

الفصل الثاني : الضمانات القانونية المكفولة للمعاق المضرور نتيجة خطأ طبي

أكد المشرع الجزائري في مواد نصوصه القانونية على أن رسالة الطبيب تتمثل في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية ، و التخفيف من معاناته دون تمييز من حيث الجنس والسن و العرق والدين و الجنسية والوضع الاجتماعي و العقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب.

مؤكدًا أن الطبيب يلتزم بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج مرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة و التقيد بالسلوك المستقيم و حسن الرعاية و إحترام كرامة الإنسان .

و فرض عليه في مقابل ذلك جزاءا يمثّل في جعله ضامنا لكل ضرر يلحق بالمريض جراء تقصيره في هذا الواجب ، و ذلك وفقا لقواعد المسؤولية المدنية مهما كانت درجة الضرر اللاحق بالمريض .

غير أنّه إذا بلغ العجز درجة أفقدت المريض أحد أعضائه أو أنهت منفعتة فإن الوضع في هذه الحالة يكون قد وصل إلى التسبب بحالة إعاقة لفرد من المجتمع كان قبل ذلك معافا .

و إن وقع الإصابة بالإعاقة لا يجد أثره في جانب المصاب بها فحسب ، بل يمتد ليشمل المجتمع بأسره ، لأن إرتفاع حصيلة هذه الفئة في الدولة من شأنه التأثير عليها سلبا ، خاصة إذا لم تكن الإصابة راجعة لأسباب خلقية و إنّما كانت نتيجة لتدخل عوامل مادية ، و التي من بينها الأخطاء الطبية .

لذلك نجد أن التشريعات و لاسيما بالدول الأوروبية قد عمدت إلى وضع آليات قانونية تهدف إلى جبر ضرر الإعاقة الناجمة عن الخطأ الطبي من خلال فرض إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية في المجال الطبي من جهة و من جهة أخرى تقوية فرص المضرور في الإستفادة من التعويض عن طريق رسم قواعد الإثبات و التقدير.

و بالتالي تبرز مظاهر الحماية القانونية المقررة للمعاق المضرور في صورة الضمانات القانونية المقررة لفائدة كل متضرر من خطأ طبي ، إضافة للضمانات الممنوحة بصفة خاصة لمن كان ضحية خطأ طبي تسبب ببتير رجله أو ذراعه ، أو أفقده بصره أو شل حركته ... مما جعله منتميا لفئة ذوي الإحتياجات الخاصة.

المبحث الأول : آليات جبر ضرر الإعاقة الناجمة عن الخطأ الطبي

تتفق جل التشريعات على تقرير تعويض لفائدة المضرور، يتحملة المسؤول مسؤولية مدنية و/أو جزائية عن الضرر اللاحق به ، و نظرا لحرمة جسم الإنسان من جهة و خصوصية مهنة الطب من جهة أخرى ، فقد عملت مختلف التشريعات بما فيها المشرع الجزائري على جعل التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب إلزاميا بهدف ضمان حق المضرور في التعويض.

بل الأكثر من ذلك فقد أوجدت تشريعات أخرى طرقا مكملة لنظام التأمين من المسؤولية من شأنها جعل التعويض تلقائي و تضامني ، مما يجنب المضرور عناء المطالبة القضائية و يخفف عنه عبئ الإثبات لكون تنفيذ الإلتزام بالضمان المغطى بواسطة التأمين معلق على إثبات قيام المسؤولية بكل أركانها في حق الطبيب ، و صدور حكم يقر بذلك

بحيث عمد المشرع بهذا الصدد إلى توسيع سلطات القاضي في مجال تقدير قيام المسؤولية و قيمة التعويض المستحق لفائدة المضرور ، بغرض ضمان استحقاق المضرور تعويضا كافيا لجبر الضرر.

المطلب الأول : إلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

سعيًا من المشرع إلى كفالة حق المضرور من جراء خطأ طبي في استحقاق تعويض ، فقد قام بفرض التزام قبلي سابق عن حدوث الضرر يقوم على تقييد ممارسة الطبيب لهذه المهنة بشرط اكتتاب تأمين ، من شأنه جعل المؤمن ضامنا في حال تمكن المضرور من إثبات الضرر و نسبته إلى عمل الطبيب.

الفرع الأول : نظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية

شكل ظهور عقود التأمين في مختلف المجالات ، ضمانة كبيرة للمستفيدين من عقود التأمين كونها توفر ضامنا للوفاء بمبالغ التعويض ، و قد استغل المشرع هذا الضمان في مجال المسؤولية المدنية الطبية و جعله شرطا لازما لقبول مزاولة هذا الأخير لمهنة الطب ، كونه تطلب إلزامية التأمين في المجال الطبي وسعى إلى تنظيم هذا العقد و نطاق اعماله بغرض الحفاظ على حق المضرور في التعويض ، بل هنالك من التشريعات من أضفى طابع التلقائية على عملية التعويض في الميدان الطبي ، تقديرا منها لمدى جسامته ما تعرض له المريض من ضرر و ما سيستتبع ذلك من نتائج.

حيث أن التأمين من المسؤولية هو عقد يؤمن بموجبه المؤمن له من الأضرار التي تلحق به جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية.

و القاعدة أنه من الجائز للشخص أن يؤمن لدى شخص آخر (شركة التأمين) على مسؤوليته سواء كانت عقدية أم تقصيرية ، وسواء كان الخطأ التقصيري واجب الإثبات أم مفترضا وسواء كان الفعل الضار الواجب الإثبات يسيرا أم جسيما ، بشرط أن لا يكون متعمدا لأن الفعل الضار المتعمد يؤدي إلى الغش¹ .

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، مجلد 2 ، التأمين ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص1021.

كما يجوز أن يؤمن الشخص على المسؤولية عن فعل الغير حتى ولو كان فعل الغير متعمدا ، لأن الغش بهذه الحالة ينتفي من جانب المؤمن¹.

وهناك نوعين من عقود التأمين ، يتعلق الأول بالتأمين ضد الحوادث وهو الإتفاق الذي يعقده الشخص مع شركة التأمين للتعويض عن الأضرار التي يحتمل أن تصيبه بسبب وقوع نوع معين من الأفعال الضارة .

أما النوع الثاني: فهو التأمين من المسؤولية وهو الإتفاق الذي يعقده الشخص مع شركة التأمين لتغطية مسؤوليته عن ما يحدثه بالغير من أضرار، مما يترتب عنه إلتزام شركة التأمين بدفع قيمة التعويض الذي يتقرر في ذمة المؤمن له المصاب².

و عليه فإن التأمين من المسؤولية المدنية بنوعها التقصيرية والعقدية هو عقد يبرمه شخص يسمى المؤمن له مع المؤمن وهو إحدى شركات التأمين ، موضوعه ضمان مسؤوليته المدنية مقابل دفع أقساط دورية محدد عن الأضرار التي يلحقها بالغير إذ ينصب محله على التأمين من الأثار المالية للمسؤولية المدنية وذلك بمقابل³.
و يهدف التأمين بصفة عامة إلى تقديم الضمان و الأمان للأشخاص ضد المخاطر التي لا يمكن توقعها و لا معرفة درجة خطورتها⁴.

1- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص1022.

2- حسني محمد جاد الرب ، التعويض الإتفاقي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2006، ص200.

3 - أنور طلبة ، العقود الصغيرة ، عقد التأمين ، المكتبة القانونية ، 2004 ، ص5.

4- عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم ، عقد التأمين ، حقيقته و مشروعيته ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 ، ص39.

ولقد مرّ التأمين في الجزائر بأربعة مراحل أساسية:

ففي المرحلة الأولى، حاولت الدولة الجزائرية فرض رقابتها على الشركات الأجنبية - أغلبها كانت فرنسية- التي كانت تمارس عملية التأمين في الجزائر، إذ فرضت عليها التزامات و ضمانات و أخضعتها لطلب الاعتماد من وزارة المالية بموجب القانون رقم 63-201 المؤرخ في 08-06-1963.

في حين عمدت الدولة الجزائرية في المرحلة الثانية ، إلى تجسيد فكرة إحتكارها لعمليات التأمين و إعادة التأمين بالجزائر، و بالفعل قامت بذلك عن طريق الأمر رقم 66-127 المؤرخ في 27-05-1966 و أنشأت مؤسسات تأمين جزائرية لتحكّر النشاط التأميني والتي مازالت باقية لحد الآن منها الشركة الجزائرية للتأمين (S.A.A)، الشركة الجزائرية للتأمين و إعادة التأمين (C.A.A.R)، الشركة الجزائرية لتأمينات النقل . (C.A.A.T)

و أما المرحلة الثالثة، فتجسدت في إصدار عدة قوانين تنظم التأمين ، منها قانون التأمين المؤرخ في 09-08-1980 و الذي ألغاه الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25-01-1995 الذي نظم أحكام عقد التأمين، وذلك بموجب المادة 278 منه.

و آخر مرحلة تمثلت في ظهور شركات التأمين الخاصة المعتمدة من طرف الدولة إلى جانب شركات التأمين التابعة للدولة، كما ظهر طبقاً للأمر 95-07 ما يعرف بالوسيط في عملية التأمين الذي قد يتخذ إحدى الوضعيين المتاحتين قانوناً.

فإما أن يتخذ صفة الوكيل العام للتأمين ، والذي نظمت أحكامه المواد من 253 إلى 257 ، أو صفة سمسار التأمين¹ ، و الذي نظمت أحكامه المواد من 258 إلى 262 من هذا الأمر.

1 - زهدور كوثر ، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، 2012-2013، ص ، 299-301.

و قد عرف عقد التأمين بمقتضى نص المادة 02 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالتأمينات ، والتي احتوت مضمون المادة 619 من القانون المدني الجزائري¹.

ولقد عرفت المادة 56 من نفس القانون التأمين من المسؤولية بأنه عقد يضمن بموجبه المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له بسبب الأضرار اللاحقة بالغير.

ويظهر من هذا التعريف أن عقد التأمين يخضع لقواعد الإشتراط لمصلحة الغير و يتخذ ثلاثة صور، فإما أن يكون في صورة وثيقة تأمين **police (d'assurance)** وهي الأصل² ، إذ تتضمن مجموعة من المعلومات حول أطراف العقد و الأخطار المؤمن عليها و مقدار القسط و كفيات سداه و تحديد مبلغ التأمين و تاريخ انعقاد العقد و مدة سريانه³ ، و إما ان يكون عبارة عن ملحق تأمين **(Avenant à la police d'assurance)** وهو اتفاق إضافي يضاف إلى وثيقة التأمين يعدل من مضمونها بالزيادة أو النقصان، أو يكون في شكل مذكرة التغطية المؤقتة⁴ **(Note de couverture provisoire)** و هي وثيقة تأمين مؤقتة تتضمن اتفاق التأمين إلى وقت إبرام و تحرير وثيقة التأمين في شكلها النهائي⁵.

1- تنص المادة 2 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بالتأمينات ، على أنه : "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه ، مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد ، و ذلك مقابل أقساط أو أية دفع مالية أخرى"

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1114.

3- أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 6.

4- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه ، ص 1135.

5- أسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى، 2011، ص 300.

و يُولد عقد التأمين التزامات في عاتق كل من المؤمن و المؤمن له ، بحيث يلتزم هذا الأخير بدفع الأقساط و التصريح بالبيانات المتعلقة بالخطر، في حين يلتزم المؤمن له بدفع مبلغ التأمين الذي قد يكون في شكل إرادات أو تعويض إذا كنا أمام حالة التأمين عن المسؤولية المدنية ، وهو ما ينطبق على المسؤولية الطبية والتي يكون المؤمن فيها ضامنا للمؤمن له من كل التبعات المالية المترتبة على مسؤوليته المدنية اتجاه الغير، فيلتزم المؤمن بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالغير¹، في حين يلتزم المؤمن له – الطبيب – في المقابل بدفع أقساط التأمين ، و الإعلان عن تحقق الخطر المؤمن منه² وهذا ما تضمنه نص المادة 619 من القانون المدني.

فالهدف من التأمين على المسؤولية (L'assurance de responsabilité) هو ضمان المؤمن له من رجوع الغير عليه بالمسؤولية ، إلا أن المحل في التأمين على المسؤولية نادرا ما يكون معينا ، و بذلك يصعب معرفة مدى آثار هذه المسؤولية وقت التعاقد مما يطرح مسألة تقدير مبلغ التأمين.

لذلك جرى العمل على تحديد مبلغ أقصى للتأمين ، و إن لم يحدد في العقد يلتزم آنذاك المؤمن بدفع التعويض كاملا وقت تحقق الخطر مهما كان حجم المسؤولية³. ولقد أضحى نظام التأمين من المسؤولية المدنية منتشرا في الحياة العملية بفضل انتشار شركات التأمين، والمزايا التي نالها الأشخاص منه.

1- فريحة كمال ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، القانون الخاص ، جامعة مولود معمري كلية الحقوق ، تيزي وزو ، 2012 ، ص 338
 2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1138.
 3- القادر أزوا ، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب ، دار الفكر الجامعي ، جامعة أدرار ، الجزائر ، الطبعة الأولى، 2011 ، 300.

كما ساد التأمين المجال الطبي فيما يخص تأمين الأطباء و المستشفيات و العيادات العامة أو الخاصة من مسؤوليتهم المدنية عن الأضرار التي تلحق المرضى بسبب أخطائهم أثناء و بمناسبة مباشرة العلاج عليهم ، بل إن التشريعات الحديثة جعلت هذا النوع من التأمين إلزاميا حفاظا على حقوق المرضى من جهة و ضمانا لحرية الأطباء عند مباشرة العلاج من جهة ثانية.

أولا : عقد التأمين في المجال الطبي

لقد نص المشرع الجزائري في قانون التأمين على التأمينات الإلزامية و التي من بينها تأمين المسؤولية المدنية ، و قد حدد من يلتزمون بتأمين مسؤوليتهم و منهم المؤسسات الصحية الطبية و كل أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص¹ حسب نص المادة 167 من هذا القانون² .

و تماشيا مع هذا النص ورد في المرسوم رقم 88 -204 المؤرخ في 1988/10/18 المحدد لشروط إنجاز العيادات الخاصة و فتحها و عملها المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 69-02 المؤرخ في 2002-02-06 نص المادة 12 والتي ألزمت العيادة على اكتتاب تأمين لتغطية مسؤولية هذه المؤسسة و مستخدميها مدنيا³ .

1- حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة ، في القانون الجزائري والمقارن- دراسة مقارنة - مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2000 – 2001 ، ص 171 -174 .
2- تنص المادة 167 من ق.ب.ت على أنه : "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وإتجاه الغير".
3- تنص المادة 12 من المرسوم على أنه : "يجب على كل عيادة أن تكتتب تأميناً لتغطية مسؤولية المؤسسة و مستخدميها مدنيا".

وعليه يلزم الأطباء الممارسين لحسابهم الخاص و كذا العيادات الخاصة ، بتأمين مسؤوليتهم عن الأضرار التي تلحق بالمرضى أو بالغير، فالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية إجباري¹.

وإنطلاقاً من هذه الأحكام يمكن للطبيب الجراح التأمين من الأضرار التي تلحق بالمريض أثناء مباشرة العمل الجراحي ، سواءا كان ذلك عن فعله الشخصي أو بسبب إستعمال أية آلة أو أداة.

غير أن نظام التأمين من المسؤولية المدنية الطبية واجه إنتقاداً من طرف بعض الفقهاء ، مبناه أن هذا النظام يؤدي إلى عدم العدالة لأن الطبيب الممتاز و الناجح في عمله يجد نفسه مساهماً في تعويض الخطأ الذي يقع من نظيره المهمل ، كما أن هذا النظام قد يؤدي إلى فتح باب الإهمال و عدم الرعاية لدى الأطباء بمرضاهم.

وهي الانتقادات التي ردّ عليها بعض الفقه بأن الفوائد التي تأتت للمجتمع من المسؤولية المدنية عموماً كبيرة و مهمة ، إذ أصبح في مكنة المضرور الحصول على حقه في التعويض كاملاً دون مماطلة أو خوف من إعسار المسؤول².

كما أن فكرة التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب أثارت عدة صعوبات تعلق بـ :

أ- التفرقة بين الضرر المألوف و الضرر غير المألوف و العادي و غير العادي واقتصار التأمين على غير المألوف و غير العادي منها.

1- زهدور كوثر ، المرجع نفسه ، ص 302 ، 303 .

2- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ، مصر 2009 ، ص150.

وهو ما إنتقده الفقيه "سافاتيه" معتبرا بأن الضرر الطبي في أغلب صورته يكون ضررا عاديا يمكن للمريض تحمله قول غير مقبول لأن ذلك أمر إحتمالي ، ممّا أدى إلى إعتبار التأمين ساريا على كل الأضرار والمخاطر الطبية دون تمييز.

ب- مسألة كيفية تحديد مبلغ التعويض

خاصة إذا كان ذلك شاملا لكل الأضرار والمخاطر، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن جميع الأضرار يمكن تعويضها نقدا وأن تقديرها يكون مماثلا لتقدير التعويض في حوادث السيارات ، في حين استثنى التعويض عن الضرر الأدبي ، مقترحا إقتصار التعويض على الضرر المادي فقط ، غير أن هذا الرأي لا يتفق مع الخطأ الطبي المفضي إلى إعاقة لأن الضرر الناجم عنه مزدوج مادي و معنوي ممّا يقتضي تعويضا شاملا محاولة لجبر الضرر.

ج- كيفية تحديد القسط الواجب دفعه مقابل الإلتزام بالتأمين فقد إعتبر الفقيه "سافاتيه" أن الزيادة في قيمة القسط الخاص بالتأمين هي بمثابة القيد على هذا النوع من التأمين و الخاص بالتأمين من جميع المخاطر الطبية.¹

ولقد ردّ أنصار التأمين على ذلك ، بأن هذا النوع سيكون قاصرا على بعض المخاطر في حدود المعقول خاصة في مجال العلاج الجراحي ، وذهب بعض الشراح إلى أنّه عند تحديد القسط المقابل للإلتزام بالتأمين ينبغي الأخذ في الإعتبار عمر الطبيب ، وخبرته السابقة ومدى تخصصه ، والنسبة السنوية لوقوع المخاطر الطبية و مدى جسامتها ، حتى يتسنى تحديد أقساط عادلة بين الأطباء.²

1 - حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، سنة 2000-2001 ص 174-176.

2- عبد القادر أزوا، المرجع السابق ، ص 301.

ولقد إشتراط الفقه للتأمين من الخطر الطبي أن تتوفر فيه شروط محددة ، تتلخص في أن يكون الخطر غير محقق الوقوع وغير متعلق بإرادة أحد طرفي عقد التأمين وغير مخالف للنظام و الأداب العامة ، وأن يكون متجانس أو أن لا يكون نادر الوقوع وهي الشروط المعمول بها عمليا في الميدان¹ .

ومتى ما حصل ضرر في جانب المريض من جراء خطأ الطبيب فإن شركة التأمين تكون ضامنة لكل التبعات المالية المترتبة عن انعقاد المسؤولية المدنية لطبيب حسب ما نص عليه المشرع بالمادة 56 من قانون التأمين² .

بل أنّها تتحمل حتى المصاريف القضائية الناجمة عن دعوى المطالبة بالتعويض طالما قد وقع الحادث المؤمن عنه وفقا لما ورد في أحكام المادة 57 من قانون التأمين ، والتي نصت على أن المؤمن هو من يتحمل المصاريف القضائية الناجمة عن أية دعوى قضائية تعود مسؤوليتها إلى المؤمن له إثر وقوع الحادث المضمون .

وعليه يتحدد نطاق التزام المؤمن في ضمان المسؤولية بكونه يكون ضامنا لكل ما ينجم من تكاليف ، فمتى ما تمت مطالبته وديا أو قضائيا بتعويض عن ضرر يقع تحت مسؤولية المؤمن له ، فإن ذلك يكون داخلا في دائرة التأمين سواء دخل المؤمن في دعوى المسؤولية أم لم يدخل ، فإنّه يبقى ملتزما بكفالة المؤمن له عن جميع نتائج المطالبة ولو كانت من غير أساس³ .

ويلتزم المؤمن بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية المؤمن له من غير زيادة أو نقصان ، بشرط أن لا يزيد عن المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين .

1- أنور طلبة ، العقود الصغيرة ، عقد التأمين ، المكتبة القانونية ، 2004 ، ص 39 .
 2- تنص المادة 56 من ق.ت. على أنه : "يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير."
 3- عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم ، عقد التأمين ، حقيقته ومشروعيته ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 ، ص 41 .

كما أن للطبيب أن يبرم عقد تأمين غير محدود تتعهد بموجبه شركة التأمين بتغطية مسؤولية الطبيب أيا كانت ، ومهما بلغت الأضرار أو إرتفع الرقم المدفوع.¹

ومن استقراء الآراء الفقهية ، يمكن ان نستثني بعض الحالات التي لا يجوز التأمين عليها في المجال الطبي ومنها:

- حالة حصول الضرر بالمريض نتيجة فعل عمدي من الطبيب .
- حالة حصول ضرر بالمريض نتيجة قيام الطبيب بعمله تحت تأثير مسكر أو مخدر ، وكذا متى ما لحق بالمريض ضرر من طرف الطبيب الذي يُزاوّل مهنته بدون ترخيص أو حتى بترخيص مزور²

كما أن هنالك استثناءات تحد من نطاق التغطية التأمينية إما نتيجة لشروط مدرجة في عقد التأمين وهو ما يسمى بالاستبعاد الإتفاقي أو نتيجة لنص قانوني يحد من نطاق الضمان وهو ما يعرف بالاستبعاد القانوني .

وسواء كان الاستبعاد مباشرا أو غير مباشر فلا بد أن يكون واردا في العقد وأن يكون قاطعا وكاشفا عن إرادة الأطراف في إستبعاد بعض المخاطر وأن يكون شرط الاستبعاد محددًا بشكل يكون فيه المؤمن له على علم كاف بما تم استبعاده من مخاطر وذلك على اعتبار أن **الخطر** هو أمر أو حادث مستقبل غير محقق الوقوع منصوص عليه في العقد وغير ناتج عن محض إرادة أحد الأطراف أو عن نشاط غير مشروع يتحسب المؤمن من نتائجه فيلقبها على عاتق المؤمن³ .

1- عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم ، عقد التأمين ، المرجع السابق ، ص 42 .
 2- بن صغير مراد ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان، 2010-2011 ، ص 215 .
 3- أنور طلبة ، المرجع السابق ، ص 40 .

وطالما أن المضرور في نطاق المسؤولية الطبية يعد أجنبيا عن عقد التأمين من هذه المسؤولية وهذا الوضع يحول دون رجوعه على المؤمن في حالة عدم إستطاعته الحصول على حقه من المؤمن له فلا يمكن له ذلك إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة إستعمالا لحق مدينه محدث الضرر.

فقد جعل المشرع الجزائري العلاقة بين المؤمن والمؤمن له مباشرة ، بحيث أعطى حق للمضرور بالرجوع على شركة التأمين بمقتضى حق مباشر له للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

ولقد خول للمضرور هذا الحق بموجب قوانين خاصة و بموجب مبادئ العدالة التي تكفل للمضرور الحق بالحصول على التعويض الذي يستحق ، كما أجاز له الحق في إدخال الضامن (شركة التأمين) بدعوى المسؤولية.

وتجنب بذلك ما يمكن أن يوجه من نقد للدعوى غير المباشرة التي لا يكون في صالح المضرور اللجوء إليها بسبب تزامم دائني المؤمن له¹.

ونظرا لكون عقد التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب يندرج ضمن عقود التأمين التي لا يوجد بها مبلغ التأمين ، فإنه يحتوي على ما يسمى بحد الضمان أو حد التعويض الذي يمثل الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به المؤمن في مواجهة الخسائر التي تلحق الطبيب المؤمن له ، وقد لا تنصرف التغطية التأمينية إلى كل أشكال المسؤولية أو المطالبات بالتعويض التي يتعرض لها الطبيب ، وذلك لأن المؤمن يضمن نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب خطأ مهني من الطبيب أو الجراح سواء وقع هذا الخطأ في التشخيص أو في العلاج أو خلال العمليات الجراحية ، أو أخطاء التخدير أثناء الاستشارة الطبية أو الزيارة أو العلاج².

1 - عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم ، المرجع السابق ، ص 46 .

2 - زهدور كوثر ، المرجع السابق ، ص 304 .

و يقوم الضمان من حيث المدة على قاعدة المطالبة فيضمن المؤمن النتائج المالية المترتبة عن تحقق الخطر من أول مطالبة مقدمة خلال مدة صلاحية العقد بغض النظر عن تاريخ تحقق العناصر الأخرى للخطر على أن يكون الفعل المنشئ للمسؤولية في إطار نشاطات المؤمن له المضمونة في الوقت الذي تمت فيه أول مطالبة¹.

ولتفادي الآثار السلبية لشرط المطالبة نص المشرع الفرنسي على الضمان اللاحق متى تمت المطالبة خلال مدة لا تقل عن خمس سنوات من تاريخ إنتهاء العقد وعشر سنوات بالنسبة للعقد الأخير السابق عن وقف النشاط أو الوفاة ، إذا كانت هذه المخاطر ترجع إلى النشاطات المضمونة بالعقد ونتيجة عن فعل نشأ خلال فترة صلاحية العقد وفي حالة العقود المتعاقبة التي تضمن نفس المخاطر فإن هذه الأخيرة يضمنها العقد الساري المفعول وقت أول مطالبة².

ورغم كل الميزات التي يحققها نظام التأمين من المسؤولية الطبية و لاسيما كفالة مورد يغطي تبعه الخطأ، إلا أنه لا يشكل ضمانا كافية للمريض المضرور في الحصول على تعويض لجبر الضرر بأسهل السبل و في أسرع وقت ، وذلك لكون تقريره يرتبط بالمطالبة القضائية و يقف على ضرورة تحمل عبئ إثبات الخطأ مما يثقل كاهل المضرور و يحمله عناء المطالبة و الانتظار، وهذا في رأينا ما دفع بالتشريعات الأخرى إلى إيجاد البديل من خلال تقرير التعويض بصورة آلية.

1- عبد الهادي السيد محمد تقي الحكيم ، المرجع السابق ، ص 41 .

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1381 .

ثانيا : الطرق المكتملة لنظام التأمين

لم تقف التشريعات الأوروبية عند الحد الذي توفره آليات التأمين من المسؤولية عن الأخطاء الطبية من ضمان ، بل سعت إلى البحث عن ضمانات أقوى للمضرور وذلك من خلال إيجاد طرق بديلة تكفل للمريض المضرور الحق في التعويض¹.

وخلال السنوات القليلة الماضية ونظرا لكثرة الأضرار التي يتعرض لها المتعاملون مع الجهات التي تقدم خدمات طبية سواء كانت وقائية أو تشخيصية أو علاجية فقد حقق المشرع الفرنسي طفرة هائلة في حماية من أصابهم مثل هذه الأضرار، وذلك إستجابة للمبادئ التي قررتها محكمة النقض الفرنسية ، حيث أصدر عددا من القوانين التي من شأنها كفالة حماية قانونية حقيقية للمضرورين نتيجة للإعتداء على حياتهم أو على سلامتهم في المجال الطبي².

وكانت البداية بإنشاء صندوق وطني لتعويض ضحايا الأضرار الناشئة عن الإصابة بفيروس الإيدز عن طريق نقل الدم أو الحقن بمواد مشتقة من مركباته ، ثم ضمان حقوق المرضى بموجب الإصلاح الشامل الذي شهده قانون الصحة العامة ، بمقتضى القانون رقم 303-2002 المؤرخ في 04 مارس 2002 و المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي في فرنسا³.

فقد أصبح للمرضى الحق في الحصول على تعويض عما أصابهم من ضرر سواء كان الضرر بسبب الخطأ المهني أم بسبب المخاطر الملازمة لطرق العلاج والتشخيص⁴.

1- عبد القادر أزوا، المرجع السابق ، ص302.

2- مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، 2009 ، ص301.

3- N.Bourgeois et Durrieu dibolt . La loi de 04 Mars 2002. Paris . 2003 . p36.

4- عيساني رفيقة ، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة تلمسان، 2007-2008 ، ص 150.

وذلك عن طريق إستحداث آليات جديدة للتعويض وتأسيس هيئات تتولى القيام بهذه المهمة بمنأى عن الطريق القضائي ، فهو يمثل نظاما جديدا للتسوية الودية يضمن تعويض المضرورين في إطار التضامن الوطني ، و ينعقد الإختصاص بالفصل في منازعاته لجهاز حكومي يطلق عليه إسم "الديوان الوطني لتعويض أضرار الحوادث الطبية".

حيث لم يعد هناك من مجال للجوء إلى الطريق القضائي ، وإنما عليه التوجه إلى اللجان الإقليمية للصالح التي تختص بتمحيص طلبات التعويض وإبداء رأيها فيها قبولا أو رفضا خلال مدة لا تتجاوز 6 أشهر، والتي تحيل الملف في حال قبول طلب التعويض لاستيفائه الشروط القانونية للديوان الوطني لتعويض الحوادث الطبية الذي يتولى بدوره دراسة ملف الطلب خلال مدة أقصاها أربعة أشهر ، فإذا ما ثبت إستحقاق المريض للتعويض يتقاضى تعويضه خلال شهر من تاريخ صدور قرار الموافقة¹.

وقد لعب القضاء الفرنسي لاسيما مجلس الدولة دورا فعالا يشهد له به في إرساء أسس التعويض عن أضرار التبعات الطبية ، مشكلا بذلك حافزا قويا للمشرع نحو تبني أحكام تنظيمية خاصة.

و كانت البداية مع القرار الصادر عن محكمة الإستئناف الإدارية بمدينة ليون الفرنسية سنة 1990 ، بصدد الفصل في دعوى مرفوعة أمامها بخصوص شاب في الخامسة عشرة من عمره و المسمى Gomez و الذي أدخل المستشفى بهدف تلقي تدخل جراحي تصحيحي إثر إصابته بإنحناء في العمود الفقري وقد أخضعه الأطباء لتقنية جراحية جديدة أصيب على إثرها المريض بمجرد إستفاقة وزوال مفعول المخدر بالشلل².

1- ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية(مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي)،دار الجامعة الجديدة للنشر، كلية الحقوق،جامعة المنصورة، الإسكندرية، مصر الطبعة الأولى،2007، ص 97 .

2- عيساني رقيقة ، المرجع السابق ، ص 153 .

وعلى إثر رفض المحكمة الإدارية لطلب التعويض الذي تقدم به والدا المريض نظرا لما تضمنه تقرير الخبيرين المعتمدين من خلو العملية من أي خطأ يمكن نسبته للأطباء أو للمستشفى العام ، فقد طعن المحكوم ضدهما في الحكم أمام محكمة الإستئناف الإدارية بليون و التي أقرت تعويض ضحايا التقنيات الطبية المستحدثة بشرط كون الضرر الناجم عنها ذو خطورة غير إعتادية و هو ما عبرت عنه بقولها:

"إن إستخدام تقنية علاجية جديدة غير معلومة العواقب بصفة كلية يثير حتى في غياب الخطأ مسؤولية المرفق العام الإستشفائي عن التعقيدات الإستثنائية ذات الخطورة الجسيمة التي تعزى مباشرة لها ، إذا ما سببت للمريض ضررا ذا طبيعة خاصة طالما لم يشكل اللجوء إليها ضرورة حيوية"¹.

وعليه فقد سعى التشريع الفرنسي إلى تغطية تلك النسبة من المخاطر التي يتضمنها بالضرورة العمل الطبي حتى و إن تم بطريقة مشروعة ، و التي لا تنطبق قواعد المسؤولية المدنية عليها ، مستحدثا وسيلة لضمان مخاطر التبعات الطبية الضارة في حالة عدم إمكان نسبة الأخطاء الطبية إلى مسؤول محدد أو في حال صعوبة إثبات الخطأ أو إنعدامه بالطريق الودي ، هدف ضمان حصول المضرورين على التعويض المناسب².

وقد عهد بمهمة تطبيق هذا النظام للمكتب الوطني للتعويض عن الأضرار التي تحدث أثناء العلاج أو عن العدوى في المستشفيات ، وهو مؤسسة عامة خاضعة لوصاية وزير الصحة تضطلع بالتعويض عن هذه الأضرار في إطار التضامن الوطني³.

1- عيساني رفيقة ، المرجع السابق ، ص 154 ، 155 .

2- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق ، ص 98 .

3- عابد فايد عبد الفتاح فايد ، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين و صناديق الضمان ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر، 2014 ، ص 31 ، 32 .

و يتم تمويله بموجب حصة ترد من التأمين الاجتماعي وفق قيمة تحديد سنويا وكذا قيمة المصروفات التي يتم دفعها مقابل الخبرة الطبية، بالإضافة إلى حصيللة العقوبات المالية التي يقررها القاضي على شركات التأمين في الحالات التي يكون المبلغ المعروض منها في حالة التسوية الودية لا يمثل تعويضا كاملا عما أصاب المدعي من ضرر، وكذا حصيللة الدعاوى التي يحل بمقتضاها المكتب محل المهني أو المنشأة التي تقدم خدمات صحية لتحصيل المبالغ المدفوعة في الحالات التي تثار فيها مسؤوليته المدنية عن الضرر¹.

وبخصوص حالات التعويض وفقا لهذا النظام، فإن المكتب الوطني للتعويض عن الأضرار يتولى تعويض الحوادث الطبية إما بصفته بديلا عن شركة التأمين أو باسم التضامن الوطني .

الفرض الأول: التعويض بدلا من شركة التأمين.

وذلك في حالات منها :

- أ- حالة عدم تأمين الطبيب المسؤول من المسؤولية المدنية .
- ب- حالة تجاوز مبلغ التعويض للتغطية التأمينية التي يلتزم بها المؤمن .
- ج- حالة رفض شركة التأمين العرض المقدم إليها من طرف اللجنة الإقليمية بشأن التسوية الودية².

1- عيساني رفيقة ، المرجع السابق ، ص 156.

2- فريحة كمال ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، القانون الخاص ، جامعة مولود معمري كلية الحقوق ، تيزي وزو ، 2012 ، 357،359.

الفرض الثاني : التعويض باسم التضامن الوطني

وذلك في الحالات التي لا تتحقق فيها مسؤولية الطبيب باعتبارها حالات قد لا يشملها التأمين، ومنها :

أ- تعويض أهل الطفل عن ولادته معاقا .

فالتعويضات المادية المقدمة لذوي الطفل عن ولادته معاقا تتم بإسم التضامن الوطني .

ب- تعويض المخاطر الطبية الجسيمة (L'aléa thérapeutique grave) :

بما أن القانون أقام مسؤولية الطبيب على الخطأ الواجب الإثبات فإن الأضرار الناجمة عن أعمال الرعاية الصحية أو التشخيص و العلاج ، والتي ترتبت عنها نتائج غير عادية بالنظر للحالة الصحية للمريض حيث نتج عنها عجز يتجاوز نسبة 25% ، ولم يكن الطبيب مسؤولا عنها فإن التعويض عنها يتم باسم التضامن الوطني¹ .

ولعلّ المشرع الفرنسي بهذه الطريقة أجاب إجابة عملية عن التساؤل القائم على مدى كفاية التأمين في تغطية كافة الأضرار التي تلحق بالمرضى ، و كان الأجر بالمشرع الجزائري انتهاج نفس الدّرب و لاسيما بخصوص حالات الإعاقة التي تعكس الوضعية الصعبة لفئة هشة في المجتمع .

1- عابد فايد عبد الفتاح فايد ، التعويض التلقائي للأضرار بواسطة التأمين و صناديق الضمان ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، 2014 ، ص 41 .

في حين نلاحظ أنه اكتفى بالنص في المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني على تكفل الدولة بتعويض المضرور ضررا جسمانيا فقط ، و هذا ما من شأنه الغاء التعويض عن باقي الحقوق الأخرى المرتبطة به ، و ذلك في حالة انتفاء المسؤولية عن المسؤول بالإضافة إلى اشتراط أن لا يكون للمضرور يد فيه بما يفهم معه أن مجرد مشاركة المريض في إحداث الضرر مهما كانت ضئيلة فهي تحرمه من تلقي التعويض وفقا لمقتضيات هذه المادة.

و هذا ما يجعل هذه الضمانة في نظرنا ضعيفة لأنها من جهة تمثل آخر سبيل للمضرور بعد قطع شوط طويل من السعي إلى الإثبات و إستنفاد كل الطرق السابقة لهذه المطالبة ، و لاسيما الوقوف أمام القضاء للحصول على حكم يثبت إنعدام المسؤول.

و من جهة أخرى نظرا لطول و تعقيد الإجراءات للحصول على هذا التعويض الجزئي من خزانة الدولة.

الفرع الثاني : إثبات المسؤولية المدنية للطبيب.

الإثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين أو حقيقة هذا الأمر.

أما في معناه القانوني فهو ما يطلق عليه الإثبات القضائي و يقصد به إقامة الدليل أمام القضاء بطريق من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها ، أو هو بعبارة أخرى إقامة الدليل على حقيقة واقعة يؤكدتها في الخصومة أحد طرفيها وينكرها الخصم الآخر¹.

فالإثبات القضائي يقوم على ما هو راجح بحيث يكفي إثبات ما يرجح وجود أو إنتفاء الواقعة المتنازع عليها تبعا للغالب والمألوف ، والواقعة محل الإثبات في مجال بحثنا هي الخطأ المنسوب إلى الطبيب².

وطالما أن القواعد العامة تقضي بأن على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه ، فإن المريض في العلاقة الطبية هو الدائن و الطبيب هو المدين لذلك فإنه يقع على عاتق المريض ضحية الخطأ الطبي ، عبئ إثبات هذا الخطأ باعتباره هو المدعي وعليه يقع عبئ إقامة الدليل على ما يدعيه³.

ولاشك أن تكليف ضحية الخطأ الطبي بإقامة الدليل على ما يدعيه بشكل عبئا حقيقيا يقع على عاتقه ويجعل من قدرته على النهوض بهذا العبئ عنصرا حاسما في سبيل الحصول على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر لذلك حاول القضاء تلمس طرف الحد من هذا العبئ المكلف به أصلا المضرور⁴

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، الإثبات ، آثار الإلتزام ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص10.

2- محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في المجال الطبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر 2006 ، ص 5 - 6 .

3- مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، 2009 ، ص306.

4- محمد حسن قاسم ، المرجع نفسه ، ص10

أولا - عبئ إثبات خطأ الطبيب:

تتفق التشريعات على قاعدة تكليف الخصم الذي يدعى أمرا معينا بإقامة الدليل على ما يدعيه وإلا اعتبر ادعاؤه بغير أساس مما يقتضي رفضه.

فالواقع العملي يؤكد أن الخصم نادرا ما يلتزم موقفا سلبيا اتجاه ادعاءات خصمه وإنما يسعى إلى نفيها وتنفيذها قبل إقامة أي دليل عليها لذلك فإن التصوير التقليدي لتناوب الخصوم في تقديم الأدلة يعد بعيدا عن الواقع العملي .
و عليه فإن إدعاء المريض خطأ الطبيب أو المستشفى العام الذي يتلقى فيه العلاج يجعل منه في ضوء القواعد العامة في تحديد المكلف بعبئ الإثبات مدعيا يقع على عاتقه عبئ إثبات ما يدعيه¹.

و يختلف الأمر بحسب طبيعة التزام الطبيب . لذلك نفرق بين حالتين:

1- إثبات الخطأ الطبي في إطار الإلتزام ببذل عناية:

متى كان الإلتزام الطبيب في مواجهة المريض مجرد إلتزام ببذل عناية ، فإنه يقع على عاتق المريض عبء إثبات خطأ الطبيب سواء كانت المسؤولية تقصيرية أم عقدية .
و تبرير ذلك هو بأن مضمون إلتزام الطبيب ببذل عناية لا يختلف بحسب ما إذا كان يرتبط مع المريض بعقد أم أنه يؤدي العلاج بمقتضى اللوائح القانونية².

1- عبد القادر أزوا، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب، جامعة الجزائر ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر الطبعة الأولى، 2011 ، ص 76 ، 77 .

2- جاسم علي سالم الشامسي ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول ، المسؤولية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، 2004 ، ص 416 .

لأنّ العمل الطبي لا يؤدي بطبيعته إلى نتيجة مؤكدة ، بل هناك مجال لعنصر الإحتمال فيه و عليه من الطبيعي أن يقع على عاتق المريض إلى جانب إثبات إلتزام الطبيب بعلاجه طبقاً للعقد و اللوائح ، إثبات أن الطبيب لم ينفذ إلتزامه ببذل العناية المطلوبة، و ذلك بإقامة الدليل على إنحرافه أو إهماله¹.

حيث يقع على عاتق المريض بالإضافة إلى إثبات عدم إلتزام الطبيب بعلاجه طبقاً للوائح ، إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو إنحرافه عن أصول الطب المستقرة ، والتدليل على ذلك يكون من خلال مقارنة ما قام به هذا الطبيب مع السلوك المألوف لطبيب وسط من نفس مستواه ، و وجد في نفس الظروف الخارجية فلا يكتفي المريض بإثبات خطأ عدم الإلتزام ببذل عناية ، وإنما عليه أن يقيم الدليل على وجوده ، وإصابته بالضرر أثناء تنفيذه².

وكذلك عليه أن يثبت أن عدم التنفيذ يعد خطأ في حق الطبيب ، ومن هنا فإن خطأ الطبيب لايجوز إفتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر ، كما أن الطبيب بإمكانه إثبات العكس وذلك بإقامة الدليل على أنه بذل العناية اللازمة في تنفيذه لإلتزامه ، بالإضافة إلى ذلك بإمكان الطبيب أن يدرك تلك المسؤولية عنه إذا قام بإثبات السبب الأجنبي³.

غير أنّ التطبيق الصارم لقاعدة عبء الإثبات بهذا الشكل ، وخصوصاً في الدعاوى المرفوعة ضد المؤسسات الصحية العمومية ، يجعل من مهمة المريض مهمة شبيهة مستحيلة .

1- عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون المسؤولية المهنية جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2011، ص 53.
2- طاهري حسين ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، دراسة مقارنة (الجزائر – فرنسا) ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 ، ص 59
3- توفيق خير الله ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول ، مسؤولية الطبيب الجراح عن خطئه المهني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، الطبعة الثانية ، 2004 ، ص 503 .

و أنّ ذلك سببه تباين ظروف الممارسة الطبية وكذلك انعدام المساواة في العلاقة بين المدعي والمدعى عليه و ميلها لصالح المدعى عليه ، بإعتباره إدارة عمومية¹ .
و نتيجة لذلك فإن القاضي الإداري الفرنسي يستعمل سلطته التقنيّة في مجال الإثبات من أجل تكوين قناعته لتخفيف ثقل العبئ الملقى على عاتق المريض .
كما أن الصعوبة الأساسية في الإثبات، تكمن في أن الواقعة المطلوب إثباتها تعد واقعة سلبية ليس لها مظهر خارجي يمكن أن يفصح عنه ، لذلك عمد القضاء الإداري الفرنسي مرة أخرى وتماشيا مع القضاء المدني إلى نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه في مجال إثبات إعلام المريض² .

2- تحديد عبء إثبات الخطأ الطبي في حالة الإلتزام بتحقيق نتيجة.

إن الإثبات في مجال الإلتزام بتحقيق نتيجة ، يختلف تماما عن الإثبات في حالة الإلتزام ببذل عناية ، فالخطأ هنا يفترض تحققه بمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة .
لذلك فإن المدعي إذا لم يكن مطالباً بإثبات وجود خطأ الطبيب ، فإنه يبقى مطالباً بإثبات وجود إلتزام الطبيب ومضمونه وعدم تحقق النتيجة³ .
وهنا يحصل نقل في عبء الإثبات ، لكون الخطأ مفترض في جانب الطبيب ، غير أن افتراض الخطأ في الإلتزام بتحقيق نتيجة ، يختلف عن نظرية الخطأ المفترض⁴ .

1- توفيق خير الله ، المرجع السابق ص 503 .

2- بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص جامعة أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق، تلمسان، 2002 – 2003 ، ص 72 – 73 .

3- أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق ، ص 59 .

4- عميري فريدة، المرجع السابق ، ص 60 .

ثانيا - محل الإثبات

متى كان التزام الطبيب في مواجهة المريض مجرد إلتزام ببذل عناية ، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب سواء كانت المسؤولية تقصيرية أم عقدية ، لكون واقعة تقيد الطبيب بإلتزامه في بذل العناية هو ما يشكل المحل الذي يقع عليه الإثبات.

و تبرير ذلك هو بأن مضمون التزام الطبيب ببذل عناية لا يختلف بحسب ما إذا كان يرتبط مع المريض بعقد، أم أنه يؤدي العلاج بمقتضى اللوائح القانونية ، لأن العمل الطبي يحتوي مجالا لعنصر الإحتمال .

فالمعلوم أن الطبيب لا يلتزم إطلاقا بشفاء مريضه ، لأن الشفاء يتوقف بعد إرادة الله على عوامل واعتبارات لا تخضع دائما لسلطات الطبيب أو الجراح ، ومنها مناعة الجسم وردود أفعاله وحالته الوراثية ، بل هو يلتزم ببذل الجهود الصادقة¹.

وتبعا لذلك فإنه لا يجب افتراض الخطأ لمجرد إصابة المريض بضرر ولو وجد عقد علاج بينه وبين الطبيب، ولا لمجرد جسارة الضرر أو عدم مألوفيته².

ولا شك أن عبئ الإثبات تزداد وطأته حين يصبح المطلوب إقامة الدليل عليه واقعة سلبية فمحل الإثبات في هذه الحالة يصبح أمرا له مظهر خارجي لا يمكن أن يفصح عنه³.

وقد جعلت صعوبة إثبات هذه الواقعة بعض الفقه يتساءل عن إمكانية نقل عبئ إثباتها إلى الطرف الآخر الذي تتوافر لديه عناصر الإثبات .

1 - سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2010- 2011 ، ص 100 .

2 - منير رياض حنا ، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية (شرح وافي للقانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن نقل وزرع الأعضاء) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر الطبعة الأولى، 2013 ، ص 574 .

3- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، الإثبات ، آثار الإلتزام ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص 17 .

على اعتبار أن المدعي (المريض) لا يتحمل فقط عبئ إثبات واقعة سلبية وإنما يتحمل أيضا في نهاية الأمر تبعة الإثبات أو مخاطره ، وإذا كان الطبيب ملتزما بتحقيق نتيجة فإن عبئ إثبات الخطأ الطبي يقع على عاتقه إذ يكفي المريض بإثبات وجود التزام طبي وتكون بذلك مسؤولية الطبيب مفترضة ما لم يقدّم الدليل على تنفيذه للإلتزام¹.

بحيث يطرح التساؤل حول تبعة الإثبات ، بحثا عن من يحكم له القاضي في النزاع المعروض أمامه ، إذا لم تتضح الحقيقة وبقي الشك قائما حول الإدعاءات المدلى بها .

فإذا ما تعذر على المدعي إثبات ما يدعيه لعدم تقديمه دليلا يسند ادعاءه أو لعدم كفاية ما قدمه من أدلة لإقناع القاضي بصدق ما يدعيه على نحو ظل معه الشك قائما لدى القاضي ، فلن يكون أمام القاضي إلا رفض دعوى المدعي وبمعنى آخر فإن الشك الذي لم يقطعه يقين يفيد منه المدعي عليه (الطبيب)².

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية منذ 1962 بقولها أن بقاء حالة عدم اليقين والشك رغم ما قدمه من أدلة للإثبات ، يقتضي بالضرورة أن يفسر لمصلحة المدعي عليه.

و بالتالي فإن إلقاء عبئ الإثبات على المريض يعرضه إذا إلى أن يخسر دعواه إذا ناء بحمله ولم يتمكن من تقديم دليل يبرهن به على الخطأ الذي يدعيه .

و هنا أجرت محكمة النقض الفرنسية تحولا هاما في مجال التزام الطبيب بإعلام المريض ويعد المجال محدودا بالنظر إلى الجوانب المتعددة للمسؤولية الطبية³.

1- سايكي وزنة، المرجع السابق ، ص 101 .

2- عبد القادر أزوا، المرجع السابق ، ص 78 .

3- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 331.

ولم يكن التحول بشأن عبئ إثبات الإعلام الطبي قاصرا على محكمة النقض فمجلس الدولة الفرنسي لم يتأخر عن اللحاق به بمقتضى حكم صدر عنه بتاريخ 2000/01/15 قرر فيه أن عبئ إثبات تنفيذ الإلتزام بالإعلام يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى فيه المريض العلاج ، و بمقتضى هذا الحكم تكون محكمة النقض الفرنسية قد أضفت مزيدا من الحماية على المريض المضرور¹.

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أنه :

ما دام محل الإثبات يتعلق بواقعة مادية و هي إما وجود ضرر نتيجة التقصير في بذل العناية اللازمة أو عدم تحقق النتيجة المنتظرة ، فإن الإثبات في هذه الحالة متاح وفقا لنظام حرية الإثبات مما يجيز إقامة الدليل بكل الطرق ، ونظرا لخصوصية الضرر الناجم عن الخطأ الطبي فإن الشهادة الطبية تعتبر أول وأقوى دليل ، لذلك تعد وثيقة أساسية في ملف الدعوى و للقاضي أن يلجأ الى اعتماد قرينة الخطأ من خلالها ، ومتى إستطاع إقامة الدليل على خطأ الطبيب فإنه يلجأ إلى القضاء لتكريس حقه في التعويض بطرح الدليل المثبت له².

1 - سايكي وزنة ،المرجع السابق ، ص 102 .

2 - حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة ، في القانون الجزائري و المقارن ، دراسة مقارنة دار هومة ، 2008 ، ص 78.

المطلب الثاني : ضمان حق المعاق المضرور في التعويض

إن الهدف من فرد إلزامية التأمين على ممتهني النشاط الطبي ، مقترن بسعي المشرع إلى توفير نوع من الضمانة لفائدة المريض المضرور ، بغرض تغطية عملية تعويضه عما أصابه من أضرار جراء الخطأ الطبي ، و في مقابل إلزام الطبيب بدفع التعويض لجبر الأضرار التي تسبب بها ، يقع على عاتق المريض ضرورة إنتهاجه جملة من الإجراءات المنصوص عليها قانونا ، بالإضافة لإثبات الخطأ في جانب المريض وذلك عن طريق الإلتجاء إلى القضاء للإحتكام إلى عدالة القاضي المختص من جهة بتقدير إنعقاد المسؤولية من عدمه ومن جهة أخرى بتقدير قيمة التعويض المستحق بالنظر إلى عدة اعتبارات خطها له المشرع في إطار سعيه إلى تحقيق العدالة.

الفرع الأول : دعوى المسؤولية المدنية

التعويض أثر من آثار المسؤولية ، فمتى توافرت أركان المسؤولية المدنية أصبح مرتكب الفعل الضار ملزما بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر بقدر كاف لجبر الضرر و ذلك عن طريق دعوى التعويض.

فدعوى المسؤولية المدنية هي الوسيلة القضائية التي يستطيع المضرور عن طريقها ، الحصول من المسؤول عن تعويض الضرر الذي أصابه إذا لم يتم ذلك إتفاقا¹.

فحسب التشريع الجزائري تقوم مسؤولية الطبيب عقدية كانت أو تقصيرية على الخطأ الواجب الإثبات، وإن لم يشترط في هذا الخطأ أن يكون بقدر من الجسامة فإن كل فعل كُيف على أنه خطأ يوجب التعويض ، والذي يستحق بمقتضى المطالبة القضائية التي نظم المشرع شروطها و سلطة القاضي القائم عليها.

1- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2009 ، ص 107 .

أولاً: شروط رفع دعوى التعويض عن الأخطاء الطبية

تقوم دعوى التعويض وفقاً للقواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كغيرها من الدعاوى القضائية على ضرورة توافر جملة من الشروط الموضوعية من صفة ومصلحة وأهلية حسب المادة 13 منه، وشروط شكلية تقتضي تقديم عريضة مسجلة وإرفاقها بالوثائق الثبوتية أمام الجهة القضائية المختصة، ووفقاً للأجال القانونية المحددة.

ويضفي الضرر الواجب التعويض في المجال الطبي نوعاً من الخصوصية على بعض الشروط منها:

1- أطراف دعوى التعويض:

تتضمن دعوى التعويض ككل دعوى طرفين أساسيين هما المدعي والمدعى عليه إضافة لأطراف قد تتدخل أو تدخل في الخصام .

أ- المدعي :

هو المضرور الذي يباشر حقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه مباشرة ، أو إرتد عليه من ضرر أصاب غيره.

إذ يجب أن يثبت المدعي أنه صاحب الحق الذي وقع الضرر مساساً به سواء كان مادياً أو معنوياً إضافة لإثبات أهليته للتقاضي¹.

و المدعي في دعوى المسؤولية المدنية للطبيب هو المريض الذي أصابه ضرر نتيجة العمل الطبي الخاطئ أو نائبه القانوني² ، شريطة أن تتوافر به الشروط الموضوعية المحددة بالمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

1- محمد المنجي ، دعوى التعويض عن المسؤولية العقدية والتقصيرية ، مراحل الدعوى من التحرير الصحفية إلى الطعن بالنقض ، الإسكندرية مصر ، الطبعة الثالثة ، 2003 ، ص 112 .
2- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 197 .

ومنه فالأصل أن ترفع دعوى التعويض من المريض المضرور شخصيا أو عن طريق وكيله ، وكإستثناء ترفع نيابة عنه وبإسمه من نائبه أو وصيه أو القيم عليه إذا لم تكن له أهلية التقاضي .

وإذا كان الضرر أدبيا أو جسمانيا نتيجة عجز كلي أو جزئي فإنه يعتبر من الحقوق الشخصية المتصلة بشخص المدين وحده.

لكن تجدر الملاحظة أن :

الضرر المرتد هو ذلك الضرر الذي يقع بطريق الإرتداد بضرر آخر و يكون نتيجة له ، و يعتبر ضررا مباشرا يتعين التعويض عنه".

فإذا أدى الخطأ الطبي إلى إعاقة رب أسرة مثلا ، فإنه يرتد على أهل بيته بإنقطاع مرد رزقهم ، وعليه فالفعل الواحد يمكن أن يصيب أكثر من شخص بضرر إذ يشمل من وقع عليه الفعل الضار مباشرة وكذا من أصابهم ضرر إرتد عن الضرر الأصلي لذلك لهم الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه شخصيا¹.

ب- المدعى عليه :

يعد الطبيب هو المسؤول المباشر عن إحداث الضرر لذلك تباشر الدعوى في مواجهته باعتباره صاحب الصفة طالما كان الخطأ المرتكب ذو طابع شخصي في حين يكون المستشفى في موضع المدعى عليه متى ما كان الخطأ ذو طابع وظيفي².

و في حالة تعدد المدعى عليهم فقد أجاز المشرع للمدعي رفع دعوى المسؤولية عليهم جميعا أو إختيار من يشاء من بينهم و يطالبه بالتعويض كاملا³.

1 - حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 197 .

2 - عباسي كريمة، الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2011 ، ص 89 .

3 - حروزي عز الدين ، المرجع نفسه ، ص 198 .

فلا مانع أن تقام المسؤولية على الشخص المعنوي (المستشفى الخاص) وممثلوه بصفتهم أفرادا فهو مسؤول عنهم من جهة و متضامن معهم من جهة أخرى¹.

ج- الطرف المدخل أو المتدخل في الخصام

يتم إدخال شركة التأمين في الدعوى إستنادا لإلزامية التأمين من المسؤولية المدنية الطبية، لأنها تمثل الضامن لاستيفاء المضرور للتعويض .

أما عن الطرف المتدخل في الخصام فانه غالبا ما يكون في صورة ذوي المضرور في حالة الضرر المرتد.

2- شرط الاختصاص القضائي:

ويتعلق بطبيعة الجهة القضائية المختصة بنظر دعوى التعويض عن المسؤولية الطبية ووقت إختصاصها .

أ - الإختصاص الوظيفي

لقد ثار النزاع في البداية بفرنسا حول الإختصاص القضائي بدعوى المسؤولية عن الأخطاء الطبية التي تقع في المستشفى العام.

و ذهب القضاء العادي خلافا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الأطباء و الجراحين بالمستشفى العام ليسوا تابعين للإدارة ، و إنما يمارسون عملهم الفني بكل استقلال و أن خطأهم المهني لا يرتبط بسير المرفق العام ، و من ثم تختص المحاكم العادية بالنظر في مسؤوليتهم².

1- محمد المنجي ، دعوى التعويض عن المسؤولية العقدية و التقصيرية ، مراحل الدعوى من التحرير الصحفية إلى الطعن بالنقض ، الإسكندرية، مصر ، الطبعة الثالثة ، 2003 ، ص 117 .

2 - وكواك الشريف ، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر 2003 - 2004 ، ص 32 ، 33 .

غير أن محكمة النزاع حسمت الخلاف حول مسألة الإختصاص من خلال قرارات مبدئية حيث حددت الإختصاص للجهات القضائية الإدارية ، على أساس أن الأخطاء عند ثبوتها تتصل بتنفيذ مهام المرفق العام ، و مثل هذه الأخطاء ليست أخطاء شخصية تنفصل عن أداء الخدمة العامة التي يقع أداؤها على عاتق الطبيب¹.

و القاعدة العامة هي أن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب العامل بالمستشفى العام خلال قيامه بعمله ، تدخل في اختصاص القضاء الإداري بشرط ألا تشكل أخطاء شخصية منفصلة عن أداء الخدمة الصحية المكلف بأدائها².

ويرى الأستاذ "محمد حسين منصور" أن الهدف من جعل القضاء الإداري هو المختص بالنظر في الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء ، هو حمل الإدارة على تغطية الأخطار الصادرة من تابعيها أثناء قيامهم بأعمالهم داخل المؤسسة.

فالمضروور و ضمانا للحصول على حقه ينبغي عليه الرجوع على المتبوع وهي إدارة المستشفى العام أمام القضاء الإداري³.

و من الطبيعي أن يختلف الحال إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الطبيب غريبا عن عمله داخل المستشفى العام ، فهنا يخضع للقضاء العادي و تطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية المدنية كالأخطاء التي يرتكبها الطبيب العامل في المستشفى العام إذا اشتغله لحسابه الشخصي⁴.

1 - Contentieux administratif . Responsabilité de la puissance publique . Dommage résultant du fonctionnement du service public hospitalier. Juris classeur administratif . F3.p 714.

2- عدنان إبراهيم سرحان ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهندسين ، الجزء الأول ، الطبيعة

القانونية للمسؤولية المدنية الطبية ، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2012 ، ص 202 - 209 .

3- زهدور كوثر ، المرجع السابق ، ص 311 ، 312 .

4 - وكواك الشريف ، المرجع السابق ، ص 33 .

أما عن موقف القضاء الجزائري فإنه:

يتبين لنا من خلال قضية المركز الاستشفائي الجامعي بوهران ضد (ب م و من معه) و التي رفع قاضي الموضوع بمقتضاها اللبس الذي من الممكن أن يقع فيه القاضي و ذلك من خلال تطبيق المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية السابق و المادة 7 مكرر من نفس القانون، (المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الحالي).

حيث أكد قاضي الموضوع اختصاص الغرفة الإدارية للمجلس القضائي لكون أحد أطراف النزاع ممثلا للدولة ، إذ جاء في حيثيات القرار أنه:

" و لما كان المستشفى الجامعي لوهران مؤسسة عمومية ذات طابع إداري فإنه حتما يعود الاختصاص إلى الغرفة الإدارية للمجلس القضائي لوهران.

و بما أن الطبيبين المتهمين يعملان داخل المستشفى العام ، و أن الخطأ الجسيم ارتكب داخل المستشفى و بصدد القيام بالعمل الطبي فإن ذلك يستوجب رفع دعوى إدارية ضد الطبيبان ممثلان بالمستشفى العام لوهران ، كما يستوجب تعويض الضحية (ب م) (و من معه)¹.

وبالتالي نخلص إلى أن القضاء الإداري هو من يختص بنظر دعوى المستشفى العمومي عما ينجم عن عمل الأطباء الموظفين لديه ، وتخضع هذه الدعوى لأحكام القانون الإداري وقواعد مسؤولية الإدارية².

في حين ينعقد الإختصاص للقضاء العادي بصدد القضايا المتعلقة بمسؤولية أطباء القطاع الخاص ، وكذا الأخطاء المرتكبة بصفة شخصية في القطاع العام.

1- وكواك الشريف ، المرجع السابق ، ص 34 . و عيساني رفيقة ، المرجع السابق ، ص 90 .
2- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2012 ص 273 .

وعليه ترفع دعوى مدنية إذا ما كان الطبيب يعمل بالقطاع الخاص طبقاً للمادة 13 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و ترفع دعوى قضاء كامل أمام القضاء الإداري إذا كان الطبيب يعمل بالقطاع العام طبقاً للمادة 800 و ما بعدها من نفس القانون.

ب - الاختصاص المحلي:

بناءً على نظام الإختصاص المحلي فإنه يكون على المريض المضرور اللجوء إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر موطن الطبيب ، شريطة أن يكون هو نفسه المكان الذي قدم فيه العلاج. المادة 137 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. أما إذا اختلف موطن تقديم العلاج ، بإعتباره موطناً خاصاً مع الموطن العامل للطبيب فإن الإختصاص ينعقد للجهة القضائية للمكان الذي تمت فيه مباشرة العمل الطبي¹ ، المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ومادام الإختصاص المحلي ليس من النظام العام فإنه يجوز لكل من المريض والطبيب أن يتفقا على أن تختص محكمة بعينها بنظر النزاع الذي قد يثور بينهما بشأن المسؤولية الناجمة عن أي عمل طبي ، إما بوضع بند خاص في العقد الطبي الذي يحكمهما صراحة في حالة وجود عقد مكتوب ، أو أن يختارا بصفة لاحقة المحكمة التي يعقدون لها الإختصاص حتى ولو لم تكن مختصة محلياً بنظر الدعوى على أن يوقعا معا إقراراً بقبولهما التقاضي أمام قاضي هذه المحكمة الأخيرة² ، و هذا ما أشارت إليه المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

1- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 201 - 205.

2 - رايس محمد، المرجع السابق ، ص 262 ، 263 .

2- شرط المواعيد :

أوجب القانون على المتضرر قبل مطالبته بالتعويض عن انعقاد المسؤولية العقدية استيفاء بعض الإجراءات ، و المتمثلة في توجيه إعدار للمدين يطالبه بتنفيذ الالتزام وفق ما تنص عليه المادة 179 و 180 من القانون المدني الجزائري.

بينما أعفاه من مثل هذا الإجراء عند قيام المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 181 من نفس القانون.

و يخضع حق المتضرر في التعويض للتقدم الطويل المحدد حسب القانون المدني الجزائري في خمسة عشر سنة ابتداء من يوم وقوع الضرر حسب المادتين 308 و 315 من القانون المدني الجزائري، كما وضحت المادة 322 من نفس القانون أنه لا يجوز الإتفاق على تغيير مدة التقدم بالنقصان أو الزيادة، إلا أنه يجوز التنازل عن التقدم متى ثبت الحق فيه و لم يشكل ضررا لبقية الدائنين، لكن هذا الفرض لا يصح إعماله بخصوص الضرر الطبي لأنه من المسائل المتعلقة بالنظام العام .

وتجدر الإشارة إلى أن ميعاد رفع الدعوى أمام القضاء الإداري فيما يخص قضايا التعويض غير مقيد بأجل محدد ما دام الحق في الدعوى لم يتقادم بعد¹ .

3- شرط القرار الإداري المسبق :

- كان هذا الشرط في السابق شرطا جوهريا أمام القضاء الإداري ، لكون التظلم الإداري كان إلزاميا ، غير أنه حاليا أصبح إختياريا وعليه لم يعد القرار الإداري السابق شرطا في دعوى التعويض .

1 - قرار مجلس الدولة رقم 20 ، المؤرخ في 2000/01/31 ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، طبعة 2003 ، الجزء الأول ، ص237.

ثانياً: دور القاضي في تقدير تحقق عناصر المسؤولية الطبية

متى ما إستوفى ملف الدعوى شروطه ووضع بين يدي القاضي ، فإن المشرع وعملا على إحاطة المريض المضرور بقدر واف من الحماية ، فقد منح القاضي بسطة تقديرية تخوله القيام بجملة من المهام في سبيل إنصاف المريض المضرور .

بحيث تتمتع المحكمة أولاً بسطة التحقق من قيام أركان المسؤولية والتي يجب على المضرور إثباتها، لتخضع الأدلة المقدمة من قبله لتقدير القاضي الناظر في النزاع كما يتولى القاضي سلطة تقدير التعويض في حال ثبوت إستحقاقه.

لذلك يسعى القاضي لإستخلاص عناصر المسؤولية الطبية وفقاً للقواعد العامة والمبادئ المستقر عليها في الإجتهد القضائي ، فهو يتحقق أولاً من ثبوت الوقائع أو عدم ثبوتها بناء على العناصر والأدلة المقدمة أمامه. ثم من توافر الدعوى على عناصر المسؤولية أو عدم توافرها ، أي مدى مطابقة تلك الوقائع للنصوص القانونية التي تستوجب قيام المسؤولية الطبية.

وأول مشكلة تعترض القاضي بعد فحص الجانب الشكلي للدعوى القضائية هي مدى ثبوت الخطأ في حق الطبيب ثبوتاً ينم عن عدم الحرص والتبصر، أو الإهمال والرعوننة¹ ، وإذا كان القضاء العادي لا يزال يعتد بضرورة توافر ركن الخطأ في المسؤولية الطبية ، إلا أنه يلاقي صعوبات في حصر حالات الخطأ التطبيقية وتحديد مفهومه بدقة وخاصة أنه ينطوي على نواح فنية ليس بإستطاعة القاضي أن يلم بها، وليس من السهل عليه أن يتبين وجه الخطأ في سلوك الطبيب ممّا يدفعه إلى الإستعانة بذوي الخبرة في الفن الطبي ليوضحوا له ما لم يستطع فهمه من المسائل الفنية .

1- رابيس محمد ، المرجع السابق ، ص 276 ، راجع قرار المحكمة العليا ، ملف رقم 399828، المؤرخ في 23 / 01 / 2008 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، سنة 2008 ، ص 175 .

بحيث ليس من حق القاضي أن يتدخل في الجدل العلمي أو في تقدير النظريات الطبية أو في المفاضلة بينهما.

فتكون الخبرة وسيلة يستكمل بها القاضي اقتناعه وتمكّنه من تجميع عناصر إثبات المسؤولية الطبية لذلك يوصف الخبراء بالمساعدين للقضاء وغني عن البيان أنه لا يمكن للخبير الذي يستعين به القاضي أن يضمن تقرير خبرته تقديراً قانونياً للخطأ أو لعناصر المسؤولية الطبية بوجه عام وإلاّ عد متجاوزاً لمهمته لأن عمله فني بحث.

وعليه يقوم القاضي بتحديد مهمة الخبير بدقة في حدود موضوع النزاع المعروف عليه بحيث يكلفه بالبحث عن الأسباب التي أدت إلى حصول الفعل الضار وما إذا كان من الممكن تجنبه وفقاً للمعطيات العلمية السائدة وقت ارتكاب الفعل ، ومدى الإهمال والتقصير الذي أبداه الطبيب المدعى عليه وهل كان لطبيب يقظ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب موضوع المساءلة أن يتصرف كذلك بالإضافة إلى البحث في حالة المريض والظروف والعوامل التي أثرت فيه وما إذا كان مردها إلى تطور المرض نفسه أم إلى أوجه العلاج .

ثم يبين مدى الأضرار التي لحقت بالمريض جراء فعل الطبيب ومدى مطابقتها هذا الفعل للقواعد الفنية للمهنة الطبية .

والخبير في هذا المجال حر ومستقل في اختيار الوسائل التي توصله إلى إستجلاء الحقيقة التي يبحث عنها القاضي لكن ذلك لا يسمح له بتاتا بأن يتدخل لاقتراح إلقاء عبء المسؤولية أو أن يوصي بتخفيفها على طرف ما¹.

1- رابيس محمد ، المرجع السابق ، ص 277 ، 278.

والحقيقة أنّ النتائج التي يتوصل إليها الخبير في تقرير خبرته غالباً ما تكون محل تقدير من طرف القاضي و يعتد بها عند إصداره لحكمه¹ و هو ما تشير إليه المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية².

كما نشير في هذا السياق إلى نص المادة 267 فقرة 3 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، والتي تقضي بإمكانية استعانة القاضي في تقدير الخطأ الطبي بالمجلس الوطني للأداب الطبية قصد توضيح الصعوبات المرتبطة بعملية التقدير.

وبعد تلقي تقرير الخبرة و دراسته ، فإن القاضي يستقل بالتكليف القانوني للسلوك الفني للطبيب ، معتمداً على إقتناعه و ما يرتاح له ضميره ، على أن يراعي منتهى الحرص في مناقشة الآراء الفنية التي يدلي بها الخبراء ، و أن يناقش وقائع القضية على ضوء هذه الآراء و أن يزن شهادة الشهود و يقدر ما تنطوي عليه حقائق الدعوى و يرجح بين أقوال الخصوم ليستخلص عناصر المسؤولية الطبية إن وجدت في سلوك الطبيب.

وهكذا يكون إستخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية داخلاً في حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، متى كان هذا الإستخلاص مستمداً من عناصر ووقائع الدعوى.

ولكن تكليف هذا الفعل والذي على أساسه يطالب المضرور بالتعويض بأنّه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه لا يعد من المسائل القانونية التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا³.

1- طاهري حسين ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، دراسة مقارنة (الجزائر – فرنسا) ، دار

هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 ، ص.64

2 - تنص المادة 144 من ق.ا.م.ا على أنه : " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة غير أن هذا الأخير غير ملزم بالتقيد بالنتائج التي يتوصل إليها الخبير و يمكنه أن يرفضها إذا رأى أنّ العناصر التي بنى عليها الخبير تقريره غير وافية".

3- رايس محمد ، المرجع السابق ، ص 279 .

أما عن ركن الضرر فيمكن للقاضي أن يتثبت من وجوده أو ينفيه معتمدا على الأدلة التي تساق في هذا المجال والضرر مسألة واقع لقاضي الموضوع حرية الإقتناع بوجوده من عدمه ولا رقابة قانونية عليه من طرف المحكمة العليا شريطة أن يبين القاضي في حكمه الضرر الذي أصاب المريض المضرور و إلا كان قضاؤه غير سليم.

أما تحديد عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض فتعد مسألة قانون ويخضع فيها حكم القاضي لرقابة المحكمة العليا ، لأن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ، وعلى القضاة كما قالت المحكمة العليا أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات.

ومن ثم فإن منح تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي إعتدوا عليها في تقديرهم للتعويض يعد خرقا للقواعد المقررة قانونا.

أما بالنسبة لركن العلاقة السببية ووجودها بين الخطأ والضرر، فهي من مسائل الواقع التي يستقل بها القاضي دون معقب عليه إلا إذا إعترى حكمه عيب في التسبب مما يلزمه بأن يورد الأسباب المقنعة المؤدية إلى ما قضى به القاضي في قضائه ، ومن ثم لا يمكن الحكم بالتعويض عن ضرر إلا إذا كان نتيجة لخطأ.

ونافذة القول أن قاضي الموضوع يتمتع بالسلطة التقديرية في إستنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين قناعته ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

فله أن يأخذ ما يراه مناسباً للعدل وبما يطمئن له تاركا ما عداه ما دام ذلك يريح ضميره ولو كان ما يتركه محتملا شريطة أن يعلل حكمه تعليلا كافيا وأن يسببه تسببا كاملا¹.

1- رابيس محمد ، المرجع السابق ، ص 280 ، 281 - ويمكن أيضا الإطلاع على قرار المحكمة العليا - المؤرخ في 1994/ 05 / 24 - ملف رقم 109568- المجلة القضائية لسنة 1997 - العدد 01 - ص 123 .

كما منح المشرع الجزائري القاضي سلطة في تقدير التعويض ، فقد مكنه في حالة عدم إمكانية تقديره وقت الحكم بشكل نهائي من سلطة الإحتفاظ للمضرور بحق المطالبة به خلال مدة معينة¹.

كما يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور وقد أكدت المحكمة العليا الجزائرية في قراراتها أن على قاضي الموضوع تَبَرير جميع عناصر تقدير التعويض المدني ، كونه خاضعا لرقابتها في ذلك².

الفرع الثاني : تقدير القاضي للتعويض عن المسؤولية الطبية

يحدد مبلغ التعويض الذي سيمنح للمضرور طبقا للقواعد العامة ، إما بإتفاق طرفي العقد على مقداره مسبقا ، وإما أن يحدد بموجب نص قانوني ، و إلا يتم تحديده بمقتضى حكم قضائي يستند القاضي بصدده على معايير معينة ، ويعد تقدير القضاء لمقدار التعويض هو الأصل في المسؤولية التقصيرية و الغالب في المسؤولية العقدية.

و لم يترك المشرع الجزائري للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله و أهوائه الشخصية ، بل حدد له معايير يسير عليها في إطار أعماله لسلطته التقديرية و التي تضمنها نص المادة 131 من القانون المدني³.

1 - طاهري حسين ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، دراسة مقارنة (الجزائر – فرنسا) ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002، ص 62 ، 63.

2 - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر ، طبعة، 2011، ص 206 .

3 - تنص المادة 131 من ق . م على أنه : " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملايسة"

أولاً : مصادر تقدير التعويض

تنص المادة 132 من القانون المدني على طرق التعويض و التي تتمثل في التعويض العيني القائم على إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار وإزالة الضرر الناشئ عنه بحيث يلتزم بمقتضاه المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به لذلك فإن مثل هذا النوع لا يصدق على المسؤولية الطبية .

لذلك تعتبر الطريقة الثانية و المثلثة في التعويض بمقابل هي الصورة الغالبة في التعويض عن المسؤولية التقصيرية من خلال المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر اللاحق بالمضرور سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، والذي يدفع في شكل دفعة واحدة مع امكانية دفعه على شكل أقساط¹.

يمكن تحديد التعويض المستحق للمضرور وفقا لثلاثة طرق استنادا لطبيعة العلاقة الرابطة بين المضرور و المسؤول ، أو إعمالا لمبدأ تدخل المشرع بصدد القواعد المتعلقة بالنظام العام أو عن طريق تمتيع القاضي بالسلطة التقديرية .

1- التقدير الإتفاقي

يمكن لطرفي العقد الإتفاق مسبقا على تحديد مبلغ التعويض وذلك بالنص عليه في العقد أو في إتفاق لاحق ، والذي يسمى "بالشرط الجزائي" والذي يجد مجاله في المسؤولية العقدية² ، و ذلك ما أجازته المشرع الجزائري طبقا للمادة 183 من القانون المدني الجزائري.

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 207 ، 208 .
 2- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، الإثبات ، آثار الإلتزام ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص797.

غير أن الشرط الجزائي يطبق على المسائل الإقتصادية ويبقى عديم الأثر بالنسبة للأضرار الجسدية بحيث لا يمكن أن تكون سلامة الإنسان في جسمه محل إتفاق مالي و عليه لا يصلح هذا النوع من التقدير في إطار المسؤولية المدنية الطبية¹.

2- التقدير القانوني

و الذي يستخلص من نص المادة 186 من القانون المدني التي نصت على تعويض الضرر اللاحق بالمضروب بسبب تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه و التي لامجال لتطبيقها في إطار المسؤولية الطبية ، لكون إلتزام الطبيب في العقد الطبي ليس مبلغا من النقود ونفس الحكم في إطار جبر الضرر الناشئ عن المسؤولية التقصيرية للطبيب.

3- التقدير القضائي

أمام إستحالة تحديد مبلغ التعويض بإتفاق الطرفين في المجال الطبي ، وكذا غياب أي نص قانوني يحدده من جهة أخرى ، فإن قاضي الموضوع هو من يقدر القيمة التي ستمنح للمضروب بموجب حكم ، و يتمتع في ذلك بالسلطة التقديرية لكون ذلك من مسائل الموضوع ومنه فلا رقابة للمحكمة العليا عليه إلا من حيث التسبيب.

في حين أن تحديد الضرر القابل للتعويض يعد من المسائل القانونية ، و عليه تتقيد سلطة قاضي الموضوع في تحديد نوع الضرر².

و عليه أن يراعي في تقديره مجموعة من المعايير المرتبطة بالواقعة محل التقدير.

1- حسني محمد جاد الرب ، التعويض الإتفاقي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 ، ص126.

2- بومدان عبد القادر ، المسؤولية الجزائرية للطبيب عن إفشاء السر الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون المسؤولية المهنية ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2010- 2011 ، ص 143 ، 144 .

ثانيا : سلطة القاضي في تقدير التعويض :

بعد أن يتثبت القاضي من قيام المسؤولية المدنية في حق الطبيب استنادا لثبوت أركانها فإنه قد خول مكنة ترجمة جملة تلك العناصر الى مقدار مالي لتعويض المضرور و له في ذلك بعض القيود التي ترشده الى سبيل التقدير من خلال المعايير القانونية الواجب عليه مراعاتها في إطار أعمال سلطته التقديرية ، بهدف منح تعويض من شأنه جبر الضرر¹.

1- العناصر الواجب مراعاتها في تقدير التعويض

ينبغي على القاضي ان يراعي جملة من العناصر في إطار تقديره لمقدار التعويض والتي منها ما أشارت إليها نصوص قانونية ومنها ما ترتبط بالضرر نفسه أو بالمضرور إذ يجب أن يكون التعويض طبقا للقاعدة العامة على قدر كاف لجبر الضرر، فلا يزيد و لا يقل عنه و لقد قيد المشرع سلطة القاضي في تحديده ببعض المعايير التي ينبغي أن يستند عليها و المحددة طبقا للمادة 131 و 182 من القانون المدني الجزائري² ، والتي تتمثل في:

أ- معيار الضرر المباشر

لتحديد قيمة التعويض، لا بد من تحديد ماهية الضرر و مداه و سبب حصوله ، حيث يقضى بالتعويض بناء على مقدار الضرر اللاحق بالمريض إستنادا لأصلة مباشرة بالخطأ المرتكب من الطبيب ، و بالتالي لا يعوض عن الضرر إلا إذا كان مستقرا وكذا بالرجوع إلى معدل العجز إذا ما كان كليا أو جزئيا³.

لأن المبدأ المتفق عليه فقها و قضاء أن التعويض يقدر بقدر الضرر، فهو له مقابل و عليه يشترط لإستحقاقه ضرورة تحقق الضرر، و أن يكون ناتجا عن فعل الطبيب الخاطئ (رابطة سببية).

¹ - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص791.

² - بومدان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 146.

³ - حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 23.

بحيث يشمل التعويض في المسؤولية المدنية التقصيرية الضرر المباشر بشقيه سواء كان متوقعا أو غير متوقع و يتسع مجاله ليبلغ الضرر غير المباشر¹ ، في حين أن التعويض في المسؤولية المدنية العقدية يشمل فقط الضرر المباشر المتوقع ، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 182-2 من القانون المدني².

ب- مراعاة نوع الضرر

بحيث يراعي القاضي في تقديره طبيعة الضرر اللاحق بالمريض و ما إذا كان يندرج ضمن طائفة الأضرار المعوض عنها قانونا³.

و إذا لم يكن هنالك جدل بخصوص التعويض عن الأضرار المادية بإعتبارها أساس المسؤولية المدنية ، فإن التساؤل قائم بخصوص باقي صور الضرر.

وعليه يفرق القاضي في التقدير بين الضرر الأصلي و هو الضرر المباشر الذي يلحق جسم المضرور فهو يمثل عين الإصابة ذاتها ، و الأضرار التابعة للإصابة الجسدية و التي تشمل باقي صور الأضرار . و يطرح التعويض عنها جملة من الخلافات⁴.

- بخصوص تقدير التعويض عن الضرر المادي

يستند القاضي في تقييم التعويض عن الأضرار إلى حجم الضرر الناجم عن الخطأ الطبي بغض النظر عن الأضرار السابقة عنه ، و هذا ما دأب عليه الإجتهد القضائي في عدة قرارات وردت عنه ، منها قرار مجلس الدولة سنة 2008⁵

1- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الالتزامات ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، الأحكام العامة ، الجزء الثالث ، الطبعة الخامسة ، المنشورات الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص 541 .

2 - تنص المادة 182-2 من ق.م. ج على أنه : " غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" .

3- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 786.

4-فاطمة الزهراء منار ، مسؤولية طبيب التخدير المدنية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2012 ص 249.

5- قرار مجلس الدولة ، رقم 26678 المؤرخ في 2006/11/29 ، الصادر عن المجلة القضائية ، طبعة 2008 ، العدد 63 ، ص 398.

بحيث يقوم بإعمال معيار نسبة العجز الكلي المؤقت و التي تتحدد بمعدل مدة التوقف عن العمل و كذا نسبة العجز الجزئي الدائم و الذي يعبر عن فقدان العضو المصاب لوظيفته كليا ، إذ يتحدد بالنسبة المئوية التي يشكلها ذلك العضو من مجمل الجسم¹ ، كما أن على القاضي أن يأخذ في الحسبان المضاعفات الطبية للضرر و ذلك حتى يكون التعويض شامل التغطية للضرر الحاصل .

غير أنه يبقى مقيدا في ذلك بمقدار ما طلبه المضرور إذ يحصر تقديره في هذا النطاق ، فلا يزيد عنه و إلا يكون قد قضى بأكثر مما طلب منه و هذا يعرض حكمه للنقض ، لكنه بالمقابل يستطيع النزول عن المبلغ المطالب به لأن المتقاضي يطلب و القاضي هو من يقرر² .

كما أنه يأخذ في الحسبان نسبة مشاركة خطأ الطبيب في إحداث الضرر إذا ما كان ناجما عن تظافر عدة أسباب.

أما عن الضرر المالي فعليه أن يدرج مصاريف العلاج التي صرفت بغرض إزالة الضرر اللاحق بالمريض و كذا تلك التي يحتاجها في إطار إعادة التأهيل الطبي³ .

- بخصوص تقدير التعويض عن الضرر المعنوي

أغفل المشرع الجزائري التطرق إلى مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الصادر سنة 1975 ، بالرغم من تحديده لطرق تقدير التعويض⁴ في المادة 182 منه.

1- قرار مجلس الدولة رقم 4166 ، المؤرخ في 2003/06/03 ، مجلة مجلس الدولة ، لسنة 2003 ، العدد 4 ص 99.

2- طاهري حسين ، المرجع السابق ، ص 66.

3- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 213.

4- عباشي كريمة، المرجع السابق ، ص 26 - 29 .

و قد عارض جانب من الفقه فكرة التعويض عن الضرر المعنوي بحجة أنه يصعب تقديره نقداً ، و أن التعويض عنه لا يمحو آثار تلك الأضرار والآلام ولا يلحق بالمضرور أي نقص في ذمته المالية ، لكن القضاء دأب على التعويض عنه¹ .

في حين كان رأي الدكتور "علي علي سليمان " بخصوص عدم النص على التعويض عن الضرر المعنوي أن المشرع الجزائري قبل بالتعويض عن الضرر الأدبي بالرغم من أن نص المادة 124 جاء عاماً و ذلك لأن النص العام لا يخصص بدون نص خاص، كما يلاحظ أنه قبل بالتعويض عن الضرر الأدبي في عدة نصوص أخرى منها قانون الإجراءات الجزائية الجزائري و كذا قانون العمل الجزائري الذي تضمن التعويض عن الضرر الأدبي في حوادث العمل ، كما أن نص المادة 131 من القانون المدني لم تستبعد التعويض عن الضرر الأدبي.

كما أنه نص عليه في قانون الاجراءات الجزائية ، الذي أكد أن دعوى المسؤولية تقبل عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية ، إضافة إلى النص عليه في قو انين متفرقة².

و قد تدارك هذا السهو إثر تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 ، حيث أخذ بمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي وذلك في المادة 182 مكرر³

و هذا ما يقتضي من القاضي من جهة التعويض عن الضرر المعنوي إذا طلب منه ذلك و كان ثابتا ، و من جهة أخرى مراعاة نص المادة 182 مكرر من القانون المدني في تقديره.

1- مقدم سعيد ، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1992 ، ص 129.

2 - فاطمة الزهراء منار ، المرجع السابق ، ص 242.

3 - تنص المادة 182 مكرر من ق.م.ج على أنه : "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"

و الملاحظ أن العمل القضائي قد درج على منح مبلغ تعويض اجمالي تأخذ فيه الأضرار المعنوية ، وضرر التألم...بالحسبان إلى جانب الضرر المادي ، أما عن الضرر الجمالي فلا تعويض فيه إلا بنص صريح كونه ذو طبيعة خاصة و إن كان يأخذ ضمنا بعين الإعتبار في الحالات التي يرى القاضي أنها تتطلب ذلك¹.

- بخصوص تقدير التعويض عن ضرر تفويت الفرصة

لم يستعمل المشرع الجزائري مصطلح تفويت الفرصة في إطار التعويض و لكنه بالمقابل لم يمنع ذلك ، مما يعني أنه يمكن للقاضي أن يأخذ بمبدأ التعويض عن تفويت الفرصة في حسابه لعناصر التعويض متى ما كانت الفرصة حقيقية وجدية.

و ذلك من خلال النظر إلى ما كان لطالبه من رجح كسب فوته عليه وقوع الفعل الضار غير المشروع خاصة و أنه لا رقابة للمحكمة العليا على تقدير قاضي الموضوع للضرر المترتب على تفويت الفرصة .

و لقد استقر كل من الفقه والقضاء بالرغم من غياب نص صريح ، على اعتبار تفويت فرصة الشفاء أو التحسن الصحي أو البقاء على قيد الحياة بسبب عدم إتخاذ ما هو لازم في وقته المناسب ضرر في حد ذاته لكون مجرد تفويت هذه الفرصة يعتبر ضررا محققا.

و عليه على القاضي متى ما تأكد من ضياع فرصة جدية على المريض نتيجة خطأ الطبيب ، أن يأخذ تعويضه عن ذلك بالحسبان².

1- مقدم سعيد ، المرجع السابق ، ص 138 .
2- بن صغير مراد ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2010-2011 ، ص 140-142 .

ونشير بصدد ضرر تفويت الفرصة إلى " تفويت فرصة تجنب ضرر الولادة المعاقاة بسبب نقص الإعلام " ، وهي المسألة التي طرحت على القضاء الفرنسي بصدد قضيتي " كاراز و بيروش " ، و كان لها أثر على اصدار قانون 04 مارس 2002 و ما تضمنه من اصلاحات¹.

فقد عرضت قضية "كاراز" أمام القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض على أساس الخطأ الطبي المتمثل في نقص الإعلام عن الحالة الصحية للجنين ، مما فوت على الأم فرصة إسقاطه خاصة أنه سبق لها أن عبرت عن إرادتها في إجهاض الجنين إذا ثبت إحتمال تحقق خطر الإعاقة .

فأكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 14 فيفري 1997 على وجود خطأ في جانب المستشفى و المتمثل في نقص الإعلام ، الذي ترتب عنه ولادة طفل معاق وهو ما رتب ضررا لا بد من تعويض الأولياء عنه ، وفي المقابل رفض تعويض الطفل بحجة أن الخطأ الطبي ليس السبب في إصابته بالإعاقة ، فنقص الإعلام لم يكن له أي دور في تسبب الإعاقة للطفل².

أما قضية "بيروش" فتتلخص وقائعها في أن أعراض مرض الحصبة الألمانية ظهرت على الأم الحامل ، فلجأت إلى الطبيب الذي طلب منها إجراء تحاليل مخبرية للتأكد من ما إذا كانت مصابة بمرض الحصبة الألمانية ، فأجري لها تحليلين كانت نتائجهما متناقضة ما اضطر المخبر إلى إجراء تحليل ثالث " تحليل المراقبة " ، فكانت النتيجة إيجابية مع وجود نسبة 6/1 من مضادات المرض و أكدت على أن السيدة " بيروش " محصنة ضد هذا المرض ، فليس هناك إحتمال تحقق إعاقة الجنين فلا ضرورة لإسقاط حملها³.

1- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 299.

2- عباشي كريمة ، المرجع السابق ، ص 64 .

3 - فريحة كمال ، المسؤولية المدنية للطبيب ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، القانون الخاص ، جامعة مولود معمري كلية الحقوق ، تيزي وزو ، 2012 ، ص 277

غير أنها أنجبت طفلا مصابا بإعاقه جسيمة ترتبت عن مرض الحصبة الألمانية الذي إنتقل إليه عن طريق الأم أثناء فترة حملها ، فرفع الزوجان " بيروش " في هذا الصدد دعوى ضد الطبيب المعالج والمختبر الذي أجرى لها التحاليل ، مطالبين بتعويض الضرر اللاحق بهما وتعويض ولادة الطفل "نيكولا" معوقا متحملا هو وعائلته أعباء الإعاقة المأسوية التي هو فيها .

و ذلك على أساس أن الأمّ لو علمت بمرضها، لقطعت الحمل إراديا خلال المدة المسموح بها قانونا ولو لا تلك الأخطاء من قبل المختبر لما حصلت الولادة.

فقضت محكمة الدرجة الأولى بمسؤولية الطبيب و المختبر عن الأخطاء المرتكبة و بعد إستئناف الطبيب للحكم على أساس أن المختبر هو المسؤول وحده عن النتائج السلبية التي توصل إليها في حين أنّها كانت في حقيقتها إيجابية و تنبئ بإصابة الأم بمرض الحصبة الألمانية ، و هنا قضت محكمة إستئناف باريس سنة 1993 بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى مبدئيا وتعديله برفض تعويض الولد " نيكولا " لأن الضرر اللاحق به لا توجد بينه وبين الأخطاء المرتكبة علاقة سببية.

فطعن الزوجان في القرار لكون الخطأ في التشخيص المرتكب من قبل الطبيب والمختبر قد أوقع الأولياء في الغلط وهذا ما يدل على وجود علاقة سببية بين الأخطاء المرتكبة وتفويت الفرصة بالنسبة للولد بأن يتجنب الإعاقة.

و هنا قضت الغرف المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نوفمبر 2000 بحق المطالبة بالتعويض عن ضرر ولادة الطفل معاقا¹.

1- فريحة كمال، المرجع السابق، ص 278 .

غير أن المقارنة بين القرارين تكشف أنّهما إرتكزا على ذات الوقائع في حين
 قدما حلولاً مختلفة سواء بالنسبة للضرر اللاحق بالأولياء، أو بالنسبة للضرر اللاحق
 بالطفل .

بالنسبة للضرر اللاحق بالأولياء:

فقد توصل القضاء الفرنسي العادي والإداري إلى تكوين علاقة السببية بين نقص الإعلام
 والضرر اللاحق بهم جراء الإعاقة التي أصيب بها طفلهم

كما إتفق القضاء ان على تعويض نوع من الضرر المعنوي، الذي يكون مرتبطاً بالخطأ
 الطبي في الإعلام ، وهو حرمان الأم من ممارسة حقها في إسقاط الجنين أي تقويت
 فرصة تجنب ضرر الإعاقة ، طالما أن القانون الفرنسي يسمح لها بإسقاطه خلال المدة
 المسموح بها قانوناً.

وعليه يكون الحرمان من هذه الحرية محلاً للتعويض على أساس تقويت فرصة متى
 توافرت فيها شروط ممارسة هذه الحرية¹.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري بهذا الصدد نجد أنه جرم في المادة 304 وما
 يليها من قانون العقوبات الجزائري الإجهاض أو الشروع كمبدأ عام ، وأجازته في حالة
 الضرورة التي يستوجب فيها إنقاذ حياة الأم من الخطر شرط أن يجريه الطبيب بغير خفاء
 وبعد إبلاغ السلطة الإدارية².

1- مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية
 2009 ، ص 299 ، 300.

2- فريحة كمال ، المرجع السابق ، ص 281.

و هذا طبقا لنص المادة 308 من نفس القانون و هو ما أكدته المادة 72 من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، و التي لم يتطرق فيها لحالة الجنين سواء ما إذا كان سليما أو مشوها فالمبدأ هو تجريم الإجهاض، والإستثناء جوازه في حالة الإجهاض العلاجي فقط¹.

أما بالنسبة لضرر الولادة المعاقة:

فقد إستبعد مجلس الدولة الفرنسي فكرة التعويض عن ضرر الولادة المعاقة، في حين ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى عكس ذلك .

بحيث أكدت على مسألتين هما:

المسألة الأولى : وجود رابطة سببية بين الأخطاء الفنية المرتكبة من طرف الأطباء والمختبرات وبين الولادة الحية المعاقة.

المسألة الثانية: التعويض كما يكون على الأضرار الناتجة عن الوفاة ، فهو يكون أيضا على الأضرار الناتجة عن الولادة أو الحياة².

ويرى في هذا الصدد الدكتور " علي عصام غصن " أن:

قرار مجلس الدولة أكثر واقعية وعدالة من قرار محكمة النقض الفرنسية ، إذ أصاب على الصعيد القانوني حين رفض الأخذ بعين الإعتبار ضرر **الطفل** ، أمّا على صعيد العدالة فمن غير المعقول حصول المتضرر على ذات التعويض³.

1 - فريحة كمال ، المرجع السابق ، ص 281 ، 283 .

2- عياشي كريمة، المرجع السابق ، ص 66 ، 67 .

3 - قاسم محمود جاسم، نظام جبار طالب، الأضرار المعنوية الناتجة عن الأضرار الجسدية ، دار صفاء للنشر والتوزيع عمان ،الأردن ، الطبعة الأولى ، 2013 ، ص 146 .

و ختاماً نشير إلى أنّ المشرع الفرنسي قد تدخل لوضع حد للتناقض الموجود بين القرارات بنصه في قانون 04 مارس 2002 على منع إثارة تعويض ضرر الولادة بالإعاقة و إقتصار على تعويض الضرر المعنوي للأولياء فقط ، وهذا ما تضمنه نص المادة الأولى منه. أمّا المصاريف والأعباء الثقيلة المترتبة عن الإعاقة اللاحقة بالطفل ، فيغطيها صندوق التضامن الوطني¹.

و يا حبذا لو أن المشرع الجزائري يولي اهتماماً بمثل هذه المسائل و التي من شأنها كفالة ضمانات قوية لفائدة المعاقين نتيجة أخطاء طبية.

ج- تأثير الظروف الملابسة

يقصد بالظروف الملابسة الظروف الشخصية المتعلقة بالشخص المضرور لا تلك المتعلقة بالمسؤول ، وتتعلق هذه الظروف بحالة المضرور الصحية والعائلية والمالية ، فيجب على القاضي أن يأخذ بالحسبان الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور عند تقدير التعويض اللاحق به². و قد نص القانون المدني على وجوب مراعاة الظروف الملابسة في تقدير التعويض بموجب المادة 131 منه .

وعرفها الأستاذ السنهوري بأنها : " الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسؤول ، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما أفاده بسبب التعويض كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره التعويض"³.

فيقدر التعويض على أساس ذاتي وليس موضوعي ، إذ يؤخذ بعين الاعتبار:

1- تنص المادة 1 من قانون 04 مارس 2002 على أنه : " لا يمكن لأي أحد الاستفادة من الضرر الناتج عن ولادته"

2 - سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، في الإلتزامات ، في الفعل الضار و المسؤولية المدنية ، الأحكام العامة ، الجزء الثالث ، الطبعة الخامسة ، المنشورات الحقوقية ، لبنان ، 1998 ، ص548.

3 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 793.

- الحالة الصحية:

و ذلك بالنظر إلى الوضعية الصحية السابقة للمضرور، و تقدير مدى تأثير الفعل الضار عليها بموجب ما سببه لها من ضرر.

- الحالة العائلية :

من خلال البحث في الوضعية الإجتماعية للمضرور ، إذا كان صغيرا أو كبيرا رجل أم امرأة ، متزوج أم أعزب ، نوع الوظيفة التي يشغلها ...و ذلك للبحث في مدى تأثير الإصابة على حياته الشخصية و الإجتماعية.

- الحالة المالية:

يأخذ القاضي بعين الإعتبار الحالة المالية للمضرور، لا من حيث الفقر أو الغنى بل من حيث إختلاف الكسب الفائت للمضرور من جراء الإصابة اللاحقة به ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر اللاحق به أشد¹.

د- مراعاة الضرر المتغير

يمكن أن يتغير الضرر ما بين وقت أو يوم وقوعه إلى يوم النطق بالحكم ، و عليه فقد تتطور الإصابة و بالتالي يتعين على القاضي أن يأخذ بذلك في حسابه عند تقدير التعويض .

كذلك الحال في حالة ما إذا أصبح الضرر أخف من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم فالعبرة في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم ، سواء إشتد أو خف. أما إذا لم يتغير الضرر منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، والذي تغير هو سعر القيمة النقدية الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة بالسعر وقت وقوع الضرر².

1- قاسم محمود جاسم، المرجع السابق ، ص 149 .

2- بومدان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 148 ، 149 .

أما إذا كان الضرر متغيرا ولا يكمن تعيين مداه نهائيا وقت النطق بالحكم للقاضي أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في تقدير التعويض، مع مراعاة التغيرات وتطور مراحل الضرر و التغيرات الاقتصادية كزيادة الأسعار وتكلفة العلاج¹، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 131 من القانون المدني². كما أن هنالك مجموعة من العناصر الواجب أخذها بعين الاعتبار عند منح التعويض و منها أنه:

في حالة عدم تغطية التعويض المقرر للضرر المطالب بإصلاحه ، فيمكن تقديم طلب إضافي وبخاصة في حالة الضرر القابل للزيادة ، إذ يمكن للقاضي منح تعويض مؤقت والفوائد التأخيرية.

وتقدر المبالغ بالعملة الجزائرية، وفي حالة التعويض عن فقدان الأجر يأخذ في الاعتبار تطور الأسعار وفرص الترقية المتاحة.

كما تجدر الإشارة إلى أن:

للمتضرر إذا تفاقم الضرر بعد الحكم له بالتعويض، أن يرجع إلى القضاء و يطلب منه ما يعرف بالتعويض عن الضرر المتفاقم ، فلا مانع من المطالبة بدعوى جديدة بتعويض لأن ذلك لا يحول دون قوة الشيء المقضي به لإختلاف موضوع الدعويين و لأن موضوع الدعوى الجديدة هو ما استجد من ضرر.

و للقاضي آنذاك و بناء على الخبرة الطبية التي يطلبها له أن يرفع من قيمة التعويض و يحسب التعويض على أساس تاريخ الخبرة الطبية التي أثبتت التفاقم³.

1- سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص 548 .

2- تنص المادة 131 من ق.م.ج على أنه : " ان لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"

3 - طاهري حسين ، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة ، دراسة مقارنة (الجزائر – فرنسا) ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2002 ، ص 64 ، 65 ، 68 ، 69 .

وهذا ما إستقرت عليه إجتهاادات المحكمة العليا والتي نذكر منها على سبيل المثال:

القرار المؤرخ في 17-10-2007 الذي رفض فيه طعن تقدمت به الشركة الجزائرية للتأمين ضد السيد ب.ع تطلب فيه نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة في 08-11-2003 الذي أيد حكم محكمة عين التوتة المؤرخ في 13-07-2002 الذي صادق فيه على تقرير الخبرة ، و ألزم السيد- ب- تحت ضمان الشركة الجزائرية للتأمين وكالة عين التوتة رمز 308 بدفع مبلغ 54.900.00 دينار تعويضا عن تفاقم الأضرار، مؤسسة طعنها على وجه الخطأ في تطبيق القانون ، إلا أن المحكمة العليا حيثت قرارها بما يلي:

"... إن ما استقر عليه قضاة المحكمة العليا هو أنه عندما يكون التعويض متعلق بضرر التفاقم فإن حساب التعويض يتم على أساس الخبرة الطبية التي أثبتت التفاقم وليس تاريخ الحادث...".

و يستنتج من هذا القرار أن القضاء يعوض على تفاقم الضرر بشرط أن تكون هناك خبرة طبية تثبت التفاقم ، فما على المضرور في هذه الحالة سوى الرجوع على المحكمة التي حكمت له بالتعويض و يطلب تعيين خبير لتحديد التفاقم في الضرر حتى يحكم له بتعويض إضافي معادل للتفاقم¹.

ن - معيار ما فات المضرور من كسب و ما لحقه من خسارة:

على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض بعض العناصر التي نصت عليها كل من المواد 131، 182 و 182 مكرر من القانون المدني ، و عليه أن يشير إليها في حكمه ومنها ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب .

1- زهدور كوثر ، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص 2012-2013 ، ص 297 ، 298 .

أي أنه لا بد عليه من الأخذ بعين الاعتبار مقدار الخسارة اللاحقة بالمريض جراء الضرر اللاحق به ، سواء تمثل ذلك في مصاريف الأدوية والعلاج أو مقدار ما تم صرفه في إطار المطالبة القضائية بالتعويض ، وكذا قيمة ما فات عليه من كسب كان ليحصله لو لا ما لحق به من ضرر¹.

و- تقرير الخبرة

الخبرة عبارة عن إجراء للتحقيق يعهد به القاضي إلى شخص مختص ينعى بالخبير ، و ذلك في إطار مهمة محددة تتعلق بواقعة أو وقائع مادية يستلزم بحثها أو تقديرها أو إبداء رأي يتعلق بها باستعمال علم أو فن لا يتوفر في الشخص العادي² ، وهذا ما أكدته نص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ والمادة 95 من مدونة أخلاقيات الطب.

بحيث يقوم القاضي بعد توصله بالملف ودراسته إذا ما واجهته صعوبات ذات طابع فني ، بتعيين احدي الخبراء المختصين في المجال محل الدراسة بموجب حكم قبل الفصل في الموضوع ، يضمنه المهمة المسندة الى الخبير بتبيان النقاط المراد التطرق اليها ، مع تحديد المدة الواجب ايداع تقرير خلالها ومبلغ التسبيق ، وعلى الخبير في هذا الصدد موافاة القاضي بتقرير حول المهمة المسندة اليه خلال اجل المحدد ، وفقا للمادة 126 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الادارية .

1- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص788.

2- منير رياض حنا ، الطب الشرعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2011 ، ص 34.

3- تنص المادة 125 من ق. ا. م. ا على أنه: " تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضى للقاضي "

ويكون الخبير في اطار الاضرار الناجمة عن الاخطاء الطبية ، طبيب مختص في المجال ويقدم الخبير المكلف بيانا أو رأيا فنيا لا يستطيع القاضي الوصول إليه وحده وأول ما يجب على الخبير بحثه هو حالة المريض وخط سير المرض والعوامل التي أثرت فيه ، وبهذا البحث يستطيع تقدير قيمة الفرص التي ضاعت على المريض للوصول إلى الشفاء ومدى الأضرار التي ترجع إلى فعل الطبيب المعالج ، ثم يبيّن ما إذا كان الطبيب قد ارتكب خطأ فنيا من عدمه¹ .

بيد أن الإستعانة بالخبرة قد لا يستفيد منها المريض فمهمة الخبير في المجال الطبي تعترضها صعوبة موضوعية وأخرى شخصية ، وتتمثل الصعوبة الموضوعية فيما يلي :

إذا كان يتعين من الناحية العلمية المجردة احترام التحقيق العلمي المحايد الذي يقوم به الخبير للبحث عن سبب الواقعة ، فإن ذلك لا يمنع من قيام هذا الخطر في المجال الطبي ، فالخبير قد لا يستطيع أن يقدر بدقة الموقف الذي وجد فيه الطبيب محل المساءلة والذي مارس عمله في ظروف واقعية مختلفة ، فهناك اختلاف كبير بين المعطيات المجردة والحقيقة الواقعية الملموسة.

أما من الناحية الشخصية فإذا كان الخبير هو الوحيد الذي يعرف كيف يوضح للقاضي مدى مسؤولية الطبيب ، فإن هذا الاستثناء قد يصبح محلا للمنازعة إما لتردد الخبير في توجيه المسؤولية لزميل له لما بينهم من تضامن مهني ، أو لوجود غموض أو لبس في تقرير الخبير وهو ما دفع القضاء إلى أن يكون حذرا تجاه تقرير الخبير² .

1- عبد القادر أزوا، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب، جامعة الجزائر ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية مصر الطبعة الأولى، 2011 ، ص 79 .

2- قاسم محمود جاسم، المرجع السابق ، ص 173 .

بل حتى و إن وجدت عادة مستقرة بين الأطباء على اتباع سلوك معين لا يفقد القاضي الحق في الحكم على هذه العادة ، إذا كانت لا تتفق مع الحيطة والحذر اللازمين أو عندما تتعلق تلك العادة برأي فني مريب أو كان يترتب على احترام الطبيب لها وتطبيقها ضررا بالمريض ، ومع ذلك فالطبيب الذي لم يحترم العادة الطبية لا يرتكب خطأ طالما أنه قد أسس رأيه علميا بطريقة مقبولة ومنطقية ، بأن عول في تصرفه على مرجع من المراجع التي يصح التعويل عليها ولو ثبت بعد ذلك أن هذا المرجع كان بعيدا عن الصواب طالما أنه كان متيقظا وحذرا وطابق سلوكه المعطيات العملية للحياة المعاصرة¹ .

وإذا كان على القاضي أن يراعي الحرص في مناقشة الآراء الفنية التي يدلي بها الخبراء فإن من واجبه مناقشة وقائع القضية على ضوء هذه الآراء وأن يرجح بين الأدلة المقدمة ليستخلص عناصر المسؤولية وللقاضي في الوقت نفسه استبعاد تقرير الخبير متى تجاوز هذا الأخير نطاق المهمة الموكلة إليه وفي المقابل يمتنع على القاضي الرقابة على العادة الطبية أو الممارسة العملية متى كانت هذه الرقابة تستلزم ولوجا في المعطيات العلمية ولا يستطيع رفض عادة طبية معينة إلا بعد تدقيق وتأن وأخذ كافة الضمانات العملية الضرورية² .

وكما يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة ، فإنه يمكنه بالمقابل عدم الأخذ بتقرير الخبرة بعد تقديرها ، إذ يمكنه استبعادها شريطة تسبب قراره³ . وهو ما أكدته المشروع في نص المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وتجدر الإشارة إلى أن تعدد التقارير الطبية بسبب طلب الخبرات المضادة و التكميلية و الترجيحية ، من شأنه الإطالة على المريض في الإجراءات من جهة و التسبب للقاضي ربما بحيرة كونه غير مختص بمجالها.

1- منير رياض حنا ، الطب الشرعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2011 ، ص 35.

2- عبد القادر أزوا ، المرجع السابق ، ص 81 .

3- منير رياض حنا ، المرجع نفسه ، ص 37.

ختاماً نشير إلى أنه و في نظرنا كان يجدر بالمشرع أن يرشد القاضي إلى بعض الأسس التي تعينه على حساب مبلغ التعويض باعتباره ليس من ذوي الإختصاص بالنسبة للعمل الطبي ، و هذا مثلما فعله بخصوص نظام التعويض عن الأضرار المادية الناجمة عن حوادث المرور، بحيث يحتسب التعويض حسب رأس المال التأسيسي المحصل عليه بضرب قيمة النقطة الإستدلالية (6060) المقابلة للأجر أو الدخل المهني للشخص عند تاريخ الحادث في النسبة المئوية المستحقة و المحددة قانوناً حسب المادة 16 من القانون رقم 31-88 المعدل و المتمم للأمر رقم 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن حوادث المرور.

وبذلك لا يبقى للقاضي سوى تقدير وجود الضرر من عدمه ، و افرغه في المعدل القانوني المناسب لدرجته و القيام بالعملية الحسابية وفقاً للأسس القانونية للحصول على مبلغ التعويض الأساسي عن الضرر المادي ،لتضاف إليه باقي التعويضات إن كانت مستحقة كالتعويض عن الضرر المعنوي ، ضرر التألم ، مصاريف العلاج اللاحق....

2- منح التعويض

متى ما قضي بإستحقاق المضرور للتعويض فإن الحكم الصادر في دعوى المسؤولية لا يعد مصدر الحق في التعويض بل هو لا يعد إلا مقرر لهذا الحق غير منشأ له ، لأن حق المضرور في التعويض نشأ من العمل غير المشروع الذي أتاه المسؤول فترتب في ذمته التزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسؤولية الثلاث.

و تكون المطالبة بالتعويض ممكنة متى كان الحكم القاضي به نهائياً ، فهو يخضع من حيث طرق الطعن فيه إلى القواعد العامة بحسب الجهة التي صدر عنها (قضاء عادي- قضاء إداري) ، ولا يتم الحصول على التعويض المحكوم به إلا وفقاً لإجراءات معينة و ذلك مع مراعاة مقدار التوزيع في حالة تعدد المسؤولين.

أ- الإجراءات المتبعة في التنفيذ

تسري على الحكم القاضي بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء الطبية وسائل التنفيذ العامة وفقاً لقواعد التنفيذ الإختياري و الجبري لأحكام القضاية ، وفقاً للمواد 600 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و ذلك فيما يتعلق بضرورة صيرورة الحكم القاضي بالتعويض نهائياً و ممهوراً بالصيغة التنفيذية .

في حين أن القواعد المتعلقة بالتنفيذ الجبري للحكم فلا تجد مجالها في هذا الإطار على أساس أن التأمين من المسؤولية الطبية إلزامي و بالتالي فإن المطالبة تتم على مستوى شركات التأمين بإعتبارها الكفيل المعني بدفع قيمة التعويض إلى المريض المضرور و هذا ما من شأنه التسهيل نوعاً ما على المريض في استيفاء مبلغ التعويض.

غير أن إحتمال المماثلة أو رفض الدفع يبقى وارداً مما يجعل أحكام التنفيذ الجبري قابلة للإعمال في هذه الحالة في مواجهة شركة التأمين مع ادخال الطبيب المسؤول.

تجدد الإشارة إلى أنه:

من آثار دعوى المسؤولية المدنية صدور حكم نهائي بإلزام المسؤول بتعويض المضرور و هذه النتيجة طبيعية و تترتب عليها في الحياة العملية أهمية تتمثل في الوقت الذي ينشأ فيه حق المضرور في التعويض، و في هذا الصدد نشأت نظريتان ، أقرت الأولى أنّ الحق في التعويض يكون من تاريخ صدور الحكم أمّا الثانية إعتدت بوقت الضرر كتاريخ لنشوء الحق في التعويض¹.

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، مجلد 2 ، التأمين ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراعي ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص 1379.

فمصدر الحق في التعويض حسب الرأي المستقر ينشأ من العمل غير المشروع الذي أتاه المسؤول فرتب في ذمته الإلتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسؤولية المدنية الثلاث¹.

ب- التعويض في حالة تعدد المسؤولين:

راعى المشرع حالة وجود أكثر من مسؤول عن الضرر اللاحق بالمضرور مميذا بين حالتين :

- المسؤولية الجماعية :

المشرع الجزائري في القانون المدني يرى أنه إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار يكونوا جميعا متضامنين في الإلتزام بتعويض الضرر و يعين القاضي نصيب كل منهم في إحداث الضرر حسب ما ورد في نص المادة 126 من القانون المدني².

حيث أن التضامن في التعويض يختلف في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية ، ففي الأولى إذا إلتزم أكثر من طبيب لعلاج مريض يكون كل واحد منهم مسؤولا عن إلتزامه في حدود العلاج الذي وصفه أو العمل الذي قام به إتجاه المريض.

أما في الثانية فيبقى التضامن قائم بينهم إذا اجتمع أكثر من طبيب لأداء إلتزام واحد فأخطوا فيه كالعلاج أو التشخيص مما أدى إلى إلحاق الضرر بالمريض³.

1- حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة ، في القانون الجزائري و المقارن ، دراسة مقارنة ، دار هومة ، 2008 ، ص 211.

2- تنص المادة 126 من ق.م. ح على أنه : " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر ، و تكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم بالتعويض".

3- أنور العمروسي ، المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في القانون المدني ، دراسة تأصيلية مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، الطبعة الأولى ، 2004 ، ص15

و يكونون جميعا متضامنين في تعويض المريض عما لحقه من ضرر شرط أن يشتركوا جميعا في العمل الطبي مما يصعب معه نسبة الخطأ الحاصل لأحدهم دون الآخر ، و بإستطاعة المريض إقامة الدعوى المسؤولية عن أحدهم منفردا، أو عليهم جميعا و مطالبتهم بالتعويض كاملا¹.

و يستطيع من دفع التعويض منهم الرجوع عن الباقيين كل بقدر نصيبه فقط ويشترط لقيام التضامن أن يكون كل من المتسببين بالضرر قد ارتكب خطأ و أن يكون هذا الخطأ سببا في إحداث الضرر، و يكون الضرر الذي أحدثه كلا منهم بخطئه هو ذات الخطأ الذي أحدثه الآخرون ، أما إذا كان من الممكن تعيين محدث الضرر، بالرغم من تعدد الأطباء في الإختصاصات المختلفة أثناء معالجة المريض فيسأل الطبيب محدث الضرر منفردا، دون غيره من الأطباء².

ب- المسؤولية المجتمعة:

تكون المسؤولية المدنية مجتمعة عند اجتماع الخطأ التقصيري في إحداث ضرر للغير، يتعذر معه تحديد مرتكب الخطأ.

يعرف الفقهاء المسؤولية المجتمعة (بلا نيول وازمان) " هي التي تقوم على أساس مسؤولية عدة أفراد عن أمر واحد لأسباب مختلفة ، فالمسؤولية فيما بينهم في هذه الحالة هي مجتمعة كاملة لكن دون تضامن، كما إذا تعددت مسؤولية الأشخاص فبعضهم مسؤوليتهم ناجمة عن خطأ عقدي و الآخرون عن خطأ تقصيري"³.

1 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع سابق، ص 924 ، 925 .

2 - أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 15 ، 16 .

3 - فاضلي إدريس ، المسؤولية عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2006 ، ص 79 .

فإذا تسبب عدد من الأطباء في إحداث ضرر لمريض فهو غير قابل للإنقسام و تقوم المسؤولية المجتمعة تقوم بينهم فيما يشتركون به بالتعويض عن الضرر المتوقع و ينفرد مرتكب الخطأ التقصيري بالمسؤولية عن تعويض الضرر غير المتوقع¹.

لذا لا يمكن القول بترتيب المسؤولية التضامنية في حالة المسؤولية المجتمعة و لا العكس لإختلاف الآثار بين المسؤوليتين ، أما إذا ما ثبتت المسؤولية فإنه يتعين على القاضي إلزام المسؤول بما يعوض المضرور و يجبر الضرر اللاحق به².

1 - قاسم محمود جاسم، المرجع السابق ، ص212 .
2- فاضلي ادريس ، المرجع السابق ، ص 80 .

المبحث الثاني : مظاهر الحماية القانونية المقررة للمعاق المضرور

يعتبر التعويض بمثابة نتيجة حتمية لوقوع الضرر إستنادا لقاعدة الضمان المكرسة بمقتضى نص المادة 124 من القانون المدني .

غير أنه إذا كان التعويض هو الضمانة العامة المخولة لكل من لحقه ضرر جراء خطأ نسب إلى غيره ورتب مسؤوليته ، فإنه في مجال المسؤولية المدنية الطبية نجد أن المشرع قد أفاد المريض المضرور بجملة من الضمانات المرتبطة على الخصوص بالعمل الطبي وذلك في شكل قيود سابقة عن ممارسة العمل الطبي تحسبا لما قد ينجر عنه من مخاطر محتملة في نطاق المجال المقيد بضوابط ، أو في شكل ضمانات لاحقة عن حدوث الضرر في جانب المريض المضرور ، سعيا إلى محاولة تخفيف وطأة الضرر الذي حل به في صورة إعاقة ناجمة عن خطأ الطبيب .

المطلب الأول : ضمانات مكرسة للمريض بمقتضى قيود مفروضة على الطبيب

إن الحديث عن مظاهر الحماية القانونية المكروسة لفائدة المريض المتعرض لإعاقة جراء خطأ الطبيب ، لا يعني أن المشرع قد خص مثل هذه الحالة بنصوص حمائية خاصة ، وإنما هي جملة من الضمانات المقررة قانونا لفائدة كل مريض يضع جسده أمانة بين يدي من يرتدي الزي الأبيض لتخليصه من الألامه وأوجاعه .

وقد تدخل المشرع لتنظيم شروط إعمال بعض الأعمال الطبية حفاظا على صحة السكان ، ونذكر منها في هذا الصدد مجالين على سبيل المثال ألا وهما مجال التجارب الطبية ومجال نقل وزرع الأعضاء ، والتي تأتي إلى جانب مجالات أخرى كالجراحة التجميلية ، العلاج بالليزر ، إلا أن إختيارنا وقع على هاتين الحالتين إستنادا لشيوع الأخطاء فيها وما قد ينجر عنها من التسبب بحالات إعاقة .

الفرع الأول: تقييد مجال التجارب الطبية

تفرق معظم القوانين واللوائح الطبية بين نوعين من التجارب الطبية التي تجري على الإنسان ، وذلك بحسب الغرض الذي يسعى الطبيب أو الباحث إلى تحقيقه من وراء كل منهما ومن ثم فإن التجارب الطبية نوعان العلمية والعلاجية ، وتتمثل هذه الأخيرة في: التجارب الطبية التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية ، بهدف محاولة إيجاد علاج المريض من خلال تجربة طرق جديدة في العلاج ، سواء كانت أدوية الجديدة أو أشعة..... وقد عمل التشريع الدولي وتلته في ذلك التشريعات الوطنية ، على ربط التجارب الطبية بضوابط تحكم مجالها .

أولاً : الضوابط العامة للتجارب الطبية

تكون التجارب الطبية العلاجية بقصد علاج المريض في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء ، أما إذا كان علاج المريض مستطاعاً بالوسائل الطبية العادية فإن المنطق والقانون يوجبان على الطبيب ألا يلجأ إلى مثل هذه التجارب العلاجية الجديدة التي يمكن أن تؤذي المريض.

نظراً لكون تجربة طرق علاجية مستحدثة أو جديدة قد تنطوي على قدر من الخطورة أو نسبة معينة من الفشل في تحقيق العلاج لدى بعض الأدوية والذي مرده المتغيرات الفيزيولوجية الخاصة بالأفراد ، ومن ثم يشترط جانب من الفقه لمشروعية التجارب العلاجية ألا تتضمن أي خطر على صحة الخاضع لها.

وعادة تجرى مثل هذه التجارب على المتطوعين أصحاء أو مرضى ، دون أن تكون لهم مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة وإنما لتحقيق مصلحة علمية عامة من أجل فائدة البحث العلمي¹.

و قد تضمن إعلان ميثاق (هيننسكي) لعام 1964م والذي ينظم كيفية إجراء التجارب الطبية والدوائية على الإنسان المعدل في صيغته الحالية سنة 1975 أن:

" رسالة الطبيب تتمثل في حماية صحة الإنسان ويجب عليه تكريس معرفته ووجدانه لتحقيق ذلك الهدف "

حيث نص هذا الإعلان صراحة في مقدمته على أنه يدخل في نطاق البحوث والتجارب على الإنسان إجراء العمليات الطبية الجراحية غير المسبوقة والتي تجري لأول مرة في المؤسسات الصحية باعتبارها أعمالاً تجريبية مغايرة للممارسة والعرف الطبيين وغير مضمونة النجاح مما يستوجب على الأطباء تقييم الأخطار المحتملة وتقييمها مع الفوائد العلمية المرجوة ، مع ضرورة مراعاة الأسس العلمية المتعارف عليها والنواحي الشرعية والنظامية والأخلاقية المرتبطة بالعمليات التدخلية غير المسبوقة وبأن تجرى في المستشفيات المؤهلة التي تتوافر على الخبرات الكافية والقدرات اللازمة والتخصصات المطلوبة لإجراء مثل هذه العمليات الطبية.

وهذا تماشياً مع إعلان ميثاق جنيف لعام 1949 الذي ألزم الطبيب بأن يكون لصحة مريضه الإعتبار الأول ، وكذا تماشياً مع الدليل العالمي للأخلاقيات الطبية الذي ألزمه أيضاً بعدم الإتيان بأي فعل أو نصيحة من شأنها إضعاف جسم أو عقل الإنسان إلا إذا كان لمصلحته².

1- ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 162.

2- مأمون عبد الكريم ، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية 2009 ، ص728 ، 729.

لذلك فإن الأبحاث العلمية الحيوية التي تجرى على الإنسان يجب ان تسعى فقط إلى تحسين الوسائل التشخيصية والعلاجية والوقائية وإلى فهم أسباب ومسببات الأمراض¹. ونظرا لأهمية نتائج التجارب التي تجري في المعمل لا تتضح إلا بعد تطبيقها على الإنسان ونظرا لأهمية ذلك في التقدم الطبي الذي يهدف إلى تخفيف معاناة البشر، فقد أعدت الرابطة الطبية العالمية التوصيات الآتية لتكون دليلا للأطباء المشتغلين في حقل الأبحاث العلمية الحيوية على الإنسان وهذه المعايير المتضمنة في التوصيات ما هي إلا خطوط عريضة يجب أن تخضع للتعديل والتطوير في المستقبل ، بما يتماشى والجديد في الطب وهي صالحة للأطباء في كل أنحاء العالم ، إلا أنها لا تعفي أيا من مسؤولياته الجنائية والمدنية والأخلاقية التي تفرضها التشريعات النافذة كل حسب بلاده².

وتتمثل هذه المبادئ في أنه :

1- يجب أن تخضع الأبحاث الطبية التي تجرى على الإنسان إلى المبادئ العلمية المتعارف عليها وألا يشرع فيها إلا بعد اختبارها في المعمل وعلى حيوانات التجارب وبعد الإلمام التام بنتائج المماثلة من خلال الاطلاع على المنشورات العلمية السابقة .

2- أن لا يتم البدء في البحث إلا بعد ان تعتمد مشروعه لجنة علمية خاصة محايدة يكون من صلاحياتها تقديم المشورة والنصح والرفض أو الموافقة.

3 - أن يكون فريق البحث من المؤهلين علميا لذلك العمل ، وأن يقوم طبيب مؤهل برعاية الخاضعين للبحث وتحمل المسؤولية الطبية المترتبة وألا يتحمل الخاضعون للبحث أية مسؤولية حتى إن وافقوا على عكس ذلك مسبقا³.

1 - بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية 2011، ص 18 ، 19 .

2- ميرفت منصور حسن، التجارب الطبية والعلمية في ضوء حرمة الكيان الجسدي(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة ،مصر الطبعة الأولى، 2013، ص 127 .

3- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 730.

- 4- لا يسمح بالشروع في الأبحاث الطبية على الإنسان إلا إذا كانت أهمية الغاية متناسبة مع المخاطر التي يحتمل أن تلحق بالخاضعين لها.
- 5- أن تجرى دراسة قبل الشروع في البحث لتقييم المخاطر المحتملة ومقارنتها مع الفوائد المرجوة سواء للخاضعين للتجربة أو لسائر الناس ، بحيث يجب أن تكون لسلامة الخاضعين للبحث الأولوية فوق إعتبارات مصلحة المجتمع أو التقدم العلمي.
- 6- إحترام حق الخاضعين للتجربة في المحافظة على سلامتهم وخصوصياتهم وأخذ الإحتياطات الكافية للتقليل من الأثار الضارة - إن وجدت- على صحتهم الجسمانية أو النفسية.
- 7- يجب على الطبيب ألا يشارك في أي بحث يتضمن التجارب على الإنسان إلا بعد إلمامه بمخاطره المحتملة ، كما أن عليه إنهاء التجربة فوراً إذا ما فاقت الخطورة المتوقعة الفائدة المرجوة .
- 8- يجب على الطبيب ان يتحرى الدقة عند نشر نتائج الأبحاث ويجب عدم السماح بنشر تقارير التجارب التي لن تتم وفق المبادئ المنصوص عليها في هذه الإعلان.
- 9- أن توضح للشخص الأهداف والطرق والفوائد المرجوة والمخاطر الكامنة للتجربة المراد المشاركة فيها ولا يشرع فيها إلا بعد أخذ الموافقة كتابة من الشخص وهو في حر إرادته وله الحق في سحب موافقته متى شاء و الانسحاب من التجربة.
- 10- يجب أن يقوم بأخذ موافقة المشاركين طبيب محايد لا تربطه بهم علاقة رسمية أو غير ذلك مما يجعلهم في حالة إذعان أثناء إعطاء الموافقة¹ .

1- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 730 ، 731 .

و في حالة المشاركين القصر أو غير المدركين بسبب عيب في العقل أو الجسم أو معدومي الأهلية القانونية تؤخذ الموافقة من ولي الأمر أو الوصي بما لا يتعارض مع القوانين النافذة في البلاد التي يجرى فيها البحث.

11- يجب أن يحوي مناهج البحث إقرار حول النواحي الأخلاقية المتضمنة في التجربة أو البحث ويجب الإشارة إلى الامتثال بالمبادئ التي نص عليها هذا الإعلان¹.

كما أن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عمان) من 14 إلى 19 محرم 1425هـ الموافق 2004/11/06م بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع ضمان الطبيب وبعد إستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ، قرر أن :
الطب علم وفن متطور لنفع البشرية وعلى الطبيب أن يستشعر مراقبة الله في أداء عمله وأن يؤدي واجبه بإخلاص حسب الأصول الفنية والعلمية ، وأن الطبيب يكون ضامنا إذا ترتب ضرر بالمريض في الحالات الآتية:

1- إذا تعمد إحداث الضرر

2- إذا كان جاهلا بالطب أو بالفرع الذي أقدم على العمل الطبي به.

3- إذا كان غير مأذون له من قبل الجهة الرسمية المختصة

4- إذ أقدم على العمل دون إذن المريض أو من يقوم مقامه²، كما ورد في قرار الجمع الفقهي رقم (7/5)67.

1- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 731، 732.

2- مرعي منصور عبد الرحيم، الجوانب الجنائية للتجارب العلمية على جسم الإنسان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2011، ص 21.

- 5- إذا غرر بالمريض
- 6- إذا ارتكب خطأ لا يقع فيه أمثاله و لا تقره أصول المهنة أو وقع منه إهمال أو تقصير.
- 7- إذا أفشى سر المريض بدون مقتضى معتبر، حسب قرار المجمع الفقهي رقم (8/10)79
- 8- إذا إمتنع عن الواجب الطبي في الحالات الإسعافية (حالات الضرورة)
- 9- إذا قام بالعمل الطبي الواحد فريق طبي متكامل ، فيسأل كل واحد منهم عن خطئه تطبيقاً للقاعدة : (إذ إجتمعت مباشرة الضرر مع المتسبب فيه، فالمسؤول هو المباشر مالم يكن المتسبب أولى بالمسؤولية منه). ويكون رئيس الفريق مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن فعل معاونيه، إذ أخطأ في توجيههم أو قصر في الرقابة عليهم.
- 10- تكون المؤسسة الصحية (عامة أو خاصة) مسؤولة عن الأضرار إذا قصرت في إلزامها أو صدرت عنها تعليمات ترتب عليها ضرر بالمرضى دون مسوغ¹.

ثانياً: موقف القانون الجزائري من التجارب الطبية :

نص المشرع الجزائري على هذه المسألة بموجب المادة 168 مكرر من 1 إلى 4 من القانون رقم 85- 05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، على إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية و تكليفه بتقديم الآراء و التوصيات حول عملية إنتزاع الأنسجة و الأعضاء و زرعها و كذا بخصوص كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث العلمي ، مؤكداً على ضرورة إحترام حياة الإنسان و كرامته و السهر على حماية سلامة بدنه و ذلك من خلال الحرص على اختيار الوقت الملائم للعمل الطبي من جهة و مراعاة القيمة العلمية لمشروع التجريب من جهة أخرى.

1- مرعي منصور عبد الرحيم، المرجع السابق ، ص 22 .

وقد نص في المادة 168 مكرر في فقرتها الثالثة على ضرورة إخضاع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية.

كما أكدت المادة 18 من مدونة أخلاقيان الطب الجزائري على عدم جواز استعمال علاجات جديدة للمرضى ، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة و بعد التأكد من أن هذا العلاج يعود عليه بفائدة مباشرة .

ومن إستقراء هذه المواد يتضح أن القانون الطبي الجزائري لا يجيز صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية ، لكون الهدف من التدخل الطبي إنما هو العلاج بغرض شفاء المريض وفقا للأصول المتبعة ، لذا فلا يجوز للطبيب تجاوز هذه الغاية بإجراء علاج جديد أو إستخدام الأدوية الغير مصرح بها من وزارة الصحة أو إجراء تجربة طبية من أجل فائدة البحث العلمي ، إلا عند وجود المبرر الشرعي والقانوني.

حيث أنه قد بيدوا القانون الطبي الجزائري مائلا إلى الإقرار بمشروعية التجارب والأبحاث الطبية بما فيها التجارب غير العلاجية على الإنسان والعمليات الجراحية التجريبية غير المسبوقة (المغايرة للممارسة والعرف الطبي) التي تهدف إلى العلاج وإلى تحقيق المزيد من التقدم الإنساني في العلوم الطبية

إلا أنه متشدد بهذا الخصوص ، بحيث يشترط لإباحة التجارب الطبية على الإنسان ضرورة مراعاة مجموعة من الضوابط القانونية والأخلاقية التي تضمنتها القوانين الداخلية والمواثيق الدولية¹ ، والتي تقتضي :

أ- الترخيص الشرعي والقانوني لمزاولة مهنة الطب.

ب- إتباع الأصول العلمية الطبية.

1- بلحاج العربي، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية 2011، ص 101، 102.

ج- قصد العلاج.

د- رضا الشخص موضوع التجريب بتقديم موافقته الحرة و المستنيرة ، غير أن موافقته لا تبرأ الطبيب من المسؤولية¹.

- وكذا ضرورة توافر جملة من الضمانات ، منها:

الضمانات الطبية:

وهي الكفاءة العلمية في الطبيب الباحث المشرف عليها بعد إقرارها من الجهات المختصة إجراء مثل هذه التجارب ، و وجوب التجريب على الحيوان والموازنة المنتظرة من التجربة والأخطار المقترنة بها ، والإلتزام بتوقف التجربة إذا ثبت عدم جدواها العلمي أو أن الأضرار المترتبة عنها أكبر من المنافع المتوقعة تحقيقها

الضمانات القانونية:

وهي الخضوع لرقابة وإشراف المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب و قيام مسؤولية الطبيب المدنية لضمان تعويض الأشخاص الخاضعين للتجارب الطبية والمحتمل تضررهم منها ، فموافقة الشخص محل التجريب لا تنفي المسؤولية عن الطبيب². وهذا ما نص عليه قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري في المادة 168-4 منه.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 103-104.

2- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 767، 770 .

وهنا تجدر الإشارة إلى أن :

القضاء الفرنسي قد تشدد بالنسبة إلى خطأ الطبيب المحترف إذا تحققت لديه إمكانية السيطرة على احتمالات المخاطر وتجنبها وتطبيقا لذلك ، فإن محكمة النقض الفرنسية إتجهت إلى قيام التزام بنتيجة (وليس مجرد التزام ببذل عناية) بالنسبة للأعمال الداخلية في إختصاص طبيب الأشعة ومنها الالتزام بضمان سلامة المنتجات المقدمة للمريض.

و يرى بعض الفقه أنه يعاب على القانون الطبي الجزائري إسناده الدور الرقابي على هذه التجارب الطبية لهيئة طبية محضة وهي المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب وهو ما يخالف الإتجاه السائد حاليا في الكثير من الأنظمة الطبية على المستوى الدولي وهو ما يعني إنفراد أهل المهن الطبية بالرقابة المطلقة على هذا النوع من التدخلات الطبية بما فيها التجارب غير العلاجية على الإنسان.

وهذا رأي صائب لأن العدالة القانونية وكذا أخلاقيات البحث الطبي التجريبي والإحيائي تستوجب توسيع العضوية في لجان الرقابة الإدارية إلى غير المنتمين إلى المهن الطبية ، لتمكين التعاون بين المؤسسات الطبية والمجتمع وإطلاع الرأي العام على ما يجري في مراكز البحث الطبي العلمي من التجارب الطبية التي محلها هو الإنسان و من ثم ضرورة إسناد هذه الرقابة الإدارية إلى لجان مختلطة تجمع أهل الاختصاص الطبي للبحث في الجوانب الفنية العلمية وكذا خبراء من رجال القانون والشريعة والمجتمع من غير المنتمين إلى المهن الطبية بما يحقق الحياد والشفافية والمصلحة والعدالة والاستقلالية¹.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص 105- 107 .

وبهذا الصدد لا بد أن نشير في نبذة وجيزة إلى مجلس أخلاقيات مهنة الطب للتعرف على مدى القوة الإلزامية لقواعده .

- مجلس أخلاقيات مهنة الطب

هيئة قانونية مهنية تهتم و تعمل على إحترام القواعد القانونية المنظمة لمهنة الطب .
و قد تم تنظيم قانون أخلاقيات مهنة الطب في الجزائر ، وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 16 جويلية 1992 ، و لم يعمل به إلا في 12 فيفري 1998 بعد إنتخاب المجالس المحلية و المجلس الوطني لمهنة أخلاقيات الطب .

وبينما أسس الدستور الفرنسي ثلاثة مجالس مختلفة و هي: مجلس الأطباء و الصيادلة و مجلس جراحي الأسنان و مجلس القوابل، فإن المشرع الجزائري إختار توحيد المجلس الوطني لأخلاقيات الطب مع ثلاث فروع نظامية للأطباء و الصيادلة و أطباء الأسنان .

وقد نظم المشرع الجزائري نظام مجلس أخلاقيات الطب تحت الباب الثاني الفصل الأول من المادة 163 إلى 171 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن أخلاقيات الطب .

ويتكون المجلس الوطني من :

الجمعية العامة، المجلس الوطني ،المكتب .

من مهامه ممارسة السلطة التأديبية من خلال الفروع النظامية التي تشكله¹ المواد 165 و 166 من المرسوم ، كما نص المشرع الجزائري في المادة 168 على المجالس الجهوية .

1- حنين جمعة حميدة ، مسؤولية الطبيب و الصيدلي داخل المستشفيات العمومية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، 2001 ، ص 170 - 173 ، 175 .

و لقد تم إنشاء اثنا عشر مجلسا جهويا على التراب الوطني الجزائري ، الغرض من ذلك تحسيس المواطن البسيط بالقضايا التي تمسه في القطاع الصحي ، و من ناحية أخرى تحسيس أصحاب الممارسة الطبية بالأهمية البالغة التي منحت للمهنة.

تعمل المجالس الجهوية على حث الأطباء الممارسين للمهنة ، باحترامهم للقواعد الأخلاقيات و العمل على مواكبة التطورات السارية المفعول في المجال التقني و الإقتصادي و الإجتماعي، لفائدة المرضى حسب نص المادة 171 من المرسوم التنفيذي.

و في المجال التأديبي يمارس الفرع السلطات التأديبية في الدرجة الأولى ، و في حالة نشوب نزاع يتدخل الفرع النظامي الجهوي كل في حدود اختصاصه كطرف وسط توفيقا للفصل في النزاعات التي تحدث بين المرضى و الأطباء ، كما تلعب الفروع النظامية الجهوية دور الرقيب على حسن ممارسة المهنة ، فهي أول من يخطر في حالة حدوث نزاعات أو توقيع العقوبات.

وقد أشارت المادة 198 من مدونة أخلاقيات الطب ، إلى أنه على مستوى الفرع النظامي الوطني توجد خمسة لجان و منها لجنة الأخلاقيات ، لجنة ممارسة المهنة و الكفاءات.

إن مجلس أخلاقيات مهنة الطب ، مكلف بمهام تأديبية يمكن أن يخطر من طرف السلطات القضائية ، كما يمكن أخطاره عن طريق المريض و زملاء المهنة بعدها يتم تنفيذ قرارات عن طريق السلطات الإدارية ، كما أن المجلس الجهوي لأخلاقيات الطب ليس بمثابة نقابة و لا هيئة علمية بل جهاز يعمل تحت إرشادات الإدارة و يتلقى الشكاوي من المواطنين و من المجالس الطبية و حتى من الإدارة ، أما عقوباته فتصل من الإنذار و التوبيخ و ممكن توقيف طبيب مؤقتا للمهنة أو حتى نهائيا مع غلق العيادة¹.

1- حنين جمعة حميدة ، المرجع السابق ، ص176 ، 177 ، 188، 187.

الفرع الثاني : ضبط عملية نقل وزرع الاعضاء .

إدراكا من المشرع الجزائري للخطورة التي تكتنف هذا الموضوع الحساس ومراعاة منه لأهميته ، فقد خصّص له الفصل الثالث من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها في المواد من 161 إلى 168، دون أن يبيّن طبيعة إلتزام الطبيب في هذه العمليات¹.

غير أنّ كثيرا من البحوث الفقهية العربية منها والفرنسية فيما يتعلّق بعمليات نزع وزرع الأعضاء كيفت إلتزام الطبيب بأنّه إلتزام بتحقيق نتيجة محددة.

و عليه فإن مسؤولية الطبيب في مجال نزع وزرع الأعضاء لا تقوم إلا على أساس الخطأ الثابت ، ولا يعتبر الخطأ ثابتا إلا إذا كان ثبوته على وجه التحقيق².

وإذا كان الأصل عدم جواز المساس بجسم الإنسان ، فإن الإستثناء المتمثل في إمكانية وصلاحية نقل وزرع الأعضاء، يجعل مثل هذه العمليات تخضع لجملة من الشروط والضوابط في غاية الأهمية³ ، والتي أوردها قانون الصحة في المادة 162 منه والتي بإستقراءها يظهر أن هذه الشروط تتمثل في مايلي :

أولا : ضرورة أن يكون الغرض من النقل أو الزرع علاجيا أو تشخيصيا

حيث تقتضي الكرامة الإنسانية أن يكون هدف عملية نقل وزرع الأعضاء يرمي إلى تحقيق أغراض علاجية بعيدة عن أي اعتبارات أخرى مالية كانت أو غيرها.

1- بن صغير مراد ،مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد،كلية الحقوق،تلمسان،2002 – 2003 ، ص 112 .

2- منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية(شرح وافي للقانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن نقل وزرع الأعضاء) ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية، مصر الطبعة الأولى،2013 ، ص 384 .

3- أسامة رمضان الغمري ، لوائح وقوانين ، الأخطاء المهنية للأطباء ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2009 ، ص102.

فِيُشْتَرَطُ لإباحة الإستقطاع من جسم المتبرع أن يستهدف به رعاية المصلحة الصحية للمريض المتلقي وأن يكون ضرورياً لذلك¹. المادة 161 من قانون الصحة².

ثانياً: انتفاء المقابل المالي

حيث أنه إذا كانت الضرورة تبرّر رعاية المصلحة العلاجية للمريض عن طريق استقطاع العضو و زرعه ، إلا أن ذلك لا يُباح إلا بقدر الضرورة التي أوجّبته دون زيادة ، بحيث لا يخرج هذا العمل عن إطار الكرامة الإنسانية .

ومما يتعارض مع هذه الكرامة أن يُعلّق المتبرع رضاه بالاستقطاع من جسمه أو جُثته على قبضه الثمن ، ذلك أنه لا يمكن أن تكون أعضاء الإنسان محلاً للبيع أو الشراء ، إذ أن ذلك يعتبر غير مقبول شرعاً و قانوناً وأخلاقياً³.

ثالثاً : توافق أنسجة المتلقي و المتنازل (طرفي العملية)

وهذا ما تثبته نتائج الفحوصات المجراة و هي مسألة طبية محضّة على الطبيب اعتماد قدر كبير من الدقة بشأنها ، لكون نتيجة الخطأ في هذه الحالة هو ما من شأنه الحاق أضرار بالمرضى .

رابعاً: ألا يتعرّض المتبرع لأي ضرر أو خطر نتيجة التبرع

إذ لا بد من مراعاة الحالة الصحية للأطراف المعنية بالعملية⁴ ، وهو ما نصت عليه المادة 143 من قانون الصحة .

1- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص474.

2- تنص المادة 161 من ق.ح.ص.ت. على أنه : "لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرع الأنسجة أو الأجهزة البشرية إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية ..."

3- ماجد محمد لافي، المرجع السابق ، ص 269.

4- منير رياض حنا، المرجع السابق ، ص 385 .

وعليه يستبعد من مجال هذه العمليات الأشخاص الذين يسهل اصابتهم ببعض الأمراض كالإلتهابات ، و يشترط الأطباء أن لا يقل سنّهم عن 10 سنوات و لا يزيد عن 50 سنة استنادا إلى نسبة النجاح ، إضافة لضرورة اجراء مجموعة من الاختبارات و الفحوصات و التحاليل¹.

و عليه يجب ألا يترتب على الاستقطاع أي ضرر مؤثّر بالمتبرع ، فقد أكد المشرع بمقتضى نص المادة 162 من قانون حماية الصحة على عدم جواز إنتزاع عضو بشري من انسان حيّ إذا كان من شأن ذلك تعريض حياته للخطر² ، و عليه منع القانون الإستقطاع الذي يؤدي إلى المساس بسلامة المتبرع ، ولا سيّما الأعضاء المنفردة كالقلب أو الدماغ ، لأن ذلك يُحرم المتبرع من الوظيفة التشريحية لذلك العضو³.

أما بالنسبة للأعضاء المزدوجة كالكلى أو العينين ، فإنّه يشترط أن يكون العضو المتبقي قادرا على القيام بالوظيفة التشريحية للعضو المستقطع ، فإذا كان استقطاع أحد العضوين يؤثّر في هذه الوظيفة رغم وجود العضو الآخر في جسم المتبرع فلا يباح الاستقطاع ، و ذلك على أساس أن حماية الشّرع والقانون للجسم لا تتعلق بالأعضاء في حدّ ذاتها ولكن باعتبارها محلا للمنافع⁴.

1- بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، أبو بكر بلقايد ، كلية الحقوق ، تلمسان، 2010-2011 ، ص 328 .

2- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص478.

3- مروت نصرالدين ، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، دار هومه ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، 2003 ، ص138 ، 139.

4- منير رياض حنا ، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والتخصصية(شرح وافي للقانون رقم 5 لسنة 2010 بشأن نقل و زرع الأعضاء) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر الطبعة الأولى، 2013 ، ص 391 – 397 .

خامسا: الموافقة الكتابية الصريحة من المتبرع

و القائمة على استقطاع عضو منه ونقله إلى المريض ، ومقتضى هذا الشرط أن لا يُقدّم المتبرع على هذا الفعل المحمود(التبرع) إلا على بينة ودراية ومعرفة بما يقوم به.¹

لذلك أحاط المشرع هذا الشرط بجملة من الإجراءات أو الضوابط ، حيث أن هذه العملية لا تتم إلا بناء على الرضا الصريح من المتبرع²، فموافقته الكتابية لا تكون إلا بعد إعلام الطبيب المختص له بطبيعة العمل(التبرع) الذي يُقدّم عليه والأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الاستقطاع ، كما أن هذه الموافقة لا تُحرر إلا بحضور شاهدين وأن تُودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة.

ونشير إلى أن هذه الموافقة الكتابية ليست مُلزِمة للمتبرع وفقا لنصوص القانون، إذ يستطيع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.³

سادسا: أن يكون المتبرع بالعضو أو النسيج كامل الأهلية ومتمتعاً بكواه العقلية.

فإذا كان المتبرع قاصراً أو بالغاً راشداً لكن غير قادر على التمييز ، فلا يجوز انتزاع عضو من أعضائه كمبدأ عام ، وهذا تطبيقاً لمقتضيات المادة 163 من قانون حماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم⁴.

1- جهاد محمود عبد المبدئى ، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)،الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى،2014، ص 27 .

2- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص472.

3- ماجد محمد لافي، المرجع السابق ، ص 267 .

4- منير رياض حنا، المرجع السابق ، ص 398 – 400 .

سابعاً: مكان إجراء عملية نقل و زرع الأعضاء

ضرورة أن تُجرى عمليات نقل و زراعة الأعضاء في مستشفيات مرخص لها بذلك من طرف الوزير المكلف بالصحة ،حيث خصت التشريعات المختلفة هذا النوع من العمليات بتنظيم خاص من خلال تحديد المؤسسات الصحية التي لها صلاحية إجراءها¹ و هذا ما أكدته نص المادة 167 - 1 من قانون حماية الصحة الجزائري².

وتطبيقاً لهذه المادة صدر عن وزير الصحة بتاريخ 1991/03/23 قراراً وزارياً تضمن أسماء المؤسسات الصحية المرخص لها بالنشاط في مجال عمليات نقل و زرع الأعضاء ألغى و عوض بالقرار الوزاري الصادر في 2002/10/20 و الذي نص في مادته 2 على قائمة المؤسسات المرخص لها و بذلك تكون هذه العمليات خاضعة لرقابة الدولة بما توفره من ضمانات³.

و هذا لكونها تتطلب بدهة موارد بشرية متخصصة ذات كفاءة عالية ، وإمكانات مادية وأجهزة متطورة للإشراف على مثل هذه العمليات⁴ وفقاً لما تطلبه المشرع في المادة 167 من القانون الصحة.

ثامناً: قرار اللجنة الطبية

لا يمكن إجراء عملية نقل و زرع الأعضاء إلا بقرار من لجنة طبية تتشكل من عدد لا يقل عن ثلاثة من الأطباء ، والتي تنشأ على مستوى الهياكل الإستشفائية المرخص لها بإجراء هذه العمليات لأنه في غياب الترخيص يعد الطبيب مرتكباً لجريمة ممارسة نشاط مهني بدون ترخيص ، و تُنَبّه في هذا المقام أنه لا يجوز للطبيب الذي عاين وفاة المتبرع أن يكون ضمن المجموعة التي تقوم بعملية الزرع .

1- ماجد محمد لافي، المرجع السابق ، ص 273 .

2- تنص المادة 167-1 من ق.ح.ص.ت على أنه : " لا ينتزع الأطباء الأنسجة و الأعضاء البشرية و لا يزرعونها إلا في المستشفيات التي يرخص لها الوزير المكلف بالصحة " .

3- مأمون عبد الكريم ، المرجع السابق ، ص 511.

4- مروك نصر الدين ، المرجع السابق ، ص 144، 145.

وقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 12-167 المؤرخ في 05/04/2012 انشاء الوكالة الوطنية لزرع الأعضاء و تنظيمها و سيرها¹.

تاسعا: عدم الكشف عن هوية المتبرع له

يجب أن تتم عملية نقل وزرع الأعضاء دون الكشف عن هوية المتبرع بالنسبة للمستفيد، كما نصت على ذلك المادة 165 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

وكذا هوية هذا الأخير بالنسبة لعائلة المتبرع، ولاشك أن المشرع قصد من وراء ذلك تحقيق التوازن النفسي لدى كلا الطرفين المتبرع والمتلقي، والتوازن الاجتماعي والحفاظ على الروابط الاجتماعية حتى لا يكون هناك فضلاً و منّة أو تسلط من أحد على الآخر².

هذه في الجملة الشروط القانونية التي خلصنا إليها من خلال استقراءنا للنصوص القانونية لإباحة إجراء عمليات نقل و زرع الأعضاء والأنسجة البشرية . و من شأن مخالفة الطبيب لأحد هذه الشروط وعدم مراعاتها ، أن يجعل تصرفه معيباً ومخالفاً لقواعد القانون ، مما يقيم مسؤوليته عن الأضرار المترتبة عن إخلاله إذ يعتبر قد ارتكب خطأ مهنياً .

1- منير رياض حنا، المرجع السابق ، ص 401 – 409 .
2- جهاد محمود عبد المبدئ، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2014، ص 31 .

الفرع الثالث : تخفيف عبئ الإثبات:

نظرا لما يواجه المريض من عراقيل و صعوبات بصدد الإثبات فقد كان لزاما التوجّه نحو إعفاء المريض من إثبات الخطأ الطبي في بعض الحالات . ومنها:

1- الخطأ الإجمالي:

حاول القضاء الفرنسي تذليل الصعوبات التي يواجهها المريض في سبيل إقامة الدليل على خطأ الطبيب عن طريق إستنتاجه هذا الخطأ من وقوع الضرر، وذلك على عكس ما تقضي به القواعد العامة في المسؤولية المدنية ، والتي توجب على المدعي إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه ، و ذلك من خلال ما إصطلح عليه بالخطأ الاحتمالي أو المقدّر .

وأساس هذه الفكرة أن الضرر لم يكن ليوقع لولا وقوع خطأ من الطبيب ، ومعنى هذا أن القضاء بمقتضى هذه الفكرة ورغم أنه لم يثبت لديه على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو تقصير في إلتزامه بالحيطه ، فإنّه يستنتج هذا الخطأ من مجرد وقوع الضرر.

وتطبيقا لهذه الفكرة أيدت محكمة النقض الفرنسية استنتاج قضاة الموضوع لخطأ الطبيب من النتيجة الحاصلة إستنادا لما ورد بتقرير الخبراء ، و القائم على أن إنفكاك أحد مسامير جهاز الأشعة نتيجة لإهتزازه كان هو الإفتراض الأكثر احتمالا لما أصاب المريض من ضرر، وأن طبيب الأشعة قد ارتكب خطأ تمثّل إما في عدم إحكامه ربط الجهاز وتثبيته بطريقة صحيحة ، وإما في عدم إنتباهه لمخاطر الجهاز¹.

و الملاحظ على هذا الحكم أنه أجاز لقاضي الموضوع أن يستظهر أو يستنبط الخطأ من واقعة ليس من الثابت على نحو قاطع أنّها مصدر الضرر.

1- فريحة كمال ، المسؤولية المدنية للطبيب ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، القانون الخاص ، جامعة مولود معمري كلية الحقوق ، تيزي وزو ، 2012 ، ص 224 ، 225 .

وفي ذات السياق إستخلصت محكمة النقض الفرنسية خطأ المستشفى الخاص من مجرد إنتقال العدوى للمريض أثناء إقامته به ، مُعتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ ما من قبل المستشفى.

وقد أكدت المحكمة ذلك بقضائها أن العيادة الخاصة يُفترض مسؤوليتها عن العدوى التي أصابت المريض أثناء القيام بالعملية الجراحية بغرفة عمليات العيادة ، مالم تتمكن هذه الأخيرة من إقامة الدليل على عدم توافر الخطأ من جانبها¹.

كما أن القضاء الجزائري قضى بمسؤولية المستشفى على أساس سوء التسيير والإدارة، بشأن سقوط مريض من على سرير متحرك أدى إلى موته.

هذا وقد أيد بعض الفقه الفرنسي فكرة الخطأ الإحتمالي أو المقدر، بإعتبارها من قبيل القرائن طبقاً لنص المادة 1353 من القانون المدني الفرنسي ، حيث رأى في ذلك إستعمال سلطة القاضي في إستخلاص القرائن القضائية ، و التي يستخلص من خلالها خطأ الطبيب متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه².

عكس هذا التوجه انتقد البعض الآخر من الفقه فكرة الخطأ المضمّر، لأنها ترتكز

في رأيه على مجرد التفسير بمفهوم المخالفة ، وهو تفسير غالباً ما يكون ضعيفاً فطبّقاً لظروف كل حالة قد لا يثبت أن المدعى عليه قد ارتكب هذا الخطأ المحدّد ، ومع ذلك يثبت عليه الخطأ لأنه لم يستطع أن ينفي عدم إرتكابه.

1- مصطفى الجمال ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين ، الجزء الأول ، المسؤولية المدنية عن الاعمال الطبية ، في الفقه والقضاء ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2012 ، ص 107 .

2- بن صغير مراد ، المرجع السابق ، ص 346 .

كما أن الأخذ بالخطأ الإجمالي في المجال الطبي من شأنه أن يجعل القاضي يحدد في حالة الإعتداد به عن المعيار الصحيح والضروري للخطأ ، إذ أنه يستند حينئذ إلى تحليل مجرد للمواقف، ولا يعتمد في تحديد الخطأ الطبي على الطبيب الوسط اليقظ لأنه من الثابت أن الطبيب يكون مُخطئاً متى ثبت أن سلوكه الفعلي الذي إتبعه مع المريض لا يُطابق السلوك الذي يأخذ به طبيب يقظ من نفس مستواه و الموجود في نفس الظروف حيث يكفي عند الأخذ بهذه الفكرة بمجرد إفتراض مفاده أن هنالك خطأ ما و إن بقي مجهولاً¹.

والواقع أن فكرة الخطأ المحتمل أو المضمّر و التي تعني إستخلاص الخطأ من مجرد حدوث الضرر ، وإن كان يبدو فيها وجه التشدد إزاء الأطباء إلا أنها تكشف كما يرى البعض بحق عن إدراك القضاء لقصور القواعد القانونية التقليدية في توفير الحماية للمرضى في مواجهة ما لحق العملية الطبية من تطورات صار معها المريض المضرور عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المستشفى.

و عليه فما كان من هذا القضاء إلا تطويع هذه القواعد في سبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات ، لأن أخذ القضاء بفكرة الخطأ المحتمل إنّما يعني تمسّكه بالمسؤولية القائمة على أساس الخطأ مع إفتراض هذا الأخير من مجرد تحقق الضرر، ولاشك أن في ذلك رعاية لمصلحة المريض المضرور ومحاولة لإقامة نوع من التوازن المفقود في العلاقة بين الطبيب والمريض.²

1- فريحة كمال ، المرجع السابق ، ص 227 .

2- عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2011 ، ص 68 ، 69.

2- التوسع في الالتزام بتحقيق نتيجة وحصر مجال الالتزام ببذل عناية.

تبدو لنا أهمية حصر نطاق إلتزام الطبيب ببذل عناية في المفهوم الضيق لفكرة العلاج والتوسع بالمقابل في إلتزاماته التي تتضمن تحقيق نتيجة محددة . في أن مثل هذا التوسع يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض المضرور ليقترب عمليا من إعفائه منه.

3- المسؤولية دون خطأ:

يقصد بها تلك المسؤولية التي تتحقق إستنادا إلى الضرر الذي لحق بالمضرور ، إستقلالا عن وجود خطأ ثابت أو مفترض في جانب من ينسب إليه العمل الذي أدى إلى إحداث هذا الضرر¹.

و في خاتمة هذه المحاولات التشريعية الرامية إلى كفالة ضمانات عامة لبعض الحالات الخاصة ، نلاحظ أنها تسعى إلى منح المريض نوعا من الحصانة القبلية بغرض تجنب إحاق الضرر به ، إلا أنها تبقى تتسم بالعمومية و نوع من القصور لأنها لا تحمل نوعا من الجزاء الصارم اللاحق لخرقها.

1- بن صغير مراد، المرجع السابق ، ص347، 350.

المطلب الثاني: ضمانات مكفولة بصفة خاصة لفئة المعاقين

تمثل فئة المعوقين في الجزائر و ما تحمله من طموحات في أخذها بعين الاعتبار من حيث التكفل و الإدماج الاجتماعي ، انشغالا دائما للسلطات العمومية التي أخذت على عاتقها هذا التحدي بوضعها جملة من السياسات و الترتيبات لفائدة هذه الفئة. و إن هذا التحدي القائم على أساس ضرورة حماية الأشخاص المعوقين و ترقيةهم ترتب عنه إصدار جملة من النصوص القانونية و التنظيمية ذات مواضيع متعددة لتغطية حاجيات هذه الفئة الآخذة في التزايد ، و ضمان التكفل الفعال بالمعاقين و انشغالاتهم و ضمان حقوقهم العامة و الخاصة باعتبارهم عنصر فعال في المجتمع .

حيث أن مجمل النصوص القانونية التي تم إصدارها و لا سيما القانون 09/02 المؤرخ في 2002/05/08 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيةهم تحمل جملة من الحقوق التي يستفيد بها هؤلاء بعد إثبات إعاقتهم.

لكن يجب التمييز بين من ولد بإعاقة جسدية تمنعه من الحركة الطبيعية ، و بين الإعاقة التي تتم بعد الوصول لسن معين لأي سبب كان ، فالفئة الأولى يمكن التعامل معها من خلال خطط الرعاية الاجتماعية ، بينما الفئة الثانية يتم العمل معها طبقا لنظم التأمينات لكون الإعاقة تؤثر على علاقة المعاق بالمجتمع الذي يعيش فيه.

غير أن هذه الفئة ما زالت تتحسس مواضيع النقص بوضوح ، لكون القواعد المقررة لفائدتها لا تغطي احتياجاتها بصورة كاملة من جهة ، و لإنعدام مراعاة التمييز بين ذوي الإعاقة الخلقية و ذوي الإعاقة المكتسبة من جهة أخرى¹.

1- أحمد عبد الفتاح ناجي ، سياسة الرعاية الاجتماعية ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، الطبعة الأولى، 2012، ص 214

وهذا ما يستدعي البحث عما للشخص المعاق جراء خطأ طبي من ضمانات خاصة بالوضع المفروض عليه نتيجة ما لحقه من ضرر ، عقب ترتيب مسؤولية الطبيب و إلزامه بتعويضه ، و كذا مدى مواكبة النصوص القانونية المقررة بهذا الصدد لما تقتضيه هذه الحالة .

الفرع الأول : تقرير جملة من الحقوق للمعاق .

لفظ إعاقة مشتق من الفعل العربي عاق ، يعوق ، عوقا ، أي صرفه وحبسه و عطله و عاقه عن الشيء:منعه منه وشغله عنه.

فالإعاقة هي المنع عن شيء ما والحبس عن أدائه وهو لفظيا مشتق من الإعاقة أي التأخير أو التعويق.

ويعرف الإعلان العالمي لحقوق المعاقين ، الصادر عن الأمم المتحدة في 09 ديسمبر 1975 كلمة المعوق بأنها تعني : "كل شخص، ذكر أو أنثى ، غير قادر على أن يؤمن بنفسه ، بصورة كلية أو جزئيا ، ضروريات حياته الفردية أو الإجتماعية العادية أو كليهما ، بسبب نقص خلقي أو غير خلقي في قدراته الجسمانية أو العقلية ، فهو من نقصت قدرته لقصور عضوي أو عقلي أو حسي أو نتيجة عامل خلقي منذ الولادة.

أمّا ميثاق الثمانينات(1980-1990) لرعاية المعاقين الصادر عن المؤتمر العالمي الرابع عشر للتأهيل الدولي في كندا عرف الإعاقة بأنها : " حالة تحد من مقدرة الفرد على القيام بوظيفة واحدة أو أكثر من الوظائف التي تعتبر العناصر الأساسية لحياتنا اليومية، ومن بينها العناية بالذات أو ممارسة العلاقات الإجتماعية أو النشاطات الإقتصادية وذلك ضمن الحدود التي تعتبر طبيعية"¹.

1- وسيم حسام الدين الأحمد ، الحماية القانونية لحقوق المعاقين ذوي الإحتياجات الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان، الطبعة الأولى، 2011 ، ص 11 ، 12 .

و قد عرف المشرع الجزائري الشخص المعاق بمقتضى القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 ، و ذلك في الفصل التاسع منه و المتعلق بتدابير حماية الأشخاص المعوقين .

حيث نصت المادة 89 منه ، على أنه :

" يعد شخصا معوقا كل طفل أو مراهق أو شخص بالغ أو مسن مصاب بما يأتي :

- إما نقص نفسي أو فيزيولوجي .

- وإما عجز عن القيام بنشاط تكون حدوده عادية للكائن البشري .

- وإما عاهة تحول دون حياة إجتماعية أو تمنعها".

كما عرف القانون رقم 09/02 المؤرخ في 08/05/2002 و المتعلق بحماية

الأشخاص المعوقين و ترقيتهم ، الشخص المعاق بنص المادة 02 منه على أنه:

" كل شخص مهما كان سنه و جنسه يعاني من إعاقة أو أكثر وراثية أو خلقية

أو مكتسبة تحد من قدرته على ممارسة نشاط أو عدة نشاطات أولية في حياته اليومية

الشخصية و الاجتماعية نتيجة لإصابة وظائفه الذهنية أو الحركية أو العضوية الحسية "

و يمكن من خلال مجمل النصوص الواردة بصدد إفادة الشخص المعاق بجملة من

الحقوق ، أن نحدد العناصر الكبرى من الحقوق المخولة للمعاق و التي تلتزم الهيئات

و الإدارة المعنية بتحقيقها و التكفل بها على أرض الواقع و التي تشمل وفقا لنص

المادة 3 من القانون رقم 02-09 ، الحقوق التالية :

أولاً: الحق في التكفل الاجتماعي و الإداري

بحيث تعتمد سياسة التكفل بذوي الاحتياجات الخاصة على إطار تشريعي و تنظيمي يتمحور حول، إقرار الحقوق التالية :

1- الحق في الاعتراف بصفة المعاق و حمايته

وهذا ما استهل به المشرع القانون رقم 02-09 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم ، حيث ورد في المادة الأولى منه أنهذا القانون يهدف إلى التعريف بالأشخاص المعوقين و تحديد المبادئ و القواعد المتعلقة بحمايتهم و ترقيتهم ، نصت المادة 13 منه على الزامية التصريح بالإعاقة لتمكين الجهات المعنية من التكفل بها .

2- الحق في التأمين الاجتماعي

فقد ورد في فيالمادة 54 من الدستور أن الرعاية الصحية حق للمواطنين وهم جميعا سواسية أمام القانون، وأن الأشخاص المعوقون يتمتعون بالحق في الحماية الصحية والاجتماعية ، و هو ما تضمنه نص المادة 90 من قانون 85 -05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

3- الحق في المنح .

فقد أقر المشرع للمعاقين حق الإستفادة من مساعدة اجتماعية في صورة منحة مالية وذلك بمقتضى المواد 5، 6، 7 من القانون رقم 02-09 ، و أحال بخصوص كيفية التنفيذ على النظام .

4- حق الطعن في قرارات اللجنة الولائية للخبرة الطبية.

فقد كفل الدستور حق تشخيص الإعاقة و تحديد درجتها من خلال لجنة طبية متخصصة تبت في الملفات المودعة لديها، بالإضافة إلى لجنة الطعن التي تنظر في الطعون المقدمة من قبل الأشخاص المعوقين أو من ينوب عنهم.

بحيث يتم إنشاء اللجنة الولائية للخبرة الطبية بطلب من مدير النشاط الاجتماعي، الموجه إلى مدير الصحة لتعيين أطباء مختصين في الأمراض العقلية والعصبية وأمراض وجراحة العظام وأمراض جراحة العيون والأذن والأنف والحنجرة للتكفل بالملفات الإدارية الطبية الخاصة بالحصول على بطاقة معاق أو منحة كما جاء في نص المادة 10 من القانون 09/02 ، وتصدر قراراتها في أجل أقصاه 03 أشهر ابتداء من تاريخ الإيداع ، وله بناء على أحكام هذه المادة وأحكام المرسوم التنفيذي 175/03 المؤرخ في 2003/04/14 أن يطعن في قراراتها على مستوى اللجنة الوطنية للخبرة الطبية التابعة لوزارة التضامن الوطني.

ثانيا: الحق في التكفل المؤسساتي و المهني و الإدماج.

و يشتمل هذا الجانب من الحقوق ، على طائفة الحقوق التالية :

1 - ضمان تعليم اجباري

و هو ما نص عليه القانون 09-02 ، في الفصل الثالث منه تحت عنوان " التربية والتكوين المهني و إعادة التدريب الوظيفي و إعادة التكييف " .

و قد صدرت بشأن ذلك عدة مراسيم تضمنت احداث مؤسسات التعليم الخاصة بهذه الفئة و منها مراكز للأطفال المعوقين سمعيا ، مراكز للأطفال المعوقين حركيا و المتخلفين عقليا ، مراكز للأطفال المعوقين بصريا .

و منها المرسوم رقم 80 -59 المؤرخ في 08 مارس 1980 ، و الذي يتضمن احداث المراكز الطبية التربوية و المراكز المتخصصة في تعليم الاطفال المعوقين و تنظيمها و سيرها .

و كذا المرسوم رقم 87-259 المؤرخ في 01 ديسمبر 1987 ، و الذي يتضمن انشاء مراكز طبية تربوية و مراكز للتعليم متخصصة للطفولة المعوقة و تعديل قوائم هذه المؤسسات .

و المرسوم التنفيذي رقم 07-264 المؤرخ في 09 سبتمبر 2007 ، و الذي يتمم قوائم المراكز المتخصصة في تعليم الاطفال المعوقين بصريا و سمعيا و المراكز الطبية التربوية للأطفال المعوقين ذهنيا و حركيا .

و المرسوم التنفيذي رقم 12-05 المؤرخ في 04/01/2012 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لمؤسسات التربية و التعليم المتخصصة للأطفال المعاقين.

و آخرها في هذا السياق المرسوم التنفيذي رقم 12-298 المؤرخ في 02/08/2012 و الذي تلاه في نفس السنة المرسوم التنفيذي رقم 12-309 المتضمن إنشاء مؤسسات التربية و التعليم المتخصصة للأطفال المعوقين .

بالإضافة إلى قرار وزاري مشترك مؤرخ في 30/10/2012 و الذي يحدد التنظيم الداخلي لمؤسسات التربية و التعليم المتخصصة للأطفال المعوقين.

2- توفير مناصب عمل :

كرس المشرع حق الشخص المعوق القادر على العمل في نيل وظيفة تمكنه من المشاركة في الحياة الاقتصادية.

و عليه تنص المادة 59 من القانون رقم 02-09 ، على تخصيص حصة من مناصب الشغل العمومية لفئة المعوقين تتلاءم مع طبيعة اعاقتهم و درجتها و قدراتهم الذهنية و البدنية ، مع التمتع بنفس الشروط المطبقة على العمال الاخرين طبقا للتشريع المعمول به .

كما أن القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 افريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل نص في المادة 16 منه على أنه :

" يجب على المؤسسات المستخدمة ان تخصص مناصب عمل للأشخاص المعوقين وفق كفاءات تحدد عن طريق التنظيم " .

وذلك تماشياً مع المرسوم التنفيذي الصادر سنة 1982 ، و الذي تكفل بتحديد أصناف المعوقين القادرين على العمل في المادة الثانية منه ، وألزم في مادته السادسة على أن تخصص مخططات التوظيف السنوية والمتعددة السنوات التي تعدها الهيئات المستخدمة قسطاً من مناصب العمل ليشغلها الأشخاص المعوقون.

كما أن المادة 10 منه منحت رخص الغياب للمعوق العامل وعطلاً خاصة يستغلها في إعادة تربيته الوظيفية والسماح له بأجراء المعاينات الطبية. غير أن الواقع العملي لهذه الشريحة يثير الكثير من الأسى ، انطلاقاً من صعوبة أو استحالة تقبل صاحب العمل للشخص المعاق في مؤسسته، وعدم تطبيق الكثير من مضامين هذه المواد .

3- التوجيه المهني:

حدد قانون حماية المعوقين وترقيتهم في المادة 18 لجنة ولأئمة مهامها التربية الخاصة والتوجيه المهني ، من خلال توجيه أفرادها إلى مؤسسات التعليم والتكوين والمؤسسات الخاصة حسب الحاجات المعبر عنها وطبيعة الإعاقة ودرجتها.

فالتربية الخاصة تعني مجموع البرامج التربوية المتخصصة التي تقدم لفئات من الأفراد غير العاديين ، وذلك بهدف مساعدتهم في تنمية قدراتهم إلى أقصى مستوى ممكن إضافة الى مساعدتهم في تحقيق ذواتهم ، ومساعدتهم في التكيف¹ .

وفقا لما ورد في الفقرة الرابعة من نص المادة 3 من القانون رقم 09-02 .

4- التدريب المهني

لغرض تكوين الاختصاصيين في تدريب وتعليم المعوقين صدر المرسوم التنفيذي رقم 81-397 المؤرخ في 1981/12/26 المتضمن إنشاء مركز وطني للتكوين المهني للمعوقين جسديا ، و الذي يتولى مهمة تحسين البرامج والمناهج والوسائل التعليمية الضرورية للتكوين المهني للمعوقين جسديا ، ويجمع الوثائق التقنية والتربوية المخصصة للمكونين المتخصصين² .

5- إعادة التدريب و الإدماج

منح المشرع للمعاق الحق في إعادة التدريب الوظيفي و ذلك عن طريق تكريس حقه في الأعضاء الاصطناعية ولواحقها ، بحيث أقر بمقتضى نص المادة 92 من قانون الصحة بإنتفاع الأشخاص المعوقين بالعلاج الملائم و إعادة التدريب و الأجهزة المعدة لأجلهم ، ولذلك تم إنشاء الديوان الوطني لأعضاء المعوقين الاصطناعية ولواحقها بموجب المرسوم رقم 88-27 المؤرخ في 1988/02/09 و الذي من بين مهامه الترخيص بصنع الأعضاء الاصطناعية ولواحقها والمعينات التقنية التي تساعد على إعادة تأهيل المعوقين اجتماعيا ومهنيا و إدماجهم في المجتمع .

1- خليل عبد الرحمان المعاينة ، ومصطفى نوري القمش ، أساسيات التأهيل المهني والرعاية لذوي الاحتياجات الخاصة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الأولى، 2012 ، ص 24 .

2- وسيم حسام الدين الأحمد ، المرجع السابق ، ص 22 .

كما يتولى استيرادها وتوزيعها وضمان صيانتها ، وقد نصت المادة الثالثة من قانون 09-02 في فقرتها الخامسة على ضرورة إدماج الأشخاص المعاقين و اندماجهم على الصعيدين الاجتماعي و المهني .

كما نص قانون الصحة في المادة 93 منه على ضرورة وضع تدابير ملائمة للوقاية من العجز و لإعادة تدريب الأشخاص المصابين بنقص عقلي أو عجز أو عاهة ، مع حرصه على إعادة تكييفهم و اندماجهم في الحياة الإجتماعية.

ثالثا: التأهيل الطبي للمعاق

وهو يتمثل في إعادة الشخص المعاق إلى أعلى مستوى وظيفي ممكن من الناحية الجسمية و العقلية ، عن طريق إستخدام المهارات الطبية للتقليل من العجز أو إزالته إن أمكن¹.

فالتأهيل الطبي هو محاولة إستعادة ما يمكن توفيره للفرد المعاق من قدرات بدنية سواءا عن طريق علاج هذه الحالة بالأدوية أو بالعلاج الجراحي أو الطبيعي أو بالعمل أو علاج عيوب النطق مع الإستعانة بالأجهزة المساعدة².

وكذا الإهتمام بالحالة النفسية للمعاق ، حيث تم انشاء مراكز نفسية بيداغوجية للأطفال المعوقين ذهنيا و هذا ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 13-308 المؤرخ في 2013/09/05.

1- وسيم حسام الدين الأحمد، المرجع السابق ، ص 21 .
2- خليل عبد الرحمان المعاينة ، المرجع السابق ، ص 106 .

رابعاً: تشجيع الحركة الجمعوية

في إطار إدماج المعاق في الحياة العامة صدرت عدة نصوص قانونية تنص على إنشاء جمعيات وأجهزة تهتم بهذه الشريحة ، وهو ما يسمى بالحركة الجمعوية سواء على المستوى المحلي أو الوطني لمديريات الحماية الاجتماعية على مستوى الولايات ، حيث تم انشاء المجلس الوطني للأشخاص المعوقين بموجب المرسوم التنفيذي رقم 145/06 المؤرخ في 2006/04/26 و الذي تضمن كفيات سيره وتنظيمه ، وكذا المركز الوطني للموظفين المختصين لمؤسسات المعوقين بموجب المرسوم التنفيذي 391/81 المؤرخ في 1987/12/26 زيادة على الجمعيات المتعددة النشاطات على مستوى كل بلدية.

والهدف من إنشاء هذه الأجهزة والجمعيات هو الاهتمام بحقوق المعاق و التكفل به والمطالبة بانشغالاته وتوصيلها للجهات المختصة حتى تتمكن من تعديل التشريعات الخاصة بهذه الفئة حسب تطورات الحياة الاقتصادية.

الفرع الثاني : تحليل بعض نصوص قانون حماية الأشخاص المعوقين

نظم المشرع الجزائري القواعد المتعلقة بالأشخاص المعاقين بمقتضى القانون رقم 09-02 المؤرخ في 25 صفر عام 1423 الموافق 08 ماي 2002 المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم ، بالإضافة إلى نصه على بعض القواعد العامة المتعلقة بهذه الفئة ، بمقتضى القانون رقم 05-85 المعدل و المتمم بمقتضى القانون رقم 08 -13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، و كذا جملة من المراسيم التنفيذية و القرارات المشتركة.

و قد تضمن قانون حماية المعاقين جملة من النصوص القانونية الرامية إلى كفالة بعض الحقوق للمعاقين تماشيا مع مقتضيات حقوق الإنسان ، و المواثيق الدولية الرامية إلى تكريس نوع من الحماية الخاصة و المتناسبة مع الطبيعة الخاصة لهذه الفئة ، لكن السؤال المطروح بهذا الصدد يتمحور حول مدى سعيه إلى تكريسها عمليا بشكل يضمن استفادة هذه الفئة بأدنى ما تستحقه.

غير أنه و بصدد التأكيد على مساءلة الطبيب مسؤولية مدنية عن أخطائه المهنية ، استنادا لما ينجر عنها من أضرار تعد الإعاقة إحدى صورها في شكل إعاقة مكتسبة لا خلقية ، نجد أن التشريع أغفل هذه الخصوصية و قيدها في إطار قواعد عامة و مجردة ، خالية من أثر تلك اللمسة الرامية إلى الإبداع و محاولة تكييف مضمون النصوص القانونية مع الواقع. لذلك ارتأينا التطرق لبعضها بمنظور النقد.

فقد تضمن الفصل الأول من قانون حماية الأشخاص المعاقين و ترقيتهم أحكاما عامة تتعلق بمظاهر أو صور الحماية المكرسة للمعوقين .

وقد ورد في نص المادة 02 منه أنّه:

"تشمل حماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم في مفهوم هذا القانون ، كل شخص مهما كان سنه أو جنسه يعاني من إعاقة أو أكثر، و وراثية أو خلقية أو مكتسبة ، تحد من قدرته على ممارسة نشاط أو عدة نشاطات أولية في حياته اليومية الشخصية أو الاجتماعية نتيجة لإصابة وظائفه الذهنية و/أو الحركية و/أو العضوية- الحسية..."

ويفهم من سياق الشرط الأول من هذه المادة ، أن المشرع لم يكفل حمايته بمقتضى القواعد التي تضمنها هذا القانون للأشخاص المصابين بإعاقة وراثية أو خلقية فقط ، بل وسع من نطاق هذه الحماية إلى من كانت إعاقته مكتسبة ، أي راجعة إلى سبب خارج عن الصفة التي خلق عليها هذا الشخص ، بحيث أنّه ولد سليماً مكتمل الوظائف و الحواس غير أنّه تعرض لحادث قطع استمرارية حياته كشخص طبيعي.

و لم يحدد المشرع العوامل التي من شأنها إحداث إعاقة مكتسبة لدى الشخص ، و عليه فإنّ مجالها يتسع وفقاً لهذا المفهوم ليشمل الأشخاص المصابين بإعاقة نتيجة أخطاء طبية فهم يندرجون في إطار هذه الفئة ، و بالتالي تشملهم الحماية المقررة بمقتضى هذا القانون الذي يعتبر سارياً في حقهم بكل ما اشتمل عليه من قواعد ، لاسيما

و أن المشرع لم يستثني أي شخص لا بحسب السن و لا الجنس ، بل الأكثر من ذلك لم يفرق إن كان الخلل نتيجة إعاقة واحدة أو أكثر.

وهذا ما يبرز معه : أن القانون أولى عناية بهذه الشريحة من المجتمع على مختلف

الفئات العمرية و مهما كانت طبيعة الإعاقة أو حجمها أو عددها ، و سواء كانت ذهنية أو حركية أو عضوية حسية ، فالمهم أنّها تحد من قدرة الشخص على ممارسة النشاطات الأولية لحياته اليومية على الصعيدين الشخصي أو الاجتماعي.

ولعل نص هذه المادة مؤثر على سعي المشرع إلى التكفل بنوي العاهات .

كما تنص المادة 03 من نفس القانون على أنه :

" تهدف حماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم إلى ما يأتي:

- الكشف المبكر للإعاقة و الوقاية منها و من مضاعفاتها.
- ضمان العلاجات المتخصصة و إعادة التدريب الوظيفي و إعادة التكييف.
- ضمان الأجهزة الإصطناعية و لواحقها و المساعدات التقنية الضرورية ، لفائدة الأشخاص المعوقين، و كذا الأجهزة و الوسائل المكيفة مع الإعاقة و ضمان استبدالها عند الحاجة.
- ضمان تعليم إجباري و تكوين مهني للأطفال و المراهقين المعوقين.
- ضمان إدماج الأشخاص المعوقين و اندماجهم على الصعيدين الاجتماعي و المهني ، لاسيما بتوفير مناصب عمل.
- ضمان الحد الأدنى من الدخل.
- توفير الشروط التي تسمح بترقية الأشخاص المعوقين بالمساهمة في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية.
- توفير الشروط التي تسمح بترقية الأشخاص المعوقين و تفتح شخصيتهم ، لاسيما المتصلة بالرياضة و الترفيه و التكيف مع المحيط .
- تشجيع الحركة الجموعية ذات الطابع الإنساني و الاجتماعي في مجال حماية المعوقين و ترقيتهم.

يجب أن تتم حماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم و تطوير استقلاليتهم في إطار حياة عادية".

الملاحظ أن المشرع في إطار نص هذه المادة حاول إجمال الحقوق الأساسية المعترف بها لكل من يحمل لقب معاق .

غير أنه يستشف من الفقرة 07 من هذه المادة أن المشرع نص على منح ذوي الإحتياجات الخاصة منحة شهرية عبر عنها بالحد الأدنى من الدخل ، و إذا ما طبقنا هذا الإجراء على المعاق نتيجة خطأ طبي ، فإنه يطرح التساؤل حول حجم الخسارة اللاحقة بضحية الخطأ الطبي إذا ما كان يكسب أضعاف ذلك و/أو أنه كان يعيل عائلته ، أو أنه صرف في سبيل محاولة تفادي الإعاقة كل مدخراته بصورة أفقدته الإحتياط المالي الذي عمل على جمعه ، و قد استغل مبلغ التعويض في العلاج . و بالتالي هل يكفي مبلغ زهيد شهريا لسد حاجيات هذا الشخص؟

و حتى إذا كانت هذه المنحة قد أتت إلى جانب التعويض الذي تلقاه من شركة التأمين ، فإنها و في نظرنا لا تعكس ضمانات كافية للقول بتكفل الدولة بهذه الفئة ، لأن حاجتها تبقى أكبر من مجرد الجود عليها بمبالغ زهيدة ليس من شأنها توفير الدعم الكافي للتمتع بظروف عيش متناسبة مع وضعها.

غير أنه و في إطار البحث عن ضمانات أقوى بهذا الصدد أثار انتباهنا القانون اللبناني و الذي أقر بمقتضى المادة 5 من نظام رعاية المعوقين الصادر بموجب المرسوم رقم (م/37) بتاريخ 23/09/1421 القاضي بالموافقة على قرار مجلس الوزراء رقم (424) المؤرخ في 25/09/1421 الخاص بإقرار هذا النظام لتتويجا لكافة الجهود الرائدة في مجال رعاية المعوقين و تأهيلهم ، على أنه : " تمنح الدولة المعوقين قروضا ميسرة للبدء بأعمال مهنية أو تجارية تتناسب مع قدراتهم سواء بصفة فردية أو بصفة جماعية"¹.

1- وسيم حسام الدين الأحمد ، المرجع السابق ، ص254.

و هذا ما من شأنه في نظرنا منح المعاق فرصة لبناء ذاته من جهة و تسيير شؤون حياته بأريحية و الإعتماد على نفسه من جهة أخرى.

كما أن عيوب آلية تقديم منحة للمعاقين وفقا للقانون الجزائري تبرز أكثر استنادا لما أكده المشرع بموجب المادة 05 من قانون حماية المعاقين ، و التي تنص على أنه :

"يستفيد الأشخاص المعوقون بدون دخل من مساعدة اجتماعية تتمثل في التكفل بهم و/أو في منحة مالية".

وعليه جاءت هذه المادة مكملة أو موضحة للمقصود ب "ضمان الحد الأدنى من الدخل" ، بحيث نصت على أن الإستفادة تخص الأشخاص المعوقين بدون دخل ، مما يفهم معه إقصاء ذوي الدخل من الإستفادة من هذا الحق المتمثل في التكفل بالمعاق و/أو إفادته بمنحة مالية ، في حين أن مفهوم المنحة يحمل معنى المنح المجرد من أية اعتبارات دون فرض قيود على الإستفادة مادامت هذه المزية تمثل حقا معترفا به ، فإنه لا بد من أن يمتاز بالشمولية ، وعليه فهذا إن دل على شيء فإنه يدل على أن هذه الضمانة وفقا للقانون الجزائري لا تمثل حقا عاما لا بد من تمكين كل شخص يعاني من إعاقة منه بغرض احاطته بالدعم ، بل هي تقتصر على من وصفهم القانون بأنهم بدون دخل.

و الأكثر من ذلك حاول المشرع حصرهم أو تبيّانهم بشكل أوضح في إطار نص المادة 07.

و التي أشارت في فقرتها الأولى إلى أن المساعدة الإجتماعية تمنح للأشخاص المعوقين بدون دخل لاسيما من تقدر نسبة عجزهم ب 100% مما يفهم معه أن العجز لا بد أن يكون كلياً ، و بالتالي من تقل نسبة العجز لديهم عن 100% إما أنهم لا يستفيدون من هذه المنحة أو أن استفادتهم مرهونة بشروط.

كما نجد أن نص المادة 07 يتعلق بمنحة "الأشخاص ذوو العاهات و المرضى بداء عضال الذين يبلغ سنّهم 18 سنّة على الأقل ، المصابون بمرض مزمن و معجز " ، و يطرح تحديد السن في هذه الفقرة التساؤل عن الوضع، متى ما كان يقل عن 18 سنة (الحد الأدنى مقدر ب 18 سنة).

كما تطرح تناقضا لكوّنّها تحيل على مفهوم العاجز طبقا للتعريف المنصوص عليه في المادة 02 في حين نص هذه المادة وسع من مفهوم العاجز بقوله "مهما كان سنه".

كما نصت الفقرة الأخيرة من المادة 07 على أن المنحة المقدمة للأشخاص المعوقين بنسبة عجز تقدر ب 100% لا يجب أن تقل عن 3000 دج ، و هذا يطرح مسألتين:

- 1- هل هذا يعني بمفهوم المخالفة أنّه إذا كانت نسبة العجز تقل عن 100% فإن المنحة تقل على ضوء ذلك عن هذا المقدار.
 - 2- هل 3000 دج كحد أدنى كافية لعاجز بنسبة 100%؟.
- في حين تنص المادة 08 على أنّه: " يستفيد الأشخاص المعوقين حسب الحالة ، من مجانية النقل أو التخفيض في تسعيرات النقل البري الداخلي.
- و يستفيد الأشخاص المعوقين بنسبة عجز قدرها 100% من تخفيضات في تسعيرات النقل الجوي العمومي الداخلي.
- كما يستفيد بنفس هذا التدابير المرافقون للأشخاص المعوقين المنصوص عليهم أعلاه، بمعدل مرافق واحد لكل شخص معوق.
- تتكفل الدولة بالتبعات الناجمة عن مجانية النقل أو التخفيض في تسعيراته...."
- و منّه فإن نص هذه المادة يكفل مجانية النقل البري الداخلي أو تخفيضا في تسعيراته ، و تخفيضا في تسعيرات النقل الجوي العمومي الداخلي لكن دون الخارجي في حين قد يكون السفر بغرض العلاج.

كما نصت على استفادة المرافقين من نفس التدابير ، لكن عمليا قليلا ما يستفيد المرافق من التخفيضات بالرغم من أهميته لاسيما أن المادة تشترط عجز كلي بنسبة 100% للتخفيض.

أما فيما يخص المادة 09 و التي تنص على أنه : " تخص الاستفادة من أعمال حماية الأشخاص المعوقين و ترقيةهم الممنوحة تطبيقا لهذا القانون ، الأشخاص الحاملين لبطاقة تبين الإعاقة و درجتها ، تسلمها إياهم مصالح الوزارة المعنية بناء على قرار من لجنة طبية ولأئية متخصصة منصوص عليها في المادة 10."

فقد ربط المشرع الاستفادة من أعمال حماية الأشخاص المعوقين و ترقيةهم الممنوحة بمقتضى قانون حماية الأشخاص المعوقين بضرورة حمل بطاقة تبين طبيعة و درجة الإعاقة.

يتم تسليم هذه البطاقة من قبل المصالح المعنية بالتنسيق بين البلدية و هيئات الضمان الإجتماعي ، بناء على ما يرد في مقرر اللجنة الطبية الولائية المتخصصة. و عليه فإن الاستفادة بالحماية مرهونة بوجود هذه البطاقة و التي يتطلب تحصيلها إجراءات معقدة ووقت طويل.

أما فيما يخص المادة 10 و التي تنص على أنه: " تنشأ لدى المصالح الولائية للوزارة المعنية.

لجنة طبية ولأئية متخصصة تتشكل من خمسة (05) أعضاء على الأقل يتم اختيارهم من ضمن الأطباء الخبراء.

تبت اللجنة في الملفات المودعة لديها في مدة أقصاها ثلاثة (03) أشهر ابتداء من التاريخ المسجل بوصل إيداع يسلم للمعني.

يمكن أن تنتقل هذه اللجنة عند الحاجة، إلى البلديات لمعاينة حالة الأشخاص المعوقين غير القادرين على التنقل.

تكون قرارات اللجنة الطبية الولائية قابلة للطعن من طرف الشخص المعني أو من ينوب عنه قانونا لدي اللجنة الوطنية للطعن المنصوص عليها في المادة 34 من هذا القانون. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

فإن اللجنة الولائية المتخصصة المنشأة لدى المصالح الولائية التابعة للوزارة تتشكل ، من 05 أطباء خبراء على الأقل بهدف البث في الملفات خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ الإيداع ، و إن كان هذا الأجل المقرر قانونا يبدو معقولا لإستكمال التحقيق و الإجراءات اللازمة ، فإنه عمليا يتعدى هذا الحد بكثير، لاسيما و أن هذه اللجنة يمكنها و في إطار التحقيق الإنتقال إلى البلديات لمعاينة حالة الأشخاص غير القادرين على التنقل ، مما يستغرق وقتا أطول، إضافة لكون قرارات اللجنة قابلة للطعن من قبل المعني بالأمر أو من ينوبه قانونا أمام اللجنة الوطنية للطعن.

و عليه فإن إجراء الطعن على المستوى الوطني يعني أجلا مفتوحا لإنتظار الرد استنادا لكثرة الملفات على مستوى المركز و ما تتطلبه من فحص و تحقيق يستغرق وقتا طويلا، يحول دون توصل المعاق بما خوله القانون من حقوق في آجال معقولة.

- كما أن هنالك ضمانات أخرى تضمنتها المادة 26 من الفصل الرابع المتعلق بالإدماج و الإندماج الاجتماعيان، و التي تتضمن التزاما للمستخدم يقضي بإعادة تصنيف أي عامل أو موظف أصيب بإعاقة مهما كان سببها ، و منه يستشف أن هذه المادة خاصة بذوي الإعاقة المكتسبة و ليس الطبيعية ، بحيث استعمل المشرع عبارة "أصيب بإعاقة".

و عليه يستفيد المعاق جراء خطأ طبي من هذا الحق، بحيث لم يشترط المشرع لإعادة إدماج الشخص المعاق في مجال عمله سوى فترة لإعادة التدريب ، حتى و إن كان سيتولى منصب عمل آخر غير الذي كان يشغله قبل الإعاقة ، في حين أن الواقع العملي يشهد عكس ذلك بحيث أصبح مصير المصاب بإعاقة التسريح و العزلة و هذا راجع لضعف الجهاز الرقابي بهذا الصدد.

وفي هذا الإطار نشير إلى المرسوم اللبناني السابق الذكر ، و الذي نص في المادة 8 منه على انشاء مجلس أعلى لشؤون المعوقين يرتبط برئيس مجلس الوزراء ، و من الأعضاء التي يتألف منها اثنين من المعوقين ، و اثنين من رجال الأعمال المهتمين بشؤون المعوقين و اثنين من المختصين بشؤون الإعاقة يعينون من قبل رئيس مجلس الوزراء بناء على ترشيح من المجلس الأعلى ، و الذي يرفع تقريراً سنوياً إلى رئيس مجلس الوزراء عن أعماله ، و عن وضع المعوقين و الخدمات التي تقدم لهم ، و ما يواجه ذلك من صعوبات ، و دعم الخدمات المقدمة للمعوقين . و هذا وفقاً لنص المادة 10 منه¹.

و هذا ما يفهم معه اعتماد المشرع اللبناني سياسة المتابعة المستمرة لهذه الفئة على أعلى مستوى من مستويات إدارات الدولة.

أما فيما يتعلق بالمواد 30، 31، 32، كحقوق معترف بها، حيث جاء فيها ما يلي:

المادة 30: "من أجل تشجيع إدماج و اندماج الأشخاص المعوقين في الحياة الاجتماعية و تسهيل تنقلهم و تحسين ظروف معيشتهم و رفاهم ، تطبق تدابير من شأنها القضاء على الحواجز التي تعيق الحياة اليومية لهؤلاء الأشخاص، لاسيما في مجال:

- التقييس المعماري و تهيئة المحلات السكنية و المدرسية و الجامعية و التكوينية و الدينية و العلاجية و الأماكن المخصصة للنشاطات الثقافية و الرياضية و الترفيهية.
- تسهيل الحصول على الأجهزة الإصطناعية و لواحقها و المساعدات التقنية التي تمكن الإستقلالية البدنية و تسهيل استبدالها.
- تسهيل الوصول إلى الأماكن العمومية.
- تسهيل استعمال وسائل النقل.
- تسهيل استعمال وسائل الاتصال و الإعلام.

1- وسيم حسام الدين الأحمد ، المرجع السابق ، ص 255 ، 256 .

- تسهيل الحصول للراغبين في ذلك ، على سكن واقع في المستوى الأول من البنايات بالنسبة إلى الأشخاص المعوقين أو المكفنين بهم عند الاستفادة من مقرر منح السكن طبقاً للتشريع و التنظيم المعمول بهما.

تحدد كفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

إن المتأمل لنص هذه المادة يستشعر لأول وهلة أنّها و بما تتضمنه من تسهيلات لفائدة المعاقين ، قادرة على ضمان الراحة و الإستقلالية لهذه الفئة . في حين أنّها واقعيًا تلاقى التهميش و غياب التجسيد الفعلي لها.

1- المادة 31: " بغض النظر عن الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

يستفيد الأشخاص المعوقين الذين تقدر نسبة عجزهم 100% تخفيضاً في مبلغ إيجار و شراء السكنات الإجتماعية التابعة للدولة أو الجماعات الإقليمية.

تحدد كفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

غير أن تطبيق نص هذه المادة يصطدم بواقع أن ذوي الأشخاص المعاقين هم من يبرمون هذه العقود ، وبالتالي حتى و ان كانت لفائدة المعاقين فإن استفادتهم من هذه المكنة تبقى محاطة بجملة من الصعوبات و العراقيل .

2- المادة 32: " يستفيد الأشخاص المعوقين الحاملون بطاقة معوق تحمل إشارة "الأولوية" على الخصوص مما يأتي:

- حق أولوية الاستقبال على مستوى الإدارات العمومية و الخاصة.
- الأماكن المخصصة في وسائل النقل العمومي
- الإعفاء من تكاليف نقل الأجهزة الفردية للتنقل
- تخصيص نسبة 4% من أماكن التوقف في المواقف العمومية للشخص المعوق أو مرافقه."

بالرغم من تأكيد المشرع على مثل هذه الحقوق ، فإنه لم يسبق لإدارة العمومية وضع لافطة أو تعليق تعليمية إدارية تلفت انتباه موظفيها إلى مراعاة قاعدة الأولوية ، و نفس الشيء بالنسبة للمواقف العمومية.

كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 03-45 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1423 الموافق 19 يناير 2003 و المحدد كليات تطبيق أحكام المادة 07 من القانون رقم 02-09 المؤرخ في 25 صفر عام 1423 الموافق 08 ماي 2002 و المتعلق بحماية الأشخاص المعوقين و ترقيتهم المعدل بالمرسوم التنفيذي 07-340 ، جملة من النصوص الحمائية و منها :

نصت المادة 03 منه على أنه : "يقصد بالشخص المعوق كما هو منصوص عليه في المادة 02 أعلاه:

- كل شخص مصاب بإعاقة خلقية أو مكتسبة أو بمرض مزمن معجز خطير تقدر نسبة عجزه ب 100% و تؤدي إلى عجز كلي عن العمل.
- كل شخص يوجد في وضعية يحتاج احتياجا كليا إلى غيره للقيام بنشاطات الحياة اليومية بسبب إصابة وظائفه الذهنية و الحركية أو العضوية.
- الحسية مثل السقيم الطريح الفراش أو فاقد استعمال الأعضاء الأربعة أو متعدد الإعاقة الجسدية (الصم و العمى الكلي في نفس الوقت) و المصاب بتأخر ذهني عميق مع اضطرابات مجتمعة".

وما يثير الإنتباه في هذه المادة هو اشتراطها:

- 1- نسبة عجز تقدر ب 100%، مما يعني وجود الشخص في وضعية تجعله يحتاج احتياجا كليا لغيره حتى يقوم بنشاطات الحياة اليومية، وذلك نتيجة إصابة في وظائفه الذهنية أو الحركية أو العضوية.

2- تسببها بعجز كلي عن العمل، من شأن هذا التعريف حصر فئة المستفيدين في من لديهم عجز كلي تام دون من يعاني إعاقة لكن بنسبة محددة تقل عن 100%، وهذا من شأنه الحرمان من الإستفادة من بعض الحقوق التي يفترض أنهم في حاجة لها.

وختاماً نشير إلى أن هذه المواد ما هي إلا مقتطفات من جملة مواضع النقص التي تشوب أوجه الحماية المفروض تقريرها للأشخاص المعاقين ، وبالتالي إن كنا قد لجأنا إليها من أجل الإحتماء بها لفائدة الأشخاص المعاقين جراء أخطاء طبية فإنها لم تكن لنا سوى ضمانات ضعيفة لا تفي بالغرض المطلوب.

لذلك يبقى المضرور جراء أخطاء طبية في موضع ما زال في حاجة إلى التكفل الصريح به.