

جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم السياسية



مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون طبي

تحت عنوان :

حق التعويض عن الخطأ الطبي

تمهيد إهداء الأستاذ:

* عيساني رفيقة

من إعداد الطالبة:

* بوعزة هاجر

أعضاء اللجنة المناقشة

الأستاذ:.....رئيسا

الأستاذ:.....مشرفا ومقررا

الأستاذ:.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2016-2017



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع وكل ما بذلته من جهد من أجل إنجازه إلي:

الوالدين العزيزين أطال الله في عمريهما واللذان كانا لي عزا وسندا وعمونا

ومهما قدّمت لهما لا أستطيع رد جميلهما.

إلى زوجي العزيز

إلى ابنتي الغالية أميرة حنان حفظهما الله

إلى عائلة زوجي أطال الله في أعمارهم

إلى اخوتي الأعمام مريم، محمد، نور، نجوى

إلى كافة الأصدقاء والأحبة وكل من

عرفني من قريب أو بعيد

شكرا

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قِيلَ
لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ فَافْسَحُوا
يَفْسَحِ اللَّهُ لَكُمْ وَإِذَا قِيلَ انشُرُوا
فَانشُرُوا يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ
وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ
وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾

سورة المجادلة

صدق الله العظيم



شكر و عرفان

الحمد لله الذي أعانني ورزقني من العلم ما لم أكن

أعلم ومدني بالعزيمة والإرادة لإنجاز هذا العمل المتواضع.

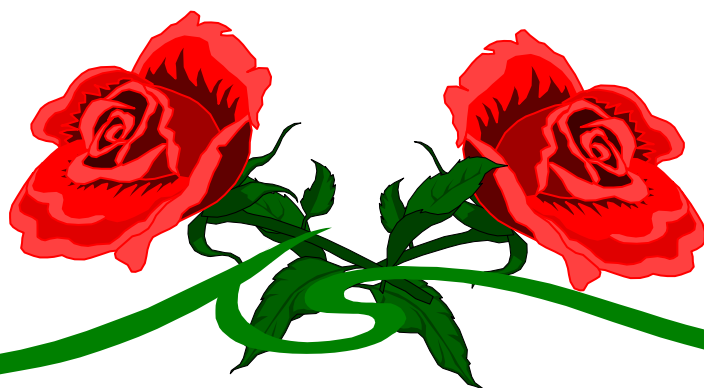
ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص عبارات الشكر والتقدير لأساتذتي المشرفة

"عيساني رفيقة" على اشرافها على عملي المتواضع رغم انشغالاتها الكثيرة فجزاها الله

عني خير جزاء.

كما أتقدم بالشكر بكل من ساعدني من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل وأخص بالذكر

موظفي مكنتبات الحقوق جامعة مستغانم، تلمسان وإلى كل أساتذتي في كل الأطوار



مقدمة

تعد سلامة البدن وبناء الفرد بناءاً سليماً من مقاعد الشريعة الإسلامية، وكذا تكوينه تكويناً مستقيماً، في جانبين جامعين لخيري الدنيا والآخرة وهما: لاح الدين واصلاح البدن فالأول شأن العلماء، والثاني شأن الأطباء، ولذا قال الإمام الشافعي رحمه الله: صنفان لا غنى للناس، غنهما، العلماء لأديانهم، والأطباء لأبدانهم".⁽¹⁾

ومهنة الطبيب مهنة نبيلة تحرر البدن من الآلام عن طريق العلاج ويقوم بهذه المهنة الطبيب ومن ثم فإن مهنة الطب هي مهنة شريفة تهدف أساساً إلى خدمة الإنسان والانسانية، والتخفيف من الآلام الأفراد وأوجاعهم، وبالتالي يفترض في الطبيب أن يكون ذا كفاءة عالية ومساييراً لأحدث سبل ووسائل العلاج.

غير أن الطبيب وهو يباشر مهنته يأتي أعمالاً تمس سلامة المريض أو تؤثر على صحته، كإحداث جروح بجسمه، أو استئصال عضو من أعضائه، أو اعطائه جرعة من دواء معين قد تؤثر على صحته، وفي كل هذه الحالات يكون الطبيب معرضاً للخطأ والصواب، وقد يؤدي هذا الخطأ إلى تعويض حياة المريض للخطر.⁽²⁾

(1)-البغدادي، موفق الدين عبد اللطيف-الطب من الكتاب والسنة تحقيق- عبد المعطي قلنجي (دار المعرفة، بيروت، ط2، 1988م، ص186.

(2)- صحراوي فريد -الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية- رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، ص8.

ونظرا للتطور الكبير الذي عرفه العلم وتقدمه في شتى المجالات، فإنّ مسؤولية الطبيب القانونية عن الخطأ سواء كان إهمالا أو غير ذلك قد لاقت اهتماما كبيرا لم تجده في العصور السابقة.

ورغم ان الفقه القانوني قد استقر منذ مدّة طويلة على أن التزام الطبيب بنجاح مريضه هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، لكن إذا قصر الطبيب في بذل العناية المطلوبة منه، أو إذا أخطأ- ولو بدون قصد- أو أهمل أو تجنّب الحيلة في ذلك، فإنه تجب مساءلته عن هذا الخطأ الطبي.

والخطأ الطبي قد يكون خطأ عاديا يقوم على الإهمال، وقد يكون خطأ مهنيا يتمثل في مخالفة الأصول الفنية الثابتة للمهنة والخروج عليها، فالطبيب يكون مسؤولا في الحالتين أيما كانت درجة خطئه.

وبأني التعويض كنوع من أنواع الغرامات التي يتحملها الطبيب نتيجة للضرر الذي سببه المريض الذي يقوم بعلاجهم وقد يكون هذا التعويض مبالغا فيه، فيكون بذلك إضافة لحق الطبيب، أو يكون هذا التعويض لا يتناسب مع الضرر الذي وقع على المريض نتيجة خطأ الطبيب سواء كان اهمالا أو مهنيا. (1)

(1) - الحربي، سلمان مرزوق- الأخطاء الطبية- رسالة ماجستير (قسم الأنظمة)، كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية المدنية المنورة، السعودية 1432 هـ، ص4.

إشكالية الموضوع:

بالنسبة للإشكالية الجوهرية لهذا الموضوع تتمحور حول تحديد حق التعويض عن الخطأ الطبي، وهل تجد أساس في حماية النظام العام في العقد الرابط بين الطبيب والمريض؟

وهل يتسع نطاق التعويض عن الخطأ الطبي ليشمل كل ما وصل إليه الطبيب من أخطاء في حق المريض أم يبقى نسبيا؟

وهل أن حق التعويض عن الخطأ الطبي يعتبر حقا بمجرد ثبوت الخطأ الذي ينتج عنه الضرر؟

للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، حيث يستخدم هذا المنهج لدراسة المشكلات المتعلقة بالمجالات الانسانية، ويعتمد عليه الباحث في جميع المعلومات الظاهرة محل الدراسة، والبحث عن تحديد مفهوما بمستويات مختلفة.

دوافع اختيار الموضوع:

ترجع أسباب اختيار هذا الموضوع إلى عدّة أسباب من بينها:

- ✓ زيادة المعارف وإثراء المكتبة الجامعية بمثل هذه المواضيع.
- ✓ وكذلك توعية القراء والباحثين بمدى أهمية هذا الموضوع في المجال الطبي.

✓ نقص الدراسة المتعلقة بهذا الموضوع وعدم إعطاء أفراد المجتمع أهمية خاصة في مجال تعويض عن الضرر المعنوي.

✓ عدم التزام أغلب المصالح الصحية في بلادنا بالحفاظ على مبدأ تعويض عن الخطأ الطبي.

أهمية الموضوع:

يعتبر موضوع حق التعويض عن الخطأ الطبي ذو أهمية قصوى، لأنه يعتبر من المواضيع الأكثر تعقيدا والتي تثير العديد من المشكلات القانونية والعملية، وخاصة في التطور الكبير الحاصل عن المجالات الطبية المختلفة والذي رافقه زيادة الاهتمام بحق المريض في سلامة بدنه، وتقرير مصيره، ومراعاة ظروفه مما حداً بالمجتمعات إلى البحث على سبيل وضع الضمانات الكفيلة للحفاظ على هذه الحقوق ورعايتها.

ولدراسة هذا الموضوع ابتعت الخطة التالية:

الفصل الأول: أحكام الخطأ الطبي الموجب للتعويض.

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي الموجب للتعويض.

➤ **المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي.**

➤ **المطلب الثاني: ملازمة الخطأ الطبي للمسؤولية الطبية المدنية.**

المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية.

➤ **المطلب الأول:** مسؤولية عقدية

➤ **المطلب الثاني:** مسؤولية تقصيرية

الفصل الثاني: التعويض عن الخطأ الطبي

المبحث الأول: الأحكام العامة للتعويض ومدى ملائمتها في المجال الطبي

➤ **المطلب الأول:** أحكام التعويض وفقا للقواعد العامة

➤ **المطلب الثاني:** التعويض تبعا لقواعد المسؤولية الطبية

المبحث الثاني: كيفية تقدير التعويض

➤ **المطلب الأول:** سلطة القاضي في تقدير التعويض

➤ **المطلب الثاني:** تقدير الاتفاقي للتعويض

الفصل الأول

أحكام الخطأ الطبي الموجب للتعويض

لقد ساهمت التطورات الهائلة والانجازات العلمية المتقدمة في مجال الطبي في وضع وترتيب نظام قانوني خاص، ينظم علاقة الطبيب بالمريض، من خلال تقرير مسؤولية الطبيب المدنية والجنائية، بل وحتى الإدارية والتأديبية.⁽¹⁾

فالالتزام الذي يقع على الطبيب هو التزام ببذل عناية كأصل عام، ولا يضمن الطبيب الوصول إلى أية نتيجة.

فهو لا يلتزم بمنع تطور المرض وازدياده كما لا يلتزم بأن لا تزداد الحالة.⁽²⁾

ونطاق أحكام الخطأ الطبي يشمل كافة أوجه النشاط الطبي، سواء تعلق بالتشخيص، أو العلاج أو اصدار الشهادات الطبية، كما أن علاقة الطبيب بمريضه تقوم على أساس الثقة المتبادلة بينهما، والتي تتجسد في بوح المريض بكثير من الأسرار إلى الطبيب ليأتمنه عليه.

وبالتالي فإن هذا الأخير يسأل إذا أفتى سرا مهنيا ما لم يكن مستندا في ذلك إلى حالة من الحالات التي تجيز له ذلك بالإفشاء السر.⁽³⁾

(1) - د. بن صغير مراد - أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية - دار الحامد، لنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ص43.

(2) - د. محمد بودالي - رسالة دكتوراه - حماية القانونية لمستهلك في الجزائر كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2003، ص417.

(3) - ريس محمد - نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وثباتها - دار هومة، الجزائر، 2007، ص10.

وإنه لمن المناسب بل ومن الضروري بداية أن تقوم بتحديد وضبط فكرة الخطأ الطبي من خلال مختلف الجوانب، حتى أن تبرز أهمية ومدى التطور الذي لحق الخطأ الطبي عبر مختلف مراحلها، الأمر الذي يساهم في توضيح المعالم الجديدة للمسؤولية المدنية الحديثة للطبيب.

ولذلك اقتضينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: خصصنا الأول لمفهوم الخطأ الطبي بموجي التعويض في حين نتعرض لمبحث الثاني لطبيعة المسؤولية الطبية.

المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي الموجب التعويض

لا شك أن الخطأ الطبي لا يبتعد كثير، إن لم نقل أحلا أوجه أو صور الخطأ في مجال المسؤولية المدنية"، باعتبار أن مسؤولية الطبيب ما هي إلا إحدى تطبيقات أوجه المسؤولية المدنية في مجال الطبي.

وقد عرف الخطأ الطبي تطورا لا يقل أهمية عن تطور فكرة الخطأ بصفة عامة في مجال المسؤولية المدنية، بل هو يشكل امتداد لهذا التطور.

وإذا كان الخطأ الطبي يتمثل في عدم قيام أو عدم قيد الطبيب بالالتزامات والقواعد والأصول الطبية الفنية الخاصة التي تفرضها عليه مهنته⁽¹⁾، فإن ذلك يقتضي توضيح جملة من العناصر التي تساهم في تحديد مفهوم شامل للخطأ الطبي بموجب التعويض

(1)- genievre duflo : la responsabilité civile des médecins à la lumière de la gurus prudence récente librairie molaire 1937, P25.

لذلك رأيت من المناسب أن أتعرض لتعريف الخطأ الطبي بمفهوم شامل في المطلب الأول، ثم نتناول بدراسة ملازمة الخطأ للمسؤولية الطبية المدنية الواجبة بذلك للتعويض.

المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي

يشكل تعريف الخطأ أحد المشكلات الدقيقة للغاية في قانون المسؤولية المدنية، الأمر ولد اختلافاً كبيراً لدى الفقهاء في هذا الشأن كما نبينه، ذلك أن فكرة الخطأ في حد ذاتها فكرة مرنة، واسعة ومتعددة الأشكال، تهدف إلى تناول جميع جوانب السلوك الانساني، إضافة إلى الالتباس الذي يثار بين المسؤولية القانونية والمسؤولية الاخلاقية.⁽¹⁾

ولما كانت فكرة الاخلاق فكرة واسعة ينقصها التحديد والدقة المطلوبة، كان طبيعياً أن تكون فكرة الخطأ بدورها غير محددة وغير مضبوطة⁽²⁾، الأمر الذي يقتضي توضيح معنى الخطأ بصفة عامة، ثم التطرق لتعريف شامل للخطأ الطبي، من خلال الوقوف على التعريفات والنصوص القانونية والإحكام القضائية والآراء الفقهية.

الفرع الأول: تعريف الخطأ لغة:

الخطأ في اللغة هو ضد الصواب وهو ما لم يتعمد وفي محكم تنزيل قوله تعالى: "وليس عليكم فيما أخطأتم به، عداه الباء لأنه في معنى عثرتم أو غلطتم.

(1) - د. بن صغير محمد، المرجع السابق، ص 46.

(2) - د. أيمن ابراهيم عبد الخالق العثماني - تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية - رسالة دكتوراه، جامعة عن شمس، مصر 1998، ص 19.

الفرع الثاني: الخطأ اصطلاحاً.

يبدو من الصعوبة بمكان وضع تعريف محكم ودقيق للخطأ في سلوك الانسان وهذا ما لم يكن في متناول الفقهاء حيث اختلفوا اختلافاً كبيراً حول تحديد مفهوم فكرة الخطأ.

ذلك أن كل خطأ ينجم عن فعل ضار يختلف حسب نوع الفعل المرتكب وكذا حسب حجمه ونتائجه، فإذا كان اخلال بقاعدة أخلاقية فإن الخطأ يكون أخلاقياً.

وإذا كان اخلالاً بقاعدة قانونية نتج عنها ضرر بالمجتمع أو الفرد، كان الخطأ قانونياً، جزائياً كان أو مدنياً.

أولاً: الخطأ الأخلاقي: يتمثل الخطأ الأخلاقي في القيام بعمل أو في الامتناع عن القيام به، بشكل مخالف للتعاليم الدينية أو للقواعد الأخلاقية والضمير⁽¹⁾، الأمر الذي يؤدي إلى محاسبة المخطئ، أمام الله وأمام الضمير، واستهجان المجتمع.

ومعيار الخطأ الأخلاقي هو ذاتي، تقديره مرتبط بالظروف الشخصية لمن ارتكبه، فالخطأ اجمالاً أخلاقي، يختلف عن الخطأ القانوني، ذلك أنه يقوم بمجرد مخالفة المبادئ والأخلاق.

ثانياً: الخطأ القانوني: يقوم الخطأ القانوني عند الاخلال بإحدى القواعد التي وضعها القانون وحدد فيها ما يتوجب على الانسان الالتزام به للعيش في المجتمع باستقرار، حيث

(1) - د. عبد اللطيف الحسني - المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية - بيروت، 1987، ص 21.

يحاسب الفاعل عن هذا الخطأ وإن لم يقصد الضرر مادام تصرفه يشذ عن السلوك المألوف للشخص العادي. (1)

إذا أن الخطأ القانوني يقوم عند مخالفة الأحكام القانوني فالخطأ القانوني يتحقق عند مخالفة المبادئ، العامة المتعلقة بالنظام الاجتماعي فبهذا المفهوم يمكن تقسيمه إلى نوعين:

أ- الخطأ الجزائي: يتمثل في الإخلال بالقواعد القانونية المقترنة بجزاء، والتي تنظم أسس المجتمع وتؤمن استقراره، فمتى وقع خطأ جزائي يلحق ضررا بالمجتمع وتقرر له عقوبة جزائية.

ب- الخطأ المدني: الخطأ المدني هو اخلال الفرد بالتزام يقع عليه يجب عليه تنفيذه قانونا أو اتفاقا، ينظر إليه عن زاوية الاضرار بالفرد ومن زاوية الاخلال بالتوازن بين المصالح الخاصة للأفراد والجزاء فيها يتمثل في اصلاح ذلك التوازن الذي اختل بما يقضي به من تعويض. (2)

(1) - د. بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 49.

(2) - د. علي عيسى الأحمد -المسؤولية التأديبية للأطباء- رسالة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة عين الشمس، مصر 2008، ص 244.

ثالثاً : الخطأ الشخصي:

وهو ذلك الخطأ الذي يرتكبه الموظف العام إخلالاً بالتزاماته سواء تلك التي ينظمها القانون أو تلك التي تنظمها اللوائح (القانون الإداري).

وبالتالي فالخطأ الشخصي هو الخطأ الذي ينفصل عن أداء الخدمة العامة المطلوبة من الطبيب أدائها و على أساسها تقوم المسؤولية الشخصية للطبيب و يمكن حصرها في ثلاث حالات وهي:

1/الأخطاء الخالية من أي علاقة مع المرفق وهي أخطاء شخصية لا علاقة لها بالعمل

الوظيفي إطلاقاً كالأخطاء التي يرتكبها خلال استغلاله لحسابه الخاص¹

2/الأخطاء المرتكبة بمناسبة أداء الخدمة و الذي يوحي بسوء نية بمعنى التي تهدف إلى

مقاصد تتنافى مع أغراض الصحة العامة أو مصلحة المريض .

3/الأخطاء الجسيمة غير العمدية فكما كان خطأ الموظف أي الطبيب جسيماً اعتبر

خطأه شخصياً.

2-لحسين بن الشيخ آث ملويا ،دروس في المسؤولية الإدارية ، المسؤولية الإدارية ، المسؤولية على أساس الخطأ ... الكتاب الأول ، الجزائر دار الخلدونية للنشر و الطباعة ، الطبعة السابقة 2007 ص 135-141 .

3-سمير عبد السميع الأردن ، مسؤولية الطبيب و الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم منشأة المعارف ، طرابلس 2004 ص 234 .

وعليه فالتعريف الأشمل للخطأ الشخصي هو " يكون الخطأ شخصياً إذا كان العمل الضار مطبوعاً بفعل شخصي يكشف عن الإنسان بضعفه و شهواته.

رابعاً : الخطأ المرفقي:

إن الخطأ المرفقي يعتبر خطأ شخصياً لكن مقترن بالمرفق المستشفى العام فإنه يتخذ صفة الخطأ المرفقي. كما يعرف بأنه خطأ موضوعي نسب إلى الظروف مباشرة على اعتبارات هذا المرفق قد قام بارتكاب الخطأ بغض النظر عن مرتكبه، فسواء أمكن إنشاء الخطأ إلى موظف معين بذاته أو إن تعذر ذلك فإنه يفترض أن المرفق ذاته هو الذي قام بنشاط يخالف القانون : و من تم فهو وحده الذي قام بارتكاب الخطأ¹

وبالتالي يمكن القول بأن الخطأ المرفقي يمكن أن ينشأ عن فعل أو عن امتناع عن سلوك إرادي أو عن إهمال أو عن نقص في التنظيم أو خلل في السلوك، فتلتزم الإدارة بالتسيير الجيد للمرفق و تمويله بجميع الأدوات والمعدات وكل الوسائل التي تكفل أهدافه فبذلك كل تقصير أو إهمال من طرفها في تجهيز المستشفى والمتابعة والمراقبة أو سوء كفاءة الأجهزة يعتبر خطأ مرفقي.

أما فيما يتعلق بمجال مسؤولية المستشفيات العامة، يمكن أن نذكر مثلاً عن الخطأ الذي نسب مباشرة إلى المشفى باعتباره شخصاً معنوياً، وذلك في حالة عدم ضمانه للحدّ

¹ - سمير دنون ، الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي في القانونيين المدني و الإداري ، المؤسسة العدننية للكتاب ، لبنان 2009 ص 171 - 172

الأدنى من الخدمة المقررة قانونا عندما يقوم المستخدمون بالإضراب للمشروع وهو حقهم مثلما هو مقرر في أحكام قانون رقم 02/90 المؤرخ في: 06 فيفري 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية للعمل و تسويتها وممارسة حق الإضراب¹ غير أنه قد زال الحرج بشأن الخطأ الذي يرتكبه الشخص المعنوي، في أغلب التشريعات الجنائية.

خامسا : اقتران الخطأ الشخصي بالخطأ المرفقي:

بالرغم من استقلالية كل من الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي، إلا أنها قد يتلاقيان، فمثلا إذا ارتكب العون خطأ خطأ شخصا يمكن أن يصاحبه خطأ مرفقي و بالتالي يشتركان في إحداث الضرر المرتب للمسؤولية، بحيث شرك وقائع كل الخطأين معا وقائع المكونة للخطأ المرفقي مع الوقائع المكونة للخطأ الشخصي .

سابقا كان القضاء الفرنسي يفصل فصلان.. ما بين الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي في الخطأ إما أن يكون شخصا يرتب مسؤولية الموظف دون الإدارة، و اما أن يكون مرفقيا نسأل عنه الإدارة امام القضاء الإداري، الآن موقف مجلس الدولة الفرنسي تغير و اعترف بإمكانية قيام الخطأين جنبا إلى جنب و اشتراكهما في إحداث الضرر

¹ - رجوعا إلى نص المادة 38 من القانون 02/90 المؤرخ في: 06/02/1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل و تسويتها و ممارسة حق الإضراب ج.ر العدد 06 لسنة 1990

3- سمير دنون ، الخطأ الشخصي و الخطأ المرفقي في القانونيين المدني و الإداري ، المؤسسة العنصرية للكتاب ، لبنان 2009 ص 171 - 172

ومثلاً : في حالة ما إذا ارتكب الطبيب خطأ شخصياً بواسطة وسائل المستشفى العام وأدى ذلك إلى إحداث ضرر بالمريض بسبب سوء استعمال الأجهزة الطبية من قبل الطبيب أو قدمها فهذا يعد حالة من حالات الخطأ الشخصي و المرفقي وبالتالي الجمع بين المسؤولين مسؤولية كل من الطبيب و المستشفى .

-إن اقتران كل من الخطأ الشخصي والمرفقي في بعض الجوانب يكفي للإلزام بتعويض المضرور، إلا أنه لا يكفي لإلغاء عبء التعويض نهائياً .

فالمسؤولية إما تستقر عن عاتق الموظف أو الإدارة أو توزع بينهما أي تكون المسؤولية مشتركة بحسب الخطأ المستوي إلى كل منهما، فإذا ساهم في إحداث الضرر خطأ شخص مع مرفقي كان المضرور أن يطلب التعويض كاملاً من إدارة مستشفى أو من الموظف طبيب.

المطلب الثاني: ملازمة الخطأ للمسؤولية "الطبية المدنية"

إن استخلاص وصياغة مبدأ عام للخطأ كأساس للمسؤولية المدنية لم تتم في القانون الفرنسي القديم على يد الفقيه دوما Domat متأثراً بالقانون الكنسي الذي أعطى لفكرة الخطأ كل أهمية وأكد أن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية، بحيث أن الشخص الذي يتصرف دون خطأ لا يلتزم بتعويض الأضرار .

ولهذا فقد تقررت على يد هذا الفقيه القاعدة العامة في المسؤولية المدنية التي تقتضي أن كل فعل خطئ يوجب التعويض الضرر الذي نشأ عنه، فأصبح ذلك الجزاء تعويضا مدنيا لا يختلط بفكرة العقوبة، وقامت على اثر ذلك فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية.⁽¹⁾

أما التبرير الأخلاقي الأدبي يقتضي أن الشخص يجب أن يدفع تعويضا عن الضرر الذي تسبب فيه للغير بخطئه، وهو أمر جوهري تتطلبه العدالة، كما أنه لو ألزمتنا أحد الأشخاص بتعويض ضرر تسبب في وقوعه دون خطأ لكان معنى ذلك أننا ندين شخصا بريئا أو غير مذنب، وهو أمر نأباه بل ونكره دون شك قواعد الاخلاق.

كما أن القضاء الفرنسي كان له دور في تأسيس قواعد المسؤولية المدنية على أساس الخطأ، بل كانت له جهودا في التوسع في فكرة الخطأ ذاتها، بحكم أنه يناط به تطبيق النصوص، بناء على هذا لما كان جبر الضرر للمضور من الموضوعات التي يوليها المشرع حمايته، فإن موضوع المسؤولية المدنية كان بلا ريب أهم تلك الموضوعات، التي وجد الفقهاء الفرنسي نفسه تجاهها أما أمر لا حيلة فيه، إلا تطويع فكرة الخطأ والتوسع فيها.

أما عن موضوع مسؤولية الطبيب نحو المريض، فنجد أن القضاء الفرنسي قد اعتبر تلك المسؤولية تفسيرية في أول الأمر، قبل أن يعدل عن ذلك بموجب قرار mercier⁽¹⁾

(1)- د. أسعد عبيد الجميلي - الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية - دار الثقافة للنشر والتوزيع، العراق، 2011، ص66.

الشهير الذي قضت من خلاله محكمة النقض باعتبار مسؤولية الطبيب عقدية، واستمر تبعاً لذلك القضاء الفرنسي على ذلك، فأصبحت المحاكم ترى في الرابطة القائمة بين الطبيب والمريض، رابطة تعاقدية لا تطبق عليها إلى أحكام المادة 1184 وما يليها من القانون المدني الفرنسي.

أما بشأن المسؤولية عن فعل الأشياء فالقضاء الفرنسي لم يتوسع في فكرة نسبة الخطأ إلى الفاعل فحسب، بل تجاوزها ليشمل كذلك ما يتعلق بتقديره للأفعال التي تكون الخطأ.

وهذا ولم يكتف القضاء الفرنسي بهذه الوسيلة في سعيه الحثيث للحفاظ على مكانه الخطأ وربط المسؤولية به، في ظل تنامي الانتقادات وشدة حدتها بشأن الخطأ، بل اعتبر أن القرينة القانونية الواردة بنص المادة 1/1384 المتعلقة بحراسة الأشياء ولا يمكن هدمها بلا إقامة الدليل على وجود السبب الأجنبي، الذي يعني أنه لا يكفي إقامة الدليل على أن الفاعل لم يرتكب أي خطأ، أو أن يظل سبب الحادث مجهولاً لكي يعفى ذلك الفاعل عن المسؤولية.⁽²⁾

(1) - coss civ 20/05/1936. Responsabilité civile et assurances Edition du juris-classement rors. paris.P 07.

(2) - د. بن صغير مراد، المرجع السابق، ص72.

الفرع الأول: تصدع مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية

إن الخطأ بصورته التقليدية الذي نصت عليه المادة 1382 ق.م.ف والتي تقابلها نص المادة 124 من ق.م.ج، لم يعد قاصرا على أن يحكم العلاقات القائمة بين الأفراد⁽¹⁾، نظرا لزيادة حركة التصنيع والصناعة وانتشار الآلات والمعدات الصناعية في العمل والنقل وكذا الطب، الأمر الذي ترتب عنه كثرة الحوادث التي ترجع في سببها إلى هذه الأجهزة.

ورغم افتراض القانون المدني للخطأ في بعض الحالات والتي يقصد بها أن شخصا ما لم يرتكب خطأ أو بتعبير أدق لم يثبت خطأه، ومع ذلك يلزمه القانون بتعويض أضرار معينة وقعت من شخص تابع له في تصرفاته طبقا لنفس المادة ق.م.ج 134 فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل الغير، أو من شيء له السيطرة عليه على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء كما قضت بذلك المادة 138 ق.م.ج إلا أن عبء الإثبات ظل مع ذلك ثقيلًا للغاية على عاتق المضرور ومن أجل تفادي الظلم الذي يقع نتيجة لذلك والمتمثل في عدم إمكانية حصول المضرور على التعويض.

سارع الفقه للبحث عن أساس آخر تقوم عليه المسؤولية المدنية لا يعتمد المفاهيم الأخلاقية أو الاعتبارات النفسية، كي يكون أكثر مرونة وأكثر قدرة على حماية العديد من الضحايا البسطاء عن طريق توفير تعويضات ملائمة لهم.

(1) - قانون المدني الجزائري.

وفي هذا الصدد فقد تراجع الخطأ وصفاً، مع بقاءه في ذاته أساساً للمسؤولية الطبية من خلال حكم E poux v بتاريخ 10 أبريل 1992 وهو ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة حيث تبني فكرة الخطأ وأقام عليها المسؤولية عن الفعل الشخصي من خلال نص المادة 124. (1)

المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية

يرى جانب من الفقه عدم امكانية المتضرر الخيار بين نظام المسؤولية العقدية ونظام المسؤولية التقصيرية، نظر للفروق الكثيرة الموجودة بينهما وهي ذات أهمية عملية فلكل نظام دائرته الخاصة له، مما يجعل قيام العق بين المريض والطبيب حاجبا لقيام المسؤولية التقصيرية.

في حين أنّ جانباً آخر من الفقه يرى عكس ذلك إذ يزعم أنه لا مانع من التوسّل بالمسؤولية التقصيرية في وجه الطبيب حتى ولو كان الضرر ناتجاً عن الإخلال بالتزام عقدي، ما دام الخطأ يشكل إخلالاً بالتزام عقدي وبواجب قانوني في ذات الوقت (2)، وبالتالي يكون للمتضرر أن يختصم الطبيب استناداً إلى المسؤولية عن الفعل الشخصي وإن جمع بينهما عقد وحصل في معرض تنفيذه وتم الإخلال به، وهذا هو موقف القضاء اللبناني في هذا الشأن.

(1) - المادة 124 ق.م.ج "كل فعل أيا كان يرتكبه المرء بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

(2) - د. ريس محمد - نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها - دار هومة، الجزائر، ص 13.

أما القضاء الجزائري فقد كان يأخذ بذات نظرية وقبل بين المسؤوليتين وذلك قبل الاستقلال، أما موقفه بعد الاستقلال فإننا لم نعثر على ما يوضحه أنه لا مانع في ضوء القانون الجزائري من اختيار طريق المسؤولية التقصيرية في مواجهة الطبيب وإذا كان العمل الضار المنسوب إليه.

يتمثل في اخلاله بالتزام عقدي تقوم أساسا على بذل العناية، ما دامت المسؤولية التقصيرية تعد من نظام العام، وأن التشريع قد أبطل كل اتفاق على الاعفاء أو التخفيف منها، القول بأن وجود عقد بين المريض (الطبيب يفيد ضمنا أو صراحة استبعاد هذا النوع من المسؤولية قول لا يستقيم ومفهوم النظام العام ويتناقض معه، كما أن كلا المتعاقدين الطبيب والمريض - عندما يتم اضاعتهما إلى المسؤولية التقصيرية فإنهما يكونان من الغير وتنقضي صفتها كمتعاقدين.

المطلب الأول: مسؤولية عقدية

جاء في الفقه القديم والحديث، إن الاخلال بالعقد المبرم بين أطرافه يشكل المسؤولية العقدية، كما أسلفنا سابقا. (1)

ويضيف إلى ذلك أن المسؤولية لا تنهض إلا بتوافر أركان ثلاثة في الوقت نفسه هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، وهي ذاتها التي تشترط لقيام المسؤولية التقصيرية.

(1) - د. ريبس محمد، المرجع السابق، ص 17.

غير أن عند الكلام عن ركن الخطأ في المسؤولية التعاقدية يقولون إن مجرد عدم وفاء المدين بتعهدة أو عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدية يعد خطأ سواء أكان عدم تنفيذ الالتزام يرجع إلى تعمد المدين أو إلى تقصره أو إهماله، ثم أضافوا أن الخطأ العقدي يتحقق حتى في حالة كون عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يعود إلى سبب أجنبي لا دخل لإرادته فيه (1)، وينبغي أن يتوافر في ركن الخطأ عنصران هما العنصر المادي، وهو نسبة هذه الواقعة إلى المكلف بهذا الواجب، بأن يكون قد تخلف عن القيام بواجبه، رغم أنه في وسعه أن يتبينه.

وقد رتب الشراح على اشتراط الخطأ بركينه المادي والمعنوي، عدم تحقق المسؤولية إذا كان عدم تنفيذه الالتزام يرجع إلى فقد المدين للتمييز، حتى إذا كان المدين قد رشده وتمييزه بعد نشوء العقد، إذ لا يسأل حسب- وجهة نظرهم- عديم التمييز في هذه الحالة على أسس العقدية (2) ويذهب هؤلاء الشراح إلى أنه، في حالة عدم وجود مسؤول عن المدين أو تعذر الحصول على التعويض من المسؤول فإن المسؤولية في هذه الحالة الأخيرة لا تبنة على فكرة الخطأ، بل إنها مسؤولية مبنية على فكرة أو نظرية "تحمل التبعة"، ويذهب البعض عند الكلام عن اثبات الخطأ، إلى التمييز بين "التنفيذ العيني و"التعويض" فالدائن إذا كان يطالب بالتعويض على ما لحقه من ضرر من جراء الاخلال بالالتزام فإن محل الاثبات الذي يكلف الدائن إلا إقامة الدليل على عدم تحقق النتيجة

(1)- د. أسعد عبيد الجميلي- الخطأ في المسؤولية المدنية- دار الثقافة العراق، ص58.

(2)- المسؤولية التأديبية عن أخطاء الأطباء، مذكرة مكملة لنيل شهادة مستار 2014، ص39.

المبتغاة، دون حاجة إلى إثبات الإهمال معين اقترفه المدين ومجرد إقامة الدليل على عدم تحقق النتيجة المرجوة، هو إثبات عدم تنفيذ الالتزام، أما في الالتزام بوسيلة فإن على الدائن أن يقيم الدليل على انحراف المدين عن السلوك الواجب عليه، فلا يكفي الإثبات عدم تحقق الغاية المقصودة.

ويستدل الدكتور محمد نصر الدين محمد على هذه النتيجة ليقول: "وهكذا نجد أن اشتراط ركن الخطأ كأساس للمسؤولية القديمة قد تهاوى في الحقيقة والواقع ولم يبق له من وصل إلا كأساس التحاليل القانوني لتأكيد أن الخطأ أساس المسؤولية العقدية وأن المسؤولية هي أساس التعويض ولا عبرة للقول بأن مبدأ الاستصحاب للوضع السابق هو أساس إلقاء عبء الإثبات سواء في الالتزام بتحقيق نتيجة ايجابية أو في الالتزام بتحقيق نتيجة سلبية إذا أنه حتى بتطبيق هذا المبدأ لا يكلف الدائن بإثبات انحراف سلوك المدين عن السلوك الواجب إلا إذا كان محل النزاع هو مقدار العناية التي بذلها المدين في تنفيذ الالتزام ببذل عناية وهكذا نرى أن ركن الخطأ الذي قالوا به ينحصر في تلك الدائرة الضيقة في جزئيه خاصة من أحد نوعي الإلتزام اللذين قالوا بها وهما الإلتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة⁽¹⁾، وإذا كانوا قد استعاضوا عن نظرية تدرج الخطأ بنظرية تقسيم الإلتزام إلى التزم بعناية والتزم بغاية لتأكيد اشتراط ركن الخطأ في المسؤولية العقدية فإن هذا الركن حتى على ذلك التقسيم لا يعدو أن يكون تحايلا قانونيا إذا أنه في التزم بتحقيق نتيجة.

(1) - د. محمد نصر الدين محمد - أساس التعويض - رسالة دكتوراهن جامعة القاهرة، 1983، ف 60، ص 76.

ليس على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب إهمالا معيناً إذا يثبت الركن المادي للخطأ عندهم بمجرد عدم تحقيق النتيجة، ويعلل الشراح- والكلام وذلك أن التحاليل القانوني بأن القانون قد افترض أن عدم تحقق النتيجة راجع إلى فعل المدين فيلزم بالتعويض ما لم يسقط هذه القرينة بإقامة الدليل على أن سببا أجنبيا لا يدلّه فيه قد جعل تنفيذ الالتزام على الوجه المرضي مستحيلا. (1)

والغريب أن هؤلاء الشراح رغم تمسكهم بركن الخطأ يذكرون أنه في الأحوال التي يظل فيها سبب عدم التنفيذ مجهولا لا يدري إن كان راجعا إلى المدين أم إلى سبب أجنبي جعل التنفيذ مستحيلا، يظل المدين مسؤولا وإذا لم يكن من الممكن القول بوجود خطأ عند المدين على سبيل اليقين في هذه الأحوال وهو مناط قولهم بمسؤولية كأساس لاستحقاق الدائن للتعويض قالوا إن الخطأ هو خطأ مفترض وهكذا نعود إلى مسميات لا تعدو أن تكون في الحقيقة والواقع تحايلا قانونيا دفع إليه كأساس للتعويض. (2)

المطلب الثاني: مسؤولية تقصيرية

أشار التقنين المدني الفرنسي إلى حالات المسؤولية التقصيرية في المواد 1382 إلى 1386، وقد ضمن المشرع المادة 1382 المبدأ العام الذي اعتنقه "دوماوبوتيه" من جعل الخطأ كمبدأ عام أساس للمسؤولية التقصيرية، فقد نصت على أن «كل فعل أيا كان يوقع

(1)- د. محمد نصر الدين- أساس التعويض- المرجع السابق، ف60-ص76.

(2)- د. محمد نصر الدين- أساس التعويض- المرجع السابق، ف61-ص76.

ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يغوص هذا الضرر»⁽¹⁾ ولكن تفاقم المشاكل الضرر والتعويض شيئاً فشيئاً بسبب تغير الظروف الاقتصادية وتطور الصناعة وشيوع استعمال الآلات الميكانيكية والكهربائية في جميع نواحي النشاط الانساني، وقد رافق ذلك تفاقم عدد الحوادث الضارة تفاقماً لا مثيل له.⁽²⁾

وانتشار النزعة المادية نتيجة لرواج الصناعة والتجارة وزياد الأرباح وتضخم الثروات، ظهور الفلسفة الوضعية، ونتيجة لذلك أخذت قضايا المسؤولية تتلاحق وتتضاعف، وتفتحم في كل يوم حقلاً جديداً، وسنتحدث في كل ميدان ألواناً من المشاكل، حتى وصفها العلامة "جوسران" بأنها أصبحت محور القانون المدني، وبالتالي محور القانون كله، ونتيجة لكل ما تقدم فإن الفقه وهو الرائد في القضاء أخذ يبحث عن وسيلة لجبر الضرر، أخذ يفتش على أساس أكثر عدالة يمكن بواسطته التعويض المتضرر عما لحقه من ضرر.

أخذ يفتش على أساس أكثر عدالة يمكن بواسطته تعويض المتضرر كما لحقه من الضرر ولعل المسؤولية الناشئة عن الأشياء هي التي أيقظت الفقه ودفعته إلى البحث عن وسيلة أو أساس جديد للمسؤولية على عاتقه، بعد أن تبين للفقه، أن المادة 1/1384 من التفتيش المدني الفرنسي، لا تسعى الضحية أي المضرور، وتقصر عن تعويض ضرر

(1) - القانون المدني الفرنسي، المادة 1382-1386.

(2) - د. اسماعيل عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 60-61.

المتضرر ووقف مبدأ الخطأ كأساس للمسؤولية عجزا كئودا أما حصول المضرورين على حقوقهم في تعويض الأضرار التي أصابتهم، فكيف يتأتى لهم اثبات الخطأ صاحب العمل والحادث غالبا ما يرجع إلى تشغيل الآلة ذاتها، فمن الصعب إن لم يكن من المشرع الإقرار حماية المضرورين.

فقد حمل القضاء على عاتقه هذا الصبي بضغط وتمهيد من جانب الفقه وقام هذا القضاء بتفسير جديد لنصوص المواد القانونية الموجودة بالفعل والتي تنظم المسؤولية المدنية. (1) أخذ جانب من الفقه يذهب إلى جعل قوام المسؤولية الناشئة عن الأشياء الخطأ مفترضا يعفي الضحية من عبء اثباته وبناء عليه نشأت نظريتان هما نظرية الخطأ مفروض فرضا قابلا للإثبات العكس، ونظرية الخطأ الذي لا يقبل اثبات العكس.

وتؤسس النظرية الأولى على أساس نقل عبء الإثبات بالنسبة للخطأ الذي يصيب الغير بضرر نتيجة فعل الأشياء من على كاهل الدائن المدعي بوجود الضرر إلى عاتق الشخص الذي يراد إلقاء المسؤولية على عاتقه عن فعل الشيء، وهذا أنه يكفي لإقامة الدليل على حق المتضرر المدعي وفي التعويض بأن يبرهن على وجود الضرر وعلاقة السببية بين هذا الضرر وبين تدخل الشيء، وقد استند القانون بنظرية الخطأ المفترض على المادة 1/1352 من التقنين الفرنسي المدني، التي تتحتّم أن تكون القرائن غير

(1) -د. أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 61.

البسيطة، الثابتة أو القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس منصوصا عليها في القانون صراحة. (1)

ولكن هذه النظرية سرعان ما لقيت نقدا من الفقهاء، وذلك بعد أن لاذ القضاء بها وتلقفها، فحاول أن يقيم المسؤولية عن الأشياء بشكل عام على أساس نصوص المواد التي نظمت المسؤولية عن فعل الحيوان في التقنين الفرنسي.

فافتراض الخطأ بصفة قطعية ليس إلا لحيلة لجأ إليها الفقه والقضاء لإبقاء على الخطأ كأساس للمسؤولية عن الأشياء في حسن أن هذه المسؤولة لا تتركز إطلاقا على وقوع خطأ.

فالسبب الذي تقوم عليه الدعوى في المادة 1/1384 ليس هو الخطأ (2)، وإلا لما كان هناك محل للقول باختلاف الأساس الذي يقوم عليه النقصان خاصة أن القضاء يعتبر أن المادة 1382 تتركز على الخطأ، وسبب دعوى المسؤولية العقدية يختلف عن سبب دعوى المسؤولية التقصيرية.

وأن سبب دعوى المسؤولية عن الفعل الشخصي يختلف عن سبب الدعوى المسؤولية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء، وبناء على ما تقدم يتبين أن المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، جاءت بقاعدة موضوعية، والقواعد الموضوعية تتميز بعدم الثبات أو

(1) -د. سليمان مرقص- في نظرية دفع المسؤولية المدنية- رسالة دكتوراه، ص 92.

(2) -قانون المدني الفرنسي، المادة 1/1384.

المحقق التي أسست مسؤولية حارس الشيء، وهذا الالتزام بتحقيق غاية وليس التزاما ببذل عناية، فإذا افلت الشيء من سيطرت حارسه ورقابته، وألحق ضررا بالآخرين يعتبر حارس الشيء مخلا بالتزامه الذي هو التزام بنتيجة، يمنع وقوع الضرر، وبالتالي يعتبر مقترنا للخطأ في حراسة الشيء. (1)

(1) -د. محمد نصر الدين - أساس التعويض - المرجع السابق، ف63، ص82.

الفصل الثاني

التعويض عن الخطأ الطبي

مقدمة الفصل:

يعتبر التعويض من الآثار التي تترتب عن الخطأ، كما أنه يمثل النتيجة التي تؤدي إلى إصلاح الضرر، فلا يمكن القول بوجود فعل ضار رتب ضرراً بدون وجود لرابطة سببته وبدون تقري حق المضرور في التعويض من المسؤول جزاء ما أصابه، وعليه فلا يمكن الحديث عن التعويض وإجراءاته عن الأخطاء الطبية الصادرة من الأطباء أثناء أدائهم لوظيفتهم، دون الرجوع إلى القواعد العامة ومدى انطباقها في مجال الطبي وما هي آليات التعويض الخاصة بهذا المجال وبالتالي سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين، حيث سنتناول في المبحث الأول: الأحكام العامة للتعويض ومدى ملاءمتها في المجال الطبي، أما الثاني فسيكون تحت عنوان كيفية تقدير التعويض عن الأخطاء الطبية.

المبحث الأول: الأحكام العامة للتعويض ومدى ملاءمتها في المجال الطبي.

إذا تحققت مسؤولية الطبيب في الخطأ الطبي وطالب المضرور بالتعويض الأضرار التي لحقت به فإنه يقع على عاتقه عبء تعويض المضرور، كما يخضع لقواعد المرتبطة بتقدير التعويض وعلى ضوء ما سبق سنقسم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: أحكام التعويض وفقاً للقواعد العامة.

المطلب الثاني: أحكام التعويض في مجال الطبي.

المطلب الأول: أحكام التعويض وفقاً للقواعد العامة:

لقد تطرق المشرع الجزائري كغيره من المشرعين سواء " المصري أو الفرنسي " في كل من المادتين 124⁽¹⁾ و 176 من ق.م⁽²⁾ إلى الالتزام بتعويض على خطأ سواء تعلق الأمر اخلال بالالتزام بنص قانوني أو بالالتزام تعاقدية، سبب ضرراً للغير وبالتالي لا بد من المبحث في مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة لجبر الضرر الناتج عن الأنشطة التي يقوم بها الطبيب.

(1) - راجع المادة 124 من قانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه بسبب ضرر للغير، يلتزم من كان سببا في حدوث التعويض.

(2) - راجع المادة 176 من ذات القانون: إذ استحال على اليمين أن ينفذ الالتزام عبثاً، حكم عليه بتعويض الضرر الناجع عن عدم تنفيذ الالتزام.

الفرع الأول: مفهوم التعويض.

التعويض مشتقاً من كلمة عوض أي دفع بدل الذي ذهب، وهو ما يعطي للمرضى مقابل الضرر الذي لحق به. (1)

ويعرف أيضاً بأنه جبر الضرر الذي لحق بالمصاب وهو يختلف عن ذلك في العقوبة، كون أن هذه الأخيرة مجازاة الجاني عن فعلته وردع غيره، ويترتب عن هذا الفرق أن التعويض يقدر بقدر الضرر في حين أن العقوبة تقدر بقدر خطأ الجاني.

- فنجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون مصطلح التعويض عن الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون مصطلح الضمان أو التضمين. ولقد عرفه الإمام الغزالي: الضمان هو واجب رد الشيء، أو بدله بالمثل أو القيمة. (2)

- أما في القانون الوضعي نجد أن فقهاء القانون المدني لم يتعرضوا في النصوص القانونية لتعريف التعويض وإنما تعرضوا مباشرة لتقديره وطريقته عند حديثهم من جزاء المسؤولية.

فهو بالنسبة لهم جزاء عن المسؤولية وهذا الجزاء إما أن يقوم في صورته العادية.

(1) - د. عبد الفتاح مراد، المعجم القانوني رباعي، اللغة، ص 228.

(2) - محمد فتح الستار، حتى التعويض المنفي بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، طبعة 2002، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، ص 25.

وإما ان يقوم في صورته العادية وإما أن تغزوه ملابسات أو أوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة⁽¹⁾ وقد عرفه البعض بأنه تصحيح التوازن الذي أهدر واختل نتيجة لوقوع ضرر إلى ما كان عليه بإعادة المضرور على حساب المسؤول على الحالة التي كان مفروضاً أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع العمل الضار والتعويض قد يكون نقداً أو عيناً باعتباره أثراً أو جزاء للمسؤولية المدنية.

وعليه وبصفة مختصرة هو ذلك المال يلزم المدين بدفعه إلى الدائن مقابل الضرر الذي أصابه، غير أن التعويض الذي يحكم به المضرور لا يصح باعتباره عقاباً على المسؤول أو مصدر ربح وإنما هو جبر الضرر.

كما أننا نجد أن المشرع المصري قد نص صراحة إلى أهمية وضرورة تعويض المتضرر، كما أصابه من ضرر نتيجة الخطأ حتى ولو لم يكن التعويض قد أشير إليه في العقد أو ينص القانون ص 4 في تقدير ذلك وهذت ما جاء في نص المادة 221، الفقرة 01، وهذا ما قبله من القانون المدني الفرنسي المادتين 1149-1150 وقد أشارت معظم التشريعات إلى أهمية التعويض كوسيلة لإزالة الضرر عن المتضرر وتعويضه بما يناسب مع لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

(1) - سميرة حسين محسين، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، 2016، مصر، ص276.

الفرع الثاني: المبادئ الأساسية للتعويض.

يمكن تعداد أهم القواعد العامة التي تحكم التعويض والتي تعتبر أهم الأسس التي يقدر بموجبها وهي كالآتي:

1- إن التعويض يكون على جسامته الضرر، فالتعويض يرتبط بالضرر وليس بالخطأ، وذلك فإن درجة جسامته الخطأ لا ينظر إليها عند تقدير التعويض، لان التعويض يقدر بقدر الضرر بعيدا عن كون الخطأ بسيطا أو جسيما.

2- يلزم عن تقدير التعويض الأخذ بعين الاعتبار تغطية الضرر الذي لحق المدعي من جانب الإدارة سواء كان الضرر مادي أو معنوي، مع عدم اغفال ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب.

3- مراعاة ظروف المضرور عند تقدير التعويض ويفضل بذلك لأخذ بالحسبان الظروف الشخصية التي تتصل بالمضرور.

4- عدم جواز الجمع بين تعويضين في نفس الوقت، وعلى ذلك فإذا حصل المضرور على جانب من التعويض من جزاء رفعه لدعوى التعويض أمام إحدى الجهات، فإن ما حصل عليه يلزم وضعه في الاعتبار عند النظر في الدعوى الثانية أما القضاء.⁽¹⁾

5- يقدر التعويض في حالة تعدد المسؤولين حسب نسبة اشتراك كل منهم في الضرر وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على تقصي وجود الخطأ المشترك وأثره عند تقدير

(1) - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص 98.

التعويض عملا بنص المادة 216 ق.م.م⁽¹⁾ وهذا وفقا لما يقابلها في المادة 177 من ق.م.ج.

6- يكون للجهة الإدارة حق الرجوع على الموظف التابع لها بجزء من التعويض، لأنها سبب بقدر في إحداث الضرر.

7- لا يستحق التعويض إلا عن الضرر الفعلي ولا يتجاوزه.

8- التعويض العيني طريقة من طرق التعويض لإزالة الضرر، لا يملك القاضي أن يحكم به على الإدارة باعتبارها شخص معنوي، فلا يملك أن يوجه أمرا للجهة الإدارة بالقيام بعمل أو الامتناع عنه وكل ما يملكه تجاهها هو الزامها بدفع مالية تعويضا عن الأضرار التي تسببت فيها، وهذا الأمر ينطبق في جميع النظم ذات النظام القضائي المزدوج "الجزائر"، أما النظم ذات وحدة القضاء لا تعرف القواعد الخاصة الإدارية بمعناها الضيق.⁽²⁾

9- التعويض يكون كاملا للضرر، حيث أنه يجب أن يجبر كل من أصاب المضرور من ضرر.

-وتعتبر طلبات المدعي حد أقصى في جميع الحالات لا يتعد له الحكم ويتفرغ عن هذه القاعدة وهي أن التعويض يجب ان لا يكون أقل من الضرر ولا يزيد عنه.⁽³⁾

(1) - تنص المادة 216 من القانون المدني المصري: "يجوز للقاضي أن ينقض مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذ كان الدائم بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه.

(2) - رأفت فودة، دروس في القضاء المسؤولة الإدارية دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1994، ص230.

(3) - رأفت فودة، المرجع السابق، ص233-234.

-فالتعويض يجب أن يكون مقابل جميع ما أصاب الشخص من أضرار وتشمل كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب لذلك فنطاق التعويض يتحدد بما يأتي:

1- التعويض لا يتجاوز ما طلبه المضرور، وبعد ذلك تطبيقاً للمبدأ العام وهو أن القاضي لا يجوز أن يحكم إلا في حدود طلبات المدعي.

2- إن التعويض هو في مقابل الضرر الذي تسببت فيه الإدارة، فإذا كان الضرر قد وقع نتيجة لخطأ مشترك من الإدارة والمضرور، فالقاضي لا يحكم إلا بتعويض جزئي مقابل الضرر الناتج عن الخطأ الإدارة فقط ويطبق هذا المبدأ حتى في حالة المسؤولية غير خطية متى ثبت مساهمة المضرور احداث الضرر الواقع عليه.

3- إن التعويض لا يكون إلا بمقابل الضرر الفعلي.

4- في حالة الضرر الأدبي والذي يصعب تقديره بنقود أجرى القضاء الإداري على الحكم بمبلغ جزافي رمزي، وإن كان القضاء الحديث قد بدأ يعيد النظر في التعويض عن الضرر الأدبي، ويزيد عن مقدار المبالغ المالية المحكوم بها على شكل تعويض المضرور.

ومن النتائج التي تترتب عن التعويض الكامل للضرر ضرورة البحث عن تقدير الضرر بشكل واقعي بعيداً عن التقديرات المجردة التي لا تأخذ بعين الاعتبار حقيقة ما أصاب المضرور من ضرر، لذلك يجب على القاضي أن يجعل من موضوع التعويض مناسبة

لدراسة ظروف الضرور التي يمكن أن تزيد النتيجة التي يتوصل إليها من خلال الدراسة.⁽¹⁾

ويترتب على هذا المبدأ أيضا منع القاضي من أن يأخذ بعين الاعتبار بساطة تعدي محدث الضرر أو تفاهة تقصيره عند تقدير التعويض فليس من العدل أن نحمل الضرور جزءا من تلك النتائج وهو بريء ونحرمه من التعويض الكامل للضرر لمجرد أن محدث الضرر لم يرتكب سلوكا فاحشا.⁽²⁾

المطلب الثاني: التعويض تبعا لقواعد المسؤولية الطبية.

بعدهما تطرقنا إلى أهم المبادئ التي تحكم التعويض تبعا للقواعد العامة فإنه يجدر بها التطرق إلى الأحكام الخاصة بالمجال الطبي، غير أنه وقبل ذلك لابد علينا الرجوع إلى الضرر الطبي الذي يستحق التعويض في حلة ما إذا تسبب الطبيب بأضرار ناشئة عن النشاط الذي يقوم به هذا من جهة ومن جهة أخرى ستخصص جزاء لدعوى التعويض المترتبة عن مسؤولية المستشفيات العامة.

(1) - نوري حمد خاطر، عدنان إبراهيم سرحان، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، مطابع الأرز، عمان، ص 295-497.

(2) - نوري حمد خاطر، عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 501.

الفرع الأول : الضرر الطبي الموجب للتعويض le prejudice

يقضي القاعدة أن لا ضرر فلا مسؤولية⁽¹⁾ فالضرر يعد ركنا أساسيا من أركان المسؤولية الإدارية والمدنية على سواء فإذا كان من المتصور أن تنتهض المسؤولية بدون خطأ فلا يمكن أن تقوم هذه المسؤولية بدون ضرر، فلا يتصور أن تقوم المسؤولية عن فعل لا يترتب ضررا ولو كان فعلا خاطئا.

وعلى ذلك يجب ان يفي الضرر الناجم عن نشاط المرافق الصحية العمومية بعدد من الشروط التقليدية التي وضعها القضاء حتى يكون قابلا للتعويض، كأن يكون الضرر محققا وأن يمس مركزا يحميه القانون.

ومن جهة أخرى تتعدد صور الضرر القابل للتعويض والناجم عن نشاط والناجم عن نشاط المرافق الصحية بحيث يمكن ارجاعها كما هو شأن الأضرار الناجمة عن نشاط المرافق الصحية العمومية إلى أنواع ثلاثة وهي الأضرار المادية والأضرار المعنوية والجسدية.

غير أنه لا يمكن التطرق إلى كل هذا بدون ما نتعرض إلى مفهوم الضرر الطبي.

⁽¹⁾-D' iruchet « tout donnage oblige la personne publique à laquelle il est imputable à le réporer » à propos et aucour de la responsabilité hospitalière, 1993, P4.

أولاً: مفهوم الضرر الطبي:

لقد تعددت التعاريف للضرر الطبي وفقاً لما عرفه الفقه ولكن كلها تجتمع على معنى واحد⁽¹⁾، بالرغم من اختلاف صياغتها حيث عرفه جانب من الفقه عللاً أنه كل ما يصيب الشخص من حق من حقوقه، أو مصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك بسلامة جسمه، أو ما له أو عاطفته، أو حرته أو شرفه أو غير ذلك.

أما في المجال الطبي فهو كل مساس بمصلحة المريض أو بحق من حقوقه بصفة غير مشروعة له شكل ضرراً طبياً له يوجب التعويض.⁽²⁾

فالمريض قد يصاب سلامته الجسدية فيترتب عن ذلك خسارة مالية تتمثل في أوقات العلاج الأدوية، نفقات الاستشفاء، تركيب الأجهزة الاصطناعية والتنقل إضافة إلى ضعف القدرة على كسب أو انعدامها.

ومما سبق ذكره تتبين لنا أن الضرر الوحيد الذي يجب أخذه بعين الاعتبار الإشارة للمسؤولية الإدارية لمؤسسات الصحة العمومية، ولا يتعلق بالحالة المرضية السابقة للمريض التي كانت على أساس العمل الطبي.⁽³⁾

وكون أن الضرر يعد ركناً أساسياً لقيام مسؤولية المرافق الطبية العمومية، كان يقتضي أن يضع المشرع تعويضاً شاملاً وجامعاً للضرر الموجب للمسؤولية الطبية.

(1) - محمد رايس، المرجع السابق، ص 269.

(2) - M.M Hannouz A/R Hatem op-cit P75.

(3) - M.M Hannouz A/R Hatem op-cit P68.

ولكنه رجوعاً إلى احكام المواد من 124 ق.م.ج إلى غاية 140 مكرر 1 لا نجد أي تعريف له حتى أنه لم يتطرق المشرع لشروط وأنواع الضرر القابل للتعويض، بل أن يكتفي من خلال مواد سالفه الذكر على المتسبب في الضرر ومدعى مسؤوليته عن التعويض ومثال ذلك المادة 124 ق.م.ج.⁽¹⁾

إضافة إلى تأكيده في هذا المجال على ان المتبوع يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه للتابع جراء تآدية وظيفته أو بسببها، مما يستوجب التعويض حتى ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه كلما كان هذا الأخير يعمل لحسابه.⁽²⁾

وبالتالي لا بد من ضبط تعريف محدد للضرر الطبي الذي يستحق التعويض وهذا تسهيلاً لمهمة القاضي من جهة، ومن جهة أخرى حماية لكافة حقوق المتضرر من جراء نشاط طبي قام به.

ولكن هل يمكن اعتبار كل ضرر مهما كان نوعه قابلاً للتعويض أن أنه يجب أن يتوافر ضرر على شرط معينة؟

ثانياً: شروط الضرر الطبي الموجب للتعويض:

لا يمكن اعتبار كل ضرر قابل للتعويض، بل يجب أن تتوفر في شروط، حيث يشترط القضاء الإداري في الضرر المنسوب إلى المرافق الطبية العامة، عدداً من الشروط

(1) - تنص المادة 124 ق.م.ج على أنه: كل هل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وسبب ضرر للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض.

(2) - تنص المادة 136 ق.م.ج على أنه: "يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعة بفعله الضار متى كان واقعاً منه في حلة تآدية وظيفته أو سببها أو بمناسبةها وتحقق علاقة التبعية، ولو لم يكن حر في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع".

حتى يمكن المطالبة بالتعويض عنه، حيث يجب أن يكون الضرر محققاً وأن يكون قد أخل بمركز يحميه القانون وأن يكون الضرر مباشراً وشخصياً.

أن يكون الضرر محققاً: certain

يشترط في الضرر الذي يعرض عنه أن يكون محققاً وأن يكون وقوعه ثابتاً ومؤكداً على وجه اليقين ودائماً ما تسمح للقاضي بتقدير هذا الطابع المؤكد للضرر⁽¹⁾ على أن اشتراط ان يكون الضرر محققاً لا يعني أن يكون الضرر حال، أي الذي وقع فعلاً، وإنما يمكن أن يكون مستقبلاً مادام أنه مؤكد الوقوع.

أما بخصوص الأضرار المستقبلية تعتبر قابلة للتعويض في كل مرة لا يثور فيها الشك حول طابعها المحقق، فالضرر المحقق هو الضرر الموجود فعلاً، مثال الك، إا أصيب شخص في يده فابتزت، فإن بتر اليد هو ضرر محقق، أما تأثير بتر يده على قدرته في العمل مستقبلاً هو ما سوف يحصل مستقبلاً هو ما سوف يحصل حتماً، فهذا هو الضرر المستقبلي المؤكد الوقوع، فالمضرور هنا يعرض عن قطع يده وعن عجزه أو عن نسبة عجزه عن العمل بسبب ذلك، ولا شك أن التعويض يختلف باختلاف مهنة المضرور والقاضي يقدر التعويض حسب كل حالة على حدة.⁽²⁾

(1) - جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة، مصر 1995، ص223.
 (2) - عبد الرسول عبد الرضا د.جمال النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزامات، الطبعة الثانية، 2006-2007، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، ص240.

-يعتبر الضرر محققا إذا كان حلا أي وقع فعلا، بمعنى لا يكون افتراضيا ولا احتماليا.¹
وبالتالي وجب على المريض إثبات أن كان لديه أمل في الشفاء، وأن الضرر الذي وقع كان أثناء التدخل الطبي أو ممارسة المستشفى لنشاطه، ونتيجة لعدم وفاء الطبيب بالتزامه بدل عناية المريض.⁽²⁾

أو نتيجة لسوء العلاج الالاي تلقاه في المستشفى أو تصبح حالة الشخص بعد خضوعه للجراحة التجميلية أكثر تشوها، مقارنة كما كانت عليه قبل التدخل الجراحي، فالضرر هنا محقق يستوجب التعويض.⁽³⁾

-كما سبق لنا وأن ذكرنا فالضرر المستقبلي يعتبر محقق الوقوع لذي يستوجب التعويض.
-أما الضرر المحتمل فهو غير محقق الوقوع بمعنى أنه قد وقع وقد لا يقع، وبالتالي لا يعوض إلا إذا وقع فعلا.

-وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري، إذا قضت المحكمة العليا في الملف رقم 24599 بتاريخ 23-06-1982، بأن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدة، بمعنى أنه مستقر على عدم تعويض الضرر المحتمل.

-نلاحظ أن القضاء الجزائري أصاب حين استقر على هذا الرأي، لأنه لو قضى بالعكس فإنه سيفتح المجال لكل مريض يرى أنه يحتمل أن يصاب بضرر ما في المستقبل من

¹ - corine (renault-brohfaly) l'essentiel du droit des obligations 3 eme edition, guolino, eio paris 2006, p84.

² - أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبية ومساعدية، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والفقهاء المصريين والفرنسيين، القاهرة، مصر 2007، ص461.

³ - سامية بومدين، الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة ماجستار، كلية حقوق جامعة تيزي وزو 2001، ص148.

جراء التدخل الطبي بأنه يلجأ إلى القضاء قصد المطالبة بالتعويض، وهذا من شأنه أن يؤثر سلباً على عمل الطبيب.

- أما القضاء المصري فقد استقر هو الآخر على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد⁽¹⁾، زمن أمثلة ذلك تلقي امرأة حامل الضربة على بطنها فمن شأن هذه الضربة أن تؤدي إلى إجهاضها طالما أنه لم يتأكد وقوعه، أما في حالة وقوعه فسيصبح الضرر حالاً وواجب التعويض.⁽²⁾

- غير أن القضاء وإن كان يرفض فكرة التعويض عن الضرر الاحتمالي، كما سبق ذكره، غير أنه يقبل التعويض عن تفويت الفرصة " la perte de chance "، بحيث يعتبر تفويت الفرصة نوعاً من الضرر المحقق يتمثل في الحرمان من ميزة معينة.

والضرر هنا لا يرد على كسب احتمالي غير مؤكد، وإنما يرد على الحرمان من فرصة تحقيق هذا الكسب، وبمعنى آخر إذا لم يكن قد ثبت للمدعي هذا الكسب، وإنما يتوقعه نتيجة لما يملك من فرصة لتحقيقه، فإن ضياع هذه الفرص نتيجة فعل المدعي عليه من هذا الكسب.⁽³⁾

- رغم أن المشرع الجزائري قد أشار إلى تفويت الفرصة، أي فرصة الكسب في نفس المادة 182 من ق.م.ج، لكنه نص غير كاف لتطبيقه في المجال الطبي.

¹ - قضت محكمة النقد المصرية في قرارها 1982/02/10: أن "احتمال وقوع الضرر لا يكفي للحكم بالتعويض".

² - محمد رايس، مرجع سابق، ص 275.

³ - قضت محكمة النقض المصرية في قرارها بتاريخ 1982/02/10: "احتمال وقوع الضرر لا يكفي للحكم بالتعويض، عمان، 1996.

-وبدوره أوجد القضاء الفرنسي في سبيل مواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على الرابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر النهائي، حل ليستر مهمة إثباتها عن طريق استعمال نظرية تفويت الفرصة⁽¹⁾، وعليه تم تغيير محل السببية بعدما كانت ترتبط بين الخطأ الطبي والضرر النهائي في إطار المسؤولية التقليدية.

-أصبحت ترتبط بين خطأ الطبيب وفوات فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، فبمجرد إصابة المريض بضرر يعترض ثبوت السببية التقليدية، ويقصد بتفويت الفرصة الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة لخطأ طبي فينجم عن هذا الأخير حرمان المريض من فرصة كان من المحتمل الفوز بها، ففشل هذه الفرصة وإن كان تحقيقها أمر محتملا إلا أنه وبسبب الخطأ أصبح تحققا مستحيلا مما يستوجب التعويض عنها، كما أن القضاء الفرنسي طبق هذه النظرية "أي نظرية" تفويت الفرصة، على جميع الأخطاء الطبية، وعلى الأخطاء المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب كنقص الإعلام.

-كما يعد المجال الطبي واحد من المجالات التي تبدو فيها نظرية تفويت الفرصة الأكثر تطورا، إذ يعتبر القضاء الإداري المصري وعلى غرار نظيره المدني، أن تفويت فرصة جدية على مريض في الشفاء أو في البقاء حيا ضرر محققا يعطي له الحق في التعويض.

¹ - هذا ما أخذ به القضاء العادي وذلك لأول مرة 1989/07/17 لتقدير المسؤولية العقدية للوكيل القضائي بسبب حرمان موكله من ممارسة حق الطعن.

وبهذا فإننا نجد أي تباين في كل من القضاء المصري والفرنسي وكذلك الجزائري أي ان لهم نظرة واحدة لمبدأ تقويت الفرصة.

- أن يكون الضرر الطبي مباشرا وشخصيا:

لقد عرفه الدكتور "عبد الرزاق أحمد السنهوري" بأنه: "أما كان نتيجة طبيعة للخطأ الذي أحدثه، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، ويجمع هذا المعيار بين الدقة والمرونة".⁽¹⁾

-يعتبر الضرر مباشرا في المجال الطبي، إذا كان نتيجة مباشرة لعمل الطبيب أو لنشاط المرفق الطبي، معنى ذلك أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين هذا الخطأ، أو النشاط والضرر الحاصل.⁽²⁾

-فوفقا للاجتهاد الفرنسي 20 جوان 1985⁽³⁾، فإن الضرر المباشر هو النتيجة الحتمية والضرورية للخطأ، كأن يتوفى المريض بسبب المرض معد انتقل إليه نتيجة إهمال الطبيب في اتخاذه لكافة الاحتياطات العناية والرعاية وفقا لأصول المهنة. أو إصابة شخص بشلل في ساقيه إثر خضوعه لعملية جراحية شريطة أن يكون هذا الشلل له علاقة سببية مباشرة بالخطأ المنسوب للطبيب الجراح.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 2000، ص 33-10.

² - عز الدين قمرأوي، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر الموسوعة القضائية الجزائرية موسوعة العكر القانوني، دار الحلال للخدمات الاعلامية.

³ - اجتهاد قضاء الفرنسي بتاريخ 20 جوان 1985.

-أما الضرر غير المباشر في المجال الطبي هو ذلك الضرر الذي لا يكون نتيجة طبيعية لخطأ الطبيب أو نشاط المستشفى العام.

-وعليه فقد استقى المشرع الجزائري⁽¹⁾ على غرار المشرع الفرنسي⁽²⁾، وكذلك المصري على مبدأ التعويض عن الضرر المباشر في إطار المسؤولية العقدية دون الضرر غير المباشر.

-أما في مجال المسؤولية التقصيرية اشترطت المادة 1382"ق.م.ف" على أنه للتعويض لا بد من توافر العلاقة السببية بين الضرر والخطأ الصادر من المسؤول معنى ذلك أن يكون الفعل الضار الذي ارتكبه المسؤول هو سبب لوقوع الضرر لكنه لم يتعرض لفكرة التعويض عن الضرر غير المباشر في نطاق المسؤولية التقصيرية.

-أما فيما يتعلق بأن يكون الضرر شخسيا معنى ذلك أنه يصيب شخص معينا بذاته، كمريضة تصاب بعقم خطأ الجراح، أو كورثة متوفي مثلا، وعليه فطلب التعويض لا يقبل إلا إذا قدمه المضرور بنفسه أو الورثة في حالة وفاته، أو من له الصفة القانونية كالنائب نيابة عن الشخص غير مؤهلا قانونا⁽³⁾، كما أن الطابع الشخصي للضرر يثير العديد من الصعوبات، إذ يمتد ليصيب أشخاصا آخرين بسبب وفاة من تعرض للفعل الضار.

ومثال ذلك وفاة مريض إثر تدخل طبي نتيجة لخطأ الطبيب أو عند تلقيه الخدمة الطبية في المستشفى العام، فيصاب أولاده وزوجته بضرر ويسمى الضرر المترتب والذي يقصد

¹ - رجوعا إلى المادة 182 م.ق.م.ج التي تقابل المادة 221 من ق.م.م

² - المادة 1151 من ق.م.ف

³ - مثلا الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد أو الشخص المصاب يعارض من عوارض الأهلية كالمجنون والمعتوه

به الضرر الذي ترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير، كالضرر الذي يصيب الخلق

شخصيا، بسبب الضرر الذي أصاب السلف. (1)

- أن يصيب الضرر حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة للمضروب.

لكي يكون الضرر بموجب للتعويض يجب ان يخل بمركز قانوني مشروع يحميه القانون

سواء تعلق الأمر بحق من الحقوق او بمصلحة مشروعة بغض النظر عن نوع الحق، أو

المصلحة وهل هي مادية او معنوية وبالتالي لا يكفي وقوع الضرر للمطالبة بالتعويض

وإنما يشترط أن حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة له غير مخالفة للنظام العام والآداب

العامه فلا تعويض عن المساس بها، مثال ذلك المرأة التي تطالب من الطبيب اجهاضها

في غير الحالات الاجهاض العلاجي لا يحق لها مطالبة الطبيب بالتعويض في حالة ما

إذا فشلت عملية الاجهاض لأن هذه الأخيرة مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

وبالتالي إذا نص القانون على مصلحة مشروعة يعد من السهل تحديدها وتحديد

الأشخاص الذين يمكن لهم الادعاء بها، وذلك بمجرد الرجوع للنص القانوني لتحديدها،

اما في حالة غيابه، فيتوقى القاضي مهمة تحديد مدى صحة هذه المصلحة ومشروعيتها،

كما يتعين القاضي في ذلك إلى المبادئ التي جاء بها القانون الوضعي، وكذلك الاستعانة

بالعرف والعادات المجتمع.

فيكفي لوجود المصلحة المشروعة للمطالبة بالتعويض رغم عدم وجود نص قانوني، وهذا

ما استقر عليه القضاء الفرنسي حيث قضت المحكمة النقض الفرنسية 02-01-1967

¹ - عبد العزيز الصمامة، نظرية الالتزامات في ضوء القانون المدني.

بمنح التعويض لطفلة بسبب وفاة الشخص الوصي عليها رغم عدم وجود رابطة الأبوة معها، عدا الحنان والرعاية والمعاملة التي يكنها لها كما لم كانت ابنته، فيمنح التعويض للمضرور إذا اعتدى على مصلحة مشروعة حتى وإن لم تكن قانونية مادامت غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.⁽¹⁾

وعليه فكل شخص له الحق في السلامة الجسدية والمعنوية، وأن أي مساس بها من جراء التدخل الطبي أو نتيجة لنشاط الطبيب وحتى وإن كان ضروريا وتم بناء على رضاه يعتبر من قبيل الأضرار الموجبة للتعويض⁽²⁾ وسنضرب مثالا على ذلك، إذا أصيب المريض أثناء خضوعه للعلاج بضرر كالشلل أو إصابته بمرض خطير بسبب انتقال العدوى إليه أثناء إقامته بالمستشفى بغرض العلاج أو نقل الدم ملوثا إليه مما أدى إلى إصابته بالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي، أو إصابته بعاهة أو وفاته، وكل هذه الأضرار التي ذكرناها تمنح للمضرور الحق في المطالبة بالتعويض، فإذا كان تدخل الطبيب على جسم المريض غير مشروع كوضع حد لحياة مريض ميؤوس من شفائه ولو برضاه يعطي له الحق في المطالبة بالتعويض طالما ان عمل الطبيب مجرم فيه مساس بسلامة جسم المريض، اما في حالة استناد المضرور في دعوى التعويض إلى الادعاء بحق لا يمكن

¹ - د. حسين علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، دار وائل للنشر عمان، الأردن، 2006، ص270.

² - حميده حسين جمعة، مسؤولية الطبيب والصيدلي، داخل المستشفيات العمومية ، رسالة مجستار في الادارة والمالية، معهد الحقوق والعلوم الادارية بن عكنون جامعة الجزائر 2001، ص36.

اعتباره من قبل الحقوق لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، فلا تعد من قبيل الأضرار، ولا يمكن المطالبة بالتعويض عنها.

نذكر على سبيل المثال عملية الاجهاض حيث نجد أن المشرع الجزائري حرم هذه العملية وهذا وفقا لما جاء في المادة 28 من ق.ق.ج.ص.ت⁽¹⁾ وكذلك وفقا لما جاء في نص المادة 262م.أ.ط،² فمن هاتين المادتين نستخلص أن الاجهاض محظور معنى ذلك أنه مخالف للنظام العام والآداب العامة، إضافة إلى انعقاد مسؤولية الجزائية، وبالتالي لا يحق للضحية اللجوء إلى القضاء، قصد المطالبة بالتعويض.

ثانيا: أنواع الضرر الطبي:

لا يتحقق الضرر الطبي إلا بعد إصابة المريض بضرر وذلك يتحقق شروطه والتي أسلفنا ذكرها، كما أن الضرر قد يكون ماديا يمس بمصلحة مادية أو قد يكون معنويا "أديبا"، وهذا ما سنحاول التطرق إليه.

1- **الضرر المادي:** هو الضرر الذي يصيب المريض في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة مالية، فهو يمثل في الحاق الخسارة أو تفويت فرصة كسب مالي على المضرور

¹-المادة 28 من ق 05/85 التي تنص على ما يلي: بخطر الاجهاض ويعاقب عنه طبقا للأحكام المواد 304 إلى 307 ومن 309 إلى 313 من قانون العقوبات.

²- المادة 262 يعاقب كل من يخالف الأحكام المتعلقة بمواد الاجهاض بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وغرامة مالية تتراوح من 1000 و3000دج.

كأن يصيب الضرر جسده فيؤثر على قدرته على العمل، ويقعده طريح الفراش لمدة معينة.⁽¹⁾

كما أسلفنا الذكر أن لكل شخص الحق في سلامة حياته وسلامة جسده لأن التعدي على هذه الحياة يعد ضرراً، كما ان اتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم بأي أدى من شأنه الإخلال بقدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقات العلاج يدخل ذلك في إطار الضرر المادي.

كما يشترط في الضرر الطبي والإخلال بحق أو مصلحة مشروعة أن يكون محققاً، حيث أجمع الفقه والقضاء على ان الضرر الطبي المادي يتحقق في حالة الإخلال بحق أو مصلحة مادية للمضروب⁽²⁾، فالضرر المادي في مجال الطبي هو ذلك الأذى المؤكد في جسم المريض والناجم عن تدخل الطبيب الذي يتمثل في تلف عضو أو نفس أو ذهاب صفة.

فمثلاً يسأل الطبيب عن خطئه في التشخيص إذا أهمل في الرجوع إلى كل الوسائل الخاصة بالفحص التي تقضي بها الأصول العلمية للطب ولحق المريض ضرر عن الخطأ الطبي، تتمثل في فقد الصوت أو النطق ويسأل أيضاً في حالة عدم استشارته له أكثر تخصصاً في المسائل الأولية اللازمة كما يسأل في حالة وصفه لدواء دون مراعاة الآثار الجانبية الضارة بالنسبة لحالة التعويض.

¹ - عبد الرحمن فطناسي، المرجع السابق، ص112.

² - دامت حسن العياري، المسؤولية المدنية للطبيب فيلا ضوء النظام القانوني الأردني والجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

كما يلتزم الطبيب بالتعويض إذا ترتب عن تدخله الجراحي ضرر مباشر للمريض.

وذلك حالة سببية لإحدى أدوات الجراحة في جسم المريض، كما أنه من الملم به

أن الضرر يجب أن يكون محققاً أي وقع بالفعل أو أنه سيقع حتماً لا محالة.⁽¹⁾

وبلاحظ أن بمجرد عدم شفاء المريض شفاء تاماً أو جزئياً لا يكون في حد ذاته

ركن الضرر لأن الطبيب لا يتعهد بشفاء المريض شفاء تاماً، فإذا أخفق في الوصول إلى

هذه النتيجة، وكان ذلك بخطأ منه لا يسأل إلا عما سببه المريض من خسائر مالية

كمصاريف العلاج، وأجر المستشفى وثمان الدواء وما ضاع على المريض من كسب

بسبب تعطيله عن عمله، كما قد يسأل عما سببه من آلام طبية أثناء العلاج، إنما لا

مسؤولية عليه بسبب عدم نجاح العلاج المترتب على خطته، طالما أن حالة المريض عما

كانت عليه قبل العلاج⁽²⁾، ويشترط للتعويض عن الضرر في حالة الوفاة يقتصر على

أقارب المتوفي الذين كان ملتزماً وفقاً للقانون بالنفاق عليهم حيث يجوز لهم المطالبة

بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصابهم بفقد عائلهم كونه يعد اعتداءً على حقهم في

النفقة.

¹ - د. عبيد مجول العجمي، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، رسالة نيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق عين شمس، مصر، السنة الجامعية 2009-2010، ص 341.

² - د. حسين الأبرشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون مقدمة إلى كلية الحقوق، مصر الطبعة 1959، ص 148.

وخلاصة لما سبق ذكره فإن الأضرار المادية الناشئة عن أعمال المرافق الطبية

يمكن أن تتضمن ما يلي:

- فقدان الدخل la perte de revenu
- نفقات العلاج.
- النفقات المرتبطة بالمساعدة الضرورية عن طريق شخص من الغير.
- نفقات الجنائز les frais d'obsèques
- الآلام الجسدية والعضوية.

في هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي لتعويض الأنسة reynier عن الآلام

التي تكبدتها نتيجة التأخير في تشخيص حالتها. (1)

2-الضرر المعنوي:

هو ما يسمى أيضا بالضرر الأدبي، والذي يعرف بأنه ما يلحق الشخص من عير

حقوقه المالية ولا في سلامته الجسدية، وإنما يصيبه الشخص من غير حقوقه المالية أو

عاطفته ويقصد به الأذى الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته ومركزه الاجتماعي.

❖ كما نجد أن بعض الفقهاء عرفوه بأنه الألم الذي يشعر به المضرور من جراء

إصابة مادية تلحق جسده كالجسور والجروح والتشويه الذي يصيبه منها.

¹ – 16/11/1998 mille reynier, rec p420 RFDA 1999 p268.

بجانب ما يؤدي إليه مثل تلك الإصابات من أضرار مالية كنفقات العلاج والعجز عن الكسب.

ويقصد به في المجال ذلك الضرر الذي يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة "الآلام والمعاناة" الناتجة عن الماس سلامته الجسدية بسبب خطأ الطبيب أو الجراح أو سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى.⁽¹⁾

ويتمثل أيضا في الآلام الجسمانية والنفسية التي يشعر بها المريض ويظهر فيها ما قد من تشوهات وندب وعجز في أعضاء جسمه أو بعضها.⁽²⁾

وكما يظهر أيضا في حالة الاعتداء على اعتبار المريض، وحالة قيام الطبيب بإفشاء سر المريض، فيصاب بضرر يمس بسمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة.

فكما قلنا سابقا أنه يلحق المريض أثر التدخل الطبي على جسمه أو عند لقيه لخدمة طبية من المستشفى أضرار مختلفة (أضرار مادية وأخرى معنوية).

وتتمثل صورة هذه الأخيرة في:

○ الأضرار المتعلقة بالآلام الجسمانية والنفسية.

○ الأضرار الجمالية.

¹ - عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماستار في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود مهمري تيزي وزو، كلية الحقوق 2011، ص20.

² - د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص169.

يعتبر الضرر الجمالي صورة من صور الضرر المعنوي الذي يستوجب التعويض حيث يتم تقديره بالاستناد إلى عدة معايير كالسن والجنس والوظيفة وكذلك الوضع العائلي.⁽¹⁾

يختلف حسب جنس الشخص المصاب، فالتشويه في وجه المرأة يكون أشدا أثرا من التشوه في وجه الرجل، وحسب ما كان المصاب متزوجا أو أعزبا حيث يكون التأثير كبيرا بالنسبة لهذه الأخيرة كونه يقلل من فرص زواجه، إضافة إلى تأثيره على صلاحيته للزواج.

➤ الأضرار المتعلقة بحرمان الإنسان من متع الحياة:

معنى ذلك هو الضرر الذي يؤدي إلى حرمان المريض من حقه في التمتع بالحياة العادية التي يتمتع بها الشخص السليم.

➤ الأضرار الناجمة عن المساس بشرف واعتبار المريض:

يظهر ذلك عندما يقوم الطبيب بإفشاء السر المهني، فهنا يصاب المريض بضرر يمس سمعته أو كيانه الاجتماعي أو حياته الخاصة.⁽²⁾

فالإلتزام بالمحافظة على السر المهني التزم قانوني نص عليه المشرع الجزائري سواء في قانون حماية الصحة وترقيتها⁽¹⁾، أو في مدونة أخلاقيات الطب وبالتالي يحث

¹- عياشي كريمة، المرجع السابق، ص23.

²- عياشي كريمة، مرجع السابق، ص23.

للمريض أو ذويه في حالة تضرره من جراء إفشاء سر يتعلق بالمرض الذي يعاني منه اللجوء للقضاء والمطالبة بالتعويض لمثل هذا الضرر وهو ما حدث بالضبط في قضية الرئيس الفرنسي السابق. (2)

وأما صعوبة جبر أو إصلاح الضرر المعنوي ومحو آثاره، تردد الفقه في مسألة مدى تعويضه، فكان للتشريعات مقارنة موقف بشأن هذا الأمر وقد انقسم الفقه بشأن هذا الصدد إلى معارض ومؤيد، بحيث نجد أن الفئة الأولى (الفقه المعارض): معارض التعويض عن الضرر المعنوي مستندا إلى حجة أنه يصعب تقديره بالمال، كما أن تعويضه لا يمحو آثار تلك الأضرار كونه لا يمح الآلام والأحزان ولا يجع المال الضائع. (3)

حيث ركز هؤلاء بأنه ضرر ذو طابع غير اقتصادي أو غير مالي.

أما الفئة الثانية (الفقه المؤيد): أيد فكرة التعويض عن الضرر المعنوي على أساس أن التعويض هو وسيلة لإرضاء النفس⁽⁴⁾، بحيث يعد التعويض وسيلة لجبر الضرر، أو التخفيف من شدته، إذا لم يكن محوه ممكنا، والغالب أن يكون مبلغا من المال يحكم به لصالح المضرور على ما لحقه من ضرر.

¹ - المادة 206 من ق.ج، ص-ت.

² - عياشي كريمة، المرجع السابق، ص25-26.

³ - د. محمد رايس، المرجع السابق، ص280.

⁴ - ترضية كأساس للتعويض، عياشي كريمة المرجع السابق، ص27.

فالتعويض النقدي عن الضرر المعنوي، لا يؤدي إلى التخلص من آلام لأن المسألة في نظر المؤيدين لا تتعلق بالتخلص نهائياً من الضرر، بقدر ما يتعلق لمنح المضرور ترقية ومواساة للتخفيف من شدة ألمه لأن زوال الضرر ليس بالنتيجة الحتمية المألوف للتعويض. (1)

أما في الفقه الاسلامي نجد أن الفقهاء المسلمون حرضوا على جبر الضرر مهما كان نوعه، وأي كان مصدره، مشددين في ذلك على القواعد منها "لا ضرر ولا ضرار" (2) والذي يعد أساساً لمنع العمل غير المشروع ووجوب تعويضه، والضرر النفسي المتولد عن الجرح يتمثل في الشعور بالحسرة على فوات الجمال وما يسببه من قبح عن المتضرر يولد عنده الآلام والشعور بالحزن وهو لا بد من تعويضه أما فيما يتعلق بموقف التشريعات المقارنة من فكرة التعويض عن الضرر المعنوي، نجد أن هناك تباين في المواقف سواء في التشريع الفرنسي أو المعنوي أو الجزائري.

*موقف التشريع الفرنسي: نجد أن المادة 1382 من ق.م.ف جاءت عامة بحيث تنص على تعويض الضرر دون تجديد طبيعته ففي هذا الشأن يرى الدكتور "حسن علي دنون" أن نية المشرع الفرنسي لم تنصرف إلى جواز التعويض عن الضرر المعنوي ولا إلى عدم جوازه. (3)

¹ - عياشي كريمة، المرجع السابق، ص 28-29.

² - حديث نبوي شريف، رواه الامام مالك في الموطأ، نقل عن د. منذر الفضل، ص 412.

³ - حسن علي دنون، المرجع السابق، ص 282.

معيدا عن المجال الطبي نجد أن المشرع الفرنسي نص على جواز تعويض الضرر المعنوي في نصوص متفرقة منها المادة 626 من تقنين الإجراءات الجنائية التي تجيز تعويض الضرر المعنوي المترتب على الخطأ القضائي.

إضافة إلى نص المادة 301 ق.م.ف التي أضيفت لها فقرة بموجب القانون الصادر في 02 أبريل 1941، المتعلق بالطلاق أنه يحق للزوج المحكوم لصالحه الحصول على تعويض عن الضرر المادي، أو الضرر المعنوي الذي لحق به من جراء فك عصمة الزواج.⁽¹⁾

كما أكد كذلك القانون حوادث العمل رقم 1106/76 الصادر في 1976/12/06 على مسؤولية رب العمل عن تعويض الأضرار المتعلقة بالمظهر الجمال وبالحرمان من مباحج الحياة.

*موقف التشريع الجزائري:

في أول صدور القانون أ.ج سنة 1975 وإلى غاية تعديله 2005/06/20 لا نجد أنه ينص بصراحة على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، فهل هذا يعد دليل على أنه لا يأخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي⁽²⁾ وعليه لو رفض المشرع الجزائري أو لم

¹ - عياشي كريمة، المرجع السابق، ص 28-29.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري الكعبة الثالثة، الجزائر، 1993.

يتأخر بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي⁽¹⁾ يكون بذلك يتناقض مع نفسه، بحيث في المادة 3 من ق.ج.ج بأنه: "تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية".

كما نصت المادة 531 مكرر للمحكوم عليه المستفيد من البراءة ولذوي حقوقه الحق في طلب التعويض عن الضرر المادي والمعنوي.

وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري قد وقع في سهو في هذا الشأن كونه نص عن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في قوانين مبعثرة غير الشريعة العامة (ق.م).

كما أن القضاء الجزائري⁽²⁾، مستقر على التعويض عن الضرر المعنوي سواء قبل أو بعد صدور القانون المدني.

¹ - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 جوان 1966، يتضمن قانون اجراءات الجزائرية، ج-ر العدد 48 السنة الثالثة المؤرخة في 10 جوان 1966 المعدل والمتمم.

² - عياشي كريمة، المرجع السابق، ص31.

المبحث الثاني: كيفية تقدير التعويض

إن وظيفة التعويض واحدة هي جبر الضرر جبر كما ولا عبرة بجسامة الخطأ في تقدير التعويض، والمسؤول هو وحده ملتزم بالتعويض تجاه المضرور لأن هذا جزاء خطئه الملتزم الذي لا يتحمل به غيره، والقول بأن جبر الضرر لا يكون إلا بالتعويض الكامل لا يعبر اليوم عن الواقع بسبب تدخل اتجاه نحو العدالة وذلك في سلطة القاضي بتقدير التعويض وبسبب تدخل النظرة الاجتماعية.

في معنى جبر الضرر وقد تتحقق ذلك بالطرق القانونية، لتحديد المسؤولية او التعويضات الجزافية وكذلك يكون بتقدير الاتفاقي وبذلك اكتسبت وظيفة جبر الضرر مفهوم جديدا في العصر الحديث.

ونظرا لأهمية تقدير التعويض تم تخصيص هذا المبحث إلى مطلبين الأول: في سلطة القاضي بتقدير التعويض والمطلب الثاني: خصصته بتقدير الاتفاقي للتعويض.

المطلب الأول: التقدير القضائي للتعويض

لم ينص المشرع الجزائري على تقدير التعويض، بل اقتصر على وجوب التعويض فقط حيث ترك أمر تقديره للقضاء. (1)

¹ - أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ..النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

ومتى تبين للقاضي قيام شروط المسؤولية المدنية للطبيب والمتمثلة عن الخطأ، الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حكم بالتعويض وله السلطة المطلقة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض من جهة: وفي تقديره من جهة أخرى.⁽¹⁾

حيث نصت المادة 132 من القانون المدني على أنه "يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً."⁽²⁾

وقد يكون مصدر تقدير التعويض من المسائل الاقتصادية النص القانوني: وهذا ما نستخلصه من المادة 186 من القانون المدني⁽³⁾ التي نصت على تعويض الضرر اللاحق بالمضور بسبب تأخر المدين في تنفيذ التزاماته، ولا مجال لتطبيق نص هذه المادة في إطار المسؤولية الطبية لكون التزام الطبيب في العقد الطبي ليس مبلغاً من المال.

¹ - فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لتيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

² - المادة 132 من القانون المدني.

³ - تنص المادة 186 من ق.م على ما يلي: "إذا كان محلاً للالتزام بين الأفراد مبلغاً من النقود عين مقداره وقت رفع الدعوى وتأخير المدين في الوفاء به، فيجب عليه أن يعرض للدائن الضرر اللاحق من هذا التأخير".

الفرع الأول: أنواع الضرر المستحق للتعويض

يكون الضرر إما مادياً أو معنوياً، هذا وإن كان الضرر مادياً لا يثير إشكالات في وجوب التعويض عنه بموجب النصوص الصريحة التي أوردها المشرع في التقنين المدني الجزائري، فالحال ليس كذلك بالنسبة للضرر المعنوي، لذا فقد خصصنا الفقرة الأولى للتعريف بالضرر المادي والفقرة الثانية للضرر المعنوي من جهة ومن جهة أخرى إلى توضيح موقف المشرع الجزائري والقضاء الجزائري من التعويض عنه خاصة بعدما أقرت معظم التشريعات ذلك⁽¹⁾، وتلك التي لم تنص على التعويض عنه استقر القضاء لديها على ذلك.⁽²⁾

أولاً: الضرر المادي

وهو ما يصيب الشخص من ضرر يتمثل في المساس بجسده أو ماله أو بانتقاض حقوقه المالية أو بتفويض مصلحة مشروعة له، تقدر فائدته المالية³، فيفتح من هذا التعريف أن للضرر المادي وجهان أولهما يصيب الإنسان في سلامة جسده وحياته، ويعرف بالضرر الجسدي والثاني يمس بحقوق أو مصالح مالية للشخص فيكون له انعكاس على ذمته المالية، فالضرر الجسدي هو الذي يمس حياة الإنسان وسلامته

¹ - د. د. مقدم سعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، دار الحادثة للطباعة والنشر والتوزيع (بيروت لبنان) الطبعة الأولى سنة 1985، ص 137.

² - د. عبد الرزاق أحمد النهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 866.

³ - د. حسين عمار، المسؤولية المدنية التقديرية والعقدية، توزيع دار الكتاب الحديث الطبعة الثانية لسنة 1979، ص 333.

ويصيبه بالضرر، قد يتمثل في جرح في الجسد أو أحداث عاهة، أو إزهاق روح، أو تسبب بعجز دائم أو جزئي عن العمل. (1)

وقد يصحب هذا الضرر الجسدي انتقاص في الذمة المالية للضحية إن استوجب علاجها نفقات أو حرمت المصاب من القدرة على العمل.

أما الضرر الذي يمس بحقوق أو مصالح مالية فهو الذي يصيب الشخص في كيانه المالي. (2)

ثانياً: الضرر المعنوي

هذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، فقد يكون مقترنا بأضرار مادية فيلحق العاطفة أو الشعور بالآلام التي يحدثها في النفس والأحزان، وقد يستقل عن الضرر المادي فيلحق أموراً أخرى غير ذات طبيعة مالية كالعقيدة الدينية أو الأفكار الخلقية. (3)

وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، وإنما يصيب مصلحة غير مالية. (4)

¹ - د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثالثة لـ 1984 ص 266.

² - د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 259.

³ - د. مقدم العيد، المرجع السابق، ص 52.

⁴ - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 864.

وللضرر المعنوي عدة صور، فقد يصيب الجسم، إذ أن الجروح التي تصيب الوجه والألم الذي ينجم عن ذلك، وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو الأعضاء، كل هذا يشكل ضرر ماديا ومعنويا، إذ نتج عنه انفاق المال في العلاج أو نقص من القدرة على الكسب المادي، ويكون الضرر معنويا فحسب، إذا لم ينتج عنه ذلك. (1)

كما قد يتصل بشخصية المرء وبحقوقه العائلية وما يؤدي الشعور والأحاسيس، وبما يمس العرض أو الاعتبار من القذف أو تشهير، أم ما يصيب العاطفة من حزن أو حرمان. (2)

والأضرار المادية الناتجة عن الضرر المعنوي أو المختلطة به، تقبل التقييم ولا تثير صعوبة بذاتها، ولكن الضرر المعنوي كعنصر مستقل من عناصر التعويض، وباعتبار أنه لا تترتب عليه خسارة مالية، فإن البعض عارض التعويض عنه لصعوبة تقويمه بالمال، مما أثار جدلا كبيرا حول مبدأ التعويض عنه.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض:

ينبغي أن يستجمع الضرر مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض وتتمثل هذه الشروط في أن يكون شخصا محققا، مباشرا وأن يمس بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة.

¹- أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 864.

²- حسين عامر المرجع السابق، ص 342.

أولاً: أن يكون الضرر شخصياً

ونعني بذلك أن يصيب الضرر الشخص المطالب بالتعويض عن الفعل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى تكون دعواه مقبولة، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المتردة عن الضرر الأصلي، إذ يعتبر الضرر المترد ضرراً شخصياً لمن ارتد عليه.

كما لو أصيب شخص في حادث بما أعجزه عن القيام بعمله، وبالتالي يحول دون الانفاق على من يعولهم، فلهؤلاء الحق في طلب التعويض كما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي وهذا التعويض مستقل تماماً كما يطلب به الشخص العائل من اصلاح مما أصيب هو به من ضرر.

فيكون لضرر المترد كيان مستقل عن الضرر الأصلي، ويترتب على هذا أنه يمكن لمن أصابه ضرر مرتد المطالبة بالتعويض عنه، حتى لو اتخذت الضحية موقفاً سلبياً من حقها في التعويض عن الضرر الذي أصابها أو تنازلت عنه.⁽¹⁾

وإذا توفيت الضحية للأشخاص آخرين دون أن تكون قد طالبت بحقها في التعويض فإن هذا الحق ينتقل إلى ورثتها من بعدها.

¹- د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 340.

فيجتمع لديهم هذا الحق ملم لحق بهم من ضرر مرتد بسبب حادث معيّلهم إلا إذا

كانت الضحية قد تنازلت عنه حال حياتها فيبقى لهم الحق المرتد الذي لحق بهم.⁽¹⁾

ثانياً: أن يكون الضرر محقق الوقوع

والمقصود بهذا ألا يكون الضرر افتراضياً، بل يجب أن يكون قد وقع فعلاً أو أن

يكون وقوعه مؤكداً وحتماً ولو تراخى إلى المستقبل.

فالضرر الحال هو الضرر الذي وقع فعلاً، وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر

للقاضي معطيات تقويمه، ومثاله ما أصاب المضرور في جسمه أو ماله وقت المطالبة

بالتعويض كذلك إذا ما أدى حادث تصادم إلى عطل مادي بالسيارة وإلى تعطيلها عن

الاستعمال لفترة محددة، فالضرر يكون حالاً بتبين العطل الذي أصلح والتعطيل الذي

حصل فيعود للقاضي أن يحدد تكاليف تصليح العطل.⁽²⁾

والضرر قد يكون نهائياً منذ وقوع الحادث، أو يصبح كذلك وقت الحكم بالتعويض

بعد أن استقر، فيكون تقويم الضرر على أساس ما كان عند الحادث في الحالة الأولى،

وعلى أساس ما استقر عليه في الحالة الثانية، وإذا لم تستقر حالة الضرر، واستمر مختلفاً

بين الخطورة والتحسين، فالقاضي الحكم بالتعويض يناسب ما قدره من ضرر واقع فعلاً،

وإن يحفظ الحق للمضرور لاستكمال التعويض حسبما تنته إليه الحالة الضرر، مادام أنه

¹- د. حسين عمار، المرجع السابق، ص 430.

²- د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 273.

محقق وليس احتمالي، وهذا في مدة معينة¹، طبقاً لنص المادة 131 من التقنين المدني، يقدر القاضي مدى التعويض الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة ظروف الملابس فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظوا للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

والضرر المستقبل هو الضرر الذي تحقق سببه، ولكن لم تكتمل مقوماته في الحاضر، وإن ظهر ما يجعل حصوله في المستقبل أكيدا وهو يأخذ في الغالب شكلين، فإما أن يكون من توابع الضرر الأصلي الحال، يتفرع عنه في تطوره ولكن يتراخى زمنيا بعده حتى يتحقق وجوده.

ومثاله أن يصاب شخص بعطل دائم يعجزه عن العمل الدائم الذي يثبت نهائيا هو الضرر الحال، ولكن إذا كان هذا العطل سيؤدي حتما إلى حرمان المصاب من دخل كان يجنيه فهذا يعد من الأضرار المستقبلية.

وإذا كانت هناك إصابة في العين نتج عنها مضاعفات، تنبئ أن هناك عجزا سيحصل بها، فالقاضي يحدد التعويض عن نفقات المعالجة وعن الآلام التي لازمتها، حتى يوم حكمه، أما العجز في العين وما يخلفه من أثار في المصاب، فتقويمها يعد من الأضرار المستقبلية وقد ينشأ الضرر المستقبل غير متوقعا وقت الحكم بالتعويض، فلا

¹- د. حسين عمار، المرجع السابق، ص 334.

يدخله القاضي في حسابه عند تقديره ومثاله أن تؤدي إصابة العامل إلى مضاعفات تسبب وفاته، دون أن يكون متوقعا وقت تقدير التعويض أن هذه الإصابة قد تتفاقم⁽¹⁾، أما الصورة الثانية فهي التي تكون فيها الإصابة الأصلية قد تفاقمت وإنما اقتضت مصاريف إضافية ففي هذه الحالة أيضا لا يكون للمحكوم بالتعويض أن يطالب بالمصاريف أنفقها بعد الحكم.⁽²⁾

المطلب الثاني: التقدير الاتفاقي للتعويض

أجاز القانون للمتعاقدين اللجوء إلى تقدير مسبق للتعويض في العقد الذي يترتب التزاماتها المتبادلة في حالة استحالة تنفيذ المدين لإحدى هذه الالتزامات المترتبة في ذمته عينا أو التأخر في تنفيذها.

وستحق هذا التعويض المسبق للمدائن متى ثبت أن اخلال المدين قد ألحق به ضرار، وهذا النوع من الاتفاق يعرفه الفقه بالشرط الجزائي، وقد يدرجه المتعاقدان في العقد كبند فيه، وهناك طريقة أخرى قد يلجأ إليها الأطراف يكون من شأنها تحديد مسؤولية المدين ويترتب عليها تعديل في أحكام التعويض.

¹-لقد جاء في قرار المحكمة العليا صادر بتاريخ 1987/06/17 ملف رقم 50190 ما يلي: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم للقاضي على الطاعن بدفعه للطعون ضده تعويضات عن الضرر الذي لحقه مجلة قضائية لسنة 1990، العدد الرابع.

²-د. حسين عمار، المرجع السابق، ص335.

الفرع الأول: ماهية الشرط الجزائي: قد يتبين للمتعاقدين من ظروف وملابسات العقد، ومدى التزاماتها المتقابلة أن التعويض الذي يقدر وفقا للقواعد العامة بمعرفة القاضي عن الاخلال بأحد الالتزامات التي يربتها العقد لا يكون عادلا بالنسبة لأحدهما، أو كليهما، فينتفان على تحديد قيمة التعويض مقدما بما يتفق وما يريانه عادلا من جهة نظرهما المشتركة⁽¹⁾، وقد نظم المشرع من خلال المادة 183 وما يليها من التقنين المدني الشرط الجزائي، وبين أحكامه وسنتعرض من خلال هذا الفرع توضيح مفهومه وتخصصه لتكييفه القانوني.

أولا: مفهومه:

قد يلجأ المتعاقدان إلى الاتفاق مسبقا على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا لم يتم الآخر بتنفيذه للالتزام، وهذا ما يعرف بالتعويض عن عدم التنفيذ. كما قد يتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا تأخر الآخر في تنفيذ الزامه وهو التعويض عن التأخير.

وهذا الاتفاق المسبق التعويض يعرفه الفقه بالشرط الجزائي.⁽²⁾

¹-د. سليمان مرقص الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات جزء الثاني، ص 851.

²-د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 2، ص 851.

ولقد سمي بالشرط الجزائي لأنه عادة ما يرد كشرط من شروط القصد الأصلي، ويرتبه المتعاقدان كجزاء في حالة اخلال المدين بالتزامه سواء بعدم تنفيذه أو بالتأخير في تنفيذه.

وقد نصت المادة 183 من القانون المدني بقولها "يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في الاتفاق اللاحق...".

ويتضح من نص هذه المادة، أن التعويض الاتفاقي المسبق يمكن أن يتضمنه اتفاق لاحق للعقد، لكن يشترط في هذه الحالة أن يتم تقديره قبل وقوع الضرر الذي قرر هذا الشرط الجزائي للتعويض عنه.⁽¹⁾

بمعنى أن المتعاقدين يبرمان العقد ويبدأن في تنفيذه ثم يتبين لهما امكانية عدم حصول التنفيذ عن التزام معين رتبة العقد، أو التأخر فيه، فيعمدان إلى ابرام الاتفاق لاحق يتضمن تقديرا للتعويض عن الضرر الذي يتوقع حصوله.

أ- شرط الخطأ: والخطأ فقها⁽²⁾ هو الاخلال بواجب قانوني ويختلف هذا الواجب القانوني حسب صور المسؤولية، فهو المسؤولية العقدية التزام رتبة العقد، أما في المسؤولية التقصيرية فهو واجب عام يترتب على الاخلال به قيام المسؤولية.

¹- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 851.

²- لم يعرف القانون المدني الخطأ، وترك المجال للخطأ للفقهاء الذي أورد له عدة سلوك كما أنه عرفه بالانحراف في سلوك الرجل العادي.

ولهذا التمييز أثره إذ أنم المسؤولية المدين عن اخلال الالتزام التعاقدى، لا تسفر عن انشاء التزام جديد، وإنما هي أثر الالتزام قائم مصدر العقد، أما المسؤولية التقصيرية مكرس قانونا بنص المادة 124 من التقنين المدني كما هو ظاهر في نص الفرنسي.⁽¹⁾

أما بخصوص المسؤولية العقدية فلم يرد نص متضمن لقاعدة عامة تشترط الخطأ كأساس لمسؤولية المدين في المسؤولية التعاقدية، غير أن يستشف من خلال عدة نصوص متفرقة أوردها التقنين المدني اشتراط الخطأ صراحة في بعض العقود، منها عقد المقاوله طبقا لنص المادة 568 من الفقرتين الثانية والثالثة وعقد الوكالة في المادة 579 منه.⁽²⁾

ب- الخطأ في التزام بتحقيق نتيجة: وفي هذه الحالة يقوم الخطأ في ركنه المادي بمجرد عدم تحقيق النتيجة أو بعد تحققها على الوجه المتفق عليه بما فيه التأخر في تحقيقها، وبجرد عدم تحقق النتيجة أفترض القانون وجود قرينة بأن سبب عدم تحققها يعود إلى فعل المدين.

لذا يلزم بأداء التعويض المتفق عليه وليس على الدائن أن يثبت أن المدين قد ارتكب إهمالا معينا.

¹-المادة 124 من تقنين المدني الفرنسي.

²-نص المادة 568 من الفقرتين 2 و3 من التقنين المدني والفرنسي.

ج-الخطأ في الالتزام ببذل عناية:

ونفرق هنا بين حالتين: حالة ما إذا لم يقم المدين أصلا بالعمل المطلوب فهنا نطبق المادة 176 من التقنين المدني، بأن يفترض أن عدم القيام بالالتزام يعود لخطأ المدين⁽¹⁾، ويترب على ذلك الزام هذا الأخير بالتعويض، ما لم يثبت وجود سبب لابد له جعل القيام بالالتزام مستحيلا.

أما الحالة الثانية فتمثل في أن المدين قام بالعمل المطلوب منه، ولكن ثار نزاع بين طرفي العقد حول مدى بذل المدين العناية اللازمة في القيام بذلك العمل، ولا سبيل لدى المدين لنفي الخطأ عن نفسه بعد ثبوت الواقعة التي ترجع اهماله إلا أن يبين الظروف التي تمت فيها الواقعة والتي من شأنها أن تنفي عنها وصف الإهمال، بأن يثبت أن الشخص العادي لو كان في مثل ظروفه لتحققت نفس النتيجة من ذلك قيام الطبيب بتشخيص المرض تشخيصا غير صحيح فهنا يكفيه لنفي الخطأ عنه أن يثبت أن هذا الغلط في التشخيص من الأغلط التي يقع فيها الأطباء.⁽²⁾

¹-المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

²- عبد الحميد الشوراجي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص268. وما بعدها.

ثانيا: شرط الضرر: الضرر ركن أساسي لاستحقاق شرط الجزائي.

ويجد اشتراط وجوب تقدير التعويض قبل وقوع الضرر، تبريره في أنه في حالة الاتفاق عليه بعد حصول الضرر، فمن شأنه أن يعتبر بمثابة صلح بين المتعاقدين⁽¹⁾، والأصل في الشرط الجزائي أن يطبق بصدد المسؤولية العقدية، مثلما وضحته المادة 183 من التقنين المدني، بأن يتفق المتعاقدين على التعويض مسبقا في العقد.

والأمثلة على ذلك كثيرة كان ينص في عقد البيع على الزام البائع بدفع مبلغ معين إذ تأخر في تسليم العمل الموكل له في الموعد المحدد.

ثانيا: التكييف القانوني للشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي باعتباره بندا في العقد الذي يربط الدائن بالمدين بحسب الأصل، وأن لا يستحق إلا في حالة اخلال المدين بالتزامه المحدد في العقد فإن هذا ينتبع أن الالتزام بالشرط الجزائي هو التزام تابع لا التزام أصيل.

بمعنى أنه الالتزام تابع لما ألتزم به المدين أصلا بالعقد، طبقا للأشكال الالتزام المحددة قانونا إما منح أو فعل أو الامتناع عن فعل، ثم يتفق الطرفان على مبلغ معين يقدران به التعويض فيما إذا أخل المدين بالتزامه وترتب على ما سبق شرحه أمران:

عدم استحقاق الشرط الجزائي إذا كان تنفيذ الالتزام الأصلي:

¹- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص851.

ممكنا، متى كان الاتفاق على الاستحقاق الشرط الجزائي بتعلق بحالة استحالة تنفيذ الالتزام.

-بطلان الالتزام الأصلي يرتب بطلان الشرط الجزائي كما أن الشرط الجزائي ليس التزاما بديلا لأنه لا يمكن للمدين أن يرجع عن تنفيذ الالتزام الأصلي، بتنفيذ الشرط الجزائي مادام تنفيذ الالتزام الأصلي ممكنا، لأنه في حالة ما إذا تم الاتفاق على الاستحقاق الشرط الجزائي عن مجرد التأخير في تنفيذ الالتزام فلا يهم مدى امكانية تنفيذ الالتزام الأصلي، ويستحق الشرط الجزائي بمجرد تأخير.

يستفاد مما سبق أنه لا يمكن للدائن المطالبة المدين بشرط الجزائي مادام تنفيذ الالتزام الأصلي ممكنا، ولا يتسنى له ذلك إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطأ من المدين، ويترتب على هذا أن يتغير محل الالتزام الأصلي ليصبح تعويضا تكفل الشرط الجزائي بتقديره.⁽¹⁾

ب-بطلان الالتزام الأصلي يرتب بطلان الشرط الجزائي:

¹-أنظر المادة 176 من التقنين المدني.

إذا كان الالتزام الأصلي باطلا لأي سبب من الأسباب⁽¹⁾، كان الشرط الجزائي باطلا وهذه نتيجة طبيعية لاعتبار الشرط الجزائي التزاما تابع للالتزام الأصلي، طبقا لقاعدة الجزء يتبع الكل والفرع يتبع الأصل.

كما يترتب على هذا أنه إذا تم فسخ العقد لانحلال المدين بالتزامه فإن الالتزام الأصلي يسقط ويسقط معه الشرط الجزائي، ويتحول التعويض المترتب على الفسخ من التقدير الاتفاقي إلى تعويض يقدره القاضي وفقا لما سيتم شرحه لاحقا.

إلا أنه إذا كان الشرط الجزائي باطلا، فإن فسخ العقد لانحلال المدين بالتزامه ونخلص في الأخير وبناء على كل ما تقدم أن الشرط الجزائي لا يعد مصدرا استحقاق التعويض الاتفاقي أو سببه وإنما ينشأ التعويض من مصدر آخر هو إما العقد في حالة ترتب المسؤولية العقدية، أو العمل غير المشروع في حالة المسؤولية التقصيرية وعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه هو السبب في الاستحقاق التعويض من مصدر آخر هو إما العقد في حالة المسؤولية العقدية أو التقصيرية، ولا يعدو الشرط الجزائي على أن يكون تقديرا من طرفي الالتزام مقدما لكلا التعويضين.

¹ - نرجع هنا إلى القواعد العامة، فقد يكون البطلان بسبب انعدام الرضا لانعدام أهلية مقرر الالتزام أو بثبوت الرضا عيب من العيوب، كما قد يكون مخل للالتزام أو سببه غير مشروع.

الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

إن شروط استحقاق الشرط الجزائي باعتباره تعويضا حدده المتعاقدان سلفا هي شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وذلك على أساس أنه لا يستحق إلا في حالة اخلال المدين بالتزامه، وهذا يترتب قيام المسؤولية المدنية.

وتتمثل هذه الشروط في وجود خطأ من المدين، ضرر يصيب الدائن وعلاقة سببية تربط الخطأ بالضرر ويضاف إلى هذا الشرط اعدار المدين، وقد تضمنت هذه الأحكام المواد من 176 إلى 181 من التقنين المدني بعدما أحالت المادة 183 من نفس التقنين.

أولا: شروط الخطأ

فقد نصت المادة 184 من التقنين المدني "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا" إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر " فإذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن، لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقا، ذلك أن هناك حالات يتحقق فيها خطأ المدين دون أن يصاب الدائن من جرائه بضرر ما، وعادة ما تقوم هذه الحالة في الأوضاع التي يقتصر فيها خطأ المدين على مجرد التأخير في التنفيذ الالتزام كما لو تأخر البائع أو المسؤول عن نقل البضاعة في تسليمها، ولا يتبين هذا التأخير قد أضر بأي وجه بالدائن، فلا تقوم المسؤولية ولا يستحق التعويض الاتفاقي المسبق، فيكفي الدائن إثبات إخلال المدين بالتزامه لكي يفترض الضرر ويستحق الشرط الجزائي إلا إذا أثبت المدين أن

الدائن لم يلحقه ضرر، فانتقل بفعل الشرط الجزائي عبء الإثبات إلى المدين، ولا مانع من أن نشير إلى القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، يختلف في تنظيمه للشرط الجزائي عن القانون المدني الفرنسي في تنظيمه لم احترام إرادة الطرفين احتراماً كاملاً.

أ- الضرر :

الضرر ركن أساسي لقيام المسؤولية، وهو شرط أساسي لاستحقاق الشرط الجزائي، فقد نصت المادة 184 من التقنين المدني "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً، إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه اي ضرر".

فاذا لم يكن هناك ضرر اصاب الدائن لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقاً، ذلك ان هناك حالات يتحقق فيها خطأ المدين دون ان يصاب الدائن من جرائه بضرر ما.

وعادة ما تقوم هذه الحالة في الاوضاع التي يقتصر فيها خطأ المدين على مجرد التأخير في تنفيذ الالتزام، كما لو تأخر البائع او المسؤول عن نقل البضاعة في تسليمها ولا يتبين ان هذا التأخير قد اضر باي وجه بالدائن، قلا تقوم المسؤولية ولا يستحق التعويض الاتفاقي المسبق.

¹ - وقد حذا المشرع الجزائري حذو المشرع المصري في ذلك: إذ تنص المادة 224 من التقنين المصري على ما يلي: "لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر".

ب-العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

فلا يستحق الشرط الجزائي إلا إذا قامت علاقة سببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، ومتى انتفت هذه العلاقة بثبوت سبب الأجنبي أو بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشر، ولكنه غير متوقع فعندئذ لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق الشرط الجزائي⁽¹⁾.

والسبب الاجنبي الذي يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر يعرف فقها بأنه كل أمر غير منسوب الى المدين ادى الى استحالة تنفيذ الالتزام أو الى الحاق الضرر بالدائن، وهو اما ان يكون حدث لا ينسب لأي شخص و هو ما يعرف بالقوة القاهرة، وأما أن يكون فعلا صادرا من الدائن ذاته او فعل شخص من الغير .

ثانيا : شرط الاعذار

جعل المشرع الاعذار شرطا لاستحقاق الشرط الجزائي من خلال نصه المادة 179 من التقنين المدني على انه " لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك" ويكون الاعذار شرط لاستحقاق الشرط الجزائي في جميع الاحوال التي

¹- د- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق ص 264.

يجب فيها اعذار المدين، وما دام التعويض لا يستحق الا للأعذار التي يجب فيها في انه اذا لم يقد الدائن بإعذار المدين في هذه الاحوال لم يكن التعويض الاتفاقي مستحقا⁽¹⁾.

لكنه تجدر الإشارة بأنه في حالة ما اذا لم يقد الدائن بإعذار المدين فان رفع دعوة المطالبة بالشرط الجزائي تعد في حد ذاتها بمثابة اعذار لذا فلا يترتب علا عدم الاعذار دفع شكلي لا دفع بعدم القبول .

وهو لا يعد قيذا علا رفع الدعوة كما يذهب اليه القضاء في بعض احكامه فاذا تمسك المدين امام القاضي بعدم الاعذار من طرف الدائن.

كان للقاضي منحه اجل للوفاء متى مان عرضه للوفاء حقيقيا، وتبين للقاضي جديته ولا يحق للمدين اكثر من ذلك.

فالإعذار اذا لا يترتب علا عدم استفاؤه بطلان الاجراءات او عدم قبول الدعوى .

وقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بخلاف هذا الرأي اذ جاء في حيثيات قرار صادر بتاريخ 2-7-25 ما يلي " بمراجعة اوراق الملف تبين ان الطاعن كان قد اثار امام مجلس قضاء الجزائر دفعا يتمثل في ان المطعون ضدها لم تقم بتوجيه اعذار مسبق قبل مقاضاته طبقا للمادة 180 من القانون المدني.

¹- د- احمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، جزء الثاني ص 859.

خاتمة

خاتمة:

ما يمكننا أن نخلص إليه هو أن حق التعويض عن الخطأ الطبي يعتبر من المواضيع البالغة التعقيد، والتي تصير مشكلات يتسع مداها من الناحيتين القانونية والعلمية، لأن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض هي الائتمان هذا الأخير على صحته بالنسبة للطبيب وهو الأمر الذي يتطلب الاتقان في العمل وعدم وقوع أخطاء التي تستوجب التعويض الذي وجب على الطبيب الالتزام به:

كما استخلصنا من خلال دراستنا لموضوع حق التعويض عن الخطأ الطبي أن الفقه لم يتفق على تعريف واحد له، وأن تحديد مفهوم حق التعويض عن الخطأ الطبي يعتبر مسألة نسبية تختلف باختلاف الظروف، كما يعتبر خطأ بالنسبة لشخص قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لآخر.

ويقوم الخطأ الطبي على أساسين على أساس المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وتقوم العقدية على أن المسؤولية لا تنهض إلا بتوافر أركان ثلاثة: في الوقت نفسه الخطأ والضرر والعلاقة السببية وهي ذاتها تشترط لقيام المسؤولية التقصيرية وهذه الأخيرة تقوم بجعل الخطأ كمبدأ عام أساسي للقيام المسؤولية التقصيرية.

وأن حق التعويض عن الخطأ الطبي هو التزام أخلاقي وديني قبل أن يوثق في نصوص قانونية، وفي حالة خرقه وتوفر الأركان والشروط التي توجب المسائلة القانونية الطبيب الجزائية والمدنية والتأديبية على هذا الخرق.

قضى الشق المدني يجوز للمتضرر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر وهذا استنادا على نفس المادة 124 من القانون المدني.

وفي الشق الجزائي يعتبر عدم التعويض عن الخطأ الطبي جريمة يعاقب عليها القانون.

وأن وظيفة التعويض هي جبر الضرر جبر كاملا ولا عبء بجسامة الخطأ في تقدير التعويض، والمسؤول هو وحده ملتزم بالتعويض تجاه المضرور، لأن هذا جزاء خطته الملزم الذي لا يتحمل به غيره.

وفي الأخير لابد من التأكيد على زيادة الوعي القانوني بإبلاء هذا الموضوع أهمية خاصة، وذلك نشر الوعي والثقافة القانونية على مختلف المستويات ونوعية العامة من الناس.

تم بحمد الله وحفظه

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع

أ-الكتب العامة:

1.حسين علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

2.حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية للجزائر.

3.نوري حمد خاطر، عدنان ابراهيم سرحان، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات، مطابع الأرز، عمان 2002.

ب-الكتب المتخصصة:

1.د. البغدادي، موفق الدين عبد اللطيف، الطب من الكتاب وسنة التحقيق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، طبعة الثانية. 1988.

2.د. بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، عمان.

3.د. رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء واثباتها، دار هومة، الجزائر، 2007.

4.د. أيمن ابراهيم عبد الخالق العشماوي، تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية،

مصر. 1998.

5.د. عبد اللطيف الحسني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، بيروت، 1987.

6.د. أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية المدنية، دار الثقافة العراق.

7.د. محمد فتح الله النثار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون، دار

الجامعة الجديدة النشر الاسكندرية مصر. 2002.

8.د. سميرة حسين، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن الخطأ الطبي للعاملين فيها،

دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، مصر. 2016.

9.د. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي المؤسسة الوطنية للكتاب،

الجزائر، 1992.

10.رأفت فودة، دروس في القضاء المسؤولية الادارية دار النهضة العربية، القاهرة،

مصر، 1994.

11.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه

عام، المجلد الثاني الطبعة الثالثة: الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،

2000.

12. عز الدين قمرأوي، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، موسعة القضائية الجزائرية، دار الحلال للخدمات الاعلامية.

13. أحمد حسن العياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء نظام القانوني الأردني والجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. 2005.

14. د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر، منشورات عويدات، بيروت، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1984.

-النصوص القانونية:

أ-القوانين:

1-الأمر رقم 58/75 من القانون المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 يوليو. 2005.

2-القانون رقم 07/88 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

ب-المراسيم:

1-المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

2-المرسوم التنفيذي 393/09 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين العاملين في الصحة العمومية المؤرخ في 2009/11/24.

ج- مذكرات و شهادات :

1-صحراوي فريد الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية رسالة ماجستير فرع العقود المسؤولية كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر.

2-الحربي سلطان مرزوق الاخطاء الطبية رسالة ماجستير قسم الانظمة كلية الشريعة الاسلامية المدينة المنورة السعودية .

3- د-محمد بودالي رسالة دكتوراه حماية القانونية للمستهلك في الجزائر كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس الجزائر.

4- د-ايمن ابراهيم عبد الخالق العشماوي تطور مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية رسالة دكتوراه جامعة مصر 1998.

5- د- علي عيسى الاحمد المسؤولية التأديبية للأطباء رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين الشمس مصر سنة 2008.

6- د-محمد نصر الدين محمد أساس التعويض رسالة دكتوراه جامعة القاهرة سنة 1983.

7- د- سليمان مرقص نظرية دفع المسؤولية المدنية رسالة دكتوراه.

8- عياشي كريمة الضرر في المجال الطبي مذكرة لنيل شهادة ماستار في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية جامعة مولود معمري تيزي ويزو كلية الحقوق سنة 2011

9- فريحة كمال المسؤولية المدنية للطبيب مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص فرع قانون المسؤولية المهنية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي ويزو سنة 2012

10- د- عبيد مجول العجمي الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية رسالة لنيل درجة. الدكتوراه في الحقوق كلية حقوق عين الشمس مصر السنة الجامعية 2009

11 - سامية بومدين الجراحة التجميلية مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية تيزي ويزو سنة 2011.

المقالات والمجلات:

1. العمري صالحه، الجزاء المترتب في التشريع الجزائري، مجلة الفكر، صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خيضر محمد، بسكرة، عدد 12.
2. الكريم بلعربي ومحمد سداوي، الأسس القانونية التي تقوم عليها احترام رضا المريض المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 2008/2.
3. رايس محمد، مسؤولية الأطباء المدنية، المتلقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 23، 24 جانفي 2008.
4. بن عمارة صبرينة، المسؤولية الجزائية للطبيب في القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، صادرة عن المركز الجامعي لتمنراست، الجزائر، عدد 2015/7.
5. بن عودة حسكر مراد، أخلاقية الالتزام الطبي بين ضوابط الإباحة والتجريم، مجلة دراسات قانونية صادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 2014/11.
6. حايث أمال، المسائلة التأديبية للطبيب وفقا لمدونة أخلاقيات الطب الجزائري، أعمال المتلقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المجلة القانونية لكليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.

7. عبد الرحيم صباح، المسؤولية الجزائرية للطبيب، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد 4/2011.

8. عبد السلام الترماني، السرّ الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، العدد 2، جامعة الكويت، 1981.

9. مروك نصر الدين، المسؤولية الجزائرية للطبيب، مقال منشور في مجلة موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الاعلامية، الجزائر.

الموقع الالكتروني:

<http://djamakel.over-blog.com/2014/03/532857-da-9506.html>

<http://formation.gustaveroussy.fr>

http://droit7.blogspot.com/2015/04/blog-post_76.html

www.arabsi.org/

الفه ررس

تشكرات

إهداء

05 مقدمة

11 الفصل الأول: أحكام الخطر الطبي الموجب للتعويض.

12المبحث الأول: مفهوم الخطأ الطبي الموجب للتعويض.....

13المطلب الأول: تعريف الخطأ الطبي.....

13الفرع الأول: تعريف الخطأ لغة.....

14الفرع الثاني: الخطأ اصطلاحاً.....

19المطلب الثاني: ملازمة الخطأ للمسؤولية الطبية المدنية.....

22الفرع الأول: تصدع مفهوم الخطأ كأساس للمسؤولية.....

23المبحث الثاني: طبيعة المسؤولية الطبية.....

24المطلب الأول: المسؤولية العقدية.....

27المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية.....

33 الفصل الثاني: التعويض عن الخطأ الطبي.

34المبحث الأول: الأحكام العامة للتعويض ومدى ملائمتها في المجال الطبي.....

34المطلب الأول: أحكام التعويض وفقاً للقواعد العامة.....

35الفرع الأول: مفهوم التعويض.....

37 الفرع الثاني: المبادئ الأساسية للتعويض
40 المطلب الثاني: التعويض تبعا لقواعد المسؤولية الطبية
41 الفرع الأول: الضرر الطبي الموجب للتعويض
42 أولا: مفهوم الضرر الطبي
43 ثانيا: شروط الضرر الطبي الموجب للتعويض
52 الفرع الثاني: أنواع الضرر الطبي
53 أولا: الضرر المادي
55 ثانيا: الضرر المعنوي
62 المبحث الثاني: كيفية تقدير التعويض
62 المطلب الأول: التقدير القضائي للتعويض
64 الفرع الأول: أنواع الضرر المستحق للتعويض
66 الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض
70 المطلب الثاني: التقدير الاتفاقي للتعويض
71 الفرع الأول: ماهية الشرط الجزائي
71 أولا: مفهومه
75 ثانيا: شرط الضرر
72 الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي

78أولاً: شرط الخطأ
80ثانياً: شرط الإعذار
83الخاتمة
86قائمة المصادر والمراجع
93الفهرس