

جامعة غرداية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم : الحقوق



المسؤولية المدنية للطبيب في ظل قانون
الصحة الجديد 2018

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق
تخصص: قانون خاص

إعداد الطالبان:
- ضيف السماعيل
- حاج المحمّد إبراهيم
إشراف الدكتور:
- خطوي عبد المجيد

أعضاء لجنة المناقشة

| الصفة | الجامعة | الرتبة | اسم ولقب الاستاذ |
|----------------|--------------|---------------|------------------------|
| رئيساً | جامعة غرداية | أستاذ مساعد أ | د. ابصير طارق |
| مشرفاً ومقرراً | جامعة غرداية | أستاذ محاضر ب | د. عبد المجيد خطوي |
| ممتحناً | جامعة غرداية | أستاذ محاضر ب | د. بابا عمي الحاج احمد |

السنة الجامعية :

2018م-2019م

جامعة غرداية
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم : الحقوق



المسؤولية المدنية للطبيب في ظل قانون الصحة الجديد 2018

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق
تخصص: قانون خاص

إشراف الدكتور:

- خطوي عبد المجيد

إعداد الطالبان:

- ضيف اسماعيل

- حاج المحمّد إبراهيم

السنة الجامعية :

2018-2019م

وَالَّذِينَ
بَدَّلُوا
أَمَانَتَهُمْ
بِأَسْوَاقِ
الْبَشَرِ
فَمَا كَانُوا
بِالْبَشَرِ
كَأَنَّ
هُمُ الْبَشَرُ
فَمَا كَانُوا
بِالْبَشَرِ
كَأَنَّ
هُمُ الْبَشَرُ

الآية 80، سورة الشعراء

شكر

بعد شكر الله عزوجل الذي وفقنا لإتمام متطلبات هذا البحث، لا يسعنا في هذا المقام إلا أن نتقدم بخالص عبارات الشكر والإحترام والتقدير إلى أستاذنا وأخينا الدكتور " خطوي عبد المجيد " على إشرافه وإحتضانه لهذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بخالص الامتنان لأعضاء لجنة المناقشة جزآهم الله عنا كل خير على قبول مناقشة هذه المذكرة.

كم نتقدم بالشكر لأساتذة الماستر فرع " قانون خاص " على ماقدموه لنا من نصح وإرشاد وتوجيه طوال المسار الدراسي.

الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى روح أبي رحمه الله، وإلى
الوالدة الكريمة حفظها الله وأطال في عمرها.

إلى العائلة الكبيرة كلها, اخص بالذكر إخوتي وأخواتي
وفقهم الله جميعا.

إلى كل الأصدقاء والأحبة، وإلى كل معلم وأستاذ
وشيخ ساهم في تدريسي وتكويني منذ الطور الابتدائي
إلى يومنا هذا.

ابراهيم



الإهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله
وأطال في عمرهما، وإلى زوجتي الغالية و إلى فلذة كبدي
" رابع " حفظه الله ورعاه.

إلى العائلة الكبيرة والصغيرة, اخص بالذكر إخوتي, اختي
الوحيدة والغالية وفقهم الله جميعا.

إلى كل الأصدقاء والأحبة، وإلى كل معلم وأستاذ وشيخ
ساهم في تدريسي وتكويني منذ الطور الابتدائي إلى يومنا
هذا.

اسماعيل



قائمة المختصرات باللغة العربية:

- ب د ن بدون دار نشر.
ب س ن بدون سنة نشر.
ب ب ن بدون بلد نشر.
ج جزء.
ج ر ج الجريدة الرسمية الجزائرية.
د - م . ج ديوان المطبوعات الجامعية.
س سنة.
ص صفحة.
ط طبعة.
ع عدد.
ق - إ . م . إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق - ص قانون الصحة.
ق - م . ج القانون المدني الجزائري.
ق - م . ف القانون المدني الفرنسي.
ق - م . م القانون المدني المصري.
م ج ع ق إ س المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.
م . ق مجلة قضائية.

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية

- Op.cit. : Ouvrage précédemment cité.
- p : page.
- pp : de la page à la page.
- N° : numéro.
- art : article.
- L: loi.

ملخص:

تعتبر المسؤولية المدنية للطبيب من المواضيع الشائكة، وذلك لعدم توفر التوازن بين طرفي العلاقة بين المريض الذي يعتبر في موقف ضعيف أمام الطبيب وماله من دراية بالمعلومات الفنية، وهذا ما صعب من تكييف المسؤولية على الأساس العقدي أو التقصيري بل وحتى الطابع المهني وذلك في غياب نصوص خاصة بمسؤولية الطبيب المدنية معتمدين فقط على القواعد العامة، والطبيب وهو بصدد تقديم العلاج يقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات القانونية تتمثل في بدله للعناية كأصل عام وتحقيق النتيجة كاستثناء، إضافة لذلك يقع على عاتق الطبيب التزامات أخلاقية تتمثل في إعلام المريض وكنتمان أسراره مع توفر الكفاءة المهنية لديه، والمسؤولية المدنية للطبيب لا تقوم إلا بتوفر أركانها، الخطأ الذي ارتكبه الطبيب، والضرر الذي لحق المريض، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهذه الأخيرة إذا توفرت يقع عبء الإثبات على المريض بكافة الوسائل وعبء النفي على الطبيب، وفي حالة إثبات الضرر وجب على الطبيب التعويض إما مباشرة أو عن طريق شركة التأمين التي يكون مؤمنا فيها عن أخطائه .

الكلمات المفتاحية:

المسؤولية المدنية، الخطأ الطبي، الطبيب، المسؤولية الطبية، المريض، إثبات الخطأ الطبي، التزامات الطبيب، المضرور.

Summary:

The civil responsibility of the doctor is a thorny issue, because there is no balance between the two sides of the relationship between the patient which is in a non symmetric position and the doctor who has more technical information, and this is difficult to adapt the liability on the basis of a contract in a professional character, in the absence of texts on the civilian responsibility of a doctor relying only on the general rules, and the doctor is in the process of treatment falls on him A set of legal obligations is a substitute for care as a public asset and the achievement of the result as an exception. In addition, the doctor has the moral obligation to inform the patient and to conceal his

secrets with his professional competence and civil responsibility The doctor does not only provide the elements, the mistake he made The burden on the patient by all means and burden of exile on the doctor, and in the case of proof of damage, the doctor must compensate either directly or through the insurance company, the damage on the patient.

Key words: Civil liability, medical error, physician, medical liability, patient, medical error, doctor's obligations, injured

مقدمة

مقدمة:

إن أشكال المسؤولية عموماً تتحدد في حال الشخص الذي يرتكب فعل يستوجب المساءلة و المؤاخذة فإذا اعتبر الفعل المرتكب مخالفاً للأخلاق وصفت بأنها مسؤولية أدبية، أما في حالة ما إذا كان الأمر المرتكب مخالفاً لقواعد القانون وصفت المسؤولية بأنها مسؤولية قانونية، وتنقسم هذه الأخيرة بدورها إلى مسؤولية جزائية ومدنية، وهذه الأخيرة هي الأخرى تنقسم إلى مسؤولية تقصيرية وأخرى عقدية¹

وموضوع بحثنا اليوم حول المسؤولية المدنية للطبيب، إذ يقول الرسول ﷺ (من تطب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن)². والمقصود من كونه ضامن لأنه أقدم على شيء لا يجيده ولا هو من أهله.

فإذا كانت التشريعات القديمة تجزي الطبيب في حالة الخطأ بقطع يده فإن التشريعات الحديثة تحاول إيجاد نقطة توازن بين حق المرضى في الحماية وحق الأطباء في الطمأنينة.

و موضوع المسؤولية الطبية لم يرد نص خاص في التشريع الجزائري يوضح التكييف القانوني لمسؤولية الأطباء، إذ أحجم المقتن عن معالجة هذه المسألة لعدم سهولتها تاركاً إياها للفقهاء و رجال القانون.

رغم هذا، فإن القضاء في الجزائر على وجه الخصوص، لم يعرف قضايا المسؤولية الطبية إلا منذ سنوات قليلة، وذلك راجع إلى عدة أسباب تتداخل فيما بينها لتجعل المريض المضرور يعكف على مقاضاة الأطباء بهدف الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به، و من هذه العوامل نجد عامل الإحساس بالضعف لدى المريض في مواجهة الطبيب، و هذا راجع دون شك إلى العلاقة غير المتوازنة التي تربط المريض بالطبيب، إذ يعاني طرف علة مرضية، و طرف آخر يضع فيه الأول كامل ثقته بهدف تخلصه من آلامه و بالتالي فالمريض غالباً ما يجد نفسه غير قادر على مواجهة الأطباء، كما أن صعوبة إثبات الخطأ الطبي من شأنه أن يؤدي بالمريض إلى التفكير ملياً قبل مباشرة أي إجراء قضائي، فمعرفة بصعوبة إثبات الخطأ الطبي بسبب جهله بخبايا الفن الطبي خاصة، من شأنه أن يؤدي إلى أن يخسر دعواه. لذا يفضل أغلبية المرضى عدم المغامرة. هذا من جهة، و من جهة أخرى فهناك من المرضى من لا يمكنه حتى معرفة أن الضرر اللاحق به كان جراء خطأ طبي، إذ نجد أنهم يرجعون ما قد يصيبهم إلى

¹ بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، المؤطر: منصور الصرايرة قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 1.

² ابن ماجه أبو عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د.ت.ن، ص1147

القضاء و القدر. و لتحديد نقطة التوازن بين مصلحة كل من الطبيب و المريض، جعلت القضاء في حيرة بين أمرين:

- حماية المرضى من أخطاء الطبيب بتوفير العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد مسؤولية الطبيب. لكن ممارسة الطب تؤدي بصورة أو بأخرى إلى المساس بجسم الإنسان الذي يتمتع شرعاً و قانوناً بحرمة كأصل عام. و تتمثل الصعوبة هنا في البحث عن نقطة "التوازن" و ذلك بالتوفيق بين مصلحة كل من الطبيب و المريض دون التضحية بإحدهما في سبيل الأخرى. فنحافظ على حرمة جسد الإنسان و نشجع الطبيب في ذات الوقت على البحث و الأخذ بالتطورات العلمية دون أن يخشى سيف المسؤولية طالما التزم بالأصول الطبية المستقرة.

- العمل على توفير الحرية و الطمأنينة اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، و جعلهم يمارسون مهنتهم في جو من الثقة و الارتياح، فالطبيب الذي يدرك و يشعر أنه في كل وقت معرض للمساءلة، لا يستطيع أن يمارس مهنته و يبدع في عمله الطبي، فكلما فكر في ذلك يتهرب من القيام بالتدخل الطبي على جسم المريض خشية الوقوع في خطأ مما يرتب المسؤولية، فوضع القيود على الممارسة سيؤدي به إلى التخوف و الإحجام على الإقدام لعلاج المريض و استعمال الطرق اللازمة لتشخيص المرض و تقديم العلاج. الأمر الذي يعني أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه يجب ألا تكون سيفاً مسلطاً عليه حتى لا يتأثر أداءه لمهامه سلباً، و يفقد بحكم الواقع عنصر المبادرة، و يخشى البحث عن الجديد في الطب خوفاً من هاجس المسؤولية¹.

إذ يتعين الانتباه على وجود كفتان أو مصلحتان جديرتان بالحماية و أنه يتطلب الأمر الدقة و التمعن في تحقيق التوازن بينهما.

وتبدو أهمية موضوعنا من خلال ما يعرفه الميدان من حساسية و ذلك لاتصاله بجسم الإنسان ودراسة الخطأ الطبي والضرر الناتج عنه، وذلك بتوفير علاقة تبعية بينهم، إذ عرف القضاء حيرة كبيرة بين أمرين، الأول وهو حماية المرضى مما قد يصدر عن الأطباء من أخطاء تكون لها آثار سيئة وضمن توفير العناية الطبية اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم².

وقد تطرقنا في هذا الموضوع للمسؤولية المدنية للطبيب والتي تتمثل في تعويض المريض المضرور عما حل به من أضرار أدبية ومادية. وتتجلى هذه المسؤولية المدنية كونها تفيدهم رجال القانون من جهة والأطباء من جهة دون

1 بدر محمد الزغيب، المسؤولية المدنية للطبيب عن الأخطاء الطبية في مجال التلقيح الاصطناعي، مرجع سابق، ص 20

2 داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، المؤطر: الطيب زروقي، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، ورقلة، 2006، ص 1.

أن ننسى المجتمع وذلك حول الخطأ الناتج عن الطبيب الذي كان في العصور القليلة الماضية قبل التطور التكنولوجي الهائل، بحيث كانت الصلة بين الطبيب والمريض مبنية على الاحترام والثقة وكان ما يعرف بطبيب العائلة إلا أنه نتيجة للتقدم العلمي والتكنولوجي وتضخم السكان أصبح يتجه الفرد إلى الطبيب بحكم سمعته وشهرته، وقد لا يكون هناك بينهم أية معرفة أو ملاقاتة من قبل، وهنا يسلم المريض أمور جسمه لرعاية الطبيب وعنايته ويضع نفسه كلياً تحت تصرف هذا الأخير، وهو طرف ضعيف في العلاقة كونه يجهل ما يتضمنه العمل الطبي، ومن هنا بدأت التشريعات في تنظيم مهنة الطب والمسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي.

أما بالنسبة لأهم الأسباب التي دفعت بنا لاختيار هذا الموضوع فكان أول سبب لا يمكن إغفاله هو ارتفاع وتزايد عدد ضحايا الأخطاء الطبية المرتكبة من طرف الأطباء في جميع المجالات وتبيان حقوق المريض أو من ينوبه برفع دعوى التعويض على أساس الخطأ الطبي بكافة وسائل الإثبات، وأيضاً من الأسباب هو دفع المريض الذي هو طرف ضعيف في الدعوى المدنية إلى رفع دعوى قضائية متى توافر الخطأ الطبي الناتج من الطبيب وذلك عند إخلال الطبيب بالتزامه، وتبيان وسائل وطرق الإثبات المدني للمريض أو ذويه لطلب التعويض، وأسباب إثبات وانتفاء المسؤولية الطبية دون أن ننسى مدى التزام الطبيب ببذل عناية أو تحقيق نتيجة.

أما الغاية والهدف من دراستنا هو أن موضوع المسؤولية الطبية لا يزال جديراً بالبحث وخاصة حماية للمرضى من أخطاء الطبيب وذلك بتوفير العناية اللازمة لهم من خلال تأكيد مسؤولية الطبيب المدنية، وتناول هذه الأخيرة من مفهوم الشرع والقانون الجزائري ودراسة عدة قضايا حول المسؤولية الطبية، وتخصيص هذا الموضوع على أساس المسؤولية الطبية وذلك لغياب نصوص خاصة في القانون المدني وإنما اعتبارها وتركها للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.

ومن خلال الدراسات السابقة التي تطرقنا إليها في بحثنا هذا وجدنا مواضيع ذات صلة ولعل أولها هو موضوع الخطأ الطبي في ظل المسؤولية المدنية وموضوع المسؤولية المدنية للطبيب دون أن ننسى عدة مواضيع أفادتنا و أثمرت معلوماتنا في البحث وأيضاً عدة باحثون ساعدونا في البحث العلمي لتناوله بدقة واحترافية.

أما من ناحية المشكلات التي وجدناها هي القوانين المتفرقة هنا وهناك والتي لم نجد لها في قانون واحد وشامل، وحتى بالنسبة للأحكام القضائية فلم نجد قضية خاصة بالمسؤولية المدنية للطبيب وإنما أغلبها تكون جنائية وترتبط معها الدعوى المدنية التي تكون في شكل تعويض، ومشكلة المسؤولية المدنية غير واضحة وشائكة وكنا بحاجة للبحث.

وقد اتبعنا المنهج التحليلي في دراستنا، فوجدنا أنفسنا نعتمد على الأسلوب العلمي الطبي من جهة وبين الجانب التشريعي القضائي من جهة ثانية، وكأننا نرتدي لباسين لباس القاضي الذي يبحث عن طريقة بموجبها يفرغ دوره الإيجابي في البحث عن الخطأ ولباس الطبيب الشرعي الذي يثبت توفر الضرر نتيجة للخطأ الطبي وما يتوفر لديه من معارف و مهارات وخبرات خدمة للبحث عن التكييف الصحيح للمسؤولية، فضلاً عن المنهج المقارن وهذا عند مقارنة موقف المشرع الجزائري من مختلف المسائل القانونية موضوع البحث بموقف النظم القانونية الأقرب إليه خاصة التشريعين الفرنسي والمصري وفي بعض الأحيان الشريعة الإسلامية باعتبارها أحد أهم مصادر القانون الجزائري.

ولعل آثار وتبعات المسؤولية المدنية و جدلية حماية حقوق المرضى و حقوق الأطباء، دفعت القضاء إلى كسر جمود القواعد العامة للمسؤولية المدنية لرد التوازن لطرفي العلاقة الطبية و ذلك بتوفير قدر من الحماية للمرضى و خلق جو من الطمأنينة للطبيب أثناء ممارسته لمهنته النبيلة.

وهذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل الآتي: **ماهي أحكام وأثار مسؤولية الطبيب المدنية في ضوء قانون**

الصحة الجديد لسنة 2018 ؟

وللإجابة عن هذا الإشكال العام وجب علينا التطرق لمجموعة من الإشكالات الفرعية والتي تندرج تحته و أهمها: ما الأحكام الشرعية والقانونية لمسؤولية الطبيب؟ وماهي آثار وتبعات هذه المسؤولية؟

وللإجابة على الإشكالية ارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى فصلين: الفصل الأول وهو الأحكام الشرعية والقانونية لمسؤولية الطبيب وقسمنا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول ويخص الأحكام الشرعية لمسؤولية الطبيب، أما المبحث الثاني فهو الأحكام القانونية لمسؤولية الطبيب. أما الفصل الثاني فقد خصصناه لدراسة آثار وتبعات مسؤولية الطبيب المدنية، فالمبحث الأول منه يتعلق بدعوى المسؤولية المدنية، في حين أن المبحث الثاني يخص التأمين والتعويض عن المسؤولية الطبية.

الفصل الاول

الاحكام الشرعية و القانونية لمسؤولية

الطبيب

الفصل الأول: الأحكام الشرعية والقانونية لمسؤولية الطبيب

يعد المظهر الفيزيولوجي للإنسان وتكوين جسمه أمر خارج عن إرادته، ولا تدخل له فيه، سواءً في طوله وقصره وجماله أو جنسه وأمور أخرى يولد بها وتلعب فيها الوراثة دورا هاما، لكن بتطور الطب وكل الوسائل المستعملة، صار جسم الانسان محلا للعديد من الممارسات التي حاولت التغيير في مكوناته¹.

و في هذا الإطار اختلفت الآراء والمواقف بشأن حق الانسان في التصرف بجسمه من قبل رجال القانون ووضع إطار قانوني يلائم هذا التصرف المعقد من جهة، ومن جهة أخرى اختلاف علماء الشريعة الاسلامية بشأن حرية الانسان في التصرف في جسمه كما هو موضح في هذا المبحث الاحكام الشرعية لمسؤولية الطبيب والمقسم إلى مطلبين المطلب الاول المقصود بمبدأ معصومية الجسد البشري في الشريعة والمطلب الثاني التطبيقات الشرعية لمبدأ معصومية الجسد البشري.

المبحث الاول: الأحكام الشرعية لمسؤولية الطبيب:

إن حرمة الجسد تشكل مبدأ مقررًا منذ القدم، ومن أسمى مظاهره هو حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده إذ يستخلص منهما المعصومية النسبية لجسم الإنسان والتي تعني أن لكل شخص الحق في أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه فقد أولت كل من الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية اهتماما كبيرا بهذا المبدأ إذ أرست له قواعد ومبادئ لضمان احترامه فالأدمي محترم حيا أو ميتا في الشريعة الاسلامية، ولقد خلقه الله تعالى وقدره وعززه وكرمه وأودع فيه سر خلقه، مصداقا لقوله عز وجل " ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأنا خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"²

لذلك عنيت الشريعة الإسلامية أيما عناية بحماية النفس البشرية إذ وصلت الشريعة في مبلغ حرصها في حالة الإيذاء أو القتل إلى تقرير المسؤولية ولا يحل ذلك حتى لو كان بإذن المجني عليه وقد سبقت حماية الشريعة الاسلامية للإنسان حتى قبل خروجه من بطن أمه وأدرسته أيضا الحماية حتى بعد وفاته بحماية جثته، إذ أن مبدأ حرمة جسم الانسان وجثته يكتسي أهمية قصوى و قدسية مطلقة في الشرع من خلال النصوص القرآنية المتعددة والسنة النبوية الحميدة وتتجلى من خلال فتاوى ومواقف علماء الدين الاجلاء.

وقد حظي مبدأ حرمة الجسد أيضا نصيبه من الاهمية في القوانين الوضعية سواء منها الداخلية أو الدولية، إذ تجعل الانسان هو الهدف الاسمي في هذا الوجود تنص عليه في دساتيرها إذ أن مبدأ حرمة الجسد في القانون يكمن في حق الفرد في أن يكون جسمه مكفول الحماية بأن يظل جسمه بأجهزته يؤدي وظائفه على نحو عادي طبيعي وأي اعتداء يعطل هذه الوظائف تعطيلًا جزئيا أو كليا يعد مساسا بسلامة الجسم، وقد تبنت هذه المسألة في القانون

¹. سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الاعضاء لبشرية بين الشرع و القانون، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1999، ص 07.

². الآية رقم 14، سورة المؤمنون.

الداخلي، القوانين المدنية من جانب منع الاضرار بالغير والتعويض في حالة إلحاقه، وأيضا القوانين الجزائية التي قررت عقوبات ردعية لكل معتد على السلامة الجسدية للأفراد سواء بإلحاق الاضرار الجسمانية أو بالقتل .

ونجد أيضا على المستوى الدولي سواء على الصعيد العالمي أو على الصعيد الاقليمي للدول فإن هذا المبدأ أيضا أي مبدأ حرمة الجسد ومعصوميته قد تطرقت إليه العديد من النصوص الدولية من موثيق و إتفاقات و إعلانات دولية محاولة إبراز الكائن البشري فيما يسمى بحقوق الانسان وحرياته سعيا إلى ضمان حمايته، ومما سبق سأحاول إبراز مبدأ حرمة الجسد من خلال إيضاح ذلك في كل من الشريعة الاسلامية و القانون.

المطلب الاول : المقصود بمبدأ معصومية الجسد البشري في الشريعة الاسلامية:

الفرع الاول: حرمة الجسد و معصوميته:

لقد عينت الشريعة الاسلامية بحماية النفس البشرية، فحرمت قتل النفس إلا بالحق مصدقا لقوله تعالى عز و جل " و لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق¹ ومن هنا جاءت القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه " لا يجوز المساس بدم الادمي أو عرضه بغير حق " ، كما ثبت عنه صلى الله عليه و سلم أن الله عز و جل جعل أول ما يقضي فيه بين الناس يوم القيامة هو الدماء².

فإن حرمة الإنسان و معصوميته ، وضمان سلامته الجسدية والنفسية وكرامته لأدمية، هي من أهم الحقوق التي يتمتع بها الفرد (الحق الخاص) والمجتمع على السواء (الحق العام). ومن ثم فإنه لا بد من رضا الشخص الخاضع للتجربة العلمية الطبية، وإقرار النظام بذلك، وفقا للتشريعات الطبية النافذة³. ذلك أن جسد الإنسان يقع خارج دائرة التعامل، وأن الإنسان ملزم بالحفاظ على صحته وسلامته حتى يبقى قادرا على أداء دوره الاجتماعي، ومن هذا المنطلق، فإنه لا يجوز شرعا وقانونا إجراء التجارب الطبية على الإنسان، لأغراض علاجية، أو بهدف البحث العلمي المحض، إلا بعد الرضا المستنير والمتبصر للشخص الخاضع للتجربة أو البحث (وهو الالتزام بالتبصير الملقى على عاتق الطبيب أو الفريق الطبي)، وعند عدمه لمثله الشرعي وفقا للأئمة السارية المفعول؛ وبأن يكون لهذا الشخص الحق في الرجوع عن رضائه ووقف إجراء التجريب في أي وقت شاء إذا طلب ذلك⁴.

وعلى هذا الأساس، ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ عصمة الجسد، أي عدم المساس بجسم الإنسان، لا ينطبق من الناحية القانونية والأخلاقية، إلا عندما يرفض الشخص المعني المساس به⁵ أما عندما يوافق على

¹. الآية 33، سورة الاسراء

². مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الاعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2006 ، ص 20

³. خالد عبد الرحمان ، معصومية الجسد ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، جامعة عين الشمس 1987 ، ص 98 .

⁴. خالد عبد الرحمان ، التجارب الطبية ، ص 29 و ما يليها.

⁵. فيتخذ المساس صورة عنف أو تعدي ، و هي الصورة المجرمة التي تخضع لطائلة القوانين الجنائية.

ذلك صراحة، وهو حر في إرادته دون ضغط أو إكراه أو عنف يكون المساس في ذاته غير محظور (مما يدخل في نطاق نسبية مبدأ عصمة الجسد)¹.

ولذلك فإن الرضا المستنير أو المتبصر للشخص الخاضع للتجربة أو البحث، هو أحد اللوازم المبدئية الأساسية أو الجوهرية للدخول في مجال هذه التجارب الطبية والبحثية، التي تقف في الحقيقة على حدود حساسة جدا وشديدة الصعوبة من مبدأ عصمة الجسم² ومن المعلوم أن الفقه الإسلامي يعتبر حق الإنسان في سلامة جسده وضمأن سلامته الجسمية والنفسية، من أهم الحقوق الشرعية السامية التي يتمتع بها، والتي يجب احترامها وصيانتها وفقا لكرامته الآدمية³.

فإن الله عز وجل خلق الإنسان وكرمه وشرفه، ووضع في مرتبة عالية بين خلقه، لقوله تبارك و تعالى: {ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا}⁴ فإنه لا يجوز شرعا إلقاء النفس في المهالك والمخاطر والأضرار كما أنه لا يجوز أن يخاطر الإنسان بجسده و بحياته، دون أن يكون هناك ما يقتضي ذلك بإرادته الحرة والصريحة ، لقوله سبحانه { ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين }⁵ ، وقوله تبارك وتعالى في تحريم إزهاق الروح وإتلاف البدن عن طريق الانتحار أو ما يؤدي إليه: { ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا، ومن يفعل ذلك عدوانًا وظلمًا فسوف نصليه نارًا وكان ذلك على الله يسيرًا }⁶. كما أنه لا يجوز قتل النفس إلا بالحق لقوله عز وجل: { ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق }⁷.

ولا يجوز أيضا قتل النفس المؤمنة عمدا، لعصمتها وحرمتها في الإسلام، إلا فيما نص عليه الشرع الحنيف لقوله تبارك وتعالى {ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها}⁸. وعن جندب بن عبد الله رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ " كان فيمن كان قبلكم رجل به جرح فجزع، فأخذ سكينًا فحز به يده، فما راق الدم حتى مات؛ قال الله تعالى: بادرنبي عبدي بنفسه فحرمت عليه الجنة"⁹ و عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ " من تردى من جبل فقتل نفسه فهو في نار جهنم يتردى فيها مخلدا فيها أبدا، و من تحسى سما فقتل نفسه فسمه في يده يتحساه في نار

¹ Decocq (A) ; Essai d'une thérapie générale des droits sur ma personne , thèse ,paris,1960 ,p p 76,82 Baudouin ; (j.l) L'expérimentation sur les humains.p172.

² . خالد حمدي عبد الرحمان ، المرجع السابق ،ص ص،40-41.

³ . عفاف معايرة ، حكم إجراء التجارب الطبية العلاجية على الانسان و الحيوان ، ص 12 و ما يليها.

⁴ . الآية رقم 70، سورة الاسراء.

⁵ . الآية رقم 195، سورة البقرة.

⁶ . الآية رقم 29 ، الآية 30 ، سورة النساء.

⁷ . الآية رقم 151 ، سورة الانعام .

⁸ . الآية رقم 93 ، سورة النساء.

⁹ . راجع الحديث رقم 3463، أخرجه الامام البخاري في صحيحه، مُجد بن اسماعيل البخاري الجعفي، دار ابن كثير، سنة 1993، ص 857

جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، و من قتل مجديده فجديدته في يده يجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا¹.

وبالإضافة إلى هذا، فإن الحق في سلامة الجسد هو من الحقوق الشرعية التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد؛ ومن ثم، فإن الرضا أو الإذن بالتجارب الطبية العلاجية أو العلمية، لا يبيح القتل ولا يمنع وجوب القصاص لقوله تبارك وتعالى: {يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتل²}. وذلك لأن الإنسان غير مالك نفسه، وإنما هي مملوكة لله عز وجل، فلا تباح عصمة النفس إلا بما نص عليه الشرع .

فإن أعضاء الإنسان ليست أموالا، وليست لها قيمة عند التلف كسائر الأموال، وإنما خصتها النصوص الشرعية بالدية عند التلف بعد القصاص. فلا يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده، بما يؤدي إلى إهلاكه أو إتلافه أو الإضرار به.

وبناء على ذلك، اتفق فقهاء الإسلام على أنه لا يجوز للإنسان أن يبيع جسده، أو أن يبيع عضوا من أعضاء بدنه أيا كان هذا العضو لما في ذلك من امتهان وابتذال له؛ ولأن أعضاء الإنسان ليست محلا للبيع والشراء، وليست سلعة من السلع التي يصح فيها التبادل التجاري أو التعامل المالي³.

وقد أشار النظام الطبي السعودي إلى أنه يمارس الطبيب مهنته، في نطاق احترام حق الإنسان في الحياة وسلامته وكرامته (المادة 7 من نظام مزاولة مهنة الطب البشري لعام 1409هـ)، وأنه لا يجوز له بأي حال من الأحوال، إنهاء حياة مريض ميؤوس من شفائه طبييا، ولو كان ذلك بناء على طلبه أو طلب ذويه (المادة 2/21 من النظام المذكور)؛ كما أنه يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلا إذا اقتضت ضرورة إنقاذ حياتها (المادة 1/24 من النظام المشار إليه).

وهي نصوص نظامية مأخوذة من صميم الشريعة الإسلامية التي كرمت الإنسان في روحه وجسده، تكريما عظيما، وشرفته تشريفا كبيرا لا يرفعه شيء؛ فلا يجوز التصرف في بدنه بما يؤدي إلى إهلاكه أو تلفه أو الإضرار به.

البند الاول: الإذن الطبي في الشريعة الإسلامية:

وهو ما تشترطه أيضا، أحكام الشريعة الإسلامية من خلال الإذن الطبي في المعالجة، الذي يعتبر نموذجا فريدا للأخلاق الطبية الإسلامية، في التعامل مع المرضى بكل أدب واحترام وكرامة وإنسانية⁴.

¹ راجع الحديث رقم 5778 ، المرجع نفسه، ص 1462

² الآية رقم 178 ، سورة البقرة.

³ محمد النجيمي ، التجار بالاعضاء البشرية بين الحظر و الاباحة ، بحث مقدم لندوة المجتمع و الامن ، كلية الملك فهد الامنية ، سبتمبر 2005 ، ص 11.

⁴ العربي بلحاج ، الحدود الشرعية و الاخلاقية للتجارب الطبية على الانسان ، مجلة الوعي الاسلامي ، الكويت ، 2003 ، ص 18 و ما يليها.

فإنه لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو بحث علمي تجريبي على الإنسان بغير رضائه الصريح والحر؛ وأن يكون ذلك مسبقاً بتجارب مخبرية وحيوانية كافية وجادة، وأن يلتزم الباحث بالقواعد الشرعية والقانونية والعلمية والأخلاقية التي تحكم الممارسات الطبية والحيوية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، بما فيها ضرورة احترام مبدأ معصومية الكيان الجسدي للإنسان، ومبدأ الرضا المستنير في خصوص التجارب الطبية والحيوية¹.

و قد نص مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عمان)، من 6 إلى 11 مارس 2004، في قراره المشهور تحت رقم 142 (15/8)، على أنه يكون الطبيب ضامناً إذا أقدم على العمل الطبي دون إذن المريض أو من يقوم مقامه؛ كما ورد في قرار المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي رقم 68 (7/5).

وعلى هذا الأساس، فإنه لا يجوز شرعاً و قانوناً إجراء التجارب الطبية، سواء أكانت علاجية أو علمية محضة، إلا بعد الحصول على رضا الشخص المستنير والمتبصر (Informed Consent)، بعد إعلامه بكافة الأخطار والمخاطر والشروط والضمانات التي وفقاً لها يمكن إجراء مثل هذه التجارب (وهو الالتزام بالتبصير).

و من ثم، فإنه لا يجوز تعريض القاصر، و ناقص الأهلية وعديمها، والمرأة الحامل، لمخاطر التجارب العلمية المحضة غير الإكلينيكية التي لا تعود على المريض نفسه بأية فائدة²

البند الثاني: شروط الأبحاث الطبية العلمية التجريبية:

ذلك أنه وفقاً لإعلان ميثاق هلسنكي لعام 1964م، والمعدل سنة 1975م، لا تجرى التجارب الطبية على الإنسان خارج العلاج (وهي الأبحاث الطبية العلمية التجريبية الخالصة للفائدة العلمية) إلا على المتطوعين (Volunteers)؛ سواء كانوا أصحاء أو مرضى، لا علاقة لمرضهم بطبيعة التجربة العلمية، بعد تنويرهم بفحوى البحث محل التجربة، ونوعية الأضرار المتوقعة، وكيفية التعويض عنها في حالة تجاوز التجربة لحدودها (المبدأ 2 من الفقرة ج).

وجدير بالتنويه، أنه يشترط نظام مزاولة مهنة الطب البشري وطب الإنسان السعودي الصادر عام 1409هـ، لإباحة حق الأطباء في ممارسة الأعمال الطبية على الإنسان³، ضرورة توفر أربعة شروط أساسية وهي: الترخيص بمزاولة مهنة الطب، ورضا المريض، وقصد العلاج (التداوي)، وأن يراعي الطبيب القواعد الطبية والفنية والأصول العلمية المقررة لمزاولة مهنة الطب (المواد 1، 21، 23، 28، 29، 32 من النظام المذكور).

¹. أحمد مشعل، خلاف الاطباء و المشايخ على الموت الدماغى، جريدة الرياض، العدد 15248، في 2010/07/02.

². محمد علي البار، مسؤولية الطبية و اخلاقيات الطبيب، دار المنارة، جدة السعودية، سنة 1995، ص 141.

³. قيس مبارك، التداوي و المسؤولية الطبية في الشريعة الاسلامية، دار الفارابي بيروت، الطبعة الثالثة، سنة 2006، ص 131.

كما أن التزام الطبيب و مساعديه، هو التزام ببدل عناية يقظة، تتفق مع الأصول الطبية العلمية المتعارف عليها (المادة 277 من النظام المشار إليه)، لأن الشفاء هو بيد الله عز وجل، مصداقاً لقوله تعالى ﴿وإذا مرضت فهو يشفين﴾¹؛ و أنه يمارس مهنته لمصلحة الفرد و المجتمع، في نطاق احترام حق الإنسان في الحياة و السلامة و الكرامة، و مراعيًا في عمله الطبي العادات و التقاليد السائدة في السعودية و مبتعدًا عن الاستغلال (المادة 7 من النظام المذكور)².

والحقيقة أن الأعمال الطبية والبيولوجية، تتطلب المساس بسلامة الجسم، عن طريق العمليات الجراحية، أو بواسطة التغيرات التي تحدثها الأدوية المختلفة في أجهزة البدن ووظائف الأعضاء؛ إلا أن أفعال الطبيب تنتفي عنها الصفة غير المشروعة (أي الإجرامية) متى توافرت شروط إباحة أعمال التطبيب المذكورة³.

ويركز فقهاء الإسلام في هذا المجال، على مسألة الإذن الطبي (وهو رضا المريض) وعدم مجاوزة الأصول العلمية الثابتة أو المتعارف عليها في العلوم الطبية، وهم بصدد مناقشة مسألة تضمين الطبيب (أي مسؤوليته المدنية والجنائية)⁴؛ فإذا حصل الضرر بمأذون فيه دون تعد أو تقصير أو إهمال فلا ضمان، لأنه لو ضمن لامتنع الناس عن فعله⁵، ولقوله تبارك وتعالى ﴿ليس عليكم جناح فيما أخطأتم ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾⁶. أما إذا حصل بغير مأذون فيه، أو بمأذون فيه مع التعدي أو التقصير أو الإهمال ووجب عليه الضمان⁷.

وعلى هذا الأساس، اتفق الفقهاء على تضمين الطبيب الجاهل في تخصصه، غير المتمكن أو غير المعروف بالحدق الذي يخالف أصول المهنة الطبية، لما تسبب فيه من الأضرار بجهله وتغريه المريض؛ وقد ورد في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "من تطب ولم يعلم منه قبل ذلك طب فهو ضامن"⁸.

وقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي الدولي (التابع لمؤتمر الدول الإسلامية)، في قراره تحت رقم 67 لسنة 1992م (في دورة مؤتمره السابع بجدة بالسعودية) بشأن العلاج الطبي؛ وكذا في قراره تحت رقم 142 لسنة 2004م

¹. الآية رقم 80، سورة الشعراء.

². العربي بلحاج، الاخطاء المدنية و الجنائية للأطباء في الفقه الاسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، العدد 52، سنة 2002، ص 7 و ما يليها.

³. رؤوف عبيد، شرح قانون العقوبات، دار الفكر العربي، ط 5، سنة 2009، ص 199.

⁴. أحمد شرف الدين، الاحكام الشرعية للاعمال الطبية، دار الفكر العربي، ط 2، سنة 1987، ص 177.

⁵. ابن رشيد، بداية المجتهد، ج 2، دار المعرفة بيروت لبنان، ط 6 سنة 1982، ص 313.

⁶. الآية رقم 5، سورة الاحزاب.

⁷. و هو ما سارت عليه الهيئات الصحية الشرعية الاضافية (و هي هيئات قضائية، بمنطقة مكة المكرمة بالسعودية)، قرار رقم 89 مؤرخ في 1429/1/3

، وكذا القرار 188 المؤرخ في 1431/1/18 (مسؤولية الاطباء عن الاهدال) و عي قرارات غير منشورة

⁸. وهو حديث عمرو بن شبيب عن أبيه عن جده، أخرجه الدار قطني، صححه الحاكم و هو عند أبي داود، و النسائي و غيرهما، الا ان من ارسله اقوى

(في دورة مؤتمره 15 بمسقط بسلطنة عمان) بخصوص ضمان الطبيب، بأن إذن المريض هو الشرط الجوهرى لإباحة أعمال التداوى والعلاج، ويعتبر الطبيب ضامنا إذا أقدم على العمل الطبي دون إذن المريض أو من يقوم مقامه شرعا؛ وأنه لا يجوز بأي حال من الأحوال، إجراء الأبحاث والتجارب الطبية على عديمي الأهلية أو ناقصيها ولو بموافقة الأولياء¹.

المطلب الثاني: التطبيقات الشرعية لمبدأ معصومية الجسد البشري:

لقيت مسألة زرع ونقل الأعضاء البشرية من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية لما تعرفه من انتشار كبير في الوقت الحالى خصوصا لإرتباطها بشكل مباشر بجسد الانسان الذي قدسه الشريعة الإسلامية وتحميه من أي مساس مهما يكن .

ان عدم وجود نص في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة يتناول صراحة عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية أدى إلى إختلاف الآراء حول إباحتها من تحريمها والذي سنتناولها في الفرعين بالتفصيل.

الفرع الاول: إباحة المساس بالجسد البشري

أقر جمع كبير من علماء الفقه إلى أن إستئصال الأعضاء البشرية سواء من شخص حي أو من الميت لغرض زرعها في جسد شخص آخر ليس فيه ما يخالف الشرع الاسلامي متى تم ذلك وفق شروط معينة.

البند الاول : الفتاوى المؤيدة للمساس بجسم الانسان: هبت معظم الفتاوى إلى جواز إستئصال الأعضاء من الموتى أو الأحياء قصد زرعها في أجسام المرضى لإنقاذ حياتهم ، و قد صدرت عدة فتاوى² شرعية و توصيات خاصة بزرع و نقل الاعضاء البشرية و هي تتعلق بمجموعة من المسائل كنقل الأجنة و نقل أعضاء أخرى سواء من الحي أو من الميت و نقل قرنية العين ومن هذه الفتاوى نذكر:

1. فتوى المجلس الاسلامي الاعلى بالجزائر الصادرة في 20 أفريل 1972 و قد جاء في أحد نصوصها: "

¹. انظر هذه القرارات في الموقع التالي: <https://saaid.net/tabeeb/69.htm> بتاريخ 2019/06/10 على الساعة 20:30

<http://www.iifa-aifi.org/2162.html> بتاريخ 2019/06/10 على الساعة 22:00

². صدرت فتاوى من جهات رسمية، وكذا فتاوى فردية منضبطة من أشخاص مختصين منهم الشيوخ يوسف القرضاوي، محمد الطنطاوي، علي جمعة، محمد نعيم ياسين، عكرمة صبري، مصطفى الزرقا، ابراهيم العقبوي، وغيرهم راجع نسرین عبد الحمید نبیه: نقل وبيع الأعضاء البشرية بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية .، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الاسكندرية 2008 ص 15

- " في حالة زرع القلب أو زرع القرينة ، يجب إستعمال أعضاء إنسن ميت و لا يمكن في حالة زرع القلب بالخصوص استعمال قلب إنسان حب و لو رضي بذلك لإن انتزاع قلبه يؤدي إلى وفاته قطعاً ولا يجوز قتل إنسان من أجل حفظ حياة إنسان آخر لأن في ذلك جريمة لا يقر بها الشرائع"¹
2. قرار هيئة كبار العلماء بالسعودية لسنة 1978 القاضي بجواز نقل قرينة العين²
3. الفتوى رقم 132 لسنة 1979 الصادرة عن وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، اللجنة العمة للموسوعة الفقهية بالكويت بتاريخ 1979/12/24 و الخاصة بنقل الكلى³.
4. قرار المجمع الفقهي الاسلامي في دورته الثامنة بمكة المكرمة الصادرة بين 18 و 19 جانفي 1985 و الذي يقضي بأن أخذ عضو من جسم إنسان حي وزرعه في جسم إنسان آخر مضطر إليه لإنقاذ حياته أو لاستعادة وظيفة من وظائف أعضائه الأساسية ، جائز ولا يتنافى مع الكرامة الانسانية بالنسبة للمتبرع ، لأن فيه مصلحة المريض ، و يلزم لمشروعية ذلك توافر بعض الشروط:
- أن يكون التبرع عن طوعية ورضا المتبرع
 - أن تكون عمليات الزرع أو النقل هي الوسيلة الوحيدة للعلاج
 - أن لا يضر نقل العضو من المتبرع به ضرراً يخل بحياته العادية⁴
5. قرار المجمع الفقهي الاسلامي رقم 62 الصادر بتاريخ 1985/10/24 ، و الذي أقر بجواز نقل قرينة عين من إنسان بعد التأكد من موته وزرعها في عين إنسان مسلم مضطر إليها .
- و غلب الظن نجاح عملية زرعها، وذلك بناءً على قاعدة تحقيق أعلى المصلحتين وارتكاب أخف الضررين واثار مصلحة الحيّ على مصلحة الميت.
- كما أقرّ المجلس جواز نقل قرنية سليمة من عين قرّر الطبيب نزعها من إنسان لتوقع في خطر عليه من بقائها وزرعها في عين مسلم آخر مضطر إليها⁵
6. القرار رقم 5 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن أجهزة الإنعاش وموت الدماغ، في المؤتمر الثالث المنعقد بعمان بين 06 و 09 أكتوبر 2006 وفي هذا القرار تمّ تحديد الموت الشرعي للشخص⁶

¹ . نصر الدين ماروك، نقل و زرع الاعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الاسلامية ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية، دار هومة ، الجزائر ، 2003 ، ص 390

² . عبد الكريم مأمون ، المرجع السابق، ص 380

³ . بابكر الشيخ ، المسؤولية القانونية للطبيب ، دار حامد ، عمان 2002 ، ص 216

⁴ . عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية و المدنية للطبيب و الصديلي ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 2006، ص 134

⁵ . سعيد بوزيري ، نظرات في قرارات المؤتمر و المجمع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، عدد خاص 2 جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2008 ، ص 405

⁶ . رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء ، مشروعية نقل الاعضاء البشرية بين الشريعة و القانون العام ، الكتب الحديثة ، عمان ، 2006 ، ص 36

7. الندوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية والتي تحمل عنوان الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية بتاريخ 1978/04/18 والتي نوقش فيها بيع الأعضاء البشرية¹.
 8. القرار الثاني للمجمع الفقهي الإسلامي الصادر بين 17 و 21 أكتوبر 1987 بمكة المكرمة بشأن أجهزة الإنعاش وموت الدماغ، وقد تمّ النظر في موضوع تقرير حصول الوفاة بالعلامات الطبية القاطعة، وفي جواز رفع أجهزة الإنعاش الصناعي عن مريض توضع عليه في حالة العناية المركزة².
 9. القرار رقم 01 لمجمع الفقه الإسلامي بشأن انتفاع الإنسان بأعضاء جسم إنسان آخر حيّ أو ميت الصادر في مؤتمره الرابع بمجدة، بين 6 و 11 فيفري 1988 ، وتقرّر في هذا الاجتماع تعريف العضو البشري، كذا صور الانتفاع من الأعضاء والمتمثلة فينقل العضو من حيّ، ونقل العضو من ميتّ، والنقل من الأجنة³.
 10. القرار رقم 99 الصادر في 1988/11/06 عن هيئة العلماء بالسعودية بشأن زرع الأعضاء حيث قرّرت الهيئة المذكورة بالإجماع جواز نقل عضو أو جزئه من إنسان حيّ مسلم إلى نفسه إذا دعت الحاجة إليه، وغلب الظن على نجاح زرعه، وكذا تبرّج الإنسان الحيّ بنقل عضو منه أو جزئه إلى مسلم مضطر إلى ذلك⁴.
 11. القرار رقم 6/5/56 لمجمع الفقه الإسلامي الصادر بين 14 و 20 مارس 1990 بشأن زراعة خلايا المخ والجهاز العصبي⁵.
 12. القرار رقم 6/7/58 لمجمع الفقه الإسلامي الصادر بين 14 و 20 مارس 1990 بشأن استخدام الأجنة كمصدر لزراعة الأعضاء⁶.
 13. القرار رقم 6/7/59 لمجمع الفقه الإسلامي الصادر بين 23 و 26 أكتوبر 1990 بشأن زراعة الأعضاء التناسلية⁷.
- أولاً. الأسانيد المعتمدة:

أنّ الأصل في الأمور الإباحة، ونقل الأعضاء البشرية أمر مباح لعدم ورود في الشرع ما يحرمه. واستدل أصحاب هذا الاتجاه بآيات الاضطرار وهي قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁸. وقوله تعالى: ﴿وَقدْ فَصَّلْ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ﴾⁹.

¹ . سعيد بويري ، المرجع السابق ، ص 151

² . سعيد بويري ، المرجع السابق، ص ص 408-409

³ . رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص 406

⁴ . سعيد بويري ، مرجع سابق ص 406

⁵ . سعيد بويري ، مرجع سابق ص: 150

⁶ سميرة عايد الديات ، المرجع السابق، ص 98

⁷ الامين شريط ، نزع و زرع الاعضاء في القانون الوضعي و الشريعة الاسلامية ، مجلة الفكر البرلماني ، عدد خاص ، الجزائر 2003 ، ص 149

⁸ . الآية رقم 173 ، سورة البقرة

⁹ . الآية رقم 3 ، سورة المائدة

وقوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹

قوله تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾²

تفيد هذه الآيات القرآنية الكريمة أنه يمكن اللجوء إلى زرع ونقل الأعضاء البشرية عند الضرورة، أي إذا كان السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الشخص من الهلاك الحتمي.

وتدل هذه الآيات أيضاً على قاعدة كلية مفادها أن الضرورات تبيح المحظورات، ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن حالات الضرورة يجب أن تكون فيها حالات الضرورة أعظم من مفسدة المحذور وأن الضرورة تقدر بمنلتها، والضرر لا يزال بمنته فلا يجوز أن يدفع الإنسان الضرر عن نفسه بارتكابه على الغير.

بحيث يأمر الله عز وجل بحفظ النفس البشرية: ويأتي ترتيبها في مقاصد الشرع في المرتبة الثانية، فكل ما يساعد النفس على حفظها من جانب الوجود أو العدم فهو مطلوب شرعاً.

وحرص الإسلام كل الحرص على حياة الإنسان والمحافظة عليها وعدم الإضرار بها كلياً أم جزئياً. ولهذا أمرت الشريعة الإسلامية الإنسان باتخاذ كل الوسائل التي تحافظ على ذاته وحياته وصحته وتمنع الأذى والضرر، وكذا الابتعاد عن المحرمات والمفسدات وأوجبت عليه اتخاذ كل سبل العلاج عند المرض.³

وقد جاءت السنة النبوية صريحة بطلب التداوي والعلاج لأن كل داء يقابله دواء وشفاء.⁴

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء! رواه البخاري

تجري عملية نقل العضو من المتبرع بإذنه ورضاه، وليس في ذلك أي انتهاك لكرامة الإنسان، بل هي محض إحسان من المتبرع.⁵

واستدل أنصار هذا الاتجاه إلى قول أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً! متفق عليه.

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المسلم أخو المسلم ل يظلمه ول يسلمه، من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة. !

¹ . الآية رقم 173 ، سورة البقرة

² ادريس عبد الجواد عبد الله، الاحكام الجنائية المتعلقة بعمليات زرع ونقل الاعضاء البشرية بين الاحياء ، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع الاسكندرية سنة 2009 ، ص 95

³ . Atman agoune, les musulmans leurs corps la maladie et la mort , éthique medicine et société sous la direction de Emmanuel hiresch zspace éthique paris, 2007p,423

⁴ . محمد المدني بوساق ،موقف الشريعة الاسلامية من نقل الاعضاء ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2004 ، ص 33

⁵ . راجع الحديث رقم 2585 صحيح مسلم ، كتاب البر و الصلة ، باب التراحم المؤمنين و تعاطفهم، ص 999

كما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: خير الناس أنفعهم للناس!، تشير هذه الأحاديث الشريفة إلى واجب التعاون ونفع الناس بعضهم لبعض، وأن تفريج الكرب عنهم من الأخلاق التي يجب أن يتحلى بها المسلم، والتبرع بالأعضاء يدل على تعاون المسلم مع أخيه وتفريجه لكربه وهو مباح.

كما تدل هذه الأحاديث على مبدأ التضامن الاجتماعي الذي نادى به الشريعة الإسلامية وإذا كان المساس بأعضاء الجسم البشري يحقق مصلحة إنسان مسلم آخر فهو جائز شرعاً، لأن هذا التصرف ينطوي على التعاون بين المسلمين على البر والتقوى من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية، وهي سلامة أعضاء وأفراد المجتمع الإسلامي. وقد قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾¹.

وقوله تعالى: ﴿مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾²

واستند أيضاً أنصار هذا الاتجاه المبيح لزرع ونقل الأعضاء البشرية إلى الأدلة الراضية للحرص منها:

- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾³.

- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁴

- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁵

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الأعمال بالنيات والأمر بمقاصدها، وعليه فالنظر هنا ينصب عبر قصد المتبرع الذي يغلب عليه الظن أن تضحيته إثارة يسمو عن المصالح المادية الرخيصة، فلا يقدم غالباً على مثل هذا العمل إلا من غلب عليه باعث الرحمة والشفقة ومعزة المريض والإيثارة لقوله تعالى: ﴿وَيُؤْتُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾⁶.

ومن ناحية نية القائم والمشارك في عملية زرع ونقل العضو فهما يقصدان الخير والإصلاح وليس الاعتداء على عضو إنسان أو حياته⁷ عزز أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بمجموعة من القواعد الفقهية وهي:

¹ الآية رقم 2 ، سورة المائدة

² .الآية رقم 32 من نفس السورة

³ . الآية رقم 28 ، سورة النساء

⁴ . الآية رقم 185، سورة البقرة

⁵ الآية رقم 3 ، سورة المائدة،

⁶ . الآية رقم 9 ، سورة الحشر

⁷ . محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص 33

1. الضرورات تبیح المحظورات: يجوز التداوي بالحرام أو المحظور¹. إذا كان يوجد في الأشياء المباحة ما يقوم مقامها مع توافر شروط الضرورة. ففي حالة الضرورة يجوز أكل لحم الإنسان للانتفاع بجزء من أجزائه، بشرط أن تكون المصلحة في ذلك أعظم من عدم استعمال ذلك الجزء.
- وهذا استنادًا إلى ما ثبت عنه أنه أمر قوم مرضوا من أهل المدينة بأن يشربوا من أبوال وألبان الإبل، فلو كان التداوي بذلك حرامًا لما أمر به الرسول²
2. المشقة تجلب التيسير: إن دين الإسلام دين يسر لا عسر فيه، والحرص فيه مرفوع بالتالي فإنه من باب التيسير ورفع الحرج إجراء عملية زرع ونقل عضو سليم مكان آخر تالف عرض صاحبه للخطر، إذا أمكن الحصول على العضو السليم بقبول من صاحبه³
3. تحصيل أعظم المصلحتين ودرء أعظم المفسدتين: أباحت الشريعة الإسلامية أكل المحرمات بنصوص قرآنية فيقول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَحُمَّ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁴
- وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَحُمَّ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمُتَرَدِّقَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَنْ تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَلِكُمْ فَسُقُ الْيَوْمِ يَسُ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ دِينِكُمْ فَلَا تَحْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيْتُ لَكُمْ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾.
4. ترجيح المصالح على المفسدات: أجاز العلماء نقل الأعضاء من الجثث لأغراض علمية كالتشريح وشق بطن الحامل المتوفاة، إذا ظهرت حركة أو اضطراب في بطنها قد تدل على حياة الولد، وكذا شق بطن الميت لاستخراج مال الغير كجوهرة ثمينة ابتلعها ونبش القبر من أجل استرداد شيء قد سقط منه⁵
- والضرر الذي يخلق بالمتبرع قليل مقارنة بالمنفعة التي تعود على المريض وانتهى أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار نقل وزرع الأعضاء البشرية من أهم الوسائل الطبية التي أثبتت منفعتها في العلاج للمحافظة على النفس البشرية، ويكون ذلك جائزًا حسب رأيهم إذا توفرت لذلك قيود وشروط محددة وهي:

أ. المصلحة :

يجب أن يكون النقل محققًا لمصلحة مؤكدة للمنقول إليه من الوجهة الطبية ويمنع عنه ضرر مؤكد يحل

باستمرار العضو المصاب

¹ . atman aggoune ,op , cit , p 424

² عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص35

³ . محمد المدني بوساق، مرجع سابق، ص43

⁴ . الآية رقم 173 ، سورة البقرة

⁵ عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق ، ص 191

ب. عدم الإضرار بالمتبرع¹:

يجب يتعيّن أن لا يؤدي نقل العضو إلى ضرر بالمنقول منه، يضر به كليًا أو جزئيًا كأن يتبرّع بعضو وحيد في الجسم كالقلب لأنّه سيفضي حتمًا إلى موته، أو التبرّع باليدين أو الرجلين معًا مما سيؤدي إلى عجز المتبرّع عن كسب عيشه².

ومثاله أيضًا إذا كان عضو من الأعضاء الباطنية المزدوجة ولكن أحدها لا يعمل، أو أنّه سيتأثر من جراء التبرّع، غير أنه تبقى الجثث مصدرًا مهمًا للأعضاء في مثل هذه الحالات³ كما لا يجوز أيضًا التبرّع بالأعضاء التناسلية الحاملة للصفات الوراثية لتفادي اختلاط الأنساب.

ت. تحقق موت المنقول منه شرعيًا بالمفارقة التامة للحياة: يستدعي نقل العضو من شخص متوفى مفارقة هذا الأخير للحياة مفارقة تامة، وأن يتمّ التأكد منها عن طريق الوسائل الطبيّة، وحين التأكد من ذلك يستطيع استغلال العضو المنقول.

ث. أن يكون نقل العضو المتنازل عنه تبرعًا لا بيعًا ولا تجارة: ويشترط إذن المتوفى في حياته أو تركه وصية بذلك لأخذ العضو منه⁴.

الفرع الثاني: منع إباحة المساس بالجسد البشري

البند الاول : الأدلة المستمدة من القرآن الكريم

استند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة من الآيات القرآنية وهي:

- قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾.

تدل هذه الآية الكريمة على تكريم الله سبحانه وتعالى للإنسان، وذلك يقتضي المحافظة على بدنه على نحو ما أمر به الشرع، ونقل الأعضاء أو زرعها يتنافى مع هذا التكريم فلا يحق تحويل الإنسان الذي كرمه الخالق عز وجل إلى سلعة تباع وتشترى، ويتاجر فيها الأطباء⁵

¹ ورد هذا الشرط في القرار رقم 6 من فتوى المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي الصادر في 14 مارس 1990، حيث جاء في أحد نصوصه [أن لا يضر أخذ العضو من المتبرّع منه ضررٌ يخل بحياته العادية لأنّ القاعدة الشرعية أنّ الضرر لا يزال بضرر مثله ولا بأشد منه، ولأنّ التبرّع حينئذ يكون من قبيل الإلقاء بالنفس إلى التهلكة، وهذا أمر غير جائز شرعًا]

² . مراد نعيم، بعض أنواع الأعمال الطبيّة والجراحة المستحدثة في الشريعة الإسلامية بين الإباحة والتحريم، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، 2004، ص 12

3 . عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 400

4 . نسرين عبد الحميد نبيه، مرجع سابق، ص 15

5 . إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 88

- قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا﴾ ودلالة هذه الآية الكريمة أنّها أعطت لجوارح الإنسان من الحرمة ما أعطته للنفس¹
- قوله تعالى: ﴿أَتَسْتَبْدِلُونَ الَّذِي هُوَ أَدْنَىٰ بِالَّذِي هُوَ خَيْرٌ﴾ [سورة البقرة، الآية] 33، وجه الدلالة أنّ في التبرّع بالأعضاء استبدال الأدنى بالذي هو خير، واختيار لما هو دون الأنفع والأكمل، وإذا كان الله عز وجل قد عاتب بني إسرائيل على تبديل وقع منهم في أمور مباحة (الطعام)، فمن باب أولى عدم إباحة التبديل بنزع الأعضاء الذي ينقل صاحبه من الكمال إلى النقص.
- قوله تعالى: ﴿وَلَ تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [سورة البقرة، الآية] 393، تدل هذه الآية الكريمة على تحريم إلقاء النفس إلى المخاطر، وذلك بإتلافها أو إضعافها من غير مصلحة مقصودة شرعاً، ومما لا شك فيه أن تبرّع الشخص بعضو من أعضاء جسده لآخر يؤدي حتماً إلى إتلاف جسده في سبيل إحياء غيره، والإنسان أولى بنفسه من غيره²
- يقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [سورة النساء، الآية] 29، يكمن وجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى نهى الإنسان عن قتل نفسه سواء كان بسبب مباشر أو غير مباشر.
- فالتنهي هنا عام لتناوله جميع السباب، ومن السباب المنهي عنها، أن يرم الشخص اتفاقاً مع آخر ليتبرّع له بجزء من جسده فلا يجوز الاتفاق على استقطاع عضو لغرض الزرع لمخالفته منهج التشريع الإسلامي، من حيث عدم امتلاك الفرد لأي جزء من جسده، وإزالة منفعة العضو المقطوع فيه ضرر محقق.
- كما أن موافقة الشخص على الاقتطاع يعتبر بمثابة عدوان على الجسد وابطال لمنافعه، وظلم النفس بما يؤدي إلى الإتلاف والتعاس على أداء الواجبات والعبادات³
- يقول تعالى: ﴿ثُمَّ لَتُسْأَلُنَّ يَوْمَئِذٍ عَنِ النَّعِيمِ﴾ [سورة التكاثر، الآية] 8، ومعنى الآية أنّ الإنسان سيسأل عن شكر ما أنعم الله عليه من الصحة والأمن والرزق، وهناك من يفسّر التّعيم على أنّها العافية.
- أما تفسير علي بن أبي طلحة عن أبي عباس عن معنى التّعيم في هذه الآية، فهو صحة الأبدان والأسماع والأبصار، ويسأل الله عزّ وجل العباد فيما استعملوها⁴
- إنّ صحة الإنسان وعافيته من نعم الله التي تستوجب الشكر لا الكفر وتستوجب المحافظة لا التضييع بالتبرّع أو البيع⁵

¹ . سميرة عايد الديّات، مرجع سابق، ص 95

² إدريس عبد الجواد عبد الله، مرجع سابق، ص 87

³ عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 368

⁴ إسماعيل بن عمر بن كثير، تفسير القرآن الكريم، المجلد الرابع، دار ابن الحزم، بيروت، 2002، ص 3152

⁵ سنن أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق السجستاني، الجزء الرابع، ص 134

الثاني: الأدلة المستمدة من السنة النبوية

- استدل أصحاب الاتجاه الذي حرّم استئصال الأعضاء البشرية لغرض زرعها إلى عدّة أحاديث نبوية شريفة منها:
- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنّ الله أنزل الداء والدواء وجعل داء دواء، فتداووا ولا تتداووا بحرام¹ يدلّ هذا الحديث على نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن التداوي بالحرّمات، ومن الحرّمات استخدام الأعضاء الأدمية في التداوي، واتلاف الإنسان نفسه في سبيل إحياء غيره.
 - استدل القائلون على عدم جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية إلى ما روته عمرة بنت عبد الرحمن عن عائشة رضي الله عنها أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال: كسر عظم الميت ككسر عظم الحي في الإثم!، يدلّ هذان الحديثان على أن للإنسان حرمة سواء كان ميتاً أو حياً فلا يجوز انتهاكها²
 - كما يجب م ا رعاة حرمة الميت، إذ ثبت النهي الصريح عن المشي على القبور أو الجلوس عليها أو كسر عظم الميت، ولا فرق بين كسر عظمه وقطع شيء من أطرافه³ فإذا شك فيه أنّ سماح الشخص لنفسه بأن يقطع الطبيب جزء منه لمصلحة غيره يعتبر اعتداءً من كل منهما على هذه الحرمة، وانتهاكاً لك ا رمتها الثابتة بقطعيات الشريعة⁴
 - لهذا كرّمت الشريعة الإسلامية جسد الإنسان حياً أو ميتاً ونهت عن استبداله وتشويهه أو الاعتداء عليه بأيّ شكل.
 - ومن مظاهر التكريم الأمر بتغسيل الميت وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، وقد كان من هدي الرسول أنّه بعد الانتهاء من الغزو لا يترك جسد الإنسان ملقى على الأرض سواء كان لمسلم أو لغير مسلم⁵

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب :

سيتم تناول في هذا المبحث الاحكام القانونية لمسؤولية الطبيب المدنية وذلك لوجود اتجاهين يبحثان في هذه المسؤولية المدنية التي تشير جديلاً عند ارتكاب الأطباء للأخطاء الفنية أثناء ممارستهم لأعمالهم حول تحديد طبيعتها، هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ ولذا سنبحث في هذا الموضوع والجدل حول طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية وتحديدها وبعد ذلك نتناول طبيعة التزام طبيب اتجاه المريض، هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة والآراء القانونية حول ذلك، وما استقر عليه الرأي.

¹ Atman Aggoune, op,cit. 423

² رواه مسلم 971 في الجنائز باب النهي عن الجلوس على القبر و الصلاة عليه، و أبو داود رقم 3228 ، جامع الاصول في أحاديث الرسول ، مطبعة الملاح ، سنة 1972 ص 158

³ أنظر منير رياض حتّا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الاسلامية و القوانين العربية و الاوربية و الامريكية ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر عمان ، سنة 2008 ص412

⁴ أسامة السيد عبد السمیع، نقل و زرع الاعضاء البشرية بين الحضر و الاباحة ، دار الجامعية للنشر ، الاسكندرية مصر ، سنة 2005 ، ص92

⁵ عبد الكريم مأمون، مرجع سابق، ص 432

إن حماية الانسان و سلامته المادية تتضمن حماية حقه في الحياة على أساس أن أي مساس أو إعتداء يهدد الحد الأدنى اللازم لإستمرار هذه الحياة يقع تح نطاق القانون المادة الأولى من قانون رقم 18-11 " يحدد هذا القانون الأحكام والمبادئ الأساسية ويهدف إلى تجسيد حقوق وواجبات المواطنين في مجال الصحة، ويرمي إلى ضمان الوقاية وحماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعادتها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة.¹

سواء كان ذلك من الناحية المدنية أم الناحية الجزائية ، و قد شهد الطب خلال عقود الاخيرة تطورا كبيرا و تقدما ملحوظا جعل البعض يقر بأن ما حدث من تطور و تقدم في مجال خلال الخمسين عاما الاخيرة يجاوز في أهميته ما تم خلال عشرين قرن من عمر الطب.

محصلة هذا التطور الطبي و ما لازمه من مخاطر أدت إلى زيادة طبيعية في عدد الأعمال الطبية الضارة رافقتها في ذات الوقت زيادة ملحوظ في عدد دعاوي المسؤولية المرفوعة أمام القاضي للمطالبة بالتعويض عما نتج عنها من أضرار و قد ساهم في ذلك زيادة الوعي العام لدى المرضى بحيث لم يعد هؤلاء يقنعون بإلقاء ما يصيبهم نتيجة العمل الطبي على القدر وحده و إنما يرجعون

المطلب الاول :مسؤولية الطبيب (المسؤولية العقدية): يمكن تعريف المسؤولية العقدية بأنها جزءا من الالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها و هذا يعني أم المسؤولية العقدية تتحقق عموما إذا إمتنع المدين في الالتزام العقدي عن تنفيذ إلتزامه أو قام بتنفيذه بشكل معيب مما ألحق الضرر بالدائن²

و هذه الحالة تفترض استحالة التنفيذ العيني ، و لم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بإلتزاماته المتولدة عن العقد عينا فيصار إلى التعويض.

يرتبط الطبيب مع المريض مع بعضهما بعقد ، في اللحظة التي يبدأ فيها الطبيب علاج المريض في الظروف العناية و الطبيب يتقبل الأجر و يقدم العناية المطلوبة³

و لذلك كما سبق فقد، كان هناك اتجاه قانوني يعتبر أن مسؤولية الطبيب هي عقدية ولديه أدلة على رأيه يستند إليها و قد قرر القضاء الفرنسي عام 1839 أم الطبيعة العلقة التي تربط بين الطبيب و المريض هي عقدية و التزام

¹ القانون رقم 18-11، سابق الاشارة إليه.

² .مُجد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، الطبعة الثامنة 1996، 7/1

³ . أحمد محمود ابراهيم ، مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب و مساعديه ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة عين شمس القاهرة، سنة 1983 ،

المريض بدفع الجر للطبيب التزام تعاقدي¹

و بالرغم من أن المحاكم الفرنسية كانت طوال الفترة السابقة لهذا لقرر تعتبر أم المسؤولية الطبيب تجاه المريض هي تقصيرية ، إلا أنها في القرار السابق عدلت عن رأيها واستمر الخلاف في الرأي إلى أن حسم الموقف صدر في 20 ماي 1936 بالقرار رقم (1/88/1936) ، و الذي جاء فيه " يقوم بين الطبيب و مريضه عقد حقيقي يتضمن التزام الطبيب ، و إن لم يكن بالشفاء فبتقدير العناية و هذه لعناية لا نكون كسعر العنايات و إنما يجب أم يستمد أصولها من نقاوة الضمير و حسن الانتباه و المطابقة لمبادئ العلم"²

و تعود قضية صدور الحكم السابق إلى أن سيدة كانت تشكو من حساسية فب الأنف و قامت بمراجعة طبيب اختصاصي بالأشعة السينية سنة 1925 ، و نتج عن علاجه تلف في الانسجة المخاطية في وجهها فقام زوجها برفع قضية بالنيابة عنها أمام القضاء عام 1929 مطالبا بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بزوجته.

فأصدرت محكمة الانستاف AIX الفرنسية في 16 يناير 1931 حكما تضمن رد الدفع بالتقادم المقدم من طرف الطبيب المعالج لإسقاط الدعوى ، و جاء في القرار " أن الدفع بالتقادم طبقا للمادة (638) في أصول المحاكمات الجزائية لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى دعوى مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب و المريضة و يلتزم فيه الطبيب ببذل عناية دقيقة مستقرة و معينة بل للتقادم بمرور ثلاثين عاما طبقا لأحكام المادة (2262) من القانون المدني الفرنسي"

و منذ الحكم السابق استقر القضاء في فرنسا على أن مسؤولية الطبيب عن اخطائه ذات طابع تعاقدي و لا تسقط بسقوط الدعوى العمومية واتجهت كذلك م . ن . ف إلى أن علاقات الصداقة و المجاملة بين الطبيب و المريض أيضا علاقة عقدية³

و يعود الفضل في هذا الانعطاف القضائي في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب إلى الفقيه الفرنسي " ديموغ" (Demongue) الذي نادى بتصنيف الالتزامات من حيث مضمونها إلى التزام بوسيلة و التزام بنتيجة و بذلك كان قرار Mercier أول تطبيق قضائي لهذا التصنيف⁴

¹. وائل تيسير محمد عساف ، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية نابلس ، سنة 2008 ص 09

² . " il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs ; consciencieux et ; sous réserve faite de circonstances exceptionnelles ; conformes aux données acquises de la science ; la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature égrandes décisions du droit médical op ; cit p 128. »

³. وائل تيسير عساف/ المرجع السابق ص 10

⁴. فواز صالح" المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري و الفرنسي " مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 22، العدد الاول 2006، ص 134

و هكذا أصبحت المحاكم ترى في الرابطة القائمة بين الطبيب و المريض رابطة تعاقدية تقوم على أساس بذل الطبيب العناية اللازمة في التزامه اتجاه المريض و أن أي إخلال في تشخيص المرض أو العلاج يكون خطأ تعاقديا يتتبع مسؤولية تعاقدية قد تكون نتيجة لدعوى تعاقدية¹

و ينطلق الاتجاه الفقهي المقرر للأساس العقدي للمسؤولية المدنية للطبيب على حجج هي أساسا انتقادات وجهت لنظرية المسؤولية الطبية التقصيرية تلخصها كمايلي:

- إن أساس و ضابط الالتزام التعاقدى لا يقوم على مدى حرية المتعاقدين في تحديد ما يريدانه من إلتزامات وفقا لإرادتهما و إنما مناطة أنه ما كان ليقوم أصلا لولا وجود العقد.
- و يرى الاستاذ الابراشي أن محكمة النقض الفرنسية رجحت هذه الحجة من خلال قرارها الشهير الذي اعتبر فيصلا في إعتداد النظرة التعاقدية للمسؤولية الطبية²
- أنه لا يعتد بالوصف المعني بالالتزام المترتب على عاتق الطبيب والمتضمن حسن العلاج وإنما ينبغي النظر لمصدر هذا الالتزام و هو العقد فالمريض و إن كان غير ملم بأصول العلاج فإنه مدرك للعقد المبرم بينه و بين الطبيب و الذي مضمونة بذل العناية³
- إن تطبيق المسؤولية الشيعية على دعاوي المسؤولية الطبية يبين عن محدوديتها ، ولا يمكن أن تشمل مختلف الحوادث لأنه ليس من الضروري أن يتلازم وجود الآلة مع توفير قيام القرينة ، كما أن تطبيق هذه الاحكام من شأنه أن يساءل الطبيب ولو لم يكن مسبة أي خطأ إليه.
- و من التطبيقات القضائية ما ذهبت إليه محكمة التمييز الفرنسية بأن قرينة المسؤولية التي تفرضها الفقرة الاولى من المادة (1384) CCF حيال من كان الشئ الذي أضر بالآخرين تحت حراسته ، لا يمكن نقيها إلا بإثبات حالة مفاجئة أو ظرف قاهر ، أو سبب أجنبي لا يد له فيه ، و أنه لا يكتفي بإثبات براءة المدعي عليه من الخطأ ، أو جهالة السبب الذي نشأ عنه الفعل الضار⁴.
- قصور النظرية التقصيرية عن تحقيق الغرض من تطبيقها : انتقدت النظرية التقصيرية من حيث أنها لم تحقق الغرض من تطبيقها ، و هو تيسير حصول المريض على حقه في التعويض من خلال مسألتي الاثبات التقادم:

¹ . إدريس مجد، المرجع السابق، ص 355 حسن زكي الأبراشي ، مسؤولية الاطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة 1951 ، ص 62

² . حسن زكي الأبراشي ، مسؤولية الاطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة 1951 ، ص 62 .

³ . حسن الابراشي ، المرجع نفسه ، ص ص 48 - 49 .

⁴ . بسام محتسب بالله ، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق، دمشق ، دار الامان ، الطبعة الاولى ، سنة 1984 ، ص ص 96-97

أ. بالنسبة للإثبات

يقع عبئ إثبات التقصير و الخطأ من جانب الطبيب على عائق المريض و ذوبه في المسؤولية التقصيرية ، و لا شك أنه و في ظل دقة العمل الطبي و تداعياته و جهل العلم به بالنسبة لغير المختصين و هم عامة المرضى ليشكل مهمة ثقيلة بالنسبة لإمكانية إثبات وقوع الخطأ الطبي ، و هذا ما دعا بالقضاء الفرنسي إلى اللجوء لقرينة الخطأ المفترض ، عوضا عن الخطأ الثابت تيسرا على المريض ، و ضمانا لحصوله على حقه في التعويض

ب. بالنسبة للتقادم:

انتقدت نظرية المسؤولية التقصيرية من حيث أنها تؤدي إلى تطبيق مبدأ وحدة تقادم الدعيين المدنية و الجنائية ، و التي تسقط بمقتضاها دعوى المسؤولية التقصيرية ، متى كان الخطأ المدني مكونا لجريمة جنائية في ذات الوقت ، فإذا قارنا هذه الاحكام بأحكام المسؤولية العقدية لوجد أن الأخيرة يمكن أن تحقق ميزة الاستفادة من مدة التقادم الطويل و التي يحددها القانون الفرنسي بثلاثين سنة بالنسبة للمسؤولية العقدية و 10 سنوات بالنسبة للمسؤولية التقصيرية¹

و بالنسبة للقانون الجزائري يرى بعض الفقهاء بأن التطبيقات العملية لفكرة المسؤولية التعاقدية عن أخطاء الطبيب المهنية قليلة جدا ، و أن المحكمة العليا في الجزائر لم تضع أي مبدأ حول طبيعة مسؤولية الطبيب² و انه و بالرجوع لنصوص م . أ.ط و خصوصا المادة (42) منها و التي جاء فيها " للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته ، و ينبغي للطبيب أو جراح اسنن أن يحترم حق المريض هذا ، و أن يفرض احترامه ، و تتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب و المريض و العلاقة بين جراح الاسنان و المريض " نجد أنها تشير ضمنا لكون العلاقة بين الطبيب و المريض تبنى على أساس تبادل الارادتين بينهما من الايجاب و القبول و هذا ما يبنى بقيام علاقة تعاقدية تقوم على اساس حرية الاختيار.

أما بالنسبة لمضمون هذا التعاقد و الالتزام المنبثق عنه فلا ريب أن أحكام المادة (107) ق.م.ج قد تصدت له³ إذ أحالت على العرف لتحديد مضمون الالتزام العقدي.

¹. منير رياض حنا ، مرجع سابق، ص 62-63 للإشارة فإن مواعيد التقادم في القانون الفرنسي عرفت إصلاحات جوهرية بمقتضى القانون رقم 2008-561 المؤرخ في 17 جوان 2008 المتضمن إصلاح التقادم في المواد المدنية ، حيث عدل الفصل العشرون من القانون المدني الفرنسي المتضمن المواد من 2219 إلى 2254 ، و أصبحت المدة 5 سنوات بالنسبة لكلا المسؤولين التقصيرية و العقدية ، بعد أن كانت 30 سنة للعقدية ، و 10 سنوات للتقصيرية

². رابيس مجهد ، نطاق و أحكام المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، سنة 2007 ، ص 355

³. وجاء في المادة (107) "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية ، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام...."

المطلب الثاني: مسؤولية الطبيب (المسؤولية التقصيرية):

بعد تعرضنا في الفقرات السابقة لموقف النظرية العقدية كأساس للمسؤولية الطبية ، نحاول في هذه الفقرة أن نبين الرأي المخالف الذي يبني مسؤولية الطبيب المدنية على المسؤولية التقصيرية ، على اساس أن العقد بين الطبيب و المريض لن يغير من موقف و طبيعة التزام الطبيب بالعلاج و بالاساليب المتبعة فيه ، بنوعيته و بأهدافه خاصة إذا علمنا بأن هذه الالتزامات غالبا ما تكون محدد بمقتضى قواعد قانونية ملزمة و مصحوبة بجزاء .

و اعتبارا لأن علاج المرضى يتضمن - غالبا و بالضرورة - المساس بسلامتهم و بحياتهم في أخطر الحالات ، و هي مصلحة غير مباشرة للمجتمع ، فإن هذه المقتضيات تندرج ضمن النظام العام ، و بالنظر للحالات العادية التي لم يربط فيها بين المريض و الطبيب أي عقد ، و ألحق هذا الأخير ضررا ناشئا عن خطأ مهني أو فني ، فإن هذه الحالة و غيرها لا ريب أنها ستجرنا لتكييف المسؤولية الطبية للممارسين في إطار نظرية المسؤولية التقصيرية خلافا للمسؤولية العقدية

تقوم المسؤولية التقصيرية عند كل إخلال بواجب قانوني يخرج بداية عن نطاق العقد فينشأ الالتزام في ذمة المتسبب في الضرر بالتعويض ، و إذا كانت المسؤولية العقدية تثور بمناسبة كل إتفاق بين المريض و الطبيب للعلاج ، فإنه و في غياب هذا الاتفاق لابد من خضوع مسؤولية الطبيب التقصيري و يتبين هذا الاتجاه من خلال استعراض مواقف القضاء نظرا لكونها أفكار تبنت من طرفه .

الفرع الاول : موقف القضاء الفرنسي:

ساد في فرنسا و لفترة طويلة من الزمن رأي يصنف مسؤولية الطبيب في خانة المسؤولية التقصيرية معتبرا بأن مسؤولية الطبيب تقوم على الالتزام ببذل عناية مما يتعذر معه تطبيق المسؤولية العقدية ، في حالة الإخلال و الإخفاق ، و لو في حالة الاتفاق على دفع ثمن العلاج .

و قد ظلت المحاكم الفرنسية تطبق المساءلة التقصيرية ردحا من الزمن ، حيث قررت م.ن.ف. سنة 1830 في قضية تتعلق بمريض أهمل الطبيب علاجه مما تسبب في بتر ذراعه ، فقررت المحكمة تطبيق المسؤولية التقصيرية طبقا لنص المادة (1382) CCF وفي قرار آخر صدر عن نفس المحكمة سنة 1913 ، أكد أن الطبيب تتم مؤاخذته تقصيرا عن الفعل الضار الذي أصاب المريض ، بغض النظر عن الحالات العقدية بينه و بين المعالج¹

¹ احمد محمود سعد، مرجع سابق ، ص 333

و قد أعتمد القضاء الفرنسي في نظرتة على القواعد العامة للمسؤولية المدنية ، مؤسسا فكرته على أن الالتزام المهني لا ينشأ عن الاتفاق مع العميل و لجهل هذه الالتزامات من غير المهنيين ، وهو الحال بالنسبة لالتزام الطبيب مع المريض ومن ثم فلا يفترض أن مثل هذه الالتزامات قد دخلت دائرة التعاقد لا صراحة ولا ضمنا علاوة على أن هذه الالتزامات تتعلق بقواعد المهنة ، فهي بتلك المواصفات تقترب من الالتزامات القانونية أكثر من الالتزامات العقدية و أن العقد المبرم بين الطبيب و المريض أمام القضاء الفرنسي لا يتضمن إلا التزام المريض بدفع الأجر للطبيب ، وليس له من أثر على الطبيب يقابل ذلك ، وقد حظي هذا الرأي بتأييد غالبية القضاء الفرنسي آنذاك¹ ومن أمثلة أحكام القضاء التي تؤكد هذا الاتجاه :

- قررت م.ن.ف أن كل شخص أيا كان مركزه أو مهنته ، فإنه يخضع للقواعد العامة في المسؤولية المدنية و لا يستثن من هذه القاعدة حتى الأطباء².
- قررت المحكمة السين سنة 1913 أن الطبيب يسأل مسؤولية تقصيرية عن الفعل الضار الذي سببه للمريض ، و الذي لاصلة له مباشرة تلك الحالات العقدية بين الطبيب و المريض
- ذهبت محكمة باريس إلى أن المسؤولية التي تتعرض لها المستشفيات ذات طابع تقصيري بصفة عامة، لإنعدام حرية المريض بإختيار الطبيب³، إن هذا الاتجاه القضائي الفرنسي ساندته مذهب فقهي قوي معتبرا أنه و بصدد الأخطاء التي يرتكبها الطبيب اتجاه المريض فإن مسؤوليته المدنية المطبقة هي تقصيرية ، و إن الالتزام المطالب به هو بذل العناية اللازمة للعلاج.
- ويسعى هذا الرأي لتطبيق المسؤولية التقصيرية رغم وجود عقد طبي معتبرين بأن قرار مرسى الصادر عن م.ن.ف ليس له أي فائدة للضحية و أن العقد مفترض و غير موجود في جميع الحالات ، و أن القول بعقدية مسؤولية الطبيب غير الصحيح لان محكمة النقض تجنبت تطبيق المادة (636) من القانون الجنائي الفرنسي المتعلقة بالتقادم الثلاثي ، حيث أرادت الحكم بإخضاع الدعوى المدنية للتقدم الطويل ولا يوجد سبب آخر بقرارها ما أدى إلى تناقض ، فالعمل الذي ارتكبه الطبيب واحد مكون لجريمة ذات مسؤولية جنائية و مدنية معا و لا يوجد اساس للتمييز بين المسؤوليتين عن الفعل الحاصل كما أن تطبيق المسؤولية العقدية بدلا من المسؤولية التقصيرية لا يعود بأي فائدة للمجني عليه إذ أن العقد هنا مفترض و أنه غير ثابت في بقية الحالات⁴.

¹ علي حسن نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1992 ، ص 333

² Cassation chamber de requêtes 02/07/1862 ; Sirey 1982, I-818 « Toute personne quelque soit sa situation ou sa profession ; est soumise à cette règle : responsabilité à raison de la simple imprudence ou négligence »

³ .رائس مُجْد ، المسؤولية المدنية للاطباء ، مرجع السابق ، ص 361

⁴ . أحمد محمود سعد، مرجع السابق، ص 243

و خلاصة القول أن موقف القضاء المقارن من إخضاع مسؤولية الطبيب للنظام التقصيري يستند على النظرية العامة للمسؤولية التقصيرية ، التي تلزم كل من ارتكب خطأ تسبب بضرر لغيره أن يعرضه ، و أن هذا الاستناد يتخذ من تكييف الالتزام المهني المفروض على الطبيب بكونه التزام وسيلة ، سببا لإدانة الطبيب ولو تعلق الأمر باتفاق مسبق إذ يفترض على الطبيب في حالات العادية أن يسلك مسبكا سليما يجنبه الوقوع في شباك المسؤولية عموما ، و إن كان ولا بد فيتم الاحتكام للمسؤولية التقصيرية فكأن أصحاب .هذا الاتجاه يرغبون في قصر نطاق تطبيق قواعد المسؤولية العقدية في الممارسة الطبية على الجانب المالي من الالتزامات أما الجانب الفني و المهني فالمسؤولية التقصيرية أولى و احق به .

إن الطرح الذي سايره القضاء المقارن و شايحه مجموعة من الفقه في فرنسا ، يثير الانتباه إلى ان المسؤولية الطبية ليست دائما تقصيرية ، مما يجعلنا نطرح التساؤل ، وفي ظل وجود تعاقد على العلاج بين الطبيب و المريض حول الحالات التي تعتبر فيها المسؤولية التقصيرية بالرغم من إبرام العقد هذا ما أبينه في الفقرة الموالية

البند الاول : حالات اعتبار المسؤولية تقصيرية:

أ. إنطلاقا من كون أن التزام الطبيب يقوم على أساس مهنيته و كذا مراعاته للأصول الثابتة فإن المسؤولية تكون ذات طابع فني ، سواء ارتبط الطبيب مع المريض بعقد أم لم يفعل¹ ، إن الفكرة السابقة تقودنا إلى الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالطبيب في تقدير المسؤولية بحيث يمكن اللجوء إلى الخبراء لمعرفة الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب ، ومدى تقصيره في هذا المجال إذ أن بنود العقد لا تسمح حقيقة بمعرفة الواجبات الطبية²

ب. يتم تطبيق المسؤولية التقصيرية في حالات الخطأ المؤدي إلى وفاة المريض أو إيدائه ، اسوة مع المسؤولية الجنائية و ذلك لأن الخطأ في هذه الحالة لا يخرج عن نطاق العادي ، لأنه يكون خطأ ناطقا بأفعال لا ليس فيها ، و يمكن للقاضي أن يتبينه دون الاستعانة بالخبرة ، و تتمثل هذه الحالة بحالة الجريمة الناشئة بعد تكوين العقد التي لا يمكن القول أنها ناشئة عن العقد³ ، و في الحالة المذكورة أعلاه، يتبين أن تطبيق المسؤولية التقصيرية لا مناص منه في حالة وجود العقد قياسا على أهمية إحالة تعويض الضرر الناشئة عن الافعال الجرمية إلى المسؤولية التقصيرية ، إضافة إلى كون الخطأ المرتكب في إطار الممارسة و الذي يسهل على القاضي تبينه، يكون دالا على أنه خروج للطبيب عن المسلك المعتاد لمن يماثله في الظروف العادية ليس إلا مسوغ منطقي و قانوني على أحقية المسؤولية التقصيرية بالتطبيق.

ت. ينثور التساؤل حول نطاق مسؤولية الطبيب في المستشفى العمومي ، حيث أن المستشفى أو العيادات الخاصة تقبل المرضى على أسس تعاقدية ، و تأسيسا على إعتبار ما كانت عليه العلاقة التعاقدية بين الادارة و الموظف في القرن

¹ المرجع السابق، ص 243

² محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية ، الكويت ، مطابع النشر العلمي ، 1993 ، ص13

³ حسين زكي الابراشي ، المسؤولية الاطباء و الجراحين المدنية في التشريع المصري و القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1951 ، ص 47

التاسع عشر ، حيث صنف العمل القانوني للموظف ضمن العقود المدنية¹، ثم ما لبث أن تدخلت قواعد القانون العام ، حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الموظف يشغل مركزا نظاميا (statutaire) و ليس تعاقديا ، و يستتبع حقوقه و واجباته من نصوص القانون²، كما اعتبر غالبية الفقه أن العلاقة بين المريض و المستشفى هي ذات طابع لائحي ، نظرا لتدخل القانون في تنظيمها و ارتباطها كذلك بقواعد القانون العام .

و بالتالي فإنه يظهر جليا حتمية عدم خضوع المساءلة الطبية الخاص³ ، و نفس الرأي ينسحب على علاقة الأطباء بالمستشفيات بصفتهم موظفين عموميين يخضعون لنظام الوظيفة العمومية ، و بالتالي تستبعد المسؤولية العقدية ، و تطبق المسؤولية التقصيرية

و يتضح من الامثلة السابقة أن المسؤولية التقصيرية تطبق في حالات لجوء المريض للمستشفى العام للعلاج بإعتبار أن العلاقة ليست تعاقدية ، و لا تتم بالتراضي بين المريض و الطبيب و إنما تخضع لأنظمة المستشفيات العامة و العاملين بها بصفتهم موظفين عموميين، و هذا ما تطرق له المشرع الجزائري في القانون رقم 18-11 في مادته 174 و التي تنص "يمكن مهنيي الصحة الممارسين الطبيين المؤهلين لممارسة معامهم و في حدود اختصاصاتهم دون سواهم، وصف اعمال تشخيص و علاج و استكشاف و مواد صيدلانية.

و يجب عليهم السهر على احترام الممارسات الحسنة للوصف."⁴

ث. حالة تقديم الطبيب للخدمات المجانية:

يعتبر الفقه الفرنسي أن من يبذل عناية بالمجان لا يقصد التعهد بأي التزام ، وهو ما يعني نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية ، إذ أن العقد يقتضي من طرفيه الإلتزام به فالوعد بالخدمة المجانية لم يكن قصده أن يرتب إلتزاما في ذمته ، و الموعود له يعلم بهذه النية فمثل هذه الإلتزامات مصدرها اللياقة و اللباقة ، و لا يتحمل المدين بشأنها إلا الواجبات الادبية و بالتالي لا يترتب على مثل هذه الإلتزامات سوى مسؤولية تقصيرية⁵ ، و يأتي هذا الإلتزام الفقهي بالرغم من مخالفة القضاء الفرنسي له ، حيث قضت محكمة النقض بأن إعتياد الاطباء على عدم تقاضي أجر من زملائهم يمكن أن يفسر على أنه إبراء إختياري من دين بني على التبادل ، و من ثم فالعقد الحاصل بين الطبيبين لا يعتبر تبرعا⁶ .

¹ . سمير اورفلي ، " مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية " مجلة رابطة القضاة المغربية ، سنة 20 العدد الثامن ، سنة 1984 ، ص 39

² . حسن زكي الابراشي ، المرجع السابق ، ص 55

³ . وفاء حلمي أبو جميل الخطأ الطبي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة 1987 ، ص 29

⁴ القانون رقم 18-11 ، سابق الاشارة اليه

⁵ . حسن زكي الابراشي ، المرجع السابق ، ص 76-77

⁶ . أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب ، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العممة ، الكويت ، منشورات جامعة الكويت 1986 ، ص 20

غير أنه و في نظرنا أن هذا الرأي لا يستقيم بالنظر لاعتماد الأطباء فيما بينهم على معالجة بعضهم مجاناً دون أن يكون تكليف هذه المجانية أنها عقد غير مدفوع الثمن أو بدون مقابل ، بل يتم تكليفها أنها من باب المجاملات للباقة و روح التضامن و الاحترام المتبادلة بينهم و المنصوص عليها بموجب قوانين الاخلاقيات و الواجبات الطبية¹ و بناء على ما سبق ، يتأكد أن تطبيق المسؤولية التقصيرية واجب عند الخدمة المجانية التي يقدمها الطبيب ، لكونها جاءت بإرادة الطبيب المنفردة حجة لإتفاق منشئ لها

ج. إذا تدخل الطبيب بمحض إرادته لإسعاف إنسان في حالة خطر ، فهنا لا نكون أمام عقد ، بل يتم تكليفها بحالة الفعل النافع أو الفضالة و هي مجال واسع لتطبيق المسؤولية التقصيرية².

ح. حالة المخالفة الجنائية للإلتزام:

يرى بعض الفقه أن للمضروب أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية رغم وجود عقد بينه و بين محدث الضرر في حالة ما إذا كان الفعل الضار يشكل جريمة جنائية ، حيث يصبح من حق المضروب أن يختار بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية³ ، و من المعروف أن النظر في الدعوى المدنية التبعية المتعلقة بتعويض الضرر تتم وفقاً للإختصاص المدني و غالباً ما تخضع لنظام المسؤولية التقصيرية.

و من اجتهادات القضاء الفرنسي في مثل هذه الحالات ما تسببت به ممرضة في موت طفل وليد بسبب إهمالها الجسيم ، و صورة الجراح الذي نسي أداة من أدوات الجراحة بعد إجراء العملية للمريض الأمر الذي أدى إلى وفاته ، ففي مثل هذه الصور و غيرها يكون الطبيب مسؤولاً مسؤولية جزائية و المسؤولية الجزائية تستتب المسؤولية المدنية في مسائل التعويض عن الضرر⁴

خ. حالة إمتناع الطبيب عن العلاج:

أن إمتناع الطبيب عن علاج مريض أو إنقاذه يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ الموجود في نفس الظروف فالطبيب و إن كان حراً في مزاوله مهنته بالطريقة التي يراها ، و له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج ، لأن الاصل أم العلاقة بينهما تعاقدية ، إلا أم الاتجاهات الحديثة في تسمية الحقوق ووظيفتها الاجتماعية قيدت من تلك الحرية المطلقة بما تفرضه واجباته المهنية و ما يقتضيه حسن الواجب الأدبي و توجب عليه إستعمالها في حدود الغرض الاجتماعي الذي من أجله تم الاعتراف له بها و إلا كان متعسفاً في إستعمال هذا الحق و مخلاً بالتزام قانوني عند

¹. طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب ، طرابلس لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2004 ، ص 77

². قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 18 يناير 1938 ، نقلاً عن د/ زكي الابراشي ، مرجع سابق ص 67

³. وهو نا يتأكد في مدونة أخلاقيات الطب ، حيث جاء في المادة 66 منها " من العادة أن يقدم الطبيب أو جراح الأسنان العلاج مجاناً لدى ممارسته نشاطه المهني لزميل أو لاشخاص تحت كفاله أو لطلبه الطب أو جراحة الاسنان و لمستخدميه و لمساعديه المباشرين" و هذا ينطبق مع واجب التضامن

الانساني و علاقات الزمالة و الصدق و الثقة المنوطة بهم بموجب المادتين 59-60 من نفس المدونة

⁴. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء ، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2007، ص 190

إمتناعه عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر¹، و بالتالي تكون مسؤولية تقصيرية تأسيا بنظرية التعسف في استعمال الحق المنبثقة من نظام المسؤولية التقصيرية

¹. طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب ، دراسة مقارنة ، طرابلس ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، الطبعة الاولى، سنة 2004 ، ص 20

الفصل الثاني

آثار و تبعات مسؤولية الطبيب

المدنية

الفصل الثاني : آثار و تبعات مسؤولية الطبيب المدنية

بطبيعة الحال يكون المدعي في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب المريض أو الشخص الذي أصابه الضرر من حيث العمل الطبي الخاطئ و يثبت الحق للمضرور سواء أكان فرداً أو جماعة ، و في الاخير من الجائز لكل فرد أصابه ضرر نتيجة خطأ الطبيب إقامة دعوى المسؤولية مستقلة ، و القاضي يقرر التعويض مستندا إلى عناصر الضرر المادي، و المعنوي ، لكل فرد على حده¹.

و نظرا لتطور مهنة الطب و اضطراه الاخطاء الطبية الواقعة على المرضى و إزدیاد عدد الدعاوي المرفوعة أمام القضاء ، فقد عمل الاطباء و المستشفيات الخاصة إلى إبرام إتفاقيات خاصة بينهم و بين المرضى بهدف التهريب من المسؤولية أو التخفيف منها أو تشديدها هذا من جهة ، أو التأمين على مسؤولياتهم للتعويض للمتضررين (المرضى) أو كل من أصابه ضرر نتيجة الاخطاء الطبية بهدف التهرب من أعباء التعويض المادي الذي يقع على كاهل الاطباء ، و حلول شركات التأمين مكافئهم لدفع مبلغ التعويض في حالة ثبوت مسؤولية الطبيب عن الخطأ و تحقق الضرر.

هذا ما سنتعرف عليه بالتفصيل في المبحثين ، المبحث الاول و الممثل في دعوى المسؤولية المدنية و المبحث الثاني التأمين و التعويض في المسؤولية الطبيب.

المبحث الاول : دعوى المسؤولية المدنية

تخضع دعوى المسؤولية المدنية للأحكام العامة في شأن سائر الدعاوي إلا أنها تثير في خصوصيات هذا البحث مسائل معينة تستدعي اهتماما خاصا، وهذه المسائل هي طرفا الدعوى و سبب الدعوى و تقادماها و الإثبات و حجية الشيء المقضي و رقابة محكمة النقض فيما يتعلق بأركان المسؤولية و طبيعة الحكم الصادر في دعوى المسؤولية.

إذا توفرت أركان المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة من خطأ و ضرر و علاقة سببية بينهما قامت المسؤولية ، و يترتب عليها أثر ، هو قيام المسؤول بمسؤوليته مما يضطر المريض المضرور إلى أن يسلك طريق إجرائي يتمثل في دعوى المسؤولية على المتسبب بهذا الضرر

لذلك سنتناول في هذا المبحث دعوى المسؤولية المدنية و الذي ينبثق منه مطلبين (المطلب الاول) أطراف المسؤولية الطبية و (المطلب الثاني) أركان المسؤولية المدنية للطبيب.

¹. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه ، رسالة دكتوراه ، القاهرة، سنة 1983 ، ص 579.

المطلب الاول : أطراف المسؤولية الطبية :

تعتبر الدعوى الوسيلة القانونية المناسبة لإقتضاء الحق و جبر الضرر اللاحق بالمريض المضرور أو ذويه ، من جراء خطأ طبي¹ ، و عليه ستتعرض إلى أطراف المسؤولية الطبية في المطلب الاول و الذي يتجزء منه فرعين الفرع الاول (المدعي كطرف في المسؤولية الطبية) و الفرع الثاني (المدعي عليه كطرف في المسؤولية الطبية).

الفرع الاول: المدعي (المريض):

يعتبر مدعيا كل من أصابه ضرر نتيجة خطأ طبي ، و بالتالي فالمدعي في المسؤولية المدنية للطبيب هو المريض أو ذويه في حالة وفاته² ، ولا تقبل الدعوى المدعي إلا إذا توفرت فيه كل شروط قبول الدعوى³

أما في حالة وفاة المريض فإن الحق بالمطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه العام ، إذ يجوز أن يباشر هذا الاخير هذا الحق سواء كان وارثا ، أو موصى له ببحثه من مجموع أمواله ، أو أحيى إليه حق التعويض.

فإذا كان الضرر الذي أصاب المريض ضررا ماديا جاز لورثته المطالبة بالتعويض ، بشرط أن يكون مورثهم قد طالب به أثناء حياته ، على أن يؤول إليهم هذا الحق بعد سدادا ديونه و الوفاء بوصيته أما إذا كان الضرر معنويا فلا ينتقل للورثة إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى إتفاق أو حكم قضائي نهائي بالتالي إذا سكت المورث عن مطلبه بالحق المعنوي فإن سكوته يعتبر تنازلا منه عن هذا الحق.

و ما ينبغي العمل به في الجزائر أن الحق بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب المورث، سواء كان في شرفه أو سمعته أو عواطفه، أو من الآلام التي عاناها من الحادث ، يجب أن ينتقل إلى الورثة و لو سكت المورث عن المطالبة به، و لا يعتبر سكوته نزولا عن هذا الحق ، فالسكوت في مثل هذه الحالة يعتبر سكوت ملابس.

¹ . كمال فريجة ، المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص ، فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 307.

² . كمال فريجة ، المرجع السابق ص 307

³ المادة 13 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر ، الموافق ل 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ج، ر عدد 21 مؤرخة في 2008/04/23 التي تنص على " لا يجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه كما يثير تلقائيا انعدام الأذن إذا ما اشترطه القانون"

الفرع الثاني: المدعى عليه (المسؤول عن الضرر)

يعتبر مسؤولاً في مجال المسؤولية الطبية المسؤول عن الضرر اللاحق بالمدعي ، و بما أن الطبيب الذي صدر منه الخطأ و تسبب في ضرر للمريض تابع للمستشفى العام المادة 298 من القانون 18-11¹ الذي يعمل فيه، فإن مسؤولية المستشفى هي التي تثار في هذا الصدد باعتباره متبوعاً ، لأن نشاط الطبيب في المستشفى العام يعتبر نشاطاً للدولة ، لتختفي شخصية الطبيب و تبرز شخصية الدولة و بذلك تكون الدولة وحدها هي المسؤولة عن أخطاء موظفيها من أطباء و غيرهم من مساعدين و أعوان طبيين .

فالبرغم من إعتبار علاقة الطبيب بالمستشفى العام علاقة تبعية إدارية فإنها كافية لأن يتحمل المستشفى العام نتائج خطأ الطبيب ، و الهدف من ذلك تحميل إدارة المستشفى العام مسؤولية تغطية نتائج الأخطاء الصادرة من تابعيه أثناء قيامهم بأعمال المرفق، و كذلك للتسيير على المضرور بضمان حصوله على حق في التعويض² ، و صدر في هذا الصدد قرار عن مجلس الدولة الجزائري في غرفته الرابعة بتاريخ 2000/03/27 جاء فيه: " أنه من الثابت قانوناً أنه كان على الطبيب أن يتخذ كل الاحتياطات اللازمة لمراقبة تطور علاج الكسر لاسيما الجبيرة التي وضعت على رجل المريض و التي تؤدي في بعض الحالات إلى تعفن العضو حيث أن عدم المراقبة الطبية يشكل إهمالاً خطيراً ينجر عنه تعويض ، و بما أن الطبيب ارتكب الخطأ أثناء سير المرفق فيتعين تحميل المستشفى المدنية لتعويض الضرر ، و بالتالي ينبغي إلغاء القرار المستأنف فيه³ .

البند الأول : تعدد المسؤولين عن الفعل الضار

إن المشرع الجزائري في القانون الجزائري المدني يرى أنه إذا تعدد المسؤولين عن الفعل الضار ، يكونوا جميعاً متضامنين فب الالتزام بتعويض الضرر ، و يعين القاضي نصيب كل منهم في إحداث الضرر بنص المادة 162 من القانون المدني ، و تنص على " إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر ، و تكون المسؤولية بينهم بالتساوي، إلا إذا عين الضاي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض"⁴

1 . القانون رقم 18-11 ، سابق الاشارة اليه

2 . محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ص ص 492 ، 493

3. قرار مجلس الدولة الصادر في 2000/03/27 ، ذكره عز الدين قمراري ، مفهزم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر ، مجلة الموسوعة

القانونية ، ج1 جامعة وهران الجزائر، 2003، ص 51، ص 52

4 . المادة 126، ق م ، سابق الاشارة إليه

وعليه يستطيع المدعي إقامة دعوى عليهم جميعاً، أو إختيار من يشاء من بينهم و يطالبه بالتعويض كاملاً و على المدعي عليه منهم الرجوع على باقي المسؤولين لدفع ما حكم به من تعويض بقدر نصيبه فقط¹.

التضامن يختلف في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية ففي الأولى إذا إلتزم أكثر من طبيب لعلاج المريض يكون كل منهم مسؤول عن إلتزامه في حدود العلاج الذي وصفه أو العمل الذي قام به إتجاه المريض ، أما في الثانية فيبقى التضامن قائم بينهم ، إذا اجتمع أكثر من طبيب لأداء إلتزام أو أخطؤا في العلاج أو في التشخيص مما أدى إلى إلحاق الضرر بالمريض، ويكونوا جميعاً متضامنين في تعويض المريض عما لحقه من ضرر ، شرط أن يشتركوا جميعاً في العمل الطبي مما يصعب معه نسبة الخطأ الحاصل لأحدهم دون الآخر، وباستطاعة المريض إقامة دعوى المسؤولية على أحدهم منفرداً، أو عليهم جميعاً ومطالبته بالتعويض كاملاً³ ، ويستطيع من دفع التعويض منهم الرجوع على الباقيين كل بقدر نصيبه فقط.

" التضامن بين الدائنين أو بين المدنين لا يفترض ، و إنما يكون بناء على إتفاق أو نص القانون " ، المادة 217، ق م ج،

سابق الاشارة إليه"

البند الثاني: مسؤولية الجماعة (الشخص المعنوي)

إن الشخصية المعنوية تتمتع بأهلية التقاضي ومن تم يترتب عليها حقوق، التزامات، فهي بذلك تكون خاضعة لقواعد المسؤولية المدنية. وهذا لا يمنع ان تقام المسؤولية على الشخص المعنوي (المستشفى) و ممثلوه بصفتهم أفراداً، وبهذه الحالة يكون الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعاً في المسؤولية.

وإذا دفع الشخص المعنوي التعويض للمتضرر، فإن له الحق بالعودة على من أخطأ من ممثليه بكل ما دفع لأن لا مسؤولية عليه في العلاقة بينه وبين ممثليه كونهم ارتكبوا الخطأ فهم المسؤولون الأصليين عن تعويض الضرر وقد يكون الممثل تابعا أثناء ارتكابه للخطأ ، وقد يسأل على أساس المسؤولية الشخصية عن فعله الضار، وفي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره متبوعاً².

البند الثالث: المسؤولية المجتمعة (بين الخطأ التقصيري بالخطأ العقدي)

إن المسؤول عند ارتكاب الخطأ العقدي لا يكون مسؤولاً إلا عن الضرر المتوقع فقط، أما مرتكب الخطأ التقصيري فيكون مسؤولاً عن الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، فالمسؤولية المجتمعة تقوم بينهما فيما يشتركان به بالتعويض عن

¹ . أحمد حسين الخياري ، المرجع السابق، ص 157

² . المرجع نفسه ، ص 158 .

الضرر المتوقع، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيري بالمسؤولية عن تعويض الضرر غير المتوقع. لذلك لا يمكن القول بترتيب المسؤولية التضامنية في حالة المسؤولية المجتمعة ولا العكس، لاختلاف الآثار بين المسؤوليتين¹.

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب

الفرع الأول: فعل الأضرار " الخطأ الطبي "

الخطأ ينطوي على ركنين الأول الأول مادي و قوامه الإنحراف أو التعدي ، و الثاني قوامه الإدراك أو التمييز إلا أن هناك حالات يتوفر فيها هذان الركنين و مع ذلك يعتبر فيها خطأ كما هو الحال في الدفاع الشرعي و تنفيذ أمر الرئيس و حالة الضرورة.

و القانون المدني الأردني عن غيره من القوانين العربية حيث يقيم المسؤولية على اساس الضرر و ليس الخطأ إذ يكفي الفعل ضارا و بالتالي ليس مطلوبا لقيام المسؤولية في القانون المدني الأردني توافر الركن المعنوي في الخطأ أي الإدراك أو التمييز و هذا ما نصت عليه المادة 256 مدني تقييم المسؤولية على أساس الضرر حتى و لو كان الفاعل غير مميز و هذا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية القائمة على قاعدة لا ضرر و لا ضرار ، و الضرر يزال .

بناء على ما تقدم يمكن القول أن الخطأ هو الخروج على السلوك المؤلف للرجل العادي و عليه يعرف الخطأ الطبي بأن الطبيب يعتبر مخطئا إذا لم يبذل العناية الصادقة اليقظة المتفكدة مع الأصول العلمية الثابتة أو هو تقصير في مسلك الطبيب الوسط اليقظ وجد في نفس الظروف الخارجية بالطبيب المسؤول.

هذا الخطأ قد يكون نتيجة عمل إيجابي من جانب الطبيب كتعرض المريض لأشعة لوقت أطول من اللازم وفقا للمعطيات الطبية ، و قد يكون الخطأ في شكل موقف سلبي أو إمتناع من قبل الطبيب من ذلك مثلا عدم قيامه بالفحوصات أو الأشعة اللازمة.

و يتم تقدير خطأ الطبيب وفق معيار عام أي معيار موضوعي حيث يقارن ما بذله الطبيب المدعي عليه من عناية بقدر العناية التي تبذلها طبيب وسط من نفس المستوى ، فالطبيب العام يقارن مسلكه بمسلك الطبيب العام أو الطبيب الأخصائي يقارن بنسلك أخصائي مثله مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت بالعمل الطبي الذي قام به الطبيب موضوع المساءلة و غيرها من ظروف المكان و الزمان التي تؤثر في كيفية أداء الطبيب لعمله ، فإذا ما أردت المقارنة بين المسلكين إلى وجود اختلاف فمعنى ذلك أن هناك خطأ قد وقع فيه الطبيب المدعي عليه .

¹ . أحمد الحباري ، نفس المرجع و الصفحة .

و إذا كانت المسؤولية الطبية تقوم على الخطأ فلم يعد مشترطاً في هذا الخطأ درجة معينة من الجسامة ، فكل خطأ أيا كانت درجته حتى ولو كان بسيطاً أو بسيطاً أو يسيراً يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب ، فالطبيب يسأل عن تقصيره أيا كانت درجته وفقاً للمعيار لسابق بيانه و في ضوء الأصول العلمية المهنية المألوفة و الثابتة.

و تؤكد محكمة التمييز بأن الأخطاء الفنية لا تنحصر في الأخطاء التي تصدر عن سوء نية فقط، بل تتعدى إلى كل سلوك يعتبر خروجاً عن المألوف من أهل الصنعة فب بذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة و قواعد الفن¹.

البند الأول: الضرر الطبي:

يقصد بالضرر بأنه الأذى الذي يصيب الانسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه، و يعد الضرر ركناً أساساً من أركان المسؤولية، إذ يعتبر شرطاً لازماً لقيامه و القضاء بالتعويض تبعاً لذلك و الضرر على نوعين:

الفقرة الأولى : الضرر المادي:

هو كل إخلال بمصلحة مالية للمضرور ، فالمساس بجسم المريض أو إصابته يترتب عليه خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج و في إضعاف قدرته على الكسب جزئياً أو كلياً ، و قد يلحق الضرر ذوي المريض و سمى بالضرر المرتد أو المنعكس كما في حالة وفاة معيل الأسرة كما يلحق الضرر بكل من كان يعيله بشكل دائم و مستمر.

الفقرة الثانية : الضرر الأدبي (المعنوي) :

و هو الذي يصيب الشخص في شعوره أو عاطفته أو كرامته و يشمل ذلك الألم و المعاناة و الشعور بالعجز، و يظهر نتيجة المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته أو عجزه نتيجة الخطأ الطبي أو المستشفى و يتمثل في الآلام الجسدية و النفسية التي قد يتعرض لها و يظهر أيضاً في حالة الإعتداء على إعتبار المريض ، و هذا ما يحصل عندما يقوم الطبيب بإفشاء سر المهنة ، فيصاب المريض بضرر يطال سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة.

البند الثاني : العلاقة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر:

لا يسأل الطبيب إلا إذا كان الضرر نتيجة طبيعية للخطأ الطبي ، لذلك يعتبر إثبات العلاقة السببية من أشق الأمور و اعسرهما ، و ذلك بالنظر إلى تعقيدات الجسم و تغير خصائصه و عدم وضوح الأسباب التي تؤدي إلى مضاعفات الظاهرة و في هذا الاتجاه عرض على محكمة مصر الكلية قضية تتلخص وقائعها

¹. مجلة نقابة المحامين لسنة 1978 ، ص 852 .2.

في أن طبيب المدرسة قام بالكشف على أحد الطلبة لتقرير إعفائه من الألعاب الرياضية ، حيث قرر أن قلب هذا الطالب سليم ولا داعي لإعفائه، و بعد فترة و بينما كان هذا الطالب يقوم بالتمارين الرياضية سقط و أغمي عليه و من ثم فارق الحياة ، حيث قرر الطبيب الشرعي بعد التشريح أن الطالب كان عنده استعداد للوفاة من الحالة الليمفاوية المصحوبة بثقب بيبضاوي في القلب، و أن الوفاة ممكن حصلت عن هذه الحالة المرضية دون أن يكون للألعاب الرياضية علاقة في حدوثها حيث قضت المحكمة على ضوء تقرير الطبيب الشرعي بإعفاء الطبيب من المسؤولية¹.

بناءً على ما تقدم ، لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر بل لا بد من أن يكون السبب مباشراً و منتجاً ، فإذا كان السبب بإحداث الضرر أجنبياً تنعدم العلاقة السببية معها المسؤولية ، و في حالة تعدد الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر الذي لحق بالمريض يتم استبعاد العرضية التي لم يكن لها إلا دور ثانوي في حدوث الضرر و يعتد فقط بالسبب المنتج الفعال في حدوث الضرر ، تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجب إعفاء المستشفى الخاص من أية مسؤولية إذا ثبت أن الخلل الموجود في الأدوات الطبية لم يكن له أثر في وفاة المريض.²

المبحث الثاني: التأمين و التعويض عن المسؤولية الطبية:

يعتبر التأمين في مفهومه البسيط إعطاء الامان من أجل مواجهة الخطر المحتمل وقوعه في المستقبل و ذلك حتى يعطي الثقة اللازمة للمستثمر من أجل إختراق عالمه المجهول ، و هي بيئة الاستثمار فيعد هذا الاخير العنصر الاساسي لكل العراقل الاجتماعية و الاقتصادية، و حتى الامنية منها في بعض الاحيان ، و ذلك من خلال ميزته الخاصة في دعم الانسان المستثمر في حالة وقوع الضرر، و لذلك سارع الانسان منذ القديم إلى ابتكار هذه التقنية التي توفر له الظروف المناسبة للإنتاج و العمل لهذا إرتأينا أن نبرر أهمية التأمين من خلال إعطائه مفهوم شاملاً و عاماً و متى نشأ و ماهي الاسس التي يقوم عليها و الخصائص التي تميزه و الاقسام التي قسم إليها ، و هذا كله سندرجه في هذا المبحث الذي قمنا بتقسيمه إلى مطلبين حيث اختص المطلب الاول بتأمين المسؤولية الطبية و المطلب الثاني اختص بالتعويض عن المسؤولية الطبية .

المطلب الأول: تأمين المسؤولية الطبية:

يفترض التأمين وجود خطر معين يتم التأمين منه، و لما كان الخوف و القلق و الإرتياب حالات تخالط النفس البشرية ، و من حق كل فرد أن يسعى لإزالة أسباب هذه الحالات ، فإن عليه أن يتحرى

¹. قرار محكمة النقض الفرنسية 1971/0/25 ، أورده عبد الرشيد مأمون ، عقد العلاج ، دار النهضة ، القاهرة ص 195

². قرار محكمة مصر الكلية 1935/2/4 مشار إليه عبد المنعم داود، المسؤولية القانونية للطبيب ، 1988 ، ص 33-34

الوسائل المشروعة للوقاية من آثار الأخطار التي تصاحب ممارسته لمهنته ، و من ذلك منهة الطب ، لذلك وجد التأمين من المسؤولية عن الأخطار الطبية¹

يقصد بالتأمين من المسؤولية " العقد الذي بموجبه يؤمن المؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق به جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية" و ذلك بسبب الأضرار التي تلحق بدوره بالغير و التي يعتبر مسؤولا عنها قانونا ، و الضرر المؤمن منه هنا ليس ضررا يصيب المال بطريقة مباشرة كما في التأمين على الأشياء، بل هو ضرر ينجم عن دين في ذمة المؤمن له بسبب تحقق مسؤوليته التقصيرية ، كما في المسؤولية عن حوادث السيارات ، أو بسبب تحقق المسؤولية العقدية ، كما لو كنا أمام تأمين مستأجر ضد مسؤوليته عن سلامة وصول البضائع.

و لما كان الضرر المؤمن عليه في التأمين من المسؤولية هو نشوء الدين بسبب المسؤولية ، و بالتالي فإن ذمة المؤمن تصاب و تصبح مثقلة بديون المسؤولية ، فإن المختصين يطلقون أيضا على هذا النوع من التأمين تسمية " التأمين من الديون" و التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن ل المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير ، كما عبر عنها المشرع الجزائري في المادة 56 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات² فالتأمينات من المسؤولية يدخل إذن في نطاق التأمين من الأضرار لا في نطاق التأمين على الأشخاص ، سواء نشأت المسؤولية عن ضرر أصاب الجسم كما في المسؤولية الطبية.

و منه فالتأمين من المسؤولية الطبية هو الاتفاق الذي يتم إبرامه بين الطبيب و شركة التأمين لتغطية مسؤوليته عن أعمال الطبية الضارة اتجاه المريض ، أو بعضا منها لقاء أقساط من التأمين متفق عليها، و عند وقوع الخطر المؤمن منه ، تلتزم الشركة بأداء مبلغ التعويض لصالح المستفيد (المضروب).

و خلافا للتأمين على الأشياء الذي تنحصر أطرافه في شخصين إثنيين ، فإن التأمين من المسؤولية يقوم على ثلاثة أشخاص : المؤمن و المؤمن له (المسؤول) المضروب (الضحية) ، و ذلك بالرغم من أن هذا الأخير لا يعتبر طرفا في العقد ، إلا أنه يستفيد من دعوى مباشرة ضد المؤمن كما سيأتي بيان ذلك في حينه.

و المحل في التأمين من المسؤولية عادة ما يكون غير معين ، فهو تأمين من المسؤولية لم تتحقق بعد حتى مداها ، لهذا نجد المؤمن له (الطبيب) يلجأ إلى تعيين حد أقصى يطالب به المؤمن إذا تحققت

¹ . أسامة أحمد بدر، التأمين من المسؤولية الطبية دراسة تحليلية مقارنة ، ندرة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 ص 202

² . تنص المادة 56 من الأمر 95-07 " يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير "

مسؤوليته و أحيانا أخرى يعمد إلى تأمين غير محدد يعوض بموجبه تعويضا كاملا أيا كان مدى مسؤوليته التي تحققت.

المطلب الثاني: التعويض عن المسؤولية الطبية

إذا ما ثبتت مسؤولية المدعي عليه (المستشفى العام) عما لحق المدعي من ضرر ، فإنه يتعين على القاضي إلزام يتعين على القاضي لإلزام المسؤول بما يعوض المضرور ، و يجبر الضرر الذي لحق به ¹ ، و هذا هو المراد من نص المادة 124 من قانون المدني الجزائري التي نصت على " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

الفرع الاول: ماهية التعويض:

يعرف التعويض بأنه وسيلة القضاء في إزالة الضرر أو التخفيف من وطأته ، إذ يعتبر الجزاء الذي يترتب على قيام المسؤولية المدنية ² ، و التعويض طرق يتم بموجبها (أولا) ، كما أنه لتقدير التعويض أسس و وقت (ثانيا).

أشارت المادتان 131 و 132 من القانون المدني الجزائري ³ إلى طريقة التعويض ، و التي يستنتج منها أن التعويض في القانون الجزائري يكون إما عينيا أو نقديا.

البند الاول: التعويض العيني:

يقصد به إلزام المسؤول بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ⁴ ، إذ يعتبر أفضل طرق الضمان ، و القاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني إذا كان ذلك ممكنا و طلبه الدائن أو تقدم به المدعي ⁵.

¹ . أحمد حسن عباس الحباري، المسؤولية المدنية الطبية ، دار الثقافة و التوزيع الاردن، 2005 ص 160

² . رواء كاظم راهي ، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها مذكرة لنيل شهادة المجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة بابل العراق، 2008 ، ص 118

³ المادة 132 من ق.م.ج " يقدر القاضي مدة التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية ، فله أن يحتفظ للمضرور و بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"

المادة 132 من ق.م.ج " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ، و يصح أن يكون التعويض مسقطا ، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا ، و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدعي بأن يقدر تأمينا و يقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي ، تبعا للظروف و بناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم و ذلك على سبيل التعويض ، بأداء بعض الاعانات تتصل بالفعل غير المشروع"

⁴ . محمد حسين منصور، مرجع سابق ص 187

⁵ . أحمد حسين الحباري ، المرجع سابق، ص 161

لكن و لصعوبة التعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية ، لدم إمكانية حصول التعويض العيني في الإصابة الجسدية غير المميتة ، كقطع الطرف المتورم أو فقدان البصر ، فقدان كلية ، خاصة و أن الطرف الصناعي لا يؤدي نفس وظائف العضو الطبيعي ، و لهذا فإن الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل ، و بصفة خاصة في صورة نقدية.

البند الثاني: التعويض بمقابل (النقدي) :

يعتبر التعويض النقدي الصورة الأعم في التعويض عن المسؤولية التقصيرية¹ ، و يتمثل التعويض النقدي في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجر الضرر الذي لحق بالمضرور ، و حتى عن الضرر المعنوي ، و الأصل أن يدفع دفعة واحدة إلا أنه يجوز أن يدفع على شكل أقساط ، أو إيراد مرتب لمدة معينة أو مدى الحياة ، أو إختيار إحدى هذه الصور يعود للسلطة التقديرية للمحكمة².

البند الثالث: أسس تقدير التعويض و وقته:

لكي يقوم القاضي بتقدير التعويض عليه الاعتماد على اسس معينة ، كما أنه يجب تحديد الوقت الذي يستحق المضرر التعويض فيه

الفقرة الاولى : اسس تقدير التعويض:

استقر القضاء على ان التعويض يقدر بقدر الضرر ، فلا يزيد التعويض عن الضرر و لا يقل عنه ، و تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأي محكمة الموضوع ، فهذا يعد من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديرها³.

يشمل التعويض ما لحق المريض من خسارة و ما فاته من كسب ، و كذلك الأضرار الأدبية التي لحقته ، إلا أن الضرر الذي يؤخذ في الحسبان و هو الضرر المباشر ، كما يراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة للمضرور ، كحالته الجسمية، و الصحية و ظروفه العائلية و المهنية و حالته المالية⁴ ، غير أن هناك صعوبة كبيرة في تقدير الأضرار المعنوية نظرا لعدم إستنادها إلى قيم ثابتة و متعارف عليها، فهي مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى لهذا تعتبر الخبرة الوسيلة المناسبة لتقدير هذا النوع من الضرر.

¹. رواء كاظم راهي، المرجع السابق، ص 120

². في مجال المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض ما لحق المريض من خسارة و ما فاته من كسب ، و يشمل كذلك الضرر المعنوي الذي لحق بالمريض ، كما يراعى الظروف الملازمة للمضرور

³. رواء كاظم راهي، المرجع السابق، ص 120

⁴. مُجَّد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 187

يقتضي مبدأ تطابق التعويض مع الضرر بكامله أن يكون حجم التعويض معادلا تماما لحجم الضرر ، و بمقتضاه يجب على المستشفى العام أن يدفع للمتضرر ما يوازي ما أفقده و لكن لا يمكن النظر إلى هذا المبدأ على انه سهل التطبيق ، فحسب الأحكام و لقرارات الصادرة عن القضاء الجزائي مبالغ التعويض المحكوم بها تعتبر ضئيلة و بعيدة كل البعد عن تغطية الأضرار بكاملها¹

و قد تم إصدار قانون رقم 91-02² ، الذي جاء بأحكام دقيقة ، حيث نصت المادة 05 منه على " يمكن أن يحصل على مبلغ الديون لدى الخزينة العمومية و بالشروط المحددة في المواد 6 و ما يتبعها ، المتقاضون المستفيدون من احكام القضاء التي تتضمن إدانة الدولة، و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الادارية" و لكن رغم ذلك بقيت إشكالية الأحكام الصادرة بالتعويض عن الادارة قائمة

الفقرة الثانية : وقت تقدير التعويض:

إذا كان الحق في التعويض أي الحق في إصلاح الضرر ينشأ منذ إستكمال أركان المسؤولية و بصفة خاصة منذ وقوع الضرر ، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم القاضي و يثير تقدير التعويض عن الضرر الطبي صعوبات خاصة فيما يتعلق بالوقت الذي يتم فيه هذا التقدير ، إذ أن الضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيرا وقد لا يتيسر تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم³.

لذلك تقرر أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت صدور الحكم أن يعين مدى التعويض نهائيا فله أن يحتفظ للمضروب بحق المطالبة خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، أما إذا كان الضرر متغيرا ، فإن محكمة النقض المصرية تقضي بأنه يتعين على القاضي النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما آل إليه عند الحكم مراعيًا التغيير في الضرر ذاته ، و مراعيًا كذلك التغيير في قيمة الضرر بإرتفاع ثمن النقد و إنخفاضه و بزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر⁴ . منه فإن العبرة في تقدير التعويض هو بيوم صدور الحكم لا بوقت وقوع الضرر ، نظرا لأنه قد يتأخر الفصل في المنازعة سنوات طوال ، فمن قواعد العدالة عدم تحميل المسؤول عن الضرر عبئ إهمال المضروب في رفع دوى التعويض.

الفقرة الثالثة : التوزيع النهائي للتعويض:

¹ . محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 187

² محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ، ص 188

³ . قانون رقم 91-02 المؤرخ في 08 نوفمبر 1991 ، يتضمن القواعد الخاصة المطبقة على بعض أحكام القضاء، يمكن الاطلاع عليها على الرابط التالي:

www.droit-dz.com

⁴ . محمد حسين منصور ، المرجع نفسه، ص 189

تثار إشكالية توزيع التعويض حين يتعلق الأمر بالتعويض المحكوم به على المستشفى العام كمتبوع ، أو أحد موظفيه المخطئين كتابع هذه الوضعية يكمن أن يتولد عنها ثلاث حالات: حالة اشتراك الخطأ المرفقي و الخطأ الشخصي (أولاً) ، حالة إنعقاد المسؤولية على خطأ شخصي بحث (ثانياً) و حالة إنعقاد المسؤولية على خطأ مرفقي (ثالثاً)

الفقرة الرابعة: المسؤولية المشتركة بين المستشفى العام و الطبيب:

يحول القانون للمريض المتضرر عند إصابته بضرر أثناء تواجده أو علاجه في المستشفى العام ، في حالة مساهمة كل من الطبيب بخطئه الشخصي و المستشفى العام بخطئه المرفقي ، أن يختار بين مقاضاة مؤسسة عمومية ذات طابع إداري أمام القضاء الاداري، و بين مقاضاة الموظف (الطبيب العامل في المستشفى العام) أمام القضاء العادي ، و للمتضرر في كلتا الحالتين أن يطالب المدعي عليهم بكامل التعويض¹.

و في كل الأحوال و إن كان مبدأ الجمع بين المسؤوليتين يرمي إلى إعطاء المتضرر حق إختيار المسؤول الأكثر ملائمة ، فهو يختار بطبيعة الحال الادارة ، إلا أن هذا المبدأ يمنع المتضرر من أن ينال تعويضين عائدين للقضية نفسها ، و للضرر نفسه².

و تظهر نتيجة لذلك إمكانية إثارة حالتين لتوزيع دين التعويض:

الحالة الأولى:

تتمثل في قيام القاضي الإداري الذي عرضت عليه القضية المرفوعة ضد المستشفى العام على أساس أن ضرراً قد لحق المريض من جراء فعل الإدارة نفسها، أو من فعل الموظف التابع لها توزيع التعويض على كل من الطبيب و المستشفى العام بعد تفحص وقائع القضية و استنتاج مساهمة كل من الخطأ المرفقي و الخطأ الشخصي في إحداث الضرر³ ، و أبرز مثال على ذلك القرار الشهير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي و هو قرار (داليل) في 1951/07/28 حيث وزع التعويض مناصفة بين الادارة و الموظف نظراً لتعادل خطئيهما (عدم صيانة ضوابط السيارة خطأ الخدمة ، و حالة سكر عند الموظف خطأ شخصي)⁴

¹ قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1947/04/17 ، ذكره محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ص 189

² . علي خطار شنطوي ، مسؤولية الادارة العامة عن أعمالها الضارة ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الاردن ، 2008 ص 305

³ . فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في مجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر،

2011، ص 150

⁴ فريدة عميري ، المرجع نفسه ، ص 150

و لقد جاءت أسباب قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (دالفيل) كما يلي:

"إعتباراً من كونه إذا تسببت في حدوث ضرر للغير الأثار المقترنة بخطأ مرفق عام و خطأ شخصي لعون تابع لذلك المرفق ، فإنه بإستطاعة الضحية أن تطلب التعويض عن كامل الضرر الذي تعرضته سواء من الادارة أمام القضاء الإداري ، أو من العون المسؤول أمام القضاء العادي"¹

الحالة الثانية:

تتمثل في الحكم على طرف واحد (المستشفى العام أو الطبيب العامل فيه) بكامل التعويض في وقت مساهمة كليهما في إحداث الضرر، في هذه الحالة تظهر إمكانية رجوع كل واحد أوفى ي بكل التعويض على الطرف الآخر بشكل مستقل عن الدعوى الأصلية لتحمله جزء من عبئ التعويض الذي دفعه الضحية²

أولاً: تحميل الطبيب كامل التعويض و هنا نجد احتمالين:

أولهما:

عندما يكون الطبيب العامل في المستشفى العام ملزماً وحده بتحمل كامل التعويض نهائياً و هذا عندما تضطر إدارة المستشفى العام بموجب حكم قضائي و بمعزل عن أي خطأ مرفقي أن تدفع هذا التعويض للمتضرر لأن الخطأ الشخصي كان لا يخلو من أية علاقة بالمرفق العام³

ثانيهما:

عندما يكون الإدلاء بخطأ الخدمة ممكناً بالنسبة بالنسبة للمتضرر و غير ممكن بالنسبة للطبيب فهنا تدفع إدارة المستشفى العام كامل التعويض للمتضرر ، لأن هناك خطأ خدمة⁴

ثانياً: تحميل المستشفى العام كامل التعويض:

¹ . قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1951/07/28 ذكره عز الدين قماروي ، المرجع السابق ، ص 63

² . حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة ، المسؤولية على اساس الخطأ ، المسؤولية بدون خطأ نظام التعويض، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2013، ص، 153-154 عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص 388

³ . فريدة عميري المرجع السابق ، ص 152

⁴ . عبد القادر عدو، المنازعات الادارية ، دار هومة للنش و التوزيع ،الجزائر، 2012 ، ص 102

هذه الحالة تسمح للضحية بمقاضاة الدولة و إدانتها عوض مقاضاة العون ، و مرد ذلك إلى وقوع الضرر نتيجة التسيير المعيب للمرفق العام.

تؤدي حالة ما إذا حدث الضرر عن فعل من أفعال إدارة المستشفى العام بدون أن يتعلق الأمر بخطأ للطبيب ، حرمان المستشفى العام في مثل هذا الوضع من حق الرجوع عليه بأي شكل من الأشكال سواء بكل التعويض الذي دفعه او بجزئه¹.

فبالرغم من اجتماع شروط مسؤولية المتبوع، هناك حالات يقيم فيها المضرور دعواه ضد الطبيب (التابع) فقط لكونه محدث الضرر ، إلا أن ذلك لا يعني تكليف الطبيب (التابع) بعبء كل التعويض ، فيستطيع هذا الاخير إذا تبين أن الخطأ الذي ارتكبه كان خطأ عاديا يدخل ضمن الاخطاء المرفقية و يمكن أن يرتكبه أي شخص وضع في نفس الظروف الرجوع على المستشفى العام (المتبوع) بكامل التعويض الذي دفعه على اساس أن الطبيب في هذه الحالة قد تحمل دون وجه حق أعباء مالية لا تترتب عليه أصلا ، بل على إدارة المستشفى العام وحدها².

وقد كان إجتهد القضاء الاداري في بادئ الأمر لا يقر للموظف بحق الرجوع على المستشفى العام، واستمر هذا الاتجاه لمدة طويلة، إلا أنه لم يلبث أن نقضه و أقر مبدأ إمكانية الرجوع نهائيا³، لأن القول بمبدأ عدم إمكانية الرجوع قد يمثل إجحافا في حق الطبيب و القضاء بذلك على روح الطمأنينة و الاستقرار لدى الموظفين.

1. وسائل رجوع المستشفى العام على الطبيب المخطئ:

اعترف منذ أمد بعيد للمتبوع الذي قام بتعويض الضرر الذي ألم بالمضرور بحق الرجوع على تابعه ، هذا الأمر الذي من شأنه أن يسمح له بإستعادة كامل ما دفعه إن لم يكن هنالك أية مساهمة منه في ارتكاب الفعل غير المشروع ، كما يحق للمتبوع الرجوع على تابعه حتى في مجال المسؤولية عن الاشياء التي عهد بها لتابعه⁴

و يوجد من وسيلة تمكن إدارة المستشفى العام من إسترداد المبالغ المالية التي دفعتها للمضرور عوضا عن موظفيها (الأطباء) المخطئين ما دام أنها غير مسؤولة إلا عن الأخطاء المرفقية⁵

¹ . عبد القادر عدو، المرجع السابق ، ص 383

² . فريدة عميري، المرجع السابق، ص 153

³ . فريدة عميري، المرجع نفسه، و الموضوعان السابقان

⁴ . فريدة عميري، المرجع نفسه ، ص 154

⁵ . أحمد حسن عباس الحباري ، المسؤولية المدنية للطبيب، دار الثقافة للنشر و التوزيع الاردن، 2005 ، ص 192

2. وسيلة الضمان:

تبنى القضاء الاداري الفرنسي في بداية الأمر وسيلة الضمان بإعتبار أن الادارة هي الضامنة كلياً أو جزئياً لما يحكم به على الموظف و مؤدي هذه الوسيلة أن الادارة لا تلزم بدفع قيمة التعويض المحكوم به على الموظف ، إلا إذا ثبت إعساره و عجزه عن الدفع و بالتالي تصبح مسؤولية الادارة مسؤولي احتياطية بحيث لا يجوز للمضرور أن يطالب الادارة المستشفى العام مباشرة قبل مصالبة الطبيب المخطئ و ثبوت إعساره¹ ، يؤخذ على هذه الوسيلة أنها وسيلة طويلة و معقدة ، كما أنها غير مرضية ففي أغلب الأحيان يكون الطبيب عاجز عن دفع كامل لتعويض أو جزئه² .

3. وسيلة الحلول :

عدل القضاء الفرنسي عن اسلوب الضمان فتبنى وسيلة الحلول بهدف التخفيف على المتضررين و التيسير عليهم ، و بهذا تحل الادارة محل المضرور في مطالبة الموظف المخطئ و هكذا تلزم إدارة المستشفى العام بدفع قيمة التعويض المقرر شريطة أن تحل محل الشخص المضرور فيما حكم أو قد يحكم له ، و في هذه الحالة على المضرور رفع دعوتين أمام القضاء الاداري ، الاولى ضد المستشفى و الثانية ضد الطبيب المخطئ .

على الرغم من تميز هذه الوسيلة بالبساطة و عدم التعقيد، غير أن الواقع أثبت تقاعس المضرور في رفع دعوتين ما دامت الدعوى الاولى تمكنه من الحصول على التعويض الذي يريده³ .

أقر القضاء الاداري حق الادارة في الرجوع المباشر على موظفها المخطئ ، خطأ شخصياً و يختص القضاء الاداري بالنظر في مسؤولية الموظف المخطئ، إذ أنها منازعة تتعلق بتقرير التزامات الموظف (الطبيب) في مواجهة الادارة (المستشفى العام) و يطبق عليها قواعد القانون العام⁴ ، تعتبر هذه الوسيلة الأضمن للادارة في استرداد ما دفعته نيابة عن موظفها المخطئ.

¹ علي خطار شطاوي، مسؤولية الادارة العامة عن اعمالها الضارة ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الاردن، 2008 ص 308

² علي خطار شطاوي، المرجع نفسه ، الموضوع السابق

³ علي خطار شطاوي، المرجع نفسه ، ص 309

⁴ علي خطار شطاوي، المرجع نفسه ، ص 310

الختامة

الخاتمة

ختاماً لما تمت دراسته لا يسعنا القول إلا أنه يصعب وضع خاتمة لموضوعنا هذا، وذلك نظراً لدقة البحث وحساسيته لاتصاله بجسم الإنسان، واعتبار أن العمل الطبي من الأعمال المباحة والمقيدة في نفس الوقت، وذلك لما تحمله من أعمال ينتفع بها المريض مقابل أنها قد تتسبب بأضرار ناجمة عن أخطاء تسبب في حدوثها الطبيب وهو بصدد تقديم العلاج وذلك لنقص اليقظة والكفاءة المهنية.

وعليه وجب على الطبيب توخي الحيطة والحذر وأخذ جميع الاحتياطات لتجنب وقوع الخطأ حتى يقي المريض من الإصابة بأضرار بدرجة أولى وبقي نفسه من تحمل تبعات أخطائه بدرجة ثانية، وهذا ما استخلصناه من التشريعات الأجنبية بصفة عامة ومن التشريع الجزائري بصفة خاصة.

ولعل ما جعل مسؤولية الطبيب تكبر هو استمرارية تطور تقنيات الطب، لأن الطبيب هو أدرى باستعمال التقنيات الحديثة والوسائل المستجدة، على خلاف المريض الذي لا يملك أية فكرة عن طريقة علاجه أو بشأن النتيجة التي قد يتوصل إليها.

وتبدوا اللمسة القانونية في العمل الطبي من خلال الترخيص الممنوح للطبيب للقيام بأعماله وفقاً للشروط المنصوص عليها قانوناً والهدف من ذلك هو منح علاج في إطار غير مشوب والتأكد من أن المريض بين أيدي أطباء أكفاء مؤهلون ومسئولون بصفة قانونية ويتحملون أخطائهم المهنية، ولذا فالأطباء من واجبهم المحافظة على جسم المريض وكذا حالته النفسية التي تؤثر في مدى تلقيه العلاج.

والمسؤولية المدنية للطبيب تتأرجح ما بين المسؤولية العقدية والتقصيرية والمهنية، فبالنسبة للمسؤولية العقدية فتكون في حالة وجود عقد بين المريض والطبيب وتقوم عند الإخلال بأحد الالتزامات المقررة في العقد وتكمن الأهمية منها في معرفة كل طرف ماله من حقوق وما عليه من التزامات، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فهي تقوم في حالة الإخلال القانوني، وفيما يتعلق بالمسؤولية المهنية فنجد أن الطبيب مطالب بالقيام بعمله بكل يقظة والتزام مع معرفة كل متطلبات المهنة فهو يسأل عنها باعتباره عالماً بها، ولا يعد بجهله لها.

الخاتمة

وما نستنتجه من خلال دراسة المسؤولية المدنية للطبيب هو أن المشرع الجزائري ألقى على عاتق الطبيب التزامات قانونية كأصل عام وهذا ما نجد من تنظيم لمهنة الطبيب في القانون رقم 18_11 والمتعلق بالصحة¹ ويتمثل ذلك في بدل الطبيب العناية اللازمة وليست العناية العادية والتي تتفق مع الأصول العلمية والمهنية و كاستثناء لبعض الحالات فالطبيب ملزم بتحقيق نتيجة.

إضافة إلى ذلك فالطبيب ملزم بالتزامات أخلاقية أهمها كتمان السر المهني، ويلتزم كذلك بإعلام المريض بحالته الصحية أو عائلته حتى يكونوا على دراية بالحالة المرضية للمريض.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها ، أن المسؤولية المدنية لا تقوم إلا بتوفر أركانها الثلاثة والمتمثلة في الخطأ الذي أحدثه الطبيب والضرر الذي لحق المريض، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، إضافة إلى هذا فإن المريض لا يمكنه إلقاء المسؤولية على الطبيب إلا أثبت أن خطأ صدر من الطبيب نفسه إهمالا منه أو عدم حيظته ويقظته، والإثبات يكون بكافة الوسائل المقررة قانونا، بالمقابل يمكن للطبيب نفي المسؤولية عنه في حالة عدم صدور الخطأ منه بل صدوره بفعل قوة قاهرة ، أو تدخل الغير ، أو تدخل المريض نفسه.

ونتيجة لثبوت المسؤولية المدنية للطبيب القائم بالخطأ الذي تسبب في ضرر للمريض فإن عليه أن يقدم تعويضا عن ما فاتته من كسب وما لحقه من ضرر، والتعويض قد يقدره القاضي وقد يكون باتفاق مسبق بين الطبيب والمريض في العقد أو اتفاق لاحق وهو ما يعرف بالشرط الجزائي ، وقد يكون التعويض عينيا أي إرجاع الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الخطأ وهذا الأمر غير ممكن في الكثير من الأحيان، وإذا تعذر ذلك يكون التعويض بمقابل سواء نقدي أو أدبي والغالب يكون التعويض عن الضرر نقديا وهذا لصعوبة تقدير الضرر الأدبي.

أما فيما يتعلق بالتأمين فهو عقد ثلاثي الأطراف يقوم بتعويض المريض عن الضرر الناتج عن الطبيب من طرف شركة التأمين للمطالبة بتعويضه متى ثبت الخطأ الطبي، وكأن الطبيب مؤمن لدى شركة التأمين.

¹. القانون رقم 18_11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

الخاتمة

وأخيرا وعلى ضوء دراستنا رأينا أنه من الواجب علينا أن نبين أهم المقترحات والتوصيات والمتمثلة فيما يلي:

- وضع منظومة قانونية متكاملة خاصة بالمجال الصحي ومهنة الطب، يراعى فيها ما حققه الطب من تطورات في مختلف مجالاته وتخصصاته من ناحية، كما يراعى فيها ما وصل إليه الفقه القانوني والقضاء الحديث في مجال المسؤولية الطبية من ناحية أخرى، بشكل يسمح بسن نصوص قانونية متنوعة ومتكاملة تكفل تحقيق التوازن بين ضمان حماية المريض المضرور ، وتوفير مجال من الحرية والإبداع للطبيب في مهنته.
- تبني نظم تأمين إجباري حقيقي وحازم من المسؤولية الطبية ، يسهل من خلاله حصول المريض أو ذويه على التعويض الذي يجبر ما أصابهم من ضرر ويساعد الطبيب على حل مشكلة دفعه التعويض.
- كما أنه من الضروري جدا وضع لجنة طبية تتكون من خبراء وقضاة ومحلفين، وذلك لحماية حقوق المريض التي قد تضيع لجهل هذا الأخير بالأمور الفنية والعلمية للطبيب والذي يجد صعوبة في إثباتها.
- تكوين الأطباء بآخر التطورات والمستجدات الطبية.
- إضافة قسم جديد خاص بالقضايا الطبية في هيكل المحكمة.

و إجابة على إشكالية الموضوع بعد دراستنا لهذا البحث نجد أن احكام المسؤولية المدنية للطبيب طرحت منذ أمد بعيد وقد تأكدت وتطورت بوقتنا الحالي، وفي المقابل لم يغفل التشريع الإسلامي عن المسألة واعترف بجرمة وقدسية الجسد البشري. كم أن آثارها وتبعاتها من حيث التعويض والتأمين فقد تجسدت في تعويض المريض المضرور إذا أثبت الخطأ الطبي، وعلى الطبيب نفي الخطأ لدفع المسؤولية عليه، كما أنه وفي حال التأمين فإن شركة التأمين هي من تحل محل الطبيب في التعويض في العقد ثلاثي الأطراف.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والراجع

- المصادر

- القرآن الكريم " برواية حفص عن عاصم "

- المراجع

- الكتب

- ابن رشيد ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 313 ، الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 7
- أحمد حسن عباس الحياي، المسؤولية المدنية الطبية ، دار الثقافة و التوزيع الاردن، 2005
- أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب ، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، الكويت، منشورات جامعة الكويت 1986،
- أسامة أحمد بدر، التأمين من المسؤولية الطبية دراسة تحليلية مقارنة ، ندرة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008
- حسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة ، المسؤولية على اساس الخطأ ، المسؤولية بدون خطأ نظام التعويض، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، 2013،
- حعلي خطار شنتوي ، مسؤولية الادارة العامة عن أعمالها الضارة ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الاردن ، 2008
- خالد عبد الرحمان ، معصومية الجسد ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية ، جامعة عين الشمس 1987
- رأفت صلاح أحمد أبو الهيجاء ، مشروعية نقل الاعضاء البشرية بين الشريعة و القانون العام ، الكتب الحديثة ، عمان 1988
- سميرة عايد الديات، عمليات نقل و زرع الاعضاء لبشرية بين الشرع و القانون ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1999.
- طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب ، طرابلس لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2004،
- عبد القادر عدو، المنازعات الادارية ، دار هومة للنش و التوزيع ر،الجزائر، 2012
- عبد الكريم مأمون ، رضا المريض في الاعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2006

قائمة المراجع

- عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية و المدنية للطبيب و الصيدلي ، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، 2006
- علي حسن نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1992
- علي خطار شنطاوي، مسؤولية الادارة العامة عن اعمالها الضارة ، دار وائل للنشر و التوزيع ، الاردن، 2008
- فواز صالح" المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة في القانون السوري و الفرنسي" مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية ، المجلد 22، العدد الاول، 2006
- محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية ، الكويت ، مطابع النشر العلمي ، 1993
- مُحمَّد المدني ،موقف الاسلاميه الشريعة من نقل الاعضاء ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2004 ،
- مُحمَّد النجيمي ، الاتجار بالاعضاء البشرية بين الحظر و الاباحة ، بحث مقدم لندوة المجتمع و الامن ، كلية الملك فهد الامنية ، سبتمبر 2005.
- مُحمَّد وحيد الدين سوار ، النظرية العامة للالتزام ، دمشق ، مطبعة جامعة دمشق ، الطبعة الثامنة 7/1/1996
- مراد نعموم، بعض أنواع الأعمال الطبيّة والجراحة المستحدثة في الشريعة الإسلامية بين الإباحة والتحریم، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، 2004
- منير رياض حنا، الخطأ الطبيّ الجراحي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008
- نصر الدين ماروك، نقل و زرع الاعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الاسلاميه ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية، دار هومة ، الجزائر ، 2003
- وفاء حلمي أبو جميل الخطأ الطبي ، القاهرة ، دار النهضة الهربية ، 1987
- **مذكرات الماجستير**
- داودي صحراء ، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية ،مذكرة لنييل شهادة الماجستير ،المؤطر: الطيب زروقي ،قسم العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ،ورقلة، 2006.
- فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في مجال الطبي، مذكرة لنييل شهادة الماجستير في القانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر، 2011،

قائمة المراجع

- كمال فريجة ، المسؤولية المدنية،مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص ، فرع قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة تيزي وزو، الجزائر،2012
- وائل تيسير مُجّد عساف ، المسؤولية المدنية للطبيب ، رسالة ماجستير ، جامعة نابلس ، 2008

المجلات

- العربي بلحاج ، الاخطاء المدنية و الجنائية للأطباء في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة مع النظم الطبي السعودي)، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، الرياض ، العدد 52، سنة 2002 ،
- فس سعيد بوزيري ، نظرات في قرارات المؤتمر و المجمع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، عدد خاص 2 جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2008

القوانين:

- القانون المدني الفرنسي المتضمن المواد من 2219 إلى 2254.
- القانون رقم رقم 18-11 المؤرخ في مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 02 جوان سنة 2018 يتعلق بالصحة.
- قانون رقم 91-02 في 22 جمادى الثانية 1411الموافق ل 8 يناير سنة 1991 يحدد القواعد الخاصة المطبقة على بعض احكام القضاء.
- القانون المدني المصري.

- المراجع باللغة الأجنبية

1. Atman agoune, les musulmans leurs corps la maladie et la mort , éthique médecine et société sous la direction de Emmanuel hiresch zspace éthique paris, 2007
2. Cassation chambre de requêtes 02/07/1862 ;Sirey 1982,I-818
3. Decocq (A) ; Essai d'une thérapie générale des droits sur ma personne, thèse, paris, 1960

المواقع الالكترونية

1. https://www.aix-scientifics.com/ar/_helsinki64.html
2. <https://saaid.net/tabeeb/69.htm>
3. <http://www.iifa-aifi.org/2162.html>

الفهرس

| | |
|---------|---|
| أ..... | المقدمة: |
| 07..... | الفصل الأول: الأحكام الشرعية والقانونية لمسؤولية |
| 07..... | المبحث الأول: الأحكام الشرعية لمسؤولية الطبيب |
| 08..... | المطلب الأول : المقصود بمبدأ معصومية الجسد البشري في الشريعة الإسلامية: |
| 08..... | الفرع الأول : حرمة الجسد و معصوميته. |
| 10..... | البند الأول: الإذن الطبي في الشريعة الإسلامية. |
| 11..... | البند الثاني: شروط الأبحاث الطبية العلمية التجريبية. |
| 13..... | المطلب الثاني: التطبيقات الشرعية لمبدأ معصومية الجسد البشري: |
| 13..... | الفرع الأول:إباحة المساس بالجسد البشري. |
| 13..... | البند الأول:الفتاوى المؤيدة للمساس بجسم الانسان |
| 19..... | الفرع الثاني: منع إباحة المساس بالجسد البشري. |
| 19..... | البند الأول: الأدلة المستمدة من القرآن الكريم. |
| 21..... | البند الثاني:الأدلة المستمدة من السنة النبوية. |
| 21..... | المبحث الثاني: الاحكام القانونية لمسؤولية الطبيب : |
| 22..... | المطلب الأول : المسؤولية العقدية : |
| 26..... | المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية: |
| 26..... | الفرع الأول:موقف القضاء الفرنسي |
| 28..... | البند الأول: حالات اعتبار المسؤولية التقصيرية |
| 33..... | الفصل الثاني: آثار و تبعات مسؤولية الطبيب المدنية. |
| 33..... | المبحث الأول : دعوى المسؤولية المدنية. |

| | |
|----------|--|
| 34..... | المطلب الاول : أطراف المسؤولية الطبية : |
| 34..... | الفرع الاول: المدعي (المريض): |
| 35..... | الفرع الثاني: المدعي عليه (المسؤول عن الضرر). |
| 35..... | البند الاول: تعدد المسؤولين عن الفعل الضار..... |
| 36..... | البند الثاني: مسؤولية الجماعة (الشخص المعنوي). |
| 36..... | البند الثالث: المسؤولية المجتمعة (بين الخطأ التقصيري بالخطأ العقدي) |
| 37..... | المطلب الثاني: أركان المسؤولية المدنية للطبيب..... |
| 37..... | الفرع الاول: فعل الأضرار " الخطأ الطبي "..... |
| 38..... | البند الاول: الضرر الطبي..... |
| 38..... | البند الثاني: العلق السببية بين الخطأ الطبي و الضرر..... |
| 39..... | المبحث الثاني: التأمين و التعويض عن المسؤولية الطبية:..... |
| 39..... | المطلب الأول: تأمين المسؤولية الطبية:..... |
| 41..... | المطلب الثاني: التعويض عن المسؤولية الطبية..... |
| 41..... | الفرع الاول: ماهية التعويض..... |
| 41..... | البند الاول: التعويض العيني:..... |
| 42..... | البند الثاني: التعويض بمقابل (النقدي) :..... |
| 42 | البند الثالث: أسس تقدير التعويض و وقته:..... |
| 49..... | الخاتمة:..... |
| 53..... | قائمة المراجع:..... |
| 58..... | الفهرس..... |