقبة المصابة وتشخيص الكسر عند دخولها المستشفى، قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1990/1246 بتاريخ 1991/05/12 وقرار محكمة الزرقاء الأردنية رقم 1984/190 بتاريخ 1988/06/16، نقلا عن أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية -دراسة مقارنة-، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2012، ص 34.

⁴ - القرار رقم 7217 في الملف المدني، ع. 96/10651، الصادر بتاريخ 2000/10/20، الغرفة المدنية بمحكمة الاستئناف الدار البيضاء المغرب، وقد ذكر من قبل: سميرة أقرورو، المرجع السابق، ص 36.

فقرة ثالثة: العمل الطبي في القضاء الجزائري

لم يفصح القضاء الجزائري صراحة عن موقفه من مفهوم العمل الطبي حسب الأحكام القليلة التي تحصلنا عليها، غير أن الأمر يتعلق باستنباط رؤيته من خلالها بطريقة ضمنية. فبداية يعتبر التشخيص من ضمن الأعمال الطبية التي تقيم مسؤولية الطبيب، إذا ثبت خطؤه فيه أو امتناعه عنه¹. كما يعد إجراء التحاليل الطبية والبيولوجية اللازمة مكمل لعملية التشخيص وسابقا للبدء في وصف العلاج المناسب وهو بذلك يندرج ضمن الأعمال الطبية، لذا فإن إغفال إجراء هذه التحاليل يعد خطأ يرتب المسؤولية على صاحبه².

إضافة إلى ذلك فإن وصف العلاج المناسب و تقديمه للمريض، يعتبر من أهم الأعمال الطبية التي يقوم بها الطبيب. ومن ثم يترتب قيام مسؤوليته و إلزامه بالتعويض للمريض جراء عدم تقديم العلاج، المناسب، إذ ترتب على ذلك الإجراء تدهور حالته إلى الأسوأ³.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المحكمة العليا تعتبر رعاية المرضى و إسعافهم في حالة خطر من الواجبات الطبية⁴، كما يمتد مفهوم الأعمال الطبية إلى مرحلة مراقبة المريض ومتابعته الصحية،

¹ - و في هذا الشأن قضت المحكمة العليا بمسؤولية الطبيب الذي حقن مريضة بمادة الأنسولين دون تحليل سابق حول مدى قابليتها، أي أنه لم يتم بتشخيص أولي لنوع السكري المصابة به وفيما إذا كان علاجه يتطلب الحقن أم لا، قرار رقم 314597، الصادر بتاريخ 1995/07/27، أشار إليه مختار سيدهم، المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي حول المسؤولية الجزائرية الطبية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي، المنعقدة بالمحكمة العليا بتاريخ 2010/04/12، م.ق، ع. خاص، السنة 2011، ص 27. كما ذهبت نفس المحكمة في قرار آخر صادر عن غرفة الجرح والمخالفات بتاريخ 1995/05/30، إلى أن أمر الطبيب بحقن المريض بمادة (pénicilline) مما أدى إلى وفاته، هو إهمال مؤدي للقتل الخطأ يستوجب المسؤولية الجزائرية، طبقا لنص المادة 288 من ق.ع، قرار رقم 118720 م.ق، ع. رقم 02، السنة 1996، ص 179.

² - فقد أقامت المحكمة العليا المسؤولية الجزائرية للأطباء والمرضى الذين قاموا بنقل الدم لمرضى دون التأكد من فصيلته ومدى تقبل المستقبل له، مما تسبب في وفاة الضحية، قرار رقم 265312، الصادر بتاريخ 2003/10/08، عبد القادر خضير، قرارات قضائية في المسؤولية الطبية، ج. 01، دار هوم، الجزائر، السنة 2014، ص 29، 31.

³ - C. S. CH. Adm., 29/10/1971, consort ben salem c/centre hospitalier d'Alger, V. H. Bouchahda et R. Khelloufi, Rec. d'arrêts jurisprudence administrative, O.P.U, Alger, 1979, p 123.

⁴ - حيث أدانت المحكمة العليا الطبيب المخدر لعدم إخضاعه المريضة للتنفس الاصطناعي، رغم شعورها بالاختناق بعد العملية، ولم يحقنها بالدواء المساعد على إزالة التخدير مما أدى إلى وفاتها، قرار رقم 296423، بتاريخ 2005/07/27، يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائرية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الاجتهاد القضائي، م.ق، ع خاص، 2011، ص 51.

بحيث يترتب على كل إهمال فيها إلى مساءلة الطبيب جزائياً¹.

و بعد استعراض هذه التلة من الأحكام القضائية الوطنية، يتبين بوضوح بأن القضاء الجزائري ساير نفس المسار الذي مر به القضاء الفرنسي، حيث تبنى نظرة مرنة لمضامين الأعمال الطبية. هذه النظرة تتأسس أو تنطلق من المضمون التشريعي للعمل الطبي ثم تتوسع لتشمل وتؤكد على ضرورة إيلاء الأطباء كل العناية والأهمية في تدخلاتهم الطبية على المرضى. وبذلك يتوافق في اجتهاده مع ما جاء به قانون الصحة من أن العمل الطبي يشمل الحماية والمحافظة على صحة الإنسان في كل المستويات و المراحل الزمنية لحالته الصحية.

وبالتالي فبعد اطلعنا على المحاولات التعريفية للعمل الطبي، سواء الفقهية، التشريعية وحتى القضائية، التي لم تخلُ من القصور. يمكن القول بأن ونظراً لخصوصية العمل وصفة القائم به، فلعلة يكون من الملائم أن ينصرف مفهوم العمل الطبي إلى طبيعة النشاطات المهنية والفنية، مهما كانت صفة القائم بها سواء طبيباً، صيدلياً، ممرضاً أو من مهنيي الصحة.

فالأعمال الطبية (Les actes médicaux) تتناول العمل الطبي التقني الفني الذي هو من اختصاص الأطباء لبذل موجب العناية وفقاً لمعطيات العلم ولما يمليه عليهم ضميرهم وإنسانيتهم. كما تشمل أيضاً أعمال المعالجة والتمريض (Les soins hospitaliers) كمرقبة المريض وإعطائه العقاقير اللازمة والتي تعتبر منوطة بالمرضى الذين يعتبرون مساعدين للطبيب يعملون تحت إشرافه وبدون أي مبادرة شخصية لهم بل عليهم التقيد بالتعليمات التي يحددها الطبيب المسئول².

¹ - ومن التطبيقات القضائية الواردة في ذلك، ما ذهب إليه المحكمة العليا من مسؤولية طبيب التخدير عن جريمة القتل الخطأ، إذ بعد تخديره للمريضة، انصرف وتركها تحت رعاية شخص آخر غير مؤهل، مما أدى إلى التواء أنبوب الأكسجين ووفاة المريضة، قرار رقم 287810 بتاريخ 2004/06/04. وفي قضية أخرى تتعلق بالمتابعة الطبية ذهبت المحكمة العليا إلى أن الإخراج المبكر للمريض بعد إجراء عملية جراحية دون التأكد من حالته الصحية، يعد إهمالاً ويؤدي إلى مساءلة الطبيب جزائياً، قرار مؤرخ في 2003/04/06، كما قضت أيضاً في قرار رقم 259072، المؤرخ في 2003/07/02 بمسؤولية الطبيب عن جريمة القتل الخطأ، بإخراجه للمريض مبكراً من المستشفى فأصيب بالتهاب السحايا، الذي أدى إلى وفاته، وكذا قرار المحكمة العليا الصادر في 2005/02/08 الذي قضى بمسؤولية الطبيب عن خطأ ارتكبه أدى إلى وفاة المريض نتيجة غياب الإشراف الطبي الفعال بعد إجراء العملية الجراحية مما ترتب عليه إصابة المريض بنزيف حاد. ذكر من قبل: يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص 51.

² - محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى قانوناً-فقهياً-اجتهاداً) د.ذ.ع.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2003، ص 11، 12.

فالأعمال الطبية يتولاها بالدرجة الأولى فئة الأطباء والجراحون بمختلف تخصصاتهم، إلى جانب الفئات الأخرى ممرضين ومساعدين والتي تتولى هي الأخرى الأعمال الطبية وفقا للمفهوم الواسع لهذه الأخيرة¹ وهو ما تميزت به الرحابة القانونية الفرنسية، والتي ربما تكون وليدة الواقع الطبي والصحي خصوصا على مستوى تطور وجودة النظام والخدمات الصحية.

لهذا أصبح تحديد مراحل العمل الطبي له أهمية بالغة للوصول لمعرفة ما يعد من قبيل الأعمال الطبية وما لا يكون كذلك فيخرج عن نطاق الإباحة وهو ما سنحاول إيضاحه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: نطاق الأعمال الطبية

تطور مفهوم العمل الطبي تطورا كبيرا إثر التقدم التقني والعلمي وما رافقهما من إنجازات، فلم يعد بذلك مختزلا في التشخيص والفحص والعلاج، بل شمل أيضا الوقاية من الأمراض الخطيرة². وهذه العناصر ليست في الحقيقة سوى المراحل التي يتكون منها، ويمتد نطاقه العملي والزمني عليها.

وبالتالي فمراحل العمل الطبي قد تكون وقائية في حالة ممارسة العمل الطبي دون وجود علة مرضية في إطار الرعاية الطبية (الفرع الأول)، وقد تكون علاجية، وتشمل تدخل الطبيب في حالة الإصابة بأحد الأمراض أيا كان نوعها ودرجة خطورتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المرحلة الوقائية

لقد أدى التطور العلمي والتقني في المجال الطبي إلى اتساع نطاق العمل الطبي، فأصبحت الوقاية من المرض³ مرحلة من مراحل العمل الطبي، والتي تهدف إلى تنظيم حياة الإنسان ورعايته صحيا ونفسيا. ويتم ذلك بتطعيم الأفراد ضد الأمراض المعدية أو التي تشكل خطرا على حياتهم وصحتهم⁴.

¹ - A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op.cit, p 19.

² - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، د.د.ع.ط، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، السنة 1984، ص 114.

³ - تعرف الوقاية بأنها الحماية والصيانة من الأذى أو هي جملة الوسائل التي تهدف لحماية الفرد والمجتمع، وقد قيل بأن الوقاية خير من العلاج، أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، ط. 01، دار النفائس للطبع والنشر، بيروت لبنان، السنة 2000، ص 941.

⁴ - فقد عاجله التنظيم العالمي للصحة وخاصة في عام 1976 تحت عنوان الصحة الإلزامية والوسائل الخاصة بحماية الصحة العامة وتمثل في التطعيم ضد الأمراض القابلة للانتقال من شخص إلى آخر، أي الأمراض المعدية والفحص الطبي الإلزامي والإيداع في المستشفيات العامة بقصد تحقيق الشفاء، تقرير التنظيم العالمي للصحة، 2000، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 160.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

ولما كانت الوقاية من الأمراض إلى جانب حمايتها لحق الفرد في الحياة وسلامة جسمه تحمي حق المجتمع، فقد اهتمت التشريعات المختلفة بالنص على الوقاية من الأمراض واعتبارها من الأعمال الطبية¹.

والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية عني بالوقاية من الأمراض وحرص عليها، نظرا لأهميتها قبل أن تنادي به المنظمات العالمية في العصر الحديث، بحيث وضع الإسلام أحكاما خاصة لمواجهة الأوبئة كالعزل الصحي والحجر الصحي، مما يؤكد أن الشريعة الإسلامية اهتمت بالدين والدنيا معا². فالوقاية لا تقل أهمية عن باقي مراحل العمل الطبي، بل يمكن اعتبارها جوهره ومن ثم فهي من الأمور الضرورية، لأن مراعاتها يمكن أن تغني عن المراحل السالفة من حيث النتائج المادية والعلمية والنفسية مقارنة إلى ما تصل إليه جهود الوقاية من نتائج.

الفرع الثاني: المرحلة العلاجية

يعتبر العلاج جوهر عناصر العمل الطبي، فيما تبدو المراحل الأخرى كمكملات له³. إذ يتبع الطبيب عند مباشرته لأي تدخل طبي عدة خطوات بدلالة العلاج أولاها مرحلة سابقة للعلاج، تليها مرحلة العلاج ذاته وأخيرا مرحلة ما بعد العلاج وهو ما سنتناوله في البنود الآتية:

البند الأول: العمل الطبي في المرحلة السابقة على العلاج

يقصد بهذه المرحلة ذلك الاتصال الأول الذي يحدث بين الطبيب والمريض، حيث تتطلب هذه المرحلة من الطبيب مقابلة المريض للتعرف على وضعه الصحي والنفسي بما يساعده على معالجته

¹ - فقد أولى التشريع الفرنسي أهمية خاصة للوقاية وحماية الصحة العامة لمنع انتشار الأمراض من خلال التطعيم ضد الأمراض المعدية، كما أنط الخروج عن مقتضياتها بمجموعة من العقوبات الجزرية. Art L.3116-1 jusqu'à L.3116-5 du C.S.P.Fr.

أما المشرع المصري فلم يجد عن ذلك اهتم أيضا بحماية الصحة العامة والوقاية من الأمراض حيث أصدر مجموعة من القوانين تهدف إلى اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع ومقاومة انتشار الأمراض المعدية كالجدام أو مرض البلهارسيا وكذا مختلف التطعيمات على الأطفال، رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 40. كما نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أولى عناية كبيرة لهذه المرحلة بأن خصص لها الباب الثاني من ق.ح.ص.ت. ج بعنوان "الصحة العمومية ومكافحة الأوبئة" واعتبرها عاملا أساسيا في التنمية الاجتماعية والاقتصادية في البلاد وهو ما قضت به المادة الثانية من ق.ح.ص.ت. ج وكذا المادة الثالثة من نفس القانون، دون أن ننسى المادة 54 من نفس القانون التي نصت على أنه: "يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه، وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية".

² - إذ نجد بعض القواعد الفقهية كقاعدة "دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة، درء المفسد أولى من جلب المنافع، الضرر يدفع بقدر الإمكان" أساس كافة إجراءات الطب الوقائي، أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي، المرجع السابق، ص 49.

³ - صفوان محمد شديفات، المرجع السابق، ص 77.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

وشفاه. إذ تشمل هذه المرحلة خطوتين هامتين هما الفحص الطبي والتشخيص¹، غير أنه يصعب التفرقة من حيث الزمان بينهما، على اعتبار أنهما يتمان في أغلب الأحيان في وقت واحد، لذلك سنتطرق إليهما في الفقرتين الموالتين لنستنتج الفرق القائم بينهما.

فقرة أولى: مرحلة الفحص الطبي

يعد الفحص الطبي بداية أي عمل طبي²، حيث يقوم الطبيب بفحص الحالة الصحية للمريض فحصاً ظاهرياً بملاحظة العلامات والدلائل الإكلينيكية "السريية"، كمظهر المريض وجسمه³. غير أن الأمر قد يستدعي إجراءات أخرى تكميلية، للوقوف على حالة المريض بشكل أكثر دقة كإجراء بعض الفحوصات المخبرية، الشعاعية أو المناظير الطبية⁴، وعليه فهو يكون فحصاً تمهيدياً أو فحصاً تكميلياً.

لكن ذلك لا يعني -بطبيعة الحال- أنه يجب دائماً الاستعانة بفحص تكميلي أو القيام بتحاليل أو صور بالأشعة وما إلى ذلك، وإنما يجب اللجوء إلى هذه الوسائل من وسائل التحقيق الفني -كما يطلق عليها البعض⁵- متى حام أي شك يدعو الطبيب إلى وجوب التثبت من صحة رأيه بهذه الوسائل قبل الإقدام على العلاج.

وأهمية الفحص الطبي بالغة، حيث أنه يساعد على معرفة خفايا المريض الصحية ووظائفه الجسدية، وتوفير المعلومات الشاملة عن المريض وكذا اتخاذ الاحتياطات اللازمة أثناء تحديد العلاج أو التدخل الجراحي، ويفرض الالتزام بعمل الفحوص على كل من الجراح و طبيب التخدير أيضاً، إذ يجب على هذا الأخير أن يفحص المريض قبل الجراحة و الإمامه بملفه الطبي⁶.

¹ - سميرة أقرورو، المرجع السابق، ص 38.

² - أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي، المرجع السابق، ص 54.

³ - وعادة ما يستخدم الطبيب حواسه، للتحقق من وجود دلائل تساعد في التشخيص المناسب. كما قد يستعين أحياناً ببعض الأجهزة كالسماعة الطبية، أداة قياس الحرارة أو جهاز ضغط الدم، يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، د.ذ.ع.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2003، ص 56.

⁴ - عز الدين قمرأوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013، غير منشورة، ص 64.

⁵ - هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية مصر، السنة 2007، ص 115.

⁶ - J-P Ménard, L'erreur de diagnostic, fautive ou non fautive dans développement récents en responsabilité médicale et hospitalière, vol. 230, Townsville, éd. Yvon Blais, France, 2005, p 247.

وتجدر الإشارة إلى أن الأخطاء الطبية التي تتعلق بمسائل الفحص الطبي كثيرة، ففي هذا الإطار تقضي القاعدة المستقرة في هذا المجال، بأن إجراء الفحوصات الأولية التمهيديّة للمريض أمر ضروري قبل البدء في تنفيذ العلاج أو الجراحة. ومن ثم فإن إهمال الجراح أو الطبيب إجراء مثل هذه الفحوص البيولوجية والإكلينيكية اللازمة للمريض يشكل خطأ في جانب الطبيب تقوم به مسؤوليته¹.

فقرة ثانية: مرحلة التشخيص

تشكل هذه المرحلة المحطة الأساسية التي يعتمد عليها في حلقة الإجراءات الطبية اللاحقة². لهذا فقد اختلف كل من الفقه³ والقضاء⁴ في تحديد مفهومها، لاعتبارها المرحلة الافتتاحية التي يبدأ بها النشاط العلاجي، حيث يحاول فيها الطبيب تحديد الطريق الذي يسلكه. وذلك من خلال عملية فكرية معقدة يتم فيها تفسير شخصي جدا للوقائع والحالة المرضية المعروضة عليه⁵.

¹ - وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي فقد أقامت المحاكم الفرنسية مسؤولية الطبيب الذي لم يتم التحاليل الأولية على المريض قبل إن يصف له علاجاً ليس من المؤلف كثيراً الالتجاء إليه، حيث ينطوي على درجة خاصة من المخاطر ويستدعي استعماله التأكيد من حالة المريض المطبق عليه، منيرة جربوعة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، غير منشورة، ص 51.

Paris. 02/12/1957 D. 1958.96, cass. civ. 02/02/1960.D.1960, V. Louis Dubouis, la responsabilité civile du médecin à raison du diagnostic médical, colloque Juin 1992, Faculté de droit et de sciences politique, P.U. d'Aix Marseille 1993, p 18.

² - A. Ossoukine, L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale, op. cit, p 120, 121.

³ - فأعمال التشخيص النظرية هي إصغاء الطبيب لأقوال المريض واعترافاته بشأن أعراض المرض، أما التطبيقية فهي الإجراءات الفنية التي يجريها الطبيب على جسد المريض بقصد تحديد المرض الذي يعتري الشخص، مع بيان أسبابه وتمييز خصائصه، ذكر من قبل: مجدي حسن خليل مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية السنة 2000، القاهرة مصر، ص 21، محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي -دراسة مقارنة-، ط. 01، مطبعة دار قرطبة، الدار البيضاء المغرب، السنة 1994، ص 18.

« Le diagnostic est proprement la détermination de la maladie du patient, de ses caractères et de ses causes. » G.B Chammard et P. Monzein, la responsabilité médicale, éd. P.U.F, 1974, p 119, C. Neirinck, l'acte médical et les droits du malade, éd. P.U.F, Paris France 1996, p14.

⁴ - حيث جاء في أحد أحكامه إلى القول أن التشخيص هو: "العمل الذي يبحث ويحدد الأمراض بعد معرفة أعراضها". إذ يتطلب في التشخيص الذي يقوم به الطبيب توافر شرطان، يتمثل الأول في المعرفة العلمية والتي تقتضي أن يكون الطبيب عالماً بالمبادئ الأولية للطب والمتفق عليها من قبل المزاويلين للمهنة. أما الشرط الثاني فهو البحث، بحيث يتعين على كل طبيب أن يهتم ويقوم بإجراء الأبحاث و الأعمال الواجبة عليه حتى يستطيع تحديد نوع المرض.

Trib. Aix en province, 06/05/1954, Gaz. Pal., 1954.1.383, Y. Haddad, op.cit, p 20.

⁵ - رأفت محمد حماد، أحكام العمليات الجراحية دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د.ذ.س.ن، ص 12، 14.

والحقيقة أن مهمة الأطباء في التشخيص ليست بالهينة، ما يجعل من وظيفتهم من الأمور الصعبة والدقيقة، نظرا لكونها جزء من الفن الطبي. فكثيرا ما تتشابه الأعراض المرضية ويعجز الطبيب عن التشخيص السليم¹. ومن ثم يجب أن يبذل العناية اليقظة وله في ذلك الاستعانة بزملائه الأكثر تخصصا إذا ما ثارت شكوكه حول طبيعة المرض أو في الحالات المستعصية².

كما يتوجب على المريض من ناحية أخرى أن يكون صادقا مع طبيبه وأن يساعده بإعطائه المعلومات صحيحة اللازمة، إذ لا مسؤولية على الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى تضليل المريض وكذبه وإخفائه الحقائق الخاصة به عن طبيبه المعالج³.

بل قد يستدعى منه أيضا في بعض الأحيان إلى اللجوء إلى الوسائل الطبية⁴ لتشخيص المرض مع مراعاة بنية المريض وقوة تحمله ونسبة درجة مقاومته ومدى تحمله للمواد الكيماوية التي تحتويها الأدوية تفاديا للوقوع في الغلط واتقاء الأخطاء الطبية التي قد تؤدي بالمريض إلى أضرار بالغة⁵.

وفي هذا الإطار فقد استقر القضاء الفرنسي منذ أكثر من نصف قرن على أن مجرد الغلط (L'erreur) في تشخيص المرض، لا يشكل من حيث المبدأ خطأ مهنيا تقوم به مسؤولية الطبيب⁶.

¹ - عبد السلام التونجي المسؤولية المدنية -مسؤولية الطبيب في القانون المقارن-، ط. 02، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس ليبيا، السنة 1975، ص 355.

² - فالاستشارات الطبية فما هي إلا إحدى الوسائل التي يستعين بها الطبيب لإتقان دوره في تشخيص المرض، للتفصيل يمكن الرجوع إلى: بسام محمد بالله، المسؤولية المدنية والجزائية بين النظرية و التطبيق، ط. 01، دار الإيمان، دمشق سوريا، السنة 1984، ص 136، 149.

³ - عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، السنة 1997، ص 130.

V. aussi : L. Bouchardon, la responsabilité des acteurs publics de santé, Press. de l'école des hautes études en santé publique, 2010, p 34.

⁴ - من بينها آلات التصوير بالأشعة وآلة الكشف المتطورة كالكسكانير scanner أو التصوير على أساس الارتداد المغناطيسي image par résonance magnétique أو اللجوء إلى التحليل الطبية، لمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى عز الدين قمرابي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 65، 69، محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 59.

« Les médecins doivent naturellement user de tous les moyens dont ils disposent pour vérifier l'exactitude de leur diagnostic.... », G. Devers, Pratique de responsabilité médicale, E.S.K.A. 2000, p 140.

⁵ - محمد ريس، نطاق أحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 70.

⁶ - وهو ما جاء في حكم محكمة rouen الفرنسية، إذ تجرى وقائع هذه القضية في وقوع الطبيب في خطأ عند عملية التشخيص بين الحمل والورم الليفي fibrome utérin في الرحم، وأن حقيقة الأمر تتمثل في أن هذه الأم حامل، وليس عندها ورم. وهكذا قرّرت المحكمة أن الغلط في تشخيص المرض ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريضة، لا يوجب بذاته مسؤولية الطبيب أو الجراح عن جرمته قتل خطأ، أشار إلى ذلك: السيد محمد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية، د.ذ.ع.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 1992، ص 38، 39.

ومن ثم فالقانون لا يفرض على الطبيب العصمة «obligation d'infailibilité» أو الالتزام بالصحة، ولكنه لا يسمح له أيضا بالطيش والرعوننة¹.

كما يجب القول في هذا الصدد أن العلوم الطبية لازالت في تطور مستمر ولم تبلغ حد الكمال، والدليل على ذلك وجود العديد النظريات الطبية ومختلف طرق التشخيص والعلاج محل خلاف بين العلماء و الأطباء².

ومما شك فيه أن مثل هذه الأحكام و القرارات تعتبر من القضاء التقليدي، الذي يفترض أنه قد صدر في ظروف ومعطيات تختلف بالضرورة عن العصر الراهن، حيث تقدمت أجهزة التشخيص على نحو يصعب معه قبول الوقوع مثل هذا الغلط. ومن ثم فقد أخذ الغلط بالتضائل كثيرا في الوقت الحاضر بعد اكتشاف الآلات والمعدات العلمية الحديثة، التي ساعدت كثيرا في التشخيص المتطور.

وفي الواقع إذا كان الغلط الطبي لا يوجب مسؤولية الطبيب فإن الخطأ في التشخيص على عكس الحالة الأولى، فإنه يوجب مسؤولية الأطباء والجراحين تماشيا مع ما هو مستقر فقها³ وقضاء⁴.

=« Attendu qu' une erreur de diagnostic même lorsqu' elle a eu pour conséquence ce de décider d'une opération malencontreuse qui a entraîné la mort du malade ne saurait en principe et par elle même constituer une faute du médecin ou chirurgien qui l'a commise qu'il est arrivé en effet qu' en raison du difficultés parfois insurmontables que peut présenter un diagnostic, le savoir et l'expérience, non plus que les explorations les plus attentives et les plus minutieuses ne mettent pas toujours l'homme de l'art à l'abri de ce genre et que les maitres les plus compétents et les plus consciencieux n'en sont pas exempts. » Tri. Ronen 21/04/1923. G.P. 1923- II-247.

¹ - ومؤدى ذلك: "أن الغلط في التشخيص لا يعد إذا خطأ طبيًا، طالما أن رأي الطبيب كان قد أُيدَ بواسطة الأشعة. فالغلط في التشخيص - كما أباتت محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1946/02/20 - المرتكب عن طريق الجراح والذي وصفه بأنه قرحة Ulcère وفقا لرأي مدعم بالأشعة والذي كان في حقيقته سرطانا بالمعدة un concert l'estomac لا يمثل خطأ متميزًا، محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القضاءين المصري والتونسي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1993، ص 11.

² - على هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1967/05/09 بأنه: " طالما كنا بصدد حالة مازالت أمام البحث والتطور العلمي، فإن الطبيب لا يسأل إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى مفاضلة أو ترجيح لرأي علمي على آخر أو لطريقة في التشخيص على أخرى." نقلا عن: وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، د.ذ.ع.ط، النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1987، ص 52.

³ - أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة بغداد العراق، د.ذ.س.م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط 1، السنة 2009، ص 249.

V. aussi L. Dubouis, la responsabilité civile du médecin à raison du diagnostic médical op. cit, p 15.

⁴ - ومن بين الأحكام القضائية الفرنسية الصادرة في هذا المجال ما يلي :

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

على اعتبار أنه يقع على عاتق الطبيب التزام يبذل القدر المطلوب من العناية وكذا الجهد الصادق الذي يتماشى مع أصول العلم الثابتة.

وفي نفس الاتجاه وتأييدا لهذا الرأي، فقد أكد القضاء اللبناني بأن تشخيص المرض من قبل الطبيب يقوم على تحديد المرض وتعيين أسبابه، ولا يكتفي بمجرد الفحص السطحي حتى لا يأتي متسرعاً في تكوين رأيه¹. أما القضاء المصري فإنه لم يفرّق بين الغلط العملي الذي يستحق الغفران والغلط الذي لا يغتفر، وأقر بمسؤولية الأطباء في حالة الخطأ في التشخيص مستعملاً منتهى الشدة²، لأن واجبهم الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة.

ولا ننسى أن القانون الفرنسي قد اهتم أيضاً بالتشخيص كعمل طبي، حيث يمكن استخلاص كيفية القيام بالتشخيص من خلال نص المادة 1-4161 L من قانون الصحة العمومية بأعمال شخصية استشارات شفهوية ومكتوبة وكل طريقة مهما كانت³.

=C. Lyon : 01/12/1981.D.1982.276, Cass .civ 1^{ere} 16/07/1991, G.P.17-19-5-1992, Trib. paris 19/03/1971, J.P- 1975 -18016, Cass 1^{er}civ. 29/06/1999, D.2000.S, p 30, cité par: A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op. cit, p 70, 72.

¹ - قرار القاضي المنفرد رقم 1998/1068 بتاريخ 1998/11/10 قرار محكمة التمييز اللبنانية أساس 2001/342، قرار رقم 2001/167 بتاريخ 2001/05/09، ذكر من طرف محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 26، 27. كما قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 1990/1246 بتاريخ 1991/05/12 بأن الخطأ في التشخيص يؤدي إلى خطأ في المعالجة، مما يستوجب التعويض عن الضرر الذي أصاب الطفلة، مشار إليه من قبل: طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، ط. 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، السنة 2004، ص 202. وقد قضت ذات المحكمة في قرار حديث لها رقم 2005/2567 بتاريخ 2006/05/14 بأن ما أصاب المدعية ناتج عن الخطأ في تشخيص مكان الألم وعدم إجراء العملية الأولى في مكانها المناسب وما نتج عن الشاش الطبي وعدم معالجة الأمور بعد العملية الأولى مباشرة، وعليه فإن الطبيب تتحقق مسؤوليته المدنية نتيجة تقصيره وعدم تحززه من أداء عمله للوصول إلى شفاء المدعية أو معالجة حالتها التي أصبحت عليها بعد العملية الأولى للهبوط بمخاطرها إلى حدها الأدنى، للتفصيل يمكن الرجوع إلى مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعة 2010-2011، غير منشورة، ص 276.

² - بحيث قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1953/06/30 بمسؤولية الطبيب عن خطأ في تشخيص أعراض مرض الكلب بأنه روماتيزم بالركبة، رغم علم الطبيب بأن الضحية عقره كلب و التأمّت جراحه على يده، وحقيقة إدانة المحكمة للجاني على جريمة القتل الخطأ لارتكابه خطأ في التشخيص، ولم يتخذ الإجراءات اللازمة والواجبة من تحليل ميكروسكوبي وفحص إكلينيكي للتأكد من حقيقة المرض، مشار إليه من طرف: محمد ريس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 74، شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 38.

³ - Art. L. 4161-1 C.S.P.Fr dispose : « Exerce illégalement la médecine : 1°- Toute personne qui ne prend part habituellementà l'établissement d'un diagnostic.....par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient..... »

كما ألزم المشرع الفرنسي الطبيب بأن ينجز تشخيصه بعناية كبيرة وأخذ الوقت اللازم واستخدام كل المناهج العلمية الممكنة¹. بل وأكثر من ذلك ونظرا أهمية التشخيص في الكشف عن الأمراض جعله إجباريا قبل ولادة الجنين، وهذا توكيا لأي عارض يهدد سلامة حال الحمل أو بعده². أما المشرع الجزائري فقد حول الطبيب الحق في القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج اللازمة للمريض مع مراعاة إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية³. ومن زاوية أخرى فقد حرص على أهمية إجراء التشخيص من خلال منع الأطباء من ممارسة مهنتهم في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج وأكد على ضرورة توفير جميع التجهيزات التقنية الكفيلة بأداء التشخيص على أحسن وجه⁴. كما حثت المادة 213 مكرر من ق.ح.ت.ج الأطباء والمهنيين الذين يعملون لحسابهم الخاص على استعمال الوسائل والتجهيزات الضرورية لمهنتهم، شرط ألا يعرضوا صحة المريض أو شرف المهنة للخطر⁵.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ الاستشارة والاستعانة بغيره من الأخصائيين، لأن مهنة الطب تقتضي تبادل للخبرات والآراء العلمية وتكاتف جهودهم لخدمة الصحة العامة⁶.

¹ - Art. 33 du Décr. n° 95-1000, du 06/09/1995 portant C.D.M.Fr dispose que: «Le médecin doit toujours élaborer son diagnostic avec le plus grand soin, en y consacrant le temps nécessaire, en s'aidant dans toute la mesure du possible de méthodes scientifiques les mieux adaptées, s'il y a lieu, de concours appropriés.»

² - Art L.2131-1 du C.S.P.Fr: «Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales, y compris l'échographie obstétricale et fœtale, ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité.» L. Dubouis, la responsabilité civile du médecin à raison du diagnostic médical, op. cit, p 19.

³ - وقد جاءت به المادة 16 من م.أ.ط.ج.

⁴ - وهو ما أكدت عليه المادة 14 من نفس المدونة.

⁵ - وقد نصت على أنه: " يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان والصيداللة الممارسين لحسابهم الخاص، أن يقوموا بمهمتهم وفق شروط تسمح بالاستعمال المنتظم للتجهيزات والوسائل التقنية الضرورية لمهنتهم..."

⁶ - إذ نصت على ذلك المادة 45 ق.م.أ.ط.ج، وكذا المادة 69 كما نجد أن المادة 34 تجيز للطبيب الحق في أن يستدعي أكثر من طبيب لمساعدته في وضع التشخيص.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

كما يجب التأكيد في هذا السياق أن القضاء الجزائري اعتبر التشخيص من المراحل الأولى للعمل الطبي، وقد تبعت التطبيقات القضائية لتقرير الجزاء المناسب لهذا النوع من الخطأ¹، ومن ثم يبقى التشخيص الصحيح والجيد هو مفتاح العلاج وموجهه.

البند الثاني: العمل الطبي في مرحلة العلاج ذاته

العلاج هو المرحلة التالية مباشرة للتشخيص، وفيها يحدد الطبيب ما يناسب المريض من طرق وأساليب علاجية قصد تحقيق الشفاء ما أمكن ذلك أو الحد من الآلام والتخفيف منها. إذ يصعب الفصل بين مرحلتى التشخيص والعلاج، فهما عمليتان متتابعتان متوازنتان من حيث الأهمية، لأن الهدف من التشخيص هو الإعداد للعلاج. لذلك تعتبر هذه المرحلة التطبيق العملي لما أقره التشخيص والفحص الطبي².

والجدير بالذكر أن الإسلام عرّف العلاج، وقد اعتبره كمرحلة من مراحل العمل الطبي يعتمد على التداوي³، قبل أن يعرّفه الفقهاء القانونيين⁴. حيث يشمل هذا الأخير مجموعة من الأعمال التي يتخذها الطبيب ويبدأ بتنفيذها عن طريق الأدوية أو التدخل الجراحي، يكون الهدف منها تحسين صحة المريض سواء كان جسمانياً أو نفسياً وتستند أعمال الطبيب إلى حق مقرر له بممارسة مهنة الطب.

¹ - قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 265312 بتاريخ 2003/10/08 بمسؤولية الطبيب الذي حقن مريضة بالأنسولين دون كشف عن مدى قابليتها لذلك، مشار إليه من طرف: عبد الرحيم لنوار، المسؤولية الجنائية للأطباء عن القتل والإصابة الخطأ، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية القانون بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بحدّ، السنة الجامعية 2006-2007، غير منشورة، ص 66، 67. وأيضاً ما نطقت به المحكمة العليا في قرارها رقم 314597 المؤرخ في 2005/07/27 من أن الخطأ في التشخيص الذي على أساسه حدد الطبيب حالة المرض على أنها قرحة في المعدة مع أنها في الحقيقة سرطان المعدة يمثل خطأ فنياً. كما أن القضاة أدانوا الطبيب الذي أخطأ في التشخيص بسبب استعماله الأشعة الذي جرى العمل على استخدامه في مثل هذه الحالة، يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص 51.

² - A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op.cit, p 70.

³ - فقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على التداوي وأمر به في العديد من الأحاديث النبوية منها قوله: "تداووا عباد الله فإن الله لم يضع داء إلا وأن له شفاء." ابن القيم الجوزية، الطب النبوي، ص 27.

⁴ - فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تعريف العلاج بأنه "مجموع الأنشطة الهادفة إلى الحماية من مرض أو علاج مريض أو التخفيف من آلامه سواء بتسكينها أو بالقضاء عليها." نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه دولة في القانون الجنائي، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996 - 1997، ص 295، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 1، السنة 2003، ص 295،

« Le traitement médical est l'ensemble des actes destinés à protéger la maladie, la santé du patient et à soulager celui-ci... » G.B Chammard, P. Monzein, op. cit, p 119.

وبالتالي فإن الحديث عن العلاج الذي يسلكه الطبيب في معالجة مريضه، قد يكون إما وصف العلاج بأدوية معينة (فقرة أولى) أو مباشرته للعمليات الجراحية (فقرة ثانية):

فقرة أولى: مرحلة وصف العلاج وتنفيذه

يأتي وصف العلاج بعد قيام الطبيب بفحص المريض لتشخيص المرض والوقوف على طبيعته بشكل دقيق. ونظرا لغياب نص يحدد التعريف التشريعي للوصفة أو التذكرة الطبية¹ سواء في القانون الفرنسي أو المصري أو الإماراتي وحتى قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري، فقد قام بعض الفقهاء بتحديد مفهومها في مواضع كثيرة².

إذ يقصد بها تلك الوثيقة الرسمية التي يحررها الطبيب المعالج تتضمن تحديد حالة المريض، انطلاقا من عملية التشخيص. وقد سميت كذلك تمييزا لها عن بقية الوثائق الطبية الأخرى التي تثبت فيها أنواع مختلفة من الأعمال الطبية كالتحاليل والأشعة³.

وفي المقابل من ذلك تعد الوصفة دليل إثبات على وجود علاقة بين الطبيب والمريض⁴، مما جعلها تحتل دورا مهما في كثير من الأحيان في بيان الخطأ الطبي للطبيب، فقد يتم الاعتماد عليها في المحاكم أو في أي لجنة تحقيقية.

1 - الوصفة الطبية هي *L'ordonnance médicale* أما الشهادة الطبية فهي *certificat médical* وهما مصطلحان مختلفان فالأولى هي ورقة ذات طابع خاص تحمل بيانات فنية معينة تتضمن وصف دواء أو أكثر، بينما الشهادة الطبية فإنها تشهد على الحالة الصحية للمريض، كما أن الوصفة الطبية لا تسلم إلا للمريض في حين الشهادة الطبية تسلم للمرضى وللأصحاء على السواء، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى محمد ريس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 90، 91.

V. aussi : A. Ossoukine, *L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale*, op.cit, p 293.

² - فمنهم من عرفها بأنها: "ورقة يدون فيها الطبيب المختص دواء أو أكثر للمريض بغرض العلاج أو الوقاية من مرض ما." أحمد السعيد الرقرد، الروشنة "التذكرة الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدي -دراسة مقارنة-، جامعة المنصورة مصر، د.د.س.ط، ص 15. ومنهم من اعتبرها مستند يثبت فيه الطبيب ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص ويبين فيها العلاج الذي وصفه للمريض وطريقة استعماله ومدته، مشار إليه من طرف: محمد فتح الله أسطيري، مسؤولية الأطباء الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الإلماع، ع. 04، أوت 2002، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب، ص 176.

³ - عابدين عصام، الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، رسالة الدكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة مصر، 2005، غير منشورة، ص 65.

⁴ - L. Mélenec, G. Mémeteau, *Traite de droit médical*, T. 6, éd. Maloine, Paris France, 1982, p 83.

وعلى غير العادة فإنه ينبغي الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري اعتبر الرائد الأول في توضيح الشكل القانوني للوصفة الطبية لدرء الإشكاليات التي قد تشوب في الواقع الميداني، حيث يلتزم الطبيب بأن يحرر الوصفة بخط واضح مع تحديد دقيق للأدوية والمقادير والجرعات وكيفية الاستعمال للأدوية الموصوفة على أن تكون الوصفة مؤرخة وممهورة بالتوقيع¹. كما يشترط أن تحرر بالفاظ دقيقة ومقروءة، لكي يتمكن كل من الصيدلي والمريض ومحيطه من فهمها². والحقيقة أن وصف العلاج ليس دائما نتيجة تلقائية لفعل التشخيص، بل هو اختيار بين عدة مخاطر، فإذا ثبت أنها غير مطابقة تثار مسؤولية الطبيب³، رغم ما يحكم هذا الاختيار من مبدأ حرية وصف العلاج⁴.

فقرة ثانية: تنفيذ التدخل الجراحي

قد يؤدي مبدأ الحرية العلاجية إلى أن يمارس الطبيب عملا أصعب بعد أن يصبح العلاج البسيط غير مجديا لتحسين حالة المريض الصحية، بأن يباشر عملا جراحيا Interventions chirurgicales من قبل أطباء مختصين.

وهي لا شك تدخلات طبية تنطوي على كثير من المخاطر لأنها تتضمن اعتداء على جسم المريض عن طريق الجرح أو استئصال أحد أعضاء الجسم الإنساني، وما تستلزمه من ضرورة قيام الطبيب الجراح بواجبه بكل دقة من الفحص إلى التشخيص وصولا إلى إجراء العملية⁵.

¹ - وهذا ما قضت به المادة 13 من م.أ.ط.ج، التي جاء فيها: ".....ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه." وكذا المادة 56 التي تنص على أنه: "ينبغي أن تكون الوصفة أو الشهادة أو الإفادة التي يقدمها طبيب أو جراح أسنان واضحة الكتابة تسمح بتحديد هوية موقعها وتحمل التاريخ وتوقيع الطبيب أو جراح الأسنان."

² - وهو ما أكدت عليه المادة 47 من م.أ.ط.ج: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح أو يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا...."

³ - فقد قضى مجلس باتنة بمسؤولية الطبيب بسبب خطأ طبي في قرار له بتاريخ 15/09/1990، وذلك إثر وفاة شخص نتيجة تناوله دواء موصوف له بغير وضوح مع عدم تبيان طريقة استعماله، كما قضى مجلس قضاء الرويبة بإدانة طبيب أطفال بالحبس لمدة 08 أشهر نافذة لإهماله وعدم حيطته عند تحرير وصفة طبية دون تبيان طريقة استعمال الدواء المحرر فيها بحيث وصف له دواءين متضادين أحدهما منشط للأعصاب والآخر مهدئ لها، وعند استعمالهما معا من طرف أم الطفل توفي الولد نتيجة تشنج عضلي ونوبات عصبية، مشار إليه من طرف يحي عبد القادر، المرجع السابق، ص 51، 52.

⁴ - A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op. cit, p 71.

⁵ - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2011، ص 83.

ولما كانت العمليات الجراحية بهذه الطبيعة الاستثنائية، فإن المحاكم عادة ما تتشدد مع الجراحين أكثر مما تتشدد مع الأطباء¹، لما تتطلبه من عناية أكثر مقارنة بالعلاجات العادية. فلا بد من استنفاد كل طرق العلاج الأخرى والقيام بالفحوصات التمهيديّة من قبل الطبيب الجراح والطبيب المخدر وذلك بمنتهى الدقة².

ولا شك أن قيام مسؤولية الطبيب الجراح تنبع من أهمية الجراحة في حد ذاتها، إذا ثبت أنه لم يؤدي عمله على الوجه المألوف بالمهارة التي تقتضيها وبالمستوى المطلوب منه³، لهذا فإن عمل الطبيب الجراح يتطلب درجة عالية من الحرص.

البند الثالث: العمل الطبي في المرحلة اللاحقة على العلاج

تعتبر الرقابة عنصر مكمل له للتدخل الطبي، وخاصة بعد إجراء العمليات الجراحية، إذ يتوقف على ذلك نجاح أو فشل العمل الطبي السابق برمته⁴. هذا ويختلف دور الطبيب باختلاف الطريقة التي اعتمدها في مرحلة العلاج، إن كان علاجاً عادياً (فقرة أولى) أم جراحياً (فقرة ثانية).

1 - محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة مصر، السنة 1950، غير منشورة، ص 419.

2 - ومن ثم يكون الطبيب الجراح مخطئاً إذا قرر بنفسه القيام بالتخدير دون الاستعانة بأخصائي التخدير المعني أساساً في مثل هذه العملية في غير الأحوال الاستعجالية، محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، تخصص في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية مصر، د.ذ.س.م، غير منشورة، ص 138.

C. Patry, responsabilité de l'anesthésiste évolution et cadre juridique actuel, thèse de doctorat en médecine, faculté de médecine et pharmacie de Besançon, université Franche-Comté, année universitaire 1999, p 24, 25.

3 - ومن قبيل هذه الأخطاء الأكثر شيوعاً أثناء العملية الجراحية هي ترك الأجسام الغريبة داخل جسم المريض، كالمقص وقطعة من القطن الشاش والحقنة ما يتسبب بتقيحات والتهابات تؤدي بحياة المريض. فقد اعتبر القضاء الفرنسي أن كل أخطاء الجراحة موجبة للمسؤولية دون تمييز بين ظروف ارتكابها العادية أو الحرجة، ومنه ما قرره محكمة Aix الفرنسية التي اعتبرت نسيان جسم غريب في جسم المريض خطأ طبيًا جسيماً حتى ولو كان التدخل استعجالياً، مشار أيضاً من طرف: محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 59، 67.

Aix 12/01/1954, J.P.C 1954, V. Y. Haddad, op. cit, p 20.

4 - غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2011، ص 249، نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية-دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 297.

فقرة أولى: الرقابة على العلاج غير الجراحي

تكتسب مراقبة العلاج أهمية أساسية، لاسيما مع استعمال أدوية على قدر كبير من الفاعلية، بسبب مدى تأثيرها على حالة المريض ومدى تقبل جسمه لمكوناتها الكيميائية، مع مراقبة التأثيرات الجانبية الناجمة عن تناولها. لاسيما مع التطور الذي يعرفه مجال الصيدلة واستعمال الأدوية ذات الفعالية والتأثير الكبير والتي تكون شديدة الخطورة أحيانا.

ويُظهر القضاء وبحق، أن هناك تصعيد متزايد في الالتزامات المفروضة على الطبيب، مما يؤدي إلى تقرير مسؤوليته في المجال الجنائي¹. إذ أن تنفيذ العمل الطبي على أحسن وجه ووفقا لأصول العلم المكتسبة، يستلزم من الطبيب مراقبة واعية متى كان العلاج المنفذ ينطوي على قدر من المخاطر أو كان له طابع غير مألوف. فعدم قيام الطبيب بالمتابعة بعد هذا الوصف خطأ منه يرتب مسؤوليته.

فقرة ثانية: الرقابة الطبية بعد التدخل الجراحي

يعد الإشراف في العمل الجراحي أكثر أهمية، لما يتطلبه لما يكتنف هذا الأخير من مخاطر. إذ ينبغي على الطبيب بعد إجراء العمل الجراحي وضع المريض تحت إشراف أخصائي التخدير والإنعاش والذي يقع على عاتقه مهمة متابعة حالته حتى إفاقة من العملية، لتجنب كل ما يمكن أن ينتابه من مشاكل تنفسية أو قلبية أو خطر يصعب تداركه وإلا قامت مسؤوليته².

كما لا يتوقف التزام الطبيب الجراح بانتهاء العمل الجراحي، بل تستمر متابعة المريض بمراقبة تطورات ومضاعفات ذلك التدخل، وبالتالي فإن أي إهمال تقصير من قبله يعد خطأ تتعقد به

¹ - ومن التطبيقات القضائية ما قرره محكمة Poitiers في 1972/03/23 من إدانة الطبيب المتسبب بوفاة سيدة، بعد أن وصف لها علاجا خطيرا دون إجراء فحص سابق وبدون متابعة مباشرة لآثار العلاج الموصوف، وقد أورده محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 94، عبد الهادي بن زبطة، المرجع السابق، ص 185. بل أن القضاء الفرنسي قد توسع في فرض التزام على الطبيب بمراقبة تنفيذ تعليماته، وقد أقرت ذلك المحكمة الابتدائية تولوز Toulouse بتاريخ 1970/06/21، صراحة بالقول أنه: "كان ينبغي على الطبيب طبقا لجسامته الحالة أن يراقب أخذ الحقنة المضادة للتيتانوس، وإذا ما رفض المريض تنفيذ العلاج فكان من المتعين على الطبيب أن يحصل منه على إقرار مكتوب بذلك." علي مصباح إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجزائرية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، بيروت لبنان، السنة 2004، ص 538.

² - فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1977/11/09 بأنه: "يقع على طبيب التخدير التزام برعاية المريض، حتى صحوته الكاملة من الجراحة وعودته التامة إلى كامل وعيه." عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة لمسؤولية المهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 166.

مسؤوليته¹. ناهيك أن الإشراف والرقابة لا يعني وجوب ملازمة المريض طوال الوقت بعدا أو قريبا، لإتمام العملية العلاجية التي تحتاج فترة من الزمن لتحقيق نتائجها. وبعد اطلاعنا على كل ما سبق يمكن القول بأن العمل الطبي يعتبر من الأعمال المهنية التي يصعب مدلولها، فيتصف بالتطور الدائم مع ظهور الاكتشافات العلمية الحديثة. التي أفرزت صورا مختلفة للأعمال الطبية وما يتميز به كل نوع من خصائص وهو ما سنحاول إيضاحه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: صور الأعمال الطبية ومميزاتها

صاحب التطور الحديث في مجال العلوم الطبية التعامل المباشر مع أجزاء الجسم ، كما امتد ليشمل مكوناته ومنتجاته التي أصبحت محلا لتجاربه وأبحاثه، مما ضاعف إلى حد كبير من مخاطره الملازمة لتطوره. فالعمل الطبي لم يعد يقتصر على فن العلاج ، بل تجاوزه لدرجة أنه وصل لاختراق أعماق المخ والقلب، فأصبح يسيطر على ما كان في الماضي يمثل ضربا من ضروب الخيال العلمي².

¹ - عبد الجبار ناجي الملا صالح، التزامات الطبيب في إجراء العملية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية ، جامعة جرش، الأردن، 1999، ص 22. ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11/04/1984، فقد حكمت بإدانة الطبيب لأن المريض بعد إجراء عملية الحقن التي سببت الضرر رغم أنه كان مستيقظا لم يكن قد تم إنعاشه بالمعنى التقني للكلمة وأن أمعاؤه لم تستعد وظيفتها بعد. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث عنها بتاريخ 27/05/1999 بالقول صراحة: "أن طبيب أمراض النساء مرتبط بضمان المراقبة بعد العملية الجراحية التي خضعت لها المريضة خاصة للتحقق من تطور الزيف الذي تطلب إخضاعها لهذه العملية." محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 15، 16.

V. aussi : P-y. Poindron, responsabilité médicale : les médecins sous haute surveillance, le concours médical hebdomadaire des praticiens, 26oct. 2002, n° 33, p 2187, 2188.

كما نجد أن محكمة النقض المصرية قد قضت في حكمها الصادر في 11/02/1973 بمسؤولية الطبيب عن خطئه في رقابته للمريض عقب إجراء العملية الجراحية، حيث تعتبر مكتملة للعلاج بل أهم عناصر العلاج الطبي، أشار إليه: ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي دراسة مقارنة، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2009، ص 216. أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فقد سجلنا وجود قرار صادر عن المحكمة العليا، مؤرخ في 30/06/1990، بحيث قضى بتعويض مريض بترت ساقه اليمنى نتيجة إهمال يتعلق بالعلاج ومراقبة المريض، حيث لم يعطى للمريض أي مضادات للجراثيم بعد العملية الجراحية، وأن عدم تلقيه للعلاج الكافي والضروري لتفادي التعفن أدى إلى بتر رجله، م.ق. للمحكمة العليا، ع. 01، السنة 1992، ص 132، 136.

² - ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان البشري (نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجذعية) -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في الحقوق، د.ذ.س.م، دار الجامعة الجديدة، د.ذ.ع.ط، الإسكندرية مصر، السنة 2013، ص 45.

غير أنه كثيرا ما يتداخل العمل الطبي مع العمل العلاجي L'acte de soin¹، باعتباره أبسط النشاطات التي يؤديها العاملون بالمؤسسات الصحية. حيث لا تتطلب مهارة فنية عالية ولا يحتاج إلى معارف علمية دقيقة أو اجتهاد شخصي أثناء ممارستها، كما لا تنطوي على صعوبة كبيرة بل هي أعمال تقني تطبيقي روتيني². الأمر الذي يجعل ممارستها من غير الأطباء، بحيث يعهد هذا النوع من الأعمال إلى المستخدمين شبه الطبيين أو ما يعرف بالمرضى.

ويبدو مما سبق أن العصر الراهن قد تجاوز مثل هذا التقسيم، حيث بات الطب أكثر فاعلية في معالجة الأمراض المزمنة والمستعصية وإنقاذ الكثير من البشر من موت محقق، كما أصبح أيضا أكثر خطورة، لأنه في بعض الأحيان قد يؤدي إلى أضرار جسيمة نظرا لخروجه عن القواعد القانونية التقليدية المستقرة التي تحمي حق الإنسان في سلامة جسده.

¹ - وقد وضع الفقه معيارين أساسيين للتمييز بين العمل الطبي والعمل العلاجي، معيار عضوي وآخر موضوعي. فالنسبة للمعيار الأول فيكون العمل الطبي هو ذلك العمل الذي يقوم به الطبيب أو الجراح أو المختص بحيث تتصل العمل مباشرة بفن مهن الطب وتكون لصيقة بصفة الطبيب ويكون العمل علاجيا حسب هذا المعيار إذا قام به أي شخص آخر ليست له مؤهلات علمية وخبرة عالية في مهنة الطب كالتقنيون الآخرون من ممرضين ومساعدين طبيين. غير أن هذا المعيار انتقد على أساس أنه لا يتماشى مع الواقع لكونه يركز على صفة منفذ العمل دون أخذ بعين الاعتبار طبيعة العمل المؤدى، الأمر الذي يؤدي إلى الخلط في كثير من الأحيان بين العمل العلاجي والعمل الطبي. وهذا ما دل على فشل المعيار العضوي مما يستدعي البحث عن معيار آخر وهو المعيار الموضوعي أو المادي. إذ يستند هذا الأخير على طبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن صفة القائمين به، بناء على ذلك يعتبر العمل الطبي من بين النشاطات الطبية التي تتميز بتعقيدات كبيرة وصعوبة جدية خاصة في ظل التطورات العلمية المستمرة في ميدان الطب. حيث يتطلب معرفة خاصة ومهارات عالية تسير التطورات العلمية الحديثة في هذا الميدان من جهة أخرى. أما النشاط العلاجي فيكون ذلك العمل العادي البسيط والروتيني كعملية الحقن، التنظيف وتضميد الجروح... إلخ. على هذا الأساس ظل مجلس الدولة الفرنسي قبل 10 جانفي 1992 يميز ولمدة طويلة بين ثلاث طوائف من الأعمال التي تمارس داخل المستشفى، حيث أفرد لكل منها نوع معين من الخطأ لتقرير مسؤولية المرفق الصحي، تشمل الطائفة الأولى الأعمال المتعلقة بتنظيم وتسيير المستشفى، أما الثانية فتظم الأعمال التي يقوم بها طاقم التمريض من ممرضين وممرضات وأخيرا بين الأعمال الطبية البحتة التي يقوم بها الأطباء دون سواهم. لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى جاسم علي سالم الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 404، رشيد خلوي، قانون المسؤولية الإدارية، د.ذ.ع.ط. د.م.ج، الجزائر، السنة 1994، ص 71، 72، عبد الرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2007، ص 156، 157، سلامي عمور، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، د.ذ.ع.ط. د.م.ج، الجزائر، السنة 2004، ص 139.

² - ومثال عن هذه الأعمال العلاجية: وضع الحقن (injections) والرعاية الطبية اللازمة للمريض، القيام بالتضميد وتشمل كذلك الإسعافات الأولية ذات الطابع البسيط التي تمارس على أجسام المرضى، وقد أكد على ذلك مجلس الدولة بقرار مؤرخ في 2000/01/31، قضية مدير القطاع الصحي مستغانم، ضد سليمان (ف)، مأخوذ عن الحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج. 01، د.ذ.ع.ط. درا هوم، الجزائر، السنة 2002، ص 237.

على هذا الأساس فإن الأعمال الطبية تأخذ أشكالاً وأنواعاً مختلفة ومتفاوتة من حيث خطورتها على المريض، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أخذ طرق العلاج منحى متطور، مما خلق مناخاً ملائماً لتنوع الممارسات والتطبيقات الطبية واتساعها. حيث تختلف هذه الصور سواء حسب المعيار القانوني (المطلب الأول) أو حسب الوسيلة المستعملة في العلاج (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أشكال الأعمال الطبية حسب المعيار القانوني

إن النشاط الطبي يتميز بكونه عمل مادي، فتدخل الأطباء وطبيعة نشاطهم لا يتم بموجب قرارات إدارية وإنما بواسطة استعمال آلات ووسائل لها تأثير مباشر على جسم المريض¹. ومن ثم فإن غالبية الفقه المعاصر ومنهم الفقيه "ديمولب"² استقر على التفرقة بين نوعين من الأعمال، التي قد يقوم بها الطبيب وهي الأعمال المادية والأعمال الفنية أو المهنية وإن اختلفوا من حيث ترتيب الآثار القانونية على هذا التمييز. وهو ما سنحاول إيضاحه في الفرعين المواليين:

الفرع الأول: الأعمال المادية أو العادية

فالأعمال المادية هي تلك الأعمال التي لا تتصل بالأصول الفنية لمهنة الطب³، دون مراعاة الحيلة والحذر المفروضة على كل الأشخاص، ومن ثم يمكن للقاضي أن يقف عليها ويقدرها دون أن يأخذ بعين الاعتبار الصفة المهنية لمن يقوم بها⁴.

¹ - J. Penneau, la responsabilité du médecin, 3^{ème} éd, Dall., Paris France, 2004, p 17.

² - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2004-2005، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، د.ذ.ع.ط، 2007، ص 172.

³ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجناحية والتأديبية، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 1998، ص 205.

⁴ - ومن أمثلة ذلك أن يقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية ويده مصابة بعجز بما يعيقها أو يمنعها عن الحركة أو إجرائه جراحة في العضو السليم مثلاً بالفخذ الأيمن بدلا من العضو المصاب بالفخذ الأيسر أو أن يجري عملية جراحية وهو في حالة سكر أو يكون في حالة مرضية لا يستطيع معها القيام بإجراء تلك الجراحة أو يخرج المريض من المصححة قبل استكمال مدة علاجه ... وغيرها، مشار من طرف: صويلح بوجعة، المسؤولية الطبية المدنية، م.ق.، ع. 01، دار القصة للنشر، الجزائر، السنة 2001، ص 65.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

فهذه الأعمال تصدر من الطبيب ولا شأن فيها لصفته وفيها يعامل الطبيب معاملة أي شخص عادي دون الاعتداد فيها بالصفة المهنية، ومن ثم ينتج عن الأعمال المادية خطأ يسمى بالخطأ العادي¹.

الفرع الثاني: الأعمال المهنية

وهي أعمال تتعلق مباشرة بفن الطب، حيث تكون لصيقة بصفة الطبيب، لكونها تتطلب معرفة وسائل علمية كالتشخيص، الفحص بالأشعة والعلاج بالجراحة أو بالأدوية². فالخطأ الناتج في مثل هذه الحالات يكون بالخروج عن المعطيات العلمية المكتسبة والمستقرة في المجال الطبي ولا يتساوى فيها الأطباء مع بقية الناس، و يسمى بالخطأ الفني أو المهني كالخطأ في التشخيص أو العلاج³. وترجع أهمية التفرقة بين العمل العادي والعمل الفني إلى أمرين، أولهما: أن القاضي يقوم بنفسه في الفصل في مسائل الأخطاء العادية ومحاسبة الطبيب عن الإهمال أو الجهل، بأمور كان يجب عليه أن يعلمها. في حين لا يستطيع تقدير الأخطاء المهنية إلا إذا استعان بالخبرة الطبية، لكونها مسائل فنية يصعب عليه الفصل فيها⁴.

أما ثانيهما، فتوجب هذه التفرقة محاسبة الطبيب بالنسبة للخطأ المادي عن أي خطأ يصدر منه سواء كان يسيرا أو جسيما. بينما بالنسبة للخطأ المهني، فقد تطور موقف القضاء الفرنسي وأوجب مساءلة الطبيب عن الخطأ الفني مهما كانت درجته على السواء⁵.

¹ - ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 204، 205.

² - سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، د.ذ.ع.ط، د.ذ.د.ن، السنة 1987، ص 313، 314.

³ - مثل تشخيص إصابة المريض على أنها التواء في مفصل الكوع في حين أنه كسر، كذلك عدم تأكده من أن حالة المريض تسمح باستعمال الوسائل العلاجية أو تحمل التخدير اللازم لإجراء العملية، مشار إليه من طرف: محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 1، السنة الثالثة، مارس 1979، ص 09.

⁴ - عز الدين قمرأوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 81.

⁵ - « toute faute du médecin engage sa responsabilité. » Cass. Civ. 30/10/1963, D. 1964- 81, cité par : A-M. Duguet, op. cit, p 65.

بعدها كان في بادئ الأمر لا يقيم مسؤولية الطبيب أصلا حرصا منه على الأطباء ثم انتقل إلى قصر تقرير المسؤولية عن الخطأ الجسيم فقط دون اليسير، وقد أشار إليه محمد أمين حجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، السنة الجامعية 2008-2009، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، ط. 01، السنة 2013، ص 201، 202.

وقد انتقد جانب كبير من الفقه تقسيم عمل الطبيب العادي والفني على أساس صعوبة التفرقة بينهما في كثير من الأحيان. بحيث يعتبر عنصر الدقة والحرص أثناء العملية الجراحية عملاً عادياً في أول وهلة، كما أن السرعة التي تتطلبها بعض العمليات الجراحية قد تجعل جميع أفعال الطبيب أعمالاً فنية باعتبارها تتطلب الفطنة منه¹.

ومن ثم فقد عدل القضاء أيضاً تدريجياً على عدم التمييز بين الأعمال المادية والأعمال الفنية للطبيب، فالاجتهاد القضائي قد أوجب إعطاء المريض عناية يقظة متفكرة مع المعطيات العلمية، وهذه هي طريقة أداء الطبيب العادي متوسط الحرص والعناية، الذي يعتبره الفقه معياراً للقياس في مختلف مراحل العمل الطبي بدءاً من تشخيص المرض والفحوصات والتحاليل الأولية وانتهاءً بالعلاج².

المطلب الثاني: صور الأعمال الطبية حسب الوسيلة العلاجية

تختلف الوسائل التي يستخدمها الأطباء في مواجهة الظروف الصحية التي قد يتعرض لها الإنسان وتتنوع من أمراض بسيطة إلى أمراض خطيرة ومزمنة، فبعض الأمراض يكفي للشفاء منها مجرد وصف بعض الأدوية البسيطة والحقن وإتباع المريض لنظام غذائي معين. غير أن الأمر التطور العلمي في المجال الطبي أفرز عدة أساليب وطرق مستحدثة. فأصبحت تصنف حسب طبيعة الوسيلة المتبعة في العلاج إلى تطبيقات طبية تقليدية (الفرع الأول) وأخرى حديثة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مميزات الأعمال الطبية التقليدية

تتميز الأعمال الطبية التقليدية بأقل خطورة على صحة المريض، ومن ثم فإنها لا تثير صعوبات كبيرة بالنسبة للوسائل المستخدمة لأن غرضها الوحيد هو العلاج³، فإن تجاوزته دخلت بذلك دائرة الأعمال غير المشروعة.

¹ - محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 116، 117.

² - أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص 105.

³ - محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة -دراسة مقارنة- (التلقيح الصناعي - طفل الأنابيب - نقل الأعضاء)، ط. 01، د.د.د.ن، السنة 1997، ص 01.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

وبالتالي فإن الأصل في ممارسة العمل التقليدي على الجسم البشري يكون بطريقتين، يتجلى الطريق الأول في أنه علاجي يعتمد على الوصف الكيميائي (البند الأول) بينما الطريق الثاني هو عمل طبي جراحي (البند الثاني).

البند الأول: الأعمال الطبية التقليدية البسيطة

فالطبيب على الغالب يستخدم في هذا النوع من التطبيقات وسائل متعارف عليها بين أرباب مهنة الطب كالأدوية والعقاقير وإرشاد المريض إلى إتباع نظام غذائي معين¹. فهذه الأعمال يتبع فيها الطبيب مراحل العمل الطبي المختلفة، بداية من فحصه للمريض إلى أن يشخص حالته على حسب ما أظهرت التحاليل الطبية والفحوص. ويقوم ببيان الوسيلة المناسبة للعلاج، وذلك من خلال ما يدونه في تذكرته الطبية وتحسبا لظهور مضاعفات متشابهة في فترة العلاج.

والجدير بالذكر أن الأعمال الطبية التقليدية قد غدت أعمالا لا يتخوف منها، فنتائجها تكاد تكون مضمونة، لكون ممارسة من قبل كافة الأطباء الذين يتوافر فيهم قدر لا بأس به من الكفاءة². كما أن هذا النوع من الأعمال قد يهتم بحالة المريض النفسية فتعمل على علاجه مما ألمّ به من أمراض نفسية، سواء أكانت ناتجة عن أمراض عضوية وذلك بعلاجها أم كانت لها أسباب أخرى بيد أن الاهتمام بها كان محدودا.

البند الثاني: الأعمال الطبية التقليدية الجراحية

وهي تعرف بالجراحة³ العادية التي تستخدم فيها آلات جراحية متعارف عليها. حيث تلعب الجراحة دورا متميزا عن باقي الاختصاصات الطبية، نظرا لما قدمته من الكثير من المنافع الإنسانية، ذلك أنها تدخل في أعقد الأمور الطبية وأدقها.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، د.ذ.س.ط، ص 72.

² - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 198.

³ - الجراحة لغة مأخوذة من الجرح والملاحظ أن للجرح عدة معاني، ولعل هذا ما اضطلع على تسميته في علم اللغة بتعدد معاني اللفظ وبالتالي فلو وضعنا لفظ الجرح في مجال المعرفة الطبية مثلا: أحالنا إلى معنى: الشق أو استئصال جلد البدن أو في السطح الخارجي أو الداخلي لأحد أعضائه، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجنكي الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه في الشريعة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة النبوية، السعودية، مكتبة الصحابة، جدة السعودية، السنة 1994م، ص 16، عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، ط. 01، دار ابن حزم، بيروت لبنان، السنة 1999، ص 12.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

لذلك فهي تحتاج إلى المزيد من العناية، كما أنها تمارس من قبل متخصصين فيها من الأطباء وهم الجراحين، ولكنه في ذات الوقت عمل بالغ الخطورة لما تنطوي عليه الجراحة من مساس كبير بسلامة جسم الإنسان، إضافة إلى ما تتميز به عملية تخدير المريض من دقة وتعقيدات. وفي الحقيقة يتم اللجوء إلى التدخل الجراحي من طرف الطبيب إذا لم تنجح بطبيعة الحال وسائل العمل الطبي الكيميائي في علاج المريض أو تحسين حالته الصحية، ويقصد بالجراحة الطبية كأصل عام حسب اعتقادنا أمام تنوع المفاهيم الفقهية المتعلقة بهذا النوع من الأعمال¹ بأنها إجراء جراحي يجرى بقصد حماية حياة المريض أو سلامته الجسدية أو استقراره النفسي. والجدير بالذكر في هذا الصدد أن نوع الجراحة التي كانت تمارس من طرف الأطباء في ذلك الوقت يظهر في الجراحة العلاجية (La chirurgie thérapeutique). ويعنى هذا النوع من العمل الطبي بعلاج الأمراض التي لا يمكن شفاؤها إلا بالإجراء الجراحي وتخليص المريض من الآلام². ومع ظهور الوسائل الحديثة فقد تجاوزت الأعمال الطبية الحدود التقليدية فصارت تعالج أمراضا مستعصية كان علاجها في السابق أمرا مستحيلا، وهو ما سنحاول بيانه فيما يلي:

¹ - إذ يقصد بالجراحة مباشرة إجراء العمليات على جسم الإنسان لقطع ما فسد من الأعضاء أو علاجه، كما تعرف بأنها علاج المريض باستخدام الآلات الجراحية، ذكر من قبل: محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجنكي الشنقيطي، المرجع السابق، ص 17، إبراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، محمد علي النجار وآخرون، المرجع السابق، ص 551، وانطلاقا من هذا التعريف الاصطلاحي فإن العمل الجراحي يهدف إلى إصلاح عاهة وهي الآفة التي تصيب موضعا من جسد الإنسان، مشار إليه من طرف: نادية محمد قرماز، الجراحة التجميلية الجوانب القانونية والشرعية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، السنة الجامعية 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 01، عمان الأردن، السنة 2010، ص 36، 37.

² - مندر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، ط. 02، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1995، ص 25. فحسب اعتقاد فقهاء الشريعة الإسلامية لا تخلو الجراحة الطبية التقليدية من حالتين أساسيتين، أولهما: الجراحة العلاجية الضرورية، وهي تكون السبيل الوحيد للمحافظة على الحياة، مثل انفجار الزائدة الدودية، حالة انسداد الأمعاء، حالة انفجار المعدة. كما تشمل الحالة التي يخشى فيها على حياة الأم أو جنينها أو هما معا كجراحة الولادة. ومن ثم يعتبر إنقاذ حياة المريض من الموت هو هدف هذا النوع، فيتعين على الطبيب الجراح حينئذ إجراء العمل الجراحي ولا يجوز له الامتناع، راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، ط 3، دار التربية للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد العراق، السنة 1987، ص 265، عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 322. أما الحالة الثانية فهي الجراحة العلاجية الحاجية، والتي يقصد منها علاج الأمراض، كجراحة قلع الضرس فالحاجة مبنية على التوسع والتسهيل، فيما يمكن للإنسان تركه، أبو الوفا محمد أبو الوفا، العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي، الدورة التاسعة عشر لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، سنة 1996، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 25، 27.

الفرع الثاني: الأعمال الطبية الفنية الحديثة

لا شك أن التطور التكنولوجي في المجال الطبي أفرز من الأساليب المستحدثة ما أمكن الأطباء من الوصول إلى أدق جزئيات الكيان البشري، ومن ثم تعدت حدوده التصرفات التقليدية، بحيث غدا تشخيص الكثير من الأمراض وعلاجها أمرا يسيرا.

ولم يتوقف الأمر على ذلك، بل تجاوزه إلى حد اكتشاف الجينات الوراثية والوصول إلى معرفة تفاصيلها ثم بحثوا كيفية التعامل معها واستغلوها خاصة في المجالات العلاجية والتشخيص المبكر للأمراض من أجل تجنب انتقالها إلى الأجيال المقبلة¹.

وبالتالي فإن التقدم العلمي فرض أنواعا كثيرة من الأعمال الطبية الفنية وصارت أكثر تعقيدا ومساسا بجسم المريض، لعل أهم هذه التطبيقات التي ساعدت على الحد من العديد من المشاكل الصحية والاجتماعية: الجراحة المتخصصة وجراحة المنظار (البند الأول)، عمليات نقل وزرع الأعضاء (البند الثاني)، عمليات التلقيح الاصطناعي (البند الثالث)، عمليات التجميل (البند الرابع) وكذا التجارب الطبية (البند الخامس).

البند الأول: الجراحة المتخصصة وجراحة المنظار

نتيجة للتقدم العلمي في عصرنا الحاضر وبراعة الأطباء في الدراسات والأبحاث أصبحت الجراحة العامة التقليدية غير نافعة لهذا ظهرت الجراحة الحديثة. كما ساعدت الاكتشافات العلمية على ظهور صناعة الأجهزة الطبية، من خلال تقديمه خدمات جليلة لعلماء الطب تظهر في طرق ووسائل حديثة يستخدمها الأطباء للوصول إلى التشخيص الصحيح لما يشعر به المريض من آلام وكذلك عند إجراء الجراحات المتعددة والتي تشكل قذرا من الخطورة نظرا لصعوبتها وخطورة آثارها².

كما نشير إلى أن التطور الهائل الذي لحق بالميادين الطبية أوجد ليس فقط اختصاصات في الجراحة الطبية³ - التي هي في الأصل أحد اختصاصات الطب - بل تعدى ذلك إيجاد اختصاص

¹ - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 03.

² - محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، ط. 01، جمعية عمال المطابع، عمان الأردن، السنة 2000، ص 139.

³ - إذ نجد في العصر الحاضر الجراحة العصبية، جراحة العيون، جراحة الأنف والأذن والحنجرة، جراحة الفم والأسنان، جراحة القلب والأوعية الدموية، جراحة الصدر والبطن، جراحة المسالك البولية والأعضاء التناسلية، جراحة العظام، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: نادية محمد قرماز، المرجع السابق، ص 39.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

داخل الاختصاص¹. وهو ما جعل الجراحة الحديثة المتخصصة على جانب كبير من الدقة والخطورة ينبغي من القائمين عليها بذل العناية، الحيطة والحذر.

بالإضافة إلى ذلك تعد جراحة المنظار من أنواع الجراحة الحديثة، حيث يقوم الجراح بإجراء عملية جراحية عن طريق المنظار. ولها عدة مزايا منها تقليل ألم المريض وصغر الجرح وشفاء المريض وعافيته لا يأخذ وقتاً طويلاً إن نجحت العملية طبعاً².

فالهدف من هذه الجراحة كشفية، بحيث تجرى للحصول على معلومات عن المرض لا يمكن الحصول عليها بالوسائل الأخرى (الأشعة، التحاليل الطبية وغيرها). ومن ثم فإن هذه الجراحة يجب ألا تجرى إلا بعد أن يستنفد الأطباء الوسائل الأخرى الأقل خطراً.

البند الثاني: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

لم يدخر الباحثون جهداً لإسعاد البشرية على هذه الأرض، فاستحدثوا العديد من الأساليب الطبية الحديثة، والتي لم يكن لهم بها سابق عهد، منها إمكانية نقل عضو من شخص لآخر. إذ تفترض عمليات زرع الأعضاء البشرية ونقلها وجود مريض لم تعد وسائل العلاج التقليدية تجدي معه، ولم يبقى له أمل في الحياة إلا بزرع عضو له، عوضاً عن العضو التالف في جسده، ينقل إليه من جسم شخص سليم أو من جثة إنسان متوفى³.

والجدير بالذكر أن هذه العمليات لم تصل إلى ما وصلت إليه من نجاح، إلا بفضل العديد من الاعتبارات الإنسانية والأخلاقية. ومن ثم تحطت نطاق التجارب الطبية، ويرجع ذلك للنتائج شبه المؤكدة لها نظراً لاستقرار المعارف والفنون الطبية بشأنها ومهارة وتمرس القائمين عليها⁴.

¹ - أي أصبح بإمكان أخصائي الجراحة العصبية أن يتخصص بجراحة الدماغ أو بجراحة النخاع الشوكي وكذلك أخصائي جراحة العيون يمكنه أن يتخصص بجراحة الشبكية أو القرنية وجراح العظام يمكنه التخصص في جراحة المفاصل أو تخصص في جراحة العمود الفقري.

² - ومن صورها الكشف عن حقيقة الأورام الموجودة في البطن، الكشف عن حقيقة الأورام الموجودة في الشرج عن طريق النظر والخزغ، الكشف عن حقيقة الأورام الموجودة في القولون مشار إليه من قبل: عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 322.

³ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 2006، ص 363.

⁴ - وقد مرت عمليات نقل وزرع الأعضاء بعدة مراحل وتطورت لتشمل سائر أعضاء جسم الإنسان، فظهور عقار السيكلوسبورين Cyclosporin في السنوات الأخيرة من القرن 20 قد ساهم في ارتفاع نسبة نجاح عمليات زرع الأعضاء إلى حوالي 80%، فأسهم في إنقاذ حياة آلاف البشر، للتفصيل يمكن الرجوع إلى: سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين القانون والشرع، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، د.ذ.س.م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط. 01، السنة 2006، ص 07، 09.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

ومن الطبيعي أن تثير هذه العمليات العديد من التساؤلات بين الفقهاء حول مشروعيتها، نظرا لاختلاف طبيعتها عن باقي التدخلات الطبية في افتراض وجود طرف آخر في العلاقة لا فائدة له من تعريض سلامته البدنية للخطر إن كان حيا¹.

البند الثالث: عمليات التلقيح الاصطناعي

لا ريب في أن التطور العلمي الحديث للعلوم الطبية قد حقق فوائد كبرى في التغلب على العديد من الأمراض المرتبطة بمعالجة العقم وكذا العلاج الجيني. مما أفرز ظهور تقنية جديدة أطلق عليها تسمية التلقيح الاصطناعي² Insemination artificielle .

إذ يعد وسيلة من وسائل التدخل في عوامل التكاثر بغرض المساعدة في تحقيق عملية الإخصاب اللازمة للإنجاب في حالات العقم وعدم الإخصاب التي لا ينفع معها العلاج التقليدي ومن ثم اعتبرت كضرورة اجتماعية، وبخاصة عند العائلات التي كادت تفقد الأمل بالإنجاب³.

وقد شهدت السنوات الأخيرة المصاحبة لظهور تقنيات الإنجاب الاصطناعي عدة ندوات فقهية وفتاوى شرعية اتخذت هذا المبتكر العلمي محورا لها، من جانب الفقه الإسلامي⁴ أو من جهة القانون والتشريع الوضعي⁵.

¹ - فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول موضوع نقل وزرع الأعضاء بين مؤيد ومنكر وإن كانت الغلبة للمؤيدين، إذ أجازوا هذه العمليات ومع ذلك اختلفوا في سند الإباحة، للمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: نصر الدين ماروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن (دراسة مقارنة)، ج 1، ك 3 بعنوان "القوانين والقرارات والبيانات الصادرة في العالم الغربي ومنظمة الصحة العالمية وفرنسا والمتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية"، دار هوم، ط. 01، بوزريعة الجزائر، السنة 2003، ص 63.

² - حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس بالقاهرة، السنة الجامعية 2006، غير منشورة، ص 119، أيمن مصطفى الحمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 241.

³ - زبيدة إقورفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب -دراسة فقهية قانونية-، رسالة دكتوراه في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو الجزائر، السنة 2012، ص 114.

⁴ - فقد اختلف الفقهاء حول مدى مشروعيتها فانقسموا إلى رأي معارض على الإخصاب المساعد بشكل مطلق، واتجاه يبيح ذلك في إطار الزوجية، يمكن الرجوع إلى: محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، ط 1، دار القلم والدار الشامية، بيروت لبنان، السنة 1994، ص 121، 125. أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2006، ص 53، 87، شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2001، ص 84، 96.

⁵ - وقد اتجهت بعض الدول إلى تنظيم هذا التدخل الطبي من خلال إصدار تشريعات تتضمن قواعد وضمانات لإجرائه، ومن ذلك قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الإنجليزي الصادر في سنة 1990 والقانون الفرنسي الخاص باحترام الجسم البشري لسنة 1994 وكذا القانون

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

هذا ويتم التلقيح الاصطناعي بأحد الأسلوبين إما عن طريق نقل مني الزوج نفسه إلى زوجته داخليا ويسمى التلقيح الداخلي (IUI)¹، غير أنه قد تلقح بويضة الزوجة بمني الزوج في أنبوب اختبار ثم تنقل داخل رحم الزوجة، ويدعى التلقيح الإصطناعي الخارجي (FIV/IVF)².

البند الرابع: عمليات التجميل

نتيجة للتقدم العلمي وبراعة الأطباء في الأبحاث وتعاضم دور الأجهزة الطبية الدقيقة، انبثق عن الجراحة العامة تخصصات متعددة منها تخصص الجراحة التجميلية³. وذلك نظرا لمتطلبات الحاجة والرغبات الإنسانية المتزايدة، التي جعلت العمليات الجراحية لا تقتصر على ما هو ضروري للعلاج، بل توسعت لتهدف إلى تحسين مظهر الإنسان⁴.

= الصادر في 06 أوت 2004. أما الدول العربية ونظرا لحداثة الموضوع فغالبيتها لم تخصصه بقوانين خاصة تحدد قواعد تنظيمه بشكل واضح، بالرغم من انتشار المراكز الطبية المتخصصة في إجراء الإخصاب المساعد في بعض الدول كالمغرب وفي مصر، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: زبيدة إقورفة، المرجع السابق، ص 185، 203. أما المشرع الجزائري فنص عليه في المادة 45 مكرر من القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن ق.أ.ج، الصادرة 27/02/1984، ص 18، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر، ع. رقم 15.

¹ - عامر أحمد القيسي، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، ط. 01، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان الأردن، السنة 2001، ص 18، 20، محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، مصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، ط. 01، السنة 2002، ص 490، 497.

² - وإجراءاته تتبع خطوات درجة عالية من الدقة، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 476، 477، عبد الكريم مأمون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. رقم 2، السنة 2004، ص 21.

³ - يقصد بالجراحة التجميلية مجموعة العمليات التي تستهدف إصلاح العيوب الخلقية أو الطارئة وكذا التي تهدف على تحسين صورة الإنسان وإظهاره بمظهر أكثر جمالا، شعبان الكومي أحمد، أحكام التجميل في الفقه الإسلامي، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة مصر، السنة 2006، ص 11، فالمعنى الاصطلاحي للجراحة التجميلية يرتكز أساسا على إصلاح العيوب والتي هي نوعان إما عيوب خلقية كمن يولد مشقوق الشفتين أو عنده أصبع زائدة وإما عيوب طارئة وهي تلك العيوب التي تحدث للإنسان في حياته كالحروق التي تقع على جسم الإنسان وتحدث له آلاما نفسية من جراء ذلك، عبد القادر تيزي، المسؤولية المدنية عن الجراحة التجميلية، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، فرع القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لباس - سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة، ص 21. منذر الفضل، المسؤولية الطبية عن الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 08.

⁴ - نادية محمد قرماز، المرجع السابق، ص 35، محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 202،

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

وقد بدأت ظاهرة جراحة التجميل تزداد بشكل واضح خلال السنوات الأخيرة حتى صارت الآن تسمى بجراحة العصر¹. ولكن لا يخفى على أحد أن هذه الأخيرة تعد من أخطر الأعمال الطبية لكونها تتميز بالدقة، الأمر الذي وقف عليه رجال القانون ودققوا في مجاله من كل زاوية وهامهم حتى الآن مذبذبين بين آرائهم حول مدى التزام جراح التجميل تجاه المريض وما يصادفونه من أخطاء طبية ناتجة عن سوء تقدير العملية الجراحية أو النتيجة التي يحصل عليها المريض ولا يرضى بها². ومع ذلك وإن كانت الجراحة التجميلية لا تزال في أطوارها الأولى وغير منتشرة انتشارا واسعا في الجزائر وبالكيفية المعروفة بها في الدول الغربية المتقدمة. إذ أن مثل هذه العمليات لا تزال تطرح خصومات كبيرة على المحاكم، لذا فإن الالتزامات الطبية لهذا النوع من العمليات ذات طابع خاص. ويجب التمييز هنا بين نوعين من جراحة التجميل، الجراحة الترميمية وجراحة تجميل التحسينية، فبالنسبة للأولى *la chirurgie reconstructrice* وتسمى أيضا الجراحة التصليحية وهي ترمي إلى علاج التشوهات الخلقية إما بالميلاد أو بالاكتساب وهذا النوع يقصد به إعادة الأعضاء الخارجية لجسم الإنسان إلى وضعها الطبيعي من الناحية الوظيفية والشكلية بصورة تقريبية³. أما النوع الثاني فيظهر في الجراحة التحسينية *la chirurgie esthétique*، والتي يقصد بها جراحة تحسين المظهر دون وجود دوافع ضرورية تستلزم فعل الجراحة، بل تهدف إما لإصلاح الشكل أو لتجديد الشباب⁴.

¹ - فقد اتسع نطاق هذه الجراحة نتيجة لهذا التطور ليشمل حالات علاج الحروق والتشوهات الناجمة عنها في الوجه والأطراف، إضافة إلى العيوب الخلقية كالأذن الناقصة النمو وزيادة عدد الأصابع أو التصاقها. وتجميل ما ينجم عن جراحة أورام الفم والوجه وأورام الجلد الحميدة والخبيثة والشرابين والأعصاب، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2011، ص 21، توفيق خير الله، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 497.

² - عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 2، السنة الخامسة، جوان 1981، ص 194، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 229.

³ - منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مذكرة ماجستير في التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض السعودية، السنة الجامعية 2003-2004، غير منشورة، ص 80.

⁴ - لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 92، منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 58.

البند الخامس: التجارب الطبية

تعتبر التجارب على الإنسان¹ من التدخلات الطبية التي لا يمكن تجنبها لتقدم العلوم الطبية والجراحية، فقد اكتسبت أهمية لا يمكن إنكارها. حيث ساعدت في علاج الكثير من الأمراض، كما أنها تزود البشرية يوميا بحلول لمشاكلها الصحية وتزرع الأمل في نفوس الأشخاص المصابين بالأمراض المستعصية التي لا تزال محل بحث وتنقيب من أجل الوصول إلى علاج لها².

ومن ثم عدت النواة الأساسية لتطوير العلوم الطبية والبيولوجية وهي ضرورة حتمية لتقدم البشرية، فجميع الأعمال الطبية الناجحة لم يتم التوصل إليها إلا عبر التجارب الطبية³. كما أدركت أغلب الدول الدور الإيجابي الذي تلعبه هذه الأخيرة في تطوير اقتصادها، باعتبارها المحرك الأساسي للصناعة الدوائية والعلوم الطبية التي تشكل سوقا مربحا يستفيد منه اقتصاد الدولة⁴.

¹ - يقصد بالتجربة في مجال العلوم الطبية بأنها ذلك الانحراف عن الأصول الطبية المتعارف عليها، لغرض جمع معطيات علمية أو فنية أو اكتساب معارف طبية جديدة بهدف تطوير العلوم الطبية والبيولوجية والحيوية. "العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة، ط 1، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، السنة 2011، ص 16. فهي تلك الأعمال العلمية أو الفنية التي يقوم بها الطبيب الباحث على مريضه، من خلال تجريب أثر دواء معين أو طريقة جراحية معينة لم تعرف نتائجها من قبل للحصول على معلومات جديدة، الغاية منها إما خدمة الطب والبشرية، نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 298، 299. أو استجابة لرغبة الطبيب لهوياته العلمية أو لشهوته في الاكتشاف ومن خلال للتدقيق في هذه المفاهيم نجد أنها غير جامعة وغير دقيقة، بحيث أن المفهوم الأول يشوبه القصور من حيث الغاية من إجراء التجارب الطبية، حيث أنه اقتصر هذه الغاية على تطوير العلوم الطبية فقط، وأهمل بذلك غاية علاج المريض المتطوع للتجربة، مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، ط. 01، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، السنة 2005، ص 64. على هذا الأساس يمكن القول أن التجربة الطبية هي كل تدخل جسماني أو نفسي لم تعرف نتائجه من قبل، يمارسه الطبيب على جسم الإنسان أو أحد مكوناته، يهدف من خلاله إلى علاج الشخص المتطوع إذا كان مريضا أو الحصول على معارف جديدة تساهم في تطوير العلوم الطبية وخدمة البشرية.

² - خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، د.ذ.ع.ط، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة مصر، السنة 2010، ص 48.

³ - فقد أشادت أغلب التشريعات بالدور الإنساني الذي تلعبه التجارب الطبية، بحيث اعترفت الفقرة 12 من ديباجة الإعلان العالمي لأخلاقيات العلوم الطبية والبيولوجية بأن إجراء الأبحاث والتجارب الطبية قد عاد بالفضل على الإنسانية في الماضي، وبأنه سيعود عليها بالفضل في المستقبل أيضا من خلال الرفع من سن الحياة والتقليل من الوفيات وتحسين الظروف المعيشية، كما نصت المادة 05 من إعلان هلسنكي على أن تطور العلوم الطبية مرهون بإجراء الأبحاث والتجارب الطبية التي تساهم في فهم أسباب تطور الأمراض وآثارها والبحث عن إيجاد طرق تسمح بتطوير أساليب الوقاية والتشخيص والعلاج، محمد عبد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة، ط 1، مطبعة أبناء وهبة حنان، القاهرة مصر، السنة 1989، ص 11، 12.

⁴ - مرعي منصور عبد الرحيم بدر، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2011، ص 45، مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 66، 67.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

وفي الحقيقة تتميز التجارب الطبية باختلافها عن بعضها البعض، ويرجع هذا الاختلاف إلى اعتبارين اثنين، يتمثل أولهما في الغاية التي يرمى تحقيقها من إجراء التجربة الطبية¹ وثانيهما في طبيعة المحل الذي تجرى عليه التجربة².

الأمر الذي أثار مشكلة التآرجح بين مبدأين مختلفين، فهناك حرية البحث العلمي وما تحتمه من إطلاق حرية الطبيب في إجراء هذه التجارب على الإنسان، ومن جهة أخرى تظهر الحرية الفردية وما تقتضيه من احترام للسلامة الجسدية، إلا فيما يحقق مصلحة عليا يقرها القانون كمبدأ ثاني، وبالتالي محاولة التوفيق بينهما.

هذا ويعد القانون الفرنسي الرائد فيما يخص تنظيم التجارب الطبية نظرا لاكتسابه ترسانة قانونية متكاملة وناجعة معترف بها عالميا مخصصة لإجراء التجارب الطبية³. بخلاف التشريع الجزائري

¹ - إذ تنقسم حسب هذا المعيار إلى ثلاثة أنواع، أولاها التجارب العلاجية *Expérimentation Thérapeutique* ويقصد بها التجارب الطبية التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، من خلال استخدام طرق جديدة في العلاج كالأدوية الجديدة أو الأشعة أو غيرها من الوسائل الحديثة، عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 694. وهي لا تختلف كثيرا عن الأعمال الطبية الأخرى التي يقوم بها الطبيب بشكل يومي أثناء معالجة مرضاه. للمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى أمين مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 39، العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص 20. وثانيها التجارب العلمية البحتة *Expérimentation Scientifique* ويقصد بها تلك الأعمال الطبية لغير قصد العلاج أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الطبيب الباحث على أشخاص أصحاء أو مرضى لا تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة، بل بغرض اكتساب معارف جديدة تساعد على تشخيص الأمراض أو الوقاية منها أو علاجها، عفاة عطية كامل معابرة، حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان والحيوان، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة الدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك الأردن، السنة 2008، غير منشورة، ص 25، أما ثالثها فهي التجارب الطبية الوقائية ويقصد بها مجموعة الأبحاث التي يقوم بها الطبيب على أشخاص لا يهم إن كانوا أصحاء أو مرضى من أجل التأكد من مدى نجاعة مستحضر أو طريقة علاجية في الوقاية من الإصابة مستقبلا بمرض معين، العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2012، ص 31.

² - ويشمل هذا المعيار الصور التالية، أولها التجربة الطبية التي يكون محلها إنسان حي ويقصد بها كل تدخل جسماني أو نفسي لم تعرف نتائجه من قبل يمارسه الطبيب على جسم الإنسان الحي، يهدف من خلاله علاج الشخص المتطوع إذا كان مريضا أو جمع معطيات جديدة في تطوير العلوم الطبية المفيدة البشرية. وثانيها التجربة الطبية التي يكون محلها جنين، حيث يمارسه الطبيب على الجنين. بينما ثالثها فتتعلق بالتجارب الطبية التي تجرى على الإنسان الميت من خلال استعمالها أو تشريحها لهدف علمي. أما الصورة الرابعة فهي تلك التجارب الطبية التي تقع على أحد أعضاء أو منتجات الجسم البشري بغية استعمالها لأغراض علاجية أو علمية. مشار إليه من طرف: منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الكوفة، السنة الثانية، ع. 07، نوفمبر 2010، ص 14، 15.

³ - L. n° 88-1138 du 20/12/1988, relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

الذي تطرق لموضوع التجارب الطبية بطريقة عفوية غير ممنهجة، بحيث اكتفى بتحديد بعض الشروط الخاصة بها¹.

ورغم كل ما سبق تبقى التجارب الطبية والبيولوجية على الإنسان محاطة بالمخاطر ويعرض جسمه إلى انتهاكات خطيرة². وهو الأمر الذي لا بد أن يحاط بقدر واف من الضمانات وتقرير مزيد من الحماية لحقوق المرضى، لأن التجربة بوجه عام غير مضمونة النجاح في كثير من الأحيان، خاصة إذا تم إجراؤها على إنسان سليم بغرض البحث العلمي. كما أن الطب كأحد العلوم يعتمد اعتمادا كبيرا إن لم يكن كلياً على التجربة والمراقبة.

=L. n° 94-548 du 01/07/1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé.

L. n° 94-653 du 29/07/1994 relative au respect du corps humain.

L. n° 94-654 du 29/07/1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produit du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal, cité par : A. Sériaux E. Putman, le droit de la biologie humaine : vieux débats, nouveaux enjeux, Ellipses, Paris France, 2000, 53, 56.

¹ - وذلك في المواد 1-168، 2-168، 3-168، 4-168 من القانون رقم 90-17، المؤرخ في 1990/07/31، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق ب: ح.ص.ت.ج، ج.ر.ع. ع. 35، لسنة 1990.

² - سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د.ذ.س.ن، ص 34.

خلاصة الفصل التمهيدي:

ونافلة القول من خلال دراسة هذا الفصل أن خصوصية العمل الطبي تجعل من ممارسته تنطوي على قدر كبير من الحساسية، كونه نشاط ينصب على جسم الإنسان وما يمتنع هذا الأخير من حرمة لا يجوز المساس بها، الأمر الذي يقتضي رعاية وعناية من جهة ومن جهة أخرى توفير كل الحرية في الممارسة تشجيعا لروح المبادرة والابتكار والبحث العلمي.

وما من شك أنه في ظل تنامي مؤشرات الصحة والبحث عن الأساليب العلاجية الجديدة واستخدام تكنولوجيا المعلوماتية في الطب نقول بأنه يجدر بالباحثين والقانونيين الحديث عن النشاط الطبي بدلا عن العمل الطبي الذي يظهر قزما أمام تعاضم دور ومكانة الطب والأطباء في الوقت الحالي.

من جهة أخرى فإنه يتبين لنا من المراحل الزمنية المكونة لدورة حياة العمل الطبي التكامل والتسلسل الحاصل بينها، بحيث لا يمكن لواحدة أن تتم دون أخرى. فالفحص الطبي أول اتصال بين الطبيب والمريض، يمثل المرحلة التمهيديّة للوصول للتشخيص السليم للمرض، الذي يعتبر نصف العلاج، لأن معرفة الداء تقتضي وصف الدواء أو اختيار العلاج المناسب والملائم ثم الإشراف على تنفيذه أو المباشرة به إذا كان جراحيا وأخيرا لا بد من متابعة المريض ومراقبته والنظر في مدى استجابته للعلاج وتمثله للشفاء.

بالإضافة إلى ذلك فإن هذه السلسلة الزمنية والمنهجية من التصرفات التي يقوم بها الأطباء خدمة للمرضى وللصحة ونظرا لرحابتها وشمولها لكافة الأعمال الطبيب المفترضة، تجعلنا نؤكد ونناصر الاتجاهات الفقهية والتشريعية المنادية بشمولية مفهوم العمل الطبي حتى يتسع لكل ما تناولناه بالدراسة.

وهذا ما يسمح بدوره باستيعاب كل ما استجد لدى الأطباء من أفكار وأساليب من جهة، ويثري القرينة القانونية والقضائية بكل تشعبات الأعمال الطبية وفي نفس السياق يكون مضمون العمل الطبي محددًا رئيسيا لأبعاد ونطاق إقامة مسؤولية الأطباء وما يقتضيه من ضرورة إعادة النظر في مجالها التقليدي.

الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي

كما توصلنا إلى نتيجة تبدو غاية في الخطورة، بحيث ظهرت في عصرنا الحالي تقنيات طبية أكثر تعقيدا من عمليات زرع الأعضاء وأكثر حداثة كعلم الجينات والهندسة الوراثية. فهذه الأعمال الطبية الحديثة تعتمد اعتمادا كبيرا على الأجهزة الطبية الفنية الحديثة بنسبة عالية، مما جعلها تتسم بخطورة آثارها وتأثيرها المباشر على صحة المرضى.

على ضوء ذلك سنخصص الباب الأول لدراسة معالم الحماية الموضوعية للمريض على وقع جميع التطبيقات الطبية التي تجرى على جسمه مهما كانت طبيعتها.

الباب الأول:

معالم الحماية الموضوعية للمريض
على ضوء التطور الطبي

إن التغيرات والمخاطر التي أفرزتها التطورات العلمية الحاصلة في المجال الطبي أصبحت تهدد حياة وسلامة المريض، الأمر الذي استوجب وضع سياج من المبادئ القانونية تحكم العلاقة بداءة بينه وبين الطبيب، بحيث تجد منطلقها أولاً من فكرة الممارسة الأخلاقية لمهنة الطب¹.

غير أن الأمر لم يقف عند هذا الحد، بل أصبحت حماية المريض في طليعة التشريعات الصحية ومن صلب اهتماماتها، فمهما كانت أسباب مرضه عضوية أو نفسية أو عقلية، فإن المريض يتمتع بحقوق تحمي إرادته وتضمن سلامته. وذلك بحكم ضعف حالته الصحية التي تتطلب التكفل بتقديم العلاج والعناية اللازمة له، خصوصاً مع انتشار الأجهزة الطبية والوسائل العلاجية الحديثة² التي أفرزت مفهومها واسعاً لضمان سلامته من كل الأضرار التي قد تحدث به جراء استعمالها.

ومن جهة أخرى يعتبر احترام إرادة المريض المبنى الأساسي للمعالجة السليمة، إذ يملك هذا الأخير حرية قبول العمل الطبي أو رفضه احتراماً لحرية الشخص وحياته الجسدية. كما أنه لضمان سلامة إرادة المريض منحه المشرع الحق في الإعلام أي حقه في معرفة طبيعة العلاج ونتائجه وانعكاساته. فعلاوة على حرته في اختيار طبيبه فإن المريض يبقى حراً في تقرير مصيره وعلى الطبيب أن يمدّه بالمعلومات الكافية بطريقة مبسطة.

وبالتالي فإن قبول المريض لا يعتبر مجرد صيغة أو شكل واجب للتدخل العلاجي، إنما هو منهج يستند إلى الحوار بين الطبيب والمريض، حيث يستمد كل منهما معلوماته من الطرف الآخر³. لأن نشاط الطبيب ينطوي على جانبين أساسيين يكمل أحدهما الآخر: الجانب الفني والجانب الإنساني.

ولعل القضاء الفرنسي احتل مكان الصدارة، من خلال خلقه لاجتهادات قضائية تساهم في التطور العلمي وتحقيقاً منه لمصلحة المريض، فنجد أنه أسس ملامح الحق في الإعلام الطبي عن طريق تحديد نطاقه الذي اتسع حسب تطور طبيعة التدخل الطبي المزمع القيام به على جسم المريض هذا من جهة.

¹ - C. Herzlich, Janine Pierret, op. cit, p 240, 241.

² - بابر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، ط. 01، دار الحامد للنشر، السنة 2002، ص 82، 83.

³ - مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج - دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي -، د.ع.ط، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، السنة 1992، ص 16.

ومن جهة أخرى حرص على تجسيد استقلالية المريض في اتخاذ قراره المناسب، من خلال منحه حرية الاختيار المسؤول بقبول التدخل الطبي أو رفضه، بناء على تمتعه بالحق في سلامة جسده وفي تقرير مصيره¹.

ويبدو أن حرية الشخص وحرمة جسده يرتبط أيضا بحقه في احترام حياته الخاصة وعدم تدخل الغير في خصوصياته²، إذ يعد كتمان الأسرار الطبية من أهم العناصر التي تكفل الحماية القانونية للمريض من حيث شرفه واعتباره.

ونظرا لما يحمله مضمون العلاقة الطبية من ثقة تنشأ من المريض، على أساسها يباشر الطبيب الأعمال الطبية على جسمه. فقد حرصت التشريعات الوضعية على تجريم أي إفشاء للمعلومات التي قد يفضي بها المريض أو يتوصل إليها الطبيب من خلال خبرته الفنية.

غير أن تطور وتعقد تقنيات التواصل بين الأفراد جعلت اختراق تفاصيل خصوصيات حياة المريض والغوص فيها سهل دون أن يترك أي أثر لإثبات هذه التجاوزات والانتهاكات. الأمر الذي أثر على طبيعة العلاقة الطبية التي لم تعد تتسم بالقوة لاضطرابها، نتيجة إحصام الكثير من المرضى عن البوح بأسرارهم سواء الشخصية منها أو المتعلقة بمحالتهم الصحية.

على هذا الأساس خصصنا هذا الباب لدراسة المعالم التي وضعها كل من التشريع والقضاء لإرساء مركز قوي للمريض، في مواجهة التحديات التي تعترضه عند مباشرته للممارسات الطبية بقصد تحسين حالته الصحية.

حيث سنلقي الضوء في البداية على مسألة حرية المريض واستقلالته في مواجهة الممارسة الطبية (الفصل الأول) من خلال إبراز حق المريض في تلقي العناية والرعاية الطبية اللازمة بعد حصول الطبيب على موافقته المستنيرة، لنتقل إلى دراسة الحياة الخاصة للمريض التي تتأرجح بين الالتزام والحرمة (الفصل الثاني)، حرصا منا على خطورة الانتهاكات التي تحدث في الواقع الصحي وللتأكيد على تعلق الأسرار الطبية بكرامة الإنسان وشرفه.

¹ - أيمن خالد مساعده، نسرین محاسنة، الالتزام القانوني بتبصير المريض بالتدخل العلاجي المقترح، دراسات، علوم الشريعة والقانون، م. 37، ع. 01، السنة 2010، ص 184.

² - رضا هميسي، محمد لموسخ، حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ص 159.

الفصل الأول: المريض بين الحرية والتقييد في مواجهة الممارسة الطبية

مما لا شك فيه أن مبدأ احترام إرادة المريض وجد معارضة شديدة من جانب الأطباء، هذه المعارضة ما تزال بصماتها واضحة في سلوك الكثير من الأطباء الذي يستنكفون إشراك المريض في القرار الطبي. لذلك فقد ساد بعض الأوساط الطبية لفترة طويلة في فرنسا اتجاه وصف بنظرية الهيمنة الطبية يدعو بوصاية الطبيب على المريض وعدم الاعتداد بإرادته، استنادا إلى العلاقة غير المتكافئة التي تجمع بين الطبيب والمريض¹.

وهكذا انقلب واجب الطبيب في علاج المريض في نظر أنصار الهيمنة الطبية إلى حق للطبيب في علاج المريض لا يمكن أن يشاركه فيه أي إنسان حتى ولو كان المريض نفسه « le médecin a un véritable droit de guérir. » وإزاء هذه النتائج تبدو هذه النظرية من الأفكار المخيفة جدا لا يمكن التسليم بها، لقيامها على تسلط الطبيب وهيمنته على المريض².

لهذا لم تلق نظرية الهيمنة الطبية تأييدا ووجهت لها انتقادات شديدة من طرف رجال القانون والفقهاء والقضاء الذين نعتوها بالإمبريالية الطبية Le paternalisme médical³ وذهبوا على العكس إلى وجوب احترام إرادة المريض وحرية في كل تدخل طبي.

¹ - إذ يذهب أنصار الهيمنة أو التسلط الطبي في تأسيسهم لهذه النظرية إلى عدة اعتبارات، أولاها يستند إلى جهل المريض بفن الطب وحقائقه، بالمقابل، فإن الطبيب بصفته مهني، لديه من المؤهلات والخبرة ما يسمح له بتحديد طبيعة العلة التي يعاني منها المريض وأسبابها ومداهما، فهو وحده يستطيع أن يقرر ما يراه ضروريا لحالته الصحية. كما يستند أنصارها إلى اعتبار ثاني مفاده أن المريض يفقد الكثير من قدراته الفكرية بسبب المرض، مما يجعله في حالة نفسية مضطربة لا يسمح له بتقدير الأمور تقديرا سليما. وهناك اعتبار ثالث يستند إليه أنصار نظرية الهيمنة الطبية مفاده أن إشراك المريض في القرار الطبي من شأنه أن يؤثر تأثيرا سلبيا على فعالية العلاج الطبي المقترح، فإذا ألزم الطبيب بإخبار مريضه بالطرق العلمية المؤدية إلى تشخيص المرض وتحديد جميع المخاطر، التي قد يتعرض لها المريض سواء كانت احتمالية أو ثابتة الوقوع، فإن ذلك من شأنه أن يبعث في نفس المريض الخوف والرعب يدفعه على رفض العلاج، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي (دراسة مقارنة)، ط 1، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مكتبة الكويت الوطنية للنشر، الكويت، السنة 2000، ص 15، 16.

L. Mélenec, A. Dorsner-Dolivet, traité de droit médicale, T. 05, les honoraires médicaux, éd. Maloine S.A., Paris France, 1981, p 05, 06.

² - وقد زاد التقدم الطبي في تأكيد هذه الهيمنة بصورة شبه كاملة على علاقته بالمريض، لاسيما مع انتشار استعمال التخدير في العمليات الجراحية أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي، المرجع السابق، ص 89.

³ - بل أن البعض وصفها بحق بالفاشية الطبية le fascisme médical، فلم تعد لهذا الاتجاه سوى قيمة تاريخية في فرنسا، V. aussi : S. Rameix, la sortie du paternalisme à l'autonomie des patients, éd. Lannec, France, n° 1 oct., 1997, p 10.

والجدير بالملاحظة أن زوال نظرية التسلط والهيمنة الطبية قد تعاصر مع بدايات التكريس الفعلي لمبادئ حقوق الإنسان¹. ومن ثم فإن هذا الاتجاه يؤكد على ضرورة مراعاة أنسنة العلاقة التي تجمع الطبيب بالمريض، والذي يطلق عليه فكرة الإنسانية الطبية *L'humanisme médical* ومفاده أنه يمنع على الطبيب القيام بأي عمل طبي على قدر من الخطورة دون إرادة المريض². وفي هذا الإطار يرى أنصار هذه النظرية أنه إذا كان العمل الطبي يقوم على قدر من الأهمية، فإن المنطق والعدالة يقضيان بالاعتراف للمريض بحق الاختيار بين قبول مخاطر العلاج المقترح وبين تحمل مخاطر المرض وتطوره الطبيعي³، احتراماً للحرية الشخصية والكرامة الإنسانية وتكريساً لحق الإنسان على جسده الذي يمنع المساس به⁴.

ونتيجة للقول فإنه إذا كانت حماية الحرية الشخصية للمريض وكرامته الإنسانية تمثل الأسس الأخلاقية التي ينهض عليها مبدأ احترام إرادة المريض⁵، فإن هذا المبدأ لا تكون له الصفة الإلزامية إلا إذا أسند إلى أسس قانونية بالغة الأهمية، تكفل وجود جزاء يوقع على من يخالفه. إذ تتجلى من ناحية في العلاقة التي تربط المريض بالطبيب⁶، والتي يتولد عنها التزام الطبيب بعدم المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضائه بالعمل الذي يزمع القيام به. وما من شك

¹ - وذلك بمقتضى المواثيق الدولية، وبأني في مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والذي تؤكد ذلك في العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الذي انبثق عنه حقوق متعلقة بكرامة الشخص الإنساني الأصيلة، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 19.

² - G.-E. Pense, F. Halmann, H. Poltier, S. Romagnoli, *cloner un individu lui cause-t-il du tort, le clonage humain en arguments*, Frank Haldmann, Hugues Poltier, Simone Romagnoli, *contreverses en éthique*, n° 01, éd. Georg, Genève, 2013, p 124, 125.

³ - فتيحة مصايحي زعنون، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - A. Kahn, *le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon, le clonage humain en arguments*, Frank Haldmann, Hugues Poltier, Simone Romagnoli, *contreverses en éthique*, op. cit, p 161, 162.

⁵ - A. Dutier, *la place de l'imagerie médicale dans la relation soignant/soigné lors de l'annonce en cancérologie*, thèse de doctorat de éthique médicale, laboratoire d'éthique médicale de médecine légale, université Paris Descartes-Paris V, année 2007-2008, non publié, p 46, 47.

⁶ - فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة شخصية، حيث يكون شخص الطبيب محل اعتبار، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص 37، راجي عباس التكريتي، المرجع السابق، ص 204.

فإنه يحكمها العقد المبرم بين الطرفين¹، والذي يعد في اعتقادهم الإطار التقليدي لمبدأ احترام إرادة المريض.

كما أن هذا المبدأ يبقى قائما حتى في الحالات التي لا يوجد فيها عقد بين الطرفين²، هذا وإن دل على شيء، إنما يدل على أن هذا المبدأ يستند إلى أسس مهنية أبعد مدى من العقد ترتبط بمباشرة الأعمال الطبية وما تتضمنه من مساس بسلامة الإنسان البدنية، بحيث يجد أساسه في معصومية جسم الإنسان³.

هذا وقد قام المشرع الفرنسي حديثا بإدخال مبدأ احترام إرادة المريض في صلب ق.م، فأسنده إلى فكرة عصمة جسم الإنسان وحرمة، ولكنه لم يهمل في الوقت ذاته مصلحة المريض⁴. وفي نفس السياق كرس التشريع الجزائري هذا المبدأ وما يترتب عليه من حق في السلامة البدنية والنفسية وحق التعبير عن الإرادة الحرة المستقلة وتقرير المصير⁵.

¹ - «..... L'idée de contrat, au centre de la médecine humaniste, repose sur le consentement du malade au contrat médical, car le premier attribut juridique de chaque personne est l'intangibilité de son intégrité corporelle et, des principes de sa vie. Il n'y peut être touché, même par le médecin qu'avec son consentement. » R. Savatier, J.M Auby, traité de droit médical, op cit, p 247, 250.

² - فقد تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية استثناء في حالات أخرى، مراد بن صغير، البعد التعاقدية في العلاقات الطبية دراسة مقارنة، دراسات قانونية، مجلة صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، نوفمبر ع. 04، السنة 2007، ص 309، 310.

³ - إذ يعتبر عصمة الشخص الإنساني تطوّر هام في اتجاه إعلاء القيم والمثل الإنسانية، كما فرض سياج من الحماية القانونية المدنية والجنائية لجسم الإنسان حتى يستمر على كماله للقيام بأعباء ووظائفه الاجتماعية التي يفرضها عليه المجتمع تحقيقا للمصلحة العامة، حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع. 01، السنة الأربعون، جانفي، 1998، ص 27، 28.

4 - Art. 16-1 du L. n° 94-653 du 29 Juil. 1994, relative au respect du corps humain qui dispose : « Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. » Art. 16-3 stipule que : « qu'il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne, le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement ... » J.O.R.Fr. 30 Juil. 1994

⁵ - سواء بموجب قواعد الدستور، إذ تؤكد المادة 40 من القانون رقم 16-01، المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري، على ضمان الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان، ج.ر.ع. رقم 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07، ص 03. كما نجد منطلقه أيضا في م.أ.ط. ج بمقتضى المادة 2/06 التي ربطت ممارسة مهنة الطب ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري، ونفس السياق تؤكد المادة 07 على مبدأ احترام شخص المريض وكرامته الإنسانية، وكذلك المادة 46 التي توجب على الطبيب أن يتقيد على الدوام بالسلوك المستقيم حسن الرعاية وأن يحترم شخصية المريض وكرامته.

ومهما يكن الأمر فإن مبدأ احترام إرادة المريض يتضمن عنصرين يكمل أحدهما الآخر، لأن العلم هو وسيلة الاختيار والموافقة الواعية. غير أنه قبل الحديث عن الأوجه الميدانية لهذا المبدأ، قد تثبت للمريض مجموعة من الحقوق وفقاً للتسلسل الزمني، فنجد أول حق جوهرى يتمتع به كل من اعتلت صحته هو الحق في العلاج، وذلك للتخلص من الوهن والضعف الذي يعاني منه جراء المرض. على هذا الأساس فإن دراستنا في هذا الفصل سوف تتوزع إلى مبحثين نخصص الأول لإبراز حق المريض في العلاج وحرية في الاختيار وما ينجر عنه من نتائج هامة على الصعيد القانوني أما الثاني فيتعلق بمعالجة التطبيق العملي لمبدأ احترام إرادة المريض، من خلال الحديث عن الحق بتبصير المريض وكذا حقه في التعبير عن رضائه بالعمل الطبي.

المبحث الأول: حرية المريض في العلاج

تثبت للمريض حقوق كثيرة تمتد باعتبارها تندرج ضمن حقوق الإنسان كحقه في الحياة في سلامة بدنه، ومن ثم فيعادل ذلك أنه إذا مرض له الحق في أن يعالج. ومن ثم لا يكون عمل الطبيب أو الجراح مشروعاً إلا إذا كان مقصوداً به علاج المريض أي تخليصه من مرضه أو تخفيف حدته¹. والمسألة الجوهرية التي يثيرها هذا الحق هي تحديد من يقع عليه الواجب المقابل لهذا الحق. وإذا كنا لا نعني بواجب الدولة في أن تهيأ لكل مريض وسائل العلاج والتي باختلاف نظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية²، فالذي يعنينا ونحن بصدد دراسة هذه المسألة هو حق المريض قبل الطبيب الذي يتعين عليه القيام بواجب العلاج، بحيث يعتبر امتناع هذا الطبيب عن العلاج إخلالاً بواجبه نحو المريض قد يقيم مسؤوليته على ذلك.

ولدراسة ذلك سوف نقسم هذا المبحث على الوجه الآتي: المطلب الأول الذي نتطرق فيه إلى حق المريض في العلاج، والذي توسع مفهومه في حقيقة الأمر نتيجة للتقدم العلمي في مجال الطب وما استحدثته من تطبيقات طبية بالغة الخطورة والدقة، لنتقل في المطلب الثاني من أجل دراسة مدى قابلية المريض لقبول العلاج أو رفضه والآثار المترتبة على ذلك.

¹ - محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 190.

² - منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، 1981، ص 14.

المطلب الأول: حق المريض في العناية الطبية

يعد الحق في العناية الطبية من أهم الحقوق الصحية التي يتمتع بها المريض مطلقا اتجاه طبيبه¹، لتحسين حالته وشفائه دون أي تمييز بين إنسان وآخر لأي سبب كان. إذ يتفرع عن هذا الحق حقوق أخرى لا تقل عنها أهمية، إلا أنها لا تأتي في المرتبة ذاتها. لهذا سوف نكتفي بتناول حق المريض في العلاج كأصل عام.

وتجدر الإشارة إلى أن ظهور الأعمال الطبية المستحدثة أدى إلى توسع مفهوم المعالجة، الذي ترتب عنه بذلك اتساع نطاق حق المريض في العلاج المستحدث حسب الأصول الطبية المعاصرة في مقابل الحرية العلاجية المقررة للطبيب في هذا الخصوص². لهذا فإنه لا بد من تحديد مضمون هذا الحق بدقة وفق مبدأ الحرية العلاجية (الفرع الأول) ثم إبراز طبيعة العلاج السليم الثابت في حق المريض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون الحق في العلاج وفقا لمبدأ الحرية العلاجية

إن أول حق ينشأ للإنسان عندما تعطل صحته هو حقه في العلاج بغض النظر عن سنه وحالته الصحية. ولكي يكون هذا الحق ناجعا يجب أن يكون العلاج المقدم للمرضى سليما وتكفله خدمات طبية مناسبة³. لهذا يركز هذا الحق على البعد الاجتماعي أكثر منه البعد الفردي. غير أن هذا الحق لا يتجسد فعليا، إلا باختيار الطبيب للعلاج الذي يراه مناسبا أو طريقة التدخل الملائمة للمريض. وترتبا لذلك ونظرا لخطورة هذه المسألة من الناحية القانونية آثرنا تقسيم هذا الفرع، حيث نتناول في البند الأول تحديد هذا الحق الثابت للمريض وعلاقته ببعض المصطلحات ذات الصلة به ومدى عالميته، لننتقل في البند الثاني من لدراسة مبدأ الحرية العلاجية وتحديد نطاقها لما لها من دور في إيضاح مضمون العلاج في حد ذاته.

¹ - J-M Clément, droits des malades et bioéthique, Manuels B- L. Santé 20, Berger-Levrault, Paris France, 1996, p 69.

² - فاعتبر المدمن على المخدرات مريضا ومحقا في طلب المعالجة دون اتخاذ أي إجراء تتبع ضده إن هو تقدم بطلب كتابي مصحوبا بشهادة طبية إلا أنه لا يمكن الانتفاع بهذا الإجراء إلا مرة واحدة، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 20.

³ - السيد هشام الكسيبي، حقوق المريض، مجلة القضاء والتشريع، الصادرة عن مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل بتونس، ع. رقم 08 خاص بافتتاح السنة القضائية 1996-1997، السنة 38، أكتوبر 1996، ص 106.

البند الأول: المقصود بالحق في العلاج الثابت للمريض

إن الحق في العلاج يرتبط أساسا بالحق في الصحة¹، فلا يقتصر حق كل فرد في العلاج فحسب بل حقه في الحماية ضد أي اعتداء على صحته، وإلى جانب تمتعه بحق الاستفادة على وجه المساواة من جميع التدابير والإجراءات التي تقتضيها علاج الأمراض والوقاية منها². لذلك لا يمكن أن ننظر إليهما منفصلين وإلا أصبح المصطلح خاليا من محتواه، على اعتبار أن الحق في الصحة يرتب التزاما عاما بالامتناع عن الإضرار بصحة الغير، مثلما يرتب التزاما خاصا على الأطباء بالاستجابة لدعوة المريض عند طلبه للعلاج³.

غير أننا نعتقد أنه من الأصوب تجاوز مناقشة التسمية بالبحث في مضمون هذا الحق - كما حددته المواثيق والنصوص التي أقرته- والبحث عن التدابير التي يقتضيها إعماله من جهة، وما إذا كان هذا الحق يخول صاحبه حق المطالبة به أمام القضاء من جهة أخرى.

وفي واقع الأمر فقد تجسد هذا الحق في أغلب المواثيق والعهد العالمية من خلال نصها على حق الإنسان في الحياة وفي الصحة وفي سلامة الجسد⁴، مما يعني ضمنا حق كل إنسان في العلاج في حالة مرضه.

¹ - J- M de Forge, op. cit, p 09.

² - وقد وجد من يشكك في هذه التسمية معتبرا أن الصحة ليست حقا، لأنها قد لا تكون يسيرة المنال أو يمكن توفيرها، وأن القول بأن الصحة حق بمثابة محاولة إلغاء للمرض. ناهيك عن البعض الآخر الذي اعتبر أن تسمية الحق في الصحة لا تعني شيئا من الناحية اللغوية، فالصحة هي حالة السلامة الاجتماعية. والملاحظ أن التشكيك لم ينصب على التسمية فقط، بل يستعاض عنها بتسمية أخرى هي الحق في الرعاية الصحية، لأن الحق في الصحة ليس حق شخصي مطلق لرعاية الوضعية الصحية التي يرغب الفرد الوصول إليها، رمضان قنذلي، الحق في الصحة في القانون الجزائري دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة بشار، ع. رقم 03، السنة 2008، د.د.د.ن، ص 54. وقد اهتم الإسلام بصحة الأفراد، كما استخدم أسلوب الطب الوقائي للحفاظ على الصحة العامة، خديجة النراوي، موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام، ط. 01، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة مصر، د.ذ.س.ن، ص 539، 542، محمد عنجريني، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون نضا ومقارنة وتطبيقا، ط. 01، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2002، ص 40، 44.

³ - أحمد أدريوش، الحق في الصحة كحق من حقوق الإنسان، ك. 07، سلسلة المعرفة القانونية، د.ذ.د.ن، السنة 1999، ص 107.

⁴ - فقد جاء الفصل 25 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 في فقرته الأولى يتضمن مقتضيات أساسية تتعلق بالصحة وكذلك دستور منظمة الصحة العالمية الذي جاء يقضي في ديباجته بأن التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه هو أحد الحقوق الأساسية، ذكر من قبل: فضل الله محمد اسماعيل، حقوق الإنسان بين الفكر الغربي والفكر الإسلامي، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 154، 155، بالإضافة إلى ذلك نجد الفصل 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (نيويورك 16-12-1966) يؤكد على هذا الحق بكيفية صريحة، أمير فرج يوسف، موسوعة قانون حقوق الإنسان الدولي، د.ذ.ع.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 1163، 1164.

هذا وقد أكدت الاتفاقيات الإقليمية المعنية بالصحة وحقوق المريض على ضرورة الحصول العادل للرعاية الصحية المناسبة لجميع المرضى ودون أي تمييز¹، إلا أن نقطة ضعف هذه الاتفاقيات تكمن في مراقبة التنفيذ.

ومن جهة أخرى أخذ الحق في الصحة يحتل أهمية قصوى في الدراسة والبحث، إذ يقتضي تدخل الدول على صعيد جميع المستويات، كما يتميز بسرعة تغيره باتخاذ أشكالاً عدة فهو متطور مثلما تتطور القواعد المؤسسة له².

ومن مظاهر عالمية هذا الحق أيضاً تنصيب جل دساتير العالم عليه وإن اختلفت صياغتها، فبعضها نص على "الحق في الصحة" بصيغة عامة، وبعضها الآخر نص على أحد جوانبه كالحق في الرعاية وفي الضمان الاجتماعي وصحة العمال ووقايتهم. كما أن بعضاً منها لم يقتصر على تحديد مجرد هدف تقييم عليه الدولة نظامها السياسي والاجتماعي، بل أقرت حقاً شخصياً ينشئ التزاماً تمكن المطالبة به قضائياً³.

¹ - فعلى المستوى الأوروبي، فقد تم تأكيد الحق في الصحة من خلال الميثاق الأوروبي المؤرخ في 18 أكتوبر 1961 بموجب المادة 11 منه والذي انضمت إليه فرنسا 1972. والذي خضع للتعديل والمراجعة بستراسبورغ بتاريخ 03 مارس 1996 خاصة في الشق المتعلق بالإجراءات العملية وبنيس بتاريخ 18 ديسمبر 2000. كما نصت على هذا الحق الفقرة الخامسة من الفصل الخاص بحقوق المرضى في الإعلان الصادر بشأن تعزيز وتطوير حقوق المريض في أوروبا، بومدين بلخثير، المحكمة الجنائية ودورها في حماية حق الحياة - بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة، ص 31، 33.

Cité aussi par : M. Bélanger, introduction à un droit mondial de la santé, Agence Universitaire de la Francophonie, éd. A.C, Pairs France, 2005, p 140.

² - أحمد أدريوش، الحق في الصحة كحق من حقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 107، هويدا محمد عبد المنعم، القانون الدولي وحقوق الإنسان، ط. 01، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، السنة 2008، ص 107، 108.

³ - أشارت دساتير أغلب الدول إلى أن واجب الدولة والمجتمع تكفل الرعاية لمواطنيها كالمادة 19 من دستور الإمارات العربية المتحدة، المادة 13 من الدستور السعودي، المادة 15 من الدستور الكويتي وكذا المادة 16 من الدستور المصري. كما نصت دساتير بعض الدول العربية إلى تكفل الدولة بتأمين الصحة العامة لمواطنيها كالدستور القطري في المادة 23 منه، ذكر من طرف: سعد علي البشير، حقوق الإنسان - دراسة مقارنة بين القانون الأردني والمواثيق الدولية -، ط. 01، روائع مجدلاوي، عمان الأردن، السنة 2002، ص 70، 71. أما بالنسبة للتشريع الجزائري وبحكم عضويته في منظمة الصحة العالمية والعهد الدوليين المتعلقين بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبروتوكول الاختياري الأول في 1989/05/26، نجد أن التعديل الدستوري بموجب القانون رقم 16-01، المؤرخ في 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ج.ر، ع. 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07، أقر هدفين تكفلهما الدولة، الأول خاص بحماية الصحة العمومية والثاني التحكم في مصاريف الصحة، فقد أكدت المادة 66 منه على أن الرعاية الصحية حق المواطنين، حيث تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية وبمكافحتها وبالتالي فقد ضمن هذا النص الدستوري العديد من الحقوق كالحق في العلاج، الحق في بعض الخدمات الاجتماعية، مما يجعل الحق في الصحة يتضمن أبعاد وقائية وعلاجية فردية وأخرى جماعية.

ومن ثم فإن النتيجة التي توصلنا إليها تتجلى أساساً في اعتبار الحق في الصحة والعلاج من أحدث الحقوق التي أقرتها الدساتير، بحيث أجمعت على حق كل مواطن في الصحة العامة والرعاية الصحية وعلى تكفل الدولة بتوفير وسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة¹.

بالإضافة إلى ذلك فقد تدخل المشرع في الكثير من الدول ولاسيما الدول الغربية التي كانت لها الريادة من أجل النص صراحة على هذا الحق وتحديد مضمونه، وهذا هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي² وكذلك القانون البلجيكي المتعلق بحقوق المرضى³. دون أن ننسى التشريع اللبناني الذي أكد على ضمان حق المريض في تلقي العناية الطبية الملائمة لوضعه⁴.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلم يتم إلى حد الآن إصدار قانون خاص بحقوق المرضى يضمن حق المريض في العناية الطبية والمعالجة على غرار التشريعات الآتفة الذكر، لكن تبقى النصوص المتعلقة بالقانون الطبي مستمدة من روح الدستور الجزائري. حيث يقع على عاتق الدولة والأطباء التزام بحماية صحة المواطنين وتوفير وسائل الوقاية والمعالجة⁵. وبالتالي فهي تضمن بشكل غير مباشر حق المواطن في العناية الطبية بشقيها الوقائي والعلاجي.

¹ - V. Le Taillandier, le médecin hospitalier, 3^{ème} éd., Berger-Levrault, Paris France, 2000, p 151, 152.

² - Art. L.1110-5 du C.S.P.Fr. dispose que : « Toute personne a, compte tenu de son état de santé et de l'urgence des interventions que celui-ci requiert, le droit de recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées. Les actes de prévention, d'investigation ou de soins ne doivent pas, en l'état des connaissances médicales, lui faire courir des risques disproportionnés par rapport au bénéfice escompté.... Toute personne a le droit de recevoir des soins visant à soulager sa douleur. Celle-ci doit être en toute circonstance prévenue, évaluée, prise en compte et traitée..... »

³ - الصادر بتاريخ 2002/08/22 والذي ينص في المادة 05 منه على أن للمريض الحق تجاه طبيبه المعالج في إجراءات نوعية تلي حاجاته وكل ذلك ضمن احترام كرامته البشرية واستقلاله ودون تمييز من أي نوع كان. كما أضيفت المادة 11 مكرر بموجب التعديل الصادر بتاريخ 2004/11/24، والتي قضت بأن كل شخص يجب أن يتلقى من مزاولي المهن الصحية العلاجات الأكثر ملاءمة، والمهادفة إلى الوقاية من الألم أو الاستماع إليه أو تقديره أو أخذه على عاتقه أو معالجته.

⁴ - وهو ما به قضت المادة الأولى من القانون رقم 574، الصادر بتاريخ 2004/02/11، والمتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستترة اللبناني ج.ر رقم 54، ص 03.

⁵ - وهو ما نصت عليه المادة 195 و 196 من ق.ح.ص.ت.ج، كما أشارت إلى ذلك المادة 16 من م.أ.ط.ج التي جاء فيها: "يجوز الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج..." ولعل الملاحظ أن مشروع تعديل قانون الصحة الجديد

البند الثاني: مبدأ حرية الطبيب في اختيار العلاج

يعتبر الطبيب الحكم الوحيد في اختيار العلاج الذي يراه مناسباً أو طريقة التدخل الملائمة للمريض، وإن اختلف فيها مع غيره من الأطباء حسب مهارته الشخصية وتجاربه. فحرية الطبيب في اختيار ووصف العلاج الأنسب منه للمريض تعد إحدى المبادئ الأساسية والجوهرية في المجال الطبي « Le Principe de la liberté des prescription médicales. »¹

وذلك نظراً لكون مهنة الطب كغيرها من المهن الحرة تتميز بوجود المبادرة الشخصية كسمة بارزة، فضلاً عن أن عامل التخمين يلعب دوراً هاماً في هذا المجال². هذا وقد كان للقضاء الفرنسي السبق في الاعتراف بهذا المبدأ محترماً خصوصية المهنة الطبية³.

كما أن حرية الطبيب في اختيار طريقة العلاج لا تنأى به عن الاستعانة بأطباء أخصائيين آخرين ومن ذوي الكفاءات العالية، وأن يتحلى بالروح العلمية باستشارة غيره من زملائه أو التعاون معهم لتقديم الطريقة المتبعة لعلاجه⁴.

=لسنة 2018 قد أكد أيضاً على مجانية العلاج بصفة قطعية في جميع مراحل العلاج كما هو في الفصل الثالث الخاص بمجانية العلاج (المواد من 20 إلى 22 من ق.ح.ص.ت.ج) مع إضافة عبارة "ولا يمكن بأي مبرر كان أن تتوقف عملية العلاج نتيجة عدم دفع المريض النفقات."¹ - بل أن البعض من اعتبرها قاعدة ذهبية في ممارسة الطب، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 162. ومن ثم فأى اتفاق يخالف مبدأ الحرية العلاجية يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م. 25، ع. رقم 02، السنة 2009، ص 486.

C.E., 12/12/1953, Dall. 1954, cité par : Y. Haddad, op.cit, p 20, 21.

² - قيس بن محمد آل مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ط. 03، دار الفارابي، دمشق سوريا، السنة 2006، ص 83، مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 289.

³ - حيث قضت محكمة Aix Provence الفرنسية وذلك بتاريخ 14/02/1950 بأن الطبيب الجراح له حرية اختيار طريقة العلاج التي تبدو له صحيحة وملائمة للحالة المعروضة عليه، عبد الهادي بن زيطة، المرجع السابق، ص 179. كما أن محكمة باريس قررت بتاريخ 13/04/1964 أن "اختيار أسلوب العلاج متروك لفتنة الطبيب المعالج." وفي نفس الاتجاه ذهب القضاء المصري إلى أن الطبيب محق في اختيار الوسيلة العلاجية التي يراها ملائمة لحالة المريض في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 22/03/1966، ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 190. بالإضافة إلى ذلك فقد قضى في لبنان بأن الطبيب المعالج وحده هو الذي يقرر ما إذا كان استعمال الفورسيس، يجب اللجوء إليه أولاً، والثالي فلا يكون استعماله لهذه الآلة خاضعاً لتقدير المحكمة، قرار الحاكم المنفرد في المتن (لبنان) 14/01/1954، أشار إليه علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط. 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2006، ص 66. كما قضت محكمة التمييز الأردنية قرار رقم 1438/2008 بتاريخ 29/09/2008 بحرية اختيار الطبيب طريقة معالجة دون أخرى ما دام هناك من يأخذ بها ويستعملها من ذوي الاختصاص وهو يعد أمراً يتفق والقواعد العلمية وأصول المهنة، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 297.

⁴ - L. Daubech, le malade à l'hôpital : droits, garanties, obligations, Erès, France, 2000, p 609, 611, J- M. de Forge, op. cit, p27.

وعلى الرغم من أن الأصل العام يقضي بمنح الحرية للطبيب في اختيار العلاج، إلا أن هذه الحرية مطلقة بل مقيدة بضوابط وجب مراعاتها من قبل هذا الأخير. إذ ينبغي على الطبيب أن يراعي في خضم هذا الاختيار الحالة الصحية للمريض من حيث بنيته الجسدية وسنه ومدى مقاومته وكذا درجة تحمله للمواد التي سيتناولها أو الأساليب العلاجية التي ستطبق عليه¹.

ومن ناحية أخرى فإن حرية الطبيب في اختيار ووصف العلاج تتقيد بضرورة مراعاة التقدم والقواعد العلمية الثابتة أو المكتسبة². ومعنى ذلك أنه التزام عام يقع على عاتق الطبيب، بإتباع ما وصل إليه العلم والمعرفة وخاصة في مجال العلاج الطبي. ومن ثم فالأطباء غير ملزمين بالدخول في دائرة الجمود والتفوق على معارفهم السابقة نظرا لاعتبار مفهوم العلم في مجال الطب مفهوم متحرك ديناميكي مكتسب.

ولكن يظل مع ذلك الطبيب ملزما بألا يتجاوز الحدود المقبولة في مجال العلوم الطبية والمعطيات العلمية³. وكذا التخلي عن الطرق الخطرة في العلاج، إذا كانت العلوم الطبية تقدم طرقا أقل خطورة، كما لا يجوز له أن يقوم بتجربة طريقة جديدة وغير مؤكدة في العلاج أو معرفة النتائج بشكل جازم⁴.

¹ - فقد قضت محكمة Saint Quentin بقرار صادر بتاريخ 16/04/1891، بأن الطبيب يعتبر مخطئا إذا أمر بعلاج لم يراعى فيه بنية المريض وسنه وقوة مقاومته ودرجة احتماله للمواد السامة التي تقدم إليه، محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 405، كما أكد القضاء اللبناني بمقتضى قرار القاضي المنفرد في صيدا، رقم 47 بتاريخ 22/03/1990، على مسؤولية الطبيب الذي وصف العلاج بطريقة عشوائية ومجردة، دون الأخذ بعين الاعتبار حالة المريض خاصة وأن سن المريض كانت شهرا واحدا، أشار إليه طلال العجاج، المرجع السابق، ص 210، وقد سار القضاء الجزائري على نفس النهج، حيث جاء في حيثيات قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 30/05/1995 في معرض ردها على أوجه الطعن أنه ينبغي القول أن القرار المطعون فيه يبين العلاقة السببية بين فعل المتهم ووفاة الضحية اعتمادا على تقرير الخبرة وعلى تصريح المتهم نفسه الذي أمر بحقن الضحية بمادة "البينسلين" بدون أن يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي يعاني منه الضحية من قبل، لكون الدواء المذكور لا يليق في مثل الحالة المرضية للضحية، مما جعل إهمال الطبيب خطأ منصوص عليه وعاقب عليه بالمادة 288 من ق.ع، ملف رقم 118720، م. ق. ع. ع. ع. 02، السنة 1996، ص 179 وما بعدها.

² - وقد عدلت محكمة النقض الفرنسية عن تسمية الأصول العلمية الثابتة أو المكتسبة إلى تسمية أخرى وهي "المعطيات العلمية الحالة أو المعاصرة Les données actuelles". السيد محمد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية، المرجع السابق، ص 41، محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 87.

³ - فقد قضى بقرار صادر من محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02/02/1960، بمسؤولية أحد الأطباء نتيجة لاستخدامه لفن قديم انتهى تطبيقه، أشار إليه: أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء - دراسة مقارنة -، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1992، ص 252، محمد فتح الله أسطوري، المرجع السابق، ص 176.

⁴ - L. Accad, M. Caussin-Zante, les nouvelles obligations juridiques du médecin : responsabilité médicale, éd. ESKA, Paris France, 2001, p 38, 39.

ودون ننسى أن التشريع كان حاضرا عند تكريس القاعدة الذهبية في ممارسة الطب وهي مبدأ حرية الطبيب في اختيار العلاج المناسب ووصفه، فقد نص المشرع الفرنسي صراحة على هذه القاعدة في المادة 8-4127 R. في فقرتها الأولى من قانون الصحة العامة الفرنسي¹. وهذا ما حدا به المشرع الجزائري²، بخلاف المشرع المصري الذي يستدل على هذا المبدأ بما استقر عليه العرف الطبي المتبع في العلاج.

غير أن هذه الحرية تقتضي على جانبها المسؤولية كما هو مقرر قضاء، لذلك فقد أوجب التشريع الوضعي الفرنسي والجزائري على السواء احترام بعض الضوابط التي تحكم مبدأ الحرية العلاجية. إذ ينبغي على الطبيب أن يلتزم بتقديم العلاج لمريضه وكذا الإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، وكذا الاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين³.

الفرع الثاني: نطاق العلاج الثابت للمريض

مما لا شك فيه أن التقدم الطبي من حيث التخصص وفنيات الجراحة وتطور الأجهزة الطبية من جهة وكثرة الأمراض وتداخلها من جهة أخرى، كان من شأنه أن زاد في بروز مشاكل قانونية بين الطبيب والمريض، خاصة حول كيفية العلاج من حيث طبيعة التزام الطبيب ما إذا كان مجرد بذل عناية أو تحقيق نتيجة⁴ حتى نستطيع معرفة أثره في ثبوت حقه في العلاج.

¹ - Art R.4127-8 al. 01 du C.S.P.Fr. dispose que : « Dans limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. » aussi Art 09 C.D.M.Fr. affirme que : « Le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Dans toutes les mesures compatibles avec l'efficacité des soins,... »

² - وخاصة المادة 11 من م.أ.ط.ج، التي تنص على أنه: " يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة الطبية التي يراها أكثر ملائمة للحالة،.. " كما كرس قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري مبدأ حرية وصف الأدوية المطابق لفعالية العلاج وذلك ما قضت به المادة 204 من ق.ح.ص.ت.ج، والتي يقابلها المادة 10 من ق.ص.ع.ف.

³ - وهو ما قضت به المادة 45 من م.أ.ط.ج : وهو نفس مضمون المادة 08، 09 من ق.أ.م.ط.ف.

Art. R.4127-32 du C.S.P.Fr dispose que : « Dés lors qu'il a accepte de répondre à une demande, le médecin s'engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science, en faisant appel, s'il y a lieu, l'aide de tiers compétents. »

⁴ - إذ اتفق فقهاء القانون ومنهم الفقيه الفرنسي ديموج Démogue على تقسيم الالتزامات القانونية بوجه عام إلى نوعين من الالتزامات، الأول التزام محدد وهو ما اصطلح على تسميته التزام بتحقيق نتيجة أو غاية ومضمون هذا الالتزام ليس نشاطا أو جهدا أو إمكانيات، إنما هو النتيجة نفسها المترتبة على ذلك، والثاني التزام عام يأخذ بعين الاعتبار مراعاة جانب الحيطة والحذر، وهو ما اصطلح

على هذا الأساس سوف نحاول في هذا الفرع إبراز الحالات التي يكون فيها العلاج مجرد تنفيذ لوسيلة تتم من خلال بذل جهود صادقة ويقظة تامة (البند الأول)، لننتقل إلى تحول هذا الهدف في بعض الحالات الأخرى إلى تحقيق نتيجة حتمية (البند الثاني).

البند الأول: علاج المريض مجرد بذل عناية

إن خصوصية العمل الطبي وارتباطه بجسم الإنسان وسلامته، جعلت الفقه والقضاء يترددان طويلا في كيفية تقديم العلاج للمريض وكان مبعث التردد ومناطه عوامل كثيرة تتحكم في ذلك¹. ومن ثم اعتبر علاج المريض يخضع من حيث المبدأ إلى مجرد بذل عناية يقدمها الطبيب تناسبا لوضعه الصحي.

فالعناية المطلوبة من الطبيب تقتضي أن يبذل في معالجة مريضه جهودا صادقة يقظة تنفق -في غير الظروف الاستثنائية- مع الأصول المستقرة في علم الطب، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء اليوم في أغلب الأنظمة²، وقد كان المنطلق الأساسي لبروز هذا المبدأ قرار Mercier الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية سنة 1936³.

=على تسميته التزام ببذل عناية أو وسيلة، وفي هذا الالتزام لا يعد المدين بشيء غير وضع كل الإمكانيات تحت تصرف الدائن من أجل تنفيذ العقد، وقد أيد ذلك القضاء الفرنسي منذ سنة 1927، بحيث أن معيار التمييز بين الالتزام ببذل العناية وتحقيق نتيجة هو درجة عنصر الاحتمال الكامن في تنفيذها، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 219، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 130، وفاء حلمي أبو الجميل، المرجع السابق، ص 87. كما أشار إلى ذلك التشريع الجزائري في ق.م.ج في مادته 172 منه.

¹ - فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص 482.

² - J. Penneau, la responsabilité du médecin, op. cit, p 09.

³ - فقد سمي هذا القرار كذلك نسبة إلى اسم الضحية، وتجري وقائع القضية كما يلي: كانت السيدة (Mercier) تشكو من حساسية زائدة في الأنف، وبعد استشارة طبيبها نيكولا المعالج قرر هذا الأخير -بما له من سلطة وحرية في اختيار العلاج المناسب- معالجتها بالأشعة السينية (X) وقد ترتب عن هذا العلاج عدة مضاعفات فقام زوجها برفع دعوى قضائية من أجل الأضرار التي أصيبت بها زوجته، حيث أدانت المحكمة الدكتور نيكولا Nicolas، الذي طعن بالنقض مبينا أن المحكمة خرقت القانون حين طبقت في حقه مدة التقدم الناشئة عن المسؤولية العقدية بدلا من المسؤولية التقصيرية. في الوقت الذي تمسك فيه دفاع السيدة ميرسي أن مسؤولية الدكتور نيكولا ناشئة عن التزام عقدي يلتزم بمقتضاه بتقديم إسعافات جادة ويقظة ومستنيرة des soins assidus éclairés et prudents وانتهى الأمر إلى صدور قرار محكمة النقض الشهير بتاريخ 1936/05/20، والذي يعد نقطة تحول في ميدان المسؤولية الطبية، محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة جيلالي ليايس -سيدي بلعباس، ع رقم 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 17.

«... Attendu qu'il se forme ente le médecin et son client, un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement sinon bien évidemment de guérir le

وقد طبقت هذه القاعدة بالنسبة لجميع المهنيين الذين يرتبط عملهم بالمجال الطبي، فهو غير مطالب أكثر من أن يضع في خدمته الوسائل التي يملكها¹. حيث لا يلتزم الطبيب بشفاء المريض لخروج ذلك عن سلطانه، إذ تبرأ ذمته بمجرد أن يبذل هذه العناية ولو لم تتحقق نتيجة الشفاء. كما يدخل في عداد العناية الطبية، ما يسديه للمريض من نصائح وتعليمات².

ولعل الأمر لا يقتصر على العمل الطبي البسيط بل يمتد إلى العلاج الجراحي، فالطبيب الجراح كأصل عام غير ملزم بنجاح العملية الجراحية، لكنه مطالب ببذل جهود صادقة يقظة تتم عن ضمير في معالجة المريض. ويستوي نفس الحكم بالنسبة لطبيب التخدير، الذي لا تقوم مسؤوليته طالما فحص المريض وتأكد من مدى قابليته لتحمل التخدير وراعى الأصول العلمية في ذلك³.

وفي هذا الإطار وغير بعيد عن هذه الفكرة فقد تبني التشريع الفرنسي الصيغة التي جاء به قرار Mercier، أيا كانت شكل العمل الطبي أو درجة أهميته⁴. كما سار التشريع⁵ والقضاء الجزائريين على هذا النهج، مؤكداً أن بتقديم العلاج للمريض يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة دون تحقيق الشفاء⁶.

=malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, ainsi que paraît lui donner le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et réserve faite, de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science. » Cass. Civ. 20/05/1936, D. 1936-I-88, cité par : F. Auba, M. Dominique, T. Sami-Paul, droit des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, éd. Marabout, Paris France, 2005, p 80, Cass. Civ 08/11/2000, n° 1815, juris-classeur, janv. 2001, Paris, p 13, V. aussi H. Capitant, les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 02, 11 éd., Dall., Paris France, 2000, p 1135, 1137.

¹ - J. Penneau, les fautes médicales: responsabilité civile et assurances, juris- classeur, hors- série, (Juil. - Aout 1999), p 09, P. Jourdain, nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, Juris-classeur, (Juil. -Aout 2000), Paris, France, p 05.

² - جميل صالح، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، موسوعة الفكر القانوني، ج 1، المرجع السابق، ص 77.

³ - عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د.ذ.ع.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، السنة 2005، ص 23.

⁴ - Art. R.4127-32 du C.S.P.Fr. dispose que : « ...Soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science »

⁵ - فقد نصت المادة 45 من م.أ.ط.ج على أنه: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمأن تقديم علاج مرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة، بالزملاء المختصين والمؤهلين." وكذا المادتين 46 و 47 من نفس المدونة ونص المادة 239 من ق.ح.ص.ت.ج.

⁶ - فالثابت أن التزام الطبيب يمتد بحكم طبيعة عمله إلى ما بعد التدخل الجراحي، وذلك ببذل العناية تفاديا لما يطرأ على الحالة المرضية من تعقيدات أو مضاعفات أو ما قد يكون من مشكلات صحية بسبب ما قد يترتب من آثار جانبية للتدخل الطبي

ولعل البحث عن سبب اعتبار علاج المريض مجرد بذل عناية، تحكمه مجموعة من العوامل والاعتبارات تخرج عن نطاق قدرات الطبيب وإرادته، من أهمها الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي¹. فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، لأن علم الطب كغيره من العلوم التجريبية لا يبنى على الدقة وعناصر محسوبة، بل على فكرة الغرر².

كما أنه عادة ما تؤدي طبيعة المرض إلى وفاة المريض، فالطبيب لا يضمن تفاقم تطور المرض³ أو درجة مناعة جسمه أو عامل الوراثة من خلال منع تدهور حالته الصحية كقابليته للعدوى La réceptivité du malade، وبالتالي لا يستطيع الالتزام بمنع موت المريض⁴.

كما يضيف البعض مجموعة من العوامل منها المستوى المهني، بحيث تقاس واجبات الطبيب بواجبات طبيب آخر في مثل ظروفه⁵، فيقارن مسلك الطبيب الأخصائي بمسلك أخصائي من طائفته لأن الطبيب العام لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب الأخصائي، إذ يطلب منه

=Ch. Adm. Constantine 17/04/1978, cité par Y. Haddad, op. cit, p 25.

كما قررت المحكمة العليا في غرفتها الإدارية بتاريخ 13/01/1991، م. رقم 75670 بأن: "وفاة المريض في اليوم الموالي لدخوله مستشفى الأمراض العقلية كان بسبب إهمال، لعدم إنارة الغرفة التي كان بها المريض، وما دام عمال المستشفى لم يقوموا بالعناية اللازمة للمريض، فيكونوا قد ارتكبوا خطأ كبيرا تتحمل المستشفى تبعيته." م. ق، ع 02، السنة 1996، ص 127. ويؤيده أيضا القضاء المغربي في حكم للمحكمة الإدارية بأكادير مؤرخ في 31/12/2009، إذ جاء فيه: "أن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق النتيجة وإنما هو التزام ببذل الجهود والعناية الكافيين دون الإخلال بالواجبات المهنية الملقاة على عاتقه بحكم وظيفته." كما قضت نفس المحكمة في حكم حديث صدر بتاريخ 08/06/2010، جاء فيه أن: "المرفق العمومي الصحي ملزم ببذل العناية اللازمة التي تتماشى مع المهن الصحية وما يعرف القطاع من تطور دون أن يكون ملزما بتحقيق نتيجة." ذكر من طرف محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 43.

¹ - Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, droit de la responsabilité, éd. Dall., Paris France, 1996, p 1393.

² - محمد رايس، إثبات المسؤولية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، السنة 2005، نشر بن خلدون تلمسان، ص 41.

³ - N. Antoine Diab, la faute médicale en droit libanais, article publié dans la rev. Al-Adl, bureau de Bayrouth 2000, année 34, p 145.

⁴ - Cass .Civ 28 Juin 1960- J.C.P 1960-II- 11987, cité par : H. Ben Chaabane, le contrat médical met à la charge du médecin une obligation des moyens ou résultat, rev. A.S.J.E.P, faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, n° 04, vol. 33, O.P.U, Alger, p 768.

⁵ - عبد الكريم مأمون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، مجلة العلوم القانونية والإدارية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. رقم 14، السنة 2012، ص 40.

قدر العناية أشد وأدق من تلك الواجب توافرها في الطبيب العام. بل صرح القضاء في بعض المناسبات بوجوب التعامل بنوع من الشدة مع الأطباء المتخصصين¹.

ومن زاوية أخرى يراعى في تحديد العلاج تجاه مريضه الظروف الخارجية التي تتم فيها معالجته، كما كان العلاج والإمكانات المتاحة². إلا أن التطورات التكنولوجية الحاصلة في المجال الطبي، غيّرت منحى طبيعة علاج المريض الأصلي الملقى على عاتق الطبيب إلى التزام بتحقيق نتيجة .

البند الثاني: علاج المريض هو تحقيق نتيجة

إن المبدأ السابق لم يصمد أمام التقدم الطبي، وأصبح نطاق تقديم العلاج للمريض في العديد من الحالات لا يقتصر فقط على بذل العناية، بل بتحقيق نتيجة معينة. وهذا بخلاف الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية الفنية البحتة، لما تنطوي عليه من خصائص فنية وعلمية.

والجدير بالذكر أن تحقق النتيجة في العلاج يعتبر استثناء على المبدأ السابق، لاقتصاره على بعض الحالات دون غيرها. ويرجع السبب في تبني ذلك هو وجود إصابات مستقلة عن العلاج وذات جسامة استثنائية لم يتوقعها المريض منه، تنطوي على غلبة عنصر اليقين على عنصر الاحتمال، الأمر الذي يبرر الخروج من فكرة العناية التي تدور حولها الأعمال الطبية بصفة عامة³.

ومفاد هذا الاستثناء أن الطبيب لا يقتصر دوره فحسب على بتقديم علمه لخدمة المريض، بل يقوم أيضا بإعطائه نتائج واضحة ومحددة⁴، ومن ثم يعد الطبيب مسؤولا عن مجرد عدم تحقق الغاية العامة والنتيجة النهائية للمريض والتي من أجلها كان تدخله الطبي.

¹ - إذ يعتبر التخصص عنصرا أساسيا في تقديره خطأ الطبيب، ذكر من طرف: أحمد أدريوش، العقد الطبي، ط. 01، دار نشر المعرفة للطبع والتوزيع، الرباط المغرب، د.ذ.ت.ط، ص 249.

2 - كأن يكون ذلك في مستشفى مزود بأحدث الأجهزة والأدوات الطبية أو في منطقة نائية ويفتقر لتلك الإمكانيات كريمة عشوش، العقد الطبي، د.ذ.ع.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، السنة 2007، ص 95.

3 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 123.

4 - فقد جاء عن محكمة استئناف تولوز في 14/02/1959 باللغة الفرنسية ما يلي:

« ...est une obligation de résultat comme toute les fois que l'activité professionnelle du médecin se cantonne dans des travaux de laboratoire ne comportant. En l'état des données acquises de la science aucun alea. L'acte médicale de l'analyse sanguine ou de la détermination du groupe et du facteur rhésus s'effectuant a coup d'ordre technique qui obéit a des règles strictes et invariables devant nécessairement aboutie a une exacte solution. » cité par : H. Benchabane, op. cit, p 766, 767.

هذا ويتعدد مجال علاج الطبيب في هذه الحالة إلى عدة مسائل أرسى لها أغلب الفقه وكذا القضاء عدة تطبيقات عملية تقوم على أساسها مسؤولية الطبيب، سنوضحها كما يلي:

فقرة أولى: عمليات نقل الدم والتحليل الطبية

في بعض الأحيان تستدعي حالة المريض الصحية إجراء عملية نقل الدم لإنقاذه، نتيجة إصابة بدنية أو نتيجة إجراء عملية جراحية لتعويضه عما فقده. ومن ثم يتعين أن تتفق مع فصيلة دمه، كما يتحتم أن يكون هذا الدم سليماً خالياً من المرض، وإلا انتقلت عدواه¹.

وبالتالي سواء ما إذا كان الطبيب المتعاقد مع المريض هو الذي قام بعملية نقل الدم بنفسه أو عهد بها إلى طبيب متخصص أو تعاقد بشأنها مع أحد مراكز الدم المتخصصة²، فإن طبيعة العلاج في هذا النوع من العمليات تتخذ صفة تحقيق نتيجة، وهي ضمان فعالية الدم في شفاء المريض لتجنب انتقال العدوى للمريض.

وفي الواقع فإن أثر التقدم العلمي الهائل في مجال الأجهزة الطبية الحديثة المستخدمة في عمليات فحص وتحليل الدم³، هو ما أدى إلى شيوع عنصر اليقين في مجال عمليات نقل الدم والحصول على نتائج سليمة ودقيقة بدرجة لا يمكن أن يتطرق إليها الشك.

فأول ما عرف القضاء الفرنسي بشأن طبيعة هذه الصفة من العلاج والمتمثلة في تحقيق نتيجة قضية نقل الدم الملوث بفيروس السيدا (VIH)، مما اعتبر الأمر بمثابة سابقة خطيرة في المجال الطبي وبذلك كانت أولى ملامح التحول في نطاق العلاج من مجرد بذل عناية إلى تحقيق نتيجة⁴.

¹ - محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، ط. 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2008، ص 52، 55.

² - مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 116، حسان شمسي باشا ومحمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ط. 01، دار القلم، دمشق سوريا، السنة 2004، ص 42.

³ - أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث، ط. 01، د.ذ.د.ن، السنة 1994، ص 54.

⁴ - C.A. Paris. 28/11/1991- J.C.P 1990-II- 21797, affirme que : « Considérant qu'en sa qualité de professionnel, le CDTS doit livrer du sang exempt de vices, que sa responsabilité du sang non vicié ne peut être écartée que par la preuve d'une cause étrangère, telle que la force majeure, qui ne peut lui être imputée. » cité par : J. Guigue, responsabilité civiles des structures de distribution des produits sanguines, Gaz, Pal.1995. I. doct., p 30.

والجدير بالذكر إلى أن خصوصية العلاج في هذا النوع من العمليات جعلتها تحاط بمجموعة من الضوابط والقيود المشددة، من أجل ضمان سلامة المرضى ذوي الحاجة لنقل الدم إليهم، فقد تشددت النظرة إلى طبيعة العلاج الطبي الناشئ عن عمليات نقل الدم ، لدرجة أنه أصبح يوقع على عاتق الطبيب التزام بضمان السلامة تجاه المريض (المتبرع له)¹.

ناهيك عن بعض الطرق العلاجية التي يحتاجها المريض لتحسين حالته الصحية من خلال إعطائه سائلا من السوائل الأخرى غير الدم كالمصل أو الجلوكوز وغيرها من السوائل، بحيث يتخذ هذا الأخير صفة تحقيق نتيجة معينة، مفادها عدم الإضرار به من جراء تطعيمه بمصل فاسد أو ملوث يسبب له العدوى بمرض معين².

كما ينبغي أن يلاحظ في هذا الصدد أن التحاليل الطبية، تعتبر من العمليات التي لا تحتل صعوبة خاصة، لأنها لا تنطوي على قدر من الاحتمال والمخاطر. لذلك يتجه القضاء إلى اتخاذها نتيجة واضحة ومحددة، تتمثل في سلامة التحليل ودقته³.

فقرة ثانية: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية

لقد أدى التقدم العلمي في مجال العلوم الطبية إلى تدخل الآلة بشكل ملحوظ في العلاج الطبي، بحيث أصبح ينهض على أساس استعمال بعض الأجهزة والأدوات الطبية سواء في عمليات الكشف والتشخيص أو التدخل العلاجي والجراحي⁴. لذلك فإن استعمال الطبيب لهذه التجهيزات والمعدات يقتضي منه ألا يلحق أي ضرر بالمريض من جراء استعمالها، وأن يضمن سلامته.

¹ - مراد بدران، مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات نقل الدم، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. 14، السنة 2012، ص 17، 18.

Montpellier 13/02/1992. J.C.P. 1992, C. E, 26/05/1995, 2 esp, Gaz.Pal, 12 juill. 1995. Cité par : J. Jaque Lefrere et Philippe Rouger, évolution de la transfusion sanguine en France, transfusion sanguine une approche sécuritaire, John Libbey, 2000, p 02.

² - محمد الكشور، محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 47.

³ - فقد قضت محكمة كولمار الفرنسية بتاريخ 1989/10/25 بأن عملية الكشف عن فيروس مرض المناعة المكتسبة « HIV » توقع على عاتق الطبيب المخبري التزام بتحقيق نتيجة، مشار إليه من قبل: عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 131.

T.G.I Colmar 25 oct 1989, résultat erronés dans le tirage des anticorps anti- HIV, cité par: C. Paley-Vincent, responsabilité du médecin, mode d'emploi, éd. Masson, Paris France, 2002, p 11.

⁴ - منها: الحقن، أجهزة القياس والأشعة وآلات فحص وعلاج الأسنان، وأجهزة التخدير وأدوات الجراحة. ويلحق بها المناضد والكراسي الطبية، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 123.

على هذا الأساس فإن نطاق العلاج يخرج عن بذل العناية المطلوبة من الطبيب لأداء أعماله الفنية البحتة، ويتحول إلى تحقيق نتيجة محددة هي سلامة المريض من استعمال أجهزة وأدوات فاسدة أو غير معقمة¹.

فقرة ثالثة: تركيب الأعضاء والأسنان الاصطناعية

لقد أدى التقدم العلمي والتقني في المجال الطبي إلى إمكانية اللجوء للأعضاء الاصطناعية كوسيلة لتعويض المريض عما يفقده من أعضائه الطبيعية نتيجة إصابته بعجز أو ضعف كالأسنان والأطراف الصناعية².

هذا وتثير عملية تركيب الأعضاء الصناعية مسؤولية الطبيب من زاويتين مختلفتين، أولاها: مدى فعالية العضو الصناعي وملاءمته مع حالة المريض من خلال تعويضه عن النقص القائم لديه. بحيث يعد هذا التصرف كأى عمل طبي يتحدد نطاقه ببذل عناية، ومن ثم لا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت تقصير من جانبه³، باعتبار أن الطبيب يبذل الجهد اللازم لاختيار العضو الصناعي المناسب.

أما الزاوية الثانية فهي ذات طبيعة تقنية يتحدد فيها نطاق العلاج بتحقيق بنتيجة وهي ضمان سلامة وجودة الجهاز أو العضو الصناعي ومناسبته لجسم المريض ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب إذا كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضرار للمريض⁴.

ويطبق نفس المبدأ في التدخلات الطبية المتعلقة بالأسنان الاصطناعية، فيلتزم الطبيب بسلامة الأسنان وملاءمتها لفم المريض وتقديمها بالشكل والأوصاف والحالة التي يمكن أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية دون أن تخلف ألما للمريض⁵. أما من خلال ممارسته لمهنته في علاج الأسنان

¹ - M. Khadir, infectons hospitalière et responsabilité administrative, journée d'information sur la responsabilité médicale, Alger, 24 Oct. 1999, p 06, 07.

² - ومن المعلوم أن الأعضاء الاصطناعية تقسم إلى عدة مجموعات كالتعويضات السنية والضامات محمد عدنان مصاصاتي، محمد علي الحكيم، التعويضات السنية المتحركة، د.ذ.ع.ط، د.ذ.د.ن، السنة 1985، ص 07، ماجدة السيد عبيد، مقدمة في تأهيل المعاقين، ط. 01، دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2000، ص 42.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 123.

⁴ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 166، كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 100.

⁵ - فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15/11/1972 برفض طلب النقض اعتمادا إلى كون محكمة الموضوع قد عللت قضاءها بكون الطبيب لم يحترم التزامه بتسليم زبونه طقما يرضيها، محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 463، 464.

V. aussi : J. Penneau, la responsabilité de médecin, op. cit, p 40.

الطبيعية فإن نطاق عمله عادي يتحملة كل طبيب، والمتمثل في بذل عناية يقظة صادقة تتفق مع أصول المهنة ومكتسبات العلم¹.

فقرة رابعة: عملية التلقيحات وإعطاء الأدوية

مما لا شك فيه أن الطبيب عند قيامه بعملية التلقيح، أن يبذل الجهود اليقظة وما يتماشى مع الأصول العلمية الحديثة حتى يحصل على النتيجة المنتظرة ألا وهي تحصين المرض المحشى منه². فضلا عن ذلك يتحدد نطاق علاج القائم بعملية التحصين دائما بتحقيق نتيجة، ألا وهي ضمان سلامة التلقيح الذي يتناوله الشخص أو يحقن به، بمعنى ألا تؤدي هذه العملية إلى الإضرار به، وإلا عد مسؤولا عما يصيبه من أمراض نتيجة ذلك.

كما يتخذ طبيعة عمل الطبيب في عمليات الحقن المختلفة (les injections) صفة تحقيق نتيجة، ومن زاوية أخرى يقع على عاتقه أيضا التزام بالسلامة يتمثل في عدم إعطاء المريض أدوية فاسدة أو ضارة لا تؤدي بطبيعتها وخصائصها إلى الغاية المقصودة من تقديم العلاج³. وبناء على كل ما سبق، فإنه ما يمكن أن نسجله في هذا الإطار أن فكرة ضمان السلامة التي عوّض بها القضاء نطاق العلاج الذي يتخذ صفة تحقيق نتيجة، عرفت انتشارا واسعا نظرا للتطور التكنولوجي في التعامل مع الآلة بشكل كبير⁴، وذلك بما يعزز من المركز القانوني للمريض.

¹ - وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 14/03/1967 حيث صرحت أن العقد الذي يربط طبيب الأسنان بزبونه لا يحمل الأول سوى التزام بمعالجة الثاني وفقا لما جرى وفقا لما جرى به العمل في مهنة طب الأسنان ويتفق مع معطيات العلم، مشار من طرف: رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 88، 89.

² - وعادة ما يكون التحصين إجباريا، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 55 من ق.ح.ص.ت.ج بقولها: "يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية". والتي تقابلها المادة 10 -1 من ق.ص.ع.ف. كما قد يكون في حالات أخرى اختياريا بالنسبة لبعض الأمراض غير الخطيرة كالإنفلونزا وغيرها، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 131.

³ - فقد قضى بمسؤولية الطبيب عن الحقنة التي أعطيت للمريض لإصابته بمرض جلدي ترتب عليها صعوبة في حركة عضلاته. وأنه لا يؤثر في قيام تلك المسؤولية كون الإصابة راجعة إلى خطأ الممرضة في نوع الحقنة المطلوبة أو إلى خطأ من صانع الحقنة.

Cass. Civ. 04/02/1959 RT.D.C 1959, cité par : F. Ponchon, la sécurité des patients à l'hôpital, Berger-Lerault, France, 2000, p 113.

⁴ - فأول مجال طبقت فيه فكرة "التزام بالسلامة" هو ميدان النقل، في أواخر القرن التاسع عشر فيما يتعلق بحوادث النقل البحري ثم البري. إذ أن أصل نشأة الالتزام بضمان السلامة يرجع إلى القضاء الفرنسي، في قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير والصادر في 21/11/1911 وقد اتسع نطاق هذا الالتزام ليشمل في بداية الأمر شتى صور النقل وليزيد من توسعه وامتداده إلى عقود أخرى شأن عقد البيع ونظرا لخطورة الممارسات الطبية ارتأى القضاء خاصة الفرنسي اعتماده في المجال الطبي، ولا سيما في الحكم الصادر في 05/05/1997 بمصطلح "الالتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة" ثم بموجب حكم ثاني في 20/10/1997 الذي أكد فيه على مصطلح الالتزام بالسلامة صراحة، مراد بن

إذ تنصرف هذه الفكرة إلى الالتزام بسلامة المريض وعدم تعريضه لأي أذى أو إصابته بأي ضرر من جراء الآلات التي يستعملها أو الأدوية التي يمنحها أو الدم الذي ينقله إلى جسمه بخلوه من الأمراض بالنسبة لمختبرات التحليلات الطبية وغيرها. حيث يكون ملزم بسلامة المريض من كل عدوى قد تنقل إليه مرضاً آخر دون أن يكون ملزماً بالشفاء¹، بل باتخاذ الحيطة والحذر أثناء مباشرته للعلاج، سيما في الحالات التي تتطلب استخدام معدات وآليات طبية تساهم في العلاج.

ومن المعلوم أن فكرة الالتزام بسلامة تتقارب في مفهومها مع الالتزام بتحقيق نتيجة، إلا أنه يختلف عنها في كونه التزام مقدر لحماية الحق في الحياة والسلامة البدنية للمريض ومحله صحة هذا الأخير. أما نطاق العلاج بتحقيق نتيجة فمحله ليست صحة المريض، وإنما مجالات معينة الميمنة أعلاه يلتزم فيها الطبيب بعدم الخطأ فيها. وضمنان السلامة لا يعني شفاء المريض، وإنما أن يكون تدخل الطبيب ليس سبباً في ازدياد سوء حالة المريض سواء بالمرض أو بالموت². كما يثبت للمريض الحق في التعويض عن الضرر المتسبب فيه حتى في غياب الخطأ.

ومن زاوية أخرى فإذا كان الحق في المعالجة مرتبطاً بالجانب الفني للعمل الطبي، فإن حق المريض في الخدمات يمثل الجانب الهيكلي الذي يضمن له حماية صحية في أحسن الظروف الممكنة. ويرتكز الحق في الخدمات الطبية على توفير التجهيزات والمرافق بالمؤسسات الصحية.

=صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 54، أحمد هديلي، المركز القانوني للمريض بين العقد الطبي والعقد الاستشفائي، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة جيلالي لباس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2011-2012، غير منشورة، ص 37.

Cass. Civ. 05/05/1997 affirme que : « ...il convient de dire et jiger que la responsabilité du chirurgien se trouve bien engagé sur le fondement de son obligation de sécurité-résultat qui pesé sur lui en sa qualité de chirurgien sans l'intervention du quel le dommage ne serait pas produit. »

Cass. Civ. 20/10/1997 : « si la nature du contrat qui se forme entre le chirurgien et son client... il est néanmoins tenue, sur le fondement d'une obligation de sécurité.. » cité par : A. Fournier-Migraine, l'obligation de sécurité du médecin, le droit face à la l'xigence contemporaine de sécurité, actes du colloque de la faculté de sciences politiques d'Aix-Marseille (11-12 mai 2000), Press. Universitaires d'Aix- Marseille – PUAM, Fance, p 35.

¹ - دلال يزيد، عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي لباس سيدي بلعباس، ع 07، السنة 2007، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 68، 69.

² - ليندة عبد الله، طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، ص 159.

وترتبط على ذلك فقد أوجب القانون أن تعمل الهياكل والمؤسسات الصحية العمومية منها والخاصة في ظروف تضمن الحقوق الأساسية للمرضى الذين يلتجئون إلى خدماتها. فقد صنف تلك المؤسسات حسب مهامها وتجهيزاتها وتحديد خدماتها، وجعلها تحت مراقبة هياكل مختصة كما ألزمها باحترام قواعد الصحة المحددة قانوناً¹.

المطلب الثاني: مدى قبول المريض للعلاج والآثار المترتبة على رفضه

لا شك أن العلاقات الطبية تتسم ببعض الخصوصية، لقيامها على أساس الثقة المتبادلة بين طرفيها²، الأمر الذي يقودنا إلى القول بأن الطبيب لا يستطيع أن يفرض على المريض تقديم خدماته الطبية، والمريض غير مجبر أيضاً على قبول طبيب لا يرغب في معالجته. كما أنه قد يحدث أن يرفض المريض الطبيب الذي يعالجه ويلجأ إلى طبيب آخر أو أن يبدي رفضه للإجراء العلاجي، الذي رآه هذا الأخير مناسباً لحالته بعد تشخيصه للمرض. وفي مقابل ذلك أيضاً قد يرفض الطبيب الدخول في علاقة مهنية مع أي شخص يعاني من ضعف. واستناداً إلى ما تقدم فإنه ارتأينا من أجل الإلمام بهذا الموضوع تسليط الضوء على الأصل الذي يقضي بالحرية التي يتمتع بها طرفي العلاقة الطبية (الفرع الأول)، لننتقل إلى إبراز الآثار التي قد يترتب عليها الرفض الصادر من الطرفين (الفرع الثاني).

¹ - Art L.6111-2 C.S.P.Fr : « Les établissements de santé élaborent et mettent en œuvre une politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et une gestion des risques visant à prévenir et traiter les événements indésirables liés à leurs activités. Dans ce cadre, ils organisent la lutte contre les événements indésirables, les infections associées au soins et l'iatrogénie, définissent une politique du médicament et des dispositifs médicaux stériles et mettent en place un système permettant d'assurer la qualité de la stérilisation des dispositifs médicaux. »

كما نجد أن التشريع الجزائري أكد على هذه المسألة في نصوص ق.ح.ص.ت منها المواد الآتية: المادة 11 التي تنص على أنه يجب أن تكون الهياكل الصحية في متناول جميع السكان مع توفير أكبر درجة من الفعالية والسهولة واحترام كرامة الإنسان والمادة 22 التي أكدت على أنه: "تقدم مجاناً، في جميع الهياكل الصحية خدمات العلاج التي تتمثل في جميع أعمال الصحة العمومية والفحوص التشخيصية ومعالجة المرضى واستشفائهم. كما أن مشروع تعديل قانون الصحة الجديد لسنة 2018 عزز من هذه المهام المؤكولة للمستشفيات لصالح المريض.

² - علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 36.

الفرع الأول: حرية الطرفين في انعقاد العلاقة الطبية

يتطلب إنشاء أي علاقة من العلاقات الاجتماعية التقاء إرادتين متطابقتين، لتحقيق غاية مشروعة لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة. ولا تشذ العلاقة الطبية عن هذه القاعدة، فهو يفترض التقاء إرادة الطبيب وإرادة المريض الذي يتطلب العلاج ولا تقوم بدونهما¹. وهكذا تنشأ العلاقة الطبية تعبيراً عن الحرية التي يتمتع بها كل من المريض والطبيب، فالمريض له حرية اختيار الطبيب الذي يعالجه (البند الأول). والطبيب كذلك يتمتع بحرية تامة في اختيار عملائه المرضى (البند الثاني).

البند الأول: حرية المريض في اختيار الطبيب المعالج

تكتسي إرادة المريض أهمية بالغة في انعقاد العلاقة الطبية²، وذلك على اعتبار أن هذا الأخير يعكف بداءة باختيار الطبيب الذي يراه الكفاء والأنسب في علاجه، أخذاً بعين الاعتبار التخصص والخبرة والشهرة وغيرها من العوامل المؤثرة في اختياره دون غيره. لهذا يعد حق كل مريض في اختيار الطبيب الذي يعالجه، من المبادئ الأساسية التي تحكم ممارسة مهنة الطب الليبرالي³. إذ يقصد بهذا المبدأ ألا يجبر المريض على اللجوء إلى طبيب معين لا يرغب في معالجته، لما يمكن أن يؤدي إلى نتائج خطيرة تتعلق بصحة المريض بوجه عام⁴. وفي هذا الإطار يستند مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه بالأساس إلى فكرة الثقة السائدة بين الطرفين، والتي بدورها كانت منطلقاً لتصنيف العلاقة الطبية ضمن العلاقات ذات الاعتبار الشخصي⁵.

¹ - بوني ف. فرجن، ترجمة الحصادي، القانون الطبي والأخلاق، ط.01، المركز القومي للترجمة، القاهرة مصر، ع. 1965، السنة 2013، ص 183.

² - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 113.

³ - P-A. Répond, médecine libérale, médecine contractuelle, courrier du médecin vaudois, rev. de la société vaudoise de médecine, n° 2, Mars 2006, p 23.

⁴ - L. Mélenec, Annick Dorsner-Dolivet, traité de droit médical, op. cit, p 17.

⁵ - T. Lang, Christine Rolland, la relation médecin-malade lors de consultation de patients hypertendus en médecine générale de ville, rapport de recherche Février 2007, unité Inserm 558, Toulouse France, p 12.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن الطبيب ولجهد فتحه لعيادته وإصاقه اللافتة على مدخلها، وبما يحتويه من بيانات عن صفته الطبية وتخصصه، فإنه بذلك يضع نفسه موضع الموجب أمام كل مريض توجه إليه لتلقي العلاج¹. هذا وقد اعترفت أغلب التشريعات المقارنة بهذا الحق للمريض واعتبرته ضمن المبادئ التي يلتزم كل طبيب باحترامها وعدم التخلي عنها².

وإذا كان الأصل هو حرية المريض في اختيار الطبيب، فيجب منع كل ما يمكن أن يؤدي إلى التأثير في إرادة المريض عند الاختيار تحقيقاً أغراض أخرى كمصلحة الطبيب في جذب المرضى أو الشهرة... إلخ. لذلك يرى البعض أن من مكملات مبدأ حرية المريض في اختيار الطبيب ما تقرره القوانين في الدول المختلفة من منع الأطباء من الالتجاء إلى وسائل الحماية لأنفسهم³.

غير أنه قد نفتقد لأهم عنصر تبني عليه العلاقة الطبية⁴، في حالة تدخل الطبيب من تلقاء نفسه اتفاق سابق لكونه قد دعي إلى التدخل من قبل الجمهور⁵. كما أن حرية المريض في اختيار الطبيب كثيراً ما تزول أو تتقيد خاصة، إذا نظرنا للمسألة من الناحية الواقعية كلما اتسع نطاق النشاط العلاجي في المستشفيات العمومية⁶.

¹ - G. Legier, droit civil, les obligations, 17 éd., 2001, Dall., Paris France, p 28.

² - Art. L1110-8 du C.S.P.Fr. dispose que: « le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé est un principe fondamental de la législation... » Art 06 du C.D.M.Fr qui dispose que : « le médecin doit respecter le droit que possède toute personne de choisir librement son médecin. Il doit lui faciliter l'exercice de ce droit. »

كذلك الحال بالنسبة للقانون البلجيكي المتعلق بحقوق المريض لعام 2002 بمقتضى المادة 06 منه، كما أقر هذا المبدأ معظم التشريعات العربية كالمرجع المصري في المادة 32 / أ / والمرجع الأردني في المادة 13/ف أ من الدستور الطبي الأردني، إلى جانب المادة 27/ف 12 من قانون الآداب الطبية اللبناني، عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 201، 202. وقد كرس أيضاً التشريع المغربي هذا المبدأ بمقتضى مدونة آداب مهنة الطب في الفصل الخامس منها، ذكر من طرف: أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 114. بالإضافة إلى ذلك فقد ضمن التشريع الجزائري هذا الحق للمريض بمقتضى المادة 42 من م.أ.ط.ج والتي قضت بأنه: "للمريض حرية اختيار طبيبه أو = جراح أسنانه.... وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا وأن يفرض احترامه وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض..."

³ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 16.

⁴ - J. Penneau, responsabilité du médecin, op.cit, p 13.

⁵ - سعد سالم عبد الكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، د.ذ.ع.ط، منشورات قارنيوس، طرابلس ليبيا، السنة 1994، ص 103.

⁶ - M. Deguerge, la responsabilité des hôpitaux publics, hors série, (Juillet- Aout), 1999, France, p 20.

وحتى في الحالات التي يمكن فيها القول بإمكانية ممارسة حرية اختيار الطبيب المعالج، بسبب تواجد عدد كبير من الأطباء، فإن هذه الإمكانية تتوقف وبشكل أساسي على مدى قدرة المريض على تحمل مصاريف العلاج من تطبيب وأدوية¹.

وفي هذا الإطار قد تتطلب أيضا حالة المريض التدخل الجراحي من قبل فريق طبي، ومن ثم لا يمكننا القول بأنه قد اختارهم بصورة مباشرة. كما ينعدم حق الاختيار، إذا ما أراد أن يتعالج وفقا للنظام العلاجي للمنشأة التي يعمل فيها ولا يبقى له الخيار، إلا إذا أراد العلاج على نفقته الخاصة². وفي الواقع العملي لمهنة الطب قد يحصل أن يقوم الطبيب المتعاقد مع المريض بإحلال طبيب آخر محله لفترة مؤقتة، إلا أن ذلك لا يؤثر على حقه في اختيار طبيبه المعالج بكل حرية، بشرط أن يكون هذا الأخير على كفاءة وخبرة تتناسب مع كفاءة الطبيب الأصلي³.

البند الثاني: حرية الطبيب في اختيار المريض وعلاجه

إذا كان من باب أولى أن يعطى للمريض الحق والحرية في اختيار طبيبه خصوصا وأنه الطرف المستفيد من العلاقة⁴، فإن الطبيب بالمقابل يتمتع من حيث المبدأ بحرية أن يختار المريض الذي يتعامل معه لوصف وإجراء التدخل العلاجي أو الجراحي له.

وقد نادى بهذا المبدأ في بدايته أنصار الإمبريالية معتبرين أن أساس حرية الطبيب في اختيار مريضه تستند إلى عقد الثقة الذي يسمح له بوضعه تحت تصرفه لمباشرة أي عمل طبي على جسمه⁵. كما أن المعتقد السائد لدى الفقه والقضاء الفرنسيين هو أن للطبيب كامل الحرية في قبول أو رفض

¹ - إبراهيم الصياد، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، 1981، ص 28، 29.

² - V. le Taillandier, op. cit, p 152, 153.

³ - فقد فرض المشرع الفرنسي شروطا معينة لإحلال الطبيب محل زميل له، هذا ما نصت عليه المادة 89 من قانون أخلاقيات مهنة الطب، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإنه لم يحدد بموجب هذا النص شروطا يحل بموجبها الطبيب محل زميل آخر له فترة غيابه.

⁴ - مراد بن صغير، التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص 169.

⁵ - « Paternalisme médicale qui suppose que le patient, par un acte de confiance , se remet les mains de son médecin. » indiqué par : J-C. Tixador, clientèle médicale et exercice en société des médecins, doctorat en droit, spécialité droit privé, Académie d'Aix-Marseille, université d'Avignon et des pays de Vaucluse, année 2009-2010, non publié, p 74, 75.

تلبية طلب مريض للعلاج¹، معتبرين أن القول بخلاف ذلك من شأنه أن يضع الطبيب في حالة عبودية تسلبه الراحة الفكرية والجسمانية بما في ذلك من إضرار بالمرضى².

وهذه القاعدة ليست في الواقع، سوى تطبيق لمبدأ حرية التعاقد الذي يعني في شق منه أن كل فرد في أن يتعاقد أم لا، كما أنه حر في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه³. فكما أن المريض حر في اختيار طبيبه، كذلك يكون من حق الطبيب اختيار مرضاه.

وفي هذا الإطار فمهما اختلفت النصوص القانونية المذكورة في جميع القوانين المقارنة في التعبير عن هذه المسألة ولكنها متفقة في المعنى على إعطاء الطبيب الحق والحرية في اختيار مرضاه⁴. فلا تتعد العلاقة الطبية بمجرد دخول المريض للعيادة، إنما بعد دخول كليهما في حوار ومناقشة حول نوع التدخل الطبي وطبيعته ومخاطره وآثاره وحتى نتائجه⁵.

غير أن هذا الرأي أصبح منتقد ومرفوض من أساسه، لوجود نصوص قانونية تلزم الطبيب بمساعدة مريض في حاجة إليه. كما أن نسبة الحقوق ووظيفتها الاجتماعية كان له الأثر الفعال في تقييد تلك الحرية، في حدود الواجب الإنساني والأدبي تجاه المرضى التي تفرضه أصول ومستلزمات المهنة الطبية⁶.

¹ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 34.

² - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 345.

³ - L. Mélenec, Annick Dorsner-Dolivet, traité de droit médicale, op. cit, p 17.

⁴ - Art. 48 al. 02 du C.D.M.Fr. dispose que: « Hors le cas d'urgence et celui ou il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles. »

ونصت عليه كذلك المادة 15 من قرار وزير الصحة المصري رقم 234 لسنة 1974 بإصدار لائحة آداب وميثاق شرف الطب البشري كما قضت بذلك المادة 13/ف ح من الدستور الطبي الأردني بأنه: "فيما عدا حالات الطوارئ والإسعاف للطبيب الحق في رفض المعالجة لأسباب مهنية أو شخصية". وكذا المادة 27/ف 12 من قانون الآداب الطبية اللبناني رقم 277 الصادر في 1994/02/22 التي أشارت إلى حق الطبيب في اختيار مرضاه وقد أكد أيضا المشرع الجزائري على هذا الحق في اختيار مريضه، وهو ما قضت به المادة 42 من م.أ. ط.ج بأنه: "... ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج." وأيضا المادة 50 التي جاء فيها: "يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض."

⁵ - أحمد أدريوش، مسؤولية الطبيب المتمتع عن العلاج عند طلبه، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية، ط. 01، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، السنة 1995، ص 26.

⁶ - محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 441.

كما لا يمكن الحديث عن حقّ الطبيب في اختيار مرضاه المتواجدين في المستشفيات التابعة للقطاع العمومي، إذ يكون الطبيب ملزماً بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق العام بتقديم العناية الطبية ضمن اختصاصه لكل مريض يتقدم طالباً للعلاج في المستشفى الذي يعمل به¹. فضلاً عن ذلك نجد أن مبدأ الاستقلال المهني للطبيب وما يترتب عليه من حقّه في اختيار مرضاه، تبدو أهميته ضئيلة أمام ضرورة توفير العناية الطبية لكل من هو في حاجة إليه، لما يواجهه من خطر يقتضي تدخلاً عاجلاً لا يحتمل التأخير وإلاّ قامت مسؤوليته الجنائية². غير أنه قد يرفض كل من الطبيب والمريض التدخل العلاجي، فماذا يترتب على ذلك؟

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على رفض العلاج

تعتبر دعوة المريض للطبيب هي أولى المراحل التي تبدأ بها العلاقة بينهما، إلا أنه قد يحدث أن يشخص الطبيب الحالة الصحية ثم يعرض عليه الإجراء العلاجي الذي رآه مناسباً لحالته، ولكن المريض يبدي رفضه لهذا التدخل لأي سبب كان رغم ما قد يترتب على ذلك من أضرار بصحته. كما أن الطبيب قد يقوم بالامتناع عن تقديم علاج للمريض أو أن يتوقف عن مواصلة ذلك. لذلك يثير هذا الموضوع أكثر المشاكل دقة وحساسية، لما يترتب عليه من مسؤولية بالنسبة للنتائج المترتبة على ذلك الرفض، حيث خصصنا البند الأول لدراسة مسألة رفض الطبيب للعلاج، لننتقل لإيضاح حالة رفض المريض للعلاج وما تثيره من آثار (البند الثاني).

البند الأول: رفض الطبيب علاج المريض

إن حق الطبيب في رفض تقديم العلاج ما هو إلا تطبيق لقدر معين من الاعتبارات الشخصية أساسها الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض. فقد يستند عدم القبول من جانب الطبيب إلى اعتبارات معينة تتراوح بين الشخصية والمهنية، فالأصل بأن للطبيب الحق في رفض علاج المريض الذي يراجعه للعلاج لأسباب مهنية كأن تتعارض موافقته على علاج المريض مع آداب مهنة الطب³.

¹ - V. Le Taillandier, op. cit, p 149.

² - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 184.

³ - محمود جلال حمزة، المسؤولية القانونية للطبيب المتمتع عن المساعدة الطبية، مجلة الرائد العربي، ع. 25، السنة 06، دمشق سوريا، جويلية-سبتمبر، 1989، ص 74.

وفي هذا الإطار أكدت معظم التشريعات المقارنة على أنه يسوغ مبدئياً للطبيب أن يمتنع عن تقديم خدماته للمريض، إلا أن رفضه تحكمه عدة ضوابط يملئها الواجب الإنساني الذي يقتضي ألا يضر انقطاعه بالمريض ومصالحته وأن يقدم كل المعلومات التي يراها مفيدة لمتابعة العلاج¹.

بل أكثر من ذلك يُسأل الطبيب كذلك حتى لو وجد الطبيب المبرر العملي للانقطاع عن مواصلة العلاج للمريض وتركه²، ذلك أن الطبيب متى قبل علاج المريض، فإنه يلتزم - إن لم يكن عقدياً - بمقتضى المبادئ القانونية العامة بمتابعة علاجه، وألا يتركه قبل انتهاء هذا العلاج، طالما أن المريض في حاجة إلى جهوده³.

وفي الواقع فإنه من الصعب تقدير حالة الاستعجال نظراً لصعوبة تقدير الخطر الصحي الراجع لعدم إمكانية حصر حالاته. وهذا الأمر متروك للقضاء يستخلصه من واقعة حسب ما يراه ووفقاً لظروف كل حالة. وبصفة خاصة مدى حسن أو سوء نيته⁴.

¹ - Art. 47 du C.D.M.Fr dispose : « Quelles que soient les circonstances, la continuité des soins aux malades doit être assurée....S' il (le médecin) se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins. »

وقد قضت بذلك أيضاً المادة 24 من لائحة آداب المهنة المصرية، زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2007 ص 81، 82. كما أكد المشرع الجزائري على ذلك حيث نصت المادة 09 من م.أ.ط.ج، التي توجب على الطبيب في هذه الظروف، أن يتأكد من استمرار حصول المريض على العلاج الضروري، وأن يقدم كل المعلومات المفيدة في متابعة تقديم العلاج، وهو ما أوجبه أيضاً المادة 50 من م.أ.ط.ج بما يلي: "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض." كما أن كان التشريع المغربي واضحاً في هذه المسألة بمقتضى الفصل 27 من مدونة قواعد السلوك الطبي من خلال منح الطبيب حق رفض تقديم خدماته لأسباب مهنية أو شخصية، محمد الكشور، محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 129.

² - كامتناع المريض عن دفع أتعاب الطبيب أو إهماله إتباع تعليمات الطبيب أو تعمد عدم إتباعها أو أنه استعان خفية بطبيب آخر عن الطبيب الذي يعالجه، مما يؤدي كرامة هذا الأخير ويشعره بالإهانة، صحراء داودي، الخطأ الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع 16، السنة 2013، نشر ابن خلدون تلمسان، ص 78، 79.

³ - محسن عبد الحميد ابراهيم البنيه، نظرة جديدة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، د.ذ.ع.ط، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة مصر، السنة 1993، ص 206.

⁴ - وما هو جدير بالملاحظة، أن القضاء الفرنسي لم يقبل بسهولة الادعاء بمراعاة الخطأ في التقدير، وبحيث ألزمت المحاكم الفرنسية الطبيب لأن يتحرى بنفسه عن الوضع الحقيقي للمريض. ومن السهولة أن يفترض القضاة أن الأطباء يمكنهم أن يدركوا تماماً أكثر من غيرهم، الخطر الذي يتعرض له المريض.

Cass. Crim. 17/02/1972. D. 1972, cié par: V. Le Taillandier, op. cit, p 152.

ومن الأهمية بما كان إن امتناع الطبيب عن علاج المريض وهو في حاجة إليه، يتخذ صورة خطأ جنائي إلى جانب قيام المسؤولية المدنية بالتبعية. على اعتبار أن التشريع الوضعي قد تشدد عند الإخلال بالالتزام الإنساني الذي يفرض على الطبيب أن يبذل كل ما وسعه لإنقاذ مريض معرض للخطر تستدعي حالته التدخل العاجل¹.

وقد انتهجت معظم التشريعات المقارنة جزاءات عقابية تختلف جسامتها، حيث كان القانون الجنائي الفرنسي له السبق من بين التشريعات القانونية الحديثة في هذا المجال بتجريم الامتناع في حالة وجود خطر على حياة الإنسان².

وباستقراء نصوص التشريع الجزائري نجد في خضم جرائم الامتناع التي يسأل عنها الطبيب جزائيا سوى جنحة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر³، متخذاً إياها كأرضية خصبة في التوسع من نطاق التزامات وواجبات الأطباء.

¹ - ويمكن تصنيف هذه التشريعات إلى طائفتين أساسيتين، أولاها تنص على التزام الطبيب بالمساعدة مثل قانون العقوبات الروسي، حيث تنص المادة 120 على معاقبة الطبيب الذي يمتنع عن علاج مريض في حالة استعجال أو حالة الضرورة وقانون العقوبات النمساوي بموجب نص المادة 114 منه، بينما الطائفة الثانية، فهي تنص على الالتزام بالمساعدة بوجه عام وليس قاصرا على الأطباء بل وعلى غيرهم أيضا ممن يقدر على مساعدة الغير المحتاج للمساعدة، مثل قانون العقوبات الألماني في مادته 323، المادة 593 من قانون العقوبات الإيطالي، وكذا ق.ع.ف بمقتضى المادتين 62 - 63 من ق.ع.ف إلى جانب ذلك نجد التشريع الأردني بمقتضى المادة 474 من قانون العقوبات، محمد كامل رمضان، الامتناع عن المساعدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة الجامعية 1992، غير منشورة، ص 863، بالإضافة إلى ذلك فقد تبنى المشرع الجزائري هذا الاتجاه بموجب المادة 182 من الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن ق.ع.ج، المعدل والمتمم، ج.ر.ع 49، الصادرة في 1966/06/11.

² - فكان أول تشريع يكرس ذلك هو القانون الصادر في 1941/10/25، ثم أضيفت جريمة الامتناع عن المساعدة بالمادة 2/63 إلى ق.ع.ف الصادر في 1945/01/25، عصام الشريف، المسؤولية المدنية للطبيب الممتنع عن التعاقد في القانون الأردني والقوانين المقارنة، مجلة نقابة المحامين، الأردن، ج 2، السنة 1990، ص 112، غير أن المشرع الفرنسي تبنى تعديلا جديدا بمقتضى نص 223-2/6.

Art 223 - 6 al. 2 : « Sera puni des mêmes peines cinq ans d'emprisonnement et 500.000 E d'amande, quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. » A. Dorsner-Dolivet, responsabilité du médecin, éd. Economica, Paris France, 2006, p 327.

³ - وفقا للمادة 182 من ق.ع.ج، حيث يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبالغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر، كان بإمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير. حيث كان مبلغ الغرامة في النص القديم يتراوح ما بين 500 إلى 15.000 دج وأصبح بموجب التعديل بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 2006/12/20، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن ق.ع.ج، ج.ر.ع.84، 2006 يتراوح من 20.000 إلى 100.000 د.ج. (المادة 60 ق.ع.ج)

والجدير بالذكر أن قيام مسؤولية الطبيب نتيجة إخلاله بالتزامه بتقديم العلاج للمريض والاستجابة لطلب مساعدته، يستوجب توافر الإرادة كشرط لازم كما هو الحال في الفعل الإيجابي¹. فالطابع المميز لها أنها من الجرائم الإرادية التي ترتكب بمجرد عدم التدخل لمنع وقوع الخطر على الشخص المعرض لذلك وذلك بعدم تقديم المساعدة له².

كما يشترط وجود خطر يواجه المريض وما يحيط بها من ضعف هذا الأخير وعدم قدرته على إنقاذ نفسه، إلا أن مفهوم هذا الخطر الموجب لتقديم المساعدة يتسم بالغموض وعدم الدقة في التحديد، نظرا لعدم قيام النصوص العقابية سواء قانون العقوبات الجزائري أو الأخرى في العديد من التشريعات بتوضيحه فاسحة المجال للفقه والقضاء³.

لذلك فإن مسألة تطبيق المادة 182 من ق.ع.ج تنطوي صعوبة، نظرا لعموميتها سيما في مجال إقرار المسؤولية الجنائية للطبيب، والتي كان من المرجح أن تتولى المحكمة العليا عن طريق الاجتهادات القضائية تحديد معايير وشروط تطبيق هذا النص بالنسبة للفئة المهنية المتخصصة. وذلك باعتبار أن حالة الخطر هي الدافع لتقرير حماية أكبر للمريض وإلزامه بالتالي للمبادرة بتقديم العلاج والمساعدة له⁴.

¹ - فليس من الضروري توافر قصد خاص في جانب الممتنع، وإنما يكفي الامتناع الإرادي لدى مرتكب الفعل، بمعنى أن يعلم المتهم شخصيا بوجود شخص في خطر يتطلب تقديم مساعدة مباشرة وضرورية لإنقاذه، لكنه يمتنع إراديا عن مساعدته، ويدخل في ذلك إذا امتنع الطبيب عن تركيب الأجهزة أو ترك المريض بدون أية مساعدة بعد فصل الأجهزة عن جسمه وقبل موت خلايا المخ فإنه يتسبب بذلك في موته، ومن ثم يسأل جنائيا عن جريمة الامتناع عن مساعدة شخص في خطر، عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، -القسم العام-، ج 1، الجريمة، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، بن عكون الجزائر، السنة 1998، ص 165، 167، مسعود خثير، النظرية العامة لجرائم الامتناع، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، السنة الجامعية 2013-2014، غير منشورة، ص 163، 166.

² - تعتبر جرائم شكلية فالمشرع يعاقب على مجرد الامتناع عن إتيان السلوك بصرف النظر إلى ما إذا كان هذا الامتناع يفضي إلى نتيجة معينة أم لا، فريد بلعدي، مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع.خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و24 جانفي، السنة 2008، ص 210.

³ - إذ يقصد بالخطر "تهديد للحياة والصحة والسلامة الجسدية للشخص". فضلا عن ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار أنه حتى ولو كان الشخص مريضا أو اقرب إلى الموت لا بد أن يستفيد من هذه المساعدة المقررة من خلال مقتضيات القانون.

M.M Hannouz, A,R Hakem, précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 1992, p 87.

⁴ - وفيما يتعلق بتقدير درجة الخطر فهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع حسب ظروف كل حالة، سليمان حاج عزام، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست-الجزائر، ع. 07، جانفي 2015، ص 165.

وما يمكن أن نسجله أيضا في هذا الإطار أن النص على تجريم الامتناع عن المساعدة يمكن من تحقيق الدور الوقائي، إذ يعاقب الطبيب على جنحة الامتناع ولو لم يتحقق ضرر، ومن هنا تبرز حماية أخرى للمتضرر. غير أنه لا مانع من أن يذكر الالتزام بالمساعدة في القانون الخاص بحماية الصحة وترقيتها وعدم الاكتفاء بإحالة مثل هذه الحالات على قانون العقوبات.

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل تشكل مخالفة النصوص التنظيمية الخاصة بتقديم العناية الطبية أيضا صورة من صور الخطأ المعاقب عليه جزائيا بجنحة القتل الخطأ والجرح الخطأ وفق أحكام المادتين 288 و 289 من ق.ع.ج.¹

البند الثاني: رفض المريض لعلاج الطبيب

في بعض الأحيان قد يحدث أن يشخص الطبيب حالة المريض ثم يعرض عليه الإجراء العلاجي الذي رآه مناسباً لوضعه الصحي ولكن المريض يبدي رفضه لهذا العلاج.² إلا أن الأمر قد يصل إلى أخطر من ذلك، خصوصا إذا كان هذا الشخص معرضا للهلاك بسبب مرضه. رغم أن الواجب الثابت على الطبيب العمل على مساعدة المريض وتحليله من آلام المرض الذي يعاني منه.

على هذا الأساس فإن مسألة حق المريض في رفض العلاج تثير جانبا كبيرا من الأهمية، لما يترتب عليه من آثار قانونية تتعلق أساسا بتحديد الخطأ الطبي الموجب لمسؤولية الطبيب والحق في التعويض.³

¹ - حيث تنص المادة 288 على ما يلي: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج." أما المادة 289 فقد جاءت كما يلي: "إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين." وذلك حسب تعديل الصادر في 2006 السابق الإشارة إليه الذي رفع من الغرامة.

² - فهناك عدد من الأسباب التي تجعل المريض يرفض العلاج أو العمل الجراحي: فقد تكون الخوف من الموت أو الخوف من المجهول أو لجهل المريض وقلة وعيه، أو لعدم الثقة بالطبيب، كما قد تكون لعدم وجود أعراض شديدة عند المريض، حسان شمسي باشا، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقدة بإمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 17، 19.

³ - عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 157. على أن هناك واقعة أثارت جدلا كبيرا حول مدى الضرر الذي لحق بالمريض من جراء إذعانه لرفض المريض للعلاج الذي أشار به عليه وتتلخص أحداثها في أن شخصا أصيب بشظية في عينه، فأشار عليه الطبيب المعالج بأن يأخذ صورة بالأشعة، للتأكد من خلو العين من بقايا الشظية، وذلك قبل أن يقوم بخياطة الجرح، ولكن المريض أصر على رفضه هذا الاقتراح ولكن الجرح لم يلتئم وماكادت تنقضي ثلاثة أسابيع حتى شعر المريض بآلام حادة في عينه، تنبى بأن الشظية ما زالت مستقرة بها.

كما أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد فقد اختلف الفقه حول أساس حق المريض في رفض العلاج، فمنهم من ربط هذا الحق بمبدأ معصومية الشخص (l'inviolabilité de la personne)¹. ومن ثم أعطى أصحاب هذا الرأي "للشخص البالغ الذي تبين حقيقة حالته المرضية أن يرفض العلاج، حتى ولو كان الموقف يقوده إلى الموت."²

فلا يجوز -لدى هذا الرأي- إرغام المريض وقهر رفضه، بل على الطبيب الالتزام بالامتناع عن التدخل، لأن استعمال القوة أو العنف محرم عليه. فمن اللحظة التي يتعدى فيها النصيحة إلى الإكراه violence، يكون قد خرق مبدأ من المبادئ الأساسية قانوناً. ومن ثم لا يجوز للطبيب أن يتدبر برفض المريض للعلاج، لكي يفلت من المسؤولية إذا كان لم يبصر مريضه بنتائج موقفه الرفض³.

غير أن الرأي الثاني يعتقد أن مبدأ معصومية الجسد ليس إلا نسبياً، ومن ثم لا يقيم هذا الرأي وزناً لإرادة الشخص إذا كانت تتعارض مع حفظ حياته. فمعصومية الجسد هدفها حماية الإنسان ووقايته ويجب أن تمارس بهدف الحفاظ عليه، فالحق النسبي في سلامة الجسم يجب أن يتوقف

=ونظراً لغوات الأوان على استخراجها، فقد استلزم الأمر استئصال العين. فقد اختلفت الآراء حول مدى مسؤوليته عن الضرر اللاحق بالمريض، مشار إليه من طرف: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 332، 334.

¹ - فهناك من يعتقد أن إرادة الشخص تأتي في المقام الأول، فلها السيادة والغلبة، بغض النظر عن النتائج التي يمكن أن تؤدي إليها، حسان شمسي باشا، المرجع السابق، ص 25.

² - « une personne majeure peut en connaissance de cause refuser pour elle un traitement même si cela peut entraîner la mort. » E. Hirsch, Face au refus de soin, une exigence de démocratie, Press. Med., 2 juill. 2005, T. 34, n° 12, Masson, France, p 834.

³ - فقد قضت محكمة باريس بتاريخ 1952/07/08، بأن الرفض العنيد abstinence والمتصلب agressif للمريض، والذي ثبت كتاباً، يعطي الطبيب الحق في أن ينسحب تاركاً المريض وشأنه،

Paris 08/07/1952. Gaz. Pal. 1952- 2- 128, Toulouse 15/02/1971. Gaz. Pal. 1972- 1- Somm. 35, Cass. Crim 03/01/1972. D. 1973 I.R., 13.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن الطبيب لا يستطيع أن يتدخل إذا كان المريض -أياً كانت حالته- قد رفض ذلك بشرط أن يكون المريض قد بصّر بنتائج رفضه.

C.E. 06/03/1981, cité par, D. Romain, libre disposition de son corps et protection de la santé, la libre disposition de son corps, rédigée sous direction J-M. Larralde, op. cit, p 201, 202.

أمام الواجب المطلق الملقى على كل شخص في أن يحفظ حياته، طالما أن الوسائل اللازمة لذلك مهيأة أو متاحة¹.

أما الرأي الثالث فهو لا يعدو أن يكون توفيقاً بين الرأيين السابقين، لأنه يقوم على مبادئ مستمدة منهما معاً، حيث يقابل الالتزام بالصحة *obligation à la santé*، والحق في سلامة الجسم *le droit à l'intégrité corporelle*. فإذا كان الشخص واعياً مدركاً، فإن إرادته يجب أن تحترم، أما إذا كان غير واع أو غير أهل ورفض الخضوع للعلاج، فلا يعتد برفضه ويهيئ له العلاج رغماً عنه². إلا أن هذه الوجهة من النظر كانت محط انتقاد الفقه، لافتقارها إلى الأساس القانوني.

وهناك من الفقه من أثر فكرة التعسف في استعمال الحق في مواجهة من يرفض العلاج، فحق المريض يجب أن يتوقف أمام مصلحة الجماعة في تفادي انتشار العدوى³، بغض النظر عن الضرر الذي يحدث للمريض نفسه نتيجة تعسفه.

وفي الحقيقة من الثابت قانوناً أنه يجوز للمريض أن يرفض العلاج، على اعتبار أن هناك مبدأً أساسياً في القانون الطبي يقضي بأنه يمكن رفض طريقة للعلاج أو تدخل جراحي. فقد نصت كثير من القوانين الحديثة على أنه لا يجوز - كقاعدة عامة - إرغام المريض على العلاج، إذا عبّر صراحة عن رفضه للعلاج. مما يعني أن الطبيب مرغم على احترام إرادة المريض، وعدم التدخل حتى ولو تعلق الأمر بإجراء إنقاذ حياته⁴.

¹ - "ويعد من العبث وتشويه الحق في السلامة البدنية للمريض أن تسمح له بادعاء هذا الحق لإبطال ما يهدف الحفاظ على حياته وسلامته الجسدية من إجراءات. إذ إن إرادة المريض لها قيمتها ولا نضعها جانباً إلا لتحقيق غاية أو ميزة أسمى وأتمن." ذكر من طرف: علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1992، ص 103.

² - نجية عراب تاني، مدى مساءلة الأطباء جنائياً عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس -، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ص 154.

³ - فلا يجوز لمريض مصاب بالسل الرئوي أن يمتنع عن تناول العلاج وينشر العدوى، علي حسين نجيدة، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، ع. 02، جويلية، 1993، ص 243.

⁴ - Art. L.1111-4 du C.S.P.Fr. (L. 04 Mars 2002 relative aux droits des malades et la qualité du système de santé) qui dispose : « la volonté de la personne de refuse ou d'interrompre un traitement. » L'avis n° 87 du 09 juin 2005 dit : « refus de traitement et autonomie de la personne » Le (C.C.N.E) estime que : « consentir aux soins implique logiquement avoir la possibilité de refuser telle ou thérapeutique. » Il reprend et approfondit ainsi l'article L.1111-4 de la l. d 04 Mars 2002, V. E. Hirsch, Face au refus de soin, une exigence de démocratie, op. cit, p 835.

كما كرس الإجتهد الفرنسي، المبدأ القاضي بوجوب احترام إرادة المريض الراشد برفض العلاج فور تأكد الطبيب من سلامة قدراته العقلية، بعدما كان القضاء وحتى عام 2002 يجيز تدخل الطبيب رغم رفض المريض، إذا كان التدخل لغرض إنقاذ حياة المريض¹.

وفي هذا الإطار فإن الطبيب يلتزم ببذل كل ما في وسعه من أجل إقناع المريض بضرورة العلاج من خلال إعلامه بدقة التشخيص والهدف من العمل الطبي². أما إذا لم ينجح في ذلك، وجب الانصياع لرغبة مريضه وعدم المجازفة، على أساس أنه لا يمكن التدخل بدون موافقة المريض.

لكن عندما تكون حياة المريض في خطر، فالطبيب مخير بين المحافظة على حياة المريض وضرورة الحصول على الموافقة على العلاج. ففي هذه الحالة يستطيع التخلي عن التزامه بالرضا على أساس المساعدة الطبية التي أقرتها قانون أخلاقيات مهنة الطب وقانون العقوبات الفرنسي³.

=وقد تطرق المشرع اللبناني لهذا الموضوع في قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة في المادة السابعة منه والتي جاء نصها كما يلي: "يستطيع أي شخص مريض أن يرفض عملاً طبياً أو علاجاً معيناً، كما يستطيع أن يوقف هذا العلاج على مسؤوليته الخاصة. والطبيب ملزم باحترام هذا الرفض، بعد أن يكون قد أعلم المريض بعواقبه." كما تضمن التشريع الجزائري حق المريض في رفض العلاج والتي جاءت بصيغة غير مباشرة بمقتضى أحكام المادة 49 من م.أ.ط.ج، التي قضت بأنه: "يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي....."

¹ - وفي هذا السياق أكد القضاء الفرنسي في عدة قرارات بأن الطبيب يحترم قرار مريضه برفض العلاج، وفعليه أن يحاول إقناعه بتلقي العلاج المناسب وألا يقبل بسهولة مبالغ فيها رفض مريضه، إذ يترتب عليه أن يبذل واجب النصح والإقناع بالمعالجة ويجب على الطبيب أن يخبر المريض بنتائج اختياره. إلا أنه يبقى دائماً من الممكن تجاوز رفض المريض، وبخاصة عندما نكون بصدد مضاعفات للمرض.

C.E, 26/11/2001, CAA. Paris, 09/06/1998, TA. Lille, 25/04/2002, cité par : A. Khaldi, la place actuelle du consentement du malade à l'acte médicale dans le code des obligations et des contrats, livre du contenu du code des obligations et des contrats, sous direction Mohamed Kamel Charfeddine, faculté des droits et des sciences politique de Tunis, unité de recherche « centenaire du C.OC », centre de publication universitaire, Tunis, 2006, p 331, 332.

² - Art. 36 du C.D.M.Fr dispose que : « le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas. Lorsque le patient refuse les investigations ou le traitement, le médecin doit respecter ce choix après l'avoir informé de ses conséquences. » Cass. 1^{er} Civ. 18/01/2000, D. n° 34, 13 déc. 2001, cité par: Stéphanie Hennette-Vauchez, droits des patients et pouvoir medical-quel paradigm dominant dans la juridicisation de la fin de vie?, la libre disposition de son corps, rédigée sous direction Jean-Manuel Larralde, op. cit, p 182, 183.

³ - F. Dolveck, éthique et médecine d'urgence, de l'exercice de pouvoir de décider, éthique, justice et médecine, rencontres au tribunal de grande instance de Paris, sous direction E. Hirsch, J-C Magendie, collection espace éthique, Paris, France, nov. 2005, p 324, 329.

والجدير بالذكر أن الإقرار المكتوب الصادر من المريض تظل قيمته القانونية، منحصرة في إثبات واقعة رضا المريض بالقيام بالإجراء الطبي الذي ارتضاه¹ دون أن تتعدى ذلك، ويبقى الخطأ الطبي بعد ذلك رهنا بثبوتة أو عدم ثبوتة.

وغير بعيد عن هذه الفكرة فإن الشريعة الإسلامية أكدت على أنه ليس للمريض الحق في رفض أي علاج يوصف له يقصد به إنقاذ حياته أو أي إجراء تقتضيه الصحة العامة لمنع إضرار المريض بغيره. فإذا رفض فمن حق المجتمع مطالبة الوالي (السلطة) بإلزام المريض أو وليه بالعلاج إذا تحقق الضرر وكان العلاج ناجحاً². كما أن رفض المريض للعلاج في الحالات التي تستدعي تدخلاً جراحياً مستعجلاً، وإلا كانت النتائج وخيمة، فيه إلقاء بالنفس إلى التهلكة.

ودون أن ننسى أن قرار رفض العلاج قد لا يصدر من المريض نفسه، بل من والديه³. فإذا استمر رفض الوالدين رغم كل التبصر والتحذير من عواقب الأمور في الحالات المستعجلة، فنحن بصدد أحد الاحتمالين: إما أن يتصرف الطبيب بنفسه وإما أن يرفع الأمر إلى القضاء.

فبالنسبة لتصرف الطبيب بنفسه إذا تمسك الوالدان بالرفض، فإنه يتعين عليه أن يميز - وفقاً لظروف الحالة - فيما إذا كان العلاج المرفوض يمكن تجنبه أو تأجيله أو أنه أمر ضروري لا سبيل للاستغناء عنه. ومن ثم عندما لا يكون العلاج المرفوض أمراً ضرورياً في الحال، فإن معارضة الوالدين لهذا العمل لا يمكن إدانتها من حيث المبدأ، بل يجب على الطبيب أن يحترم سلطة الوالدين في ذلك⁴.

ولكن هناك حالات يكون العلاج أو نقل الدم فيها أمراً حيويًا بالنسبة للصغير⁵، ولا شك أنه يكون من الواجب الاعتراف للطبيب بسلطة واسعة إزاء رفض الوالدين في مثل تلك الحالات.

¹ - وهذا ما تقتضيه المادة 49 من م.أ.ط. ج حيث نصت: "يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن." إن صياغة هذا النص معيبة في النصين العربي والفرنسي. لكن هذا النص جاء عاماً ليشمل كافة عقود العلاج، مما يشكل تضيقاً للحناق على الطبيب وزيادة أعبائه.

² - محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 101.

³ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 106، 108.

⁴ - لا نعتقد أنه باستطاعة الطبيب، إذا عجز عن إقناع الوالدين بأهمية التلقيح وخطورة إهماله أن يقوم بهذا العمل ضد إرادتهما، حسان شمسي باشا، المرجع السابق، ص 43.

⁵ - كأن يكون من الضروري إجراء جراحة تستدعي نقل دم إليه أو يكون مولوداً جديداً لا تتوافق فصيلة دمه مع فصيلة دم الأم، مما يستلزم على وجه الاستعجال نقل دم إليه.

ولكن قبل الحديث عن هذه السلطة يتعين فهم معنى الضرورة التي تجيز للطبيب تخطي معارضة الوالدين.

لذلك فإذا وجدت وسائل علاجية أخرى تؤدي نفس الغاية، ولو كانت أكثر تكلفة ومشقة، فإنه يتعين على الطبيب إحلالها محل العلاج المرفوض. كذلك ينبغي استبعاد هذا العلاج إذا كان مجرد وسيلة لتحسين حالة المريض، ولم يكن ضروري لإنقاذ حياته أو سلامته البدنية. وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الصدد أنه عندما تكون المسألة متعلقة بحياة الصغير أو موته، فإن المعارضة تصبح عديمة القيمة أو التأثير، وذلك لأن سلطة الوالدين هي عبارة عن وسيلة تهدف ممارستها إلى تحقيق مصلحة القاصر وحماية صحته. وبالتالي إذا تحوّلت هذه السلطة من خلال الانحراف في الممارسة إلى وسيلة للإضرار بالصغير، فلا اعتبار لها¹.

يضاف إلى ذلك أن الطبيب الذي يمتنع عن تقديم العلاج الضروري لإنقاذ حياة الطفل، حتى لو كان ذلك انصياعاً لرفض والديه، يكون عرضة للمساءلة الجنائية. ونفس الاتهام يمكن أن يوجه للوالدين، لأنهما بالإصرار على رفض العلاج يرتكبان أيضاً جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر².

غير أنه إذا قرّر الطبيب التدخل لاقتناعه بضرورة العلاج الذي يرفضه الوالدان، فإنه ينبغي أن يكون حريصاً عند تعديه عن السلطة الأبوية (la puissance paternelle). بحيث لا يفعل ذلك إلا في حالة الاستعجال القصوى، أي عندما تكون حياة الصغير أو سلامته مهددة بخطر جسيم لا سبيل لإنقاذه منه إلا بإجراء العمل الطبي اللازم³.

كما أن فرض الطبيب لإرادته يفترض أن يكون قد بذل مسبقاً كل ما في وسعه، بما في ذلك الاستعانة بزميل آخر، لإقناع الوالدين بخطورة الموقف، وبضرورة العمل المراد إجراؤه. فإذا تحقق

¹ - فمن غير المقبول إقحام الطفل في معتقدات دينية أو فلسفية ليس مهيماً لإبداء رأيه فيها، كما لا يصح أن يكون ثمن انصياع الوالدين لواجب أخلاقي أو عقدي هو المساس بحياة الصغير الذي يملك لنفسه نفعاً ولا ضرراً، علي جابر محجوب، الرضا عن الغير في مجال العمليات الطبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، د.ذ.ت.ط، القاهرة مصر، ص 107.

² - Cass. Crim. 03/07/1969. Cité par: M. Akida, la responsabilité pénale des médecins des chefs d'homicide et de blessures par imprudence, Librairie générale de droit et la jurisprudence, Paris, 1994, p 119, 120.

³ - فالبعض من الفقه رفض أن يسلم للسلطة الأبوية بحق الموت على الطفل ووصفها بأنها سلطة مدمرة ومن ثم وجب مقاومتها، علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 112.

هذا الشرطان، فإن الطبيب قد يلجأ إلى أي أسلوب يراه ملائماً لإنقاذ حياة الطفل، ولو استدعى ذلك استعمال الحيلة أو الترهيب أو أي طريقة ملائمة أخرى. فأمام نبل النتيجة المبتغاة وهي إنقاذ نفس بريئة تتضاءل الاعتراضات على الوسائل المستخدمة¹.

ولعل العبرة تكون بموافقة الأب باعتباره الولي الشرعي، وفي حالة غيابه تحل محل الأم. فإذا رفض الأب التدخل الطبي، فإنه ينبغي البحث عن أسباب هذا الرفض، فيما إذا كانت أسباب جدية كما هو الحال عندما تكون نتائج التدخل غير مضمونة أو فيها من الخطورة ما يسيء إلى مصلحة الصغير، فلا بد من وجوب الانصياع لرفض الوالد. أما إذا كانت أسباب الرفض غير مجدية²، فرمما يكفي موافقة الأم إذا كان التدخل الطبي يخدم مصلحة الصغير سواء في مجال الوقاية أو العلاج. أما في حالة الطلاق، فإن واجب الرعاية يقع على الشخص الذي أسندت إليه حضانة الطفل، غير أنه إذا تعلق الأمر بتدخلات طبية فيها مساس جسيم بالسلامة البدنية للطفل المحضون وكان الصغير في حضانة الأم، فالأصل هو وجوب الحصول على موافقة الوالدين معا إلا إذا كان أحدهما غائبا³.

ومن جهة أخرى فإن الفقه القانوني لم يجمع على حق المريض في رفض العلاج ووضع حد لحياته، ولم تنزل المناقشات دائرة لم تجد طريقها إلى الحل النهائي بسبب اختلاف الآراء وتعدد وجهات النظر الناجمة عن تبني معتقدات وفلسفات متعددة تختلف في نظرتها إلى الحياة⁴.

¹ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 269، 270.

² - فقد يرفضان العلاج نتيجة خوف غير مبرر على مصلحة المريض كأسباب مالية تظهر أساسا في عدم القدرة على تحمل نفقات العلاج المقترح أو حتى -في حالات نادرة- ربما لمجرد التخلص من طفل معاق جدا. أو أن يبني رفضه على معتقدات اجتماعية أو دينية، حسان شمسى باشا، المرجع السابق، ص 42، علي جابر محجوب، الرضا عن الغير في مجال الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 108، 110.

³ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 228.

⁴ - إذ انقسم الفقه بشأن حق المريض في رفض العلاج إلى اتجاهين أساسيين: يؤيد الأول الإقرار بمثل هذا الحق للمريض، وبالتالي عدم تحمل الطبيب لأي مسؤولية إذا ما أوقف وسائل الإنعاش عن المريض، عتيقة بلجبل، القتل الرحيم بين الإباحة والتجريم، مجلة الفكر، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، ع. 06، السنة 2008، ص 265.

V. aussi : E. Hrich, Marc Gueririer, ethanasie et éthique de soin, éthique, justice et médecine, rencontres au tribunal de grande instance de Paris, sous direction E. Hirisch, J-C. Magendie, op. cit, p 193, 194.

ويسوغ أنصار هذا الاتجاه رأيهم ببعض المبررات ترجع إلى أن إن الإقرار بحق الإنسان في الحياة يستلزم الإقرار له بحقه في الموت وعدم قبول الحياة، إذا تم من قبل الإنسان نفسه أو بواسطة شخص آخر ما دام بناء على طلبه ورضاه، صفاء حسن العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة (دراسة مقارنة)، ط. 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2011، ص 137. والواقع إن التأيد لم يقتصر

هذا الاختلاف في وجهات النظر ألقى بظلاله على مواقف التشريعات، فهناك من أقرت بهذا الحق للمريض كالقوانين الأمريكية¹، كما أجري تعديل على قانون الصحة العامة الفرنسي في عام 2005²، يجعله أكثر توازنا وأكثر تسامحا في مواجهة المرضى الذين يطلبون الموت بحجة اليأس من الشفاء وعدم القدرة على الاستمرار في تحمل الألم، وهو ما يسمى بالموت الرحيم غير المباشر³. في حين رفضت التشريعات المتعلقة بالدول الإسلامية الامتناع عن تركيب أجهزة الإنعاش أو إيقافها من طرف الطبيب قبل التأكد من وفاة المريض بداع من حقه في رفض العلاج. وذلك لكون المبادئ العامة المقررة في القانون الجنائي تقضي بأن رضا المجني عليه بالجريمة لا يعفي مرتكبها من المسؤولية الجنائية، فضلا عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر الهدف من هذا التصرف الطبي ثانويا، قياسا بالمحافظة على حياة المريض التي تمثل الهدف الأساسي والأسمى بالنسبة للطبيب⁴.

=على المواقف الفردية للأطباء، بل نجد الكثير من المؤتمرات والندوات الطبية الدولية قد أعلنت تأييدها لهذا الاتجاه، أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والقانونية للإنعاش الصناعي، المجلة الجنائية القومية، القاهرة، مصر، م. 19، السنة 1976، ص 451، في حين يعارض الاتجاه الثاني ذلك ويرون بعدم أحقية المريض في رفض العلاج، ولا يجوز للطبيب أن يمتنع عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي أو يرفعها بناء على طلب المريض أو إلحاح أسرته وإلا قامت مسؤوليته الجنائية. فقد يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه لا يمكن الاعتداد برضا المجني عليه كمبرر للسلوك الإجرامي، والأساس في ذلك أن معصومية الجسد لا يمكن العبث بها، فكما هو معلوم أن حق الفرد ليس حقا مطلقا بل يتعلق بالمجتمع أيضا، ومن ثم لا يحق للمريض رفض العلاج، ولا يمكن الإذعان بإرادته ويمتنع عن تركيب أجهزة الإنعاش الصناعي، لأنها معيبة ومحل شك، محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 1991، ص 19.

¹ - فقد كان لولاية كاليفورنيا السبق في هذا المجال وذلك بإصدار بوصية الحياة (living will) بتاريخ 1976/02/03. وسار نفس النهج تشريع ولاية ألاسكا سنة 1986 وكذا تشريع ولاية تكساس 1986، مشار إليه من: هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة، ط. 02، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1996، ص 53.

² - L. n° 2005-370 du 22/04/2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, J.O.R.Fr. délivré le : 23/04/2005, p 7089. Pour plus détail v: F. Lmaire, le projet de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie, Press. Med., 09/04/2005, T. 34, n° 7, Masson, Paris France, p 525, 526.

³ - P-L. Fagniez, droits des malades et fin de vie, op. cit, p 485, 486, François Stefani, la proposition de la loi relative aux droits des malades et à la fin de vie, proposition de l'ordre national des médecins, éthique, justice et médecine, rencontres au tribunal de grande instance de Paris, sous direction E. Hirisch, J-C. laude Magendie, op. cit, p 186, 189.

⁴ - العربي بلحاج، حكم الشريعة في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية والاقتصادية، جامعة الجزائر، ع. 03، السنة 1993، ص 566، 567.

كما أن الإقرار بمثل هذا الحق يتعارض مع أخلاقيات مهنة الطب التي نجدها تعمل على ضرورة أن يتعد الطبيب عن اليأس، وأن يحاول على الأقل إبعاده عن مريضه، والسعي الجاد لإيجاد العلاج المناسب أو المساهمة في تخفيف آلامه وإعانتته نفسيا على مواجهة مرضه، لأن ثقة المريض بنفسه تساعد على الشفاء، وكل هذا يقتضي عدم الاعتراف للمريض بالحق في رفض العلاج.

بالإضافة إلى ذلك فإن موقف القضاء تشتت بخصوص حق المريض في رفض العلاج بين مؤيد ومعارض، فبالنسبة للقضاء المؤيد لحق المريض في رفض العلاج، فلم يتردد القضاء الأمريكي في إعلان تأييده لهذا الحق وإيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي¹ ويسير القضاء الإنجليزي في ذات الاتجاه².

أما بالنسبة للقضاء المعارض لحق المريض في رفض العلاج، فيأتي في المقدمة القضاء الفرنسي قبل التعديل القانوني الذي استحدثه في سنة 2005، الذي أكد على أن المصابين بأمراض خطيرة لا يرفضون في غالب الأحوال العلاج وذلك لسبب بسيط، هو كونهم ليسوا في حالة تسمح لهم بالرفض³.

¹ - حيث جاء على يد المحكمة العليا في ولاية نيوجرسي عام 1976 قضت المحكمة برفع أجهزة الإنعاش وفي قضية أخرى مماثلة اعترفت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في حكمها الصادر عام 1991 بدستورية الحق في الموت، وبالتالي يمكنه في أي وقت رفض العلاج واتخاذ قرار الموت.

A. Ossoukine, l'éthique biomédicale, 2^{ème} éd., Laboratoire de droit et des nouvelles Technologies, Faculté de droit et des sciences Politiques Université d'Oran, 2007, O.P.U, Oran Alger, p 251.

² - فقد حدث في 1993/08/22 أن أوقف الدكتور (Jam Hard) أجهزة الإنعاش الصناعي والتغذية عن الشاب (توني) الذي كان قد دخل في غيبوبة دائمة منذ عام 1989، وبرأت المحكمة الطبيب من تهمة القتل. كما أعلن مجلس اللوردات في إنجلترا في 1993/12/04 تأييده لهذا الحكم بالقول إنه: "لم يعد هناك شيء يحول دون أن يموت الفرد ميتة هادئة." ومما يؤكد سير القضاء الإنجليزي بهذا الاتجاه قضية Anthony bland عام 1993 فقد ذهبوا إلى المحكمة العليا لطلب تصريح بأنهم إذا أقدموا على ذلك فإنهم لن يهتموا بارتكاب جريمة قتل، ولقد تم منحهم هذا التصريح بواسطة المحكمة العليا وتم تأييده من قبل مجلس اللوردات، مشار إليه من طرف: صفاء حسن العجيلي، المرجع السابق، ص 148.

³ - فقد أكد القضاء الفرنسي بأن الطبيب يرتكب جنحة عدم تقديم المساعدة لشخص في خطر، إذا لم يقدم للمريض العون حتى المعنوي، خاصة أن هذه الجنحة لا تفرض على الطبيب إنقاذاً فعالاً أو مجدياً، ولكن فقط مجرد المساعدة الممكنة حتى الوفاة، ذكر من طرف: علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي المرجع السابق، ص 117.

Cass. Crim 23/03/1953, D. 1953- 371, Montpellier 17/02/1953, D. 1953-209.

وفي قرار آخر أكدت محكمة استئناف بوردو في 1994/04/18 على حرمة حياة الإنسان حتى وإن كانت حياة خالية من بعض المعطيات الحياتية، حيث أن انعدام الوعي لا يمس شخصية الإنسان، فالإنسان المجرد من الوعي يحتفظ بكرامته الإنسانية والأدمية، ذكر من طرف: صفاء حسن العجيلي، المرجع السابق، ص 149.

ولعل إقرار حق المريض في العلاج الذي ينبغي أن يستجيب للأصول الطبية المعاصرة، لا يمكن أن يكون ناجعا إذا لم تحترم إرادته لمباشرته وهو ما سنتناوله في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: مظاهر احترام إرادة المريض في العلاقات الطبية

لما كانت علاقة الطبيب بالمريض تتميز بخصوصية محلها عن بقية العلاقات القانونية الأخرى، وذلك بتدخل عنصر الثقة مباشرة في نجاح أو إخفاق العلاج، فإن احترام استقلالية المريض في اتخاذ قراره المناسب بشأن حالته الصحية تعد حجر الزاوية لإضفاء المشروعية على الأعمال التي يمارسها الأطباء على المرضى.

ومن ثم يتوجب امتناع الطبيب عن إجراء أي تدخل علاجي، إلا بعد الحصول على موافقة المريض. فمن هنا كان للرضا قيمة قانونية هامة، حيث يعتبر الدافع لبدء العلاج أو المرحلة التنفيذية في مباشرته. وبالتالي لا يعتد بهذا الرضا إلا إذا بني على وعي وإدراك من قبل المريض وإحاطته علما بمخاطر التدخل الطبي، وآثاره حتى يساعده على أخذ القرار الواعي بشأن حالته الصحية¹. إذ يسميه الكثير من الفقهاء بالرضا المتبصر أو المستنير *un consentement éclairé*.

وقد ظهر في العصر الحديث مسألة عدم التكافؤ في المعلومات، وذلك بسبب الجهل بالأمر أو عدم الخبرة، مما سبب عدم المساواة في المراكز القانونية لكل منهما، وخاصة أمام الاكتشافات والتطورات الطبية التي اتسمت في كثير منها بالخطورة². ونظرا لصعوبة المعادلة التي يجربها المريض بين النتائج المرجحة والمخاطر التي تحدق به من جراء التدخل، فقد حرصت قواعد القانون على تكريس حقوق للمريض تقتضي احترام حياته وإرادته.

على هذا الأساس لمعالجة هذه الإشكالية، لا بد من البدء بدراسة الحق في الإعلام والتبصير الطبي (المطلب الأول)، باعتباره الوسيلة المثلى لإقامة التوازن بين طرفي العلاقة الطبية، فضلا عن أنه يمثل جسور العبور للوصول إلى المظهر الثاني لاحترام إرادة المريض وهو حق الموافقة الطبية، بالرغم من حداثة نشأته (المطلب الثاني).

¹ - علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 64.

² - حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع -دراسة مقارنة-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، الصادرة عن جامعة حسينية بن بوعلوي -الشلف-، ع. 06، السنة 2011، ص 74.

المطلب الأول: حق المريض في الإعلام وتبصيره أثناء التدخل الطبي

يعتبر الإعلام أو التبصير عاملاً أساسياً لإقامة التوازن، بين مهني متمرس يعلم وعميل يجهد المسائل الفنية وتقنياتها¹. بيد أن دوره يتعاضد وأهميته تتسامى كلما اتصل بصحة الإنسان، على اعتبار أنه "تحذير سابق"² « un avertissement préalable » بما يحتويه التدخل الطبي من مخاطر وآثار، والتي يكون من شأنها أن تؤثر على جسم المريض، الذي يكتسي معصومية وحصانة. وبالتالي فالتبصير هنا يعد الوسيلة المثلى التي من خلالها نتوصل إلى الحفاظ على العلاقة بين المريض والطبيب³. إذ تفترض الثقة أن يكون الطبيب صريحاً مع مريضه، فيشرح له بعبارات بسيطة وواضحة الحالة التي يعاني منها والعلاج المقترح لها الذي يريد تطبيقه وما يتضمنه من مخاطر. غير أنه من الصعب تحديد المعلومات الواجب الإفشاء بها إلى المريض، والسبب في ذلك أن هذه الأخيرة تتطور بشكل متسارع مع تقدم وسائل البحث العلمي واتساع حقل المعرفة. كما أن تحديد مقدار المعلومات متوقف على بعض الاعتبارات والعوامل ووفقاً لمتطلبات كل حالة. وهو الأمر الذي أسال حير الكثير من الباحثين، إذ يثير موضوع حق الإعلام في المجال الطبي عدة إشكالات سواء فيما يتعلق بمسألة خصوصية مضمونه (الفرع الأول) أو من حيث تحديد طبيعته (الفرع الثاني) دون أن ننسى تأثير بعض العوامل والاعتبارات على هذا الحق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: خصوصية الإعلام الطبي من حيث المضمون

لاشك أن الكثير من المرضى ينقصهم الذكاء الكافي والإدراك السليم، لفهم حالتهم الصحية. على هذا الأساس يتضح لنا مدى خصوصية الإعلام الطبي، نظراً لما يشتمل من معلومات جوهرية تؤثر في تكوين قراره بشأن قبول العلاج أو رفضه.

¹ - جعفر الفضلي، الالتزام بالنصيحة والسلامة في عقد المعاونة، -دراسة مقارنة- مجلة الرافدين للحقوق، العراق، ع. 13، السنة 2002، ص 01.

² - Expression utilisé par la cour de cassation, 1^{ère} ch. Civ., 19/11/1969, cité par N. Albert, Obligation d'information médicale et responsabilité, communication présenté lors du colloque sur, « les nouveaux chantiers de la responsabilité » organisé al faculté de droit de Paris XII-saint-Maur, les 02 et 03 mars 2000, Rev. Française de droit administratif, n° 2, mars- avril, Dall., Paris France, 2003, p 355.

³ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 141.

وذلك على اعتبار أن الطبيب يمتلك قدرا كبيرا من العلم والخبرة العملية، مقارنة بالمريض الذي يعد ضعيف المقدرة العلمية، بسبب جهله للمعطيات المرتبطة بحالته الصحية وما تتطلبه من تدخل علاجي لاسترجاع عافيته، لاسيما أمام الاكتشافات والتطورات الحديثة في المجال الطبي. لذلك تستدعي الدراسة في بداية الأمر تحديد معنى الحق في الإعلام الثابت للمريض (البند الأول)، لنستخلص منه الميزات الأساسية لهذا الحق (البند الثاني).

البند الأول: مفهوم حق المريض في الإعلام

لقد أضحى الحق في الإعلام¹ موضوعا قائما بذاته وباتت قواعده واضحة المعالم في المجال الطبي، وما عجل في ظهوره تطور العلوم الطبية وما صاحبها من تعقد الأساليب العلاجية الحديثة، التي تتضمن كثيرا من المخاطر التي قد تصيب المرضى².

¹ - فقد يطلق عليه مصطلح التبصير أو الإحاطار أو الإفضاء، غير أن هناك من الفقهاء من يفرقون بين الحق في الإعلام والحق في التبصير، ويعتبرون أن هذا الأخير هو أمر متعلق بحسن تنفيذ العلاقة الطبي، بينما الحق في الإعلام هو ركن في انعقادها، علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 13، 14، بالرغم من اختلاف التسميات لهذا الحق، إلا أنها تتفق جميعها على أن يقدم للطرف الثاني بيانات لازمة لإيجاد رضا كامل سليم ومستدير، حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2013، ص 31.

² - فقد اعتبر المريض كمتهلك للخدمات العلاجية المقدمة من الطبيب المحترف وكذا مختلف الأجهزة الطبية الحديثة، ومن ثم فقد يثبت له الحق في إعلامه والحرص على تنويره بكل ما يتعلق بنتائج وآثار التدخلات الطبية التي سيجريها عليه، مشار إليه من قبل: إبراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطئه العادي، مجلة ديبالي، ع. التاسع والأربعون، السنة 2011، الأردن، ص 16، 18. ويرجع الفضل الكبير في تطوير مفهوم الإعلام بمفهومه الحديث في المجال الطبي إلى القضاء الغربي، ففي غياب النصوص التشريعية تحتمل القضاء حماية حقوق المرضى من خلال التأكيد على ضرورة إعلام المريض والحصول على موافقته قبل مباشرة التدخلات الطبية على ومتابعة الأطباء عند الإخلال بواجب الإعلام. ويعتبر القضاء الأمريكي، من الناحية التاريخية، أول من أرسى قواعد الرضا المتبصر في الدول الغربية ابتداء من سنة 1957 ثم لحقه القضاء الإنجليزي في السبعينات، في حين يرجع اهتمام القانون الفرنسي بهذا الجانب إلى السنوات الأخيرة، رغم اعتماد القضاء الفرنسي للنظرية منذ نصف قرن. إذ يرجع ذلك من الناحية التاريخية لقرار محكمة النقض الفرنسية الصادر 1951 والذي تعرضت فيه المحكمة صراحة لواجب الإعلام و قد أسست المحكمة قرارها آنذاك على المادة 1315 من ق.م.ف وفي سنة 1961 أوضحت محكمة النقض الفرنسية طبيعة الإعلام. غير أنه عرف نقلة نوعية أكسبته الريادة بصدور قرارين جديدين بتاريخ 1997/02/25 و 1998/10/07 إلى أن تم تنظيم المسألة تشريعيا بصدور قانون 2002/03/04 المتعلق بحقوق المرضى لغرض متابعة الأطباء على الإخلال بواجب الإعلام، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 92، 103.

P. Mistretta, L. n° 2002-303, du 04/03/2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, réflexions critique sur un droit en plein mutation, J.C.P, la semaine juridique, n° 02, 12 juin 2002, éd. Générale, 1075, 1077.

وتجدر الإشارة إلى أن مصطلح الإعلام الطبي يعد من الألفاظ الواسعة من حيث المعنى، كونه يحتوي على عنصر التحذير¹. وذلك لما يكتسبه من مكانة هامة، نظرا لما تحتويه الأعمال الطبية من أخطار يتعين تحذير المريض منها لحمايته واتخاذ الاحتياطات اللازمة للوقاية منها أو تجنبها. كما أن مفرد تقديم النصيحة² يجد مكانه في هذا المجال، نظرا لقيام العلاقة الطبية على عنصر الثقة، والتي تتطلب من الطبيب بحكم خبرته وتخصصه أن يقوم بإسداء النصيحة بعلاج معين، بل يشمل أيضا المشورة عليه بالانصراف عن أي تدخل طبي لا تتناسب فائدته للمريض البتة مع الأضرار التي يمكن أن يسببها له³.

لكن دون أن يرقى الإعلام إلى درجة التأثير على المريض أو إرغامه، فقد يرفض المريض في بعض الحالات الإقدام على العلاج، بالرغم من محاولات الطبيب الكثيرة إقناعه بأهميته في تحسين وضعه الصحي. وهي نظرة منطقية تدل إلا على أمر واحد، وهو التأكيد على وجوب احترام حرية المريض في الأخذ بعين الاعتبار المعلومات التي يفصحها له الطبيب أو يفضل استبعادها⁴.

¹ - فمصطلح التحذير هو عبارة عن نصيحة سلبية تفترض إنارة الإنسان إلى العواقب التي يمكن أن تنجر عن عدم الأخذ بالاحتياطات الواجب اتخاذها بها، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، د.ذ.ع.ط، دار الفكر والقانون، القاهرة مصر، السنة 2009، ص 207، ميرفت ربيع عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2004، ص 67، حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة 1998، ص 43..

V. aussi : Y. Markovitts, la directive C.E.E du 25/07/1985 du la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J, 1990, p 42.

² - إذ أرسى القضاء الفرنسي الحق في تقديم النصيحة (droit de conseil)، لما يهدف إلى إعطاء حل أفضل وملائم يتناسب مع حاجات المتعاقد مع المهني من أجل مساعدته وإقناعه على اتخاذ القرار الصائب والذي يعود عليه بالمنفعة، مشار إليه من قبل: محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 177، 178، محمد بودالي، التزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، ط 1، مكتبة الرشاد للطباعة، الجزائر، السنة 2005، ص 24، 25، محمد حاج بن علي، المرجع السابق، ص 75، 76.

³ - عدنان ابراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 149.

V. J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, droit de la consommation, Dall., Paris France, éd. 5°, 2000, p 53.

⁴ - Cass. 1^{ère} Civ. 18/01/2000 : « En statuent ainsi, alors qu'un médecin n'est pas tenu de réussir à convaincre son patient du danger de l'acte médicale qu'il demande....une fois bien informé, le patient est responsable de son choix. » cité par: M-L.Mathieu-Lzorche : Médecine, obligation du médecin informe ou convaincre ? Note sous Cass 1^{er} civ.18 janvier 2000, Dall., Paris France, 13/12/2001, n°.44-7053, p 3599.

وبالتأكيد فإن الفقه حاول تحديد المقصود من حق المريض في الإعلام، فتباينت المفاهيم التي أعطيت لهذا الحق بين تأكيد طبيعته الإلزامية، وبين كلفيته، وبين من ركزت على طبيعة المعلومات وصفتها¹. كما وضع القضاء الفرنسي تعريفا لهذا الحق من خلال التركيز على ذكر أوصافه². وبناء على ما تقدم يعتبر الحق في الإعلام في جوهره بمثابة التزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب الذي يسمح له باتخاذ قرار نهائي بالموافقة أو الرفض بإرادة حرة ومستتيرة³. إذ يعد حقا ثنائيا من حيث الموضوع لأنه يتضمن تزويده بالمعلومات الضرورية المتعلقة بطبيعة المرض الذي يعاني منه الشخص وتطوره المتوقع من جهة أولى، وكذا طبيعة وآثار العلاج المقترح من طرف الطبيب ومخاطره من جهة أخرى⁴.

ولا يخفي علينا مدى أهمية الإعلام الثابت للمريض، حيث يعتبر حقا ثنائيا من حيث الهدف، لما يتضمنه من الإلحاح عليه من خلال تبصيره على التفكير وجعله مسؤولا على اتخاذ قراره.

¹ - فقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح له أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة." مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000، ص 51، وقريبا جدا من هذا التعريف أن: "الإعلام مقدمة الرضاء ولازمته، إذ الأول هو الذي يجعل الثاني مستتيرا ومتبصرا بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية." خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية - الالتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000، ص 51. كما عرفته الأستاذة Jaklin. Base بأنه: "الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالة المريض ومن أجل العلاج الذي يقتضي إتباعه، وقررت بأن الطبيب يقع في الخطأ إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح."

J. Baz, la responsabilité médicale en droit libanais, rev. Al-Adl, n° 12, 1970, Liban, p 25.

² - حيث عرفته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن: "الإعلام يجب أن يكون سهلا ومفهوما وصادقا وملائما وتقريبيا." Cass. 1^{er} civ : 25/02/1997, D. 1997, IR, p 81, Cass. 1^{er} civ : 07/10/1998, J.C.P, éd. G. doc. 1, n° 45, 1998, v. cahier des gestions hospitalières, Mars 2000, n° 160, p 240, Cass. 1^{er} civ : 09/10/2001, D. 2001, Jur., p 3470, cité par : A. Nathalie, Obligation d'information médicale et responsabilité, op. cit, p. 355, 357.

³ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية الجراحية، المرجع السابق، ص 113، 114، محمد سليم شهيدى، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، فرع القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2011-2012، غير منشورة، ص 86.

L'information du patient est rendue nécessaire dans le souci d'un consentement éclairé A. Demichel, le droit de la santé, les études hospitalières, Dall., Paris France, 1998, p 127.

⁴ - « Un véritable bilan thérapeutique » Cité par : N. Albert, Obligation d'information médicale et responsabilité, op. cit, p 354.

وفي الوقت نفسه يشتمل هذا الحق على عنصر الاطمئنان المقدم من قبل الطبيب على أن العلاج المقترح، سيكون ناجحا ويخلصه من عذاب الألم الجسماني والنفسي¹.

بالإضافة إلى ذلك فإن التبصير يعد الوسيلة المثلى لتشييد جسور الثقة في العلاقة بين المريض والطبيب وتحسينها. ومن جهة أخرى فإن الحق في الإعلام يساعد على استقرار المراكز القانونية والمحافظة على حقوق أطراف التصرف الطبي²، من خلال إقامة التوازن الواجب في العلاقة الطبية.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن هناك العديد من الاجتهادات القضائية حاولت تأصيل هذا الحق. حيث لم تفوّت محكمة النقض الفرنسية الفرصة لتعتبر أن الحق في إعلام المريض يجد أساسه في وجوب احترام المبدأ الدستوري الذي يقضي بضرورة صيانة كرامة الإنسان³. وعادت لتؤكد حديثا هذا المعنى⁴، مستندة وللمرة الأولى إلى نص المادة 16 و 16-3 من ق.م.ف.

إلى جانب العقد الطبي الذي غالبا ما يكون الدافع لوجوده هو الكفاءة والحاجة أو النصوص القانونية والتنظيمية المتناثرة بين قانون الصحة ومدونة أخلاقيات مهنة الطب. وهو ما أكدت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 2012/01/12⁵.

البند الثاني: ميزات الحق في الإعلام الطبي

إن الحق في الإعلام يشمل مجموعة من الخصائص يتحلى بها الطبيب قبل أن يباشر عمله الفني، والتي تظهر أساسا في أن يوجه الإعلام إلى شخص المريض ذاته، لتمتد جذور الثقة بينه وبين الطبيب الممارس (فقرة أولى). كما يتضمن هذا الحق أيضا مصطلحات طبية لا يفهمها سوى المختصين من أهل الطب. ومن ثم فإنه مطلوب من الطبيب الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بطبيعة العلاج ومخاطره مراعيًا في ذلك تقدير المريض ودرجة فهمه (فقرة ثانية).

¹ - عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط. 01، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، السنة 1987، ص 177.

² - محمد ريس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 169.

³ - Cass. Civ. 09/10/2001, cité par : P. Sargos, information du patient et consentement aux soins, droit médical et hospitalier, n° 30, Litec, France, p 03, 04.

⁴ - Cass. Civ. 03/06/2010, cité par : S. Porchy – Simon, Revirement de la cour de cassation quant à la sanction du défaut d'information du patient, JCP no 28 – 29, 12 Juill. 2010 p. 1453 et s.

⁵ - Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 12/01/2012, déclare que: «...Son obligation légale et contractuelle d'information de son patient sur les risques et les conséquences d'une intervention chirurgicale.. » Pourvoi N°: 10-24447, Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

فقرة أولى: طبيعة الأطراف المشاركة في الإعلام الطبي

لا شك أن عملية التبصير بحد ذاتها تتطلب تبادل المعلومات فيما بين الطبيب والمريض¹، باعتبارهما أطراف للعلاقة الطبية، لذا سنحاول فيما يلي إيضاح كيفية القيام بهذه العملية.

أولاً: المريض كطرف معني بالإعلام الطبي

إن الإعلام الطبي بما يتضمنه من تقديم معلومات للمريض وإحاطته بكل ما يتعلق بوضعه الصحي، يجعله يسمو عن باقي الحقوق الطبية الثابتة لهذا الطرف الضعيف. ويرجع السبب في ذلك في أن الرضا لا يتأتى إلا بعد إعلام المريض².

وفي هذا الإطار يعتبر المريض في الأصل هو صاحب الحق في الإعلام بشأن حالته الصحية، قبل إعطائه فرصة التعبير عن إرادته بكل حرية عن قبول أو رفض التدخل الطبي المقترح الذي قد يحدث مساساً بجسمه³. إذ أن الطبيب ملزم بتبصيره بصورة متفقة مع قدراته العقلية والنفسية إذا كان المريض قادراً على فهم واستيعاب هذه المعلومات المقدمة إليه.

ولعل تقديم المعلومات لا يقتصر على المريض فحسب، بل قد يمتد إلى أشخاص تربطهم به روابط مختلفة. فالمعتاد أن يتم إعلام عائلة المريض بتفاصيل حياته الصحية وما يلزمه من علاج، وذلك نظراً لما قد يترتب على هذا التدخل الطبي من مخاطر تتسع آثارها لتشمل المريض وأفراد عائلته، على اعتبارهم من ذوي المصلحة⁴. ولعل أقرب هؤلاء الأشخاص هو زوج المريض، لاسيما إذا أثر التدخل العلاجي على حياته الزوجية⁵، وبالتالي وجوب امتداد حق الإعلام إلى الزوجين معاً.

¹ - طلال العجاج، المرجع السابق، ص 96.

² - عبد القادر تيزي، المرجع السابق، ص 176.

³ - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 160.

⁴ - «L'information doit normalement être donnée au patient cependant, en cas d'incapacité de droit, elle devra être donnée au représentant légale.... en cas d'incapacité se fait, elle devra être donnée proche parents du malade.» J -L. Fagnart, I. Lutte, actualité de droit médical: procédures disciplinaire et administrative, information du patient et responsabilité de médecin, le dossier médical, Bruylaut, Bruxelles, 2006, p 58, 59.

⁵ - ومن أبرز هذه العمليات: التعقيم، الإجهاض، فلا يعتبر ذلك من قبيل الوصاية على الزوجة، وإنما الهدف منه حماية الأسرة، مشار إليه من طرف: فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص 488. وفي هذا الصدد قضت المادة 33 من م.أ.ط.ج بأنه: "لا يجوز للطبيب أن يجري عملية قطع الحمل إلا حيث الشروط المنصوص عليها في القانون." كما تنص الفقرة الأولى من المادة 72 من ق.ح.ص.ت.ج على أنه: "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو

غير أنه قد تحدث حالات يثبت فيها الحق في الإعلام الطبي لشخص آخر غير المريض يقوم مقامه في اتخاذ القرار العلاجي¹، وتظهر خاصة إذا كان المريض ناقص الأهلية أو عديمها. ومن جهة أخرى إذا كان في حالة لا تسمح له بتقدير ذلك بسبب حالته الصحية، كأن يكون مغمي عليه أو بالأحرى في غيبوبة تامة².

فبالنسبة للحالة الأولى فإنه يمكن القول أنه إذا تعذر إبلاغ المعلومات مباشرة إلى القصر، فإن أولياءهم أو الأشخاص الذي يملكون السلطة الأبوية يجب أن يتلقوا المعلومات حول المرض الذي يعاني منه الطفل³. ويرجع السبب في ذلك إلى أن القانون يقر بعدم الاعتراف برأي ناقص الأهلية فيما يتعلق بالأعمال الطبية التي قد ترد على جسمه.

غير أنه يجدر بنا الإشارة إلى الرأي المطروح من جانب الفقه، الذي يفرّق بين القاصر المميز وغير المميز. فالأول يثبت له حق الإعلام بشأن حالته الصحية والعلاج المقترح، بحيث لا يكون هناك اختلاف في الإعلام بينه وبين المريض كامل الأهلية إلا ما تعلق بالأمور الفنية. في حين يقتصر دور وليه في بذل النصح والإرشاد وإبداء الموافقة فيما يخص الجوانب المالية لهذه العلاقة الطبية⁴. بخلاف الثاني، الذي يبقى حق الإعلام من اختصاص وليه الشرعي أو من هو في حكمه⁵.

=للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المههد بخطر بالغ." ومن جهة أخرى ينطبق نفس الأمر على عملية التلقيح الصناعي باعتباره طريق استثنائي علاجي في حالات فشل الإنجاب بصورة طبيعية، عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 12، 13، أحمد عمراي، التلقيح بعد الوفاة (مخاطره ومحاذره)، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. 06، ديسمبر 2004، ص 47، 48. وهو ما يفترض مسبقا بالضرورة لقاء الطبيب بالزوجين المعنيين ومحاورتهما حول المسألة لإعلامهما، حيث يبدو هذا التشديد لازم لاعتبارات أخلاقية ودينية وهو ما قضت به المادة 45 مكرر من الأمر 05-02، المؤرخ في 2005/02/27، المعدل والمتمم ل ق.أ.ج، للتفاصيل يمكن الرجوع إلى: نصر الدين ماروك، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المحلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع. 03، السنة 2007، د.م.ج، الجزائر، ص 13.

¹ - Une personne ne peut être hospitalisé son consentement sur demande d'un tiers que si trouble rende impossible son consentement, et son état impose des soins immédiats assortis d'une surveillance la demande d'addition manuscrite doit être effectuée et signée par le tiers, qui peut être soit un membre de la famille du malade, soit une personne susceptible d'agir dent l'intérêt de celui-ci, J-M. Clément, précis de droit hospitalier : Les études hospitalières, , 2^{ème} éd., Bordeaux France, 2011, p 132, 133.

² - أيمن خالد مساعده ونسرين، المرجع السابق، ص 187.

³ - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، ، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة، ص 67، 68.

⁴ - جابر محجوب، الرضا عن الغير في الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 73.

⁵ - حسام زيدان شكر الفهاد، المرجع السابق، ص 32، 33.

وقد سارت بعض التشريعات المقارنة على نفس النهج، إذ نجد أنها أعطت للصغير في حالات خاصة الحق في معرفة كامل المعلومات التي يجب الإدلاء بها، إذا كان قادراً على تمييز طبيعة التدخل العلاجي والموازنة بينه وبين بدائله¹.

غير أن المشرع الجزائري لم يتبنى نفس النهج السابق، بل حسم الخلاف في مسألة إسناد الإعلام لولي القاصر أو ممثله الشرعي بشأن التدخلات الطبية في جميع الحالات²، بصفته الوحيد الذي يحاط بكافة المعلومات الضرورية، حتى يتمكن من اتخاذ موقف سواء بقبول التدخل أو رفضه قبل تنفيذ العمل الطبي، من دون أن يكون لعامل التمييز من عدمه أي أثر³.

ومن المهم التأكيد في هذا الإطار أن هناك أسباب أخرى تمنع من إعلام المريض، خصوصاً إذا كانت حالته الصحية تحول دون ذلك⁴، فيمكن الاكتفاء بإعلام أقرابه بما يلزمه من علاج و ممارسة التدخل أو النشاط الطبي في حدود الحفاظ على بقائه. إذ يمكن الاستعانة بالأشخاص المخولون من طرف القانون⁵.

¹ - فعلى سبيل المثال المادة 9 (3-ج) من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والطب البيولوجي (CHRB) التي تقضي بإبلاغ المريض الصغير إذا تجاوز السادسة عشرة بماهية العلاج ومخاطره، أين خالد مساعده ونسرين محاسنه، المرجع السابق، ص 187، 188. كما أن التشريع الفرنسي يورد تحفظاً على المادة 5-1111 L من ق.ص.ع.ف، حيث يؤكد بأن القاصرين أو البالغين الخاضعين للوصاية أيضاً لهم الحق في الحصول على المعلومات الخاصة بمرضهم، والمشاركة في اتخاذ القرارات التي تعينهم وذلك حسب درجة نضجهم إذا تعلق الأمر بالقصر، وحسب قدرة التمييز إذا تعلق الأمر بالكبار الموضوعين تحت الوصاية (المحجور عليهم)، علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج. 36، رقم 03 لسنة 1998، دار الحكمة للطباعة والتوزيع، الجزائر، ص 50.

V. aussi : J-M Clément, précis de droit hospitalier, op. cit, p 134.

² - وذلك وفقاً لأحكام المادة 52 من م.أ.ط.ج التي جاء فيها: "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم." وإن كانت هذه المادة بهذا الشكل من التشديد فإنها لم تحدد صفة هؤلاء ولا صلاحياتهم.

³ - إذ لم تحدد نصوص القانون الطبي الأهلية الطبية، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة المتعلقة بالأهلية في ق.م، الذي حددت سن الرشد المدني بـ 19 سنة، استناداً إلى المواد 40، 42، 43، 44 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن ق.م.ج، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20/07/2005، ج.ر.ع. 44، الصادرة في 26/06/2005 وكذا نص المادة 2/154 من ق.ص.ت.ج.

⁴ - فيما لو كان مغشياً عليه أو في حالة غيبوبة أو فاقدًا للوعي أو كان في حالة حرجة، محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المرجع السابق، 449، 459، كريم عشوش، المرجع السابق، ص 154.

⁵ - وهم الأب، الأم، الزوج أو الزوجة ثم الابن أو البنت ثم الأخ أو الأخت وإلا يرجع إلى الولي الشرعي، حسب ما ورد في المادة 146 من ق.ص.ت.ج، ونفس الأمر ينطبق في التشريع اللبناني وفقاً للمادة 03 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة، فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص 491.

وفي هذا المجال نص المشرع الفرنسي في المادة 1111-6 من ق.ص.ع.ف المعدل على إمكانية تعيين المريض لـ "شخص أمين محل الثقة"¹ (la personne de confiance) عند دخوله المصالح الاستشفائية يتم تزويده بكل المعلومات الضرورية، بغية تمكينه من اتخاذ القرار المناسب بشأن صحة المريض في الحالات التي يعجز فيها المريض عن القيام بذلك بنفسه. وبالتالي فقد أوجد المشرع لهذا الشخص مركزاً قانونياً لم نجد له مثيلاً في القانون الجزائري ولا حتى في القوانين العربية الأخرى.

غير أنه يجب ألا يؤخذ بهذا الرأي على إطلاقه، إذ يجب أن تبقى قضية إعلام المريض المصاب بمرض غير قابل للشفاء مسألة تقديرية بالنسبة للطبيب، لأن ذلك يتوقف على شخصية المريض بالدرجة الأولى. لذلك ليس من حق الطبيب، في مثل هذه الحالات، حرمان المريض من المعلومات الخاصة بحالته الصحية خاصة إذا كان هذا الأخير كثير السؤال و ألح على معرفة الحقيقة².

وتجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة إلى إعلام الغير، فإنه وفقاً لمقتضيات عناصر النظام العام وفي سبيل الوقاية من الأمراض المعدية، يمتد حق الإعلام الطبي ليس للمريض فحسب وكل من له اتصال به، بل إلى المصالح المختصة، بحيث يترتب على عدم التبليغ متابعة إدارية و جزائية³. وليس في هذا النوع من إعلام الطبيب للغير بحال المريض إخلال بواجب السرية⁴.

¹ - يقصد بالشخص محل الثقة، ذلك الشخص الذي يعينه المريض البالغ كامل الأهلية والذي يمكن أن يكون أحد الأولياء أو أحد الأقارب أو الطبيب المعالج لهذا المريض، إذ يشترط أن يتخذ اختيار الشخص محل الثقة شكلاً معيناً وهو ما أكدته المادة 6-1111.L

Art. L.1116 du C.S.P.Fr dispose que : « Toute personne peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révoquée à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans des démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. » Xavier Barella, le droit à l'information en matière médicale : vers la reconnaissance d'un droit subjectif du patient, AJDA, 2012, p 1992.

² - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 166، 167.

³ - وهو ما تقضي به المادة 54 من ق.ح.ص.ت.ج بقولها : " يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه ، وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية. "

⁴ - « le professionnel de santé doit respecter la volonté de la personne malade de ne pas être informé d'un diagnostic ou d'un pronostic la concernant, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. » V. F. Ponchon, les droits du patient, éd. MB formation, Paris, France, 2002, p 21.

ومن الأهمية بما كان ألا نقف عند هذا الحد، بل يجب أن نشير أيضا إلى إعلام الطبيب من قبل المريض. وذلك من خلال الإجابة عن كل الأسئلة التي يطرحها الطبيب بقصد الكشف عن حالته، مما يستتبع الاتصال الشخصي بالمريض أو بأهله إن لم يكن قادرا على الإجابة¹.

ثانيا: الطبيب كطرف مسؤول عن الإعلام الطبي

من المعلوم أن تحديد الشخص المسؤول عن توضيح طبيعة التدخل العلاجي المقترح ومخاطره، لا يثير أي صعوبة أو غموض عندما يجريه بمفرده. كما أن الطبيب المعالج هو الوحيد الذي يقوم بالدور الإعلامي الذي يعطي للمريض صورة واضحة عن حالته الصحية².

غير أن العمل الطبي أصبح يتسم بالطابع الجماعي، لاسيما في مجال استحداث التقنيات التي يفترض معها اشتراك أكثر من طبيب وأخصائي في معالجة المريض. وبالتالي متى كنا أمام الطب الجماعي يلتزم كل مشارك بإعلام المريض وتبصيره بمخاطر هذا العمل بحسب كل تخصص لهم³. فقيام الطبيب الجراح بتزويد مريضه بكافة المزايا السلبية والإيجابية للعلاج المقترح⁴. لا يعني طبيب التخدير من الالتزام الذي يقع على عاتقه بإعلامه بكل ما يتعلق بالتخدير⁵، إلا إذا استحال على أخصائي التخدير إيجاده⁶.

ولعل المنطق في هذه المسألة يقضي في الغالب أن يقوم رئيس الفريق الطبي بإعلام المريض وتنويره بكل ما يحتاجه من معلومات لتمكينه من اتخاذ قرار واع بشأن حالته الصحية، بوصفه الأكثر خبرة والأفضل قدرة على فهم حالته، إذ في غالب الأحيان لا يعرف المريض سواه⁷.

¹ - Y. Lampert-Faivre, droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, 5^e éd. Dall., Paris France, 2004, p 417.

² - أيمن خالد مساعده، نسرین محاسنة، المرجع السابق، ص 187.

³ - Art. L.1111-2 al. 02 du C.S.P.Fr dispose que: « Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ces compétences, et dans le respect des règles professionnelles qui lui son applicables. Seules l'urgence et l'impossibilité d'information peuvent l'en disparu. »

⁴ - مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، ص 174.

⁵ - إذ يقوم بتوضيح طبيعة المخدر كونه موضعي، نصفي أو أن يشمل الجسم ككل والمنفعة المرجوة من خطة التخدير، إلى جانب مخاطره المحتملة ومتوقعة الحدوث، محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 131.

⁶ - Art. L.1111-2 al. 01 du C.S.P.Fr.

⁷ - قادة شهيدة، التزام الطبيب بإعلام المريض (المضمون والحدود وجزاء الإخلال)، موسوعة الفكر القانوني، المرجع السابق، ص 83.

وهكذا لا يرب أن تعاون الأطباء في مرحلة الفحص أو العلاج لا يمنع من ثبوت الحق لكل منهم تجاه المريض بتبصيره بمخاطر هذا العمل الواقع عليه. حيث تتحدد المسؤوليات الشخصية لأعضاء فرقة الأطباء المشاركين من خلال تحديد دور كل منهم في العلاج وحسب تخصصهم¹. ومن المهم التأكيد في هذا السياق أنه يمنع على الطبيب من تفويض مساعديه من المرضى ممن يعملون معه للقيام بواجب الإعلام، حيث تثبت مسؤوليته شخصيا عند الإخلال بهذا الواجب². ويرجع السبب في ذلك على اعتبار أن عملهم ثانوي بالتبعية، ومن ثم فإن المساعدين هم معفيين من أي التزام بالإعلام في مواجهة المريض، ومع ذلك هذا لا يقلل بأي حال من الأحوال من مهامهم. على هذا الأساس فإن الحق في إعلام المريض يبقى حق قانونيا وإنسانيا شخصيا على عاتق الطبيب مبنيًا على الثقة والاحترام، بما يزرعه من طمأنينة والارتياح في نفس المريض، وهو الأمر الذي قد يغيب في حال تدخل طبيب من الغير كونه مازال جاهلا بحالته النفسية. وبالرجوع إلى القانون الجزائري فليس هناك ما يفيد صراحة بإمكانية تفويض الطبيب غيره للقيام بمهمة الإعلام³، بل أن المشرع حمل الطبيب المسؤولية الشخصية في مجال الإعلام الثابت في حق المريض وكذا مسؤولية الأعمال التي يقوم بها مساعديه الذي يكون قد اختارهم بنفسه⁴.

فقرة ثانية: طبيعة المعلومات المقدمة للمريض

لاشك أن الإعلام الذي يصدر بعد التدخل الطبي عديم الجدوى بالنسبة للمريض، لذلك يشترط لصدور الإعلام زمن ووقت محدد لتحقيق الغاية منه. إذ لا بد أن يعطى للمريض فرصة من

¹ - Art. 64 du C.D.M.Fr dispose que : « Lorsque plusieurs médecins collaborent à l'examen ou au traitement d'un malade, ils doivent se tenir mutuellement informés, chacun des praticiens assume ses responsabilités personnelles et veille à l'information du malade. »

وهو نفس ما نجد في التشريع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 73 من م.أ.ط.ج، إذ جاء فيها: " عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كل منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية..."

² - "Dès lors, si le médecin demande à une infirmière de renseigner le malade, il répond de ses manquements comme des siens propres puisque la substitution est en principe illicite." cité par : L. Accad et M. Causin-Zante, op. cit, p 55.

³ - إذ نجد أن المادة 43 من م.أ.ط.ج تناول فقط وجوب اجتهاد الطبيب المعالج من أجل إفادة المريض بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي من دون أن تتعرض لإمكانية تفويضه لشخص آخر لتنفيذ هذه المهمة.

⁴ - المادة 73 من م.أ.ط.ج، التي تنص على أنه: " .. أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتها وتحت مسؤوليتهما."

الوقت للتفكير بشأن حالته الصحية وما يقترح لها من علاج، فيساعده ذلك التبصير على اتخاذ القرار الملائم بشأن قبول أو رفض العلاج المقترح¹.

وحتى تتحقق الغاية المرجوة من عملية التبصير الثابتة للمريض، يجب أن يستجيب الإعلام لمجموعة من المواصفات سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن حددت بعضها في حكم حديث لها²، ويبدو من الوهلة الأولى سهل التقيد بهذه الشروط، ولكن ذلك يثير عدة إشكالات من الناحية التطبيقية، من حيث مقدار المعلومات التي يمكن اعتبارها ضرورية، وكذا ضمانات فهمها من طرف المريض، مما يدفعنا للقول أن هناك طابعا خاصا لهذا الحق سنحاول التركيز عليها في أربع نقاط كالتالي:

أولاً: أن يكون الإعلام واضحاً وسهلاً لدى المريض: (*intelligible et simple*)

من الواجب على الطبيب أن يستخدم أسلوباً بسيطاً ومفهوماً يسهل على المريض استيعابه دون اللجوء إلى استخدام المصطلحات الطبية المعقدة³، التي قد تؤثر على الحالة النفسية والصحية للمريض التي قد تبعث في نفسه الخوف والفرع. لأن عمله ليس تثقيف المريض أو إعطاءه محاضرات علمية، وإنما تكون مهمته هي تحويل المعلومات الفنية إلى بيانات مبسطة يسهل على المريض إدراكها يتمكن من خلالها لفت انتباهه بمخاطر العلاج⁴.

لذلك في الحقيقة إن نقل المعلومة للمريض مرتبط بوضعيته الصحية، النفسية، معدل عمره، مستواه الثقافي وطبيعة جنسه⁵. ومن ثم لا ينبغي على الطبيب أن يتعامل مع مرضاه بطريقة آلية، وإنما

¹ - محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 27.

² - « ...un médecin est tenu de lui donné une information loyale claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins... » Cass. 1^{er} civ. 07/10/1998, Gaz. Pal 1998, cité par: C. Corgas-Bernard, nouvelle approche de l'obligation d'information de médecin, rev. Lamy, droit civil, n° 50, juin 2008, p 19.

³ - R. Pellet, A. Skrzyrbak, leçon de droit social et droit de la santé, 2^{ème} éd., Sirey, France, 2008, p 427.

وتقابلها في التشريع الجزائري المادة 47 من م.أ.ط.ج التي تؤكد على ضرورة تحرير الوصفات الطبية بكل وضوح والحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيداً.

⁴ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 212.

⁵ - فما يقدمه الطبيب من معلومات لشخص في مستقبل العمر يختلف عما يقدمه لشخص طاعن في السن، لذلك ينبغي التركيز على تعليم الأطباء وتعزيز قدراتهم فيما يتعلق بعلم النفس العيادي. كما يمكن للجراح استعمال الأرقام لبيان النسبة المئوية لنجاح أو فشل العملية الجراحية، مجدي حسن خليل، السابق، ص 57، علي حسين نجيدة، التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، ع. 2، جويلية، 1993، ص 252، 253.

ينبغي عليه أن يتفاعل مع كل مريض على حدى، فيراعي ظروفه الخاصة عند إعلامه، إعمالاً لقاعدة التناسب بين مخاطر التدخل الطبي وبين شخصية المريض وحالته النفسية.

ثانياً: الإعلام الدقيق والصادق (loyale)

الأصل أن يتسم إعلام المريض بالدقة سواء في وصف الحالة التي يشكو منها أو في العلاج الذي يقترحه وكذا البدائل العلاجية المتاحة خاصة فيما يتعلق بالمزايا والمساوئ المقترنة بها، وذلك حتى يكون هذا الأخير فكرة صحيحة عن العمل الطبي¹. كما يجب أن يبقى الإعلام دقيقاً نافية لكل جهالة في كل مرحلة من مراحل التطور الصحي للمريض، وهو ما يعرف بتحديث الإعلام².

إلى جانب ذلك يجب أن يكون الإعلام الصادر من الطبيب صادقاً، من خلال توافق المعلومات مع خطة العلاج المقترح. فلا يمكن الكذب عليه حتى لا يفقد الإعلام الأمانة والإخلاص التي تعتبر أساس الثقة التي يضعها المريض في الطبيب³. وإن كانت هناك حالات تقتضي إخفاء بعض المعلومات لأسباب وبكيفية محددة في القانون⁴.

ومما لا شك فيه أن قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي أكد على أن يأخذ الطبيب في عين الاعتبار شخصية المريض وتساؤلاته ويسعى لفهمها⁵. وهو أيضاً ما تبناه المشرع الجزائري من خلال المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب⁶.

¹ - توفيق خير الله، المرجع السابق، ص 501، رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 122.

² - C. Rey-Salmon, C. Boraud, le dossier médical, l'information du malade, le secret médical, rev. du praticien, vol. 62, n° 06 juin 2012, p 843.

³ - منصور منصور مصطفى، المرجع السابق، ص 22، قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 85.

⁴ - فقد يُلجأ إلى الكذب الطبي لحماية لمصلحة المريض إلا أن الأطباء يفترون بين الكذب الذي يرمي إلى طمأنة المريض، لذا فلا مسؤولية على الطبيب ما دام أن غايته إنسانية تستهدف مصلحة المريض. ونشير إلى أن أغلب التشريعات تجيز إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض، ولكن بشرط إعلام أقاربه أو من يقوم مقامهم، يراجع في ذلك المادة 1/51 من م.أ.ط.ج والتي تقابلها المادة 42 من ق.أ.ط.ف. وبين الكذب الذي ينطوي على تشويه الحقيقة وتضمن الإعلام مبالغة في وصف الحالة ليحمل المريض على قبول أسلوب علاجي يقترحه الطبيب يصب في مصلحته الشخصية، فلا قيمة لهذا الإعلام في هذه الحالة، بل يرقى إلى درجة التدليس والاحتيال الموجب لمسؤولية الطبيب، أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية-، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1986، ص 112، 113.

⁵ - Art 35 du C.D.M.Fr dispose: « tout médecin doit à la personne qui' il examine qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée a son état, les investigation et les soins qu'il en propose. » F. Drrifuss-Netter, code de la santé publique, Litec, juris classeur, Paris France, 2006, p 176.

⁶ - بنصها على أنه: "يجب على الطبيب وجراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي."

ثالثا: وجوب أن يكون الإعلام كافياً وتقريبياً (suffisante et approximative)

يعتبر محل الحق في الإعلام محل جدل بين القضاء والفقهاء وبين أهل التخصص - كما أشرنا سابقا- وذلك بسبب عدم توحيد المصطلحات في وصف المعلومات وسعتها، الأمر الذي يعني عدم وجود معيار ثابت لضبط مقدار المعلومات الواجب الإفصاح بها للمريض. غير أنه لا يختلف اثنان في أن نقص الإعلام هو إهدار لحق المريض في الاختيار، ذلك أن المعلومات العامة حول مخاطر العلاج واحتمالات الفشل قد تخلق لديه لبسا يزيل مخاوفه ظاهريا لتفاجئه في النهاية بنتيجة لا يرغبها فعلا¹.

والجدير بالذكر في هذا الصدد إلى أن قرارات محكمة النقض الفرنسية كانت متذبذبة، حيث وصفت الإعلام في بعض قراراتها بالإعلام الكافي (information suffisante)² في حين استعملت مصطلح "الإعلام التقريبي" في البعض الآخر (approximative Information)³. لكن الأمر لم يبق على حاله منذ قرار 1997/10/14 الذي غيّر أوصاف الإعلام⁴. ومن ثم فإنه يفهم أن التقريب غير جائز في هذا المجال. لهذا فقد حرصت المحكمة على وجوب أن تكون المعلومات كاملة لجميع المخاطر المحتملة والمتوقعة، ليتاح له بذلك اتخاذ قراره.

رابعا: شكل الإعلام

يقصد بشكل الإعلام هو الطريقة التي يعبر بها الطبيب عن المعلومات التي سيلقنها للمريض، فإما أن يختار المعلومات الكتابية، ولعلها أكثر نجاعة من الأسلوب الشفهي، ذلك أن الكتابة تضمن الوضوح والبساطة ومن ثم سهولة الرجوع في حال الحاجة إليها⁵.

¹ - محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 25، 26.

² - « ... le médecin doit donner au patient une information suffisante sur les risques de l'acte médical...» Cass.civ. 1^{ère} 15/12/1993, cité par : J-L. Fagnart, I. Lute, op. cit, p 69.

³ - Cass. Civ. 21/02/1961, cité par : F. Barbiéri, Défaut d'information et responsabilité: les principes de droit privé, Petites Affiches, France, 1995, éd. n° 2, p 16.

⁴ - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 14/10/1997 qui dispose: «une information loyale, claire et appropriée sur les risques des investigations ou soins qu'il lui propose.» V. aussi les arrêts suivants : Cass. Civ 1^{ère} Ch. 07/10/1998. Gaz. Pal 1998.2, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 14/01/2010, n° de pourvoi: 08-21683, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 20/01/2011, pourvoi n°: 09-16931, Consulter les arrêts sur le lien suivant: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁵ - علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، 96، 100.

لكن بالرجوع إلى أحكام القضاء¹، فإنه فمن غير الضروري أن يقدم الطبيب لمريضه المعلومات في شكل مكتوب. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن الأصل في التبصير أن يكون شفاهة ونفس الأمر نجد حتى في التشريعات المقارنة².

غير أنه هناك حالات لا يجوز فيها للطبيب أن يكتفي بنقل المعلومات شفاهة، بل يتم كتابيا³، لأن في هذا مصلحة للمريض، كما في حالة إصابة المريض بالصمم أو قد تكون هناك ظروف أخرى، يمكن قياسها على هذه الحالة، كأن يكون المريض صغير السن أو شخصا بالغا، ولكنه مصاب باضطرابات نفسية جسيمة، لأن التبصير الشفهي بهذا الفرض لا يخدمه فلا بد من اللجوء إلى التبصير المكتوب⁴. دون أن ننسى أن هناك أعمال طبية خاصة تنطوي بطبيعتها على قدر كبير من المخاطر⁵، لذلك تلزم غالبية التشريعات الطبيب بضرورة تحرير وثيقة. وفي نفس السياق هناك حالات تتخذ فيها المعلومات طريق الكتابة، كالوصفات الطبية ونتائج الفحوص والتحليل والأشعة التي يطغى عليها طابع الشكلية. ولعل القول بثبوت حق الإعلام للمريض يقتضي منا تحديد نطاقه، فكيف يتم ذلك؟

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق إعلام المريض

لاشك أن التغيرات والمخاطر التي أصبحت تهدد حياة وسلامة المريض أدت إلى اختلاف المعايير التي يمكن أن نتهدي بها إلى تحديد نوعية هذه المعلومات الواجب الإفصاح بها للمريض⁶، لكي

¹ - Cass. 1er civ. 29/05/1984, D. 1985 dispose que : « Attendu -dit la cour de cassation- qu'en statuant ainsi alors que sauf circonstance particulières dont il ne saurait être exigé d'un médecin qu'il remplisse par écrit son devoir de conseil, la cour d'appel a violé le texte susvisé. » L. Dubouis, la protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine française, Dall., France, 2001, p 45.

² - إذ لم يبين القانون الجزائري كنه نظيره الفرنسي شكل الإعلام، مما يعطي للطبيب كامل الحرية في انتقاء الأسلوب المناسب، فيمكنه تقديم معلومات شفوية أو كتابية تبعا للطابع الرضائي الذي يتميز به العقد الطبي الذي لا يتطلب شكلا معينا.

³ - وهو الحل الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة L.1111-25 من ق.ص.ع.ف، وقد أخذ مجلس الدولة بهذا الاتجاه في:

C.E. Sect, 5 Janv. 2000, Cts. Telle c/Hospices civils de Lyon et assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ M. Guilbot. (2 arrêts) Juris. Data n° 2000-060000 et 2000-060001. Rec. C.E, p.5 J.C.P. G. 2000. II, 10 271, cité par : Ph. le Tourneau et L. Cadiet, droit de la responsabilité et des contrats. Dall., Paris France éd. 2003, p 449.

⁴ - Cass. Civ. 04/04/1995, cité par: L. Accad, M. Caussin-Zante, op. cit, p 42.

⁵ - F. Salat-Baroux, les lois de bioéthique, Dall., Paris France, 1998, p 108.

⁶ - عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، السنة الجامعية 2004-2005، غير منشورة، ص 70.

يتخذ قراراً مناسباً فيما يتعلق بحالته ووضعه الصحي. ومن ثم فالمعلومات التي يقف عليها الطبيب ليست من طبيعة واحدة، كما أن المخاطر التي يتعرض لها المريض، ليست بدورها من درجة واحدة خاصة بعدما تنوعت وتعددت وسائل التشخيص إلى جانب تعقد تقنيات العلاج.

لذا فإن هذه الدراسة تقتضي منا أن نضع حدود لنطاق الحق في الإعلام من حيث تحقيق النتيجة أو بذل عناية، لمعرفة مدى تنفيذ الطبيب لالتزامه تجاه المريض (البند الأول) ثم نرجع إلى الحديث لدراسة مراحل التبصير المختلفة في ظل تطور التقنيات العلاجية (البند الثاني).

البند الأول: مدى الحق في التبصير بين بذل عناية وتحقيق نتيجة

تضاربت الآراء حول تحديد مجال الحق في الإعلام، بين كونه يهدف إلى بذل عناية أو تحقيق نتيجة. إذ يذهب جانب من الفقه إلى اعتباره بحسب الأصل مجرد بذل عناية¹، يقع على كل محترف ويتسع نطاقه كلما كان متخصصاً، بينما يضيق بالنسبة للشخص غير المتخصص².

ولعل ما يستند إليه أصحاب هذا الرأي في تدعيم وجهة نظرهم إلى أن النتيجة المطلوبة من الحق في الإعلام هي نتيجة احتمالية الوقوع وأن للمريض دور في تحقيق هذه النتيجة أو منعها³. ومن ثم يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحق في الإعلام الطبي يستجمع الشروط المطلوبة لما يبذله الشخص العادي من عناية في تنفيذه، لأن الطبيب يهدف من وراء ذلك تجنيب المريض خطورة التدخل الطبي، ولكنه لا ينتظر منه أن يضمن النتيجة النهائية للعمل الطبي.

غير أن هذا الرأي لقي جدلاً حاداً، ذلك أنه ليس من الصواب القول بأن الحق في الإعلام يهدف إلى ببذل عناية على إطلاقه. فهناك من يرى أنه يختلف عنه من وجوه عديدة⁴. على اعتبار أن بذل العناية يعتبر من الحقوق الناشئة عن العقد الطبي ومتعلقة بتنفيذه، في حين أن تقديم المعلومات والإدلاء بما للمريض، هو حق سابق على التعاقد ومتولد عن العقد نفسه⁵.

¹ - محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، المرجع السابق ص 27.

² - ميرفت ربيع عبد العال، المرجع السابق، ص 99، حاج بن علي محمد، المرجع السابق، ص 80.

³ - هادي حسين عبد علي الكعي، محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة بابل العراق، ع. 02، السنة الخامسة، 2009، ص 84، 85.

⁴ - وهذا ما يؤكد الفقه في فرنسا بصورة واضحة محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 63.

⁵ - مزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1990، ص 41، 43، خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1996 ص 86، محمد رايس، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، ع. 01، السنة 2007، ص 13، 14.

بالإضافة إلى ذلك فإن الطبيب لا يمكن أن يخبر المريض بجميع الأساليب والطرق التي ينبغي عليه القيام بها، لكن ما يكفي أن يقدمه من معلومات يكون الهدف منها التمكن من تكوين فكرة معقولة لاتخاذ قراره¹.

بل أكثر من ذلك فإن الأمر يحتاج إلى تحليل أعمق للتأكد من مدى صحة هذا القول، ويظهر خاصة في إخفاء بعض المعلومات على المريض حسب ما تقتضيه ظروف المهنة أو حالة المريض النفسية أو الصحية². وهو ما أدى بأصحاب الاتجاه الثاني للقول بإمكانية تصور الحق في الإعلام يهدف إلى تحقيق نتيجة.

كما أن القول بأن الحق في التبصير يفضي إلى تحقيق نتيجة محددة من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق مزايا يستفيد منها المريض، الذي هو عادة جاهل للمعلومة الطبية في موقع المنتظر لتلقي المعلومة من قبل الطبيب³.

وبالمقابل التشدد في أحكام المسؤولية الناشئة عن الأضرار أثناء الممارسات الطبية، والتي تنشأ بمجرد إثبات أن الأضرار قد نتجت عن التدخل الطبي وإذا ما أقيم الدليل على ذلك لا يمكن دفع المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي⁴، ومن ثم اعتبر هذا الرأي هو أكثر تحقيقاً للعدالة. ومن جهتنا نعتقد أن الحق في الإعلام يحمل طبيعة مزدوجة، على اعتبار أنه يستجمع الشروط المطلوبة للالتزام ببذل عناية، لأن الإفضاء مهما بلغت دقته لا يكفي لسلامة المريض، الذي قد لا يستجيب لرغبة الطبيب في علاجه أو قد يهمل اتخاذ الاحتياطات اللازمة بعد تنفيذ التدخل العلاجي أو الجراحي. غير أننا نجد أن هذا الحق قد يتدرج ليتحول من حيث القوة من التزام بعناية إلى التزام بنتيجة استثناء بحسب عدة عوامل منها خطورة العمل الطبي أو وضعية المريض.

فالواقع يفرض علينا عند تحليلنا لحق الإعلام أن نميز من ناحية بين تحقيق نتيجة، عند الوقوف على مسألة نقل وإيصال المعلومة وبين بذل عناية أثناء العمل جاهداً من أجل استخدام جميع

¹ - نزيه محمد الصادق المهدي، التزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1982، ص 308.

V. aussi : J. Schmidit, la sancion de la faute précontractuelle, R.T.D. 1974, n° 48, p 72.

² - R. Savatier, J.M Auby, traité de droit médical, op. cit, p 228.

³ - هادي حسين عبد علي الكعي، محمد جعفر هادي، المرجع السابق، ص 85.

⁴ - عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، د.ذ.ع.ط، منشورات جامعة القاهرة، مصر، السنة 2005، ص 61.

الوسائل الممكنة لتوضيح تلك المعلومة واستيعابها بما يلاءم حالة المريض من خلال انتقاء هذه المعلومات، وذلك بغية البحث عن فعاليتها¹، على نحو تمكنه من اتخاذ قرار حر تتشكل من خلاله قناعته بالعلاج في مواجهة حالته المرضية.

ومن هنا يطرح الإشكال من جديد حول كيفية تحقيق الإعلام غايته، فهل المطلوب هو التأكد من مدى نقل المعلومة من الطبيب إلى المريض فحسب، أم أن الغاية تكمن في الفهم الجيد للمعلومة². ويزداد الأمر دقة وتعقيدا إذا ما علمنا أن الطبيب يقوم بنقل معلومات طبية ذات صبغة فنية مجهولة لدى المريض، كما أن هذه الأخيرة تتطور بشكل متسارع مع تقدم وسائل البحث العلمي ونمو اقتصاديات المعرفة.

الأمر الذي حدا بالفقه والقضاء إلى البحث حول في هذا الشأن، ومن ذلك الاعتماد على معيار للتحقق من مدى تنفيذ الطبيب لحق المريض في الإعلام بإفهام المعلومات. فأما المعيار الأول فهو معيار شخصي أي ذاتي، يعتمد على مدى نجاعة الإعلام الموجه من الطبيب إلى المريض في تقرير قبول أو رفض التدخل الطبي. وأما المعيار الثاني فهو موضوعي قائم على مدى تأثير هذا الإعلام على مريض عاقل في مثل ظروفه ومعظياته³.

ولا يخفى علينا أن الواقع الحالي يعكس عدم اهتمام المريض بحقه في الإعلام، بقدر اهتمامه بالحصول على موعد مع الطبيب لإجراء الفحص الطبي اللازم أو لتحديد تاريخ التدخل الطبي. لهذا يصعب تنفيذ حق في الإعلام المريض في ظل الظروف الاجتماعية والثقافية لأغلبية المرضى. ومن المهم التأكيد أن إعلام المريض لا يتحقق دفعة واحدة، فكيف يكون ذلك؟

البند الثاني: مراحل تبصير المريض

يلزم الحق في الإعلام العلاقة الطبية طيلة مراحلها المختلفة، ومن ثم فإن المعلومات التي يقف عليها الطبيب أثناء فحص المريض ليست من طبيعة واحدة إذا انتقلنا إلى مرحلة العلاج، كما أن

¹ - فقد يحتاج المريض متذعرا بعدم استخدام الطبيب الوسائل المواتية والفاعلة لنقلها على نحو يجعله يستوعبها وصولا إلى اتخاذ قرار حاسم صائب. لذا من المفترض أن يجتمع في الطبيب الذكاء والفطنة، محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 87، 89، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 129.

² - مجدي حسن خليل، المرجع السابق، ص 68.

³ - قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 82.

المخاطر التي يتعرّض لها هذا الأخير ليست بدورها من درجة واحدة¹. ونظرا لخصوصية كل مرحلة وأهميتها في تحديد مصير العلاقة الطبية، سنقوم ببيان كل مرحلة على حدى وفق الآتي:

فقرة أولى: التبصير بالتشخيص L'information de diagnostic

إن للإعلام في مرحلة التشخيص درجة كبيرة من الأهمية، بسبب تطور أساليب التشخيص في الآونة الأخيرة، الأمر الذي نجم عنه ازدياد المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المريض نتيجة استخدامها. ومن ناحية أخرى فقد يسمح هذا التبصير بمساعدة المريض على اتخاذ القرار المناسب حول العلاج المقترح من خلال الموازنة بين الآثار المترتبة على رفضه أو قبول إكمال المراحل المقبلة للعمل الطبي على ضوء ذلك التشخيص².

لهذا فإن ما يطلبه المريض من الطبيب في هذه المرحلة التمهيدية هو معلومات دقيقة وصحيحة حول طبيعة الفحص الطبي الذي ينوي مباشرته وكذا المخاطر المرتبطة به إن وُجدت، مادامت أنها تمثل مساسا بسلامة جسمه، لأنه قد يتعذر على الطبيب الوصول إلى التشخيص الأكثر دقة إلا من خلال بالاستعانة بالوسائل الفنية والأجهزة الحديثة المتطورة³.

كما أن هذا الحق يتوسع إلى شرح طبيعة المرض الذي يعاني منه بأسلوب بسيط وواضح يتناسب مع قدراته النفسية والعقلية والعلمية ويؤكد بصورة واضحة المضاعفات المتوقعة في حالة غياب أي إجراء علاجي بصدده وذلك بغض النظر عن مراحل العلاج الأخرى⁴.

¹ - مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض -دراسة علمية تأصيلية مقارنة-، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 04، السنة الرابعة والثلاثون، ديسمبر 2010، ص 281.

² - علي جابر محبوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 71.

V. aussi D. Dendoncker, l'obligation médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire, R.R.J, France, 2002, p1036.

³ - حيث يتطلب التشخيص استعمال طرق معينة للفحص مثل عملية جراحية استكشافية بعد التخدير الجزئي، إجراء بعض التحاليل الطبية المجهرية، أخذ بعض صور للأشعة منها تخطيط القلب، تخطيط الدماغ، استخدام المنظار الطبي أو الموجات فوق الصوتية وغيرها من هذه الأجهزة. فهذه الأعمال وإن لم تكن في ذاتها علاجية، إلا أنها تعد تدخلات طبية استكشافية أولية، ومن ثم فلا يجوز إخضاعه لها إلى بعد إعلامه، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، أحكام الأذن الطبي في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 1997، غير منشورة، ص 55، 71، عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، المرجع السابق، ص 426.

C. Mannaouil, A.-S. Arnaud, M.Grazer, E. Hayek, O. Jardé, la responsabilité de l'anesthésiste jurisprudence au apportes de la loi du 4 mars 2002, droit d'éontologie et soin, Mars 2003, vol. 3, n°1, p 01, 02.

⁴ - محمد أمين حجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، المرجع السابق، ص 271.

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلام في مرحلة التشخيص في بعض الحالات قد يقتصر على مجرد استشارة الطبيب، وهي الحالة التي يريد فيها المريض التأكد لمباشرة العلاج من قبل طبيب آخر أو في بلد ثاني أكثر تطوراً في وسائل العلاج. فحينئذٍ يصبح التشخيص هو الغاية المنشودة للمريض، لذا ينبغي تبصير هذا الأخير بالمعلومات الصحيحة من أجل أن يتخذ قراره بروية وتمحيص¹.

ويجب التأكيد هنا أن التشريع الفرنسي كان أكثر حذراً في تنظيم هذه المسألة، نظراً لحساسيتها وخطورتها². وذلك على خلاف التشريع الجزائري الذي وردت نصوصه بصيغة العموم مؤكدة ضرورة إعلام المريض من قبل الطبيب، مادام هو من يقوم بتقديم العلاج. وإن كان الواقع العملي لمهنة الأطباء يفرض القيام بذلك بحجة العلاقة التي تجمعها والتي أساسها الثقة والمصارحة. وفي الحقيقة لم يكن القضاء الفرنسي بمعزل عن التأكيد على أهمية هذه المسألة، بحيث تقوم مسؤولية الطبيب إن أخفق في التشخيص، فاستتبع ذلك خطأً في التبصير، لما ينجر عن ذلك من اتخاذ قرار غير سليم من قبل المريض بناء على بيانات خاطئة³.

=P. Henry et B. de Cocqueau, L'information et le consentement du patient: les nouvelles blaises, in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement, sous la direction de G. Schamps, Bruylant – L.G.D.J, 2008, p 23, 49.

¹ - فتيحة زعنون مصايحي، المرجع السابق، ص 90، 91، عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 265.

² - Art. L.1111-2 du C.S.P.Fr dispose que : « Les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilités, leur urgence éventuelle, leur conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus... » Art 35 al.1 du C.D.M.Fr : «le médecin doit à la personne qu'il examine qu'il soigne ou qu'il conseil une information loyale. Claire et appropriée sur son état les investigations et les soins qu'il propose. Tout au long de la maladie. il tient complète de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.» A. Lucas , op. cit, p 213.

³ - وهو ما أكدته عليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها أصدرته بتاريخ 1984/05/29 والذي أدان كلا من الطبيب الجراح الذي أمر بمحذا العمل الطبي، وطبيب الأشعة الذي قام بتنفيذه، على أساس أن كليهما لم ينفذا التزامهما بتبصير وتبنيه المريض أو ممثله القانوني، بالمخاطر الخاصة التي تتضمنها وسيلة الفحص بالأشعة، مع الإشارة أنه لم تكن ظروف الصبي تمثل حالة الضرورة أو استعجال، مشار إليه من طرف: عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 156.

Cass. Civ. 29/05/1984 D. 1985, كما قضت بنفس الاتجاه في قرار آخر لها صدر بتاريخ 1996/03/26 فأدنت المحكمة هذا الطبيب بسبب تقديمه معلومات غير سليمة حرمت الأم من فرصة اللجوء إلى الإجهاض الطبي ومن ثم قضت بوجوب التعويض عما أصابها من أضرار.

Cass. 1^{ère} civ. 26 Mars 1996, D. 1997, « En ne procédant pas aux examens qui leur auraient permis d'informer les époux Y des risques que présentait l'état de grossesse de l'épouse, M et (les médecins) n'ont pas rempli l'obligation de renseignement dont

فقرة ثانية: التبصير بالعلاج

بعد تشخيص الحالة الذي يعاني منها المريض، يثبت له حق تبصيره بكل المعلومات الضرورية بشأن التدخل الطبي الذي ينوي الطبيب القيام به¹. لذلك فإن الإعلام في هذه المرحلة يشتمل على عناصر أساسية حتى يكتمل، فلا يقتصر الأمر على طبيعة العلاج المقترح وكذا البدائل العلاجية التي يختارها الطبيب لتنفيذه فحسب، بل يمتد إلى تبصيره بالمدة المطلوبة لانتهاء العلاج وتكلفته، إلى جانب تنبيه المريض بكل المخاطر التي قد يتعرض لها، ليتخذ القرار المناسب بهذا الشأن، والذي سيأتي بيان كل عنصر منها في النقاط الآتية:

أولاً : طبيعة التدخل العلاجي وبدائله

إذا كان العلاج يتخذ أشكالاً وصوراً مختلفة حسبما استحدثته التطورات الطبية، فإن تبصير المريض يختلف تبعاً لذلك. فإذا اضطر الطبيب إلى وصف أدوية فيها خطر على صحة المريض، وجب إعلامه بطريقة استعمالها والمقدار المسموح من الجرعات².

أما إذا كان تشخيص المرض يستلزم عملية جراحية يراها الطبيب ضرورية وكذلك الغاية التي تهدف إلى تحقيقها، فمن حق المريض تزويده بكل البيانات الضرورية حول ذلك بما فيها نسبة النجاح والفشل فيها³. أما إذا كان علاجاً بالأشعة فعلى الطبيب أن يعلم مريضه الفائدة التي تحققها هذه

=elles étaient tenues à l'égard de leur patiente, et qui aurait aux époux Y de prendre une décision éclairée, quant à la possibilité de recourir à une interruption de grossesse thérapeutique. »

علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 72، 73، محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 40. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في قرار أصدره بتاريخ 14/02/1997 قضى فيه بمسؤولية الطبيب وإلزامه بتعويض الضرر الذي أصاب الوالدين بسبب ولادة الطفل مشوّهاً، استناداً إلى خطأ في الإعلام في مرحلة التشخيص الذي حرم السيدة من فرصة اتخاذ قرار بإسقاط حملها لسبب طبي، فتيحة زعنون مصايحي، المرجع السابق، ص 92.

C. E, 14 Fév. 1997, J.C.P, 1997. 11, 22828, cité par : L. Accad, M. Caussin-Zante, op. cit, p 42, 43.

¹ - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 157.

² - مجدي حسن خليل، المرجع السابق، ص 39، يلتقي مع الطبيب في هذا الواجب الصيدلي الذي يعتبره القانون منفذاً للوصفة الطبية ومراقبها، فيلتزم بصرف الأدوية المحررة في هذه الوصفة دون أن يتجاوزها أو يستبدل دواءً بدواءً آخر ليس مدوناً بها، عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية، ط. 01، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1999، ص 44.

³ - كما يتعين أن يعلم المريض بأنه سيكون مضطراً إلى تكرار العلاج على فترات معينة، محمد أمين حجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، المرجع السابق، ص 272، حسام زيدان شكر الفهاد، المرجع السابق، ص 92، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 98.

الطريقة، كما عليه أن يفضي إليه بخطورة هذا العلاج على جسمه¹. ويسري نفس الحكم على العلاج بطريقة الصدمات الكهربائية².

وفي هذا الإطار نلاحظ أن معظم التشريعات المقارنة أكدت بالإشارة إلى ضرورة تبصير المريض بالعلاج³، كما حرص القضاء الفرنسي على ثبوت هذا الحق للمريض في مرحلة العلاج، ومن خلال تقرير مسؤولية الطبيب عند إخلاله بذلك في عدة مناسبات⁴.

ومن الأهمية بما كان ألا نقف عند هذا الحد في الإعلام بالعلاج، بل يتمتع المريض بحق إحاطته بتعدد التقنيات العلاجية وبدائلها⁵. كما يترك له المجال للمقارنة بين البدائل العلاجية المتاحة

¹ - قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، أحكام الأذن الطبي في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 76، 87، أكرم محمود حسين، زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، مجلة الراشدين للحقوق، العراق، م. 8، ع. 30، السنة 2006 ص 09.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 341.

³ - L'information doit porter sur « Les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, ... » Art. L.1111-2 du C.S.P.Fr (L. n° 2002-303 du 04/03/2002, relative aux droits des malades et la qualité du système de santé J.O.Fr. du 05/03/2002, p 4418).

كما نص على ذلك صراحة التشريع الجزائري في المادة 48 من م.أ.ط.ج بقولها: "يجب على الطبيب... المدعو لتقسيم علاج لدى أسرة.... وأن يبصر المريض ومن حوله بمسئولياتهم في هذا الصدد." وعلى نفس النهج سار التشريع اللبناني بمقتضى المادة 02 من قانون حقوق المريض والموافقة المستنيرة. وقد اكتفى التشريع المصري والأردني بإقرار التبصير بصفة عامة دون تحديد لأي مرحلة من العمل الطبي، عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 267.

⁴ - وهذا ما قضت به محكمة Douai في حكم لها مؤرخ في 1945/12/21 بتقرير مسؤولية الطبيب عن إخلاله بواجب تبصير المريض بطبيعة التدخل العلاجي المقترح، مشار إليه من قبل: خالد حمدي عبد الرحمن، مشكلات المسؤولية الطبية، بحث في عصمة الجسد وأحكام العقد الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، السنة 2007، ص 57، 58، حسام زيدان شكر الفهدا، المرجع السابق، ص 94. وفي قضية أخرى بموجب حكم صدر عن محكمة نيس بتاريخ 1967/01/22، أدان الطبيب وقرر مسؤوليته عن استخدامه مادة معينة لعلاج عين المريض، دون أن يحيطه علما بمدى الخطورة المحتملة للمادة المذكورة حتى يكون على بينة من ذلك، ويقرر بحرية قبول العلاج من عدمه، ذكر من طرف: جاسم علي سالم الشامسي مسؤولية الطبيب والصيدلي، المجموعة المهنية للممارسين المهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 447، 448، ونشير في هذا الصدد لموقف محكمة السانية وهران في حكمها المؤرخ في 26 مارس 1996 والمؤيد بقرار مجلس قضاء وهران الذي أدان على إثره طبيب لتطبيقه طريقة التخدير المضاد لآلام الولادة (Péridurale) والتي تنطوي على مخاطر الإصابة بشلل جزئي مؤقت وكان أساس الحكم هو الإخلال بواجب التبصير ذكر من طرف: عز الدين قمراري، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 174.

⁵ - والتي يقصد بها مجموع الخيارات والطرق الفنية التي يضعها الطبيب لتنفيذ العمل الطبي المقترح، سهر منتصر، الالتزام بالتبصير، المرجع السابق، ص 173، بخلاف التفصيلات الفنية الخاصة بتنفيذ العلاج التي تكون بعد التوصل إلى اختيار طريقة العلاج، وهي تبقى من اختصاص الطبيب وحده المؤهل علما وخبرة لتحديدها، جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 78، 80.

واختيار الطريقة التي يريد أن يعالج بها¹. ومن ثم لا يمكن للطبيب بأي حال من الأحوال إرغامه على طريقة تدخل علاجي معينة².

وحسناً فعل المشرع الفرنسي عندما جاء في التعديل الجديد الصادر في 2002/03/04 على وجوب تبصير المريض بكل بدائل والحلول العلاجية الأخرى، بما في ذلك رفض العلاج وآثار ذلك على المستقبل الصحي للمريض³. بخلاف التشريع الجزائري الذي لم يشر إلى ذلك صراحة، بل يفهم ضمناً من خلال أحكام المادة 11 من م.أ.ط.ج التي تمنح الطبيب بسلطة تقديرية واسعة في إعلام مريضه حول البدائل العلاجية واختيار طريقة العلاج التي يراها مناسبة⁴.

ثانياً : الإعلام بمدة العلاج وتكلفته

يشمل محل الحق في الإعلام الطبي كل ما يستلزمه العمل الطبي من مصاريف مالية والتي تسمى بتكلفة العلاج المقترح، إلى جانب تكاليف العلاج الأخرى التي لا يجدها الطبيب⁵. إذ أن المريض هو أدرى بظروفه المادية، والتي قد تضطره بسبب تدهورها إلى إتباع علاج أقل تكلفة وإن كان أكثر معاناة، خصوصاً إذا كان من الأمراض المستعصية على الطب الحديث، والتي يتطلب التدخل الطبي بشأنها تكاليف باهظة لاستعمال الأطباء فيها تقنيات جد متطورة.

¹ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 35، 36.

² - Art 36/2 du C.D.M.Fr: « lorsque le malade en l'état d'exprimer sa volonté refuse les investigations alors avoir eu le traitement proposé, le médecin doit respecter ce refus informé le malade de ses conséquences.» Art. L.1111-4 du C.S.P.Fr dispose que : « Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. » V. aussi: J. Cayal, le droit au refus de soins et le devoir d'information du médecin, Gaz. Pal., 2009, p 215, 216.

³ - Art L.1111-2du C.S.P.Fr (L. du 4 Mars 2002 précité) stipule : « ainsi que les autres solutions possibles ... »

كما نجد المادة 02 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني تعرض لحق إعلام المريض بالحلول الأخرى الممكنة.

⁴ - والتي جاء نصها كما يلي: "يكون الطبيب وجراح الأسنان حزين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة التي يجب أن تقتصر وصفاتها وأعمالها على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج دون إهمال واجب المساعدة المعنوية."

⁵ - أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، ص 12، 13.

V. aussi : J-L. Fagnart, information du patient et responsabilité du médecin, op.cit, p 68.

وذلك لاعتبار المريض مستهلك للخدمات العلاجية¹، ومن ثم من حقه أن يعلم قبل أي تدخل عن أتعاب الطبيب، خصوصا إذا كانت العملية لا تقتضيها أي ضرورة صحية وتدخل في إطار العمليات التجميلية لما تتطلبه من تكاليف باهضة. وقد كان المشرع الفرنسي السباق للإشارة صراحة إلى هذه المسألة، حيث نص على ضرورة إعلام المريض بقيمة وحجم نفقات العلاج². كما يملك المريض الحق أيضا في معرفة الفترة الزمنية المطلوبة لتحقيق اكتمال العلاج خلالها وفترة النقاهة، خاصة في العمليات الجراحية، و مدى ضرورة إعادة تأهيل المريض في بعض الحالات، والمدة التي يستغرقها ذلك حتى يحصل على نتيجة نهائية³.

ثالثا: تحديد طبيعة المخاطر

إذا كان التبصير بالعلاج ضرورة وحق للمريض يقع على عاتق الطبيب، فإن نطاق هذا الحق يمتد ليشمل تحديد طبيعة الخطر، ومدى جديته ونسبة تحققه⁴. إذ يشكل تبصير المريض بمخاطر العلاج حاليا جوهر مسؤولية الطبيب عن الإخلال بحق بالإعلام. ووفي الواقع يثور التساؤل الجوهرى فيما إذا كان إعلام المريض ينصرف إلى كافة مخاطر العمل الطبي الذي ينوي الطبيب القيام به على مريضه، أم أن هذا الإعلام يقتصر على المخاطر التي تنطوي على مواصفات معينة ونجاحه من حيث جسامتها وتكرار حدوثها وتوقعها. فقد كان الاتجاه السائد في وقت قريب لدى الفقه⁵ والقضاء⁶ على قصر حق المريض بالإعلام في مرحلة العلاج على كافة النتائج المتوقعة (Les risques normalement prévisibles) دون المخاطر الاستثنائية التي يصعب تقديرها سواء كانت جسيمة أو بسيطة.

¹ - X. Barella, op. cit, p 1991.

² - « droit à l'information sur les frais découlant des soins. » Art. L. 1111-3, L. n° 2002-303, modifiant C.S.P.Fr. précité

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 178، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 148.

⁴ - علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المرجع السابق، ص 52

⁵ - M. Dupont, C. Esper, C. Paire, Droit hospitalier, 5^{ème} éd., Dall., Paris France, 2005, p 290, P. Bernard, le devoir d'information du patient, cahier des gestions hospitalières, France, Mars, 2000, p 210.

⁶ - وذلك بإقرار محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات: بداية في قرار لها بتاريخ 1959/05/13، حيث قضت: " بأن الجراح لا يلتزم بإعلام المريض مسبقا بمخاطر الشلل النهائي للعصب البصري، التي قد تنشأ عن التخدير بالطريق المحجري للعصب الفكي الأعلى، خلال عملية قام بها لعلاج التهاب الجيب بالفم، حيث أن هذه المخاطر لم تكن متوقعة. ومن ثم لا يلزم الجراح أن يخبر بها المريض مقدما." علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 26.

و يبرر الفقه ذلك بعنصر الاحتمال المحفوف في كل نشاط طبي¹، ومن ثم فلا يمكن تصور أية جراحة دون مخاطر، ولا استعمال أي دواء دون إمكانية حدوث مضاعفات ذات احتمالات بعيدة. كما أن الإفصاح بكل ما يعتقدده الطبيب من آثار غير متوقعة تعطيل لأداء وظيفته، من خلالها تأثيرها السلبي على المريض، بأن يثير لديه الارتباك والتردد في اتخاذ القرار المناسب²، وقد يصل الأمر في النتيجة إلى الإحجام عن قبول التدخل العلاجي.

ولعل تعدد الأحكام القضائية يفهم منها وجود تطور حول هذه المسألة، لاسيما في تحديد المعيار الذي يمكن من خلاله التمييز بين الخطر المتوقع والخطر غير المتوقع³. بحيث اتجه إلى اعتناق معيار كمي يقوم على التفرقة بين المخاطر متكررة الحدوث Les risques fréquents والمخاطر الاستثنائية Exceptionnels أو النادرة Rares⁴، على أن يقتصر حق المريض على الإعلام بالمخاطر من النوع الأول، أما تلك التي من النوع الثاني فيمكنه السكوت عنها دون أن يعتبر مخطئا.

=La cour de cassation française a estimé que le médecin ne commet pas de faux en n'informant pas le malade des risques exceptionnels ou des conséquences imprévisibles ou improbables. Civ. 1^{er} 21/02/1961.

وفي نفس السياق أيضا قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1973/05/23 بأن الجراح لا يعتبر مخطئا طالما أنه أدلى للمريض قبل العلاج بكافة المخاطر والأضرار المتوقعة والناجمة عن هذا العلاج، حيث احتمال وقوع أضرار مماثلة لما أصابه كانت نادرة وتعد على أصابع اليد، مشار إليه من قبل: خالد حمدي عبد الرحمن، مشكلات المسؤولية الطبية، بحث في عصمة الجسد وأحكام العقد الطبي، المرجع السابق، ص 60، كما قررت ذات المحكمة بتاريخ 1979/03/06 بأن الطبيب لا يكون مخطئا إذا كان الاحتمال كان ضعيفا والعملية كانت ضرورية. وأنه لا يلتزم في تبصير المريض سوى بالمخاطر الجادة والعادية، قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 87.

la jurisprudence française exige que le patient doit être informé des risques normalement prévisibles Cass. Civ 05/05/1981 Gaz. Pal. 1981-II-352, Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 20/3/1984, pourvoi n° : 82-16926, Cass. 1^{er} 09/05/1985. J.C.P, Cass. Civ. 20/01/1987, D. 1988, Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 19/04/1988, Pourvoi N° : 86-1560, Consultez les arrêts sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>, Cass. 1^{er} civ 3 jan. 1991, Gaz. Pal. 1993, cité par : V. aussi : S. Chaib, la preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, rev. C.D.S.P, numéro spécial, 2008/1, p 270.

¹ - R. Savatier, J.M Auby, traité de droit médical, op. cit, p 228.

² - عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 178، عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، المرجع السابق، ص 70.

V. aussi : P. Le Tourneau, Responsabilité civile professionnelle, 2^{ème} éd., Dall., Paris France, 2005, p 319.

³ - مجدي حسن خليل، المرجع السابق، ص 63، أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية" دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2011، ص 114، 115.

⁴ - Cass. 1^{er} civ. déclare dans son arrêt du 10 juillet 1995 : « s'agissant une intervention chirurgicale de l'oreille en retenant que le médecin ORL avait seulement informé le patient d'une possibilité d'aggravation de sa surdité et de l'apparition de vertiges alors qu'il résultait d'une lettre écrite par lui à autre praticien qu'il avait pleinement

كما أن دور الطبيب في هذا المجال لا يقتصر على إشعار المريض، بل يجب عليه إذا ما طلب فحصاً إضافياً مثلاً، أن يسهر على الحصول على النتيجة وتحليلها وأن يطلب عند الحاجة آراء الأخصائيين، حتى يمكن المريض من اتخاذ القرار الذي يراه مناسباً عن بصيرة¹. ويتمتع الطبيب في هذا السياق بسلطة تقديرية واسعة مراعيًا في ذلك مصلحة المريض ومحافظاً على الثقة الموجودة بينهما. ولقد ظل القضاء الفرنسي يسير على نهجه حتى سنة 1998، حيث تبنت محكمة النقض الفرنسية مفهوماً جديداً للمخاطر²، والذي يقوم على معيار نوعي حديث في تحديد الخطر. ومن ثم أصبح التبصير يرتبط بمدى جسامته مخاطر التدخل الطبي ولا يعتمد على كثرة وقوعها أو ندرتها³.

=conscience du risque prévisible de traumatisme du nerf facial, la cour d'appel sans inverser la charge de la preuve a justifié sa décision de retenir sa responsabilité se référant au rapport d'expertise... » V. Piere Sargos, La reflation sur les accidents médicaux, doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation matière de responsabilité médicale, article n 4 cahier chronique, rec. Dall., France, sirey 1996, p 367.

¹ - C.A Paris 1^{er} ch. 17/12/1993 déclarait : « Considérant que le docteur x ne devait pas limiter son intervention et son information personnelle à une simple prise de contact avec le laboratoire pour avoir affirmation verbale des résultats sans autre précision alors que la contradiction de ces résultats était flagrante, qu'il se devait de procéder à des investigations complémentaires, qu'il lui appartient de faire davantage preuve d'esprit critique et de demander l'avis d'un infectiologue ou d'un gynécologue spécialisé. » juris. Data 24033, v. aussi dans le même sens T.G.I. Mertz, Civ. 1^{er} 22/12/1994, juris. Data 53207, A. Natahalie, obligation d'information médicale et responsabilité, op. cit, p 355.

² - وكان ذلك بموجب قرار أصدرته بتاريخ 1998/10/07، قضت فيها بأنه "فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة أو رفض المريض للإعلام، فإن الطبيب يكون ملزماً بأن يقدم له معلومات آمنة واضحة وملائمة عن المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات والعلاج المقترح، ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام بمجرد كون هذه المخاطر لا تتحقق إلا بشكل استثنائي."

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 07/10/1998 déclare que : « Hormis les cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé, un médecin est tenu de lui donner une information loyale, claire et appropriée sur les risques graves afférents aux investigations et soins proposés [...] et il n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait qu'un tel risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement. » Pourvoi n°: 97-12185, Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>. V. commentaire sur F. Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, rev. de droit civil, Dall. 1999, Paris France, p 111, rev. contrats-concurrence- consommation, éd. Juris-classeur, Mai 2000, p. 10, J. Hureau, D. Poitout, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 2^{ème} éd., MASSON, Paris, France, 2005, p 174.

³ - الهيثم عمر سليم، المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسبوط، مصر، السنة الجامعية 2006، غير منشورة، ص 410.

مما يعني أن المعيار الشكلي الإحصائي لم يعد مناسباً للوقوف على تنفيذ الحق من عدمه لعدم دقته¹، كما أنه لا يأخذ بعين الاعتبار خصوصية كل مريض.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن التحول فيما يتعلق بمخاطر العمل الطبي، يمثل نقلة حقيقية للقضاء الفرنسي في هذا المجال لتعزيزه احترام كرامة المريض واستقلاليتها²، من خلال تبصيره بكافة المخاطر المتعلقة بالتدخل الطبي والتي بمقتضاها تمس سلامة الجسد، سواء كانت المخاطر جسيمة أو دائمة الحدوث ومتوقعة. كما لا يمكن للطبيب أن يتنصل من هذا الالتزام بحجة أن تلك المخاطر لا تتحقق إلا بصفة استثنائية³.

وقد أكدت معظم القرارات اللاحقة على تراجع القضاء الفرنسي عن موقفه التقليدي، إذ أصبح يستلزم الإعلام التام في جميع التدخلات الطبية العلاجية وغير العلاجية⁴. كما لم يتوانى مجلس الدولة الفرنسي عن اللحاق بالركب، فأصدر هو بدوره بتاريخ 2000/01/05 قرارين اعتبر فيهما أن تحقق المخاطر بصفة استثنائية لا يعفي الأطباء من التزامهم، وفي كافة الأحوال يرجع تقدير الخطأ إلى القاضي الناظر في الدعوى⁵.

¹ - A. Dorsner-Dolivet, La responsabilité du médecin, op. cit, p 77.

² - قريب من هذا المعنى خالد حمدي عبد الرحمن، مشكلات المسؤولية الطبية، بحث في عصمة الجسد وأحكام العقد الطبي، المرجع السابق، ص 19، كما اعترف القضاء الفرنسي بموجب قرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2001/10/09 بالمكانة الدستورية للالتزام بالإعلام، ما دام أن مصدره هو ضرورة احترام المبدأ الدستوري الذي يقضي بالمحافظة على كرامة الإنسان.

Cass. Civ. 09/10.2001, cité par : P. Mistretta, op. cit, 1177

³ - X. Barella, op. cit, p 1992.

⁴ - فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات إلى التأكيد على هذا المبدأ، لعل أهمها: ما صدر بتاريخ 1998/02/17،

الذي قضى بأن : الالتزام بالإعلام لا بد أن يتضمن زيادة على المخاطر الجسيمة كل العواقب التي يمكن أن تنتج عن العملية..."
Cass, 1^{ère} Civ. 17/02/1998 décide: « En matière de risque médicaux ou chirurgicaux à visée esthétique, l'information doit porter non seulement sur les risques graves d'une intervention mais aussi sur tous inconvénient peuvent en résulter. » Gaz.Pal.1998.2

cité par : P. Jourdain, responsabilité civile, R.D.C., 1999, éd. Dall. Paris France, p 112, Cass. Civ. 1^{ère} 15/07/1999 décide : "Le médecin est tenu de donner dans tous les cas une information claire, loyale et appropriée à son patient, même si le risque ne se réalise qu'exceptionnellement." Dall., 1999, som. 393, Cass. Civ. 1^{ère} 10/05/2000, Cass. Civ 1^{ère} 20/06/2000, Dall., 2000, I.R. 471, Cass. Civ.1^{ière} 18/07/2000, Dall., I.R, p 217, V. dans ce point: W. Sylvie, responsabilité du médecin, 2^{ème} éd., Litec, Paris France, 2002, p 73.

⁵ - وقد سمي بقرار تال « Talle » حيث جاء منطوقه كما يلي: "أن تحقق المخاطر بصفة استثنائية لا يعفي الأطباء من التزامهم، وعلى ذلك تكون محكمة باريس الإدارية لم ترتكب خطأ بقضائها بان خطر الإصابة بالشلل الذي تضمنته العملية الجراحية المقترحة للمريضة، ولو كان استثنائي الحدوث، إلا أنه بالنظر لجسامته كان من المتعين على أطباء المساعدة العمومية الإستشفائية لباريس إعلام المريض به."

والملاحظ أن شمول الإعلام الطبي لمثل هذه المخاطر عاد ليثير التساؤل من جديد بعد صدور القانون رقم 2002-303 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، حيث أضافت المادة 11 منه المادة L.1111-2 إلى ق.ص.ع.ف بنصها: "أن لكل شخص الحق في أن يحاط علما بوضعه الصحي والمعلومات التي يجب أن تقدم للمريض هي تلك المتعلقة... والمخاطر المتكررة الحدوث أو المخاطر الجسيمة المتوقعة عادة..."¹

مما يفهم من ذلك خلو عناصر التبصير في مرحلة العلاج من الإشارة إلى المخاطر الاستثنائية للعمل الطبي، مكتفيا في هذا الصدد بضرورة إعلام المريض بالمخاطر متكررة الحدوث (les risques fréquents) أو الجسيمة المتوقعة عادة (les risques graves normalement prévisibles). وهو ما يدفعنا إلى القول في هذا الصدد أن الاختلاف في المصطلحات المستعملة، من شأنه أن يبعث النقاش من جديد أمام المحاكم بشأن طبيعة الأخطار الواجب التنبيه إليها².

لكن في حقيقة الأمر أن المتابع للقرارات القضائية³ التي توالى صدورها بعد دخول قانون بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي حيز التطبيق سنة 2002، يجد أن القضاء الفرنسي لا يزال على

=C.E. 05/01/2000. Contentieux n° 198530. C.E. 05/01/2000. Contentieux n°: 181899 déclare que: «la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation ; qu'ainsi, et alors même que l'absence d'intervention aurait présenté des risques, la cour administrative d'appel de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le risque de paraplégie que comportait l'intervention proposée à M. G., quoiqu'exceptionnel, était connu, et qu'eu égard à sa gravité, les praticiens de l'assistance publique-hôpitaux de paris étaient tenus d'en informer l'intéressé.» Consulter l'arrêt sur le lien suivant: <http://www.legifrance.gouv.fr>, V. aussi : E. Corouge, devoir d'information du malade et responsabilité hospitalière, R.F.D., n° 3, 2000, p 637, 638, C.E 15/1/2001 Dr. Adm. Avril 2001 n° 107, V. F. chabas, l'obligation médicale d'information en danger op.cit, p 10.

¹ - Art. L. 1111-2 al (1) du C.S.P.Fr dispose : « toute personne a le droit d'être informée, préalablement à toute investigation, traitement ou action de prévention qui lui est proposée, sur les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent. »

² - J-L. Fagnart, op. cit, p 83.

³ - من هذه الأحكام نذكر حكم استئناف Poitiers بتاريخ 2002/04/16 حيث أقرت أن الخطر الاستثنائي لا يعفي الطبيب من التزامه بالإعلام به. وأيضا حكم محكمة استئناف Besançon بتاريخ 2002/06/19 حيث اعتبرت المحكمة الجراح الذي أجرى لمريضه عملية بالركبة مخطئا بالتزامه بالإعلام لعدم قيامه بإبلاغه باحتمال تأثر الشريان الخلفي للركبة، وذلك على الرغم من استثنائية حدوث

موقفه السابق على صدور هذا القانون. وبالتالي فإننا نعتقد أن التشريع لا يستبعد المخاطر الاستثنائية من نطاق حق المريض في الإعلام¹.

وعلى النقيض من ذلك بالنسبة للمشرع الجزائري، فلا يمكن الوقوف لديه عن اتجاه محدد من المسألة، إذ نجدده يتماشى مع نفس التوجه القضائي الفرنسي السابق، الذي اقتصر حق إعلام المريض قبل إجراء التدخل الطبي على المخاطر المتوقعة دون غيرها. كما أن للطبيب كامل الحرية في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة في إعلام مريضه².

فقرة ثالثة: التبصير اللاحق على العلاج

لا شك أن الإعلام في هذه المرحلة يتسم بنوع من الخصوصية، نظرا لاختلاف طبيعة الهدف منه، الذي يتمحور أساسا في المحافظة على صحة المريض وتجنب خطر حدوث مضاعفات من العلاج أو الجراحة³. وذلك على عكس ما يهدف إليه التبصير في المراحل السابقة من تنوير إرادة المريض للحصول على رضائه الحر المستنير بالعلاج.

= مثل هذا الخطر في مجال جراحات الركبة. وفي نفس الاتجاه سارت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2002/10/02 والذي أكدت فيه أنه يجب أن تكون الأخطار معروفة لدى المريض عند مباشرة العمل الطبي.

« Les risques doivent être connus, en l'état des données acquises, à la date de l'acte médical. »

وهذا أيضا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي، وبصياغة واضحة، في حكم له بتاريخ 2004/05/19، حيث قضى بأن استثنائية حدوث المخاطر لا تعفي الطبيب من التزامه بإعلام المريض بها، ذكر من قبل: محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 51، 52. C.E 19/05/2004 D. 2004; JCP 2004-IV-2862.

وفي قرار حديث لمحكمة النقض الفرنسية صدر بتاريخ 2010/04/08، حرصت فيه على ثبوت الإعلام بالمخاطر الجسيمة غير المتوقعة على عاتق الطبيب لضمان سلامة المريض من تعقد التطبيقات الطبية

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 08/04/2010, pourvoi n°: 08-21058. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>

¹ - ويؤكد هذا الموقف إلى أن الأعمال التحضيرية لقانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي لعام 2002 لا تفصح عن إرادة المشرع العدول عن القضاء السابق عليه. كما لا يشترط في الطبيب أن ترقى معرفته حول الخطر إلى درجة عالية.

V. N. Albert, Obligation d'information médicale et responsabilité, op.cit, p 353, 354, Caroline Rey –Salmoun, Cyril Boraut, Le dossier médical, information du malade, le secret médical, rev. du praticien, vol. 62, juin 2012, p 843.

² - وهو ما يستفاد من أحكام المادة 2/162 من ق.ح.ص.ت.ج، التي تنص على أنه: "ولا يجوز للمترجع أن يعبر عن موافقته، إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخبار الطبية المحتملة والتي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع." وفي موقع آخر وفي نفس القانون نصت المادة 4/166 بقولها: "لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب الشخص المستقبل أو الأشخاص المذكورين بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك." فهنا عبارة الأخطار الطبية جاءت عامة مما يجعلها تنصرف إلى المحتملة وغيرها.

³ - أكرم محمود حسين، زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 15.

إذ ينصرف حق المريض في التبصير اللاحق إلى تزويده بالمعلومات الكافية فيما يتعلق بنتيجة علاجه فيما إذا كانت إيجابية أو سلبية، وإن كان الأمر يتطلب قدراً من الحساسية في تبصير المريض بفشل العلاج من أجل المحافظة على حالته النفسية¹.

ومن المهم التأكيد في نفس السياق أن العمل الطبي قد يكتنفه احتمال بعدم تحقق النتيجة التي يتوخاها المريض من جرّاء هذا التدخل. لذا فإنه يثبت له الحق في إحاطته بكل الاحتياطات، حتى يمكنه اتخاذ كل الوسائل اللازمة التي تمنع تحقق أي تعقيدات مستقبلية².

وينبغي الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الفرنسي في إطار قانون 2002/03/04 عمل على تمديد حق الإعلام لفترة ما بعد العلاج، إذ يبقى الطبيب ملزماً بإعلام المريض فور اكتشافه لخطر جديد بعد تنفيذه التدخل الطبي باستثناء الحالات التي لا يمكن العثور على المريض³.

وهذا ما أكدته أيضاً قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني، الذي اعترف للمريض بحقه في الإعلام في حال طرأت معطيات جديدة تستدعي اتخاذ قرارات جديدة⁴، وذلك على خلاف التشريع الجزائري الذي تناول مسألة وجوب تبصير المريض بالعلاج بصفة عامة.

غير أنه قد تطرأ عوامل تؤثر على طبيعة الحق في الإعلام الطبي، فكيف يكون ذلك؟

الفرع الثالث: العوامل المؤثرة على حق المريض في الإعلام

يثبت للمريض كقاعدة عامة الحق في تبصيره بكل ما يتعلق بحالته الصحية والعلاج الملائم وما ينتج عن ذلك من آثار، وإخلال الطبيب بهذا الحق يثير مسؤوليته، إلا أن هذه القاعدة ليست

¹ - أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الاتجاه، حيث قضى في قرار له بتاريخ 1975/07/09 بمسؤولية إدارة المستشفى عن الضرر بسبب إخفاء الأطباء على الوالدين فشل العلاج، مما أدى إلى التأخر في نقله إلى مستشفى آخر أكثر تجهيزاً، ومن ثم فوت عليه فرصة الشفاء، كما أخذت بهذا المبدأ محكمة النقض الفرنسية في قرار أصدرته بتاريخ 1983/05/09، وقضت بمسؤولية الطبيب استناداً إلى تقصيره في إخطار المريضة بوجود شك بشأن النتيجة المرجوة من العملية، لأنها لو عملت بوجود هذا الخطر، لاتخذت الاحتياطات اللازمة لمنع تحققه.

Cass. 1^{er} Civ. 09/05/1983, N° de pourvoi: 82-12227 J.C.P 1984, Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

² - كأن يلزمه باتباع حمية لفترة معينة بعد العملية أو منعه من القيام ببعض الحركات. كما قد يظهر هذا الأمر في تحذير الطبيب من المبالغة في استعمال بعض الأدوية الخطيرة في العلاج لمدة طويلة دون استشارته، فيتحه زعنون مصايحي، المرجع السابق، ص 104.

³ - Art 1111/2 du C.S.P.Fr: « ...Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés la personne concernée doit en être informée, ... »

⁴ - وذلك بموجب أحكام المادة الثانية منه، مشار إليه من قبل: توفيق خير الله، المرجع السابق، ص 487، 488.

على إطلاقها، بل هناك حالات تؤثر في تبصير المريض، بحيث يمكن أن تؤدي إلى تخفيف الحق في الإعلام الطبي (البند الأول) وبعضها تجعل الطبيب معفى تماما (البند الثاني) أما البعض الآخر فقد تشدد من طبيعته (البند الثالث).

البند الأول: الحالات المخففة لحق المريض في التبصير

على الرغم من التحول الذي عرفه نطاق تبصير المريض في السنوات الأخيرة في فرنسا، إلا أنه لا يمكن اعتباره كحق مطلق للمريض بل هو نسبي، حيث يستطيع الطبيب في حالات معينة أن يخفي بعض المعلومات أو يحجبها كاملة عنه ولو كانت جسيمة، وهو ما يسمى بالتحديد العلاجي للإعلام (La limitation thérapeutique de l'information)¹.

وقد وجد هذا الرأي تأييدا من قبل الفقه الفرنسي²، على اعتبار أن تزويد المريض بالمعلومات التفصيلية الفنية الزائدة قد تخرج عن الهدف المتوخى من الإعلام وتؤدي إلى نتائج عكسية، بعزوف هذا الأخير عن العلاج رغم كونه ضرورياً لتحسن حالته الصحية³.

ولعل السبب في ذلك هو اعتبارات شخصية، تتعلق بالمريض وشخصيته الحساسة شديدة التأثير، إذ يجد الطبيب صعوبة في إحاطته ببعض المعلومات كتشخيص المرض مثلا. لهذا لا يعدو أن يكون ما يسمى إخفاءً، بسبب إدراك أهمية التماسك النفسي للمريض على مسيرة العلاج⁴.

ومن ناحية أخرى قد يرجع السبب في تخفيف الإدلاء بالمعلومات أو سردها بطريقة عامة غير مفصلة لاعتبارات طبية تتعلق بالمرض ذاته، خصوصا في الحالات الميؤوس منه، كالمريض المصاب بمرض الإيدز⁵ أو السرطان أو الالتهاب الكبدي الوبائي وغيرها من الأمراض التي مازالت مستعصية على الطب الحديث في الكشف عن أسرارها تماما والوصول إلى علاج مناسب لها.

¹ - مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، المرجع السابق، ص 195.

² - « Si, avant d'agir, le médecin devait éclairer intégralement le malade sur les raisons techniques de son diagnostic, sur la justification de chacun des détails du traitement de l'intervention, sur tous les risques, même exceptionnels, aucune médecine efficace ne demeurerait possible. » R. Savatier, J.M Auby, traité de droit médical, op. cit, p 228.

³ - « trop d'information tue l'information. »

نقلا عن: سامي بديع منصور، المسؤولية المدنية: القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود (تقارب أم تباعد؟)، ع. 01، مجلة العدل، لبنان، السنة 2005، ص 52، فتيحة مصايحي زعنون، المرجع السابق، ص 204.

⁴ - إبراهيم الصياد، المرجع السابق، ص 31، حسام زيدان شكر الفهاد، المرجع السابق، ص 106.

⁵ - عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية وفيرس مرض الإيدز، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1998، ص 15.

والجدير بالذكر أن الإخفاء الطبي في هذه الحالة بالتحديد منطقي في رأي الباحث، لاسيما وأن الأمراض الميئوس من شفائها لا تؤدي إلى الوفاة، إلا بعد مدة زمنية طويلة، بحيث يستطيع المريض أن يعيش حياة شبه طبيعية خلال بضع سنوات. ومن ناحية أخرى لا اعتبار أن علم الطب في تطور مستمر، وما يعتبر اليوم من قبيل الأمراض غير قابلة للشفاء، يصبح في المستقبل تحت سيطرة الأطباء. وبالتالي تعد مسألة تبصير المريض الذي لا يرجى شفاؤه ليست مهمة سهلة¹، فهي تستلزم إعدادا نفسيا خاصا للطبيب، يمكنه من اكتساب خبرة واسعة، يستطيع بمقتضاها اختيار اللحظة المناسبة للإفشاء بما يراه ضروريا وملائما لوضعه الصحي والنفسي.

ولعل التشريع الفرنسي لم يكن بمعزل عن تنظيم هذه المسألة، فقد أجاز للطبيب أن يخفي عن المريض حقيقة حالته، إذا ما قرر أن مصلحة المريض ذاته تقتضي ذلك، وفي ضوء ما يمليه عليه ضميره. إلا أنه أورد استثناء على سلطة الطبيب في هذا الصدد، إذا تعلق الأمر بوجود مرض يعرض الغير لخطر العدوى. ففي هذه الحالة يلتزم الطبيب بإحاطة المريض علما بمرضه، حتى يتمكن من اتخاذ الاحتياطات اللازمة لوقاية الغير من العدوى².

كما يلاحظ أن أن الفقرة الثالثة من نفس المادة 35 من ق.أ.ط.ف أشارت إلى ضرورة استعمال الطبيب منتهى الحرص والحذر عند الإلقاء للمريض بالعواقب المميته المتعلقة بحالته³. دون أن يرد أي نص في قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي الصادر في عام 2002 يتضمن أعمال التحديد العلاجي للإعلام. وأكدته القضاء الفرنسي في أحكامه المتواترة⁴، وذلك نظرا لما له من أهمية في رعاية مصلحة المريض في حالات كثيرة.

¹ - سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000، ص 130.

² - Art 35 al. 2 du C.D.M.Fr qui dispose : « Toutefois, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, Une malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas au l'affection dont il est attient expose les tiers à un risque de contamination. » figurant dans le C.S.P.Fr sous le numéro : R.4127-35 al. 2. V. D. Dendocker, L'obligation d'information médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire, rev.de la recherche juridique P.U.A.M, 2001, p 1041.

³ - Art 35 al. 3 du C.D.M.Fr dispose que: « ...Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection,... » figurant dans le C.S.P.Fr sous le numéro : R.4127-35 al. 3, G. Memeteau et L. Melenc, traité de droit médical, op. cit, p 37.

⁴ - La cour de cassation dans un arrêt du 21/02/1961, J.C.P 1961 n'a pas retenu de faute contre le médecin qui avait déclarait à sa patiente qu'il l'opérait d'une sinusite frontale alors qu'il s'agissait en fait d'un microcrête frontal, dans la mesure ou le

وبهذا الاتجاه أخذت معظم التشريعات الوضعية كالتشريع المصري، الذي أجاز إخفاء العواقب الخطيرة للمرض استناداً إلى أسباب إنسانية يقدرها الطبيب¹. ويؤيده في ذلك التشريع اللبناني، الذي لجأ إلى استعمال عبارة "تقنين المعلومات" للتأكيد على منح الطبيب سلطة استثنائية في إخفاء بعض المعلومات عن المريض، ما دام أن ذلك يبرره مصلحة المريض العلاجية².

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن موقف المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا الاتجاه، بحيث يمكن للطبيب أن لا يفضي للمريض المصاب بمرض لا يرجى الشفاء منه أو خطير وذلك لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب ألا وهي مراعاة حالة المريض النفسية³.

وحسنا ما فعل بإيراد هذا الاستثناء الخاص بتخفيف التبصير الطبي للمريض، لكنه أغفل حالة ما إذا كان المرض الذي تم إخفاؤه عن المريض يعرض الغير لخطر الإصابة بالعدوى، وما من شك يتعين الإسراع في هذه الظروف بإخطار المريض بخطورة الداء المصاب به لإمكانية اتخاذ الوسائل التي تكفل وقاية الغير من هذه العدوى.

وإذا كانت هناك أسباب تمنع من الإفصاح له بوضعه الصحي، فإن ذلك لا يسقط حق العلم بالحقيقة الذي يبقى في إطار عائلة المريض، ما لم يعترض هذا الأخير على ذلك مسبقاً، أو يكون قد حدد الأشخاص الذي يتم الكشف لهم بحالته⁴. وذلك حرصاً على احترام رغبة المريض.

=médecin en parlant de sinusite frontale double voulait donner une information simple, approximative, intelligible et loyale qui permettait à sa patiente de prendre la décision qui s'imposait en connaissance de cause, Cass. Civ. 07/07/1964, B.C.I., Paris 11/03/1966, J.C.P 1966-II-14716, V. F. Ponchon, op. cit, p 22, Cass. Civ. 1^{ère} 23 mai 2000 cité par C. Halpern, guide pratique de la responsabilité médicale, éd. De Vecchi S.A, Paris, 2002, p 75.

¹ - المادة 21 في فقرتها الثانية من لائحة آداب المهنة، أمين خالد مساعده، نسرین محاسنة، المرجع السابق، ص 184.

² - وهو ما تناولته نص المادة الثالثة في فقرتها 02 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة، محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، ص 64، 65. أيضا المادة 19 من الدستور الطبي الأردني ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 104.

³ - وذلك بمقتضى المادة 51 من م.أ.ط.ج، التي جاء فيها: " يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص... ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر والاحتراز."

⁴ - مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 78، مجدي خليل، المرجع السابق ص 66.

Art 35 al. 3 du C.D.M.Fr qui dispose : « ...mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite. » figurant dans le C.S.P.Fr sous le numéro : R.4127-35 al. 3 V. B. Legros, les droits des malades en fin de vie, les études hospitalières, France, 1999, p 41.

غير أنه إذا كان الإخفاء لا يقصد من ورائه مصلحة المريض، بل بهدف تظليله وحمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدتها الطبيب لهدف مادي أو تجريبي، فإنه يعد كذب من قبيل التدليس، مما يقيم مسؤولية الطبيب القانونية¹، وذلك لتعارضه مع الثقة التي تعد أساس العلاقة الطبية. ولعل الواقع في بعض الأحيان يسقط حق المريض في الإفشاء بالحقيقة، فمتى يكون ذلك؟ وهو ما نحاول تحليله فيما يلي.

البند الثاني: الحالات المعدمة لحق التبصير الطبي

قد يضطر الطبيب إلى العمل تحت ظرف الاستعجال، عندما يصادف شخصا تستدعي حالته القيام بأعمال طبية على جناح السرعة أو كان المريض فاقدا للوعي، كما قد يتنازل المريض عن حقه في الإعلام، واثقا في قدرة الطبيب ومهارته، وفي كل هذه الحالات يسقط الحق في إعلام المريض ولا يتحمل الطبيب المسؤولية عند عدم القيام به². وسنأتي إلى بيان هذه المسألة في الفقرات الآتية:

فقرة أولى: الحالات الاستثنائية في التدخل الطبي

ويتعلق الأمر هنا بوجود ظروف خارجية استثنائية تدفع بالطبيب إلى التدخل، دون الحاجة إلى إعلام هذا المريض. ولعل السبب في ذلك يرجع إما إلى خطورة الوضع الصحي للمريض الذي لا يحتمل التأخير، كما هو الوضع في حالة الاستعجال والضرورة (La nécessité). بحيث يوجد خطر وشيك يهدد حياة المريض إذا لم يتدخل الطبيب فوراً لإنقاذه عن طريق العلاج أو الجراحة³.

= كما أشار إلى ذلك التشريع المصري في المادة 21 في فقرتها الثانية من لائحة آداب المهنة بقولها: "... إلا إذا أبدى المريض رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته أو حدد أشخاصا معينين لاطلاعهم عليها ولم تكن هناك خطورة على من حوله." وهو ما أكدت عليه أيضا المادة الثالثة في فقرتها 03 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص 491، دون ننسى أن موقف التشريع الجزائري الذي سار على نفس النهج بموجب أحكام المادة 51 من م.أ.ط.ج بقولها: "... غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية إفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر..."

¹ - Civ. 27 oct. 1953, D. 1953. 658, C.A Paris 17/07/1963, D.1964, p 98, L Accad et Maryse Caussin-Zante, op. cit, p 30.

² - N. Loubry, défaut d'information d'un hôpital à-propos d'un risque exceptionnelle, question juridique, le concours médical, T. 13, n° 15, le 6 octobre 2009, p 603.

³ - خالد جمال أحمد، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاع و التقييد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، م. 5، ع. 2، السنة 2008، ص 200، عبد القادر بن تيشة، المرجع السابق، ص 74.

فالتبصير في هذه الحالة لا يكون له أهمية، بل قد يؤخر التدخل العلاجي، مما يزيد تدهور حالته الصحية المهددة بالوفاة. ومن ثم فإن الطبيب معفى من هذا الحق¹، خصوصا مع انعدام أقاربه أو استحالة إعلامهم. وذلك تغليبا لمصلحة المريض في إنقاذ حياته أو المحافظة على سلامته الجسدية. كما يستحيل على الطبيب في بعض الأحيان بأن يقوم بتبصير المريض إذا كان في حالة لا تسمح له بذلك، كما لو كان في غيبوبة تامة أو مغشيا عليه بسبب حادث تعرّض له² أو كان غير قادر على فهم واستيعاب ما يقدمه له الطبيب معلومات بسبب التخدير، حيث تستدعي حالته ضرورة إجراء جراحة أخرى بعد اكتشافه ذلك وهو بصدد قيامه بالعملية الجراحية المتفق عليها من قبل المريض³. وتعرف هذه المسألة بحالة الاستحالة (L'impossibilité).

والجدير بالذكر أن معظم التشريعات الوضعية أقرت عدم الاعتداد بإعلام المريض في الحالات الاستثنائية، ذلك أن المحافظة على حياته أولى من تبصيره، لكن مع مراعاة الدقة في تحديدها، لأنه من الصعب تقدير الخطر الصحي وحصر حالاته⁴.

ودون أن ننسى ما كان للقضاء الفرنسي من دور في الاعتراف بتأثير الحالات الاستثنائية على حق المريض في التبصير، حيث يسقط عن الطبيب موجب الإعلام، إذا توافرت إحدى هذه الحالات، مما يستبعد بمقتضاه مسؤولية الطبيب في هذا الصدد⁵.

فقرة ثانية: حالة تنازل المريض عن حقه في الإعلام

لا شك أنه مثلما يثبت للمريض الحق في إحاطته بوضعه الصحي وبمخاطر العلاج، فإنه يحق له رفض معرفة هذه المعلومات. وبالتالي فإذا تنازل هذا الأخير عن حقه في الإعلام يحل الطبيب محله

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 231.

² - حسين طاهري، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقارنة (الجزائر - فرنسا)، د.ذ.ع.ط، دار هوم، بوزريعة الجزائر، السنة 2008، ص 26، أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، المرجع السابق، ص 10، 11.

³ - أيمن خالد مساعده، نسرين محاسنة، المرجع السابق، ص 184، حسام زيدان شكر الفهاد، المرجع السابق، ص 134، 135.

⁴ - Art. L. 1111-2 al.4 du C.S.P.Fr dispose que: « seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'(le professionnel de santé) en dispenser. »

كما سار على نفس النهج التشريع الجزائري مؤكدا على سقوط حق المريض في التبصير في حدود ما يسمح بإنقاذ حياته، وذلك بموجب المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت.ج وكذا أحكام كل من المادتين 44، 52 في فقرتها 02 من م.أ.ط.ج وهو الأمر الذي أيده فيه قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني متضمنا ذلك في الفقرة الثانية من المادة الثانية.

⁵ - Cass.civ.1^{ère} 22/05/2002, n° 736, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 06/12/2007, n° de pourvoi: 06-19301. Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>

بتفويض من المريض تاركاً له مهمة علاجه بما يراه ضرورياً في حالته، دون أن يستغل تنازل المريض عن حقه في التبصير على نحو يضر به أو بالغير¹. وذلك بمقتضى الثقة التي يضعها في طبيبه.

وقد تم تكريس هذه الحالة تشريعياً بموجب قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي الفرنسي، حيث أوجب احترام إرادة المريض الذي يرغب في أن يبقى جاهلاً بتشخيص حالته أو التوقع الطبي بشأن هذه الحالة. غير أن الحق في التبصير يبقى قائماً ولا يسقط رغم نزول المريض عن حقه في الإعلام، إذا تعلق الأمر بالمحافظة على صحة الغير من انتقال العدوى منه².

ولعل التشريع اللبناني قد أشار إلى ذلك صراحة³، بخلاف المشرع الجزائري الذي سكت عن هذه المسألة تاركاً للطبيب السلطة التقديرية في عدم إعلام المريض حسب وضعه الصحي، دون أن يجيز للمريض التنازل المسبق عن الحق في التبصير.

وإن خالف بعض الفقه هذا الرأي، حيث اعتبر أن التنازل المسبق عن الحق في التبصير، يعد أمراً مخالفاً للنظام العام وعلى الطبيب الانسحاب إذا رفض مريضه سماع ما يترتب على حالته وعلاجها من مخاطر⁴. وذلك على أساس أن هذا الاتجاه يرى بضرورة تبصير المريض بحقيقة حالته مهما كانت خطيرة أو صعبة.

وعلى النقيض من ذلك فقد يتشدد حق المريض في التبصير دون خضوعه لأي استثناء.

البند الثالث: الحالات المشددة لحق تبصير المريض

لا شك أن التحول القضائي كان له الأثر في تكريس الحماية القانونية لإرادة المريض، من خلال توسيع نطاق الحق في التبصير ليشمل كل المخاطر التي يتعرض لها مهما بلغت جسامتها، غير

¹ - A. Kacher, Une réflexion sur le principe de précaution appliquée a la médecine : Quelques notes sur son approche en droit français et algérien, rev. .C .D .S .P, numéro spécial, 2008/1, Colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9 et 10 avril 2008, p 211.

² - « ...La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. » V. M. Dominique, F. Auba, S.Paul, T. Sami-Paul, op.cit, p 27.

³ - وذلك بمقتضى أحكام المادة الثالثة من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة اللبناني، بقولها: "... في حال أراد المريض أن يكتم عنه تشخيص أو توقع طبي خطير، يجب احترام إرادته والإشارة إلى ذلك في ملفه الطبي، إلا عندما يكون الغير معرضين لخطر إصابتهم بعدوى المرض...." محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان، المرجع السابق، 58، 59.

⁴ - عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، المرجع السابق، ص 210.

أن الأمر لم يقف عند هذا الحد، بل تطلبت التشريعات الوضعية إجراءات شكلية لازمة عند تنفيذ الحق في الإعلام من قبل الطبيب، وهو ما يعرف بعنصر التشديد لإضفاء نوع من الحصانة للطبيب¹. ولعل السبب يرجع سواء إلى خطورة بعض الأعمال الطبية وتعقدها أو لخلوها من الطابع علاجي، والذي سيجري بيانه في النقاط الآتية:

فقرة أولى: التشديد في عمليات التجميل

لا شك أن جراح التجميل يختلف دوره عن باقي الأطباء المختصين في الأعمال الطبية عموماً، فلا يكون مقيداً بالإدلاء بالمعلومات الدقيقة حول الوضع الصحي للمريض والتحذير من مخاطر العلاج التجميلي فحسب، بل كل ما يتعلق بالتكلفة المالية².

ومن المهم التأكيد في نفس السياق أن التعديل الجديد للتشريع الفرنسي مس تنظيم العمليات التجميلية، إذ أكدت المادة 2-6322 L. المستحدثة بموجب قانون 2002/03/04، على ثبوت حق المريض في الإعلام بمخاطر العلاج لتشمل كل النتائج والمضاعفات مهما كانت درجتها³.

كما تلى هذا القانون عدة نصوص تطبيقية منها مرسوم 2005-777 المؤرخ في 2005/07/11 والذي حرص فيه على ضرورة تقديم تقرير كتابي مفصل "Devis détaillé"⁴

¹ - نائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2013، ص 124.

² - A. Castelletta, la responsabilité médicale, droit des patients, Dall. Paris France, 2002, p 130.

³ - Art. L 6322-2 du C.S.P.Fr (L. 04/03/ 2002, précité) dispose : « pour toute prestation de chirurgie esthétique le personne concernée, et s'il ya lieu, son représentant légal doivent informer par le praticien responsable des conditions de l'intervention, des risques et des éventuelles conséquences et complications...» cité par : M. Dominique, F. Auba, T. Sami Paul, op. cit, p 29.

⁴ - Art. D.766-2-1, Décr. n° 2005-777 du 11/07/2005 relatif à la durée de réflexion prévu à l'article L.6322-2 du C.S.P.Fr ainsi qu'aux conditions techniques de fonctionnement des installations de chirurgie esthétique et modifiant C.S.P.Fr. dispose que : « En application de l'article L.6322-2 un délai minimum de quinze jours doit être respecté entre la remise du devis détaillé, date et signé par le ou les praticiens mentionnés aux 1, 2 et 4 de l'art. D. 766-2-14 devant effectuer l'intervention de chirurgie esthétique. Il ne peut être et aucun cas dérogé à ce délai, même sur la demande de la personne concernée, Le chirurgien qui à rencontre la personne concernée doit pratiquer lui-même l'intervention chirurgicale, ou l'informer au cours de cette rencontre qu'il n'effectuera pas lui-même tout ou partie de cette intervention. Cette information est mentionnée sur le devis. Les dispositions du présent article sont reproduites sur chaque devis. » V. dans ce poin : J-L. Fagnart, op. cit, p 87, 89.

مع احترام المدة للتفكير قبل صدور موافقته، باعتباره من بين الشروط الطبية والتقنية عند إجراء هذا النوع من العمليات¹.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن إجبارية هذا التقرير (Devis) يعود إلى كون الزبون في مثل هذه العمليات مستهلكا والجراح التجميلي يعتبر كمقدم لخدمة، نظرا لطابعها الخاص². وعلى النقيض من ذلك نجد أن المشرع الجزائري عالج موضوع الجراحة التجميلية بشكل عام، على الرغم من أهمية هذه العمليات وتطورها في المجال الطبي بشكل عام.

لذا كان أجدد بالمشرع أن يولي هذا الموضوع اهتماماً خاصاً مواكبة المستجدات الحاصلة في مجال جراحة التجميل، وذلك إما بإيراد نصوص لمعالجتها في قانون الصحة أو المدونة أو بسن تشريع خاص بهذا المجال.

ولعل الواقع العملي الذي نشهده في المستشفيات أو العيادات الخاصة بالنسبة للتبصير في العمليات التجميلية، أن معظم جراحي التجميل يضاعفون الإعلام الشفهي بإعلام كتابي قبل الحصول على الرضا³، نظرا لاختفاء عنصر الضرورة والسرعة، مما يكون المريض في يقظة ويحتاج إلى تفكير عميق حتى تتشكل قناعته.

على أن تبقى إلزامية إنشاء التقرير المفصل هو أفضل اقتراح نلتمس من المشرع الجزائري تبنيه، لما له من مدلول عقدي لهذه العلاقة ليس فقط ماليا، وإنما أيضا قانونيا فيما يخص إعلام الزبون. فمثل هذا العمل يتطلب إعلاما خاصا، لأن الإعلام الناقص المتببس الذي يكون عن إخفاء ودون مراعاة الدقة فيه أو الإعلام الشفهي، من شأنه أن يربط آثارا سلبية على جسم المريض، ومن ثم تحميل الطبيب مسؤولية مغبة تقصيره⁴.

¹ - فقد نص هذا المرسوم على احترام أجل 15 يوم على الأقل بين تقديم الكشف المفصل وبين التدخل الجراحي، كما ألزم الجراح الذي يفحص المريض بأن يجري له العملية شخصيا، وإن تعذر فعله إخباره يوم الفحص. ويعاقب القانون الفرنسي الجراح التجميلي الذي لا يقدم الكشف المفصل أو لا يحترم المهلة الممنوحة للمريض للتفكير بغرامة مالية قدرها 30.000 أورو. أما من يجري هذه العمليات في مؤسسات غير معتمدة قانونا فيعاقب بغرامة 150.000 أورو، إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المسؤولية الطبية في ميدان الجراحة التجميلية، دراسة =مقارنة في القانون المغربي والقانون الأردني، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة، ص 122، 123.

² - C. Corgas-Bernard, op. cit, p 22.

³ - تيزي عبد القادر، المسؤولية عن الجراحة التجميلية، المرجع السابق، ص 168، 169.

⁴ - عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 178.

من جهة أخرى نجد أن القضاء الفرنسي أكد حتى بعد مجيء قانون 2002/03/04 ضرورة أن يقوم جراح التجميل بإعلام وتبصير زبونه تاما وكاملا، بحيث يشرح له بشكل تفصيلي كل ما يترتب عن العملية من المخاطر ولو كانت استثنائية أو غير مهمة، أو ثانوية ونادرة الحدوث، ومن ثم يكون الطبيب مخطئا في حالة عدم إعلام عميله على هذا النحو¹.

فقرة ثانية: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية

تختلف عمليات تنقل وزراعة الأعضاء البشرية بحسب أهميتها ومن حيث أطرافها، باعتبارها أهم الأساليب الطبية الحديثة والخطيرة في نفس الوقت². لذلك فإن عنصر التشديد يتحقق في هذا النوع من التدخلات الطبية، وذلك بإحاطة المتبرع كتابة بكيفية كاملة وواضحة وصادقة لكافة المخاطر ومهما كان نوعها³. إذ لا يكفي التبصير شفاهة بالمعلومات المتعلقة بالعملية، على أساس أن الإعلام الكتابي أحسن وسيلة وضمانا للجراح.

وقد حرصت على عنصر التشديد بالإعلام تجاه المتبرع معظم التشريعات الوضعية المنظمة لعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية بنصوص صريحة، أكدت فيها على اعتبار الكتابة المقررة لذلك هي دليل للإثبات. ويعود الفضل للمشرع الفرنسي الذي يعد من أول القوانين المقارنة التي دعت إلى الإعلام المشدد بإفراغه في شكل كتابي⁴.

¹ - C. Cass.1^{er} ch . 02/11/2007, Gaz. Pal., jurisprudence, j. n ° 47, 16/02/2008, p 16, S. Chaib, op cit, p 270.

C.A. de Nancy , le 26/05/2008, « ... Attendu qu'en matière de chirurgie esthétique , comme pour tout acte médical à finalité non curative, cette information doit être extrêmement détaillée et s'entend non seulement de tous les risques , exceptionnels ou non, de l'intervention , mais aussi de toute les complications ou séquelles pouvant en résulter... » S. Boussard, comment sanctionner la violation du droit de l'usage du système de santé ? Les incertitudes de la loi du 4 mars 2002 relatives aux droits des malades et à la qualité du système de santé, R.D.P.chronique Administrative, n° 1, L.G.D, paris, p 180, C.A. Toulouse 18/02/2008, n° de R.G :07/02662, in : www.legifrance.fr.

² - منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 2002، ص 91، هيثم المصاورة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2000، ص 138،

³ - أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2009-2010، غير منشورة، ص 205.

⁴ - Art n° R. 671-6-3-1 du décr. n° 96 -375 le 29 avril 1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvement d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'a

فقرة ثالثة: التشديد في عمليات الإجهاض غير العلاجي

يعتبر الوقف الإرادي للحمل النوع الثاني من الإجهاض في المجال الطبي، بحيث لا يرجى فيه شفاء المرأة الحامل من علة ما، بل تلجأ إليه لأسباب أخرى¹. ونظرا لانتفاء الضرورة العلاجية في هذا النوع، ينشأ عنصر التشديد في التبصير تجاه المرأة الحامل والتي ترغب في إجهاض جنينها يظهر من خلال إعلامها كتابيا وتخييرها بين أكثر من وسيلة من أجل العدول عن الإجهاض. ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن هذه الحالة أكد عليها التشريع الفرنسي الذي أعطى الحرية للمرأة باللجوء إلى هذا النوع من الإجهاض، وفي نفس الوقت شدد على التبصير عند إجراء هذه العملية وفق شروط وإجراءات معينة². وذلك على خلاف التشريعات الوضعية الإسلامية التي حرّمت الإجهاض غير العلاجي³.

=la composition et au fonctionnements des comites d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur, J.O.Fr. du 05/05/1996.

كما يتحقق القاضي من حصول المتبرع على المعلومات التي حدّتها المادة R.671-3-1 خاصة فيما يتعلق منها بالمخاطر والناتج المحتملة لعملية الاقتطاع، وعلى إثر ذلك يتم إفراغ موافقة المتبرع كتابيا في وثيقة يوقع عليها القاضي والمتبرع.

Art n° R. 671-3-3 du décr. n° 96 -375 du 29/04/1996 précité, A. Sériaux, E. Putman, op.cit, p 130, 132.

وقد سارت أيضا على نفس النهج معظم التشريعات الوضعية العربية، حيث أوجب التشريع الأردني ذلك في المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 بشأن انتفاع بأعضاء جسم الإنسان المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1980، ونجد كذلك أن القانون المغربي قد اتفق مع التشريعات السابقة في وجوب الحق بالتبصير للمتبرع كتابة، وفقا لأحكام المادة الثامنة في فقرتها 02 من القانون رقم 98-16 المؤرخ في 1999/08/25، المتعلق بال تبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، كما نجد أن القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 الصادر في 2010/03/06 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية، قد اشترط ذلك في المادة 13، وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن الاتجاه في تشديد في الإعلام في هذا النوع من العمليات وهو ما أقرته المادة بموجب المادة 162 في فقرتها 02 وكذا المادة 166 في فقرتها 04 من ق.ح.ص.ت.ج. التي أكدت أن تتضمن الكتابة عنصر الإعلام الذي يحصل عليه من قبل الطبيب المعالج.

¹ - كأسباب اجتماعية أو شخصية، علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 45،

V. aussi : A. Gesmi, la responsabilité du médecin en matiere d'I.V.G en France, rev. Algérienne des sciences juridique économiques et politiques, université Alger, vol. 33, n° 02, 1995, p 287, 288.

² - تتجلى أساسا في تسليم الطبيب ملف إرشادي يتضمن خطورة هذا النوع من الإجهاض والوسائل الأخرى البديلة للإجهاض للتخيير فيما بينها بعد تقديم طلب خطي من المرأة الحامل التي تريد إخضاعها لعملية الإجهاض الاختياري، مع إعطاءها مهلة لمدة أسبوع من تاريخ تقديم الطلب لكي تحدد موقفها، وبعد بانتهاء هذه المدة فإن عدلت عن طلبها فيه، وإلا يجب عليها تقديم طلب كتابي جديد.

Art. L.1122-3 du C.S.P.Fr, A. Lucas, op. cit, p 167.

³ - حيث نجد ذلك في قانون نقابة الأطباء الأردني بموجب المادة 21 منه، المادة 43 من أخلاقيات مهنة الطب المصري، ذكر من قبل: غادة عبد المجيد مختار، المرجع السابق، ص 283، 284. إضافة إلى التشريع الجزائري بمقتضى أحكام المادة 28 من ق.ح.ص.ت.ج.

فقرة رابعة: الأبحاث والتجارب الطبية

لاشك أن الخطورة التي تنطوي عليها التجارب الطبية من خلال مساسها بحياة المريض وسلامة جسده، نتج عنه عنصر التشديد في التبصير الذي يأخذ شكلاً مكتوباً¹. على أساس اعتباره بمثابة تحذير بالمخاطر التي ربما يتعرض لها الشخص الخاضع للتجربة².

والجدير بالذكر بأن الاتفاقيات الدولية الصادرة في هذا المجال كتقنين نورمبرغ وإعلان هلسنكي وإعلان طوكيو، تؤكد جميعها على ضرورة تشديد تبصير الشخص الخاضع للتجربة³. وهذا ما ذهبت إليه أيضاً معظم التقنينات الطبية في معظم الدول كقانون الصحة العامة الفرنسي الذي حرص على ضرورة أن يتم تلخيص المعلومات للشخص الذي سيخضع للتجربة في وثيقة مكتوبة تتضمن البيانات الهامة عن التجربة وأن تسلم لصاحب الشأن لكي يطلع عليها، ومن ثم يقرر وهو على بينة من أمره قبول التجربة أو رفضها⁴.

فهذا الإجراء الشكلي يمثل ضماناً جوهرياً للمريض والمتطوع سليم الصحة، إذ فضلاً عن إتاحة الفرصة لمعرفة ظروف التجربة وما يتصل بها من بيانات، فإنه يعطي للشخص وقتاً كافياً للتدبر والتأمل قبل الخضوع للتجربة⁵. خصوصاً إذا كانت البيانات السابقة مكتوبة بأسلوب سهل يتيسر فهمه للشخص الذي سيخضع للتجربة، دون الدخول في تعقيدات علمية أو أكاديمية.

غير أنه بالرجوع إلى التشريع الجزائري، نلاحظ بأنه لم ينص صراحة على التشديد في الإعلام عند القيام بالتجارب الطبية، بل يستفاد ذلك ضمناً من خلال خضوعها لإجراءات مسبقة⁶، مما يعاب عليه عدم تنظيمه الكافي لكيفيات إعلام الشخص المراد إخضاعه للتجربة الطبية بصفة عامة.

¹ - وذلك بشكل استمارة مطبوعة تتضمن البيانات الآتية: اسم الشخص الخاضع للتجربة - نوع التجربة ومدتها - وسائل إجرائها والأضرار التي تصيب الخاضع لها المؤكدة والاحتمالية - الهدف من إجرائها - توقيع الخاضع للتجربة محمد علي البار، المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، ط. 01، دار المنارة للنشر والتوزيع، السعودية، 1995، ص 86، محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص 238.

² - خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية - الالتزام بالتبصير - الضوابط القانونية، المرجع السابق، ص 96، 97.

³ - مشار إليه من طرف: مندر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، المرجع السابق، ص 15، 16، مرعي منصور عبد الرحيم بدر، المرجع السابق، ص 124، 149، خالد بن النوى، المرجع السابق، ص 73، 75، العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان، المرجع السابق، ص 148، 149.

⁴ - Art. L.1122-1, L. 1122-2 du C.S.P.Fr., A. Lucas, op. cit, p 124.

⁵ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 218، 219، ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 168، 169.

⁶ - المواد 1-168، 2-168 و 3-168 من القانون رقم 90-17، المؤرخ في 31 جويلية 1990، المعدل والمتمم للقانون رقم 85-05، المتعلق ب: ح.ص.ت.ج، ج.ر.ع رقم 35 لسنة 1990.

ومن الأهمية بما كان لا نعتبر تبصير المريض الوسيلة الأساسية لكفالة مبدأ احترام إرادة المريض، بل يستلزم هذا الأمر إبداء موقفه من العلاج الذي يقترحه الطبيب، فكيف يتحقق ذلك؟

المطلب الثاني: حق المريض بالموافقة على العلاج

إن تنفيذ الحق في الإعلام لا يكفي وحده ليجعل من العمل الطبي عملاً مشروعاً وقانونياً، إنما يستلزم إلحاقه بالرضا الحر الصادر من المريض أو من يمثله قانوناً، باعتباره حقاً شخصياً للفرد *droit subjectif de l'individu*، يخول للمريض تقرير الأعمال التي سيمارسها الأطباء على جسمه، بغض النظر عن خطورة المرض وضرورة التدخل الطبي¹.

ولا يخفى علينا أنه نجم على فكرة ديمقراطية الصحة - التي مهد لها الاجتهاد القضائي ثم قننها التشريع² - حق المريض في احترام كرامته الإنسانية وعدم المساس بجسمه. لهذا فإن أساس رضا المريض الحقوق المقدسة على جسمه وحصانته الشخصية، وكل اعتداء على هذه الحقوق، يرتب مسؤوليته متى كان في استطاعته الحصول على هذا الرضاء ولم يتوفر الاستثناءات الموجبة لتجاوزه.

على هذا الأساس فإن الحق في الرضاء ليس مجرد إيجاب صادر من المريض إلى الطبيب بإجراء العلاج الطبي على جسمه³، إنما هو رضاء خاص سواء من حيث مضمونه (الفرع الأول) أو سلامته بتوافر شروط صحته (الفرع الثاني) أو من حيث الحدود التي تثبت عند ممارسته (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مضمون الحق في الرضاء بالعلاج

إذا كان دور المريض سلبياً في مجال الإعلام والتبصير، بحيث ينحصر في تلقي ما يقدمه له الطبيب من معلومات متعلقة بحالته الصحية، فإن حق الحصول على رضاه يمنحه دوراً إيجابياً، إذ يسمح له بتقرير مصيره بنفسه فيما يتعلق بالعلاج الذي يزمع إخضاعه هذا الأخير⁴.

¹ - عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، د.د.ن، السنة 1988، ص 937.

² - L. n° 2000-321 du 12/04/2000, relative aux droits des citoyens dans leur relation avec l'administration, J.O.R.Fr n° 88 du 13/04/2000, p 5646, 5663.

³ - محمود الكامل البوز، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، 1992، ص 200.

⁴ - J. Saison, controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale: « Le patient devient acteur de sa santé », AJDA, 20 Janv. 2003 p 72.

ومن ثم فإن دراسة هذا الفرع تتطلب منا تحديد مفهوم هذا الحق الثابت للمريض، نظراً لأهميته في منح الشرعية القانونية لتدخل الطبيب على جسم الإنسان (البند الأول) ثم البحث عن طبيعة الأشخاص محل الموافقة الطبية (البند الثاني).

البند الأول: مفهوم الموافقة الطبية

يعتبر حق الرضاء مظهرٌ من مظاهر الحصانة المقررة للجسم الإنساني، إذ أن مبدأ حرمة الجسد البشري يمنع أي مساس بالسلامة البدنية للفرد سواء لمصلحته أو لمصلحة غيره، إلا بالموافقة الصريحة للمعني وفي حدود ما يتفق مع النظام والآداب العامة¹.

ونشير بدايةً إلى أن أغلب فقهاء القانون الجنائي لم يهتموا كثيراً بوضع تعريف خاص بالرضاء، والسبب يعود إلى أنه في حقيقته مظهر نفسي من الصعب تحديده، لذلك لم يهتم الفقهاء أو المشرع بمسألة الرضاء إلا من زاوية تحديد شروط صحته، وبيان آثاره القانونية².

وقد حظيت النظرية العامة للرضاء بالدراسة في مختلف القوانين المقارنة، لكننا سنقتصر على دراسة حق الرضاء الذي يحكم العلاقات الطبية. إذ يقصد بهذا الحق في رأينا بأنه: "الإذن الذي يمنحه المريض العاقل والقادر على الإفصاح عن إرادته في قبول التدخل الطبي، سواء كان علاجياً أو جراحياً بعد تبصيره بالنتائج والآثار المتعلقة بالعمل الطبي المقترح".

والجدير بالذكر فإن الشريعة الإسلامية الغراء قد أولت أيضاً لإذن المريض أو وليه في مباشرة العلاج عناية خاصة، معتبرة إياه سبباً أساسياً لرفع المسؤولية عن الطبيب³. وفي المقابل فإذا لم يؤذن

¹ - محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1996، ص 51.

² - محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه في القانون والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة القاهرة، السنة 1975، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ط. 01، عمان الأردن، السنة 2001، ص 24، 25. فقد ذهب البعض إلى تعريف الرضاء بالقول بأنه: "ذلك العمل المصحوب بالتروّي والتفكير قبل الإفصاح عن الإرادة، فالعلم والإدراك الكامل بما يجب أن يحدث أو يقع من الأشياء والتصرفات أمر ضروري لتكوين الرضاء وصحته بشرط خلو الإرادة من الإكراه والغش والخيلة". في حين عرفه البعض الآخر بأنه: "التعبير عن الإرادة الصادرة من شخص عاقل أو من يمثله قانوناً، قادر على أن يكون رأياً صحيحاً عم موضوع الرضاء ويجب أن يكون صادراً عن حرية بغير إكراه أو غش". محمد رابح، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 122، منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 25، يوسف جمعة يوسف الحداد، المرجع السابق، ص 185.

³ - وهو أمر متفق عليه بين جميع أئمة المذاهب الفقهية، تطبيقاً للقاعدة الفقهية الكلية التي تنص على أن "الجواز الشرعي يناهض الضمان"، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، أحكام الأذن الطبي في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 236، أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط. 02، د.ذ.د.ن، السنة 1987، ص 41، 42.

للطبيب بالتدواي، ولم توجد ضرورة تستدعي تدخله العلاجي، فإن عمله يخرج من دائرة الإباحة إلى دائرة التعدي، كما لا يجوز إرغامه على قبول علاج ما دون إذنه بذلك¹.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن أهمية الرضاء في مجال الأعمال الطبية تكمن في تحقيق التناسب بين مصلحتين أساسيتين، أولاهما مرتبطة بالهدف من الأعمال الطبية، والأخرى تتعلق بحق المريض في التصرف في جسده². لذلك يمكن اعتبار حصول الطبيب على موافقة المريض ضمان لاستقلالته الذاتية وحرية في تقرير مصيره³.

وقد كرسّت التشريعات الوضعية الدولية⁴ هذا الحق، على اعتباره أساس كل تدخل طبي كيفما كان، لأن صيانة جسم المريض يقتضي عدم مباشرة الطبيب أو الجراح أي عمل دون احترام رأيه⁵. الأمر الذي سارت عليه أيضا القوانين الداخلية لمعظم الدول، بحيث اعتبرت الموافقة الطبية حقا ذاتيا بالنسبة للمريض، ولعل التشريع الفرنسي كان السباق في إرساء دعائم هذا الحق⁶.

¹ - هاني بن عبد الله الجبير، الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، ع. 22، السنة 1425هـ الموافق ل 2004، ص 144، أبو الوفا محمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 15.

² - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 13، نائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 49، 50.

³ - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 39، 48، أمين خالد مساعده، نسرين محاسنة، المرجع السابق، ص 185، 186.

V. aussi : G. Memeteau, Le droit médical, Librairie de la cour de cassation, Paris France, 1985, p 93.

⁴ - La déclaration of Helsinki, adoptée par la 18^{ième} Assemblé Médicale Mondiale, Helsinki Finlande 1964, publiée dans 271 N.E.J.M (1964) (Anglais) p. 473, révisée par La 29^{ième} Assemblé Médicale Mondiale, Tokyo, Japon 1975. Aussi, La Charte des Droits du Patient, adopté par le parlement Européen à Strasbourg en date du 19/01/1984, Art. 05 du Convention Européenne de Bioéthique Strasbourg, janv 1998: « Aucun intervention en matière de santé ne peut être effectué sur une personne sans consentement libre et éclairé.» F. Garay, A Consentement aux Actes Médicaux et Doits des Patients, Gaz. Pal. 01-05/01/1999, p 27, A. Ossoukine, le droit du et au génome, rev. A.S.J.E.P, faculté de droit et des sciences administrative, université d'Alger, vol. 37, n° 02, 1999, p 65.

⁵ - محمود الكامل البوز، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة 05، ع. 02، 1992، ص 200.

⁶ - Art. 16/3 al. 2 du C. Civ. Fr. (L. n° 94-653 du 29/07/ 1994, relative au respect du corps humain) : « ... Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas ou son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à meme de consentir.» Art. 36 du C.D.M.Fr qui dispose: « Le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherche tous les cas...» Art L. 1111-4 al. 01 et 03 du C.S.P.Fr (L. n°2002-303, relative au droit des malades et la qualité du système de santé, delivrée le: 04 mars 2002: « toute personne prend, avec le

كما اعتبرت باقي التشريعات الوضعية الحديثة الأخرى أن الموافقة الطبية لا تقوم فحسب على أساس أخلاقي -مبعثه مبدأ الحرية الفردية ومبدأ معصومية الجسد-¹، بل هو حق جوهرى يثبت للمريض قبل المساس بجسمه، يستوحي مضمونه من القانون وحده². دون أن ننسى التشريع الجزائري الذي تميز بحرصه على أهمية حق المريض في الرضا بالعلاج مثل التشريع الفرنسي، باعتباره كمبدأ جوهرى بالنسبة لتنفيذ بعض التدخلات الجراحية المعقدة التي تم تنظيمها نظرا لخطورتها³. والجدير بالذكر أنه رغم اعتبار الرضا الصريح أصدق الصور في التعبير عن الإرادة الحقيقية⁴، إلا أنه لا يسقط حق المريض في الموافقة الضمنية للعلاج، والتي يمكن استخلاصها من تصرفاته أو من اتخاذ موقف معين⁵، كما لو هيا المريض نفسه من تلقاء نفسه استعدادا لتلقي العلاج. فالفعل في هذه الحالات يكون أقوى دلالة في التعبير عن الإرادة الحقيقية للمريض من مجرد العبارات التي ينطق بها أو يكتبها هو أو من يمثله، على أن الرضاء في هذه الحالات يتعين أن يكون قاطع الدلالة. ويجب في كافة الأحوال أن يلتزم الطبيب بحدود هذه الإرادة، فلا يحق أن يتجاوزها⁶.

=professionnel de santé et compte tenu des informations et préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé... aucun acte médicale ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment...» A. Lucas, op. cit, p 134, 135.

¹ - A. Dorsner-Dolivet, le consentement au traitement médical: Une liberté fondamentale en demi-teinte, R.F.D.A., Dall., Paris France, n° 3 mai-juin 2003, p 528.

² - وفقا للمادة 02 من الدستور الطبي الأردني، ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 179، أما بالنسبة للتشريع المصري فنجد أن نصوص لائحة آداب مزاوله مهنة الطب البشري قانون مزاوله مهن الطب أكدت على ذلك في المادة 28. بينما المشرع اللبناني أكد في قانون الآداب الطبية اللبناني في المادة 2/3 منه على ضرورة احترام إرادة المريض، سامي بديع منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994 قانون الآداب الطبية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 279، كما نصت في المادة 06 في فقرتها 01 من القانون المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة لعام 2004 على أنه: "لا يجوز القيام بأي عمل طبي، ولا تطبيق أي علاج، من دون موافقة الشخص المعني المسبقة،... سميرة أفرورو، المرجع السابق، ص 17، 19.

³ - حيث تنص المادة 44 من م.أ.ط.ج على أنه: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون... وكذا المادة 154 من ق.ج.ص.ت على أن "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك... كما أكدت عليه المواد: 162، 168، 2/168 و 3 من القانون رقم 17-90، المؤرخ في 1990/07/31 المعدل والمتمم ل ق.ج.ص.ت.ج.

⁴ - ومهما يكن من أمر، فإن الصيغ المكتوبة للرضا لا يمكنها أن تحل محل الرضا الشفهي الذي يبقى الرضا الأكثر شيوعا في الممارسة الطبية، ذكر من قبل: عز الدين قمرأوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 189، 190.

⁵ - المادة 60 من ق.م.ج بقولها: ".... كما يكون (التعبير عن الإرادة) باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه.. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا."

⁶ - محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 258، حسان شمسي باشا، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة، ص 06، 07.

وبالتالي فإن تقدير الرضا الضمني هو مسألة واقع ينفرد بها قاضي الموضوع، الذي يستطيع أن يقرّر بمقتضى ماله من سلطة تقديرية، باستخلاص حصول رضاء المريض من خلال وقائع كل قضية على حدى وبحسب ظروف كل حالة¹.

غير أن الأمر يزداد تعقيدا بالنسبة للسكوت²، فقد يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى عدم اعتبار السكوت أو بالأحرى عدم اعتراض المريض ورفضه للتدخل الطبي قبولاً أو إيجاباً منه، إلا إذا توافرت بعض الظروف والقرائن التي تؤكد أن السكوت يكشف عن توافر إرادة حقيقية لصاحبها نحو الموافقة على التدخل الطبي المقترح من قبل الطبيب، وهو ما يعرف بالسكوت الملايس³. كما لا يستفاد من السكوت الرضا أساساً⁴، بل قد يكون هذا التصرف نابغاً من المريض في بعض الحالات عن الخوف من رفض العلاج، الذي يقترحه الطبيب وما قد يترتب عليه من نتائج أو عن ضعفه في استيعابه للمعلومات المقدمة له بشأن حالته الصحية⁵، مما يدفعه إلى التزام الصمت بسبب تردده في اتخاذ القرار المناسب. وبالتالي عدت هذه المسألة من مسائل الواقع التي تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁶.

البند الثاني: طبيعة الشخص الذي يصدر منه الرضا

يمارس الطبيب أثناء تدخله على جسم المريض عدة أعمال طبية يهدف من ورائها إلى تحسين وضعه الصحي أو التخفيف من آلامه⁷، ومن ثم فقد يثبت للمريض حق الحصول على إذنه بما يحكم

¹ - أيمن خالد مساعده، نسرین محاسنة، المرجع السابق، ص 185، سميرة أقرورو، المرجع السابق، ص 136.

² - فالسكوت هو مجرد مظهر سلبي محض للتعبير عن الإرادة، فالسكوت لا يعبر بطريق إيجابي عن أية إرادة، عز الدين قمراري، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 190.

³ - علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 121، مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، المرجع السابق، ص 57.

⁴ - وهو ما نصت عليه المادة 68 من ق.م.ج بأنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه."

⁵ - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 197، 198.

⁶ - يوسف جمعة يوسف الحداد، المرجع السابق، ص 189، 190.

⁷ - عبد الكريم مأمون، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا وجزاؤه، موسوعة الفكر القانوني، ع. 2، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.ذ.ت.ط، ص 126.

أنه طرفا في العقد. إذ يكون حصول الطبيب على الرضا من المريض شخصا وإن تعذر ذلك فمن الممثلين القانونيين لإباحة هذه الأعمال الطبية التي يأتيها الطبيب ويمس بها جسم الإنسان. على هذا الأساس تنبع خصوصية الموافقة الطبية من طبيعة الشخص الصادرة منه، فقد تختلف هذه المسألة حسب أحوال المريض، فيما إذا كان بالغاً أو غير ذلك، وهو الأمر الذي سنحاول إيضاحه في الفقرتين الآتيتين:

فقرة أولى : موافقة المريض نفسه

لكي يكون التعبير عن الرضا من المريض بإجراء العمل الطبي صحيحاً، فإنه يجب أن يكون صادراً من شخص كامل الأهلية يتمتع بملكات عقلية سليمة¹، تؤدي إلى تكوين قرار صحيح لديه بشأن التدخل الطبي.

إذ تحتل الأهلية² مكانة هامة، باعتبارها مناط التكليف الشرعي والقانوني، لاسيما بالنسبة لتحمل الالتزامات، حيث تعتبر من مسائل النظام العام لتوقف صحة التصرفات وبطلانها على صحة الأهلية وسلامتها³. كما تبرز أهميتها أكثر بالنسبة لبعض التصرفات المهمة والدقيقة، كالمسائل الطبية نظراً لمساسها بحق السلامة الجسدية.

والجدير بالذكر في هذا السياق أن التشريعات الطبية الجزائرية لم تحدد سناً معينة حتى يكون المريض أهلاً لأن يصدر منه الرضا عن العمل الطبي، مما يمثل في نظرنا فراغاً تشريعياً في هذا المجال، من جهة أخرى شددت مدونة أخلاقيات الطب على ضرورة مراعاة أهلية المريض في القيام بكافة التدخلات الطبية مهما كان نوعها أو جسامة خطرهما⁴.

¹ - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 68.

² - الأهلية *La capacité* في اللغة هي الصلاحية للشيء، نقلاً بجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصر، القاهرة، 1961، ص 31. وقيل معناها صلاحية الإنسان لصدور الشيء عنه و قبوله إياه. أما في الاصطلاح فيقصد بالأهلية "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق المشروعة وتحمله التزامات على وجه يعتد به قانوناً". مشار إليه من طرف: إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، د.ذ.ع.ط، مطبعة النجاح الجديدة، المغرب، السنة 1996، ص 137، 139، كما يقصد بها قدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة، تقاس بدرجة إدراكه وتمييزه للأمر، قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، أحكام الأذن الطبي في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 236.

³ - المادة 45 من ق.م.ج، التي جاء فيها: " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها. " لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: مراد بن صغير، إشكالات الأهلية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء وأثرها في رسم معالم مسؤولية الطبيب، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع. 16، السنة 2013، ص 12، 13.

⁴ - وهذا ما نصت عليه المادة 34 على أنه: " لا يجوز إجراء أي عملية بتر أو استئصال لعضو من دون سبب طبي بالغ الخطورة، ما لم تكن ثمة حالة استعجالية أو استحالة، إلا بعد إبلاغ المعني أو وصية الشرعي وموافقته. " وكذا المادة 44 من م.أ.ط.ج على أنه: " يخضع

الأمر الذي يستدعي تطبيق القواعد العامة المتعلقة بأهلية التصرف المدني، والتي ربطت اكتمال الأهلية بتمام بلوغه سن الرشد 19 سنة كاملة¹، مع تمتعه بالإدراك والوعي من دون أن تعتريه أي عارض من عوارض الأهلية التي تعدمها أو تنقص منها².

ومن جهة أخرى ينبغي أن نشير إلى أنه لا يغني رضاء الزوجة رضاء زوجها على بعض الأعمال الطبية التي تجري على جسمها بالرغم من اكتمال أهليتها، كقطع الحمل بصفة إرادية باستئصال جهاز الإنجاب، تباعد الولادات وجراحة التجميل³. كما أنه لا يحق للزوج إكراه زوجته على العلاج أو يمنعها عنه، ومن فإن رضاء الزوج لا يعتد به إلا في حالة عدم قدرة الزوجة على التعبير عن إرادتها⁴، نظرا لاعتباره حقا شخصيا للزوجة المريضة.

فقرة ثانية: الرضاء الصادر من غير المريض

إذا كان المبدأ الذي يحكم المجال الطبي يقوم على أن الموافقة تصدر من المريض نفسه، طالما أنه في حالة تسمح له بذلك، باعتباره المعني بالتدخل الطبي⁵. غير أن الإشكال الذي يثور إذا كان هذا الأخير لا يتمتع بالأهلية الكاملة، ومن ثم فإن الحق في اتخاذ القرار الطبي ينتقل إلى ممثله القانوني أو أهله الأقربين بحسب الأحوال⁶.

= كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون. " كما نجد غالبية التشريعات تشترط ضرورة توافر أهلية المريض أو أقاربه إن تعذر ذلك منها التشريع الفرنسي: المادتين 36 و42 من ق.أ.ط.ف، الدستور الطبي الأردني في مادته الثانية. وكذا القانون المتضمن الآداب الطبية اللبناني في مادتيه 08 و27، مراد بن صغير، التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص 291، ماجد محمد لاني، المرجع السابق، ص 181.

¹ - وذلك بمقتضى المادة 40 من ق.م.ج بقولها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية." والمادة 86 من ق.أ.ج، بخلاف التشريع الفرنسي الذي حدد الرشد القانوني ب 18 سنة.

² - عوارض الأهلية هي: الجنون و العته و الغفلة و السفه، عبد الكريم مأمون، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أوبوكر بلقايد تلمسان، ع. 32، السنة 2005، ص 140. على خلاف ما أقرته أحكام الشريعة الإسلامية التي ربطت تمام البلوغ بتحقيق إحدى العلامات منها: الاحتلام إلا أنها رتبت على ذلك صلاحيته وقدرته على إبرام التصرفات كيفما كانت مالية أو غيرها، مشار إليه من قبل: محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 245.

³ - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 19، محمد الكشور، محمد عبد النابوي، المرجع السابق، ص 129.

⁴ - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء المرجع السابق، ص 176، رياض منير حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 322.

⁵ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 40، 41، ماجد محمد لاني، المرجع السابق، ص 181.

⁶ - غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 309، قريب من نفس المعنى: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 19.

فبالنسبة للمريض القاصر أو صغير السن فإنه يفتقد إلى الحماية وهو ما يجعله تحت سلطة الولي بشأن القرارات المرتبطة بحالته الصحية¹، باعتبار أن الولاية تثبت للأب بقوة القانون، لكونها ولاية طبيعية بحكم صلة الدم الوثيقة والقربة المباشرة. لذلك فقد اعتبرت ليست حق فحسب، بل هي واجب أيضاً². فالعبرة دائماً بموقف الأب الذي ينتج أثره القانوني في مباشرة العلاج إذا لم يكن في تأخيره أي خطر محقق بحالة الولد القاصر.

وقد اختلفت التشريعات الوضعية في معالجة رضا القاصر على الأعمال الطبية بسبب الظروف الخاصة بهذه الفئات من مجتمع لآخر. إذ تتجه القوانين الأنجلوساكسونية إلى الاعتداد بقدرات المريض صغير السن على إدراك طبيعة العمل الطبي كل حسب حالته³. على اعتبار أن التقيد بنصوص القانون في تحديد الأهلية قد يكون فيه عائق يحول دون تحقيق مصلحته.

وذلك على العكس من نظيره الفرنسي الذي ألزم الأطباء بالبحث عن رضا القاصر زيادة على رضا ممثليه، دونما تفرقة بين القاصر المميز وغير المميز⁴. لكنه وضع بدلا من ذلك شرطين أساسيين، أولاهما القدرة على التعبير على رضاه، أما ثانيهما فهو القدرة على المشاركة في اتخاذ القرار⁵.

¹ - طلال العجاج، المرجع السابق، ص 102، صفوان محمد شديقات، المرجع السابق، ص 102.

V. aussi : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 331.

² - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص 49، 50، محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 129، 130، وقد أوكل القانون الجزائري هذه المهمة للأب ثم بعد وفاته تحل الأم محلها قانونا، وذلك طبقاً لأحكام المادة 87 من ق.أ.ج التي جاء نصها كما يلي: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محلها قانوناً."

³ - فقد حدد القانون الإنجليزي السن القانوني للموافقة على الأعمال الطبية على اختلاف أنواعها ب 16 سنة كاملة، وليس هناك حاجة للحصول على موافقة والديه أو وليه. أما دون 16 من العمر فالأمر يبقى للسلطة التقديرية للطبيب لمعرفة ما إذا كان الصغير أهلاً لذلك بشأن العمل الطبي قليل الجسام، أما الأعمال الأخرى التي تنطوي على قدر جسيم من خطورة فإن موافقة الوالدين أو من يجمل محلها ضرورة كقاعدة عامة إلى حين بلوغه السن القانوني (16 سنة) للموافقة عليها بنفسه. وقد سار على نفس النهج أغلب الولايات الأمريكية التي حددت السن القانوني للاعتداد برضاء الصغير ب 18 سنة، مع جواز مراعاة وضعية الصبي ومدى قدرته على الفهم وتقدير الإجراء الطبي من حيث طبيعته ونتائجه التي تحقق مصلحته بالدرجة الأولى، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: عبد الكريم مأمون، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 141، 143.

⁴ - Art. 42 du C.D.M.Fr: « un médecin appelée à donner des soins à un majeur protégé doit s'efforcer de prévenir ses parents ou son représentant légal et d'obtenir leur consentement.. » cité par: C. Charbert-Peltat, A. Bensoussan, les biotechnologies l'éthique biomédicale et le droit, Hermes, France, p 72.

⁵ - Art. 1111-4 du C.S.P.Fr. dispose que: « ...Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information

ذلك أن الشرط الأخير لا يمكن ربطه بسن معينة، بل بعلامات يستدل بها على بلوغ هذا القاصر درجة من النضج والإدراك، تمكنه من إصدار حكم سليم صادر عن إرادة واعية تماما. وبما أن سن الإدراك يختلف باختلاف الأشخاص، فإنها مسألة موضوعية يترك تقديرها إلى الطبيب طبقا لظروف الحال تحت رقابة محكمة الموضوع، التي لها أن تستعين بالخبراء للتأكد من ذلك¹.

وبالتالي فلا يجوز للطبيب أن يجري علاجاً رغم إرادة القاصر ولو دعاه والده إلى إجرائه، بل ينبغي مشاركة المريض في مثل هذه الحال في اتخاذ القرار وذلك تبعاً لدرجة إدراكه. إذ يمكن للقاصر في فرنسا إذا ما قُدِّر أن صحته أو حياته معرضة للخطر أن يلجأ إلى قاضي الأطفال ولا يحتاج في ذلك إلى مساعدة محام، بل يتم ذلك بصورة مباشرة²، إذ لا وجود لأي اعتبار أو مصلحة تعادل المصلحة الواضحة في الحفاظ على صحة وحياة القاصر.

ومن المهم التأكيد في هذا الصدد أن المشرع الجزائري أيضا لم يعتد بسن التمييز في الأعمال الطبية، بل اعتبر الصغير كل من لم يبلغ سن الرشد المدني³. لكنه ألزم الأطباء في كلتا الحالتين بالبحث عن رضا الممثل القانوني⁴ دون مراعاة لرأي القاصر قبل تنفيذ العمل الطبي. إذ يجب على

=et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle. Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Dans le cas ou le refus d'un traitement par la personne titulaire de l'autorité parentale ou par le tuteur risque d'entraîner des conséquences graves pour la santé du mineur ou du majeur ou du majeur sous tutelle, le médecin délivre les soins indispensables. » A. Bateur, le consentement sur le corps en matière médical, la libre disposition de son corps, rédigée sous direction J-M. Larralde, op. cit, p 55, 56.

¹ - D. Duval Arnould, le Corps de l'enfant sous le regard du droit, thèse, Paris II, L.G.D., 1994, perface G.Cornu, p 20.

² - Art. 375 al. 01 du C.civ.Fr (modifié 2003) qui prévoit que: « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger,...des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par la justice à la requête du mineur lui-même.» M. Contis, consentement aux soins delivrés au mineur, Rev. du praticiens, T. 23, n° 814, Janv. 2009, p 64.

³ - وقد حددت المادة 40 من ق.م.ج سن الرشد بتسعة عشر (19 سنة) كاملة. وتنص المادة 82 من ق.أ.ج على أنه "من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة."

⁴ - وذلك حسب المادة 44 من م.أ.ط.ج التي أجازت لأشخاص مخولين من المريض أن يصدر عنهم رضا في تنفيذ العمل الطبي نيابة عن المريض إلا أنه لم يحدد صفة هؤلاء المخولين من المريض ولا صلاحياتهم أو مهامهم وكذا المادة 52 من نفس القانون التي تؤكد على أنه: "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." وتضيف المادة 154 في فقرتها 01 من ق. ح. ص.ت.ج التي تنص بصريح العبارة بقولها: "... أو من يخولهم

الولي أبا كان أو أما أن يكون حريصا على مصلحة الابن في تلقيه للعلاج قبل إعطاء موافقته بذلك. مما يستفاد من ذلك أن التشريع الجزائري أراد أن يولي عناية فائقة لهذه الفئة عن طريق الحماية القانونية التي حولها له من خلال وضعه تحت مسؤولية ممثله¹.

إذ نلتمس من المشرع الجزائري إشراك إرادة القاصر المميز في اتخاذ القرارات الطبية المرتبطة بوضعه الصحي، لما فيه من فائدة تعود على ذلك من غرس الثقة بالنفس وتدريبه على القدرة في تسيير شؤون حياته في المستقبل مادام قادر على التعبير على إرادته بكل استقلالية. خصوصا وأن قانون العقوبات الجزائري² يجعل الصبي البالغ من العمر 13 سنة كاملة مسؤولا مسؤولية مخففة عن أفعاله، على اعتباره أنه يملك القدر الكافي من الإدراك والتمييز.

من جهة أخرى قد يتولى حق الموافقة الطبية عادة الوصي أو المقدم أو الممثل القانوني حسب الأحوال³، إذا لحق المريض إحدى العوارض المعدمة أو المنقصة للأهلية بعد بلوغه سن الرشد. فقد يصاب الشخص بمرض عقلي أو ذهني⁴ يفقد مقدرته على استمرار الاتصال بالواقع، إذ يشكل المريض عقليا خطراً على نفسه، بل على المجتمع بأكمله.

= القانون إعطاء موافقتهم على ذلك... " من جهة أخرى تمنع المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها انتزاع الأعضاء من القصر والراشدين من قدرة التمييز سواء تقدم المعني بنفسه لذلك الغرض أو بموافقة وليه.

1 - عبد الكريم بلعربي، محمد سعداوي، الإعفاء من المسؤولية الطبية، عبد الكريم بلعربي، محمد سعداوي، الإعفاء من المسؤولية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجرين يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، ص 235.

2 - حيث تنص المادة 49 منه على ما يلي: "لا توقع على القاصر الذي لم يكمل الثالثة عشر إلا تدابير الحماية أو التربية. ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ، ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه 13-18 سنة إما لتدابير الحماية أو التربية أو لعقوبات مخففة." ولو أنها تبدو منخفضة كثيرا مقارنة مع غالبية التشريعات الأخرى، التي أعطت حماية أكبر ورعاية أفضل للقصر من خلال رفع السن القانوني للمسؤولية الجنائية.

3 - إذ يقصد بالوصي هو كل شخص يتم تعيينه من طرف الأب أو الجد، وقد نظمت هذه المسألة المادة 92 من ق.أ.ج التي جاء فيها: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر، إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو ثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون." أما المقدم فهو من تعيينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي مختار على تولى مصالح من كان فاقد الأهلية أو ناقصها، وذلك بمراجعة وضعية المريض ومصالحته وإعطاء الإذن للطبيب لمعالجته، ويتم تعيين المقدم طبقا لنص المادة 99 من ق.أ.ج بحكم يصدر عن المحكمة المدنية المختصة بناء على طلب أحد أقارب الصغير أو ممن له مصلحة، النيابة العامة، علما أن المقدم يخضع لذات الأحكام التي يخضع لها الوصي ويقوم مقامه.

4 - وهو اضطراب يصيب الشخصية فيشمل التفكير والإدراك فضلا عن النواحي النفسية فيسبب خللاً في نواح كثيرة مثل فقدان الوعي وعدم القدرة على مواجهة الواقع فتظهر على المريض أعراض كالهلوسة والهذيان وفقدان الذاكرة، ندى سالم ملا علو، أثر الأمراض النفسية في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، السنة 2001، غير منشورة، ص 13.

فمعلوم أن المجنون لا يعتد بتصرفاته في مجال العمل الطبي، ووجب أن تؤخذ موافقة ممثله القانوني الذي يقوم مقامه. وهو الأمر الذي سار عليه التشريع الفرنسي، حينما ألزم الطبيب بالحصول على رضا من يمثل الشخص المتخلف ذهنياً الموضوع تحت نظام الوصاية، مع الأخذ بعين الاعتبار رضا فاقد الأهلية نفسه في الحدود الممكنة، أي الأخذ برضاه في فترة الإفاقة¹.

أما النسبة للتشريع الجزائري قد نظم إجراءات التدخل في الحالات المرتبطة بالأمراض العقلية، وفقاً لحدة المرض العقلي المشكو منه و أثره على شخص المريض نفسه أو على الغير. وحدد الجهات المختصة التي يمكنها المبادرة بعلاجه أو الموافقة على ذلك، مع السماح للمريض بالتعبير عن إرادته عندما يكون راشداً و متمتعاً بالقدر الكافي من الإدراك و التمييز².

الأمر الذي يدل على اعتماد نظام حمائي محكم لهذه الطائفة، حيث نجد أن سلطة القرار بشأن وضعية هؤلاء المرضى يتقاسمها أطباء الأمراض العقلية من جهة، لما تحتاجه حالتهم من عناية. ومن جهة أخرى السلطات العمومية الممثلة أساساً في الوالي أو النائب العام³.

ومن المعلوم أن السفية وذا الغفلة هما من الأشخاص ناقصي الأهلية و تصرفاتهما لها حكم تصرفات الصبي المميز⁴، ومن ثم ألحقت التشريعات الوضعية هذه الحالة بحالة المريض القاصر المميز. وعلى خلاف ذلك فقد قيد القانون من أهلية الشخص المعتوه بتعريض نفسه لمخاطر العلاج، وبالتالي ساوى حكم المعتوه بالمجنون والصغير غير المميز⁵. لذلك يشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك قانوناً عند الإصابة بأحد هذه العوارض عوض موافقة المريض⁶.

¹ - Art. 42 du C.D.M.Fr et L.1111-4 du C.S.P.Fr, A. Lucas, op. cit, 145.

² - وذلك طبقاً للمادة 117 من ق.ح.ص.ت.ج يجوز للمريض أن يجرح بنفسه طلب الترتيب الإداري الذي يعنيه إذا كان راشداً و متمتعاً بالأهلية المدنية إذا رأى في ذلك السبيل الأنجع للعلاج، وقد يفضل المريض العلاج الخارجي إذا وجد من يعتني به.

³ - وهو ما أقرته المواد 111، 119، 125، 132، 134، 135، 143، 144 من ق.ح.ص.ت.ج.

⁴ - طبقاً لأحكام المادة 43 من ق.م.ج. فالسفه: هو خفة تعتري العقل فتحملة على العمل على خلاف مقتضى الشرع والعقل. أما الغفلة: فهي الضعف في الملكات النفسية، فهذا الشخص لا يحسن التمييز بين الراجح والخاسر من التصرفات، فينخدع في معاملاته بسهولة ويغبن، مشار إليه من قبل: محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 127، 128.

⁵ - وذلك بموجب نص المادة 42 التي اعتبرت العته سبباً من أسباب انعدام الأهلية، فقد أخطأ المشرع المدني عندما اعتبر أن العته ينقص من الأهلية، ولا يعدمها كما جاء ذلك في نص المادة 43 من ق.م.ج، للتفصيل يمكن الرجوع إلى: مراد بن صغير، إشكالات الأهلية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء وأثرها في رسم معالم مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 19، 20.

⁶ - إذ أكد التشريع الفرنسي على ذلك في مادته L.1111-4 من ق.ص.ع.ف، كما نص على ذلك التشريع الجزائري في المادة 154 من ق.ص.ت.ج، أما التشريع اللبناني في فقد أقر هذه المسألة في المادة الثامنة من قانون حقوق المرضى و الموافقة المستنيرة.

غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل قد يتعذر على المريض التعبير عن إرادته بسبب إحدى العاهات الثلاث: العمى، الصمم والبكم. ففي هذه الحالة أوجب القانون على الطبيب اللجوء إلى المساعد القضائي الذي قامت بتعيينه المحكمة لمعرفة قراره الطبي. ومن ثم فإن أي موافقة طبية دون حضوره تكون قابلة للإبطال لصالحه¹، وذلك نظراً لخطورة وأهمية التصرفات الطبية.

والجدير بالذكر بأن المشرع الفرنسي بموجب قانون 4 مارس 2002 منح لكل شخص بالغ غير موضوع تحت نظام الوصاية القانونية، حق تعيين شخص واحد يكون من أوليائه أو أقربائه أو حتى الطبيب المعالج، ليعبر عن إرادة المريض وتتم استشارته إذا كانت حالته الصحية لا تسمح بذلك ويطلق عليه تسمية: الشخص محل الثقة (personne de confiance)².

كما صدر قانون آخر في سنة 2007³ يسمح لكل شخص بالغ القيام بتعيين وكيل للحماية « un mandataire de protection » تطبيقاً لنص المادة 1/478 من ق.م.ف، مهمته الأساسية تمثيل الشخص البالغ المتمتع بقواه العقلية في حالة استحالة التعبير عن إرادته وحماية مصالحه. أما بالنسبة للتدخل الطبي ذات خطورة معتبرة، فلا يتم استشارة الشخص الموثوق فيه فقط، بل أيضاً مجلس العائلة أو الخبراء الطبيين وكل شخص قريب تهمة مصلحة المريض⁴.

وقد سار على نفس النهج المشرع اللبناني، بحيث لا يجوز إخضاع المريض الذي يكون في وضع لا يسمح له بالتعبير عن إرادته، لأي عمل طبي ولا لأي علاج قبل استشارة الشخص موضع الثقة الذي حدده المريض. ويستثنى من هذا الحكم القاصرون والراشدون الخاضعون للوصاية⁵.

¹ - وهو ما قضت به المادة 80 من ق.م.ف.ج بقولها: "إذا كان الشخص أصم و أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم و تعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته. و يكون قابلاً للإبطال كل تصرف عين من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة."

² - Art. L. 1111-6 du C.S.P.Fr., X. Barella, op. cit, p 1992.

³ - L. n° 308-2007, délivré le 05/03/2007, portant réforme protection juridique des majeurs, J.O.R.Fr n° 12, délivré le 07/03/2007.

⁴ - D. Berthiau, droit de la santé à jour de loi du 05/03/2007 sur la protection juridique des majeurs, éd. Gualino, Paris France, 2007, p 152, 153.

⁵ - وهو ما قضت به المادة الثامنة القانون المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستتيرة لعام 2004، التي جاء نصها كما يلي: " يشترط على الطبيب بأن يقترح على المريض خلال مدة المعالجة، أن يعين خطيباً شخصاً موضع ثقة لديه يمكن استشارته في حال ما إذا أصبح المريض في وضع لا يسمح له بالتعبير عن إرادته، وبالحصول على المعلومات الضرورية اللازمة لاتخاذ القرارات المتعلقة بوضعه الصحي. باستثناء الشخص الموضوع تحت نظام الوصاية القانونية."

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن خصوصية الموافقة الطبية لا تستند فقط على مضمونها، بل باكتمال صحتها وسلامتها فكيف يكون ذلك؟ وهو ما سنجيب عليه في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: سلامة رضاء المريض

تعد الموافقة حجر الزاوية في العلاقة الطبية¹، حيث لا يمكن الاعتداد بها باكتمال بلوغه وخلو أهليته من أي عارض من عوارض الأهلية، بل تتطلب سلامة رضائه مجموعة من الأوصاف²، تظهر أساسا في مشروعية محله في حد ذاته، نظرا لتنوع الوسائل الطبية المستعملة وخروجها عن الهدف العلاجي (البند الأول)، إلى جانب احترام ميعاد صدوره (البند الثاني)، دون أن ننسى تمتع إرادة صاحبه بالحرية وصحتها من أي عيب يؤثر عليها (البند الثالث).

البند الأول: مشروعية محل الحق في الرضا

من دون شك أن محل حق المريض في الموافقة هو تلك الأعمال التي يقوم بها شخص متخصص يعرف بالطبيب أو الجراح من أجل شفاء الغير أو تحسين وضعه الصحي، مستندا فيها على الأصول والقواعد الطبية المقررة في عالم الطب، تدعى على العموم بالأعمال الطبية³. إذ تتخذ هذه الأعمال عدة أشكال على إثر التقدم الحاصل في المجال الطبي، بحيث لم تبق الصفة العلاجية هي الغالبة، بل أضحت تهدف إلى تحقيق مكاسب جمالية أو علمية مثل الجراحة التجميلية والتجارب الطبية. كما جعلها في بعض الأحيان تتمرد عن الطبيعة والفطرة الإنسانية⁴. وفي حقيقة الأمر إن طبيعة الأعمال الطبية تؤثر على صفة رضا المريض، ومن ثم فإذا كانت الموافقة تتعلق بعمل مخالف للقانون، كأن يوافق المريض على جعل حد لحياته كالانتحار أو الموافقة على القتل بدافع الرحمة، فهي أعمال طبية غير مشروعة⁵.

¹ - J. Penneau, le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal., Paris France, éd. 1999 (1^{er} sem), p 07.

² - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 150.

³ - وقد تم التطرق إلى هذه المسألة في الباب التمهيدي، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى ص 19، 32 من هذه المذكرة.

⁴ - كالتحول الجنسي والتعقيم غير العلاجي، الاستنساخ البشري.. وغيرها، ذكر من طرف: أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المرجع السابق، ص 28.

⁵ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 67، سميرو أقرورو، المرجع السابق، ص 134، 135.

على هذا الأساس فقد اشترط القانون أن يكون موضوع الرضاء مشروعاً، فلا يخالف النظام العام والآداب العامة¹. ومن ثم فإنّ إرادة الطبيب يجب أن تكون لها الغلبة على إرادة المريض، بامتناعه عن مباشرة عمل غير مشروع حتى لو رضي به المريض، بل حتى لو أصرّ على طلبه. ويستوي الأمر كذلك إذا كان العمل الطبي مشروعاً، ولكنه ينطوي على قدر من المخاطر تفوق المزايا المنتظرة منه.

البند الثاني: ميعاد صدور رضاء المريض

من القواعد المقررة قانوناً في المجال الطبي، أن الرضا الذي يعطي للطبيب الأحقية في ممارسة العمل الطبي، هو الرضا الذي يسبق العلاج أو التدخل الجراحي². وبالتالي فإن الرضا اللاحق للعمل الطبي لا يعدم المسؤولية الطبية ما لم يقض القانون بخلاف ذلك.

هذا ويضيف البعض³ أنه لا مانع من تقييد رضا المريض بأجل معين، فمتى انتهى هذا الأجل لا يحق للطبيب مباشرة أي تدخل طبي على جسمه. كما يجب استمراره حتى بعد بدء تنفيذ العمل وأثناءه، فإذا رجع المريض أو ممثله القانوني عن رأيه قبل تنفيذ العمل الطبي أو أثناءه بحسب الأحوال، فإن رضائه السابق لا يمكن أن تكون له قيمة في إعفاء الطبيب من المسؤولية⁴.

البند الثالث: حرية إرادة المريض

تقوم العلاقة بين الطبيب والمريض على الثقة المتبادلة بينهما⁵، ومن ثم فالمريض - وهو ما يهمنا في هذا الإطار - يملك حق الاختيار بقبول التدخل الطبي أو رفضه، بعد أن يكون على بصيرة

¹ - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 19، زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 256.
² - Art. 16/3 du C.Civ..Fr qui dispose: « ...le consentement du l'intéressé doit etre recueilli préalablement... » Art. L.1111-4 al. 03 du C.S.P.Fr qui dispose: « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut etre pratiqué sans le consentement ...de la personne malade ... » Art. 36/1 du C.D.M.Fr: «...le consentement de la personne =examinée ou soignée doit etre recherché dans tous les cas. » V. dans ce point : A. Marie Duguet, la faute médicale à l'hospital , op. cit, p 95.

والتي يقابلها في ذلك المادة 154 من ق.ح.ص.ت.ج التي تنص على أنه: " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخول لهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك." وكذا المادة 44 من م.أ.ط.ج التي جاء فيها: " يخضع كل عمل طبي،...لموافقة المريض..."

³ - محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 256، 257، أسامة رمضان الغمري، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، السنة 2009، ص 32.

⁴ - محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي، المرجع السابق، ص 27.

⁵ - M. Amine Benabdallah, le principe du consentement du patient à l'acte médical, article présenté au colloque international « le principe du consentement en matière

ودراية¹. وترتبط على ذلك يمنع على الطبيب إطلاقاً أن يفرض على المريض علاجاً معيناً دون موافقته أو يحل محله في اتخاذ القرار الطبي، وإلا تقررت مسؤوليته على ذلك². كما أنه لا يستطيع أن ينفذ أي عمل طبي بالقوة في حالة رفضه تدخله حتى وإن كان من أجل مصلحته.

ولعل معظم التشريعات الوضعية قد أدركت هذه المسألة، فقامت بتكريس حرية رضاء المريض كمبدأً جوهري تقوم عليه العلاقة الطبية أياً كانت طبيعة التدخلات الطبية سواء علاجية أو غير علاجية، في العديد من نصوصها القانونية المتعلقة بالصحة³.

هذا وإذا كان للمريض حق حرية قبول العمل الطبي الذي يباشر على جسده، فإن له أيضاً حق حرية العدول عن رضائه بهذا التدخل في أي لحظة⁴، بتقرير وقف العلاج أو رفض تلقيه.

=d'activités de soins et de recherches», organisé par l'Unité de recherche en droit administratif de Sousse, l'association Tunisienne en droit de santé et l'Unité de recherche en médecine légale de l'hôpital Farhat Hached à Sousse, les 11 et 12 Mars 2011, REMALD, n° 97- 97, mars-juin 2011, p 09.

¹ - أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، السنة 1999، ص 133.

V. J. Philipe, la charte du patient hospitalize, Berger – Levrault, France, 1996, p 73.

² - D. Truchet, la décision médicale et le droit, AJDA, 1995, p 611.

³ - Art. L.1111-4 al 03 du C.S.P.Fr « aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne malade... » Aussi Art. L. 1111-1 et 1122-2 du C.S.P.Fr. dans les recherches biomédicales, Art L. 1211-2 et L. 1232-6, L. 1232-1 du C.S.P.Fr. dans le Don et utilisations des éléments et produits du corps humain et Art L. 1221-3, al. 1 du C.S.P.Fr. dans le don de sang....ect أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد قضت 44 من م.أ.ط.ج على أنه: "يخضع كل عمل طبي،...لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة... بالإضافة إلى ذلك فقد قام ق.ح.ص.ت.ج بالتأكيد على هذه الحرية في التدخلات الجراحية الحديثة كعمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية في الفقرة الثانية من المادة 162 وكذلك بالنسبة للتجارب الطبية في المادة 2/168 و3 من ق.ح.ص.ت.ج التي نصت على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب..."

⁴ - Art. L.1111-4 al 03 du C.S.P.Fr: « ...et ce consentement peut être retiré à tout moment. » Art 671-3 dernier al. du C.S.P.Fr (L. n° 94-654 du 29/07/1994, précité) dispose que : « Ce consentement est révoquant sans forme et à tout moment ... » Art 665-11 du C.S.P.Fr (même L.), dispose que: « Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur, ce consentement est révoquant à tout moment. » A. Sérieux, E. Putman, op.cit, p 131,132, Art 1121-1 al. 6 : « ... ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait. »

وكذا ق.ح.ص.ت.ج. في الفقرة الأخيرة من المادة 162 من ق.ح.ص.ت.ج التي تجيز للمتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة. وأيضاً أجازت الفقرة 2 من المادة 2/168 حرية العدول عن الرضاء بالخضوع للتجارب الطبية.

مما تباينت إلى حد كبير معه آراء الفقه حول ضرورة مراعاة حق المريض في رفض العلاج المقترح من قبل الطبيب¹.

بيد أن القانون لا يحل أياً من مهني الصحة من العناية بالمريض، بل إنهم يلتزمون بالمقابل بمحاولة إقناع المريض بكل الطرق الممكنة آخذين بعين الاعتبار ضعف حالته النفسية والجسدية، التي من شأنها التأثير على اتخاذ قراراته بكل موضوعية². كما لا يجوز إرغامه على العلاج إذا عبّر عن رفضه للعلاج³.

كما يتطلب مبدأ حرية رضاء المريض استبعاد كل الضغوط أياً كان نوعها، التي من شأنها التأثير على حريته في اتخاذ قراره. ففي كثير من الأحيان قد يقع ضحية استغلال الطبيب، فيما يقترحه من أتعاب لمباشرة العلاج، مما يكون في حالة نفسية تحول دون مناقشة أو معارضته. بل أن الطبيب في بعض الأحيان قد يقوم ببعث الرهبة والخوف في نفس المريض بإيهامه بخطورة الحالة، لإرغامه على قبول التدخل الطبي المزمع إجراؤه⁴.

ولعل الموافقة الطبية الثابتة في كل تدخل على جسم المريض، قد ترد عليها بعض الحدود تقيد منها، فكيف ذلك؟ وهو ما سنجيب عليه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: حدود الموافقة الطبية بين الإعفاء والتشديد

من المعلوم أن المبدأ الأساسي الذي يحكم العلاقات الطبية يمنع الطبيب من مباشرة العلاج قبل حصوله على موافقة حرة متبصرة، كون المساس بسلامته البدنية دون رضائه المسبق خطأ يرتب المسؤولية الطبية⁵.

¹ - لعرض آراء الفقه في هذا الصدد ومناقشتها يمكن الرجوع إلى: علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 100، 108، علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 205، 210.

² - E. Hirsh, Face au refus de soin, une exigence de démocratie, op. cit, p 835.

³ - Art L .1111-7 du C.S.P.Fr (L.303-2002 du 04/03/2002 précité) dispose que : « le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informé des conséquences de ses choix....aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans consentement libre et éclairé la personne ... » F. vialla, La métamorphose annoncé du système de santé, rev. médical de l'assurance Maladie, vol 33 n° 3, juillet- Septembre 2002, p 237.

وقد أغفل هذه المسألة التشريع الجزائري في المادة 49 من م.أ.ط.ج.

⁴ - قريب من نفس المعنى: بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 72، ثامر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 54.

⁵ - فتحة زعنون مصابحي، المرجع السابق، ص 162.

غير أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه، بل قد تحدث ظروف استثنائية تحول دون تطبيقه بالإعفاء (البند الأول)، وفي بعض الأحيان تتطلب عملية الحصول على الرضاء التشديد في اشتراطه من خلال إفراغه في شكل معين (البند الثاني).

البند الأول: حالات عدم اشتراط الحصول على رضا المريض

يرد على مبدأ خصوصية الموافقة الطبية بعض الاستثناءات تسقط هذا الحق¹، ومن ثم فإن الطبيب يتحلل من التزامه بالحصول على رضا المريض، إذا تواجد في ظروف لا تحمل التأخير (فقرة أولى). كما تستثنى أيضا بعض الأعمال من هذا الالتزام كونها تضمن الحفاظ على النظام العام، فتتم هذه التدخلات دون الاعتداد برضا المريض (فقرة ثانية).

فقرة أولى: حالة الاستعجال والضرورة

من دون شك أن الطبيب يضطر في بعض الحالات إلى العمل تحت ظرف الاستعجال الذي يعتبر حالة لا تحمل التأخير، مما يجعله يتدخل من تلقاء نفسه دون الحاجة لانتظار الحصول على موافقة المريض وهو ما يعرف بحالة الاستعجال والضرورة².

ولا عبء بوجه عام بمصدر أو سبب الخطر الذي يهدد المريض، إذ يسقط حق الموافقة الطبية الثابت للمريض على العموم، كلما وجد الطبيب نفسه أمام حالة على درجة عالية من الخطورة، تقتضي منه التدخل على وجه السرعة لإنقاذ المريض من الخطر المحدق بدون أي انتظار³. إذ يسري هذا الحكم سواء كان المريض بالغاً يتمتع بالقدرة الكافية على الإدراك والاختيار أو صغير السن ومن في حكمه⁴.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 39.

² - محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 189. ويقصد بحالة الضرورة هي الحالة التي لا يستطيع فيها الشخص "أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شراً محققاً به أو بغيره إلا بارتكابه جريمة بحق أشخاص آخرين أبرياء". عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 279، كما تعرف أيضاً بأنها: "تلك الحالة التي يجد فيها الشخص نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع به أو بغيره، فيضطر إلى ارتكاب جريمة لوقاية نفسه أو غيره من هذا الخطر." ومن ثم تمثل حالة الضرورة نموذجاً جديداً للتنازع بين المصالح المتناقضة، إحداهما أجدر بالرعاية من الأخرى، شعلان سليمان محمد السيد حمده، المرجع السابق، ص 275، عبد الفتاح حجازي، المرجع السابق، ص 27.

³ - نائر جمعة شهاب العاني، المرجع السابق، ص 51، محمد الكشور، محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 130.

⁴ - N. Loubry, Soins aux mineurs: L'accord d'un seul parent suffit, in: le conf. méd., T. 132, N°8, du 26 au 29 avr. 2010, p 343.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن حالة الاستعجال تقوم على العنصر الزمني، لا يحتمل التأخير لحين الحصول على الموافقة سواء باستعادة المريض لوعيه أو الاتصال بمن ينوب عنه في التعبير عن إرادته¹. علاوة على ذلك لا بد أن يكون التدخل الطبي ضرورياً، بمعنى أن يكون الوسيلة الوحيدة المتاحة لإنقاذ حياة المريض مقابل تضحية أو خطر محتمل أقل خطورة قد يتعرض له المريض²، لكون حياته أولى بالرعاية. ومن ثم فإن هذه الحالة لا تكفي لتبرير التدخلات الطبية غير العلاجية.

كما قد يتحقق الشرط الثاني لحالة الاستعجال، سواء بفقدان المريض للوعي. حيث يجوز للطبيب في حالة الاستعجال الاستغناء عن إرادة المريض لمباشرة التدخل الطبي، إذا كان عاجزاً على التعبير عن إرادته في قبول أو رفض العلاج³. أو بعدم وجود المخولين قانوناً بالرجوع إليهم بعد أن يسعى إلى الاتصال بهم للحصول على رضاهم متى كان ذلك ممكناً، وبالتالي يعفى الطبيب من المسؤولية باستحالة المعرفة بهم أو الكشف عن هويتهم⁴.

والواقع أن طبيعة الإجراء الذي يلجأ إليه الطبيب ومدى ضرورته، يتحدد بالنظر إلى حالة المريض. لذلك عد هذا التدخل من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير القاضي وهي في ذات الوقت مسائل فنية يمكن الاستعانة بشأئها بأهل الخبرة⁵، حتى يكون حكم القاضي سليماً من الوجهة الفنية والقانونية.

والجدير بالذكر أن أساس سقوط حق موافقة المريض عند التدخل الطبي الواقع على جسم المريض في هذه الحالة يستند إلى اعتبارات قانونية من جهة، حيث نجد لها مكان في نصوص القانون الطبي⁶. ومن جهة أخرى هناك مبررات اجتماعية وأخلاقية يقوم عليها هذا التدخل، حيث تدور

¹ - D. Berthiau, op. cit, 168.

² - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 18، عز الدين قمرأوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، ص 195.

A. Ellrodt, urgences médicales, 2^{ème} éd., ESTEM, Paris France, 1998, p 598, 599.

³ - هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 88، محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 27.

V. aussi: G. mémeteau et L. Mélenec, le contrat médical - la responsabilité civile du médecin, T. 2 de série "traité de droit médical", Louis Mélenec maloine S.A éd., Paris, 1982, p 40.

⁴ - محمد سليم شهيد، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية، المرجع السابق، ص 48، 49.

⁵ - فتيحة زعنون مصابحي، المرجع السابق، ص 166.

⁶ - Art. 16-3 al. 2 du C.C.Fr. qui dispose: « le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.» Art. 36-3 du C.D.M.Fr. qui dispose: « ...si le malade est hors d'état d'exprimer sa volonté, le médecin ne peut

مجمّلها حول إنسانية مهنة الطب بالدرجة الأولى. وذلك بالحرص دائما على تحقيق مصلحة المريض، من خلال تقديم أقصى العناية والرعاية له¹.

غير أن القيام ببعض التدخلات اللازمة للأفراد يستوجب الاستغناء عن حق الموافقة الطبية.

فقرة ثانية: حالة التدخلات الإجبارية

قد تفرض الدولة إجراءات وقائية في إطار الاهتمام بالصحة العامة لمواطنيها وحقهم في الرعاية الصحية²، ومن ثم يُكَلّف الطبيب بالقيام بأعمال تنفيذًا لأوامر السلطات المختصة، تجاه جميع المواطنين في حالة انتشار الأوبئة والأمراض المعدية والفتاكة³. ففي هذه الحالة يكون هذا الأخير بصدد أداء واجب وليس بصدد استعمال حق التطبيب، مما يسقط حق المريض في الموافقة عند كل تدخل طبي ليس بناء على الإباحة في استعمال الحق، وإنما استنادا إلى استعمال السلطة⁴.

=intervenir sans que ses proches aient prévenus et informés, sauf urgence ou impossibilité. » Art 42 du C.D.M.Fr dispose que : « ..En cas d'urgence, même si ceux-ci ne peuvent être joints, le médecin doit donner les soins nécessaires.» Art. L.1111-4 du C.S.P.Fr : « Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. » J-M. Clément, Droits des Malades et Bioéthique, op.cit., p 65

وفي نفس الاتجاه سار التشريع الجزائري حيث نصت على ذلك صراحة المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت.ج، والتي جاء فيها: "... 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 على رضاهم الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب". وكذلك المادة 09 من م.أ.ط.ج التي تشير إلى أنه: "يجب على الطبيب إسعاف المريض الذي يواجه خطرا وشيكا وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري." دون ننسى المادة 2/52 التي تقضي بأنه: "... ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال... أن يقدم العلاج الضروري للمريض..." وكذلك الحال بالنسبة للتشريع اللبناني بمقتضى المادة 6 من القانون المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة، سامي بديع منصور، القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 186، ومن جهة ثانية ورد النص على هذا الاستثناء في التشريع المغربي المتعلق بمهنة الطب في مادته 25، أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص 167.

¹ - السيد يعقوب قوادر، رضاه المريض بالعلاج وأثره على مسؤولية الطبيب، مجلة القضاء والتشريع، تونس، السنة 1997، ص 48.

² - J- M. de Forge, op. cit, p 94.

³ - محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 262، إذ تتكفل بذلك الدولة لوحدها بالوقاية من الأمراض الوبائية والمعدية ومكافحتها. وذلك ما أكدته في المادة 66 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016. كما نظم هذه المسألة في ق.ح.ص.ت.ج في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت عنوان "الوقاية من الأمراض المعدية ومكافحتها" و ذلك في المواد من 52 إلى 60.

⁴ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 26. وقد أكد على ذلك المشرع الجزائري في المادة 3/154 من ق.ح.ص.ت.ج بقولها: "... لا تطبق أحكام هذه المادة في الحالات التي تستوجب بمقتضى القانون، تقديم العلاج الطبي لحماية السكان."

والجدير بالذكر أن التدخلات الوقائية والعلاجية لا تتخذ نوعا واحدا فقد تكون في صورة تطعيم إجباري، باعتباره من التدابير الضرورية المطبقة على كافة السكان في حالة الخوف من تفشي بعض الأمراض المعدية، وذلك بقصد الحفاظ على الصحة العمومية¹. وفي بعض الأحيان قد تفرض مجموعة من الاحتياطات في الحدود الوطنية، والتي تستهدف تجنب انتقال الأوبئة المعدية إلى الوطن². كما يعتبر من قبيل ذلك أيضا الفحص الطبي قبل الزواج، حيث يلتزم إجباريا المقبولون على الزواج بإجراء تحاليل طبية لإثبات خلوهم من الأمراض المعدية³. ولعل الهدف المتوخى من هذا الإجراء وقائي في الأصل، من خلال الحد من الأمراض الوراثية أو اكتشاف إصابة أحدهم بالمرض والبدء في العلاج مبكرا قبل تفاقمه⁴.

بالإضافة إلى ذلك فقد أعطى القانون للطبيب حق فرض إرادته على المريض، كما هو الحال بالنسبة للفحص العسكري⁵. فضلا عن ذلك يمكن للقاضي أن يأمر بإجراء فحص طبي لبعض المتقاضين بهدف الإثبات المدني أو الجنائي⁶. ودون أن ننسى الإشارة إلى أن رعاية المصلحة العامة للمجتمع تستوجب أيضا القيام بالعلاج إجباريا لبعض المرضى حسب طبيعة الحالة⁷. غير أنه قد تشدد بعض التدخلات الطبية في الحصول على موافقة المريض، فكيف يكون ذلك؟

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 331، وهو ما نصت عليه المادة 55 من ق.ح.ص.ت.ج، التي جاء فيها: "يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية...".

² - هو ما قضت به المادة 56 من ق.ح.ص.ت.ج. إذ تمارس هذه الوقاية الصحية تحت سلطة الوزير المكلف بالصحة عن طريق وضع مراكز صحية مقامة في الموانئ والمطارات... الخ. وفقا للمادة 2/57 من نفس القانون. ق.ح.ص.ت. كما ينطبق نفس الحكم قبل المواطنين الجزائريين المتوجهون إلى بلد يخضع للنظام الصحي الدولي بتلقي عادة التلقيح لتجنب نقلها إلى الوطن وهو ما تشير إليه المادة 59.

³ - وقد استحدثه المشرع الجزائري في المادة 7 مكرر من ق.أ.ج وجعله إجراء ضروري لكل مقبل على الزواج.

⁴ - حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2007، ص 19، 20.

⁵ - طلال عجاج، المرجع السابق، ص 132، شريف أحمد الطباخ، المرجع السابق، ص 46.

⁶ - فيمكنه في دعاوى إنكار النسب أن يأمر بأخذ عينة من الدم لمعرفة البصمة الوراثية حتى وإن رفض الزوج إجراء هذا الفحص وهو ما يستفاد من نص المادة 40 من ق.أ.ج والتي أجازت للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية.

⁷ - سواء من خلال فرض العزل الصحي على الشخص المصاب بمرض معدي أو المشكوك إصابته وذلك بمقتضى أحكام نص المادة 54 من ق.ح.ص.ت.ج وكذا الفقرة الثانية من المادة 60 من نفس القانون. أو بالاستشفاء الإجباري للمريض عقليا، حينما يشكل خطرا على الغير بدون طلب من هؤلاء حسين طاهري، المرجع السابق، ص 25، وقد ورد في المواد من 123 إلى 125 من ق.ح.ص.ت.ج.

البند الثاني: حالة تشديد الحصول على رضاء المريض

من دون شك أنه لا يشترط أي شكل خاص لرضا المريض، مثلما لا يشترط أي شكل خاص لقيام العلاقة الطبية، بل يكفي طبقاً لمبدأ الرضائية¹ توافق إرادتي الطرفين. غير أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه فقد يستلزم إفراغ رضاء المريض في شكل كتابي موقفاً عليه منه².

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن الهدف المتوخى من تشديد حق الموافقة الطبية، يظهر أساساً في حماية المريض بالدرجة الأولى من المخاطر الجسيمة لهذه التطبيقات الحديثة لخصوصيتها³.

ومن جهة أخرى يعد من الضمانات الجوهرية التي تحدّ من التجاوزات الممكنة عن التفسير السيئ لرضاء المريض، والتي قد تؤدي إلى انحرافها عن الهدف التي أويحت من أجله⁴.

بل وأكثر من ذلك، فالشكالية في رأي الباحث تتضمن عنصر الإعلام الذي يحصل عليه المريض من قبل الطبيب المعالج، خاصة ما تعلق منه بطبيعة هذه الممارسات الطبية والمخاطر المترتبة عنها سواء منها المستقبلية. مما يجعل هذا الأخير في مأمن من المتابعات اللاحقة عن تنفيذ حق إعلام المريض، مع انعدام كل قيمة له في مجال الإعفاء من المسؤولية في حالة عدم نجاحها.

ولعل أهم هذه التطبيقات التي يظهر فيها عنصر التشديد في حق الموافقة الطبية، تكمن أساساً في عمليات نقل وزراعة الأعضاء والأنسجة البشرية⁵. حيث فرضت معظم التشريعات الوضعية الشكالية في مجال الرضاء، سواء بالنسبة للمتبرع أو المتلقي للعضو المراد زرعه⁶.

¹ - D. Truchet, la décision médicale et le droit, op. cit, p 613.

² - محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 14، ويقصد بالشكالية: "كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات، المواعيد والإجراءات." علي فيلاي، الالتزامات - نظرية العامة للعقد، د.ذ.ع.ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، السنة 1997، ص 233.

³ - سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، د.ذ.ع.ط، المكتبة الوطنية، عمان الأردن، السنة 2004، ص 172، 173، غانم يونس العبيدي زينة، إرادة المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 239.

⁴ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 182.

⁵ - أحمد عمري، حماية الجسم في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة، المرجع السابق، ص 204، 205.

⁶ - غير أن ما يلاحظ في هذا الصدد أن هذه التشريعات اختلفت بشأن طريقة الكتابة، فمنها من اعتمدها لوحدها لتشديد الموافقة ومن بين هذه التشريعات التشريع الأردني حيث أوجب في المادة الثانية الفقرة الثانية من القانون الأردني رقم 23 لسنة 1977 بشأن انتفاع بأعضاء جسم الإنسان المعدل بالقانون رقم 17 لسنة 1980، فضلاً عن ذلك فقد اشترط القانون اللبناني الموافقة الكتابية لعمليات نقل الأعضاء، إذ تنص على ذلك المادة الأولى في الفقرة الثانية من المرسوم اللبناني رقم 109 الصادر بتاريخ 16/09/1983 الخاص بأخذ الأنسجة والأعضاء البشرية لحاجات طبية وعلمية وأيضاً نجد أن القانون المصري رقم 5 لسنة 2010 بشأن تنظيم زرع الأعضاء البشرية قد اشترط ذلك في مادته الخامسة، ومنها من ذهب إلى اشتراط شهادة شخص أو أكثر إلى جانب الموافقة الكتابية للمتبرع، إذ يشكّل هذا

وكذلك الأمر بالنسبة لرضا الأشخاص الذين يخضعون لإجراء الأبحاث البيوطبية، الذي وجب إفراغه في سند كتابي يتضمن تلخيصا للبيانات الهامة في شأن التجربة لإعطاء الشخص الخاضع للتجربة وقتا للتفكير والتدبر قبل قبول إجراءها. وفي حالة تعذر ذلك يكون الإقرار بالموافقة بشهادة طرف ثالث، على أن يكون هذا الأخير مستقل تماماً عن الطبيب الباحث أو متعهد الأبحاث¹. وذلك بهدف ضمان الحد الأدنى اللازم لحماية الشخص الخاضع للتجربة²، لأن المخاطر التي يمكن أن يترتب على مثل هذه التجارب تتضمن قدرا من الخطورة، فلا أقل من أن يأتي رضا الخاضع للتجربة في شكل ثابت، بل أن البعض من أنصار هذا الرأي يضيف أن استلزام أن يكون الرضا مكتوباً يعد شرطاً لصلاحيته ذاته³.

ومن ثم فقد حرصت التشريعات الوضعية سواء منها الدولية⁴ أو الداخلية⁵ على عنصر التشديد في هذا النوع من التدخلات الطبية. إذ يستوي هذا الحكم مهما كان نوع هذه التجارب سواء منها العلاجية أو العلمية.

=الإجراء شرطاً أساسياً يترتب على تحلّفه امتناع الطبيب عن إجراء عملية الاقتطاع، كما هو الحال بالنسبة للقانون الفيدرالي للولايات المتحدة الأمريكية، والذي اشترط أن يكون التبرع بوثيقة مكتوبة وبحضور شاهدين. ويضاف إلى ذلك لجأت بعض التشريعات العربية أيضاً إلى تبني هذا الاتجاه، إذ نجد ذلك في المادة الثانية من القانون الكويتي رقم 55 الصادر في 1987، وعلى نفس الاتجاه سار التشريع الجزائري بمقتضى الفقرة 02 من المادة 162 و الفقرة 01 من المادة 166 من ق.ح.ص.ت.ج. ومن جهة أخرى فإننا نجد أن البعض الآخر من التشريعات يوفر المزيد من الحماية حيث اشترط صدور الموافقة على التبرع أمام جهة رسمية هي القضاء، كالتشريع الفرنسي وذلك بموجب المادة 671-3 في فقرتها الثالثة من ق.ص.ع.ف.

Art L.671-3/3 du C.S.P.Fr (L. n° 94-654 du 29/07/1994 précité), A. Sériaux, E. Putman, op.cit, p 121.

¹ - مفتاح مصباح بشير الغزالي، المرجع السابق، ص 223، ميرفت منصور حسن، المرجع السابق، ص 169، 170.

² - محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص 217، 218.

³ - محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص 74، خالد النوي، المرجع السابق، ص 117.

⁴ - والمتمثلة أساساً في إعلان هلنسكي بموجب المادة 3 من الجزء الثاني التي نصت على أن رضا الشخص الخاضع للتجربة يجب أن يكون مكتوباً، كما أنّ إعلان طوكيو الصادر في سنة 1975 أكد في المادة 09 على ضرورة الحصول على الرضا الحر المستنير للشخص الخاضع للتجربة، ويفضل أن يكون هذا الرضا مكتوباً. وفي نفس السياق نصت المادة 5 من الاتفاقية حقوق الإنسان والطب البيولوجي المنعقد في ستراسبورغ في شهر جانفي 1997، على ضرورة أن تكون موافقة الشخص الخاضع للتجربة موافقة محددو وواضحة ومحركة كتابياً، ذكر من طرف: خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية - الالتزام بالبصير - الضوابط القانونية، المرجع السابق، ص 90، العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، المرجع السابق، ص 109، 110.

⁵ - Art. L.1231-1 du C.S.P.Fr dispose que : « Aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, ...Le consentement est donné par écrit.. »

بالإضافة إلى ذلك تتطلب عمليات التلقيح الاصطناعي الموافقة الكتابية للمشاركين لها وهما الزوج والزوجة¹، لما تثيره طبيعة الإنجاب من الحساسية. الأمر الذي أضفى حالة التشديد على الرضاء بين الزوجين، تجنبا لأي نزاع قد يحدث بامتناع أحد الزوجين عن القيام بالإخصاب². كما يحمل جانب من الفقه مسؤولية الطبيب، إذا ما أجرى تلقيحا صناعيا على الزوجة من دون قبول زوجها³. وهناك من يضيف عمليات التجميل في قائمة الأعمال الطبية التي تتطلب الكتابة، مع إرفاق التقرير المفصل الذي أصبح إجباريا⁴، وذلك لخصوصية ميدان الجراحة التجميلية وحساسيته. وبالتالي تبرز في هذا النوع من التدخلات أهمية الرضاء، حيث يجب على الجراح التجميلي أن يحتاط عند الحصول على رضا زبونه وإقراره كتابة عن تحمله المخاطر التي تم تبصيره بها من قبل هذا الأخير⁵. وفي اعتقاد الباحث أن موافقة الزبون الحرة والمستنيرة تتحقق بمجرد الإمضاء على التقرير المفصل الإجباري، غير أن ذلك لا يعني مسؤولية الطبيب بصفة مطلقة، حتى لو رضي المريض بما وقع عليه من ضرر.

= كما اشترطت المادة 06 في فقرتها الثالثة من قانون الموافقة المستنيرة اللبناني الموافقة الخطية في حالة المشاركة الأبحاث السريرية. غير أن التشريع الجزائري لم يتضمن صراحة نصوص أخرى لتبيان شكلية الموافقة (بأن تكون محررة كتابيا و بإرادة حرة) كما فعلت باقي التشريعات، بل أخذ بمبدأ الموافقة الحرة والمتبصرة على قبول التجربة بموجب نص المادة 2/168 من ق.ح.ص.ت.ج التي جاء فيها: "يخضع التجريب للموافقة الحرة والمستنيرة للشخص موضوع التجريب أو من عدمه، لمثله الشرعي...". إذ يلاحظ أن هذه المادة يتيمة وفقيرة من حيث معناها القانوني، لعدم تبيانها كليات الحصول على هذه الموافقة. لذلك يجب أن ينص المشرع صراحة على أن تكون موافقة الشخص محررة كتابيا.¹ - أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 66.

² - Art. L.2141-2 al. 3 du C.S.P.Fr, V. dans ce point : D. Berthiau, op. cit, p 196.

وقد سار على نفس النهج التشريع اللبناني بموجب المادة 30 فقرة 08 من قانون الآداب الطبية الصادر في 1994/02/22، حيث نص على أنه لا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أو الحمل بواسطة تقنيات الخصوبة المساعدة إلا بين الزوجين وبموافقتهم الخطية، مشار إليه من طرف: علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 54، 55. ونفس الأمر نجده في التشريع اللبناني في المادة 06 في فقرتها الثالثة، فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص 497. على خلاف التشريع الجزائري الذي لم يتم تنظيمها بشكل واسع فقد تناول فقط التلقيح الاصطناعي كتقنية حديثة للإنجاب، وذلك بموجب التعديل الجديد الصادر بتاريخ 2005/02/27 ل.ق.أ.ج، غير أن الواقع يشهد على تبنى المستشفيات المعتمدة للقيام هذه العمليات إجراءات شكلية بإعداد وثيقة خاصة يوقعها كلا من الزوجين كدليل على موافقتهم على هذه العملية.

³ - زبيدة إقورفة، المرجع السابق، ص 188، 189.

⁴ - هناك من الدول التي تستعمل نماذج تدون عليها كل المعلومات، فما على الشخص إلا الإمضاء بعد قراءة النموذج، مثل: ألمانيا، الو.م.أ، كندا، بلجيكا وفرنسا التي نظمت الشروط التقنية والطبية لإجراء الجراحة التجميلية.

⁵ - J. Hureau, D. Poitout, op.cit, p 177.

ودون أن ننسى أن بعض التشريعات الوضعية قد شددت على الموافقة الطبية باحترام إجراءات شكلية عند إجراء عمليات الإجهاض الإرادي (IVG)¹، وذلك نظرا لانتفاء الضرورة العلاجية في هذا النوع من التدخلات الطبية².

والجدير بالذكر أن حماية المريض أصبحت تتعدى مبدأ احترام إرادته وحرية في اتخاذ القرار، لتقوم على مبدأ الائتمان على حياته الخاصة. وهو ما سيتم إيضاحه في الفصل الموالي.

الفصل الثاني: الحياة الخاصة للمريض بين الالتزام والحرمة

مما لا شك أن كل شخص يسعى دوما إلى المحافظة على مكونات نفسه وما يقوم به من سلوك أو تصرف يعبر عنه وهو ما يعرف بحق الخصوصية³. إذ يعد إحدى الحقوق الطبيعية اللصيقة بالشخصية الآدمية⁴، التي لا تثبت إلا بوجود الإنسان.

¹ -Art. L.1122-3 du C.S.P.Fr, André Lucas, op. cit, p 167.

² - A. Guesmi, op. cit, p 291,

³ - يرجع أصل الخصوصية في اللغة العربية إلى الفعل: خص، فيقال خص فلان بالشيء بمعنى فضله وأفرده، وخاصة الشيء ما يختص به دون غيره أي ينفرد به، ومنه قوله تعالى: "الله يختص برحمته من يشاء." سورة البقرة، الآية 105. والخصوص نقيض العموم، وتعني لفظة الخصوصية حالة العزلة والانسحاب من صحبة الآخرين، كما تستخدم لمعان قد تعبر بشكل أو بآخر عن مظاهر معنى هذه الكلمة وإن لم يكن مرادفا لها لتدل على الطمأنينة والوحدة والانسحاب من الحياة العامة والتجرد. فهذه المصطلحات المترادفة تتفق بدورها مع المتطلبات اللازمة لتوافر حالة الخصوصية عند تطبيقها على أنفسنا أو على الآخرين، أما اصطلاحا فهناك صعوبة في تحديد مقصوده فمنهم من عرف الحق في الخصوصية بأنه: "ذلك الجانب المادي والمعنوي للإنسان الذي ينطوي على السرية وما تحمله من معان وألفاظ تختلف باختلاف الأفراد وباختلاف الزمان والمكان." مشار إليه طرف: الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، ط. 03، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 2004، ص 157. أما البعض الآخر فقد ضيق من نطاقه هذا الحق في أمور ثلاثة هي السرية، السكينة والألفة. فحق الشخص في السرية يمتد ليشمل كل ما يتصل بخصائصه الجسمانية والأخلاقية ونشاطاته التي يرغب في حجبها عن الناس. والسكينة تعني أن يعزل الفرد لفترة عن المجتمع لينعم بحياته، كما يربط جانب من الفقه بين الحياة الخاصة وفكرة السكينة فالمرء محتاج إلى أن يسكن إلى نفسه فيعيش في عالم خصوصياته ويخلو بذاته بعيدا عن أي تأثير يقع عليه، عماد حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 137. غير التعريف الراجح لهذا الحق كالاتي: "حق الفرد في حماية بعض مظاهر حياته الخاصة داخل مجتمعه، ومنها بالذات المحافظة على السرية بما يصون سمعة الشخص ويصوم معطيات الحياة التي يحرص على عدم تدخل الناس فيها." نصر الدين ماروك، الحق في الخصوصية، مجلة الصراط، ع. 07، السنة 04، جوان 2003، الجزائر، ص 104.

⁴ - عبد السلام المزروغي، النظرية العامة لعلم القانون، ك. 01، ج. 02، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2007، ص 289.

بل أكثر من ذلك فإن هذا الحق ينتقل إلى الورثة بالوفاة من حيث المبدأ، باعتبار أنه عنصر من عناصر التركة المعنوية للمتوفى¹. كما أن مضمونه يتغير عما كان عليه، ليصبح من ضرورات احترام المتوفين وذكراهم.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن حق الخصوصية يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة جوهرية للفرد وهي حرمة² وما يترتب عنها من الحفاظ على كرامته وأدميته، ومن ثم فإنه يتمتع بحرمة مقدسة³. إذ يشمل هذا الحق حرمة المسكن، عدم إفشاء الأسرار، سرية المراسلات، الحق في الصورة والحق في السرية⁴. كما يخرج عن هذا النطاق الأمور العلنية التي تتم بحضور الناس أو مشاركتهم في الحياة العامة للجماعة، والتي يمكن أن تكون محلاً للنشر والإعلان، لتعلق ذلك بحرية الفكر والنشر⁵.

ولعل أهمية الحق في الخصوصية ازداد في العصر الحديث أمام تقدم العلم وأساليبه التي تمكن من كشف أسرار الأشخاص وتتبع أخبارهم⁶، بل الأخطر من ذلك سهولة نشرها عن طريق آلات التصوير والتسجيل والرؤية البعيدة والأشعة التي تخترق الحواجز وأجهزة التنصت وغيرها. لهذا فقد حرصت قواعد القانون الدولي على اعتباره من أهم موضوعات حقوق الإنسان⁷.

¹ - وذلك بخلاف الاتجاه الآخر من الفقه الذي يرى أن حق الخصوصية ينتهي بوفاة صاحبه وينشأ حق شخصي للأقارب، ونادى به كل من الفقهاء الفرنسيين: نيرسون، فيرييه، كيزر، على اعتبار أن هذا الحق من الحقوق للصيقة بشخصية الإنسان، ومن ثم لا يقبل الانتقال إلى الورثة؛ فهم يعتقدون أن هذا الحق لا يحمي إلا الأحياء ولا يستفيد منه الأموات، وقد أكد على ذلك أيضاً القضاء الفرنسي في قرار صادر عن محكمة باريس بتاريخ 16/03/1965 مفاده: "أن تصوير طفل مريض وهو ملقى على سريره في المستشفى، لا يشكل مساساً بحق الطفل في الخصوصية فقط وإنما من شأنه أن يمس خصوصية الأم أيضاً. كما تعد الأسرة بوصفها أساس الحياة الاجتماعية عنصراً أساسياً من عناصر حياة الفرد، ومن ثم فإن العلاقات بين الفرد وأفراد أسرته تدخل في نطاق الحياة الخاصة عموماً،

D. Thouvenin, le secret médical et l'information du malade, Press. Universitaire de Lyon, France, 1982, p 09.

² - L. Lamarche, Pierre Bosset, les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne, Paris, France, 1996, p 110.

³ - R.. Lindon, une création pétorienne :les droits de la personnalité, Manuel Dall. De droit usuel, Paris France, 1974, p 05.

⁴ - علي صالح الدباس، علي عليان محمد أبو زيد، حقوق الإنسان وحرياته، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 2005، ص 102.

⁵ - P. Gourdon, l'exclusivité, éd. Alpha, France, 2009, p 64

⁶ - خالد مصطفى فهمي، المسؤولية المدنية للصحفي (دراسة مقارنة)، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 208.

⁷ - فقد كفل الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة في صورة توصية للجمعية العامة بتاريخ 10/12/1948، بمقتضى المادة 12 منه، التي نصت على ما يلي: " لا يجوز أن يتعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو شؤون سرته أو مسكنه أو مراسلاته

وتجاوبا لأهداف القانون في حماية أرواح الناس وحقوقهم ومصالحهم¹، سعت التشريعات الداخلية لمختلف الدول إلى اعتبار خصوصية الإنسان محصنة ومحلا للحماية القانونية ضد كل تهديد يخترقها أو يتدخل فيها يقع عليها من الآخرين²، من خلال وضع أسس ثابتة ومتمينة تمثل سياجا منيعا

=ولا الحملات تمس شرفه وسمعته، وكل شخص له حق في أن يحمي القانون من مل ذلك التدخل أو تلك الحملات. " كما كرست المادة 17 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والدولية لسنة 1966 هذا الحق، إذ جاء فيها: " لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني بخصوصيات أحد أو بعائلته أو ببيئته أو مراسلاته، كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني لشرفه وسمعته، لكل شخص الحق في حماية القانون له ضد مثل هذا التدخل أو التعرض. " مشار إليه من طرف: سعدي محمد الخطب، حقوق الإنسان وضماناتها الدستورية، دراسة مقارنة، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، السنة 2007، ص 47، أما على المستوى الإقليمي اعترفت العديد من الاتفاقيات الدولية ذات الصيغة الإقليمية بالحق في الخصوصية كالاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي وقعت في روما في: 04/11/1950 وقد نصت المادة 08 منها: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وحياته العائلية وكذا مسكنه ومراسلاته. " كذلك نذكر الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي تم عقدها عام 1969 ودخلت حيز التنفيذ عام 1978 نصت المادة 04 منها على أنه: " كل شخص له الحق أن تحترم حياته الخاصة، وهذا الحق مكفول للشخص من لحظة ميلاده، ولا يجوز الاعتداء على الحياة الخاصة للشخص مهما كان المبرر لذلك. " وهو نفسه تقريبا ما توجهت إليه المادة الرابعة من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بعدم جواز انتهاك حرمة الإنسان وحقه في احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية، وعدم جواز حرمانه من هذا الحق تعسفا. تفصيلا لذلك يمكن الرجوع إلى: غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحياته، د.ع.ط، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1997، ص 13.

V. M. Pendu, le fait religieux en droit privé, éd. Alpha, France, 2009, p 134

¹ - علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، ط. 01، دار الفكر الجامعي، مصر، السنة 2008، ص 87.

² - فقد عنيت مختلف الدساتير بالنص على حماية حقوق الإنسان عامة وحق الخصوصية خاصة واعتبارها من المبادئ الثابتة، ومنعت الاعتداء عليه. إذ يظهر التعديل الدستوري الجزائري الجديد الصادر بتاريخ 06/03/2016 اهتماما واسعا بهذا الحق وبصورة مباشرة نظرا لحساسيته، حيث أكدت المادة 46 صراحة على أنه لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه وبمجيمهما القانون. ولا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم، كما أن حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب على انتهاكه، دون أن ننسى حرصها على ضمان سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها. بالإضافة إلى ذلك فقد اعتبر الدستور المصري المساس بالخصوصية جريمة لا تسقط بالتقادم وهو يكفل في نصوصه الحماية الجنائية والمدنية لهذا الحق، حيث تنص المادة 45 من الدستور المصري على أنه: " الحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون. " و تضيف المادة 57 بأن: " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل تعويضا لمن وقع عليه الاعتداء. " وفي نفس الاتجاه سارت دساتير العديد من الدول الأجنبية، ففي فرنسا اكتسب حق الخصوصية وضعها دستوريا جزئيا بعد الاعتراف به كأحد المبادئ الأساسية للجمهور الفرنسي والنص عليه صراحة ضمن ق.م.ف بشكل عام، وفقا لما جاء في المادة 09 منه، وذلك بمقتضى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية السياسية. لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: نبيلة صديقي، حماية الحق في الخصوصية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الصادرة عن كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع. رقم 06، السنة 2008، ابن خلدون نشر وتوزيع، تلمسان الجزائر، ص 23، 24، ومن جهة أخرى فقد كفلت القوانين الداخلية حرمة الحياة الخاصة بطريقة غير مباشرة بموجب النصوص الواردة في ق.ع بتقرير عقوبات جزائية على انتهاك هذا الحق بمقتضى المواد التالية: 137، 301، 303، 303 مكرر و259. كما وضع ق.إ.ج.ع عدة ضمانات لعدم إساءة استخدام السلطة بانتهاك الحق في الخصوصية، فقرر ذلك

لعنصر السرية. ومناطق هذه الحماية هي تلك العلاقة الوطيدة التي تربط الحق في الخصوصية بكرامة الإنسان وشرفه¹.

دون ننسى أن نشير إلى أن الشريعة الإسلامية اهتمت أيضا بهذا الحق، قبل أن يظهر مصطلح حقوق الإنسان على المستوى العالمي المعروف بالحقوق اللصيقة بشخص الإنسان². وقد دل على ذلك العديد من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تحفظ للإنسان كرامته وتصون حرته وتمنع التجسس عليه أو اقتفاء أثره وتصون حرمة مسكنه³.

ومن المعلوم في هذا الصدد أن فكرة الخصوصية بهذا المعنى تقترب من مصطلح السر⁴ كأصل عام ولكنها لا ترادفه، فقد تتوافر الخصوصية بالرغم من عدم وجود السرية. وبناء على ذلك إذا كان

= في المواد 44، 45، 46، 47، 65 مكرر 5، 65 مكرر 6، 65 مكرر 7، 65 مكرر 8، 65 مكرر 9، 65 مكرر 10، بل أكثر من ذلك أقرت المادة 47 من ق.م.ج التي تنص على أن لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر.

¹ - والمقصود بكلمة شرف واعتبار الشخص، هو المركز والأمانة الاجتماعية التي ينعم بها الفرد في المجتمع، حيث تعتمد على ما يتصف به هذا الأخير من صفات موروثه أو مكتسبة، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط. 02، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، السنة 1990، ص 97.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 289، 290.

³ - إذ يقول الله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم، ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا يجب أحذكم أن يكلم لحم أخيه ميتا فكرهتموه، واتقوا الله إن الله تواب رحيم." الآية 12، سورة الحجرات. كذلك قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها، ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون ". سورة النور، الآية 27، كما جاء في السنة النبوية ما يؤكد على هذه الحرمة، إذ يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ستر عورة مؤمنا فكأنما استحيا مؤودة من قبرها." رواه أبو داود والنسائي. وقوله: "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تجسسوا ولا تجسسوا". رواه مسلم وأيضا: "من نظر إلى دار جاره فكأنما نظر إلى كوة من النار." رواه البخاري، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 36، 37.

⁴ - السر لغة: بكسر السين من الأسرار التي تكنم، والسر أيضا ما أسرت به السريرة من خير أو شر، محمد الدين بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط. 06، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، السنة 1998، باب الرأء فصل السين، ص 1276، أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج. 04، د.ذ.ع. ط. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، السنة 2003، ص 256، وقيل السر هو الإفضاء، المعجم الوسيط، ج. 01، كما يقصد بالسر: "ما يكتمه الإنسان في نفسه." ذكر من قبل: علي بن هادي، بلحسن البليش، الجيلالي بن الحاج يحيى، القاموس الجديد للطلاب، ط. 07، الجزائر، السنة 1991، ص 464، أما في اللغة الفرنسية فيرجع أصل كلمة (secret) إلى الكلمة اللاتينية (secretum) التي تعني الفصل أو التفريق، وفي معنى آخر هو كل ما ينبغي أن يبقى في طي الكتمان.

B. Hoerni, M. Benezech, le secret médical, Masson, Paris France, 1996, p 14.

وقد وردت كلمة السر في القرآن الكريم 32 مرة بصيغ مختلفة، وكذا في بعض الأحاديث النبوية الشريفة، فالناظر في تعريف السر عند علماء اللغة والآيات القرآنية والسنة النبوية التي تحدثت عن السر، يلاحظ أنها من ألفاظ الأضداد وتعني كتمان الشيء وعدم ظهوره. والسر غالبا هو ما لا يطلع عليه إلا اثنان. أما في اصطلاح الفقه فلم يرد تعريف محدد لمصطلح السر، إذ يرى جانب من الفقه العربي أن السر هو: "النبأ الذي يجب إخفاؤه حتى ولو لم يترتب على إفشاء أضرارا بالسمعة أو الكرامة، وكان غير مشين لمن يريد كتمانها، بل يكون مشرفا لمن يرغب

الاعتراف بالحق في الخصوصية يغطي نطاقا كبيرا من أمور الحياة الخاصة، إلا أنه لا يكفي لتغطية بعض صور الاعتداء على الحق في السرية¹.

ويبدو أن هذا الأخير يكتسي أهمية جوهرية في القانون الطبي، لارتباطه بأسرار المريض على إخفائها أو الاطلاع عليها من طرف الغير هذا من جهة، وبالتزام الممارسين في مجال الصحة، وخاصة الأطباء بالحفاظ على مصلحة هذا الأخير واحتراماً لمشاعره ولخصوصياته انطلاقاً من مبدأ الثقة القائمة بينهما من جهة أخرى.

غير أن حماية سرية المعالج قد تتعلق بوضعيات معينة مرتبطة بالنظام العام والصحة العامة أو بمصلحة أقارب المريض أو زوجه، مما يجعلها غير مطلقة تعفي الطبيب من تحمل أي مسؤولية في مواجهة المريض صاحب السر².

وعليه نظراً للأهمية البالغة للحق في سرية خصوصية المريض، فإنه يتطلب لدراسة هذا الموضوع تحديد الطبيعة القانونية للحياة الخاصة للمريض ومبرراتها (المبحث الأول)، لنعرج إلى إبراز حدود السياج القانوني لهذا الحق (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للحياة الخاصة للمريض ومبرراتها

لا ريب في أن طبيعة مهنة الطبيب، تتيح له التعرف على خصوصيات من يعالجهم وكذا الاطلاع على ما يتعلق بمحالتهم الصحية. كما أن الثقة التي تنشأ بينهما تدفعه إلى أن يفضي بأدق التفاصيل سواء تعلقت بالمريض نفسه أو كانت أسرار عائلية تتصل بسمعته. ومن هنا تنشأ الحياة الخاصة للمريض والتي تعرف بالسر الطبي، بوصفها تمثل جانبا من جوانب الحرية الشخصية³.

= في هذا الكتمان. " شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، ط. 01، دار النفائس، عمان الأردن، السنة 1997، ص 16، 18 وعزفه آخرين بأنه: "ما يتطلب الكتمان، وقد يلحق ضرراً أدبياً أو مادياً أو الاثنين معاً. " رؤوف عبید، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط. 08، دار الفكر العربي، الإسكندرية مصر، ص 204، وتفضل على هذه التعاريف ما جاء به محمود نجيب حسني: "السر واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم فيها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون لشخص أو أكثر في أن يظل علم بما محصوراً في ذلك النطاق." شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 107. في حين اعتبره الفقه الفرنسي بأنه: "كل ما يعهد به إلى ذي مهنة ويضر إفشاؤه بالسمعة والكرامة." أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، ط. 02، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1989، ص 04.

¹ - R. Lindon, op. cit, p 26, 27.

² - L. Dubouis, secret médical et liberté de la presse, RDSS, 2004, p 481.

³ - أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصري، سمك، القاهرة مصر، السنة 1999، ص 09.

إذ تعتبر السرية مبدأً جوهرياً ضمن نطاق قوانين الأخلاق الحيوية التي لا يمكن خرقها، إلا إذا وجدت الضرورة العلاجية أو بنص صريح من القانون¹. وهو في نفس الوقت رمز للقدسية والاحترام أكثر من سر الدفاع، على أساس أن حياة الإنسان هي أعلى ما يملكه. لذا يجب أن تحاط صحة الإنسان بسرية تامة. ومن ثم فالطبيب مؤتمن على أسرار المريض التي تبقى في طي الكتمان والمحافظة على مصلحته، حتى لا يحجم عن اللجوء إلى الأطباء، بسبب فقدان الثقة الموضوعية فيهم².

غير أنه رغم أهمية السر في المجال الطبي، لم يمنع من ظهور بعض المخاطر التي تهدد الحياة الخاصة للمريض، من خلال ما يتعرض له من اطلاع الغير على حقيقة وضعه الصحي، وكشف الطبيب عن أمور لا يعرفها أحد عنه، مما يرتب على إفشاء السر ضرراً بالغاً يصيب الأشخاص في سمعتهم وافتضاح أمورهم الخاصة أمام الغير والتشهير بهم³.

كما أن مسألة السر الطبي تتميز بنوع من التعقيد، لتغير مفهومها باختلاف الأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث⁴. ونظراً لما تثيره من الكثير من الصعوبات التي تدور في إطار مدى اعتباره حقاً عادياً أم أن له خصائص ذاتية تتعلق تارة بنطاقه وبالمبررات التي يقوم عليها تارة أخرى.

على هذا الأساس سنحاول خلال هذا المبحث إيضاح إشكالية حق المريض في حفظ أسراره (المطلب الأول) ثم نتناول مبدأ خصوصية هذا الحق في إطار العلاقة الطبية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون حق المريض في حفظ أسراره

إن الحالة الصحية لكل مريض من أدق الخصوصيات التي ينبغي أن تظل في طي الكتمان، وذلك لما يسببه الكشف عنها من آلام وأضرار يصعب الحد منها⁵. لهذا ظهر حق المريض في حفظ

¹ - R.Villey, Abrèges Déontologie médicale, Dall., France, 1982, p 41.

² - أحمد كمال سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة الحرة، د.ذ.ع.ط، دار الكتب العربية، القاهرة مصر، السنة 1988، ص 171.

³ - حسين يونس، حماية السر المهني الطبي، مجلة التواصل القضائي، الصادرة عن المكتب الجهوي للودادية الحسينية للقضاء، الدار البيضاء المغرب، ع. مزدوج 2، 3 ديسمبر 2013، فبراير 2014، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، ص 20.

V. aussi : A. Demichel, op. cit, p 130.

⁴ - فقد يكون أمر ما سر طبي في زمان ومكان دون الآخر، كما قد يكون سرا بالنسبة لأشخاص ولا يكون سرا بالنسبة للأشخاص آخرين، عبد السلام التزمايني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 2، السنة الخامسة، جوان 1981، ص 40.

⁵ - صباح عبد الرحيم، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع. 4، جانفي، السنة 2011، ص 175.

أسراره، والذي يعد من الحقوق الهامة التي يكتسبها بموجب العلاقة الطبية التي تنشأ بينه وبين الطبيب، بحيث يستمر هذا الحق حتى بعد وفاة المريض أيضا.

غير أنه رغم أهمية هذا الحق، إلا أنه يتسم بالصعوبة لعدم وضوح معالمه القانونية بشكل كافي. فقد أثيرت مناقشات عديدة حول تحديد المقصود بالسر الطبي سواء على المستوى الفقهي أو القضائي، الأمر الذي استلزم وضع شروط خاصة لتحقيق وصف السر الطبي.

ولعل الاختلاف حول تحديد مفهوم السر الطبي يكمن بوجه عام في وجود ضريين من المصالح: أولاها تشمل المصلحة الشخصية الخاصة بالمرضى تتجسد في ضرورة عدم إفشاء هذه الأسرار الصحية. وثانيها المصلحة الطبية أو المهنية وذلك بضرورة تنظيم التعامل مع هذه الأسرار، من خلال تحديد متى يدخل إفشاؤها في دائرة السلوك المباح، ومتى يدخل في دائرة السلوك المحظور¹.

ولأهمية هذا الموضوع سنحاول في البداية تحديد المقصود بالسر الطبي (الفرع الأول)، لنعرج بعد ذلك لدراسة المقومات والمتطلبات القانونية والفنية للسر الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم السر الطبي

من دون شك أن الأسرار تختلف من حيث طبيعتها، فهناك طائفة من الأسرار ذات طابع شخصي محض، كالأسرار المعهودة إلى الأطباء والمحامين، لتضمنها مصالح أدبية أو اجتماعية، بينما هناك طائفة أخرى تتضمن علاوة على الجانب الشخصي المحض جانبا ماليا كالسر المعهود إلى الصيرفي بحكم مهنته².

لذلك كان أمرا منطقيًا أن يستقل كتمان السر المعهود للطبيب بأحكام، تختلف عن تلك التي تحكم الأسرار غير المالية لتعلقها بالنظام العام. حيث لا يجوز إفشاؤه بصفة عامة سواء في مواجهة الأشخاص الخاصة أو السلطات العامة.

غير أنه رغم الأهمية البالغة للسر الطبي، إلا أن معظم القوانين الوضعية لم تورد تعريفا صريحا وواضحا للسر الطبي، كما أنها لم تحدد متى يكون الأمر سرا طبيا يتعين المحافظة عليه، ومتى تنتفي عنه

¹ - حفيظ نقادي، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس-، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 73.

² - حسين النوري، الكتمان المصرفي في أصوله وفلسفته، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة مصر، ع. 6، جويلية 1975، ص 02.

طابع السرية ويمكن إفشاؤه، بل حتى لو أرادت هذه التشريعات أن تحدده لما استطاعت ذلك، لما يثيره في الأصل مفهوم السر المهني من صعوبة وتعقيد¹.

وفي مثل هذه المواقف يكون على الفقه والقضاء واجب الاجتهاد، غير أنهما اختلفا في تحديد السر الطبي². لذلك سوف نقوم بإبراز مجمل التعاريف التي وردت عنه سواء في الفقه (البند الأول) أو ضمن الاجتهادات القضائية (البند الثاني)، على أن يبقى لنا أن نلقي الضوء على موقف التشريع من هذه المسألة (البند الثالث).

البند الأول: موقف الفقه من مفهوم السر الطبي

من دون شك أن السر الطبي يكتسي أهمية بالغة في حياة المريض، حيث يؤثر نشره بين غيره على نفسيته خصوصا إذا كان لديه حس مرهف أو وضعه الصحي، بل حتى سمعة عائلته. لهذا يرى الدكتور بورت (Port) أن السر يشكل حجر الزاوية ويجب أن يبقى كذلك، إذ ليس هناك طب دون أن تكون هناك ثقة بين المريض وبين من يعالجه. ومن ثمة فإن السر الطبي يعد بمثابة قاعدة من قواعد النظام العام تقوم عليه العلاقة بينهما³.

وفي الحقيقة اختلفت الآراء الفقهية حول معنى السر الطبي⁴، فمنهم من اعتبر أن كل ما يعرفه الطبيب أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته، وكان في إفشائه ضرر للشخص أو لعائلته، إما لطبيعة الوقائع أو الوظائف التي أحاطت بالموضوع يسمى سرا طبيا⁵. غير أنه يؤخذ على هذا الرأي أن السر لا يشترط فيه أن يعهد صاحب السر به إلى المؤمن عليه، ويعد سرا كل أمر بطبيعته أو وفقا للظروف الملازمة يقف عنده الطبيب.

¹ - أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصري، المرجع السابق، ص 20، 21. عبد الباقي محمود سوادى، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، ط. 01، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1996، ص 205، 206.

² - M. Contis, secret médical et évolutions du système de santé, thèse doctorat en droit privé, Faculté de droit, Année 2001, université des sciences sociales de Toulouse, les études hospitalières, France, éd. 2006, p 192.

³ - A. Ossoukine, le secret en droit ou le droit du secret, rev. A.S.J.E.P faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, vol. 33, n° 03, 1995, p 491.

⁴ - فهي كلمة مركبة تجمع بين مصطلحين هما الطب وهو لغة علاج الجسم والنفس أما المصطلح الثاني فهو السر ويقصد به ما يجب كتمانه.

⁵ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 107.

بينما ذهب رأي آخر في الفقه إلى التفرقة بين السر الطبي والتزام الطبيب بحفظ السر، إذ يقصد بالسر الطبي بأنه: "كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها. في حين عرّف التزام الطبيب بحفظ السر بأنه: "التزام الطبيب بحفظ السر والصمت بخصوص كل ما يتعلق بهذا السر، إلا في الحالات التي يرخص لها فيها القانون بالكشف أو الإفشاء."¹

كما يرى البعض أن السر الطبي هو الأمر الذي أذيع أضر بسمعة صاحبه أو كرامته، غير أنه يعاب على أصحاب هذا الرأي أن السر قد يكون مشرفاً لمن يريد كتمانها، ومع ذلك يعتبر سرا². لذلك يرى البعض أن السر الطبي هو كل أمر أو واقعة تصل إلى علم الطبيب سواء أفضى إليه بها المريض أو غيره أو علم بها الطبيب نتيجة لممارسة المهنة بغض النظر عن تعلقه بالأمر الصحية أو الاجتماعية³.

على هذا الأساس فإنه من الصعب أن نجد معياراً صادقاً لضبط ما يدخل ضمن السر الطبي⁴، وما طبيعة الوقائع التي يلتزم الطبيب بكتماؤها ويمنع القانون إفشائها. غير أنه وبحسب الرأي

¹ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 150.

² - طلال العجاج، المرجع السابق، ص 107.

³ - أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 06.

⁴ - فقد وضع أصحاب كل رأي معياراً مناسباً للتعريف المقدم من قبلهم، ومن ثم وجدت ثلاث نظريات يعتمد عليها في تحديد معنى للسر الطبي، أولاها نظرية الضرر والتي تقوم على أساس اعتبار أن الحفاظ على السر الطبي قرر لتفادي حدوث أضرار للمريض وشرفه أو حتى عائلته، لأن طبيعة بعض الأمراض كالبرص والجذام والزهري تدعو إلى النفور من المصاب بها، بما يمس شعور صاحبها، محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 472، غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد، فلا يشترط أن تكون الواقعة المفشاة قد ينتج عنها ضرر. لأن السر الطبي يشمل جميع الوثائق الطبية المتعلقة بالحالة الصحية للشخص مهما كان نوعها حتى التي لا تدل على حالة مرضية، شريف بن أدول بن إدريس، المرجع السابق، ص 48، 49. لذلك ظهرت النظرية الثانية التي تعتبر السر يقوم فقط على إيداع الثقة والائتمان دون اشتراط عنصر الضرر أو احتمالها، ومن ثم فإن تعريف السر الطبي حسب اعتقادهم يدخل فيه ركن خاص يرجع إليه أصل تسمية هذه النظرية وهو اتجاه إرادة المريض المودع إلى اعتبار بقاء الأمر سرا، حتى ولو لم يكن مشيناً بمن يريد كتمانها، لكن انتقد هذا الرأي من قبل فريق من الشراح على أساس أن هذه النظرية سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة بالنسبة للأشخاص الذين لا يستطيعون الكلام للتعبير عن إرادتهم صراحة لبقاء الأمر سرا، كما أن هذه النظرية محدودة ولا تفسر لنا وجوب المحافظة على ما يصل إليه علم الطبيب من أسرار أثناء ممارسته لمهنته عن طريق الخبرة الفنية أو الحذر أو حتى المباغثة ولو لم يذكر له المريض شيئاً عنه، سمير عبد السمیع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، د.د.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 2004، ص 316. في حين يرى أصحاب النظرية الثالثة بوجوب التفرقة بين الوقائع السرية والوقائع التي كانت معروفة من قبل، ومن ثم فإن الإفشاء في نظرهم هو كل عمل ينقل الواقعة المفشاة من واقعة سرية إلى واقعة معروفة، فالطبيب الذي يجر شهادة طبية بإصابة المريض بعاهة معينة كقطع ساقه أو لديه عرج أو صم، فهذه الحالات لا تعتبر سرا، باعتبارها معروفة لدى الناس. غير أن هذه الفكرة غير منطقية، لأنه من الصعب تحديد الدرجة التي يجب

الراجح لدى الفقهاء فإن السر الطبي هو: "كل أمر أو واقعة تصل إلى علم الطبيب سواء أفضى به المريض أو الغير أو علم به نتيجة ممارسته لمهنته أو كان للمريض أو أسرته مصلحة مشروعة في كتمانها."¹

ومن ثمة فإن مفهوم سر المهنة الطبية لا يقتصر على ما يعهد به المريض إلى الطبيب، بل يتعداه ليشمل كل ما يمكن مشاهدته أو استنتاجه سواء عن طريق الخبرة الفنية أو مصادفة عن طريق الفحص أو حتى المباغطة استناداً إلى مهاراته ولو كان مجهولاً من صاحبه.² كما يلاحظ أن السر الطبي يمتد إلى الظروف الملابس أو الوقائع التي صاحبت المرض أو الوفاة.³

ويستوي أن يكون قد اشترط المريض على الطبيب كتمانها، بل يكفي مجرد الإفصاح عنها للطبيب حتى يكون سرا، لأن السر واجب عام على الأطباء يفترض احترامه دون ائتمان صريح من المريض لطيبه. فإذا أفشي قامت مسؤوليته، وذلك لإخلاله بمصلحة المريض في صيانة أسراره. باعتباره شخص مكلف بالكتمان تفرض عليه مهنته الوقوف على أسرار الناس الذين يلجؤون إليه.⁴

ودون أن ننسى أن السر الطبي في فقه الشريعة الإسلامية، أساسه الأمانة وإخفاء المعلومة في نفس الطبيب. ومن ثم فإن الانحراف عن هذا المبدأ خيانة توجب التعزيز أي العقاب، لأن حفظ أسرار المريض واجب ديني يندرج ضمن صفات الطبيب المسلم.⁵

لكن في واقع الأمر أصبح السر الطبي في الوقت الحاضر عديم الأهمية، بسبب استحالة إثبات الإفشاء بوجود بعض الممارسات الخاطئة. فالطبيب لم يعد وحده يعلم بسر المريض ولكن شاركه في ذلك عدد آخر من الأشخاص المهنيين كالممرضين والطلبة والعاملين في المستشفيات.

= أن تكون عليها شهرة الطبيب المودع لديه السر متفقة أو غير متفقة مع ما هو معروف عن الواقعة، كما أن إفشاءه بمذه المعلومات قد تضيف جديداً أو تؤكد ما كان محلاً للجدل، علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 151، 154.

¹ - موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، ط. 01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1998، ص 68.

² - عباس علي محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 126، قريب من نفس المعنى إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 327.

³ - كوفاة رجل مشهور في مخدع خليلته، إفشاء هذه المعلومة يمتد إلى نطاق حظر إفشاء الأسرار الطبية، محمد سليم شهيد، الالتزام بالسر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي لباس - سيدي بلعباس، ع. 08، أفريل، 2009، ص 89.

⁴ - M. Cauchy, le droit au secret médical et son application en matière d'assurances, rec. Dall. 2005, 1313.

⁵ - قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 239.

ضف إلى ذلك تعليق اللوحة على سرير المريض والتي يدون فيها الطبيب كل ملاحظاته عن المرض الذي يعاني منه وعن تطوره. لهذا فإنه في اعتقاد الباحث أن تفعيل أهمية هذا الحق الثابت للمريض يكون من خلال الاعتماد على ملفات خاصة بحالة كل مريض تحفظ لدى موظف معين يكون مسؤولاً عنها.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن حق المريض في كتمان أسرارهِ والحفاظ عليها قد استقر منذ أقدم العصور¹ وحكم بأقصى العقوبات على أطباء أفضوا بأسرار مرضاهم، نظراً لما يتسم به هذا الحق بطابع القدسية. كما أنه لا يوجد قسم أو ميثاق طبي في مختلف الجامعات يخلو من التأكيد على ضرورة المحافظة على السر²، حيث ينبغي على كل من يمتن مهنة الطب أن يؤديه قبل أن يسمح له بمباشرة عمله في هذا التخصص الإنساني.

البند الثاني: مفهوم السر الطبي في الاجتهادات القضائية

لقد حاول القضاء الفرنسي من جهته تحديد مفهوم السر الطبي، حيث اعتمد في بادئ الأمر في تحديد وصف السرية عن طريق صاحب السر نفسه، ومن ثم فإن ممارسة المهنة أو الوظيفة لا يلتزم إلا بما عهد إليه صاحب السر طواعية³، وهو ما سماه الفقه بالمعيار الشخصي أو نظرية الإرادة. لكن أعيب على هذا المعيار أنه لا يوفر حماية كبيرة للأسرار الطبية، ويحصرها في صاحب السر نفسه.

¹ - إذ يرجع إلى عهد مصر الفرعونية القديمة، ذكر من قبل: حسان حنحو، قدسية سر المهنة، من أبحاث ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقدة بتاريخ 20 شعبان 1407 الموافق ل: 18/04/1987، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الكويت أبريل 1987. كما جاء الطبيب اليوناني أبقراط من الحضارة الإغريقية عام 360-470 ق.م ليضع قسم أطلق على اسمه، يتضمن عهداً يؤخذ على الأطباء قبل ممارستهم لمهنتهم بمنعهم من إفشاء أسرار مرضاهم يوسف الكيلاني، سر المهنة، مجلة الحقوق والشريعة، ع. 02، السنة 05، جوان 1981، ص 69، 70، كما ورد وجوب المحافظة على سر المهنة الطبية، في كتب الهند القديمة الرجفيدة والأحيرفيدة أو علم الحياة، محمد ريس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م. 25، ع. 01، السنة 2009، ص 249.

² - ففي فرنسا صاغت لوائح كلية الطب بجامعة باريس عام 1598 القسم الطبي المهني، إبراهيم صالح عطية، المرجع السابق، ص 07، محمد سليم شهيد، الالتزام بالسر الطبي، المرجع السابق، ص 93، 94. وفي عام 1947 صدرت أول مدونة عالمية لأداب مهنة الطب من الجمعية الطبية البريطانية، سمي فيما بعد بإعلان أو ميثاق جنيف 1947، حيث تناول القسم الطبي والمعدل بسيدني 1968، مشار إليه من قبل: علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 164، عارف علي عارف، إفشاء السر في الفقه الإسلامي، السر الطبي نموذجاً، مجلة الإسلام في آسيا، م. 07، ع. 02، ديسمبر 2010، الجامعة الإسلامية العالمية - ماليزيا-، ص 11، 12.

³ - فقد تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 26/07/1845 جاء فيه: "إن السر الطبي هو ما يعهد به المريض بمحض إرادته إلى الطبيب على أنه سر وعلى الطبيب ألا يمتنع عن الشهادة بحجة السرية." أشار إليه عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 123، 124.

كما أن المحاكم الفرنسية التزمت بحرفية نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي دون الأخذ بعين الاعتبار قصد المشرع عند تفسير سر المهنة بتعبير محكمة النقض الفرنسية أنه ما كان سرا بطبيعته¹. غير أن هذا الحكم انتقد على أساس أنه لا يصح أن يترك للطبيب حرية التقدير ما يصح إفشاؤه وما يجب كتمانها، لما فيه إجحاف بحق المريض، وذلك لأنه لا يستطيع أن يتنبأ مقدما بما يترتب على ذلك من آثار على هذا الأخير².

لهذا عدل القضاء عن الأخذ بهذا التأويل الضيق وعوّض بمعيار آخر موضوعي يتعلق بمصلحة المريض في الكتمان، وذلك بتقرير أن السر هو كل ما تقتضيه مصلحة المريض في إخفائه³. وعليه تعتبر الوقائع والمعلومات سرية دون طلب صريح من المودع ويحدث ذلك عندما تكون الأمور سرية بطبيعتها، ولصاحب السر مصلحة في إخفائه⁴.

وقد سارت على نفس النهج محكمة النقض المصرية، بحيث تركت مسألة تقديره للقضاة والرجوع في ذلك إلى ظروف كل حادثة على انفرادها، مع الأخذ بعين الاعتبار ما درج عليه عرف الناس من اعتبار بعض الأمراض التي يجب عدم إفشاء سرها دون غيرها⁵، وذلك على خلاف الاجتهاد القضائي الجزائري الذي ينعدم في هذا المجال.

غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي توسع لاحقا في تفسير العبارة التي كانت مستعملة في المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي القديم "...أسرار أدلى بها إليهم..."، حيث أصبح لا يغطي مفهوم السر المهني فقط ما تم الإدلاء به للمهني من معلومات، سواء كان ذلك مصحوبا بتعليمات عدم إفشائها أو بدونه. بل أنه يجب أن ينصب السر أيضا على ما تمت معاينته وما تم فهمه من

¹ - Cass. Crim. 26/07/1945, D. 1945-340, cité par : P. Biclet, aspects juridiques de la pratique médicale, groupe liaisons 2003, France, p 121.

² - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 91.

³ - وذلك في قرارين أصدرتهما محكمة النقض في غرفتها الجنائية الأولى كان بتاريخ 1969/01/24. عندما صرحت بأن "السر المهني أساسه، ضابط وحيد هو مصلحة الزبون". أما الثاني فقد صدر بتاريخ 1985/06/05

Cass. Crim. 24/01/1969, Bull. Crim. 1970, n° 135, p 263, Cass. Crim. 05/06/1985. Bull. Crim. 1985, n° 218, p 558, cité par : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op.cit, p 574.

⁴ - عادل جبيري محمد حبيب، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسر المهني أو الوظيفي، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2005، ص 23.

⁵ - القرار صدر في 1942/02/02، مشار إليه من طرف: عباس علي محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 127.

طرف الشخص المختص أثناء ممارسة مهنته¹. كما لا يشترط أن يكون صاحب السر هو الذي أودعه لدى الطبيب، إنما قد يكون ذلك بفعل شخص آخر كزوج أو قريب².

البند الثالث: موقف التشريع الوضعي من مفهوم السر الطبي

لقد أحجمت معظم النصوص التشريعية سواء في قانون العقوبات³ أو في القانون الطبي⁴ على تعريف السر الطبي، لكن اكتفت بتحديد الطائفة المعينة به وهم الأطباء، الجراحين، الصيادلة، القابلات وغيرهم من المؤتمنين على أسرار مرضاهم. بالإضافة إلى ما يشتمل عليه هذا السر من كل ما يصل إلى الطبيب بحكم عمله⁵. دون أن ننسى أن نشير إلى أن التشريع الجزائري حرص على التأكيد صراحة على ضرورة المحافظة عليه باعتباره جزء من شرف المريض وشخصيته⁶.

غير أن قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1994 تبني مفهومًا واسعًا للسر المهني، عندما عوّض في المادة 13-226 عبارة: "أسرار أدلى بها إليهم" « Des secrets qu'on leur confie » بعبارة

¹ - وهو ما قضت به الغرفة الجنائية لمحكمة النقض في قرارين: أحدهما أصدرته يوم 1957/03/07 ، والآخر بتاريخ 1970/02/05، عبد العزيز نوريري، الحماية الجزائرية للحياة الخاصة، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر- باتنة-، السنة الجامعية 2010-2011، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، ط. 02، السنة 2016، ص 282.

V. aussi : P. Lafage, secret professionnel confidentialité et nouvelles technologies d'informations, Gaz. Pal.1998, 1^{er}, semaine, p 487.

² - سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000، ص 116.

³ - وذلك بمقتضى أحكام المادة 13-226 14-226 من ق.ع.ف، المادة 355 من قانون العقوبات الأردني، المادة 310 من قانون العقوبات المصري، حتى أن المشرع الجزائري سار على نفس المنوال في المادة 301 من ق.ع.ج.

⁴ - وبالتحديد ما نصت المادة 29 من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري وأيضا المادة 23 من الدستور الطبي الأردني، ووفقا لأحكام المادتين 61، 07 من قانون الآداب الطبية الصادر ، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 110.

⁵ - Art. 04 du C.D.M.Fr dispose que : « Le secret couvre tout se qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est -à - dire non seulement e qui lui à été confié mais aussi se qu'il a vu, entendu ou compris. » A. Lucas, op. cit, p 32.

وهذا النص شبيه بنص المادة 37 من م.أ.ط.ج التي قضت بأنه: "يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته".

⁶ - حيث نص في المادة 206 مكرر 1 المعدلة من ق.ح.ص.ت.ج.ع.ف.م.أ.ط.ج على ما يلي: "يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكنمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان".

"معلومات ذات طابع سري" ¹ « Informations à caractère confidentiel » بخلاف التشريع الجزائري الذي مازال يعتمد على نص المادة 378 القديم من قانون العقوبات الفرنسي. ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن طبيعة السر الطبي لن تكتمل إلا بتوافر شروط حتى تصبح الواقعة سرا، وهو ما سنحاول إيضاحه في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: متطلبات السر الطبي

من المعلوم أن السعي للتشخيص الدقيق لحالة المريض الصحية تستلزم من الطبيب باقتحام حياته الخاصة، الأمر الذي يسمح بتقوية العلاقة فيما بينهما باسم الثقة والاحترام ²، من هنا تنشأ فكرة قدسية سرية المهنة الطبية.

غير أن الأمر لا يقف عند هذا الحد للقول بأننا أمام سر طبي، بل لا بد من وجود مجموعة من العوامل التي يجب أخذها بعين الاعتبار لتحديد البيان الفني للواقعة السرية المهنية، نظرا لأهميتها في ضمان حماية هذا السر. ومن ثم أي إخلال بها يؤدي إلى مسؤولية الأشخاص المؤتمنين عليه. لذلك سنحاول التعرض لهذه الشروط التي تدور كلها حول علاقة مهنة الطبيب بالواقعة أو المعلومة ومدى مصلحة المريض في جعل الأمر سرا، وذلك في أربعة بنود وفق ما يلي:

البند الأول: وصول المعلومة للطبيب بسبب مهنته

حتى تصبح الوقائع من قبيل السر المهني، لا بد أن يكون قد وقف عليها الطبيب أثناء وبسبب ممارسته لنشاطه الطبي ³. إذ يستوي في ذلك أن يكون مودع السر هو المريض نفسه أو أحد أفراد أسرته أو أحد أصدقائه أو توصل الطبيب إليه عند قيامه بأحد الأعمال الطبية ⁴. فتعلق هذه المعلومات أو الوقائع بمهنته كطبيب يجعل منه مؤتمنا على سر الغير. أما إذا لم يكن للسر صلة بالمهنة، فإن الطبيب لا يلزم بكتمانها على أساس أن العلم به لا يفترض الثقة ⁵. ولعل

¹ - A. Ladhar, la faute et la responsabilité en matière médicale, centre de publication universitaire, Tunisie, 2014, p 102, 103.

² - A. Boudahrain, un secret dilué en matière d'assurance- maladie, rev. De stratégie, le nouveau siècle, n ° 46, sept. 1999, p 139.

³ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، ص 156، مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 265.

⁴ - محمد الكشور، محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 136، 137.

⁵ - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 40.

الصعوبة تبدو واضحة إذا كان كشف عنها الطبيب ليس أثناء مباشرته لمهنته ولا بسببها، بل بمناسبةها باعتبارها حالة عرضية¹.

وقد سار على نفس النهج القضاء الفرنسي، حيث اشترط أن تكون الواقعة هي التي ساعدت صاحبها على معرفة سرية الواقعة، أو هيأت له فرصة العلم و إلا تحلل المهني من رباط المسؤولية². كما حرص التشريع الوضعي أيضا على توافر هذا الشرط، حيث لا يقتصر حق المريض في حفظ أسراره على كل ما يراه الطبيب ويسمعه ويفهمه، بل يشمل أيضا أي معلومة تصل إلى علمه بحكم مهنته³.

البند الثاني: وجود مصلحة للمريض في سرية الواقعة وكتمانها

من دون شك أن حجب المعلومات والأسرار المتعلقة بالحالة الصحية للمريض يؤدي إلى صون كرامته وسمعته، فإذا انتفت مصلحة المريض كلية في الكتمان زال طابع السرية. لذلك يشترط في السر

¹ - كالكشف الطبيب مادة مخدرة في ملابس المريض عند نقله للمستشفى بسيارة الإسعاف أو ملاحظة الطبيب تمزيق عائلة المريض لوصيته وهو في لحظاته الأخيرة، محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 59.

² - فقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في عدة مناسبات منها: القرار الصادر بتاريخ 1973/06/21، حيث اعتبرت أن شهادة المحامية كان الدليل الوحيد الذي بين استحالة مواصلة العشرة الزوجية، على أساس انقضاء العلاقة بين الأسرار التي علمت بها المحامية و مهنتها. إذ لم تطلع على هذه الأسرار بسبب مهنتها، بل باعتبارها صديقة للأسرة. ومن ثم فإن الإفصاح بها إلى المحكمة لا يشكل إخلالا بواجب الحفاظ على السر المهني. كما أجازت نفس المحكمة شهادة الطبيب بصفته هذه، عن وقائع علم بها في أثناء قيامه بزيارة ودية لبعض أصدقائه، وذلك بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 1978/12/05. دون أن ننسى ما قضت به محكمة Toulouse بتاريخ 1990/07/23 بقولها أن الشاب لجأ للطبيب كصديق و لم يذهب إليه من أجل أي عمل في،

« lui demander un conseil qui n'avait rien avec l'art médical. » Tr.Toulouse. 23/07/1990, D.1901-1-219, cité par: J- C. Tixador, op. cit, 259.

ومرة أخرى أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمين صادرين عنها: الأول جاء بتاريخ 1994/12/22 حيث قضى بما يلي:

« la connaissance des faits par d'autres personnes n'est pas de nature à leurs enlever leurs caractères confidentiel et secret. » Cass. Crim. 22/12/1994, D R, pénal 1995. 64.

« la connaissance par d'autres personnes, de faits couverts par le secret professionnel, n'est pas de nature à enlever à ces faits leur caractère confidentiel et secret. » Cass.Crim. 16/05/2000. Bull. Crim. n° 192, V. dans ce point: M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 577.

³ - Art. 04 du C.D.M.Fr.

والتي يقابلها في التشريع الجزائري المادة 37 من م.أ.ط.ج المشار إليها سابقا وكذا المادة 301 من ق.ع.ج، التي نصت على أنه: "....الأطباء والجراحون والصيدال والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم."

المراد حفظه أن يكون لهذا الأخير مصلحة في جعله سرا¹، مهما كانت طبيعتها سواء كانت مادية أو أدبية. ما دامت تتعلق بحياته الشخصية².

والجدير بالذكر أن المريض هو الأقدر على حرص وتقدير مصلحته، ومن ثم ليس للطبيب تقدير مصلحة المريض في حفظ الوقائع سرا أو البحث في بواعثه، وهو ما أكد على ذلك صراحة القضاء الفرنسي في عدة مناسبات³. كما أن التشريع الجزائري لم يشترط أن تكون مصلحة المريض في الكتمان من طبيعة معينة، فهي كلها تهدف إلى حماية سمعته ومكانته في المجتمع⁴.

البند الثالث: أن تتعلق المعلومات أو الوقائع بصفته طبيب معالج للمريض

لا يكفي أن تكون المعلومات أو الوقائع التي وقف عيها الطبيب تستلزم مصلحة المريض وأن يكون قد اطلع عليها أثناء أو بسبب ممارسته مهنته من قبيل السر المهني الملزم بكتمانها، بل يلزم علاوة على ذلك أن تكون متعلقة بالطبيب بصفته معالج للمريض⁵. لأن هذه الصفة، هي التي خولت له الحق في الاطلاع على الأسرار أثناء ممارسته للنشاط الطبي.

ومن ثم ينتفي طابع السرية من المعلومات أو الوقائع إذا وصلت إلى علمه بصفته قريب للمريض أو صديق أو عن طريق الجرائد اليومية⁶، بل لا بد أن يفضي بها المريض على أساس نشوء علاقة بينه وبين طبيبه الذي اختاره لعلاجها أو اكتشفها هذا الأخير من خلال فحصه للمريض. وهو

¹ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 160، جاسم علي الشامسي، المرجع السابق، ص 423.

² - ومن أمثلة هذه الأمراض العقم عند الرجال، لأن إفشائها ينال من رجولة الرجل، فوصف الواقعة بأنها سر يتوقف على نظرة المريض إليه، بغض النظر عما يراه الطبيب، موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 77.

³ - Cass. Civ.12/06/1958 J.C.P.1959-11-10940, cité par : D. Thouvenin, op. cit, p 40.

Paris, 27/05/1997, affirme que: « Le délit de violation d'un secret professionnel est institué non seulement dans l'intérêt général, pour assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions, mais également dans l'intérêt des particuliers, pour garantir la sécurité des confidences... » G.C.P, 1997. 22894, M. Contis, secret médical et évolutions du système de santé, op. cit, p 262.

⁴ - وقد نصت على ذلك المادة 36 من م.أ.ط.ج، حيث جاء فيها: " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض أو المجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك."

⁵ - نصر الدين ماروك، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، موسوعة الفكر القانوني، المرجع السابق، ص 11.

⁶ - محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2004، ص 120.

ما أكدته محكمة النقض الفرنسية صراحة، حيث اشترطت للحفاظ على السرية أن يكون ممارسا للنشاط الطبي¹.

البند الرابع: عدم شيوع الواقعة السرية للكافة

ومعنى هذا الشرط أن ينحصر نطاق العلم بالوقائع المراد كتمانها على شخص واحد أو عدد قليل من الأشخاص الذين تحتم الظروف وقوفهم على هذه السرية². أما إذا كان الأمر شائعا بين الناس منتشرا فيهم، فلا يكون في هذه الحالة من قبيل الأسرار التي يمنع على الطبيب إفشاؤها. كما أن حق المريض في المحافظة على أسراره يظل قائما حتى بعد وفاته، وبالتالي ينتقل إلى الورثة، ومن ثم لا يجوز للطبيب أن يكشف عن مرض المتوفى بعد وفاته، كما لا يجوز له أن يذكر ما كان المريض نفسه لا يرغب في الكشف عنه للغير³. غير أن إبراز طبيعة السر الطبي تثور معه مسألة تحديد خصوصيته عن باقي الأسرار المهنية، فكيف ذلك؟ وهو ما سنحجب عليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مميزات السر الطبي

من المعلوم أن حق المريض في حفظ الأسرار يعد من الحقوق الهامة التي يكتسبها المريض بمجرد قيام الطبيب بمهامه العلاجية على جسده. غير الأمر لم يتوقف عند الحد، بل أصبح هذا الحق يتخذ طابعا خاصا اهتمت به التشريعات الحديثة، بعد أن كان من مستلزمات التقاليد المهنية، وذلك لتعلقه بشخصية المريض وشرفه⁴.

¹ - Cass. Crim., 19/11/1985 déclare que : « Si celui qui à reçu la confiance d'un secret toujours le devoir de le garder, la révélation de cette confiance ne le punissable que s'il s'agit d'une confiance liée à l'exercice de certaines professions... » Bull. Crim., n° 364, cité par: L. Marie Clément, droit des malades et bioéthique, Septembre 1996, Dall., paris France, p 25.

² - محمد سليمان الأشقر، من أبحاث الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقدة في 18 أبريل 1987، ضمن سلسلة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت، ص 86، 87، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 291.

³ - G. Siksik, secret professionnel et expertise médicale, siminaire d'actualité de droit médical, sous titre « le secret professionnel : aspects légaux et déontologie comparaison avec l'étranger », les études hospitalières, éd. 2002, p 134.

⁴ - F. Stéfani, le secret à l'épreuve des nouvelles technologies, rec. Dall. 2009, p 2636.

ومن ثم لا يقع على الأطباء وحدهم الالتزام بعدم الإفشاء، بل يمتد إلى مساعديهم. ومن هنا تنشأ خصوصية السر الطبي من خلال إيجاد أساس خلقي وقانوني، بمقتضاه يتمتع الطبيب أن يخون هذه الثقة ولا مرء في أن إضفاء هذه الصفة على السر الطبي توفر المناخ الملائم بين الطبيب ومريضه. لذلك فإن دراسة هذه المسألة ليست بالأمر الهين، باعتبار أن مظاهر استقلالية السر الطبي عن باقي أنواع الأسرار المهنية، تقوم أساساً على طبيعة المبررات الذي يقوم عليها من جهة (الفرع الأول) وفي تحديد نطاقه من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأسس التي تقوم عليها حرمة سر المريض

إذا كان الوضع قد استقر على تقرير مسؤولية الطبيب، باعتباره مهني على أسرار مرضاه، إلا أن الخلاف ما زال قائماً حول الأسس التي يقوم عليها هذا الحق. فقد ظهر في هذا الإطار عدة نظريات فقهية لتحديد أساس حرمة سر المريض، إذ يرجع سبب هذا الخلاف إلى وجود مصالح متعددة في حماية السر الطبي، تتراوح بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع ومصلحة المهنة¹.

حيث تُرجع إحداها هذا الحق إلى أساس أخلاقي (البند الأول)، أما البعض الآخر فإنها تعتمد على النظرية العقدية (البند الثاني)، في حين نجد مبرراته في نظرية أخرى تقوم على فكرة النظام العام (البند الثالث)، بينما الاتجاه في الوقت الحالي يرجع مصدر وجوب عدم إفشاء الطبيب للسر المهني إلى النصوص القانونية (البند الرابع)، وذلك نظراً للتطور الاجتماعي ل أغلب مجتمعات الدول.

البند الأول: الأساس الأخلاقي والمهني لحماية السر الطبي

يعتقد جانب من الفقه أن السر المهني لا يشكل إلا تكريساً للأساس الاجتماعي ولقواعد المهنة، ومن ثم فإن الحفاظ على السر ميزة من المزايا الاجتماعية لا تلبث أن تتحول إلى واجب أخلاقي تفرض الالتزام بالتحفظ تجاه الغير².

بل أكثر من ذلك فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون أن السر المهني يعد ركيزة أساسية في كل مجتمع حر ويتعلق بكرامة الإنسان³، وبالتالي فإن إلغاءه فيه خطر لإلغاء جزء من الحرية الفردية.

¹ - ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، د.ذ.ع.ط، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 1996، ص 60.

² - M-H. Dupin, M. Lejeune, N. Planchon, le secret professionnel, le courrier juridique des finances et de l'industrie, n° 10, juillet- Aout 2001, p 02.

³ - D. Thouvenin, op. cit, p 67.

وذلك على اعتبار أن السر يدخل في مكونات الكيان الأدبي للإنسان¹، كما قد يجرد المهنة عن المكانة الاجتماعية التي تحظى بها².

لذلك فالطبيب ملزم عند معالجته للمريض أن يحافظ على السرية التامة لكل ما توصل إليه. وأي إفشاء لكل معلومة أو واقعة يشكّل خيانة للثقة وما تضمنه مبادئ شرف المهنة من أخلاقيات تهدف إلى إقرار المثل والمبادئ السامية التي تقترب إلى درجة الكمال³.
غير أن هذا الأساس انتقد لقصوره في تقرير مسؤولية الطبيب وانعدام الطابع الردعي للجزاء.

البند الثاني: الأساس العقدي لحرمة سر المريض

ذهب فقهاء القانون الجنائي القديم في فرنسا إلى القول بأن أساس حق المريض في حفظ أسراره يرجع إلى العقد الطبي المبرم بينه وبين الطبيب⁴، الذي يوجب عدم إلحاق الضرر به عن طريق إفشاء أسراره سواء تقرر هذا الحق صراحة في بنود العقد أو لم ينص عليه⁵. ومن ثم فإن أصحاب هذه النظرية يرون أن السر الطبي وجد لخدمة المصلحة الخاصة للمريض⁶.
ولعل الأخذ بالنظرية العقدية كأساس لحق المريض في حفظ أسراره، يترتب عليه إمكانية إعفاء الطبيب منه وعدم جواز الاحتجاج بالسر أمام المحكمة، مما يصبح هذا الحق ذو طابع نسبي يسقط برضا صاحب السر، باعتباره سببا لإباحة الإفشاء⁷.

¹ - رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 179.

² - A. Ossoukine, le secret en droit ou le droit du secret, op. cit, p 503.

³ - إبراهيم صالح عطية، المرجع السابق، ص 08.

⁴ - Cass. Civ. 25-05-1936, D. 1936-1, p 88, R. Villey, op. cit, p 42.

⁵ - لكون أن محتوى العقد أوسع مما ينص عليه بصريح العبارة، بل يشمل كل ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام وهو ما قضت به المادة 107 من ق.م.ج، والتي يقابلها نص المادة 1135 من ق.م.ف، حيث جاء فيها:

« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.»

⁶ - Art. 04 du C.D.M.Fr., V. N. Boussof Hamana, secret médical et exigences de santé publique cas du Sida, rev. A.S.J.E.P, faculté de droit et des science juridiques et administratives, université alger, vol. 37, n° 2, 1999, p 46.

⁷ - محمد رايس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 256.

كما أن تحديد مسؤولية من يفشي السر على أساس العقد تسمح بتقدير الضرر الذي يلحق بالعميل من جراء الإفشاء وتقرير التعويض المناسب استنادا إلى العقد، لذلك فإنها تغني عن ضرورة وضع تعريف قانوني للحق في كتمان السر المهني.

غير أن الملاحظ في هذا الصدد أن أنصار النظرية التعاقدية اختلفوا فيما بينهم حول طبيعة العقد، الذي يتركز عليه السر الطبي. فقد رأى البعض منهم أن هذا الحق يستمد وجوده من عقد الوديعة المدنية¹، نظرا لوجود عناصر تشابه بينها وبين وديعة السر².

والواقع أنه رغم المزايا الكثيرة لنظرية الوديعة، إلا أنها لم تسلم من الانتقاد بسبب طبيعة السر المهني الطبي، ومن ثم فإن من المستحيل تطبيق أحكام الوديعة المنصوص عليها في ق.م على وديعة السر لصعوبة التشبيه بينهما³.

لذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الأساس التعاقدية يأخذ معنى أوسع بموجب عقد الوكالة، التي تلزم الوكيل بالتصرف لصالح موكله⁴. ومن ثم يقع على عاتق الطبيب - حسب هذا

¹ - وقد نادى بهذا التكييف الفقيه جارسون (Garçon)، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 114.

² - تظهر أساسا في إلزامية حفظ الوديعة وضماتها، فالمادة 408 من ق.ع.ف قررت عقوبة توقع على من يهمل حفظ الوديعة المدنية، ونفس الشيء قرّرت المادة 378 من نفس القانون عند مخالفة وديعة السر، كما أن المشرع الفرنسي ساوى في الحكم بين النوعين عند استعمال تعبير المودع لديه « Dépositaires des secrets » سواء بمقتضى المادة 378 من ق.ع.ف أو في المادة 1930 من ق.م.ف، بخلاف التشريع الجزائري الذي يلاحظ أنه لم يستعمل عبارة مودع لديهم، في المادة 301 من ق.ع.ف، بل استعمل عبارة أدلى بها لهم، مشار إليه من طرف: ودون أن ننسى الإشارة إلى وجود استثناءات على كلا من النوعين، حيث يجوز للمهني إفشاء السر المؤتمن عليه بترخيص من صاحب المصلحة وهذا هو ذات الحكم الذي أشارت إليه المادة 1930 من ق.م.ف التي منعت المودع لديه التصرف في الشيء المودع أو استغلاله، بشرط الحصول على إذن من المودع بذلك، للتفصيل يمكن الرجوع إلى محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 214، 215.

Art. 1930 du C.Civ.Fr qui dispose: « Il ne peut se servir de la chose déposés sans la permission expresse ou présumée du déposant. »

³ - فطبقا لنص المواد 1918 و1932 من ق.م.ف المقابلة للمواد 590 و596 من ق.م.ج، تعد عقد الوديعة من عقود التبرع ومحل أشياء منقولة، غير أن ذلك الوصف لا ينطبق على وديعة السر التي تكون مقابل أتعاب يلتزم المريض بأدائها له كأصل عام. كما أن محل العقد بين الطبيب والمريض هو السر، وهو شيء معنوي وليس مادي، باعتبار أن الأشياء التي تكون محلا لعقد الوديعة يمكن استردادها لأنها ترد على شيء منقول وملمس، على خلاف السر الذي لا يمكن استرداده من الطبيب إذ أن محله شيء معنوي. ومن جهة أخرى إن استعمال معنى كلمة مودع لديه أو الأمين على السر في غير محلها ومخالفة لما يريد الشارع لعقد الوديعة في ق.م. علاوة على أن عنصر الرضا قد يغيب في وديعة السر الطبي، عندما يوجب القانون على الطبيب حفظ بعض الأسرار التي لا يرغب في معرفتها أو الإطلاع عليها، على خلاف الوديعة المدنية التي تقوم على أساس الرضاء المتبادل بين أطرافها، ذكر من قبل نقادي حفيظ، المرجع السابق، ص 82.

⁴ - سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب، المرجع السابق، ص 106، وقد نظم المشرع الجزائري عقد الوكالة في المواد من 571 إلى 589 من ق.م.ج.

الرأي- التزام بكتمان أسرار مريضه وعدم إفشاءها سواء التي وصلت إلى علمه عن طريقه شخصيا أو وقف عليها بمناسبة ممارسته لمهنته، لما من شأنه الإضرار بمصالحه وسمعته¹.

غير أن الفقيه لامبير² P.L ambert تصدى لأصحاب هذا الرأي بالنقد، باعتبار أن السر المهني يتميز عن عقد الوكالة في عنصر التبعية، لأن الطبيب المهني لا يتقيد بتوجيهات مريضه، بل يكون مستقلا في أداء عمله ويخضع فيها للأصول الفنية لمهنته. وذلك على عكس الوكيل، الذي يعمل لحساب الموكل وفي حدود ما رسمه له³.

كما أن حق المريض في كتمان أسرار له طابع خاص يستمر حتى بعد إنتهاء العقد الطبي ولا يسقط بوفاته⁴، على خلاف عقد الوكالة الذي ينتهي إما بإنجاز العمل موضوع الوكالة أو بوفاة الموكل دائما⁵.

بينما هناك اتجاه آخر في الفقه يرى تكيف الأساس العقدي على أنه إيجار للخدمات المقدمة من قبل الطبيب⁶. ومن ثم فإنه بمجرد تعهد المريض بدفع الأتعاب للطبيب، يمنع على هذا الأخير إفشاء أسرار. إلا أن هذا التكيف غير سليم من الناحية المنطقية، بسبب خصوصية موضوع هذا الحق و طبيعة أطرافه.

في حين يجد البعض الآخر من الفقه في فرنسا⁷ أن المحافظة على السر الطبي تسند على عقد غير مسمى بين مودع السر والمؤمن عليه، وهذا العقد من نوع خاص يقوم على الرضا المتبادل بين الطرفين. ومن ثم لا يمكن لأي منهما أن يتحللا من الالتزامات المترتبة عنه⁸.

¹ - محمد رابح، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 259.

² - P. Lambert, le secret professionnel, éd. Themis, France, 1985, p 26.

³ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 249.

⁴ - J. Penneau, la responsabilité du médecin, op. cit, p 213.

⁵ - وقد قضت بذلك المواد من 586 و 589 من ق.م.ج كما أكدت على ذلك قرارات المحكمة العليا الصادرة بتاريخ: 1990/06/27، م. رقم 63539، م. ق. 1992، ع. 2، ص 13، وتاريخ 1991/03/13، م. رقم 66576، مشار إليه من طرف: عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، د.ذ.ع.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، السنة 2008، ص 213.

⁶ - موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 81.

⁷ - وقد تزعم هذا الرأي الفقيهين (J.L Baudouin) و(A. Charmentier)، إبراهيم صالح عطية، المرجع السابق، ص 10.

⁸ - عادل جبيري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 45.

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد، نظرا لقيامه على فكرة غير معروفة في القانون، علاوة على انعدام وجود عنصر الرضا وتبادلته في السر المهني الطبي، لأن صاحب السر قد لا يعلم في الغالب بكل الأسرار الخاصة بالمرض وحالته الصحية، بسبب إخفاءها من قبل الأطباء لظروف تقتضيها مصلحة المريض نفسه أو كان في حالة جنون أو فقدان للوعي¹.

كما أن هذه النظرية لم تصمد بسبب الانتقادات الكثيرة الموجهة إليها، باعتبار أن المصلحة الشخصية أو الخاصة لصاحب السر ليست هي المبرر الوحيد في تقرير وجود حق كتمان السر الطبي². لأن إفشاء الأسرار المهنية يمس مصلحة اجتماعية تتعلق بالنظام العام ومن أجل ذلك جرم القانون فعل الإفشاء.

بل أكثر من ذلك اعتبر باقي الفقه أن العقد لا يصلح كأساس سليم للمسؤولية عن إفشاء السر الطبي، لأن رضا صاحب السر بالإفشاء أو الرجوع في شكواه ضد الطبيب لا يحول دون استعمال النيابة العامة حقها في رفع الدعوى العمومية على الشخص الملتزم بالسر، لا على أساس العقد وإنما على العمل غير المشروع³. لهذا ظهرت فكرة النظام العام، لعدم كفاية فكرة العقد.

البند الثالث: فكرة النظام العام كأساس للحفاظ على السر الطبي

إزاء قصور نظرية العقد عن تفسير حق المريض بعدم إفشاء أسرارها بحث الفقه في فرنسا عن أساس آخر، حيث وجد أن السر الطبي يعد بمثابة قاعدة من قواعد النظام العام، يمكنه أن يستجيب لضرورة حماية المصلحة العامة⁴ أكثر من الحفاظ على مصالح المريض.

إذ يرى أنصار هذا الرأي أنه إذا كان القانون جاء لحماية كل سر يجد الفرد فيه نفسه مضطرا بإفشائه لشخص آخر، بسبب مهنته أو مهمته، وذلك بمقتضى الثقة المطلقة في من يتعامل معه من

¹ - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 43، 44.

² - سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب، المرجع السابق، ص 107.

³ - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 13، نقادي حفيظ، المرجع السابق، ص 83.

⁴ - يقصد بالمصلحة العامة لغة بأنها: كل ما كان فيه نفع مشترك بين الناس، أما اصطلاحا: فهي مجموعة المبادئ والأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع ويحميها القانون بهدف تحقيق النفع لجميع أفرادها وتلبية احتياجاتهم، مشار إليه من قبل: أحمد محمد بدوي، جريمة إفشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصري، المرجع السابق، ص 20. وفي هذا الإطار تتحقق المصلحة العامة عندما يكون المجتمع خاليا من العلل والأمراض، عباس علي محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 125.

المهنيين وكذا المحافظة على خصوصيته¹. فإن السرية كذلك مطلوبة للصحة العامة، لما ترسي نوعاً من الثقة بين المريض وطيبه.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن فكرة النظام العام لم تكن معروفة في القانون الفرنسي القديم، إلا أن القضاء الفرنسي كان السباق في تطبيقها بالنسبة للسر المهني². حيث اعتبر الحفاظ عليه واجب عام ولا يجوز لأي شخص إعفائه منه، كما قرر أن حق الكتمان الثابت للمريض يظل قائماً بالنسبة للأموات كالأحياء.

لذلك فإنه يترتب على الأخذ بهذه النظرية اعتبار أن السر الطبي حق مطلق ولا يتوقف على أي وعد صريح أو ضمني، وبالتالي فإن الإخلال به يستوجب العقاب. فهو يستمد قوته من النصوص القانونية الجنائية التي تتسم بالطابع الردعي³، باعتبار أن تقرير عدم جواز إفشاء أي سر من أسرار المريض، قوامه ذلك التعارض بين البوح بالسر وحماية المصالح العامة للمجتمع⁴.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن قانون العقوبات اللبناني الصادر في 22-02-1994 ارتقى بالسرية المهنية إلى مصاف الموجبات المتصلة بالنظام العام، فالطبيب يبقى ملزماً بمراعاة مصلحة المريض ومقتضيات النظام العام⁵.

كما يظل الطبيب - في اعتقاد هذا النظرية - ملتزماً بالمحافظة على هذا السر ولا يستطيع أن يعفى منه، حتى ولو حلله المريض من ذلك، لكون الحق في الكتمان يجد مصدره خارج العقد، باعتباره مقرر لمصلحة المجتمع وللمريض معاً. ومن ثم فأبي إفشاء له يمثل اعتداءً على المجتمع كله، من خلال ما يلحقه من أضرار وخرق لأصول المهنة⁶.

¹ - M-N. Verhegen, secret médical en droit belge, siminaire d'actualité de droit médical, sous titre « le secret professionnel : aspects légaux et déontologie comparaison avec l'étranger », les études hospitalières, éd. 2002, p 154.

² - « L'obligation au secret professionnel est générale et absolu » Crim. 09/11/1901, D. 1902-1-235, C.E 09/11/1928, D.P.1929-11-26, Cons.d'état, 27/01/1939, D.1939-295., Crim. 08/05/1947, D.1947 -1-1 109, Crim 22/12/1966, J.C.P.1967-11-15126, Crim 27/06/1969, J.C.P.1969-11-15411, Trib .Corr .Paris 19 Mars 1974, J.C.P, 1974-1-377, cité par : A. Lahder, op. cit, p 107, 108.

³ - حيث فرضت هذه المواد عقوبة الحبس والغرامة كلما أذيع سر من طرف مهني، حسين يونس، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 218.

⁵ - إذ جاء في مادته السابعة ما يلي: "السرية المهنية المفروضة على الطبيب هي من النظام العام." مشار إليه من طرف: علي مصباح ابراهيم، مسؤولية الطبيب الجزائرية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المرجع السابق، ص 554.

⁶ -A. Castelletta, op. cit, p130.

بل أكثر من ذلك فقد ذهب أنصار هذه النظرية إلى أن فعل الإفشاء يعد مجرماً، حتى ولو كان من أجل تخلص الطبيب من مسؤوليته والدفاع عن نفسه. إذ لا يستطيع هذا الأخير الكشف عن الأعمال الطبية التي قام بها باعتبارها أسرار طبية¹. إفشاء مثل هذه الأسرار قد يسبب الكثير من المضار خاصة بالنظر إلى مكانة المريض في المجتمع.

ورغم بريق هذه الفكرة، إلا أنها لم تسلم من النقد، على اعتبار أن فكرة النظام العام نسبية في الزمان والمكان ويتطور مفهومها حسب التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والأخلاقية². خاصة وأن أنصار هذه النظرية لم يحددوا مفهوم النظام العام بدقة³، الأمر الذي يصعب معه الاعتماد على هذه النظرية لما يشوبها من الاتساع والغموض في نفس الوقت.

كما أن جعل النظام العام كأساس للالتزام بالسر الطبي يؤدي على إعطاء الأولوية في الكتمان على الالتزام به، مما يقوي فرصة إفلات الطبيب من المسؤولية الجزائية. ومن ثم فإن هذه النظرية تعد خروجاً عن الهدف الذي تقرر من أجله حماية السر وهو حماية المصلحة العامة⁴.

ضف إلى ذلك فإن الأخذ بهذه النظرية يخلق عراقيل ومشاكل أمام السير الجيد للعدالة، باعتبار أن مضمونها لا يعترف بالرخص القانونية الممنوحة في إفشاء السر الطبي وهذا ما يجعل صعوبات في التقييد بهذه النظرية في الواقع العملي⁵.

بل أكثر من ذلك فإن هذه النظرية تتناقض مع نفسها، ففي الوقت الذي تعطي فيه المريض الحق في الإفشاء باعتباره صاحب السر، تفرض على الطبيب الكتمان المطلق⁶. علماً أن هذه الرخصة لا تفسر لها ولا مبرر، دون الاستناد إلى فكرة العقد.

¹ - كإجراء التحاليل الطبية التي قد ينجر عنها اكتشاف إصابة المريض بمرض قاتل كفقدان المناعة المكتسبة أو اللوكيميا.

A. Ossoukine, l'éthique biomédicale, op. cit, p 108.

² - فدائرة النظام العام تضيق في المجتمعات ذات النزعة الفردية التي تعتمد على حرية الإرادة وتوسع في المجتمعات الاشتراكية نتيجة تدخل الدولة في كافة مجالات الحياة، علي فيلاي، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 208.

³ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 245.

⁴ - سلامة أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، السنة 1980، غير منشورة، ص 15.

⁵ - إبراهيم صالح عطية، المرجع السابق، ص 12.

⁶ - M.Pendu, op. cit, p 137.

علاوة على ذلك فإن أنصار هذا الرأي يعتبرون أن الالتزام الذي يقع على عاتق صاحب المهنة، هو التزام بالامتناع عن عمل، قوامه عدم الإفشاء بأسرار المرضى. ولكن لو كان الأمر سليماً من الناحية القانونية، فإن الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام هو وفقاً للمادة 1143 من ق.م.ف¹ ليس مجرد التعويض بل إزالة الضرر ذاته، وهي نتيجة يستحيل تجسيدها في الواقع. وهناك رأي آخر يرى أن أساس الالتزام بالسر الطبي هي المصلحة الاجتماعية، ولكن هذا بتخفيف نظرية السر المطلق، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأنه يقوم على نظام عام نسبي². وذلك بسبب وجود مصلحة أعلى منها في إفشائه.

على هذا الأساس تم إنكار فكرة النظام العام، لأن أنصارها لم يحاولوا سد الثغرات أو وضع حلول للتناقضات الموجودة، مما جعلها أساس غير صلب تضحل معها نظرية العقد. لهذا السبب ظهر اتجاه في الفقه الفرنسي يميل نحو إمكانية التوفيق والجمع بين فكريتي العقد والنظام العام. حيث يعتبر أنصار هذا الرأي أن السر المهني بمثابة عقد غير مسمى بين مودع السر والمؤمن عليه يعاقب على الإخلال به القانون الجنائي، بسبب تعلق هذا العقد بالنظام العام، لما قد يترتب على ذلك من أضرار تمس المجتمع ككل كإهدار للثقة التي يوليها أفراد المجتمع لأرباب المهن³. وتطبيقاً لذلك فإن الأساس الذي يقوم عليه حق المريض في حفظ أسرارها يأخذ طابعاً خاصاً، حيث ينشأ كأصل عام بمقتضى العلاقة الطبية الذي تجمع المريض مع الطبيب الذي يختاره ويفضي إليه بسره، كما قد ينشأ استناداً على مبدأ احترام الشخصية الإنسانية، باعتباره إحدى مبادئ النظام العام⁴.

كما أن حفظ سر المريض إذا كان يحقق صالحه الخاص بطريق مباشر فهو يحقق الصالح العام بطريق غير مباشر، وهذا ما يبرر سيادة المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وهذه الأخيرة يمكن أن تراعى على أن لا يكون ذلك مساساً بالمصلحة العامة⁵.

¹ - والتي تقابلها المادة 173 من ق.م.ج حيث جاء نصها كما يلي: "إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل عن هذا الالتزام جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفاً للالتزام ويمكن أن يحصل من القضاء على ترخيص للقيام بهذه إزالة على نفقة المدينين."

² - A. Lahder, op. cit, p 102.

³ -R. Savatier, J. M. Auby, traité de droit médical, op. cit, p 275.

⁴ - سمر أورفلي، مدى المسؤولية الجزائية والمدنية للطبيب إذا أفشى سر من أسرار مهنته، مجلة المحامون، ع. 11، اليوبيل الذهبي، لبنان، 1985، ص 1340.

⁵ - موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 86.

لكن هذا لا يحول دون حل الطبيب من التزامه من السر الطبي سواء من قبل المريض أو عند وجود مصلحة عامة عليا أولى بالحماية والرعاية من المصلحة الحمية بالكتمان وتسمو عليها، كالإبلاغ عن الأمراض المعدية والوبائية والجراثيم¹.

وفي الواقع فإن الفقه والقضاء بذل جهودا ليست باليسيرة لاستخلاص أساس حرمة السر الطبي والتأكيد على التزام المحافظة عليه، غير أنه في رأينا قد تم تجاوز هذا الجدل بوضع نصوص قانونية تجرم إفشاء الأسرار المهنية فتحول الأساس الذي يقوم عليه حق الكتمان إلى أساس قانوني.

البند الرابع: الأساس القانوني لحق المريض في حفظ أسرار

من دون شك أن أغلب الأنشطة القانونية أخذت تركز على أهمية سرية المهنة في المجتمع، الأمر الذي انجر عنه تقرير جزاءات جنائية إلى جانب المسؤولية المدنية، رغبة من المشرع في حماية الأسرار المهنية².

وفي حقيقة الأمر أن وجود مثل هذه النصوص ضمن قانون العقوبات، يعني أن هناك تغيرا كبيرا قد حصل على مستوى صور المساس بسلامة الشخص وحقه في احترام مكنوناته الشخصية. لذلك فإن وصف الاعتداء قد تجاوز الارتباط بالمفاهيم التقليدية كالضرب والجرح، ليضفي على كل انتهاك للحق في الخصوصية عن طريق ما تفرزه التجارب الطبية³.

فالسر الطبي يلعب دورا وقائيا، يتمثل في سد الثغرات التي يمكن من خلالها نفاذ بعض النشاطات التجارية المشبوهة الماسة بالأعضاء والمشتقات البشرية على اختلاف أنواعها⁴، بل يبرز دور أكبر لمبدأ الكتمان، في عمليات نقل الأمشاج واللقاح الآدمية، ويتمثل في تثبيت المراكز القانونية، التي تنشأ من عمليتي التبرع بالأمشاج والتلقيح بها⁵.

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، المرجع السابق، ص 123.

² - محمود سليمان البدر، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، جوان 1981، ص 97.

³ - A. Ossoukine, l'éthique biomédicale, op. cit, p 110.

⁴ - مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية لجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، ط. 01، دار الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية مصر، السنة 2002، ص 324.

⁵ - نصر الدين ماروك، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، م. ق، ع. 02، السنة 2000، ص 39.

وبالتالي فإن كتمان أسرار المرضى واجب قانوني في أي مجال كان¹، بحيث تتقرر المسؤولية الجنائية على كل تلاعب أو متاجرة به وذلك بهدف المحافظة على استقرار المجتمع، باستثناء بعض الحالات التي نص القانون على عدم تجريمها.

وتلبية لذلك نجد أن المشرع الفرنسي أدرك ضرورة أن ينتقل بالالتزام بكتمان السر من دائرة الالتزامات الأدبية، إلى دائرة الالتزامات الجنائية. بحيث تدخل في عام 1810 ونص على تجريم إفشاء السر المهني في قانون العقوبات²، وذلك باعتبارها من الجرائم العمدية. ومن ثم لا يمكن قيام المسؤولية الجزائية للطبيب لمجرد الإهمال من جانبه. فضلا عن ذلك فقد كرس كذلك بعض النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب³.

وقد اقتفت التشريعات الجنائية في كثير من الدول أثر التشريع العقابي الفرنسي بالنص على الالتزام بالمحافظة على سر المهنة من خلال تجريم إفشاء السر⁴. كما أن التشريعات والقوانين الموضوعية

¹ - أحمد سليم سعيان، الحريات العامة وحقوق الإنسان (دراسة تاريخية وسياسية وقانونية مقارنة)، ج. 02 (النظام القانوني للحريات العامة في القانون المقارن)، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2010، ص 28.

² - Art. 378 du C.P.Fr dispose que : « Les médecins chirurgiens et autres officiers de santé ainsi que pharmaciens les sages femmes et toute autres dépositaire par état ou profession secrets: qu'on leur confie, punis hors les cas ou la loi les oblige à se porter dénonciateurs auront relevés ces secrets seront punis d'un emprisonnement d'un mois six mois et une amende de 50 Francs à 300.000 Francs. » V. dans ce point : M.M.hannouz, A.R.Hakem, précie de droit médicale a l'usage des particien de la medecine et droit, op. cit, p 107. Modifié par L. 92-1336, 16/12/1992 est devenu Art. 226-13 : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 Euros d'amende. » cité par : B. Py, secret professionnel, les grandes décisions du droit médical, alpha France 2010, 232.

³ - Art 1110-4 du C.S.P.Fr (L.303-2002, 04/03/2002 précité),

Art. 04 du C.D.M.Fr dispose que : « Le secret professionnel institué dans l'intérêt des malades s'impose à tout médecin dans les conditions établies pour la loi.» Art 72 al.1 du même code dit: « Le médecin doit veiller a ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leur obligation en matière de secret professionnel et s'y conçoivent. » Art. 73 al. 1 du même code qui dispose : « Le médecin doit protéger contre toute discrétion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées quels que soit le contenu et le support de ces documents. » M. Contis, secret médical et évolutions du système de santé, op. cit, p 283.

⁴ - فقد نص قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 في المادة 355 منه أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات كل من كان بحكم مهنته على علم بسر وإفشاؤه دون سبب مشروع". كما أكد قانون العقوبات المصري على تجريم إذاعة السر المهني في المادة

لتنظيم مهنة الطب، قد جاءت هي الأخرى أشد وأدق للتأكيد على ضرورة احترام سر المهنة الطبية وضرورة عدم إفشائه، وإلا تقرر المسؤولية على الإخلال به¹.

دون أن ننسى أن نشير إلى أن التشريع الجزائري أولى للسر المهني الطبي أهمية ومكانة واسعة كباقي التشريعات الوضعية لكونه من المستلزمات الأساسية التي يقوم المجتمع²، متجاوزا بذلك مختلف الآراء التي وضعها الفقهاء لتأسيس التزام الحفاظ على السر المهني.

حيث أفرد نصوص قانونية ردعية تعاقب على الإخلال بحق المريض في حفظ أسرار، معتبرة ذلك من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته³. كما حرصت نصوص القانون الطبي على

=310. وفي نفس الاتجاه نصت المادة 254 من القانون الجنائي التونسي على هذه الجريمة دون أن ننسى قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي والذي يوجب العقاب على إفشاء الأسرار المودعة لدى المهنيين وبصفة خاصة الأطباء في غير الأحوال المصرح بها قانونا وذلك في المادة 279 منه وهو ما سلكه المشرع المغربي بتجريمه لإفشاء السر المهني بمقتضى الفصل 446 وما يليه من قانون المسطرة الجنائية المغربي، عبد الرحيم صدقي، الأسرار المهنية في القانون الجنائي، مجلة المحاكم المغربية، ع. 43، السنة 1995، ص 09، محمد أمين حجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، المرجع السابق، ص 306.

¹ - فقد نص على ذلك الدستور الطبي الأردني في المواد 22، 23، 24، كذلك فقد قضت المادة 20 من لائحة آداب المهنة بالنسبة للأطباء البشريين في مصر على أنه لا يجوز للطبيب إفشاء أسرار مريضه التي اطلع عليها بحكم مهنته. وقد حظر القانون الاتحادي الإماراتي رقم 7 لسنة 1975 في شأن مزاولة ممارسة مهنة الطبي في دولة الإمارات العربية المتحدة في مادته 13 إفشاء الأسرار الخاصة، كما أكد على ذات المضمون الفصلين 38، 40 من هيئة الأطباء المغربية، هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص 134، حسين يونس، المرجع السابق، ص 26، علاوة على ذلك جاء النص على قدسية السر الطبي في الدستور الإسلامي للأخلاقيات الطبية والصحية في الباب الثالث منه في المواد 21-34، لمزيد من التفصيل محمد راييس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 220. وهذا ما أكده أيضا القانون اللبناني لعام 2004 المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة بمقتضى المادة 12 التي تؤكد حق كل مريض يتولى العناية به طبيب أو مؤسسة صحية، في أن تحترم حياته الشخصية وسرية المعلومات المتعلقة بها. وكذلك الحال إذا كان يتولى أمر العناية بالمريض فريق للعناية الطبية، فإن هذا الفريق يعد بحكم القانون مؤتمنا على المعلومات المتعلقة بالوضع الصحي للمريض، ومن ثم يكون ملزما بالسرية المهنية، سامي بديع منصور، القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود، المرجع السابق، ص 186، 187.

² - محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 97.

³ - وذلك منذ صدور ق.ع.ج بموجب الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المعدل والمتمم، ج.ر، ع. ج.ر.ع 49، الصادرة في 11/06/1966. إذ تضمن جريمة إفشاء الأسرار وأدرجها ضمن جرائم الاعتداء على شرف واعتبار الأشخاص في الباب الثالث من الكتاب الثالث في القسم الخامس وخصص لها المادة 301، حيث طرأ على هذه المادة تعديل غير جوهري لم يمس موضوع المادة، وإنما جعل العقاب على إفشاء السر يظهر في مقدمة المادة في الجملة الأولى للفقرة الأولى بعدما كان يظهر في مؤخرتها الفقرة الأولى من المادة السابقة. كما أدخل تغيير في المصطلح في الفقرة الثانية حيث استعمل كلمة السر المهني لإعطاء أكثر دلالة للسر وربطه بالمهنة واستبدل كلمة "عليه" ب "أعلاه". في حين احتفظ المشرع الجزائري بنفس الشكل الذي كانت عليه المادة من قبل فقرتين الأولى تتضمن التجريم والثانية الإباحة واللاعقاب. فكانت نص المادة القديم كالآتي: "الأطباء والجراحون والصيدال والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع والمهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم الذين يفشونها في غير الحالات التي يوجب فيها القانون إفشاءها أو يصح لهم بذلك، يعاقبون بالحبس من شهر إلى 06 أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار جزائري.

التأكيد على ضرورة احترام الطبيب لخصوصية المريض بعدم إفشاء أسراره مهما كانت طبيعتها، لتعلقه بكرامته وشرفه¹، مما يمكن القول معه على أن الأساس القانوني وراء حرمة السر المهني الطبي. وبناء عليه لا يمكن في رأي الباحث أن نهمّل الجانب الأخلاقي للمهنة، والذي كان أساس الالتزام بالسر الطبي منذ القدم، بمقتضى قواعد يرتبط بها أفراد الطائفة في مباشرتهم لمهنتهم. ومن ثم فإن السر الطبي قد بدأ واجبا أخلاقيا قبل أن يكون التزاما قانونيا تحميه التشريعات الجنائية وترتب على مخالفته المسؤولية القانونية.

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن مظاهر استقلالية السر الطبي عن الأسرار المهنية الأخرى لن تكتمل إلا بتحديد نطاقه، فكيف يكون ذلك؟

الفرع الثاني: نطاق السرية الطبية

لا شك أن حق المريض في حفظ أسراره يتضمن جميع المعلومات الطبية أو الشخصية لهذا الأخير، التي قد يطلع عليها الطبيب أثناء قيامه بمهامه². ويبرز هذا التوسع أهمية الطب البالغة

=وبذلك فلا يعاقب الأشخاص المبيّنون عليه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذ هم أبلغوا بها، فإذا دعوا للمثول أمام لقضاء في قضية إجهاض فتفضل لهم حرية الإدلاء بشهادتهم دون أن يتعرضوا لأية عقوبة. "بينما أصبح النص الجديد بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/02/1982 على النحو التالي: " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار جزائري الأطباء والجراحون والصيدالّة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفسوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك...". وفي سنة 2006 وبموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 المعدل والمتمم لـق.ع تم رفع الغرامة في مادة الجرح طبقا لأحكام المادة 467 مكرر ليصبح حداها الأدنى 20.000 دج وحدها الأقصى 100.000 دج.

¹ - حيث جاء نص في المادة 36 من م.أ.ط.ج ما يلي: "يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض عليه لصالح المريض إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك". كذلك نشير إلى أن ق.ح.ص.ت.ج المعدل والمتمم، أكدت صراحة على بموجب نص المادة 206 مكرر 1 التي قضت بأنه: "يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصه بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحوا الأسنان". والمادة 02/206 من نفس القانون التي نصت على: "ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض...". ومن نفس القانون نصت المادة 226 بما يلي: "يجب على المساعدين الطبيب أن يلتزموا بالسر المهني...". كما نصت المادة 02/194 على أنه: "يمارس الصيادلة المفتشون مهامهم عبر التراب الوطني ويلتزم هؤلاء بالسر المهني...". علاوة على ذلك تضمن في الباب الثامن الخاص بالأحكام الجزائية في الفصل الأول تحت عنوان الأحكام الجزائية المتعلقة بمستخدمي الصحة في المادة 235 منه بالإحالة إلى ق.ع.ج، وذلك بقولها: "تطبق العقوبات المنصوص عليها في المادة 301 من قانون العقوبات على من لا يراعي إلزامية السر المهني المنصوص عليها في المادتين 206 و226 من هذا القانون."

² - M.M.hannouz, A.R.Hakem, précie de droit médicale a l'usage des particien de la medecine et droit, op. cit, p 108.

للإنسان وما يترتب عليها من كشف المرضى أسرار حياتهم الخاصة للأطباء، التي قد تتصل بأدق تفاصيلها وأخطرها مما ينعكس على سمعة الشخص وعائلته.

لذلك فإن عملية ضبط نطاق السر الطبي، تكتسي أهمية بالغة في تحديد المسؤولية القانونية على الإفشاء به، الأمر الذي يستوجب منا إلقاء الضوء على طبيعة الأطراف الملزمة به (البند الأول)، إضافة إلى تحديد موضوعه (البند الثاني)

البند الأول: طبيعة الشخص الملزم بالسر الطبي

لقد اختلفت التشريعات الوضعية حول تحديد الأشخاص الملزمين بالمحافظة على السر الطبي، فمنها من جعلته على عاتق الذين وقفوا عليه بسبب وظيفتهم. ومنها من قصرته على الأطباء وبعض الأشخاص الذين يمارسون مهنة تتعلق بالتطبيب¹.

لذلك يمكن تقسيم الأمانة على السر الطبي إلى فئتين أساسيتين هما: أولاها فئة الأشخاص الملزمون بالكتمان بنص القانون (فقرة أولى)، بينما الفئة الثانية هي فئة الأشخاص الأمانة على السر الطبي بحكم المهنة (فقرة ثانية).

فقرة أولى: الأمانة على السر الطبي بنص القانون

ويقصد بهم الأشخاص الذين وردت بشأنهم نصوص واضحة تلزمهم بالكتمان، حيث أكدت على ذلك معظم التشريعات الوضعية بذكرها صراحة لبعض الفئات على سبيل المثال². إذ يتعلق الأمر بالأطباء والجراحين باعتبارهم أول من يلتزم بهذا الحق³. ذلك أن الطب من أهم المهن

¹ - القانون البلجيكي في المادة 371، السويدي في المادة 331، و المادة 387 من القانون الفرنسي المعدلة بموجب المادة 226-13.

² - كالمشرع المصري حسبما ورد في المادة 310 من قانون العقوبات وهم الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم، وعبارة غيرهم تستوعب كافة الفئات الأخرى التي يكون مودعا إليها بمقتضى صناعتها أو وظيفتها سر خصوصي كان مؤتمنا عليه، وأفشاء في غير الأحوال المقررة قانونا في هذا المعنى، شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 108. كذلك نجد قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي الذي لم يتبع طريقة الحصر في ذكر الأشخاص الذين تتوافر فيهم صفة مستودع السر، وذلك بمقتضى المادة 279 منه والمادة 13 من القانون 07 لسنة 1975، المتعلق بمزاولة مهنة الطب في دولة الإمارات العربية المتحدة، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 127، 128، وغير بعيد عن ذلك فقد سائر التشريع الجزائري نفس الاتجاه بموجب نص المادة 301 من ق.ع.ج التي حددت فئة معينة توقع عليهم واجب الكتمان بنصها على أنه: "...الأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات..." كما نصت المادة 206 من ق.ح.ص.ت.ج على ما يلي: " يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة..." وهي ترجمة للنص الفرنسي المادة 378 من ق.ع.ف الذي تم إلغاؤه سنة 1992.

³ - أكد التشريع الجزائري صراحة في الشطر الأول في المادة 301 من ق.ع.ج وقد أورد في ذلك إشارة لطائفة الجراحين، للتأكيد على شمولية النص لفئة الأطباء على اختلاف تخصصاتهم. ما عدا الأطباء البيطريون الذين لا يدخلون في نطاق هذا النص.

التي ممارستها ملزمون بكتمان أسرار عملائهم، وهذا كله من أجل المحافظة على تفاصيل خصوصيات المريض المكفولة بالحماية¹.

و يجدر التأكيد بأن لفظ الأطباء، يشمل كل شخص حائز على شهادة علمية من جهة معترف بها، تؤهله لممارسة العلاج من الحوادث أو الوقاية من الأمراض²، مهما اختلفت تخصصاتهم سواء كانوا أطباء ممارسين عامين أو متخصصين وحتى الطبيب المفتش. ويدخل في نفس الإطار الأطباء العاملين بالمستشفيات العامة أو الخاصة أو الذين لديهم عيادات متخصصة³.

فالطبيب أمين على السر في جميع الحالات ليس فقط بالنسبة للمعلومات التي أفشى إليه بها مريضه، لكن أيضا كل ما استطاع معرفته أو استنتاجه خلال ممارسة مهنته⁴. إذ يحتفظ بهذه الأسرار حتى بعد تركه المهنة، طالما أنه قد حصل عليها بسببها⁵.

¹ -« l'obligation au secret professionnel établie par l'art 378 C. P. pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certains fonctions, s'impose aux médecins hormis les cas ou la loi en dispose autrement, comme un devoir de leur état...» Crim. 08 mai 1947. Bull Crim. n° 124,

² - محمد أمين حجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، المرجع السابق، ص 309.

³ - فقد نص المرسوم التنفيذي رقم 09-393 المؤرخ في 2009/11/24 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاملين في الصحة العمومية وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 09-394، المؤرخ في 2009/11/24، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، - اللذان ألغيا أحكام المرسوم رقم 91-106، المؤرخ في 1991/04/17- بموجب المادة 03 التي أكدت على أن الموظفين الذين يحكمهم هذين القانونين يخضعون للحقوق والواجبات المنصوص عليها في الأمر 06-03 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. حيث نصت المادة 48 منه على ما يلي: " يجب على الموظف الالتزام بالسر المهني، ويمنع عليه أن يكشف محتوى أية وثيقة بحوزته أو أي حادثا خبر علم به أو اطلع عليه بمناسبة ممارسته مهامه، ما عدا ما تقتضيه ضرورة المصلحة وإلا يتحرق الموظف من واجب السر المهني، إلا بترخيص مكتوب من السلطة السلمية المؤهلة." كما ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 10-77، المؤرخ في 2010/02/18، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين المفتشين في الصحة العمومية، عندما أحال فيما يخص الحقوق والواجبات إلى الأمر 06-03 المذكور أعلاه وقد أكد مرة أخرى في المادة 07 على ما يلي: " يلتزم الممارسون الطبيون المفتشون في الصحة العمومية... التقيّد بواجب التحفظ، مع المحافظة على السر المهني في كل الأحوال".

⁴ - فالطبيب الذي يدعى إلى معالجة سيدة يعلم أن مرضها ناشئ عن إجهاض لا يجوز له التبليغ عن ذلك، أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن والمعاونة لهم، د.ذ.ع.ط، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 170.

⁵ - خلافا لما هو عليه الحال فيما لو علم بما بعد اعتزاله المهنة، حتى ولو كان ذلك بسبب الثقة التي تربطه بماضيه المهني، موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 109.

كما لا يباح إفشاء السر الطبي سواء كان الطبيب من أفراد العائلة أو حصل من طبيب إلى طبيب، لأن ذلك يسيء بالدرجة الأولى إلى المهنة التي ينتسب إليها من جهة وبسبب الطابع الشخصي لعنصر الائتمان القائم بينه وبين المريض من جهة أخرى¹. ولعل نفس الالتزام يطرح بالنسبة للطبيب الخبير²، حينما يقدم تقريره إلى الجهة التي انتدبته فقط، كلما ثارت أثناء سير الدعوى مسألة فنية يتوقف عليها الفصل في الدعوى ولم يكن باستطاعة القاضي البث فيها برأي³. دون أن ننسى أن نشير إلى أن طبيب المؤسسة العقابية هو الآخر ملزم باحترام السر الطبي ما دام يقدم العلاج للسجين، ومن ثم يترتب على هذا الخرق متابعة جزائية⁴. إلى جانب ذلك فإن طبيب التابع للهيئة المستخدمة (طبيب العمل) يتلقى أيضا وقائع سرية، يلتزم بعدم كشفها⁵ وهو بصدد الإشراف على حالة العمال الصحية وتحديد مدى صلاحية وقابلية الشخص للعمل، وذلك بقصد ضمان حماية خاصة لهم⁶.

¹ - فقد حكم القضاء الفرنسي بالتعويض على طبيب كان قد استدعي للكشف على زوجة أخيه فوجدها في حالة إجهاض، بينما كان أخوه متغييا منذ أكثر من تسعة شهور، وذكر ذلك لزوجته، محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 476.

² - وهذا ما أكدت عليه المادة 4/206 من ق.ح.ص.ت.ج المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 17/90 المؤرخ في 1990/07/31، حيث جاء فيها: "ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهنته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني إلا الحالات التي يأمره فيها القانون بالإفشاء والتصريح".

³ - فالطبيب الخبير مكلف من طرف المحكمة أو جهة التحقيق لفحص مصاب نتيجة حادث أو اعتداء أو تشريح جثة، ذكر من قبل: أيمن محمد علي محمود حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، دراسة فقهية مقارنة، ط. 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2008، ص 93. وقد نص على ذلك التشريع الجزائري في المادتين 1/207 و 2/207 من ق.ح.ص.ت.ج.

⁴ - وقد أكد على ذلك التشريع الجزائري بموجب نص المادة 165 من القانون رقم 04-05، المؤرخ في 2005/02/06، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين والذي ألغى الأمر رقم 02-72 المؤرخ في 1972/02/10 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، ج.ر، ع 12، لسنة 2005، حيث قضت بأنه: "يعاقب طبقا للأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات كل موظف تابع لإدارة السجون أو أي شخص يساهم في نشاطات إعادة التربية وإعادة إدماج المحبوسين أفشى سرا مهنيا". أي أن المتابعة والعقاب تكون بناء على نص المادة 301 من قانون العقوبات، فعلى طبيب المؤسسة العقابية السهر على حماية أسرار المرضى والمحبوسين والسهر على عدم كشفها أو إفشائها إلا في إطار ما يسمح به القانون ويأمر به.

⁵ -F. Abderrahmane, médecine de travail, université d'Oran faculté de médecin, laboratoire de recherche, n° 29, année 2005, p 22.

⁶ - وقد أكد على ذلك التشريع الجزائري بموجب وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 09-16، المؤرخ في 2009/04/07 الذي يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء الذي نص على ذلك في المادة 11 منه بأنه: "يلتزم الطبيب المعالج بمسك وتحيين ملف طبي... ويلتزم بضمان سرية الملف الطبي الذي يتعين عليه التمسك به كمارس طبي." وفي الملحق الثاني المحدد للاتفاقية النموذجية بين هيئة الضمان الاجتماعي والطب الأخصائي نصت في هذا الإطار المادة 8 على ما يلي: "يلتزم الطبيب الأخصائي بما يأتي:

وفي الواقع طرح التساؤل فيما إذا كان يتطلب حصول الطبيب على إجازة ممارسة المهنة الطبية لكي يلتزم بكتمان الأسرار الطبية، فذهب البعض إلى أنه لا يشترط أن يكون الطبيب مرخصا له بمزاولة المهنة، بل يكفي أن يكون لديه المؤهلات التي تجيز له حمل هذا اللقب. في حين ذهب رأي آخر إلى أن الشخص غير مجاز لا يعد طبيبا بالمعنى القانوني وبالتالي لا يخضع إلى قاعدة حفظ السر الطبي¹.

ويسري نفس الحكم على أطباء الأسنان²، وذلك على الرغم من أنهم لا يطلعون في ممارستهم لمهنتهم على أي سر للمريض، إذ ليس سرا أن يعالج الإنسان أسنانه أو يخلعها. إلا أنه قد استقر الرأي على أن جراح الأسنان يمكنه من معرفة الأسباب المرضية الحقيقية لتلف الأسنان في فم المريض، ومن ثم يطلع على سره، مما يمنع عليه الكشف عن ذلك للغير³.

كما يلزم القانون الصيدلي⁴ بالسر الطبي، وذلك لكونه أمينا يقف على أسرار المرضى بطريقة غير مباشرة من خلال التذكرة أو الوصفة الطبية التي يستخلص من الإطلاع عليها نوع المرض الذي

=ضمان السر الطبي الخاص الذي يتعين عليه التمسك به كممارس طبي. " ولنا في هذا الإطار أن نستدل ببعض الاجتهادات القضائية الفرنسية في هذا الموضوع منها:

« N'est pas punissable la révélation faite sans aucune autre précision, par e médecin du travail à l'employeur, de l'opinion du médecin traitant de salariée selon lequel celle- ci n'est pas malade du moment que cette opinion est conforme à celle de ladite salariée et ne fait que corroborer ses prétentions. » Crim. 06/06/1972, Bull. Crim. n° 190. Gaz. Pal. 1972. 2. 668. « Le rapport réalisé par un médecin du travail sans révéler de notions médicales portant sur des faits qui lui semblait de nature à rendre un salarié inapte à ses fonctions le prévenu s'étant limité au rôle de conseil qui lui est imposé par la loi. » TGI Versailles, 17/11/1981, J.C.P 1982. 11. 19889, V. dans ce point : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 585 .

¹ - موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 105.

² - وقد أكد على ذلك التشريع الجزائري في المادة 1/206 من ق.ح.ص.ت.ج المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 90-17، المؤرخ في 1990/07/31 التي ذكرته على النحو التالي: " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به ... وجراحوا الأسنان... " كذلك نصت المادة 36 من م.أ.ط.ج على ما يلي: " يشترط في ... جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني. " كما نصت المادة 37 من نفس المدونة: " يشتمل السر المهني كل ما يراه ... جراح أسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته. " وللاشارة أن المادة 301 من ق.ع.ج لم يذكر أطباء الأسنان شأنه في ذلك شأن المشرع المصري والفرنسي.

³ - عادل جبري حبيب، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - فقد تضمن نص المادة 301 من ق.ع.ج فئة الصيادلة بعبارة صريحة: " يعاقب... والصيادلة... " كذلك نصت المادة 1/206 من ق.ح.ص.ت.ج المعدل والمتمم على ما يلي: " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به ... والصيادلة. " كما نصت المادة 433 من قانون الصحة على أنه: " يجب على الصيادلة أن يجيب بحذر مع مراعاة السر المهني على طلبات

اقتضته أو عن طريق مباشر، إذ جرى العرف على أن يستشير بعض المرضى الصيادلة في علاجهم لأمراضهم لثقتهم وخبرتهم¹.

فالصيدلي معاون للطبيب والسر الذي يعلم به له صلة وثيقة بسر الطبيب ويعتبر امتدادا له².
فإقدام الصيدلي على إفشاء سر المريض، إنما يؤكد نبأ الطبيب ويزيد يقين بعض الذين كانوا مترددين في تصديق ما أذاعه الطبيب. ويستوي الأمر كذلك إذا كان الإفشاء من صيدلي آخر اطلع على أسرار المريض قبله³.

دون أن ننسى الإشارة إلى القابلة وهي بصدد مباشرة أعمالها، قد تطلع على أسرار خاصة بالمريض واستنتاج عيوبه الجسدية. لهذا يحظر القانون الإفشاء بها⁴، لأنها تتصل بسمعة وشرف هذا الأخير من جهة وكذا بالأمانة التي أودعت لدى القابلة، وأخلاقيات مهنتها من جهة أخرى.

فقرة ثانية: الأمانة على السر الطبي بحكم المهنة

ويقصد بهذه الفئة كافة الأشخاص الذين يباشرون مهنة أو وظيفة تكمل العمل الطبي أو تساعد على القيام به على أكمل وجه⁵. حيث حرصت معظم التشريعات الوضعية على أن جميع

=المرضى... " إضافة إلى ذلك يمنع على الصيدلي الخبير إفشاء السر المهني وهو ما أكدت عليه صراحة المادة 4/206 بأنه: "يلزم... الصيدلي سواء كان مطلوباً من القضاء أو خبيراً لديه.. كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهنته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني". حتى أن الصيدلي المفتش مجبر على الحفاظ على السر المهني وهذا ما جاءت به المادة 2/194 من ق.ح.ص.ت. المستحدثة بموجب القانون رقم 98-09 المؤرخ في 19 أوت 1998 بأنه: " يمارس الصيادلة المفتشون مهامهم عبر التراب الوطني ويلتزم هؤلاء بالسر المهني وفقاً للشروط المنصوص عليها في التشريع المعمول به... " وهذه المبادئ أكدتها المادتين 13 و 14 من م.أ.ط.ج فقد قضت المادة 13 بأنه: "يلزم كل صيدلي بالحفاظ على السر المهني إلا في الحالات المخالفة المنصوص عليها في القانون". بينما نصت المادة 14 على أنه: " يتعين على الصيدلي ضماناً لاحترام السر المهني أن يمتنع عن التطرق للمسائل المتعلقة بأمراض زونه أمام الآخرين ولا سيما في صيدليته ويجب عليه فضلاً عن ذلك أن يسهر على ضرورة احترام سرية العمل الصيدلي وأن يتجنب أي إشارة ضمن منشوراته قد تلحق الضرر بسر المهنة". أما بالنسبة للطالب في في الصيدلة فتنص المادة 02 من نفس المدونة على جعله يخضع لأحكامها.

¹ - يقصد بمهنة الصيدلة أنها فن أو علم يهتم بتمييز وجمع واختبار وتحضير المواد الوقائية أو العلاجية من أي نوع، وتركيبها لغرض استعمالها في علاج الأمراض، طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلاني الجنائية، ط. 01، دار وائل للنشر، عمان الأردن، السنة 2008، ص 16.

² - نصر الدين ماروك، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 16.

³ - عباس علي محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 126.

⁴ - وقد ذكر المشرع الجزائري طائفة القابلات صراحة في المادة 301 من ق.ع.ج: "... يعاقب... والقابلات... " كما ورد التأكيد على التزامهم بالسر الطبي بالأخص في الباب الأول الخاص بالأحكام العامة وبالضبط في الفصل الثاني المتضمن الحقوق والواجبات، بمقتضى المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91-110 المؤرخ في 27/04/1991، المتعلق بالقانون الأساسي للقابلات، ج.ر. رقم 22، السنة 28، الصادرة بتاريخ 15/05/1991.

⁵ - عبد العزيز نويري، الحماية الجزائية للحياة الخاصة، المرجع السابق، ص 284.

الأشخاص المؤتمنين على الأسرار بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة يلتزمون بكتمان السر الطبي، حتى لو لم تكن من فئة الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القابلات¹. الأمر الذي يعطي أكبر قدر من الحماية للسر الطبي، على الرغم من أن بعض الفقهاء يعارضون ذلك وينادون إلى ضرورة أن يضع المشرع ضابطاً محددًا، لأنه ليس من السهل أبداً تحديد هذه المهنة وحصرها².

إذ تشمل هذه الفئة عموماً الأعوان الطبيين، الذين يلتزمون بالحفاظ على الأسرار التي وصلت إلى علمهم، بحكم أنهم يعلمون الكثير عن حالة المريض المدونة في ملفه الطبي. ولعل السبب في حرمة السر الطبي بالنسبة إليهم، يرجع من جهة إلى اطلاعهم على أسرار المرضى سواء بطريق مباشر أو غير مباشر بحكم وظيفتهم³.

ومن جهة أخرى إلى اعتبار هدف هؤلاء الأشخاص لا يختلف عن هدف الطبيب أو باقي الفريق الصحي الآخر. فكلهم يهدف إلى خدمة الأفراد للمحافظة على صحتهم وكذلك الحرص على رعايتهم حتى وهم في آخر لحظات حياتهم مهما اختلفت متطلبات كل منهم⁴.

كما أن الطلبة الذين يتمنون بالمستشفيات (طلبة الطب) يتصلون بحكم الضرورة بالأطباء أثناء عملهم، مما تكون لهم فرصة الاطلاع على أسرار المرضى⁵. لذلك فإن الرأي الراجح هو أنهم مسؤولون عن إيداع أي سر يصل إلى علمهم، بمناسبة تربصاتهم التي يجرونها، وهذا لأنهم أطباء

¹ - فقد أضاف المشرع الجزائري في نص المادة 301 من ق.ع.ج إلى جانب الأطباء والجراحين والصيادلة والقابلات، عبارة واسعة تتضمن " جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها والتي تقابلها المادة 226-13.

Art. 226-13 du C.P.Fr qui dispose : «La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire...»

² - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 42.

³ - هدى سالم محمد الأطرقي، مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائرية (دراسة مقارنة)، ط. 01، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2001. ص 117.

⁴ - سعاد حسين حسن، قواعد التمريض، ط. 03، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، السنة 1985، ص 22.

⁵ - وهذا ما نصت عليه المادة 200 من ق.ح.ص.ت.ج والمادة 02 من م.أ.ط.ج حيث جاء فيها: "تفرض أحكام هذه المدونة لأخلاقيات الطب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو طالب في الطب أو في جراحة الأسنان مرخص له بممارسة المهنة." ومن الأحكام المفروضة المنصوص عليها في المدونة هي الالتزام بالمحافظة على السر المهني المنصوص عليه من المادة 36 إلى المادة 41.

المستقبل¹. ومن ثم فإنهم يلزمون بصفتهم مساعدين، لأن ذلك يؤدي إلى توفير حماية فعالة وشاملة لأسرار المرضى².

إلى جانب ذلك يلتزم المديرون سواء كانت مؤسسة الاستشفائية، القطاع الصحي أم مركز استشفائي بالحفاظ على السر الطبي³، لأنهم يقفون على أسرار المرضى بحكم توليهم للرئاسة والإشراف مما يسمح لهم بالاطلاع على ذلك⁴.

وغير بعيد عن ذلك نجد أن هناك طائفة أخرى يكون اتصالها بالسر الطبي، نابع من وظيفتهم الإدارية التي تسمح لهم بالاطلاع على ملفات المرضى، وقد يقومون بأنفسهم بترتيب هذه البيانات والمعلومات الطبية. وهم عموماً موظفي المستشفى والعاملين الإداريين بها، موظفي الضمان الاجتماعي، الذين يتلقون بيانات من الأطباء عن حالة المرضى وكذا العاملين بالسكرتارية⁵.

والجدير بالذكر في هذا السياق أن عملية ضبط نطاق السر الطبي، تستوجب علينا دراسة الأشخاص الملزم على الطبيب بعدم الكشف لهم، عن المعلومات الطبية أو الشخصية للمريض. لأن السر خاص به وحده باعتباره صاحب الشأن الحقيقي في كل ما يتعلق بحالته⁶، سواء اطلع الطبيب عليه أو ترك له إمكانية الوقوف عليه بفحصه إياه.

¹ - فقد أثير خلاف حول التزامهم بالسر، فذهب البعض بالقول بإعفائهم من المسؤولية بالالتزام الطبي، وذلك لعدم خبرتهم الكافية لأسرار العمل الطبي، غير أن هذا الرأي تعرض إلى نقد شديد من جانب الفقه، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 14.

² - فقد أوجب المشرع الجزائري على الأطباء العاملين مرافقتهم، فنصت المادة 38 من مدونة أخلاقيات الطب نصت على أنه: "يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على جعل الأعوان الطبيين يحترمون متطلبات السر المهني".

³ - A. Ldhar, op. cit, p 293.

⁴ - إذ يخضع في ذلك لأحكام الأمر 03-06، المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، حيث نصت على ذلك المادة 48 منه، كما قضت المادة 49 من نفس الأمر بأن: "على الموظف أن يسهر على حماية الوثائق الإدارية وعلى أمنها." وفي هذا الإطار صدرت عدة مراسيم تنفيذية منها: المرسوم التنفيذي رقم 97-465 المؤرخ في 1997/12/02، يحدد قواعد إنشاء المؤسسات الاستشفائية المتخصصة وسيرها، وحدد مهام المدير في المادة 19 كذلك صدر مرسوم التنفيذي رقم 97-466 المؤرخ في 1997/12/02 يحدد قواعد إنشاء القطاعات الصحية وتنظيمها وسيرها وحدد مهام المدير في المادة 22، إلا أن هذا المرسوم قد ألغي بموجب المرسوم رقم 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007، الذي يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها.

⁵ - عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 131.

⁶ - عادل جبيري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 72.

وقد حرصت معظم التشريعات الوضعية¹ على التأكيد أن الإفشاء محظور، من الأمين على السر إلى غير المريض، سواء بالنسبة لعائلة المريض، التي لا يمكنها الاطلاع على الملف الطبي، إلا في حالات معينة. بحيث لا توجد أي مشكلة إذا كان المريض قاصرا، فإن الطبيب ملزم بأن يفشي سر المريض القاصر إلى والديه، فأى سر يتعلق به هو في نفس الوقت يتعلق بوالديه، لأنهم أقدر الناس على الالتزام في علاجه والحرص على مصلحته.

ويرجع السبب في ذلك إلى اعتبار السر الطبي ملك المريض لا يتم التصرف فيه²، ومن ثم على الطبيب الحفاظ على مصلحة المريض وكنمان سره على أقاربه، مهما كانت العلاقة التي تربط المريض بأحد أفراد العائلة ولا يتم الإفشاء إلا برضاه³.

ويسري نفس الحكم بالحظر في الكشف عن السر لأحد الزوجين⁴، ما لم تحمل مصلحة لكلا الطرفين كإصابة أحدهما بمرض معد، حتى لا تنتقل العدوى إلى الطرف الآخر أو وجدت أمور مشتركة تخصهما معا كالعقم وغيرها.

كما أن السر الطبي يتمتع بالحرمة في مواجهة الغير، إذ يتم كتمانها على أي شخص من العمال أو من الأطباء غير المشرفين على حالة المريض أو الذين ينتمون إلى المستشفى التي يتلقى فيها المريض العلاج، إلا في حالة الاستشارة الطبية⁵، وذلك لكون السر الطبي قُرر لمصلحة المريض لا لمصلحة الغير، وبالتالي لا يمكن إفشاءه حتى لو تضمن نتائج سلبية.

¹ - سواء في التشريع الجزائري بموجب المادة 301 من ق.ع.ج أو التشريع المصري في المادة 310 من ق.ع.م أو التشريع الفرنسي في المادة 13-226 من ق.ع.ف.

² -B. Hoerni, M. Benezech, op. cit, p 16.

³ - وقد أكد على ذلك التشريع الجزائري في المادة 2/51 من م.أ.ط.ج التي جاء نصها كما يلي: "... غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر والاحتراز." وكذا التشريع المصري بموجب المادة 2/16 من لائحة مهنة الطب البشري التي قضت صراحة بأنه: "...وفي هذه الحالة يحق للطبيب أن ينتهي إلى أقارب المريض خطورة المرض وعواقبه، إلا إذا علم به المريض، وأبدى للطبيب رغبته في عدم إطلاع أحد على حالته."

⁴ - فليس للطبيب أن ييوح بأمر خاصة بزواج المريض إلا بإذنه كالأزمات الجنسية أو الحمل في حال عدم قدرة الزوج على الإنجاب، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 369.

⁵ - وهو ما أكد عليه التشريع الجزائري في المادة 69 من م.أ.ط.ج.

ومن جهة أخرى فإن المريض المتوفى يفترض أنه الوحيد المعني بأسراره، ومن ثم فإنه ليس للورثة سلطة أن يحرروا الطبيب من هذا الالتزام¹. فالتزام الطبيب بالحفاظ على سر مريضه، يظل قائما حتى بعد وفاته، وذلك باعتبار أن حق المريض في معرفة حالته أمر له صفة شخصية لصيقة بشخصه وليس له طبيعة مالية يمكن انتقاله إلى الورثة².

ومن ثم لا يحق للطبيب استعمال السر بما يخالف إرادة المريض المتوفى، ولا يمكنه الاحتجاج في مواجهتهم بهذا الالتزام، بنفس الصفة التي يحتج في مواجهة الغير³. فالسر الطبي وجد من أجل حماية وحفظ كرامة المريض المتوفى، ولكن في نفس الوقت حماية حقوق ومصالح الورثة⁴. ولعل تحديد نطاق السرية الطبية لا يتوقف بدراسة الجانب الشخصي، بل يشمل النطاق الموضوعي.

البند الثاني: طبيعة المعلومات محل السر

من المعلوم أن ضبط موضوع السر الطبي أمر لا يخلو من الصعوبة، مثلما لاحظناه عند تحديد مفهومه التي تباينت فيه الآراء سواء من قبل الفقه أو القضاء. فالأسرار الطبية قد تتصل بأدق تفاصيل الحياة الشخصية للمريض وتنعكس على عائلته وقد تتصل بسمعته⁵. لذلك فلا يقتصر السر الطبي على المعلومات الخاصة بنوع المرض أو الإصابة التي يعاني منها المريض أو العلاج، وإنما يشتمل على كل ما يتصل بالعمل الطبي⁶، من فحص أو تشخيص، كإجراء

¹ - وقد سارت بعض أحكام القضاء في هذا الاتجاه منذ ذلك الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 06/02/1954، الذي قضى بعدم أحقية الورثة في الوقوف على سر مرض مورثيهم، في دعوى طالب فيها الورثة بإلغاء عقد بيع، كان مورثهم قد أبرمه خلال مرض الموت وكان الورثة قد تمسكوا بشهادة طبية من من الطبيب المعالج لمورثهم تثبت مرضه.

C. de Paris, 06/02/1954, J.C.P, 1954-11-8107, Cass. Civ., 14/12/1999, D. 2000 Jur., p 372, cité aussi par : R. Villey, op.cit, p 44.

² - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 182، 183.

³ - Cass civ. 29/04/1968, J.C.P, 1968- 11- 15560, cité par : François Stéfani, op. cit, p 2637.

كما أيد القضاء الجزائري هذا الموقف بموجب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09/07/1990، م. رقم 62156، م.ق. ع 04، السنة 1991.

⁴ -Cass civ. 22/01/1957, D 1957, Cass. Civ., 26/05/1964. J.C.P, 1964- 2- 13751, cité par, J-C. Tixador, op. cit, p 291.

⁵ - عبد القادر تيزي، المرجع السابق، ص 190.

⁶ -A.Castelletta, op. cit, p 53.

التحاليل والأشعة وعمليات الاستكشاف بالمنظار. أما المعلومات والبيانات التي لا تتعلق بالعمل الطبي ذاته فلا تكون من السر الطبي الذي يحظر إفشاؤه، مثل أسعار الخدمات المقدمة للمريض¹. كما أنه لا فرق بين نتائج الفحص، والتشخيص السلبية والإيجابية التي تصلح وعاء للسر الطبي². فالطبيب يسأل عن إفشاء سر المريض، ولو كان هذا السر مشرفاً له أو في صالحه، كأن يطلع الطبيب على تحاليل إجراء للمريض وكانت نتيجته سلبية، أو يطلعه على أشعة خاصة به تشير إلى خلو المريض من أي إصابة.

وقد لا تكون الوقائع سرا في ذاتها أو بطبيعتها، إلا أنها تعد كذلك لما يلابسها من ظروف، ومن ثم يكون على الطبيب الذي استدعي لإنقاذ مريض من أزمة قلبية، وكان في مكان ما كان يجب أن يكون فيه ومات بعد دقائق من وصوله، أن يكتم الظروف التي حدثت فيها الوفاة³. ومن جهة أخرى هناك بعض الأمراض ليست لها طابع السرية، كما لو ذهب المريض لعلاج ألم في أسنانه وأفشى الطبيب هذه الواقعة لقريبه فهو لم يفش سرا⁴. بل أكثر من ذلك لا تعد الشهادات الطبية إفشاء للسر المهني. ومن ثم وجب الرجوع إلى العرف وظروف كل حادثة على انفرادها⁵.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن التشريعات الوضعية حرصت على التأكيد أن موضوع السر الطبي يشمل كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان ويسمعه ويفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه مهامه⁶. ومن ثم تعتبر جميع الأمراض في رأي الباحث سرية مهما كانت طبيعتها، لما تحتويه من العورات التي يجب سترها ولو كانت صحيحة، لما فيه إفشائها إساءة إلى المرضى وإضرار بمصالحهم.

¹ - محمد سليم شهيدى، الالتزام بالسر الطبي، المرجع السابق، ص 98.

² - علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 170.

³ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 155، محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 375.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 107.

⁵ - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 43، فقد قضت محكمة النقض المصرية سنة 1942 أن العرف جرى على اعتبار مرض الزهري والسيلان هما المرضان اللذان يجب على الطبيب ألا يفشي سرهما أما مرض البواسير، فهو لا يعتبر سرا خصوصاً إذا كان المريض به من الرجال، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 365.

⁶ - سواء التشريع الجزائري في المادة 37 من م.أ.ط.ج التي تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 04 من ق.أ.ط.ف. وكذلك فقد نص الدستور الطبي الأردني في المادة 22 منه على يدخل في نطاق موضوع السر الطبي ما يطلع عليه الطبيب من أحوال مريضه الصحية والاجتماعية وما قد يراه أو يسمعه أو يفهمه من مريضه في أثناء اتصاله المهني به من أمور وأمر غير.

وفي الحقيقة رغم إضفاء طابع الحرمة والقدسية للحياة الخاصة للمريض، من خلال تقرير عقوبات جنائية ومدنية على انتهاكها، إلا أنه قد يرد استثناء من قاعدة العقاب على إفشاء السر الطبي، وهو ما سنوضحه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: حدود حماية الحياة الخاصة للمريض

من دون شك تخلق مهنة الطب علاقة خاصة بين الطبيب ومريضه، بحيث تسمح له بالإطلاع على أسرار تتعلق سواء بحياته الشخصية أو حالته الصحية. لذلك يجب عليه أن يكون كتوما، فلا يكشف مرض أي شخص حتى إذا كانت طبيعة هذا المرض لا تستدعي الكتمان¹. غير أن تطور التقنيات العلمية والتكنولوجية في الوقت الراهن من جهة، وتداول المعلومات الخاصة بالمريض بين الأطباء ومساعدون لهم في التمريض والمختبرات من جهة أخرى، جعل حياتهم الخاصة عرضة للانتهاك. فالإفشاء يعتبر طريقة مباشرة، في الإخلال بحق المريض في حفظ أسرارهم، مما يؤدي منطقيا إلى مسائلة المخل به جنائيا، مدنيا وتأديبيا.

ورغم قدسية هذا الحق وقوته في مواجهة الغير، إلا أن هناك استثناءات وحالات تجعل من البوح بالسر الطبي مباحا، لهدف حماية مصلحة اجتماعية أولى بالحماية من الكتمان². لذلك خصصنا هذا المبحث لدراسة كيفية إفشاء السر الطبي، نظرا لتعدد الوسائل المستعملة (المطلب الأول)، لنعكف فيما بعد إلى إلقاء الضوء على مختلف حالات إعفاء الطبيب من واجب المحافظة على سر المهنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: كفاءات إفشاء السر الطبي

من المعلوم أن مختلف التشريعات الوضعية حرصت على تجريم فعل إفشاء السر الطبي بنصوص عقابية، لما يترتب من أضرار تصيب المريض والمجتمع معا متناسية بذلك تحديد مفهومه، كما أنها لم تحدد الوسائل التي من شأنها أن يتحقق فعل الإفشاء اللامشروع للسر الطبي، لعدم حصرها خصوصا مع موجة التقدم العلمي والتكنولوجي التي تعرفها الساحة الطبية والاجتماعية ككل.

¹ - L. Dubouis, secret médical et liberté de la presse, op. cit, p 843

² - عادل جبيري محمد حبيب، المرجع السابق، ص 378.

لذلك سوف نتعرض في هذا المطلب إلى مضمون الإفشاء، وذلك من حيث التعاريف التي قيلت بشأنه، وهي تعاريف في مجملها فقهية (الفرع الأول) ثم نلي ذلك بالبحث عن مختلف الوسائل التي يمكن أن يتحقق بها إفشاء السر الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مضمون إفشاء سر المريض

لقد اختلفت التعاريف الفقهية في تحديد معنى فعل الإفشاء¹، فمنهم من عرفه بأنه نوع من الإخبار جوهره نقل معلومات تتعلق بالشخص صاحب المصلحة في كتمانها أو كشف عن بعض معالم شخصيته التي من خلالها يمكن تحديده². من جهة أخرى اعتبره جانب آخر من الفقه بأنه العمل الذي ينتقل به السر المهني من حالة الكتمان إلى حالة العلانية باطلاع الغير عليه³. في حين عرّفته محكمة النقض الفرنسية بأنه: "الإفشاء بواقعة معينة إلى شخص بصفة كلية أو جزئية، أي كان قدر المعلومات التي تلقاها، وقد يكون الغير على علم سطحي بتلك الواقعة ثم يتحول إلى علم قطعي فور الإفشاء إليه بها..."⁴ كما أن الإفشاء يتم بمجرد اطلاع شخص أو عدة أشخاص، بل أنه يقع قانوناً ولو حصل لفرد واحد وطلب منه كتمانها أو الاحتفاظ به⁵. وتطبيقاً لذلك فإن إفشاء السر الطبي هو الكشف أو الإدلاء بكل أمر أو واقعة تصل إلى علم الطبيب، سواء أفضى إليه بها المريض أو غيره أو اكتشفها هذا الأخير عن طريق الفحص، بغض النظر عما يتضمنه هذا السر من الأمور الصحية أو تلك المتعلقة بسمعته⁶.

¹ - الإفشاء لغة هو الانتشار ولفظ الإفشاء والإذاعة مترادفين، المعجم الوجيز، تأليف مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم سنة 1994، ص 472، بخلاف التجسس الذي يقصد به البحث عن الشيء، عارف علي عارف، المرجع السابق، ص 03.

² - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، ط. 07، دار الجديدة الإسكندرية مصر، السنة 2000، ص 1444، أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 164.

³ - فالإفشاء هو كل كلمة تطلق، أو عمل أو إشارة أو مقاطع من كلمات أو تكليف بإتيان عمل، سواء كان هذا الكلام أو العمل بحد ذاته صحيحاً أو خطأً، والتي قد تصيب بصورة غير مباشرة شخصاً آخر بالضرر، هدى سالم محمد الأترجي، المرجع السابق، ص 118.

⁴ - وذلك بمقتضى قرار صدر عنها بتاريخ 12/04/1951، نقلاً عن: رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص 290.

⁵ - Cass. Crim. 16/05/2000 affirme que : « La révélation d'une information à caractère secret réprimée par l'art: 226-13 du C.P.Fr suppose pas la divulgation, elle peut exister légalement, lors même qu'elle en est donnée une personne unique et lors même que cette personne et elle-même tenue au secret... » cité par : J. Peltier, la responsabilité pénale du médecin et le secret médical, rev. Générale de droit médical, n° 44, sept 2012, p 180.

⁶ - أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 06.

إذ يتحقق فعل الإفشاء عندما يقوم الطبيب بإطلاع الغير على السر وتحديد الشخص الذي يتعلق به، ولا يتطلب الأمر ذكر اسم الشخص الذي يتعلق به السر، إنما يكفي أن يكشف عن بعض صفاته ومعامله بحيث يمكن من خلالها معرفته وتحديدته، كنشر صورة المريض¹.

وبالتالي فإن قيام الطبيب بنشر بحث علمي يوضح فيه أعراض المرض وطريقة هذه المعالجة دون أن يحدد شخص المريض لا يعد إفشاء للسر الطبي، لكون علة التجريم متجسدة في حماية مصلحة هذا الشخص، ما عدا إذا قدر الطبيب أن ذلك ضروري أو مفيداً في علاج المريض². بل أكثر من ذلك فإن فعل الإفشاء يقع، ولو اقتصرته المكاشفة على جزء من السر³. ولا عبرة أيضاً لو أفشى إلى طبيب آخر أو كانت هناك له صلة بهذا الفرد، وذلك نظراً للطابع الشخصي لعنصر الائتمان الذي يحصل بينه وبين المريض الذي اختاره لعلاج. كما أن تكرار الإفشاء لا ينزع صفة السرية، مما لا يؤثر ذلك في مسؤولية من يفشيه⁴.

وقد يسري نفس الحكم إذا تمت عملية الإفشاء من عدة أشخاص ملزمون بكتمانه، كما في حالة إشراف فريق طبي على علاج المريض وإفضائهم لغيرهم من أطباء المستشفى⁵. أما ما عدا ذلك يمكن لأحد أعضاء الفريق الطبي تبادل المعلومات أو المناقشة فيما بين الأطباء الآخرين المشتركين معه في علاج هذا المريض دون أن يعد إفشاء للسر⁶.

ومن المهم التأكيد في نفس السياق بأن إفشاء السر الطبي، قد لا يكون مقصوداً من الطبيب، ولكن نتيجة لإهماله أو عدم إدراك معاني كلامه، خصوصاً في الجلسات الخاصة مع زملائه الأطباء⁷. أضف إلى ذلك أن الواقع الحالي يعكس لنا بعض الممارسات التي يقوم بها بعض الأطباء في

¹ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 193، 194، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 109.
² - كما في حالة قيام الطبيب بإخطار ولي أمر القاصر، الذي يتعاطى المخدرات نظراً لامتناع هذا الأخير عن العلاج، الأمر الذي يترتب عليه حدوث أخطار جسيمة على صحته، ذكر من قبل: محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 61.
³ - فقد أكد القضاء الفرنسي بأن مجرد ذكر الطبيب دخول مريضه إلى مستشفى يعتبر إفشاء لسر المهنة، محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 476.

⁴ - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 341.

⁵ - M- L. Moquet, Anger de l'hopital à l'établissement public de santé, 1998, p 321,

⁶ - فلم يكن غريباً أن تسلم محكمة النقض ومجلس الدولة الفرنسيان مبدأ تداول المعلومات circulation de l'information داخل المجموعة الطبية الواحدة.

Cass.Civ. 28/10/1970, J.C.p-11-17362, Cons. D'état. 11/02/1972, Rev. Dr. pub.1972, p 962, Cons.d'état 22/01/1982, D.1982-291, cité par: A. Castelletta, op. cit, p 22.

⁷ - راجي عباس التكريتي، المرجع السابق، ص 218.

المستشفيات العمومية أو في بعض العيادات، من إدخال عدد من المرضى مرة واحدة للفحص¹. فهذا بلا شك مما يسبب كشف أسرارهم وسرعة تداولها بين الآخرين، مما يفقدهم القابلية على الإدلاء بالمعلومات الخاصة بهم سواء الشخصية منها أو الصحية.

ولعل التعدي على الحياة الخاصة للمرضى بإفشاء أسرارهم المتعلقة بحالاتهم الصحية أو الاجتماعية يؤدي إلى تدمير الثقة التي تولدت بين المريض وطيبه، باعتبارها عاملا أساسيا² يسعى التشريع إلى تأصيلها حفاظا على كرامة المريض من جهة، وعلى سمعة ومبادئ المجتمع من جهة أخرى³.

لكن يبقى السؤال الذي يطرح نفسه كيف يتم إفشاء السر الطبي؟ وهو ما سنجيب عليه في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: وسائل إفشاء السر الطبي

إن الإفشاء الذي يقوم به الشخص للسر المهني، الذي ائتمن عليه بحكم الحالة أو المهنة، يتم بأي طريقة تؤدي إلى المساس بحق الفرد في خصوصية أسرارهم. إذ ليس من الضروري أن يكون في صورة إعلان أو نشرات دعائية لجميع الناس⁴، بل يكفي اطلاع أحدهم على هذا السر. ومن ثم فإن وسائل إفشاء السر تتعدد بتطور التقنيات المستعملة حاليا في التواصل بين الأفراد، فقد تكون بطريق مباشر أو غير مباشر، سواء تم شفاهة أثناء محادثة عادية أو تليفونية بين شخصين⁵ أو كان لغرض علمي بالتحدث به في محاضرة. كما قد يحصل عن طريق الإيماء أو الإشارة⁶.

¹ - غادة فؤاد مجيد مختار، المرجع السابق، ص 384، ويحدث هذا بصورة خاصة في عيادات الأطباء والاختصاصيين بالأمراض النسائية بحجة عدم إخراج المريضة إذا كانت لوحدها، علما بأن أكثر هؤلاء الأطباء يستخدمون ممرضات في عيادتهم واللواتي يستطعن أن يزاولن هذا الدور، فالطبيب في هذه الحالة يعتبر مسؤولا عن إفشاء السر.

² - J. Morceau, D. Truchet, Droit e la santé publique, 6 éd., Dall., 2004, p 257.

³ - علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 41، 42، عارف علي عارف، المرجع السابق، ص 08، 10.

⁴ - أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص 37، 38.

⁵ - إبراهيم سليمان عيسى، الأسرار بين الحفظ والإفشاء وموقف الشريعة الإسلامية، مجلة الأزهر، السنة 1993، مصر، ص 367.

⁶ - أحمد سليم سعيقات، المرجع السابق، ص 45.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 12/01/1999. Pourvoi N°: 96-20580, consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>. V. dans ce point M. Contis, secret médical et évolutions du système de santé, op. cit, p 286.

من جهة أخرى يعد إفشاءً للسر إذا اتخذ شكل الكتابة وذلك عن طريق نشر الأطباء لأبحاثهم سواء في مجلات علمية متخصصة أو في مواقع الانترنت أو الصحف... ، والتي قد تتضمن أسماء أو صفات أو أمراض يمكن معها تحديد شخصية المريض أو هويته¹.

غير أن الأمر يختلف إذا تعلق الإفشاء باعتبارات ذات صبغة قومية أو دولية، كما في الحالات التي تصدر فيها نشرات طبية بمناسبة إصابة أو مرض رؤساء الدول أو الشخصيات البارزة في المجتمع الدولي².

حيث يشترط لعملية نشر مثل هذه التقارير حصول رضاء المعني بالأمر والجهات المختصة أو ترخيص من عائلته في حالة وفاته³. ويرجع السبب في ذلك إلى أن الحالة الصحية لهذه الشخصيات تمّ الجميع، لذا لا بد من إعلام الرأي العام بها.

أما التأليف في الكتب، فيعتبر أيضا وسيلة لإفشاء أسرار المرضى، لما فيها من إلحاق الأذى بهم بسبب الإشهار بأسرار الأفراد التي وصلت إليهم بسبب مهنتهم⁴. فضلا عن ذلك، ذهب المجلس

¹ - فعابا ما تكون هذه الطريقة للمصلحة العامة وتطوير الأبحاث، نصر الدين ماروك، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 13. هذا وقد منع التشريع الجزائري عملية النشر بموجب المادة 39 من م.أ.ط.ج التي جاء فيها: "يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية على عدم كشف هوية المريض." وهو التي تقابلها في التشريع الفرنسي المادة 15 من ق.أ.ط.ف وكذلك ما نصت عليه المادة 114 من نفس المدونة بأنه: "يتعين على الصيدلي ضمنا لاحترام السر المهني، أن يتجنب أي إشارة ضمن منشوراته قد تلحق الضرر بسبب المهنة."

² - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 106.

³ - ومثال على ذلك التقارير الطبية التي نشرت بخصوص ظروف وفاة الرئيس الفلسطيني ياسر عرفات، حيث تضمنت بيانات ومعلومات حول كافة التحاليل التي أجريت عليه بهدف الوصول إلى الأسباب الحقيقية التي أدت إلى وفاته، وذلك بالاستناد إلى التقرير الطبي الفرنسي والتقرير الطبي الفلسطيني، ولكن هذه التقارير لم تنشر إلا بتصريح من السلطات المعنية ومن أسرة الفقيد، وهذا لتفادي مشاكل سياسية قد تحدث من جراء الإخفاء. حيث صرح بهذا الخصوص وزير الخارجية الفرنسية ميشال بارنييه من أنه لا نية لبلده بنشر التقرير الطبي لرئيس الفلسطيني الراحل ياسر عرفات، وسيترك خيار التصرف حيال التقرير لأسرة الفقيد، جريدة الشرق الأوسط، بتاريخ 2004/11/16. إسلام أون لاين عن جريدة القدس، ع. رقم 12987، الصادرة بتاريخ 2005/10/13.

⁴ - حيث صدرت في هذا الصدد عدة قرارات قضائية في قضية جيلبر « Gulber » الطبيب الشخصي للرئيس الفرنسي الأسبق الراحل فرنسوا ميتره « Francois mitterand » بمساهمة جونون، وشركة النشر بلون بسبب نشر كتاب حول مرضه بتاريخ 1996/01/08 بعنوان "السر الكبير"، سواء قرار محكمة استئناف باريس 1996/03/13 و 1996/10/23. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك في قرارها البالغ الأهمية المؤرخ في 1997/07/16: "إن الكشف عن الوقائع التي يتضمنها السر الطبي، والذي من المفروض أن يقوم بحفظه المؤلف المشترك لكتاب السر الكبير، يكتسي طابعا لا مشروعيا بشكل جلي، مما يعلل الأمر باتخاذ الإجراءات الكفيلة بإيقافه، بما في ذلك منع مواصلة نشر الكتاب." راجع بتفصيل أكثر: مختار سيدهم، المرجع السابق، ص 35، 36.

Cass. Civ. 16-07-1997 D. 1997, jur., p 452, cité par : A. Castelletta, op. cit, p 57.

الوطني لهيئة الأطباء بعيدا، إذ صرح أن تاريخ ولوج المريض إلى المصححة، ومغادرته لها، تعد من المعطيات المدرجة ضمن السر الطبي¹.

من جهة أخرى تعد من مظاهر إفشاء السر الشهادات الطبية التي تسلّم لغير المريض أو ذوي الشأن دون ترخيص، سواء التي تتضمن تقريرا عن وضعه الصحي أو الخاصة بعدم اللياقة². وذلك على أساس اعتبار أن هذه الشهادات من حق المريض، وله حرية التصرف بها ضمن الحدود الشرعية. غير أن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن هذا الحق لا يحول دون إبلاغ رب العمل بمدى صلاحية العامل للعمل ودون أن يفصح عن طبيعة أو نوع المرض الذي يعاني منه³، وإلا اعتبرت هذه الشهادة كوسيلة لاطلاع الغير على أسراره الشخصية.

وهذا هو المعمول به في التشريع الجزائري، بحيث أن كل شخص يتقدم للعمل، في أية جهة عامة أو خاصة تسلم له هذه الشهادة تثبت صلاحيته وقدرته على العمل⁴. وليس فحسب بل إن المشرع منع الطبيب تسليم أي تقرير مزيف للحقيقة، أو شهادة طبية لا تحمل معلومات صحية⁵. دون أن ننسى الإشارة أن الملفات الطبية والسجلات⁶ التي يمسكها الطبيب والأعوان الطبيين تندرج أيضا ضمن طرق إفشاء السر الطبي بالكتابة، فقد يستطيع الغير الكشف عن المعلومات المدونة فيها من خلال إطلاعهم عليها⁷.

¹ - فقد أكد القضاء الفرنسي بأن الطبيب الذي يدير مصحة للأمراض العقلية وينشر في كتيب تقريرا عن أحد نزلاء تلك المصححة يتضمن ملاحظات عن حلتة العقلية سواء كان وصل إلى هذه الملاحظات بنفسه أو أعطيت له، يعد مرتكبا لجريمة إفشاء السر الطبي، ولا يدع عذرا مبررا كون هذه المعلومات معروفة من قبل، ولا أن تنشرها في مصلحة العامة، موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 104.

² - وهذا ما قصده المشرع الجزائري في المادة 2/206 من ق.ح.ص.ت.ج التي نصها مايلي: "ماعدا الترخيص القانوني يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض الذي بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته."

³ - نصر الدين ماروك، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - فقد نص في المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120، المؤرخ في 13/05/1993، المتعلق بتنظيم طب العمل جاء فيها:

"يجب على الطبيب أن يصرح بجميع حالات الأمراض الواجب التصريح بها..."

⁵ - وذلك بنصه في المادة 58 من م.أ.ط.ج: "يمنع تسليم أي تقرير مرض أو أي شهادة مجاملة."

⁶ - فقد جرت أغلب المستشفيات على وضع لكل مريض ملف طبي يتضمن مجموعة من الوثائق، التقارير، صور الأشعة المؤشر عليها وكذلك بيانات شبه كاملة عن المريض ووضعه الصحية، حيث يقوم فيها الطبيب بتدوين الطبيب كل ملاحظاته، النتائج المتوصل إليها في متابعة المرض وحتى العلاج المقترح بشأنه المريض والتطورات الحاصلة على حالته، محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 245، العربي بلحاج، الحدود الشرعية والاخلاقية للتجارب الطبية على الانسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 123.

⁷ - C. Rey-Salman, C. Boraud, le dossier médical : l'information du malade, le secret médical, la rev. du pratique, V. 62, juin 2012, n° 06, p 844.

لذلك يقع على عاتق المؤسسات الاستشفائية اتخاذ كافة التدابير الضرورية لضمان حفظ وحماية سرية المعلومات المحتواة في هذا الملف الطبي تحت طائلة المسؤولية الطبية¹. بحيث يكون الإطلاع عليها بموافقة المريض نفسه أو ممثله القانوني أو ورثته بعد موته أو من طبيب من اختيار المريض نفسه، ويجب التحقق من هوية الطالب ومن ثقة الطبيب المختار².

والجدير بالذكر أن القانون قد وقف بالمرصاد لبعض الممارسات التي تشهدها المصالح الطبية للمستشفيات العمومية في الواقع الحالي، بحيث أكد صراحة على أنه لا يحتج بالسر الطبي إذا ما تعلق الأمر بإحقاق الحقوق³.

ومن ثم لا يمكن لهذه المصالح التماطل في تسليم الملفات الطبية لذوي الشأن تحت ستار الحفاظ على السر الطبي، لاسيما إذا تعلق الأمر باحتمال تعرض المريض المعني لخطأ طبي خوفا من أن ترفع ضدهم دعوى المسؤولية استنادا إلى ذلك الملف.

¹ - وهذا ما أكد عليه التشريع الجزائري في المادة 2/206 من ق.ح.ص.ت.ج بقولها: "يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا، كما ينطبق السر المهني على حماية الملفات الطبية...". وكذلك نصت المادة 39 من م.أط.ج على ما يلي: " يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان على حماية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزته من أي فضول". كما قضت المادة 40 من نفس المدونة بأنه: "يجب أن يحرص الطبيب أو جراح الأسنان عندما يستعمل هذه الملفات الطبية لإعداد نشرات علمية، على عدم كشف هوية المريض." وفي نفس الموضوع ورد في المادة 14 من نفس المدونة ما يلي: " يتعين على الصيدلي ضمانا لاحترام السر المهني أن يمتنع عن التطرق للمسائل المتعلقة بأمراض زبونه أمام الآخرين ولاسيما في صيدليته ويجب عليه فضلا عن ذلك أن يسهر على ضرورة احترام العمل الصيدلي وأن تجنب أي إشارة ضمن منشوراته قد تلحق ضرر بسر المهنة." بالإضافة إلى ذلك نص المرسوم التنفيذي رقم 09-116 المؤرخ في 17/04/2009 الذي يحدد الاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي والأطباء في المادة 11 منه على ما يلي: " يلتزم الطبيب المعالج بمسك وتأمين ملف طبي لكل مريض... ويلتزم بضمان سرية الملف الطبي للمريض الذي يتعين عليه التمسك بكتمان السر الطبي طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما." من جهة أخرى فقد نجد أن القضاء الفرنسي كان حريصا أيضا على هذه المسألة فقد صدر عن محكمة ران الفرنسية حكم يؤكد طابع السرية بالنسبة للملفات الطبية، حيث جاء منطوقه باللغة الفرنسية كما يلي:

« Le secret médical concernant le dossier médical d'une patiente décédée à la suite de son accouchement ne peut être opposé au médecin anesthésiste réanimateur mis en examen, qui est intervenue dans la procédure médicale quelques heures avant le décès. Des lors qu'il a eu nécessairement accès au dossier médical, et que des documents constituant ce dossier sortent de son fait: il doit être fait droit à sa demande d'ouverture du scellé contenant le dossier médical de la victime. » Rennes, 21 déc. 2000. Bic., 2001-903, C.A Toulouse, 17 Avr. 2001, Juris-data, 146679, médecine et droit, 2001, n° 50, cité par : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 586.

² -C. Byk, secret médicale, la semaine juridique, n° 21, 25/05/2005, p 957.

³ - المادة 41 من م.أ.ط.ج ويقابلها نص المادة 17 من القانون اللبناني المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة .

بالإضافة إلى ذلك الدور الإيجابي للقاضي الإداري في الخصومة القضائية الإدارية، بحيث يمكنه من توجيه أوامر للمستشفيات العمومية لتسليم الملفات الطبية للاستعانة بها في إثبات وجود الخطأ الطبي من عدمه.

غير أنه ورغم اعتبار كتمان السر الطبي حق جوهرى ثابت للمريض ينبغي على الطبيب كقاعدة عامة التقيد به، إلا أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه. فمتى يكون ذلك؟.

المطلب الثاني: الحالات المبررة لإفشاء السر الطبي

لقد اختلف كل من الفقه والقضاء حول أسباب إباحة إفشاء السر¹ الذي يعلم به الطبيب بمناسبة ممارسته لعمله على جسم المريض. فظهرت في البداية فكرة الضرورة كسبب للإباحة²، ومن أيد هذه النظرية برر ذلك بكون الظروف الطارئة تحتم على الطبيب إفشاء أسرار مرضاه، حفاظا على المصالح الخاصة للأفراد أو المجتمع³.

لكن هناك من يرفض هذه النظرية بسبب أن السر الطبي، مطلق وعم، ولا يمكن خرقه بإعطاء رخص تجعل حياة الأفراد عرضة للانتهاك، أيا كانت النتائج الناجمة على هذا الإفشاء⁴. وذلك على اعتبار نص المادة 378 من قانون العقوبات الفرنسي القديم المعدل بالمادة 13-226 هو نص جازم وصريح لا يجوز للطبيب أن يخالف أحكامه.

غير أنه في رأي الباحث ورغم اعتبار نظرية الضرورة معقولة في مضمونها كسبب لامتناع المسؤولية، إلا أنه لا يمكن الأخذ بها كسبب لإباحة إفشاء الأسرار الطبية. وذلك لانتفاء شروط حالة الضرورة سواء فيما يتعلق بآنية الخطر أو مصدره في أغلب أحوال الإفشاء⁵.

¹ - تتعدد التسميات الفقهية حول الحالات التي تفقد فيها الواقعة عنصر التجريم، فهناك من يسميها أسباب الإباحة وهناك من يسميها أسباب التبرير، ومن يسميها الحالات المشروعة على أساس أنها حالات تنعدم فيها بطريقة تلقائية وبديهية الصفة الإجرامية للواقعة التي لها في القانون صفة الجريمة، ذكر من قبل: عبد الصبور عبد القوي علي مصري، المرجع السابق، ص 135.

² - إذ يقصد بنظرية الضرورة في هذه الحالة أن الشخص مرتكب الجريمة لا يكون فيها مكرها على ارتكابها، وإنما يكون أمام خيارين فإما يتحمل أذى معتبرا وإما يرتكب الجريمة، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 113.

³ - A. Ellrodt, op. cit, p 603.

⁴ - لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 515، 517، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 376.

⁵ - لا يوجد في التشريع الجزائري نص صريح حول حالة الضرورة كسبب إباحة الجريمة، فحالة الضرورة تبناه المشرع صراحة في جريمة الإجهاض فقط، إذ نصت المادة 308 من ق.ع.ج: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر."

وهذا ما دفع التشريعات الوضعية تتولى وحدها حصر الحالات يجوز فيها البوح بالسر الطبي، كاستثناء على تجريم إفشائه بهدف حماية مصلحة اجتماعية أولى بالحماية من الكتمان¹. فهناك من قسم هذه الاستثناءات إلى حالات جوازية، حيث ترجع الإباحة فيها وبدرجة كبيرة إلى السلطة التقديرية للطبيب وأخرى إجبارية، باعتبارها لازمة وضرورية تحقق مصلحة عليا، يقوم عليها تماسك المجتمع وتحفظه.

أما البعض الآخر² فقد اعتبر أن السماح للطبيب بإفشاء أسرار مرضاه يقوم أيضا على أساس المصلحتين العامة والخاصة في نفس الوقت، فقسمها إلى أسباب مقررّة للمصلحة الخاصة وأسباب مقررّة للمصلحة العامة، رغم أنه وأحيانا يصعب الفصل بينهما، لأنه من المؤكد أن مصلحة الأشخاص تتحقق عندما تقوم المصلحة العامة والعكس صحيح، فصحة المجتمع من صحة أفراده. على هذا الأساس ارتأينا التقسيم الثاني، نظرا لشموليته لكل الحالات التي قد تضيق معها حماية الحياة الخاصة للمريض، على أن نبدأ بالتطرق إلى أسباب الإباحة المقررّة للأشخاص (الفرع الأول) ثم نلي بالبحث في حالات إفشاء السر الطبي حفاظا على المصلحة العامة (الفرع الثاني).

=وردت كلمة الضرورة في نص المادة 308 من ق.ع.ج قابلتها في النص الفرنسي عبارة « une mesure indispensable » ونفس الأمر نجده في التشريع الفرنسي أو المصري أو الأردني، وإن كان يتقرر الإفشاء في هذه الأحوال على أساس الصحة العمومية الذي حرصت على المحافظة عليها النصوص القانونية.

« Les faits justificatifs de la violation du secret processionnel résultent de la loi même au procèdent de l'état de nécessité... » Trb. Paris, 26/07/1998. Bic. 1998. 1390, M. Contis, secret médical et évolutions du système de santé , op. cit, p 293.

¹ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 109. وبالنسبة للتشريع الجزائري هناك إشارة صريحة لأمر القانون كسبب من أسباب الإباحة وجاء نص المادة 301 من ق.ع.ج على الصيغة التالية: "... في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشائها ويصرح لهم بذلك." كما أكدت ذلك المادة 203 من ق.ح.ص.ت.ج قبل تعديلها: "يجب على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدال أن يلتزموا بالسر المهني إلا إذا حررتهم من ذلك صراحة الأحكام القانونية". وبعد التعديل قضت المادة 2/206 من القانون رقم 90-17، المؤرخ في 1990/07/31 المعدل والمتمم ل ق.ح.ص.ت.ج بأنه: "ما عدا الترخيص القانوني يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض الذي يكون بدوره حرا في كشف كل ما يتعلق بصحته...". كما نصت المادة 36 من م.أ.ط.ج كما يلي: "... إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك." بالإضافة إلى ذلك أجاز التشريع الأردني إفشاء السر الطبي في حالات استثنائية بمقتضى المادة 355 من قانون العقوبات الأردني، كما أكدت على ذلك أيضا التوصية الخامسة من القرار رقم 79 (8/10) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مؤتمره الثامن بيندر سيري بيجوان -بروناي - دار السلام من 1-7 محرم 1414 الموافق ل: جوان 1993: "يستثنى من وجوب كتمان السر حالات يؤدي فيها كتمانها إلى ضرر إفشائه بالنسبة لصاحبه أو يكون في إفشاء مصلحة ترجح إلى مضرة كتمانها...." لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى عبد القادر بن داود، مبادئ الشريعة الإسلامية، السر في المهن الطبية، موسوعة الفكر القانوني، المرجع السابق، ص 105، 106.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 303، موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 126، 127.

الفرع الأول: أسباب الإباحة المقررة للأشخاص

من دون شك إن إفشاء السر الطبي ينطوي في أصله اعتداء على حق المريض في حفظ أسراره الشخصية، إلا أنه أحيانا قد تتقرر للمصلحة الخاصة لأحد الأشخاص، لتوحي وقوع ضرر يكون الأولى بالحماية من أن يكتتم السر. ومن ثم ترجح المصلحة في الإفشاء على المصلحة في الكتمان¹.
وبالفعل فإن الطبيب يجد نفسه مضطرا إلى إفشاء سر مريضه، لضرورات تختمها عليه حالات توجب بذلك، كأن يكون ذلك برضاء صاحب السر نفسه، الذي يرى أنه لا حرج في أن يفضي بسرهُ للأسرة مثلا أو لضرورات علمية (البند الأول) أو قد يكون الكشف لصالح الطبيب حتى يدافع عن نفسه من جريمة هو متهم بها أمام القضاء (البند الثاني).

البند الأول: تصريح المريض للطبيب بإفشاء السر الطبي

الأصل أن رضاء المجني عليه لا يمحو الصفة غير المشروعة عن الفعل²، ومن ثم فإن الرضاء بإفشاء السر لا يعد سببا لإباحته. فالأمين على السر يعاقب إذا أفضى به للغير، حتى ولو توافر رضاء المريض أو أدى بشهادة في شأنه لدى القضاء، كما يعد الحكم الذي يبني عليه دليلا وحيدا باطلا هو الآخر³.

¹ - رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 182.

² - محمد صبحي نجم، رضاء المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 181.

³ - ذلك أن تجريم الإفشاء يعد من المسائل المتعلقة بالنظام العام وهو مقرر لحماية مصلحة المجتمع ولم يقرر حماية لمصلحة صاحب السر، ومن ثم لا يصح أن يكون رضاؤه بالإفشاء سببا لإباحته. كما أن صاحب السر نفسه لا يدرك طبيعته وتقدير النتائج المترتبة على الإفشاء مثلما يعرفها الطبيب، ومن ثم فإن رضاء المريض يعد باطلا للغلط في موضوع السر، رضا محمد جعفر، رضا المضرور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2005، ص 323، وقد تأثر القضاء الفرنسي قديما بهذا الاتجاه في عدة مناسبات، أكدت محكمة النقض الفرنسية على ذلك منها ما يلي: حيث قررت بتاريخ 19/03/1903 ب: "أن الالتزام بالكتمان المقرر من أجل حماية الثقة الضرورية لممارسة بعض المهن أو أداء بعض الوظائف المفروضة على الأطباء كواجب تابع عن صفتهم وهو واجب عام ومطلق وليس لأحد صفة من إحلالهم منه." وذلك بعد طلب امرأة متهممة بارتكاب جريمة قتل من الطبيب أن يفشي سرها إلا أنه رفض، ذكر من قبل: علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 199، 200.

Aix 19/03/1902, D. 1903- 2-451, Cass. Crim. 22/12/1966, Gaz. pal, 1967 -106 ; J.C.P.1967-11- 15126. Crim. 07/03/1957 qui dit: « L'art 378. C.P ne vise que les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction aux actes de laquelle la loi dans un intérêt général et l'ordre public à imprimé le caractère confidentiel...." Bull. Crim. n° 24, Crim. 05/06/1985 : « L'obligation au secret professionnel... elle est général et absolu, et il n'appartient à personne de les en

غير أن الاتجاه الحديث في الفقه يذهب إلى أن تصريح صاحب السر بإفشائه يرفع عن حامله الكتمان ويبيح له إعلان السر الخاص بالمريض، لأن واجب الكتمان وإن تقرر للصالح العام، إلا أن لصاحب السر المصلحة الأولى في إخفائه. وما دام قد رضي في تفويض الإفشاء إلى الطبيب، فلا مانع من أن ينيب عنه ما أفضى له به¹.

كما يضيف هذا التوجه إلى أن كشف الشخص عن أسراره هو استعمال لحقه في التصرف فيها، باعتباره مالك لها لوحده². وتبعاً لذلك إذا أجاز المريض إفشاء سره، فيعتبر هذا الطبيب مستعملاً للحق كذلك.

هذا وقد استقر القضاء الفرنسي على تبني هذا الرأي في العديد من أحكامه، معتبراً أن رضاه المريض يعد شرطاً ضرورياً ليكون الإفشاء مشروعاً، فإذا تخلف تقوم مسؤولية الطبيب الأمين على السر الطبي³.

وعلى نفس النهج سارت أغلب التشريعات الوضعية⁴، لأنه ما تستوجبه المصلحة العامة بالمحافظة عليه، يمكن أن تقتضي الترخيص به المصلحة الخاصة للمريض، بما في ذلك التشريع الجزائري

=affranchir". Bull. Crim. n° 218, V. dans ce point : D. Houssin, le secret dans le nouvelles pratique et les nouveaux champs de la médecine, rec. Dall., 2009, 2619.

¹ - عز الدين الديناصروري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1146.

² - رضا محمد جعفر، المرجع السابق، ص 333.

³ - Cass. Civ. 26/05/1914.D. 1919-1-5617

وفي نفس السياق صدرت عدة أحكام قضائية في عدة مناسبات منها ما يلي:

-Colmar 28/10/1947 J.C.P.1948 -11 - 4160, C.A. de paris 02/02/1962, D.1963-280, Cass. Crim 05/11/1981 Bull. crim, n° 295.

- Trb. Paris, 05/07/1996 affirme que : « Le délit de la violation du secret professionnel est institué non seulement dans l'intérêt des particuliers pour garantir la sécurité des confidences. » D. 1998. Somm. n° 87.

- Metz. 13/02/2002 déclare que : "Engage sa responsabilité civile médecin traitant qui le cadre d'une procédure contractuelle, communique des informations d'ordre médicale sans l'accord ou la demande de son patient... ». J.C.P 2003. IV- 1365, V. dans ce point : J-C. Tixador, op. cit, p 298, 299.

وقد أخذت بهذا الرأي أيضا محكمة النقض المصرية بتاريخ 1997/03/11، بقولها: "إن جريمة إفشاء السر لا وجود لها في حالة ما إذا كان الإفشاء حاصلًا بناء على طلب مودع السر، فإذا طلب المريض بواسطة زوجته شهادة مرضه جاز للطبيب أن يعطيه هذه الشهادة ولا يعد عمله إفشاء سر يعاقب عليه." ذكر من قبل: أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 71.

⁴ - التشريع السويدي في المادة 312 من قانون العقوبات والتشريع السوداني في المادة 56 من قانون العقوبات، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 141.

الذي أكد استثناء أن الإذن بالإفشاء يرفع واجب الكتمان، حسبما أشارت إليه صراحة المادة 05/206 من ق.ح.ص.ت.ج.¹.

فصياغة هذا النص يشوبها ويكتنفها البعض من الغموض، حيث حدد مجال تطبيقه وبصورة صريحة وجليّة في أداء الشهادة أمام العدالة، هذه الحالة فقط يمكن إفشاء من خلالها السر الطبي مع إعفاء صريح من المريض ولا نستطيع أن نحمل النص ما لا ينطبق ولا نفسر ما لا يمكن تفسيره. خصوصا أننا لم نجد في القضاء الجزائري أي حكم أو قرار تضمن موضوع رضاء صاحب السر بإفشاء السر الطبي.

لذلك فإن الأمر يستوجب إيضاح معالم هذا النص القانوني، بحيث لا يقتصر على تصريح المريض لإعفاء الطبيب بإفشاء أسراره أمام القضاء فقط، بل كل الأحوال. مع الأخذ بعين الاعتبار مراعاة وضعيته الصحية عند الكشف عن سره الطبي وفق ما نصت عليه المادة 51 من م.أ.ط.ج.². ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن الإفشاء لا يقتصر على المعلومات التي أفضى بها المريض للطبيب، ولكن يشمل كل ما اكتشفه هذا الأخير بمناسبة ممارسته لمهنته ومن خلال خبرته الفنية. وذلك على أساس أن حق المريض في كتمان أسراره عام مهما كانت طبيعة موضوعها. بالإضافة إلى إن تعدد المصابين بمرض معين، لا ينفي حصول رضاهم جميعا لإفشائه من قبل الطبيب المعالج³. بل أكثر من ذلك فإن هذا الأخير لا يعتد بالإذن الصادر من الزوج بالكشف عن مرض زوجته⁴، وذلك على أساس اعتبار الرضاء بإفشاء السر حقا شخصيا للمريض⁵ يفترض أن يصدر عن صاحبه دون غيره.

¹ - وقد جاء نصها كما يلي: " لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك."

² - والتي تقضي بأنه: "يمكن إخفاء تشخيص مريض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها...."

³ - نصر الدين ماروك، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - رضا هميسي، محمد لموسخ، المرجع السابق، ص 170. وهذا ما أكدته محكمة سان الفرنسية في حكم صادر عنها جاء فيه:

Trb. Sein 04/01/1928 affirme que : « constitue une violation flagrante du secret professionnel, la lettre par la quelle le médecin traitant d'une femme mariée dévoile au marie de celle-ci qu'elle avait fait une fausse couche avant son mariage... » Trb. Sein 04/01/1928. Sein jur. 1928. 401, cité par : D. Thouvenin, op. cit, p 44 .

⁵ - محمد ماهر، إفشاء سر المهنة الطبية، مجلة القضاء، مصر، ع. رقم 9، السنة 1975، ص 124.

ومن جهة أخرى فإن رضا صاحب السر بالإفشاء قد يكون صريحاً لا يحمل أي شك في دلالته على قصد المريض¹، كما قد يكون ضمناً إذا أمكن الاستدلال عليه من الوقائع والملابسات أو يستنتج من ظروف الحال².

وفي مقابل ذلك يشترط لصحة التصريح بالإفشاء أن يصدر من المريض وهو يتمتع بإرادة حرة ومدرك لأفعاله وأقواله، بعد أن يكون على بينة بموضوع السر وعواقب كشفه³. فلا يسري أثره إذا كان صاحبه صغيراً أو غير مميز أو من في حكمهما. ومن ثم يجب صدوره ممن له ولاية النفس كالولي الشرعي أو ما يقوم مقامه حسب الأحوال⁴.

ودون أن ننسى أن رضا المريض لا يعتد به إذا صدر بعد حدوث فعل الإفشاء⁵، بل يفترض أن يسبق حصول رضا صاحبه عملية كشف الطبيب للأسرار الخاصة به وأن يستمر حتى تمامه أو يكون معاصراً له.

ومن الأهمية بما كان ألا نشير إلى مسألة رضاه ورثة صاحب السر الطبي بالإفشاء، لأنها كانت محل جدل واختلاف حاد بين الفقهاء⁶. غير أن ذلك لم يمنع من الاعتداد برضاهم، متى وجدت مصلحة مشروعة تبرر ذلك الإفشاء مع الإضرار بذكرى المتوفى.

¹ - بأن يعلن عن رغبته في الإفشاء أو يوافق عليه شفاهة أو كتابة أو يصدر منه فعل يدل على ذلك القبول مما يجري به العرف ويعتد به في مجال التعبير، كهز الرأس يعتبر كدليل على الموافقة، عبد السلام الترماني، السر الطبي، المرجع السابق، ص 45.

² - ويعد من قبيل ذلك ما يقوم به المريض من اصطحابه لزوجته أو صديقه عند ذهابه للطبيب ويدخله معه حجرة الكشف أو إعلام المريض أهله بحقيقة مرضه حتى يهتموا به أو اصطحابهم معه عند العلاج، فإن ذلك يعني موافقته ضمناً على إفشاء سره الطبي، مشار إليه من قبل: علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، ص 203، وبنفس المعنى قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 1940/12/09 بأنه: "ليس في ذلك إفشاء للسر معاقب عليه." عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 304.

³ - علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 138.

⁴ - وكمثال على ذلك عرضت قضية على المحكمة المدنية ليل الفرنسية تلخص وقائعها، أن شخصاً قدم دعوى إنكار نسب طفلة ولدتها أمها في المستشفى وطلب الحصول على شهادة من سجلات المستشفى عن حالة المولودة، لكن طلبه قوبل بالرفض بحجة المحافظة على السر المهني، وبالتالي أصدر رئيس المحكمة بتاريخ 1959/02/24 حكمه اعتبر فيه هذا التبرير غير قانوني ولا يعارض السر المهني مطالبة الوالد بشهادة طبية للمولودة، لأن هذه الأخيرة لا تستطيع البحث عن المعلومة بنفسها، نقلاً عن: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 371.

⁵ - صباح عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 182.

⁶ - فذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يجوز لورثة صاحب السر إعفاء الطبيب من التزامه بالمحافظة على السر الطبي، ولو كان ذلك برضاء صريح منهم أو بناء على طلبهم وأياً كانت المصلحة التي يقتضيها الإفشاء وذلك على أساس حفظ كرامة الميت. حيث يستند أنصار هذا التوجه إلى أن رضا المريض بإفشاء سره يعتبر حقاً شخصياً لصاحبه لا يجوز التنازل عنه، بل يسقط بوفاته دون أن ينتقل إلى الغير، مراد

ولعل التشريع الجزائري سار على نفس النهج من خلال إقراره لاستثناء على المبدأ العام الذي يجمع الورثة من إفشاء سر مرض المتوفى¹ وقد عبر عنها بـ: "إحقاق حقوق"²، دون أن نجد أي إشارة لهذه المسألة يمكن الرجوع إليها على مستوى الساحة القضائية الجزائرية.

البند الثاني: إفشاء الطبيب للسر الطبي دفاعا عن نفسه

لقد استقر الرأي الراجح فقها³ إلى تقرير حق الطبيب في الكشف عن العناصر التي من شأنها

= بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 267. وفي هذا الصدد قضت محكمة ليون في حكم صادر عنها بتاريخ 14/10/1954 جاء فيه: "إن الذي يمكنه السماح للطبيب بإفشاء السر هو المريض فقط وليس الورثة..." عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 141. أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى إقرار حق ورثة صاحب السر في إعفاء الطبيب من التزامه بالكتمان بناء على طلبهم متى كانت لهم مصلحة مشروعة وقوية تبرر الإفشاء، وقد صدر حكم عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30/07/1930، حيث اعتبرت أن رفض الطبيب لا يوجد ما يبرره أمام المصلحة المشروعة للورثة في طلب الشهادة للحصول على تعويض حتى وإن تضمن ذلك الكشف على أسرار طبية. "ذكر من قبل: عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 305.

¹ - إذ تقوم مسؤولية الطبيب عند إفشاءه هذه الأسرار بدون مصلحة مشروعة، سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 322.
² - حيث نصت على ذلك المادة 41 من م.أ.ط.ج، التي جاء نصها كما يلي: "لا يلغى السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق حقوق." والتي يقابها نص المادة 17 من القانون اللبناني المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة. فمثلا من حق ورثة البائع المتوفى في الحصول على شهادة من الطبيب المعالج تثبت إصابة مورثهم بعاهة عقلية وقت صدور التصرف الصادر منه، لإثبات عيب رضاء مورثهم حسب ما تقتضيه المادة 408 من م.ق.ج، التي جاء فيها ما يلي: "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلا للإبطال." كما يمكن للزوجة الحصول على المعلومات الخاصة بزوجها، وذلك كسبب لطلب التطلق للعيوب التي تحول دون الهدف من الزواج، طبقا لأحكام المادة 2/53 من ق.أ.ج، مشار إليه من قبل: نصر الدين ماروك، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 23، 24.

³ - وذلك بعد الجدل الذي كان قائما في السابق حول أحقية الطبيب في استخدام السر الطبي، كوسيلة لإثبات براءته في جريمة هو متهم بها، فمنهم من أنكر ذلك هذا الحق على أساس اعتبار أن السر الطبي يتسم بالعموم والإطلاق. ومن ثم لا يجوز للطبيب أن يدافع عن نفسه من خلال إفشاء أسرار مريضه تاركا المجال لإتباع شتى السبل لإقناع المرضى لسلوك الطريق الصحيح. كما يضيف أنصار هذا الرأي أن السر الطبي تقرر وجوده لحماية مصلحة المريض، وبالتالي لا يخول للطبيب أن يعتمد عليه من أجل تحقيق غايات شخصية أنانية وحتى ولو أدى إلى تعرضه للإدانة، فيكون الطبيب بذلك معرض للعقاب ولا يحق له الدفاع عن نفسه كلما كان دفاعه يشكل مساسا بالتزامه بالحفاظ على السر الطبي، لما يترتب على ذلك من تدمير لعنصر الثقة التي تشكل أساس علاقة المريض وطيبه، راجي عباس التكريتي، المرجع السابق، ص 217. وقد كان حكم محكمة جرينوبل الذي صدر في 1957 أوضح دلالة، عندما قضى بأنه ليس للطبيب الحق في أن يدافع عن نفسه بالكشف عن معلومات وبيانات يغطيها السر المهني، حتى ولو كان الإتهام الموجه إليه أهما ظالما،

Grenoble 22/05/1957 J.C.P.1957-11-10246, cité par, A. Ladhar, op. cit, p 95. .

علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 208، 209، غير أن هذا الرأي سرعان ما تم التخلي عنه، لما فيه من مساس صارخ بحق الدفاع المخول للطبيب، كما يحمل في مضمونه ظلما وجورا. لذلك تطور موقف كل من الفقه في اتجاه آخر يذهب إلى الترخيص للطبيب بإفشاء أسرار مريضه للدفاع عن نفسه.

تبرئته¹، بعد اتهامه لارتكاب جريمة تمس بسمعته كالأجهزة أو الجرائم المخلة بالشرف أو خطأ في العلاج. وذلك على أساس اعتبار أن حق الدفاع عن الحقوق الأساسية المقررة للمتهم والتي لا يلغونها الالتزام بالمحافظة على السر الطبي².

وفي الحقيقة لقي هذا الرأي تأييدا على مستوى الساحة القضائية، غير أنها قصرت أغلب الأحكام القضائية استعمال الطبيب ما لديه من بيانات ووقائع سرية بالقدر الكافي، الذي تتطلبه تبرئته من التهم المنسوبة إليه أو لنفي الخطأ الطبي الذي يدعيه المريض، دون أن يتجاوز أكثر من ذلك³، حتى لا يستعمل كستار يحمي خلفه هربا من المسؤولية.

كما أن مصلحة المهنة تقتضي الدفاع عن شرفها، خصوصا إذا وقع نزاع بين الطبيب ومريضه حول الأتعاب، فالطبيب يجوز له إفشاء السر الطبي، ويبين الجهد الذي بذله من أجل علاج المريض، من خلال تبيان عدد المرات التي يتردد فيها المريض إلى عيادته، مع عدم ذكر نوع المرض⁴.

¹ - كالدلائل التي يتكون منها الملف الطبي، بما فيها الأشعة، التحاليل أو البطاقات الطبية التي تثبت إصابة المريض مما يحول دون ارتكابه للجريمة، عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 138.

² - إذ يتزعم هذا الاتجاه الفقيه برادال Pradel، أشار إلى ذلك: موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 135.

³ - « On ne saurait refuser à qui ce soit le droit de se défendre et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel. » Douai. 26/10/1951. Gaz. Pal. 1951, V. dans ce point : J- C Tixador, op. cit, p 257.

وفي نفس السياق صدر حكم عن محكمة باريس بتاريخ 1966/02/16 جاء فيه: "أن المدعي الذي يقدم سندا لدعواه وثائق طبية Documents médicaux لا يستطيع أن يتمسك بالسر المهني لكي يجرم خصمه من استعمال وثائق من نفس النوع يواجه بها ادعاه ويرد عليه. لأن القول بغير ذلك يضع في وجهه عقبة لا يستطيع بسببها أن يفند ادعاءات خصمه ويقاوم." علاوة على ذلك أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 1967/12/20 بقولها: "إن الالتزام المتولد عن السر المهني أيا كانت أهميته لا يمكن أن يرحم الطبيب الذي يراد أن يكون شريكا في جريمة نصب على أساس شهادة طبية خاطئة سلمها، من أن يبرر مسلكه ويظهر حسن نيته في الجلسة وإيضاحه أن الحركات التي قام بها الجاني هي التي أثرت على فحصه وأدت به إلى اتخاذ موقف خاطئ." صباح عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 183، وفي نفس السياق قضت نفس المحكمة 1974/03/09 بأحقية الطبيب الحق في كشف السر دفعا للمسؤولية في نطاق حقه في الدفاع عن نفسه لإثبات حسن نيته، وذلك بعد اتهامه بالاشتراك مع أشخاص آخرين في جريمة نصب على أساس تحريره لهم شهادة مخالفة للحقيقة بحسن نية ودون أن يكون له قصد معين، وذلك بسبب تحايل المريض وأسرته بالعجز التام على الطبيب للحصول على تعويض شهري مرتفع، علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في ظل العمل الطبي، المرجع السابق، ص 212، 213.

⁴ - فقد يحتاج الفصل في القضية إلى معرفة بعض التفاصيل عن الحالة التي يشكو منها المرض أو طبيعة العملية الجراحية لصحة تقدير الأتعاب، ومع ذلك ليس للطبيب أن يذيع في سبيل صالح مادي محض ما كان يجب عليه أن يحتفظ به سرا، بل يكفي إذا لزم الأمر بالإشارة الخفية التي تمكن القضاة من فهم المقصود، وذلك لأن الالتزام بالكتمان يسمو فوق مصلحة الطبيب الأمين الخاصة فلا يسقط إزاء مطالبته بالأتعاب. مشار إليه من قبل: محمد فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 481.

من جهة أخرى فقد اكتفى القضاء الفرنسي بأن يتواجد أمين السر أمام سلطة الاتهام كالتبليغ العامة، القضاء أو الجهات الإدارية كالنقابة¹، إذ بإمكان هذه الجهات عقد جلسات سرية حفاظا على أسرار المرضى². وبالتالي يخرج عن نطاق الإباحة الكشف عن السر الطبي في الصحف. ومن الواضح أن أغلب التشريعات الوضعية³ سايرت الموقف المؤيد لحق الطبيب في إفشاء السر دفاعا عن نفسه، لكن في حدود التهمة الموجهة إليه، مع الالتزام دائما بالمحافظة على كرامة المريض⁴.

غير أنه إذا كان الفقه والقضاء قد ترددا في الأخذ بالأسباب الخاصة التي تؤدي إلى إباحة إفشاء سر المريض، فإن الأمر يختلف تماما بالنسبة للحالات المقررة للمصلحة العامة، فكيف ذلك؟

الفرع الثاني: إفشاء السر الطبي للمصلحة العامة

إذا كانت المصلحة العامة وجدت من أجل المحافظة على المجتمع من الأخطار والآفات التي تهدد كيانه⁵، فإن القانون أوجب إفشاء الأسرار المهنية متى كانت أمرا لازما تبرره معطيات اجتماعية، لأن السكوت عنها يلحق أذى معتبر. إذ يصبح حينئذ التبليغ عنها فرضا قانونيا دون أن يكون موضع خلاف كما هو الحال بالنسبة للحالات المقررة للمصلحة الخاصة.

وقد حددت معظم التشريعات الوضعية هذه الأسباب على سبيل الحصر في نصوص متعددة ومتنوعة سواء التي تهدف إلى ضبط تصريحات إدارية تتعلق بالحالة المدنية للأشخاص (البند الأول)

¹ - وهذا ما قضت به محكمة ليون بتاريخ 1982/07/16، نصر الدين ماروك، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، المرجع السابق، ص 20، 21، محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 66، 67.

² - عملا بالمادة 285 من ق.إ.ج.ج. المعدل والمتمم التي جاء فيها: " المرافعات علنية ما لم يكن في علنيتها خطر على النظام العام أو الآداب وفي هذه الحالة تصدر المحكمة حكمها القاضي بعقد الجلسة سرية في جلسة علنية..."

³ - إذ نصت على ذلك المادة 198 ج 1 من قانون العقوبات الأردني، موفق علي عبيد المرجع السابق، ص 136، كما نجد أن التشريع الجزائري أجاز هذا الاستثناء بمقتضى المادة 4/206 من ق.ح.ص.ت.ج، التي جاء نصها كما يلي: "لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي، سواء كان مطلوبا من القضاء أو خبيرا بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته.

ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعانيات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته، تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني." وللإشارة أيضا أن حق الدفاع من الحقوق المكرسة دستوريا، حيث نصت المادة 39 من التعديل الدستوري لسنة 2016، بقولها: "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون." كما أكدت على ذلك المادة 169 صراحة بقولها: "الحق في الدفاع معترف به..."

⁴ - وهذا ما قضت به المادة 46 من م.أ.ط.ج،

⁵ - N. Bousouf Hamana, op. cit, p 51.

أو التي ترمي أساسا للمحافظة على الصحة العامة (البند الثاني) أو تلك تستهدف حسن سير العدالة (البند الثالث) أو مكافحة الجرائم (البند الرابع).

البند الأول: التصريح الإداري المتعلق بالحالة المدنية للأشخاص

من دون شك أن معظم التشريعات الوضعية الحديثة¹ لم تعتبر التبليغ عن الولادات إفشاء للسر الطبي، بل من قبيل أداء الواجب الملقى على عاتق كل من الطبيب أو القابلة بالدرجة الأساسية سواء داخل المستشفيات أو المراكز الصحية المخصصة لذلك أو خارجها.

فالتبليغ يكون للسلطات المعنية، ولا نعني هنا نشر الخبر وإشاعته بين الناس، بل يظل السر مكتوما لذوي الأم، وإنما تم التصريح بولادة الطفل في الظروف التي هي عليه، وذلك حفاظا لسمعة الأم وصونا لحياة المولود وحقوقه الذي لا ذنب له في ذلك².

وعلى النقيض من ذلك سار التشريع الفرنسي الذي يجعل الأب الشرعي ملزم بالتبليغ عن الولادة بالدرجة الأولى، في حين يكلف الأطباء أو القابلات بالتبليغ في حالة انعدامه وعدم وجود أحد الأقرباء الذكور الراشدين دون أن يلزم الأم بهذا الواجب، لأنها في حالة صحية لا تسمح لها

¹ - ومن بينها التشريع الجزائري الذي حدّد مدة التبليغ عن الولادات بخمسة (05) أيام، وذلك بمقتضى المادة 61 من الأمر رقم 20-70، المؤرخ في 19/02/1970، المتعلق بالحالة المدنية، ج ر ع. رقم 21، الصادرة بتاريخ 27/02/1970، بقولها صراحة: "يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية..." كما لقد نص على هذا الالتزام الذي يقع على الأطباء في المادة 62 من نفس الأمر التي قررت بأنه: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج سكنها الشخص الذي ولدت عنده تحرر شهادة الميلاد فوراً". وإذا انقضت المهلة دون التصريح بالولادة، فإن الشخص المكلف بالتصريح يتعرض للمتابعة الجزائية عن مخالفة عدم التصريح بولادة الطفل وهذا ما نصت عليه في المادة 3/442 من ق.ع.ج التي جاء فيها ما يلي: "يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل شهرين على الأكثر وبغرامة من 800000 دج إلى 16000000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليها في القانون وفي المواعيد المحددة". وفي هذا الإطار تؤكد التعليمات الوزارية الحاملة لرقم 307 المؤرخة في 28/02/1993 الصادرة عن المديرية الفرعية لحالة الأشخاص التابعة لوزارة الداخلية والجماعات المحلية ما يلي: "ضمانا لمصلحة المولود الجديد ولمصلحة النظام العام، فإن كل ولادة تقع فوق التراب الوطني أوجب القانون أن تكون محل تصريح... كما أنه عند انقضاء المهلة فإن الشخص المكلف بالتصريح يتعرض للمتابعة القضائية بتهمة ارتكاب مخالفة عدم التصريح بولادة طفل، وبخصوص المواليد الجدد يصرح بولادتهم الأشخاص التاليين: الأب، الأم، الأطباء، القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة..." كذلك جاء في نفس السياق المرسوم الرئاسي رقم 02-405 المؤرخ في 26/11/2002 المتعلق بالوظيفة القنصلية بموجب المادة 28 منه بما يلي: "يتسلم رئيس المركز القنصلي بصفته ضابط الحالة المدنية التصريحات ويعد عقود حالة المدنية الخاصة بالرعايا الجزائريون وبحررها." لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، د.ذ.ع.ط، دار هوم، الجزائر، السنة 2004، ص 26.

² - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص 54.

بتبليغ الجهات المعنية بولادتها. كما أن هذا لا يمنع وجوب التبليغ من طرف الممرضات أو مسؤولي الصحة¹.

وما يلاحظ أيضا أن ق.م.ف جعل عبء التبليغ يقع على عاتق الطبيب إذا عرف بأن الوالدة غير متزوجة²، بصرف النظر عن الحقيقة سواء حضر إلى جنبها الأب غير الشرعي عند الولادة أم لا، وذلك لأن النص خاطب الأب بمقتضى عقد الزواج.

ولعل السبب في إباحة إفشاء السر الطبي في مثل هذه الحالة، لكون هذه العملية ضرورة يقتضيها التنظيم الإداري، لاسيما تنظيم حالة الأشخاص وأهليتهم، ولما في إهمالها من إهدار لمصلحة الدولة أيضا من خلال معرفة مقدار قوتها البشرية³.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أيضا أن الشهادة التي يحررها الطبيب لإثبات وفاة الشخص لا تعد إفشاء للسر الطبي، بل هي ضمن الاختصاصات التي كلفه بها القانون شخصيا دون

¹ - Art .81-2 du code de L'état civil Fr. stipule que : «En cas de décès dans les hopitaux ou les formations sanitaires, les hopitaux maritimes, civil ou autres établissements public, les directeurs –administrateurs de ces hopitaux ou établissements, doivent en donner avis, dans les 24 heures à L'officier de L'état civil ou à celui qui en remplit les fonctions. » cité par : M. Contis, secret médical et évolutions du système de santé, op. cit, p 98.

وهذا هو القانون نفسه الذي أضافه المشرع الفرنسي إلى ق.م.ف بمقتضى القانون رقم 22-93 المؤرخ في 08/01/1993 في المادة 80 منه ، كما وقد أخذت معظم النصوص الخاصة بالتبليغ عن المواليد عن المواد 55-57 من ق.م.ف.

Art. 55 du L. n° 2002-304 du 04/03/2002. Mod. par L. n° 2003-516 du 08/06/2003 qui porte C.Civ.Fr dispose que : « Les déclarations de naissances seront faits dans trois jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu. »

Art. 56 du même code dit : « La naissance de l'enfant sera déclarée par le père ou à défaut du père, par les docteurs en médecine, sages femmes, officiers de santé ou autre personne qui auront assisté à l'accouchement. Et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile par la personne chez qui elle sera accouchée ».

Art. 57 : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu..." V. dans ce points : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, 579, 580.

² - وقد أكد القضاء الفرنسي على ذلك بتقرير مسؤولية الطبيب عند عدم تبليغه باسم الفتاة التي وضعت طفلا من علاقة غير شرعية ، بعد أن باشر القضاء في تحقيقه عن وفاة المولود بعد ساعات من ميلاده، محمد رايس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 268.

Trib. Montpellier, 01/08/1986, cité par : L. Dubious, secret médical et liberté de la presse, op. cit, p 483. .

³ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 143.

غيره. حيث يدون فيها هذا الأخير طبيعة الوفاة وتاريخها وذلك لإحقاق حقوق الورثة، دون ذكر سببها¹.

فإذا كانت الوفاة غير طبيعية، يقوم الطبيب بتبليغ الجهات الرسمية والقضائية، لفتح تحقيق من أجل معرفة أسبابها قبل زوال المعالم الحقيقية من الجثة أو لمنع انتقال العدوى في الأمراض الخطيرة والحد من انتشارها².

وهذا الإطار فإن هذه الشهادة يتم التصريح بها للجهات المختصة، لأن في ذلك نشر لأسرار المتوفى، فهذا الأخير تبقى أسراره محط كتمان سواء في حياته أو وفاته. ومن ثم فإنه لا عقاب على الطبيب الذي يؤدي واجبه وفقا لما تقتضيه تحقيق العدالة أو اعتبارات الصحة العامة³.

البند الثاني: إفشاء السر من أجل المحافظة على الصحة العامة

لاشك أن الطبيب ملزم بالإبلاغ، قانونا عن كل الحالات المرضية المهددة للصحة العامة، من أجل اتخاذ التدابير الوقائية والعلاجية من طرف السلطات المعنية للحفاظ على سلامة الأشخاص من الأوبئة، فلا يعد هذا الإجراء إفشاء للسر الطبي بل هو تنفيذ لأمر القانون⁴.

¹ - فالمرجع الفرنسي موقفه جد متطور في هذه المسألة، حيث ألزم الطبيب بتحرير شهادة مزدوجة يشمل الجزء الأول منها على الحالة المدنية المتوفى، بما في ذلك اسمه وكافة بياناته وتاريخ الوفاة، ترسل إلى مصلحة الأحوال المدنية، أما الجزء الثاني فيوجه إلى المعهد الوطني للمصلحة والبحث الطبي، وتحتوي هذه الشهادة على معلومات محددة عن المريض ومرضه عدا اسمه، علي حسين نجيدة، المرجع السابق، ص 218، 219، وهذا ما نص عليه ق.م.ف، من إلزام الطبيب بالتبليغ عن الوفاة والظروف التي أدت إلى ذلك.

Art 78 du C.Civ.Fr: « L'acte de décès sera dressé par l'officier d'états civile... », Art 81 « Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort... qu'un officier de police assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie... ». M. M. Hannouz, A. R. Hakem, précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op.cit, p 114.

وقد سائر التشريع الجزائري هذا الاتجاه الذي فرض على الطبيب وحده بالتبليغ عن الوفاة بتحريره لشهادة الوفاة وذلك بموجب أحكام المادة 78 من الأمر 70-20، المؤرخ في 19/02/1970، المتعلق بالحالة المدنية، حيث جاء فيها: "... إلا بعد تقديم شهادة معدة من قبل الطبيب أو من قبل ضابط الشرطة القضائية الذي كلفه بالتحقيق في الوفاة." كما أن المادة 79 من نفس الأمر أوجبت تحرير التصريح بكل وفاة تقع فوق الإقليم الجزائري وذلك حتى يتسنى لضابط الحالة المدنية تسجيله في مهلة 24 ساعة من تاريخ اللحظة التي فارق فيها المتوفى الحياة."

² - J. Morceau, D. Truchet, op. cit, p 224.

³ - عادة فؤاد مجيد مختار، المرجع السابق، ص 389.

⁴ - محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، ص 127. وقد نص على ذلك التشريع الجزائري في المادة 39 من ق.ع.ج بقولها: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون..."

إذ يندرج ضمن هذه الحالات الصحية الخطيرة التصريح بالأمراض المعدية¹، لما تسببه هذه الأخيرة من أوبئة خطيرة تنتقل بين الأفراد بسرعة، الأمر الذي يلحق أضرار جسيمة، يصعب تداركها في المستقبل. لذلك يجب على الأطباء المبادرة بإبلاغ الجهات الصحية عند الاشتباه في إصابة أي شخص بأحد هذه الأمراض².

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن القانون لم يحدد طريقة للتبليغ، مما يفهم منه أن هذه العملية تتم بكافة الطرق الممكنة والمتاحة إلى المصالح الصحية المعنية، فلا يباح له الإفشاء إلى غير تلك الجهات وإلا اعتبر مفشيا لسر المهنة وحق عليه العقاب.

غير أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد، بل هناك عقوبات جزائية وتأديبية في نفس الوقت بالنسبة للطبيب الذي يخرق هذا الالتزام، على أساس ارتكابه لجريمة الامتناع عن التبليغ والمعاقب عليها بنص المادة 181 من قانون العقوبات³.

¹ - يقصد بالعدوى دخول العوامل الحاملة للمرض إلى جسم الإنسان وتكاثرها فيه وتفاعل الجسم معها وبهذا تختلف العدوى عن التلوث الذي هو مجرد وجود العامل الحامل للمرض في جسم الإنسان دون أن ينمو أو يتفاعل الجسم معه. علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 285. ومن ثم فالأمراض المعدية هي التي تنتقل من مريض إلى آخر، بغض النظر عن طرق ووسائل انتقالها، فمنها ينتقل بواسطة التنفس كأمراض الجهاز التنفسي أو بطريق الفم كأمراض الجهاز الهضمي ومنها ما ينتقل عن طريق المباشرة الجنسية ومنها ما ينتقل عن طريق الملامسة، وبعضها ينتقل بواسطة الحقن أو نقل الدم أو بواسطة وخر الحشرات كالمالاريا التي تنقلها البعوضة، حمى المستنقعات وقد يكون للمرض أكثر من وسيلة لانتقاله، كالتسمم الغذائي الجماعي، هدى سالم محمد الأطرقي، المرجع السابق، ص 124.

² - وكان أول قانون صدر في فرنسا هو قانون مارس 1822 واستكمل بالقانون المؤرخ في 1892/11/30 الذي نظم مهنة الطب وألزم الأطباء و القابلات بالتبليغ عن كل حالة مرض معد يصادفونها في أثناء عملهم، وهذا بمقتضى نص المادة 15 منه،

V. dans ce point : J- M.de Forge, op. cit, p 88.

وهو ما ذهب إليه أيضا المشرع الجزائري في المادة 54 من ق.ح.ص.ت.ج بنصها على أنه: " يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصياً وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية." كما نصت المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 93-120، المؤرخ في 1993/05/15 المتعلق بتنظيم طب العمل على ضرورة تبليغ طبيب العمل للأمراض المعدية التي يكتشفها، حيث جاء فيها ما يلي: " عملاً بالمادة 54 من قانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 يجب على طبيب العمل أن يصرح بجميع حالات الأمراض الواجب التصريح بها والتي يطلع عليها ضمن الشروط المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما..." وفي نفس الإطار قضت كذلك المادة 59 من القانون رقم 05-04، المؤرخ في 2005/02/06، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، بأنه: " تقدم الإسعافات والعلاجات الضرورية للمحبوسين وتجري لهم الفحوصات الطبية والتلقيحات والتحليل للوقاية من الأمراض المنقولة والمعدية تلقائياً." كما نصت المادة 13 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1997/05/13 الذي يتضمن الاتفاقية المتعلقة بالتغطية الصحية للمساكين بالمؤسسات العقابية على ما يلي: " علاوة على التصريح بالأمراض الواجب التصريح بها لمصالح علم الأوبئة والطب الوقائي المعنية، يلزم الطبيب المؤسسة بإخطار مدير المؤسسة العقابية بكل حالة عدوى يكتشفها لدى المساكين."

³ - بقولها: " في ما عدى الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91 يعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات وبغرامة من 1000 إلى 10000 دينار جزائري، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جنابة أو بوقوعها فعلاً ولم يخبر السلطات."

وفي حقيقة الأمر حرصت أغلب التشريعات الوضعية الحديثة¹ على حصر مجموعة الأمراض ذات الطبيعة المعدية من قبل السلطة الصحية المختصة، بما فيها التشريع الجزائري الذي وضع قائمة الأمراض ذات التصريح الإلزامي المقرر من قبل وزارة الصحة والسكان². وذلك من أجل عدم إطلاق العنان للأطباء في إفشاء السر الطبي، وحتى يتم اتخاذ الإجراءات اللازمة من خلال القيام بالتحريات والتحقيقات اللازمة لمعرفة مصدر المرض وطرق القضاء عليه³. غير أن هذه القائمة تتميز بعدم الثبات، نتيجة التطور العلمي الذي يحقق مكاسب علمية متجددة في تصنيف الأمراض. لذلك كان لا بد من النص عليها في لوائح وقرارات لمواكبة كل المستجدات العلمية في المجال الطبي⁴.

كما يلاحظ أن التشريع الجزائري كان أكثر حرصا على للتأكد من سلامة الشخصين المؤهلين للزواج من الأمراض الوراثية أو المعدية أو الجنسية التي ستؤثر مستقبلا على صحتها وعلى الأطفال عند الإنجاب⁵، وذلك من خلال فرض إجراء الفحوص الطبية قبل الزواج وإعلام الزوجين المقبلين عليه بكل مرض مكتسب أو وراثي يعاني منه أحدهما⁶. وفي هذا تغليب لمصلحة المجتمع على الالتزام بالسر الطبي.

¹ - منها التشريع المصري الذي وضع جدول ملحق بالقرار الجمهوري رقم 137 لسنة 1975 المتعلق بالوقاية من الأمراض المعدية، أسامة رمضان الغمري، المرجع السابق، ص 38، 39، رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 184.

² - وذلك حسبما قضت به الفقرة الأخيرة من المادة 53 من ق.ح.ص.ت.ج بقولها: "تحدد قائمة أمراض المعدية التي تستوجب التطعيم الإلزامي". كما جاءت المادة 55 من نفس القانون مكملة لها، حيث نصت على أنه: "...تحدد عن طريق التنظيم قائمة الأمراض العفنة المعدية التي تستوجب التطعيم الإلزامي".

³ - M.M Hannouz. R.A. Hakem, précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op. cit, p 114.

⁴ - فقد حدد القرار رقم 176، المؤرخ في 19/11/1990، الصادر عن وزارة الصحة على سبيل الحصر 31 مرض معدية وذلك بموجب المادة 02 منه وتعتبر هذه القائمة قابلة للتحيين دائما، نظرا لتكليف المعهد الوطني للصحة العمومية ومعهد باسستور التعرف على الأمراض المعدية واقتراحها للوقاية منها. وفي نفس الإطار نصت المادة 04 من نفس القرار أن التبليغ عن هذه الأمراض يكون بواسطة محاضر معدة مسبقا على شكل مطبوعات، كما قد يكون باستعمال التيلكس والهاتف وأي وسيلة أخرى، حسبما قضت به المادة 07.

⁵ - العربي بلحاج، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، م. المحكمة العليا، ع. 01، السنة 2005، ص 100.

⁶ - تنص المادة 07 مكرر من الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27/02/2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 والمتضمن ق.أ.ج، على أنه: "يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض...". وفي هذا الإطار صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-54 المؤرخ في 11/05/2006 يحدد شروط وكيفية تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من ق.أ.ج، حيث لا يمكن للطبيب أن يسلم الشهادة الطبية المذكورة، إلا بعد اطلاعه على نتائج التحليل والفحوص التي قام بها المعني بالأمر المتمثلة في فحص عيادي شامل وتحليل فصيلة الدم، وله أن يقترح على المعني إجراء فحوصات إضافية لكشف الأمراض الوراثية والعائلية حتى الأمراض المعدية

من جهة أخرى هناك من الأمراض النفسية أو العقلية والتي تشكل حالة صاحبها خطراً، على نفسه وعلى أفراد المجتمع، ومن ثم فإنه من واجب الطبيب تبليغ السلطات عن حالة المريض العقلية التي يكتشفها من خلال فحصه¹، ليوضع في مؤسسات استشفائية خاصة بهذه الحالات للعلاج، دون أن يكونه في ذلك إخلال بواجب كتمان السر الطبي.

بالإضافة إلى ذلك فإن كل مرض يكتشف طبيب العمل، أن مصدره مهني² يكون محل تصريح لمفتشية العمل، دون أن يتعدى غير الجهات المختصة، وإلا قامت مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه نحو مهنته. وذلك من أجل صيانة حق العامل في مواجهة صندوق الضمان الاجتماعي ومراقبة توفر شروط العمل.

كما يتعين على الطبيب التأكد ومراعاة الدقة في تحديد المرض قبل الإبلاغ³، لذلك فإن التشريع الجزائري قام بوضع قائمة لتحديد الأمراض المهنية، حرصاً منه على تفادي الاشتباه الخطأ عند الفحص من جهة والتضييق من مسألة إفشاء الطبيب للأسرار الخاصة بمرضاه من جهة أخرى⁴.

=أو الخطرة، التي يمكن أن تنتقل إلى الزوج أو الذرية، ويقوم الطبيب بإبلاغ المعني بالأمر عن ملاحظاته لنتائج الفحص الطبي وإعلامه بالأمراض الوراثية والمعدية ومخاطر العدوى منها، وهكذا يكون المعني قد علم بما أصابه.

¹ - أكد عليه التشريع الجزائري في المواد 109 و111 و125 من ق.ح.ص.ت.ج، حيث نصت المادة 109 بقولها: " يتوقف وضع المريض رهن الملاحظة في جميع الأحوال على قرار طبيب الأمراض العقلية في المؤسسات التي يقدم إليها وذلك حسب الأشكال المبينة أعلاه. ولا يمكن وضع المريض رهن الملاحظة فعلياً إلا بعد أن يجرى طبيب الأمراض العقلية في المصلحة باسم المريض ورقة الدخول قصد وضعه رهن الملاحظة". أما المادة 111 فقد جاءت بما يلي: " يجب أن يرفق طلب الفحص الإجباري في الأمراض العقلية بشهادة طبية يجرها أي طبيب يبين فيها الاضطرابات العقلية التي يعاني منها المريض والخطر الذي يمثله." في حين قضت المادة 125 بأنه: " يرسل طبيب الأمراض العقلية في المؤسسة تماساً إلى الوالي قصد وضع المريض في الاستشفاء الإجباري، يفصل فيه الأسباب التي جعلته يعتقد أن هذا الجزاء ضروري وبين ردود الفعل الخطيرة الماضية أو الحالية، الصادرة عن المريض والأخطار التي يتسبب فيها خروجه..."

² - إذ يقصد بالأمراض المهنية تلك الأمراض الناتجة عن تفاعلات أو ترسبات المواد كيميائية في الجسم أو الروائح أو ما شابهها، والمسببة لأمراض التسمم والتعفن وبعض العلل التي يكون سببها مصدر مهني خاص، ذكر من قبل: أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج. 1، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، الجزائر، السنة 2002، ص 150. ومعنى آخر المرض المهني هو كل ظاهرة اعتلال وكل تعفن جرثومي أو إصابة يكون مصدرها بالقرينة ناشئاً عن النشاط المهني للمهني، مصطفى صخري، أحكام حوادث العمل والأمراض المهنية في القطاعين الخاص والعام، ط. 01، دار هوم، الجزائر، السنة 1998، ص 15. وقد أشار إلى ذلك التشريع الجزائري في المادة 63 من القانون رقم 83-83، المؤرخ في 1983/06/02، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، بقولها: "تعتبر كأمراض مهنية كل أعراض التسمم والتعفن والاعتلال التي تعزي إلى مصدر أو بأهل مهني خاص." ج.ر.ع. رقم 28، الصادرة بتاريخ 1983/06/05.

³ - محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي، المرجع السابق، ص 120، 121.

⁴ - فقد نصت المادة 64 من القانون المتعلق بحوادث العمل وأمراض المهنية السابق الإشارة إليه، على أنه: "تحدد قائمة الأمراض ذات المصدر المهني المحتمل وقائمة الأشغال التي من شأنها أن تتسبب فيها، وكذا مدة التعرض للمخاطر المناسبة لكل مدة الأعمال بموجب

وبالتالي ما يمكن القول في هذا الصدد أن طبيب العمل ليس ملزم بالسفر المهني، لأنه لا يحمل صفة طبيب معالج للمريض، بل هو كطبيب مراقب¹.

البند الثالث: التبليغ عن الجرائم والاعتداءات التي تقع على الأشخاص

لقد أزم القانون الطبيب التبليغ عن الجرائم التي وقف عليها أثناء ممارسته لمهنته أو بسببها، إذ لا يعقل أن تكون هناك مصلحة للمريض في الكتمان، إذا كانت غير مشروعة تتعلق بالجريمة والتستر على مرتكبيها².

وبالتالي لا يعد إفشاء لسر المهنة إبلاغ الطبيب عن تسمم مريضه أو إبلاغ السلطات عن جرائم الإجهاض حماية للمجتمع عن حوادث السفاح وتمكيننا للزوج الملوث شرفه من الشكوى وإيقاع الطلاق على زوجته تخلصاً من التزاماته نحوها³.

ومن المهم التأكيد في هذا الصدد أن أغلب التشريعات الوضعية أكدت على أن التزام الطبيب بالإبلاغ يبقى قائماً في كل الأحوال مهما كانت طبيعة الجريمة، سواء كانت على وشك الوقوع عن طريق وضع مخططات إجرامية أو وقعت بالفعل⁴، بما فيه التشريع الجزائري الذي لم يخرج

=التنظيم." مع العلم أن هذه القائمة ليست نهائية، بل تتجدد مع ظهور أمراض مهنية أخرى قد تصيب العامل، وهذا لضمان حقه في التعويض عن الأضرار التي تلحق به، وهذا ما جاءت به المادة 65 من نفس القانون بنصها على أنه: "يمكن أن تراجع وتم هذه القوائم وفقاً لنفس الشروط والأشكال المنصوص عليها في المادة 64."

¹ - يوسف الكيلاني، المرجع السابق، ص 72. وقد أكد القضاء الفرنسي على ذلك حينما حكمت محكمة النقض الفرنسية ببراءة طبيب كلية حرر تقريراً عن الحالة الصحية لأستاذ قدمه إلى مدير الكلية، ولا وجه لمساءلته، لأنه لم يعمل بصفته معالجاً للمريض بل كطبيب للكلية.

Cass.Crim. 19/01/1914, D. 1919- 1- 58, cité par M. M. Hannouz, A. R. Hakem, précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op.cit, p 113, 114.

² - علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 223، رمضان جمال كامل، المرجع السابق، ص 185.

³ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 326.

⁴ - وهو ما أكدته معظم التشريعات الوضعية منها: التشريع المصري الذي نص على ذلك في المادة 26 من قانون الإجراءات الجنائية على وكذلك المادة 84 من قانون العقوبات المصري أيضاً ما قضت المادة 66 من قانون الإثبات المصري رقم 125 لسنة 1968، كما نجد أن المشرع الإماراتي سار على نفس النهج، حيث نصت المادة 3/13 من قانون ممارسة مهنة الطب في دولة الإمارات العربية المتحدة على أنه: "لا جريمة إذا كان الغرض من إفشاء السر منع وقوع جريمة ويكون الإفشاء في هذه الحالة للسلطة الرسمية المختصة فقط." كما أن إخلاله بهذا الالتزام يوجب مسؤوليته الجزائية المنصوص عليها في المادة 273 من قانون العقوبات الإماراتي، مشار إليه من قبل: عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 145، 146. أما عن موقف القانون الأردني فقد أكد أيضاً أن الطبيب أو ذوي المهن الصحية ملزمون بالإخبار عن الجناية أو الجنحة التي وقعت أو يعلمون بنية ارتكابها حال مزاولتهم مهنتهم وذلك بمقتضى المادة 25 من قانون أصول

عن هذا المبدأ، وذلك لاعتبارات المصلحة العامة في الحفاظ على سلامة المواطنين، وعلى استقرار الأمن العام في الدولة¹.

غير أن القضاء الفرنسي ذهب في حكم له لمحكمة نانسي الفرنسية الصادر بتاريخ 14/02/1952²، إلى اشتراط التبليغ عن الجرائم التي تكون قد وقعت بالفعل، واكتملت كافة أركانها القانونية.

بالإضافة إلى ذلك فإن التشريع الجزائري منح للطبيب رخصة قانونية لإفشاء السر المهني وبصريح العبارة عند وقوع أي تعذيب أو سوء معاملة على الأطفال القصر أو ذوي الاحتياجات الخاصة وكذا المحرومين من الحرية³. وذلك من خلال تبليغ الجهات المختصة عن كل الاعتداءات التي يلاحظها ويعاينها خلال أدائه لمهامه.

= المحاكمات الجزائرية الأردني رقم 9 لسنة 1961 وكذا المادة 3/207 من قانون العقوبات الأردني، دون ننسى ما قضت به المادة 37 من قانون البينات رقم 30 لسنة 1952 موفق علي عبيد، المرجع السابق، ص 158، 159.

¹ - إذ أقر ذلك صراحة في عدة نصوص منها ما قضت به المادة 2/301 من ق.ع.ج المعدل بموجب القانون رقم 06-23، المؤرخ في 20/12/2006، بأنه: "... ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبيئون أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى عملهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها..." كما نصت المادة 91 من نفس القانون على ما يلي: "مع عدم الإخلال بالواجبات التي فرضها سر المهنة، يعاقب بالسجن المؤقت لمدة لا تقل عن عشر سنوات، ولا تتجاوز عشرين سنة في وقت الحرب وبالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 3000 إلى 30000 دج في وقت السلم كل شخص علم بوجود مخطط أو أفعال لارتكاب جرائم الخيانة أو التجسس أو غيرها من النشاطات التي يكون من طبيعتها الأضرار بالدفاع الوطني ولم يبلغ عنها السلطات العسكرية أو الإدارية أو القضائية فور علمه بها." وفي نفس السياق جاءت المادة 181 من نفس القانون على أنه: "فيما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91 يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 1000 دج إلى 10000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا ولم يخبر السلطات فوراً."

² - حيث أدانت هذه المحكمة الطبيب الذي قام بتقديم تقرير إلى الشرطة يبين فيه أن الضحية وقع عليها اعتداء على مستوى العين من طرف ابنها وحكم عليه بالتعويض لإفشائه لسر المهني، لأن المريضة لم تكن ترغب في تقديم شكوى ضد ابنها.

Trib. Nancy, 14-02-1952. J.C.P. 1952- 11-7030, cité par : D. Thouvenin, op. cit, p111.

³ - فقد قضت بذلك المادة 03/206 من ق.ح.ص.ت.ج بقولها: "يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارستهم مهنتهم." وفي نفس السياق نصت المادة 12 من م.أ.ط.ج على أنه: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص شخص سلب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن أي ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولو كان ذلك مجرد حضوره، وإذا لاحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو لسوء المعاملة، يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك. ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يساعد أو يشارك أو يقبل أعمال تعذيب أو أي شكل آخر من أشكال معاملة القاسية وغير الإنسانية أو المهينة مهما تكن الحجج وهذا في كل الحالات، والظروف بما في ذلك النزاع المدني أو المسلح، ويجب أن لا يستعمل الطبيب أو جراح الأسنان معرفته أو مهاراته أو قدرته لتسهيل استعمال التعذيب أو أي طريق قاسية لا إنسانية أو مهنية مهما يكن الغرض من رواء ذلك." كما جاءت المادة 54 من نفس القانون بما يلي: "يجب على الطبيب أو جراح

باعتبار أن الأمر يتعلق بالحق في سلامة الجسم البشري، والذي يصونه المجتمع لكل فرد من أفرادهِ ويقرر له المشرع الحماية القانونية¹. وفي حالة عدم امتثال الطبيب لهذا الأمر القانوني فإنه يكون تحت طائلة المساءلة الجنائية².

البند الرابع: : الكشف عن السر الطبي لتحقيق حسن سير العدالة

لما كان تسهيل عمل القضاة في الوصول إلى الحقيقة من المصالح الاجتماعية الأكثر أهمية وطلباً³، فإن أغلب التشريعات الوضعية جاءت برخصة قانونية منحها المشرع لهذه الفئة من المهن. حيث يلزم الطبيب وجوباً بإفشاء سر المريض إذا استدعي من طرف القضاء للإدلاء بالشهادة بحكم أنه طبيب معالج أو إذا تم تعيينه كخبير في مسائل فنية ضرورية تساعد المحكمة في فهم الحقيقة. غير أن عملية الكشف عن هذه الأسرار ليست مطلقة في مجملها، بل أحضعتها القانون لمجموعة من الضوابط وحدود لا بد من توفرها حتى يرفع المسؤولية على صاحبه. لذلك سنخصص هذا البند لدراسة دورين مختلفين للطبيب يكون مدعو فيهما لإفشاء السر الطبي (فقرة أولى)، سواء لأداء الشهادة أمام القضاء أو لممارسة أعمال الخبرة (فقرة ثانية).

فقرة أولى: شهادة الطبيب المعالج أمام القضاء

في الحقيقة لقد تردّد الفقه في شأن إفشاء السر الطبي في مجال الشهادة⁴ أمام القضاء، كون أن

=الأسنان المدعو للاعتناء بقاصر أو بشخص معوق إذا لاحظ أنها معاملة قاسية أو غير إنسانية أو حرمان أن يبلغ بذلك السلطات المختصة". وقد نص على ذلك التشريع الفرنسي طبقاً لما جاء في المادة 226-14 من ق.ع.ف بقولها: " لا تطبق أحكام المادة 226-13 من قانون العقوبات على من يعلم السلطات القضائية أو الطبية أو الإدارية بالحرمان وسوء المعاملة بما يشمل الاعتداءات الجنسية، التي وصلت إلى علمه، والتي تمارس على قاصر يبلغ الخامسة عشرة من العمر أو على شخص ليس باستطاعته أن يحمي نفسه بسبب سنه أو سبب حالته الجسدية أو النفسية." فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، المرجع السابق، ص 500.

¹ - فقد نص على ذلك التعديل الدستوري الجديد الصادر في 2016 بمقتضى المادة 40، التي أكدت على أن الدولة تضمن عدم انتهاك حرمة الإنسان ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة. كما يقيم القانون المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة وكذا المادة 41 بقولها: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات على كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية."

² - تطبيقاً لنص المادة 181 التي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1000 إلى 10000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جنابة أو بوقوعها فعلاً ولم يخبر السلطات فوراً."

³ - أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية، المرجع السابق، ص 183.

⁴ - للشهادة في اللغة عدة معان منها: الإخبار: نقول شهد على كذا شهادة، أخبر به خبراً قاطعاً، ومنها الحلف: نقول: شهد بالله، حلف وأقر بما علم. قال تعالى: "وَيَذُرُّ عُثْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ." سورة النور، الآية 8. ومنها: الحضور،

الأمر يختلف بالنسبة للأطباء الذي حصلوا على هذه المعلومات بموجب الثقة التي أودعت فيهم من قبل عملائهم¹.

غير أن الرأي الراجح فقها وقضاء أكد أنه رغم التعارض بين الواجبين وهما حفظ السر المهني وأداء الشهادة أمام القضاء الذي يفرضه القانون على كل شخص²، إلا أنه لا مانع من كشف السر من قبل الطبيب، لما يساعد في تحقيق مصلحة عامة وهي خدمة العدالة من خلال استظهار الحقيقة³.

وتبعاً لذلك فقد انتهجت معظم التشريعات الوضعية الحديثة نفس الموقف معتبرة الإدلاء بالشهادة أمام السلطات المختصة، بما فيها السلطة القضائية، التزام مفروض على الكافة دون استثناء، ومن ثم يخضع له الأطباء كسائر المهن الأخرى⁴.

=نقول: شاهده بالكسر شهودا، أي حضره فهو شاهد وقوم شهود أي حضور والشاهد: من يؤدي الشهادة والدليل، والجمع شهود وأشهاد، مشار إليه من طرف: المعجم الوجيز، المرجع السابق، ص 352، علي محمد علي أحمد، المرجع السابق، ص 119. أما اصطلاحاً: فهي إخبار بما رأى وأن يقر بما علم أمام جهة قضائية. وقد نص على ذلك التشريع الجزائري في المادة 150 من ق.إ.م.إ.ج بقولها: "يجوز الأمر بسماع الشهود حول الوقائع التي تكون بطبيعتها قابلة للإثبات بشهادة الشهود، ويكون التحقيق فيها جائزاً ومفيداً للقضية." ويقصد بشهادة الطبيب الإدلاء بما رآه أو سمعه أو توصل إليه من معلومات ونتائج عن المرض، ويكون ذلك مطابقاً للحقيقة أمام الجهات القضائية، وهذا بعد أداء اليمين، ممن تقبل شهادتهم ويسمح لهم بذلك، محمد ريس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 270.

V. aussi W. Sylvie, op. cit, p 148.

¹ - فقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز إفشاء السر من قبل الأطباء، طالما كان السر يتعلق بالعمل الطبي مهما كانت الأحوال حتى لأداء الشهادة، وإلا تعرض صاحبه للعقاب، إبراهيم صالح عطية، المرجع السابق، ص 16.

² - وذلك استناداً على فكرة العدل، حيث أنه بسكوته سيعرض بريئاً للعقاب ظلماً، كما أنه سيحاكم عن عدم الإدلاء بالشهادة، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 373، 374.

³ - وهذا الاتجاه تبناه القضاء الفرنسي في عدة مرات، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 13/07/1936 بشهادة الطبيب المعالج وذلك عندما حضر للتصريح والقول ما إذا كانت العاملة التي كان يعالجها قد توفيت بسبب تسمم ناشئ من المواد التي استخدمها رب العمل في صناعته. واعتبرت أن تقديم تلك الشهادة وإفادتها القضاء بالمعلومات المطلوبة لا يعد خروجاً عن مبدأ الالتزام بالسر المهني، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 306. Cass. Civ 13/07/1936, J.C.P.1936-2-227.

وفي نفس السياق قضت نفس المحكمة مؤخراً في قرار لها صادر بتاريخ: 2001/10/30، جاء منطوقه باللغة الفرنسية كما يلي:

« La déclaration d'un témoin tenu au secret professionnel ne saurait constituer la violation et entraîner en la nullité du procès- verbal de déposition que si elle compte la révélation d'une information protégée. » Crim. 30 oct. 2001. Bull. Crim., n° 223, V. dans ce point : D. Houssin, op. cit, p 2622.

⁴ - وذلك مستفاداً ضمناً من نص المادة 27 من قانون العقوبات الاتحادي، أما المشرع المصري فقد نص على التزام كل شخص بأداء الشهادة لدى القضاء متى كلف بذلك، وقرر عقابه عند تخلفه عن الحضور، وإذا حضر وامتنع دون مبرر قانوني عن الإدلاء بشهادته، وذلك

غير أنها غلبت المصلحة في الكتمان على المصلحة في أداء الشهادة، لكون هذه الأخيرة ليست هي الطريقة الوحيدة التي يمكن الوصول بها إلى الحقيقة، خصوصا إذا كانت هناك مصالح أخرى يمكن أن تتضرر في حالة إفشاء الأسرار منها مصلحة صاحب السر. لذلك فمحظور على الطبيب أن يؤدي الشهادة ما لم يصدر رضاء صريح من المريض¹.

ومن المعلوم أن التشريع الوطني لم يكن بمعزل عن هذه المسألة²، بل حرص على منع الطبيب من الشهادة أمام المحكمة بوقائع تخص السر المهني، ما لم يكن مقيدا بعلم ورضاء المريض³. ومن جهة أخرى، أزم القانون الطبيب الذي وجه له استدعاء كشاهد أمام القضاء بالتقيد في إجابته في حدود الأسئلة المطروحة فقط، دون أن يتعدى ذلك إلى أمور لم يطلب منه الإدلاء بها⁴. ما لم يتعلق الأمر بجرمة الإجهاض استثناءً، حتى ولو اعترض على ذلك⁵.

= في المواد 78، 80 من قانون الإثبات، كما أكدت المواد 208، 279-284 من القانون رقم 150 لسنة 1950 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية المصري على نفس المعنى، وفي نفس السياق فرض المشرع الأردني عقابا على كل من أنكر الحقيقة أو كتم بعض أو كل ما يعرفه عن وقائعه القضية التي يسأل عنها من قبل سلطة قضائية أو مأمور له أو هيئة لها صلاحية استماع الشهود وذلك بالاستناد إلى المادة 1/214 من قانون العقوبات الأردني، عادة فؤاد مجيد مختار، المرجع السابق، ص 396، ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 210.

¹ - وهو ما أكدته المادة 02/22 من قانون الإثبات المصري، حيث نصت على أنه: "متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم." عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 1447، عصام الدين حسن لقمان، المرجع السابق، ص 46 وكذا المادة 37 من قانون البنات التي نصت على ذلك صراحة بقولها: "يجب أن يؤديوا الشهادة عن تلك الواقعة ووا المعلومات متى طلب منهم من أسرها إليهم." طلال العجاج، المرجع السابق، ص 115، 116.

² - حيث نصت على ذلك صراحة المادة 4/206 في فقرتها الأولى من قانون 90-17 المعدل والمتمم ل ق.ح.ص.ج على أنه: "لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواء أكان مطلوبا من القضاء أو خيرا لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته." كما أقر المشرع الجزائري عقوبة جنائية نتيجة الامتناع عن أداء الشهادة وذلك وفقا لأحكام المادة 97 من ق.إ.ج.ج المعدل والمتمم والتي جاء فيها: "كل شخص استدعى لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة..." كما أكدت على نفس المعنى المادة 223 من نفس القانون: "يجوز للجهة القضائية بناء على طلب النيابة العامة معاقبة كل شاهد يتخلف عن الحضور أو يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 97..."

³ - وهذا ما جاءت به المادة 05/206 من نفس القانون بنصها على أنه: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي المدعو للإدلاء بشهادته أمام العدالة أن يفشي الأحداث المعنية بالسر المهني إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك."

⁴ - حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 04/206 من نفس القانون بأنه: "... ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعانيات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني." كما أكدت على ذلك المادة 100 من م.أ.ط.ج بقولها: "يتعين على الأطباء أو جراحي الأسنان إذا ما وجهت إليهم أسئلة... أن يكشفوا في حدود ما يتفق وواجب احترام السر المهني ما يعرفونه من وقائع يمكن أن تساعد التحقيق."

⁵ - وهو ما قضت به المادة 02/301 من ق.ع.ج بقولها: "... فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني."

فقرة ثانية: ممارسة الطبيب أعمال الخبرة

نظرا لافتقار الهيئات القضائية سواء كانت سلطة تحقيق أو هيئة حكم للمعرفة التقنية يتعين عليها أحيانا الاستعانة بأهل الاختصاص في المسائل المعروضة عليها، وفق ما تملكه من سلطة تقديرية، تعرف في إطار أعمال الخبرة¹.

وهذا بناء على أمر من النيابة العامة أو تلقائيا أو بناء على طلب باقي الأطراف بعد أخذ رأي النيابة العامة². إذ تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من المعطيات اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية³، باعتبارها من اختصاص المحكمة.

من جهة أخرى فإن أعمال الخبرة قد تقدم في شكل تقارير مكتوبة إلى المحكمة⁴، كما قد تكون شفوية من خلال دعوة الخبير لحضور جلسات المحكمة، إذا رأت أن تستوضح منه عن أمور معينة لازمة للفصل في الدعوى، ولها أن توجه له من الأسئلة ما تراه مفيدا للفصل فيها. وللقاضي عدم الأخذ برأي الخبير أو بخلافه شرط أن يبين الأسباب التي دعت به إلى رفض رأي الخبير⁵.

على هذا الأساس لا يأخذ حكم كشف السر الطبي ما يقوم به الطبيب الخبير من الإدلاء بكل ما علم به من وقائع وحقائق تخص المريض لمصلحة تقتضيها العدالة من جهة⁶. وباعتبار أنه

¹ - M. Schnitwler, Justice en droit de la science médicale, Gestion hospitalières, 8^{ème} éd., Paris France, Fév. 2005, p 155.

² - وقد أكدته التشريع الجزائري بمقتضى المادة 126 من ق.إ.م.إ.ج التي جاء فيها: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة." مشار إليه من طرف: عبد العزيز نويري، الخبرة الطبية ودورها في الإثبات في المادة الجزائرية، مجلة الشرطة الجزائرية، ع. رقم 50، السنة 1994، ص 17.

³ - وذلك حسب ما قضت به المادة 125 من ق.إ.م.إ.ج، بقولها: "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي." وبالرجوع إلى ق.ح.ص.ت.ج المعدل والمتمم نجد المادة 1/207 نصت على ما يلي: "يجب على السلطة القضائية أن تعين أطباء أو جراحي الأسنان أو صيادلة مختصين في الطب الشرعي للقيام بالأعمال الطبية الشرعية..." كما أكدت المادة 95 من م.أ.ط.ج على أنه: "تعد الخبرة الطبية عملا يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاض أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموما بتقدم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية."

⁴ - وهي الأكثر شيوعا في الميدان العملي، إذ تنص المادة 138 من ق.إ.م.إ.ج على ما يلي: "يسجل الخبير في تقريره على الخصوص:

1- أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم، 2- عرض تحليلي عما قام به وعيانه في حدود المهمة المسندة إليه، 3- نتائج الخبرة."

⁵ - المادة 2/144 من ق.إ.ج.ج، تنص على أنه: "القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسيب استبعاد نتائج الخبرة."

⁶ - M. Khadir, M.M Hannouz, la médecine de contrôle et l'expertise, O.P.U, Alger, 2003, p 195.

مكلف بهذه المهمة من طرف المحكمة وعمله جزءا لا يتجزأ من عملها من جهة أخرى. فإن أفشى السر إلى المحكمة فيكون في حكم الشخص الذي يفضي بالسر نفسه.

وقد أكدت معظم التشريعات الوضعية على المبدأ المتقدم ولم تخرج عنه¹، بما فيها التشريع الجزائري الذي نص صراحة على أن الطبيب الخبير الذي ينتدبه القضاء، يستفيد من سبب إباحة متى ضمن تقريره إلى المحكمة، الوقائع التي تناهت إلى علمه، وكانت متعلقة بالموضوع الذي طلب منه دراسته وإبداء الرأي فيه².

وفي هذا الإطار اشترط القضاء الفرنسي لإجازة عمل الطبيب الخبير وعدم مساءلته ألا يكشف كل ما وصل إليه لأي شخص خارج الجهة التي انتدبته للقيام بمهمة الخبرة ودون الخروج عن الحدود المرسومة من قبلها³.

ولعل الفقه اختلف حول إمكانية تقديم الطبيب الخبير معلومات تخص مريضه اكتشفها بوصفه طبيبا معالجا له⁴، إلا أن الرأي الراجح يتجه إلى ضرورة التقييد فقط بما طلب منه من قبل المحكمة، لأنه يؤدي عملا مكلفا به، مع تجنب ذكر المعلومات الشخصية الخارجة عن موضوع طلب الخبرة⁵.

¹ - وهو ما قضت به المادة 54 من قانون العقوبات الإماراتي بأنه: " لا جريمة إذا وقع الفعل قياما بواجب تأمر به الشريعة أو القانون إذا كان منه وقع منه الفعل مخولا بذلك قانونا." هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص 138.

² - وقد نصت على ذلك المادة 4/206 في فقرتها الأولى من ق.ح.ص.ت.ج المعدل والمتمم بقولها: " لا يلزم الطبيب أو جراح أسنان أو الصيدلي سواء أكان مطلوبا من القضاء أو خبيرا لديه بكتمان السر المهني أمام القاضي فيما يخص موضوع محدد يرتبط بمهمته..."

³ - « Aucune violation du secret médical ne saurait résulter de la lecture à l'audience en verte du pouvoir discrétionnaire du président du rapport d'un expert désigné pour procéder à des opérations techniques. » Crim., 01/12/1999, Bull. Crim., n° 287, cité par : G. Siksik, op. cit, p 138.

⁴ - فمنهم من ذهب إلى القول بأن هذا الأخير ملزم بتقاسم تقريره إلى المحكمة مع التقييد بالبيانات الموضوعية المطلوبة دون أن يضيف إليها ما وصل إلى علمه من أسرار حال قيامه بعلاج المريض، وقد أكدت على ذلك إحدى المحاكم الفرنسية بقولها صراحة:

« Quel que soit l'objet de la mission dont il chargé l'expert... est tenu un secret professionnel absolu à raison des fait qu'il 'a pu connaitre qu'en raison de la profession qu'il exerce. » Com. 08/02/2005, Bull. Civ., V. n° 22. D. affaires 2005. 774, F. Stéfani, op. cit, p 2638.

في حين اتجه جانب آخر من الفقه إلى أن الطبيب المعالج عليه أن يرفض مهمة الخبرة التي كلف بها، ذلك أن عمل الطبيب الخبير غير إجباري وله أن يطلب إعفائه، إلا إذا رخص له صاحب السر. كما لا يمكن للطبيب المعالج الكشف عن سر المريض إلى الخبير حتى ولو كان الطبيب المعالج هو المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 307.

⁵ - محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي، المرجع السابق، ص 128.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن التشريع الجزائري أوجب على الطبيب الخبير إخطار المريض بطبيعة عمله¹. فلا يمكن أن يستغل الخبير ثقة المريض للإيقاع به، بل يجب أن يكون أميناً مع المريض، حتى لا يتبادر إلى ذهن هذا الأخير أن هذا السر يدخل في إطار العلاج لمصلحته.

كما أنه لا يجوز أن يكون الطبيب الخبير هو الطبيب المعالج للشخص موضوع الفحص من قبل المحكمة². وإذا حدث ذلك يمكن لهذا الأخير أن يرفض هذه المهمة، لأن الخبير يمثل المحكمة أو الجهة التي انتدبتة وعليه إفشاء السر، باعتبار أن عمله لا يتجزأ من عملها³.

علاوة على ذلك حرص المشرع الجزائري مرة أخرى على جعل مهمة الخبير قاصرة على المسائل الفنية، وإلزامه بالإجابة على الأسئلة التي أرادها القاضي وكلفه بها⁴، فعليه أن يلتزم بالصمت فيما عدا ذلك ولو وقف على أسرار أخرى أثناء تأديته لمهمته تحت طائلة إفشاء السر الطبي⁵.

وهكذا يتبين أن مركز الطبيب الخبير يتسم بكثير من الدقة، فهو قبل كل شيء طبيب، خصوصاً إن كان قد كلف من إحدى الشركات أو إحدى إدارات التأمين بالكشف على بعض الأشخاص، لأن واجبه يفرض عليه ذكر كل الوقائع الصحية التي وقف عليها أو توصل إليها أثناء معاينته للعميل وإيرادها في تقريره الذي يقدمه إلى الجهة التي كلفته بذلك⁶. ومن ثم لا تتعدد مسؤوليته، باعتباره ممثلاً لهذه الشركة وأن عمله جزء من عملها.

¹ - وهذا ما نصت عليه المادة 02/207 من ق.ح.ص.ت.ج. بقولها: "يتعين على الطبيب أو جراح أسنان أو الصيدلي المكلف بمهمة الخبرة أو المراقبة أن يطلع الأشخاص الذين يقوم بفحصهم أنه مخول بهذه الصفة...". كما أكدت على ذلك المادة 96 من م.أ.ط.ج، والتي جاء فيها: "يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير قبل الشروع في أي عملية خبرة أو يخطر الشخص المعني بمهمته".

² - ولقد أشارت إلى ذلك المادة 97 من م.أ.ط.ج.

³ - عبد العزيز نويري، الخبرة الطبية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 04/206 من ق.ح.ص.ت.ج. على أنه: "... ولا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة، كما يجب عليه كتمان كل ما توصل إلى معرفته خلال مهمته تحت طائلة ارتكاب مخالفة إفشاء السر المهني". كما جاءت المادة 99 من م.أ.ط.ج لتؤكد على نفس المعنى بقولها: "يجب على الطبيب الخبير وعلى جراح أسنان عند صياغة تقريره أن لا يكشف إلا عن العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة عن الأسئلة المطروحة في قرار تعيينه، وفيما عدا هذه الحدود يجب على الطبيب الخبير وجراح الأسنان الخبير أن يكتفم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته". وقد سلك المشرع نفس المسلك مع الصيدلي الخبير من خلال نص المادة 122 من نفس المدونة، جاء فيها: "ينبغي للصيدلي الخبير عند صياغة تقريره ألا يكشف إلا عن العناصر الكفيلة بالرد على الأسئلة المطروحة عليه".

⁵ - J. Provot, F. Desideri, l'expertise médicale en matière de sécurité sociale, actes du colloque 19-20 juin 1992, Univer. d'aix Marseille, p 101.

⁶ - فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا عقاب على الطبيب الذي يقدم تقريراً عن حوادث العمل، متى كان منوطاً بذلك من رب العمل.

خلاصة الباب الأول:

من دون شك أن دراستنا لهذا الباب أثبتت أن التشريع والقضاء وضع معالم لتقوية المركز الضعيف للمريض الذي يواجه تحديات ما يمارس على جسمه من تطبيقات طبية سواء معقدة أو بسيطة خصوصا مع تطور الأجهزة الطبية المستعملة في هذا المجال.

فثبوت حق المريض في العلاج جعل مسألة العناية اللازمة من طرف الطبيب تحتل جانبا كبيرا من الأهمية، خصوصا مع مبدأ الموازنة التي يفصل فيها بين مخاطر العلاج وأخطار المرض. إذ ينبغي عليه أن يتقيد في وصف العلاج بالقوانين والأعراف، التي تحدد في بعض الأحيان مضمون الحق في العلاج وضرورة مراعاة معطيات العلم المكتسبة أو الحالية. كما يتقيد في وصفاته وفي أعماله بما هو ضروري مع عدم الإخلال بجودة وأمن وفعالية العلاج الذي يقدمه لمريضه

بل أكثر من ذلك فقد تغير بعض الشيء منحى طبيعة علاج المريض الأصلي الملقى على عاتق الطبيب إلى تحقيق نتيجة معينة، لأن طبيعة الأداء أو الخدمة التي سيقدمها لمريضه تستبعد كل احتمال. كما كان للقضاء الفضل في توسيع نطاق العلاج يمتد إلى ضمان سلامة المريض، نظرا لطبيعة الأخطار التي يتضمنها العمل الطبي.

كما أن حرية المريض في العلاج رتبت إمكانية رفضه للطبيب الذي يعالجه ويلجأ إلى طبيب آخر أو أن يبدي رفضه للإجراء العلاجي الذي رآه هذا الأخير مناسبا لحالته بعد تشخيصه للمرض الذي يعاني منه. لذلك تكتسي إرادة المريض دورا كبيرا في إبرام العقد، لقيامها على عنصر الثقة التي يودعها هذا الأخير في الطبيب الذي اختاره بناء على كفاءته.

بالإضافة إلى ذلك فإنه من المتفق عليه أنه لا يجوز للطبيب أن يباشر أي عمل طبي، أو ينفذه إلا إذا وافق المريض على ذلك. لذلك فإن إشراكه في اتخاذ القرار الطبي نجم عنه قيام رابطة وطيدة بين الحق في الإعلام الطبي والحق في الموافقة على العلاج المقررين لهذا الأخير. حيث أن رضا المريض بالعلاج أو الجراحة لن تكتمل صحته، إلا بعد تنويره حول ما يمكن أن تجلبه له هذه الجراحة أو ذلك العلاج من مخاطر. وبالتالي فالرضا هو نتيجة هذا التبصير.

= Cass .Crim. 24 avr. 1969, D. 637, V. dans ce point : F. Abderrahmane, op. cit, p 25.

من جهة أخرى يمكننا القول أنه لا يمكن تحديد مقدار المعلومات التي يلتزم الطبيب بإيصالها إلى المريض لمختلف التدخلات الطبية تحديدا مطلقا وحاسما، بسبب اختلاف هذه المعلومات ونوعيتها بالنظر إلى طبيعة المرض ونوع العلاج المقترح وكذا بالنظر من ناحية ثانية إلى ظروف المريض الشخصية كعمره و جنسه و مستوى تعليمه ودرجة ثقافته.

وبخصوص مراقبة سلوك الطبيب مع مرضاه بشأن الالتزام بالإعلام، فإنه يخضع لمعيار العناية والحيطه والحذر الذي يلتزم به في كافة أعماله الطبية، بحيث لا يسأل عن تقصيره في الإعلام إلا إذا سقط إعلامه دون مستوى إعلام الطبيب العادي من نفس المستوى و في نفس الظروف المهنية.

وتأكيدا على حق المريض في السلامة البدنية والعقلية وعلى حقه في الموافقة المسبقة على التدخلات الطبية، نص المشرع الفرنسي في قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى على إمكانية تعيين المريض عند دخوله المستشفى "لشخص أمين" يتولى رعاية مصالحه الصحية إذا دعت الضرورة إلى ذلك. ويهدف النص إلى تضيق حالات الضرورة بحيث لا يتصرف الطبيب في جسم المريض بدون موافقته أو موافقة أحد أقربائه إلا في حالات الضرورة القصوى لإنقاذ حياة أو صحة المريض و تعذر عليه الاتصال بأحد أقربائه في الوقت المناسب.

ولعل حماية الحياة الخاصة للمريض والحفاظ على أسراره لاقت اهتماما واضحا من قبل التشريعات الوضعية، حيث جعلت السر الطبي يدور بين التجريم والإباحة، وذلك في حدود الحالات والأوضاع التي حددها القانون والتي جاءت في نصوص متفرقة بين مدونة أخلاقيات مهنة الطب وقانون الصحة وقانون العقوبات.

غير أن هذا الحق لم يسلم من بعض العراقيل التي تواجهه، بحيث أن المريض أصبح متخوفا من إذاعته لأسراره المتصلة بجسمه أكثر من تخوفه من المرض في حد ذاته. خصوصا مع انتشار اتساع تكنولوجيا الاتصال الحديثة التي تسمح بإفشاء الأسرار الطبية.

بل أكثر من ذلك فإن ما يلاحظ في هذا الصدد هو قلة الاجتهادات القضائية الخاصة بالسر الطبي عموما، وهذا في تقديرنا راجع إلى عدم تردد المتضررين إلى القضاء. ومن ثم يترتب على ذلك قلة القضايا المطروحة على مستوى المحاكم والمجالس القضائية، وهذا راجع لمستوى الوعي الإجتماعي، لأن أغلب المعنيين لا يتجرؤون على مقاضاة الأطباء لمجرد إفشائهم لأسرارهم، إضافة إلى جهلهم بأن مثل هذه الأخطاء المهنية هي مجرمة بنص القانون.

الباب الثاني:

القواعد الإجرائية المتعلقة بحماية

المريض جراء الممارسة الطبية

من المعلوم أن الممارسة الطبية ليست مجرد علم أو تقنية أو خبرة يباشرها الأطباء، بل تتميز بتضمنها جانبا هاما من المتطلبات المتعلقة بحياة المريض وضمان صحته، نظرا لتعرضه في الجراحة على وجه الخصوص لأخطار بالغة¹، لاسيما مع انتشار الوسائل الفنية. فالتطور الطبي غير المسبوق وما لازمه من مخاطر قد رافقته زيادة ملموسة في عدد دعاوى المسؤولية نتيجة لتزايد الوعي العام لدى المرضى، مما جعلهم أكثر تطلبا في مواجهة من يتولى تقديم الرعاية الصحية.

وبدون شك يعتبر عبء الإثبات من أهم المسائل التي أثارت ومازالت تثير نقاشا حادا في مجال المسؤولية الطبية، نظرا للصعوبات التي تنطوي عليه، باعتبار أن القاضي لا يستجيب لطلب من يدعي في حق له إلا إذ ثبت لديه وجود هذا الحق².

ولا يخفى علينا أن الخصوصيات التي تتميز بها التدخلات الطبية، لاسيما الطابع الفني أثرت على كيفية إثبات الأخطاء المترتبة عنها وتعامل القضاء معها. ولعل السبب في ذلك يرجع لعدم تخصص القاضي لإبداء الرأي الفني في مسلك الأطباء والعاملين في المرفق الصحي، الأمر الذي يكون معه اللجوء إلى أهل الخبرة في المهنة الطبية أمرا لا مفر منه.

من جهة أخرى لما كان هدف القانون حماية مصالح الأفراد وعدم الإضرار بهم³، فإنه أقر للمتضررين من التدخلات الطبية الية بحقوقهم عن طريق القضاء بواسطة دعوى التعويض، باعتباره الأثر القانوني الذي يترتب عن ثبوت قيام مسؤولية الطبيب المدعى عليه.

ولاشك أن سبب الدعوى فيما يدعيه المريض المتضرر على الطبيب المعالج له يأخذ طابعا خاصا، لما فيه من تكريس حقه في احترام حرمة الجسدية⁴. الأمر الذي يجعل الاعتبارات التي يقوم عليها التعويض في المجال الطبي تخرج في بعض الأحيان عن القواعد العامة المقررة في المسؤولية المدنية. بحيث يصعب الحديث معه عن التعويض لجبر الضرر مهما كانت قيمته، مما يحول دون تحقق الجبر الكامل للضرر الناجم عن النشاط الطبي الذي يحقق إرضاء للمضرور.

¹ - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، القاهرة مصر، السنة 2010، ص 655.

² - محمد ريس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 250.

³ - فاطمة الزهرة منار، المرجع السابق، ص 336.

⁴ - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 401.

ومادام مجال التدخل الطبي مجالاً محفوفاً بالمخاطر أتجهت التشريعات المعاصرة في مختلف الدول إلى إجبار الأطباء على التأمين عن مسؤوليتهم المدنية، الناجمة عن أخطائهم المهنية المرتبطة بممارسة العمل الطبي¹، وهذا لما يجسده هذا النظام من أهمية بالغة في توزيع عبء التعويضات، فليس من العدل أن يترك ضرر من دون تعويض أو أن يثقل كاهل المتسبب في الضرر.

غير أن التأمين عن المسؤولية الطبية لم يزدهر بالشكل الكافي المطلوب، باعتبار أن بعض المخاطر قد خلقت مشكلة تمثلت في رفض شركات التأمين تغطيتها. وخاصة بالنسبة للأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية البعيدة عن نطاق الخطأ الطبي². مما أصبح من المتعذر التسليم بذلك الارتباط الوثيق بين التعويض وخطأ المسؤول.

هذا الأمر أحدث تحولاً في مفهوم أساس المسؤولية، بعد أن كان يقتصر على الخطأ، كما دفع بعض الدول إلى ضرورة التفكير في آليات قانونية جديدة للتعويض من شأنها أن تكترس الحماية الشاملة للمرضى المضرورين من مخاطر العلاج³، وذلك في إطار تبني الاتجاه نحو اجتماعية المسؤولية المدنية في المجال الطبي.

وهكذا فقد كرس قانون 04 مارس 2002 الفرنسي نظاماً يسمح بالتكفل الجماعي لتعويض الأضرار الحاصلة من جراء الحوادث الطبية على مستوى المؤسسات الصحية عن طريق التسوية الودية بعيداً عن إجراءات ومشاق التقاضي⁴.

على هذا الأساس سنحاول خلال هذا الباب إبراز القواعد الإجرائية التي أقرها القانون لحماية المريض من جراء التدخلات الطبية وما قد تحدثه من مخاطر، سواء خلال إثبات دعاوى المسؤولية الطبية وما يملكه القاضي من سلطات عند الكشف عن مدى وجود الحق الشخصي لرافع الدعوى (الفصل الأول) أو بمناسبة تقدير نسبة الضرر وحجم التعويض اللازم لإصلاحه وجبره (الفصل الثاني).

¹ - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، الأطباء نموذجاً، دراسات قانونية، مجلة صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، ع 07، 2010، نشر ابن خلدون تلمسان، ص 113.

² - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 154، 155.

³ - عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 134.

⁴ - M. Akida, op. cit, p 262.

الفصل الأول: الإشكالات التي تثيرها مسألة إثبات المسؤولية المرتبة عن انتهاك حقوق المريض

لاشك أن تعدد أوجه النشاطات الطبية الفنية منها وغير الفنية، زاد من فرص ارتكاب أخطاء طبية مردها عدم احترام الأطباء والممارسين الطبيين للالتزامات الملقاة على عاتقهم وهم يباشرون أعمالهم، مما قد يؤدي إلى نشوء حق للمضرور لا محال في متابعة المسؤول.

غير أن الإشكال يثور في هذا الصدد بشأن كيفية الإثبات، وذلك باعتباره الأداة الضرورية التي يعوّل عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة وحماية حقوقهم¹. بل أكثر من ذلك فإن مصير الدعوى يتوقف على طبيعته، فإلقاء عبء الإثبات على أحد منهما يكون من أثره الحكم له أو لخصمه².

وبالتالي فعلى المريض قبل مباشرة دعواه أن يفكر في الطريقة أو الوسيلة، التي تمكنه من إثبات أركان المسؤولية التي تنشأ عن الفعل الذي أضربه. وفي مقابل ذلك فإن القاضي يملك في هذا المجال كل السلطة التقديرية في تقدير ما توصل إليه المدعي من أدلة وبراهين³.

ولا شك أن الميدان الطبي وما صاحبه من تدخل الأجهزة المتطورة جعل من إثبات الخطأ في جانب المسؤول أمراً صعباً، لاسيما مع تنوع طبيعة النشاط الطبي الذي يأخذ إما الصبغة الفنية أو العادية، دون أن ننسى تعدد أفراد الفريق الطبي الذين يُمكن أن يُنسب إليهم الخطأ⁴.

ومن جهة أخرى قد يواجه القاضي تعقيدات، عندما لا يكون للشهود اعتبار في تحديد خطأ الطبيب. مما يضطره إلى الاستعانة بأهل الخبرة لإبداء الرأي الفني في مسلك الأطباء والعاملين في المرفق الصحي، وذلك نظراً لكونه ليس من ذوي الاختصاص في المجال الطبي⁵.

¹ - إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 125، 126.

² - محمد أحمد عابدين، عبء الإثبات ونقله، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 1995، ص 05، 06، محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2010، ص 28.

³ - باية سكاكي، دور القاضي الإداري بين المتقاضين والإدارة، د.ذ.ع.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2006، ص 57، 58.

⁴ - M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 304.

⁵ - نادية محمد قرماز، المرجع السابق، ص 144.

غير أن هذا الأمر لا يخلو من العوائق عند إجرائها لعجزها عن كشف الحقيقة، بسبب عدم مصداقيتها لقيام الشكوك حول حياد الخبراء، نظرا للتضامن المهني الذي يسود ما بين أفراد السلك الطبي، مما قد تؤثر في كثير من الأحيان على عملية تقدير التعويض المناسب للمريض المتضرر. على هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين، حيث سيتم التركيز في المبحث الأول على دراسة أحكام الإثبات في المجال الطبي، وذلك من أجل إبراز أهم الصعوبات التي تعترض كيفية إثبات الأخطاء الطبية وما يواجهه القاضي إزاءها من عوائق قد تؤثر أحيانا على عملية تقدير التعويض المناسب، لنرجع في المبحث الثاني للتطرق إلى وسائل إثبات الأخطاء الطبية التي تختلف باختلاف طبيعتها من حيث كونها، أخطاء ذات طابع فني أو أخطاء متعلقة بالإنسانية الطبية.

المبحث الأول: قواعد الإثبات بين التقييد والتحرر لصالح المريض

يعتمد الإثبات كأصل عام على إقامة الأدلة والحجج بالطرق التي رسمها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها أمام القضاء¹. فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به، بل هو الأساس القانوني الذي ينشئ الأثر أو الحق²، والذي تبنى عليه المسؤولية من خطأ، ضرر أو علاقة السببية. ومن ثم متى توصل المريض إلى إقناع القاضي بإثبات ما يدعيه ثبت حقه في متابعة المسؤول عن الضرر الذي لحقه.

¹ - فهو بهذه الصيغة يسمى الإثبات القانوني أو القضائي، لأن الإثبات، بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين أو حقيقة هذا الأمر. وقد تعرض الكثير من الفقهاء إلى تحديد مفهوم الإثبات القضائي، فمنهم من عرفه بأنه: "إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظرا لما يترتب عليه من آثار قانونية." محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقا لأحدث أحكام محكمة النقض، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2000، ص 09، 10، عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1998، ص 3، كما عرّفه الأستاذ جمال زكي بأنه: "إقامة الدليل على حقيقة واقعة يؤكدتها في الخصومة، أحد طرفيها، وينكرها الخصم الآخر." جمال الدين زكي، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة، السنة 2001، ص 10، في حين اعتبر الدكتور السنهوري الإثبات القانوني بأنه إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، م 1، "الإثبات-آثار الالتزام"، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ذ.ت.ط، ص 190، حيث يختلف تماما بهذا المعنى عن الإثبات العلمي الذي يسمح لكافة الناس باستخدامه طالما أن الحقيقة العلمية تكون دائما عرضه للبحث والتبديل والتغيير، حسين بطيمي، برهان القاضي والمتقاضى - ماهية الإثبات -، مجلة الموثق، ع. 04، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، نوفمبر-ديسمبر، 2001، ص 08.

² - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 440.

لذلك أقرت التشريعات الوضعية في مجال الإثبات¹ قاعدة أساسية تقوم على تكليف الخصم الذي يدعي أمراً معيناً بإقامة الدليل على ما يدعيه، وإلا اعتبر ادعاؤه غير مؤسس، وذلك عملاً بالقاعدة التي وضعها الفقه الإسلامي "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر."² وقد أكد على ذلك القانون الروماني لحماية الأوضاع المستقرة، بأن يقع على عاتق من يريد تعديل الوضع الظاهر المشروع عبء إثبات ما يدعي³.

ولعل عنصر الإثبات تزداد أهميته في المجال الطبي، حيث يساهم من جهة في حماية حقوق المتضررين من النشاط الطبي بتقديم دليل على ذلك⁴. ومن جهة أخرى عدم حرمان أصحاب البدل البيضاء من حقهم في إثبات العكس، وبالتالي تحقيق ما تقتضيه العدالة من حصول كل ذي حق حقه⁵.

غير أن هناك معادلة غير متوازنة يشكل فيها المتضرر الطرف الضعيف من ناحيتين، فمن ناحية سيلقي صعوبة الإثبات في مجال حيوي وجد معقد، ومن الخطورة بمكان ليست له دارية بهذه

¹ - Art 1315 C. Civ. Fr. qui dispose: « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.» X. Henry, G. Venandet, G. Wiederkehe, F. Jacob, A. Tisserand-Martin, Code civil français, 104^{ème} éd., Dall., Paris France, 2005, p 12.

والتي تقابلها الأولى من قانون الإثبات المصري، كما ينص قانون أصول المحاكمات اللباني على هذا المبدأ في المادة 132 بقولها: "يقع عبء الإثبات على من يدعي الواقعة أو العمل، ويجب أن يكون ما يراد إثباته مجدياً في النزاع وجائزاً لإثباته." عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب إحصائي الجراحة في القانون الجزائري و القانون المقارن، د.ذ.ع.ط، دار هوم، السنة 2008، ص 206. أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد تناولت المواد من 323 إلى غاية 350 من ق.م.ج القواعد الموضوعية في الإثبات، حيث نجد القاعدة العامة في نص المادة 323 من ق.م.ج، والتي تقضي بأنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه."

² - ويرجع أصل هذه القاعدة لما روى البيهقي عن ابن عباس عن سيدنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: " لو يعطي الناس بدعواهم لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر." حديث صحيح متفق عليه، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات طبقاً لأحدث أحكام محكمة النقض، المرجع السابق، ص 56، محمود عبد الرحيم الديب، المرجع السابق، ص 88، 89.

³ - وقد عبر عنها بقوله: « Actori incumbi probation »، مشار إليه من طرف: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 25، والتي ترجمتها باللغة الفرنسية كما يلي: « La preuve incombe au demandeur »

⁴ - لأن الفصل في الدعوى مرتبط بمدى إثبات الخطأ الطبي حيث يتم رفض الدعوى لعدم إثباته، مما يؤكد على أهمية الإثبات في دعاوى مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية، عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 141، 142.

⁵ - محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 257، 258.

الفنيات والأساليب المتبعة في المجال الطبي. ومن جهة أخرى سيلقى خصما غير عادي يملك كل القدرات والإمكانات لإثبات عكس ما يدعيه والدفاع عن نفسه أمام القضاء. على هذا الأساس تردّد موقف القضاء ولاسيما الفرنسي منه حول انعقاد مسؤولية الطبيب بين التشدد في إثبات عناصرها، وبين توزيعه أو الإعفاء منه في حالات أخرى. حيث سنبدأ هذه الدراسة بالتطرق إلى مبدأ تكليف المريض المتضرر لإثبات ما يدعيه (المطلب الأول) ثم نلي ذلك بالبحث عن التوجه الجديد لتحرير المريض من عبء الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عبء الإثبات الواقع على المريض

من دون شك هناك مفارقة واضحة بين طرفي دعوى المسؤولية، باعتبار أن المدعى عليه يتخذ موقفا سلبيا في انتظار ما ستسفر عنه محاولات المدعي في النهوض بعبء الإثبات، فإن تمكن من ذلك ينتقل حينها عبء الإثبات إلى المدعى عليه لتفنيده ادعاءاته¹. لذلك يبقى المدعي في مركز أضعف من المدعى عليه.

ولعل هذه القاعدة لا تقتصر على العلاقة المالية فحسب، بل ينصرف حكمها إلى كافة أنواع العلاقات القانونية بما فيها العلاقة الطبية. فالمريض المتضرر بفعل الطبيب هو المدعي، ومن ثم يقع على عاتق الضحية أو على عاتق ذوي الحقوق عبء إقامة الدليل على هذا الخطأ². غير أن هذا الإثبات يكون تحقيقه أساسا صعبا وشائكا على المدعي المتضرر³، وهذا ما يجعل المكلف به في مركز أسوأ من مركز خصمه الذي تتوافر لديه مختلف عناصر الإثبات. مما يؤكد عدم فعالية القواعد التي يقوم عليها الإثبات في المجال الطبي.

لذلك سيتم التركيز في هذا المطلب على بيان المبدأ الأساسي الذي تقوم عليه المسؤولية الطبية في تكليف المريض بإثبات الخطأ المسبب للضرر الواقع عليه (الفرع الأول)، لننتقل إلى دراسة مدى الصعوبة التي يواجهها المتضرر، باعتبارها في كثير من الأحيان بالأمر شبه المستحيل بالنظر إلى ظروف الممارسة الطبية (الفرع الثاني).

¹ - محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 133.

² - B. Dapogney, les droits des victimes de la médecine, Puits fleuri, France, éd. 2009, p 196.

³ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 232، 233.

الفرع الأول: مضمون مبدأ تكليف المريض بإثبات الخطأ الطبي

إذا كان الخطأ الطبي ما يزال هو قوام المسؤولية الطبية، فإن إثباته يخضع للقواعد العامة المقررة في المسؤولية المدنية التي تحمّل المريض الخصم الذي يدعي خلاف الأصل ذلك العبء متى لحقه ضرر¹. ولعل هذا المبدأ لا يجد سنده لدى الفقه في طبيعة المسؤولية فيما إذا كانت عقدية أو تقصيرية، وإنما بالاستناد إلى مدى الالتزام الملقى على عاتق المدين (الطبيب القائم بالعمل الطبي)². حيث يتعين على الضحية عند إثباته للخطأ، أن يراعي المبدأ العام القاضي بأن التزام الطبيب في الأصل هو التزام ببذل عناية، ويبرر ذلك الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي³. وعليه فالطبيب غير ملزم بشفاء المريض⁴. ومن ثم يكلف الدائن (المريض) وجوباً بإقامة الدليل على أن المدين (الطبيب) أخل بالتزامه ولم يبذل العناية المطلوبة أثناء العلاج⁵، ويتم ذلك بإثبات إهماله أو عدم مراعاته الأصول العلمية وقواعد المهنة الطبية⁶.

كما على المريض إثبات وقوع الضرر للحكم له بالتعويض، ما لم يدحض الطبيب ذلك بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذه لالتزامه ما ينبغي من العناية اللازمة أو بتدخل سبب أجنبي⁷ يبرر فيه

¹ - محمد أمين حجوجي، عبء إثبات الخطأ الطبي، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط، أكادال، السنة الجامعية 2006-2007، غير منشورة، ص 10، عباس علي محمد الحسيني، المرجع السابق، ص 51.

² - A. Dorsner-Dolivet, contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, T. 45, LGDJ, Paris France, 1986, p 227, 228, Philippe Le Tourneau, la Responsabilité civile professionnelle, op. cit, p 25, 26.

³ - F. Chabas, l'obligation de moyen du médecin, actes du colloque du 24/04/1997, sous titre: « l'indemnisation des accidents médicaux », organisé par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I, sous direction de Geneviève Viney, LGDJ, 1997, p 06.

⁴ - عبد الصبور عبد القوي، المرجع السابق، ص 181، 182، يوسف جمعة يوسف الحداد، المرجع السابق، ص 125.

⁵ - صفاء خربوطلي، المسؤولية المدنية للطبيب والأخطاء المهنية المترتبة عليه، دراسة مقارنة، د.ع.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، السنة 2005، ص 85.

V. aussi P. Jourdain, Nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op cit, p 05, J. Penneau, les fautes médicales, op. cit, p 09.

⁶ - A. Castelletta, op. cit, p 106.

⁷ - السبب الأجنبي هو كل أمر خارج عن إرادة الطبيب فلا يد له فيه، وهذا الأمر لم يكن بالإمكان توقعه ولا دفعه أو تداركه ببذل جهد معقول، فهو محتم الوقوع وذلك مثل القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه، سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 82.

تقصيره في مراعاة اليقظة والحذر أو وبالتالي تنعدم العلاقة السببية بين الخطأ والضرر حينئذ ولا تتحقق المسؤولية¹.

غير أنه قد يتحول التزام الطبيب في حالات استثنائية إلى تحقيق نتيجة²، ومن ثم فإن عبء الإثبات ينتقل على عاتق الطبيب المعالج، إذ يكفي المريض أن يثبت فقط وجود التزام طبي بينه وبين الطبيب، وأنه قد أصيب بضرر أثناء تنفيذه هذا الالتزام³. ومن ثم يصبح كافياً لانعقاد مسؤولية الطبيب عنه مجرد عدم تحقق النتيجة المقصودة التي انجر عنها حدوث ضرر للمريض⁴. ولا يكفي الطبيب هنا لنفي خطئه أن يثبت أنه بذل العناية الواجبة لتنفيذ التزامه. ولكنه يجب عليه لكي يدرأ تلك المسؤولية عن نفسه، أن يثبت استحالة تنفيذ التزامه الذي يرجع إلى السبب الأجنبي الناجم عن القوة القاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ المريض نفسه أو خطأ الغير⁵، ويمكنه كذلك إثبات قيام حالة الضرورة التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال⁶.

وقد سار على ذات النهج القضاء الفرنسي، حيث كان يعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، واستمر على الأخذ بإلقاء عبء الإثبات على الطرف الدائن (المتضرر) حتى بعد اعتبار

=V. aussi E. Pevot, la responsabilité médicale hospitalière, journée d'information sur la responsabilité médicale hospitalière, secteur sanitaire de Mostaganem, 14-15/3/2001, non publié, p 09, 10.

¹ - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 664، 665، أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، 182، 183، وقد أشار إلى ذلك التشريع الجزائري في المادة 172 من ق.م.ج.

² - دلال يزيد، مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 70. وذلك لاعتبار المعطيات العلمية أصبحت بعيدة عن الاحتمال، ومن ثم التمكن من الوصول إلى نتائج مؤكدة، ومن هذه الحالات عمليات نقل الدم والتحليل الطبية وكذلك تركيب الأجهزة الصناعية والأسنان أو ما يصفه للمريض من أدوية وعلاج، ذكر من قبل: طلال العجاج، المرجع السابق، ص 236،

V. aussi dans ce point : A. Dorsner-Dolivet, contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilité civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, op. cit, p 230.

³ - محمد لبيب شنب، نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، مجلة المحامي الكويتية، ع. 27، السنة الخامسة، 1981، ص 134.

⁴ - مصطفى عياد، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية الطبية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية جامعة جرش الأردن، السنة 1999، غير منشور، ص 29، وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 87، فاطمة الزهرة منار، المرجع السابق، ص 232.

⁵ - أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب (مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة)، مطبوعة جامعة الكويت 1986، ص 64، 65، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 583، 584، عز الدين حروزي، المرجع السابق، ص 206.

⁶ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 282، محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 166، 167.

مسؤولية الطبيب المدنية مسؤولية عقدية¹، وذلك بسبب عدم تغير التزام الطبيب تجاه المريض. بل أكثر من ذلك فقد استقر المبدأ على أن خطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بضرر، لكنه واجب الإثبات من قبل المريض².

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن محكمة النقض الفرنسية لم تعمل إلا بالفقرة الأولى من المادة 1315 التي تقضي بأنه: "يجب على من يطالب بتنفيذ التزام إثباته"³، الأمر الذي يفرض على المريض بمقتضى ذلك إثبات واقعة سلبية مؤداها أنه لم يصدر عنه رضاء يجيز للطبيب المساس بجسده.

¹ - محمد هشام القاسم، المرجع السابق، ص 13، 14، عبد السلام التونسي، المرجع السابق، ص 323.

² - Cass. civ. 20/05/1936 dispose que: « ... la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle. » Arrêt Mercier, précité, cite par: la responsabilité civile et assurances, éd. du juris- classeur, Hors-série, (juillet-aout 1990), Paris France, p 07. -Cass. Civ. 28/06/1939 « ..., si le malade prètent qu'il manque à cette obligation, c'est à lui, par application du droit commun, qu'il incombe de la prouver ... » F. Violla, les grandes décisions du droit médical, éd. Alpha, 2010, p 128.

وفي نفس الاتجاه قضت ذات المحكمة صراحة بتاريخ 1949/07/13 بقولها: "لما كان العقد الطبي لا يُولد التزاما بتحقيق نتيجة، إنما فقط التزاما ببذل عناية، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب." Cass. civ. 13/07/1949
ولعل محكمة النقض الفرنسية حسمت موقفها نهائيا في قرار لها يعرف بقرار Martin-Birot، صدر بتاريخ 1951/05/29 بإلقاء عبء إثبات الإخلال برضاء المريض يقع على عاتق هذا الأخير، ذكر من طرف: عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزء الإخلال به، المرجع السابق، ص 278، محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 283.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 29/05/1951 : « ...il appartient toutefois à celui-ci lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien ; de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait ; et en ne sollicitant pas son consentement à cette opération. » Cité par B. Anne, l'information dans le système de santé nature et conséquences sur la relation médicale, thèse présenté à l'école doctorale sciences de l'homme et de la société, université de Limoges, France, 2008, non publié, p 249.

Cass. Civ. 21/12/1961, D. 1961, 531; Cass. Civ. 11/01/1966, D. 1966, 266, Cass. Civ. 8/10/1974, J.C. P 1975 – II- 17955, Cass. Civ. 20/3/1984, D. 1985, Somm, p 369, Cass. Civ 1^{ère} Ch . 04/04/1995: «sans inverser la charge de la preuve, la cour d'appel a justement énoncé qu'il appartient au patient d'apporter la preuve que le praticien a manqué à son obligation contractuelle de le renseigner sur la nature de l'intervention projetée et sur les risques pouvant en découler, et a souverainement estimé que Mme Y... n'apportait pas cette preuve...» Pourvoi N° : 93-13326, consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

³ - Article 1315 al. 1 du C.C.Fr dispose que: «Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ».

وتبعاً لذلك فقد كرسّت معظم دول العالم نفس الاجتهاد الفرنسي، حيث أكّدت الأحكام القضائية في هذا الصدد أن خطأ الطبيب لا يثبت بمجرد عدم تحقق نتيجة الشفاء، بل يجب على المريض أن يقيم الدليل على إهمال الطبيب وتقديره¹. بما فيها القضاء الجزائري الذي حرص في أكثر من مناسبة على أهمية الإثبات في التأثير على دعوى المضرور، للحصول على التعويض المناسب له². وكذا التأكيد على أن الطبيب لا يسأل عن عدم الشفاء، إنما عن تقديره في بذل العناية اللازمة، كما أن المريض الضحية هو المسؤول الوحيد على إثبات أن الطبيب المعالج هو الذي تسبب له بالضرر³.

¹ - فقد أيد القضاء المصري قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 1969/06/26 جاء فيه: "لئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية، خاصة وأن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض... أشار إليه: محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 10، كما تمسك القضاء اللبناني بنفس المبدأ بمقتضى قرار المحكمة الاستئناف الثالثة الصادر بتاريخ 1977/03/10 الذي اعتبر فيه أن الإخلال بموجب تلك العناية يستوجب الإثبات من قبل المريض بإبراز الدليل على ما ينطوي عليه من خطأ، ذكر من قبل: وليد غمرة، مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، السنة 2005، ص 256. وحتى القضاء الأمريكي ألقى عبء إثبات عدم التبصير على المريض أيضاً لأنه هو الطرف المكلف بإثبات إحلال الطبيب بالتزامه بالتبصير بحقيقة حالته ومخاطر التدخل الطبي على اعتبار أن المساس بجسم المريض يستلزم تبصيره، ذكر من طرف: مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 41، كما أن القضاء المغربي تبنى نفس الاتجاه بإلزام المريض بإثبات عناصر المسؤولية الثلاث، ففي قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 1994/05/26، ورد في حيثياته أنه: "لا بد من إثبات الخطأ المصلحي المنسوب إلى أحد موظفيها، والملف الطبي الحالي حال مما يفيد نسبة الخطأ المصلحي إلى الهيئة الطبية لمستشفى ابن زهر بمراكش التابع للدولة." وفي حكم للمحكمة الإدارية بالرباط صادر بتاريخ 2006/04/18، جاء فيه أنه: "حيث أنه من المقرر فقها وقضاء أنه يلزم لقيام المسؤولية الإدارية توافر ركن الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما." محمد عبد النباوي، محمد الكشور، المرجع السابق، ص 162.

² - خصوصاً إذا تعلق الأمر بدعاوى مسؤولية مؤسسات الصحة العمومية، حيث أكد مجلس الدولة الجزائري على ذلك صراحة في قرار له رقم 043577، مؤرخ في 2009/02/25 (الغرفة الثالثة)، الفاصل في قضية (ع.ع.أ) ضد مدير مستشفى محمد بوضياف ومن معه)، جاء فيه ما يلي: "أنه ولعدم إثبات الخطأ الطبي والخطأ المرفقي والعلاقة السببية بينه وبين الوفاة، فإن دعوى المستأنف تعد غير مؤسمة، وبالتالي يتعين تأييد القرار المستأنف القاضي برفض الدعوى الرامية إلى تعويض عن الوفاة."، فهرس 323، غير منشور. وفي نفس السياق صدر قرار آخر رقم 048785، بتاريخ 2010/01/28 قضى فيه مجلس الدولة بالقول: (أنه لا يوجد هناك ما يثبت وجود خطأ طبي من طرف المستأنف، مما يتعين إلغاء القرار المستأنف و الفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس). وذلك رفع المركز الإستشفائي الجامعي بالدويرة التماس ضد (د.ع)، بإلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد بعدم قبول الدعوى شكلاً واحتياطاً رفضها لعدم التأسيس، فهرس 41، غير منشور، للتفصيل يمكن الرجوع إلى: عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 141، 142.

³ - ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال ما أصدره قرار مجلس قضاء قسنطينة (غرفة الأتهام) بتاريخ 2001-11-26، قضية (ب. ف) ضد الطبيب (د. م) ملف رقم 297062، حيث جاء فيه: "أن الطبيب مطلوب منه ببذل العناية وليس تحقيق نتيجة، ومادام قد بذل عناية مطلوبة فإنه لم يرتكب أي خطأ مهني." كما قضى مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 6641 في قضية المركز الإستشفائي الجامعي ضد م.م بتاريخ 2000/02/04 بذلك صراحة بقوله: "...حيث أن المستأنف عليها، كانت تعالج من ورم خبيث منذ مدة معتبرة.. وحيث أن الخبرة المنجزة... تبين بأنها قد تلفت علاجاً بالأشعة بكمية أكثر من الكمية المعتادة، إلا أنها لم تبين النسبة المعمول بها

غير أنه رغم ما تبدو عليه مسألة عبء الإثبات الواقع على المريض من بساطة في صياغتها من جهة ودقة في إعمالها، إلا أنه يلازمها عوائق لا يمكن إنكارها تحول دون تحقيقها في كثير من الأحيان، والذي سنحاول الإجابة عليه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الثاني: مدى فعالية مبدأ الإثبات الواقع على المريض

إن إقامة الدليل على خطأ الطبيب يشكّل مهمة شاقة على عاتق المريض، حيث أثبت الواقع العملي عجز المضرور عن إثبات خطأ المعتدي¹، وذلك لارتباط هذه المسألة بعدة عوامل وظروف تجعل منه أمراً صعب المنال في كثير من الحالات، إن لم يكن أمراً مستحيلاً. ولعل هذه الصعوبات التي يصادفها المريض أثناء إثبات الخطأ الطبي، لها تأثير على عملية تقدير التعويض². لذلك آثرنا تسليط الضوء عليها، على الرغم من تباينها من حيث خصوصية النشاط الطبي وما يتعلق به من عوامل ذاتية وأخرى موضوعية من ناحية (البند الأول) وحسب طبيعة الخطأ الطبي من ناحية أخرى (البند الثاني).

البند الأول: الصعوبات المتعلقة بالنشاط الطبي وظروف ممارسته

يرجع أساس صعوبة الإثبات في المجال الطبي إلى ضعف مركز المريض في العلاقة الطبية، بوصفه جاهلاً للمعارف الطبية. وبالتالي لا يمكنه إثبات أن الطبيب لم يبذل العناية الكافية والمتفكّمة مع أصول الطب³، على اعتبار أن ذلك يتطلب حداً أدنى من المعرفة العلمية و الثقافة الصحية.

=طيباً. كما أن الملف خال من أية شهادة تبين إقامة المستأنف عليها .. فكان على قضاة أول درجة أن يتحروا أكثر قبل الفصل في الموضوع نظراً لانعدام أي دليل يثبت إدعاء المستأنف عليها في تحميل المسؤولية الضرر الذي لحقها، مما يستوجب إلغاء القرار المستأنف لانعدام هذا الدليل الذي يبين مسؤولية المستشفى... " غير منشور، مذكور من طرف: صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص 73. وفي نفس الاتجاه قضت المحكمة العليا على وجه الخصوص في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا المؤرخ في 2008/1/23 حيث أكدت صراحة بالقول: "حيث من المقرر فقها وقضاء أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بدل عناية، مثل قضية الحال، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب التزام بتحقيق نتيجة. حيث أن بذل العناية، تعني بدل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة، والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية. حيث أن الإخلال بهذا الالتزام "يشكل خطأ طبيًا يثير مسؤولية الطبيب، و بالتالي الخطأ الطبي هو تقصير في مسلك الطبيب من جهة ثانية. " م. م. ع. ع. 02، السنة 2008، ص 177.

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 48، محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 21.

² - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 414، أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء، المرجع السابق، ص 160.

³ - P. Jourdain, l'évolution de jurisprudence judiciaire et l'indemnisation, des accidents médicaux, actes du colloque du 24/04/1997, sous titre: « l'indemnisation des

كما يزداد هذا الأمر تعقيدا مع حالة المريض الصحية، التي لا تسمح له أحيانا للاستعداد مسبقا لأخذ احتياطاته للحصول على دليل، يمكن من الاستعانة به عند الحاجة لإثبات خطأ الطبيب الذي وضع ثقته فيه عندما يتطلب الأمر ذلك. خاصة حين يكون فاقد الوعي لحظة وقوع الفعل المكون للخطأ المدعى به¹. مما يتعذر على المريض التأكد بشكل دقيق مما جرى أثناء العملية الجراحية أو العلاج، لكونه في وضع صحي ومادي سيء لا يسمح له بإقامة الدعاوى ومتابعتها بوجه من صدر عنه الخطأ الطبي.

بل أكثر من ذلك تثير كذلك مسألة إثبات وجود فرصة شفاء المريض أو بقاءه على قيد الحياة في مجال المسؤولية الطبية عائقا حقيقيا، خاصة في حالة وفاة المريض على إثر عملية جراحية مثلا، فكيف يكون لورثته إقامة الدليل على أن الطبيب الجراح كان بإمكانه تفادي موت مورثهم بإتباع أسلوب معين في الجراحة، و بالخصوص إذا كانوا لا يعرفون السبب الحقيقي لوفاة مورثهم².

ومن جهة أخرى قد يواجه المريض المتضرر صمتا من قبل الطبيب المخطئ أو معاونه من تزويده بالمعلومات أو الوثائق التي ترجح كفته أمام القضاء، أو الوقوف بجانبه للإدلاء بشهادة تفيده، بل وقد يتذرعون أحيانا بالتزامهم بالمحافظة على السر المهني أو بمحاولات التغطية على أخطاء زملائهم، وإظهار التضامن المهني فيما بينهم تارة أخرى³.

بالإضافة إلى ذلك قد يفقد المريض غالبا حقه في التعويض نتيجة عجزه عن إثبات خطأ أو خلل كان سببه الأجهزة الطبية المعقدة، والتي منذ دخولها الحقل الطبي عرفت انتشارا واسعا في استعمالها⁴. مما يجعل من غير المستساغ بل من المححف إبقاء قاعدة (البينة على المدعي) في كل الحالات على كاهل المريض.

=accidents médicaux», organisé par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I, sous direction de Geneviève Viney, LGDJ, 1997, p 22.

¹ - أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، ص 99.

² - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 460.

³ - M. Karadji, le juge administratif et la faute médicale, rev. C .D .S .P, numéros spécial, 2008/1, colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9 et 10 avril 2008, p 243.

⁴ - وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 91، 92.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن صعوبة مهمة الإثبات على المتضرر من النشاط الطبي لمؤسسات الصحة العمومية أو ذويه في الجزائر بالخصوص، وضعية هذه المؤسسات وظروف الممارسة الطبية بها¹، حيث تعاني في معظمها من اكتظاظ كبير بسبب الإقبال الكثيف عليها خاصة في المدن الكبرى مع نقص الأجهزة و الآلات الطبية المتطورة، حتى إن وجدت تكون في معظم الأحيان عاطلة أو لا تلبي حاجات كل الأفراد في الوقت المناسب.

ناهيك عن النقص الفادح في الأطباء الأخصائيين في العديد من التخصصات، خاصة في مناطق الجنوب، مما يؤثر على نوعية الخدمات الطبية، والتي يصعب معها مطالبة الطبيب ببذل جهود صادقة وبقظة تتفق مع الأصول العلمية للتمكن من إثبات الخطأ من جانبه.

البند الثاني: التعقيدات الخاصة بطبيعة الخطأ الطبي

تعتري أحد جوانب مسألة الإثبات في المجال الطبي بعض الإشكالات، والتي من شأنها أن تؤثر بصورة مباشرة على قيام أو استبعاد مسؤولية الطبيب أو المستشفى، وخاصة عندما يتعلق الأمر بمسألة صعوبة تمييز الخطأ عن الغلط، باعتبار الأول سلوك يصدر عن شخص فطن، حذر وواع بالتزاماته، في حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو².

كما تثور العقبة الأخرى في صعوبة التعرف على أعمال الإهمال واللامبالاة التي يرتكبها الطبيب أثناء مباشرته لعمله الطبي على جسم المريض، بحيث لا يمكن إقامة دعوى على الإهمال دون توفر دليل عن الخسارة أو الإصابة الناجمة عن ذلك، لأن دراسة أسباب الحالات الطبية معقدة وغامضة بشكل يصعب فيها إثبات ما إذا كان تصرف أو إهمال معين سبب ضررا للمريض.

ودون أن ننسى أن ما يزيد من وطأة ثقل عبء الإثبات، أن يكون محله واقعة سلبية³، إذ يقع على كاهل المريض تقديم دليل على عدم قيام الطبيب بواجب بذل العناية المطلوبة، وهو يعد أمرا

¹ - كمال بشير دهن، إثبات الخطأ الطبي، أعمال اليوم الدراسي حول المسؤولية الطبية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، المنظم من قبل المحكمة العليا الجزائرية في 14 أبريل 2010، غير منشور، ص 03، 04.

² - محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية، المرجع السابق، ص 67، 69، محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 282، 283، بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 178.

M. Harichaux, l'obligation du médecin de respecter les données de la science, J. C. P., 1987 - I - 9906, p 532.

³ - يقصد بالواقعة السلبية العدم، وهو شيء غير موجود أصلا، أما إثبات الواقعة السلبية يعني إثبات عدم حدوث الواقعة، أما إثبات حدوثها يعني إثبات واقعة إيجابية، فإذا أراد الطبيب أن يثبت أنه لم يقصر في علاج المريض، بإمكانه إقامة الدليل على أنه قام بكل ما

لا مظهر خارجي له يمكن أن يفصح عنه¹. ولعل القضاء الفرنسي قد خرق المادة 06 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمبدأ الذي يقضي بأنه يستحيل تكليف أي طرف بإثبات واقعة سلبية، عندما قام بتحميل المريض عبء الإثبات².

فضلا عن ذلك قد ترجع هذه الصعوبة إلى ما يحيط بالخطأ الطبي الذي يشوبه التعقيد العلمي، خاصة إذا تعلق الأمر بالطابع الفني. إذ غالبا ما يلجأ القاضي إلى الخبرة لكسر هذه الصعوبة، إلا أن هذه الخبرة غالبا ما تنتابها شكوك في مصداقيتها، كون معظم حيوط المسؤولية الطبية تكون في حوزة الطبيب المشكو في حقه³، باعتباره يمتلك كافة الملفات الطبية التي تحتوي على كل ما يتعلق بحالة المريض الصحية والطرق التي تم اعتمادها لعلاجها.

حيث نجد في معظم المؤسسات الصحية العامة أن الملف الطبي يكون في متناول الجميع حتى أولئك الذين هم غرباء على الفريق الطبي للمصلحة المتواجدة بها المريض. وبالتالي يكون بإمكان أي طبيب في حالة متابعته قضائية استرجاعه بعد ما تم حفظه في الأرشيف وإجراء تعديلات عليه تخص طريقة العلاج أو المراقبة الطبية مثلا كيفما شاء لإبعاد أي دليل قد يدينه⁴. الأمر الذي معه يصعب وجود دليل إثبات للتقصير أو الإهمال بسبب تغيير الحقائق، ومن ثم إهدار حقوق المتضررين.

بناء على هذا فإنه من الضروري اعتماد مسؤولي هذه المؤسسات نظاما إلكترونيا لحفظ الملفات الطبية مباشرة بعد مغادرة المرضى لها، وعدم تركها في متناول الجميع أثناء تواجده بها، وكل

=يفرضه عليه واجب العلاج أو أنه اتخذ في ذلك كل الاحتياطات اللازمة، أما إذا أراد المريض أن يثبت العكس، أي عدم قيام الطبيب بالتزامه، فمؤكد أن الأمر سيكون في غاية الصعوبة، باعتباره سيقوم بإثبات واقعة سلبية ليس لها مظهر خارجي. لذا يرى أغلب الفقه أنه يجوز إثبات الوقائع السلبية بطريقة غير مباشرة أي إثبات واقعة أخرى هي الواقعة العكسية المضادة لها، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية - النظرية العامة في الإثبات-، د.ذ.ع.ط، الدار الجامعية، بيروت لبنان، السنة 1993، ص 180، 182، جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 402.

¹ - أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 99، 100.

² - فقد عبر الأستاذ سافاتييه (Savatier) تعليقا على حكم محكمة النقض الفرنسية والصادر بتاريخ 1951/05/29، سابقا، بقوله:

"Objet les difficultés de preuve du chirurgien, c'est oublier que les difficultés de preuve du malade sont pires, nom seulement on voudrait exiger de lui une preuve négative: celle qu'il n'a pas consenti à l'opération alors que la preuve négative est la plus difficile de toutes mais on méconnaît le fait que le malade était un faible contractant avec un for..." S. Chaib, op. cit, p 263.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 581، صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص 88.

⁴ - هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 175.

هذا للحيلولة دون إجراء تعديلات عليها من طرف الطبيب أو غيره في حالة حصول متابعة قضائية، لتمكين الضحية من استخلاص أدلة إثبات عما لحقه من ضرر جراء النشاط الطبي لهذه المؤسسات وحماية حقوقه أو ذويه في التعويض.

هذا بالإضافة إلى قيام الشك بصفة دائمة حول الحياد الذي يمكن أن يلتزمه الخبراء في تقاريرهم، بحكم علاقات الزمالة أو التبعية مع المدعي عليهم¹. الأمر الذي تعجز معه الخبرة أحيانا عن كشف حقيقة التقصير في العناية المطلوبة، مما يؤدي إلى هدر حقوق الضحايا أو ذويهم.

إلى جانب ذلك قد يضاعف من صعوبة الإثبات بالنسبة للمريض، ما يواجهه هذا الأخير عادة في عدم الاعتراف بشهادة الشهود في تحديد خطأ الطبيب. وذلك لكون جهاز التمريض أو الأطباء المساعدون لا يجرؤون على الإدلاء بشهادتهم خوفا من متبوعهم أو تضامنا معهم².

أما بالنسبة لأهل المريض فشهادتهم تشوبها العاطفة وأحيانا تكون مبالغ فيها³، مما يتعذر عليهم إثبات الخطأ الفني بسبب جهلهم في الكثير من الأحيان بعمل الطبيب، بل إن الشهادة لا تكون مقبولة في هذا المقام ما لم تكن صادرة من أطباء أصحاب خبرة فنية.

ومن زاوية أخرى قد تكمن الصعوبة في إثبات خطأ الفريق الطبي وكشف نصيب كل عضو من أعضائه في الخطأ المؤدي إلى الضرر أو الوفاة⁴، والتي من شأنها أن تؤثر على التقدير الأصوب للقاضي.

¹ - فقد أصبحت تشكل سدا منيعا بين المريض أو ذويه وبين الحق الذي يطالب به، أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 459. وللإشارة فإن القضاء الجزائري أكد صعوبة مبدأ الحياد في الخبرة من خلال قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 38376 الصادر بتاريخ 2008/05/28 الفاصل في قضية (ع، م) ضد (المركز الإستشفائي الجامعي مصطفى باشا)، حيث أصدرت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر، بناء على تقرير الخبرة الطبية قرارا يقضي بتعويض المستأنف عما لحقه من أضرار من قبل المستشفى، الأمر الذي اعتبره المستأنف ضئيل مما دفع به إلى الاستئناف بمجلس الدولة. حيث أعاب على قرار أول درجة فيما قضى به من تعويض ضئيل من جهة، وما شاب الخبرة الطبية من عيب تمثل في تأثير الطبيب الخبير بزملائه من جهة ثانية. وعليه طلب المستأنف تأييد القرار مع رفع مبلغ التعويض. وبالرغم من ذلك قضى مجلس الدولة بعدم اللجوء إلى إجراء خبرة ثانية والاكتفاء بتقرير الخبرة المنجز (المعيب) وتأييد القرار المستأنف مع الإبقاء على مبلغ التعويض الأصلي دون تعديله، فهرس 474، غير منشور، نقلا عن: عبد القادر خضير، المرجع السابق، ص 07، 09.

² - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية - دراسة قانونية مقارنة -، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2007، ص 212.

³ - توفيق خير الله، المرجع السابق، ص 503.

⁴ - والجدير بالذكر أن التشريع الجزائري أقر بموجب المادة 73 من م.أ.ط.ج المسؤولية الشخصية في حالة تعاون الزملاء (الأطباء أو جراحي الأسنان) فيما بينهم على فحص مريض أو معالجته، إذ يتحمل كل منهم مسؤولية الشخصية، أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب

كل هذه العراقيل مهما تباينت طبيعتها تزيد من مشقة المريض وعدم قدرته على إظهار الحقيقة وإزالة الشكوك حول الإدعاءات المدلى بها. وبالتالي فإن القاضي في حالة عدم كفاية الأدلة وعدم اقتناعه بصدق ما يدعيه المدعي وبقاء الشكوك تختلج نفسه، فإنه سيلجأ إلى تأويل الشك لمصلحة المدين وهو الطبيب، لأن الشك الذي لم يقطعه يقين، يفيد المدعى عليه¹. وهكذا فإن تحمل المريض عبء إثبات الخطأ يعرضه إلى أن يخسر دعواه، إذا لم يتمكن من تقديم الدليل الذي يبرهن على ما يدعيه². فضلا عن تحمله المصاريف القضائية بالنظر إلى أنه صاحب المبادرة بالنزاع³.

لذا كان من الضروري التدخل لإيجاد بعض الحلول المجابهة لتلك الصعوبات، وذلك قصد وضع حدود لذلك العبء الثقيل الملقى على عاتق المريض في دعاوى المسؤولية الطبية المرفوعة منه اتجاه الطبيب من جهة، وإنصافا للمتضررين من النشاط الطبي وحماية لحقوقهم أو حقوق ذويهم في التعويض من جهة أخرى.

الأمر الذي جعل القضاء يتبنى تحوّل جريء من خلال إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي أو التخفيف منه، ساعيا إلى إخفاء التناقضات التي يفرزها مجال إثبات المسؤولية الطبية. فكيف حدث هذا التحول؟ وهو ما سنجيب عليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: التوجه الجديد لحماية المريض وتحريره من عبء الإثبات

إن ما ولده الطب الحديث من مخاطر متزايدة للمرضى من خلال استحداث وسائل معقدة للعلاج، كان له الأثر الواضح في تغيير قواعد المسؤولية المدنية. أين فتح المجال للتخفيف من حدة عبء الإثبات الواقع على المريض ونقله إلى كاهل الطبيب، لترسم بذلك معالم جديدة لقواعد الإثبات في المجال الطبي.

= أو جراح الأسنان فإنهم يسألون على أساس مسؤولية التابع عن أعمال المتبوع وفقا لأحكام المادة 1/136 من ق.م.ج، مزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: محمد بودالي، المسؤولية الجزائية للجراح وطبيب التخدير والإنعاش، المرجع السابق، ص 11، 13.

V. dans ce point : R. Pellet, Arnaud Skrzyerbak, op. cit, p 429,

¹ - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 118، 119، كما يتأكد هذا الأمر أكثر في التشريع الجزائري بمقتضى المادة 112 من ق.م.ج على أنه: "يؤول الشك لمصلحة المدين غير لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة المدعن."

² - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 416.

³ - أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 82.

فقد أدرك القضاء الفرنسي في محاولة منه لإقامة التوازن المفقود في العلاقة الطبية بين الطبيب والمريض¹، أن فكرة الخطأ مع هذا التطور أضحت آخذة في الضعف شيئاً فشيئاً، واختفت تارة تحت ستار الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس (الفرع الأول)، لتأخذ تارة أخرى نوعاً آخر من المسؤولية تسمى بالمسؤولية الموضوعية التي لا تستند إلى الخطأ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تبني فكرة الخطأ الاحتمالي

لا شك أن تحميل المريض وحده عبء الإثبات وفقاً للقواعد القانونية التقليدية للمسؤولية لم يستمر طويلاً، لما يشكّل قصوراً في رعاية مصالحه وحمايته، الأمر الذي دفع القضاء إلى تطويع تلك القواعد في سبيل التذليل من صعوبة هذا العبء، وكان ذلك عن طريق أخذه بالخطأ الاحتمالي *la faute virtuelle*².

إذ تقوم هذه الفكرة على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب³، بالرغم من عدم ثبوت إهمال الطبيب على نحو قاطع في بذل العناية الواجبة أو تقصير في التزامه بالحيلة، إلا أن الخطأ يستنتج من مجرد وقوع الضرر⁴. وبالتالي فإن إحداث ثغرة في مبدأ ضرورة توافر الخطأ الثابت كركن لازم لقيام مسؤولية الطبيب بافتراض الخطأ من جانب الطبيب أو المستشفى المدعى عليه⁵، يمكن أن ينقل عبء الإثبات إلى

¹ - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 677.

² - ويطلق عليها أيضاً فكرة خطأ المضمّر *la faute incluse dans le dommage*، وكذلك يسميها البعض فكرة الخطأ المقدر، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 126، محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، نظرة جديدة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، المرجع السابق، ص 240، إذ تعتبر فكرة الخطأ المحتمل وسيلة من الوسائل التي دخلت المجال القانوني لتنضم إلى غيرها من الحلول التي تفنن القضاء في اكتشافها كأثر للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العصر الحديث، محمد أمين حجوجي، عبء إثبات الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 40، 41.

V. aussi A. Dorsnner- Dolevet, La responsabilité du médecin, op. cit, p 135.

³ - O. Olide, le devenir de la responsabilité médicale du fait d'autrui après la loi du 04 Mars 2002, mémoire en vue de l'obtention de DEA de droit privé, université de Lille II - droit et santé faculté des sciences juridiques, politiques et sociales école doctorale, n° 74, le 03 Octobre 2003, non publié, p 35.

⁴ - وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 89، 90، سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 101.

V. aussi : Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 672.

⁵ - G. Viney, P. Jourdain, l'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation?, la semaine juridique (J.C.P) n° 17, Doctrine 4016, p 182.

هؤلاء، مما يعني المريض من ذلك ولا يصبح على عاتق هذا الأخير إلا عبء نفي الخطأ في جانبه¹. ولعل أهمية هذا الافتراض، لا تكمن في الواقع في مجرد الاعتراف بوجوده، بل في باعتباره قرينة بسيطة، أي قابلة لإثبات العكس من قبل الطبيب².

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن محكمة النقض الفرنسية كانت أول من كرّست فكرة الخطأ الاحتمالي قصد إعفاء المريض من عبء الإثبات ونقله على عاتق الطبيب³، كما توسّع القضاء الإداري الفرنسي هو الآخر في استخدام هذه الفكرة للقول بانعقاد مسؤولية المستشفى العام وتقرير التعويض لصالح المرضى المضروبين⁴.

¹ - محمود جمال الدين ركي، مشكلات المسؤولية المدنية، د.ذ.ع.ط، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، السنة 1978، ص 371.

² - محمد بوكوطيس، مسؤولية الدولة في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 135.

³ - وذلك بتاريخ 1960/06/28، والذي استنتج خطأ طبيب الأشعة استناداً إلى أن انفكاك أحد مسامير هذا الجهاز نتيجة اهتزازات هذا الأخير وأن طبيب الأشعة ارتكب خطأ تمثل في عدم إحكامه ربط الجهاز وتثبيتته بطريقة صحيحة، سهير المنتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 99.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 28/06/1960,

كما أكدت في قرار آخر بتاريخ 1968/11/12، أن استخلاص خطأ الطبيب من خلال ما أصاب المريض من الشلل كان نتيجة عدم اتخاذ الاحتياطات الكافية عند إجراء التدخل الجراحي، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 96، 97.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 12/12/1968: «Elle a pu déduire de ces constatations, qui constituent, selon elle, un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes. »

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 17 جوان 1980 لجأت أيضاً محكمة النقض الفرنسية لفكرة الخطأ الاحتمالي لإقامة مسؤولية الطبيب عن إصابة عصب الفخذ أثناء عملية حقن بين العضلات injection intramusculaire

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 17/06/ 1980, V. dans ce point : F. Lioren - Frayne, La responsabilité sans faute dans le contentieux administratif de la responsabilité, L.G.D.J, France, 1985, p 133.

وفي نفس السياق استخلصت ذات المحكمة في قرار لها صدر بتاريخ 1989/11/29 خطأ المستشفى الخاص من مجرد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته فيه infection nosocomial، معتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ ما من قبل المستشفى الخاص، ذكر من قبل: مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 346.

Cass civ 29 /11/1989, Cité par : M. Akida, op. cit, 73, 74.

كما افترضت بتاريخ 1996/05/21 مسؤولية العيادة الخاصة عن العدوى التي أصابت المريض في غرفة العمليات أثناء القيام بالعملية الجراحية، ما لم تتمكن هذه الأخيرة من إقامة الدليل على عدم توافر الخطأ من جانبها، محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 288.

Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 21/05/1996, affirme que: « Une clinique est présumée, responsable d'une infection contractée par un patient Lors d'une intervention, au moins de prouver l'absence de faute de sa part. » C. Larroumet, l'indemnisation de l'Eléa thérapeutique, rec. Dall. 1999, 4^e cahiers chroniques, p 34.

⁴ - F. Quilleré Mazjoub, La responsabilité du service public hospitalier,

وقد تبعه في ذلك بعض الأحكام القضائية العربية التي حاولت تقرير ثبوت حق المريض في التعويض في بعض الحالات، جراء احتمال وقوع خطأ أو إهمال من الطبيب أو المستشفى¹، دون القضاء الجزائري².

غير أنه رغم ما لاقتته فكرة الخطأ الاحتمالي من صدى فقهي واسع، إلا أنه قد اختلف في تقديرها. فمنهم من اعتبرها من قبيل القرائن التي تستعملها المحكمة في استخلاص الخطأ، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه³. في حين أكد البعض الآخر على أنها مجرد وسيلة لجأ إليها القضاء لمصلحة المضرور على حساب القواعد التقليدية للمسؤولية⁴، دون أن تجد لها سند في القانون. على هذا الأساس بدأ التحلي عن هذه الفكرة⁵، لما يجرد المسؤولية من طابعها الشخصي بسبب عدم تقيدها بمعيار خطأ الطبيب الذي يوجب على القاضي مقارنة مسلك الطبيب المدعى عليه بمسلك الطبيب الوسط من نفس مستواه والموجود في ذات الظروف، بل يكتفي بمجرد افتراض الخطأ، دون تحديد لطبيعته التي تبقى مجهولة⁶.

=المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج.1، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 572، 573. من جهة أخرى أقر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1997/10/21، بوجود خطأ طبي احتمالي في جانب المستشفى العام عن الإصابة الناشئة عن عيوب الأدوات والأجهزة المستخدمة فيه وكذا الأضرار المنسوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل داخل المستشفى، إضافة إلى حالات الإصابة بالعدوى داخله *infection nosocomiale*

C. E. 21/10/1997, A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op. cit, p 192

¹ - فقد أخذت محكمة النقض المصرية بفكرة الخطأ المحتمل أو المضمّر في أحد قضايا المسؤولية عن جراحة التجميل التي صدر على إثرها قرار بتاريخ 1969/06/27، حيث قضت بأنه يكفي المريض ليثبت خطأ طبيب التجميل أن يقدم واقعة ترجح إهماله، وهو يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال، منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 678، 679، عبد القادر تيشة، المرجع السابق، ص 42.

² - وإن كان مجلس قسنطينة -الغرفة الإدارية- قد استعمل في منطوق قراره الصادر بتاريخ 1981/05/20 أساس مخالف للحقيقة لتكييف تقرير مسؤولية مستشفى سكيكدة نتيجة سقوط مريض من على سرير متحرك أدى إلى موته، في حين أن الأساس الصحيح يرجع إلى افتراض وقوع الخطأ وليس سوء التسيير والإدارة، غير منشور، مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 346.

³ - Art. 1353 du C. Civ. Fr, A. Khadir, M.M Hannouz, la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, éd. Houma, Alger, 2003, p 209.

⁴ - إذ يضيف الدكتور أحمد شرف الدين أن فكرة الخطأ الاحتمالي ليس لها من وصف الخطأ ومضمونه إلا الاسم، مزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب (مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة)، المرجع السابق، ص 82.

⁵ - J. Penneau, la responsabilité de médecin, op. cit, p 80, 81.

⁶ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 99.

بالإضافة إلى ذلك يرى جانب آخر من الفقه، بأن فكرة الخطأ المقدر فيه نوع من التشدد في مواجهة الأطباء من جهة، لما يعرقل مبدأ حرية الطبيب في ممارسة العمل الطبي¹. كما أن الأخذ بهذه الفكرة يخلق عدم التناسب في التعويض²، وذلك لكون علاقة السببية غير مؤكدة، مما يحكم القاضي بتعويض جزئي يتناسب مع شكوكه، حينما لا يقتنع بأن خطأ الطبيب كان سبب الضرر الذي لحق بمريضه³. الأمر الذي يحدث خلط بحق بين التعويض عن الفرصة الضائعة أو التعويض عن احتمال التسبب في إحداث ضرر وقع فعلا.

لذلك لا يزال القضاء الفرنسي يعتره بعض التذبذب في شأن تطبيق هذه الفكرة من عدمه، فقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك، لاعتبارها فكرة مغلوبة (erronée)⁴. ومن ثم استقر قضاء النقض الفرنسي على أن قيام مسؤولية الطبيب يستلزم ثبوت خطأ واضح في جانبه⁵. وإزاء هذا الوضع لجأ القضاء الفرنسي إلى تبني المسؤولية الموضوعية كوسيلة للحد من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور، وهذا ما سنتعرض له في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: اعتناق المسؤولية الموضوعية تخفيفاً لعبء الإثبات

لا شك أن استحداث التقنيات الطبية المتطورة المطبقة على جسم المريض وتعدد الأضرار اللاحقة به، كان من أبرز وسائل التأثير في قواعد المسؤولية المدنية. لذلك حاول القضاء الفرنسي التشديد في مسؤولية الطبيب متوجهاً في ذلك إلى استحداث نوع جديد من المسؤولية يعرف بالمسؤولية الموضوعية للتخفيف عن المتضرر.

¹ - سهر المنتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 102.

² - وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 95، 96.

³ - G. Viney, P. Jourdain, l'indemnisation des accidents médicaux, op. cit, p 182.

⁴ - وذلك في قرار حديث لها صدر بتاريخ 1998/05/07، حيث قضت بأن: "وجود الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته، إذ كان واجبا على محكمة الاستئناف أن تبحث ما إذا كان الجرح اللاحق بالعين ناجم عن خطأ واضح في جانب الطبيب." أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 111.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 27/05/1998, affirme que : « Alors que l'existence d'une faute ne peut se déduire de la seule anormalité d'un dommage et de sa gravité, la cour d'appel, qui devait rechercher si la blessure causée à l'œil ne procédait pas d'une faute caractérisée du praticien, a violé le texte susvisé.» cité par : Mustapha karadji, op. cit, p 245.

⁵ - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 15/12/2011, V. dans ce point : P. Pierre, l'actualité du droit médicale, rev. Lamy droit civil, 2012, p 02.

إذ يقوم هذا النوع من المسؤولية على الضرر الذي يلحق المضرور استقلالا عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر¹. وذلك عن طريق اللجوء إلى مبدأ ضمان سلامة المريض (البند الأول) أو من خلال تقرير فكرة المخاطر (البند الثاني).

البند الأول: خرق مبدأ الالتزام ببذل عناية " عن طريق اللجوء إلى الالتزام بضمان السلامة"

لقد أحدث القضاء الفرنسي ثغرة في مبدأ التزام الطبيب ببذل عناية، بخصوص بعض مجالات النشاط الطبي. فقرر أن الالتزام في مثل هذه الأحوال هو التزام بضمان السلامة²، وهو ما يستتبع بالتالي اختلاف كيفية مساءلة الطبيب بشأن التزاماته.

حيث يكفي بشأنها عدم تحقق النتيجة لقيام مسؤوليته دون حاجة لإثبات وقوع خطأ محدد من جانبه، كما لا يعفيه أن يثبت أنه قام بالعناية المطلوبة منه، بل لا بد له للتخلص من الخطأ الطبي، أن يرجع الخطأ الواقع إلى سبب أجنبي أو إلى خطأ المريض المتضرر نفسه أو خطأ الغير³.

ولعل الأمر يتعلق أساسا بالأعمال الطبية ذات الطابع الإنساني كما هو الحال بالنسبة لإعلام المريض (فقرة أولى)، كما يسري نفس الحكم إذا اتخذت طابعا تقنيا وفنيا (فقرة ثانية).

فقرة أولى: نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي

بعد أن استقرت محكمة النقض الفرنسية على إلزام المريض بإثبات عدم قيام الطبيب بالتزامه بإعلامه لما يزيد عن نصف قرن عدلت عن هذا الاتجاه⁴، حيث أقرت مبدأ جديدا لها يقضي بإسناد

¹ - M. Dupont, C. Esper, C. Christian Paire, op. cit, p 769.

² - وقد تناولت العديد من المراجع موضوع الالتزام بالسلامة بصفة خاصة: محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود - دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا -، د.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1980، ص 34.

V. aussi : C. Radé, l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, actes du colloque franc-algerien, sous titre « l'obligation de sécurité » université Montesquieu Bordeaux IV, université d'Oran Es-Sénia, 22 mai 2002, sous la direction de Dalila Zennaki et Bernard Saintourens, Presses universitaires de Bordeaux, France, 2003, p 113, 127, H. Dennouni: Rapport de synthèse « la sécurité des produits », colloque Algéro-français du 17-18 mai 2003, revue semestrielle « études juridiques », Ed. par le laboratoire de droit privé fondamental, Faculté de droit, Université Abou Bekr Belkaid - Tlemcen, n° 03, 2006, p 49, 50,

³ - مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 52.

⁴ - محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس -، ع. 03، السنة 2005، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 95.

عبء هذا الالتزام على عاتق المدين بالإعلام، وذلك بموجب القرار الشهير Hedreul الصادر عنها بتاريخ 1997/02/25¹. ومن ثم أصبح الطبيب المدعى عليه مكلف قانوناً بإثبات أنه تحصل على رضاء المريض المستنير قبل مباشرة العمل الطبي.

والملاحظ أن المحكمة استندت في ذلك إلى الفقرة الثانية من المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي². ولاشك أن هذا النص القانوني يجعل منه سنداً قانونياً كافياً للتحويل الذي أجرته محكمة النقض بشأن عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي³.

إضافة إلى ذلك يجد هذا المبدأ سنده في احترام ما للجسم من معصومية، وما للإنسان من حق في السلامة البدنية⁴. فقد قدرت المحكمة أن الأصل هو سلامة المريض الجسدية وأن هذا الأخير ليس عليه سوى أن يثبت أمام القضاء حدوث إخلال بضمان السلامة، أما الطبيب فيجب عليه أن يثبت أنه أدى التزامه بتبصير المريض بكافة مخاطر التدخل الطبي⁵.

¹ - حيث قضت صراحة: "لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام خاص بالتبصير في مواجهة مريضه، فإنه يتعين عليه أن يثبت أنه قد نفذ هذا الالتزام وهو ما يتعين معه القول إن محكمة الاستئناف قد خالفت النص المشار إليه (1315). "لمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى: عبد القادر العربي شحط، التعليق على قرار محكمة النقض قرار هيدرول، مجلة الدراسات القانونية، ع. 01، بيت الحكمة، بغداد العراق، السنة 2001، ص 125، أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، ع. 01، جويلية 2007، ص 101، 108.

Cass. 1^{er} civ. 25/02/1997, (Hédreul c/Dr. Cousin) a décidé que: «Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation, la cour d'appel a violé le texte susvisé.» Pourvoi N° : 94-19685, Consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>, v. aussi: J. Penneau, Paradoxe sur le droit médical, Gaz. Pal, (1^{er} sem) 1999, du 17/06/1999, France, p 858, V. aussi les arrêts suivant : Cass. 1^{er} civ: 15/07/1999, D. 1999, J.C.P.G 1999, IV, 2713, Cass. 1^{er} civ: 18/01/2000, Cass. 1^{er} civ: 09/10/2001, P. Bon, l'obligation du médecin d'informer le patient, RFDA, n° 3, Dall., 2001, p 658.

² - Art. 1315 al. 2 du C. Civ.Fr dispose que: «Celui qui est également ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. » X. Henry, G. Venandet, G. Wiederkehe, F. Jacob, A. Tisserand-Martin, Code civil français, op. cit, p 12.

³ - J. Guigue, responsabilité des médecins - Devoir d'information, G. P. H, Spécial Droit De La Santé, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, France, p 53, 54, J. Penneau, le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal., 1999 (1^{er} sem.), France, p 07.

⁴ - F. Salat-Baroux, op. cit, p 23.

⁵ - طلال العجاج، المرجع السابق، ص 133.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن الاتجاه الجديد للقضاء الفرنسي قد حظي بتأييد الغالبية العظمى من فقهاء القانون¹، الذين رأوا فيه تصحيحا لوضع لم يكن مقبولا لا من حيث الوجهة القانونية ولا من حيث نتائجه العملية. ذلك أن القرار الجديد يعيد الأمور إلى نصابها الصحيح، بعدما كان الوضع القائم يتنافى ونظام الإثبات².

فتحميل الطبيب عبء إثبات إفصاحه عن المعلومات اللازمة للمريض لاتخاذ قراره، من شأنه أن يزيد من حرصه في توخي الدقة في الإدلاء بالمعلومات اللازمة وتوثيق ذلك، مما يؤدي إلى ضمان حقوق كل من المريض والطبيب على حد سواء³.

بل أكثر من ذلك فقد أضفت محكمة النقض الفرنسية مزيدا من الحماية على المضرور، من خلال إعفائه من عبء إثبات الواقعة السلبية، باعتبارها مهمة شبه مستحيلة بالنسبة إليه⁴ وإلقائها إلى من هو أقدر على النهوض بعبء الدليل *l'aptitude à la preuve* انطلاقا من عناصر إيجابية من خلال إثبات قيام الطبيب بإعلام المريض على الوجه المطلوب قانونا⁵.

ولعل التشريع الفرنسي كرس هذا التحول القضائي في مجال الإثبات الطبي، نظرا لأهميته بإسناده صراحة عبء الإثبات على الطبيب⁶، وإلا قامت مسؤوليته عند ثبوت الإخلال بالتزامه في إعلام المريض.

¹ - M. Sabek, les responsabilités du chirurgien - dentiste, Les études Hospitalières, éd. Bordeaux France, 2003, p 35, 39, Patrice Jourdain, nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, op. cit, p 07.

² - علي جابر محبوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 408، وقد قامت الوكالة الوطنية للإعتماد والتقييم الصحي الفرنسية (A.N.A.E.S) بنشر توصياتها حول المعلومات الواجب الإدلاء لمرضاها وألحقتها بإرشادات عملية لما تتضمنه هذه المعلومات، V. S. Gromb., l'expert et le consentement éclairé, le consentement aux actes médicaux, Gaz. Pal., 1999, p 15

³ - أيمن خالد مساعدة، نسرين محاسنة، المرجع السابق، ص 185.

⁴ - أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، المرجع السابق، ص 12.

V. aussi F. Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, op. cit, p 09.

⁵ - منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008، ص 579، زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، المرجع السابق، ص 225.

⁶ - Art. L.1111-5 al. 3 du C.S.P.Fr dispose que: « En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivré à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen. » V. dans ce pion J. Penneau, La responsabilité du médecin, op. cit, p 79.

كما توحد الاجتهاد القضائي الإداري من خلال تبني مجلس الدولة الفرنسي لموقف محكمة النقض في قضية Hedreul، مقررًا أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى فيه المريض العلاج¹. أما بالنسبة للقضاء العربي لم نجد أي حكم أو قرار نقل عبء إثبات الالتزام بالإعلام في المجال الطبي من المريض إلى عاتق الطبيب، وهو حال القضاء الجزائري الذي لم يبين موقفه من تحديد المكلف بعبء الإثبات.

غير أن نصوص التشريع الجزائري، يمكن اعتبارها السند القانوني لتحميل الطبيب إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزامه المفروض بنص قانوني سابق². ومن ثم يكتفي المريض بإثبات قيام العلاقة الطبية عند متابعة الطبيب على أساس إخلاله بحق الإعلام³.

فقرة ثانية: تقرير مبدأ ضمان سلامة المريض في الالتزامات التقنية والفنية

لقد وسّع القضاء الفرنسي من نطاق الالتزام بضمان سلامة المريض ليشمل جميع الأعمال الطبية ذات الطابع التقني والفني⁴، وذلك من أجل تيسير الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت بشأن المنتفعين بالخدمات الطبية، باعتبار أن هذا المبدأ يتوافق مع قواعد القانون الخاص⁵.

¹ - وذلك مقتضى قرارين صادرين بتاريخ 2000/01/05، حيث أيد أحدهما قرار المحكمة الإدارية لباريس الذي أصدرته بتاريخ 1998/05/26 الفاصل في قضية "فيلبو وتال" عند النظر في الطعن بالنقض، مشار إليه من طرف: علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 121، مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 355.

« En se fondant, pour estimer que les praticiens avaient omis de fournir cette information, sur le fait que l'établissement hospitalier de Paris n'établissait pas que intéressé avait été informé des risques de l'intervention, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de roit. » Cour. Adam. Paris 26/5/1998, cité par: X. Lesegretain, S Chassany, la protection juridique de l'hôpital, Berger levrault, France, 1999, p 111.

C.E: 05/01/2000 (2 espèces : n° 181899, n° 198530), cité par : A. Castelletta, op. cit, p 85.

² - سواء في ق.م.ج بمقتضى المادة 323 منه والتي جاء فيها: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه." والتي تقابلها المادة الأولى من قانون الإثبات المصري. أو في القانون الطبي حيث أشارت المادة 49 من م.أ.ط.ج بقولها: "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحًا كتابيًا في هذا الشأن." والتي يستخلص منها أن التشريع الجزائري نقل عبء إثبات رفض المريض للعلاج إلى الطبيب إذا ما ادعى المريض عدم أخذ رأيه حول طبيعة العلاج المقترحة وتبصيره بكل المخاطر المتعلقة به.

³ - عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 351.

⁴ - V. dans ce point : A. Fournier-Migraine, op. cit, p 43, 44.

⁵ - J. Calais-auloy, Ne mélangeons plus conformité et sécurité, rec., Dall. Sirey, 1993, n°18, cahier chronique, France, p 132.

إذ لم يقتصر تبني هذا التوجه على قضاة محاكم الموضوع¹. بل إن محكمة النقض الفرنسية أكدت في عدة قرارات على تقرير المسؤولية المدنية للطبيب ولو لم تنطوي هذه الحوادث الطبية على أي خطأ يمكن نسبته إليه، سواء تعلق الأمر بالأضرار الشاذة وغير المتوقعة الناجمة عن استعمال مختلف المنتجات الطبية والأدوية² أو بمناسبة إجراء التدخلات الجراحية³ أو في مجال طب الأسنان⁴، نتيجة إخلاله بالتزامه بضمان سلامة المريض.

¹ - T.G.I de Paris 05/05/1997, 30/10/1997, C. Larroumet, l'indemnisation de l'Eléa thérapeutique, op. cit, p 36.

وفي نفس الاتجاه أكدت محكمة استئناف باريس بقرار لها صادر بتاريخ 1999/11/15، أنه يقع على عاتق الجراح التزام السلامة، يلزمه بتعويض الضرر الذي أصاب المريض نتيجة العملية الجراحية، حتى في حالة غياب الخطأ.

C.A. Paris. 15/11/1999, Gaz. Pal. 1999, V. dans ce point : L.-S. Claire, le médecin généraliste : interface entre le patient et la justice, thèse pour le diplôme d'état de docteur en médecine, université Claude Bernard – Lyon, faculté de médecine, Lyon nord, le 13 Juin 2003, non publier, p 178, 180.

² - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 09/11/1999, Pourvoi N° :98-10010, affirme que: «Mais attendu, d'abord, que s'il est exact que le contrat formé entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médicale d'investigation ou de soins, encore faut-il que le patient démontre qu'ils sont à l'origine de son dommage.» consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

كما أكدت في قرار آخر مؤرخ في 2000/11/07 أن العيادة التي قدمت المادة المطهرة للطبيب، تعد مسؤولة عن الأضرار التي لحقت بالمريض، لأن عقد العلاج الذي تم إسعاف المريض بموجبه إلى المؤسسة الطبية الخاصة يلقي على عاتق هذه المؤسسة التزاما بنتيجة وبالسلامة فيما يتعلق بالمنتجات كالأدوية التي تقدمها.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 07/11/2000, V. dans ce point : A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op. cit, p 193.

³ - فقد انتهى قرار محكمة النقض الفرنسية إلى أن القول أن قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 1997/01/07 يمثل خرق للمادتين 1135 و1147 من ق.م.ف، وأن الضرر الذي حدث للمريض قد وقع بفعل الجراح بقطع النظر عن ثبوت الخطأ في جانب هذا الأخير من عدمه. " محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 128.

Cass.civ: 07/01/1997, Gaz. Pal. 1999 - I, France, p 32, p 915, cité par : M. Karadji, op. cit, p 247.

⁴ - Cass. Civ 1^{ère} Ch: 25/02/1997, Responsabilité civile et assurance, Ed. du juriste-classeur, Hors- série, (juillet- août) 1999, France, p 09.

كما صدر بتاريخ 1998/02/03 قرار عن نفس المحكمة يقضي بمسؤولية طبيب الأسنان عن كسر فك المريض، رغم أن هذا الضرر لم يكن متوقعا، مؤكدا بذلك ما قضت به محكمة الاستئناف التي قررت مسؤولية الطبيب عن الإصابة، رغم ما أثبتته تقرير الخبراء من أن الإصابة التي لحقت بالمريض تعد أمرا غير متوقع في مثل هذه الحالات بعد طعن الطبيب في هذا القرار،

Cass. Civ 1^{ère} Ch: 03/02/1998, J.C.P. 1998 -I, France, p 187, cit é par : P. Pierre, l'actualité du droit médicale, op. cit, p 05.

وهو ما أوجبه التشريع الفرنسي على الطبيب بمقتضى الفقرة الأولى من المادة R.4127-71¹، وذلك بحرصه على تعقيم الأدوات الطبية التي يستخدمها في عمله وكذا التخلص من النفايات الطبية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون². وهذا بالطبع يؤدي إلى القضاء على الأسباب التي تسبب مثل هذا الإلتان (العدوى)³.

من جهة أخرى فقد طبق قضاء النقض الفرنسي مبدأ الالتزام بضمان السلامة على الأطباء أو المؤسسات الصحية المباشرة للعمل الطبي على السواء، لتقرير مسؤوليتهم على أساس الضرر الناتج عن الجراثيم التي تصيب المستشفيات⁴ (infection nosocomial). ومن ثم ليس لهم التحلل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي⁵.

¹ - Art. R.4127-71 al. (1) du C.S.P.Fr dispose que: «Il doit notamment veiller à la stérilisation et à la décontamination des dispositifs médicaux qu'il utilise et à l'élimination des déchets médicaux selon les procédures règlementaires».

² - W. Sylvie, op. cit, p 285.

³ - Arrêt. du 03/06/2002 relatif à la stérilisation des dispositifs médicaux, J.O.Fr., délivré le 11/06/2002.

⁴ - إن عبارة (Nosocomiales) مشتقة من العبارة اللاتينية (Nosocomium) والتي يقصد بها مستشفى، أما باللغة اليونانية فهي كالتالي (Nosos) والمقصود بها مرض (Komein) و التي يقصد بها تقديم العلاج. و عدوى المستشفيات هي العدوى المكتسبة في المستشفيات على أن تحدث ما بين 48 ساعة و 72 ساعة (و قد يمدد هذا الأجل إلى 30 يوما في حالة العدوى التي تنتج عن قاعات الجراحة) بعد دخول المستشفى. ولا بد من التمييز بين نوعين من العدوى: أولاهما تسمى عدوى مستشفيات مبكرة: وهذه الأخيرة تظهر خلال مدة مساوية لخمسة أيام أو أقل منها من يوم دخول المستشفى و تكون الجرثومة المتسببة بذلك من خارج المستشفى. أما الثانية فهي عدوى متأخرة، حيث تظهر بعد خمسة أيام من يوم دخول المستشفى، و تكون الجرثومة المتسببة بذلك من داخل المستشفى.

V. B. Bendelladj, guide français arabe : terminologie médicale et les mots courants utilisés en médecine, Houmma, alger, 2004, p 125, 126.

⁵ - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 29/11/1989, Pourvoi n° : 88-11477, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 28/06/1989, Pourvoi n°: 86-19318, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 09/10/1989, Pourvoi n° : 88-11477, consulter les arrêts sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

-Cass.civ. 21/05/1996, R.T.D. civ, 1996, France, p 913, Cass.civ. 16/06/1998, cité par: Responsabilité civile et assurance, éd. du juris- classeur, Hors- série, octobre 1998, France, p 19.

-Cass. Civ 1^{ère} Ch. 29/06/1999, Pourvoi n° : 97-14254, dispose que: « le contrat d'hospitalisation et de soins conclu entre un patient et un établissement de santé met à la charge de ce dernier, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère.»

-Cass. Civ 1^{ère} Ch. 29/06/1999, Pourvoi N° :97-21903, affirme que: « Un médecin est tenu vis-à- vis de son patient, en matière d'infection nosocomiale, une obligation de sécurité de résultat dont il ne libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère. » consulter tout les arrêts sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

كما لم يعد المريض في حاجة إلى إقامة الدليل على إصابته بإنتان المستشفى داخل غرفة العمليات، إنما يشمل كل عدوى تنتقل إليه خلال تواجده في المستشفى، مهما كانت طبيعة آثارها سواء كانت سريعة الظهور أو بعد خروجه من المستشفى على ألا تطول المدة كثيرا حتى لا تنقطع علاقة السببية¹.

ولعل قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي بتاريخ 2002/03/04 كان له السبق الأول في إقرار بإقرار المسؤولية الموضوعية بحكم القانون في حالات محددة، لوضع حدّ للفوضى القضائية من جهة، ومن أجل إعادة التوازن بين حقوق المرضى والأطباء من جهة أخرى².

فقد أضافت المادة 98 من هذا القانون مواد جديدة إلى ق.ص.ع.ف³، منها المادة L.1142-1، التي نلاحظ أنها استثنت من نطاق مسؤولية الطبيب القائمة على الخطأ حالتين، إحداهما ناجمة عن عيب في منتج صحي⁴، بينما الحالة الثانية فهي تتعلق بالأضرار الناجمة عن إنتان المشافي (العدوى) (infections nosocomiales) التي يصاب بها المريض بسبب وجوده في

=V. Aussi dans ce point : A. Dorsner-Dolivet, la responsabilité du médecin, op. cit, p 199. - C. paris. Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 23/03/2007, Gaz. Pal., Rec., mars – avril, 2008, p 1139., Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 16/10/2008, n° 07-17605, cité par : F. Vialla, les grandes décisions du droit médical, op. cit, p 605.

¹ - A-M. Duguet, évolution de jurisprudence administrative et judiciaire en matière d'infections nosocomiales, cahiers hospitaliers, 2000, p 20.

² - لقد علت الأصوات المطالبة للمشرع بالتدخل، خاصة بعد أن تم تكريس نظرية المخاطر وتعددت حالتها أمام القضاء الإداري بغير أن يستطيع القاضي العادي أن يجاريه في ذلك، مما أدى إلى التفريق في المعاملة بين نفس المنتفعين بذات المرفق وعدم المساواة بين المصابين بالأضرار نفسها (مستشفى عام أو مستشفى خاص). بالرغم من المحاولات للتقريب بينهما في نطاق ممكن، إذ يعتبر القضاء الإداري قضاء إنشائي يستطيع أن يبتدع الحلول ابتداءً، ما غاب في مجال المشرع، في حين لا يستطيع القضاء العادي، كقضاء تطبيقي، إلا أن يلتزم بالقائم من التشريعات بغير مجاوزة لها أو ملء فراغها بمبادرات ذاتية منه، وهذا ما دفع إلى إصدار قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي، أحمد هديلي، المركز القانوني للمريض بين العقد الطبي والعقد الاستشفائي، المرجع السابق، ص 47، 50.

³ - L. n° 2002-1577 du 30/12/2002, relative à la responsabilité civile médicale, J.O.Fr. n° 206, délivré le 31/12/2002, p 2210.

⁴ - Art. L.1142-1 al. 1 du C.S.P.Fr dispose que: « I- Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention , de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute... » cité par : C. Mannaouil, A.-S. Arnaud, M.Grazer, E. Hayek, O. Jardé, op. cit, p 07.

المستشفى¹. وذلك تكريسا للتوجه القضائي الجديد، مما تعد هذه حماية قانونية وضمانة أخرى للمرضى .

غير أن ما يلاحظ في هذا الصدد أن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية² لا تأخذ بالعدوى التي ترجع إلى سبب خارجي فحسب (الإنتان الخارجي المنشأ)، وإنما تشمل حتى العدوى الذي تحدث نتيجة سبب داخلي. كما أنها خرقت أحكام المادة 1-1142 L. في فقرتها الأولى (01)، لأن المسؤولية بقوة القانون قاصرة فقط على المؤسسات الصحية دون الأطباء. الأمر الذي تفتنت له فيما بعد وطبقت صحيح القانون³.

ودون أن ننسى مجال نقل الدم، الذي يبدو أن مجلس الدولة تدخل في بداية الأمر ليحسم النزاع من خلال إصدار ثلاثة أحكام بتاريخ 1995/05/26⁴، أرسى من خلالها حجر الزاوية لنظام جديد يحكم مسؤولية مراكز نقل الدم عن حوادث الدم الملوثة⁵.

¹ - Art. L.1142-1 al. 2 du C.S.P.Fr dispose que: «...Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.»

² - Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 04/04/2006, pourvoi n°:04-17491, affirme que: « la responsabilité de plein droit pesant sur le médecin et l'établissement de santé en matière d'infection nosocomiale n'est pas limitée aux infections d'origine exogène et seule la cause étrangère est exonératoire de leur responsabilité.» V. aussi : Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 14/06/2007, pourvoi n°:06-10812, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 28/10/2010, pourvoi n°:09-13990, consulter les arrêts sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

³ - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 28/01/2010, pourvoi n°:08-20571, affirme que: «Alors que seuls les établissements de santé voient leur responsabilité engagé de plein droit en cas d'infection nosocomiale sauf la preuve de la cause étrangère ;que la responsabilité du médecin est subordonnée à la preuve d'une faute commise dans l'accomplissement de l'acte médical ; que la cour d'appel qui a retenu que la responsabilité du Docteur Y... était engagée de plein droit en matière d'infection nosocomiale a violé l'article L.1142-1-I du C.S.P. en sa rédaction issue de la loi du 04/03/2002 et l'article 1147 du code civil.» V. dans ce point : P. Pierre, l'actualité du droit médicale, op. cit, p 06

⁴ - C E .26/05/1995, C. Radé, l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, op. cit, p 118.

⁵ - وفي هذا الصدد قرر مجلس الدولة بأنه "بالنظر إلى المهمة الموكولة إلى هذه المراكز، وبالنظر إلى المخاطر التي يجسدها توريد عناصر الدم، تكون مراكز نقل الدم مسؤولة حتى مع غياب الخطأ عن كافة الآثار الضارة الناجمة عن عدم جودة هذه العناصر الموجودة."

La responsabilité encourez du fait d'un vice du sang, doit être recherche non sur le fondement des principes qui gouvernent la responsabilité des hôpitaux en tant que dispensateurs de prestation médicales, mais au cas d'espèce, sur la base des proposes à son activité de gestionnaire d'un centre de transfusion sanguine, A. Ladhar, op. cit, p 286.

وقد انتهجت محكمة النقض الفرنسية في وقت لاحق له ذات المسلك، بتحميل بنوك الدم المسؤولية بمجرد وقوع الضرر وذلك على أساس أن الالتزام بالسلامة قُدر لحماية المريض بألا يُعرضه لأي خطر استثنائي متمثل في تفشي عدوى السيدا (VIH) أو الالتهاب الكبدي عن طريق نقل الدم¹. ثم تواترت بعد ذلك الأحكام القضائية في هذا المجال بثبوت ضمان السلامة على عاتق المؤسسات الصحية²، وبالتالي لا يمكنها التخلص من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي. وسرعان ما كرّس المشرع الفرنسي هذا التوجه الجديد لاحتواء الخطر، فنص على أن مسؤولية بنوك الدم، هي مسؤولية دون خطأ عن الأضرار التي يتعرض لها المتبرع بالدم، في الحالة التي يتم فيها تعديل خصائص دم المتبرع، قبل سحبه منه³. كما أكّد تعديل قانون الصحة العامة الفرنسي لسنة 2002، على مبدأ الالتزام بضمان السلامة المفروض على كل موردي المنتجات الصحية، بغية توفير الأمان للمنتفعين منها⁴.

وكذلك الحال بالنسبة للمادة L.1142-3 والمضافة أيضا بموجب قانون حقوق المرضى لعام 2002، والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 09 أوت 2004 والمتعلق بسياسة الصحة العامة الفرنسي⁵، التي استثنت من نطاق المسؤولية القائمة على الخطأ مسؤولية القائم بالبحث الطبي الحيوي. حيث تبقى مسؤوليته خاضعة لأحكام المادة L.1121-10 من ق.ص.ع.ف⁶.

¹ - فقد أكدت ذلك في قرارين صادرين عنها، بتاريخ: 2001/05/09، 2001/07/17، حيث قررت فيهما أن بنوك الدم لا تستطيع أن تدفع وقوع الخطأ الطبي من جانبها بإثبات أن الدم الذي لديها كان خاليا من أي عيب، مراد بن صغير، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن المخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، ع. 03، السنة 2006، ص 125، 130.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 09/05/2001, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 17/07/2001, S.J, éd. général, n° 13, 27/03/2002- I- 124, France, p 600, 602.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 21/04/2005, Pourvoi n°: 03-20683, consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

² - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 22/11/2009, affirme que: « Il incombe aux établissements de soins, tenus d'une obligation de sécurité de résultat, de prendre toutes dispositions utiles pour s'assurer de l'innocuité des produits sanguins fournis et transfusés. » Pourvoi n° 08-12033, consulter l'arrêt sur le lien: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

³ - Art. 664 al. 4 du C.S.P.Fr. modifiée et complétée. (L.1221-4, 1221-5), v. dans ce point : A. Ladhar, op. cit, p 287.

⁴ - Art. L.1110-5 al. 08 du C.S.P.Fr., cité par : A. Lucas, op. cit, 211.

⁵ - L. n° 2004-806 du 09/08/2004, relative à la politique de santé publique, J.O.Fr. délivré le 11/08/2004, p 14277.

⁶ - Art. L.1121-10 al. (1) et (2) C.S.P.Fr dispose que : « le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche biomédicale pour la

غير أنه رغم أهمية توسيع الالتزام بضمان السلامة في تكريس الحماية للمريض، إلا أنه القضاء الإداري ابتكر وسيلة جديدة في الوقت نفسه مفادها تقرير حق المضرور في التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة التدخل الطبي، تعرف بفكرة المخاطر.

البند الثاني: المسؤولية على أساس المخاطر

لا شك أن التعويض عن الأضرار التي تنسب إلى المستخدمين في المرافق الصحية العامة كان يتطلب توافر ركن الخطأ وذلك إلى غاية بداية القرن العشرين (وبالتحديد سنة 1990)¹، حين ظهرت بوادر إقرار المسؤولية دون خطأ، باعتبارها وسيلة وضعها القضاء الفرنسي لتخلص المريض المضرور نهائياً من عبء إثبات الخطأ وكذلك إعفاء القاضي من اللجوء إلى قرينة الخطأ أو مشقة البحث عن الوقائع لاستخلاص هذا الأخير².

والجدير بالذكر أن القضاء الإداري الفرنسي كان السباق في تطبيق هذا النوع من المسؤولية، سعياً منه لتحقيق نوع من المساواة بين المرضى المضرورين من الأعمال الطبية³، التي تمارس في المرافق الصحية العامة وبين مستخدميها، لاسيما خلال الفصل في القضيتين الشهيرتين *Gomez*⁴

=personne qui S'y prête et celle de ses ayant droit, sauf preuve à sa charge que le dommage n'est pas imputable à sa faute ou à celle de tout intervenant sans que puisse être opposé le fait d'un tiers ou le retrait volontaire de la personne qui avait initialement consenti à se prêter à la recherche.

Lorsque la responsabilité du promoteur n'est pas engagée, les victimes peuvent être indemnisées dans les conditions prévues à l'article L. 1142-3.».

¹ - F. Quilleré Majzoub, op. cit, p 597.

² - لحسن بن شيخ آيث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ك. 2، المسؤولية على أساس المخاطر، ط. 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة القديمة الجزائر، السنة 2007، ص 31، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 224.

³ - C. Guettier, droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion du risque, A.J.D.A. , n°27, 18/7/2005, p 1502.

⁴ - إذ أصدرت المحكمة الإدارية الاستئنافية بمدينة ليون الفرنسية قراراً بتاريخ 1990/12/21 مفاده: "أن استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يسبب خطراً للمرضى الذين يخضعون له، عندما لم تكن نتائجه معلومة بعد، وأن استخدام مثل هذه الطريقة دون ضرورة حيوية تفرضها حالة المريض يؤدي إلى قيام مسؤولية المستشفى عن المضاعفات الاستثنائية وبالغلة الجسامة التي أصابت المريض، والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لهذه الطريقة حتى في حالة غياب الخطأ." علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 133.

C.A.A Lyon, 21/12/1990, Affirme que: « l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet: que lorsque le recours a une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent

و Bianchi¹.

كما لم يتوانى مجلس الدولة الفرنسي نحو توسيع نطاق أعمال هذا النوع من المسؤولية بمناسبة فصله في عدة قضايا لاحقة عرضت عليه². ليبقى الهدف من تطبيقها هو السهولة الممنوحة للضحية والذي لا يكون ملزماً بإثبات الخطأ الذي يكون صعب الإتيان به³، فيكفيه إثبات مجرد وقوع الضرر غير المتوقع للنطق بالتعويض من طرف القاضي. ومن ثم لا يمكن دفع هذه المسؤولية، إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو الغير، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

=même en l'absence de faute la responsabilité de service public hospitalier. » J.C.P. 1991-II- 21698, aussi cité : par Mustapha Karadji, op. cit, p 248.

¹ - وقد أصدره مجلس الدولة الفرنسي بصددها في 1993/04/09 حيث قضى بالتعويض للضحية على أساس أن تنفيذ العمل الطبي، هو الذي أدى إلى حدوث الضرر، رغم أنه قد تم تنفيذ العمل المذكور بشكل صحيح، دون أي خطأ. مع العلم أن نسبة الحوادث المميتة في إطار التخدير العام هي 1 على 8000، أي أنها نسبة ضئيلة جداً، مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 370، 371.

C.E : 09/04/1993, affirme que: « Lorsqu' un acte médicale nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente, un resèque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement expose, la responsabilité de service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentent un caractère d'extrême gravite. » J.C.P 1993- II- 22061 C.E: 09/04/1993. Cité par : J. Hurreau, D. Poitou, l'expertise médicale, op. cit, p 154.

² - كان أهمها ما صدر بتاريخ 1997/11/03 يعرف بقرار Joseph Imbert d'Arles حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن مجرد دخول الطفل إلى المستشفى، فهو يكون تحت مسؤولية المرفق العام، ويسأل هذا الأخير عن الأضرار التي تلحق بالطفل، محمد رابيس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 292، 293.

C.E. 03/11/1997, Rec. C.E., p 412, v. aussi j. Bonneau, paradoxe sur le droit médical, Gaz. pal., 1991, 1, Doct. , Droit de la santé , p 857, F. Quilleré Majzoub, op. cit, p 587.

كما اعتمد نفس المجلس على المسؤولية بدون خطأ نتيجة الأضرار الناجمة عن الأجهزة الصحية المعيبة منذ قراره الصادر بتاريخ 2003/07/09 وقد جاء في منطوق الحكم ما يلي: "يعتبر المرفق العام الطبي مسؤولاً عن الآثار الضارة التي تحيق بالمنتفعين بخدماته، من جراء عيوب المنتجات والأجهزة الصحية التي يستخدمها ، حتى مع عدم وجود خطأ من جانبه."

C.E 09/07/2003, A.J. D.A 2003, p 1946.

وتأكد نفس الاتجاه أيضاً بمقتضى قرار آخر له صادر بتاريخ 2004/07/15 والمتعلق بعدم صلاحية الشريحة المعدنية المستخدمة في ساق المريض مما أدى إلى بتر ساقه، على اعتبار أن المرفق العام بوصفه مورداً لهذه المنتجات يقع على عاتقه ضمان خلوها من العيوب.

C.E 15/07/2004, affirme que les services public hospitalier est responsable même en l'absence de faute de sa part. Des conséquences dommageables pour les usages de la défaillance des produits et appareils de santé qu'il utilisé, A.J.D.A 2005, p 274.

³ - عادل بن عبد الله، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية (شروط الفعل المولد للضرر)، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة، ص 167، 168.

بل أكثر من ذلك ففكرة الهدف العلاجي من العمل الطبي، لم تعد عائقاً أمام تطبيق القضاء الإداري الفرنسي لنظرية المسؤولية على أساس المخاطر¹. بمعنى أن مسؤولية المرفق الصحي العمومي تقوم على أساس الخطر الخاص، بسبب الأضرار الاستثنائية التي تلحق كل شخص خضع لأعمال طبية على مستوى هذا المرفق².

إذ يستوي في ذلك أن تكون هذه الأعمال موجهة لأهداف غير علاجية³، كما يمكن أن تكون ذات طابع وقائي، كما هو الحال بالنسبة للتلقيحات أو التطعيمات الإجبارية التي تفرضها الضرورات الاجتماعية في تجنب انتشار الأوبئة والأمراض المعدية⁴.

¹ - هذا وقد نجد في الاصطلاح الفرنسي مصطلحي Aléa et Risque كمرادف لمصطلح الخطر الطبي في اللغة العربية.

Aléa thérapeutique ou médicale: est une incertitude liée à la médecine et précisément caractérisée par l'absence de faute, alors que le terme accident décrit un fait involontaire qui cause un dommage aux personnes ou aux choses même s'il résulte de la faute, cité par : A. Ossoukine, L'ABCDaire de droit de la santé et de la déontologie médicale, op.cit, p 36, 38.

² - أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية -دراسة مقارنة-، د.ذ.ع.ط، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2005، ص 99.

³ - وما يؤكد هذا الطرح، ما جاء به قرار حديث له صدر عن المحكمة lyon الإدارية في قضية Astier بتاريخ 2006/09/26 الذي أقر بقيام مسؤولية المستشفى العام على أساس نظرية المخاطر، مستندة في ذلك كلية على حيثيات قرار Bianchi لسنة 1997، حيث وسّع من مفهوم المريض. نظراً لتعلق الأمر بشخص حي تبرع بجزء من الكبد لفائدة شقيقه، ولكنه بعد مرور ثمانية أيام من حصول العملية الجراحية المتعلقة بالتبرع، توفي هذا المتبرع. مما يعني العملية الجراحية التي خضع لها لا تعود عليه بأية فائدة، بل بالعكس فإن الفائدة منها ترجع على الغير المتبرع به.

T.A. de Lyon., 26/09/2006, Astier , A.J.D.A., N° 6, 12/2/2007, p 319. Cité aussi par : A. Ladhar, op. cit, p 87.

⁴ - وهو ما قضت به محكمة (Bordeaux) الإدارية بتاريخ 1956/02/29 التي قررت: " أن الطابع الإلزامي الذي تفرضه الضرورات الاجتماعية للوقاية من الأمراض المعدية، من شأنه أن يرتب مسؤولية الإدارة العامة عن الضرر الخاص المترتب عنه حتى في غياب الخطأ، تأسيساً على الإخلال بالمساواة بين الأفراد أمام الأعباء العامة." T.A de Bordeaux, 29/02/1956, D.1956, p 462. وهو ذات النهج الذي سلكته المحكمة الإدارية في (Lyon) في قرار لها مؤرخ في 1963/06/14، حيث قررت أن: " الحوادث الناتجة عن التطعيم الإجباري ضد الجدري، قد أنشأت خطراً خاصاً بالضحايا، من شأنه أن يحرك مسؤولية الدولة، حتى في غياب أي خطأ للمرافق العامة أو الطبيب القائم على التطعيم." T.A de Lyon. , 14/06/1963, Giraud, Rec., p 113.

وكذلك ذهب القسم الاجتماعي بمجلس الدولة في تقريره الذي أصدره في 1958/12/31، إلى وجوب مساءلة الدولة على أساس المخاطر ولو بصفة استثنائية عن الأضرار الجسيمة الناجمة عن التطعيم الإجباري لأسباب تتعلق بتجنب انتشار الأوبئة،

Cité par : J. Montador, la responsabilité des services publics hospitaliers, Berger Levault, Paris, 1973, p 135.

فالقانون يفرضه هذه التطعيمات قد أنشأ خطراً خاصاً لضحايا الحوادث الناجمة عنها لأجل الصالح العام، وهو ما يبرر رفض هذا القضاء إقرار مسؤولية الدولة على أساس المخاطر بالنسبة للتطعيمات الاختيارية.

ولا ننسى أن التشريع الفرنسي حسم موقفه بشأن التلقيحات الإجبارية واعتبرها من التطبيقات التشريعية للمسؤولية الطبية الإدارية غير الخطئية¹. إذ يتصور وجود مخاطر يتعرض لها الأشخاص الخاضعين للتلقيح، وعليه فإنه على المجموعة الوطنية تحمّل هذه التبعات الضارة حتى في حال غياب خطأ الطبيب الممارس للتلقيح أو الهيئة المكلفة بذلك². فقد رهن القانون مسؤولية الدولة عن أضرار التطعيم الإجباري بإثبات علاقة سببية بين الضرر والتطعيم الإجباري³.

ولاشك أن التطبيقات القضائية السابقة لم تعلن في حقيقة الأمر نهاية الالتزام ببذل عناية الواقع على عاتق الطبيب، لأن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن حدة التوسع في المسؤولية المدنية للأطباء (A tempère l'extension de la responsabilité)، وأعدت بعث فكرة الخطأ

=T.A de strasbourg , 09/11/1976, J. Morceau, D. Truchet, op. cit, p 180, 182.

¹ - والتي جسدها بمقتضى نص المادة الثالثة من قانون 1964/07/01، مراد بدران، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات التلقيح الإجباري، أشغال اليوم الدراسي حول حماية الطفل، الذي نظّمته كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، يوم 18 مارس 2002، غير منشور. والمضمنة حالياً في أحكام المادة 9-3111 L. من ق.ص.ع.ف،

Art. L.3111-9 du C.S.P.Fr dispose que : « sans préjudice des actions qui pourraient être exercées conformément au droit commun. La réparation de tout dommage imputable directement a une vaccination obligatoire pratiquées dans les conditions visées au présent code, et effectuée dans un centre agréé se vaccination, est supportée par l'Etat. Jusqu'à concurrence de l'indemnisation qu'il a payé, Etat est, s'il ya lieu subroge dans les droits et actions de la victime contre les responsable des dommages.»

تدخل المشرع مرة ثانية بقانون 75-401، المؤرخ في 26/05/1975 الذي قام فيه بالتخلي على ألقى التفرقة بين المراكز المعتمدة والمراكز الأخرى وبالنتيجة تم توسيع فكرة المسؤولية بدون خطأ حتى تشمل كذلك التلقيحات التي تجرى خارج المراكز العمومية المعتمدة. وقد جاء قانون 85-10، المؤرخ في 09/01/1985 كآخر تعديل أدخله المشرع الفرنسي وذلك بموجب القانون المتضمن الترتيبات المختلفة للنظام الاجتماعي، حيث أعطى لقانون سنة 1975 أثراً رجعيًا يسري على حوادث التطعيم التي وقعت منذ بداية سريان قانون سنة 1964 وبصرف النظر عن المكان الذي تم فيه التطعيم الإجباري، مشار إليه من قبل: آمال بكوش، المرجع السابق، ص 188.

² - M.M Hannouz, A,R Hakem, précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op. cit, p 142.

³ - فقد أظهر مجلس الدولة تعاملًا مرنا من خلال التخفيف من صرامة هذا الشرط، حيث اعتبر بأن رابطة السببية بين الضرر والتطعيم الإجباري قائمة إذا كان الفعل عاملاً مشدداً للحالة المرضية للضحية وذلك في قضية عرضت عليه انتهى إلى الحكم بمسؤولية الدولة دون خطأ عن الضرر غير العادي الذي أصاب الضحية والذي كان منسوباً مباشرةً للتطعيم الإجباري، حمدي علي محمد، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة (دراسة مقارنة)، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1995، ص 238.

C.E. 23/02/1972, F. Moderne, la responsabilité généralisée de l'état à raison des accidents causés par des vaccinations obligatoires, Dall..1975, n° 12 chronique, p161.

الموقف نفسه عندما قضى بتحميل الدولة كامل التعويض عن الأضرار الناتجة عن التطعيم الإجباري ضد فيروس التهاب الوبائي B على الرغم من أن الشخص الذي خضع للتطعيم كان به أصلاً قابلية للإصابة بذلك الضرر، وان التطعيم قد سرع بتلك الأضرار فقط.

T.A de Marseille. 5 nov. 2002, J. Morceau, D. Truchet, op. cit, p 179.

الثابت وفقاً لما تقضي به القواعد العامة للمسئولية¹. على الرغم أن الأمر لم يخرج عن كونه حادثة طبية، ينطوي على ضرر منقطع الصلة ليس فقط بعمل العلاج الذي يقوم به الطبيب، بل بحالة المريض السابق على التدخل الجراحي².

وبذلك يكون هذا القرار قد انسلخ عن التوجه الحديث للقضاء ذي النزعة المتجهة إلى تعويض المرضى بغير اشتراط خطأ مقدم الرعاية الصحية، لما يمثله من تراجع عن الأخذ بهذه الفكرة، واستعادة لفكرة الخطأ في المسئولية العقدية، التي طالما شكلت محور تطور القضاء المتعلق بالأضرار الجسدية³. وترتيباً على ذلك يمكن القول أن موقف القضاء الفرنسي ما زال ينطوي على قدر من التردد في كل حالة يكون فيها سبب الضرر كامناً أو مجهولاً. وذلك من خلال التمييز بين الحادثة الطبية وبين مجرد إخفاق العلاج⁴. فتارة يأخذ بنظرية المسئولية دون خطأ ويعفي المتضرر من عبء الإثبات وتارة أخرى يأخذ بنظرية المسئولية الشخصية المؤسسة على الخطأ.

¹ - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 25/02/1997, Pourvoi N° :95-11205, affirme que: « Mais attendu que le chirurgien, alors même qu'il procède à la pose d'un appareil sur la personne du patient, n'est tenu qu'à une obligation de moyens ; que la cour d'appel, qui a ainsi écarté l'existence d'une faute dans la préparation, l'accomplissement et le suivi de l'acte médicale, a légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ». consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 08/11/2000, J.C.P. 2001-II-10493, cité aussi par : A. Ondoua, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique devant les juridictions administratives et judiciaires, dall., France, 2001-chrono., p 08.

Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 03 Juin 2010, pourvoi n°09-66752 affirme que: «Hors le cas où sa responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, le médecin n'est tenu de répondre des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou diagnostic ou de soins qu'en cas de faute ; qu'il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver que le médecin n'a pas apporté des soins attentifs, consciencieux et conformes aux données acquises de la science à la date des soins.» cité par : P. Pierre, l'actualité du droit médicale, op. cit, p 05.

² - J. Pansier, F. Skornickis, la faute et l'accident en matière de responsabilité médicale, Gaz. Pal., Droit de la santé, 23-24 oct., 1998, p 11.

³ - وقد تدعم هذا الاتجاه الجديد للمحكمة بقرارين متتاليين صادرين بتاريخ 2001/05/09، فإحداهما يتعلق بمريض يطلق عليه (Goebell-Stoeckel) عانى من شلل في أطرافه اليمنى على إثر خضوعه لتدخل علاجي، من غير أن يتمكن الخبراء من تحديد سبب هذه التعقيدات، أما الدعوى الثانية فتتعلق بمریضة أصيبت بشلل في العصب، مما جعلها عاجزة كلية، أثناء تدخل جراحي استهدف علاج ألم في مفاصل الفخذ مع وضع تركيبة صناعية، هنا أيضاً قرر الخبراء عدم وجود أدنى خطأ تقني في الجراحة.

Cass. Civ., 09/05/2001, disponible à l'adresse suivante: www.courdecassation.fr.

⁴ - ويدخل في معنى إخفاق العلاج تلك الأضرار التي تعتبر نتائج مباشرة وحتمية للتدخل الطبي وكذلك الآثار الجانبية التي تقع بمناسبة التخدير متى كان ذلك ناشئاً عن خرق من جانب الطبيب لأصول عمله، عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 156.

هذا ويبدو أنه لا زالت الآفاق المستقبلية تحمل في طياتها الكثير من التطورات المتوقع أن تلحق بقواعد المسؤولية الطبية¹، باعتبار أن الموجه الرئيسي لها يظهر أساسا في محاولة تليين القواعد القانونية السائدة لجعلها أكثر حماية للمريض -الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة الطبية-، عن طريق رعاية مصلحته و تمكينه من الحصول على التعويض نتيجة ما يصيبه من أضرار جراء العمل الطبي.

غير أن الملاحظ في الصدد أنه رغم التغير الذي حصل في القضاء الفرنسي حول معالم المسؤولية الطبية وقواعد الإثبات، نجد أن القضاء الجزائري مازال بعيدا عنه سواء في تكريس هذه الاجتهادات أو تطبيقها، ولعل الواقع العملي على الساحة القضائية يعكس ذلك.

إذ مازال مجلس الدولة الجزائري حين فصله في معظم القضايا - إن لم نقل جلها - المتعلقة بهذا الموضوع²، يقر صراحة بثبوت الخطأ الطبي دون تحديد من قام بإثباته، حيث يستخلص القاضي الإداري بنفسه الأدلة القانونية باعتماد عدة طرق منها على وجه الخصوص الخبرة الطبية وملف الضحية، ليقرر في الأخير ثبوت عناصر المسؤولية أو عدم ثبوتها.

واتخاذ القاضي الإداري لهذا الموقف قد يعود في تقديرنا إلى بقاء نظرية الخطأ التقليدية في مجال مسؤولية المرافق الصحية العمومية صامدة، الأمر الذي يتعذر معه إثبات عناصر هذه المسؤولية -من خطأ طبي مرفقي وضرر وعلاقة سببية- من طرف المتضرر، نظرا لعدة صعوبات

=V. aussi: G. Viney et P. Jourdain, l'indemnisation des accidents médicaux, op. cit, p 186.

¹ -J. Saison, le risque médical, l'harmattan, France, 1999, p 09.

² - من هذه التطبيقات القضائية لعبء الإثبات في دعاوي مؤسسات الصحة العمومية، نذكر ما قضى به مجلس الدولة الجزائري في قرار له بتاريخ 2003/03/11، والفاصل بين "م.خ" ومستشفى بجاية، "حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن تتبع أية عملية جراحية بفحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء العملية... وأن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوانه يشكل خطأ للمرفق العام. وأنه بالنتيجة، ... ملزم بتعويض الضرر اللاحق بالمستأنف." الغرفة الثالثة، م. رقم 007733، م. مجلس الدولة، ع 05، السنة 2004، ص 208، 209. كما أصدر نفس المجلس بتاريخ 2007/03/28، قرارا آخر الفاصل في قضية (مدير القطاع الصحي بعين تدلس) ضد (م. م ومن معه)، والذي أقر مسؤولية المستشفى نتيجة أن التلقيح المصل ملوث يعود لخطأ مرفقي الذي أهمل اتخاذ الحيطة اللازمة لتفادي هذا الخلل، فان العلاقة السببية بين التطعيم والضرر اللاحق ثابتة. قرار مجلس الدولة رقم القرار 30176، ن.ق.، ع. 63، السنة 2008، ص 409. بالإضافة إلى ذلك فقد صرح مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2009/04/29 الفاصل في قضية: (الشركة الوطنية للتأمين وكالة شلغوم العيد رمز 2613) ضد (ث. م. س ومن معه) بالقول: (حيث أن الخطأ الطبي ثابت وان قضاة الدرجة الأولى أحسنوا تقدير الوقائع، وطبقوا صحيح القانون لما حملوا مسؤولية الخطأ للمرفق الطبي، مما يتعين تأييد القرار المستأنف في هذا الجانب.) فهرس 506، الغرفة الثالثة، غير منشور، عبد القادر حضير، المرجع السابق، ص 22، 24. وفي نفس السياق أكد نفس المجلس كذلك في قرار آخر بتاريخ 2009/05/27 بالقول: (حيث أنه ثابت أن الضحية تعرض لخطأ طبي أثناء تخديره من طرف الممرض وان المسؤولية للمستشفى قائمة بصفته مسؤولا عن الخطأ المرتكب من طرف موظفيه أثناء تأدية عملهم.) قرار تحت رقم 044283، فهرس 633، م. مجلس الدولة، ع 06، السنة 2009، ص 210.

وعراقيل تحول دون تحقيق ذلك كما سبق بيانها. بالمقابل فإن لجوء القاضي الإداري لمثل هذا الحل، وعلى الرغم من أنه يمكنه من الفصل في القضية، إلا أنه قد يخرج عن إطار وظيفته القضائية، ويؤدي به إلى التحيز لصالح أحد أطراف الدعوى¹.

لذا نرى أنه من الأجدر بالقاضي الإداري الجزائري العدول عن هذا الموقف، بتبنيه صراحة مبدأ عبء الإثبات يقع على المدعي أو العمل على إيجاد طرق أخرى نتيجة للصعوبات التي تعترض المتضرر، كقلب عبء الإثبات مثلا مسائرا في ذلك ما ذهب إليه القاضي الفرنسي في هذا الإطار. أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإننا نجد أنه يأخذ ضمنا بالمسؤولية الموضوعية من خلال التشديد في الضوابط المتعلقة ببعض أنواع النشاط الطبي. كما هو الحال بالنسبة لعمليات نقل الدم ومخاطر العدوى الفيروسية المترتبة على ذلك² وكذا استعمال الأدوات والأجهزة العلاجية³، وذلك من أجل ضمان سلامة الأشخاص.

علاوة على ذلك فإن ق.ح.ص.ت.ج وضع أنظمة صارمة لحجز المرضى العقلين في أمكنة مغلقة داخل المستشفيات لمنع خطرهم سواء على أنفسهم أو الغير⁴، وإلا ترتبت مسؤولية المستشفى على ضمان السلامة عن كل المخاطر الاستثنائية المتولدة عن فعل المرضى عقليا سواء نتيجة تشخيص غير صحيح لحالته العقلية أم عند تقديم العلاج له داخل المصحات العلاجية أو إثر الاستفادة من الخروج على سبيل التجربة⁵. إذ يفهم ضمنا أنه تتقرر المسؤولية بمجرد وقوع الضرر.

¹ - عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 156.

² - فقد أكد القرار رقم 198، المؤرخ في 2006/02/15، الصادر عن وزير الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات المتضمن إنشاء هياكل حقن الدم وتنظيمها وتحديد صلاحيتها والذي ألغى القرار المؤرخ في 1998/05/24، حيث قضى في مادته 02 على ضرورة إجراء فحص طبي على المتبرع، علاوة على ذلك فإن عبء القيام بالتحاليل للكشف عن أمراض السيدا والتهاب الكبد س وب والسفليس يقع على عاتق القطاعات الصحية أو المراكز الاستشفائية الأمر الذي يفهم منه أن تقرير المسؤولية يكون بمجرد حدوث أضرار لضمان سلامة المواطنين، مراد بدران، مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات نقل الدم، المرجع السابق، ص 07.

³ - فقد أكدت المادة 213 مكرر على أنه: يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان والصيدال، الممارسين لحسابهم الخاص، أن يقوموا بمهمتهم وفق شروط تسمح بالاستعمال المنتظم للتجهيزات وللوسائل التقنية الضرورية لمهنتهم وألا تعرض للخطر، في حال من الأحوال، صحة المريض أو شرف المهنة. "مما يستفاد منها أنه تتقرر مسؤولية الطبيب بضمان سلامة المريض عن ضرر تم إلحاق المريض به بغض النظر عن وقوع الخطأ الطبي أم لا.

⁴ - رفيقة عيساني، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -، السنة الجامعية 2015-2016، غير منشورة، ص 232، 234.

⁵ - فكتيرا ما يكون للمرض الذي يصيب العقل أثر خطير على سلوك المريض الذي يصبح عنيفا ومضطربا، الأمر الذي يجعل العناية بهذه الفئة من المرضى تنطوي على صعوبة خاصة وهو ما أقرتها المواد 103 إلى 149 من ق.ح.ص.ت.ج المعدل بموجب القانون 06-07،

من جهة أخرى نجد أن القانون الطبي الجزائري حرص على عملية التلقيحات الإجبارية، من خلال وضع مجموعة من الاحتياطات التي يجب اتخاذها عند إجرائها من أجل سلامة الشخص¹. غير أنه أغفل الإشارة إلى الآثار التي قد تترتب على الأضرار التي قد يتعرض لها الشخص الخاضع لعملية التلقيح الإجباري².

كما أنه لم يشر صراحة إلى نظام المسؤولية المنتهج، رغم الطابع الخاص الذي تميز هذا النوع من منازعات التعويض، لأن عملية التلقيح تشكل نشاطا طبيا من جهة. ومن جهة أخرى فإن الضحية تكون في وضعية خاصة بفعل الطابع الإلزامي للتلقيح، حيث لا يمكن القول أن الضحية تكون قد قبلت مخاطر التلقيح مسبقا فهي ملزمة قانونا بالقيام به³. الأمر الذي يترك للقضاء طريقا خصبا للاجتهد والاختيار بين نظام المسؤولية الخطئية ونظام المسؤولية غير الخطئية في ظل وجود فراغ تشريعي في هذا المجال.

مما يؤدي بنا إلى القول بأن التشريع الجزائري مازال بعيدا عما وصل إليه التشريع الفرنسي عن تكريس حماية قانونية فعالة للمضروبين من الحوادث الطبية.

=المؤرخ في 2006/07/15 الباب الثالث تحت عنوان "الصحة العقلية"، حيث منعت المادة 134 خروج المريض الخاضع للاستشفاء الإجباري حسب الشروط المنصوص عليها في المواد 130، 131، 132، ما عدا الحالات التي تقرها لجنة الصحة العقلية. كما أوجب على طبيب الأمراض العقلية إذا فر مريض خاضع للاستشفاء الإجباري من المؤسسة التي يعالج فيها، أن يعلم الوالي فوراً ويرسل إليه شهادة خاصة بوضعية هذا المريض، تبين مدى الأخطار المحتملة، الحقيقة منها أو المفترضة المتولدة عن تطور ردود فعله. وذلك حسب المادة 133.

V. dans ce point : Y. Haddad, op. cit, p 34, 35.

¹ - فقد قررت ذلك المادة 55 من ق.ح.ص.ت.ج المعدل والمتمم بقولها: " يخضع السكان للتطعيم الإجباري المحني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية. تحدد عن طريق التنظيم قائمة الأمراض العفنة المعدية التي تستوجب التطعيم الإجباري." وبقي المجال مفتوحا للسلطة العامة ممثلة في وزير الصحة في الظروف الخاصة بحالة الوباء *épidémie* أو خطر حصوله أو انتشار بعض الأمراض المعدية، من أجل الأمر بالتلقيح الإجباري ضد الحمى التيفية *typhoïde* ونظيرة التيفية *paratyphoïde* والحمى النمشية *typhus*، وذلك وفق ما قرره المادة الأولى (01) والثانية (02) من المرسوم رقم 69-88، المؤرخ في 1969/06/17، المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج.ر.ع. رقم 53، الصادرة بتاريخ 1969/06/19، ص 709، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 85-282، المؤرخ في 1985/11/12، ج.ر.ع. رقم 47، الصادرة بتاريخ 1985/11/13، ص 1730. كما أن المادة الرابعة (04) من نفس المرسوم السابق قد تركت الخيار للمعني بالأمر لإجراء التلقيح الإجباري في المكان الذي يراه، وسواء كان ذلك في المرافق الطبية، أو في أي مكان آخر ويثبت ذلك بواسطة تقديم شهادة طبية تثبت إجراء التلقيح على الوجه الصحيح.

² - A. Ossoukine, traité de droit médical , L.D.N.T , 2^{ème} éd., université d'Oran, 2003, p 282.

³ - مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، الجزائر، السنة 1993، ص 218.

غير أن الأمر لا يقف عند هذا الحد ما دامت المسؤولية الطبية لا تزال قائمة على أساس الخطأ، وإنما بقي أن نحاول معرفة ما إذا كان يمكن إثبات الخطأ الطبي بالاعتماد على وسائل الإثبات القانونية كغيره من الأخطاء الأخرى، أم أن خصوصيات هذا الخطأ قد تجعل هذه الوسائل غير كفيلة بإثباته، وهو ما سنجيب عليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: طرق إثبات الخطأ المرتب للمسؤولية الطبية

إن دراسة مسألة الإثبات في دعوى مسؤولية الطبيب ليست بالأمر الهين، ذلك أن لها خصائصها من حيث الوسائل المستعملة فيها¹. إذ نجد هناك وسائل يصعب الاعتماد عليها في إثبات الأخطاء الطبية لما تضع القاضي في موقع شك، وهناك من الوسائل ما تعتبر فعالة في إثبات البعض الآخر.

وذلك على الرغم من تعدد الطرق التي يمكن اللجوء إليها في الدعاوى ضد الطبيب من أجل إثبات أو نفي المسؤولية، باعتبار أن خطأ هذا الأخير مجرد وقائع مادية يمكن أن تتحقق بكافة الطرق الممكنة التي يتيحها له القانون².

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن الخطأ المنسوب إلى الطبيب يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً قطعياً أكيداً ودقيقاً، وليس مجرد تخمين أو معطيات لها علاقة بمسائل أو نظريات علمية لا تزال محل بحث وخلاف ولم يستقر الجدل عليها بعد، فلا يجوز للقاضي إقحام نفسه في الفصل بهذا الجدل العلمي³. لذلك فإن الطبيعة الخاصة للأعمال الطبية تؤثر بشكل كبير سواء في كيفية إثبات الأخطاء المترتبة عنها أو إبراز الدور الهام للقاضي في مجال تقديرها⁴، حيث يكتسي طابع الاستقلالية بالنظر

¹ - منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 686.

² - وقد نص التشريع الجزائري على وسائل الإثبات في المواد 323 وما يليها من ق. م. ج، وهي الكتابة، الشهادة، القرائن، الإقرار واليمين وما يهمننا نحن في بحثنا هو الكتابة، الشهادة والقرائن، باعتبارها وسائل تتم بها عملية البحث عن الدليل، أما اليمين والإقرار، فهما وسيلتان للإعفاء من الإثبات ولا يتم بهما البحث عن الدليل. بينما التشريع الأردني فقد أورد في المادة الأولى من قانون البيئات رقم 37 لسنة 2002 وسائل الإثبات وهي تظهر إما في الحجة الكتابية، الشهادة والقرائن، الإقرار، اليمين، المعاينة والخبرة، في حين قسمت المسطرة المدنية المغربية وسائل الإثبات إلى وسائل موضوعية وهي إقرار الخصم، الحجة الكتابية، شهادة الشهود، القرينة واليمين والنكول وأخرى إجرائية تظهر أساساً في الخبرة والمعاينة وذلك طبقاً للفصل 404 من المسطرة المدنية المغربية، إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 132.

³ - أحمد حسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2005، ص 117.

⁴ - وقد سبق تفصيله في المبحث الثاني من الفصل التمهيدي، ص 48، 50 من هذه المذكرة.

إلى انتفاء الطابع الفني (المطلب الأول) ، عن مثل البعض الآخر من الأعمال التي تحتاج بالضرورة إلى انتداب خبير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية ودور القاضي في تقديرها

لا شك أن الأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية، هي أخطاء ينتفي عنها الوصف الفني من الممارسة الطبية، وإن كانت لها صلة وثيقة بالعمل الطبي، إلا أنها مستقلة بذاتها عن مفهوم العلاج¹. فهذا النوع من الأخطاء يشكل إخلالا بالواجبات المفروضة على العاملين في ميدان الصحة لصالح المرضى وما تتصف به من أبعاد إنسانية².

لهذا السبب لا يستدعي الأمر أن تكون موضوع خبرة، بل القاضي وحده هو من يقرر مدى تحقق هذا الإخلال من عدمه، وذلك على ضوء النصوص القانونية المنظمة لهذه الالتزامات. ومن هنا تبدو خصوصية الأخطاء الإنسانية الطبية، أين يستقل القاضي بتقديرها ولا يشكل صعوبة بالنسبة إليه طالما لا يتضمن الموقف أي عنصر فني يصعب عليه تفهمه³، فهو يركز على تحديد النصوص الواجب مراعاتها ومدى توافقها مع سلوك الطبيب.

غير أن طبيعة هذه الأخطاء جعلها تتخذ عدة صور يصعب حصرها، الأمر الذي يتعذر علينا التعرض لها بشكل كامل. لذا سنكتفي بدراسة كيفية إثبات أهم الأخطاء التي تعكس بصورة جلية غاية احترام شخص المريض وإنسانيته. على أن نتعرض بداية لكيفية إثبات الإخلال باحترام إرادة المريض (الفرع الأول) ثم نلي ذلك بالبحث على وسائل إثبات رفض المعالجة الطبية (الفرع الثاني)، لننتقل إلى إبراز إثبات انتهاك حرمة السر الطبي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: كيفية إثبات الإخلال باحترام إرادة المريض

لا شك أن احترام إرادة المريض يعد محور العلاقة الطبية، ومن ثم فإن إجراء الطبيب للتدخل الطبي دون موافقة المريض المتبصرة والمستنيرة، يقيم مسؤوليته على ذلك. غير أن قلب عبء إثبات

¹ - سامي بديع منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994 قانون الآداب الطبية، المرجع السابق، ص 272، وقد فضل البعض تسميته بالخطأ المادي وأطلق عليه آخرون الخطأ الواضح، لمن بلغرد، الخطأ الطبي بين الفقه والقانون، مجلة الشرطة، مجلة دورية أمنية ثقافية تصدر عن المديرية العامة للأمن الوطني الجزائري، ع. 9، مارس 209، ص 152.

² - عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 183.

³ - Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 661.

الإعلام الطبي لم يخلو من الإشكاليات، لاسيما ما يتعلق باعتبار الكتابة الوسيلة الوحيدة التي يلجأ إليها الطبيب لإثبات الوفاء بالتزامه¹.

فما إن أصدرت محكمة النقض الفرنسية قضائها الجديد، وما ينطوي عليه من تحميل الطبيب عبئا ما كان يتحمله من قبل، حتى هبّ الأطباء خوفا من شبح المسؤولية إلى البحث والاشتغال بضرورة تدوين إقرار المريض بحصوله على التبصير اللازم بشأن التدخل الطبي ومخاطره²، وخاصة أن هذه الأخيرة لم تحدد أي وسيلة يثبت بها هذا الالتزام.

لذلك فإن تحديد وسائل إثبات الالتزام بالإعلام، أخذ حيزا هاما من المناقشة القانونية، فكان الاتجاه في البداية يؤكد بعد التحول القضائي على تكريس الكتابة كوسيلة وحيدة يلجأ إليها الطبيب لإثبات الوفاء بالتزامه. وذلك بتدوين جميع المعلومات الضرورية في دليل كتابي وتقديمها للتوقيع عليها من طرف المريض، حتى يتسنى للطبيب الاستعانة به لمواجهة الادعاءات المحتملة للمريض³.

لكن هذا الاتجاه لم يلق ترحيبا من قبل بعض الأوساط الفقهية، على الرغم من مدى فعالية الكتابة، لما يحوم حولها من شكوك من شأنها التقليل من مصداقيتها وزعزعة العلاقة الطبية بأسرها⁴، سواء في قيمة الدليل الكتابي من جهة الذي لا يفيد أن المريض ألم حقيقة بكل ما ينطوي عليه التدخل الطبي من مخاطر ونتائج، خاصة وأن صياغة ذلك الإقرار قد يأتي غالبا في شكل استمارة عامة معدة مسبقا لا تصلح لأن تطبق على جميع المرضى وعلى شتى التدخلات الطبية التي قد تكون استشارة طبية أو فحصا أو أشعة أو عملية جراحية⁵.

¹ - إذ أعطى المشرع للكتابة قوة إثبات مطلقة، بينما لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محدودة في الإثبات، محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ذ.ع.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، السنة 2007، ص 109.

² - فقد طالبت نقابة الأطباء بإعداد صيغ شارحة لما يجب أن يتضمنه إعلام المريض في التخصصات الطبية المختلفة، كما قامت الوكالة الطبية للاعتماد والتقييم الصحي من جهتها بنشر توصياتها حول المعلومات التي يجب على الإدلاء بها لمرضاها، وألحقت بها إرشادات عملية للجوانب التي يجب أن تتضمنها هذه المعلومات، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 90.

A. Khadir, M.M Hannouz, la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op. cit, p 61.

³ - Y. Lachaud, la responsabilité médicale pour défaut d'information de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, Gaz. Pal. 17 juin 1999 (1^{re} sem), doctrine droit de la santé, p 853.

⁴ - عبد الكريم مأمون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، المرجع السابق، ص 43، 44.

⁵ - مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 354.

أو من جهة أخرى في مدى ثقافة المريض، الذي قد يوقع من دون قراءة، لجهله للمعطيات الطبية غالباً أو فهم سطحي لا يحقق المراد من الالتزام أصلاً¹. وبالمقابل يجد الطبيب نفسه مضطراً إلى ملئها وإجبار المريض على توقيعها. مما قد يعمل على التأثير على العلاقة الطبية، وجعلها قد تحيد عن مبتغاها الأصلي وهو بذل العناية في علاج المريض.

وبالتالي رأى البعض أن الوثيقة المكتوبة تقتصر على إثبات حقيقة الإعلام فحسب دون فاعليته، وفي هذا الصدد يشير الأستاذ Patrice Jourdain إلى أن القرينة التي تنشئها الكتابة تتعلق بوجود الإعلام وليس بمضمونه أو الصفات التي يتطلبها القضاء².

بل أنه من المؤكد أن المعلومات المكتوبة تبقى محدودة وغير كاملة، إن لم يتم استكمالها بالإعلام الشفهي والذي يسمح بتوافقها بشكل كامل مع شخصية المريض وحالته الصحية من جهة وتبديد مخاوف هذا الأخير عن طريق شرح ظروف العمل الطبي ومخاطره، وإن لزم الأمر الاستعانة بأقاربه أو الأشخاص الذين يثق فيهم من جهة أخرى. وبالتالي تدعيم العلاقة الإنسانية بين الطبيب ومريضه القائمة على الثقة في إطار الحوار المنفرد من جهة أخرى³.

لهذه الأسباب فإن محكمة النقض الفرنسية أصدرت قراراً في 14/10/1997 بمناسبة قضية Guyomar لا يقل أهمية عن سابقه، أكدت فيه بأن الطبيب غير ملزم بالدليل الكتابي لإثبات تنفيذه للالتزام بالإعلام وإنما يمكنه أن يتم بكافة الطرق⁴. وتكريساً لنفس التوجه جاء قرار آخر بتاريخ 1998/05/27⁵ يقضي بأنه بإمكانية الطبيب إثبات قيامه بالتزامه بالإعلام بكافة الطرق وبصفة خاصة من خلال شهادة الشهود والقرائن القانونية ولم يكثر كثيراً بالكتابة.

¹ - F. Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, op. cit, p 10.

² - P. Jourdain, responsabilité civile, op. cit, p 112, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 13/03/2007, affirme que: «... Ne rapportait pas la preuve d'avoir donné à son patient une information complète, y compris sur les risques exceptionnels...» pourvoi n° : 05-14291, Consulter l'arrêt sur le lien suivant: <http://www.legifrance.gouv.fr>

³ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 91.

⁴ - حيث أكدت أمرين : الأول تمسكها بمبدأ أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالتبصير والحصول على الرضاء يقع على عاتق الطبيب، والثاني أن هذا الإثبات يمكن أن يتم بكافة الطرق، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، المرجع السابق، ص 413، 414.

Cass.1^{er} civ: 14/10/1997 déclare que : « ... la preuve de cette information peut être faite par tous moyens et notamment par des présomptions au sens de l'article 1353 du code civil. » V. dans ce point : cité par : F. Villa, op. cit, p149.

⁵ - Cass. Civ 1^{ère} Ch. 27/05/1998, cité par : J-L. Mouralis, op. cit, p 27.

وبالتالي فإن القاضي عند تقدير مسؤولية الطبيب في حالة الإخلال بالتزامه بإعلام مريضه يأخذ بعين الاعتبار مدى حسن نية الطبيب ورغبته في إنقاذ المريض، وكذلك الحالة الصحية التي كان يوجد فيها هذا الأخير¹.

وهذا ما يجعل دوره مهم جدا في إثبات هذا النوع من الأخطاء الطبية، إذ تبقى له السلطة التقديرية في فحص الدلائل ومحاولة استنباط رأيه بالاعتماد على وسائل ووقائع عدة وفقا لظروف القضية، فلا يبقى منحصر في الكتابة وحدها إنما يعتمد على كل الوقائع والدلائل المقدمة أمامه لاستنباط الرأي الصحيح واليقيني ومن ثم يكتفي بتأسيس قراره على مجرد قرائن من خلال استنتاج واقعة مجهولة مراد إثباتها من واقعة ثابتة معلومة².

وعلى إثر ذلك سار التشريع الفرنسي من خلال التعديل الذي استحدثه في سنة 2002 على قانون الصحة العامة الفرنسي، حيث كرس نفس الأبعاد التي قررتها الاجتهادات السابقة في حالة وجود نزاع يتعلق بتبصير المريض بالمعلومات التي تخص وضعه الصحي، أن يكون على الطبيب أو المؤسسة الصحية إثبات أن هذه المعلومات قد أعطيت للمريض في حدود الشروط التي بينها القانون، وبكل الوسائل الممكنة³.

أو عن الوضع في الجزائر، فإننا نجد أن التشريع الطبي لم يتعرض لهذا الموضوع بشكل واضح ومفصل، كما لا توجد أحكام أو قرارات صادرة عن القضاء الجزائري تبين كيفية إثبات التزام الطبيب بالإعلام، مما يترك للقاضي أن يؤسس حكمه على المعلومات والدلائل التي يقدمها الطبيب وفقا

¹ - J. Penneau, la responsabilité du médecin, op. cit, p 80.

² - فالقارئ تعد طريق إثبات غير مباشر، وذلك بالاستنتاج العقلي والمنطقي، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، م 1، "الإثبات-آثار الالتزام"، المرجع السابق، ص 965. وبالتالي فإنها تقوم على عنصرين أساسيين، أولاهما: العنصر المادي ويتمثل في الواقعة الثابتة وتسمى بالإمارات، أما ثانيها فهو العنصر المعنوي ويتمثل في عملية الاستنباط ببذل جهد عقلي كبير في تكوين اعتقاده على أساس الترجيح والاحتمال، لذا تعتبر القرائن من أخطر الأدلة من حيث صحة الاستنباط واستقامته، فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، د.د.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2006، ص 149.

Art 1349 du C. Civ. Fr. affirme que: « Les présomptions sont des magistrales que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu a un fait inconnu. »

³ - Art. L.1111-2 du C.S.P.Fr, introduit par la loi du 04 mars 2002, dispose: «Qu'en cas de litige il appartient au professionnel ou a l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues par la loi, et que cette preuve peut être apportée par tout moyen.» Art L1111-2 al. 7

للطرق والإجراءات المحددة بمقتضى القانون. الأمر الذي يمكن القول معه أن المشرع الجزائري قد حذا ضمناً حذوا المشرع الفرنسي الذي أقر إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات.

والجدير بالذكر أن عدم التقيد بشكل معين للإثبات يؤثر بصفة سلبية على المركز القانوني للمريض وخاصة في التدخلات الطبية المعقدة التي تحتاج إلى وقت للتفكير من جانبه¹. لذلك فقد اشترط التشريع ضرورة تقديم دليل خطي يقر فيه المريض بأنه تم تبصيره بمخاطر العلاج وطبيعتها². كما يجب أن يرفق ذلك بشرح شفوي حول هذه البيانات المكتوبة³، لأن وسيلة الحوار تسمح بالحصول على الثقة، وعادة ما يكون غياب التواصل سبباً لتذمر المريض.

بل أكثر من ذلك فإن الاستعانة بشهادة الشهود قد تكون غير ملائمة ومشكوك فيها، باعتبار أن الشاهد قد يكون من الفريق الطبي، هذا فضلاً عن تمسكهم عادة بالالتزام بالسر المهني للامتناع عن الإدلاء بالشهادة⁴.

لذلك يجب على القاضي التحري جيداً حول تنفيذ الحق في الإعلام، باستخدام القرائن وما يحتويه الملف الطبي، لما قد يصدر من الطبيب من مغالطات عمدية تضعه غالباً في موقف شك، دون أن يكون على يقين قاطع⁵.

ومن جهة أخرى فإن الرضا المسبق على الإجراء الطبي لا يشترط في قيامه شرطاً شكلياً معيناً⁶، فإنه مخول لكل من المريض والطبيب في حال النزاع إثبات إدعاءاتهما بكافة وسائل الإثبات المحددة قانوناً، سواء بشهادة الشهود أو بمجرد قرائن تدل على وجود الرضاء .

¹ - كالفحوص الخطيرة المتعلقة بالعلاج بالصدمات الكهربائية أو الفحص بالمنظير وكذا العمليات الجراحية التي تتضمن نقل الأعضاء أو التجميل، مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، المرجع السابق، ص 197، 199.

² - J. Penneau , les fautes médicales, op. cit, p 10, 11,

³ - La note écrite qui avait été remise au patient ne dispensant pas le praticien de lui donner une explication verbale appropriée. C.A. Paris 20/11/1998, cite par: J. Penneau, le consentement à l'hôpital, Gaz. pal. 1999, p 11.

⁴ - محمد سليم شهيدى، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية، المرجع السابق، ص 49، 50.

⁵ - لأن أساس الدليل في القرائن هو مبدأ الاحتمال أو مبدأ الترجيح لا إثباتاً يقينياً، محمود صالح العادلي، المسؤولية الجنائية عن التقارير الطبية الكاذبة، ندوة حول حقوق المرضى والمسؤولية عن الأخطاء الطبية، المنعقد بتاريخ 09-11 أبريل 2006، كلية الحقوق، مسقط - سلطنة عمان، غير منشور، ص 13، 14.

⁶ - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 301، 302، محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص 14.

وذلك بالنظر إلى الطبيعة الغالبة للصورة الضمنية للرضا¹. بل هناك استحالة أدبية، وفقا للاتجاه السائد في الفقه، تمنع الطبيب من اللجوء إلى الرضا المكتوب من جانب الطبيب، لتعارضها مع الأعراف الطبية².

غير أن القضاة الفرنسيون لم يتوقفوا عند تلك الحلول، بل حاولوا لعب دور إيجابي لمساعدة المريض في إثبات الخطأ الطبي. وذلك عن طريق استعمال القرائن القضائية واستخلاص عناصر الإثبات من ظروف الحال التي تحيط بالعلاج³. فأصبح الأمر متروك للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي دون رقابة عليه من محكمة النقض، باعتبار أن تقدير قيمة هذه القرائن في الإثبات مسألة موضوعية. كما أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد، بل تدخل المشرع الفرنسي وفرض إثبات الموافقة على بعض الأعمال الطبية الخطيرة بالطرق التي اشترطها القانون الفرنسي، سواء كانت الكتابة كما هو الحال بالنسبة للأبحاث الطبية التي تجرى على البشر⁴، حالة الوقف الإرادي للحمل⁵ وكذا عمليات التجميل⁶. أو من خلال إضفاء الطابع الرسمي على هذه الموافقة بوضعها لدى المحكمة أو إعطائها أمام القاضي، والتي أوجبها في مجال نقل الأعضاء والأنسجة البشرية⁷.

وقد اقتفى المشرع الجزائري آثار نظيره الفرنسي، عندما أقر من جهة للمريض كافة الوسائل المقررة قانونا بما فيها القرائن أو الشهادة وغيرها، لإثبات عدم الحصول على موافقته المسبقة على

¹ - A. Khaldi, op. cit, p 333.

² - فتيحة زعنون مصايحي، المرجع السابق، ص 144.

V. dans ce point: Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 667.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 562.

⁴ - Art. L.1231-1 du C.S.P.Fr dispose que : « Aucune recherche biomédicale,... Le consentement est donnée par écrit,....»

⁵ - Art. L.1122-3 du C.S.P.Fr., V. aussi: P. Sargos, réflexions "Médico- Légales" sur l'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique, J.C.P, la semaine juridique, éd. générale, n° 21-22, 23 mai 2001, France, p 1042.

⁶ - Art. D.766-2-1, Décr. n° 2005-777 du 11/07/2005 relatif à la durée de réflexion prévu à l'article L.6322-2 du C.S.P.Fr, cité par: J. Hureau, D. Poitout, op. cit, p177.

⁷ - Art L.671-3/3 du C.S.P.Fr (L. n° 94-654 du 29/07/1994 précité): « Le donneur....., doit être exprimé son consentement devants le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui,... » V. dans de point D. Berthiau, op. cit, p 243.

إجراء الأعمال الطبية البسيطة¹. وكذا عند اشتراطه للكتابة في التدخلات الجراحية وذات الطابع المعقد جهة أخرى، كما هو الحال بالنسبة لعمليات زرع الأعضاء البشرية².

ولعل تقديم الدليل الكتابي يكتسي أهمية بالغة في إثبات رضا المريض على التصرفات الطبية الخطيرة، باعتباره أداة قانونية كاشفة عن حصول هذه الموافقة المتبصرة وضماتها³. وذلك لأن عدم التوثيق يبطل الدفاع نهائياً⁴. غير أن الصيغ المكتوبة الموقعة من طرف المريض، مهما كانت واضحة، فإنها تحمل تفسيرات مختلفة، مما يجعل قيمتها في مجال الإثبات ضعيفة لحسم المنازعة الطبية⁵.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن الدليل المكتوب يكون أكثر وسائل الإثبات فعالية، إذا تعلق الأمر برفض المريض للعلاج، سواء أكان الرفض كلياً أم جزئياً يتعلق بعمل طبي محدد. وهو ما فرضه التشريع الفرنسي بتقديم تصريح كتابي من طرف المريض أو من يمثله قانوناً في هذا الشأن، بعد أن يحاول الطبيب إقناعه بضرورة العلاج وتبصيره بالمخاطر التي قد تترتب عن مرضه⁶، وقد تبعه في ذلك التشريع الجزائري⁷.

ويرجع السبب في ذلك إلى أن رفض العلاج يضع حداً لمهمة الطبيب المعتادة في تقديم العلاج، بهدف تحسين حالة المريض الصحية أو التخفيف من آلامه. الأمر الذي يجعل إفراغه في

¹ - وذلك وفقاً لقرته المادة 323 من ق.م.ج.

² - حيث نجد المادة 162 من ق.ح.ص.ت.ج. تنص على أنه: "... وتشتت الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة". كما تشتت المادة 166 من نفس القانون موافقة المستقبل على الزرع بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية وشاهدين اثنين.

³ - أحمد هديلي، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، ص 243.

⁴ - السيد يعقوب قوادر، المرجع السابق، ص 50، 51.

⁵ - أحمد أدريوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 123، 124.

⁶ - Art. L. 1111-4 al. 2 du C.S.P.Fr

⁷ - حيث أكدت على ذلك المادة 49 من م.أ.ط. ج، التي جاء فيها: "يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن." وفي نفس السياق جاءت المادة 3/154 من ق.ح.ص.ت.ج. "إذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو الشخص الذي حول إعطاء الموافقة، بعواقب رفض العلاج." وينطبق نفس الحكم يسري على التشريع اللبناني في مادته 07 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة الصادر في سنة 2004.

V. aussi dans ce point : A. Khadir, M.M Hannouz, la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op. cit, p 183.

شكل كتابي ضروري، بمثابة وسيلة لتنبية المريض بصورة رسمية إلى خطورة ذلك. ومن ثمّ تحميله نتائج رفضه للعلاج، لحسم أي نزاع يمكن أن ينشأ في المستقبل في هذا الخصوص¹.

وبناء على ما تقدم يمكننا القول بأن الكتابة قد تكون إلى حد ما وسيلة فعالة، ولها أثرها الإيجابي في حال الخصومة القضائية، بل ضرورية في أحوال معينة. وفي مقابل ذلك فإن الوقائع التي لم يشترط فيها القانون وجود وسيلة معينة، يبقى اللجوء فيها إلى القرائن القضائية لأجل إثبات الرضا بالعلاج كأصل عام، عندما يتعذر على المضرور المكلف بالإثبات تقديم دلائل كافية على صحة إدعاءاته في حالة ثبوت ضرر ثابت وأكد. لما يتمتع القاضي في هذا الشأن بسلطة تقديرية مطلقة.

الفرع الثاني: إثبات رفض الطبيب المعالجة

من دون شك أن حرية الطبيب ليست مطلقة في المعالجة، بل تحددها حالة المريض التي لا تتحمل التأخير ومدى ظروفه الصحية. ومن ثمّ فقد يوصف مسلكه بالإهمال، إذا تأخر عن تلبية طلب الاستعانة به أو امتناعه عن اتخاذ سلوك معين كان يجب عليه اتخاذه أو عدم استجابته لأصل الطلب. وذلك لما يتنافى مع ما تمليه الفطرة السليمة، ما دام في مقدوره إسعاف مريضه المضطر إلى ذلك². بل أكثر من ذلك فقد يشكّل الامتناع الطبي خطأ جزائياً معاقباً عليه³، متى توافرت الشروط المكونة لقيام هذه الجريمة، نظراً لاعتباره إخلالاً بالتزام قانوني تفرضه مهنة الطبيب بتقديم الرعاية اللازمة للمريض وعدم تعريضه للخطر⁴. كما أن مخالفة النصوص التنظيمية الخاصة بتقديم العناية الطبية تشكل أيضاً صورة من صور الخطأ المعاقب عليه جزائياً بجنحة القتل الخطأ والجرح الخطأ⁵.

¹ - مصطفى عبد الحميد عدوي، المرجع السابق، ص 44، عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 298.

² - سليمان حاج عزام، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 165.

³ - وقد عاقب عليها التشريع الفرنسي ضمن المادة 223-6 فقرة 2 من ق.ع، كما قرر ق.ع.ج هذه الجريمة وفقاً للمادة 182.

⁴ - Art. R. 4127-32 du C.S.P.Fr. dispose que : « Soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données acquises de la science »

كما أن التشريع الجزائري حرص على ذلك بمقتضى المادة 09 من م.أ.ط.ج، التي قضت بأنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له." وفي نفس الإطار أكدت المادة 45 بأنه: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمناً تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة، بالزملاء المختصين والمؤهلين." وكذا المادتين 46 و 47 ونص المادة 239 من ق.ع.ص.ت.ج.

⁵ - وفق أحكام المادتين 288 و 289 من ق.ع.ج.

لذا يمكن للمتضرر اللجوء إلى القضاء الجزائري للمطالبة بالتعويض، مستفيدا بما توفره هذه الجهة من مزايا في إثبات الخطأ من ناحية، ومن السلطة التي يتمتع بها القاضي الجزائري في تحري الخطأ مقارنة بالقاضي المدني من ناحية أخرى¹.

غير أن تجريم الامتناع الطبي لا يؤثر على كيفية إثباته، بل يمكن للمريض أن يثبت عدم تقديم الطبيب للعلاج الضروري أو المساعدة الطبية بكافة الطرق طبقا للقواعد العامة². ذلك أن المشرع لم يقيّد إثبات الامتناع باعتباره واقعة سلبية بوسيلة دون أخرى. وهذا ما يجعل دور القاضي مهم جدا في إثبات هذا الخطأ، إذ تبقى له السلطة التقديرية في فحص الدلائل ومحاولة استنباط رأيه بالاعتماد على وسائل ووقائع عدة وفقا لظروف القضية³.

¹ - سليمان حاج عزام، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 165.

² - مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 384.

³ - فقد قررت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1997/03/26 أنه ينبغي على الأطباء -تحت رقابة ضمائرهم- تقدير ضرورة التدخل العاجل وخطورة التأخر لتقديم المساعدة.

Cass. Crim. 26/03/1997, n° de pourvoi : 95-81439,

وأيضاً أدانت نفس الغرفة في قرار صدر بتاريخ 1998/02/04 الطبيب الذي رفض التنقل لإسعاف طفل يعاني من نقص المناعة، كما لم يتم ببناء مصلحة المساعدة الطبية المستعجلة SAMU ولا إخطار المستشفى للاستعداد لاستقبال الطفل المصاب بغثيان مصحوب بارتفاع شديد في درجة الحرارة رغم خضوعه للعلاج بالمضادات الحيوية في عدة أسابيع.

Cass. Crim. 04/02/1998, n° de pourvoi: 96-81425, <http://www.legifrance.gouv.fr.>,

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن القضاء الجزائري لم يكن بعيدا عن الفصل في قضايا مماثلة، حيث أقر مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 1994/01/03، مسؤولية الطبيبة التي تعمل اختصاصية أمراض العيون عن عدم تقديمها المساعدة لشخص في حالة خطر بالمستشفى، طبقا لنص المادة 182 من قانون العقوبات، م.ق، ع. 1، السنة 1995، كما نجد أن غرفة الجناح والمخالفات بالمحكمة العليا أيدت بتاريخ 2009/03/25، القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة يقضي بإدانة الطبيب الذي امتنع عمدا عن تقديم مساعدة لمريضة ومن ثم أقرت ما يلي: "إن رفض الطبيب معالجة مريضة بحجة عدم وجود طبيبها المعالج يعد ارتكابا لجريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، حيث أن امتناع هذا الطبيب عن علاجها تسبب لها في مضاعفات صحية أدت إلى بتر يدها فيما بعد، م. رقم 439331.

Cité par : <http://www. Coursupreme.dz/> date de visite de site : 23/11/2016

ولقد ثبت كذلك من اجتهادات مجلس الدولة تحميل المسؤولية عن الخطأ المرفقي لمستشفى هواري بومدين لمدينة سوق أهراس في قراره الصادر بتاريخ 2004/01/06، حيث أن هذا الخطأ المرفقي كان مقترنا بخطأ جزائي لطبيب وقابلتين، فلقد أدين الثلاثة بالقتل الخطأ وعدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، بسبب ما نجم من وفاة المرأة الحامل التي رفضوا تقديم المساعدة لها، مشار إليه من قبل: الحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ك. 1، المسؤولية على أساس الخطأ، ط. 1، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، السنة 2007، ص 169، 171.

وفي مقابل ذلك يمكن للطبيب نفي مسؤوليته عن الضرر الذي لحق به بتقديم مبرر مشروع، كإهمال المريض في إتباع تعليماته أو استعانة المريض بطبيب آخر دون علمه أو الاستعانة بحالة الضرورة¹.

كما تثار بعد ذلك مسألة شديدة الحساسية هي السر الطبي وعدم المحافظة على كتمانته من قبل الطبيب، فكيف يمكن للمريض إثبات ذلك الخطأ؟ وهو ما سنجيب عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: إثبات إفشاء السر الطبي

إن إدلاء المريض لطبيبه بأدق تفاصيل أسراره أو وقوفه من تلقاء نفسه على الكثير من المعلومات التي تتعلق بوضعه الصحي، ينشئ التزاما أخلاقيا تمليه المهنة على الممارسين بها². ومن ثم فإن أي إخلال بثقة المريض وعدم احترامه لشخصه الإنساني يعد خطأ يسأل عنه جنائيا، باعتباره خروج عن مصلحة المريض في صيانة أسراره و المصلحة العامة في حفظ أسرار الأشخاص وشرفهم³.

ومن الملاحظ أن تحريك الدعوى الجزائية لا يمنع من اللجوء إلى القضاء المدني، لما قد يترتب على هذا النوع من الأخطاء من ضرر معنوي في الغالب يمس شخص المريض وسمعته، مما يمكن الاستفادة من مزايا القضاء الجزائي في استخلاص هذا الخطأ وتقديره.

ولعل تنوع وسائل إفشاء السر الطبي الذي يقع سواء بالكتابة أو شفاهة وغيرها من الطرق⁴ لا يحصر وسائل الإثبات في الكتابة وحدها، إنما يعتمد على كل الوقائع والدلائل المقدمة أمامه لاستنباط الرأي الصحيح واليقيني، مما يسهّل للمريض أن يثبت ذلك بكافة الطرق المقررة قانونا.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 36، ومن التطبيقات القضائية في هذه المسألة ما قضت به محكمة الاستئناف باريس بتاريخ 2000/02/18، بعدم إدانة سلوك طبيب الاستعجالات، حيث يتعلق الأمر هنا بخطأ المضور الذي تنتفي معه مسؤولية الطبيب، لأن المريض بإتيانه لهذا السلوك يكون قد قطع علاقة السببية بين الضرر الناشئ له والخطأ المزمع إسناده للطبيب.

C.A Paris, 18/02/2000, D. 2000, IR, 95, cité par : M. Dupont, C. Esper et C. Paire, droit hospitalier, Dall., 5 éd., Paris France, 2005, p 477.

كما نجد أن القضاء الجزائري أكد على ذلك عندما نقضت المحكمة العليا قرار المجلس القضائي لعدم اكتمال العنصرين المادي والمعنوي لجنحة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر، طبقا للمادة 182 من قانون العقوبات، مما استوجب نقض القرار القاضي بإدانة هذه الطبيب المختصة في طب العيون، اجتهاد قضائي للمحكمة العليا بتاريخ 1995/12/26 في قضية (ح.ث) ضد (ب.ب)، ملف القضية رقم 128892، م.ق.ع، 2، 1997.

² - A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op. cit, p 138.

³ - وقد نص على ذلك ق.ع.ج المعدل في 2006 السابق الإشارة إليه في مادته 301.

⁴ - وقد سبق تفصيله في الفصل الثاني من الباب الأول، يمكن الرجوع على ص 211، 213 من هذه المذكرة.

فالشهادات الطبية من جهة التي يحررها الطبيب آليا أو بطلب من المريض والمتعلقة بقدرة الشخص المعني على ممارسة نشاط مهني وسلامته الجسدية¹ أو ملف المريض الطبي وما يجوز من تقارير، فحوصات وتحاليل ومختلف التدخلات التي تم اتخاذها من طرف الطبيب من جهة أخرى تستعمل كثيرا أمام القضاء الجزائري إذا كانت تحمل إفشاء للسر المهني².

من جهة أخرى تكون تصريحات الأشخاص المدخلين في الخصام – كالممرضات والمساعدين الطبيين – أو حتى الغير من المرضى الذين شاهدوا مثلا الواقعة التي سببت الضرر شهادة معتبرة كدليل إثبات قانوني³ لإفشاء السر المهني، لاسيما في الدعاوي الجزائية.

غير أنه يشترط أن تكون الواقعة المصرح بها، وصلت إلى علم الشاهد بسمعه أو بصره وهي ما يعبر عنها بالشهادة المباشرة⁴. أما إذا وصلت الواقعة إلى علمه بواسطة الغير وصرح بهذه الواقعة نقلا عن غيره فقط، فلا يعتبر تصريحه شهادة بالمعنى القانوني بل تعد سماعية، وإن كان يجوز للمحكمة أن تأخذ تصريحه هذا على سبيل الاستئناس⁵.

كما أن قبول الشهادة يستوجب ألا يكون التصريح من شأنه دفع المسؤولية عن نفسه، وإلا كانت شهادته مردودة⁶، كأن يشهد مساعد الطبيب – الذي قام بالفعل الذي رتب الضرر – في حق الطبيب بما يفيد نفي المسؤولية عن نفسه. علاوة على انتفاء أي مانع من موانع الشهادة أثناء الإدلاء بها⁷، باعتبارها من أسباب التجريح التي يترتب على ظهورها إبطال تلك الشهادة.

¹ - B. Hoerni, op. cit, p 87.

² - طلال العجاج، المرجع السابق، ص 240 .

³ - للشهادة معنان: المعنى العام وهو البينة، ويقصد بها الدليل أيا كان نوعه سواء الكتابة، القرائن أو الشهادة، لذا يقال " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر". أما المعنى الخاص فهو الشهادة دون الأنواع الأخرى، ذلك أن الشهادة كانت الدليل الغالب في الماضي، لذا كان يقصد بالبينة الشهادة وبقيت هذه التسمية إلى وقتنا الحاضر بحيث أن البينة والشهادة نفس المعنى. ويقصد بها في الاصطلاح بأنها: إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهدته أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، م 1، "الإثبات-آثار الالتزام"، المرجع السابق، ص 687، 688.

⁴ - محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام (المصادر، الأحكام، الإثبات) دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه والقضاء، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2007، ص 99.

⁵ - باعتبارها شهادة غير مباشرة أقل قيمة من الشهادة المباشرة ويعود لقاضي الموضوع تقدير مدى قيمتها في الإثبات، محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ط 1، د.ذ.د.ن، ن، السنة 1991، ص 70.

⁶ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 216.

⁷ - والتي حددتها المادة 153 من القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن ق.إ.م.إ.ج، ج.ر.ع. 21، لسنة 2008.

وفي الحقيقة يبقى للقاضي وحده السلطة التقديرية في الاعتماد على أقوال الشهود بمنتهى الحرص، ومع الأخص حين يكون المريض ممن يتصل بمؤلاء الشهود بصلة القرابة أو يكون قد مضى على الحادث الذي تتعلق بها زمن طويل¹. لذلك فإن تقدير مدى تحقق هذا الإخلال من عدمه قد يدفع القاضي في الغالب إلى الاستنباط بنفسه، من خلال دراسته لشتى القواعد القانونية المحددة لهذا الالتزام الإنساني عن طريق القرائن القضائية².

ولعل استقلالية القاضي بتقدير الأخطاء الطبية تكاد تكون منعدمة، إذا تعلق الأمر بالأعمال ذات الصبغة الفنية البحتة، وهو ما سنورد تفصيله في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: كيفية إثبات الخطأ الفني الصادر عن الطبيب

من المعلوم أن الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني خطأ مهني من حيث المبدأ لا يمكن أن تنشأ إلا أثناء ممارسة مهنة الطب³، غير أن خصوصيته تظهر في اعتباره ناتج عن الخروج عن القواعد العلمية والأصول الفنية التي تحكم مهنة الطب وحقائقه الثابتة المعترف بها أو الإخلال بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون⁴. إذ يقع هذا الخطأ سواء ارتكب من طرف طبيب عام أو حتى من طبيب متخصص⁵.

¹ - مفلح بن ربيعان القحطاني، المسؤولية الطبية وطرق إثباتها في النظام السعودي، بحث مقدم لجامعة جرش الأردنية، المؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، السنة 1999، غير منشور، ص 17.

² - أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 117.

³ - إذ يطلق عليها كذلك الأخطاء المتعلقة بالفن الطبي أو بالطب كتقنية، عبد القادر تيشة، المرجع السابق، ص 22.

V. dans ce point : G. David, l'erreur médicale, quelle veine ? press. Méd., T. 32, n°09, 08 mars 2003, Masson, Paris France, p 387.

⁴ - صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص 66، فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والمصري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م. 22، ع. 01، السنة 2006، ص 141.

La faute technique est une faute professionnelle à l'occasion de laquelle le médecin fait une erreur grave d'appréciation relativement aux standards de sa profession, aux normes techniques reconnues, une faute que l'on ne doit pas réaliser si l'on est compétent et attentif, Cité par : M. Bernard, 120 questions en responsabilité médicale, « aspect pratique en fondamentaux », Elsevier-Masson, S.A.S, Belgique, 2007, p 13, V. aussi D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, la responsabilité médicale, données actuelles, 2^{ème} éd., E.S.K.A, Paris, France, 1999, p 104.

⁵ - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 379.

ولعل مجالات هذا النوع من الأخطاء تتعدد¹، جعل عملية تقدير مدى مطابقة السلوك الفني للطبيب للأصول العلمية المستقرة تشكل دون شك مهمة مستحيلة للقاضي، وهذا راجع لعدم إلمامه بمعطيات الفن الطبي وهو الأمر الذي ينعكس على مدى انعقاد مسؤولية الطبيب من عدمها². على هذا الأساس فإن دراسة وسائل إثبات الخطأ الفني تكتسي أهمية بالغة، باعتبارها المحرك الأساسي لثبوت التعويض للمريض. غير أنه هذا الأمر لا يبدو سهلاً لأول وهلة، بل تأخذ جانباً من التعقيد، نظراً لطبيعة هذا النوع من الأخطاء الذي قد يتخذ صورة بسيطة (الفرع الأول) أو طابعا فنيا مركبا أو معقدا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وسائل إثبات الأخطاء التقنية ذات الطبيعة البسيطة

لاشك أن الأخطاء الفنية البسيطة تتعلق ببعض الأعمال الطبية الظاهرة المتعارف عليها، والتي لا يمكن حصرها في صورة واحدة، باعتباره إخلال بالمسلمات الثابتة والمفروضة قانوناً³. فقد يظهر في عدة سلوكيات قد يرتكبها الطبيب أثناء مباشرة العلاج وتنفيذه⁴. لذلك فإن تقدير هذا النوع من الأخطاء لا يشكل صعوبة بالنسبة للقاضي، لحملها في ظاهرها مبررات خروج الطبيب عن القواعد المتعارف عليها قانوناً⁵. حيث لا تتطلب تطبيق المبادئ العلمية والتجريبية على الحالة أو معرفة فنية متخصصة لاستخلاص الحقيقة، بل يمكن للقاضي إضفاء

¹ - كأن يخطئ الطبيب عند عملية الفحص واستخدام الأجهزة الطبية أو عند تشخيص المرض أو خطئه في اختيار وسيلة العلاج ووصف الدواء. كما قد يقع خطأ الطبيب عندما يجري التدخل الجراحي دون مراعاة لأصول التخدير والجراحة أو عدم توجيه الرعاية للمريض عند المراقبة الطبية وغير ذلك، السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 18.

² - صالح حميليل، المسؤولية الجزائية الطبية، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، ص 35.

³ - J-C. Duluc, docteur est-ce une erreur ? mode d'emploi les bavures médicales, éd. Filipacchi, Paris, France 1992, p 27.

⁴ - كعدم تعقيم الأجهزة الطبية أو عدم إجراء فحوص أولية سابقة على تنفيذ عملية جراحية أو غيرها من أساليب العلاج، والتي تنطوي على قدر معين من الخطورة واحتمال المضاعفات مصطفى عياد، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية للطبيب، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، جرش الأردن، السنة 1999، غير منشور، ص 29. كما قد يتعلق الأمر بعدم مراعاة الطبيب لضرورة التخدير أو نسيان بعض هذه الأدوات الطبية في جسم المريض بعد إجراء العملية، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 239. بالإضافة إلى خطأ الطبيب في مكان العملية أو إجرائها رغم إصابة إحدى يديه، بباكر الشيخ، المرجع السابق، ص 176.

⁵ - منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص 421.

صفة الخطأ عليها وفقا لثقافته ومعلوماته العامة، وذلك بالنظر إلى ظروف العمل الطبي والإجراءات الوقائية الواجب مراعاتها.

فقد يأخذ القاضي بالكتابة كوسيلة لإثبات الخطأ الفني البسيط، وذلك باعتماده على الوصفات الطبية التي تحمل عدة دلالات، أولها هي وجود عقد طبي بين الطبيب ومريضه¹، كما أنها عادة ما تشير - بموجب مجموعة الأدوية الموصوفة - إلى أن الطبيب قد توصل إلى تشخيص معين للمريض، ودرجة الجرعات المحددة في الوصفة.

ومن ثم فإن مسؤولية الطبيب يمكن أن تبرز في التحرير المعيب لهذا المستند، كبيان غير دقيق للمقادير أو الكيفية أو مدة العلاج² أو أن الكتابة المعيبة سببت غلطا في القراءة لدى الصيدلي، فمنح دواء خاطئا أو بجرعات خاطئة³.

ويستوي الأمر كذلك بالنسبة للوثيقة الطبية التي يحررها طبيب الأشعة تفسيرا للصورة الإشعاعية أو التي يحررها طبيب القلب تفسيرا لمخطط رسم القلب⁴، التي يمكن استعمالها كدليل إثبات، سواء ضده أو ضد الطبيب المعالج الذي أهملها أو لم يحسن الاستفادة منها في العلاج. والجدير بالذكر أن مجرد سكوت أو تشكيك الطبيب في أن المستند قد صدر عنه، كأن يقول " لا أعلم و لا أتذكر هل وقعت هذا المحرر أو لا ؟"، فإن ذلك لا يحول دون استعماله كدليل إثبات في الدعوى. كما يطبق نفس الحكم في حالة عدم اعتراض الطبيب على هذا المستند في بداية الأمر، إذ يعتبر ذلك إقرارا منه بأنه صادر عنه⁵.

فضلا عن ذلك قد تستعين المحكمة بالقرائن القضائية لاستخلاص خطأ الطبيب عندما يتعلق الأمر بمسألة مسلم بها في العلوم الطبية⁶، مثل وجوب اتخاذ بعض الاحتياطات لسلامة الشخص من خلال التعقيم أو إجراء فحوص أولية قبل وصف العلاج أو التخدير.

¹ - D. Bertrant, T. Harding, R. Laharpe, M. Ummel, médecine et droit médical, médecine et hygiène, Dall., Paris France, 2003, p 191.

² - Robert Sauru, manuel de droit médical à l'usage du médecin praticien et de l'étudiant en médecine, Masson, Paris France, 1989, p 237.

³ - M. Akida, op. cit, p 324.

⁴ - محمود صالح العادلي، المرجع السابق، ص 08.

⁵ - محمد زهدور، المرجع السابق، ص 35.

⁶ - أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب (مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة)، المرجع السابق، ص 78.

من جهة أخرى يمكن استنباط ذلك، باعتبار أن الأداة التي وجدت في موضع الجراحة لا يمكن تصور وجودها داخل جسم المريض قبل إجراء الجراحة، وإلا لكان الجراح اكتشف وجودها عند مباشرته للتدخل الجراحي. كما لا يمكن أن تكون قد وجدت بعد إجراء تلك الجراحة، طالما أنه لا يوجد بجسم المريض ما يشير إلى إجراء جراحة أخرى، وذلك في الموضع الذي حدثت فيه الجراحة الأولى التي أجراها الطبيب المدعي عليه¹.

وعلى إثر ذلك يمكن القول أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة للتحقق من ثبوت الفعل أو الترك من قبل الطبيب أو مساعديه أو إدارة المستشفى، يقرها من خلال وسائل الإثبات المتيسرة في الدعوى.

حيث يقوم في سعيه لاستخلاص الخطأ الفني الطبي بالاعتماد على المعيار المختلط « le critère mixte » المنوط بمقارنة سلوك الطبيب المدعى عليه بسلوك الطبيب الوسط²، الذي لا يجوز له أن يخرج في عمله عن الأصول التي استقرت عليها المهنة الطبية فحسب، بل يجب عليه فوق ذلك ألا يهمل في بذل العناية اللازمة للمريض³، مع مراعاة المستوى المهني والفني وما تحصل عليه من خبرة وكفاءة تكسبه الدقة والحذر⁴.

فحسب هذا المعيار يجب الاعتداد بالظروف الداخلية، ما دامت أن العلاقة بين الطبيب والمريض تقوم على الاعتبار الشخصي. حيث يولي هذا الأخير للطبيب ثقته ويركن إلى درايته ويعتمد على ضميره وخبرته، والتي لولاها لما وضع المريض جسمه وحياته بين يديه⁵. مما يستوجب عليه أن يكون أهلا لهذه الثقة ويراعي مبدأ يقظة الرجل الحريص، وإلا اعتبر إهمالا منه وخطأ أكيدا موجبا للمسؤولية⁶.

¹ - عبد القادر تيشة، المرجع السابق، ص 38، 39.

² - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 231 وما يليها، عبد الكريم مأمون إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، المرجع السابق، ص 59.

³ - يوسف جمعة يوسف الحداد، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 296، ماجد محمد لاني، المرجع السابق، ص 226.

⁵ - محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، م. المحكمة العليا، ع. 02، السنة 2008، ص 67.

⁶ - محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 119، عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 50.

ودون التجرد من الملابس الخارجية التي تحيط بهذا الأخير أثناء قيامه بعمله وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا المجال¹، سواء تعلق الأمر بطبيعة الوسائل المستعملة وظروف العمل التي يمارس فيها الطبيب المعالج مهامه².

ولعل درجة التخصص تؤثر أيضاً على مسلك الشخص القائم بالعمل³، باعتبارها صفة تحمل على زيادة الثقة بالطبيب، ومن ثم يجب أن يقيم لها وزن في تقدير الخطأ المتخصص⁴. فلا يجب أن يتحمل الطبيب الأخصائي نفس النتائج التي يتحملها الطبيب العام، إنما يجب أن يحدد خطأه الفني في حدود اختصاصه⁵.

على هذا الأساس فإن دائرة التخصص الفني الدقيق أثرت على طبيعة المعيار الذي يمكن للقاضي من خلاله قياس سلوك الطبيب الفني ومدى اعتباره خاطئاً. ومن ثم أصبح يأخذ منحى جديد، بعدما كان يتراوح تقديره بين المعيار الشخصي الواقعي⁶ تارة وبين المعيار الموضوعي

1 - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 180، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 202.

2 - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 288.

3 - عبد المعظم فرج الصدة، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والقانون المصري، د.ذ.ع.ط، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، السنة 1974، ص 562، محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 37.

4 - فقد استقر القضاء الفرنسي على أن الطبيب يسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي الذي لا يقع من طبيب فطن في نفس درجة التخصص المهني، وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

Cass. Civ.03/04/1939.D.H. 1939-337, Trib. Civ. Montpellier 29/05/1934.D.H. 1934-453, Trib. Civ. Grenoble 04/11/1946, Trib. Civ. Paris. 02/12/1957. D. 1958-96, C.A Nimes. 1^{ère} ch. 04/12/1998, Juris. Data. n°031058, cité par : A. Castelletta, op. cit, p 118, 119.

كما راعى القضاء المصري أيضاً درجة التخصص في تقدير معيار الخطأ بالنسبة للأطباء، حيث قضت بذلك محكمة الاستئناف المصرية في 1936/01/02 بقولها: ".... بالنسبة للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم وجعلهم مسؤولين عن أي خطأ..." عدلي خليل، المرجع السابق، ص 125.

5 - محمد هشام القاسم، المرجع السابق، ص 13، أحمد أدريوش، عنصر التخصص في تقدير خطأ الطبيب، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية، ط. 01، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، السنة 1995، ص 98.

6 - إذ يقوم هذا المعيار على الأخذ بعين الاعتبار مؤهلات الطبيب العلمية وخبرته المهنية ووضعها الاجتماعي والثقافي، منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص 215. ومن ثم فإن المعيار الشخصي يعتمد على تحديد مفهوم الخطأ على مقياس نفسي، أي النظر إلى الفعل من خلال الطبيب ذاته مسبب الضرر، عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 122، وقد تبنى بعض القضاء هذا المعيار كما هو الحال بالنسبة لحكم محكمة لبيج البلجيكية 1890/07/30، إذ قررت " أن الطبيب غير ملزم بأن يبذل للمريض من العناية إلا بقدر طاقته بالنظر إلى مؤهلاته الطبيعية والثقافية وتجاربه الشخصية." أورده: محمد رابيس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 74. غير أنه ما يعاب على هذا المعيار هو وجود الاختلاف الكثير في ظروف وقدرات الأشخاص والذي قد يؤدي بالضرورة إلى تنوع الحلول واختلاف الآراء، بل تعد نتائج هذه النظرية غير مقبولة وعادلة في التقدير، علي فيلاي، الالتزامات - نظرية

المجرد¹ تارة أخرى.

حيث أصبح هذا المعيار يتسم بالمرونة اللازمة لكي يلاءم من جهة ملابسات الحالة ويتمشى مع التطور الحاصل في المجال الطبي، الذي أدخل مفاهيم جديدة في إطار قواعد المسؤولية الطبية، ولاسيما تلك المتعلقة بركن الخطأ². وذلك بغية توفير الحماية اللازمة للمريض، التي تستوجب الاعتداد الشديد بقواعد الحيطة واليقظة الطبية³.

غير أن التشريع الجزائري لم يراعي خصوصية الخطأ الطبي الذي استوجب استحداث معيار فني، يتعلق بشخص الطبيب والمريض وما يحيط بهما من عوامل تؤثر على نتائج التدخل الطبي وما تسببه من أضرار تحدى بهذا الأخير، بل تبنى المعيار الموضوعي المجرد لتقدير جميع الأخطاء سواء منها المهنية أو العقدية دون استثناء⁴.

= العامة للعقد-، المرجع السابق، ص 63. كما أن قيام هذا المعيار على عوامل نفسية وذهنية يصعب على القاضي الكشف عنها عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 262، ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 222. لذلك تم هجر هذا المعيار.

¹ - ويعني هذا المعيار في مجال الأخطاء الطبية الفنية اعتماد نموذج عملي يقاس به سلوك مرتكب الضرر بطبيب من أوساط الأطباء لما يتمتع به من علم وعناية ويقظة تتفق مع الأصول العلمية المستقرة في المهنة الطبية، العربي بلحاج، الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع. 52، السنة الثالثة عشرة، نوفمبر، ديسمبر 2001، جانفي 2002، الرياض، ص 17، بلغرد لمين، المرجع السابق، ص 14، وأول ما نادى بهذا المعيار التقليدي الفقيه H. Mazeaud وقد عرفه القانون الروماني وسماه برب الأسرة الحريص (Bonus pater familias أي Bon père de famille)، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج. 1، المرجع السابق، ص 824، سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 86. كما أن هذا المعيار يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الظروف العامة المتوافرة في جميع الأشخاص وهو ما يعبر عنها بالظروف الخارجية المحيطة بمكان وبزمان ووقوع الفعل الضار، منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 18، رياض حنا منير، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 226، 227. وذلك على عكس الظروف الداخلية الشخصية التي يتم استبعادها وعدم الاعتداد، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 218. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 1984/02/27 بأن تقدير خطأ الطبيب الفني يتم بطريقة مجردة، مشار إليه لدى: صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص 82. غير أن هذا المعيار شابه القصور لافتقاره لأساس قانوني ولتعارضه مع مبادئ العدالة، مراد بن صغير، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 121، 122. فضلا عن ذلك فإن الظروف الخارجية ليست لوحدها التي تؤثر في قياس مدى انحراف سلوك الطبيب محل المساءلة، بل قد يدفع المريض للجوء إلى طبيب بالنظر إلى مهاراته الشخصية وسمعته. عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 265. وأمام هذه الانتقادات اتجه رأي آخر إلى اعتناق المعيار المختلط يجمع بين مزايا المعيار الموضوعي والشخصي.

² - فقد قررت محكمة النقض في قرارها الصادر في 2008/01/08 عند تأييد قرار المحكمة الصادر عن محكمة استئناف Aix en-Provence بتاريخ 2007/03/26 والذي قضى بمسؤولية أخصائي التخدير المدنية والاعتداد بتخصصه الفني، Cass. Crim.08 janv. 2008, n°07-827, v. dans ce point : A. Kacher, op. cit, p 09.

³ - محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - علي فيلاي، الإلتزامات -نظرية العامة للعقد-، المرجع السابق، ص 64.

حيث أشار في العديد من أحكام ق.م إلى عناية الرجل العادي¹، ولا شك أن قضاة الموضوع اعتمدوا على هذا المعيار أيضا في كل حالة من الحالات التي عرضت على المحاكم بتقدير التشبيه بين ما قام به الطبيب وما يقوم به أوسط الأطباء كفاءة وخبرة في المجال الطبي ذاته، إن وجد في مثل وضع هذا الطبيب، وذلك لسهولة تطبيقه².

غير أنه قد ينطوي السلوك الفني للطبيب على تقنيات معقدة لا طاقة للقاضي بتقديرها.

الفرع الثاني: إثبات الخطأ الفني الموصوف بالتعقيد

لا خلاف أن الأخطاء الفنية قد تأخذ شكلا أكثر تعقيدا، عند خروج الطبيب عن أصول الفن الطبي، لذلك يتعذر على القاضي أن يصل إلى تكييف سليم لمدى صحة عمله، وفقا لثقافته العامة بسبب افتقاده للعلم الفني الكافي في هذا المجال. وهذا ما يفرض عليه الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء لإلقاء الضوء على ظروف التدخل الطبي أو الجراحي³.

ومن ثم تعد الخبرة الطبية بمثابة الوسيلة الأكثر فعالية - إن لم نقل الوحيدة - التي يلجأ إليها القاضي في المسائل التقنية ليستخلص منها العناصر اللازمة لتقدير الخطأ وترتيب المسؤولية، طالما يتضمن الموقف عنصرا فنيا يصعب عليه تفهمه.

لذلك سنحاول خلال هذا الفرع إبراز الأهمية التي تكتسبها الخبرة الطبية في إثبات هذا النوع من الأخطاء، الذي يتسم بالتنوع الكبير لشموله كافة مراحل النشاط الطبي. حيث نتطرق في بداية الأمر إلى تحديد كيفية إجراء الخبرة الطبية (البند الأول) ثم نلي ذلك بالبحث على مدى تأثير هذه الوسيلة على مسار توجه القاضي (البند الثاني).

¹ - المادة 1/154 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " يجب على الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي... " وكذلك نص المادة 1/172 بقولها: " في الالتزام بعمل.... فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي... " كما قضت المادة 45 من م.أ.ط.ج بأنه: " يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة، بضمان تقديم علاج مرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين. "

² - وهو ما تأكد في عدة مناسبات منها: قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء قسنطينة المؤرخ في 1975/09/15، الفاصل في النزاع بين مستشفى باتنة وبين ح. ك، وكذا قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية تحت رقم 106721، فهرس 537، الصادر بتاريخ 1993/10/10 بين مدير القطاع الصحي بسكيكدة ضد ن.ف، للمزيد من الإطلاع على ملخص وقائع القرار يمكن الرجوع إلى: عبد القادر خضير، المرجع السابق، ص 12، 15، قرار مجلس قضاء قسنطينة، الغرفة الإدارية المؤرخ في 1998/02/03 تحت رقم 1988-22، لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ك. 1، المسؤولية على أساس الخطأ، المرجع السابق، ص 165.

³ - محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 22.

البند الأول: كفاءات إجراء الخبرة في المجال الطبي

لا شك أن الخبرة¹ الطبية L'expertise Médicale تجد حدودها القانونية في المسائل الفنية البحتة questions purement techniques التي يمتاز بها العمل الطبي، وذلك بسبب صعوبة الإلمام بها أو إدراكها من قبل القاضي².

الأمر الذي يبرز معه دورها الهام بوصفها جهة فنية مساعدة تقوم بتقدير مدى كفاءة الطبيب المعالج وما إذا كان تدخله معيباً أم لا³، بالإضافة إلى الدقة في تحليل وتطبيق المعطيات العلمية المناسبة للحالة محل البحث أو الفحص⁴.

¹ - الخبرة لغة من الخبر أي النبأ، ويقال بفتح الخاء خبرت بالأمر، إذ عرفته على حقيقته، والخبير هو اسم من أسماء الله الحسنى وإحدى صفاته، فالخبرة هي العلم بالشيء، مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة، عمان الأردن، السنة 2008، ص 98. جمال الكيلاني، الإثبات بالمعينة والخبرة في الفقه والقانون، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، م. 16، ع. 01، فلسطين، سنة 2002، ص 158، 160. أما اصطلاحاً، فقد عرفت الخبرة بأنها عملية بحث وتحري، محمود توفيق اسكندر، محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، د.ذ.ع.ط، دار هوم، الجزائر، السنة 2002، ص 55 أو هي إجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة قصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق أهل الاختصاص للبت في المسائل العلمية أو الفنية التي لا تستطيع المحكمة الإلمام بها، عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، السنة 2005، ص 325، همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2003، ص 357، فهي من الوسائل المباشرة، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات، ط. 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2008، ص 39، محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، د.ذ.ع.ط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، السنة 2000، ص 15، لأن دلالتها تنصب على الواقعة المراد إثباتها للوقوف على حقيقتها من الناحية الفنية، نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2001، ص 353. أما الفقه الفرنسي فقد اعتبرها إبداء الرأي وتقديم المشورة في نقطة متنازع فيها تتعلق بالفن الذي يختص فيه الخبر.

G. creusot, dommage corporel et expertise médicale, L.M, France, 1989, p 05.

والجدير بالذكر أن جميع هذه التعاريف لا تخرج عن اعتبار الخبرة معانة فنية يعهد بها القاضي إلى "شخص تقني"، ينعت بالخبير L'expert تتعلق من جهة بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها.

² - رياض حنا منير، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 706.

³ - L'expertise médicale n'est pas un acte médical selon l'analyse qu'en fait le conseil de l'ordre des médecins, il s'agit en effet une procédure encadrée par la loi qui a pour objet, à partir des techniques et outils médicaux classiques (interrogatoire, examens clinique, analyse de dossier médicale) de faire des constatations médicale et médico-légales et d'en déduire éventuelles ce que l'on appelle des chefs de préjudice, l'expert médical effectue exclusivement des constats les plus objectifs possibles et n'est pas impliqué dans un quelconque projet diagnostique ou thérapeutique, V. J. Hurreau, D. Poitout, l'expertise médicale, op. cit, p 02, 03.

⁴ - السيد محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية، المرجع السابق، ص 52.

وبالتالي فالخبرة في المجال الطبي ليست مجرد وسيلة إثبات تقرّر تبعاً لدعوى أصلية¹، بل زيادة عن ذلك فهي تكمل معلومات القاضي في الجانب التقني الذي ينقصه بمناسبة نزاع يتعلق بعمل طبي سواء وردت إليه عن طريق النيابة العامة في القضاء الجنائي أو عن طريق المحكمة في القضاء المدني، بغية تقدير الحالة الصحية للمريض وتقييم درجة الأضرار التي أحدثت به².

وهذا ما دفع بمعظم التشريعات الوضعية إلى إمكانية الخصوم أو المحكمة باللجوء إلى الخبراء في مجال المنازعات المتعلقة بالمسؤولية الطبية³، لما يوصف لهم من دور جوهري في تفصي الحقائق والإدلاء بها من واقع اطلاعهم المعرفي ضمن مجال البحث الطبي ولا يقتصر على مجرد سماعهم أو ملاحظاتهم مادية⁴.

¹ - كمال الودغيري، الخبرة القضائية في القانون المغربي، مجلة القانون المغربي، ع. 2، السنة 2002، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، ص 87، منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 123.

² - يحيى بن لعل، الخبرة في الطب الشرعي، د.ذ.ع.ط، مطبعة عمار قرني، باتنة الجزائر، د.ذ.س.ط، ص 10.

A. Dorsner-Dolivet, contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence, op. cit, p 205.

³ - فقد نص القانون الفرنسي على الخبرة القضائية بعد عشرين عاماً من الانتظار، حيث نظمها في المادة 11-1142.L

V. G. Nicolas, la loi 04 mars 2002 et l'expertise médicale, Gaz. Pal, 15 Décembre 2002, p 1578.

كما كرس التشريع الجزائري إجراء الخبرة بمفهومها العام في كثير من المواد وفي قوانين مختلفة، حيث خصص قسماً في ق.إ.م.إ.ج حيث عرفها انطلاقاً من الغرض أو الغاية منها بمقتضى أحكام المادة 125 منه، التي جاء فيها: «تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية و علمية محضة للقاضي». وهذا النص مستحدث قد وضع حداً لبعض الجهات القضائية التي كانت تتنازل عن صلاحيتها لأهل الفن من خلال تكليف الخبراء بالقيام بإجراءات تعد من صميم مهمة القاضي، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط. 02، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2009، ص 113. كما أكد عليها أيضاً في الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن ق.إ.ج.ج.ج، المعدل والمتمم من خلال المواد من 143 إلى 148، حيث نصت على ذلك المادة 143 منه، بالإضافة إلى ذلك أولى التشريع الجزائري عناية بالغة للخبرة الطبية، لهذا أفرد بنداً خاصاً في مدونة أخلاقيات مهنة الطب تحت عنوان ممارسة الطب وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة من المواد 95 إلى 99. وقد عرفت المادة 95 الخبرة الطبية بنصها على: "تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية، ثم القيام عموماً بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية." والمادة 1/207 من القانون رقم 90-17، المعدل والمتمم لق.ح.ت. ص.ت.ج السابق الإشارة إليه. وفي نفس السياق فقد نص المشرع المغربي على موضوع الخبرة وعلى كيفية إجرائها ضمن القانون رقم 447. 74. 1 بتاريخ 28 سبتمبر 1974، المتعلق بالمسطرة المدنية، ج.ر.ع. 3230 مكرر بتاريخ 30 سبتمبر 1974، ص 2442، من خلال الفصول من 59 إلى 266، مشار إليه من قبل: محمد بوكوطيس، مسؤولية الدولة في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 126.

⁴ - إيهاب عبد المطلب، أدلة الإثبات وأوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء، ط. 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، السنة 2009، ص 167.

ولا يخفى علينا أن هناك خلط بين مصطلحي الطبيب الشرعي والخبير الطبي، فهذا الأخير هو كغيره من الأطباء يزاول مهنته كخبير فني بالموازاة مع مزاولته لمهنته كطبيب، سواء كان عاما أو متخصصا في مجال معين، كما لا يقوم الخبير الطبي بمهنته إلا بأمر من القضاء¹. ودون أن يكون لهذا الأخير أي دور أثناء التدخل العلاجي للمريض، لأنه لا يمكن أن يكون الطبيب في نفس الوقت خبيرا وطيبا معالجا لنفس المريض².

بينما الطبيب الشرعي يجمع بين صفتين، صفته كخبير مختص بعد دراسة وتكوين في هذا المجال وصفته كموظف عام تابع لمصلحة الطب الشرعي المتواجدة على مستوى المستشفيات العامة³. إذ لا يقتصر دور هذا الأخير على القيام بمهمة الخبرة بأمر من القاضي فحسب⁴، بل يقوم كذلك بإعداد تقارير حول الوفيات المشبوهة وذلك حتى قبل وصول القضية إلى القضاء، ثم يتم اعتماد هذه التقارير كوسيلة إثبات في الدعوى.

كما أن مراعاة مسألة التخصص عند اختيار الخبير الطبي ضروري⁵، فلا يعقل تعيين طبيب عام أو مختص في أمراض النساء للقيام بخبرة على مريض أصيب بنزيف شريان، لتحديد ما إذا كان ذلك بسبب حالته الصحية أو لعدم اتخاذ الطبيب المعالج للاحتياطات اللازمة لسلامته. من جهة أخرى فإن تعدد الوقائع في قضايا المسؤولية الطبية وتعقد المسائل الفنية قد يدفع القاضي إلى عدم الاكتفاء بخبير طبي بمفرده وتعيين عدة خبراء، لتكون النتائج موضوعية من جهة ودقيقة من جهة أخرى⁶، سواء من نفس التخصص للقيام بأعمال الخبرة سوية متكامل مهامهم في تقرير واحد أو من تخصصات مختلفة سيسند لكل واحد عمل مستقل يستلزم معلومات فنية خاصة لا تتوفر عند الباقيين⁷.

= M. Khadir, M.M Hannouz , la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 78.

¹ - دلال يزيد، عبد الجليل مختاري، المرجع السابق، ص 96.

² - وهذا ما نصت عليه المادة 97 من م.أ.ط.ج.

³ - سيد قرني أمين نصر، خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1995، ص 47.

⁴ - محمد الهيني، إشكالية الخبرة المدنية على ضوء تعديلات ظهير 26 ديسمبر 2000، مجلة الإشعاع، تصدر عن هيئة المحامين بالقنيطرة، ع. 24، ديسمبر 2001، ص 33.

⁵ - L. Mélenec, J. Sicard, l'expertise médicale: le médecin devant la justice, traité de droit médical, T. 07, éd. Maloine S.A., Paris France, 1981, p 20.

⁶ - J- F Lemair, J. Luc Imbert, la responsabilité médicale, P. U. F, France, 1985, p 84.

⁷ - وهذا ما أكدته المادة 126 من ق.إ.م.إ.ج.

ولعل الطبيعة الفنية للأخطاء الطبية تتطلب من الخبير دراسة حالة المريض وتتبع مراحل تطور وضعه الصحي والعوامل التي أدت إلى ذلك، ويتم من ناحية عن طريق الدراسة العميقة للملف الطبي وكل التقارير سواء التي تكون بحوزة المريض أو الطبيب المسؤول¹، خاصة وأنه يشكل مرجعا أساسيا لفئة الخبراء في الغالب للكشف عن الخطأ الطبي².

بل أكثر من ذلك قد تعمل هذه الوثائق على مساعدة هذا الخبير في تدعيم مسار القضية³، إذ من شأنها أن توضح الخطوات التي عبرها الطبيب بين التشخيص وإجراء الجراحة، وهكذا يمكن معرفة مدى مطابقة الخدمة الطبية للقواعد المستقرة لمهنة الطب، كما تتجلى أهميتها في كونها ذاكرة الطبيب، يتم فيه تسجيل لحظات تطور حالة المريض، سواء كانت إيجابية أو سلبية.

لذلك فإن عدم مسك الملف الطبي من جهة الطبيب يعتبر خطأ موجبا لمسؤوليته المدنية. الأمر الذي دفع التشريعات الحديثة إلى ضرورة وضع ملف طبي لكل مريض، والتخصيص على محتوياته، وعلى مكان ومدة مسكه⁴.

¹ - إذ يجب التمييز بين نوعين: أولاهما وهو الملف الطبي الذي يكون بحوزة المريض المعني، حيث يحوي على الوثائق المثبتة لسوابقه المرضية أو لنتائج التحليلات المخبرية، وكذلك وصفات العلاج المتبع من قبله وتقارير الأطباء الذين سبق لهم فحص حالته وغيرها من الأوراق، حيث يتم الاطلاع عليه وبدون تحفظ وبكل وضوح ولا تستر من طرف الخبير الطبي، أما النوع الثاني فهو الملف الذي يكون بحوزة المرفق الصحي أو الطبيب المعالج، حيث يهيئه هذا الأخير لكل مريض عادة يتم فيه تدوين كل ما يشاره على المريض من إسعافات أولية وفحوص مختلفة وتشخيص لحالته المرضية ثم العلاج الذي وصفه له، كما يتضمن جميع الوثائق والتقارير الطبية المتعلقة بالحالة الصحية للمريض، كما يشمل ملاحظاته الشخصية وأفكاره الخاصة وهو يتعامل مع المريض المتضرر. فريدة البرموري، دور الخبرة الطبية في تقرير مسؤولية الطبيب، فكر العلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، ع. 01، فبراير 2008، السنة الأولى، 2008، منشورات فكر، الرباط المغرب، ص 177.

² - D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Feuglet, P. Faivre, op. cit, p 330.

³ - طلال العجاج، المرجع السابق، ص 240. فقد أكد القضاء الجزائري على ذلك منها ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 65648، الصادر بتاريخ 2008/06/30، إذ يستخلص من الوثائق والمستندات المودعة بالملف بالإضافة إلى الأوجه المختلفة المثارة من طرف المستأنف، بأن مسؤولية المستشفى الجامعي بسطيف ثابتة بصفة كافية بتقرير مسؤولية الطبيب عن عملية البتر الذي كان نتيجة إهمال فيما يتعلق بوضعية علاج ومراقبة المريض، م.ق، ع. رقم 2، السنة 2009. كما يلاحظ أن القضاء المغربي يعطي أهمية لمقتضيات الملف الطبي وأوراقه ومستنداته، بدون حاجة إلى إثبات المدعي جسامه الخطأ في تكوين قناعته منها، فقد أشار حكم للمحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 2010/03/18، حيث جاء فيه أنه: "يحدد التعويض المستحق للضحية لجبر الأضرار اللاحقة به على ضوء تقرير الخبرة الطبية وكذا ملفه والحالة للضحية والتي تمت معاينتها من طرف الطبيب الخبير أثناء عملية الفحص الطبي." م. رقم 2006/306، محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 132.

⁴ - حيث صار الاحتفاظ بأي وثيقة طبية أمر إلزامي وفقا لأحكام المادة 45 من ق.أ.ط.ف، على أن تجدد بانتظام بسبب استمرارية العلاجات التي تتطلب وجود معالم مكتوبة تعين طبيب آخر عند تغيب الطبيب الأصلي أو عدم جاهزيته، سمية بدر البدور ولهاصي، المرجع السابق، ص 248.

ومن ناحية أخرى قد يستعين الطبيب الخبير عند مباشرته لمهام الخبرة بآراء أطباء آخرين متخصصين كانوا أو غير متخصصين، سواء كانت لهم علاقة بالنزاع المعروض أمام القضاء بصفة مباشرة أو غير مباشرة. وكذا الاستماع إلى أقوال وملاحظات الممرضين، لأنها توضح مدى تطور حالة المريض من لحظة إلى أخرى، كما يطلب شهادة أقارب المريض إذا كانت ضرورية¹.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن الخبير الطبي يكون واعيا جدا بالدور الخطير الذي يناط إليه، إذ يشترط أن ينفذ المهمة المسندة إليه شخصيا وفي المهلة المحددة². وذلك يبذل العناية والتفاني بتقديم استشارة متفقة مع المعطيات العلمية والفنية الحديثة للمهنة الطبية على ضوء ما لديه من بيانات³، مع تجنب الخوض في التقنيات التي مازالت محلا للجدل العلمي وكذا الابتعاد عن طرح آرائه الشخصية إذا لم تكن محل اتفاق في الفن الطبي⁴.

وبالتالي فإنه لا يمكن أن يخضع في النتائج التي يتوصل إليها، إلا لضميره المهني ومعارفه الفنية، دون الانحياز لأحد الأطراف المتخاصمة⁵. وفي نفس الوقت يلتزم بالحفاظ على ما اطلع عليه من معلومات أثناء أدائه المهمة المطلوبة منه⁶.

ومن الواضح أن مهمة الخبير الطبي تنتهي بإيداع تقرير موقع من طرفه لدى كتابة ضبط المحكمة يتضمن جميع الآراء والاستنتاجات المتعلقة بالقضية، والتي من شأنها تنوير رأي القاضي ليتمكن من الفصل في النزاع المعروض عليه، لذلك يجب مراعاة البساطة والوضوح عند تحريره وتفادي الأسلوب العلمي المتخصص⁷.

¹ - هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 183.

² - كمال الودغيري، المرجع السابق، ص 70.

³ - محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 45.

⁴ - L. Mélenec, J. Sicard, l'expertise médicale, op. cit, p 22.

⁵ - J. Herreau, D. Poitout, op. cit, p 87.

⁶ - حيث نصت المادة 99 من م.أ.ط.ج على أنه: "...يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتفم كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته." كما أكدت على ذلك المادة 1/18 من المرسوم التنفيذي رقم 95-310 السابق الإشارة إليه، والتي جاء فيها: "يتعرض الخبير الذي يفشي الأسرار التي اطلع عليها في أثناء تأدية مهمته إلى العقوبات المنصوص عليها في المادة 302 من قانون العقوبات."

⁷ - Y. Lembert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 78.

غير أنه يبدو أن التشريع الجزائري لم يبين الشكل الذي يحرق وفقه هذا التقرير، بل اكتفى بذكر بعض البيانات التي يجب أن يتضمنها تقرير الخبرة على سبيل المثال لا الحصر¹. الأمر يترك الحرية للخبير الطبي في تنظيم شكله بصورة شخصية حسب طبيعة المسائل التي بحثها. مع أننا نكاد نجزم وخاصة في العصر الحديث، أين تطورت التكنولوجيا الطبية وتعقدت الوسائل التقنية المستخدمة في مجال الطب، أن مسألة إثبات خطأ الطبيب من عدمه وتقدير سلوكه تكاد تكون صعبة بالنسبة لفريق من الأطباء الخبراء فضلا عن خبير واحد، فكيف يستساغ القول بأن للقاضي الحرية في تعيين الخبير أو عدم تعيينه.

ومن دون شك فإن لجوء القاضي إلى الخبير ليس من شأنه أن يقلل من دوره أو من مهمته، فما مدى حدود الدور الذي يلعبه الخبير في إثبات أو نفي مسؤولية الطبيب، خاصة متى علمنا بأن كلا من المريض المدعي والطبيب المدعي عليه ملزم بأن يخبر ويعلم هذا الأخير بكل المعلومات والبيانات اللازمة التي ستساعده على القيام بمهمته عند تحريره للتقرير النهائي؟ وهو ما سنحجب عليه في البند الموالي.

البند الثاني: مدى تأثير الخبرة الطبية على مسار توجه القاضي في تقدير الخطأ

إن إعداد الخبير لتقريره حول سلوك الطبيب محل المساءلة لا يعني نهاية المطاف بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام القاضي²، ذلك أنه يبقى على هذا الأخير عرض ما انتهى إليه الخبير على المعيار القانوني للخطأ المهني³.

¹ - وهذا ما يفهم من نص المادة 138 ق.إ.م.إ.ج، السابق الإشارة إليه والتي تقضي بأنه: "يسجل الخبير في تقريره على الخصوص: أقوال وملاحظات الخصوم ومستنداتهم، عرض تحليلي عما قام به وعابته في حدود المهمة المسندة إليه، نتائج الخبرة." وعلى العموم لم يتوقف الأمر على ذلك الحد، بل أرسى العرف القضائي بعض القواعد المهمة التي يجب احترامها عند كتابة تقرير الخبرة، حيث تتضمن أساسا الديباجة والتي يتم فيها سرد الوقائع التي جرت منذ تكليفه بالمهمة بداية من إخطار الخصوم بذلك إلى تسلمه أوراق النزاع إلى الاستماع لأقوالهم وملاحظاتهم، كما تشمل بيان عن أعمال الخبير بالتفصيل وكذا النتائج المترتبة على ذلك بإبراز الرأي النهائي حول المسألة موضوع الخبرة، من خلال الإجابة على أسئلة القاضي المثارة التي كانت سببا في ندبه للخبير، دون أن ننسى إدراج تاريخ تقرير الخبرة والتوقيع من طرفه لإضفاء صفة الرسمية له. بالإضافة إلى إيداع الأوراق والمستندات التي تكون بحوزة الخبير، والتي اعتمدها في إنجاز تقريره النهائي، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق، ص 213، 215، عباس العبودي، المرجع السابق، ص 334، 336.

² - M. Khadir, M.M Hannouz, la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 84.

³ - محمد ريس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 277.

ومن ثم تعدد مظاهر السلطة التقديرية للقاضي إزاء تقرير الخبرة، فمن جهة يعد هذا التقرير مطروحا على الخصوم لمناقشته (فقرة أولى)، ومن جهة أخرى فإنه يخضع كغيره من أدلة الإثبات لتقدير محكمة الموضوع بما لها من سلطة في تقدير الأدلة (فقرة ثانية).

فقرة أولى: مناقشة الخبرة الطبية

يعد تقرير الخبرة الطبية من الأدلة التي لم يحدد لها القانون قوة ثبوتية معينة، سواء في مواجهة الخصوم أو في مواجهة القاضي¹، الأمر الذي يسمح بمناقشة كل ما ورد فيه قبل اتخاذ أي موقف من المحكمة. وذلك عن طريق إبداء الخصوم أقوالهم وملاحظاتهم على أعمال الخبير، وكذا التحقق من توافق النتائج التي توصل إليها مع الأبحاث والمهام المسندة إليه بموجب الحكم القاضي بالخبرة². إذ يخضع تقدير جدوى وأهمية هذا الإجراء للمحكمة التي يجوز لها من تلقاء نفسها أو بطلب من الخصوم أن تدعو الخبير في جلسة تحددها لمناقشة التقرير الذي يكتنفه الشك، بهدف إزالته أو استيضاح النقاط المبهمة³.

كما أن تعدد الخبراء لا يمنع من إجراء المناقشة حول التقرير المعد من قبلهم وتوجيه الأسئلة بما يفيد الدعوى، حيث يتم الاكتفاء باستدعاء أحدهم دون الآخرين وفق لقناعة محكمة الموضوع التي تملك تقدير كل ذلك⁴.

من جهة أخرى قد يقدم المجلس الوطني أو الجهوي لأخلاقيات الطب⁵ استشارة تقنية في دعاوى المسؤولية الطبية، إذ يلجأ القاضي إلى هذه الهيئة من أجل تحديد الأخطاء الطبية وإبرازها

¹ - كريمة بغاشي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، د.ذ.س.ن، ص 123.

² - محمد السيد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية، المرجع السابق، ص 66، 67.

³ - وهذا ما تضمنته المادة 141 من ق.إ.م.إ.ج بنصها: " إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، ... بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات الضرورية والمعلومات الضرورية."

Art. 245 du C. P. Civ. Fr. dispose que: «Le juge peut toujours inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions. ..Le technicien peut à tout moment demander au juge de l'entendre.»

⁴ - محمود محمد أحمد، الوجيز في الخبرة، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2003، ص 18.

Y. Lembert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 83.

⁵ - وقد استحدثت المشرع الجزائري مجلس أخلاقيات الطب بموجب المادة 168 من القانون 90-17، المؤرخ في 1990/07/31، المعدل ل:ق.ح.ص.ت.ج، حيث يتشكل من درجتين للتقاضي: أولاهما المجالس الجهوية لأخلاقيات الطب، إذ يبلغ عددها 12 مجلسا حسب نطاق اختصاصها الإقليمي، حيث يقوم بثلاث مهام أساسية تتمثل في التوجيه والتأديب والاستشارة الفنية، بينما نجد المجلس الوطني لأخلاقيات الطب يمثل الدرجة الثانية من التقاضي، من خلال الفروع التنظيمية الثلاث التي تكونه، حسب فئات السلك الطبي المكونة

ليصل إلى إثبات أو نفي مسؤولية الطبيب، وبهدف مناقشة تقرير الخبرة الطبية لتوضيح الغموض¹. ولعل هذا الإجراء يتسم بالقوة الثبوتية، باعتبار أن التقرير الذي يعده المجلس المذكور يصدر عن كامل أعضائه على الأقل نظرياً، ويعبر عن وجهة نظره ككل. وهذا ما يقودنا إلى القول بأنه ليس من الممكن للمحكمة أو الخصوم مناقشة المجلس فيما يديه من رأي بشأن المسألة المحالة إليه².

كما نشير في نفس السياق إلى أن هناك جدل وغموض يكتنف مهمة المجلس الوطني فيما يخص الاستشارة الفنية، ومن ثم يستلزم الأمر من المشرع التدخل لتوضيح مهمته مع بيان القيمة القانونية لأي هذا المجلس، باعتباره خبيراً معنوياً مشكلاً من صفوف الأطباء. إذ لا يعقل أن يطلب القضاء استشارته ثم لا يلتزم بها هذا من جهة، ومن جهة أخرى ولما كان يحق للمجلس التأسيس كطرف مدني للدفاع عن الأطباء، فإن هذا يشكل حجة قاطعة على أهمية الرجوع إلى المجلس قبل اتخاذ أي عقوبة في حق الطبيب.

فقرة ثانية: كيفية تقدير القاضي الخطأ الفني موضوع الخبرة

مما لا شك فيه أن للخبرة قيمة إثباتية مهمة، فهي تأتي في موضع تعجز عن بلوغه إمكانات القاضي، الأمر الذي يجعل منه عاجزاً عن تقدير مدى صحة الرأي الذي يقدمه الخبير³، إلا أنه يبقى بإمكانه أن يعتمد على وسائل إثبات أخرى كالوقائع والمستندات المقدمة في الدعوى لتقدير الخبرة.

= لها وهي الأطباء، جراحي الأسنان، الصيادلة، سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 131، 132.

¹ - حيث نصت على ذلك المادة 210 من م.أ.ط.ج بقولها: " يمكن السلطة القضائية أن ترجع إلى المجلس الوطني والمجالس الجهوية كلما تعلق الأمر بعمل يتعلق بمسؤولية عضو من أعضاء السلك الطبي، ويمكن هذه المجالس الإدعاء المدني، ويمكن المجلس الوطني أن يرجع إلى المجلس الجهوي عند عدم احترام قواعد أخلاقيات الطب أو أي حكم من أحكام هذا المرسوم."

² - وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 2972062، الصادر 2003/06/24، بأنه: " لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محددة من طرف خبير مختص في نفس المجال واستشارة مجلس أخلاقيات الطب الجهوي المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06، وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصاً مهنياً للفصل فيها مما جعل تعليقه غير مستساغ منطقياً وقانونياً نتيجة القصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض" م. ق، ع. 02، ص 337.

³ - L. Mélenec, J. Sicard, l'expertise médicale, op. cit, p33.

ومن ثم عدّ القاضي سيّد التقدير ولا يتقيّد برأي الخبير¹، فمتى قررت المحكمة ندب خبير أو التزمت بذلك بموجب نص قانوني صريح أو وفقاً لما جرى عليه العمل في القضاء في حالات معينة، فإن ذلك لا يعني التزامها بأن تأخذ برأي الخبير أو مشورته²، لأنه لا يعدو أن يكون إلا عنصر من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها.

على هذا الأساس سوف نستعرض خلال هذه الفقرة مختلف مظاهر حرية القاضي في الخضوع إلى تقرير الخبرة، والتي لا تعدو أن تكون إحدى الحالات الثلاث، سواء كانت الاعتماد على رأي الخبير برمته (أولاً) أو تجزئة التقرير بأخذ بعض ما تضمنه (ثانياً)، كما قد يكون للقاضي رفض الخبرة واستبعادها تماماً (ثالثاً).

أولاً: حرية المحكمة بالأخذ برأي الخبير كاملاً

إذا استوفى تقرير الخبير الإجراءات القانونية من خلاله إمامه بجميع النقاط المسندة إليه وتأسيسه على أسباب سليمة وكافية بذاتها، فإنه يكتسب قوة الإثبات بوصفه محرراً رسمياً³، يستمد منه القاضي قناعته الذاتية على نحو يجعل منه الوسيلة الأساسية للفصل في إسناد الضرر للخطأ الطبي، كما تصبح نتيجة التقرير وما تحويه من وثائق جزءاً مكملًا للعناصر التي يؤسس عليها القاضي حكمه⁴.

إذ يكفي أن تحيل المحكمة للرد على ما يوجه لها بهذا الشأن إلى هذا التقرير في أسباب حكمها، ما دام لا يوجد أي مبرر منطقي يرتب الخروج عنها، وذلك بسبب جهل القاضي بالشؤون الطبية من جهة وتعقد العمل الطبي وما ينطوي عليه من خطورة من جهة أخرى⁵.

ومن ثم يمكن القول بأنه تكتسي الخبرة في مجال المسؤولية الطبية أهمية بالغة، بحيث لا ينجو القاضي من تأثير رأي الخبير على حكمه، من خلال ما يصبح بين يديه من تقدير في سلوك

¹ - عمر نبيل إسماعيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2002، ص 33، رياض حنا منير، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 716.

² - وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 144 من القانون ق.إ.م.إ.ج، بقولها: القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة. " ويقابلها نص المادة 156 من قانون الإثبات المصري، كما حرص على ذكر هذا المبدأ التشريع الفرنسي في المادة 364 من ق.إ.م.ف التي تقضي بأنه: "لا يتقيّد القاضي بالمعاينات والنتائج التي يقدمها الفني."

Art. 246 du C.P.C.Fr. affirme que: « le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien.»

³ -M. Khadir, M.M Hannouz , la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 85.

⁴ - هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 173.

⁵ - منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 124 .

الطبيب محل المسائلة¹، والذي يعتمد عليه بدرجة كبيرة للانتقال به إلى المجال القانوني من أجل تقرير مسؤوليته عن ذلك أو نفيها، وبالتالي الفصل بصفة نهائية في الخصومة القائمة².

بل قد يحدث في الغالب من الحالات أن يشير القاضي بصريح العبارة في حيثيات حكمه ما ورد في نتائج الخبرة³، خصوصا عند تحديد نسبة حدوث الخطر أو العجز الذي أصاب المضرور. الأمر الذي يجعل هذا التقرير له تأثير مباشر فيما يخص تقدير مبلغ التعويض الممنوح له لجبر خاطره. ومن الملاحظ في هذا السياق أنه متى اقتنعت المحكمة بتقرير الخبير وأخذت به يصبح حجة في مواجهة الكافة، وهذا ليس لأنه صادر عن خبير ولا لتوافر صفة خاصة في ذات التقرير، وإنما تتوافر هذه الحجية في قرار المحكمة الذي تضمن هذا التقرير⁴.

ولعل القضاء الجزائري لم يكن بمعزل عن تبني نفس الموقف، إذ يتبين بوضوح من خلال التطبيقات القضائية الصادرة في هذا المجال أن الخبرة الطبية لها أثر بالغ على تأسيس الحكم أو القرار النهائي الفاصل في القضية⁵.

¹ - فالخبير المستخدم من طرف القاضي يأتيه بمساعدة فنية لتقدير ما إذا كان الطبيب كفؤ ومؤهل مقارنة بطبيب وسط من نفس مستواه ويقوم بإبداء الرأي الفني والذي يسمح للقاضي مقارنة سلوك الطبيب المسؤول مع طبيب مثله.

J. Guigue, qui est le véritable juge en matière de responsabilité médicale, Gaz. Pal., n° 196, du 14 juillet 1996, p 11124

² - حيث يتم إثبات الخطأ الطبي عن طريق الخبرة باحترام قاعدتين أساسيتين: أولاهما فنية تدخل في اختصاص الخبير الذي يقوم على المستوى الفني بالبحث عن كل سلوك يشكل خطأ، إذ يلتزم بمهمته المتمثلة في دراسة الوقائع المادية في إطار المعطيات الفنية، وبالتالي فالخبير لا يحل محل القاضي، إنما يفرض نفسه على المستوى الفني حيث يكون القاضي غير مختص، أما القاعدة الثانية فهي قانونية تدخل في اختصاص القاضي الذي يستعيد كامل سلطته باعتباره المختص الوحيد في هذا المجال، حيث يتمتع بسلطة تقديرية اتجاه تقرير الخبير، بآبكر الشيخ، المرجع السابق، ص 325، مراد بصغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية، ص 342، 342.

³ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 219، 220، تيزي عبد القادر المسؤولية المدنية عن الجراحة التحميلية، المرجع السابق، ص 222.

⁴ - أحمد عبد العال أبو قرين، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، ط. 03، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2006، ص 181، 182.

⁵ - فقد اعتمد قضاة مجلس الدولة على تقرير الخبرة في إثبات مسؤولية المرفق الصحي العام، وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 1999/04/19 بأن: "قضاة الدرجة الأولى قد سببوا قرارهم بما فيه الكفاية، وأسسوا قرارهم على التقرير الطبي المحرر من طرف الطبيب المعين من قبل الغرفة الإدارية... وبالتالي فقد بين الخبير الخطأ الطبي المرتكب في تقريره...". حسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج. 1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2003، ص 101. وكذا القرار رقم 27688، المؤرخ في 2007/02/14 الفاصل في قضية (الشركة الجزائرية التأمين وإعادة التأمين بوهران) ضد (ورثة المرحوم و. س. و المستشفى الجامعي لوهران)، الذي جاء فيه: "حيث ثبت لمجلس الدولة بالرجوع إلى تقرير الخبرة الطبية القضائية أن الضحية تم إدماجها في قسم الاستعمالات في حالة خطيرة مع نزيف دموي في الدماغ... وبالتالي فالخطأ المرتكب يرجع لتهاون موظفي مصلحة الاستعمالات" فهرس 113، غير

ثانيا: تجزئة تقرير الخبرة

إن محكمة الموضوع لها السلطة التقديرية في الموازنة بين الأدلة التي تقدم في الدعوى، واعتماد بعض ما تضمنه تقرير الخبير من الآراء وتطرح أجزاء أخرى¹. فإذا أخذ القاضي بجزء من التقرير، فإنه لا يلتزم بأن يرد استقلالا على الطعون الموجهة من الخصوم ضد هذا الأخير².

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن استبعاد المحكمة لباقي التقرير، يرجع إلى تجاوز الخبير ما هو محدد له في مأموريته إلى بحث موضوعات لا تهم النزاع أو أن النتائج التي توصل إليها لا تتفق مع ما توصلت إليه المحكمة من قناعة، مستندة في ذلك على الأدلة والأوراق المعروضة عليها، وربما ترى عدم كفاية ما قام به الخبير في بعض الجوانب³.

على أن هذا لا يمنع القاضي في حالة ما إذا اتضح له أن التقرير النهائي للخبير المعين لا يجب على كل الأسئلة المتعلقة بالنزاع القائم، أن يأمر بإجراء خبرة تكميلية لتوضيح ما بقي غامضا من مسائل فنية أو أسئلة تقنية. لذلك يشكل عمل الخبير مجرد إجراء توضيحي لواقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي⁴، ولا يلزم المحكمة في أي شيء وقت النظر في موضوع الدعوى.

ثالثا: حرية رفض المحكمة لرأي الخبير واستبعاده

لا شك أن سلطة القاضي في تقدير نسبة الخطأ إلى الطبيب تكون بناء على تقرير الخبير بدلالته على الخطأ دلالة واضحة لا محل للتردد بشأنه، فإذا ما تضمنت ما يفيد احتمال ترتيب الضرر

=منشور. وفي قرار آخر رقم 38175 بتاريخ 2008/04/30 الفاصل في قضية (المركز الإستشفائي الجامعي لباب الوادي) ضد (ح، خ، د)، الذي جاء فيه: "حيث يرى مجلس الدولة انه تبعا لما ورد في الخبرة يتعين تحميل المركز الإستشفائي المستأنف مسؤولية تقصيره في التكفل بالمريض المستأنف عليه في وقته المناسب في وقته المناسب، مثلما توصل إليه الطبيب الخبير...". فهرس 413، غير منشور. وفي نفس السياق قرر قضاة مجلس الدولة في القرار رقم 042304، المؤرخ في 2009/03/25 الفاصل في القضية: (السيدة م، د) ضد (القطاع الصحي لولاية تبسة) إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد واعتماد الخبرة المنجزة، فهرس 377، غير منشور، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 160، 162، وفي قرار آخر أصدر مجلس الدولة قرار رقم 049168 المؤرخ في 2010/01/28 الفاصل في قضية (ق. ع. ق) ضد (مدير المستشفى الجامعي مصطفى باشا) والذي قضى برفض القضية لعدم التأسيس معتمدا بصفة كلية على عدة خبرات أنجزت للفصل فيها. فهرس 41، م.ق، ع. رقم 2، السنة 2011، ص 125، 128.

¹ - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 163، مراد محمود الشنيكات، المرجع السابق، 228.

² - عمر نبيل إسماعيل، المرجع السابق، ص 35.

³ - محمود محمد أحمد، المرجع السابق، ص 56.

⁴ - محمد زهدور، المرجع السابق، ص 105، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 601.

إلى عامل آخر غير خطأ الطبيب¹، كان على القاضي طرحها، وإلا كان مخالفا لقواعد الإثبات التي تلقي بعينه على عاتق المضرور، وهو ما يعني تحمل المريض لمخاطر العمل الطبي، كلما تعذر إثبات خطأ واضح من جانب الطبيب².

لذلك فإذا استعمل الخبراء في تقاريرهم صيغا تفيد الشك والغموض لا اليقين والوضوح، فإنه يزيد من حيرة قاضي الموضوع وتردده³. بل أكثر من ذلك فإن وجود معطيات جديدة قد تدفع المحكمة إلى استبعاد تقرير الخبرة، متى كان يفتقد إلى الأسانيد الصحيحة والقوية. كما هو الحال بالنسبة لتراجع الخبير أثناء المناقشة عن بعض الأمور التي أخذ منها موقفا محددًا أو جزمه بخصوص مسألة سبق وأبدى تحفظاته وشكوكه حولها، الأمر الذي يعكس مدى هشاشة الرأي أو الاستنتاج المتوصل إليه.

ولما كان ما يثبت بالفن لا ينقض إلا بالفن، كان لزوما على المحكمة أن تبين الأسباب التي جعلتها لا تأخذ بتقرير الخبرة والأسانيد التي أسست عليها قضاءها بهذا الشأن⁴، لأن صحة الحكم كأصل عام تتعلق بصحة التأسيس⁵.

وقد يتم غالبا باللجوء إلى خبرة مضادة تساعده على تنفيذ هذا التقرير⁶، طالما كانت المسألة المطروحة تستلزم معرفة فنية متعمقة ومتخصصة. كما قد يكفي الإشارة إلى أن الخبير تجاوز حدود مهمته، إذا وجدت عناصر كافية ناتجة عن وجود قرائن أو تحقيق تمكن القاضي من الحكم بغير تقرير الخبرة⁷. مع الإشارة إلى أن تعدد التقارير في الدعوى، لا ينفي

¹ - F/Z. Ait Mokhtar, causalité juridique et responsabilité médicale, rev .C .D .S .P, numéros spécial, 2008/1, Colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9 et 10 avril 2008, , Faculté de droit, université Mouloud Maamri Tizi-ouzo , p 252.

² - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 108.

³ - M. Khadir, M.M Hannouz , la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 85.

⁴ - وهذا عملا بأحكام المادة 11 من ق.إ.م.إ.ج، والتي تقضي بأنه: "يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة."

⁵ - L. Mélenec, J. Sicard, l'expertise médicale, op. cit, p 33.

⁶ - بورويس العيرج، المرجع السابق، ص 12، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/11/18، الذي جاء فيه ما يلي: "إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعذر فض النزاع بين الطرفين، وجب الاستعانة بخبرة فاصلة وعدم الاقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل والإنصاف..." ق. رقم 159373، م. ق، ع. 02، السنة 1998، ص 55، 57.

⁷ - فقد جاء في حكم صادر في 1948/06/20 عن محكمة استئناف باريس أنه كان على الطبيب اتخاذ الاحتياطات لإجراء العمل الجراحي من أجل منع التلوث، وكان على المحكمة أن تعتبر وصول التلوث قرينة على الإهمال مقررّة استبعاد تقرير الخبرة، مصطفى عياد،

استبعاد المحكمة البعض منها، باعتبار أن تقرير الخبير لا يعدو مجرد رأي استشاري مقدم للقاضي¹.

غير أنه لا يجوز للمحكمة أن تفند رأي خبير فني في مسألة فنية بشهادة الشهود، ومتى تعرضت المحكمة لمثل ذلك، فإنه يتعين عليها أن تستند في تفنيده إلى أسباب فنية²، وإلا وجدت نفسها ملزمة بالأخذ بها في حالة عدم وجود أسباب قوية تدعو إلى مخالفتها³.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن قضاة الموضوع غالبا ما يتجنبون تقرير الخبراء في مسائل المسؤولية الطبية، لما تثيره الخبرة من صعوبات ذات طبيعة موضوعية تتعلق أساسا في الاختلاف بين تقدير المعطيات والحقائق العلمية النظرية والحقيقة الواقعية التي واجهها الطبيب محل المسألة⁴.

فضلا عن جهل الخبير الطبي بحالة المريض قبل التدخل الطبي العلاجي وطبيعة الخطوات التي تم اتخاذها للتوصل إلى تشخيص الحالة، وهذا راجع أساسا إلى حوزة الطبيب المسؤول معظم خيوط القضية ابتداء من الملفات الطبية للمريض وانتهاء إلى إمكانية التلاعب الكبيرة بها⁵.

بل قد تزداد مهمة الخبير تعقيدا أيضا بسبب عدم إمكانية تحديد الجهة المسؤولة عن الخطأ الطبي⁶، نظرا لتعامل المريض مع عدة أطباء أثناء خضوعه للعلاج، سواء في العيادات الخاصة

=المرجع السابق، ص 29، منذر الفضل، المسؤولية الطبية، مجلة القانون، الأردن، ع. 06، السنة 1995، ص 18. وفي هذا الصدد نشير إلى القرار الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 1995/11/07، م. رقم 1610/95، الذي خالف رأي الخبير، فقضاة الاستئناف لم يتقيدوا بمضمون الخبرة، وحكموا بمسؤولية الطبيب الجراح إلى جانب مسؤولية طبيب التخدير، وذلك بسبب ما يمكن اعتباره إنشاءً إراديا للخطر، غير منشور، عبد القادر خدير، المرجع السابق، ص 51، 53، كما أكد على ذلك القضاء المغربي بموجب قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2000/06/07، جاء فيه: " وحيث إن الخبرة المعتمدة لم تصف الألم الملحق بالضحية فتكون خبرة معيبة ولم تتقيد بروح المرسوم المؤرخ ف 85/1/14 المتعلق بتقدير سبب العجز بخصوص الوصف الواجب قانونا إعطاؤه ولم يجعل لما قضت به أساسا صحيحا من القانون وعرضت بذلك قرارها للنقض." قرار رقم 1153، م. جنحي، ع. 97/11213، أورده محمد أوغريس، قضاء المجلس الأعلى في التعويض والتأمين سلسلة الدراسات القانونية، ط. 2، السنة 2001، ص 32.

¹ - محمد هشام القاسم، المرجع السابق، ص 15، فائق الجوهري، المرجع السابق، ص 383، كما أكد على ذلك التشريع الجزائري في المادة 144 من ق.إ.م.إ.ج، التي جاء فيها: "... القاضي غير ملزم برأي الخبير غير انه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة."

² - منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص 646، 648، إبراهيم علي حمادي الخلبوسي، المرجع السابق، ص 212.

³ - توفيق خير الله، المرجع السابق، ص 503.

⁴ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 219، رياض حنا منير، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، المرجع السابق، ص 708، 709.

⁵ - هشام عبد الحميد فرج، المرجع السابق، ص 175، محمد فتاحي، المرجع السابق، ص 96.

⁶ - D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, op, cit, p 331.

أو المستشفيات العامة والمراكز الطبية المتخصصة، وبالتالي تعدد المسؤولية تبعاً للمكان الذي يمارس في العمل الطبي¹.

من جهة أخرى يبدو أن أعمال الخبرة الطبية الهادفة لتبيان الخطأ الطبي تصب غالباً في مصلحة الطبيب أكثر منه في مصلحة المريض²، لانعدام الحياد فيها بتغاضي الخبير عن بعض الأمور التي قد تكون مهمة في تقرير المسؤولية أو محاولة إيجاد تبرير له، وذلك بسبب عامل الزمالة³.

ولعل تصفح بعض التقارير المنجزة من قبل الخبراء سواء التابعين لمصالح الطب الشرعي في مؤسسات الصحة العمومية أو الأطباء الخواص في الجزائر يكشف لنا صعوبة مهمة القاضي التي تبقى مرهونة بمدى إلمامه الجيد باللغة الفرنسية، باعتبار أن تقرير الخبرة يحرر بصفة كلية بلغة أجنبية غير اللغة العربية .

وأمام هذه الوضعية يلجأ القضاة إلى تبني حل آخر يتمثل في طرح أسئلة مباشرة على الخبير، دون الاعتماد على ما تضمنه تقرير الخبرة. الأمر الذي لا يؤدي في أغلب الأحيان إلى الإجابة الدقيقة التي تنسجم مع الإشكال المطروح، فيكون الخبير حينها مجبراً بالإجابة على أسئلة القاضي دون إبداء رأي خارج إطارها، مما قد ينجم عن ذلك هدر لحقوق المتضررين .

لذلك فإن المحاكم أصبحت تحتفظ لنفسها بالاستنتاجات، حيث يجب على القاضي عند قيامه باستخلاص الأدلة القانونية أن يراعي منتهى الدقة والحذر. كما يجب عليه أن يعتمد على أصحاب المهنة المعروفون بالنزاهة والكفاءة العلمية، من غير أن يطلب منهم الإجابة على مسائل قانونية تخرج عن دائرة مهامهم الطبية⁴. ل يبقى هذا الأخير هو الخبير الأعلى في الدعوى، والذي يستقل بالتكييف القانوني للسلوك الفني للطبيب⁵.

¹ - أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 165.

² - أحمد هديلي، المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، المرجع السابق، ص 100، بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 324.

³ - سعد سالم عبد الكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، المرجع السابق، ص 315، يوسف جمعة يوسف الحداد، المرجع السابق، ص 125.

⁴ - صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص 137، محمد الكشور، محمد عبد النبوي، المرجع السابق، ص 167.

⁵ - M. Khadir, M.M Hannouz , la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 86.

وكل ذلك يدعونا للقول وعن حق أن التقرير الذي أنجزه الخبير رغم ما يكتسي من أهمية، فإنه لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى، التي قد يقف عليها القاضي لتبهيئ القضية للحكم، فمتى اقتنع بجدواها استند إليها. باعتبار أن هذا الأخير لا يحكم بثبوت الخطأ الطبي، إلا بعد أن يتحقق لديه اليقين الثابت بوجود هذا الخطأ، ونسبته إلى الطبيب محل المساءلة، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمريض¹.

غير أنه متى ثبتت مسؤولية الطبيب، ينشأ للمريض الحق في رفع دعوى اتجاه هذا الأخير، موضوعها التعويض عن الضرر اللاحق به جبرا له، وهو ما سيتم إيضاحه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: أحكام دعوى الضمان كأداة لجبر الضرر الواقع على المريض

لا أحد ينكر أهمية التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص، باعتباره موضوع دعوى الضمان ذاتها. وذلك لما يشكل من جزء لردع كل تلك الأفعال التي ينجر عنها الإضرار بالغير، والتي في غالبيتها تنبعث من عدم المبالاة والتهاون، قبل أن يهدف إلى تعويض الخسارة التي ألت بالمضروب. إذ تنطلق فلسفة قضاء التعويض من فكرة التعويض (La réparation) نفسها، ومن ثم فإن المتضرر لا يملك إلا اللجوء إلى القضاء لإصلاح الاختلال الحاصل وإعادة التوازن له بتعويضه عن ما لحقه من ضرر، طالما لم يتم الاتفاق الودي (accord amiable)²، الذي يسعى من خلاله المضروب عادة إلى تفادي طول الخصومة قضائية وما تتضمنه من مصاريف مكلفة.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن مفهوم التعويض شهد في الآونة تطورا ملحوظا، حيث أصبح لزاما على المسؤول المحدث للضرر منح تعويض كاف يتناسب وكل الأضرار المادية منها والمعنوية. وذلك بعد أن كانت وظيفة التعويض تقتصر على إعادة المريض المضروب إلى وضع يشعر فيه بالرضا، ولو كان هذا الرضا غير تام عن الحالة التي آل إليها بعد إصابته³.

بل أكثر من ذلك فإن تعقد النشاط الطبي وما يحيط به من الكثير من المخاطر، يؤثر على طبيعة الأضرار التي تلحق بالمريض التي تتسم بالجسامة البالغة، مما يصعب معه الحديث حتى عن

¹ - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 163، طاهري حسين، المرجع السابق، ص 63.

² - Y. Chartier, la réparation du préjudice dans la responsabilité civile, éd. Dall., Paris France, 1983, p 20.

³ - طه المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، السنة 2002، ص 141.

التعويض لجبر الضرر مهما كانت قيمته، رغم ما يملكه القاضي من سلطة واسعة في تقدير نسبة الضرر وحجم التعويض اللازم لإصلاحه.

من جهة أخرى فإن نظام التعويض في المجال الطبي ظل لوقت طويل يتسم بالتعقيد والصعوبة، بحيث يقوم على قواعد المسؤولية الشخصية¹. غير أن التحولات في مجال المسؤولية الطبية، سرعان ما تجاوزت هذه الحدود.

إذ نجد أن بعض الدول عمدت إلى إيجاد آليات مالية تساعد هؤلاء المتضررين من الحصول على التعويض بسهولة وبسرعة دون أن يكون ذلك متوقفا على إثبات خطأ الفاعل²، سواء من خلال فرض نظام التأمين المباشر لتعويض المتضررين أو وضع نظام خاص للتعويض عن تلك الحوادث الواقعة بدون خطأ. بحيث يتجلى الغرض من ذلك في تحقيق حماية شاملة لمضوري النشاط الطبي.

على هذا الأساس تثير مسألة إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن المسؤولية الطبية عدة إشكالات في الحياة العملية، وجب علينا الوقوف عليها وإيجاد بعض الحلول لها، سواء فيما يتعلق الأمر بالاعتبارات التي يقوم عليها حق التعويض في المجال الطبي وكيفية اقتضائه، باعتباره موضوع هذه الدعوى (المبحث الأول) أو بالآليات المعتمدة من قبل المريض للتعويض عن الحوادث الطبية تزامنا مع التطور المزدوج في قواعد المسؤولية الطبية والتقنيات المطبقة على جسمه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: كيفية اقتضاء حق التعويض في المجال الطبي

لا شك أن لجوء المريض لطريقة التعويض عن الضرر الذي أصابه يعد من أبسط ما يقوم به كرد فعل عن المساس بجرمته الجسدية، بل أنها قد تشكل في حالات كثيرة الأمل الوحيد الذي يرحوه المتضرر سعيا منه لجبر الضرر الحاصل له.

لذلك يشكل موضوع التعويض أهمية كبيرة في النظام القانوني لأي دولة، فما فتئت التشريعات تؤكد على ذلك كأحد المبادئ الملازمة للمسؤولية أينما وجدت³، باعتباره أحد الوسائل الهامة والضرورية لجبر الأضرار وذلك بعد التطور الحاصل في مفهومه.

¹ - G. Lahlou Khia, le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité, éd. ENAG, Alger, 2013, p14.

² - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 04.

³ - Art. 1382 du C.Civ.Fr dispose que : « Tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute du quel il est arrive à le réparer. »

ولعل ضرورة هذا العنصر قد تزداد في المجال الطبي، نظرا لصعوبة إصلاح ما تحدثه الأضرار في المريض، والتي اتسع نطاقها ليشمل كل الأضرار المادية والمعنوية، الشخصية والمرتدة¹، إلى جانب ما قد يصيبه من تفويت فرصة للحياة أو الشفاء يبقى تأثيرها على المدى البعيد. كما أن لاختلاف هذا الضرر الذي يصيب المريض وقعه المؤثر على عملية تقدير التعويض، الأمر الذي يخضعها لمجموعة من الاعتبارات والضوابط الخاصة يعتمد عليها القاضي سعيا لإعادة التوازن الذي اختل ويحقق حماية عادلة يتناسب وهذا الضرر الحاصل. لذا فإن معالجة عنصر التعويض في مجال المسؤولية الطبية يتطلب بيان طبيعته القانونية (المطلب الأول) ثم البحث في قواعد وأسس تقدير التعويض المستحق للمريض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتعويض جراء الأضرار الطبية

يعد تطور مفهوم التعويض عن الاعتداء بسلامة الأشخاص الصحية أكبر دليل لاهتمام كل من الفقه والقضاء بتوسيع نطاقه ومجال تطبيقه²، وذلك بقصد تحقيق أكبر قدر من الرضا لكل من الطرفين، المضرور من جهة والمسؤول عن الضرر من جهة أخرى دون التفريط بتقدير التعويض حفاظا على مصالح المتضرر.

فالأصل في التعويض في مجال المسؤولية المدنية أن يكون بتقدير قيمة الضرر ومنح المضرور مقابل عنه، إلا أن ذلك لا يمنع إمكانية بروز حالات يمكن فيها إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حصول الضرر المعوض عنه. لكن حتى تتحقق الغاية من التعويض وهي جبر الضرر وإصلاحه، لا بد أن يقدر القاضي التعويض بقدر الضرر، بحيث يفيد المضرور من تعويض يغطي كامل الضرر الذي لحق هذا الأخير ويتناسب معه.

=Art. 1383 du C.Civ.Fr dispose que : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par négligence ou par son imprudence. »
A. Lucas, op. cit, p 165.

ويقابله في التشريع الجزائري المادة 124 من قانونه المدني والتي قضت بأنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض." وبالنسبة للتشريع المغربي فقد نص المشرع في الفصل 77 من مسطرة الالتزامات والعقود، مشار إليه من قبل: ابراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 326.

¹ - الشريف بجماي، مدى تقدير التعويض عن الضرر الجسماني، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. رقم 12، السنة 2012، ص 63.

² - M. Akida, op. cite, p 248.

من هنا تبرز أهمية دراسة طبيعة التعويض المستحق لفائدة المريض، باعتبارها الركيزة التي يعتمد عليها القاضي عند تقدير قيمة الضرر الناجم عن النشاط الطبي الذي يتميز بالجسامة والخطورة في نفس الوقت. حيث سنحاول في البداية إبراز المبادئ العامة التي تقوم عليها عملية التعويض (الفرع الأول)، ليبقى لنا أن نلقي الضوء على الصور التي يتم من خلالها دفع هذا التعويض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المبادئ التي يقوم عليها التعويض كحق للمريض

بداية ينبغي أن نشير إلى أن مصطلح التعويض (La réparation)¹ مأخوذ من الفقه القانوني. إذ يقصد بالتعويض بصفة عامة بأنه: "جزء الانحراف في السلوك الذي يسبب ضررا للغير، وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول في ذمته كل نتائج هذا الانحراف أي التعويض العادل اتجاه من أصابه."² ومن ثم فإنه عد التعويض وسيلة القضاء في إزالة الضرر أو التخفيف من وطأته، باعتباره الأثر الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية³.

أما بالنسبة للتعويض في المجال الطبي فيمكن اعتباره ذلك البديل النقدي، الذي يدفعه الطبيب لمريضه جبرا للضرر الذي ألحقه به⁴، وذلك كنتيجة لقيام مسؤوليته أثناء إجراء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي على جسمه.

¹ - يقصد به لغة: بمعنى البديل والخلف، والجمع أعواض، بينما فقهاء الشريعة الإسلامية يطلقون عليه اصطلاح "الضمان" أو التضمين والذي يحمل معنيان، أولاهما: الضمان بمعنى الكفالة وهذا خارج عن نطاق بحثنا، أما الثاني بمعنى التعويض، وقد عرّفه الفقهاء بأنه: "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة." مفيد محمد علي، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، المعهد القضائي، بغداد، العراق، السنة 1985، ص 48 أو هو "التزام بتعويض مالي يحكم به للغير نتيجة ضرر لحق به سواء كان على مصلحة أو فائدة مشروعة له." لقمان فاروق حسن نانة كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، دراسة مقارنة، ط. 01، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، السنة 2013، ص 32.

² - عز الدين الديناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 973.

³ - A. Dorsner-Dolivet, contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilité civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence, op. cit, p 340.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن هناك اختلاف بين التعويض و العقوبة، بحيث يهدف التعويض إلى حماية الشخص المضرور بجبر ذلك الضرر الذي أصابه، بينما تقوم العقوبة على زجر الجاني عما اقترفه من جريمة، ومن ثم فتسقط هذه الأخيرة بوفاة المتهم، خلافا لما هو الحال بالنسبة للتعويض الذي لا يكون مقيدا بأجل محدد مادامت الدعوى لم تتقدم، عز الدين حروز، المرجع السابق، ص 209، وذلك بعد أن كانت الشرائع القديمة تعتبر أن كلاهما مندجين في بدل واحد يقرر لمصلحة المجني عليه، رياض منير حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 555.

⁴ - كريم عشوش، المرجع السابق، ص 209، كوثر زهدور، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013، غير منشورة، ص 292.

والجدير بالذكر أن التشريع الجزائري لم يتناول مسألة التعويض بطريقة مفصلة وواضحة في المجال الطبي، وإنما تعرض للعقوبات الجزائية المترتبة عن إحداث الطبيب أضرارا لمرضاه، مما يفهم أنها مازالت تخضع للقواعد العامة المقررة في ق.م.¹

ولعل تطور المسؤولية من حيث أساسها وتحولها إلى مسؤولية موضوعية لا تستند على عنصر الخطأ، كان له الأثر البارز على المبادئ التي يقوم عليها التعويض². فقد ظهر ما يعرف بمبدأ التعويض العادل بدل فكرة التعويض الكامل، بحيث يتحدد وفقا لظروف كل حالة³. وذلك لكي يعيد التوازن المفقود الذي احتل بفعل الضرر الناشئ. إذ نجد أساسه القانوني في مبدأي العدالة والمساواة، اللذين هما من المبادئ الدستورية المكفولة للجميع⁴.

وترتبيا على ذلك فالأصل أن يكون هذا التعويض على قدر كاف، لجبر الضرر الناشئ. ومن ثم لا يجوز أن يقل عن هذا الأخير، كما لا يعني أن يتجاوز في ذلك⁵، لأنه ليس من المستساغ أن يكون الضرر مصدر لإثراء المتضرر من دون سبب.

وبالتالي فإن القاضي يملك حرية واسعة في تقدير التعويض المناسب لحجم الأضرار اللاحقة بالمريض أو وذويه على إثر الحوادث الطبية وذلك للوصول إلى حماية عادلة للمتضررين سواء كانت بخطأ من الطبيب أو عدمه⁶.

¹ - وذلك وفق ما قضت به المادة 124 من ق.م.ج، التي جاء فيها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض." والتي تقابلها نص المادة 1382 من ق م ف، حيث جاء نصها كالاتي:

Art. 1382 du C. Civ. Fr. dispose que: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.»

نلاحظ أنه استعملت باللغة الفرنسية كلمة «Réparer» والتي تعني الإصلاح وهو التعبير الدقيق، لأن هذه الكلمة قد تشمل التعويض أو إعادة حالة المضرور إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر، بينما كلمة التعويض تعني إعطاء مقابل للمضرور عما أصابه من خسارة.

J- M. de Forge, op. cit, p 22 .

² - وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم -دراسة مقارنة-، د.ذ.ع.ط، دار المغربي للطباعة، مصر، السنة 2006، ص 70.

³ - C. Larroumet, droit civil, T. III., Les obligations, le contrat, 3^{ème} éd, Economica Delta, Paris, 1998, p 694.

⁴ - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 425.

⁵ - G. Veney, P. Jourdain, traité de droit civil, les effets de la responsabilité, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001, p 100.

⁶ - هشام الكبيسي، حقوق المريض، مجلة القضاء والتشريع، الصادرة عن مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة لعدل تونس، ع. خاص بافتتاح السنة القضائية، 1996-1997، ع 8، السنة 38، أكتوبر 1996، ص 110.

دون أن ننسى مبدأ شمولية التعويض لتغطية مجموع الأضرار الحاصلة للمريض أو ذويه، مهما كانت بسيطة أو يسيرة، بحيث يتضمن كل ما لحقه من أضرار جسدية وما فاتته من فرص للشفاء أو الحياة. وكذلك الأضرار المعنوية والنفسية التي لحقت به جراء الأخطاء الطبية¹، وذلك استناداً لقاعدة أن التعويض يقدر بقدر الضرر.

غير أنه مهما تنوعت العناصر التي أدت إلى نشوء الحق لصالح المضرور فيه، فإن التساؤل يطرح حول الطرق التي تسمح بالضرورة إلى جبر وإصلاح الضرر وهو ما سنجيب عليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: طرق التعويض الطبي

مما لا خلاف فيه أن الهدف من التعويض، هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر الذي حدث بفعل المخطئ²، ولن يتحقق ذلك إلا بإعادة المضرور إلى الوضع الذي كان قبل حدوث الفعل الضار متى كان ذلك ممكناً. غير أنه إذا استحال إصلاح الضرر وهذا غالباً، فلا يتصور أن يبقى هذا المضرور بدون تعويض، حتى ولو بمبلغ مالي يدخل ذمته المالية بديلاً لما لحقه من ضرر.

لذلك فإن المتفق عليه فقهاً³ وقانوناً⁴ أن التعويض لا يخرج طبيعته عن صورتين اثنتين، فإما أن يكون التعويض بالشكل النقدي، باعتباره الأصل في حقل المسؤولية المدنية أو في صورة عينية كاستثناء. بحيث يقوم القاضي باختيار طريقة إصلاح الضرر، حسب الظروف الملازمة لحالة النزاع المطروح، وبما يبدي المضرور في طلباته عنها، كما أنها تختلف في نطاق المسؤولية العقدية عنها في نطاق المسؤولية التقصيرية.

غير أن الأمر يختلف إذا كنا بصدد نشاط طبي يتسم بتنامي أخطاره وتنوع أضراره سواء منها الأدبية أو المادية، ومن ثم يطرح التساؤل عن مدى إمكانية تطبيق طريقتي التعويض النقدية والعينية بشأن كل نوع من هذه الأضرار، وهو ما سنحاول إيضاحه في البندين المواليين.

¹ - محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 175.

² - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 423.

³ - Y. Chartier, la réparation du préjudice dans la responsabilité civile, op. cit, p 284, 284

⁴ - وذلك بالرجوع إلى أحكام المادة 132 من ق.م.ج، المعدلة بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20/06/2005، حيث جاء نصها كما يلي: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف،....".

البند الأول: تعويض المريض بالشكل النقدي

لا شك أن التعويض النقدي يدخل في إطار ما يسمى بالتعويض بمقابل، الذي يراد به أن يدخل المدين في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها¹. فلا يرمي التعويض إلى محو الضرر، بل إلى جبره.

ومن ثم أصبح هذا الأخير يشكل الأصل في سواء كان بصدد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، بل الأكثر شيوعاً في المجال القضائي، لتكيفه من جهة مع تنوع الأضرار التي يمكن تقويمها بالنقود²، وسهولة تنفيذه بعد الحكم به من جهة أخرى³.

ولعل هذا الاختيار تدعمه أيضاً اعتبارات تتعلق بفلسفة التعويض نفسها، الأمر الذي جعلها أداة فعالة لجبر الضرر، وعليه فمنح المضرور مبلغاً من النقود على سبيل التعويض، يعيد التوازن (Compensation) في ذمته المالية والمعنوية وإزالة ما أصابها من خلل ونقص نتيجة الفعل الضار⁴.

ويبدو أن الأمر يستوي بالنسبة لتغطية ضحايا النشاط الطبي، بحيث يتخذ جبر وإصلاح الضرر اللاحق بالمريض أو أفراد عائلته شكل مبلغ مالي مناسب يقدره القاضي مستعيناً بأهل الخبرة⁵، طالما أن الأضرار الناتجة تكون جسمانية في غالب الأحيان على اعتبار قابليتها للتقدير النقدي.

فالأصل في التعويض النقدي أن يكون دفعة واحدة⁶، وهو ما يطلق عليه برأس المال وغالبا ما يدفع للبالغين المضرورين، وذلك لوضع حد لدين المسؤول وبصفة نهائية وكذا لتمكين المحكوم له بالتعويض باستعمال هذا المبلغ⁷.

¹ - محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانوني المدني، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2002، ص 250.

² - وذلك باعتبار أن النقود تمثل القيمة المطلقة للتبادل، عبد العزيز الصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار) أساسها و شروطها، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2002، ص 19.

³ - سعيد الدغيمر، تنفيذ الالتزام بمقابل أو عن طريق التعويض قضائياً في التشريع المغربي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، السنة الجامعية 1981-1982، غير منشورة، ص 217.

⁴ - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العربية، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، السنة 2008، غير منشورة، ص 128.

⁵ - علماً أن المحاكم لا تأخذ بالتقدير الصادر عن الخبراء بشأن مقدار التعويض، بل تتمتع بقدر كبير من الحرية يتيح لها أن تغير فيما اعتبره الخبير كتعويض بالزيادة أو للنقصان إلى الحد الذي تراه عادل للطرفين، إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 231.

⁶ - M. Paillet, la responsabilité Administrative, Dall., Paris France, 1996, p 255.

⁷ - أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 15.

ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم تبعا للظروف الملازمة للمضروب كجسامة الضرر وصحة المضروب وظروفه العائلية والمهنية بتعويض نقدي مقسط خلال مدة الإصابة التي تقعه عن العمل أو إيراد مترتب مدى الحياة، دون توقف على طلب المضروب¹.

وتجدر الملاحظة إلى أن هناك فرق بين التعويض المقسط وبين الإيراد مدى الحياة، باعتبار أن الأول يدفع على شكل أقساط يحدد القاضي مقدارها ويعين عددها، ليتم استيفاء التعويض بدفع آخر قسط منها. أما الإيراد مدى الحياة، فيدفع هو أيضا على أقساط، ويحدد مقدار القسط فيها، ولكن دون معرفة عددها مقدما، لأن الإيراد يدفع مادام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بوفاته. كما يمكن القاضي إلزام المسؤول بتقديم تأمين لتوثيق دين المضروب كضمان له، يبقى لمدة طويلة في ذمة المسؤول يقوم بدفعه شخص ثالث هي شركة التأمين².

وفي الواقع أن هذا الأمر من شأنه تحقيق العدل ومصالح للطرفين، فالالتزام بتقديم التأمين من قبيل الضمانات التي تقرها مستلزمات العدالة³، وأن الضرر الذي أصاب جسم المريض بسبب الحادث الطبي وأقعده عن العمل بشكل دائم أو أحدث له عجز جزئي أو كلي، يستوجب ذلك لملاءمة ظروف الضحية ويناسب وضعه حتى يتمكن هذا الأخير من تغطية مصاريفه. على أن يبقى اختيار الطريقة المناسبة التي يستوفي بها المضروب المبلغ المالي لتعويض عن الضرر الذي ألم به من المسائل الواقعة التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها.

دون أن ننسى أن إصلاح الضرر قد يقتضي في بعض الأوضاع أن يكون بطريقة مغايرة عن طرق التعويض المعتادة، وذلك هو التعويض بالمقابل غير النقدي⁴. فقد تكون هذه الطريقة قليلة الحكم بها من طرف القاضي، لكونها مبعث خلاف ولاسيما من جهة إقرارها وكذا نطاقها، إلا أنه

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 187، 188. وقد ذهب إليه نص المادة 132 من ق.م.ج المعدلة في فقرتها الأولى: "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون مرتبا..."

² - وهذا ما نص عليه المشرع الأردني صراحة في المادة 269 ق.م.بأنه: "يصح أن يكون الضمان مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا تقدره المحكمة." وتقابلها في ذلك المادة 171 من القانون المدني المصري، إبراهيم علي حمادي الحلوسي، المرجع السابق، ص 221، وهو نفس ما تناولته التشريع الجزائري في المادة 132 من ق.م.ج في نصها: «... ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا.» بخلاف المشرع المغربي الذي لم ينص على هذا الأمر صراحة.

³ - دلال يزيد، عبد الجليل مختاري، المرجع السابق، ص 71.

⁴ - ومثاله في المجال التعاقدية ما جاءت به المادة 119 من ق.م.ج التي تجيز للدائن مطالبة المدين الذي لم يوف بالتزامه بعد إعداره بفسخ العقد مع التعويض إذا اقتضى الحال ذلك، فيكون الفسخ وسيلة التعويض غير النقدي، مشار إليه من طرف: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج. 1، المرجع السابق، ص 967.

يجوز للمضروب المطالبة بها وللقاضي بعدها أن يستجيب لطلبه، كما يجوز له كذلك من تلقاء نفسه الحكم بمثل هذا التعويض¹.

إذ يتصور هذا النوع من التعويض خاصة في حالات الدعاوى المرفوعة على المساس بكرامة وشرف الشخص، كحالات السب أو القذف، كما تثور مثل هذه المسؤولية كذلك في حالات إفشاء أسرار وخصوصيات المريض².

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن التعويض غير النقدي الذي تحكم به المحكمة يندم فيه التقدير المالي، بل يظهر أساسا في إصدار القاضي لحكم بأداء أمر معين كنشر الحكم الصادر بإدانة الطبيب المسؤول أو المستشفى عما المريض من ضرر أو الاعتذار في الصحف أو تكذيب الإشاعات، فقد يكون مثل هذا التعويض أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الصور أو بعض المواقف³.

كما قد يحكم القاضي في بعض الأحيان بفسخ العقد المبرم بين الطبيب والمريض إذا طلب المريض التحرر منه، وذلك لتأخر الطبيب في تنفيذ التزامه أو امتناعه عن التنفيذ. وعند ذلك يعد تحرر المريض من التزامات العقد الذي يوجب الوفاء بها، تعويضا بمقابل غير نقدي⁴.

البند الثاني: الصورة العينية للحصول على التعويض

إن التعويض العيني يتحقق بأن يقوم المسئول عن إحداث الضرر، بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار⁵. ومن ثم فإن الهدف من التعويض العيني هو إزالة مصدر الضرر من أصله، لذا نجد مجاله في المسؤولية التقصيرية دون المسؤولية التعاقدية⁶.

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 222.

² - محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 117.

³ - محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانوني المدني، المرجع السابق، ص 292.

⁴ - كريم عشوش، المرجع السابق، ص 209.

⁵ - P. Jourdain, les principes de la responsabilité civile, 3^{ème} éd., Dall., Paris France, 1996, p 24.

⁶ - والجدير بالذكر أن التنفيذ العيني يختلف عن التعويض العيني، فالأول محل المسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية، حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص 118، 119. وبالرجوع إلى المواد التي خصصها المشرع الجزائري للتنفيذ العيني، نجد أنها تبحث عن كيفية تنفيذ الالتزامات العقدية فقط دون إشارة للمسؤولية التقصيرية، إضافة إلى أن الدائن في المسؤولية العقدية عندما يلجأ إلى القضاء فهو يلتمس إلزام المدين بتنفيذ عين الالتزام المحدد في العقد، وإذا أصدر القاضي حكما بذلك، فلا يكون قد أصدر حكما بالتعويض للمضروب، وحتى ما إذا رتب له تعويضا عن التأخر في الوفاء بالالتزام الأصلي إلى جانب التنفيذ العيني، فهذا التعويض لا يغير من حقيقة الالتزام الأصلي وتنفيذه. أما التعويض العيني فمجاله المسؤولية التقصيرية ويحمل في طبيعته معنى التعويض، لأن الحكم الصادر به لا يقصد تنبيه المدين إلى تقاعسه

إذ يعتبر هذا النوع أفضل طرق الضمان التي يستوفي بها المضرور حقه، وذلك على اعتبار أن هذا التعويض عادلاً للضرر لا يزيد عنه ولا ينقص¹. حيث يكون القاضي ملزماً بالحكم على المدين بأداء عين مماثلة أو تؤدي نفس الغرض من العقد²، إن كان ذلك ممكناً وغير مرهق له، بناءً على طلب المضرور أو تقدم به المسؤول³.

أما في مجال المسؤولية الطبية فإن التعويض العيني يبدو في غالب الأحيان أمراً عسيراً وصعباً، نظراً لطبيعة الضرر الحاصل على جسم المريض الذي يستحيل إصلاحه وإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل، ومن ثم لا محل للتعويض العيني إطلاقاً.

كما هو الحال بالنسبة للإصابات الجسمانية التي أدت إلى وفاة المريض أو فقدان أحد أعضاء جسمه خاصة وأن العضو الصناعي لا يؤدي نفس وظائف العضو الطبيعي أو تشوهات جسيمة يتعذر إصلاحها مطلقاً⁴. وكذلك لا يمكن إلزام المستشفى بإعادة دم المتبرع، حتى ترجع الحالة الصحية السابقة التي كان عليها قبل إصابته بعدوى الإيدز، نتيجة عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة⁵. ويستوي نفس الحكم عندما تلحق بالمريض أضرار أدبية، كالاغتداء على الحياة الخاصة للمريض بإفشاء أسرارهِ الطبية وتشويه سمعته. دون أن ننسى ما يتعلق بالآلام الجسدية والمعاناة النفسية التي تصيب هذا الأخير⁶.

ومع ذلك يبقى التعويض ممكناً في بعض صور الضرر الجسدي، فالطبيب الذي أخطأ في تشخيص المرض الذي يعاني منه المريض ونتج عن خطئه ضرراً، فيتعين على القاضي أن يحكم بناءً على طلب المضرور بالأمر بعلاج المضرور على نفقة الطبيب المسؤول عن الضرر. ومن ثم يشمل

=وحتى على تنفيذ التزامه السابق عينا، وإنما الحكم الصادر هذا يتضمن أن المدين قد أحل بواجب عدم الإضرار بالغير، فيتعين إصلاح هذا الضرر بتوقيف هذا الإخلال، وهذا هو التعويض العيني، وهو ما قصده المشرع بنصه في المادة 132 على أنه: "غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، بناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه". لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 426، 427.

¹ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 228.

² - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج.2 (أحكام الالتزام)، د.ذ.ع.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1998، ص 64.

³ - أحمد حسن عباس الحيايري، المرجع السابق، ص 161.

⁴ - Y. Chartier, la réparation du préjudice dans la responsabilité civile, op. cit, p 199.

⁵ - وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المرجع السابق، ص 182.

⁶ - عز الدين حروز، المرجع السابق، ص 210.

التعويض العيني جميع المصاريف التي أنفقها المريض، كمصاريف العلاج ومصاريف شراء الأدوية، بالإضافة إلى النفقات التي دفعها المريض بسبب ذلك الضرر الذي أصابه¹.

كما أن القاضي يستطيع إلزام الجراح بإصلاح التشويه وإزالته، وذلك بإجراء عملية جراحية مماثلة، فليس للمريض أن يرفض هذا التعويض العيني، لأن المسؤول قد نفذ التزامه على وجه كامل، حين يعيد الحالة إلى ما كانت عليه. وفي نفس السياق يمكن للقاضي أن يأمر الطبيب أو المستشفى بإجراء عملية جديدة لنزع ما تم نسيانه من أجسام غريبة في جسم المريض بعد العملية الجراحية الأولى².

لذلك يمكن القول بأنه يترك في كل الأحوال تقدير اللجوء إلى مثل هذا التعويض لسلطة القاضي، الذي لا يمنعه القانون إذا رأى ذلك أصلح لكل الأطراف، إلا أن هناك حالات استثنائية يكون فيها ذلك التعويض غير ممكن في المجال الطبي³. وعلى ذلك فغالبا ما يصدر الحكم بالتعويض النقدي لجبر الذمة المالية التي أنفق منها لعلاج المريض أو تعويضا عن الضرر المادي والمعنوي الذي انجر عنه الضرر أو الإصابة⁴.

ولكن حتى يحكم القاضي بالتعويض اللازم لمن له الحق في الحصول عليه، لا بد من تقديره، وهنا نتساءل عن الأسس والمعايير التي تتم بها هذه العملية، وهو ما سنجيب عليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: أسس تقدير حق التعويض المستحق للمريض

إذا كانت الغاية من التعويض هي جبر الضرر الذي لحق بالمصاب، فإن ذلك لن يتأتى إلا من خلال التقدير المناسب الذي يحقق إرضاء للمضرور. لذلك تعد هذه العملية صعبة، لما يتميز به الضرر الحاصل للمريض من الخطورة والتغير، بحيث يصبح أمرا عسيرا تقدير التعويض تقديرا نهائيا وقت النظر والحكم في دعوى المسؤولية الطبية⁵.

¹ - R. Béraud, comment évalué le préjudice corporel, 2^{ème} éd., librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, France, 1971, p 53.

² - عبد القادر تيزي، المرجع السابق، ص 255، 256، شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 228.

³ - رياض منير حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 613.

⁴ - Arrêt confirmé le 22/05/2000 par le conseil d'Etat, cité par : A. El Mouhamet Zeroual, rev. des avocats de la région de Tizi-Ouzou, éd. Barreau Tizi- Ouzou, n°02., Déc. 2004, p 05.

⁵ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 133.

فالقاضي يلعب دورا أساسيا بما له من سلطة واسعة في بداية الأمر، من حيث فهم وتكييف الوقائع المادية، وذلك بغية تحديد الضرر واستبعاد ما دونه، باعتباره كعنصر لازم لثبوت المسؤولية المدنية سواء قامت على أساس الخطأ أو دونه¹.

لينتقل لاحقا إلى البحث عن معايير دقيقة تتلاءم وطبيعة الأضرار اللاحقة بالمضروب، والتي قد تساعده للوصول إلى تعويض عادل يغطي كافة عناصر الضرر²، مراعيًا في ذلك بعض الظروف التي من شأنه أن يعتمد عليها في حكمه بالتعويض.

على هذا الأساس فإن إبراز الضوابط الخاصة بتقدير حق التعويض المستحق للمريض، تستوجب تحديد طبيعة كل نوع من الأضرار الموجبة للتعويض بغية معرفة كيفية تقديرها (الفرع الأول) ثم الوقوف على العوامل التي يجب على القاضي التحقق منها، ليحدد قيمة التعويض بصورة نهائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طبيعة الضرر الطبي الموجب للتعويض

لا شك أن القاعدة الأساسية في موضوع المسؤولية المدنية سواء عقدية كانت أو تقصيرية، أنه لا يمكن الحكم بالتعويض إلا إذا كان هناك ضرر (Préjudice) واجب الوجود³. فرغم اختلاف صياغة التعاريف الفقهية لهذا العنصر⁴، لكنها تجمع على معنى واحد يتعلق أساسا بالإخلال بحق من حقوق المضروب أو بمصلحة مشروعة له سواء كانت مالية أو غير مالية.

¹ - محمد فطناسي، المرجع السابق، ص 102.

² - محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 154.

³ - عبد السلام التونجي، المرجع السابق، ص 294، 295، علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 323.

⁴ - منها ما جاء به الأستاذ مازو، بأنه: "الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه." س سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، م. 02، (الفعل الضار والمسؤولية المدنية)، القسم الأول في الأحكام العامة، ط. 05، دار الكتب القانونية، مصر، السنة 1988، ص 405، حسين طاهري، المرجع السابق، ص 552، كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه ما يصيب المضروب في جسمه أو ماله أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 932. بينما اعتبره البعض بأنه كل ما يمس الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان هذا الحق يقدر بقيمة مالية ام لم يكن كذلك، كما أنه يعد نتيجة لعدم تعويض الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به مشار إليه من قبل: العربي بلحاج، النظرية العامة في الإلتزام في القانون المدني الجزائري، د.ع.ط، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، السنة 1995، ص 143.

غير أنه رغم أهمية ركن الضرر التي قد تزداد مع خضوع المريض لأعمال التشخيص أو العلاج، نظرا لتطور التقنيات الطبية وتعقدها، فإن التشريع الطبي الجزائري لم يحدد تعريفا شاملا وجامعا للضرر الموجب للمسؤولية الطبية¹، بل أخضعها للقواعد المقررة في ق.م.

من هنا نرى أنه من الضروري العمل على ضبط تعريف محدد للضرر الطبي القابل للتعويض من قبل المشرع تسهيلا لمهمة القاضي من جهة، لأن بدونه لا محل لقيام المسؤولية الطبية وحماية لحقوق المتضررين من النشاط الطبي في المطالبة بالتعويض من جهة أخرى. وعلى كل حال يمكننا القياس بالقول أن كل مساس بمصلحة المريض أو بحق من حقوقه بصفة غير مشروعة، يشكل ضررا طبيا يوجب التعويض².

ولعل مهنة الطبيب تنصب بشكل مباشر وخاص على جسم الإنسان وسلامته، الأمر الذي جعله يعد أكثر من أي شخص معرض لإصابة المريض بضرر جسدي وما ينجر عنها من تكبد نفقات العلاج أو تكون عائقا لعمله مصدر رزقه هذا من جهة أو تفويت فرصة له من خلالها يرجو المريض منها تحقيق آمال بالشفاء أو الحياة من جهة أخرى³.

كما يمكن أن يصيب المريض خسارة غير مالية، كالإضرار بسمعة أو شرف المريض أو الآلام الجسمانية أو النفسية التي يخلفها خطأ الطبيب⁴. دون أن ننسى الضرر الذي يمكن أن يلحق ذويه وأقاربه الذين بطريقة أو بأخرى يتأثرون بإصابة هذا الأخير.

لذلك يمكننا القول بأن الضرر في المسؤولية الطبية يتفرع إلى عدة أشكال، منها ما هو يأخذ طابعا ماديا (البند الأول) أو معنويا (البند الثاني)، ومنها ما يشكل تفويت فرصة (البند الثالث).

البند الأول: الضرر المادي في المجال الطبي

يمثل هذا النوع من الضرر عموما تعدي على حق المريض في السلامة وما قد يترتب عليها من إصابة أو عجز (فقرة أولى)، كما أنه يتسع ليشمل الخسائر المالية التي يتكبدها المضرور سواء جراء العلاج أو التأثير على قدرته على الكسب (فقرة ثانية)⁵.

¹ - الذي أورده مصطلح الضرر في العديد من المواد، لاسيما من المادة 124 إلى المادة 140 مكرر1 من ق.م.ج.

² - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 271.

³ - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 325.

⁴ - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ذ.ع.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، السنة 1992، ص 35.

⁵ - عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 2431، عبد الفتاح حجازي، المرجع السابق، ص 164.

فقرة أولى: الضرر الجسدي

لا شك أن الضرر الذي يصيب جسد المريض يؤثر على السلامة البدنية (l'intégrité physique) أو ينتقص منها¹، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو إحداث تشويه أو عاهة له سواء كانت دائمة أم مؤقتة ينجر عنها تعطيل القوى الجسدية للمصاب. الأمر الذي يجعله عاجزا عن القيام أصلا بأعماله العادية²، كما يمكن أن يتسبب ذلك الأذى اللاحق به في خلل عصبي أو عقلي أو نفسي، ناتج عن وصف خاطئ للأدوية ومواد كيميائية أو إزهاق روح المريض³.

وقد حرصت معظم التشريعات الوضعية على الاهتمام بشأن الأضرار الجسدية ووضعت مبدأً هاماً خلصت فيه، إلى أن حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه من الحقوق التي كفلها القانون وجرم التعدي عليه⁴. كما لم يتردد القضاء بتقرير حماية مصلحة المضرور وضمان تعويض عادل لكل ما لحق به من أضرار⁵.

¹ - طلال العجاج، المرجع السابق، ص 370، أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 127.

R. Béraud, op. cit, p 08.

² - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 179.

³ - محمد بشير شريم، المرجع السابق، ص 170.

⁴ - حيث كرس المشرع الفرنسي ذلك من خلال المادة 1382 من ق.م منه

Art. 1382 du C.Civ.Fr dispose que : « Tout fait quelconque de L'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la fonte du que il arrive, à la répare. », H. Xavier, code civil français, Dall., Paris France, 104^{ème} Éd., 2005, p 2254.

وتقابلة المادة 124 من ق.م.ج المعدلة في 2005، والتي تنص على أنه: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."

⁵ - قضى مجلس الدولة الجزائري بمناسبة الضرر الجسماني على القطاع الصحي لبولوجين بالتعويض على أساس الضرر الجسدي الذي أصاب أحد المرضى فيه، و ذلك في 2002/06/03 في قضية مدير القطاع الصحي لبولوجين ضد (ع.ل) و هذا بخصوص العملية الجراحية التي تعرضت لها المسماة (ع.ل) بهذا المستشفى على مستوى ساقها اليسرى لاستئصال عرق (الدوالي) ، وبسبب الخطأ استأصل عرق (الفيومرال) عوضا عن العرق المقصود ، مما تسبب لها في ضرر جسماني يتمثل في إقفار حاد في العضو السفلي مما أدى إلى إجراء عملية جراحية أخرى. وفي قرار آخر قضى مجلس الدولة بتاريخ 2002/02/11 بتأييد القرار المستأنف القاضي بمنح تعويض للضحية عن العجز الكلي المؤقت والعجز النسبي الدائم، الذي يشكل بحد ذاته ضررا ماديا ، وذلك حين فصله في قضية تتعلق بالمركز الإستشفائي الجامعي بالقبة ضد (ب ش . ع م) التي تتلخص وقائعها في طلب تعويض المستأنف عليه مقابل ما لحقه من ضرر تسبب فيه أطباء المستشفى أثناء تأديتهم لمهامهم، قرار رقم 002941، فهرس رقم 48، غ. 3، قضية (المركز الإستشفائي الجامعي بالقبة) ضد (ب ش . ع م) ، غير منشور، نقلا عن: لحسين بن شيخ آث ملويا ، دروس في المسؤولية الإدارية، ك. 3، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، د.د.ع.ط، دار الخلدونية، الجزائر، السنة 2007، ص 60.

والجدير بالذكر أنه يشترط للحكم بالتعويض تحقق الضرر الجسدي على المريض حالاً، بوقوعه فعلاً وتشكل عناصره¹، كوفاة هذا الأخير عقب الخطأ الطبي مباشرة أو إصابته بجرح في جسمه. ومن ثم لا يمكن أن يكون موضع نظر من قبل القاضي ولا موضع تقدير أو استباق لحدوثه، إلا إذا وقع فعلاً². فكل ضرر احتمالي أي غير مؤكد الحصول يبقى خارج إطار الدعوى المدنية، لتعذر تقدير التعويض عنه³.

أما بالنسبة للضرر الذي لم تكتمل مقوماته حاضراً بتحقق سببه دون آثاره التي تتراخى إلى المستقبل أو لأجل لاحق⁴، مما يجعل حصوله في المستقبل على وجه اليقين. فيشترط فيه إذًا أن يكون مؤكد الوقوع، بأن تبدأ عناصره بالظهور عند حدوث الإصابة أو عند معالجتها⁵.

وفي هذه الحالة فإن للقاضي السلطة التقديرية ليميز بين الضرر الحالي والضرر المستقبلي في تقدير التعويض، مع منحه سلطة الاحتفاظ للمضروب في المطالبة به خلال مدة معينة في حالة ما إذا لم يتمكن من ذلك بشكل نهائي وقت الحكم⁶.

دون أن ننسى أن يكون الضرر بمثابة نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب أو المستشفى⁷، حيث يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين النشاط الخاطيء والضرر الحاصل للشخص المضروب، فإذا انتفت هذه العلاقة أو كانت غير ذات تأثير مباشر في إنتاج الضرر، فإن دعوى المسؤولية تنهار من أساسها لانعدام ركن الضرر⁸.

¹ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 274، سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 429.

² - محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 148.

³ - كما في حالة المريض الذي سقط من الممرضين أثناء نقله فتنكسر رجله، فهو لا يستطيع المطالبة بالتعويض على أساس ما قد يحدث أن يصيبه من عاهة، لأن هذا الأمر قد يحصل وقد لا يحصل، أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 138.

⁴ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 207، صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص 73.

⁵ - ومثال ذلك إصابة المريض بعاهة مستديمة كنتيجة منطقية لتطور الضرر الناتج عن التدخل الطبي كفقدان السمع أو البصر أو الإصابة بالشلل، مشار إليه من قبل: أحمد حسن عباس الحيايري، المرجع السابق، ص 129.

⁶ - تنص المادة 131 من ق.م.ج على أنه: "...فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير."

⁷ - Y. Lampert-Faivre, droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, op.cit, p 523.

⁸ - فقد أكد مجلس الدولة الجزائري صراحة على على وجوب توفر هذا الشرط في ركن الضرر حتى تثبت المسؤولية الطبية عن ذلك، ويظهر ذلك من خلال القرار الصادر عنه رقم 27582 بتاريخ 2007/01/24 الفاصل في قضية (ب.ر) ضد (القطاع الصحي بتبسة ومن

وبعبارة أخرى فإن الضرر يكون مباشراً¹، متى كان النشاط الطبي سبباً مباشراً في حدوثه سواء كانت قائماً على أساس الخطأ أم بدونه. ويكون غير ذلك إذا كان هذا الفعل عرضاً في إحداث الضرر أو كان سابقاً عن التدخل الطبي مما يتم استبعاده من التعويض. والجدير بالذكر في هذا الصدد أن الضرر الجسدي، يقدر بمقياس موضوعي ثابت لا يتغير، بحيث يتساوى الناس جميعاً في قياسه²، وإن حصل تفاوت بينهم، فإن سبب ذلك هو تفاوت في الإصابة الجسدية بينهم، بحيث تترك للقاضي سلطة تقدير قيمة الضرر، بالنسبة لكل حالة على حدى.

وبما أن القاضي ليس أخصائي في الطب، فإنه لا يقوم بتقدير الضرر الجسدي بنفسه، بل يستدعي طبيباً خبيراً ليسترشده بتقريره في المجال الطبي، بحيث يكون التعويض طبقاً لنتائج الإصابة، وليس للإصابة ذاتها³.

إذ يقوم الخبير في هذه المرحلة باستجواب دقيق من أجل توضيح الحالة الصحية للمضرور، من خلال دراسة الآثار الفورية للحدث الطبي وكذا طبيعة نتائج العلاجات المعطاة والمظاهر المرضية الحالية مع انعكاساتها مع نشاطات الضحية، ولكن في حال وفاة المريض المصاب، يمكن تحصيل ماضيه السريري (clinique) من استجواب الأقارب والأطباء المعالجين⁴.

= معناه التي تلخص وقائعها في إصابة طفل بشلل على اثر خضوعه لعملية تلقيح ضد البوليوميليت بالقطاع الصحي، وبعد إجراء خبرة طبية قضى مجلس الدولة بان الأضرار اللاحقة بالولد على اثر تطعيمه لا علاقة لها مع العمل التلقيحي نفسه، وتعود لسبب خارجي عن المرفق، وبالتالي فان مسؤولية القطاع الصحي فيما حدث غير ثابتة لعدم ثبوت العلاقة السببية بين التلقيح والضرر، ن.ق، ع. 63، السنة 2008، ص 403.

¹ - ويقصد به كأصل عام كل ما كان نتيجة طبيعية للفعل الخاطئ كوفاة المريض إثر فعل طبي خاطئ أو إصابته بفيروس انتقل إليه بإهمال من الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة وفقاً لمقتضيات علم الطب، ولم تتدخل أفعال أخرى في إحداثه مشار إليه من طرف: بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 240.

² - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 66.

³ - ولعل أول خطوة يبدأ بها هذا الأخير هي دراسة الجروح الناجمة عن الإصابة الجسدية، من حيث أهميتها وسعة جسامتها وعلاقتها السببية بالفعل الطبي الذي قام به المدعى عليه وكذا التطور المستقبلي لهذه الجروح، سواء بالتفاهم أو بالاختفاء، رقيقة عيساني، المرجع السابق، ص 267.

⁴ - Y. Lampert-Faivre, droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, op. cit., p 81.

فضلا عن ذلك يجب على الخبير بغية تعزيز المعلومات المتحصل عليها من الاستجواب، أن يستعلم عن كل الوثائق المبررة، المسلمة من طرف المصاب نفسه أو بعض المصالح الإدارية، سواء منها "غير الطبية" (extra-médicales) كمحاضر إثبات حالة للشرطة، محاضر استجواب... الخ أو "الوثائق الطبية"، وهي أكثر أهمية بالنسبة لهذا الأخير، بل ورئيسية، لأن الخبرة تركز عليها¹. غير أنه بعد دراسة الخبير "للشهادة الطبية الأولية"، التي تتضمن أساسا وصف الجروح والأعراض الملاحظة أثناء الفحص المنجز في الأيام القليلة التالية للحادث الضار وبعد اطلاعه على الوثائق المكوّنة للملف الطبي للمضروب، يجرى في الأخير الفحص السريري. حيث يجب أن يتضمن ليس فقط فحصا موضعيا للمنطقة المصابة، ولكن أيضا فحصا إجماليا عاما².

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن مهمة الخبير في مجال تقدير الضرر لا تتركز فقط على فحص الإصابة الجسدية، بل على تحديد مدة العجز بأكبر دقة ممكنة سواء كان بصفة دائمة أو مؤقتة، ليتم بعد ذلك التعبير عن العجز بنسبة تمتد من 1 إلى 100%. حيث تدل هذه النسبة على "النقص العضوي أو القصور الوظيفي المحض، بصرف النظر عن الانعكاسات السلبية المهنية"³. لكن

¹ - أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، مجلة القضاء والقانون، ع. 133، 134، السنة 1984، المغرب، ص 79.

² - وبالتالي يمكن القول أن تقدير الجروح، غالبا ما يتم بطريقة بسيطة في حال إصابات عظم أو مفصليّة (Ostéo-articulaires) واضحة. لكنه يكون أكثر تعقيدا عندما تكون الإصابة عصبية أو نفسية (neurologique-psychiatrique) أو متعلقة بالأحشاء (viscérales)، إنما تصبح حقا صعبة في حال الخلل الوظيفي (céphalées, douleurs vertébrales) الذي لا تصحبه علامات موضوعية، مما قد يجد الخبير نفسه مضطرا إلى إجراء فحص متخصص للمضروب، عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 109.

³ - إذ يمثل العجز المؤقت المدة الزمنية التي بقيت أثناءها الضحية عاطلة عن العمل بسبب الحادث أو الإصابة. ويرمز للعجز المؤقت الكلي بـ "ITT"، و للعجز المؤقت الجزئي بـ "ITP". هذا العجز يترجم في كل الأحوال إلى خسارة كان يمكن ربحها. أما العجز الدائم فيقصد به إنقاص القدرات الجسدية (Physique) النفسية، الحسية (Psychosensoriel) أو العقلية (Intellectuel)، الناتجة عن الإصابة الواقعة على الكمال الجسدي للشخص. وفي نفس السياق فإنه مفهوم العجز المؤقت الكلي لدى القضاة في المادة الجزائية، لا يقتصر على الممارسة المهنية فحسب، بل يتعدى إلى العجز الشخصي اليومي المتعلق بقيامه بأشغاله العادية. كما أن مدة العجز، هي التي تؤثر في تكييف الجريمة. أما في المادة المدنية، فمدة العجز المؤقت وأهميته، يتعلقان بعدة عوامل: نوع الجروح الجسدية، نوع العلاجات المعطاة، نوع النشاط الممارس من طرف الضحية. هذا ويمكن للعجز المؤقت الكلي أن يترجع إلى عجز مؤقت جزئي عند انتهاء مدة العجز سواء عن طريق اختفاء المظاهر المرضية، فيستعيد المضروب كمال صحته الجسدية والنفسية، فيمنح له الطبيب شهادة شفاء توضح تاريخ استئناف النشاط. أو من خلال توقف تطور المظاهر المرضية، بحيث تصل وضعية العجز إلى الاستقرار والثبات. وفي هذه الحالة يمنح الطبيب للمضروب شهادة التثام (certificat de consolidation) التي تبين تاريخ ثبات الحالة، وتصف الجروح (Séquelles). غير أن المشكلة التي تثور بشأن تحديد هذا التاريخ هو أن الالتئام (La consolidation) قلما يكون واضحا و مفصولا فيه، ذلك أن هناك حالات

يبقى تفاقم العجز في حال الاضطراب النفسي يكون صعب التحديد، خاصة عندما يتعلق الأمر بحالة عصبية بعد الصدمة (Névrose Post-traumatique).

ولعل المتفحص لنصوص القانون الطبي أو المدني يلاحظ أنه لا يوجد تحديد قانوني للجدول المتعلق بحساب تقدير الأضرار الجسدية¹، عكس ما هو عليه الوضع بالنسبة لحوادث المرور التي يحدد فيها مقدار حسب كل ضرر استنادا إلى جسامته ونسبته، دون أن يكون للقاضي سلطة في تقديرها ما دامت ثابتة لديه².

فضلا عن ذلك فقد حدد المشرع كيفية حساب التعويض الجزائي المستحق للعامل المتضرر جراء حادث عمل، الذي قد يكون ذلك في شكل أداءات عينية كدفع مصاريف العلاج وغيرها³. كما أنه قد يكون في شكل أداءات نقدية إما في شكل تعويضات يومية تحسب على أساس أجر العامل في حالة العجز المؤقت أو في شكل إيراد مدى الحياة في حالة العجز الدائم حسب نسبة العجز المحددة في الخبرة الطبية للطبيب المستشار للضمان الاجتماعي⁴.

=مرضية عديدة يحصل التحسن فيها خلال شهور أو سنوات، بحيث يخضع خلالها المضرور لعلاجات مستمرة على المدى الطويل (إعادة تكييف العضلات المسكن Rééducation antalgique، العلاج بالمياه المعدنية Cures thermales).

V. dans ce point: M. Khadir, M.M Hannouz , la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 99.

¹ - فالتشريع الفرنسي الذي يقيس الخبزاء العجز بأحد جدولين: أولهما جدول الشريعة العامة المنشور في "Concours médical" بتاريخ 19/06/1982، والذي يحمل عنوان "الجدول الاستدلالي" (Barème indicatif) "للعجز الوظيفي". أما الثاني، فهو أكثر معاصرة من سابقه، باعتباره مقترح من طرف مؤسسة الطب الشرعي و علم الإجرام لفرنسا، تحت عنوان "الجروح الصدمية- تقدير طبي شرعي للعجز الدائم في الشريعة العامة".

D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, op. cit, p 322, 323.

² - حيث أقر ذلك الأمر 74-15، المؤرخ في 10/01/1974، المتعلق بالزامية التأمين على السيارات والتعويضات على الأضرار المترتبة عن حوادث المرور، المعدل والمتمم بقانون 88-31، المؤرخ في 19/07/1988، وتشمل الأضرار المعوض عنها بهذا القانون: العجز المؤقت عن العمل، العجز الدائم الجزئي أو الكلي، الضرر الجمالي، ضرر التألم، الضرر المعنوي، المصاريف الطبية والصيدلانية، تعويض ذوو الحقوق عن الوفاة وكذلك مصاريف الجنائز. كما أن حساب التعويض عن الضرر المعنوي يساوي ثلاث مرات قيمة الأجر الشهري الوطني المضمون عند تاريخ الحادث، ج.ر. رقم 35، لسنة 1988.

G. Lahlou Khair, op. cit, p 283, 285.

³ - وهو ما أشارت إليه المواد من 29 إلى 31 من القانون 83-13 المؤرخ في 02/07/1983 المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر. رقم 40، لسنة 1996.

⁴ - وذلك طبقا للمواد من 13 إلى 36 من نفس القانون 83-13، المعدلة بالمادة 04 من الأمر 96-19، والمادة 37 من نفس القانون المعدلة بالمادة 05 من نفس الأمر والمادة 42 كذلك من نفس القانون، كما يتم الفصل في هذه المنازعات حسب ما قرره القانون رقم 08-08، المؤرخ في 23/02/2008، المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج.ر. ع. 11، الصادرة بتاريخ

على هذا الأساس فإنه ينبغي على الخبير أن يقارن بين القصور الفيزيولوجي المنسوب للحادث والكفاءة الباقية، حتى يتسنى له استخلاص النسبة التي يصفها بهدف تنوير القاضي، آخذاً في ذلك بعين الاعتبار النتائج العامة لكل علاج ناجح محتمل أو إعادة التكييف الوظيفي¹. و على الخبير أيضاً أن ينبه إلى الأضرار المتقطعة أو الدورية الناجمة من تطبيق بعض الأساليب العلاجية².

وفي الواقع، عادة ما يصعب تقدير الطاقات المهنية المتبقية لشخص تعرض لصدمة جسيمة تركت جروحاً هامة، لكن على الأقل من السهل شرح - للقضاة - الطاقات المهنية المتبقية للمضروب بالنظر إلى كفاءاته الأصلية. فهناك حالات عجز سهل فهمها، عندما يحصل للمضروب عجز كلي دائم، كشلل سفلي Paraplégiques أو رباعي Tétraplégiques³.

وعلى كل حال إذا ترتب عن الفعل الطبي الخاطئ مجرد تفاقم للعجز الوظيفي السابق المحدد والمحقق⁴، إثر عجز أو عاهة سابقة عن الحادث. فإن الطبيب المسؤول لا يكون ملزماً إلا بإصلاح الضرر الجديد المنسوب لفعله الطبي. وذلك بعد أن يقوم الخبير بتقدير العجز أو العاهة على حدى مع توضيح العلاقة والتداخل المحتمل بينهما وبين الإصابة محل الخبرة، من حيث تسببه في تفاقمها أو مجرد الكشف عنها. ليتوصل فيما بعد إلى ترقيم نسبة الإلتلاف المنسوب لفعله والذي يوافق "الفرق بين القدرة السابقة والقدرة الحالية"⁵.

لكن إذا رتب الفعل الطبي الخاطئ ضرراً غير ظروف حياة الضحية، نتيجة تغييره من طبيعة العجز فإن ذلك يستتبع تعويضاً جذرياً⁶. مثال ذلك: أن يلجأ المريض إلى طبيب لتقوم كسر الرجل

=02/03/2008، ص 07، ولمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: سماتي الطيب، منازعات الضمان الاجتماعي في التشريع الجزائري، ج. 01، د.ذ.ع.ط، دار الكتب العلمية للطباعة والنشر، الجزائر، السنة 2008، ص 43 وما بعدها.

¹ - D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, op. cit, p 323.

² - مثل استئصال آلات جراحة العظام و المعالجة بالحمامات المعدنية، يحيى بن لعل، المرجع السابق، ص 42.

³ - سمية بدر البدور ولهاصي، المرجع السابق، ص 182، 183.

⁴ - G. Viney, P. Jourdain, traité de droit civil, op. cit, p 272.

⁵ - إذ يتم حساب نسبة العجز المنسوب للحادث في مثل هذه الحالة إما بتقدير إجمالي، أو بالحساب الرياضي باستعمال "قاعدة غابريالي (Formule de Gabrielli) مع الأخذ بعين الاعتبار "قدرة أولية مقلصة" (Capacité initiale réduite) (ق1)، و القدرة المتبقية بعد الحادث (ق2). فالقاعدة هي كالتالي: العجز المنسوب للحادث = ق1-ق2، وهو تقريبا ما يعتمده الأطباء الخبراء على مستوى الجهات القضائية الجزائرية.

M. Khadir, M.M Hannouz, la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 98, 100.

⁶ - Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op.cit, p 151, 152.

بمبثبات بدلا من الجبس أملا في سرعة استعادة النشاط العادي، إلا أنه نتيجة إهمال في التعقيم أدى إلى تلوث ميكروبي قد ينجم عنه بتر الرجل.

وفي نهاية التقرير يقدم الخبير خلاصة تتضمن الاستنتاجات المتعلقة بمدة العجز المؤقت الجزئي أو الكلي ونسبة العجز الوظيفي الدائم بصرف النظر عن الانعكاسات المهنية والتي يمكن الإشارة إليها دون تقييم (بالأرقام)¹.

ورغم كل ما يقوم به الخبير من مجهودات في تقدير نسبة الأضرار الجسدية وأهميتها، لكنه ليس هو الذي يحدد مبلغ التعويض بصفة نهائية، إذ للقاضي مناقشة الخبير في هذا الشأن²، وله أيضا أن يغيّر فيما قدره الخبير بالزيادة أو النقصان إلى الحد الذي يراه عادلا للطرفين.

لذلك نؤكد في حقيقة الأمر صعوبة مهمة القاضي فيما يتعلق بذلك، باعتبارها تبقى عملية دقيقة ومعقدة ومتداخلة تحتاج مزيد من الجهد والاطلاع على مختلف الحقائق العلمية المتعلقة بالمسؤولية الطبية.

فقرة ثانية: الضرر المالي أو الاقتصادي

لا شك أن للإصابات الجسدية انعكاسات أيضا على الذمة المالية للضحية، فلا يعود بإمكان المتضرر ممارسة نشاطه بصفة معتادة كما في الماضي بل قد تضعف قوته الإنتاجية³، الأمر الذي يسبب له أضرارا مالية تابعة للضرر الأصلي المتعلق أساسا بجسد الإنسان.

¹ - هو ما نستشفه من قرارات مجلس الدولة الجزائري، فقد صدر القرار الأول بتاريخ 2000/03/27، ملف رقم 189944، في قضية (م.م) ضد مدير مستشفى الجامعي لوهران التي جاء فيها: "من الثابت قانونا أنه إذا كان على الطبيب أن يتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمراقبة تطور علاج الكسر لاسيما الجبيرة التي وضعها على رجل المريض والتي تؤدي في بعض الحالات إلى تعفن طرف. وعليه عين مجلس الدولة خبير لتحديد الإعاقة الدائمة الجزئية والإعاقة المؤقتة مع تقويم الضرر المعنوي الإجمالي الذي ألحق بالضحية (م.م)". أما الثاني فقد قضى بتاريخ 2002/02/11، تحت رقم 002941، فهرس 48 والفاصل في قضية: المركز الاستشفائي الجامعي القبة ضد (ب. ع. م) ومن معه وذلك بالقول صراحة: "وحيث أن الضرر الذي لحقها جسيم حسب ما جاء في الخبرة الطبية المذكورة آنفا وعليه فانه يتعين جعل مبلغ التعويض مقابل العجز الكلي المؤقت، والتعويض عن العجز النسبي الدائم .." نقلا عن عبد القادر خضير، المرجع السابق، ص 63

² - عز الدين قمرابي، مفهوم التعويض الناتج عن الحالات المسؤولية الطبية في الجزائر، موسوعة الفكر القانوني، ج. 01، د.ذ.ع.ط، دار الهلال، الجزائر، السنة 2002، ص 53.

³ - محمود جمال زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، د.ذ.ع.ط، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق سوريا، السنة 1999، ص 226.

على هذا الأساس فإن الضرر المالي لا يصيب مباشرة أموال المضرور، بل يشكّل في الأصل الخسارة اللاحقة بمصالحه والتي لها صفة مالية أو اقتصادية¹. حيث يسود في هذا النطاق مبدأ التعويض الكامل الذي يشمل ما لحق المضرور من خسارة (أولاً) وما فاتته من كسب (ثانياً)².

أولاً: التعويض عن الخسائر

إن الخسارة التي تلحق المتضرر من جراء الإصابة الجسدية نجدها قد تكلفه نتيجة ذلك أضعاف ما يتقاضاه الطبيب مرتكب الخطأ، حيث تشمل عموماً النفقات الطبية والعلاجية من شراء الأدوية أو تكاليف إجراء فحوصات أو عملية جراحية³. فضلاً عن النفقات المالية الأخرى، مثل نفقات مقابل إقامته في المستشفى والمصاريف الأخرى التي ينفقها بعد خروجه⁴.

وتجدر الإشارة إلى أنه من الضروري الاحتفاظ بالفواتير الطبية التي تكبدها المتضرر جراء الخطأ الطبي، من أجل تقديمها إلى المحكمة كدليل يثبت حقه في تعويض هذه المصاريف بمجرد إنفاقها أو تحملها، وذلك من خلال استرداد جميع هذه النفقات الناجمة عن الإصابة⁵.

وبالتالي فإن عملية التعويض لا تتضمن أي صعوبة، وذلك من خلال إمكانية تقدير قيمة الأذى الذي أصابه، لوجود عناصر موضوعية يلجأ إليها القاضي كإجراء التقارير الطبية وكذا الإطلاع على مختلف المستندات الصادرة من الجهات المختصة بالعلاج، والتي تؤكد صحة هذه النفقات وحجمها، حيث يخضع فيها هذا الأخير لرقابة محكمة النقض، على أساس أنها مسألة قانونية⁶.

¹ - Y. Lampert-Faivre, droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, op. cit, p 166.

² - وهو ما تضمنته أحكام المادة 182 من ق م ج التي جاء نصها كما يلي: "ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب... والتي يقابلها في التشريع الفرنسي المادة 1149 من ق.م.ف.

Art. 1149 du C. Civ. Fr affirme que : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général ; de la perte qu'il a faite et du gain il a été privé... »

³ - كما لو أدى التدخل الطبي إلى إصابة ساق المريض بتعفن أو حصول الندوب أو التشوهات والحروق فينفق مبالغ مالية من أجل إجراء عملية جراحية، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 484، شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 228.

⁴ - كاستخدام ممرض في المنزل لمتابعة المريض عندما تقعه الإصابة طريح الفراش لمدة معينة، محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 147، أو شراء أجهزة طبية وتركيبها لمساعدة المضرور على القيام بمتطلبات الحياة اليومية كالأعضاء الاصطناعية أو كرسي متحرك،

Y. Chartier, la réparation du préjudice dans la responsabilité civile, op. cit, p 516.

⁵ - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 180.

⁶ - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 429.

كما أن الشخص المسؤول لا يلتزم في هذه الحالة إلا بالقدر المعقول على حسب ما دفعه المضرور من مصاريف للعلاج¹، دون النفقات المبالغ فيها التي ترجع إلى الاستعانة بالمستشفيات ذات التكلفة العالية أو العلاجات غير الضرورية.

ثانياً: التعويض عن الكسب الفائت

إن إصابة المريض وحدث عجز له سواء دائماً أو مؤقتاً نتيجة خطأ الطبيب قد يفضي إلى تعطيله عن العمل لفترة محددة خلال خضوعه للعلاج وإصلاح الخطأ الطبي²، مما تستتبع معها أضراراً تتعلق بمورده المالي وعلى إضعاف قدرة هذا الأخير على الكسب جزئياً أو كلياً بانقطاع دخله الشهري أو الانتقاص منه³.

ومن ثم فإن الحرمان من مصدر رزقه فترة التعطيل يستوجب التعويض، والذي يختلف حسب طبيعة العجز⁴. حيث يتحدد الكسب الفائت في العجز المؤقت على أساس النقص الفعلي في الدخل والكسب المترتب عن الإصابة، لذا لا بد أن تكون الإصابة مؤثرة على النشاط المهني والوظيفي.

أما إذا كان العجز دائماً فإن الأضرار الاقتصادية يتوقف التعويض فيها على قدر العجز الدائم، لأن هذا الأخير هو الذي يؤثر على دخله. والقاضي في سبيل تقديره التعويض في هذه الحالة، يلجأ إلى الخبرة الطبية لتقدير مدى العجز الدائم وإن كان رأي الخبراء كما سبق وأن أشرنا غير ملزم للقاضي، فله أن يعتد بعجز أكبر من الذي ورد بتقرير الخبير أو أقل⁵.

ومن جهة أخرى يحق لأهل المريض المضرور في حالة وفاته مطالبة المسؤول بالتعويض، عما أصابهم شخصياً كالوالدين أو الزوج والأبناء، لفقدانهم نفقته عليهم باعتبارهم متضررين بالارتداد⁶.

¹- M. le roy, l'évaluation du préjudice corporel, Dall., Paris France, 1980, p 20, 21.

²- عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 324.

³- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 30.

⁴- M.M Hannouz, A,R Hakem, précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op. cit, p 70, 71.

⁵- الشريف مجماوي، المرجع السابق، ص 69.

⁶- زاهية حورية كحاز سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2005-2006، غير منشورة، ص 298، 289، وذلك باعتبار أن هذا الحق ينتقل إلى الورثة دون أي قيد أو شرط، سواء كان المضرور قد حصل على حكم نهائي به أو لم يطالب به قبل وفاته، محمد يحيى المحاسنة، أصحاب الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب، مجلة الحقوق، ع. 02، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 2000، ص 279.

ومن ثم فإن الحرمان من الإعالة يعد ضررا ماليا مستقبليا أكيدا وليس احتماليا، بسبب وقوع اعتداء مباشر على مصالحهم المادية وهذا ما يسمى بالضرر المرتد والناتج عن الضرر الأصلي¹.
غير أن العبرة في تحقق ذلك هي ثبوت أن هذا الأخير كان يعولهم فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم، وأن فرصة الاستمرار على ذلك كانت محققة، وعندئذ يقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة لفقد عائلته ويقضي له بالتعويض على هذا الأساس². بل أكثر من ذلك يمكن أن يكون الطبيب مسؤولا أمام من كانت تربطهم بالمتوفى علاقات تقوم على عقود ذات صبغة شخصية³.

ولعل الطريقة الطبيعية للتقدير، هي حساب ما كان يحتمل أن يكسب المورث عادة خلال المدة التي يمتد إليها عمر الإنسان في المتوسط، بعد استبعاد المصروفات الشخصية. كما يؤخذ في الاعتبار زيادة الإيراد المرتب مع الوقت وامتداد العمر نتيجة للتقدم العلمي الحديث⁴.
وفي بعض الأحيان يلجأ القاضي إلى حساب ما كان يكسبه المضرور ويخصم منه مصروفاته الشخصية وبدلا من أن يلجأ إلى جداول حسابية عن الأعمال، يقدر حسب السن الاحتمالات التي تؤدي إلى تغيير قيمة الإيراد، ثم يضرب الناتج في عداد السنين المحتملة⁵. والواقع أن الطريقتين يؤديان إلى نفس النتيجة، ما دامت أن القاعدة المعمول بها أن التعويض يجب أن يتناسب مع الضرر الحاصل.

¹ - ويسمى أيضا بالضرر المنعكس لأنه يقع انعكاسا لضرر آخر ويكون نتيجة له، ومن تطبيقات القضاء في ذلك ما قضت به محكمة نانت الفرنسية في 1999/4/11 بالتعويض للمضرور غير المباشر بسبب وجود العلاقة الأبوية أو المصاهرة بين المضرور المباشر والمضرور غير المباشر.

V. dans ce point : Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 12.

² - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 207.

³ - كدائن المريض الذي لا يستطيع أن يطالب الورثة بتنفيذ عقد ذي طابع شخصي علي علي سليمان، دعوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث و عن الضرر المرتد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع. 1، الجزائر، ديسمبر 1988، ص 276.

⁴ - وفي هذا الإطار وفصلا في قضية مدير القطاع الصحي لعين تموشنت ضد ورثة المرحوم (م. م) ، التي تلتخص وقائعها في طلب ذوي حقوق المرحوم تعويضا عن وفاة ابنهم بالمستشفى بسبب تقصير هذا الأخير في توفير الحماية اللازمة له، قضى مجلس الدولة الجزائري في قرار له رقم 006788، بتاريخ 2003/02/03، بإلزام القطاع الصحي لعين تموشنت بأداء المدعية تعويضا ماديا، فهرس القضية رقم 337، الغرفة الثالثة، ن.ق، ع. 63، السنة 2008، ص 387، 392.

⁵ - رياض منير حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 416.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن الضرر الجسدي قد يلتقي مع الضرر المالي ليؤلفا موضوع تعويض عنهما، كما لو أصيب شخص بعاهة مستديمة نتيجة خطأ الطبيب، فيشكو ضررا جسديا وضررا ماليا، بالنظر لما يتطلبه من علاج ونفقات اقتناء الأدوية وانقطاعه عن العمل أو كحالة سقوط مريض فوق طاولة العمليات وهو تحت التخدير، فأصيب بكسور على مستوى ساقيه، فهو يشكو ضررا جسديا متمثلا في الكسور وضررا ماليا متمثل في المبالغ المالية التي ينفقها في سبيل علاجه وانقطاع دخله الشهري خلال فترة خضوعه للعلاج.

غير أنه في واقع الأمر لا ينال الضرر من كيان الشخص المادي فقط وإنما قد يمس شعوره أو مكانته المهنية أو الاجتماعية، وهو ما يدعى بالضرر الأدبي، فما الذي يميزه وكيف يتم تقدير ذلك؟

البند الثاني: الضرر الأدبي للمريض (المعنوي)

إن هذا النوع من الضرر بشكل عام قد يصيب الشرف والسمعة أو العاطفة والشعور¹، ومن ثم فهو كل ما يمس بمصلحة مشروعة للمريض دون أن يرتبط بخسارة مالية² من أحزان أو آثار نفسية نتيجة الإصابة الجسدية التي يعاني منها من جراء خطأ الطبيب³. وقد كان موقف الفقه مترددا في بادئ الأمر حول التعويض على مثل هذا الضرر⁴، لكن سرعان ما تحول أصبح يميز التعويض عن الضرر المعنوي بكافة أنواعه⁵. وعلى إثر سارت معظم

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج. 1، المرجع السابق، ص 766.

² - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 324.

³ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 280، سمير عبد السميع الأوذني، المرجع السابق، ص 432، 433.

⁴ - فهناك من رفض فكرة التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي، بحجة أنه لا يمكن أن يقوم بالمال ولا يقضي على الألم والحزن، بينما ذهب البعض الآخر إلى إجازة التعويض المعنوي الذي يترتب عن الضرر المادي فحسب، بينما الضرر المعنوي البحث فلا تعويض عنه ويستندون في ذلك بالقول أن الغرض من ذلك لا يقصد به محو هذا النوع من الضرر، لأن زوال الضرر ليس بالنتيجة الحتمية المألوفة للتعويض، مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 66، 67. وانتقلت فكرة التعويض عن الضرر المعنوي فيما بعد إلى القانون الفرنسي، الذي أقر مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وحكمت به محكمة التمييز الفرنسية لأول مرة في 15/06/1833، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج. 1، المرجع السابق، ص 865، 867، محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 149، 150. ومن ثم لا يصح أن يعوق هذا التدرج بتعذر تقدير التعويض المعنوي، لأن القاضي قد يستعصى عليه في بعض الأحيان حتى تقدير التعويض المادي، زاهية حورية كجاز سي يوسف، المرجع السابق، ص 284.

⁵ - منذر الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الأردن، م. 06، ع. 01، السنة 1987، ص 272.

التشريعات الوضعية التي أكدت من خلال نصوصها القانونية على مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي (Le dommage moral)¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يفرّق في البداية بين الضرر المادي المعنوي في ق.م. حسب عمومية المادة 124 منه وإطلاقها، في الوقت الذي أقر مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي صراحة في قوانين أخرى متفرقة². غير أنه قام بتدارك الوضع ليقر في نهاية الأمر بوجود التعويض عن كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة، بمقتضى تعديل الأمر رقم 05-10³.

ولعل الضرر الأدبي لا يشمل فقط الآلام الجسمانية والنفسية المرتبطة بالضرر المادي، بل يأخذ صورا أخرى سنحاول تحديدها في الفقرات الآتية:

فقرة أولى: الضرر التألمي

ويقصد بهذا الضرر مختلف الآلام والأوجاع الجسمانية (Douleurs) التي تحصل للمريض أثناء الفعل الطبي أو بعده، سواء بسبب خطأ الطبيب وسوء العلاج داخل المستشفى أو نتيجة استعمال الأدوات والأجهزة عند التدخل الطبي على جسد المريض بصفة خاطئة⁴. كما أن الآلام المتحمّلة لا تقتصر على الجسدية، بل قد تكون معاناة نفسانية تتمادى بعد الحادث تخلق لدى المريض اضطراب نفسي أو انهيار عصبي بعد الصدمة⁵.

¹ - وذلك طبقا للنص العام للمادة 1382 من ق.م.ف، كما نص المشرع المصري على ذلك في المادة 222 من القانون المدني وبدوره التشريع اللبناني كرس ذلك صراحة واستعمل له عبارة "الضرر الأدبي" وقد نصت المادة 134 من قانون الموجبات والعقود اللبناني في فقرتها الثانية، على التعويض لذوي القربى عن الضرر الماس بالشعور بالحبة تجاه الضحية لما أصابها من أذى أو أحدث لها الوفاة، علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 188، 190.

² - سواء من خلال نصوص م.أ.ط.ج في المواد من 36 إلى 41، والتي حددت مجموعة من القواعد يجب على كل طبيب احترامها تحت طائلة المساءلة القانونية. أو في ق.إ.ج.ج فيما يخص الدعوى المدنية التبعية، وهو ما قضت به المادة 03 منه: "...تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت ... أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية." أو في ق.ع.ج الذي أفرد نصا خاصا بالضرر الأدبي يهدف إلى المحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بصحة المريض، وعدم تمكين الغير من الإطلاع بموجب المادة 301.

³ - حيث تنص المادة 182 مكرر صراحة على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة."
⁴ - G. Veney, P. Jourdain, traité de droit médical, op. cit, p 266.

⁵ - مثل: أن يتوجه مريض لإجراء عملية جراحية على العين وتوجت بالنجاح، إلا أنه عند نزع الخيط حدث ارتعاش ليد المطبق تسبب في جرح عميق أدى إلى فقدان إبصارها، ترتب عنه انهيار عصبي لدى الضحية، عز الدين حرزوي، المرجع السابق، ص 166.

V. aussi : Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 213, 214.

وتجدر الإشارة إلى صعوبة عملية تقدير هذا النوع من الأضرار الأدبية التي قد تقع على كاهل جهات القضاء المدنية منها والجزائية، وذلك بسبب غياب معيار يحكم الأذى الجسدي من جهة، ولوجود عوامل ذاتية وأخرى موضوعية تتحكم في تحديد مدى الألم الجسدي ومعامله لدى المصاب¹. وترتبط على ذلك فإننا نجد أن القاضي غالباً ما يلجأ في هذه الحالة إلى الاستعانة برأي الطبيب الخبير، حيث يعتمد هذا الأخير حسب ما هو معمول به في الجزائر على طريقة وصف الآلام من خلال وضع جدول مرقم من "0" إلى "20" لتحديد درجته².

ولعل الملاحظ في الواقع العملي أن الخبراء لا يأخذون أبداً بعين الاعتبار الآلام اللاحقة على تاريخ اللتئام في سلم الآلام المحتملة، والتي نجدها عادة في حالات العجز الوظيفي الكبير، لما يصحبها كثيراً من آلام هامة ومزمنة. بل يقتصر تقديرهم على ما هو سابق على اللتئام، وهي التي عانى منها الضحية أثناء الحادث وخلال مرحلة العلاجات النشطة، بما فيها إعادة تكييف العضلات. من جهة أخرى قد يمتد أثر الضرر المعنوي ليصيب من تربطهم بالضحية علاقة غير مادية كصلة القرى، فيولد لديهم آلام نفسية بسبب ما حل بشخص آخر قريب لهم من إصابة جراء الحادث الطبي الذي خلّف فيه أثراً بالغاً أو عاهة مستديمة أو عطلا دائماً أو تشويها جسيماً أو أدت إلى وفاته، مما يعطيهم الحق بالتعويض عما أصابهم من آلام وأحزان نفسية في حال ثبوتها³.

ولقد تطور القضاء الفرنسي بهذا الصدد، بحيث أصبح يقر في العديد من أحكامه بمثل هذا التعويض⁴. كما اعترف القضاء الجزائري بالضرر المعنوي الموجب للتعويض في عدة قرارات في مجال

¹ - إذ تشمل العوامل الموضوعية نوع الجروح الأصلية ودرجتها، محل الإصابة في الجسم، طبيعة وعدد العمليات المطبقة، مدة الأيام المقضية (Séjour) في وسط الإنعاش، ضرورة القيام بعملية زراعة (Greffes) أو عدمها. أما العوامل الذاتية فتتمثل في شدة الآلام المحتملة، باعتبار أن المعاناة من الآلام تختلف حسب السن، الجنس وكذا الجانب النفسي للمضروب،

M. Khadir, M.M Hannouz , la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 109.

² - وذلك كما يلي: من 1 إلى 2: يمثل الضرر التألمي الضئيل جداً، من 3 إلى 4: يمثل الضرر التألمي الخفيف، من 8 إلى 10: يمثل الضرر التألمي المتوسط، من 11 إلى 13: يمثل الضرر التألمي المعتد نوعاً ما، من 17 إلى 18: يمثل الضرر التألمي المعتد جداً، وأخير امن 19 إلى 20: يمثل الضرر التألمي الفظيع، نقلاً عن: يحيى بن لعل، المرجع السابق، ص 43. أما في فرنسا فيلجأ الخبير إما إلى سلم أرقام محدد من "0" إلى "7"، و إما إلى وصف يمكن أن يكون كالتالي: "جد خفيف"، "خفيف"، "معتدل"، "مهم كفاية"، "مهم"، "جد مهم".

D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, op. cit, p 323, 324.

³ - منذر الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 279.

⁴ - Cass. civ. 05/01/1994, affirme que l'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime, mais de sa constatations par le juge

المسؤولية الطبية، أين كان يحكم لصالح ورثة المريض بتعويض عن كل ضرر معنوي إثر خطأ أو حادث طبي. وجعله ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع، باعتباره لا يخضع لمقياس قانوني محدد¹.

فقرة ثانية: الضرر الجمالي

لا شك أن هذه الصورة تشمل مختلف التشوهات والندوب، التي تصيب جسم الإنسان نتيجة الإصابات اللاحقة به. وبالتالي الانتقاص من مظاهر جمال الجسم وما ينجر من اختلال في التناسق الطبيعي لموضع الإصابة². إذ تركز أهمية الضرر الجمالي (préjudice esthétique) في مجال جراحة التجميل، وهذا بالنظر إلى ما تهدف إليه هذه الأخيرة، سواء تعلق الأمر إما بتحسين الشكل أو بإصلاح عيب من العيوب الجسدية، رغم ما قد تحدثه هذه الأخيرة من آلام جسمانية³. ومن البديهي أن الضرر الجمالي لا يظهر أي تناسب مع العجز الوظيفي، ومن ثم فإن تقديره من قبل الخبير يكون بأسلوب مجرد (in abstracto) يعتمد أساساً على طبيعة الآثار الندوب التي تخلفها الجروح والتغيرات الشكلية (Modifications morphologiques)، مع فقد الأعضاء⁴.

وذلك على خلاف القاضي الذي يحدد قيمة التعويض، بالاستناد إلى معايير شخصية من خلال الأخذ بعين الاعتبار السن، الجنس، كما يؤثر على مستقبل الضحية المهني ووضعها العائلي⁵.

=et de son évaluation objective. J.C.P. 1994- IV- 862, cité par : Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op.cit, p 218.

¹ - أصدر مجلس الدولة قراره بتاريخ 2003/02/03 في قضية بين ورثة المرحوم (م.م) والقطاع الصحي لعين تيموشنت، حيث قضى بإلزام المستشفى بالتعويض الممنوح لإحوة الضحية الذي يبلغ 15000.00 دج لكل واحد كتعويض معنوي على إثر وفاة الضحية بسبب خطأ مرفقي متمثل في تقصير المستشفى في حماية المريض وانعدام الحراسة، م.رقم 06788، ن.ق، ع. 63، السنة 2004، ص 387. وفي قرار آخر أكد نفس المجلس من خلال مضمون القرار رقم 048897 بتاريخ 2010/01/28، الفاصل في قضية : المركز الإستشفائي الجامعي الدكتور نفيسة ضد ذوي حقوق المرحوم (ب. ن. ن. أ) بالقول: "حيث أن التعويضات المحكوم بها بموجب القرار المستأنف تتعلق بالأضرار المعنوية التي لا تخضع إلى مقياس محدد قانوناً، وإنما تبقى السلطة التقديرية للقضاة الذي يراعي فيها ظروف الأطراف." بن شيخ آث ملويا لحسين، دروس في المسؤولية الإدارية، ك. 3، المرجع السابق، ص 66، 67.

² - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 343.

³ - G. Veney, P. Jourdain, traité de droit médical, op. cit, p 275.

⁴ - M. Khadir, M.M Hannouz, la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 110.

⁵ - فالتشويه في وجه المرأة يكون أشد من التشويه ذاته في وجه الرجل ويختلف كذلك حسب ما إذا كان المصاب شاباً أو مسناً أو إن كان متزوجاً أو أعزباً بأن يؤثر في هذه الحالة على فرص زواجه، وكذلك الأمر بالنسبة للفنانين، إذ تترك إصابتهم أثر في تعاطيها مهنتها الفنية، مما يعطيها الحق بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها، مشار إليه من قبل: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 165.

إذ يدخل في تقدير هذا التعويض مستوى الجمال السابق للشخص المصاب، إضافة طبيعة وصف الضرر الجمالي من قبل الخبير الطبي فيما إذا كان خفيف، المتوسط، المعتبر أو المعتبر جدا فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي تتركها الإصابة¹.

فقرة ثالثة: الضرر المتعلق بحرمان الإنسان من متع الحياة

وهو ذلك الضرر الذي يمكن أن يؤدي إلى حرمان الشخص المصاب من التمتع بالحياة العادية التي يتمتع بها شخص سليم الجسم²، سواء تعلق الأمر بقدرته على أداء حاجاته اليومية، من أكل وشرب وممارسة المتعة الجنسية أو الحرمان من الإنجاب أو بقدرته على ممارسة رياضة أو هواية، بسبب ما أصابه من عطل أعجزه جسديا أو ذهب بإدراكه عقليا³.

وتجدر الملاحظة أنه لا يشترط أن يكون المتضرر متمتعاً فعلياً بمتعة فقدتها أو أنه قادر على إدراك حرمانه من هذه المتعة، كوضع من أصيب بعته أو بخلل عقلي. فالحرمان لا يقتصر على متعة معينة، بل أصبح يشمل إمكانية معايشة الحياة العادية دون معوقات ذهنية أو جسدية تحول دون هذه المعايشة⁴.

وبالتالي إن هذا الرأي يبدو صائبا ومنسجما مع مضمون مصطلح (agrément). هذا التصور الحديث الموسع لدائرة ضرر المتعة الذي كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي في العديد من أحكامه⁵. دون أن ننسى التذكير أنه ليس من مهام الخبير تكييف هذا النوع من الأضرار، كما أن القاضي بإمكانه الأخذ بضرر المتعة رغم سكوت تقرير الخبرة.

¹ - وهو ما أكدته قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 007733 بتاريخ 2003/03/11 الفاصل في قضية: (م. خ) ضد (مستشفى بجاية)، حيث صرح بالقول: "وبما انه معاق مدى الحياة، ويحتاج لمساعدة شخص آخر ولكونه تعرض لضرر جمالي معتبر من جراء تقصير الطرف السفلي ب: 9.5 سم ولأنه يعاني من ألم جسماني له علاقة بحالته البدنية فانه يتعين رفع التعويض..."، م. مجلس الدولة، ع. 05، السنة 2004، ص 210.

² - V. aussi : Y. Chartier, la réparation de préjudice, op. cit, p 231.

³ - عز الدين قمرأوي ، مفهوم التعويض الناتج عن الحالات المسؤولية الطبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 54، كما هو الحال بالنسبة لإصابة المريض بشلل في ساقه نتيجة خطأ الطبيب في علاجه أو عند تقديم المستشفى خدمات طبية، والتي من شأنها أن تمنعه من ممارسة الرياضة التي اعتاد عليها، مما يجعله لا يحي حياة عادية. ونفس الأمر ينطبق إذا المصاب طفلا فمن شأن الإصابة أن تحرمه من التمتع من طفولته أما إذا كان المصاب مؤهلا للزواج فإن الإصابة تحرمه من متعة الزواج.

⁴ - علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 189.

⁵ - نذكر منها قرار الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية، المؤرخ في 1992/05/26 الذي ورد فيه أن: "ضرر المتعة، مختلف عن الضرر الناتج عن المساس بالكمال الجسدي، حيث يسمح ليس فقط من استحالة الاستسلام إلى نشاط ترفيهي أو رياضي، ولكن أيضا من الفقد

من زاوية أخرى فإن إصابة الشخص بالجروح الخطيرة قد تضطره للجوء إلى مساعدة شخص من الغير في الحياة الجارية سواء كانت شخصية للمجروح أو للحلول محله من أجل القيام بمهامه الأساسية. لذلك فقد يصوغ القانون للقاضي تقدير تعويض لهذا الضرر، بناء على تقرير الخبير الذي يقوم بدوره بتقدير أهمية هذه المساعدة وتحديد مدتها¹.

كما ظهر نوع جديد من الضرر يسمى ثمن الحياة المختصرة (Prix de la vie abrégée)، حيث ينشأ عند علم الشخص أنه سيموت بعد تدهور متصاعد لحالته الصحية حسب تقديرات الطب². الأمر الذي يجعله يتسبب له بألم نفسي نتيجة انخفاض أو حذف متع الحياة.

فقرة رابعة: الضرر الناتج عن المساس بشرف واعتبار المريض

إن التعرض للجانب الخاص من حياة الإنسان أو شخصه ينجر عنه ضرر أدبي، باعتبار ما يملكه الإنسان من حق في احترام الغير لحياته الخاصة، فلا يتدخل فيها أحد للكشف عنها للآخرين³. ومن ثم فقد يظهر المساس باعتبار المريض عندما يقوم الطبيب أو أي موظف آخر داخل المستشفى بإفشاء أسراره دون مبرر قانوني⁴.

=النهائي للمتعة العادية للوجود". كما ورد على نحو من ذلك عبارة "فقد المتع حياة عادية"، في قرار للجنة الاجتماعية لنفس المحكمة في 1995/01/05. دون أن ننسى ما قرره في قرارها الصادر بتاريخ 1995/02/22، التي أقرت فيه بوجود التعويض على ضرر المتعة، Cass. civ. 22/02/1995, (2 arrêts), J.C.P. 1995 affirme que : «l'état végétatif d'une personne humaine n'excluant aucun chef d'indemnisation, son préjudice doit être réparé dans tous ses éléments... les préjudices esthétiques et d'agrément ... la douleur. » (les préjudices seront réparables d'après les deux arrêts. V. G. Veney, P. Jourdain, traité de droit médical, op. cit, p 276.

¹ - فإذا فقد المضرور القدرة على الاستقلالية بحيث صار طريح الفراش، فيطرح السؤال: هل أن ذلك راجع إلى عامل السن (أي الهرم)، أم بسبب تفاقم الجروح الأصلية، أم بالتقاء العاملين؟ و ذلك بمقارنة حالة المضرور مع حالة أشخاص غير مصابين في حوادث في نفس السن، مع الأخذ بعين الاعتبار سوابقه، سمية بدر البدور وهلاصي، المرجع السابق، ص 165، 166.

² - إذ يجد أصله في حكم للغرفة المدنية الأولى لمحكمة الجلسة الكبرى لتولوز، صادر في 1992/02/15، قضى بإلزام المركز الجهوي لنقل الدم، بتسديد مبلغ 1,920 مليون فرنك فرنسي، من أجل "ثمن الحياة المختصرة" للمضرور الذي أعدي بفيروس السيدا أثناء عملية جراحية، و مليون فرنك فرنسي لذوي حقوق مريضة أخرى، توفيت بعد أن أصيبت بعدوى في نفس الظروف.

V. D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, op. cit, p 326.

³ - عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص 139، أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 268.

⁴ - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 429. كما لو كشف الطبيب على امرأة فوجد أنها في حالة إجهاد، وقام بإخبار خطيبها لكونه صديقه بسر المهنة مما يمس بشرف المريضة وسمعتها أو لو تم الإعلان عن الإصابة بأي مرض معد، فلا شك في تأثر الحياة العائلية للشخص المريض وكيانه الاجتماعي بهذا الإعلان، فقد يتعرض المصاب لعزل اجتماعي بسبب الإصابة، وائل محمود أبو الفتوح العزيري، المرجع السابق، ص 186، كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 146.

وفي هذه الحالة يستحق المصاب تعويضا عما لحقه من جراء إفشاء سر يتعلق بالمرض الذي يعاني منه عن طريق المطالبة به قضائيا¹، حيث يترك تقدير قيمته إلى القاضي الذي باستطاعته وحده الفصل بأن المساس بالشرف مثلا يعوّض عنه بصفة كافية، سواء بمبلغ رمزي أو بمبلغ أكثر مقدار². إذ يقتضي مبدأ تطابق التعويض مع حجم الضرر أن يدفع للمتضرر ما يعادل ما فقده. ولكن لا يمكن النظر إلى هذا المبدأ على أنه سهل التطبيق، فحسب الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء نجد أن مبالغ التعويض المحكوم بها تعتبر ضئيلة وبعيدة كل البعد عن تغطية الأضرار بكاملها. ولعل السبب يرجع إلى صعوبة كبيرة في تقدير الأضرار المعنوية بصفة دقيقة، نظرا لعدم استنادها إلى قيم ثابتة ومتعارف عليها³. فهي مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى، لا رقابة للمحكمة العليا عليها في ذلك، باعتبارها مسألة موضوعية.

إلى جانب ذلك يثبت لأقارب المصاب في شرفه أو سمعته الحق في التعويض عن الأضرار الأدبية والآلام النفسية التي لحقت بهم من جراء إعلان إصابة قريبه بهذا الفيروس بسبب نقل الدم ملوث إليه، وذلك على أساس اعتبارهم متضررين بالارتداد⁴.

غير أن الملاحظ في الصدد أن التعويض عن الضرر المعنوي يختلف عن التعويض عن الضرر المادي الذي يثبت لأي شخص من أهل المريض المضروب، بل لا يستحق التعويض المعنوي في هذا الصدد إلا الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب⁵. دون أن ننسى أنه ليس هناك مانع من الجمع بين كل من الضرر المادي والضرر المعنوي المصاحب له، إذا ما نتج عن هذا الضرر المعنوي اعتداء على السمعة والاعتبار أو على حق ثابت للمضروب، ويحكم بذلك في هذه الحالات بمبلغ إجمالي لتعويض الأضرار التي لحقت بالمريض المصاب⁶.

ولعل ثبوت التعويض لا يتوقف على الأضرار السابقة، بل هناك شكل جديدا يتعلق بتفويت فرصة للمريض في الحياة أو الشفاء لو لم يرتكب الخطأ الطبي، وهو ما سنتناوله في البند الموالي.

¹ - T. Tauran, secret médical: pièces administratives et médicales, RDSS, 2009, p 185.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 187.

³ - M. Khadir, M.M Hannouz, la médecine de contrôle et l'expertise, op. cit, p 111.

⁴ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 278.

⁵ - مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 70.

⁶ - حسين طاهري، المرجع السابق، ص 66.

البند الثالث: الضرر الناتج عن تفويت فرصة في الشفاء أو الحياة

لا شك أن الضرر القابل للتعويض لم يعد مقتصرًا على الأضرار الواقعة فعلاً، عضوياً أو نفسياً، بل صار بالإمكان الاستناد على الفرصة الفائتة أو الضائعة (Perte de chance)¹. ومفاد هذه الفكرة ما ينجم حرمان الشخص من فرصة كان محتملاً الفوز بها إلا أنه وبسبب الخطأ أصبح تحققها أمراً مستحيلاً².

ومن ثم فإن تفويت الفرصة يختلف تماماً عن الضرر المحتمل، باعتبارها ضرراً محققاً يستوجب التعويض³، رغم ما يحمله اصطلاح الفرصة من طبيعة احتمالية، حيث يبقى تفويتها نتيجة للفعل الضار الذي قضى على تحقيق الفرصة. أما الضرر الاحتمالي فهو ضرر غير مؤكد ويبقى بالتالي خارج إطار الدعوى المدنية⁴.

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية تفويت الفرصة غريبة عن المجال الطبي⁵. غير أنه سرعان ما اعتنقت محكمة النقض الفرنسية نظرية تفويت الفرصة لأول مرة في حكمها الصادر في سنة 1965 وألزمت القاضي بتقدير التعويض الجزئي المناسب، على أساس أن خطأ الطبيب قد فوت على المريض فرصة الشفاء (Perte de chance de guérison) ولو لم تثبت علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الناتج بصفة مؤكدة⁶.

¹ - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 327.

A. Dorsner-Dolivet, contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence, p 414.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، ع. 3، السنة 10، 1986، ص 149.

V. aussi : Y. Chartier, la réparation de préjudice, op. cit, p 28.

³ - M. Akida, op. cit, p 267.

⁴ - إذ يشترط أن تكون الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الفائدة منها موجوداً، كحرمان الطالب الذي تعرّض لحادث جسماني من تفويت الامتحان، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج. 1، المرجع السابق، ص 862.

⁵ - إذ يرجعها البعض إلى حادث وقع لأحد الأخصنة بسبب سوء قيادته من قبل المتسابق. حيث تم تعويض مالك الحصان على أساس تفويت فرصة كسب السباق عليه بحكم أن الكل يتوقع فوز هذا الجواد بالسباق

Cité par : J. Bonneau, op. cit, p 10.

⁶ - حيث قررت تأييد القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 1964/07/07، والقاضي بأن هناك قرائن على قدر من الترابط والاتساق والتحديد كافية لإثبات أن ما أصاب الطفل من عجز في نتيجة لخطأ الطبيب. وأنه لا تعارض بين هذه النتيجة وبين ما قرره الخبراء حول مسؤولية الطبيب عن العلاج، حيث أن لقاضي الموضوع أن يقدر الفرص التي كانت قائمة في شفاء المريض وحرمانها وان يقدر لها التعويض الجزئي، مشار إليه من قبل: سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 110، صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص 131، 132.

وهو في حقيقة الأمر ما يشكل انقلاباً منه على القواعد التقليدية في الإثبات والمسؤولية المدنية، من خلال تغيير محل السببية¹. فبعدما كانت تربط بين الخطأ الطبي والضرر النهائي أصبحت تربط بين هذا الخطأ وفوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة². ولعل السبب في إتباع القضاء الفرنسي مسلك التعويض عن فوات الفرصة، مرده إلى توفير حماية أكبر للمريض، خاصة في حالات التدخلات الجراحية التي يتعذر عليها فيها إثبات السببية³. لذلك يعتبر التعويض عن تفويت الفرصة إحدى وسائل إعادة التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب والمريض هذا من جهة⁴. ولكونه مظهراً من مظاهر تشدده المتزايد والمستمر في مجال المسؤولية الطبية، استناداً إلى ما أحرزه العلم من تقدم في ميدان الطب من جهة أخرى⁵. وفي هذا الإطار نلاحظ أن اجتهاد القضاء الفرنسي قد وسّع نطاق التعويض عن تفويت الفرصة في مجال مسؤولية الطبيب، خاصة فيما يتعلق بأخلاقيات مهنة الطب كالإخلال بواجب

Cass. civ. 14/12/1965 dispose que: «... il existait des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que l' (invalidité était la conséquence directe de la faute du docteur.» J. C. P., II, 14753, V. dans ce point : A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, op. cit, p 177.

Aussi les arrêts suivants qui affirment l'indemnisation de la perte de chance : Cass. civ, 1^{ère} ch. 18/03/1969, Bull. civ. n°117, p 92, Cass. civ, 1^{ère} ch. 20/05/1971, Bull. civ., n° 171, p 144, Cass.civ. 02/05/1978, J.C.P., 1978-11-18966, Cass. civ, 1^{ère} ch. 18/01/1989, Bull. civ., n° 19, p 12, Cass. civ, 1^{ère} ch. 16/07/1991, Bull. civ., n° 248, p 162, C. Lyon. 31/03/1994, Gaz. pal. 29-30/06/1994, V. aussi : M. Sirinelli Sauvage, indemnisation de la perte de chance, A.J.D.A, n° 1/ 2013, p 46, 48.

¹ - B. Gachot, la notion de perte de chance en responsabilité médicale, rev. générale de droit médical, n° 4, déc. 2011, p 104.

² - سامي بديع منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994 قانون الآداب الطبية، المرجع السابق، ص 322، فقد تبوؤ الفرصة بالنسبة للمريض من عدة وجوه سواء ما كان أمامه من فرص الكسب والنجاح في حياته العامة أو سعادته، كما في حالة ضياع فرصة الزواج لفتاة بسبب التشوهات التي أصابتها، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 378، أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 129، أو تفويت الفرصة في ممارسة حياته الاجتماعية بسبب نقل دم ملوث بفيروس فقدان المناعة (الإيدز)، محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع. 2، السنة العاشرة، جويلية 1995، ص 125، 126. وقد يبدو الضرر مؤكداً أيضاً في حرمانه من فرصة للتحسن أو الشفاء، لو لم يرتكب الخطأ الطبي وما كان له من فرصة للبقاء على قيد الحياة، نادية محمد قرماز، المرجع السابق، ص 170.

³ - سهر منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - V. Wester-Ouisse, les méandres de la perte de chance en droit médical, rev. Lamy Droit Civil, 2013, p 101.

⁵ - صفاء خربوطلي، المرجع السابق، ص 133.

الإعلام الطبي أو الإنقاص منه¹. بحيث قد تكون الفرصة الضائعة بالنسبة للمريض تفويت فرصة الشفاء، إذا كانت هناك طرق علاجية أخرى أكثر نجاعة ولم يستشره الطبيب بشأنها. في حين إذا تعلق الأمر بتخلف الإعلام المرتبط بالمخاطر، يكون الضرر تفويت فرصة تجنب الخطر الذي عرّضه إليه الطبيب بدون إرادته².

ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها التي صدرت حديثا بتاريخ 2010/06/03 قررت بأن الإخلال بالالتزام بالإعلام القانوني، يرتب ضررا ذو طابع معنوي خاص

¹ – Cristina Corgas-Bernard, op. cit, p 21, 22.

² – إذ أصدر القضاء الفرنسي عدة قرارات في هذا الشأن بالتعويض على الضرر الناتج عن إخلال الطبيب بالإعلام، غير أن طبيعة التعويض اختلفت من حالة إلى أخرى فيكون جزئيا كما وضحه (Dider Chauvaux)، باعتباره ليس السبب المباشر لوقوع الحادث وإنما فقط عرّض المريض إليه وذلك بتفويت فرصة تجنب الخطر الذي تحقق فعلا.

Didier Chauvaux explique que: « Le défaut d'information qui n'est pas la cause immédiate de l'accident, n'a que conduire le patient à s'y exposer », cité par :J-L. Mouralis, op. cit, p 28.

وقد أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قراراتها سواء الصادرة بتاريخ 1990/02/07 وبتاريخ 1998/10/07.

Cass. 1^{ère} civ. 07/02/1990 : « Le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé.» Cité par : N. Albert, obligation d'information médicale et responsabilité, op. cit, p 359.

Cass. 1^{ère} civ. 07/10/1998, (M.R c/ M et autre , bul. Civ. n° 287): « ...De troubles scientifiques moindres que ceux dcoulant de la non-réalisation de l'opération chirurgicale. » Gaz. Pal.1998.2, M. Penneau, le défaut d'information en médecine, Dall. ,n° 3 du 21 janv .1999, p 50.

كما قد يقرر التعويض الكامل إذا كان هذا الإخلال له علاقة مباشرة بالضرر سواء من خلال حرمان المريض من الاختيار بين التدخل المقترح ويتضمنه من مخاطر وبين التطور الطبيعي لمرضه، مما ينتج عنه تحمل الطبيب لكل النتائج الضارة الناتجة عن تدخله، وهو ما أكدته المحكمة أيضا في قرار آخر لها بتاريخ 1999/06/29، ومن جهته قرّر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2001/01/15 أنه لا تعويض على الإخلال بواجب الإعلام إلا إذا كان أمام المريض إمكانية الاختيار. ولا يكون ذلك ممكنا إلا في الحالات التي يوجد بشأنها عدة خيارات علاجية ولم يبادر الطبيب بإعلام المريض بشأنها ويتقرر تعويض كامل بشأنها، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: الحسين شمس الدين، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة إلى النظرية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء المغرب، السنة الجامعية، 2003-2004، غير منشورة، ص 137، 139.

Cass. Civ. 29/06/1999, J.C.P, 1999, II, 10138, C. état 15/01/2001, cité par : V. Wester-Ouisse, op. cit, 102.

متمثل في "المساس بالكرامة الإنسانية" ¹ Atteinte à la dignité humaine. ، دون أن تقتصر على الضرر في تفويت فرصة perte de chance

وهذا القرار ليس الأول من نوعه، بل سبقه في حقيقة الأمر قرار صادر في 28/01/2010 تأسس على المادتين 3-16 من ق.م.ف و 1-1142 L من ق.ص.ع.ف متغاضيا عن المواد 1147 و 1149 من ق.م.ف التي تشير إلى تطبيق المسؤولية العقدية. فلم يثبت ما إذا كان هذا الإغفال مجرد سهوا أم أنه هجر لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية ما دام الالتزام بالإعلام يجد قوته الإلزامية في نصوص ق.م. وكذا ق.ص.ع.²

غير أن هذا الغموض قد أزيل بقرار 03/06/2010 الذي أكد على توحيد قواعد المسؤولية عن الإخلال بالإعلام، طالما أن التفرقة بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري لم يعد لها أي معنى مع تزايد لجوء القضاء إلى النصوص الخاصة (أي المتعلقة بقانون الصحة العمومية ومدونة أخلاقيات الطب) لتحديد الخطأ الطبي.

وذلك باعتبار أن هذا الاتجاه يصب في صالح المريض من جهة، من خلال استفادته من جميع المكاسب التي تصحب التحول من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية، ومن جهة ثانية فإن اختيار هذا النوع من المسؤولية سيسمح للقاضي الإداري والقاضي العادي بالفصل في القضايا المعروضة عليهما بناءً على أساس موحد هو قانون 04/03/2002.³

¹ - حيث قررت ذلك صراحة بأن: "الالتزام بالإعلام قبل كل مساس بجسم المريض قوامه الحفاظ على الكرامة الإنسانية، وأن الإخلال بهذا الالتزام يرتب ضررا واجب التعويض وإن كان معنويا فقط، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف بتقريرها بأن المريض لم تفته أي فرصة في تجنب الضرر الذي تحقق، خرقت المواد 1-16، 2-16، و 1147 من ق.م.ف." وقد جاء منطوقه باللغة الفرنسية كما يلي:

Cass. Civ. 03/06/2010 affirme que : « l'obligation du médecin d'informer son patient avant de porter atteinte à son corps est fondée sur la sauvegarde de la dignité humaine ; que le médecin qui manque à cette obligation fondamentale cause nécessairement un préjudice à son patient, fut – il uniquement moral , que le juge ne peut laisser sans indemnisation; qu'en décidant au contraire que M.S. n'aurait perdu aucune chance d'éviter le risque qui s'est réalisé a auquel le docteur P. l'a exposé , la cour d'appel a violé les articles 16-1, 16-2 et 1147 du code civil.» cité par : B. Hoenri, S. Breton, comment la cour de cassation a fait évoluer l'information des malades, la revue du praticien, vol. 61, n° 09, Nov. 2011, p 1329.

² - Cass.1^{er} civ .28/01/2010, n°09-10992, publié au bull. 2010, 1, n°20, cité par : X. Barella, op. cit, p1995.

³ - P. Pierre, l'actualité du droit médicale, op. cit, p 06.

ونشير أيضا أن القضاء الفرنسي قد اختلف موقفه عند تقريره فكرة التعويض عن ضرر الولادة المعاقة¹، غير أنه التدخل التشريعي بموجب القانون الصادر في 2002/03/04 سرعان ما حسم الأمر باقتصار التعويض على الأولياء في الضرر المعنوي فقط المرتبط بالخطأ الطبي في الإعلام. ومن ثم حرمان الأم من ممارسة حقها في إسقاط الجنين، أي فوات فرصة تجنب ضرر الإعاقة².

ومن زاوية أخرى فقد استقر القضاء الفرنسي كذلك على مبدأ كل خطأ طبي فني، إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر، فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة الوصول إلى نتائج أفضل (amélioration) أو في تجنب بعض الأضرار التي لحقت بالمريض³ (Les chances d'éviter des préjudices).

¹ - فقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي بقراره الصادر بتاريخ 1997 /02/14 في قضية السيدة الحامل «Quarez» التي أنجبت طفلا مغوليا تم تسميته «Mathieu» مصاب بمرض «Trisomie 21» بعد بلوغها 42 سنة من العمر رغم قيامها بإجراء تحليل طبي للسائل الرحمي «Amniocentèse» في المركز الإستشفائي الجهوي الواقع بمدينة «Nis Nice» الفرنسية، بقصد التأكد من مدى صحتها وصحة الجنين، إلا أن هذا الأخير كشف عن غياب أية إشارة تدل على تواجد عيب وراثي «Anomalie génétique»، إلى التأكيد بوجود خطأ المستشفى الذي ترتب عنه ولادة الطفل معوقا، هذه الولادة تشكل ضررا لا بد من تعويض الأولياء عنها. و في المقابل، رفض تعويض الطفل، بحجة أن الخطأ الطبي ليس السبب في إصابته بالإعاقة. وفي نفس السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2000/11/17 إثر قضية السيدة Perruche انتقل إليها مرض الحصبة الألمانية «La rubéole» وهي حامل رغم لجوءها إلى إجراء تحليل المراقبة «Analyse de control» عن مضادات المرض والتي ظهرت فيه نتيجة إيجابية ووجود نسبة 1/6 من مضادات المرض، مما يدل على أن السيدة بيروش «Perruche» محصنة ضد هذا المرض فليس هناك احتمال تحقق خطر إعاقة الجنين، وبالتالي لا داعي لإسقاط حملها. غير أنها أنجبت ولدا «Nicilas» مصابا بإعاقة جسيمة «syndrome de Gregg» نتجت عن الحصبة الألمانية الوراثية، انتقلت إليه أثناء فترة الحمل. حيث أصدرت القرار الشهير «Arrêt perruche» من الغرف المجتمعة والذي حكم بالتعويض للأبوين جراء الضرر المعنوي الذي أصابها و المتمثل في ولادة طفلها مشوها، وذلك بسبب خطأ الأطباء في التشخيص والتحليل، كما اعترف للمولود بحق رفع دعوى مستقلة عن دعوى والديه، وذلك بهدف تعويض إعاقة التي نسبت للأخطاء الطبية وتفويت فرصة ولادته سليما بدون إعاقة.

S. Carpi, regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'états et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation), L. P. A, n° 114, 8 juin 2001, p 12.

² - وذلك بموجب المادة الأولى منه في فقرتها الأولى، وتبعاً لذلك أطلق عليه تسمية قانون "La loi Anti-perruche" Art 1^{er} /1 du L. n° 2002-303 du 04/03/2002, relative aux droit des malades et à la qualité du système de santé: « I-Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.» A. Lucas, op. cit, p 14.

³ - Cass. civ. 13/03/2007, n° 05-19, affirme que : « ... Le droit à réparation du dommage résultant de souffrance morale éprouvée par la victime avant son décès, en raison d'une perte de chance de suivi, étant né dans son patrimoine, se transmet à son décès à ses héritiers ». (S.A.A /Centre d'anatomie et autre), Cité par : P. Jourdain, Responsabilité civile, Effets de la responsabilité, La perte d'une chance d'éviter ne souffrance morale, se transmet aux héritiers de la victime, R.T.D. civ, n° 4, 2007,

ويبدو أن القضاء الجزائري لم يسر على نهج نظيره الفرنسي، فلا زالت الأحكام القضائية في قضايا المسؤولية الطبية قليلة وغير واضحة لتبين موقفه في هذه المسألة¹. ولعل السبب يرجع في ذلك إلى التشريع الذي أشار إلى تفويت الفرصة (فرصة الكسب) في المادة 182 من ق.م.ج، لكن يبقى هذا النص غير كاف لتطبيقه في المجال الطبي.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن هناك صعوبة يواجهها القاضي في تحديد التعويض عن هذا النوع من الضرر، لما يقيم وزنا كبيرا لعنصر الاحتمال في تحقق الفرصة². فهو يأخذ بعين الاعتبار الفرص الاحتمالية للشفاء من المرض ثم يطبقها بالزيادة أو النقصان على الوقائع المحيطة بحالة المريض الصحية الذي يعاني من المرض نفسه³.

فإذا بلغت نسبة تحقق الفرصة الضائعة درجة عالية يمكن بواسطتها التأكيد على أن المضرور كان سيستفيد من النتيجة المرجوة من تحققها، فإن القاضي يقبل تعويض الكسب الضائع. أما إذا تبين أن نسبة الاحتمال ضئيلة تكاد تكون منعدمة، في هذه الحالة تعتبر الفرصة ليست حقيقية، وأن ضياعها يبقى مجرد ضرر احتمالي غير قابل للتعويض⁴.

=p 786. C.E, sect., 21 déc. 2007(Centre hospitalier de Vienne n° 289328) : « Dans le cas où la faute commise lors de la prise en charge ou le traitement d'un patient dans un établissement public hospitalier a compromis ses chances d'obtenir une amélioration de son état de santé ou d'échapper à son aggravation, le préjudice résultant directement de la faute commise par l'établissement et qui doit être intégralement réparé n'est pas le dommage corporel constaté, mais la perte de chance d'éviter que se dommage soit advenu... la réparation qui incombe à l'hôpital doit alors évaluée à une fraction du dommage corporel déterminé en fonction de l'ampleur de la chance perdue... », A.J.D.A, n°03, 2008, p 140, V. dans ce point : V. Wester-Ouisse, op. cit, 04.

¹ - فقد أخذ القضاء الجزائري بفكرة تفويت فرصة الشفاء في قرار للمحكمة العليا في غرفتها الإدارية المؤرخ في 1992/04/26 الذي حملت فيه الغرفة الإدارية لها المرفق الصحي الإهمال في العلاج و بنت قضاءها على أساس تفويت فرصة الحياة أو الشفاء، أشار إليه طاهري حسين، المرجع السابق، ص 92. وفي نفس الاتجاه صدر قرار آخر بتاريخ 1992/07/29 والذي جاء فيه: "حيث أنه يستخلص من التحقيق أن وفاة السيدة ع. بسبب نزيف الولادة هو النتيجة المباشرة للإهمال الطبيب س. الذي قرر الاستئصال بمادة "مولدة الليفين" لتجنب المسآة وتفويت فرصة الحياة على المريضة المتوفية إثر النزيف." مذكور من قبل: عز الدين حروزي، المرجع السابق، ص 191.

² - Y. Chartier, la réparation du préjudice dans la responsabilité civile, op. cit, p 62.

³ - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 425، بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 74.

⁴ - J. Boucher, N. Bourgeois-Machureau, Indemnisation de la perte de chance : le conseil d'Etat poursuit sa conversion au probabilisme, A.J.D.A, n° 3 du 28 Janv. 2008, p 139.

على هذا الأساس فإنه لا بد من ترجمة الفرصة نقدياً متى شكّل ضياعها ضرراً محققاً¹، وذلك عن طريق تطبيق معامل فوات الفرصة على قيمة الضرر النهائي الاحتمالي، استناداً إلى تقرير الخبير الطبي الذي يحدد تلك النسبة، ليسهل على القاضي فيما بعد الوصول إلى التقدير المالي². وبالتالي فإن التعويض الجزائي لفوات الفرصة يعد مرفوضاً، مما يسقط على ضرر فوات الفرصة خصوصياته التي يقوم عليها³. دون أن ننسى أنه تبقى مهمة القاضي في وصفه للوقائع على أنها تشكل فوات الفرصة، خاضعة لرقابة محكمة النقض فيما ما يتيح لها تحديد جدية فوات الفرصة ورسم الإطار القانوني لعلاقة السببية بين الخطأ الطبي الثابت والنتيجة النهائية الضارة. ويبدو أن عملية تقدير التعويض لن تحقق فقط عن طريق أعمال القاضي لمجموع الضوابط والقواعد السابقة، ذلك أن الأمر لا يخلو من عوامل أخرى مؤثرة بحيث يلتزم القاضي بمراعاتها عند قيامه بعملية التقدير، وهو ما سنعالجه عليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الظروف المتعلقة بتقدير التعويض والرقابة على ذلك

يقدر القاضي في غالب الأحيان التعويض على أساس الضرر اللاحق بالضرور ويكون في ذلك مساوياً لقيمة الضرر ومعادلاً له، باعتبار ما يملكه من سلطة تقديرية في تكييف الوقائع واستخلاص قيمة التعويض اللازم لها⁴. غير أن سلطته هذه ليست مطلقة أين يمكن للمحكمة العليا أن تبسط سلطتها في الرقابة. خاصة مع يعتري عملية التقدير من ظروف وعوامل تؤثر على القاضي.

¹ - « La chance n'est pas destinée à rester à l'état de chance. » Cité par : V. Wester-Ouisse, op. cit, 06.

² - غير أنه ينبغي الإشارة إلى أنه هنالك طريقتين للتعويض عن تفويت فرصة، أولهما هي "تعويض عن الكل أو لا شيء" "Le tout ou rien"، ومفادها أن يُعوّض المضرور تعويضاً كاملاً أو لا يعوّض تماماً، وهو الاتجاه المأخوذ به في فرنسا، الحسين شمس الدين، المرجع السابق، ص 210، 213. أما الطريقة الثانية فتتمثل في "التعويض عن درجة تحقق تفويت فرصة شفاء" "indemnisation de chances perdues de guérison"، ومفادها أن يتم تقدير التعويض بحسب نسبة تفويت فرصة الشفاء، هو أكثر عدالة.

C. Muller, la perte d'une chance médicale en droit comparé et suisse, rev. générale de droit médical, n°2, 2009, p 130, 131.

³ - Cass, 1^{ère} Civ., 17/12/1998 : « la réparation du dommage résultant de la perte de chance d'obtenir une amélioration de son état ou d'échapper à une infirmité, ne présente pas un caractère forfaitaire, mais correspond à une fraction des différents chefs de préjudice qu'il a subi... ». Cité par : A-M. Duguet, p 179.

⁴ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 240.

لذلك سنحاول إلقاء الضوء على العوامل التي تشوب عملية التعويض (البند الأول)، لنتنقل إلى إبراز مجال الرقابة على سلطة القاضي في تقدير قيمة التعويض بصفة نهائية (البند الثاني)

البند الأول: العوامل المؤثرة على التعويض

إن طبيعة الضرر في المجال الطبي كان له الأثر البارز في تقدير التعويض، من خلال ظهور بعض الظروف الشخصية للملابسة للمريض (فقرة أولى)، كما قد تنور بعض الحالات أين يشترك المضرور نفسه مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر (فقرة ثانية). ومن جهة أخرى فإن الضرر في كثير من الأحيان لا يبقى على نفس الحالة، بل يتغير بمرور الزمن زيادة أو نقصانا بعد وقوعه¹ (فقرة ثالثة).

فقرة أولى: الظروف المحيطة أو الملابس

إن الظروف الملابس هي تلك الظروف الشخصية المتعلقة بالشخص المضرور²، لأنه متى اكتفى القاضي بالاعتداد بالظروف الموضوعية فقد معيار الظروف الملابس، معناه والهدف الذي قرر لأجله وهو محاولة الوصول إلى تقدير للتعويض يناسب الضرر اللاحق.

فالتعويض ينبغي أن يتضمن نظرة شخصية يراعى فيها مدى تأثير الفعل الضار على حالته الصحية وحجم الآثار الناتجة عن فقد القدرة على العمل أو الحد منها هذا من جهة، وخسارة الأجر والفرص المالية التي كانت متاحة للمضرور من جهة أخرى³.

إذ يقوم بتقدير الحالة الجسمية للمضرور قبل حدوث التدخل الطبي⁴، سواء فيما يتعلق بالجراحة التجميلية التي يكون التشوه أو العيب المراد تحسينه بعملية تجميلية خفيفا جدا وبعد العملية تفاقم وازداد تشوها بسبب خطأ الجراح أو بمناسبة الخطأ العلاجي الذي يترتب عليها فقد أحد

¹ - Y. Lambert-Faire, droit du dommage corporel, op. cit, p 171.

² - وقد أكدت على مراعاة الظروف الملابس نص المادة 131 من ق. م. ج: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي أصاب المصاب طبقا لأحكام المادة 182 من ق م ج مع مراعاة الظروف الملابس..." وهو نفس الموقف الذي أخذ به التشريع المصري بمقتضى المادة 170 من القانون المدني، مشار إليه من قبل: رياض منير حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 616.

³ - حسين طاهري، المرجع السابق، ص 67. وقد أكد مجلس الدولة الجزائري على ذلك أيضا في العديد من قراراته، منها القرار رقم 38175 بتاريخ 2008/04/30، فهرس 416 و الفاصل في قضية: المركز الإستشفائي الجامعي لباب الوادي ضد (ح، خ، د)، إذ صرح بالقول: "حيث أصاب قضاة أول درجة فيما قضوا به من تعويض عادل روعيت فيه ظروف وملابسات وقائع القضية، مما يتعين تأييد قراراتهم المستأنف". عبد القادر خضير، المرجع السابق، ص 34، 36.

⁴ - زاهية حورية كجار سي يوسف، المرجع السابق، ص 301.

أعضائه، ليصبح عاطلا كلياً عن القيام بمهامه المعتادة و مدى قابلية المرض للشفاء من عدمه. فتقدير التعويض في هذه الحالة يكون مختلف بالمقارنة من حالة إلى حالة أخرى¹.

بالإضافة إلى ذلك يكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العائلية باعتباره ظرفاً خاصاً بالنسبة إليه، فمن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من الأعزب. كما لا يمكن التغاضي عن الاعتداد بمركزه الاجتماعي والمهني².

ولعل قيمة التعويض تتأثر أيضاً تبعاً لتقدير الوضع المالي والاقتصادي، ذلك أن القوة الكسبية للمتضررين ليست واحدة، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذي يحمق به أشد. ولكن هذا لا يعني أنه إذا كان المضرور غنياً، يقضى له بتعويض أقل مما لو كان فقيراً، فالضرر واحد³، كما أن العبرة بجبر الضرر دون أن تكون ليس وسيلة للإثراء على حساب المسؤول .

أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول، فلا يعتد بها عند تقدير التعويض⁴، فحالته المالية المتيسرة ليست سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر وسواء كان لا يعول إلا نفسه. فهو يدفع التعويض بقدر ما حدث من الضرر وحسب جسامته، دون مراعاة لظروفه⁵.

¹ - فالضرر الذي يلحق المريض بفقدان البصر تماماً بعد إصابة العين الأخرى جراء خطأ الطبيب، يكون أشد بكثير من الضرر الذي يصيبه من كان سليم العينين، فيفقد عينا واحدة، ومبتور الساق الواحدة لا يتساوى في التعويض مع مبتور الساقين وقطع لسان الأخرس أصلاً لا يتساوى مع قطع لسان مذبذب أو خطيب، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: طلال العجاج، المرجع السابق، ص 98.

² - فالضرر الذي يصيب فاناً أو شخصية مشهورة يعتمد عملها على الصورة والمظهر الأنيق، أشد من الضرر الذي يصيب الشخص العادي الذي لجأ إلى عملية التحميل لتحسين شكله دون أن يؤثر على حياته المهنية، أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 98.

³ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، م.3، المرجع السابق، ص 122، إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 230.

⁴ - وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في الاعتداد بالظروف الملازمة للمضرور دون المسؤول، حيث جاء في قرار صادر لها في غرفتها المدنية بتاريخ 1993/01/06 ما يلي: "... وأنه ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضدهم للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض وهي على وجه الخصوص سن الضحية ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره..." م. رقم 87411، نشرة القضاة، ع. 50، ص 55. وذلك على الرغم من أن نص المادة 131 السابقة الذكر جاء مطلقاً بغير تخصيص للمضرور دون المسؤول. غير أن هناك جانب من الفقه ذهب إلى وجوب الاعتداد بها، لأن مصطلح الظروف الملازمة ينطوي على جسامه الخطأ، مشار إليه من قبل: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج. 1، المرجع السابق، ص 973.

⁵ - منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، المرجع السابق، ص 433، سمير عبد السمیع الأودن، المرجع السابق، ص 431.

وفي الحقيقة إن عنصر حسن النية يدخل ضمن الظروف الملازمة المتعلقة بالمسؤول، ولكن لا يمكن الأخذ به بصفة مطلقة، إلا إذا جاء نص قانوني صريح بوجوب الاعتداد به، حيث يتم تقديرها قياساً على مسلك الرجل العادي في يقظته وذكائه¹.

ومن جهة أخرى فقد يتعدد المسؤولون عن العمل غير المشروع بأن ينسب إلى كلّ منهم خطأ يساهم في إحداث ذات الضرر، فلا يمكن للقاضي أن يوزع المسؤولية بالتساوي، في الوقت الذي يكون خطأ أحدهم جسيماً بينما خطأ آخر يسيراً².

لذلك فما يتناسب مع العدالة أن يحدد نصيب كل من المسؤولين في الالتزام بالتعويض³، وبديهي أن أساس التقسيم في هذه الحالة هو مدى جسامته الخطأ. كما أن التضامن قائم بينهم إذا اجتمع أكثر من طبيب في العمل الطبي، مما يصعب معه نسبة الخطأ الحاصل لأحدهم دون الآخر. وباستطاعة المريض إقامة دعوى المسؤولية على أحدهم منفرداً أو عليهم جميعاً⁴.

فقرة ثانية: الخطأ الشخصي للمريض

إذا اشترك المريض مع خطأ الطبيب بنصيب معتبر قانوناً في وقوع الضرر، فإن ذلك لا يرفع المسؤولية عن الطبيب في الأصل، بل يؤدي ذلك إلى تخفيض مقدار التعويض المحكوم به عليه حسب نسبة خطئه⁵.

¹ - بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 91. وقد أورد المشرع الجزائري عنصر حسن النية في عدة مواضع من ق.م.ج، كالمادة 107 والتي تنص في الفقرة الأولى على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بحسن نية..." وكذا طبقاً للمادة 182 الفقرة الأخيرة التي تقضي بأنه إذا كان المدين حسن النية فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقعاً من الضرر. وكذلك التشريع الفرنسي في المادة 2268 من ق.م.ف.

Art. 2268 du C. Civ. Fr. affirme que : « la bonne foi est toujours présumée et crée à celui qui allègue la mauvaise foi la prouver.»

² - محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، د.ذ.ع.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، د.ذ.س.ن، ص 461، 463.

³ - وهو جاءت به المادة 126 من ق.م.ج: "إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض."

⁴ - G. Viney. P. Jourdain, traité de droit civil, op. cit, 319.

⁵ - محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 181. وهو تنص عليه المادة 177 من ق.م.ج بقولها: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أولاً بحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه." وما يؤكد ذلك أيضاً أن المشرع يعتد بخطأ المتضرر هو ذكره لعبارة "ولم تكن للمتضرر يد فيه" في المادة 140 مكرر 1 من ق.م.ج. المعدلة.

V. dans ce point : M. Akida, op. cit, p 380.

وهنا يتعين على القاضي تقدير أثر خطأ المضرور على تقدير التعويض في ضوء تقتضيه رابطة السببية باعتباره أحد الأسباب المؤثرة فيها، سواء بالنظر في مدى جسامة خطأ المريض المضرور أو في مدى مساهمته في إحداث الضرر¹.

لكن إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المريض هو العامل الأساسي الأول في إحداث الضرر الذي أصابه، وأنه بلغ من الجسامة قدرا بحيث يستغرق خطأ الطبيب فإنه في هذه الحالة لا مجال للحكم بالتعويض².

فقرة ثالثة: تغير الضرر الطبي وتفاقمه

يختلف في الواقع وقت الحصول على التعويض عن وقت نشوءه³، ذلك لأن الحق في التعويض يقوم وقت وقوع الضرر، لأن مصدره هو الفعل الضار. أما الوقت الذي يقدر فيه، فقد استقر الفقه والقضاء على أن مبدأ التعويض الكامل يجبر الضرر يقتضي تقديره وفقا لما وصل إليه هذا الضرر يوم صدور الحكم⁴.

إذ كثيرا ما يلجأ القاضي إلى إصلاح كل الأضرار السابقة على تاريخ التسوية عن طريق تعويض في شكل رأسمال، نظرا لعدم وجود طريقة إلزامية في الشريعة العامة، سواء تعلق الأمر بالإصابات التي تم الشفاء منها أو الأضرار المعنوية. وتكون لهذا الأخير السلطة التقديرية في تحديد مقداره وإن كان عادة ما يتقيد بحد أدنى وحد أقصى⁵.

¹ - أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب (مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة)، المرجع السابق، ص 215.

² - كتناول المريض أدوية أو تعاطيه أشياء قد منعها الطبيب بصفة صريحة وقاطعة، بسبب ما قد ينجر عن ذلك من تأثير على حالته الصحية حيث كان خطأ هذا الأخير نتيجة حتمية في حدوث الضرر، مما قد يعفى تماما من التعويض، وقد اعتبرها المشرع الجزائري حالة من حالات السبب الأجنبي، وذلك في المادة 127 ق.م.ج التي تنص على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد ينشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاقي يخالف ذلك". وفي هذا قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1988/05/25 بأنه: "من المقرر قانونا إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر...". م. رقم 53.010، م.ق. ع. 02، السنة 1992، ص 11.

³ - لقد ثار خلاف فقهي حول وقت نشوء الحق في التعويض على اعتبار أن الحكم بالتعويض يعد كاشفا له، ما دام أن حق التعويض يظل حقا غير محدد المقدار، فالحكم هو الذي يحدد مقداره، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: مقدم سعيد، المرجع السابق، ص 208.

⁴ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 2000، ص 21.

⁵ - Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 201.

غير أنه على الرغم من نهائية المبلغ النقدي للتعويض بعد تحديده، إلا أنه لا يبقى ثابتا بسبب ما يطرأ أحيانا من تغير في درجة الضرر فيزداد جسامة أو يخف. الأمر الذي قد يصعب على القاضي تعيين مداه بصفة نهائية وقت النطق بالحكم، مما يجعل التعويض محل مراجعة من خلال ما يدخل في حسابه من تطور للإصابة فيراعي ما تعرض له المريض من خطر أو مضاعفات¹.

فقد يكمن مرجع الصعوبة في أصل المرض أو الإصابة التي تبدأ بظهور أعراضها ثم تستغرق اكتمالها زمتا، مما يضعه في حيرة من أمره فالقاضي في هذه الحالة يقدر تعويضا ابتدائيا جزئيا، ويحتفظ للمضروب بحقه في الحصول على التعويض الكامل بعد تمام ظهور المرض وأعراض الإصابة².

وذلك بمقتضى دعوى أخرى يطالب فيها بتعويضات إضافية، بسبب تفاقم الأضرار التي لم تكن المحكمة قد أدخلتها في حسابها عند تقديرها في حكمها السابق. دون القول بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه الذي حازه هذا الحكم، كون الضرر المطلوب التعويض عنه في هذه الحالة يعتبر ضررا مستجدا لم يسبق أن قضي فيه بالتعويض³.

كما أنه لا يعد بمثابة طلبا جديدا، بل هو مشتق مباشرة من الطلب الأصلي ومكمل له، باعتباره يهدف إلى الغاية نفسها وهي جبر الضرر⁴، لأن هذا التفاقم يعتبر طارئا بعد الحكم الابتدائي.

وبالتالي فإن إمكانية فتح باب مراجعة التعويض بعد صدور الحكم النهائي واردة بنص قانوني، بشرط أن يحتفظ القاضي للمضروب بحقه في المراجعة خلال مدة معينة يحددها في حكمه، باعتبار أنها

¹ - كما لو اشتدت حدة إصابة المريض وتفاقمت بوقوع ضرر جديد من جراء الحادث الطبي، فأصبحت عاهة مستديمة أنقصت من قدرته على العمل أو أشد خطورة على ما كان عليه عند صدور الحكم، أو تعرض لمرض لاحق على الإصابة الجسدية كمرض السكر أو الالتهاب الكبدي، وقد يؤدي أيضا إلى وفاته، سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 429، 430.

² - وهذه الطريقة هي الأقرب للعدالة وأفضل للمضروب، حيث يكون التعويض فيها مساويا للضرر بشكل دقيق، مما تبعد المحكمة عن التقدير الجزائي، محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، المرجع السابق، ص 134.

V. dans ce point : G. Viney. P. Jourdain, traité de droit civil, op. cit, 210.

³ - وقد أكد على ذلك التشريع الجزائري في مادته 131 من ق.م. بقولها: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مكرر مع مراعاة الظروف والملايسات، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير." وتؤيد ذلك المادة 342 من ق.إ.م.ج، التي تنص على أنه: "يجوز للخصوم أيضا طلب الفوائد القانونية وما تأخر من الديون وبدل الإيجار والملحقات الأخرى المستحقة بعد صدور الحكم المستأنف، وكذا التعويضات الناتجة عن الأضرار اللاحقة به منذ صدور الحكم."

⁴ - و ما جاءت به المادة 343 من نفس القانون بقولها صراحة: "لا تعتبر طلبات جديدة الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي والتي ترمي إلى نفس الغرض حتى ولو كان أساسها القانوني مغايرا."

تخص فقط حالة تغير عناصر الضرر ذاتها¹، فإن لم يتم الاحتفاظ بحق المراجعة واكتفى بمنحه تعويضا إجماليا دون أي تحفظ يكون قد أضع على المريض حق الرجوع أمام القضاء من جديد لإعادة تقدير الضرر اللاحق به².

أما الحالة التي يتغير فيها الضرر نحو التحسن بعد صدور الحكم النهائي، مثل إجراء المريض لعملية جراحية بعد الحكم النهائي، أدت إلى محو كافة عناصر الضرر³. ففي هذه الحالة لا مجال لمراجعة قيمة التعويض بالتماس الانتقاض من قيمته، وذلك وفقا لمبدأ استقرار الأحكام القضائية بما فصلت فيه من حقوق⁴.

بالإضافة إلى ذلك يجب مراعاة التغير في قيمة الضرر نتيجة التطورات الاقتصادية بصفة مستمرة⁵، نظرا لأن مقتضيات العدالة تستلزم عدم التقيد بمبدأ القيمة الاسمية للنقود أي قيمتها العددية، بل يجب الاعتداد بزيادة الأسعار الحادثة بعد صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر⁶. بحيث يزداد مقدار التعويض بقدر الزيادة في أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر، كإجراء علاج أو القيام بعملية جراحية أو شراء أدوية⁷.

وهذا ما راعته محكمة النقض الفرنسية، وذلك في تحديدها للتعويض المحكوم به في صورة إيراد دوري تتغير قيمته بتغير قيمة النقود، وهذا يسمح بمسايرة التعويض في مقداره لقيمة الضرر وفقا

1 - أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 130، وقد قضى في هذا الشأن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2006/11/29 بمراجعة مبلغ التعويض الذي يستحقه (س.م) المحكوم على المركز الاستشفائي الجامعي "ندير محمد" لتيزي وزو وجعله يتناسب والضرر الفعلي وفقا لنسبة العجز اللاحق بالضحية، حيث قرر ما يلي: "أنه نظرا للأضرار التي يعاني منها الطفل وما حل به من عجز دائم بنسبة 100% مدى الحياة، فإن رفع مبلغ التعويض المطالب به من طرف المستأنف معقول وقانوني، وبالتالي قرّر المجلس رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى 810.000 دج، قرار بتاريخ 2006/11/29، م. رقم 26678، ن.ق، ع. 63، 2008، ص 398.

2 - محمد سليم شهيد، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية، المرجع السابق، ص 205، وهذا ما تكرر من خلال اجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1987/06/17 الذي قضى بنقض قرار مجلس قضاء قسنطينة رقم 34000 الصادر بتاريخ 1984/01/07، هذا الأخير كان قد أقر تعويضا للضحية، وجاء قرار المحكمة العليا مؤسسا على وجود قرار سابق قضى للمطعون ضده بالتعويض غير أنه لم يخول له حق الرجوع أمام القضاء لإعادة التقدير، عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 94، 95.

3 - محمد عبد القادر العبودي، المرجع السابق، ص 178، بمماوي الشريف، المرجع السابق، ص 82، 83.

4 - رياض منير حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، المرجع السابق، ص 618.

5 - حسين طاهري، المرجع السابق، ص 67.

6 - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، المرجع السابق، ص 25، 26.

7 - كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 214.

لقيمة النقد الذي يقدر به¹. باعتبار أن الحكم بالتعويض في صورة إيراد دوري يعد أنسب صورة لجرير الضرر المستمر، خصوصا مع ربطه بسعر المواد المستعملة في إصلاحه².

ولعل معظم التشريعات الوضعية لم تمنع من الأخذ بقضاء محكمة النقض الفرنسية في ظل نصوص قانونية تسمح بأن يكون التعويض في صورة إيراد مرتب في ظل نصوص قانونية تسمح بأن يكون التعويض في صورة إيراد مرتب³.

البند الثاني: مجال الرقابة على سلطة القاضي في تقدير قيمة التعويض

إن تقدير قيمة التعويض الناتج عن المسؤولية المدنية للطبيب يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بما يملكه من استقلالية، الأمر الذي يجعل هذه العملية من مسائل الواقع التي لا تعقب عليها المحكمة العليا⁴.

¹ - Cass. Civ. 17/04/1975, D.1976.152, Cass. Crim. 08/06/1978, G.P.1979 1.150, Cass. Civ.17/12/1979 G.P.1980 1.248, Y. Lambert-Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 172.

² - عز الدين قمراري، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، المرجع السابق، ص 59.
³ - كالتشريع المصري وذلك حسب نص المادة 1/171 من القانون المدني، التي جاء فيها: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف... كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا." كما خول التشريع الجزائري للقاضي ذلك في مادته 132 في فقرتها الأولى (01) من ق.م.ج، بقولها: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا."

⁴ - سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، المرجع السابق، ص 328، 329، عز الدين حروري، المرجع السابق، ص 213. وهو ما قضى به القضاء الجزائري في عدة مناسبات، فقد أصدرت المحكمة العليا قرارا صادر بتاريخ 1983/05/11 جاء فيه: «حيث أن قضاة الموضوع وإن كانوا غير ملزمين برأي الخبراء وغير مراقبين من طرف المحكمة العليا في تقدير التعويض إلا أنهم ملزمون بتسبب حكمهم تسببا لا يتناقض مع الوثائق الفنية الصرفة، ذلك أن تقدير نسبة العجز المقدرة من طرف الأطباء هي عملية فنية تخرج عن اختصاص عمل القضاة، ولا يمكن تنفيذها أو الإقلال من نسبة العجز المقدرة إلا بواسطة طبيب آخر...» م. رقم 28312، الاجتهاد القضائي، سلسلة قضائية صادرة عن وزارة العدل، د.م.ج، الجزائر، السنة 1987، ص 53، كما أكدت المحكمة العليا في هذا السياق بقرارين الأول بتاريخ 1984/11/07، م. رقم 39694، م. ق، ع. 03، السنة 1989، أما الثاني مؤرخ في 1989/02/08 يؤكدان على أن تحديد المسؤولية المدنية وتقدير جسامة ذلك الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، م. رقم 58012، م. ق، ع. 2، السنة 1992، ص 14. ناهيك عن عما أصدرته بتاريخ 1993/03/31، م. رقم 97860، والذي قضى صراحة بأنه: حيث أن الضرر المشار إليه في القرار لم يوجد أي نص مقدر لتعويضه، وبالتالي فإن تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإن مراقبته غير خاضعة لسلطة المحكمة العليا، وإن تعيين خبير من أجل تقدير الضرر الناتج، ولهذا فإن القرار المطعون فيه جاء على أساس قانوني ومسيب مما يستوجب رفض هذا الوجه ورفض الطعن." غير منشور، مقتبس عن: عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 69.

إذ يترك للقاضي الحرية في تقدير ما تضمنه تقرير الخبرة من معطيات طبية واضحة، والذي غالبا ما يقضي بإجرائها قبل الفصل في الموضوع، وذلك استنادا لمجموع الظروف والواقع المحيطة بالقضية¹، بما فيها جميع الخسائر التي لحقت بالضحية وكذا الربح الذي فاتته. غير أن سلطة القاضي ليست مطلقة حسب ميوله وأهوائه، بل تتقيد في حدود طلبات الضحية. حيث عادة ما يستعين المدعى المقدم لطلب التعويض بمحاميه من أجل التحديد الصحيح لمبلغ التعويض بواسطة عمليات حساب، مع تقديم أدلة إثبات كل ذلك من مستندات وغيرها². ومن ثم فإذا طالب المدعي بالتعويض عن الضرر المادي فقط، فلا يجوز للقاضي أن يدخل ضمن عناصر تقدير التعويض في هذه الحالة الضرر الأدبي أو المعنوي الذي لحق بالضحية، وإلا أصبح حكمه معرضا للطعن والرفض، وذلك تطبيقا للمبدأ القانوني الذي يقضى بأنه ليس للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم، ولا أن يمنح أكثر مما يطلبون³. بالإضافة إلى ذلك يمكن للمحكمة العليا أن تبسط سلطتها في الرقابة، فيما يتعلق بتعيين العناصر المكونة للضرر وتبيان أحقية طالب التعويض فيه أو عدم أحقيته، باعتبارها من المسائل القانونية التي تدخل في إطار التكييف القانوني للواقع⁴.

¹ - الشريف مجماوي، المرجع السابق، ص 67.

V. dans ce point : V. dans ce point : G. Viney. P. Jourdain, traité de droit civil, op. cit, 250.

² - سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 427.

³ - حسين طاهري، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - فقد قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1983/06/07 بوجوب إبراز قضاة الأساس لجميع عناصر تقدير التعويضات المدنية "كذكر سن الضحية و مدة انقطاعها عن العمل، و مبلغ أرباحها اليومية أو الشهرية و غير ذلك من عناصر التقدير" مشار إليه من قبل: الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 71، 73. كما جاء أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 1994/05/24: "من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل، وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون، ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي اعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض، يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانونا ومتى كان كذلك استوجب قرارهم النقض". م. رقم 109568، م. ق، ع. 01، السنة 1997، ص 123. وفي نفس الاتجاه سار القضاء المغربي، حيث أكد في قرار المجلس الأعلى رقم 93/2823، الصادر بتاريخ 1994/05/18، والذي تناول فيه العناصر التي تحكم التعويض، ومما جاء في القرار "لم تبين المحكمة بشكل تفصيلي كيفية توصلها إلى قدر التعويض عن العجز الشيء الذي يجعل تحديد التعويض من طرفها كان بصفة جزافية وإجمالية، وبالتالي فإن عدم إبراز الضرر الاقتصادي، وعدم إبراز المحكمة للعناصر التي اعتمدها في تحديد التعويض حتى يمكن للمجلس الأعلى بسط رقابته على حقيقة الضرر وملائمة التعويض المقدر له يجعلان قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه ومستوجب للنقض". إبراهيم زعيم، المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، السنة 1996، ص 483.

حيث يمكن لهذه المحكمة إما نقضه لعدم تحديد المعايير المعتمدة في تقدير التعويض الممنوح للمريض أو تصحيحه، فتستبعد من التعويض المحكوم به من قبل قاضي الموضوع ما ترى أنه قد أدخله في التقدير من عناصر على أساس خاطئ، مما يتسنى لها من خلال ذلك مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض¹.

ونشير في هذا الصدد أيضا إلى أن التحقق من مدى التناسب الذي ينبغي على القاضي مراعاته بين قيمة التعويض ودرجة الضرر الحاصل على الضحية²، لا يكون إلا بعد تحديد عناصر وشروط الضرر التي اعتمدوا عليها، باعتبارها مناط تقدير التعويض³. ولعل الصعوبة المسيطرة على الدعاوى المختلفة المرفوعة من المرضى في مواجهة الأطباء، دفع إلى ضرورة البحث عن نظام تعويضي يضمن لهم تغطية شاملة، وهو ما سنعالجه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: أنظمة التعويض في المجال الطبي

لا شك أن الوصول إلى أسس سليمة لتعويض المتضررين من النشاط الطبي أصبح مسألة في غاية الأهمية، لاسيما مع عدم فعالية قواعد المسؤولية المدنية وقصورها عن تحقيق حماية شاملة لهم⁴. فغالبا ما كان الضحية يحصل على تعويض بسيط لا يتناسب مع طبيعة تلك الأضرار اللاحقة به، بل

¹ - محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 161.

² - وقد أكد القضاء الجزائري على مبدأ التناسب، حيث عبر مجلس الدولة على سلطته في تقدير التعويض، بتعديل المبلغ المطالب به وجعله يتناسب مع نسبة العجز (الضرر) الذي يعاني منه المستأنف، وهذا من خلال القرار رقم 010665 بتاريخ 2003/12/02 الفاصل في قضية (ش. ز) ضد (المركز الإستشفائي الجامعي لوهرا) ، حيث أكد صراحة بالقول: (حيث أن المبلغ المطالب به مبالغ فيه، مما يستوجب خفضه إلى المبلغ المناسب لنسبة العجز التي لحقت المستأنف). فهرس 667، الغرفة الثالثة، غير منشور. كما أصدر قرارا آخر رقم 27688، بتاريخ 2007/02/24، الفاصل في قضية (الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين وكالة سانتوجان بوهرا) ضد (ورثة المرحوم (و. س) والمستشفى الجامعي لوهرا) والذي قضى بأنه: "حيث يقضي مجلس الدولة بتأييد القرار المستأنف مبدئيا فيما قضى بالتعويض لزوجة الضحية و لأبنائها القصر، مع خفض مبلغ التعويض الممنوح لوالدي الضحية إلى ما قدره 1000.000 د.ج)، فهرس 113، وفي نفس السياق جاء قرار رقم 042304 بتاريخ 2009/03/25 والفاصل في القضية (م. د) ضد (القطاع الصحي لولاية تبسة) والذي صرح بالقول: "حيث أن التعويض المطالب به مبالغ فيه ويتعين إنزاله على حده المعقول وجعله يتماشى والضرر الذي الحق بالمستأنفة." فهرس 377، مذكور من قبل: عبد الرحمان فطناسي، المرجع السابق، ص 188، 189.

³ - محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص 279.

⁴ - P. Pierre, l'actualité du droit médicale, op. cit, p 07.

أكثر من ذلك قد يعجز الطبيب في بعض الحالات عن الوفاء بمبلغ التعويض، نظرا لجسامة النتائج المترتبة على الخطأ¹.

أمام هذا الوضع بدا جليا البحث الجدي عن آليات قانونية جديدة، من شأنها أن تكفل الحماية الشاملة، عزز التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية كأول خطوة مقترحة التوجه نحو التوسع في المسؤولية الجماعية التي بدأ اضمحلال المسؤولية الفردية أمامها واضحا²، من خلال اختفاء المسؤول المؤمن له خلف المؤمن (شركة التأمين)، هذا الأخير الذي يقوم بتوزيع المخاطر المتمثلة في مبالغ التعويضات على مجموع المؤمن لهم الطبيب والمستشفى على حد سواء³.

غير أنه على الرغم مما حققه هذا النظام من نجاحات هامة في حماية المحترفين في ميدان الصحة، وما يضمنه للمرضى من تعويضات مناسبة لجبر أضرارهم⁴، إلا أنه يبقى غير كاف لتغطية كل الأضرار والحالات الناشئة عن الأخطاء والمخاطر الطبية، لما يثيره من إشكالات في هذا المجال. من هنا كانت دعوة الفقه إلى تدخّل تشريعي يقيم التوازن بين المصالح المتعارضة وينقل التعويض من مجال المسؤولية إلى مجال التضامن والتكافل الاجتماعي، وذلك من خلال إنشاء صندوق قومي لضمان ضحايا الحوادث الطبية⁵.

لذلك سنحاول الوقوف على مسألة إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية، لاستظهار سبب عجز هذا النظام عن تحقيق تعويض مثالي لضحايا النشاط الطبي (المطلب الأول) ثم نلي ذلك بالبحث عن البديل الذي استحدثته بعض الدول لتدارك هذا العجز وضمان مخاطر العلاج الطبي، (المطلب الثاني).

1 - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 13.

2 - عبد القدوس الصديق، التأمين من المسؤولية وتطبيقاته الإجبارية المعاصرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة 1999، غير منشورة، ص 05، 06.

3 - T. Vincent, le dualismes juridictionnel en matière d'hospitalisation d'office état des lieux (problèmes et perspectives), mémoire en vue de l'obtention du Master II droit public fondamental, faculté de droit, sciences sociales et politiques, sciences économiques et de gestion, université Montesquieu- Bordeaux IV, droit, France, année universitaire 2005-2006, non publié, p 87.

4 - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية - الأطباء نموذجاً -، المرجع السابق، ص 143.

5 - صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص 70.

المطلب الأول: إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية كآلية للحصول على التعويض

إن التأمين على المسؤولية¹ أخذ أبعاداً متميزة في الواقع العملي، باعتبار ما يقوم به من دور هام في حماية المؤمن له المسؤول عن الضرر من رجوع المضرور عليه بدين المسؤولية، وضمان ذمته من التبعات المالية الملقاة على عاتقه من جراء قيام مسؤوليته². إضافة إلى منح المضرور ميزة أخرى وهي مطالبته بالتعويض من المؤمن الذي يملك الملاءة المالية التي تجعل القضاء لا يتردد في تقرير مسؤولية المؤمن له وضمان حق الضحية في التعويض³.

وقد ساد التأمين المجال الطبي فيما يخص تأمين الأطباء والمستشفيات والعيادات العامة أو الخاصة من مسؤوليتهم المدنية عن الأضرار التي تلحق المرضى بسبب أخطائهم أثناء وبمناسبة مباشرة العلاج عليهم⁴. حيث تتعهد شركات التأمين بالتعويض تخفيفاً لو طأة عبء هذا التعويض الواجب على الأطباء المسؤولين على أدائه للغير (المتضرر)⁵.

¹ - إذ يعتبر نتاج العصر الحديث بسبب ما أحدثته التطور العلمي المذهل في الصناعات والآلات من أضرار للعاملين فيها، مما يترتب على ذلك ثبوت المسؤولية لمن هم تحت حراستهم، أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 18، 19. ويقصد بهذا النوع من التأمين ذلك الاكتتاب الذي يعقده الشخص يدعى المؤمن مع شركة التأمين لتغطية مسؤوليته عما يحدثه بالغير من أضرار، وبموجب هذا العقد تلتزم شركة التأمين بدفع قيمة التعويض الذي يتقرر في ذمة المؤمن له مقابل قسط معين يدفعه المؤمن بصفة دورية. وعلى ذلك فإن الخطر المؤمن منه لا يتحقق بمجرد وقوع إصابة الغير بالضرر، بل برجوع هذا الغير على المؤمن له، أي أن مطالبة المضرور للمؤمن له بالتعويض هي التي تحول الرجوع على المؤمن بالضمان، فالضمان ينصب على رجوع الغير بالمسؤولية، كما أن محل التأمين من المسؤولية يكون غالباً غير محدد وقت التعاقد حيث يتم إبرام العقد قبل تحقق المسؤولية و يصعب توقع نتائجها أو معرفة مداها قبل وقوع الحادث المنشئ لها، و يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له تعويضاً كاملاً أياً كان مدى مسؤوليته، ويتم الاتفاق أحياناً على وضع حد أقصى لما يلتزم المؤمن بدفعه عند تحقق المسؤولية، مشار إليه من قبل: محمد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، مبادئ وأركان التأمين، عقد التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث: المصاعد، المباني، السيارات، د.ع.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، السنة 2005، ص 28، 29. وينبغي عدم الخلط بين التأمين من المسؤولية المدنية وبين الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف من عبئها، لأنه في الوقت الذي يراح فيه عن عاتق المسؤول عبء المسؤولية لا يحرم المضرور من حقه في التعويض، عز الدين حروزي، المرجع السابق، ص 218.

V. aussi dans ce point : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 667.

² - إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 357، أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 182.

³ - فالتزام شركة التأمين يظل قائماً، كلما قام الضحية (المؤمن له) بمطالبة المؤمن ودياً أو قضائياً، محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، المرجع السابق، ص 495.

⁴ - محمود سليمان البدر، المرجع السابق، ص 98.

⁵ - عرف الأستاذ سعد سالم عبد الكريم العسيلي التأمين من المسؤولية الطبية، بأنه عقد بموجبه تتحمل هيئة التأمين الطبي المسؤولية، عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية، والمهن المرتبطة بها نظير أقساط محددة قانوناً

فقد بدأ الفقه بالاهتمام بالتأمين في المجال الطبي منذ الربع الأول من القرن الماضي، بحيث بلغ التطور إلى حد ظهور فكرة تأمين المرضى أنفسهم من مخاطر العمليات الجراحية، حتى يكون المريض في مأمن من المخاطر الواقعة عليه وفي المقابل أيضا يكون الطبيب المعالج هو الآخر في مأمن من دعوى المسؤولية، باعتبار أن شركة التأمين ستتولى تغطية تلك الأضرار¹.

وبالتالي فإن المزايا الكبيرة التي جاءت بها فكرة التأمين على المجتمع، من خلال إيجاد جهة قادرة على تغطية الضمان (وهي عادة شركة التأمين) جعله ضرورة ملحة²، بل أن التشريعات الحديثة جعلت هذا النوع من التأمين إلزاميا حفاظا على حقوق المرضى من جهة، وضمانا لحرية الأطباء عند مباشرة العلاج من جهة ثانية³.

ولا يخفى علينا أن عقد التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء يثير عدة مسائل جوهرية تدور أساس حول نطاق هذا العقد من حيث المخاطر والأضرار التي يغطيها، وذلك بسبب طبيعة النشاط الطبي. فقد يتضمن صورا يمكن تغطية المسؤولية الناشئة عنها وأخرى لا تقبل شركة التأمين تغطية ما ينشأ عنها من مسؤولية إما بصورة مطلقة أم مقابل أقساط مرتفعة⁴.

على هذا الأساس فإن طبيعة الدراسة تقتضي منا أن نستعرض في البداية مضمون مبدأ إلزامية التأمين من المسؤولية الطبية (الفرع الأول) ثم ننتقل إلى إبراز حدود الخطر الذي يغطيه عقد التأمين من المسؤولية الطبية (الفرع الثاني)، لتتوصل بالمناسبة إلى مدى كفاية هذا النظام التعويضي في تغطية كافة الأضرار التي تلحق بالمرضى وتقييمه (الفرع الثالث).

=تدفع من المؤمن له. " سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، دار الفضيلة للطباعة، عمان الأردن، ط. 1، السنة 2000، ص 02.

¹ - وقد ظهر ذلك في شكل اقتراح قدمه الأستاذان "كروزون" و"هينريديزوال" في سنة 1930، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: أشرف جابر مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، السنة الجامعية 1999، غير منشورة، ص 09، 10.

V. aussi dans ce point : A. Khadir, M.M Hannouz, la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, op. cit, p 175.

² - باسل عبد الجبار بدر، آفاق مستقبلية حول التأمين الطبي من المسؤولية الطبية المهنية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 1987، ص 16.

³ - G. Lahlou Khair, op. cit, p 110.

⁴ - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية -الأطباء نموذجاً-، المرجع السابق، ص 143.

الفرع الأول: مضمون مبدأ إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

في بداية الأمر كان التأمين من المسؤولية الطبية في فرنسا اختياريا، سواء بالنسبة للأطباء أو المستشفيات الخاصة. حيث يتم اللجوء إلى التعاقد مع شركات التأمين، كي تضمن لهم الأضرار الناشئة عن رجوع الغير عليهم بدعاوى المسؤولية، فتلتزم هذه الشركات بدفع التعويض اللازم¹. باستثناء بعض النصوص القانونية التي فرضت التأمين الإلزامي في نطاق أنشطة طبية معينة². غير أن إدخال التكنولوجيا الحديثة في المجال الطبي وما انجر عنه من تعقد الأساليب العلاجية، هذا من جهة³، وما نشهده أيضا في العصر الحاضر من ازدياد تعامل الأطباء والعاملين في الوسط الطبي مع أفراد المجتمع بشكل يومي من جهة أخرى⁴، سرعان ما فرض الطابع الإلزامي على نظام التأمين من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية للمنشآت الصحية والأطباء تجاه عملائهم. إذ فرضت مختلف التشريعات الوضعية على الطبيب كغيره من أصحاب المهن الحرة اكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه مرضاه وتجاه الغير، حماية للطبيب ضد الأخطار التي قد تواجهه أثناء ممارسته لعمله. وذلك باعتبار أن التأمين الإلزامي يوكد لديه الشعور بالاستقرار والأمان ليقدم على القيام بنشاطه بكل حرية دون أي مخاوف من الملاحقة لحلول شركة التأمين محله في دفع التعويض عن المخاطر الناشئة⁵.

بالإضافة إلى ذلك فإن التأمين الإلزامي أصبح ضرورة عملية لكفالة حقوق المرضى، من خلال حصولهم على تعويض عادل يجبر ضررهم، وذلك لوجود جهة مليئة ماليا تتحمل تبعة المسؤولية المترتبة⁶. وبالتالي أصبحت مقاضاة الأطباء لا تشكل حرجا ودون أن يواجه المضرور الانتظار الطويل

¹ - محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 37.

² - كما هو الحال بالنسبة للشركات المدنية والمهنية وشركات الممارسة الحرة ذات الشكل التجاري تفرض إما على الشركة أو على الأطباء إبرام عقود التأمين من المسؤولية المهنية، بالإضافة إلى البحوث الحياتوية، وذلك بمقتضى المادة L. 209-7 من ق.ص.ع.ف.

Art. L. 209-7 du C.S.P.Fr dispose que: «pour toute recherche biomédicale, le promoteur souscrit une assurance garantissant sa responsabilité civile.» V. dans ce point: A. Castelletta, op. cit, p 75.

³ - كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 213.

⁴ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 169.

⁵ - O. Oboeuf, op. cit, p 42.

⁶ - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 211.

في أروقة المحاكم¹. حيث يستطيع عن طريق التأمين الإلزامي الرجوع مباشرة على المؤمن بالدعوى المباشرة دون الرجوع إلى المؤمن له، قصد التخفيف من حدة الآثار الناتجة عن قيام المسؤولية المدنية². ولا تقتصر أهمية التأمين الإلزامي على الطبيب والمريض، بل أيضا له فوائد يحققها للمجتمع بشكل عام³. حيث يؤدي إلى تشجيع النقابات والأطباء على توفير رؤوس الأموال من خلال التأمين الجماعي وإنشاء صناديق ضمان جماعية، تشرف عليها نقابة الأطباء لمواجهة مخاطر الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية⁴، مما ينعكس إيجابا على توفير الملاءة المالية للقيام بعملية التعويض. كما يحقق التأمين الإلزامي التعاون التام من خلال تضافر جهود الأطباء والتعاون مع نقابة الأطباء، ومساهمتها في دفع جزء من أقساط التأمين⁵. الأمر الذي يجسد مبدأ التكافل والتضامن بين أصحاب المهن، مما ينعكس إيجابا لمصلحة المريض في سهولة حصوله على التعويض ويساعد على تماسك المجتمع ورفع الضرر عن المريض المصاب. ولعل التشريع الفرنسي كان السباق في إضفاء الطابع الإلزامي على التأمين من المسؤولية صونا لممارسة المهن الطبية، حيث فرض القانون رقم 02-303 المؤرخ في 04/03/2002 المعدل لقانون الصحة العامة الفرنسي على الأطباء وجميع المؤسسات الصحية التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية⁶.

¹ - عبد القدوس الصديق، المرجع السابق، ص 269.

² - خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الإجباري، المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، دراسة مقارنة، ط. 01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2005، ص 21.

³ - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 04.

⁴ - محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دراسة تطبيقية على بعض العقود، د.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1994، ص 16.

⁵ - M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 667.

⁶ - Art. L.1142-2 al. 04 C.S.P.Fr., dispose que : « les professionnels de santé exerçant à titre libéral, les établissements et services de santé et toute personne morale(autre que l'Etat) exerçant des activités de prévention, diagnostic ou soins, ainsi que les producteurs et fournisseurs de produits de santé sont tenus de souscrire une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile ou administrative susceptible d'être engagée en raison de dommages subis par des tiers et résultant d'une atteinte à la personne, survenant dans le cadre d'une activité de prévention, diagnostic ou soins. » (L. n°303-2002 du 04/03/2002 précité).

كما أقر عقوبة الغرامة والمنع من الممارسة الطبية في حالة عدم الالتزام بالتأمين من المسؤولية¹، إذ دخل هذا الأمر مجال التطبيق بموجب القانون رقم 1577-2002، الصادر في 2002/12/30 والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية L'assurance responsabilité civile médicale، والذي حدد أول جانفي 2004، تاريخ بدء المساءلة القانونية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين².

من جهة أخرى يبقى التزام القائم ببحث طبي حيوي بإبرام عقد تأمين، يضمن مسؤوليته المدنية طبقا لنص المادة L.1121-10 في فقراتها الثلاث من ق.ص.ع.ف، وكذلك مسؤولية أي تدخل في البحث بغض النظر عن العلاقات القائمة بين المتدخلين أو القائم بالبحث³. كما أن هذا الالتزام بالتأمين في مجال البحث أكدته أيضا المادة R.1121-5 من نفس القانون.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد اعترف بنظام التأمين من المسؤولية الطبية بل ألزمه كذلك، نظرا للخطورة الناجمة عن النشاط الطبي⁴. بحيث حدّد من يُلزم بتأمين مسؤوليته عن الأضرار التي

¹ - Art. L1142-2 du C.S.P.F dispose que : « Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L1142-2 est puni de 45000 Euros d'amende.

Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complètement d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du Code pénal... ».

أما الجزاء التأديبي فلقد نصت المادة L.1142-2 (06) : " يمكن المحكمة في حالة الإخلال بالزامية التأمين المنصوص عليها في هذه المادة، أن تنطق بعقوبات تأديبية".

V. dans ce point : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 668.

² - « Après l'article 98 de la loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, il est inséré un article 98-1 ainsi rédigé : « Art.98-1. -Les dispositions des articles L.1142-25 et L.1142-26 du code de la santé publique entrent en vigueur à une date prévue par le décret mentionné à l'article L.252-1 du code des assurances y au plus tard le 1^{er} janvier 2004.» Art. 02 L. n°2002-1577 du 30/12/2002 relative à l'assurance responsabilité civile médicale, publiée au J.O.R.Fr. du 31/12/2002.

³ - Art. L.1121-10 al. (01) et (02) et (03) du C.S.P.Fr affirme que: « la recherche biomédicale exige la souscription préalable, par son promoteur, d'une assurance garantissant sa responsabilité civile telle qu'elle résulte du présent article et celle de tout intervenant, indépendamment de la nature des liens existant entre les intervenants et le promoteur. Les dispositions du présent article sont d'ordre public.» cité par : A. Castelletta, op. cit, p 76.

⁴ - فقد اكتفى بإخضاع التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب للأحكام العامة دون أن يفرد له قانون خاص، كما أنه لم يعرف هذا النوع من التأمين مكتفيا بتعريف التأمين من المسؤولية بوجه عام، بأنه يضمن بموجبه المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له بسبب

تلحق بالمرضى أو بالغير، ومنهم كل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص وكذا العيادات الخاصة¹.

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن التأمين من المسؤولية الطبية، يخضع لنفس الشروط والقواعد المقررة لإجراء عقود التأمين². حيث يترتب على ذلك حلول المؤمن محل المؤمن له متى وقع ضرر بالغير، إذ لا يستحق مبلغ التأمين إلا المتضرر أو ذوي حقوقه في حالة ما إذا لم يسبق للمتضرر الأصلي الحصول على التعويض³.

بالإضافة إلى ذلك نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد طبيعة مسؤولية الطبيب، بل وضع حكما عاما بموجبه يؤمن الطبيب على مسؤوليته أيا كان نوع العمل الطبي الذي يقوم به هذا الأخير سواء كان علاجيا أو تجميريا⁴. غير أن الأمر يختلف تماما إذا كان الأمر يتعلق بالمستشفيات العامة، فلا تحمل شركة التأمين محلها في التعويض. إذ يقتصر الأمر وبنص القانون على القطاع الصحي الخاص،

=الأضرار اللاحقة بالغير، وذلك حسب ما جاءت المادة 56 من الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات الجزائرية، ج.ر. رقم 13، الصادرة بتاريخ 1995/03/08، ص 03، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 2006/02/20، ج.ر. رقم 15، الصادرة بتاريخ 2006/03/12، ص 03.

¹ - وذلك ما قضت به المادة 167 قانون التأمينات الجزائرية، المعدل والمتمم المذكور سابقا، بقولها صراحة: "يجب على المؤسسات الصحية الطبية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير." وتماشيا مع هذا النص تم تعديل المرسوم رقم 88-204، المؤرخ في 1988/10/18 المحدد لشروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها بالمرسوم رقم 02-69، المؤرخ في 2002/02/06، وبالضبط المادة 12 منه، حيث جاء مضمونها كما يلي: "يجب على كل عيادة أن تكتتب تأمينا لتغطية مسؤولية المؤسسة ومستخدميها مدنيا." ج.ر. ع. رقم 11، الصادرة بتاريخ 2002/02/08، ص 40. وفي نفس الساق فقد أكدت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321، المؤرخ في 2007/10/22، المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها على أنه: "يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاهم." ج.ر. ع. رقم 67، الصادرة بتاريخ 2007/10/24.

² - إذ نصت المادة 07 من قانون التأمينات الجزائرية على أن يكون عقد التأمين كتابيا. ومحتويا على البنود التي نظمها هذا القانون في المواد من 12 إلى 25 من حيث التزامات كل من المؤمن والمؤمن له، الحدود الإقليمية للضمان، الجزاءات الموقعة في حالة عدم تنفيذ الالتزامات سواء من طرف المؤمن أو المؤمن له خاصة ما يتعلق بإعطاء بيانات خاطئة عن الخطر لتغليط المؤمن في تقدير الأقساط إلى غير ذلك من البنود كما ألزمت المادة 173 من نفس القانون أن الاتفاق على مبلغ التأمين (الضمان المكتتب) يكون كافيا لتغطية جميع الأضرار الجسمانية والمادية. ومنعت أي اتفاق من شأنه أن يسقط التعويض عن حق من حقوق المتضرر أو ذوي حقوقه.

³ - وهو ما قضت به المادة 59 من قانون التأمينات الجزائرية: "ينتفع بالمبلغ الواجب على المؤمن، أو بجزء منه، إلا الغير المتضرر أو ذوو حقوقه مادام هذا الغير لم يستوف حقه في حدود المبلغ المذكور من النتائج المالية المترتبة عن الفعل الضار الذي سبب مسؤولية المؤمن له."
⁴ - تيزي عبد القادر، المرجع السابق، ص 289.

دون أن ينفي ذلك قيام مسؤولية الطبيب وبالتبعية مسؤولية المستشفى العام، حيث يمكن استيفاء التعويض عن طريق القضاء.

والجدير بالذكر أن التشريع الجزائري ألزم أيضا جميع المؤسسات التي تقوم بعملية نقل الدم، سواء تلك المتعلقة بسحبه أو تلقيه أو بالتعديلات الواردة عليه من خلال فصل مكوناته مثلا على اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتها المدنية. حيث يتعهد فيه المؤمن بدفع التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية المتولدة التي لحقت بالمتضرر المتبرع أو المتلقي¹.

والغريب في الأمر أن المشرع الجزائري لم يحدد في هذه الحالة طبيعة المؤسسات الخاضعة للالتزام بالتأمين كما هو الشأن في المادة السابقة الذكر، مما يفيد العموم سواء كان مركز لنقل الدم أو الطبيب الممارس لحسابه الخاص أو العيادة الخاصة.

كما أنه اعتبر هذه المسألة من النظام العام تحت طائلة عقوبات جزائية في حالة ما إذا تخلف الأطباء الممارسين لحسابهم الخاص أو العيادات الخاصة، أو مراكز الدم عن اكتتاب تأمين عن مسؤوليتهم المدنية في مواجهة الغير المتضرر، ولم يمتثلوا لمثل هذا الإلتزام².

لكن ما يمكن أن نسجله في هذا الإطار أن هذا الجزاء لا يتسم بالطابع الردعي، كما هو في قانون الصحة الفرنسي³، إذ لا بد على المشرع الجزائري من وضع جزاء أكثر صرامة بالنسبة للإخلال بالزامية التأمين.

دون أن ننسى الإشارة إلى التشريع الجزائري فرض التأمين فيما يخص التجارب الطبية الإكلينيكية، حيث ألزم الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يجرب الدواء لصالحه والذي يصطلح عليه (المركبي)، باكتتاب تأمين يضمن تغطية مسؤوليته المدنية اتجاه الأشخاص المتطوعين للتجربة الطبية الدوائية⁴.

¹ - وهو ما نصت عليه المادة 169 من قانون بالتأمينات الجزائري بقولها صراحة: "يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع و/أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأميناً ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم أو المتلقون له."

² - وهو ما جاءت به المادة 184 فقرة (01) من قانون التأمينات، بقولها: "يعاقب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 و174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000 د.ج و100.000 د.ج. يجب أن تدفع هذه الغرامة دون الإخلال باكتتاب التأمين المعني...".

³ - محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - المادة 15 من القرار رقم 387، المؤرخ في 2006/06/31، الصادر عن وزير الصحة، ج.ر. ع رقم 43، بتاريخ 2006/11/22.

بما أن الأطباء وأصحاب المنشآت الطبية ملزمون بالتأمين من مسؤوليتهم المهنية، فإنه يثور التساؤل حول مدى تغطية التأمين لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى المتعاملين مع الأطباء ومع المنشآت الصحية، وهو ما سنحيز عنه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: حدود الضمان محل التغطية التأمينية عن الأخطاء الطبية

إن من أهداف التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية تغطية الآثار المادية المترتبة على تحقق المسؤولية المدنية للطبيب المؤمن له، ومطالبة المريض الذي أصابه الضرر بالتعويض¹. غير أن جسامه الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية ونتائجها في المستقبل، جعل شركات التأمين تخضع عند القيام بتغطيتها إلى تقدير دقيق جدا.

من هنا تبرز أهمية تحديد نطاق تأمين الطبيب من مسؤوليته المدنية، إذ ليس من المعقول أن يبقى دون قيود تحكمه، بل يجب أن ينحصر ضمن حدود موضوعية (البند الأول) وأخرى تتعلق بالفترة التي يجب أن يغطيها عقد التأمين (البند الثاني).

البند الأول: النطاق الموضوعي للتأمين من المسؤولية المدنية للأطباء

لا شك أن النشاط الطبي كأبي نشاط مهني آخر²، يمكن أن يتضمن مخاطر يمكن أن يغطيها التأمين، وأخرى لا يمكن أن تقبل شركات التأمين تغطيتها بشكل مطلق أو تقبلها مقابل أقساط مرتفعة. لذلك سنقسم هذا البند إلى فترتين أساسيتين، نتطرق في الأولى إلى المخاطر التي يغطيها التأمين، بينما ندرس في الفقرة الثانية الأخطاء المستبعدة التي لا يجوز التأمين عليها.

الفقرة الأولى: المخاطر المغطاة في عقد التأمين من المسؤولية الطبية

كأصل عام يتسع نطاق عقد التأمين أو يضيق من حيث المخاطر، بالنظر إلى أحكام المسؤولية الطبية³، سواء ترتبت على خطأ فردي للطبيب (أولاً) أو كانت ناتجة عن فعل الغير (ثانياً) أو عن حوادث الأجهزة المستخدمة في التدخل الطبي (ثالثاً).

¹ - مدحت محمد محمود عبد العالي، المسؤولية المدنية للطبيب الناشئة عن الخطأ الطبي، مجلة معهد التدريب والدراسات القضائية، مصر، د.د.ن، ص 94.

² - سعد سالم عبد الكرم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 346.

³ - R. Pellet, A. Skrzyerbak, op. cit, p 452.

أولاً: ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب

لاشك أن عقد التأمين ينبغي أن يغطي شقي المسؤولية المدنية للطبيب، دون أن يقتصر نطاقها على إحداها دون الأخرى، بل أن المؤمن يغطي الأضرار التي يحدثها الطبيب بغض النظر عما إذا كانت ناتجة عن مسؤوليته عقدية أو تقصيرية، لأن كلاهما يندرج تحت مفهوم المسؤولية المدنية¹.

كما ينحصر الضمان على النشاط المهني للطبيب المذكور في عقد التأمين دون الأخذ بعين الاعتبار لمكان مزاوله النشاط، سواء كان مارس ذلك في عيادة خاصة أو مستوصف أو في مستشفى عمومي². إذ تضمن شركات التأمين المسؤولية المهنية للأطباء عن الأضرار التي قد تلازم أعمال التشخيص، العلاج أو الوقاية وهذا حماية للمرضى وحماية للمهنة الطبية، بشرط ألا يتجاوزوا حدود تخصصهم المأذون له بممارسته³.

ومن ثم فإذا كان النشاط الممارس من قبل الطبيب والمشمول بالتأمين يتمثل في الجراحة العامة، فإنه لا يمكنه أن يستفيد من هذا التأمين إلا إذا ارتكب خطأً بمناسبة ممارسة نشاط مماثل⁴، كجراحة الأسنان مثلاً.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في الكثير من أحكامها مبدأ انحصار الضمان الناتج عن التأمين في حدود النشاط المعلن للمؤمن. حيث يمكن لشركة التأمين التنصل من تغطية المسؤولية المدنية، بمعنى أن تدفع أمام القضاء بسقوط ضمان المؤمن الذي تجاوز حدود المهمة المنوط بها⁵.

¹ - Y. Lambert- Faivre, droit du dommage corporel, op. cit, p 270.

² - Art. L. 1142-2 al. 04 du C.S.P.Fr. (L. n°303-2002 du 04/03/2002 précité).

³ - عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1985، ص 56.

⁴ - إذ قضت محكمة النقض الفرنسية -الغرفة المدنية- بقرار صدر بتاريخ 19/01/1994: "بأن عقد التأمين من مسؤولية المبرم من طرف مستشفى عام يغطي الخطأ الشخصي المرتكب من الأطباء و لو استبعد العقد من الضمان الحوادث الطبية التي تقيم المسؤولية الشخصية للممارسين التابعين للمستشفى، ما دامت تلك الحوادث تدخل ضمن الخطر المؤمن منه، وبالتالي تثير مسؤولية المستشفى".

Cass. Civ. 19/01/1994, D.1994, V. dans ce point : P. Pierre, la responsabilité à l'une de la « loi Kouchner » esquisse d'un bilan d'étape, rev. Lamy Droit Civil, 2007, p 35.

⁵ - فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صدر بتاريخ 06/12/1994 قرار محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 12/02/1992، بقولها: " حيث أن محكمة الاستئناف قد ذهبت إلى أن محل عقد التأمين المبرم بواسطة المؤمن له يتحدد في طب أمراض الفم، وأنه لم يصرح للمؤمن بممارسته لنشاط طبي آخر المتمثل في الحثان العلاجي والعلاجات المرتبطة به، ولما كان هذا النشاط الأخير لا يندرج ضمن التغطية التأمينية لعقد التأمين مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطعن." لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 361.

غير أن التشريع الجزائري لم يقتف أثر نظيره الفرنسي في تنظيم هذه المسألة، بل اكتفى بإخضاع التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية للطبيب من خلال نص المادتين 167، 168 من قانون التأمينات دون أن يفرد له قانون خاص. مما يفهم من ذلك أن جميع المسائل المتعلقة بمحل التغطية التأمينية في المجال الطبي لا تزال تخضع للأحكام العامة الواردة في قانون التأمينات¹. لكن هذا لا يمنع من تقرير مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي يلحق المريض نتيجة تجاوزه اختصاصه وإمكاناته².

ثانيا: الأخطاء التي تقع من الغير ذو الصلة بالطبيب

إذ يغطي الضمان الناتج عن عقد التأمين الأخطاء، سواء التي تقع من تابعي الطبيب أو من البديل الذي يحل محله في ممارسة النشاط المهني، كما سنبينه في نقطتين أساسيتين وفق الآتي:

1- الأخطاء التي تقع من تابعي الطبيب:

إن التأمين من المسؤولية الطبية يمكن أن يغطي الأخطاء التي تقع من التابع، الذي يسمح له الطبيب بالتدخل في المعالجة، إذ يسأل هذا الأخير عن أخطائه وفقا للقواعد العامة التي تنظم مسؤولية المتبوع عن التابع³.

Cass. Civ 1^{ère} Ch. 06/12/1994, n° de Pourvoi: 92-17767, consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>

Aussi Cass. Civ. 29/04/1997 affirme que : « la garantie de l'assureur ne peut s'appliquer à un sinistre survenu à l'occasion d'une activité autre que celle déclarée par l'assuré. » R. C. A, n° 7-8, juillet-Aout 1997, p 238, V. aussi dans ce point: O. Oboeuf, op. cit, p 62.

الموقف نفسه اتخذته في قرارها المؤرخ في 28/10/1997 القاضي بأن: "الضمان لا يتعلق إلا بمجال النشاط المهني المصرح به للمؤمن." ذكر من طرف: عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية - الأطباء نموذجاً -، المرجع السابق، ص 147.

« La garantie ne concerne que le secteur d'activité professionnelle déclaré à l'assureur. » Cass. civ. 1^{er} 28 Oct.1997, R.C.A, n° 2, Fév.1998, p 6.

¹ - وهو ما أكدت عليه المادة 15 من قانون التأمينات الجزائري، بقولها: "يزم المؤمن له: 1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها، ... 3- بالتصريح الدقيق بتغير الخطر ... 4- باحترام الالتزامات التي اتفق عليها مع المؤمن وتلك التي يفرضها التشريع الجاري به العمل، لاسيما في ميدان النظافة والأمن لاتقاء الأضرار و/أو تحديد مداها...." وكذلك ما جاءت به المواد المتعلقة بالتأمين على المسؤولية من المواد 56 إلى 59 من نفس القانون.

² - إذ جاء مضمونها كما يلي: " يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدموا علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكاناته إلا في الحالات الاستثنائية."

³ - A. Castelletta, op. cit, p 148.

وق نص على هذه المسألة التشريع الجزائري في المادة 136 من ق.م.ج على أنه: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها."

كما يشمل التأمين ما يصدر من الشخص سواء وضعته المستشفى تحت تصرف المريض أو كان طبيبا متمرنا لم يرخص له بممارسة المهنة، مادام الطبيب قد استعان به أثناء قيامه بالعمل، باعتبارهم متربصين لديه يزاولون الطب تحت إشرافه¹.

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أنه لا يعتد بطبيعة الأخطاء الذي تسبب فيها تابع الطبيب المؤمن له بأضرار للمريض سواء كان بسيطة أو جسيمة، بل حتى ولو كانت عمدية. وذلك باعتبارها أفعال احتمالية لا تحول عقدة التبعية دون وقوع تلك الأخطاء بإرادة تابعيه².

وعلى الرغم من أن أعمال هذا الضمان يتم بشكل تلقائي³، إلا أن المؤمن ينص عليه في العقد بموجب اتفاق خاص، لأنه كلما زاد عدد المساعدين والتابعين للطبيب زاد الخطر. وغالبا ما يترتب على ذلك زيادة في القسط الذي يتحدد في كل الحالات بالنظر إلى عدد المساعدين أو المرضى⁴.

لذلك يجب أن يتضمن عادة عقد التأمين عند الإبرام تحديدا للأشخاص الذين يساعدون المؤمن له حتى يشملهم الضمان، لأنه ليس من المعقول أن يشمل عقد التأمين كل معاوني المهني دون تحديد. ومن ثم يمكن أن يتضمن هذا العقد اتفاق على استبعاد بعض معاوني الطبيب المؤمن له، ممن ليس لهم الخبرة أو المؤهل المطلوب بالنسبة للوظيفة التي يشغلونها حتى لا يشملهم الضمان⁵.

¹ - عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 57.

² - محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1986، ص 222. وقد أكد على ذلك التشريع الفرنسي في المادة 2/121 من قانون التأمينات الفرنسي

Art. L121-2 du C. des assurances fr. dispose que : « L'assurance est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du code civil, quelques que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes.»

وتقابلها في ذلك المادة 12 من قانون التأمينات الجزائري التي جاء فيها: "يلتزم المؤمن بتعويض الخسائر والأضرار ... التي يحدثها أشخاص يكون له مسؤولا مدنيا عنهم طبقا للمواد 134 إلى 136 من ق.م.ج القانون المدني كيفما كانت نوعية الخطأ وخطورته." وبنفس المعنى جاءت المادة 769 من القانون المدني المصري التي قضت بأن المؤمن يسأل عن الأضرار التي تسبب فيها الأشخاص، الذين يكون المؤمن له مسؤولا مهما يكن خطئهم و مداه، أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 184.

³ - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 193.

⁴ - ويتحقق ذلك عندما يملك الطبيب عيادة أو مستشفى، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 96.

⁵ - مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية -الأطباء نموذجًا-، المرجع السابق، ص 146.

وبما أن تابع الطبيب الذي لا يرغب هذا الأخير في إدخاله في عقد تأمينه يلزم بأن يبرم عقدا جديدا خاصا به لدى نفس المؤمن، فإن المريض ما عليه إلا طلب تغطية ضرره من نفس شركة التأمين عن طريق عقد تأمين هذا التابع إذا صدر الخطأ منه.

2- الأخطاء الصادرة من الطبيب البديل (المستخلف):

من البديهي أن الشخص البديل هو طبيب يحل محل المؤمن له في حالة غيابه، وذلك لاستمرار الرعاية الطبية للمريض. ومن ثم تقوم مسؤولية الطبيب المعالج عن الأخطاء المهنية للبديل، ليس على أساس التبعية لأنه غير تابع له، وإنما على أساس سوء اختياره له¹.

لذلك يشترط المؤمن على الطبيب المعالج إخطاره باسم الطبيب الذي سيخلفه بخطاب موصى عليه، وأن يحدد في ذلك الالتزام المدة التي سيحل محله أثناء غيابه القانوني، باعتبار أن الضمان الناتج عن التأمين لا يشمل كقاعدة عامة خطأ البديل إلا إذا تم النص عليه صراحة في العقد².

إذ غالبا ما تتفاوض من الناحية العملية شركة التأمين مع الطبيب بخصوص شروط ضمان أخطاء البديل، والتي قد تكون نفس الشروط المطلوبة في الطبيب المؤمن له أو ميزات أخرى في الطبيب البديل³. ودون أن تسمح لهذا الأخير بمزاولة نشاطه إلى جانبه، ماعدا في حالة الضرورة تجنبا لاعتباره مرتكبا لجريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر.

كما أنه لا يجوز للبديل أن يبرم عقد تأمين من المسؤولية عن ذات الخطر الذي يغطيه عقد تأمين المسؤولية المبرم من الطبيب المؤمن له⁴. غير ذلك لا يمنع من تضامن مسؤولية المستخلف مع مسؤولية الطبيب المؤمن له إذا كان الخطأ متبادلا بينهما⁵.

¹ - O. Oboeuf, op. cit, p 49.

² - محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 97.

³ - كأن تكون له خبرة كافية في الممارسة عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية -الأطباء نموذجاً-، المرجع السابق، ص 146.

⁴ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 188.

⁵ - وذلك ما قضت به محكمة باريس 1992/07/01 في قضية حكم فيها بخطأ الطبيب المؤمن له الذي لم يرشد المستخلف إلى طريقة استعمال جهاز أشعة قدم و بخطأ المستخلف الذي قبل استخدام الجهاز دون إرشادات من الطبيب المؤمن له ، فكان الحكم بالتعويض على سبيل التضامن *in solidum* بينهما، مشار إليه من قبل: ابراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 367.

Tr. Paris. 01/07/1992, J. C. P., 07/10/1992, v. dans ce point : R. Pellet, A. Skrzyerbak, op. cit, p 07.

ثالثا: الأضرار الناتجة عن استعمال الأجهزة الصحية

يمتد التأمين في المجال الطبي إلى الحوادث الناشئة عن تلك الأجهزة المستخدمة في النشاط الطبي سواء نسبت إلى الخطأ الشخصي للطبيب المؤمن له أو لأحد تابعيه أو الطبيب المستخلف¹. إذ يجب أن ينص على ذلك صراحة في عقد التأمين تحت عنوان " شرط استخدام الأجهزة"، كما أن هذا الشرط يلزم المؤمن له بتحديد طبيعة هذه الأجهزة المقصودة بدقة².

فعقد التأمين يغطي الأضرار الجسدية التي تقع بفعل الأدوات المهنية التي يفترض أن تكون في عيادة الطبيب أو في المستشفى المؤمن له في حالة الاصطدام بها أو انفجارها أثناء استعمالها من قبل الطبيب المعالج أو من قبل تابعيه³.

مع العلم أن هذه التغطية التأمينية تتوقف قبولا أو رفضا على طبيعة الأخطار الناجمة عن استعمال هذه الأجهزة من جهة ونسب تحققها من جهة أخرى. فأحيانا يرفض التأمين على بعض الأجهزة الخطيرة أو يطلب لقاء ذلك أقساطا مرتفعة.

رابعا: الأخطاء داخل الفريق الطبي

لا تظهر مشكلة الضمان عندما يكون أعضاء الفريق الطبي مؤمنين لدى نفس المؤمن، لأن المريض باعتباره الطرف الضعيف لا يجد صعوبة في الحصول على التعويض إذا رجع على المؤمن، لأنه يضمن مسؤولية أعضاء الفريق جميعا⁴.

لكن الأمر يصبح أكثر تعقيدا عندما يبرم كل عضو من أعضاء الفريق تأمينا من المسؤولية لدى مؤمن مختلف. حيث يرجع المريض على أكثر من مؤمن، وتثور بين هؤلاء -أي المؤمن المتعددين- مشكلة توزيع الضمان بينهم، لأن ذلك يقتضي -أولا- تحديد مدى التزام كل مؤمن بالضمان إلى جانب المؤمن الآخرين⁵.

¹ - P. Pierre, la responsabilité à l'une de la « loi Kouchner » esquisse d'un bilan d'étape, op. cit, p 37.

² - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية -الأطباء نموذجًا-، المرجع السابق، ص 146، 147.

³ - عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - فاطمة الزهرة منار، المرجع السابق، ص 385، 386.

⁵ - سمية بدر البدور ولهاصي، المرجع السابق، ص 265.

فكل مؤمن من هؤلاء من مصلحته أن يدفع المسؤولية عن العضو المؤمن له لديه من أعضاء الفريق . إذ كثيرا ما يشترط المؤمن على الطبيب المؤمن له أن يكون هو وكيله في الدفاع في الدعاوى المرفوعة عليه أمام القضاء، بل قد يلزمه بالحلول محله في مباشرتها¹، بما في ذلك وجوب قيام الطبيب بإخطاره بوقوع الحادث في الوقت المناسب وتقديمه كل المستندات بما فيها الاستدعاءات إلى العدالة². ولمعالجة المشاكل المحيطة بهذه الوضعية بين المؤمنين وحماية للمريض المضروب باعتباره الطرف الضعيف، قامت شركات التأمين مجتمعة في فرنسا التي تُعنى بالتأمين من المسؤولية الطبية، بإبرام اتفاق بتاريخ 1976/06/28، حيث كان الهدف المتوخى منه كما حددته تلك الشركات هو: "إدارة الكوارث الناشئة عن المسؤولية المدنية الطبية فيما يتعلق بالجراحين وأطباء التخدير ومؤسسات العلاج الخاصة"³.

فبالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية للجراح يكون ملزما بالضمان إذا نتجت الكارثة عن إجراء الفحوص السابقة على التدخل الجراحي، متى كانت هذه الفحوص داخلية في تخصصه. وأيضا يلزم بضمان المسؤولية عن التخدير إذا تم بواسطة ممرضة أو أي شخص آخر متخصص في أعمال التخدير⁴.

في حين يكون مؤمن المسؤولية المدنية لطبيب التخدير ملزما بالضمان إذا نتجت الكارثة عن الفحوص السابقة على التدخل الجراحي والمتعلقة بفحص انتظام عمل القلب، التنفس وفحوص الدم. وأيضا الفحوص المتعلقة بالتحقق من سلامة أدوات التخدير، ووضع المريض على منضدة العمليات، فيما عدا الضرورات الخاصة التي يقدرها الجراح بالنسبة لهذا الوضع . وكذا أفعال التخدير بالمعنى الفني وأفعال الإنعاش أو المتابعة المباشرة للمريض حتى إفاقة نهائيا التخدير⁵.

أما بالنسبة لمؤمن المسؤولية المدنية لمؤسسة العلاج يكون ملزم بالضمان إذا نتجت الكارثة عن الأدوات والأجهزة الموجودة في قاعة العمليات، ما لم يكن الحادث ناتجا عن خطأ في الاستعمال،

¹ - محمد حسين منصور، أحكام التأمين، المرجع السابق، ص 204.

² - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 311.

³ - L. Sylvie, la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du Master droit, option droit médical, université de Lille- 2 droit et santé école Doctorale n° 74, faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004, non publier, p 122, 123.

⁴ - سميرة بدر البدور وهماصي، المرجع السابق، ص 266.

⁵ - C. Manaouil, A- S. Arnaud, M. Graser, op. cit, p 12.

بسبب تنفيذ الفحوص والإعدادات السابق أو اللاحق على العملية الجراحية. وكذلك الحوادث الراجعة مباشرة إلى القصور الوظيفي، كالقصور في عدد أو كفاءة القائمين بالعمل الطبي أو القصور في تجهيز وإعداد أدوات وأجهزة العلاج¹.

ويجب أن نشير في هذا السياق أن توزيع الضمان بين المؤمنين والأطباء يكون بالنظر إلى اللحظة التي وقع فيها الحادث، دون التغاضي عما توصل إليه التشريع والقضاء الفرنسيين في آخر مراحل تطوره قد أخذ بالمسؤولية التضامنية بين أعضاء الفريق الجراحي بالرغم من تقريره استقلال كل منهم، وذلك على أساس وجود التزام متبادل بالمشورة بينهم².

غير أن هذا الإشكال لا يطرح في الجزائر، كون أعضاء الفريق الطبي مستخدمين لدى عيادة واحدة، لأن المشرع الجزائري جعل التأمين على المسؤولية المدنية إجباريا على العيادات سواء على مسؤوليتها الشخصية أو على مسؤولية مستخدميها، بما فيهم أعضاء السلك الطبي³.

خامسا: المخاطر المترتبة عن عمليات نقل الدم

يغطي التأمين المخاطر الناتجة عن تحقق مسؤولية بنك الدم في مواجهة الأشخاص المتبرعين بالدم والأشخاص متلقي الدم، إلى جانب المخاطر الناتجة عن توزيع الدم أو مشتقاته. فبعد أن فرض القانون التأمين الإجباري على مركز نقل الدم أصبح ضمان المؤمن يتعلق بالأضرار الجسدية أو المادية والمعنوية التي تصيب المريض⁴.

كما أن مجيء القانون 1993/01/04 المتعلق بالسلامة الصحية في مجال عمليات نقل الدم، والذي تم تعديله بقانون 1998 تضمن إجراءات صارمة، بحيث تتحمل مراكز الدم التعويض حتى في غياب أي خطأ عن الأخطار التي يتعرض لها الأشخاص بمناسبة التبرع أو تلقي الدم⁵.

¹ - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 312، 313.

² - Voir les articles du C.S.P.Fr : D.6124-97, D.6124-98, D.6124-99, D.6124-100, D.6124-101.

³ - وذلك حسب ما نظمته المرسوم التنفيذي رقم 02-620، المؤرخ في 2002/02/06، المعدل والمتمم للمرسوم رقم 88-204، المتعلق بتحديد شروط انجاز العيادات الخاصة وفتحها و عملها، المذكور سابقا.

⁴ - وهذا ما أشار إليها صراحة التشريع الجزائري في المادة 169 من قانون التأمينات الجزائري، بقولها: "يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع و/أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأميناً ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم أو المتلقون له." كما نجد أن ق.ص.ع.ف.نص في مادته 667 على أنه يقع على عاتق مركز الدم التزام بالسلامة بتحقيق نتيجة في مواجهة المشتركين.

⁵ - مراد بدران، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات نقل الدم، المرجع السابق، ص 11، 12.

فقرة ثانية: الأخطاء المستبعدة من الضمان في عقد التأمين من المسؤولية الطبية

الأصل أن يشمل عقد التأمين كافة الأضرار التي يحدثها المؤمن له أيا كان سبب تحققها، إلا أن هناك مخاطر لا يجوز التأمين عنها لمساسها بالنظام العام، و هذه تدخل فيما يسمى بالاستبعاد القانوني لهذه المخاطر¹.

كما أن هناك مخاطر أخرى يسمح القانون بالتأمين عليها، ولكن يتفق الأطراف على استبعادها مراعاة للمصلحة المادية لكل منهما، نظرا لخصوصية النشاط الطبي وما قد يترتب عليه من آثار في غاية الأهمية²، و هذا ما يسمى بالاستبعاد الاتفاقي لبعض المخاطر. و فيما يلي نتعرض إلى كل من النوعين من الاستبعاد للمخاطر من خلال نقطتين أساسيتين:

أولا: الاستبعاد القانوني للمخاطر الناشئة عن المؤمن له

يقصد بالمخاطر المستبعدة قانونا، تلك التي لا يجوز التأمين عليها لمخالفتها للنظام العام³، وقد تظهر سواء في المسؤولية الجنائية للمؤمن له أو خطئه العمدي، كما قد تكون في شكل أضرار ناتجة عن تصرفات أو أفعال ممنوعة بنصوص قانونية، سنقوم بإيضاحها وفق ما يلي:

1- استبعاد نتائج الخطأ العمدي للطبيب:

لا شك أن التأمين عن الخطأ غير العمدي للمؤمن له جائز مهما كانت درجته، شريطة ألا يصل إلى درجة العمد، لما تنتفي معه صفة الاحتمال عن الخطر، الذي هو قوام عقود التأمين وأحد عناصرها الجوهرية⁴.

لذلك لا يجوز أن يشمل التأمين الخطأ العمدي للطبيب⁵، على أساس أنه لا يجب أن يعلق العقد على محض إرادة أحد طرفي العقد وخاصة المؤمن له، بل ينبغي أن يتحقق الحادث بفعل عنصر

1 - محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 54.

2 - فاطمة الزهرة منار، المرجع السابق، ص 377.

3 - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 203.

4 - محمد أوغريس، أحكام التأمين البري في التشريع المغربي الجديد، دراسة على ضوء مدونة التأمينات الجديدة، سلسلة الدراسات القانونية، ط. 01، مطبعة النجاح، المغرب، السنة 2003، ص 19.

5 - إذ يقصد بالخطأ العمدي عموما ارتكاب الفعل بنية الخطر واستحقاق الضمان، بغض النظر عن موقف القانون الجنائي من الخطأ المرتكب. فالإهمال قد يعاقب عليه القانون الجنائي، ولكن قانون التأمين لا يمت به، لذلك فالخطأ الجسيم مشمول بالضمان عكس الخطأ العمدي، مشار إليه من قبل: أحمد زنطار الأمrani، شرح قانون التأمين رقم 99-17 دراسة نظرية وتطبيقية، ط. 01، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب، السنة 2005، ص 120.

أجنبي¹. فلا يجوز مثلا أن يؤمن الطبيب عن قيامه بقتل الميئوس من شفائه الذي يطلب منه ذلك، باعتباره ليس خطرا تأمينيا ولا يصح أن يكون محلا للتأمين.

وقد جرت العادة من الناحية العملية أن يقوم المؤمن بإثبات الخطأ العمدي حتى يتحلل من التزامه بالضمان². كما أنه لا يشترط في الخطأ العمدي أن يكون المؤمن له قد تعمد الإضرار بالمؤمن، إذ أن مجرد تعمد تحقق الخطر المؤمن ضده من أجل إثارة مسؤولية المؤمن ومطالبتة بالتعويض عن الضرر كاف لوحده، وذلك منعا لكل تحايل من أجل الحصول على كسب غير مشروع³.

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن الاستبعاد يعني عدم إمكانية قبول الضمان فيما يخص الخطأ العمدي دون غيره مع بقاء عقد التأمين صحيحا⁴، وهو ما تنبته العديد من التشريعات الوضعية المنظمة للتأمينات التي لم تستعمل عبارة " يبطل العقد... " مثلا⁵.

2- الغرامات أو المصادرات التي يحكم بها على المؤمن له:

لا يجوز ضمان الخطر المتعلق بالغرامل والمصادرات الصادرة ضد الطبيب كعقوبة، كمصادرة الآلات الطبية وغيرها مما ساهم بهم في ارتكاب جرمته، وذلك تطبيقا لمبدأ شخصية العقوبة⁶، وبالتالي لا يجوز تنفيذ العقوبة إلا على الشخص الذي يحكم عليه بها.

¹ - جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ط. 03، د.م.ج.، الجزائر، السنة 2003، ص 46.

² - عبد القدوس الصديق، المرجع السابق، ص 288.

³ - محمد أوغريس، أحكام التأمين البري في التشريع المغربي الجديد، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - فقد ثار خلاف فقهي حول أثر ارتكاب الخطأ العمدي من قبل المؤمن له، فمنهم من يرى أنه مع تحقق هذا الخطأ ينتفي ركن الخطر القائم على الاحتمال، وبالتالي بطلان العقد. إلا أنه يعاب على هذا الرأي أنه تجاهل المخاطر الأخرى التي قد تقع في خلال سريان هذا العقد. أما الرأي الثاني يرى إبعاد الضمان الذي انتفى فيه ركن الخطر مع إبقاء العقد قائما وبالتالي فهذا الاتجاه يحافظ على مصلحة المريض المضرور والطبيب المؤمن له اللذان هما أضعف من المؤمن، إبراهيم محمود يوسف المبيطين، المرجع السابق، ص 367.

⁵ - Art. L 113/1du C. des assurances fr. (modifié par la loi N° 81-5 du 7 Janv. 1981, - art.28-, dispose que : « Les pertes et les dommages occasionnés des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. Toutefois, l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré. » J.O.R.Fr 8 Janv. 1981.

كما نص المشرع المغربي على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة 17 من مسطرة التأمين التي قضت بأن المؤمن لا يتحمل الخسائر والأضرار الناتجة عن خطأ متعمد أو تدليسي للمؤمن له، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: أحمد زنطار الأمراي، المرجع السابق، ص 120. ونفس الموقف اتخذته التشريع الجزائري في المادة 12 من قانون التأمينات الجزائري، والتي جاء فيها ما يلي: " يلتزم المؤمن بتعويض الخسائر والأضرار... الناتجة عن خطأ غير معتمد من المؤمن له... " وهو ما يفيد بمفهوم المخالفة أن الخطأ العمد لا تشملته تغطية التأمين.

⁶ - الهيثم عمر سليم، المرجع السابق، ص 630.

أما ما يحكم به على الطبيب في الشق المدني من الدعوى المرفوعة ضده بالتبعية أمام القضاء الجزائي، فيمكن التأمين عليه لأنه ليس من قبيل العقوبة التي تحمل صفة الردع، وإنما من قبيل المسؤولية المدنية أي جبر الضرر الذي أحدثه بفعله¹.

3- الأضرار الناتجة عن تصرفات أو أفعال ممنوعة بنصوص قانونية:

لا يغطي التأمين من المسؤولية المدنية الطبية النتائج الضارة على الأفعال التي يمنعها القانون، أو تلك التي لا تتفق مع قواعد وآداب المهنة، لأنه لا يعقل أن يكافأ المخالف للنصوص القانونية أو قواعد وآداب المهنة بضمان نتائج مخالفته².

وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائري يحظر التأمين المتعدد الذي يتضمن إبرام المؤمن له أكثر من عقد لدى أكثر من مؤمن، لنفس المحل والمدة ولتحقيق مصلحة واحدة بصفة أصلية، حتى لا يكون مصدر ثراء للمؤمن له، ما لم يكن ذلك بحسن نية. أما إذ أبرمت عدة عقود تأمين بنية الغش، فيترتب على ذلك البطلان³.

كما في حالة إبرام الطبيب تأميناً عن مسؤوليته، وتبرم عنه العيادة أو المستشفى نفس العقد وهو لا يعلم أو التأمين على جهاز أشعة واحد لدى عدة مؤمنين، أو نوع واحد من الجراحة كذلك

¹ - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية - الأطباء نموذجاً -، المرجع السابق، ص 148.

² - وذلك كقيام الطبيب بإجراء عملية جراحية وهو في حالة سكر وتحت تأثير المخدر أو أنه أجرى عملية جراحية بحمالية هدفها تغيير ملامح الشخص للإفلات من قبضة العدالة أو قام بعمليات الإجهاض الاختياري، لأن هذا يخالف النظام العام، بالنسبة للتشريعات الإسلامية. وأيضاً إذا حصل الضرر من شخص مارس المهنة بدون ترخيص أو بترخيص مزور، فإن مثل هذه الحالات أو أخرى المشابهة لها، لا يلزم شركة التأمين بتغطية الأضرار المالية والمعنوية الناتجة عنها، سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 351.

³ - وهو ما أقرته المادة 33 بفقرتها (01)، (02) و (03)، من قانون التأمينات الجزائري المعدل بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20/02/2006، بقولها: "لا يحق لأي مؤمن له إلا اكتتاب تأمين واحد ومن نفس الطبيعة لنفس الخطر... وفي حالة حسن النية إذا تعددت عقود التأمين ينتج كل واحد منها آثاره تناسبا مع المبلغ الذي يطبق عليه في حدود القيمة الكلية للشيء المؤمن... يؤدي اكتتاب عدة عقود تأمين لنفس الخطر بنية الغش، إلى بطلان هذه العقود." وذلك على خلاف التشريع الفرنسي الذي لم يمنعه مبدئياً، بل قام بتنظيمه على ألا يتجاوز مجموع المبالغ المؤمن بها قيمة الضرر الذي يصيب المؤمن له، لأن في ذلك انتهاك للمبدأ التعويضي، وذلك وفق أحكام المادة 4-121.L من قانون التأمينات الفرنسي، التي تلزم المؤمن له بإخطار كل المؤمنين بالعقود التي يبرمها مع أي مؤمن آخر وحتى بالعقود التي يستفيد منها نتيجة تأمين قام به الغير لفائدته، متى علم بذلك. وعادة ما يكون شكل الإخطار برسالة موصى عليها، تسهيلاً للإثبات.

لدى مؤمنين شتى¹. أما إذا أمّن عن كل آلة أو عن كل جراحة لدى مؤمن مختلف، فلا نكون هنا أمام حالة وحدة المحل أو الخطر². وينطبق نفس الحكم عند إبرام عقود عن مدد متعاقبة، لعدم تنافيه مع أحكام المادة 1/33 من قانون التأمينات الجزائري.

من جهة أخرى فإن التأمين لا يغطي إلا المخاطر التي تقع بعد إبرام عقد التأمين، وكنتيحة لذلك فإن الأضرار المترتبة على أخطاء الطبيب في العلاج أو الجراح أثناء القيام بعملية التي وقعت قبل إبرام العقد تستبعد من الضمان³. لكن يضمن عقد التأمين النتائج التي تظهر بعد انتهاء عقد التأمين، وذلك إذا ارتبطت هذه النتائج الضارة بخطأ وقع من الطبيب أثناء سريان العقد وكانت نتيجة مباشرة له حتى ولو كانت مستقبلية⁴.

ثانيا: الاستبعاد الاتفاقي للمخاطر

وهو أن يستبعد طرفا العقد (المؤمن والمؤمن له) نوعا من المخاطر من الضمان، إما مباشرة أو بطريقة غير مباشرة وذلك تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد. غير أنه لا يجوز لهما الاتفاق على استبعاد خطر أوجب القانون على المؤمن ضمانه صراحة ولو نشأ عن أسباب معينة، فإنه لا يجوز الاتفاق على استبعاده ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق على ذلك ولا يعتد به⁵.

و يكون استبعاد المخاطر بإحدى الطريقتين، كما سنوضحهما تباعا وفق ما يلي:

1- الطريقة المباشرة في الاستبعاد:

ويقصد بذلك حصول اتفاق صريح في وثيقة التأمين بين الطبيب أو المستشفى المؤمن له مع شركة التأمين، يكشف عن إرادتهم في استبعاد أخطار معينة من الضمان⁶. كأن ينص في عقد التأمين على عدم ضمان النشاط الطبي للطبيب خارج حدود اختصاصه المأذون له قانونا بممارسته أو الذي يمارسه خارج عيادته⁷.

¹ - سمية بدر البدور ولهاصي، المرجع السابق، ص 287.

² - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 269.

³ - محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 90.

⁴ - إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 368.

⁵ - محمد حسين منصور، أحكام التأمين، المرجع السابق، ص 62.

⁶ - جلال محمد إبراهيم، التأمين، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي والفرنسي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1994، ص 151.

⁷ - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية -الأطباء نموذجاً-، المرجع السابق، ص 149.

كما يمكن للمؤمن أن يخرج من نطاق الضمان أقارب الطبيب المؤمن له، حتى الدرجة الثانية من الاستفادة من التأمين لمنع شبهة التواطؤ بينهم تمهيدا للوصول إلى التعويض، ولو وقعت بسبب ممارسة المهنة، إذ يحتاج هؤلاء إلى عقد تأمين آخر¹ أو استبعاده للمسؤولية التضامنية للطبيب المؤمن له من عقد التأمين إذا تحققت مسؤوليته مع طبيب التخدير.

فضلا عن ذلك يجوز لأطراف العقد الاتفاق صراحة على استبعاد تدخلات طبية معينة من التأمين من المسؤولية، لكون الطبيب يلتزم فيها بتحقيق نتيجة وليس فقط بذل عناية، وهو ما يشكل مجالا خصبا لدعاوي التعويض الناتجة عن عدم تحقق الغرض من التدخل الطبي ضد الطبيب المعالج². وإن كان البعض منها يقبل التأمين منها ولكن مقابل زيادة في الأقساط وسبب عزوف الكثير من شركات التأمين على تغطية هذه العمليات، المبالغ الضخمة التي ستدفعها لتعويض المضرور.

2- الطريقة غير المباشرة في الاستبعاد:

وتتحقق هذه الطريقة عندما يقوم المؤمن بتحديد المخاطر التي يضمنها بكل دقة في عقد التأمين، فتخرج بذلك من نطاق الضمان المخاطر الأخرى التي لم يتم ذكرها في العقد أو أن يحدد المؤمن شروط الخطر الذي يضمنه. ومن ثم يخرج من نطاق الضمان كل خطر غير مستوفي لتلك الشروط³.

غير أن هذا النوع من الاستبعاد لا يفترض ولا يستنتج بطريق القياس على أسباب ورد استبعادها نصا من الضمان في الوثيقة، بل لا بد أن يرد مكتوبا في وثيقة التأمين ذاتها سواء ضمن الشروط العامة المطبوعة أو الشروط الخاصة بها، كما يمكن أن يرد في مذكرة التغطية المؤقتة أو في ملحق الوثيقة⁴.

¹ - الهيثم عمر سليم، المرجع السابق، ص 630.

² - كما هو الحال في العلاج بالأشعة، عمليات زرع الأعضاء، عمليات التجميل، جراحة زرع الأسنان أو النشاط المرتبط بالهندسة الوراثية، أحمد عبد الكرم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 194.

³ - ومن أمثلة ذلك أن ينص في العقد على ضمان المسؤولية العقدية للمؤمن له، فتخرج بذلك من نطاق الضمان المسؤولية التقصيرية أو يتم الاتفاق فيما بينهم أن تكون تشمل التغطية التأمينية مسؤولية الطبيب المؤمن له عن نشاطه المهني الذي يمارسه في عيادة معينة، وهو ما يفهم منه أن الضمان لا يغطي مسؤولية الطبيب إذا مارس في عيادة أخرى. كما يمكن أن ينص المؤمن أيضا على أن العقد يغطي الأضرار الجسدية للمريض، وهو ما يشكل استبعادا للأضرار الأدبية التي تصيبه من نطاق الضمان، جلال محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 153.

⁴ - إذ يقصد بمذكرة التغطية المؤقتة تلك الوثيقة التي يوقعها المؤمن فقط وتتضمن جميع العناصر الأساسية للتعاقد. حيث تحرر عندما يتطلب تحرير العقد بعض الوقت أو عندما يريد المؤمن دراسة البيانات المقدمة له على الخطر وطبيعته، ومن ثم تبقى سارية المفعول في هذه الحالة إلى

إذ يتم تحديد هذه المخاطر وتعيينها بدقة وبشكل واضح تماما لا يدع مجال للغموض أو التأويل ودون اعتماد أي صيغة عامة في العقد¹. كأن يستبعد "الأخطاء الجسمية" دون تحديد هذه الأخطاء بدقة بحيث يمكن تعيينها أو أن يستبعد "الخطأ الفني للطبيب المؤمن له" دون الخطأ العادي، وهذه تختلف بشأنها تقديرات القضاء، فقد يعتبر أحدهم خطأ معيناً بأنه فني، في حين يعتبره الآخر عادياً .

البند الثاني: حدود التأمين من حيث الزمان

لاشك أن توقيت حصول الضرر للمريض والمطالبة بالتعويض عنه، من أهم ما أسأل حبر الفقهاء وتدرج به القضاء. وذلك باعتبار أن التأمين من العقود التي تحدد بمدة تسري غالباً لمدة سنة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى نظراً للطبيعة الخاصة للضرر في المجال الطبي وعدم ظهوره بشكل فوري، إذ قد يتراخى اكتمال ظهور الضرر إلى فترة لاحقة عن وقوع الفعل الضار².

لذلك فإن شركات التأمين كانت تضع في عقودها مع المؤمن لهم شروطاً، بضرورة حصول الواقعة الضارة والمطالبة بالتعويض في نطاق مدة الضمان المنصوص عليها في عقد في التأمين. ولمعالجة مشكلة مدة الضمان ينبغي التطرق في البداية إلى كيفية تحديد وقت تحقق الخطر المؤمن منه (الفقرة الأولى) ثم نلي ذلك بدراسة طبيعة الشروط التي قد يدرجها طرفا العقد لمدة التأمين (الفقرة الثانية).

فقرة أولى: كيفية تحديد وقت تحقق الخطر المؤمن منه

من الثابت أن الحادثة أو الكارثة التي يغطيها التأمين من المسؤولية يجب أن تقع أثناء سريان العقد، غير أن الطابع الخاص للنشاط الطبي وما يترتب عليه من أضرار تحتاج لفترة من الزمن حتى تظهر بشكل مباشر، بل من المحتمل أن تكتمل بعد انتهاء مدة العقد³. الأمر الذي يتأخر معه مطالبة المضرور بالتعويض.

= الرد بقبول أو عدم قبول التأمين عن هذه المخاطر. أما بالنسبة للمحقق الوثيقة فهو عبارة عن اتفاق إضافي يبرم بين أطراف العقد الأصلي، يتضمن شروطاً جديدة تقضي بتعديل مضمون العقد الأول بالزيادة أو النقصان، جديدي معراج، المرجع السابق، ص 64، 65.

¹ - وقد أكدت على ذلك المادة 622 من ق.م.ج بقولها: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: - كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بمجال من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط...."

² - V. dans ce point : R.Pellet, A. Skrzyrbak, op. cit, p 460.

³ - محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 24.

من هنا اختلف الفقه حول مسألة تحديد وقت تحقق الخطر المؤمن منه، لما تستغرقه المسؤولية المدنية الطبية من مراحل لقيامها، فمنهم من اعتبر أن تاريخ حدوث الواقعة الناتجة عن التقصير في بذل العناية والحرص هو التاريخ الأمثل لقيام مسؤولية الطبيب المؤمن له، وبالتالي قيام التزام المؤمن¹. وذلك على أساس أن تحديد الواقعة الضارة يكتسي أهمية، سواء لكونها منشئة لحق المضرور في التعويض أو لما يترتب عليها من تحديد التزام كل مؤمن في حال تعاقب عدة مؤمنين، كون مسؤولية كل واحد منهم تحدد بوقت حدوث الواقعة². لكن هذا الرأي لا يلقى معارضة، باعتبار أن الخطأ ليس له أهمية إذا لم يعقبه ضرر، ولا يعتد بتاريخ وقوعه وحده للقول بقيام المسؤولية والتأمين عليها.

لذلك ذهب اتجاه آخر إلى الاعتداد بتحقيق الضرر لتحقيق الخطر المؤمن منه، وذلك لما تقوم معه المسؤولية المدنية³. غير أنه في المجال الطبي قد لا يظهر الضرر مباشرة بعد الفعل الضار، وإنما قد يحتاج إلى وقت أطول حتى يظهر، وهذه الفترة تمتد من حدوث الواقعة الضارة التي هي إما أن تكون إعطاء العلاج للمريض كجرعة دواء أو تعريضه للأشعة.. الخ⁴، وحتى ظهور الضرر الذي من الممكن أن تكون الإصابة بأي مرض آخر، مثل الإيدز في حالة إعطاء دم ملوث أو تلوث في الجرح أدى إلى بتر الساق أو الإصابة بالسرطان بسبب التصوير الإشعاعي.

فهذا الضرر قد يبقى لمدة طويلة مجهولة بالنسبة للمضرور، لذلك تعتد أغلب التشريعات الوضعية بوقت ظهور الضرر في تحديد حساب مدة التقادم بالنسبة للدعاوى الناشئة عن عقد التأمين من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالمسؤول عنه⁵.

ولعل الرأي الراجح في هذه المسألة يرجع إلى أساس التأمين من المسؤولية لكونه يقوم جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية، فالمؤمن لا يضمن حق المضرور، وإنما يضمن دين المسؤول. ومن ثم فإن تحقق الخطر المؤمن عليه يكون بالمطالبة بالتعويض من قبل المضرور، وذلك على إثر الواقعة الضارة⁶.

¹ - Y. Lampert-Faivre, droit des assurances, 12^e éd., Dall., Paris France, 2005, p 525.

² - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 231.

³ - كتعريض سيدة للأشعة، قبل أن يتبين أنها حامل، مما سبب تشوهات في الحمل أو إعطاء مريض علاجاً، مما أدى إلى إصابته بأضرار بسبب خطأ الطبيب في تشخيصه للمرض، ويمكن أن تحدث الواقعة الضارة مرة واحدة أو بصورة متكررة، كحالة انتقال الإيدز بسبب نقل دم ملوث بهذا الفيروس، محسن عبد الحميد إبراهيم البنية، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، المرجع السابق، ص 37.

⁴ - مأمون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، الأطباء نموذجاً، المرجع السابق، ص 125.

⁵ - وهو ما أكدته المادة 27 في فقراتها الثلاث قانون التأمينات الجزائري، والتي يقابلها نص الفقرة الأولى من المادة 270 من ق.م.ف.

⁶ - Art. 124/1 du C des assurances, Fr. v. dans ce point: Y. Lampert-Faivre, droit des assurances, op. cit, p 526.

فقرة ثانية: طبيعة الشروط التي يدرجها أطراف العقد لتحديد المدة التي يغطيها التأمين من البديهي أن شركات التأمين تسعى دائما إلى إبرام عقود تتضمن شروطا تحقق مصالحها تتعلق أساسا بتحديد نطاق الضمان من حيث الزمان، سواء بالنص على حصر التغطية التأمينية بحصول المطالبة بالتعويض خلال فترة العقد (أولا) أو عدم ضمان الأضرار التي حصلت قبل إبرام العقد، ولكن لم تظهر إلا بعد العقد ولا يعلمها المضرور أو شركة التأمين (ثانيا)، كما يمكن أن يضمن شرط ضمان لاحق بعد انتهاء العقد (ثالثا).

أولا: شرط حدوث الواقعة الضارة والمطالبة بالتعويض أثناء مدة الضمان

إن المقصود بهذا الشرط أن يتضمن عقد التأمين قيда لصالح المؤمن، يقتصر فيه التعويض على الأضرار التي تقع خلال مدة الضمان المنصوص عليها في العقد¹، ليخرج بذلك من نطاق الضمان تلك الأضرار التي تقع خارج تلك المدة، سواء تعلق الأمر بالماضي أو المستقبل. كما أن المؤمن يريد بهذا الشرط أيضا أن تكون المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار خلال نفس المدة².

ولا شك أن هذا الشرط فيه إجحاف كبير بحق المضرور والمؤمن له على السواء في مجال التأمين من المسؤولية الطبية، فبالنسبة للمضرور قد تظهر الأضرار الناجمة عن الواقعة الضارة التي حصلت في مدة الضمان بعد فوات هذه الأخيرة.

كما هو الحال بالنسبة للأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث أو الإصابة بالفيروسات، إذ لا تظهر في بعض الأحيان إلا بعد مدة طويلة وفي هذه الحالة يجد المضرور نفسه في مواجهة المؤمن له بقضايا لا طاقة له عليها. مما يجعل من التأمين عديم الفائدة، وبالتالي لا يحقق المريض الفائدة التي سيحصل عليها من التأمين وهي الحصول على تعويضه³.

من جهة أخرى فإن هذا الشرط يضع قيда واقعيًا على المؤمن له حتى لا يغير مؤمنه. حيث يترتب على ذلك فجوة بين عقود التأمين المتعاقبة التي تضمن مثل هذا الشرط. فقد يتحقق الخطر بعد انتهاء العقد الأول، وأثناء مدة العقد الثاني الذي لا يضمن الأضرار السابقة على إبرام العقد⁴.

¹ - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 234.

² - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، الأطباء نموذجًا، المرجع السابق، ص 126.

³ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 214.

⁴ - سمية بدر البدور ولهاصي، المرجع السابق، ص 280.

ففي مثل هذه الحالات يجد المؤمن له نفسه بلا ضمان رغم دفعه للأقساط المالية التي تغطي الأضرار الناتجة عن نشاطه، مما يؤثر بالتبعية على المضرور الذي يصبح بلا تأمين يحميه.

ولعل موقف القضاء الفرنسي تدرج حول هذا الشرط¹ ليصل إلى إبطاله، لاعتباره مخالف للنظام العام. حيث قررت بقاء حق المضرور في مطالبة المؤمن نتيجة تعاقد مع المؤمن له محدث الضرر، ما دامت دعوى المسؤولية باقية وبالإمكان مباشرتها من المضرور ضد المؤمن له مباشرة².

وقد لقي هذا الاتجاه قبولا، باعتبار أن هذا الشرط يعتبر شرطا تعسفيا أورده المؤمن من أجل التخلص من التزاماته، ويحقق مصلحته الخاصة، وأنه يكون باطلا لمخالفة النظام العام³.

ثانيا: شرط تغطية الوقائع السابقة المجهولة للمؤمن له

ويتحقق هذا الشرط عندما يبرم المؤمن له عقدا ثانيا، ولم يكن يعلم بوجود أضرار ناجمة عن نشاطه أثناء سريان العقد الأول، فإن المؤمن يكون ملزما بتغطية تلك الأضرار في هذا العقد (الثاني). وبالتالي يقضي هذا الشرط على ثغرة الضمان المترتبة على اشتراط حدوث الواقعة الضارة والمطالبة

¹ - ففي أول الأمر كانت تأخذ باحترام مبدأ حرية التعاقد، فلم تكن تسمح بتجاوز شرط حدوث الواقعة الضارة والمطالبة بالتعويض أثناء مدة الضمان متى نص عليه عقد التأمين. وبالتالي كانت تلي طلبات المؤمن بناء على ذلك، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض العديد من الأحكام و القرارات التي لم تحترم هذا الشرط وكانت تفعل ذلك في الواقع حسب نظر البعض معتبرة الشرط عبارة عن " شرط استبعاد زمني للخطر". أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 236 ، 237.

Cass. Civ. 29/10/1979, R.G.A.T, 1980, p 398, Cass. Civ. 20/06/1979, Bull. Civ. juin. 1979, n°188, p 151, Cass. Civ. 04/12/1984., R.G.A.T., 1985, p 410, v. dans ce point : G. Lahlou Khair, op. cit, p 132, 133.

ثم انتقلت إلى معالجة المشاكل الناجمة عن هذا الشرط والتي أثقلت كاهل الجميع ولم يستفد منه إلا شركات التأمين. فقررت في هذه المرحلة عدم جواز الاحتجاج بذلك الشرط في مواجهة المضرور. وقد حلت محكمة النقض الفرنسية بذلك مشكلة المريض باعتباره الطرف الضعيف، وأبقت على مشكلة المؤمن له الذي وجد نفسه ملزم بدفع أقساط التأمين من جهة، وعدم تغطية الأضرار الناجمة عن نشاطه من جهة أخرى Cass. Civ. 08/04/1987, R.G.A.T., 1988, p 103, Cass. Civ. 17/04/1991, R.G.A.T., 1991, n°308, cité par : Y. Lambert-Faivre, droit des assurances, p 480.

² - وذلك عندما أصدرت قرار بتاريخ 19/12/1990، مما ورد في حثياته ما يلي: "... فإن هذا الشرط يؤدي إلى حرمان المؤمن له من الاستفادة من الضمان بسبب لا يد له فيه، و منح ميزة غير مشروعة تفتقر إلى سبب قانوني بالمخالفة لأحكام المادة 1121 من القانون المدني إلى المؤمن الذي سبق أن استوفى أقساط التأمين دون مقابل من جهته ويتعين القول ترتيبا على ذلك ، بإهدار هذا الشرط و بطلانه." لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى : أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 216، 217.

Cass. Civ. 19/12/1990, Bull. Civ. n° 303. J.C.P.1991, cité par : R. Pellet, A.Szryerbak, op. cit, p 461.

³ - وذلك وفق ما أكد عليه التشريع الجزائري في المادة 622 من ق.م. في فقرتها الأخيرة بقولها صراحة: " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: "... - كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه." والتي تقابلها في القانون المدني الأردني المادة 924 منه التي قضت بطلان هذا الشرط التعسفي أيضا.

بالتعويض أثناء مدة الضمان. وقبول هذا الشرط بالوقائع المجهولة للمؤمن يجعل مناطه حسن النية فقط، فإن جاء الدليل على سوءها بطل الشرط¹.

و ينبغي الإشارة هنا، إلى أن هذا الشرط لم يعد يجدي نفعا مع ما ذهبت إليه محكمة النقض من بقاء الضمان ما بقيت دعوى المسؤولية قائمة، و إن كان المشرع الجزائري جعل تقادم الدعاوى المرفوعة ضد المؤمن هو 03 سنوات من تاريخ حصول الكارثة².

ثالثا: شرط الضمان اللاحق

و يلتزم المؤمن بموجب هذا الشرط أن يقدم للمؤمن ضمانا عن الأضرار التي تقع أثناء سريان العقد، بشرط أن تكون المطالبة بالتعويض خلال مدة قصيرة عادة بعد انتهاء مدة العقد³. إذ يمكن الأخذ بهذا الشرط في التأمين من المسؤولية الطبية، وذلك من خلال جعل العقد يمتد إلى ما بعد انتهائه لمدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على خمس سنوات.

ويرجع السبب في ذلك لطبيعة الأضرار الناتجة عن بعض العلاجات أو التدخلات الطبية التي قد تحتاج لمثل هذا الوقت من الظهور، فالأولى يتحملها المؤمن الأول التي حصلت الواقعة الضارة خلال سريان مدة عقده، ولا يتحملها المؤمن الثاني إن اختلف المؤمن الثاني عن الأول⁴.

وفي رأينا أن امتداد سريان عقد التأمين إلى ما بعد انتهائه أمر ضروري من أجل حصول المضرور على حقه بالتعويض، ولكن يجب تحديد المدة طويلة ليمتد إليها العقد بعد انتهاء مدته الأصلية والتي تكون عادة مدة سنة بما يقل عن ثلاثة سنوات وأن لا تزيد على خمس سنوات. أما إذا كانت لمدة قصيرة، تصل إلى أشهر معدودة أو سنة، فإن هذا الشرط عديم الجدوى، لأنه في نهاية الأمر ضمان محدود ولا يعتبر امتداد للضمان⁵.

¹ - سمية بدر البدور ولهاصي، المرجع السابق، ص 281.

² - وذلك بموجب المادة 27 من قانون التأمينات الجزائري، والتي جاء فيها: "يحدد أجل تقادم جميع دعاوى المؤمن له أو المؤمن الناشئة عن عقد التأمين بثلاث (3) سنوات ابتداء من تاريخ الحادث الذي نشأت فيه..."

³ - Y. Lambert-Faivre, droit des assurances, op. cit, p 16.

⁴ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 218، 219.

⁵ - وقد سار القضاء الفرنسي على هذا النهج، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 23/06/1993 مؤكدة على عدم محدودية مدة الضمان ما دامت الواقعة الضارة حدثت أثناء سريان العقد، كما قضت بأن السكوت عن المدة وإبطال الأقساط ليس فيه إقرار لتحديد المدة، مشار إليه من قبل: أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 242، 243.

Cass. Civ. 23/06/1993, Bull. civ. 1993, n° 227, p 157, cité par : Y. Lambert-Faivre, droit des assurances, op. cit, p 486, 488.

وفي حقيقة الأمر نرى أنه يجب أن يتم الربط بين مدة الضمان ومدة تقادم دعوى المسؤولية، بحيث يجوز للمضروب أن يطالب بالضمان عن الحوادث التي تمت أثناء سريان عقد التأمين، ولو بعد انتهاء هذا العقد، مادامت مدة تقديم دعوى المسؤولية لم تسقط بالتقادم أما إذا اقتصر عقد التأمين على حق المريض في المطالبة بالضمان مادام عقد التأمين سارياً، فإن ذلك لا فائدة منه، ولا يوفر حماية للمضروب.

غير أن تحديد نطاق تأمين الطبيب من مسؤوليته المدنية يدفعنا للتساؤل حول مدى فعالية الضمان الممنوح للمريض المضروب، وهو ما سنجيب عنه في الفرع الموالي:

الفرع الثالث: تقييم التأمين الإلزامي من المسؤولية كنظام تعويضي للمريض

على الرغم مما حققه التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية من نجاحات هامة في حماية المحترفين في ميدان الصحة، وما يضمنه للمرضى من تعويضات مناسبة لجبر أضرارهم¹. غير أنه يبقى غير كاف لتغطية كل الأضرار والحالات الناشئة عن الأخطاء والمخاطر الطبية التي تصيب المرضى المتعاملين مع الأطباء والمنشآت الصحية.

ففي بعض الأحوال قد يلحق هؤلاء ضرر دون وجود ثمة خطأ طبي، ففي هذه الأحوال يثور الشك حول استحقاق هؤلاء للتعويض (البند الأول)، كما قد تثار صعوبة في تحديد مقدار القسط الذي يكلف المؤمن له بدفعه، باعتباره يكون الاحتياطي الحسابي لشركات التأمين (البند الثاني) والذي يبدو أنه يؤثر على تقدير قيمة مبلغ التعويض الثابت للمريض المضروب (البند الثالث).

البند الأول: عدم تغطية التأمين من المسؤولية لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى

إن المواد المتعلقة بالتأمين من المسؤولية كما هو واضح من اسمها تقتصر على وجوب التأمين من مسؤولية مزاولي مهنة الطب، ومن ثم فإنه إذا ثبت أن الطبيب لم يخطئ وفقاً لتقدير القاضي، فلا يستحق المضروب صرف مبلغ التأمين وإن أصابه ضرر².

= بل أكثر من فقد قضت ببطالان تعليق هذا الضمان على سداد الأقساط للمؤمن من المؤمن له في قرار لها صدر بتاريخ 1993/04/28 Cass. civ. 28/04/1993, Bull. civ. 1993, n°148, R.C.A., 1993, R. Pellet, A.Szryerbak, op. cit, p 461.

¹ - عز الدين حروزي، المرجع السابق، ص 223.

² - O. Oboeuf, op. cit, p 63.

لذلك فإن نطاق نظام التأمين من المسؤولية الطبية يقتصر على أساس الخطأ دون أن يشمل جميع المخاطر الطبية الناشئة على أساس الضرر¹. وبالتالي ليس من العدل إذًا، ترك الأضرار الناشئة عن الحوادث الطبية دون تعويض، فالتقدم العلمي الذي يفيد منه كل المجتمع، يصاحبه ازدياد مضطرد في نسبة المخاطر، بسبب اللجوء إلى استخدام تقنيات طبية حديثة. بل في غالب الأحيان يؤدي تغطيتها من قبل شركة التأمين إلى ارتفاع الأقساط التي يلتزم الطبيب بها للشركة المؤمنة، مما يؤدي إلى زيادة المصروفات الطبية على المريض بالنتيجة².

كما أن فكرة التأمين من المسؤولية للطبيب أثارت صعوبات، في مجال كيفية تحديد الضرر الطبي المؤمن منه. وذلك نظرًا لما يتميز به من خصوصية، سواء في تأخر ظهوره أو في جسامته حدوثه نتيجة لخطأ الطبيب أو لعب وقع في الأجهزة المستخدمة³.

لهذا السبب فقد لا يغطي التأمين من المسؤولية جميع الأضرار الطبية، باعتبار أنه لا يغطي إلا الأضرار غير العادية، وهو ما أثار إشكالية التفرقة بين الضرر المألوف والضرر غير العادي⁴. ومن ثم نجد أن عقود التأمين قد تستثني بعض المخاطر الطبية بسبب ارتفاع نسبة تحققها، غير أن هذا الأمر ينعكس سلبًا على المضرور وحقه في ضمان التعويض من قبل المؤمن.

على هذا الأساس يجب التأكيد أن تعويض المرضى لا بد أن يكون مستقلًا عن أي خطأ طبي، لأن الأطباء لا يقومون بالتأمين ضد أخطائهم، بل هم يؤمنون ضد الأضرار التي قد تقع على مرضاهم، ومن ثم يغطي هذا التأمين كل النتائج غير العادية في العلاج وكذلك التدخل الجراحي. وذلك بقصد إيجاد نظام تأميني تعويضي شامل ملائم نتيجة للأقساط التي يقوم الأطباء بدفعها⁵.

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن معظم التشريعات الوضعية تلزم المؤمن له بتقديم البيانات الصحيحة وكذا الإخطار عن الوقائع الجوهرية محل عقد التأمين الطبي، سواء التي يعلمها المؤمن له

¹ - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 186.

² - عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية - الأطباء نموذجًا -، المرجع السابق، ص 145.

³ - إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 370.

⁴ - وقد هاجم الفقه سافاتييه فكرة تحمل الضرر غير العادي، وأكد بالقول بأن الضرر الطبي يعتبر في كثير من الحالات ضررًا عاديًا يمكن للمريض أن يتحملة، لكن من غير المقبول تحمل أضرارًا غير عادية ولو لم تكن متوقعة للطبيب، وهي الأمر الأكثر احتمالًا، مشار إليه من قبل: عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 63، 64.

⁵ - وهو ما أكد عليه الفقيه الفرنسي الأستاذ Tunc،

فعلا أو يفترض الإحاطة بها من خلال المجرى العادي للأمر. ومن ثم لا يمكنه التهرب من هذا الالتزام بادعاء عدم معرفتها¹.

ويرجع السبب لذلك لكونها تكتسي أهمية بالغة لدى شركات التأمين، بحيث تتمكنها من تقدير الخطر بشكل واضح. فالمؤمن كقاعدة عامة يجب أن ينفذ عقد التأمين وفقا لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية².

ولكن إذا ما حصل كذب أو كتمان في البيانات من جانب المؤمن له، سواء فيما يتعلق بموضوع الخطر أو الإنقاص من أهميته، فإنه يؤدي إلى إبطال عقد التأمين، والذي يقع عليه إثبات سوء نية المؤمن له هو المؤمن، ويعتبر استنتاج سوء النية مسألة واقع غير خاضع المحكمة العليا³.

بل أكثر من ذلك عندما يكون الطبيب مؤمنا على مسؤوليته لدى شركة تأمين، فإن المريض وهو الطرف الضعيف، سيجد نفسه في مواجهة هذه الشركة التي لها من الخبرة ومن الوسائل القانونية و المادية ما يجعله عاجزا عن استيفاء حقوق منها⁴.

إذ من اليسير على شركة التأمين الادعاء بخطأ المريض، في إتباع تعليمات الطبيب أو إهماله في تنفيذ العلاج الموصوف له. وبالتالي إطالة أمد الدعوى بالأحكام التي تصدر قبل الفصل في الموضوع بإجراء خبرات، مما يثقل كاهل المريض و يحفز لديه الرغبة في التحلي عن حقوقه.

¹ - منها التشريع الجزائري في مادته 15 قانون التأمينات الجزائري، والتي جاء فيها: يلزم المؤمن له: 1- بالتصريح بالبيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها. 3- بالتصريح الدقيق بتغير الخطر وتفاقمه إذا كان خارجا عن إرادة المؤمن له، خلال سبعة (07) ابتداء من تاريخ اطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة. 4- بالتصريح المسبق للمؤمن بتغير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له. وفي كلتا الحالتين يقدم التصريح للمؤمن بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالاستلام. كما جاء نص الفقرة الثانية من المادة 927 من القانون المدني الأردني بإلزام المؤمن له على: " أن يقرر وقت إبرام العقد كل المعلومات التي يهيم المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه. " فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية، المرجع السابق، ص 364، وكذا التشريع المغربي في مادته 30 من مسطرة التأمين، الذي أكد على التصريح الدقيق بجميع المعلومات والوقائع المراد التأمين عليها، إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المرجع السابق، ص 352.

² - محمد سليم شهدي، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية، المرجع السابق، ص 221.

³ - قد أكد على ذلك قانون التأمينات الجزائري في مادته 21 منه بقولها صراحة: " كل كتمان أو تصريح كاذب متعمد من المؤمن له، قصد تضليل المؤمن في تقدير الخطر، ينجر عنه إبطال العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 75 من هذا الأمر. "

يقصد بالكتمان، الإغفال المتعمد من المؤمن له للتصريح بأي فعل من شأنه أن يغير رأي المؤمن في الخطر. "

⁴ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 179.

من جهة أخرى يمكن القول بأن النظام التأميني في المجال الطبي لم يخفف من عبء إثبات المسؤولية الملقى على عاتق المريض، فما زال هذا الأخير ملزماً بقواعد المسؤولية المدنية، فيما يتعلق بركن الخطأ والعلاقة السببية، حتى يستفيد من التغطية التأمينية، وهنا تكمن الصعوبة أيضاً.

البند الثاني: الصعوبات المتعلقة بتحديد مقدار القسط التأميني

لا شك أن قسط التأمين يعد من أهم عقد أركان عقد التأمين، حيث يلتزم المؤمن له بدفع المبالغ المتفق عليها بينه وبين المؤمن في الأجل المحدد في العقد. وإن كان في العادة تستقل أغلب شركات التأمين بوضع القسط¹.

إذ أن قسط التأمين يكون بمثابة المبلغ الذي يدفعه المؤمن له لشركة التأمين في مواعيدها المحددة بالعقد، مقابل تحمل هذه الأخيرة تبعة المسؤولية الناجمة عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص المرضى بسبب خطأ من الأخطاء المهنية الناشئة عن ممارسة المهن الطبية أو المهن المرتبطة بها².

والأصل أن يدفع القسط عند إبرام العقد في موطن المدين وهو المؤمن له، لكون الدين مطلوب وليس محمول³. حيث يعتبر التزام المؤمن له بدفع القسط سبباً في التزام المؤمن بتحمل المخاطر المؤمن منها، ويجب دفع القسط بحلول الأجل المتفق عليه في العقد⁴.

هذا ويعد الإيصال أو عقد التأمين اللذان تسلمهما شركة التأمين للمؤمن له (الطبيب)، دليلاً كافياً على إثبات القسط. أما في حالة الامتناع عن سداد القسط في العقود المتجددة تلقائياً، فليس أمام المؤمن إلا اللجوء إلى وقف الضمان كإجراء وقائي لحماية مطالبه بعد إعدار المؤمن له بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع الإشعار بالاستلام بدفع القسط خلال الثلاثين (30) يوماً التالية لانقضاء الأجل المحدد بخمسة عشر (15) يوماً على الأكثر من تاريخ الاستحقاق⁵.

¹ - عبد القادر العطير، التأمين البري في التاريخ، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2004، ص 212، وقد نص التشريع الجزائري عليه في المادة 15 من قانون التأمينات الجزائري، التي جاء فيها ما يلي: "يلزم المؤمن له: 2.... - يلزم بدفع القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها..."

² - سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 355.

³ - فاطمة الزهرة منار، المرجع السابق، ص 363.

⁴ - وقد يكون الأجل شهرياً أو لمدة 06 أشهر أو سنوياً أو غير ذلك، على أن الغالب في المجال الطبي أن يحدد لمدة سنة قابلة للتجديد مرة أخرى.

⁵ - وهو ما قضت به المادة 16 من قانون التأمينات الجزائري.

ومع ذلك فإن الآثار المترتبة على عدم دفع الأقساط في مواعيدها فيها مراعاة لمصلحة المؤمن له، حيث منع المؤمن من فسخ عقد التأمين بحكم القانون مباشرة عند تأخر المؤمن له عن سداد الشطر بدون أعذار لها، وذلك في محاولة من المشرع لإعطاء المؤمن له فرصة تعديل أوضاعه.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أنه جرت العادة أن تقوم شركات التأمين بوضع أسئلة لكي تساعد في تحديد قيمة القسط، حيث ينبغي الإجابة عليها من قبل الطبيب المؤمن له أو الممثل القانوني للمستشفى تلقائياً من خلال ملء الاستمارة لحظة تحرير العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار عمر الطبيب، خبرته السابقة ومدى تخصصه¹.

كما يجب تقدير القسط السنوي على حسب نسبة تواتر وقوع المخاطر الطبية ومدى جسامته كل حادث. فكل هذه الأمور ستساهم في توزيع المخاطر الطبية، ومن ثم تحديد شركات التأمين لأقساط عادلة بين الأطباء من قبل².

غير أن نظام التأمين يعد محل عدم الرضا من جانب كل من الأطباء وكذا شركات التأمين كمؤمن، على اعتبار أن الطبيب يكون مكلفاً بدفع أقساط دورية لا يستطيع دفعها في بعض الأحيان. ومن جانب المؤمن فإن عدم الرضا نابع من عدم كفاية الاحتياطي الحسابي من الأقساط المدفوعة من قبل الأطباء، بسبب الاعتماد الكلي على هذه الأقساط، التي تعمل شركات التأمين على تحديدها تحديداً حسابياً دقيقاً حتى تتمكن من توفير مبالغ نقدية احتياطية تضعها جانبا³.

أما في المجال الطبي يبدو أن توفير حساب احتياطي بناء على حساب دقيق، هو مسألة صعبة جداً، بسبب تزايد الأخطار الطبية وتنامي احتمال تحققها، وبالتالي عدم وجود تناسب بين الأقساط المدفوعة وما يقتضيه تحقق هذه المخاطر.

ومن ثم فإن النتيجة التي تخلص إليها شركات التأمين هي عدم وجود احتياطي حسابي يساوي رأس المال المستحق وبالتالي عجزها عن تغطية المخاطر في المجال الطبي، هذا ما يجعل الشركات ترفض تغطية الأخطار الطبية تأمينياً، وحتى بالنسبة للشركات التي تقبل هذه التغطية فإنها تواجه صعوبات كبيرة في تحصيل الأقساط من الأطباء بسبب عدم القدرة على الدفع، نظراً لارتفاع قيمتها⁴.

1 - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 220، 221.

2 - عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 67.

3 - محمود سليمان البدر، ص 99، 100.

4 - عز الدين حروري، المرجع السابق، ص 224.

هذا الوضع ترتب عنه عدة نتائج سلبية بالنسبة للمريض، منها ارتفاع نفقات العلاج، حيث اضطر الأطباء لتقاضى أجور مرتفعة لتغطية نفقات أقساط التأمين من جهة. ومن جهة ثانية اتخذهم في كثير من الأحيان لإجراءات زائدة عن الحاجة للحالات المعروضة عليهم، كإجراء الفحوصات والتحليل والأشعة... التي لا مبرر لها. وكل ذلك لمجرد إثباتهم أنهم قاموا بكل ما في وسعهم هروبا من مسؤولياتهم المدنية.

البند الثالث: الصعوبات المرتبطة بتقدير مبلغ التعويض

لا شك أن الهدف الرئيسي للتأمين، هو ضمان الذمة المالية للمؤمن له وحماية المضرور بجبر ضرره من خلال حصوله على مبلغ التأمين¹. ومن ثم فإن تحقيق هذا الهدف يتطلب دفع المبلغ المستحق بأسهل الطرق وبأسرع وقت.

ويبدو أن أغلب التشريعات الوضعية لم تنص على قانون خاص بالمسؤولية الطبية ينظم التأمين عليها بشكل خاص، وإنما تركتها للقواعد المقررة في قانون التأمينات، باعتباره يندرج ضمن أنواع التأمين من الأضرار ومنها التأمين من المسؤولية.

على هذا الأساس يقع على عاتق المؤمن وفقا للقواعد العامة في عقد التأمين التزام وحيد، بدفع مبلغ التأمين للمضرور المستفيد على الوجه المتفق نتيجة الضرر الذي لحقه. إذ يعتبر هذا الالتزام احتمالي، وليس معلق على شرط واقف وهو تحقق الخطر المؤمن منه. ومن ثم فإذا تحقق هذا الخطر يصبح هذا الالتزام واجب الأداء².

ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الأصل في الالتزامات المتعلقة بضمان المسؤولية أن يكون المؤمن، ضامنا لكل ما ينجم من تكاليف، متى تحقق الخطر بمطالبة المؤمن له بالتعويض عن الضرر الذي وقع تحت مسؤوليته، مادام كان داخلا في دائرة التأمين. حيث يلتزم المؤمن بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية على المؤمن له من غير زيادة أو نقصان، بشرط ألا يزيد عن المبلغ المتفق عليه³.

¹ - زهرة البشير، التأمين البري، دراسة تحليلية، شرح عقود التأمين، د.ذ.ع.ط، نشر وتوزيع مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس، السنة 1985، ص 219، 220.

² - Y. Lampert- Faivre, droit des assurances, op. cit, p 525.

³ - وقد نص المشرع الجزائري في المادة 623 من ق. م على هذا المبدأ بقوله: "لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يتجاوز ذلك قيمة التأمين". كما أكد على ذلك المشرع الفرنسي المادة 1-121 من قانون التأمين بقوله: "التأمين على الأشياء عقد تعويضي، و لا يمكن أن يتجاوز التعويض الذي يلتزم المؤمن به قيمة الشيء المؤمن عليه وقت وقوع الكارثة."

أما في مجال التأمين من المسؤولية الطبية، فنجد أن المؤمن يضمن نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب التقصير أو الإهمال من الطبيب أو الجراح، سواء وقع هذا الخطأ في التشخيص أو عند مباشرة تنفيذ العلاج أو خلال العمليات الجراحية، بما فيها أخطاء التخدير أو وقع الضرر وقت الاستشارة الطبية¹.

كما يشمل أيضا ما ينسب للطبيب بما ينجم عن فعل الأجهزة المعدة في المستشفى لعلاج المرضى، إذا اعتمدها الأطباء وسيلة لممارسة أعمالهم، إلى جانب ما يصدر عن الطالب المتمرن الذي لم يمارس المهنة بعد، إذا ما استعان به الطبيب أثناء قيامه بالعمل².

بل أكثر من ذلك فإن التزامات المؤمن تمتد إلى المصروفات التي قد يحكم بها على المؤمن له في دعوى المسؤولية الموجهة ضده، كأتعاب المحاماة والخبراء وكذلك المصروفات التي تستلزمها الأعمال والإجراءات القضائية³.

هذا ويتحدد مبلغ التعويض في هذا المجال بالضرر الفعلي الذي يتحمله الطبيب المؤمن له من خسارة بسبب رجوع الغير عليه بدعوى المسؤولية جراء خطئه المهني. إذ يلتزم المؤمن في هذه الحالة بضمان قيمة التعويض التي يعود بها المريض على الطبيب بأكملها ما لم يتجاوز مبلغ التأمين⁴، باعتبار أن هذا الأخير يمثل الحد الأقصى لالتزام المؤمن ودون أن يكون مصدر إثراء للمضرور⁵.

لكن الإشكال الذي يطرح إذا تجاوزت الأضرار والمصروفات التي تكبدها المضرور مبلغ المتفق عليه في وثيقة التأمين، الأمر الذي ينعكس سلبا على مصير المريض في تقاضيه تعويض غير عادل لجبر الضرر اللاحق به، لكون نظام التأمين يقوم على تسقيف التعويض.

¹ - أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 186.

² - محمد حسين منصور، أحكام التأمين، المرجع السابق، ص 154.

³ - وقد قضت بذلك صراحة نص المادة 57 من قانون التأمينات الجزائري بقولها: "يتحمل المؤمن المصارف القضائية الناجمة عن أية دعوى تعود مسؤوليتها إلى المؤمن له إثر وقوع حادث مضمون."

⁴ - وهو ما نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 38 من قانون التأمينات الجزائري، بقولها: "يجل المؤمن محل المؤمن له في الحقوق و الدعاوى تجاه الغير المسؤولين، في حدود التعويض المدفوع له... وكذا المشرع المصري في المادة 771 من القانون المدني، التي أكدت على أنه للمؤمن أن يرجع على الغير المسؤولية عن إحداث الكارثة."

⁵ - إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، ج 1، ط. 03، د.م.ج، الجزائر، السنة 1998، ص 176

ناهيك عن وجود بعض الشروط التي قد يتفق عليها المؤمن والمؤمن له، بشأن الإنقاص من قيمة التعويض إذا كان ذلك لمصلحة المؤمن له (الطبيب) أو المستفيد (المريض)، لعل أهمها شرط عدم التغطية الإجباري، حيث يسمح هذا الأخير بتحميل المؤمن له جزء من قيمة الضرر¹. فهذا الشرط يجعل الطبيب المؤمن له حريصا على عدم ارتكاب خطأ يتحمل نتائجه ولو في جزء من التعويض، و ترحب به شركات التأمين لهذا السبب، رغم أنه ينقص من قيمة الأقساط التي يدفعها المؤمن له².

غير أنه في الواقع لا يصب في مصلحة المريض إذا استعمل طريق الدعوى المباشرة ضد المؤمن، لأن هذا الأخير سيستظهر بوثيقة التأمين التي تلزم الطبيب المؤمن له بجزء من التعويض، مما يستدعي رفع دعوى أخرى على الطبيب، وهو ما يعسر على المريض الحصول على حقه كاملا بدعوى واحدة³. لذلك ينبغي عند إدراج هذا الشرط في عقد التأمين أن يلزم الطبيب المؤمن له بالتعويض عن جزء يسير فقط لا يضر بمصلحة المضرور.

هذا ولاشك أنه قد يترتب عن الحادث أو الخطأ الطبي ضرر أو عدة أضرار للعديد من المرضى، وفي مثل هذه الحالات تثار مسألة تراحم المضرورين على مبلغ التأمين في نطاق التأمين من المسؤولية الطبية إذا ما قامت مسؤولية المؤمن له الطبيب أو المستشفى الخاص أو مركز نقل الدم⁴. فإذا كان مبلغ التأمين المستحق في ذمة المؤمن للمؤمن له يفي بحقوق جميع المضرورين، فإن كل مضرور سيحصل على حقه في التعويض، أما في حالة عدم كفاية مبلغ التأمين للوفاء بجميع التعويضات المطالب بها، فإن الراجح في الفقه يرى أن مبلغ التأمين يقسم في هذه الحالة بين المتضررين

¹ - وذلك ما أقرته المادة 625 من قانون التأمينات الجزائري، بنصها على ما يلي: "...إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد." وقد سمح المشرع الفرنسي بإدراجه في العقد، و ذلك في المادة 1-121 من قانون التأمين بقوله: "يمكن أن يشترط بقاء المؤمن له ملتزما بمبلغ أو حصة محددة أو أن يتحمل تخفيفا محددًا مسبقًا من التعويض على الكارثة." إضافة إلى المشرع المصري في المادة 771 من القانون المدني، التي أكدت على أنه لا مانع من أن يتفق مع المؤمن له على خلاف ذلك، بأن يسمح للمؤمن له بإنقاص التعويض، مشار إليه من طرف: أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 258.

² - سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 355.

³ - سمية بدر البدور ولهاصي، المرجع السابق، ص 283، 284.

⁴ - ومن المعروف أن القاعدة تقضي بأنه إذا تعدد المضرورين من حادث واحد كان لكل واحد منهم حق مباشر قبل المؤمن يستطيع أن يرجع بموجبه بالدعوى المباشرة فإذا تزامنت الدعاوى المباشرة من المضرورين المتعددين، فلا تثار مشكلة هنا، إذ أن لهم حقوقا متساوية على مبلغ التأمين.

قسمة الغرماء، كل بنسبة ما أصابه من ضرر أي بمعنى آخر حسب نسبة دين المضرور إلى مبلغ التأمين¹.

ولعل الأخطر إذا نشط أحد المتضررين في المطالبة بحقه من المؤمن وحصل على التعويض الكامل عن ما لحقه من ضرر، فإن التساؤل يثار بالنسبة لمصير حقوق بقية المتضررين الآخرين، إذا لم يكفيه الباقي من مبلغ التأمين بعد تعويض المتضرر النشط. وهذا الإشكال يجد حله بالنظر إلى سلوك المؤمن، فإذا كان حسن النية لا يعلم بوجود مضرورين آخرين فإن هذا الوفاء منه يبرئ ذمته قبل باقي المضرورين، لأنه ليس هناك نص يلزم المؤمن بتوزيع التعويض على جميع المضرورين ويمكن لباقي المضرورين الرجوع على المؤمن له لاستيفاء حقوقهم في التعويض منه².

كما نجد أن نظام التأمين في المجال الطبي قد لا يستطيع تقدير التعويض عن جميع أنواع الأضرار التي لحقت بالمريض، بحيث يمكن للأطراف الاتفاق على اقتصار ضمان التعويض على الضرر المادي أو الجسماني فقط دون الضرر الأدبي³، الأمر الذي يؤثر سلبا على مصلحة المريض.

فضلا عن ذلك فإنه في حالة اكتشاف كذب البيانات التي أدلى بها المؤمن له أو كتم معلومات لازمة لتقدير الخطر بعد تحققه، لا يجوز للمؤمن هنا طلب فسخ العقد. ذلك أن الخطر قد تحقق وأصبح التزام هذا الأخير بالتعويض واجب الأداء، فلا يستطيع التحلل منه بالفسخ، إلا أن المؤمن لا يدفع من التعويض إلا بقدر ما يتناسب والأقساط المدفوعة⁴، وهو ما يشكل عائقا في تقدير التعويض المتناسب مع الضرر.

ومن زاوية أخرى رغم ما يحققه التأمين الإلزامي للمريض من ثبوت قاعدة قوية لجبر ضرر المريض من خلال مبلغ التأمين، إلا أن ذلك لا يكفي للوصول إلى تقدير عادل للضرر الناتج عن مسؤولية الطبيب. ففي كثير من الأحوال يلجأ المريض إلى الصلح، من أجل تجنب الانتظار الطويل في

¹ - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 354.

² - عبد القادر تيزي، المرجع السابق، ص 291.

³ - عز الدين حروزي، المرجع السابق، ص 223.

⁴ - وهو ما نصت عليه المادة 19 في فقرتها (04) من قانون التأمينات الجزائري، التي جاء كما يلي: "...إذا تحقق المؤمن بعد وقوع الحادث أن المؤمن له أغفل شيئا أو صرح بتصريحا غير صحيح يخفض التعويض في حدود الأقساط المدفوعة منسوبة للأقساط المستحقة فعلا مقابل الأخطار المعنية مع تعديل العقد بالنسبة للمستقبل."

أروقة المحاكم ودفع نفقات التقاضي التي قد يكون من الصعب تديريها¹. كما يتفادى الخوض في مسائل إثبات الخطأ، بأن يضمن نتائج إيجابية الدعوى دون مخاطرها.

وهو الأمر الذي يجبذه أيضا المؤمن كثيرا، فغالبا ما يورد في وثيقة التأمين، مثل هذا الشرط في حالة ثبوت مسؤولية المؤمن له ولا مفر من دفع التعويض، للحفاظ على مصالحه. فيلجأ المؤمن إلى إجراء المصالحة مع المضرور، من أجل محاولة الحصول على موافقته بالقبول بمبلغ أقل. وذلك بالتنازل عن جزء من تعويضه، وبهذا يحقق فائدة مالية. كما أنه يتجنب النفقات والمصروفات القضائية للدعوى، من أتعاب المحامين وهدر الوقت في المحاكم، خصوصا عندما تثبت مسؤولية المؤمن له قطعيا².

لكن هناك صعوبات يمكن أن يثيرها اللجوء إلى التسوية الودية، خاصة في حالة تحديد مبلغ التأمين بسقف معين، وكان المبلغ الذي اتفق عليه في الصلح أكبر من مبلغ التأمين، فلا يغطي المؤمن مسؤولية المؤمن له إلا في حدوده³. مما يؤدي ذلك إلى خسران الكثير من المبالغ والنفقات التي تكبدها المريض بعدم حصوله على التعويض الكافي.

بل لا ننسى بالمرّة خصوصية الضرر الذي يحصل بسبب الخطأ الطبي، نتيجة تأخر ظهور الخطر المؤمن منه. فقد يبدو للعيان أنه بسيط، عند إجراء الصلح والتنازل عن بعض الحقوق وخاصة مع استغلال ظروف المريض الصحية والعائلية، لكنه في الواقع يخفي وراءه خطرا أكبر على إثر تفاقمه أو أنه يحتاج إلى مدة طويلة للالتئام.

من هنا تبرز أهم السلبيات، التي تترتب على النظام التأميني عند اللجوء إلى الصلح الودي، باعتبار أن المريض المضرور سيواجه هذا الخطر بمفرده، فالجميع أصبحوا بمنأى عنه، الأمر الذي نجده لا يتماشى مع المحافظة على حقوق المريض بصفة خاصة، باعتباره الطرف الضعيف.

كما أن التردد حول مبلغ التعويض يعوق احتمالات بعض أنواع الصلح، وخاصة في معرفة مدى إمكانية تعويض الفرصة الضائعة وتقدير الضرر الناتج عنها. فهذا يشكل صعوبة أخرى في

¹ - محمد أوغريس، أحكام التأمين البري في التشريع المغربي الجديد، المرجع السابق، ص 44.

² - محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، المرجع السابق، ص 495، 496، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 58 من قانون التأمينات الجزائري، نجدها تضع ضوابط معينة أثناء المصالحة الودية وهو أن يكون المؤمن شريكا في هذه المصالحة وأن اعتراف المؤمن له لا يعد إقرارا بالمسؤولية و لكن إذا كانت المصالحة بين المضرور والمسؤول بمعية المؤمن وكان هناك اتفاق بينهم فإن جميع الآثار تكون نافذة بالنسبة للمؤمن. وذلك بقولها صراحة: "لا يحتج على المؤمن بأي اعتراف بالمسؤولية ولا بأية مصالحة خارجة عنه و لا يعد الاعتراف بحقيقة أمر إقرار بالمسؤولية."

³ - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 288.

طريق اللجوء إلى الصلح، فإذا تم الاعتراف في حالات معينة بأن خطأ الطبيب قد أضعاف فرصة حقيقية على مريضه، فإن من الصعب الاتفاق على التعويض المستحق للمضرور¹. وبذلك يكون اللجوء إلى القضاء هو الوسيلة الوحيدة لتقدير التعويض وذلك عن طريق الدعوى المباشرة، باعتبارها دعوى تنفيذ عقد التأمين².

ومما يشار إليه أيضا أن الدعوى المباشرة عمادها هو المؤمن له المستمد من عقد التأمين، ومن ثم فإنه يجوز للمؤمن أن يحتج على المضرور ببطان عقد التأمين أو بنفسه أو بوقف سريانه للتأخر في دفع القسط أو بالاتفاق³ أو حالة الضرر الطبي مجهول المصدر، وهذا ما يشكل عائقا أيضا في ضمان التعويض من المؤمن

بالإضافة إلى ذلك فإن العدالة تقضي ألا يكون للمريض الجمع بين التعويض ومبلغ التأمين، ومن ثم فإذا اقتضى حقه من المؤمن برئت ذمة المؤمن له، وإذا استوفاه من الأخير برئت منه الأولى، كما أنه إذا لم يستوف كل حقه من أحدهما لعدم كفاية مبلغ التأمين رجع على الآخر بالباقي⁴. هذه الأوضاع تجعل من الضرورة بمكان إيجاد نظام آخر مغاير أو مكمل لنظام التأمين الإلزامي من المسؤولية الطبية يتكفل بتعويض الأضرار الطبية الناتجة عن الحالات السابقة الذكر وغيرها من المخاطر الطبية التي أصبح المريض يعاني آثارها دون تعويض، وهو ما سنجيب في المطلب الموالي:

المطلب الثاني: حماية ضحايا الحوادث الطبية وموقف التشريعات منها

لا شك أن السنوات الأخيرة شهدت تطورا كبيرا في مجال المسؤولية المدنية الطبية اتجهت نحو تبني المسؤولية الجماعية، بحيث لم يقتصر فحسب من خلال التوسع في التأمين من المسؤولية الطبية والإلزامية⁵، الذي عزز مبدأ توزيع عبء المخاطر المتمثلة في مبالغ التعويضات على مجموع المؤمن لهم، دون التقيد بأحكام المسؤولية الشخصية أو التقليدية.

¹ - محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 179.

² - H. Groutel, le contrat d'assurance, 2^e éd., Dall., Paris France, 1997, p 136.

³ - أما بالنسبة للدفع التي تقع بعد الحادث، كعدم إخطار المؤمن له للمؤمن عن الحادث، فلا يجوز للمؤمن أن يحتج بما على المضرور، ويكون المؤمن ملزما بدفع مبلغ التأمين للمضرور مع احتفاظه بحقه في الرجوع على المؤمن له بما يكون قد أداه للمضرور، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: زهرة البشير، المرجع السابق، ص 228، 229، فاطمة الزهرة منار، المرجع السابق، ص 370، 371.

⁴ - سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، ص 362.

⁵ - صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص 69، 70.

بل عرفت إلى جانب ذلك أنظمة جماعية أخرى تلتزم بالتعويض عن الحوادث والمخاطر الطبية التي تقع دون وجود أي خطأ في جانب الطبيب، نظرا لعدم السيطرة على احتمالات تحققها¹. وهي خطوة إيجابية أريد بها تحقيق أقصى درجات الحماية للمرضور، وذلك تماشيا مع ازدياد الحوادث وتنامي خطورتها.

إن الأمر يقتضي وفق هذا المنحى التطرق إلى الآليات المستحدثة من قبل بعض الدول لتدارك قصورها رغبة في تحقيق حماية شاملة للضحايا، سواء تعلق الأمر بنظام التأمين المباشر (الفرع الأول) أو من خلال إنشاء صندوق خاص بالتعويض المصابين بمرض الإيدز (الفرع الثاني) وكذلك إقرار نظام التضامن الوطني في التعويض عن الحوادث الطبية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نظام التأمين المباشر

لقد كانت دولة السويد السباقة في تبنيتها للتأمين المباشر « L'Assurance Direct » ، كنظام قانوني لضمان تعويض الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية، يستقل تماما عن نظام المسؤولية الخطئية وبعيدا عن منظومة الضمان الاجتماعي وما تكفله من تأمينات اجتماعية². حيث يهدف هذا النظام إلى منح المرضى المضروبين تعويضا بصفة آلية أوتوماتيكية لمجرد ما أصابهم الضرر، دونما اقتضاء توافر الخطأ من جانب المسؤول من عدمه، ذلك أننا بصدد تأمين لا يقتضي وجود الخطأ ولا علاقة له بمسؤولية أحد من الأطباء أو المؤسسات الصحية³. فمن منطلق أن الحادثة الطبية هي خطر اجتماعي، فإن النسق العام للتعويض ينبغي أن تهمين عليه فكرة غائية من خلال الميل إلى دفع التعويض بقوة القانون، تأسيسا على قواعد المسؤولية الموضوعية (غير الخطئية)، وذلك رغبة في التخلص من عقبات المسؤولية المدنية الخطئية⁴.

¹ - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 147، 148.

² - كما ما يصطلح عليه أيضا بتأمين المريض، وقد كان أولها ما اقترح هذا النظام الفقيه (TUNC) خلال مؤتمر الأخلاق الطبية المنعقد سنة 1966. والجدير بالذكر أن المشرع السويدي قام بالعديد من المحاولات التشريعية ابتداء من سنة 1972 وبعد أن كان في البدء تأمين المريض في السويد تأمينا إختياريا ابتداء من سنة 1975 وإلى غاية سنة 1996، أين صدر القانون رقم 799-1996 المتعلق بتعويض المضروبين من المرضى وفقا لنطاق التأمين الإجباري، حيث دخل حيز التنفيذ أول يناير 1997 والذي من خلاله بسطت دولة السويد آرائها التشريعية، لقمان فاروق حسن نانة كه لي، المرجع السابق، ص 235.

³ - عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 52.

⁴ - W. Bill Dufwa, l'indemnisation des accidents médicaux, T. 2, LGDJ, 1999, p 57.

ولعل ما يقوم عليه هذا القانون يقترب كثيرا مع ما أقره القانون الخاص بتعويض ضحايا حوادث المرور. إذ لا ينظر إلى فكرة الخطأ مطلقا، لكون أن التعويض حق للمريض مقرر قانونا لقيامه على أساس المخاطر فقط. حيث يتم تحصيل هذا التعويض مباشرة من المؤمن، الذي يكون في شكل شركة تأمين تعاوني وفق طريقة سريعة وبسيطة نسبيا، مجرد الاكتتاب من قبل كل مانح للرعاية الصحية.

وبالتالي فإن نطاق تطبيق هذا القانون لا يقتصر على الطبيب الممارس لمهنته ممارسة حرة، بل يمتد ليشمل النطاق العمومي باعتباره موظفا، إذ تكون مسؤوليته الشخصية شبه ملغاة، إلا على سبيل الاستثناء وذلك متى ثبت تسببه في الضرر عن طريق العمد¹.

من جهة أخرى يستلزم القانون السويدي شروطا معينة لتعويض الأضرار التي تصيب المرضى، فثمة تحديد معين بالنسبة لصور الضرر التي يمكن أن تقع في النطاق الطبي. فالمسؤولية إذن تظل قائمة غير أنها مسؤولية محققة وغير مسماة أكثر من كونها مسؤولية قائمة على إثبات الخطأ².

على أن إقرار الحق في التعويض يثبت عندما يتعلق الأمر بالضرر الناتج سواء أثناء إجراء الفحص الطبي أو العلاج أو الوقاية، وذلك باستعمال الطرق المتداولة على تطبيقه من قبل الأطباء أو بإتباع إجراء مختلف تماما. كما قد يكون نتيجة الإصابة بسبب نقل فيروس أو بكتيريا خلال القيام بالتدخل الطبي أو إذا كان ناتجا عن تشخيص خاطئ³.

هذا ويشمل القانون السويدي تغطية الأضرار الجسدية اللاحقة بالمرضى، بسبب عيب في الأجهزة أو المعدات الطبية أثناء عملية الكشف الطبي أو الوقائي أو العلاجي أو بالاستعمال الخاطئ لهذه الأخيرة⁴.

غير أن هذا النظام لم يلق رواجاً كبيراً من قبل الدول الأخرى إلا في مسألة فرض اكتتاب تأمين على جميع المؤسسات الصحية والعاملين في هذا المجال لتغطية مسؤوليتهم المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير. كما لا تزال أغلب دول العالم تتعامل مع القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية القائمة على أساس الخطأ، الأمر الذي أدى إلى ظهور أسلوب الصناديق لتعويض ضحايا النشاط الطبي.

¹ - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 245.

² - لقمان فاروق حسن نانة كه لي، المرجع السابق، ص 236، 237.

³ - عبد الرشيد مأمون، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - W. Bill Dufwa, op. cit, p 59

الفرع الثاني: نظام الصندوق الخاص بتعويض المصابين بالإيدز خلال عمليات نقل الدم

لا يمكن لأحد أن ينكر ما يشكّله نقل دم ملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة من أضرار جسيمة سهلة الانتقال بين الأشخاص فيما بعد، إلا أن الإصابة بهذا المرض تطور بازدياد حالاته وتضاعف خطره¹. وهذا منذ الفضيحة التي وقعت فيها الحكومة الفرنسية بسبب قيام المركز الوطني لنقل الدم بباريس منذ 1983 إلى أوت 1985 بنقل مشتقات الدم الملوثة للمرضى، التي أودت بحياة الكثير من الفرنسيين الذين أصبحوا حاملين لفيروس السيدا².

كل هذا أجبر المشرع الفرنسي على التدخل لحماية المضرورين من عدوى السيدا، وذلك بإصداره قانون رقم 1456 الصادر بتاريخ 1991/12/31 المتعلق بإنشاء صندوق خاص لتعويض المصابين بمرض الإيدز نتيجة نقل الدم أو أحد مشتقاته³.

إذ يهدف هذا الصندوق إلى ضمان تسهيل الحصول على التعويضات لفائدة فئة معينة من المضرورين واستمراريته، نظرا لجسامة الضرر اللاحق بهم، باعتباره نظام تعويضي. كما يجنبهم إجراءات ومشقة اللجوء إلى المحاكم، مما يوفر لهم الوقت النفقات⁴.

وهذا يعني عدم اختصاص المحاكم الفرنسية المدنية بعد إصدار هذا التشريع، بالنظر في دعاوى التعويض الناتجة عن الإصابة بمرض الإيدز عن عمليات نقل الدم، واختصاصها فقط بالفصل في دعاوى التعويض الناتجة عن الإصابة بالأمراض الأخرى⁵.

ومن الواضح أن الصندوق الخاص بتعويض المصابين بمرض الإيدز نتيجة نقل الدم أو أحد مشتقاته، يتمتع بهيئة اعتبارية تتمتع بشخصية قانونية مستقلة من الصعب تكيفها بأنها مرفق عام

¹ - أبو زيد محمد محمد، بعض المشكلات القانونية الناتجة عن فقد المناعة (الإيدز)، ط. 01، مطبعة جامعة الكويت، السنة 1996، ص 10، 12.

² - عز الدين قمراري، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 155.

³ - L. n° 91-1406, du 31/12/1991, portant diverses disposition d'ordre social. V. G., J.O.R.Fr. n° 23, 03/01/1992.

وقد تم ذلك بالاتفاق بين مائتين لمرآكر نقل الدم و جمعية المصابين بالا أمراض المعدية و بين شركات التامين ظهر في اتفاق موقع في 1989/08/24 بين وزير الصحة و الهيئة الفرنسية لمحاربة الايدز، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: عفيف محمد أبو كلوب، التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسئول عن الضرر، دراسة مقارنة بين القانون الفلسطيني والفرنسي والفقہ الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، غزة فلسطين، المجلد الثاني والعشرون، ع. 02، جوان 2014، ص 561.

⁴ - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 162، 163.

⁵ - وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المرجع السابق، ص 183.

أو تخضع للقانون الخاص. كما يتم تمويله من طرف الدولة أي من ميزانيتها، وحتى من شركات التأمين ومن التعويضات التي يتم الحصول عليها من المسؤولين عن الإصابة¹.

حيث يتزأس هذا الصندوق رئيس غرفة بالمحكمة العليا، أما إدارة الأموال التي يعتمد عليها فتتم من طرف لجنة التعويضات، التي تتشكل من قاضي عضو في مجلس الدولة، المفتشية العامة للشؤون الاجتماعية، طبيب عضو في المجلس الوطني لمرض السيدا².

ولعل الملاحظ في هذا الصدد أن التعويض في حالة نقل الدم الملوث لا يستند إلى قواعد المسؤولية المدنية، وإنما إلى اعتبارات اجتماعية مردها التزام الدولة بالعمل على جبر الأضرار التي تصيب رعاياها ولا تجد لها حظاً في التعويض³. وذلك لصعوبة تحديد المسئول الذي يمكن الرجوع عليه بالتعويض، سواء بسبب عدم معرفة المسئول أم لصعوبة إسناد المسؤولية إليه أو إعساره وعدم إمكانية أداء التعويض⁴.

وبالتالي يكون المشرع الفرنسي قد أحل بهذا القانون فكرة الخطر (le risque) محل فكرة الخطأ (la faute)، نظراً لعدم كفايتها في توفير قدر من الحماية القانونية لضحايا الحوادث الناتجة من نقل الدم الملوث والتي تشكل خطر استثنائياً، رغم اعتبارها محور القواعد العامة للمسؤولية الإدارية⁵. هذا ويستفيد المتضرر من التعويض عن طريق مراسلة صندوق التعويض عن مرض السيدا مرفقة بالملف الطبي الذي يثبت إجراء عملية نقل الدم والإصابة بالفيروس. فيقوم الصندوق بفحص الطلب خلال ثلاثة (03) أشهر من تاريخ تقديمه⁶. ومعنى ذلك أن عبء إثبات عدم قيام الرابطة السببية بين حقن الدم والإصابة بفيروس السيدا يقع على الصندوق.

لذلك فإن هذا الأخير بإمكانه أن يرفض طلب المتضرر بالتعويض إذا أقام الدليل بأن الإصابة بفيروس السيدا لم يكن سببها حقن الدم، كما أن للصندوق مهلة ثلاثة أشهر لعرض قيمة التعويض

¹ - C. Byk, l'institution d'un fond d'indemnisation devenait la seule solution acceptable en équité, sang humain, éd. Législatives, 1995, p 2264.

² - J. Saison, op. cit, p 65.

³ - أبو زيد محمد محمد، المرجع السابق، ص 165، 166.

⁴ - عفيف محمد أبو كلوب، المرجع السابق، ص 561.

⁵ - مراد بدران، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات نقل الدم، المرجع السابق، ص 11، 12.

V. aussi dans ce point : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 771.

⁶ - J. Jaque Lefrere, P. Rouger, évaluation de la transfusion sanguine en France, transfusion sanguine une approche sécuritaire, John Libbey, France, 2000, p 02.

على المعني بالأمر. ويكون قرار الصندوق قابلا للطعن فيه أمام مجلس قضاء باريس في أجل شهرين، سواء إذا تم رفض طلب التعويض أو في حالة عدم تدخل الصندوق في الآجال القانونية، وحتى في حالة عدم القبول بمبلغ التعويض المعروض¹.

ولتفادي أي غموض يطرح بشأن الأسانيد التي يعتمدها هذا الصندوق لقبول تعويض المضرورين، فقد وضع القانون المتعلق به معايير واضحة في هذا المجال. حيث يستفيد من هذا النظام المصابين بفيروس السيدا، والذين تلقوا الدم داخل مراكز نقل الدم الموجودة في الأراضي الفرنسية². هذا ما يؤدي بالضرورة إلى استبعاد عمليات حقن الدم التي قد تتم بمواد أجنبية أو بسبب عمليات الاتصال الجنسي غير المشروعة وغير ذلك. فلا يتم تعويض الأطفال الحاملين لهذا الفيروس والمولودين من آباء مصابين بهذا المرض أو حالة العلاقات الزوجية أو الجنسية بصفة عامة³.

كما نجد أن الصندوق لا يعرض عن الأضرار بالشكل المعروف في المبادئ العامة بمفهوم "الأضرار المادية والمعنوية"، وإنما يعوّض الصندوق عن ما يسمى: "الضرر المتميز والخاص بالعدوى"⁴. لذلك فقد اعتنق التشريع الفرنسي قاعدة التعويض الكلي والشامل لكافة عناصر الضرر التي وليس الجزئي، وما على المضرور إلا إثبات أن العدوى بفيروس السيدا ناتجة عن نقل أو حقن الدم أو مشتقاته⁵. بل أكثر من ذلك فقد أوجب مبالغ مختلفة للمتضررين بحسب أعمارهم ومدى الإصابة⁶. والمتضررون الذين يحق لهم مطالبة الصندوق هم ضحايا نقل الدم الملوّث، ومن يربطهم علاقة خاصة بالمصاب، كالزوج، الخليل والمولود من أم مصابة، إلى جانب ذلك الأطباء الذين يصابون بالفيروس أثناء إجراءات جراحية للمصابين بالفيروس⁷.

¹ - C. Byk, op. cit, p 2265.

² - Art. 47-I de L. n° 91-1406 du 31/12/1991 précité, cité par: Johanne Saison, op. cit, p 66.

³ - J. Michel De Forges, l'indemnisation des contaminations par transfusion ou traitement, Actualité et dossier en santé publique, n°6, Dall., Paris France, mars 1994, p 02.

⁴ - عز الدين قمرأوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 157.

V. aussi : dans ce point : G. Lahlou Khair, op. cit, p 183.

⁵ - Art. 47-III de L. n° 91-1406 du 31/12/1991, précité

⁶ - وائل محمود أبو الفتوح العزيمي، المرجع السابق، ص 185.

⁷ - Cass. Civ. 18/06/1997, J.C.P 1997-1-4070, cité par: J. Jaque Lefrere, P. Rouger, op. cit, p 06.

بالإضافة إلى ذلك فإنه من أجل تقديره تقديرا يقترب من الصحة، فإن الصندوق يعتمد على المعيار التالي: مقدار مليونين فرنك فرنسي كحد أقصى، يستحقه شخص مصاب بفيروس السيدا، إذا كان يبلغ من العمر 20 سنة¹.

وان ترك الخيار للمضروب من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، حيث تعتبر جهة القضاء الإداري هي المختصة في النظر في تقدير التعويض عن الإصابة بفيروس الإيدز الناجم عن عملية نقل الدم². كما يمكنه أيضا رفع هذه الدعوى إذا رفض الصندوق لطلب التعويض المقدم منه سواء بصفة صريحة أو ضمنية عن طريق امتناعه عن الرد على هذا الطلب والتزامه السكوت خلال المدة المحددة قانونا. ويستوى نفس الحكم بالنسبة لحالة رفض المضروب لمقدار التعويض الذي عرضه الصندوق³. لذلك يمكننا القول أنه رغم التقدم الواضح في مجال التعويض من خلال تدخل المشرع وإنشاء صناديق الضمان لتعويض بعض الأضرار التي يتعذر فيها معرفة المسئول عن الضرر، إلا أن إسباغ الحماية التشريعية للمتضررين لا يسعف كل حالات المخاطر والأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية، الأمر الذي استوجب اعتماد نظام تعويضي أكثر شمولية للحوادث الطبية قائم على التضامن الوطني، وهو ما سنتناوله في الفرع الموالي:

الفرع الثالث: نظام التضامن الوطني في التعويض عن المخاطر الطبية

من الواضح أن القواعد التقليدية للمسؤولية المدنية أصبحت غير كافية في بعض الحالات لجبر ما لحق الشخص المريض أو المتعامل مع الأطباء من ضرر، مما استوجب تدخل المشرع الفرنسي بقواعد أخرى مستقلة عن المفاهيم السابقة تتماشى والأوضاع المستجدة⁴، خاصة عن طريق التشريعات الاجتماعية التي تقوم على فكرة التضامن القومي، مراعاة لأحوال وظروف المتعاملين مع الأطباء وكذا البعد الإنساني للعمل الطبي⁵.

¹ - كوثر زهدور، المرجع السابق، ص 199.

² - P. Bon, Denys de Be'chillon, coexistence des voies d'indemnisation des personnes contaminées, parle HIV, rec. dall., Paris France, 2000, p 02.

³ - عفيف محمد أبو كلوب، التعويض عن الضرر عند تعذر الحصول عليه من المسئول عن الضرر، المرجع السابق، ص 562.

⁴ - فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساس مسؤولية المرفق الطبي العام (اتجاهات حديثة لمجلس الدولة الفرنسي)، د.د.ع.ط، منشأة المعارف، القاهرة مصر، السنة 2003، ص 180.

⁵ - M. Karadji, op. cit, p 350.

وقد تجسد هذا الأمر بموجب القانون المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، الصادر بتاريخ 2002/03/04¹، والمعروف باسم قانون (Kouchner) نسبة إلى الوزير الذي تبني هذا القانون، ودافع عن توجهاته الأساسية إلى حين صدوره². فزيادة إلى ما أقره هذا القانون من تعويض موحد ذو طابع استثنائي، نظرا للاختلاف الذي كان يطرأ على اجتهاد القضاء الإداري والمدني في هذه المسألة، كما ألزم الأطباء وجميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية³، فإنه استحدث أيضا نظاما جماعيا (collectif) خاصا للتعويض عن مخاطر العلاج (Les régimes spéciaux)، والذي لطالما شكّل محور نقاش المختصين من رجال القانون وأهل الطب لسنوات عديدة⁴.

¹ - حيث صدر هذا القانون لتصحيح الوضع عقب صدور قرار محكمة النقض قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر بتاريخ 2000/11/17 والمسمى بقرار Perruche والذي أحدث انقلابا كبيرا في المفاهيم القانونية والأخلاقية السائدة في المجال الطبي، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: علي عصام غصن، المرجع السابق، ص 201، عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، المرجع السابق، ص 295، 296. متضمنا أربعة أبواب: الأول يتعلق بالتضامن تجاه الأشخاص المعاقين (la solidarité envers les personnes handicapées) والباب الثاني خاص بالديمقراطية الصحية (la démocratie sanitaire) والباب الثالث يتعلق بجودة النظام الصحي (qualité du système de santé) أما الباب الرابع من هذا القانون وهو الأهم فيتعلق بتعويض نتائج المخاطر الصحية (réparation des conséquences des risques sanitaires) ويتضمن قانون الصحة العامة الفرنسي النصوص التي أوردها قانون 2002/03/04 في هذا الخصوص في المواد L.1141-1 إلى L.1143-1، بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقة بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 39، ريفقة عيساني، المرجع السابق، ص 315.

V. aussi dans ce point : P. Pierre, la responsabilité à l'une de la « loi Kouchner » esquisse d'un bilan d'étape, op. cit, p 01, 02.

² - ففي سنة 1992 كلف وزير الصحة Bernard Kouchner، السيد Ewald بوضع تكميلي حول "مشكل الحوادث الطبية في فرنسا، وفي سنة 1993 جريدة العالم (le monde) في استجوابها للوزير المكلف السيد Douste Blazy، نقلت تصريحاته بقوله بأنه الطريق الوحيد لحماية العلاقة طيب - مريض هو تبني قانون حول مخاطر العلاج (Aléa thératique). وفي سنة 1994 تم وضع مشروع قانون كان مبرمج للمناقشة أمام البرلمان وبعد ذلك في تم إصدار قانون 1998/05/19 المتعلق بالمسؤولية عن المواد المعيبة (produits défectueuse) والذي أورد في مادته 14 ما ينص على العلاقة بين المسؤولية الطبية والتعويض في مسألة المخاطر التي سوف تناقش في البرلمان قبل 1998/12/31. ثم تناولت الاجتماعات عبر كامل التراب الفرنسي في الفترة الممتدة بين 1998 إلى غاية جوان 1999 وانتهت هذه الندوات الاجتماعية بإعلان الوزير الأول آنذاك Lionel Jospin بتحضير مشروع قانون خاص بموضوع التعويض عن الحوادث الطبي وفي هذه الفترة وبالموازاة كان القضاء يحاول تحسين مصير الضحايا في غياب التشريع وأخيرا تم اقتراح قانون من طرف السيد Claude Huriet المتعلق بالتعويض عن مخاطر العلاج أو الحوادث الطبية والمسؤولية الطبية والذي تم التصديق عليه في 2001/04/21 ثم أصبح قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 159، محمد بوكوطيس، المرجع السابق، ص 137، 138.

³ - M.Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 667.

⁴ - P. Pierre, l'actualité du droit médicale, p 04.

حيث اعترف لضحايا الحوادث الطبية من دون خطأ الحق في التعويض دون أن يمارس هؤلاء دعواهم في مواجهة المهني (Le professionnel) أو المرفق الطبي، وإنما بخلق قواعد جديدة تسمح للجماعة في المشاركة لتحمل تبعات الأضرار المترتبة عن ذلك، مما يعبر عن تضامن وطني يجد تمويله في الأموال العامة. إذ يتم الحصول تبعاً لذلك على التعويض عن طريق إتباع إجراءات تسوية ودية ينظمها جهاز حكومي يطلق عليه "الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية".¹

ولعل الهدف المتوخى من وراء هذا القانون الجديد هو توحيد نظام المسؤولية في قطاعي الصحة العام والخاص²، إلى جانب تبسيط إجراءات حصول ضحايا النظام الصحي على تعويض ما يصيبهم من أضرار من خلال تحقيق السرعة في القيام بهذه العملية.

على هذا الأساس فإن طبيعة الدراسة تستدعي منا بداية تحديد النطاق الموضوعي لهذا النظام، نظراً لخصوصيته (البند الأول) ثم نلي ذلك بإبراز طبيعة الإجراءات المتبعة للحصول على التعويض (البند الثاني).

البند الأول: شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني

يستفيد من التعويض باسم التضامن الوطني ضحايا الحوادث الطبية أو العلل علاجية المنشأ أو إلتانات المستشفى، عندما لا تتوافر أركان المسؤولية بالنسبة لممتهن العمل الصحي أو المؤسسة الصحية أو صانع لمنتج طبي³. إذ يتعلق الأمر هنا بمجموعة من الشروط يتحدد معها النطاق الموضوعي للتعويض عن هذه الحوادث أوجب توافرها قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي، سنقوم بإيضاحها بالترتيب في ثلاث فقرات جزئية كما يلي:

فقرة أولى: شرط السببية

لقد أكد التشريع الفرنسي طبقاً لأحكام المادة 1-1142 L من قانون الصحة العامة الفرنسي في فقرتها الثانية⁴ أن الأضرار الناجمة عن الحادث الطبي (Un accident médical) أو العلة

¹ - il s'agit de l'office National d'indemnisation des Accidents Médicaux, cité par : M. Cécile Guerin, L'action civile collective en matière médicale, rev. générale de Droit médical, n°44, septembre 2012, LGDJ, France, p 08.

² - J. Moreau et D. Truchet, droit de la santé publique, op. cit, p 231.

³ - R. Pellet, A. Skrzyerbak, op. cit, p 435.

⁴ - Art. L. 1142-1 al. 02 du C.S.P.Fr (L. n °2002-03, 04/03/2002, modifié par L. n° 1577-2002, délivré le 30/03/2002 précitée) dispose que : « Lorsque la responsabilité

العلاجية المنشأ (une affection iatrogène) أو إلتانات المشفى (infection nosocomiale) تعطي الحق للمضرور في الحصول على تعويض باسم التضامن الوطني، إذا كانت منسوبة مباشرة إلى عمل من أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج خارج نطاق الخطأ، بمعنى توافر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي¹.

ويفترض أن هذا الشرط لا يثير أية صعوبات، بحيث أن تحديد الأعمال الطبية بهذا النطاق يتميز بالسعة ليستوعب العمل الطبي في مختلف مظاهره، دون تمييز بين ما إذا كان العمل قد تم في نطاق القطاع العام أو القطاع الخاص².

من ناحية أخرى فإن نتائج بعض المخاطر الناجمة عن الأعمال غير الطبية بالمعنى الدقيق، يجب أن تستبعد من نطاق التعويض على أساس التضامن الوطني³، وهذا هو الطابع الاستثنائي للتعويض⁴.

=d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I au d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient et en cas de décès, de ses ayants droit au titre de solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic, ou de soins... » (L. n°2002-03, 04/03/2002, modifié par L. n° 1577-2002, délivré le 30/03/2002 précitée)

¹ - وقد عرفت محكمة النقض الفرنسية هذه الأضرار « Aléa Thérapeutique » بأنها: " المخاطر الملازمة للعمل الطبي التي تحدث للمريض دون وجود أي خطأ من الطبيب- أو من يقوم بالعمل الطبي- ويصعب السيطرة عليها،

Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 08/11/2000, N° de Pourvoi : 99-11735,

Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 18/09/2008, N° de Pourvoi 07-13080 affirme que : « En présence d'une lésion accidentelle d'un nerf, lors d'une intervention chirurgicale sur un organe situé à proximité du nerf lésé, laquelle constituait un risque inhérent à l'intervention chirurgicale pratiquée sur le patient, la cour d'appel a pu retenir, après avoir relevé que les techniques utilisées par le praticien étaient conformés aux données acquises par la science, que le dommage s'analysait en un aléa thérapeutique, des conséquences duquel le chirurgien n'est pas contractuellement responsable.» Consultez les arrêts sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>

² - M. Cécile Guerin, op. cit, p 10, Cass. Civ 1^{ère} Ch. 13 Sept. 2011, N° de Pourvoi : 11-12536, consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>.

³ - A. Dumery, la responsabilité du fait des faits des médicaments, mémoire en vue de l'obtention du DEA de droit privé, université d'Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, année universitaire, 2002-2003, non publier, p 105.

⁴ - C. paley-Vincent, op. cit, p 184.

وبالمقابل فإن المشرع لم يبين المقصود من الحوادث الطبية أو العلل العلاجية المنشأ أو إلتانات المشافي¹، بل اكتفى بتعداد هذه المخاطر، وأقام مسؤولية المؤسسات الاستشفائية أو المصالح الصحية عن كل الأضرار الناتجة عنها، بعيدا عن البحث في فكرة الخطأ. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار الأضرار والحوادث الطبية التي يتم فيها التدخل نزولا عند رغبة الشخص، كما هو الحال في جراحة التجميل²، بحيث لم يمنح المشرع الفرنسي تعويضات للمضرورين منها باسم التضامن الوطني، وهذا ما جاء في المادة 1-6322.L من القانون المتعلق بحقوق المرضى الصادر في 2002، بنصها على أن: «الجراحة موضوع الرخصة (جراحة التجميل) لا تدخل في مجال تأمين المرض المغطاة من طرف الحماية الاجتماعية بمعنى المادة 1-321.L من قانون الحماية الاجتماعية»³

ونعتقد أن عدم إخضاع جراحة التجميل لنظام التغطية الاجتماعية، هي لكثرة الأشخاص الذين يلجؤون إلى إجراء مثل هذه العمليات. وبالتالي فقد تعجز على تغطية هذا العدد غير المحدود من الأشخاص. كما نعتقد أيضا أن المضرور من هذه الجراحة يكون قد تم إعلامه من طرف الجراح بكل الأضرار والمخاطر التي قد تخلفها العملية وحتى غير المتوقعة الاستثنائية، ومن ثم ماعدا الأضرار الناتجة عن خطأ من هذا الجراح فلا يحق له طلب التعويض عنها⁴.

¹ - فحالة التعفن (Les infections nosocomiales) هي من الأمراض التي تظهر عقب تواجد المريض في المستشفى والتي لم تكن موجودة وقت دخوله المستشفى أي أنها مرض أصيب أو انتقل إليه المريض داخل المستشفى سواء بمناسبة إجراء له عملية جراحية أو خلال أعمال العلاج أو أثناء إقامته في المستشفى وبالتالي فإنه فيما يخص هذا المرض، فإذا كان تاجا عن سبب خارجي فإن التعويض عن الضرر اللاحق بالمريض يتكفل به ويتحملة التضامن الوطني ونفس الشيء بالنسبة (Les infections iatrogènes) التي هي الأضرار الحاصلة للمريض المرتبطة بعلاج مقدم أي بالأدوية والأعمال العلاجية... إلخ، عبد القادر تيزي، المرجع السابق، ص 277.

les affections iatrogènes : « le dommage subi par un patient lié au traitement délivré (médicaments, soins,...).

Les infections nosocomiales : «une infection qu'apparait à la suite d'une hospitalisation alors qu'elle était absente à l'hôpital.» A. Ossoukine, L'ABCDAire du droit de la santé et de la déontologie médicale, op. cit, p 207, 208.

² - رغم أن جانب من الفقه قد ذهب إلى التعويض عن حوادثها الطبية وفق مبدأ المساواة، ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 35.

³ - Art.622-1 de la loi n°2002-303 du 04/03/2002, précité : « ...L'activité, objet de l'autorisation, n'entre pas dans le champ des prestations couvertes par l'assurance maladie au sens de l'article 1321-1 du code de la sécurité sociale.»

⁴ - وقد سبق التطرق إلى هذه المسألة في الفصل الأول من الباب الأول، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع على ص 141، 143.

إذ من المفروض أنه قد قبل بكل المخاطر والأضرار، فعليه إثبات خطأ الجراح كي يستحق التعويض، وذلك بعد إثارة مسؤولية هذا الجراح. وهذا يعتبر تشديداً لزيائن جراحة التجميل، وذلك من أجل التقليل من نسبة المقبلين لهذه العمليات التي أحياناً تحتوي على مخاطر لا يقتضيها أي سبب لتحملها¹.

فقرة ثانية: شرط الجسامة

إذ يقتصر الحق في التعويض باسم التضامن الوطني على الأضرار التي تصل أو تتجاوز قدراً معيناً من الجسامة أو الخطورة يتم تحديده بمرسوم، أما بالنسبة للأضرار التي لا يتوافر فيها هذا الشرط لا يمكن للمضرور أن يحصل على أي تعويض مادامت أن أركان المسؤولية الطبية غير متوافرة². إذ تقدر جسامة الأضرار بالنظر إلى فقدان القدرات الوظيفية و نتائجها على الحياة الخاصة والمهنية أخذاً بعين الاعتبار بصفة خاصة معدل العجز الدائم أو مدة العجز المؤقت عن العمل³.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي اشترط منذ صدور القانون رقم 1577-2002 المؤرخ في 2002/12/30، والذي عدّل المادة 1-1142 L.1142-1 (02) من قانون الصحة العامة نسبة خطورة الآثار التي يجب أن تنطوي عليها هذه الأضرار على كيان المريض الجسماني والوظيفي بحد أدنى لا يتجاوز 25% طبقاً للمعيار الموضوعي للعجز الموسوغ للتعويض⁴.

¹ - ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 161.

² - لقمان فاروق حسن نانة كه لي، المرجع السابق، ص 239.

³ - Art. L 1142-1 al. (02) du C.S.P.Fr (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée) dispose que : « ... caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail.»

⁴ - Art. L 1142-1 al. (02) du C.S.P.Fr modifié par L. n° 2002-1577, le 30/12/2002, modifiée L. n° 2002-303 le 04/03/2002, précitée affirme que : « Sans préjudice des dispositions du septième alinéa de l'article L.1142-17, ouvrent droit à réparation au titre de la solidarité nationale 1° les dommages résultants d'infections nosocomiales dans les établissements, services ou organismes mentionnés au premier alinéa du 1 de l'article L1142-1 correspondant à un taux d'incapacité permanente supérieur à 25% déterminé par référence au barème mentionné au II du même article, ainsi que les décès provoqués par ses infections nosocomiales... » v. dans ce point C. Manaouil, A. Sophie Arnaud, M. Graser, E. Hayek, O. Jardé, op. cit, p 05, 06.

وذلك مرده إلى حرص المشرع على تفادي أي اختلاف في التقدير بهذا الخصوص من ناحية، وتفادي تحديد الحكومة لنسبة أعلى تضيق بها من نطاق المستفيدين بالنظام الجديد، من ناحية أخرى¹. وإضافة معيار شخصي إلى هذا المعيار الموضوعي قائم على مؤثرات الضرر على الفترات الوظيفية للجسم والحياة الخاصة والمهنية².

ومن المؤكد أن هذه النسبة هي عالية نوعا ما، مما قد يؤدي إلى تقليص عدد ضحايا الحوادث الطبية أو العلل العلاجية المنشأ أو إلتانات المشافي، بحيث أنه إذا كانت نسبة الضرر اللاحق بهذا الأخير أقل لا يتم تعويضه، وإذا تعدى الضرر هذه النسبة فيتم تعويض المضرور تعويضا كاملا. هكذا يكون هذا القانون بمثابة "قانون الكل أو لا شيء"³.

كما فيها نوع من التمييز بين هؤلاء الضحايا وحرمانهم من الاستفادة من نظام التعويض باسم التضامن الوطني، الأمر الذي يدفعهم إلى الاستعانة بطرق أخرى للحصول على التعويض⁴. إذ لا يترددون في البحث عن أدنى خطأ أو إهمال صادر من الطبيب لإثارة مسؤوليته، بما فيه النقص في الإعلام حول إمكانية وقوع خطر ما والمطالبة بتعويض جزئي على أساس فوات الفرصة⁵.

و يلاحظ أن المشرع الفرنسي عند وضعه لنظام خاص بتعويض الحوادث الطبية قد وضع حدا جزئيا لنظرية فوات الفرصة، التي تبقى ممكنة التطبيق بالنسبة للأضرار التي تقل جسامتها عن 24%، خاصة إذا أغفل الطبيب الكتابة لإثبات تنفيذه للالتزام بالإعلام الكامل⁶. لكن هذه النظرية تبقى مستحيلة التطبيق في بعض الأعمال الطبية نظرا لانتفاء ركن الخطأ فيها⁷.

¹ - فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 288.

² - L. Sylvie, op. cit, p 96.

³ - فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 149.

⁴ - G. Lahlou Khia, op. cit, p 186.

⁵ - P. Pierre, l'actualité du droit de la responsabilité médicale, op. cit, p 101.

⁶ - فقد أشار التقرير السنوي الذي أعدته اللجنة الوطنية الفرنسية لتعويض الحوادث الطبية « CNAMED » إلى الحكومة سنة 2008، ولأول مرة إلى نظرية فوات الفرصة من خلال الآراء الإيجابية الصادرة عن اللجان الجهوية للصلح والتعويض، إذ تبين أن نسبة المستفيدين من التعويض الكلي هي 78 % ، أما نسبة المستفيدين من التعويض الجزئي عن فوات الفرصة فتبلغ 8 % .

M. Cécile Gurin, op. cit, p 15.

⁷ - V. Wester-Ouisse, op. cit, p 06.

فقرة ثالثة: ترتيب نتائج غير عادية تسببها الأضرار

حيث يتعلق هذا الشرط بمواصفات تتسم به الأضرار المعوض عنها باسم التضامن الوطني¹، تظهر في الطابع الاستثنائي أو غير العادي (anormal)². وذلك بهدف التمييز بين ما نتج من إخفاق العلاج والتطور المتوقع للحالة الصحية للمريض وبين ما ينجم عن الحادث الطبي³. وبناء على ما سبق يمكن القول أن القانون الجديد الفرنسي وإن كان قد تبني نظرية الخطر القضائية، إلا أنه في نفس الوقت حررها من شروطها الصارمة المتعلقة بالخطر⁴، وجعلها فقط خاصة بالضرر وتقدير مدى جسامته. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الأمر أصبح يتعلق بالخطر الاجتماعي (risques social)، الذي تشكله الحوادث الطبية على أفراد المجتمع عامة والذي يبرر التضامن الجماعي في التعويض⁵.

كما جعل نطاق هذا التضامن يمتد إلى كل المخاطر الطبية مجهولة المصدر، وفي حالة إفلاس مؤمن المسؤولية الطبية أو بطلان عقد التأمين كليا، بل يشمل أيضا الضحايا المضرورين بسبب الأبحاث الطبية التي تحمل فائدة شخصية للمريض عندما لا تتأكد مسؤولية الباحث حسب نص المادة (L.1142-3) من ق.ص.ع.ف وتعويض الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإجباري التي تقررها السلطة العامة⁶.

إلى جانب ذلك تدخل القانون وفرض ضمان الدولة في حالة عدم تأمين المسؤول عن الضرر عن نتائج مسؤوليته. وفي هذه الحالة يضمن صندوق الديوان الوطني للتعويضات تعويض المضروب تعويضا كاملا، ويكون بعد ذلك الرجوع على الطبيب المسؤول، وكذلك الأمر في حالة رفض شركة

¹ - A. Castellitta, op. cit, p 219.

² - Art. L 1142-1 al. 02 du C.S.P.Fr dispose que : « et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité,... » (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

³ - عبد الحميد ثروت، المرجع السابق، ص 13، 14.

⁴ - M. Deguerge, droit des malades et qualité du système de santé, A.J.D.A, n° 06, 15/06/2002, p 515.

⁵ - G. Lahlou Khiar, op. cit, p 183.

⁶ - Art. L.3111-9 al. 02 du C.S.P.Fr. (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

التأمين التعاقد مع الطبيب على الخطر المقترح التأمين منه أو احتجاجها بحالات استبعاد الضمان في مواجهة المضرور¹.

البند الثاني: إجراءات التسوية للحصول على التعويض

لقد وضع القانون رقم 2002-303 الصادر في 2002/03/04 إجراءات للتسوية الودية تقوم بها لجان تسمى اللجان الجهوية للمصالحة والتعويض (C.R.C.I)²، وهذه اللجان مكلفة أيضا بتسهيل حل النزاعات الأخرى المتعلقة بقواعد المسؤولية بين أصحاب المهن الصحية وزبائنهم وكذلك المؤسسات الصحية ومنتجي المنتجات الصحية في إطار المصالحة³، وذلك حرصا منه على تسهيل الأمر على المضرور وتجنبيه إجراءات ومشقة التقاضي.

إذ تنشأ هذه اللجنة في كل إقليم برئاسة قاضي إداري أو مدني ويكون في عضويتها ممثلون عن المنتفعين بالخدمة الصحية بما فيهم المرضى أو الزبائن، وممثلون عن أصحاب المهن الصحية (الأطباء) والمسؤولين عن المؤسسات والمراكز الطبية سواء العامة أو الخاصة وكذلك ممثلون عن المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية وممثلين عن الديوان الوطني للتعويضات، إلى جانب المؤمنين وشخصيات مؤهلة في مجال تعويض الإضرار الجسدية بمقتضى قانون التأمين⁴. ومن ثم فإن هذا النوع من التشكيلة يضيف خاصية الاستقلالية و الإنصاف.

وعلى كل متضرر أو من يمثله قانونا أو ورثته في حالة وفاته، التوجه إلى اللجنة المذكورة -التي حدث في نطاقها الجغرافي الفعل المترتب عليها الضرر-، وذلك بطلب في صيغة شكلية معينة، يرسل إلى اللجنة بخطاب مسجل بعلم الوصول أو يتم إيداعه لدى أمانة اللجنة، مقابل الحصول على ما

¹ - عبد القادر تيزي، المرجع السابق، ص 276.

² - « Commissions Régionales de Conciliation et d'Indemnisation » cité par: J. Penneau, responsabilité du médecin, op. cit, p 86.

³ - Art. L.1142-5 du C.S.P.Fr. (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

⁴ - وقد قضت بذلك المادة L1142-6-6-1، كما حدد المرسوم رقم 2002-886 المؤرخ في 2002/05/03 مهام هذه اللجان الجهوية، فهي تتكفل عامة بمهمة تسهيل المصالح الودية للنزاعات المتعلقة بالحوادث الطبية وكل النزاعات الطارئة بين المرضى والأطباء أو المؤسسات الصحية.

Pour plus détail V. : L. Helmlinger, les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, A.J.D.A., n°34 10/10/2005, p 03, 05.

يثبت هذا الإيداع. ويرفق الطلب بمجموعة من الوثائق، أهمها شهادة طبية تتعلق بتحديد الضرر أو الإصابة، وكذلك ما يثبت توافر شرط الجسامة في الضرر المدعى به¹.

كما يلتزم الشخص المضرور (المخطر) بإعلام اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض بكل الإجراءات القضائية المتعلقة بنفس النزاع التي أخطرت بها، كما يلتزم أيضا إذا كانت الدعوى على مستوى المحاكم بإعلام القاضي عن إخطاره اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض².

وبعد تلقي الطلب تقوم اللجنة أو رئيسها في حالة تفويضه، بالتحقيق من شرط جسامة الضرر - بمعرفة خبير ينتدب لذلك إجباريا-، وبصفة خاصة معدل العجز الذي أصيب به المضرور. إذ حرص قانون 04 مارس 2002 الفرنسي أن تجرى الخبرة بالشروط المذكورة في المادة 12-1142 L. بأن تكون وجاهية (contradictoire) تستلزم حضور جميع الأطراف وفي مواجهتهم لتبليغ الوثائق وتبادلها³.

كما تأخذ الخبرة الخاصة بالحوادث الطبية الشكل الجماعي (collégiale)، باعتبارها منجزة من طرف عدة خبراء مختصين معينين من طرف اللجنة الوطنية للتعويض عن الحوادث الطبية⁴، حيث لهم الحق في الاطلاع على كل المعلومات أو الوثائق اللازمة للقيام بمهامهم⁵، الموكلة لهم من طرف اللجنة الجهوية ويجب عليهم إيداع الخبرة في الآجال المحددة من طرف اللجنة.

¹ - وذلك حسب ما نصت عليه المادة 7-1142 L.فقرة (1) المضافة بالمادة 98 من القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة نظام الصحة على أنه: " يمكن إخطار اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض من طرف الشخص المضرور من عمل وقائي أو تشخيصي أو علاجي، وعند الاقتضاء من طرف ممثله الشرعي أو من طرف ذوي حقوقه في حالة وفاته، ويجب أن يكون الطلب مرفقا بالأدلة، ولاسيما تقرير طبي يبين بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، وهذا طبقا لما جاء في المادة 49-795 R. من قانون الصحة العامة المضافة بالمرسوم رقم 2003-140."

V. dans ce point: M.Dupont, C. Esper, C. Paire, op. cit, p 756.

² - Art. L.1142-7 al. 02 du C.S.P.Fr. (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

³ - Art. L.1142-9 du C.S.P.Fr, cité par: C. paley -vincent, op.cit, p 190.

⁴ - حيث يرأسها رئيس معين من طرف وزير العدل والوزير المكلف بالصحة، فاختيار الخبراء المسجلين في القائمة يخضع إلى شروط صارمة، كما أن مدة تسجيل الخبير في القائمة تكون لمدة خمسة سنوات قابلة للتجديد. فاللجنة الوطنية هي التي تتكفل بتقديم توصيات حول سلوك هؤلاء الخبراء وتسهر على مراقبة تطبيق اللجان الجهوية للقانون الجديد كذلك تقوم بتقديم تقرير سنوي إلى البرلمان والحكومة خاص حول كامل للأوضاع.

Pour plus détail : M. Cécile Guerin, op. cit, p 18.

⁵ -A. Castelletta, op. cit, p 178.

دون أن ننسى الطابع المجاني (gratuite) لها بالنسبة للضحايا، ليتحمل مصاريفها الديوان الوطني للتعويضات، وهذا ما يحفزهم على اختيار الطريق الودي على الطريق القضائي، وذلك لإحاطتها بضمانات من أجل إنجازها في عدالة تامة¹.

وبعد قيام اللجنة بفحص طلب المضرور والتحقق من الشروط السابقة في خلال مدة ستة أشهر، فإن الأمر لا يخرج عن أحد الفرضين²، إما أن تقرر عدم توافر شرط الجسامة في الضرر أو وجود خطأ مما تتحقق به مسؤولية القائم بالعمل الذي ترتب عليه الضرر.

وعلى اللجنة في هذه الحالة إخطار المضرور بذلك، مع إعلامه بإمكانية اتخاذ اللجنة إجراءات المصالحة الودية، من خلال دعوة المؤمن الضامن للمسؤولية عن الضرر، الذي يكون له أن يقدم عرضا بالتعويض الودي إلى المضرور خلال مدة أربعة أشهر، وهذا في حدود سقف الضمان لعقود التأمين (Plafonds de garantie des contrats d'assurance)³.

ففي حالة قبول المضرور لهذا العرض بعد صلح في مفهوم أحكام المادة 2044 من ق.م.ف ، فإنه يعد مخالصة نهائية⁴. وفي هذا الحال يجب أن يتم دفع التعويض خلال مدة شهر بدءا من تاريخ وصول القبول إلى المؤمن، وإذا تأخر الدفع عن تلك المدة يترتب على المسؤول فوائد عنها ضعف المعدل القانوني لها⁵.

¹ - R. Pellet, A. Skrzyerbak, op. cit, p 440.

² - A. Binet Grosclaude, l'engagement de la responsabilité médicale, rev. générale de droit médical, n°42 mars 2012, p 78.

³ - Art. L.1142-14, al. 7 (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

إذ يتوقف التعويض أساسا على التأمين، لذا ألزم القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 04/03/2002 المعدل ل ق.ص.ع.ف أصحاب المهن الطبية و المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية والإدارية، و يترتب عن مخالفة هذا الالتزام جزاء، بل أكثر من ذلك فقد أكدت المادة L1142-8-4 فقرة (4) أن اللجنة تقوم أيضا بإخطار السلطة المختصة بالمتابعة التأديبية لمعاينة الإخلالات التي من شأنها أن تكون محل متابعة تأديبية.

V. dans ce point : A. Castelletta, op. cit, p 75.

⁴ - Art. 2044 du C.Civ.Fr dispose que : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent un contestation à naitre.» V. J. Mareau et d. Truchent, op .cit, p 236.

⁵ - وهذا طبقا للفقرة (8) من المادة L1142-14 من ق.ص.ع.ف. فلا تدخل اللجنة الجهوية للصلح والتعويض في مرحلة التفاوض بين الصندوق الوطني للتضامن وشركة التأمين والضحية، لذا قرر مجلس الدولة الفرنسي بموجب رأيه الصادر بتاريخ 20/10/2007 أن الصندوق الوطني للتضامن ليس ملزما باقتراح مبلغ التعويض على الضحية في كل مرة لا تتوصل اللجنة إلى المسؤولية على أساس التضامن.

G. Lahlou Khair, op. cit, p 354.

كما يمكن للمضرور أن يرفض العرض الذي تقدم به المؤمن، ومن ثم فإنه يبقى لهذا الأخير اللجوء إلى القضاء من أجل تقدير مبلغ التعويض الناجم عن الأضرار التي لحقت به. وإذا تبين للقاضي بشكل واضح أن العرض الذي تقدم به المؤمن غير كاف يمكن له أن يحكم على المؤمن كجزاء، بدفع مبلغ على الأكثر يساوي 15% من قيمة التعويض الذي يحكم به¹.

أما إذا رفضت شركة التأمين التعويض أو سكتها عن ذلك، فإن الديوان الوطني للتعويض يأخذ على عاتقه دفع التعويض للمضرور، ويحتفظ بحقه في الرجوع على المسؤول أو على مؤمنه، طبقا للمادة L.1142-17-17 (7) من قانون الصحة العامة².

من جهة أخرى إذا رأت اللجنة أن الأضرار قابلة للتعويض باسم التضامن الوطني، وتوافرت الشروط المطلوبة لذلك³. فعليها في هذه الحالة بإخطار دون تأخير الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية، الذي يقوم بالتكفل الجماعي لتعويض الأضرار الحاصلة⁴.

ومن أجل ذلك أنشأت المادة 22-1142 من ذات القانون هذا الديوان، باعتبارها هيئة عامة ذات طابع إداري مرتبطة بوزارة الصحة⁵، إذ يحدد المرسوم رقم 2003-140 المؤرخ في 2003/02/19 المعدل لقانون الصحة العامة تكوين هذا الأخير و آلية عمله إضافة إلى التعويضات التي يدفعها، بما فيها

¹ - F-Auba, M-Dominique, T. Sami-Paul, op. cit, p 112.

² - إذ يرى الفقه أن وجود الديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية كجهاز إداري يهتم بتعويض المرضى المضربين لا يعني في الحقيقة الهدم الكلي لمسؤولية المؤسسات الصحية العمومية والأطباء الخواص، ذلك على اعتبار أن المشرع الفرنسي بموجب المادة L.1142-14 من قانون 2002/03/04، يبين أن الديوان الوطني بعد المخالصة النهائية التي يقوم بإجرائها لفائدة المريض المضرب، له الحق في الرجوع على المؤسسة الصحية ومطالبتها بالتعويضات التي تم دفعها. وهكذا تبقى مسؤولية عن التعويضات في كل الأحوال.

Pour plus détail : c. paley -vincent, op. cit, p193.

³ - Art. L. 1142-17, (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

⁴ - C. Alonso, la responsabilité du fait des infections nosocomiales (état des lieux d'un régime en devenir, R.F.D.A, n° 02 avril 2011, p 329. Cass. Civ 1^{ère} Ch. 11 Mars. 2010, N° de Pourvoi :09-11270, consulter l'arrêt sur le lien suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>

⁵ - Art. L.1142-22 du C.S.P.Fr dispose que: « L'office national d'indemnisation des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections est un établissement public à caractère administratif de l'Etat, placé sous tutelle du ministre chargé de la santé. Il est chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale, dans les conditions définies au II de l'article L 1142-1 et l'article L 1142-14, des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale ainsi que des indemnisations qui lui incombent, le cas échéant, en application des articles L.1142-15, et L1142-18.» (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

النفقات الإدارية التي يأخذها على عاتقه والناجمة عن عمل اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض وكذا نفقات الخبرة التي تطلبها هذه اللجان¹.

إذ يدار الديوان الوطني للتعويض وفقا للفقرة الثانية من المادة 22-1142 L من خلال مجلس إداري يصدر بتشكيلة قرار من مجلس الدولة الفرنسي، ويكون نصف أعضاء المجلس من ممثلين عن الدولة، والنصف الآخر من ممثلين عن الأشخاص الذين يتعاملون مع الجهات التي تؤدي خدمات طبية، وممثلي تلك الجهات، وممثلين عن شركات التأمين من الأمراض²، ووفقا للفقرة الثالثة من المادة ذاتها يرأس هذا المجلس الإداري رئيس المكتب الذي يتم تعيينه بقرار رسمي³.

ومن البديهي أن هذه التشكيلة المتعددة الأطراف إيجابية وتمكن من معرفة وتقييم وجهة نظر كل واحد من الأعضاء في مواجهة النزاعات المطروحة على اللجنة وإيجاد الحلول، كما أن هذه اللجنة ليس من اختصاصها الفصل ولكن يجب عليها أن تضمن نوع من الاستقلالية وعدم الانحياز. بينما تتكون موارد هذا الديوان طبقا لنص المادة 23-1142 L من قانون الصحة العامة من المبالغ المحددة سنويا في القانون المالي للتأمين الاجتماعي، بالإضافة حصيلة العقوبات المالية التي يقررها القاضي على شركات التأمين في الحالات التي يكون المبلغ المعروض منها في حالة التسوية الودية لا يمثل تعويضا كاملا عما أصاب المدعي من ضرر وحصيلة الدعاوى التي يحل بمقتضاها

¹ - Art. L.1142-17 du C.S.P.Fr. dispose que : « Les charges de l'office sont constituées par :1 – Le versement d'indemnité aux victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes et d'infections nosocomiales en application des dispositions du présent chapitre ;

2- Les frais de gestion administrative de l'office et des commissions régionales.

3- Les frais des expertises diligentées par la commission régionales ». (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

² - Art. L.1142-22 al. 02 du C.S.P.Fr affirme que : « L'office est administré par un conseil d'administration dont la composition est fixée par un décret en conseil d'Etat. Il comprend outre son président, pour moitié des représentants de l'Etat et pour moitié des personnalités qualifiées ainsi que des représentants des usagers, des professionnels et établissements de santé, des organismes d'assurance maladie et du personnel de l'office ». (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

³ - Art. L.1142-22 al. 03 du C.S.P.Fr dispose que: « Le président du conseil d'administration et le directeur de l'office sont nommés par décret. » (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

المكتب محل المهني أو المنشأة التي تقدم خدمات صحية في الحالات التي يقوم فيها بدفع قيمة التعويض، ويقدر أن المسؤولية المدنية قد توافرت في جانب المهني أو المنشأة¹. وفي هذه الحالة تقدم هذه الهيئة بعد فحص الأمر عرضاً للمضروب بالتعويض - خلال مدة أربعة أشهر - فإن قبله، اعتبر ذلك مخالصة نهائية². أما إذا اكتشفت اللجنة بأن الضرر الحاصل، قد يرجع إلى وجود خطر صحي وخطأ طبي في نفس الوقت، فهنا تقوم اللجنة بتحديد الجانب التعويضي المتعلق بمسؤولية المؤسسة الصحية العمومية والجانب الذي يتكفل الديوان مباشرة بتعويضه³. وبالمقابل فإن اللجوء إلى هذه الإجراءات هو أمر اختياري بالنسبة للمضروب⁴، حيث يمكنه أن يفضل رفع الدعوى أمام القضاء المختص (المدني أو الجزائي)، كما يستطيع أن يقوم بالإجراءين معاً، أي أن يطالب بحل النزاع ودياً وفي الآن ذاته يرفع الدعوى أمام القضاء المختص. ويظهر ذلك من خلال كون أن اللجوء إلى لجنة التسوية الودية غير إجباري - بل فقط إعلامها يعد إجراء إجباري -، لذلك تبقى مواعيد الطعن القضائي معلقة إلى غاية آخر إجراء يتخذه⁵. على هذا الأساس يمكن القول أن قانون 2002/03/04 الذي وضعه المشرع الفرنسي جعل المريض حالياً يستفيد من نظام مزدوج للتعويض يطبق على جميع الأضرار التي إذا لم تعوّض على أساس المسؤولية الخطئية فإنها تعوّض على أساس التضامن الوطني⁶.

¹ - Art. L.1142-23 du C.S.P.Fr dispose que : Les recettes de l'office sont constituées par : 1 - une dotation globale versée par les organismes d'assurance maladie dans les conditions fixées par décret. La réparation de cette dotation entre les différents régimes d'assurance maladie s'effectue dans les conditions prévues à l'article L.174-2 du Code de la sécurité sociale. Le montant de cette dotation est fixé chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale ;

² - Le produit des remboursements des frais d'expertise prévus aux articles L1142-24-4 , L1221-14 , L1142-14 et L1142-15.

³- Le produit des pénalités prévues aux articles L1142-14. L1142-15, L1142-24-6 et L1142-24-7.

⁴- Le produit des recours subrogatoires mentionnés aux articles L1221-14, L1142-15 , L1142-17, V. dans ce point : M. Cécile Guerin, op. cit, p 25, 26.

² - M. Deguerge, op. cit, p 517.

³ - J. Mareau et D. Truchent, op .cit, p 236, Art. L.1142-18, (L. n° 2002-303 délivrée le 04/03/2002 précitée.)

⁴ - C. paley -Vincent, op. cit, p191.

⁵- L. Helmlinger, op. cit, p 1875.

⁶ - B. Sain tourens, D. Zellaki, l'obligation de sécurité, université Montesquieu, Bordeaux France, 2002, p 12.

و إذا كان الوضع في فرنسا قد أعطى حماية للمرضى وذلك بمنحهم التعويض في إطار التضامن الاجتماعي عن الحوادث الطبية، فإن واقع المسؤولية الجزائر لازال يشترط على المريض إثبات الخطأ في حق الطبيب حتى يتحصل على التعويض و يقيم المسؤولية على أساس الخطأ، وذلك على الرغم من إقرار المشرع الجزائري للطابع الإلزامي للتأمين من المسؤولية الطبية.

كما لا ننسى بالمرّة أن الأخطاء الطبية قد أخذت في السنوات الأخيرة منحى تصاعدي مع ارتفاع عدد الضحايا في القطاعين العمومي والخاص¹، لذلك برز سن قانون خاص لحماية الضحايا وتعويضهم كمطلب ملح للحقوقيين والناشطين الجمعائين يتفقون على أن الأرقام التي تخصها الجزائر في هذا المجال مخيفة.

وبالمقابل يطرح الأطباء مشاكل متعلقة بتحديد المسؤولية وإجراء الخبرة الطبية التي يستنزف مدة زمنية أطول وهذا راجع إلى أن الاستشارة تطلب عادة من أطباء من خارج المنطقة حسب ما يفرضه القانون، فضلا عن ضغط العمل. خصوصا في ظل عدم توافر أي هيئة خاصة تتأسس كطرف مدني للدفاع عن ضحايا الأخطاء الطبية أمام الأطباء والمستشفيات التي تتمتع بالحصانة الكافية للإفلات من العقاب².

فرغم ما كرسه المشرع الجزائري من مبدأ العدالة والتضامن الاجتماعي، وذلك من خلال إنشائه لصناديق خاصة لتعويض المضرورين جسمانيا، منها صندوق تعويض ضحايا حوادث السيارات، والذي يتكفل بتحمل كل أو جزء من التعويضات المقررة لضحايا الحوادث الجسمانية أو ذوي حقوقهم في حالة انعدام المسؤول، ويكون مصدر الحادث ناتج عن المركبات³ وكذا صندوق

¹ - فقد تم إحصاء حوالي 12000 ملف ضحايا أخطاء طبية وذلك حسب ما أدلى به السيد الأمين العام للمنظمة الجزائرية لضحايا الأخطاء الطبية أبو بكر محي الدين، وجل هذه الحالات متعلقة بالأخطاء الطبية التي تسجل داخل قاعات التوليد، حيث تعد النساء الفئة الأكثر تضررا مع الإشارة إلى أن مشكل تشوهات الرحم أو فقدانه إضافة إلى وفيات الرضع والمضاعفات الصحية الخطيرة تشكل النسبة الأكبر من الحوادث. وتأتي مصلحة طب العيون في المرتبة الثانية تليها أخطاء التشخيص والعمليات الجراحية التي تجرى على المرضى المصابين، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى نور الهدى طالي، تصاعد مخيف للأخطاء الطبية في الجزائر (بجازر ترتكب أكثر في حق النساء والأطفال) في جريدة النصر ليوم 2006/05/03، ع. 2143، ص 05، وكذلك في جريدة الخبر ذكرت في مقال لها بعنوان العدالة عمقت من مأساة ضحايا الأخطاء الطبية، بتاريخ 2014/10/25، ع. 4321، ص 04.

² - رفيقة عيساني، المرجع السابق، ص 318.

³ - وذلك بموجب المادة 24 و30 من الأمر الأمر 74-15، المؤرخ في 1974/01/10، المتعلق بالزامية التأمين على السيارات والتعويضات على الأضرار المترتبة عن حوادث المرور، المعدل والمتمم بقانون 88-31، المؤرخ في 1988/07/19، المذكور سابقا.

تعويض ضحايا الإرهاب¹. كما تم اللجوء إلى آلية جماعية لتعويض حوادث البيئة من خلال الصندوق الوطني للبيئة².

فضلا عن تقريره تكفل الدولة بتعويض المضرورين عن الضرر الجسماني من مصدر مجهولا أو كان المسؤول غير معروف، وخاصة فيما يتعلق بالأضرار التي يتعدر فيها تحديد الفاعل، حيث يتم التعويض عن طريق الخزينة العامة³.

غير أنه لم نجد له بعد سبيلا إلى التجسيد بالنسبة للأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية في الجزائر من خلال الحل التشريعي المناسب بوضع صندوق خاص لتعويض الضحايا، وإنما اكتفى بالإشارة في القواعد العامة، حتى مشروع تعديل قانون الصحة الجديد لسنة 2018 الذي يتم التصويت عليه حاليا على مستوى البرلمان الذي يخلو من أي نص يؤكد على إمكانية تكريس فكرة التضامن الاجتماعي لتعويض ضحايا الحوادث الطبية في الجزائر.

لهذا فإنه بإمكان التشريع أو التنظيم أن يكرس هذا البعد الاجتماعي في التعويض في المجال الطبي وذلك لرفع المشقة على المريض المضرور جراء حادث طبي وذلك عن طريق إرساء نظام موضوعي للتعويض القائم على المسؤولية غير الخطئية في المجال الطبي عن طريق التأمين وصناديق الضمان. فحبذا لو أن المشرع الجزائري أنشأ على غرار المشرع الفرنسي الصندوق الذي يتكفل بتعويض المريض من الأضرار الطبية في حالة انعدام المسؤولية لانتفاء الخطأ، كما فعله بالنسبة لحوادث المرور. وهو ما يشكّل رادعا للأشخاص الذين يثيرون هذه المخاطر وحافزا على توقي الحيطة والحذر، ومن ناحية ثانية ضمان حصول المضرورين على تعويض مناسب وسريع⁴.

فلا بد من إيجاد آلية تكميلية تتولى دفع التعويض للمتضررين (نظام تعويض جماعي)، في حال عدم تمكن المضرور من الحصول على حقه لأي سبب كان. وإن أُنجح السبل لهذه الآلية هو إنشاء صندوق ضمان لتعويض من المخاطر الطبية، يتم تمويله باقتطاع جزء من اشتراكات أصحاب المهن الطبية السنوية المنتسبون للنقابات المهنية إلى الصندوق، وفق آلية تشريعية معينة. كما يجب أن تقوم

¹ - G. Lahlou Khia, op. cit, p 311, 312

² - بحماوي الشريف، المرجع السابق، ص 72.

³ - وهذا ما قرره المادة 140 مكرر 1 المضافة بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20/06/2005، المعدل والمتمم ل ق.م. ج بقولها:

"إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر."

⁴ - عبد القادر تيزي، المرجع السابق، ص 280.

شركات إنتاج الآلات الطبية المستخدمة في الطب و غيرها بدفع جزء من أرباحها لتمويل شركات إنتاج الصندوق، كإسهام منها لتعويض المتضررين الذين يصابون بالضرر نتيجة استخدام الآلة¹.
ناهيك عن تخصيص الدولة جزء من ميزانية وزارة الصحة لتمويل الصندوق كيف لا وأن الغالبية العظمى من المخاطر الطبية تحصل في المستشفيات العامة، ويجب تمويل الصندوق من قبل المستشفيات الخاصة ومن المرضى أنفسهم، بأن يدفع كل مريض نسبة بسيطة للإسهام في تمويل ميزانية الصندوق².

وبالنظر إلى التنظيم الإجرائي لأداء صندوق ضمان تعويض المخاطر الطبية، سيكون مشابهاً لأداء صندوق الضمان الاجتماعي. وعليه يمكن للحصول على مبلغ التعويض بعد تقديم طلب من المضرور نفسه أو من ذويه تقوم بدراسته لجنة متخصصة للتحقق من مدى توافر الشروط المنصوص عليها قانوناً وفقاً للإجراءات نفسها المطبقة في التشريع الفرنسي.

¹ - أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، المرجع السابق، ص 240، 243.

² - أشرف جابر مرسي، المرجع السابق، ص 464.

خلاصة الباب الثاني

وبناء على كل ما سبق دراسته يمكن القول أن قيام المسؤولية الطبية يقتضي إثبات عناصرها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، حيث يشكل الإثبات في هذا المجال عنصراً جوهرياً تتوقف عليه نتيجة الدعوى. لكن إذا كان من اليسير إثبات الضرر، فإن إثبات الخطأ والعلاقة السببية، تعترضه في غالب الأحيان عدة صعوبات تحول دون تحقيق ذلك.

كما قد يتبين لنا أن عبء الإثبات في الخطأ الفني يختلف عنه في الخطأ الإنساني، ففي هذا الأخير يكون أكثر سهولة، بل أن القاضي يستطيع التثبت من هذا الخطأ وفقاً لطبيعة ومضمون الالتزام الذي خالفه الطبيب ولا يحتاج في سبيل ذلك إلى تعيين خبير فني، لأن مهمة هذا الأخير تتمثل في إبداء الرأي في المسائل الفنية لا أكثر.

وفي نفس السياق لا ننسى التأكيد أن الصعوبات التي قد تواجه إجراء الخبرة الطبية لا تنفي كل قيمة عنها في تحديد مرتكب الخطأ ونوعه ودرجته، بل تبقى ضرورة لدى القاضي لمساعدته في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية قدر الإمكان، لاستخلاص الأدلة التي تمكنهم من الفصل في القضايا المعروضة عليه. الأمر الذي مما يسمح المتضرر فرصة أكثر للحصول على التعويض جبراً للضرر.

هذا ونخلص إلى أنه لا يكف توفر الخطأ كأساس أصيل والمخاطر استثناء لإثارة المسؤولية عن النشاط الطبي، بل يجب إثبات عناصر أخرى لتقريرها وتمكين القاضي من أعمال سلطته في تقدير التعويض منها الضرر الطبي، حيث يبقى المركز القانوني للمريض متأثراً بثبوته لتحميل أداء التعويض من جراء تنفيذ التدخلات الطبية على جسمه.

ناهيك عن أن مسألة تقدير قيمة التعويض المستحق من أصعب الأمور التي تواجه القضاء عند البت في المسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالمريض، حيث يلجأ القاضي إلى الخبرة لما تنطوي عليه هذه العملية من نواحي دقيقة وفنية ليس في مقدرته معرفتها، لأنها بحاجة إلى الأطباء وأهل الخبرة من ذوي المهنة لتحديد سعة وجسامة الجروح الجسدية، و نتائج هذه الأخيرة على الضحية في كل مجالات الحياة. لذلك فتقدير الضرر يختلف من حالة إلى أخرى ويؤدي كل من الخبير والقاضي دوراً متميزاً في مهمة التقدير.

ولاشك أننا نستخلص في هذا الإطار أن هناك صعوبة كبيرة في تقدير الأضرار الأدبية تقديرا ماديا دقيقا، باعتبارها مسألة نسبية تختلف من حالة إلى أخرى. لذلك يسعى القاضي هنا للتعويض عنه تعويضا متقاربا مع ما يحقق بعض الترضية للمطالب به، لما يتعذر معه محو الضرر الحاصل للمضرور.

كما يمكن القول أنه رغم ما تحققه مسألة تفويت الفرصة كوسيلة لتعويض الضرر وتعزيز الحماية للمريض، إلا أن الإشكال يبقى مطروحا عند قيام القاضي بحساب درجة احتمالية الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في مقابل الخطأ الذي حصل.

من جهة أخرى لا نجافي الحقيقة من حيث نطاق الحوادث الطبية الذي اتسع كثيرا، والذي يتعذر من خلاله مواجهة تداعيات الآثار السيئة لهذه الأضرار والمخاطر، الأمر الذي ولّد تحول في الاهتمام من المسؤول إلى الضحية بهدف ضمان تعويض المرضى عما لحقهم من أضرار، من خلال اعتناق المسؤولية الجماعية.

فلم يقتصر الأمر على فرض اكتتاب التأمين على المسؤولية الطبية لأجل حماية المضرور بصفة عامة فضلا عن المصلحة التي يراها المؤمن له في هذا العقد أو بإنشاء صناديق خاصة لتعويض المصابين بمرض السيدا، بل بتحمل الدولة ومساهمتها في تعويض المرضى المتضررين وأهلهم، باعتبارها المسؤولية أساسا عن توفير العناية والرعاية الصحية.

هذا وصفوة القول بالنسبة للتشريع الجزائري أن نظام التعويض في المجال الطبي وإن كان يحتل مكانا بارزا، إلا أنه لم يرق إلى ما وصل إليه القانون الفرنسي الذي كرس مبدأ التضامن الوطني لضمان تعويض مخاطر العلاج الطبي وخاصة أضرار مجهولة المصدر.

ذلك أن الشيء المؤكد أنه في نطاق الحوادث الناجمة عن النشاط الطبي، أصبح من الضروري جدا أن نتجاوز فكرة ربط حق المضرور في التعويض بمسألة إسناد الخطأ. غير أن تزاخم التقنيات المستخدمة للتعويض يطرح إشكال كيفية الحصول على التعويض ومدى إمكانية الجمع بين أكثر من تعويض، وكيفية تفاعل هذه الأنظمة فيما بينها.

خاتمة

ما من شك أن خاتمة الباحثين في مجال الدراسات القانونية الطبية إلا وتأتي دائما لتؤكد على تجدد مواضيعها، بفضل الجهد الجهيد للفقهاء والقضاء في سبيل تكريس وتيسير الحماية القانونية للمريض خاصة، بحكم المخاطر التي تهدد حياته وسلامته الجسدية.

فالتطبيقات الطبية رغم اعتبارها نشاط علمي يصطبغ بالطابع الإنساني، هي أخطر ما يمكن أن يتعرض لها أثناء وبمناسبة تلقي المريض لخدمات طبية. فلا ننكر فعالية هذه الممارسات، بكونها ضرورة حتمية لا غنى عنها تملئها الضرورات الاجتماعية بهدف بعث الأمل في نفوس المرضى بإنقاذ حياتهم. إذ يتضح في هذا الصدد أن المستجدات العلمية والتطورات التكنولوجية الحاصلة في المجال الطبي وسّعت من مفهوم الحق في الصحة، من غير تشكيك على أهميته. بحيث لم يعد يقتصر على تلقي الرعاية الصحية، بل أصبح يتعلق بعدم الإخلال بجودة وأمن وفعالية العلاج الذي يقدم للمريض. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى المطالبات المستمرة، لتفعيل دور الحق في الصحة وتوفير الضمانات القانونية التي تكفل تمتع عموم المواطنين بهذا الحق.

من جهة أخرى لمسنا عبر جوانب الموضوع وجزئياته مدى التعارض بين مبدأي الاستقلالية الفنية والحرية العلاجية للطبيب وواجبه في تقديم العناية اللازمة للمريض. ومن ثم ما تزال مسألة حق تلقي العلاج تشكل مثارا للنقاش، لما تستلزمه خصوصية الأعمال الطبية وإحاطتها بالضوابط القانونية والتنظيمية، بما يضمن توفير القدر اللازم من الرعاية الصحية، وتحقيق أفضل مصلحة للمريض.

ولم يكن لنا أن نتجاهل في الوقت الراهن أن المرافق الصحية تنصدر المقدمة من بين المؤسسات الأخرى المنتجة لمختلف الخدمات التي تقدم لعموم المواطنين، لما تقدمه من خدمات خاصة فريدة من نوعها لها علاقة مباشرة بصحة وحياة الإنسان، سواء اتخذت طابعا طبيا أو شبه طبيا. حيث تمكنا في معرض التعمق في النوع الأول من هذه الخدمات، إدراك أن مساحة الحرية العلاجية للطبيب تتسع وتضيق بحسب أنماط الممارسة الطبية وحالة المريض الصحية، كما لو كان هذا الأخير قد تلقى العلاج دونما إقامته بالمستشفى أو إجراءه تدخل جراحي معين.

وتوصلنا أيضا عند دراستنا لهذا الموضوع إلى أن التزام الطبيب ببذل عناية، لم يعد من المسلمات التي تقبل النقاش، فهذا المبدأ ما فتئ يضيق مجاله ويصغر نطاقه، لأنه لم يعد يتلاءم مع التطورات المعاصرة ما دامت مهنة الطب لم تعد تركز على التخمين والاحتمال.

وهكذا أصبح القول بتنوع التزامات الطبيب لا يثير الجدل، خاصة وأن العديد من هذه الالتزامات محددة بنتيجة. وهذا لا يعني أن إرادة المريض أصبحت اليوم تنصرف مباشرة إلى إلزام الطبيب بتحقيق شفائه. فالشفاء بيد الله سبحانه وتعالى وحده. وهذه النتيجة تتجاوز كفاءة الطبيب وقدراته، فيقتصر دوره على بذل العناية اللازمة والجهود الصادقة وفق القواعد العلمية المستقرة والمعاصرة ابتغاء شفاؤه.

ولعل التطورات السريعة في طرق وتقنيات العلاج أو الجراحة وأجهزة التشخيص، كانت السبب الرئيسي لدفع القضاء الفرنسي إلى إيجاد أداة جديدة يؤسس عليها الحماية القانونية الجسدية بشكل عام، وذلك بتوسيع مجال التزام الطبيب وامتداده ليأخذ مساحة مغايرة بتحمل الالتزام بضمان سلامة المريض، والذي مرده هو الوضع الصحي لهذا الأخير. نظرا لاعتباره كائن ضعيف يعهد بنفسه للقائمين عليه قصد رعايته وحمايته من كافة الأخطار الكامنة في مكان ووسائل تنفيذ العلاج.

بالإضافة إلى ذلك فقد أدركنا بعد شروحات وتفاصيل لمعطيات العلاقات الطبية التي يسودها مبدأ الحرية، مدى أهمية الارتكان إلى دور إرادة المريض في إنشائها، صونا لمبدأ الاعتبار الشخصي من ناحية، وتقدير حالة الضرورة للاستعانة بالطبيب كحتمية إنسانية من ناحية أخرى. وهكذا يكون القرار الذي يتخذه المريض بالقبول أو الرفض، مبنيا ومؤسسا على إرادة متبصرة، متشعبة بالحقيقة، والقدرة على الموازنة بين الأضرار والمنافع المنتظرة، في ضوء الاعتبارات المختلفة، الشخصية منها والصحية، الاجتماعية وحتى الدينية أحيانا.

حيث توصلنا إلى أن مسألة التبصير الطبي أخذت في الانتشار والزيادة حتى أضحت حقا جوهريا من الحقوق الشخصية للمريض، وذلك من أجل محاولة التقليل قدر المستطاع من الاختلال الفادح بين المراكز القانونية وطرق العلاج المقترحة من طرف الطبيب، لاسيما في ظل التغيرات والمخاطر التي أصبحت تهدد حياة وسلامة المريض. وذلك على اعتبار أن سقف المعرفة متناهي الوصول، فلا ضير من تحديد القدر الأدنى من المعلومات الواجب الإدلاء بها قبل التدخل العلاجي.

وإن كان القضاء والفقهاء الفرنسيين قد بذلوا جهدا كبيرا في استنباط القواعد التي تحكم الرضاء المتبصر بالأعمال الطبية، بما يكفل حرية المريض في التعبير عن إرادته، لكسر جمود القواعد القانونية. إذ يرتبط الإعلان بمخاطر العلاج في حقيقة الأمر من الناحية الأخلاقية بحق المريض في سلامة جسمه وبحقه في تقرير مصيره.

وبالتالي يمكننا القول بأن القيمة القانونية والأخلاقية لقرار المريض بقبول أو رفض العلاج، يتحدد بمدى استفادته من الإعلام اللازم الذي يمكنه من الوصول إلى قرار سليم وعقلاني بشأن مستقبله الصحي. مع الأخذ بعين الاعتبار وجود بعض العوامل التي تساهم في تحديد ما يجب الإفصاح عنه من قبل الطبيب وما يجب إخفاؤه وفقا لمتطلبات كل حالة على حدى.

كما أضحى الرضاء الحر والطوعي يمثل أهمية بالغة، بالنظر إلى التطور والتعقيد الذي تعرفه بعض التدخلات الطبية الحديثة من جهة، ومنعا لكل المشاكل التي يمكن أن تعقب هذه الأخيرة، فضلا عما يحققه ذلك من حماية للطبيب المتمرس.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن السر الطبي أصبح في الوقت الحاضر من أهم الضمانات الأساسية، التي يكتسبها المريض بمجرد قيام الطبيب بمهامه العلاجية على جسده، بعد أن كان من مستلزمات التقاليد المهنية، وذلك لتعلقه بشخصية هذا الأخير وكرامته. إذ لا يفوتنا أن ننوه أن التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائري أولى اهتماما واضحا بالحياة الخاصة للمريض، بتقرير مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية على هذا الخرق. وفي حقيقة الأمر أن وجود مثل هذه النصوص ضمن قانون العقوبات، يعني أن هناك تغيرا كبيرا قد حصل على مستوى صور المساس بسلامة الشخص وحقه في احترام مكوناته الشخصية.

كما يتجلى لنا بشكل واضح خصوصية السر الطبي بما يتضمن نوعا من التعقيد، لتغير مفهومه باختلاف الأشخاص وطبيعة الوقائع السرية. ونظرا لما تثيره من الصعوبات التي تدور في إطار مدى اعتباره حقا عاديا أم أن له خصائص ذاتية، تتعلق تارة بنطاقه وبالمررات التي يقوم عليها تارة أخرى.

بل أكثر من ذلك استطعنا الوصول إلى حقيقة مفادها أن الطبيب لم يعد وحده يعلم بسر المريض، بل يمتد إلى مساعديه، ليشركه في ذلك عدد آخر من الأشخاص المهنيين كالممرضين والعاملين في المستشفيات. الأمر الذي يستحيل معه إثبات الإفشاء مع وجود بعض الممارسات الخاطئة، تظهر أساسا من خلال تعليق اللوحة على سرير المريض والتي يدون فيها الطبيب كل ملاحظاته عن المرض الذي يعاني منه وعن تطوره.

ومن دون شك إن إفشاء السر الطبي ينطوي في أصله على اعتداء لحق المريض في حفظ أسراره الشخصية، إلا أنه أحيانا قد تتقرر سواء للمصلحة الخاصة لأحد الأشخاص، لتوخي وقوع ضرر يكون

الأولى بالحماية من أن يكتفم السر أو لوجود المصلحة العامة، من أجل المحافظة على المجتمع من الأخطار والآفات التي تهدد كيانه.

وبعد تناولنا معالم الحماية الإجرائية للمريض مستظهرين قواعد الإثبات في المجال الطبي وما يثيره من تحمل عبئه، لم ينكر أحد مشقته بل واستحالته في الكثير من الأحيان. الأمر الذي أدركنا معه نسبة الكثير من الضوابط التي وضعت لتحديد المكلف بعبء الإثبات وإمكان تغييرها مع الوقت واختلاف الظروف الواقعية.

هكذا هي إذن معادلة غير متوازنة يشكل فيها المتضرر الطرف الضعيف من وجهتين، فمن جهة سيلقى صعوبة الإثبات في مجال حيوي وجد معقد ومن الخطورة بمكان ليست له دارية بالاعتبارات الطبية الفنية، ومن جهة أخرى سيلقى خصما غير عادي يملك كل القدرات لإثبات عكس ما يدعيه.

لذلك دفعت الصعوبات المتأصلة في تطبيقات المسؤولية التقليدية في المجال الطبي، إلى إمكانية نقل عبء الإثبات على نحو يترجم التوجه الجديد لمنح الأولوية للمضروب والتخفيف عنه. وبالتالي لم يعد هناك مجال للحديث عن صعوبات إثبات الخطأ الطبي بالنسبة للمريض المضروب، بعد إعفاء القاضي من عبء اللجوء إلى قرينة الخطأ أو بحثه عن الوقائع التي يستخلص منها هذا الخطأ، فقط يبقى العمل الذي نتج عنه الضرر هو محل الاعتبار.

ولعل القضاء الفرنسي كان الرائد في هذا التحول الهام، لرسم معالم جديدة لقواعد الإثبات. حيث لم يقتصر على تطبيق القانون وتفسيره، بل تعداه إلى الإنشاء والخلق لمبادئ حقيقية ولعل السبب الرئيسي في ذلك هو ضالة النصوص القانونية التي تسد الحاجة وتملأ الفراغ مما دفع بالقضاء إلى التوسع فيها وسد النقص الذي يتخلل ثناياها.

إذ نجد قد ابتكر أدوات قانونية متعددة بعيدة عن أي خطأ من جانب الطبيب، تعرف بالمسؤولية الموضوعية. وهذا التوازن بين الإبقاء على المسؤولية الخطئية كقاعدة، والمسؤولية غير الخطئية كاستثناء يسمح للمسؤولية المدنية بأن تحتفظ بدورها الأخلاقي في تجنب الأخطاء.

كما يمكننا القول بأن الالتزام بالسلامة ساهم بدور كبير في إعطاء المفهوم الحقيقي والمضمون الصحيح للتححرر في مجال الإثبات الطبي، على نحو لم يعد بإمكان الطبيب أو المستشفى التحلل من

المسؤولية الناجمة عن الإخلال به بإقامة الدليل على تحققه أو إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون ذلك.

بالإضافة إلى ذلك نرى أن اعتماد وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا في إطار المسؤولية الطبية، ليس بالأمر السهل من الناحية العملية مقارنة بالمسائل الأخرى. إذ نجد أن هناك وسائل إثبات يصعب الاعتماد عليها في إثبات الأخطاء الطبية كشهادة الشهود، وهناك من الوسائل ليس لها سوى فعالية محدودة جدا في مجال إثبات بعض الأخطاء الطبية دون الأخرى كالكتابة.

وهذا ما يجعل دور القاضي مهما جدا في إثبات الخطأ الطبي، إذ تبقى له السلطة التقديرية في فحص الدلائل ومحاولة استنباط رأيه بالاعتماد على وسائل ووقائع عدة وفقا لظروف القضية. فلا يبقى منحصر في الكتابة وحدها، إنما يعتمد على كل الوقائع والدلائل المقدمة أمامه لاستنباط الرأي الصحيح واليقيني.

وإن كان هذا الحديث يصدق فيما يتعلق بالأعمال الإنسانية والعادية للطبيب، فإنه من العسير بالنسبة للأعمال ذات الطابع الفني الموصوف بالتعقيد. لذلك فعادة ما يلجأ القاضي إلى الاستعانة بالخبرة الطبية التي يجد نفسه مدعنا للأخذ بنتائجها في غياب أدلة أخرى تدعو إلى مخالفتها، مما يجعل منها الوسيلة الأكثر فعالية في الإثبات في مجال المسؤولية الطبية.

إلا أنه غالبا ما يعترض الخبراء حاليا عدة صعوبات، تجد مصدرها الأساسي في التباعد الصارخ بين المجالين الطبي والقانوني من جهة، والجانب العملي والعلمي المتعلق بالقضاة من جهة أخرى. كما يطرح إشكال آخر في هذا المجال يتمثل في الترجمة بين القاضي والخبير، نظرا لاختلاف تكوين الطرفين، بالإضافة إلى صعوبات ذاتية تتعلق بمدى حياد الخبير تجاه زميله الطبيب محل المساءلة، مما يؤدي إلى نقص القيمة القانونية للخبرة و اهتزاز الثقة في الخبراء .

ومع ذلك تبقى الخبرة الطبية عنصرا هاما من العناصر التي يستعين بها القاضي عند تقديره للخطأ الطبي المهني، ومساعدته في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية قدر الإمكان. الأمر الذي أدى بالقاضي الإداري الجزائري إلى جعل محتوى الخبرة ملزما ضمنيا، حين فصله في دعاوى مؤسسات الصحة العمومية حيث يؤسس قراره بصفة كلية بناء عليه.

واستخلاص القرائن هو الآخر يحوي على صعوبات، لأن الملف الطبي الخاص بالمريض وما يدون فيه من ملاحظات من قبل الأطباء، يمكن المنازعة فيه من قبل المريض، إلا أن فرص التلاعب

بمثل هذه الملفات يظل فرضاً قائماً. كما أن عناصر الوقائع القانونية فيه ما هو نفسي ومرن، يترك تقديره للقضاء بحيث يتعذر إثباته يقيناً كما هو الشأن في حسن النية، والعلم ببعض الظروف.

هذا وقد ضمن القانون للمضروب حق اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويض عن الضرر الذي أصابه، نتيجة النشاط الطبي وذلك عن طريق دعوى الضمان. فالتعويض في المجال الطبي غالباً ما يكون بمقابل، لعسر تطبيق التعويض العيني. كما تعتبر مسألة تقدير قيمته في مجال المسؤولية الطبية عملية دقيقة ومعقدة، بسبب اختلاف الضرر الذي يصيب المريض وجسامته وقعه المؤثر.

بحيث يصعب الحديث حتى عن التعويض لجبر الضرر مهما كانت قيمته، خاصة في الحالات التي لا تبدو فيها عناصر الضرر بارزة أو لا يكتمل ظهورها إلا بعد فترة معينة، مما يحول دون تحقق الجبر الكامل للضرر الناجم عن النشاط الطبي الذي يحقق إرضاء للمضروب.

هذا وقد قام القضاء الفرنسي بتوسيع مفهوم الضرر ليشمل كذلك فوات الفرصة، وهذا حماية للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، بتطويع العلاقة السببية من تقليدية يقينية إلى نسبية واحتمالية.

ومعلوم أن قاضي الموضوع وأثناء البث في قيمة التعويض المستحق يملك السلطة التقديرية، وذلك بناء على معطيات والجوانب المختلفة للقضية إلا أن الأمر ليس على إطلاقه. حيث يكون خاضعاً لمجموعة من الضوابط والقواعد التي تحكم تقدير قيمة التعويض الذي سيحكم به. وغالباً ما يسترشد بتقارير الخبراء في المجال الطبي، والتي تقوم بتحديد ضرر الإصابة بالنسبة لما تسببه من عجز في سلامة الجسم سواء كان دائماً أو مؤقتاً.

كما أن هناك صعوبة كبيرة في تقدير الأضرار المعنوية، نظراً لعدم استنادها إلى قيم ثابتة ومتعارف عليها. فهي مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى، لهذا تعتبر الخبرة الوسيلة المناسبة لتقدير هذا النوع من الضرر. وبالتالي يبقى المركز القانوني للمريض متأثراً بثبوت المسؤولية وتوافر عنصر الخطأ، لتحميل أداء التعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء تنفيذ التدخلات الطبية على جسمه.

وقد كان آخر ما تناولناه في ثنايا هذه الرسالة هو مختلف الأنظمة التعويضية التي يتم اعتمادها من قبل الدول، لحصول المريض على التعويض جراء الأضرار اللاحقة به. حيث استجلينا أن نظام التأمين الإجباري من المسؤولية الطبية يحقق ضماناً أكبر للمرضى في سبيل حصولهم على تعويضات

تجبر ضررهم وعلى نحو يذلل من صعوبات إثبات الخطأ، وبالمقابل يعد عامل نجاح وشهرة للطبيب أو المستشفى الخاص.

ومع أن هذا النظام استوفى جانبا قانونيا هاما أدركنا معه، أنه لا يكرس لوحده حماية للمريض وضمن التعويض المناسب له. ولهذا يكون أجدى التعويل على إيجاد آليات تعويض تكميلية لنظام التأمين من المسؤولية على أساس فكرة الخطر الاجتماعي، بغية مجابهة حالات تشوبها تقصير من هذا النظام القانوني.

وذلك على غرار ما استحدثه المشرع الفرنسي بموجب قانون 2002/03/04، أين أقر نظاما خاصا بالتسوية الودية للتعويض عن الحوادث الطبية. ومن ثم لم يعد بالإمكان للجهات القضائية متابعة الطبيب أو المستشفيات، بحكم أن هذا المجال أصبح من اختصاص الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية. ولعل الغرض من ذلك منه يتجلى في تحقيق حماية شاملة لمضوري النشاط الطبي. ومن المؤسف خلال هذه الدراسة أن نلاحظ أن التشريع الجزائري ما يزال لم يؤسس لقواعد قانونية تنهي الجدل الفقهي والقضائي حول موضوع حقوق المريض وما يتعلق بجوانبه المختلفة وذلك دون أن يزعزع معادلة التوفيق بين حماية المريض ومظاهر التطور الطبي.

مما يمكن القول معه أن قانون الصحة الحالي لا يزال يعرف تأخرا في هذا المجال بالرغم من وجود النصوص القانونية التي تبقى غير كافية في مجملها. إذ أنه لا يساير عصره، خاصة بعد التحولات الكثيرة والكبيرة التي عرفها المجتمع الجزائري على الصعيدين الاجتماعي والاقتصادي. الأمر الذي يحتاج إلى التدخل للحاق بهذه الحركية السريعة، وأن أي تخلف عن مواكبة كل المستجدات يترتب عليه فراغ قانوني يؤثر بشكل كبير على المركز القانوني للمريض.

فالواقع في أغلب المستشفيات العمومية يبين العديد من الانتهاكات لحقوق المريض، بدءاً بالاستقبال غير اللائق، وعدم تلقي الخدمات الطبية في آجالها، إلى جنب اللامبالاة والتسيب سواء من طرف الإداريين أو الأطباء. ولعل السبب في عدم حصول المنتفع من خدمات المرفق العام الاستشفائي على حقوقه المقررة قانونا، يرجع إلى عدم الاهتمام بالجوانب القانونية للممارسة الطبية.

حيث أن نقص الجدية في التعامل مع المسؤولية الطبية، الذي قد يتم تحت غطاء التضامن المهني وواجب الزمالة لا يخدم ليس فقط مصلحة المريض، بل حتى مصلحة الأطباء و المرفق العام

الاستشفائي، لأن التنكر للإطار القانوني الذي يجب أن تتم فيه الممارسة الطبية، يؤثر سلبا على تقدم مزاوله الفن الطبي في حد ذاته.

كما كشفت لنا الحياة العملية كثرة الأخطاء الطبية التي تقع في هذه المستشفيات دون وجود إحصاءات دقيقة عن ذلك، والتي كان بالإمكان تفاديها بقليل من الحيلة والحذر. فالواضح أن بعض الأطباء لا يبذلون العناية المطلوبة منهم، مما يجعل الإهمال وعدم بذل العناية اللازمة هي الغالبة والمتسببة في الأخطاء.

وذلك على الرغم من استحداث الدولة لهذه المستشفيات من أجل تقديم خدمات ينتفع بها المرضى، مع حقهم في تلقي خدمات صحية جيدة ومفيدة طبقا للقوانين واللوائح. غير أن الحقيقة والواقع اليومي الذي نعيشه، يعطي صورة سوداء عن حال مستشفياتنا العامة. حيث أن الخدمات التي تقدم للمرضى، إنما هي على الأغلب تأتي من قبل أطباء متدربين مازالت خبرتهم قليلة. هذا الأمر قد وصل إلى حالة " تدني ثقة المواطن بالمؤسسات الصحية"، مما يقتضي بالضرورة الاهتمام بإعادة هذه الثقة لكونها تهم كافة المستويات.

وإذا كانت الأخطاء المرتكبة في العمل الطبي العادي تطرح مثل هذه الإشكاليات، فإن الوضع سيزيد تعقيدا حين يتعلق الأمر بأنواع معقدة من الأعمال الطبية التي تتزايد باستمرار. إذ يبدو واضحا تباطؤ الخطى التي يسير عليها المشرع الجزائري في مواجهة مستجدات الحقل الطبي، وبالخصوص ما تعلق بالمسؤولية الطبية وغياب الثقافة القانونية لدى المواطن، لأن الكثير من الأحيان يجهل حقه في المتابعة القضائية وهذا ليس فقط في الأخطاء الطبية بل في العديد من المسائل.

ناهيك عن الغموض الذي يكتنف بعض نصوص قانون الصحة و ترقيتها، فلا يزال الحق في الإعلام الطبي لم يصل بعد إلى التطور المطلوب منه مقارنة بالتشريع الفرنسي. الأمر الذي سيؤثر حتما على موقف الأطباء في اعتماد هذا الحق، فيجعلهم لا يعيرون اهتماما به بحجة جهل المريض بالتقنيات الطبية أو رفضه لتلقي العلاج نتيجة ذلك.

بل أكثر من ذلك فقد اقتضت معظم النصوص الواردة في هذه القوانين على بيان التزامات الطبيب دون تقرير الجزاءات المدنية في حالة عدم احترامها أو عدم الخضوع لها أو الإخلال بها، وهذا ما يدفع القضاة إلى تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء.

من جهة أخرى نجد أيضا أن التشريع الجزائري قد أخضع الإثبات إلى القواعد العامة، مما يُشكّل إثبات خطأ الطبيب عبئا حقيقيا على عاتق المريض، باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة الطبية، خاصة إذا تعلق الأمر بالطابع الفني وجهل المريض عادة بنجايها وضعه الصحي في مواجهة شخص الطبيب المؤهل علميا، بل ربما قد يكون فاقدا للوعي أثناء وقوع الخطأ الطبي.

فضلا عن ذلك نجد في معظم المؤسسات الصحية العامة أن الملف الطبي يكون في متناول الجميع، حتى أولئك الذين هم غرباء على الفريق الطبي للمصلحة المتواجدة بها المريض. وبالتالي يكون بإمكان أي طبيب في حالة متابعته قضائية استرجاعه بعد ما تم حفظه في الأرشيف وإجراء تعديلات عليه تخص طريقة العلاج أو المراقبة الطبية مثلا كيفما شاء لإبعاد أي دليل قد يدينه.

الأمر الذي يصعب معه وجود دليل إثبات للتقصير أو الإهمال بسبب تغيير الحقائق، ومن ثم إهدار حقوق المتضررين. بل أكثر من ذلك قد يشكل مساسا بحرمة الحياة الخاصة للمريض وإطلاع غير ذوي الشأن على هذه الأسرار مما يؤثر على شرفه وكرامته.

ولا يخفى علينا أيضا ما للمجال الطبي من طبيعة فريدة، في كون الصحة أصبحت قضية عمومية، من خلال تزايد حدة المشاكل الإدارية وصعوبة الحصول على العلاج أو تحمل تكاليفه في الكثير منها في غياب رؤى واضحة من طرف المشرع.

كما يلاحظ الغياب التام لدور هيئات المساعدة الاجتماعية وجمعيات الدفاع عن حقوق المرضى، كما هو عليه الحال في الأنظمة المقارنة. حيث تملك هذه الأخيرة مقرات داخل المؤسسات الاستشفائية، مما ينبغي عليها أن تسهر على ضمان التكفل الجيد بهم وتتلقى شكاواهم، لتتخذ ما تراه ملائما بشأنها، وهي مستقلة تماما عن إدارة المستشفى .

هذا وقد اقتفى المشرع الجزائري أيضا بنظيره الفرنسي عندما جعل من التأمين على المسؤولية الطبية إجباريا، إلا انه يلاحظ عدم فعالية جزاء عدم التأمين بالنظر لمداخيل المهنة. كما لم ينص على إنشاء صندوق خاص لتعويض الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية والعلل العلاجية المنشأ وعدوى المستشفى نتيجة عمل من أعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج غير الناجمة عن الخطأ.

كما أن القضاء الجزائري لا يزال يربط أفكاره بأحكام القانون المدني من جهة، ومن جهة أخرى عدم الاستئناس بالنظريات الحديثة في مجال المسؤولية الطبية كتلك المتعلقة بنظرية المخاطر والتي

من شأنها تخفيف عبء إثبات الأخطاء الطبية عن المرضى، من أجل تمكينهم من استحقاق التعويضات اللازمة لجبر الأضرار اللاحقة بهم جراء الأعمال الطبية التي خضعوا لها.

الأمر الذي جعل الأحكام القضائية ما تزال مخصصة للقواعد التقليدية في المسؤولية وعجزها عن مسايرة التطورات والتغيرات في مجال المسؤولية الطبية، فقد ينجم عن ذلك فراغا كبيرا يحسه المجتمع ويخشى من ورائه أن تضع الحقوق وتنصهر المراكز القانونية في علاقات لا عدالة فيها ولا ضوابط لها.

ونعتقد أن باب المسؤولية الطبية أوسع من أن يغلقه بحث واحد فما تزال العديد من الصعوبات قائمة. فالوضع القائم حاليا لا يحظى برضى أي طرف من الأطراف، خصوصا المرضى الذي يواجهون مشاكل الإثبات، فالاطلاع على الملف الطبي ليس يسيرا بالنسبة لهم والخبرة الطبية تكون مكلفة ومستنتجات الخبراء تكون مفتوحة على كل الاحتمالات وأحيانا لا تستطيع النفاذ لحقيقة الأحداث.

وتكرسا لهذه النتائج ومن أجل أن يكون لهذا البحث بُعد علمي وعملي في نفس الوقت، فإنه يعز علينا استجلاء الصواب وإتباع منطق الأمور، فنقترح مجموعة من الآليات والحلول هي بمثابة توصيات، لعلها تساهم في التخفيف من حدة الإشكالات المتعلقة بحقوق المريض والمسؤولية المترتبة على انتهاكها ووضعها في مسارها السليم.

فحري بالمشرع الجزائري أن يتعاطى في موضوع حقوق المريض والمسؤولية المترتبة على انتهاكها بشكل جدي والتأسيس لنظام واقعي له، بدءًا بسن منظومة قانونية كاملة متكاملة تراعى فيها حقوق المرضى وتنسجم فيها المتباينة في إطار سمو رسالة الطب، بشكل يضمن التكفل بالخدمات الصحية النوعية في ظل رقابة صارمة، ابتغاء الحفاظ على الحق في الحياة والسلامة الجسدية للمرضى وتوفير مجال حيوي للابتكار الطبي في إطار استقلالية فنية وحرية مهنية.

وهو ما يدعوننا على وجه الخصوص إلى ضرورة المواصلة في إجراء تعديلات، والتدخل في أقرب الآجال لإعادة النظر في المنظومة القانونية الصحية وتوضيح الغموض الذي يعيق تطبيق النص تطبيقا سليما، بما يتماشى والمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والمهنية ووجوب التآسي بما وصل إليه القانون المقارن، والتأسيس لمبدأ المسؤولية دون خطأ في المجال الطبي حماية للمرضى من كافة المخاطر التي تحيق بهم .

ولعل مشروع تعديل قانون الصحة الجديد لسنة 2018 الموجود على قبة البرلمان، يكاد يخلو من أية إشارة في نصوصه إلى كل ما استحدثه التشريع الفرنسي لتكريس حماية المريض وتعزيز مركزه القانوني في مواجهة الطبيب أو المستشفى.

وبعد اطلاعنا على مختلف الصحف والمقالات التي تناولته، تبين أنه حاول حل مشكل الممارسين الطبيين نظرا لما يعرفه هذا القطاع من مشاكل ومضايقات على حد تعبير مسؤولي القطاع وإعادة النظر في الأخطاء والحوادث الطبية من دون أي تفصيل بشأنها.

ونظرا لتصريحات الوزير المعني بأن القانون الجديد سيعمل على صنع خريطة صحية جديدة، التي نأمل أن يتم فيها استدراك العجز المسجل في مجال التكفل بانشغالات المرضى. والعلة في ذلك هو أن واضعوا هذه القوانين بصفتهم أطباء قد اهتموا بالجانب الفني والإداري لهذه المهنة الإنسانية السامية، تاركين طبيعة العلاقة الطبية بين طرفيها جانبا .

كما نناشد القضاء أن يلعب دورا فعالا في هذا المجال يسير فيه التطورات التي وصل إليها القضاء الفرنسي، سواء بالتأكيد على حرية المريض في اختياره واستقلالته أو تحريره أكثر من عبء الإثبات، نظرا للصعوبات العملية في هذا المجال وحتمية جبر الأضرار الجسدية، وذلك بالجنوح إلى تطويع القواعد القانونية بنقلها من موطنها الجامد إلى واقعها الحركي الاجتماعي.

بالإضافة إلى إيجاد آليات بديلة في تفعيل الدور الرقابي والعقابي لهيئات النقابة بعدما ثبت قصورها وتقصيرها، ومنها أهمية التفكير في ضم عنصر قضائي إلى المجالس التأديبية. وإيلاء الاهتمام بالخبرة الطبية بإنانيتها إلى لجنة مختلطة تكون أكثر فاعلية، يجعلها متعددة الأقطاب والتخصصات من أطباء عامين ومتخصصين، ممرضين، صيدليين وتقنيين إداريين، فضلا عن قضاة، محامين وأكاديميين جامعين في الطب والقانون، ليكون تقدير الخطأ أكثر دقة.

دون أن ننسى ضرورة إعطاء أهمية قصوى للبعد البيئي في المستشفيات، حيث أن المعاينة الميدانية لأغلبها تدق ناقوس الخطر ضد نقص النظافة الواجب توافرها في الوسط الاستشفائي. وذلك عن طريق الحرص على احترام المستشفيات العمومية للنصوص التشريعية والتنظيمية التي تخاطبها، لاسيما في مجال مراعاة شروط النظافة والوقاية وحماية البيئة والصحة العامة، وكذا الاستجابة لشكاوى المواطنين وواجب التكفل بانشغالاتهم.

ولما كانت الخدمات الصحية تحتل مكانة هامة وتعد من أولويات الحكومات، بوصفها الأساس للمحافظة على الصحة العمومية وترقيتها، فإنه صار لزاما أن تتزود بأحدث التقنيات والمستلزمات الطبية والأیادي الفنية والإدارية، والذي من شأنه أن يساعد على ضمان خدمات طبية سليمة تتماشى مع نوعية كل مرض، وما يستدعيه من جهود وتدابير أو احتياطات. كما يكون بإنشاء مركز مهمته مراقبة عمل المستشفيات، وذلك بغية وضع سياسة محكمة والتأكد من نوعية الخدمات الطبية المقدمة فيها.

ومع تعزيز إصدار هذه القوانين لابد من تكوين قضاة في المجال الطبي، تكويننا متخصصا لتتأكد لهم الدراية بأصول المهنة على الأقل بمراحل العلاج المعقدة، حتى يتسنى لهم ضمان الحد الأدنى من التعويض لجبر الضرر الحاصل للمريض العاجز عن إثبات الخطأ الفني للطبيب وتقدير الخطأ المهني. الأمر الذي ينبغي معه تشكيل جلسة المحاكمة المدنية من أشخاص ينتمون للسلك الطبي، مهمتهم التأكد من مدى قيام الطبيب بمهامهم، لاسيما في ظل العجز عن إثبات المسؤولية .

كما يبقى من الأفضل أن يقوم الأطباء بإعداد بطاقات تتضمن معلومات مهمة تتعلق بصحة المريض، تقدم له شخصيا أو لعائلته إذا تعذر ذلك ويكون مصحوبا بشرح شفهي لمضمون هذه البطاقات، وذلك لضمان مصلحة المريض في عدم تعرض صحته لأي خطر.

من جهة أخرى يتوجب على التشريع الجزائري تفعيل جزاء عدم التأمين من المسؤولية، وذلك برفع عقوبة السجن والغرامة. وكذا التحرر من التصور الفردي للتعويض بعد تفاقم المخاطر الطبية، إزاء التقدم العلمي والتكنولوجي وصيرورة الحوادث الطبية إلى اتخاذ بعد متناول الأثر. فلم تعد المخاطر الطبية ذات أثر فوري، وإنما أصبحت تشكل سلسلة من الأخطار مترابطة ارتباط السبب. وبالتالي أصبح من الضروري إنشاء صندوق خاص لتعويض ضحايا الأضرار الطبية غير الناجمة عن الخطأ، والتدخل لتفعيل المادة 141 مكرر (1) من القانون المدني الجزائري.

فتكون هذه الهيئة، هيئة وطنية قومية، يشارك فيها الأطباء بأقسط، وتمول الدولة جزءاً منها باعتبارها راعية وحامية لحق صحة المجتمع بالدرجة الأولى، ولكونها قادرة على فرض جباية ورسوم على جميع النشاطات التجارية والصناعية، لتمويل هذه الهيئة الوطنية التي تقوم في هذه الحالة بتعويض الضحايا على أساس التضامن الوطني.

ويكون من الأهمية بما كان ضرورة إعطاء أهمية قصوى للبعد الإنساني في المستشفيات، بالعمل على تفعيل دور جمعيات الدفاع عن حقوق المرضى في مجال التوعية والتوجيه أو وضع إعلانات في المؤسسات الصحية لتعريف المرضى بحقوقهم والتزامهم تجاه الأطباء، لأن غالبية المرضى لا يعرفون الحقوق التي كفلها لهم القانون. ولعل هذا الأمر يؤسس لوعي جديد على المستوى الحقوقي من خلال حماية المريض باعتباره مستهلك عبر تحسين الخدمات الطبية.

حيث يبقى بذل العناية الواجبة يقتصر على الخدمات الطبية ذات الطابع الفني بالمعنى الدقيق. بينما يختلف الأمر، إذا كانت غير متعلقة بالتدخل العلاجي أو الجراحي مثل خدمات التغذية والنظافة أو إعطاء الأمصال وتقديمه الدواء بنظام وانتظام بواسطة مساعدي الأطباء، وغيرها من الخدمات الأخرى، التي لا يستلزم عملها تخصصا طبيا وكفاءة علمية كبيرة، فإن طبيعة الخدمات المقدمة من قبل الطبيب أو المستشفى يتحدد بضمان سلامة المرضى من كل المخاطر.

ولما كانت الدراسات النظرية لها وقعها الإيجابي على الممارسة العملية، فإنه يكون طلبا ملحا على أن نهتم بإدخال مقاييس حقوقية حول تدريس مادة المسؤولية الطبية لطلبة كليات الطب ومعاهد شبه الطبيين وإدارة الصحة وجعلها مقاييس أساسية، تضاف إلى مقياس أخلاقيات المهنة، بما يزيدهم شعورا بقُدسية المهنة وشرفها، يولد لديهم روح المسؤولية بتلمس حجم مخاطر مهنتهم التي تهدد مساهمهم المهني، خاصة مع ولوج الوسائل الحديثة في النشاط الطبي بشكل ظاهر ومتزايد.

ويجدونا الأمل في الأخير أن التراكم العلمي والمعرفي، سوف يبعث على النهوض بفكر واقعي لحاجة المرضى الماسة للوقوف بجانبهم، وتعزيز مركزهم القانوني في ظل ما قد يمارس عليهم من سلوكيات غير إنسانية تؤثر سلبا على وضعهم الصحي. كما نأمل أن تكون محاولتنا هذه لبنة صغيرة تساهم في بناء الثقافة الطبية ومنطلقا لدراسات مستقبلية.

ونؤكد هنا أنه مهما بذلنا من جهد ونجاح في تناول وطرح هذا الموضوع، فإنه يبقى بحثا متواضعا يعتره النقص والقصور ويحمل في ثناياه الخطأ والنسيان ويبقى الكمال لله عز وجل مستقبلين برحابة صدر ما يوجه إلينا من نقد بناء.

{وآخر دعوانهم أن الحمد لله رب العالمين}

الآية 10 من سورة يونس

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I - القرآن الكريم

II - المراجع العامة:

- 1- إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون الجزائري، ج 1، ط. 03، د.م.ج، الجزائر، السنة 1998.
- 2- إبراهيم زعيم، المرجع العملي في الاجتهاد القضائي الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، السنة 1996.
- 3- أبو علي الحسن بن علي بن سينا، القانون في الطب، ج. 1، د.ذ.ع.ط، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ذ.ت.ط.
- 4- أحمد سليم سعيفان، الحريات العامة وحقوق الإنسان (دراسة تاريخية وسياسية وقانونية مقارنة، ج. 02 (النظام القانوني للحريات العامة في القانون المقارن)، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2010.
- 5- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 2000.
- 6- أحمد عابدين، عبء الإثبات ونقله، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 1995.
- 7- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، السنة 1999.
- 8- أحمد عبد العال أبو قرين، أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، ط. 03، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2006.
- 9- أحمد كمال سلامة، الحماية الجنائية لأسرار المهنة الحرة، د.ذ.ع.ط، دار الكتب العربية، القاهرة مصر، السنة 1988.
- 10- أحمد محمد بدوي، جريمة إنشاء الأسرار والحماية الجنائية للكتمان المصري، سمك، القاهرة مصر، السنة 1999.
- 11- أحمد محمد لطفي، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2006.

- 12- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج. 1، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، الجزائر، السنة 2002.
- 13- إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، د.ذ.ع.ط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، السنة 1996.
- 14- أحمد زنطار الأمrani، شرح قانون التأمين رقم 99-17 دراسة نظرية وتطبيقية، ط. 01، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب، السنة 2005.
- 15- أمير فرج يوسف، موسوعة قانون حقوق الإنسان الدولي، د.ذ.ع.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 2008.
- 16- إيهاب عبد المطلب، أدلة الإثبات وأوجه بطلانها في ضوء الفقه والقضاء، ط. 01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، السنة 2009.
- 17- باية سكاكي، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة، د.ذ.ع.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2006،
- 18- بوني ف. فرجمن، ترجمة الحصادي، القانون الطبي والأخلاق، ط. 01، المركز القومي للترجمة، القاهرة مصر، السنة 2013.
- 19- جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ط. 03، د.م.ج، الجزائر، السنة 2003.
- 20- جلال محمد إبراهيم، التأمين، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الكويتي والفرنسي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1994.
- 21- جمال الدين زكي، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، د.ذ.ع.ط، مطبعة جامعة القاهرة، السنة 2001.
- 22- جمال الكيلاني، الإثبات بالمعينة والخبرة في الفقه والقانون، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، م. 16، ع. 01، فلسطين، سنة 2002.
- 23- حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2007.

- 24- خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الإجباري، المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، دراسة مقارنة، ط. 01، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2005.
- 25- خديجة النبراوي، موسوعة حقوق الإنسان في الإسلام، ط. 01، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة مصر، د.ذ.س.ن.
- 26- رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، الجزائر، السنة 1994.
- 27- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية - النظرية العامة في الإثبات-، د.ذ.ع.ط، الدار الجامعية، بيروت لبنان، السنة 1993.
- 28- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ط. 08، دار الفكر العربي، الإسكندرية مصر.
- 29- زهرة البشير، التأمين البري، دراسة تحليلية، شرح عقود التأمين، د.ذ.ع.ط، نشر وتوزيع مؤسسات عبد الكريم بن عبد الله، تونس، السنة 1985.
- 30- سعاد حسين حسن، قواعد التمريض، ط. 03، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، السنة 1985.
- 31- سعدي محمد الخطب، حقوق الإنسان وضمائنها الدستورية، دراسة مقارنة، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، السنة 2007.
- 32- سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، د.ذ.ع.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، السنة 1992.
- 33- سلامي عمور، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، الجزائر، السنة 2004.
- 34- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، م. 02، (الفعل الضار والمسؤولية المدنية)، القسم الأول، ط. 05، دار الكتب القانونية، مصر، السنة 1988.
- 35- سيد قرني أمين نصر، أصول مهنة الطب، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000.
- 36- الشافعي محمد بشير، قانون حقوق الإنسان، ط. 03، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 2004.

- 37- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية، الطب النبوي، وصححه الشيخ عبد الغني عبد الخالق، د.ذ.ع.ط، لجنة تراث وتاريخ، الإمارات العربية المتحدة، د.ذ.ت.ط.
- 38- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2001.
- 39- صفاء حسن العجيلي، الأهمية الجنائية لتحديد لحظة الوفاة (دراسة مقارنة)، ط. 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2011.
- 40- عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، السنة 2005.
- 41- عبد الباقي محمود سوادي، مسؤولية المحامي المدنية عن أخطائه المهنية، ط. 01، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1996.
- 42- عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، د.ذ.ع.ط، دار هومه، الجزائر، السنة 2004.
- 43- عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، د.ذ.ع.ط، دار الفكر والقانون، القاهرة مصر، السنة 2009.
- 44- عبد الرحمان العوضي، الميثاق الإسلامي العالمي للأخلاقيات الطبية الصحية، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، 29 شوال -03 ذو القعدة 1425، الموافق ل: 11-14، ديسمبر 2004، الكويت، السنة 2005.
- 45- عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط. 02، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2009.
- 46- عبد الرزاق أحمد السنهوري:**
- أ- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج. 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ذ.ت.ط.
- ب- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، م 1، "الإثبات- آثار الإلتزام"، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ذ.ت.ط.

- 47- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية، دراسة مقارنة، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2007.
- 48- عبد السلام المزروعي، النظرية العامة لعلم القانون، ك. 01، ج. 02، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2007.
- 49- عبد العزيز الصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار) أساسها و شروطها، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2002.
- 50- عبد العزيز خليفة القصار، حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، ط. 01، دار ابن حزم، بيروت لبنان، السنة 1999.
- 51- عبد القادر العطير، التأمين البري في التاريخ، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2004.
- 52- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، -القسم العام-، ج 1، الجريمة، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، السنة 1998.
- 53- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام في القانون اللبناني والقانون المصري، د.ذ.ع.ط، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، السنة 1974.
- 54- عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1998.
- 55- العربي بلحاج، النظرية العامة في الالتزام في القانون المدني الجزائري، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، السنة 1995.
- 56- علي صالح الدباس، علي عليان محمد أبو زيد، حقوق الإنسان وحرياته، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 2005.
- 57- علي فيلاي، الالتزامات -نظرية العامة للعقد-، د.ذ.ع.ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، السنة 1997.
- 58- عماد حجازي، الحق في الخصوصية ومسؤولية الصحفي في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون المدني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008.

- 59- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، د.ذ.ع.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، السنة 2008.
- 60- غازي حسن صباريني، الوجيز في حقوق الإنسان وحرياته، د.ذ.ع.ط، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1997.
- 61- فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2006.
- 62- فضل الله محمد اسماعيل، حقوق الإنسان بين الفكر الغربي والفكر الإسلامي، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2008.
- 63- كريمة بغاشي، الخبرة القضائية في المواد المدنية، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، د.ذ.س.ن.
- 64- لحسين بن الشيخ آث ملويا:
- أ- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، ج. 1، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2003.
- ب- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ك. 1، المسؤولية على أساس الخطأ، ط. 1، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، السنة 2007.
- ت- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المسؤولية الإدارية، ك. 3، نظام التعويض في المسؤولية الإدارية، د.ذ.ع.ط، دار الخلدونية، الجزائر، السنة 2007.
- 65- ماجدة السيد عبيد، مقدمة في تأهيل المعاقين، ط. 01، دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2000.
- 66- مأمون محمد سلامة، شرح قانون العقوبات، القسم العام، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1984.
- 67- محسن عبد الحميد إبراهيم البنيه، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1986.
- 68- محمد الكشور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، د.ذ.ع.ط، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، السنة 2000.

69- محمد أوغريس:

أ- محمد أوغريس، قضاء المجلس الأعلى في التعويض والتأمين سلسلة الدراسات القانونية، ط. 2، السنة 2001.

ب- محمد أوغريس، أحكام التأمين البري في التشريع المغربي الجديد، دراسة على ضوء مدونة التأمينات الجديدة، سلسلة الدراسات القانونية، ط. 01، مطبعة النجاح، المغرب، السنة 2003.

70- محمد بودالي، التزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، ط. 1، مكتبة الرشد للطباعة، الجزائر، السنة 2005.

71- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام (المصادر، الأحكام، الإثبات) دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه والقضاء، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2007.

72- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ذ.ع.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2007.

73- محمد حسين منصور، أحكام قانون التأمين، مبادئ وأركان التأمين، عقد التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث: المصاعد، المباني، السيارات، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، السنة 2005.

74- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، ط. 1، د.ذ.د.ن، السنة 1991.

75- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ط. 02، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، السنة 1990.

76- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات، ط. 1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2008.

77- محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 1991.

- 78- محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، ط 1، دار القلم والدار الشامية، بيروت لبنان، السنة 1994.
- 79- محمد عنجريني، حقوق الإنسان بين الشريعة والقانون نصا ومقارنة وتطبيقا، ط. 01، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2002.
- 80- محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي وقانون الإثبات، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2000.
- 81- محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي و القانوني المدني، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2002.
- 82- محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، ط.01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2010.
- 83- محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني في القانون المصري والفقه الإسلامي، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 1998.
- 84- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، السنة 1984.
- 85- مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة، عمان الأردن، السنة 2008.
- 86- مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، د.م.ج، الجزائر، السنة 1993.
- 87- مصطفى صخري، أحكام حوادث العمل والأمراض المهنية في القطاعين الخاص والعام، ط. 01، دار هومه، الجزائر، السنة 1998.
- 88- مفيد محمد علي، تعويض الضرر في المسؤولية العقدية، المعهد القضائي، بغداد، العراق، السنة 1985.
- 89- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج.2 (أحكام الالتزام)، د.ذ.ع.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1998.

- 90- ميرفت ربيع عبد العال، الالتزام بالتحذير في مجال عقد البيع، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2004.
- 91- نبيل إبراهيم سعد، همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2001.
- 92- نزيه محمد الصادق المهدي، التزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض العقود، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1982.
- 93- هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة، ط. 02، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1996.
- 94- همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2003.
- 95- هويدا محمد عبد المنعم، القانون الدولي وحقوق الإنسان، ط. 01، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، السنة 2008.

III- المراجع المتخصصة:

- 1- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة)، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2007.
- 2- أحمد أدريوش:
- أ- أحمد أدريوش، مسؤولية الطبيب الممتنع عن العلاج عند طلبه، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية، ط. 01، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، السنة 1995.
- ب- أحمد أدريوش، عنصر التخصص في تقدير خطأ الطبيب، تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية، سلسلة المعرفة القانونية، ط. 01، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، السنة 1995.
- ت- أحمد أدريوش، الحق في الصحة كحق من حقوق الإنسان، ك. 07، سلسلة المعرفة القانونية، د.ذ.د.ن، السنة 1999.
- ث- أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء، محاولة في تأصيل فقه القضاء واجتهاد الفقه، د.ذ.ع.ط، دار نشر المعرفة، الرباط المغرب، د.ذ.ت.ط.

- ج- أحمد أدريوش، العقد الطبي، ط. 01، دار نشر المعرفة للطبع والتوزيع، الرباط المغرب، د.ذ.ت.ط.
- 3- أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث، ط. 01، د.ذ.د.ن، السنة 1994.
- 4- أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2005.
- 5- أحمد زهير السباعي، محمد علي البار، الطبيب: أدبه وفقهه، ط. 02، دار القلم، دمشق سوريا، السنة 1997.
- 6- أحمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة في القضاءين المصري والتونسي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1993.
- 7- أحمد شرف الدين:
- أ- أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب (مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة)، مطبوعة جامعة الكويت 1986.
- ب- أحمد شرف الدين، الأحكام الشرعية للأعمال الطبية، ط. 02، د.ذ.د.ن، السنة 1987.
- 8- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث - دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية-، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1986.
- 9- أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة، التأمين من المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية -دراسة مقارنة-، ط 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2012.
- 10- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، موسوعة جامعة للأحكام الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، ط. 01، دار النفائس للطبع والنشر، بيروت لبنان، السنة 2000.
- 11- أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية -دراسة مقارنة-، د.ذ.ع.ط، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2005.
- 12- أسامة رمضان الغمري، لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، السنة 2009.

13- أسامة عبد الله قايد:

أ- أسامة عبد الله قايد ، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، ط. 02، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1989.

ب- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء -دراسة مقارنة-، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1992.

14- أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية" دراسة في القانون الجزائري والمقارن"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2011.

15- أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن والمعونة لهم، د.ذ.ع.ط، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية مصر، السنة 2008.

16- أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي- دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي-، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، السنة 2013.

17- أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2008.

18- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، ط. 01، دار الحامد للنشر، السنة 2002.

19- باسل عبد الجبار بدر، آفاق مستقبلية حول التأمين الطبي من المسؤولية الطبية المهنية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات المتحدة، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 1987.

20- تائر جمعة شهاب العاني، المسؤولية الجزائية للأطباء، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2013.

21- حسام الدين الأحمد، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2011.

22- حسام زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2013.

- 23- حسان شمسي باشا ومحمد علي البار، مسؤولية الطبيب بين الفقه والقانون، ط. 01، دار القلم، دمشق سوريا، السنة 2004.
- 24- حسين طاهري، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقارنة (الجزائر - فرنسا)، د.ذ.ع.ط، دار هومه، بوزريعة الجزائر، السنة 2008.
- 25- حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة (دراسة مقارنة)، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1995.
- 26- خالد بن النوي، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، د.ذ.ع.ط، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة مصر، السنة 2010.
- 27- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1996.
- 28- خالد حمدي عبد الرحمن، التجارب الطبية -الالتزام بالتبصير، الضوابط القانونية، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000.
- 29- خالد حمدي عبد الرحمن، مشكلات المسؤولية الطبية، بحث في عصمة الجسد وأحكام العقد الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، السنة 2007.
- 30- راجي عباس التكريتي، السلوك المهني للأطباء، ط 3، دار التربية للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد العراق، السنة 1987.
- 31- رأفت محمد حماد، أحكام العمليات الجراحية دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د.ذ.س.ن.
- 32- رضا محمد جعفر، رضا المضور بالضرر وأثره على الحق في التعويض، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، السنة 2005.
- 33- رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط.01، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة مصر، السنة 2005.
- 34- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2007.

- 35- سعد سالم عبد الكريم العسيلي، المسؤولية المدنية عن النشاط الطبي في القانون الليبي، د.ذ.ع.ط، منشورات قارنيوس، طرابلس ليبيا، السنة 1994.
- 36- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000.
- 37- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 2004.
- 38- سميرة أقرورو، المسؤولية الجنائية في ظل التطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، ط. 01، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، السنة 2015.
- 39- سهير منتصر:
- أ- سهير منتصر ، الالتزام بالتبصير، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1990.
- ب- سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد المسؤولية المدنية للأطباء، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د.ذ.س.ن.
- 40- سهيل يوسف الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث، د.ذ.ع.ط، المكتبة الوطنية، عمان الأردن، السنة 2004.
- 41- سيد قرني أمين نصر، خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية ، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1995.
- 42- السيد محمد عمران، التزام الطبيب باحترام المعطيات الطبية، د.ذ.ع.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 1992.
- 43- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2005.
- 44- شريف بن أدول بن إدريس، كتمان السر وإفشاؤه في الفقه الإسلامي، ط. 01، دار النفائس، عمان الأردن، السنة 1997.
- 45- شعبان الكومي أحمد، أحكام التجميل في الفقه الإسلامي، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، القاهرة مصر، السنة 2006.

- 46- صاحب عبید الفتلاوي، التشريعات الصحية (دراسة مقارنة)، ط 1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1997.
- 47- صفاء خربوطلي، المسؤولية المدنية للطبيب والأخطاء المهنية المترتبة عليه، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، السنة 2005.
- 48- طالب نور الشرع، مسؤولية الصيدلاني الجنائية، ط. 01، دار وائل للنشر، عمان الأردن، السنة 2008.
- 49- طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، ط. 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، السنة 2004.
- 50- طه المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، السنة 2002، ص 141.
- 51- عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية وفيرس مرض الإيدز، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1998.
- 52- عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلي المدنية عن أخطائه المهنية، ط. 01، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1999.
- 54- عبد الباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية، د.ذ.ع.ط، منشورات جامعة القاهرة، مصر، السنة 2005.
- 55- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدالة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 1998.
- 56- عبد الرشيد مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، مصر، السنة 1985.
- 57- عبد السلام التونجي المسؤولية المدنية -مسؤولية الطبيب في القانون المقارن-، ط. 02، الشركة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس ليبيا، السنة 1975.
- 58- عبد الصبور عبد القوي علي مصري، جرائم الأطباء والمسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، ط. 01، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة مصر، السنة 2011.

- 59- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008.
- 60- عبد القادر بن تيشة ، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2011.
- 61- عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دراسة مقارنة ، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2006.
- 62- عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، ط. 01، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، السنة 1987.
- 63- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د.ذ.ع.ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، السنة 2005.
- 64- عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، السنة 1997.
- 65- العربي بلحاج:
- أ- العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة، ط 1، د.م.ج، بن عكنون الجزائر، السنة 2011.
- ب- العربي بلحاج، أحكام التجارب الطبية على الإنسان في ضوء الشريعة والقوانين الطبية المعاصرة دراسة مقارنة، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2012.
- 66- عز الدين حروري، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، السنة 2009.
- 67- عصام الدين حسن لقمان، المسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية على ضوء أحكام الفقه وتطبيقات القضاء في القوانين السودانية والمصرية والإماراتية، ط. 01، مكتبة المستقبل للنشر، المجلس الوطني للإعلام، دبي الإمارات العربية المتحدة، السنة 2011.
- 68- علي جابر محجوب:
- أ- علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي (دراسة مقارنة)، ط 1، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، مكتبة الكويت الوطنية للنشر، الكويت، السنة 2000.

- ب- علي جابر محجوب، الرضا عن الغير في مجال العمليات الطبية، دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، د.ذ.ت.ط، القاهرة مصر .
- 69- علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1992.
- 70- علي عصام غصن، الخطأ الطبي، ط. 01، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2006.
- 71- علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي وأثره في الفقه الإسلامي، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، السنة 2008.
- 72- غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج في القانون المدني (دراسة مقارنة)، ط. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2011.
- 73- فاطمة الزهرة منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية (دراسة مقارنة)، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2012.
- 74- قيس بن محمد آل مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ط. 03، دار الفارابي، دمشق سوريا، السنة 2006.
- 75- كريم عشوش، العقد الطبي، د.ذ.ع.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، السنة 2007.
- 76- لقمان فاروق نانة كه لي، المسؤولية القانونية في العمل الطبي، دراسة مقارنة، ط. 01، منشورات زين الحقوقية والأدبية، لبنان، السنة 2013.
- 77- ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي دراسة مقارنة، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2009.
- 78- مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2000.
- 79- محسن عبد الحميد ابراهيم البنيه، نظرة جديدة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية، د.ذ.ع.ط، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة مصر، السنة 1993.

- 80- محمد إبراهيم دسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ و الضرر، د.ذ.ع.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، د.ذ.س.ن.
- 81- محمد الكشبور، محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، ط. 02، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، السنة 2005.
- 82- محمد أوغريس، مسؤولية الطبيب في التشريع الجنائي -دراسة مقارنة-، ط. 01، مطبعة دار قرطبة، الدار البيضاء المغرب، السنة 1994.
- 83- محمد بشير شريم، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، ط. 01، جمعية عمال المطابع، عمان الأردن، السنة 2000.
- 84- محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، ط. 01، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2008.
- 85- محمد حسن قاسم:
- أ- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، السنة 2004.
- ب- محمد حسن قاسم، الطب بين الممارسة وحقوق الإنسان -دراسة في التزام الطبيب بإعلام المريض أو حق المريض في الإعلام، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2012.
- 86- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، د.ذ.س.ط.
- 87- محمد رايس، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، د.ذ.ع.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، السنة 2005.
- 88- محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1996.
- 89- محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، دراسة تطبيقية على بعض العقود، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1994.

- 90- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال الطب وجراحة الأسنان، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 2004.
- 91- محمد عبد الغريب، التجارب الطبية والعلمية وحرمة الكيان الجسدي للإنسان، دراسة مقارنة، ط 1، مطبعة أبناء وهبة حنان، القاهرة مصر، السنة 1989.
- 92- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة -دراسة مقارنة- (التلقيح الصناعي - طفل الأنابيب - نقل الأعضاء)، ط. 01، د.ذ.د.ن، السنة 1997.
- 93- محمد علي البار، المسؤولية الطبية وأخلاقيات الطبيب، ط. 01، دار المنارة للنشر والتوزيع، السعودية، 1995.
- 94- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود - دراسة فقهية قضائية في كل من مصر وفرنسا -، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1980.
- 95- محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية (مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى قانوناً-فقهياً-اجتهاداً) د.ذ.ع.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2003.
- 96- محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2005.
- 97- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، د.ذ.ع.ط، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، السنة 1978.
- 98- محمود جمال زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، د.ذ.ع.ط، مطبعة خالد بن الوليد، دمشق سوريا، السنة 1999.
- 99- محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.ذ.ع.ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 1992.
- 100- مرعي منصور عبد الرحيم بدر، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، السنة 2011.

- 101- مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج - دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي -، د.ذ.ع.ط، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، السنة 1992.
- 102- مفتاح مصباح بشير الغزالي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن التجارب الطبية والعلمية، دراسة مقارنة، ط. 01، دار الكتب الوطنية، بنغازي ليبيا، السنة 2005.
- 103- ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، د.ذ.ع.ط، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 1996.
- 104- منذر الفضل:**
- أ- منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية دراسة مقارنة، ط. 02، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1995.
- ب- منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط. 01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 2002.
- 105- منير رياض حنا:**
- أ- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008.
- ب- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحة في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي و المصري، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2008.
- ت- منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، القاهرة مصر، السنة 2010.
- 106- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية لجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، ط. 01، دار الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية مصر، السنة 2002.
- 107- موفق علي عبيد، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء السر المهني، ط. 01، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 1998.
- 108- نصر الدين ماروك، نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشريعة الإسلامية و القانون المقارن (دراسة مقارنة)، ج 1، ك 3 بعنوان "القوانين والقرارات والبيانات الصادرة في العالم الغربي ومنظمة الصحة العالمية وفرنسا والمتعلقة بزراعة الأعضاء البشرية"، دار هومه، ط. 01، بوزريعة الجزائر، السنة 2003.

- 109- هدى سالم محمد الأطرقي، مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائئية (دراسة مقارنة)، ط.01، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، السنة 2001.
- 110- هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية مصر، السنة 2007.
- 111- هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه والقانون الوضعي-دراسة مقارنة-، ط. 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، السنة 2007.
- 112- هيثم المصاورة، التنظيم القانوني لعمليات زرع الأعضاء البشرية، ط1، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2000.
- 113- وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، د.ذ.ع.ط، النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1987.
- 114- يحيى بن لعل، الخبرة في الطب الشرعي، د.ذ.ع.ط، مطبعة عمار قرني، باتنة الجزائر، د.ذ.س.ط.
- 115- يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة (دراسة مقارنة)، د.ذ.ع.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، السنة 2003.

IV - الرسائل و المذكرات:

أ- رسائل الدكتوراه:

- 1- إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، رسالة دكتوراه، د.ذ.س.م، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الكتب القانونية، القاهرة مصر، د.ذ.ع.ط، السنة 2007.
- 2- إبراهيم محمود يوسف المبيضين، المسؤولية الطبية في ميدان الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة في القانون المغربي والقانون الأردني، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية العلوم

- القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، المغرب، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة.
- 3- أحمد عمراني، حماية الجسم البشري في ظل الممارسات الطبية والعلمية الحديثة (في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2009-2010، غير منشورة.
- 4- أحمد كامل، الحماية الجنائية لأسرار المهنة، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، السنة 1980، غير منشورة.
- 5- أحمد هديلي، المركز القانوني للمريض بين العقد الطبي والعقد الاستشفائي، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2011-2012، غير منشورة.
- 6- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة بغداد العراق، د.ذ.س.م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط. 1، السنة 2009.
- 7- أشرف جابر مرسي، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، السنة الجامعية 1999، غير منشورة.
- 8- أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق جامعة طنطا مصر، السنة الجامعية 2009، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، د.ذ.ع.ط، السنة 2015.
- 9- بومدين بلخثير، المحكمة الجنائية ودورها في حماية حق الحياة - بين القانون الدولي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة.
- 10- الحسين شمس الدين، تفويت الفرصة في المسؤولية المدنية من الفكرة إلى النظرية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء المغرب، السنة الجامعية، 2003-2004، غير منشورة.

- 11- حسيني إبراهيم أحمد، النظام القانوني للإنجاب الاصطناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس بالقاهرة، السنة الجامعية 2006، غير منشورة.
- 12- حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة 1998.
- 13- رفيقة عيساني، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان-، السنة الجامعية 2015-2016، غير منشورة.
- 14- زاهية حورية كجاز سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2005-2006، غير منشورة.
- 15- زبيدة إقورفة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب -دراسة فقهية قانونية-، رسالة دكتوراه في قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2009-2010، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو الجزائر، السنة 2012.
- 16- سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، دار الفضيلة للطباعة، عمان الأردن، ط. 1، السنة 2000.
- 17- سعيد الدغيمر، تنفيذ الالتزام بمقابل أو عن طريق التعويض قضائيا في التشريع المغربي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، السنة الجامعية 1981-1982، غير منشورة.
- 18- سليمان حاج عزام، المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة.

- 19- سمية بدر البدور ولهاصي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس -سيدي بلعباس-، السنة الجامعية 2009-2010، غير منشورة.
- 20- سميرة عايد ديات، عمليات نقل وزراعة الأعضاء بين القانون والشرع، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، د.ذ.س.م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط. 01، السنة 2006.
- 21- شعلان سليمان محمد، نطاق الحماية الجنائية للأعمال الطبية الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة المنصورة المغرب، السنة 2002، غير منشورة.
- 22- صفوان محمد شديفات، المسؤولية الجنائية عن الأعمال الطبية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه تخصص القانون الجنائي، السنة الجامعية 2008-2009، جامعة القاهرة مصر، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن ، ط 1، السنة 2011.
- 23- عابدين عصام، الأخطاء الطبية بين الشريعة والقانون، رسالة الدكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة مصر، 2005، غير منشورة.
- 24- عادل بن عبد الله، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية (شروط الفعل المولد للضرر)، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة.
- 25- عبد الرحيم لنوار، المسؤولية الجنائية للأطباء عن القتل والإصابة الخطأ، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية القانون بن عكنون، جامعة الجزائر يوسف بحدو، السنة الجامعية 2006-2007، غير منشورة.
- 26- عبد القادر تيزي، المسؤولية المدنية عن الجراحة التجميلية، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص، فرع القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس -سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة.
- 27- عبد القدوس الصديق، التأمين من المسؤولية وتطبيقاته الإجبارية المعاصرة، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة 1999، غير منشورة.

- 28- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 2006.
- 29- عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، السنة الجامعية 2004-2005، غير منشورة،
- 30- عز الدين قمرأوي، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013، غير منشورة.
- 31- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، د.ذ.د.ن، السنة 1988.
- 32- فتيحة زعنون مصايحي، التزام الطبيب باحترام إرادة المريض -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران السانبا، السنة الجامعية 2007-2008، غير منشورة
- 33- قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، أحكام الأذن الطبي في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية، المملكة العربية السعودية، السنة الجامعية 1997، غير منشورة.
- 34- كوثر زهدور، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013، غير منشورة.
- 35- محمد أمين حجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط المغرب، السنة الجامعية 2008-2009، مطبعة الأمنية، الرباط المغرب، ط. 01، السنة 2013.
- 36- محمد بن محمد المختار بن أحمد مزيد الجنكي الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، رسالة دكتوراه في الشريعة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة النبوية، السعودية، مكتبة الصحابة، جدة السعودية، السنة 1994.

- 37- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس-، السنة الجامعية 2004-2005، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، د.ذ.ع.ط، 2007.
- 38- محمد سليم شهيدى، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، فرع القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس-سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2011-2012، غير منشورة.
- 39- محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه في القانون والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة القاهرة، السنة 1975، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ط. 01، عمان الأردن، السنة 2001.
- 40- محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، تخصص في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية مصر، د.ذ.س.م، غير منشورة.
- 41- محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه في القانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الملك فاروق الأول، القاهرة مصر، السنة 1950، غير منشورة.
- 42- محمد كامل رمضان، الامتناع عن المساعدة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة الجامعية 1992، غير منشورة.
- 43- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، مصر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، ط. 01، السنة 2002.
- 44- مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2010-2011، غير منشورة.
- 45- مسعود خثير، النظرية العامة لجرائم الامتناع، رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، السنة الجامعية 2013-2014، غير منشورة،

- 46- ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان البشري (نقل وزراعة الأعضاء البشرية، الاستنساخ، الخلايا الجذعية) -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في الحقوق، د.ذ.س.م، دار الجامعة الجديدة، د.ذ.ع.ط، الإسكندرية مصر، السنة 2013.
- 47- نادية خلفه، آليات حماية حقوق الإنسان في المنظومة القانونية الجزائرية، رسالة دكتوراه علوم في العلوم القانونية، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر -باتنة-، السنة الجامعية 2009-2010، غير منشورة.
- 48- نادية محمد قرماز، الجراحة التجميلية الجوانب القانونية والشرعية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، السنة الجامعية 2008، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 01، عمان الأردن، السنة 2010.
- 49- ندى سالم ملا علو، أثر الأمراض النفسية في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، السنة 2001، غير منشورة.
- 50- نصر الدين ماروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشرعية الإسلامية-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه دولة في القانون الجنائي، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996 - 1997، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط. 1، السنة 2003.
- 51- الهيثم عمر سليم، المسؤولية المدنية عن أضرار البدائل الصناعية الطبية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، السنة الجامعية 2006، غير منشورة.
- ب- مذكرات الماجستير:**
- 1- عفاف عطية كامل معابرة، حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الإنسان والحيوان، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة الدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك الأردن، السنة 2008، غير منشورة.
- 2- محمد أمين حجوجي، عبء إثبات الخطأ الطبي، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط، أكادال، السنة الجامعية 2006-2007، غير منشورة.
- 3- محند بوكوطيس، مسؤولية الدولة في المجال الطبي -مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري-، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا، جامعة

محمد الخامس السويسي، الرباط المغرب، السنة الجامعية 2011-2012، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط المغرب، د.ذ.ع.ط، السنة 2014.

4- منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، مذكرة ماجستير في التشريع الجنائي الإسلامي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض السعودية، السنة الجامعية 2003-2004، غير منشورة.

5- وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العربية، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، السنة 2008، غير منشورة.

V - المقالات و المجلات :

أ- المقالات المنشورة في المجلات العلمية:

1- إبراهيم الصياد، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، 1981، د.ذ.د.ن.

2- إبراهيم سليمان عيسى، الأسرار بين الحفظ والإفشاء وموقف الشريعة الإسلامية، مجلة الأزهر، السنة 1993، مصر، د.ذ.د.ن.

3- إبراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطئه العادي دراسة مقارنة، مجلة ديالي، ع. التاسع والأربعون، السنة 2011، الأردن، د.ذ.د.ن.

4- أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، مجلة القضاء والقانون، ع. 133، 134، السنة 1984، المغرب، د.ذ.د.ن.

5- أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008.

6- أحمد شرف الدين، الحدود الإنسانية والقانونية للإنعاش الصناعي، المجلة الجنائية القومية، القاهرة، مصر، ع. 19، السنة 1976، د.ذ.د.ن.

7- أحمد عمراني، التلقيح بعد الوفاة (مخاطره ومحاذره)، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. 06، ديسمبر 2004، د.ذ.د.ن.

8- أحمد هديلي:

- أ- أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساتها على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- ب- أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، ع. 01، جويلية 2007، مطبعة ابن خلدون تلمسان.
- ت- أحمد هديلي، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس-سيدي بلعباس-، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة النشر والتوزيع الجزائر.
- 9- أكرم محمود حسين، زينة غانم العبيدي، تبصير المريض في العقد الطبي، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، م. 8، ع. 30، السنة 2006، د.ذ.د.ن.
- 10- بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للطبيب، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 11- جعفر الفضلي، الالتزام بالنصيحة والسلامة في عقد المقاولة -دراسة تحليلية-، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، ع. 13، السنة 2002، د.ذ.د.ن.
- 12- حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع -دراسة مقارنة-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، الصادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي -الشلف-، ع. 06، السنة 2011، د.ذ.د.ن.
- 13- حسام الدين الأهواني، نحو نظام قانوني لجسم الإنسان، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ع. 01، السنة الأربعون، جانفي 1998، د.ذ.د.ن.
- 14- حسين النوري، الكتمان المصري في أصوله وفلسفته، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة مصر، ع. 06، جويلية 1975، د.ذ.د.ن.
- 15- حسين بطيمي، برهان القاضي والمتقاضي -ماهية الإثبات-، مجلة الموثق، ع. 04، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، نوفمبر-ديسمبر، 2001، د.ذ.د.ن.

- 16- حفيظ نقادي، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس-، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 17- خالد جمال أحمد، إرادة المريض في العمل الطبي بين الإطلاق والتقييد، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، م. 5، ع. 2، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 18- دلال يزيد، عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 19- رابح طاهير، حماية الحق في الحياة في إطار ميثاق الأمم المتحدة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس-، ع. 03، السنة 2005، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 20- رضا هميسي، محمد لموسخ، حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس-، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 21- رمضان قنذلي، الحق في الصحة في القانون الجزائري دراسة تحليلية مقارنة، مجلة جامعة بشار، ع. رقم 03، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 22- سامي بديع منصور، المسؤولية المدنية: القانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود (تقارب أم تباعد؟)، ع. 01، مجلة العدل، لبنان، السنة 2005، د.ذ.د.ن.
- 23- سليمان حاج عزام، جريمة عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر في المجال الطبي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست ، ع. 07، جانفي 2015، د.ذ.د.ن.
- 24- السيد يعقوب قوادر، رضاء المريض بالعلاج وأثره على مسؤولية الطبيب، مجلة القضاء والتشريع، تونس، السنة 1997، د.ذ.د.ن.

- 25- الشريف بجمامي، مدى تقدير التعويض عن الضرر الجسماني، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. رقم 12، السنة 2012، د.ذ.د.ن.
- 26- صالح حمليل، المسؤولية الجزائية الطبية، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 27- صباح عبد الرحيم، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، ع. 4، جانفي، السنة 2011، د.ذ.د.ن.
- 28- صحراء داودي، الخطأ الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. 16، السنة 2013، نشر ابن خلدون تلمسان.
- 29- عارف علي عارف، إفشاء السر في الفقه الإسلامي، السر الطبي نموذجاً، مجلة الإسلام في آسيا، م. 07، ع. 02، ديسمبر 2010، الجامعة الإسلامية العالمية - ماليزيا-، د.ذ.د.ن.
- 30- عبد السلام الترماني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، ع. 2، السنة الخامسة، جوان 1981، د.ذ.د.ن.
- 31- عبد العزيز نويري، الخبرة الطبية ودورها في الإثبات في المادة الجزائية، مجلة الشرطة الجزائرية، ع. رقم 50، السنة 1994، د.ذ.د.ن.
- 32- عبد القادر العربي شحط، التعليق على قرار محكمة النقض قرار هيدرول، مجلة الدراسات القانونية، ع. 01، السنة 2001، بيت الحكمة، بغداد العراق، د.ذ.د.ن.
- 33- عبد الكريم بلعراي، محمد سعداوي، الإعفاء من المسؤولية الطبية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 34- عبد الكريم مأمون:
- أ- عبد الكريم مأمون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. رقم 14، السنة 2012، د.ذ.د.ن.

- ب- عبد الكريم مأمون، أهلية الموافقة على الأعمال الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، ع. 32، السنة 2005، د.ذ.د.ن.
- ت- عبد الكريم مأمون، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا وجزاؤه، موسوعة الفكر القانوني، ع. 2، دار الهلال للخدمات الإعلامية، د.ذ.ت.ط.
- ث- عبد الكريم مأمون، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية، الأطباء نموذجاً، دراسات قانونية، مجلة صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -، ع 07، 2010، نشر ابن خلدون تلمسان.
- ج- عبد الكريم مأمون، رأي الشريعة بشأن الأم البديلة وتأجير الأرحام، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. رقم 2، السنة 2004، د.ذ.د.ن.
- 35- عبد الهادي بن زيطة، العمل الطبي في القانون والاجتهاد القضائي، مجلة القانون والمجتمع، الصادرة عن مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، ع. رقم 1، جوان 2013، د.ذ.د.ن.
- 36- عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، ع. 2، السنة الخامسة، جوان 1981، د.ذ.د.ن.
- 37- عتيقة بلجبل، القتل الرحيم بين الإباحة والتجريم، مقال منشور بمجلة الفكر الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، ع. 06، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 38- العربي بلحاج:**
- أ- العربي بلحاج، حكم الشريعة في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإدارية والاقتصادية، جامعة الجزائر، ع. 03، السنة 1993، د.ذ.د.ن.
- ب- العربي بلحاج، الأخطاء المدنية والجنائية للأطباء في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع. 52، السنة الثالثة عشرة، نوفمبر، ديسمبر 2001، الرياض، د.ذ.د.ن.
- 39- عز الدين قمرأوي، مفهوم التعويض الناتج عن الحالات المسؤولية الطبية في الجزائر، موسوعة الفكر القانوني، ج. 01، د.ذ.ع.ط، دار الهلال، الجزائر، السنة 2002.
- 40- عصام الشريف، المسؤولية المدنية للطبيب الممتنع عن التعاقد في القانون الأردني والقوانين المقارنة، مجلة نقابة المحامين، الأردن. ج 2، السنة 1990، د.ذ.د.ن.

- 41- علي بداوي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، موسوعة الفكر القانوني، ج. 01، د.ذ.ع.ط، دار الهلال، الجزائر، السنة 2002.
- 42- علي حسين نجيدة التزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الأولى، ع.02، جويلية، 1993، د.ذ.د.ن.
- 43- علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ج. 36، رقم 03 لسنة 1998، دار الحكمة للطباعة والتوزيع، الجزائر.
- 44- فريد بلعدي، مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 45- فريدة اليرموري، دور الخبرة الطبية في تقرير مسؤولية الطبيب، فكر العلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، ع. 01، السنة الأولى، فبراير 2008، منشورات فكر، الرباط المغرب.
- 46- فواز صالح:
- أ- فواز صالح، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والمصري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م. 22، ع. 01، السنة 2006، د.ذ.د.ن.
- ب- فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى دراسة قانونية مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م. 25، ع. رقم 02، السنة 2009، د.ذ.د.ن.
- 47- ليندة عبد الله، طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 48- محمد الهيني، إشكالية الخبرة المدنية على ضوء تعديلات ظهير 26 ديسمبر 2000، مجلة الإشعاع، هيئة المحامين بالقنيطرة، ع. 24، ديسمبر 2001، د.ذ.د.ن.

49- محمد بودالي:

أ- محمد بودالي ، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق بجامعة جيلالي ليايس -سيدي بلعباس، ع رقم 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

ب- محمد بودالي، المسؤولية الجزائية للجراح وطبيب التخدير والإنعاش، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس -سيدي بلعباس- الجزائر، ع.09، السنة 2010، د.ذ.د.ن.

50- محمد رايس:

أ- محمد رايس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، م. 25، ع. 01، السنة 2009، د.ذ.د.ن.

ب- محمد رايس، إثبات المسؤولية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين لناحية تلمسان، السنة 2005، نشر بن خلدون تلمسان.

ت- محمد رايس، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، مجلة الحجة منظمة المحامين لناحية تلمسان، ع. 01، السنة 2007، نشر ابن خلدون تلمسان.

51- محمد سليم شهيدي، الالتزام بالسر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس -سيدي بلعباس-، ع. 08، أفريل، 2009، د.ذ.د.ن.

52- محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مصر، ع. 2، السنة العاشرة، جويلية 1995، د.ذ.د.ن.

53- محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس -سيدي بلعباس-، ع. 03، السنة 2005، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

54- محمد فتح الله أسطري، مسؤولية الأطباء الجنائية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الإلماع، ع. 04، أوت 2002، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش المغرب.

- 55- محمد لبيب شنب، نظرة في مسؤولية الأطباء عن الأشياء التي في حراستهم، مجلة المحامي الكويتية، ع. 27، السنة الخامسة، 1981، د.ذ.د.ن.
- 56- محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 1، السنة الثالثة، مارس 1979، د.ذ.د.ن.
- 57- محمد يحيى المحاسنة، أصحاب الحق في التعويض عن الضرر الأدبي في حالة موت المصاب، مجلة الحقوق، ع. 02، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 2000، د.ذ.د.ن.
- 58- محمود الكامل البوز، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، 1992، د.ذ.د.ن.
- 59- محمود جلال حمزة، المسؤولية القانونية للطبيب الممتنع عن المساعدة الطبية، مجلة الرائد العربي، ع. 25، السنة 06، دمشق سوريا، جويلية-سبتمبر، 1989، د.ذ.د.ن.
- 60- محمود سليمان البدر، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، جوان 1981، د.ذ.د.ن.
- 61- مراد بدران، مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات نقل الدم، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. 14، السنة 2012، د.ذ.د.ن.
- 62- مراد بن صغير:**
- أ- مراد بن صغير، إشكالات الأهلية في عمليات نقل وزراعة الأعضاء وأثرها في رسم معالم مسؤولية الطبيب، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع. 16، السنة 2013، مطبعة ابن خلدون تلمسان.
- ب- مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس - سيدي بلعباس، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة النشر والتوزيع الجزائر.
- ت- مراد بن صغير، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية دراسة مقارنة، دراسات قانونية، مجلة صادرة عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، نوفمبر ع. 04، السنة 2007، د.ذ.د.ن.

ث- مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، ع. خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، الذي أجري يومي 23 و 24 جانفي، السنة 2008، د.ذ.د.ن.

ج- مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بتبصير (إعلام) المريض -دراسة علمية تأصيلية مقارنة-، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 04، السنة الرابعة والثلاثون، ديسمبر 2010، د.ذ.د.ن.

63- منذر الفضل:

أ- منذر الفضل، التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الكوفة، السنة الثانية، ع. 07، نوفمبر 2010، د.ذ.د.ن.

ب- منذر الفضل، المسؤولية الطبية، مجلة القانون، الأردن، ع. 06، السنة 1995، د.ذ.د.ن.

64- منذر الفضل، الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الأردن، م. 06، ع. 01، السنة 1987، د.ذ.د.ن.

65- منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، 1981، د.ذ.د.ن.

66- نبيلة صديقي، حماية الحق في الخصوصية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، الصادرة عن كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ع. رقم 06، السنة 2008، ابن خلدون نشر وتوزيع، تلمسان.

67- نجية عراب تاني، مدى مساءلة الأطباء جنائيا عن قتل الرحمة، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس -سيدي بلعباس-، ع. 07، السنة 2007، مكتبة الرشاد للطباعة النشر والتوزيع الجزائر.

68- نصر الدين ماروك:

أ- نصر الدين ماروك، الأم البديلة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ع. 03، السنة 2007، د.م.ج، الجزائر.

- ب- نصر الدين ماروك، الحق في الخصوصية، مجلة الصراط، ع. 07، السنة 04، جوان 2003، الجزائر، د.ذ.د.ن.
- 69- هادي حسين عبد علي الكعي، محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق جامعة بابل العراق، ع. 02، السنة الخامسة، 2009، د.ذ.د.ن.
- 70- يوسف الكيلاني، سر المهنة، مجلة الحقوق والشريعة، ع. 02، السنة 05، جوان 1981، د.ذ.د.ن.
- ب- المقالات المنشورة في المجلات القضائية:
- 1- حسين يونس، حماية السر المهني الطبي، مجلة التواصل القضائي، الصادرة عن المكتب الجهوي للودادية الحسينية للقضاء، الدار البيضاء المغرب، ع. مزدوج 2، 3 ديسمبر 2013، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب.
- 2- السيد هشام الكسيبي، حقوق المريض، مجلة القضاء والتشريع، الصادرة عن مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل بتونس، ع. رقم 08 خاص بافتتاح السنة القضائية 1996-1997، السنة 38، أكتوبر 1996، د.ذ.د.ن.
- 3- صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، م.ق، ع. 1، دار القصة للنشر، الجزائر، السنة 2001.
- 4- عبد الرحيم صدقي، الأسرار المهنية في القانون الجنائي، مجلة المحاكم المغربية، ع. 43، السنة 1995، د.ذ.د.ن.
- 5- العربي بلحاج، الشهادة الطبية قبل الزواج على ضوء قانون الأسرة الجديد، م. المحكمة العليا، ع. 01، السنة 2005.
- 6- محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، م. المحكمة العليا، ع. 02، السنة 2008، د.ذ.د.ن.
- 7- مختار سيدهم، المسؤولية الجزائية للطبيب في ظل التشريع الجزائري، م.ق، ع. خاص، السنة 2011، د.ذ.د.ن.

- 8- نصر الدين ماروك، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، م. ق، ع. 02، السنة 2000، د.ذ.د.ن.
- 9- هاني بن عبد الله الجبير، الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، مجلة العدل تصدر عن وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية، ع. 22، السنة 1425 هـ الموافق لسنة 2004، د.ذ.د.ن.
- 10- هشام الكبيسي، حقوق المريض، مجلة القضاء والتشريع، الصادرة عن مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة لعدل تونس، ع. خاص بافتتاح السنة القضائية، 1996-1997، ع. 8، السنة 38، أكتوبر 1996، د.ذ.د.ن.
- 11- يحي عبد القادر، المسؤولية الجزائرية للطبيب على ضوء القانون الجزائري و الاجتهاد القضائي، م.ق، ع. خاص، السنة 2011، د.ذ.د.ن.
- ت- المجالات القضائية:**
- 1- م. ق، ع. 03، السنة 1989.
- 2- م.ق. ع 04، السنة 1991.
- 3- م. للمحكمة العليا، ع. 01، السنة 1992.
- 4- م. ق، ع. 2، السنة 1992.
- 5- م.ق، ع. 1، السنة 1995.
- 6- م. ق، ع. 02، السنة 1996.
- 7- م. ق، ع. 01، السنة 1997.
- 8- م. مجلس الدولة، ع 05، السنة 2004.
- 9- ن.ق، ع. 63، السنة 2004.
- 10- ن.ق، ع. 63، السنة 2008.
- 11- م. مجلس الدولة، ع 06، السنة 2009.
- 12- م.ق، ع. خاص، السنة 2011.

VI - المؤتمرات والندوات العلمية:

- 1- أبو الوفا محمد أبو الوفا، العمليات الجراحية المستعجلة بين إذن المريض وضرورة العلاج الطبي، الدورة التاسعة عشر لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، سنة 1996، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 2، بيروت لبنان، السنة 2004.
- 3- توفيق خير الله، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 2، بيروت لبنان، السنة 2004.
- 4- حسان حتوت، قدسية سر المهنة، من أبحاث ندوة الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية المنعقدة بتاريخ 20 شعبان 1407 الموافق ل: 1987/04/18، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة، الكويت أبريل 1987.
- 5- حسان شمسي باشا، الإذن في العمليات الجراحية المستعجلة، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقدة بإمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 6- سامي بديع منصور، المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994 قانون الآداب الطبية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 2، بيروت لبنان، السنة 2004.
- 7- عبد الجبار ناجي الملا صالح، التزامات الطبيب في إجراء العملية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، جامعة جرش، الأردن، 1999.
- 8- عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد

- من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 2، بيروت لبنان، السنة 2004.
- 9- علي مصباح إبراهيم، مسؤولية الطبيب الجزائرية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 2، بيروت لبنان، السنة 2004.
- 10- كمال بشير دهن، إثبات الخطأ الطبي، أعمال اليوم الدراسي حول المسؤولية الطبية على ضوء القانون والاجتهاد القضائي، المنظم من قبل المحكمة العليا الجزائرية في 14 أبريل 2010، غير منشور.
- 11- محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 2، بيروت لبنان، السنة 2004.
- 12- مراد بدران، نظام مسؤولية المرافق الطبية عن عمليات التلقيح الإجباري، أشغال اليوم الدراسي حول حماية الطفل، الذي نظمتها كلية الحقوق بجامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-، يوم 18 مارس 2002، غير منشور.
- 13- مصطفى عياد، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية الطبية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية جامعة جرش الأردن، السنة 1999، غير منشور.
- 14- مفلح بن ربيعان القحطاني، المسؤولية الطبية وطرق إثباتها في النظام السعودي، بحث مقدم لجامعة جرش الأردنية، المؤتمر العلمي الأول حول الأخطاء الطبية، السنة 1999، غير منشور.
- 15- وليد غمرة، مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، السنة 2005.

VII - المعاجم:

- 1- ابراهيم مصطفى، أحمد حسن الزيات، محمد علي النجار وآخرون، المعجم الوسيط، ج 2، د.ذ.ع.ط، دار الدعوى، اسطنبول تركيا، السنة 1989.
- 2- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور:
أ- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، م. 01، ط. 03، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، السنة 1994.
- ب- أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج. 04، د.ذ.ع.ط، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، السنة 2003.
- 3- محمد الدين بن يعقوب الفيروزبادي، القاموس المحيط، ط. 06، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، السنة 1998.

VIII - النصوص القانونية:

- أ- الدستور الجزائري الصادر بتاريخ 10/1996، ج.ر.ج.ج. العدد 61 لسنة 1996، المعدل بالقانون رقم 16-01، المؤرخ في 06/03/2016، المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، ج.ر، ع. 14، الصادرة بتاريخ 07/03/2016.
- ب- القوانين والأوامر التشريعية:
- 1- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن ق.ع.ج، ج.ر.ع 49، الصادرة في 11/06/1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 20/12/2006، ج.ر.ع 84، الصادرة في 24/12/2006.
- 2- الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن ق.إ.ج.ج.ج، المعدل والمتمم، ج.ر.ع 49، الصادرة في 11/06/1966.
- 3- الأمر 74-15، المؤرخ في 10/01/1974، المحدد للتعويض الجزافي لحوادث المرور، المعدل والمتمم بقانون 88-31، المؤرخ في 19/07/1988، المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض على الأضرار المترتبة عن حوادث المرور، ج.ر.ر. رقم 35، لسنة 1988.

- 4- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.م.ج، ج.ر.ع 78، الصادرة في 30/09/1975. المعدل بموجب قانون 05-10، المؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر.ع 44، الصادرة في 26/06/2005.
- 5- القانون رقم 83-13، المؤرخ في 02/06/1983، المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر.ع. رقم 28، الصادرة بتاريخ 05/06/1983، المعدل والمتمم بالأمر 96-19 المؤرخ في 09-07-1996 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، ج.ر.ع. رقم 40، لسنة 1996.
- 6- القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 جويلية 1984، المتضمن ق.أ.ج، ج.ر.ع. 45، السنة 1984. المعدل والمتمم، الأمر رقم 05-02، المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر.ع. 15، الصادرة في 27/02/2005.
- 7- القانون رقم 85-05، المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق ب.ح.ص.ت.ج، المعدل والمتمم، ج.ر.ع 08، الصادرة في 17/02/1985، المعدل والمتمم بالقانون رقم 90-17 المؤرخ في 31/07/1990، ر، ع 35، لسنة 1990.
- 8- الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات الجزائري، ج.ر.ع. رقم 13، الصادرة بتاريخ 08/03/1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20/02/2006، ج.ر.ع. رقم 15، الصادرة بتاريخ 12/03/2006.
- 9- القانون رقم 05-04، المؤرخ في 06/02/2005، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين والذي ألغى الأمر رقم 72-02 المؤرخ في 10/02/1972 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين، ج.ر.ع 12، لسنة 2005.
- 10- القانون رقم 08-08، المؤرخ في 23/02/2008، المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ج.ر.ع. 11، الصادرة بتاريخ 02/03/2008.
- 11- القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن ق.إ.م.إ.ج، ج.ر.ع. 21، لسنة 2008.

ت- المراسيم :

- 1- المرسوم رقم 69-88، المؤرخ في 17/06/1969، المتضمن بعض أنواع التلقيح الإجباري، ج.ر.ع. رقم 53، الصادرة بتاريخ 19/06/1969، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 85-282، المؤرخ في 12/11/1985، ج.ر.ع. رقم 47، الصادرة بتاريخ 13/11/1985.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 88-204، المؤرخ في 18/10/1988 المحدد لشروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها بالمرسوم رقم 02-69، المؤرخ في 06/02/2002 ج.ر.ع. رقم 11، الصادرة بتاريخ 08/02/2002.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 06 جويلية 1992، م.أ.ط، ج، ج.ر.ع. رقم 52، الصادرة في 08/07/1992.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم 05-257، المؤرخ في 20/07/2005، المتضمن كفاءات وإعداد المدونة العامة للأعمال المهنية للأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان والمساعدين الطبيين وتسعيها، ج.ر.ع. رقم 52، الصادرة في 26/07/2005.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 07-321، المؤرخ في 22/10/2007، المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر.ع. رقم 67، الصادرة بتاريخ 24/10/2007.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 09-393 المؤرخ في 24/11/2009 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاملين في الصحة العمومية، ج.ر.ع. رقم 70، المؤرخة في 29/11/2009، الذي ألغى أحكام المرسوم رقم 91-106، المؤرخ في 17/04/1991- المرسوم التنفيذي رقم 91-106، المؤرخ في 27/04/1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين العاملين و المتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر.ع. رقم 22، بتاريخ 15/05/1991.
- 7- وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 09-394، المؤرخ في 24/11/2009، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المتمين لسلك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر.ع. رقم 70، المؤرخة في 29/11/2009، الذي ألغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 91-471، المؤرخ في 07/12/1991 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج.ر.ع. رقم 66 لسنة 1991.

8- المرسوم التنفيذي رقم 10-77، المؤرخ في 18/02/2010، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين المفتشين في الصحة العمومية، ج.ر، ع. 13، لسنة 2010.

ثانيا: باللغة الفرنسية

I- Les ouvrages généraux :

- 1- A. Kahn, le clonage thérapeutique et le statut de l'embryon, le clonage humain en arguments, Frank Haldmann, Hugues Poltier, Simone Romagnoli, controverses en éthique le clonage humain en arguments, Frank Haldmann, Hugues Poltier, Simone Romagnoli, controverses en éthique, n° 01, éd. Georg, Genève, 2013.
- 2-A. Lucas, code civil français, Litec, Paris France, 24^{ème} éd. 2005.
- 3-C. Larroumet, droit civil, T. III, Les obligations, le contrat, 3^{ème} éd., Economica Delta, Paris, 1998.
- 4-C. Peltat, Alain Bensoussan, les biotechnologies l'éthique biomédicale et le droit, Hermes, France.
- 5-D. Lochak, droit de l'homme, collection Repères, France, 2000.
- 6-G. Legier, droit civil, les obligations, 17 éd., Dal., Paris France, 2001.
- 7-G. Veney, P. Jourdain, traité de droit civil, les effets de la responsabilité, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- 8-G.-E. Pense, F. Haldmann, H. Poltier, S. Romagnoli, cloner un individu lui cause-t-il du tort, le clonage humain en arguments, Frank Haldmann, Hugues Poltier, Simone Romagnoli, controverses en éthique, n° 01, éd. Georg, Genève, 2013.
- 9-H. Bouchahda et R. Khelloufi, Rec. d'arrêts jurisprudence administrative, éd. O.P.U, Ben Aknoun Alger, 1979.
- 10- H. Capitant, les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 02, 11 éd., Dal., Paris France, 2000.
- 11- H. Xavier, code civil français, Dall., Paris France, 104^{ème} éd., 2005.
- 12- J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, droit de la consommation, Dall., Paris France, éd. 5°, 2000.
- 13- L. Dubouis, la protection européenne des droits de l'homme dans le domaine de la biomédecine française, Dall., France, 2001.

- 14- M. Paillet, la responsabilité Administrative, Dall., Paris France, 1996.
- 15- M. Pendu, le fait religieux en droit privé, éd. Alpha, France, 2009.
- 16- P. Gourdon, l'exclusivité, éd. Alpha, France, 2009.
- 17- P. Jourdain, les principes de la responsabilité civile, 3^{ème} éd., Dall., Paris France, 1996.
- 18- P. Le Tourneau et L. Cadet, droit de la responsabilité et des contrats. Dall., Paris France éd. 2003.
- 19- P. Le Tourneau et L. Cadet, droit de la responsabilité, éd. Dall., Paris France, 1996.
- 20- R. Lindon, une création prétorienne :les droits de la personnalité, Manuel Dall. De droit usuel, Paris France, 1974.
- 21- Y. Chartier, la réparation du préjudice dans la responsabilité civile, éd. Dall., Paris France, 1983.
- 22- Y. Lampert-Faivre, droit des assurances, 12^o éd., Dall., Paris France, 2005.

II- Les ouvrages spéciaux:

- 1- A. Castelletta, la responsabilité médicale, droit des patients, Dall. Paris France, 2002.
- 2- A. Demichel, le droit de la santé, les études hospitalières, Dall., Paris France, 1998.
- 3- **A. Dorsner-Dolivet :**
A. Dorsner-Dolivet, contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilité civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie, T. 45, LGDJ, Paris France, 1986
A. Dorsner-Dolivet, responsabilité du médecin, éd. Economica, Paris France, 2006.
- 4- A. Ellrodt, urgences médicales, 2^{ème} éd., ESTEM, Paris France, 1998
- 5- A. Khadir, M.M Hannouz, la responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, éd. Houma, Alger, 2003
- 6- A. Ladhar, la faute et la responsabilité en matière médicale, centre de publication universitaire, Tunisie, 2014.

7- **A. Ossoukine :**

A. Ossoukine, L'ABCdaire du droit de la santé et de la déontologie médicale, laboratoire de droit et des nouvelles Technologie, Faculté de droit et des Sciences Politiques, Université d'Oran, éd OPU, d'Oran, 2006.

A. Ossoukine, l'éthique biomédicale, 2^{ème} éd., Laboratoire de droit et des nouvelles Technologies, Faculté de droit et des sciences Politiques Université d'Oran, 2007, O.P.U, Oran Alger.

A. Ossoukine, traité de droit médical, L.D.N.T, 2^{ème} ed., université d'Oran, 2003.

8- A. Sériaux, E. Putman, le droit de la biologie humaine : vieux débats, nouveaux enjeux, Ellipses, Paris France, 2000.

9- A-M. Duguet, la faute médicale à l'hôpital, 2^{ème} éd Berger-Levrault, Paris France, 2000.

10- B. Dapogney, les droits des victimes de la médecine, Puits fleuri, France, éd. 2009.

11- B. Hoerni, M. Benezech, le secret médical, Masson, Paris France, 1996.

12- B. Legros, les droits des malades en fin de vie, les études hospitalières, France, 1999.

13- B. Py, secret professionnel, les grandes décisions du droit médical, alpha France 2010.

14- C. Byk, l'institution d'un fond d'indemnisation devenait la seule solution acceptable en équité, sang humain, éd. Législatives, 1995,

15- C. Halpern, guide pratique de la responsabilité médicale, éd. De Vecchi S.A, Paris, 2002.

16- C. Herzlich, J. Pierret, malades d'hier malades d'aujourd'hui, éd. Payot, Paris France, 1984

17- C. Neirinck, l'acte médical et les droits du malade, éd. P.U.F, Paris France 1996.

18- C. Paley-Vincent, responsabilité du médecin, mode d'emploi, éd. Masson, Paris France, 2002.

19- D. Berthiau, droit de la santé à jour de loi du 05/03/2007 sur la protection juridique des majeurs, éd. Gualino, Paris France, 2007

20- D. Bertrant, T. Harding, R. Laharpe, M. Ummel, médecine et droit médical, médecine et hygiène, Dall., Paris France, 2003.

- 21- D. Malicier, A. Miras, P. Feuglet, P. Faivre, la responsabilité médicale, données actuelles, 2^{ème} éd., E.S.K.A, Paris, France, 1999.
- 22- D. Thouvenin, le secret médical et l'information du malade, Press. Universitaire de Lyon, France, 1982.
- 23- F. Abderrahmane, médecine de travail, université d'Oran faculté de médecin, laboratoire de recherche, n° 29, année 2005.
- 24- F. Auba, M. Dominique, T. Sami-Paul, droit des malades et responsabilité des médecins mode d'emploi, éd. Marabout, Paris France, 2005.
- 25- F. Barbiéri, Défaut d'information et responsabilité: les principes de droit privé, éd. n° 2, Petites Affiches, France, 1995.
- 26- F. Dolveck, éthique et médecine d'urgence, de l'exercice de pouvoir de de décider, éthique, justice et médecine, rencontres au tribunal de grande instance de Paris, sous direction Emmanuel Hirisch, Jean -Claude Magendie, collection espace éthique, Paris, France, nov. 2005.
- 27- F. Drrifuss-Netter, code de la santé publique, Litec, juris classeur, Paris France, 2006.
- 28- **F. Ponchon :**
 F. Ponchon, la sécurité des patients à l'hôpital, Berger-Lerault, France, 2000.
 F. Ponchon, les droits du patient, éd. MB formation, Paris, France, 2002.
- 29- F. Vialla, les grandes décisions du droit médical, éd. Alpha, 2010.
- 30- F. Villey, Abrèges Déontologie médicale, Dall., France, 1982.
- 31- G. Creusot, dommage corporel et expertise médicale, librairie médicale, France, 1989.
- 32- G. Lahlou Khlar, le droit de l'indemnisation entre responsabilité et automaticité, éd. ENAG, Alger, 2013.
- 33- G. Mémeteau et L. Mélenec, le contrat médical - la responsabilité civile du médecin, T. 2 de série "traité de droit médical", Louis Mélenec maloine S.A Editeur, Paris, 1982.
- 34- G.B Chammard et P. Monzein, la responsabilité médicale, éd. P.U.F, 1974.
- 35- J- F Lemair, J. Luc Imbert, la responsabilité médicale, P. U. F, France.

- 36- J –L. Fagnart, I. Lutte, actualité de droit médical : procédures disciplinaire et administrative, information du parient et responsabilité de médecin, le dossier médical, Bruylaut, Bruxelles, 2006.
- 37- J- M. de Forge, le droit de la santé, 4^{ème} éd., press. universitaire de France, France, 2000.
- 38- J. Hureau, D. Poitout, L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 2^{ème} éd., Masson, Paris, France, 2005.
- 39- J. Lefrere et P. Rouger, évolution de la transfusion sanguine en France, transfusion sanguine une approche sécuritaire, John Libbey, 2000.
- 40- J. Montador, la responsabilité des services publics hospitaliers, Berger Levault, Paris, 1973.
- 41- J. Morceau, D. Truchet, Droit e la santé publique, .6 éd., Dall., 2004.
- 42- J. Penneau, la responsabilité du médecin, 3^{ème}éd, Dall., Paris France, 2004.
- 43- J. Philipe, la charte du patient hospitalier, Berger – Levraut, France, 1996.
- 44- J. Saison, le risque médical, l'harmattan, France, 1999.
- 45- J.P Ménard, L'erreur de diagnostic, fautive ou non fautive dans développement récents en responsabilité médicale et hospitalière, vol. 230, Townsville, éd. Yvon Blais, France, 2005.
- 46- J-C. Duluc, docteur est-ce une erreur ? mode d'emploi les bavures médicales, éd. Filipacchi, Paris, France 1992.
- 47- **J-M Clément :**
 J-M Clément, précis de droit hospitalier, 2^{ème} éd. Les études hospitalières, Bordeaux France, 2011.
 J-M. Clément, droits des malades et bioéthique, Manuels B- L. Santé 20, Berger-Levrault, Paris, France.
- 48- L. Accad, Maryse Caussin-Zante, les nouvelles obligations juridiques du médecin : responsabilité médicale , éd. ESKA, Paris France, 2001.
- 49- L. Bouchardon, la responsabilité des acteurs publics de santé, Press. de l'école des hautes études en santé publique, 2010.

- 50- L. Daubech, le malade à l'hôpital : droits, garanties, obligations, Erès, France, 2000.
- 51- L. Delpart, Guide pratique du droit médical et du droit de la sécurité sociale, éd. Chiron, Paris France, 2004.
- 52- L. Lamarche, P. Bosset, les droits de la personne et les enjeux de la médecine moderne, Paris, France, 1996.
- 53- L. Marie Clément, droit des malades et bioéthique, Septembre 1996, Dall., paris France.
- 54- L. Mélenec, A. Dorsner-Dolivet, traité de droit médicale, T. 05, les honoraires médicaux, éd. Maloine S.A., Paris France, 1981.
- 55- L. Mélenec, G. Mémeteau , Traite de droit médical, T. 6, éd. Maloine, Paris France.
- 56- L. Mélenec, J. Sicard, l'expertise médicale: le médecin devant la justice, traité de droit médical, T. 07, éd. Maloine S.A., Paris France, 1981.
- 57- L. Memeteau, Le droit médical, Librairie de la cour de cassation, Paris France, 1985.
- 58- M- L. Moquet, Anger de l'hôpital à l'établissement public de santé, 1998.
- 59- M. Akida, la responsabilité pénale des médecins du chefs d'homicide et de blessures par imprudence, Librairie générale de droit et la jurisprudence, Paris, 1994.
- 60- M. Bélanger, introduction à un droit mondial de la santé, Agence Universitaire de la Francophonie, éd. A.C, Pairs France, 2005.
- 61- M. Dupont, C. Esper, C. Paire, Droit hospitalier, 5^{ème} éd., Dall., Paris France, 2005.
- 62- M. le roy, l'évaluation du préjudice corporel, Dall., Paris France, 1980.
- 63- M. Sabek, les responsabilités du chirurgien - dentiste, Les études Hospitalières, éd. Bordeaux France, 2003.
- 64- M. Schnitwler, Justice en droit de la science médicale, Gestion hospitalières, 8^{ème} éd., Paris France, Février 2005.
- 65- M.M Hannouz, A.R Hakem, précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 1992.

66- N. Loubry, défaut d'information d'un hôpital à-propos d'un risque exceptionnelle, question juridique, le concours médicale, T. 13, n° 15, le 6 octobre 2009.

67- **P. Bernard :**

P. Bernard, 120 questions en responsabilité médicale, « aspect pratique en fondamentaux », Elsevier-Masson, S.A.S, Belgique, 2007

P. Bernard, le devoir d'information du patient, cahier des gestions hospitalières, France, Mars, 2000,

68- P. Biclet, aspects juridiques de la pratique médicale, groupe liaisons, France.2003,

69- P. Henry et B. de Cocqueau, L'information et le consentement du patient: les nouvelles blaises, in Evolution des droits du patient, indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: Le droit médical en mouvement, sous la direction de G. Schamps, Bruylant – L.G.D.J, 2008,

70- P. Lambert, le secret professionnel, éd. Themis, France, 1985.

71- P. Le Tourneau, Responsabilité civile professionnelle, 2^{ème} éd., Dall., Paris France, 2005.

72- **P. Sargos :**

P. Sargos, information du patient et consentement aux soins, droit médical et hospitalier, n° 30, Litec, France.

P. Sargos, La reflation sur les accidents médicaux, doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation matière de responsabilité médicale, article n 4 cahier chronique, rec. Dal., France, sirey 1996.

73- R. Béraud, comment évalué le préjudice corporel, 2^{ème} éd., librairie du journal des notaires et des avocats, Paris, France.

74- R. Pellet, A. Skrzyerbak, leçon de droit social et droit de la santé, 2^{ème} éd., Sirey, France, 2008.

75- R. Sauru, manuel de droit médical à l'usage du médecin praticien et de l'étudiant en médecine, Masson, Paris France, 1989.

76- R. Savatier, J.M Auby, traité de droit médical, éd. Dal., Paris France, 1959.

77- R. Villey, Abrèges Déontologie médicale, Dall., France, 1982,

78- S. Rameix, la sortie du paternalisme à l'autonomie des patients, éd. Lannec, France, n° 1, 1997.

- 79- V. le Taillandier, le médecin hospitalier, 3ème éd., Berger-Levrant, Paris France, 2000.
- 80- W. Bill Dufwa, l'indemnisation des accidents médicaux, T. 2, LGDJ, 1999.
- 81- W. Sylvie, responsabilité du médecin, 2^{ème} éd., Litec, Paris France, 2002.
- 82- X. Lesegretain, S. Chassany, la protection juridique de l'hôpital, Berger levrant, France, 1999.
- 83- Y. Lampert-Faivre, droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation, 5^e éd. Dall., Paris France, 2004.

III- Les thèses et les mémoires :

A- Les Thèses de doctorat :

- 1-A. Dutier, la place de l'imagerie médicale dans la relation soignant/soigné lors de l'annonce en cancérologie, thèse de doctorat de éthique médicale, laboratoire d'éthique médicale de médecine légale, université Paris Descartes-Paris V, année 2007-2008, non publié.
- 2-B. Anne, l'information dans le système de santé nature et conséquences sur la relation médicale, thèse présenté à l'école doctorale sciences de l'homme et de la société, université de Limoges, France, 2008, non publié.
- 3-C. Patry, responsabilité de l'anesthésiste évolution et cadre juridique actuel, thèse de doctorat en médecine, faculté de médecine et pharmacie de Besançon, université Franche-Comté, année universitaire 1999, non publié.
- 4-J-C. Tixador, clientèle médicale et exercice en société des médecins, doctorat en droit, spécialité droit privé, Académie d'Aix-Marseille, université d'Avignon et des pays de Vaucluse, année 2009-2010, non publié.
- 5-L.-S. Claire, le médecin généraliste : interface entre le patient et la justice, thèse pour le diplôme d'état de docteur en médecine, université Claude Bernard – Lyon, faculté de médecine, Lyon nord, le 13 Juin 2003, non publier.
- 6-M. Contis, secret médical et évolutions du système de santé, thèse doctorat en droit privé, Faculté de droit, Année 2001, université des

sciences sociales de Toulouse, les études hospitalières, France, éd. 2006.

B- Les mémoires de master et de DEUA :

1- L. Sylvie, la vénalité des éléments du corps humain, mémoire réalisé en vue de l'obtention du Master droit, option droit médical, université de Lille- 2 droit et santé école Doctorale n° 74, faculté des sciences juridiques, politiques et sociale, année 2003-2004, non publier.

2-O Olide, le devenir de la responsabilité médicale du fait d'autrui après la loi du 04 Mars 2002, mémoire en vue de l'obtention de DEA de droit privé, université de Lille II – droit et santé faculté des sciences juridiques, politiques et sociales école doctorale, n° 74, le 03 Octobre 2003, non publié.

3-T. Vincent, le dualismes juridictionnel en matière d'hospitalisation d'office état des lieux (problèmes et perspectives), mémoire en vue de l'obtention du Master II droit public fondamental, faculté de droit, sciences sociales et politiques, sciences économiques et de gestion, université Montesquieu- Bordeaux IV, droit , France, année universitaire 2005-2006, non publié.

III- Les articles et les revues :

1-A. Boudahrain, un secret dilué en matière d'assurance- maladie, rev. De stratégie, le nouveau siècle, n ° 46, sept. 1999,

2-A. Dorsner-Dolivet, le consentement au traitement médicale: Une liberté fondamentale en demi -teinte, R.F.D.A., Rubrique, Dall., Paris France, n° 3 mai-juin 2003, p 528.

3-A. El Mouhamet Zeroual, rev. des avocats de la région de Tizi-Ouzou, éd. Barreau Tizi- Ouzou, n°02., Déc. 2004.

4-A. Gesmi, la responsabilité du médecin en matière d'I.V.G en France, rev. A.S.J.E.P faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, vol. 33, n° 02, 1995,.

5-A. Kacher, Une réflexion sur le principe de précaution appliquée a la médecine : Quelques notes sur son approche en droit français et algérien, rev. C.D.S.P, numéros spécial, 2008/1, Colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9et 10 avril 2008.

6-A. Khaldi, la place actuelle du consentement du malade à l'acte médicale dans le code des obligations et des contrats, livre du

contenaire du code des obligations et des contrats, sous direction Mohamed Kamel Charfeddine, faculté des droits et des sciences politique de Tunis, unité de recherche « centenaire du C.OC », centre de publication universitaire, Tunis, 2006.

7-A. Ondoua, l'indemnisation de l'aléa thérapeutique devant les juridictions administratives et judiciaires, dall., France, 2001-chrono.

8-A. Ossokkine

A. Ossokkine, le droit du et au génome, rev. A.S.J.E.P faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, v. 37, n° 02, 1999.

A. Ossoukine, la recherche bioéthique « repères et enjeux », rev. A.S.J.E.P, faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, V. 36, n° 1, 1996, O.P.U, Alger.

A. Ossoukine, le secret en droit ou le droit du secret, rev. A.S.J.E.P faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, vol. 33, n° 03, 1995

A. Ossoukine, le droit du et au génome, rev. A.S.J.E.P, faculté de droit et des sciences administrative, université d'Alger, vol. 37, n° 02, 1999.

9-A-M. Duguet, évolution de jurisprudence administrative et judiciaire en matière d'infections nosocomiales, cahiers hospitaliers, 2000

10- B. Gachot, la notion de perte de chance en responsabilité médicale, rev. générale de droit médical, n° 4, déc. 2011.

11- B. Grosclaude, l'engagement de la responsabilité médicale, rev. générale de droit médical, n°42 mars 2012

12- B. Hoenri, S. Breton, comment la cour de cassation à fait évoluer l'information des malades, la revue du praticien, vol. 61, n° 09, Nov. 2011.

13- B. Lavaud - Legendre, « Charlatanisme et droit pénal », Les tribunes de la santé, n° 20, 2008/3.

14- B. Sain tourens, D. Zellaki, l'obligation de sécurité, université Montesquieu, Bordeaux France, 2002.

15- C. Corgas-Bernard, nouvelle approche de l'obligation d'information de médecin, rev. Lamy, droit civil, n° 50, juin 2008.

16- C. Guettier, droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion du risque, A.J.D.A., n°27, 18/7/2005.

- 17- C. Larroumet, l'indemnisation de l'Eléa thérapeutique, rec. Dall. 1999, 4^e cahiers chroniques
- 18- C. Muller, la perte d'une chance médicale en droit comparé et suisse, rev. générale de droit médical, n°2, 2009.
- 19- C. Rey –Salmoun, C. Boraut, le dossier médical, information du malade, le secret médical, rev. du praticien, vol. 62, juin 2012.
- 20- C. Rey-Salman, C. Boraud, le dossier médical : l'information du malade, le secret médical, la rev. du pratique, V. 62, juin 2012, n° 06.
- 21- D. Dendocker, L'obligation d'information médicale devant le juge administratif et le juge judiciaire, Rev.de la recherche juridique P.U.A.M, 2001.
- 22- D. Houssin, le secret dans le nouvelles pratique et les nouveaux champs de la médecine, rec. Dall., 2009.
- 23- D. Truchet, la décision médicale et le droit, AJDA, 1995.
- 24- E. Hirsch, Face au refus de soin, une exigence de démocratie, Press. Med., 2 juill. 2005, T. 34, n° 12, Masson, France,
- 25- **F. Chabas** :
 F. Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, rev. de droit civil, Dal. 1999, Paris France.
 F. Chabas, l'obligation médicale d'information en danger, rev. de droit civil, Dal. 1999, Paris France, p 111, rev. contrats-concurrence-consommation, éd. Juris-classeur, Mai 2000.
- 26- F. Lmaire, le projet de loi relative aux droits des malades et à la fin de vie, Press. Med., 09/04/2005, Tome 34, n° 7, Masson, Paris France.
- 27- F. Moderne, la responsabilité généralisée de l'état à raison des accidents causés par des vaccinations obligatoires, Dall. 1975, n° 12 chronique.
- 28- F. Stéfani, le secret à l'épreuve des nouvelles technologies, rec. Dall. 2009.
- 29- F. vialla, La métamorphose annoncé du système de santé, rev. médical de l'assurance Maladie, vol 33 n° 3, juillet- Septembre 2002
- 30- F/Z. Ait Mokhtar, causalité juridique et responsabilité médicale, rev. C.D.S.P, numéros spécial, 2008/1, Colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9et 10 avril 2008.
- 31- G. Devers, Pratique de responsabilité médicale, E.S.K.A. 2000.

- 32- G. Nicolas, la loi 04 mars 2002 et l'expertise médicale, Gaz. Pal, 15 Décembre 2002.
- 33- G. Viney, P. Jourdain, l'indemnisation des accidents médicaux : que peut faire la cour de cassation?, la semaine juridique (J.C.P) n° 17, Doctrine 4016.
- 34- H. Ben Chaabane, le contrat médical met à la charge du médecin une obligation des moyens ou résultat, rev. A.S.J.E.P faculté de droit des Sciences administratives, université Alger, n° 04, vol. 33, 1997,
- 35- J. Saison, controverse sur l'étendue de l'obligation d'information médicale, A.J. D.A, 20 Janv. 2003.
- 36- J. Baz, la responsabilité médicale en droit libanais, rev. Al-Adl, n° 12, 1970, Liban.
- 37- J. Boucher, N. Bourgeois-Machureau, Indemnisation de la perte de chance : Le conseil d'Etat poursuit sa conversion au probabilisme, A.J.D.A, n° 3 du 28 Janv. 2008.
- 38- J. Calais- auloy, Ne mélangeons plus conformité et sécurité, rec., Dall. Sirey, 1993, n°18, cahier chronique, France.
- 39- J. Cayal, le droit au refus de soins et le devoir d'information du médecin, Gaz. Pal., 2009.
- 40- J. Guigue**
 J. Guigue, qui est le véritable juge en matière de responsabilité médicale, Gaz. Pal., n° 196, du 14 juillet 1996,
 J. Guigue, responsabilité des médecins - Devoir d'information, G. P. H, Spécial Droit De La Santé, dimanche 25 au mardi 27 novembre 2001, France.
 J. Guigue, responsabilité civiles des structures de distribution des produits sanguines, Gaz, Pal.1995. I. doct.
- 41- J. Michel De Forges, l'indemnisation des contaminations par transfusion ou traitement, Actualité et dossier en santé publique, n°6, Dall., Paris France, mars 1994.
- 42- J. Pansier, F. Skornickis, la faute et l'accident en matière de responsabilité médicale, Gaz. Pal., Droit de la santé, 23-24 oct., 1998.
- 43- J. Peltier, la responsabilité pénale du médecin et le secret médical, rev. Générale de droit médical, n° 44, sept 2012.
- 44- J. Pennau :**
 J. Pennau, (médecins) accès à la profession, rec., v° médecine, répertoire pénal, éd Dal., Paris France, 1998,

- J. Penneau, le consentement face au droit de la responsabilité médicale, Gaz. Pal., 1999 (1^{er} sem.), France.
- J. Penneau, les fautes médicales: responsabilité civile et assurances, juris- classeur, hors- série, (Juil. – Aout 1999).
- J. Penneau, Paradoxe sur le droit médical, Gaz. Pal, (1^{er} sem) 1999, du 17/06/1999, France.
- 45- L. Dubouis, secret médical et liberté de la presse, RDSS, 2004,
- 46- L. Helmlinger, les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, A.J.D.A., n°34 10/10/2005
- 47- M . Harichaux, l'obligation du médecin de respecter les données de la science, J. C. P., 1987 - I – 9906.
- 48- M. Cauchy, le droit au secret médical et son application en matière d'assurances, rec. Dall. 2005.
- 49- M. Cécile Guerin, L'action civile collective en matière médicale, rev. générale de Droit médical, n°44, septembre 2012, LGDJ, France.
- 50- M. Contis, consentement aux soins delivrés au mineur, Rev. du praticiens, T.23, n° 814, Janv. 2009.
- 51- M. Hélène Renaut, L'évolution de l'acte médical, Revue de droit sanitaire st social, N°01, Janvier –Mars 1999.
- 52- M. Karadji, le juge administratif et la faute médicale, Rev. C.D.S.P, numéros spécial, 2008/1, colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9et 10 avril 2008.
- 53- M. Penneau, le défaut d'information en médecine, Dall. ,n° 3 du 21 janv .1999.
- 54- M-L. Mathieu-Lzorche : Médecine, obligation du médecin informe ou convaincre ? Note sous Cass 1^{er} civ.18 janvier 2000, Dall., Paris France, 13/12/2001, n°.44-7053.
- 55- N. Antoine Diab, la faute médicale en droit libanais, article publié dans la rev. Al-Adl, bureau de Bayrouth 2000, année 34.
- 56- N. Boussouf Hamana, secret médical et exigences de santé publique cas du Sida, rev. A.S.J.E.P, Alger, faculté de droit et des sciences administratives, université Alger, vol. 37, n° 2, 1999.
- 57- **P. Bon :**
P. Bon, Denys de Be'chillon, coexistence des voies d'indemnisation des personnes contaminées, parle HIV, rec. dall., Paris France, 2000,

P. Bon, l'obligation du médecin d'informer le patient, RFDA, n° 3, Dall., 2001,

58- P. Jourdain :

P. Jourdain, nature de la responsabilité et portée des obligations du médecin, Juris-classeur, (Juil. –Aout 2000), Paris, France.

P. Jourdain, Responsabilité civile, Effets de la responsabilité, La perte d'une chance d'éviter ne souffrance morale, se transmet aux héritiers de la victime, R.T.D. civ, n° 4, 2007.

59- P. Lafage, secret professionnel confidentialité et nouvelles technologies d'informations, Gaz. Pal.1998, 1^{er}, semaine.

60- P. Mistretta, la loi n° 2002-303, du 04/03/2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, réflexions critique sur un droit en plein mutation, J.C.P, la semaine juridique, n° 02, 12 juin 2002, éd. Générale.

61- P. Pierre :

P. Pierre, l'actualité du droit médicale, rev. Lamy droit civil, 2012.

P. Pierre, la responsabilité à l'une de la « loi Kouchner » esquisse d'un bilan d'étape, rev. Lamy Droit Civil, 2007.

62- P. Sargos, La reflation sur les accidents médicaux, doctrine jurisprudentielle de la cour de cassation matière de responsabilité médicale, article n 4 cahier chronique, rec. Dal., France, sirey 1996

63- P-A Répond, médecine libérale, médecine contractuelle, courrier du médecin vaudois, rev. de la société vaudoise de médecine, n° 2, Mars 2006.

64- P-y Poindron, responsabilité médicale : les médecins sous haute surveillance, le concours médical hebdomadaire des praticiens, 26oct. 2002, n° 33.

65- Q. Mazjoub, La responsabilité du service public hospitalier,

المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، بيروت لبنان، السنة 2004.

66- S. Carpi, regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'états et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation), L. P. A, n° 114, 8 juin 2001.

67- S. Chaib, la preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, Rev. C.D.S.P, numéros spécial, 2008/1, colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la

faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9 et 10 avril 2008.

68- S. Gromb., l'expert et le consentement éclairé, le consentement aux actes médicaux, Gaz. Pal., 1999.

69- T. Tauran, secret médical: pièces administratives et médicales, RDSS, 2009.

70- V. Wester-Ouisse, les méandres de la perte de chance en droit médical, rev. Lamy Droit Civil, 2013.

71- X. Barella, le droit à l'information en matière médicale : vers la reconnaissance d'un droit subjonctif du patient, AJDA, 2012.

72- Y. Haddad, la responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers, rev. IDARA, éd. par le Centre de Documentation et de recherche Administratives, Alger, n° 2, Rouiba Alger, 1999.

73- Y. Lachaud, la responsabilité médicale pour défaut d'information de l'évolution de la jurisprudence à une nécessaire réforme législative, Gaz. Pal. 17 juin 1999 (1^{re} sem), doctrine droit de la santé.

74- Y. Markovits, la directive C.E.E du 25/07/1985 du la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J, 1990.

IV – Les colloques et les journées scientifiques :

1-A. Fournier-Migraine, l'obligation de sécurité du médecin, le droit face à la l'exigence contemporaine de sécurité, actes du colloque de la faculté de sciences politiques d'Aix-Marseille (11-12 mai 2000), Press. Universitaires d'Aix- Marseille –PUAM, France.

2-A. Bateur, le consentement sur le corps en matière médicale, actes du colloque de Caen organisé par le centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D) les 16 et 17 oct. 2008, publié sous titre « la libre disposition de son corps » rédigée sous direction J-M Larralde, collection droit et justice, éd. Némésis, Bruxelles, 2009, p 46, 47. Faculté de droit et de sciences politique , P.U. d'Aix Marseille 1993.

3-F. Chabas, l'obligation de moyen du médecin, actes du colloque du 24/04/1997, sous titre: « l'indemnisation des accidents médicaux», organisé par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I, sous direction de Geneviève Viney, LGDJ, 1997.

4-H. Dennonni: Rapport de synthèse « la sécurité des produits », colloque Algéro-français du 17-18 mai 2003, revue semestrielle «études juridiques», Ed. par le laboratoire de droit privé fondamental,

- Faculté de droit, Université Abou Bekr Belkaid - Tlemcen, n° 03, 2006.
- 5-G. Siksik, secret professionnel et expertise médicale, siminaire d'actualité de droit médical, sous titre « le secret professionnel : aspects légaux et déontologie comparaison avec l'étranger », les études hospitalières, éd. 2002.
- 6-L. Dubouis, la responsabilité civile du médecin à raison du diagnostic médical, colloque Juin 1992.
- 7-M-N Verhegen, secret médical en droit belge, séminaire d'actualité de droit médical, sous titre « le secret professionnel : aspects légaux et déontologie comparaison avec l'étranger », les études hospitalières, éd. 2002.
- 8- M. Khadir, infectons hospitalière et responsabilité administrative, journée d'information sur la responsabilité médicale, Alger, 24 Oct. 1999.
- 9-M. Amine Benabdallah, le principe du consentement du patient à l'acte médical, article présenté au colloque international « le principe du consentement en matière d'activités de soins et de recherches », organisé par l'Unité de recherche en droit administratif de Sousse, l'association Tunisienne en droit de santé et l'Unité de recherche en médecine légale de l'hôpital Farhat Hached à Sousse, les 11 et 12 Mars 2011, REMALD, n° 97- 97, mars-juin 2011.
- 10- N. Albert, Obligation d'information médicale et responsabilité, communication présenté lors du colloque sur, « les nouveaux chantiers de la responsabilité » organisé par faculté de droit de Paris XII-saint-Maur, les 02 et 03 mars 2000, Rev. Française de droit administratif, n° 2, mars- avril, Dall., Paris France, 2003.
- 11- P. Jourdain, l'évolution de jurisprudence judiciaire et l'indemnisation, des accidents médicaux, actes du colloque du 24/04/1997, sous titre: « l'indemnisation des accidents médicaux », organisé par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I, sous direction de Geneviève Viney, LGDJ, 1997
- 12- P. Pevot, la responsabilité médicale hospitalière, journée d'information sur la responsabilité médicale hospitalière, secteur sanitaire de Mostaganem, 14-15/3/2001, non publié.
- 13- C. Radé, l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, actes du colloque franc-algerien, sous titre « l'obligation de sécurité »

université Montesquieu Bordeaux IV, université d'Oran Es-Sénia, 22 mai 2002, sous la direction de Dalila Zennaki et Bernard Saintourens, Presses universitaires de Bordeaux, France, 2003

V- Les Cites web :

1- www.legifrance.gouv.fr.

2- www.courdecassation.fr

3- www.Coursupreme.dz

VI- Les textes juridiques:

A- Les lois :

1- L. n° 81-5 du 07/01/1981 modifié droit des assurances Fr., J.O.R.Fr, délivré le 08/01/1981.

2- L. n° 91-1406, du 31/12/1991, portant diverses dispositions d'ordre social. V. G., J.O.R.Fr. n° 23, 03/01/1992.

3- L. n° 94-653 du 29 Jul. 1994, relative au respect du corps humain, J.O.R.Fr. 30 Jul. 1994

4- L. n° 94-654 du 29/07/1994, relative au don et à l'utilisation des éléments et produit du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et diagnostic prénatal, J.O.R.Fr. 30 Jul. 1994/

5- L. n° 2000-321 du 12/04/2000, relative aux droits des citoyens dans leur relation avec l'administration, J.O.R.Fr n° 88 du 13/04/2000.

6- L. n° 2002-303 du 04/03/2002, relative aux droits des malades et la qualité du système de santé J.O.Fr. du 05/03/2002.

7- L. n° 2002-1577 du 30/12/2002, relative à la responsabilité civile médicale, J.O.Fr. n° 206, délivré le 31/12/2002.

8- L. n° 2002-1577 du 30/12/2002 relative à l'assurance responsabilité civile médicale, publiée au J.O.R.Fr. du 31/12/2002.

9- L. n° 2004-806 du 09/08/2004, relative à la politique de santé publique, J.O.Fr. délivré le 11/08/2004.

10- L. n° 2005-370 du 22/04/2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie, J.O.R.Fr. délivré le : 23/04/2005.

11- L. n° 308-2007, délivré le 05/03/2007, portant réforme protection juridique des majeurs, J.O.R.Fr n° 12, délivré le 07/03/2007.

12- L. n° 308-2007, délivré le 05/03/2007, portant réforme protection juridique des majeurs, J.O.R.Fr n° 12, délivré le 07/03/2007.

B- Les décrets les arrêts :

- 1- Décr. n° 96 -375, 29/04/1996 relatif aux modalités du consentement aux prélèvements d'organes effectués sur une personne vivante ainsi qu'à la composition et au fonctionnements des comités d'experts habilités à autoriser un prélèvement de moelle osseuse sur la personne d'un mineur, J.O.Fr. du 05/05/1996
- 2- Décr. n° 2005-777 du 11/07/2005 relatif à la durée de réflexion prévu à l'article L.6322-2 du C.S.P.Fr
- 3-Arrêt. du 03/06/2002 relatif à la stérilisation des dispositifs médicaux, J.O.Fr., délivré le 11/06/2002.

الفهرس

02	مقدمة
17	الفصل التمهيدي: التطبيقات الطبية بين الخصوصية والتطور العلمي
18	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأعمال الطبية
19	المطلب الأول: مضمون العمل الطبي
19	الفرع الأول: العمل الطبي في الفقه
20	البند الأول: مفهوم العمل الطبي في الفقه الإسلامي
21	البند الثاني: مفهوم العمل الطبي في الفقه القانوني المقارن
21	فقرة أولى: الاتجاه المضيق للعمل الطبي
21	فقرة ثانية: الاتجاه الموسع للعمل الطبي
23	الفرع الثاني: العمل الطبي بين التشريع الوضعي والقضاء
23	البند الأول: التعريف التشريعي للعمل الطبي
24	فقرة أولى: العمل الطبي في التشريع الفرنسي
25	فقرة ثانية: العمل الطبي في التشريع المصري
25	فقرة ثالثة: العمل الطبي في التشريع المغربي
26	فقرة رابعة: العمل الطبي في التشريع الجزائري
28	البند الثاني: التعريف القضائي للأعمال الطبية
28	فقرة أولى: موقف القضاء الفرنسي من العمل الطبي
29	فقرة ثانية: العمل الطبي في القضاء المصري والأردني
31	فقرة ثالثة: العمل الطبي في القضاء الجزائري
33	المطلب الثاني: نطاق الأعمال الطبية
33	الفرع الأول: المراحل العلاجية
33	البند الأول: العمل الطبي في المرحلة السابقة على العلاج
34	فقرة أولى: مرحلة الفحص الطبي
35	فقرة ثانية: مرحلة التشخيص
40	البند الثاني: العمل الطبي في مرحلة العلاج ذاته

41	فقرة أولى : مرحلة وصف العلاج وتنفيذه
42	فقرة ثانية: تنفيذ التدخل الجراحي
43	البند الثالث: العمل الطبي في المرحلة اللاحقة على العلاج
44	فقرة أولى : الرقابة على العلاج غير الجراحي
44	فقرة ثانية : الرقابة الطبية بعد التدخل الجراحي
45	الفرع الثاني: المرحلة الوقائية
46	المبحث الثاني : صور الأعمال الطبية ومميزاتها
48	المطلب الأول: أشكال الأعمال الطبية حسب المعيار القانوني
48	الفرع الأول: الأعمال المادية أو العادية
49	الفرع الثاني: الأعمال المهنية
50	المطلب الثاني: صور الأعمال الطبية حسب الوسيلة العلاجية
50	الفرع الأول: مميزات الأعمال الطبية التقليدية
51	البند الأول: الأعمال الطبية التقليدية البسيطة
51	البند الثاني: الأعمال الطبية التقليدية الجراحية
53	الفرع الثاني: أقسام الأعمال الطبية الفنية الحديثة
53	البند الأول: الجراحة المتخصصة وجراحة المناظير
54	البند الثاني: عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
55	البند الثالث: عمليات التلقيح الاصطناعي
56	البند الرابع: عمليات التجميل
58	البند الخامس: التجارب الطبية
61	خلاصة الفصل التمهيدي:
64	الباب الأول: معالم الحماية الموضوعية للمريض على ضوء
	التطور الطبي
66	الفصل الأول: المريض بين الحرية والتقييد في مواجهة الممارسة الطبية
69	المبحث الأول: حرية المريض في العلاج

70	المطلب الأول: حق المريض في العناية الطبية
70	الفرع الأول: مضمون الحق في العلاج وفقاً لمبدأ الحرية العلاجية
71	البند الأول: المقصود بالحق في العلاج الثابت للمريض
74	البند الثاني: مبدأ حرية الطبيب في اختيار العلاج
76	الفرع الثاني: نطاق العلاج الثابت للمريض
77	البند الأول: علاج المريض بمجرد بذل عناية
80	البند الثاني: علاج المريض هو تحقيق النتيجة
81	فقرة أولى: عمليات نقل الدم والتحاليل الطبية
82	فقرة الثانية: استعمال الأدوات والأجهزة الطبية
83	فقرة ثالثة: تركيب الأعضاء والأسنان الاصطناعية
84	فقرة رابعة: عملية التلقيحات وإعطاء الأدوية
86	المطلب الثاني: مدى قبول المريض للعلاج والآثار المترتبة على رفضه
87	فرع أول: حرية الطرفين في انعقاد العلاقة الطبية
87	البند الأول: حرية المريض في اختيار الطبيب المعالج
89	البند الثاني: حرية الطبيب في اختيار المريض وعلاجه
91	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على رفض العلاج
91	البند الأول: رفض الطبيب علاج المريض
95	البند الثاني: رفض المريض لعلاج الطبيب
104	المبحث الثاني: مظاهر احترام إرادة المريض في العلاقات الطبية
105	المطلب الأول: حق المريض في الإعلام وتبصيره أثناء التدخل الطبي
105	الفرع الأول: خصوصية الإعلام الطبي من حيث المضمون
106	البند الأول: مفهوم حق المريض في الإعلام
109	البند الثاني: ميزات الحق في الإعلام الطبي
110	فقرة أولى: طبيعة الأطراف المشاركة في الإعلام الطبي
110	أولاً: المريض كطرف معني بالإعلام الطبي

- 114 ثانيا: الطبيب كطرف مسؤول عن الإعلام الطبي
- 115 فقرة ثانية: طبيعة المعلومات المقدمة للمريض
- 116 أولا: أن يكون الإعلام واضحا وسهلا لدى المريض
- 117 ثانيا: الإعلام الدقيق و الصادق
- 118 ثالثا: وجوب أن يكون الإعلام كافياً وكاملا
- 118 رابعا: شكل الإعلام
- 119 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق إعلام المريض
- 120 البند الأول: مدى الحق في التبصير بين بذل عناية وتحقيق نتيجة
- 122 البند الثاني: مراحل تبصير المريض
- 123 فقرة أولى : التبصير بالتشخيص
- 125 فقرة ثانية: التبصير بالعلاج
- 125 أولا : طبيعة التدخل العلاجي وبدائله
- 127 ثانيا : الإعلام بمدة العلاج وتكلفته
- 128 ثالثا: تحديد طبيعة المخاطر
- 133 فقرة ثالثة : التبصير اللاحق على العلاج
- 134 الفرع الثالث: العوامل المؤثرة على حق المريض في الإعلام
- 135 البند الأول: الحالات المخففة لحق المريض في التبصير
- 138 البند الثاني: الحالات المعدمة لحق التبصير الطبي
- 138 فقرة أولى : الحالات الاستثنائية في التدخل الطبي
- 139 فقرة ثانية : حالة تنازل المريض عن حقه في الإعلام
- 140 البند الثالث: الحالات المشددة لحق تبصير المريض
- 141 فقرة أولى : التشديد في عمليات التجميل
- 143 فقرة ثانية : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية
- 144 فقرة ثالثة : التشديد في عمليات الإجهاض غير العلاجي
- 145 فقرة رابعة : الأبحاث والتجارب الطبية

- 146 المطلب الثاني: حق المريض بالموافقة على العلاج
- 146 الفرع الأول: مضمون الحق في الرضا بالعلاج
- 147 البند الأول: مفهوم الموافقة الطبية
- 150 البند الثاني: طبيعة الشخص الذي يصدر منه الرضا
- 151 فقرة أولى : موافقة المريض نفسه
- 152 فقرة ثانية : الرضاء الصادر من غير المريض
- 158 الفرع الثاني: سلامة رضاء المريض
- 158 البند الأول: مشروعية محل الحق في الرضا
- 159 البند الثاني: ميعاد صدور رضاء المريض
- 159 البند الثالث: حرية إرادة المريض
- 161 الفرع الثالث: حدود الموافقة الطبية بين الإعفاء والتشديد
- 162 البند الأول: حالات عدم اشتراط الحصول على رضا المريض
- 162 فقرة أولى : حالة الاستعجال والضرورة
- 164 فقرة ثانية : حالة التدخلات الإجبارية
- 166 البند الثاني: حالة تشديد الحصول على رضاء المريض
- 169 الفصل الثاني: الحياة الخاصة للمريض بين الالتزام والحرمة
- 173 المبحث الأول: الطبيعة القانونية للحياة الخاصة للمريض ومبرراتها
- 174 المطلب الأول: إشكالية حق المريض في حفظ أسراره
- 175 الفرع الأول: مفهوم السر الطبي
- 176 البند الأول: موقف الفقه من مفهوم السر الطبي
- 179 البند الثاني: مفهوم السر الطبي في الاجتهادات القضائية
- 181 البند الثالث: موقف التشريع الوضعي من مفهوم السر الطبي
- 182 الفرع الثاني: متطلبات السر الطبي
- 182 البند الأول: وصول المعلومة إلى الطبيب بسبب مهنته
- 183 البند الثاني: وجود مصلحة للمريض في سرية الواقعة وكتماها

- 184 البند الثالث: أن تتعلق المعلومات أو الوقائع بصفته طبيب معالج للمريض
- 185 البند الرابع: عدم شيوع الواقعة السرية للكافة
- 185 المطلب الثاني: مميزات السر الطبي
- 186 الفرع الأول: الأسس التي تقوم عليها حرمة سر المريض
- 186 البند الأول: الأساس الأخلاقي والمهني لحماية السر الطبي
- 187 البند الثاني: الأساس العقدي لحرمة سر المريض
- 190 البند الثالث: فكرة النظام العام كأساس للحفاظ على السر الطبي
- 194 البند الرابع: الأساس القانوني لحق المريض في حفظ أسراره
- 197 الفرع الثاني: نطاق السرية الطبية
- 198 البند الأول: طبيعة الشخص الملتمزم بالسر الطبي
- 198 فقرة أولى: الأمناء على السر الطبي بنص القانون
- 202 فقرة ثانية: الأمناء على السر الطبي بحكم المهنة
- 206 البند الثاني: طبيعة المعلومات محل السر
- 208 المبحث الثاني: حدود حماية الحياة الخاصة للمريض
- 208 المطلب الأول: كيفيات إفشاء السر الطبي
- 209 الفرع الأول: مضمون إفشاء سر المريض
- 211 الفرع الثاني: وسائل إفشاء السر الطبي
- 215 المطلب الثاني: الحالات المبررة لإفشاء السر الطبي
- 217 الفرع الأول: أسباب الإباحة المقررة للأشخاص
- 217 البند الأول: تصريح المريض للطبيب بإفشاء السر الطبي
- 221 البند الثاني: إفشاء الطبيب للسر الطبي دفاعاً عن نفسه
- 223 الفرع الثاني: إفشاء السر الطبي للمصلحة العامة
- 224 البند الأول: التصريح الإداري المتعلق بالحالة المدنية للأشخاص
- 226 البند الثاني: إفشاء السر من أجل المحافظة على الصحة العامة
- 230 البند الثالث: التبليغ عن الجرائم والاعتداءات التي تقع على الأشخاص

- 232 البند الرابع: الكشف عن السر الطبي لتحقيق حسن سير العدالة
- 232 فقرة أولى: شهادة الطبيب المعالج أمام القضاء
- 235 فقرة ثانية: ممارسة الطبيب أعمال الخبرة
- 238 خلاصة الباب الأول
- 242 **الباب الثاني: القواعد الإجرائية المتعلقة بحماية المريض عند تطبيق الممارسة الطبية**
- 243 الفصل الأول: الإشكالات التي تثيرها مسألة إثبات المسؤولية المرتبة عن انتهاك حقوق المريض
- 244 المبحث الأول: قواعد الإثبات بين التقييد والتحرر لصالح المريض
- 246 المطلب الأول: عبء الإثبات الواقع على المريض
- 247 الفرع الأول: مضمون مبدأ تكليف المريض بإثبات الخطأ الطبي
- 251 الفرع الثاني: مدى فعالية مبدأ الإثبات الواقع على المريض
- 251 البند الأول: الصعوبات المتعلقة بالنشاط الطبي وظروف ممارسته
- 253 البند الثاني: التعقيدات الخاصة بطبيعة الخطأ الطبي
- 256 المطلب الثاني: التوجه الجديد لحماية المريض وتحريره من عبء الإثبات
- 257 الفرع الأول: تبني فكرة الخطأ الاحتمالي
- 260 الفرع الثاني: اعتناق المسؤولية الموضوعية تخفيفاً لعبء الإثبات
- 261 البند الأول: خرق مبدأ الالتزام ببذل عناية " عن طريق اللجوء إلى الالتزام بالسلامة"
- 261 فقرة أولى: نقل عبء الإثبات في مجال الإعلام الطبي
- 264 فقرة ثانية: تقرير مبدأ ضمان سلامة المريض في الالتزامات التقنية والفنية
- 270 البند الثاني: المسؤولية على أساس المخاطر
- 278 المبحث الثاني: طرق إثبات الخطأ المرتب للمسؤولية الطبية
- 279 المطلب الأول: الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية ودور القاضي في تقديرها
- 279 الفرع الأول: كيفية إثبات الإخلال باحترام إرادة المريض
- 286 الفرع الثاني: إثبات رفض الطبيب المعالجة
- 288 الفرع الثالث: إثبات إفشاء السر الطبي
- 290 المطلب الثاني: كيفية إثبات الخطأ الفني الصادر عن الطبيب

- 291 الفرع الأول: وسائل إثبات الأخطاء التقنية ذات الطبيعة البسيطة
- 296 الفرع الثاني: إثبات الخطأ الفني الموصوف بالتعقيد
- 297 البند الأول: كفاءات إجراء الخبرة في المجال الطبي
- 302 البند الثاني: مدى تأثير الخبرة الطبية على مسار توجه القاضي في تقدير الخطأ
- 303 فقرة أولى: مناقشة الخبرة الطبية
- 304 فقرة ثانية: كيفية تقدير القاضي الخطأ الفني موضوع الخبرة
- 305 أولا: حرية المحكمة بالأخذ برأي الخبير كاملا
- 307 ثانيا: تجرئة تقرير الخبرة
- 307 ثالثا: حرية رفض المحكمة لرأي الخبير واستبعاده
- 311 الفصل الثاني: أحكام دعوى الضمان كأداة لجبر الضرر الواقع على المريض
- 312 المبحث الأول: كفاءات اقتضاء حق التعويض في المجال الطبي
- 313 المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتعويض جراء الأضرار الطبية
- 314 الفرع الأول: المبادئ التي يقوم عليها التعويض كحق للمريض
- 316 الفرع الثاني: طرق التعويض الطبي
- 317 البند الأول: تعويض المريض بالشكل النقدي
- 319 البند الثاني: الصورة العينية للحصول على التعويض
- 321 المطلب الثاني: أسس تقدير حق التعويض المستحق للمريض
- 322 الفرع الأول: طبيعة الضرر الطبي الموجب للتعويض
- 323 البند الأول: الضرر المادي في المجال الطبي
- 324 فقرة أولى: الضرر الجسدي
- 330 فقرة ثانية: الضرر المالي أو الاقتصادي
- 331 أولا: التعويض عن الخسائر
- 332 ثانيا: التعويض عن الكسب الفائت
- 334 البند الثاني: الضرر الأدبي للمريض (المعنوي)
- 335 فقرة أولى: الضرر التألمي

- 337 الفقرة الثانية : الضرر الجمالي
- 338 الفقرة الثالثة : الضرر المتعلق بحرمان الإنسان من متع الحياة
- 339 الفقرة الرابعة : الضرر الناتج عن المساس بشرف واعتبار المريض
- 341 البند الثالث: الضرر الناتج عن تفويت فرصة في الشفاء أو الحياة
- 347 الفرع الثاني: الظروف المتعلقة بتقدير التعويض والرقابة على ذلك
- 348 البند الأول: العوامل المؤثرة على التعويض
- 348 فقرة أولى : الظروف المحيطة أو الملابس
- 350 فقرة ثانية :الخطأ الشخصي للمريض
- 351 فقرة ثالثة: تغير الضرر الطبي وتفاقمه
- 354 البند الثاني: مجال الرقابة على سلطة القاضي في تقدير قيمة التعويض
- 356 المبحث الثاني: أنظمة التعويض في المجال الطبي
- 358 المطلب الأول: إجبارية التأمين من المسؤولية الطبية كآلية لحصول التعويض
- 360 الفرع الأول: مضمون مبدأ إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب
- 365 الفرع الثاني: حدود الضمان محل التغطية التأمينية عن الأخطاء الطبية
- 365 البند الأول: النطاق الموضوعي للتأمين من المسؤولية المدنية للأطباء
- 365 فقرة أولى: المخاطر المغطاة في عقد التأمين من المسؤولية الطبية
- 366 أولا: ضمان الأضرار الناتجة عن الخطأ الفردي للطبيب
- 367 ثانيا: الأخطاء التي تقع من الغير ذو الصلة بالطبيب
- 367 1-الأخطاء التي تقع من تابعي الطبيب
- 369 2-الأخطاء الصادرة من الطبيب البديل (المستخلف)
- 370 ثالثا: الأضرار الناتجة عن استعمال الأجهزة الصحية
- 370 رابعا: الأخطاء داخل الفريق الطبي
- 372 خامسا: المخاطر المترتبة عن عمليات نقل الدم
- 373 فقرة ثانية: الأخطاء المستبعدة من الضمان في عقد التأمين من المسؤولية الطبية
- 373 أولا: الاستبعاد القانوني للمخاطر الناشئة عن المؤمن له

- 373 -1 استبعاد نتائج الخطأ العمدي للطبيب
- 374 -2 الغرامات أو المصادرات التي يحكم بها على المؤمن له
- 375 -3 الأضرار الناتجة عن تصرفات أو أفعال ممنوعة بنصوص قانونية
- 376 ثانيا: الاستبعاد الاتفاقي للمخاطر
- 376 -1 الطريقة المباشرة في الاستبعاد
- 377 -2 الطريقة غير المباشرة في الاستبعاد
- 378 البند الثاني: حدود التأمين من حيث الزمان
- 378 فقرة أولى: كيفية تحديد وقت تحقق الخطر المؤمن منه
- 380 فقرة ثانية: طبيعة الشروط التي يدرجها أطراف العقد لتحديد المدة التي يغطيها التأمين
- 380 أولا: شرط حدوث الواقعة الضارة والمطالبة بالتعويض أثناء مدة الضمان
- 381 ثانيا: شرط تغطية الوقائع السابقة المجهولة للمؤمن له
- 382 ثالثا: شرط الضمان اللاحق
- 383 الفرع الثالث: تقييم التأمين الإلزامي من المسؤولية كنظام تعويضي للمريض
- 383 البند الأول: عدم تغطية التأمين من المسؤولية لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى
- 386 البند الثاني: الصعوبات المتعلقة بتحديد مقدار القسط التأميني
- 388 البند الثالث: الصعوبات المرتبطة بتقدير مبلغ التعويض
- 393 المطلب الثاني: حماية ضحايا الحوادث الطبية وموقف التشريعات منها
- 394 الفرع الأول: نظام التأمين المباشر
- 396 الفرع الثاني: نظام الصندوق الخاص بتعويض المصابين بالإيدز خلال عمليات نقل الدم
- 399 الفرع الثالث: نظام التضامن الوطني في التعويض عن المخاطر الطبية
- 401 البند الأول: شروط استحقاق التعويض باسم التضامن الوطني
- 401 فقرة أولى: شرط السببية
- 404 فقرة ثانية: شرط الجسامة
- 406 فقرة ثالثة: ترتيب نتائج غير عادية تسببها الأضرار
- 407 البند الثاني: إجراءات التسوية للحصول على التعويض

416	خلاصة الباب الثاني
419	خاتمة
433	قائمة المراجع
494	الفهرس

الملخص:

إن ضعف المركز القانوني للمريض يستوجب الاعتراف بحماية خاصة له من خلال تكريس مجموعة من الحقوق التي تثبت له عند تطبيق التقنيات الطبية على جسمه، تتراوح بين الجانب الموضوعي بتقديم العناية الطبية له في ظل احترام إرادته وحرمة حياته الخاصة والجانب الميداني الإجرائي الذي يظهر بتوسيع الالتزام بضمان سلامته من جراء التدخلات الطبية، ليستفيد من المرونة في إثبات الحوادث التي تنجم عنها. إضافة إلى تقرير الحصول على التعويض العادل الذي يتولى تقديره القاضي بما يملكه من سلطة حسب طبيعة الأضرار واختلاف أنواعها، لاسيما في ظل تعدد الأنظمة التعويضية في المجال الطبي من جهة، وبروز فكرة الخطر الاجتماعي الذي يولد تكفل الدولة به على أساس التضامن الاجتماعي.

الكلمات المفتاحية:

التقنيات الطبية - حقوق المريض - العلاج - السر المهني الطبي - الحادث الطبي - المسؤولية الطبية - التعويض عن الضرر الطبي - الإثبات - الالتزام السلامة.

Résumé:

La faiblesse de statue juridique du patient nécessite la reconnaissance d'une protection spécial doit consacrer un ensemble des droits qui lui établi dans ces techniques médicales allant se substance pour fournir des soins médicaux en respectant sa dignité et sa volonté et la vie privée entre coté procédural étendre votre champ d'assurance de sécurité des interventions médicales au profit de la flexibilité dans l'établissement des accidents que le résultat et le rapport obtiennent une compensation équitable qui jugera satisfaction son autorité selon la nature des accident , en particulier à la lumière de plusieurs systèmes compensatoires dans la main du champ médicale et l'émergence d'une idée de risque social qui génère l'assure l'accord médical sur la base de la solidarité social

Les mots clés :

Les techniques médicales – droit des patients – traitement- secret professionnel médical – accident médical - responsabilité médicale - l'épreuve - la réparation du dommage pour faute médicale, obligation de sécurité.

Abstract:

The weakness in the legal center op the patient needs the recognition of his own safety ant to apply a set of rights that are confirmed in the domain of pratising medical technics on his body varies between the respect his life's privacy and his wish and the practical side by enlarging his stay's guarantee through the medical interference to benefit from the accident confirmation that result and to get a fair compensation that is considered by the court because its authority according to the kind of losses especially under the compensation organizations in the medical field and on the other hand the social danger that pushes the state to take it in charge on the basis of the social security

Key words:

Medical technics – patient rights – medical treatment – professional medical secret - medical accident - medical responsibility – compensation of medical error – proof- obligation to safety.