الإهداء

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب

إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم

إلى القلب الكبير (والدي العزيز)

إلى من أرضعتني الحب والحنان

إلى رمز الحب وبلسم الشفاء

إلى القلب الناصع بالبياض(والدتي الحبيبة)

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس البريئة إلى رياحين حياتي

(إخوتي و اخواتي)

بطاقة الشكر

في مثل هذه اللحظات يتوقف اليراع ليفكر قبل أن يخط الحروف ليجمعها في كلمات ... تتبعثر الأحرف وعبثاً أن يحاول تجميعها في سطور سطوراً كثيرة تمر في الخيال ولا يبقى لنا في نهاية المطاف إلا قليلاً من الذكريات وصور تجمعنا برفاق كانوا إلى جانبنا.....

فواجب علينا شكرهم ووداعهم ونحن نخطو خطوتنا الأولى في غمار الحياة ونخص بالجزيل الشكر والعرفان إلى كل من أشعل شمعة في دروب عملنا وإلى من وقف على المنابر وأعطى من حصيلة فكره لينير دربنا إلى الأساتذة الكرام في كلية القانون والعلوم السياسية ونتوجه بالشكر الجزيل إلى الاستاذة

هدى مهدي صالح

التي تفضلت بالأشراف على هذا البحث فجزاها الله عنا كل خير ولها منا كل التقدير والاحترام..

المقدمة

يشير التاريخ الإنساني عبر مراحله المختلفة و صفحاته المتعددة إلى أهمية المسؤولية الطبية و التحلي بالضوابط الأخلاقية لدى الطبيب المعالج لحماية المرضى، في إطار ضوابط قانونية و أسس تشريعية، وضعها المشرعون و الحكام لتقنين مهنة الطب .

ففي الحضارة الفرعونية كانت عقوبة الطبيب إذا أخطأ قد تصل إلى حد الإعدام .و عند الآشوريين إذا أخطأ الطبيب أو لم ينجح في علاج مريض يلتمس لنفسه العذر من الإ ا ردة العليا للآلهة .أما شريعة حمو ا ربي فقد نصت المواد من ، 215-217) على أتعاب الأطباء في حال إنقاذ حياة أو عين المريض 223 على أتعاب الأطباء في حال جبر - كما نصت أيضا المواد من - 221 العظم المكسور و شفاء العصب الملتصق، كما نظمت المواد218 لو شق ج ا رح 220 « الجزاءات المترتبة عنها، فنصت المادة 218 على أنه جرح اً عميقاً في جسم رجل حرّ بمشرط من البرونز مما سبب أو فتح قناة كما جاء » أو مجرى الدمع في عين رجل مما عطّل عين الرجل يقطعون يده لو شق ج ا رح جرحاً عميقاً في جسم عبد قروي « في المادة 219 على أنه و أضاف في » بمشرط من البرونز مما تسبب في موته،

المبحث الاول

مسؤولية الطبيب المدنية عن اخطائه المهنية

المطلب الاول : الخطأ وتعريفه

الخطأ لغة : ضد الصواب ، وضد العمد ، وضد الواجب . (١) والخطأ هو مالم يتعمد وما تعمد والمخطئ : من اراد الصواب فصار الى غيره ، والخاطئ : من تعمد ما لا ينبغي ، والخطيئة الذنب على عمد والخطأ من العدول عن الجهة ثم نذكر بعض صور الخطأ ومنها (ان يريد ما يحسن فعله ولكن يقع منه خلاف ما يريد فيقال اخطأ وهو خطيئ وهذا قد اصاب في الارادة واخطأ في الفعل . (٢)

كما نجد الخطأ والخطاءٍ : ضد الصواب كما مبين في قوله تعالى (وليس عليكم جناحاً في ما اخطأتم به) وجاء ايضاً بمعنى الذنب او اثماً كما ذكر في قوله تعالى (ان قتلهم كان خطئاً كبيراً) (٣) .

اما تعريف الخطأ اصطلاحاً : فهو قريب من المعنى اللغوي والخطأ هو امر مخالف لما يكون فلا باس بان نعرفه بالتقيض او بالضد فنقول : الخطأ ضد الصواب بمعنى ان يفعل الانسان او يقول ما لا يصلح له ان يقوله او يفعله ، وقد يكون المعيار في ذلك شرعياً ، او اجتماعيا او مصلحياً او غير ذلك ، فاغل الحافظ ابن رحب . رحمه الله (الخطأ هو ان يقصد بفعله شيئاً فيصادف فعله غير ما قصده مثل ان يقصد قتل كافر فصادف قتله مسلم) او يظن ان الحق في جهته فيصادف غير ذلك وقال الجرجاني (الخطأ هو ما ليس للإنسان فيه قصد . كما اذا رمى شخصاً ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسالم) وفي الغالب من لا يرتكب اخطاء لا يستطيع تحقيق الاكتشاف لذا الاشخاص الذين لا يرتكبون الاخطاء هم فقط اولئك الذين لا ينجزون شيئا ، لا يعرف الضرير اين يضع عصاه الا اذا تلمس طريقه امامه ، وعندما يعرف ان طريقه مسدود يغير الطريق واحيانا يصطدم الجدار ولولا ان الضربة تؤلمه لما غير طريقه (٤) .

١-المنجد في اللغة والاعلام . توزيع . دار المشرق بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٢٨ .
٢-محمد بن ابي بكر القادر مختار الصحاح الكويت ١٩٨٣ .
٣-القران الكريم ، سورة الاحزاب ، الاية ٥ ، سورة الاسراء الاية ٣١ .
٤-د . لقمان فاروق حسن نانه كه له (المسؤولية القانونية في العمل الطبي) ط ١ . مكتبة زين الحقوقية والادبية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص ٣١ .

وقد ذهبت بعض التشريعات الى عدم ايراد تعريف للخطأ في صلب قوانينها وقد تركن هذه المهمة الى الفقه والقضاء الا انه ذهبت تشريعات اخرى الى ايراد نص في القانون يحدد معنى الخطأ وعلى الرغم من ذلك وان ومازال الخطأ وبيان هيئته محل خلاف الفقه والقضاء ولم يستقر على وضع تعريف له سواء في كتب الفقه المدنية او الجنائية .

وفي الفقه الجنائي تم تعريف الخطأ :- بأنه عدم تقدير النتائج الضارة لايمكن ان تحدث او في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لعدم حدوثها او عدم اعادة جانب الحيطة والحذر عند مباشرة انواع خطرة من السلوك وعدم الحيلولة دون ان يقضي ذلك الى نتيجة اجرامية (١) .

اما الخطأ في القانون المدني :- فهو الاخلال بواجب قانوني سواء كان التزاماً بمعناه الدقيق وهو ما تختص به المسؤولية العقدية او كان واجباً قانونيا فترتب المسؤولية التقصيرية على الاخلال به ، ولا يمكن حدوث الضرر لكي يلزم الشخص الذي احدثه بتعويض وانما لابد ان يكون الشخص الذي احدثه قد ارتكب الخطأ . (٢)

وهناك تعريف اخر للخطأ الطبي بأنه اهمال الطبيب بواجباته التي تفرضها عليه القوانين والقواعد المتعارف عليها دون ان تنصرف ارادته الى احداث النتيجة مع امكانية توقعها وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه (وترى المحكمة من خلال التحقيقات التي اخرتها وما اطلعت عليه من تقارير طبية واردة من مستشفى ابن النفيس ومستشفى الجملة العصبية في اليرموك بأن هنالك خطأ ارتكبه المدعي الثاني (الطبيب المخدر) تمثل في عدم ربطه جسم المريض بجهاز الموينير الذي هو جهاز لكشف دقات القلب والضغط وفي حالة توقف القلب يطلق صفيراً)(٣)

١- فوزية عبدالستار ، النظرية العامة في الخطأ غير العمدي . ص ٩ .
٢- سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تكوينات البلاد العربية .
٣- عبدالرزاق السنهوري ، الوجيز في القانون المدني ، ص ٣١٢ .

المطلب الثاني

انواع الخطأ

أ- الخطأ العادي : وهو الخطأ الذي يرتكبه الطبيب عند مزاولته لمهنته دون ان تكون له علاقة بالأصول الفنية لمهنة الطب ، أي مخالفة قواعد الحيطة والحذر المفروضة على كل الناس (١) . وبعبارة اخرى هو الخطأ الناجم عن الاعمال المادية التي لا تتصل با اصول مهنة الطب وتقدر دون الاعتداد بالصفة المهنية لمن قام بها ، مثل الطبيب الذي يجري طبيب جراح عملية جراحية ويده مصابة بعجز يمنعها من الحركة او ينسى الة من الات الجراحة داخل جسم المريض او يعتدي على مريضه بالسب او الضرب ، ولقد اعتبرت مسالة نسيان اشياء في جسم المريض اثناء العمل الجراحي من الاخطاء الحادثة او الموضوعية التي لا حاجة فيها الى التقدير الفني . (٢)

ب-الخطئ الفني : وهو الخطأ اللصيق بالعمل الفني البحت ، وهو الخروج عن القواعد العلمية والاصول الفنية التي تحكم مهنة الطب وحقائقه الثابتة ومخالفة المسلمات العلمية المحترف بها ، مثل تشخيص ومباشرة العلاج فقد يتطلب الامر الى وسائل معنية للتشخيص دون ان يلجأ اليها او يخلط بين انواع مختلفة في الاصابة ، مثل ان يشخص الاصابة عل بانها التواء في الكوع في حين ان الاصابة هي كسر في ذلك الكوع . (٣) ويرى ((ديمولب)) ان الطبيب مسؤول عن الاعمال المادية دون الاعمال الفنية الا ان هذه التفرقة قد تلاشت نظرا لصعوبة ودقة التمييز بين الخطأ الفني والخطأ العادي وعدم وجود سند قانوني لها ، ولذلك اتجهت غالبية الفقه والقضاء الى الاخذ بوحدة الخطأ الطبي لاتفاقه مع حكم القانون الذي لم يميز بين نوع واخر من الاخطاء سواء كان خطأ عاديا او فيا فان الطبيب يسال عن الخطأ الذي ارتكبه اذا كان هذا الخطأ ناتجا عن اهمال او تقصير من الاخير (٤)

١- د. جاسم علي سالم الشماسي ، مسؤولية الطبيب والصيدلي ، وهو بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، ج ١ ، المسؤولية الطبية .

٢- عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الاطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر ١٩٨٨ ، ص ٢٠٥ .

٣- د. نهاد خوري ، الخطأ الطبي ويمكن الاطلاع عليه على الرابط الاتي http://www.terezia.org/swction.phy2id:/577

٤- د. طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للبلاد ، لبنان ٢٠٠٤ ، ص ٢٥٢ .

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية

المطلب الاول : المسؤولية العقدية للطبيب

يترتب على العقد إنشاء التزامات تقع على كاهل كل من طرفيه، و القوة الملزمة للعقد تقضي بان يقوم كل طرف بتنفيذ التزامه العقدي، فان لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه عينا، و طلبه الدائن أجبر المدين على تنفيذه، فالأصل هو التنفيذ العيني حيث تنص المادة ١٦٤ من القانون المدني الجزائري: يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين ١٨٠و ١٨١ على تنفيذ التزامه عينا، متى كان ذلك ممكنا(١).

هذا فيما يخص المسؤولية العقدية بصفة عامة، أما فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية للطبيب نجد بأنها طرحت لأول مرة في قرار محكمة النقض الفرنسية الذي صدر عام ١٩٣٦ م حيث جاء فيه >>ينعقد بين الطبيب و عميله عقد حقيقي.....و إن خرق هذا الالتزام العقدي، و إن كان غير إرادي، يجازي بمسؤولية من الطبيعة ذاتها، أي عقدية أيضا .(2)

هذا الحكم وضع المريض و طبيبه وجها لوجه و على قدم المساواة، و التزام المريض التزاما تعاقديا بأتعاب الطبيب.

١- القانون المدني الجزائري، أمر رقم ٧٥-٥٨ مؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ يتضمن القانون المدني معدل و متمم.

٢- المجموعة المتخصصة للمهنيين- المسؤولية الطبية ج ١ – منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، لبنان -٢٠٠٠ ص١٢٦.

العقد الطبي هو عقد ملزم لجانبين:

تنص المادة ١٠٦من القانون المدني الجزائري على أنه >>العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين و للأسباب التي يقررها القانون(١)كما نصت المادة ١٠٧ من نفس القانون على أنه >>:يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه و بحسن نية و طبقا لهذه المواد فان الطبيب عندما يعرض خدماته على المرضى يعد موجبا، فان استجاب المريض لهذا الإيجاب و قبله انعقد العقد بينهما و بالتالي يكون الطبيب ملزما بتزويد مريضه بالعلاج و العناية اللازمتين، و في المقابل يكون المريض ملزما بدفع المال، و هو مقابل هذه الخدمة، كما قد تكون هذه الخدمة مجانية و كل إخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى ميلاد المسؤولية العقدية (٢) و هذا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجزائري :كل عمل أي كان، يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض .

اذن فالطبيب و المريض يتبادلان الالتزامات، بحيث يلتزم الطبيب ببذل العناية و المراقبة، و المريض يلتزم بالوفاء و دفع الأجرة، و بالتالي فهو عقد معاوضة لأن كل من الطرفين يحصل على مقابل ما يقدمه، مع أن لفظ الأجر غير مستساغ، لان صحة المريض في الواقع لا تقدر بثمن، لذلك عوض هذا المصطلح بكلمة أتعاب و هذا هو الأرجح.

و تنص المادة ٢١١ من قانون حماية الصحة على أن >> :تحدد عن طريق التنظيم أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء و جراحو الأسنان و الصيادلة(٣)و الحق في العلاج يأتي على رأس الحقوق نتيجة لم له من أهمية اجتماعية فيتدخل الطبيب كلما حصلت الضرورة دون أن يقتض مسبقا أي أجر مثاله حالة التسخير المنصوص عليها في المادة ٢١٠ من قانون الصحة التي تنص على >> :يتعين الأطباء و جراحي الأسنان و الصيادلة أن يمتثلوا لأوامر التستير التي تصدرها السلطة العمومية مع مراعاة أحكام المادة ٢٠٦.

١- -المجموعة المتخصصة للمهنيين، المرجع السابق من ص ١٢٦-١٢٧.
٢- المجموعة المتخصصة للمهنيين، المرجع السابق ص ١٢٨
٣- القانون رقم ٠٥/٨٥ المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها الصادرة في ١٩٨٥/٠٢/١٧ الجريدة الرسمية العدد٨.

العقد الطبي هو عقد مدني قابل للإبطال

بما أن العقد الطبي هو عقد مدني لا يمكنه أبدا أن يتصف بالصفة التجارية و ذلك لان الطبيب أو حتى المستشفيات قد تقدم خدماتها مجانا و الغاية منها معالجة المريض بالدرجة الأولى ليس أكثر، حيث تنص المادة ٢١١ من قانون الصحة على انه >> : تحدد عن طريق التنظيم أسعار الأعمال الطبية التي يؤديها الطبيب، و جراحو الأسنان و الصيادلة و يعاقب كل من لم يحترم هذه الأسعار طبقا للتشريع و التنظيم الجاري بهما العملو بما أن العقد الطبي يعتبر ملزما للجانبين، فالمبدأ هو أن هذا الالتزام هو التزام ببذل عناية، بمعنى أن الطبيب يلزم عليه أن يعتني بالمريض عناية كافية و أن يصف له من وسائل العلاج ما يرجى به شفاؤه من مرضه. و أما الاستثناء فهو التزام الطبيب بتحقيق نتيجة(١) أما المريض فعليه الالتزام بالوفاء و الاستماع للأوامر و دفع الأجرة.

و يبقى العقد الطبي ملزم لجانبين فيحق لكل من الطبيب أو المريض أن يطلب الإبطال إذا أخل أحدهما بالتزامه في تنفيذ العقد و لكن يجب أن يكون الفسخ من طرف الطبيب لا يسبب أي خطر بالنسبة للمريض. و إذا كان العقد الطبي عقد معاوضة و عقد شخصي و كذلك هو عقد مدني قابل للإبطال .

١- الدكتور عبد السلام التو نجي: المسؤولية المدنية للطبيب دار المعارف لبنان، ١٩٧٢، ص٢٦٥-٢٦٦.

المطلب الثاني الثاني:

المسؤولية التقصيرية للطبيب.

تعرف المسؤولية التقصيرية بأنها من احترف عملا غير مشروع لم يتعهد صراحة و لا ضمنا بتعويض من أضره ذلك الفعل و لم يكن لإرادته أي دخل فيها يترتب على ذلك من تعويض، و أما القانون هو الذي يجره على تحمل الالتزام الناشيء عما صدر منه، بغير أن يكون له الخيار في قبول ذلك أو رفضه و إذن فليس يجب في هذا توافر الأهلية القانونية اللازمة في إنشاء الأعمال القانونية(١).

و إن المسؤولية عن الأعمال الشخصية، أي عن عمل شخصي يصدر من المسؤول نفسه، هي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات فالخطأ هنا غير مفروض بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدين، و هذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية.

و المسؤولية في قاعدتها العامة، لها أركان إذا توافرت ترتب على المسؤولية أثارها.

و نجد أن المسؤولية التقصيرية للطبيب قد قضت بها محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٦٩/٠٧/٠٣ بأنه لا يمكن مساءلة الطبيب في المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هده الحالة بان المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى يكون هناك عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام و بين أطبائها لان علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية و ليست تعاقدية.

١- دكتور حسن عامر- المسؤولية المدنية- ص ١٥.

و تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب على ثلاثة أركان هي: الخطأ و هو ما سنتناوله في الطلب الأول و الضرر في المطلب الثاني و العلاقة السببية في المطلب الثالث.

الخطأ الطبي:

و هو كل خطأ يسبب ضرر للغير يلزم فاعله (التعويض) طبقا للمادة ١٦٣ قانون مدني، و إن التزام الطبيب هو التزام بوسيلة هي بذل العناية الصادقة من اجل شفاء المريض فان قصر فهو تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول أو هو كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العام، أو المتعارف عليها نظريا و علميا وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو هو إخلاله بواجبات الحيطة و الحذر و اليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجب عليه أن يتخذ في تصرفه (اليقظة أو التبصر) حتى لا يضر بالمريض.
إذن فالخطأ الطبي هو انحراف الطبيب عن السلوك المألوف لمهنته مع إدراكه بهذا الانحراف.
و من خلال ذلك نرى بان الخطأ في هذا الإطار يقوم على ركنين أحدهما مادي و هو الانحراف أو التعدي و الأخر معنوي و هو الإدراك.
هذين الركنين يستلزم كل منهما وجود الأخر و هذا ما سنتناوله من خلال نوعين: الأول الركن المادي أي التعدي أو الانحراف و الثاني الركن المعنوي أي الإدراك (الإرادة الآثمة) (١)

١- د /سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد . المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، سنة 1990 ، ص51
.

الركن المادي الانحراف أو التعدي

إن الخطأ يأخذ صورتين: إما أن يكون ايجابيا أو سلبيا و هذا ما سنتناوله في فقرتين :

الفقرة الأولى :

الجانب الايجابي للخطأ:

لا جدال في أن الخطأ في عنصره المادي هو كل انحراف عن السلوك المألوف العادي، غير أن الرأي الفقهي قد اختلف في معيار الخطأ.

فذهب الرأي الأول إلى الاخد بالمستوى المجرد دون المقياس الشخصي فقياس الانحراف لسلوك شخص تجرد من ظروفه الشخصية و هو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس.

فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة، فيرتفع إلى الذروة و لا هو محدود الفطنة حامل الهمة فينزل إلى الحضيض(١.(

و مؤدى ذلك أنه ينظر إلى المألوف من السلوك هذا الشخص العادي و يقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي، فان كان هذا الأخير لم ينحرف في سلوكه عن المألوف عن سلوك الشخص العادي فهو لم يتعد إذا و ينتفي عنه الخطأ أما إذا كان قد انحرف، فمهما يكن أمر فطنته فقد وقع منه الاعتداء و ثبت عليه الخطأ و ترتبت المسؤولية في ذمته(٢)

١- دكتور عبد الحميد الشواربي –الالتزامات في العقود التجارية ، دار المطبوعات الجامعية- ص ٢٤.

٢- دكتور عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق- ص ٢٦-٢٧.

بالنسبة إليه انحراف في السلوك أي في سلوكه هو، فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة و حسن التدبير فأقل الانحراف في سلوكه يكون تعديا.
و قد يكون دون المستوى العادي في الفطنة و الذكاء فلا يعتبر متعديا إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحراف كبير بارزا، و قد يكون في المستوى العادي المألوف فالتعدي بالنسبة إليه لا يكون انحراف في السلوك بهذا القدر من البروز، و على تلك الدرجة من الضآلة، و لكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحراف عن السلوك المألوف، و على ذلك يتعين على القاضي أن يرجع إلى المسؤول نفسه ليبحث في مكنون نفسه و الغوص فيها خارج ضميره، بصدد ما بدا محدثا للضرر و يلحقه أصحاب هذا الرأي بالخطأ العمد و الخطأ الجسيم.
أما الحالة الثانية و هي حالة ما إذا كان العمل غير المشروع غير عمدي أو وقع نتيجة إهمال كالإصابة الخطأ فيأخذ بالمعيار الموضوعي المجرد ثم يستدرك بعض أخطار هذا الرأي فيقرر أن الأمر لا يختلف، حق و لو أخد بالمعيار المجرد في شان الفعل العمدي(١.(
و الرأي الأول هو الراجح فقها و قضاءا- ذلك أن المقياس الشخصي فيه عيب جوهري لا يصلح معه أن يكون مقياسا منضبطا وافيا بالغرض يقتضي أن ننسب الانحراف في السلوك إلى صاحبه، فنظر إلى الشخص و نكشف عما فيه من فطنة و ما درج عليه من عادات، و هذا كله أمر خفي قد يستصعب على الباحث المتفق كشفه.
و هنا يختلف من شخص إلى أخر، فالانحراف عن السلوك المألوف تراه الناس انحراف محققا يكون تعديا بالنسبة إلى شخص ذي فطنة أو شخص عادي و لا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين في الفطنة.
و هذا يثير التساؤل عن ذنب المضرور و قد لحق به الضرر الذي يسببه شخصا يكون فوق المستوى العادي أو دون هذا المستوى.
أما الأخد بالمعيار المجرد فانه يضع مقياسا منضبطا صالحا واف بالغرض و لا يستلزم البحث في خفايا النفس، كما انه لا يختلف في تطبيقه من شخص إلى أخر، إذ يصبح التعدي أمرا واحدا بالنسبة للجميع فإذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعديا سواء كان الشخص حاد الذكاء أو متوسط أو مفرطا في الغباء، فضلا عن الاخد بالرأي الثاني يؤدي إلى التشدد مع الشخص الحريص و التسامح مع المهمل و هو ما يؤدي إلى نتيجة غير منطقية(٢)

١- دكتور عبد الحميد الشورابي – المرجع السابق- ص ٢٨.
٢- الدكتور عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق- ص ٢٩.

الفقرة الثانية :

الجانب السلبي للخطأ.

الخطأ السلبي هو الذي بأحد صورة ترك أو امتناع و هو لا يتحرك إلا حيث بدل الترك أو الامتناع عن إهمال أو عدم الاحتياط، و العبرة فيه تقضي هذه الدلالة بالظروف التي أحاطت بالإنسان وقت أن يصدر منه الترك أو الامتناع موضع المؤاخذة و بالعادات و التقاليد التي تسود البيئة التي يهمل فيها و كذا الإلمام بالقانون الذي يسيطر عليه.

و على هذا يعتبر الترك أو الامتناع خطأ في الحالات التالية:

أ- كلما وقع الترك أو الامتناع خلافا لما أمرت به القوانين و اللوائح فمن يفعل عمل يفرضه عليه القانون يعد مخطئا و مسؤولا عن الضرر الذي يترتب عن خطئه لان الأعمال التي يفرضها القانون ملحوظ فيها أن تكون لازمة لصيانة أموال الناس و أرواحهم، فمن يغفل أداء عمل من هذه الأعمال يرتكب خطأ جسيما تقوم مسؤوليته في تعويض ما أحدثه خطئه من ضرر(١)

ب- لا يشترط لاعتبار الامتناع أو الترك خطأ إذا وقع خلافا لقانون أو لائحة بل يكفي أن يكون الترك أو الامتناع واقعا على عمل يستدعيه حماية للغير و على ذلك يعتبر مخطئا و مسؤولا كل من أقدم على عمل و لم يتخذ له عدته من وسائل العناية و الاهتمام خصوصا إذا كان العمل محفوف بخطر يجب محا ذرته و اتقاؤه.

١- الدكتور عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق- ص ٣٠.

الفرع الثاني:

الركن المعنوي.

مناط المسؤولية التقصيرية هو الإدراك و التميز، أي بمعنى أن وجود التميز لقيام المسؤولية التقصيرية و المطالبة بالتعويض و ذلك بحسب المادة ١٢٤ قانون مدني.

و تنص المادة ١٢٥ من القانون المدني الجزائري على انه >> :يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه و هو مميز غير انه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز و لم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيا في ذلك مركز الخصوم

أما عن فاقد الأهلية فانه يكون مسؤولا في استعادة المجنون مثلا لتمييزه في لحظة من اللحظات و قام في تلك اللحظة بإحداث ضرر لشخص ما يكون مسؤولا شخصيا، أما إذا ارتكبه عن غير تمييز فان المسؤولية تقع على الوصي أو القيم(١.(

١- دكتور حاتم لبيب جبار – نظرية الخطأ الطبي- ص ٣٩٠.

الضرر.

يعد الضرر ركنا من أركان المسؤولية و ثبوته يعتبر شرطا لازما لقيامه و تقرير وقوع الضرر مسالة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض و لكن الشروط الواجب توافرها في الضرر مسالة تخضع لرقابتها و الأضرار التي تصيب المريض من جراء الخطأ الطبي يمكن أن تكون مادية أو أدبية(١) و انه لا يعثر على تعريف جامع مانع للضرر في نصوص التقنين المدني الجزائري و كذا التقنينات الأخرى، و بالرغم من أن فكرة الضرر وردت في كل النصوص فمثلا في القانون المدني الجزائري من المادة ١٢٤ إلى ١٤٠ منه، و الملاحظ أن هذه المواد التي تعطي توضيحات هامة عن الضرر القابل للتعويض لا تقدم تعريف للضرر، و إنما يستنتج من دراستها ضرورة وجود ضرر و لا مسؤولية بدونه(٢.(

و مجاراة للفقه نعرفه بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك ، و الضرر كان متفق عليه حتى عند أنصار النظرية الموضوعية الذين يجعلون منه أساسا لنظرياتهم، فلا يكفي لوجوب هذه المسؤولية أن يقع من المسؤول فعل خاطئ و إنما يجب أن يترتب على هذا الفعل ضرر يصيب الغير، و لذلك يقولون لا مسؤولية و لا تعويض إذا انتفى الضرر.

ذلك انه ينبغي لفت الضرر إلى انه خلافا للقواعد العامة لا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطبيب أو المستشفى، فالالتزام العلاجي يعد أساسا إلزاميا ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة.

١- دكتور عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق – ص ٨٩ و ص ٩٦ و ٩٧.
-2المادة ١٢٤-١٤٠ قانون مدني جزائري.
٢- دكتور مصطفى مرعي – المسؤولية المدنية في القانون المصري- ص ١١٨.

فيمكن رغم حدوث الأضرار أن لا تثور المسؤولية الطبية، إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال من جانب الطبيب المعالج أو إدارة المستشفى أو العيادة (١).

كما يمكن ثبوت مسؤوليته و بالتالي يشترط التعويض عنه، حيث يكون التعويض أما عن الضرر المادي أو عن الضرر المعنوي.
فالضرر في الحالتين يوجب التعويض إذا كان محققا و ماسا بحق مكتسب لمن يطلب التعويض(٢) .

ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق منها: شهادة الشهود و القرائن بحيث ينقسم الضرر إلى قسمين الضرر المادي يصيب المضرور في جسمه أو ماله و هذا هو محور الفرع الأول أو أن يكون أدبيا يصيب المضرور في عاطفته أو شرفه أو كرامته(٣).

---

١ أ، محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية -98. المدنية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد (3)لسنة 2007 ، ص8

٢- دكتور عبد السلام التو نجي – المسؤولية المدنية للطبيب- ص ٢٩٦.
٣- دكتور احمد حشمت اوتيست و مرقش- نظرية الالتزام العامة في القانون المدني الجديد- ص ٨٣.

الضرر المادي.

و هو المساس بجسم الإنسان أو إصابته بترتب عليه خسارة مادية للشخص و يتمثل ذلك في نفقات العلاج أو في إضعاف القدرة على الكسب أو انعدام هذه القدرة أصلا (١).

و قد يصيب الضرر المادي ذوي المريض المضرور، فقضت محكمة النقض بأنه إذا أصاب الضرر شخصا بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصا أخر فلابد من توافر حق لهذا الغير، يعتبر الإخلال به ضررا أصابه و ادن العبرة في تحقيق الضرر المادي للشخص الذي يدعيه نتيجة لوفاة آخر(أو عجزه) هو أن يثبت أن المجني عليه يعوله فعلا وقت وفاته(أو عجزه) و على نحو مستمر دائم و أن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله و يقضي له بتعويض على هذا الأساس .

و مثل هذا الشرط لا ينطبق بطبيعة الحال على ما يلتزم المريض المضرور بإعالتهم قانونا كزوجته و أولاده ووالديه، فهؤلاء لهم فرصة محققة لا تحتاج إلى إثبات أو دليل (٢).

فالقاعدة ادن في المسؤولية الطبية هي كالقاعدة في المسؤولية المدنية عموما، فبمجرد حصول الخطأ دون ضرر لا يرتب مسؤولية لان الخطأ يشترط فيه حصول الضرر منه، فالخطأ ادن على هذا الأساس مهما كان جسيما لا يرتب أية مسؤولية ما لم ينشأ عنه ضرر حال، أو مستقبل بشرط أن يكون محققا.

و هنا تجدر بنا أن نلاحظ أن الضرر المقصود هنا ليس هو الضرر الناجم عن عدم شفاء المريض أو عدم نجاح الطبيب أو الجراح في العلاج لان مجرد عدم شفاء تماما أو جزئيا لا يكون في ذاته ركن الضرر، لان الطبيب في العلاج لا يلتزم بشفاء المريض و إنما المطلوب منه بذل قصارى جهده في سبيل الشفاء و لا حرج عليه إذا

١- دكتور عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق – ص ٨١.

٢ عبد الله محمد علي الزبيدي، مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاءمعاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق الكويت ، العدد (3) سبتمبر 2005 ، ص -317.ص263

بذل ما في وسعه و لم يتحقق الشفاء على يديه لان التزامه هو التزام ببذل سعي قد

يؤدي أو لا يؤدي إلى تحقيق غاية معينة.

فإذا اخفق الطبيب في الوصول إليها و كان ذلك بخطأ منه لا يسأل إلا عما سببه للمريض من كسب بسبب تعطيله عن عمله و قد يحاسب على ما يسببه له من آلام جسيمة أثناء العلاج(١.(

إنما لا مسؤولية عليه بسبب عدم نجاح العلاج المترتب على خطئه مادامت حالة المريض لم تسوء عما كانت عليه قبل العلاج، نخلص مما تقدم أن مجرد عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه بالعلاج لا يكفي لإقامة الدليل على تحقق الضرر، بل يجب أن يكون هناك ضرر مستقل عن عدم التنفيذ إما الطبيب الذي يكلف بالعلاج لشخص من داء في عينه بعد أن فقدت العين البصر فلا مسؤولية عليه.

و للضرر المادي شرطان أولهما الإخلال بمصلحة مالية للمضرور، و ثانيهما تحقق الضرر.

١- دكتور عبد السلام التو نجي – المسؤولية المدنية للطبيب- ص ٢٩٤-٢٩٥.

الخاتمة

لأجل إعادة التوازن لطرفي العلاقة الطبية و ذلك بحماية حقوق المرضى و حقوق الأطباء، ط وّع القضاء القواعد العامة للمسؤولية مستعملا عدّ ة أدوات قانونية، مدعوم اً في ذلك من الفقه، وذلك باقرار المسؤولية المدنية العقدية حماية للمريض، لأن الالت ا زم في المسؤولية المدنية التقصيرية هو الت ا زم وحيد يتمثل في الالت ا زم ببذل عناية، و جعل الالت ا زم ببذل عناية كأصل وهذا حماية للطبيب و للمهنة . و بالمقابل قام بالتوسع في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة لصالح المريض، كما أقر أن الخطأ كأصل عام أساس المسؤولية المدنية للطبيب وهذا حماية له و للمهنة .و حماية للمرضى انتقل من المساءلة عن الخطأ العادي إلى الخطأ الفني و من الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير، استعمل فكرة الخطأ الاحتمالي و ذلك باستنتاج الخطأ من وقوع الضرر التي سرعان ما تخلى عنها، استعمل الالت ا زم بالسلامة، ووسع من مفهوم الضرر بتعويضه على فوات الفرصة، و استعمل نظرية فوات الفرصة للتطويع ركن السببية .و تعميقاً لهذا و لكفالة تعويض المضرورين و حماية الأطباء من آثار المسؤولية المدنية تدخلت التشريعات بإل ا زمية تأمين الأطباء لدى شركات التأمين وإنشاء صندوق التضامن الوطني لتغطية الاضرار غير الناجمة عن الخطأ الطبي.

المصادر

- القران الكريم

١- - دكتور مصطفى مرعي – المسؤولية المدنية في القانون المصري-

٢- -د . لقمان فاروق حسن نانه كه له (المسؤولية القانونية في العمل الطبي) ط ١ . مكتبة زين الحقوقية والادبية ، بيروت ، ٢٠١٣

٣- د. جاسم علي سالم الشماسي ، مسؤولية الطبيب والصيدلي ، وهو بحث ضمن كتاب المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، ج ١ ، المسؤولية الطبية .

٤- د. طلال عجاج المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة المؤسسة الحديثة للبلاد ، لبنان ، ٢٠٠٤

٥- د. نهاد خوري ، الخطأ الطبي ويمكن الاطلاع عليه على الرابط الاتي http://www.terezia.org/swction.phy2id:/577

٦- دكتور احمد حشمت اوتيست و مرقش- نظرية الالتزام العامة في القانون المدني الجديد

٧- دكتور عبد الحميد الشواربي –الالتزامات في العقود التجارية ، دار المطبوعات الجامعية-

٨- دكتور عبد السلام التو نجي – المسؤولية المدنية للطبيب-.

٩- الدكتور عبد السلام التو نجي: المسؤولية المدنية للطبيب دار المعارف لبنان، ١٩٧٢،

١٠- سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تكوينات البلاد العربية

١١- عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الاطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر ١٩٨٨ ،.

١٢- فوزية عبدالستار ، النظرية العامة في الخطأ غير العمدي ..

١٣- القانون المدني الجزائري، أمر رقم ٧٥-٥٨ مؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ يتضمن القانون المدني معدل و متمم.

١٤- القانون رقم ٠٥/٨٥ المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها الصادرة في ١٩٨٥/٠٢/١٧ الجريدة الرسمية

١٥- المجموعة المتخصصة للمهنيين- المسؤولية الطبية ج ١ – منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، لبنان -٢٠٠٠

١٦- -محمد بن ابي بكر القادر مختار الصحاح الكويت ١٩٨٣ .

١٧- المنجد في اللغة والاعلام . توزيع . دار المشرق بيروت ، ١٩٨٦ ،.

١٨- د /سهير منتصر، المسؤولية المدنية عن التجارب الطبية في ضوء قواعد . المسؤولية المدنية للأطباء، دار النهضة العربية، سنة 1990 ،

١٩-

٢٠- أ، محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية -98.المدنية ، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد (3)لسنة 2007، ص8

٢١- عبد الله محمد علي الزبيدي، مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاءمعاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق الكويت ، العدد (3) سبتمبر 2005 ، ص -317ص263