

جامعة مولود معمري - تيزي وزو  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

## إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون  
فرع " قانون المسؤولية المهنية "

تحت إشراف الأستاذ:  
د/ محمد سعيد جعفرور

إعداد الطالبة:  
سايفي وزنة

تاريخ المناقشة: 2011/05/03

لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور: بوبشير محند أمقران، أستاذ محاضر ( أ )، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو..... رئيساً  
الأستاذ الدكتور: محمد سعيد جعفرور، أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو... مشرفاً ومقرراً  
الأستاذة الدكتورة: كجار زاهية حورية، أستاذة محاضرة ( أ )، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو..... ممتحنة

السنة الجامعية: 2011/2010

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

"وَقُلْ رَبِّ زِدْنِيْ عِلْمًا"

(طه 114)

## كلمة شكر

عرفانا بالجميل والتقدير، أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي  
الدكتور محمد سعيد جعفر الذي أشرف على إنجاز هذا  
العمل، والذي لم يبخل علي بنصائحه وتوجيهاته التي كان  
لها بالغ الأثر في إنجاز هذه المذكرة، كما أتقدم بالشكر  
الجزيل لكل عمال مكتبة كلية الحقوق بجامعة مولود معمري  
على رأسهم محافظ المكتبة على التسهيلات المقدمة للطلبة  
الماجستير.

? وزنة

# إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى روح أخي الغالي نبيل رحمه الله

إلى كل الإخوة والأخوات

إلى زوجي الكريم

إلى كل الأصدقاء والزملاء

إلى كل أساتذتي بجامعة مولود معمري

وزنة ؟

قائمة أهم المختصرات:

أولا : باللغة العربية :

ت. م. ج : تقنين مدني جزائري.

ت. ع. ج : تقنين عقوبات جزائري.

ت. إ. م. إ : تقنين إجراءات مدنية وإدارية.

م. أ. ط. ج : مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

ت. م. ف : تقنين مدني فرنسي.

د: دكتور

د. ت. ن : دون تاريخ النشر.

د. د. ن : دون دار النشر.

د. ب. ن : دون بلد النشر.

ص: صفحة.

ص. ص: من الصفحة إلى الصفحة.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

Op , cit : Ouvrage Précédemment Cité.

P : Page.

PP : De la Page a la Page.

R. F. D. A : Revue Française de Droit Administratif.

R. C. D. S. P : Revue Critique de Droit et Science Politique.

GRAFO. C. E : Grafo Comité Européenne.

O.P.U : Office des Publications Universitaires.

P.U.F : Presse Universitaire de France.

## مقدمة:

تعتبر مهنة الطب من أنبل المهن الانسانية، إذ يتعين على الطبيب احترام سلامة جسم الانسان لما له من حرمة، والمحافظة على أرواح الناس أثناء ممارسة واجباته، وذلك لأن مهنة الطب تفرض عليه واجبا قانونيا وأخلاقيا يتمثل في بذل جهود صادقة في علاج مرضاه، خاصة بعد أن عرف الطب في السنوات الأخيرة تطورا ملحوظا، ان لم نقل مبهرا، حيث أصبح الكل ينطلق من مبدأ أن لكل داء دواء، لذا أصبحت معظم الأمراض التي تصيب الإنسان في متناول علماء الطب الحديث. لم يقف الطب عند العلاج من الأمراض، وإنما امتد الى أكثر من ذلك، حيث أصبح الطب إضافة الى مهمته الأصلية وهي الوقاية والعلاج أصبح يشمل أيضا تحقيق رغبات الانسان حتى وإن لم يكن مريضا أي بهدف غير علاجي، كالحمل الاصطناعي، والجراحات التجميلية إلى غير ذلك من الأعمال .

في مقابل هذه التطورات، فإن الطب ككل علم، لا يخلو من الآثار السلبية ومخاطره الملازمة لهذا التطور وهي سنة كل تطور علمي في مجالات الحياة الانسانية المختلفة. فتطور العلوم الطبية وتقدمها أصبح من لوازمه الخطورة والتعقيد، وهذا ما أدى إلى كثرة الأخطاء الطبية، وبالتالي كثرة وتزايد الدعاوي المرفوعة في مواجهة الأطباء أمام القضاء.

وقد أرجع رئيس المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب أسباب تزايد الأخطاء الطبية والجراحية إلى تهاون بعض الجراحين والأطباء في أداء مهامهم، كحقن المريض بمضدات حيوية بطريقة عشوائية، دون الأخذ بعين الاعتبار الحساسية، أو نسيان أدوات جراحية كالمقص أو الضمادات في أحشاء المريض، بحيث وصل عدد الشكاوى المقدمة

ضد الأطباء على مستوى مجلس أخلاقيات الطب الى 500 شكوى<sup>(1)</sup>.

ولقد كشفت لجنة الدفاع عن ضحايا الأخطاء الطبية وعمادة الأطباء عن تسجيل أكثر من 200 خطأ طبي سنة 2009، وهناك نحو 150 قضية مسجلة على مستوى عمادة الأطباء الجزائريين في السنة نفسها<sup>(2)</sup>.

وذهب بعض الفقهاء إلى المطالبة بعدم مساءلة الأطباء عن الأخطاء إذا كان الطبيب من ذوي المعرفة وأذن له بممارسة المهنة وبإذن المريض، وذلك لطبيعة العمل الطبي وما ينطوي عليه من أخطار ومضاعفات لا يستطيع معها الطبيب تفاديها مهما أوتي من علم وخبرة، إلا أن مساءلة الطبيب سيقبل من شهادته العلمية وقيمتها، كما أن ذلك يضر بسمعة المهنة، فالطبيب في نظرهم لا يسأل إلا أمام ضميره وأمام الرأي العام<sup>(3)</sup>. لكن الفقه والقضاء إستقر على مساءلة الأطباء إذا توافرت شروط مسؤوليتهم المتمثلة في الخطأ، الضرر والعلاقة السببية.

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. ومن هذه العوامل نجد عامل الإحساس بالضعف لدى المريض في مواجهة الطبيب، وهذا راجع دون شك الى العلاقة غير المتوازنة التي تربط المريض بالطبيب، إذ يعاني طرف من علة مرضية، وطرف آخر يضع فيه الأول كامل ثقته بهدف تخلصه من الألامه.

---

(1) هناء (ش)، مجلس أخلاقيات الطب يحقق في 500 خطأ طبي، مقال منشور في جريدة الخبر اليومية، الصادرة بتاريخ 12 نوفمبر 2006، الموافق لـ 20 شوال 1427.

(2) فريدة لكحل، تسجيل أكثر من 200 خطأ طبي سنة 2009، مقال منشور في جريدة الشروق اليومي، الصادرة بتاريخ 21 أبريل 2010، الموافق لـ 06 جمادى الأولى 1431 هـ، العدد 2911.

(3) د/ زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، العدد الأول، 2008، ص58.

وبالتالي فالمريض غالبا ما يجد نفسه غير قادر على مواجهة الأطباء. كما أن صعوبة إثبات الخطأ الطبي من شأنه أن يؤدي بالمريض إلى التفكير ألف مرة قبل مباشرة أي إجراء قضائي، فمعرفة بصعوبة اثبات 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، ومن 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 الى القضاء والقدر.

وعلى الرغم من مناداة الفقه بضرورة تحقيق توازن بين طرفي العلاقة الطبية، وخاصة في مجال إثبات الخطأ الطبي، فإن المسؤولية الطبية لا تزال تقوم على أساس الخطأ وفقا لمبدأ البيئة على من ادعى، ومن ثم يقع على المريض، إذا ما أراد الحصول على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر نتيجة الخطأ المدعى به في مواجهة الطبيب عبء إثباته<sup>(1)</sup>.

وعليه فإن أهم مشكلة قد تصادف المريض أثناء مواجهة الأطباء أمام العدالة هي مشكلة الإثبات، خاصة أن مسؤولية الطبيب لا تقوم الا بإثبات توفر ركن الخطأ باعتباره الركن الأساسي الذي تقوم عليه، وهذا رغم ظهور المسؤولية غير الخطئية في السنوات الأخيرة التي تبقى منحصرة في بعض الحالات الخارجة عن نطاق العلاج بمفهومه التقليدي، إذ هي تتعلق بمبدأ ضمان سلامة المريض من كل ضرر خارج عن نطاق العلاج بمفهومه التقليدي.

وبالتالي فإن صعوبة حصول الضحايا على التعويضات في اطار المسؤولية الطبية ترجع إلى صعوبة إثبات الخطأ الطبي من طرف الضحايا وكذا صعوبة تحديده قضائيا، وقد أكد وزير العدل الجزائري أن قضاة المحاكم والمجالس يخطئون في الكثير من

---

(1) أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، كلية الحقوق، العدد الأول، 2008، ص83.



الأحيان في تحديد الخطأ الطبي بسبب صعوبة تحديد نوعه، خاصة إذا علمنا أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطأ الطبي ولا أنواع الأخطاء الطبية<sup>(1)</sup>.

هذا ما يدفعنا إلى طرح التساؤل الآتي: هل يمكن تطبيق القواعد العامة في الإثبات على إثبات الخطأ الطبي سواء من حيث عبء الإثبات أو من حيث طرق إثباته؟ أم أن للخطأ الطبي خصوصياته التي تجعله يختلف عن الأخطاء الأخرى من حيث الإثبات.

وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التطرق إلى مفهوم الخطأ الطبي لمعرفة خصوصياته التي يمتاز بها وكذا عبء إثباته (الفصل الأول)، ثم الوسائل القانونية التي نتمكن بالإعتماد عليها من الوصول إلى هذا الإثبات (الفصل الثاني).

---

(1) فريدة لكحل، تسجيل أكثر من 200 خطأ...، مرجع سابق .

## الفصل الأول

### مفهوم الخطأ الطبي وعبء إثباته

تقتضي القواعد العامة أن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية تجعل منه الأساس الذي تقوم عليه، إذ يجب على المضرور أن يتمسك بخطأ وقع من الفاعل ويقيم الدليل عليه<sup>(1)</sup>، حتى يتمكن من الحصول على التعويض.

تقوم المسؤولية الطبية كأصل عام على أساس الخطأ ما عدا في حالات استثنائية<sup>(2)</sup>، تقوم فيها دون وجود خطأ ثابت من جانب الطبيب، وهذا يعني أن الطبيب كقاعدة عامة لا يلتزم بالتعويض، إلا إذا أثبت الضحية وجود خطأ طبي من جانبه.

ولا يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة، أي شفاء المريض، إلا في حالات استثنائية، بل يقع على عاتقه التزام ببذل عناية، وهذا راجع إلى الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي، ووجود مخاطر تحوم حول نتائجه. غير أن ذلك لا يعني إعطاء كامل الحرية للطبيب في مباشرة اختصاصه، إنما يكون ملزماً باحترام اختصاصه العلمي والفعالية التقنية المرجوة منه في العمل الطبي، مع مراعاة واجبات الحذر واليقظة، وكل طبيب لم يراع هذه القيود كأن يمارس عمله برعونة أو إهمال أو عدم احتراز أو عدم احترام القوانين واللوائح، يكون قد ارتكب خطأ طبياً يستوجب قيام مسؤوليته المدنية.

فهناك، إذن، التزام عام يقع على عاتق الطبيب ببذل العناية اللازمة وأخذة بالجهود واليقظة الضروريين لما يتفقان والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء

(1) د/ محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 147.  
 (2) هناك بعض الحالات تقوم فيها المسؤولية الطبية دون وجود خطأ ثابت من قبل الطبيب، وهي الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة كالعلاقات التجميلية، التحاليل المخبرية، التركيبات الصناعية، استعمال الأدوات والأجهزة الطبية، حيث يلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة، بالتالي يكون المضرور في غنى عن إثبات وجود خطأ طبي في هذه الحالات، لمزيد من الشرح انظر صفحة 74 وما يليها من هذه المذكرة.

المريض وتحسين حالته الصحية<sup>(1)</sup>.

وإذا كان التمييز بين الحالات التي يلتزم فيها الطبيب ببذل عناية والحالات التي يلتزم فيها بتحقيق نتيجة يؤدي إلى معرفة متى تكون المسؤولية الطبية قائمة على أساس الخطأ ومتى تقوم دون خطأ، فإن ذلك من شأنه أيضا أن يؤدي إلى تحديد المكلف بعبء إثبات ذلك الخطأ، فهل يكلف المريض بإثبات خطأ الطبيب، أم يكلف الطبيب بإثبات وفائه بالتزامه وعدم ارتكاب أي خطأ؟

بناء على ما سبق نتعرض من خلال هذا الفصل إلى مفهوم الخطأ الطبي في (مبحث أول)، ثم نتطرق إلى تحديد المكلف بعبء إثبات هذا الخطأ أمام القاضي المدني في (مبحث ثاني).

---

(1) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم (مدنيا، جنائيا، وإداريا)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 30.

## المبحث الأول مفهوم الخطأ الطبي

تقوم المسؤولية بوجه عام والمسؤولية الطبية بوجه خاص على أساس الخطأ<sup>(1)</sup>، لذا فإن الواقع يفرز مدى أهمية البحث في فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية الأطباء، ذلك أنه متى تزايدت دعاوى مساءلة الأطباء ومساعدتهم، وخصوصاً الذين يقومون بالعمليات الجراحية وما تمثله من خطورة<sup>(2)</sup>، فإن أمر تحديد المسؤول عن الضرر يجعلنا نبحث عن معيار قانوني عام تتحدد على أساسه فكرة الخطأ.

لذا نتناول في هذا المبحث مفهوم الخطأ الطبي وذلك بإبراز تعريفه ومعياره (مطلب أول)، وكذا صور الخطأ الطبي حتى نتمكن من استخلاص ما يميز الخطأ في إطار المسؤولية الطبية عن الخطأ في إطار المسؤولية المدنية عامة (مطلب ثاني).

### المطلب الأول تعريف الخطأ الطبي ومعياره

إن التزام الطبيب ببذل عناية اتجاه المريض يجعل هذا الأخير مكلفاً بعبء إثبات وجود خطأ طبي في حالة ما إذا لحقه ضرر جراء العمل الطبي. ولا بد من وضع تعريف للخطأ حتى يتسنى لرجل القانون معرفة ما إذا كان سلوك الطبيب يعتبر خطأ أم لا يعتبر كذلك، كما يستلزم ذلك وضع قاعدة قانونية يمكن من خلالها معرفة ما كان يجب على الطبيب فعله، حتى نتمكن من القول بأنه أخل بالتزامه في حالة ما لم يحم بما هو واجب عليه.

(1) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، (دراسة قانونية مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 17.

(2) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 31.

## الفرع الأول

### تعريف الخطأ الطبي

يستمد الخطأ الطبي تعريفه من الخطأ بوجه عام، لذا لا بد، قبل التعريف بفكرة الخطأ الطبي، من تحليل فكرة الخطأ عامة باعتبارها أساساً للمسؤولية المدنية ككل، ثم تطبيق تعريف الخطأ على الخطأ الطبي. فرغم صعوبة تحديد الخطأ ومفهومه بصفة عامة، فإنه لا بد من الاعتراف بأهمية تحديده، وذلك لإمكانية حل المشاكل الملموسة للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ<sup>(1)</sup>.

نشير إلى أن معظم التشريعات لم تعرف الخطأ، فلا المشرع الجزائري ولا المصري أو الفرنسي قد عرف فكرة الخطأ باعتبارها أحد أركان المسؤولية العقدية أو التقصيرية<sup>(2)</sup>، وحسناً فعل، حتى نتقأدى حصر المسؤولية في نطاق معين وفي حدود عبارات معينة لضمان حماية أكثر للمضروب جراء أخطاء الغير.

لكن حقيقة انصراف الخطأ إلى كل عمل غير مشروع قد حدث بكثير من المشرعين المعاصرين إلى تسميته (العمل غير مشروع أو غير المباح)<sup>(3)</sup>، لذلك تصدى الفقه للمسألة محاولاً إعطاء تعريف شامل وكامل للخطأ.

هناك من يعرف الخطأ بأنه " كل خطأ قانوني يفرض الوجود السابق لقاعدة من قواعد السلوك الواضحة والمحددة وتفرض هذه القاعدة على الأفراد تنظيم أمورهم

(1) PENNEAU (Jean), Faute civile et faute pénale en matière de la responsabilité médicale, presses universitaires de France, paris, 1975, p. 46.

(2) محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2007، ص 88.

(3) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي...، مرجع سابق، ص 17.

على نحو محدد، ثم يقوم أحد الأفراد بالخروج على هذه القاعدة<sup>(1)</sup>.

غير أن هذا التعريف منتقد لانطلاقه من فكرة غامضة فلا يمكن تعريف الخطأ بالخطأ.

لم يفرق الفقه الحديث في تعريف الخطأ في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فالخطأ في كليهما واحد، ومن هذا المنطلق عرف بلانيول planiol الخطأ، حيث تبين له أن قيام المسؤولية تفترض الإخلال بالتزام قانوني في حالة المسؤولية التقصيرية والتزام عقدي في حالة المسؤولية العقدية، ومن هذه الملاحظة استنتج تعريف للخطأ فقال أن الخطأ إخلال بالتزام سابق<sup>(2)</sup> « la faute est un manquement à une obligation préexistante ».

لقد أخذ مازو Mazeaud. على تعريف بلانيول أنه لم يحدد مضمون الالتزام الذي تمت مخالفته، لهذا نجد أن التعريف المقترح من طرف مازو Mazeaud. هو أن الخطأ "تقصير في مسلك الإنسان لا يقع من شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول"<sup>(3)</sup> وهو تعريف لا يمكن اعتباره بديلاً لتعريف بلانيول ولا معارضاً له، إنما هدفه كان تقديم معيار عام لتحديد مضمون الالتزامات وهو معيار "شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"<sup>(4)</sup>.

(1) محمد فتاحي، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 88 .

(2) نقلا عن د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 880،

MAZEAUD ( h.l. j ), CHABAS ( f ), Leçons de droit civil , obligation, 9<sup>ème</sup> édition , Delta , liban,2000, p. 450.

(3) نقلا عن أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، عمان، ص 104، نقلا عن عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، ص 258.

(4) PENNEAU (Jean) , Faute civile et faute pénale ... ,op, cit, p. 45.

« Une personne avisée placée dans les même circonstances externes que l'auteur de dommage».

وذهب سافيتيه Savatier إلى تعريف الخطأ بأنه " الإخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته و مراعاته<sup>(1)</sup> ".

نلاحظ أنه بالرغم من اختلاف كل هذه التعاريف، فإنها تصب جميعها في معنى واحد هو أن الخطأ هو الإخلال بالتزامات كان يجب على الفرد مراعاتها واحترامها. إذا قارننا هذه التعاريف مع نص المادة 125 من تقنين المدني الجزائري<sup>(2)</sup> التي تنص على أن " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه وعدم حيظته إلا إذا كان مميزاً"، نرى أنه لا يكفي في الخطأ أن يكون إخلالاً بواجب سابق فحسب، إنما يجب، إضافة إلى ذلك، أن يكون هذا الإخلال صادراً عن تمييز وإدراك.

لذلك يرى بعض الفقهاء أنه يجب إضافة شرط التمييز إلى تعريف بلانيول، لذا فإن الفقه والقضاء يكادان يجمعان اليوم على تعريف الخطأ بأنه إخلال بالتزام قانوني سابق مع إدراك المخل لإخلاله<sup>(3)</sup>، أو أنه انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عن إدراك و تمييز<sup>(4)</sup>، ويصدق ذلك في مجال المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

وهكذا نرى أن الخطأ يتكون من عنصرين: أحدهما موضوعي وهو الإخلال بواجب قانوني، وثانيهما شخصي هو توافر التمييز والإدراك لدى المخل بهذا الواجب. وعلى ضوء هذا التعريف للخطأ عامة سنحاول تعريف الخطأ الطبي.

(1) نقلا عن عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 258

(2) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، الصادرة في 1975/09/30، معدل ومتمم.

(3) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي....، مرجع سابق، ص 18، عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 258.

(4) د/ عادل علي المقدادي، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية، [http:// www.Abozreed2008.jeeran.com](http://www.Abozreed2008.jeeran.com)

ففي المجال الطبي لا تؤثر طبيعة المسؤولية عقدية غالبا وتقديرية استثناء<sup>(1)</sup>، على تصرف الطبيب الذي يجب أن يتصف سلوكه بالحدّاقة، حيث أن المريض يتجه إلى الطبيب بصفته مختصا، هذا الاختصاص الذي لا يملكه المريض، والمفروض أن يكون الطبيب ملما به وعليه ننتظر من الطبيب، وككل مهني، حدّاقة وفطنة<sup>(2)</sup>.

نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف الخطأ الطبي لا في قانون الصحة ولا في القوانين المتعلقة بذلك، واكتفى بتحديد الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب والجزاءات التي تترتب في حالة الإخلال بها. لذا سنحاول تعريفه على ضوء التعاريف الفقهية له.

فطبقا للتعريف السابق للخطأ يكون الخطأ الطبي في مسلك الطبيب تقصيرا لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>(3)</sup>.

وهناك من يعرف الخطأ الطبي أنه إجمام الطبيب عن القيام بالالتزامات المهنية، ذلك

(1) تعتبر المسؤولية المدنية الطبية ذات طبيعة عقدية كأصل عام، و ذلك منذ صدور قرار mercier بتاريخ 1936/05/20 عن محكمة النقض الفرنسية قضت فيه بأنه : " يتكون بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يرتب على الطبيب إن لم يكن الالتزام بشفاء المريض ، فعلى الأقل أن يسدي له سبل العناية ... و إن خرق هذا الالتزام العقدي تنشأ عنه مسؤولية تعاقدية " .

وكاستثناء تكون المسؤولية الطبية ذات طبيعة تقصيرية في حالات معينة هي: الحالة التي لا يربط فيها الطبيب بالمريض عقد طبي، وذلك في حالة الطبيب الذي يكون موظفا في مستشفى عام أو في حالة تدخله من تلقاء نفسه، أو في حالة تقديم خدمات مجانية. لمزيد من الشرح أنظر في هذا الشأن د/ منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 43 وما يليها، د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الخطأ، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 466 وما يليها، يزيد دلال، عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2005 ، ص 59 وما يليها، د / محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2005 ، ص 15 وما يليها.

(2) نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، ص 12.

(3) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب ...، مرجع سابق، ص 259. د / محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005 ، ص 78.



أن ممارسته الطب تقتضي من الطبيب دراية خاصة، وهو يعد ملزماً بالإحاطة بأصول فنه وقواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها، ومتى كان جاهلاً بها عد مخطئاً<sup>(1)</sup>.

تختلف وضعية الطبيب عن وضعية غيره من المهنيين، وهذا نظراً للطبيعة الخاصة لهذه المهنة، باعتبار أن الطبيب يتعامل مع جسم الإنسان، واحتمالات إحداث ضرر بالغير تكون كبيرة على أساس أنه لا يكون ملزماً بتحقيق نتيجة أي شفاء المريض، إنما يكون التزامه التزاماً ببذل عناية، فبخصوص الوضعية الاستثنائية للطبيب يمكن القول أنه لا يوجد أي شخص يمارس سلطة يمكن مقارنتها أو شبيهة بالتي يمارسها الطبيب، على أثنى شيء يملكه الإنسان وهو صحة جسمه<sup>(2)</sup>.

توجب الحتميات الاجتماعية عدم إلحاق الضرر بالغير، فيعتبر مخطئاً الشخص الذي لا يتصرف كأبي رجل عادي وجد في نفس الظروف الخارجية.

وإذا كان هذا هو مفهوم الخطأ، بصفة عامة، فإن الخطأ الطبي في رأينا هو الذي ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته المفروضة عليه التي ليس منشأها ذلك الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير فحسب، بل إن مصدرها، إضافة إلى ذلك، هو القواعد القانونية المهنية التي تحددها وتبين مداها، و كل إخلال بها يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمريض يعتبر خطأ طبيًا.

انتقد الأستاذ الدكتور محمد راييس تسمية الخطأ الطبي على أساس أنه ذلك الخطأ المرتبط بالأعمال الطبية فقط بصرف النظر عن طبيعة مرتكب الفعل سواء كان طبيباً أم شخصاً آخر، وأن تسمية خطأ الطبيب تكون أشمل وأسلم<sup>(3)</sup>.

(1) PENNEAU (Jean), La responsabilité du médecin, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2004, p.103.

(2) MALICIER (D), MARAS ( A), FEUGLET ( p), FAIVRE ( p), La responsabilité médicale, donnée actuelles, 2<sup>ème</sup> édition, ESKA, Paris, 1999, p. 103.

(3) د/ محمد راييس، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 169، مشار إليه في الهامش رقم 1.

وما يمكننا قوله هنا أنه لا يمكن إضفاء صفة الطيبة على أي خطأ إلا إذا ارتكب من طرف الطبيب، أما الخطأ الذي يرتكب من طرف شخص آخر غير الطبيب حتى ولو كان فعله داخلاً في المجال الطبي، كإجراء عملية جراحية من طرف شخص غير الطبيب المختص وغير مؤهل، يعد خطأ عادياً، ويتابع مرتكبه على أساس الضرب والجرح العمدي ولا يمكن اعتباره خطأ طبياً. لذا نرى أن تسمية الخطأ الطبي أو خطأ الطبيب هي نفسها، وكليهما مصطلحان صحيحان، وقصد إيضاح فكرة الخطأ الطبي أكثر، يجدر بنا تمييز الخطأ عن الغلط.

فالغلط وهم يتولد في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد خلاف الواقع والاتجاه العام في الفقه والقضاء المقارن يرى أن الطبيب يسأل عن كل تقصير لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>(1)</sup>.

فقد ذهب الفقه استناداً إلى بعض أحكام القضاء إلى القول بأنه إذا كانت مسؤولية الطبيب تتعد في حالة ثبوت خطأ من جانبه، فهي على عكس ذلك لا تتعد إذا كان مسلكه لا ينطوي إلا على مجرد الغلط. فهذا الأخير يتضمن مسلكاً يمكن أن يصدر عن الشخص العادي في مثل الظروف التي يوجد بها المشكو في حقه، ويتمثل في مجرد عدم الانتباه أو إهمال لا يمكن لأكثر الأطباء حرصاً تفاديه<sup>(2)</sup>.

ويرى الأستاذ سمير عبد السميع الأودن أن الخطأ سلوك لا يصدر عن شخص فطن حذر واع بالتزاماته في حين أن الغلط لا يعدو أن يكون مجرد لحظة سهو<sup>(3)</sup>، أما الفقه الغالب فيقول أن الغلط لا يثير أية مسؤولية للطبيب وهذا لأنه يتصور وقوعه في مرحلة التشخيص، على أساس أن الطب قد أحرز تطوراً كبيراً في هذا المجال، لذا فنسبة

(1) د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسة القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار الجامعية، الأردن، 2002، ص 178.

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 07.

(3) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 47، مشار إليه في الهامش.

حدوث خطأ فيه ضئيلة جداً، وعلى عكس ذلك فإن الغلط ممكن حدوثه<sup>(1)</sup>، وذهب J. Penneau إلى أن كل خطأ يعتبر غلطاً دون أي شك، فالغلط يظهر كصنف والخطأ نوع منه، ولا ينفرد عنه إلا بتوفر بعض الشروط<sup>(2)</sup>.

وبعد ما سبق يمكننا القول إن التمييز بين الخطأ الطبي والغلط بقدر ما هو ضروري بقدر ما هو دقيق وفي منتهى الصعوبة بالنسبة للقضاة، حيث يبقى الأمر في يد الخبير الطبي الذي بإمكانه تحديد ذلك.

وتلك الصعوبة هي التي تفسر رفض محكمة النقض الفرنسية، في بعض الأحيان، التمييز بينهما واعتبارها أن مسلك الطبيب، وإن كان لا يمثل خطأً، وإنما مجرد غلط فإن قيام السببية بين هذا الأخير وبين الضرر الذي أصاب المريض يكفي لتحقيق مسؤوليته<sup>(3)</sup>، ونحن نؤيد الاتجاه الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، على اعتبار أن القاضي يجد دائماً نفسه ملزماً بالموازنة بين مصلحة الطبيب المسؤول ومصلحة المريض المضرور، ونرى أن مصلحة المريض هي الأجدر بالحماية حتى وإن كانت الأضرار اللاحقة به ناتجة عن مجرد غلط.

(1) د/محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 7، سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 47، مشار إليه في الهامش،

FLOUZAT- AUBA,( Marie. Dominique), TAWIL (Sami-paul), Droits des malades et responsabilités des médecins mode d'emploi, Marabout, France , 2005, p.73.

(2) PENNEAU.( Jean), Faute civile et faute pénale..., op, cit, p. 78 -79 « ...l'erreur apparaît comme le genre dont la faute est l'espèce et ce n'est qu'à certaines conditions que l'espèce s'individualise à l'intérieur du genre ».

(3) تتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا القرار في قيام جراح بإجراء عملية جراحية لاستئصال ورم في أذن أحد المرضى، نتج عنها أن أصيب هذا المريض بشلل نصفي في الوجه نتيجة عمل الجراح في أحد أعصاب الوجه التي تشبه إلى حد المماثلة مع أعصاب الأذن، فذهبت المحكمة بناء على ذلك إلى أن مسلك الجراح في الاستعانة بالوسائل الفنية التي لجأ إليها لا يمكن أن يوصف بالخطأ إنما مجرد غلط، غير أن هذا لا يمنع من قيام المسؤولية، قرار أشار إليه د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية...، مرجع سابق، ص 179.

قد يكون الخطأ الطبي خطأ عادي أو خطأ مهني، حيث يقصد بالخطأ المهني إخلال ذوي المهن بالواجبات الخاصة التي تفرضها عليهم مهنتهم، كإهمال الجراح أصول مهنة الجراحة<sup>(1)</sup>، أما الخطأ العادي فهو ذلك الخطأ الذي لا يخضع لسلطان التقدير الفني والطبي والجدل العلمي، لأنه خطأ مادي يقع فيه الطبيب مخالفاً بذلك القواعد المقررة طبياً، فهو مسؤول عنه وهذا النوع من الخطأ يقع تحت المسؤولية العامة شأن الطبيب فيه شأن أي شخص آخر<sup>(2)</sup>.

وقد اتجه رأي فقهي إلى القول بعدم مسؤولية الطبيب عن خطئه المهني إلا إذا كان جسماً<sup>(3)</sup>، ولكن الصحيح الذي أصبح سائداً هو أنه لا فارق بين ذوي المهن وغيرهم في نوع أو درجة الخطأ، فهم يخضعون كغيرهم للقواعد العامة في المسؤولية، ومن ثم يكفي لقيام هذه المسؤولية في حقهم أن يتوافر أي خطأ مهما يكن يسيراً<sup>(4)</sup>.

وقد يكون الخطأ الطبي عمدياً أو خطأ بإهمال: فالخطأ العمدي هو الإخلال بواجب قانوني مقترن بقصد الإضرار بالغير وهو ما يسمى بالجريمة المدنية<sup>(5)</sup>، أما

(1) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 14.

(2) د/ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص 109. لمزيد من الشرح حول التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني للطبيب راجع د / أحمد محمود سعيد،

مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، د. د. ن، الإسكندرية، د. ت. ن، ص 372، د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، جامعة الكويت، 1986، ص 33 ومايلها.

(3) عبد السلام التتوجي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 271، د/ محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية...، مرجع سابق، ص 80.

(4) شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 14. د/ عاطف النقيب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987، ص 80.

(5) شريف الطباخ، مرجع نفسه، ص 15.

الخطأ بإهمال<sup>(1)</sup> وهو ما يعرف بشبه الجريمة المدنية فهو الإخلال بواجب قانوني مع العلم بذلك دون أن يقصد إحداث الضرر<sup>(2)</sup>.

وكأي خطأ فإن الخطأ الطبي قد يكون بإتيان الفعل المجرم قانوناً، وقد يكون بعدم مراعاة الحيطة أثناء إجراء الجراحة مما يؤدي إلى وفاة المريض<sup>(3)</sup>، وهذا ما يسمى بالخطأ الإيجابي، وقد يكون سلبياً<sup>(4)</sup> يتمثل في صورة امتناع طبيب عن إنقاذ مريض أو مصاب، حيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1995/12/26 أن عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر من شأنه أن يؤدي إلى قيام المسؤولية الطبية<sup>(5)</sup>.

ولقد استقر الفقه والقضاء على مسؤولية الطبيب عن خطئه مهما يكن نوعه، سواء كان خطأ فني أو مادي، جسيماً أو يسيراً<sup>(6)</sup>، إيجابياً أو سلبياً، ولا يتمتع القاضي بأي استثناء مادام الخطأ ثابت ثبوتاً كافياً.

(1) انظر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 75670، الصادر بتاريخ 1991/01/13، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1999، ص 127، أيضاً قرار المحكمة العليا رقم 118720، الصادر بتاريخ 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996، ص 179 .

(2) عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية الجنائية والمدنية للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 19.

(3) عبد الوهاب عرفة، مرجع نفسه، ص 21.

(4) انظر هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 71548، الصادر بتاريخ 1990/11/13، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص 210.

(5) القرار رقم 128892 الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1995/12/26، المجلة القضائية العدد الثاني، 1996، ص 182.

(6) المستشار عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1996، ص 1412 .

## الفرع الثاني معيار الخطأ الطبي

نحاول في هذا الفرع تحديد معيار الخطأ الطبي بقليل من التفصيل، على أساس أن ذلك سيوضح لنا كيفية تقدير القاضي لهذا الخطأ، وهذا دون شك ذو أهمية كبيرة في إثبات الخطأ الطبي، ذلك لأن تقديره من شأنه أن يؤدي إلى معرفة ما إذا كان تصرف الطبيب يعتبر خطأ ومن ثم تقوم مسؤوليته أو لا يعتبر خطأ فتنتفي عنه المسؤولية .

لا يمكن القطع بأن الطبيب قد ارتكب خطأ إلا إذا اعتمدنا معيارا ثابتا يعرض عليه فعل الطبيب ليتبين وجود الخطأ من عدمه، وأمر كهذا هو لا شك على درجة كبيرة من الأهمية، بل إنه يعد من المسائل الجوهرية في المسؤولية الطبية بوجه خاص<sup>(1)</sup>، وقد رأينا، فيما سبق، أن الخطأ الطبي هو انحراف الطبيب في سلوكه عن سلوك طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية للطبيب المسؤول<sup>(2)</sup>. فجوهر الخطأ الطبي هو إخلال الطبيب بواجب الحيطة والحذر الذين يفرضهما عليه المشرع.

وتختلف العناية المطلوبة تبعا لطبيعة العمل الذي يقوم به الطبيب، وما إذا كان عملا فنيا يتصل اتصالا مباشرا ووثيقا بمهنة الطب، أو كان عملا عاديا لا علاقة له مباشرة بهذه المهنة.

ولهذا فإنه يجب مراعاة الطبيعة الفنية لعمل الطبيب، عند وضع المعيار الذي يقاس به سلوكه، وبعبارة أخرى، فإن هذا المعيار الذي سيقدر به خطأ الطبيب يختلف باختلاف طبيعة العمل الذي حدث الإخلال بالالتزام في مجاله<sup>(3)</sup>. وبناء على ذلك سنتطرق بداية

(1) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي...، مرجع سابق، ص 34.

(2) منير رياض حنا، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 215، د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 44 .

(3) تجدر الإشارة إلى أن معيار الخطأ الطبي يثار في حالة التزام الطبيب ببذل عناية، ذلك أنه في الحالات =

لمعيار الخطأ العادي للطبيب، ثم نتناول معيار الخطأ الفني للطبيب.  
أولاً : معيار الخطأ العادي للطبيب:

في واقع الحال نجد أن هناك طريقتين لتقدير مسلك أي إنسان:

- فإما أن يقارن ما وقع منه بمسلكه العادي، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه اعتبر مقصراً وإلا فهو غير مخطئ، وهذا هو التقدير الواقعي أو الشخصي<sup>(1)</sup>.

- وإما أن يقارن سلوكه بسلوك شخص يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية مع الشخص المسؤول عن الضرر، وهذا هو المعيار الموضوعي، وهو المعيار الذي قدمه Mazeaud الذي كان له الفضل في وضع معيار عام لمعرفة ما كان يجب أن يلتزم به الفرد<sup>(2)</sup>. وسندرس هذين المعيارين بنوع من التفصيل.

## 1- المعيار الشخصي:

يعتبر من أهم المعايير التي تم اعتمادها لتقدير سلوك أي إنسان، إلا أنه لم يسلم من الانتقاد.

### أ - المقصود بالمعيار الشخصي:

يقصد بالمعيار الشخصي، أو المعيار الواقعي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، فإذا ظهر أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه وأن

---

= الاستثنائية التي يلتزم فيها بتحقيق نتيجة، فإن سلوكه ليس بحاجة للقياس مع سلوك شخص آخر لأن مسؤوليته تتحقق بمجرد عدم تحقق النتيجة، أما حالة الالتزام ببذل عناية، حيث لا يطلب من الطبيب لتنفيذه أكثر من بذل مقدار معين من العناية دون الوصول إلى نتيجة محددة، فإنه يلزم تحديد مقدار هذه العناية بقياسها مع سلوك شخص عادي ووسط، وكل تقصير عن ذلك يعتبر خطأ.

(1) منير رياض حنا، الخطأ الطبي.....، مرجع سابق، ص 215.

(2) PENNEAU. ( jean), Faute civile et faute pénale ..., op.cit., p. 47 «... Une Personne avisée, placée dans les même circonstances externes que l'auteur du dommage ».

ضميره يؤنبه على ما اقترفه من أعمال اعتبر مخطئاً، وإلا فهو غير مخطئ<sup>(1)</sup>.

فإذا أخذنا بالمعيار الشخصي يجب أن ننظر إلى الشخص مسبب الضرر وظروفه الخاصة<sup>(2)</sup>، وما إذا كان ما وقع منه يعد انحرافاً في سلوكه أم لا.

فمثلاً، طبيب تسبب بجعله في موت أحد مرضاه، دون أن يؤنبه ضميره إذ هو يعتقد في نفسه الكفاية لمباشرة المهنة، وأنه قام بكل ما يمكنه لإنقاذ المريض، ولكن لسوء الحظ كانت وسائله محدودة، فإذا نحن طبقنا المعيار الشخصي في الحكم على مسؤوليته، لوجب إعفاؤه من المسؤولية حتى ولو ثبت أن أي طبيب آخر كان بإمكانه إنقاذه<sup>(3)</sup>.

### ب - انتقاد المعيار الشخصي:

ويمكننا القول إن المعيار الشخصي وإن كان يأخذ بعين الاعتبار مدى قدرة الشخص على تقادي الضرر وذلك وفقاً لإمكانيته الشخصية، الثقافية أو المادية، إذ لا يطلب من الشخص أكثر من طاقته، فإن الانتقادات التي وجهت إلى هذا المعيار تبقى منطقية ولها وزنها سواء من طرف الفقه أو القضاء.

ومن أهم الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار ما يأتي:

إن الفرد قد يكون على درجة كبيرة من اليقظة، بحيث يعتبر أقل انحراف في سلوكه خطأ، وقد يكون دون المستوى العادي فلا يعتبر مخطئاً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً<sup>(4)</sup>.

كما عيب على هذا المعيار صعوبة تطبيقه، إذ هو يقتضي البحث في شخصية كل

(1) د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 156.

(2) نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون...، مرجع سابق، ص 15.

(3) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب...، مرجع سابق، ص 262.

(4) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص



شخص حتى يتمكن من معرفة ما إذا كان سلوكه يشكل خطأ أم لا بالمقارنة مع سلوكه العادي، وهذا بلا شك في منتهى الصعوبة على أساس أن الأمر خفي يستحيل كشفه، ثم هو بعد ذلك يختلف باختلاف الأشخاص، فما ذنب المضرور أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادي، أو دون هذا المستوى؟ هذا إضافة إلى أن التعويض جزاء مدني ينظر فيه إلى الخطأ، وليس جزاء جنائياً ينظر فيه إلى الشخص المعتدي<sup>(1)</sup>.

## 2- المعيار الموضوعي:

بعد الانتقادات التي وجهت للمعيار الشخصي، ظهر المعيار الموضوعي.

### أ\_ المقصود بالمعيار الموضوعي:

يعد الفقيه Mazeaud. أول من قال بالمعيار الموضوعي، وقوامه السلوك المألوف للشخص العادي<sup>(2)</sup>، الذي يمثل برأي الفقه الشخص الوسط بين الناس<sup>(3)</sup>، فلا هو شديد اليقظة فيرتفع عن مرتبة الشخص العادي، ولا هو محدود الفطنة فينزل دون مستوى الشخص العادي<sup>(4)</sup>. وهو شخص عرفه القانون الروماني وسماه برب الأسرة الطيب le bon père de la famille.

وتطبيقاً لهذا المعيار ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص المعتاد ونقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه الخطأ، فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص المعتاد، فهو لا يعتبر مخطئاً فتنتفي مسؤوليته، أما إذا كان قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد فإن الخطأ يثبت في جانبه.

(1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 332.

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 218.

(3) طلال عجاج، مرجع نفسه، ص 218.

(4) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 332.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشخص المجرد، الذي يؤخذ معياراً لقياس سلوك الطبيب، يجب أن يتجرد من كل الظروف الداخلية للصيقة بشخصيته دون الظروف الخارجية التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار<sup>(1)</sup>.

إن أغلبية الفقهاء يرون ضرورة أن يكون تقدير الخطأ الطبي متمشياً مع قاعدة التقدير المجرد لكن دون إطلاقه، لأن في ذلك ظلماً للطبيب لهذا رأوا مراعاة بعض الظروف المحيطة بمسلك الطبيب التي لها أثرها، وهي ما يعبر عنها الفقهاء بالظروف الخارجية، وهي مستقلة كل الاستقلال عن شخصية الطبيب<sup>(2)</sup>.

هذا، ويطبق المعيار الموضوعي سواء كان الخطأ الطبي عقدياً أو تقصيرياً على السواء.

### ب\_ انتقاد المعيار الموضوعي:

رغم أن أغلبية الفقهاء قد رأوا في المعيار الموضوعي المقياس الوحيد في تقدير الخطأ الطبي فإنه لم يسلم من بعض الانتقادات الموجهة إليه، حيث يرى البعض أنه معيار يقوم على فكرة مجردة، باعتبار أن نموذج المقارنة ليس سوى شخص نموذجي. ولذا تم الرد على ذلك بأن فكرة الرجل العادي وإن كانت فكرة مجردة إلا أنها تكتسب مضمونها من تصرفات الأشخاص العاديين في تصرفاتهم الخاصة<sup>(3)</sup>.

وقد انتقد الدكتور السنهوري المعيار الموضوعي قائلاً: " ولا يخفي ما ينطوي عليه الأخذ بالمعيار الموضوعي من تسليم جزئي بقيام المسؤولية على تحمل التبعة (risque)،

(1) نبيلة نسيب، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 15.

(2) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 264، منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي...، مرجع سابق، ص 215.

(3) مراد بن صغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة سيدي بلعباس، 2007، ص 44.

ذلك أن الشخص الذي هو دون المستوى العادي من الفطنة واليقظة إذا أخذ بهذا المعيار كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادي، فقد يكون استنفذ ما في وسعه من جهد، وبذل ما في طاقته من حرص ويقظة، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادي، فيعد نزوله عن هذا المستوى تعديا ويصبح مسؤولا، ومسؤوليته هذه إذا كانت تقوم على خطأ بالنسبة إلى المعيار الموضوعي، فهي لا تقوم على أي خطأ بالنسبة للمعيار الذاتي ومن هنا يجيء تحمل التبعة، فإن المطلوب من الناس جميعا، وهم مأخوذون بهذا المعيار الموضوعي، أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أواسطهم من ذلك فمن علا عن الوسط كان علوه غنما ومن نزل عنه كان نزوله غرما، هكذا يعيش الإنسان في المجتمع وهذا هو الثمن الذي يدفعه للعيش فيه<sup>(1)</sup>.

ويرى الأستاذ منير رياض حنا أنه لا يجوز قياس سلوك الطبيب، حتى بالنسبة للأعمال العادية على سلوك الأشخاص العاديين الآخرين، بل يجب في جميع الأحوال أن يقاس سلوك الطبيب، حتى في مجال العمل العادي، بسلوك شخص من نفس وسطه، وليس من جمهرة الناس، وأنه من الظلم البين للمصاب بسبب سلوك الطبيب أن نقيس سلوك هذا الأخير على سلوك شخص آخر عادي من جمهرة الناس، محدودي الثقافة الطبية، إذ الواقع أن الطبيب لديه من الثقافة الطبية ما يؤثر إيجابيا بطبيعة الأمر على أعماله كلها، ومنها الأعمال العادية من حيث إدراكه لأهمية النظافة مثلا واحترام المواعيد، ومراعاة النواحي النفسية ومشاعر المرضى والإسراع إلى مساعدة من يكون محتاجا إليه<sup>(2)</sup>.

غير أنه يمكننا القول هنا إنه مادام الخطأ الطبي العادي يقع تحت المسؤولية العامة شأن الطبيب فيه شأن أي شخص آخر، فلما لا يمكن مقارنة سلوكه بسلوك شخص عادي

(1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية ... ، مرجع سابق، ص 333، مشار إليه في الهامش رقم 01.

(2) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 286.

ويتحمل المسؤولية كأى شخص عادي؟

حتى نتمكن من تحديد المعيار الذي يقاس به سلوك الشخص مرتكب الفعل الضار، يجب أن توضع في الاعتبار الظروف الخارجية التي تحيط بالشخص المسؤول، ولذلك ذهب الأستاذان هنري وليون مازو ( Mazeaud ( H et L إلى وجوب التمييز بين الظروف الخارجية التي تحيط بالشخص المسؤول عند وقوع الفعل الضار والظروف الداخلية والاقتصار على الأولى دون الثانية، عند تعيين مسلك الرجل العادي<sup>(1)</sup>.

### 3- التفرقة بين الظروف الداخلية والظروف الخارجية:

عرف الفقيه هنري مازو (H) Mazeaud هذه الظروف فقال " إن الظروف الداخلية هي اللصيقة بشخص المسؤول والمتعلقة بخصائصه الطبيعية والأدبية وكل ما عداها هو من قبيل الظروف الخارجية"<sup>(2)</sup>.

فيعد ظرفا خارجيا مالا يتصل بالشخص المتسبب في الضرر ذاته من صفات، كما هو الشأن بالنسبة إلى الظروف المكانية والزمنية، التي وقع فيها الفعل الضار، بحيث يعتد مثلا بوقوعه في الليل<sup>(3)</sup>، أو في مكان نائي خارج عن التجمعات السكانية .

فلا يمكن أن نجرد الطبيب من الظروف الخارجية التي تحيط به، إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس<sup>(4)</sup>. فمثلا خطورة الحالة وما تستلزمه من إسعافات سريعة وما يتعلق بالزمان والمكان، كالبعد عن المستشفيات وعدم توافر أدوات العلاج في مكان العلاج، وعدم توفر معونة الزملاء والممرضات، إذا اقترن الخطأ بظروفها وجب مراعاة تقدير الخطأ على ضوءها، فهذه الظروف تبيح للطبيب أعمالا فيما لو صدرت عنه في غيرها لاعتبرت خطأ أكيدا يوجب المساءلة<sup>(5)</sup>.

(1) منير رياض حنا ، الخطأ الطبي ...، مرجع السابق، ص 217.

(2) نقلا عن عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص.ص 264 - 265.

(3) د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 160.

(4) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في ...، مرجع سابق، ص 333.

(5) عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية ....، مرجع سابق، ص 265 .

أما الظروف الداخلية فهي كل ما يتعلق بالشخص المسؤول، كالسن والجنس والحالة الاجتماعية. وهي ظروف لا تؤخذ بعين الاعتبار عند مقارنة سلوك مرتكب الخطأ بسلوك الرجل العادي.

لكن ظهر إشكال يتمثل في ظرف التخصص العلمي والمركز العلمي والخبرة في ممارسة المهنة التي تعتبر ظرفاً داخلياً دون أي شك.

ووفقاً لهذه النظرية التي تقضي بعدم الاعتداد بالظروف الداخلية، يمكن مقارنة طبيب حديث في المهنة بأستاذ قديم متخصص في النوع الذي نسب فيه الخطأ إلى الأول. فبغض النظر عن هذه الفروق بين الاثنين فإن هذه الظروف لا تؤخذ بعين الاعتبار على أساس أنها ظروف داخلية، حيث يكتفي القاضي بالأخذ بالظروف الخارجية وهذا يعتبر ظلماً في حق الأطباء<sup>(1)</sup>.

ويرى الفقه الحديث<sup>(2)</sup> أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار الصفات الشخصية وعلاوة على الظروف الخارجية. لكن ما هي هذه الاعتبارات الشخصية التي يجب أن تضاف إلى الظروف الخارجية؟

الحقيقة أنه لا يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار كل الظروف الشخصية وإلا عدنا إلى نظرية التقدير الشخصي، وإنما هناك عوامل شخصية ذات صلة وثيقة بمهنة الطبيب ومركزه في تلك المهنة، والتي يمكن أن يطلق عليها الاعتبارات التي ترجع إلى المستوى المهني للطبيب، فلو أضيف هذا العنصر إلى عناصر قاعدة التقدير المجرد، بحيث يراعي

(1) كما يعتبر ذلك إهداراً للرضى الذي تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، فهذه النظرية تجعل القاضي يغض النظر عن جميع الاعتبارات التي لاحظها المريض عند اختيار طبيبه من مؤهلات وصفات ذلك الطبيب، كالتخصص في بعض فروع المهنة أو الوجود على رأس مستشفى أو التدريس في كلية الطب، مع أن عقد العلاج الطبي هو من العقود التي تراعى فيها شخصية الطبيب وإهدار هذه الشخصية هو إهدار للعقد الطبي بذاته ولإرادة المتعاقدين، د/ عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 265.

(2) د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 165، والذي أطلق على هذا المعيار تسمية المعيار المختلط، طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 222.

عند المقارنة الظروف الخارجية والمستوى المهني للمسؤول فيقارن الطبيب الريفي بطبيب ريفي مثله، والمتخصص في المدينة بمتخصص في المدينة مثله، لأضحت تلك القاعدة في الحقيقة القاعدة الصالحة لمعيار الخطأ الطبي<sup>(1)</sup>.

ويقول الأستاذ عبد السلام التونجي أن هذه القاعدة من شأنها أن تترك المجال واسعا للقضاة لتعسف في تقدير الخطأ<sup>(2)</sup>، لكن يمكننا القول إن هذه القاعدة تجعل القاضي يلم بكل الظروف التي من شأنها أن تؤثر في مسلك الطبيب سواء كانت خارجية أو داخلية، ويتم تقدير الخطأ على ضوءها.

### ثانيا : معيار الخطأ الفني للطبيب :

يخضع تقدير الخطأ بالنسبة إلى العمل الفني للطبيب لمعيار الخطأ المهني. والمقياس الذي يقاس به سلوك المهني مرتكب الفعل الضار هو السلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة في عمله وكفايته ويقظته، يوجد في نفس الظروف التي أحاطت بالمهني فيما يقتضي بذل العناية الفنية التي تتطلبها الأصول المستقرة للمهنة<sup>(3)</sup>. فإذا كان سلوك الرجل العادي هو معيار قياس الخطأ العادي، فإنه يقتضي في الخطأ الفني بالنسبة لأصحاب المهن أن يكون سلوك شخص من أوسطهم هو المعيار لقيامه، ومثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول الفن العائدة لمهنته، والأصول

(1) عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 266، هناك من يرى كحل لهذه المسألة، أنه يتعين النظر إلى الظروف مرتكب الفعل الضار لا من ناحية هذا الأخير وكونها خارجة عنه أو داخلية، بل من ناحية المريض ومدى إحاطته بها وتوقعه تأثيرها في مسلك الطبيب، حيث ينظر في مدى واجبات الفاعل إلى مسلك الرجل العادي في مثل ظروفه التي تكون منظورة للمصاب، بحيث تجعله يتوقع من الفاعل مسلكا معينا، فإذا انحرف الفاعل على هذا المسلك يعد مخطئا وإخلالا بالثقة المشروعة للغير أما إذا لم ينحرف فلا يعد تصرفه خطأ، منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 283.

(2) عبد السلام التونجي، مرجع نفسه، ص 269.

(3) د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 46، طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 219.

المستقرة هي تلك التي لم تعد محلا للمناقشة بين رجال الفن، بل إن جمهورهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلا<sup>(1)</sup>.

والشخص الفني الوسط الذي يؤخذ معياراً للخطأ المهني يجب أن لا يتجرد من الظروف الخارجية، وفقا للقواعد المقررة في هذا الصدد.

فبالنسبة إلى الطبيب فإنه يتعين النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمي، هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة؟ أم هو طبيب مختص في مرض معين من الأمراض، أم هل هو طبيب يمارس مهامه في إحدى المناطق الريفية النائية، أم أنه طبيب يعمل في إحدى المستشفيات في المدن الكبرى المتوفرة على الإمكانيات الحديثة والهامة، فلكل مستواه المهني، ولكل معياره الفني<sup>(2)</sup>.

فوفقا لذلك يتم تقدير الخطأ الطبي الفني من طرف القاضي، بمراعاة المستوى المهني للطبيب المسؤول وما تحصل عليه من خبرة عملية، فيقارن سلوك طبيب عام بطبيب عام مثله، وطبيب أخصائي بطبيب أخصائي مثله<sup>(3)</sup>، فلا يجب أن يتحمل الطبيب الأخصائي نفس النتائج التي يتحملها الطبيب العام، إنما يجب أن يحدد خطأه في حدود اختصاصه<sup>(4)</sup>.

إن، يجب أن نقارن سلوك الطبيب بسلوك طبيب وسط من نفس مستواه وفي نفس ظروفه، والطبيب الوسط لا يجوز له أن يخرج في عمله عن الأصول التي استقرت عليها المهنة الطبية فحسب، بل يجب عليه فوق ذلك ألا يهمل في بذل العناية اللازمة للمريض، ويتعين عليه أن يأخذ جانب الحيطة والحذر في عمله<sup>(5)</sup>. وكل إهمال

(1) د/عاطف النقيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 77.

(2) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 288.

(3) كريم عيشوش، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 122.

(4) PENNEAU ( Jean), Faute civile et faute.... , op. cit., p. 65.

(5) د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 49.

أو تقصير في اتخاذ الحيطة والحذر، أو كل خروج عن الأصول المستقرة عن جهل أو تفریط يجعل الطبيب مسؤولاً عن خطئه .

## المطلب الثاني صور الخطأ الطبي

بعد أن تعرضنا في المطلب السابق لمفهوم الخطأ الطبي، نجد من الضروري توضيح بعض من أهم صور الخطأ الطبي.

لقد سبق وأن قلنا أن الخطأ الطبي قد يكون خطأً عاديًا لا علاقة له بمهنة الطب وقد يكون خطأً مهنيًا وهو كل مخالفة لأصول المهنة الطبية. وهذا الخطأ الأخير بدوره ينقسم إلى أخطاء متعلقة بالإنسانية الطبية وأخطاء فنية.

### الفرع الأول الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية

الممارسة الطبية ليست مجرد علم أو تقنية أو خبرة يباشرها القائم بهذه المهنة فقط، بل هي ممارسة تتميز بتضمنها جانباً هاماً من المتطلبات الإنسانية باعتبارها ترد على جسم الإنسان لما له من حرمة لا يجوز المساس بها إلا بهدف مشروع.

ففي مقابل الأخطاء التقنية التي تتجم عن إخلال الطبيب بالأصول المهنية والفنية التي ترتب مسؤوليته المدنية على أخطائه الشخصية، هناك أخطاء يرتكبها إخلالاً بواجبات تقع عليه تلتصق بعمله الطبي وتتبع من ضميره الإنساني<sup>(1)</sup>.

(1) د/ عاطف النقيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 176 .



فالأخطاء التي نحن بصدد دراستها تقوم على مخالفة الطبيب لواجباته التي تهدف إلى احترام هذا البعد الإنساني في مجال الممارسة الطبية<sup>(1)</sup>، إنها تلك الأخطاء التي لا تكون ذات طابع فني، أي لا تتعلق بالممارسة الطبية كتقنية أو فن، وإن كان لها صلة وثيقة بالعمل الطبي فإنها مستقلة بذاتها عن مفهوم العلاج وفكرته أو عن الممارسة التقنية لعلاج الطبيب لمريضه .

فالممارسة الأخلاقية لمهنة الطب عامل أساسي لعلاقة الطبيب بالمريض ومنبع ثقة هذا الأخير بالأول، لذلك تلجأ التشريعات الحديثة، ومنها التشريع الجزائري<sup>(2)</sup>، إلى تقنين كل ما يعد من المبادئ الراسخة والقواعد العامة والأخلاقية المرتجاة<sup>(3)</sup> .

ويعتبر واجب الطبيب بمراعاة الإنسانية الطبية التزاماً عقدياً يندرج في الإطار العقدي الذي يربطه بالمريض، إلا أن هذا الواجب يبقى ملزماً للطبيب حتى في الحالات التي لا يتصور فيها وجود عقد يربط بين الطرفين، كما في حالات تلقي المريض العلاج في إطار مستشفى عام<sup>(4)</sup> .

من صور الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية نتطرق لثلاث صور أساسية وهي: الإخلال بالالتزام بإعلام المريض، عدم الحصول على رضى المريض، وإفشاء السر المهني .

(1) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 140

(2) مرسوم تنفيذي رقم 276/92، مؤرخ في 5 محرم عام 1413، الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج.ر عدد 52، الصادرة في 8 جويلية 1992.

(3) PENNEAU.( Jean), La responsabilité du ... , op,cit, p.234.

(4) تنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 276/92 على أن " أخلاقيات الطب هي مجموع المبادئ والقواعد والأعراف التي يتعين على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أن يراعيها وأن يستلهمها في ممارسة مهنته ."

## أولاً : عدم إعلام المريض :

تعتبر مسؤولية الطبيب في القانون الجزائري مسؤولية عقدية تستند إلى وجود عقد من طبيعة خاصة بين الطبيب والمريض في مجال العيادات الخاصة<sup>(1)</sup>، وتعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض في إطار المستشفى العام علاقة لائحية على أساس أن الطبيب مكلف فيه بأداء خدمة عامة وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي من أنه لا وجود لعقد بين المريض والطبيب في إطار المرفق العام<sup>(2)</sup>، غير أن ذلك يستلزم في الحالتين صدور رضاء صحيح من المريض أو من ممثله القانوني إلا إذا لم تسمح حالته بذلك، أو كان غير متمتع بالأهلية، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في دراسة الصورة الثانية من الخطأ الطبي وهي عدم الحصول على رضا المريض.

فإذا كان يتعين على الطبيب الحصول على رضاء المريض قبل مباشرة أي عمل طبي، فإن ذلك يستلزم قيامه بإعلام المريض بحالته المرضية وبالعلاج الذي ينوي تطبيقه، وما يتضمنه من مخاطر، إذ بذلك يكون رضى المريض بالعمل الطبي رضاء مستتيراً، ويكون قبوله عن بيّنة بحقيقة حالته المرضية والعلاج المقترح لها. وبالتالي فإن التزام الطبيب بإعلام المريض هو واجب تحذير وليس واجب إقناع<sup>(3)</sup>.

إن الالتزام بإعلام المريض يفرضه واجب الطبيب مراعاة الإنسانية الطبية في مباشرة مهنته<sup>(4)</sup>، وفي هذا الصدد تنص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على التزام الطبيب بإعلام المريض بقولها: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن

(1) د/ محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين إجتهد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص 27.

(2) د/ محمد بودالي، المسؤولية الإدارية للطبيب عن الأعمال الإستشفائية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، 2005، ص 177.

(3) ALBERT.( Nathalie) , Obligation d'information médicale et responsabilité, R. F. D. A, N° 2 , mars- avril, Dalloz , Paris, 2003, p. 355.

(4) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 158.

يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"<sup>(1)</sup>.

يتضح مما سبق أنه ينشأ من الالتزام بالإعلام خطأ من طبيعة خاصة ضمن أنظمة المسؤولية الطبية والإستشفائية هو: الإخلال بالالتزام بالإعلام، وهو خطأ يتعلق بالعمل الطبي، يتمثل في تخلف الإعلام كلية أو عدم كفايته، وكذا الإعلام الخاطئ *erronée*<sup>(2)</sup>. وهو خطأ في حق الطب الإنساني *une faute contre l'humanisme médicale* وليس خطأ ذو طابع فني.

نرى أن الالتزام بالإعلام يجب أن يكون قانونياً، سواء من حيث الخصائص التي يشترطها القانون أو من حيث النطاق، أي المعلومات التي يجب على الطبيب الإدلاء بها للمريض، بحيث تعتبر كل مخالفة لذلك خطأ طبياً يستوجب مساءلة الطبيب عليه.

وعلى هذا الأساس سنحاول بيان خصائص الالتزام، كنقطة أولى ثم بيان نطاقه كنقطة ثانية.

## 1- خصائص الالتزام بالإعلام :

تنص المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب المذكورة سابقاً على أن تكون المعلومات التي يلتزم الطبيب بإفادة مريضه بها معلومات واضحة وصادقة بشأن العمل الطبي، وهي المادة التي تقابلها المادة 35 من قانون أخلاقيات الطبي الفرنسي، التي تقضي بأن إعلام المريض يجب أن يكون صادقاً واضحاً وملائماً<sup>(3)</sup> إزاء وضعيته.

(1) من النادر جداً أن يتمتع الطبيب كلية عن تنفيذ التزامه بإعلام المريض، إنما الغالب أن يقوم بهذا الالتزام ولكن الخطأ يكمن في عدم التزامه الأمانة في هذا الإعلام، فإما أن يقوم بإخفاء بعض البيانات على المريض، أو أن يعتمد تقديم بيانات كاذبة، ففي كلا الحالتين يكون الطبيب قد أخل بالتزامه بإعلام المريض.

(2) د/ محمد بودالي ، المسؤولية الطبية بين...، مرجع سابق، ص 183.

(3) Art 35 " **Tout médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire, et appropriée à son état, les investigations et les soins qu'il en propose** ", DREIFUSS-NETTER (Frédérique), Code de la sante publique, Litec, jurisclasser, paris, 2006.

إن الالتزام بالصدق والوضوح يبدو من الوهلة الأولى سهل التقيد بها، حيث يجب على الطبيب التعبير باستعمال مفردات سهلة بالنسبة إلى المريض الذي عادة ما يكون غريب عنها<sup>(1)</sup>. غير أن ذلك غالبا ما يثير عدة إشكالات من الناحية التطبيقية، فمثلا: ماهي المعلومات التي يمكن اعتبارها واضحة بالنسبة إلى المريض؟ وكيف يمكن ضمان أن المعلومات لم يتم السماع إليها فقط، إنما إضافة إلى ذلك قد تم فهمها من طرف المريض؟ لذا غالبا ما يجد الطبيب نفسه في وضع حرج لضمان قيامه بالالتزام بالإعلام على أكمل وجه.

## 2- نطاق الالتزام بالإعلام :

يقع على عاتق الطبيب المشرف على العمل الطبي واجب إعلام مريضه بكل المخاطر المتوقعة من العمل الطبي أو العلاج المراد الإقدام عليه، وضرورة إخباره بكافة العواقب التي يمكن أن تترتب عليه<sup>(2)</sup>، فقد ذهب الفقه<sup>(3)</sup> في هذا الصدد إلى قصر التزام الطبيب بإعلام مريضه بالمخاطر المتوقعة عادة وعدم التزامه بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية نادرة الحدوث، والتي لا يشكل السكوت عنها خطأ طبيا، بعكس النوع الأول الذي يشكل السكوت عنه خطأ طبيا.

لقد كان الطبيب يعفى تقليديا من التزامه بالإعلام فيما يتعلق بالمخاطر ذات الطابع الاستثنائي سواء أمام القاضي المدني أو القاضي الإداري<sup>(4)</sup>، باستثناء العمليات

(1) Nathalie .( ALBERT ) , Obligation d'information médicale ...op. cit., p. 354.

(2) احمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، الصادرة عن جامعة تيزي وزو، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، عدد1، الجزء الثاني، 2008، ص134 .

(3) د/ عاطف النقيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص178،

DIDIER ( chauveux), L'obligation du médecin d'informer le patient, R.F.D.A,N<sup>0</sup> 3, Dalloz, 2000, p.644 ,WELSCH.( Sylvie ) , Responsabilité du médecin, Jurice- classeur, Litec, Paris, 2003, p. 72.

(4) Nathalie .( ALBERT ) , Obligation d'information médicale ....op, cit, p. 355, aussi CHAIB. (Soraya) , La preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, R. C. D.S. P, Numéros spécial, 2008/1, p. 270.

التجميلية<sup>(1)</sup> التي يلتزم فيها الطبيب بإعلام المريض بالمخاطر الاستثنائية نادرة الحدوث. ويبرر الفقه ذلك بأن التزام الطبيب بإعلام مريضه بكل المخاطر، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، يؤدي إلى عرقلة مهنته، إضافة إلى أن مثل هذا الإعلام قد يشكل خطراً على مصلحة المريض، فقد يخلق في نفس المريض نوعاً من القلق والفرع تجاه العلاج، مما قد يدفعه إلى رفضه، أو قبوله لكن دون أمل في الشفاء. ينصب إذن، الإلتزام بالإعلام على المعلومات الضرورية، التي ستسمح للمريض باستيعاب ما يجب معرفته بشأن العمل الطبي، دون أن يكون مثقلاً بالمعلومة غير الضرورية<sup>(2)</sup>.

فما يحتاج إليه المريض هو إلتزام بالإعلام الذي ينحصر في المعلومة الضرورية الكاملة دون الخوض في متاهات قد لا يستوعبها، وقد تولد في نفسه الخوف والفرع عوض الطمأنينة التي يحتاج إليها، غير أنه يمكن القول أن الطبيب غير ملزم بضمان ذلك، فيكفي في رأينا أن يستوعب أي شخص عادي في نفس مستوى المريض، سواء من حيث الجنس أو السن أو المستوى الثقافي ما يعلمه به الطبيب حتى نقول إن هذا الأخير قد أدى ما عليه من واجب بإعلام المريض.

إذن، هذا الإلتزام بالإعلام يلزم الطبيب بالبحث عن المعلومات الموجهة للمريض، وهو أيضا التزم بتبليغ هذه المعلومات<sup>(3)</sup>.

### ثانيا : عدم الحصول على رضا المريض :

سبق أن قلنا أن إعلام المريض بنوعية المرض والعلاج المقترح ونتائجه وكذا مخاطره يسمح له باتخاذ قراره، سواء بقبول العلاج أو رفضه، ويكون قراره على بيئة

(1) CHAIB ( Soraya), La preuve de l'obligation d'information...,op, cit, p. 270 .

(2) ALBERT( Nathalie), Obligation d'information médicale...,op, cit, p. 356.

(3) FABRE –MAGNAN (Muriel), Avortement et responsabilité médicale, Revue trimestrielle de droit civil, N° 2 , avril – juin 2001. Dalloz, p. 295.

تامة، ويلتزم الطبيب باحترام إرادته في كلتا الحالتين، فلا يجوز له ممارسة أي عمل طبي إلا بعد الحصول على رضى المريض الذي يشترط أن يكون صريحا.

يرى القضاء ضرورة حصول الطبيب على رضى المريض قبل تنفيذ أي عمل طبي سواء في القطاع العام أو في القطاع الخاص<sup>(1)</sup>، ويمكن اعتبار أن هذا الالتزام استمد من مبدأ حرمة جسم الإنسان، فالأصل أن كل مساس بجسم الإنسان من دون هدف شرعي يعتبر محضورا، ما لم يصدر عن صاحبه موافقة مسبقة على التدخل الطبي<sup>(2)</sup>.

فلكل شخص الحق في تقرير مصيره فيما يخص صحته وسلامة جسده خاصة وأنه يسلم نفسه إلى شخص محترف يضع فيه كامل ثقته<sup>(3)</sup>.

يتمثل الخطأ الذي يقيم مسؤولية الطبيب في عدم احترام إرادة المريض، وكما سبق أن قلنا، أن احترام إرادة المريض تفترض القيام بإعلامه إعلاما كاملا وواضحا بهدف الحصول على رضائه بالعلاج، بحيث يبدو منطقيا أن نستنتج، بمفهوم المخالفة، أن الطبيب يعد مخطئا إذا قصر في واجبه بإعلام المريض بعدم الحصول على رضائه المسبق<sup>(4)</sup>.

يتحقق هذا الخطأ الطبي إذن في حالة قيام الطبيب بأي عمل طبي على المريض دون الحصول على الإذن المسبق منه. ففي العمليات الجراحية، مثلا، لا يصح أن تجرى أية عملية جراحية للمريض دون رضائه كأصل عام، فصيانة جسم الإنسان يقتضي عدم

(1) محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2005، ص 26.

(2) HANNOUZ.( M. M), HAKEM.( A.R), Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O. P. U, Alger, 1993 , p. 39.

انظر أيضا نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في ...، مرجع سابق، ص 73.

(3) Ibid , p. 40.

(4) د/ جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 2000، ص 432.

إجراء الجراح أية عملية دون الحصول على رضى المريض<sup>(1)</sup>، ويجب أن تصدر موافقته بعد معرفته بحقيقة العملية والنتائج المترتبة عليها، إذ لا يجوز إجراء العملية دون رضاء المريض وتزداد أهمية ذلك في الأحوال التي قد يتعرض فيها المريض للخطورة عند إجراء العملية<sup>(2)</sup>، وكل خروج عن ذلك يعتبر خرقاً للمادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه: " يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومنتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقة". وكذلك 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها<sup>(3)</sup> التي تنص على أنه: " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك"، أما بالنسبة إلى القانون الفرنسي، فقد نصت المادة 4/1111 من القانون رقم 303-2002 الصادر بتاريخ 4 مارس 2000 على ضرورة الحصول على رضى المريض، لكن المشرع الفرنسي لم ينص على وجوب الحصول على رضى المريض فحسب، إنما أكثر من ذلك جعل المشرع الفرنسي القرار ذاتياً بالنسبة إلى المريض<sup>(4)</sup>، فلا يجوز لغيره أن يتخذ القرار محله ما عدا في حالات استثنائية. فمثلاً في حالة الضرورة التي لا تسمح فيها ظروف المريض بالتعبير عن إرادته، كما إذا كان المريض في غيبوبة نتيجة حادث أو كان المريض قاصراً، ففي هذه الحالة يمكن أخذ موافقة ممثلة القانوني أو الأشخاص الذين يعينهم المريض لتعبير عن إرادته وهذا وفقاً لنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية

(1) SOUFRON (jacques), La responsabilité du chirurgien viscéral et la pratique de la coelioscopie, Grafo. C. E, Bordeaux-centre, 2005, p. 88.

(2) د/جابر محبوب علي، دور الإرادة في العمل...، مرجع سابق، ص 432.

(3) قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج. ر، عدد 8، الصادرة في 17 فبراير 1985، معدل ومتمم.

(4) Article 1111/4, de la n° 2002-303, Relative au droit des malades et à la qualité du système de santé, 4 mars 2002 « **Toute personne prend ... les décisions concernant sa santé** ».

في قرارها الصادر بتاريخ 2007/12/06<sup>(1)</sup>.

ويرى الدكتور عادل علي المقدادي<sup>(2)</sup> أنه يمكن إعفاء الطبيب من الحصول على رضى المريض أو أقاربه ولا يعتبر تصرفه خطأً يوجب مسؤوليته في حالة الضرورة والاستعجال، ولكن يشترط في مثل هذه الأمور أن تكون حالة المريض لا تحتتمل التأخير وأن يكون فاقد الوعي وغير قادر على التعبير عن إرادته، وتطبيقاً لذلك قضى بعدم مسؤولية الطبيب الجراح الذي قام باستئصال ثدي امرأة بأكمله أثناء إجراء عملية لإزالة كيس دهني من ثديها، حيث وجد من الضروري إزالة الثدي لاكتشاف إصابته بالسرطان<sup>(3)</sup>.

إذن، كأصل عام يكون الطبيب ملزماً بالحصول على رضى المريض قبل أي عمل طبي أو رضى أقاربه في حال تعذر ذلك، لكن هناك استثناءات على هذا الأصل، حيث هناك بعض الأعمال الطبية التي لا يؤخذ فيها رضى المريض بعين الاعتبار، ولا تقام مسؤولية الطبيب رغم ذلك، وهي إجراءات الوقاية الصحية والتطعيمات الجبرية، فالقيام بهذا العمل لا يتطلب من الآباء الحصول على رضى الخاضعين له ولا حتى رفضهم<sup>(4)</sup>.  
ففي الحالات التي تقتضيها المصلحة العامة، كالأمراض المعدية، التي تهدد المجتمع والصحة العمومية بانتشار الوباء، يجوز للطبيب أن يجبر المريض على العلاج أو تعاطي وسيلة من وسائل الوقاية ما دام في ذلك مصلحة مشروعة للمجتمع<sup>(5)</sup>.

(1) Cass, civ, 1<sup>ère</sup>, 6/12/2007 « ...le médecin n'est tenu d'informer les proches du malade et de recueillir leur consentement que lorsque ce - lui ci est dans l'impossibilité de donner son accord », Gazette du palais, Recueil, Janvier – février, 2008, p. 485.

(2) د/ عادل علي المقدادي، الخطأ الطبي في العمليات ...، مرجع سابق، ص 4.

(3) د/ عادل علي المقدادي، مرجع نفسه، ص 4

(4) د/ زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 296.

(5) د/ زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 70.



خلاصة القول إذن، إن الطبيب ملزم بالحصول على رضى المريض قبل مباشرة أي عمل طبي أو جراحي وفقا لنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، والمادة 154 من تقنين حماية الصحة وترقيتها، ما عدا في حالة الضرورة أو الاستعجال التي يمكن فيها الحصول على موافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وهذا كمبدأ عام، غير أن هناك حالات استثنائية يمكن فيها مباشرة العمل الطبي دون الحصول على رضى المريض نفسه أو رضى أقاربه وهي حالات التي تقتضيها المصلحة العامة كالتطعيمات الإجبارية والأمراض المعدية.

### ثالثا : إفشاء السر الطبي:

لقد كان الالتزام بالسر الطبي، قديما، يعد من أهم واجبات الطبيب<sup>(1)</sup>، وهو يزال إلى وقتنا الحاضر من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب. وفي مقابل ذلك، فالسر الطبي هو حق للمريض، الذي يعد سيد هذا السر<sup>(2)</sup>، باعتبار أن الالتزام بالحفاظ عليه لم يوجد إلا لهدف واحد هو حماية المريض من جهة، والحفاظ على الثقة الضرورية لممارسة مهنة الطب.

يعتبر السر الطبي من الواجبات الأخلاقية التي يشكل كل إخلال بها خطأ متعلقا بالإنسانية الطبية، حيث لا توجد مهنة أكثر من مهنة الطب تبيح للمهني فيها الاطلاع على أسرار الناس وأعراضهم، على أساس أن الطبيب أكثر الناس قربا للمريض الذي يبيح بأسرار للطبيب قد لا يبيح بها إلى أقرب الناس إليه<sup>(3)</sup>.

إن الالتزام بالمحافظة على السر الطبي يشمل كل ما يحصل عليه الطبيب من

(1) د/ حفيظ نقادي، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، الجزائر، 2005، ص 73.

(2) HEREAU.( j), POITOUT.( d), L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 2<sup>ème</sup> édition, Masson, Paris , 2006, p. 26.

(3) نبيلة نسيب، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 86.

معلومات تخص مريضه، سواء أفضى بها المريض إليه باختياره، أو كان الطبيب قد استخلصها بنفسه<sup>(1)</sup>. وهو التزام مفروض على كل طبيب يربطه بالمريض عقد علاج بوصفه طبيباً معالجاً. وقد نصت المادة 36 من م. أ. ط على أنه " يشترط في كل طبيب أو جراح أسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض والمجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك"

يمكن إذن أن يعرف الإفشاء بالسر بأنه كشف السر وإطلاع الغير عليه، مع تحديد الشخص صاحب المصلحة في كتمانها، ويعني ذلك أن جوهر الإفشاء هو الإفشاء بمعلومات كافية ومحددة للغير<sup>(2)</sup>.

ويتم الإفشاء بالسر المهني بأية وسيلة، سواء كتابيا أو شفويا، أو سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كالنشر في الصحف والمجلات، أو إعطاء شهادات طبية للغير.

ويشترط أن يأتي إفشاء السر بصورة إرادية يتعمد فيها الطبيب الإضرار بالمريض، وأن يكون إفشائه إلى غير الأشخاص الذين يحق لهم قانونيا الإطلاع عليه<sup>(3)</sup>.

وقد أشارت المادة 1/206 من القانون رقم 90-17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصحة وترقيتها<sup>(4)</sup>، إلى وجوب التزام الطبيب بالحفاظ على السر الطبي إذ نصت على أن: " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيداللة"، أما في القانون الفرنسي فنصت المادة 1110/4 من القانون رقم 303-2002 المتعلق بحقوق المرضى على

(1) د/ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء ...، مرجع سابق، ص 180.

(2) د/ رمضان جمال كامل، مرجع نفسه، ص 181.

(3) د/عاطف النقيب، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 186.

(4) قانون رقم 90-17 مؤرخ في 9 محرم 1411 الموافق 31 يوليو 1990 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05، المؤرخ في 6 فبراير 1985 المؤرخ في 16 فبراير 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 35، الصادرة بتاريخ 24 محرم عام 1411 الموافق 15 أوت 1990.

وجوب احترام أسرار المرضى طرف الأطباء أو المؤسسات الصحية<sup>(1)</sup>. كما أشار إعلان لسبون Lisbonne حول حقوق المرضى إلى وجوب التزام الأطباء بالحفاظ على السر الطبي وذلك تحت عنوان الحق في المحافظة على السر المهني، حيث نصت على أن كل المعلومات المعروفة حول الحالة الصحية للمريض، وظروف العمل الطبي، التشخيص، التخمينات والعلاج المقدم للمريض وكل المعلومات الأخرى التي تخص المريض بعينه، يجب أن تبقى سرية حتى بعد وفاة المريض<sup>(2)</sup>.

ويبقى أن نتساءل: هل إن الالتزام بالسر المهني هو التزام مطلق أم التزام محدود لا يشمل كل الحالات؟

إجابة على ذلك نقول إن المشرع الجزائري أباح للأطباء وجراحي الأسنان و الصيدالة إفشاء السر وذلك في حالات معينة حيث نصت المادة 2/206 من القانون رقم 17/90: " ما عدا الترخيص القانوني، يكون الالتزام بكتمان السر المهني عاما ومطلقا في حالة انعدام رخصة المريض...".

أجاز المشرع الجزائري إفشاء السر في حالات معينة منصوص عليها في القانون وهي :

#### 1- حالة أداء الشهادة أمام القضاء:

فوفقا لنص المادة 4/ 206 فإنه لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي

(1) Article 1110 /4 de la loi n° 2002/303 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé ,4 mars 2002, « **Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et de secret des information la concernant** »

(2) Toute information identifiable concernant l'état de santé , les circonstances médicales , le diagnostic, le pronostic, le traitement de patient et toute autre information le concernant en propre doit rester confidentielle même après sa mort », déclaration de Lisbonne sur les droits des patients, 1<sup>er</sup> septembre 1995, cité par PITCHOU (Benjamin) et DEPADT- SEBAG (Valérie), Médecine et droits de l'homme , (Textes fondamentaux depuis 1948) , France, 2008, p. 258.

المدعو للإدلاء بالشهادة أمام القاضي، خارج الجلسة أو في جلسة سرية، أن يكتفم السر المهني عنه فيما يخص موضوعا محددًا يرتبط بمهمته.

## 2- أداء خبرة طبية :

بإمكان الطبيب أن يتحلل من هذا الالتزام، إذا كلف من قبل المحكمة بالقيام بالكشف الطبي على شخص بصفته خبيراً، فهو طليق من وجبه لأنه ملزم بإيراد كل الوقائع وتضمينها في التقرير الذي سيرفعه سواء تلك التي اطلع عليها، أو التي استنتجها، أو تلك التي اعترف بها المريض نفسه (1).

## 3- حالة الإبلاغ عن جريمة:

حيث ألزم المشرع كل طبيب بالإدلاء لدى السلطات المختصة عن كل ما يصل إلى علمه من وقائع أو معلومات متعلقة بجرائم وقعت، وذلك أثناء ممارسة نشاطه الطبي، بل أكثر من ذلك، فقد ذهب المشرع إلى حد معاقبة الأطباء في حالة عدم الإدلاء بتلك المعلومات باعتباره سكوتا عن جريمة، فالمادة 301 / 2 من تقنين العقوبات مثلا تلزم الأطباء بالتبليغ عن جريمة الإجهاض التي تصل إلى علمهم (2).

## 4- حالة الإبلاغ عن مرض معد:

توجب المادة 54 القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على كل الأطباء أن يخبروا المصالح أو السلطات الصحية بكل مرض معد ولو كان المريض هو

(1) د/ عاطف النقيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 187، انظر نص المادة 4/206 من القانون رقم 17/90.

(2) أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 جوان 1966، يتضمن تقنين العقوبات، ج.ر عدد 49، مؤرخة في 11 جوان 1966، حيث تنص المادة 2/301 ت ع ج على أن "...ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبيينين أعلاه رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمهم بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذ هم أبلغوا بها فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقيد بالسر المهني "

الذي أفضى وأقر لهم بذلك، أو إذا تم تشخيص هذا المرض من طرفهم ومعاينة وجوده، وفي حالة عدم تبليغهم بذلك للجهات المختصة والمعنية ولو بحجة الحفاظ على السر المهني فإنهم يتعرضون للعقوبات<sup>(1)</sup>، هناك حالة أخرى أضافها القضاء الفرنسي وهي:

### 3- حالة موافقة المريض على إفشاء السر الطبي الذي يخص حالته الصحية:

إذ يعتبر السر الطبي ملكية المريض، وله وحده الحق في إفشائه، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 11/02/1972<sup>(2)</sup>، وتبنى المشرع الجزائري هذه الحالة بموجب قانون رقم 90-17 السالف الذكر<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### الأخطاء الطبية الفنية

هي حسب الطبيعة تلك الأخطاء التي تعود إلى عقد العلاج، سواء كان ذلك إما في مرحلة التشخيص أو أثناء العلاج أو أثناء مرحلة المراقبة<sup>(4)</sup>.

### أولاً: الخطأ في التشخيص:

يعرف التشخيص بأنه عبارة عن التعرف على طبيعة المرض وصفاته وأسبابه<sup>(5)</sup>،

(1) د/ محمد رايس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية الصادرة عن جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، 2008، ص 33.

(2) L'arrêt du conseil d'état du 11/02/1972 précise que : « Les secrets que les médecin ne peuvent révéler sont ceux qu'en raison de leur état, de leur profession ou des fonctions qu'ils exercent, on leur confie , c'est du malade seul que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à un médecin et que celui-ci a pu déduire de son examen » cité par HERREAU( j ), POITOUT (D), l'expertise médical ... op. cit, p. 26.

(3) انظر نص المادة 2/206 من قانون 17/90 السالف الذكر.

(4)MALICIER ( D). MARAS ( A), FEUGLET ( p), FAIVRE ( p), La responsabilité médicale... ,op.cit., p.104.

(5) د/ حسن علي الذنون، المبسوط في...، مرجع سابق، ص 489.

أو بأنه تقدير الطبيب حول الحالة الراهنة للمريض<sup>(1)</sup>.

يقتضي علاج المريض قيام الطبيب بإجراءات وفحوص طبية قبل اتخاذ أي قرار بتشخيص حالته المرضية، ويترتب على إهمال الطبيب في القيام بهذه الإجراءات والفحوص خطأ بحد ذاته، لذلك أوجب المشرع الجزائري على الطبيب، عند مباشرته مهنة الطب لأول مرة، وضع تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء مهامه بنجاح<sup>(2)</sup>.

ويعد اتخاذ قرار من الطبيب بتشخيص حالة مرضية من أصعب مراحل العمل الطبي وأدقها، إذ يتحتم عليه التعرف على ماهية المرض، ومدى خطورته، وتاريخ تطوره، ودراسة السوابق المرضية والوراثية للمريض<sup>(3)</sup>. ويجب على الطبيب التأنى قبل إصدار قرار التشخيص، وإلا عُدّ متسرعاً، ونسبة حدوث خطأ في هذه المرحلة كبيرة، مادامت ممارسة المهنة الطبية تتميز بالصعوبة بالنظر إلى تعقد جسم الإنسان<sup>(4)</sup>.

وقد خول المشرع الجزائري للطبيب الحق في إجراء جميع أعمال التشخيص والوقاية والعلاج اللازمة للمريض على أن لا يتجاوز اختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية<sup>(5)</sup>. ولقد حذر المشرع الطبيب من اللجوء إلى أساليب من شأنها الإساءة إلى مهنته، كالكشف طرق جديدة في التشخيص أو العلاج ليست مثبتة علمياً<sup>(6)</sup>.

(1) WELSCH.( Sylvie) , Responsabilité du médecin ....op, cit , p.172.

(2) انظر نص المادة 14 من م. أ. ط.

(3) فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ، 2002-2003، ص 38.

(4) Ibid, p. 172.

(5) تنص المادة 16 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري على أنه : " يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجاً أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصه أو إمكانياته، إلا في الحالات الاستثنائية ."

(6) أنظر نص المادة 30 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري التي تنص على أنه : " يجب أن ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو للعلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة و يجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية " .

يستفاد مما سبق أن الخطأ في التشخيص لا تقوم على أساسه مسؤولية الطبيب إذا بذل في واجبه قدر اجتهاده، فالطبيب يسأل كلما ارتكب في تشخيص المرض خطأ يدل على جهل واضح بالفن الطبي. ويجب التشديد بصفة خاصة مع الأطباء الأخصائيين الذين لا يصح أن يغتفر لهم ما يمكن أن يغتفر لسواهم من الأطباء العموميين<sup>(1)</sup>.

ويبقى التزام الطبيب في إطار التشخيص التزاما ببذل عناية، فإذا ما بدا عدم استعمال الوسائل الفنية والعقلية المستعملة عادة من طرف مهني كفؤ وحذر، فإن مسؤوليته تكون قائمة<sup>(2)</sup>.

والحقيقة أنه منذ أكثر من نصف قرن كان الخطأ في التشخيص يعتبر مجرد غلط، على اعتبار أن الأمر شبه مألوف يقع فيه معظم الأطباء، فلم يكن يسأل الأطباء على مجرد الخطأ أو الغلط في التشخيص، لكن مع التطورات التي عرفها الطب في السنوات الأخيرة وظهور تقنيات جديدة تسمح بالتعرف على طبيعة المرض وتشخيصه بدقة، أصبح القضاء الفرنسي لا يعتبر الخطأ في التشخيص مجرد غلط، وأخذ يلقي بالمسؤولية على الطبيب الذي لم يوفق في تشخيص المرض، إذا كان هذا الغلط نتيجة خطأ أو تقصير في اتخاذ بعض الفحوص الأولية أو التحليلات المخبرية، أو إذا لم يتم اعتماد وسائل الكشف عن المرض الواجب اعتمادها، أو إذا كان التشخيص سهلاً ومعروفاً لدى الغالبية<sup>(3)</sup>.

فالغلط في التشخيص لا يعاقب عليه إلا في حالة ما إذا نتج عن إهمال<sup>(4)</sup>. وبالتالي لا يعتبر خطأ إلا في حالة عدم احترام الالتزامات الناشئة عن العقد الطبي الذي يربط الطبيب بالمريض<sup>(5)</sup>، وذلك إذا ما قصر في اتخاذ بعض الإجراءات والتحاليل أو إذا لم

(1) أحمد حسن الحباري، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 121.

(2) WELSCHE.( Sylvie), Responsabilité du médecin ..., op,cit, p. 172.

(3) BERNARD.( marc), Médecine légale et toxicologie, Ellipse, marketing, paris, 1994, p. 95.

(4) DAURY-FAUVEAU (Morgane), La responsabilité pénale du médecin, Grafo. C. E, Bourdeaux-centre, 2003, p 21.

(5) MALICIER.( D) , MIRAS.( A), FEUGLET.(p), FAIVRE.( p), La responsabilité médicale..., op. cit., p. 110.

يستعمل الوسائل التي كان يجب استعمالها، أو إذا كان التشخيص عادياً ومألوفاً<sup>(1)</sup>، فمثل هذا الغلط يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا تم عن جهل جسيم بأولويات الطب أو عن إهمال في الفحص، كأن يتم بطريقة سطحية وسريعة وغير كاملة<sup>(2)</sup>.

ومن المقرر الآن أن كل خطأ في التشخيص مهما يكن يسيراً يرتب مسؤولية الطبيب مادام أنه لا يمكن أن يصدر من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف التي وجد فيها الطبيب المسؤول.

### ثانياً: الخطأ في العلاج:

بعد مرحلة التشخيص تأتي مرحلة تحديد العلاج المناسب لحالة المريض. والعلاج هو تلك المرحلة التي تهدف إلى دراسة الطرق والوسائل الممكنة والمتاحة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء ما أمكن ذلك<sup>(3)</sup>.

وقد استقر الفقه والقضاء على حرية الطبيب في اختيار ما يراه مناسباً لوصف العلاج للمريض، بحيث تكون للطبيب كامل الحرية في اتباع طريقة معينة للعلاج<sup>(4)</sup>، وإن اختلف فيها مع غيره من الأطباء، فهو حر في اختيار الوسيلة الفنية لعلاج مريضه<sup>(5)</sup>، فلا يلتزم بإتباع آراء الغالبية من أساتذة الطب، فله أن يطبق عملاً شخصياً خاصاً به، بشرط أن يكون هذا العلاج مبنياً على أسس علمية صحيحة إذ يجب أن يترك للطبيب جانباً من

(1) BERNARD. (marc), Médecine légale et toxicologie, ...op,cit, p. 75.

(2) شريف الطباخ، جرائم الخطأ...، مرجع سابق، ص 39.

(3) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 264، فريد عيسوس، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 43.

(4) عزالدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي جراحة، في القانون الجزائري والقانون المقارن، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص 100. نبيلة نسيب الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 100.

(5) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 122، فريد عيسوس، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 43.



الحرية بحسب مهارته الشخصية وتجاربه<sup>(1)</sup>، حيث ألزم المشرع الجزائري الطبيب في المادة 31 من مدونة أخلاقية مهنة الطب بعدم اقتراح علاج أو طريقة وهمية غير مؤكدة بما فيه الكفاية، كعلاج شافي ولا خطر فيه على صحة المريض<sup>(2)</sup>.

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الاتجاه بأن الطبيب يسأل عن خطئه في العلاج عندما يكون الخطأ الذي وقع منه ظاهرا لا يحتمل أي نقاش، وأما إذا كان الأمر يتعلق بمسألة علمية يختلف حولها الأطباء، ورأى الطبيب نظرية دون أخرى فلا لوم عليه<sup>(3)</sup>.

يتعين على الطبيب أن لا يعرض مريضه لخطر لا تدعو إليه حالته، أو لا يتناسب مع الفائدة التي يمكن أن تنتج عنه<sup>(4)</sup>، ولا تنتفي عنه المسؤولية إذا طلب منه المريض أن يعطيه علاجاً معيناً، كما يتوجب عليه أن يوازن بين أخطار العلاج وأخطار المرض<sup>(5)</sup>، فإذا كانت سلامة المريض غير مهددة بالمرض، لا يجب تعريضه لعلاج قد يكون خطراً عليه، وكل طبيب يسأل عن خطئه في العلاج إذا كان ناتجاً عن إهمال وجهل واضح بالمعارف الأولية والقواعد الأساسية في مهنة الطب، ويكون ذلك في حالة ما إذا لم يتبع الطبيب القواعد المتعارف عليها في العلاج، أو في حالة القيام بأقل أو أكثر مما يقتضيه العلاج المناسب<sup>(6)</sup>.

(1) د/ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 221.

(2) انظر المادة 31 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري التي تنص على أنه " لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجاً أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة بما فيه الكفاية كعلاج شاف أو لا خطر فيه، و تمنع عليه كل ممارسات الشعوذة ".

(3) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 265.

(4) د/عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة...، مرجع سابق، ص 221، نبيلة نسيب، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 101.

(5) نبيلة نسيب، مرجع نفسه، ص 101.

(6) د/عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيدلة...، مرجع سابق، ص 222.

ولا يسأل الطبيب عن شفاء المريض، لكنه في مقابل ذلك يكون مسؤولاً عما يبذله من عناية كافية في علاجه، حيث يتعين عليه اختيار الدواء المناسب، واختيار الوصفة التي يراها ملائمة للحالة<sup>(1)</sup>، ويكمن الخطأ في هذه الحالة في صورة ما إذا قام الطبيب باختيار الدواء دون مراعاة ما إذا كان جسم المريض يحتمله أم لا، أي عدم إصابته بحساسية تجاه الدواء المقدم، وبالخصوص إذا كان الطبيب أخصائياً<sup>(2)</sup>.

أوجب المشرع الجزائري على الطبيب تحرير الوصفة الطبية بكل وضوح والحرص على تمكين المريض، أو من يقوم على رعايته، من فهمها بكل وضوح، وأن يجتهد الطبيب للحصول على أفضل تنفيذ للعلاج.

كما يعتبر المشرع الجزائري الرائد الأول بنصه على إلزام الطبيب بتدوين اسم ولقب وعنوان الطبيب ورقم الهاتف وتاريخ الاستشارة الطبية، وأسماء الأطباء المشاركين<sup>(3)</sup>، وهذا ما من شأنه أن يساهم في تنفيذ أحسن لعملية العلاج.

خلاصة القول، أن الطبيب يكون مسؤولاً إذا باشر العلاج بطريقة تتم عن إهمال ورعونة ولا مبالاة، بحيث يكون سلوكه غير مطابق للمعطيات المتفق والمتعارف عليها بين أهل المهنة الطبية والمعروفة لدى غالبيتهم.

### ثالثاً : الخطأ في الرقابة:

تعتبر الرقابة في العمل الطبي من أهم مراحل التدخل الطبي لما يترتب عليها من

(1) تنص المادة 11 من م.أ.ط على ما يلي : " يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يرياتها أكثر ملائمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية ."

(2) دلال يزيد، عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشاد، الجزائر، 2005، ص 65.

(3) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 121، وانظر نص المادة 47 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

تحقيق سليم للوصول إلى شفاء المريض، وخاصة بعد الإجراء الجراحي، إذ يتوقف حسن وسلامة رقابة المريض على نجاح أو فشل العمل الطبي السابق برمته<sup>(1)</sup>.

وقد خص المشرع الجزائري الرقابة ببند في مدونة أخلاقيات مهنة الطب، وذلك تحت عنوان ممارسة الطب أو جراحة الأسنان بمقتضى الرقابة، وحدد جملة التزامات الطبيب وجراح الأسنان أثناء القيام بهذه المهمة، حيث يقع عليه واجب إعلام الشخص الخاضع لرقابته بأنه يقوم بفحصه بصفته طبيبا مراقبا وفقا لنص المادة 90 من المدونة، وعليه مراعاة الموضوعية في استنتاجاته، والالتزام بالحفاظ على السر المهني، و أن يقوم بتقدير العلاج المقدم للمريض، ويمتنع عن تقديم علاج غير الذي قدمه الطبيب المعالج، وفي حالة ما إذا اختلف معه بشأن تشخيص المرض يجب عليه إخطاره على انفراد، ولا يجوز أن يكون الطبيب المراقب هو نفسه الطبيب المعالج<sup>(2)</sup>.

ويلتزم الطبيب في كل الأحوال، بالرقابة سواء بعد إعطاء العلاج المناسب أو بعد العمليات الجراحية، لذا سنحاول التطرق لكلا الحالتين.

### 1- الرقابة الطبية بعد العلاج:

لا يتوقف العمل الطبي عند مجرد علاج المريض وتقديم الوصفة الطبية الملائمة، إنما تقتضي الممارسة الطبية ضرورة مراقبة ما ستسفر عنه تلك الوصفة ومدى نجاعتها، وذلك بالتحقق من النتائج المتوصل إليها، خاصة إذا كانت الأدوية المقدمة أكثر خطورة وخارجة عن المؤلف مما يقتضي مراقبة واعية ومستمرة من طرف الطبيب المعالج .

ذهب القضاء الفرنسي في هذا الصدد إلى إدانة طبيب لعدم تأكده بنفسه من متابعة العلاج ومراقبة تنفيذ ما أصدره من تعليمات للمريض، وبالتالي يعد مسؤولا عن جميع

(1) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص ص 123، 124.

(2) انظر في هذا الشأن من المواد 90 إلى 94 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري.

الأضرار الناتجة عن مخالفة المريض لهذه التعليمات بعد أن قام بحقنه، فكان ينبغي على الطبيب طبقاً لجسامة الحالة مراقبة أخذ الحقنة، وأخذ موافقة خطية من المريض إذا رفض تنفيذ العلاج<sup>(1)</sup>. و كل مخالفة للالتزامات الواقعة على عاتق الطبيب المعالج أثناء ذلك يشكل خطأ يترتب عليه قيام مسؤوليته.

## 2- الرقابة الطبية بعد العمليات الجراحية:

لا يقف التزام الطبيب عند مجرد إجراء العملية الجراحية، بل يمتد إلى العناية بالمريض عقب ذلك حتى يتفادى ما يمكن أن يترتب على العملية من نتائج ومضاعفات من جهة، ويستطيع الخروج من الغيبوبة ويستعيد نفسه من جديد من جهة أخرى. لكن لا يصل ذلك بطبيعة الحال إلى حد ضمان شفاء المريض ونجاح العملية بل الاستمرار في الرعاية وبذل العناية<sup>(2)</sup>.

فضرورة احترام المعطيات المستقرة في علم الطب والممارسة الطبية تقتضي مراقبة المريض بعد إخضاعه للعملية<sup>(3)</sup>.

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 1999/05/27 أن طبيب أمراض النساء مرتبط بضمان المراقبة بعد العملية الجراحية التي خضعت لها المريضة خاصة للتحقق من تطور النزيف الذي تطلب إخضاعها لهذه العملية<sup>(4)</sup>. وبالتالي فإن مرحلة الإشراف والرقابة، بعد العمل الجراحي، تستمر لغاية استعادة

(1) قرار محكمة Toulouse الصادر بتاريخ 1970/06/21، أشار إليه أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 125.

(2) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 106، عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 115.

(3) WELSCH.( Sylvie), Responsabilités du médecin...op, cit, p.190.

انظر أيضاً قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/06/30، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 132-136.

(4) Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 mai 1999, Ibid, p. 191.

المريض كامل وعيه وكامل وظائف جسمه، وكل تهاون أو إهمال من قبل الطبيب بشأن التزامه بالرقابة يشكل خطأ يتحمل عليه المسؤولية.

## المبحث الثاني

### عبء إثبات الخطأ الطبي

إذا كانت القواعد العامة تقتضي حصول المريض المتضرر على التعويض عما أصابه من ضرر من جراء مباشرة العمل الطبي، فإنه، ورغم حدوث الضرر للمريض أو لأقاربه، يمكن ألا تثور المسؤولية الطبية، إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال في جانب القائم بالعمل العلاجي. لذا فإن الحصول على التعويض لا يزال قانوناً مرتبطاً بضرورة وجود خطأ طبي ومن ثم إثبات هذا الخطأ، إذ بالرغم من التطورات والتحويلات التي شهدتها الطب في الخمسين سنة الماضية يبقى الأصل أن المسؤولية الطبية لا تزال تقوم على أساس الخطأ ووفقاً لمبدأ البيئة على من ادعى، لذا يكون على المتضرر إذا أراد الحصول على التعويض عبء إثبات ما يدعيه<sup>(1)</sup>.

والإثبات هو إقامة الدليل بوسيلة من الوسائل القانونية على صحة الوقائع التي تسند الحق، أو الأثر القانوني المدعى به<sup>(2)</sup>، وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها<sup>(3)</sup>.

يمثل تحديد من يكلف بهذا العبء من الناحية العملية أهمية بالغة. فالحكم في الدعوى يتوقف عملياً على مدى استطاعة من يتحمل عبء الإثبات تقديم الدليل على ما

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 112.

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 23.

(3) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 591.

يدعي، وعجزه عن ذلك يعني خسارته لدعواه، إذ يترتب على ذلك أن يصدر القاضي حكمه ضده ولصالح خصمه رغم أن هذا الأخير قد وقف موقفا سلبيا مكتفيا بمنازعة الطرف الآخر في ادعائه دون أن يكلف بإثبات صدق ما يدعيه<sup>(1)</sup>.

### المطلب الأول

#### تحديد المكلف بعبء الإثبات

تتفق التشريعات على تكليف الخصم الذي يدعي أمرا معيناً بإقامة الدليل على ما يدعيه، وإلا اعتبر ادعائه غير مؤسس عملاً بقاعدة "البينة على من ادعى". ولقد عبرت عن هذه القاعدة المادة 323 من ت.م.ج، والتي تنص على أنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه"، وهي المادة التي تقابلها المادة الأولى من تقنين الإثبات المصري وكذا المادة 1315 من التقنين المدني الفرنسي<sup>(2)</sup>.

نلاحظ أن هذه المادة تتضمن مفارقة واضحة بين المدعى والمدعي عليه، حيث تجعل المدعى في مركز أضعف من المدعى عليه، ذلك أن هذا الأخير يتخذ موقفا سلبيا في انتظار ما ستسفر عنه محاولات المدعي في النهوض بعبء الإثبات، فإن تمكن من ذلك ينتقل حينها عبء الإثبات إلى المدعى عليه لتفنيده ادعاءاته.

ونلاحظ في هذا الصدد أنه بالرغم من أن المادة 323 ت.م.ج، وكذا المادة 1315 من ت.م.ف تقتصران في تحديدها لمن يتحمل عبء الإثبات على الالتزامات، فالإجماع منعقد على أنهما تتضمنان قاعدة عامة لا تقتصر عليهما، وإنما ينصرف حكمهما إلى كافة

(1) د/ عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، 1996، ص 42.

(2) Art 1315 code civil français " **Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation** ", HENRY.( x), VENANDET.( g), WIEDERKEHE.( g), JACOB.( f), tisserand-martin. (A), Code civil français, 104<sup>eme</sup> édition, Dalloz, Paris, 2005.

أنواع العلاقات القانونية وليس المالية منها فحسب، وإذا حاولنا تطبيق هذه القاعدة على حالة المسؤولية الطبية تصل بنا إلى نتيجة مفادها أن المريض المتضرر بفعل الخطأ الطبي هو المدعي، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات ذلك الخطأ من جانب الطبيب، سواء كان ذلك الخطأ من قبيل الأخطاء المتصلة بالفن الطبي أو تلك المتعلقة بالإنسانية الطبية<sup>(1)</sup>، أي أن إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتق الضحية أو على عاتق ذوي الحقوق<sup>(2)</sup>.

ويتجه القضاء الإداري والمدني، بصفة عامة، إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المضرور، فعليه إثبات أن الطبيب المعالج هو الذي تسبب له في الضرر. وهذا الموقف المبدئي هو ما يمكن في الواقع ملاحظته، سواء في أحكام جهة القضاء العادي أو في أحكام جهة القضاء الإداري الصادرة في دعاوى المستشفيات العامة، رغم أن واجب إقامة الدليل يعتبر مهمة شاقة وصعبة لمن يقع على عاتقه، وهذا ما يجعل المكلف بعبء الإثبات في مركز أسوأ من مركز خصمه.

لقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير في قضية mercier<sup>(3)</sup>

(1) أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية...، مرجع سابق، ص88.

(2) DAPOGNY (Bernard), Les droits des victimes de la médecine, puits fleuri, France, 2009, P 196.

(3) Cass , civ, 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1936 affirme que " Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant l'obligation pour le praticien l'engagement si nom, bien évidemment de guérir le malade, et que la violation même, involontaire, sanctionne par une responsabilité de même nature également contractuel...", <http://www.Droit.univ-paris5.fr>.

تتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا القرار في أن السيدة ميرسي كانت تشكو من حساسية في الأنف، إثر ذلك قامت بمراجعة أحد الأطباء المختصين بالأشعة، حيث قام بعلاجها بأشعة إكس x rays، وكان ذلك سنة 1925، حيث أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة ميرسي، إثر ذلك قام زوجها برفع دعوى نيابة عنها عام 1929، أي بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات على انتهاء العلاج مطالباً الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته.

اضطرت محكمة النقض الفرنسية إلى تكييف المسؤولية الطبية، أي هل هي مسؤولية تقصيرية بالتالي تتقادم دعوى التعويض فيها في مدة ثلاث سنوات، أم أنها ذات طبيعة عقدية بالتالي تخضع لمدة التقادم المدني والمقدرة بثلاثين =

الصادر في 20 مارس 1936 مبدأ هاماً، مفاده اعتبار أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية، وبالتالي يكون التزام الطبيب تجاه المريض التزاماً عقدياً، وبهذا يوصف خطؤه بأنه عقدي يتجسد في عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه الناشئ عن العقد<sup>(1)</sup>، حيث قررت أن مسؤولية الطبيب ذات طبيعة عقدية كأصل " يتكون بين الطبيب وزبونه عقد صحيح، والإخلال بالالتزام العقدي الناشئ عنه، حتى ولو كان إخلالاً غير إرادي، يترتب عليه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة أي عقدية"<sup>(2)</sup>.

هذا ما يدفعنا إلى طرح السؤال الآتي: هل معنى هذا أن اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية يترتب عليها تحمل المدين لعبء الإثبات وفقاً للقواعد العامة المعمول بها في المسؤولية العقدية، بحيث لم يعد على المريض سوى إثبات الالتزام ووقوع الضرر له، فتقوم حينئذ قرينة على خطأ الطبيب، وبذلك ينقلب عبء الإثبات ويتحول من المريض إلى الطبيب؟

في الحقيقة أن الجواب على هذا السؤال قد أتى به القرار نفسه، بحيث أكدت محكمة النقض الفرنسية أنه على الرغم من اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية إلا أن طبيعة الالتزام الملقى على عاتق الطبيب والذي يعتبر التزاماً ببذل العناية الصادقة واليقظة المتفقة مع الأصول والمعطيات العلمية، تجعل الطبيب في منأى عن ذلك، حيث يكون على المريض أن يثبت أن الطبيب قد قصر وأهمل في تنفيذ التزامه.

نستنتج مما سبق إذن، أن طبيعة المسؤولية العقدية، كانت أو تقصيرية، لا تؤثر في تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، بقدر ما تؤثر على ذلك طبيعة التزام الطبيب،

---

= سنة كما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية، وكان من نتائج ذلك قبول دعوى التعويض في قضية ميرسي بعد مرور ثلاث سنوات على حدوث الخطأ الطبي معتبرة أن المسؤولية الطبية من طبيعة عقدية أي تخضع لنظام التقادم المدني . نقلاً عن منير رياض حنا، المسؤولية المدنية الأطباء ...، مرجع سابق، ص 82.  
(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 115.

(2) PENNEAU.( Jean), La responsabilité du médecin ...,op, cit,p. 7.



فخصوصية الخطأ الطبي جعلته يخرج عن نطاق تطبيق القواعد العامة في هذا الخصوص التي يتحدد المكلف بعبء الإثبات فيها حسب طبيعة المسؤولية عقدية أم تقصيرية، أما الخطأ الطبي فيتم تحديد المكلف بعبء الإثبات وفقا لطبيعة الالتزام إذا كان يبذل عناية أم بتحقيق نتيجة.

### الفرع الأول

#### عبء الإثبات وفق طبيعة الالتزام

سبق أن قلنا أن طبيعة التزام الطبيب تؤثر في تحديد المكلف بعبء الإثبات لذا سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى طبيعة التزام الطبيب كنقطة أولى ثم تحديد المكلف بعبء الإثبات في الالتزام ببذل عناية ثم في الالتزام بتحقيق نتيجة.

أيد القضاء الفرنسي عام 1927 ما اتفق عليه فقهاء القانون ومنهم الفقيه الفرنسي ديموج Démogue على تقسيم الالتزامات القانونية بوجه عام إلى نوعين من الالتزام: الأول التزام محدد، وهو ما اصطلح على تسميته بالالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية<sup>(1)</sup>، ومضمون هذا الالتزام ليس نشاطا أو جهدا أو إمكانيات، إنما هو النتيجة نفسها المترتبة على هذه النشاطات أو المجهودات أو الإمكانيات<sup>(2)</sup>.

والثاني التزام عام يأخذ بعين الاعتبار مراعاة جانب الحيطة والحذر، وهو ما اصطلح على تسميته بالالتزام ببذل عناية أو وسيلة، وفي هذا الالتزام لا يعد المدين بشيء غير وضع كل الإمكانيات تحت تصرف الدائن من أجل تنفيذ العقد<sup>(3)</sup>.

(1) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 111.

(2) LE TOURNEAU ( Philippe), Responsabilité civile professionnelle, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris,2005, p. 26.

(3) Ibid. p. 25.

إن الأصل أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة، وذلك لأن طبيعة العمل الطبي والجراحي ذات طبيعة احتمالية، فالطبيب غير ملزم بشفاء المريض وضمن سلامته من مخاطر العمل الطبي، أخذا بعين الاعتبار مراعاة الطبيب والجراح ممارسة العمل الطبي ببذل العناية المعتادة منه، شأنه في ذلك شأن طبيب مثله<sup>(1)</sup>، بل إن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في سلوكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول<sup>(2)</sup>.

ومع ذلك يتضح للمتبع لأحكام القضاء الفرنسي، في خصوص مسؤولية الطبيب، أنه لا مانع عند هذا القضاء من أن يكون التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة بالنسبة للعمليات الجراحية التي لا تستلزمها ضرورة علاجية عند المريض، كعمليات التجميل مثلا، وكذلك العمليات العادية التي نظرا إلى أنها تقع على محل محدد تحديدا دقيقا، لا تحتمل أية صعوبة بالنسبة للطبيب العادي، ولا تتضمن عنصر الاحتمال اللصيق بغيرها من الأعمال الطبية، ومن أمثلة هذه العمليات نقل الدم وتحليله<sup>(3)</sup>.

### أولا: عبء إثبات الالتزام ببذل عناية:

الأصل العام أن التزام الطبيب نحو مريضه هو التزام ببذل عناية، وهو الأمر الذي يرتب على عاتق المريض الذي يدعي حصول الضرر بسبب خطأ أن يثبت هذا الخطأ المتمثل في إثبات انحراف في سلوك الطبيب عن سلوك طبيب وسط من نفس مستواه

(1) أحمد حسن الحباري، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 112، إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي...، مرجع سابق، ص 18، د/ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء...، مرجع سابق، ص 77.  
 (2) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، مشار إليه في الهامش، ص 859.  
 (3) د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 68، فريد عيسوس، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 156.

المهني<sup>(1)</sup>، حيث يكون على المريض أن يثبت من جانب الطبيب إهمالا معيناً، أو انحرافاً عن أصول المهنة، فإذا أثبت ذلك كان إثباتاً لخطأ الطبيب<sup>(2)</sup>. فلا يستحق المريض التعويض إلا إذا أثبت ذلك ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذ التزامه وتقاعسه في بذل العناية يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتقطع بذلك العلاقة السببية وتنتفي عنه المسؤولية<sup>(3)</sup>.

ويمكننا القول إن الانحراف يتمثل في إثبات إهمال الطبيب، أو عدم انتباهه أو عدم اتباعه الأصول الفنية والعلمية للفن الطبي، ففي مثل هذه الالتزامات لا يكفي، في الواقع، إثبات عدم تحقق النتيجة المرجوة، إنما يكون على الدائن، فوق ذلك، إثبات أن عدم تحقق النتيجة راجع إلى عدم قيام المدين " الطبيب " ببذل العناية اللازمة.

بعد أن أقرت محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 مارس 1936 أن مسؤولية الطبيب ذا طبيعة عقدية، تهيأ للبعض أن هذا الحكم لا يلزم المريض بأي شيء في مجال إثبات مسؤولية الطبيب سوى أن يقوم بإثبات حدوث الضرر، وأن اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية يعني وجود قرينة على خطأ الطبيب<sup>(4)</sup>، فذهب رأي إلى أنه يترتب على هذا التحول سهولة إثبات خطأ الطبيب لأنه حيث يوجد عقد بين المريض و الطبيب، فإن ذلك تقتضي إعفاء المريض من إثبات خطأ الطبيب<sup>(5)</sup>.

لقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه يمكن اعتبار ذلك صحيحاً إذا كنا بموجب التزام محدد، ولكن التزام الطبيب هو التزام غير محدد، وهو التزام ببذل عناية حتى ولو وجد

(1) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 230.

(2) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 561.

(3) السبب الأجنبي هو كل أمر خارج عن إرادة الطبيب فلا يد له فيه، وهذا الأمر لم يكن بالإمكان توقعه ولا دفعه أو تداركه ببذل جهد معقول، فهو محتم الوقوع وذلك مثل القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه، ويشترط في القوة القاهرة لكي تنتفي بهما المسؤولية، عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه.

(4) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 231.

(5) طلال عجاج، مرجع نفسه، ص 231-232.

عقد يربط المريض بالطبيب.

وقد انتقدت محكمة النقض الفرنسية القول بوجود قرينة الخطأ على عاتق الطبيب، وأعلنت أن الطبيب غير ملزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات العلمية، ويكون المريض بذلك مكلفا بعبء إثبات خطأ الطبيب وإهماله في تنفيذ التزامه<sup>(1)</sup>.

ونتح عن ذلك استبعاد الفقه الفرنسي لنص المادة 1148 من التقنين المدني الفرنسي في مجال إثبات الخطأ الطبي التي تقرر أن المدين بالتزام عقدي يسأل عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه<sup>(2)</sup>. ومؤدى ذلك وجود قرينة الخطأ على عاتق المدين بالتزام عقدي إذا لم يتم تنفيذه، بحيث لا يكون على الدائن بهذا الالتزام عبء إثبات هذا الخطأ، إنما يكتفي بإثبات الالتزام ووقوع الضرر به.

وحدد الفقه مجال تطبيق هذه المادة وقصره على حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، أما في حالة الالتزام العقدي ببذل عناية فإنه يكون على الدائن عبء إثبات خطأ المدين<sup>(3)</sup>، ومعنى ذلك أنه لا يكفي المريض لإثبات خطأ الطبيب، الذي لم يلتزم إلا بالالتزام ببذل عناية، أن يقيم الدليل على وجود هذا الالتزام وإصابته بالضرر أثناء تنفيذه، بل يجب عليه، فضلا عن ذلك، أن يثبت أن عدم التنفيذ يعد خطأ في حق الطبيب، وعلى هذا الأساس فخطأ الطبيب لا يجوز افتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر ولكنه واجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس، أي بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ التزامه ما ينبغي من عناية<sup>(4)</sup>، أو بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ

(1) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 47

(2) Art 1148 du code civil français : " Il n' ya lieu a aucun dommage et intérêt lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce a quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit " .

(3) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 48.

(4) د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 65.

المضرور<sup>(1)</sup>.

وبناء على ما سبق يمكننا القول إن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء يرى أن عبء إثبات الخطأ الطبي يقع على كاهل المريض، بغض النظر من وجود عقد بينه وبين الطبيب أو عدم وجوده، أي سواء كنا بصدد المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فالمهم أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، فيكون على المريض أن يقدم الدليل على إهمال الطبيب أو تقصيره في علاجه. وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات المكتسبة في العلم، وإذا ادعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ الالتزام، فعليه أن يقوم بإثبات ذلك<sup>(2)</sup>.

### ثانيا : عبء إثبات الالتزام بتحقيق نتيجة:

قلنا سابقا أن هناك بعض الأعمال الطبية التي اكتسبت معطيات علمية تقنية ولا مجال لفكرة الاحتمال فيها<sup>(3)</sup>، حيث تكون النتائج فيها مؤكدة، ففي هذه الأعمال أصبح التزام الطبيب فيها التزاما بتحقيق نتيجة.

وطبقا للقواعد العامة، فإنه في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة يتعين على المريض أن يثبت وجود التزام ترتب على عاتق المدين (الطبيب)، ثم عدم تحقق النتيجة محل التعاقد، ومجرد عدم تحققها يعني إخلالاً بالالتزام أو عدم تنفيذه، أي أن المسؤولية هنا أصبحت مبنية على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، بحيث لا يمكن للطبيب

(1) قرار المحكمة العليا رقم 53010، الصادر بتاريخ 1988/05/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص 11، حيث جاء فيه أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يدل له فيه كقوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر".

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1939/06/28.

(3) من الأعمال الطبية التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة، عمليات نقل الدم، عمليات التجميل، الالتزام بسلامة المريض، وعمل الأطراف الصناعية، وطقم الأسنان .

التخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت وجود السبب الأجنبي أو خطأ المريض نفسه<sup>(1)</sup>، وذلك رغم أن القضاء الفرنسي قد ذهب مؤخراً في أحد قراراته<sup>(2)</sup> إلى أن خطأ المريض يعد السبب الوحيد الذي يمكن أن يعفى الطبيب من المسؤولية، غير أنه، طبقاً للقواعد العامة لا نرى أي مانع في إعفاء الطبيب من المسؤولية بسبب وجود قوة قاهرة أو بسبب خطأ الغير أو خطأ المريض نفسه.

فإذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة قامت مسؤولية الطبيب، ويظهر ذلك على نحو واضح في عمليات التجميل، فالمريض في هذه العمليات لا يشكو مرضاً معيناً، وإنما يقصد الطبيب لإزالة تشوهه في منظره، فإذا أدت مداخلة الطبيب إلى زيادة التشوه أو إلى ظهور تشوه من نوع جديد فهذا يعني أن النتيجة لم تتحقق<sup>(3)</sup>، وهنا لا يكون بوسع الطبيب الإفلات من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، أو خطأ الغير اللذين لا يسأل عنهم الطبيب أو خطأ المضرور (أي المريض نفسه).

نستنتج إذن أن مسؤولية الطبيب في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة قائمة على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، ذلك أن الطبيب، حتى يفلت من المسؤولية لا يمكنه إثبات أنه لم يرتكب خطأ، فمجرد عدم تحقق النتيجة يعتبر خطأ، ولا يكون أمامه سوى نفي مسؤوليته عن طريق نفي العلاقة السببية بين فعله والضرر الذي لحق المريض، وذلك بإثبات السبب الأجنبي. وتتوفر لدى القاضي في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة قرينة بسيطة غير قابلة لإثبات العكس، هي أن الطبيب قد ارتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته، فعدم تحقق النتيجة اللازمة يجعل من المفترض وجود خطأ في جانب الطبيب،

(1) طلال عجاج، المسؤولية المدنية....، مرجع سابق، ص 236.

(2) Cass, civ, 1<sup>ère</sup>, 17 janvier 2008 " ...Seul une faute du patient peut exonérer totalement ou partiellement le praticien de sa responsabilité.." Gazette du palais, Recueil mai- juin, 2008, p. 1975

(3) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي....، مرجع سابق، ص 214.

وأن عليه إن شاء الإفلات من المسؤولية أن ينفي تسببه في هذا الخطأ<sup>(1)</sup>. ولا بد من التتويه إلى أنه عند ما يكون التزام الطبيب التزاماً بتحقيق نتيجة، فإن المحكمة لا تستخدم سلطاتها التقديرية، لأن الخطأ ذاته يتمثل في عدم تحقيق النتيجة كما هو الحال في عمليات نقل الدم، فإذا أعطى الطبيب أحد المرضى دماً من فصيلة أخرى غير فصيلته، فإنه يعتبر قد ارتكب فعلاً ضاراً لأنه كان عليه نقل دم من نفس فصيلة دم المريض وليس من غيرها<sup>(2)</sup>.

تجدر الإشارة هنا إلى أن الطبيب في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة لا يمكنه دفع مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي بقطع العلاقة السببية بين نشاطه والضرر الذي لحق المريض، ولا يمكنه دفع المسؤولية بإثبات أن فعله لا يشكل خطأ، لأن مسؤوليته في هذه الحالة قائمة على أساس خطأ غير قابل لإثبات العكس، في حين يمكنه دفع مسؤوليته في حالة الالتزام ببذل عناية عن طريق إثبات أن فعله لا يشكل خطأ قياساً إلى عناية طبيب معتاد محاط بالظروف التي أحاطت به، كما يمكنه، إضافة إلى ذلك، دفع مسؤوليته عن طريق إثبات السبب الأجنبي.

(1) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي ...، مرجع سابق، ص 214.

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 237.

## الفرع الثاني

## الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات

استقر الفقه والقضاء على تحمل المريض لعبء إثبات الخطأ الطبي في غالبية الأحيان، إلا أن الصعوبات التي يمكن أن يواجهها أثناء القيام بذلك لم ينكرها أحد<sup>(1)</sup>، فإذا كان عبء الإثبات يشكل ثقلاً على من يتحمله فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة إذا تعلق بالخطأ الطبي، وذلك نظراً لخصوصية العلاقة بين المريض والطبيب من ناحية، ولظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى<sup>(2)</sup>.

وتصادف المريض أثناء محاولته النهوض بعبء الإثبات عدّة صعوبات، منها ما يتعلق بظروف الممارسة الطبية، ومنها ما يتعلق بالخطأ الطبي نفسه، إضافة إلى أن المريض سيتحمل تبعه الإثبات، وهذا ما يشكل دون شك مشقة زائدة عليه، لذا سنحاول تسليط الضوء على هذه الصعوبات التي يصادفها المريض أثناء إثبات الخطأ الطبي.

## أولاً : في مجال الممارسة الطبية:

نميز في هذا الشأن بين عدّة صعوبات قد تصادف المريض، منها ما يتعلق بطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي بذاتها علاقة تفتقد إلى التوازن، أين يعاني فيها طرف من علة مرضية، وآخر يضع فيه الأول ثقته وآماله في مساعدته على تخليصه من تلك الآلام، مثل هذه العلاقة والمبنية على الثقة، تحول في الواقع دون استعداد المريض مسبقاً لأخذ احتياطاته للحصول على دليل يمكنه من الإستعانة به عند الحاجة لإثبات خطأ الطبيب<sup>(3)</sup>.

فالمريض وبحكم مركزه الضعيف في العلاقة الطبية بوصفه جاهلاً لخبايا الفن الطبي

(1) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 63.

(2) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 116.

(3) أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية...، مرجع سابق، ص 99.



من جهة، وبسبب المرض الذي يعانيه من جهة أخرى، خاصة حين يكون فاقداً الوعي لحظة وقوع الفعل أو الأفعال المكونة للخطأ المدعى به، كل ذلك من شأنه أن يزيد من مشقته في النهوض بالإثبات.

يضاعف من صعوبة الإثبات، ما قد يواجهه المريض المتضرر من صمت من قبل الطبيب المخطئ، أو معاونيه من تزويده بالمعلومات، أو الوثائق التي ترجح كفته أمام القضاء، أو الوقوف بجانبه للإدلاء بشهادة تفيده، بل وقد يتذرعون بالتزامهم بالمحافظة على السر المهني، ولا يمكن كسر هذا الصمت بالخبرة القضائية، ذلك لأن الخبير هو في النهاية زميل للطبيب المخطئ، وقد يقوم بمحاولات للتغطية على أخطاء زميله<sup>(1)</sup>، وحتى إن اعتبرنا أن الخبير قد يتخذ موقفاً حيادياً، فإنه قد يجد صعوبة في إثبات الخطأ الفني عن طريق الخبرة، هذه الصعوبة نابعة من كون معظم خيوط المسؤولية الطبية تكون في حوزة الطبيب المشكو في حقه فهو يمتلك كافة الملفات الطبية للمريض، وبالتالي يستطيع التعديل في ملفات المريض كيفما شاء لإبعاد أي دليل قد يدينه<sup>(2)</sup>.

### ثانياً : الصعوبات المتعلقة بالخطأ الطبي:

تتمثل الواقعة محل الإثبات في مجال المسؤولية الطبية في الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعى عليه، هذا الخطأ الذي يمكن إثباته بكافة الوسائل، رغم ذلك فإن محل هذا الإثبات يشكل عبأً حقيقياً على عاتق المريض، حيث أن إقامة الدليل على خطأ الطبيب في الكثير من الأحيان أمر صعب المنال، وهذا راجع إلى الطبيعة الخاصة بالخطأ الطبي الذي يتميز بالتعقيد العلمي، خاصة إذا تعلق الأمر بخطأ طبي فني، إذ غالباً ما يكون المريض جاهلاً بخبايا الطب وبتقنياته، مما يصعب عليه إثبات هذا الخطأ.

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 117.

(2) د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، د. ب. ن، 2007، ص 175.

تتمثل الصعوبة الأساسية والرئيسية، في كون الخطأ الطبي نفسه يمثل واقعة سلبية<sup>(1)</sup>، فبعد أن حسم القضاء الفرنسي الأمر بشأن طبيعة المسؤولية الطبية، وذلك بعد صدور قرار مرسى Mercier الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام 1936<sup>(2)</sup>، والذي اعتبر العلاقة بين الطبيب ومريضه علاقة عقدية، ما يعني أن مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه مسؤولية عقدية، كما اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بموجب هذا القرار أن الطبيب لا يلتزم اتجاه مريضه إلا ببذل العناية الصادقة واليقظة المطابقة للأصول العلمية المستقرة ولا يلتزم بشفاء المريض. وكان من نتائج ذلك تحمل الدائن الذي هو المريض في العقد الطبي، إثبات عدم حصوله على العناية المطلوبة وذلك بإقامة الدليل على إهمال الطبيب وانحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة.

إن صعوبة إثبات تخلف الطبيب عن القيام بواجب بذل العناية المطلوبة أمر لا يمكن إنكاره، خاصة أن إثبات التخلف يكون من خلال إثبات واقعة سلبية<sup>(3)</sup>، ويكون بذلك القضاء الفرنسي قد خرق المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>(4)</sup>، والمبدأ الذي

(1) د/ جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 402. أحمد هديلي، تباين المركز القانونية...، مرجع سابق، ص 99، انظر أيضا في هذا الشأن علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 116 ،

CHAIB.( Soraya), La preuve de l'obligation d'information....op, cit , p263.

(2) Cass, civ , 1<sup>ère</sup>, 20/05/1936....op,cit.

(3) الواقعة السلبية هي العدم، والعدم هو شيء غير موجود أصلا، فإثبات الواقعة السلبية يعني إثبات عدم حدوث الواقعة، أما إثبات حدوثها فيعني إثبات واقعة ايجابية، فمثلا إذا أراد الطبيب أن يثبت أنه لم يقصر في علاج المريض بإمكانه ذلك بإقامة الدليل على أنه قام بكل ما يفرضه عليه واجب العلاج، أو أنه اتخذ في ذلك كل الاحتياطات اللازمة، أما إذا أراد المريض أن يثبت العكس، أي عدم قيام الطبيب بالتزامه، فمؤكد أن الأمر سيكون في غاية الصعوبة، باعتباره سيقوم بإثبات واقعة سلبية ليس لها مظهر خارجي، لذا يرى أغلب الفقه أنه يجوز إثبات الوقائع السلبية بطريقة غير مباشرة أي إثبات واقعة أخرى هي الواقعة العكسية المضادة لها. لمزيد من التفصيل حول إثبات الواقعة السلبية، راجع في هذا الشأن د/ رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية " النظرية العامة في الإثبات، دار الجامعية، بيروت، 1993، ص 180 وما يليها.

(4) CHAIB.( Soraya), La preuve de l'obligation d'information....op, cit, p. 263 .

يقضي بأنه يستحيل تكليف أي طرف بإثبات واقعة سلبية<sup>(1)</sup>.

يتحمل المريض إثبات واقعة سلبية وهذا ما يجعله موضع إشفاق، فإن كان التزام الطبيب كأصل عام هو بذل العناية الواجبة واليقظة والمطابقة للأصول العلمية المستقرة، فيكون إثبات إخلاله بهذا الالتزام على عاتق المريض، بأن يقدم دليلاً على عدم إتيان الطبيب قدر العناية المطلوبة وهذا ما يزيد من وطأة عبء الإثبات، أي أن يكون محل الإثبات أمراً لا مظهر خارجي له يمكن أن يفصح عنه<sup>(2)</sup>.

إن صعوبة إثبات عدم قيام الطبيب ببذل قدر العناية المطلوبة منه باعتباره واقعة سلبية لا يمكن إنكاره، وغالبا ما يلجأ القاضي إلى الخبرة لكسر هذه الصعوبة، إلا أن الخبرة غالبا ما تتابها شكوك والتي سنراها في حينها، غير أنه وكما هو الشأن في إثبات كل واقعة سلبية، يمكن توصل المريض إلى ذلك من خلال إثبات غير مباشر لها، أي من خلال إثبات واقعة ايجابية عكسية .

تصادف المريض نفس الصعوبات أثناء إثبات الخطأ الطبي، سواء كنا بصدد الأخطاء الطبية المتعلقة بالإنسانية الطبية أو الأخطاء الطبية ذات طابع فني، غير أنه في المقابل، إذا كان التزام الطبيب التزام بتحقيق نتيجة، وهو الأمر الذي لا يزال استثناء، فيكتفي المريض بإثبات وجود الالتزام وعدم تحقق النتيجة، ولا ريب أن مثل هذا الإثبات يكون أكثر يسرا مقارنة بالحالة السابقة حيث يلتزم الطبيب ببذل عناية<sup>(3)</sup>.

### ثالثا : تحمل المريض لتبعة الإثبات:

تعتبر المادة 323 ت.م.ج المقابلة للمادة 1315 ت.م.ف وكذا المادة الأولى من تقنين الإثبات المصري الأساس الذي يمكن الانطلاق منه لتحديد الطرف المكلف بعبء الإثبات، وتبين من ناحية أخرى من يحكم لصالحه القاضي في النزاع المعروض

(1) Soraya.( CHAIB ), La preuve de l'obligation d'information ... ,op,cit, p.263.

(2) أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية...، مرجع سابق ، ص.ص 99- 100 .

(3) أحمد هديلي، مرجع نفسه، ص100 .

أمامه في حالة قيام شك حول الوقائع المدلى بها وهذا ما يسمى بتبعية الإثبات، والمقصود بذلك أنه في حال تعذر على المريض إثبات ما يدعيه وذلك لعدم اقتناع القاضي بما ساقه من أدلة، على نحو ظل الشك قائماً لدى المحكمة، فإنه لن يكون أمام القاضي إلا أن يرد الدعوى لعدم كفاية الأدلة<sup>(1)</sup>، فالشك الذي لم يقطعه يقين يستفيد منه المدعى عليه والذي هو الطبيب.

ويبرر ذلك بقوله، أن رفض ادعاء الخصم لفشله في تقديم الدليل كاملاً على ادعائه، أفضل لسلامة العلاقات القانونية بين الناس من الحكم على الخصم استناداً إلى أدلة غير مؤكدة، وتقوم على ذات الفكرة القاعدة المعروفة في التقنين الجنائي التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المتهم<sup>(2)</sup>، وهي نفس القاعدة المطبقة في التقنين المدني والتي تقضي ببراءة الذمة إلى غاية إثبات العكس، ويبدو الأمر طبيعياً ما دام أن المدعي "المريض" هو صاحب المبادرة إلى النزاع، ويكون عليه تحمل نتيجة فشله في إثبات إدعائه، فالقاء عبء إثبات الخطأ الطبي على المريض يعرضه إلى أن يخسر دعواه إذا لم يتمكن من تقديم دليل قاطع ويقين يثبت قيام الخطأ الطبي.

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 118.

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 69.

## المطلب الثاني

## التخفيف من تحمل المريض لعبء الإثبات

ما يميز المسؤولية الطبية هو طبيعة الخطأ الطبي، لما ينطوي عليه من طبيعة فنية وتعقيد علمي، فلا شك أن الظروف التي تحيط بهذا الخطأ، والخصائص التي يتميز بها، وحالة المعاناة التي يكون فيها المريض لحظة حدوثه، تبين إلى حد كبير مدى صعوبة إثبات الخطأ الطبي، بل وأحيانا كثيرة استحالت، وبالنتيجة تحمله مخاطر الإثبات بأن يخسر دعواه، فضلا عن تحمله المصاريف القضائية بالنظر إلى أنه صاحب المبادرة بالنزاع<sup>(1)</sup>.

إذ تعد إقامة الدليل على وقوع الخطأ الطبي في الكثير من الحالات أمرا صعبا بالنسبة للمريض الذي يعتبر الحلقة الأضعف في العلاقة العقدية مع الطبيب، حيث أن المريض يكون جاهلا بالمعطيات العلمية، وفي بعض الأحيان يكون فاقدا للوعي أثناء وقوع الخطأ الطبي<sup>(2)</sup>، وقد يكون في وضع صحي ومادي سيء لا يسمح له بإقامة الدعاوى ومتابعتها بوجه من صدر عنه الخطأ الطبي.

إدراكا للصعوبات التي تواجه المريض في سبيل النهوض بعبء الإثبات، وتحمله تبعة إخفاقه في ذلك، حاول الفقه والقضاء إيجاد بعض الحلول لمجابهة تلك الصعوبات، وذلك قصد وضع حدود لذلك العبء الثقيل الملقى على عاتق المريض في دعاوي المسؤولية الطبية المرفوعة منه تجاه الطبيب أو المستشفى الذي تلقى فيه العلاج، وكان الهدف من تلك المحاولات، هو إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي، أو على الأقل التخفيف منه، وذلك عبر ابتكار طرق جديدة في الإثبات.

كان أول ما لجأ إليه القضاء، هو نقل عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال

(1) أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية...، مرجع سابق، ص 82.

(2) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 113، أحمد هديلي، مرجع نفسه، ص 99.

الالتزام بالإعلام، حيث أصبح يلقي على عاتق الطبيب، كما حاول الفقه والقضاء توسيع نطاق الالتزامات بتحقيق نتيجة كحل ثاني، ثم ظهور طرق جديدة في إثبات الخطأ الطبي وهو إقامة مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الاحتمالي، وكمرحلة أخيرة، إقامتها دون وجود خطأ.

## الفرع الأول

### تحمل الطبيب لعبء إثبات الالتزام بالإعلام

بعد أن استقرت محكمة النقض الفرنسية على إلزام المريض بإثبات عدم قيام الطبيب بالالتزام بالإعلام المريض لما يزيد عن نصف قرن، عدلت عن قضائها هذا<sup>(1)</sup>، حيث ألفت بعبء حصول هذا الالتزام على عاتق الطبيب وذلك بموجب الحكم الصادر عنها بتاريخ 25 فيفري 1997<sup>(2)</sup> والذي تعارض مع الموقف الثابت للقضاء منذ قرارها الصادر بتاريخ 29 ماي 1951<sup>(3)</sup>.

(1) محمد فتاحي، الخطأ الطبي و المشكلات ...، مرجع سابق، ص 95.

(2) Cass, civ, 1<sup>ère</sup>, 7/02/1997a décidé que " c'est au médecin, comme a toute personne tenue légalement ou contractuellement d'une obligation particulière d'information de rapporter la preuve de l'exécution de son obligation". <http://Bullten.Conseil-national.Médecin.fr>

(3) PENNEAU.( Jean), La responsabilité du médecin....,op,cit, p. 79.

تتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا القرار، في أن السيد bisot أجريت له عملية بتر ساق نتيجة لغلط في التشخيص، رفع المريض الدعوى مطالباً الجراح والطبيب المعالج بالتعويض، باعتبارهما قام بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته مقدماً، ذهبت محكمة الاستئناف إلى إلزام الجراح بالتعويض باعتباره المسؤول عن العملية وكان عليه الحصول على رضی المريض بها، والذي لم يقدم دليل يثبت رضی المريض، غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت الحكم، وقررت أنه إذا كان العقد الذي يبرم بين الجراح والمريض يتضمن من حيث المبدأ التزاماً على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية التي يقدر أهميتها للمريض، إلا بعد الحصول مقدماً على رضی المريض بها، فإنه يقع على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بهذا الالتزام العقدي وذلك لعدم بطبيعة العملية الجراحية وعدم حصوله على رضاه بها. قضية مشار إليها من طرف د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 51- 52، د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 399.

صدر قرار محكمة النقض إثر قضية Hédrueل عام 1997 ، حيث وصف بأنه من الأحكام ذات المبادئ، وجاء فيه بأنه يقع على عاتق الطبيب موجب إعلام المريض ويقع على عاتقه أيضا إثبات تنفيذه لهذا الموجب<sup>(1)</sup>.

تتلخص وقائع هذه الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في أن شخصا يدعى هيدرول Hédrueل كان يعاني من آلام في المعدة، وقدر الطبيب المعالج له ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار، وبالفعل أجريت العملية، غير أن المريض ظل يعاني من آلام شديدة بالمعدة، وبإعادة الكشف عليه تبين إصابته بثقب في الأمعاء، وهو خطر حدد تقرير الخبير احتمال حدوثه في مثل هذا النوع من العمليات الجراحية بنسبة 3 %، إثر ذلك رفع المريض الدعوى على الطبيب مطالبا إياه بالتعويض عما لحقه من ضرر، استنادا إلى أنه لم يبصره بالمخاطر المحتملة لهذه الجراحة .

رفضت محكمة استئناف rennes الدعوى، استنادا إلى أن عبء إثبات عدم الإعلام يقع على المريض الذي لم يقدم دليلا على ما يدعيه، وكانت محكمة الاستئناف في ذلك متفقة مع موقف محكمة النقض السائد في ذلك الوقت، غير أنه عند عرض الأمر على محكمة النقض ألغت حكم محكمة الاستئناف<sup>(2)</sup>، وكان ذلك استنادا إلى نص الفقرة الثانية من المادة 1315 من ت م ف<sup>(3)</sup>، وقررت مبدأ هاما، حيث قضت أن من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا التزاما خاصا بالإعلام، يجب عليه أن يقدم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الالتزام<sup>(4)</sup>.

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 120.

(2) نقلا عن أحمد هديلي، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، العدد الأول، الجزائر، 2007، ص 100.

(3) Art. 1315 de code civil français "Celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son l'obligation".

(4) BON.( Pierre), L'obligation du médecin d'informer le patient, R. F. D. A, Numéros 3, Dalloz, 2000, p. 658.

ثم طبقت هذا المبدأ على الأطباء، مقررة أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزام بإعلام مريضه فإنه يقع عليه بالتالي عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام<sup>(1)</sup>.

نرى إذن، أن محكمة النقض الفرنسية تكون بذلك قد طبقت الفقرة الثانية من المادة 1315 ت م ف، والتي تقضي بأنه على من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك أو يقدم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء الالتزام، مخالفة بذلك نص الفقرة الأولى التي كانت سندها في إلقاء عبء الإثبات على المريض في المرحلة السابقة على قرار Hédruel، كما نجد أن تقنين الصحة العامة الفرنسي الذي تم إنشاؤه بموجب قانون 04 مارس 2002 ينص في المادة 1111/2 على أنه يعود للمستخدم أو المؤسسة الصحية الإتيان بالدليل على تنفيذ الالتزام بالإعلام<sup>(2)</sup>.

أما عن الوضع في القانون الجزائري، وإن كانت لا توجد قرارات تبين موقف القضاء من تحديد المكلف بعبء الإثبات، إلا أنه يمكن القول أن نص المادة 323 ت م ج والتي تقضي بأنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" يمكن من خلالها تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ الطبي.

سبق وأن قلنا أن نص المادة 323 ت م ج يمكن اعتبارها كسند لجعل المريض يتحمل إثبات الخطأ الطبي عامة، والإخلال بالالتزام بالإعلام خاصة، على أساس أن المريض هو الدائن بالالتزام، غير أنه لو تمعنا قليلا في المادة، لوجدنا أنه وفقا لنص المادة لا يقع على عاتق الدائن سوى إثبات وجود الالتزام، وإن كانت المادة لم تشر إلى

(1) BON.( Pierre), L'obligation du médecin ...op, cit., p. 658.

(2) art 1111/2 de code de la sante français " Cette information incombe a tout professionnel de sante dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicable seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent L'en dispenser....

En cas de litige, il appartient au professionnel ou a l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée a l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. cette preuve peut être apportée par tous moyens ". Voire aussi dans ce pion PENNEAU.( jean), La responsabilité du médecin... ,op, cit, p.79.



المقصود بالالتزام، هل هو الالتزام الإتفاقي أو القانوني، فربما ذلك راجع إلى أن الالتزام الذي يحتاج إلى إثبات وجوده هو الالتزام الإتفاقي، أما القانوني فهو في غنى عن إثبات وجوده، ما دام القانون هو الذي أوجده، وباعتبار أن الالتزام الواقع على عاتق الطبيب بإعلام مريضه، هو التزام قانوني فإن الدائن " المريض " لا يقع عليه عبء إثبات وجود الالتزام، إنما يقع على المدين " الطبيب " إثبات التخلص من الالتزام بالإعلام.

فالإثبات الذي تفرضه الفقرة الأولى من المادة 1315 من ت م ف يقتصر على وجود الالتزام، وبخصوص الالتزام بالإعلام الذي يفرضه القانون، فإن هذا الالتزام ليس في حاجة لإثبات وجوده، لذا وبعد التأكد من وجود الالتزام، فإذا ما ادعى المريض أنه لم يتم إعلامه، فإن ذلك يستتبع نقل عبء الإثبات إلى الطبيب ليثبت قيامه بتنفيذه.

ما يمكن قوله هو أن هذا القلب في عبء الإثبات قد استقبل ببرودة من طرف الوسط الطبي<sup>(1)</sup>، والحق أن هذا المبدأ قد حضي بتأييد الغالبية العظمى من الشراح الذين رأوا فيه تصحيحاً لوضع لم يكن مقبولاً، لا من الوجهة القانونية ولا من حيث نتائجه العملية<sup>(2)</sup>.

إذ يعيد الحكم الجديد الأمور إلى نصابها، بعدما كان الوضع القائم يتنافى ونظام الإثبات<sup>(3)</sup>، فهو يلقي بهذا العبء على من يجب أن يلتزم به، سواء استناداً إلى القواعد العقدية المنصوص عليها في المادة 1315 ت م ف، أي من يدعي تخلصه من الالتزام يجب أن يقيم الدليل على الوفاء أو على الواقعة التي أدت إلى انقضاء الالتزام، وهي المادة التي تقابلها كما قلنا المادة 323 ت م ج التي تنص "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" أي بمفهوم المخالفة حسب رأينا أن المدين بالتزام يقع عليه عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام .

(1) BON,( Pierre), L'obligation du médecin ...,op, cit, p. 658.

(2) د/جابر محجوب علي، دور الإرادة ...، مرجع سابق، ص 408.

(3) د/جابر محجوب علي، مرجع نفسه، ص 409.

يجد هذا المبدأ إضافة إلى ذلك سنده في احترام ما للجسم من معصومية، وما للإنسان من حق في السلامة البدنية، فالمساس بجسم الإنسان ولو لغاية علاجية، يعد بحسب الأصل غير مشروع، حتى يقوم الدليل على توافر الشروط التي تضيء على الفعل وصف المشروعية، ومن بينها التبصير والحصول على الرضاء. ومن الوجهة العملية فإن القضاء الجديد يعد تطبيقاً سليماً لمبدأ إلقاء عبء الإثبات على من هو أقدر على النهوض بعبء الدليل *l'aptitude à la preuve*، إذا لا شك أن الطبيب أقدر من المريض على تقديم الإثبات المطلوب منه<sup>(1)</sup>.

خلاصة القول إذن أن نص المادة 323 ت م ج يمكن اعتبارها المرجع في تحديد المكلف بعبء الإثبات، فإذا كان الالتزام قانونياً يكون على الطبيب إثبات التخلص منه دون إثبات وجوده من طرف المريض، فهو موجود بنص قانوني، أما إذا كان الالتزام اتفاقي، يكون على المريض إثبات وجود الالتزام، وأن الطبيب لم ينفذ التزامه، لينتقل عبء الإثبات بعد ذلك إلى الطبيب، الذي يكون عليه إثبات أنه لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزامه .

تكون بذلك محكمة النقض الفرنسية، قد خطت خطوة نحو التخفيف من حدة عبء الإثبات الواقع على عاتق المريض، من خلال إعفائه من إثبات الالتزام بالإعلام. وكان من نتائج ذلك، أن ظهرت الكتابة كوسيلة من وسائل إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام من طرف الطبيب، والتي سنتطرق إليها في حينها.

(1) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في ...، مرجع سابق، ص 67

## الفرع الثاني الخطأ الاحتمالي

إدراكا من القضاء لمدى قصور القواعد القانونية التقليدية في توفير الحماية للمرضى، خاصة بعد التطورات التي عرفها الطب، مما زاده تعقيدا، وأصبح المريض أمام ذلك عاجزا عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب، مما دفع القاضي إلى التشديد في مسؤولية الطبيب، بهدف إزالة تلك الصعوبات، وذلك بأخذة بفكرة الخطأ المحتمل<sup>(1)</sup> ويتم ذلك عن طريق تطويع تلك القواعد في سبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات، ومن جمود وصرامة نظام المسؤولية على أساس الخطأ المحقق وواجب الإثبات<sup>(2)</sup>.

يرى القضاء أن هناك الكثير من الحالات التي من المبالغ طلب إثبات الخطأ بشأنها، سواء لأن مثل هذا الإثبات صعب المنال، أو لأن هناك احتمالا قويا بأن خطأ ما قد ارتكب، حيث يلجأ القاضي إلى الخطأ المفترض، والذي يسمح له باستنتاج أن الطبيب لا يمكن أن يكون لم يرتكب خطأ، وليس استنتاج أن الطبيب قد ارتكب خطأ مؤكدا<sup>(3)</sup>.

تقوم هذه الفكرة على أساس أن الضرر ما كان ليحدث لو لا وقوع خطأ من الطبيب<sup>(4)</sup>، بالرغم من عدم ثبوت إهمال الطبيب على نحو قاطع في بذل العناية الواجبة، أو تقصير في التزامه بالحيلة، إلا أن الخطأ يستنتج من مجرد وقوع الضرر.

(1) تعتبر فكرة الخطأ المحتمل وسيلة من الوسائل التي دخلت المجال القانوني لتنضم إلى غيرها من الأفكار الاحتمالية التي تفنن القضاء في اكتشافها كأثر للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العصر الحديث.

(2) حيث أن فكرة الخطأ المحتمل تتنافى مع القواعد العامة التي توجب على المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعي عليه في إطار المسؤولية المدنية إلا أن ذلك لم يمنع من أن تعرف الفكرة ترحيبا كبيرا من طرف الفقه والقضاء.

(3) DORSNNER- DOLEVET.( Annick), La responsabilité du médecin, Economica, Paris, 2006, p. 135

(4) د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب ...، مرجع سابق، ص 81، د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ....، مرجع سابق، ص 95، علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 123.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الخطأ المحتمل، أو المفترض، كما يسميه البعض، حيث استخلصت خطأ المستشفى الخاص من مجرد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته به، معتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة، لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ من قبل المستشفى<sup>(1)</sup>.

تتوسط المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، أو قرينة الخطأ، بوصفها على هذا النحو، المسؤولية على أساس الخطأ المحقق واجب الإثبات من جهة<sup>(2)</sup>، والمسؤولية غير الخطئية، أي على أساس المخاطر من جهة أخرى، إذ أنها لا تتحرر من فكرة الخطأ ذاتها، بدليل بقاء ركن الخطأ قائماً ولو على سبيل الافتراض، وعلى الرغم من كونها تشكل نظرية قائمة بذاتها إلا أنها تميل إلى المسؤولية دون خطأ<sup>(3)</sup>.

الحقيقة أن فكرة الخطأ المحتمل وإن كانت لا تجد سند لها في القانون، إلا أن لجوء القضاء إليها، إنما يكشف عن شعوره المتزايد بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى، في مواجهة التطورات العلمية المعاصرة، التي حققت طفرات هائلة في الوسائل العلاجية<sup>(4)</sup>.

تكمن أهمية هذه الفكرة في النتائج المترتبة عنها فيما يتعلق بعبء الإثبات، ففي حالة عدم إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب، وبقي سبب الضرر مجهولاً، حيث تعجز الخبرة عن كشف السبب، أو عندما لا يتبنى الخبير موقفاً حاسماً بشأن الخطأ الطبي، ويصبح مستحيلاً على المريض إثبات الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية، لمواجهة هذه الاستحالة تتدخل نظرية الخطأ الاحتمالي، ويمكن من خلالها

(1) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 67.

(2) د/ محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 51.

(3) أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية...، مرجع سابق، ص 110.

(4) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق ص 123، د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 100.

وما تتضمن من افتراض للخطأ من جانب الطبيب أو المستشفى، أن ينقل عبء الإثبات على عاتق هؤلاء<sup>(1)</sup>، ما يعني أنه لم يعد يقع على عاتق المريض عبء إقامة الدليل على وجود الخطأ في جانب الطبيب المدعى عليه، وإنما أصبح يقع على عاتق هذا الأخير عبء نفي الخطأ في جانبه.

يرى الدكتور أحمد شرف الدين في كتابه حول مسؤولية الطبيب، أن فكرة الخطأ الاحتمالي ليس لها من وصف الخطأ ومضمونه إلا الاسم، وإن الأمر لا يعدو أن يكون إلا استعمالاً لوسيلة خالصة لمصلحة المضرور على حساب القواعد القانونية<sup>(2)</sup>.

وقد كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ قرينة الخطأ لأول مرة، في قرارها الصادر بتاريخ 21 ماي 1998، معتبرة أن المستشفى الخاص يتحمل مسؤولية إصابة المريض بالعدوى أثناء تواجده بغرفة العمليات، ولا يمكنها التخلص من المسؤولية بإثبات أنها لم ترتكب أي خطأ يذكر، وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أقامت قرينة الخطأ على عاتق المستشفى<sup>(3)</sup>، غير أنه سجل أيضاً عن القضاء الفرنسي في هذا المجال أنه لا يزال يعتريه بعض التذبذب في شأن تطبيق الفكرة من عدمه، فقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية بحكم حديث لها صادر بتاريخ 1998/06/07<sup>(4)</sup>، حيث اشترطت من جديد ضرورة إثبات الخطأ الطبي وفقاً للقواعد العامة، بحيث أدانت فكرة الخطأ المفترض ووصفتها بالفكرة المغلوطة، وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم، في قيام طبيب بفحص مولود جديد تبين له وجود تجمع دموي درني في الجانب الأيمن من الجبهة، فأخضعه الطبيب لحقنة بمادة مخصصة لوقف انتشار التجمع الدموي، غير أن

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 124.

(2) د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب ...، مرجع سابق، ص 82.

(3) Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 mai 1998, affirme que " Une clinique est présumée, responsable d'une infection contractée par un patient Lors d'une intervention, au moins de prouver l'absence de faute de sa part " [http:// : www. Droit-medicale .Net](http://www.Droit-medicale.Net)

(4) قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1998/06/07، أشار إليه أحمد هديلي، تبين المراكز القانونية...، مرجع سابق، ص 111، د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ ...، مرجع سابق، ص 102.

جزء من المادة المستخدمة لهذا الهدف تسربت إلى داخل العين مسببة احتقانات شديدة، نتج عنها فقدان تام لإبصار العين اليمنى، عند بلوغ المضرور سن الرشد، أقام دعوى على الطبيب، فرفضت محكمة الدرجة الأولى دعوى المسؤولية المقامة على الطبيب، استناداً إلى أن العلاج كان قد تم وفقاً للأصول العلمية المستقرة.

طعن المضرور في الحكم أمام محكمة استئناف rennes، فقبلت طعنه، وقررت أن مسؤولية الطبيب تقوم على أساس الخطأ المحتمل الذي يمكن استخلاصه من عدم مألوفية الضرر وجسامته، غير أنه عند طعن الطبيب للحكم عادت محكمة النقض وقضت بأن انعقاد مسؤولية الطبيب يقتضي إثبات "خطأ واضح" في جانبه وأن وجود الخطأ لا يمكن استخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته<sup>(1)</sup>.

يمثل هذا الحكم تراجع فكرة الخطأ الاحتمالي، حيث أن محكمة النقض أعادت التذكير بضرورة توفر ركن الخطأ الطبي الواجب الإثبات، رغم ذلك فالملاحظ وبحسب نص حكم محكمة النقض، أن ما أدانته المحكمة هو الاستناد فقط لعدم مألوفية الضرر وجسامته لاستنتاج خطأ الطبيب، إلا أنه في المقابل لم يتضمن إدانة واضحة لاستخلاص الخطأ من خلال القرائن باعتبارها طريق من طرق الإثبات<sup>(2)</sup>، بالتالي يمكننا القول أنه يبقى ممكناً للقضاء استنتاج الخطأ من خلال الاستناد إلى وقائع أخرى .

يبقى أن فكرة الخطأ الاحتمالي لم تكن السبيل الوحيد الذي توصل إليه القضاء الفرنسي في سبيل الحد من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المتضرر، بل إن هناك أدوات قانونية أخرى لجأ إليها القضاء الفرنسي، مؤيدا في ذلك من الفقه بهدف التخفيف من حدة عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، ومن هذه الوسائل، التوسع في الالتزامات الطبية بتحقيق نتيجة وفي مقابل ذلك حصر الالتزامات ببذل عناية وهذا ما سنتعرض له في الفرع التالي .

(1) نقلا عن د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في ...، مرجع سابق، ص ص 100-101.

(2) علي عصام غصن، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 126.

## الفرع الثالث

## توسيع نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة

سبق وأن ذكرنا أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية، ويرجع ذلك إلى الطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي ونتائجه، فتجعله في غنى من التزام محدد بشفاء المريض، حيث تتداخل عدة عوامل واعتبارات في تحقيق ذلك، مثل : مناعة الجسم، عامل الوراثة، وحدود العلم الطبي، وكان هذا من نتائج قرار mercier الصادر بتاريخ 20 ماي 1936<sup>(1)</sup> والذي حدد طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، واعتباره أن موجب الطبيب اتجاه مريضه هو موجب ببذل عناية، وذلك لأن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض<sup>(2)</sup>، وإن كانت العناية المطلوبة منه هي عناية من نوع خاص<sup>(3)</sup>، ومادام الأمر كذلك، فإن إلقاء تبعه الإثبات يكون على عاتق المريض المتضرر، وبالتالي تحمله وحده عبء مخاطر التدخل الطبي كلما استحال عليه إثبات إخلال الطبيب بالتزامه.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل كافة التزامات الطبيب هي التزامات ببذل عناية أم أن هناك التزامات بتحقيق نتيجة تقع عليه؟

سبق وأن قلنا في هذا الصدد، أن الأصل هو اعتبار التزام الطبيب التزام ببذل عناية صادقة متفقة مع الأصول العلمية المستقرة، إلا أن هناك استثناءات يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، حيث حصر الفقه والقضاء التزام الطبيب ببذل عناية في فكرة العلاج بمفهومه التقليدي كما قلنا سابقا، وكل ما جاوز ذلك من أعمال طبية، يكون فيها التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، ففي مثل هذه الأعمال تكون المسؤولية قائمة على أساس

(1) Cass, civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mai 1936....op. cit.

(2) نجد أن المشرع اللبناني قد حضر في المادة العاشرة من قانون الآداب الطبية الاتفاق بين الطبيب والمريض على أن يكون دفع أتعاب المريض مقابل التزام هذا الأخير بضمان الشفاء: حيث تنص المادة "... للطبيب أن يقدم معونة مجانية إذا رأى ذلك مناسبا، يحضر تسديد الأتعاب مسبقا، وكذلك الاتفاق على بدل أتعاب مقطوعة مع ضمان الشفاء، تراعى في كل حال أحكام القانون العام و المبادئ الإنسانية".

(3) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 127.

خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، ولا يمكن للطبيب التخلص من مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، خطأ الغير، أو خطأ المريض نفسه، وهو المعنى المقصود من نص المادة 176 من ت.م.ج.<sup>(1)</sup>.

حاول القضاء التوسيع في مجال الالتزامات بتحقيق نتيجة للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، ولقد شمل هذا التوسع، الالتزامات الطبية بما فيها الالتزامات المتعلقة بالإنسانية الطبية وكذا الالتزامات المتعلقة بالأعمال الطبية الفنية.

بالنسبة للالتزامات المتعلقة بالإنسانية الطبية، فقد سبق ورأينا أن محكمة النقض الفرنسية قد توصلت بموجب قرارها الصادر بتاريخ 1997<sup>(2)</sup>، إلى اعتبار أن التزام الطبيب بإعلام المريض هو التزام بتحقيق نتيجة<sup>(3)</sup>، باعتباره لا يتضمن فكرة الاحتمال، وأصبح يقع على عاتق الطبيب عبء إثبات الوفاء به، أو إثبات أن عدم الوفاء راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه .

كما أن الالتزام بالحصول على رضى المريض يعتبر من الالتزامات بتحقيق نتيجة باعتباره مرتبط بالالتزام بالإعلام، ولا يتضمن أي عنصر احتمال، إضافة إلى التزام الطبيب بعدم إفشاء أسرار المرضى حيث يكون ملزماً بتحقيق نتيجة، ولا يتحمل أي قدر من الاحتمال هو الآخر.

هذا بالنسبة للالتزامات المتعلقة بالإنسانية الطبية، حيث أن توسيع الالتزام بتحقيق نتيجة فيها قابله نفس الاتجاه فيما يخص الالتزامات الطبية في مجال الأعمال الفنية، التي يتضاءل فيها عنصر الاحتمال إلى درجة معتبرة، حيث أصبحت التقنيات فيها في متناول اليد، مما جعل الأطباء يلتزمون بتحقيق نتيجة معينة أثناء القيام بها ومن هذه الأعمال نجد:

(1) حيث تنص المادة 176 ق.م.ج : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يدل عليه فيه ."

(2) Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 07/02/1997...,op, cit.

(3) انظر في هذا الشأن الصفحة 65 وما يليها من هذه المذكرة المتعلقة بنقل عبء إثبات الالتزام بالإعلام.



## 1- التحاليل المخبرية :

أدى التطور العلمي في مجال التحاليل المخبرية إلى انعدام عنصر الاحتمال في هذه التحاليل على وجه التقريب<sup>(1)</sup>، حيث تكون النتيجة محددة على وجه الدقة، ما لم يحدث إهمال من طرف الشخص القائم بالتحليل .

يعتبر الفقه والذي أيده القضاء الفرنسي<sup>(2)</sup>، أن التزام الطبيب القائم بالتحليل هو التزام بتحقيق نتيجة، فتكون مسؤوليته قائمة على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس، بالتالي يعفى المريض من إثبات هذا الخطأ ويكون على الطبيب إثبات السبب الأجنبي، أو القوة القاهرة، إذا أراد التخلص من المسؤولية<sup>(3)</sup>، غير أن ذلك يظل محصور في مجال التحاليل العادية التي تقوم على آليات بسيطة يتضاءل بشأنها عنصر الاحتمال، أما في مجال التحاليل الدقيقة، التي يمكن أن تختلف بشأنها التفسيرات، فإن التزام القائم بها يبقى التزاما ببذل عناية<sup>(4)</sup>.

## 2- التركيبات الصناعية :

أدى التقدم العملي والتقني إلى تزايد الالتجاء إلى الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويض الإنسان عما يفقده من أعضائه الطبيعية، وما يصاب منها بعجز أو ضعف<sup>(5)</sup>، وتثار المسؤولية الطبية في تركيب الأعضاء الصناعية من ناحيتين : الأولى في مدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض، والثانية في مدى سلامة

(1) طلال عجاج، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 153.

(2) قرار المحكمة الفرنسية الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1959، أشار إليه طلال عجاج، مرجع نفسه، ص 154.

(3) فريد عيسوس، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 218.

(4) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 109، 110.

(5) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، 2008، ص 224، فريد عيسوس، الخطأ الطبي ...، مرجع

سابق، ص 208.

العضو الصناعي وجودته<sup>(1)</sup>.

فالأولى ذو طبيعة طبية، حيث يكون التزام الطبيب فيها ببذل عناية، وهي التي تتعلق بمدى فعالية العضو الصناعي واتفاقه مع حالة المريض وتعويضه عن النقص الموجود لديه، حيث يبذل الطبيب الجهود اللازمة لاختيار العضو الصناعي اللازم للمريض، وتهيئته على الوجه الملائم مع حالته، لتعويضه عن حالة الضعف التي يعاني منها<sup>(2)</sup>، أما الثانية فهي تتعلق بالجانب التقني، يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته<sup>(3)</sup>، ومدى تناسبه مع حالة المريض، فتقوم المسؤولية الطبية في حالة رداءة العضو، أو في حالة عدم اتفاقه مع قياسات جسم المريض ويتسبب له أضرار، وتعتبر الأسنان الصناعية من بين التركيبات الأكثر إحداثاً للإشكالات أمام القضاء<sup>(4)</sup>.

### 3- استعمال الأدوات و الأجهزة الطبية:

أدى التقدم العلمي الذي مس مختلف المجالات الطبية، إلى استخدام مختلف الأجهزة والأدوات أثناء العلاج أو الجراحة، وقد يلحق المريض أضرار نتيجة استعمال هذه الأجهزة، لذا أصبحت تطبق على مسؤولية الأطباء عن الأضرار التي تسببها أجهزتهم نفس القواعد المطبقة بشأن مسؤوليتهم عن أعمالهم الطبية، أي اشتراط إثبات الخطأ من طرف المريض المضرور<sup>(5)</sup>.

(1) فريد عيسوس، مرجع نفسه، ص 208.

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 127.

(3) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 224.

(4) أنظر في عرض تطور القضاء في هذا الشأن، منير رياض حنا، مرجع نفسه، ص 225 وما يليها، د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 218، طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 129 وما يليها.

(5) فريد عيسوس، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 205، أنظر كذلك في هذا الشأن قرار مجلس الدولة رقم 7733، الصادر بتاريخ 2003/03/11، مجلة مجلس الدولة، عدد 5، 2004، ص 208. حيث أسس الفقه رأيه =

غير أنه، ومع ظهور مبدأ التزام الطبيب بضمان سلامة المريض<sup>(1)</sup> من الأضرار التي قد تصيبه، والتي تكون مستقلة وخارجة عن نطاق المرض الذي يعاني منه، فإن محل الالتزام هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، بالتالي أصبح القضاء والفقهاء الحديث يطبق هذا الالتزام على الأضرار الناتجة عن الأدوات والأجهزة المستعملة، ذلك لأنه يقع على الطبيب التزام باستخدام الأجهزة السليمة التي لا تحدث أضرار بالمريض، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى ولو كان العيب بسبب خلل في صنع الجهاز<sup>(2)</sup>، فإذا لم يكن المريض يستطيع المطالبة بالشفاء، وهذا أمر مؤكد، فهو على الأقل يكون له الحق في توقع أن تكون الأجهزة والآلات المستعملة لعلاج لا يمكن أن تتكسر أو تنفجر مثلاً<sup>(3)</sup>.

نجد العديد من التطبيقات القضائية في هذا الصدد، فقد قضت محكمة استئناف موندلية بمسؤولية الطبيب عن التهابات التي لحقت بالمريض نتيجة لتعرض جلده لكمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في جهاز الأشعة. كما قضت إحدى المحاكم أيضاً بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي أصابت المريض نتيجة خروج لهب من المشط الكهربائي أثناء المعالجة، رغم عدم وجود تقصير من جانب الطبيب<sup>(4)</sup>.

أما القضاء الجزائري، فلقد ذهب مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2003/03/11 إلى إقامة مسؤولية المستشفى عن الإخلال بواجبه المتمثل في أخذ

---

= هذا على وجوب منح حرية واسعة للطبيب لأداء عمله دون خوف من إيقاع المسؤولية عليه دون خطأ منه، كما استند إلى استحالة الفصل بين عمل الطبيب وفعل الجهاز على أساس أن عمل الطبيب يستغرق فعل الجهاز المستعمل.

(1) انظر الصفحة رقم 86، من هذه المذكرة بشأن مبدأ التزام الطبيب بضمان سلامة المريض.

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 156.

(3) BEN CHABANE.( h), Le contrat médical met a la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, revue Algérienne des sciences juridique, Economique et politique , n°04 , Université d'Alger, 1995, p. 773. Aussi

نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في...، مرجع سابق ص 46.

(4) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 156، فريد عيسوس، الخطأ الطبي و...، مرجع سابق، ص 206.

الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض، واعتبر أن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف الأعوان يشكل خطأ يتحمل عليه المستشفى المسؤولية<sup>(1)</sup>.

يسأل الطبيب إذن عن الأضرار التي تسببها أجهزته بسبب عيوب فيها أدت إلى انفجارها أو انحرافها عن عملها المرسوم لها، وتكون مسؤولية الطبيب هنا مسؤولية عقدية لا تقصيرية، بالتالي فلا يمكن تطبيق نص المادة 138 ت.م.ج المتعلقة بمسؤولية حارس الأشياء<sup>(2)</sup>، على أساس أن الطبيب يلتزم بموجب العقد الطبي الذي يربطه بالمريض بسلامة الأجهزة التي يستعملها وخلوها من أي عيب، وهو التزام بتحقيق نتيجة لا يبذل عناية، كما أن إمكانية الاستناد إلى نص المادة 138 من ت.م.ج في رأينا يتناقض مع قاعدة عدم جواز الخيرة بين المسؤولتين العقدية والتقصيرية.

#### 4- عمليات التجميل:

يضاف إلى الحالات السابقة التي أكد فيها القضاء التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، بعض صور الأعمال الطبية التي يرى بعض الفقه وبالنظر إلى الغرض منها، ضرورة أن يكون التزام الطبيب القائم بها بتحقيق نتيجة معينة، وعليه بالتالي الامتناع عن القيام بها ما لم يكن واثقا من تحقيق النتيجة المرجوة منها، ولذلك فيكفي في مثل هذه الحالات أيضا عدم تحقق النتيجة لقيام مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي تصيب المريض من جراء القيام بها<sup>(3)</sup>.

(1) قرار مجلس الدولة رقم 7733، الصادر بتاريخ 2003/03/11، سابق الإشارة إليه.

(2) تنص المادة 138 ت م ج على أنه " كل من تولى حراسة شيئا وكانت له قدرة الاستعمال و التسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء و يعفى من هذه المسؤولية حارس لشيء إذا أثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة."

(3) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 112.

ذهب البعض<sup>(1)</sup> إلى أن مثل هذه العمليات لا يهدف المريض من خلالها علاج مرض ما، ولذلك يقع على عاتق جراح التجميل التزام بتحقيق نتيجة، يجعله مسؤولاً عن فشل العملية، ما لم يثبت الطبيب السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين عدم تحقق هذه النتيجة. بالرغم من ذلك فلا زال الاتجاه الغالب ينظر إلى جراحة التجميل كغيرها من الجراحات باعتبارها تتضمن أيضا عنصر الاحتمال<sup>(2)</sup>، ومع ذلك فالملاحظ أن القضاء يظهر تشدد في تقديره لمدى قيام جراح التجميل بتنفيذ التزامه، فيقبل بسهولة اعتباره مخطئا إذا لم يترتب على العملية التي أجراها أي نتيجة.

نلاحظ أنه رغم هذا التشديد اتجاه جراح التجميل من حيث العناية الواجبة الإلتباع، وكذا من حيث تسهيل مهمة المريض في إثبات عدم بذل قدر العناية المفروضة على الجراح، إلا أنها لم ترتفع إلى حد اعتبارها التزام بتحقيق نتيجة، لذلك نجد الفقه الحديث في مجمله حمل جراح التجميل التزاما ببذل عناية مشددة<sup>(3)</sup>، و ليس بتحقيق نتيجة، ولقد تبعه في ذلك القضاء الفرنسي<sup>(4)</sup>، حيث أصبح يكفي لإثبات إخلال المدين به مجرد إقامة الدليل على واقعة ترجح إهماله، لينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الطبيب.

(1) د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص207. د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص113، وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية الصادرة عن جامعة تيزي وزو، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الثاني، 2008، ص 251.

(2) وفاء شيعاوي، مرجع نفسه، ص 252.

(3) DORSNER- DOLIVER. (Annick), La responsabilité du médecin..., op, cit, p.136.

وفاء شيعاوي، مرجع نفسه، ص254.

(4) Cour d'appel de paris 1<sup>ère</sup>. civ 7 avril 1995, manifestent cette sévérité " Si en matière de chirurgie esthétique, l'obligation de moyens demeure la règle, cette obligation doit être interprétée restrictivement alors que le but recherché n'est pas de recouvrer la santé, mais d'apporter une amélioration à une état préexistant jugé non satisfaisant par le patient " Ibid,p. 137.

كما حمل القضاء المصري جراح التجميل التزاما ببذل عناية مشددة، وذلك في قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 26 جوان 1969، أشارت إليه وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص254.

يتمثل الفرق بين التوسع في موجب تحقيق نتيجة، وفكرة الخطأ الاحتمالي، التي سبقت الإشارة إليها، أنه في الخطأ الاحتمالي يستطيع الطبيب أن ينفي وقوع الخطأ في جانبه بإثبات قيامه بالعناية المطلوبة منه، أما في حالة الالتزام بتحقيق نتيجة، فعدم تحقق النتيجة يؤدي إلى ثبوت الخطأ الطبي في جانب الطبيب، ولا يعفيه أن يثبت أنه قام بالعناية المطلوبة منه، بل لا بد منه للتخلص من الخطأ الطبي، أن يرجع الخطأ الواقع إلى سبب أجنبي، أو إلى خطأ المريض المتضرر نفسه، أو خطأ الغير<sup>(1)</sup>.

يرى الدكتور محمد حسن قاسم أن هذه القرينة القاطعة يمكن اعتبارها "شبه قانونية"، على أساس أن القرينة القاطعة لا يملك تقريرها إلا المشرع، وباعتبار التزام الطبيب بتحقيق نتيجة تتولد عليه قرينة قاطعة، فحتى وإن لم يوردها المشرع إلا أنه تترتب عليها نفس الآثار المترتبة على القرائن القانونية القاطعة<sup>(2)</sup>.

نستخلص إذن، أن حصر التزام الطبيب ببذل عناية في فكرة العلاج بمفهومه التقليدي، والتوسع المقابل لالتزاماته بتحقيق نتيجة، قد ساهم بقدر كبير في التخفيف من حدة عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض، إن لم نقل إعفاءه منه تقريبا، باعتباره يبقى مكلفا بإثبات وجود الالتزام وعدم تحقق النتيجة، إلا أن ذلك يبقى أمرا سهلا لإثباته مقارنة بإثبات الخطأ الطبي.

أخيرا نقول، أن القضاء ومحاولة منه إيجاد حلول قصد التخفيف من وطأة حدة الإثبات على المريض، خلال الوسائل التي قمنا باستعراضها، إلا أنه يبقى رغم ذلك متمسك بإقامة المسؤولية على أساس الخطأ، والذي يكون قابلا لإثبات العكس في الحالة الأولى ( الخطأ المفترض)، وغير قابل لإثبات العكس في الحالة الثانية، أي التوسع في الالتزامات بتحقيق نتيجة، ومحاولة منه إيجاد حلول أخرى ظهرت المسؤولية دون خطأ كوسيلة أخرى للحد من صعوبات عبء الإثبات.

(1) د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبي...، مرجع سابق، ص 66.

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 116.

## الفرع الرابع

### المسؤولية غير الخطئية

يتطلب التعويض عن الأضرار التي تنسب إلى المستخدمين في المرافق الصحية العامة توافر ركن الخطأ وذلك إلى غاية بداية القرن العشرين، حيث بدأت تظهر بوادر مسؤولية جديدة وهي مسؤولية دون خطأ. فالمسؤولية دون خطأ هي تلك التي تتحقق استناداً إلى الضرر الذي لحق بالمضرور، واستقلالاً عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر<sup>(1)</sup>.

يتمثل الهدف من ابتكار مثل هذه الوسائل القانونية في إعفاء المريض المتضرر من عبء إثبات الخطأ الطبي<sup>(2)</sup>، وكذلك إعفاء القاضي من مشقة البحث في الوقائع لاستخلاص الخطأ<sup>(3)</sup>، ما يعني أنه لم يبقى إلا العمل الذي سبب الضرر، والذي يكون محل الاعتبار حيث لا يشكل إثبات هذا العمل أي صعوبة.

تم اللجوء إلى هذه الوسيلة من طرف القضاء الإداري في بادئ الأمر، وذلك سعياً منه لتحقيق نوع من المساواة بين المرضى المضرورين من الأعمال الطبية، التي تمارس في المرافق الصحية العامة، وبين مستخدمي هذه المرافق. بعد ذلك حاول القضاء العادي اللحاق به عن طريق إقامة مسؤولية الأطباء في القطاع الخاص دون توفر ركن الخطأ.

سنحاول إلقاء نظرة على كيفية إقرار القضاء الإداري للمسؤولية دون خطأ، كنقطة أولى، ثم محاولات القضاء العادي تطبيق هذا النوع من المسؤولية كنقطة ثانية.

(1) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال...، مرجع سابق، ص 118.

(2) وهو العبء الذي يقع على عاتق المريض بحسب الأصل كما سبق وأن أشرنا إليه سابقاً في الإسناد المبدئي لعبء الإثبات.

(3) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 132

## أولاً : إقرار القضاء الإداري للمسؤولية غير الخطئية:

استمر القضاء الإداري في إقامة مسؤولية المستشفيات العامة على أساس فكرة الخطأ، وذلك إلى غاية سنة 1990، حيث صدر قرار Gommez بتاريخ 1990/12/21 عن محكمة استئناف ليون<sup>(1)</sup>، تتلخص وقائع هذا القرار بأن ولدا يدعى serge يبلغ من العمر 15 عاماً، أدخل إلى المستشفى لإجراء عملية جراحية في العمود الفقري، ظهرت إثر العملية مضاعفات أدت إلى شلل الطفل في أطرافه السفلى بعد 36 ساعة، وكان ذلك نتيجة استخدام طريقة علاجية جديدة تدعى Méthode du luque وهي طريقة غير معروفة النتائج بشكل كامل<sup>(2)</sup>.

رفضت محكمة ليون طلب التعويض، على أساس عدم وجود خطأ مرتكب من طرف الطبيب أو مساعديه، وذلك وفقاً لتقرير الخبراء، استأنفت عائلة gommez هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف الإدارية، والتي استجابت لطلب التعويض، وقضت بمسؤولية المستشفى، وجاء في حكمها " إن استعمال طريقة علاجية جديدة يمكن أن يستتبع خطراً على المرضى الذين يخضعون له، خاصة أن نتائج هذه الطريقة غير معلومة بعد، وإن استخدام مثل هذه الطريقة تم دون وجود ضرورة تفرضها حالة المريض، مما يؤدي إلى قيام مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي أصابت المريض، والتي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة لطريقة Luque حتى في حالة غياب الخطأ<sup>(3)</sup>.

(1) C.A. Lyon, 21/12/1990 , Affirme que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée , lorsque ses conséquences ne sont pas encore entièrement connues , un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet : que lorsque le recours a une tell thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales , les complications exceptionnelles et enormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent même en l'absence de faute la responsabilité de service public hospitalier <http://www.droit-médical.Net>, cité aussi par KARADJI.( Mustapha), Le juge administratif et la faute médicale, R .C .D .S .P, numéros spécial, 2008/1,p248, HURREAU.(J), POITOU.( d), L'expertise médicale ...,op, cit, p. 154.

(2) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 133.

(3) علي عصام غصن، مرجع نفسه، ص 134.



يكون بذلك القضاء الإداري الفرنسي قد أقام لأول مرة مسؤولية المستشفيات العامة دون وجود خطأ ثابت في حقها، وذلك في نطاق محدد يتمثل في استعمال طريقة جديدة غير معروفة النتائج، ودون وجود حالة ضرورة تفرضها، بعد 3 سنوات من صدور قرار Gommez وبتاريخ 1993/04/09 صدر عن مجلس الدولة الفرنسي حكم Bianchi<sup>(1)</sup>، هذا الحكم الذي أثار العديد من التساؤلات، وكان ذلك إثر قضية السيد Bianchi الذي أدخل إلى مركز طبي بمرسيليا بسبب معاناته من نوبات أعصاب خاصة في الجهة اليمنى من وجهه، أجريت له عملية تصوير بالأشعة والسكانير فلم يلاحظ أي شيء يذكر، مما أدى إلى تصوير شرايين العمود الفقري وذلك بعد تخدير السيد Bianchi، وكان من نتائج ذلك أن أصيب بشلل نتيجة لاستخدام بعض الأدوات، رغم عدم وجود أي خطأ طبي أثناء القيام بذلك<sup>(2)</sup>، ورغم ذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية المستشفى وقضى بتعويض للمضرور.

يكون بذلك القضاء الفرنسي قد وضع الشروط اللازمة لإعمال هذا المسؤولية، حيث لا يمكن إقامتها إلا إذا كان العمل الطبي الذي تسبب في الضرر ضروريا للتشخيص أو لعلاج المريض، ويكون الخطر الذي يمكن حدوثه معروف الوجود، لكن نسبة حدوثه تبقى استثنائية، كما يشترط في الضرر الناتج عن العمل الطبي أن يكون شديد الخطورة حيث لا يبدي المريض استعداد خاص لهذا الخطر<sup>(3)</sup>.

يتضح لنا مما سبق أن الفرق بين حكم Gommez و Bianchi هو أن الأول يتعلق

(1) C.E le 9 avril 1993, affirme que « Lorsqu' un acte médicale nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente, un resèque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement expose, la responsabilité de service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentent un caractère d'extrême gravite » [http:// www. Droit-medical.net](http://www.Droit-medical.net), cité aussi par HURREAU. (jean), POITOUT.( d), L'expertise médicale... ,op, cit, p. 154.

(2) علي عصام غصن، الخطأ الطبي ...، مرجع سابق، ص 134.

(3) KARADJI.( Mustapha), Le juge administratif et la faute médicale, R. C. D. S. P. Numéro Spécial, N<sup>o</sup>1, 2008, pp.249 ,250.

باستخدام تقنية حديثة غير معروفة النتائج، أما الثاني فيتعلق بتقنية تقليدية وهي التصوير بالأشعة وهي تقنية معروفة النتائج، لكن نسبة خطورتها رغم أنها معروفة الوجود، إلا أنها استثنائية وضئيلة جدا.

حاول بعد ذلك القضاء الفرنسي التوسيع في نطاق تطبيق هذه المسؤولية غير الخطيئة، وكان ذلك إثر صدور حكم Hôpital Joseph Imbert بتاريخ 1997/11/03 تتمثل وقائع هذه القضية في أن ولدا صغيرا يدعى Djamel Mehrez يبلغ من العمر 5 سنوات، أدخل المستشفى لإجراء عملية ختان، وإثر ذلك أدخل الطفل في نوم سباتي عميق (coma) لمدة عام كامل، قبل أن يتوقف قلبه، مما أدى إلى وفاته، وبهذا الحكم يكون مجلس الدولة الفرنسية قد طبق نفس المبادئ المطبقة إثر قضيتي Gommez و Bianchi.

نلاحظ أن الحكم لم يصدر في قضية متعلقة بشخص مريض وفقا للمعنى التقليدي، أي شخص يعاني من مشاكل صحية، إنما بمناسبة شخص أدخل إلى المستشفى لإجراء عملية ختان، واعتبر الحكم أنه أيا كان الباعث لدخول الشخص إلى المستشفى، فإنه يقع تحت مسؤوليتها، وكل ضرر يصيبه تتحمل مسؤولية ذلك .

يبقى الهدف من هذه المسؤولية هو السهولة الممنوحة للضحية والذي لا يكون ملزما بإثبات الخطأ الذي يكون صعبا الإتيان به، فيكفيه إثبات الضرر للنطق بالتعويض من طرف القاضي<sup>(1)</sup>.

بالتالي لم يعد المضرور مطالبا بإقامة الدليل، ولم يعد القاضي ملزما بالبحث واستخلاص الخطأ من الوقائع المعروضة أمامه، حيث تقوم مسؤولية المرفق الطبي بمجرد وقوع الضرر، ولا يمكن دفع هذه المسؤولية إلا بالإثبات القوية القاهرة أو خطأ المضرور أو الغير، وذلك وفقا للقواعد العامة في الإثبات . يبقى أن نعرف إن كان يمكن

(1) KARADJI.( Mustapha), Le juge administratif et la faute..., op, cit, p.250.

نقل مثل هذه المبادئ في إثبات الخطأ الطبي من القضاء الإداري إلى القضاء العادي وهذا ما سنحاول التطرق إليه.

### ثانيا : محاولات القضاء العادي تطبيق المسؤولية غير خطئية:

حاول القضاء العادي اللحاق بالقضاء الإداري بشأن إقامة مسؤولية الأطباء والجراحين دون حاجة لإثبات الخطأ، وأثناء ذلك ابتكر القضاء العادي وسيلة قانونية يمكن من خلالها إقامة المسؤولية الطبية غير الخطئية وفقا لقواعد القانون الخاص، تتمثل هذه الوسيلة في ظهور مبدأ الالتزام بضمان السلامة<sup>(1)</sup>، هذا المبدأ الذي انحصر في بادئ الأمر في مجال النقل، سرعان ما أصبح مبدأ قانوني يمكن تطبيقه في مجالات أخرى، بما في ذلك المسؤولية الطبية.

فقد تلحق المريض أضرار أثناء قيام الطبيب بمعالجته، هذه الأضرار التي قد تكون مرتبطة بالعمل الطبي ذات طابع فني، أي ترتبط بالعلاج بمفهومه التقليدي، والذي يكون التزام الطبيب فيه التزام ببذل عناية كأصل وفقا للرأي الراجح، باعتباره يتضمن عنصر الاحتمال، ووفق ذلك يكون على المريض عبء إثبات تقصير الطبيب حتى يتحصل على تعويض، أما إذا كانت الأضرار اللاحقة به غير مرتبطة بالعلاج بمفهومه التقليدي ومستقلة عنه، حيث يكون التزام الطبيب فيها بتحقيق نتيجة، فإن المريض يعفى من إثبات خطأ الطبيب، حيث يكون على هذا الأخير بموجب ذلك إثبات السبب الأجنبي<sup>(2)</sup> حتى تنتفي عنه المسؤولية.

يقصد بالالتزام بضمان السلامة ليس الالتزام بضمان شفاء المريض، ولكن الالتزام بعدم تعريضه لأي أذى، وعدم إلحاق الضرر به بسبب ما يستعمله الطبيب من أدوات وأجهزة أثناء قيامه بالعمل الطبي<sup>(3)</sup>، أو بسبب ما يعطيه له من أدوية، وألا يتسبب في

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 137.

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 174.

(3) جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية " إذا تبين أن الحادث مرده إلى سوء صفات في الآلة التي يستخدمها الجراح، عندها يكون قد أخل بالتزام هو من نوع التزام الغاية، إذ من المحتم عليه، أن يقدم الآلات والعلاجات التي =

نقل مرض آخر إليه بسبب العدوى<sup>(1)</sup>، إما بسبب عدم تعقيم المكان الذي يتواجد به المريض أو الأدوات المستعملة في علاجه، أو بسبب عملية نقل الدم إليه، فوفقاً لمبدأ الالتزام بضمان السلامة، أصبح يمكن للمريض الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به دون البحث عن وجود خطأ، والأضرار المقصودة هنا هي تلك التي لا ترتبط مباشرة بأثر ما يتلقاه المريض من علاج، كما أنها أضرار مستقلة عن العمل الطبي بمفهومه الفني.

طبق القضاء الفرنسي مبدأ ضمان السلامة في شأن انتقال العدوى، وكان ذلك في عدة قرارات صادرة عنه، أولها صدر بتاريخ 1999/06/29، والذي اعتبر بموجبه أنه في حالة انتقال العدوى فإن الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة وهو التزام يقع سواء على عاتق المؤسسة الصحية أو على عاتق الطبيب<sup>(2)</sup>. فالطبيب ملزم اتجاه مريضه في حالة انتقال العدوى بالالتزام بضمان السلامة، وهو التزام بتحقيق نتيجة حيث لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 23 مارس 2007<sup>(3)</sup>.

= لا يمكن أن يضار منها المريض، أما إذا جاء الحادث وليد كيفية استخدام الآلة أو المستحضر الذي لا عيب فيه، عندها يكون إخلاله بإخلالاً بالالتزام ببذل عناية، وهو الالتزام العام بالعناية". قرار مشار إليه من طرف نيابة نسيب، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 65.

(1) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 173.

(2) Cass, civ, 1<sup>ère</sup>, 29 juin 1999 cité par DORSNER- DOLIVET.( Annicke), La responsabilité du médecin... ,op, cit, p. 199.

(3) C. paris, 1<sup>ère</sup>, civ, 23 mars 2007, affirme que « Un médecin est tenu, vis-à-vis de son patient en matière d'infection nosocomiale, d'une obligation de sécurité de résultat dont il ne peut se libérer qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère » , Gazette du palais, Recueil, mars – avril, 2008, p. 1139

إن إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية يعتبر عبء في منتهى الصعوبة مقارنة بإثبات عدم ارتكاب خطأ، حيث يتوجب على الطبيب إثبات ثلاث شروط في السبب و هي : أن يكون السبب خارجياً عنه و أن يكون غير متوقع وغير ممكن الدفع.

يتضح مما سبق أن القضاء الفرنسي طبق أولاً قرينة الخطأ كما رأينا في الخطأ المفترض، لينتقل بعد ذلك إلى تطبيق قرينة المسؤولية بمناسبة عدم اشتراط الخطأ في مساءلة الطبيب، والفرق بين الحالتين هو أنه إذا كنا بصدد قرينة الخطأ (الخطأ المفترض) فإن الطبيب يمكنه التخلص من المسؤولية بمجرد إثبات أنه لم يرتكب خطأ وأنه لم ينحرف في سلوكه عن السلوك الواجب الإلتباع، أما في حالة قرينة المسؤولية (المسؤولية غير الخطئية)، فإن الطبيب لا يمكنه التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، خطأ الغير أو خطأ المضرور، وتوصل أخيراً إلى محاولة الاستغناء كلية عن فكرة الخطأ، ليس لشيء إلا لجعل المريض يتمكن من الحصول على التعويض، ومحاولة منه تليين القواعد القانونية السائدة لجعلها أكثر حماية للمريض والذي هو الطرف الضعيف في العلاقة الطبية .

نستخلص في الأخير أن إثبات الخطأ الطبي من حيث عبء الإثبات، يخرج عن القواعد العامة التي تقضي أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فخصوصيات هذا الخطأ قد جعلت مهمة تحمل المريض لعبء إثبات الخطأ الطبي باعتباره المدعي مهمة شاقة، إن لم نقل مستحيلة في بعض الأحيان، لذا رأى الفقه والقضاء ضرورة الخروج عن القواعد العامة، وذلك بإعفاء المريض من تحمل هذا العبء حتى ولو كان هو المدعي، وإيجاد حلول لمواجهة صعوبة إثبات الأخطاء الطبية من طرف المريض، هذا من حيث عبء الإثبات، بقي أن نحاول معرفة ما إذا كان يمكن تطبيق القواعد العامة على طرق إثبات الخطأ الطبي، بتعبير آخر هل يمكن إثبات الخطأ الطبي بالاعتماد على وسائل الإثبات القانونية كغيره من الأخطاء الأخرى، أم أن خصوصيات هذا الخطأ قد تجعل هذه الوسائل غير كافية بإثباته.

## الفصل الثاني

### وسائل إثبات الخطأ الطبي

الأصل أن إثبات الخطأ الطبي جائز بكافة طرق الإثبات بما فيها الخبرة وشهادة الشهود والقرائن القضائية والكتابة<sup>(1)</sup>، حيث يقع على عاتق المتضرر إثبات خطأ الطبيب وهذا ممكن بالاعتماد على كل وسائل الإثبات.

ويتحقق القاضي من وجود خطأ طبي أكد ارتكبه الطبيب عن رعونة وعدم تبصر<sup>(2)</sup>، فمن الضروري أن يكون الخطأ ثابتا ثبوتا قطعيا أكيدا وليس مجرد تخمين، لذا يجب أن يستند الإثبات إلى وقائع دقيقة وليس إلى مجرد معطيات يمكن إثبات عكسها.

غير أن طرق إثبات الأخطاء الطبية تختلف باختلاف طبيعتها من حيث كونها، أخطاء ذات طابع فني أو أخطاء متعلقة بالإنسانية الطبية.

بالنسبة للأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية فيمكن اعتماد كل وسائل الإثبات القانونية الممكنة لإثباتها بما في ذلك القرائن وشهادة الشهود، كما يكون للقاضي الدور الإيجابي في إثبات هذه الأخطاء فمنها ما يمكنه اكتشافها وفقا لثقافته العامة كالأخطاء العادية للطبيب، كما يلعب دور مهم في الأخطاء المهنية، وذلك بالرجوع إلى التزامات الطبيب المنصوص عليها في القانون ومحاولة قياس سلوكه مع هذه الالتزامات.

أما الأخطاء الطبية ذات طابع فني، فإن القاضي يكون ملزما بالاعتماد على الخبرة باعتبارها وسيلة الإثبات الوحيدة الناجعة لحل المسائل الفنية المطروحة أمامه ويبقى دوره منحصرا في الأخذ أو عدم الأخذ بتقرير الخبرة.

(1) علي عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 160.

(2) د/ عاطف النقيب، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 135.

انطلاقاً من هذا، يمكننا التمييز في كيفية إثبات الأخطاء الطبية بين الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية والتي سنتطرق إليها في (المبحث الأول) وكيفية إثبات الأخطاء الطبية الفنية في (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### وسائل إثبات الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية

سبق وأن قلنا أن الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية هي الأخطاء الخارجة عن نطاق الفن الطبي، وهي التي تقوم على أساس مخالفة الطبيب لواجباته التي تهدف إلى احترام البعد الإنساني في مجال الممارسة الطبية، ويستقل القاضي من حيث المبدأ بتقدير الأخطاء الطبية ذات الطبيعة الإنسانية، كما أن إثباتها يتم وفقاً لطبيعة ومضمون الالتزام الذي خالفه الطبيب، ولا يحتاج القاضي في سبيل ذلك إلى تعيين خبير فني لأن مهمة هذا الأخير تتمثل في إبداء الرأي في المسائل الفنية لا أكثر.

يتم مبدئياً إثبات الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية بكل وسائل الإثبات، بما في ذلك شهادة الشهود، القرائن والكتابة وسواء كنا بصدد عدم الحصول على رضى المريض أو الإخلال بالالتزام بالإعلام، أو إفشاء الطبيب للسر المهني، فإنه من الناحية العملية تكون هذه القاعدة محدودة التطبيق، على أساس أن هناك من الوسائل ما يمكن اعتماده فعلاً لإثبات الخطأ الطبي، كالقرائن، وهناك وسائل أخرى تكون ناجعة في إثبات أخطاء دون أخرى، كالكتابة، كما نجد وسائل إثبات قانونية يصعب الاعتماد عليها لإثبات الأخطاء الطبية، كالشهادة.

يبقى أن للقاضي الدور الإيجابي في إثبات الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية، وذلك من خلال تقدير الوقائع للتحقق من مدى حدوث الخطأ من عدمه، لذا سنحاول التطرق إلى وسائل الإثبات القانونية (المطلب الأول)، ومدى إمكانية الاعتماد عليها من الناحية العملية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول وسائل الإثبات القانونية

نص المشرع الجزائري على وسائل الإثبات القانونية، وذلك في المواد 323 و ما يليها من ت.م.ج وهي الكتابة، الشهادة، القرائن، الإقرار و اليمين، وما يهمننا نحن في بحثنا هو الكتابة، الشهادة و القرائن، باعتبارها وسائل تتم بها عملية البحث عن الدليل، أما اليمين والإقرار فهما وسيلتان للإعفاء من الإثبات ولا يتم بهما البحث عن الدليل.

### الفرع الأول الكتابة

تعتبر الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية<sup>(1)</sup>، حيث تسمح طبيعة هذه التصرفات بتهيئة دليل إثباتها مقدما أي منذ نشوئها، ولقد أعطى لها المشرع قوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية، بينما لا يكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محدودة في الإثبات.

تختلف الكتابة كشكلية والكتابة كوسيلة للإثبات، فالكتابة الشكلية شرط ضروري لانعقاد العقد، وبدونها يعتبر العقد باطلا نظرا لنقص ركن من أركانه وهي الكتابة، أما الكتابة كوسيلة إثبات، فانعدامها لا يؤثر في وجود العقد، بل يكون موجودا ومنتجا لأثاره فالكتابة ليست إلا وسيلة لإثباته .

(1) د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د.ت. ن، ص109.



تنقسم المحررات باعتبارها دليل إثبات إلى محررات رسمية ومحررات عرفية، فالمحررات الرسمية هي التي تصدر عن شخص ذي صفة رسمية أي موظف، أما المحررات العرفية فهي التي تصدر من أي شخص عادي، وهي بدورها تنقسم إلى أوراق معدة للإثبات، و أخرى غير معدة لذلك<sup>(1)</sup>.

### أولاً: المحررات الرسمية:

عرفت المادة 324 ت م ج الورقة الرسمية حيث قضت بأن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

1- شروط الورقة الرسمية : انطلاقاً من نص المادة يمكننا استنتاج ثلاث شروط لصحة الورقة الرسمية.

**الشرط الأول: صدور الورقة الرسمية من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:** إذ يكون هذا الشخص هو من حررها، وليس شرط أن تكتب بخط يده، بل يكفي أن تكون مكتوبة باسمه وأن يقوم بالإمضاء عليها<sup>(2)</sup>، والموظف العام هو كل شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها كالموثق مثلاً، ويختلف الموظفون العموميون باختلاف الأوراق الرسمية، فالموظف الذي يقوم بتحرير التصرفات القانونية هو الموثق، والموظف الذي يقوم بتحرير الأحكام هو القاضي<sup>(3)</sup>.

لا يشترط أن يكون الشخص الذي تصدر منه الورقة الرسمية موظفاً، بل يكفي أن

(1) تختلف الورقة الرسمية عن الورقة العرفية من عدة نواحي، فمن ناحية الشكل: يشترط في الورقة الرسمية أن تحرر من موظف مختص أما الورقة العرفية فالشرط الوحيد لصحتها هو توقيع محررها إذا كانت معدة للإثبات، وفي غير ذلك فلا ضرورة للتوقيع. من ناحية الحجية في الإثبات، تكون للورقة الرسمية حجة على الكافة من حيث صدورها ممن وقعها، ومن حيث ما ورد فيها إلى غاية الطعن فيها بالتزوير، أما الورقة العرفية، فمن حيث صدورها ممن وقعها يكفي إنكار الخط أو التوقيع، أما من حيث ما ورد فيها فيكفي دحضه بإثبات العكس.

(2) د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية...، مرجع سابق، ص 113.

(3) د/ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999، ص 124.

يكون مكلفا بخدمة عامة، فالخبير مثلا يقوم بإعداد تقرير حول المهمة المسندة إليه، وهو ليس موظف عام و لكنه كلف بخدمة عامة<sup>(1)</sup>.

**الشرط الثاني: أن يكون صدور المحرر داخل في حدود سلطة الموظف واختصاصه:**

يقصد بذلك أن يكون الموظف العام، أو المكلف بخدمة عامة، قد قام بتحرير الورقة أثناء ثبوت ولايته لذلك، بمعنى أن يكون قائما بعمله وقت تحريرها<sup>(2)</sup>، أي يجب أن يتمتع الموظف بهذه الصفة وقت تحريرها و لم يمنعه مانع من ذلك<sup>(3)</sup>، فإذا كان معزول من وظيفته أو تم توقيفه، أو نقل منه أو حل غيره محله على أي وجه، فإن ولايته تزول، ولا يجوز له مباشرة عمله، فتكون الورقة التي يحررها باطلة.

يجب إضافة إلى ذلك، أن يكون الموظف مختصا نوعيا حتى تعتبر الورقة الرسمية صحيحة، فلا يجوز مثلا، أن يقوم موثق بتحرير حكم، فإن فعل فلا تعتبر الورقة رسمية.

**الشرط الثالث: مراعاة الأشكال القانونية في تحرير الورقة:**

وضع المشرع إجراءات يجب على الموظف التقيد بها عند تحرير الورقة الرسمية وإلا اعتبرت باطلة، فالقاضي يجب عليه احترام الإجراءات المنصوص عليها قانونا في تحرير الأحكام<sup>(4)</sup>، كبيان أطراف الدعوى، ومطالبهم، ودفوعهم وذكر النصوص القانونية المطبقة في تقرير الحكم، بشرط عدم وجود كشط أو حشر<sup>(5)</sup>، أو كتابة بين السطور وفي حالة ما إذا وجدت يجب التصديق عليها.

هذه هي الشروط الواجب توافرها في كل ورقة حتى تعتبر رسمية، فإن انتفت هذه

(1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 620 .

(2) د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد...، مرجع سابق، ص 119.

(3) د/ محمد زهور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، د. د. ن، د. ب. ن، 1991، ص 20.

(4) د/ عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، د. ب. ن، 1996، ص 59.

(5) د/ عادل حسن علي، مرجع نفسه، ص 59.

الشروط أو إحداها يمكن اعتبار هذه الورقة عرفية طبقا لنص المادة 326 مكرر 2<sup>(1)</sup> من ت م ج إذا كانت موقعة من الأطراف.

## 2- حجية الورقة الرسمية:

إذا توافرت الشروط المذكورة آنفا، كانت للورقة صفة الرسمية وأصبح لها حجيتها في الإثبات، بالتالي فمن يحتج بالورقة الرسمية لا يلزم بإثبات صحة هذه الورقة، وعلى من ينكرها أن يثبت عدم صحتها، ولا يكون ذلك إلا بالدفع بالتزوير، وهذا ما يستنتج من نص المادة 324 مكرر 5 ت م ج التي تنص: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني "

غير أن هذه الحجية تثبت ما قام به الموظف العام، أو الضابط العمومي بنفسه، أو من رآه بعينه في نطاق مهمته واختصاصه، أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة الموظف العام، واقتصر نظر هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحاتهم، فهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية، ويمكن إثبات عكسها بالطرق العادية للإثبات من غير التقيد بطريقة الادعاء بالتزوير<sup>(2)</sup>.

## ثانيا: الأوراق العرفية:

يقصد بالأوراق العرفية تلك الصادرة عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظفا رسميا أو شخص مكلف بخدمة عامة<sup>(3)</sup>، و بدورها تنقسم إلى أوراق معدة للإثبات وأوراق غير معدة للإثبات.

(1) تنص المادة 326 مكرر 2 ت م ج على أنه " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف ".

(2) د/ محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية...، مرجع سابق، ص 21 ولمزيد من الشرح راجع في هذا الشأن د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 628 وما يليها.

(3) نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 96، د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد...، مرجع سابق، ص 135.

**1- الأوراق العرفية المعدة للإثبات:**

هي أوراق عرفية مهيأة للإثبات مسبقاً، يكتبها الأفراد بقصد أن تكون أداة إثبات فيما قد يثور من منازعات حول مضمونها، ولذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه<sup>(1)</sup>.

**أ- شروط صحة الورقة العرفية المعدة للإثبات :**

الورقة العرفية المعدة للإثبات لا يشترط لصحتها إلا توقيع من هي حجة عليه، حيث تستمد الورقة العرفية حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده، فإن خلت من توقيع أحد العاقدين فلا تكون لها أية حجية، بل إنها لا تصلح مبدأً ثبوت بالكتابة ضده، إلا إذا كانت مكتوبة بخط يده، ويكون التوقيع عادة بالإمضاء، ويجوز أن يكون بالختم أو ببصمة الإصبع بالنسبة للأمينين.

يجب على صاحب الشأن أن يوقع بنفسه، أما البيانات المكتوبة، فيصح أن تكون بخط المدين أو بخط أي شخص آخر ولو كان الدائن.

**ب- حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات :**

للورقة العرفية حجية إلى أن ينكرها صاحب التوقيع، هذا من حيث مصدرها، أما من حيث صحة ما ورد فيها تكون للورقة العرفية حجية قائمة إلى أن يثبت العكس.

**حجية الورقة من حيث صدورها ممن وقعها:**

إذا اعترف صاحب التوقيع بصدور الورقة منه، أو سكت ولم ينكر صراحة صدورها منه، اعتبرت الورقة صادرة منه، والتوقيع توقيعاً، والخط المكتوب به خطه، وتصبح الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقعها في قوة الورقة الرسمية، ولا يجوز

(1) نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 96.

لصاحب التوقيع أن ينكرها بعد ذلك، إنما لا يكون أمامه سوى الطعن في الورقة بالتزوير، وفي حالة ما إذا أنكر صراحة التوقيع والخط، فعلى المحتج بالورقة عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع، وذلك بإحالة الورقة على التحقيق<sup>(1)</sup>.

### حجية الورقة من حيث صحة ما ورد فيها:

تعتبر البيانات الواردة في الورقة العرفية صحيحة إلى أن يقوم الدليل على العكس، فما هو وارد في الورقة يكون صحيحا في مواجهة صاحب التوقيع، إلى أن يثبت عكس ما هو مدون في الورقة، ويقع عليه عبء إثبات العكس طبقا للقواعد العامة، ومن هذه القواعد أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة<sup>(2)</sup>، وفقا لنص المادة 334 ت م ج، ويدخل في صحة الوقائع صحة تاريخ الورقة العرفية، حيث يفترض صحة هذا التاريخ إلى أن يثبت صاحب التوقيع العكس، ولا يثبت هذا إلا بالكتابة، وحجية الورقة العرفية بالنسبة للغير هي نفسها فيما بين الطرفين.

### 2- الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات:

توجد أوراق عرفية لم تعد مقدما للإثبات، ومع ذلك يجعل لها القانون بنص خاص حجية معينة، ولا يشترط أن يكون موقع عليها حيث تصلح للإثبات كأدلة عارضة.

نص التقنين المدني الجزائري على هذه الأوراق العرفية، ومنها الرسائل والبرقيات، الدفاتر التجارية، والتأشير على سند براءة نمة المدين، وذلك من المادة 323 مكرر إلى المادة 332 ت م ج .

(1) يرد الإنكار على الورقة العرفية، أما الإدعاء بالتزوير فيرد على جميع الأوراق رسمية كانت أو عرفية، أي أن الورقة العرفية تحتمل الطعن بالتزوير والإنكار، فلصاحب التوقيع أن يكون هو المهاجم، فيطعن في الورقة العرفية بالتزوير، ويقع عليه عندئذ عبء الإثبات، كما له أن يقتصر على الإنكار فيلجأ المحتج بها إلى إجراءات التحقيق.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 65136، الصادر بتاريخ 1991/02/06، حيث جاء فيه " من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإتيان بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه العقد الرسمي، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بقصور الأسباب وسوء تطبيق القانون غير مؤسس"، المجلة القضائية، عدد 1، 1993، ص 119.

سنحاول التركيز على الرسائل والبرقيات باعتبارها من بين الوثائق التي يمكن تقديمها للإثبات في إطار المسؤولية الطبية<sup>(1)</sup>، أما الدفاتر التجارية والتأشير على سند فهي تخرج عن نطاق دراستنا.

#### أ - الرسائل:

الرسالة خطاب يرسل من شخص إلى آخر بشأن مسألة تهم الطرفين، تقوم إدارة البريد غالبا بإيصال الرسائل، كما قد يقوم بذلك رسول، وقد يسلمها الشخص مباشرة إلى صاحبه<sup>(2)</sup>.

#### قيمة الرسالة في الإثبات:

تنص المادة 329 ت م ج: " تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات.

وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل عكس ذلك. وإذا أتلّف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس".

إذا كانت الرسالة موقعة من المرسل استوفت شروط الورقة العرفية المعدة للإثبات وأصبحت لهما نفس الحجية، حيث تكون حجة على من وقعها من حيث صدورهما منه، إلى أن ينكر توقيعيه أو خطه أو بصمته، و تكون حجة أيضا بما هو مدون فيها إلى أن

(1) يمكن إثبات الخطأ الطبي عن طريق الرسائل والبرقيات المتبادلة بين الأطباء، فمثلا إذا كان على الطبيب العام توجيه المريض إلى طبيب مختص، فإن ذلك يكون عن طريق رسالة موجهة إليه وموقعة من الطبيب العام، بالتالي يمكن اعتماد هذه الرسالة كوسيلة لإثبات مدى قيام الطبيب العام بالتزامه بتوجيه المريض إلى مختص من عدمه، نفس الشيء بالنسبة للوثائق التي يحويها الملف الطبي للمريض، فأغلب هذه الوثائق تعتبر أوراق عرفية غير معدة للإثبات، لكن رغم ذلك يتم الاعتماد عليها كوسيلة لإثبات كل ما تم اتخاذه اتجاه المريض من فحوص و تشخيص و إجراءات العلاج.

(2) د/ عباس العبودي، شرح أحكام قانون...، مرجع سابق، ص 671.

يثبت العكس، وهي حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني الذي تتضمنه الرسالة.

يرى البعض أن القاضي عند تفسيره للعبارة الواردة في الرسالة غير المعدة للإثبات، ينبغي عليه أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف التي حررت فيها الرسالة، من هذه الظروف أن المرسل لم يقصد اتخاذها دليلاً عليه<sup>(1)</sup>.

ذهب الدكتور عباس العبودي ونحن نشاطره الرأي في ذلك، أن القاضي عند ما يقوم بتفسير عبارات الرسائل، عليه أن يفسرها طبقاً للأحكام والقواعد العامة المقررة في تفسير عبارات العقد، فإذا كانت العبارات واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها، أما إذا كانت غامضة، فيجب على القاضي أن يستعين بالقواعد العامة في تفسير العقود لكي يستجلي منها الحقيقة<sup>(2)</sup>.

#### ب - البرقيات:

البرقية رسالة مختصرة يوجهها شخص إلى آخر بواسطة مركز البريد الذي يحتفظ بأصلها، وتعطي من وجهت إليه صورة عنها، وقوة البرقية في الإثبات كقوة الرسالة الموقعة، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من المرسل<sup>(3)</sup>، وفقاً لنص المادة 329 ت م ج، حيث اشترطت المادة أن لا يكون أصل البرقية قد أتلّف أو فقد من طرف مركز البريد، وفي حالة فقدانه فلا عبرة بالصورة ولا تصلح لإقريئة لمجرد الاستئناس، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

(1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية ...، مرجع سابق، ص 617، د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد ...، مرجع سابق، ص 194.

(2) د/ عباس العبودي، شرح أحكام قانون ...، المرجع سابق، ص 167.

(3) د/ عادل حسن علي، الإثبات في المواد ...، مرجع سابق، ص 168.

نتساءل الآن ترى ما طبيعة المحررات التي يمكن أن يحويها الملف الطبي للمريض والتي يمكن اعتمادها كدليل إثبات ؟ هل هي محررات رسمية أم محررات عرفية؟

الحقيقة أن الإجابة على هذا السؤال يدفعنا إلى التمييز بين وثائق قد تحرر من طرف أطباء باعتبارهم موظفين في مستشفيات عمومية، وهي وثائق تحمل صفة الرسمية، أما الوثائق الصادرة عن الأطباء بصفتهم الشخصية وتحمل توقيعهم دون تأشير المؤسسة الإستشفائية فهي محررات عرفية، ومنها ما هو معد للإثبات، كالوثائق التي يشترط القانون توقيعها من المريض قبل اللجوء إلى إجراء العملية، ومنها ما هو غير معد للإثبات كالرسائل والبرقيات المتبادلة بين أطباء خصوصيين، ووصفات الأدوية... إلخ . والتي تعتبر محررات عرفية غير معدة للإثبات، وكل ما يتم تدوينه حول الحالة الصحية للمريض في ملفه الطبي.

## الفرع الثاني

### شهادة الشهود

الشهادة هي طريقة من طرق الإثبات القانونية، ولقد نص المشرع على أحكامها الموضوعية في المواد 333 إلى 337 ت م ج، أما أحكامها الإجرائية فلقد نص عليها المشرع في المواد 150 إلى 153 تقنين الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(1)</sup>.

### أولا : تعريف الشهادة:

للشهادة معنان : المعنى العام وهو البينة، ويقصد بها الدليل أيا كان نوعه سواء

(1) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر - عام 1924 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات



الكتابة، القرائن أو الشهادة، لذا يقال " البينة على من ادعى واليمين على من نكر"، أما المعنى الخاص فهو الشهادة دون الأنواع الأخرى من الأدلة، ذلك أن الشهادة كانت الدليل الغالب في الماضي، لذا كان يقصد بالبينة الشهادة وبقيت هذه التسمية إلى وقتنا الحاضر بحيث أن البينة والشهادة نفس المعنى<sup>(1)</sup>.

عرف الدكتور عادل حسن علي الشهادة بأنها قيام الشاهد في مجلس القضاء بعد حلف اليمين بالإخبار عن واقعة حدثت من غيره ويترتب عليها حق لغيره<sup>(2)</sup>، وعرفها أغلب الفقه بأنها إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة<sup>(3)</sup>.

### ثانياً : أنواع الشهادة:

الأصل في الشهادة أن تكون مباشرة لكن قد تكون سماعية أو شهادة بالتسامع، سنحاول التطرق إلى هذه الأنواع الثلاث.

#### 1- الشهادة المباشرة:

الشهادة أصلاً مباشرة، حيث يقول الشخص الشاهد ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كمن شاهد واقعة من الوقائع فيكرر ما شاهده أو ما وقع من الغير أمامه، وعادة ما يقوم الشاهد بالإدلاء بهذه الشهادة أمام القضاء مباشرة، ما عدا في حالات استثنائية أين يقوم بالإدلاء بها كتابياً وتضم في ملف القضية.

(1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 687.

(2) د/ عادل حسن علي، الإثبات في المواد...، مرجع سابق، ص 200.

(3) نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 121، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية....، مرجع سابق، ص 688.

## 2- الشهادة السماعية:

في هذه الحالة لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة، وإنما يشهد بما سمعه رواية عن الغير<sup>(1)</sup>، وتعتبر شهادة غير مباشرة، وهي أقل قيمة من الشهادة المباشرة، ويعود للقاضي تقدير مدى قيمتها في الإثبات<sup>(2)</sup>.

يشهد الشخص في الشهادة السماعية أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه، فهي إذن شهادة على شهادة<sup>(3)</sup>، والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة المباشرة وهي مثلها تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

لقد كانت الشهادة السماعية محل انتقاد ، على أساس أن قيمتها ضعيفة، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي بالأخذ بها في حالة ما إذا اقتنع بها اقتناع تاماً، واستحال سماع الشاهد الأصلي.

## 3- الشهادة بالتسامع :

هي شهادة بما تتسامعه الناس، أي أنها لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها إنما على الرأي الشائع بين أغلبية الناس<sup>(4)</sup>، بعكس الشهادة السماعية التي تنصب على الواقعة المراد إثباتها، أي أن الشهادة السماعية يروي الشخص ما سمعه عن شخص معين بينما في الشهادة بالتسامع فهو يروي ما سمعه، لكن ليس من شخص معين إنما يقول سمعنا كذا، أو أن الناس يقولون كذا وكذا، دون إسناد ما يقوله إلى شخص معين، ولما كان من

(1) د/ محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام، المصادر، الأحكام، الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه والقضاء، القاهرة، 2007، ص 99.

(2) نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 122.

(3) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة...، مرجع سابق، ص 688. ، د/ عادل حسن علي، الإثبات في المواد...، مرجع سابق ، ص 204.

(4) د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد...، مرجع سابق، ص 207.

الصعب استجلاء الحقيقة من هذا النوع من الشهادة، لذا فهي لا تلقى ترحيباً كبيراً من القضاء<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً: قوة الشهادة في الإثبات:

كانت الشهادة في الماضي أقوى أدلة الإثبات، لكن ومع ظهور الكتابة أصبحت قوتها محدودة مقارنة بالكتابة التي تعتبر أدق وأقوى دليل في حالة ابتعادها عن التزوير، ذلك أنه إذا كانت الكتابة أقوى أدلة الإثبات، فإن الشهادة ذات قوة محدودة ويملك القاضي بشأنها سلطة تقدير واسعة، فله أن يأخذ بها أو أن يطرحها جانباً للقاضي سلطة واسعة هي أكبر بكثير من سلطته اتجاه الكتابة.

الشهادة تتطوي على عيوب عدة، فالشهود إذا لم يكذبوا فهم معرضون للنسيان، كما تتقصم الدقة.

فشهادة الشهود وإن كانت جائزة بالنسبة للوقائع المادية، فهي لا تصلح دليل إثبات بالنسبة للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100000 ديناراً<sup>(2)</sup>. كما لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة<sup>(3)</sup>، حتى ولو لم تزد قيمة التصرف عن 100000 دينار<sup>(4)</sup>، كما لا يجوز الإثبات بالشهود فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة<sup>(5)</sup>.

(1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 689.

(2) حيث تنص المادة 333 ت م ج: " في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ".

(3) أنظر في شرح هذه القاعدة د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد...، مرجع سابق، ص 218 وما يليها.

أنظر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1991/02/06، سابق الإشارة إليه.

(4) أنظر نص المادة 334 من ت م ج.

(5) قرار المحكمة العليا رقم 103801، الصادر بتاريخ 1993/12/19، مجلة قضائية، العدد الثالث، 1994، ص 212، والذي جاء فيه " من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأً ثبوت بالكتابة"، أنظر نص المادة 335 من ت م ج.

## الفرع الثالث

## القرائن

إن إثبات الوقائع القانونية قد لا يصل إلى درجة التيقن القطعي من وجود هذه الوقائع، إذ تبقى الحقيقة القانونية دائماً نسبية، لذلك يكون الإثبات أحياناً ترجيحياً أو احتمالياً لا إثباتاً يقينياً، إذا يكفي أن يتم إثبات ما يرجح وجود أو عدم وجود واقعة معينة محل نزاع تبعا للغالب والمألوف، بالتالي فإن إثبات هذه الواقعة الأخرى يعد قرينة على قيام الواقعة الأصلية.

تعد القرائن من طرق الإثبات غير المباشرة، فالخصم لا يثبت فيها الواقعة المتنازع عليها بل يقوم بإثبات واقعة أخرى متصلة بها، يرى القانون أو القاضي أن إثباتها يعتبر إثباتاً للواقعة الأولى - وهي محل النزاع - إثبات غير مباشر<sup>(1)</sup>، وهي طريقة إثبات ذات قوة محدودة مقارنة بالكتابة ولها نفس حجية الإثبات مع شهادة الشهود فما يمكن إثباته بأحد الطريقتين يمكن إثباته بالطريقة الأخرى.

## أولاً: تعريف القرائن:

تعددت التعريفات بشأن القرائن، فقد عرفها البعض بأنها استنتاج الواقعة المراد إثباتها من واقعة أو وقائع أخرى تؤدي إليها بحكم الضرورة وبحكم اللزوم العقلي، أو هي استخلاص أمر مجهول من واقعة ثابتة معلومة<sup>(2)</sup>.

(1) د/ رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة للإثبات، دار الجامعية، د. ب. ن، 1993، ص 184 و 185.

(2) د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة...، مرجع سابق، ص 119. د/ فاضل زيدان محمد، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، 2006، عمان، ص 149.

يمكن تعريف القرائن بأنها استخلاص المشرع أو القاضي لأمر مجهول من أمر معلوم<sup>(1)</sup> ولقد عرفها التقنين المدني الفرنسي في المادة 1349 بأنها النتائج التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة<sup>(2)</sup> وهذا ليس تعريفًا للقريضة بماهيتها بل هو بيان لآثار عملية الاستنباط ونتيجتها<sup>(3)</sup>.

فالقرائن إذن طريق إثبات غير مباشر، لأن الإثبات لا يقع فيها على الواقعة المراد إثباتها، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت يمكن استخلاص الواقعة الأولى منها، وذلك بالاستنتاج العقلي والمنطقي، وهذا ما يعتبر تحويلًا للإثبات من محل إلى آخر .

## ثانياً: تقسيم القرائن :

تنقسم القرائن من حيث مصدرها إلى قرائن قانونية و أخرى قضائية.

### 1- القرائن القانونية:

القرائن القانونية هي التي ينص عليها القانون<sup>(4)</sup>، وهي واردة على سبيل الحصر حيث يرى المشرع استنتاج أمر معين من ثبوت واقعة معينة، وفرضها على كل من القاضي والخصوم، إذا يقرر المشرع مقدماً أن بعض الوقائع تعتبر دائماً قرينة على أمور معينة، ولقد عرفت المادة 337 من ت م ج التي تنص أن « القرينة القانونية تعني من تقرر لمصلحته من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك » . بالتالي فالقرائن القانونية ليست طريقاً للإثبات بل هي

(1) تعرف القرائن لغة على أنها جمع قرينة و هي مؤنث قرين، و القرينة مأخوذة من المقارنة بمعنى المصاحبة و الملازمة، يقال فلان قرين فلان، أي مصاحب له.

(2) Art 1349 code civil français affirme que " Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu a un fait inconnu "

(3) نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 163 .

(4) LAGARDE (Xavier), Réflexion critique sur le droit de la preuve, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994, p. 356.

طريق يعفى من الإثبات مثل الإقرار واليمين.

يلجأ المشرع إلى القرائن لتحقيق عدة أغراض، منها منع التحايل على القانون، حيث يقرر المشرع أحكاماً تعد من النظام العام، فلا يجوز مخالفتها كما هو الحال في التصرف الذي يصدر من شخص في مرض موته، وقد قصد به التبرع أو المحاباة، فإنه يعد في حكم الوصية وذلك محافظة على حقوق الورثة<sup>(1)</sup>، والقريضة القانونية قد تكون قاطعة، أي لا تقبل إثبات العكس، وقد تكون بسيطة يمكن لصاحب المصلحة إثبات عكسها.

يجوز نقض القرائن القانونية البسيطة بالدليل العكسي، والأصل في القرائن القانونية أن تكون بسيطة، إلا إذا نص القانون على عدم جواز إثبات عكسها، فتكون القريضة قاطعة وفقاً لنص المادة 337 ت م ج، فالقرائن القانونية هي التي لا يمكن نقض دلالتها بإثبات العكس مطلقاً وبأي دليل من أدلة الإثبات لأن هذه القرائن وضعت لحماية المصلحة العامة. أما القرائن القضائية فهي التي تترك لتقدير القاضي يستخلصها، من ظروف القضية وملاستها وهي وحدها موضوع هذا البحث<sup>(2)</sup>.

## 2- القرائن القضائية:

يطلق عليها القرائن الفعلية<sup>(3)</sup>، فهي غير محصورة، حيث يكون للقاضي استنتاج أي واقعة يراد إثباتها من أية واقعة أخرى معلومة، إذ تكون الواقعتين مترابطتين ومتلازمتين عقلياً ومنطقياً. ولقد نص المشرع الجزائري على القريضة القضائية في المادة 340 ت م ج التي تنص: «يترك لتقدير القاضي استنباط كل قريضة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة» فالقريضة القضائية إذن ناتجة عن العمل القضائي للقاضي<sup>(4)</sup>.

(1) نبيل. صقر - نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 165 .

(2) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 965 .

(3) نبيل صقر - نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 169 .

(4) LA GARDE( Xavier ) , Réflexion critique sur le droit de ..., op, cit,p. 356

نستنتج من هذه المادة أن القرينة القضائية هي التي يستخلصها القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة<sup>(1)</sup>، عجز المدعي عن إثباتها بطرق أخرى، بحيث تكون هناك وقائع متجاوزة بعضها معلوم و الآخر مجهول، فيستدل بالمعلوم على إثبات المجهول<sup>(2)</sup>.

يستتبط القاضي القرائن القضائية و له سلطة واسعة في ذلك فهو حر في اختيار واقعة ثابتة من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه لاستنباط القرينة منها، ثم هو واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة وهذا هو الاستنباط ، والقاضي فيما له من سلطان واسع في التقدير قد تقنعه قرينة واحدة، قوية الدلالة ولا تقنعه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة متهافئة<sup>(3)</sup>.

تعتبر القرينة القضائية دليلاً في الإثبات يجوز للمحكمة أن تستند إليه وحده في الحكم، وتقدير قيمة القرائن في الإثبات مسألة موضوعية تترك للسلطة التقديرية للقاضي دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

تتشترك القرينة القانونية والقرينة القضائية من حيث كونهما تقومان على أساس فكرة الاستنباط، وأن كلاهما طريقاً لإثبات غير مباشر يتمثل في نقل محل الإثبات من الواقعة محل النزاع إلى واقعة أخرى تم إثباتها<sup>(4)</sup>، غير أن تطبيق القرينة القانونية يخضع لرقابة المحكمة

(1) يوسف محمد المصاروة، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مكتبة دار الثقافة ، الأردن، 1996، ص97.

(2) د/محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية...، مرجع سابق، ص 84.

(3) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص967.

(4) رغم كل هذه النقاط المشتركة بين القرائن القانونية والقضائية إلا أنهما تختلفان من عدة نواحي : أولاً القرينة القضائية تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات، أما القرينة القانونية فإنها في حقيقتها إعفاء من الإثبات.

-إن القرينة القضائية هي من عمل القاضي، و إن التقدير الذي يعطيه للدلائل والإمارات هو الذي يمنحها قوة معينة في الإثبات، أما القرينة القانونية فإن القانون هو الذي يحدد الدلائل التي ترتبط بها وكذلك القوة الثبوتية لتلك القرينة.

- القرائن القضائية لا يمكن حصرها وهي تختلف من قضية إلى أخرى أما القانونية فإنها محددة على نحو صريح ولذلك لا وجود لقرينة قانونية من غير نص.

- إن القرائن القضائية لا يجوز الإثبات فيها إلا فيما يجوز إثباته بالشهادة ، أما القرينة القانونية فيجوز الإثبات بشأن =

العليا، أما القرينة القضائية وباعتبارها اقتراح فردي للقاضي فهي تخرج عن نطاق رقابة المحكمة العليا<sup>(1)</sup>

ثالثا: عناصر القرائن القضائية: للقرينة القضائية عنصران:

### 1- العنصر المادي:

يتمثل في الواقعة الثابتة التي يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الإشارات<sup>(2)</sup>، وهذا تمييزا لها عن الدليل المباشر كما هو الحال في شهادة الشهود.

يقوم القاضي باختيار الواقعة الثابتة من مختلف وقائع الدعوى وملابستها، فقد يختارها من الملف المقدم من الخصوم، أو من تحقيقات تم إجرائها حتى لو كانت باطلة، وله أن يختارها حتى من أوراق خارجة عن ملف الدعوى كالمحاضر الجنائية والإدارية مثلا، وللقاضي الحرية المطلقة في اختيار الواقعة الثابتة، شرط أن تكون هذه الواقعة ثابتة بأي طريق من طرق الإثبات إما بالكتابة أو البيينة أو عن طريق الشهادة أو الإقرار، المهم أن يكون القاضي قد استنبط الدليل من هذه الواقعة اقتناعا منه بتلازمها مع الواقعة المراد إثباتها تلازم عقلي ومنطقي.

### 2- العنصر المعنوي:

يتمثل في عملية الاستنباط التي يقوم بها القاضي<sup>(3)</sup>، أي استنباط الواقعة المراد إثباتها من واقعة ثابتة، وعملية الاستنباط عملية شاقة وصعبة تتطلب من القاضي بذل جهد عقلي كبير

= الواقعة المعلومة وفق قواعد الإثبات العامة، لمزيد من التفصيل حول التمييز بين القرائن القانونية والقرائن القضائية راجع، نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، 168، يوسف محمد المصاروة، الإثبات بالقرائن...، مرجع سابق، ص 102 وما يليها.

(1)Xavier (LAGARDE ), Réflexion critique sur le droit de .....op,cit, p. 356.

(2) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية...، مرجع سابق، ص 695 .

(3) يوسف محمد المصاروة، الإثبات بالقرائن...، مرجع سابق، ص 106



في تكوين اعتقاده، وبما أن عملية الاستنباط تقوم على أساس الترجيح والاحتمال فإن وقوع القاضي في خطأ أمر محتمل جداً، لذا يجب عليه أن يكون حذراً وفي منتهى الدقة فيما يستنبطه من وقائع، لذا تعتبر القرائن من أخطر الأدلة من حيث صحة الاستنباط واستقامته<sup>(1)</sup>.

سوى المشرع الجزائري بين القرينة القضائية والشهادة وذلك وفقاً لنص المادة 340 التقنين المدني الجزائري، التي تنص «... ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة»، ذلك أن الإثبات بالقرائن يتمتع فيه القاضي بحرية واسعة كما هو الأمر في الشهادة، ويترتب على ذلك أن القواعد المطبقة على الشهادة تطبق على القرائن فلا يجوز الإثبات بالقرائن في العقود التي تزيد قيمتها على مئة ألف دينار، ولا في إثبات ما يخالف الثابت بالدليل الكتابي أو يجاوزه.

#### رابعاً: حجية القرائن في الإثبات:

تعتبر القرائن قوية إذا كانت علاقتها بالواقعة المراد إثباتها قوية تجعل الأمر في حيز اليقين القاطع، ولا يقصد بذلك عدم وجود احتمال آخر لما دلت عليه، إنما يكفي أن يكون هناك ظن راجح بشأن ذلك، وقد تكون القرينة ضعيفة غير قاطعة في مدلولها، حيث لا يستبعد معها احتمال آخر لكنها تفيد نوعاً من الظن، حيث يترجح بها جانب على آخر ريثما يأتي ما يؤكدها أو ما يعارضها.

وتختلف القرائن القانونية عن القرائن القضائية من حيث الحجية، فبالنسبة للقرائن القانونية نجد أن نص المادة 337 من ت م ج تقضي بأنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي وهذا كأصل عام، لكن ورد استثناء ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك، وبذلك يمكننا القول أن نص المادة قد جعلت القرينة القانونية قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها<sup>(2)</sup>،

(1) نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 190.

(2) من القرائن القانونية البسيطة ما نصت عليه المادة 61 ت م ج من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه قرينة على العلم بالتعبير، إذ يكفي وصول التعبير إلى الموجه إليه دون إثبات علمه، فوصول التعبير قرينة على العلم به، إلا إذا أثبت الموجه إليه عدم العلم بالتعبير رغم وصوله إليه.

إلا أنها قد تكون قاطعة في حالات أخرى بحيث لا يجوز إثبات عكسها، و مثال ذلك قوة الأمر المقضي فيه، أي أن النزاع الذي فصل فيه واستنفذ كل طرق الطعن القانونية، فإنه يصبح قرينة قانونية قاطعة على صحة ما فصل فيه<sup>(1)</sup>، أما للقرائن القضائية فإن حجيتها تختلف تبعاً لاختلاف الواقعة المراد إثباتها، إذا ما كانت واقعة مادية أم تصرف قانوني<sup>(2)</sup>، ففي الوقائع المادية تكون للقرائن القضائية حجية قاطعة ومطلقة لأنها وقائع يجوز إثباتها بمختلف وسائل الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن، وبذلك فإن القرائن القضائية تتساوى مع الكتابة في إثبات الوقائع المادية.

### المطلب الثاني

#### مدى ملائمة وسائل الإثبات القانونية

يتم استخلاص الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية على ضوء الالتزامات المفقاة على عاتق الطبيب وفقاً للقوانين الطبية المنظمة لهذه المهنة، حيث تعتبر كل مخالفة لهذه الالتزامات خطأ ولا يسمح لغير القاضي بتقدير حصول أو عدم حصول هذه الأخطاء، ويعتمد خلال ذلك على عدة وسائل إثبات بما في ذلك: القرائن، شهادة الشهود والكتابة.

لكن السؤال الذي يطرح هنا هو: إلى أي مدى يمكن الاعتماد على هذه الوسائل القانونية في إثبات الأخطاء الطبية؟.

الجواب هو أن اعتماد هذه الوسائل في إطار المسؤولية الطبية ليس بالأمر السهل من الناحية العملية مقارنة بالمسائل الأخرى، إذ نجد هناك وسائل إثبات يصعب الاعتماد عليها في

(1) د/ محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية...، مرجع سابق، ص. 87.

(2) التصرف القانوني إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر، أما الواقعة المادية فهي أمر محسوس يرتب عليه القانون أثراً سواء كان حدوث ذلك الأمر إرادياً أو غير إرادياً، والأصل في الوقائع المادية أنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، لأن طبيعتها لا تسمح بتهيئة دليل كتابي لإثباتها، كما أنها وقائع محسوسة يراها الناس فلا تختلف مداركهم كثيراً في روايتها وهي ليست من الدقة والتعقيد كما هو عليه الحال في التصرفات القانونية.

إثبات الأخطاء الطبية كشهادة الشهود، وهناك من الوسائل ما تعتبر فعالة في إثبات بعض الأخطاء الطبية دون الأخرى كالكتابة، أما القرائن فيمكن القول أنها الوسيلة الوحيدة التي يمكن اعتمادها دون أي إشكال مقارنة بالوسيلتين السابقتين، رغم أنها غالباً ما تضع القاضي في موقع شك.

بالنسبة لشهادة الشهود فهي وسيلة إثبات قانونية يمكن اعتمادها مبدئياً، إلا أنه من الناحية التطبيقية فغالبا ما يجد القاضي صعوبة في الاعتماد عليها إن لم نقل أن الأمر متخوف منه.

فأياً ما كان الأمر، فإن عبء الإثبات في المسؤولية المدنية بوجه عام يكاد يكون أيسر مما هو عليه في المسؤولية الطبية، وذلك لأن بوسع الدائن استنباط حقه في حالات كثيرة بشهادة الشهود. أما في المسؤولية الطبية، ففي غالب الأحيان، وفي الخطأ الطبي بشكل خاص، لا يكون للشهود اعتبار في تحديد خطأ الطبيب<sup>(1)</sup>، ذلك أن الشاهد إما أن يكون من أقارب المريض بالتالي لا يستساغ التعويل عليهم كثيراً، وهذا بسبب جهلهم بالمسائل الطبية، إلا أن هناك من يرى أن المريض يستطيع الاستعانة بالشهود لإثبات خطأ الطبيب لكن يكون للمحكمة الإقلال من الاعتماد عليهم و ذلك لرابطة القرابة التي لا تخلو من العرض<sup>(2)</sup>، فإذا كان للمحكمة مطلق الحرية في تقدير أقوال الشهود فإن من واجبها في القضايا الطبية أن تعتمد عليهم بمنتهى الحرص، ومع الأخص حين يكون المريض ممن يتصل بهؤلاء الشهود بصلة القرابة أو يكون قد مضى على الحادث الذي تتعلق بها زمن طويل<sup>(3)</sup>.

يرى الدكتور حسن علي الذنون، أن إثبات خطأ الطبيب بالشهود طريق مسدود في معظم الحالات، إذا لم يكن فيها جميعاً، بسبب عدم خبرة هؤلاء الشهود و معرفتهم بالأمر الطبية<sup>(4)</sup>.

(1) إبراهيم على حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي ...، مرجع سابق، ص 212 .

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 240 .

(3) د/عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيدالة...، مرجع سابق، ص 216.

(4) د/حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية...، مرجع سابق، ص 479

وقد يكون الشاهد من زملاء الطبيب أو العاملين معه، فيمكن للمحكمة التعويل على أقوالهم لكن مع الحرص الشديد، بسبب ما قد يبديه أعضاء المهنة الطبية من تضامن فيما بينهم، كما أن شهادة هؤلاء يمكن المنازعة فيها بسبب ضرورات المحافظة على السر المهني<sup>(1)</sup>.  
يعتمد القاضي رغم ذلك وفقاً للسلطة التقديرية الممنوحة له في استنباط الدليل، على الشهادة دون الوسائل الأخرى، ففي قرار صادر عن محكمة السين الفرنسية قررت فيه استبعاد تقرير الخبير مكتفية بالأخذ بشهادة الشهود<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة للكتابة فيمكن اعتمادها كوسيلة من وسائل إثبات الأخطاء الطبية، وذلك من خلال الملف الطبي للمريض، الذي يكون عادة بحوزة الأطباء لذا ففرضية التلاعب به وما هو وارد به تبقى واردة في أي وقت، غير أنه ظهرت الكتابة كوسيلة إثبات خطأ معين من الأخطاء الطبية، وهو الخطأ في الإعلام وعدم الحصول على رضی المريض.

هذا ما يدفعنا إلى التطرق إلى دور الكتابة في إثبات إخلال الطبيب في الالتزام بالإعلام وعدم حصوله على رضی المريض، باعتبارهما أهم صور الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية ( فرع أول ) ، ثم إلى دور القرائن في إثبات هذه الأخطاء ( فرع ثاني ).

(1) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 89.

(2) قرار محكمة السين الفرنسية الصادر بتاريخ 1907/07/20، مشار إليه من طرف أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 117.

## الفرع الأول

### الكتابة

يأخذ القاضي بالكتابة كوسيلة لإثبات الخطأ الطبي، وذلك باعتماده على الملف الطبي للمريض، وكل ما هو مدون فيه من معلومات حول الحالة الصحية للمريض من تواريخ و ما تم اتخاذه من طرف الطبيب بهدف علاج المريض من فحوصات وتحليلات، حيث يمكن انطلاقاً منه تبين مدى إهمال الطبيب<sup>(1)</sup>.

يمكن اعتماد الكتابة كوسيلة من وسائل إثبات الخطأ الطبي، إلا أنها تعتبر طريقة مثلى وناجعة في إثبات وفاء الطبيب لالتزامه بإعلام المريض وحصوله على رضى المريض، بالتالي فليس كل الأخطاء الطبية يمكن إثباتها بالكتابة من الناحية العملية أو يمكن القول أن الكتابة لا تساهم في إثبات الأخطاء الطبية ككل بالقدر الذي تساهم فيه في إثبات الوفاء بالتزام بإعلام المريض والحصول على رضائه.

فبعد أن عدلت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها في إلزام المريض بإثبات إخلال الطبيب بإعلامه حيث أصبحت تلقي بهذا العبء على عاتق الطبيب، وذلك بموجب قرار Hédruel الصادر بتاريخ 25/02/1997<sup>(2)</sup>، والذي لم يحدد الوسائل التي يمكن من خلالها للطبيب وهو يتحمل هذا العبء الاعتماد عليها في إثبات تنفيذ التزاماته بالإعلام. من هنا أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارها بتاريخ 14/10/1997<sup>(3)</sup>، و الذي قضت

(1) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 240.

(2) Cass, 1<sup>ère</sup>, civ, le25/02/1997....., op,cit.

(3) تتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها القرار، في أن سيدة لم تفلح وسائل العلاج التقليدية في تمكينها من إنجاب طفل جديد، فقررت طبية أمراض النساء إخضاعها لفحص بالمنظار، يجرى تحت تخدير كلي لمعرفة ما إذا كانت تعاني من مرض في جهاز التبويض *étiologie ovarienne*، و لكن لسوء الحظ توفيت المريضة بسبب اختناق حدث أثناء العملية، رفع زوج المتوفاة وابنها دعوى مطالبين بالتعويض على أساس تقصير الطبيبة في تبصير المريضة بهذا الخطر ولكن هذه الدعوى رفضت من جانب قضاة الموضوع، استناداً إلى أن المضرور لم يقدم دليلاً على عدم تنفيذ الطبيبة لالتزامها، على العكس من ذلك فإن ظروف الدعوى تضمنت قرائن تدل على قبول المريضة للعملية وهي على ثقة بمخاطرها، وقد رفضت محكمة النقض الطعن الذي رفع ضد هذا الحكم، ولكنها أكدت أمرين: الأول تمسكها بمبدأ أن عبء إثبات تنفيذ الالتزام =

بموجبه بأن إثبات الالتزام بالإعلام يمكن أن يتم بكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن والكتابة، كما نصت على ذلك المادة 1111 فقرة 7 من قانون الصحة الفرنسي التي نصت على أن الطبيب يكون ملزماً بإثبات وفائه بالالتزام بالإعلام وفقاً للقانون، ويتم ذلك بالإثبات بمختلف وسائل الإثبات<sup>(1)</sup>.

برزت الكتابة انطلاقاً من ذلك باعتبارها أكثر ملائمة لإثبات الوفاء بالالتزام بالإعلام، حيث كان من نتائج إلزام الطبيب بإثبات وفائه بالالتزام بالإعلام أن تم تكريس الكتابة كوسيلة لإثبات ذلك، فلا شهادة الشهود يمكن أن تضاهيها، وذلك لما يحوم حولها من شكوك باعتبار أن الشاهد قد يكون من الفريق الطبي، هذا فضلاً عن تمسكهم عادة بالالتزام بالسر المهني وعدم الإدلاء بالشهادة، أما إذا كان الشاهد من أقارب المريض، فلا يمكن الاعتماد على شهادته وهذا لجهلهم بخبايا الفن الطبي عامة، كما أن القرائن تضع القاضي غالباً في موقف شك دون أن يكون على يقين قاطع، مثل هذه الاعتبارات المقدمة تؤدي إلى القول أن نقل عبء إثبات الالتزام بالإعلام يترتب عليه تكريس الكتابة باعتبارها وسيلة مثلى لإثبات الوفاء بهذا الالتزام.

تدخل المشرع إضافة إلى ذلك لاشتراط الكتابة في بعض الأعمال الطبية ففي مجال نقل وزرع الأعضاء نجد المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها تنص: " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشتراط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة".

= بالتبصير والحصول على الرضى يقع على عاتق الطبيب، والثاني أن هذا الإثبات يمكن أن يتم بكافة الطرق، قرار

مشار إليه من طرف د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة في...، مرجع سابق، ص. 414.

(1) Article L1111-2 alinéa 7 de code de la santé publique, introduit par la loi du 4 mars 2002, dispose « Qu'en cas de litige il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues par la loi, et que cette preuve peut être apportée par tout moyen ».

كما اشترط في المادة 164 الموافقة الكتابية في حالة انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين، هذه الموافقة الكتابية التي يجب أن تصدر من الشخص المعني وهو على قيد الحياة، إضافة إلى حالة رفض العلاج من طرف المريض حيث اشترط المشرع تقديم تصريح كتابي من طرفه في هذا الشأن<sup>(1)</sup>، رغم ذلك لم تسلم هذه الوسيلة من انتقاد الفقهاء لها.

### أولاً: سلبيات الكتابة:

قيام الطبيب بإعداد الدليل المكتوب مقدماً يؤدي إلى ظهور عدة سلبيات، حيث يطلب من المريض التوقيع قبل إجراء أي عمل طبي على صيغ مكتوبة، والتي تنطوي على عدة عيوب:

فمن ناحية، تؤدي إلى تكريس شكلية غير مرغوبة في العلاقة بين الطبيب والمريض، حيث تثبت الشك في نفس المريض، و من ثم تهدم الثقة التي تهيمن على العلاقة الطبية بين المريض وطبيبه<sup>(2)</sup>، وسينظر المريض إلى هذه الوثيقة على أنها فرصة للطبيب للتهرب من مسؤوليته، فعندما يظهر الجراح مثلاً، قبل إجراء العملية، حاملاً ورقة مكتوبة، طالباً من المريض التوقيع عليها كشرط لإجراء العملية له، فلا يمكن للمريض في موقف كهذا إلا أن تساوره الشكوك والظنون في سوء نية الطبيب، وما الورقة المكتوبة بالنسبة له إلا وسيلة للتملص من مسؤوليته وفي مقابل ذلك فإنها تثير الشكوك لدى الطبيب اتجاه مريضه باعتباره مريضاً يشكك في مقدرته<sup>(3)</sup>، بالتالي فهذه الصيغة قد تجعل العلاقة

(1) تنص المادة 49 من م.أ.ط على أنه " يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن ."

(2) د/ جابر محبوب علي، دور الإرادة في ...، مرجع سابق، ص 409، د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 90،

WELSCH (SYLVIE) , Responsabilité du médecin...,op, cit, p. 69.

(3) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ ...، مرجع سابق، ص 91 .

الإنسانية السائدة بين الطبيب والمريض علاقة شكلية لا أكثر.

من ناحية أخرى فإن إعداد الصيغ المكتوبة أمر في غاية الصعوبة، إذ لا يمكن للطبيب معرفة وتصور كل المخاطر المتوقعة والتي يجب تدوينها في الصيغة، إذ يتعلق ذلك بحالة المريض، بالتالي فهي تختلف من مريض إلى آخر<sup>(1)</sup>، كما أن هناك من الأخطار ما هي غير متوقعة ولا يمكن التنبؤ بها، ضف إلى ذلك أن الإكثار من ذكر الأخطار قد يؤدي إلى قلق المريض وهذا ما يدفعه إلى رفض العلاج، لذا عادة ما يقتصر الطبيب على ذكر عدد محدد من الأخطار، لكن في حالة ما إذا حدث خطر لم يتم ذكره في الصيغة المكتوبة فإن الطبيب لا يستفيد منه.

إضافة إلى هذا فإن تقديم الوثيقة إلى المريض بهدف قراءتها والتوقيع عليها قبل إجراء العملية تثير قلقه و خوفه مما قد يدفعه إلى رفض الخضوع للعمل الطبي.

قد يؤدي مثل هذا الحل إلى نتائج معاكسة لما هو منتظر منه، حيث قد يؤدي إلى عدم إعلام المريض الكلي، أي بطريقة ناقصة، بما أنه لا يأخذ بعين الاعتبار مدى حساسية المريض وحالته النفسية<sup>(2)</sup>، ومدى قدرته على الفهم لما هو مدون في الوثيقة المكتوبة، فكما سبق وأن تطرقنا إليه في خصائص الالتزام بالإعلام، يشترط أن يتم بطريقة بسيطة، واضحة، وكاملة حسب قدرة المريض على الفهم، ولقد صدر قرار عن محكمة استئناف بوردو بتاريخ 05/09/2002، والذي قضى أن الطبيب يعتبر قد وفى بالتزامه، ما دام أنه قدم لمريضه وثيقة طبية تحوي كل المعلومات الضرورية، بمفردات بسيطة ومفهومة، بالنسبة لمهندسة في الملاحة الجوية والتي يتصور أن تكون على قدر كافي من الثقافة تسمح لها بذلك<sup>(3)</sup>.

يرى الأستاذ الدكتور جابر محجوب علي، إضافة إلى السلبيات المذكورة آنفاً، أن

(1) د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة في...، مرجع سابق، ص 409.

(2) WELSCH (SYLVIE), Responsabilité du ... op, cit, p. 69.

(3) C. A. Bordeaux, 5<sup>e</sup> ch., 5 sept 2002, note du WELSCH (SYLVIE.), Responsabilité du ... op, cit, p. 70.



الكتابة وسيلة يهدف الطبيب من ورائها إلى التخلص من المسؤولية، حيث يرى أن المريض بتوقيعه على الصيغة المكتوبة يعبر عن قبوله للعلاج، وما يتضمنه من مخاطر، بالتالي يعفى الطبيب من أية مسؤولية عن أي خطر ناتج عن العلاج<sup>(1)</sup>.

يؤدي ظهور الكتابة كوسيلة لإثبات الإخلال بالالتزام بالإعلام إلى ازدواج نظام المسؤولية الطبية، فالخطأ في العلاج يؤدي إلى قيام مسؤولية الطبيب في حالة عدم بذل العناية اللازمة، أي بمجرد إثبات المريض لخطأ الطبيب، هذا كأصل عام، أما في الالتزام بالإعلام فإن مسؤولية الطبيب تكون مفترضة إلا إذا قام بتقديم الدليل الكتابي لوفائه بالالتزام<sup>(2)</sup>.

إضافة إلى ما سبق، فإن الصياغة الواردة في الورقة الموقع عليها قد تتعدد تفسيراتها، فمأذا يمكن أن يفهم مثلا من العبارة التالية المدونة في الوثيقة: «عندما طلبت مني تحديد ما إذا كانت العملية خطيرة، فقد أشرت لك بأنها لا تتضمن خطورة على حياتك، ولكن على العكس فقد أوضحت لك أنها عملية دقيقة»، فمثل هذه الصيغ تحتمل عدة تفسيرات باعتبارها وردت بطريقة عامة وغامضة، وهذا ما يؤدي إلى إضعاف قيمتها في مجال الإثبات.

كما أن هذا الحل يؤدي إلى جعل الطبيب أسيرا للصيغة المكتوبة التي وقع عليها المريض، فلا يمكنه تجاوز ما هو مدون فيها، حيث يقف عند مضمونها، فلا يبادر بعلاج آخر إذا ما استجبت أمورا أخرى أثناء إجراء العملية، إذ يجد الطبيب نفسه أمام خيارين: فإما أن يستمر في العملية وفقا للمستجدات الطارئة فحينئذ تقوم مسؤوليته على أساس عدم الحصول على رضی المريض، وإما أن يقوم بإنهاء العملية، وينتظر عودة المريض إلى وعيه ليحصل على رضاه كتابة على مستجدات حالته الصحية وهذا قد يضر بحالة المريض<sup>(3)</sup>.

من السلبيات التي قيلت كذلك أن صعوبة إثبات الخطأ الطبي ليست متعلقة فقط بالمريض، فالكتابة لا تؤدي إلى التخفيف من العبء الملقى على عاتق الطبيب، حيث يتحمل

(1) د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة في...، مرجع سابق، ص. 112.

(2) د/ جابر محجوب علي، مرجع نفسه، ص. 410.

(3) د/ جابر محجوب علي، مرجع نفسه، ص. 111.

هو الآخر صعوبة إثبات عدم ارتكابه خطأ معين مثله مثل المريض أي أن هذه الصعوبة تنتقل إلى الطبيب.

ولهذه الأسباب فإن القضاء لم يكثر كثيرا بالكتابة كوسيلة لإثبات إعلام المريض والحصول على رضائه، فأعلن أنه إذا كان الرضاء المكتوب يمكن أن يبدو الحل الأمثل في مجال الإثبات، إلا أن الكتابة لا تتفق مع الأعراف الطبية ولذلك فإنه لا يمكن في غير الظروف الخاصة إلزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضائه عن طريق الكتابة<sup>(1)</sup>. رغم هذه السلبيات التي قال بها الفقه إلا أنه تم الرد عليها من طرف جانب آخر من الفقه من خلال ذكر إيجابيات ومزايا الكتابة.

### ثانيا: إيجابيات الكتابة:

تسمح الكتابة للطبيب من مواجهة الإدعاءات المحتملة للمريض، حيث سيتوافر لديه الوسيلة الأكيدة لتفادي المنازعة من قبل المريض بشأن إعلامه<sup>(2)</sup>.

انتقاد الكتابة بكونها تؤدي إلى القضاء على العلاقة الإنسانية التي تربط بين الطبيب والمريض، وجعلها علاقة شكلية والتي لا تلائم علاقة الثقة بينهما، هو انتقاد غير سديد، فالعلاقة الإنسانية تبقى قائمة، لأن الطبيب يستكمل الوثيقة المكتوبة من خلال مقابلة مع المريض، يشرح فيها ظروف العمل الطبي ومخاطره، ويشرح له احتمال حصول خطر معين وفقا لحالته وظروفه، فالمعلومات الكتابية تبقى محدودة وغير كاملة، إن لم يتم استكمالها بهذه المرحلة الشفهية، بالتالي فإن الكتابة لا يمكن القول أنها تلغي العلاقة الإنسانية القائمة بين

(1) مع ذلك تبقى للكتابة دور فعال في مجال الإثبات بالنسبة لبعض الحالات الخاصة، كحالة رفض العلاج مثلا، حيث أن الكتابة باعتبارها شرطا لصحة العمل الطبي، تبدو ضرورية في حالة رفض المريض للعلاج، فالمهمة المعتادة للطبيب تتمثل في تقديم علاج يحقق للمريض الشفاء أو يؤدي إلى تحسين حالته الصحية، ولكن رفض العلاج من جانب المريض، يمثل حدا لهذه المهمة و سواء كان الرفض كليا أي ينصرف إلى العلاج الطبي إجمالا أو كان جزئيا أي يتعلق بعمل طبي محدد، فإنه من الأفضل للطبيب أن يحصل على دليل مكتوب موقع من المريض يفيد رفضه للعلاج.

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 89.

الطبيب والمريض ، بقدر ما تؤكد وجودها<sup>(1)</sup> ، فالإعلام يجب دائما وحتى يؤدي الهدف منه أن يكون متوافقا مع شخصية المريض حتى يؤدي الهدف المرجو منه، وبالتالي يجب تبسيطه بما يتناسب وقدرته على الفهم ومستواه الثقافي<sup>(2)</sup> ، حيث سبق وأن قلنا بشأن خصائص الالتزام بالإعلام أنه يشترط أن يتم بلغة بسيطة، ومفهومة وباستعمال مصطلحات بعيدة عن التعقيد<sup>(3)</sup>.

يرى بعض الفقهاء<sup>(4)</sup> ونحن نشاطرهم الرأي، أن الكتابة تؤدي إلى تدعيم الثقة بين الطبيب والمريض ولا تؤدي إلى انهيارها، فالوثيقة المكتوبة التي يقدمها الطبيب للمريض للتوقيع عليها وإن فرضتها الضرورة العملية كدليل إثبات يمكن للطبيب الاستناد عليها لمواجهة إدعاءات المريض، لا تنفي العلاقة الإنسانية، بل تمثل تأكيد لوجودها واستكمالها بحوار شفهي يؤدي إلى تدعيم الثقة بين الطبيب والمريض، فمن المؤكد أن المعلومات المكتوبة لا يجب أن تكون منفصلة عن الالتزام بالإعلام الشفهي، والذي يسمح بتلاؤم المعلومات المكتوبة بشكل كامل مع شخصية المريض وإصلاح العلاقة الطبية القائمة على الثقة في إطار الحديث المنفرد<sup>(5)</sup> ، كما يمكن عن طريق ذلك تبديد الخوف والقلق الذي يمكن أن يشعر به المريض، إذا يمكن للطبيب التخفيف من مخاوف المريض عن طريق شرح الموقف له، وإن لزم الأمر الاستعانة بأقاربه أو الأشخاص الذين يثق فيهم.

أما بشأن الأخطار التي يمكن إدراجها في الوثيقة يمكن الرد عليه، أنه يمكن للطبيب الاستعانة بالمؤتمرات أو اللقاءات المنعقدة بين المتخصصين من ذوي الخبرة لتحديد الأخطار

(1) د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة في...، مرجع سابق، ص 410 .

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 91 .

(3) C.A paris 20 Novembre 1998 1<sup>ère</sup> ch. Rendu au visa de l'article 35 du code de déontologie médicale, Rappelé la nécessité pour le médecin de donner au patient une information loyale, claire et appropriée a l'état et la personnalité du patient et de veiller à sa compréhension, cité par WELSCHE (Sylvie) , Responsabilité du... ,op ;cit , p. 70.

(4) د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة في... ، مرجع سابق ، ص ... 410، د/ محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 91.

(5) WELSCH (Sylvie) ,Responsabilité du..., op, cit, p. 70.

المتوقعة عادة بكل عمل طبي، أما القول بأن صعوبة إثبات الخطأ الطبي تنتقل إلى الطبيب، أمر منطقي، غير أنه رغم ذلك فإن قدرته تبقى أكبر بكثير من قدرة المريض على النهوض بهذا العبء.

أما القول بأن الكتابة وسيلة من وسائل إعفاء الطبيب من المسؤولية، فيمكننا الرد عليه أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية وفقا للقواعد العامة، أما الكتابة يعتمد عليها الطبيب كدليل للوفاء بالتزاماته بالإعلام ولا يعني ذلك إعفاؤه من المسؤولية في حالة الإعلام الناقص حتى ولو تم عن طريق الكتابة.

فرغم كل السلبيات التي أثرت بشأن الكتابة كوسيلة إثبات، إلا أنها تبقى الطريقة الوحيدة التي تسمح للطبيب تبرير تقديمه لمعلومات معينة دون أن تتم معارضتها بسهولة<sup>(1)</sup>.

أخيرا يمكننا القول أنه رغم إيجابيات الكتابة، ورغم محاولات الفقه الرد على السلبيات التي ظهرت على هذه الوسيلة، إلا أنه تبقى إيجابياتها محدودة جدا مقارنة بسلبياتها، لذا نرى أن الكتابة ليس لها سوى فعالية محدودة جدا في مجال إثبات الأخطاء الطبية، وإن كان لها الدور المهم في إثبات وفاء الطبيب بالتزام بالإعلام و حصوله على رضی المريض، إلا أنها رغم ذلك تنطوي على عيوب عدة، وهذا ما يجعل دور القاضي مهم جدا في إثبات الخطأ الطبي، إذ تبقى له السلطة التقديرية في فحص الدلائل ومحاولة استنباط رأيه بالاعتماد على وسائل ووقائع عدة وفقا لظروف القضية، فلا يبقى منحصر في الكتابة وحدها إنما يعتمد على كل الوقائع والدلائل المقدمة أمامه لاستنباط الرأي الصحيح واليقيني وهذا ما يدفعنا إلى دراسة وسيلة أخرى من وسائل الإثبات القانونية ألا وهي القرائن.

(1) WELSCH (Sylvie) , Responsabilité du.....op, cit, p. 70.

## الفرع الثاني

### القرائن

تقوم القرينة أساساً على استنتاج مجهول من المعلوم، وذلك باستنباط الواقعة المجهولة المراد إثباتها من واقعة أخرى ثابتة، وهذا الاستنباط يقوم على صلة منطقية بين واقعتين، واستخلاصهما يتم بعملية ذهنية يربط فيها القاضي بحكم الضرورة المنطقية وباللزوم العقلي بين واقعة معينة والواقعة المراد إثباتها<sup>(1)</sup>.

قلنا فيما سبق أن القرائن نوعان: النوع الأول يتقرر بنص قانوني ويسمى القرينة القانونية والنوع الثاني يستنبطها القاضي من ظروف ووقائع الدعوى، وله حرية واسعة في تقديرها، وهذا ما يسمى بالقرينة القضائية. وما يهمنا نحن في دراستنا هي القرائن القضائية، على أساس أنها وسيلة من الوسائل التي تتيح للقاضي الاعتماد عليها في إثبات الخطأ الطبي، إذ تكون له سلطة استنباط الخطأ الطبي من وقائع وظروف الدعوى وملاستها.

يرى الأستاذ العميد سافاتييه savatier، أن قواعد الإثبات المقررة في شأن إثبات الخطأ الطبي، لم تمنع المحاكم من اللجوء إلى القرائن الواقعية *présomption de fait* حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه القرائن في عدة قضايا<sup>(2)</sup>، وهذا بسبب ما يواجهه المريض من صعوبات في سبيل النهوض بعبء الإثبات ولقد تطرقنا إليها فيما سبق، والتي تشكل عبئاً ثقيلاً على المريض أو حتى على الطبيب في حالات معينة<sup>(3)</sup> لذلك حاولت المحاكم التخفيف من حدتها، ولقد سبق وأن تطرقنا إلى بعض الحلول التي أوجدها القضاء في

(1) د/ محمد فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دار الثقافة، عمان، 2006، ص 320.

(2) نقلاً عن د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية...، مرجع سابق، ص 489.

(3) سبق وأن حددنا بعض الحالات التي يتحمل فيها الطبيب عبء الإثبات، وهي حالات أين يكون فيها التزامه بتحقيق نتيجة، إذ تقوم مسؤوليته بمجرد عدم تحقق النتيجة ولا يوضح أكثر أنظر الصفحة 74 وما يليها من هذه المذكرة، إضافة إلى التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضائه، حيث أصبح الطبيب يتحمل عبء إثبات وفائه بهذا الالتزام =

سبيل التخفيف من هذه الصعوبات<sup>(1)</sup>، لكن القضاة لم يتوقفوا عند تلك الحلول، بل حاولوا لعب دور ايجابي لمساعدة المريض في إثبات الخطأ الطبي، وذلك عن طريق استعمال القرائن القضائية واستخلاص عناصر الإثبات من ظروف الدعوى، ومن هذا القبيل حكمت محكمة ليون Léon الابتدائية في فرنسا بتاريخ 02 / 07 / 1952، بعد أن طبقت المبدأ الذي قرره محكمة النقض الفرنسية عام 1951 سابق الإشارة إليه<sup>(2)</sup>، رأت أن إثبات رضى المريض في منتهى الصعوبة، والذي قد يكون مستحيلا أحيانا، خاصة في الحالات الخطيرة والمستعجلة، لذا قررت المحكمة أنه يكون على القضاة وبالنظر إلى الصعوبات التي يواجهها المدعي في سبيل إثبات عدم الرضاء أن تلتمس الدليل من خلال ظروف الدعوى<sup>(3)</sup>.

تستعين المحكمة بالقرائن القضائية لاستخلاص خطأ الطبيب عندما يتعلق الأمر بمسألة مسلم بها في العلوم الطبية، مثل وجوب اتخاذ بعض الاحتياطات لمنع تلوث الجرح في العمليات الجراحية، إذ يمكن للمحكمة هنا أن تستخلص قرينة من تلوث الجرح على إهمال الطبيب في اتخاذ الاحتياطات اللازمة للعمل الجراحي<sup>(4)</sup>.

يتقدم المريض في غالب الأحيان للبرهنة على قيام مجموعة من القرائن الدالة على خطأ الطبيب، لذا يجب على القاضي لاعتماد مثل هذه القرائن أن يراعي مدى وضوحها

= بعدما كرست محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ كما سبق وأن قلنا ، راجع في هذا الشأن الصفحة 65 وما يليها من هذه المذكرة.

(1) مثل التوسيع في الالتزامات بتحقيق نتيجة، إقامة مسؤولية الطبيب على أساس خطأ مفترض، وظهور مبدأ تحمل الطبيب لعبء إثبات التزامه بالإعلام ، كما كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ آخر قصد التخفيف من صعوبة إثبات الخطأ الطبي و هو إقامة المسؤولية الطبية دون خطأ أي مسؤولية غير خطئية.

(2) صدر هذا القرار بتاريخ 29 / 05 / 1951 ، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كان العقد الذي يبرم بين الجراح و المريض يتضمن من حيث المبدأ التزاما على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية التي يقدر أهميتها للمريض ، إلا بعد الحصول مقدما على رضاء المريض بها ، فإنه يقع على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بهذا الالتزام العقدي و ذلك بعدم إعلامه بطبيعة العملية الجراحية و عدم الحصول على رضائه مقدما.

(3) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في ...، مرجع سابق، ص.57

(4) حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 20 / 06 / 1978 ، مشار إليه من طرف أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 117 ، أيضا طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 239 .

في الدلالة على الأمر الذي يراد إثباته، وهو هنا خطأ الطبيب، ورابطة السببية بين الخطأ والضرر.

كما يجب في هذه القرائن، وهي مجرد قرائن واقع، ألا تستند فقط إلى مجرد الاستنتاج بمفهوم المخالفة<sup>(1)</sup>، فلا يصح مثلاً أن يعتبر مجرد تنازل الطبيب عن أتعابه في جراحة فشلت، اعترافاً منه بخطئه ما لم يكن مقترناً بوقائع أخرى يستدل بها على الاعتراف أو على وقوع الخطأ<sup>(2)</sup>.

قبول الإثبات بالقرائن ليس أمراً جديداً، حيث كان الفقه والقضاء مستقرين على الأخذ به في وقت كانت المحاكم لم تكلف الطبيب بعبء إثبات التزامه بإعلام المريض وحصوله على رضاه، لذلك قضى بأن المريض قد رضى فعلاً بالعلاج إذا تسلم بطاقة مكتوبة عليها: (غرفة العمليات يوم الجمعة 21 سبتمبر - الساعة الثامنة والنصف) ويتقدم فعلاً في نفس التاريخ والساعة إلى المستشفى. وقضى بأن الرضاء الضمني يمكن أن يستفاد من اصطحاب الأم لابنتها القاصر مع الطبيب المعالج إلى المستشفى، حيث يجب أن يجرى للابنة تدخل جراحي عاجل، أو من بساطة التدخل الجراحي، أو من شكوى الأم من التأخر في إجراء العملية، أو من سلوك المريض الذي طلب من الأطباء تدخل طبيب مختص قام بإجراء العملية له<sup>(3)</sup>.

وكذلك إذا ادعى المريض أن الطبيب أهمل تعقيم الإبرة التي حقنه بها، ولم يستطع المريض المدعي أن يثبت بطريق مباشر واقعة عدم التعقيم، فإن هذه الواقعة يمكن أن

(1) منير رياض حنا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 467، د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 78.

(2) د/ عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التصويرية، دراسة تحليلية عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، الاسكندرية، 1995، ص 84.

(3) د/ جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 415.

تستنبط عن طريق القرائن القضائية طالما أنه ثبت أن موضع الحقنة قد التهاب وظهرت عليه اثار التلوث عقب إجراء الحقن بقليل<sup>(1)</sup>.

باختصار فإن القاضي له الحرية المطلقة لاستنتاج الدليل من ظروف الدعوى وملابساتها، دون أن يستلزم الأمر قيام المريض أو الطبيب بإثبات هذه الظروف.

نجد في القضية التي حسمت بتاريخ 14 أكتوبر 1997 سابق الإشارة إليها، أن محكمة النقض قد أقرت أن قضاة الاستئناف فيما ذهبوا إليه من استنتاج أن المريضة قد رضيت بالفحص الذي خضعت له رضاً مستتيراً من خلال مجموعة من الظروف تمثلت في كون المريضة تعمل في وظيفة مساعدة مختبر بالمستشفى الذي أجريت فيه العملية وأنها التقت الطبية التي أجرت العملية وتجاوزت معها عدة مرات بشأنها، وأنه قد مرت فترة طويلة جداً بين اقتراح العملية وتنفيذها فعلاً، وإن المريضة قد عبرت فعلاً عن قلقها وترددتها، فكل هذه الوقائع تمثل في رأي المحكمة قرائن قوية محددة ومطابقة يمكن للقاضي أن يعتمدها على إثبات الرضاء المستتير للمريضة<sup>(2)</sup>.

يرى الفقه الفرنسي أنه في مجال المسؤولية الطبية، يكتفي القاضي بتأسيس قراره على مجرد قرائن ضعيفة وغير قوية، وهذا ما يعتبر تطبيقاً لنظرية الخطأ المفترض التي تقضي بأنه لو لم يحدث خطأ لما حدث الضرر، وبذلك فهو لا يؤسس حكمه أو قراره على أساس القرينة، أي استنتاج واقعة مجهولة من واقعة معلومة، إنما يكون بذلك قد طبق مبدأ أنه لم يكن من الممكن عدم ارتكاب خطأ لحدوث الضرر<sup>(3)</sup>.

مجمل القول هو أن القاضي المدني يعتمد القرائن كوسيلة لإثبات الخطأ الطبي مثله مثل أي خطأ مهني أو عادي آخر، إذ يشترط كأصل عام أن تكون هذه القرائن قوية

(1) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 79.

(2) د/ جابر محبوب علي، دور الإرادة...، مرجع سابق، ص 416.

(3) PENNEAU (Jean), La Responsabilité du ..., op, cit, p. 80.



واضحة ومحددة إلا أنه وفي مجال المسؤولية الطبية ، نجد أن القاضي يخرج أحيانا عن هذا الأصل إذ لا يأخذ بعين الاعتبار توفر هذه الشروط أو عدم توفرها في القرينة، حيث يستنتج الخطأ الطبي من مجرد وقائع غامضة وغير قاطعة، وهذا تطبيقا منه لنظرية الخطأ المفترض التي تقضي بأنه لم يكن ليحدث الضرر لو لا حدوث خطأ معين من الطبيب، وهذا ما من شيء إلا محاولة من القضاة التخفيف من وطأة عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض.

يرى الدكتور منير رياض حنا أن أساس الدليل في هذه القرائن هو مبدأ الاحتمال الكافي ، أو مبدأ الترجيح<sup>(1)</sup>، حيث لا يطلب من المريض تقديم دليل قاطع، بل يكفي منه بما يجعل دعواه قريبة التصديق، وعلى ذلك إذا أثبت المريض واقعة تدل على الإهمال دلالة كافية لترجيح وقوعه دون أن تكون قاطعة، فتقوم قرينة قضائية على عدم تنفيذ الالتزام، بذلك ينتقل عبء الإثبات إلى الطبيب الذي يكون عليه إثبات أنه بذل العناية اللازمة، وعليه إثبات الظروف التي تمت فيها هذه الواقعة والتي من شأنها أن تنفي وصف الإهمال على الواقعة، بالتالي فالقرائن التي يستمددها القاضي من ظروف الحالة ويعتمد عليها في واقع الأمر، قرائن بسيطة *présomptions simples* يمكن للطبيب أن يثبت عكسها، حيث يتعين عليه أن يقدم من الأدلة ما يكفي لهدم الظاهر الذي أقامته القرائن ضده.

نلاحظ أخيرا أن القاضي يكون له دورا ايجابيا في مجال الإثبات، حيث يقوم باستنباط الدليل من وقائع وظروف الدعوى، وهذا ما يدفعنا لمحاولة معرفة الدور الإيجابي للقاضي في مجال المسؤولية الطبية.

(1) د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 562.

## الفرع الثالث

## دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي الإنساني

الواقع أنه إذا كانت القاعدة التقليدية التي مازال أثرها واضحا فقها و قضاء أن حقوق الخصوم ملكا لهم، وأن طلباتهم القضائية هي حق لهم، حيث تسير مجريات الدعوى وفقا لرغباتهم، إلا أن القاضي لم يعد بمثابة مشاهد صامت للمنازعة القضائية ليس له إلا الحكم في الدعوى، فالقاعدة الأساسية التي تمتد شعابها إلى قواعد الإثبات وإجراءاته هي أن للقاضي مركزا ايجابيا<sup>(1)</sup>.

لاشك أن هذا الدور الإيجابي الذي يتمتع به القاضي في مجال الإثبات يكفل له حرية التقدير في نطاق معين، فتلك الحرية يجب أن تتلازم مع ما له من دور نشط في مجال الإثبات<sup>(2)</sup>.

يكون الخطأ الطبي في مجال الإثبات إما موضوعيا، و يتحقق بكل مخالفة للالتزامات المدنية أو الجنائية أو الإدارية أو المهنية للطبيب، إذا كانت صريحة، واضحة، بحيث يكون من السهل على القاضي اكتشافها بناء على درايته وثقافته العامة من خلال الأدلة ووقائع الدعوى وظروفها<sup>(3)</sup>، وقد يكون الخطأ شخصا فلا يمكن للقاضي إثباته إلا من خلال التقدير الشخصي لسلوك الطبيب، وما إذا كان يتوافق مع سلوك طبيب وسط في مثل ظروفه الخارجية أم لا، فبالنسبة للخطأ الموضوعي أو العادي، فهو يتمثل في التقصير في بذل العناية اللازمة للمريض والإخلال بواجب الحيطة والحذر المفروض على كل شخص، فالقاضي يستطيع أن يستخلص بنفسه هذا الخطأ الذي يقع في مجال الأعمال العادية والواجبات الإنسانية

(1) د/ رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد...، مرجع سابق، ص 76.

(2) د./ رمضان أبو السعود، مرجع نفسه، ص 80.

(3) الخطأ الموضوعي هو الخطأ العادي كما يسميه البعض بحيث يمكن أن يقع فيه أي فرد آخر دون أن ينتمي إلى المهنة الطبية.

للطبيب<sup>(1)</sup>، ومن الأخطاء العادية ترك الجراح في الجرح قطعة من القطن، أو الشاش، أو آلة من الآلات الجراحية، مما يتسبب نشوء تقيحات و التهابات تؤدي بحياة المريض<sup>(2)</sup>.

يتفق الفقه أن الخروج عن حدود الاختصاص كقيام طبيب عام بإجراء عملية جراحية، أو أن يستعمل أجهزة جراحية دون التحقيق من مدى فعاليتها، أو في حالة عدم إجراء فحوص أولية سابقة على تنفيذ عملية جراحية أو غيرها من أساليب العلاج، والتي تنطوي على قدر معين من الخطورة واحتمال المضاعفات، والتأخير في العلاج أو تقديمه حسب الأحوال، تعد من بين الحالات التي يكون فيها الخطأ ذو طبيعة موضوعية ولا يتطلب تطبيق المبادئ العلمية والتجريبية على الحالة لاستخلاص الحقيقة<sup>(3)</sup>، أي تقدير مسلك الطبيب في ضوء الظروف الخارجية التي أحاطت به، فالخطأ سلوك لا يصدر عن شخص فطن حذر وواع بالتزاماته<sup>(4)</sup>.

يستطيع القاضي أن يحدد خطأ الطبيب إذا لم يحم مثلاً بتعقيم الأجهزة المستعملة، أو إذا أخطأ في مكان العملية، أو إذا قام بإجرائها وهو في حالة سكر، أو مصاب بإحدى يديه، و يقوم بإجراء العملية بيد واحدة، كلها سلوكيات يمكن للقاضي إضفاء صفة الخطأ عليها وفقاً لثقافته ومعلوماته العامة ولا يحتاج في ذلك إلى معرفة فنية متخصصة.

ففي إحدى القضايا والتي أجريت فيها الجراحة بنجاح، وبعد ستة أشهر أصيب المريض بآلام حادة، وارتفاع غير مفهوم في درجة الحرارة، ولم تجد معه كافة الأدوية ولم يكن هناك حل آخر سوى إعادة فتح الجرح، حيث تم العثور بداخله على قطن متعفن (بسبب تبلله بالماء)، ورغم استخراجها إلا أن المريض توفي بعد عدة أيام متأثراً بالالتهابات الناتجة عن تعفن

(1) منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي...، مرجع سابق، ص 647

(2) منير رياض حنا، مرجع نفسه، ص 652.

(3) د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب...، مرجع سابق، ص 176.

(4) د/ بابكر الشيخ، مرجع نفسه، ص 178.

الشاش، إثر ذلك رفعت عائلة المريض دعوى ضد الجراح مطالبة إياه بالتعويض، دفع الجراح بمسؤولية الممرضة على أساس أنها المسؤولة عن وضع قطع الشاش على الجرح، إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع حيث قررت أنه من واجب الطبيب أن يتأكد من نقاء الجرح قبل غلقه، وأن يتأكد من عدد قطع الشاش المستعملة، ولا يكفي مجرد سؤال الممرضة عما إذا كانت قد راجعت العدد أم لا، فمثل هذا السؤال يلقي بجانب من المسؤولية على الممرضة إلا أن ذلك لا يعفي الجراح من المسؤولية (1).

نستنتج أخيراً أنه لا خلاف في أن القاضي يستطيع أن يخالف رأي الطبيب، إذا كان هذا الأخير في ظاهره يحمل مبررات خطئه وبعده عن المنطق والعقل، ولا يتطلب الأمر الاستعانة برأي الخبراء.

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في شأن استخلاص الخطأ وتقدير الوقائع، بالتالي فسلطة قاضي الموضوع للتحقق من ثبوت الفعل، أو الترك من قبل الطبيب، أو مساعديه أو إدارة المستشفى، يقرها من خلال وسائل الإثبات المتيسرة في الدعوى، وهي سلطة للقاضي وحده ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، أما إعطاء الوصف لهذه الوقائع المطروحة أمامه إذا ما كانت تشكل خطأ أم لا، فهي من المسائل القانونية التي تبسط المحكمة العليا سلطتها ورقابتها على قاضي الموضوع بشأنها (2).

يبقى أن نقول أن القاضي لا يحكم بثبوت الخطأ الطبي، إلا بعد أن يتحقق لديه اليقين الثابت بوجود هذا الخطأ، ونسبته إلى الطبيب محل المساءلة، وقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمريض، فمهمة القاضي صعبة، خاصة في المسائل العلمية أو الفنية التي لم تستقر قواعدها الطبية، ولا زالت محل خلاف بين الأطباء والنظريات العلمية والطبية بشأنها غير مستقرة، وبالتالي فإن إقدام الطبيب المعالج على تطبيق هذه المسائل يعتبر اجتهاد شخصي منه في علاج المريض، وينبغي على القضاء الابتعاد عن الخوض في هذه المسائل التي لا زالت محل نقاش وتمحيص علمي ولم تستقر قواعدها بعد، إذ ليس للقاضي أن يقحم

(1) نقلا عن منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي...، مرجع سابق، ص 652.

(2) إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي...، مرجع سابق، ص 202.

نفسه في النقاش العلمي لترجيح وجهة نظر على أخرى<sup>(1)</sup> ، وإنما يجب عليه في مثل هذه الأحوال اعتبار الطبيب غير مخطئ وغير مسؤول.

### المبحث الثاني

#### وسائل إثبات الأخطاء المتعلقة بالفن الطبي.

يقوم القاضي بتقدير الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية وفقا للأدلة المقدمة إليه من طرف المريض، للبرهنة على قيام مجموعة من القرائن الدالة على خطأ الطبيب، حيث يكون بإمكان القاضي تحديد مدى خروج الطبيب عن الأصول العلمية المستقرة، أما حين يتعلق الأمر بالأخطاء الطبية ذات الطابع الفني، فإن تقدير مدى مطابقة السلوك الفني للطبيب للأصول العلمية المستقرة، يشكل دون شك مهمة مستحيلة للقاضي وهذا راجع لعدم إمامه بمعطيات الفني الطبي .

سبق وأن قلنا أن الخطأ العادي هو الذي يتمثل في التقصير في بذل العناية اللازمة اتجاه المريض، والإخلال بواجب الحيطة والحذر المفروض على كل شخص، بالتالي فإن القاضي يستطيع أن يستخلص بنفسه هذا الخطأ الذي يقع في مجال الأخطاء العادية والواجبات الإنسانية للطبيب كعدم الحصول على رضی المريض مثلا<sup>(2)</sup>، أما الخطأ الطبي الفني فهو الذي يتمثل في الخروج عن الأصول الفنية للمهنة ومخالفة قواعد العلم والمهنة، بالتالي فالقاضي لا يستطيع مواجهة هذه الأخطاء والتصدي لها، ويتعذر عليه أن يصل إلى تكييف سليم لمدى صحة عمل الطبيب الفني وفقا لثقافته العامة بسبب افتقاده للعلم الفني الكافي لتقدير خطأ الطبيب في هذا المجال، وهذا ما يفرض عليه الاستعانة بأهل

(1) طلال عجاج، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص. 240 ،

MALICIER ( D), MIRAS ( A),FEUGLET (P),FAIVRE (P),La Responsabilité médicale...op, cit, p.104.

(2) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 604.

الخبرة من الأطباء<sup>(1)</sup> .

فالخبير المستخدم من طرف القاضي يأتيه بمساعدة فنية لتقدير ما إذا كان الطبيب كفؤ ومؤهل مقارنة بطبيب وسط من نفس مستواه<sup>(2)</sup>، ويقوم بإبداء الرأي الفني والذي يسمح للقاضي مقارنة سلوك الطبيب المسؤول مع طبيب مثله.

يلجأ القاضي إذن إلى أهل الخبرة من الأطباء للفصل في مدى خروج الطبيب عن السلوك الفني المألوف ويعتبر هذا من الإجراءات الضرورية التي يتوجب عليه اتخاذها، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/06/24 حيث اعتبرت أن القاضي لا يمكنه القول أن الطبيب قد بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى الخبرة عند فصله في نقطة فنية تتطلب تخصصا مهنيا للفصل فيها<sup>(3)</sup> .

أفرد المشرع الجزائري بندا خاصا بالخبرة في مدونة أخلاقيات مهنة الطب تحت عنوان ممارسة الطب وجراحة الأسنان بمقتضى الخبرة وذلك من المادة 95 إلى غاية المادة 99 من م أ ط.

غير أن ضرورة لجوء القضاة إلى تعيين خبير بهدف حل المسائل الفنية التي يعجز القضاة على مواجهتها وحلها بثقافتهم ومعلوماتهم العامة، قد دفع بالكثيرين إلى الخلط بين مهمة كل من القاضي والخبير، إلى درجة أن البعض قد رأى في الخبير أنه القاضي الأول في الدعوى وإليه يعود القرار النهائي، خاصة في مجال الأخطاء الطبية، ذلك أن الطبيب

(1) د/ بابكر الشيخ ، المسؤولية القانونية ...، مرجع سابق، ص 177.

(2) MARC (Bernard), Médecine légale et....,op,cit, p .75.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 2972062، الصادر بتاريخ 2003/06/24، والذي جاء فيه " لا يمكن القول أن الطبيب بذل عنايته المطلوبة منه دون الرجوع إلى خبرة محددة من طرف خبير مختص في نفس المجال واستشارة مجلس أخلاقيات الطبية الجهوي المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06، وأن القرار المطعون فيه فصل في نقطة فنية تتطلب تخصصا مهنيا للفصل فيها مما جعل تعليقه غير مستساغ منطقيا وقانونيا نتيجة القصور في الأسباب الأمر الذي يؤدي إلى النقض"، قرار منشور في المجلة القضائية، العدد الثاني، 2003، ص 337.

حسب رأيهم ليس كغيره من المهنيين، ولأن دور القاضي ينحصر في مراجعة النصوص القانونية وتطبيقها، والمقارنة، فإن حل القضايا المتعلقة بالمسؤولية الطبية لا يمكن أن يتم إلا من طرف شخص زاول الدراسة الكاملة للطب، هذا ما جعل البعض يذهب إلى حد المطالبة بإخراج القضايا الطبية من ساحة القضاء، معللين ذلك أن القضاة لا يستطيعون تقدير مواطن الخطأ في مسائل تتعلق بفن مجهول عنهم، وطالبو بعرض القضايا الطبية على مجالس متكونة من أهل المهنة، غير أن هذا الرأي سرعان ما تم هجره، على أساس أن هذه الحجج المقدمة تنطبق على كل المهن وليس على مهنة الطبيب فحسب، فكيف يحاسب المهني الآخر، كالمهندس والمحامي مثلاً أمام ساحة القضاء، ويحاسب الطبيب أمام مجالس خاصة، وإن تم تطبيق ذلك بالنسبة للأطباء فإنه حتماً ستنشأ محاكم خاصة بكل مهنة، وهذا ما من شأنه أن يؤدي إلى التضحية بالصالح العام في سبيل تحقيق المصالح الفردية لكل مهنة<sup>(1)</sup>.

إن ظهور هذا الاتجاه كان نتيجة لخلط بين مهمة الخبير التي تنحصر في مطابقة العمل الفني للطبيب لقواعد المهنة، وبين مطابقة نتيجة التقرير في المجال القانوني بعناصر المسؤولية، والتي تدخل في مجال اختصاص القاضي، بالتالي فضرورة لجوء القاضي إلى الخبير ليس من شأنه أن يقلل من دوره أو من مهمته، وهذا ما سنراه عند التطرق إلى مدى تأثير تقرير الخبرة على حكم القاضي، لكن قبل ذلك سنحاول التطرق إلى ماهية الخبرة بنوع من التفصيل (مطلب أول) ثم إلى دورها في إثبات الأخطاء الطبية ذات الطابع الفني (مطلب ثاني).

(1) منير رياض حنا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص.ص 640 - 641.

## المطلب الأول ماهية الخبرة الطبية

إن بيان ماهية الخبرة تستدعي بيان المقصود بالخبرة الطبية وطبيعتها القانونية، وكذا خصائصها وأنواعها، وكيفية ندب الخبير و ذلك من خلال الفروع التالية.

### الفرع الأول

#### تعريف الخبرة الطبية وطبيعتها القانونية

أولاً : تعريف الخبرة الطبية:

الخبرة لغة هي العلم بالشيء، والخبير هو العالم، ويقال خبرت الأمر أي علمته، وخبرت بالأمر، إذ عرفته على حقيقته<sup>(1)</sup>، أما اصطلاحاً، فلقد عرفت الخبرة بأنها إحدى طرق الإثبات التي تقوم على تقديم دليل الإثبات المادي للقاضي في المسألة الفنية التي تعترضه، ليكون حكمه قائماً على الحقيقة، فهي تلك الاستشارة الفنية التي يقدمها الخبير للقاضي في المسائل الفنية التي يطلب رأيه فيها<sup>(2)</sup>.

عرف المشرع الجزائري الخبرة انطلاقاً من الهدف أو الغاية منها، وذلك من خلال نص المادة 125 ت إ م إ حيث تنص " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي " .

(1) د/ مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2008، ص 98.

(2) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب والجراح...، مرجع سابق، ص 90.



تستمد الخبرة أساسها ومصدرها من الشريعة الإسلامية لقوله سبحانه وتعالى "فسئلوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون" (1).

عرفها الأستاذ محمود توفيق اسكندر باعتبارها وسيلة من وسائل التحري (2)، أما الفقه الفرنسي (3) فلقد عرفها على أنها إبداء الرأي في نقطة متنازع فيها تتعلق بالفن الذي يختص فيه الخبير.

كما عرفها البعض (4) بأنها الحصول على معلومات فنية في المسائل التي تعرض على القاضي ولا يستطيع العلم بها، بل أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها إذ يجب الرجوع فيها إلى أهل الخبرة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/06/24 (5).

تدور تعريفات الخبرة عامة حول صفاتها وطبيعتها القانونية، حيث أن جميعها لا تخرج عن اعتبار الخبرة إجراء تحقيقي يقصد به الوصول إلى معلومات فنية صعب على القاضي فهمها وإدراكها، بحيث تكون الخبرة السبيل الوحيد لإثباتها وتحقيقها.

يمكننا أن نقول أن الخبرة هي الاستشارة الفنية التي يعتمد عليها القاضي لحل المسائل الفنية المطروحة أمامه، وهذا لعدم إمامه بهذه المسائل بحكم عمله وثقافته، وهذا ما دفع بمعظم المشرعين إلى السماح للقضاة باللجوء إلى خبراء قصد مساعدتهم فنياً.

هذا عن تعريف الخبرة عامة، أما الخبرة الطبية فنجد المشرع الجزائري قد عرفها

(1) أنظر الآية 43 من سورة النحل.

(2) محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية...، مرجع سابق، ص 55.

(3) Bernard ( MARC) , Médecine légale et ...,op,cit,P. 75.

(4) نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 229، د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية...، مرجع سابق، ص 317.

(5) قرار المحكمة العليا رقم 2972062، الصادر بتاريخ 2003/06/24، السابق الإشارة إليه.

بموجب المادة 95 من م أ ط التي تنص أن "الخبرة الطبية عمل يقوم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان المعين من قبل القاضي أو سلطة قضائية، لمساعدته التقنية، لتقدير حالة الشخص الجسدية والعقلية وتقييم المسائل المترتبة على آثار جنائية أو مدنية".

فالخبير الذي يتم تعيينه من طرف القاضي يأتيه بمساعدة فنية لتقدير مدى كفاءة الطبيب المسؤول ومدى انتباهه في عمله<sup>(1)</sup>، حيث يسمح موضوع هذه الخبرة الطبية للقاضي بمعرفة ما إذا تم احترام الالتزامات التعاقدية المفروضة على الطبيب<sup>(2)</sup>.

يجمع الطبيب الشرعي بين صفتين: صفته كخبير وصفته كموظف عام، ويكون بإمكانه تزويد القاضي بتقرير يجمع فيه ما بين علمه الطبي الذي درسه في كلية الطب، وخبرته القانونية التي استمدها من التعامل اليومي مع القضايا والمصطلحات القانونية.

ترد قضايا المسؤولية الطبية للخبير الطبي عن طريق النيابة العامة في القضاء الجنائي، وعن طريق المحكمة في القضاء المدني، وتمثل خبرة الطب الشرعي دورا هاما في قضايا المسؤولية الطبية بوصفها جهة فنية معاونة للقضاء، ومما يؤكد أهمية تقرير الطبيب الشرعي أنه يشكل ضمانه أساسية لحق الخصوم، حيث أنه يتم وفق الأصول الفنية العلمية في إعدادهِ وتتأكد هذه الضمانة من ناحيتين: الأولى أن تقرير الطبيب الشرعي يكون خاضعا ل ضمانات الخبرة المقترحة، وهي الرد أو التنحي عن المهمة، أما الثانية فهي أن المشرع أحاط الأطباء الشرعيين بوصفهم موظفين عموميين بنوع من الرقابة القضائية ورقابة من الخصوم أنفسهم<sup>(3)</sup>.

(1) HURREAU (J), POITOUT (D), L'expertise médicale... ,op, cit, p. 02.

(2) Lemaire (Jean François) et IMBERT (Jean Luc), Responsabilité médicale, P. U. F, France, 1985, pp. 84 et 85.

(3) د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية...، مرجع سابق، ص.ص 173-174.

## ثانيا : الطبيعة القانونية للخبرة:

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للخبرة و ذهب في ذلك إلى عدة آراء نتناولها بإيجاز فيما يلي:

أولاً: يرى جانب من الفقه أن الخبرة نوع من الشهادة فنية حسب رأيهم<sup>(1)</sup>، وهذا التشابه بين الخبرة والشهادة يكون في الإجراءات والحجية إلى حد كبير، حيث يدلي كل من الخبير والشاهد بمعلومات، كما يقوم كلاهما بحلف اليمين، ولقد تم الرد على هذا الاتجاه بمحاولة إظهار نقاط الاختلاف بين كل من الخبرة و الشهادة حيث تختلفان من عدة نواحي وهي :

1- يمكن وكأصل عام استبدال الخبير بغيره من أهل الفن والتخصص، بعكس الشاهد الذي لا يمكن استبداله بغيره نظراً لأنه هو الذي أدرك الوقائع التي اتصلت بعلمه دون غيره.

2- إذا كان الشاهد يدلي بشأن ما أدركه بإحدى حواسه، بصورة عرضية وبغير تكليف بالحرص على هذا الإدراك، فإن الخبير يدلي بداية بناء على تكليف واستناداً إلى معلومات علمية أو فنية أو تجريبية<sup>(2)</sup>.

ثانياً: يرى جانب آخر من الفقه<sup>(3)</sup> أن الخبرة ليست سوى وسيلة لتقييم وتقدير دليل

(1) د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية ...، مرجع سابق، ص319، د/ مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة...، مرجع سابق، ص 106.

(2) د/ محمد حسام محمود لطي، النظرية العامة للالتزام، المصادر، الأحكام، الإثبات، دراسة تفصيلية في ضوء الفقه والقضاء، قصر الطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، 2007، ص192 من الكتاب الثالث المتعلق بالإثبات، لمزيد من الشرح حول الفرق بين الخبرة والشهادة أنظر كذلك في هذا الشأن د/ مراد محمود الشنيكات، مرجع نفسه، ص 116 و ما يليها.

(3) د/ مراد محمود الشنيكات، مرجع نفسه، ص106.

مطروح أمام القاضي، حيث يكون هذا الدليل غامض ويقيم إشكال يصعب على القاضي فهمه والإحاطة به، ويضطر بذلك اللجوء إلى أهل الخبرة، فحسب هذا الرأي لا تعتبر الخبرة وسيلة إثبات مستقلة بحد ذاتها كالوسائل الأخرى مثل الشهادة، والقرائن، والكتابة التي تقوم على تقديم دليل معين، إذ تستعمل الخبرة في حالات كثيرة لتقدير سلامة غيرها من الأدلة والاعتراف.

تم الرد على هذا الاتجاه أن وظيفة الخبرة لا تنحصر فقط في تقييم الدلائل و تقديرها إنما تمتد إلى البحث عن الدليل الذي يفيد أحد طرفي الخصومة، فالخبرة الطبية التي يكون موضوعها التحري من وجود خطأ أو عدم وجوده، إنما هو بحث عن دليل وليس تقييم دليل موجود مسبقاً.

**ثالثاً:** يرى جانب من الفقه أن الخبرة لا تعد أن تكون مجرد إجراء مساعد للقاضي<sup>(1)</sup>، إذا أنها تخرج عن كونها وسيلة إثبات في نظر هذا الرأي، فهي إجراء يستعين به القاضي لإكمال معلوماته في علم من العلوم أو تخصص من التخصصات، يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن أمر اللجوء إلى الخبرة متروك لمحض إرادة القاضي الذي يقدر إمكان الاستعانة بالخبراء من عدمه.

**رابعاً:** يرى الاتجاه الغالب أن الخبرة وسيلة إثبات خاصة<sup>(2)</sup> تهدف إلى التعرف على الوقائع المجهولة من خلال الوقائع المعلومة، ويستند أنصار هذا الرأي في تأييد وجهة نظرهم<sup>(3)</sup>، حيث تنقل الخبرة دليلاً للقاضي يتعلق بمسألة فنية وعلمية لا تتوافر لديه نظراً لطبيعة ثقافته ودرابته، كما قد يتطلب الأمر إجراء أبحاث خاصة وتجارب عملية تستلزم وقتاً لا يتسع له عمل القاضي.

(1) د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية...، مرجع سابق، ص 318.

(2) د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية...، مرجع سابق، ص 173.

(3) د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية...، مرجع سابق، ص 318.

## الفرع الثاني

### خصائص الخبرة وأنواعها

#### أولاً : خصائص الخبرة:

تتميز الخبرة بخصائص فهي: أولاً إجراء قضائي، ثم هي اختيارية للقاضي، وهي أخيراً ذات صفة تبعية.

#### 1- الخبرة قضائية:

معنى كون الخبرة قضائية أنها تقرر من قبل القضاء<sup>(1)</sup>، إما من طرف محكمة الدرجة الأولى أو المجلس القضائي، وذلك إما لإجراء معاينة أو تقديم استشارة فنية أو تحقيق فني، ويتم تعيين الخبير بطلب من الخصوم أو من طرف القاضي من تلقاء نفسه.

غير أنه في القانون الفرنسي وفي مجال المسؤولية الطبية لا يمكننا الحديث عن هذه الخاصية، ذلك أنه بعدما تم إنشاء اللجان الجهوية للصلح والتعويض بشأن الحوادث الطبية بموجب قانون 2002-303<sup>(2)</sup>، والذي منح هذه اللجان صلاحية تعيين خبير لإجراء خبرة، وذلك حين تتم دراسة القضية على مستوى هذه اللجان، أي قبل وصول القضية إلى ساحة القضاء في حالة عدم الصلح، ويتم اختيار الخبير من قائمة الخبراء المسجلين على مستوى اللجنة الوطنية للحوادث الطبية.

#### 2- الخبرة إجراء اختياري للقاضي:

يكون للقاضي حرية الاختيار بين اللجوء للخبرة الفنية إذا رأى سبب لذلك، وبين عدم اللجوء إليها متى رأى لذلك أسباب سائغة مقبولة، ككفاية الدلائل للفصل في الدعوى دون

(1) د/ رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في ...، مرجع سابق، ص 400

(2) Loi n° 2002/303, 4 mars 2002 , Relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, PITCHO.( benjamin) et DEPADT- SEBAG.( Valérie), Médecine et droits de l'homme, ..., op, cit, p.270

حاجة إلى خبير فني<sup>(1)</sup>.

غير أنه يكون ملزماً بإجراء الخبرة في حالة ما إذا كانت المسألة فينة بحتة لا يمكن الاعتماد للفصل فيها على الدلائل الأخرى المقدمة إلا باللجوء إلى الخبرة، وفي حالة عدم القيام بذلك يكون حكمه معرضاً للنقض من المحكمة العليا<sup>(2)</sup>.

### 3- الخبرة إجراء تبعي:

معنى كون الخبرة ذات صفة تبعية أنها تقرر تبعاً لدعوى أصلية و كإجراء إثبات يساعد على الفصل في الدعوى المقامة.

### ثانياً: أنواع الخبرة:

يوجد نوعين من الخبرة إضافة إلى الخبرة القضائية التي سبق وعرفناها وهي: الخبرة الاستشارية، والخبرة الاتفاقية.

#### 1- الخبرة الاستشارية:

هي خبرة تتم عن طريق المحكمة دون أن يشترط فيمن يلجأ إليها صفة الخصم، تتمثل في اللجوء إلى أهل الفن والاختصاص من أجل الحصول على المشورة والنصح بشأن نقطة فنية، وذلك لأهداف وغايات مختلفة، غالباً ما تكون بهدف الحصول على دليل قوي لتدعيم موقف الطرف الذي يلجأ إليه، أو لتفنيد رأي خبير قضائي تم تعيينه من طرف المحكمة<sup>(3)</sup>.

(1) باستثناء إجراء الخبرة لإثبات مسائل قد تكون محل نزاع مستقبلي في دعوى مستعجلة

(2) أنظر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 2972062 الصادر بالتاريخ 2003/06/24، السابق الإشارة إليه.

(3) GODFRYD (Michel), Les expertises médicales, Presse universitaire de France, Paris, 1991 p. 9 ,aussi

د/ مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة... ، مرجع سابق، ص100.

تتم الخبرة الاستشارية بطلب من شخص معين لإستضاح أمر معين<sup>(1)</sup>، وغالبا ما تكون هذه الخبرة سابقة على نزاع يحتمل حصوله<sup>(2)</sup>.

## 2- الخبرة الاتفاقية :

هي الخبرة التي تتم نتيجة لاتفاق بين طرفين أو أكثر قبل أو بعد نشوء نزاع بينهم<sup>(3)</sup>، و يلتزم الخبير الاتفاقي بتوجيه تقرير الخبير إلى كل طرف من الأطراف الذين قاموا بتعيينه<sup>(4)</sup>، فالخبرة الاتفاقية هي تلك الخبرة التي يلجأ فيها أطراف في النزاع إلى خبير ليبيدي رأيه في مسألة فنية وتخصصية مختلف عليها بينهم<sup>(5)</sup>، و هذا دون أن يتدخل القضاء في ندب الخبير.

يعتبر اتفاق الأطراف هو الصورة الفعلية بكل ما يتعلق بهذه الخبرة، ولا تلتزم المحكمة بهذا النوع من الخبرة إلا بالقدر الذي يعطيه الاتفاق لها، فمتى قدم الخصوم هذه الخبرة للمحكمة، فإنها وكأصل عام لا تلتزم بما جاء فيها إلا بالقدر الذي اتفق عليه الأطراف، فهي تخضع لأحكام العقد نظرا لكونها ناجمة عن اتفاق الأطراف، ومتى لم يحدد الاتفاق قوة هذه الخبرة كان للمحكمة أن تستنير بتقرير الخبرة الاتفاقية وأن تأخذ منه بالقدر الذي تشاء أو ترفض ما جاء فيه، ولها أن تلجأ لإجراء خبرة جديدة، وقد تلجأ المحكمة إلى تعيين نفس الخبراء الذين قاموا بالخبرة الاتفاقية.

(1) GODFRYD (Michel), Les expertises médicales...,op, cit, p. 9.

(2) الاختلاف الجوهرى بين الخبرة القضائية والخبرة الاستشارية هي أن الأولى يكون تعيين الخبير فيها بموجب حكم صادر من القاضي بنديه حتى ولو كان صدور الحكم بناء على طلب الخصوم ، فإنه يبقى للقاضي الحرية في الموافقة على ندبه من عدمه، أما الخبرة الاستشارية فإن الخبير يتم تعيينه بناء على اتفاق يبرم بين شخص أو أكثر و بين الخبير.

(3) GODFRYD (Michel), Les expertises médicales...,op,cit, p.10.

(4) Ibid, p, 11.

(5) د/مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة...، مرجع سابق، ص104.

تتشارك الخبرة الاتفاقية مع الخبرة الاستشارية في أنه لا يشترط في أي منهما إتباع إجراءات محددة، حيث يلتزم الخبير الإتفاقي أو الاستشاري بموجب العقد الذي يربطه بالمتعاقدين بكل ما هو وارد في هذا العقد.

### الفرع الثالث

#### كيفية ندب الخبير

يختار الخبير لقدراته العلمية والفنية بهدف إنارة القاضي في المسائل التي يجهلها، حيث تتمثل مهمة الخبير في إبداء الرأي للمحكمة في المسائل الفنية التي تعينها له، فهو لا يقوم بعمل قضائي، ولا يكلف إلا بإبداء الرأي الذي ينير القاضي وذلك وفقا لما هو محدد في منطوق الحكم الذي تم تعيينه بموجبه<sup>(1)</sup>، فلجوء القاضي إلى أهل الخبرة بهدف وضع تقارير أمام القضاة حتى يقوموا بمطابقتها بالمعايير القانونية لتحقق من مدى ثبوت الخطأ من عدمه من جانب المسؤول، يقتضي من القاضي أو لا إصدار حكم بتعيين خبير طبي وتكون له السلطة التقديرية في ذلك.

يقوم القاضي بتعيين أطباء أو جراحي أسنان أو صيادلة مختصين في مسائل الطب الشرعي للقيام بمهمة الخبرة، غير أنه استثناء وفي حالة عدم وجود الطبيب الشرعي يلجأ القاضي إلى تعيين خبير طبي من بين الخبراء الواردة أسماؤهم في الجدول المعد سنويا من قبل المجلس الوطني للأدب الطبية، حيث يقوم القاضي بإسناد مهمة انجاز تقرير الخبرة إلى كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي وذلك في حدود اختصاصه وفقا لنص المادة 1/207 قانون 90-17 المعدل والمتمم لقانون 85-05

(1) يتم تعيين الخبير بموجب قرار كتابي ولا يمكن أن يتم ذلك شفاهة، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 79863، الصادر بتاريخ 1991/09/29، مجلة قضائية، العدد الثالث 1992، ص95، الذي قضى "من المقرر قانونا أن الأمر بإجراء خبرة لا يكون إلا بموجب قرار مكتوب، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس عند وضعهم القضية للتقدير أمروا بإجراء خبرة بموجب قرار شفوي يكونوا بذلك قد خرقوا القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه "



المتعلق بحماية الصحة وترقيتها<sup>(1)</sup>.

يمكن للأطباء القيام بمهمة الخبرة سواء كانوا في القطاع العام أو القطاع الخاص حيث نجد المادة 19 من المرسوم التنفيذي 106/91<sup>(2)</sup> تنص على أنه " يقوم الأطباء للصحة العمومية على الخصوص بالأعمال التالية: ... الخبرة الطبية " .

يشترط في المرشحين لوظيفة الخبير أن يكونوا من حملة الشهادات الجامعية عادة، ويجب أن يكون المرشح عنده تجربة في الميدان يوم رفع ملفه إلى المجلس الإقليمي حيث يباشر مهامه وهذا ما نصت عليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 310-95 الذي يحدد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم<sup>(3)</sup>.

بعد أن يتم إجراء تحريات عن ماضي المرشح يتم تعيينه وتحديد الإقليم الذي يباشر فيه مهامه وذلك في إطار اختصاص مجلس قضائي معين، بعد ذلك يتم استدعائه من طرف النائب العام لأداء اليمين بالمجلس، غير أن الخبير الذي يكون غير مقيد بجدول الخبراء يلتزم بأداء اليمين أمام السلطة التي يحددها الحكم الصادر بنده وفقاً لنص المادة

(1) تنص المادة 1/207 من قانون 17/90 على ما يلي " يجب على السلطة القضائية ان تعين أطباء أو جراحي أسنان أو صيادلة مختصين في الطب الشرعي بالأعمال الطبية الشرعية غير أنه استثناء و في حالة عدم وجود الطبيب الشرعي يمكن للسلطة القضائية أن تسند المهمة الطبية الشرعية إلى كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي في حدود اختصاصه.

تسند المهمة الطبية الشرعية كتابة .

يعين الخبراء من بين أولئك الواردة أسمائهم في الجدول المعد سنويا من قبل المجلس الوطني للآداب الطبية المنصوص عليه في هذا القانون "

(2) مرسوم تنفيذي رقم 91 - 106 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل 1991 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر عدد22 ، الصادرة في أول ذي القعدة عام 1411 .

(3) مرسوم تنفيذي رقم 310 - 95 المؤرخ في 10/10/1995 يحدد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم، ج. ر عدد 60 الصادرة بتاريخ 15/10/1995.

## 131 تقنين الإجراءات المدنية والإدارية (1).

يتم تعيين الخبير من طرف القاضي، وذلك من تلقاء نفسه، أو بناء على اتفاق الخصوم، وله أن يعين خبيراً واحداً أو عدة خبراء<sup>(2)</sup>، وذلك حسب متطلبات كل قضية وفي حالة تعددهم يستوجب المشرع الجزائري على الخبراء القيام بأعمال الخبرة سوية وبيان خبرتهم في تقرير واحد، وفي حالة اختلاف آرائهم يجب على كل واحد أن يسبب رأيه<sup>(3)</sup> ذلك لأن الخبير إنما يلجأ إليه لإنارة القاضي وليس للتشويش عليه إذا ما تعددت التقارير<sup>(4)</sup>.

يرى البعض<sup>(5)</sup> أنه من الأحسن عدم قبول الخبير تعيينه بمفرده في قضايا المسؤولية الطبية إنما يستحسن تعيينه إلى جانب خبراء آخرين لأداء مهمتهم على أحسن وجه ويبقى للمحكمة الحرية الكاملة في تعيين خبير واحد أو عدة خبراء لإنجاز التقرير<sup>(6)</sup>، وذلك حسب متطلبات كل قضية .

يدخل نذب الخبير في إطار السلطة التقديرية للقاضي، فالأمر متروك له، إذ لا يكون ملزماً بقبول طلب الخصوم بتعيين الخبير، إذ له أن يرفض ذلك إذ رأى أنه في غير

(1) تنص المادة 131 ت إ م إ على ما يلي : " يؤدي الخبير غير المقيد في قائمة الخبراء، اليمين أمام القاضي المعين في الأمر ". أنظر كذلك في هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 65648 الصادر بتاريخ 1990/06/30 ، مجلة قضائية ، العدد الأول، 1992 ، ص.ص 132-136 ، حيث جاء فيه "....فيما يخص الوجه الرامي إلى رفض تقرير الخبرة لأن محرره لم يرد اسمه في قائمة الخبراء لوزارة العدل ولم يؤدي اليمين، فإن هذا الوجه لا يمكن الاعتداد به لأن الدكتور بن حركات هو الطبيب الشرعي المعتمد لدى مجلس قضاء قسنطينة فإنه مخول له، إعطاء رأيه حول طبيعة العلاج المعطى للمستأنف عليه وحول العملية ذاتها "

(2) DAPOGNY (Bernard), Les droits des victimes, ..., op, cit , p . 414.

(3) أنظر نص المادة 127 من ت إ م إ .

(4) DAPOGNY (Bernard), Les droits des victimes, ..., op, cit , p . 414.

(5) MALICIER ( D ) , MIRAS ( A ) , FEUGLET ( P ) , FAIVRE ( P ) , La responsabilité médicale ... , op, cit, p . 327.

(6) LEMAIR. ( Jean- François ) et IMBERT ( jean- Luc ) , La responsabilité ... , op, cit, p . 84.

حاجة للاستعانة برأي الخبير، أو إذا استنتج حقيقة موضوع الخبرة من عناصر الدعوى، وهو بذلك يفصل في أمر موضوعي لا رقابة عليه من المحكمة العليا<sup>(1)</sup>، غير أن المحكمة في حالة رفضها تعيين الخبير لا بد أن تسبب هذا الرفض وإلا كان حكمها معيبا.

اقتصر المشرع على النص على قواعد نذب الخبراء بصدد التحقيق الابتدائي دون المحاكمة ومع ذلك فهي تطبق أمام المحاكم.

يثور التساؤل هنا حول ما إذا كان يجب أن يقوم الخبير بالمهمة الموكلة إليه بنفسه أم لا؟ القاعدة أن من تسند إليه أداء مهمة يجب أن يؤديها بنفسه، لكن نجد أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت إلى جواز استعانة الخبير بغيره من أهل الخبرة، فقد قضت أن قيام طبيب آخر من قسم الطب الشرعي بتشريح الجثة عوض رئيسه الذي ندبته المحكمة لا يؤثر في سلامة الحكم<sup>(2)</sup>.

## الفرع الرابع

### تقرير الخبرة

#### أولا : شكل تقرير الخبرة:

يلتزم الخبير بتقديم تقرير بعد الانتهاء من مهمته يتضمن الأعمال التي قام بها والنتيجة التي توصل إليها، هذا التقرير غالبا ما يخضع لشكل معين، رغم عدم تدخل المشرع لتحديد هذا الشكل، أو لتحديد خطة يجب إتباعها عند تحرير التقرير، إلا أن هذا الأمر متعلق بالخبير نفسه، حيث يضع في حسبانته أن يكون التقرير واضحا ومحددا، فشكل التقرير يرتبط بطبيعة المسائل التي بحثها وعادة ما يتضمن عدّة أجزاء منها:

(1) نبيل صقر نزيهة، مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية... ، مرجع سابق، ص 229.

(2) نبيل صقر، نزيهة مكاري، مرجع نفسه، ص 232.

1- **الديباجة** : يعرض فيها الخبير الوقائع التي حدثت منذ بداية أداء المهمة الموكولة إليه ويتضمن توجيه الدعوى للخصوم لحضور أداء الخبرة مع الإشارة في حالة غياب منهم.

تتضمن الديباجة أيضا ملخصا وافيا لوقائع النزاع وادعاءات الخصوم والأوراق التي سلمت للخبير كما يجب أن يتضمن أقوال وملاحظات الخصوم.

2- **أعمال الخبرة**: يعرض في هذا الجزء كل الأعمال التي قام بها الخبير والمعلومات التي حصل عليها في سبيل تنفيذ الأمورية.

3- **النتائج والرأي**: يقدم الخبير النتائج التي توصل إليها من خلال أعمال الخبرة، ويجب أن تكون النتائج المتوصل إليها مدعمة بالأسباب التي استند إليها الرأي الذي توصل إليه<sup>(1)</sup>، ويقدم الإجابة على كل التساؤلات المطروحة عليه من طرف القاضي.

4- **التاريخ والتوقيع**: يجب أن يتضمن التقرير تاريخ إجراء الخبرة وتوقيع الخبير الذي يفيد أن ما كتبه هو مسؤول عنه<sup>(2)</sup>، أو توقيع الخبراء إذا تعددوا ويعتبر التوقيع من البيانات الجوهرية والهامة في التقرير، ويعطي للتقرير صفة الرسمية، ويتجرد بغير ذلك من كل قيمة قانونية<sup>(3)</sup>.

5- **الوثائق** : تشمل الأوراق والمستندات التي اعتمدها الخبير في انجاز التقرير والتي يتم إيداعها مع تقرير الخبرة إضافة إلى إخطار الخصوم، أقوالهم، طلباتهم و تحفظاتهم. يجب أن يكون أسلوب التقرير بسيطا وواضحا بقدر الإمكان ويجب على الخبير ألا يلجأ إلى أسلوب البلاغة وأن يحاول قدر الإمكان تفادي الأسلوب العلمي المتخصص.

(1) د/ محمد زهدور، الموجز في الطرق ...، مرجع سابق، ص 104، سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 109.

(2) د/ محمد زهدور، مرجع نفسه، ص 104.

(3) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 109

ينبغي أن تكون تعليقات الخبير وتسبباته دقيقة ومنطقية وغير متعارضة فيما بينها، أو فيما بينها وبين النتيجة المتوصل إليها، ويلاحظ أنه إذا تعدد الخبراء وجب عليهم أن يقوموا بأعمال الخبرة مجتمعين يضمونها تقريراً واحداً طالما كانت آرائهم متفقة ومتجانسة، فإذا اختلفت آرائهم وجب على كل واحد منهم أن يبين رأيه معللاً في تقرير مستقل عن الآخر، ويمكن أن يقوم الخبير بإعداد تقريره كتابة أو شفاهة<sup>(1)</sup>.

### ثانياً : قيمة تقرير الخبرة في الإثبات:

متى انتهى الخبير من انجاز مهمته، وقام بإيداع تقرير الخبرة لدى كتابة ضبط المحكمة حيث يستوفي التقرير كل الإجراءات القانونية، فإن القاضي يكون حراً في الأخذ به أو عدم الأخذ به<sup>(2)</sup>، رغم ذلك، فإن تقرير الخبير يصح أن يكون سبباً للحكم في مواجهة سائر الخصوم في الدعوى بوصفه دليلاً من أدلة الإثبات، وتكون له قوة السند الرسمي، فلا يجوز إثبات عكس ما أثبتته الخبرة فيها باعتبار أنه قام به بنفسه أو عاينه أو سمعه في حدود مأموريته إلا بطريق الطعن بالتزوير<sup>(3)</sup>.

مما لا شك فيه أن للخبرة قيمة إثباتية مهمة، فهي تأتي في موضع تعجز عن بلوغه إمكانات القاضي، الأمر الذي يجعل منه عاجزاً عن تقدير مدى صحة الرأي الذي يقدمه الخبير، إلا أنه يبقى بإمكانه رغم ذلك أن يعتمد على وسائل إثبات أخرى كالوقائع والمستندات المقدمة في الدعوى لتقدير تقرير الخبرة.

(1) أنظر في هذا الشأن نص المادة 126 ت إ م إ .

(2) د/ محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد...، مرجع سابق، ص 320.

(3) د/ محمد حسن قاسم، مرجع نفسه، ص 322

## المطلب الثاني

## دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي الفني

سبق أن قلنا أن الأخطاء الطبية الفنية لا يمكن للقاضي التحقيق أو الجزم فيها، إلا باللجوء إلى أهل الفن والتخصص من أطباء شرعيين، وخبراء طبيين، قصد مساعدتهم في ذلك .

للإشارة فإنه من الناحية العملية، هناك خلط بين مصطلحي الطبيب الشرعي والخبير الطبي، رغم أن نقاط الاختلاف بينهما متعددة، لذا ارتأينا أن نحاول قبل كل شيء التمييز بين هذين المصطلحين .

فالخبير الطبي هو طبيب عادي كغيره من الأطباء، قد يكون طبيب عام أو طبيب مختص في مرض معين، وهو يزاول مهنته كخبير فني بالموازاة مع مزاولته لمهنته كطبيب، وتطبق عليه نفس الإجراءات المطبقة على بقية الخبراء الفنيين، سواء من حيث شروط التسجيل في قائمة الخبراء، أو من حيث إجراءات أداء مهامه، بينما الطبيب الشرعي هو طبيب تابع لمصلحة الطب الشرعي المتواجدة على مستوى المستشفيات العامة، وهو طبيب مختص في هذا المجال ( أي الطب الشرعي)، حيث يمارس مهنته بعد دراسة وتكوين في هذا الاختصاص .

لا يقوم الخبير الطبي بمهنته إلا بأمر من القضاء، أما الطبيب الشرعي فهو إضافة إلى قيامه بمهمة الخبرة بأمر من القضاء، فهو يقوم كذلك بإعداد تقارير حول الوفيات المشبوهة وذلك حتى قبل وصول القضية إلى القضاء، ثم يتم اعتماد هذه التقارير كوسيلة إثبات في الدعوى.

لتحديد دور الخبرة في إثبات الأخطاء الطبية الفنية يجب التطرق إلى كيفية قيام الخبير بإنجاز تقرير الخبرة، ومدى موضوعية هذا التقرير، ثم إلى مدى تأثير هذا التقرير على القاضي وذلك من خلال الفروع التالية:

## الفرع الأول

### مهمة الخبير

يقوم القاضي بتحديد مهمة الخبير بكل دقة<sup>(1)</sup> فتحديد مهام الخبير يدخل في اختصاص القاضي، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/03/11<sup>(2)</sup>، وهذا ما جاء أيضا في القضاء الفرنسي فمثلا في قضية mercier الصادر بشأنها قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936، قام القاضي بتحديد مهمة الخبير على وجه الدقة، حيث جاء في القرار أنه يجب على الخبير تحديد ما إذا كان العلاج المقدم نتيجة لانخفاض في ضغط المريض تم وفقا للقواعد المطبقة عادة في الفن الطبي، وفي حالة النفي على الخبير تحديد ما كان يجب اتخاذه<sup>(3)</sup>.

يشترط أن يتضمن منطوق الحكم بنذب الخبير بيانا دقيقا لمهمة الخبير، وأهم ما يترتب على ذلك هو بقاء المهمة في نطاق الخبرة، لأن الصياغة في عبارات غامضة وعامة من شأنه أن يجعل المهمة تفويضا للسلطة القضائية، وهذا ما يمنعه القانون ويدفع الخبير إلى تأدية وظيفة القاضي، ويؤدي إلى بطلان الحكم بنذب الخبير، بالتالي فالقاضي يلتزم بتحديد مهمة الخبير بعناية ودقة بحيث يجعل الخبير على علم بحقيقة ما يريده القاضي منه<sup>(4)</sup>.

(1) طلال عجاج، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 393،

DAPOGNY (Bernard), Les droits des victimes..., op cit , p ; 415.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص 289، حيث جاء فيه " إن اختيار وتعيين خبير من اختصاص القاضي وفقا لما يقتضيه العمل في الدعوى من توضيح، فهو غير ملزم بالأخذ بطلبات أحد الأطراف المتخاصمين دون الآخر"

(3) HEREAU (J), POITOUT (D), L'expertise médicale en responsabilité ...., op cit , p .38.

(4) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح ...، مرجع سابق، ص 92.

تقتصر مهمة الخبير على المسائل الفنية دون القانونية التي تدخل في اختصاص القاضي<sup>(1)</sup>، ويكون على الخبير أن يجيب على الأسئلة المطروحة عليه حسب المهمة الموكلة إليه<sup>(2)</sup> بكل وضوح ودقة، وله أن يستعين بذوي الخبرة الأكثر منه فيما يصعب عليه أثناء القيام بمهامه، ويتعين على الطبيب الخبير عدم الإجابة على الأسئلة الغريبة عن تقنيات الطب الحقيقية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 98 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية<sup>(3)</sup>، وكذلك المادة 02/207 من قانون 17/90 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها التي تنص "... ويجب أن يمتنع إذا اعتقد أن المسائل المطروحة عليه تتعد اختصاصه أو أجنبية عن تقنيات الطب أو كان الطبيب المعالج أو من أقارب المريض المعني".

تتخصص مهمة الخبير في عدم الخوض في المسائل القانونية، وتقتصر على البحث في الوقائع ذات العلاقة بالعمل الطبي وتقديرها، وتدعيمها بالحجج المرتبطة بالنظريات العلمية، حيث يجب تحديد مهام الخبير في الإطار الفني للبحث، دون الأخطاء الظاهرة التي لا تحتاج إلى خبير لكشفها<sup>(4)</sup>. ولا يجوز للخبير رفض المهمة الموكلة إليه إلا في حالة تقديمه لعذر شرعي<sup>(5)</sup>، فمثلا لا يمكن أن يكون الطبيب الخبير في نفس الوقت خبيرا وطيبيا معالجا لنفس المريض، ولا يجوز للطبيب الخبير، أو جراح الأسنان

(1) قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، مجلة قضائية، العدد الثاني، 1994، ص 108، الذي قضى " من المقرر قانونا وقضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة، وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا، مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير، ولما ثبت -في قضية الحال- أن القرار المنتقد، أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود، وتم الاعتماد على نتائج تقريره للفصل في موضوع الدعوى، فإن ذلك يعد مخالفا للقانون ومستوجبا للنقض والإبطال "

(2) DAPOGNY (Bernard), Les droits des victimes.... ,op, cit, p. 415.

(3) تنص المادة 98 من م أ ط على أنه " يتعين على الطبيب الخبير أو المراقب وعلى جراح الأسنان الخبير أو المراقب أن يرفض الرد على أسئلة يراها غريبة عن تقنيات الطب الحقيقية "

(4) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب...، مرجع سابق، ص 116، سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 89.

(5) GODFRYD (Michel), Les expertises médicales ... ,op, cit , p. 22.



الخبير القبول بمهمة من شأنها تعريض مصالح أحد زبائنه أو أصدقائه أو أقاربه أو جهة تتطلب خدماته أو حتى مصالحه الشخصية للخطر، وذلك وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 97 من مدونة مهنة الطب الجزائرية<sup>(1)</sup> وفي حالة الرفض دون مبرر شرعي قد يتعرض للشطب من قائمة الخبراء.

يتم تحديد مهمة الخبير من طرف القاضي وفقا لموضوع النزاع ونطاقه، وبصفة عامة يمكن القول بأن هذه المهمة تنصرف إلى بحث الأسباب التي أدت إلى حدوث الفعل الضار، وما إذا كان من الممكن تجنبه وفقا للمعطيات العلمية السائدة لحظة إتيان الفعل، ومدى الإهمال الذي ارتكبه الطبيب، وهل كان من الممكن ارتكاب نفس الفعل من طرف طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية مع الطبيب المسؤول، وعلى الطبيب الخبير البحث ما إذا كانت الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة للمرض ومضاعفاته، أم نتيجة للعلاج الذي تم اتخاذه من طرف الطبيب محل المساءلة، ليقين بعد ذلك مدى الأضرار التي أصيب بها المريض<sup>(2)</sup>.

يبادر الخبير بعد تحديد مهمته إلى البدء في انجاز تقرير الخبرة، وغالبا ما يجد نفسه في إطار قضايا المسؤولية الطبية، يطرح سؤال معين وهو: ما الذي كنت سأفعل لو كنت مكان الطبيب المسؤول؟ بالتالي فالخبير الطبي يكون واعي جدا بالدور الرئيسي الذي يناط إليه، لذا يتعين عليه التصرف بكل حذر إزاء ذلك<sup>(3)</sup>.

(1) تنص المادة 97 من م أ ط على أنه " لا يمكن أحدا أن يكون في ذات الوقت طبيبا خبيرا وطبيبا معالجا أو جراح أسنان خبيرا وجراح أسنان معالج لنفس المريض ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل مهمة تعرض للخطر مصالح أحد زبائنه أو أحد أصدقائه أو أقاربه أو مجموعة تطلب خدماته، وكذلك الحال عندما تكون مصالحه هو نفسه معرضة للخطر "

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في ... مرجع سابق، ص 217، رياض منير حنا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 637.

(3) MALICIER.( D ) , MIRAS ( A ) , FEUGLET.( P), FAIVRE.( P), La responsabilité médicale.....,op, cit, p. 327.

يلتزم الطبيب عند البدء في تنفيذ مهمته بإخطار الخصوم بالأيام والساعات التي سيقوم فيها بإجراء أعمال الخبرة، حيث نص المشرع الجزائري على ذلك سواء في قانون الإجراءات المدنية في المادة 135 ت إ م إ أو في مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري وفقا لنص المادة 96 من هذا القانون التي تنص على أنه " يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير قبل الشروع في أية عملية خبرة أن يخطر الشخص المعني بمهمته " .

بعد قيام الخبير بإخطار الخصوم واستدعائهم، يبدأ بإنجاز مهمته وذلك عن طريق إعادة بناء القضية من جديد، ويتم ذلك بالدراسة العميقة للملف الطبي للمريض وكل الوثائق التي يحتويها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، عن طريق السماع إلى كل الأطراف التي لها علاقة بالقضية، سواء من أطباء وممرضين وأقارب المريض.

بالتالي فالإجراءات التي يتبعها الخبير في انجاز تقرير الخبرة وإن كانت تختلف من قضية إلى أخرى ومن خبير لآخر، إلا أنه في قضايا المسؤولية الطبية غالبا ما تكون نفسها، حيث يطلب الطبيب الشرعي الأوراق الطبية كاملة، سواء التي تكون بحوزة المريض أو بحوزة الطبيب المسؤول، ويطلب تقرير طبي مطول من الطبيب المشكو في حقه، وتقارير من كل الأطباء الذين تعاملوا مع المريض، موضحا فيه حالة المريض عند مناظرته لأول مرة، وما اتبع نحوه من خطوات تشخيصية وعلاجية، ويطلب كافة الإشاعات ونتائج الفحوص التي أجريت عليه في كل مراحل علاجه.

يستعرض الطبيب الشرعي كل الأوراق المتاحة له، ويقوم بتوقيع الكشف الطبي الشرعي للمريض لبيان ما آلت إليه حالته، أو يقوم بتشريح الجثة في حالة الوفاة<sup>(1)</sup>، في هذه الحالة (الوفاة) يجب على الطبيب الشرعي الحصول على معلومات كافية قبل البدء في عملية التشريح وذلك من خلال الإطلاع على ملفه الطبي، وكذا المعلومات المدونة من طرف الممرضات، والتي تكون أكثر فائدة وأهمية من المعلومات التي يدونها

(1) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية ...، مرجع سابق، ص 174.

الأطباء لأنها توضح مدى تطور حالة المريض من لحظة إلى أخرى<sup>(1)</sup>.

بعد قيام الطبيب الخبير بدراسة كل الإجراءات المتخذة، وكذا دراسة الملف الطبي، والاستماع إلى الشهود إذا كانت شهادتهم ضرورية، يقوم بتقدير كل الأعمال الطبية، خاصة البحث عن مواطن الخطأ، وعدم احترام الفن الطبي، بهدف إعداد تقريره.

يشترط في الخبير أن ينفذ المهمة المسندة إليه شخصياً، وعليه احترام المهلة المحددة له لإيداع التقرير، إلا في حالة حصوله على مهلة إضافية<sup>(2)</sup>، كما يجب عليه أن يكون مستقلاً عن الأطراف المتخاصمة وأن لا يكون منحازاً<sup>(3)</sup>، حيث يكون للطبيب الخبير استقلاله الفني، فهو سيد تنظيم عملياته الفنية، حيث لا يمكن أن يخضع في النتائج التي يتوصل إليها، إلا لضميره المهني و معلوماته الفنية<sup>(4)</sup>.

وفي حالة اختلاف وجهات النظر بين الأطباء، أي في حالة تعدد النظريات العلمية، فيتوجب على الخبير عدم الخوض في هذه النظريات، وتفضيل نظرية على أخرى، إنما يتوجب عليه أن يكون موضوعي وحيادي أثناء إعداد التقرير<sup>(5)</sup>.

ينص المرسوم التنفيذي رقم 95/310 في مادته 12 على مسؤولية الخبراء في حالة تأخرهم أو رفضهم إيداع تقريرهم، ففي هذه الحالة يكون للمعنيين الحق في طلب تعيين خبير آخر، كما يمكنهم رفع دعوى مسؤولية الخبير للمطالبة بالتعويض.

أخيراً يمكننا أن نقول أن الطبيب الخبير لا يتدخل بهدف العلاج، ولكنه يتدخل في الإطار القانوني، بالتالي فهو يتعرف على معلومات أثناء أداء مهمته وهي معلومات سرية خاصة بالمريض، وألزم المشرع الخبير بالحفاظ على السر المهني وجميع المعلومات التي

(1) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية...، مرجع سابق، ص 183.

(2) GODFRYD ( Michel ), Les expertises médicales..., op, cit, p. 22.

(3) محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية...، مرجع سابق، ص 147.

(4) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح...، مرجع سابق، ص 88.

(5) HERREAU ( J ), POITOUT ( D ), L'expertise médicale... ,op, cit, p 87.

اطلع عليها حيث نصت المادة 99 من المدونة على أنه " ... يجب على الطبيب الخبير أو جراح الأسنان الخبير أن يكتف كل ما يكون قد اطلع عليه خلال مهمته". كما نصت المادة 18 من المرسوم التنفيذي 95/310 على ذلك، فإن فعلوا توبعوا بمقتضى المادة 302 تقنين العقوبات الجزائي (1).

إن إعداد الخبير لتقرير حول سلوك الطبيب محل المساءلة لا يعني نهاية المطاف بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام القاضي المدني، ذلك أنه يبقى على القاضي عرض ما انتهى إليه الخبير على المعيار القانوني للخطأ المهني، رغم ذلك فلقد أدى الوضع إلى التساؤل حول القاضي الحقيقي في قضايا المسؤولية الطبية أهو القاضي أم الخبير؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من التطرق إلى مدى تأثير تقرير الخبير على القاضي، وهذا دون شك مرتبط بمدى مصداقية هذا التقرير .

## الفرع الثاني

### مدى مصداقية تقرير الخبرة في المسؤولية الطبية

تعتبر قضايا المسؤولية الطبية مهمة شاقة للطبيب الشرعي، من حيث طبيعتها والوقت الذي تستغرقه والنتائج التي يتوصل إليها، حيث أن إثبات حدوث الضرر من عدمه يعتبر أسهل خطوة بالنسبة للطبيب الشرعي، لكن تبقى مهمته في البحث عن حدوث خطأ طبي وعلاقة هذا الخطأ بالضرر اللاحق بالمريض أصعب مهمة تعرض على الطبيب الشرعي، ذلك أن مهمة الخبير مهمة خطيرة ودقيقة، بحيث يتعين عليه

(1) حيث تنص المادة 18 من المرسوم رقم 95/310 على أنه " يتعرض الخبير الذي يفشي الأسرار التي اطلع عليها في أثناء تأدية مهمته إلى العقوبات المنصوص عليها في المادة 302 من قانون العقوبات " للإشارة، يلاحظ أنه من الأجدر على المشرع أن يحيل إلى نص المادة 301 ت ع ج عوض نص المادة 302 ت ع ج، حيث تنص المادة 301 ت ع ج على أنه « يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج الأطباء و الجراحون والصيدالة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك »، في حين تتعلق المادة 302 ت ع ج بحالة إفشاء أسرار تتعلق بأمن الدولة.

اتخاذ موقف محايد واحترام أصول التحقيق العلمي بهدف الوصول إلى كشف الحقيقة، إلا أن الخبرة في إطار المسؤولية الطبية تمتاز بصعوبة استثنائية لطبيعة الأخطاء الطبية، لذا فليس بالأمر الغريب أن تكون هذه الخبرة غالباً أمام اتخاذ إجراء خبرة مضادة<sup>(1)</sup>، ويلاحظ أن الحصول على تقرير موضوعي من طرف الخبير الطبي قد تعترضه صعوبات، الأولى موضوعية والثانية شخصية.

### أولاً: الصعوبة الموضوعية:

قيام الخبير بتحديد خطأ الطبيب ليس بالأمر المؤكد في غالب الأحيان، فليس بمقدوره أن يقدر على نحو دقيق الموقف الذي وجد فيه الطبيب، والذي كان يمارس مهامه في ظل ظروف مختلفة، حيث يكون على الخبير التعرف على هذه الظروف الواقعية، فالصعوبة هنا تتمثل في الاختلاف الكبير بين المعطيات المجردة والحقيقية الواقعية الملموسة<sup>(2)</sup>، فالخبير يتولى إجراء أبحاثه داخل مختبره بحيث لا يقدر بدقة الموقف الذي وجد فيه الطبيب في الواقع لذا فلن يكون حكمه مطابقاً للواقع، تبعاً للاختلاف القائم بين التنظير والتطبيق.

قيام الطبيب الشرعي بالبحث عن خطأ الطبيب والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أمراً في غاية الصعوبة، على أساس أن معظم خيوط القضية تكون بحوزة الطبيب المسؤول، فهو يمتلك كافة الملفات الطبية للمريض، ويكون بإمكانه التلاعب بها كيفما شاء، وذلك لإزالة كل الشبهات حول أي خطأ قد يدينه، فالطبيب الشرعي لا يعلم حالة المريض قبل التداخل الجراحي، ولا يعلم خطوات فحص المريض، ولا كيفية توصل

(1) MALICIER.( D), MIRAS. (A), FEUGLET (p), FAIVRE (d ), La responsabilité médicale ... ,op, cit,p. 327.

(2) محمد فتاحي، الخطأ الطبي و المشكلات... ، مرجع سابق، ص 96، رياض منير حنا، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 237 - 238 و أنظر كذلك في هذا الشأن على عصام غصن، الخطأ الطبي...، مرجع سابق، ص 123، د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 218.

الطبيب المعالج لتشخيص الحالة، ولا يعلم كيف تمت متابعة الحالة بعد التدخل الجراحي، حيث أن تلك المعلومات جميعها تكون لدى الطبيب المشكو في حقه<sup>(1)</sup>.

ضف إلى ذلك أنه غالباً ما تكون الأحداث معقدة، وهذا راجع إلى كون الشكوى قد يتم تحريكها بعد مرور مدة طويلة عن حدوث وقائع القضية<sup>(2)</sup>، كما أن هناك صعوبات قد تنشأ بسبب تعامل المريض مع عدة جهات طبية، وهنا يجد الطبيب الشرعي نفسه في موقف حرج بسبب عدم إمكانية تحديد الجهة المسؤولة عن الخطأ الطبي<sup>(3)</sup>.

غالباً ما تكون الخبرة صعبة لتطلبها دقة المعرفة في وقائع القضية وهذا عن طريق المعرفة الكاملة للتطبيقات الطبية الأكثر حداثة في فترة معينة - فترة العلاج - وتنشأ هذه الصعوبة بسبب ابتعاد الطبيب الشرعي عن التطور الطبي نتيجة انغماسه في تخصصه وعدم ممارسته لمهنة الطب العلاجية وهذا ما يدفع الخبير إلى الاستعانة بمراجع هامة أثناء القيام بمهامه<sup>(4)</sup>.

### ثانياً: الصعوبة الشخصية:

تعاني الخبرة الطبية من نظرة الشك الموجهة إليها من قبل غير المتخصصين، نظراً لإمكانية وجود تضامن بين أصحاب المهنة الواحدة على نحو قد يسمح بتغاضي الخبير عن أخطاء زميله الطبيب المسؤول، أو إيجاد تبرير لها<sup>(5)</sup>. حيث أن الخبير ملم ومطلع

(1) د/هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية ...، مرجع سابق، ص 175.

(2) D. (MALICIER), A. (MIRAS), P. (FEUGLET), P. (FAIVRE), La responsabilité médicale ... , op cit, p 331.

(3) د/هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية ... مرجع سابق، ص 176.

(4) D (MALICIER), A (MIRAS), P ( FEUGLET), P ( FAIVRE), La responsabilité médicale... ,op, cit, p331.

(5) منير رياض حنا، الخطأ الطبي... مرجع سابق، ص 298، أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية...، مرجع سابق، ص 100، د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية...، مرجع سابق، ص 324، د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص 218.

على ما يعانيه الطبيب أثناء مهنته أو تخصصه من صعوبات ومشقة وضغوطات في مجال المهنة والتخصص، مما قد يدفعه إلى التغاضي عن زلاتهم وعثراتهم.

يرى الدكتور هشام عبد الحميد فرج<sup>(1)</sup> أن إعداد الطبيب الشرعي لتقرير لا يدين الأطباء، إنما يعود إلى سوء إدراكهم لكيفية تقدير الخطأ الطبي، وليس لكونهم يجاملون الطبيب المسؤول.

تعتبر هذه الصعوبة الأخيرة من أدق صعوبات الخبرة الطبية، فالخبير المكلف بإثبات ما إذا كان هناك مخالفة فنية أم لا من جانب الطبيب محل المساءلة، هو طبيب من ذات المستوى الطبي، يقوم بينه وبين الأطباء الآخرين علاقات زمالة، ومهمة الخبرة تتناقل فيما بينهم بالتناوب، وبطبيعة الحال، فإن تجاوز الخبير للقواعد الفنية التي تحكم عمله لا يتسنى لرجل القانون أن يتبينه. كما أنه ليس بإمكان القاضي، ولا المريض اكتشاف الخطأ الطبي، فمن المؤكد أن محاباة الخبير لزميله أمر يستأهل العقاب، فضلاً عن كونه إخلال بالنزاهة والشرف<sup>(2)</sup>.

كما تنور صعوبة تأثر الخبير برأيه الشخصي، أو بمذهب معين في مجال تخصصه، الأمر الذي ينعكس سلبيًا على خبرته، وتثور هذه الصعوبة إذا علمنا أن معظم المتخصصون منتمون إلى مذهب أو آخر في مجال التخصص.

تم الرد على هذه الصعوبات، في أن صعوبة تقدير الخبير للموقف الذي وجد فيه الطبيب أمر نادر الحدوث، ذلك أن الطبيب الخبير لا يكتسب هذه الصفة (أي الخبير)، إلا إذا كان أهلاً لها، وهذا بطبيعة الحال يكون عن طريق تمكن هذا الأخير من مطابقة المواقف النظرية والتطبيقية، وما اكتسابه صفة الخبير إلا دليل على تمكنه من القيام بذلك،

(1) د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية...، مرجع سابق، ص 176.

(2) د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ...، مرجع سابق، ص. ص 218-219.

بالتالي فهو قادر على تصور وتقدير المواقف بشكل يماثل الواقع، وهذا طبعا لن يكون إلا عن طريق الأبحاث والممارسات المعمقة<sup>(1)</sup>.

أما عن صعوبة التضامن بين أفراد المهنة الواحدة، والتي تفترض في الطبيب الخبير، فيرد عليها بأن الخبير ملزم بواجب أكبر وأسمى من واجبه نحو زملائه، وهو واجب اتجاه العدالة، فضلا على أن بيان الخبير لأخطاء زملائه من شأنه أن يؤدي إلى ردع الأطباء الآخرين عن ارتكاب أخطاء<sup>(2)</sup>، كما أن ذلك يؤدي إلى كشف الغطاء عن الذين يسيئون إلى التخصص والمهنة، بحجة ضغوطات المهنة وصعوباتها<sup>(3)</sup>.

على هذا الأساس هناك من ذهب إلى درجة المطالبة بضرورة أن يكون الخبير المكلف في القضايا الطبية يعمل خارج اختصاص المجلس الذي وقعت فيه وقائع القضية<sup>(4)</sup>.

أما عن إمكانية تأثر الخبير برأيه الشخصي ونظريته في حالة تعدد النظريات، فتم الرد عليه أن كون من شروط أداء الخبير للخبرة، التجرد، الحياد والموضوعية، حيث يحلف يمينا مضمونها الصدق والأمانة في العمل، بحيث يبين ما لرأيه وما عليه في أدائه لمهنته، إذ يبني رأيه على ما ثبت عليه العلم وما استقر عليه الفن، ويعطي رأيه على أسس منطقية مجردة يدعم بها رأيه ويفند ما عداه من آراء<sup>(5)</sup>.

انطلاقا مما سبق فإن قيمة الخبرة الطبية في إطار المسؤولية الطبية تعاني من

(1) د/ مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة...، مرجع سابق، ص 257.

(2) د/ مراد محمد الشنيكات، مرجع نفسه، ص 257.

(3) مراد محمود الشنيكات، مرجع نفسه، ص 257.

(4) LEMAIRE ( Jean- François ), et IMBERT ( jean -Luc ), La responsabilité médicale ....., op. cit.p. 84 .

(5) د/ مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة...، مرجع سابق، ص 258.



احتمال اهتزاز الثقة في الخبراء والأطباء، بسبب التضامن المهني الذي يخلق نوعا من التسامح مع الزملاء الأطباء محل المساءلة القانونية<sup>(1)</sup>.

يمكننا القول هنا أن كون مصلحة الطب الشرعي تابعة لوزارة الصحة من شأنه أن يزيد من هذه الصعوبات، حيث يؤدي إلى زيادة شعور الطبيب الخبير بانتمائه إلى مهنة الطب أكثر من انتمائه إلى قطاع مساعدي القضاء، لذا نرى أنه من الأجدر على المشرع إخراج هذه المصلحة من وزارة الصحة وجعلها تابعة لوزارة العدل وهذا بهدف إعزاز شعور الطبيب الخبير بانتمائه أكثر لقطاع العدالة، حتى تكون التقارير الصادرة عنهم أكثر عدلا، فلكي يكون الخبير موضوعي يجب أن يكون حرا وعادلا<sup>(2)</sup>، على أساس إن دور الطبيب الشرعي في قضايا المسؤولية الطبية ليست انتصار لرأيه ليوضح تفوقه على الطبيب المسؤول، ولكن دوره هو تقديم رأي محايد للمحكمة لا يجامل فيه الطبيب لأنه من نفس مهنته، ولا ينتقم من الطبيب ليظهر تفوقه العملي عليه<sup>(3)</sup>، لذلك يستحسن أن يكون الطبيب الشرعي مستقل عن الجهات المتنازعة أي تكون جهة عمله في وزارة مختلفة عن وزارة الصحة المتهم فيها الطبيب.

بالرغم من منطقية هذه الصعوبات إلا أنها لا تشكل مانعا يحول دون الاستعانة بالخبرة التي لا يقوم غيرها مقامها، حيث تمثل السبيل الوحيد المتاح للقضاة لخوض ما تعجز عنه معارفهم وإمكاناتهم، إلا أنه يبقى لزاما على القاضي أن يكون حذرا من هذه التقارير رغم أهميتها.

(1) د/ باكر الشيخ، المسؤولية القانونية ...، مرجع سابق، ص 324.

(2) MALICIER.(D), MIRAS.(A), FEUGLET (P), FAIVRE (P), La responsabilité médicale ... , op , cit, p. 331.

(3) هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية...، مرجع سابق، ص 188، حيث نجد بعض الدول جعلت من مصلحة الطب الشرعي تابع لوزارة العدل، وهذا من شأنه دون شك أن يجعل تقارير الخبراء أكثر عدلا وأمانة، بعكس المشرع الجزائري الذي جعل مصلحة الطب الشرعي تابعة لوزارة الصحة مما قد يثير الشبهات في تقارير الخبراء.

## الفرع الثالث

## مدى تأثير تقرير الخبير على القاضي

تلعب الخبرة أهمية بالغة في إثبات الخطأ الطبي، رغم ذلك فإن القاضي يبقى غير ملزم بالأخذ بتقرير الخبير<sup>(1)</sup>، ويمكنه عدم التقيد بالنتائج التي توصل إليها، حيث تكون للمحكمة سلطة واسعة في تقييمها لأعمال الخبير، فراه لا يقيد أو يحد من هذه السلطة ولا يلزمها، حيث نصت المادة 144 من إ م ت إ على أنه " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة " .

يكون للقاضي أن يرفض تقرير الخبرة إن لم يجد ما كان يريد من إيضاح، وله أن يأمر بخبرة جديدة وذلك حسب اقتناعه<sup>(2)</sup>، كما يجوز للمحكمة أن تأخذ برأي مخالف لرأي الخبير متى ظهر لها أن استنتاجاتها غير صحيحة، ومخالفة للواقع، أو متناقضة مع الوثائق المقدمة كدليل في الدعوى، في كل الأحوال فإن معاملة المحكمة مع تقرير الخبير لا تعدو وأن تكون إحدى الحالات الثلاث : الموافقة على الخبرة كلها، أو إبطال الخبرة كلها، أو الأخذ ببعض ورفض البعض الآخر<sup>(3)</sup>، مع الإشارة إلى أنه في حالة عدم الموافقة على النتائج المدونة في تقرير الخبير، يجوز طلب تعيين خبير قضائي آخر أمام المحكمة<sup>(4)</sup>.

(1) محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في...، مرجع سابق، ص 219 ، محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية...، مرجع سابق، ص 83، و أنظر كذلك في هذا الشأن نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 230.

(2) محمود توفيق اسكندر، مرجع نفسه، ص 83.

(3) د/ محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات...، مرجع سابق، ص 105، د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء...، مرجع سابق، ص 601.

(4) FLOUZAT-AUBA (Marie-dominique), TAWIL.( sami-paul),Droits des malades .....op ,cit, p. 109.

تقتصر مهمة الخبير إذن على إبداء الرأي في المسائل الفنية، فإذا قدر القاضي أن رأي الخبير ظاهر الفساد، أو أنه يتعارض مع وقائع أخرى في الدعوى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية، فلا يلتزم به<sup>(1)</sup>، فإذا كان الخبير يساعد القاضي في استنباط الخطأ الطبي، فإن القاضي يستقل بالتكليف القانوني للسلوك الفني للطبيب، وحتى ولو كان لأراء الخبراء تأثير كبير على قرارات القضاء، إلا أنها لا تفرض عليهم شيئاً.

يشترط في تقرير الخبير أن يكون واضحاً لا يكتفه الغموض، كما يجب أن يكون الخبير متأكد من وجود خطأ من طرف الطبيب، فإذا صرح مثلاً أنه يحتمل وقوع الضرر بسبب خطأ طبي<sup>(2)</sup>، فإن هذه العبارة لا تسمح للقاضي بالاعتماد على التقرير للتصريح بمسؤولية الطبيب، نفس الشيء إذا تعذر على الخبير تحديد مواطن الخطأ فإن مسؤولية الطبيب لا تقوم<sup>(3)</sup>.

يتضح أن القاضي غير مقيد بتقرير الخبير، ومع ذلك فإن القاضي الذي يتعين عليه الاستعانة بالمعلومات الفنية للخبير لا ينجو في الواقع من تأثير رأي الخبير على حكمه إلا إذا وجدت لديه أسباب للاعتقاد بخطأ وقع فيه أو سوء تقدير بدر منه أو ثار لديه شك بشأن حياد الخبير<sup>(4)</sup>.

(1) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية...، مرجع سابق، ص 191، د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب...، مرجع سابق، ص 79.

(2) AIT MOKHTAR. (F/Z), Causalité juridique et responsabilité médicale, Revue critique de droit et science politique, Numéros spéciale, 2008/1, p. 252.

(3) سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الجراح...، مرجع سابق، ص 88.

(4) ومن ذلك ما حدث عندما تعرضت سيدة لكسر شديد بالجمجمة في حادث سيارة، ثم تم إدخالها غرفة العمليات مباشرة، وقد استقرت حالة المريضة بعد العملية على فقد إبصار إحدى العينين وحاسة الشم، تقدمت السيدة بشكوى تطالب فيها بمسؤولية الجراح عن تلك العاهة، إلا أن القضية تم حفظها بسبب تعذر الطب الشرعي تحديد ما إذا كان سبب العاهة هو الحادث الذي تعرضت له أم بسبب خطأ في الجراحة، نقلًا عن منير رياض حنا...، مرجع نفسه، ص 607.

يتجنب القضاة غالباً تقرير الخبراء في مسائل المسؤولية الطبية، بسبب نظرة الشك التي تحوم حول هذا التقرير، وما قد يشوبه من انحياز لمصلحة الأطباء، وذلك لاحتمال تعاطفه مع زميله، وتأثره بعامل الزمالة، هذا الوضع قد يدفعنا إلى طرح تساؤل هي: هل الأفضل أن يعند بتقرير الخبير والذي قد يكون محلاً للشك، أم برأي شخص غير مختص وهو القاضي؟.

الإجابة على هذا السؤال يدفعنا إلى محاولة تحليل فكرة حرية القاضي اتجاه تقرير الخبرة، أي بصيغة أخرى هل فعلاً يملك القاضي حرية مطلقة اتجاه هذا التقرير، أم أن لهذه الحرية حدودها التي تجعل تقرير الخبرة يفرض نفسه أحياناً.

سبق وأن قلنا أن القاضي يتمتع بحرية في تقدير تقرير الخبرة، غير أن هذه الحرية أقل ما يقال عنها أنها ليست حرية مطلقة إنما محدودة، ذلك أنها تكمن فقط في ذلك الانتقال الذي يمارسه القاضي عند الاعتماد على هذا التقرير أي الانتقال به من المجال الفني إلى المجال القانوني، حيث يتم إثبات الخطأ الطبي عن طريق الخبرة باحترام قاعدتين أساسيتين:

القاعدة الأولى فنية والقاعدة الثانية قانونية، الأولى تدخل في اختصاص الخبير، والثانية تدخل في اختصاص القاضي، حيث يقوم الخبير على المستوى الفني بالبحث عن كل سلوك يشكل خطأ، إذ يلتزم بمهمته المتمثلة في دراسة الوقائع المادية في إطار المعطيات الفنية، بالتالي فالخبير لا يحل محل القاضي، إنما يفرض نفسه على المستوى الفني حيث يكون القاضي غير مختص<sup>(1)</sup>، أما على المستوى القانوني فالقاضي يستعيد كامل سلطته باعتباره المختص الوحيد في هذا المجال، حيث يتمتع بسلطة تقديرية اتجاه تقرير الخبير، فله أن يأخذ به، كما له أن لا يأخذ به، على أساس أن هذا التقرير لا يعدو وأن يكون عنصراً من عناصر الإثبات الخاضعة لسلطة القاضي<sup>(2)</sup>، لذا يجب أن يكون كل

(1) د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية ...، مرجع سابق، ص 325.

(2) د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية ...، مرجع سابق، ص 173، د/ بابكر الشيخ، مرجع نفسه، ص 323.

من الخبير والقاضي مشبعين بالمعرفة اللازمة كل في مجاله الخاص به<sup>(1)</sup>. لا يلتزم القاضي بالأخذ بتقرير الخبراء، إلا أنه يكون ملزماً به فنياً، لأن اللجوء إلى الخبير إنما قد تم بسبب عدم اختصاص القاضي بالشؤون الطبية، لكن عندما يقوم القاضي بنقل تقرير الخبير من المجال الفني إلى المجال القانوني، وهو ما يدخل في صميم اختصاصه، فإن عناصر أخرى تتدخل ويجب أن يعتد بها على المستوى القانوني ومن هنا يباح للقاضي حرية التقدير الحر للمعطيات الفنية، التي لا يجوز استخدامها مباشرة بطريقة مجردة، فحرية التقدير التي يتمتع بها القاضي، تتجه إذن إلى جعل هذه المعطيات الفنية قابلة للاستعمال في المجال القانوني، وأي تفسير آخر لحرية القاضي في مواجهة تقرير الخبير من شأنه أن يؤدي إلى خلط الواقع بالقانون. لهذا فإن ما يصل إليه الخبير من إثبات الواقعة يمثل وجهة نظر فنية محضة، ولا بد أن تفتقرن بوجهة نظر قانونية، لكي تكتسب وجهة نظره قيمة فعلية في مجال الإثبات وما يمارسه القاضي من سلطة بشأن تقدير قيمة رأي الخبير تتمثل في الرقابة القانونية على الرأي العلمي أو الفني الذي تقدم به الخبير إليه<sup>(2)</sup>.

تتوقف إذن حرية القاضي اتجاه تقرير الخبير عند النتيجة التي يتوصل إليها الخبير، فللقاضي أن يأخذ بها، كما له أن لا يأخذ بها، المهم أنه لا يمكن أن يتعدى القاضي نتيجة التقرير إلى درجة مناقشته له، كما لا يجوز للمحكمة أن تفند رأي الخبير في مسألة فنية بشهادة الشهود، ومتى تعرضت المحكمة لرأي الخبير الفني في مسألة فنية بحتة، فإنه يتعين أن تستند في تفنيده إلى أسباب فنية، فلا يسوغ للمحكمة أن تستند في دحض ما قال به الخبير الفني في المسألة الفنية البحتة إلى معلومات شخصية للقاضي، بل يتعين عليه إذا ما ساوره الشك فيما قرره الخبير في هذا الشأن، أن يستجلي الأمر بالاستعانة بغيره من

(1) AIT MOKHTAR (F/Z.), Causalité juridique et responsabilité... , op, cit, p.258 .

(2) د/ محمد فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي...، مرجع سابق، ص 317.

أهل الخبرة، لكون ذلك من الأمور التي لا يصح للمحكمة أن تحل محل الخبير فيها<sup>(1)</sup>.

خلاصة القول أن على المستوى الفني حيث يكون القاضي غير مختص، فإن اختصاص الخبير لا بد أن يفرض نفسه، أما على المستوى القانوني فإن اختصاص القاضي يسترد كامل فعاليته، بحيث يصبح تقرير الخبير أحد العناصر الخاصة، ضمن مجموع العناصر التي يؤسس عليها القاضي حكمه، وهذا هو مقتضى القواعد العامة، والتي لا يوجد أي سبب منطقي يبرر الخروج عنها في مجال الخبرة الطبية فتقرير الخبرة يبقى عنصر لا بد منه لحل المسائل الفنية ويكون صدور حكم القاضي على أساس ذلك.

يعتبر تقدير آراء الخبراء والفصل فيما يوجه إلى هذه الآراء من اختصاصات محكمة الموضوع، فلا يجوز مجادلتها ولا مصادرة اقتناعها فيه أمام المحكمة العليا<sup>(2)</sup>، كما أنها غير ملزمة بالرد على تقرير الخبير الذي لم تأخذ به، ويكون للمحكمة أن تعتمد على وثائق ومستندات أخرى مقدمة في الدعوى للبت فيما إذا كانت ستأخذ بتقرير الخبير من عدمه<sup>(3)</sup>.

(1) منير رياض حنا، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 600.

(2) نبيل صقر، مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية...، مرجع سابق، ص 232.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 65648، الصادر بتاريخ 1990/06/30، سابق الإشارة إليه، والذي جاء فيه "..... يستخلص من الوثائق والمستندات المودعة بالملف بالإضافة إلى الأوجه المختلفة المثارة من طرف المستأنف، بأن مسؤولية المستشفى الجامعي بسطيف ثابتة بصفة كافية بتقرير الطبيب الشرعي المعين كخبير، والذي أظهر خاصة بأن البتر كان نتيجة إهمال فيما يتعلق بوضعية علاج ومراقبة المريض "

## خاتمة

نستخلص في الأخير أن صعوبة إثبات الخطأ الطبي يحول في غالب الأحيان دون حصول المريض المضرور على التعويض، حيث أن هذه الصعوبات تظهر سواء من خلال عبء الإثبات أو من حيث وسائل الإثبات القانونية المعتمدة في ذلك، فخصوصيات الخطأ الطبي الذي يمتاز بالتعقيد جعلت القواعد العامة التقليدية غير كفيلة بحل هذه الصعوبات، بالتالي صعوبة الإعتماد عليها في إثبات هذا النوع من الأخطاء مقارنة بالأخطاء المدنية الأخرى.

فمن حيث عبء الإثبات، فإن القاعدة العامة تقضي بأن المدعي في الدعوى يكون مكلفاً بإثبات ما يدعيه، هذه القاعدة التي تم تطبيقها مبدئياً بشأن الأخطاء الطبية، بحيث يكلف المريض بعبء إثبات إخلال الطبيب بالإلتزامات الواقعة عليه، إلا أن الصعوبات التي تواجه المرضى المضرورين قد حالت دون سهولة تطبيق هذه القاعدة، بحيث يجد المريض نفسه أمام إثبات واقعة سلبية لا مظهر خارجي يفصح عنها إضافة إلى جهله بخبايا الفن الطبي، كما يعتبر المريض الحلقة الأضعف في العلاقة الطبية وهذا من شأنه أن يزيد من صعوبة نهوضه بعبء الإثبات، مما جعل القضاء يخرج عن نطاق تطبيق هذه القاعدة وذلك من خلال إيجاد حلول للتخفيف من هذا العبء الملقى على عاتق المريض عن طريق التوسيع من نطاق الإلتزامات بتحقيق نتيجة، بحيث يكلف الطبيب بعبء إثبات عدم ارتكابه أي خطأ وذلك بمجرد عدم تحقق النتيجة، كما أصبح يكلف بعبء إثبات وفائه بالإلتزام إعلام المريض، كما ظهرت نظرية الخطأ المفترض التي تقضي بأن الضرر ما كان ليحدث لولا حدوث خطأ من طرف الطبيب المسؤول، وكان آخر حل أتى به القضاء هو إقامة المسؤولية الطبية غير خطئية.

أما بالنسبة للوضع في القانون الجزائري فإن نص المادة 323 من ت.م.ج التي يعتمد عليها القاضي في إسناد عبء الإثبات على عاتق المدعي، يمكن اعتمادها في المقابل لإعفائه من هذا العبء، باعتبار أن المادة لا تقضي بأن على المدعي إثبات إخلال المدعي

عليه بالتزامه، إنما تقضي بأن على المدعي إثبات الإلتزام وعلى المدعي عليه إثبات التخلص منه، بالتالي لا يقع على عاتق المدعي المضرور سوى إثبات وجود التزام الطبيب ويقع على هذا الأخير عبء إثبات وفائه بهذا الإلتزام، فالتطبيق السليم لهذه المادة من شأنه أن يؤدي إلى الحد من الصعوبات التي تواجه المريض في النهوض بهذا العبء عن طريق نقل هذا العبء على عاتق الطبيب المسؤول.

أما فيما يخص كيفية إثبات الخطأ الطبي فإنه مبدئياً يتم اعتماد كافة وسائل الإثبات القانونية من شهادة الشهود، الكتابة والقرائن، وكذا الخبرة فيما يخص الأخطاء الفنية إلا أن خصوصية هذا الخطأ قد حالت دون نجاعة كافة هذه الوسائل في اثباته .

فالأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية كالإخلال بالإلتزام بإعلام المريض، وعدم الحصول على رضاه بشأن العمل الطبي، وكذا إفشاء السر المهني، كلها أخطاء يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات، غير أنه من الناحية التطبيقية نجد أن الشهادة لا يمكن الإعتماد عليها، على أساس أن الشاهد قد يكون من أقارب المريض بالتالي لا يمكن الإعتماد على شهادته لجهله بخبايا الفن الطبي، أو يكون من زملاء الطبيب فيحوم الشك حول شهادته، لما قد يكون من انحياز الشاهد لصالح زميله، فضلا عن إعتدادهم في أغلب الأحيان بالسر المهني، أما الكتابة وإن كان يمكن الإعتماد عليها في اثبات قيام الطبيب بالتزامه بإعلام المريض، بالخصوص مع تدخل المشرع واشترائها في بعض الحالات كعمليات نقل وزرع الأعضاء، إلا أنها تلقى صعوبة في إثبات الأخطاء الأخرى بالخصوص إذا عرفنا أن العقد الطبي هو عقد شفهي أصلا، بحيث لا يمكن تدوين كل ما يتم إجراؤه من خلال العمل الطبي، وإنطلاقا من هنا كان للقاضي الدور الإيجابي في استنتاج الدليل من وقائع الدعوى، وله السلطة التقديرية الواسعة في ذلك، بالتالي فالإعتماد على القرائن من شأنه أن يحد من صعوبات إثبات الخطأ الطبي والتخفيف عن الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات .

أما الأخطاء المتعلقة بالفنية الطبية فلا يمكن للقاضي تقديرها إلا باللجوء إلى الخبراء لإبداء آرائهم في المسائل الفنية التي لا يستطيع القاضي حلها بمعلوماته وثقافته العامة،



غير أن نظرة الشك الموجهة لتقرير الخبير في اطار المسؤولية الطبية من شأنه أن يزيد في صعوبة اثبات هذه الأخطاء، لذا يستحسن على مشرعنا وبهدف حصول القاضي على تقارير أكثر عدلا ومصداقية، أن يعيد النظر في القوانين المنظمة لمصلحة الطب الشرعي لجعلها تابعة لقطاع العدالة عوض قطاع الصحة الذي تنتمي إليه، وهذا من شأنه دون شك أن يؤثر إيجابيا على تقارير الخبراء وجعلها أكثر مصداقية.

## قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

### 1- الكتب:

1. أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، عمان، 2005.
2. د/ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، جامعة الكويت، 1986 .
3. د/ أحمد محمود سعيد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، د.د.ن، الإسكندرية، د.ت.ن.
4. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.
5. د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دار الجامعية، الأردن، 2002.
6. د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الجزء الثاني ( الخطأ )، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
7. د/ رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة للإثبات، دار الجامعية، د.ب.ن، 1993.
8. د/ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.
9. د/ زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
10. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديه، مدنيًا، جنائيًا، وإداريًا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
11. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005

12. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
13. د/ عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1999.
14. د/ عبد الحكيم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية وعملية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفي، الإسكندرية، 1995.
15. د/ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنايئة والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
16. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، لبنان، د.س.ن.
17. عبد الوهاب عرفة، الوسيط في المسؤولية المدنية والجنايئة للطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
18. د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، د، ذ، ج، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
19. \_\_\_\_\_، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
20. عز الدين الديناصوري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
21. د/ عاطف النقيب، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987.
22. د/ علي جابر محجوب، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، 2000.
23. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
24. د/ عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، د.ب.ن، 1996.

25. د/ محمود القبلاوي،المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.
26. محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، 2002.
27. د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
28. د/ محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، ( المصادر، الأحكام، الإثبات )، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه والقضاء، القاهرة، 2007.
29. د/ محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، د. دن، د.ب.ن، 1991.
30. د/ محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
31. د/ محمد فاضل زيدان، سلطة القاضي الجنائي في تقدير الأدلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2005.
32. د/ مراد محمود الشنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني، " دراسة مقارنة"، دار الثقافة، عمان، 2008.
33. منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
34. \_\_\_\_\_، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
35. نبيل صقر، نزيهة مكاري، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
36. د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2007.
37. يوسف محمد المصاروة، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1996.

## 2- المذكرات:

1. عزالدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي جراحة في القانون الجزائري والقانون المقارن، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
2. فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003.
3. كريم عيشوش، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001 .
4. نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000.

## 3- المقالات:

1. أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية الصادرة عن جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، الجزء الثاني، 2008، ص. ص 126-147.
2. أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، الصادرة عن جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، 2008، ص.ص 82-125.
3. \_\_\_\_\_، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، العدد الأول، الجزائر، 2007، ص. ص 92-106.
4. د/ حفيظ نقادي، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، الجزائر، 2005، ص. ص 73-84.

5. دلال يزيد، عبد الجليل مختاري، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، مكتبة الرشد، الجزائر، 2005، ص. ص 59-72.
6. د/ زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية الصادرة عن جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، 2008، ص. ص 55-81.
7. د/ محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، المجلة القضائية، العدد الأول، 2004، ص. ص 19-36.
8. \_\_\_\_\_، المسؤولية الإدارية للطبيب عن الأعمال الإستشفائية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، 2005.
9. \_\_\_\_\_، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، الجزائر، 2005، ص. ص 6-39.
10. د/ محمد رايس، مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية الصادرة عن جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق، عدد خاص بالملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، 2008، ص. ص 7-54.
11. محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية الصادرة عن جامعة سيدي بلعباس، العدد الثالث، الجزائر، 2005، ص. ص 87-98.
12. د/ عادل علي المقدادي، الخطأ الطبي في العمليات الجراحية،  
[http:// www. abozeed2008. jeer an. com](http://www.abozeed2008.jeeran.com)

#### 4- النصوص القانونية :

##### أولاً: النصوص التشريعية:

1. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2. أمر رقم 66-155، مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر عدد 48، السنة الثالثة، مؤرخة في 19 صفر 1386 الموافق 10 جوان 1966، معدل ومتمم.
3. أمر رقم 66-156 مؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، مؤرخة في 21 صفر 1386 الموافق 11 جوان 1966، معدل ومتمم.
4. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق 16 فبراير 1985، معدل ومتمم.
5. قانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 هـ الموافق 16 فبراير 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 8، مؤرخة في 17 فبراير سنة 1985، معدل ومتمم.

#### ثانيا: النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 91-106 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 أبريل 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج.ر عدد 22، مؤرخة في أول ذي القعدة عام 1411 هـ.
2. مرسوم تنفيذي رقم 92-276، مؤرخ في 5 محرم 1413 هـ الموافق 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52 لسنة 1992.
3. مرسوم تنفيذي رقم 95-310 مؤرخ في 10 أكتوبر 1995، يحدد شروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم، ج.ر عدد 60، مؤرخة في 15 أكتوبر 1995.

#### 5- القرارات القضائية:

1. قرار المحكمة العليا رقم 53010، الصادر بتاريخ 1988/05/25، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992.

2. قرار المحكمة العليا رقم 656448، الصادر بتاريخ 1990/06/30، المجلة القضائية، العدد الأول، 1992.
3. قرار المحكمة العليا رقم 71548، الصادر بتاريخ 1990/11/13، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992.
4. قرار المحكمة العليا رقم 75670، الصادر بتاريخ 1991/01/13، المجلة القضائية، العدد الأول، 1999.
5. قرار المحكمة العليا رقم 65136، الصادر بتاريخ 1991/02/26، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1993.
6. قرار المحكمة العليا رقم 79863، الصادر بتاريخ 1991/09/29، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1992.
7. قرار المحكمة العليا رقم 97774، الصادر بتاريخ 1993/07/07، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1994.
8. قرار المحكمة العليا رقم 103801، الصادر بتاريخ 1993/12/19، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1994.
9. قرار المحكمة العليا رقم 118720، الصادر بتاريخ 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996.
10. قرار المحكمة العليا رقم 18892، الصادر بتاريخ 1995/12/26، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996.
11. قرار مجلس الدولة رقم 65136، الصادر بتاريخ 2003/03/11، مجلة مجلس الدولة، العدد الخامس، 2004.
12. قرار المحكمة العليا رقم 362397، الصادر بتاريخ 2003/03/11، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003.
13. قرار المحكمة العليا رقم 2972062، الصادر بتاريخ 2003/06/24، المجلة القضائية، العدد الثاني، 2003.



## 6- الوثائق:

هناك (ش)، مجلس أخلاقيات الطب يحقق في 500 خطأ طبي، مقال منشور في جريدة الخبر اليومية، الصادرة بتاريخ 12 نوفمبر 2006.  
فريدة لكحل، تسجيل أكثر من 200 خطأ طبي سنة 2009، مقال منشور في جريدة الشروق اليومي، الصادرة بتاريخ 21 أبريل 2010، العدد 2911.

**I. OUVRAGES :**

1. **DAPOGNY (Bernard), Les droits des victimes de la médecine**  
Puits Fleuri, France, 2009.
2. **DAURY-FAUVEAU (Morgane), La responsabilité pénale du médecin,**  
GRAFO.C.E, Bordeaux Centre, 2003.
3. **DOSNNER-DOLIVET (Annick), La responsabilité du médecin,**  
Économica, Paris, 2006.
4. **FLOUZAT-AUBA (Marie-Dominique), TAWIL (Sami-Paul), Droits des malades et responsabilité des médecins : Mode d'emploi,** Marabout, France, 2005
5. **GODFRYD (Michel), L'expertise médicale,** P. U. F, Paris, 1991.
6. **HANNOUZ (M.M), HAKEM (A.R), Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit**  
O. P. U, Alger, 1993.
7. **HEREAU (J), POITOUT (D), L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel,** 2<sup>ème</sup> édition, Masson, Paris, 2006.
8. **LAGARDE (Xavier), Réflexion critique sur le droit de la preuve,**  
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994.
9. **LEMAIRE (Jean-François), IMBERT (Jean Luc), Responsabilité médicale,** P. U. F, Paris, 1985.
10. **LETOURNEAU (Philippe), Responsabilité civile professionnelle,** 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2005.
11. **MALICIER (D), MARAS (A), FEUGLET (P), La responsabilité médicale, Données actuelles,** 2<sup>ème</sup> édition, ESKA, Paris, 1999.
12. **MARC (Bernard), Médecine légale et toxicologie,** Ellipses, Paris, 1994.
13. **MAREAU (H.L.J), CHABAS (F), Leçons de droit civil : Obligations,** 9<sup>ème</sup> édition, Delta, Liban, 2000.
14. **PENNEAU (Jean), Faute civile et faute pénale en matière de la responsabilité médicale,** P. U. F, Paris, 1975.

15. PENNEAU (Jean), La responsabilité du médecin, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2004.
16. PITCHOU (Benjamin), DEPADT-SEBAG (Valérie), Médecine et droits de l'homme : (Textes fondamentaux depuis 1948), France, 2008.
17. SAUFRAN (Jacques), La responsabilité du chirurgien viscérale et la pratique de la coelioscopie, GRAFO.C.E, Bordeaux Centre, 2005.
18. WELSCH (Sylvie), Responsabilité du médecin, Éditions Juris-Classeur, Litec, Paris, 2003.

## II. ARTICLES :

1. AÏT MOKHTAR (F.Z), "Causalité juridique et responsabilité médicale", Revue Critique de droit et sciences politiques Numéro spécial, N° 1, 2008, pp .251-258.
2. ALBERT (Nathalie), "Obligations d'information médicale et responsabilité", Revue Française de Droit Administratif, N°2, Mars-Avril, Dalloz, Paris, 2003, pp. 353-361.
3. BEN CHABANNE (H), "Le contrat médical met à la charge du médecin : Une obligation de moyens ou de résultat", Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Économiques et Politiques, N° 4, Université d'Alger, 1995, pp. 765-775.
4. BON (Pierre), "L'obligation du médecin d'informer le patient", Revue Française de Droit Administratif, N° 3, Dalloz, 2000, pp 654-662.
5. CHAÏB (Soraya), "La preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français", Revue Critique de droit et sciences politiques, Numéro spécial, N°1, 2008, pp 259-276.
6. CHAUVAUX (Didier ), "L'obligation du médecin d'informer le patient", R. F. D. A, N° 3, Dalloz, 2000, pp. 641-651.

7. FABRE-MAGNAN (Muriel), "Avortement et responsabilité médicale",  
Revue Trimestrielle de Droit Civil, N° 2, Avril-  
Juin, Dalloz, 2001, pp. 285-318.
8. KARADJI (Mustapha), "Le juge administratif et la faute médicale", R.  
C. D. S. P, Numéro spécial, N° 1, 2008 ,116-140.

### III. Textes juridiques :

- 1 . HENRY (x), VENANDET(g), WIEDEREHE(g), JACOB(f), TISSERAND-  
MARTIN(a), code civil français, 104<sup>ème</sup> édition, Dalloz, paris, 2005.
- 2 . DREIFUSS- NETTER (Frédérique), code de la santé publique, litec, juris-  
classeur, paris, 2006.

### IV. JURISPRUDENCES :

1. cass ,1<sup>er</sup> Civ, 20 mai1936, [http:// www. Droit. Univ- paris5. fr](http://www.Droit.Univ-paris5.fr).
2. C.A.A Lyon, 21/12/1990, [http:// www. Droit médical. Net](http://www.Droit.médical.Net).
3. C. E, 9/04/1993, [http:// Droit médical. Net](http://Droit.médical.Net).
4. cass, 1<sup>ère</sup> Civ, 07/02/1997, [http:// bulletin, Conseil- national, Médecin .fr](http://bulletin.Conseil-national.Médecin.fr).
5. cass, 1<sup>ère</sup> Civ, 21/05/1998, [http:// www. Droit médical. Net](http://www.Droit.médical.Net)
6. C . paris, 1<sup>ère</sup> Civ, 23/03/2007, Gazette de palais, Recueil, mars- avril, 2008.
7. .cass. 1<sup>ère</sup> Civ, 06/12/2007, Gazette de palais, Recueil, janvier- février,  
2008.
8. cass, 1<sup>ère</sup> Civ, 17/01/2008, Gazette de palais, Recueil, mai- juin, 2008.

## الفهرس

### الصفحة

5	مقدمة
9	الفصل الأول: مفهوم الخطأ الطبي وعبء إثباته
11	المبحث الأول : مفهوم الخطأ الطبي
11	المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي ومعياره
12	الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي
21	الفرع الثاني: معيار الخطأ الطبي
22	أولاً: معيار الخطأ العادي للطبيب
22	1- المعيار الشخصي
22	أ- المقصود بالمعيار الشخصي
23	ب- انتقاد المعيار الشخصي
24	2- المعيار الموضوعي
24	أ- المقصود بالمعيار الموضوعي
25	ب- انتقاد المعيار الموضوعي
27	3- التفرقة بين الظروف الداخلية والظروف الخارجية
29	ثانياً: معيار الخطأ الفني للطبيب
31	المطلب الثاني: صور الخطأ الطبي
31	الفرع الأول: الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية

- 33.....أولاً: عدم إعلام المريض.....
- 34.....1- خصائص الالتزام بالإعلام.....
- 35.....2- نطاق الالتزام بالإعلام.....
- 36.....ثانياً: عدم الحصول على رضى المريض.....
- 40.....ثالثاً: إفشاء السر الطبي.....
- 42.....1- حالة أداء الشهادة أمام القضاء.....
- 43.....2- حالة أداء خبرة طبية.....
- 43.....3- حالة الإبلاغ عن جريمة.....
- 43.....4- حالة الإبلاغ عن مرض معد.....
- 5- حالة موافقة المريض على إفشاء السر الطبي الذي يخص حالته
- 44.....الصحية.....
- 44.....الفرع الثاني: الأخطاء الطبية الفنية.....
- 44.....أولاً: الخطأ في التشخيص.....
- 47.....ثانياً: الخطأ في العلاج.....
- 49.....ثالثاً: الخطأ في الرقابة.....
- 50.....1- الرقابة الطبية بعد العلاج.....
- 51.....2- الرقابة الطبية بعد العمليات الجراحية.....
- 52.....المبحث الثاني: عبء إثبات الخطأ الطبي.....
- 53.....المطلب الأول: تحديد المكلف بعبء الإثبات.....
- 56.....الفرع الأول: عبء الإثبات وفق طبيعة الالتزام.....
- 57.....أولاً: عبء إثبات الالتزام ببذل عناية.....
- 60.....ثانياً: عبء إثبات الالتزام بتحقيق نتيجة.....
- 63.....الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات.....

- 63.....أولاً: الصعوبات المتعلقة بالممارسة الطبية.....
- 64.....ثانياً: الصعوبات المتعلقة بالخطأ لطبي .....
- 66.....ثالثاً: تحمل المريض لتبعة الإثبات.....
- 68.....المطلب الثاني: التخفيف من تحمل المريض لعبء الإثبات.....
- 69.....الفرع الأول: تحمل الطبيب لعبء إثبات الالتزام بالإعلام.....
- 74.....الفرع الثاني: الخطأ الاحتمالي.....
- 78.....الفرع الثالث: توسيع نطاق الالتزام بتحقيق نتيجة.....
- 80.....1- التحاليل المخبرية.....
- 80.....2- التركيبات الصناعية.....
- 81.....3- استعمال الأدوات والأجهزة الطبية.....
- 83.....4- عمليات التجميل.....
- 86.....الفرع الرابع: المسؤولية غير الخطئية.....
- 87.....أولاً: إقرار القضاء الإداري للمسؤولية غير الخطئية.....
- 90.....ثانياً: محاولات القضاء العادي تطبيق المسؤولية غير الخطئية.....
- 93.....الفصل الثاني: وسائل إثبات الخطأ الطبي.....
- 94.....المبحث الأول: وسائل إثبات الأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية.....
- 95.....المطلب الأول: وسائل الإثبات القانونية.....
- 95.....الفرع الأول: الكتابة.....
- 96.....أولاً: المحررات الرسمية.....
- 96.....1- شروط الورقة الرسمية.....
- 98.....2- حجية الورقة الرسمية.....
- 98.....ثانياً: الأوراق العرفية.....
- 99.....1- الأوراق العرفية المعدة للإثبات.....

99	أ- شروط صحة الورقة العرفية المعدة للإثبات
99	ب- حجية الورقة العرفية في الإثبات
100	1- الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات
101	أ- الرسائل
102	ب- البرقيات
103	<b>الفرع الثاني: شهادة الشهود</b>
103	أولاً: تعريف الشهادة
104	ثانياً: أنواع الشهادة
104	1- الشهادة المباشرة
105	2- الشهادة السماعية
105	3- الشهادة بالتسامع
106	ثالثاً: قيمة الشهادة في الإثبات
107	<b>الفرع الثالث: القرائن</b>
107	أولاً: تعريف القرائن
108	ثانياً: تقسيم القرائن
108	1- القرائن القانونية
109	2- القرائن القضائية
111	ثالثاً: عناصر القرائن القضائية
111	1-العنصر المادي
111	2-العنصر المعنوي
112	رابعاً: حجية القرائن في الإثبات
113	<b>المطلب الثاني: مدى ملائمة وسائل الإثبات القانونية</b>
116	<b>الفرع الأول: الكتابة:</b>



118.....	أولاً: سلبيات الكتابة
121.....	ثانياً: إيجابيات الكتابة
124.....	الفرع الثاني: القرائن
129 .....	الفرع الثالث: دور القاضي في إثبات الخطأ الطبي للإنساني
132 .....	المبحث الثاني: وسائل إثبات الأخطاء المتعلقة بالفن الطبي
135 .....	المطلب الأول: ماهية الخبرة الطبية
135 .....	الفرع الأول: تعريف الخبرة الطبية وطبيعتها القانونية
135 .....	أولاً: تعريف الخبرة الطبية
138.....	ثانياً: الطبيعة القانونية للخبرة
140.....	الفرع الثاني: خصائص الخبرة وأنواعها
140.....	أولاً: خصائص الخبرة
140.....	1- الخبرة قضائية
140 .....	2- الخبرة إجراء اختياري للقاضي
141.....	3- الخبرة إجراء تبعي
141 .....	ثانياً: أنواع الخبرة
141.....	1- الخبرة الاستشارية
142.....	2- الخبرة الاتفاقية
143.....	الفرع الثالث: كيفية ندب الخبير
146.....	الفرع الرابع: تقرير الخبرة
146.....	أولاً: شكل تقرير الخبرة
148.....	ثانياً: قيمة تقرير الخبرة في الإثبات
149.....	المطلب الثاني: دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي الفني
150.....	الفرع الأول: مهمة الخبير

155.....	الفرع الثاني: مدى مصداقية تقرير الخبرة في المسؤولية الطبية.....
156.....	أولاً: الصعوبة الموضوعية.....
157.....	ثانياً: الصعوبة الشخصية.....
161.....	الفرع الثالث: مدى تأثير تقرير الخبير على القاضي.....
166.....	خاتمة.....
169.....	قائمة المراجع.....
180.....	فهرس.....

ملخص:

يرتبط حصول المريض على تعويض لجبر الضرر اللاحق به جراء الخطأ الطبي إلى حد كبير بمدى قدرته على إثبات دليل قاطع ويقيني بخصوص إخلال الطبيب بالتزاماته، خاصة وأنه يكون الطرف المكلف بعبء الإثبات كمبدأ عام، غير أن الصعوبات التي يلاقيها خلال النهوض بهذا العبء، قد أدت بالقضاء والفقهاء إلى محاولات لإيجاد الحلول في سبيل التخفيف على المريض.

أما من حيث كيفية الإثبات، فإن الأمر يختلف إذا تعلق بالأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية أو متعلق بالفنية الطبية، فبالنسبة الأولى، فالقاعدة العامة تقضي أن الخطأ الطبي يثبت بمختلف وسائل الإثبات، غير أن هناك بعض وسائل الإثبات القانونية التي يصعب الاعتماد عليها عملياً، مثل الشهادة، وهناك وسائل أخرى تكون ناجعة في إثبات بعض الأخطاء دون سواها كالكتابة، أما الأخطاء المتعلقة بالفنية الطبية فإن الوسيلة الوحيدة التي يتم اعتمادها في إثباتها هي الخبرة الطبية.

Résumé :

L'obtention de l'indemnisation, due au préjudice causé par une faute médicale, dépend, dans une large mesure, de la capacité du patient d'apporter la preuve concrète que le médecin a failli à ses obligations. En effet, comme principe général, la preuve doit être apportée par le patient. Cependant, vu les difficultés rencontrées pour ce dernier pour s'acquitter de cette charge, la jurisprudence et la doctrine ont tenté d'arborez des solutions en vue d'alléger le fardeau qui pèse sur l'épaule du patient.

Concernant les moyens de preuve, la situation diffère selon que l'on soit face à des fautes de l'humanisme médicale ou face à la technique médicale :

Concernant les fautes liées à l'humanisme médical, la règle générale stipule que la faute médicale peut être prouvée par tous les moyens de preuve, mais dans la pratique il existe quelques moyens de preuve difficile à prendre en compte, comme le témoignage. Comme il existe d'autres moyens efficaces pour prouver quelques fautes comme l'écrit, quant aux fautes liées à la technique médicale, le seule moyen de preuve reste l'expertise médicale