

مسؤولية المستشفيات على ضوء مبدأ الاستقلالية المهنية للأطباء موظفي الصحة العمومية

هديلي أحمد

أستاذ محاضر - قسم ب- كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس

مقدمة

تعد العلاقات القانونية ذات العنصر المهني أكثر المجالات إثارة للجدل والنقاش نظرا لما يتمتع به أصحاب الفن من استقلال في مباشرة مهنتهم يصطدم بفكرة التبعية التي قد تتال من المبدأ إن هي اعتمدت على إطلاقها، فمبدأ الاستقلالية المهنية للطبيب أضحى اليوم مظهرا من مظاهر النشاط المهني وضرورة العمل على تحقيقه وضمان عدم النيل منه هو أساس أداء رسالة الطب، وهو مبدأ كفيل بأن ينأى بالطبيب عن الضغوطات والتوجيهات التي يأبأها الطبيب ويدينها الطب وتكون في غير صالح المريض بالنتيجة.

وهذا المبدأ الذي تبنته أنظمة قانونية كثيرة في تشريعاتها وتنظيماتها المتعلقة بمهنة الطب وآدابها هو تعبير يسير في اتجاه إنكار صفة التبعية بمفهومها المطلق في علاقة المستشفيات العامة والخاصة بالطبيب كأساس للمسؤولية المدنية عن فعل الغير.

فالواقع أن مباشرة الطبيب نشاطه بأحد مستشفيات القطاع العام من شأنه أن يثير مسألة بالغة الأهمية وهي حق إدارة المستشفى في رقابته وتوجيهه، ولكن يحق القول بداءة أن الخدمات المنوطة بالطبيب ذات صبغة فنية بحتة تتأى به عن أية تبعية، والقول بأن المستشفى هي من قامت باختياره لا ينال من استقلاله في إتيان أوجه العلاج والعناية الفنية لمرضاه، ولا يكون بمقدور الأخيرة أن تصدر إليه أمرا يدخل في صميم فنه، لأن من شأنه أن يفقده الحرية المهنية التي يضمنها القانون، وهذا ما يؤكد استقلالا في الخدمات يجعل من مساءلته الشخصية أمرا لا يجافي الحق والواقع، غير أن واقع الأخطاء الطبية وضرورة التعويض وفكرة الملاءة المالية يجعلنا نقف على واقع قانوني وقضائي مغاير.

ولعل الإحاطة بجوانب الموضوع يقتضي منا البدء ببحث مدى التعارض بين مبدأ الاستقلالية المهنية للأطباء وأحكام المسؤولية التبعية في نطاق الممارسة الاستشفائية، وصولا إلى تبيان كيف استطاع الفقه والقضاء تكريس مبدأ الاستقلالية بما يقوي من المركز المهني والقانوني للطبيب والاقتصار على فكرة التبعية الإدارية بما يخفف بالمقابل على المريض من عبء الإثبات ويضمن له الملاءة المالية.

المطلب الأول: مدى التعارض بين مبدأ الاستقلالية المهنية للأطباء وأحكام المسؤولية التبعية

تعتبر العلاقات القانونية ذات عنصر التبعية مثارا لاستقهاامات قانونية عدة من منطلق أننا نكون بصدد الحديث عن ضمان أخطاء الغير والحديث عن مسؤولية مفترضة، وهذا ما تلمسه في ممارسة الطبيب لمهامه في مستشفيات القطاع العام،¹ هذه الممارسة التي لم تخل من طرح استقهاامات قانونية مردها التزامات ومسؤولية كل طرف منهما قبل المريض، بما يبعث على إشكال آخر مبعثه التعارض بين فكري التبعية والاستقلالية المهنية ومدى استجابة واقع العلاقة الناشئة لأحكام المسؤولية عن فعل الغير .

فلاشك أن المستشفى كشخص معنوي² يعهد إلى أشخاص طبيعية بتنفيذ الغرض الذي من أجله أنشئ، غير أن القول بإخضاع تلك العلاقة لمبدأ المسؤولية عن فعل الغير يتطلب بدوره الفصل براءة في مدى تبعية الطبيب للمستشفى وفق المفهوم القانوني الذي ابتغاه المشرع، لئيسنى لنا بعدها القول بمساءلة المتبوع عن الأضرار التي قد يتسبب فيها التابع، الأمر الذي يستوجب توافر جملة من الشروط مجتمعة تجد منطلقها من ضرورة وجود علاقة تبعية بين التابع- المتسبب في الضرر وهو في الطبيب - والمتبوع - المسؤول عن تعويض الضرر وهو المستشفى- ناهيك أن يكون التابع في حال تأدية وظيفة أو بسببها أو بمناسبتها قد تسبب في ضرر أصاب الغير .

الأمر الذي يدعو براءة إلى بيان مدى ملائمة معيار سلطة الإشراف والرقابة في نطاق الممارسة الطبية الاستشفائية وتبيان أهمية فكري التضامن والتأمين القانوني في تأسيس المسؤولية التبعية.

الفرع الأول: مدى ملائمة معيار سلطة الإشراف والرقابة في نطاق الممارسة الطبية الاستشفائية

إن غاية المسؤولية المدنية هي التعويض أي جبر الضرر الذي لحق بالمتضرر، والبحث في أساسها إنما هو تحليل موضوعي بكل أبعاده الاجتماعية والاقتصادية والمهنية³ للأسباب التي أدت إلى نشوء الالتزام بتعويض الضرر، ففي سبيل إقرار مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع تبنى الفقه ومن ورائه القضاء معيار سلطة الإشراف والرقابة وما استلزمه الأخير بدوره من مقومات يرتكن إليها تراوحت بين التبعية الاقتصادية والتبعية القانونية والغرض من العمل وفرض الوسائل المستخدمة لتنفيذه.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 393/09 مؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1430 الموافق 24 نوفمبر سنة 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاميين في الصحة العمومية (جريدة رسمية عدد 2009/70).

مرسوم تنفيذي رقم 394/09 مؤرخ في 07 ذي الحجة عام 1430 الموافق 24 نوفمبر سنة 2009 يتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين المتخصصين في الصحة العمومية (جريدة رسمية عدد 2009/70).

² المادة 02 و06 من المرسوم التنفيذي رقم 140/07 مؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 19 مايو سنة 2007 يتضمن إنشاء المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية وتنظيمها وسيرها (ج ر عدد 2007/33).

³ المادة 31 من الأمر رقم 06-03 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية " إذا تعرض الموظف لمتابعة قضائية من الغير، بسبب خطأ في الخدمة، يجب على المؤسسة أو الإدارة العمومية التي ينتمي إليها أن تحميه من العقوبات المدنية التي تسلط عليه ما لم ينسب إلى هذا الموظف خطأ شخصي يعتبر منفصلا عن المهام الموكلة له"

ونحن بدورنا نسترشد بها ابتغاء الوقوف على مدى تطابقها وواقع العلاقة بين الطبيب والمستشفى العام، حتى إذا ما تقرر ذلك وأيقنا بتوافر علاقة التبعية بينهما بوصف الطبيب تابعا والمستشفى متبوعا، قلنا بوجود مساهمة المستشفى عن الأضرار التي تسبب فيها الطبيب للمريض.

لا شك أنه يكاد ينعقد الإجماع على وجوب توافر هذا العامل بشقيه، أي السلطة والخضوع كمعيار لتقرير علاقة التبعية وإقرار المسؤولية الناشئة بمناسبةها، بحيث لا يسأل المتبوع عن أعمال تابعه إلا إذا كان للمتبوع على التابع سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه مقابل خضوعه له.

إلا أن خلافاً ثار حول ماهية هذا المعيار خاصة في ظل صعوبة التسليم به في حالات يكون فيها التابع يمتن نشاطا فنيا يأبى الخضوع ويفتقد فيه المتبوع المؤهلات الفنية التي تسمح له ممارسة الإشراف والرقابة، ولعل في علاقة إدارة المستشفى العام بالطبيب ما يؤكد وجود مثل هذه الإشكالات القانونية التي في الحقيقة لم تغب عن الفقه ولم تقعد القضاء عن الاجتهاد.

ناهيك أنه وعلى الرغم من اعتماد النظرية كضابط للمسؤولية عن فعل الغير إلا أنه لا الفقه ولا القضاء تبنيان أساسا موحدا تبني عليه وتقوم عليه سلطة المتبوع على التابع، ففما تبني البعض الأساس الاقتصادي وقالوا بالتبعية الاقتصادية ارتأى آخرون أن القول بالتبعية القانونية يكون أجدى وأهدى إلى سبيل المسؤولية، ولنا أن نستهدي بآراء الفقه واجتهاد القضاء فيما خلصوا إليه كشفاً لحقيقة وماهية معيار سلطة الإشراف والرقابة ومدى انطباقها وواقع العلاقة المتأتمية عن الممارسة الإستشفائية العامة.

01- التبعية الاقتصادية: ذهب جانب من الفقه يتلمس في المعيار الاقتصادي أو بالأحرى في معيار التبعية الاقتصادية الأساس الذي تبني عليه علاقة التبعية، علاقة تربط المتبوع الذي تعود عليه فائدة العمل الذي يحققه العامل الذي ينتظر أجرا عن ذلك والذي يوصف بالتابع،⁴ تلك الرابطة الاقتصادية هي التي تعتبر المصدر الذي يخول المتبوع الحق في إصدار الأوامر والتوجيهات إلى تابعه، هذا الأخير والذي بحكم مركزه الاجتماعي يكون مضطرا لكسب عيشه لأن يكون تابعا اقتصاديا للأخير لأنه لا يستطيع أن يتدبر شؤون ومتطلبات حياته بشكل مستقل.

فمثل هاته التبعية هي التي تعين على ترتيب المسؤولية وأن انتفاؤها معناه أن هناك استقلالاً اقتصادياً فالتابع يعول ويعتمد في كسب قوت يومه على الأجر الذي يمكنه منه سيده وأن هذا الأخير يعول في تحقيق إنتاجه على نشاط تابعه، ولا ظلم أن يسأل مدنيا عن أعمال تابعه وهو يستخدمه لحسابه.

غير أن هذا الرأي تعرض لنقد شديد، بحيث رأوا فيه أن اعتماد شخص على آخر اقتصاديا لا يمكن اعتباره نوعا من الخضوع، بل أن مثل هذا المعيار قد يؤدي الى التضيق من نطاق علاقة التبعية لجعلها قاصرة على فئة أرباب العمل

⁴ René SAVATIER, La Théorie Des Obligations En Droit Privé Economique, Quatrième Edition, Dalloz, 1979, p290.

والعمال، في حين أنها رابطة تمتد لهذا النوع من العلاقات وغيرها، كما أن مثل هذه التبعية ليست سوى عودة إلى فكرة الأجر من منطلق أن فئة الأجراء هم الذين تتحقق لهم التبعية الاقتصادية،⁵ ناهيك أنه ولو سلمنا جدلاً بهذا المعيار لما أمكن عودة المتبوع على تابعه بالتعويض، وهذا ما يتنافى مع فكرة الخضوع الاقتصادي.⁶

ولا نرى تحديداً في واقع العلاقة التي تربط الطبيب بالمستشفى العام ما يجعل هذا المعيار الاقتصادي يؤدي ثماره، ذلك أن نشاط المستشفيات العامة غايتها تفوق ذلك الاعتبار الاقتصادي وتستهدف تحقيق خدمات عامة يتساوى فيها جميع منتفعي خدمات المستشفى كمرفق عام، وكله يسمو ويرتفع عن كل اعتبار اقتصادي.

02- التبعية القانونية: فبعد المآخذ الوجيهة التي جوبه بها ضابط التبعية الاقتصادية توج الفقه من جديد شطر ضابط التبعية القانونية، فالرابطة القانونية التي تجمع المتبوع بالتابع هي التي تمنح لأول سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه على الثاني، هذا الأخير الذي عليه بالموازاة أن يخضع لتلك التوجيهات ويأتمر بتلك الأوامر وهو حق والتزام يستمد من القانون أو العقد.

أما القانون فكما هو مقرر بنص المادة 136 مدني جزائري "وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"، والتي تقابلها في القانون المدني المصري المادة 174 في فقرتها الثانية "وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كان له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه" وهي نفسها الصياغة التي كانت عليها المادة 136 مدني جزائري قبل التعديل.

أما العقد فأوضح صورة وتطبيق هو عقد العمل بما يتميز به الأخير من وجود بارز لمعالم التبعية⁷ وعلى اعتباره يستهدف تنظيم العلاقة بين الأجير ورب العمل علاقة تقتضي من الأول تقديم العمل المنفق عليه تحت إشراف وتوجيه صاحبه، نظراً لحالة الضعف الهيكلي *Infériorité structure* التي تسيطر على علاقة العمل في مختلف أطوارها.⁸

ذلك أن ضابط التبعية القانونية يتكأ على عنصرين أساسيين أولهما العمل تحت إشراف ورقابة صاحب العمل، لأن قيام العامل بما أنيط به تحت إشراف ورقابة رب العمل يفيد وجود رابطة من التبعية القانونية في صورتها التنظيمية أو

⁵ د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المسؤولية التقصيرية عن عمل الغير (الإنسان) في القانون المدني الكويتي (في ضوء الفقه والقضاء) الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 107 - علاء الدين خميس العبيدو، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 1997، ص 436.

⁶ د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام مساءلة المتبوع عن خطأ التابع بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 75- د. أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 51.

⁷ René SAVATIER, op.cit, p290.

⁸ د. قادة شهيدة، حماية الطرف الضعيف في علاقة العمل، محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات لعمل، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 2008/05، ص 72.

الإدارية، وعنصر ثاني هو العمل في خدمة رب العامل ولصالحه بما يجعل ذمة الأخير تتشغل بالتبعية بأن تتحمل نتائج التبعية الإدارية وبما يتماشى مع إعمال قواعد المسؤولية التبعية.

ونذكر بالمناسبة أن القضاء الجزائري على خلاف القضاء الفرنسي والمصري يخلط في بعض أحكامه بين فكرة التبعية ومقوماتها، إذ لم يكتف بضابط التبعية بل راح يؤكد على فكرة الأجر، فقد جاء عن المحكمة العليا في الجزائر بتاريخ 2005/11/09 في قرار لها بأنه لا يكفي الاعتماد على أحكام المادة 10⁹ من القانون 11/90 بل يجب الوقوف على العناصر الجوهرية المكونة للطبيعة القانونية لعلاقة العمل وعلى الخصوص عنصري التبعية والأجر.¹⁰

ولعل ميزات عقد العمل هذه هي التي جعلت الفقه ومن ورائه القضاء يتبنياه كمعيار تتحقق بتحقيقه العلاقة التبعية وتنتفي بانتفائه، وذلك بما تخوله من سلطة في الإشراف والرقابة لصاحب العمل وما يلتزم به العامل من خضوع وامتنال لذلك، ولعل ذلك ما يميز عقد العمل عن عقد المقاولة إذ لا شك أن المقاول بمناسبة تنفيذ العقد يكون مستقلا عن كل إشراف أو رقابة، فالمتعهد يستقل بحرية اختيار وسائل التنفيذ وتحديد كميّاته من دون تدخل رب العمل طالما بقي متصرفا في حدود ونطاق العقد الذي يحكم علاقتهما وفي هذا الشأن جاء عن محكمة النقض المصرية " تكيف عقد العمل وتميزه عن عقد المقاولة أو غيره من العقود هو توافر علاقة التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف رب العمل ورقابته".¹¹

لكنه معيارا وإن كان يصلح في علاقة قانونية تسمى عقد العمل إلا أنه ليس كافيا لوحده لتبرير كافة علاقات التبعية التي قد يفرضها الواقع العملي، فالظروف المهنية الفنية قد أثرت وضيقت كثيرا من سلطة رب العمل على تابعه الذي يرتبط معه بعقد العمل، أين أصبح في بعض من الاحوال ينظر للتابع وكأنه مقاول مستقل وليس بأجير تابع.

إذ لا شك أن شريحة المهنيين بمناسبة تنفيذ ما عهد إليهم من أعمال فنية تجعلهم في منأى عن أية رقابة أو إشراف بحكم الاستقلالية الفنية التي تفرضها خصوصية نشاطهم، خاصة إمام افتقار رب العمل غالبا للمعلومات الفنية التي تضمن له بسط سلطته في الإشراف والرقابة، وهو الأمر الذي جعل القضاء يتردد في الإقرار بوجود علاقة تبعية بين رب العمل وممتهني هذه النشاطات الفنية لاسيما في مجال كالمجال الطبي بالنسبة لعلاقة المستشفى العام بالأطباء أو حتى علاقة الطبيب بطبيب مثله.¹²

⁹ المادة 10 قانون رقم 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمنتم (جريدة رسمية عدد 17 لسنة 1990) يمكن إثبات عقد العمل أو علاقته بأية وسيلة كانت.

¹⁰ قرار عن الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا رقم 310757 بتاريخ 2005/11/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 2005/02، ص 257.

¹¹ نقض مدني مصري في 1979/12/13، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم 151 لسنة 43 ق مشار إليه من قبل علاء الدين خميس العبيدو، المرجع السابق ص 438.

¹² د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 53.

وبالمقابل قد تتوافر علاقات تبعية في أحوال تتعدم فيها العلاقات القانونية التعاقدية، فكما تقوم علاقة التبعية ارتكانا إلى عقد فإنها أيضا قد تقوم بدونه،¹³ وعليه يستوي أن يكون المركز القانوني للطبيب يستند على علاقة عقدية في إطار تعاقد مع مؤسسة استشفائية خاصة أو يرتكز على علاقة تنظيمية أو لائحية في ظل ممارسة وظيفته بمستشفى عام¹⁴ وفي هذا قضت محكمة باريس في 1972/07/01 "بأن اختصاص القضاء الإداري بنظر المسؤولية عن أعمال الأطباء في مستشفى عام مناطه اشتراكه في أداء خدمات المرفق العام ولا محل للتوقف عن مركزهم التنظيمي أو طريقة أداء أجورهم".¹⁵

03- الغرض وفرض الوسائل: وهو معيار مزدوج مؤداه الغرض من العمل والوسائل المستخدمة في سبيل تنفيذه، أين نقول بعلاقة التبعية كلما سنحت الفرصة لرب العمل ببسط سلطته في تحديد الغرض من العمل وفرض الوسائل الكفيلة بتنفيذه.¹⁶

لكن ما لبثت أن تبددت هذه الأفكار من أساسها، لأن القول بقيام المتبوع بتحديد الهدف من العمل وفرض وسائل تنفيذه هو حق خالص لرب العمل وليس فيه من جديد، كونه ليس إلا تكرارا لمعيار سلطة الإشراف والرقابة بذاتها، ولو أن هناك من الحالات ما يكون فيها التابع متمتعا هو الآخر بسلطات تجعله مستقلا في كفاءات إنجاز عمله المعهود إليه وبالرغم من ذلك تظل التبعية قائمة، ولعل مثلا أمثالا عن ذلك هو الطبيب الذي يتمتع باستقلال في ممارسة فنه الطبي وهو يسعى إلى علاج المرضى بالمستشفى، هذا الأخير الذي يساءل عنه انطلاقا من فكرة التبعية الإدارية وابتغاء الملاءة المالية على نحو ما تمخض عن اجتهاد الفقه والقضاء.

ونأتي على القول أنه إزاء عدم صمود هذه المعايير أمام جملة الانتقادات الموجهة إليها نكاد نجزم أن الغالبية الفقهية والقضائية تميل إلى القول بتوافر علاقة التبعية كلما مارس المتبوع تجاه تابعه سلطة فعلية في الإشراف والتوجيه، سلطة مناطها خضوع التابع للمتبوع فيما يصدره إليه من أوامر وما يوجهه إياه من تعليمات سلطة مصدرها العقد أو القانون ومحلها هو العمل الذي ينفذه التابع لحساب تابعه سلطة يجب أن يباشرها المتبوع بالفعل أو يكون في استطاعته ممارستها.

وتفصيل كل شيء ينتهي بنا أيضا إلى القول بأن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان من شأن العمل المناط به التابع أن يثبت للمتبوع سلطة فعلية في رقابة توجيهه وهو مفهوم مؤداه أن مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع قوامها خضوع الأخير لأوامر المتبوع في كيفية أداء العمل الذي ينفذه لحساب المتبوع، على أن يكون بالمقابل ملزما بتنفيذ هذه الأوامر من دون أدنى حرية في تكييفها على نحو ما يحبذها أو يأملها هو، والأمر كله خلاف ما

¹³ د. عبد الحكيم فوده، التعويض المدني، المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية (بدون ذكر سنة الطبع)، ص 517.

¹⁴ المادة 07 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية " يكون الموظف تجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية"

¹⁵ Trib. Paris 01/07/1972, gaz. pal, 1973.1.29.

¹⁶ د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 53.

إذا كانت الرقابة رقابة عامة الغرض منها التحقق من مراعاة التابع لشروط العمل المتفق عليها من دون التدخل في وسائل تنفيذ العمل بطريقة أدائه، فإن ذلك من حيث المبدأ لا يمكن أن يستقيم معه القول بنشوء علاقة تبعية.¹⁷

ويحق بنا التساؤل عن مدى ايجابية إسقاط أحكام مسؤولية المتبوع عن اعمال التابع على واقع العلاقة بين الطبيب والمستشفى، وهي الإجابة التي نلمسها من خلال ايضاح أهمية فكريتي التضامن والتأمين القانوني في تأسيس المسؤولية التبعية.

الفرع الثاني: أهمية فكريتي التضامن والتأمين القانوني في تأسيس المسؤولية التبعية

وتبدو أهمية الخوض في المركز القانوني للطبيب أيضا في انعكاسه المباشر على قواعد المسؤولية وتحديد المسؤولية عن فعل الغير بالتعويل على مدى توافر رابطة التبعية في علاقته بالمستشفى العام، وهو ما يرتد أثره حتما على المركز القانوني للمريض والذي من شأنه أن يرجع على المستشفى بالتعويض باعتباره أكثر ملاءة مالية، وبما يخفف عليه من وطأة عبء الإثبات.

ولهذا لم يكن الخلاف حول الظابط القانوني لفكرة التبعية فحسب، وإنما يرجع الخلاف في أصله إلى طبيعة المسؤولية بين كونها مسؤولية شخصية أو مسؤولية عن فعل الغير، وبين هذا وذاك اصطدمت الآراء والأفكار واحتدمت الدلائل والأسانيد بين التأييد والتفنيد، وبين الراجح والمرجوح يمكن القول أن فكريتي التضامن والتأمين القانوني كان لهما النصيب الأوفر من الرجحان والصواب.

01- نظرية الضمان

يكاد يحصل إجماع حول تأسيس مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع على فكرة الضمان بعد أن لمسوا فيها ما يتحاشى المآخذ التي نعتت بها سابقاتها(نظرية الحلول، نظرية النيابة...) وتجد هذه النظرية منطلقها من سلطة الرقابة والتوجيه التي يمارسها المتبوع على تابعه ومن ثم يكون ضامنا لأخطائه.

ويتوجب بحسب هاته النظرية إثبات خطأ التابع حتى يتسنى مساءلة المتبوع، لأنه بالنتيجة التابع هو من سيتحمل عبء خطئه بعد رجوع المتبوع عليه بما سدده من تعويض للمضرور، وهنا تظهر المفارقة بين هذه النظرية ونظرية تحمل التبعية.

وفكرة الضمان شبيهة إلى حد ما بفكرة الكفالة دون أن تتطابق معها، واعتبار المتبوع متضامنا مع التابع لا يفيد قولاً أنه مسؤول معه، فالمتبوع مسؤول عن التابع وليس مسؤولا معه، لأن المسؤولية هنا ليست شخصية بل هي مسؤولية عن فعل الغير.

¹⁷ د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص 113.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا التأسيس وتبنته بقولها "إن النص في المادتين 174 و175 من القانون المدني المصري يدل على أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني، ومن ثم فإن للمتبوع الحق في الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفي من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسؤول معه بل أنه مسؤول عنه".¹⁸

ويرى جانبا من الفقه الفرنسي أن فكرة الضمان تعد أساسا قانونيا وذلك بالتركيز على حتمية حماية المضرور قولاً بأن الأضرار التي تحدث من الاعتداء على سلامة الجسم أو المصالح المادية للأفراد تكون غير مشروعة وبالتالي يجب ضمانها وتعويضها.¹⁹

ونتلمس في مسؤولية المتبوع على أساس فكرة الضمان ما يجعل المتبوع كفيلا تضامنيا إذ ليس له أن يدفع بالتجريد في مواجهة الغير، كون كفالة المتبوع هي من نوع خاص وتتميز بأحكام خاصة تختلف عن أحكام الكفالة العادية، فالمتبوع كفيل للتابع كفالة تضامنية دون أن يكون له حق التجريد،²⁰ ويجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع،²¹ ثم أن الاعتراض على فكرة الضمان بالقول أن الكفالة هنا فرضت رغم إرادة الكفيل تجد حلا في أن الضمان هنا مصدره القانون وليس الإرادة،²² أي أنها مقررة رغما عن إرادة الكفيل لأننا إزاء ضمان يفرضه القانون لاعتبارات اجتماعية واقتصادية في سبيل تسيير حصول المضرور على تعويض يجبر ضرره.

ولعل أهم ما تحققه نظرية الضمان من ميزة لا نجدها في غيرها هو تقادي فرضية خطر إفسار التابع وليكون المضرور إزاء متبوع كفيل لتابعه كفالة قانونية مصدرها القانون،²³ هذا المتبوع الذي يعد غالبا ميسورا بما يرسخ فكرة الملاءة المالية، وهي فكرة تبناها القضاء الفرنسي بقوله "إن أساس المسؤولية المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 1384 هو ضمان المتبوع لإفسار التابع".²⁴

ونرى في ذلك كله تكييفا راجحا يتلاءم مع المسؤولية المترتبة عن النشاط الاستشفائي العام، بحيث أنها تضمن للمريض المتضرر مباشرة دعواه مباشرة ضد المتبوع الموسر والمقتدر كأصل عام، وثمة أيضا ما يجعل النظرية أقرب إلى

¹⁸ نقض مدني مصري في 1976/05/08، مجموعة أحكام النقض، ص42، 29 مشار إليه من قبل علاء الدين خميس العبيدو، المرجع السابق، ص427.

¹⁹ Stark BORIS, Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, thèse librairie éditeur, paris, 1947, p13.

²⁰ - الدفع بالتجريد حق قرره القانون للكفيل بمقتضاه يستطيع منع الدائن من التنفيذ على أمواله قبل أن ينفذ على أموال المدين ويتضح عدم كفايتها للوفاء بالدين.

المادة 660 من القانون المدني المعدل والمتمم " لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين، ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد أن يجرى المدين من أمواله ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق".

د.محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات الشخصية والعينية، القسم الأول، عقد الكفالة، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة الجزائر 1992 ص81-89.

²¹ علاء الدين خميس العبيدو، المرجع نفسه، ص427.

²² د.محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع السابق، ص47.

²³ د.عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص569.

²⁴ نقض فرنسي في 1982/10/19 مشار إليه من قبل علاء الدين خميس العبيدو، المرجع السابق، ص426

التسليم بها دون غيرها بأن تجعل المتبوع ليس بمقدوره التخلص من المساءلة ولو استطاع أن يثبت استحالة حيلولته دون وقوع الفعل الضار الواقع من تابعه، وذلك أن التزامه التزاما بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.²⁵

وإزاء هاته النتائج المميزة لفكرة الضمان وجد القضاء نفسه يأخذ بها في كثير من أحكامه اين انتهى حكما في عدة مناسبات بأن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة هي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وهي تقوم على فكرة الضمان القانوني، فالمتبوع يعتبر في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإن للمتبوع الحق في أن يرجع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من تعويض للمضرور كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله²⁶ لأنه مسؤول عنه وليس مسؤولا معه.²⁷

ومع ذلك لم تسلم هي الأخرى من المآخذ، فقد نالها نصيب من النقد يرتد إلى قصورها في تسبب مرد تحمل المتبوع عبء الرجوع عليه من قبل المضرور، بما يفيد أن مصدر هذا الضمان هو مجرد افتراض ليس إلا ولا أساس له في الواقع، فضلا عن أن الكفالة مقررة لمصلحة المدين أكثر منها لمصلحة الدائن والأخذ بها في مجال مساءلة المتبوع سوف يقلب الآية لتكون الكفالة والحال هذا لمصلحة المضرور وهو الدائن.

02- نظرية التأمين القانوني:

بالرغم من رجحان نظرية الضمان إلا أن فقه آخر تمسك بفكرة التأمين القانوني كأساس لمسؤولية المتبوع، بحيث يعتبر المتبوع المؤمن على التابع، ذلك أنه المستفيد من خدماته ومن ثم يجب عليه تأمين المضرور ضد أخطاء تابعه التي قد يرتكبها أثناء القيام بعمل مسند إليه من قبله، وفي هذا يكون المتبوع أحرص أثناء اختيار تابعيه على تحري الدقة والثقة والأمانة فيهم للقيام بالأعمال المسندة إليهم مقابل خشية التابع من مراقبة المتبوع له وبالتالي تحليه بالحذر والحيطه في سلوكاته.

وتتلاقى أحكام التأمين وأحكام المسؤولية التبعية²⁸ في عدة نقاط، فعناصر التأمين وهي المخاطر والتعويض والأقساط متوافرة بدورها في مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه من خلال اعتبار المخاطر عنصرا محققا في الأعمال التي يقوم بها التابع لمصلحة متبوعه وكذا اعتبار التعويض عنصرا متوافرا في صورة المقابل المادي الذي يدفعه المتبوع للمضرور ثم اعتبار قسط التأمين الذي يسدده المستأمن ما يعود على المتبوع من فائدة نتيجة استفادته من خدمات تابعه.

²⁵ د. محمد محي الدين ابراهيم سليم، المرجع نفسه، ص 47.

²⁶ د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 105.

²⁷ نقض مدني مصري في 1968/02/22، مجموعة أحكام النقض السنة 19، رقم 51، ص 327، مشار إليه من قبل الدكتور محمد محي الدين ابراهيم سليم المرجع نفسه، ص 47.

²⁸ أكرم محمود حسين البدو، المسؤولية المدنية للمستشفيات الخاصة، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار حامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 102.

ومع أن هذه النظرية لم تسلم هي الأخرى من النقد إلا أنه لم ينل من مضمونها، على أساس أن القول باعتبار المتبوع كمؤمن يلتزم بعناصر التأمين ومنها دفع قسط التأمين لأنه المستأمن ويدفعه نتيجة استفادته من خدمات تابعه، أي مقابل ما يحصل عليه من ربح نتيجة قيام التابع بعمله، وهو يعني مرة أخرى عودة لتطبيق قاعدة الغرم بالغنم في نظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية التبعية وليس إلا تكرار لها.

وبين الراجح والمرجوح تكون نظرية التأمين القانوني من بين النظريات الراجحة كونها تنطوي على ما يجعلها أقرب إلى الصواب نظريا وعمليا، على اعتبار أن المتبوع كمؤمن سوف يجد نفسه مضطرا على أن يحرص على حسن اختيار تابعه، كما أنه سوف يبسط رقابته على تابعه أثناء تنفيذ العمل وإلا تحمل نتاج إهماله وتقصيره وألحق أضرارا بمصلحته الشخصية.

وتترجم هذه النظرية في واقع علاقة المستشفى العام بالطبيب باعتبار المستشفى مسؤولا لأنه المتبوع على أساس أنه يضمن الأخطاء الطبية سواء كانت فنية أو غير فنية، ومرد رواج النظرية في مجال المسؤولية الطبية هو طبيعة النشاط الطبي الدقيق والمعقد بما يجعله ينطوي على مخاطر جمة، كما أن سلبية النتائج من الأمور المتوقعة ولذلك لا يلتزم الطبيب بنتيجة الشفاء، وهذا ما كان مدعاة لاعتماد فكرة المخاطر في تأسيس المسؤولية المدنية، بعد ما تبين أن المسؤولية الناجمة عن الخطأ فكرة ليست موضوعية تماما²⁹ ولم تعد توتي ثمارها.

ومهما قيل من نظريات على اختلاف أفكارها وحججها فإن مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه بات أمرا مسلما به فقها وتشريعا³⁰ ومكرسا قضاء بافتراض مسؤولية المتبوع متى توافرت شروط التبعية، على أن ضبط مفهوم التبعية وحدودها يتطلب الخوض مرة أخرى في نقاشات قانونية هامة مبعثها الدور الهام للفقهاء والقضاء في تكريس مبدأ الاستقلالية وضبط مفهوم التبعية.

المطلب الثاني: دور الفقه والقضاء في تكريس مبدأ الاستقلالية المهنية للطبيب

ما من شك أن رابطة التبعية تقوم على ما للمتبوع من سلطة فعلية في رقابة وتوجيه تابعه فيما يقوم به من عمل لحسابه، وهذا ما يحدو بنا إلى التساؤل عما إذا كانت طبيعة الفن الطبي وخصوصياته يأبى فعلا ممارسة الرقابة والتوجيه على القائم عليه، بل أن السؤال الذي يطرح نفسه وبشدة هو فيما إذا كان يشترط في المتبوع أن يكون قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية أم أن الرقابة من الناحية الإدارية تغني وتكفي.

²⁹ د. أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص 570.

³⁰ المادة 136 من القانون المدني المعدل والمتمم "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها...".

المادة 174 من القانون المدني المصري "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها...".

.Art 1384 code civil français « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre... ».

لذا سنحاول تلمس الحلول التي من شأنها التخفيف من حدة هذا الاحتدام والتعارض، وتطويع مبدأ التبعية في سبيل حماية الطرف الضعيف والأضعف بالنسبة إليهما وهو المريض ضحية الخطأ الطبي بدءا باستعراض أهمية الخطوة الأولى في التمييز بين التبعية الفنية والتبعية التنظيمية في تقرير المسؤولية انتهاء إلى الاكتفاء بالتبعية التنظيمية.

ولعل المتتبع لمسيرة المسؤولية الطبية ومحطاتها الكبرى سيقف على نتيجة مفادها أن الفقه والقضاء يتجهان بخطى حثيثة نحو إقرار كل مسؤولية تضمن للمريض حقوقه وتيسر له سبل التعويض والملاءة المالية متجاوزين عقبات القواعد القانونية الكلاسيكية بالعمل على تطويعها بما يحقق التوازن الذي هو مبعث عدالة القانون والعقد، وهو ما أدى بهم إلى اعتماد المسؤولية عن فعل الغير في كثير من الحالات وفي شتى حلقات السلسلة المتسلسلة للأعمال الطبية التي تمارس بمناسبة العقد الطبي والاستشفائي أو في نطاق الممارسة الاستشفائية العامة.

وهو ما اتضح جليا من خلال الدور العام الذي لعبه الفقه والقضاء في تفعيل مبدأ الاستقلالية الفنية للطبيب على ضوء التمييز بين التبعية الفنية والتبعية الإدارية كخطوة أولى انتهاء إلى تغليب مبدأ الاستقلالية الفنية والاكتفاء بالتبعية الإدارية.

الفرع الأول: تفعيل مبدأ الاستقلالية المهنية على ضوء التمييز بين التبعية الفنية والتبعية الإدارية

الخوض في غمار الحديث عن سلطة الإشراف والرقابة يحدو بنا حتما إلى بحث حدودها فيما إذا كانت فعلا تتطلب أن تكون شاملة لمقتضيات العمل المنوط به التابع أو أنه يتعين التمييز بين الجانب الفني والجانب الإداري أو فيما إذا كانت الرقابة الإدارية تغني وتكفي.

فعلى الرغم من أن فكرة التبعية أرسى وجودها وترسخت قواعدها بأحكام قانونية وفرضت نفسها في التطبيقات العملية التي وجد القضاء نفسه أمامها، إلا أن خصوصيات النشاط الطبي تآبى إلى حد كبير قبول هذه التبعية، إذ كانت إدارة المستشفى من شأنها أن تشرف على حسن النشاط الطبي بداخلها بأن تعين كلا في القسم والجناح المناسبين وتحدد مواقيت العمل فلها أن تمارس في ذلك كامل سلطتها في الإشراف والرقابة والتوجيه، إلا أنها لا تملك ذات السلطة في العمل الفني للطبيب³¹ كجراح أو مخدر، فليس بمقدورها أن تتدخل في الطريقة العلمية والفنية البحتة للجراحة أو التخدير، بما يفيد أنه ليس لها أدنى سلطة فعلية في ذلك.

فمنطق الأمور للوهلة الأولى يأبى أن يشكو المريض إدارة المستشفى عن خطأ أثاره الطبيب بمناسبة نشاطه الفني كون المستشفى لم يرتكب أدنى خطأ، وأن الخطأ يعد خطأ شخصيا للطبيب ولا يد لإدارة المستشفى فيه، فطبيعة المسؤولية من حيث مدلولها اللغوي ومفهومها الاصطلاحي تجعل المستشفى يسأل في حال ما إذا كان خطأ الطبيب نتاج عيب أو عطب حصل للجهاز الطبي المملوك لها، فإدارة المستشفى تعد مسؤولية عن مدى توافق وانسجام أقسام وأجنحة المستشفى ومخابرها مع الموارد البشرية المتواجدة، فنقص التخصصات والأيدي الفنية تأخذ عليه إدارة المستشفى، وتساءل كذلك عن

³¹ Article L6113-2 CSP.Fr.

سوء سير العمل كمسألة مدير المستشفى الأمراض العقلية عن انتحار مريض عقلي بإلقاء نفسه من إحدى النوافذ لعدم تأمين النوافذ بأعمدة حديدية.

ذلك أن المستشفى يسأل عن الخطأ الذي يدخل في إطار تنظيم وتسيير النشاطات الاستشفائية شأن إخلاله بتقديم العناية والرعاية اللازمة للمريض من حيث تقديم الأدوية والأطعمة والأشربة وتوفير التدفئة والتهوية، فكل تقصير من المستشفى في ذلك يجعله محل مساءلة ويستوي أن تتعدم مثل تلك الخدمات أو أن لا تلتزم بسلامتها وصحتها ونظافتها، فكل إخلال بذلك يرتب عليه مسؤولية.

ويبدو أن فكرة الاستقلالية التي يتمتع بها الأطباء تتعارض وتتصادم مع فكرة التبعية من المنطلق بحيث لا يتصور تبعية طبيب لشخص آخر ما لم يكن طبيبا مثله يكون بمقدوره مراقبته في هذا العمل، وإن كان الشطر الأخير من هذا الرأي يجد ما ينافيه من امتداد الاستقلال الفني ليكون مانعا للتبعية حتى فيما بين الأطباء أنفسهم.

وهو اتجاه يتطابق مع ما تبناه القضاء الفرنسي بقوله "إن الطبيب الذي يكون رئيسا للمستشفى... لا يستطيع أن يعطي أوامر وتعليمات للأطباء المساعدين المشاركين في العمل الجراحي وقت ممارسة عملهم لأن هؤلاء الأطباء المشاركين يعملون بما يمليه عليهم ضميرهم ويعملون أيضا باستقلال تام وتحت مسؤوليتهم، وهكذا وبما أنه لا توجد علاقة خضوع فإن الطبيب المساعد لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره تابعا لرئيس المصلحة".³²

ونتلمس الفكرة ذاتها لدى قضاء فرنسي آخر بشأن دعوى انتهى فيها بأن الأطباء وجراحي المستشفيات وكذلك المساعدين بخصوص ممارسة فنهم لا يكونون تابعين لدى الإدارة التي تتبعها المستشفيات.³³

وهو نفسه ما قرره محكمة النقض في دعوى المسؤولية المدنية المترتبة على تدخل طبيب يمارس عمله بمستشفى عام أنه لا يمكن اعتبار الأخير تابعا للإدارة لعدم خضوعه لتوجيهها ورقابتها، وانتهى إلى مساءلته شخصيا عما صدر عنه من أخطاء دون الإقرار بمسؤولية المستشفى عن أي وجه من أوجه المساءلة.³⁴

ويتماثل هذا الاتجاه مع ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه " يجب أن يكون كل من يزاول مهنة الطب من الأطباء لديه الحرية التامة والاستقلال في ممارسة هذا الفن الطبي...".³⁵

³² Trib.Civ. Seine, 23/06/1953, gaz.pal, 1953.2.229.

³³ محكمة باريس في 1953/04/20 مشار إليه من قبل أكرم محمود حسين البدو، المرجع السابق، ص62.

³⁴ نقض مدني فرنسي في 1956/10/09 وغيره من الأحكام في نفس المعنى مشار إليها من قبل الدكتور أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي، جامعة الكويت، 1986، ص23.

³⁵ نقض مصري 1936/06/22 مجموعة القواعد القانونية المدنية، الجزء الأول بند رقم 32، ص1156، مشار إليه من قبل علاء الدين خميس العبيدو، المرجع السابق، ص286.

وإذا كان مناط التبعية ومكمنها هو المكنة أو القدرة في ممارسته الإشراف والرقابة فهذا يعني استحالة مساءلة إدارة المستشفى عن أخطاء الجراحين فيما يتعلق بأعمالهم الجراحية المحضة، إذ أن الجراح ينفرد بالتدخل الجراحي على جسم المريض بما يسعه ويستعينه من خدمات مساعديه الفنيين، ومن ثم يتحمل مخاطر هذا العمل الفني، أما ما عداه من أخطاء ترتد إلى أعمال غير فنية يأتيها شأنه شأن العاملين العاديين بالمستشفى فتسأل الأخيرة عنها بوصفها متبوعاً، كحال ترك الطبيب المريض بدون فحص لعدة أيام بما سبب له مضاعفات صحية،³⁶ فمثل هذا الإهمال الصادر عنه لا يمكن وصفه بالخطأ الفني البحت ولا يمكن القول بأن إدارة المستشفى لم يكن بوسعها ومقدورها مراقبة ذلك.

فكثيراً ما أقام القضاء حكماً بانتفاء مسؤولية الأخير عن الخطأ الذي صدر عن الأطباء وألحق ضرراً بالمرضى وذلك لعجزه عن ممارسة سلطة الإشراف والرقابة على نشاط الطبيب، وأكد أكثر من ذي مرة بأن أطباء المستشفيات الذين يقومون بتدخلات جراحية لا يعني أنهم يعتبرون في حكم التابعين لها، وأنهم يظلون يتمتعون بالحرية والاستقلال في ممارسة فنههم الطبي ولا رقابة عليهم بالنسبة لهذا العمل الفني المحض، ذلك أن المعول عليه هو مكنة المتبوع في بسط سلطته بالإشراف والرقابة والتوجيه على تابعه، فإذا لم يتسن له ذلك لوجود مانع يحول دونه شأن افتقاره للمؤهلات الفنية التي تسمح بذلك، تعذر القول بتوافر ممارسة الرقابة على العمل الفني للتابع وتعذر معه القول بالتبعية وانتفى معه إقرار المسؤولية.

ففي قرار عن قضاء استئناف بيروت تاريخ 1965/12/27³⁷ لا يسأل المستشفى الذي لا يعتبر ولياً للطبيب المخطئ... إن الطبيب الذي يعمل في المستشفى لا يمكن اعتباره مستخدماً لدى إدارة هذا المستشفى لأنه أثناء قيامه بعمله الفني وهو التطبيب لا يتلقى أوامره من المستشفى بل يقوم به مستقلاً وفقاً لمقتضيات فنه وعمله وخبرته، وإذا أقدم على ارتكاب خطأ ما في ممارسة مهنته فلا يسأل عنه المستشفى بل يبقى هو الوحيد المسؤول عن عمله الخاطئ".

وفي قرار آخر لمحكمة بيروت المدنية صادر بتاريخ 1998/11/10³⁸ جاء فيه "إن الطبيب يمارس عمله وفنه في معالجة المريض أو في تدخله الجراحي وهو في هذا المجال غير خاضع لأحد، وبالتالي يتحمل مسؤولية أخطائه وإن مارس مهنته ضمن مستشفى متعاقد معه أو "موظف لديه" لأن ليس للمستشفى كهيئة معنوية أي صفة أو سلطة لإصدار التعليمات والأوامر للطبيب عن كيفية إجراء المعالجة أو التدخل الجراحي".

وفي ذات السياق قضت محكمة التمييز اللبنانية أيضاً بأنه "إذا كان الطبيب التابع للمستشفى غير خاضع لسلطة هذا الأخير في المراقبة والإدارة فيما يتعلق بالعمل التقني الفني، فإن الطبيب يعتبر مولى بالمعنى الوارد في نص المادة

³⁶ محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 39.

³⁷ قرار عن محكمة استئناف بيروت، الغرفة المدنية الثالثة، رقم 148 بتاريخ 1965/1/27، مشار إليه من قبل طلال عجاج، تقديم عفيف شمس الدين المسؤولية المدنية للطبيب - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 338.

³⁸ محكمة بيروت المدنية في 1998/11/10، مشار إليه من قبل ناجي الهاني، بحث علمي وقانوني حول المسؤولية الطبية: تمييز/مستشفى، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية/ بيروت، لبنان، 2004، ص 513.

127 من قانون الموجبات والعقود إذا كان عمله سلبيا أو إيجابيا خارجا عن هذا النطاق، وهذه المسؤولية تلزم المستشفى بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتضرر عملا بالمادة 127 المذكورة".³⁹

وإزاء هذا التعارض بين الاستقلالية الفنية والمسؤولية التبعية اهتدى الفقه في سبيل إقرار مسؤولية المستشفى على التفرقة بين خطأ الطبيب الفني والخطأ غير الفني وارتكن إليه كميّار فارق لتقرير رابطة التبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى من عدمه.

وقد تجاذب الفصل في هذا الإشكال اتجاهين هامين، أولهما ذهب إلى القول بأن عمل التابع الذي يكون من النوع الذي يقتضي الإلمام بالأمر الفنية والتي لا قبل للمتبع بها يتعذر معها القول بتوافر سلطة الرقابة والتوجيه من قبل المتبع وتنتفي إبانها علاقة التبعية، وراح الفقه⁴⁰ في سبيل تقرير المسؤولية من عدمه يرتكز على التفرقة بين العمل الفني والعمل غير الفني، بحيث يفترض في النوع الأول أن تكون الرقابة عامة غرضها التحقق من مراعاة شروط العمل المتفق عليها في حين النوع الثاني يقتضي التدخل في وسائل تنفيذ العمل وطرق إدارته، وفي النوع الثاني فقط تنشأ علاقة التبعية لأن من كان نشاطه بحكم طبيعته يتطلب الاستقلالية ويخرج من سلطان غيره لا يمكن أن يكون تابعا له.

وفي إنزال هاته التفرقة منزلة العلاقة التي عليها الطبيب بالمستشفى العام فإنه ليس في قيام الأخير بتعيين الطبيب كمتدخل في علاج المريض ما يمنعه من التمسك بحريته في ممارسة فنه واستقلاله في خياراته العلاجية دون أن تكون لإدارة المستشفى أن تصدر إليه أمرا يدخل في صميم فنه.

فمن كان نشاطه بطبيعته يستلزم استقلالا يخرجه عن سلطان غيره لا يعتبر تابعا له، ذلك أنه يشترط أن يكون المتبع بمقدوره مباشرة حق الرقابة والإشراف بغض النظر عن مباشرتها من عدمه، أما إن لم يكن بوسعه بسط رقابته على ما أناط به تابعه من خدمات بفعل ما تتطوي عليه الأخيرة من صبغة فنية بحتة لا قبل له بها، تعذر معه القول بأن له حق الرقابة على العمل الفني للتابع وعلى وسائل تنفيذه وتحتم معه القول بانعدام رابطة التبعية بينهما فيما يتعلق بتنفيذ العمل الطبي.⁴¹

فمركز الطبيب ليس دائما ثابتا فهو تارة يتمتع باستقلال تام وذلك حين يكون قائما بأعماله الفنية وتارة أخرى يعتبر خاضعا لرقابة الغير، ففي الحالة الأولى يسأل هو دون المستشفى العام⁴² لأنه هو سيد عمله وبالرغم من العلاقة الوظيفية

³⁹ قرار عن محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة المدنية الثانية، رقم 115 بتاريخ، 1967/11/14، مشار إليه من قبل طلال عجاج، المرجع نفسه، ص338.

⁴⁰ د. حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949 ص376.

د.أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص367.

⁴¹ د.حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص378.

⁴² Antoine LECA, Droit De L'exercice médical en Clientèle Privé, Les Etudes hospitalières, 2008, p396.

التنظيمية التي تربطها بما يفيد تغليب مبدأ الاستقلالية على مبدأ التبعية، وفي الثانية يسأل عنه المستشفى بوصفه متبوعا، وبالتالي وجب التعويل على معرفة ما إذا كان ذلك العمل يدخل ضمن الأعمال الفنية أم يعتبر على العكس من ذلك عملا عاديا.

وقد تواترت عدة أحكام قضائية تؤيد هذا الاتجاه ولو أن القضاء الفرنسي والمصري بديا موقفهما غير مستقر ومتقلب وفقا للحالات، كما هو الشأن في القضاء المصري الذي اعتبر أن الطبيب لا يمكن أن يكون تابعا في كل ما له اتصال بعمله الفني على الأقل إذا لم يكن الشخص الذي يتبع له طبيبا وأقر بعدم مسؤولية إدارة المستشفى.⁴³

وفي هذا الصدد قرر أيضا القضاء الفرنسي في 16/01/1950 "...أن الأطباء والجراحين في المستشفيات لا تنطبق عليهم صفة التابع للإدارة إذ أنهم يمارسون مهامهم العلاجية وهم في استقلال تام مما لا يحق معه لإدارة المستشفى أن تتدخل في أعمالهم، كما أن تلك الإدارة لا تملك حق الدخول إلى غرفة العمليات إلا فيما يتطلبه قضاء بعض الشؤون الإدارية، وبالتالي فإن تلك المستشفيات بالنظر إلى الجراح تعتبر مجردة من كل سلطة خاصة بالإشراف والرقابة في كل ما يتعلق بممارسة هؤلاء لفنهم، وبالتالي فإن قضاء أول درجة إذا قضى بعدم تلك المسؤولية فإنه لا شك يكون محقا فيما ذهب إليه".⁴⁴

وبهذا كان القضاء الفرنسي سابقا يميز بين الأخطاء الطبية ذات الوصف الفني البحت وغيرها من الأخطاء المجردة من هذا الوصف، أين كان يثير مسؤولية المستشفى العام باعتباره متبوعا عن الأخطاء العادية أي غير الفنية التي يأتيها الأطباء في حين كان يستبعد كل مسؤولية لها في حال كانت هناك أخطاء فنية لانعدام سلطان الرقابة من إدارة المستشفى العام على الأطباء بخصوص صميم أعمالهم الفنية.⁴⁵

فلو أن الطبيب وصف للمريض دواء ساما أو أعطاه جرعة كبيرة فتوفي، أو أخطأ في تشخيص المرض أو في اختيار العلاج المناسب أو أصابه في عضو سليم من أعضائه عند إجرائه العملية الجراحية ففي مثل هذه الحالات وغيرها من الأخطاء الطبية الفنية البحتة يسأل الطبيب دون المستشفى، لأن نشاطات الطبيب على هذا الوجه ذات صبغة فنية ليس للمستشفى أن يقوم بمراقبته فيها،⁴⁶ أما في حال النشاطات التي لا توصف بالفنية فإننا قد نواجه إهمالا عاديا منه يجعل من حق المستشفى أن يراقب الطبيب فيه، ويسأل هو بدوره عن إهماله في مراقبة الطبيب لو أن خطأ الأخير أدى بالنتيجة

⁴³ محكمة مصر الابتدائية في 04/02/1935 مشار إليه من قبل الدكتور أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 22 - وفي نفس المعنى نقض مدني بتاريخ 03/07/1969 مشار إليه من قبل الدكتور محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 93.

د. محمد عبد الله حمود، المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد 01/2006، ص 143.

⁴⁴ مشار إليه من قبل سعد سالم عبد الكريم العسيلي، المرجع السابق، ص 197.

⁴⁵ سعد سالم عبد الكريم العسيلي، المرجع نفسه، ص 197.

⁴⁶ Trib.civ, Toulouse 11/01/1960, D.1960.662 - Trib.civ, Lyon 13/02/1961, D.1961.634.

إلى ضرر بالمريض، لأن المستشفى لو مارس الرقابة والإشراف على الوجه الأمثل لكان بمقدوره تجنب الإهمال العادي للطبيب.⁴⁷

غير أن صعوبات إثبات الخطأ الطبي عامة وعلاقة التبعية خاصة كلها معوقات تحول دون القول بكمال الحماية المرتجاة في هذا النوع من المسؤولية، فقد تدفع إدارة المستشفى المسؤولية عن نفسها متحججة بعدم مقدورها ممارسة التوجيه والرقابة على أعمال الطبيب إبان تدخله الجراحي أو كل عمل فني بحت ينفرد به من حيث طبيعة الأمور، لتتفني عنها وصف المتبوع ولتتأى بنفسها عن المسؤولية وهو التحليل الذي ينجر عنه القول بألا يجب مساءلة المستشفى عن إهمال الطبيب أو عدم مهارته في إجراء العملية لأن الأخير يحتفظ لنفسه بالاستقلال التام في عمله الفني،⁴⁸ وهذا ما جعل الفقه والقضاء يبحث عن حلول أكثر واقعية وفاعلية فوجدا ظالتهما في تغليب مبدأ الاستقلالية المهنية والفنية للطبيب والاقتصار على التبعية الإدارية.

الفرع الثاني: تغليب مبدأ الاستقلالية المهنية للطبيب والاقتصار على التبعية الإدارية

أضحى مستقر عليه أن العمل الذي يمتنه الطبيب ليس من النوع الذي يجعل صاحبه تابعا لغيره، لأن إدارة المستشفى ليس بمقدورها رقابته في طريقة ممارسته لفننه العلاجي أو الجراحي، ولهذا ليس من المستعاب أن تسأل هي عن عدم مهارته في إجراء العملية الجراحية، لأن الأخير يحتفظ لنفسه بالاستقلال التام في عمله الفني استقلالا يضمنه له القانون.

إلا أن التسليم بالاستقلالية التامة للطبيب في ممارسة عمله الفني وانفراده في إتيان التدخلات العلاجية والجراحية دون خضوعه وامتناله لإدارة المستشفى في ذلك جعل الفقه والقضاء لا بد وأن يبحث عن الوسائل القانونية البديلة والكفيلة بتوفير الحماية للمرضى من جراء تلك التدخلات التي لا تخلو من بعض الأخطاء أو المخاطر، والتي قد لا يلاقي صعوبات في إثباتها فحسب بل قد يقف أمام تابع معسر بما لا يحقق الملاءة المالية.

لهذا فإن القول باستقلالية الطبيب في ممارسة فننه لا يعني مطلقا خروجه عن رقابتها في أدائه واجباته والتي مبعثها قواعد الحيطة والحذر التي يلتزم بها بصرف النظر عن صفته كطبيب، وخطؤه بمناسبة ذلك يعتبر خطأ لا يرتد إلى فننه ويعد من قبيل الأخطاء العادية التي يصير إثرها في حكم التابع، ويسأل المستشفى عن أخطائه بوصفه متبوعا عما تسبب فيه من أضرار بالمريض أو غيره أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبتها.

فمن منطلق قيام علاقة التبعية بتوافر سلطة الإشراف والرقابة يحق القول بتوافر علاقة التبعية بينهما متى ثبت لدى إدارة المستشفى ذلك، وهو ما نلمسه في الأخطاء غير الفنية التي تقع من الطبيب، أي وهو يرتكب أخطاء من قبيل إهماله

⁴⁷ Cour Supr.Cha.Adm. 29/11/1977 cité par Younsi Haddad, La Responsabilité médicale des établissements publics hospitalières, revue de l'école national d'administrations, 02/2008, p21.

⁴⁸ J. AMBIALET, la responsabilité du fait d'autrui en droit médical, L.G.D.J, thèse paris, 1965, p160.

في فحص المريض وتركه على هذا الحال عدة أيام مما أدى إلى تفاقم حالته المرضية وتعرضه لأضرار ما كان ليصاب بها لو أنه فحصه في الوقت المناسب،⁴⁹ وهو رأي يستقيم معه القول بأن إدارة المستشفى تساءل عن أخطاء الطبيب غير الفنية وتعد والحالة هذه متبوعا.

وعلى الرغم أن هذه التفرقة قد وجدت قبولا لدى الفقه والقضاء إلا أنه سرعان ما عول على سلطة الإشراف والرقابة بمفهومه العام لتكون الرقابة المنصبة على الناحية الإدارية والتنظيمية كافية كما هو الشأن في القول بالتبعية دون اشتراط إمام المتبوع بدقائق أمور العمل الفني، وفي هذا يقول الفقيه الدكتور السنهوري أنه ليس من الضروري أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه، فصاحب المستشفى متبوع بأطبائه حتى لو لم يكن هو نفسه طبيبا⁵⁰، ويتعبّر آخر فإن مناط مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع هي علاقة التبعية التي تقوم كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة والتوجيه ولو كانت هذه الرقابة مقتصرة على الرقابة الإدارية.

حتى أن القضاء وبالنظر إلى تبنيه لفكرة الإشراف والرقابة كمناط للتبعية وجد نفسه مضطرا لاعتبارات عدة أن يخضع إدارة المستشفى للمسؤولية كمتبوع عن أخطاء الطبيب بصفته تابعا لها، وذلك لمجرد أن ارتضى هذا الأخير أن يكون تابعا لها من الناحية الأدبية، مرتكزا القضاء في ثبوت التبعية لديه بما للمستشفى من حق في الإشراف والرقابة والتوجيه العام على ذلك الطبيب.⁵¹

وهو مسلك الاتجاه الثاني الذي لا يميز بين الخطأ الفني وغير الفني لتقرير المسؤولية، ويرى بأن سلطة الرقابة والتوجيه لا تستلزم بالضرورة أن يكون المتبوع على دراية فنية بعمل تابعه، إذ تكفي في ذلك مجرد الرقابة الإدارية،⁵² وفي هذا السياق جاء عن القضاء المصري أن علاقة التبعية تقوم كلما كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع في الرقابة والتوجيه ولو كانت الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية،⁵³ حكم بدوره ينطبق معه اعتبار الطبيب تابعا لإدارة المستشفى العام ولو لم يكن مديرها طبيبا.

⁴⁹ د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 88.

⁵⁰ د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام المجلد الثاني، (01)، الطبعة الأصلية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 1155.

⁵¹ نقض مدني مصري في 1936/06/22 مشار إليه من قبل عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2005، ص 27.

⁵² أكرم محمود حسين البدو، المرجع السابق، ص 64.

⁵³ نقض مدني مصري في 1979/01/08، مشار إليه من قبل الدكتور محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 94.

نقض مدني مصري في 1967/11/07، مشار إليه من قبل الدكتور احمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 26.

وهو ذاته ما عبرت عنه محكمة التمييز الكويتية واصفة علاقة الطبيب بالمستشفى العام بأنها علاقة بين تابع ومتبوع، وأقرت بمسؤولية وزارة الصحة باعتبارها متبوعا بالتضامن عن تعويض الأضرار التي أصابت المريض.⁵⁴

وذهبت من جانبها محكمة التمييز الأردنية بالقول " أن مالك المستشفى مسؤول عن أخطاء العاملين لديه لأنهم يعملون تحت رقابته وإشرافه، وإلى أن مالك المستشفى يلزم بالتعويض عن العاهة الدائمة التي أصيبت بها ابنة المدعي نتيجة الخطأ في معالجتها بسبب الخطأ في تشخيص حالتها...".⁵⁵

وهو ما تنبأه أيضا القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة إذ أقرت المحكمة الاتحادية العليا أنه "يكفي لتوافر عنصر الرقابة والتوجيه أن يكون للمتبوع السلطة الفعلية في أن يصدر لتابعه من الأوامر والتوجيهات في عمله ولو توجيهها عاما، بما مؤداه أنه ليس من الضروري أن يكون المتبوع قادرا على الرقابة من الناحية الفنية... بل يكفي أن يكون له الرقابة والتوجيه من الناحية الإدارية ومن ثم تكون علاقة التبعية قائمة بين الطبيب والمستشفى الذي يستخدمه أو يعمل لحسابه... ويكون المستشفى بذلك مسؤولا عن خطأ الطبيب في علاج المريض الذي يلتحق بالمستشفى".⁵⁶

ونستطيع القول أن القضاء الفرنسي ومنذ قرار لمحكمة النقض بتاريخ 1991/06/04⁵⁷ أقر بإمكانية مواجهة المستشفى بما فيها الخاصة بالمسؤولية عن أخطاء الطبيب العامل لديها، ويشكل هذا منعظا آخر من منعظات مسيرة المسؤولية الطبية نظرا للتوجه المغاير لما كانت عليه من قبل تاريخ هذا القرار، ودرج القضاء بعدها على تطبيق المسؤولية عن فعل الغير في دعاوى لتي راجت أمامه تخص مساءلة المستشفى كتابع للطبيب.⁵⁸

وهكذا صار الاتجاه نحو الاقتصار على التبعية التنظيمية فقط، ومن ثم لا يمكن القول بازدواج التبعية بين التنظيمية والفنية، ذلك أنه إذا كانت رابطة التبعية تؤسس في جوهرها على ما يكون للمتبوع من سلطة فعلية في رقابة وتوجيه العمل الذي يأتيه التابع لحساب المتبوع، فإنه لا يكون بالضرورة لقيامها أن تتعقد بيد المتبوع سلطتي الإشراف الفني والإشراف الإداري معا، بل يكفي أن يكون للأخير سلطة الإشراف الإداري أين يوجه تابعه ويراقبه بوجه عام لا تفصيل فيه، وبالمقابل يمتثل الأخير لتوجيهاته ويخضع لرقابته المنصبة على الجانب الإداري والتنظيمي المحض.

والمراد بالرقابة والتوجيه الإداريين هو ما لإدارة المستشفى من سلطة في إصدار الأوامر والتعليمات إلى الأطباء قصد توجيههم ولو توجيهها عاما شأن توزيع العمل ومواقفته ورئاسة الأقسام والأجنحة، وهي أوامر لا يملك الطبيب حيالها إلا الخضوع وليس له أن يمانعها متذعرا بالاستقلال الفني الطبي، وذلك تحت طائلة الجزاءات التأديبية التي تملئها النصوص القانونية والتنظيمية، وكل خطأ من قبيل ذلك قد ينجر عنه ضرر بالمريض يجعل من المستشفى يساءل بوصفه متبوعا.

⁵⁴ قرار عن محكمة التمييز الكويتية في 1981/04/29 مشار إليه من قبل الدكتور عبد الله حمود، المرجع السابق، ص144.

⁵⁵ قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 90/1246 بتاريخ 1991/5/12، مشار إليه من قبل طلال عجاج، المرجع السابق، ص338.

⁵⁶ قرار عن المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية في 2000/03/12 مشار إليه من قبل عبد الله حمود، المرجع نفسه ص144.

⁵⁷ Cass.Civ 04/06/1991, j.c.p 1991.II.21730 cité par Antoine LECA, op.cit, p397.

⁵⁸ Cass.Crim. 05/03/1992.j.c.p,1993.II.22013.note F.CHABAS.

وبناء عليه يفترض في المتبوع أن يكون له سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع بينغي من وراءها توجيه طريقة أداء عمله ولو توجيهها عاما ثم ممارسة الرقابة عليه في مدى إتيانه لتلك الأوامر واتباعه لتلك التوجيهات من عدمه، وإذا كان المشرع الجزائري قد عول على فكرة العمل تحديدا لاستغراقها حتما عنصر الإشراف والرقابة فكثير من التشريعات والشروحات الفقهية لا تزال ترتكن إلى عنصر الإشراف والرقابة والذي قد لا يكون نتاج عقد عمل بالضرورة، فالأمر سيان بين أن تكون العلاقة التي تربطهما علاقة عقدية أو لا تكون فمن غير المهم الارتكاز على علاقة عقدية قائمة على مبدأ حرية الاختيار، فعلاقة التبعية لا تتطلب لقيامها إلزامية وجود عقد بين التابع والمتبوع، بل حتى أن بطلان العقد لا يحول دون توافر علاقة التبعية،⁵⁹ لذا فإن العلاقة الوظيفية بين الأطباء وإدارة المستشفى العام كعلاقة تنظيمية لائحية هي مبعثا للقول بعلاقة تبعية إدارية أو تنظيمية.

وهكذا وإن كان ينضوي تحت المفهوم العام للتبعية فكرتي التبعية الإدارية أو التنظيمية والتبعية الفنية معا، إلا أن هذا التزاوج قد لا يتلاءم مع طبيعة علاقة الطبيب بالمستشفى العام باستثناء بعض الأوضاع الضيقة والتي لا مجال للتوسع فيها، لأن من شأن ذلك الإضرار بالمركز المهني للطبيب والنيل من استقلاله، ومن تلك الأوضاع حالة الطبيب المتربص أو حديث التخرج والذي لا شك يخضع نشاطه لمراقبة وإشراف الطبيب الذي يتولى الإشراف على تربصه والأكثر أقدمية وخبرة منه.⁶⁰

كما أن التشريع الطبي بدوره قد ينطوي على نص قانوني يمكن الاستناد عليه في تأصيل الاستقلالية المهنية والفنية للطبيب، فالمادة 10 من المرسوم التنفيذي 276/92 من مدونة أخلاقيات الطب تنص على أنه "لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال" وتقابلها المادة 5-4127 R. من قانون الصحة الفرنسي،⁶¹ وقد حرص المشرع الفرنسي على ضمان الاستقلالية المهنية للطبيب على صعيد الأشكال المختلفة للممارسة الطبية، وهو ما تؤكد المواد 91-4127 R. وما بعدها من قانون الصحة الفرنسي.⁶²

⁵⁹ د. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص 109.

⁶⁰ د. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، مكتبة سيد عبد الله وهبة، القاهرة، 1986، ص 48.

⁶¹ Art R.4127-5 CSP.Fr « Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit ».

⁶² Art. R.4127-91 CSP.Fr « Toute association ou société entre médecins en vue de l'exercice de la profession doit faire l'objet d'un contrat écrit qui respecte l'indépendance professionnelle de chacun d'eux.

...Toute convention ou contrat de société ayant un objet professionnel entre un ou plusieurs médecins d'une part, et un ou plusieurs membres des professions de santé d'autre part, doit être communiqué au conseil départemental de l'ordre des médecins. Celui-ci le transmet avec son avis au conseil national, qui examine si le contrat est compatible avec les lois en vigueur, avec le code de déontologie et notamment avec l'indépendance des médecins...».

Art. R.4127-92 CSP.Fr « Un médecin ne peut accepter que dans le contrat qui le lie à l'établissement de santé où il est appelé à exercer figure une clause qui, en faisant dépendre sa rémunération ou la durée de son engagement de critères liés à la rentabilité de l'établissement, aurait pour conséquence de porter atteinte à l'indépendance de ses décisions ou à la qualité de ses soins ».

فالطبيب وبالرغم أنه قد يمارس نشاطه الطبي بمستشفى عام أو خاص مملوك للغير مملوكا لغيره إلا أنه يبقى يتمتع حتما باستقلال تام⁶³ في ممارسة عمله الفني، وليس لإدارة المستشفى أن تصدر إليه أوامرا تدخل في صميم فنه الطبي، لأن من شأن ذلك أن يفقد الطبيب حريته المهنية، ذلك أن احتفاظ المستشفى أو تمسكها بصلاحيه إصدار أوامر إلى الطبيب تمس بعمله الفني المحض فيه من المساس بالاستقلالية الفنية وخضوعه وتخوعه تأباه المهنة الطبية.⁶⁴

ولعل هذه النصوص وغيرها تفيد قولاً أنه لا يجوز تبعية طبيب لغيره، والأكد أن التبعية المقصودة مؤداها التبعية الفنية إذ يباشرون فنهم بشكل مستقل بما فيهم أولئك الذين يعملون في مؤسسات طبية مدنية أو تجارية كالمؤسسات الاستشفائية الخاصة حينما تعبر عن مشروع تجاري في صورة شركة تجارية، فلا تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الخاص، وحتى التعويل على المدير التقني في ممارسة المسؤولية الفعلية على المؤسسة الاستشفائية الخاصة لا يفيد من خلال المهام الموكلة إليه بحسب نصوص القانون أنه يتدخل في صميم فن الطبيب، وإنما كلها تفيد سلطات تنظيمية وتسييرية ليس إلا.⁶⁵

أما عن استخلاص علاقة التبعية أو نفيها إزاء خصومة قضائية فهي من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة القانون عليها متى أقامت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائغة،⁶⁶ وتحدد المسؤولية بمناسبة بوقت وقوع الضرر، بمعنى متى توافرت سلطة الإشراف والرقابة يسأل المتبوع عن الضرر الذي تسبب فيه التابع، في حين وقوع الضرر في وقت تنقذ فيه تلك السلطة أو كانت قد انتقلت إلى سلطة آخر فلا مجال للقول بالتبعية، أي أن العبرة بتوافر السلطة الفعلية للمتبوع على تابعه إنما يكون وقت نشوء الحق في التعويض وهو وقت وقوع الخطأ وفي هذا

Art. R.4127-93 CSP.Fr « Dans les cabinets regroupant plusieurs praticiens exerçant en commun, quel qu'en soit le statut juridique, l'exercice de la médecine doit rester personnel. Chaque praticien garde son indépendance professionnelle...».

Art. R.4127-97 CSP.Fr « Un médecin salarié ne peut, en aucun cas, accepter une rémunération fondée sur des normes de productivité, de rendement horaire ou toute autre disposition qui auraient pour conséquence une limitation ou un abandon de son indépendance ou une atteinte à la qualité des soins ».

ولنا في التشريع الجزائري ما يماثلها بالمادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 الصادر بتاريخ 05 محرم عام 1413 الموافق 06 جويلية 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات الطب (جريدة رسمية 1992/52) " لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقبل أجرا مبنيا على اعتبار مقاييس منتوجية أو مردود زمني تكون عواقبه الحد من استقلاله المهني أو التخلي عنه".

⁶³ Cass.Civ14/12/2001, j.c.p 2002.II.10026 cité par Antoine LECA, op.cit, p396.

⁶⁴ Art.R. 4127-95 CSP.Fr « ..En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation de son indépendance dans son exercice médical de la part de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie. Il doit toujours agir, en priorité, dans l'intérêt de la santé publique et dans l'intérêt des personnes et de leur sécurité au sein des entreprises ou des collectivités où il exerce ».

⁶⁵ المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 321/07 المؤرخ في 10 شوال 1428 الموافق 22 أكتوبر سنة 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها (جريدة رسمية عدد 2007/67) " يكلف المدير التقني للطبيب بما يأتي:

- تنظيم النشاط الطبي والاستشفائي في المؤسسة الاستشفائية الخاصة وضمان مراقبته ومتابعته.
- التأكد من الحضور الدائم للممارسين الطبيين والمستخدمين شبه الطبيين الضروريين لنشاط الاستشفاء
- القيام بالتسيير الصارم للأدوية طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.
- السهر على السير الجيد للمناوبة...".

⁶⁶ د.طارق عبد الرؤوف صالح رزق، المرجع السابق، ص116.

قضت محكمة النقض المصرية أيضا "...العبرة في تحديد المتبوع المسؤول هي بوقت نشوء الحق للتعويض وهو وقت وقوع الخطأ الذي يترتب عليه الضرر الموجب لهذا التعويض ولا يغير من ذلك انتقال هذا التابع إلى رقبته وتوجيه متبوع آخر بعد ذلك".⁶⁷

ويكون للمستشفى أن يرجع على تابعه الطبيب بما دفعه من تعويض للمريض المتضرر،⁶⁸ وتجدر الإشارة هنا أن المادة 137 من القانون المدني الجزائري حسب التعديل الأخير جعلت الدعوى مقيدة بالخطأ الجسيم، إذ تنص " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيماً"، وكما يكون بمقدور المريض المتضرر مواجهة الطبيب مباشرة على أساس تقصيري.⁶⁹

خاتمة

تفريغاً لما تقدم فإنه وبإقرار الفقه والقضاء بوجود علاقة التبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي يعالج فيه المريض ولو كانت علاقة تبعية أدبية وجعلها كافية لتحميل المستشفى المسؤولية سوف تنظم بذلك مسؤولية المستشفى إلى مسؤولية الطبيب لتوفر ضمان أكثر للوصول بالمريض إلى حقه في التعويض، لأن من شأن الأخذ بالرأي الأول التصديق من نطاق المسؤولية عن فعل الغير ومن ثم تضييع حقوق المضرور، وهو ما يناهض تلك العلة التي لأجلها أقر المشرع الأخذ بهذا النوع من المسؤولية، ولأن مساءلة المتبوع تكون بسبب أنه أكثر ملاءمة من تابعه، لذا كانت ضمانته هامة سنها المشرع للمضرور وهو يسعى إلى الحصول على تعويض يجبر ضرره في ظل صعوبات جمة خاصة منها ما يكتنف إثبات الخطأ الطبي، وهذا يؤكد صدقية نظرية الضمان كأساس تبنى عليه هذه المسؤولية.

⁶⁷ نقض مدني مصري في 1979/12/13، مجموعة أحكام النقض، الطعن رقم 151، لسنة 43ق، مشار إليه من قبل علاء الدين خميس العبيدو، المرجع السابق ص 438.

⁶⁸ Cass.Civ 13/11/2002, j.c.p 2003.II.10096, cité par François VIALLA, Les Grands Décisions Du Droit Médical, Édition Alpha L.G.D.J. 2010, p565.

نقض مصري في 1969/01/30 مشار إليه من قبل عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 27.

⁶⁹ Benjamin PITCHO, Le Statut Juridique Du Patient, thèse de droit privé, université de Montpellier.I. 2002, p185.