

المسئولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي

الدكتور محمد بودالي
أستاذ محاضر بقسم الحقوق
جامعة سيدى بلعباس

مقدمة

يعتبر موضوع المسؤولية الطبية أو الخطأ الطبي من أهم موضوعات القانون الحديث ليس لتعلقه فقط بنشاط حيوي يتعلق بصحة الإنسان وسلامته، وإنما لارتباطه بعلم دائم التطور وهو الطب.

ولما كانت ممارسته تتم إما بصفة حرّة أي في العيادات الخاصة، وإما في إطار المستشفيات العامة، فإن ذلك استدعي خضوع النشاط الطبي لنظامين مختلفين تبعاً لمكان ممارسته أحياناً، وتبعاً لصفة الفاعل تارة أخرى.

وقد ظلَّ النشاط الطبي منذ سنوات طويلة ولا زال موضوعاً لاجتهاد جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري، وصل أحياناً إلى حد التنازع، وأحياناً أخرى إلى درجة التلاوم والتنسيق.

وقد اخترت في بحثي هذا أن أتبع خطى اجتهاد القاضي الإداري في بعض مجالات المسؤولية الطبية ومنها على وجه الخصوص:

أولاً: طبيعة مسؤولية الطبيب وتحديد الوصف القانوني لعلاقة الطبيب بمريضه،
وطبيعة العلاقة بين الطبيب والمستشفى العام.

ثانياً: النزاع حول الاختصاص القضائي بنظر دعاوى المسؤولية عن الأخطاء
الطبية التي

تقع في نطاق المستشفيات العامة.

ثالثاً: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المستشفى.

رابعاً: التزام الطبيب بإعلام المريض.

أولاً: طبيعة مسؤولية الطبيب.

1. طبيعة مسؤولية الطبيب بوجه عام:

عرفت مسؤولية الطبيب في بدايتها بأنها ذات طبيعة تقصيرية، ولكن ومنذ صدور قرار Dr Nieolas.C/Mercier عام 1936، فإنّ محكمة النقض فرّرت فيه، وجود عقد بين الطبيب وكل مريض من مريضه، يلتزم بمقتضاه ليس بشفائه، ولكن بتقديم "العلاج المنقن،
اليقظ والحدّر، والمنتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة"⁽¹⁾.

2. طبيعة مسؤولية الطبيب في إطار المستشفى العام:

إن العلاقة بين الطبيب والمريض في إطار المستشفى العام هي علاقة لائحة، على أساس أن الطبيب مكلف فيه بأداء خدمة عامة. وهو ما أكد مجلس الدولة الفرنسي من أنه لا وجود لعقد بين المريض والطبيب في إطار المرفق العام⁽²⁾. ويتربى على ذلك عدم إمكان إقامة مسؤولية المستشفى على أساس المسؤولية العقدية.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن لا يمكن مساعدة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما، كما لا يمكن القول بوجود عقد اشتراط لمصلحة المريض بين إدارة المستشفى العام وبين أطبائه، لأن علاقة الطبيب الموظف بالجهة الإدارية التي يتبعها هي علاقة تنظيمية وليس تعاقدية وبذلك لا يكون هناك محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية⁽³⁾.

وقد انطلق مسلك القضاء الفرنسي والمصري في هذا الصدد من اعتبارات عملية وإنسانية تهتم بتحقيق صالح المريض المضرور⁽⁴⁾.

أما الراجح اليوم فهو التفرقة بين فرضين:

ف تكون مسؤولية الطبيب في الفرض الأول عقدية كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض بناء على اختياره.

وتكون مسؤوليته في الفرض الثاني تقصيرية كما في حالة تطوع الطبيب للعلاج أو امتناعه من العلاج، أو العلاج الذي يتلقاه المريض من طبيب المستشفى العام.

3. العلاقة بين الطبيب والمستشفى:

أما عن العلاقة بين الطبيب والمستشفى، فالراجح أن الطبيب يعتبر تابعاً للمستشفى الذي يعمل به، وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب والمساعدين الآخرين العاملين بالمستشفى العام تخضع للقانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري، ومن ثم فإنه رغم اعتبار علاقة الطبيب علاقة تبعية إدارية، فإنها كافية لأن يتحمل المستشفى نتائج خطأ الطبيب.

والهدف من ذلك تحويل إدارة المستشفى مسؤولة تغطية تبعه الأخطاء الصادرة عن تابعيه أثناء قيامهم بأعمال المرفق، وللتيسير على المضرور بضمان حصوله على حقه في التعويض عن طريقة اختصاص إدارة المستشفى مباشرة أمام القضاء الإداري.

وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بخلع صفة التابع على الطبيب العامل بالمستشفى العام، وبأن إدارته تسؤال عن خطئه وفقا لقواعد مسؤولية المتسبّع عن أفعال تابعيه، وقضت بمسؤولية الطبيب ووزارة الصحة باعتبارهما متسبّعان بالتضامن عن تعويض الأضرار التي أصابت المريض⁽⁵⁾.

ثانياً: النزاع حول الاختصاص القضائي بنظر دعاوى المسؤولية عن الأخطاء الطبية التي تقع في نطاق المستشفيات العامة.

1. في النظام القضائي الفرنسي:

لأجل بسط سلطة اختصاصه بنظر هذه المنازعات اتجه القضاء العادي إلى القول بأن الطبيب أو الجراح العامل بالمستشفى العام ليس تابعا للإدارة، وإنما يمارس عمله الفني بكل استقلال، وبالتالي فإن خطأ المهني لا يرتبط بسير المرفق العام، مما يؤدي إلى القول باختصاص جهة القضاء العادي بتقرير مسؤوليته⁽⁶⁾.

ويرجع هذا الموقف إلى اعتبارين: الأول وهو الاستقلال الفني للطبيب حتى ولو كان عاملاً في جهاز من الأجهزة الإدارية.

والثاني: إلى شعور القاضي العادي بأنه حامي الشخص الإنساني. D'être le protecteur naturel de la personne humaine

ولكن جهة القضاء الإداري كانت في نفس الوقت تؤكد اختصاصها بالدعوى التي كانت ترفع إليها، والمتعلقة بالتعويض عن الضرر المنسوب إلى خطأ المستشفى العام. Imputable à la faute d'un médecin d'un établissement d'hospitalisation public وذلك على أساس مساهمة الطبيب بشكل مباشر في سير المرفق العام⁽⁷⁾.

فتدخلت محكمة التنازع لفض هذا النزاع بقولها: أن الدعوى التي يرفعها المريض أو ورثته ضد الطبيب أو الجراح العامل بالمستشفى العام، بسبب خطئه في أداء عمله الطبي، لا يختص بنظرها القضاء العادي على أساس أن مثل هذه الأخطاء ترتبط في حالة وقوعها بتنفيذ خدمة عامة يقوم بأدائها الطبيب أو الممرض، ومن ثم يختص بنظرها القضاء الإداري، ما عدا إذا تعلق الأمر بخطأ شخصي منفصل عن نشاط المرفق، مثل:

الخطأ الذي يرتكبه طبيب المستشفى العام أثناء عمله لحسابه الخاص، فيرجع الاختصاص في هذه الحالة إلى القضاء العادي⁽⁸⁾.

وويرر الحل الذي قدمته محكمة التنازع بحجتين:

الأولى: هو أنّ حتى ولو يدخل طبيب المستشفى العام ضمن نظام الوظيفي العمومي، فإنه يكون في علاقته سواء مع الخدمة أو مع المريض في وضعية تنظيمية ولاجئية للقانون العام.

الثانية: أن طبيب المستشفى العام يساهم بشكل مباشر في تنفيذ المرفق العام
participe directement à l'exécution du service public.

ولم تزل بعض جهات القضاء العادي مصرة على موقفها، حتى قررت محكمة النقض في سنة 1963 فرض الحل الذي سبق وأن قدمته محكمة التنازع⁽⁹⁾.

ومنذ ذلك التاريخ، فإنه تم تسوية مشكل الاختصاص، وهكذا صارت من اختصاص جهات القضاء الإداري طلبات التعويض عن الأضرار الناشئة عن نشاط الأطباء في القطاع العام الصحي، بما في ذلك من يمارسونه بشكل جزئي à temps partiel أو مؤقت vacataire.

ووفقاً لذلك فإن الدعوى المرفوعة أمام جهة القضاء الإداري يجب أن ترفع ضدّ الشخص الاعتباري وليس ضدّ الطبيب شخصياً، وهي تخضع لقاعدة القرار المسبق La règle de la décision préalable

والهدف من ذلك القضاء هو حمل الإدارة على تغطية الأخطار الصادرة من تابعيها، أثناء قيامهم بأعمال المرفق فالمضرور ضماناً لحصوله على حقه، ينبغي عليه اختصاص المتبع أمام القضاء الإداري.

2. في النظام القضائي الجزائري:

يبدو أن مشكلة الاختصاص السابقة لا تطرح في النظام القضائي الجزائري، استناداً إلى نص المادة: 7 من قانون الإجراءات المدنية التي نصت على اختصاص الغرف الإدارية بال المجالس القضائية بنظر منازعات المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، كما هو الشأن بالنسبة للمستشفيات العمومية.

ثالثاً: الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المستشفى.

1. الخطأ كأساس لمسؤولية المستشفى:

أ. التفرقة بين العمل الطبي والعمل العلاجي:

جرى الفقه والقضاء على الأخذ بالتفرقـة التقليدية بين العمل الطبي والعمل العلاجي

(10). Les actes de soins ordinaires et les actes médicaux

بموجب قرار ROUZET فإن مجلس الدولة الفرنسي ذهب إلى تقرير أن مبادئ المسؤولية الطبية تقوم ليس على صفة الفاعل وإنما إلى طبيعة العمل موضوع المسئولية⁽¹¹⁾.

بالنسبة لأعمال العلاج العادية فهي وحدها التي يمكن أن تعقد مسؤولية الإدارة، والتي يكفي فيها الخطأ البسيط. وذلك باعتبارها أعمالاً علاجية بسيطة bénin ودارجة courant، وتم دون صعوبة خاصة في التنفيذ ومنها على سبيل المثال: الحقن les injections، وبوجه عام جميع الأعمال التي ذهب القانون إلى إمكان تفزيذها من قبل المساعدين الطبيين auxiliaires médicaux دون لزوم حضور الطبيب.

وعلى العكس فإنه تعتبر أعمالاً طبية comme actes médicaux تقديم التشخيص l'établissement du diagnostic وفحوصات المعقدة les examens complexes وبناء على ذلك يكون المستشفى مسؤولاً على أساس الخطأ الجسيم في حالة الضرر الناجم عن العمل الطبي.

يضاف إلى ذلك أن الأعمال الطبية التي يتم القيام بها في ظروف مخالفة للقانون كان ولا زال القضاء يطبق بشأنها نظام الخطأ البسيط كما هو الحال في التخدير وهو عمل طبي بطبيعته، والذي قامـت به ممرضة دون حضور طبيب مخدر، تم ربطـه بالخطأ في تنظيم وسير المرفق العام⁽¹³⁾.

فمصطلح الخطأ البسيط يشمل في ذات الوقت: "الخطأ غير الشخصي بالكامل في تنظيم وسير المرفق العام"⁽¹⁴⁾ كالتأخير غير العادي في تحويل المريض، الخطأ في المراقبة، والتنسيق. كما يشمل الخطأ المرتكـب بمناسـبة عمل علاجي.

وفي الواقع فإنه لما كانت الأعمال الأخيرة يقوم بها بوجه عام المساعدين الطبيين، وهم من التابعين للمرفق الصحي، فإن الخطأ المرتكب يندرج في إطار الخطأ في التنظيم أو السير العام للمرفق، باستثناء الخطأ الشخصي المنفصل عن المرفق.

ب. نقد التفرقة بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم:

تعرضت التفرقة السابقة بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم في مجال المسؤولية الطبية لنقد مرير: منها صعوبة تحديد مفهوم الخطأ الجسيم، فضلاً عن عدم قبول خصوص مسؤولية الأطباء الخواص أو الأجراء لذات النظام.

يضاف إلى ذلك الصعوبة التي يجدها المضرور من جراء الأعمال الطبية التي تقدم في المستشفيات في إثبات وجود الخطأ الجسيم، مما حدا بمجلس الدولة إلى أن يضع على عاتق مجموع مرفق الصحة، قرينة الخطأ⁽¹⁵⁾.

وكانت حصيلة ذلك النقد اتجاه مجلس الدولة منطقياً في قراره المؤرخ في 10 أفريل 1992 إلى التخلّي عن فكرة الخطأ الجسيم⁽¹⁶⁾.

ج. الخطأ الطبي الذي من طبيعته أن « la faute médical de nature à... » :

بموجب قرار 10 أفريل 1992 تخلي مجلس الدولة عن فكرة الخطأ الجسيم، وذهب إلى القول بأن كل خطأ - حتى ولو كان طيباً أو جراحيًا - فإنه يؤدي بطبيعته إلى قيام مسؤولية المستشفى، دون الحاجة إلى أن يكتسي طابع الخطأ الجسيم.

وأنه حتى نشاط المساعدة الطبية الاستعجالي l'activité d'assistance médicale وأنه يمكن أن يعقد مسؤولية المستشفى على أساس الخطأ البسيط⁽¹⁷⁾.

كما أنه لا وجود لأية مبدأ وحدة بين الخطأ الجنائي والخطأ الإداري. علمًا أنه وفي ظل التمييز المهجور السابق فإن القاضي الإداري - وأمام صعوبة تقدير الخطأ البسيط - فإنه كان يأخذ بعين الاعتبار ملاحظات القاضي الجنائي⁽¹⁸⁾.

وفي الجزائر: يرى البعض أن موقف الاجتهد القضائي عندنا بخصوص المسؤولية الطبية بوجه عام، أنه يقيمه على أساس الخطأ الجنائي عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي، وعلى الخطأ البسيط عندما يتعلق الأمر بالتنظيم كما كان عليه الحال في فرنسا⁽¹⁹⁾.

2. مسؤولية المستشفى دون خطأ:

لقد كان للقضاء الإداري في فرنسا فضل اكتشاف المسؤولية دون خطأ للمرافق العامة الاستشفائية. حيث قضى المجلس القضائي الإداري لمدينة Lyon في عام 1993 لأول مرّة: بأن استعمال طريقة علاجية تتشىء - حال كون آثارها غير معروفة- خطراً خاصاً بالنسبة للمرضى الذين يكونون محلّ لها. وأنه عندما يكون اللجوء إلى مثل هذا العلاج لا تفرضه أسباب حيوية، فإن المضاعفات الاستثنائية والجسيمة المترتبة عنها مباشرة، تعقد مسؤولية المرفق الاستشفائي، حتى في غياب أي خطأ⁽²⁰⁾.

ثم تلا ذلك - كما رأينا آنفاً- تخلي القضاء الإداري عن فكرة الخطأ الطبي الجسيم في عام 1992. ثم تأكّد الاتجاه نحو إقرار مسؤولية بدون خطأ في العام الموالي بموجب قرار Bianchi الشهير لمجلس الدولة الفرنسي حيث قرّر بصفة واضحة "أنه عندما يكون العمل الطبي ضرورياً للتخيص أو لعلاج المريض، وبشكل خطراً، علم وجوده ولكن تحقه يبقى استثنائياً، ولا يوجد أي سبب يسمح بالاعتقاد بتعرض المريض له على وجه الخصوص، فإن مسؤولية المرفق العام الاستشفائي تتعدّد، إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر للأضرار - وبصرف النظر عن الحالة الأولية للمريض والتطور المتوقع لها- وأن يمثل أقصى درجات الجساممة"⁽²¹⁾.

وأخيراً فإن مجلس الدولة الفرنسي، وبالنظر للمخاطر التي يمثّلها توريد منتجات الدم، ذهب إلى إجازة مسؤولية مراكز نقل الدم حتى في غياب الخطأ، عن النتائج الضارة الناجمة عن رداءة نوعية المنتجات الموردة⁽²²⁾.

علماً أن محكمة النقض سبق قبل ذلك وأن أخذت بنفس الحل بالنسبة للمراكز الخاصة بنقل الدم، ولكن تأسيساً على الالتزام التعاقدى بالسلامة الذي يقع على عاتق هذه المراكز⁽²³⁾.

وقد حاولت بعض جهات القضاء العادي تطبيق نفس المبدأ في مجال الطب الحر ⁽²⁴⁾ غير أنّ محكمة النقض بموجب قرار حديث⁽²⁵⁾ نقضت الاجتهاد médicine libérale السابق لجهات القضاء العادي الدنيا، والتي ذهبت إلى أبعد من موقف مجلس الدولة فيما يخص عدم أخذها بعين الاعتبار الطابع غير العادي للضرر l'anormalité du dommage.

وفي الجزائر رأينا أن الاجتهد القضائي لا زال يقيم المسئولية الطبية بوجه عام على الخطأ الجسيم عندما يتعلق الأمر بالعمل الطبي، والخطأ البسيط عندما يتعلق الأمر بالتنظيم. وليس بين أيدينا ما يبني أخذة بنظرية المخاطر في مجال الأضرار الناجمة عن عملية التلقيح. رغم اعتبارها نشاطاً طيباً من جهة، ورغم طابعها الإلزامي من جهة أخرى⁽²⁶⁾. وقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على طابعها الإلزامي، دون أدنى إشارة إلى نظام المسؤولية الواجب التطبيق هنا، مما يجعل المجال مفتوحا أمام الاجتهد القضائي الذي يكون عليه أن يختار بين النظم التقليدي للمسؤولية القائمة على الخطأ ونظام المسئولية غير الخطئية المناسب في مثل هذه الحالة.

وفي رأينا يبقى الأخذ بنظام المسؤولية غير الخطئية هو الأجدى لجمهور المرضى، في المجالات التي يسلم فيها بهذه النظرية على الأقل، كما هو الحال بالنسبة للأضرار الناجمة عن التلقيح الإجباري، ومسؤولية مراكز نقل الدم⁽²⁷⁾، خصوصاً وأن القضاء الإداري يسلم بالأخذ بالمسؤولية غير الخطئية للمرفق العام⁽²⁸⁾.

رابعاً: التزام الطبيب بإعلام المريض.

1. مضمون الالتزام بالإعلام:

إذا سلمنا مع البعض⁽²⁹⁾ باعتبار مسؤولية الطبيب في القانون الجزائري هي مسئولية عقدية تستند إلى وجود عقد من طبيعة خاصة بين الطبيب والمريض في مجال العيادات الخاصة، وبوصفها علاقة لائحة أو تنظيمية في مجال المستشفيات العامة، فإن ذلك يستلزم في الحالتين صدور رضاء صحيح من المريض أو من ممثله القانوني إذا لم تسمح حالته بذلك، أو كان غير ممتنع بالأهلية⁽³⁰⁾.

إن المستشفيات العامة والعيادات الخاصة يقع عليها التزام بإعلام المرضى بخصوص كافة الأداءات التي يكون في إمكانها تقديمها⁽³¹⁾.

وينشأ عن الالتزام بالإعلام خطأ من طبيعة خاصة ضمن تشكيلة أنظمة المسئولية الطبية والاستشفائية وهي: الإخلال بالالتزام بالإعلام. وهو خطأ يتعلق بالعمل الطبي يتمثل في تخلف الإعلام كلية، أو عدم كفايته، وكذا الإعلام الخاطئ Erronné، ويمكن أن يندرج في الغالب الأعم - في إطار الحوادث الطبية غير العمدية، بحجة أن الأمر لا

يتلعل هنا بخطأ طبي ذو طابع فني أو كما يحلو للبعض أن يسميه بخطأ في حق "الطب الإنساني"⁽³²⁾ "Une faute contre l'humanisme médicale"

ويلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد جددت في السنوات الأخيرة اجتهادها - بشكل معتبر - في هذا المجال، مما أثار الكثير من التساؤل والنقد⁽³³⁾. يضاف إلى ذلك ما أصدره مجلس الدولة مجتمعا في فرع واحد بتاريخ 5 جانفي 2000.⁽³⁴⁾ والذي انضم باجتهاده إلى صف اجتهاد القضاء العادي سواء فيما يخص مضمون الالتزام بالإعلام الطبي، أو فيما يخص إثبات هذا الإعلام، وكذا تحديد الضرر الناجم عن الإخلال بهذا الالتزام.

ولم يسلم هذا التطور في اجتهاد القضاء العادي والإداري من النقد على أساس ما سيؤدي إليه في نظر البعض من تخريب لعلاقة الثقة التي تربط بين المريض والطبيب، ومن نمو لحركة حماية المستهلك من حيث اعتبار الطبيب مؤدي خدمة عادي، وفي نظر البعض الآخر ما هو إلا وسيلة استعملت من قبل القضاء من أجل التعويض عن الحوادث الطبية في حالة تخلف الخطأ الفني من جانب الطبيب.

لاشك أن الاجتهاد القضائي الحديث لمجلس الدولة حول مضمون الالتزام بالإعلام الطبي كان متوقع الحصول، خصوصا وأنه في قراراته المؤرخة في 5-1-2000 لم يفعل أكثر من إتباع عادة القاضي الإداري الذي استوحى اجتهاده من مثيله القاضي العادي الذي سبقه في ذلك⁽³⁵⁾.

وقد انصب هذا التقارب الملحوظ من قبل جهات القضاء الإداري في اتجاه تقرير الالتزام بالإعلام سواء قبل القيام بالعمل الطبي أو بعده.

قبل القيام بالعمل الطبي لم يكن الطبيب - في نظر جهات القضاء العادي والإداري معاً - ملزماً بإعلام المريض حول المخاطر التي تشكل طابعاً استثنائياً Les risques présentant un caractère exceptionnel⁽³⁶⁾.

وقد كانت محكمة النقض تذهب عكس ذلك فيما يخص الجراحة التجميلية⁽³⁷⁾، وهو ذات الحل الذي تلقفه مجلس الدولة فيما بعد⁽³⁸⁾.

وأخيراً التحق مجلس الدولة بمحكمة النقض في قراراته المؤرخة في: 5 جانفي 2000 ليقرر بأن واقعة أن المخاطر لا تتحقق إلا بصفة استثنائية لا تعفي الطبيب من التزامه بالإعلام⁽³⁹⁾.

ثم تبع القاضي الإداري مثيله العادي فيما يتعلّق بالإعلام الذي يقدم لاحقاً للعمل الطبي⁽⁴⁰⁾.

2. الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الطبي:

ووفقاً لمحكمة النقض الفرنسية فإنّ إخلال الطبيب بالتزامه بتتوير المريض وإعلامه، قد حرم هذا الأخير فقط من فرصة تجنب عن طريق قرار كان عليه أن يكون حكيمًا-خطير تحقق في النهاية. وهي خسارة تشكّل ضرراً متميّزاً عن الإصابات الجسمانية⁽⁴¹⁾.

بمعنى أن المريض كانت له فرصة تجنب هذا الخطأ، وذلك برفض التدخل الجراحي، ولما لم يتم إعلامه، فإنه خسر هذه الفرصة ولاشك أن التعويض الذي سيحصل عليه المريض سيكون محدوداً بعنصر فوات الفرصة La perte d'une chance⁽⁴²⁾ مما لا يسمح في غالب الحالات بتعويضه عن كامل الضرر، علماً أن الضرر اللاحق بالمريض من جراء حادث طبي، لا يمكن أن يقف فقط عند تفويت فرصة⁽⁴³⁾.

وهو ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قراراته الشهيرة لسنة 2000. وهنا أيضاً نقل الحل الذي أتى به مثيله القاضي العادي⁽⁴⁴⁾.

وهكذا فإنّ الضرر المترتب عن الإخلال بالالتزام بالإعلام في نظر محكمة النقض ثم مجلس الدولة يتمثل في ضرر مختلف عن الإصابات الجسمانية التي يتعرض لها المريض.

ففي حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام، فإنّ مفهوم تفويت فرصة لم يعد عاملاً من عوامل السببية Un facteur de causalité وأن المضرور يتم تعويضه عن فقده إمكانية رفض العملية الجراحية وليس الحادث الطبي ذاته.

ولعل ذلك هو الذي جعل البعض ينادي بعدم جواز إعمال مفهوم تفويت فرصة هنا، إلا إذا كان الخطأ، أي الإخلال بالالتزام بالإعلام قد جعل الضرر مؤكّد الوقوع⁽⁴⁵⁾.

وهذا التردد جعل البعض يعترف بصعوبة تقدير تعويض هذا النوع من الضرر⁽⁴⁶⁾.

ولا شك أنَّ القضاء الإداري والعادي كان يهدف من وراء تدعيم مضمون الالتزام بالإعلام الطبي إلى الوقاية من الحوادث الطبية عن طريق إعلام أفضل حول المخاطر التي يسببها الدواء *Sur les risques iatrogènes*.

وإضافةً إلى الصعوبة السابقة، فإنَّ هناك صعوبة أخرى نجمت عن الاعتراف بالالتزام الطبي بإعلام المريض، وهو أنه كان يقع على المريض بدايةً، إثبات عدم تنفيذ هذا الالتزام أو تنفيذه المعيب⁽⁴⁷⁾، وكان الأمر يتعلق بالنسبة للمريض بإثبات التزام سلبي، وهو إثبات عسير. إذ تذر في الواقع الحالات التي بفرض فيها القانون شكلية معينة للإعلام في المجال الطبي⁽⁴⁸⁾.

وقد تضاعف النقد للحل السابق:

فرأى البعض نقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب، استناداً إلى نص المادة: 1315 من القانون المدني⁽⁴⁹⁾. وتقابلاً لها المادة 323 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن "على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه". ولكن الحل جاءت به محكمة النقض الفرنسية في قرار *Hédreul* الشهير لعام 1997⁽⁵⁰⁾. حيث فرضت على الطبيب عبء إثبات تنفيذه لالتزامه بالإعلام. وقد جاء قرارها هذا بعبارات عامة توحى بتعميم تطبيقه على نطاق واسع⁽⁵¹⁾. بقولها: "أن من يكون ملزماً قانوناً أو اتفاقاً بالالتزام خاص بالإعلام، يجب عليه أن يقيم الدليل على تنفيذ هذا الالتزام".

غير أن القرار السابق سكت عن تحديد الوسائل التي يملكها الطبيب من أجل إثبات تنفيذ التزامه بالإعلام.

فاتجه إجماع الفقه في البداية إلى التزام الطبيب بإعداد دليل كتابي يبين مخاطر العلاج أو العملية⁽⁵²⁾.

ثم ما لبث وأن تدخلت محكمة النقض الفرنسية، وأجازت إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرآن البسيطة⁽⁵³⁾. مما يعني معه رفض تطلب الإعلام الكتابي، وتحديداً لتوسيع نطاق المسؤولية الطبية.

ومنذ صدور قرارات مجلس الدولة في سنة 2000 فإنه دأب على تحويل المستشفى عبء إثبات تقديم الإعلام المطلوب. وإن كان قبل ذلك يتميز اجتهاده بالمرونة من خلال الالكتفاء بتقديم المضرور لبداية ثبوت بالكتابة⁽⁵⁴⁾. وقد تبع فيه سبيل الجهات القضائية الإدارية الدنيا ومحكمة النقض.

وإذا كان قد أجيئ إثبات الإعلام بجميع طرق الإثبات. فإن نقل عبء الإثبات على الطبيب قاد حتماً للأطباء والمؤسسات العلاجية إلى تسليم المرضى لاستمرارات مكتوبة يتم توقيعها من قبلهم.

من هنا وجهت الانتقادات إلى الاجتهاد الأخير المتعلق بعبء الإثبات والمتعلق بمضمون الالتزام بالإعلام من حيث اعتباره سبباً في تخريب روابط الثقة بين الطبيب ومريضه، ويعودي إلى صعوبة إقناع المرضى بالعلاج⁽⁵⁵⁾.

ولم يسلم مجلس الدولة من النقد عند نقله لنفس الحلول. حتى أن البعض رأى فيها نوعاً من التحول بالرابة الطبية نحو حركة حماية المستهلك⁽⁵⁶⁾. ويجب الاعتراف أن اجتهاد القضاء العادي يدخل في إطار الاتجاه نحو تعزيز الالتزام بالإعلام الذي يقع على المحترفين بوجه عام.

كما أن القراءة لقرار Hédreul الشهير والذي استند إلى نص المادة 1315 من القانون المدني، تظهر بجلاء أن قلب عبء الإثبات لا ينصرف إلى الأطباء وحدهم، وإنما يشمل جميع المحترفين الخاضعين للالتزام بالإعلام.

فضلاً عن ذلك فإن مجلس الدولة في قرار حديث له، اتجه إلى تشبيه الطبيب بمقدم خدمات عادي، والمريض بالمستهلك⁽⁵⁷⁾. وإن كان الأمر تعلق بحالة خاصة وهو الجراحة التجميلية.

وقد حدد مجلس الدولة في قراراته لسنة 2000 معايير الإعلام الطبي بالمخاطر المعروفة للوفاة أو العجز وقت العلاج "Les risques connus et avérés de décès ou d'invalidité au moment des soins". في حين ذهبت بعض الجهات القضائية الأدنى درجة إلى القول بإعلام كامل ⁽⁵⁸⁾مرة، وبطلب إعلام L'exigence d'une information à la fois ⁽⁵⁹⁾.sur la gravité et sur la fréquence des risques encourus

وهو أمر حدا بالبعض إلى القول باستحالة البحث بكل ثمن عن المسؤولية الطبية على أساس الإخلال بالالتزام بالإعلام، بغرض تعويض الأضرار الناجمة عن الحوادث المتولدة عن المخاطر اللصيقة بالنشاط الطبي. وأن هذا التحديد الوارد على الالتزام بالإعلام في المجال الطبي، والاختلاف بشأنه بين الجهات القضائية، يقود من جديد إلى طرح مسألة ذاتية التعويض عن الحوادث الطبية، مثلاً هو الحال بالنسبة للتعويض عن حوادث المرور، والتعويض عن الأضرار الناجمة عن المنتجات المعيبة⁽⁶⁰⁾.

وقد بلغ الخلاف بين محكمة النقض ومجلس الدولة أوجه بمناسبة إصدار محكمة النقض لقرار **Perruche** الشهير في سنة 2000. حيث ذهبت إلى الحكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطفل من جهة وعن الضرر الذي أصاب الوالدين من جهة أخرى⁽⁶¹⁾. وهو ما كان يخالف اتجاه مجلس الدولة الذي رفض في قضية مماثلة أن يكون الميلاد أو الوفاة فرصة أونكتسة للاستفادة من آثارها القانونية.

« La naissance ou la suppression de la vie ne peut être considérée comme une chance ou une malchance dont on peut tirer des conséquences juridiques »⁽⁶²⁾.

وقد عجل قرار **Perruche** بما أحدثه من انقلاب كبير في المفاهيم القانونية والأخلاقية السائدة في المجال الطبي، في تدخل المشرع الفرنسي بإصداره لقانون 4 مارس 2002 المتعلق بالحوادث الطبية وحقوق المرضى ابتدءاً من ورائه تجنب بقاء المرضى ضحايا الحوادث الطبية بدون تعويض، وتجنب تحمل الأطباء مسؤولية هذه الحوادث بدون خطأ، ولو وضع حدًّا للتردد والاختلاف الذي طبع ساحة القضاء في السنوات الأخيرة بين حماية الطبيب أو المريض.

ففي مجال التعويض عن الحوادث الطبية وضع القانون الجديد نظاماً للتسوية الودية يتكلّف به جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني. ففي حالة وقوع ضرر للمريض من جراء حادث طبي يحصل هذا الأخير على التعويض المناسب في إطار التضامن الوطني.

وبناءً على ذلك لم يعد بالإمكان للجهات القضائية مطالبة الطبيب أو المؤسسات الاستشفائية بالتعويض عن الحوادث الطبية، على أساس أن هذا المجال أصبح من

اختصاص الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية. وهو ما يعني عودة القضاء إلى تأسيس نظام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ، بحيث يلتزم المريض إذا أراد الحصول على تعويض إثبات خطأ الطبيب المتمثل في إهماله أو تقديره في العلاج. ولضمان حق المضرور في الحصول على التعويض ألزم القانون الجديد الأطباء والمؤسسات الطبية باكتتاب تأمين من المسؤولية المدنية والإدارية تحت طائلة العقوبة الجزائية والمنع من ممارسة المهنة.

الفاتمة

صورة القول أن المسؤولية الطبية رغم وحدة موضوعها، فإنها ظلت محل خلاف شديد بين جهات القضاء العادي والإداري. وأن هدف الجهتين كان دوماً وضع القواعد المناسبة لحفظ حقوق المرضى وكفالة حقوقهم في التعويض. وأن هذا الاجتهد ظل متقدماً مع تجدد النشاط الطبي وما صاحبه من اكتشافات تكاد تكون يومية، وأن الاختلاف في الاجتهد بين جهتي القضاء فتح الباب أمام نوع من المنافسة العلمية الهدافـة والتي أسهمت في ترسـيخ مبادئ اجتهدـية ظلـى ينفرد بها النظام القضـائي الفـرنـسي. وأخيراً فإن هذا الاجتهد القضـائي الخـالق ظـلـى يعـجل بإصدار القـوانـين الـتـي توـحدـ الرؤـى والمـفـاهـيم والمـبـادـىـات القـانـونـية بعدـ المـواـزـنة بـيـنـهاـ.

الهوامش

- (1) « ...que le médecin doit donner des soins consciencieux, attentifs, prudents, et conformes aux données acquises de la science ». Civ., 3 mai 1936 : D, 1936, I, p.88, conc. Matter (P).
- (2) نقض 3-7-1969، س 20، ص 1094.
- (3) Penneau (J), La responsabilité médicale, 2^eme édition, Dalloz 1996, p49.
- (4) منها أنه في المسؤولية التقصيرية يكون التعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع في حين أنه في المسؤولية العقدية لا يكون إلا على الضرر المتوقع (المادة 182 مدني جزائري) أن التضامن في المسؤولية العقدية لا يفترض وجوده بين المدينين بل لابد

من اتفاق صريح. أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن بين المسؤولين عن الفعل الضار مقرر بنص القانون (المادة 217 مدني جزائري) كما أن القانون يحيل الاتفاق على إعفاء المدين في المسؤولية العقدية من الخطأ البسيط، ولكنه لا يحيطها بالنسبة إلى المسؤولية التقصيرية باعتبار أن قواعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام (المادة 178 مدني جزائري) أما من ناحية الإثبات فإن الفارق يكاد يكون معذوماً بين التكييفين.

محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 201.
(5) أحمد شرف الدين، تعليق على الحكم الصادر في 4-6-1980، مجلة إدارة الفتوى والتشريع الكويتية، ص 143.

- (6) Paris 5 mai 1942 : D.1942. 102-16 Janvier 1950. D. 1950. 169.
- (7) Penneau.(J), op.cit, p49.
- (8) T.Confl. 25 mars1957 : D. 1957. jur. P 395. cass. Ass. Plén., 18 juin 1963 : D. 1963 jur. P 601. concl, Lindon (R).
- (9) Civ., 5 mars 1963 : D. 1963. 313. note lindon.
- (10) SAVATIER ®, AUBY (J-M), SAVATIER (J), PEQUIGNOT (H), traité de droit médical, librairies techniques, Paris 1956, p11.
- (11) Les principes de la responsabilité médicale reposeraient non plus sur la qualité de l'auteur de l'acte, mais sur la nature de l'acte en cause.
- (12) Tels que les artériographies, la gastroscopie, l'amniocentèse, la surveillance pré, per et postopératoire, les gestes chirurgicaux, et tout acte pratiqué par un auxiliaire et nécessitant une surveillance médicale directe.
- (13) Cons, d'état, 19 février 1986, Rev, dr. San. Soc. 1986, p445.
- (14) La faute totalement impersonnelle dans l'organisation et le dysfonctionnement du service.
- (15) PAILLET.(M) : « La responsabilité administrative », D.ed. 1996, p.445.
- (16) Conc. D'Etat, 10 avril 1992, M. et Mme V. Gaz. Pal. 1992. 2, panor, adm. P. 183/n° 364, p183.

- (17) Cons. D'Etat, 21 Juin 1997 : Tneux : RFDA 1998, p8, concl. Dtahl. (J-H).
- (18) C.S.Sh. Adm. SAIGHIC/Hôpital civil de Lakhdaria du 22 Février 1997, RADJA, p86.
- يراجع في تفصيل ذلك: رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، د.م.ج. 1994، ص 72.
- (19) أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز أنجق، د.م.ج الجزائر 1986، ص 219
- (20) « Considérant, que l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle crée, lorsque ses conséquences ne sont pas entièrement connues, un risque spécial pour les malades qui en sont l'objet, que lorsque le recours à une telle thérapeutique ne s'impose pas pour des raisons vitales, les complications exceptionnelles et anormalement graves qui en sont la conséquence directe engagent, même en l'absence de faute, la responsabilité du service public hospitalier » :
- CAALYON, 20 septembre 1993 : Gaz-Pal.1994, 2.jur. p669, note. Bonneau (J).
- (21) « Lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue, mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité. » : CE, 9 avril 1993, Bianchie : JCP éd. G 1993 II.22061, note : Moreau (J)
- CE, sect., 3 novembre 1997, hôpital Joseph-imbert d'Arles : AJDA 1997, p.1016.
- (22) CE. 26 mai 1995, 2 esp., N'Guyer et Jonau, Gaz-Pal. 1995, 2, Jur.p.363.
- (23) Civ. 12 avril1995, Consorts Martial : JCP 1995, éd.G.II.22467.
- (24) CA Bordeaux, 14 décembre 1998 : Petites Affiches, 1999, n°245, p.12, note S.Prieur.
- CA Paris, 15 Janvier 1999, Petites Affiches, 1999, n° 118, p.25, note S. Hocquet-Berg.

(25) Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 2000 : Contrats, cons., Consom. 2001, Conn.n°3, note L.Leveneur.

(26) حيث نصت المادة 54 من القانون رقم: 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على: " أنه يخضع السكان للتطعيم الإجباري المجاني قصد الوقاية من الأمراض العفنة المعدية. ".

المادة: 158 من القانون رقم 05/85 .(27)

(28) "... ومن المستقر عليه قضاء أن مسؤولية الإدارة تقوم حتى في حالة انعدام الخطأ تجاه الأشخاص، ضحايا الحوادث، عندما يكون مدعوين لتقديم مساهماتهم..." المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) ملف رقم 235-55، قرار بتاريخ: 11 مارس 1989 المجلة القضائية، ع3، 1990، ص 205.

(29) HANNOUZ.(M) et HAKEM (A.R), précis de droit médical, OPU. 1993, p27 et s.

(30) المادة: 44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، والمادة: 154 من القانون رقم: 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

(31) وبشكل الالتزام بالإعلام مظهراً جوهرياً في العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض وقد ورد في قسم أبيطراط، ونصت عليه المادة 35 من مدونة أخلاقيات الطب في فرنسا الصادر عام 1995 ، والمادة 1-1112 من قانون الصحة الفرنسي والمادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 بقولها: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفاده مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

(32) DENDONCKER. (D) ; « L'essor de l'obligation d'information médical », contrats - concurrence -consommation - Ed.J-C. 2001, p.4.

(33) CHABAS.(F) : « L'obligation médicale d'information en danger ». JCP 2000. éd.G, p459.

(34) JCP, éd .G, 2000, II, 10271, note J. Moreau.

(35) DENDONCKER.(D) : « L'information médicale face au dualisme juridictionnel ». Rev. Adm. 2001, n°319, p.70 à 73.

(36) Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1973 : JCP. éd . G, 1975, II, 17955, note R. savatier.

C.E, 9 janvier 1970, carteron : Rec. P 17.

(37)Cass. 1^{re} civ, 17 novembre 1969, Bull.civ. I, n° 347.

(38) CE, 15 mars 1996, Durand : Rec. P85.

(39) CE, 6 mars 2000, Marchesi, req, n° 181614.

CE, 17 mai 2000, Canas : JCP: G, 2001., II, 10462, note E.Savoitier.

CE, 16 Juin 2000, Banelli, req, n° 191428.

(40) TA. Strasbourg, 21 avril 1994, Mannheim : RFD adm. 1995, p1222, concl. J. Martinez.

(41) « Le manquement à l'obligation d'éclairer le patient a seulement privé ce dernier d'une chance d'échapper, par une décision peut-être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles » : Civ, 1^{ère}, 7 février 1990 : D.1991, Somm.comm.p.183, obs. Penneau.(J).

(42) ويعتبر فوات الفرصة عنصرا من عناصر التعويض وفقا لنص المادة: 182 من القانون المدني الجزائري.

(43) LAMARCHE.(M) : « Heurs et malheurs de l'obligations d'information en matière médicale » RRJ1998.4. p.1237.

(44) Cass. 1^{re}. Civ., 7 février 1990 : Bull. civ. I, n° 39.

Cass. 1re civ., 15 décembre 1999: Resp. civ et assur 2000, comm..n°91.

(45) HOCQUET-BERG.(S) : « Les sanctions du défaut d'information en matière médicale » Gaz.Pal. 199, D.I. p12.

CHABAS (F), article précité, p459.

(46) CALAIS-AULOY(J) et STEINMETZ(F), Droit de la consommation, 5^{ème}édition DALLOZ2000, p324.

(47) Civ., 1^{re}, 4 avril 1995 : Bull.Civ. I. n° 159, p.102.

(48) كما هو الحال في القانون الفرنسي: المادة 673-2 من قانون الصحة العمومية.

- (49) LAMBERT-FAIVRE.(Y), Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation. 3^{ème} éd, Paris,
DALLOZ 1996, p.666.
- (50) Civ. 1^{re} février 1997 : RTD Civ.1997. p924, obs. Mestre.(J).
(51) وقد أخذ بنفس الحل فيما بعد فيما يتعلق بالالتزام المحامي بالإعلام : Civ, 1^{re}, 29 avril 1997 : JCP 1997, II.22948, note Martin.(R).
- (52) JOURDAIN (P), RTD.Civ. 1997, p.435 (Commentaire d'arrêt).
- (53) Civ, 1^{re}, 14 octobre 1997 : JCP 1997, II .22942, Rapport, Sargos.(P).
- (54) CE., 7 Février 1969, M'Barek : Rec. P87.
CE., 14 Juin 1991, Maalem, req. N° 65459.
- (55) <http://www.conseil-etat.fr/ce-data/index2.htm> (site visite en janvier 2000 : « le conseil d'état, en statuant comme il a fait, a voulu promouvoir les conditions d'un dialogue plus confiant et plus transparent entre les médecins et les malades, mais n'a pas entendu transformer l'obligation de recueillir le consentement éclairé des patients en exigence d'information exhaustive dont les médecins pourraient s'acquitter en distribuant et en faisant signer des feuilles stéréotypés de désignation des risques).
- (56) Clément.(C) : « L'obligation d'information médicale : les divergences des juges administratif et civil », Petites affiches, 1999, n°114, p.14.
- (57) CE, 27 avril 1998, cornette de saint-cyr : contrats, conc, consom. 1999, comm, n°15, note G. Raymond.
- (58) CA. Toulouse, 8 mars 1999 : Petites Affiches, 2000, n°102, p17, note p. Villeneuve.
- (59) LAMARCHE. (M), article précité, p1225.
- (60) LE TOURNEAU (ph) et CADIET.(L), Droit de la responsabilité, Dalloz DELTA 2000, p754.
- (61) وتمثل وقائع هذه القضية في حصول الطفل Nicolas Perruche ووالديه على تعويض بسبب ازدياد هذا الأخير وهو مصاب بمرض Syndrome de Gregg سببه داء

الحميراء الذي كانت مصابة به الأم وهي حامل. وقد استندت السيدة Perruche في دعواها على خطأ الطبيب ومخبر التحاليل اللذين عجزا عن اكتشاف داء الحميراء la rubéole في الوقت المناسب لتمكنها من إجهاض الجنين.

(62) Cité par Me Durrien-Diebolt, « l'arrêt Perruche et ses suites »,
<http://www.sos-net.eu.org.p2/4>.