

# جامعة الحاج لحضر باشة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم العلوم القانونية و الإدارية

## المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية و تأمينها

مذكرة متممة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية

تخصص عقود و مسؤولية مدنية

لجنة المناقشة:

- د/ دراجي عبد القادر      أستاذ محاضر (أ)      جامعة الحاج لحضر باشة      رئيسا  
أ.د/ زرارة صالحی الواسعة      أستاذة التعليم العالي      جامعة الحاج لحضر باشة      مشرفا و مقررا  
د/ مخلوفي عبد الوهاب      أستاذ محاضر (أ)      جامعة الحاج لحضر باشة      عضوا مناقشا  
أ.د/ لشهب حورية      أستاذ التعليم العالي      جامعة محمد خضر بسكرة      عضوا مناقشا

إعداد الطالب :  
تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:

زرارة صالحی الواسعة

بدور رضا

السنة الجامعية 2013/2014

## مقدمة.

تعلق مهنة الطب بمقصد عظيم من مقاصد الشرع و هو حفظ النفس ، و يعتبر هذا المقصد مشتركا عاما للإنسانية ، إذ لا يختلف إثنين على أهمية هذه المهنة و نبل القائمين عليها مهما كان جنسهم و دينهم و لغتهم و فلسفتهم في الحياة ، إلا أن التطور المضطرب في آمالين العلمي و التكنولوجي و ما رافقه من إختارات و إكتشافات إقتربت بصحبة البشرية و رقيها و رفاهيتها إذا ما أحسن استغلال ذلك التطور و تلك الإكتشافات ، إلا أنه ليس الحال دائما إذ أن الشغف المتزايد للعلم و الإكتشاف و الإختراع و العمليات الجراحية من جهة و زيادة الوعي لدى المواطنين و سعيهم للحصول على العلاج الأفضل و إزدياد إهتمامهم بمراجعة الأطباء من جهة أخرى أدى إلى جعل الإنسان مهددا في سلامته جسده تارة و في حياته طورا ما لم يتم وضع الضوابط الالزمة التي تحكم المسؤلية الجسيمة الملقة على عاتق الأطباء لتوسيع تلك التطورات .

و رغم أن مهنة الطب مهنة إنسانية في الأساس إلا أنها من المهن المعقّدة و الخطيرة بحسب ما يتربّط على الخطأ فيها من عواقب تمس حياة البشر إذ قد تفضي في بعض الأحيان إلى الوفاة .

و مع التطور الكبير في العلم بصفة عامة و في مهنة الطب بصفة خاصة إزدادت بنسبة ملحوظة الأخطاء الطبية فأصبحت حديث الصحف أحيانا و أروقة المحاكم أحيانا أخرى ، إذ أصبح المواطنون يتوجهون إلى القضاء من أجل المطالبة بالتعويضات المناسبة لجبر الضرر الحاصل لهم جراء التصرفات الطبية سواء أكان ذلك جراء خطأ طبي أو بدون خطأ ، و هو ما جعل من مشكلة الأخطاء الطبية مشكلة مجتمعية تحوز أهمية خاصة لدى جميع الفئات فلم تعد مشكلة مهنية محصورة ضمن كواردتها الطبية فحسب ، و كل ذلك أدى إلى البحث في طبيعة الأخطاء الطبية و كذا في كيفية إثباتها و على من يقع عبء التعويض عن الأضرار الناجمة عن تلك الأخطاء الطبية و قبل ذلك كان البحث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية عن الأخطاء الطبية لا سيما مع إرتفاع نسبتها في مختلف دول العالم .

و لما كانت نسبة الأخطاء الطبية و للعوامل السابقة في تزايد مستمر ، كان لزاماً أن تتم العناية [ ] بهذه الصورة الجديدة من المسؤولية المدنية المترتبة على الأخطاء الطبية ، وهذا ما أدى أيضاً إلى ظهور ما يعرف بتأمين المسؤولية المدنية كجزء من تأمين المسؤولية المدنية للمهنيين و التي يرى أغلب الفقه [ ] ضرورة حتمية تساهم في إزالة العقبة التي تقف في وجه التطور العلمي و المتمثلة في المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية.

لذلك أصبح من الضروري بل من الحتمي اللجوء إلى تأمين المسؤولية المدنية للأطباء و للممارسين الطبيين من أجل الوصول إلى أسس سليمة لتعويض المتضررين من الأخطاء الطبية أو بالأحرى المتضررين من الممارسة الطبية و عليه كان من الضروري البحث عن نظام تعويضي يساهم بشكل فعال في حصول المتضررين على التعويض المادي من جهة لها الملاعة المادية و كذلك من أجل إعطاء الثقة اللازمة للأطباء لممارسة مهامهم بأكبر قدر من الراحة و الإطمئنان ، لكي لا يمارسوا أعمالهم الطبية و هم يعتقدون [ ] مهددون بشغل التعويضات المادية التي يحكم [ ] عليهم في حالة الخطأ أو حتى في حالة الضرر الذي يكون دون خطأ ، فهذه التعويضات غالباً ما تكون قيمتها مرتفعة [ ] تأتي لجبر ضرر أصاب جسم الإنسان و الذي يكون غالباً غير قابل للإصلاح و المراجعة ، مما يؤثر على ذمة الأطباء المالية و هو ما يعكس بالسلب على حي [ ] المهنية .

و لما كانت مهنة الطب تنطوي على مخاطر مادية و شخصية للطرفين و هما الطبيب و المريض فإن معالجة هذه المخاطر تستلزم و توجب إنشاء نظام للتأمين الطبي للأطباء يسهل من خلاله حصول المريض أو ذويه على التعويض الذي يجر ما أصـ [ ] من ضرر و يساعد الطبيب على حل مشكلة دفعه التعويض للمضروـ .

و بما أن التعويض هو غاية المضروـ وفي نفس الوقت هو الضامن للأطباء من أجل ممارسة مهنتـم بكل ثقة و إبداع فإنه لا بد من أن يكون النـظام التـأمينـي قويـ بل و إلـزاميـ يحقق التـوازنـ لـلـمعـادـلـةـ الصـعـبـةـ بشـقـيـهاـ المـتـمـثـلـينـ فيـ تعـويـضـ المـضـرـورـ وـ زـرـعـ الثـقـةـ وـ الطـمـأنـيـنـةـ فيـ نـفـوسـ الأـطـبـاءـ .

وـ ماـ سـبـقـ يتـضـحـ جـلـياـ صـعـوبـةـ تحـدـيدـ نقطـةـ التـوازنـ بيـنـ مـصـلـحةـ الطـبـيبـ وـ المـريـضـ وـ إـعادـةـ الثـقـةـ بيـنـ طـرـفيـ العـلـاقـةـ الطـبـيـةـ بـعـدـ طـغـيـانـ المـصالـحـ الإـقـتصـادـيـةـ (ـ التـعـويـضـ لـلـمـريـضـ وـ

مقابل العلاج للطبيب ) فالطبيب يحتاج إلى قدر و هامش من الحرية و الثقة و الإطمئنان لكي لا تكون المسؤلية على أخطائه المهنية هاجسه ، لأن ذلك سيؤثر لا محالة على أدائه بالسلب و يفقده عنصر المبادرة و البحث عن الجديد في الطب خوفاً من المسؤولية ، و في المقابل فإن جسم الإنسان يتمتع بالحماية القانونية من المساس و الإضرار به و يرتب واجباً على عاتق الطبيب بعدم الإضرار به و الحفاظ على حرمه إلا بالقدر المطلوب لعلاجه لذلك كان لزاماً البحث عن إحداث توازن بين طرف هذه العلاقة الوثيقة من أجل الحفاظ على المصلحتين و عدم التفريط في إداتها ذلك أن حقوق المريض و واجبات الطبيب صفتان مترااظتان إداتها مع الأخرى .

و ما يزيد في صعوبة التوفيق بين طيف العلاقة التي تجمع الطبيب بالمريض التطور المائل في المالطي و كثرة الإكتشافات و تعدد المعدات الطبية ، و التداخل في العمل الطبي أي تداخل بعض الأطراف الأخرى في العملية العلاجية من جهاز شبه طبي و كذا من المرفق الذي يكون في بعض الحالات ملزماً بتوفير التقنيات المتمثلة في الآلات و كذا توفير أحسن الظروف للقيام بالعمل الطبي على أكمل وجه ، و بتنوع المتداخلين في العملية العلاجية تعددت المسؤوليات أيضاً و توزعت مما جعل من الصعوبة يمكن نسبتها إلى شخص معين بالذات لا سيما في العمليات الجراحية التي يتداخل فيها الطبيب الجراح مع طبيب التحاليل الطبية و طبيب التخدير و طبيب الإنعاش ، و أيضاً في حالة عمل الفريق الطبي كأن يشارك عدة أطباء في عملية علاجية واحدة .

و أمام كل هذا التداخل في أطراف هذه العلاقة العلاجية ، وجب البحث عن آلية من أجل إحداث التوازن الذي يضمن للمريض حقه في العلاج من جهة و حقه في الحصول على تعويض عادل و منصف في حالة الخطأ الطبي من جهة أخرى ، و بين إعطاء الطبيب أكثر راحة و ثقة أثناء مزاولة عمله الطبي من أجل أن يبدع فيه و يحقق الرفاهية الطبية للمرضى ، هذه الآلية في هذه العلاقة هي إلزامية تؤمن المسؤولية المدنية للأطباء مما يكفل لهم الراحة في العمل و يكفل للمريض الحصول على التعويض من جهة لها ملاءة و هي شركة التأمين .

غير أن التعقيдات التي تعرفها المسئولية الطبية لا تتوقف عند هذا الحد بل تتعدي مسألة التأمين الإلزامي إلى مسألة أخرى هي دعوى المسئولية في حد ذاتها من حيث صعوبة إثبات الخطأ الطبي و الدور المهم و الفعال للخبرة الطبية في إثباته و تحديد نسبة الضرر الذي أصيب به المريض من أجل وضع القاضي في الإطار المناسب الذي يمكنه من القضاء بالتعويض العادل للمضرور و الذي يعطي كافة الأضرار التي أصابته ، المادية منها و المعنوية .

### أولاً: أهمية الموضوع.

إن أهمية دراسة موضوع الخطأ الطبي المنشئ للمسؤولية المدنية و تأمينها هي التوفيق بين المصالح المتناقضة للطبيب والمريض من خلال الموازنة بين أمرتين هامين هما حماية المرضى مما يصدر عن الأطباء من أخطاء ذات أثر سيء عليهم من تشوه وشلل و وفاة من جهة ، و بين توفير الحماية القانونية للأطباء وتأمينهم من المخاوف الناجمة عن المساءلات القضائية عند الخطأ والتقصير من جهة أخرى ، وذلك من خلال ضبط الإطار القانوني للمسؤولية الطبية الملقة على عاتق الطبيب ضبطا دقيقا يجعله يشعر بالراحة و الإطمئنان أثناء مزاولة مهنته النبيلة و بالمقابل يجعل المريض يشعر بالراحة و الأمان عندما يتوجه إلى الطبيب لتلقى العلاج .

### ثانياً: أسباب اختيار الموضوع.

ما دفعنا إلى اختيار دراسة هذا الموضوع جملة من الأسباب الموضوعية التي نورد بعض منها في ما يلي :

. طبيعة الموضوع ذلك أن المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية و تأمينها تعنى بجانبين ، هما الجانب الطبي و الجانب القانوني ، ذلك أن الدارس لموضوع المسؤولية المدنية الطبية لا بد أن يكون عارفا بقدر و لو يسير عن الطب ليتمكن من دراسة الجانب القانوني للمسؤولية الطبية كمسئوليّة مدنية من طبيعة خاصة .

. أهمية المسؤولية المدنية الطبية كمسئوليّة مهنية ذلك أن الطبيب يتعامل مع صحة الإنسان و حياته من خلال جسده و ما فيه من تعقيدات ، فقيام هذه المسؤولية معناه وجود ضرر بجسد الإنسان حتما.

. التزايد المستمر للأخطاء الطبية و بالمقابل الإزدياد المستمر لدعوى المسؤولية المدنية الطبية المرتبطة [ ] و المعروضة على المحاكم للفصل فيها .

### ثالثا: أهداف الدراسة .

[ ]دف من خلال هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف هي :

. نشر الوعي و الثقافة القانونية و الطبية بين أفراد [ ]تمع عموما و المتضررين من التدخل الطبي خصوصا.

. البحث عن مدى مسيرة التشريع و الإجتهداد القضائي الجزائري للتطور الحاصل في [ ]مال الطبي و التأميني و التشريعي و القضائي على حد سواء .

. من خلال مثل هذه الدراسات قد تولد علاقة ثقة بين الطبيب المعالج و المريض إن كانت مفقودة و قد تزداد إذا كانت موجودة .

. محاولة دراسة الأخطاء الطبية و الضرر الناتج عنها و جبره بصورة معقمة إذ أصبحت الأخطاء الطبية و الضرر الناتج عنها ظاهرة حقيقة في السنوات القليلة الماضية نظراً لتطور و تعقيد العمل الطبي المتواافق طرداً مع التطور التكنولوجي .

. محاولة زيادة الوعي الطبي بين الممارسين للنشاط الطبي و للأفراد على حد سواء و نشر ثقافة قانونية تمكن المتضررين من الأخطاء الطبية من معرفة سبل الحصول على تعويض لجبر ضررهم.

### رابعا: الصعوبات التي واجهتنا في إعداد البحث .

الجدير بالذكر انه و أثناء إعداد هذا البحث واجهتنا و ككل باحث جملة من الصعاب أهمها:

- قلة المراجع المتخصصة سيما في ما يتعلق بتأمين المسؤولية المدنية المهنية عموما و تأمين المسؤولية المدنية الطبية خصوصا .

- قلة الإجتهادات القضائية الجزائرية سواء على مستوى المحاكم أو على مستوى المحكمة العليا.

- ترابط عناصر الموضوع مع بعضها مما صعب من عملية ضبط الخطة .

## خامسا: إشكالية البحث .

نحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية الأساسية التالية :

ما هي الآلية التي تضمن للمريض الحصول على التعويض الكامل في حالة إصابته بضرر جراء خطأ طبي ، و بالمقابل تكفل الإطمئنان و الراحة للأطباء أثناء مزاولة مهنتهم ؟

و من هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع جملة من الإشكاليات تتمثل في ما يلي :

ما مدى الأخذ بالمسؤولية المدنية الطبية كمسؤولية مهنية ذات طابع خاص من حيث طبيعة الرابطة القانونية بين الطبيب و المريض و كذا من حيث طبيعة إلتزام الطبيب ؟ و مدى توافق هذه المسؤولية مع القواعد العامة وفقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري ؟ و ما مدى نجاعة التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في مجاورة الأضرار المتزايدة الناجمة عن هذه الأخطاء من جهة و حصول المضورين على تعويض كامل جبرا للأضرار التي تلحق م من جهة أخرى ؟

## سادسا: مناهج البحث المعتمدة في الدراسة.

لقد إتبعنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي و ذلك لما تقتضيه طبيعة الموضوع من تحليل لظاهرة الأخطاء الطبية من جهة و لمسألة قيام المسؤولية المدنية و تحديد المسؤول المدني عنها من جهة ثانية ، و أيضا تحديد طبيعة الأضرار المشمولة بالتعويض و كيفية التعويض عنها من جهة ثالثة ، و كلها نقاط قانونية في غاية الأهمية و لا يمكن بأي حال من الأحوال دراستها إلا بتحليلها تحليلا عمليا ، فنيا و قانونيا دقيقا اعتمادا على المنهج التحليلي ، مستعينين أحيانا بالمنهج المقارن .

و للإجابة على إشكالية الدراسة إرتأينا أن نقسمها إلى فصلين ، فصل أول نحدد من خلاله النظم القانونية للمسؤولية المدنية الطبية ، و فصل ثان نخصصه للحديث عن التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الطبية و دعوى التعويض عن الأخطاء الطبية ، ثم آينا الدراسة بخاتمة ضمنها ما توصلنا إليه من نتائج و كذا التوصيات المقترحة.

## الفصل الأول: النظم القانونية للمسؤولية المدنية الطبية.

إن موضوع المسؤولية عن الأخطاء الطبية أهمية بالغة تستحق الدراسة و يمثل مشكلة حقيقة تعاني منها كل التمuntas سواء كانت متقدمة أم نامية ، إذ يشكو المرضى من حدوث أخطاء طبية من جانب مزاولي المهنة الطبية نتيجة للإهمال ، ما يعرض سلامتهم للخطر ، كما يشكو مزاولوا المهنة الطبية عموما و الأطباء خصوصا من تزايد دعوى الأخطاء الطبية المرفوعة عليهم دون مبرارات معقولة من وجهة نظرهم و من مبالغ التعويضات المبالغ فيها التي تقضي [] المحاكم لتعويض المتضررين .

فنظرا للتطورات العلمية الهائلة والتقدم التكنولوجي في كافة مجالات الحياة أصبح أمر متابعة هذه التطورات من الأهمية بمكان بحيث يجب أن تحيط بضمانته تشريعية تضمن إحترام الشخصية الإنسانية ورعايتها بأكبر قدر ممكن في جميع الظروف ، و مما لا شك فيه أن العلوم الطبية الحديثة أصبحت تقدم للإنسانية خدمات متميزة وأصبح الطب أكثر فعالية وأكثر طموحا عما كان عليه فيما مضى و في الوقت نفسه أكثر خطورة كأي تقدم علمي.

لقد إرتأينا أن نستهل الحديث عن موضوع بحثنا بالحديث عن النظم القانونية للمسؤولية المدنية الطبية من خلال هذا الفصل الأول و ذلك من أجل وضع الإطار القانوني للموضوع و من أجل تحديد المبادئ العامة له بالحديث عن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية و كذا طبيعة إلتزام الطبيب في البحث الأول ، و الحديث عن أركان المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية من خلال البحث الثاني ، لأنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال الحديث عن التأمين و تأمين المسؤولية المدنية الطبية كمسؤولية مهنية و دعوى التعويض عنها كما سيأتي لاحقا دون التطرق إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية و أركانها .

## المبحث الأول : الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية .

على الرغم من أن المسؤولية المدنية إرتبطت منذ ظهورها بالضرر الذي يحدثه الشخص لغيره فيكون ملزماً بتعويضه ، و على الرغم من أن الضرر الناتج عن الإخلال بالإلتزام الملقي على عاتق الشخص يكون مقرراً بداهة بظهور الإنسان في حد ذاته ، إلا أن ذلك لم يؤد إلى ظهور فكرة المسؤولية المدنية بالصورة التي هي عليها الآن ، فهذه الصورة تولدت عبر إختلافات فقهية كثيرة في عدة جوانب من هذه المسؤولية لا سيما المسؤولية المدنية المترتبة عن الأخطاء الطبية .

إذ رأى جانب من الفقه أن المسؤولية المدنية نوع واحد تترتب عن الإخلال بالإلتزام سابق سوء قامت على أساس عقدي أو تقصيرٍ لأنّ ما يتحدا في السبب و النتيجة غير أن ما هو مأخوذ به من غالبية الفقه أن المسؤولية المدنية نوعان إحداهما عقدية و الأخرى تقصيرية ، فال الأولى تقوم إذا ما أخل العاقد بأحد إلتزاماته التعاقدية ، و الثانية تقوم إذا ما أخل الشخص بالإلتزام يفرضه عليه القانون ، فثار جدل فقهي حول طبيعة المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية التي تأرجحت بين اعتبارها تقصيرية أو عقدية ، كما ثار جدل فقهي آخر حول طبيعة إلتزام الطبيب ، لذلك خصصنا المطلب الأول لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية للمسؤولية المدنية الطبية ، و خصصنا المطلب الثاني لتحديد طبيعة إلتزام الطبيب ، أما المطلب الثالث فخصصناه للحديث فيه عن أركان المسؤولية المدنية الطبية بإعتبارها نوع من المسؤولية المدنية التي لها خصوصية و تميز .

### المطلب الأول: طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية .

تنقسم المسؤولية المدنية إلى مسؤولية تقصيرية و أخرى عقدية ، فإذا كان الإلتزام الذي حصل الإخلال به مصدره العقد كانت المسؤولية عقدية ، و إذا كان الإلتزام مصدره العمل غير المشروع و الفعل الضار أو واقعة مادية رتب عليها القانون إلتزاماً كانت المسؤولية تقصيرية ، لذلك يمكننا القول أن المسؤولية العقدية هي الحالة التي يخالف فيها الشخص إلتزام مصدره العقد و يخل بشروطه ، أما التقصيرية فهي حالة الشخص الذي يخالف إلتزام فرضه عليه القانون .

غير أن الأمر ليس بالبساطة و الواضح الذين يظهر عليهم من الوهلة الأولى لا سيما في مجال الأخطاء الطبية لأن تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية تترتب عليها آثار تختلف من كون المسؤولية المدنية طبية تقصيرية عنها إن كيفت المسؤولية المدنية الطبية على أن مسؤولية عقدية .

لذلك يجب تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية ، إذ أن هذه الطبيعة القانونية تحالجها رأيان ، أولهما اعتبرها مسؤولية عقدية و ثانيهما اعتبرها مسؤولية تقصيرية و لكل واحد منهما حججه التي يؤسس رأيه عليها و يدحض [] الرأي المعاكس.

### الفرع الأول: المسؤولية المدنية الطبية مسؤولية تقصيرية .

تترتب المسؤولية التقصيرية على كل إخلال بواجب قانوني لا يمت إلى العقد بصلة مباشرة و يكون مصدر الإلتزام فيها هو القانون ، فيجب على الأطباء أن يسلكوا سلوكا بعيدا عن الرعونة و الإستهانة و الإهمال لعدم إلحاق الأذى بالغير.

و قد كانت المسؤولية المدنية في بدايات القرن التاسع عشر لا تقوم في حق الأطباء كمسؤولية عقدية ، فظهر في فرنسا مدافعون عن الأطباء و قالوا بعدم مسائتهم عن الأخطاء الطبية لأن مسائلتهم تجعل المسؤولية المدنية تؤثر سلبا على ذمتهم المالية عند الحكم عليهم بالتعويضات للمضرورين ، و قد أسسوا فكر [] على أن ذلك يعيق التطور العلمي ، فإطمئنان الأطباء لا يتحقق إلا بإخراجهم من نطاق المسؤولية المدنية عن أفعالهم المهنية.<sup>(1)</sup>

و قد دافعت عن هذه الفكرة الأكاديمية الطبية الفرنسية حيث أعلنت في تقرير لها بتاريخ 1929/09/29

---

(1) طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) ، المؤسسة الحديثة للكتاب (طرابلس لبنان) ، الطبعة الأولى سنة 2004 ، الصفحة 48 .

أن الأطباء يتلقون من مرضاهم تقويض غير محدود ، و أن الفن الطبي لا يمكن أن يكون ناجعا و مثمرا للمرضى إلا على هذا الأساس ، و أن الطبيب كالقاضي لا يسأل عن الأخطاء التي يقتفيها و أنه حسن النية في مزاولة نشاطه العلمي فمسؤولية الطبيب لا تقوم إلا إذا إقترف غش أو تدليس. (1) و هذا كان يخرج الأخطاء الطبية عن دائرة التعويض للمضرورين الذين أحلف في حقهم بذلك.

إلا أن القضاء الفرنسي لم يساير هذا الرأي و قضى بمسؤولية الطبية وفق ما جاء في عدة قرارات لمحكمة النقض الفرنسية و التي إعتبرت أن المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي لهما تطبيق شامل إذ نصت المادة الأولى على أن أي فعل يأته الشخص و يسبب ضررا للغير فإنه يكون ملزما بمحبه ، و نصت الثانية على أن الشخص مسؤول عن أي ضرر يسببه ليس فقط بفعله بل بإهماله و عدم احتياطه ، فبإقرار محكمة النقض الفرنسية بالتطبيق الشامل لهاتين المادتين إعتبرت مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية (2) و هكذا أصبح الطبيب مسؤولا عن الأخطاء التي تنتج عن إهماله و عدم تبصره أو جهله بالأمور الفنية لمهنة الطب و قواعدها ، و بذلك أصبح الطبيب يسأل عن الأخطاء العمدية و غير العمدية مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية ، فإذا استقرت قرارات محكمة النقض الفرنسية على الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء و أن هذه المسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني عام هو عدم إحداث الأضرار بالغير ، حيث إستقرت محكمة النقض الفرنسية على أن المادتين 1382 و 1383 من القانون المدني الفرنسي تنطبقان على أي خطأ

(1) مشار إليه في اسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى سنة 2009 ، الصفحة 79 .

(2) Article 1382 code civil français " tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. "

Article 1383 code civil français " chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence."

لأي شخص سبب ضررا للغير أيا كان مركبه أو مهنته و انه لا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء. (1)  
و من خلال ما سينتني سرکز حديثنا على حجج القائلين **لذا الرأي** و على مسألة إثبات الخطأ الطبي  
لما لها من أهمية في قيام المسؤولية من عدمها.

### أولا : حجج القائلين بالمسؤولية التقصيرية.

**1/ الطابع الفني و المهني للعمل الطبي.** إن الأعمال الطبية تقوم على أساس طابع فني  
فجوهر عمل الطبيب و إلتزامه هو احترام قواعد و أصول مهنة الطب فأغلبية أخطائه هي أخطاء فنية تمثل  
إخلال بالقواعد و الأصول المهنية مما يخرجها عن نطاق الإلتزام العقدي ، و ما يؤكّد ذلك أن القاضي يلجأ  
إلى أهل الخبرة لكي ينيرهم بخبراتهم بغية الوصول إلى أن الطبيب إلتزم بأصول مهنة الطب أم لا .

و لقد وجهت لهذه الحجة إنتقادات أهمها أن إلتزام الطبيب يكون بحسب العلاج و هو التزام عقدي و لا  
يهم الوصف المهني للإلتزام و إنما يهم الموجب للإلتزام و الذي يتحدد بالعقد فالمريض و إن كان يجهل  
الطرق العلمية للكشف عن مرضه و علاجه فهذا لا يعني أنه جاحد باتفاقه مع طبيبه و الذي مضمونه أن  
يبذل هذا الأخير عناء في علاجه .(2)

**2/ قواعد المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام.** إن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق  
بالنظام العام فهي أكثر حماية للمريض من إعتبار العلاقة بينه و بين

---

(1) رais محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع(الجزائر) ، سنة 2010 ،  
الصفحة 57.

(2) حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أحصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع  
(الجزائر) ، سنة 2009 ، الصفحة 105 .

الطيب عقدية ، ذلك أن الأصل أن سلامة جسم الإنسان يحميها القانون و أي مساس  $\sqcap$  يخضع الطبيب للمسائلة و عليه نطبق أحكام المسؤولية التقصيرية  $\sqcap$  تبني على التزام قانوني سواء في وجود العقد أو في غيابه. (1)

**3/ من ناحية التعويض و التضامن.** إن اعتبار المسؤولية المدنية تقوم على أساس تقصير يسمح للمضرور من الحصول على تعويض كامل الأضرار متوقعة (PREVU) و غير متوقعة (imprevu) وقت حدوث العمل غير المشروع المتسبب في الضرر (2) ، إضافة إلى أن التضامن مفترض حسب المادة 126 من القانون المدني الجزائري "إذا تعدد المسؤولين عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، و تكون المسؤولية في ما بينهم بالتساوي ، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض " و هذا التضامن المفترض يكون في المسؤولية التقصيرية فقط و لا يكون مفترضا في المسؤولية العقدية . (3)

**4/ عدم جواز التعامل بحياة الإنسان.** إن جسم الإنسان معصوم من أي اعتداء من الغير و الحماية قد تشمل كيانه المادي (أي جسده) و كيانه المعنوي ، فقد اخرج القانون الإنسان من دائرة التعامل فلم يعتبره مالا و لم يعامله معاملة الأشياء لذلك يحضر كل إتفاق أو عقد يكون محله المساس بجسم الإنسان .

---

(1) لقمان فاروق حسن نانه كه لي ، المسؤولية القانونية في العمل الطبي ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى سنة 2013 ، الصفحة 176

(2) حبار آمال ، المسؤولية المدنية ، موسوعة الفكر القانوني (العدد الثاني)، دار الهلال للخدمات الإعلامية (الجزائر) ، الصفحة 54

(3) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني و الخطأ العادي في المسؤولية المدنية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان) ، الطبعة الأولى سنة 2007 ، الصفحة 121

غير أن هذا الرأي على الخصوص إنعقد لأنه أحاط بين حياة الإنسان التي هي ليست محل تعامل و بين مدى إلتزام الطبيب ببذل العناية الالزمة من أجل التخفيف أو القضاء على ألم المريض (1)

## 5/ من ناحية عبء إثبات الخطأ .

أساس المسؤولية المدنية الطبية هو الخطأ الطبي الواجب الإثبات ، و إثبات هذا الخطأ يقع عبئه على عاتق المضرور ، فالمدعي بالتعويض عليه أن يقيم الدليل على تحقيق مقومات هذه المسؤولية ، ومن هذه المقومات الخطأ ، أي أن يثبت صدور الفعل الضار من الطرف الآخر المدعي عليه و هو الطبيب و أن هذا الفعل الضار كان نتيجة خطأ منه ، و أن الضرر الواقع عليه كان نتيجة هذا الفعل الضار (2)

غير أنها نرى أن الطرف المضرور هو الحلقة الأضعف في العملية الطبية فإن إثقال كاهله بعبء إثبات الخطأ الطبي و الذي هو عمل فني قد يصعب إثباته على ذوي الخبرة و الإختصاص بما بالك بشخص عادي ، فان ذلك يجعل المنادين بإخراج المسؤولية الطبية من نطاق المسؤولية التقصيرية على حق و يجعل رأيهم مؤسس لأنها يهدف إلى حماية المضرور و التخفيف عنه من خلال نقد ما أثبتت عليه الطبيعة التقصيرية للمسؤولية العقدية .

و لقد جاء موقف المشرع الجزائري في هذا الصدد و حسب اعتقادنا متماشيا مع الرأي القائل بإعتبار المسؤولية هنا تقصيرية من خلال ما جاءت به المادة 239 من القانون رقم 05/85 (3) المعدل و المتمم يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها بحدتها تنص على "يتبع طبقا لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون

---

(1) خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، من إعداد بوخرس بلعيد ، جامعة مولود معمري تizi وزو .

(2) أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق ، الصفحة 75 .

(3) قانون رقم 05/85 مؤرخ في 1985/02/16 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها (الجريدة الرسمية رقم 08 في 17/02/1985).

العقوبات أي طبيب أو جراح الأسنان أو صيدلي أو مساعد طبي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها و يلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته" فمن خلال إستقراء نص هذه المادة يتضح لنا جليا أن المشرع إتخذ موقفا تشريعيا يعتبر من خلاله أن المسؤولية المدنية الناتجة عن الأخطاء الطبية هي مسؤولية تقصيرية و الدليل على ذلك أنه قال في ذات المادة عبارة كل تقصير أي أنه إنعتمد التقصير الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية الطبية ، بالإضافة إلى أنه لم يذكر في أي موضع من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أن العلاقة القائمة بين المريض و الطبيب المعالج هي علاقة عقدية .

## الفرع الثاني: المسؤولية المدنية الطبية مسؤولية عقدية .

لقد نادى العديد من الفقهاء إلى اعتبار أن المسؤولية المدنية الطبية هي مسؤولية عقدية و منهم الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري و الذي أكد أن الأطباء و الصيادلة و المهندسين و المحامين و غيرهم في مزاولة مهنتهم يخاطرون كما يخاطئ الصيدلي في تركيب الدواء ، فمسؤولية هؤلاء الفنانين تكون عقدية لا تقصيرية ، ذلك ألم يرتبطون في الغالب بعقود مع عملائهم في تقديم خدمة الفنية ، و تقدر الخدمة الفنية و تنحصر في حدود بذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة التي يتمون إليها ، (1) كما نادى بذلك العديد من الفقهاء الآخرين أمثال بوتييه و غيرهم ، و هو ما شجع القضاء الفرنسي على التراجع على المبدأ الذي إنعتمدء بإعتبار المسؤولية المدنية تقصيرية إلى غاية سنة 1936 ، إذ بداية من قرار محكمة النقض الفرنسية المبدئي المعروف بإسم ARRET MERCIER المؤرخ في 20/05/1936 و هو القرار الذي

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ( مصادر الإلتزام ) (المد الثاني) ، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان) ، الطبعة الثالثة سنة 2000 ، الصفحة 930 .

إن تعتبر المسؤولية المدنية الطبية كأصل عام مسؤولية عقدية ناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي يرتب على الطبيب إن لم يكن إلتزام بشفاء مريض فعلى الأقل إلتزام بأن يسدي له سبل العناية و اليقظة في ما عدى الظروف الإستثنائية المطابقة للمعطيات العلمية الثابتة .<sup>(1)</sup>

فقد استقر القضاء الفرنسي إلى غاية سنة 1936 على اعتبار أن المسؤولية المدنية الطبية تقصيرية لا عقدية وفق ما سبق بيانه ، إلا أنه و بعد صدور القرار الشهير المعروف باسم قرار مارسيي MERCIER عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20/05/1936 يعتبر المسؤولية الطبية عقدية لا تقصيرية و قد جاء في هذا القرار ما يلي ( يقوم بين الطبيب و مريضه عقد حقيقي يتضمن التزام الطبيب إن لم يكن بالشفاء بتقديم العناية وهذه العناية لا تكون كسائر العنيات و إنما يجب أن يستمد أصولها من نقاوة الضمير و حسن الانتباه و المطابقة لمبادئ العلم )<sup>(2)</sup> ، و قد جاء هذا القرار إثر تقديم سيدة من طبيب أخصائي في الأشعة و قد كانت تشكو من حساسية في الأنف سنة 1925 فعالجها إلا أن علاجه تسبب لها في تلف في الأنسجة المخاطية في وجهها ، فرفع عنها زوجها قضية للتعويض عن الضرر الذي أصابها سنة 1929 ، فأصدرت محكمة استئناف أكس بفرنسا حكما بتاريخ 16/01/1931 تضمن رد الدفع المقدم من الطبيب بالتقادم لمرور أكثر من ثلاثة سنوات من تاريخ التدخل العلاجي لغاية تاريخ رفع الدعوى و هي مدة التقادم للمسؤولية التقصيرية ، فردت المحكمة بأن الدعوى هي دعوى مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب و المريضة و تخضع للتقادم المقرر في القانون المدني الفرنسي للمسؤولية العقدية و هو 30 سنة وفقا لنص المادة 2262 منه و ليس للتقادم المقرر بثلاث سنوات للمسؤولية التقصيرية و قضت لهذه السيدة بالتعويضات عن الأضرار التي لحقتها جراء

(1) M . M . hannouz et A . R . HAKEM , Précis de droit médical (a l'usage des praticiens de la médecine et du droit) , Office des publication universitaires , 1993, page22 .

(2) محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 2009 ، صفحة 204 .

هذا الخطأ الطبي ، و من حينها إستقر قضاء المحاكم الفرنسية على اعتبار المسؤولية المدنية الطبية عقدية.<sup>(1)</sup> فأصبحت المحاكم الفرنسية لا تر الرابطة القائمة بين الطبيب والمريض إلا تعاقدية. <sup>(2)</sup> و لهذا فإننا لن نعدد حجج القائلين لذا الرأي باعتباره أصبح الرأي السائد و المأخذ به ، و إنما سنتحدث على الشروط الواجب توافرها لقيام هذه المسؤولية وكذا عب إثبات لما لها من أهمية علمية و عملية.

### **أولاً/ شروط قيام المسؤولية الطبية العقدية .**

اعتبار المسؤولية الطبية عقدية يعني على شروط لا بد من توافرها و تمثل في :

#### **1/ وجود عقد طبي صحيح .**

يكون عقد طبي صحيح بجميع أركانه بين المريض و الطبيب و العقد الطبي الصحيح هو الذي يتبادل فيه الطبيب و المريض إراداتهما المتطابقتين ، و لقد ثار جدل فقهي حول كيفية إبرام العقد دون أن يكون المريض و الطبيب على سابق معرفة ، و رد على هذه الإشكالية بأن الطبيب الخاص الذي يفتح عيادة لعلاج المرضى يكون في حالة إيجاب دائم ، فإذا ما تقدم منه مريض لتلقي العلاج فان ذلك يكون بمثابة قبول لذلك الإيجاب من الطبيب ، و بالتالي يقوم العقد بينهما صحيحا و يرتب إلتزامات على عاتق كل واحد منهما .

كما يشترط لصحة العقد أيضا أن لا يكون مخالفًا للأداب العامة و لا للنظام العام و أن يكون مشروعًا في محله ، فإذا كان محله غير مشروع فلا يكون العقد صحيحا ، كأن يتفق الطبيب مع المريضة على أن يقوم بإجراء عملية جراحية لإجهاضها ، فهنا بالإضافة إلى ما قد يترب على الطبيب من مسؤولية مدنية و لكن على أساس تقصيره لأن العقد لم يكن صحيحا لعدم مشروعية محله فإنه يمكن مسائلة الطبيب جزائيا عن جنحة الإجهاض. <sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> جرم المشرع الجزائري فعل الإجهاض من خلال نص المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري .

**2/أن يصيب الضرر المريض المتعاقد .** لا بد لقيام المسؤولية المدنية العقدية من أن يكون الضرر قد أصاب المتعاقد نفسه ، و كما سترى لاحقا عند دراسة ركن الضرر ، فإن هذا الأخير قد يكون جسديا ، و في هذه الحالة فإنه قد يؤدي إلى الوفاة أو إلى عجز جزئي بالنسبة للمضرور و لا بد من التمييز بين هاتين الحالتين .

**1.2 حالة إصابة المريض بعجز:** قد يؤدي التدخل العلاجي الطبي إلى إصابة المريض بعجز عن العمل لمدة معينة ثم يشفى المريض من آثار التدخل العلاجي ، كما أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون دائماً أي تبقى آثاره مع المريض بصفة دائمة لا يرج الشفاء النهائي منه ككسر في اليد أو فقد عضو معين مثلا ، ففي هاتين الحالتين يكون من له حق رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض ضد الطبيب هو المريض المضرور على أساس أن العلاقة بينهما هي علاقة تعاقدية. (1) غير أنها نرى عدم قصر الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة على المضرور فحسب بل يجب توسيع هذا الحق ليشمل أيضا خلفه العام لأنهم يتضررون أيضا و بصفة مباشرة لضرره لأنه إن عجز عن العمل لمدة معينة فإنه لن يكون بمقدوره أن يؤمن لهم المال لإعانتهم و هو الشيء الذي يسبب لهم ضررا و يولدهم حقا في المطالبة بالتعويض.

**2.2 حالة وفاة المريض:** في هذه الحالة فإن الورثة كخلف عام له يقومون برفع الدعوى ضد الطبيب المعالج على أساس عقدي لأنهم يختلفون المتوفى في جميع حقوقه فالدعوى هنا عقدية ما دام الطبيب يسأل عن تقصيره في تنفيذ إلتزامه العقدية مع مورثهم فتكون المسؤولية عقدية (2) و التأسيس القانوني لهذه الفكرة أن رفع الدعوى من الورثة يكون على أساس أن أثر العقد كما ينصرف إلى طرفه ينصرف إلى الخلف العام لكل طرف من طرفي العقد في الحدود التي نص عليها القانون كما هو الحال في أحكام المادة 108 من

(1) خالد بن النوي ، ضوابط مشروعية التجارب الطبية و أثرها على المسؤولية المدنية ، دار الفكر القانوني (المنصورة مصر) ، سنة 2010 ، الصفحة 176 .

(2) إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 112 .

القانون المدني الجزائري و التي تنص على ما يلي " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام ، ما لم يتبيّن من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث " أما إذا كان رافع الدعوى من غير الخلف العام فإن المسؤولية الطبية هنا تبني بين الطبيب و هؤلاء على أساس تقصيري لأنه لا يربط الطبيب معهم أي عقد. و يقصد بغير الخلف العام هنا دائني المضرور الذين لهم الحق في رفع دعوى ضد الطبيب للمطالبة بالتعويض الذي كان المضرور ليطالب به و هذه الدعوى هي الدعوى غير المباشرة (1) و ذلك من أجل إستيفاء ديوان العالقة في ذاته ، كما يمكن أن يكون الغير متمثلا في الحال إليه حق المضرور في حواالة الحق ، أي يكون هذا الغير هو الشخص الذي يحيل إليه المضرور حقه في التعويض عن الخطأ الطبي بموجب حواالة الحق .

**3/ أن ينشأ الضرر عن إخلال الطبيب بإلتزامه التعاقدية :** ل تقوم المسؤولية العقدية الطبية لا بد أن ينسب إلى الطبيب خطأ نتيجة لعدم تنفيذه التزام ناشئ عن عقد العلاج الطبي ، أما إذا كان الخطأ المنسوب إلى الطبيب ليس نتيجة خطأ لعدم تنفيذه إلتزامه التعاقدية فإن المسؤولية هنا تكون تقصيرية لا عقدية.(2) فالطبيب في إطار المسؤولية العقدية يتلزم ببذل عناية غالبا و هذه العناية تتطلب الحذر عند قيامه بعلاج المريض (3) وفقا لعقد العلاج الطبي المبرم بينهما و هذا الحذر يتمثل في عمل الطبيب وفق المتعارف عليه من أصول مهنة الطب و أن لا يستعمل طرق علاجية غير محربة من قبل و غير ثابتة علميا ، أو أن يكون غير متحكم في أصول مهنة الطب كأن يكون مثلا غير حائز على الشهادة العلمية التي تؤهله لمارسة مهنة الطب أو حائز عليها غير أنه تنقصه الكفاءة العلمية .

(1) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) ، الطبعة الأولى سنة 2011 ، الصفحة 618 .

(2) أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، الصفحة 95 .

(3) إلياس أبو عبيد ، المسؤولية (الجزء الأول) ، سنة 1993 ، الصفحة 85 .

## ثانياً/ عبء إثبات الخطأ الطبي .

خلافاً للمسؤولية التقصيرية أين يتعين على المضرور إثبات خطأ الطبيب و كذا العلاقة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر الحاصل له ، فإنه في المسؤولية الطبية العقدية فليس على المضرور سوى إثبات وجود أو قيام الالتزام العقدي في جانب الطبيب ، ثم يأتي دور المدعى عليه و هو الطبيب لإثبات التخلص من هذا الالتزام أي أن يثبت الوفاء به أو يثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي ، فالخطأ هنا مفترض بعد قيام الالتزام العقدي ، (1) و من هذا المنطلق فإن اعتبار المسؤولية الطبية عقدية فيه إفاده للمضرور لأنه و على عكس المسؤولية الطبية التقصيرية يعني من إثبات الضرر و الذي في إثباته صعوبة بالغة فهنا عبء الإثبات ينتقل من المضرور إلى المدين و هو الطبيب ، و سنرى ذلك بأكثر تحليل و تفصيل عند الحديث عن نفي المسؤولية الطبية عن طريق نفي الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر في المطلب الأخير من هذا الفصل الأول.

## الفرع الثالث : المسؤولية المدنية الطبية عقدية كأصل و تقصيرية كإثناء .

من خلال الفرعين السابقين تبين أن المسؤولية المدنية الطبية و بعد قرار مارسيي الشهير سنة 1936 أصبحت مسؤولية تبني على أساس عقدي لا تقصيرية ، و هو الأصل العام ، غير أنه ليس الأساس الأوحد لهذه المسؤولية لأن المسؤولية الطبية التقصيرية تبقى قائمة هي أيضاً في بعض الحالات.

### أولاً/ اعتبارات قيام المسؤولية الطبية العقدية .

بما أن القاعدة القانونية تأتي عامة من أجل حماية مصلحة و تغليها على باقي المصالح الأخرى إن وجدت ، فإننا نرى أن الأولى و الأجرد هنا أن تكون المسؤولية المدنية الطبية عقدية لا تقصيرية لما لهذا الإعتبار من

---

(1) أسعد عبيد الجميلي / المرجع السابق / الصفحة 57 .

حماية و تغليب مصلحة المضرور على اعتبار أنه الحلقة الأضعف في العلاقة الطبية ، لأنه بين يدي الطبيب و وعيه الطبي لا يرق لما للطبيب من معارف علمية مما يجعل هناك خلل و عدم اتزان في العلاقة بين الطبيب و المريض ، و من أجل إعادة التوازن لهذه العلاقة فإنه من الأجدر أن تبني على أساس مسؤولية عقدية لا تقصيرية و الإخلال [1] يرتب مسؤولية عقدية .

و الحكمة من جعل المسؤولية عن الأخطاء الطبية عقدية أن هذه المسؤولية يكون الالتزام فيها إما إلتزام ببذل عناء أو إلتزام بتحقيق نتيجة ، عكس الإلتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ تقصيرى و الذى هو دائما التزام ببذل عناء ، (1) فهنا تظهر الأهمية للطرف الأضعف ألا و هو المضرور ، و هو ما يتماشى أيضا و التطور المفاهيمي لمهنة الطب و الذى أدى إلى التغيير في طبيعة التزام الطبيب و حتى الممارس الطبى و الذى أصبح في بعض العمليات الخاصة كالعمليات التجميلية و عمليات نقل الدم و التحاليل الطبية إلتزاما بتحقيق نتيجة إذ لم يعد التدخل الطبى مقتصر برمه على بذل العناية فحسب بل أصبح في بعض التدخلات الطبية إلتزام بتحقيق نتيجة و هو ما سنراه لاحقا بأكثر تفصيل ، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن ما يدعم الرأى القائل بجعل المسؤولية الطبية عقدية لا تقصيرية أن المادة 1147 من القانون المدنى资料 الفرنسي التي بنت المسؤولية العقدية على خطأ عقدي فسرت [1] لا تقصد الخطأ بمعنى الضيق الرامى إلى التعدي و لكن بمعنى أوسع شمل حتى مجرد حصول الضرر دون إخلال بإلتزام تعاقدي . كما أن التنفيذ على الطبيب عينا بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أمر جد صعب بل و في حكم المستحيل أحيانا ففي هذه الحالة يلتجأ الدائن و هو هنا المريض إلى طلب التعويض عن الضرر (2).

ثانيا/ حالات بقاء المسؤولية الطبية تقصيرية كاستثناء . رغم تراجع و إنحسار المسؤولية المدنية الطبية التقصيرية بعد صدور قرار مارسي الشهير سنة 1936 محكمة

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، المرجع السابق ، الصفحة 882.

(2) فيليب لوتوونو ، المسؤولية المدنية المهنية ( ترجمة العيد سعادنة ) ، دار النشر ITCIS ، سنة 2010 ، الصفحة 20 .

النقض الفرنسية ، و إتساع مجال المسؤولية العقدية يوما بعد يوم ، إلا أن هذا لم يؤد إلى زوال و إضمحلال الأساس التنصيري للمسؤولية المدنية الطبية ، بل بقيت كإستثناء (1) ، أو بالأحرى كمسؤولية إحتياطية تقوم إذا لم يكن هناك تنظيم تعاقدي أي في الحالات التي لا يبرم فيها عقد بين الطبيب والمريض ، و هذه الحالات يمكن تصورها في المستشفيات العامة أو في حالة الإستعجال القصوى ، و كذا إنعدام الأجر و بطalan العقد الطبي و ذلك في الحالات التالية :

**1/ حالة عمل الطبيب في المستشفى العام .** المريض عندما يتوجه إلى المستشفى العام فإنه لا يعرف أي طبيب سيقوم بعلاجه و بالتالي فهو ليس في موقف الطرف من العقد الطبي بل هو أشبه ما يكون في حالة إذعان إذ يجبر على تلقي العلاج من الطبيب الذي يعمل في تلك الفترة مهما كان دون أن يكون له حق الاختيار للطبيب ، فلا يمكن اعتباره أبم عقد علاجي مع هذا الطبيب لتبقى المسؤولية في حالة الخطأ المتبسبب في الضرر مسؤولية تنصيرية لا عقدية ، فلا يمكن مسألة الطبيب في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التنصيرية إذ لا يمكن في هذه الحالة القول أن المريض إختار الطبيب لعلاجه حتى يكون عقد بينهما فالطبيب الذي يعمل في مستشفى عام ليس له أن يرفض علاج أحد المرضى الذي ينبغي عليه علاجه و يسأل الطبيب في حالة التأخر عن الحضور أو إنقطاعه عن معالجة المريض.(2)

و ما يؤكد أنه لا مجال لإعتبار العلاقة هنا عقدية أنه و حتى العلاقة بين الطبيب في المستشفى العام و المستشفى في حد ذاته هي علاقة تنظيمية و ليست علاقة عقدية ، و في هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1998/10/20 في الملف رقم 157555 التي أكدت أن المراكز الإستشفائية تعتبر

(1) أحمد سلمان شهيب ، عقد العلاج الطبي (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى سنة 2012 ، الصفحة 233.

(2) طاهري حسين ، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة ) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، سنة 2004 ، الصفحة 22.

مؤسسات عمومية ذات طابع إداري و مزودة بشخصية معنوية و بإستقلال مالي و علاقتها بالأطباء العاملين فيها علاقة تنظيمية .<sup>(1)</sup>

**2/ حالة الإستعجال القصوى .** تقوم المسؤولية المدنية تقصيرية إستثناء في حالة الإستعجال القصوى و التي لا يكون فيها الوقت متاحاً للمريض أو من يمثله من أجل اختيار الطبيب و إبرام عقد علاجي معه فهنا تكون المسؤولية تقصيرية أيضاً لا عقدية ، لأن هذه الحالات تكون فيها حالة المريض على درجة كبيرة من الخطورة و من ثمة تحتاج إلى إتخاذ إجراءات طبية سريعة و عاجلة ، و هذه العجلة يكون فيها غالباً نقص للعناية.<sup>(2)</sup>

**3/ حالة بطلان العقد الطبي.** كما سنرى لاحقاً فإن العقد الطبي المبرم بين الطبيب و المريض قد يكون قابلاً للإبطال وفق القواعد العامة لإبطال العقد التي أقرّها المواد من 99 إلى 101 من القانون المدني الجزائري ، فإنه في حالة أقر بإبطال العقد فلا مجال لإعمال المسؤولية العقدية في العلاقة التي تقوم بين الطبيب و المريض ، غير أن هذا لا يمنع المضرور من المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تسبب له فيها الطبيب و لا يكون أمامه إلا أن يسلك مسلك المسؤولية التقصيرية أي أنه يكون مجبراً على إثبات خطأ الطبيب ، و رغم صعوبة إثبات الخطأ الطبي إلا أن هذا الأمر يبقى أحسن للمضرور من إنفائه العلاقة التعاقدية بينه و بين الطبيب مما يجعله غير قادر على الحصول على تعويضات . و حالات بطلان العقد الطبي هي نفسها حالات بطلان العقد بصفة عامة و هي عدم توافر ركن من أركان العقد من رضا و محل و سبب ، فبخصوص الرضا مثلاً فإن الطبيب ملزم بأن يخبر المريض عن دواعي التدخل الجراحي في بعض

---

(1) محمد مروان ، الحماية الدستورية للحرمات الشخصية و حقوق الدفاع في المتتابعات الجنائية ، موسوعة الفكر القانوني المرجع السابق ، الصفحة 05 .

(2) منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين (في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري) ، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) ، الطبعة الأولى سنة 2007 ، الصفحة 164 .

العمليات و مجرر أيضا على الحصول على رضا المريض إن كان قادرا على التعبير عن رضها ، فإن رفض المريض التدخل الطبي و قام الطبيب بالتدخل الجراحي فإن ركن الرضا بالنسبة للمريض ينعدم و بإنعدامه يكون العقد باطلا لإنعدام ركن من أركانه فهنا إن أخطأ الطبيب وأصيب المريض بضرر فيمكنه اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية لبطلان العقد .

4/ حالة تقديم الطبيب لخدماته مجانا. رأينا أنه من ضمن الأسس و الحجج التي أقيمت عليها المسؤولية الطبية تقصيرية أنه في حالة عدم تقديم الأجر من المريض للطبيب فإن العقد لا يقوم بين الطبيب و المريض بل تكون المسؤولية تقصيرية وجوها ، لأن إلتزام المريض إتجاه الطبيب ليس فقط إعطائه الأجر أي المقابل المالي بل أن إلتزامه أيضا بالتعاون مع الطبيب و تمكينه من نفسه لإجراء العلاج و مده بالمعلومات الخاصة به و بماضيه الطبي .

غير أن هناك من رأى إعفاء الطبيب الذي يقدم خدماته مجانا من المسؤولية المدنية في حال أخطأ لأنه يقوم بعمل إنساني دون أجر ، إلا أننا نقول بخلاف هذا الإتجاه و نساير الإتجاه الأول القائل ببقاء مسؤولية الطبيب قائمة حتى إن لم يحصل على أجر و ذلك لأن الطبيب يتعامل مع أعز ما يملك الإنسان و هو جسمه و صحته ، كما أن إعفائه من المسؤولية المدنية يجعله غير محفز على بذل الجهد الصادق في العلاج حفاظا على سلامة الإنسان لإعتبارين أولهما غياب الحافز المالي لأنه يعمل دون مقابل و ثانيهما غياب الرادع و هو المسؤولية المدنية في حالة إعفائه منها .

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب .

إن مسألة تحديد طبيعة التزام الطبيب ببذل عناء أو بتحقيق نتيجة مسألة غاية في الأهمية و التعقيد و لم تشهد ثبات في طبيعتها القانونية لأنها مرتبطة إرتباطا وثيقا بأصول و فن مهنة الطب و بالتطور التكنولوجي و الآلات ، لذلك فقد تطورت هذه الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب و تغيرت تماشيا مع طبيعة العمل الطبي و التي تغيرت بدورها عبر الزمن ، و هذا الإختلاف راجع بالدرجة الأولى إلى صعوبة التفريق و وضع موازنة دقيقة بين نوعين مختلفين من الإلتزامات و هما الإلتزام بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببذل عناء ، و على الرغم من تلك الصعوبة إلا أنه لا ضير من الحديث عن كلتا المسؤوليتين و محاولة تمييز الإلتزام في إطار العمل الطبي عن غيره من الإلتزامات.

### الفرع الأول: إلتزام الطبيب ببذل عناء.

من خلال هذا الفرع سنحاول تعريف الإلتزام ببذل عناء بصفة عامة ، و نسقط التعريف على خصوصية إلتزام الطبيب إتجاه المريض ، كما سنرى إن كان هذا الإلتزام هو الأصل و هو ما ينفرد به العمل الطبي أم لا ، بالإضافة إلى مسألة الإثبات للخطأ الموجب للمسؤولية عند اعتبار إلتزام الطبيب في إطار المسؤولية المدنية الطبية إلتزام ببذل عناء .

#### أولاً/ تعريف الإلتزام ببذل عناء .

يقصد بالإلتزام ببذل عناء أن يسعى المدين ببذل أقصى ما في وسعه لمحاولة الوصول للنتيجة التي يرجوها الدائن و إن لم يصل إليها فعلا فهو غير ملزم<sup>١</sup> ، و عليه فالإلتزام ببذل عناء يعد من الإلتزامات التي يتلزم المدين (الطبيب) بمقتضاهما بالقيام بالعناء الواجبة عليه قانونا أو إتفاقا و أن يبذل ما في وسعه لأجل تنفيذ

إلتزامه دون أن يتعهد بتحقيق غاية ، فهو ملزم بإستخدام جميع الوسائل الممكنة لإرضاء دائه (المريض) في الإلتزام غير أنه لا يضمن تحقيق النتيجة.(1)

و الأصل أن يكون إلتزام الطبيب ببذل عنابة وفق المعايير وأصول المهنة المتعارف عليها ، لكن إذا قصر الطبيب في بذل العناية المطلوبة منه ، أو إذا أخطأ أو بذل قصد أو أهمل أو تجنب الحيطة و الحذر في ذلك أو حتى إذا أبدى جهلاً بالحقائق العلمية المستقرة و الأصول الفنية المطلوبة ، تجحب مسؤولته عن الضرر الذي سببه للغير ، و في هذا الصدد نجد قرار المحكمة العليا الجزائرية في 23/01/2008 ينص على أن الإلتزام ببذل عنابة الواقع على الطبيب يعني بذل الجهد الصادق وفق الظروف القائمة و الأصول العلمية الثابتة و جاء هذا القرار ليدين الطبيب الذي إتفق مع المريض على نزع الحصى من الكلية إلا أنه نزع له الكلية كاملة (2) و أيضا نجد القرار المؤرخ في 06/04/2004 و الذي أكد على أن مغادرة الطبيب لقاعة العمليات قبل إنتهاء العملية يعد إهمال يوجب المسؤولية ، (3) ذلك أن الطبيب و مهما بلغ من علم و فكر ، و مهما يستخدم من آلات حديثة و متقدمة لا يمكنه أن يضمن الشفاء التام للمريض لعدة أسباب أهمها أنه يتعامل مع جسم إنسان المعقد و غير المعلوم بكماله إلى الآن ، كما أنه يتعامل مع أجسام مختلفة بإستعمال نفس الدواء لنفس المرض و نفس الآلة لنفس التدخل الطبي بينما الأجسام البشرية تختلف من شخص لآخر ، لذلك فهو ملزم فقط ببذل العنابة الفائقة من أجل الوصول للشفاء غير أنه ليس ملزم بتحقيقه و لا يسأل عن عدم الوصول إليه إلا إذا ارتكب خطأ مهني تسبب في عدم الشفاء أو الحق ضررا بالمريض .

(1) أسامة أحمد بدر ، الإلتزام ببذل عنابة و الإلتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤولتين الشخصية و الموضوعية ، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية مصر) ، سنة 2011 ، الصفحة 11 .

(2) قرار منشور في الـلـة القضـائية المحـكـمة العـلـيا لـسـنة 2008 العـدـد 02

(3) قرار منشور في مجلـة المحـكـمة العـلـيا سـنة 2011 عـدـد خـاص .

## ثانياً/ أساس إلتزام الطبيب ببذل عناية .

لقد ذهب غالبية الفقه إلى القول أن إلتزام الطبيب في مواجهة المريض هو إلتزام ببذل عناء سواء أكان مصدر الإلتزام القانون أو مصدره العقد ، فالطبيب غير ملزم بشفاء المريض وإنما ملزم ببذل أقصى ما في وسعه للشفاء ، و بالتالي عندما تقع مسؤولية الطبيب فإنه لا يسأل عن عدم شفاء المريض وإنما يسأل عن تقصيره في بذل العناية الالزمة فقط ، أي يسأل عن الإهمال والتقصير فقط وليس عن عدم الشفاء (1) ، وقد كانت طبيعة إلتزام الطبيب عند معالجته للمريض ثابتة من خلال اعتبارها إلتزام ببذل عناء فقط ، إذ أنه و حتى في الشريعة الإسلامية فإن فقهائها يجعلون إلتزام الطبيب كأصل عام إلتزام غير مقيد بشرط السلامة ، (2) بمعنى أن الإلتزام هو إلتزام ببذل عناء و ليس بتحقيق نتيجة ، فالطبيب المعالج لا يلتزم بشفاء المريض و لا بوقف تفاقم الضرر لأن ذلك ليس في مكتنته و إستطاعته ، و كل ما يلتزم به الطبيب المعالج هو بذل عنايته المعتادة عند أداء واجبه ، فالقاعدة أن الواجب لا يتقييد بشرط السلامة .(3) و هذا الرأي نفسه استقر عليه الفقه و القضاء إذ كيف أساس إلتزام الطبيب بأنه إلتزام ببذل عناء ، علما بأن السلامة في الإلتزام ببذل عناء تعني حماية المريض من خطأ الطبيب و كذلك حمايته من الأجهزة التي يستعملها .

و يرى أصحاب هذه الفكرة أن رأيهم أقرب إلى العدالة لأنه لا يحمل الشخص أشياء لا يستطيع القيام بها ، و القول بغير ذلك و هو التزام الطبيب بتحقيق نتيجة و الوصول إلى الشفاء هو أمر غير مبرر قانونا فدور الطبيب يقتصر على مجرد تقديم الرعاية الكاملة و العلاج المناسب لحالة المريض لأن الشفاء ليس بيده ، كما أن العمل الطبي يحتوي على نسبة كبيرة من التخمين و الإحتمالية و بالتالي ليس بمقدور الطبيب الإلتزام

(1) أحمد شعبان محمد طه ، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب و الصيدلي و المحامي و المهندس المعماري ، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية مصر) ، سنة 2010 ، صفحة 109 .

(2) إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 48 .

(3) حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، صفحة 88 .

بكافة التواحي الفنية الحديثة بالإضافة إلى أن الخلايا الداخلية للإنسان متغيرة و متعددة و تختلف من شخص لأخر و بالتالي فالعمل الطبي الذي يتصل **بـهذا التكوين البشري** عمل غير مضمون النتيجة و لا يلزم الطبيب إلا ببذل عناء ، لأن الشفاء ليس مقتضى بتدخله العلاجي فحسب بل الشفاء من عند الله سبحانه و تعالى لقوله تعالى في محكم تنزيله " **و إذا مرضت فهو يشفيني**" (1) ، و هو ما نعتقد أن المشرع الجزائري أخذ به من خلال نص المادة 195 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب و التي جاء فيها "يتعين على الأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي **الملائم لهم**"

إضافة إلى ذلك فإن العمل الطبي يحتوي عادة على قدر مهم من الإحتمال يجعل من إعتباره إلتزام بتحقيق الشفاء (تحقيق نتيجة) فيه ظلم كبير للطبيب لا يتقبله عاقل فالطبيب لا يعد بالشفاء بل إن عمله يعتمد في جانب كبير منه على عناصر غير موزونة و لا محسوبة و لا محسومة تخرج عن قدرات الطبيب و عن نطاق سيطرته (2) فحتى لو كان الطبيب المعالج هو طبيب أسنان و يستعمل أحدث ما جادت به قريحة العلماء في مجال طب الأسنان من مكونات و من الآلات فإن إلتزامه الطبي لا يخرج عن نطاق بذل العناية و لا يمكن له بأي شكل من الأشكال أن يرتقي إلى إلتزام بتحقيق نتيجة و هي الوصول إلى الشفاء .

### ثالثا/ عبء إثبات الخطأ في الإلتزام ببذل عناء

إن القول أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناء لا بتحقيق نتيجة لا يعفيه بأي شكل من الأشكال من المسؤولية المدنية ، ذلك أنه إذا ما قصر الطبيب في بذل العناية المطلوبة منه و لم يؤد لليس إلى عدم الشفاء فحسب بل إلى ضرر يصيب المريض فإن المسؤولية المدنية للطبيب تقوم لتقديره في بذل العناية

(1) الآية 80 من سورة الشوراء .

(2) جميل صالح ، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي ، موسوعة الفكر القانوني (المسؤولية الطبية) ، المرجع السابق ، صفحة 78 .

التي توجبها عليه أصول مهنته ، و بما أن المسؤولية المدنية هنا مسؤولية خطئية فإنه يتبع إثبات هذا الخطأ .

إن عبء إثبات الخطأ عند تنفيذ الالتزام ببذل عناء يعد مسألة جوهرية فوفقاً للقواعد العامة على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه (1) ، فالخطأ هنا لا يقوم إلا إذا قصر المدين عن بذل العناية المطلوبة منه في اتخاذ الوسيلة التي تقود إلى النتيجة التي أرادها العاقدان ، فالخطأ يقوم هنا بإنحراف في سلوك المدين عند تنفيذ إلتزامه و لا يقوم لعدم تحقق النتيجة .

و بالمقابل فإنه في هذه الحالة يمكن للمدين و هو الطبيب هنا أن ينفي خطئه الموجب للمسؤولية المدنية بإقامته الدليل على أنه بذل و عمل كل ما في وسعه و نفذ إلتزامه و لم يخطئ .

كما أنه و بالإضافة إلى أن الدائن (المريض المضرور) ملزم بإثبات خطأ المدين إلا في بعض الحالات التي يفترض فيها خطأ المدين افتراضاً بسيطاً ، فإن المدين (الطبيب) يمكنه دحض خطئه ليس فقط عن طريق إثبات السبب الأجنبي بل عن طريق إثبات سلوك أو تصرف المدين نفسه بأنه كان سلوكاً لا يتواافق كلياً مع درجة العناية الواجبة عليه بمقتضى العقد ، و ما سبق يتضح أن هناك شبه إجماع فقهي على أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو إلتزام ببذل عناء .

## الفرع الثاني: إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة .

من خلال الفرع السابق تبين لنا أنه يكاد يكون هناك شبه إجماع فقهي على أن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب هو إلتزام ببذل عناء ، أي أن الطبيب يبذل الجهد الصادقة اليقظة التي تتفق مع الظروف القائمة و الأصول العلمية الثابتة [دف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية ، و عليه الالتزام في الواقع

(1) عبد القادر بن تيشة ، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2011 ، الصفحة 31 .

العملي على عاتق الطبيب و كأصل عام هو إلتزام ببذل عناء و ليس بتحقيق نتيجة الشفاء ، غير أنه و من أجل توفير أكبر حماية للمريض و لمسايرة التطور العلمي الحاصل في شتى المجالات ظهر إتجاه فقهي لا يجعل إلتزام الطبيب إلتزام ببذل عناء بل إلتزام ببذل عناء قصوى أي إلتزام ببذل عناء كبيرة و مؤكدة.

و من أجل الرفع من درجة المسؤولية على عاتق الأطباء لتحسين أدائهم فقد ظهر اتجاه آخر اخرج التزام الطبيب من دائرة الالتزام ببذل عناء و أدخله في دائرة الالتزام بتحقيق نتيجة و أهم مثال على ذلك هو مجال الجراحة التجميلية و التي أصبحت دقيقة إلى درجة تمكن من تحديد النتائج المراد الوصول إليها سلفاً و كما ظهر التزام الطبيب بضمان السلامة أي بتحقيق النتيجة في مجالات أخرى كحالات إستعمال الأدوات الطبية، نقل الدم و التحاليل الطبية ، التطعيم أو التلقيح و استخدام منتجات التجميل .

**أولا/تعريف الإلتزام بتحقيق نتيجة** . هو الإلتزام الذي يكون فيه المدين مكلفاً تجاه الدائن بتحقيق نتيجة معينة يلزم بالوصول إليها و يسأل عن عدم تتحققها ، أي يجب تحقق المدف المرجو من الإلتزام (1) ، إذ أن بعض العقود تضع على عاتق المدين الإلتزام بعمل معين على وجه الدقة ، بحيث يكون هذا العمل هو محل الإلتزام و لن يكون المدين موفياً لهذا الإلتزام إلا بتنفيذها أي بتحقيق نتيجة ، و من ضمن هذه العقود بعض العقود الطبية كالعقد المبرم بين الطبيب و الشخص الذي يريد إجراء عملية تجميلية أو الشخص الذي يتقدم من بنك دم للتبرع بدمه فالطبيب ملزم بتحقيق نتيجة في هذا العقد الطبيعي و هي سلامه المتبرع بالدم و عدم إصابته بأي مرض جراء عملية نزع الدم أو حتى نقله .

فالإلتزام بتحقيق نتيجة أو كما يسمى أيضاً الإلتزام بتحقيق غاية يتحدد مضمونه في تطابق المدف الذي يرمي الدائن إلى تحقيقه مع مضمون إلتزام المدين فعدم تحقق النتيجة يؤدي دائماً إلى إفتراض خطأ المدين.(2)

(1) أحمد شعبان محمد طه ، المرجع السابق ، الصفحة 111.

(2) أسامة أحمد بدر ، المرجع السابق ، الصفحة 18.

ثانياً/  **أساس إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة .** الأصل العام أن إلتزام الطبيب إتجاه المريض هو إلتزام ببذل عناءة كما سبق بيانه ، غير أن هذا الأصل العام لا يؤخذ على إطلاقه ذلك أنه و في بعض الحالات لم يعد إلتزام الطبيب قاصراً على بذل عناءة ، بل أصبح ملقى على عاتقه إلتزام بتحقيق نتيجة و هذه النتيجة هي سلامة المريض و صحة العمل الطبي الذي يقوم به .

و هذا التغير في طبيعة إلتزام الطبيب أملته الظروف الجديدة التي أصبحت ترافق العمل الطبي و ذلك من تطور علمي من ناحية النظريات و كذا الوسائل المستعملة في التدخل الطبي ، إذ أن أول ما تغير في الإلتزام ببذل عناءة و تحوله إلى إلتزام بتحقيق نتيجة كان يخص الوسائل المستعملة إذ أصبح الطبيب ملزماً بتحقيق نتيجة بخصوص الوسائل و يقصد [إلتزام أن الطبيب ملزم بتحضير الوسائل الالزمة في عمله الطبي] و هو ملزم أيضاً بتحقيق النتيجة التي ينبغي أن تتحقق من الوسائل ، فالطبيب مسؤول عن الآلات التي يستخدمها في جراحة التجميل باعتباره حارساً لهذه الآلات و يكون إلتزامه بضمان سلامة المريض (1) و خلافاً لما بني عليه الإلتزام ببذل عناءة في العمل الطبي من إحتمال فإن الأعمال الطبية لا تبني كلها على هذه الإحتمالية التي لا تؤخذ على إطلاقها سيما إثر التطور الكبير الحاصل في المجال الطبي سواء من الناحية العلمية النظرية البحتة ، أو من ناحية الآلات و الوسائل المستعملة فأصبحت نتائج بعض التدخلات الطبية مؤكدة و معروفة سلفاً حتى قبل القيام [ ] ، أي [ ] أصبحت يقينية و بعدت عن الإحتمالية التي يقوم عليها العمل الطبي مثل عمليات التجميل ، نقل الدم ، التحاليل الطبية ، التركيبات الصناعية و غيرها . (2)

(1) أنس محمد عبد الغفار ، إلتزامات الطبيب تجاه المريض (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي) ، دار الكتب القانونية . دار شتات للنشر و البرمجيات (مصر - الإمارات) ، سنة 2013 ، الصفحة 175 .

(2) إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 54 .

و عليه فإن إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة في بعض أعماله الطبية أملته التطورات الحاصلة في آثار الطبي و التي أدت إلى بعد عن الإحتمالية وقرب أكثر من اليقينية و لو في بعض التدخلات الطبية فحسب.

غير أن البعض نادى إلى ضرورة إخراج الإلتزامات الطبية من نطاق تحقيق النتيجة لأن العلة في تكيف إلتزام الطبيب أن العمل الطبي يتضمن بين طياته قدر كبير من الاحتمال و الحدس و التخمين مما يجعل نتائجه إحتمالية إلى حد كبير ، فإن كان الطب يرتكز على معطيات علمية تزداد أكثر فأكثر مع مرور الوقت ، غير أنه لا يمكن الحديث عن علوم دقيقة فالطب يبقى فنا في غالب جوانبه ، إذ تتميز التداعيات الطبية

الضارة بأثرا تستقل تماما عن العمل الطبي بمفهومه الفني .(1)

كما أن الرافضين لهذا التأسيس القانوني لطبيعة إلتزام الطبي يرون أيضا أن جعل هذه المسؤولية مفترضة و بقوة القانون و لا تبن على الخطأ بل على عدم تحقق النتيجة غير متوازنة و المنطق ، ذلك أن ذلك سيؤدي بالمرضى بالإكتفاء بالقول أن النتيجة المتوصل إليها ليست هي النتيجة المرجوة منهم لا سيما في عمليات التجميل للحصول على التعويض فحسب ، و هو ما يجعل الأطباء يعزفون على القيام بمثل هذه التدخلات الطبية خوفا من المسائلة المدنية سيما في حالة عدم إكتتاب تأمين على المسؤولية المدنية ، لأنه و رغم أن التأمين من المسؤولية المدنية الطبية إلزامي إلا أنه يمكن تصور بعض الأطباء الذين يمتنعون عن إكتتاب هذا التأمين .

(1) آمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية (دراسة في القانون الجزائري و المقارن) ، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية مصر) ، سنة 2011 ، الصفحة 44 .

**ثالثاً/ عبء إثبات الخطأ في الإلتزام بتحقيق نتيجة .** إن الإلتزام بتحقيق نتيجة يختلف عن الإلتزام ببذل عناية ذلك أن الأول لا يلزم الدائن كما في الثاني بإثبات خطأ المدين (الطيب) ، بل أن المسؤولية تقوم في حق المدين بمجرد عدم تحقق النتيجة ، و من ثمة تقوم مسؤولية المدين بقوة القانون فتكون مسؤولية موضوعية بدون خطأ ، وهو ما يتماشى و الإتجاه الحديث في مجال المسؤولية المدنية الطبية و هو الذي سنراه بأكثر تفصيل لاحقا .

غير أن هذه المسؤولية المدنية القائمة بمجرد عدم تتحقق النتيجة أي بإفتراض خطأ المدين و رغم الضمانة حقيقة لصالح المدين المضور لإلزام الطبيب المدين على تنفيذ إلتزامه و الوصول إلى النتيجة المتفق عليها، ليست مسؤولية مطلقة أي لا تقوم على قرينة قاطعة بل يمكن نفي هذه المسؤولية من المدين و هو الطبيب ليس بإقامة الدليل على إنعدام الخطأ في جانبه و لكن بإثبات السبب الأجنبي كسبب لعدم تتحقق النتيجة<sup>(1)</sup>. و نحن نرى أن جعل إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة يبني على قرينة الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس فيه الكثير من الإجحاف في حق الأطباء و من شأنه أن يولد لدى الأطباء حالة من العزوف على إتيان التدخلات الطبية التي يكون فيها إلتزامهم بتحقيق نتيجة لأنهم يكونون على يقين مسبق بأن في حالة عدم تتحقق النتيجة سيسألون مدنيا و يلزمون بدفع التعويضات و هو ما قد يؤثر على سمعتهم كأطباء حتى في حالة وجود تأمين للمسؤولية المدنية أي وجود شركة تأمين تحمل التعويض ، فسمعة الطبيب قد تكون أهم بالنسبة إليه من المال ، لذلك فمن الأحسن أن تبقى قرينة الخطأ المفترض في الإلتزام بتحقيق نتيجة بسيطة قابلة لإثبات العكس من الطبيب المسؤول .

**رابعاً/ حالات إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة .** كما سبق و أشرنا أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية كأصل عام ، و إلتزام بتحقيق نتيجة إستثناء في الحالات التي وصل فيها التقدم العلمي و التكنولوجي إلى أن هامش خطأ بسيط بل و شبه معادوم في بعض التدخلات الطبية المعتمدة على التقنية العالية

(1) أسامة أحمد بدر ، المرجع السابق ، الصفحة 108 .

فخرج العمل الطبي من الإحتمالية التي بني عليها سابقاً إلى اليقينية في الوصول إلى النتيجة إذ بسلوك الطبيب لسلوك الرجل المعتمد فإنه سيصل لا محالة للنتيجة المرجوة من المريض دون أن يتسبب له في ضرر ، غير أن هذه اليقينية لازالت مخصوصة في بعض التدخلات الطبية كالعمليات التجميلية و عمليات نزع و نقل الدم و سنورد بعضاً منها في ما يلى .

**١/ الإلتزام بتحقيق نتيجة في الجراحة التجميلية .** يميز أغلب الفقه بين نوعين من الجراحة التجميلية هما الجراحة التجميلية الإصلاحية و هي الجراحة التي هدف إلى إصلاح تشوه خلقي أو مستحدث ناجم عن حادث عمل أو حادث سير و الجراحة التجميلية الحضرة وهي تلك العمليات التي يخضع لها الشخص كلما كان غير راض عن مظهره الخارجي و رغب في تجميله.

و في ما يخص الجراحة التجميلية فقد إعتبرت منذ البداية بالـ خاطئة إذا كانت مدفأة إلى تحسين شكل طالبها و ليس لها دواع علاجية ، فالإقدام على هذه العمليات التجميلية الذي لا يقصد به العلاج بل تحميل طالبه يعد خطأ في حد ذاته و يتتحمل الطبيب بسيبه كل الأضرار التي تنشأ عن العلاج حتى لو أجرى تلك العملية طبقا لقواعد العلم و الفن الصحيحين. (1)

غير أن جانب آخر من الفقه أكد أن الجراحة التجميلية مباحة و حتى مجرد إتيالاً للتجميل الشكلي لا غير لا يجعلها غير مشروعة قانوناً ، و سبب جعلها جائزة أنه حتى في الحالة التي لا تكون لها دواعي علاجية بحثة بل تجميلية فقط فإن ذلك لا يخرجها من إطار المشروعية القانونية و لا يخرجها أيضاً من الإطار العلاجي ، لأن الذي يرغب في إجراء جراحة تجميلية يكون غير راض على شكل العضو المراد تحميله ، وبالتالي فهو يعاني نفسياً و إجراء الجراحة التجميلية يريحه نفسيته ، لأنه مما لا شك في أن العلاقة وثيقة بين نفسية الإنسان و صحته .

(1) عبد القادر بن تيشهة ، المرجع السابق ، الصفحة 113 .

و قد ساير المشرع الفرنسي هذا التغير في الموقف بالإعتراف بالجراحة التجميلية إذ نجده و من خلال القانون 303 المؤرخ في 2002/03/04 المتعلق بحماية حقوق المرضى إستبدل مصطلح علاجي *médical* بـ *thérapeutique* مما أدى إلى إدماج الجراحة التجميلية ضمن الأعمال الطبية .

كما أن التشريع الجزائري أجاز إجراء عمليات تجريبية لا يرج من ورائها العلاج بشرط الحصول على رأي مسبق من طرف مجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية الذي ينبغي أن يتأكد من أن الطبيب الجراح مؤهل لإجراء عمليات التجميل مما تقتضي هذه الأخيرة من دقة العمل وعناية فائقة وهذا ما نصت عليه المادة 3/168 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (1).

2/ الإلتزام بتحقيق نتيجة في عمليات نقل الدم . إن تحليل الدم لبيان فصيلته و تحديد مكوناته من الأمور الهامة و الأساسية في العمل الطبي ، لأن ذلك يمكن من تحديد الزمرة الدموية التي يحتاجها الطبيب و تحديد مكوناته يمكن من معرفة مدى سلامته و خلوه من الجراثيم و الفيروسات ، و هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة كونه يتعلق بعمليات معتمدة لا تتضمن أي إحتمال .

و رغم أن تحليل الدم و نقله كان يعتبر كغيره من الالتزامات الطبية التزاما ببذل عنابة إلا أن التقدم العلمي الكبير في هذا المجال أدى إلى جعل إلتزام الطبيب و طبيب التحاليل و كذا بنك الدم الذي يحفظ فيه الدم إلتزاما بتحقيق نتيجة ، و هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة هو إلتزام محدود و ليس مطلق أي أنه ليس إلتزام

(1) المادة 3/168 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل و المتم " تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليها في المادة 1/168 أعلاه "

بالشفاء بل هو إلتزام بنقل الدم النقي للمريض و الذي يتفق مع فصيلته ، (1) فمن الطبيعي أن تسبق عمليات نقل الدم ففحوصات للتأكد من سلامة معطي الدم من جهة و للتأكد من تطابق فصيلة المعطي مع فصيلة المتلقى للدم ، فالإلتزام هنا محله أن يكون الدم مناسب من حيث الفصيلة و سليم و خالي من الأمراض (غير ملوث) ، (2) فإذا لم تتحقق النتيجة كأن تكون فصيلة الدم ليست نفسها بين المانح و المتلقى أو كأن يكون الدم ملوث فإن المسؤولية العقدية للطبيب ، لمركز التحاليل و حتى لبنك الدم تقوم في مواجهة المريض . و نحن نؤيد هذا الإتجاه لما لعمليات نزع الدم و نقله من خطورة كبيرة على حياة الإنسان لأنها قد تكون سببا في نقل العديد من الأمراض الخطيرة كمرض فقدان المناعة المكتسبة المعروف بإسم السيدا و التي قد تسبب للإنسان أضرار جسيمة تصل حتى الموت.

3/ الإلتزام بتحقيق نتيجة عن التركيبات الصناعية. لقد أدى التقدم العلمي إلى إمكانية الإستعاضة عن ما يفقده الإنسان من أعضاء الطبيعية بأعضاء صناعية تزيل عيب الشكل الذي يسفر عنه ذلك النقص ، و تؤدي له على قدر الإمكاني بعض وظائف الأعضاء الطبيعية كأطقم الأسنان و الأعضاء الاصطناعية .

و لقد ذهب القضاء في فرنسا إلى أن إلتزام طبيب الأسنان في ما يتعلق بتصميم الأسنان و صيانتها و ملامتها لحاجة المريض و خلوها من العيوب ، أو عدم إتفاق العضو الصناعي مع مقاييس الجسم أو تسببيه في أضرار للمريض ، هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، لأن هذه الأعمال لا تتعلق بالفن الطبي و لكن تعتبر أعمال آلية بختة . (3)

(1) عبد القادر بن تيشة ، المرجع السابق ، الصفحة 100 .

(2) شريف أحمد الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها ، دار الفكر القانوني للنشر و التوزيع (المنصورة مصر) ، سنة 2011 ، الصفحة 252 .

(3) أنس محمد عبد الغفار ، المرجع السابق ، الصفحة 36 .

**4/ الإلتزام بتحقيق نتيجة عند إستعمال الأدوات و الأجهزة الطبية.** لقد أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى إستخدام الأدوات و الأجهزة الطبية في العلاج و الجراحة ، و قد يلحق بالمريض إصابات و أضرار نتيجة الإستعانة لـ بهذه الأجهزة ، وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تحدثها أجهزته بالمريض لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن الأعمال الطبية ، أي أ مسؤولية خطئية تقوم على إثبات خطأ الطبيب في إستعمال الأجهزة ، كما أن طبيعة إلتزام الطبيب هي ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة بحجة أنه لا يمكن الفصل في عمل الطبيب بين فعله و فعل الشيء بسبب استغراق عمله لفعل الجهاز الذي يستخدمه .

غير أن الفقه و القضاء الحديث سلما بأن الطبيب يلتزم تجاه المريض بإلتزام محمد هو سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إلى الطبيب من أجله و أن محل إلتزامه هو تحقيق نتيجة في ما يخص الأضرار التي تلحق بالمريض من الأدوات و الأجهزة الطبية المستعملة جراء تعرضها للتوقف أو التعطل ، و هذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 1999/03/05 و التي أقرت بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي أصابت المريض من جراء اللهب و الحرارة المنبعثة من المسخن الكهربائي بالرغم من أن الطبيب لم يرتكب أي تقدير في استخدام المسخن الكهربائي ، كما أقرت محكمة الاستئناف بمونبليي بفرنسا بمسؤولية الطبيب عن الإلتهابات التي لحقت بالمريض نتيجة لعرض جلده لكمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في منظم جهاز الأشعة ،<sup>(1)</sup> و عليه فإن إلتزام الطبيب هو إلتزام سلامه المريض من الأجهزة التي يستعملها في علاجه و من الأضرار التي تلحقها به و هذه المسؤولية هي مسؤولية على عاتق الطبيب سلامه الأجهزة المستعملة و هو إلتزام بتحقيق نتيجة و هذه النتيجة هي عدم الإضرار بالمريض .

(1) مشار إليه في طلال عجاج / المرجع السابق / الصفحة 156 .

### الفرع الثالث: معيار إلتزام الطبيب.

ستنطربق بإيجاز من خلال هذا الفرع إلى المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد مفهوم الخطأ الطبي سواءً أكان الطبيب ملزم ببذل عناء فقط أو ملزم بتحقيق نتيجة لأن الأمر سيان إذ يجب في كلتا الحالتين إن وجد خطأً مسألة الطبيب عن جميع أخطاءه الجسيمة و البسيطة بل و حتى التافهة لأن قواعد المسؤولية المدنية لا تخص الأطباء بإعفاء خاص.

**أولاً/ المعيار الذاتي (الشخصي).** المعيار الذاتي أو الشخصي ينظر فيه إلى ذات و شخصية المخطئ و هو في هذه الحالة الطبيب أي أنه ينظر فيه إلى الطبيب الذي صدر عنه الخطأ و إلى إمكاناته الذاتية و قدراته و درجة حرصه فلا يكون **لذا المفهوم الطبيب الذي إعتاد اللامبالاة مسؤولاً إذا قصر في العناية المطلوبة للمريض و الحق به ضرراً و هذا أمر يجانب العدالة .** (1) ذلك أننا نكون بصدق مكافحة غير الحريص و المهمل على إهماله يجعله يتقي المسؤولية المدنية **لذا الإهمال و يجعله لا يبال أكثر فأكثر في عمله لأنه على يقين بأنه لن يسأل عن خطئه المهني لأنه و حسب المعيار الذاتي طبيب مهمل و هو ما يجعل العديد من المضورين لا يحصلون على التعويضات التي تجبر الأضرار اللاحقة **لم جراء الأخطاء الطبية من أطباء مهملين ، و بالمقابل فإننا نححف في حق الطبيب الحريص و **إنه** و نحمله تبعه الخطأ الذي قد يأتيه أثناء ممارسته لهنته .****

**ثانياً/ المعيار الموضوعي (معيار الرجل المعتاد)** . يعرف الرجل المعتاد على أنه الرجل الذي هو يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء و شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة و لا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض (2) ، و **هذا المعيار مجرد مجرد من الذاتية إذ أنه**

(1) إبراهيم علي حمادي الملبوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 32 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، المرجع السابق ، الصفحة 864 .

يقيس سلوك الطبيب ذاته في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به مع تحريره من ظروفه الشخصية ، فوفقاً لهذا المعيار لا يعتد بالظروف الداخلية الشخصية للطبيب من مستوى مهني و يقظة و فطنة و ذكاء بل ينظر إلى الظروف الخارجية التي تحيط بالطبيب موضوع المسؤولية كحالة المريض ، درجة الإستعجال ، الظروف المكانية و الزمانية الإمكانيات الموضوعة تحت تصرف الطبيب من الآلات و أجهزة و طاقم طبي و شبه طبي مرافق له .

و عليه يمكن القول أن معيار الرجل العادي يصلح تطبيقه على كافة الناس ، فالمسألة تختلف بالنسبة للطبيب الذي يتظر منه أكثر مما يتظر من الرجل العادي ، فالمريض حينما يلجأ إلى الطبيب يرکن إلى درايته و يعتمد على خبرته ، مما يستوجب على الطبيب أن يكون أهلاً لذلك حتى يكسب ثقة ذلك المريض و ذلك لا يتأت إلا إذا إلتزم الطبيب بما هو مفروض عليه في قواعد مهنته والتي لولاها لما وضع المريض جسمه و حياته بين يديه . والأكيد أن عدم إتخاذ الطبيب للإحتياطات الالزمة وعدم إظهار يقظة الرجل الحريص على أداء الواجب يعتبر إهمالاً منه و خطأً موجباً للمسؤولية ، و بما أن الرجل العادي ملزم ببذل عناية عادية ، بينما الطبيب رأينا أن المعيار إلتزام المتطلب منه أكثر بكثير من إلتزام الرجل العادي بل يجب أن يكون حريضاً و شديد الحرص أيضاً لأنه يتعامل مع أعز ما يملك الإنسان و هو جسده و صحته و لأن أي خطأ أو حتى إهمال من الطبيب قد يؤدي إلى نتائج يصعب بل و يستحيل تداركها ، لذلك تقوم المسئولية المدنية الطبية دائماً على الخطأ حتى لو كان يسيراً . (1)

(1) شريف الطباطبى ، جرائم الخطأ الطبيعى و التعويض عنها ، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع (المصورة مصر) ، سنة 2011 ، الصفحة 219 .

### المطلب الثالث: عقد العلاج الطبي.

لقد تبين من خلال الحديث عن الطبيعة القانونية للعلاقة بين الطبيب و المريض [١] علاقة عقدية غالباً و تنشأ عنها مسؤولية عقدية ، و بما أن هذه العلاقة عقدية فإنها تؤسس على عقد يعرف بالعقد الطبي و الذي يكتسي أهمية بالغة لذلك وجب الحديث عنه من حيث تعريف العلاج و تعريف العقد الطبي في الفرع الأول و من حيث تحديد طبيعته القانونية له و خصائصه في الفرع الثاني و خصائص عقد العلاج الطبي في الفرع الثالث .

#### الفرع الأول : ماهية العلاج الطبي و العقد الطبي .

من خلال ما سبق من هذه الدراسة رأينا أنه كان هناك شبه إجماع على جعل المسؤولية المدنية الطبية عقدية ، و أن المسؤولية المدنية الطبية تقوم على وجود عقد طبي بين الطبيب و المريض لذلك ستحدث في هذا الفرع عن العلاج الطبي و عقد العلاج الطبي .

أولاً/ معنى العلاج الطبي. قبل وضع تعريف للعقد الطبي لا بد من أن نعرف أن الأساس الذي تولد منه فكرة العقد الطبي هو العلاج الطبي ، فالعقد الطبي وسيلة لحماية مصلحة طرف العقد (الطبيب و المريض) فهو يفقد كل مبرر لوجوده إذا إنتفى العلاج الطبي و إنخذ المعالج الطبيب منحى آخر كالتجربة مثلاً ، فلا بد ليكون العقد عقد علاج طبي أن يكون هناك سلوك من الطبيب ذي طابع علاجي سواء بمقابل مادي أو دون مقابل مادي.

و بما أنها بقصد العلاج الطبي فإن السلوك العلاجي لا يكفي لوحده ليكون هناك علاج بل يجب أن يربط هذا السلوك العلاجي و القائم به و الذي يشترط أن يكون ممارس طبي (طبيب ، صيدلي أو طبيب أسنان)

فلو صدر هذا السلوك من غير الطبيب يكون علاجا لا علاجا طبيا لأنه يشترط أن يكون العلاج الطبي متواافق مع قواعد و أصول مهنة الطب (1) الذي لا يمكن أن يكون كذلك إلا إذا قام به طبيب.

و لذلك فقد عرف العلاج الطبي بأنه " كل فعل يخضع للقواعد المسلم [ ] في علم الطب و القواعد المستمدة من الخبرة الطبية ، و يتبعن خصوصه إلى هذه القواعد من حيث تحديد الحالة التي تستدعي العلاج و كذا من حيث كيفية تنفيذ السلوك العلاجي ".(2) غير أنها لو أخذنا هذا التعريف على إطلاقه فإننا نكون أمام خروج طائفة من السلوكيات الطبية من زمرة العلاج الطبي و بالخصوص طائفة العمليات التجميلية التي انتشرت بكثرة في الآونة الأخيرة ، لأن العلاج الطبي يهدف إلى تخلص المريض من الألم الذي ألم به أو الحيلة من الإصابة بالمرض كالتلقيح مثلا ، بينما التدخل الطبي في العمليات التجميلية يهدف غالبا إلى تحسين شكل الشخص الخاضع له ، أي أنه لا يهدف إلى تخلصه من الألم بل تحسين و تجميل شكله فحسب لغرض تجميلي بحت (3) ، لذلك يجب أن يعرف العلاج الطبي على أساس طبيعة التدخل الطبي و الذي يكون موافقا لمسلمات و أصول الطب و على أساس الشخص المتدخل في العلاج و هو الطبيب فحسب دون إدخال في تعريف العلاج الطبي هدفه و هو الحماية من الإصابة بالمرض أو تخلص المريض من ألمه ، لأن ذلك سيخرج طائفة مهمة و متزايدة من التدخلات الطبية من نطاق العلاج الطبي بإعتبار أن العلاج الطبي أساس قيام العقد الطبي و في ذلك إجحاف بالمضرور من التدخل الطبي الخارج عن نطاق العلاج الطبي المعرف [ ] مدفه فيصبح العلاج الطبي قائم على عنصرين فقط هما :

**الأول : إتيان السلوك العلاجي وفق مسلمات الطب .**

**الثاني : أن يقوم [ ] هذا السلوك طبيب مؤهل علميا .**

---

(1) أحمد سلمان شهيب ، المرجع السابق ، صفحة 21 .

(2) أحمد سلمان شهيب ، نفس المرجع ، صفحة 23 .

(3) عبد القادر بن تيسة ، المرجع السابق ، الصفحة 114 .

و في الجزائر بحد المادة 08 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم تقول أن العلاج الصحي الكامل يشمل :

. الوقاية من الأمراض في جميع المستويات و تشخيص المرض و علاجه.

. إعادة تكيف المرض.

. التربية الصحية.

فالمشرع الجزائري أعطى مكونات العلاج الطبي و مشتملاته دون تعريفه ، و هو نفس ما ذهبت إليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب (1) ، إذ نصت على أن الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص و الوقاية و العلاج و لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته و إمكانياته إلا في الحالات الإستثنائية ، و يقصد بالحالات الإستثنائية حالات التدخل الطبي في أقصى درجات الإستعجال أو في حالات الكوارث الطبيعية إذ لا يمكن إنتظار قدوم الأطباء مثلاً ل مباشرة التدخل العلاجي و كان هناك صيدلي حاضر فهو على قدر من العلم و المعرفة الطبية التي تمكّنه من تقديم المساعدات الأولية في هذه الحالات الإستثنائية و عند حضور الطبيب المختص يتبعن على من باشر العلاج أن يعلمه بما أقدم عليه و يترك له إمّال مواصلة العلاج لأنّه أكثر معرفة و دراية ، كما لا يجوز للطبيب أن يقوم بعمل طبي ليس من اختصاصه فلا بد من إحترام الإختصاص. (2)

---

(1) مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 1992/06/06 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، منشور في الجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 1992/07/08 .

(2) عدنان إبراهيم سرحان ، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول المسؤولية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان) ، الصفحة 226 .

**ثانيا/تعريف عقد العلاج الطبي.** إن أغلب المشرعین لا يضعون تعريفات للعقود و هو الشأن ذاته بالنسبة لعقد العلاج الطبي و الذي لم يعرفه أغلب المشرعین بما فيهم المشرع الجزائري ، كما لم يبينوا المقصود به على وجه التحديد ، لذلك تركت هذه المهمة للفقه و الذي عرفه بأنه عقد يلتزم به المعالج (الطبيب) في مواجهة المستفيد (المريض) بكل ما من شأنه التعامل مع علة نفسية أو جسدية يعاني منها الفرد بقصد إيصاله إلى أفضل حالة صحية ممكنة على أن يمكن الفرد الطبيب المعالج من نفسه .<sup>(1)</sup> غير أن هذا التعريف كان يصلح في حالة ما إذا اعتبر إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة دائما ، إلا أنها رأينا أن إلتزام الطبيب هو بتحقيق نتيجة أحيانا مما يجعل التعريف السابق قاصر على الإحاطة بجميع جوانب عقد العلاج الطبي لأنه لم يذكر تحقق النتيجة كإلتزام ملقي على عاتق الأطباء في بعض التدخلات الطبية التي سبقت الإشارة إليها .

من خلال إستقراء هذا التعريف يمكننا أن نستخرج مميزات العقد الطبي و هي:

- المعالج قد يكون الطبيب كشخص طبيعي، و قد يكون شخص معنوي (المستشفى أو العيادة الخاصة).
- السلوك الطبي العلاجي لا يمكن حصره نظرا لإختلاف الممارسات الطبية و تنوعها بل وتطورها أيضا ، و يتشرط أيضا عدم خروجها عن أصول مهنة الطب المتعارف عليها و الثابتة علميا.
- العلاج قد ينصب على علة جسدية أو نفسية.
- يلتزم المريض بتمكين المعالج من نفسه لينفذ المعالج ما إلتزم به بموجب عقد العلاج <sup>(2)</sup>، بمعنى أن على المريض الالتزام بعدم عرقلة عمل المعالج و بالتعاون معه و تزويده بما لديه المرضي و حسن الاستجابة للعلاج و التقيد بما وصفه له الطبيب من دواء و من طريقة و وقت و كمية إستعمال هذا الدواء .

(1) أحمد سلمان شهيب ، المرجع السابق ، صفحة 33.

(2) أحمد سلمان شهيب ، نفس المرجع ، صفحة 34.

## الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبي.

لقد حسم القضاء الفرنسي الخلاف القائم حول طبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض و ذلك منذ صدور قرار محكمة النقض بتاريخ 1936/05/20 و الذي أقر فيه بوجود عقد حقيقي بين الطبيب و عميله يتضمن إلتزاما إن لم يكن بداعه بشفاء المريض أو على الأقل بإعطائه علاجاً أميناً يقتضى اتفاق في غير الحالات الإستثنائية مع الأصول العلمية ، و بالتالي فإن الخلاف حول طبيعة العلاقة بين المريض و الطبيب قد حسم لصالح الطبيعة العقدية و أصبح عقد العلاج الطبي حتمية في هذا المجال ، إلا أن الأمر الذي لم يحسم هو الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبي ، إذ ثار خلاف و نقاش حول طبيعة هذا العقد هل هو عقد وكالة أو عقد مقاولة أو عقد عمل أو عقد إذعان أو هو عقد من نوع خاص.(1)

**أولا/ تمييز عقد العلاج الطبي عن عقد الوكالة :** لقد عرف المشرع الجزائري عقد الوكالة في المادة 571 من القانون المدني فهو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكيل و بإسمه ، و هو ما ذهب إليه جانب من الفقه إذ قال أن عقد العلاج الطبي هو عقد وكالة لأن الموكيل في العقد الطبي و هو المريض يوكل الوكيل و هو الطبيب للقيام بأعمال علاجية بغية شفائه وبين المريض و الطبيب علاقة تعاقدية تدرج ضمن أحکام عقد الوكالة ، (2) فسبب اعتبار عقد العلاج الطبي عقد وكالة يعود إلى أسباب تاريخية أخذت من الحضارة الرومانية على اعتبار مهنة الطب كانت مهنة حرفة كريمة و كانت أصلاً مجانية ، فلم تكن هذه المهنة في إطار عقد الإيجار الذي لا يظهر إلا في الأعمال اليدوية ، لهذا كان عقد الوكالة الأكثر ملائمة مع التكيف القانوني لعقد العلاج الطبي ، لأن هذه المهنة كانت مجانية و عقد الوكالة عقد تبرع وجوباً ، هذا الرأي الذي أخذ به الفقيه الفرنسي بوتييه

(1) رais محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء بقانون الجزائري ، المرجع السابق ، صفحة 415 .

(2) عشوش كريم ، العقد الطبي ، دار هومة للطابعة و النشر و التوزيع (الجزائر) سنة 2011 ، الصفحة 12 .

(1) الذي يعتبر عقد العلاج الطبي عقد وكالة و ما الأجر الذي يقدمه المريض إلا من باب المحبة مقابل .

غير أن هذا الرأي إنعقد على أساس أن القانون لا يقر بوجود تفاوت و درجات للعقود و لا يمكن اعتبار الوكالة أرفع من أي عقد آخر ، كما أن طبيعة عقد الوكالة يتفق و طبيعة العلاج الطبي من حيث أن الوكالة تقوم على أن التزام الوكيل بعمل قانوني لحساب الموكيل ، و العلاج لا يوجد فيه تصرف قانوني ، كما أن عقد الوكالة ينصرف إلى الغير ويقوم على فكرة النيابة في التصرفات القانونية ، بينما عقد العلاج يقوم من خلاله الطبيب بالعلاج و وصف الدواء ، بالإضافة إلى أن الطبيب ليس وكيلًا فهذا الأخير ملتزم بتأدبة حسابه أمام الموكيل و هو خاضع لرقابته ، بينما الطبيب ليس عليه أي رقيب إلا ضميره و شرفه و خلقه المهني (2) ، كون مهنة الطب مهنة نبيلة .

و عليه فإن عقد العلاج الطبي ليس عقد وكالة .

ثانياً/ تميز عقد العلاج الطبي عن عقد العمل . لقد عرف المشرع الجزائري عقد العمل في المادة في المادة 02 من القانون 11/90 (3) المتعلقة بعلاقات العمل المعدل و المتمم " بأن العامل الأجير هو كل شخص يؤدي عملاً يدوياً أو فكريًا مقابل مرتب في إطار التنظيم و لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عمومياً و خاص يدعى المستخدم " .

و قد كيف جانب من الفقه عقد العلاج بوصفه عقد عمل على اعتبار أن عقد العمل يقوم على عنصرين يتواافقان و عقد العلاج الطبي و هما .

---

Henry François potier (1) فقيه فرنسي من مواليد 1729/05/04 بران فرنسا و له العديد من المؤلفات في القانون والده كان مستشاراً ملوك فرنسا.

(2) طلال عجاج ، المرجع السابق ، صفحة 83 .

(3) قانون رقم 11/90 مؤرخ في 1990/04/21 يتعلق بعلاقات العمل المنشور في الجريدة الرسمية رقم 17 لسنة 1990 .

أولاً: عقد العمل يقوم من خلاله العامل بأداء معين لقاء أجر.

ثانياً: يخضع العامل لإشراف ورقابة رب العمل أثناء تأديته لعمله .

ذلك أنه في عقد العلاج الطبي الطبيب يؤدي عمله و هو علاج المريض لقاء أجر يتلقاه من هذا الأخير ، كما أن الطبيب يخضع للإشراف غير المباشر من المستفيد و هو المريض بإعتبار أن الطبيب لا يمكنه أن يباشر علاجه أحياناً و أحياناً أخرى لا يمكنه الانتقال إلى مرحلة جديدة في العلاج إلا بالحصول على موافقة المريض ، فالإشراف هنا ليس بمعنى الرقابة و لكن بمعنى الموافقة و الإذن أو الاعتراض على عمل الطبيب . بالإضافة إلى إلتزام الطرف الثاني في عقد العمل و هو هنا المريض بأداء الأجر للعامل و هو الطبيب المعالج (1).

غير أن هذا الرأي لم يسلم من النقد رغم تقارب العقدين (عقد العمل و عقد العلاج الطبي ) إلا [ما لا يتطابقان ، ذلك أن عقد العلاج الطبي يقوم على استقلال الطبيب في مواجهة المريض لأن هذا الأخير بجهل النواحي الطبية لحالته الصحية مما يمنع خضوع الطبيب له ، كما أن عقد العمل لا يقوم إلا بوجود تبعية قانونية من جانب العامل لرب العمل ، فإنه لا يوجد عقد علاج طبي دون وجود إستقلال كامل للطبيب في مواجهة المريض . (2)

إضافة إلى أن التبعية القانونية تقتضي الامتثال لتعليمات و توجيهات رب العمل و من مظاهرها أيضاً أن تحول لرب العمل سلطة التنظيم التقني للعمل ، وهذا لا يتأت في العقد الطبي ما دام الطبيب لا يخضع في ممارسة نشاطه إلا للأصول الفنية للمهنة التي يمارسها و لما يمليه عليه ضميره و مبادئ العلم الثابتة(3).

(1) أحمد سلمان شهيب ، المرجع السابق ، صفحة 74 .

(2) طلال عجاج ، المرجع السابق ، صفحة 85 .

(3) رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، صفحة 426 .

و عليه فإن عنصر الأجر شرط في عقد العمل ، إلا أنه في عقد العلاج الطبي قد لا يكون هناك أجر فيكون العلاج على سبيل التبرع كما في العمل التطوعي ، فغياب الأجر لا ينفي صفة عقد العلاج الطبي عن الرابطة الإتفاقية بين المعالج و المريض .

فخلص إلى أن عقد العلاج الطبي ليس عقد عمل لأنما لا يتطابقان مما أدى إلى تكييفه تكيفا آخر.

ثالثا/ تمييز عقد العلاج الطبي عن عقد المقاولة . ذهب رأي من الفقه إلى اعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاولة و أسس هذا الرأي على عدة جوانب و قبل ذلك لا بد أن نشير إلى أن المشرع الجزائري عرف عقد المقاولة في المادة 549 من القانون المدني بأنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر .

و يرى جانب من الفقه أن عقد العلاج الطبي عقد مقاولة و على رئيس هؤلاء الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري ، و قد أكدوا أن عقد العلاج الطبي هو عقد مقاولة ذلك أنه قد ينصب على مجرد عمل سواء أكان عقلي ، فني أو قانوني (1) كما قيل أن العقددين يتفقان في عناصرهما الجوهرية ذلك أن المقاول يؤدي عملا لقاء أجر يتقادمه من رب العمل ، و الطبيب يقوم بعلاج المريض لقاء أجر أيضا ، و ما العمل التطوعي للطبيب أي بدون أجر إلا إستثناء فقط و لا يقتاس عليه ، كما أن المقاول لا يخضع في تنفيذ إلتزامه العقدي لتوجيهه و إدارة رب العمل ، بل لدى المقاول إستقلالية في إدارة العمل الذي إلتزم به و هو جوهر عقد العلاج الطبي ، إذ أن الطبيب لا يخضع في تأدية مهامه لإدارة المستفيد من العلاج (المريض) فالطبيب هو المدير و المدبر و الموجه لعمله كما أن له الحق في اختيار مساعديه في إنجاز ما إلتزم به ، و بالتالي فحسب هذا الرأي فإن عقد العلاج الطبي ما هو إلا عقد مقاولة (2) إضافة إلى أن عقد الوكالة

---

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الجزء السابع) المد الأول ، صفحة 59 .

(2) أحمد سليمان شهيب ، المرجع السابق ، الصفحة 79 .

يعتبر عقداً مهنياً إذ يتم فيه اللجوء إلى أحد الأشخاص نظراً لكتفائه وتنظيمه لإيجاد حل مشكلة معينة و هو ما يقوم مع الطبيب الذي يتعين عليه تقديم العناية الشريفة لمريضه مع الاعتراف في الوقت عينه بالطابع العقدي للعلاقة التي يقيمها مع هذا المريض .<sup>(1)</sup>

و قد إنعقد هذا الرأي على أساس أن التزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية غالباً لا بتحقيق نتيجة ، فالطبيب إنما يتعهد بعلاج المريض دون أن يتلزم بشفائه ، أما غالبية عقود المقاولة فإن المقاول فيها يتلزم بتحقيق نتيجة ، مما يجعل عقد العلاج الطبي مختلف عن عقد المقاولة هذا من جهة و من جهة أخرى فإن وصف الطبيب بأنه مقاول لا ينسجم مع ما تتمتع به مهنة الطب من بعد إنساني و أخلاقي ذا أثر اجتماعي بعيد عن فكرة التجارة و الكسب التي تتصف لما المقاولة ، فالمقاول يعتبر تاجراً في حين أن الطبيب ليس تاجراً .<sup>(2)</sup> إضافة إلى ذلك فإن عقد المقاولة قد يرافق فيه إلتزام المقاول بأداء عمل إلتزام بتقديم المواد التي يؤدي لما العمل ، وهو ما لا يتوافق و عقد العلاج الطبي لأن موضوعه هو جسم إنسان حي لا يستو مع ما يكون موضوعه أشياء مادية مهما زادت قيمتها ، و عليه فمن خلال هذا النقد تبين أن عقد العلاج الطبي ليس عقد مقاولة فهو بعيد كل البعد عنه ، و هو ما أدى إلى تكييفه تكيفاً آخر .

رابعاً/ تمييز عقد العلاج الطبي عن عقد الإذعان . قيل أن عقد الإذعان غير قابل للتعريف بدقة ذلك أنه لا يقوم على المساواة بين طرفيه ، غير أنه عرف بأنه يفترض في جوهره أن يقبل به أحد الطرفين إجمالياً دون إمكانية مناقشة شروط العقد الذي يعرضه الطرف الآخر ، وقد نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسلیم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها " فمن خلال إستقراء هذه المادة بحد المشرع الجزائري إستعمل عبارة التسلیم لشروط

(1) جيروم هوييه ترجمة منصور القاضي ، المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة ) الملد الثاني ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر والتوزيع (بيروت لبنان ) ، الصفحة 1213 .

(2) عشوش كريم ، المرجع السابق ، الصفحة 17 .

مقررة يضعها الموجب أي الرضوخ لشروط الموجب و هو ما يؤكد أن عقد الإذعان يسلم فيه الطرف الثاني للشروط التي يضعها الطرف الأول دون أن يكون له الحق في مناقشتها ، و بمعنى آخر هو تحرير أحدى الجانب لشروط العقد من جانب العارض . (1)

و لقد أسس هذا الرأي على اعتبار أن المريض في موقف ضعيف أمام الطبيب فهو يكتفي بالانضمام إلى العقد و يخضع لما يراه الطبيب مناسبا له ، لأن المريض يعتبر جاهلا بالمسائل العلمية و هو في مركز ضعف يترجى حماية صحته و يطلب الحفاظ على حياته (2) فالطبيب يهيمن على هذه العلاقة التعاقدية لما له من تأهيل علمي و دراية و تجربة يفتقر إليها المريض الذي يذعن للطبيب في كل ما يأتيه لعلاجه .

و وجهت عدة إنتقادات لهذا الرأي لعل أبرزها أن موضوع عقد الإذعان هو سلع و خدمات ضرورية يحتاج لها جل الناس و يحتج إليها العارض أو الموجب بصفة قانونية و فعلية و يصدر الموجب إيجابه للناس جميعا و بكل الشروط التي لا تقبل المناقشة بينما عقد العلاج لا يرد على سلعة ما بل يتعلق بجسم الإنسان و صحته . (3)

كذلك نقد هذا الرأي من خلال نقد عقد الإذعان في حد ذاته إذ أن هناك طائفة من الفقهاء لا يعتبرونه عقدا لأنه ليس ذو طبيعة قانونية و خصائص متميزة عن بقية العقود الأخرى بل يعتبروه نظاما قانونيا لأنه يجمع عدة عقود لها خصائص مشتركة و متداخلة من حيث التكوين . فمن خلال كل ما سبق يتضح لنا جليا أن عقد العلاج الطبي لا هو عقد مقاولة و لا عقد عمل و لا عقد وكالة و لا عقد إذعان ، فهو يقترب من هذه العقود إلا أنه لا يتطابق معها بل أن طبيعته القانونية من صفة خاصة و متفردة.

---

(1) جاك غستان (ترجمة منصور القاضي) ، المطول في القانون المدني (تكوين العقد) ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع (بيروت لبنان) ، الطبعة الثانية سنة 2008 ، صفحة 39 .

(2) رais محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، الصفحة 427 .

(3) رais محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، نفس المرجع ، الصفحة 429 .

**خامساً/ عقد العلاج الطبي من نوع خاص .** رأينا سابقاً أن عقد العلاج الطبي يقترب من بعض العقود وقد يتطابق معها جزئياً في خاصية من خصائصه ، إلا أنه لا يتطابق معها كلية ، و عليه فإن عقد العلاج الطبي هو من العقود غير المسماة على اعتبار أنه لم يخضع للتنظيم من قبل المشرع الجزائري شأنه شأن باقي المشرعين ، فاعتبار عقد العلاج الطبي له طابع مستقل بذاته يجعله يستعصي على الخضوع الكامل لعقود القانون الخاص المسماة .<sup>(1)</sup> و يظهر جلياً أن هذا العقد غير مسمى خلافاً لما ينبغي أن يكون عليه الحال من ضرورة أن يعني به المشرع و ينظمها لما يتمتع به هذا العقد من أهمية بالغة و نابعة من مساسه بحياة الإنسان و حرمة جسده و بما له من خصوصية في محله و في رضا المتعاقد الثاني و هو المريض ، و كذا من ناحية الإلتزامات الناشئة عنه و المسؤولية المترتبة عند الإخلال به ، فهو عقد غير إعتيادي يتطلب أن ينظمها المشرع لأنـه أخذ في التطور من الناحية الكمية فهو يزداد يوم بعد يوم و هذا الإزدياد يجعلنا نؤكـد على ضرورة أن يقوم المشرع الجزائري بتنظيم عقد العلاج الطبي كعقد مسمـى .

### الفرع الثالث: خصائص عقد العلاج الطبي.

خلصنا من خلال الفرع السابق إلى أن عقد العلاج الطبي عقد غير مسمى يمتاز بخصائص تملـيه طبيعته الخاصة من كون طرفيه أحدهما مهني محترف و الآخر يرجو الشفاء و العلاج ، و من حيث محله الذي يتعلق بجسم الإنسان و حرمتـه و سلامته ، و كذا من ناحية سببه النبيل و هو الوصول إلى العلاج و الشفاء ، ومن هذا المنطلق فإن عقد العلاج الطبي عقد خاص و له خصائص أيضاً تمثل في ما يلي :

### أولاً/ عقد العلاج الطبي عقد مدني . على الرغم من أن مهنة الطب مهنة حرة و أن الطبيب

(1) رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، صفحة 433 .

غالباً ما يمارس عمله مقابل أجر يقدمه له المريض ، و على الرغم من أنه في الآونة الأخيرة إنتشرت العيادات الطبية الخاصة و التي تهدف إلى الربح ، إلا أن هذا لا يؤثر على كون عقد العلاج الطبي هو عقد مدني و ليس تجاري فهو لا يكتسب الصفة التجارية .

ثانياً/عقد العلاج الطبي عقد رضائي. العقد الرضائي هو ذلك العقد الذي يبرم بين طرفيه بمجرد تبادل التراضي بينهما دون حاجة إلى إفراج إتفاقهما في شكل معين (1) فيكفي في هذا العقد إيجاب و قبول و لو شفويًا لينعقد العقد(2) فعقد العلاج الطبي حسب الواقع العملي هو عقد رضائي لا يتطلب أي شكلية معينة لإنعقاده.

ثالثاً/عقد العلاج الطبي عقد ملزم لجانبين. العقد الملزم لجانبين عرفته المادة 55 من القانون المدني الجزائري بأنه العقد الذي يتبادل فيه المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضاً ، وهو التعريف الذي إعتمدته المشرع الفرنسي في المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي، فهذا العقد ينشئ إلتزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين (3)، أي أن كلا الطرفين دائن و مدين ، و بإسقاط هذا التعريف على عقد العلاج الطبي نجدهما يتطابقان إذ أن الإلتزامات متبادلة فالطبيب ملزم بعلاج المريض وفقا لأصول مهنة الطب المتعارف عليها و الثابتة و ملزم بالمحافظة على أسرار المريض ، و بالمقابل فإن المريض ملزم بتقدم الأداء المالي للطبيب. (4) غير أن التساؤل يثور إذا ما تخلى الطبيب عن الأجرة كمقابل للعلاج فهل يتحول العقد الطبي إلى عقد ملزم لجانب واحد؟ و الإجابة على هذا التساؤل واضحة ذلك أن عقد العلاج الطبي يبقى ملزم لجانبين لأن

(1) المادة 59 من القانون المدني الجزائري " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية .".

(2) علي علي سليمان ، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثالثة ، الصفحة 21.

(3) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 12.

(4) أحمد سليمان شهيب ، المرجع السابق ، الصفحة 39.

إلتزام المريض ليس بأداء أجراً فقط بل هو ملزم أيضاً بتمكين الطبيب من نفسه للعلاج و بأن يتعاون معه و يمدّه بما لديه الطبي و يلتزم بما يصفه له من علاج .

رابعاً / عقد العلاج الطبي عقد مستمر. العقد الفوري هو العقد الذي ينفذ فيه الإلتزام فور إنعقاده ، بينما العقد المستمر فهو العقد الذي يكون الزمن معياراً لتنفيذ الإلتزامات و عنصراً جوهرياً فيه (1) ، و من هذا المنطلق فإن العقد الطبي له صفة الاستمرار ذلك أن غايته هي العلاج الطبي المألف بدوره إلى الشفاء و الذي لا يتحقق بصورة فورية بل لا بد أن يأخذ العلاج مدة من الزمن قد تطول و قد تقصر حسب طبيعة المرض و حسب طبيعة العلاج في حد ذاته فالشفاء يتراخي غالباً لفترة زمنية ، فمغادرة المريض لعيادة الطبيب بعد الجلسة العلاجية لا يعني إنتهاء العقد بل أن الأمر لا يعود أن يكون إنتهاء لمرحلة علاجية قد تكون الوحيدة و قد تتكرر ، فلو كانت الوحيدة فإن العقد يستمر إلى غاية الوصول للهدف المرجو و هو الشفاء و إذا كانت عدة جلسات فإن العقد لا يبرم محدداً عن كل جلسة علاج بل هو مستمر لأنه أبْرَمَ أَصْلًا فِي الْجَلْسَةِ الْعَلَاجِيَّةِ الْأُولَى .

خامساً / عقد العلاج الطبي عقد قابل للإبطال. قابلية العقد للإبطال أقرها القانون لمصلحة الشخص الذي وقع في غلط و أو إكراه أو تدليس أدى به إلى التعاقد ، و بما أن عقد العلاج الطبي يقوم على اختيار المريض للطبيب الذي يرغب في العلاج عنده لأن الطبيب يكون في حالة إيجاب دائم و المريض يقبل عندما يتوجه إليه ليبرم العقد ، غير أن المريض قد يقع في خطأ جوهري يتمثل في غلطه في شخص المتعاقد الآخر و هو الطبيب كان يكون قاصداً التعاقد مع طبيب معين بالذات ، إلا أن العقد الطبي يبرم مع طبيب آخر لأن يكون موضعاً للطبيب الأصلي مثلاً دون أن يعلم المريض ذلك ، فهنا لو علم المريض أن الطبيب ليس نفسه الذي يرغب في التعاقد معه لما أقدم على إبرام العقد ، فهنا يمكنه طلب إبطال العقد.(2)

(1) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 19.

(2) إبراهيم سيد أحمد ، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقهها و قضايا ، دار الكتب القانونية (مصر) ، سنة 2007، الصفحة 49.

**سادساً/ عقد العلاج الطبي عقد شخصي .** إن إضفاء الصفة الشخصية على العقد الطبي لا تنصرف إلى شخصية المريض بل إلى شخصية الطرف الثاني في العقد و هو الطبيب ، ذلك أن المريض هو من يختار الطبيب الذي يذهب إليه من أجل تلقي العلاج ، فالمريض يختار الطبيب على أساس الثقة و ما يملكه الطبيب من مؤهلات علمية و سمعة و كفاءة و تجربة .

إلا أن هذا الحال لا ينصرف إلى كل العلاقات العلاجية فإختيار الطبيب لا يكون ممكناً عندما تكون العملية العلاجية داخل مستشفى من القطاع العام لأن المريض لا يعرف أطباء المستشفيات بل أنه لا يختار من يشرف على علاجه منهم ، و هو الحال نفسه بالنسبة إلى حالة الإستعجال القصوى فالمريض لا يكون

في موقف يسمح له بإختيار الطبيب المعالج ، و في ما عدى هاتين الحالتين فإن المريض حر في إختيار الطبيب على أساس شخصي و هو ما أكدت عليه المادة 80 من المرسوم التنفيذي 276/92 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب و التي تؤكد في فقر[ما الثانية على " و يتعين إحترام حق المريض في حرية إختيار الطبيب أو جراح الأسنان " ] فهذه المادة أعطت الحرية للمريض في إختيار أي طبيب يرغب في العلاج عنده لاعتبارات قد تكون ذات صلة بالكفاءة أو السمعة أو الراحة النفسية أو غيرها ، لذلك فمن الضرورة إحترام حق المريض في حرية إختيار الطبيب أو جراح الأسنان.(1)

(1) عشوش كريم ، المرجع السابق ، الصفحة 19 .

## المبحث الثاني : أركان المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية.

إن المسؤولية المدنية الطبية و إن كانت تقوم على أركان المسؤولية المدنية من خطأ و ضرر و علاقة سببية ، إلا [ ] تختلف إختلافا جوهريا في طبيعة كل ركن على حد لا سيما ركن الخطأ و الذي يميزها عن غيرها من المسؤوليات من ناحية طبيعته المهنية و من ناحية قيام المسؤولية الطبية أحيانا دون خطأ ، ذلك أن الممارس الطبي و خصوصا الطبيب عرضة للإنتقاد أكثر من غيره من المهنيين لأنه يتعامل مع أثمن شيء لدى الإنسان و هو حياته و صحته .

فمن خلال هذا المبحث سنحاول الحديث عن أركان هذه المسؤولية المدنية الطبية من خطأ و ضرر و علاقة سببية مع إعطائها الخصوصية التي تميز [ ] كمسؤولية مهنية ذات خصوصية بتخصيص المطلب الأول للحديث عن ركن الخطأ و المطلب الثاني للحديث عن المسؤولية الطبية بدون خطأ ، و المطلب الثالث خصصناه للحديث عن ركني الضرر و العلاقة السببية .

### المطلب الأول : ركن الخطأ .

إن الخطأ الطبي يعتبر أول وأهم ركن للمسؤولية المدنية فقد ظهر منذ القدم و تطور عبر مر التاريخ و هو ما سنتحدث عنه في الفرع الأول ، و من خلال ذلك نحاول وضع تعريف جامع و مانع له مع مراعاة خصوصيته في ما يخص المسؤولية المدنية الطبية ، لنتقل للحديث عن أنواع الخطأ الطبي و بعض صوره التي تقوم [ ] المسؤولية المدنية في الفرع الثاني ، كما أن العمل الطبي قد لا يقتصر على عمل الطبيب لوحده بل قد يكون في إطار عمل الفريق الطبي فتصبح المسؤولية المدنية الطبية تشير الجدل في قيامها في جانب الطبيب المشرف أو جميع أعضاء الفريق الطبي أو كل طبيب حسب فعله و هو الذي سنخصص له الفرع الثالث.

## الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي.

قبل التفصيل في ماهية الخطأ كركن من أركان المسؤولية المدنية الطبية رأينا انه من النزوم الحديث عن ظهور الخطأ الطبي في التاريخ لمعرفة ظهوره و كذا تطوره عبر الزمن ، و ذلك لما لمسألة الخطأ الطبي من أهمية في إطار المسؤولية على اعتبار التطور المتتسارع للطب و التغيير المستمر في المفاهيم الطبية و التي تؤدي بدورها إلى التغيير في المفاهيم القانونية في هذه المسألة .

**أولاً/ ظهور الخطأ الطبي :** على الرغم من كون مهنة الطب من أهم المهن الإنسانية ، فهي تفرض على الطبيب واجباً أخلاقياً وقانونياً ، و تستوجب عليه القيام بأقصى الجهد ، و بذل العناية الالزمة لمعالجة المريض ذلك أن صحة البدن وسلامته من أفضل النعم التي وهبها الله للإنسان وتفضل لما عليه ، و هي من أهم الحقوق التي يتمتع لما الفرد ، ومصلحة محمية بمقتضى الشعع و القانون ، غير أن الطبيب و هو بصدق مباشرة مهنته بعلاج المريض إنما يأتي أعمالاً قد تمس سلامته جسمه أو تؤثر على صحته ، أو تضع حدّاً لحياته ، بسبب خطأ في تشخيص المرض ، أو بسبب خطأ في وصف الدواء ، أو بسبب خطأ في التدخل الجراحي ، الأمر الذي يستدعي مساءلته عندما يخل بإلتزاماته المهنية .

والتفكير البشري عموماً عرف منذ زمن بعيد المسؤولية القانونية للأطباء عن أخطائهم العمدية و غير العمدية ، فالحضارة الفرعونية التي قطعت شوطاً عظيماً في مجال الطب عرفت الخطأ الطبي (1) فكانت عقوبة الطبيب إذا أخطأ قد تصل حد الإعدام. كما تنص شريعة حمو رابي في المادة 218 على أنه "إذا عاجل الطبيب رجلاً حراً من جرح خطير بشرط من البرونز وتسير في موته أو فتح خراجاً وتسير بذلك في تعطيل عين الرجل يقطعون يده" ، و عند الإغريق كان الطبيب يُسأل جزائياً إذا كانت وفاة المريض بسبب تقديره أو جهله ، و عند الرومان كانت عقوبة الطبيب الذي يخطيء عن سوء نية و تعمد

---

(1) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 28 .

تصل حد الإعدام ، بل و أكثر من ذلك فهو يعاقب حتى على الخطأ البسيط و النقص في الكفاءة عندما تكون النتيجة خطيرة و يلحق ضررا بالمريض .<sup>(1)</sup>

و على الرغم من أن الخطأ الطبي ظهر بظهور الطب و الذي ظهر بدوره بظهور الإنسان إلا أنه في العهد الروماني و نظرا لعدم وجود نصوص خاصة بمهمة الطب استدعي الأمر تطبيق القانون العام على الأطباء إذ يعتبر الجهل وعدم الكفاءة أو حتى تقديم علاج جديد أدى إلى ضرر بالمريض خطأ يعاقب مرتكبه بعقوبات قد تصل إلى حد قتله ، لذلك فالمسؤولية الطبية في العصور القديمة و الوسطى كانت تتسم بإيقاع العقاب البدني بالأطباء كجزاء جزائي إلى جانب الجزاء المدني المتمثل في التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض أو بذويه في حالة وفاته .<sup>(2)</sup>

و من خلال ما سبق فإنه يتضح جليا أن أغلب التشريعات القديمة كانت تتحدث عن المسؤولية الجزائية الناجمة عن الأخطاء الطبية سواء أكانت عمدية أو غير عمدية و بالتالي فإنها لم تكن تتحدث عن التعويض عن المسؤولية المدنية للضرر الذي يحدثه الطبيب بخطئه في جسم الإنسان محل العلاج لذلك فإن المسؤولية المدنية الطبية تأخرت في الظهور لا سيما المسؤولية المقاومة على الخطأ و لم تبرز فكرة الخطأ إلا لدى فقهاء الكنيسة في القرون الوسطى ، إلا أن الفضل يعود للفقيهين دوما Doma و بوتييه Potier في إبراز فكرة الخطأ بوضوح فأقاما المسئولية المدنية بنوعيها التقصيرية والعقدية على أساس الخطأ.

و منذ ذلك الحين أخذ مفهوم الخطأ الطبي يتطور و تطورت معه المسئولية المدنية عن الأخطاء الطبية إلى أن وصلت إلى ما هي عليه الآن ، و هي آخذت في التطور أيضا عبر الزمن لأنها تتعلق بالجانب الانساني أي بجانب الإنسان من جهة و تتعلق أيضا بمهمة ما فتأت تشهد تطورا علميا و تكنولوجيا بصفة مضطربة

---

(1) طلال عجاج ، المرجع السابق ، صفحة 29 .

(2) علي عصام غصن ، الخطأ الطبي ، منشورات زين الحقوقية ( بيروت لبنان ) ، الطبعة الثانية سنة 2010 ، صفحة 11 .

(3) Jean domat فقيه فرنسي شهير ولد بتاريخ 1625/11/30 و توفي بتاريخ 1696/03/14 من مؤلفاته مصادر القانون .

ويومية من جهة أخرى.

ثانياً/ **تعريف الخطأ الطبي** : يشكل الخطأ أحد الأركان الأساسية لقيام المسؤولية المدنية بصفة عامة ، غير أن الخطأ الطبي له بعض التميز عن الخطأ العادي لذلك وجب أن نعرف الخطأ بصفة عامة ثم نعرف الخطأ الطبي لنميزه عن غيره بما له من خصوصية.

**1/ تعريف الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية** . لقد اختلفت التعريفات للخطأ المنشئ للمسؤولية المدنية ، إذ عرفه الفقيه بلانيول بأنه الإخلال بإلتزام سابق ، و عرفه ديموج *demogue* (1) بأنه إعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء ، و عرفه سافتييري *savatier* (2) بأنه إخلال بواجب قانوني كان في وسع المخل أن يتبيّنه و أن يلتزم به ، و هذا الواجب إما أن يكون منصوصاً عليه في القانون ، أو ناشئاً عن عقد ، أو واجباً أدبياً أو عاماً يفرض على كل شخص عدم الإضرار بالغير (3) ، و من خلال كل هذه التعريفات يتبيّن بأن الخطأ يقوم على ركين أو لهما مادي يتمثل في التعدي الذي يقع من الشخص في سلوكه مجاوزاً الحدود التي عليه إلتزامها و ثانيهما معنوي يتمثل في إدراك الشخص لأعمال التعدي التي يأتيها .

و هناك من الفقهاء من يرى أن الخطأ لا يقوم على مخالفة الواجبات المترتبة على القانون و العقد فحسب

---

(1) *René demogue* فقيه فرنسي ولد بتاريخ 1872/12/17 ببرامس فرنسا و توفي خلال شهر أفريل 1938 ، كلف بالحاضرات بجامعة باريس و ليل و له عدة مؤلفات منها المبادئ الأساسية في القانون الخاص .

(2) *René Savatier* ولد بتاريخ 1892/03/23 ببوابي بفرنسا و توفي في 20/06/1984 تحصل على الدكتوراه من جامعة بوابي و الده أيضاً حاصل على دكتوراه في القانون ، وله عدة مؤلفات منها القانون الخاص و القانون العام ، محاضرات في القانون المدني الخاص و نظرية الإلتزامات.

(3) علي عصام غصن ، المرجع السابق ، الصفحة 08 .

بل يقوم أيضا عند مخالفة واجبات أخلاقية.

و لعل ما جعل الفقه يواجه صعوبات جمة في تعريف الخطأ المدنى يختلف عن الخطأ الجزائي على اعتبار أنه لا يخضع لمبدأ الشرعية و من ثم إستحالت حصر الواجبات والإلتزامات التي يرتب الإخلال [] خطأ ، (1) فمعنى الخطأ يقترب في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية ، ففي الأولى هو إخلال بإلتزام قانوني و في الثانية هو إخلال بإلتزام عقدي (2) .

**2/ تعريف الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية المهنية.** الخطأ الطبي عموماً لا يتميز عن الخطأ العادي إلا من حيث إرتباطه بأصول مهنة الطب التي تقوم على أمور فنية وتقنية دقيقة ، و من ثم يستوجب الأمر تكييف العناصر التي يقوم عليها تعريف الخطأ من الناحية القانونية لتفق مع الأعمال الطبية ، و من ثم يتحدد الخطأ في كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد والأصول الطبية التي يقضى [] العلم ، أو المتعارف عليها نظرياً وعملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيبة و الحذر و اليقظة التي يفرضها القانون ، و واجبات المهنة على الطبيب ، متى ترتب على فعله نتائج ضارة تلحق بالمريض جسدياً أو معنوياً أو جماليًا ، في حين كان في قدرته ، و واجباً عليه أن يكون يقظاً وحذرًا في تصرفه حتى لا يضر بالمريض ، أي أنه خروج للطبيب على الأصول العلمية المقررة لمهنته وفقاً لمعايير الشخص الوسط الذي يكون في نفس ظروفه مع الأخذ في الاعتبار الظروف الخارجية و القواعد التي تحيط بمهنته كطبيب مهني . (3)

و هكذا و رغم ما للخطأ الطبي من اختلاف عن غيره من الأخطاء بصفة عامة و الأخطاء المهنية بصفة

(1) علي فيلاли ، المرجع السابق ، صفحة 54 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ( الملد الثاني ) ، الصفحة 881 .

(3) أحمد شعبان محمد طه ، المرجع السابق ، الصفحة 68 .

خاصة بسبب ما له من تأثير مباشر على حياة الإنسان و صحته و التي هي بذلك أولى بالرعاية و العناية و الإحترام ، إلا أنه يستمد تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام ، و هذا الأخير يعرف على أنه " الخطأ الذي يتصل و يتعلق بالأصول الفنية للمهنة" فلا يقوم إلا أثناء ممارسة مهنة معينة ، وهو يترتب عن الإخلال بأصولها و قواعدها الموضوعية المتعارف عليها .<sup>(1)</sup>

و الخطأ الطبي إجمالا يمكن اعتباره إنحراف من الطبيب أو أحد العاملين في الحقل الطبي عن السلوك العادي المأثور و ما يقتضيه من يقظة و تبصر ، أي أنه إخلال بالواجبات الخاصة التي تفرضها مهنة الطب على الطبيب أو الممارس الطبي و التي تمثل إجمالا في عدم مراعاة الأصول و القواعد العلمية المتعارف عليها في علم الطب وقت إتيان التدخل الطبي لأن القواعد العلمية قد لا تكون ثابتة و قد تتغير في الزمن جراء التطور العلمية و التكنولوجي .

و يمكن أن نخلص إلى القول أن الخطأ الطبي المرتب للمسؤولية المدنية هو ذلك الخطأ الذي يأتيه الطبيب أو الممارس الطبي أثناء تأدية وظيفته و لا يكون عمديا و يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمعالج فيلزم الطبيب أو المرفق بمبرر ذلك الضرر .

فمن خلال ما سبق تبين أن هناك فرق بين الخطأ الطبي المهني و الخطأ العادي و هذا الفرق لم يظهر جليا إلا مؤخرا ، فالوضع الذي كان قائما أن المحاكم كانت تعتبر أن الطبيب لا يسأل مدنيا إلا إذا خالف القواعد التي يملتها حسن التبصر و التي يجب مراعاتها في كل مهنة أي أن الطبيب لا يحاسب إلا على الأخطاء التي يحاسب عليها الرجل العادي و هي الأخطاء التي لا يمكن تصورها إلى من أقل الأطباء خبرة و أقلهم ذكاء و عناية و هو ما يجعل العديد من الأخطاء الطبية يفلت مرتكبها من المسائلة و يجعل العديد من الأضرار تبقى دون جبر ، و منطلق هذه الفكرة أخذ به عديد الفقهاء منهم الفقيه ديلموموت الذي رأى أن الطبيب لا يسأل إلا عن الأعمال المادية التي يأتيها و لا يسأل عن الأعمال الفنية و ذلك من

(1) إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 31 .

أجل إبعاد القضاة عن الخوض في المسائل الفنية لمهنة الطب و التي تخرج عن اختصاصهم ، و قد تم هجر هذا القول بصدور قرار محكمة النقض الفرنسية السالفة ذكره و الذي أكدته محكمة الاستئناف بواتر بقولها " إن المسؤولية تتناول أيضا الأعمال الطبية البحتة ، و لا يجوز أن تمنع المحاكم إطلاقا من النظر فيها بمقدمة أن فصلها في ذلك يؤدي إلى التدخل في فحص مسائل تقع في علم الطب وحده بل أن الطبيب في مثل هذه الأحوال يجب أن يسأل عن خطئه الجسيم المستخلص من وقائع واضحة و الذي يتناهى في ذاته مع القواعد المقررة التي لا نزاع فيها " .<sup>(1)</sup>

و الواقع أن المشرع الجزائري و على غرار كثير من التشريعات العالمية و العربية على وجه الخصوص لم يورد تعريفا لا للخطأ بصفة عامة و لا للخطأ الطبي مما جعل مسؤولية وضع تعريف شامل وجامع مانع للخطأ الطبي المهني تلقى على عاتق القضاء و الفقه و في هذا الإطار نجد المحكمة العليا في الجزائر أوردت في قرارها الصادر بتاريخ 23/01/2008 في القضية رقم 399828 ما يمكن إعتماده كمبداً عام تعريفا للخطأ

الطبيب فأشارت في حيثيات القرار أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناء

تمثل في الجهد الصادقة التي تتفق و الظروف القائمة و الأصول العلمية الثابتة [مدف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية و أن الإخلال [ذا الإلزام يشكل خطأ طبي يثير المسؤولية الطبية وبالتالي فإن الخطأ الطبي من جهة ثانية هو تقصير في مسلك الطب .<sup>(2)</sup>

و قد جاء في نص المادة 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب أنه "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة ، و الإستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين". و عليه فهذه المادة تتحدث عن إلتزام

(1) طلال عجاج ، المرجع السابق ، صفحة 189 .

(2) مجلة المحكمة العليا ، المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الإجتهداد القضائي (عدد خاص) ، سنة 2011 .

الطبيب و جراح الأسنان بإنتهاج السلوك القويم في علاج المرضى بأخذ كامل الروية و التبصر و كذا العمل وفق المعطيات العلمية الحديثة ، أي أنه بعدم إتيان هذا المسلك من التبصر و الحرص و عدم إعتماد الطرق العلمية الحديثة يقوم الخطأ الطبي كخطأ مهني.

و هو الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي لم يعرف الخطأ بل ترك ذلك للفقه و القضاء و قد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه تصرف الشخص تصرف لا يتفق و الحقيقة التي تقتضي [ ] ظروف الحياة العادلة فهو عيب يشوب مسلك الإنسان لا يأتيه الرجل العادي المتبصر الذي أحاطت به ظروف خارجية مماثلة للظروف التي أحاطت بالمسؤول . (1)

و خلافاً لذلك نجد المشرع الإماراتي عرف الخطأ الطبي بأنه الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة [ ] فهو راجع إلى الإهمال و عدم بذل العناية الالزمة . (2) و نحن نرى أنه حسناً فعل المشرع الإماراتي حين ربط الخطأ الطبي بالجهل بالأمور الفنية للطلب و ذلك لـث الأطباء و الممارسين الطبيين للقيام بالدراسة والبحث و الإجتهاد و مواصلة التكوين و عدم الإكتفاء بما تحصلوا عليه في الجامعات بل مواصلة التكوين في كل المراحل [ ] يمثلون مهنة نبيلة و مهنة تتعلق بأجسام المرضى و [ ] حيام .

و على الرغم من أنه من المسلمات أن المسؤولية الطبية تقوم على الخطأ غير العمدي من الطبيب إلا أنه ونظراً لتشعب الحياة الطبية و طول و تشابك مراحل العلاج قد يظهر الضرر دون أن نتمكن من تحديد من قام بالخطأ على وجه التحديد كما هو الحال في عمل الفريق الطبي كأن يكون هناك طبيب مشخص و آخر معالج يصف الدواء و ثالث يقوم بالتخدير و رابع يجري العملية الجراحية و خامس يعيش فهنا لو أخذنا بفكرة الخطأ لصعب إثباته ، لذلك ظهر إتجاه فقهي حديث ينادي [ ] جر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية

(1) مشار إليه في طالب أنور الشعري ، مسؤولية الصيدلي الجنائية ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى سنة 2008 ، الصفحة 54.

(2) المادة 14 من القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 لدولة الإمارات العربية المتحدة يتعلق بالمسؤولية الطبية .

الطبية و جعلها قائمة على الضرر أي على أساس المحاطر فحسب على اعتبار أن الغاية من المسؤولية و قيامها هي التعويض ظهرت المسؤولية دون خطأ و أثبتت على أساس الخطر العلاجي الإستثنائي تارة و على أساس التكافل الاجتماعي تارة أخرى و قد أخذ هذا الإتجاه القضاء الفرنسي في عدة قضايا منها حكم محكمة النقض في 1997/02/25 و هذا ما سنراه لاحقا بأكثر تفصيل عند الحديث عن الأساس القانوني للمسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية .

## الفرع الثاني: عناصر الخطأ الطبي و أنواعه.

إنه و من منطلق أن الخطأ هو أساس المسؤولية المدنية عموما كان لزاما علينا إعطائه بعض الأفضلية في الإسهاب عن الحديث عنه من بقية الأركان سيما عندما يتعلق الأمر بالخطأ الطبي ذى الطابع المهني المتفرد و المتميز عن بقية الأخطاء ، لذلك وجب الحديث عن عناصر الخطأ الطبي و أنواعه في هذا الفرع .

**أولا/ عناصر الخطأ الطبي:** إن المسؤولية المدنية تقوم عموما على ثلات عناصر هي الخطأ ، الضرر و العلاقة السببية بينهما ، و من هذا المنطلق و من خلال التعريفات التي سبق ذكرها عن الخطأ في الحال الطبي و الذي يتميز عن الخطأ بمفهومه العام في مجال المسؤولية المدنية بأنه مهني و يتعلق بمارسين متخصصين لهنة الطب أي أن له خصوصيات تميزه عن الخطأ بمفهومه العام ، و بخلاف هذه الخصوصية للخطأ في حد ذاته فإن عناصر الخطأ الطبي تشتراك مع الخطأ بصورة عامة و تتميز عنه أيضا بما يميز لهنة الطب عن غيرها ، و بما أنها خلصنا في تعريفنا للخطأ الطبي المنشئ للمسؤولية المدنية الطبية بأنه الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإمام لما فهو راجع إلى الإهمال و عدم بذل العناية الالزمة لذلك فإن الخطأ الطبي يقوم على العناصر التالية :

**1 / الجهل بأمور فنية يفترض إلمام الممارس الطبي بها:** يقوم هذا العنصر إن لم يكن الطبيب عالماً بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرة مهنته فهو بذلك غير مدرك للالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته و على ضوء هذه المعرفة وهذا الإدراك يقاس سلوك الطبيب في عمله و يعتبر خطئاً إذا تخلف عن معرفة تلك الأصول و الدراية [1] ، و عند تقدير معرفة الطبيب بأصول المهنة توضع في الإعتبار مسائل التخصص الفني و المركز العلمي و الخبرة في ممارسة مهنة الطب (1) ، و في هذا الصدد فإن الممارس الطبي و لا سيما الطبيب يقع على عاتقه إلتزام بالتكوين المستمر و الإطلاع على كل جديد في إهال الطبي من أجل تطوير معارفه و مداركه العلمية ، بل أن أغلب التشريعات الحديثة أصبحت تجعل التكوين المستمر من الأطباء بمثابة إلتزام و الإخلال به يكون خطأ تأديبي مختلف درجته بحسب درجة الإهمال في التكوين ، إلا أن هذا الإلتزام لا يقع على عاتق الطبيب أو الممارس الطبي فحسب بل يقع أيضاً على عاتق نقابات الممارسين الطبيين المختلفة و إهال الطبية بل و حتى الوزارات الوصية من أجل تنظيم أيام دراسية و ملتقيات محلية و جهوية بل و حتى وطنية ودولية يشارك فيها المتداخلون في العملية الطبية و يتداولون الأفكار و يتدارسون الجديد في إهال الطبي سواء من حيث الطرق العلاجية ، الدواء و حتى المعدات الطبية ، بل أكثر من ذلك فلا بد من أن يتم إجراء إمتحانات إثبات المستوى دورياً للأطباء .

**2/ الإهمال أو عدم الانتباه:** هو عدم إتخاذ الفاعل لإجراءات احتياطية و هذا الإهمال يؤدي إلى حدوث الضرر (2) فيكون الخطأ من جانب الطبيب [هذا الإهمال و هو عدم تبع الحيطة الالزمة ، كأن يهمل الطبيب الجراح القيام بكل الإجراءات الالزمة قبل العملية الجراحية من تحاليل وأشعة وفحوصات

(1) محمود محمد علي صيرة ، الإتجاهات الحديثة لصياغة قوانين المسؤولية عن الخطأ الطبي ، محاضرة ألقاها في المؤتمر العربي الثاني عن المسؤولية الطبية بمقر أكاديمية شرطة دبي بتاريخ 28 و 29 نوفمبر 2012 .

(2) منير رياض حنا ، المسئولية الجنائية للأطباء و الصيادلة ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر ، سنة 1989 ، الصفحة 29.

و كأن يقوم الصيدلي بإعطاء دواء غير الذي في الوصفة الطبية أو يقول للمريض بتناول جرعات أكثر من التي حدها الطبيب بإهمال منه و عدم قراءة الوصفة بروية و تمعن .

على الشخص الذي يدعى حدوث خطأ طبي مشوب بالإهمال أن يثبت العناصر التالية :

- أن يكون على عاتق الطبيب واجب و إلتزام معين ببذل عناء.

- أن لا يأت الطبيب العناية الالزمة الملقة على عاتقه.

- حدوث ضرر للمرضى أو متلقي العلاج .

- أن يكون الضرر ناتج عن فعل الطبيب غير المراوح لواجب العناية الملقي على عاتق .

و يقع عباء الإثبات لهذه العناصر على عاتق الشخص المتضرر وفق ما سبق ذكره في البحث الأول من هذا الفصل .

**3/ عدم بذل العناية الالزمة (الرعونة) :** الرعونة يقصد لها سوء التصرف و عدم تقدير الوضع كما هو متبع في الأحوال العادلة (1) و الرعونة أيضا هي الإستخفاف بالأوضاع وسوء تقديرها و هي غالبا تكون في الحال الطبي جهل من الطبيب بالمعرفة أو إعتقاد بالمعرفة على غير الحقيقة .

**4/ عدم الاحتياط و قلة الاحتراز :** عدم الاحتراز يكون بعدم أخذ الحيوطة و الحذر اللازمين و عدم تدبر العواقب بشكل منطقي إذ يدل على طيش صاحبه و عدم تبصره ، و يمكن تصوره أيضا من أن الشخص ليس أرعن و لكنه عالم بعواقب الأمور و يدركها و يعلم ما يجب الاحتياط منه لعدم وقوعها ، إلا أنه لا

---

(1) إيهان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية مصر) سنة 2004 ، الصفحة 109.

يفعل شيء لتفاديها و الإحتياط منها (1) كقيام الطبيب أو المرض بإجراء فحص الفصيلة الدموية قبل الحقن على شريحة زجاجية غير معقمة ، فهو يدرك أنه يمكن أن يكون لهذا الفعل عواقب وخيمة بأن لا تظهر فصيلة الدم الصحيحة إلا أنه لا يحتاط و لا يحتذر ويجري الفحص و يحقن المريض بالفصيلة غير المطابقة لفصيلته مما يؤدي إلى أضرار بالمريض قد تصل إلى الوفاة .

ثانياً/ **أنواع الأخطاء الطبية :** سنذكر بعض الأخطاء الطبية الأكثر شيوعاً لأنه لا يمكن أن نحدد مجموعة من الأخطاء الطبية لتكون على سبيل الحصر و لا تكون أمام المسؤولية المهنية الطبية من دواما لأن أنواع الأخطاء لا سيما في المالطي لا تعد و لا تحص و وبالتالي لا يمكن حصرها ، وأيضاً في حالة حصرها في أخطاء معينة بالذات فإن ذلك سيؤدي إلى إفلات جملة كبيرة منها من العقاب و العقاب المقصود هنا هو الجزاء المدني لا الجزائي أي التعريض عنها ، إضافة إلى ذلك فإن الطلب دائم التطور و سريع الحراك فالإجراء الطبي الذي يكون مباحاً في فترة زمنية معينة قد يأتي عليه التطور و يصبح تدخل طبي غير مباح من وجهة النظر العلمية وبالتالي فإنه يكون خطأ طبياً .

غير أن هذه الأخطاء الطبية يكون وصفها من حيث طبيعة التدخل الطبي أي أملاً مقتنة بالعمل الطبي بحد ذاته ، وقد ينجر عن هذه الأخطاء أضرار و قد تكون هذه الأخطاء جسيمة أو بسيطة (طفيفة) .

## 1/ **أنواع الأخطاء الطبية من حيث طبيعة العمل الطبي .**

هناك جملة من الأخطاء الطبية التي يأتيها الأطباء أثناء ممارستهم لمهنتهم و من أكثر هذه الأخطاء شيوعاً ما يلي :

**1.1 الخطأ في التشخيص .** إن الطبيب و عند بداية العملية الطبية أي العملية العلاجية يقوم بتشخيص المرض قبل القيام بأي خطوة و وبالتالي فالتشخيص هو الخطوة الأولى في العملية العلاجية و من هنا

---

(1) إيمان محمد الجابری ، المرجع السابق ، الصفحة 111

تنصح أهميتها ، فالطبيب يحاول التعرف على ماهية المرض و تاريخه و تطوره و خطورته ، و كذلك يحاول التعرف على حالة المريض الصحية و سوابقه المرضية و أثر الوراثة فيه ، أي أنه ترجمة من الطبيب للدلائل و الظواهر التي يشاهدها نتيجة الفحص الطبي الأولى ثم يقرر الإجراء العلاجي اللازم ، و ما يلاحظ أن الخطأ في التشخيص قد لا يكون نتيجة الجهل و إنما بسبب ضعف الملاحظة أو عدم توافر الفطرة الصائبة و هي مواهب يمنحها الله عز وجل للأطباء و بدرجات متفاوتة .<sup>(1)</sup>

**2.1 الخطأ في وصف العلاج.** بعد أن يقوم الطبيب بالتشخيص للمرض و ينتهي من العملية التشخيصية ينتقل إلى المرحلة الثانية من العملية العلاجية و المتمثلة في وصف العلاج اللازم للمريض الذي توصل إلى التثبت منه ، و حالياً أصبحت العملية العلاجية معقدة أكثر من السابق لا سيما بعد ظهور تخصصات كثيرة في المجال الطبي و أصبح التخصص يشمل كل عضو في جسم الإنسان تقريباً ، لذلك فإن عملية وصف العلاج لا سيما في وقتنا الراهن و في بعض الأمراض المعقدة لم تعد بقدرة طبيب عام بل طبيب متخصص في المرض محل التشخيص ، و كذلك فهذا الوصف للعلاج بعد التشخيص مباشرة لم يعد كافياً حتى للأطباء المختصين ، بل أن وصف العلاج أصبح يكون بعد القيام بجموعة من التحاليل الطبية و الأشعة للتثبت بشكل شبه يقيني من طبيعة المرض .

و الخطأ يقوم في هذه الحالة في جانب الطبيب الذي يخطئ بإهماله في وصف العلاج المناسب للمريض محل التشخيص ، و صورة الخطأ هنا أصبح يمكن تصورها حالياً من الطبيب الذي لا يحتاط و يكون مهماً و يصف الدواء بدون التثبت و بدون طلب تحاليل للتأكد من طبيعة المرض ، و يمكن تصورها أيضاً إذا ما كان الطبيب المعنى طبيب عام و قام بوصف دواء لمرض معقد يحتاج إلى طبيب أخصائي أكثر تمكناً من الناحية العلمية وحتى من ناحية التجربة .

(1) آمال عبد الرزاق مشالي ، الوجيز في الطب الشرعي ، مكتبة الوفاء القانونية ، سنة 2008 ، الصفحة 239 .

**3.1 الخطأ الجراحي .** العملية العلاجية الجراحية عملية غاية في الدقة و التعقيد ذلك غالباً تتم و المريض مخدر كلياً أي فاقد للوعي و الإحساس مما يجعل الطبيب الجراح يعمل في هدوء و سكينة و هو ما يرفع من فرص نجاح التدخل الجراحي ، و قبل ذلك فإن الطبيب الجراح يقوم بإعداد خطة جراحية تقوم على فحص المريض و تشخيص الداء و تحديد طبيعة المرض و نوعه و تحدد توقيت العملية الجراحية و الوقت الذي تستغرقه ثم يقوم بالعملية الجراحية و يبذل قصارى جهده و يتزمن بالحدى و اليقظة ، و إذا لم يقم بذلك فإنه قد يرتكب أخطاء طبية تؤدي إلى أضرار غالباً ما تكون جسيمة و تؤدي بدورها إلى قيام المسؤولية المدنية في جانبه ، و من الأخطاء الأكثر شيوعاً في العمل الجراحي أن يقوم الطبيب الجراح بنسيان شيء كضمادة أو مقص في بطن المريض و القيام بإاحتاثة الجرح ، أو ترك عصب يتزلف دون إيقاف النزيف ، أو القيام باستئصال عضو سليم مكان العضو المصابة و ذلك في العمليات التي ترد على الأعضاء المزدوجة كالكلية مثلاً ، فهنا نجد أن مجلس الدولة الجزائري قضى في فراره المؤرخ في 2000/01/31 بالتعويض للسيدة ( ب ف ) إثر نسيان إبرة داخل بطنها بعد القيام بعملية جراحية في القطاع الصحي بمستغانم .<sup>(1)</sup>

**4.1 الخطأ في التخدير:** إن التخدير يعد من أهم الإنتصارات العلمية في ميدان الطب ذلك أن التخدير ساهم بشكل فعال في التقدم الجراحي إلى حد بعيد إذ مكن الطبيب من الكشف عن الأجزاء التي يعاني المريض منها و سهل علاج الكسور و فتح الطريق أمام الطبيب لكي يجري عمليات جراحية قد تدوم أحياناً ساعات طويلة و تحتاج إلى سكون المريض أثناء إجراء هذه العملية الدقيقة <sup>(2)</sup> ، إلا أن عملية التخدير لها فوائد و لها أيضاً أخطار كبيرة لأنها عملية طبية فنية تجعل المريض في حالة نوم أو شبه وفاة و لا يصبح

(1) مشار إليه في جمال سايس ، الإجتهدالجزائري في القضاء الإداري ، المرجع السابق ، الصفحة ، 964 .

(2) أمير فرج يوسف ، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية و المدنية ، المكتب الجامعي الحديث ، سنة 2007 ، الصفحة 20 .

يمس بالعالم الخارجي و لا بالألم فالتخدير قد يكون عام و قد يكون موضعياً حسب طبيعة التدخل الجراحي .

و يتمثل الخطر في التخدير العام في شيئين أوهما أن ينام المريض و لا يصحو بعد إنتهاء العملية الجراحية و بعد إنتهاء أثر المخدر و قد يكون ذلك لافراط من طبيب التخدير في جرعة الدواء المخدر للمريض أو أن لا يتقيد و لا يأخذ في الحسبان الملف الطبي للمريض و التحاليل الوجوية التي تجرى قبل أي عملية جراحية ، و ثانيهما و هو الحالة العكسية و التي تمثل في لوض المريض من التخدير أثناء القيام بالعملية الجراحية التي لم تنته بعد و هذه الصورة للخطأ من الصور الشائعة الحدوث و التي غالباً تكون بإعطاء المريض جرعة غير كافية من المخدر أو عدم تحديد الوقت التقريري للعملية بدقة .

و هنا يثار التساؤل حول التداخل بين عمل الطبيب الجراح و طبيب التخدير إذ و رغم أن طبيب التخدير يستقل في التحضير و الإعداد لأجهزة التخدير و هو الذي يحدد جرعة المخدر إلا أنه يشتراك بطريقة غير مباشرة مع الطبيب الجراح الذي يتدخل في عمل طبيب التخدير لأن الجراح هو من يحدد له المدة الزمنية للعملية الجراحية و هو ما يجعل العمل الجراحي و التخديري متشاركاً في ما بينهما و نتيجة لذلك فإن مسؤوليتهم الشخصية تتعقد بصدق عمل مشترك متشاركاً قد يصعب تحديده و تعين الفاصل بينهما<sup>(1)</sup>

**2/ أنواع الأخطاء الطبية من حيث الجسامية.** الخطأ الطبي عرف سابقاً بأنه تقدير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ من أوسط الأطباء وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المخطئ ، و بما أن الطبيب يتعامل مع الصحة و يجب أن يكون مصدر أمان للمريض لذلك كان الخطأ الطبي من أخطر أنواع الأخطاء ، غير أن درجة الخطورة هذه قد تتسع و قد تضيق حسب طبيعة السلوك الذي أتاه الطبيب فكان خطأ طبي عادي بسيط و خطأ طبي جسيم و هو ما يعرف بتدرج الخطأ.

(1) أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، الصفحة 287 .

فنظريّة تدرج الخطأ نظرية قديمة صنعتها القانون الفرنسي القديم لا سيما من الفقيهين دوما و بوتيه.<sup>(1)</sup>

**1.2 الخطأ الطبي البسيط .** الخطأ الطبي البسيط هو ذلك الخطأ الذي يأتيه الطبيب بمناسبة قيامه بعلاج المريض فيتسبب ذلك في ضرر للمريض ، و يكون هذا الخطأ حسب معيار الرجل العادي أي بمقارنة بينه و بين الرجل العادي و هو الطبيب العادي الذي له نفس المستوى العلمي و التكويني و في نفس الظروف التي كان فيها الطبيب المخطئ، و قد كان في السابق الخطأ البسيط لا يرتب المسؤولية المدنية للطبيب أو المرفق الطبي (المستشفى) نظراً لوجود صعوبات مادية لممارسة مهنة الطب من جهة و لصعوبة إثبات الخطأ من جهة أخرى ، غير أنه و مع التقدم العلمي و مع كثرة الأخطاء الطبية أصبح حتى الخطأ البسيط محل قيام المسؤولية المدنية.

و قد ساير مجلس الدولة الجزائري اعتبار أن المسؤولية المدنية الطبية تقوم بمجرد إرتكاب الخطأ من الطبيب و إثبات هذا الخطأ دون إشتراط أن يكون الخطأ جسيما و هو ما ذهب إليه قضاء مجلس الدولة الجزائري في قضية السيدة رقية زعاف التي تعرضت لخطأ طبي في مستشفى أدرار عندما ذهبت للولادة إذ أدى ذلك الخطأ إلى وفاة مولودها و حرماها من الولادة مستقبلا فأقام مجلس الدولة المسؤولية على أساس وجود خطأ طبي ثابت بخبرة طبية دون إشتراط لنوع الخطأ بسيط أو جسيم في قراره بتاريخ 19/04/1999. <sup>(2)</sup>

**2.2 الخطأ الطبي الجسيم .** اعتبار أن الخطأ جسيم حين ينتفي حسن النية بمعنى أن يبلغ الخطأ من الجسامنة مبلغاً يقترب من الغش ، فيبتعد الضمير المهني للطبيب عن واجب اليقظة فيقع في إهمال و عدم تبصر ، فالإهمال و عدم التبصر الذي يبلغ من الجسامنة حدا يجعل له أهمية خاصة يقوم به الخطأ الجسيم بغض النظر عن الضرر الحاصل فنكون أمام خطأ جسيم سواء كان الضرر بسيط أو كبير .

(1) عبد الرزاق أحمد السنوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام (المقدمة الثانية) ، الصفحة 743 .

(2) حسين بن شيخ الملوثر ، المتلقى في قضاء مجلس الدولة (الجزء الأول) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الصفحة 101 .

و عليه يكون الخطأ جسيما عند بذل العناية الالزمة من الطبيب بصورة لا تصدر من أقل الأطباء حرضا أو الخطأ الذي لا يتصور وقوعه إلا من مستهتر ، و لعل أبرز مثال بين الخطأ الجسيم هو قيام الطبيب بإستئصال العضو السليم و يترك العضو المصاب بالنسبة للأعضاء المزدوجة كالكلية مثلا .

و المعيار الذي يقاس به الخطأ الجسيم هو المعيار الموضوعي الارد أي معيار السلوك المألوف و الظروف الملائبة للمسؤول وفقا لم تقدره الحكمة ، و متى ثبت الخطأ الجسيم وجوب التعويض عن كلضرر المباشر المتوقع و غير المتوقع (1) و قد أخذ لذا التكييف القضاء الفرنسي لا سيما مجلس الدولة في بدايات المسائلة المدنية عن الأخطاء الطبية و ذهبت أغلب قراراته إلى اعتبار المسؤولية المدنية الطبية لا تقوم إلا إذا كان الخطأ من الطبيب جسيما و علتهم في ذلك تشجيع التقدم العلمي ، ففي هذا الصدد نجد قرار محكمة النقض الفرنسية في 18/06/1935 الذي يعتبر الطبيب الذي يتخلى بإرادته عن علاج مريض و يتركه يعاني من الألم في اليدين على أنه ليس له آثار نسبية مما أدى في النهاية إلى بتر ذراع المريض ، فهو إهمال من جانبه و يمثل خطأ جسيم يستوجب المسؤولية. (2)

غير أن هذه النظرية هجرت فقها و قضاها لعدة أسباب منها لَا لا تجد مجالا لإعمالها في الإلتزام بتحقيق نتيجة لأن المسؤولية المدنية تقوم بمجرد تحقق الضرر دون البحث عن طبيعة الخطأ الذي أتاها الطبيب فهو جسيم أو بسيط و هو ما أخذت به محكمة قرونوبول في قرارها بتاريخ 1946/11/04 إذ أكدت أن الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة مهنته ، و لا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب

(1) ظاوسن نامق براخاس ، قبول المخاطر الطبية و أثره في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية مقارنة) / دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات (مصر - الإمارات) / سنة 2013 ، الصفحة 149 .

(2) مشار إليه في بونرس بلعيد ، الخطأ الطبي أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة مولود معمر بتيزي وزو .

الطيب خطأ جسيم إذ لا يوجد بين نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحًا ولا يقع من الطبيب المعتمد من أوسط رجال هذه المهنة .<sup>(1)</sup>

### الفرع الثالث: خطأ الفريق الطبي .

لقد أدى التطور العلمي و التكنولوجي في المجال الطبي إلى تقلص دور الطبيب الفرد و إلى ظهور أمرين مهمين ، و هما التخصص و الفريق الطبي ، فالتخصص معناه أن يقوم الأطباء بالتحصص في مجالات مستقلة عن بعضها البعض و أن يتبعوا على الطب العام و الشمولي و أصبحنا أمام الطب المتخصص و في أمام عمل الفريق الطبي أي خارج إطار العمل الطبي الفردي .

أولاً/ تعريف الفريق الطبي . الفريق الطبي هو مجموعة من الأشخاص المتخصصين في عدة مجالات طبية متنوعة (أشعة ، تحاليل ، إنعاش ، تخدير ... الخ) يجتمعون للعمل كفريق من أجل هدف طبي واحد ، و عادة ما يكون عمل الفريق الطبي في مجال الجراحة و العمليات الطويلة و المعقّدة فيكون عملهم تكاملياً إذ لا يمكن أي يتم الوصول إلى الهدف المرجو من قبل طبيب واحد بل يجب تضافر جهود جميع أعضاء الفريق الطبي كل في مجال إختصاصه ، و لكن دون أن يتدخل أحدهم في عمل الآخر ، أي أن عملهم تكاملٍ لا تداخلٍ.<sup>(2)</sup>

و قد يحصل أن يقوم المريض بإختيار جميع أعضاء الفريق الطبي المشرف على علاجه و يعتبر تعاقده معهم جميعاً للقيام بالتدخل العلاجي أو الطبي المطلوب لصالحه فتكون علاقة المريض بكل فرد من أفراد الفريق الطبي عقدية .<sup>(3)</sup>

(1) إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 44 .

(2) إيمان محمد الجابری ، المرجع السابق ، الصفحة 101 .

(3) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 359 .

و قد لا يقوم المريض بإختيار الفريق الطبي بل يختار الطبيب المشرف على التدخل الطبي و يتکفل هذا الأخير بإختيار الفريق الذي سيشاركه تدخله الطبي ، فهنا تكون العلاقة تعاقدية بين المريض و الطبيب المشرف .

**ثانيا/ الغاية من الفريق الطبي .** توزيع الإختصاصات في الفريق الطبي على الأطباء و مساعديهم كل حسب دراسته و تخصصه ، فطبيب التحاليل يجريها لوحده دون توجيه من الطبيب الجراح ، و طبيب التخدير هو من يحدد الجرعة التي يجب إعطائها للمريض و هو الملزم ببقاء المريض مخدرا طيلة وقت العملية و هو المسؤول عن إيقاظه بعد العملية دون تدخل من الجراح و هكذا ، إلا أن هذا لا يعني أن العمل في إطار الفريق الطبي منفصل تماما عن بعضه البعض بل لا بد من أن يكون هناك تشاور بين أعضاء الفريق الطبي فطبيب التخدير لا بد من أن يتشاور مع الطبيب الجراح عن الوقت المفترض لإجراء العملية الجراحية لكي يتمكن من تحديد الجرعة اللازمة من المخدر التي يجب حقن المريض □ .

**ثالثا/ المسؤولية المدنية في إطار عمل الفريق الطبي .** إن العمل الطبي لا يكون دائما ممارسا من قبل طبيب واحد بل في كثير من الأحيان يكون هناك عمل طبي مختلط و متراوط و متداخل و لا يمكن فصل عمل عن آخر مما يجعل التساؤل يثور حول من يتحمل المسؤولية في إطار العمل الطبي الممارس في إطار الفريق الطبي سيما في ظل صعوبة إثبات الخطأ المؤدي إلى إحداث الضرر ، فقد ظهر من يقول بمسؤولية الفريق ككل عن الضرر الذي يحدثونه بخطئهم ، و هناك من قال بضرورة أن يتحمل الخطأ مرتكبه فقط ، و حتى هذا الرأي ثار التساؤل حوله هل يتحمل الخطأ الطبيب عن فعله الشخصي أو عن فعل الغير أي عن عمل المرافق له في العمل في إطار الفريق الطبي (أطباء و مساعدين) .

**1/ مسؤولية الفريق الطبي.** نظرا إلى أن عمل الفريق الطبي له هدف واحد فقد ظهر من نادى بضرورة جعل المسؤولية المدنية الناجمة عن الخطأ الطبي في إطار عمل الفريق الطبي تكون على عاتق الفريق الطبي كاملا على اعتبار أن الخطأ المؤدي إلى الضرر من الصعوبة بمكان إثباته و حتى إذا ثبت فإنه يجب أن يتم نسبته إلى محدثه و المتسبب في الضرر ، و هو ما يصب في مصلحة المريض الذي يثبت الضرر فقط دون حاجة إلى البحث عن الذي أتى الخطأ و تسبب في الضرر و بمجرد إثبات الخطأ تقوم مسؤولية الفريق الطبي كاملة كمسؤولية تضامنية ، و هو ما لا يوجد ما يمنعه بعد إضفاء الصبغة القانونية على الفريق (1) فأنصار هذا الرأي يرون أن المسؤولية المدنية للفريق الطبي تجاه المريض تكون بتكييف الفريق بأنه شخصية حكمية على اعتبار أن عناصرها قد تتحقق في الفريق الطبي حتى دون وجود نص قانوني ، مما من شأنه زيادة عدد المسؤولين و توفير ضمانة قوية لتعويض المريض أو ذويه (2) ، كما أن إعطاء الصفة الجماعية للفريق الطبي و مسائلتهم تضامنيا من شأنها أن يجعل المضرور أكثر راحة عند مطالبته بالتعويض لأنه يمكنه أن يقاضي من يشاء من الفريق الطبي بكامل التعويض على أن يرجع ذلك العضو على بقية الأعضاء بمقدار أنصبتهم في التعويض وفق ما جاء في نص المادة 126 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " إذا تعدد تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزاماتهم بتعويض الضرر، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل واحد منهم في الإلتزام بالتعويض " و هو ما يكون في صالح المضرور الذي يجد أمامه مجموعة من المسؤولية المتضامنين فيضمن حصوله على التعويض الذي يجبر الضرر الذي أصابه خصوصا إذا كان هؤلاء الأطباء أو المؤسسة الإستشفائية غير مكتبيين لتأمين على مسؤوليتهم المدنية .

إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد إذ أنه يتعارض مع القواعد العامة للمسؤولية ذلك أن التضامن مفترض في

(1) رئيس محمد ، المسؤولية القانونية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، الصفحة 193 .

(2) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 361 .

المسؤولية التقصيرية ، بينما حلصنا في الفصل الأول إلى اعتبار العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض هي غالبا مسؤولية عقدية لا تقصيرية فالتضامن غير مفترض في إطار المسؤولية العقدية (1) ، إضافة إلى أن جعل المسؤولية على عاتق كامل الفريق الطبي فيه إجحاف كبير في جانب أعضاء الفريق الطبي الذين لم يرتكبوا أي خطأ يوجب مسائلتهم مدنيا ، كأن يتحمل الطبيب الجراح كعضو من أعضاء الفريق الطبي خطأ طبيب التخدير الذي لم يتمكن من جعل المريض يستيقظ رغم أن التدخل الجراحي كان ناجحا من وجهة النظر العلمية .

و أيضا فإن التحجج بصعوبة إسناد الخطأ إلى مرتكبه في مجال عمل الفريق الطبي لم يعد قائما لأنه و مع هذا التطور في الطب أصبح بالإمكان تحديد أي مرحلة كان فيها الخطأ و أمكن نسبته إلى مرتكبه دون وضع كامل الفريق الطبي في نفس الإطار .

و نحن نؤيد هذا الرأي الأخير لأنه يحمل المسؤولية للمستوى و لا يجعلها على عاتق كل من شارك في التدخل الجراحي رغم أن عمله كان موافقا لأصول الطب و لم يرتكب فيه أي خطأ ، فمن الطبيعي أن لا يتحمل خطأ غيره لأنه غير مسؤول عنه فكل عضو في الفريق الطبي متخصص في مجاله و له من الدراسة ما يجعله يتحمل المسؤولية عن خطئه لوحده دون إشراك باقي أعضاء الفريق الطبي .

**2/ مسؤولية الطبيب المشرف على الفريق الطبي .** قيل أيضا أن الذي يتحمل المسؤولية في إطار عمل الفريق الطبي هو الطبيب المشرف عليه ، و هذا الرأي كان يصلاح أن يكون في السابق عندما كان العمل فعلا متداخل و عندما كان الجراح يحضر مساعدين له فيكون هو المسؤول عنهم فيسأل الطبيب الجراح عن عمل طبيب التخدير لأنه هو من أحضره لمساعدته ، و قد أسس أنصار هذا الرأي رأيهما على أن العلاقة التي تجمع الطبيب المشرف على العملية و هو الطبيب الجراح بالمريض هي علاقة تعاقدية ، بينما لا علاقة تعاقدية بين طبيب التخدير و المريض لأنه لم يختبره و لم يتعاقد معه ، فتقوم هنا

(1) أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، الصفحة 272.

مسؤولية الطبيب المشرف على إعتبر أنه متبع و طبيب التخدير تابع له فنكون أمام المسؤولية عن فعل الغير .

و قد ترجم هذا الرأي الفقيه سافاتيه SAVATIER الذي قال أن الطبيب ملتزم تعاقديا مع المريض بتقديم العناية المطلوبة لأن حاز على ثقة المريض ، وأي خلل أو قصور يكون هو المسؤول عليه سواء كان منسوبا إليه شخصيا أو كان منسوب إلى عضو من أعضاء الفريق الطبي الذين إستعن بهم دون الحصول على الموافقة الخاصة من المريض ، وهذا يعني أن الأعمال المعاونة التي يستعين بها المتعاقد الأصلي بأصحها لأداء إلتزامه العقدي تدخل ضمن هذا الإلتزام .<sup>(1)</sup>

غير أن هذا الرأي إنقدر أيضا على أساس أنه لا يمكن القول بمسؤولية الطبيب الجراح عن خطأ طبيب التخدير بإعتباره تابعا له ، و ذلك نظرا لاستقلالية عمل الطبيب الجراح عن عمل طبيب التخدير أي أن طبيب التخدير تكون مسؤoliته مستقلة عن مسؤولية الجراح بصفة شخصية عن ما يقترفه من أخطاء قد تقع في تخصصه و في منطقة نشاطه .<sup>(2)</sup>

و رغم النقد الذي طال هذا الرأي إلا أنه يمكن تصور أن يكون المشرف على الفريق الطبي متحملا مسؤولاية غيره في الفريق إذا ما كان هذا الغير يمارس لحساب هذا المشرف ، كأن تقوم مرضية بحقن مريض بطلب من الطبيب المشرف أي أن الطبيب هو من أمرها بذلك فالعمل الطبي هنا يكون داخل إطار نشاط الطبيب المشرف ، فتقوم مسؤوليته عن فعل غيره على أساس مسؤولية المتبع عن أفعاله .<sup>(3)</sup>

(1) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 357 .

(2) أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، الصفحة 269 .

(3) خالد بن النوي ، المرجع السابق ، صفحة 223 .

**3/ مسؤولية الطبيب المخطئ.** على الرغم من أن عمل الفريق الطبي واحد و يتوجه إلى هدف واحد ، إلا أن الأعمال الطبية مستقلة و متميزة من الناحية الفنية و من ناحية الإختصاص ، و هذا التميز و ذلك الاستقلال يفرض تعين و تحديد المسؤولية الطبية الشخصية لكل عضو من أعضاء الفريق الطبي المتعاون في علاج المريض ، و هذه الصورة يمكن تحديد دائرة المسؤولية الشخصية لكل طبيب أو بالأحرى لكل متداخل في إطار عمل الفريق الطبي و ذلك من خلال رصد الخطأ المترتب ، فالخطأ الذي إرتكب في دائرة نشاط الطبيب الجراح يقيم مسؤوليته المدنية الشخصية ، و الخطأ المترتب في دائرة نشاط طبيب التخدير يقيم مسؤوليته المدنية الشخصية وهكذا بالنسبة لكافه أعضاء الفريق الطبي .

و قد تبني المشرع الفرنسي هذا الرأي و نص عليه في قانون تنظيم مهنة الطب الصادر بتاريخ 1979/06/28 في المادة 54 منه و التي أكد على أنه و عندما يتعاون فريق من الأطباء في فحص مريض و علاجه فإن كل منهم يتحمل مسؤوليته الشخصية . (1)

و لعل ما يدعم أكثر هذا الإتجاه في تحويل المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية في إطار الفريق الطبي مسألة تأمين المسؤولية المدنية في حد ذاتها ، ذلك أنه و أمام تعدد الأعضاء المكونين للفريق الطبي فمن البديهي و الواضح أنه يمكن بل و يغلب على الظن أن يكون تأمينهم عن مسؤوليتهم المدنية عند شركات تأمين مختلفة نظراً لتطور المنتج التأميني عن المسؤولية المدنية الطبية سيما في الدول الأوربية و الولايات المتحدة الأمريكية ، فلو وقع خطأ أدى إلى إصابة المريض بضرر و قلنا بعدم التمكن من نسبة الخطأ لفاعله و حملنا الفريق الطبي هذه المسؤولية ، فإن شركات التأمين سترفض التعويض عن الضرر و جبره لأن الخطأ لم ينسب بشكل واضح و صريح و لا يدع مجالاً للطبيب للمؤمن لديها ، فيضيع حق المضرور في جبر ضرره رغم قيام المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي بأكملها ، و هو ما سنفصل فيه في الفصل الثاني عند الحديث عن التأمين من المسؤولية المدنية الطبية .

(1) أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، الصفحة 277 .

## المطلب الثاني: قيام المسؤولية الطبية دون خطأ.

توصلنا إلى أن المسؤولية المدنية تقوم على أساس الخطأ كركن أساسى و هو نفسه الركن الذى تبنى عليه المسؤولية الطبية غير أنه و حسب خصوصية المسؤولية المدنية الطبية و خصوصية الأضرار التي يلحقها الخطأ الطبيعى من جهة و صعوبة إثبات الخطأ الطبيعى من جهة أخرى ، فقد ظهر إتجاه جديد في الفقه القانوني نادى بجعل المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبيعية تقوم على أساس الضرر لا الخطأ أي جعلها مسؤولية بلا خطأ ، و حجة القائلين [ ] هذا الرأى أنه لو أخذنا بفكرة الخطأ كمعيار أوحد لقيام المسؤولية المدنية الطبيعية لكان ذلك عده تصرفات يأتيها الأطباء خاصة و الممارسين الطبيين عامة و تحدث أضراراً للمرضى و لا تقوم [ ] المسؤولية المدنية الطبيعية ، إما لعدم إحتواء تصرف الطبيب على خطأ من وجهة النظر المهنية و العلمية ، و إما لصعوبة إثبات الخطأ الطبيعى ، لأن الخطأ الطبيعى يصعب إثباته حتى على ذوى الاختصاص و هم الأطباء و الممارسين الطبيين أنفسهم ، و في ذلك إجحاف بحق المضروبين و تعارض مع فكرة العدالة .

لذلك ظهرت عده إتجاهات تنادي بجعل المسؤولية المدنية الطبيعية بدون خطأ ، إلا أن هذه الإتجاهات اختلفت في تحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية فمنهم من جعلها على أساس المخاطر و منها من جعلها مسؤولية تقوم على تحمل التبعـة .

## الفرع الأول: تحمل التبعـة كأساس للمسؤولية الطبيعية بدون خطأ.

مؤدى أصحاب هذا الإتجاه أن المسؤولية الطبيعية تقوم على أساس تحمل التبعـة أي أن الممارس الطبـي الذي تسبب في الضـرر أو المرفق في حد ذاتـه يتحمل المسؤولية الناتـجة عن التـدخلات الطـبـية التي تـحدث أضراراً للغير إعتمـاداً على تـحملـه لتـبعـة العملـ الذي قـامـ به أو لـتـبعـة العملـ المؤدى داخـلـ المرـفقـ (مستـشـفىـ أو عـيـادةـ) .

إلا أن هذا الرأـي لم يكن مطلقاً بل قـسمـ من قـبـلـ فـقهـاءـ القـانـونـ إلى صـورـتينـ أوـلـهماـ الصـورـةـ المـطلـقةـ لـتـحملـ

التـبعـةـ كـأسـاسـ للـمـسـؤـولـيـةـ المـدنـيـةـ وـ هيـ التـيـ يـسـأـلـ فـيـهاـ الشـخـصـ عـنـ النـتـائـجـ الضـارـةـ لـأـيـ نـشـاطـ يـقـومـ بهـ دونـ

حضر ، أما الثانية فهي الصورة المقيدة لتحمل التبعية كأساس للمسؤولية المدنية و التي تعني أن الشخص (الطبيب أو المرفق ) لا يسأل عن النتائج الضارة لنشاطه إلا في الحالات التي يرتكب منها أي الغرم بالغنم<sup>(1)</sup> و في هذه الحالة فإننا لن نخرج من نطاق الإجحاف الذي يطال المتضررين من التدخل الطبي ، ذلك أنه يشترط أن يتم إثبات أن النشاط الطبي الذي تسبب في الضرر كان بمقابل رفع جناه الممارس للنشاط و هو ما قد يؤدي إلى إفلات العديد من الأضرار من إطار المسؤولية المدنية كصورة الطبيب الذي يتدخل لإنقاذ شخص في الطريق دون مقابل أو حالات العمليات التطوعية التي تقوم <sup>إلا</sup> بعض المنظمات أو حتى بعض الأطباء بصفة إنفرادية ، لذلك فإننا نرى أن هذا الأساس و إن كان فيه نوع من رفع المغالاة التي تكون في حالة إعتماد الخطأ كأساس أوحد للمسؤولية المدنية <sup>إلا</sup> <sup>إلا</sup> لا تلب كل الحاجة إلى إعطاء أساس قانوني من شأنه تغطية كافة الأضرار الناجمة عن النشاط الطبي سواء بخطأ أو بدون خطأ.

### الفرع الثاني : تحمل المخاطر كأساس للمسؤولية الطبية بدون خطأ.

الواقع العملي أثبت تنامي المخاطر الطبية و التي قد تؤدي إلى حدوث أضرار دون وجود خطأ من الممارس الطبي و الذي يؤدي عمله بعناية و دقة و إتقان ، إلا أن الضرر يحدث و يكون بسبب ما يتسم به العمل الطبي من مخاطر ، ففعالية الطب الحديث المتزايدة زادت كذلك من آثاره الضارة و مخاطره الملزمة لتطوره ، فنطورة الطب و تقدمه فتح باب اللوج في التعقيد و ركوب المخاطر ، مما زاد في دعوى المسؤولية الطبية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تترتب عنها و هذا ما يوجب على المريض إثبات عناصر المسؤولية المدنية كقاعدة عامة ، مما جعل القضاء أمام ما يحيط بالمريض من صعوبات في الإثبات لدقته من جهة و للطابع الخاص للظروف التي يجري فيها العمل الطبي من جهة أخرى ، بخلاف إفتراض ركن الخطأ تارة و إفتراض وجود رابطة السببية تارة أخرى و الأخذ بقيام قرينة على خطأ الطبيب أو على ثبوت علاقة السببية لمصلحة المريض المضرور ، و ذلك تخفيضا عليه لعبء الإثبات ، <sup>(2)</sup> وكل ذلك في صالح المضرور .

(1) لقمان فاروق حسن نانه كه لي ، المرجع السابق ، الصفحة 206 .

(2) رايس محمد ، نطاق و أحکام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتا ، المرجع السابق ، الصفحة 301 .

و ما دعم الإتجاه القائل <sup>1</sup> بحر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الطبية أن فيها قصور حقيقي يجعلها لا تغطى عددا هاما من الأضرار تعزى إلى أخطاء مجهولة أو قد لا تنسب إلى أي خطأ نظرا لتعقد العملية الطبية و إستعمال الآلات فيها و أيضا إلى عدم فهم أغوار الجسم البشري كليا إلى غاية الآن ، إضافة إلى إختلاف أجساد الناس من واحد لآخر ، مما يجعل هذه الأضرار لا تشمل بالتعويض و الأضرار لا تجبر ، فكانت المناداة يجعل المسؤولية الطبية قائمة على الضرر فحسب على اعتبار أن الغاية من المسؤولية و قيمتها هي التعويض ظهرت المسؤولية دون خطأ و أسست على أساس الخطر العلاجي الإستثنائي تارة و على أساس التكافل الاجتماعي تارة أخرى و قد أخذ <sup>2</sup> القضاء الفرنسي في عدة قضايا منها حكم محكمة النقض في

(1) 1997/02/25 .

لذلك فإننا نرى أن هذا الإتجاه على قدر كبير من الصواب إذ يتعين عدم حصر المسؤولية المدنية الطبية في الخطأ فقط كأساس لها ، بل فتح <sup>3</sup> إزال أمام القضاء للأخذ بالخطأ كأساس لها و بالمقابل جعلها أيضا مسؤلية تقوم على الضرر في حالات معينة إذ تبقى السلطة التقديرية فيها للقاضي مع إخضاعه لرقابة المحكمة العليا لأن <sup>4</sup> مسألة موضوعية تتعلق بقيام المسؤولية المدنية من عدمه ، و عليه القاضي يقر بقيام المسؤولية الطبية بمجرد أن يثبت الضرر و ثبت العلاقة السببية بين الطبيب أو المؤسسة الصحية أو الممارس الطبي و العمل المؤدي إلى الضرر حتى لو كان هذا الفعل أو النشاط المتسبب في الضرر سليما و صحيحا و غير معيب .

### الفرع الثالث : دور القضاء الفرنسي في إعتماد المخاطر كأساس للمسؤولية المدنية الطبية .

إن القضاء الفرنسي كان له الفضل الكبير في إقرار المسؤولية المدنية الطبية بدون خطأ و جعلها تقوم على

(1) مشار إليه في آمال بکوش ، المرجع السابق ، الصفحة 177 .

الضرر فحسب ، إلا أنه لم يتبن هذا الموقف بصورة مباشرة بل أنه تدرج في الأخذ به بداية من اعتبار أن الخطأ الطبي الذي يسأل عليه الطبيب أو المرفق الطبي لا يجب أن يكون جسماً بل يسأل أيضاً عن الخطأ البسيط أي أن مجلس الدولة خفف من حدة اعتبار أن الخطأ الجسيم وحده أساس المسؤولية الطبية إلى اعتبار أن الخطأ البسيط أيضاً يوجب المسؤولية الطبية ثم دعم مجال نظرية المخاطر و وسع نطاقها (1) ، وبعدها خفف من رأيه إذ صدر القرار بعد إستئناف قرار محكمة الاستئناف بليون الفرنسية الصادر بتاريخ 1991/12/21 و الذي قضى بتعويض عائلة طفل أصيب بالشلل بعد أن أجريت له عملية جراحية على مستوى العمود الفقري و إستعملت فيها طريقة علاجية جديدة تعرف باسم METHODE DE LUQUE فأقرت محكمة الإستئناف بليون أن الطريقة العلاجية الجديدة يمكن أن تسبب خطراً للمرضى الذين يخضعون لها ، مما سيؤدي إلى قيام مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي أصابت المريض حتى في حالة غياب الخطأ و إنما القرار يكون القضاء الفرنسي الإداري قد أقر بالمسؤولية دون خطأ في المرفق الطبي العام (2)

ثم أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراره الشهير المعروف بإسم بيانشي BIANCHI بتاريخ 1993/09/20 إذ نص على أن مسؤولية المرفق العام (المستشفى) تقوم بدون خطأ إذ دخل السيد بيانشي للمستشفى لإجراء فحوصات و أصيب بأضرار فيبيت الخبرة الطبية أنه لا يوجد أي خطأ طبي في كامل مراحل العلاج و رغم ذلك أقر مجلس الدولة بالتعويض للمضرور و أقر بقيام المسؤولية الطبية بدون خطأ ، (3) ثم جاء بعده قرار آخر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1995/5/26 أكد أن المسؤولية المدنية تقوم بدون خطأ و حدث ضرر فقط إثر نقل دم ملوث أدى إلى إصابة المريض بالإيدز و من ثم وفاته.(4)

(1) لقمان فاروق حسن نانه كه لي ، المرجع السابق ، الصفحة 218.

(2) مشار إليه في علي عصام غصن ، المرجع السابق ، الصفحة 134 .

(3) عبد الحميد ثروت ، تعويض الحوادث الطبية ، دار الجامعة الجديدة (مصر) ، سنة 2007 ، الصفحة 15 .

(4) محمد بودالي ، محاضرة بعنوان المسؤولية الطبية بين إجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي ، منشورة في الملة القضائية لسنة 2004 العدد 01 ، عن الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2005 / الصفحة 17 .

غير أن المحكمة العليا الجزائرية سلكت غير هذا الإتجاه في قرارها بتاريخ 24/01/2007 إذ نفت المسؤولية المدنية عن المستشفى على الرغم من أن التلقيح أدى إلى إصابة متلقيه بالشلل ، و أثبت ذلك على أنه علميا هناك إحتمال واحد إلى مليون أن يؤدي التلقيح للشلل . (1) و نحن نقول بالرأي الثاني يجعل المسؤولية المدنية الطبية بدون خطأ سواء كانت في المرفق الخاص أو العام لأنه لو إعتمدنا على الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية الطبية لوحده فإن ذلك و حسب رأينا قد يتعارض مع العناصر التي يقوم عليها الخطأ في حد ذاته فهو يقوم على عنصري التعدي والإدراك (2) فالتعدي هو الإخلال بواجب أو قاعدة قانونية ، و التعدي كعنصر مادي هنا هو الإنحراف من الممارس الطبي عن مبدأ الإستقامة في ممارسة مهنته ، أما العنصر المعنوي و الذي هو الإدراك المتمثل في علم الطبيب و إدراكه أنه يدخل بالواجب الذي فرضته عليه مهنته لعدم كفاية معارفه أو لعدم تحديدها لتتماشى و التطور الحاصل في عالم الطب . غير أنه ليس الحال دائما فقد لا يكون الطبيب خطئا بإتيان طريقة علاج معينة أو بوصف دواء معين (حالة التغيير و التجدد) مما يجعل الركن المعنوي للخطأ ينتفي و ينتفي معه الخطأ فلا تقوم المسؤولية المدنية و يضيع حق المضرور .

---

(1) قرار منشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2007 العدد 01

(2) علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 59 .

### المطلب الثالث: ركنا الضرر و العلاقة السببية .

كما هو الشأن بالنسبة للمسؤولية المدنية بصفة عامة فإن المسؤولية المدنية الطبية تقوم على ركين آخرين عدى ركن الخطأ و هما الضرر و العلاقة السببية ، و هما الركنان الذين يشتركان مع كل المسؤوليات المدنية في القواعد العامة ، إلا <sup>إذا</sup> ما يتميزان عنهما في المسؤولية المدنية الطبية لخصوصيتها ، وهو ما سنحاول إبرازه في الفرعين الأول الذي يخصصه لركن الضرر و الفرع الثاني الذي يخصصه لركن العلاقة السببية .

#### الفرع الأول : الضرر كركن في المسؤولية المدنية الطبية

لقيام المسؤولية المدنية لا يكفي الخطأ لوحده بل لا بد من أن يسبب هذا الخطأ ضررا للغير ، و الغير المقصود به هنا هو الشخص الخاضع للعلاج من الطبيب ، فمجرد حصول الخطأ من الطبيب ليس كافيا لإقامة الدليل على تحقق المسؤولية الطبية ، بل يجب أن يكون هناك ضرر حاصل للمريض بسبب ذلك الخطأ الطبي المرتكب من الطبيب ، و سبب ذلك أن المسؤولية المدنية تقوم بجبر الضرر بالتعويض عنه لهذا اعتبار الضرر ركنا من أركان المسؤولية المدنية .

**أولا/ ماهية الضرر .** تقوم المسؤولية المدنية بقيام الضرر كركن لها ، و لقد عرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقا بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك ، فالضرر إذا إما أن يصيب مصلحة ذات صفة مالية أو إقتصادية و إما أن يكون معنويا ، فهو بصورتيه المادية و المعنوية شرط ضروري لقيام المسؤولية المدنية للطبيب المعالج .<sup>(1)</sup>

(1) حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، الصفحة 165 .

و من خلال هذا التعريف للضرر يتضح أنه ليس من الضروري أن يتمثل الضرر في الإخلال بحق للمضرور كالمحل في سلامته الجسدية ، ولكن قد يكون الضرر حتى إذا تم الإخلال بمصلحة لا ترقى إلى مرتبة الحق بشرط أن تكون هذه المصلحة مشروعة و حينئذ تمثل المصلحة في الواقع قائم وقت حدوث الفعل الضار(1) مما يجعل الضرر يعرف بصفة عامة على أنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة ، فالضرر شرط أولى لقيام المسؤولية المدنية و إمكانية المطالبة بالتعويض لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه لأن المدعي في دعوى المسؤولية المدنية لا تكون مصلحته قائمة إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويض عنه بغيره .

و يلاحظ أنه في مجال المسؤولية الطبية لا يكفي مجرد حدوث الضرر (جسدي أو مادي أو أدبي ) لقيام مسؤولية الطبيب ذلك أن الضرر المقصود ليس الضرر الناجم عن عدم شفاء المريض أو عدم نجاح العلاج ، لأن عدم الشفاء لا يكون في ذاته ركنا للضرر في المسؤولية الطبية فالطبيب في عقد العلاج لا يلتزم بشفاء المريض و إنما يلتزم ببذل عنايته و قصارى جهده في سبيل الشفاء ، و وبالتالي لا تقوم مسؤوليته إذا بذل عنايته و قصارى جهده و لم يتحقق الشفاء ، فرغم حصول الضرر يمكن أن لا تثور مسؤولية الطبيب إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال من جانبه أو من جانب المستشفى الذي يعالج فيه المريض ، و لهذا فإن الضرر الذي يتوجب التعويض عنه يجب أن يكون قد حصل مستقلا عن مسألة عدم تحقق الشفاء لأن التزام الطبيب كما أسلفنا هو أصلا التزام ببذل عناية و إستثناءا فقط التزام بتحقيق نتيجة.(2)

ثانيا/ أنواع الضرر . للضرر أنواع عدة فقد يكون جسديا أو ماليا أو معنويا ، و لعل أبرز مثال للمسؤولية المدنية و الذي تتحقق فيه جميع هذه الأضرار و لشخص واحد هو المسؤولية المدنية الطبية

(1) ظافوس نامق براخاس ، المرجع السابق ، الصفحة 157 .

(2) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 377 .

لأن الضرر قد يصيب الإنسان في جسده من جراء خطأ طبي و يصيبه في ماله جراء المصاريف التي يتكبدها لإصلاحه و يصيبه في نفسه و معنوياته لأنه يؤثر في نفسيته بالسلب ، و هذه الأضرار نفصلها في ما يلي :

## 1/الضرر الجسدي .

الضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه و هو يمثل إخالاً بحق مشروع للمضرور و هو حق سلامة الجسم و سلامة الحياة ، فمن واجب الأطباء إحترام حق الإنسان في الحياة و في سلامة جسدهم عند ممارستهم لمهامهم العلاجية ، فالتعدي على الحياة و الجسم يعد ضرراً موجباً للتعويض ، و إتلاف عضو من جسم الإنسان أو إحداث تشوه فيه أو نقص وظيفي هو أيضاً ضرر جسدي و تعدى على الحياة الإنسانية للمضرور ، فمع هذا الضرر الجسدي اللاحق بالمضرور يصبح غير قادر على ممارسة حياته الإعتيادية الطبيعية بسبب ما لحق به في جسمه من ضرر ، و الذي قد ينعكس بدوره على جميع متطلبات الحياة بالنسبة إليه و حقه في ممارستها بالشكل الطبيعي ، فالضرر ينعكس على قواه الجسمية في الكسب و العمل بل و حتى في العيش الطبيعي و هو ما يتعارض مع كل الديانات و التشريعات و التي تهدف أساساً إلى حماية الجسم البشري و سلامته و خدمة مصلحة الإنسان. (1) و الضرر الجسدي الذي يلحق بالمريض نتيجة الأخطاء الطبية يكون على نوعين :

### 1.1/ الضرر الجسدي المميت .

و هو الضرر الذي يتمثل في الوفاة بالنسبة للمريض مما يجعل نسبة العجز المقدرة في هذه الحالة لاحتساب التعويضات هي نسبة 100% ، و هو أقصى ما يمكن تصوره من ضرر .

### 2.1/ الضرر الجسدي غير المميت .

و هو الضرر الذي يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي في بعض

وظائف الجسم ، و هذا الضرر قد يكون جزئياً دائم أو كلياً مؤقت ، فالضرر الجزئي الدائم هو الضرر الذي

(1) منصور عمر المعaitة ، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية ، مركز الدراسات و البحوث (الرياض السعودية ) ، الطبعة

الأولى سنة 2004 ، الصفحة 59 .

يصيب المريض في جزء من أعضائه أو في إحدى وظائفه فيؤثر على أدائها بصورة جزئية و لكنها دائمة فيبقى الضرر ملازماً للمريض ، كأن يتسبب الخطأ الطبي في فقدان المريض للإبصار في إحدى عينيه فهو ضرر جزئي لكنه دائم .

أما الضرر الكلي المؤقت فهو الضرر الذي يصيب الإنسان في وظائف جسمه لدرجة يجعله غير قادر على النشاط والعمل ، و لكن بصفة مؤقتة فقط أي أنه يلازم الإنسان بعضاً من الوقت قد يطول و قد يقصر دون أن يكون ملازماً له بصفة دائمة ، كأن يصاب المريض بالتهاب جراء عدم تعقيم الأجهزة و خطأ الطبيب في إستعمال تلك الأجهزة غير المعقمة و يبقى يعاني و غير قادر على ممارسة حياته الإعتيادية غير أنه يشفى في ما بعد و يجبر ضرره .

**2/ الضرر المالي (المادي) :** الضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة (1) ، أي أنه الضرر الذي يصيب الشخص في جسمه أو في ماله فيتمثل في الخسارة المالية التي تتربّ على المساس بحق أو مصلحة سواءً كان الحق مالياً أو غير مالياً (2) و المقصود بالضرر المالي في المآل الطبيعي هو الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور و يشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج و التنقل و الأدوية و الإقامة في المستشفى أو العيادة ، و نفقات إصلاح الخطأ الطبي أيضاً ، بالإضافة إلى ما فات الشخص المضرور من كسب مشروع خلال تعطّله عن العمل بسبب الخطأ الطبي (3) و هنا لا بد من الإشارة إلى أن الضرر المالي قد يتجاوز الشخص المضرور و يمتد إلى الأشخاص الذين يعيشون معه هذا المضرور

(1) علي فيلالي ، الإلتزامات المرجع السابق ، الصفحة 286

(2) العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، الطبعة الرابعة ، سنة 2007 ، الصفحة 145.

(3) منصور عمر المعايطة ، المرجع السابق ، الصفحة 60 .

كالزوجة و الأبناء ، و الذين يكونون تحت كفالة المريض المضور فبتعطّله عن العمل و الكسب جراء هذا الضرر يصابون هم أيضاً بالضرر لإنعدام العائل لهم فلا يجدون من يصرف عليهم و هذا ما يعرف بالضرر المرتد.

**3/ الضرر المعنوي (الأدبي):** يراد بالضرر المعنوي الأذى الذي يصيب الحق أو المصلحة المشروعة للشخص ، فيسبب ألمًا معنويًا أو نفسياً للمضور لمساته بالكيان الإعتبري للشخص ، فهذا النوع من الضرر لا يصيب الإنسان مباشرة في جسده أو ماله ، بل يصيب الشخص في شعوره و عواطفه و أحاسيسه نتيجة معاناة قد تنتج عن آلام جسدية من جانب أو عن آلام نفسية من جانب آخر ، كأن يذاع عن شخص أنه مريض مرض خطير فهذا الإعلان قد يسيء إلى سمعته و يحط من مركته الاجتماعي و المالي وقد يلحق به أضراراً معنوية لأنه أصاب أمور معنوية يحرص الإنسان عليها ، و لعل أبرز مثال عن ذلك هو إفشاء الطبيب لأسرار مريضه إذ نجد الطبيب ملزماً بحفظ السر المهني للمريض إلا في حالة أن يكون طلب الإفشاء للسر المهني من الجهة القضائية المختصة أو من الضبطية القضائية و بالقدر الذي يمكن من معرفة الحقيقة فقط ، و في هذا الصدد نجد القضية المشهورة المتعلقة بالرئيس الفرنسي الأسبق فرونسو ميتiron إذ أصدر الطبيب المعالج له كتاباً بعنوان السر الكبير **LE GRAND SECRET** و تحدث فيه عن كل المعلومات الخاصة بالمريض و تفاصيل مرضه بالسرطان ، و على إثر ذلك رفعت قضية من طرف عائلة المريض ضد الطبيب و أدين عن جنحة إفشاء السر المهني جزائياً بأربعة أشهر حبس موقوف التنفيذ و تعويض قدره 100000 فرنك فرنسي لزوجة المريض و 80000 فرنك فرنسي لأبنائه بالإضافة إلى العقوبة التأديبية بشطبها من جدول الأطباء .<sup>(1)</sup>

(1) عباشي كريمة ، الضرر في المآل الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية ، جامعة مولود تيزيري وزو ، الصفحة 40 .

ثالثاً/ شروط قيام الضرر. الضرر كركن من أركان المسؤولية المدنية الطبية يجب أن يتوافر فيه

شروط هي :

1/ أن يكون الضرر مباشراً و شخصياً . إن الضرر المباشر هو الذي يكون نتيجة طبيعية للفعل الخطأ ، و هذا الضرر هو الذي يكون بينه و بين الخطأ المنشئ له علاقة سببية ، بمعنى أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام .

و الضرر المباشر القابل للتعويض أثار جدلاً فقهياً في ما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فإنه كان دائماً محل إجماع في ما يتعلق بالمسؤولية العقدية ، فالضرر المباشر يكون متوقعاً أو غير متوقع ، فإذا كان متوقعاً فإنه يعوض عنه ، و إذا كان غير مباشر فلا يعوض عنه إلا في حالة غش المدين أو خطأه الجسيم ، و العلة من جعل التعويض في المسؤولية المدنية العقدية عن الضرر المتوقع فقط ، أن هذا النوع من المسؤولية يقوم على إرادة العاقدين و هذه الإرادة هي من تحدد مدى الضرر الواجب التعويض عنه ، أما في حالة الغش فإن المدين يعوض حتى عن الضرر غير المتوقع كعقوبة مدنية له عن غشه و خطأه الجسيم . (1)

و المشرع الجزائري أقر مبدأ التعويض على الضرر المباشر فقط في المسؤولية العقدية دون الضرر غير المباشر وفق ما أكدته المادة 182 من القانون المدني ، و هو نفس المبدأ الذي أخذ به المشرع المصري وفق ما نصت عليه المادة 221 من القانون المدني المصري ، و هنا نجد أن القضاء الفرنسي يستقر على تعويض الضرر المباشر في المسؤولية الطبية دون الضرر غير المباشر و نجد في هذا الصدد قرار محكمة قرونوبيل بتاريخ

1946/11/09 . (2)

(1) أنور سلطان ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان الأردن) / الطبعة الأولى سنة 2007 ، الصفحة 246 .

(2) مشار إليه عباشي كريمة ، مذكرة الماجستير السابقة ، الصفحة 40 .

**2/ أن يكون الضرر محققا .** يكون الضرر محققا إذا كان حالاً أي وقع فعلاً فلا يكون إفتراضياً أو إحتمالياً ، فلا يمكن تصور التعويض دون تحقق الضرر ، فالضرر المتحقق هو ما كان أكيداً ، سواءً كان حالاً أو مستقبلياً حتمي الوجود ، فالتعويض لا يكون إلا على الضرر المتحقق ، و تتحقق الضرر هو أن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً. (1)

لذلك يتشرط أن يكون الضرر الذي يطالب الدائن بالتعويض عنه سواءً أكان ضرراً مادياً أو ضرراً أدبياً أن يكون محققاً و الضرر يكون محققاً إذا كان حالاً أي وقع فعلاً ، أما إذا كان مستقبلاً فقد يكون متحققاً الوجود و قد يكون محتملاً ، فإذا كان الضرر متحقق الوجود يجب التعويض عنه و لا يتعدى إنتظار وقوعه لرفع دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية إذا كانت عناصر تقدير التعويض متوفرة في الحال ، أما إذا كان الضرر محتملاً الوجود أي قد يقع و قد لا يقع في المستقبل فلا محل لطلب التعويض عنه في الحال ، بل يجب الانتظار حتى يتحقق ، و قد يتصل بالضرر المحتمل في المسؤولية المدنية الطبية ما يسمى بفوائد الفرصة. (2)

**3/أن يصيب الضرر حقاً مكتسباً أو مصلحة مشروعة للمضرور .** لكي يتحقق الضرر الذي يجب التعويض في المسؤولية المدنية بصفة عامة و في المسؤولية المدنية الطبية بصفة خاصة ، لا بد أن يكون هذا الضرر ناتج عن إخلال الطبيب بحق للمريض أو مصلحة مشروعة له .

غير أن المسؤولية المدنية لا تقوم في بعض الحالات ، كأن ترفع إمرأة دعوى ضد الطبيب من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها جراء قيامه بعملية إجهاض لها برضاهما و إتفاقهما المسبق ، هنا لا مجال لذلك لأن الضرر الذي أصاب المرأة لم يكن لإخلال بحق أو مصلحة مشروعة لها ، بحكم أن فعل الإجهاض عمل غير مشروع و مجرم قانوناً فالمصلحة غير المشروعة لا يحظى بحماية القانون. (3)

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، الصفحة 974 .

(2) أنور سلطان ، المرجع السابق ، الصفحة 242 .

(3) إبراهيم علي حمادي الملبوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 71 .

## الفرع الثاني: ركن علاقة السببية.

لمسائلة الطبيب عن الضرر الذي يحدثه سلوكه الخاطئ لا بد من وجود رابطة سببية بينهما ، أي علاقة الفعل الخاطئ بالنتيجة الضارة التي حدثت للمريض (علاقة السبب بالسبب ) ، بحيث لا يمكن تصور حدوث الضرر لو لم يقم ذلك الفعل (1) لهذا فإن إنقطعت الرابطة السببية بين السلوك الخاطئ و النتيجة و حدثت هذه الأخيرة لسبب آخر و لم يكن للطبيب أي يد في حصولها لا تقوم .

و علاقة السببية ركن مستقل عن ركن الخطأ و حجة ذلك إلا قد توجد دون وجود للخطأ كما إذا أحدث شخص ضرر للغير بفعل صدر منه دون أن يكون ذلك الفعل خطأ و تتحقق المسؤولية على أساس تحمل التبعية ، فالسببية هنا موجودة و الخطأ غير موجود ، و أيضا قد يحدث العكس فيوجد الخطأ و لا توجد علاقة السببية (2)

أولا/ **تعريف العلاقة السببية** . ليحصل المضرور على التعويض لا يكفي أن يكون هناك خطأ من جانب الطبيب و ضرر حصل للمريض ، بل يجب أن تكون هناك علاقة و رابطة سببية بين الخطأ الطبي و الضرر ، أي أن يكون الضرر ناشئ عن الخطأ فلا بد من إكمال الأضلاع الثلاثة للمسؤولية المدنية تقوم ، إذ لقيام هذه المسؤولية لا بد من أن يكون بين الخطأ و الضرر علاقة سببية تجعل من الأول علة للثاني و سبب لوقوعه . (3)

و المشرع الجزائري و شأنه شأن أغلب المشرعين لا سيما الفرنسي لم يقم بتعريف العلاقة السببية و ترك أمر ذلك للفقه و القضاء رغم أنه أقر بالعلاقة السببية كركن من أركان المسؤولية المدنية من خلال نص المادة

(1) طالب إبراهيم الشرع ، المرجع السابق ، الصفحة 44 .

(2) منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين ، المرجع السابق ، الصفحة 501 .

(3) خالد بن النوي ، المرجع السابق ، الصفحة 233 .

124 من القانون المدني الجزائري و التي إعتبرت أن الخطأ يجب أن يسبب ضررا فهنا يتبيّن إعتماد العلاقة السببية كركن من أركان المسؤولية ، وكذا المادة 176 من القانون المدني و التي أكدت أنه يحكم بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام ، أي المترتب عن عدم تنفيذ الإلتزام و هو ما يفيد بضرورة قيام علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المسؤولية التقصيرية و بين عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير فيه و الضرر في المسؤولية العقدية .

و بالعودة لآراء الفقهية نجد الفقه عرف العلاقة السببية بأنها العلاقة بين الخطأ و الضرر أي أن يكون الخطأ هو الذي أنشأ الضرر ، و بعبارة أخرى يجب أن يكون خطأ المسؤول هو المتسبب في الضرر فهو العلة التي أوجدت الضرر الذي أصاب الضحية . (1)

و قد أخذ القضاء الجزائري بوجوب إثبات علاقة السببية في القرار الصادر عن المحكمة العليا في الملف رقم 118720 بتاريخ 1995/05/30 بثبت الخطأ من جانب الطبيب مع توافر علاقة السببية إستنادا إلى تقرير الخبرة و إعتراف المتهم بقيامه بإعطاء أمر بتجريح دواء غير لائق بصحة المريض مما أدى إلى الوفاة (2) سبق و أن رأينا أن الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمريض هي علاقة عقدية أصلا و تقصيرية إستثناء ، و هذه العلاقة السببية لا تظهر فقط في المسؤولية التقصيرية للأطباء بل أيضا تظهر في المسؤولية العقدية ، فلا يكفي أن يوجد خروج على العقد أو إحجام عن تنفيذ بند من بنوده و تحقق الضرر للمريض ، بل يتشرط أن يكون الضرر ناتج عن عدم تنفيذ العقد و ذلك لأن ملء المسؤولية التعاقدية هو تعويض الضرر الناجم و الناتج عن مخالفة هذا العقد. (3)

---

(1) علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 312 .

(2) حسين طاهري ، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة (دراسة مقارنة) ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع (الجزائر) ، سنة 2004 ، الصفحة 335 .

(3) رais محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، الصفحة 291 .

غير أن الأمر ليس [ ] بهذه السهولة على اعتبار أنه قد يتتجضر عن أسباب مختلفة و متفاوتة لها جميعا دور قد يضيق و قد يتسع في إحداثه ، فهل يؤخذ [ ] جميعا أو بأحدها فقط ؟ و هذا التساؤل سنجيب عليه في ما يأتي .

**ثانيا/نظريات العلاقة السببية .** تحدى الإشارة إلى أن الأخطاء قد تكون من الأطباء و قد تكون من المرضى أيضا أو حتى من الغير مما يؤدي إلى نفي الرابطة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر الحاصل للمرضى و يؤدي بالضرورة إلى نفي المسؤولية المدنية برمتها ، غير أن الضرر قد يكون واحدا و قد يتعدد فيثور التساؤل هل يسأل عنها الطبيب برمتها ، كما يثور تساؤل آخر بخصوص حالة تعدد الأخطاء على المريض سواء كانت متزامنة أو متلاحقة من عدة متداخلين في العملية العلاجية مما يصعب من مسألة تحديد الرابطة السببية بين الضرر و الخطأ الذي أدى إلى إحداثه ، و للإجابة على هذه الإشكالية بترت نظريتان هامتان في العلاقة السببية و هما نظرية السبب المنتج و نظرية تكافؤ الأسباب .

## 1/ نظرية تكافؤ الأسباب.

قال [ ] هذه النظرية الفقه الألماني عموما و الفقيه جون بييري خصوصا ، ومفادها أن يتم البحث بين الأسباب عن السبب الذي لولا وقوعه لما وقع الضرر ، فإذا ساهمت أحداث عديدة في إحداث الضرر كل بنصيب [ ] تعتبر جميعا متساوية ، فجميع الأسباب متعادلة من حيث قيام المسؤولية ، وكل فعل ساهم في إحداث الضرر مهما كان بعيدا يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر ، فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر تعتبر متكافئة ، فتكون علاقة السببية قائمة بين كل سبب و بين الضرر الحاصل ، و يترب عن ذلك أن المسؤولية في التعويض عن الضرر تشمل كل الأشخاص الذين ساهم خطأ كل واحد منهم في إلحاق الضرر بالمريض. (1) غير إن هذه النظرية وجهت لها عدة إنتقادات أهمها [ ] لا تقيم أي تفرقة بين السبب الأكثر أو الأقل فاعلية ، و [ ] تساوي بين مناسبة حصول النتيجة و السبب المؤدي إليها ، كما [ ] توسيع في علاقة السببية إذ تحمل العمل

(1) علي عصام غصن ، المرجع السابق ، الصفحة 172 .

الإنساني الأول نتائج الأعمال الإنسانية الأخرى الأشد جسامه منه ، فضلا عن نتائج الأعمال الطبيعية أي أن نتائجها غير متسقة مع مقدماتا . (1)

2/ نظرية السبب المنتج. تعرف أيضا بنظرية السبب الفعال و قد قال لما الفقيه الألماني يوهانس فون كرييس VON KREIS و مفادها أنه لا تساوي بين الأسباب المتعددة و لا تعتبرها جميعا أسبابا رد أنه لو تخلف أحدهما لما وقع الآخر ، بل نفرق بين الأسباب الكافية الرئيسية و الأسباب العرضية الثانوية فأخذ الأسباب الكافية و الفعالة دون الأسباب العرضية (2) فعند تدخل أسباب عدة في إحداث ضرر ما لا بد من فرزها و التمييز بين تلك التي تعتبر متحدة للضرر و تلك التي تكون عرضية فقط و لا يؤخذ في الإعتبار إلا الأسباب المنتجة أو الفعالة ، فيقصد بالسبب المنتج كل فعل يكون بإمكانه إحداث عادة مثل الضرر الذي أصاب المضور و هذا بغض النظر عن كل الإعتبارات الشخصية ، و بعبارة أخرى يكون السبب منتجا أو فعالا متى كان من طبيعة الأمر أن يؤدي إلى إحداث ضرر معين ، و أما السبب العرضي فهو ذلك الذي لا ينبع عادة الضرر و لو ساهم في حدوثه صدفة . (3) فيتم إستعراض الأسباب المتعددة التي كان لها دخل في إحداث الضرر و يميزون بين الأسباب العارضة و الأسباب المنتجة و يقفون عند الثانية دون الأولى و يعتبرونها السبب في إحداث الضرر و لهذا أوجب على القاضي أن يدخل في الإعتبار السير العادي للأمور ، فإذا ثبت أن المرض في سيره الطبيعي يؤدي حتما إلى الضرر أو الوفاة سواء أجري عليه العلاج أم لا ، فإنه لا يكون هناك محل لمسألة الطبيب ، على خلاف إن

(1) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية ودعوى التعويض الناشئة عنها ، المرجع السابق ، الصفحة 604 .

(2) إبراهيم علي حمادي الحليبوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 79 .

(3) علي فيلالي ، المرجع السابق ، الصفحة 316 .

كان المرض من يرجى شفائه ، فإن كان خطأ الطبيب فوت على المريض فرصة الشفاء تجحب مسالة الطبيب.<sup>(1)</sup>

و في ما يخص إتحاد المشرع الجزائري فإنه يبدو أنه أخذ بنظرية السبب المنتج و ذلك من خلال إستقراء المادة 182 من القانون المدني الجزائري "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون ، فالقاضي هو الذي يقدرها ، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به ، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقفه ببذل جهد معقول " و التي تقابلها المادة 1151 من القانون المدني الفرنسي وكذا المادة 124 من القانون المدني "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير ، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " إذ نصت المادتين على أن التعويض يكون نتيجة للضرر الذي يكون بدوره نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أي إذا أخذت بالسبب الذي يؤدي إلى إحداث الضرر أي السبب أو الخطأ المنتج للضرر ، و هذا ما يعني أن المشرع أخذ حتما بنظرية السبب المنتج .

ثالثا/ إثبات رابطة السببية . إن مسألة الإثبات تعد من أهم المسائل التي تشار في أروقة المحاكم ذلك أن وجود الحق من عدمه يقوم على الإثبات ، فالإثبات هو العمود الفقري للدعوى مهمما كان موضوعها ، و هو الحال بالنسبة للدعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الطبي و التي تتطلب إثبات الخطأ و الضرر و علاقة السببية أيضا ، و مسألة الإثبات في إثال الطبي هي من الأمور الصعبة نظرا لتعقد جسم

(1) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ، المرجع السابق ، الصفحة 605 .

الإنسان و تغير حالاته و خصائصه ، و عدم وضوح الأسباب التي أدت إلى المضاعفات الظاهرة ، (1) فضلا عن ما قد يؤدي إلى تفاقم حالة المريض الصحية مقارنة بحالته الأصلية ، و عليه لا يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالشخص إلا إذا أثبت وجود علاقة سببية مباشرة و أكيدة بين خطأ أو نشاط الطبيب و الضرر اللاحق به و توافرت شروط الضرر ليكون موجبا للتعويض.

لم يتحمل عبء إثبات العلاقة السببية ، كما يتتحمل عبء إثبات الخطأ الطبي و الضرر الذي أصابه و هنا تتقاطع علاقة السببية مع الخطأ لأن إثبات الخطأ يؤدي بالضرورة إلى إثبات علاقة السببية ، غير أنه ليس الحال عندما يكون الخطأ مفترض كالمؤولة في إطار عقد العلاج الطبي في الجراحة التجميلية فالخطأ مفترض هنا لأن الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناء و إذا لم تتحقق النتيجة قام الخطأ ، فيعفى الدائن و هو المضور من عبء إثباته و بالتالي يعفى من إثبات علاقة السببية ، و في هذا الصدد نجد قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1970/01/27 و التي أقرت بضرورة تعويض المريض رغم عدم وجود دليل مؤكّد على قيام رابطة السببية فالقاضي يحكم بالتعويض من مجرد أن فرصة كانت قائمة و ضاعت على المريض (2) و هو ما سنراه بأكثر تفصيل بخصوص التعويض عن فوات الفرصة في الفصل الثاني .

غير أن مسألة قيام رابطة السببية و إثباتها ليستا وحدهما من أثارتا جدلا فقهيا بل هناك أيضا مسألة هامة أخرى تتعلق بنفي هذه العلاقة السببية فكما يتعين إثباتها فإنه يمكن أيضا نفيها بإثبات السبب الأجنبي وفق ما سنرى .

(1) عشوش كريم ، المرجع السابق ، الصفحة 206.

(2) خالد بن النوي ، المرجع السابق ، الصفحة 237.

#### رابعاً/ الأسباب العامة لنفي علاقة السببية.

إن الذي سيسعى إلى نفي العلاقة السببية هو المدعى عليه بالتعويض فهو الطبيب الذي يتعين عليه أن يثبت أنه بذل العناية الالزامية وأنه لم يرتكب خطأ وفقاً لمعايير الرجل العادي إذا ما كان إلتزامه ببذل عناية ، وأن يثبت السبب الأجنبي إذا ما كان إلتزامه بتحقيق نتيجة لأن خطأً مفترض حينها و لا يخلصه من التعويض إلا إثبات السبب الأجنبي ، فالطبيب يسعى لقطع الرابطة السببية بين فعله و الضرر الذي لحق بالضحية أي إلى إثبات السبب الأجنبي الذي تداخل في إحداث الضرر .

والمشرع الجزائري أكد على إمكانية نفي علاقة السببية سواء تعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية أو العقدية فالمادة 127 من القانون المدني نصت على "إذا أثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك " ونصت المادة 176 من القانون المدني على "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه ، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه " و هذا السبب الأجنبي قد يكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، كما قد يكون خطأ الضحية نفسه أو خطأ الغير.

#### 1/ القوة القاهرة و الحادث المفاجئ.

القوة القاهرة هي كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه يؤدي إلى إحداث الضرر ، فهي أمر لا يناسب إلى المدين و ليس متوقع حصوله و لا يمكن دفعه ، يؤدي إلى إستحالة تنفيذ الإلتزام ، فالقوة القاهرة هي حادث من فعل الإنسان كالحرب و التشريع ، أو من فعل الطبيعة كالزلزال ، و تكون من غير الممكن توقعها و من غير الممكن دفعها و تكون خارجية عن المدعى عليه (1) و قد حاول الفقه التمييز بين القوة القاهرة و الحادث المفاجئ كون الأولى

(1) علي فيلالي / المرجع السابق / الصفحة 332 .

أمر خارجي عن المدعي عليه و عن الشيء المتسبب في الضرر و يستحيل دفعها ، أما الحادث المفاجئ فهو أمر داخلي في الشيء المتسبب في الضرر و يستحيل توقعه، (1) كإنفجار آلة الإنعاش التي يرتبط بها المريض مثلا .

و على كل و مهما يكن فإن القوة القاهرة و الحادث المفاجئ يشتركان في كونهما عامل أجنبي. و من أجل اعتبار الحادث يمثل قوة قاهرة يتطلب عدم إمكانية توقعه ، إستحالة دفعه و التحرر منه و أن يكون خارج عن المدعي عليه.

فهو بذلك يؤدي إلى نفي الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر و تنتفي معه مسؤولية الطبيب الخطئي .  
فلقيام السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ و الذين ينفيان المسؤولية المدنية لا بد أن يعاصر ذلك السبب عمل الطبيب و لا يمكن توقعه أو دفعه بمعنى أنه يتصف بوصف الحادث المفاجئ (2)  
و قد قضت في هذا الشأن المحكمة العليا في الجزائر بقرار لها بتاريخ 1988/05/25 بأنه إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بالتعويض عن الضرر (3) و تقدير ما إذا كانت الواقعة قوة قاهرة أم لا هو مسألة موضوعية مخولة لقضاة الموضوع.(4)

(1) محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري (مصادر الإلتزام ) الجزء الأول ، دار المدى (عين مليلة الجزائر) ، الطبعة الأولى سنة 1992 ، الصفحة 111.

(2) حروزي عز الدين ، المرجع السابق، الصفحة 174 .

(3) عمر بن سعيد ، الإجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع (الجزائر) ، سنة 2004 ، الصفحة 90 .

(4) ئاسؤس نامق براخاس ، المرجع السابق ، الصفحة 167 .

**2/ خطأ المريض .** خطأ المريض قد يكون غير عمدي و قد يكون عمدي إذا ما أراد هذا المريض إلحاق الأذى بنفسه ، و هو في كلتا الحالتين ذا أثر في إحداث الضرر به فيقطع علاقة السببية بين فعل الطبيب و الضرر بشرط أن يكون هو السبب الوحيد الذي أدى إلى إحداث الضرر ، فلا يسأل الطبيب عن هذا الضرر .

غير أن الإشكال الذي يثور هو في حالة إشتراك كل من المريض و الطبيب معاً في إحداث الضرر بخطئهما إذ لا مجال هنا لإعفاء الطبيب من المسؤولية المدنية ، بل لا بد من توزيعها بينهما أي بين المريض و الطبيب كل حسب مدى مساهمة خطئه في إحداث الضرر في حالة إذا لم يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر ، وهو ما يعرف هنا بالخطأ المشترك ، فيتحمل المضرور مقدار ما أصاب به نفسه من ضرر و يرجع على الطبيب بمقداره ما سببه له خطئه من ضرر .<sup>(1)</sup>

فخطأ المريض يعتبر في حكم السبب الأجنبي الذي يقطع رابطة السببية و يؤدي إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية ، كأن يكون السبب في فشل العلاج و إلحاق الضرر عائد إلى خطأ المريض لتناوله أدوية أو أطعمة منعها الطبيب عنه بشكل قاطع ، و كذلك الحال في ما لو إمتنع المريض عنأخذ الدواء وفقاً لتعليمات الطبيب ، أو كأن يكذب المريض على الطبيب المعالج بخصوص ماضيه المرضي و الأدوية التي يتناولها ، فيؤدي ذلك إلى خطأ الطبيب في التسخيص و وصف العلاج ، ففي كل هذه الحالات يكون سبب الضرر هو خطأ المريض ، و بالتالي تنقطع رابطة السببية بين فعل الطبيب و الضرر الحاصل للمرضى.<sup>(2)</sup>

و في هذا الصدد الخاص بخطأ المريض يثار تساؤل يتعلق برضى المريض ، فالطبيب لا يستطيع أن يدفع بأن رضا المريض بالخطر سبب لإعفائاته من المسؤولية المدنية و دفع التعويض ، بل تبقى مسؤولية الطبيب قائمة ،

---

(1) رais محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، المرجع السابق ، الصفحة 322 .

(2) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 403 .

ذلك لأن رضا المريض بالضرر لا يرتفع إلى حد يريده (1) ، و في هذا الصدد نجد قرار محكمة النقض الفرنسية المعروفة باسم قرار HEDREUL بتاريخ 25/02/1997 قضى القرار بتحويل عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب لإثبات الرضا المتبرص للمريض (2) ، و مفاد هذا القرار أن هذا الشخص أعلم الطبيب أن عليه إجراء عملية جراحية لاستئصال أورام من المعدة ، و بعد العملية حدث له ثقب في المعدة ، فرفع دعوى يطالب لما بالتعويض من الطبيب على أساس أن الطبيب لم يصره بالأخطار المحتملة في هذه العملية الجراحية فإذا احتاج الطبيب برضا المريض على إجراء العملية ، و قبلت المحكمة عبء الإثبات إلى الطبيب ليثبت أنه بصر المريض بمخاطر العملية ليكون رضاه تام و يعفيه من المسؤولية المدنية .

**3/ خطأ الغير .** يقصد بالغير هنا كل شخص غير الطبيب و المريض و الأشخاص الذين يكون الطبيب مسؤولا عن أفعالهم مثل مساعديه ، فيقصد بالغير هنا الوالدين و الأقارب للمريض و أي شخص آخر يساهم في العملية العلاجية و يتداخل فيها كأن يقوم الغير ب مباشرة تنفيذ العلاج للمريض كالوالدين الذين يقومان بإعطاء المريض إبنهما الدواء، بالإضافة إلى ذلك فإنه يعتبر من الغير أيضا الأطباء و الممرضين العاملين بالعيادات و المستشفيات و لكن ليس تحت إشراف الطبيب المعالج كأن يقوموا بإعطاء دواء غير الذي وصفه الطبيب أو جرعة تختلف عن تعليمته أو أي فعل آخر لا علاقة للطبيب به .(3)

فخطأ هؤلاء يؤدي إلى نفي العلاقة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر إذا كان هذا الضرر حصل للمريض بفعل هذا الغير وحده ، فخطأ الغير يقطع العلاقة السببية متى يستغرق خطأ الجاني إذا كان هناك خطأ منه

(1) إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 74

(2) مشار إليه في مأمون عبد الكريم ، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا و جزاؤه ، موسوعة الفكر القانوني (العدد الثاني) ، المرجع السابق ، الصفحة 45

(3) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 407 .

و كان خطأ الغير كافيا بذاته لإحداث الضرر (1) ، غير أنه و كما في حالة خطأ المريض فإنه في حالة خطأ الغير مع خطأ الطبيب دون إستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر ، يعتد بجميع العوامل التي ساهمت في الضرر فيوزع التعويض على أساس ذلك بين الطبيب و الغير إذ يصبح للضرر سببان هما خطأ الطبيب و خطأ الغير و هو ما يعرف بالخطأ المشترك (2)

و بما أنه قد يكون الخطأ من الطبيب و من الغير معا أو من الطبيب و من المريض معا فإنه قد يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر و ذلك في حالتين أولهما إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيرا في جسامته الخطأ الآخر كأن يكون أحد الخطأين عمديا فالخطأ العمدي يستغرق الخطأ غير العمدي ، و ثانيةما إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر كأن يخطئ المريض في علاج نفسه و كان ذلك بناءا على إشارة خاطئة من الطبيب فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض ، فالخطأ الثاني ليس إلا نتيجة للخطأ الأول ، فيكون الطبيب مسؤولا عن التعويض كاملا. (3)

#### خامسا : أسباب خاصة لنفي المسؤولية المدنية الطبية.

رأينا من خلال ما سبق لا سيما من خلال ركني الخطأ و العلاقة السببية الذين تقوم عليهما المسؤولية المدنية الطبية ، أنه يمكن نفي هذه المسؤولية المدنية و التخلص منها من جانب الممارس الطبي بصفة عامة و

(1) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 404 .

(2) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ، المرجع السابق ، الصفحة 590

(3) منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين ، المرجع السابق ، الصفحة 522

الطبيب بصفة خاصة إذا ما أثبتت أن سلوكه الطبي لم يكن في أي خطأ يوجب تلك المسؤولية ، أو إذا إستطاع التوصل إلى نفي العلاقة السببية بين فعله أو بالأحرى خطأه إن وجد و بين الضرر الحاصل للمرضى بإثبات السبب الأجنبي ، غير أن الطبيب يمكنه أيضاً أن ينفي مسؤوليته المدنية بأسباب أخرى خارجة عن الإطار العام للمسؤولية المدنية و تدخل في الإطار الخاص للمسؤولية الطبية و التي لها خصوصية تميزها عن المسؤولية المدنية بصفة عامة و من ضمن هذه الأسباب التي تميز و تنفرد  $\sqcap$  المسؤولية المدنية الطبية ما يعرف بالفشل الطبي و كذا الخطر الطبي و الذين سنراهما في ما يلي :

### .1' échec médical / الفشل الطبي

يقصد به أن إجراء طبي معين لم يتحقق المدف المرجو منه إذا لم تتحسن حالة المريض ، بل قد تكون زادت خطورة ، فالفشل الطبي في حد ذاته لا يشكل خطأ لأن الطبيب ملزم غالباً ببذل عناية و لا يوجد تقدير من طرفه . إذ أن ذلك قد يعزى غالباً إلى تعقد جسم الإنسان و عدم التمكن من معرفته إلى غاية يومنا هذا رغم ما وصل إليه التقدم في مجال العلوم الطبية ، و مؤدي ذلك أنه قد يقوم الطبيب المعالج بالإجراء الصحيح دون خطأ منه و لكن دون أن يتوصل إلى تحقيق الشفاء لفشل الإجراء الطبي و الذي غالباً ما تكون أسبابه غير معروفة علمياً خاصة في ذلك التوقيت  $\sqcap$  قد تعرف في ما بعد ، لذلك فإننا نجد أحياناً بعض الإجراءات الطبية يتم تعديلها بل و إلغاؤها ، كما يتم أيضاً سحب بعض الأدوية من الأسواق و منع تقديمها للمرضى بعد سنوات من إستعمالها .

### ثانياً/ الخطر الطبي le risque médical.

هو خطر محتمل وقوعه من وجهة النظر الطبية و حادث غير مرغوب فيه و معروف إحصائياً من الناحية العملية الطبية و من شأن هذا الخطر الطبي أن يشكل ضرراً للمرضى ، فنسبة الخطر مبنية على إحصائيات

مسبقة (1) فكل عمل طبي فيه حد من الخطورة تضيق و تتسع حسب طبيعته ، و بالتالي ففي هذه الحالة تنتفي المسؤولية الطبية إذا حدثت آثار و مضاعفات طبية معروفة في مجال الممارسة الطبية غير الناجحة عن الخطأ الطبي ، و هو ما قد نجده بوضوح في إستماراة المعلومات الخاصة بالأدوية و التي تضع دائماً بعض الأعراض الطبية الجانبية لتناول دواء معين و التي تكون غير مرغوب فيها غير  $\exists$  تحصل لأن الدواء يحوي جانب معين من الخطأ أو عدم التكيف مع بعض الأمراض الأخرى التي يعاني منها المريض ، فهذه الأعراض أو بالأحرى الأضرار ملزمة للتدخل الطبي أو العلاجي غير  $\exists$  لا تقوم  $\exists$  المسؤولية المدنية لأنها تعتبر تداعيات طبية ضارة و التي عرفت من حلال الندوة التينظمتها الجمعية الفرنسية للقانون الصحي في مجلس الشيوخ الفرنسي شهر مارس 1994  $\exists$  نسبة ضئيلة من المخاطر يتضمنها بالضرورة العلاج الطبي أو الصيدلاني الذي يتم بطريقة مشروعة يترتب على حدوثها عدم إكمال الشفاء أو حدوث مضاعفات أو آثار غير مرغوبة ذلك أنه كلما زادت فرص الشفاء من الأمراض بفضل اللجوء إلى الوسائل الحديثة في العلاج ذات فعالية كبيرة و كذا استخدام تقنيات متقدمة في الفحص و التشخيص كلما زادت مخاطر حدوث التداعيات الضارة للعلاج أو التدخل الجراحي بعيداً عن أي خطأ يمكن نسبته إلى مباشر العمل الطبي.(2)

(1) سيدهم مختار المسؤولية الجزائية للطبيب في التشريع الجزائري /محاضرة ألقاها في إطار اليوم الدراسي حول المسؤولية الجزائية الطبية على ضوء القانون و الإحتجاد القضائي يوم 10/04/2010 بالمحكمة العليا الجزائرية / منشورة في مجلة المحكمة العليا (عدد خاص ) سنة 2011

(2) مشار إليه في عبد الحميد ثوت ، المرجع السابق ، الصفحة 14 .  
100

## الفصل الثاني: تأمين المسؤولية المدنية الطبية و دعوى التعويض عنها.

إن لمسألة التأمين من المسؤولية المدنية المهنية أهمية بالغة في الحياة العملية للمهنيين لا سيما مهنة الطب ، ذلك أن مسألة تأمين المسؤولية المدنية المهنية لا سيما الطبية منها مسألة حديثة العهد مقارنة بالمسؤولية المدنية في حد ذاتها ، و رغم حداثة عهدها إلا أنها عرفت تطوراً كبيراً إلى الحد الذي جعل التأمين منها إجبارياً على الممارسين الطبيين من أجل تحقيق التوازن بين حقوق المرضى في تحصيل التعويض الذي يجبر الضرر الذي يصيبهم جراء التدخل العلاجي ، و بين جعل الممارس الطبي عموماً و خصوصاً الطبيب يقوم بعمله و يبدع فيه لأنه يعرف أن لا تعويضات بعد ذمته المالية ، بل يطمئن لوجود شركة تأمين تقوم مقامه في حالة أخطأ و أحدث ضرراً للمريض ، أو حتى في حالة أحدث بتدخله العلاجي ضرراً للمريض دون خطأ منه .

فتؤمن المسؤولية المدنية مرتقبة إرتباط وثيق بالتعويض ذلك أن قيام المسؤولية يقتضي بالضرورة التعويض و جبر الضرر المترتب عنها ، فهي تخص فقط الجهة التي تتحمل التعويض و ما يتسبب في الضرر و شركة التأمين ، بينما طريقة الحصول على التعويض و الجهة التي تحكم بالتعويض و قدره سواء في الضرر المادي أو الأدبي فهي مسائل قانونية أخرى يتم الحديث عنها منفصلة عن مسألة تأمين المسؤولية المدنية .

لذلك قسمنا الفصل الثاني إلى مبحثين إثنين خصصنا الأول للحديث عن التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ، بينما جعلنا المبحث الثاني خاص بدعوى التعويض الناشئة عن المسؤولية المدنية الطبية من حيث الأشخاص و الإثبات و دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي و سلطة القاضي في تقدير التعويض المادي و الأدبي .

## المبحث الأول : تأمين المسؤولية المدنية الطبية .

لقد ظهرت نزاعات جديدة تتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية و التأمين عنها ، و هو ما خلق مجال جديد و واسع للإجتهاد الفقهي و القضائي و التشريعي بغية التوصل إلى حسمها و الوصول إلى حلول تحقق العدل بين أفراد المجتمع ، لذلك قيل أنه كلما تقدم العلم خطوة يجب أن يسبقه القانون بخطوات ، و هذه المقوله تجد مجالها الخصب في إطار المسؤولية المدنية الطبية لأن الطب يعرف تقدما كبيرا في مجال العلمي و في مجال الآلات المستعملة ، و هو ما أدى إلى كثرة الأضرار الناجمة عن التدخلات الطبية مما جعل مسألة تعين المسؤول عن التعويض و تقديره تثير الكثير من الجدل ، و هو ما جعل أيضا مسألة تأمين المسؤولية تأخذ جانب هاما من المسؤولية المدنية بصفة عامة و المسؤولية المدنية المهنية بصفة خاصة .

لذلك خصصنا المطلب الأول للتأمين من المسؤولية المدنية في حد ذاتها و لتأمين المسؤولية المدنية الطبية ، و خصصنا المطلب الثاني لواقع التأمين من المسؤولية المدنية الطبية .

### المطلب الأول : التأمين من المسؤولية المدنية الطبية .

إن التطور المذهل في مجال الطبي و كثرة الإكتشافات و تعدد الآلات المستعملة في التدخل العلاجي و زيادة العمليات الجراحية و كذا زيادة التخصصات الطبية و تعقيدها أدى كل ذلك إلى كثرة الأخطاء الطبية أو بالأحرى كثرة الأضرار التي يتسبب فيها العمل العلاجي ، فأصبح للمريض المضرور الحق في أن يحصل على تعويض عن ما أصابه من ضرر مادي أو معنوي نتيجة للخطأ الطبي .

و نتيجة لزيادة الوعي لدى المواطنين و سعيهم للحصول على العلاج الأفضل فقد إزداد اهتمامهم بمراجعة الأطباء و هو ما زاد من الأخطاء الطبية المؤدية إلى الإضرار بالمرضى الذين توجهوا إلى القضاء للحصول على التعويض ، وهو ما دفع بالأطباء إلى البحث عن آلية تجنبهم دفع التعويضات الباهضة ، فأدى ذلك

كله إلى ظهور تأمين المسؤولية المدنية الطبية كمسؤولية مهنية ، و الذي تطور إلى أن أصبح في أغلب الدول إلزاميا على الأطباء تحت طائلة عقوبات مالية ، تأدبية و حتى جزائية.

### الفرع الأول: مفهوم عقد التأمين من المسؤولية المدنية .

لقد حاول الإنسان مواجهة الأخطار التي يتعرض لها منذ عصور بعيدة فبدأ بمحاولة تفاديهما و منع حدوثها ، ثم تطور الأمر أكثر فعوض أن يتفادى الإنسان هذه المخاطر لجأ إلى مواجهتها عن طريق الإدخار و تكوين الاحتياطي لهذا الغرض ، إلا أنه تأكد من أن هاذين السبيلين و إن خفقا من حدة هذه الأخطار و حدة تحمل نتائجها إلى **أمّا** لم تتمكننا من الوصول إلى الغاية المطلوبة وهي إبقاء هذه المخاطر و تحمل تبعتها عند حدوثها ، فظهرت وسيلة أخرى تمثل في أن يلجأ الإنسان إلى التعاون مع الآخرين الذين يتعرضون لنفس الخطر و ذلك بتوزيع الخسارة المالية التي تصيب واحد منهم نتيجة تحقق الخطر له عليهم جميعا و بذلك يتحمل كل واحد منهم جزء بسيط من الخسارة فيقل بذلك عبء الخطر عليهم جميعا و هذه الطريقة في مواجهة الخسائر المالية التي تنتج عن الأخطار تسمى بالتأمين .

**أولا/ تعريف عقد التأمين.** يعد التأمين من أهم العقود المستحدثة و التي ظهرت على الساحة القانونية حديثا إذا لم يعد أهمها على الإطلاق خصوصا مع تعدد الحياة اليومية و إزدياد الأخطار المحدقة بالإنسان في مادياته و في شخصه أيضا (1)، سيمما في **الحال الطبي** ، و لذلك بدت و ظهرت أهمية التأمين بالنسبة للفرد و للمجتمع و للدولة على حد سواء ، و ما يؤكد أن التأمين مهم للجميع أن التشريعات المختلفة و عندما أدركت أهميته جعلته إلزاميا في بعض الحالات

---

les grands principes de l'assurance . (1) François couilbault et constant eliasberg . édition l'argus de l'assurance . 7<sup>e</sup> édition 2005 . page 17.

و منها حالة الممارسين الصحيين [البرين على تأمين مسؤوليتهم المدنية .

و لتعريف عقد التأمين وفق ما جاء في التشريع لا بد من أن نعرج أولاً على تعريفه لغة ، إصطلاحاً و فقهها.

## 1/ تعريف التأمين لغة .

أصل الكلمة التأمين في اللغة [ما مشتقة من الكلمة أمن ، و أصل الأمان طمأنينة النفس و زوال الخوف و سكون القلب ، وهو عكس الخوف لقوله تعالى " و آمنهم من خوف ..... " (1) فهي بذلك ترتبط إرتباط وثيق بالأمان المنشود الذي تسعى إليه البشرية .

## 2/ تعريف التأمين إصطلاحاً .

من الناحية الإصطلاحية فإن التأمين هو تلك الرابطة و العلاقة التي تجمع بين المؤمن و المؤمن له ، فهناك من يقول [ما العلاقة الجماعية التي تجمع المؤمن بمجموع المؤمنين لديه ، فالمؤمن لا يبرم عقد التأمين مع مؤمن له واحد و لا مع عدد قليل بل مع عدد كبير منهم وفقاً لعمليات إحصائية و حسابية دقيقة ، إذ يقوم المؤمن بدراسة مسبقة لكل الإحتمالات الممكنة عند تحديد وثيقة التأمين و تقييم قيمة الأقساط و بطريقة علمية لدراسة الإلتزامات التي تلقى على كاهله سواء حالة التأمين على الأشياء أو التأمين على الأشخاص أو تأمين المسؤولية .

كما عرف التأمين إصطلاحاً أنه إنظاماً إلى اتفاق تعاوني منظم تنظيماً دقيقاً بين عدد كبير من الناس الذين يتعرضون جميراً للخطر ، حتى إذا حاول الخطير بعضهم تعاون الجميع على رفعه أو تخفيف وطنه بقسط ميسراً لكل منهم يتلاطفون به ضرراً عظيماً نزل بعضهم . (2)

و عرف أيضاً بأنه عقد يلتزم أحد طففيه و هو المؤمن قبل الطرف الآخر و هو المؤمن لديه بأداء ما يتفق عليه عند تحقق الشرط أو حلول أجل في نظير مقابل نقيدي معلوم.

(1) الآية 04 من سورة قريش .

(2) أحمد محمد لطفي أحمد ، نظرية التأمين ( المشكلات العملية و الحلول الإسلامية ) ، دار الفكر الجامعي ، سنة 2007 ، الصفحة

**3/ تعريف عقد التأمين فقهها .** لقد اختلف الفقهاء في تعريف عقد التأمين إذ تعددت التعريفات و وجهت لأغلبها انتقادات ، فقد عرف بأنه عملية قانونية بموجبها يلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين مقابل إلتزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين له أو للمستفيد عند تحقق الخطر المؤمن منه في فترة سريان عقد التأمين و ذلك عن طريق تجميع أكبر قدر من المخاطر المتجانسة ، (1) وقد وجه نقد لهذا التعريف على أساس أنه أهمل الجانب الفني في العملية التأمينية ، و إقتصر على العلاقة بين المؤمن و المؤمن له فقط . لذلك عرفة الفقيه بلانيول PLANIOL (2) بأنه "عقد يتحصل بمقتضاه المؤمن له على تعهد من المؤمن بأن يقدم له مبلغا من المال في حالة وقوع خطر معين مقابل دفع قسط أو إشتراك مسبق ."

و بذلك فإن كل تعاريف الفقهاء تعرضت للنقد على اختلافها ، إلى أن خلصوا إلى تعريف جامع مانع أورده الأستاذ الفقيه هيمارد HUMARD و هو " التأمين عملية لا يحصل شخص يسمى المؤمن له على تعهد لصالحه أو لصالح غيره بأن يدفع له آخر هو المؤمن عوضا ماليا في حالة تتحقق خطر معين و ذلك في ظل ظروف مالية هو القسط ، و تبني هذه العملية على تحمل تبعه ، و مجموعة من المخاطر بإجراء المعاشرة بينها وفقا لقوانين الإحصاء ." (3) وقد جاء هذا التعريف جاماً لجميع عناصر التأمين من طرفه و الممثلين في الجانب القانوني إضافة إلى الجانب الفني له و الذي يقوم على الإحصاء ذلك أن شركات التأمين تقوم بعمليات إحصائية دقيقة لكي تغطي الأخطار المؤمن منها و لكي لا تتحمل خسائر لأدلة غالبا للربح .

(1) أحمد محمد لطفي أحمد ، المرجع السابق ، الصفحة 16 .

(2) Marcel Ferdinand planiol فقيه فرنسي شهير ولد بتاريخ 1853/09/23 بباريس و توفي بتاريخ 1938/08/31 و هو واحد من أهم فقهاء القانون المحدثين .

(3) محمد بن وارث ، دروس في قانون التأمين الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع (الجزائر) ، سنة 2011 ، الصفحة 18 .

#### 4 / تعريف عقد التأمين تشريعياً

كما هو الحال في أغلب العقود فإن التشريعات لا تقدم لها تعريفات بصفة عامة و بصفة خاصة عقد التأمين و الذي عزفت التشريعات الفرنسية و الإيطالية و الألمانية و التي كانت سباقة في هذا المجال عزفت عن وضع تعريف لعقد التأمين بحجة أنه نظام قانوني غير مستقر مما يصعب وضع تعريف جامع مانع له ، إلا أن التشريعات المتأخرة عرفت عقد التأمين و منها القانون المصري الذي عرفه بالمادة 747 من القانون الصادر بتاريخ 29/07/1948 كما يلي " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك في نظير قسط ، أو أية دفعه مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن " .

أما المشرع الجزائري فقد تناول عقد التأمين في القانون المدني في الفصل الثالث منه و المعنون بعقد التأمين في المواد من 619 إلى 643 منه ، و للإشارة فإن الموارد من 626 إلى 643 ألغيت بالقانون 80/07 المؤرخ في 09/08/1980 المتعلقة بالتأمين و الذي بدوره ألغى بالأمر 95/07 المؤرخ في 28/01/1995 المتعلقة بالتأمينات المعدل و المتمم بالقانون 06/04 المؤرخ في 20/02/2006 .

فالمادة 619 من القانون المدني الجزائري عرفت عقد التأمين فنصت على ما يلي " التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تتحقق الخطر المبين بالعقد و ذلك مقابل قسط ، أو أية دفعه مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن " و من خلال إستقراء هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أبرز أشخاص عقد التأمين و هم المؤمن و المؤمن له و المستفيد و أبرز عناصر التأمين و هي الخطر و القسط و مبلغ التأمين أي أنه عرف عقد التأمين من خلال العلاقة القائمة بين المؤمن و المؤمن له ، كما أبرز العناصر القانونية لعقد التأمين من مبلغ التعويض و الذي قد يكون مبلغا ماليا أو إيرادا أو مرتب أو أي عوض مالي آخر ، و كذا قسط التأمين و أيضا الخطر المؤمن منه و الذي يبين في العقد ، إلا أن هذا لا يعني أن المشرع الجزائري وفق كل التوفيق في تعريف عقد التأمين بل أنه يعاب

عليه أنه لم يذكر الأسس الفنية التي يقوم عليها عقد التأمين أي أنه أغفل الجانب الفني لعقد التأمين ، (1) و التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى ، لذلك كان لزاما عليه أن يذكر الجانب الفني الاقتصادي الذي يقوم عليه عقد التأمين.

و مهما يكن فإن المادة 620 من القانون المدني الجزائري أكدت أن عقد التأمين و إضافة إلى الأحكام الواردة في القانون المدني فإنه ينظم من القوانين الخاصة ، و هو ما تكرس من خلال الأمر 07/95 المعدل و المتمم المتعلق بالتأمينات إذ أكد في مادته الأولى أن ذات الأمر يعد قانونا خاصا و ينظم عقد التأمين ، التأمينات الإلزامية و تنظيم و مراقبة نشاط التأمين . و رغم ذلك إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق الأمر و ترك الجانب الفني لعقد التأمين مهملا حتى في قانون التأمينات و الذي هو قانون خاص إذ كان من الواجب أن يتم إضافة الجانب الفني و التقني في عقد التأمين إلى تعريفه ، فالمادة 02 من الأمر 07/95 المعدل و المتمم لم تدرك ذلك بل كانت عبارة عن إعادة شبه حرفية للمادة 619 من القانون المدني ، ولم تضف إلا إمكانية جعل الأداء عينا في تأمينات المساعدة و المركبات البرية ذات المحرك .

ثانيا/ تعريف عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية كمسؤولية مهنية . إن التأمين من المسؤولية نظام حديث نسبيا ظهر نتيجة التطور التقني و ظهور طائفة من الأخطار الجديدة التي تصيب الذمة المالية للشخص بسبب قيام مسؤوليته المدنية في مواجهة الغير ، فهو بذلك نموذج لتعاون مؤسسي يقوم و يستند على أسس فنية و قانونية بين فئة غير محدودة من الأفراد لمواجهة أخطار المسؤولية المدنية التي تحد الذمة المالية لكل واحد منهم ، و بالرغم من وضوح المبدأ و الأساس القانوني الذي يقوم

(1) إبراهيم أبو النجا / التأمين في القانون الجزائري (الجزء الأول) / ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر) / الطبعة الثانية سنة 1985 / الصفحة 44.

عليه التأمين من المسئولية المدنية عموما إلا أن الفقه مختلف في تعريفه له ، فقد عرف " بأنه نظام لتجنب الخسائر الناجمة عن الحوادث المهنية بمقتضاه يقبل طرف يسمى المؤمن أن تنتقل إليه تبعة الخسائر المترتبة في ذمة شخص آخر يسمى المؤمن له " ، غير أن هذا التعريف نقد من عدة جوانب أهمها انه أغفل الطابع الفني للتأمين المهني ، كما أنه لم يتطرق إلى أداء كل طرف و لا إلى الخطر المؤمن منه ، لذلك ظهر تعريف فقهي آخر أكثر دقة و أكثر إلاما بعناصر التأمين من المسئولية المدنية المهنية و هو "التأمين من المسئولية المدنية المهنية هو عقد بين شخص يسمى المؤمن و شخص آخر يسمى المؤمن له بمقتضاه يتحمل المؤمن العبء المالي المترتب على الخطر الضار غير المقصود و المحدد في العقد بسبب رجوع الغير على المؤمن له بالمسؤولية لقاء ما يدفعه هذا الأخير من أقساط" . (1) فالأطباء يلجؤن إلى التعاقد مع شركات التأمين كي تضمن لهم الأضرار الناتجة عن رجوع الغير ( المرضى المضروبين ) عليهم بدعوى المسؤولية ، فتتعهد هذه الشركات بالتعويض تخفيفا لوطأة عبء هذا التعويض الواجب إلى الأطباء المسؤولين لأدائهم للغير . (2)

فالمسئولية في العمل الطبي تجاوزت حدودها و توسيع معالتها إذ قد يكون العيب في المنتجات الطبية أو في الآلات والأجهزة المستخدمة في العلاج ، لذا ليست المخاطر الطبية مجرد ظاهرة عقدية أو تقصيرية يتكفل بتفسير وقائعها قضاء أو تحدد قانونا ، (3) فزادت الأخطار و تعددت الأضرار و تنوع المضروبين و أصبح من الضروري البحث عن آليات [ ] ها هذا الرخص الكبير في مجال المسئولية المدنية الطبية ، و هو ما وجد نطاقه في عقود التأمين إذ أن شركات التأمين تعرض منتجها المتمثلة في التأمين من المسئولية المدنية المهنية عن الأضرار الناجمة عن فعل المؤمن كما يمكن أيضا إكتتاب تأمين عن الأضرار التي تسببها الآلات

(1) موسى جميل النعيمات ، المرجع السابق ، الصفحة 54 .

(2) لقمان فاروق حسن نانه كه لي ، المرجع السابق ، الصفحة 235 .

(3) لقمان فاروق حسن نانه كه لي ، نفس المرجع ، الصفحة 238 .

و الأجهزة المستخدمة في العلاج ، لا سيما بعد التطور التكنولوجي الكبير و الذي أدى إلى إكتشاف آلات عدة تتدخل في العملية العلاجية و هو ما أدى أيضا إلى كثرة الأضرار التي تسببها هذه الآلات للمرضى ، لكون الآلة و مهما بلغت درجة تطورها تبقى قابلة لإحداث الضرر بجسم المريض في أي لحظة ، لذلك وجب أن تعطى هذه المسؤولية المدنية بتأمين منها لأن هذا التأمين عبارة عن نظام خاص مستقل عن نظام المسؤولية المدنية في حد ذاته .

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن التأمين من المسؤولية المدنية المهنية و خاصة المسؤولية المدنية الطبية جوبه بإعتراضات مؤداتها أن شأن هذا التأمين أنه يغري على الإهمال و التقصير ما دام التأمين يغطي كل الأضرار تغطية كاملة ، كما من شأنه أن يساعد على إزدياد دعاوى المسؤولية إزديادا كبيرا لا من حيث الإغراء على الإهمال و التقصير فحسب ، بل أيضا من حيث تشجيع المضرور على رفع دعوى المسؤولية منذ أن وجد أمامه المؤمن ( شركة التأمين ) المoser إلى جانب المؤمن له ( المدين بالتعويض الأصلي ) المشكوك في يسره ، بالإضافة إلى أن القضاة و في غالب الأحيان يميلون إلى الحكم للمضرور بتعويض سخي ما دامت شركات التأمين هي التي ستدفع هذا التعويض .<sup>(1)</sup> غير أن تلك الإعتراضات لم تلق رواج و لا دعم ذلك أن المضرور و بفضل التأمين أصبح بإمكانه الحصول على التعويض كاملا من جهة موسرة مدف بدورها إلى الربح ، بعدما كان يواجه مسؤولا عن الضرر متشر و مماطل و معسر أحيانا ، كما أن المسؤول عن الضرر نفسه وجد في التأمين ملذا آمنا يرفع عن كاهله عبء المسؤولية المدنية ، لذلك رجحت في التطبيق المعاصر كفة التأمين من المسؤولية المدنية المهنية إلى حد أن أغلب التشريعات جعلت منه إجباريا ، كما هو الحال بالنسبة للتأمين من المسؤولية المدنية المهنية الطبية.

ثالثا/ أشخاص عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية. بما أن عقد التأمين هو عقد ملزم لجانبين فهو بالضرورة يرمي بين طرفين على الأقل هما المؤمن و المؤمن له ، و قد يزيد هذا العدد إلى

(1) عبد الحادي السيد محمد تقى الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 186 .

ثلاثة ليكون الطرف الثالث هو المستفيد من التأمين في حالة أنه ليس هو المؤمن له رغم أنه لا يظهر في العقد لأنّه شخص غير معروف تتحدد هويته عند تحقق الخطر المؤمن له فيظهر عندما يبرم عقد التأمين لتنصرف آثاره إلى شخص آخر كالتأمين على الحياة مثلاً .

## 1/ المؤمن له . المؤمن له هو من يطلب إجراء التعاقد بإسمه و لحسابه أو بإسم و

لحساب مستفيد آخر يعينه وقت التعاقد أو وقت إستحقاق التعويض ، و يتشرط في المؤمن له نفس الشروط التي يجب أن تتوافر في من يجري التعاقدات بصفة عامة من حيث وجوب توافر الأهلية و خلو إرادته من العيوب . (1) فمن هذا المنطلق فإن المؤمن له هو الشخص الذي يبرم عقد التأمين مع شركة التأمين، أي أنه المستفيد من التغطية التأمينية، فهو بذلك يتوافر على ثلاث صفات هي :

**1.1 طالب التأمين :** و هو الشخص الذي يتعاقد مع المؤمن و يتحمل الإلتزامات الناشئة على العقد لا سيما دفع قسط التأمين .

**2.1 المؤمن له:** و هو الشخص المهدد بالخطر المؤمن منه .

**3.1 المستفيد :** و هو الشخص الذي يتلقى من المؤمن (شركة التأمين ) مبلغ التأمين عند وقوع الخطر المؤمن منه.(2) و هذه الصفات الثلاثة قد تجتمع في المؤمن له و قد لا تجتمع فيه إذ أنه و مثلاً لو أمن الشخص على حياته لفائدة زوجته فهذا الشخص هو طالب التأمين و المؤمن له هي زوجته المستفيدة من التأمين . أيضاً هو الحال في ما يخص المسؤولية المدنية الطبية موضوع دراستنا إذ أن طالب التأمين (الطبيب أو الصيدلي ...) ليس هو المستفيد ، فطالب التأمين هو الطبيب الذي يكتب التأمين من

(1) أحمد أبو السعود ، عقد التأمين بين النظرية و التطبيق ، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر ) ، سنة 2009 ، لصفحة 153 .

(2) عبد الحادي السيد محمد تقى الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 68 .

المسؤولية المدنية لأنها إلزامية بالنسبة له عند ممارسة مهنته ، بينما المضرور و الذي يكون ضحية الخطأ الطبي الذي يتسبب له في ضرر فهو المستفيد من مبلغ التأمين بعد تحقق الخطر المؤمن منه و هو إصابته بضرر من طالب التأمين و الممارس الطبي .

2/ المؤمن ( شركة التأمين ) . الطرف الثاني في عقد التأمين هو المؤمن أي الشخص الذي يتحمل تبعه الضرر الذي يحدثه الطرف الأول و هو المؤمن له و هو هذه الصورة شركات التأمين و التي عرفت بالشخص الذي يتحمل الخطر المؤمن منه و يو匪 بالتزاماته الواردة في وثيقة التأمين عند تتحقق الخطر أو عند حلول الواقعة المحددة في وثيقة التأمين ، (1) و بالتالي فإن الطرف المؤمن هي دائماً شركات التأمين أو وكلائها (2) و التي تشترط جل التشريعات توافر مجموعة من الشروط في من يرغب في ممارسة نشاط التأمين أو إعادة التأمين إذ يشترط دائماً توافر الملاءة و المقدرة المالية لهذه الشركات لكي تفي دائماً بتعهداتها تجاه العملاء و المستفيدين من التغطيات التأمينية المختلفة . (3)

و في الجزائر فإنه بالرجوع إلى الأمر 07/95 المتضمن التأمينات فإننا بحد المادة 203 منه تنص على أن شركات التأمين و إعادة التأمين هي شركات تتولى إكتتاب و تنفيذ عقود التأمين و / أو إعادة التأمين كما هي محددة في التشريع المعمول به ، كما أنه لا يمكن لهذه الشركات ممارسة نشاطها إلا بعد الحصول على اعتماد من وزير المالية ، (4) كما حدد المشرع الجزائري الشكل الذي يشترط في شركات التأمين إذ أنه

---

(1) غازي خالد أبو عربى ، أحكام التأمين (دراسة مقارنة) ، دار وائل للنشر (عمان الأردن) ، الطبعة الأولى سنة 2011 ، الصفحة 259.

(2) مصطفى محمد الجمال ، التأمين الخاص ، دار الفتح للطباعة و النشر (الإسكندرية مصر) ، الطبعة الأولى سنة 2003 ، الصفحة 83.

(3) أحمد أبو السعود ، المرجع السابق ، الصفحة 145.

(4) المادة 204 من الأمر 07/95 المعديل و المتمم و المتضمن التأمينات " لا يمكن لشركات التأمين و / أو إعادة التأمين أن تمارس نشاطها إلا بعد الحصول على اعتماد من الوزير المكلف بالمالية بناء على الشروط المحددة في المادة 218 أدناه .

إشتreq أن تكون في شكل شركة ذات أسهم أو شركة ذات شكل تعاوني ، (1) و بالتالي يتضح أن شركات التأمين و حسب القانون الجزائري قد تكون شركات ذات أسهم و هي شركات تجارية كما يمكن أن تكون على شكل تعاونيات لا يهدف إلى الربح و هو ما يعرف بالتأمين التبادلي أو التعاوني .

**3/ المستفيد.** هو الشخص الذي يشترط الشخص المؤمن له التأمين لصالحه و هو ليس طرفا في عقد التأمين و لكنه يكتسب من العقد حقا مباشرا قبل المؤمن ، (2) و المستفيد قد يكون معينا في العقد بالذات كما في حالة التأمين على الحياة ، فطالب التأمين يعين المستفيد بالذات في العقد طبقا لأحكام الإشتراط لمصلحة الغير (3) ، و قد يكون المستفيد شخصا غير محدد بالذات لعدم معرفته وقت إبرام العقد فهو لا يعرف إلا عند تحقق الخطر محل عقد التأمين أي هو الشخص المضرور كما هو الحال في عقود تأمين المسؤولية المدنية المهنية.

**رابعا/ الأخطار محل عقد تأمين المسؤولية المدنية.** الخطر هو المحور الأساسي في التأمين ، فالتأمين يفترض دائما خطرا معينا يسعى الراغب في التأمين إلى تحصين نفسه من آثاره المالية و هو بذلك يعتبر بمثابة المثل الذي يرد عليه عقد التأمين . (4)

(1) المادة 215 من الأمر 07/95 المعدل و المتمم و المتضمن التأمينات " تخضع شركات التأمين و / أو شركات إعادة التأمين في تكوينها إلى القانون الجزائري و تأخذ أحد الشكلين الآتيين: شركة ذات أسهم ، شركة ذات شكل تعاوني ...."

(2) زيدات دليلة ، عقد التأمين على الحياة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، سنة 2001 ، الصفحة 150 .

(3) إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، الصفحة 164 .

(4) مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، الصفحة 18 .

فللتتأمين فائدة كبيرة على مستوى الحياة الإجتماعية و الإقتصادية للأفراد و للدولة ، بل و له فائدة من الناحية المهنية أيضا في ما يخص التأمين من المسؤولية المدنية المهنية و منها الطبية محل دراستنا ، فقد شمل التأمين جميع الأخطار فيتسع نطاقه و تتحقق فوائده بدرجة أكبر ، إلا أنه ليس الحال ذلك أنه لا يمكن التأمين على كل الأخطار بل على بعضها ، و قد عرف الخطر عدة تعريفات من رجال الفقه فعرف بأنه إحتمال وقوع خسارة ، و عرف أيضا بأنه حالة عدم التأكيد المرتبطة بتحقق خسارة مادية أو معنوية و التي تلازم الشخص عند إتخاذ قرار ما مما ينتج عنه حالة معنوية تتصف بالقلق و التردد و عدم التأكيد من نتائج القرارات المتخذة ، (1) و من هذا المنطلق فإنه يشترط في الخطر محل عقد التأمين أن يكون غير محقق الوقع دائما إضافة إلى شروط أخرى هي:

**1/ أن يكون الخطر حادثا مستقبلا :** فالتأمين لا يكون إلا على خطر يحتمل وقوعه في المستقبل فإذا تحقق الخطر قبل إبرام عقد التأمين فلا يجوز إبرام عقد التأمين لانتفاء محله لأنه بوقوعه لا يكون خطرا و لا يرد عليه التأمين . (2)

**2/ أن يكون الخطر محتمل الوقع :** يشترط أن يكون الحادث المؤمن منه محتمل الوقع أي يقوم على الإحتمال فلا يعرف بداية إن كان سيقع أم لا ، (3) و الإحتمالية هنا تشترط عدم التوقع و تشترط أيضا أن لا يكون وقوع الحادث أمرا مستحيلا أو أن يكون وقوعه أمرا مؤكدا ، و العلة من ذلك أنه عندها العقد لا يكون مجدي للطرفين فالمؤمن الذي و في حال الخطر المؤكد فإنه سيدفع مبلغ جبرضرر و جوبا مما يزيد الطابع الإحتمالي لعقد التأمين و يخرجه من دائرة عقود الغرر ، كما أن التأمين على الخطر المستحيل الوقع من شأنه أن يجعل المؤمن له يدفع أقساط التأمين دون إحتمال لدفع شركة التأمين مبلغ جبرضرر لأن

(1) عبد المادي السيد محمد تقى الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 102 .

(2) مصطفى محمد الجمال ، المرجع السابق ، الصفحة 23 .

(3) إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، الصفحة 63 .

المخطر لن يتحقق لاستحالته .

3/ إمكانية قياس إحتمال وقوع الخطر أو تقدير قيمة ما ينتج عنه من خسائر مالية للمؤمن له لأن الجانب الفني لعقد التأمين يقوم على الإحصاء و الحسابات من أجل تكوين إحتياطي يغطي التعويضات الناجمة عن الأضرار التي يحدثها بمحمل المؤمنين جراء تحقق الأخطر المؤمن منها .

4/ أن يكون الحادث مستقل عن إرادة الطرفين: فلا بد أن يكون الخطر محل عقد التأمين يتحقق نتيجة حادث مستقل عن إرادة المؤمن و المؤمن له بحيث لا يكون تتحققه متعلقا بمحض إرادة أحد طرف العقد .<sup>(1)</sup>

5/ أن يكون الخطر المؤمن منه مشروعا : و يعني آخر أن لا تكون المصلحة المعرضة للخطر المؤمن له مخالفه للقوانين و للنظام العام و الآداب العامة ،<sup>(2)</sup> فلا يمكن التأمين مثلا على أعمال غير مشروعة كأن يقوم الطبيب بالتأمين على مسؤوليته المدنية المهنية عن ما يتسبب به من أضرار للغير جراء قيامه بعمليات إجهاض لنساء حوامل ، ذلك أن الإجهاض يعتبر عمل مخالف للنظام العام و لا يمكن التأمين من الخطر الناجم عنه في إطار التدخل الطبي .

و بما أن المخاطر محل التأمين من المسؤولية المدنية الطبية شأن كل المخاطر محل تأمين المسؤولية و يشترط فيها نفس الشروط سالفة الذكر فإنه و بالمقابل لذلك توجد بعض المخاطر التي لا تكون قابلة للتأمين و هي المخاطر التي لا تتحقق فيها الشروط السابقة ، مما يجعل حرية أطراف العقد مقيدة باستبعاد بعض المخاطر من أن تكون ملائمة للعقد بتدخل المشرع ، إضافة إلى وجود مخاطر بطبيعتها لا تصلح لأن تكون ملائمة لعقد تأمين المسؤولية المدنية المهنية .<sup>(3)</sup>

(1) جمال المحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 47 .

(2) إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، الصفحة 64 .

(3) محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، الصفحة 54 .

## الفرع الثاني: خصوصية عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية.

بما أن عقد التأمين من المسؤولية المدنية هو جزء من العقد الأصلي و هو عقد التأمين ، فإننا رأينا أنه يجدر بنا قبل الحديث عن الخصائص التي تميز عقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية بإعتباره عقد خاص بمسؤولية مهنية متفردة بخصائص لا تجمعها مع غيرها ، أن نتحدث أولاً عن خصائص عقد التأمين بصورة عامة ، ثم نتحدث عن الخصائص التي تميز عقد تأمين المسؤولية المدنية الطبية عن غيره من عقود التأمين .

و بما أن كل عقد له محل و يأتي هدف معين فإن عقد تأمين المسؤولية المدنية الطبية يأتي أيضا لغطية أحاطار معينة تكون بمثابة محل له و يأتي أيضا لتحقيق هدف أو أهداف ، و هو ما سنراه أيضا من خلال هذا الفرع .

**أولا/ خصائص عقد التأمين بصفة عامة .** سنتطرق إلى الخصائص العامة لعقد التأمين قبل التطرق بعدها لخصوصيات عقد التأمين من المسؤولية المدنية المهنية .

**1/ عقد التأمين رضائي .** إن العقد الرضائي هو ذلك العقد الذي يكفي لإنعقاده أن يتداول المتعاقدان إراداتهما المتطابقتين أي إقتران الإيجاب بالقبول دون حاجة إلى إفراج هذا الإتفاق في شكل معين ، و قد ثار جدل حول عقد التأمين من هذه الناحية فهو عقد رضائي أم لا ؟ إذ نجد أن هناك من قال أن عقد التأمين هو عقد رضائي ينعد بمجرد توافق الإيجاب و القبول من العاقددين دون حاجة إلى أي شكل خاص ، (1) و هو ما يستشف أيضا من نص المادة 619 من القانون المدني الجزائري و التي لم تحدد أي شكل معين لإبرام عقد التأمين .

غير أنه ليس الحال في الوقت الراهن ذلك أنه و تماشيا مع التطور الاجتماعي و الاقتصادي [لتعملنا فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي كان يحكم كافة العقود أصبح مبدأ غير مطلق و أخذ المشرع يتدخل للحد منه

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ( عقود الغرر و عقد التأمين ) ، الجزء السابع ( الملد الثاني ) ، الصفحة 1175 .

حتى تساير العقود النظام الإجتماعي و الاقتصادي المتتطور ، مما يجعل إرادة العقددين ليست المقياس الوحيد لموجباً ما و هو ما يتناقض مباشرة مع مبدأ سلطان الإرادة (1) فإنحصر هذا المبدأ جعل الدولة تتدخل لتنظيم بعض العقود (2) و من ضمنها بعض عقود التأمينات و منها عقد التأمين من المسؤولية المهنية و الذي يكون عقداً شكلياً و هو ما جاءت به المادة 622 من القانون المدني الجزائري و التي تنص على " يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية ..... " أي أن التأمين يكون في وثيقة مكتوبة و بالتالي فهو يتطلب شكلاً معيناً لإبرامه ، و هو ما يدل على أن المشرع الجزائري إتجه إلى جعل التأمين عقداً شكلياً يخرج عن نطاق العقود الرضائية، و أيضاً ما جاء في نص المادة 07 من الأمر 07/95 المعجل و المتعلق بالتأمينات و التي أكدت على أن عقد التأمين يحرر كتابياً و بحروف واضحة ، و أيضاً ما جاء في نص المادة 08 من ذات القانون و التي نصت على " لا يترتب على طلب التأمين إلتزام المؤمن له و المؤمن إلا بعد قبوله و يمكن إثبات إلتزام الطرفين إما بوثيقة التأمين أو بمذكرة تغطية التأمين أو بأي مكتوب وقعاً المؤمن " فالدالرس للمادتين سالفتي الذكر قد تختلط عليه الأمور بخصوص جعل المشرع الجزائري لوثيقة التأمين مكتوبة كشرط شكلي للإنعقاد أو كوسيلة للإثبات فقط، غير أن ما نراه هو أن جعل عقد التأمين مكتوب يكون كشرط للإنعقاد لا للإثبات لأن المادة 07 من الأمر 07/95

تحدثت عن بيانات إجبارية في العقد مما يجعل رأينا أن الكتابة كركن في العقد لا كوسيلة إثبات. و بالتالي فإن كتابة عقد التأمين أصبحت للإنعقاد و ليست مجرد إثبات عقود التأمين من الناحية القانونية. (3)

و ما يؤيد هذا الإتجاه أيضاً أن التأمين من المسؤولية المدنية المهنية لا سيما الطبية منها أصبح تأميناً إلزامياً و بالتالي تنعدم الرضائية في إبرام العقد و يكون الطبيب ملزم بالتأمين و إلا وقع تحت طائلة العقوبات المقررة

(1) جاك غستان ، المرجع السابق ، الصفحة 61 .

(2) Rémy cabrillac . droit des obligations . Dalloz . 3<sup>e</sup> édition 1998 . page 15

(3) جمال الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 36 .

لإنعدام التأمين الإلزامي .

**2/ عقد التأمين عقد ملزم لجانبين .** العقد الملزم لجانبين هو العقد الذي ينشئ الترامات متقابلة في ذمة كل واحد من المتعاقدين ، و عقد التأمين يتميز بهذه الخاصية ذلك أن المؤمن له ملزم بدفع أقساط التأمين و بالمقابل فإن شركة التأمين ملزمة بدفع مبلغ التأمين إذا تحقق الخطر المؤمن منه ، فمن هذا المنطلق فإن إلتزام المؤمن له متحقق فقد ينفذ هذا الإلتزام فور إبرام عقد التأمين أو مقططا على دفعات و خلال مدة زمنية معينة ، أما إلتزام المؤمن (شركة التأمين) فهو إلتزام غير متحقق و إحتمالي إذ قد لا يتحقق الخطر المؤمن منه فلا يدفع المؤمن مبلغ التأمين لذلك فقد شكك البعض في الصفة التبادلية لعقد التأمين على أساس أن الخطر قد لا يتحقق و قد لا يدفع المؤمن قيمة التأمين ، و قد رد على هذا الرأي بأنه و رغم ذلك فإن الإلتزام يبقى قائما و تبادلي لأن العبرة في النظر إلى تقابل الإلتزامات هي من لحظة إبرام العقد لا من لحظة تنفيذه (1) كما أن شركة التأمين تبقى تحمل عبء الخطر طوال مدة العقد سواء تحقق أو لم يتحقق .(2)

**3/ عقد التأمين عقد إحتمالي (عقد غرر) .** العقد الإحتمالي هو العقد الذي لا يستطيع فيه أي من المتعاقدين تحديد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى ، و لا يتحقق ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير متحقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله ،(3) و قد رأينا أن عقد التأمين عقد ملزم لجانبين و هذا الإلتزام المتقابل يمتد أيضاً إلى عنصر الغرر فيكون الغرر تبادلياً فمكتب التأمين قد يدفع أقساط التأمين دون الاستفادة منها لعدم حدوث أي ضرر نتيجة عدم تتحقق المخاطر المؤمن عليها(4)

(1) موسى جميل النعيمات ، المرجع السابق ، الصفحة 59 .

(2) عبد الهادي السيد محمد تقى الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 240 .

(3) أحمد عبد الرزاق السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام) ، الجزء الأول (المد الأول) ، الصفحة 124 .

(4) بن وارث محمد ، المرجع السابق ، الصفحة 15 .

و أيضاً فإن شركة التأمين لا تعلم عند إبرام العقد إن كان الخطر المؤمن منه سيتحقق و بالتالي ستقوم بدفع مبلغ التأمين المقابل ألم لا ، فالغرر يتطلب أن يكون لدى الطرفين و إلا فإن غيابه يكون كغيب السبب المبطل للعقد .<sup>(1)</sup>

و بذلك فإنه عندما يقبل أحد الطرفين المؤمن أو المؤمن له على المازفة في عملية قانونية فلا يسع أي منهما بعد ذلك التذرع بأنه لم يتلق أي مقابل<sup>(2)</sup> و كنتيجة لذلك فإن الغبن لا يؤثر على العقد و لا يحتاج به المتعاقدان لأن أساس عقد التأمين هو غبن إحتمالي يتحمله أحد المتعاقدان.<sup>(3)</sup>

**4/ عقد التأمين عقد زمني .** العقد الزمني أو المستمر هو العقد الذي يكون عنصر الزمن جوهرياً فيه ، و هو الحال بالنسبة إلى عقد التأمين الذي يمتد في الزمن لمدة معينة تحدد في العقد و يبقى خالطاً المؤمن متلزم بتحمل تبعه الخطر المؤمن منه ، و نجد في هذا الصدد المادة 07/95 من الأمر 07 المتضمن التأمينات تحدد البيانات الجوهرية التي تشترط في عقد التأمين عند تحريره كتابياً و من ضمن هذه البيانات تاريخ سريان العقد و مدتة ،<sup>(4)</sup> و بالتالي فإن ذلك يؤكد أن عقد التأمين عقد زمني .

و الغاية من اعتبار عقد التأمين عقد زمني أن الإمتداد في الزمن ضروري و حيوى بالنسبة لموضوع التأمين ليتمكن المؤمن من إجراء المعاصلة بين المخاطر التي يأخذها على عاتقه فالاستمرارية هي التي تمكن من

---

(1) جاك غستان ، المرجع السابق ، الصفحة 970 .

(2) جاك غستان ، المرجع السابق ، الصفحة 969 .

(3) عبد الحادي السيد محمد تقى الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 250 .

(4) المادة 07 من الأمر 07/95 المتضمن التأمينات " يحرر عقد التأمين كتابياً و بحروف واضحة و ينبغي أن يحتوي إجبارياً زيادة على توقيع الطرفين المكتبيين على البيانات التالية ..... تاريخ سريان العقد و مدتة ..... " .

تكوين المال الإحتياطي اللازم لمواجهة الأعباء التي يتحملها المؤمن جراء عقود التأمين و هي العملية الفنية التي ذكرناها في تعريف عقد التأمين ، أما المؤمن له فإنه يحصل على الأمان طيلة مدة سريان العقد . (1)

و بما أن عقد التأمين عقد زمني فإنه لو حدث أي عارض أدى إلى إبطال العقد أو فسخه أو إنفاسحه فلا يكون لذلك أثر رجعي ، أي أن آثار العقد التي نتجت في الماضي يسري عليها العقد و يتحملها العقدان دون أن تتأثر بذلك الطارئ .

**5/ عقد التأمين عقد إذعان** . عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة سلفا يضعها الموجب و لا يقبل مناقشتها ، فالمؤمن يضع شروطاً يلبي بموجبها إرادته على المؤمن له الذي يقتصر دوره على مجرد القبول لـ هذه الشروط أو رفضها (2) . و هذا هو حال الواقع العملي في عقود التأمين إذ أن عقود التأمين أو بوليصات التأمين كما تسمى تكون جاهزة سلفا و على المؤمن له الانضمام إليها بشروطها المحددة سلفا دون أن يناقشها .

غير أن هذه الخاصية هناك من رأى **ألا** لا تنطبق و عقد التأمين الذي يخرج عن دائرة عقود الإذعان ، لأنه لكي تكون أمام عقد إذعان لا بد أن تكون أمام إحتكار ، (3) قانوني أو واقعي للخدمة و هو الذي لم يعد موجوداً في مجال التأمين بسبب تعدد شركات التأمين و تعدد العروض المقدمة منها مما يجعل المؤمن له الخيار في الانضمام إلى أي شركة على حساب الأخرى.

إضافة إلى ذلك فإن إعداد وثيقة التأمين سلفا لا يضفي عليها صفة الإذعان ذلك **ألا** شروط عامة لا تختلف من عقد لآخر و طبعها سلفا في نموذج موحد هي مسألة إدارية لتسهيل تداولها و وجود هذه

---

(1) عبد الحادي السيد محمد تقي الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 259 .

(2) Remy cabrillac . op .cit . page 29.

(3) موسى جميل التعيمات ، المرجع السابق ، الصفحة 59 .

الشروط العامة لا يمنع طرف العقد من الإتفاق على شروط خاصة تضاف إلى وثيقة التأمين من شأنها تعديل أو إلغاء بعض الشروط العامة لقاء ما يقابل ذلك من قسط تأمين إضافي يتناسب مع زيادة حدة الخطير الناشئة عن هذا التعديل (1) و هذا المنطلق يتناسب تماماً مع تأمين المسؤولية المدنية الطبية ذلك أن الأخطر تزداد حدة من طبيب آخر ، فالأخطر التي يؤمن منها الطبيب العام ليست بذات الحدة كالأخطر التي يتعرض لها و يؤمن منها الطبيب الجراح أو الطبيب أخصائي النساء و التوليد و أخصائي التخدير فهوألاء أخطارهم أكبر ، و الأضرار المرتبة على أخطائهم أكثر جسامـة مما يجعل التعويضات المطالبـة أكبر ، و هذا ما يجعل قسط التأمين يرتفع في هذه الحالـات ، فشركة التأمين تعتمـد على أسس إقتصاديـة لتحديد درجة إحتمـال الخطـر و الخـسارة العـليـا المحـتمـلة و من ثـمـة تحـديـد قـسـطـ التـأـمـينـ المـقـابـلـ للـخـطـرـ و سـقـفـ مـسـؤـلـيـتهاـ عـنـ التـعـوـيـضـ ، وـ الشـرـوـطـ الـتـيـ تـحـصـرـ نـطـاقـ التـغـطـيـةـ الـمـهـنيـ تـخـتـلـفـ بـإـخـتـلـافـ نـوـعـ التـخـصـصـ الـمـهـنيـ وـ الـوـاجـبـاتـ الـتـيـ يـنـبـغـيـ عـلـىـ ذـوـيـ الـمـهـنـةـ الـطـبـيـةـ الـإـلـتـزـامـ (2) فـفـيـ فـرـنـسـاـ مـثـلاـ بـجـدـ أـنـ مـبـالـغـ أـقـسـاطـ التـأـمـينـ تـخـتـلـفـ مـنـ تـخـصـصـ طـبـيـ لـآـخـرـ ، بلـ أـكـثـرـ مـنـ ذـلـكـ (3) تـخـلـفـ مـنـ سـنـةـ لـآـخـرـ إـرـفـاعـاـ تـماـشـياـ مـعـ إـرـفـاعـ الـأـخـطـارـ الـطـبـيـةـ وـ الـحـوـادـثـ الـطـبـيـةـ فـقـسـطـ التـأـمـينـ بـالـنـسـبـةـ لـأـخـصـائـيـ أـمـرـاضـ النـسـاءـ وـ التـولـيدـ مـثـلاـ كـانـ يـقـدرـ بـمـلـغـ 2900ـ أـورـوـ سـنـوـيـاـ سـنـةـ 1992ـ ، ثـمـ أـصـبـحـ 10000ـ أـورـوـ سـنـوـيـاـ خـلـالـ سـنـةـ 2002ـ ، وـ وـصـلـ إـلـىـ 20000ـ أـورـوـ سـنـوـيـاـ سـنـةـ 2005ـ .

(1) مـائـةـ مـيجـ شـكـريـ ، التـأـمـينـ مـنـ الـمـسـؤـلـيـةـ فـيـ النـظـرـيـةـ وـ التـطـبـيقـ ، دـارـ الثـقـافـةـ لـلـنـشـرـ وـ التـوزـيعـ (عـمـانـ الـأـرـدـنـ) ، الطـبـعـةـ الـأـوـلـىـ سـنـةـ 2010ـ ، الصـفـحةـ 125ـ .

(2) مـائـةـ مـيجـ شـكـريـ ، المـرـجـعـ السـابـقـ ، الصـفـحةـ 338ـ .

(3) تـقـرـيرـ الـدـيـوـانـ الـوطـنـيـ الـفـرـنـسـيـ لـتـعـوـيـضـ ضـحـاـيـاـ الـحـوـادـثـ الـطـبـيـةـ . 2005/09/01ـ acciـd~nt~ m~ed~ic~au~x~ ) office national d'indemnisation des

**ثانياً/ خصائص عقد تأمين المسؤولية المدنية المهنية الطبية.** بالإضافة إلى الخصائص التي يتصف بها عقد التأمين بصفة عامة فإن عقد تأمين المسؤولية المدنية الطبية كمسؤولية مهنية له بعض الخصائص التي تميزه عن غيره من عقود التأمين الأخرى و أهمها :

### 1/ عقد تأمين المسؤولية عقد مهني:

عقد تأمين مهني ذلك أنه يغطي الأخطار التي تنتج عن الأخطاء المهنية أثناء ممارسة المهني لمهنته ، فمحل العقد هي الأخطار المرتبطة بمارسة المهنة ، فهذا العقد مختلف عن عقود التأمين الأخرى التي يرميها المهني بإعتباره شخصا عاديا لتأمين المخاطر التي قد تلحق به بعيدا عن مهنته ، كأن يرم عقد تأمين على سيارته أو عقد تأمين على حياته ، بل الأكثر من ذلك أنه حتى لو أبرم هذا المهني عقد تأمين بإعتباره مديرا أو رئيسا لمشروع حتى لو تعلق بمارسة المهنة فهو ليس عقد تأمين للمسؤولية المدنية بل أنه يضمن له المخاطر التي قد تتعرض لها المباني و الأدوات المستعملة في المهنة ، فالاختلاف هنا يكون من حيث أن المسؤولية المدنية المغطاة بالتأمين تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات عادة ، أما المسؤولية المترتبة عن المباني و الآلات فتؤسس على خطأ مفترض من منطلق المسؤولية عن الأشياء . (1) و مثال ذلك في مسؤولية الطبيب المهنية أن يقوم مدير مستشفى بإكتتاب تأمين من المسؤولية المدنية المهنية للأطباء و الممارسين الطبيين في المستشفى و الذي يعتبر تأمين للمسؤولية المدنية الطبية المهني assurance ) ( assurance responsabilité civil professionnelle) ، و تأمينا آخر عن المخاطر و الأضرار التي تسبب فيها الآلات و المباني الخاصة بالمستشفى و هو ما يعرف لدى شركات التأمين بتأمين رئيس الورشة ( assurance responsabilité chef d'entreprise )

### 2/ عقد تأمين المسؤولية عقد يمتد للمستفيد . لعل أهم خصائص

(1) محمد عبد الظاهر حسين ، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية ، دار النهضة العربية ( القاهرة مصر ) ، سنة 1994 ،

الصفحة 26 .

التأمين من المسؤولية أنه لا يقتصر على طرفين إثنين فقط (المؤمن و المؤمن له ) بل هو يمتد إلى شخص ثالث و هو الذي لحق به الضرر وهو هنا المريض الذي تلقى العلاج فالعلاقة هنا ثنائية فهي قائمة بين المؤمن و المؤمن له من جهة و بين المؤمن والمضرور من جهة ثانية .<sup>(1)</sup>

**3/ عقد تأمين المسؤولية عقد يغطي المسؤولية المدنية لا الجزائية:** تقتصر تغطية عقد تأمين المسؤولية المدنية المهنية الطبية على تغطية المسؤولية المدنية و لا يصل مداها إلى المسؤولية الجزائية حتى بالنسبة لنتائجها المالية كالغرامات و نتائج المسؤولية عن الغش ، فالطبيب الذي يرتكب خطأ يحمل وصف جزائي و يتبع جزائيا عن خطئه ذلك سواء كان هذا الخطأ عمدي كالقتل العمد مثلا أو الإجهاض ، أو كان خطئه غير عمدي كالقتل الخطأ أو الجروح الخطأ فإن الغرامات المحكوم [ما] كعقوبات جزائية أصلية يتحملها الطبيب المدان و لا تتحملها شركة التأمين ، فلا يجوز التأمين من المسؤولية الجزائية و ما يتربّ عليها من عقوبات مالية أيا كانت درجة الفعل الذي نشأت عنه بل و حتى لو كان غير مقصود ، و علة ذلك أنه يشترط في الخطر لكي يكون قابلا للتأمين ألا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، فالعقوبة الجزائية شخصية عملا ببدأ شخصية العقوبة و لا يجوز أن تتحملها غير المحكوم عليه.<sup>(2)</sup>

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه و بحدة هو هل أن شركة التأمين تتحمل التعويضات المحكم [ما] في الدعوى المدنية للمضرور في حالة وجود خطأ جزائي يدان به المتهم الطبيب ؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل بحدها في إتفاقيات التأمين التي تكون بين شركة التأمين والطبيب المؤمن له إذ أن شركات التأمين تنص في تلك الاتفاقيات على أن الضرر الذي يسببه المؤمن له نتيجة خرقه للقانون أو

(1) عبد الهادي السيد محمد تقى الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 19.

(2) موسى جميل النعيمات ، المرجع السابق ، الصفحة 198 .

اللوائح أو التنظيمات لا تسأل عنها شركة التأمين و لا تعطيها (1) و المقصود هنا هو الغرامات و الجزاءات المالية الجزائية ، أما التعويضات المدنية المتربة عن جريمة فنجد المادة 622 من القانون المدني الجزائري تنص على أن الشرط الوارد في وثيقة التأمين يكون باطلًا إذا قضى بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية ، فبمفهوم المخالفات للمادة سالف الذكر فإن الطبيب الذي يدان عن جنائية أو جنحة عمدية فإن حقه في أن تتحمل شركة التأمين التعويضات المدنية الملقة على عاته يسقط إذا ما ارتكب جنائية أو جنحة عمدية ، أما إذا كان الجرم الذي أثاره الطبيب أو الممارس الطبي جنحة أو مخالفة غير عمدية فإن شركة التأمين تبقى ضامنة لتحمل التعويضات المدنية المحكوم بها للمضرور حتى لو كانت المحكمة التي قضت بالإدانة للطبيب و قضت بالغرامة هي نفسها التي قضت بالتعويض . (2)

و نحن نرى أنه و حماية للطرف الضعيف و هو المضرور فإنه يتعين أن تعدل هذه المادة بجعل شركة التأمين تبقى ضامنة لتحمل التعويضات المحكم بها على الطبيب أو الممارس الطبي جراء تسببه في ضرر للمضرور حتى بإرتكابه لجريمة عمدية ، لكي يبقى المضرور محمي و قادر على الحصول على التعويض كاملا من جهة لها ملاءة و هو الغاية الأولى و المدف الأسمى للتأمين من المسؤولية المدنية ، ولكن و لعدم تشجيع المهنيين عامة و الأطباء خاصة على خرق القانون فإنه يستحسن أن يبقى الحق لشركة التأمين في الرجوع على المؤمن لديها المرتكب للجريمة العمدية بقيمة التعويض الذي دفعته إلى المضرور .

#### 4/عقد تأمين المسؤولية عقد تعويضي . من أهم خصائص عقد التأمين و الذي

يعتبر أيضا المدف الأساسي من عقد تأمين المسؤولية المدنية الطبية أنه يقوم من أجل تعويض المهني و هو

(1) و هو ما جاء في إتفاقية الشروط العامة CONDITION PARTICULIERES ) التي كانت بين الطبيب ( ب ط ) و الشركة الجزائرية للتأمين و إعادة التأمين بتاريخ 30/10/2013 في المادة 05 فقرة 05 منها و التي أكدت أن الأضرار الناجمة عن خرق القانون و التنظيمات التي يأتيها المؤمن أثناء ممارسة نشاطه المهني لا تخضع لنقطة تأمينية .

(2) محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، الصفحة 100 .

هنا الممارس الطبي عن الخسارة التي تلحقه نتيجة الحكم عليه بمبلغ التعويض المستحق للمستفيد من العقد (1) و هو هنا المضرور نتيجة التدخل الطبي.

## 5 / عقد تأمين المسؤولية عقد إجباري . عقد تأمين المسؤولية المدنية عقد إجباري

في بعض المهن و من هذه المهن الخاضعة للتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية بحد مهنة الطب و الممارسة الطبية بصفة عامة و هو ما سنفصل فيه و بأكثرب إسهام في الفرع الموالي من هذه الدراسة .

ثالثا/ الهدف من عقد تأمين المسؤولية المدنية المهنية الطبية. هذا و يهدف التأمين من المسؤولية المدنية إلى تأمين المؤمن له من الرجوع عليه بالمسؤولية المدنية و بالتالي الرجوع عليه بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه للمضرور ، فالضرر المؤمن منه هنا ليس ضررا يصيب المال بطريق مباشر كما في التأمين على الأشياء بل هو ضرر ينجم على نشوء دين في ذمة المؤمن له بسبب تحقق مسؤوليته التقتصيرية كما في المسؤولية عن حوادث السيارات و مسؤولية الحار عن الحرائق ، أو بسبب تتحقق مسؤوليته العقدية كما في مسؤولية الطبيب عن الضرر الناشئ عن أخطائه المهنية أي أن الطبيب هنا يقوم بتأمين نفسه من نشاطه المهني ، و ما دام عقد التأمين نافذا فإن المؤمن يظل ضامنا للأضرار الناتجة عن المسؤولية.(2)

هذا بصفة عامة بخصوص المسؤولية المهنية أما المسؤولية عن الأخطاء الطبية فإن التأمين من مسؤوليتها المدنية جاء من أجل حل الأزمة الكبيرة التي ألمت بهمهة الطب في السنوات الأخيرة لا سيما بعد التطور السريع و الكبير في الحال الطبي من جهة و كثرة الأمراض و تنويعها و تعقيدها و كثرة المرضى المقتربة

(1) محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، الصفحة 27 .

(2) عبد الحادي السيد محمد تقى الحكيم ، المرجع السابق ، الصفحة 70 .

بالزيادة في عدد السكان من جهة أخرى و هو ما أدى إلى ظهور تلك الأزمة والتي مردها كثرة الأضرار الناتجة عن العملية العلاجية الطبية ، مما أدى بالأطباء و حتى المرضى إلى البحث عن تأمين المسؤولية المدنية الطبية من أجل تغطية مخاطر التدخل الطبي ، و هذا البحث الحيث عن الملاذ من هذا الإشكال أدى إلى ظهور التأمين على المسؤولية المدنية الطبية و بالتطور أكثر فأكثر خلال السنوات الأخيرة أصبح هذا التأمين إلزاميا.

### الفرع الثالث : إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية.

التأمين من المسؤولية المدنية ظهر و أخذ في التطور بسرعة إلى أن أدركت أغلب التشريعات مدى أهميته في الحياة اليومية للمواطن و في الحياة الإقتصادية للدولة ، مما جعل أغلب التشريعات تجعل من التأمين عن بعض المسؤوليات المدنية التي لها أهمية خاصة من حيث عددها أو من حيث ارتباطها بحياة الإنسان و بجسمه إلزاميا ، كما هو الشأن بالنسبة للمسؤولية المدنية الطبية ، لذلك ستحدث في هذا المطلب على أساس جعل التأمين من المسؤولية المدنية الطبية إلزاميا و سنركز على الأساس القانوني في التشريع الجزائري ، و بما أن الإلزام لا بد أن يقترن بجزء في حالة عدم الأخذ به فستحدث عن الجزء المقرر لعدم التأمين عن المسؤولية المدنية الطبية و سنرى هل أن الجزء المقرر قانوناً كافٍ ليلتزم به الممارسين الطبيين أو أنه يتطلب مراجعته و جعله أكثر ردعًا .

أولاً/ **أساس إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية .** إن التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية لم يعد مجرد وسيلة لـ<sup>هدف</sup> إلى تحقيق مصالح خاصة للأفراد و هم المؤمن لهم وفق ما يقرره المذهب الفردي و مبدأ سلطان الإرادة ، و إنما أصبح وسيلة لتحقيق أهداف و مقاصد إجتماعية <sup>لم</sup> <sup>ال</sup>تتمع بأسره ، بحيث فرض المشرع هذا النوع من عقود التأمين في بعض الحالات بمقتضى نصوص قانونية

ملزمة كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية الناجمة عن الأخطاء الطبية ، و هو ما أعطاها أساسها القانوني المستمد من التشريع .<sup>(1)</sup>

ففي فرنسا و خلال سنتي 2001 و 2002 عرفة مهنة الطب أزمة كبيرة في إطار المسؤولية المدنية الطبية و هو ما دفع بالأطباء إلى البحث عن تأمين المسؤولية المدنية لهم من أجل تغطية مخاطر التدخل الطبي ، و هو ما أدى بالمشروع الفرنسي إلى تعديل قانون الصحة العمومية بالقانون رقم 2002 . 303 المؤرخ في 04/03/2002 و المعروف بإسم قانون كوشنير ( LOI KOCHNAIRE ) و الذي لم يأت من أجل تغيير أساس المسؤولية المدنية الطبية القائمة على أساس الخطأ و لكن جاء من أجل تعزيز التأمين الإلزامي للمسؤولية المدنية الطبية للممارسين الطبيين و للهيأكل الطبية ، و كذلك من أجل هيكلة عروض التأمين على المسؤولية المدنية الطبية الموجودة في سوق التأمين ، فنص في المادة 2- 1142 L على أنه يتعمى على كل ممارسي الصحة العمومية الممارسين بصفتهم أحرار ، المؤسسات الصحية ، مصالح الصحة و الهياكل المحددة بالمادة 1- 1142 L ، كل شخص معنوي آخر غير الدولة يمارس نشاط الوقاية ، التشخيص أو الرعاية مثلهم مثل المنتجين ، الممولين بالمواد الطبية ملزمون بإكتتاب تأمين موجه لضمان المسؤولية المدنية و الإدارية التي قد تقوم و ترتب أضرارا للأشخاص سواء من ناحية الوقاية ، التشخيص و العلاج .

و هو الأمر ذاته الذي أخذ به المشروع البلجيكي الذي أقر ضمان مخاطر الرعاية الصحية عن طريق التأمين الإلزامي للمسؤولية المدنية بالقانون الصادر بتاريخ 15/05/2007 .

و في التشريع الجزائري و بالرجوع إلى الأمر رقم 07/95 المعدل و المتمم و المتضمن التأمينات ، و من خلال القراءة الأولية للمادة 167 منه فإنه يتضح لنا جليا و بما لا يدع مجالا للشك أن مسألة تأمين المسؤولية المدنية الطبية إلزامية و لا جدال في ذلك و هو ما يتضح من خلال كلمة يجب التي إفتتحت []

---

(1) موسى جليل النعيمات / المرجع السابق / الصفحة 74 .

المادة مما يجعلها قاعدة قانونية آمرة و يلزم التقييد  $\sqcap$ ا و عدم مخالفتها ، هذا من الناحية النظرية و من الناحية القانونية ، غير أنه من الناحية الواقعية فالأمر ليس  $\sqcap$ ذه البساطة و السهولة ذلك أن أغلب المؤشرات التي يستدل  $\sqcap$ ا من شركات التأمين و من جهات القضاء تدل على أن عدد كبير من الممارسين الطبيين لا يكتتبون تأمينا على مسؤوليتهم المدنية الطبية لا سيما الأطباء الخواص و العيادات الخاصة رغم ما لها من قدر كبير من المسؤولية المدنية على اعتبار  $\sqcap$ ا تشغله عدد كبير من الأطباء و الممرضين و تستقبل عدد كبير من المرضى ، و هو ما يجعل إحتمال إتيان أخطاء طبية و التسبب في أضرار للمريض قائم و بشكل كبير أيضا.

إضافة إلى ذلك فإن المادة 167 من قانون التأمينات الناقصة على التأمين من المسؤولية المدنية المهنية الطبية و ردت في القسم الأول الخاص بتأمينات المسؤولية المدنية ، من الفصل الأول التأمينات البرية ، من الكتاب الثاني لقانون التأمينات المعنون بالتأمينات الإلزامية ، أي أن التأمين هنا إلزامي و ليس اختياري أو جوازي .

و يمكن أيضا أن نستشفط الطابع الإلزامي لإكتتاب تأمين للمسؤولية المدنية للممارسين الطبيين من خلال من جاء في نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 321/07 (1) يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة و سيرها و التي تؤكد على أنه يتبعها على المؤسسة الإستشفائية الخاصة إكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة و مستخدميها و مرضاهما ، و كذا المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 103/08 (2) يحدد مهام هيأكل الإقامة لدعم الهياكل الصحية و تنظيمها و سيرها و التي تؤكد على أنه يتبعها على ديار الإقامة الصحية إكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليتها المدنية . فمن خلال هاتين المادتين فإن إكتتاب تأمين للمسؤولية المدنية للمؤسسات الإستشفائية الخاصة و هيأكل الإقامة لدعم الهياكل الصحية

---

(1) مرسوم تنفيذي رقم 321/07 مؤرخ في 22/10/2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة و سيرها منشور في الجريدة الرسمية عدد 67 بتاريخ 24/10/2007

(2) مرسوم تنفيذي رقم 103/08 مؤرخ في 30/03/2008 يحدد مهام هيأكل الإقامة لدعم الهياكل الصحية و تنظيمها و سيرها منشور في الجريدة الرسمية عدد 18 بتاريخ 20/04/2007

وجوبي قبل البدء في نشاطها الطبي من أجل حماية أكثر للمريض و من أجل تغطية الأضرار التي قد تنتج عن الممارسة الطبية داخلها .

### ثانياً/ الأشخاص الملزمون بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية. إن معرفة الأشخاص

الملزمون بإكتتاب تأمين من مسؤوليتهم المدنية من الأهمية بمكان ليس في إطار المسؤولية المدنية المهنية الطبية و حسب بل في إطار المسؤولية المدنية برمتها ذلك مما تسمح لنا بالتعرف على الأشخاص الملزمين بتأمين مسؤوليتهم الطبية مما يساهم في التخفيف من ثقل إجراءات التقاضي إذ يسهل عمل القضاء من جهة في تثبيت المسؤولية المدنية الطبية في جانب الممارس الطبي المرتكب للخطأ و من جهة أخرى يخفف العبء على المتضرر و يجعله يحصل على التعويض المناسب مع الضرر الحاصل له سواء من شركة التأمين في حالة إكتتاب التأمين أو من الشخص المتسبب في الضرر في الحالة العكسية ، ومن هذا المنطلق تتحدد أهمية الأشخاص و المياكل الصحية الملزمة بإكتتاب تأمين من المسؤولية المدنية الطبية عن الأضرار المحتمل حصولها أثناء الممارسة الطبية .

و بالرجوع إلى القانون رقم 2002/03/04 المؤرخ في 2002 المتعلق بالمرضى ونوعية النظام الصحي الفرنسي لا سيما المادة 98 منه المعدة للمادة 2- L1142 من قانون الصحة العمومية الفرنسي و التي تلزم كل ممارس صحي بصفة حرة ، المياكل الصحية ، مصالح الصحة و المياكل المحددة بالمادة 1- L1142 و كل شخص معنوي آخر غير الدولة يمارس نشاط الوقاية ، التشخيص أو الرعاية الطبية ، مثلهم مثل المنتجين و الممولين بالمواد الطبية ملزمون بإكتتاب تأمين موجه لضمان المسؤولية المدنية و الإدارية التي قد تقوم و ترتب أضرارا للأشخاص سواء من ناحية الوقاية أو التشخيص أو العلاج . و بالتالي فالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية في فرنسا أصبح لزاما على كل ممارس طبي سواء أكان مهني يمارس بصفة منفردة ، الطبيب العام و المتخصص الذين يعملان لحسابه الخاص ، أو الصيدلي الذي يعمل لحسابه الخاص و كذلك الموزع للأدواء الطبية أو كل شخص معنوي كالعيادات الخاصة و الشركات التي تعمل في

إطار إنتاج أو توزيع المواد الطبية ، بل الأكثر من ذلك فإن كل شخص يتدخل في العملية الطبية بداء من الوقاية مرورا بالتشخيص وصولا إلى العلاج ملزم بإكتتاب ذلك التأمين .<sup>(1)</sup>

و في الجزائر فإنه بالرجوع إلى القانون رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المعدل و المتمم بالقانون 04/06 المؤرخ في 20/02/1995 المتعلق بالتأمينات فإننا بحد المادة 167 تنص على أنه يجب على المؤسسات الصحية المدنية و كل أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسام الخاص أن يكتتبوا تأمينا لغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم و تجاه الغير ، و بالتالي فإن كل الأطباء و الصيادلة و الممارسين الشبه طبيين ملزمون بإكتتاب تأمين لدى شركات التأمين على مسؤوليتهم الطبية باختلاف الأعمال التي يأتوا بها .

**1/ المؤسسات التي تقوم بنزع و تغيير الدم البشري :** المادة 169 من الأمر رقم 07/95 المعدل و المتمم المتعلق بالتأمينات على المؤسسات التي تقوم بنزع و / أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن تكتب تأمينا ضد العوائق المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم و المتلقون له ، فالمشرع الجزائري أفرد مادة خاصة للمرأكز التي تقوم بنزع الدم و نقله أيضا و أرزمها بإكتتاب تأمين عن الأخطاء الطبية المحتملة في هاتين العمليتين أي النزع و النقل لما لهما من أهمية خاصة على صحة الطرفين المتبرع بالدم و المنقول له الدم (2) ذلك أن هذه العملية تحوي خطورة نسبية لأن الدم إن كان ملوثا فإنه سينتقل المرض الذي يحمله من المتبرع إلى المتبرع له ، و الآلات المستخدمة في نزع الدم إن كانت أيضا ملوثة و غير معقمة فإنما ستنتقل المرض إلى المتبرع بالدم و الأمراض المنقولة عبر الدم غالبا ما تكون أمراض خطيرة كالسيدا مثلا و لعل ذلك ما جعل المشرع الجزائري يفرد مادة خاصة في قانون التأمينات إلى مراكز نزع و نقل الدم.

(1) Steve baccara . faculté d'économie appliquée Aix-en -Provence . faculté d'analyse économique . l'analyse économique de la responsabilité civil médical

(2) جمال مصطفى ، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه و القضاء ، محاضرة منشورة في المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول (المسؤولية الطبية ) ، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان ) ، الصفحة 116 .

و نحن نرى أن المشرع الجزائري حسنا فعل عندما أفرد مادة خاصة لراكي نقل الدم و لم يضمها في الإطار العام للمادة 167 من قانون التأمينات لأن المادة الأخيرة تتحدث عن المؤسسات الصحية و المارسين الطبيين لحسام الخاص غير أن عمليات نزع و نقل الدم تتم غالبا و إن لم نقل دائما على وجه تبرعي دون مقابل مادي .

**2/ المؤسسات الصحية المدنية و المارسين الخواص:** بالرجوع إلى نص المادة 167 من قانون التأمينات فإن الملزمون بالتأمين الإجباري على مسؤوليتهم المدنية هم المؤسسات الصحية المدنية و المارسين الخواص أي أن هذه المادة تستثنى المؤسسات الصحية العسكرية (المستشفيات العسكرية ) من عملية إكتتاب تأمين إجباري على مسؤوليتهم المدنية الطبية لما تخضع لنظام خاص .

إضافة إلى ذلك و بالإستقراء المتأني للمادة 167 من قانون التأمينات سالفة الذكر فإننا نجدها تلزم المؤسسات الصحية المدنية و أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني المارسين لحسام الخاص و حرف الواو الرابط بين المؤسسات الصحية المدنية من جهة و أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني من جهة أخرى هو واو عطف أي أن العبارة التي تليها و المتمثلة في الممارسة للحساب الخاص تصرف إلى كليهما مما يجعل المؤسسات الإستشفائية العمومية و بمفهوم المخالففة مستثناة من إلزامية التأمين ، و نحن نرى أن هذا الاتجاه من المشرع الجزائري على غير صواب منه ذاك أن المؤسسات الإستشفائية العمومية من مراكز صحية و مستشفيات عمومية و مستشفيات جامعية هي الأولى و الأجردر بالتأمين من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية على اعتبار أن هذه المؤسسات الصحية العمومية هي التي تشغله أكبر قدر من المارسين الطبيين (أطباء ، مرضين و صيادلة ) ، كما لما هي التي تستقبل أكبر قدر من المرضى ، بل أكثر من ذلك لما هي التي تستقبل المرضى المصابين بالأمراض المستعصية و التي غالبا ما ترفض المؤسسات الخاصة و الأطباء الخواص التكفل لـ لنقض في الإمكانيات أو لخوف من تحمل تبعه العملية الطبية .

**3/ المنتجين والممولين بالمواد الطبية:** ما يعاب على المشرع الجزائري و حسب رأينا دائماً أنه لم يذكر في المادة 167 من قانون التأمينات المنتجين و الممولين بالمواد الطبية خلافاً لما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 98 من القانون رقم 2002/03/04 المؤرخ في 303 المتعلق بالمرضى ونوعية النظام الصحي الفرنسي المعدلة للمادة L.1142.2 من قانون الصحة العمومية الفرنسي و التي ألزمت كما سبق و رأينا المنتجين و الممولين بالمواد الطبية بإكتتاب تأمين على المسؤولية المدنية المهنية لهم و ذلك لما للمواد الطبية الصيدلانية و شبه الصيدلانية من إمكانية إحداث ضرر بالمريض يكون موجباً للتعويض و بالتالي فالتأمين من المسؤولية المدنية المهنية هنا من الأهمية بمكان ، بل الأكثر من ذلك إننا نرى أنه كان على المشرع الجزائري بل و حتى الفرنسي أن يلزم أيضاً المنتجين للآلات المتداخلة في العمليات الطبية سواء الآلات التي تستعمل في التصوير بالأشعة أو تلك المستعملة في قاعات العمليات و الإنعاش و غيرها ، أي كل آلة متداخلة في العملية الطبية من بدايتها إلى نهايتها و ذلك كله في إطار المسؤولية المدنية عن فعل الأشياء .

و ختاماً لما سبق فإنه يجدر بالمشروع الجزائري أن يستجيب إلى خصوصية المسؤولية المدنية المهنية الطبية و أن يقوم بتعديل المادة 167 من قانون التأمينات و ذلك بإضافة المؤسسات العمومية الإستشفائية و كذلك المنتجين و الممولين بالمواد الصيدلانية و شبه الصيدلانية بل و حتى المنتجين و الممدونين بالآلات التي لها علاقة بالعمليات الطبية من أول العملية الطبية إلى آخرها و ذلك من أجل توفير أكبر قدر من الحماية للمريض المضور .

**ثالثاً/ جزاء عدم إكتتاب التأمين الإلزامي.** بما أن التأمين من المسؤولية المدنية الطبية إلزامي فإنه من الضرورة أن يكون هناك جزاء عن عدم إكتتاب تأمين ، ففي فرنسا نجد المادة 25 من قانون الصحة العمومية تحدد الجزاء المقرر للممارسين الطبيين الممتنعين عن التأمين الإلزامي لمسؤوليتهم المدنية و الذي يكون جزاءً مالياً ، تأدبياً و حتى جزائياً ، إذ يعاقب الممارس الطبي الملزم بإكتتاب التأمين وفقاً

لنص المادة 02.1141 و المخالف عن إكتتابه بغarama مالية قدرها 45000 اورو و هو مبلغ ضخم يجعل الممارس الطبي يفكر مليا قبل الإمتناع عن التأمين و يجعله يسارع إلى إكتتاب التأمين من مسؤوليته المدنية ، بالإضافة إلى ذلك فإن العقوبات لا تتوقف عند هذا الحد بل قد تصل إلى حد المنع من ممارسة المهنة و فقا لما نصت عليه المادة 27-131 من قانون العقوبات الفرنسي ، و هو عقاب شديد على المهني يمنعه من ممارسة مهنته . (1)

أما المشرع الجزائري فإنه نص في المادة 173 من الأمر 07/95 المتضمن التأمينات على ما يلي "بخصوص تأمين المسؤولية المدنية المشار إليه في المواد من 163 إلى 172 أعلاه يجب أن يكون الضمان المكتتب كافيا سواء بالنسبة للأضرار الجسمانية أو بالنسبة للأضرار المادية . علاوة على ذلك يجب أن لا ينص عقد التأمين على سقوط أي حق يمكن أن يحتج به على الضحايا أو ذوي حقوقهم ". فالمتصفح لنصل هذه المادة يتأكد من أنه لا جزاء يترب على عاتق من لا يكتب تأمينا على مسؤوليته المدنية الطبية ، بل يلزمه فقط بأن يكون التأمين كافيا ليغطي كافة الأضرار الناجمة عن ممارسة المهنة سواء الجسمانية أو الأدبية. لذلك فإنه و لتوقي المخاطر الناجمة عن التدخل الطبي و التطور العلمي فلا بد من وضع جزاء ولو مادي للتأمين من المسؤولية المدنية الطبية و الذي يقدم وظيفة هامة للمؤمن له

---

(1) المادة L1142-25 من قانون الصحة العمومية الفرنسي المعروf باسم قانون كوشينير

"Le manquement à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 1142-2 est puni de 45 000 euros d'amende. Les personnes physiques coupables de l'infraction mentionnée au présent article encourent également la peine complémentaire d'interdiction, selon les modalités prévues par l'article 131-27 du code pénal, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Cette interdiction est portée à la connaissance du représentant de l'Etat dans la région qui en informe les organismes d'assurance maladie."

تمثل في أنه يكفل له الأمان .<sup>(1)</sup> أما المادة 184 من الأمر 07/95 المتضمن التأمينات فإلا تنص على " يعاقب على عدم الإمتثال لـالإلزامية التأمين المشار إليه في المواد من 163 إلى 172 و 174 أعلاه، بغرامة مالية تتراوح مبلغها بين 5000 دينار جزائري و 100000 دينار جزائري.

يجب أن تدفع هذه الغرامة دون الإخلال بإكتتاب التأمين المعنى . تحصل الغرامة كما هو الحال في مجال الضرائب المباشرة و تدفع لحساب الخزينة العمومية " و ما يعاب على هذه المادة و رغم نصها على جزء على عدم إكتتاب تأمين على المسؤولية المدنية بما فيها المسؤولية المدنية الطبية أن هذا الجزء يقتصر على الجزء المالي فقط ، و الذي نجده لا يتماش و جسامنة الإخلال بإلتزام إكتتاب تأمين للمسؤولية الطبية لأن حده الأقصى هو 100000 دينار جزائري و هو مبلغ ضئيل بل و ضئيل جدا إذا ما قورن مع طبيعة الأشخاص المحاطبون بهذه المادة و الملزمون بالتأمين و هم الأطباء و الممارسين الطبيين ، و ضئيل أيضا مقارنة مع الأشخاص الذين يتضررون من جراء عدم إكتتاب التأمين الإلزامي و هم المضروبين المعرضين للأخطاء الطبية لما تخلفه هذه الأخطاء من أضرار جسدية و مادية بل و معنوية أيضا ، و هو ما يشجع على عدم إكتتاب التأمين ، لذلك و من أجل حث الممارسين الطبيين على إكتتاب التأمين بل و جبرهم على ذلك وجب أن يتم الرفع من العقوبات المالية التي تسلط على المخالفين ، و بل و من أجل تأكيد هذا الإلتزام نحن نرى أن تضاف عقوبة أخرى تكون في حالة العود أي في حالة إذا ضبط الممارس الطبي بعدم إكتتاب التأمين للمرة الثانية بأن يعاقب بالمنع من ممارسة النشاط الطبي لمدة زمنية معينة تحدد في القانون و بالتالي فإن الممارس الطبي يكون ملزما بإكتتاب التأمين و حتى إذا سهى أو أخطأ و لم يكتب تأمين مرة واحدة فإن العقوبات المالية الثقيلة التي تسلط عليه و كذا خوفه من منعه من ممارسة نشاطه الطبي يجعله يحرص على إكتتاب التأمين و عدم التخاذل في ذلك.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإننا نرى أن المادة 184 من الأمر 07/95 المتضمن التأمينات تساهم في عدم

(1) فاطمة الزهرة منار ، مسؤولية طبيب التخدير المدنية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان الأردن) ، الطبعة الأولى سنة 2012 ، الصفحة 353 .

إكتتاب المارسين الطبيين للتأمين و ذلك من خلال طريقة تحصيل العقوبة المالية إذ تحصل هذه الغرامة كما هو الحال في مجال الضرائب المباشرة و تدفع لحساب الخزينة العمومية ، و هذه الطريقة في التحصيل ليس فيها ردع و جبر لذلك فمن الأفضل أن يكون الإلزام من القضاء لإضفاء الطابع الردعي للمسؤولية و يكون التحصيل عن طريق مصلحة الضرائب و لكن تحت إشراف النيابة العامة .

## المطلب الثاني : واقع التأمين من المسؤولية المدنية الطبية .

بما أن التأمين من المسؤولية المدنية الطبية هو تأمين المسؤولية المهنية فهو بالتأكيد له مزايا تجعل من الإقبال عليه من المهنيين أي المارسين الطبيين ضرورة و حتمية ، غير أن هذه المزايا في الحياة العملية لم تكن كافية من أجل حت المارسين الطبيين على القيام بتأمين مسؤوليتهم المدنية المهنية و لذلك فإن هناك عزوف على إكتتاب هذا النوع من التأمين من المارسين الطبيين ، رغم ما له من أهمية من الناحية العملية و حتى الاقتصادية لكل من الممارس الطبي و شركات التأمين و المضروبين بل وحتى للدولة .

### الفرع الأول : مزايا التأمين من المسؤولية المدنية الطبية.

إن للتأمين أهمية كبيرة في الحياة الاقتصادية للدولة ، و بما أن التأمين من المسؤولية المدنية الطبية جزء لا يتجزأ من التأمين بصورة عامة فإن له ما للتأمين من أهمية في الحياة الاقتصادية على الخصوص سيما بعد أن أصبح هذا التأمين إلزامياً بل و ضرورة ملحة سواء للمريض أو للطبيب (1) و بعد أن تضاعف عدد الأطباء و المارسين الطبيين و تزايدت العمليات العلاجية و أصبحت أكثر دقة و تعقيداً و أكثر استخداماً للتكنولوجيا و الآلات ، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن للتأمين من المسؤولية المدنية الطبية أهمية أخرى للمؤمنين ( المارسين الطبيين ) و للمستفيدين من التأمين و هم المتضررين من التدخلات الطبية و تتحلى هذه الأهمية في :

#### أولاً: الأهمية الاقتصادية . تتجلى هذه الأهمية في ما يلي :

1/ تجنب تحميد رأس المال من أجل مجانة الأخطار و توجيهه إلى الاستثمار ، ففي الجزائر مثلاً نجد أن شركات التأمين لها رؤوس أموال كبيرة فشركة أليانس للتأمينات اعتبرت من أوائل الشركات على الإطلاق في الجزائر التي تقترب بمحال البورصة ، إذ و خلال سنة 2013 سرت في البورصة كخامس شركة جزائرية

---

(1) أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة ، المرجع السابق ، الصفحة 20 .

تفتح هذا المقال و الدارس للقانون و للإقتصاد على حد سواء يعرف ما مدى أهمية التسuir في البورصة لأنه لا يكون لأي شركة بل لشركات الأموال التي توظف حد معين من العمال و كذلك لها رأس المال كبير فالدخول إلى البورصة يعني فتح رأس المال الشركة للإدخار و بالتالي زيادة رأس المال من أجل توجيهه للإستثمار .

2/ زيادة خبرة شركات التأمين المتخصصة و التي تعمل من منطلق اقتصادي بحث على تفادي الأخطار المختلفة التي تواجه الإنسان ، أو على الأقل إنفاص الخسائر المالية التي تترب علىها.

3/ القيام بدراسة المخاطر التأمينية من هيئات التأمين و قيامها بإحصاءات حول خطر معين و العوامل المرتبطة به و بتحليل هذه المعطيات الإحصائية نستطيع أن نتعرف على أسباب وقوع الضرر فنتمكن من تفاديه و منع وقوعه أو على الأقل التقليل من وقوعه أي إيجاد وسائل مدرورة و دقيقة لمنع وقوع الأخطار أو التقليل منها و الحد من نسبتها.(1)

ثانياً/ الأهمية الإجتماعية. و تتجلى هذه الأهمية في ما يلي :

1/ إلزامية التأمين تجعل من عدد العمال في شركات التأمين يزيد بل و أن شركات التأمين في حد ذاتها تزيد مما يجعل عدد العمال يزيد ، ففي فرنسا مثلاً فإن عدد العمال المشغلين في قطاع التأمين إلى غاية 01/01/2005 هو 203200 عامل أي بنسبة 01% من مجموع اليد العاملة بفرنسا. (2)

2/ تأمين المسؤولية المدنية الطبية يمكن المتضررين من الأخطاء الطبية من الحصول على التعويضات التي تجبر الأضرار التي أتتها الأطباء أثناء التدخلات الطبية التي يأتوا بها خلال التدخلات العلاجية ، إذ يتم تغطية كافة الأضرار المرتبطة عن العمل الطبي بشرط أن يكون الضرر ناتج عن خطر تم التأمين منه و هو ما جاءت به المادة 623 من القانون المدني الجزائري. (3)

(1) أحمد عبد الكريم الصرايرة ، المرجع السابق ، الصفحة 175 .

(2) Francois couilbault et constant eliasberg . op.cit . page 19

(3) المادة 623 من القانون المدني " لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يتجاوز ذلك قيمة التأمين " .

3/ تأمين المسؤولية المدنية الطبية يمكن للأطباء و المارسين الطبيين الملزمون بالتأمين من العمل براحة في مجال تخصصهم لأنهم يعرفون مسبقاً أن الأخطاء التي قد يرتكبوا أثناء الممارسة الطبية و التي قد تلحق ضرراً بالمرضى مؤمن منها و أن شركات التأمين ذات الملاعة هي من سيتحمل التعويض في حال ثبوت مسؤوليتهم ، مما يجعلهم يعملون بكل راحة و ثقة و يدعون في مجال تخصصهم بل و يتقدمون و يفتحون آفاق جديدة في العمل الطبي دون خوف من نقل التعويضات عن المسؤولية المدنية في حالة عدم إكتتاب تأمين من المسؤولية المدنية ، فالإتجاه إلى تأمين المسؤولية المدنية الطبية ينشد من وراءه الأمان للمضرور والأمن للأطباء.<sup>(1)</sup>

من خلال كل ما سبق ذكره من مزايا لعقد التأمين من المسؤولية المدنية الطبية فإن أهم ما فيه هو أن كاهم الأطباء و المارسين الطبيين لم يعد مثقلًا بتحمل التعويضات بالإضافة إلى الراحة النفسية التي يكون فيها المؤمن عند العمل بعد إكتتاب تأمين فإن الأموال التي كانت ستوجه من الأطباء إلى دفع التعويضات ستوجه مستقبلاً إلى إقتناء أحدث الأجهزة لتحسين الخدمة الطبية و ستوجه أيضاً للتكون و الرفع من القدرات العلمية لهؤلاء الأطباء مما سيؤدي بالضرورة و حتماً إلى الرفع من الخدمة الطبية و صولاً إلى الرفاهية الطبية المنشودة من المرضي .

#### الفرع الثاني : أسباب العزوف عن إكتتاب التأمين من المسؤولية المدنية الطبية.

إن الأسباب التي جعلت المارسين الطبيين و على إختلاف تخصصاتهم و الأطر القانونية التي يمارسون فيها يعزفون عن إكتتاب تأمين مسؤوليتهم المدنية عن أخطائهم الطبية عديدة نورد جملة منها وفق ما يلي :

1/ على الرغم من الدرجة العلمية التي يتمتع بها الأطباء بصفة خاصة و المارسين الطبيين جميعاً بصفة عامة

(1) فاطمة الزهرة منار ، المرجع السابق ، الصفحة 352 .

إلا أن بعضهم يفتقر إلى درجة كافية من الوعي القانوني و التعمي الذي يجعلهم يقبلون على إكتتاب التأمين على مسؤوليتهم المدنية الطبية رغم الم ملزمون بذلك و بقوة القانون .

2/ نقص الثقافة القانونية المنشورة في وسط الممارسين الطبيين إذ يجب على الفاعلين في المجال الصحي لا سيما مجلس أخلاقيات مهنة الطب أن يكشف نشاطاته في هذا الإطار وأن يوعي الممارسين الطبيين بإلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية من جهة و بحسناً لما تجنبهم الخسارة المادية و تحررهم نفسيا و معنويا للإبداع في مجال عملهم و لا يحرمون من مزايا التأمين .<sup>(1)</sup>

3/ عدم وجود منافسة بين شركات التأمين و عدم وجود عروض تأمينية تحفز الأطباء للإقبال على تأمين مسؤوليتهم المدنية المهنية ، مما يخلق جو منافسة بين شركات التأمين و عروض كثيرة يروج لها بمختلف الوسائل .

4/ إمتناع شركات التأمين عن إكتتاب التأمين لمعرفتها المسبقة أن الأخطار محل التأمين في المسؤولية المدنية الطبية كبيرة و أن التعويضات المحكوم لما ثقيلة لأن الأخطاء تمس الإنسان و تسبب أضرار جسيمة تتعلق بجسم الإنسان بالدرجة الأولى ، و هذا الامتناع يكون قائما سيما و أن الإمتناع غير معاقب عليه في حالة رفضه ، و قد وجد المشرع الفرنسي الحل لمواجهة إمتناع شركات التأمين عن إكتتاب التأمين عن المسؤولية المدنية المهنية الطبية بالمادة 252-1 من قانون التأمينات فأنشأ مكتب مركزي يتم اللجوء إليه من قبل الممارسين الطبيين الملزمين بإكتتاب تأمين عن مسؤوليتهم المدنية الطبية بموجب المادة 2-1142 من قانون الصحة العمومية فيقوم المكتب بتحديد القيمة التي تكتب لما شركة التأمين ذلك التأمين من الخطر المعروض عليها من طالب التأمين ، و قد أنشأ هذا المكتب المسمى BUREAU CENTRAL DE TARIFICATION بالقرار المؤرخ في 30/06/2003 و نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية بتاريخ 08/07/2003 ، و إذا تدخل هذا المكتب و ألزم شركة التأمين على إكتتابه و تقاعست و

(1) لـاء لـيج شكري ، المرجع السابق ، الصفحة 339.

رفضت ذلك مجدداً فـ[ما] تعاقب بعقوبات تصل إلى حد سحب رخصتها كشركة تأمين للمسؤولية المدنية و هو ما أكدته المادة 2-252 L من قانون التأمينات الفرنسي .(1)

- نقص الرادع القانوني والإجرائي لإنعدام التأمين على المسؤولية الطبية ، لذلك فنحن نرى أن الكرة ملقة في مرمى مديريات الصحة على مستوى الولايات بصفتها هي التي تراقب النشاط الطبي في الولاية و تنظمه و تمنح الإعتمادات لفتح العيادات مزاولة مهنة الطب أو الصيدليات فإنه من باب أولى [ما] أن تتمتد إختصاصات[ما] لمراقبة عملية أداء الممارسين الطبيين ، فلئن كان إكتتاب تأمين على المسؤولية المدنية المهنية إلزامي و من ضمن الشروط المطلوبة للحصول على الاعتماد ، فإن موافصلة إكتتاب التأمين في كل سنة من الممارسين الطبيين لا تكون بذات السلاسة والسهولة بل [كذلك] يعزفون عن ذلك ، و عليه فلا بد أن تقوم مديرية الصحة بالولاية بدوريات رقابة للعيادات الخاصة و للصيدليات الخاصة من أجل التأكد من وجود

(1) المادة 2-252 L من قانون التأمينات الفرنسي تنص على « tout personne assujettie à l'obligation d'assurance prévue à l'article 11142-2 du code de la santé publique qui ayant sollicité la conscription d'un contrat auprès d'une entreprise d'assurance couvrant en France les risques de responsabilités civil mentionnée au même articles voit opposer deux refus peut saisir un bureau central de tarification dont les conditions de constitution et les règles de fonctionnement sont fixées par décret en conseil d'état le bureau central de tarification a pour rôle exclusif de fixer le montant de la prime moyennant laquelle l'entreprise d'assurance intéressée est tenue de garantir le risque qui lui a été proposé. »

Article 252-2 « toute entreprise d'assurance qui maintient son refus de garantir le risque dont la prime a été fixée par le bureau central de tarification institué à l'article 1252-1 considérée comme ne fonctionnant plus conformément à la réglementation en vigueur .elle encourt selon le cas soit le retrait des agréments prévus aux articles 1321-1 , 1321-7 , 1321-8 et 1321-9 , soit les sanctions prévues aux articles 1351-7 , 1351-8 et

L363-4 »

تأمين للمسؤولية المهنية تحت طائلة غلق العيادة إلى غاية إكتتاب التأمين ، بل و أكثر من ذلك فمن وجهة نظرنا و بما أن التأمين على المسؤولية المهنية الطبية إلزامي فإنه لا بد من مساواً<sup>ا</sup> مع التأمين على المركبات ذات المحرك الموضوعة للسير من الناحية الردعية ، بمعنى أنه في حالة إكتشاف أن طبيب مارس أو صيدلي أو عيادة أو مستشفى لم يكتتب تأمينا على مسؤوليته المهنية فإنه ترفع ضده مخالفة و يقدم الملف إلى القضاء الذي يسلط عقوبات رادعة على المخالفين ، إلا أنها نفتح أن تكون العقوبات مالية فقط أي غرامات و لكن غرامات كبيرة تؤثر على الذمة المالية للمخالفين مما يردعهم فيصبحون دائماً يكتتبون تأميناً و يحقق أيضاً الإرتداع للغير فيجعلهم لا يعزفون عن إكتتاب التأمين إلزامي لإنقاص المتابعة الجزائية .

### الفرع الثالث : التحليل الاقتصادي للتأمين من المسؤولية المدنية الطبية .

التحليل الاقتصادي للقانون بصفة عامة و للعقد بصفة خاصة علم جديد ظهر في الدول الإنجلوسكسونية منذ <sup>ا</sup>نهاية الخمسينيات و بداية السبعينيات من القرن الماضي و انتشر بعدها إلى أن أخذ مكانه في الدول اللاتينية و كذا فرنسا و الدول التي تدور في فلكها القانوني ، و ذلك لأهمية التحليل الاقتصادي من حيث أنه يهتم بشكل أساسي بتبادل القيم المتعلقة بالذمة المالية و الذي يتحقق العقد ، مما يتيح لنا معرفة كيفية توجيه القاعدة القانونية من أجل الوصول إلى مستوى رفاهية أفضل .<sup>(1)</sup>

و بما أن الجانب التأميني له إرتباط وثيق مع الجانب الاقتصادي ذلك أنه يعني بشركات التأمين التي <sup>ا</sup>هدف إلى تحقيق الربح من الناحية الاقتصادية ، كما أنه يعني بالمؤمن و الذي هو الممارس الطبي و الذي بدوره يهدف غالباً إلى تحقيق الربح لا سيما إن كان خاص أي أن الشق التأميني يرتبط إرتباط وثيق بالجانب الاقتصادي للدولة في حد ذاته <sup>ا</sup>لأنه ملزمة بالرعاية الصحية لرعاياها ، و الأخطاء الطبية دائماً تختلف آثار على صحة الشخص و تحتاج إلى رعاية طبية قد تكون دائمة تتکفل <sup>ا</sup>الدولة مما يؤثر على إقتصادها .

(1) جاك غستان ، المرجع السابق ، الصفحة 209 .

**أولا/ بالنسبة للدولة.** كما سبق القول إليه فإن الدولة ملزمة بالرعاية الصحية لرعايتها لأن الحق في الرعاية الصحية يكفله الدستور الجزائري بالمادة 54 منه<sup>(1)</sup> و التي نصت على "الرعاية الصحية حق للمواطن تتكلف الدولة بالوقاية من الامراض الوبائية و المعدية و بمكافحتها" فالدستور الجزائري و باعتباره أعلى وثيقة قانونية في البلاد و يتمثل في قمة هرم المنظومة القانونية الجزائرية كرس الحق في الرعاية الصحية و جعله حقا دستوريا لكل مواطن و ألزم به الدولة و جعله على عاتقها ، فتأثير المسؤولية المدنية الطبية على الحياة الاقتصادية للدولة بل بالأحرى تأثير الأخطاء الطبية له ما يبرره ذلك أن كثرة الأخطاء الطبية ستؤدي بالضرورة إلى كثرة المتضررين منها ، و بما أن الضرر الناجم عن الأخطاء الطبية يمس بالدرجة الأولى جسم الإنسان فهو قد يؤدي إلى الإعاقة أو إلى أضرار جسمانية و التي قد تكون دائمة أو قد يؤدي حتى إلى الوفاة ، فهؤلاء المضطربين إذا لم يجدوا تأمينا من الممارسين الطبيين عن مسؤوليتهم المدنية و لم يجدوا شركات تأمين تتتكلف لهم و تتمكنهم من التعويض الكامل الذي يجبر الضرر الذي حصل لهم فإن الدولة حينها ستكون مجبرة على التكفل بهم لأن ذلك من واجباتها التي ألزمتها الدستور ، مما يؤدي إلى خروج هؤلاء المضطربين من زمرة الأشخاص الذين يعملون و يساهمون في النمو و يدخلون في زمرة الأشخاص المحتاجين إلى رعاية صحية و على نفقة الدولة مما يؤثر على الأموال العمومية و يستنزفها فتوجه إلى الرعاية الطبية عوض أن توجه إلى النمو الاقتصادي .

**ثانيا/ من ناحية قيمة التعويضات .** إن الضرر الناجم عن الأخطاء الطبية يصيب الإنسان في جسمه أولا و في ذمته المالية ثانيا أي أن حجم الضرر كبير و هو ما يقابله تعويضات كبيرة لجربه لأن التعويض هنا يكون كاملا فيعطي كافة الأضرار ، و في فرنسا على سبيل المثال فإن قيمة التعويضات بلغت سنة 2004 5053661 أورو و هو ما أكدته الديوان الوطني الفرنسي لتعويض ضحايا الحوادث الطبية في تقريره السنوي لسنة 2005 و الذي عرض بتاريخ 2005/09/01 ، و ذلك من جموع رقم أعمال قدره

(1) الدستور الجزائري الصادر بمقتضى الإعلان المؤرخ في 1996/12/01 المتعلق بنتائج الاستفتاء على الدستور بتاريخ 1996/11/28 منشور في الجريدة الرسمية رقم 76 لسنة 1996 .

158 مليون اورو في مجال التأمينات سنة 2004 و التي منها مبلغ 40.4 مليون اورو في مجال تأمين الممتلكات و المسؤولية المدنية و هو ما يمثل 06 % من مجموع رقم الأعمال العالمي و الذي تتصدره الولايات المتحدة الأمريكية برقم أعمال قدره 1098 مليار دولار بما نسبته 33.84%<sup>(1)</sup> غير أنه في الجزائر و رغم ضخم قيمة التعويضات عن الأخطاء الطبية إلا أنه لا يوجد إحصائيات دقيقة تؤكد قيمة تلك التعويضات المحکوم [1].

ثالثاً من ناحية قسط التأمين : في فرنسا أخذت قيمة أقساط التأمين السنوية عن المسؤولية الطبية للممارسين الطبيين في الإرتفاع من سنة إلى أخرى نظراً إلى كثرة القضايا و ثقل مبالغ التعويضات إذ مثلاً وبالنسبة إلى طبيب إختصاصي في أمراض النساء و الوليد كانت سنة 1992 تقدر بمبلغ 2900 اورو ، و أصبحت سنة 2002 تقدر بـ 10000 اورو ثم تحولت سنة 2012 إلى 20000 اورو و هي آخذت في الارتفاع ، و مع هذا الارتفاع في أقساط التأمين يمكن و بكل سهولة للمتأمل فيها أن يتأكد [1]ا تساهم بشكل كبير في رفع رأس المال شركات التأمين إذ [1]ا في فرنسا بلغت 2.9 مليار اورو بعنوان المسؤولية الطبية المدنية سنة 2005 و هو ما يمثل 1.8 بالمائة من مجموع رقم أعمال شركات التأمين ، و في الولايات المتحدة الأمريكية بلغ 21 مليار دولار سنة 2004<sup>(2)</sup> و هي مبالغ جد معتبرة نرى أن من شأنها أن تحسن خدمة شركات التأمين من حيث الملاءة المالية و التي تمكّنها من تغطية التعويضات المحکوم [1]ا في إطار المسؤولية المدنية الطبية أو حتى غيرها من المسؤوليات المدنية الأخرى و هو كله يصب في خانة الصالح العام للمضروبين ، هذا من جهة و من جهة أخرى نرى أنه يحسن من أداء و فعالية شركات التأمين و يضمن للمضروبين أكبر قدر من التعويضات في أقل وقت ممكن ، كما أنه يعمل على إنعاش الدورة الاقتصادية في البلاد و لو حزئياً من خلال استخدام تلك الأموال في مشاريع أخرى و حتى التسعيـر في

(1)François couilbault et constant eliashberg . op.cit . page 21.

(2)François couilbault et constant eliashberg . I .BIT . page 44.

البورصة و الذي له قيمة قانونية و مادية و إقتصادية للشركة و للإقتصاد على حد سواء .

أما عندنا في الجزائر و من خلال إستقراء بعض عقود تأمين المسؤولية المدنية الطبية الموجهة للأطباء و للمؤسسات الاستشفائية الطبية بحد أن أقساط التأمين في المتناول فشركات التأمين العاملة في الجزائر و التي تؤمن على المسؤولية المدنية بصفة عامة و المسؤولية الطبية بصفة خاصة تقدم عروضا مقبولة فقسط التأمين عن المسؤولية المدنية ليس بالمرتفع فمثلا بحد أن قسط تأمين بقيمة 5000 دينار جزائري لطبيب عام يغطي أضرار يحدثها بقيمة 5000000 مليون دينار جزائري أي نسبة القسط مقارنة بإجمالي المبلغ محل التأمين أي المبلغ الذي يمكن لشركة التأمين دفعه في حالة حدوث الخطر و تسبب المؤمن له فيه هو 0.1 % ، أي  $\frac{1}{100}$  قيمة جد زهيدة مقارنة مع الخسارة التي كان سيتكبدها الطبيب في حالة عدم إكتتابه لتأمين مسؤوليته المدنية المهنية . (1)

و إضافة إلى ذلك فإن الممارس الطبي لا سيما العيادات الخاصة و المؤسسات الاستشفائية التي تشغل عدد معتبر من الأطباء في مختلف التخصصات و كذلك الممرضين و أعوان السلك شبه الطبي يمكنها إكتتاب تأمين عن كل هؤلاء ، بل الأكثر من ذلك فإنه يمكن إكتتاب تأمين عن الأضرار التي تنشأ عن الآلات الموجودة في العيادة ، فمستشفى يعمل به حوالي 240 طبيب عام و مرض و حوالي 30 جراح إكتب تأمين عن الأخطاء الطبية لدى الشركة الجزائري للتأمين و إعادة التأمين سنة 2008 بمبلغ إجمالي و قدره 718560.00 دينار جزائري لتغطية أضرار بقيمة 50000000 دينار جزائري ، فنسبة القسط السنوي للمستشفى لا تتجاوز 1.43 % من القيمة الإجمالية للتعويضات التي يمكن أن تتحملها شركة التأمين المؤمنة و التي تصل إلى خمسين مليون دينار جزائري سنويا في إطار المسؤولية المدنية المهنية ، كما أنه يمكن

---

(1) عقد تأمين المسؤولية المدنية المهنية مبرم بين الطبيب العام (ب ط ) و الشركة الجزائرية للتأمين إعادة التأمين CAAR بموجب بوليصة التأمين رقم 307 / 1400000856 بتاريخ 30/10/2013 .

أن يغطي التأمين أيضاً المسؤولية عن الآلات ، (1) فلا يكون بذلك أمام الممارسين الطبيين سواء أكانوا يعملون في عيادة خاصة أو في عيادات [ ] عدد من الأطباء أو حتى المستشفيات لا يكون أمامهم أي عذر أو مبرر لعدم إكتتاب التأمين عن المسؤولية المهنية لضآللة قيمة قسط التأمين و لضخامة المبالغ التي يتقادون خساراً إن قاموا بمسؤوليتهم المدنية .

و لكن و رغم هذه الإغراءات المالية و التحفيزات من شركات التأمين بضآللة أقساط التأمين من جهة ، و رغم أن التأمين عن المسؤولية المهنية إلزامي كما سبق و رأينا من جهة أخرى فإن الواقع العملي أثبت أن نسبة كبيرة من الممارسين الطبيين و خاصة الأطباء و الصيادلة الخواص لا يكتتبون تأميناً على مسؤوليتهم المهنية. لذلك يجب مراجعة النظام التأميني إلزامي للمسؤولية المدنية الطبية في الجزائر بجعله أكثر فعالية و ذلك من خلال التركيز على جانب التوعية للأطباء و جعل الجانب الردعي أكثر صرامة من ما هو عليه الآن .

(1) عقد التأمين المبرم بين عيادة س الجراحية و بين الشركة الجزائرية للتأمينات SAA بموجب بوليصة التأمين رقم 2901 / 1412000003

## المبحث الثاني: دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية الطبية.

بعد أن درسنا أركان المسؤولية المدنية الطبية و أساسها القانوني و التأمين الإلزامي منها ، فإنه و عند قيامها بأركانها يتوجه المضرور إلى القاضي من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته جراء الخطأ الطبي ، فيقوم القاضي الناظر في الدعوى بتعيين طبيب خبير ليثبت قيام الخطأ الطبي من عدمه و في حالة ثبوت قيام الخطأ الطبي يحدد نسبة الضرر التي لحقت بالمريض ليتمكن القاضي من تحديد التعويض المناسب للضحية عن كافة الأضرار التي لحقته المادية منها و المعنوية .

لذلك حرصنا في هذا المبحث للحديث دعوى التعويض و قسمناه إلى مطلب أول سنتحدث فيه عن دعوى المسؤولية الطبية من حيث الأشخاص و الإختصاص القضائي ، و مطلب ثان سنتحدث فيه عن الخبرة المأمور بها قضاء و دورها في الإثبات و مطلب ثالث خصص للتعويض و تقديره من القاضي .

### المطلب الأول : دعوى التعويض من المسؤولية الطبية .

بما أن حصول الضحية المضرور على التعويض يمر على القضاء و ذلك بموجب دعوى المسؤولية؟، فلا بد من الحديث على أطراف هذه الدعوى من مدعى و مدعى عليه أول (الطبيب المخطئ) و ثان (شركة التأمين ) على اعتبار أن التأمين من المسؤولية الطبية إلزامي كما سبق و رأينا في المبحث السابق .

### الفرع الأول: أطراف دعوى المسؤولية الطبية .

كل دعوى لا بد لها من طرفين مدعى و مدعى عليه ، و دعوى المسؤولية الطبية سواء كانت مقامة على أساس المسؤولية التقصيرية أو على أساس المسؤولية العقدية فإن لها طرفين هما المدعى الذي يدعي حصول ضرر له من جراء التدخل الطبي و المدعى عليه و هو المسؤول عن الضرر الذي يثبت أنه أحق بالضرر

نتيجة الخطأ الذي وقع منه ، كما يمكن أن يكون مدعى عليه ثان و هو شركة التأمين في حال كان المسؤول مكتبا لتأمين على مسؤوليته المدنية ، لذلك سنرى الطرفين في ما يأتي :

**أولا/ المدعى في دعوى المسؤولية الطبية .** المدعى في دعوى المسؤولية المدنية هو المضرور ، غير أنه ليس وحده من له حق رفع دعوى المسؤولية المدنية بل يمكن أيضا للخلف العام أن يكونوا مدعين في دعوى المسؤولية .

**1/المدعى هو الطرف المضرور .** يعتبر المستحق الأول للتعويض هو المضرور مباشرة من الخطأ الطبي ، و لما كانت دعوى المسؤولية المدنية الطبية [لدف أساسا إلى جبر الضرر و الحصول على تعويض ، فإن أول معنى [لذه الدعوى كمدعى هو المريض المضرور من التدخل الطبي من الطبيب المعالج الذي بخطئه تسبب له في الضرر ، فمن منطلق الضرر المباشر الذي يحصل للمريض يكون هذا الأخير هو الوحيد الذي يصلح أن يكون مدعيا طبقا للقواعد العامة للدعوى إذ لا دعوى بدون مصلحة ، و لا مصلحة هنا لغير المريض المتضرر في مقاضاة الطبيب المعالج لمطالبه بالتعويض عن ما تسبب فيه بخطئه من ضرر.(1)

و يشترط في المدعى المضرور أن يكون أهلا ل مباشرة دعواه أمام القضاء أي أن يكون متمتعا بالأهلية الإجرائية ل مباشرة الدعوى و بصفة شخصية و إلا فإنه إذا كان فقد الأهلية أو ناقصها لصغر سنها أو لجنونه أو عته أو سفهه فإن مباشرة الدعوى تثبت لوليه أو وصيه أو قيمه حسب الحالة .

**2/المدعى هو الخلف العام .** الخلف العام يمكن أن يكون مدعى في الدعوى المدنية إما للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب مورثه المضرور جراء تدخل طبي إلا أن مورثه لم يتمكن من مباشرة الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض ، أو لأنه طالب بالتعويض غير أنه توفي قبل الحكم له بالتعويض ، و إما للمطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد الذي يصيب الخلف العام من الضرر الذي يصيب مورثه.

---

(1) حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، الصفحة 197

## 1.2 / دعوى الخلف العام للمطالبة بالتعويض عن الضرر الأصلي للمورث.

الحق للورثة كخلف عام للمطالبة بالتعويض عن الضرر الأصلي الذي أصاب المضرور مورثهم إذا حدث هذا الضرر وأصاب مورثهم بعجز و قبل إستيفاء المورث للتعويض يموت ففي هذه الحالة فإن ورثة هذا المضرور المتوفى لهم الحق أن يطالبوا بالتعويض الذي كان مورثهم ليطالب به لو بقي حيا ، (1) و يثبت الحق للخلف العام في رفع الدعوى أيضا إذا ما توفي المضرور جراء التدخل الطبي ، فالحق في التعويض في هاتين الحالتين ينتقل إلى الورثة باعتباره عنصرا من عناصر الديمة المالية لورثتهم .(2)

## 2.2 / دعوى الخلف العام للمطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد.

ذلك الضرر الذي يرتد ليصيب ورثة المضرور من التدخل الطبي كأن يتسبب خطأ طبي في وفاة شخص ما ، فإن ورثته يلحقهم ضرر قد يكون مادي و قد يكون معنوي ، فالضرر المادي يتمثل في فقدان الشخص الذي كان يعيشهم كأن يكون المتوفى هو الأب العائلي لهم ، و الضرر المعنوي هو الضرر الذي يصيبهم في عواطفهم و شعورهم الشخصي جراء فقدتهم له . (3)

إعطاء الورثة صفة الخلف العام لا يمنع من تعريضهم لأضرار شخصية تبعكش عليهم بسبب موت هذا المورث جراء خطأ طبي فهنا الورثة يعتبرون من الغير بالنسبة للمضرور و للطبيب ، إذ أن صفة الخلف العام تنافي بالنسبة لهم عند المطالبة بالتعويض عن الأضرار الشخصية الناجحة عن موت مورثهم طالما أن الأضرار التي يطالبون بالتعويض عنها لا تدخل ضمن الأضرار التي لحقت بالمورث ذاته ، و إنما هي أضرار خاصة لهم ناجحة عن خطأ المسؤول الذي تسبب في موت مورثهم فإنرتدت عليهم هذه الأضرار ، فالمطالبون

(1) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ، المرجع السابق ، الصفحة 620 .

(2) أنس محمد عبد الغفار ، المرجع السابق ، الصفحة 199 .

(3) أنس محمد عبد الغفار ، نفس المرجع ، الصفحة 198 .

بالتعويض لا يرتبطون عن المسوؤل عن الضرر بعلاقة تعاقدية حتى لو كانت العلاقة بينه وبين المورث عقدية ، فأساس العلاقة بين هؤلاء و الطبيب المسوؤل عن الضرر في جميع الأحوال هي مسوؤلية تقصيرية ،<sup>(1)</sup> وهذه الدعوى تعتبر دعوى شخصية يرفعها الورث ياعتباره أصيلاً للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته هو .<sup>(2)</sup>

غير أنه و في حالة رفع الورثة لدعوى المسوؤلية المدنية للمطالبة بالتعويض سواء عن الأضرار التي أصابت مورثهم أو للمطالبة بالتعويض عن الضرر المرتد الذي أصابهم شخصياً لا بد من أن نأخذ هذا الحق بحذر كبير من ناحية الأشخاص الذين يستفيدون منه إذ لا يمكن تصوّره خارج إطار العائلة الصغيرة كالزوج أو الزوجة والأب والأم والأبناء لتفادي كثرة مثل هذه الدعاوى للمطالبة بالضرر المرتد من كل من يرى في نفسه أنه أصيب بضرر جراء موت شخص حتى وإن كان قريب منه كالصديق مثلاً .

**ثانياً: المدعى عليه في دعوى المسوؤلية الطبية.** كل دعوى تتطلب أن يكون فيها طرفين هما المدعى و المدعى عليه هذا الأخير قد يكون الطبيب أو الفريق الطبي في دعوى المسوؤلية الطبية .

**1/ المدعى عليه هو الطبيب المعالج.** كما قلنا فإن دعوى المسوؤلية المدنية الطبية تتطلب طرفين هما المدعى و المدعى عليه ، و هذا الأخير هو غالباً الطبيب المخطئ المتسبب في الضرر للمدعى سواء كان مسؤولاً عن فعله الشخصي أو مسؤولاً عن فعل غيره أو مسؤولاً عن الأشياء التي هي في حراسته .<sup>(3)</sup>

**2/ المدعى عليه هو الفريق الطبي .** الأخطاء الطبية المسيبة للأضرار للمرضى لا تنتهي فقط عن الأعمال

(1) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسوؤلية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ، المرجع السابق ، الصفحة 787 .

(2) أنس محمد عبد الغفار ، المرجع السابق ، الصفحة 198 .

(3) رياض منير حنا ، المسوؤلية المدنية للأطباء و الجراحين ، المرجع السابق ، الصفحة 584 .

الطبية التي يأتيها الأطباء منفردين بل قد يتبع الضرر عن عمل الفريق الطبي ، و بإعتبار هذا الأخير كتلة واحدة فإن المريض المتضرر أو خلفه العام في حالة الوفاة له أن يختار أثناء مباشرة الدعوى الشخص المدعى عليه فاما أن يدعي مباشرة على الطبيب الجراح الذي باشر الفعل الجراحي بإعتبار أن العلاقة التعاقدية قائمة بين المريض و الطبيب الجراح و بإعتبار هذا الأخير هو المسؤول عن إختيار أعضاء الفريق الطبي الذي يعمل معه في الحالة التي لا يختار فيها المريض أعضاء الفريق الطبي بل الطبيب الجراح فقط ، كما يمكنه أن يختار الشخص الذي يراه مسؤولا في إحداث الضرر من بين أعضاء ذلك الفريق إما بناءا على خطئه الفردي عن فعله الشخصي و إما بإعتباره مسؤولا عن فعل أعضاء الفريق لأن المريض في مواجهة فريق واحد أو مجموعة من الأطباء و مساعديهم و الذين تجمعهم وحدة المدف و المصلحة المشتركة ،<sup>(1)</sup> كما للمدعي الحق في أن يختار مقاضاة جميع أعضاء الفريق الطبي و تبقى للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد نسبة مسؤولية كل عضو من أعضاء الفريق الطبي .<sup>(2)</sup>

أما إذا كان التدخل الطبي الذي أدى إلى إصابة المريض بالضرر تم داخل مستشفى أو عيادة تابعة للقطاع العام فيمكن للمضرور أو خلفه العام مباشرة الدعوى ضد المستشفى التابع له الطبيب على إعتبار أن الخطأ هنا يكون مرفقيا .

**3/ المدعي عليه هو شركة التأمين.** غير أن الطبيب كمدعي عليه ليس وحده الطرف الثاني في دعوى المسؤولية المدنية الطبية بل أن صفة المدعي عليه تثبت أيضا في حق شركة التأمين التي يكتب عندها الطبيب تأمينا لمسؤوليته المدنية بإعتبارها ضامنة للطبيب في المبالغ التي يحكم لها عليه من أجل منحها كتعويض للمضرور فترفع دعوى المسؤولية المدنية مباشرة ضد الطبيب كمدعي عليه أول و ضد شركة التأمين كمدعي عليه ثان ، و في حالة رفع الدعوى على الطبيب وحده لأن المريض المضرور أو خلفه العام لا

(1) منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين ، المرجع السابق ، الصفحة 461 .

(2) عز الدين حروزي ، المرجع السابق ، الصفحة 199 .

يعلمون إن كان الطبيب مكتتبًا لتأمين على مسؤوليته أم لا ، لأنه يمكن تصور بعض الأطباء الذين لا يكتتبون تأمينا على مسؤوليتهم المهنية رغم أنه تأمين إلزامي ، فهنا يمكن أن يتم إدخال شركة التأمين في الدعوى كمدخل في الخصام سواء من الطبيب أو من المدعي فيشمل الحكم الطبيب و شركة التأمين معا و هذه ضمانة أكبر للمرضى المضرور.

غير أن دعوى المسؤولية تختلف من حيث الجهة المرفوعة أمامها فقد ترفع أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري حسب طبيعة الشخص المدعي عليه و مكان ممارسة عمله و ذلك ما سنراه في الفرع المولى .

### الفرع الثاني: الإختصاص بالنظر في دعوى المسؤولية الطبية.

من خلال كل ما سبق و رأينا وجدنا أن المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخطاء الطبية قد تكون مسؤولة مدنية مخضة إثر خطأ طبي يأتيه الطبيب أثناء مزاولة مهنته و قد تكون أيضًا مقتنة بخطأً ذا طابع جزائي مما يجعل الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر المترتب عنها مزدوجة الإختصاص بين القضاء العادي المدني و القضاء العادي الجزائي في إطار تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية ، إضافة إلى ذلك فإن الخطأ الذي يأتيه الطبيب قد يكون أثناء ممارسته مهنته داخل مستشفى أو قطاع صحي أو مركز صحي تابع للقطاع العام فيكون القضاء الإداري هو المختص بنظر دعوى المسؤولية الطبية ، لذلك سنفصل في كل إختصاص على حدا.

#### أولاً: إختصاص القضاء العادي في الفصل في دعوى المسؤولية الطبية.

القضاء العادي هو القضاء الذي يفصل في النزاعات العادلة التي تكون بين الأفراد أو بين الأفراد من جهة وبين الدولة من جهة أخرى بشرط أن لا تكون الدولة تمارس إمتيازات السلطة العامة و تنزل إلى مرتبة الأفراد ، و هذا القضاء العادي يتشكل من قسمين هما القضاء المدني بأقسامه و خصوصاً القسم المدني و القضاء الجنائي بفرعيه الجنح و المخالفات.

## 1/ مباشرة دعوى المسؤولية المدنية الطبية أمام القسم المدني.

إجراءات دعوى المسؤولية المدنية الطبية أمام القسم المدني للمحكمة المختصة إقليمياً كدعوى مستقلة بذلك يرفعها المضرور أو وكيله الخاص أو ورثته على المتسبب في إحداث الضرر وهو الطبيب وعلى شركة التأمين إذا كان الطبيب مكتوباً لتأمين مسؤوليته المدنية باعتبار أن شركة التأمين تعتبر ضامن للطبيب عن الأخطاء التي يأت بها و تسبب ضرراً للمرضى .

غير أنه ولكي تكون الدعوى الخاصة بالمسؤولية المدنية الطبية مقبولة لا سيما أمام القضاء المدني لا بد من أن تكون مرفوعة أمام جهة مختصة محلياً ، أي أن تكون المحكمة المرفوعة أمامها مختصة إقليمياً و المحكمة المختصة إقليمياً في الفصل في دعاوى المسؤولية المدنية الطبية هي المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج وفقاً لما نصت عليه المادة 40 فقرة 05 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و هذه حالة إستثنائية للقاعدة العامة التي مفادها أن الإختصاص المحلي ينعقد للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه ، و هذا الإستثناء جاء على اعتبار أن مكان تقديم العلاج هو موطن الأعمال للطبيب من جهة و من جهة ثانية فإن موطن ممارسة المهنة هو الموطن الذي وقع فيه الفعل الضار مما يجعل من المحكمة الواقع هذا الموطن الأخير في دائرة اختصاصها هي المؤهلة إجرائياً لنظر الدعوى.(1)

غير أن الإختصاص المحلي ليس من النظام العام فيجوز لكل من المريض و الطبيب أن يتلقاً على أن تختص المحكمة بعينها بنظر النزاع الذي يثور بينهما بشأن المسؤولية الناجمة عن أي عمل طبي ، إما بوضع بند خاص في العقد الطبي الذي يحكمها صراحة في حالة وجود عقد مكتوب ، كما يجوز لهم في حالة عدم وجود هذا الإتفاق المكتوب أن يختارا لاحقاً محكمة حتى لو لم تكون مختصة محلياً بنظر الدعوى على أن يوقعوا معاً على إقرار بقبولهما التقاضي أمام هذه المحكمة .(2)

(1) رئيس محمد ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق بجامعة جيلالي اليابس ( سيدى بلعباس ) ، السنة الجامعية 2004-2005 . الصفحة 474 .

(2) رئيس محمد ، نطاق و أحکام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها ، المرجع السابق ، الصفحة 263 .

## 2/ مباشرة دعوى المسؤولية المدنية أمام القسم الجزائي (جناح و مخالفات ) . رغم أن

الأقسام الجزائية على مستوى المحاكم تفصل في الجناح و المخالفات إلا أن ذلك لا يمنع من أن تباشر

دعوى المسؤولية للمطالبة بالتعويض أمامها ، فتكون هذه الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى العمومية إذا ما كان هناك إرتباط بينهما ، و يقصد بالإرتباط أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه مترب عن جريمة معاقب عليها قانونا ، (1) كأن يرتكب الطبيب جنحة في إطار ممارسته لمهنته بأن يقوم بإجهاض إمرأة حامل فهو بذلك يعد مرتكبا لجنحة الإجهاض المعقاب عليها في إطار قانون العقوبات ، كما أنه يتحمل المسؤولية المدنية المترتبة عن هذه الجريمة ، فتتم متابعته أمام القضاء الجزائي و المتضرر من هذه الجريمة له الحق في ممارسة دعوه المدنية أمام القاضي الجنائي للمطالبة بالتعويض .

و بما أن ممارسة الدعوى المدنية من المضرور أمام القضاء الجنائي هي ذات طابع خاص فلا بد من أن تمارس في حدود ما أقره قانون الإجراءات الجنائية(2) فالمضرور يقتصر دوره أمام القضاء الجنائي المطالبة بالتعويض فحسب دون التدخل في مسار الدعوى العمومية ، و يشترط هنا أن لا يكون المضرور قد باشر دعوه المدنية أمام القسم المدني المختص و هو الشرط الذي أكدت عليه المادة 05 فقرة 01 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و بشرط أن لا تكون الدعوى العمومية المرتبطة [ ] الدعوى المدنية قد تقادمت، (3) و إذا ما تقدم المضرور أمام القضاء الجنائي و إلتمس التعويض له عن ما لحقه من ضرر جراء التدخل الطبي

(1) تنص على ذلك المادة 02 من قانون الإجراءات الجنائية بقولها " يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنائية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصل [ ] شخصيا ضرر مباشر تسبب عن جريمة " و كذلك بحد نص المادة 03 فقرة 01 من ذات القانون تنص على " يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها " .

(2)Philippe le tourneau et Loïc cadet . droit de la responsabilité . DALLOZ delta.  
1997 . page 54 .

(3) المادة 10 من قانون الإجراءات الجنائية تنص على " تقادم الدعوى المدنية وفق أحكام القانون المدني ، غير أنه لا يجوز رفع هذه الدعوى أمام الجهة القضائية الجنائية بعد إنتهاء أجل تقادم الدعوى العمومية".

المقتن بجريدة فإن القاضي الجزائي يكون ملزم بالفصل في الدعوى المدنية للمسؤولية الطبية و لا يمكنه القضاء بعدم الإختصاص حتى لو قضى في الدعوى العمومية بالبراءة .<sup>(1)</sup> كما أنه ومن خلال الممارسة القضائية فإن المضرورين يلجؤن غالبا إلى القضاء الجزائي و يفضلونه على القضاء المدني لما للقضاء الجزائي من سرعة في الفصل و إمكانيات مادية لإثبات الجريمة في حق الطبيب و بالتبعية إثبات قيام أركان المسؤولية المدنية في حقه وإلزامه بتعويض المضرور لأن القاضي الجزائي أيضا ملزم عند تسبب حكمه بتحديد عناصر قيام الخطأ من أجل القضاء بالتعويض للمضرور<sup>(2)</sup> ذلك أن القضاء الجزائي مرتبط في عمله بعمل النيابة العامة و التي تقوم بالإشراف على عمليات البحث و التحري عن الجرائم بما فيها الجرائم التي يأتيها الأطباء أثناء ممارسة مهنتهم و التي ترتب أيضا مسؤولية مدنية ، و هذا التحري يقوم به أعضاء الضبطية القضائية تحت إدارة وكيل الجمهورية المختص إقليميا و تحت إشراف النائب العام بدائرة إختصاص الـلس القضائي ، كما تباشر نيابة الجمهورية الدعوى العمومية بعد تحريكها و تبحث عن الأدلة في مواجهة المتهم مما يخفف على المضرور المتأسس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي عبء إثبات قيام ركن الخطأ في حق الطبيب.

ثانيا: إختصاص القضاء الإداري في الفصل في دعاوى المسؤولية الطبية . إن الإشكالية التي طرحت في ما يتعلق بالإختصاص كانت تتمحور حول إختصاص المحاكم الإدارية أو العادية إذا كانت المسؤولية المدنية الطبية قائمة في حق أطباء أو مارسين طبيين تابعين للقطاع العام أي يمارسون أعمالهم الطبية في المستشفيات العامة ، و قد تمت معالجة هذه الإشكالية على مستوى القضاء الفرنسي إذا كان هناك تنازع الإختصاص بين محكمة النقض و مجلس الدولة الفرنسيين ، فال الأولى كانت ترى أن المحاكم العادية هي المختصة في نظر دعاوى المسؤولية الناتجة عن نشاط الأطباء في المؤسسات الطبية العامة

(1) و هو المبدأ الذي أقرته المحكمة العليا في الجزائر في عدة قرارات و من ضمنها القرارات المؤرخين في 29/02/2000 و 26/07/2000 المشار إليهما في جمال سايس ، الإجتهد الجزائري في المادة الجزائية (الجزء الثالث ) ، الصفحتين 1098 و 1191 .

(2)Philippe le tourneau et Loïc cadet . op.cit . page 54 .

على الأقل في ما يتعلق بالنشاطات الطبية الخصبة لهؤلاء ، و قد كان لهذا الإتجاه دافعان أو هما الإستقلال الفني الذي يتمتع به الطبيب و إن كان يعمل في القطاع العام ، و ثانيهما شعور القضاة العاديين بأنهم الحماة الطبيعيون للحربيات الفردية و حقوق الأفراد .<sup>(1)</sup>

و لكن في ذات الوقت كان القضاء الإداري الفرنسي يعقد الإختصاص له في نظر هذه النزاعات المتربطة على دعاوى المسؤولية التي ترفع إليه للتعويض عن الأضرار المنسوبة لأنحطاء الأطباء العاملين في المستشفيات العامة على أساس أن الأطباء يساهمون بصفة مباشرة في تنفيذ خدمات الإستشفاء العامة ، فالمستشفى العام مسؤول عن نشاط الأطباء العاملين به ،<sup>(2)</sup> لذلك كان لزاماً أن تتدخل محكمة التنازع الفرنسية و التي قضت بتاريخ 1957/03/25 بأن المسؤولية الإدارية للمستشفى العام تغطي في الوقت ذاته مسؤولية الطبيب العامل لديها نتيجة لأنحطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة نشاطه الطبي ، و هذا القرار أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر عن جمعيتها المنعقدة بكامل هيئتها في 18/06/1963 و أقرت بأن خطأ الطبيب العامل في مؤسسات الإستشفاء العامة يمكن أن يكيف بأنه خطأ خدمي أو مرفقي أي متصل بعمل المرفق العام ، فحل الإشكال و أصبحت مطالبة الأطباء العاملين في المستشفيات العامة للتعويض عن أنحطائهم المهنية تكون أمام القضاء الإداري ،<sup>(3)</sup> و هو ذات المبدأ الذي أخذ به قضاء مجلس الدولة الجزائري في العديد من القرارات إذ يعتبر أن التعويض عن الضرر الطبي الحاصل داخل مستشفى من إختصاص القضاء الإداري و من هذه القرارات القرار الصادر بتاريخ 1998/10/20 و كذلك القرار المؤرخ في 11/03/2003 .

(1) عدنان إبراهيم سرحان ، محاضرة بعنوان مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية المهنية للقانونيين ، المرجع السابق ، الصفحة 203 .

(2) رais محمد ، نطاق و أحکام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها ، المرجع السابق ، الصفحة 273 .

(3) عدنان إبراهيم سرحان ، محاضرة بعنوان مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية المهنية للقانونيين ، المرجع السابق ، الصفحة 205 .

إلا أن هذه القاعدة لا يؤخذ على إطلاقها إذ أنه يمكن أن يكون هناك تدخل طبي للطبيب داخل المستشفى العام غير أن هذا التدخل ينفصل عن الخدمة العامة التي يقدمها المرفق العام الذي يمارس عمله فيه ليعود مرتبطاً شخصياً به كأن يعالج الطبيب مريض داخل المستشفى العام فيقوم بإجراء له عملية جراحية خطيرة و كبيرة دون إعلامه و دون موافقته (1) فإذا ارتبط التدخل الطبي شخصياً بالطبيب خرج عن اختصاص القضاء الإداري لأنه لم يعد خطأ مرافيقي و تحول إلى خطأ شخصي يدخل في إطار اختصاص القضاء العادي ، فيكون الخطأ منفصل عن الخدمة كأن يقوم الطبيب الممارس في مستشفى عام بتجربة طبية على مريضه دون دواع علاجية ، فهنا يمكن للمريض مطالبة الطبيب بالتعويض الناجم عن خطئه المهني أمام المحاكم المدنية و بموجب القواعد العامة للمسؤولية المدنية، (2) فيكون الطبيب هو المسؤول الوحيد عن التعويض و لا يمكنه الرجوع على المستشفى الذي يعمل فيه .

### الفرع الثالث : دعاوى المسؤولية المدنية الطبية .

رأينا أن طرق دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية هما المدعي و هو المضرور و المدعى عليه و هو الطبيب و كذا شركة التأمين في حالة إكتتاب الطبيب لتأمين على مسؤوليته المدنية المهنية ، و المدعي بصفته الطرف المعنى برفع الدعوى قد يرفعها ضد الطبيب و شركة التأمين معاً كما أنه قد يرفعها ضد الطبيب أو شركة التأمين كل منهما على حدى .

#### أولاً: الدعوى المرفوعة من المضرور ضد المؤمن له .

وفقاً للقواعد العامة يكون للمضرور أن يرجع بالتعويض على المسؤول عن الضرر بمقتضى دعوى الضمان و

(1) فاطمة الزهراء منار ، المرجع السابق ، الصفحة 384 .

(2) عدنان إبراهيم سرحان ، محاضرة بعنوان مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ، [أمومة المتخصص في المسؤولية المهنية للقانونيين ، المرجع السابق ، الصفحة 208]

التي تقوم بمجرد أن يثبت المدعي الضرر الذي لحقه و الفعل الصادر عن المدعي عليه و علاقة السببية بين الفعل و الضرر ، و هذا اللجوء من المضرور ضد المخطئ و هو الطبيب وفقا للقواعد العامة للمطالبة بالتعويض فيه الكثير من الحذر الذي يجب أن يتواхاه المضرور لكي يتمكن من أن يجاهه إعسار أو إفلاس مرتكب الفعل الضار ، و لما كانت فكرة التأمين من المسؤولية سبيلاً آمناً يحول أو يخفف من إعسار المدين و إفلاسه فإن المضرور يستطيع الرجوع على المؤمن مباشرة لاستيفاء حقه في التعويض عن طريق رفع دعوى الضمان على المسؤول المؤمن له ، و إدخال المؤمن طرفاً ثالثاً فيها بإعتباره ضامناً للمسؤول المؤمن له،<sup>(1)</sup> غير أن هذه الطريقة ليست بأحسن حال من سابقتها حيث يستطيع المؤمن و الذي يكون مركزه كمسؤول مدني يستطيع أن يدفع دعوى المضرور بكافة الدفوع سواء ما تعلق منها بالمسؤولية عن الضرر أو تلك المتعلقة بالرابطة العقدية بينه و بين المسؤول و ما تضمنته من بوادر تحول دون الإعتراف بالمسؤولية أو التصالح مع المضرور ، فضلاً عن الشروط الخاصة التي تدرجها شركات التأمين في عقودها و التي يتربّ على الإخلال [ ] بطلاق عقد التأمين من المسؤولية المدنية أو سقوط الحق في الضمان<sup>(2)</sup> و فحوى ذلك أن المسؤول المدني في هذه الدعوى و هو المؤمن يمكنه أن يدفع دعوى المدعي المضرور بكافة أنواع الدفوع التي له قبل دائنه المؤمن له المدعي عليه فيما يمكنه أن ينفي العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمؤمن له ، و يمكنه أن يحتاج أيضاً بسقوط الضمان محل التأمين ، و بالإضافة إلى ذلك يمكنه أيضاً أن يدفع بالدفوع التي كانت لفائدة المدعي عليه المؤمن له كأن يدفع المؤمن بعدم قيام المسؤولية المدنية في حق المؤمن له لإنعدام الخطأ مثلاً أو لإنعدام رابطة السببية من خطأ المدين المدعي عليه و الضرر الحاصل للمدعي المضرور أي أن المؤمن يمكنه التدخل في دعوى المسؤولية في حد ذاته .

(1) جميل موسى النعيمات ، المرجع السابق ، الصفحة 301 .

(2) جميل موسى النعيمات ، المرجع السابق ، الصفحة 301 .

## ثانياً: الدعوى المرفوعة من المضرور ضد المؤمن . الدعوى التي يرفعها المضرور مباشرة

ضد المؤمن و هي شركة التأمين للحصول مباشرة على التعويض تعد إستثنائية ذلك أن فيها خروج على مبدأ الأثر النسبي للعقد وكذا على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في مواجهة المدين و الذي هو هنا الطبيب ، فهذه الدعوى تحبب المضرور تزاحم دائي المؤمن له على التعويض و تكون سببها في إقتضاء التعويض المستحق له في نطاق القيمة المؤمن عليها ، و هذه الدعوى تجسد الحماية المرجوة و الإطمئنان الكافي للمضرور في الحصول على التعويض .<sup>(1)</sup> فهذه الدعوى تعرف بالدعوى المباشرة غير أن المضرور في هذه الدعوى يعتبر أجنبياً على عقد التأمين المبرم بين المؤمن و المؤمن له و بالتالي لا علاقة مباشرة بين المضرور و المؤمن ، و في حالة إقامة هذه الدعوى فإن المؤمن يتمسك بالدفع التي تكون له في مواجهة المؤمن له ، كما يمكن لدائي المؤمن له الآخرين أن يزاحموا المضرور و يدخلون معه في قسمة الغراماء ،<sup>(2)</sup> لذلك فإنه من الأحسن للمضرور أن يقوم برفع الدعوى ضد المؤمن و المؤمن له منذ البداية أو يرفعها ضد المؤمن له و أثناء سيرها أمام القضاء يدخل المؤمن في الخصومة القضائية لكي يحصل على التعويض من المؤمن له و بضمان المؤمن في حكم واحد.

## المطلب الثاني: إثبات الخطأ الطبي و الضرر الناجم عنه .

إن الإثبات لا يرد على القواعد القانونية فلا يطالب الخصم (المضرور) بإثبات وجود قاعدة قانونية تحمي المصلحة التي يتمسك بها المدعي ، ذلك أن القاضي يفترض فيه معرفة القانون بل و هو ملزم بذلك ، و إنما الإثبات يرد أساساً على الواقع القانونية و التي إما أن تكون تصرفات قانونية أو وقائع مادية ، و بما أننا

(1) فاطمة الزهراء متار ، المرجع السابق ، الصفحة 370 .

(2) أحمد عبد الكريم موسى الصرايبة ، المرجع السابق ، الصفحة 236 .

بقصد دراسة المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية فإن الضرر المترتب عن هذه الأخطاء يكون دائماً عبارة عن واقعة مادية تمثل في خطأ الطبيب المؤدي إلى إحداث الضرر ، و بما أن إثبات الخطأ الطبي و الضرر الناتج عنه هي مسألة فنية فإن القاضي يلحد دائماً إلى أهل الإختصاص و هم الأطباء الخبراء .

و عليه فإن إثبات إخلال الطبيب بإلتزامه و خطئه يدور في الغالب حول أصول و قواعد مهنية و فنية أو خلقية أحياناً ، فوسيلة الإثبات الرئيسية في شأنه غالباً ما تمثل في تقارير الخبرة .<sup>(1)</sup> ولذلك خصصنا مطلب بأكمله للحديث عن الخبرة من حيث تعريفها وتعريف الطبيب الخبير و كذا الأمر [ ] ما و مدى حجيتها في مواجهة القاضي الفاصل في النزاع وفقاً لما يلي :

### الفرع الأول: مفهوم الخبرة و مشروعيتها .

قال سبحانه و تعالى في الآية رقم 43 من سورة النحل "فَسَأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ" ، فقد جاء قوله تعالى من منطلق أن الإنسان مهما رجح عقله و وسعت مداركه و معارفه فإنه غير قادر على الإمام بكل ما يعرض و يطرح عليه من المسائل ، و القاضي شأنه شأن عامة الناس لا يمكنه بأي حال الإمام بكل ما يعرض عليه للفصل فيه ، فالكثير الكثير من القضايا التي تعرض على القضاء تتطلب خبرة فنية من ذوي الإختصاص نظراً لطبيعة موضوع التقاضي و ما يكتنفه من غموض لا يمكن كشفه إلا بعد اللجوء إلى الخبرة الفنية المتخصصة و التي تستطيع تبسيط موضوع التقاضي و تفصيله بل و حتى إعطاء الكلمة الحسم أحياناً و أحياناً أخرى تفيد القاضي للفصل في ما عرض عليه.

فالقاضي و إن كان مؤهلاً من الناحية القانونية و الشرعية إلا أنه ليس مؤهلاً من الناحية الفنية لكي يكتشف كل ما يعرض عليه سيما في المسائل المتعلقة بالأخطاء الطبية على اعتبار [ ] ما مسائل فنية كثيرة

(1) مصطفى الجمال ، محاضرة بعنوان المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه و القضاء ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، (الجزء الأول) المسؤولية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان) ، الصفحة 108 .

التعقيد و تخرج عن مدارك الطبيب العادي غير المختص فما بالك بالقاضي الذي لا يحيط بكثير من العلوم الطبية .

**أولاً: تعريف الخبرة.** الخبرة هي الإستشارة الفنية التي يستعين بها القاضي أو الحق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى خبرة أو دراية علمية لا تتوفر لدى عضو السلطة القضائية المختص بحكم تكوينه ، عمله و ثقافته ، و عليه يمكن القول أن الخبرة وسيلة إثبات مدعى إلى التعرف على وقائع مجهولة من خلال المعلوم . (1)

و قد نص المشرع الجزائري في المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على "تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي " فقد عرفها بالهدف و الغاية منها ، أما في الحال الطبيعي و هو مجال دراستنا فإنه و بالرجوع إلى المادة 95 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب (2) نجدتها تعرف الخبرة الطبية بأنها العمل الذي يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه القاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية ، ثم القيام عموما بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية .

**ثانياً: تعريف الخبرير .** الخبرير هو ذلك الشخص التقني المكون في مجال معين بالذات تكوينا عاليا ، (3) غير أن التكوين عالي المستوى لا يكفي الشخص ليكون خبيرا قضائيا يمكن إعتماده من

---

(1) أين محمد علي محمود حتمل ، شهادة أهل الخبرة و أحکامها ( دراسة فقهية مقارنة ) ( الطبعة الأولى ) ، دار الحامد للنشر و التوزيع عمان الأردن ، سنة 2008 ، الصفحة 70 .

(2) المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب المنصور في الجريدة الرسمية عدد 52 المورحة في 1992/07/08 .

(3) jacques boulez . expertises judiciaires encyclopédie . 11 édition 1999. page 09.

القضاة لإجراء الخبرات في إطار القضايا المعروضة عليهم ، بل يجب أن يكون مسحلا في القائمة التي تعد على مستوى كل مجلس قضائي بعرض المرشح ملفه و تقديم طلبه إلى النائب العام لدى مجلس القضائي المختص محليا ليحرر هذا الأخير تحقيقا إداريا ، و يعرض الملف على الجمعية العامة للقضاة التابعين لاختصاص مجلس القضائي المعنى ، و بعد إنعقاد الجمعية العامة و الموافقة على طلب الخبير يتم تعينه من قبل وزير العدل و يضاف إلى القائمة و يصبح بالإمكان تعينه لإنجاز الخبرات وفقا للشروط المنصوص عليها بالمرسوم 310/95 يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كيفياته ، كما يحدد حقوقهم و واجباتهم .<sup>(1)</sup>

و في فرنسا فإن القاضي المدني يكون تحت تصرفه قائمتين من الخبراء الأولى تكون معتمدة من قبل مجلس القضائية و الثانية معتمدة من قبل محكمة النقض،<sup>(2)</sup> هذه الأخيرة تعرف بالقائمة الوطنية و هي التي يمكن للقضاة الاعتماد عليها من كامل تراب فرنسا أي أن إختصاصهم ليس محدود بمكان مجلس القضائي فحسب بل لهم إختصاص وطني ، و هذه القائمة الوطنية يسجل فيها الخبراء الذين سجلوا في القوائم المعتمدة من مجلس القضائية لمدة ثلاثة سنوات متواصلة و الذين أثبتوا كفاءتهم .<sup>(3)</sup>

و بخصوص عدد الخبراء في الجزائر فإنه يبقى ناقضا و أقل من مستوى التطلعات و ذلك راجع إلى عدم تماشي الإعتمادات للخبراء مع عدد النزاعات المتزايدة التي أصبحت تعرض على القضاء و التي تتعلق بمسائل فنية و تتطلب اللجوء إلى أهل الخبرة و الإختصاص لذلك لا بد من إعتماد عدد أكبر من الخبراء و في كل التخصصات لا سيما التخصصات الطبية إذ غالبا ما تكون قوائم الخبراء منقوصة من هذه

---

(1) المرسوم التنفيذي رقم 310/95 يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كيفياته ، كما يحدد حقوقهم و واجباتهم المؤرخ في 1995/10/15 و المنشور في الجريدة الرسمية رقم 60 بتاريخ 1995/10/10

(2) المادة 02 من القانون 71/498 المؤرخ في 29/06/1971 المتعلق بالخبراء القضائيين الفرنسي.

(3) المادة 11 من المرسوم رقم 1184/74 المؤرخ في 31/12/1974 يتعلق بالخبراء و المعدلة بالمادة 57 من المرسوم رقم 770/75 و المعدلة بالمرسوم 1389/85 المؤرخ في 27/12/1985 .

الشخصيات فلا يجد إلا الأطباء الشرعيين و لا يجد الأطباء المختصين في مختلف مجالات الطب فالشخص يصبح ضرورة حتمية يفرضها الواقع العملي و التطور التكنولوجي في مهنة الطب و الذي لا بد أن يتماشى و التطور في عدد الخبراء الأطباء المختصين ليتماشى و عدد الخبراء في الدول الأخرى كفرنسا مثلا و التي تضم 18112 خبير إلى غاية سنة 1999.(1)

و نحن نثمن ما جاء به المشرع الفرنسي من إعتماده لقائمتين من الخبراء إحداهما ذات إختصاص محلي و الأخرى ذات إختصاص وطني لأنها أكثر كفاءة و جدية ، و ندعو المشرع الجزائري إلى إعتماد هذه التقنية و ذلك من أجل حث الخبراء الذين يكونون في القائمة المحلية على العمل بجدية لدرج أسمائهم في القائمة الوطنية و ليكون لهم الحق في إجراء الخبرات الأكبر و الأكثر دقة و تعقيدا . ولكن قبل ذلك لا بد من أن يكون هناك تقرير إيجابي لصالحه يعده رئيس الجهة القضائية التي تتلقى خبراً ، بالإضافة إلى إجتيازهم لاختبار إثبات المستوى مما يعود بالفائدة على مرفق القضاء و على المضروبين .

ثالثا: مشروعية اللجوء إلى الخبرة . إن اللجوء إلى أهل الخبرة لها مشروعيتها في كتاب الله عز و جل و في سنة رسوله صلى الله عليه و سلم إذ أنها نجد الآية الكريمة " و ما أرسلنا قبلك إلا رجالاً نوحى إليهم فسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون " (2) وكذلك قوله تعالى " الذي خلق السموات والأرض و ما بينهما في ستة أيام ثم استوى على العرش الرحمن فسئل به خبيراً " (3) و معنى إسأل عنه خبيرا ، إسأل عنه عالم به و بصفاته و أسمائه ، و هذا هو دليل مشروعية اللجوء إلى الخبراء أي العلماء في القرآن الكريم .

أما في النصوص الوضعية فإن مشروعية اللجوء إلى الخبراء مأخوذة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في

(1) مشار إليه في jacques boulez . op . cit . page 10.

(2) الآية 07 من سورة الأنبياء .

(3) الآية 59 من سورة الفرقان .

بابه الرابع المعنون بوسائل الإثبات ، الفصل الثاني في إجراءات التحقيق ، القسم الثامن في الخبرة ، إذ نجد المادة 126 منه تجيز للقاضي أن يأمر بتعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم من أجل إثبات واقعة مادية ، و القاضي و رغم أنه يمتاز بصفة الحياد إلى أن تلك الصفة يقابلها إلتزام في ذمته و هو ضرورة فصله في النزاع المعروض أمامه لذلك فيمكنه أن يأمر بإجراء الخبرة الطبية بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه لأنه مكلف بالفصل في الدعوى و له في سبيل ذلك أن يتخذ ما يراه مناسبا من إجراءات التحقيق المخولة له قانونا بما في ذلك إجراء الخبرة (1) ، و في ما يخص إثبات الأخطاء الطبية و الأضرار المرتبة عنها فإن مسألة تعيين خبير للتثبت من ذلك تعتبر مسألة شبه إلزامية للقاضي لأن التأكيد من وجود خطأ طبي من عدمه هي مسألة فنية جد معقدة قد تكون خارجة حتى عن إختصاص بعض الأطباء لا سيما العامون أو حتى الأخصائيين إن كان التدخل الطبي خارج عن إختصاصهم ، فما بالك بالقاضي الذي تبقى معارفه العلمية و الطبية خاصة محدودة و لا ترق إلى درجة أن يتثبت من وجود الخطأ الطبي من عدمه بنفسه حتى لو توافر أمامه الملف الطبي ، لذلك فهو ملزم دائما في هذا المأمور بتعيين طبيب لإجراء الخبرة الطبية فقد أكد مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ في 31/01/2000 بثبوت مسؤولية القطاع الصحي مستغاثاً عن الخطأ الطبي الذي تمثل في نسيان إبرة في بطنه سيدة إثر عملية جراحية أجريت لها إعتماداً على الخبرة الطبية المأمور بها قضاها و هو ما يؤكّد مشروعية تعيين الخبير الطبيب لإثبات الخطأ الطبي و تحديد نسبة العجز .

رابعا: **تعيين الطبيب الخبير** . إن المكلف بتعيين الطبيب الخبير هو القاضي و ذلك وفقاً للمادة 126 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، و التي نصت على " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم ، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة " فالقاضي الفاصل في الدعوى المعروضة أمامه هو من يعين الخبير سواء كان الأمر بتعيين

(1) بغاشى كريمة ، الخبرة القضائية في المواد المدنية ، ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر) ، سنة 2009 ، الصفحة 42.

الخبير من تلقاء نفس القاضي الفاصل في موضوع الدعوى أو بطلب من أحد الخصوم ، غير أن القاضي وإن كان غير مقيد في تعين خبير من عدمه للفصل في النزاع كقاعدة عامة إلا أنه مقيد من ناحية أنه إذا ما جأ إلى تعين خبير فإنه يتعين عليه أن يختاره من قائمة الخبراء التي تكون موجودة وموضوعة على مستوى مجلس القضايائي في إطار الإختصاص الإقليمي له ، و هو ما أكدته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 الذي يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كيفياته ، كما يحدد حقوقهم و واجباتهم و التي أكدت أن الخبراء يعينهم القاضي من القائمة التي يوافق عليها وزير العدل في دائرة إختصاص مجلس القضايائي ، غير أنه لا ضير أن يعين القاضي خبيراً مقيد في قائمة أو جدول مجلس قضائي آخر في حالة أن يكون أكثر كفاءة و خبرة أو في حالة غياب إختصاص الذي يبحث عنه القاضي في قائمة الخبراء مجلس القضايائي ، بل و الأكثر من ذلك فإنه في حالة الضرورة و إستثناء يمكن للقاضي أن يعين خبيراً غير مسجل في أي قائمة للخبراء القضائيين لما له من خبرة أو قدرة و كفاءة علمية و عملية أو في حالة غياب التخصص الذي يتحكم فيه الخبير من قائمة الخبراء القضائيين . (1) " و حسناً فعل المشرع الجزائري بإحرازه للقاضي إختيار خبير من خارج القائمة التي لا الخبراء العاملين بمجلسه القضائي بل و بإحرازه تعين خبير غير مقيد في أي قائمة للخبراء القضائيين لأن مسألة تعين خبير لإنارة القاضي هي مسألة غایة في الأهمية و رأي الخبير قد يكون حاسماً في النزاع و يرجح كفة طرف على آخر لا سيما في المسائل الفنية كمسألة إثبات الخطأ الطبي و تحديد الضرر الذي لحق بالمريض لكي لا يكون الطبيب الخبير أمام عائق معنوي يتمثل في الزمالة و واجب التضامن الملقي على عاته و لكي يقوم بخبرته بكل موضوعية و حياد .

غير أن الحرية التي تركها المشرع الجزائري للقاضي في تعين الخبير الذي يراه مناسباً لإجراء الخبرة ليست حرية

(1) المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 310/95 تنص على " يختار الخبراء القضائيون على أساس القوائم التي يوافق عليها وزير العدل في دائرة إختصاص المجلس القضائي ، و يمكن تعينهم إستثناءً لممارسة مهامهم خارج إختصاص المجلس الذي يتم توكل إليه غير أنه يجوز للجهة القضائية في إطار الإجراءات القضائية و في حالة الضرورة أن تعين خبيراً لا يوجد إسمه في القوائم المنصوص عليها أعلاه"

مطلقة ذلك  $\square$  لا تؤثر بأي شكل على حق الخصوم في طلب رد الخبر أو إستبداله بعربيضة مسببة تقدم إلى القاضي الأمر بتعيين الخبر ، و إذا ما وجد القاضي طلب أحد الخصوم جديا و معللا فإنه يستجيب له و يعوض الخبر المعين بأخر في نفس الإختصاص .

كما يجوز للقاضي تعيين أكثر من خبير على أن يقوم الخبراء المعينين بإعداد تقرير خبرة واحد و هو ما جاءت به المادة 127 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها " في حالة تعدد الخبراء المعينين يقومون بأعمال الخبرة معا و يعدون تقريرا واحدا ، و إذا اختلفت آراؤهم وجب على كل واحد منهم تسبيب رأيه " فالقاضي يعين مجموعة من الخبراء إذا إقتضت الضرورة و طبيعة النزاع ذلك كأن يكون النزاع ذا أهمية كبيرة و يطرح عوائق و مصاعب فنية مقدمة ، و هذه المسألة غاية في الأهمية في مجال تعيين الخبراء في إطار الأخطاء الطبية من أجل إثبات الخطأ الطبي و الضرر الناتج عنه ، و العلة في ذلك أن الأخطاء الطبية معقدة و مرتبطة بتعقيد جسم الإنسان و تعقيد التدخل الطبي في حد ذاته إذ أن بعض التدخلات الطبية دقيقة إلى درجة يصعب معها تحديد إن كان هناك خطأ من الطبيب أم لا ، فتعيين أكثر من طبيب خبير من شأنه الإسهام في تذليل صعاب الخبرة الطبية و من شأنه أيضا التخفيف من حدة عامل التضامن بين الأطباء.

إضافة إلى ذلك فإن الخبرة المأمور  $\square$  في إطار الأخطاء الطبية قد تحتاج غالبا إلى أكثر من طبيب خبير فقد يأمر القاضي بتعيين طبيب شرعي كطبيب مخول له تحديد نسبة الضرر و العجز الذي حصل للضحية المضرور جراء التدخل الطبي و يعين معه طبيب آخر خبير يكون مختصا في مجال التدخل الطبي حسب الحالة فلو كان الأمر يتعلق بضرر أصاب المريض في العين فالقاضي يعين طبيب خبير مختص في أمراض العيون توكل له مهمة القول بوجود الخطأ الطبي من عدمه وربط الخطأ بالضرر الحاصل للضحية المضرور ، و يتم إعداد تقرير خبرة واحد يثبت قيام المسؤولية و يحدد الأضرار الموجبة للتعويض لجبرها و ذلك بتحديد نسبة العجز الحاصلة للضحية و التي يعتمدها القاضي في تقدير التعويض ذلك أن مجلس الدولة أكد في قراره بتاريخ 29/11/2006 أن مبلغ التعويض المستحق يطالب به المضرور من خطأ طبي حسب نسبة العجز الحاصلة له ، فالقاضي يقدر التعويض بناءا على نسبة العجز التي حددها الطبيب الخبر الذي أمر

القاضي بتعيينه (1) و في هذا كثير من الصواب لأن مسألة تحديد نسبة العجز مسألة فنية و تحديد قيمة التعويض مسألة واقعية يستأثر [ ] القاضي لوحده دون رقابة عليه من المحكمة العليا .

## الفرع الثاني: العقبات التي تعرّض عمل الطبيب الخبير .

اللجوء إلى الخبرة هي قيام القاضي بتعيين طبيب خبير لإبداء رأيه في مسألة فنية طبية يبني عليها القاضي حكمه بتوافر أركان المسؤولية من عدمها و بالتالي إستحقاق المضرور للتعويض من عدمه ، فيقوم الخبير بإعداد تقرير مفصل بذلك ، إلا أن الحصول على تقرير موضوعي و فني بحث من الطبيب الخبير تعرّضه عقبات إحداها موضوعية و الثانية شخصية و الثالثة قانونية .

**أولاً: العقبة الموضوعية .** على الرغم من أن القاضي يحرص في أمره أو حكمه بتعيين خبير على اختيار الخبير الأكثر كفاءة و خبرة و موضوعية ليكلّفه بالمهام المسندة إليه ، إلا أنه و مهما بلغت درجة كفاءة الطبيب الخبير فإنه و أثناء ممارسة مهامه في إطار الخبرة المأمور [ ] قضاءاً تعرّضه عقبة موضوعية تتمثل في أنه يقوم بمهامه في وسط نظري بحث يختلف كل الإختلاف على الوسط الذي وجد فيه الطبيب أثناء قيامه بالتدخل الطبي ، فالطبيب الخبير ليس بمقدوره أن يقدر على نحو دقيق الموقف الذي وجد فيه الطبيب الممارس (2) الذي أتى التدخل الطبي في ظروف تختلف تماماً عن الوسط النظري للطبيب الخبير ، فقد تواجهه الطبيب المتتدخل طيباً ظروف صعبة من قلة الوسائل أو نقص في المساعدين أو إنعدامهم أحياناً و أيضاً عامل السرعة و طبيعة المرض محل التدخل الطبي و هي عوامل على الطبيب الخبير أحذها في الحسبان للتذليل من هذه العقبة الموضوعية.

(1) مشار إليه في جمال سايس ، الاجتهد الجزائري في القضاء الإداري ، المرجع السابق ، الصفحة 1534 .

(2) حاجي أحمد ، المسؤولية الجزائية للطبيب ، محاضرة ألقيت في إطار اليوم الدراسي المتعلق بالمسؤولية الطبية المنظم من قبل منظمة المحامين لناحية باتنة و مديرية الصحة و السكان لولاية باتنة بتاريخ 02/11/2013 بدار المحامي بباتنة .

**ثانياً/ العقبة الشخصية .** و هي نقطة غاية في الأهمية و الحساسية لوجود عنصر التضامن داخل المهن و هو الحال في مهنة الطب إذ أنه يوجد تضامن بين الممارسين الطبيين أي بين زملاء المهنة الواحدة مما قد يرتب نوع من التسامح و التساهل من الطبيب الخبر أثناء قيامه بإعداد الخبرة عن موضوع الخطأ الطبي الذي يأتيه زملائهم الأطباء محل المسائلة و في هذا الصدد نجد المادة 98 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب و التي تنص على " يتعين على الطبيب الخبر و على جراح الأسنان الخبر أن يرفض الرد على أسئلة يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية " مما يجعل الأطباء الخبراء يتذرعون بهذه المادة لرفض الرد على أسئلة القاضي أحياناً مما يضعف الثقة بالنتيجة التي توصل إليها الخبر في نهاية تقريره ، لذلك يتعين على الأطباء الخبراء أن يتحلوا بأكبر قدر من الموضوعية و أن يتجردوا من النزعة الذاتية و التضامنية في بينهم سيما عند إعداد تقرير الخبرة و خلق موازنة بين ما قام به الطبيب و ما حل بالمضرور .

**ثالثاً/ العقبة القانونية.** يقصد بالعقبة القانونية التي تعترض عمل الطبيب الخبر عند إعداد تقرير خبرة طبية ما يتعلق بإفشاء السر المهني ، فالخبر قد يتمسك بضرورة تكتمه على ما يتوصلا إلى علمه عند قيامه بخبرة متذرعاً بعدم كشف السر المهني ، لأن المحافظة على السر المهني إلتزام ملقى على عاتق الطبيب فهو واجب أخلاقي تعليه قواعد الشرف و عادات و أعراف المهنة و تقتضيه المصلحة العامة (1) وقد يجد ملاداً قانونياً له يتمثل في نص المادة 99 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي تنص على " يجب على الطبيب الخبر و على جراح الأسنان الخبر عند صياغته تقريره أن لا يكشف إلا العناصر التي من شأنها أن تقدم الإجابة على الأسئلة المطروحة في قرار تعينه و في ما عدى هذه الحدود يجب على الطبيب الخبر أو جراح الأسنان الخبر أن يكتم على كل ما يكون قد إطلع عليه خلال مهمته " فالخبر قد يتمسك بهذا النص القانوني و لا يقدم بعض المعلومات إلى القاضي بحجة التكتم على السر المهني رغم أن ما قد يكتمه الطبيب الخبر قد يكون بالغ الأهمية من وجهة النظر القانونية في إثبات

---

(1) رais محمد ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون ، المرجع السابق ، الصفحة 429 .

قيام المسؤولية المدنية أو نفيها و هي أمور فنية قانونية لا يعلمها الطبيب الخبر بل القاضي وحده من يستطيع تقديرها ، لذلك وجب على الطبيب الخبر تقديم كل ما توصل إليه إلى القاضي في تقرير خبرته لأن ما يراه الخبر سر طبي قد يكون أساسا لقيام أو نفي المسؤولية هذا من جهة و من جهة أخرى فإن التذرع بعدم إفشاء السر المهني ليس له ما يبرره سيما و أن الخبر يقوم بهماه بموجب حكم أو أمر قضائي مما يعطيه الشرعية في إتيان عمله و إعلام القاضي بكل ما توصل إليه مغضى بنص المادة 301 من قانون العقوبات و التي تجيز لهم إفشاء السر المهني في الحالات التي يوجب القانون عليهم ذلك و من ضمن هذه الحالات قيامه بخبرة مأمور [ ] قضايا (1) و نجد هنا نص المادة 4/206 من قانون حماية الصحة و ترقيتها تؤكد على أنه لا يلزم الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي سواء كان مطلوبا من القضاء أو خبير لديه بكتمان السر المهني أمام القضاء في ما يخص موضوع محدد يرتبط بهمته فهذا النص يجيز للطبيب الخبر البح بكل الأسرار التي توصل إليها بحكم مهمته للقاضي حتى لو كان ذلك في جلسة علنية و لكن في حدود الأسئلة المطروحة عليه فقط ، و في نفس هذا السياق نجد المادة 226 من قانون حماية الصحة و ترقيتها و التي توجب على المساعدين الطبيين أن يتزموا بالسر المهني إلا إذا حر [ ] من ذلك صراحة الأحكام القانونية أي [ ] يتحررون من هذا الإلتزام بالنص صراحة عليه قانونا و الخبرة المأمور [ ] من القاضي تستمد قو [ ] من القانون لأن القاضي يعين الخبر بنص القانون مما يجعله يتحلل من إلتزامه بعدم إفشاء السر المهني و يذكر كل ما إكتشفه أثناء قيامه بالخبرة لأن أي معلومة يذكرها الخبر في تقريره من شأنها المساعدة في إثبات المسؤولية المدنية الطبية أو نفيها ، كما من شأنها أيضا مساعدة القاضي على حسن تقدير التعويض بما يتناسب و الضرر.

(1) نص المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري على " يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 20000 إلى 100000 دينار جزائري للأطباء و الجراحون و الصيادلة و القابلات و جميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو وظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلی بها إليهم و أفشواها في غير الحالات التي يوجب عليهم القانون إفصاحها و يصرح لهم بذلك " .

### الفرع الثالث: مدى تقيد المحكمة بالخبرة .

تعد الخبرة دليلا من أدلة الإثبات في الدعوى ، لكنه ليس دليلا حاسما و ملزما للقاضي و إنما يخضع لسلطته التقديرية فقد يأخذ القاضي بالخبرة التي أمر  $\boxed{\text{ما}}$  كليا و قد يأخذ  $\boxed{\text{ما}}$  جزئيا و قد يستبعدها ، إلا أن هذه الحرية المنوحة للقاضي و المستمدة من سلطته التقديرية كقاضي فاصل في النزاع ليست مطلقة بل هي مقيدة في حالة الخبرة الفنية البحثة و سنرى هذه الحالات تباعا :

**أولا/ أخذ القاضي بالخبرة كليا.** القاضي يأخذ بتقرير الخبرة و يعتمدكليا متى إطمأن إليه و قدر جدواه في الوصول إلى الحقيقة وفقا لسلطته التقديرية ، و أخذ القاضي بالخبرة كليا يكون في حالة ما إذا كانت هذه الخبرة مبنية على أسباب صحيحة و كافية  $\boxed{\text{ذا}}\text{ما}$  و تظهر بوضوح كيف توصل الخبرير إلى النتيجة التي إنتهت إليها و ببرها ، و أن يكون تقرير الخبرة صحيح لا يشوبه بطلان . (1) و هو الحال كذلك إذا ما تعددت الخبرات في قضية واحدة و في نزاع واحد مطروح على ذات القاضي فهذا الأخير له كامل الحرية في الأخذ بأي منها و إستبعاد الأخرى أي ترجيح إحداها على الأخرى أو حتى إستبعاد الخبرتين معا و الأمر بخبرة ثالثة ترجيحية سيما إذا كانت الخبرتين متناقضتين و هذا الإستبعاد الأخذ يكون لما للقاضي من سلطة تقديرية. (2)

**ثانيا/الأخذ بالخبرة جزئيا .** يمكن للقاضي الأخذ بالخبرة المعروضة أمامه و التي أمر  $\boxed{\text{ما}}$  جزئيا فقط أي أن يأخذ بجزء منها و يستبعد الجزء الآخر ، فله سلطة تقديرية في تقدير عمل الخبير و الموازنة بين الأدلة المقدمة أمامه في الدعوى للأخذ بما يطمئن إليه من عمل الخبير بما تضمنه من آراء و أبحاث و نتائج ، و أن يترك الباقي بشرط أن يعلل القاضي حكمه و أن يبين الدوافع و الأسباب التي جعلته يأخذ بجزء منها و يترك الجزء الآخر، فالقاضي يبرر الأسانيد الفنية التي دعته إلى إستبعاد الخبرة جزئيا

(1) بغاشى كيمة ، المرجع السابق ، الصفحة 133 .

(2) محمد أحمد محمود ، الوجيز في الخبرة ، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) ، سنة 2003 / الصفحة 6 .

إذ لا يصح أن ينفي الخبر بشهادته الشهود مثلا (1) و هناك أسباب عدة لطرح جزء من الخبرة منها أن يقوم الخبر بتحاوز المهام التي أوكلت إليه فالنتائج المتوصل إليها بمقتضى هذا التجاوز يقوم القاضي بطرحها و إبعادها و عدم الأخذ [ ] .

**ثالثا/ إستبعاد الخبرة .** إذا لم يقنع القاضي بالنتائج التي وردت في تقرير الخبر فإنه يستطيع أن يصدر حكمه على أساس مخالف لما ورد في تقرير الخبرة ، و لكن يقع على القاضي هنا التزام بتسبب حكمه أي بيان الأسباب التي أدت به إلى إستبعاد الخبرة و القضاء بما يخالفها سبما و أن الخبرة تكون دائما من أشخاص مؤهلين علميا و عمليا في مسألة فنية قد تبتعد غالبا عن مدارك القاضي .

**رابعا/ إلزامية تقرير الخبرة في مواجهة القاضي .** هناك بعض الحالات التي تأخذ فيها مسألة إعطاء السلطة التقديرية المطلقة للقاضي لإستبعاد الخبرة رغم ما لها من طابع فني و رغم أن الذين أعدوها هم خبراء لهم مدارك علمية في مجال تخصصهم و خبرة مهنية و استوفوا الشروط من أجل التسجيل في قائمة الخبراء طابعا لأن القاضي غير متخصص في المسألة الفنية المعروضة أمامه ، لذلك تكون أمام إستبعاد السلطة التقديرية للقاضي عندما يكون موضوع النزاع تقنيا بحثا و يتعلق بمسألة فنية بحثة، (2) و موضوع الأخطاء الطبية موضوع فني بحث لا يلم [ ] إلا الطبيب و ليس أي طبيب بل الطبيب المختص الخبر الذي له الدرائية العلمية و الكفاءة المهنية و الخبرة الطويلة في مجال إختصاصه ، بسبب أن العمل الطبي فني إلى أقصى درجة بل و أنه متغير و متتطور من حيث الطرق العلمية المتتبعة في العلاج و من حيث الآلات أيضا و هو ما يجعل القاضي ملزم من الناحية العلمية بالأخذ بالرأي الذي توصل إليه الطبيب الخبر و يبني حكمه عليه ، لأن الأمر يتعلق بمسألة فنية و الطبيب الخبر يضع بين يدي القاضي معلومات فنية

---

(1) محمد أحمد محمود ، المرجع السابق ، الصفحة 46.

(2) jacques boulez . op.cit . page 173.

و آراء و نتائج يتحمّلها الإطمئنان والإقناع الشخصي مما يجعل تقرير الطبيب الخبر يرقى إلى مرتبة الإثبات القانوني ، وهو ما يجعل القاضي في مجال المسؤولية المدنية الطبية ملزم بتعيين طبيب خبير و ملزم أيضا بما جاء في الخبرة لأنّها ذات طابع فني بحت. (1) و نحن نؤيد هذا الإتجاه لأنّه و مهما بلغ القاضي من العلم و الدراية و المعرفة بل و حتى التجربة فإنه لا يمكنه بأي حال أن يفصل في موضوع متعلق بالمسؤولية المدنية الطبية إلا بعد أن يستعين بأهل الإختصاص و هم الأطباء الخبراء و الذين يؤكدون له وجود الخطأ الطبي من عدمه ليقر بقيام المسؤولية الطبية أو لا ، و يحددون له نسبة العجز الذي أصاب المريض ليحسن تقدير التعويض .

---

(1) محمد أحمد محمود ، المرجع السابق ، الصفحة 45 .

### المطلب الثالث: التعويض عن الضرر الناتج عن قيام المسؤولية الطبية.

التعويض المدني هو وسيلة القضاء لجبر الضرر الذي لحق المصاب و ذلك بإزالة الضرر أو التخفيف من وطأته ، فرضه القانون على كل من سبب بفعله ضرراً للغير ، غير أن الأمر لم يكن هكذا في ا[[تمعات القيمة التي كانت تقوم بالثأر من المعتدي بإلحاق الأذى به بدل الحصول على التعويض منه ، و قد يمتد الثأر إلى العشيرة بكاملها و ليس المتسبب في الضرر لوحده ، و بعدها جاءت الشريعة الإسلامية بقواعد مماثلة للثأر و لكنها أقل حدة إذ يؤذى المؤذى بقدر الأذى الذي أتاه مصداقاً لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 178 " و لكم في القصاص حياة يا أولي الألباب " و كذلك قوله تعالى سورة المائدة الآية 4 " و كتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس و العين بالعين و الأنف بالأنف و الأذن بالأذن و السن بالسن و الجروح قصاص " و الآن المتسبب في الضرر يصلحه من خلال إلزامه بدفع تعويض للمضرور بقدر ما لحقه من ضرر .

### الفرع الأول: تعويض المضرور في إطار المسؤولية الطبية .

قبل الحديث عن الجهة التي تحكم بالتعويض و كيف تقدره و متى يثبت الحق للمضرور في التعويض لا بد أن نتحدث عن ماهية التعويض .

**أولاً: ماهية التعويض:** قبل تعريف التعويض لا بد أن نعرف أن مرحلة تقدير التعويض لجبر الضرر المترتب على المسؤولية المدنية بصفة عامة و المسؤولية المدنية الطبية بصفة خاصة هي المرحلة الأخيرة من مراحل المسؤولية المدنية مما يجعله نتيجة للمسؤولية المدنية و أثر مترب على قيمتها و ثبوتها ، فاللجوء إلى المحاكم من أجل تقدير التعويض لا يقر المسؤولية في حد ذاتها بل هو يكشف حق المضرور في التعويض و الذي سبق

ثبوته بوقوع الفعل الضار. (1)

فالتعويض هو مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المتضرر من خسارة و ما فاته من كسب و كان نتيجة طبيعية للفعل الضار ، فلا مجال لإعمال التعويض إذا لم يتحمل الدائن أية أضرار . (2) و هذا المعنى فإن التعويض في المسؤولية الطبية هو وسيلة القضاء على آثار الضرر الواقع و الذي يصيب المريض المتضرر أو على الأقل التخفيف من معاناته ، فالتعويض يدور مع الضرر وجودا و عدما ، كما أنه قد يكون نقدا أو غير نقدا و يشمل الضرر المادي و الضرر الأدبي (المعنوي) ، فالتعويض عن الضرر ب نوعيه أمر مقرر شرعا و قانونا و عرفا جبرا للضرر ، و رعاية للحقوق و زجرا لمخالفتي القانون و توفيرا للاستقرار و تحقيقا للعدل. (3)

فتقدير التعويض قد يكون من قبل المشرع في القانون ، و قد يكون من قبل القضاء و هو الأغلب الأعم من الحالات و قد يكون أيضا باتفاق يتم بين المتعاقدين بطرق مختلفة فقد يتضمن العقد المبرم بينهما هذا الإتفاق و قد يكون الإتفاق الخاص بالتعويض في ملحق للعقد الأصلي ، و يتم تقديره من قبل العقددين وفق ما ييدو لهم من ظروف و معاملات و ملابسات ، و هو ما يعرف بالشرط الجزئي الذي يدرج في العقد كشرط لحث المدين على الوفاء بإلتزامه. (4)

و بخصوص المشرع الجزائري فقد نظم التعويض في مبادئه عامة جاءت في المواد من 124 إلى 133 من القانون المدني بخصوص المسؤولية التقصيرية ، و في المواد من 182 إلى 187 من القانون المدني بخصوص

(1) محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، الصفحة 66 .

(2) حسني محمد جاد الرب ، التعويض الإتفافي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه ، دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر ) ، سنة 2007 ، الصفحة 31 .

(3) لقمان فاروق حسن نانه كه لي ، المرجع السابق ، الصفحة 232 .

(4) حسني محمد جاد الرب ، المرجع السابق ، الصفحة 11 .

المسؤولية العقدية ، و هي مبادئ عامة مستمدة من القانون المدني الفرنسي ، فبنيت فكرة التعويض على إصلاح و جبر الضرر لا على عقاب المخطئ ، و هو ما يظهر جليا في النص الفرنسي للمادتين 124 و 182 من القانون المدني الجزائري اللتين استعملتا مصطلح REPARATION والتي تعني الإصلاح ، فالتعويض لم يعد مجرد إشباع غريزي لعواطف المضرور أو تعبيرا عن حقه في الإنقاص من المخطئ ، بل إنه يهدف لإزالة الضرر بمقابل معادل له تماما كجزاء للمسؤولية [هدف إصلاح الضرر.] (1)

### ثانيا: سلطة القاضي في تقدير تعويض المضرور من التدخل الطبي.

التعويض إلتزام يفرضه القانون على كل من تسبب بخطئه في ضرر للغير بجبر هذا الضرر الذي ألحقه بالمصاب ، و تقدير التعويض الأصل فيه أن يكون من القاضي لا سيما في مجال المسؤولية الطبية ذلك أنه لا يوجد تقدير قانوني له ، كما أن التقدير الإتفاقي في هذا [إمّال لا يمكن تصوره و حتى و إن وجد فإنه] يكون في حدود جد ضيقة لأنة من غير المستساغ عمليا و لا أخلاقيا أن يتفق المريض مع الطبيب على قيمة التعويض في حال لم ينفذ الطبيب إلتزاماته و المريض في حاجة ماسة إلى التدخل الطبي من الطبيب لعلاجه بغية شفائه و تخلصه من آلامه .

و بما أنها بقصد دراسة المسؤولية المدنية الطبية كمسؤولية مهنية ومن نوع خاص فإننا نقصر حديثنا على التقدير القضائي للتعويض باعتباره الغالب في حالات التعويض ، و هو ما ذهب إليه [الملبس الأعلى سابقا] ( المحكمة العليا حاليا) في القرار المؤرخ في 13/07/1980 (2) إذ أكدوا أن تقدير التعويض من اختصاص قضاة الموضوع ، إلا أنه يتبع عليهم ذكر مختلف العناصر التي تشكل أساس تقديرهم له و ذلك

---

(1) محمد السيد السيد الدسوقي ، التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة و سلامة الإنسان ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2007 ، الصفحة 33 .

(2) مشار إليه في جمال السادس ، الإجتهاد الجزائري في مادة الجنح و المحالفات (الجزء الأول) ، المرجع السابق ، الصفحة 08 .

لإتاحة الفرصة للمجلس الأعلى ( المحكمة العليا حاليا ) ممارسة رقابته .

فالتعويض إذن و كقاعدة عامة إذا لم يكن مقدرا في العقد أو بنص القانون فالقاضي هو الذي يقدره و ذلك عملا بنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري و التي نصت على أن القاضي يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمصاب و هذا في ما يخص المسؤولية التقصيرية ، أما في ما يخص المسؤولية العقدية فقد أكدت المادة 182 من القانون المدني على أن التعويض إذا لم يكن مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدرها و هي المادة التي تقابل المادة 221 من القانون المدني المصري . فالقاضي و عند ممارسة سلطته في تقدير التعويض عن الضرر يمارسها بخصوص الضررين المادي و الأدبي ، و قد أرتأينا أن تتحدث عن كل نوع من نوعي الضرر منفصلا عن الآخر و أن نتعمق في الحديث أكثر عن التعويض عن الضرر المعنوي لأنه أثار جدلا فقهيا كبيرا من حيث وجوده و من حيث تقديمه.

ثالثا: وقت نشوء الحق في التعويض و تقديمه . إن لمسألة تحديد وقت نشوء الحق في التعويض أهمية بالغة لما له من إرتباط وثيق مع تقدير التعويض للمضرور .

**1/وقت نشوء الحق في التعويض .** ظهر إتجاه في الفقه يقول بأن وقت نشوء الحق في التعويض يكون من تاريخ صدور الحكم المثبت للمسؤولية المدنية و المقرر للتعويض ، غير أن هذا الرأي لم يكن له أنصار كثير ، بل أن غالبية الفقه قالوا بوجوب الإعتداد بوقت نشوء الضرر كوقت نشوء الحق في التعويض عنه ، لأن الحكم الصادر بالتعويض لا يزيد على أن يكون مقررا لهذا الحق لا منشئا له ، فالحق في التعويض إنما مصدره العمل غير المشروع الذي أتاه المسؤول أو الإخلال أو التأخر في تنفيذ الالتزام التعاقدية ، فينشأ هذا الحق من وقت قيام المسؤولية المدنية و بالأخص من وقت إرتكاب الخطأ لأن الضرر قد لا يتزامن مع إرتكاب الخطأ أي قد يتراخي ظهوره إلى مدة زمنية بعد إرتكاب الخطأ أي أن الخطأ لا يتعارض و الضرر.(1) و معرفة وقت نشوء الحق في التعويض لها أهمية بالغة لأنها تتعلق بمسئوليتين قانونيتين بالغتي الأهمية

(1) تأسوس نامق براخاس ، المرجع السابق ، الصفحة 179 .

تمثلان في تاريخ بداية حساب مدة التقادم و القانون الواجب التطبيق على الواقع . و المسؤولية المدنية المهنية الطبية هي أبرز مثال عن أهمية تحديد تاريخ حدوث الضرر إذ أننا سبق و رأينا قرار مارسي الشهير و الذي كان قراراً مبدئياً لجعل المسؤولية المدنية الطبية تقوم على الأساس العقدي لا التقصير ، فذلك القرار المرجعي كانت إنطلاقته من مسألة تحديد التقادم عن الضرر الحاصل جراء خطأ طبي . إضافة إلى ذلك فإن المسؤولية الطبية متميزة عن غيرها ذلك أن الضرر قد يتراوح إلى مدة زمنية بعد إتيان الخطأ فد تطول وقد تقصير ، لذلك لا بد من تحديد التاريخ بدقة متناهية و ذلك عن طريق الخبرة المأمور  $\square$ ا قضاءا ، بل و أيضاً فإن الضرر قد تزداد شدته شيئاً فشيئاً فلا يقدر التعويض بإعتبار يوم الإصابة و إنما بإعتبار يوم صدور الحكم.<sup>(1)</sup>

**2/ وقت تقدير التعويض.** تعتبر قيمة الضرر هي العامل الأساسي في تحديد مبلغ التعويض المستحق ، و الضرر قد يتغير من يوم تتحققه فيزيد أو ينقص ، كما لو تطورت إصابة المريض بالزيادة فأصبحت عاهة مستديمة أو صار أقل خطورة عن ذي قبل ، و قد لا يتغير الضرر ذاته بل تتغير قيمته بتغير الأسعار ،<sup>(2)</sup> لذلك ظهر اختلاف في ما يخص الوقت الذي يعتمد القاضي في تقدير التعويض ، و قد نشأ هذا الاختلاف بإختلاف نوع المسؤولية التي يترتب عليها التعويض بين مسؤولية تقصيرية و مسؤولية عقدية ، فوجد هذا الإختلاف مكان له في إطار المسؤولية المدنية الطبية  $\square$ ا مسؤولية عقدية أساساً و تقصيرية إستثناءاً.

فسابقاً دأب القضاء الفرنسي على إعتماد وقت حدوث الضرر من أجل القضاء بالتعويضات ، غير أن هذا الحل و رغم أنه منطقي إلا أنه لم يعد له ما يبرره في الوقت الراهن ذلك أنه سابقاً كانت قيمة النقد لا تتغير كثيراً منذ حدوث الضرر إلى غاية التعويض عنه ، إلا أنه في الوقت الراهن قد تشهد قيمة النقد تغيراً كبيراً

(1) محمد شتا أبو سعد ، التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية ، دار الجامعة الجديدة ( الإسكندرية مصر ) ، سنة 2001 ، الصفحة 55 .

(2) منير رياض حنا، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها، المرجع السابق الصفحة 780

بين تاريخي وقوع الضرر و القضاء بالتعويض ، لذلك بحد القضاء الفرنسي تراجع عن المبدأ الذي كان يعتمد بإحتساب التعويض من تاريخ وقوع الضرر وأصبح يعتمد على تقدير التعويض من وقت القضاء به مراعيا في ذلك حالة ما إذا تغير الضرر و خف أو تفاقم ذلك أن الغاية الأولى من التعويض هي جبر الضرر كاملا و لذلك أخذت أغلب التشريعات بإعتبار أن وقت النطق بالحكم هو وقت تقدير قيمة التعويض لأنه التعبير الصادق عن مبدأ التعويض الكامل .<sup>(1)</sup>

و بالتالي فإن العبرة عند تقدير التعويض ليست بيوم وقوع الضرر وإنما بيوم صدور الحكم ، فالعبرة ليست بتاريخ وقوع الفعل الضار لأن الغاية من التعويض هي جبر الضرر ، و لا تتحقق هذه الغاية إلا إذا روعي تقدير التعويض وقت صدور الحكم .<sup>(2)</sup> ونحن نميل إلى هذا الرأي أيضا لأنه و إضافة إلى ما سبق ذكره من تبريرات له فإنه يضع القاضي الفاصل في الدعوى في راحة عند تقدير التعويض المنوح للضحية ، فهو يقدر على حساب الحالة التي أصبح فيها الضحية المضور وقت النطق بالحكم لأنه لو إعتمدنا وقت إرتكاب الخطأ فقد تكون إصابة الضحية بليغة و مازالت جراحته لم تندمل بعد مما قد يجعل القاضي يتغاضف معه و يعطيه تعويضا قد يكون أكبر مما يستحق و لعل هذا السبب الذي جعل الكل يقر بثقل التعويضات في دعاوى المسؤولية الطبية .

### الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الضرر المادي والأدبي.

سنفصل في الضررين المادي والأدبي و خصوصا الأدبي لما أثير من جدل حول الأخذ به من جهة و كيفية تقديره من جهة أخرى .

---

(1) إبراهيم علي حمادي الحلوسي ، المرجع السابق ، الصفحة 242 .

(2) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، الصفحة 230 .

أولاً: تقدير التعويض عن الضرر المادي (الأضرار الجسدية و المادية الممحضة). كما سبق و رأينا عند الحديث عن أنواع الضرر في المطلب الثالث من البحث الثاني من الفصل الأول من هذه الدراسة ، فإن الضرر هو ما يصيب الإنسان في سلامته جسده و حياته و يعرف بالضرر الجسدي ، و ما يمس بحقوقه أو مصالحه المالية فينعكس بالسلب على ذمته المالية كخسارة تلحق به في جسمه أو مصاريف ينفقها في العلاج و التنقل للعلاج أو تفويت فرصة الشفاء عنه أو ضياع كسب لعجزه عن العمل و الكسب طيلة مدة عدم شفائه و عدم قدرته على العمل .

فالأضرار التي تنتج عن الأخطاء التي تقع من الطبيب أثناء ممارسته لمهنة الطب و تلحق بجسم المريض و ما قد يترب عليها من عاهات أو عجز أو تشوه أو أي شكل من الأضرار الجسدية و كذلك الأضرار المادية الأخرى بمفهومها المالي كلها تدخل في نطاق الضمان الناتج عن عقد الضمان (التأمين) الذي يبرمه الطبيب بإعتباره مهنيا.(1)

و التعويض عن هذه الأضرار معيار موضوعي بالنسبة للمسؤول (الطبيب المدين بالتعويض ) فلا يؤخذ بالإعتبار مدى جسامته الخطأ الواقع منه أو مدى ثرائه أو عدم ثرائه ، بينما هو معيار ذاتي بالنسبة للمضرور بحيث يشمل التعويض عن ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب.(2)

و المعايير المعتمدة لتقدير التعويض هي ما فات المضرور من كسب و ما لحقه من خسارة مع مراعاة الظروف الملابسة ، و هذه المعايير التي يعتمدها القاضي في تقديره للتعويض جاء [ ] القانون المدني الجزائري في مادتيه 131 و 182 ، فهذان العنصران يمثلان عنصري التعويض و يقوم عليهما مبدأ التعويض الكامل للمضرور ، فبهذا المفهوم فإن القاضي لا يعود دوره إلا أن يقوم بعملية تقدير مالي لهذين العنصرين (3)

(1) محمد عبد الظاهر حسين ، المرجع السابق ، الصفحة 61 .

(2) محمد السيد السيد الدسوقي ، المرجع السابق ، الصفحة 34 .

(3) محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، الصفحة 10 .

و تقدير القاضي للتعويض بالإعتماد على عنصري ما فات المضرور من كسب و ما لحقه من خسارة ليشمل التعويض كل الضرر ، كما أنه في هذا الصدد يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة و لا يخضع في تقديره للتعويض إلى رقابة المحكمة العليا ، إلا أنه و لجبر الضرر بتعويض عادل يقتضى الأمر عدم التقيد بالتعويض الكامل و الإكتفاء بتعويض مخفف مراعاة للظروف الملابسة ، و يقصد بالظروف الملابسة المنصوص عليها بالمادة 131 من القانون المدني التي نصت على " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة ..... " بمفهوم المادة 182 من القانون المدني الظروف الملابسة للمضرور لا المسؤول ، فالظروف الشخصية التي تلابس المضرور و تحيط به تدخل لا محالة في حساب القاضي عندما يقدر التعويض ، و سبب ذلك أن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات فيقدر على أساس ذاتي فيكون محلا للإعتبار حالة المضرور الجسمية.(1) غير أن الظروف الشخصية للمضرور ليست وحدها من تكون الظروف الملابسة التي يعتمدها القاضي في تقديره للتعويض بل تندرج ضمنها أيضا الظروف الشخصية للمضرور كالسن و الجنس و كذا حالته العائلية ، و هذه الظروف الملابسة التي تحيط بالمضرور تحد مجالا خصبا لها في إطار المسؤولية المدنية الطبية لأن الضرر يختلف باختلاف الظروف الملابسة للمضرور فالضرر الذي يصيب الرجل المتزوج الذي يعول أسرة و ليس له مصدر رزق إلا عمله أكبر من الضرر الذي يصيب الأعزب حتى لو كان الضرر بمفهومه المادي الحض نفسه لكليهما ، كما أن الظروف الملابسة للمرأة التي كانت ضحية خطأ طبي معها من الإنجاب في المستقبل و هي ليس لها أولاد من قبل ليست هي نفسها الظروف الملابسة للمرأة التي منعت من الإنجاب مستقبلا بسبب خطأ طبي غير <sup>أولا</sup> لها أولاد من قبل فالقاضي عند تقديره للتعويض يراعي هذه الظروف فيختلف مقدار التعويض من حالة لأخرى حتى لو كان الضرر الحاصل نفسه في الحالتين.

(1) محمد شتا أبو السعود ، المرجع السابق ، الصفحة 52 .

ثانياً: التعويض عن الضرر الأدبي (المعنوي) . من خلال ما رأيناه في المطلب الثاني من البحث الثاني من الفصل الأول لهذه الدراسة فإن الضرر الأدبي هو نوع من أنواع الضرر الذي يشكل الركن الثاني لقيام المسؤولية المدنية ، و قد رأينا أيضاً أن الضرر الأدبي أو الضرر المعنوي هو ذلك الضرر الذي يمس القيم الأدبية للإنسان ، أي يمس ذمته الأدبية ( patrimoine morale ) ، فهو ليس بالضرر الاقتصادي الذي يصيب الذمة المالية للشخص ( patrimoine pécuniaire )، فهو الضرر الذي يستقل عن الضرر المادي فيلحق أذى بأمور غير ذات طبيعة مالية (1) لذلك كانت هناك صعوبات في الأخذ [لذا الضرر من عدمه و كانت هناك أيضاً صعوبات في ما يخص تقدير التعويض عن هذا الضرر بعد تجاوز صعوبة إثباته ، و لهذا سنرى الرأيين القائلين بعدم التعويض عن الضرر الأدبي (المعنوي) و بالتعويض عنه فقها و شرعا و قضاة كما سنرى كيفية تقدير هذا التعويض .

1/ موقف الفقه و التشريع و القضاء من التعويض عن الضرر المعنوي. لقد أثارت مسألة الأخذ بالضرر المعنوي و التعويض عنه حيزاً كبيراً من الجدل الفقهي و عدم الثبات التشريعي مما أدى إلى إختلاف الممارسات القضائية بين آخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي و رافض له .

### 1.1 / موقف الفقه :

هناك من الفقه من قال بضرورة الأخذ بالضرر المعنوي شأنه شأن الضرر المادي و هناك من نادى بعدم الأخذ به و لكل حججه .

فجانب من الفقه عارض فكرة منح التعويض عن الضرر المعنوي بحججة أنه يصعب إثباته لأنه يتعلق بالجانب

---

(1) حكمة بعطاوش ، محاضرة بعنوان تعويض الضرر المعنوي ، منشورة في نشرة القضاة العدد 47 ، الصفحة 80 .

النفسي للإنسان من جهة و لأنه يصعب تقويه نقداً من جهة أخرى ، بل و يصعب تعويضه أصلاً لأنه ضرر غير مادي و لا يلحق ضرراً بالذمة المالية التي لا تنتقص ، بالإضافة إلى أن تعويض المضرور عن الضرر المعنوي لا يؤدي إلى جبر ذلك الضرر و هو آثاره مهمًا كانت قيمة التعويض ، و بالتالي فبالنسبة لهم فإن الضرر المعنوي غير قابل للتعويض لأن أمر تقديره جد مستعصي .

إضافة إلى ذلك فإن ما دعم به أنصار هذا الرأي رأيهم أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 لم تتحدث عن التعويض عن الضرر المعنوي وهو ما أدى على القول أن واطبقي القانون المدني قصدوا التعويض عن الضرر المادي فحسب.

و قد خفف أصحاب هذه النظرية من حدة ما قالوا به و أقروا بالتعويض عن الضرر الأدبي و لكن بشرط أن يكون التعويض عن الضرر الأدبي تأتى من ضرر مادى و منهم من قصر التعويض عن الضرر الأدبي إلا على الضرر المعنوى الناتج عن جريمة فحسب . (1) غير أن رأياً مخالف قال أن الضرر المعنوى شأنه شأن الضرر المادى قابل للتعويض فهو قابل للتقدير المادى و للتعويض نقداً ، كما أن إعطاء تعويض للمضرور وإن كان لا يجبر الضرر المعنوى و لا ينقص من الألم الذى يحسه نفسياً ، إلا أنه يكون وسيلة لإرضاء شعور المضرور بالعدالة ، و هذا في حد ذاته يكفى لإضفاء المشروعية على التعويض .

**2.1 موقف التشريع و القضاء .** بما أن التشريع و القضاء لا ينفكان عن بعضهما و لا ينفصلان بحكم أن القضاة ملزمون بتطبيق النصوص التشريعية فإن الإرتباط بين التشريع و القضاء إرتباط وثيق ، و التشريع و القضاء المقصودين هنا هما الجزائري و الفرنسي .

أ/ موقف التشريع و القضاء الفرنسي . بالرجوع إلى نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي نجدها تؤكد على تعويض الضرر بصفة عامة دون تحديد نوعية الضرر إن كان مادي أو معنوي ~~فهي~~ تلزم من

(1) أحمد عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (المد الأول) ، المرجع السابق ، الصفحة 856 و 866 .

تسبب بخطئه في إحداث ضرر للغير بتعويضه أي **لما** تقر قاعدة عامة في التعويض عن الضرر سواء كان مادي أو أديبي، (1) ، وهو ما جعل المحاكم الفرنسية تأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي و تستقر على ذلك ، بما فيها محكمة النقض و التي أقرت في قرارها الصادر بتاريخ 1833/07/15 على الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي .(2)

**ب/ موقف التشريع و القضاء الجزائريين .** الإشكال الذي ثار في القضاء الجزائري يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي ، ذلك أن المشرع الجزائري لم ينص في القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة عن التعويض عن الضرر المعنوي قبل سنة 2005 ، إلا أنه ذكر ذلك في مواضع متفرقة من المنظومة القانونية الجزائرية ، فنجد المادة 05 من قانون الأسرة الجزائري الفقرة الثانية منها تنص على أنه "إذا ترتب على العدول على الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض " و كذلك المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية فقرة أخيرة و التي تنص على " تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الواقع موضوع الدعوى الجزائية " و أيضا المادة 531 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية "يمنح للمحكوم عليه المصرح ببراءته بموجب هذا الباب أو لذوي حقوقه تعويض عن الضرر المادي و المعنوي الذي تسبب فيه حكم الإدانة " فهما تنصان على أن التعويض في الدعوى المدنية يشمل الأضرار المادية و الأدبية .

و كذا الأمر 15/74 المتضمن إلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور المعدل و المتمم بالقانون 31/88 إذ نجد الشق الخامس من الملحق ينص على ضرر التأمين و الضرر المعنوي إذ أن

---

(1) مشار إليه في عبد العزيز سلمان اللصاصمة ، المسؤولية المدنية التقصيرية ، جامعة العلوم التطبيقية (البحرين) ، الطبعة الأولى سنة 2011 ، الصفحة 109.

(2) طلال عجاج ، المرجع السابق ، الصفحة 375 .

ضرر التألم يستفيد منه المضرور إذا كان متوسطاً أو هاماً و يحدد ذلك عن طريق خبرة طبية ، و الضرر المعنوي يستفيد منه الأم و الأب و الزوج و الأولاد للضحية المتوفى في حدود ثلاثة أضعاف قيمة الأجر الشهري الوطني الأدنى المضمون عند تاريخ الحادث ، (1) فهنا لا إشكال يواجه القضاة على اعتبار أن التعويضات في مجال حوادث المرور تكون بقوة القانون و لا إجتهاد للقاضي في ذلك ، بل أنه يخضع في حسماً لرقابة المحكمة العليا لأنها مسألة قانونية .

و رغم وجود النصوص القانونية في هذه الحالات إلا أن الإشكال الذي طرح أمام القضاة في الممارسة القضائية هو كيفية تقدير التعويض الخاص بالضرر المعنوي و ما هي المعايير التي يعتمد عليها القضاة في ذلك و كيف يفصل مبلغ التعويض الخاص بالضرر المادي عن مبلغ التعويض الخاص بالضرر المعنوي ، فهنا نجد القضاة و لمواجهة هذه الحالة كانوا يؤسسون أحکامهم على مقدار الضرر المعنوي و النفسي الذي يصيب الشخص و الذي يختلف بإختلاف طبيعة الإلتزام المخل به و بإختلاف ظروف الشخص المضرور أيضاً ، و كانوا يشملون مبلغ التعويض الخاص بالضرر المادي مع مبلغ التعويض الخاص بالضرر المعنوي بقيمة مالية واحدة و يكتفون بالقول أن هذا التعويض يشمل مجمل ما أصاب المضرور من أضرار مادية و معنوية معاً .

غير أن المشرع الجزائري تدارك النقص الحاصل في القانون المدني و أضاف المادة 182 مكرر في تعديل القانون المدني بالقانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 إذ نصت المادة سالفـة الذكر على ما يلي "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو بالشرف أو السمعة" و بالتالي حل الإشكال و سهل الأمر للقضاة و الذي أصبحوا يقومون بالتعويض عن الأضرار الأدبية دون حاجة إلى إيجاد تبريرات لحكمـهم لأن التعويض عن الضرر المعنوي أصبح بقوة القانون .

---

(1) بلحـير مخلوف ، النصوص القانونية و التنظيمية مع الإجـتهادات القضـائية ، دار المـدى (عين مـليلـة الجزائـر) ، سنـة 2004 ، الصـفـحة

**2/ تقدير التعويض عن الضرر المعنوي .** يرى البعض أن جسم الإنسان لا يتم إصلاحه كما في الأشياء لأن المتضرر يتعرض دائما لخطر عدم الشفاء الناقص مما يستوجب معالجته حتى بأعلى الأجرور ، (1) و على الرغم من هذه الفكرة التي تبدو منطقية إلى حد بعيد إلا أن القضاة و بصفتهم المكلفين بتقدير التعويض غالبا لأن عقود العلاج الطبية لا يحدد من خلاها أطرافها قيمة التعويض في حالة إلحاد الضرر بالمريض ، فترفع دعوى التعويض ليكون القاضي هو الفيصل في تحديد قيمة التعويض إذ أنه يجد صعوبة في تحديد قيمة التعويض عن الضرر المعنوي لأنه لا توجد أي معاير عامة و موحدة يمكن الأخذ [ ] من أجل تقديره ، لذلك فإن القضاة غالبا ينحون تقديرا جزافيا لقيمة التعويض عن الضرر المعنوي غير أن هذا التقدير لا يعني أنه غير مضبوط بمعايير منطقية يتعين الأخذ [ ] تمثل في قيمة التألم الذي حل بالمضرور جراء الخطأ الطبي فالضرر الداخلي لا يخلف ضررا نفسيا أكبر من الضرر الذي يصيب الإنسان في وجهه مثلا أو في أحد أعضائه مما يسبب له أضرارا جمالية أيضا ، كذلك فإن يؤخذ في الحسبان شخصية المضرور و مدى إرتباط الضرر بشخص المضرور و سنه و جنسه ، فالضرر المعنوي الذي يلحق بالمرأة ليس نفسه الذي يلحق بالرجل و الذي يلحق بالصغير ليس نفسه الذي يلحق بالكبير أي أن شخصية المضرور تكون محل إعتبار في تقدير التعويض و هو الحال أيضا بالنسبة إلى جنسه و سنه .

فإجتهدات المحكمة العليا منحت للقضاة الحرية في تقدير التعويض عن الضرر المعنوي دون الحاجة إلى ذكر العناصر التي بنوا عليها تقديهم للتعويض و العلة من ذلك أن الضرر الأدبي يقوم على العنصر العاطفي و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها في الملف رقم 55072 بتاريخ 2009/12/17 ، (2) و أكثر من ذلك فإن المحكمة العليا و في قرارها المؤرخ في 1992/02/18 إعتبرت أن التعويض عن الضرر المعنوي يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع و هم لا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا . (3)

(1) منصور الفضل ، المرجع السابق ، الصفحة 36 .

(2) قرار منشور في مجلة المحكمة العليا ( العدد الأول ) ، سنة 2010 ، الصفحة 135 .

(3) مشار إليه في جمال سايس / الاجتهد الجزائري في المادة المدنية (الجزء الثاني) / المرجع السابق / الصفحة 840 .

ثالثا: التعويض عن تفويت الفرصة و مراجعة التعويض عند تفاقم الضرر. التعويض لا يكون عن الضرر الذي يصيب الشخص من التدخل الطبي فحسب بل قد يكون التعويض عن الضرر المتفاقم وقد يكون أيضا عن تفويت الفرصة وهو الإتجاه الحديث في التعويض .

**1/التعويض عن تفويت الفرصة .** في مواجهة الشك و عدم التأكد الدقيق المتبثق من الطبيعة الخاصة للمسؤولية الطبية حاول القضاء الفرنسي إستعمال مفهوم تفويت الفرصة أي فقد فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة ، و قد يستقر القضاء الفرنسي على التعويض على فوات الفرصة بداية من قضية الطفلة H.pierre وأيضاً التي أصبت بأضرار في ساقها الأيسر و لما عرضت على الطبيب و عالجها لم تشف و أصبت بعجز دائم فرفعت دعوى تعويض رفضت من محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 1964/07/17 على أساس إنفقاء العلاقة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر ، إلا أن محكمة النقض أقرت بتعويض الطفلة على أساس تفويت فرصتها في الشفاء ، (1) فالطبيب الذي يسبب بخطئه تفويت فرصة الشفاء على مريضه تقوم في حقه المسؤولية المدنية و بالتالي يمكن مطالبة الطبيب المعالج الذي لا يحقق العلاج المرضي للمريض دون وجود خطأ في جانب الطبيب بالتعويض فمسئوليته لا تستبعد تماما ، بل يمكن مطالبتة بالتعويض عن فقد فرصة التماطل للشفاء بحيث يعطي التعويض الأضرار المتربة على الإخفاق في الوصول إلى النتيجة المرجوة ، فالقانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضarov من رجحان كسب فوته عليه إخلال المتعاقد معه بإلتزامه ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمر إحتمالي فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه فالحرمان من الفرصة هو ضرر متحقق و لو كانت الإفاده منه أمر محتملا ، فمناط التعويض هنا أن تكون الفرصة قائمة ، فقد قرر القضاء الفرنسي تعويض الوالدين عن الضرر الأدبي الذي لحقهم بسبب تفويت الفرصة في إستمرار حياة الطفل الوليد.(2)

(1) مشار إليه في رايس محمد ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون ، المراجع السابق ، الصفحة 202 .

(2) ثروت عبد الحميد ، المراجع السابق ، الصفحة 28 .

غير أن التعويض عن فوات الفرصة هو تعويض جزئي مقارنة بالضرر النهائي الذي يصيب المريض ، وقد بترت الطبيعة الجزئية للتعويض بأن ما يعوض من ضرر خاص و مستقل عن الضرر النهائي ، و يحكم هذا التعويض إذا ما إستطاع المضرور أو ورثته إثبات أن فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة كانت قائمة لو زود الطبيب مريضه بالعناية والعلاج المناسبين ،<sup>(1)</sup> و هذا التعويض عن فوات الفرصة يعطى للمضرور جزئيا حتى لو لم يثبتت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.<sup>(2)</sup>

**2/مراجعة التعويض عند تفاقم الضرر.** الضرر الذي يصيب المضرور قد يكون متغيرا و قد لا يتيسر تعين مقداره تعينا<sup>ا</sup> وقت النطق بالحكم ، لذلك فمن المقرر أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعينا<sup>ا</sup> فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض،<sup>(3)</sup> و بالتالي فإذا كان الضرر متغيرا فعلى القاضي عند الحكم بالتعويض النظر في هذا الضرر لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول ،<sup>(4)</sup> أي أن السببية غير منقطعة الصلة بين خطأ الطبيب و الضرر المتفاقم للمضرور .

و لما كان الضرر الجسدي غالبا ما يتغير و لا يبق على نفس الحالة التي كان عليها وقت صدور الحكم إذ قد يتفاقم و يتحول جرح بسيط إلى عجز في العضو المصاب ، كان لزاما أن يعالج المشرع هذه المسألة لأن<sup>ا</sup> غاية في الأهمية سيمما في الأخطاء الطبية لأن<sup>ا</sup> مجال خصب لتفاقم الضرر و هو ما عالجه المشرع الجزائري

(1) عدنان إبراهيم سرحان ، محاضرة بعنوان مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول (المسؤولية الطبية ) ، المرجع السابق ، الصفحة 181 .

(2) محمد رais ، نطاق و أحکام المسؤولية المدنية للأطباء و إثباتها ، المرجع السابق ، الصفحة 280 .

(3) ئاسوس نامق براخاس ، المرجع السابق ، الصفحة 179 .

(4) ئاسوس نامق براخاس ، نفس المرجع ، الصفحة 181 .

فنص في المادة 131 من القانون المدني على أن القاضي إذا لم يقدر التعويض بصفة [ائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير ، فإذا ما زاد الضرر بعد صدور الحكم الأول (1) بشرط أن يكون تفاقم الضرر أي تفاقم جسامه الإصابة الجسدية للمضرور تسبب فيه خطأ المسؤول ، فلا يمكن للمسؤول (المدين بالتعويض) أن يحتاج بقوة الأمر القضي فيه للحكم الأول القاضي بالتعويض لأنه يطلب تعويضا عن ضرر لم يكن قد تحقق عند صدور الحكم الأول بالتعويض ، ويشترط هنا فقط إجراء خبرة طبية من أجل معرفة الضرر المتفاقم لتناسب قيمة التعويض مع حجم الضرر ، و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 2005/11/23.(2)

إضافة إلى ذلك فإنه لقبول طلب المضرور للتعويض عن تفاقم الضرر لا بد أن يكون الحكم الأول القاضي بالتعويض قد حفظ حق المضرور في المطالبة خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض ، و إلا فإنه لا يحق له ذلك ، أي لا يحق له الرجوع أمام القضاء للمطالبة بتقدير التعويض حسب الوضع الجديد للضرر وفق ما أكدته قرار مجلس الأعلى بتاريخ 17/06/1986(3) وأهمية حفظ الحق للمطالبة بمراجعة التعويض عن الضرر المتفاقم تظهر بصورة جد واضحة في الضرر الناتج عن الخطأ الطبي ذلك أنه قد يتفاقم مع مرور الوقت و لا يظهر بصورة كافية عند صدور الحكم المثبت للمسؤولية المدنية و القاضي بالتعويض ، فقد يحتاج المضرور إلى إجراء عملية جراحية أخرى جراء الخطأ الطبي الأول بعد صدور الحكم بالتعويض فيرفع دعوى ثانية ليتم الحكم له بالتعويض عن قدر الزيادة في نسبة العجز التالية لصدور الحكم النهائي بالتعويض.(4)

(1) Rémy cabrillac . op.cit . page 229 .

(2) منشور في نشرة القضاة ، العدد 63 .

(3) مشار إليه في جمال سايس ، الإجتهد الجزائري في مادة الجنح و المخالفات (الجزء الثاني) ، المرجع السابق ، الصفحة 478 .

(4) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ، المرجع السابق ، الصفحة . 784

#### رابعاً: العوامل التي تؤثر في تقدير القاضي للتعويض . كما سبقت الإشارة

إليه فإنه في حالة إذا لم يكن التعويض مقدراً في عقد العلاج الطبي المبرم بين الطبيب والمريض فإن القاضي هو المخول له تقدير قيمة التعويض و كما سبقت الإشارة إليه أيضاً فإن القاضي يراعي جملة من الضوابط في تقديره للتعويض إلا أن ذلك لا يمنع بأي شكل من وجود بعض العوامل التي قد تؤثر على عملية تقدير التعويض من قبل القاضي الفاصل في الدعوى ، ومن ضمن هذه العوامل نجد .

**1/ جسامنة الخطأ .** إنه و لما كانت وظيفة القاضي المدني أو حتى الجزائي الفاصل في الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى العمومية هي الحكم بالتعويض فقط و ليس معاقبة المتسبب في الضرر ، فمن البديهي و المنطقي أن لا يكون لجسمة خطأ المسؤول أي تأثير على مبلغ التعويض ، فالتعويض المدني يجب أن يشمل الضرر بصرف النظر عن جسامنة خطأ المسؤول ، إذ أنه ليس من الإنصاف أن يتحمل المسؤول تعويضاً يتجاوز الضرر الذي أحدثه بحجة أن خطئه كان جسيماً ، كما أن ذلك فيه خرق للمبادئ القانونية المستقر عليها و سيؤدي إلى أن يرى المتضرر على حساب المتسبب في الضرر ، و قد دعم هذا الرأي الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهاوري عندما أكد أن الظروف الملابسة التي يعتمدتها القاضي في تقدير التعويض هي التي تلابس المضرور (الدائن بالتعويض) لا الظروف التي تلابس المسؤول عن الضرر ، أما الظروف الشخصية التي تحبط بالمسؤول و جسامنة الخطأ الذي صدر منه فلا تدخل في الحساب على خلاف الرأي بالنسبة إلى جسامنة الخطأ.<sup>(1)</sup>

و هناك من قال بأن عدم تأثير جسامنة الخطأ على تقدير التعويض تبقى قاعدة نظرية أكثر مما هي عملية لأن المحاكم تجنب من الناحية الواقعية إلى الزيادة أو التقليل من مبلغ التعويض بحسب جسامنة خطأ المسؤول ، و من ضمن الفقهاء الذين قالوا<sup>[[</sup>] الفقيه سافييه ، إذ رأى أنه لا يمكن للقاضي عند تقدير التعويض أن يخلص من أحاسيسه و شعوره سيما عندما يكون القاضي الجزائي هو الفاصل في الدعوى المدنية بالتبعية

(1) عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، الصفحة 1262 .

للدعوى العمومية ، إذ أنه يحاول خلق نوع من التوازن بين العقوبة و التعويض ، فيأخذ في الإعتبار جسامة خطأ المسؤول.(1)

إلا أن الراجح أن الخطأ و مهما كانت جسامته يقتصر دوره على إسناد المسؤولية و لا علاقة له بتقدير التعويض و أن مقدار التعويض المحكوم به يكون واحداً لـ كل درجات الخطأ (2) و حسب رأينا فإن القاضي و مهما كان حجم الخطأ المترتب من المسؤول فإنه يتبع عليه أن يقضي بالتعويض المعادل لجسامنة الضرر لا لجسامنة الخطأ أي على القاضي أن يتحلى بأكبر قدر من الموضوعية و الحياد ، و أن لا يتبنى القضية المعروضة أمامه و يتعامل معها بكل إحترافية .

## 2/ حالة التأمين من المسؤولية .

قد يتأثر القاضي بحالة ما إذا كان المدين بالتعويض مؤمن لدى شركة تأمين أم لا عند تقدير قيمة التعويض ، إذ أنه في حالة ما إذا كان مؤمن لدى شركة تأمين قد يكون عامل مؤثر على القاضي في زيادة قيمة التعويض ، لأن شركة التأمين هي من تتحمل هذا التعويض و ليس المتسبب في الضرر ، فشركات التأمين غالباً ما تكون لها الملاة لتسديد هذه التعويضات حتى لو كانت قيمتها عالية ، و على العكس من ذلك فإن القاضي قد يرفع من قيمة التعويض إذا كان المتسبب في الضرر غير مؤمن ، إذ يفسر ذلك بأنه أخطأ إذا كانت المخاطر تستوجب في العادة التأمين عليها.(3)

غير أن هذا الإتجاه ليس له ما يبرره لأن التعويض يشمل الضرر و لا دخل له لا من قريب و لا من بعيد بشخص الملزم بالتعويض و بملاءته ، كما أن التأثر [لذا العامل رفعاً لقيمة التعويض من شأنه أن يعطي المبرر لشركات التأمين من أجل رفع قيمة الأقساط التأمينية و هو ما قد يجعل الممارسين الطبيين يعزفون على

(1) عبد العزيز سلمان اللصاصمة ، المرجع السابق ، الصفحة 224 .

(2) محمد السيد السيد الدسوقي ، المرجع السابق ، الصفحة 32 .

(3) عبد العزيز سلمان اللصاصمة ، المرجع السابق ، الصفحة 227 .

إكتتاب تأمين لمسؤوليتهم المدنية المهنية .

**3/ حالة المضرور الصحية.** لعل هذا العامل هو العامل الأكثر تأثيراً بخصوص المسؤولية المدنية الطبية على اعتبار أن حالة المضرور الصحية هي عادة على غير ما يرام و إلا لما إتجه إلى الطبيب قصد العلاج للشفاء ، إضافة إلى هذه الحالة المرضية محل العلاج قد يكون المريض مصاب بأمراض أخرى غير التي قصد الشفاء منها بإبرامه لعقد العلاج الطبي ، كأن يكون مريضاً بداء السكري مثلاً أو أن له أمراض أخرى تؤدي إلى تفاقم حالته و عدم إستطاعة الطبيب التدخل جراحياً لإنقاذه من الموت ،<sup>(1)</sup> هذا من الناحية السلبية أي من ناحية إنفاس قيمة التعويض ، غير أنه يمكن تصور هذا التأثير لحالة المضرور من الناحية الإيجابية أي تأثير حالته في الرفع من قيمة التعويض كأن يكون المضرور مصاباً مسبقاً بعمى في عينه اليمنى ثم يؤدي الخطأ الطبي إلى إصابته بالعمى في عينه اليسرى فيصبح الضرر الذي أصابه بالغ الأهمية و ما كان ليكون بهذه الأهمية لو كانت حالته الصحية جيدة و غير مصاب بعمى في العين اليمنى فالضرر أشد من من تصاب له عين سليمة ،<sup>(2)</sup> ففي هذه الحالة قد تؤثر حالة المضرور في الرفع من قيمة التعويض ، كما أن الضرر قد لا يكون مستقلاً تماماً على الحالة الصحية السابقة للمريض فقد يكون اعتبار الضرر الناجم عن التدخل الطبي إمتداد لهذه الحالة .<sup>(3)</sup> و هذه المسألة المتعلقة بإمتداد الخطأ الطبي لتفاقم حالة المريض من عدمه تحدده الخبرة الطبية التي يأمر بها القاضي في النزاع و من هنا تظهر أهمية الخبرة المأمور بها قضاءً في تأكيد إرتباط الخطأ بالضرر و كذلك في تقدير التعويض .

(1) عبد العزيز سليمان اللصاصمة ، المرجع السابق ، الصفحة 228 .

(2) محمد شتا أبو سعد ، المرجع السابق ، الصفحة 52 .

(3) آمال بكوش ، المرجع السابق ، الصفحة 40 .

**4/ حالة خطأ المضرور .** إذا كان الخطأ الذي أدى إلى إحداث الضرر لا ينسب إلى الطبيب وحده بل يكون مشتركاً بين الطبيب (المدعى عليه في دعوى المسؤولية ) و المريض المضرور ففي هذه الحالة فإن القاضي يوزع المسؤولية بين الطرفين بحسب جسامته الخطأ الذي صدر عن كل واحد منهما ، و بالتالي يكون الحكم بالتعويض بالنسبة للطبيب بقدر نسبة مشاركته في إحداث الضرر فقط ، و لا يتحمل كامل التعويض لجبر كل الضرر (1). و القاضي هو الذي يحدد نسبة مشاركة كل واحد في الضرر بخطئه و بناءاً عليها يحدد قيمة التعويض الذي يتحمله المسؤول بحسب نسبة مشاركته في إحداث الضرر ، فإذا كانت نسبة مشاركة المسؤول في الضرر هي 50% تكون نسبة تحمله للتعويض هي 50% من المبلغ الإجمالي للتعويض و هكذا .

### **الفرع الثالث: تحميل غير المسؤول عن الضرر للتعويض و تقادم دعوى المسؤولية الطبية .**

هناك بعض الحالات التي لا يتحمل فيها المسؤول عن الضرر التعويض بل تتحمله الدولة أو صناديق خاصة ، غير أن هذا التعويض يكون في كل الحالات بناءاً على تقدير من القاضي و بموجب دعوى المسؤولية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا و تقادم وهو ما سنراه في هذا الفرع .

#### **أولاً: تحميل غير المتسبب في الضرر و شركة التأمين للتعويضات.**

إن المسؤولية المدنية تقوم عند وجود ضرر أحق بالغير ، و ملء ذلك الضرر عن طريق تعويض المضرور و يكون التعويض على عاتق المتسبب في الضرر الذي يكون قد أخل بإلتزام سابق رتبه العقد أو القانون ، و على عاتق شركة التأمين إذا كان المتسبب في الضرر مكتتبًا لتأمين من مسؤوليته المدنية ، إلا أنه في بعض الحالات تتحمل الدولة أو صندوق الضمان التعويضات في حالة عسر أو إنعدام المسؤول عن الضرر.

---

(1)Philipe le tourneau et Loïc cadet . op.cit . page 31.

1/ تتحمل صندوق ضمان المؤمن لهم للتعويض. حسنا فعل المشرع الجزائري حين نص في المادة 213 مكرر من الأمر 07/95 المتضمن التأمينات على إنشاء لدى الوزارة المكلفة بالمالية صندوق يسمى (صندوق ضمان المؤمن لهم) و يكلف هذا الصندوق بتحمل التعويضات المحكوم [ ] لفائدة المؤمن لهم أو المستفيدون من عقود التأمين كلياً أو جزئياً في حالة عجز شركات التأمين ، و العجز هنا يكون في حالة إفلاس شركات التأمين أو عجزها المالي نتيجة كثرة تحملها للتعويضات المحكم [ ] لكي لا يضيع حق المضرور فيجد الصندوق الذي يعوضه على اعتبار أن هذا الصندوق غالباً تكون له ملاءة سيما أنه يمول من إشتراكات سنوية لشركات التأمين و / أو إعادة التأمين و فروع شركات التأمين الأجنبية المعتمدة في حدود 01 % من الأقساط الصافية من الإلغاءات .

و حيث إن ظاهرة الأخطاء الطبية و الأضرار المرتبة عنها أخذت في التزايد يوماً بعد يوم فإننا نرى أنه يجب إيجاد حلول عملية لهذه الظاهرة كإنشاء صندوق خاص من أجل تعويض ضحايا الأخطاء الطبية ، فرغم وجود تأمين إلزامي للمسؤولية المدنية الطبية و وجود شركات تأمين تغطي هذه التعويضات إلا أن إنشاء مثل هذا الصندوق فيه الكثير من الفوائد و لعل أهمها أنه يمكن المضطربين من الحصول على تعويضاً [ ] من جهة لها ملاءة و في أقصر وقت ممكن ، إذ اللجوء إلى هذا الصندوق في حال إنشائه يمكن من ربع الكثير من الوقت و الذي يكون المضطرب في أمس الحاجة إليه لجبر الضرر الذي أصابه جراء الخطأ الطبي ، إقتداء بما ذهب إليه المشرع الفرنسي حين أنشأ صندوق لتعويض ضحايا مرض الإيدز ، فإن إنشاء هذا الصندوق كان بالقانون 1990/12/31 ، و عند إنشائه كان عدد المصابين بمرض الإيدز في حدود 5000 مصاب (1) ، و هذا الصندوق الفرنسي يمول من قبل الدولة و شركات التأمين و يقدم التعويضات للمصابين بعدهوى الإيدز جراء نقل دم ملوث لهم ، و قراراته تكون قابلة للإستئناف أمام محكمة إستئناف باريس . (2)

(1) مشار إليه في أحمد السعيد الرقد ، تعويض ضحايا مرض الإيدز و إلتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم ، دار الجامعة الجديدة (مصر) ، سنة 2007 ، الصفحة 108.

(2) أحمد السعيد الرقد ، نفس المرجع ، الصفحة 118.

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

**2/ تحمل الدولة للتعويض .** إن المسؤولية المدنية الطبية متوجهة نحو مسؤولية مدنية مهنية موضوعية أي مسؤولية بدون خطأ ، تطبيقا للنصوص القانونية و مبادئ حقوق الإنسان ، و ظهور أفكار إيديولوجية و أخلاقية فبدأت فكرة السلامة الجسدية تطفو من جديد في أفق المسؤولية التعويضية مدفوعة برغبة ا[[تمع في حماية أفراده مما يصيبهم من أضرار في الحياة . فسلامة الإنسان بإعتبارها أغلى قيمة إنسانية فهي أولى بالرعاية و الإهتمام من أي إعتبارات مادية أخرى ، فيتوجب على القانون حمايتها في إطار تنظيمه للحربيات الفردية بإعتبارها أساس كل القيم ،(1) لذلك ظهرت فكرة تحمل الدولة تعويض الأضرار التي تحصل للإنسان حتى في حالة إذا لم تنسب إلى أي شخص و لم يكن للمضرور يد في الضرر الذي حصل له . و قد تبني المشرع الجزائري هذه الفكرة و جسدها عند تعديل القانون المدني بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 فجاء بمادة جديدة هي المادة 141 مكرر 01 التي تنص على "إذا إنعدم المسؤول عن الضرر الجسمني و لم تكن للمتضرر يد فيه ، تتکفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر ." ، فمن إستقراء هذه المادة يتضح لنا جليا أن الدولة تتکفل بتعويض الأضرار الجسمانية للأشخاص بتوافر الشروط

التالية :

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

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

(1) آمال بکوش ، المرجع السابق ، الصفحة 74 .

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

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

فبتواffer هذه الشروط تتولى الدولة تعويض المضرور عن ما أصابه من أضرار جسمانية و سبب ذلك هو أن الدولة هي المسؤولة المباشرة عن سلامة الإنسان في حياته و صحته و عمله ، و عليها دفع الضرر عنه سواء كان مادياً أو معنوياً ، فكما هي وارث ما لا وارث له فمن باب أولى عليها أن تلتزم بحماية ذلك الإنسان في حياته قبل مماته.(1)

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

و من كل هذا يجب إنشاء صندوق خاص يتولى عملية دفع التعويضات للمتضررين الذين لا ينسب ضررهم إلى أي كان و يتم تمويل هذا الصندوق من ميزانية الدولة في جزء منه و الجزء الآخر يمول بإقطاع نسبة مؤدية من كل قسط تأمين.

كما أنه لا داع للجوء إلى القضاء للحصول على هذا التعويض و إلزام الدولة به ، بل يكفي أن تكون هناك لجنة متكونة من قاضي و مجموعة من الخبراء في القانون و الاقتصاد و الطب و كل ما من شأن إختصاصه مساعدة هذه اللجنة لتتولى دراسة الملفات المعروضة عليها و التثبت من الشروط المنصوص عليها

(1) لقمان فاروق حسن نانه كه لي ، المرجع السابق ، الصفحة 239 .

في المادة 141 مكرر من القانون المدني لتقدر بعدها قيمة التعويض المستحق للمضرور على أن تكون قرارها ملزمة للصندوق الذي يدفع التعويضات و أن لا تكون قراراً قابلة لأي طريق من طرق الطعن لتجنب ضياع الوقت في إجراءات التقاضي و الطعون .

و بطبيعة الحال فإن هذه المادة لها من الأهمية القدر الكبير بخصوص الأضرار الناتجة عن التدخلات الطبية التي لا يد للمضرور فيها و التي لا تنسب إلى أي خطأ من الممارس الطبي و ما أكثر هذه الحالات و التي ستتجدد بتفعيل هذه المادة مخرجاً لها للحصول على تعويض يجبر الضرر الذي أصالة و يرضي شعورها بالعدالة الإجتماعية .

ثانياً: رقابة المحكمة العليا لتقدير القاضي للتعويض و تقادم دعوى المسؤولية الطبية. دعوى المسؤولية الطبية تقادم كل الدعاوى ، كما أن القاضي يخضع في فصله في تلك الدعوى لرقابة المحكمة العليا وفقاً لما يلي :

**1/ رقابة المحكمة العليا على تقدير القاضي للتعويض .** بإعتبار الضرر هو مناط تقدير التعويض فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر و يقدر بقدرها ، و لا يتبيّن هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقاً للتعويض .

و لئن كان التثبت من وقوع الضرر و مداه مسألة واقعية يستقلّ [ما] قضاعة الموضوع ، فإنّ تعين هذا الضرر في الحكم و ذكر العناصر المكونة له قانوناً و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض يعتبر من المسائل القانونية التي [ليمن] عليها المحكمة العليا برقبتها لأنّ هذا التعين هو من قبيل التكيف القانوني للوقائع ، فيكون استيفاء الضرر لشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا .

---

(1) سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني (الجزء الثاني) ، دار الكتاب الحديث ، الطبعة الخامسة سنة 1988 ، الصفحة 184.

كما أن عناصر تقدير التعويض تخضع لرقابة المحكمة العليا إذ لا تراقب مدى إحترام القاضي للعناصر و المعايير التي وضعها المشرع أمامه للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب مع الضرر .

أما ما لا يخضع لرقابة المحكمة العليا و يبقى خاضعا فقط للسلطة التقديرية للقاضي فهي قيمة التعويض المحکوم به للمضرور ، و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في عدة قرارات و منها قرارها بتاريخ 1989/06/06 و القاضي بأن تقدير التعويض يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع و من ثمة فإنه لا رقابة على قضائهم متى كان مرتكزا على تعليل كاف . (1) هذا بخصوص الضرر المادي أما الضرر المعنوي فالقاضي غير ملزم بذكر عناصر التقدير و هو ما استقرت عليه قرارات المحكمة العليا و من ضمنها القرار الصادر بتاريخ 2009/12/17 . (2)

**2/ تقادم دعوى المسؤولية الطبية :** التقادم هو إنقضاء وضعيّة قانونيّة بمرور مدة زمنيّة معينة يحدّدها القانون (3) و التقادم في دعوى المسؤولية المدنية الطبية مسأّلة غاية في الأهميّة و قد برزت هذه الأهميّة بصفة خاصة بمناسبة الخلاف الدائر حول طبيعة المسؤولية المدنية الطبية أهي عقدية أو تقصيريّة ، فظهر قرار مارسيي الشهير عن محكمة النقض الفرنسية و الذي يعتبر هذه المسؤولية عقدية ، فأساس هذا القرار كان دفع بتقادم دعوى المسؤولية الطبية بمرور ثلاث سنوات فأقررت محكمة النقض أن التقادم يكون بمرور 30 سنة لأن المسؤولية الطبية ذات طبيعة عقدية و ليست تقصيريّة . (4)

(1) مشار إليه في سايس جمال ، الاجتهاد الجزائري في مادة الجنح و الحالات (الجزء الثاني ) ، المرجع السابق ، الصفحة 550 .

(2) منشور في مجلة المحكمة العليا ، لسنة 2010 العدد الأول ، الصفحة 135 .

(3) Rémy cabrillac . op.cit . page321 .

(4) منير رياض حنا ، النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها ، المرجع السابق ، الصفحة 733 .

و عندما يكون الطبيب المسؤول مدنيا عن خطئه مكتتب لتأمين عن مسؤوليته المدنية ، تكون الدعاوى على شقين و التقادم تقادمين أحدهما يتعلق بالدعاوى الناشئة عن عقد التأمين من المسؤولية المدنية والأخرى تتعلق بدعوى المسؤولية المدنية لذلك سنرى تقادم كلا الدعويين :

**1.2 / تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد تأمين المسؤولية المدنية الطبية.** بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري المادة 624 منه نجد أنها تحدد مدة سقوط الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين بإقصاء ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة التي تولدت عنها هذه الدعاوى ، وهي ذات المدة التي حددت المادة 27 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات و قد أكدت ذات المادة أن مدة سريان التقادم تبدأ من تاريخ الحادث الذي نشأت عنه أي ألا تبدأ من تاريخ إبرام عقد التأمين ، و بمقارنة بسيطة بين المادتين سالفتي الذكر نجد أن المشرع الجزائري في المادة 27 من قانون التأمينات حدد طرفي الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين في المؤمن و المؤمن له ، بينما رأينا في ما سبق أن أشخاص عقد التأمين يمكن أن يكونوا غير المؤمن و المؤمن له إذ يمكن أن يكون شخص ثالث و هو المستفيد إذا كان هذا الأخير غير المؤمن له و هو ما يجعل هذه المادة تحتاج إلى مراجعة أو بالأحرى جعلها كالمادة 624 من القانون المدني و التي حددت مدة التقادم دون تحديد طرفي هذه الدعاوى بالمؤمن و المؤمن له فقط .

و التقادم الثلاثي قصير المدى يشترط فقط في الدعاوى الناشئة عن عقد التأمين دون غيرها سواء كانت هذه الدعاوى مرفوعة من المؤمن أو من المؤمن له ، ومن أمثلة الدعاوى المرفوعة من المؤمن و تعتبر ناشئة عن عقد التأمين دعوى المطالبة بـأقساط ، و من بين الدعاوى المرفوعة من المؤمن له و تعتبر ناشئة عن عقد التأمين دعوى المطالبة بـأقساط ، و من بين الدعاوى المرفوعة من المؤمن له و تعتبر ناشئة عن

(1) إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، الصفحة 315 .

## 2.2/ تقادم دعاوى المسؤولية المدنية الطبية . إن الدعاوى التي لا تنشأ عن عقد التأمين

لا تخضع للتقادم الثلاثي و إنما تخضع من حيث التقادم إلى القواعد العامة كدعوى المسؤولية التي يرفعها المضرور على المؤمن له الذي أبرم عقد تأمين المسؤولية المدنية الطبية ، و هذه الدعاوى تخضع في التقادم للقواعد العامة لأنها تستند إلى القانون في ما يتعلق بأحكام المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية و لا تستند إلى عقد التأمين .

كما سبق و أن رأينا في الفصل الأول من هذه الدراسة فإن المسؤولية المدنية الطبية عقدية كأصل عام و تقصيرية إستثناء و بالتالي فهي تخضع للقواعد العامة في التقادم للمسؤوليتين إذ و بالرجوع إلى القواعد العامة بحد المادة 133 من القانون المدني الجزائري تنص على أن دعوى التعويض تسقط بمدورة خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ، و هي ذات المدة التي حددها المادة 308 من القانون المدني لتقادم الإلتزام ، و بالتالي فإن مدة تقادم دعوى المسؤولية للمطالبة بالتعويض عن الأخطاء الطبية تكون بمدورة 15 سنة من تاريخ إتيان الفعل الضار أي من تاريخ التدخل الطبي.

غير أن مدة التقادم لا تحسب دائمًا من تاريخ تحقق الخطر المؤمن منه و هو الخطأ في إطار المسؤولية المدنية الطبية أي من تاريخ إتيان التدخل الطبي تشخيصي كان أم علاجي أو جراحي ، و إنما في حالة إذا لم يكتشف الضرر في الحين و إكتشف لاحقا فإن مدة التقادم تسري من تاريخ إكتشاف هذا الضرر و ليس من تاريخ إتيان العمل الطبي ، و هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في قضية عرضت عليه إذ رفعت سيدة دعوى ضد مستشفى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تسببت لها فيها تدخل جراحي أجري لها سنة 1966 ، إلا أنها لم ترفع دعوى التعويض إلا سنة 1995 أي بعد مرور حوالي 28 سنة كاملة من تاريخ إتيان العمل الطبي ، و قد أقر مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 31/01/2000 بأن الدعوى صحيحة و لم تقادم لأن حساب مدة التقادم تكون من تاريخ إكتشاف الآلام ، و هي التي يبيتها الخبرة المأمور [1].

---

(1) الحسين بن الشيخ اث ملويا ، المرجع السابق ، الصفحة 241 .

## الخاتمة

بعد دراسة موضوع المسؤولية المدنية على الأخطاء الطبية و تأمينها خلصنا إلى أنه على قدر كبير من الأهمية نظراً للتزايد المستمر للأضرار التي تترتب على هذه الأخطاء و جسامتها ، فوصلنا إلى عدة نتائج من خلال هذه الدراسة أهمها:

أولاً: عرفت المسؤولية المدنية الطبية تطوراً من حيث أساسها القانوني فبدأت تقصيرية ثم أصبحت تبني على أساس عقدي و ذلك بعد القرار المرجعي و الشهير الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1936/05/20 و الذي أقرت فيه أن المسؤولية الطبية عقدية و ليست تقصيرية ، ومنذ ذلك التاريخ دأبت المحاكم الفرنسية و على اختلاف درجاتها إلى اعتبار هذه المسؤولية عقدية ، غير أن هذه القاعدة ليست عامة بل أنه يمكن أن تكون تقصيرية في حالة التدخل التطوعي أو إلزامي للطبيب أو في حالة بطalan العقد الطبي بين الطبيب و المريض أو عند ممارسة الطبيب داخل المستشفيات العامة .

ثانياً: من حق المريض على الطبيب الذي يعالجه أن يحرض على سلامته و أن يسأل عن خطئه الذي يسبب له ضرراً أو لذويه في حالة وفاته ، فالطبيب إذا كان لا يلتزم بشفاء المريض إلا أن إلتزامه يتضمن أن يبذل جهوداً خاصة و صادقة و يقطلة تلاعماً و تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب راجياً الشفاء ، و لكن دون أن يضمنه ، لأن الشفاء يتوقف على عوامل و اعتبارات مختلفة كالملاعة و الوراثة و حدود التقدم في العلوم الطبية ، و أيضاً لأن العمل الطبي قائم على الحدس و التخمين و تسسيطر على نتائجه فكرة الإحتمال ، و عليه فإن إلتزام الطبيب إذا إلتزام ببذل عناية أصلاً ، إلا أنه ينقلب إلى إلتزام بتحقيق نتيجة في بعض التدخلات الطبية التي تعتمد على تقنية عالية و آلات حديثة فتكون نسبة الخطأ فيها ضئيلة جداً كعمليات التحمل و نزع و نقل الدم .

و الطبيب سواء كان ملتزماً ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة يسأل عن كل تقصير في سلوكه الطبي لا يحصل من طبيب يقطن في مستوى العلمي و المهني و يكون في نفس الظروف التي كانت محيطة بالطبيب المسؤول أو المتسبب في الفعل الضار ، فهو يسأل على أساس معيار الرجل العادي .

ثالثاً: رأينا أن أركان المسؤولية المدنية الطبية الخطأ ، الضرر و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر ، و حاولنا أن نعطي لكل ركن خصوصيته لإعتبارات عدة أهمها ما لهذه المسؤولية من خصوصية تميزها عن المسؤولية المدنية ، و هذه الخصوصية أدت إلى ظهور إتجاه فقهي و قضائي ينادي بجعل المسؤولية المدنية الطبية موضوعية أي جعلها تقوم على أساس الضرر لا الخطأ لنكون أمام مسؤولية بدون خطأ كون الخطأ الطبي صعب الإثبات ، و ذلك <sup>ما</sup> آثار هذه المسؤولية و إفاده أكبر قدر من الضحايا بالتعويضات التي تجبر أضرارهم .

رابعاً: تحدثنا عن خطأ الفريق الطبي لما تثيره هذه النقطة القانونية من جدل فقهي في مجال المسؤولية المدنية الطبية ، ذلك أن دور الطبيب الفرد تقلص فاسحا <sup>ما</sup> لعمل الفريق الطبي ، فهذا الأخير هو عبارة عن مجموعة من الأشخاص أو بالأحرى الأطباء المتخصصين في حالات طبية متنوعة (أشعة ، تخدير ، تحاليل ، إنعاش ، جراحة ....) يجتمعون للعمل كفريق من أجل هدف طبي واحد ، فتضافر جهود الفريق الطبي كل في مجال اختصاصه ، و لكن دون أن يتدخل أحدهم في عمل الآخر أي أن عملهم تكامل لا تداخل .

فقد يحصل أن يختار المريض الفريق الطبي كاملا فتجمعه بكل واحد منهم علاقة تعاقدية يحكمها عقد العلاج الطبي ، كما أنه يمكن أن لا يختار المريض الفريق الطبي كاملا بل يختار الطبيب المشرف على التدخل الطبي فقط و الذي غالبا ما يكون الطبيب الجراح و هذا الأخير يتکفل بإختيار الفريق الطبي الذي يشاركه تدخله الطبي ، فتكون العلاقة العقدية هنا بين المريض و الطبيب المشرف ، و خلصنا إلى ضرورة قصر المسؤولية في جانب الطبيب المخطئ من الفريق دون الآخرين كون مسألة إثبات الخطأ الطبي و نسبته لفاعله لم يعد بدرجة الصعوبة التي كان عليها سابقا و لكون جعل المسؤولية على عاتق كامل الفريق الطبي فيه إجحاف كبير في حق الأطباء أعضاء الفريق غير المخطئين ، كما أن الأعمال الطبية داخل الفريق الطبي مستقلة و متميزة من الناحية الفنية و من ناحية الاختصاص .

خامساً: لما كان الكيان الجسدي هدفا للحماية القانونية الصارمة ، و كان الضرر الذي يصيب الإنسان هو موضوع التأمين من المسؤولية المدنية الطبية فضلا عن أن الإنسان هو موضوع الفن الطبي فإن من أبرز الملامح الجديدة في مجال التأمين هو ظهور التأمين من المسؤولية المدنية الطبية ، ذلك أن العلاقة بين الطبيب و المريض ليست في موضع متساو

كون الطبيب عالم بمهنته و مخاطرها أو يفترض أنه عالم [١] ، مع حقيقة قصور البشر عن إدراك بعض الأشياء في جسم الإنسان مهما تطور العلم ، مما يدعونا إلى توفير أكبر قدر من الحماية للأطباء لأن الخوف من المسؤولية قد يجعلهم أقل إقداماً وأقل جرأة و هذا يتنافى مع العمل الطبي إضافة إلى حماية الطرف الضعيف و هو المريض الذي يترك جسده بيد الطبيب و التي يفترض أن تكون أمينة ، فلا بد أن يكون هناك ضمان و هو التأمين من المسئولية المدنية الطبية إذا ما تحقق الضرر .

سادسا: و لقد تطور تأمين المسئولية الطبية إلى أن أصبح إلزامياً في عديد الدول و من ضمنها الجزائر التي أقرت بموجب الأمر 07/95 المتضمن قانون التأمينات بإلزامية التأمين من المسئولية الطبية ، غير أن هذه الإلزامية لم تصاحبها عقوبات تردع الممارسين الطبيين. و لعل الردع كان من جانب القضاة بمناسبة فصلهم في قضايا المسئولية المدنية الطبية المرفوعة أمامهم إذ أن البعض رأى بأن القضاة يحكمون بتعويضات كبيرة تنقل كاهل الطبيب و شركة التأمين ، إلا أن القضاة المدنيين أو الإداريين و عند فصلهم في هذه الدعاوى يراعون معايير حددها القانون لتقدير التعويضات لجبر الضرر كاملاً و يكونوا أيضاً مقيدين بنسبة العجز التي يحددها الخبير المعين بموجب أمر قضائي في إطار سلطتهم التقديرية و التي لا رقابة للمحكمة العليا عليهم فيها .

سابعا: إن الغاية من تأمين المسئولية المدنية عن الأخطاء الطبية هي حصول المريض على التعويض الكامل للضرر الذي أصابه ، فتعويض الضرر بنوعيه المادي و المعنوي مقرر شرعاً و قانوناً و عرفاً جبراً للضرر و رعاية للحقوق و زجراً لمخالفتي القانون و توفيره للاستقرار و تحقيقاً للعدل .

و التعويض في إطار المسئولية الطبية يكون تقديره من القاضي لأنه غير مقدر قانوناً ، كما أنه من غير المستساغ عملياً و لا أخلاقياً أن يتفق المريض و الطبيب على قيمة التعويض في إلحاق ضرر بالمريض .

و رأينا أنه من الأفضل أن يكون وقت تقدير التعويض هو وقت صدور الحكم ، لأنه التعبير الصادق عن مبدأ التعويض الكامل .

و بعد أن لخصنا ما عرضناه في فصلي هذه المذكرة نقدم بعض الإقتراحات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة :

- . دعوة المشرع الجزائري إلى تنظيم عقد العلاج الطبي بالنص عليه في القانون المدني ، مع وضع تعريف لمفهوم الخطأ الطبي يتناسب و خصائصه و يتميز عن المفهوم العام للخطأ .
- . دعوة المشرع إلى اعتبار أساس المسؤولية المدنية الطبية الخطأ المفترض أي جعلها تقوم على قرينة بسيطة بقيام الخطأ فيعفى المضور من إثبات خطأ الطبيب ، و يصبح الطبيب هو الملزم بإثبات صحة تدخله الطبي و نفي الخطأ من جانبه .
- . دعوة المشرع الجزائري إلى تعديل نص المادة 167 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمين و ذلك بإدراج الممولين بالمواد الطبية الصيدلانية و شبه الصيدلانية كأشخاص ملزمون بالتأمين من مسؤوليتهم المدنية المهنية .
- . دعوة المشرع الجزائري إلى تعديل نص المادة 184 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمين و ذلك بتشديد الجزاءات المرتبة على الإخلال بإلتزام إكتتاب التأمين الإلزامي للمسؤولية المدنية الطبية ، و ذلك بالرفع من قيمة الغرامة المالية في حالة عدم التقيد بإلتزام إكتتاب التأمين الإلزامي للتأثير على الذمة المالية للمارسين الطبيين و حثهم على إكتتاب التأمين الإلزامي ، مع إضافة عقوبة أخرى تتعلق بالمنع من ممارسة مهنة الطب لمدة معينة .
- . إنشاء جهاز طبي جهوي ذو طبيعة إستشارية يكون مستقل عن مصلحة الطب الشرعي و عن مجلس أخلاقيات مهنة الطب لتكون هيئة ذات حياد عال و لتقديم الرأي الإستشاري للقضاء عند عرض عليهم قضية تتعلق بالمسؤولية الطبية .
- . إدخال مقرر خاص بالجانب القانوني للأخطاء الطبية و المسؤولية عنها يدرس للطلبة في الكليات و المعاهد الجامعية التي تدرس الطب و الصيدلة و جراحة الأسنان .
- . دعوة النقابات المهنية للأطباء و الصيادلة و جراحي الأسنان و كل المتعاملين في المالطي إلى تنظيم دورات و ملتقيات حول المسؤولية الطبية .
- . تفعيل الدور الرقابي لوزارة الصحة عن طريق مديريات الصحة بالولايات بالإشتراك مع نقابات المهن الطبية و مجلس أخلاقيات مهنة الطب للسهر على حسن سير الجهاز الطبي

سواء كانت الممارسة الطبية في القطاع العام أو الخاص ، لا سيما من ناحية إكتتاب التأمين الإلزامي من المسئولية الطبية .

. دعوة نقابات المهن الطبية إلى رسكلة الممارسين الطبيين في إطار دورات للتقوين المتواصل للرفع من معارفهم و ليكونوا مطلعين على كل جديد في اهال الطبي تفاديًا لوقوعهم في أخطاء طبية تترتب عنها مسؤوليتهم المدنية .

تم بحمد الله و توفيقه

## قائمة المراجع

. المصادر .

. أولاً : القرآن الكريم .

ثانياً: القوانين والمراسيم.

- . الدستور الجزائري المصادق عليه في إستفتاء 28/11/1996 و الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 07/12/1996 ، و المعدل و المتتم بالقانون رقم 2008/11/15 المؤرخ في 03/02/2002 و بالقانون رقم 08/19 المؤرخ في 04/10/2002 .
- . الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل و المتتم ، المتضمن القانون المدني .
- . القانون رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المعدل و المتتم ، يتعلق بالتأمينات .
- . القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المعدل و المتتم يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها .
- . الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08/07/1966 المعدل و المتتم يتضمن قانون الإجراءات الجزائية .
- . الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08/07/1966 المعدل و المتتم يتضمن قانون العقوبات.
- . القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/07/1984 المعدل و المتتم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 يتضمن قانون الأسرة.
- . القانون المدني الفرنسي .
- . القانون رقم 303/2002 المؤرخ في 04/03/2002 المتعلق بالمرضى و نوعية النظام الصحي الفرنسي .

- . الأمر رقم 15/74 المؤرخ في 30/01/1974 المعدل و المتم بالقانون رقم 31/88 المؤرخ في 19/07/1988 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و بنظام التعويض عن حوادث المرور.
- . مرسوم تنفيذي رقم 321/07 مؤرخ في 22/10/2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة و سيرها.
- . مرسوم تنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 06/06/1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب .
- . مرسوم تنفيذي رقم 215/71 المؤرخ في 25/08/1971 يتضمن تنظيم الدروس الطبية .
- . مرسوم تنفيذي رقم 261/71 المؤرخ في 25/08/1971 يتضمن تنظيم الدروس للحصول على دبلوم الصيدلي .
- . مرسوم تنفيذي رقم 310/95 مؤرخ في 10/10/1995 يحدد شروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين و كيفياته و يحدد حقوقهم و واجباتهم.

المراجع .

أولا: الكتب العامة .

1. أحمد عبد الرزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون المدني / منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان) / (الطبعة الثالثة) سنة 2000 .
2. محمد صبري السعدي / شرح القانون المدني الجزائري (الجزء الثاني) / دار المدى للنشر (الجزائر) / الطبعة الثانية سنة 2004 .
3. علي علي سليمان / النظرية العامة للالتزام (مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري) / ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر) / الطبعة الثالثة .
4. العربي بلحاج / النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري / ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر) / الطبعة الرابعة سنة 2007 .
5. علي فيلاي / الإلتزامات (الفعل المستحق للتعويض) / موقف للنشر (الجزائر) / الطبعة الثانية سنة 2010 .

- 6.** عمر بن سعيد / الإجتهداد القضائي وفقاً لأحكام القانون المدني / دار المدى للطباعة و النشر و التوزيع (عين مليلة الجزائر) / سنة 2004 .
- 7.** أنور سلطان / مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) / دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان الأردن) / الطبعة الأولى سنة 2007 .
- 8.** عبد العزيز سلمان اللصاصمة / المسئولية المدنية التقسييرية / جامعة العلوم التطبيقية (البحرين) / الطبعة الأولى سنة 2011 .
- 9.** سليمان مرقس / الواقي في شرح القانون المدني (الجزء الثاني) / دار الكتاب الحديث / الطبعة الخامسة سنة 1988.
- 10.** أسامة احمد بدر / الإلتزام بذل عناء و الإلتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين الشخصية و الموضوعية / دار الجامعة الحديدة (الإسكندرية مصر) / سنة 2011 .
- 11.** جيروم هوبيه ترجمة منصور القاضي / المطول في القانون المدني (العقود الرئيسية الخاصة) الملد الثاني / المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع (بيروت لبنان) .
- 12.** جاك غستان (ترجمة منصور القاضي) / المطول في القانون المدني (تكوين العقد) / المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع (بيروت لبنان) / الطبعة الثانية سنة 2008.
- 13.** عبد العزيز فهمي هيكل / مقدمة في عقد التأمين / دار النهضة العربية للطباعة و النشر (بيروت لبنان) / سنة 1980 .
- 14.** عبد المادي السيد محمد تقى الحكيم / عقد التأمين حقيقته و مشروعيته / منشورات الخليق الحقوقية / سنة 2003 .
- 15.** بن وارت محمد / دروس في قانون التأمين الجزائري / دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع / سنة 2011 .
- 16.** جمال الحكيم / عقود التأمين من الناحيتين التأمينية و القانونية / دار المعارف مصر / 1965 .
- 17.** أحمد أبو السعود / عقد التأمين بين النظرية و التطبيق / دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) / سنة 2009 .

- 18.** غازي خالد أبو عربى / أحكام التأمين (دراسة مقارنة) / دار وائل للنشر (عمان الأردن) / الطبعة الأولى سنة 2011 .
- 19.** إبراهيم أبو النجا / التأمين في القانون الجزائري (الجزء الأول) / ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر) / الطبعة الثانية سنة 1985.
- 20.** مصطفى محمد الجمال / التأمين الخاص / دار الفتح للطباعة و النشر (الإسكندرية مصر) / الطبعة الأولى سنة 2003 .
- 21.** أيمن محمد علي محمود حتمل / شهادة أهل الخبرة و أحكامها ( دراسة فقهية مقارنة ) / دار الحامد للنشر و التوزيع (عمان الأردن) .
- 22.** بغاشى كريمة / الخبرة القضائية في المواد المدنية / ديوان المطبوعات الجامعية(الجزائر) / سنة 2009 .
- 23.** محمد أحمد محمود / الوجيز في الخبرة / دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) / سنة 2003.
- 24.** حسين بن شيخ ال ملوثا / المتتقى في قضاء مجلس الدولة (الجزء الأول) / دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع .
- 25.** ثامر ياسر البكري / إدارة المستشفيات / دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع/ سنة 2005 .
- 26.** طالب أنور الشرع / مسؤولية الصيدلاني الجنائية / دار وائل للنشر الطبعة الأولى سنة 2008 .
- 27.** محمد لبيب شنب / المسئولية عن الأشياء (دراسة مقارنة) / مكتبة الوفاء القانونية (الإسكندرية مصر) / الطبعة الثانية سنة 2009 .
- 28.** بلخير مخلوف / النصوص القانونية و التنظيمية مع الإجتهادات القضائية / دار المدى (عين مليلة الجزائر) / سنة 2004 .
- 29.** جمال سايس / الإجتهاد الجزائري في القضاء المدني / منشورات كلية / الطبعة الثانية سنة 2013 .

- 30.** حسني محمد جاد الرب / التعويض الإلتفافي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه / دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) / سنة 2007 .
- 31.** محمد السيد السيد الدسوقي / التعويض عن الأضرار الأدبية المتعلقة بحياة و سلامة الإنسان / دار الجامعة الجديدة / سنة 2007 .
- 32.** محمد شتا أبو سعد / التعويض القضائي و الشرط الجزائي و الفوائد القانونية / دار الجامعة الجديدة ( الإسكندرية مصر ) / سنة 2001 .
- 33.** سمير فرزان بالي/ الإثبات التقني و العلمي ( إجتهادات قضائية ) / منشورات الحلبي الحقوقية (بيروت لبنان) / الطبعة الأولى سنة 2009 .
- 34.** أحمد جلال و شريف الطباخ / موسوعة الطب الشرعي / دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع / سنة 2013 .
- 35.** آمال عبد الرزاق مشالي /الوجيز في الطب الشرعي / مكتبة الوفاء القانونية سنة 2008 .
- 36.** أحمد غاي / مبادئ الطب الشرعي / دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع (الجزائر) / سنة 2012 .

#### ثانياً: الكتب المتخصصة.

1. أحمد عبد الكريم موسى الصرايرة / التأمين من المسؤولية المدنية الناجمة عن الأخطاء الطبية (دراسة مقارنة) الطبعة الثانية / دار وائل للنشر و التوزيع (الأردن) / سنة 2012 .
- 2 . موسى جميل النعيمات /النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية ( دراسة مقارنة ) الطبعة الأولى / دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن .
- 3 . نداء شكري / التأمين من المسؤولية في النظرية و التطبيق / دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان الأردن ) / الطبعة الأولى سنة 2010 .
- 4 . محمد عبد الظاهر حسين / التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية / دار النهضة العربية ( القاهرة مصر ) / سنة 1994 .

- 5.** فيليب لوتوزنو (ترجمة الدكتور العيد سعادنة) / المسئولية المدنية المهنية / ITCIS للنشر (الجزائر) / سنة 2010 .
- 6.** أسعد عبيد الجميلي / الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية (دراسة مقارنة) / دار الثقافة للنشر و التوزيع/ الطبعة الأولى سنة 2009 .
- 7.** لقمان فاروق حسن نانه كه لي / المسئولية القانونية في العمل الطبي (دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة ) منشورات زين الحقوقية / الطبعة الأولى / سنة 2013 .
- 8.** عامر أحمد القيسى / مشكلات المسئولية الطبية المتربطة على التلقيح الصناعي / الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع (عمان) / سنة 2001 .
- 9.** منير رياض حنا / المسئولية الجزائية للأطباء و الصيادلة / دار المطبوعات الجامعية (الإسكندرية مصر) / سنة 1989 .
- 10.** منير رياض حنا / النظرية العامة للمسؤولية الطبية في التشريعات المدنية و دعوى التعويض الناشئة عنها / دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) / سنة 2011 .
- 11.** منير رياض حنا / المسئولية المدنية للأطباء و الجراحين/ دار الفكر الجامعي (الإسكندرية مصر) / الطبعة الأولى سنة 2007 .
- 12.** رئيس محمد / المسئولية القانونية للأطباء في ضوء القانون الجزائري / دار هومة للطباعة النشر و التوزيع الجزائر / سنة 2010 .
- 13.** رئيس محمد / نطاق و أحكام المسئولية المدنية للأطباء و إثباتا/ دار هومة للطباعة النشر و التوزيع (الجزائر) / سنة 2012 .
- 14.** خالد بن النوي / ضوابط مشروعية التجارب الطبية و أثرها على المسئولية المدنية / دار الفكر و القانون (المنصورة مصر) / سنة 2010 .
- 15.** حروزي عز الدين / المسئولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن / دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع (الجزائر) / سنة 2009 .
- 16.** طلال عجاج / المسئولية المدنية للطبيب (دراسة مقارنة) / المؤسسة الحديثة للكتاب / طرابلس لبنان / الطبعة الأولى سنة 2004 .

- 17.** أحمد شعبان محمد طه / المسئولية المدنية عن الخطأ المهني لكل من الطبيب و الصيدلي و المحامي و المهندس المعماري / دار الجامعة الجديدة (الإسكندرية مصر) / سنة 2010.
- 18.** أحمد حسن عباس الحياري / المسئولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص / دار الثقافة للنشر و التوزيع / سنة 2005 .
- 19.** إبراهيم سيد أحمد / الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي فقها و قضاها / دار الكتب القانونية (مصر) / سنة 2007 .
- 20.** عشوش كريم / العقد الطبي / دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع (الجزائر) / سنة 2011 .
- 21.** عبد القادر بن تيسة / الخطأ الطبي في المستشفى العام / دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر ) / سنة 2011.
- 22.** أنس محمد عبد الغفار / إلتزامات الطبيب إتجاه المريض (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ) / دار الكيس القانونية . دار شتات لنشر و البرجيات (مصر - الإمارات ) / سنة 2013 .
- 23.** ئاسوس نامق براخاس / قبول المخاطر الطبية و أثره في المسئولية المدنية / دار الكتب القانونية . دار شتات للنشر و البرجيات (مصر-الإمارات) / سنة 2013 .
- 24.** إيمان محمد الجابري / المسئولية القانونية عن الأخطاء الطبية / دار الجامعة الجديدة /سنة 2011.
- 25.** طاهري حسين / الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة / دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع /سنة 2004 .
- 26.** منصور عمر المعايطة / المسئولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية / مركز الدراسات و البحث (الرياض السعودية) / الطبعة الأولى سنة 2004.
- 27.** علي عصام غصن / الخطأ الطبي / منشورات زين الحقوقية (بيروت لبنان) / (الطبعة الأولى) سنة 2006 .
- 28.** آمال بکوش / نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية ( دراسة في القانون الجزائري و القانون المقارن ) / دار الجامعة الجديدة / سنة 2011 .

- 29.** أحمد حسن الحياري / المسئولية المدنية للطبيب في النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري / دار الثقافة للنشر والتوزيع / سنة 2008 .
- 30.** ثروت عبد الحميد / تعويض الحوادث الطبية (مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي) / دار الجامعة الجديدة سنة 2007 .
- 31.** أحمد محمود سعد/مسئوليّة المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه (الطبعة الثانية) / دار النهضة العربية القاهرة سنة 2007 .
- 32.** أمير فرج يوسف / الخطأ الطبي من الناحية الجنائية و المدنية / المكتب الجامعي الحديث/ سنة 2007.
- 33.** محمد حسين منصور / المسئولية الطبية / دار الجامعة الجديدة للنشر / سنة 2009.
- 34.** شريف أحمد الطباخ / جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها / دار الفكر و القانون/المنصورة مصر / سنة 2011 .
- 35.** أحمد السعيد الزقرد / تعويض ضحايا مرض الإيدز و إلتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم / دار الجامعة الجديدة (مصر)/ سنة 2007.
- 36.** صفوان محمد شديقات / المسئولية الجنائية عن الأعمال الطبية (دار مقارنة) / دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان الأردن) / سنة 2011 .
- 37.** صفوان محمد عضيبات / الفحص الطبي قبل الزواج(الطبعة الأولى) / دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان الأردن) / سنة 2009 .
- 38.** فاطمة الزهرة منار / مسئولية طبيب التحدير المدنية (دراسة مقارنة) / دار الثقافة للنشر و التوزيع (عمان الأردن)/ الطبعة الأولى / سنة 2012.
- 39.** إلياس أبو عبيد / المسئولية (الجزء الأول) /سنة 1993 .

**ثالثاً: الرسائل الجامعية .**

- . رئيس محمد / المسئولية المدنية للأطباء/ أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون /جامعة حياللي اليابس سيدى بلعباس كلية الحقوق / سنة 2004 . 2005 .

- . عمريو جويدة / سقوط الحق في الضمان في التأمين من المسؤولية / مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص / كلية الحقوق بن عكnon (الجزائر) / سنة 2002 .
- . زيدات دليلة / عقد التأمين على الحياة في القانون الجزائري / مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص / كلية الحقوق بن عكnon (الجزائر) / سنة 2001 .
- . بوخرس بلعيد / الخطأ الطبي أثناء التدخل الطبي / مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون / جامعة مولود معمرى بتیزی وزو .
- . عباشي كريمة / الضرر في إخلال الطبي / مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية / جامعة مولود معمرى تیزی وزو .

#### رابعا : المجالات و النشريات .

- 1** . مجلة المحكمة العليا عدد خاص المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الاجتهداد القضائي / سنة 2011 .
- 2** . ائمة القضاة لسنة 2004 العدد 01/عن الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2005 .
- 3** . مجلة المحكمة العليا لسنة 2007 العدد 01 / المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار (روبية الجزائر) / سنة 2009 .
- 4** . مجلة المحكمة العليا لسنة 2008 العدد 02 / المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار (روبية الجزائر) / سنة 2009 .
- 5** . مجلة المحكمة العليا لسنة 2010 العدد الأول / المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار (روبية الجزائر) / سنة 2010 .
- 6** . نشرة القضاة العدد 47 .
- 7** . نشرة القضاة العدد 63 .
- 8** . موسوعة الفكر القانوني (المسؤولية الطبية ) / رئيس التحرير و مدير النشر نبيل صقر / دار الهلال للخدمات الإعلامية .

**9** . موسوعة الفكر القانوني (العدد الثاني) / رئيس التحرير و مدير النشر نبيل صقر / دار  
الهلال للخدمات الإعلامية .

**10** . مجلة الكوفة للعلوم القانونية و السياسية / تصدرها كلية الكوفة للقانون و العلوم  
السياسية بالعراق / السنة الثانية / سنة 2010 / العدد 07 .

**خامساً: الملتقيات.**

**1** . المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية / المجموعة المتخصصة في  
المسؤولية القانونية لهنفين ، (الجزء الأول) المسؤولية الطبية / منشورات الحلبي الحقوقية بيروت  
لبنان .

**2** . المؤتمر العربي الثاني للمسؤولية الطبية حول الحماية القانونية من الأخطاء الطبية بدبي في  
نوفمبر من سنة 2012 .

**3** . اليوم الدراسي المتعلق بالمسؤولية الطبية المعقود بتاريخ 2013/11/02 بدار المحامي  
بيانة .

**سادساً: المراجع باللغة الفرنسية .**

**1** . M . M . hannouz et A . R . HAKEM / Précis de droit  
médical ( a l'usage des praticiens de la médecine et du  
droit) / Office des publications universitaires / 1993 .

**2** . Messaoud Boualem Tafiani / les assurances en Algérie /  
Office des publications universitaires /

**3** . François couilbault et consttant eliasberg /les grands  
principes de l'assurance /édition l'argus de l'assurance / 7è  
édition /

**4** . Philipe le tourneau et Loïc cadet / droit de la  
responsabilité / Dalloz delta / 1996.

**5 . Rémy cabrillac /droit des obligations / Dalloz 3è édition  
1998 .**

**6 .jacques boulez / expertises judiciaires encyclopédie  
delmas / 11 édition 1999.**

## الفهرس

01	مقدمة
07	<b>الفصل الأول: النظم القانونية للمسؤولية المدنية الطبية</b>
08	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية الطبية
08	المطلب الأول: طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية
09	الفرع الأول: المسؤولية المدنية الطبية مسؤولية تقصيرية
11	أولاً: حجج القائلين بالمسؤولية التقصيرية
11	1/ الطابع الفني و المهني للعمل الطبي
11	2/ قواعد المسؤولية التقصيرية متعلقة بالنظام العام
12	3/ من ناحية التعويض و التضامن
12	4/ عدم جواز التعامل في حياة الإنسان
13	5/ من ناحية عبء إثبات الخطأ
13	ثانياً: موقف المشرع الجزائري
14	الفرع الثاني: المسؤولية المدنية الطبية مسؤولية عقدية
15	أولاً: شروط قيام المسؤولية الطبية العقدية
16	1/ وجود عقد طبي صحيح
17	2/ أن يصيب الضرر المريض المتعاقد
19	ثانياً: عبء إثبات الخطأ الطبي
19	الفرع الثالث: المسؤولية المدنية الطبية عقدية كأصل و تقصيرية كإستثناء
19	أولاً: اعتبارات جعل المسؤولية الطبية عقدية
20	ثانياً: اعتبارات بقاء المسؤولية الطبية تقصيرية كإستثناء
21	1/ عمل الطبيب في المستشفى العام
22	2/ حالة الإستعجال القصوى
22	3/ حالة بطلان العقد الطبي
23	4/ حالة تقديم الطبيب للخدمة مجاناً
24	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لإلتزام الطبيب
24	الفرع الأول : إلتزام الطبيب ببذل عناء
24	أولاً: تعريف الإلتزام ببذل عناء
26	ثانياً: أساس إلتزام الطبيب ببذل عناء

27	ثالثا: عبء إثبات الخطأ في الإلتزام ببذل عنابة
28	الفرع الثاني:إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة
29	أولا:تعريف الإلتزام بتحقيق نتيجة
30	ثانيا: أساس إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة
32	ثالثا: حالات إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة
33	1/إلتزام بتحقيق نتيجة في الجراحة التجميلية
34	2/ الإلتزام بتحقيق نتيجة في عمليات نقل الدم
35	3/إلتزام بتحقيق نتيجة عن التركيبات الصناعية
36	4/إلتزام بتحقيق نتيجة عن إستعمال الأدوات والأجهزة الطبية
37	الفرع الثالث: معيار إلتزام الطبيب
37	أولا: المعيار الذاتي
37	ثانيا: المعيار الموضوعي
39	المطلب الثالث: عقد العلاج الطبي
39	الفرع الأول: ماهية العلاج الطبي و العقد الطبي
42	أولا: معنى العلاج الطبي
42	ثانيا:تعريف عقد العلاج الطبي
43	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبي
43	أولا: عقد العلاج الطبي عقد وكالة
44	ثانيا: عقد العلاج الطبي عقد عمل
46	ثالثا: عقد العلاج الطبي عقد مقاولة
47	رابعا: عقد العلاج الطبي عقد إذعان
49	خامسا: عقد العلاج الطبي عقد من نوع خاص
49	الفرع الثالث: خصائص عقد العلاج الطبي
49	أولا: عقد مدني
50	ثانيا: عقد رضائي
50	ثالثا: عقد ملزم بجانبين
51	رابعا: عقد مستمر
51	خامسا: عقد قابل للإبطال
52	سادسا: عقد شخصي

53	المبحث الثاني: أركان المسئولية المدنية عن الأخطاء الطبية
53	المطلب الأول: ركن الخطأ
54	الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي
54	أولاً: ظهور الخطأ الطبي
56	ثانياً: تعريف الخطأ الطبي
56	1/تعريف الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية
57	2/تعريف الخطأ الطبي
61	الفرع الثاني: عناصر الخطأ الطبي و أنواعه
61	أولاً: عناصر الخطأ الطبي
62	1/الجهل بأمور فنية يفترض إمام الممارس الطبي بها
62	2/الإهمال أو عدم الانتباه
63	3/ عدم بذل العناية الالزمه
63	4/عدم الاحتياط و قلة الإحتراز
64	ثانياً: أنواع الأخطاء الطبية
64	1/ أنواع الأخطاء الطبية من حيث طبيعة العمل الطبي
67	2/ أنواع الأخطاء الطبية من حيث الجسامه
68	1.2/ الخطأ الطبي البسيط
68	2.2/ الخطأ الطبي الجسيم
70	الفرع الثالث: خطأ الفريق الطبي
70	أولاً: تعريف الفريق الطبي
71	ثانياً: الغاية من الفريق الطبي
71	ثالثاً: المسئولية المدنية في إطار عمل الفريق الطبي
72	1/ المسئولية تقع على عاتق الفريق الطبي
73	2/ المسئولية تقع على عاتق الطبيب المشرف على الفريق الطبي
75	3/ المسئولية تقع على عاتق الطبيب المختص
76	المطلب الثاني: قيام المسئولية المدنية دون خطأ
76	الفرع الأول: تحمل التبعية كأساس للمسؤولية الطبية بدون خطأ
77	الفرع الثاني: تحمل المخاطر كأساس للمسؤولية الطبية بدون خطأ
78	الفرع الثالث: دور القضاء الفرنسي في إعتماد المخاطر كأساس للمسؤولية الطبية بدون خطأ

81	المطلب الثالث: ركنا الضرر و العلاقة السببية.....
81	الفرع الأول: ركن الضرر .....
81	أولا: ماهية الضرر .....
82	ثانيا:أنواع الضرر .....
83	1/ الضرر الجسدي .....
84	2/الضرر المالي .....
85	3/الضرر المعنوي .....
86	ثالثا: شروط قيام الضرر .....
86	1/ أن يكون الضرر مباشرا و شخصيا .....
87	2/ أن يكون الضرر محققا .....
87	3/أن يصيب الضرر حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعه للمضرور .....
88	الفرع الثاني: ركن العلاقة السببية .....
88	أولا: تعريف العلاقة السببية .....
90	ثانيا: نظريات العلاقة السببية .....
90	1/ نظرية تكافؤ الأسباب .....
91	2/ نظرية السبب المتاج .....
92	ثالثا : إثبات رابطة السببية .....
94	رابعا: الأسباب الخاصة لنفي العلاقة السببية .....
94	1/ القوة القاهرة و الحادث المفاجئ .....
96	2/خطأ المريض .....
97	3/ خطأ الغير .....
98	خامسا: أسباب خاصة لنفي المسؤولية المدنية الطبية .....
99	أولا: الفشل الطبي .....
99	ثانيا: الخطأ الطبي .....
101	<b>الفصل الثاني: تأمين المسؤولية المدنية الطبية و دعوى التعويض عنها</b>
102	المبحث الأول : تأمين المسؤولية المدنية الطبية .....
102	المطلب الأول: التأمين من المسؤولية المدنية الطبية .....
103	الفرع الأول: مفهوم عقد التأمين من المسؤولية المدنية .....
103	أولا: تعريف عقد التأمين .....

104	تعريف التأمين لغة ..... 1
104	تعريف التأمين إصطلاحا ..... 2
105	تعريف عقد التأمين فقها ..... 3
106	تعريف عقد التأمين تشريعا ..... 4
107	ثانيا:تعريف عقد التأمين من المسئولية المدنية الطبية كمسئوليية مهنية .....
109	ثالثا:أشخاص عقد التأمين من المسئولية المدنية الطبية .....
110	1/المؤمن له ..... 1
111	2/المؤمن ..... 2
112	3/المستفيد ..... 3
112	رابعا: الأخطار محل عقد تأمين المسئولية المدنية .....
115	الفرع الثاني:خصوصية عقد التأمين من المسئولية المدنية الطبية .....
116	أولا: خصائص عقد التأمين بصفة عامة .....
116	1/عقد التأمين عقد رضائي ..... 1
117	2/عقد التأمين عقد ملزم بجانبين ..... 2
117	3/عقد التأمين عقد إحتمالي ..... 3
118	4/عقد التأمين عقد زمني ..... 4
119	5/عقد التأمين عقد إذعان ..... 5
121	ثانيا:خصائص عقد تأمين المسئولية المهنية الطبية .....
121	1/عقد تأمين المسئولية مهني ..... 1
122	2/عقد تأمين المسئولية يمتد للمستفيد ..... 2
122	3/عقد يعطي المسئولية المدنية لا الجزائية ..... 3
123	4/عقد تأمين المسئولية تعويضي ..... 4
124	5/عقد تأمين المسئولية إجباري ..... 5
124	ثالثا: الهدف من عقد تأمين المسئولية المهنية الطبية .....
125	الفرع الثالث: إلزامية التأمين من المسئولية المدنية الطبية .....
125	أولا: أساس إلزامية التأمين من المسئولية المدنية .....
128	ثانيا: الأشخاص الملزمون بالتأمين من المسئولية المدنية الطبية .....
131	ثالثا: جزاء عدم إكتتاب التأمين الإلزامي .....
135	المطلب الثاني: واقع التأمين من المسئولية المدنية الطبية .....

135	الفرع الأول : مزايا التأمين من المسئولية المدنية الطبية .....
137	الفرع الثاني: أسباب العزوف عن إكتتاب التأمين من المسئولية المدنية الطبية .....
140	الفرع الثالث: التحليل الإقتصادي للتأمين من المسئولية المدنية الطبية .....
141	أولا: بالنسبة للدولة .....
141	ثانيا: من حيث قيمة التعويضات .....
142	ثالثا: من حيث قسط التأمين .....
145	المبحث الثاني: دعوى التعويض من المسئولية المدنية الطبية .....
145	المطلب الأول: دعوى المسئولية الطبية .....
145	الفرع الأول: طرفا دعوى المسئولية الطبية .....
146	أولا: المدعي في دعوى المسئولية الطبية .....
146	1/ المدعي هو المضرور .....
146	2/ المدعي هو الخلف العام .....
148	ثانيا: المدعي عليه في دعوى المسئولية الطبية .....
150	الفرع الثاني : الإختصاص القضائي للنظر في دعوى المسئولية .....
150	أولا: إختصاص القضاء العادي في الفصل في دعاوى المسئولية الطبية .....
150	1/ مباشرة دعوى المسئولية الطبية أمام القسم المدني .....
151	2/ مباشرة دعوى المسئولية الطبية أمام القسم الجنائي .....
153	ثانيا: إختصاص القضاء الإداري في الفصل في دعاوى المسئولية الطبية .....
155	الفرع الثالث: دعاوى المسئولية الطبية .....
155	أولا: الدعوى المرفوعة من المضرور ضد المؤمن له .....
157	ثانيا: الدعوى المرفوعة من المضرور ضد المؤمن .....
157	المطلب الثاني: إثبات الخطأ الطبي و الضرر الناجم عنه .....
158	الفرع الأول: مفهوم الخبرة و مشروعيتها .....
159	أولا: تعريف الخبرة .....
159	ثانيا: تعريف الخبرير .....
161	ثالثا: مشروعية اللجوء إلى الخبرة .....
162	رابعا: تعيين الطبيب الخبرير .....
165	الفرع الثاني: العقبات التي تعرّض عمل الطبيب الخبرير .....
165	أولا: العقبة الموضوعة .....

166	ثانيا: العقبة الشخصية .....
166	ثالثا: العقبة القانونية .....
168	الفرع الثالث: مدى تقييد المحكمة بالخبرة .....
168	أولاً:أخذ القاضي لخبرة كلها .....
168	ثانيا: الأخذ بالخبرة جزئيا .....
169	ثالثا: إستبعاد الخبرة .....
169	رابعا: إلزامية تقرير الخبرة في مواجهة القاضي .....
171	المطلب الثالث: التعويض عن الضرر الناتج عن قيام المسؤولية الطبية .....
171	الفرع الأول : تعويض المضرور في إطار المسؤولية الطبية .....
171	أولا: ماهية التعويض .....
173	ثانيا: سلطة القاضي في تقدير تعويض المضرور من التدخل الطبي .....
174	ثالثا: وقت نشوء الحق في التعويض و تقديره .....
174	1/ وقت نشوء الحق في التعويض .....
175	2/ وقت تقدير التعويض .....
176	الفرع الثاني: تقدير التعويض عن الضرر المادي و الأدبي .....
177	أولا:تقدير التعويض عن الضرر المادي .....
179	ثانيا: التعويض عن الضرر الأدبي .....
179	1/ موقف الفقه و القضاء من التعويض عن الضرر المعنوي .....
179	1.1/ موقف الفقه .....
180	2.1/ موقف التشريع و القضاء .....
180	أ/ موقف التشريع و القضاء الفرنسي .....
181	ب/ موقف التشريع و القضاء الجزائري .....
183	2/ تقدير التعويض عن الضرر المعنوي .....
184	ثالثا: التعويض عن تفويت الفرصة و مراجعة التعويض عن تفاقم الضرر .....
184	1/ التعويض عن تفويت الفرصة .....
185	2/ مراجعة التعويض عن تفاقم الضرر .....
187	رابعا: العوامل التي تؤثر في تقدير القاضي للتعويض .....
187	1/ جسامة الخطأ .....
188	2/ حالة التأمين من المسؤولية .....

189	.....	3/ حالة المضرور الصحية
190	.....	4/ حالة خطأ المضرور
190	.....	الفرع الثالث: تحمل غير المسؤول عن الضرر للتعويض و تقادم دعوى المسؤولية الطبية
190	.....	أولاً: تحمل غير المتسبب في الضرر و شركة التأمين للتعويض
191	.....	1/ تحمل صندوق ضمان المؤمن لهم للتعويض
192	.....	2/ تحمل الدولة للتعويض
194	.....	ثانياً: رقابة المحكمة العليا لتقدير القاضي للتعويض و تقادم دعوى المسؤولية الطبية
194	.....	1/ رقابة المحكمة العليا لتقدير القاضي للتعويض
195	.....	2/ تقادم دعوى المسؤولية الطبية
196	.....	1.2/ تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد تأمين المسؤولية المدنية الطبية
197	.....	2.2/ تقادم دعاوى المسؤولية الطبية
198	.....	خاتمة
203	.....	قائمة المراجع
214	.....	الفهرس