

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والشرعية والتدبير
تكوين الدكتوراه: قانون عام
الحقل المعرفي: قانون عام
التخصص: قانون عام
المختبر: مختبر الدراسات الإستراتيجية والتحليل القانونية والسياسية

أطروحة لنيل الدكتوراه

مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية

تحت إشراف الأستاذ
محمد الأعرج

أعداد الطالبة الباحثة
وفاء رزوق

تاريخ المناقشة: 2022-03-31

أعضاء لجنة المناقشة:

الصفة	مؤسسة الانتماء	الإطار	أعضاء لجنة المناقشة
رئيسا و مشرفا	كلية الحقوق بفاس	أستاذ التعليم العالي	الدكتور محمد الأعرج
مقررة	كلية الحقوق بوجدة	أستاذة التعليم العالي	الدكتورة نعيمة البالي
عضوة	كلية الحقوق بفاس	أستاذة التعليم العالي	الدكتورة فضمة توفيق
عضوة	بكلية الحقوق بفاس	أستاذة مؤهلة	الدكتورة مريم الخليلشي

السنة الجامعية : 2022-2021

مقتضب عن الأطروحة

تعد المحافظة على سلامة الإنسان وصحته من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية، ودستور المملكة المغربية لسنة 2011 ونادت بها القوانين الوضعية أيضاً، حيث قنن المشرع لأول مرة منذ بداية التسعينات القانون رقم 10.94 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، المعدل بقانون 13_131، لكن هذا الأخير لم ينظم تحديد دقيق لمفهوم الخطأ الطبي مما شكل عبء حقيقياً للاجتهاد القضائي في استخلاص واستنباط طبيعة الخطأ الطبي وماهيته.

ومن المعلوم أن قيام مسؤولية الدولة بصفة عامة عن الفعل الضار، يقتضي حتماً وجود إخلال بأحد التزاماتها، وهو ما يعبر عنه اصطلاحاً بالخطأ، ويقصد بمسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية مسؤوليتها عن الأعمال والأنشطة التي تقوم بها المستشفيات، والمرافق الصحية الأخرى.

كما تتجلى أهمية الموضوع من خلال الوضع الصحي الاستثنائي الذي يعيشه العالم نتيجة انتشار فيروس كورونا، حيث أعاد إلى الواجهة بحث السبل الكفيلة للقضاء عليه أو الحد من انتشاره، من خلال ابتكار اللقاحات الفعالة لذلك، فهاته اللقاحات كان لها آثار جانبية خطيرة.

الكلمات المفتاحية: الخطأ الطبي، المسؤولية الإدارية، التعويض، المسؤولية بخطأ، المسؤولية بدون خطأ، المرفق الاستشفائي العمومي، الخبرة الطبية.

مقدمة

يعتبر الطب والقانون مجالان مختلفان من حيث نطاق كل منهما ومجاله وموضوعاته، إلا أنهما متكاملان من حيث الغاية والهدف، فالطب مهنة تحتاج إلى تنظيم، والقانون هو النظام حيث يقوم بحل مشاكل الفرد وبث الطمأنينة في نفسه.

فمن الناحية العملية يشكل القانون المرجعية الأساسية اللازمة لتنظيم العلاقات المختلفة بين أفراد المجتمع وبين المجموعات المتنوعة داخله، ويكون ذلك من خلال احترام قواعده وأحكامه التي يمكن لها أن تعالج النزاعات والمصالح المتضاربة، بطريقة حضارية تضمن عدم ضياع الحقوق وإهدارها،¹ لذلك نلاحظ أن الإنسان حاول منذ نشأة الحضارات أن يضع قوانين تحدد سلوكه ومعاملاته حماية للمجتمع، ومن ضمنها شريعة حمورابي التي شملت جوانب من المسؤولية الطبية، فكانت تعتبر الطبيب مسؤولاً مسؤولية كاملة عن أي ضرر يلحق بالمريض، فإذا تسبب الطبيب في وفاة المريض أو أفقده عينا من عينيه قطعت أصابع الطبيب².

ويعيش العالم الآن عصر المستجدات المتلاحقة في التقنيات الطبية، فالطبيب يستخدم أساليب مبتكرة وجديدة في العلاج، لم تكن معروفة أو متصور وجودها إلى وقت قريب، وقد صاحب ذلك ظهور عدد من القضايا القانونية والشرعية³.

فمهنة الطب تعتبر أحد أنبل وأقدس المهن التي يؤطرها القانون ويعمل على تنظيم العلاقة فيها بين الطبيب والمريض، وبينه وبين المجتمع⁴، وبينه وبين المستشفى بشكل عام، بحيث يضمن مزاولة مهنة الطب حسب الأصول بهدف علاج المريض وتخفيف آلامه

¹- بوبكري محمادين، "خصوصيات الخطأ الطبي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية العدد 114، سنة 2017، ص. 24

²- Marie Hatem, "La responsabilité sociale en santé : référents conceptuels, valeurs et suggestions pour l'apprentissage ». Une revue méthodique et systématique de la littérature, Pédagogie Médicale 23, 27-48 SIFEM, 2022.

³- أنس محمد عبد الغفار، "المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية"، دار الكتب القانونية، سنة 2010، ص. 7.

⁴- Alain Coulomb, « Principes Methodologique pour la Gestion Des Risque en etablissement de santé », Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en Santé (ANAES) Janvier 2003, p. 10.

ومعاناته،⁵ في ظل التطور الكبير والملحوظ الذي شهده الطب مما جعل الكثيرين يقررون بأن ما حدث من تطور وتقدم في المجالات الطبية خلال الخمسين عاما الأخيرة يجاوز في أهميته ما تم خلال عشرين قرنا من عمر الطب.

ومهنة الطب هي المهنة الوحيدة التي لها منذ فجر التاريخ والحضارة الإنسانية آداب للممارسة، في إطار قسم يلتزم الأطباء بأدائه قبل أن يؤذن لهم بالاقتراب من علاج المرضى، ووضع القسم الشهير المعروف بقسم "أبقراط"⁶ الإطار الأخلاقي والسلوكي والإنساني للممارسة مهنة الطب وضرورة المحافظة على أسرار المهنة التي ترتبط بصحة الإنسان وحياته، وهو القسم الذي تناقله الأطباء جيلا بعد جيل حتى يومنا هذا منذ أن وضعه أبقراط حوالي القرن الخامس قبل الميلاد⁷.

كما يعتبر جسم الإنسان محور إهتمام التشريعات القانونية والشرائع السماوية، خاصة الشريعة الإسلامية والتي اشتملت على أحكام تواكب التقدم الطبي مهما تعددت وسائله، فأوضحت ما هو مشروع من الأعمال الطبية وما هو محرم حفاظا على حرمة الجسد⁸.

ولقد شرع الله سبحانه للناس الأحكام التي تضبط شؤونهم، وتحقق لهم السعادة في الدنيا والآخرة، ومن هذه الأحكام ما يتعلق بجبر الضرر الواقع على النفس دونها، فشرعت الدية في القتل الخطأ حتى لا يضيع على المتضرر حقه وتعرف بالتغريم المالي، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً وَدِيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾⁹.

⁵- Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public (étude comparé) », Edition alpha 2014, p. 5.

⁶- يعتبر أبقراط أحد أشهر الأطباء عبر التاريخ، أبو الطب وأعظم أطباء عصره، وأول مدون لكتب الطب، مخلص الطب من آثار الفلسفة وظلمات الطقوس السحرية، من أشهر الشخصيات على مر التاريخ في كل العصور وكل المجالات، وعلى الرغم أنه لم يهتم سوى بمجال واحد ولم يبرع في مجالات مختلفة، ونسبت له الكثير من المؤلفات، صاحب فكرة القسم الشهير الذي يقسمه الأطباء قبل مزاولة مهنة الطب.

⁷- بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 25.

⁸- أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص. 8.

⁹- سورة النساء، الآية 92.

كما قررت الشريعة الإسلامية التعزيرات الشرعية في حالة وقوع ضرر على النفس، حيث يدفع الطبيب المال إلى المريض المتضرر جبرا لما أصابه من ضرر نتيجة لفعله وتسمى بالضمانات، وهي تقابل مدلول المسؤولية المدنية في الفقه القانوني¹⁰.

وتعتبر المبادئ القانونية والشرعية التي تحكم الممارسات الطبية من أهم التحديات التي تواجه البحث العلمي في المجال الطبي، حيث تعتبر الإطار المناسب للممارسة الطبية، حيث يهدف النظام القانوني إلى مواكبة العلوم الطبية، فلا يقف القانون عقبة أمام التقدم العلمي في المجال الطبي، فيتم وضع الحلول القانونية لكل ما يستجد من مسائل أو مشاكل نتيجة التطبيق العلمي لهذا التقدم العلمي والتقني¹¹.

غير أن الواقع العملي يؤكد عدم مواكبة القانون للتقدم في علم الطب، حيث هناك تفاوت بين التقدم العلمي والتطور الفكري، فكلاهما يتصف بالخصوصية، فالقاعدة القانونية تتصف بقدر من الثبات بهدف استقرار الأوضاع القانونية، أما علم الطب فيتقدم بسرعة مذهلة، مما يجعل من الصعب الربط بين القاعدة القانونية والنظرية العلمية، ولكن القاعدة العامة تقرر أنه لا تعارض بين الطب والقانون، مما يؤكد وجود ارتباط وثيق بينهما، فإن كان الطب يقدم الأمل فالقانون يقدم الحماية¹².

لكن هذا القول لا يستوي بالنظر إلى التطورات العلمية الهائلة والتقدم التكنولوجي في كافة مجالات الحياة، كاستعمال التقنيات الحديثة والمعقدة التي يعتمد عليها المتخصصون في الميدان الطبي، كما هو الحال في استعمال بروتوكولات طبية لعلاج فيروس كورونا المستجد، الذي يستوجب معه اتباع طرق علاج مختلفة بمقدورها أن تنتج أخطاء طبية يصعب إثباتها¹³.

¹⁰ مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق الطبعة الأولى، 1988، ص 30.
¹¹ موقع الحديث والفتاوى الإسلامية، www.ahlalhdeeth.com، تاريخ الزيارة 2016/07/10 على الساعة 15س

20د.

¹² - Jean-Marie Auby, « la responsabilité médicale en France (aspects de droit public), revue internationale de droit comparé », vol N°3, Juillet-septembre 1976, p. 512.

¹³ - Meryem Bouchalta, "Les professionnels de santé et la COVID-19 au Maroc: accident de travail ou maladie professionnelle?" Pan African Medical journal 22 Jun 2021, p 21.

كما يجسد الحق في الصحة ملكية ثمينة للدولة، وهي تجسد مدى الأهمية البالغة التي تكتسبها الصحة في المجتمع وضرورتها بالنسبة للدولة، فالمنظومة الصحية تساهم لا محالة في تطور الدولة على شتى الأصعدة، بل إن هناك علاقة وطيدة بين الصحة والتنمية¹⁴.

وتعتبر أولوية وجود قطاع صحي متطور بالدولة قادر على مواكبة العصر ومجابهة تحديات الواقع، يفرز معطى أساسي وهو ضرورة تدخل الدولة لتأمين الخدمات الطبية في المجتمع، والعمل على توفير كل الإمكانيات من أجل الحفاظ على صحة المجتمع والرفي بها، لذلك سعت المجتمعات البشرية عبر التاريخ إلى محاربة الأمراض، ومن ثم ظهر علم الطب وإعتبر مجالا من المجالات العلمية الدقيقة ذات الأولوية في المجتمع، والتي تحتاج إلى الإهتمام الكبير عبر تطوير البحث العلمي ولاسيما مع التقدم التكنولوجي الذي شهده القرن التاسع عشر¹⁵.

وظهرت في غضون ذلك المؤسسات الصحية وما يلحق بها من مختبرات وغيرها لتستخدم بوصفها مراكز للعمل السريري والتقدم العلمي، وأصبحت المستشفيات في آخر الأمر تعتبر لب النظام الصحي، ومن الأجهزة الرئيسية التي عن طريقها تتدخل الدولة لتقديم الخدمات الطبية لأفراد المجتمع، وأصبحت في الوقت الحاضر المرافق الطبية من بين أكثر المرافق العمومية التي تحظى بالإهتمام من قبل الدول، وتبذل جهود كبيرة على المستوى الدولي لتوسيع إنتشار هذه المرافق، وتوفير جميع الإمكانيات لوصول كل فرد إلى تلقي حد أدنى من العلاجات، ولهذا تم إنشاء منظمة خاصة بالمجال الطبي على المستوى الدولي، وهي منظمة الصحة العالمية، وكل ذلك لهدف رفع المستوى الصحي للمجتمعات.

كما تعتبر العناية الصحية وتقديم الخدمات العلاجية من الحقوق التي كرسها دستور المملكة المغربية لسنة 2011¹⁶، كما أن الحق في العلاج والصحة لا ينبني فقط على ما أقرته

¹⁴ - علي بكر عباس، المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي، العدد السابع والخمسون العراق 2021، ص 5.

¹⁵ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، سلسلة البحوث الجامعية العدد، 3 سنة 2014، ص 9-10.

¹⁶ - جاء في الفصل 31 من الدستور ما يلي: "... تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة في الحق في:

- العلاج والعناية الصحية.

- الحماية الاجتماعية والتغطية الصحية والتضامن التعاضدي أو المنظم من لدن الدولة..."

القواعد الدستورية بل حتى على المقتضيات الدولية، فالمغرب ملزم بالإتفاقيات الدولية التي إعتبرت أن أي تقصير من شأنه تعريض الدول للمساءلة القضائية باعتبارها ضامنة حقوقية، مؤكدة على أن حياة الفرد وسلامته الجسدية وصحته تعتبر من القيم التي يحميها القانون، كما أعطت منظمة الصحة العالمية وكذلك إعلان ألماتا مفهوما واسعا للحق في الصحة، وهو ما يستشف في الفقرة الأولى من التوصية التي تتضمن إعلان مسؤولية الدولة والمجتمع عن حماية الصحة على أساس تنفيذ مجموعة من الإجراءات الإقتصادية والإجتماعية¹⁷.

ويعتبر المرفق الصحي العمومي من بين المرافق العمومية الإدارية، التي تمثل إحدى الوظائف الأساسية للدولة، فهو بهذه الصفة يقوم بأنشطة تدخل في إطار المهام اللازمة للسلطة العامة، لسد حاجات الجماعة ذات النفع العام، والذي يخضع في تنظيمه وإدارته مباشرة للسلطة الإدارية المركزية (وزارة الصحة)، التي تستخدم في ذلك مجموعة من الوسائل القانونية والمادية والبشرية، للسهر على تطبيق السياسة الحكومية في ميدان الصحة.

وتتشكل المصالح العمومية لمرافق الصحة في غالبيتها، من مصالح الدولة المسيرة عن طريق الإستغلال المباشر، ومن مراكز إستشفائية، أصبغت عليها صفة مصالح الدولة المدارة بصفة مستقلة، وأخرى مسيرة بطريقة المؤسسة العمومية¹⁸.

ولا يكون المرفق الصحي العمومي مسؤولا بذاته إلا إذا كان معتبرا مؤسسة عمومية، متمتعة بالشخصية المعنوية، والإستقلال المالي والإداري، فإذا لم تكن له شخصية معنوية مستقلة فإن المسؤول في هذه الحالة هو الشخص المعنوي العام المالك للمرفق الصحي، حتى ولو كان هذا الأخير يدار بصورة مستقلة، ويرجع بخصوص هذه المسألة إلى القوانين

¹⁷- بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 16.

¹⁸- عدنان طه الدوري، "التكييف القانوني لمسؤولية الطبيب عن خطئه المهني"، مجلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، السنة الثالثة عشرة- المجلد الثالث عشر- العدد الثاني، 2004، ص. 161.

والمراسيم والقرارات المتعلقة بهذه المرافق، حيث نجدها بين المراكز الإستشفائية المستقلة¹⁹، وبين المصالح والمراكز الإستشفائية التابعة لوزارة الصحة العمومية²⁰.

قبل سنة 2018 لم يكن هناك نص خاص في القانون المغربي بخصوص مسؤولية مرافق الصحة العمومية، وإنما كان هناك فقط نصوص عامة تطبق على المرفق الصحي العمومي، كما تطبق على غيره من المرافق العمومية منها ما يتعلق بالجواهر وهما الفصلا 79 و 80²¹ من ق.ل.ع.م، والمادة الثامنة من قانون المحاكم الإدارية، والتي تحدثت عن دعاوي التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، والتي تدخل أنشطة مرافق الصحة العمومية ضمنها، والمادة 118 من الدستور المغربي²²، وتشكل هذه النصوص الإطار القانوني العام لمسؤولية المرافق العمومية²³، غير أنه وقبل متم سنة 2018 صدر قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربية²⁴

وتكاد تكون مسؤولية الدولة نقطة الارتكاز في القانون الإداري كله بإعتبارها مركز الحساسية في جميع النظم القانونية والسياسات التشريعية والأنظمة الإجتماعية، لأنها تجرد الدولة من رداء السيادة الذي كان يقيها من أية مسؤولية.

19- القانون رقم 37.80 المتعلق بالمراكز الإستشفائية المنفذ بظهير شريف رقم 1.82.5 صادر في 30 ربيع الأول 1403 (15 يناير 1983) ج.ر عدد 3668 بتاريخ 16 فبراير 1983، ص 249. عدل بالقانون رقم 33.87 المنفذ بظهير شريف رقم 1.87.192 صادر في 14 رمضان 1408 (4 ماي 1988) ج.ر، عدد 043940 ماي 1988 ص 414. مرسوم رقم 2.86.74 صادر في 20 من ذي القعدة 1408 (5 يوليوز 1998) متعلق بتطبيق القانون المتعلق بالمراكز الإستشفائية ج.ر، عدد 3949 بتاريخ 6 يوليوز 1988، ص. 300.

20- قرار رقم 596.98 الصادر في 13 صفر 1419 (8 يونيو 1998) الصادر عن وزير الصحة ووزير الإقتصاد والمالية، بتحديد قائمة المصالح التابعة لوزارة الصحة المسيرة بصورة مستقلة، ج.ر عدد 4607 بتاريخ 27 يوليوز 1998، وهي مصالح إدارية وليست ذات طبيعة إستشفائية، لكنها قد تتدخل في ميدان العلاج.

21- ينص الفصل من ق، ا، ع 79 "الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها"

الفصل 80 من ق، ا، ع "مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم. ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها".

22 - ينص الفصل 18 من الدستور المغربي "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون. كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يُمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة.

23- أحمد ادريوش، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، سلسلة المعرفة القانونية، البوكلي للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص. 6.

24 - قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم 25 لسنة 2018 المنشور على الصفحة 3420 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5517 بتاريخ 31/5/2018.

والمسؤولية لغة لم ترد إلا في المعاجم الحديثة وهي مصدر صناعي من سأل، وسأل في اللغة تأتي بمعنى إعطاء الشيء، وقال معجم الوسيط جاءت كلمة المسؤولية بمعنى التبعية، يقال أنا بريء من مسؤولية هذا العمل، وتطلق أخلاقيا على إلزام الشخص بما يصدر عنه قولاً وعملاً، والمسؤول من رجال الدولة، المنوط به عمل تقع عليه تبعته والمسؤولية بوجه عام حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته²⁵.

وتعرف المسؤولية بوجه عام أنها ذلك الإلزام النهائي بتعويض الضرر عن إخلال بالإلتزام سابق أو عن تصرف مشروع، متى إرتبط هذا الإخلال أو هذا التصرف مع ذلك الضرر بعلاقة سببية قائمة.

وقد عرفها بعض الباحثين أنها " التبعية والمؤاخدة "، أي ما يكون المرء مسؤولاً ومطالباً به من أمور وأفعال قام بها، فهي تلك التقنية القانونية التي تتكون أساساً من تدخل إرادي ينقل بمقتضاه عبئ الضرر الذي وقع على شخص مباشر، بفعل قوانين الطبيعة أو السيكلوجيا أو القوانين الإجتماعية، إلى شخص آخر ينظر أنه الشخص الذي يجب أن يتحمل هذا العبء.

وتعرف المسؤولية الإدارية أنها الأداة التقنية لجبر الأضرار، وهذا ما جعل البعض يعتبرها طريقة مالية لتنظيم المرفق العام، حيث إنه ما من جزاء يلحق تصرفاته إلا وينعكس بالضرورة على كيفية تسييره.

وقد تفررت المسؤولية الإدارية بهدف تحقيق النفع العام والسكينة العامة والأمن والصحة العامة والتي تشكل أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الدولة، بحيث تلتزم بتحقيقها بهدف إحترام سيادتها والحفاظ على إستمرارها، عن طريق خلق وسائل قانونية تستطيع من خلالها التوفيق بين تحقيق مصالح الجماعة وإرضاء الفرد، ويعد الدين الإسلامي أول من أقر المسؤولية بصفة عامة والإدارية بصفة خاصة، وذلك تطبيقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي تحت على رفع الأضرار،²⁶ ومن المبادئ والقواعد قول الرسول (ص) "يا عبادي إني حرمت

²⁵- قاموس المعاني، موقع إلكتروني، www.almaany.com تاريخ الزيارة 10 مارس 2015 على الساعة 03 س

02 د

²⁶ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة القسم الأول، طبعة 1971، ص 48.

الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرماً فلا تظلموا" ومن أهم تطبيقات المسؤولية الإدارية في عهد الرسول (ص) نجد بأن الدولة تحملت التعويض على الخطأ والمخاطر وذلك من خلال قصة الأسرى الذين تم قتلهم بخطأ في ليلة باردة، حيث أمر قائد الجيش مرووسيه بتدفنتهم إلا أن مصطلح التدفئة يقابله في قبلة المرووسين القتل، فقتلهم بقطع رؤوسهم مما نتج عنه تعويض ذوي حقوقهم، والغاية من خلق الإنسان ووجوده هو تحمل المسؤولية في التصرفات التي يقوم بها، ولهذا اعتمد في تولي أمر المسلمين على اختيار الأكفأ والأصلح والأكثر أمانة حتى يتمكن من حسن تدبير وتسيير العمل الذي يقوم به²⁷.

كما كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى إقرار مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية، متى ترتب عنها ضرر للغير، ولم تعرف قط مبدأ عدم المسؤولية، وفي ذلك يقول الامام أحمد: "إذا قام بأعمال التطبيب شخص غير حاذق في فنه، فإن عمله يعتبر عملاً محرماً²⁸".

فمن الآراء من ذهب إلى التخفيف من مسؤولية الطبيب بالسماح له باستعمال الاجتهاد وعدم مسائلته إن أخطأ في إجتهاده²⁹.

لكن إذا كانت الدول الغربية وعلى رأسها فرنسا، قد حددت موقفها من مسؤولية الأطباء، فإنها بالنسبة للمغرب ليست حديثة العهد ولا مستقاة من القانون الفرنسي كما يظن البعض، بل إن المغرب كبلد إسلامي حدد موقفه من هذا النوع من المسؤولية تماشياً مع روح الشريعة الإسلامية التي أقرت مسؤولية الطبيب، قبل أن يتطرق إليها الغربيون، إستناداً إلى الحديث النبوي الشريف الذي ورد فيه: " من داوى ولم يعرف منه طب قبل ذلك فهو ضامن"، وفي رواية أخرى " من يطبب ولا يعرف الطب فهو ضامن".

هذا وإن عدداً كبيراً من الفقهاء، قد تناولوا بالشرح والتحليل هذا الموضوع.

²⁷ - Abdellah Boudahrain, « Le Droit de la santé Au Maroc, Plaidoyer pour une santé humaine », Edition L'harmattan, Paris 1996, p 23.

²⁸ - أحمد الخمليشي، "المسؤولية الطبية والفقهاء الإسلامي"، مجلة الملحق القضائي، العدد 25، أكتوبر 1992، ص. 79.

²⁹ - Meryem Bouchalta, La responsabilité médicale du psychiatre en droit marocain, July 2020, p 11.

ولقد ورد في شرح الزرقاني على مختصر الشيخ خليل مع حاشية محمد بناني حول ما أوضحه الشيخ خليل في عبارة " كطبيب جهل أو قصر"، على أن الطبيب إذا عالج الرجل فسقاه فمات من سقيه، فلا ضمان عليه إذا لم يخطئ في عمله، أما إذا أخطأ في فعله، كان يسقى المريض ما لا يوافق مرضه فيموت منه، أو يقلع الحجام غير الضرس التي أمر بها، وما أشبه ذلك، فإن كان من أهل المعرفة ولم يغر من نفسه فذلك خطأ يكون على العاقلة، إلا أن يكون أقل من الثلث فيكون ذلك من ماله، وأما إن كان لا يحسن وغر من نفسه فعليه العقوبة³⁰.

كما أن الإمام ابن رشد تطرق إلى مسؤولية الأطباء بقوله: والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ، وأما الطبيب وما أشبه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث، ون لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن.

إذا كان المبدأ المسلم به في معظم الدول المعاصرة هو الإقرار بمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية الضارة، فإنه ينبغي أن نعلم أن هذا المبدأ لم يتأكد إلا حديثاً، إذ كانت القاعدة السائدة في معظم تلك الدول حتى أواخر القرن التاسع عشر هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها، حيث كانت فكرة المسؤولية تتعارض مع سيادة الدولة، حيث ظل ذلك المبدأ مطبقاً وقتاً طويلاً من الزمن إلى أن تغير مفهوم السيادة ولم يعد يقصد به السيادة المطلقة بل تم التخفيف من هذا المفهوم الذي لم يعد يتناقض مع مبدأ خضوع الدولة للقانون، ومع مبدأ المشروعية وضرورة المحافظة على حقوق وحريات الأفراد.

وقد اختلفت النصوص القانونية المنظمة لمسؤولية الدولة في التشريعات المقارنة في وضع شروط هذه المسؤولية وتكييفها، وتحديد أساسها القانوني، وإمكانية رجوع الدولة من

³⁰- عبد الوهاب رافع، بلهاسمي محمد التسولي، "مقاضاة الشخص المعنوي العام في إطار القانون المحدث للمحاكم الإدارية"، الطبعة الأولى 1995، ص 262.

عدمها، وكل ذلك يرتبط إلى حد كبير، بإعتبار مسؤولية الدولة هي الأصل ومسؤولية الموظف هي الإستثناء³¹.

ففي القانون المدني الفرنسي نصت المادة 1384 منه على حالة المسؤولية عن فعل الغير، حيث قررت أن المرء لا يسأل فقط عن الأضرار التي تصيب الغير بفعله الشخصي بل يسأل أيضا عن الأضرار التي تحدث بفعل غيره، وكذلك المادة 174 من القانون المدني المصري، التي نصت على أنه يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمل غير المشروع، متى كان واقعا منه في حالة تأديته وظيفته أو بسببها، وكذلك المادة 288 من القانون المدني الأردني، التي نصت على أنه "لا يسأل أحد عن فعل غيره"، ومع ذلك فللمحكمة بناء على طلب المضرور، إذا رأت مبررا أن تلزم بأداء الضمان المحكوم به على من أوقع الضرر³²، وقد عمم كل من القضاء الفرنسي والمصري والأردني هذه النصوص على الدولة، بإعتبارها متبوعا وعلى موظفيها بإعتبارهم تابعين لها.

وأمام هذا التطور لم يكن أمام القضاء والمشرعين في مختلف الدول إلا أن يقرروا مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية، ففي فرنسا ساهمت أحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع في إرساء أسس وقواعد المسؤولية الإدارية، فقد صدر في سنة 1873 حكم محكمة التنازع الشهير في قضية "بلانكو" لتؤكد على أن قواعد القانون المدني وضعت لتحكم العلاقات بين الخواص فلا مجال لتطبيقها على المسؤولية الإدارية التي لها قواعدها المتميزة والهادفة إلى تحقيق التوازن بين مصالح الدولة وحقوق الأفراد.

أما بالنسبة للمغرب فإن المسؤولية الإدارية، قد مرت بنفس التطور الذي عرفتة معظم الدول، وهكذا كانت قاعدة عدم مسؤولية الدولة هي السائدة إلى أن صدر ظهير الإلتزامات

³¹ - Adel Mbarek, « les caractéristiques de la responsabilité du service public hospitalier », 2006, p 45.

³² - عبد الكافي ورياشي، " المسؤولية القانونية للأطباء بين الفقه والقانون والقضاء"، دار النشر الرشاد، الناظور 2019، ص 16.

والعقود بتاريخ 12 غشت 1913 الذي قرر فيه المشرع صراحة مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة الإدارية وذلك في الفصلين 79-80³³.

حيث ميز بذلك بين نوعين من المسؤولية، تتعلق الأولى بالمسؤولية الإدارية بحصر المعنى والتي تنقسم بدورها إلى شطرين الأول، يجعل المسؤولية موضوعية أساسها الضرر والثاني يجعل مسؤولية الدولة مؤسسة ومبنية على الخطأ.

أما النوع الثاني من المسؤولية، فهي مسؤولية على سبيل الاستثناء والإحتياط حيث لا تكون فيها الدولة مسؤولة بصفة أصلية، وإنما تحل محل موظفيها المسؤولين شخصيا في حالة إعتسارهم وبشروط خاصة³⁴.

ويقصد بمسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، مسؤوليتها عن الأعمال والأنشطة التي تقوم بها المستشفيات، والمرافق الصحية الأخرى، عن طريق إعتمادها للوسائل المادية والبشرية المتاحة لها، والتي تسبب أضرارا كثيرة للمنتفعين من الأعمال الطبية والعلاجية وغيرها مما تقدمه من خدمات، وسواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن خطأ يرتكبه الطبيب الموظف، أو غيره من موظفي المستشفى والمرفق الصحي أو كانت ناتجة عن سوء تسيير المرفق الصحي وإدارته (الخطأ المصلحي)، أو كانت هذه الأضرار قائمة بدون خطأ، بناء على المخاطر التي تعترى مهنة الطب (نظرية المخاطر)، وعليه تقوم مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي إما على أساس الخطأ وإما بدون خطأ.

وإذا كانت أغلبية الدول خاصة فرنسا ومصر، قد إعتنت بميدان توفير الحماية القانونية للمريض خوفا من كل ضرر قد يصيبه، جراء لجوئه إلى المستشفيات العمومية، وذلك بتخصيص العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية، التي تتغير تبعا لتغيرات الأعمال الطبية مع إدخال تعديلات كلما دعت الضرورة إلى ذلك، فإن الوضع في المغرب على خلاف

³³- Fouad Laboudi, "La médecine au maroc Du xviie au xixe siècle - esquisses historiques" Harmattan le grand maghreb, 2021, p 53.

³⁴ - Alioune Thiam, « L'offre de soins et la responsabilité médicale : l'exemple du Sénégal », Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles Soutenue le 14-12-2010 à Montpellier 1, dans le cadre de Droit et Science Politique, en partenariat avec LDS - Laboratoire de Droit Social (laboratoire) p 23.

ذلك، حيث يوجد قصور تشريعي في النصوص القانونية المنظمة للمسؤولية الطبية في القطاع العام، ويقتصر الأمر على الفصلين 79 و 80 من ق.ل.ع، اللذان ينظمان المسؤولية في جميع المرافق العمومية بالمغرب، وليس مرفق الصحة العمومي على وجه الخصوص، خاصة وأن هذه النصوص لم تكن محل تعديل منذ وضع ظهير الإلتزامات والعقود سنة 1913، وفي وقت أصبحت معه هذه النصوص متجاوزة³⁵.

تعتبر نظرية المسؤولية الإدارية من النظريات التي إبتدعها الإجتهد القضائي والتي جاءت نتيجة حتمية لإزدياد تدخل الدولة وتوسع أنشطتها التي غالبا ما تؤدي إلى حدوث أخطاء تسفر عن إصابة الأشخاص من جراء هذه الأنشطة.

فإقرار مسؤولية الدولة في التشريع المغربي مسألة متفق عليها وليس هناك من يجادل في وجودها، ذلك أن هناك نصوصا قانونية تضع قواعد المسؤولية الإدارية بكيفية مستقلة عن قواعد القانون الخاص، وقد اختلفت الآراء وتضاربت حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، حيث أصبحت هذه المسألة من المسائل الشائكة في القانون الإداري المغربي.

وفي ظل غياب نصوص خاصة في التشريع المغربي تقرر مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي في القطاع العام - المرافق الصحية والمستشفيات العمومية - بشكل مباشر، تبقى هناك نصوص عامة تطبق على جميع المرافق العمومية بما فيها المرفق الصحي العمومي³⁶.

وعند تحديده لأساس مسؤولية المرافق العمومية بصفة عامة - مسؤولية المرافق الصحية بصفة خاصة - ميز المشرع المغربي بين نوعين من المسؤولية، يعتبر الخطأ قاسما مشتركا بينهما، الأولى نص عليها الفصل 79 من ق.ل.ع، وهي المسؤولية الإدارية القائمة على الخطأ المرفقي، والثانية نص عليها الفصل 80 من ق.ل.ع، وهي مسؤولية لا تكون فيها

35 - معتز القرقروري، "مسؤولية المرفق العام الإستشفائي"، مجلة دراسات قانونية، عدد خاص صفاقص، تونس 2006، ص 116.

36 - Ben Sedrine Leila, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 84- 85 janvier-avril 2009, p 180.

الدولة أو المرافق العمومية مسؤولية، وإنما تحل محل موظفيها المسؤولين شخصياً في الأداء وذلك في حالة إعسارهم ووفق شروط خاصة.³⁷

وقد صاحب التطور الهائل في العلوم والأنشطة الطبية، تطور آخر في موضوع المسؤولية، مما حدا بالقاضي الإداري إلى إقرار نظام المسؤولية دون خطأ إزاء الخطر الذي يتعرض له الإنسان في نفسه وماله من جراء الأنشطة الطبية.

وحماية للغير المتضرر من الأنشطة الطبية، لم يعد القضاء الإداري يشترط وجود الخطأ لإقرار مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تترتب على نشاط المرفق، بل أعطى المتضرر إزاء هذا الخطر، الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته دون إلزامه بإثبات خطأ المرفق، سواء لصعوبة إثباته أو لعدم ارتكاب خطأ من جانب المرفق أصلاً.³⁸

وبالرجوع إلى مسؤولية المرفق والتزام أطباء القطاع العام، نقول أنه منذ مدة طويلة وأحكام القضاء الإداري تقضي بأن التزام الطبيب أمام المريض ينحصر في الإلتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، إلا أنه في حالات محددة وإستثنائية تقضي أحكام القضاء بأن التزام الطبيب هو إلتزام محدد، التزام بتحقيق النتيجة، بمعنى أن إلتزام الطبيب ليس التزاماً بتحقيق نتيجة هي شفاء المريض، إنما هو إلتزام ببذل العناية الصادقة في سبيل شفائه، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهوداً صادقة يقظة تتفق مع الأصول وتقاليد المهنة والأصول العلمية الثابتة في علم الطب.³⁹

يكتسي تحديد مفهوم العمل الطبي من الناحية القانونية أهمية بالغة، حيث سيتمكن من تبيان نطاق وحدود المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي تسببها هذه الأعمال، فمعلوم أن منطلق المسؤولية التي نحن بصدد دراستها تنطلق من فكرة أن الأضرار التي تسببها أنشطة

37- Caroline kamkar, « les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyen en matière médicale », thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 27 octobre 2006, p 6.

38- معتز القرقروري، مرجع سابق، ص. 117.

39- محمد الأعرج، "مسؤولية الدولة عن إخلال مرفق الصحة بمبدأ المساواة في العلاج"، تعليق على حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 763 بتاريخ 2004/10/21، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية العدد 99، سنة 2013، ص. 137.

المرافق الطبية العمومية والتي تشكل الأعمال الطبية، إحدى أهم هذه الأنشطة إن لم نقل أساس ظهور وإنشاء مرافق الصحة العمومية⁴⁰.

ولم يحدد المشرع المغربي مفهوم الأعمال الطبية، على الرغم من أنه حدد قائمة للأعمال الطبية ضمن نصوص قانونية مختلفة، وأمام قصور التشريع عن تحديد مفهوم العمل الطبي، لا يبق إلا البحث عن الكتابات الفقهية والإجتهادات القضائية فيما إذا كانت قد وضعت تعريفا واضحا للعمل الطبي⁴¹.

فقد اختلفت آراء الفقه القانوني حول تحديد مفهوم العمل الطبي، هكذا ذهب الفرنسي M. Savatier إلى القول " بأن العمل الطبي هو العمل الذي يقوم به الإنسان المؤهل بقصد شفاء الآخرين، ويجب أن يستند ذلك العمل على الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب⁴².

ويعرف جانب من الفقه المصري العمل الطبي بأنه "ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف آلامه، ولكن يعد كذلك من قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض".

اختلفت إذن التعاريف الفقهية للأعمال الطبية وانقسمت إلى إتجاهين، الإتجاه الأول يضيق من نطاق الأعمال الطبية، ويقصر العمل الطبي على العلاج فقط، في حين أن الإتجاه الثاني، وسع من نطاق الأعمال الطبية لتشمل جل المراحل التي يمر منها العمل الطبي بدأ من التشخيص⁴³، بل هناك من الفقه القانوني من ذهب إلى التحديد أكثر لماهية العمل الطبي،

⁴⁰- Florence Bientz, « conception juridique de l'acte médical dans le cadre d'une pluralité d'intervenants », thèse pour le doctorat en droit public présentée et soutenue publiquement le 28 janvier 2011, p. 11.

⁴¹- Jean-Charles Scotti, « La responsabilité juridique du cadre de santé », 2^{ème} Edition, 2007, P 6.

⁴² - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 35.

⁴³ - أحمد بالحوس، أخلاقيات وأداب مهنة الطب، المجلة الصحية المغربية، العدد 4 أبريل 2013، ص 43.

إلى التمييز بين النشاط الطبي والنشاط العلاجي، ويتم وضع معيارين في تحديد هذا التمييز، المعيار العضوي ويكون النشاط طبيا وفق هذا المعيار، ذلك الذي يقوم به الطبيب أو الجراح، سواء قاموا بأعمال بسيطة كإجراء التحاليل أو قاموا بإعمال فنية وطبية بحثة كإجراء العمليات أو وصف الأدوية⁴⁴.

والمعيار المادي والذي يستند على طبيعة العمل ذاته، فيكون النشاط طبيا إذا تميز بصعوبة جدية تتطلب معرفة عميقة، ومهارات تستلزم دراسات واسعة، أما النشاط العلاجي فيكون ذلك العمل العادي والبسيط كعمليات الحقن مثلا⁴⁵.

ومهما تعددت الآراء الفقهية حول ماهية العمل الطبي، فإن الكل يتفق على الغاية التي تستهدفها هذه الأعمال التي إرتبطت بظهور مهنة الطب، ألا وهي التخلص من الأمراض وتحسن الحالة الصحية للمرضى، وهذه الأعمال الطبية تبقى كثيرة ومتنوعة من عمليات جراحية وتحاليل طبية ووصف الأدوية والفحوص البيولوجية وغيرها والتي تستلزم الدقة والكفاءة العالية أثناء مباشرتها⁴⁶.

وإلى جانب الفقه القانوني يتدخل القضاء لتحديد وتفسير مختلف المفاهيم والمصطلحات والتي تثير نقاشا قانونيا، إنطلاقا من القضايا التي تعرض أمام نظره، وفيما يتعلق بتحديد العمل الطبي وأمام غياب أحكام قضائية التي تناولت الموضوع بالنسبة للقضاء المغربي، سنكتفي إلى الإشارة إلى القضاء المقارن.

فبالنسبة للقضاء الفرنسي، نجد أن تعريف العمل الطبي قد تطور تطورا ملحوظا، فقد كان ينظر إلى العمل الطبي على أنه عمل علاجي فقط، وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يعد مرتكبا لجريمة الممارسة الطبية غير المشروعة لمهنة الطب، من يقوم بعلاج المرضى دون أن يكون مرخص له بذلك، ومع تطور القضاء الفرنسي في أحكامه،

44- جابر محجوب علي، "دور الإرادة في العمل الطبي"، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرون يونيو 2002، ص. 329.

45- محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 26.

46- منصور عمر المعايطه، "المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية"، الرياض الطبعة الأولى 2004، ص. 15.

حيث توصل إلى أن العمل الطبي يشمل إلى جانب العلاج، التشخيص، وأن العمل الطبي يشمل أيضا الفحوصات والتحاليل الطبية⁴⁷.

أما القضاء المصري فقد اقتصر مفهوم العمل الطبي في أحكامه على التشخيص والعلاج، وتطبيقا لذلك قضت المحاكم المختلطة المصرية بأن مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص والعلاج لا تقوم إلا بتوفر الخطأ الجسيم، غير أنه ومع التطور الذي عرفه مفهوم العمل الطبي أدى إلى اتساع نطاق هذا العمل، فإلى جانب التشخيص والعلاج أصبح يشمل إجراءات العمليات الجراحية ووصف الأدوية.

إن التساؤل حول مدى مشروعية العمل الطبي يجد سنده في كون هذا النوع من الأعمال له صبغة خاصة جدا، حيث يجري ويباشر على جسم الإنسان.

حيث إستقر الفقه والقضاء التقليديين على النظر إلى النظام العام الصحي من خلال زاوية واحدة وهي جسم الإنسان حيث إعتبره الفقهاء خارجا عن دائرة التعامل، في الوقت الذي أكد فيه القانون الجنائي مبدأ الحق في سلامة الجسم، حتى لو كان ذلك برضا الفرد نفسه⁴⁸.

إلا أنه وتحت تأثير التقدم الحاصل في ميدان الطب، أخذ الفقه يبحث عن مضمون جديد للنظام العام الصحي يبيح المساس بسلامة الجسد تحقيقا للمصلحة العامة، وهي مصلحته بأن تتمتع أعضاؤه بالسلامة الجسدية، وأن تتدخل الدولة بإلزام الأفراد باتخاذ تدابير علاجية أو وقائية لهذه الغاية، كالإلتزام بالتلقيح ضد الأوبئة والأمراض، والإلتزام بالعلاج، بل وأيضا وبصفة عامة، حق كل فرد في الحماية من أي إعتداء على صحته وعلى سلامة جسده وعلى حقه في الحياة⁴⁹.

47- حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 34.

48 - المسؤولية الجنائية للطبيب - هو مجموعة القوانين التي تحدد لائحة الأفعال التي تعد جرائم يعاقب عليها القانون، وفق هذا الصدد حدد القانون الجنائي بعض الأفعال التي تصدر في المجال الطبي وعاقب عليها حسب خطورتها، أنظر الفصول 248، 363، 364، 446، 449، 450، 451، 452، 453، 454، 455، 456، 457، و458.

49 - أحمد ادريوش، "العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 149.

وفي الوقت الحاضر وفي ظل التشريعات الحديثة، أصبح الوضع لا يثير أي إشكال بعد أن أصبح مبدأ حرمة جسم الإنسان متجاوزاً، وأصبحت الأعمال الطبية الموكولة للمرافق الطبية تحدد وتنظم من طرف المشرع، إلا أنه يبقى ومع ما يعرفه المجال الطبي من تطور علمي سريع، وما يشهده من ثورة علمية غير مسبوقة، حصر جميع الأعمال الطبية أمراً في غاية الصعوبة، وهو ما سمح للفقهاء القانونيين للبحث عن أساس لمشروعية العمل الطبي.

فهناك من الفقه من يرجعه إلى رضا المريض بالتدخل الطبي، فتخلف الرضا يؤدي إلى فقدان العمل الطبي لأحد الشروط الأساسية لمشروعيته وبالتالي تحمل المرفق للمسؤولية ولو لم يرتكب أدنى خطأ،⁵⁰ والبعض الآخر ذهب إلى أن أساس ذلك هو ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب، حيث لا يسمح القانون والتشريعات المنظمة للمهنة الطبية في كثير من الأحوال باستعمال بعض الحقوق التي تمس حياة الأشخاص وسلامة أجسامهم وصحتهم إلا لمن تتوفر فيه الشروط، إذ إن عمل الأطباء على إختلاف اختصاصاتهم يمارس على جسم الإنسان، لذلك تطلب المشرع لمن يزاوّل هذا الحق أن يكون على قدر من الكفاية العلمية والفنية⁵¹.

وبالرجوع إلى القانون المنظم لمهنة الطب في المغرب 131.13⁵²، نجده ينص في المادة الرابعة منه على أنه " لا يجوز لأحد أن يقوم بأي عمل من أعمال مهنة الطب إلا إذا كان مقيداً في جدول هيئة الأطباء".

في حين أرجعه فريق آخر إلى المصلحة الاجتماعية الممثلة في الحفاظ على صحة وحياة أفراد المجتمع للقيام بوظائفهم في المجتمع، أي ممارسة الطبيب عمله وفقاً للقواعد التي

50 - سمير عبد السميع الأوزن، "مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا- جنائيا- وإداريا"، منشأة المعارف بالإسكندرية 2004، ص. 20.

51- Mohamed Amine Ben abdellah, « le principe du libre consentement du patient à l'acte médical », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 98-97 Mars- Juin 2011, p. 9-16.

52 - القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، ظهير رقم 1.15.26 صادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015) الجريدة الرسمية عدد 6342 الصادرة بتاريخ 21 جمادى الأولى 1436 (12 مارس 2015).

تنظم مهنة الطب، ولذلك يكون عمل الطبيب مشروعاً طالما أنه يستهدف تحقيق هذه المصلحة التي يقرها القانون، وتضع حدودها القيم الاجتماعية والدينية السائدة في المجتمع⁵³.

كما نادى فريق آخر من الفقه إلى اعتبار أن أساس إباحة العمل الطبي وبالتالي التدخل الطبي هو الضرورة العلاجية، وتفيد هذه الفكرة أن حاجة الإنسان إلى التدخل الطبي للعلاج، لإزالة المرض والآلام تبرر مشروعية القيام ومباشرة العمل الطبي على جسم الإنسان⁵⁴، لتصبح غاية العلاج هي المبرر لإباحة ممارسة العمل الطبي وهو ما جاء في المادة الأولى من القانون المنظم لمهنة الطب على أن " الطب مهنة إنسانية تهدف إلى الوقاية من الأمراض وعلاجها والبحث العلمي في ميدان الطب"⁵⁵.

ويأخذ الخطأ الطبي تعريفه من الخطأ المهني بشكل عام، ويتصف هذا الأخير بأنه الخطأ الذي يتصل ويتعلق بالأصول الفنية للمهنة، حيث يعرفه بعض الفقه أنه عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنته، أما البعض الآخر فقد عرفه على أنه تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقض وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، وبصفة عامة فإن الخطأ المهني للطبيب، يتمثل في خروج الطبيب عن أصول مهنته، وعدم بذل العناية المعتادة التي يبذلها الأطباء في مجال خبرته.

ويعرف الجانب العملي صوراً كثيرة وغير محصورة من الأخطاء الطبية، حيث عرفته محكمة النقض بأنه "تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ من مستواه المهني في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، وأن مسؤوليته بذلك لا تنعقد إلا بثبوت أي إهمال يستخلص من وقائع قاطعة وواضحة تتنافى مع الأصول العلمية الثابتة في علم الطب"⁵⁶.

53 - أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص. 39.

54 - المرجع نفسه، ص. 38.

55 - فهد سعد الدبيس الرشدي، "التزام الطبيب بإسعاف الحالة الطارئة دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي"، مجلة الحقوق العدد 4، السنة 36، ديسمبر 2012، ص 185.

56 - Stéphane clavé, « La responsabilité médicale à l'hôpital public : évolution et perspective », Edition Seli Arslan 2002, p 55.

وكما يمكن أن يكون الخطأ الطبي مهنيا يتعلق بصناعة الشخص أثناء مزاولته إياها، يمكن أن يكون أخلاقيا، كما يكون أيضا قانونيا، فيكون أخلاقيا إذا ما قام الطبيب بسلوك مناف لأخلاقيات مهنة الطب وسلوكياتها، أما الخطأ الطبي القانوني فهو ما يصدر عن الطبيب من أفعال مادية يكون إرتكابه لها مخالفا لواجب الحرص المفروض، ويقتضي تقدير الخطأ القانوني للطبيب مراعاة الظروف التي احاطت بالطبيب وقت إجراء العلاج مع قياس سلوك الطبيب بالسلوك المألوف لطبيب مثله، وله نفس التخصص⁵⁷.

ويأخذ الخطأ الطبي صورا عديدة لا تقع تحت الحصر، ففي كل مرحلة من مراحل العلاج يحتمل فيها وقوع خطأ، فقد يرتكب الطبيب خطأ أثناء تشخيصه للمرض، ذلك أن الطبيب ملزم بإجراء التشخيص بكل عناية ودقة دون الأخذ بعين الاعتبار للمدة الزمنية التي سيستغرقها، وبالإستعانة بكل الآراء والطرق العلمية الأكثر فائدة وفعالية، أو قد يرتكب في العلاج، أو أثناء استعمال الأشعة⁵⁸.

ويختلف الخطأ باختلاف مرتكبه ومكان إرتكابه، فالخطأ الطبي الذي يرتكبه طبيب يعمل لحسابه الخاص أو لحساب مصلحة ليس هو نفسه المرتكب من طرف طبيب موظف يعمل في مرفق صحي عمومي أو مستشفى، حيث إن الخطأ الطبي في الحالة الأولى يقيم مسؤولية مدنية أساسها العقد، إما في مواجهة الطبيب أو في مواجهة المصلحة، أما في الحالة الثانية أي حالة خطأ الطبيب الموظف في المستشفى فإن الأمر مختلف، ذلك أن الطبيب الذي يعمل موظفا في مستشفى عام، يعتبر في مركز لائحي ويخضع للقوانين الخاصة بالعاملين في الدولة، وبالتالي لا يمكن مساءلته إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، فهي ليست علاقة تعاقدية وإنما هي من طبيعة إدارية لائحية⁵⁹.

وعليه فإن الأخطاء أثناء العمل الطبي، أي ما يقوم به الطبيب من عمل فني مثل التشخيص والعلاج، فإنها تقع على عاتق الطبيب إلا إذا أثبت إعساره، أما المستشفى فيسأل

⁵⁷ - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 10.

⁵⁸ - عدلي خليل، "الموسوعة القانونية في المهن الطبية"، دار الكتب القانونية مصر 2006، ص 28.

⁵⁹ - Leila ben sedrine, « la responsabilité civil, pénal et disciplinaire du médecin au Maroc », REMALD, n 28, édition 2006, p 22.

عن كل خطأ يقع في تنظيم وحسن سير العمل وفي تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى، أي في الحالة التي يعتبر فيها الخطأ مرفقي.

كما لموضوع التعويض أهمية كبيرة في النظام القانوني لأي دولة، فهو أحد الوسائل الهامة والضرورية لجبر الأضرار، وهو يشكل في نهاية المطاف الجزاء القانوني الذي يترتب عن ثبوت قيام مسؤولية المدعي عليه عن الضرر الحاصل للمدعي.

لذلك يعتمد المتضرر في الغالب إلى رفع دعوى التعويض أمام القضاء مطالباً بإنصافه بالحكم بتعويض عادل يكون له الأثر الإيجابي الكبير على وضع المتضرر بعد الحصول على هذا التعويض.

وتزداد أهمية عنصر التعويض في المجال الطبي، نظراً لطبيعة الضرر أو الأضرار التي تلحق المتضرر من جراء نشاط مرافق الصحة العمومية، حيث يلجأ المتضرر للحصول على التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء نشاط المرفق الطبي العمومي، حيث إنه بثبوت المسؤولية ووصول القضاء إلى تحقق مسؤولية الدولة عن الضرر اللاحق بالمدعي، يكون الجزاء القانوني المترتب عن ذلك، الحكم بالتعويض لفائدة المتضرر⁶⁰.

وقد نص المشرع المغربي في الفصل 77 من ق.ل. ع⁶¹، على أن كل من سبب ضرر التزم بتعويض هذا الضرر، وهو نفس المقتضى يمكن تطبيقه على مسؤولية الدولة التي تسببها أنشطة المرافق الطبية العمومية، حيث تكون الدولة ملزمة بتعويض المتضررين كلما ثبتت مسؤوليتها في نطاق قواعد المسؤولية الإدارية.

⁶⁰ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقاربة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 154.

⁶¹ - نص الفصل 77 على أن "كل فعل إرتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر".

فإذا تحققت مسؤولية المرفق الصحي العمومي التابع للدولة، فإن الجزاء يكون هو التعويض، وغالبا ما يكون نقداً، لأن التعويض العيني المتمثل في الإيجار على القيام بأمر معين لا وجود له في مجال المسؤولية الإدارية⁶².

فالقاعدة المستقر عليها، أن جزاء المسؤولية بإستمرار هو التعويض النقدي، وترجع هذه القاعدة من ناحية إلى مبدأ إستقلال الإدارة عن القضاء، والذي يعد تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلط، ويخضع تقدير التعويض لمجموعة من القواعد، من أهمها أنه يرتبط بالضرر سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً، وليس بالخطأ، فلا عبرة بدرجة جسامه الخطأ إلا لمعرفة قيام ركن الخطأ أو عدم قيامه في الأحوال التي إستلزم فيها القضاء لقيام المسؤولية درجة معينة من الجسامه، فإذا تحققت وتوافرت الأركان الأخرى من ضرر وعلاقة سببية، قدر القاضي التعويض حسب ما أصاب المتضرر من أضرار مهما بلغت جسامه الخطأ.

ونشير أن التعويض عن الضرر الناتج عن المسؤولية الإدارية يتحمله الشخص المعنوي العام (المرفق الصحي) من ميزانيته، فإذا كان الأمر يتعلق بمسؤولية الدولة، فإن التعويض يؤدي من الميزانية العامة للدولة، أما إذا كان الأمر يتعلق بمسؤولية الموظف الشخصية، فإنها تحل محله في أداء مبلغ التعويض، إذا كان هذا الأخير معسراً طبقاً للفصل 80 من ق.ل.ع، ليعمل المتضرر في جميع الأحوال تعويضاً عن الضرر الذي يلحقه بسبب نشاط الإدارة⁶³.

⁶²- Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public libanais et française ». Op. Cit, p. 11.

⁶³ - عبيد التيجاني، "المسؤولية المدنية والجزائية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7، تونس 1997، ص 41.

أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع مسؤولية الدولة في المجال الطبي أهمية بالغة بإعتباره موضوع له إرتباط وثيق بحقوق الإنسان، فالحق في الصحة من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الإنسان، والتي تحميه القوانين والتشريعات، وأكدت عليه المواثيق والعهود الدولية، ومن المواضيع التي تشغل بال المنتظم الدولي بإستمرار، حيث تسعى جل الدول إلى تحقيق أدنى الإمكانيات لولوج الأفراد إلى الحق في الصحة، بإعتباره حق إنساني لا يمكن فصله عن حياة الإنسان، كما أن المغرب وفي خطوة نحو تعزيز الحقوق الأساسية وتكريس التوجه الحقوقي في منظومته التشريعية، تم التنصيص من خلال مقتضيات الوثيقة الدستورية المعدلة لسنة 2011 على الحق في العلاج والعناية الصحية، وهو ما اعتبر تطور إيجابي سيكون له الوقع الكبير على المستوى الإجتماعي⁶⁴.

فموضوع الصحة أصبح قضية عمومية وموضوع ملح على السياسات العمومية للدولة، وإحدى أهم البرامج التي تعمل جل الحكومات المتعاقبة على التصدي لها وإيجاد مختلف الحلول للمشاكل التي يعرفها القطاع الصحي، وموضوع المسؤولية الطبية للدولة إحدى أهم هذه التحديات التي لا يمكن عزلها عن باقي القضايا التي تشغل القطاع الصحي.

وتكتسي دراسة موضوع مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، أهمية بالغة نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها هذا الموضوع.

إن على المستوى النظري في غياب نصوص ومقتضيات قانونية تنظم المسؤولية الطبية للدولة، بل حتى على مستوى القانون الخاص وبإستثناء بعض مقتضيات القانون الجنائي التي تناولت المسؤولية الجنائية للأطباء.

كما يكتسي الموضوع أهميته من طبيعته التقنية التي لا تخلو من الحساسية، خاصة أمام غياب سند تشريعي يحدد إطار المسؤولية الطبية ويقنن الأخطاء الطبية، وينظم حقوق

⁶⁴ - عبد الكافي ورياشي، "حجية التقرير الطبي في الإثبات أمام القضاء الجنائي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 70، شتنبر-أكتوبر، 2006، ص 17.

والتزامات العلاقات الناجمة في الحقل الطبي، إلا ما ورد في القواعد العامة التي تنظم المسؤولية ضمن النصوص القانونية الكلاسيكية، وما يزيد من أهميته هو إتصاله بالقانون والطب معا في صميم دراسة حقوقية تتناول الخطأ الطبي من كل جوانبه⁶⁵.

حيث يلاحظ غياب نصوص قانونية تنظم المسؤولية في المجال الطبي على مستوى القانون المدني، وتبقى المقتضيات القانونية الواردة في الفصلين 79 و80 من ق.ل.ع، القواعد الوحيدة المؤطرة لمسؤولية الدولة في المجال الطبي، كقواعد عامة تطبق على جميع مرافق الدولة العمومية، بالإضافة إلى ما جاء ضمن نص المادة 8 من قانون المحاكم الإدارية، والتي تتحدث عن دعاوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، والتي تدخل أنشطة مرافق الصحة ضمنها.

أو على المستوى العملي والتطبيقي، بالنظر لما تعرفه المحاكم من دعاوى تتعلق بمسؤولية الدولة عن هذه الأخطاء، وعن الأضرار التي تصيب المرضى من جراء ممارسة الأطباء لعملهم في مستشفى عام، أو مرفق صحي عمومي، حيث عرف هذا الموضوع نقاشا كبيرا وجدلا واسعا على الساحة القضائية، حيث توصل القضاء في الآونة الأخيرة إلى إجتهاادات جريئة تصبوا نحو حماية المريض بإعتباره الطرف الضعيف، لكن إتجهت قرارات قضائية أخرى إلى الإنحياز نحو الأطباء وهدر حق المتضرر لإنعدام قيام الدليل، فمعضلة الأخطاء الطبية باتت لا تخلو ملفاتها من المحاكم المغربية مما يؤكد على مدى تزايد هذه الظاهرة بشكل ملحوظ وإستفحالها بشكل يطرح أكثر من علامة إستفهام حول أسبابها وإشكالية تعويض الأضرار التي تصيب ضحاياها.

⁶⁵ - Ahmad Issa, «La responsabilité médicale en droit public libanais et française». Op. Cit, p. 18.

صعوبات البحث:

يحيط بالنشاط الطبي صعوبات متعددة، منها ما يتعلق بمحل هذا النشاط وهو جسم الإنسان، والذي من المفترض أن يكون معصوما من إعتداء الآخرين عليه، وخارج دائرة التعامل، ومنها ما يتعلق بمن يمارس العمل الطبي حيث يتم ممارسته بمعرفة فريق طبي يستخدم الآلات والأجهزة الحديثة في المساس بجسد الإنسان، سواء في المستشفيات الخاصة أو العمومية، مما يصعب معه تحديد الشخص المسؤول، وإن أمكن تحديده فلا يكون قادرا على جبر الأضرار الجسيمة المترتبة على هذا النشاط⁶⁶.

كما توجد صعوبات فنية وقانونية، تتمثل في إثبات عناصر المسؤولية في المجال الطبي خاصة الخطأ، وتكييف بعض صور السلوك الصادر من الطبيب تكييفاً قانونياً.

ويزيد من صعوبة البحث كثرة دعاوى المسؤولية الطبية التي يرفعها المرضى المتضررون على الأطباء نظراً لزيادة المعرفة الطبية، مما أدى إلى فقدان الثقة بين المريض والطبيب، وأيضاً طغيان المصالح الإقتصادية في المجتمع على المبادئ الأخلاقية، مما أضعف قدرة الأطباء على الابتكار وتطبيق أحدث ما توصل إليه علم الطب في علاج المرضى خوفاً من شبح المسؤولية، ووجود تفاوت في تقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن ممارسة النشاط الطبي على أجساد المرضى⁶⁷.

دوافع إختيار الموضوع:

ويرجع سبب إختياري لهذا الموضوع إلى ضعف الوعي القانوني والصحي عند عامة الناس، الأمر الذي جعلهم يتسامحون كثيراً في متابعة الطبيب المخطئ قضائياً، وهذا ما دفعني للبحث عن مكامن النقص في التشريع لمعرفة ما إذا كانت القواعد القانونية المستقرة التي

⁶⁶- Michel Bernard, « 160 questions en responsabilité médicale: Aspects pratiques et fondamentaux », 2ème Edition Elsevier Masson 2010, p 18.

⁶⁷ - عبد الوهاب رافع، بلهاشمي محمد التسولي، مرجع سابق، ص 264.

تحكم العمل الطبي التقليدي قادرة على مواكبة هذه التطورات التكنولوجية، أم أنها لن تقدم في الغالب سوى إجابات مبهمة عن تطبيقات العمل الطبي الحديث وعن موضوع المساءلة.

فضلا عما تثيره تطبيقات التقنيات الحديثة في مجال الطب العديد من المناقشات العلمية التي شغلت بال الأطباء ورجال القانون والدين، وإتسمت بالقلق والتساؤل حول جدوى وتأثير هذه التطبيقات على مستقبل الإنسان، خاصة وأنها تتعلق بأهم حقوقه وأجدرها بالرعاية كحقه في الحياة وحقه في سلامة جسده، ومن أجل هذا أصبح لزاما على المشرع البحث عن قواعد تجسد مدى إباحة عمل طبي معين من عدمه، ومسؤولية الطبيب والأسس الواجب الإلتزام عليها⁶⁸.

فعدم وجود توازن في العلاقة بين الطبيب والمريض، يجعل الطبيب يملك المعرفة الطبية والأجهزة الحديثة، علاوة على ترخيص القانون له بالمساس بجسم الإنسان بشروط محددة، أما المريض فلا يملك إلا تسليم نفسه للطبيب بهدف الشفاء من المرض أو تخفيف آلامه، مما يستوجب بحث هذه المشكلة علميا وعمليا لإعادة التوازن لهذه العلاقة⁶⁹.

الدوافع الشخصية:

إن الإختيار موضوع "مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية" كان في البداية مبني على أسس علمية محضة، بإعتباره موضوعا شائكا في جميع زواياه وفي ظل غياب مقتضيات قانونية تؤطره، غير أنه ومع الغوص في ثناياه أصبح يشكل قضية شخصية بإعتباره يمس أهم حق من حقوق الإنسان، وهو الحق في الصحة بإعتبار المريض هو الطرف الضعيف في هاته المعادلة الصعبة.

68 - الحسن السيمو، "موقف القضاء من المسؤولية الطبية في القطاع العام"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 41 سنة 2001، ص 13.

69 - Centre de recherches et de diffusion juridiques jurisprudence des formations contentieuses du conseil d'état juillet 2013 <http://www.legifrance.gouv.fr/> date de visite, 22/07 /2018, 12h11min.

الدوافع الموضوعية:

أما الأسباب الموضوعية لإختيار الموضوع، فهي نابعة أساسا من الإهتمام المتزايد الذي لاحظته بهذا الخصوص، إذ لم يتر هذا الموضوع فضول الباحثين الأكاديميين في مجال القانون الإداري، بل شغل جميع الفاعلين في المجتمع المدني على إختلاف مواقعهم وصفاتهم. وكثرة المقالات والكتابات المتفرقة، والندوات العلمية في الموضوع، وهو ما دفعني للبحث في الموضوع للمساهمة في البحث المعرفي والأكاديمي.

إشكالية الموضوع:

إنه لا يخفى ما للمجال الطبي من طبيعة فريدة، كونه مرتبط بأدق علم تجريبي وهو علم الطب، هذا العلم الذي يعتبر مجالا حيويا يتطور باستمرار وتظهر كل يوم طرقا ووسائل جديدة للعلاج، وهو ما يمكن أن يشكل خطورة على الإنسان.

ولعل عمق الإشكالية لهذا الموضوع تعود لأهميته الواقعية، وفي الصعوبات القانونية التي يعرفها على المستوى التطبيقي في غياب تشريع محدد يخص الموضوع، وفي قلة الأحكام القضائية وأحيانا محاباتها للعاملين في القطاع الصحي، مما يعرقل أي أمل في وضع تشريع يحدد حقوق المريض وواجبات الطبيب إتجاهه، على غرار القانون المقارن⁷⁰.

وفي هذا السياق تتموقع إشكالية موضوع البحث، والتي تتمثل في الوقوف على:

ماهي أسس مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية، وتقييم العمل القضائي في تحديد توجهاتها.

ومدى التوفيق بين مصلحتين متباينتين، الأولى تتمثل في حق مرتفقي المستشفيات العمومية في الرعاية الصحية في ظل الحفاظ على السلامة المعنوية والبدنية، والحصول على

⁷⁰ - محمد الداودي، مقارنة لإشكالية تحديث المرفق العمومي الصحي بالمغرب، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام في موضوع بجامعة محمد الخامس- السويسي الرباط، السنة الجامعية 2007-2008، ص 21.

التعويض المناسب في حالة المساس بهذه السلامة، والثانية تتمثل في حق المرفق العام الإستشفائي في الحفاظ على موزاناته من أن يثقل كاهلها بعبء هذه التعويضات، وكذا حق أطباء هذا المرفق في أداء مهمتهم النبيلة في إطمئنان، دون الخوف من أن يشهر في وجوههم سيف المسؤولية في حالة إتيانهم لأخطاء غير عمدية ودون أن تكون بسبب الإهمال⁷¹.

وعليه تتمحور عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات والتي تتمثل في الوقوف على النظام القانوني لمسؤولية الدولة في المجال الطبي، ومدى الحماية التي يحظى بها المتضرر من جراء نشاط المرافق الطبية، كطرف ضعيف في المعادلة، في ظل غياب مقتضيات قانونية تؤطر الموضوع؟

وبالتالي فهذه الإشكالات التي يتسبب فيها الخطأ الطبي داخل مستشفى أو مرفق صحي عمومي، تطرح إن على المستوى التشريعي أو على المستوى العملي، لعل أبرزها ستكون موضوع هذه الدراسة⁷².

فعلى المستوى التشريعي تبرز مجموعة من التساؤلات أهمها:

إلى أي مدى تضمن القواعد الكلاسيكية للمسؤولية الإدارية تغطية الأضرار الناجمة عن النشاط الإستشفائي؟، وكيف أسهمت التطورات الحديثة في تسهيل شروط إنعقاد المسؤولية وتعويض الضحايا؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة أسئلة، حول مفهوم الخطأ الذي يفضي إلى إنعقاد مسؤولية المرافق الاستشفائية؟، وإلى أي مدى حققت التطورات الحديثة الحاصلة في نظامي المسؤولية الاستشفائية تقاربا في المعالجة القانونية مع نظام المسؤولية في الميدان الخاص؟

وهل سيقدم المشرع المغربي على العمل صراحة ودونما أي غموض، بمبدأ المسؤولية بدون خطأ بشكل واضح وصريح شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي، لاسيما وإمكانية ظهور

⁷¹ - La faute médicale et la responsabilité: séminaire organisé par L'UIA et le barreau de Casablanca vendredi 8 et samedi 9 avril 2014.

⁷² - محمد الداودي، مرجع سابق، ص 22.

مضاعفات صحية مستقبلية بسبب اتباع البروتوكولات العلاجية كما هو الحال مع فيروس كورونا المستجد؟

وعلى المستوى العملي:

كيف تعامل القضاء المغربي مع مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي في القطاع العام في ضوء النصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من المسؤولية في التشريع المغربي؟

ما هو دور الجهاز القضائي في تطوير البنية القانونية المتعلقة بقضايا الأخطاء الطبية؟ وكيف قدر القضاء تلك الأخطاء وبسط نظامها؟ وإلى أي مدى استطاع القضاء أن يوسع نظام المسؤولية دون خطأ في الميدان الطبي؟

والحديث عن التعويض في المجال الطبي، يجر للتساؤل حول ما إذا كان للتعويض في هذا المجال الخاص طبيعة معينة، أم أن الأمر لا يعدو أن يكون نفس التعويض المطبق في جميع المجالات الأخرى التي تثار فيها المسؤولية؟

كما تطرح إشكالية الإثبات التي تواجه المتضرر في إثبات مسؤولية الدولة، وماهية الوسائل المتاحة للمتضرر لإثبات ما يدعيه؟

مناهج وخطة البحث:

لدى إرتأينا في هذا البحث الإعتماد على عدة مناهج تتماشى وطبيعة الموضوع ويسعف للإجابة عن إشكالياته، حيث ثم الإعتماد على المنهج الإستقرائي أو التأسيلي بشأن فحص ظاهرة كثرة الأخطاء الطبية، وزيادة عدد الدعاوى المرفوعة على الأطباء لتحديد سبب هذه الظاهرة الحديثة، وللوقوف على أفضل الحلول لعلاجها، من خلال إستقراء الأحكام القضائية، حيث إن الإستقراء يبدأ بالجزئيات ليتوصل إلى القوانين والمسلمات العلمية⁷³.

⁷³ - بن عبد الله عادل، "المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، (شروط الفعل المولد للضرر)"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، السنة الجامعية 2010-2011، ص. 23.

كما ثم إتباع المنهج التاريخي من خلال إستعراض المراحل التاريخية التي مر بها نظام مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية، إبتداء من مرحلة عدم المسؤولية، وصولا لمرحلة المسؤولية كأصل عام، والتي لا تزال تعرف تطورا مستمرا نظرا لحداتها وأهميتها على الصعيدين العلمي أو النظري والعمل⁷⁴.

والمنهج المقارن الوصفي التحليلي، مقارنا لأننا سنقارب الموضوع في ضوء بعض التشريعات المقارنة، لأنه ليس ثمة شك في أن الدراسة المقارنة للأنظمة القانونية والقضائية في البلاد المختلفة التي سبقتنا بالتجربة، تغدو ضرورة ملحة ومطلبا جوهريا ولازما لنظر هذا المقتضى الجديد وتمحيصه وتقييمه، في ضوء تجربتها، ومحاولة سد بعض الثغرات القانونية بالإرتكاز إليها بما يلائم حاجة المنظومة القانونية المغربية، وبما يتفق مع النظرية السائدة فيها.

والمنهج التحليلي من خلال جمع الإشكالات القانونية والقضائية التي تثيرها مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية، ثم ترتيب وتنظيم هذه المعلومات والتي تتضمن في مجملها الآراء والنظريات القانونية، ثم النصوص القانونية، الأحكام والإجتهادات القضائية وبعد جمع المعلومات، ثم تحليلها من أجل إستخلاص النتائج، ثم إخضاع هذه النتائج إلى عمليتي النقد والتقويم.

كما ثم الإعتماد على جمع المادة العلمية من المؤلفات الحديثة والنظريات العامة لفقهاء القانون والأبحاث المتخصصة في نفس مجال البحث، سعيا إلى إستخلاص العديد من النتائج العلمية والعملية محاولة في نفس الوقت من خلال بعض الرؤى الذاتية عرض بين الحين والآخر لمقترحات متواضعة.

74 - مشاري خليفة العيفان، مرضي عبيد العياش، "الخطأ الطبي الشخصي، تصور نحو رسم ملامح الحدود الفاصلة بين المسؤولية الجزائية والمدنية"، العدد الأول، السنة 39، 2015، ص 22.

ووفق هذا المنظور ولمعالجة الموضوع من جوانبه المختلفة، فقد إعتمدنا الخطة الثنائية في كل المحاور لكونها تحمل معنى التقابل وتلم بالجوانب النظرية للموضوع وفق التصميم التالي:

القسم الأول: أساس مسؤولية الدولة عن الاخطاء الطبية

القسم الثاني: تقييم العمل القضائي في مجال مسؤولية الدولة عن الاخطاء الطبية

القسم الأول:

أساس مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية

القسم الأول: أساس مسؤولية الدولة عن الاخطاء الطبية

إن إقرار مسؤولية الدولة في التشريع المغربي مسألة متفق عليها، وليس هناك من يجادل في وجودها، ذلك أن هناك نصوصاً قانونية تضع قواعد المسؤولية بكيفية مستقلة عن قواعد القانون الخاص، وقد اختلفت الآراء وتضاربت حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، حيث أصبحت هذه المسألة من المسائل الشائكة في القانون الإداري المغربي.

ولعل ما زاد الأمر تعقيداً، هو عدم وجود نصوص خاصة في التشريع المغربي تقرر مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي في القطاع العام - المرافق الصحية والمستشفيات العمومية - بشكل مباشر، وإنما هناك نصوص عامة تطبق على جميع المرافق العمومية بما فيها المرفق الصحي العمومي.

وقد ميز المشرع المغربي عند تحديده لأساس مسؤولية المرافق العمومية بصفة عامة - مسؤولية المرافق الصحية بصفة خاصة - بين نوعين من المسؤولية، يعتبر الخطأ قاسماً مشتركاً بينهما، الأولى نص عليها الفصل 79 من ق.ل.ع، وهي المسؤولية الإدارية القائمة على الخطأ المرفقي، والثانية نص عليها الفصل 80 من ق.ل.ع، وهي مسؤولية لا تكون فيها الدولة أو المرافق العمومية مسؤولة، وإنما تحمل محل موظفيها المسؤولين شخصياً في الأداء وذلك في حالة إفسارهم ووفق شروط خاصة.

إلا أن الفقه والقضاء الإداريين لم يكتفيا بقيام مسؤولية الدولة على أساس خطأ من جانب الإدارة أو العاملين بها، وإنما قاما بتأسيس هذه المسؤولية على كون النشاط الإداري بدون خطأ، سواء كانت على أساس المخاطر أو على أساس المساواة أمام الأعباء العامة.

فما مدى صلاحية هذين الأساسين، المسؤولية على أساس الخطأ والمسؤولية على أساس المخاطر، لترتيب مسؤولية المرافق الاستشفائية عن الأضرار التي تلحق بالمرضى؟ هذا ما سنتم الإجابة عنه من خلال تقسيم هذا القسم إلى فصلين نتطرق في أولهما للخطأ كأساس لهذه المسؤولية، ونتعرض في الثاني للمسؤولية القائمة بدون خطأ.

الفصل الأول: مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي المترتبة عن الخطأ

تطرح الأنشطة التي تضطلع بها المرافق الطبية العمومية، الكثير من الإشكالات القانونية، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لهذه الأنشطة، ولاسيما جانب المسؤولية المترتبة عن الأضرار التي تسببها الأنشطة الموكولة للمرافق الطبية العمومية للمرتفقين، حيث المجال مفتوح للعديد من المقاربات القانونية، التي تقارب موضوع المسؤولية الطبية للدولة، كموضوع ما يزال يثير الكثير من النقاش وي طرح العديد من الإستفهامات، وهذا الأمر راجع بالدرجة الأولى إلى غياب نصوص خاصة أو تنظيم قانوني من طرف المشرع.

فبدءاً من نطاق هذه المسؤولية والتي اختلف الفقه والقضاء حولها، وطبيعة العلاقات والعمل الإداري والتنظيمي للمرفق وما يطرحه من مسؤولية، مروراً بطبيعة الإلتزام والتكليف القانوني الذي يجب إعطاؤه لمسؤولية هذه المرافق وإنتهائاً بتقدير الخطأ الطبي.

ولدراسة هذه الإشكالات وللإحاطة بالموضوع سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يتضمن المبحث الأول، نطاق مرافق الصحة العمومية، والمبحث الثاني، التكليف القانوني لمرافق الصحة العمومية.

المبحث الأول: نطاق مسؤولية مرافق الصحة العمومية

نظرا للتطور المتزايد الذي تشهده مهنة الطب تماشيا مع التطور العلمي والتكنولوجي الذي بلغته العلوم الطبية والذي أصبحت تسايره الصحة العمومية، فإن ذلك غالبا ما يكون له آثار جانبية في غير مصلحة المريض نتيجة الأخطاء المرتكبة.

إن الخطأ الذي يسند إلى المستشفيات العمومية يرتب في ذمتها التزاما بتعويض المتضررين، وبالتالي قيام المسؤولية الإدارية لهذه المستشفيات، هذه المسؤولية التي تقوم بسبب الخطأ والذي سيتم التطرق لأساسه وتنظيمه القانوني (المطلب الأول)، كما يجب حصر نطاق هذا الخطأ المحتمل وقوعه خلال نشاط المستشفيات العمومية، سواء أكان هذا الخطأ في تنظيم المرفق أو في سيره، حيث نتعرض له في جميع مراحل تواجد المنتفعين بالمرفق العام، وذلك منذ أن تطأ أقدامهم رحاب المستشفيات العمومية إلى غاية مغادرتهم لها.

حيث يتحمل المرفق الصحي العمومي المسؤولية التي يسببها عن كل من نشاطه الطبي، الذي هو عبارة عن مجموعة من الأعمال الطبية، والتي تستهدف في مجملها تحقيق العلاج، والنشاط الإداري والتنظيمي والذي عن طريقه يتمكن المرفق الصحي من تنظيم سير العمل داخله (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم القانوني لمسؤولية المرفق الصحي العام

إن المشرع المغربي أسس لنظرية الخطأ التي تطبق على المرافق العمومية للدولة، أي في مجال القانون العام، من خلال الفصلين 79 و80 من قانون إ.ع.م، واللذان يشكلان في هذا السياق، الإطار العام لتأسيس مسؤولية الأشخاص المعنوية العامة.

الفصل 79 والذي أشار إلى فكرة الخطأ المرفقي أو المصلحي، والذي تتحمل الدولة في ضوئه المسؤولية عن الأضرار التي تتسبب فيها الأخطاء المرفقية لمرافقها، والفصل 80 والذي أشار إلى فكرة الخطأ الشخصي للموظف، مع تحميل الدولة المسؤولية عن هذا النوع من الأخطاء بتوافر شروط محددة.

وقبل ذلك عرف المشرع المغربي الخطأ بشكل عام من خلال الفصل 78 من ق.ل.ع، على أنه "الخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

حيث تترتب المسؤولية الإدارية للمستشفى العمومي نتيجة خطأ مرتكب والذي قد يكون من فعل الطبيب داخل المرفق الصحي نتيجة تدخله العلاجي أو الجراحي، وما يترتب عن ذلك من أخطاء طبية والتي تترتب المسؤولية الطبية للمرفق العمومي الإستشفائي، (الفقرة الأولى) والتي تكون على حسب طبيعة العلاقة التي تربط المرفق الصحي بالطبيب المعالج، كما قد تكون ناتجة عن الطبيب المعالج (الفقرة الثانية)

الفرع الأول: أثر التمييز بين الخطأ المرفقي والشخصي في بيان حدود المسؤولية

لقد ابتدع القضاء الإداري تفرقة جوهرية وعملية بين ما يسمى بالخطأ الشخصي للموظف والخطأ المرفقي، موزعا بذلك المسؤولية بينهما، فإذا كان الخطأ صادر عن الطبيب الموظف وإقترفه أثناء تأدية خدماته يعد خطأ مرفقي، ترفع بشأنه الدعوى في مواجهة المرفق الصحي نفسه وفقاً لقواعد المسؤولية الإدارية (الفقرة الأولى)، أما إذا كان فعل الطبيب ينطوي على خطأ لا صلة له بالمرفق الصحي الذي يعمل به وبخدمته، عد ذلك خطأ شخصي يسأل عنه الطبيب في ماله الخاص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ المرفقي

الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق، حتى ولو كان من ارتكبه هو أحد موظفي المستشفى، على أساس أن المرفق هو الذي ارتكب الخطأ أو تسبب في الضرر، لكونه لم يؤد الخدمة العامة وفقاً للقواعد الخاضعة لها⁷⁵، سواء كانت هاته القواعد وضعت من طرف المشرع أو قواعد وضعها المرفق نفسه كالقانون الداخلي للمستشفى.

فالشخص العمومي لا يكون في أغلب الحالات مسؤولاً إذا ارتكب خطأ من قبل أحد أعوانه أو ممثليه لذلك يرى بعض الفقهاء أن المسؤولية عن أساس الخطأ التي تتحملها الأشخاص العمومية هي بمثابة المسؤولية عن فعل الغير التي نجدها مكرسة في صلب القانون المدني، إذ لا بد من الانتباه إلى أن وراء كل خطأ مرفقي هنالك خطأ شخصي وقع ارتكابه من قبل أعوان المرفق، ولذلك نرى أن مصطلح "خطأ مرفقي" هو اختصار لما يمكن أن نطلق عليه "خطأ مرتكب في أو عند تنفيذ المرفق العام".⁷⁶

فما المقصود بالخطأ المرفقي في المرفق الصحي العمومي وما هو مضمونه؟

أولاً- الإطار المفاهيمي للخطأ المرفقي المنهني للمسؤولية الإدارية للمرفق الصحي

لقد عرف إيجاد مدلول لمفهوم الخطأ المرفقي، من قبل الفقه والقضاء عدة محاولات حاولت الإحاطة بتعريف الخطأ المرفقي، حتى أضحت من الأمور المسلم بها أن الفقه والقضاء لم يتوصلا بعد إلى إيجاد تعريف دقيق للخطأ المرفقي، وفي علاقته بالخطأ الشخصي.

ونظراً لصعوبة وضع تعريف دقيق ومحدد للخطأ المرفقي، غالباً ما يتم تعريفه بطريقة سلبية، فيكون كل خطأ غير شخصي مرفقي، وعموماً فقد عرفت ساحة الفقه القانوني عدة محاولات لتعريف الخطأ المرفقي.

⁷⁵ عبيد التيجاني، مرجع سابق ص 45.

⁷⁶ بن عبد الله عادل، مرجع سابق، ص. 43.

فالخطأ المرفقي من المفاهيم الخاصة بالمادة الإدارية ولا يوجد مثيل له في القانون الخاص وهناك من يطلق عليه الخطأ الإداري⁷⁷.

فقد عرف الفقيه ريفيروا Rivero الخطأ المرفقي هو خلل في السير العادي للمرفق الذي يرجع إلى واحد أو عدة موظفين، ولكن لا يمكن نسبته إليهم شخصياً، أما بالنسبة للفقيهين Vedel و Delvolvé فإن الخطأ المرفقي هو الذي ينسب إلى الموظف أو عدة موظفين ولا تكون له صبغة الخطأ الشخصي المنفصل عن المرفق⁷⁸.

كما عرفه الأستاذ ميشيل روسي Michel Rousset على أنه التقصير الحاصل في الواجبات التي ينهض بها المرفق، وهذا الخطأ ليس قطعاً شبيهاً بالمفهوم الراجح للخطأ، فهو لا يشتمل على أية سمة معنوية أو ذاتية، بل يتعلق الأمر بخطأ موضوعي يتم تقديره على أساس ما يقتضيه التسيير العادي للمصلحة.

فعموماً الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق ولا ينسب إلى شخص الموظف، حتى ولو كان الذي قام به هو أحد موظفي المرفق العمومي، وتسبب في إحداث ضرر بالغير سواء تمثل ذلك الفعل الضار في تصرف قانوني أو في عمل مادي⁷⁹.

فمن خلال هذه التعاريف يتبين لنا أن الخطأ المرفقي يتميز بعدة خصائص، ومن أهمها أن الخطأ المرفقي، نظرية قائمة بذاتها في مجال القانون الإداري، ومستقلة عن القانون المدني، حيث تم استنباط أحكامها من خلال اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع الفرنسية، كما أن الخطأ المرفقي هو خطأ ينسب إلى المرفق العمومي مباشرة، وتقع مسؤوليته على المال العام⁸⁰.

⁷⁷- Caroline kamkar, « les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyen en matière médicale », thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 27 octobre 2006, p. 18.

⁷⁸ - زروقي خديجة، "الخطأ المرفقي كأساس للمسؤولية الإدارية للمرافق العمومية الإستشفائية"، مجلة جيل للأبحاث القانونية المعمقة، العدد الخامس، يوليو 2016، ص. 88.

⁷⁹- Patrick Faugerolas, « le directeur d'hôpital face aux juges », Edition marketing S.A, Paris 1998, p. 17.

⁸⁰ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي"، مرجع سابق، ص. 60.

ويجد الخطأ المرفقي أساسه القانوني في الشطر الثاني من الفصل 79 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه: "... وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها"⁸¹ فالخطأ المصلحي هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه الموظف التابع للمرفق الصحي سواء كان طبيباً أو ممرضاً أو غيرهما من المستخدمين أثناء قيامه بوظيفته، لكنه لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى المرفق الصحي العمومي.

كما استقرت أهم التطبيقات القضائية في الاعتماد على الخطأ المرفقي لإقرار مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، وهو ما جاء في حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء التي نصت على أن "الدولة والبلديات والمؤسسات العمومية مسؤولة عن الضرر الحاصل مباشرة عن سير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية المرتكبة من طرف موظفيها"⁸².

كما جاء في حكم آخر صدر عن محكمة الاستئناف بوجدة "حيث إن الفصل 79 من ق.ل.ع، يعتبر الدولة المغربية التي حصل ضرر في إحدى إداراتها العمومية وفي وزارة الصحة بوجدة مسؤولة ابتداء وبصفة شخصية عن خطتها المصلحية دون الحاجة إلى الدليل الكفيل على وقوع خطأ منها".

ولقيام الخطأ المصلحي وبالتالي قيام مسؤولية الدولة يجب تحقق مجموعة من الشروط أهمها أن ينسب الخطأ إلى المرفق العمومي، وأن يخضع للقانون العام وليس لأحكام القانون الخاص، وأن تكون قواعد المسؤولية الناجمة عنه مستقلة عن قواعد المسؤولية المدنية المعروفة في القانون الخاص⁸³.

فالخطأ الطبي المصلحي هو خطأ ينسب إلى المرفق الصحي مباشرة وتقع المسؤولية عنه على المال العام، وفي حالة تعويض الإدارة للمتضرر بسبب خطأ مرفقي فإن هذه الأخيرة لا يمكنها الرجوع على الموظف الذي ارتكب الخطأ لتستعيد المبلغ الذي دفعته كتعويض عن الضرر، كما يتميز الخطأ المرفقي بطابعه المجهول إذ ليس من الضروري أن يرتبط خطأ

81 - جاسم علي سالم الشامسي، "مسؤولية الطبيب والصيدلي"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004. ص 401.

82 - عبد الكبير العلوي الصوصي، "العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية"، حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، رقم 1536 بتاريخ 29-6-2011 ملف رقم 2008/13/408، ص. 56.

83- Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public libanais et française » op.cit, p. 23.

المرفق العمومي بفكرة خطأ موظف محدد أو معين، بل يكفي أن يلاحظ أن هناك خطأ ولو كان من ارتكبه مجهول، للقول بأن المرفق قد أخطأ سواء في تنظيمه أو تسييره، وأن الضرر ناتج عن الخطأ بحيث يكمن في الخطأ الطبي المصلحي على المرفق الصحي وليس على الطبيب أو غيره من الموظفين⁸⁴.

ووفقا للمعايير السابقة يمكن تعريف الخطأ المرفقي بأنه " الخطأ غير المطبوع بطابع شخصي، والذي يكون فيه الموظف عرضة للخطأ والصواب وأن الخطأ لا يمكن فصله عن واجبات الوظيفة بحيث يعتبر من المخاطر العادية يقبلها الموظفون أو هو الخطأ الذي يرتكبه الموظف بقصد تحقيق غرض إداري.

ومن خلال ما سبق تتجلى صور الخطأ المرفقي.

ثانيا- صور الخطأ المرفقي

إذا كان الخطأ المرفقي يتمثل في إخلال المرفق الصحي أو المستشفى بالتزاماته، فإن أنواع وصور هذا الخطأ تتنوع بتنوع التزامات هذا المرفق وقد قام الفقه والقضاء بتقسيم الخطأ المرفقي إلى ثلاثة أقسام.

حيث أقرت محكمة النقض في قرارها أنه لقيام مسؤولية مرق الصحة لابد من توفر عنصر الخطأ في جانبه، والذي إما أن يأخذ صورة أداء الخدمة على وجه سيئ أو التباطؤ في أدائها أو عدم أدائها بالمرة⁸⁵، ولاعتبار أي من الحالات المذكورة قائما يتعين أن يكون المرفق متوفرا على الإمكانيات المتاحة له وأن يكون الخطأ ناتجا عن عدم استعمال هذه الإمكانيات أو استعمالها على غير الوجه المرصودة له أو كذلك الإهمال والتقصير في استعمالها، أما إذا انعدمت هذه الحالات فلا يكون هنالك خطأ في جانبه⁸⁶.

⁸⁴- بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 102.

⁸⁵- عبد الحق دهبى، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الطبية للمرفق العام الصحي، الرائدة في العلوم القانونية: مجلة فصلية تعنى بالشؤون القانونية. - ع 1، 2019، ص. 42.

⁸⁶ - القرار عدد 135 الصادر بتاريخ 13 فبراير 2014، الملف الإداري عدد 2012/2/4/1821.

أ- تقديم المستشفيات والمرافق الصحية العمومية خدماتها على وجه سيء

تتحقق هذه الصورة حينما تؤدي المستشفيات العمومية أعمالها لكن بشكل سيء سواء من حيث تنظيمها أو سيرها، أي أنه لا تتوافر هذه الصورة هنا إلا إذا أصدر عن المرفق سلوك إيجابي، لكن على وجه سيء مما يتسبب في ضرر للغير، فيسأل بالتعويض عن هذا الضرر المترتب عن خطأ المرفقي⁸⁷.

ويندرج ضمن الخطأ المرفقي المؤدي بشكل سيء جميع الأنشطة الإيجابية الخاطئة التي تقوم بها مصالح مرافق الصحة العمومية سواء تعلق الأمر بالجانب الفني أو الآليات المستعملة في أداء الخدمة الصحية كأدوات التخدير وجهاز الكشف بالصدى، الآلات الحادة...) وليس من الضروري أن يقتصر الخطأ على الأعمال الصادرة عن المرفق، وإنما يشمل كذلك الأخطاء التي يتسبب فيها الأطباء وباقي الموظفين والأدوات المتاحة للعمل.

ومن التطبيقات القضائية للخطأ المرفقي القائم على سوء أداء المرفق الصحي أو المستشفى لخدماته، الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس الذي جاء في إحدى حيثياته: "وحيث إن تعرض الضحية لكسر في عظم ترقوته أثناء عملية الوضع التي تمت بشكل طبيعى، يشكل أداء سيئاً لخدمة عامة من قبل مرفق الصحة العمومية بغض النظر عن الإحتياطات التي إدعت الجهة المدعى عليها بأنها اتخذت خلال عملية التوليد، إذ يكفي عدم خروج الجنين من رحم أمه سالماً من أية إصابة خلال عملية الوضع الطبيعى للقول بثبوت مسؤولية هذا المرفق عن الأضرار التي تلحق الأجنة أثناءها"⁸⁸.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية بالرباط الذي جاء فيه: " وحيث إن الخطأ المرفقي هو الخطأ الذي ينسب إلى المرفق ذاته بصرف النظر عن العاملين فيه ويتمثل في عدم تأديته للخدمات التي يضطلع بها على الوجه القانوني الصحيح، وهذا الخطأ يمكن أحيانا تحديد مرتكبه من العاملين بالمرفق وفي أحيان أخرى يصعب أولا يمكن معرفة مرتكب الفعل الضار

⁸⁷ - محمود شحادة، " الأخطاء الطبية؛ واقع وتحديات " دار الشروق 2017، ص 33.

⁸⁸ - حكم المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2014/3/12، غ.ع.ح، ملف رقم، 2012/6/331.

فينسب الخطأ إلى تنظيم المرفق نفسه إذ تسأل الإدارة عن تعويض الضرر، وحيث تدخل هذه الصورة في إطار عمل الإدارة الإيجابي الخاطئ الذي يقع من المرفق أثناء تأديته عمله⁸⁹.

ب- عدم قيام المستشفى العمومي بالعمل المطلوب منه

وهذه الصورة هي عكس الصورة السابقة وتتمثل في امتناع المرفق عن القيام بما يجب عليه القيام به، أي اتخاذه مسلكاً سلبياً.

ويتخذ خطأ المرفق المصلحي في هذه الحالة موقفاً سلبياً في الامتناع عن أداء الخدمة أو العمل الذي يكون ملزماً به قانوناً، فالمرافق الصحية تعمل في إطار الاختصاصات الفنية المخولة لها، وكل امتناع عن القيام بالعلاج أو كل نشاط كان يجب عليها أن تقوم به من شأنه أن يحملها المسؤولية⁹⁰.

وهذا ما ثبت في مجموعة من أحكام مجلس الدولة الفرنسية، حيث اعتبر أن عدم القيام بالرقابة على عمال مستشفى المعينين مما أدى إلى أن تصبح آنسة مجنونة نزيلة بالمستشفى حامل بفعل أحد عمال المستشفى، خطأ مرفقي يثير مسؤولية المرفق الصحي⁹¹.

وبناء على هاته القاعدة، أقرت المحكمة الإدارية بالرباط⁹²، بتاريخ 2011-10-12 أن إحجام المستشفى المدعى عليه عن القيام بالعملية القيصرية رغم اعتراضه بصعوبات عند ولادة المدعية، يعتبر خطأ مرفقي، حيث أن المدعية سبق أن أنجبت لدى المدعى عليه بواسطة العملية القيصرية، وأن إحجام الطاقم الطبي الذي أشرف على توليدها وعن إجراء العملية القيصرية، رغم ورود صعوبات حسبما ورد في خبرة الخبير، حيث أكد أنه كان هناك صعوبة في إخراج الكتفين مما أدى إلى معاناة المولود الذي توفي بعد الولادة، وبالتالي يعتبر ذلك خطأ مرفقي موجب للتعويض.

⁸⁹- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 2011/3/30، حكم رقم 1302، ملف رقم 08/453.

⁹⁰- سليمان حاج عزام، "المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون إداري، 2012، ص. 28.

⁹¹- قرار مجلس الدولة الفرنسية بتاريخ 1933/06/14 في قضية Dune Rivole.

⁹²- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 2606 ملف رقم 7-789-05 بتاريخ 2011/10/12.

لأنه من المتفق عليه فقها وقضاء أنه ليس الخطأ الإيجابي هو وحده الذي يكون موجبا للتعويض، بل إنه حتى الخطأ السلبي المتمثل في الإمتناع عن القيام بعمل من شأنه أن يمنع إلحاق ضرر بالغير.

وهو ما جاء في حكم المحكمة الإدارية بالرباط: "وحيث إن صورة النزاع تكتسي هنا صبغة الخطأ المرفقي، باعتبار كون امتناع الإدارة عن الإدلاء بالملف الطبي للضحية قصد إطلاع المحكمة عليه، حال دون إمكان معرفته مصدر طبيعة الفعل الضار الذي أدى إلى إحداث ضرر للضحية من جهة، وكذا هوية مختلف المتدخلين في علاج الضحية من جهة أخرى، كما أن العلاقة التي تربط المريض الذي يخضع للعلاج بالمستشفى العام تحكمها قواعد القانون العام وتطبق لفائدته القواعد المنظمة لحالات قيام المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الأطراف نتيجة نشاط مرفق الصحة مما يتعين معه مساءلة المركز الاستشفائي عن الأضرار اللاحقة بالضحية"⁹³.

ت- بطيء المستشفيات والمرافق الصحية في أداء الخدمات المنوطة بها

إن حالة تأخر المرفق العام في أداء خدماته تعد أحدث صورة من صور الخطأ المرفقي التي عرفها فقهاء مجلس الدولة الفرنسي، والتي تدل عن تطور نظرية الفقه المرفقي بصفة خاصة والقانون الإداري بصفة عامة، كون مثل هذا التطور يوسع من دائرة اقتضاء المتضرر للتعويض، فلم يعد المرفق العام يسأل عن سوء تنظيمه أو سيره المعيب أو عدم القيام بخدماته أصلا، بل يسأل كذلك إن هو تأخر في القيام بها بشرط أن يترتب عن هذا التأخير ضرر، وفي مجال عمل المستشفيات العمومية يمكن تصور الكثير من الحالات كما هو حال المواعيد الطبية المتعلقة بالفحص أو الاستشفاء والتي عادة ما تكون لأجل طويلة تحت ذريعة عدم توافر مواد التخدير أو عطل الأجهزة، مما قد يسبب أضرار بسبب تفاقم المرض أو الإصابة بمضاعفات أخرى⁹⁴.

93 - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، حكم عدد 1425 بتاريخ 20/ 11/ 2006.

94 - زياد خالد يوسف المرفجي، مرجع سابق، ص. 74.

كما تجدر الإشارة إلى أن تقرير مسؤولية الدولة في حالة بطيء أو تأخر المرفق في أداء الخدمة المنوطة به يقيد الإدارة إذ يمكن مساءلتها في حالة تأخرها عن أداء الخدمة المكلفة بها إذا لم تكن ملزمة بأدائها في ميعاد معين، ومثاله عدم قيام الطبيب ببذل العناية الواجبة اتجاه المريض، وهو ما أكدته حكم صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة، "وحيث إنه في نازلة الحال فإن المصلحة العمومية التي تمت فيها الولادة لم تلجأ إلى استعمال التقنيات الحديثة وإنما تركت الأمر للمولدة التي من المفروض أن ينحصر دورها أمام وجود أطباء..."⁹⁵

ثالثاً - موقف القضاء في تأسيس مسؤولية المرفق الصحي على الخطأ المرفقي

لقد عمل القضاء الإداري على تأسيس مسؤولية العمل الطبي على أساس الخطأ المرفقي في مجموعة من الأحكام، حيث سطرت المحاكم لنفسها قاعدة عامة اعتمدتها للفصل في القضايا التي عرضت عليها، وهي أن المسؤولية المبنية على أساس الخطأ المرفقي، يقدر فيه الخطأ بالنظر إلى تنفيذ الطبيب لإلتزاماته ببذل العناية ومدى مطابقته لقواعد المهنة، وبناء على هذه القاعدة تقضي بالمسؤولية أو بعدمها⁹⁶.

1- الأحكام التي قضت بالمسؤولية على أساس الخطأ المصلحي

ومن أهم التطبيقات القضائية التي اعتمدت على الخطأ المصلحي لإقرار مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، حكم المحكمة الابتدائية بالرباط جاء فيه "وحيث إن نص الفصل 79 من ق.ل.ع ينص على أن الدولة مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

وحيث يستخلص من هذا الفصل أن المشرع إستلزم لقيام المسؤولية إرتكاب خطأ مصلحي من موظف تابع للدولة ووجود ضرر حصل للغير ناتج عن الخطأ المذكور.

⁹⁵ - جاسم علي سالم الشامي، مرجع سابق، ص. 407.

⁹⁶ - Leila Ben Sedrine, « La faute médicale en matière de procréations artificielles », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 81 - 82 juillet- octobre 2008, p 116.

وبناء على هذه القاعدة حكمت المحكمة بمسؤولية الدولة في شخص الوزير الأول ووزير الصحة العمومية عن الأضرار الحاصلة للضحية المتمثلة في فقدان لبصره نتيجة العلاج الذي تلقاه بالمستشفى.

وهذا الإتجاه لم تخرج عليه المحاكم الإدارية المغربية كما هو الحال في قضية يحيى اسليماني ضد مستشفى الفراحي بوجدة⁹⁷.

نذكر القرار الصادر عن محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش، بتاريخ 20 / 12 / 2012، أن أساس المسؤولية في القطاع الطبي هو ثبوت التقصير في بذل العناية اللازمة في المجال الطبي والعلاج، وبثبوت هذا التقصير وترتيب إصابات عنه تكون العلاقة السببية بين هذا الضرر وخطأ مرفق الصحة ثابتة⁹⁸.

2- الأحكام التي قضت بعدم مسؤولية الدولة لعدم توفر الخطأ المصلحي

حكم المحكمة الإدارية بالرباط: "حيث يهدف الطلب إلى الحكم بالتعويض على أساس الأخطاء التي تعرض لها، حيث إلتحق بمستشفى ابن سينا حيث أكدت له الفحوصات الطبية أن عينه اليمنى تتطلب عملية جراحية، وبعد العملية ظهرت على عينه مجموعة من الأعراض نتيجة الإهمال والتقصير، وأنه نتيجة ذلك أصيب بفقدان البصر.

ومن الثابت من أوراق الملف ان العملية وقعت بمستشفى عام وأن المريض الذي يقبل العلاج بالمستشفيات العامة يخضع في علاقته معها لقواعد القانون العام وتطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية وقواعد المادة 79 من ق.ل.ع، وحيث إن المدعي لم يثبت خطأ الطبيب المعالج وإهماله، يكون طلبه في مواجهة أطراف هذه الدعوى غير مرتكز على أساس ويتعين رده⁹⁹.

97 - حكم المحكمة الإدارية بوجدة عدد 36 بتاريخ 2005/03/2، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد مزدوج 72-73 أبريل 2007 ص. 251.

98 - قرار محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش قرار رقم 119، ملف رقم 284-6-2011.

99 - حكم المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 677 بتاريخ 2012/2/27، ملف رقم 311/12/2011.

وجاء في قرار محكمة النقض بتاريخ 1973/07/13 الصادر عن الغرفة الإدارية الذي نقض حكماً لمحكمة استئناف الرباط، لكونه لم يبين العلاقة السببية بين الخطأ المزعوم ارتكابه من طرف موظف المستوصف، حيث إن المدعي عرض ولده صاحب التسعة أشهر للعلاج من ظهور قروح بجلده، عالجه أحد ممرضي المستوصف بحقنة البنيسلين، انتفخ بعد ذلك موضع الحقن، مما جعله ينقل ابنه إلى مستشفى التعااضدية حيث أجريت له عملية جراحية بسيطة، توفي على إثرها، مما دفع الولد إلى رفع دعوى ضد الدولة المغربية بصفتها مسؤولة عن أخطاء موظفيها، فرفض الحكم الابتدائي التعويض، غير أن محكمة الاستئناف ألغت الحكم الابتدائي وأقرت بأن المسؤولية تقع على عاتق الدولة بأداء تعويض لوالده، إلا أن المجلس الأعلى نقض الحكم معللاً ذلك بأنه ليس الوسيلة المحتج بها ما بين العلاقة السببية بين الخطأ المدعى ارتكابه والموت الناتج عنه، مما يجعل الحكم غير مرتكز على أساس¹⁰⁰.

ثانياً: تحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي

لم يعرض المشرع لتعريف الخطأ الشخصي للطبيب، فمن خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بمدونة أخلاقيات مهنة الطب نرى خلوها من نص يقرر مسؤولية الأطباء الناشئة عن أخطائهم الشخصية، أثناء ممارستهم لمهنة الطب من جهة، ومن جهة أخرى عدم تعرضها لبيان الخطأ الشخصي، تاركين ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء، وفي الغالب يعرف الخطأ الذي يرتكبه الطبيب بالخطأ الذي لا يرتكبه الطبيب العادي الموجود في نفس مستواه الوظيفي وفي نفس اختصاصه وفي نفس الظروف الموجود فيها الطبيب المخطئ، ويذهب الفقه إلى تعريف خطأ الطبيب، " إخلال الطبيب عن تصرفه الإرادي بواجبات الحيلة والحذر التي يفرضها المشرع على كافة الأطباء فيما يباشرونه من أفعال حرصاً على الحقوق والمصالح التي يحميها القانون".¹⁰¹

100 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 105 و 106.

101- عبد القادر بن تيشة، "الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام"، دار الجامعة الجديدة 2011، ص. 51.

ومن المتفق عليه بين الفقه والقضاء أن القواعد والأصول الطبية هي تلك المبادئ والقواعد الأساسية الثابتة والمستقرة والمتعارف عليها نظريا وعلميا بين أهل مهنة الطب.

غير أن هناك ظروف إستثنائية والتي قد يضطر الطبيب فيها إلى التحلل من الإلتزام بالأصول الطبية الثابتة والمستقرة، فيراد بها مثلا تلك الظروف الخارجية التي قد تحيط بالطبيب، فللطبيب حينئذ العذر في أن يخرج عن الأصول الطبية الثابتة والمتعارف عليها بين أهل مهنته، بشرط أن تكون جهوده خالصة لفائدة المريض¹⁰².

وقد تعرض المشرع المغربي لفكرة الخطأ الشخصي في الفصل 80 من قانون إ.ع.م، الذي جاء فيه " مستخدموا الدولة والبلديات مسؤولون شخصا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها"¹⁰³.

فإذا كانت مسؤولية الدولة في نطاق الخطأ المرفقي مسؤولية منطقية وتتماشى مع مبدأ مسؤولية الدولة عن مرافقها العمومية، ولا سيما في الحالات التي تسبب فيها هذه المرافق أضرار للغير، فإن مسؤوليتها في نطاق نظرية الخطأ الشخصي تطرح استفهام حول المغزى من إقرارها على اعتبار أن الموظف ارتكب خطأ شخصي يتحمل مسؤولية شخصية¹⁰⁴.

لكن وبغض النظر عن المغزى من ذلك، فقد طرحت أمام الفقه القانوني والقضاء المعايير التي تمكن من التمييز بين الخطأين (أ) وشروط تحمل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي (ب)، وإمكانية الجمع بين الخطأين (ج).

¹⁰²- محمد الأعرج، "مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 99، السنة 2013، 143.

¹⁰³- الحسن السيمو، مرجع سابق، ص. 14.

¹⁰⁴- مشاري خليفة العيفان، مرضي عبيد العياش، مرجع سابق، ص. 22.

أ- معايير الخطأ الشخصي

اشتراط المشرع المغربي خلال الفصل 80 من ق.ل.ع، في الخطأ الشخصي المقترف من طرف الموظف في المرفق العمومي أن يرقى إلى درجة الخطأ الجسيم أو التدليس وأضاف إليهما القضاء معيارا ثالثا وهو أن يكون الخطأ منفصلا عن الوظيفة، أو في المعايير التي لخصها محكمة النقض كما يلي:

يعتبر خطأ الموظف شخصا إذ كان لا علاقة له إطلاقا بعمله الوظيفي أو كان الفعل الضار يندرج ضمن واجبات الموظف إلا أنه على قدر من الجسامة وصدر عنه عمدا أو بنية الأضرار بالغير¹⁰⁵.

وانطلاقا من الفصل 80 من ق، إ، ع، فإن المسؤولية الشخصية للموظف تتحقق في الحالات التالية:

1- الخطأ المنفصل عن الوظيفة

الخطأ المنفصل عن الوظيفة هو ذلك الخطأ الذي يرتكبه الموظف خارج نطاق الوظيفة وليس له علاقة بواجبات الوظيفة إطلاقا، ويسأل عنه الموظف ويلتزم بالتعويض عنه من ماله الخاص، سواء كان ذلك في حياته الخاصة أو أنه كان العمل الضار الذي ارتكبه أثناء قيامه بواجباته الوظيفية أو بسببها¹⁰⁶.

ويتحقق الخطأ الشخصي خارج المرفق إذا قام الموظف بالعمل الموجب لمسؤوليته الشخصية خارج نطاق وظيفته وخارج أوقات العمل¹⁰⁷.

¹⁰⁵- بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 106.

¹⁰⁶- محمد عبد الله حمود، "المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة"، مجلة الحقوق العدد الأول- السنة 30، 2006، ص. 154.

¹⁰⁷- عمر بن احمد الزهراني، " المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية " العدد الحادي عشر المجلة العربية للنشر العلمي 2019، ص، 101.

ويشمل الخطأ الشخصي المنفصل عن الوظيفة جميع الأعمال التي يقوم بها الموظف دون أن تدخل في اختصاصه، فيعتبر خطأ شخصياً إذا أمكن فصله عن الوظيفة بينما يعتبر خطأ مرفقياً إذا كان عمل الطبيب الموظف لا ينفصل عن الوظيفة.

كما لا يثير الخطأ الشخصي المنفصل أي إشكال وذلك نظراً لوجود نصوص قانونية تحدد اختصاص الطبيب ومجال عمل كل تابع للمرفق الصحي، حيث إن المشرع حدد الأعمال التي يمكن أن يقوم بها الطبيب أو الجراح والأعمال التي يقوم بها غيرهم من معاونين.

ويجد الخطأ الشخصي المنفصل عن الوظيفة أساسه القانوني في الفصل 80 من ق.ل.ع، المتمثل في المسؤولية التقصيرية للموظف التابع للمرفق العمومي بصفة عامة والتي تطبق عليه القواعد القانونية المنصوص عليها في باب المسؤولية التقصيرية.

فالأخطاء الشخصية التي يتركها الطبيب أو غيره من موظفي المرفق الصحي العمومي خارج مزاوالتهم لوظيفتهم، لا يشترط فيها نفس المعايير والضوابط في الخطأ الشخصي المنفصل عن الوظيفة في الحالات العادية، على اعتبار أن الطبيب في هذه الحالة يكون قد أخل بالتزام رتبته عليه العقد الطبي طبقاً للفصل 231 ق، إ، ع.

ويكون القضاء العادي هو المختص بالنظر في القضايا المطلوب فيها هؤلاء الأطباء وليس القضاء الإداري¹⁰⁸.

2- الخطأ الجسيم

نادى بمعيار الخطأ الجسيم الفقيه "جيز" إذ يرى في التمييز بين الخطأ العادي والخطأ الجسيم وسيلة كافية للتمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، وعليه فإن الخطأ يكون

¹⁰⁸ - يمنح القانون رقم 13-131 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، للأطباء الموظفين إمكانية مزاولة مهنة الطب بصفة حرة ولحسابهم الخاص في حالتين أساسيتين هما: النيابة عن طبيب حر أو الممارسة للمهنة بصفة حرة داخل عيادة خاصة، كما أضاف حالة ثالثة هي حالة الطبيب أو الموظف الذي يوجد في حالة رخصة.

شخصيا إذا كان الموظف قد ارتكبه بسوء نية، كما يكون شخصا إذا كان جسيما، أي إذا تجاوز إختصاصاته أو عندما يرتكب جريمة جنائية¹⁰⁹.

وهو ما أقره المشرع المغربي حيث تناول فكرة الخطأ الجسيم وأسس بناء عليها فعل الخطأ الشخصي، وذلك في العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من الفصل 80 ق.ل.ع، حيث أكد فيها على ما يلي: "... أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم" لكن المشرع لم يقدم أي تعريف محدد لفكرة الخطأ الجسيم سواء في الميدان الطبي أو غير ذلك، غير أنه ركز على السلطة التقديرية المخولة للقضاء قانونيا، من أجل ترتيب الأخطاء بحسب درجتها، حتى يتمكن من الحكم بأن الخطأ شخصي في حالة توافر درجة الجسامة، وأنه مرفقي في باقي الحالات الأخرى.

كما أقر القضاء المغربي بدوره هذا المبدأ، وإن كانت المحاكم الإدارية المغربية لم تعرف الخطأ الجسيم تعريفا موحدا، حيث تم اعتبار سلوك الموظف الذي لا يقوم على الدرجة الوسطى من الفطنة والتبصر ويتجاوز في عمله الحدود القانونية وينساق وراء أهوائه الشخصية، من قبيل الأخطاء الجسيمة التي تستوجب مساءلة الطبيب شخصا¹¹⁰.

وهو ما أكدته القضاء الإداري، من خلال قرار لمحكمة النقض على أن 111 " ... حيث يعيب المستأنفون الحكم المستأنف بخرق القانون ولاسيما الفصلين 79 و 80 من قانون الالتزامات والعقود، ذلك أن الفعل المرتكب من طرف الدكتور المعالج والممرض الذي حقن الهالكة بدم مخالف لفصيلتها يعتبر خطأ شخصا ادينا بسببه أمام المحكمة الزجرية بمحكمة الاستئناف ولا تتحمل الدولة المسؤولية عنه، ولا يمكن الحكم عليها إلا عند إثبات عسر هذين الشخصين...، وهو خطأ مادي جسيم وصل الى حد ارتكابهما لجريمة تقع تحت طائلة القانون الجنائي ولا يندرج ضمن المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف في أداء عمله اليومي.

109 - مشاري خليفة العيفان، مرضي عبيد العياش، مرجع سابق، ص. 84.

110 - جاسم علي سالم الشامي، مرجع سابق، ص. 411.

111 - قرار محكمة النقض، رقم 154، ملف عدد 1456/04/02/2005 المؤرخ في 14/02/2007.

وحيث إن مستخدمي الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم طبقا للفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود، وأنه لا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها طبقا لنفس الفصل.

وبالنظر لكونهما موظفان بالمستشفى التابع لوزارة الصحة فإن الخطأ المرتكب من طرفها يكتسي صبغة الخطأ المصلحي الذي تتحمل مسؤوليته الدولة طبقا للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود."

3- الخطأ الناتج عن التدليس

تقوم فكرة الخطأ الشخصي الناتج عن التدليس على أساس النزوات الشخصية للطبيب الموظف الذي ينسب إليه العمل غير المشروع والبحث في مسلكه وأهدافه حتى إذا اتضح وتبين تعمد الإضرار بالغير اعتبر خطؤه شخصيا وتحمل وحده نتائج الفعل الضار، ويشترط في الفعل الشخصي الناتج عن التدليس المرتكب من طرف الطبيب استخدام وسائل احتيالية أثناء قيامه بواجبات وظيفته، كما يجب أن تكون هذه الوسائل الاحتيالية التي لجأ إليها الطبيب هي التي تسببت في إلحاق الضرر بالمريض حسب الفصل 52 و53 من ظهير 1973¹¹².

وقد اعتبر المشرع المغربي قيام الموظف الطبيب بأعمال تدليسية من بين حالات الخطأ الشخصي الذي يعرض الضرر الناتج عنه من مال الموظف الخاص¹¹³.

هكذا إذن نجد أن الخطأ الشخصي الناتج عن التدليس يقوم أساسا على القصد السيئ لذي الطبيب الموظف وهو يؤدي واجباته، فكلما قصد النكاية أو الإضرار لفائدته الشخصية كان الخطأ شخصيا ناتجا عن تدليسه ويتحمل نتائجه ومسؤوليته.

¹¹² - Laila Ben Sedrine, « L'euthanasie : infraction intentionnelle et responsabilité pénale du médecin », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 83 ; novembre-décembre 2008, p 137.

¹¹³ - عبد الله، بوجيدة، "المسؤولية المدنية للأطباء، التواصل القضائي"، مجلة فصلية قانونية وقضائية متخصصة، العدد 2-3، الدار البيضاء سنة 2014، ص 39.

ب- شروط تحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي

نص الفصل 80 من ق.ل.ع، إلى فكرة المسؤولية الشخصية لموظفي الدولة عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء الجسيمة التي يرتكبونها، فالدولة لا تتحمل التعويض إلا في حالة إعسار الموظف وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن الدولة تتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تسببها مرافق الصحة العمومية نتيجة الأخطاء الشخصية التي يرتكبها موظفو المرفق الصحي العمومي، وفي الحالة التي يكونوا فيها معسرين.

وعلى ضوء ما سبق تتحقق حلول الدولة محل الموظف في التعويض بتوفر ثلاثة شروط:

1 - شرط الخطأ الشخصي

فما دام الحديث ينصرف إلى تحميل الدولة المسؤولية على أساس نظرية الخطأ الشخصي، انطلاقاً من الفصل 80 من ق، إ، ع، م، م فطبيعي أن يكون الخطأ المشروط لإحلال الدولة محل الموظف في أداء التعويض خطأ شخصياً للموظف يتحمل المسؤولية الشخصية عن ارتكابه، وذلك على ضوء التعريف الذي أعطاه الفقه القانوني لمفهوم الخطأ الشخصي¹¹⁴.

2- ارتكاب الموظف الخطأ الشخصي أثناء ممارسته لوظيفته

وبمفهوم المخالفة فإن الخطأ الذي يرتكبه الموظف خارج فترة ممارسة الوظيفة لا تنطبق عليه الحالة التي ستكون فيها الدولة مسؤولة عن أداء التعويض المستحق تطبيقاً لقاعدة الحلول، حيث سيتعين لتطبيق هذه الحالة أن يكون الموظف ارتكب الخطأ الشخصي لحظة تأدية مهام الوظيفة¹¹⁵.

¹¹⁴ - نادية الرامي، "المسؤولية الطبية في المغرب"، رسالة المحاماة العدد 20، سنة 2003، ص128.

¹¹⁵ - أحمد ادرويش، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، مرجع سابق، ص. 47.

3- إفسار الموظف

وهو من أهم الشروط التي يجب توفرها لتحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي للموظف، إذ المسؤولية هنا مشروطة بعسر الموظفين العاجزين عن أداء التعويضات المحكوم بها لفائدة المتضررين أو ذوي حقوقهم، أي أن مسؤولية الدولة لا تقوم أصلاً إلا بعد ثبوت عسر الموظفين المسؤولين شخصياً عما صدر منهم من تدليس أو أخطاء جسيمة.

وفي حالة العكس أي عندما لا يكون الموظف معسر، يكون أداء التعويض للمتضرر من ماله الخاص، ولا يكون هناك مجال لتطبيق قاعدة الحل، وتحمل الدولة المسؤولية.

لكن الملاحظ هو أن محاكم الموضوع اختلفت في تطبيق هذا الحكم، فبعضها حكم بمسؤولية الدولة مباشرة مع حفظ حقها في الرجوع على الموظف المسؤول وكأنها تأخذ بقرينة افتراض عسر الموظف، في حين قيد البعض الآخر هذا الحل بثبوت حالة الإفسار¹¹⁶. وهو ما صرحت به محكمة النقض في إحدى قراراتها، بما يلي: "لا تضمن الإدارات حسب التشريع الجاري به العمل أخطاء أعوانها الشخصية إلا في حالة عسر هؤلاء"، كما صرحت في قرار آخر: "أن طلبات المدعي الرامية إلى مطالبة الدولة بأداء المبلغ المحكوم به على الموظف المعسر تعتبر في محلها تطبيقاً للفصل 80 من ق.إ.ع"،¹¹⁷.

ج- اهتالية الجمع بين الخطأ الشخصي والمرفقي

لا يمكن اعتبار التمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي مجرد اجتهادات نظرية أو تطورات قضائية، بل إن الغاية أساسها معرفة الجهة التي تكون مسؤولية عن أداء التعويض عن الأضرار الناتجة عن الخطأ¹¹⁸.

116 - أحمد ادرويش، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، مرجع سابق، ص. 53.

117 - الحسن السيمو، مرجع سابق، ص. 15.

118 - عبد الحق دهبي، سابق، ص. 244.

فقد أقر القضاء في بداية الأمر بعدم إمكانية الجمع بين الخطأين على اعتبار أن الفعل الخاطئ لا يمكن أن تكون له طبيعتان في وقت واحد فإذا كان بسوء نية عد شخصياً وإذا كان بحسن نية عد مرفقياً، وقد يكون جسيماً فيسأل عنه الموظف من ماله الخاص أو قد يكون بسيطاً فتسأل عنه الدولة¹¹⁹.

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي تطور في هذا المجال فأتجه إلى إمكانية الجمع بين المسؤولية الشخصية والمرفقية بالرغم من ثبوت خطأ واحد فقط وهو الخطأ الشخصي¹²⁰.

غير أن الوضع يختلف في المغرب إذ أن العلاقة بين الخطأ التعسفي والمرفقي تخضع لمقتضيات الفصلين 79 و 80 من ق.ل.ع، اللذان يقران بوضوح خاصية تنافى مع إمكانية الجمع.

وفي هذه الحالة لا يمكن مطالبة الدولة إلا في حالة إفسار الموظف المسؤول لكون الفصل 80 استعمل عبارة (مطالبة الدولة) وليس التصريح بمسؤوليتها، فالإحلال هو بمثابة الضمانة التشريعية القائمة لفائدة الضحايا، ولكنها لا تعني مسؤولية الدولة.

لتكون بذلك الإزدواجية في المسؤولية غير ممكنة لأن الفصل 80 لا يسمح بها، ولو أنه وجد في فرنسا نص يقضي بمثل هذه الإمكانية، لما أتيح لنظرية الجمع بين المسؤوليتين أن ترى النور، وعليه إذا ما كان الخطأ الشخصي هو السبب الوحيد لا تثار إلا بصورة احتياطية عند ثبوت عسر الموظف مما يتعين معه على المتضرر، أن يحاول أولاً الحصول على التنفيذ في مواجهة ذلك الموظف، وألا يطلب من الإدارة أن تؤدي عنه إلا إذا ما تعذر إجراء هذا التنفيذ ضده¹²¹.

وإذا كانت الإزدواجية في المسؤولية غير مقبولة في ضوء الفصل 80 من ق.ل.ع، فإن يستثني هذه الإزدواجية كما أنها لا تتعارض مع مضمونه، إذ لا شيء في الواقع يمنع من

119 - عمر بن احمد الزهراني، مرجع سابق، ص. 98.

119 - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص. 42.

حدوث الضرر نتيجة تزواج خطئي أحدهما ذو طابع مرفقي وثانيهما متفرع عن تصرف تدليسي للموظف، بالرغم من الإشكاليات المثارة من الناحية العملية وخاصة مع وجود جهتين قضائيتين مختلفتين.

غير أن الواقع العملي يبين أن الأخطاء الشخصية غالباً ما أصبحت تلحق بالأخطاء المرفقية وذلك رغبة في أن يجد المريض المتضرر مصدر مضمونا للتعويض خشية ألا يستطيع الطبيب أداء تلك التعويضات¹²².

الفرع الثاني: طبيعة العلاقات القائمة داخل المرفق الطبي العمومي

بعد التطرق في الفرع السابق لنطاق الخطأ المرفقي في المرافق الصحية العمومية، باعتبارها مرافق عامة إدارية، فإن الأطباء والجراحين والمساعدين لهم، والذين يمارسون العمل فيها يعتبرون في مركز تنظيمي، وبالتالي فقواعد القانون الإداري هي التي تطبق في هذا الشأن، فإنجاز العمل الطبي قد يتطلب تدخل عدد من العلاقات الطبية كعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام، وعلاقته بالفريق الطبي الذي يشترك في إتمام العمل الطبي معه، وعلاقة المريض بالمرفق الصحي العام والطبيب المعالج¹²³، ومن هنا فإن مسؤولية الأطباء من خلال هذا المرفق العام الطبي، تدخل ضمن المركز التنظيمي الذي يحدد العلاقة بين المستشفى والشخص المكلف بالخدمة فيها، (الفقرة الأولى)، كما أن تحديد طبيعة مسؤولية المستشفى العام تجاه المريض المضرور يقتضي تحديد طبيعة العلاقة بين المريض والمستشفى العام، (الفقرة الثانية).¹²⁴

¹²² - عبد الحق دهبي، مرجع سابق، ص. 245.

¹²³ - محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص. 142.

¹²⁴ - سمير عبد السميع الأوزن، "مسؤولية الطبيب الجراح، وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنيا - جنائيا - إداريا"، دار النشر المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 213.

الفقرة الأولى: طبيعة العلاقة القانونية بين الطبيب والمرفق الطبي العام

إن إنجاز العمل الطبي في المستشفيات العامة يتطلب تداخل عدد من العلاقات الطبية كعلاقة الطبيب بالمرفق الطبي وعلاقة الطبيب بأعضاء الفريق الطبي الذي يشترك في إتمام العمل الطبي معه، وفي هذا المجال تثار مسألة طبيعة العلاقة القانونية بين الطبيب والمرفق الطبي العام (أ) وبين الطبيب والمريض (ب)

أولاً - علاقة الطبيب بالمرفق الصحي

تختلف المسؤولية الطبية للمرفق الطبي العمومي بين حالتي الطبيب ما إذا كان دائماً أو مجرد طبيب زائر.

أ- الطبيب الدائم

لقد كانت نظريات القانون الخاص تهيمن على تكييف علاقة الموظف بالإدارة، وكان ذلك قبل ظهور القضاء الإداري، على أنها علاقة تنطوي على عقد من عقود القانون الخاص، ومن ثم فإن علاقة الطبيب بالمرافق الصحية العامة آنذاك كانت علاقة تعاقدية، إلا أن هذا الوضع تغير عندما أصبحت النظريات التعاقدية لا تحقق جميع النتائج القانونية التي يتطلبها أعمال القواعد اللازمة لتنظيم المرافق العامة وتسييرها¹²⁵.

وتعتبر بذلك علاقة الطبيب بالمستشفى علاقة تبعية تقوم كلما كان للمتبع سلطة فعلية على التابع في الرقابة والتوجيه.

فالمركز التنظيمي للطبيب لا يمكن أن يكون مانعاً من وجود رابطة التبعية بينه وبين المرفق الصحي العام، وبالتالي تطرح إشكالية: "هل يمكن للمركز التنظيمي للطبيب أن يكون

125 - أحمد عيسى، "مسؤولية المستشفيات الحكومية، (دراسة مقارنة)"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2008، ص.34.

مانعا من توافر السلطة الفعلية لإدارة المستشفى عليه"؟ أم أن الطبيب يحظى بحرية تامة لا تجعله في مركز المساءلة في حالة حدوث خطأ طبي؟

لقد ذهب رأي من الفقه إلى أن استقلال الطبيب في أعماله الفنية، يمنع في أن يكون تابعا لشخص آخر إن لم يكن طبيبا مثله يمكنه مراقبته في هذا العمل الفني، إلا أن الرأي الراجح يعتبر الطبيب تابعا للمستشفى الذي يعمل فيه، ولو كانت علاقة التبعية القائمة بينهما علاقة تبعية أدبية، إذ أنها تكفي لأن يتحمل المستشفى خطأ الطبيب¹²⁶.

فقد استقر قانونيا أنه لا يلزم لقيام علاقة التبعية أن تجتمع للمتبع (المستشفى) سلطة الإشراف الفني والإداري على التابع، بل يكفي أن يكون له سلطة الإشراف الإداري عليه، والتي يستطيع بموجبها أن يوجه له أوامره التي لا يملك هذا الأخير إلا الخضوع لها، وأن يراقبه في تنفيذها ولو كانت هذه الأوامر لا تتناول إلا النواحي الإدارية المتصلة بأداء عمل التابع، كما أن للطبيب في المستشفى من يساعده من ممرضين وأعوان، حيث يخضعون بدورهم للإلتزامين، أولهما إلتزام اتجاه المستشفى باعتبارهم تابعين له، والثاني للطبيب الذي يشرف عليهم، وكون أن الطبيب في المستشفى ليس له اختيار ممرضيه أو مساعديه، فإن هذا الأخير لا يسأل عن أخطائهم وتجاوزاتهم، إلا إذا كانت تحت تعليماته وإشرافه، فإدارة المستشفى هي الوحيدة المسؤولة عن تبعة أعمالهم باعتبار ما لها من سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه¹²⁷.

إن تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة التي ترتبط بالطبيب بالمرفق الصحي العمومي، هي مسألة جد مهمة لما لها من آثار مباشرة وعديدة.

126 - محمد الأعرج، "مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 99، السنة 2013، 145.
127 - محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص. 142.

فعلى الرغم من كون الأطباء لا يدخلون في تركيب الوظيفة العامة إلا أنهم يشغلون في علاقاتهم مع القطاع الذي يعملون فيه، أو في علاقاتهم مع المرضى، مركزا قانونيا وتنظيميا يدخل في نطاق القانون العام، وذلك بدليل عدم وجود عقد بين الطبيب والمريض¹²⁸.

وبالتالي فالهدف من إلقاء المسؤولية على عاتق المؤسسة الصحية العمومية بواسطة أحكام القانون المدني هو محاولة تحميل إدارة هذا المرفق مسؤولية تغطية تبعية الأخطاء الصادرة عن تابعيه، وهم الأطباء وبالتالي التيسير على المضرور لضمان حصوله على حقه في التعويض عن طريق رفع هذه الدعوى مباشرة أمام القضاء الإداري.

ب- الطبيب الزائر

إن المريض الذي يقصد المستشفى بقصد العلاج يتم علاجه من قبل أحد الأطباء دون أن يكون له يد في اختياره، فهو يتعامل مع المستشفى كشخص معنوي وبالتالي يكون المستشفى مسؤولا عن الضرر الذي لحق هذا المريض جراء العلاج، باعتبار المريض لم يقوم باختيار طبيبه، ففي الغالب يتعامل مع الطبيب بوصفه أحد موظفي أو مستخدمي المستشفى، ولا وجه هنا للقول بانتفاء رابطة أو علاقة التبعية، حتى لو لم يكن الطبيب موظفا، بل، حتى لو علم المريض بذلك لاحقا، لأن المستشفى هو الذي اختاره للعلاج وهو من يتعين عليه أن يراقبه ويشرف عليه¹²⁹.

كما أن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه هي من أنواع المسؤولية غير التعاقدية وتقع كفرع من فروع المسؤولية التقصيرية، وبالتالي لا تشترط في الأساس وجود عقد، بل يكفي أن يثبت أن الطبيب اختير من قبل إدارة المستشفى للعلاج، وأدى عمله لمصلحة المستشفى، فعندها تقوم علاقة التبعية الموجبة لمساءلة المستشفى عما ارتكبه الطبيب من فعل ضار¹³⁰.
فماذا عن حالة اختيار الطبيب غير الموظف من المريض ومن خارج نطاق المستشفى؟

¹²⁸ Abdellah Boudahrain, op. Cit, p 215.

¹²⁹ - Nejib Chaabouni, « la responsabilité disciplinaire du médecin », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006, p 56.

¹³⁰ - عامر برورو، "فقه قضاء مسؤولية الطبيب المدنية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 2، 2007، تونس، ص 88.

في هذه الحالة يأتي المريض إلى المستشفى ويتم إدخاله لمعالجة معينة فيطلب من إدارة المستشفى أن يتولى معالجة طبيب معين غير موظف، ولا تربطه بالمستشفى أي رابطة وهو في الوضع القائم ليس ممن قامت بينه وبين المستشفى علاقة منتظمة لعلاج المرضى، وفي هذه الحالة ثمة صعوبة للقول بوجود علاقة التبعية، فالمستشفى ليس مناطاً به في هذه الحالة الرقابة والإشراف، وما لم ينسب للمستشفى نفسه خطأ أو مساهمة في خطأ الطبيب، لا يمكن مساءلة المستشفى عن الضرر الناجم عن فعل الطبيب لانتفاء علاقة التبعية وانتفاء العمل لصالح المستشفى، حتى لو ارتكب الفعل الضار خلال العمل أو بسببه.

غير أنه من أكثر الحالات جدلاً حالة الطبيب المتواجد في هذا المستشفى بسبب وجود عيادته الخارجية فيه.

عندما يكون الطبيب في الأصل ليس موظفاً لكن عيادته جزء من مبنى المستشفى، وتندرج المستشفيات في هذه الحالة بأنها مؤجرة لا أكثر، وأن الطبيب مستأجر لا أكثر، وأنه مستقل في عمله، فليس بينها وبينه رابطة تبعية، ولا تكون مسؤولة عن أخطائه، وهناك من يرى عدم صحة هذا الدفع، بل يرى قيام مسؤولية المستشفى كمتبوع عن أعمال التابع عوضاً عن وجود أسس أخرى لقيام هذه المسؤولية وحججنا في ذلك ما يلي:

ثانياً - علاقة الطبيب بالمريض

إذا كان الأساس في العلاقة بين المريض والطبيب هي الثقة، بما يعنيه ذلك من بذل الطبيب قصارى جهده في معالجة المريض، فإن هذا لا ينفي إمكانية حدوث أخطاء طبية تعكر أحياناً صفاء الثقة، وتجعل المريض ينظر بعين الشك والريبة إلى نبل المهام الموكولة للطبيب، معتبراً أن عدم التزام هذا الأخير بالمعايير المعمول بها في هذا المجال نتيجة خطئه أو إهماله، يجعله مسؤولاً عن الأضرار التي تسبب فيها¹³¹.

131 - ندوة دولية نظمت بشراكة مع الاتحاد الدولي للمحامين وجمعية هيئات المحامين بالمغرب حول موضوع "التعويض عن الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية" 7 يوليوز 2017.

فالمريض المعالج في إطار المؤسسة الصحية العمومية تختلف وضعيته بالمقارنة مع المريض الذي اختار متابعة لدى طبيب خاص وبالتالي فخصوصية هذا الوضع ستكون لها انعكاسات على العلاقة التي تربط بين الطبيب وهذا المريض، فالمريض عندما يتعامل مع المستشفى العام يتعامل مع شخص معنوي، ولا يمكنه اختيار طبيعة المعالج بحرية، بل تبقى هذه الأمور تحت سيطرة وتنظيم المرفق الصحي العمومي¹³².

فالمريض عندما يتعامل مع أحد الأطباء الموظفين لدى المستشفى والذي حددته إدارة المستشفى لتشخيص مرضه وعلاجه فإنه لا يتعامل معه بصفته الشخصية، ولكن بصفته مستخدماً أو موظف لدى هذا المستشفى، وعلى هذا الأساس فإن علاقة المريض والطبيب الممارس في مستشفى عام هي علاقة غير مباشرة، لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام، وتفترض وجود علاقة مباشرة بين المريض والمستشفى العام.

فالوضع القانوني للمريض في إطار المرفق الصحي العمومي هي وضعية تنظيمية، فالمريض لا يرتبط بعقد مع المرفق، ولا مع الطبيب المكلف بعلاجه، فهو فقط يستفيد من خدمات المرفق الصحي¹³³.

فالمريض يتعامل مع شخص معنوي وهو المؤسسة الصحية العمومية، فطبيعة هذا التعامل اقتضت عدم تمكين المريض من اختيار طبيبه المعالج بكل حرية، وهذا على خلاف العيادات الخاصة، فهنا وإن كان المريض قادراً على اختيار متابعة علاجه في مختلف المرافق الصحية العمومية الموجودة على مستوى التراب الوطني، إلا أنه بمجرد دخوله أحد هذه المؤسسات الصحية العمومية يفقد حرية اختيار الطبيب المعالج والجراح وغيرهم، فالطبيب الذي يكلف بمعالجته هنا، هو بكل بساطة ذلك الطبيب الذي كان متواجداً في المؤسسة الصحية وقت دخول المريض.

132 - محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص. 147.

133 - سمير عبد السميع الأوزن، مرجع سابق، ص. 214.

وعلى هذا الأساس تتحمل المؤسسات الصحية العمومية مسؤولية الأضرار اللاحقة بالمرضى من جراء أعمال موظفيها.

فالمريض يستفيد من كل خصائص المرفق العام التي تؤديها المؤسسات الصحية في إطار تحقيق المصلحة العامة¹³⁴.

ويترتب على ممارسة الطبيب لنشاطه داخل المؤسسة الصحية العمومية، إرتباطه بعلاقات أخرى مع المرضى، فهذه العلاقات غير المباشرة نظرا لأنها لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العمومي، فإن العلاقة التي تربط المريض بهذا المرفق ذات طبيعة إدارية، نظرا لأن حقوق والتزامات كلا الطرفين تحددها اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي تديره المؤسسة الصحية العمومية¹³⁵.

فهذه العلاقة في المستشفيات العامة هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة، فهي ليست علاقة عقدية، بل تنظيمية حيث يتعامل المريض مع شخص معنوي تقتضي ظروفه الخاصة عدم التمكن من اختيار طبيبه المعالج بحرية¹³⁶.

كما أن المريض لا يدفع أي مقابل لطبيب المرفق الصحي العمومي، بل إن هذا الأخير يأخذ أتعابه وفق نظام المرتب المعروف في الوظيفة العمومية.

وعلى ذلك لا يمكن إقامة مسؤولية المستشفى على أساس المسؤولية التعاقدية وإنما على أساس المسؤولية التقصيرية حيث تتلاشى شخصية الطبيب في هذه الحالة وراء شخصية الدولة.

¹³⁴- عدلي خليل، مرجع سابق، ص 42.

¹³⁵- محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص. 148.

¹³⁶- عبد الله العزوي وبيصل لعموم، "المسؤولية الطبية في القطاع الخاص"، مجلة المعيار، العدد الخامس والسادس والعشرون، ص. 28.

فالدولة يمكنها أن تغير من شروط الدخول للمستشفى، لكن ليس لها رفض قبول أحد المرضى لأن ذلك يتنافى مع مبدأ هام يحكم جميع المصالح العمومية هو مبدأ المساواة أمام الخدمات العامة.

وكذلك الشأن في الفقه والقضاء المغربيين حيث سجلنا منذ منتصف الثمانينات تطورا ملحوظا في تجاوز التصور المثالي للعلاقة بين الطبيب والمريض، فقد اعتبرها الفقه من قبيل إجارة الصنعة إستنادا إلى ما جاء في الفصل 724 من ق.ل.ع، وقد تبعه في ذلك القضاء الذي اعتبرها نوعا خاصا من إجارة الصنعة¹³⁷.

كما حدث تحول مهم في التصور العام لمسؤولية الطبيب منذ مطلع التسعينات من القرن الماضي، وفي هذا الصدد كثيرا ما استشهد بالحكم النموذجي الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط، لأنه بنى قضاءه بمسؤولية الطبيب على تصور موضوعي عن العلاقة بينه وبين المريض يروم التوفيق بين حاجة الأطباء "إلى الطمأنينة والثقة والحرية في مزاولة أعمالهم"، وبين "حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهم، وحقه في التعويض عن الأضرار بسببها". ونعتبر هذا الإتجاه سليما لصدوره عن تصور موضوعي للعلاقة بين الطبيب والمريض في إطار علاقة العلاج، ولقيامه على فحص وضع المصالح التي تجمعها هذه العلاقة، فمن جهة هناك مصلحة الطبيب أو المحترف بصفة عامة في أن يؤدي عمله بكل حرية واستقلال، ومصلحته في أن يكتسب من ممارسته لمهنة الطب، ومن جهة أخرى هناك مصلحة المريض، والمتمثلة في الحق في الصحة والحياة والسلامة الجسدية.

¹³⁷- أحمد ادريوش، "الخطأ الطبي والمسؤولية عرض الإشكالية والقيم المقارن للقوانين الوطنية"، مجلة القضاء المدني، العدد الرابع- السنة الثانية 2011، ص. 66.

الفقرة الثانية: طبيعة العلاقة القانونية بين المريض والمرفق العام الطبي

إذا كان من الثابت أن العلاقة بين الطبيب والمريض في مجال الممارسة الحرة لمهنة الطب هي علاقة تعاقدية في نطاق القانون الخاص، فإن الأمر ليس كذلك في مجال الممارسة الطبية من خلال المرافق الصحية العامة، إذ من الواضح أن المريض لا يرتبط بأي علاقة تعاقدية سواء مع المرفق الصحي العام أو مع الطبيب المعالج فيه¹³⁸.

هذه العلاقة تنشأ من خلال الخدمات الطبية التي تقدمها المؤسسات الطبية العامة باعتبارها مرفقا عاما، تلتزم إشباع الحاجات العامة، وذلك وفقا لإعتبارين تقوم عليهما المرافق العامة¹³⁹. الاعتبار الأول: في أن وظيفتها تتمثل بتقديم خدمة عامة لجمهور المستفيدين منها، وتتم الاستفادة عبر علاقة نظامية يحدد القانون مضمونها، وما تفرضه من واجبات على عاتق المرفق الصحي وحقوق المرضى المستفيدين منه.

الاعتبار الثاني: هو أن القائمين على تسيير هذه المرافق العامة يعتبرون بمثابة أعضاء فيها أي أن كافة أعمالهم تكون منسوبة للمرفق ذاته، فيتحمل المرفق مسؤولية أعمالهم. ففي فرنسا ومنذ عام 1908 عندما تقرر إختصاص المحاكم الإدارية في النظر بنزاعات المسؤولية الطبية الناتجة عن أعمال موظفي الإدارة والمساعدين الطبيين في المستشفيات العامة، كانت العلاقة بين المريض والمرفق العام الطبي بالنسبة لأخطاء الموظفين والمساعدين الطبيين تخضع لأحكام القانون الإداري، والقواعد العامة للمسؤولية الإدارية، في حين أن المسؤولية المترتبة عن أعمال الأطباء في المستشفيات العامة على خلاف ذلك¹⁴⁰.

فلا يسعنا في إطار دراسة علاقة المريض بالمرفق العام الطبي إلا أن نعترف ما للمشرع الفرنسي، من دور في تكريس مقومات العلاقة الديمقراطية بين المواطن والإدارة من خلال علاقة المريض بالمرفق العام الطبي.

138- أحمد عيسى، "مسؤولية المستشفيات الحكومية، (دراسة مقارنة)"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2008، ص.15.

139 - حسام الدين الاهواني، "مسؤولية الطبيب العقيدة عن فعل الغير"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 393.

140 - طلال العجاج، " المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة " عالم الكتب الحديث، الأردن 2011، ص 260.

ففي سنة 2002 أصدر المشرع الفرنسي قانون Kouchner بتاريخ 2002-3-4 تحت عنوان حقوق المرضى ونوعية النظام الصحي¹⁴¹، حيث خصص المشرع بابا خاصا بالديمقراطية الصحية، كما أصدر المشرع اللبناني بدوره قانون 2004-2-574 المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة¹⁴².

المطلب الثاني: المسؤولية بسبب الأخطاء المتولدة عن تنظيم وعمل المرفق

تضطلع المرافق الطبية العمومية بنوعين من الأنشطة والتي تحكم سير عملها، النشاط الطبي أو العلاجي من جهة والنشاط الإداري والتنظيمي من جهة أخرى، فالأخطاء التي قد ترتكبها المرافق العمومية قد تتعلق إما بتنظيمها أو سيرها.

فالخطأ المتعلق بتنظيم المستشفيات العمومية يشمل نطاقه، الأعمال التي تقوم بها المصالح الإدارية ومصالح التجهيزات التقنية لهذه المستشفيات كما يمتد نطاقه إلى تنظيم المصالح الطبية الاستشفائية والمصالح الطبية التقنية، بينما الخطأ المتعلق بسير المستشفى ينشأ إما عن عمل طبي أو جراحي.

ولما كان لأعمال التنظيم وسير المرفق الاستشفائي عدة صور، نتساءل عن حدود المساءلة عن الأخطاء المتولدة عنها، سواء تعلق الأمر بأعمال العلاج البسيط أو أعمال التنظيم وسير المرفق بمعنى الكلمة؟

وسنعالج كل من النشاط الطبي أو العلاجي والنشاط الإداري والتنظيمي والجوانب المرتبطة بها في الفقرتين المواليين، من خلال محاولة تبسيط الحل عن طريق مراجعة الاجتهاد القضائي والتعرف على كيفية تقدير القضاء للأفعال المرتكبة في نطاق أعمال التنظيم وسير المرفق والمكيفة أخطاء مولدة للمسؤولية.

¹⁴¹ - La loi no 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

¹⁴² - أحمد عيسى، مرجع سابق، ص. 91.

الفرع الأول: الخطأ في مجال تنظيم المستشفيات العمومية

إلى جانب الأعمال الطبية التي يضطلع بها المرفق الصحي والتي تشكل العنصر الأهم في الخدمات الصحية الموكولة للدولة، يمارس المرفق الصحي نشاط آخر يكتسي طبيعة تنظيمية وإدارية، وهو النشاط الذي يتحمل عنه المرفق وبالتالي الدولة المسؤولية أيضاً، في الحالة التي يتسبب فيها أضراراً للمرتفقين - المرضى - نتيجة سوء تقديم الخدمات، فما هي طبيعة هذا النشاط الإداري وكيف تقوم مسؤولية الدولة عنه؟

الفقرة الأولى: طبيعة النشاط الإداري والتنظيمي

تسأل المستشفى عن كل خطأ يقع في تنظيم وحسن سير العمل بها وفي تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى بصفة عامة، هذا بالإضافة إلى حسن سير أجهزة المستشفى ونظافة آلاته المستعملة، والتزامه بتوفير العدد الكافي والمتخصص من العاملين، ومراعاة نظافة وصحة الأغذية المقدمة للمرضى، فكل خطأ في مثل هذه الأمور يثير مسؤولية المستشفى¹⁴³.

فلكل شخص الحق في ارتياد المرفق العام الاستشفائي، وأن يتم التعامل معه بإنسانية ويحظى باستقبال حسن.

ولما كانت ضرورة توفير الخدمات الصحية لعموم المرتفقين من الواجبات الأساسية الملقاة على عاتق الدولة، فقد أوجدت هذه الأخيرة المرافق الصحية العمومية، والتي تنشئها بهدف تحقيق هذا الغرض، وحتى تقوم هذه المرافق بمهامها على أحسن وجه، كان لابد من توفير الإمكانيات البشرية والمادية واللوجستية اللازمة ليقدم المرفق الصحي خدماته على وجه الدوام والاستمرار¹⁴⁴.

¹⁴³ - Alioune Thiam, op, cit, 54.

¹⁴⁴ - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص 46.

مختلف هذه الإمكانيات المتاحة للمرافق الصحية العمومية، لا يمكن أن يتصور دون تنظيم وتسيير، والتي تدخل في خانة الأنشطة الإدارية والتنظيمية للمرفق، هذه الأنشطة التي تنظم في المغرب بمقتضى النظام الداخلي للمستشفيات العمومية، وذلك حسب المادة العاشرة من المرسوم المتعلق بالتنظيم الاستشفائي،¹⁴⁵ والتي تنص على أنه "يحدد وزير الصحة بموجب قرار، النظام الداخلي للمستشفيات، يضبط النظام الداخلي قواعد التسيير الداخلي للمستشفيات ولاسيما: شروط السلامة والمحافظة على الصحة وتدبير الأخطار الصحية، كفاءات وشروط قبول زوار ومراقبي المرضى، تنظيم العلاجات وأوقات العمل."

والمادة الأولى من القانون 37/80¹⁴⁶ التي اعتبرت المستشفيات العمومية والمراكز الاستشفائية الجامعية مؤسسات عمومية تسأل الدولة عن الأخطاء في تسيير مرافقها وأخطاء موظفيها ما لم تكن تتمتع بالاستقلال المالي والإداري.

ولا يكون المرفق الصحي العمومي مسؤولاً بذاته إلا إذا كان معتبرا مؤسسة عامة متمتعة بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري، فإذا لم تكن له شخصية معنوية مستقلة فإن المسؤول في هذه الحالة هو الشخص المعنوي العام المالك للمرفق الصحي حتى ولو كان هذا الأخير يدار بصفة مستقلة.

¹⁴⁵- مرسوم رقم 2.06.656 صادر في 24 من ربيع الأول 1428 (13 أبريل 2007) يتعلق بالتنظيم الاستشفائي، الجريدة الرسمية عدد 5524 الصادرة بتاريخ 22 ربيع الآخر 1428 (10 ماي 2007).

¹⁴⁶ - القانون رقم 37-80 المتعلق بالمراكز الإستشفائية المنفذ بظهير شريف رقم 1-82-5 صادر في 30 ربيع الأول 1403 (15 يناير 1983) ج.ر. عدد 3668 بتاريخ 16 يناير 1983، ص 249، عدل بقانون رقم 33/87 المنفذ بظهير شريف رقم 1.87.192 صادر في 14 رمضان 1408 (4 ماي 1988) ج.ر. عدد 043940 ماي 1988. ص. 414.

ويرجع بخصوص هذه المسألة إلى القوانين والمراسيم والقرارات المتعلقة بهذه المرافق حيث نجدها تميز بين المراكز الاستشفائية المستقلة¹⁴⁷، وبين المصالح والمراكز الاستشفائية التابعة لوزارة الصحة العمومية¹⁴⁸.

ويعتبر إذن من النشاطات الإدارية والتنظيمية للمرفق الصحي العمومي، تلك الإجراءات الضرورية لسير مختلف هياكله، من توفير إيواء المرضى والسهر على راحتهم وأمنهم، كما يعتبر المرفق الصحي مكاناً للتدريب الممرضين الصحيين، وكذا القيام بمختلف البحوث المخبرية التي تتطلبها عملية علاج المرضى، كما تشمل البحوث الطبية المخططة والهادفة لتحسين عملية رعاية المرضى وعلاجهم¹⁴⁹.

فالمرفق الصحي العمومي، وفق هذا الاعتبار، يدرج ضمن المرافق العمومية للدولة التي تكتسي الصبغة الإدارية، مع ما يترتب عن ذلك من تطبيق قواعد القانون العام، واستعمال الإمتيازات والسلطات المخولة للدولة بمقتضى هذه القواعد، في تسيير وتدبير الأنشطة والأعمال المسندة للمرفق الصحي، وهي الأنشطة التي يتحمل عنها المسؤولية في حالة وقوع أضرار للمرتفقين¹⁵⁰.

¹⁴⁷ - القانون رقم 37.80 المتعلق بالمراكز الإستشفائية المنفذ بظهير شريف رقم 1.82.5 صادر في 30 ربيع الأول 1403 (15 يناير 1983) ج.ر عدد 3668 بتاريخ 16 فبراير 1983، ص. 249. عدل بالقانون رقم 33.87 المنفذ بظهير شريف رقم 1.87.192 صادر في 14 رمضان 1408 (4 ماي 1988) ج.ر، عدد 043940 ماي 1988، ص. 414.

مرسوم رقم 2.86.74 صادر في 20 من ذي القعدة 1408 (5 يوليوز 1998) متعلق بتطبيق القانون المتعلق بالمراكز الإستشفائية ج.ر، عدد 3949 بتاريخ 6 يوليوز 1988، ص. 300.

¹⁴⁸ - قرار رقم 596.98 الصادر في 13 صفر 1419 (8 يونيو 1998) الصادر عن وزير الصحة ووزير الإقتصاد والمالية، بتحديد قائمة المصالح التابعة لوزارة الصحة المسيرة بصورة مستقلة، ج.ر عدد 4607 بتاريخ 27 يوليوز 1998، وهي مصالح إدارية وليست ذات طبيعة استشفائية، لكنها قد تتدخل في ميدان العلاج.

¹⁴⁹ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي"، مرجع سابق، ص. 37.

¹⁵⁰ - سليمان حاج عزام، مرجع سابق، ص 51.

الفقرة الثانية: مسؤولية الدولة عن التنظيم الإداري للمستشفيات

يتحمل المرفق الصحي العمومي، المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للمرتفقين من المرضى نتيجة سوء التسيير والتنظيم للمرفق الصحي، أثناء تواجد المرضى بالمرفق للاستفادة من الخدمات الصحية، فالالتزامات الملقاة على عاتق المرفق الصحي، في إطار نشاطه الإداري والتنظيمي، يستوجب عليه الحرص على سلامة المرضى، وتوفير جميع الظروف الملائمة، لإستقبال وإيواء المرضى.¹⁵¹

فالمسؤولية هنا مسؤولية إدارية عن سوء التسيير الإداري والتنظيمي للمرفق الصحي العمومي، وقد يحدث في بعض الحالات، أن يكون سوء التسيير والتنظيم، هو ما سبب للمريض أضرار، وبالتالي تستوجب تعويض الدولة وهذا ما سنتطرق إليه في النقاط التالية.

أولاً- في مجال مصالح التجهيزات الطبية

تحوز المستشفيات العمومية تجهيزات طبية متعددة من حيث تكلفة شرائها وصيانتها باعتبارها ضرورية من أجل التشخيص والعلاج، فهي خطيرة إن أسيء استعمالها، الشيء الذي يفسح المجال لقيام المسؤولية في حالة الاستعمال السيئ لهذه التجهيزات.

وتبدو أهمية الصيانة في نطاق المستشفى "عندما يصيب الخل مثلاً جهاز التنفس الاصطناعي يحتاج إليه المريض في غرفة العناية المركزة أو جهاز مضخة القلب لمريض تجري له عملية قلب مفتوح، أو ثلاجة تحفظ فيها أكياس الدم فيفسد الدم في وقت يكون فيه بعض المرضى في أشد الحاجة إليه، الأمر الذي قد يعرض حياتهم للخطر.

وعليه وفي هذا الإطار، فإن قيام المستشفى بنشاطه الطبي على أحسن حال يتطلب أساساً السير السليم، كي لا يترتب عن ذلك الخطأ المرفقي المتمثل في الإخلال بالسير السليم لهذه المصالح.

151 - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص 47.

ثانيا - في مجال مصالح المياكل التقنية

إن التجهيزات التقنية لا تقل أهمية هي الأخرى عن التجهيزات الطبية بحيث لا يمكن للمستشفى أن يستغني عن مولدات الطاقة الكهربائية أو أجهزة التدفئة المركزية أو المكيفات الهوائية وغيرها، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل تتسبب هذه التجهيزات في أضرار تستوجب قيام المسؤولية¹⁵².

فمما لا شك فيه أنه في الوقت الحالي لا يمكن الاستغناء عن الطاقة الكهربائية في جميع مجالات الحياة، حيث أصبح تسيير مختلف المصالح يتم آليا، وتزداد أهمية التسيير الآلي أكثر في المستشفيات، وذلك لأن انقطاع التيار الكهربائي الموصول بشبكة التوصيل العامة الخارجية، من شأنه أن يؤدي إلى وفاة المريض الذي يخضع للعلاج والموصول جسمه بأجهزة إنعاش تشتغل بالطاقة الكهربائية، وعليه فتوافر المستشفى على مولدات كهربائية ضخمة تشتغل تلقائيا فور انقطاع التيار الكهربائي لشبكة الكهرباء الخارجية ضرورة حيوية لا غنى عنها¹⁵³.

ومن هنا، فإن الإخلال بالصيانة الجيدة لمحطة مولدات الطاقة الكهربائية إن ترتب عنه ضرر بالمنتفعين من خدمات المرفق العام الاستشفائي يعد خطأ موجبا للمسؤولية.

ثالثا - الإخلال بسير تجميعيات التدفئة المركزية والمكيفات الهوائية

فالمرفق الصحي العمومي، وفق هذا الاعتبار، يدرج ضمن المرافق العمومية للدولة التي تكتسي الصبغة الإدارية، مع ما يترتب عن ذلك من تطبيق قواعد القانون العام، واستعمال الامتيازات والسلطات المخولة للدولة بمقتضى هذه القواعد، في تسيير وتدبير الأنشطة

¹⁵² - عبد الكافي ورياشي، " المسؤولية القانونية للأطباء بين الفقه والقانون والقضاء، دار النشر الرشاد"، مرجع سابق ص، 114.

¹⁵³ - Leila Ben Sedrine, « La faute médicale en matière de procréations artificielles », Op. Cit, p 119.

والأعمال المسندة للمرفق الصحي، وهي الأنشطة التي يتحمل عنها المسؤولية في حالة وقوع أضرار للمرتفقين¹⁵⁴.

فالمرفق الصحي العمومي، يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للمرتفقين من المرضى، نتيجة سوء تسيير وتنظيم المرفق الصحي، أثناء تواجد المرضى بالمرفق للاستفادة من الخدمات الصحية، فالالتزامات الملقاة على عاتق المرفق الصحي، في إطار نشاطه الإداري والتنظيمي، يستوجب عليه الحرص على سلامة المرضى، وتوفير جميع الظروف الملائمة لاستقبال وإيواء المرضى¹⁵⁵.

وهو ما أقره حكم المحكمة الإدارية بالرباط سنة 2007، بأن عدم قيام الطاقم الطبي بالإجراءات القبلية لإجراء العملية من ضمان سلامة قاعة العمليات من الآلات الضارة يشكل خطأ يستحق التعويض، فبناء على مقال الدعوى يعرض من خلاله المدعي أنه توجه بإبنته إلى مستشفى ابن سينا للأطفال بالرباط لإجراء عملية، وبعد العملية أودعت الطفلة بغرفة الإنعاش، ووضع إلى جانبها وسيلة للتدفئة لما كانت تعاني من ارتعاش نتيجة شدة البرودة، إلا أن إهمال الأطباء أدى إلى إحتراق اليد اليمنى للطفلة مما أدى إلى تحميل كامل المسؤولية إلى المستشفى، فالمسؤولية هنا مسؤولية إدارية عن سوء تسيير النشاط الإداري والتنظيمي للمرفق الصحي العمومي، وقد يحدث في بعض الحالات، أن يكون سوء التسيير والتنظيم هو ما يسبب للمريض أضرارا، قد تصل به إلى فقدان حياته نتيجة لسوء التسيير المذكور.

ويقوم المستشفى بعدة نشاطات وأعمال يمكن وصفها بالإدارية، كونها تتسم بالطابع الإداري، ويعتبر من النشاطات الإدارية للمستشفى تلك الإجراءات الضرورية لسير مختلف هياكله، من توفير إيواء للمرضى والسهر على راحتهم وأمنهم، كما يعتبر المستشفى المكان الأنسب والأمثل للتدريب العملي لكافة المهنيين الصحيين، وكذا القيام بمختلف البحوث

¹⁵⁴ - عدلي خليل، مرجع سابق، ص 66.

¹⁵⁵ - Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public libanais et française ». Op. Cit, p. 68.

المخبرية التي تتطلبها عملية علاج المرضى، كما تشمل البحوث الطبية المخططة والهادفة لتحسين عملية رعاية المرضى وعلاجهم.

فعملية تدريب الأطر والبحث العلمي في المجال الطبي، يعتبر من صميم ما تضطلع به المرافق الصحية العمومية ضمن أنشطتها الإدارية والتنظيمية¹⁵⁶.

رابعاً- الأخطاء المتولدة عن أعمال العلاج البسيطة

تأتي أعمال العلاج البسيط والسائد التي هي في حقيقة الأمر أعمال قريبة من فئة الأعمال الطبية، لكن القضاء موجهاً بسياسته الرامية إلى تسهيل شروط المسؤولية لفائدة الضحايا، أخرج هذه الفئة من الأعمال من النطاق الضيق للعمل الطبي وأضافها إلى نطاق أعمال التنظيم وعمل المرفق التي يغلب الطابع الإداري على أخطائها، رغبة منه في توسيع نطاق المسؤولية عن الخطأ البسيط على حساب نظام المسؤولية عن الخطأ الجسيم.

إذن وعلى خلاف الأعمال الطبية فإن أعمال العلاج البسيط والسائد لا تتطلب تحصيلاً نظرياً عالياً ولا قدرات فنية متميزة من أجل تنفيذها، حيث يمكن أن يؤديها الطبيب لكن نظراً لكونها لا تنطوي على صعوبة فإنها تنفذ في أغلب الأحيان من طرف الطاقم المساعد والممرضين.

وتتمثل عموماً أعمال العلاج البسيط في الحقن العضلي وتحت الجلد والحقن الوريدي والضمادات البسيطة والمعقدة والتدليك ووضع جبيرة أو قلعها والمعالجة بوسيلة الضوء والحرارة والكهرباء والأشعة، وتمتد إلى تطهير الجروح وغيرها من الأعمال السائدة التي لا تتطلب سوى قدراً بسيطاً من الحذر، وتنفذ بشكل روتيني يومي حتى دون توجيه أو إرشاد من الطبيب¹⁵⁷.

156 - عبد الكافي ورياشي، " المسؤولية القانونية للأطباء بين الفقه والقانون والقضاء"، مرجع سابق ص، 116.

157 - بن عبد الله عادل، مرجع سابق، ص. 128.

فكيف تعامل القضاء مع الأخطاء المتولدة عن تنفيذ أعمال العلاج البسيط في تقديره للمسؤولية؟

لقد كان للقضاء المغربي عدة مناسبات للحكم بمسؤولية المرافق الاستشفائية عن الأخطاء في تنفيذ أعمال العلاج السائد منها ما يتعلق بسوء قلع سن من قبل ممرض وحقن دم غير مناسب لفئة دم المريض، وسوء وضع الجبس، وسوء حقن إبرة¹⁵⁸.

وعليه لما يتعلق الأمر بعمل علاجي سائد فإن سوء تنفيذه أو مراقبته يشكل خطأ تمرير يقيم مسؤولية المرفق الاستشفائي.

الفرع الثاني: في مجال سير المستشفيات العمومية

إن التطرق لنطاق الخطأ المرفقي، وتنظيم المستشفيات العمومية، يستوجب التطرق إلى نطاق الخطأ الطبي في مجال سير هذه المستشفيات، وهو الجزء الأهم باعتبار أنه يمس بالسلامة البدنية للمرضى، فضلا عن مساهمته بالسلامة المعنوية، وهو ما يتعلق أساسا بمسؤولية المرفق العام الاستشفائي بالنسبة لنشاطاته الطبية، والمتمثلة في الإخلال بحقوق وسلامة المرضى وهو ما سنتطرق إليه من خلال التطرق إلى الخطأ المرفقي من خلال الحفاظ على السلامة المعنوية للمرضى (الفقرة الأولى) والسلامة البدنية لهم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإخلال بالحق في السلامة المعنوية

قد يقوم الطبيب بأفعال يمكن وصفها بالأخطاء أو على الأقل تشكل إخلالا بواجبات تقع عليه، انطلاقا من طبيعة عمله وما يتصف به من أبعاد إنسانية، ويبدووا استقصاء هذه الأخطاء الإنسانية من خلال تتبع العلاقة بين الطبيب والمريض منذ بدايتها، فيبدأ الأمر ببحث موجب الإعلام والحصول على رضاه، وتأتي بعد ذلك مسألة شديدة الحساسية هي السر الطبي.

¹⁵⁸ - Reza Christian Ramassamy, « La responsabilité médicale : évolution et tendances actuelles », thèse de doctorat en Médecine Soutenue en 1991 à Lyon 1. P 45.

أولاً- الامتناع عن إعلام المريض

إن الالتزام بإعلام المريض وتلقي رضاه بالأعمال الطبية يجد أساسه في احترام الكيان المعنوي للإنسان قبل المساس بكيانه الجسدي، حيث لا يجب المساس بجسد الإنسان إلا بناء على رضاه، وبالتالي يتوجب تلقيه المعلومات الضرورية حول حالته، فتخلف الرضا يشكل إحدى صور الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية، فالعلاج يجب أن يقدم بناء عن موافقة المريض أو ممثله القانونية، وبمفهوم المخالفة، فإن عدم الحصول على الموافق يعد خطأ باستثناء حالات العلاج المستعجل¹⁵⁹، وهو ما نصت عليه المادة 8 من قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربي " يحظر على مقدم الخدمة ما يلي: معالجة متلقي الخدمة دون رضاه وتستنثى من ذلك الحالات التي تتطلب تدخلا طبيا طارئا".

فالطبيب سواء كان يشتغل في عيادة خاصة أو في مستشفى عام على حد سواء ملزم بالقيام بواجب الإعلام، غير أن الاختلاف يكمن في أن الطبيب الذي يباشر عمله في عيادة خاصة، تربطه مع مريضه علاقة عقدية يحكمها العقد الطبي، في حين أن الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام لا تربطه أي علاقة عقدية مع مريضه، لأن هذا الأخير يتمتع بمرفق عام، ويترتب على هذا الاختلاف في طبيعة المسؤولية لكل منهما¹⁶⁰.

أ- مضمون الالتزام بالإعلام

يتمثل الالتزام بإعلام المريض في قيام الطبيب بإخبار المريض وإعلامه بمخاطر المرض والعلاج وكذلك توضيح نوع العلاج أو الجراحة للمريض تفصيلا، حتى يصدر رضاؤه وهو على بينة من الأمر¹⁶¹.

وهذا التنصيص حق للإنسان لا يصح إهماله أو تجاهله لأنه من المبادئ المسلم بها لإقرار الإنسان بأنه سيد نفسه، ويعلم مقدما بكل أبعاد ما يراد لجسده وصحته، وهذا الإعلام

159 - محمد حسين منصور، "المسؤولية الطبية"، مرجع سابق، ص. 42.

160 - أحمد عيسى، مرجع سابق، ص. 21.

161 - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 32.

لا يقتصر على المريض وحده، بل يكفي أن يكون لأحد ذويه أو أقاربه، أو من ينوب عنه سواء كان من أقاربه أم لا¹⁶²، وهو ما جاء في المادة 7 من قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربي "... إبلاغ متلقي الخدمة بطبيعة مرضه ودرجة خطورته إلا إذا اقتضت مصلحته غير ذلك ويتعين إبلاغ أي من ذويه أو أقاربه أو مرافقيه...".

كما نصت المادة 2 من القانون رقم 131.13 المتعلق بمزاولة الطب: حق المريض أو عند الاقتضاء نائبه الشرعي أو ممثله القانوني، في الحصول على المعلومة المتعلقة بتشخيص مرضه والعلاجات الممكنة وكذا العلاج الموصوف وآثاره المحتملة والمتوقعة والنتائج المترتبة عن رفض العلاج، على أن تكون المعلومات السالف ذكرها في الملف الطبي للمريض، الذي يمكن لهذا الأخير، أو لنائبه الشرعي، أو لممثله القانوني، أو لذوي حقوقه إذا توفي، الحصول على نسخة منه.

ومن خلال هذه المادة يتبين أن الطبيب يلتزم بعلاج الأمراض والوقاية منها كما يلتزم بتبصير وإعلام المريض سواء بالتشخيص أو التبصير بالعلاج أو بالجراحة، وهذا الالتزام مهم في علاقة الطبيب بالمريض، حيث لا يجب إخضاع المريض إلى العملية إلا بعد الحصول على رضائه المستنير بها¹⁶³.

فإذا توصل الطبيب إلى تشخيص معين يجب عليه أن يشرحه للمريض في عبارات يتمكن المريض من فهمها، وأن يصف له التطور الذي يمكن أن يؤول إليه المرض إذا لم يتم علاجه، ويعتبر التبصير على درجة كبيرة من الأهمية، حيث يسمح للمريض بأن يقارن وهو على بينة من أمره، بين الأخطار المترتبة على رفض العلاج المقترح وترك المرض يتابع

¹⁶² - هشام محمد مجاهد القاضي، "الإمتناع عن علاج المريض، دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2007، ص. 47.

¹⁶³ - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص. 330.

تطوره الطبيعى، وبين المخاطر الناتجة عن قبوله للعلاج مهما كانت تبعاته التي يكون على علم بها¹⁶⁴.

وفي هذا الصدد نصت المادة 40 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بأن الطبيب ملزم بإعلام المريض بالتشخيص الكامل للمرض؛ الفحوصات الواجب إجراؤها والمخاطر المحتملة؛ وخطة العلاجات المرتقبة وتكلفتها المتوقعة وآثارها المحتملة والآثار التي قد تنتج عن غياب العلاج...".

كما أن الطبيب عليه أن يراعي نفسية المريض ويقوم بالرفع من معنوياته وإعدادة نفسياً، وفي هذا الصدد فقد ألزم القانون الفرنسي بشأن زراعة الأعضاء الطبيب بإشعار المريض بكل النتائج المحتملة للنظام العضوي والنفسي التي سوف تترتب عن استئصال عضو ما، وبالانعكاسات الممكنة على الحياة الشخصية والعائلية للمتبرع، ويتعين أن يكون الإعلام تاماً ومفصلاً ودقيقاً ولو كان المتبرع قاصراً¹⁶⁵، فالتزام الطبيب بإعلام المريض بكل المخاطر المتوقعة وغير المتوقعة يكون إلزامياً، كما هو الشأن لعمليات زرع الأعضاء البشرية.

ونفس الأمر ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 35 منه على أن إعلام المريض يجب أن يكون صادقاً واضحاً ملائماً لإزاء وضعيته.¹⁶⁶

كما جاء في المادة 35 من قانون الآداب الطبية الفرنسي أنه يقع على عاتق الطبيب موجب إعلام الشخص الذي يقوم بفحصه أو عنايته أو تقديم المشورة له بالمعلومات الأمنية والواضحة والمتتالية مع حالته¹⁶⁷.

¹⁶⁴- رضوان الرمادي، تعليق على قرار محكمة النقض رقم "4605" صادر بتاريخ 2011/10/25، بشأن شروط تحقق الضرر الموجب للمسؤولية المدنية للطبيب، وكذا الالتزامات التي يتحملها الطبيب تجاه المريض قبل وأثناء وبعد إجراء العلاج، مجلة قانونك، العدد الرابع، السنة الأولى، أكتوبر- دجنبر 2017. غ، ص.

¹⁶⁵ - محمد حسين منصور، "الخطأ الطبي في العلاج"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 2004، ص. 449.

¹⁶⁶- Sophie Hocquet-Berg, Bruno Py, « La responsabilité du médecin », Editions heures de France 2006, p.36.

¹⁶⁷ - أحمد عيسى، مرجع سابق، ص. 97.

كما أنه لا يشترط التبصير الكتابي وإنما يكفي إعلام المريض شفويا غير أنه هناك بعض الاستثناءات التي لم يشترط فيها الإعلام، خصوصا عندما يتعلق الأمر بمرض ذات خطورة خاصة، فهنا الطبيب يكتفي بإعلام المريض بالنتائج الاحتمالية دون النتائج الاستثنائية وغير المعتادة.

فبالرجوع إلى الفصل 431 من القانون الجنائي المغربي نجد أن المشرع يلزم الطبيب بالتدخل لإنقاذ حياة المريض دون إذن المريض، بالإضافة إلى ما تنص عليه الفقرة 453 من قانون جنائي¹⁶⁸ "ولا يطالب بهذا الإذن إذا ارتأى الطبيب أن حياة الأم في خطر غير أنه يجب عليه أن يشعر بذلك الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم..."¹⁶⁹.

غير أنه مقابل حق المريض بالحصول على العناية الطبية التي يحتاجها يقع على عاتق المريض، موجب إعلام الطبيب المعالج بوضعه الصحي، كما عليه أن يجيب عن كل الإستيضاحات التي يطلبها منه الطبيب في سبيل توفير العناية الملائمة والضرورية لحالة المريض الصحية، أما إذا تعمد المريض كتم بعض المعلومات الواجب إعلامها للطبيب، يصبح هذا الأخير في حل من أي مسؤولية، إلا أنه هناك حالات لا يعمل بهذا الموجب وهي عندما يكون هناك إستحالة ناتجة عن فقدان الوعي لدى المريض أو حالة عجلة تستدعي إتخاذ إجراءات معينة، عندها يصبح المريض بحل من موجب إعلام الطبيب¹⁷⁰.

ب- مسؤولية الدولة المترتبة عن الإخلال بإعلام المريض

قلما نجد القرارات القضائية تتحدث عن التزام الطبيب بإعلام المريض وتبصيره بمخاطر العلاج وتتبع حالته الصحية بعد العلاج، وإمهال المريض فترة للتفكير قبل الخضوع للعلاج أو عدم الخضوع له، فلا يجوز إخضاعه للعلاج إلا بعد الحصول على رضائه المستنير

¹⁶⁸ - ياسين الفاسي، "مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي" مجلة مغرب القانون، <https://www.maroclaw.com/>

12 يوليوز 2020، على الساعة 11س 20 د.

¹⁶⁹ - الفصل 431 من القانون الجنائي المغربي نص على أن: "من أمسك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر رغم أنه كان يستطيع إن يقدم تلك المساعدة إما بتدخله الشخصي وإما بطلب الإغاثة دون تعريف نفسه أو غيره لأي خطر يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من 200 درهم إلى 1000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

¹⁷⁰ - أحمد عيسى، مرجع سابق، ص. 21.

بها، كما أن الشيء نفسه يقال عن التزام الطبيب بالإعداد النفسي للمريض، إذ قبل خضوع المريض للعملية يجب على الطبيب أن يقوم بالرفع من معنوياته وأن يشرح له ذلك بطريقة بسيطة ومفهومة، وإعداده من الناحية النفسية حتى لا يتأثر بالعملية الجراحية من الناحية النفسية وهو ما قد يساعده كثيرا على العلاج¹⁷¹.

ولقد أجمع الاجتهاد القضائي والتشريع المقارن على مسؤولية الطبيب في حال إخلاله بالتزام إعلام المريض بالمخاطر المتلازمة مع التدخل العلاجي وبكافة العواقب التي يمكن أن تترتب عليه¹⁷².

وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالرباط في القرار الصادر عنها الذي ينص على أن "من الالتزامات التي تقع على الطبيب الجراح قبل إجراء العملية للمريض أخذ موافقته على ذلك، ويجب أن تصدر هذه الموافقة بعد معرفته بحقيقة العملية والنتائج المحتملة عنها وأنه لا يجوز إجراء العملية دون رضى المريض".

وهذا ما أكدت عليه في حكم آخر لها "على الطبيب قبل إجراء أية عملية أو صرف أي دواء للمريض القيام بفحص المريض فحصا شاملا وتبصيره وإفادته بمجموعة من المعلومات المتعلقة بصحته وبمخاطر المرض والعلاج المقترح وكذلك فوائد هذا العلاج".

وتزداد أهمية هذا الإجراء في الأحوال التي يتعرض فيها المريض للخطورة عند إجراء العملية حيث يجب موافقة ممثله القانوني وأقربائه وإذا قام الطبيب بالعملية دون تبصير يعتبر الطبيب مخطئا، وحتى في حالة الاستعجال القصوى لا يعفى الطبيب من هذا الإجراء إلا إذا كانت حالة المريض لا يحتمل التأخير وأن يكون فاقد الوعي وغير قادر على التعبير عن إرادته¹⁷³.

171 - رضوان الرمادي، مرجع سابق، غ، ص.

172 - جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص. 331.

173 - إدريس الفاخوري، الأسس القانونية والأخلاقية لمزاولة مهنة الطب الحر، مجلة طنجيس للقانون والاقتصاد عدد 1 سنة 2001. ص. 83.

غير أنه لم تأخذ مسألة إعلام المريض حيزا مهما في الاجتهاد القضائي المغربي سيما وأن دعاوى المسؤولية الطبية تتميز بالندرة في القضاء وخاصة القضاء الإداري، إلا أن التطور الاجتهاد القضائي في فرنسا كان غزيرا في هذا المجال، فقد كان الاجتهاد يحصر موجب الطبيب بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة دون المخاطر الاستثنائية.

فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية عام 1973 حكما هاما في هذا المجال، اعتبرت بموجبه أن إصابة المريض المدعي بخلل في عصب الوجه على إثر جراحة كان هدفها علاج حالة الصمم التي كان يعاني منها، هي بمثابة الحالة الاستثنائية، سيما وأن تقارير الخبراء قد أشارت إلى حالات الإصابة بهذا الشلل¹⁷⁴.

أما مجلس الدولة الفرنسي بقي حتى العام 2000 سائرا في هذا الاتجاه، ولم يعقد مسؤولية المؤسسات الاستشفائية العامة فيما لو لم يعلم الطبيب مريضة بالمخاطر الاستثنائية، ففي قضية époux telle عبر القاضي الإداري بشكل صريح أن موجب الطبيب بإعلام المريض يشمل كل المخاطر المعلومة بما فيها المخاطر التي لا تحصل إلا بشكل استثنائي.

فالمشرع الفرنسي قد تدخل في هذا المجال من خلال قانون 2002/3/4 في الباب الثاني منه، تحت عنوان الديمقراطية الصحية محاولا رسم حدود موجب الطبيب بالإعلام مستخدما عبارات غير دقيقة، مما أدى إلى فوضى في استخدام المصطلحات القانونية، حيث تبين لنا من خلال حكم Mme Martine الذي فسر إرادة المشرع الحقيقية أن الأطباء ملزمون بإعلام المرضى بالمخاطر الناتجة عن التدخل الجراحي أو العلاج أو الفحوصات المخبرية، حتى ولو كان الخطر نادر الحدود، عندما تكون معلومة جسيمة.

وبالتالي يكون المشرع قد قصد المخاطر المعلومة بدلا من المخاطر المتوقعة، ولم تخرج عن نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض، المخاطر البسيطة التي لا تحدث إلا بشكل استثنائي غير متوقع.

¹⁷⁴ - Wahid Hacine, « l'information médicale », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006, p 30.

فموجب الطبيب بإعلام المريض يشمل المخاطر المعهودة أو الجسيمة المتوقعة بشكل اعتيادي، مما دفعنا إلى محاولة رسم صورة واضحة حول نطاق التزام الطبيب بإعلام المريض.

ورغم أن الفقه والقضاء أكد على ضرورة إعلام المريض بصورة دقيقة وتفصيلية بالنسبة للأعمال الطبية غير العلاجية باعتبارها لا تهدف إلى الشفاء من مرض معين،¹⁷⁵ حيث يلتزم الطبيب فيها بإعلام المريض بجميع المخاطر المتوقعة وكذا المخاطر الاستثنائية الوقوع، عكس الأعمال الطبية العلاجية التي يلتزم فيها الطبيب بالإعلام بالنسبة للمخاطر المتوقعة فقط، ولكن من الأفضل أن يمتد واجب الإعلام إلى جميع المخاطر حتى الاستثنائية منها سواء تعلق الأمر بأعمال طبية علاجية أو غير علاجية.

ثانيا- نطاق الإلتزام بالسر الطبي

يعتبر السر الطبي من الأمور الغامضة التي لا نستطيع تحديد المقصود بها بسهولة فهو يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص¹⁷⁶.

فالالتزام بالمحافظة على أسرار المريض من أهم الواجبات القانونية التي أوجبها القانون على الطبيب بصفته الطبية.

فما هو أساس الإلتزام بالسر الطبي؟ وما هي الاستثناءات الواردة عليه؟

أ- الأساس القانوني للإلتزام بالسر الطبي

يرجع أساس الإلتزام بالسر الطبي إما إلى العقد أو القانون فهو ينشأ مع العقد المبرم بين الطبيب والمريض فيكون مرتبطا به ومتلازما معه، ويولد العقد على عاتق الطبيب إلتزاما

¹⁷⁵ - Leila Ben Sedrine, «La faute médicale en matière de procréations artificielles» , Op. Cit, p 120.

¹⁷⁶ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 43.

عقديا بحفظ الأسرار التي تخص مريضه، أما إذا لم يوجد العقد فيلتزم الطبيب بالسر بمقتضى المبادئ القانونية العامة.

وقد عرف هذا الموضوع تطورا فقهيًا وتشريعيًا في كل من فرنسا والمغرب حيث توسع الاجتهاد الفرنسي في تحديد المقصود بالسر الطبي¹⁷⁷.

فالإلتزام بالسر الطبي يرجع إلى الإلتزام الأخلاقي وهو ما نص عليه قانون 4 مارس 2002 الفرنسي¹⁷⁸ كما نصت عليه المادة الثامنة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، ويعتبر الإلتزام بالمحافظة على السر المهني من أهم القواعد الأساسية التي يتوقف عليها عمل الطبيب وهذا المبدأ تم ترسيخه من خلال المادة 11 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب المغربي¹⁷⁹ الذي جاء فيه ما يلي: "يلزم الطبيب بكتمان السر المنهي حماية لمصالح المرضى، وذلك وفق الشروط وتحت طائلة العقوبات التي ينص عليها القانون"، وسعيًا وراء تدعيم قاعدة الإلتزام بالمحافظة على السر المهني، أكدت منظمة أطباء المغرب في اجتماعها العام المنعقد بالرباط أن المحافظة على مهنة الطب كمهنة حرة تقتضي بالضرورة المحافظة على المبادئ التقليدية لأخلاق المهنة والمعلن عنها في مدونة أخلاقيات مهنة الطب المغربي¹⁸⁰.

وقد حدد المشرع المغربي من خلال الفصل 446 من القانون الجنائي الأشخاص الملزمين بكتمان الأسرار وهم "الأطباء والجراحون وملاحظوا الصحة والصيدلة والمولدات" والملاحظ أن التحليل المشار إليه في الفصل السابق هو تحديد وارد على سبيل المثال لا الحصر بدليل أن المشرع بعد أن ذكر الأطباء والجراحون وملاحظوا الصحة والصيدلة

177 - إدريس الفاخوري، مرجع سابق، ص 86.

178 - Dominique Thouvenin, « Secret médical et loi du 4 mars 2002 : quels changements ? », Laennec, 2007/1 (Tome 55), p. 24.

179 - مرسوم رقم 225.21.2 صادر في 6 ذي القعدة 1442 (17 يونيو 2021) يتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 7002، بتاريخ 8 يوليوز 2021.

180 - Christian byk, « le droit des comités d'éthique », édition eska 1996, p. 230.

والمولدات أخضع لحكمهم أي شخص يعتبر من الأمناء على الأسرار بحكم مهنته أو وظيفته الدائمة أو المؤقتة¹⁸¹.

كما ورد النص على التزام الموظف بالسرية المهنية في العديد من القوانين منها المادة 15 من قانون المسطرة الجنائية المغربي في البحث في الجرائم والتثبت من وقوعها، وكذلك الفصل 18 من ظهير 01.58.008 بتاريخ 09 شعبان 1377 الموافق 27 فبراير 1985 المتعلق بالنظام الأساسي للوظيفة العمومية...، فالمرشح لم يتوان في حماية مصلحة المجتمع من خلال رصد الآثار الناجمة عن الإفشاء¹⁸².

وعلى العموم فإن القضاء المغربي في تطبيقه للقواعد القانونية على قضايا المسؤولية الطبية ظل تابعا للقانون الفرنسي بصفة عامة، فعلى أساس اجتهاد قضائه وتفسير فقهاء اعتمد القاضي المغربي للبحث في القضايا التي عرضت عليه.

فالغرض من السرية المهنية ليس حماية مصالح الأفراد فقط، ولكن حماية المصلحة العامة أيضا¹⁸³.

ويذهب مأمون الكزبري في هذا الباب إلى أن الحكمة من كتمان سر المهنة في الطب، هي ستر عيوب المريض التي قد تكون ناشئة عن ارتكاب الخطايا¹⁸⁴ والتي لا بد للطبيب أن يطلع عليها، فالمريض يلجئه المرض إلى الطبيب وتقتضي الضرورة التي ألجأته أن يبوح له بسر نفسه، فلا يجوز للطبيب أن يستغل هذه الوضعية ويفشي الأسرار التي ائتمن عليها وإنما يجب عليه أن يرفعها¹⁸⁵.

181 - نور الدين الناصري، "الإلتزام بالسرية المهنية (الأطباء، المحامون، الموظفون العموميون)"، الملف مجلة قانونية 5 يناير 2005، ص. 101.

182 - نور الدين الناصري، مرجع سابق، ص. 102.

183 - المسؤولية الطبية في القانون التونسي، مجلة القضاء والتشريع، العدد الثالث، السنة الثامنة والثلاثون، 1996، ص. 21.

184 - محمد حسن منصور، "المسؤولية الطبية، الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة

والمستشفى، الأجهزة الطبية"، مرجع سابق، ص. 236.

185 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 123.

ولهذا نجد أن المشرع المغربي قد جعل من الأطباء والجراحين وملاحظي الصحة غاية من وراء ذلك، ثقة المواطنين وبالأخص المرضي إزاء الأطباء والجراحين وحمايتهم مما قد يقع تشهير به من أسرار المرضي التي يجب الائتمان عليها¹⁸⁶.

ب- استثناءات إفشاء السر الطبي

يختلف الفقه والقضاء في إباحة إفشاء السر الطبي، غير أن القانون أورد استثناءات يمكن فيها للطبيب أن يتحلل من السر الطبي، حسب المادة 8 من قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربي والذي جاء فيه "... يحظر على مقدم الخدمة ما يلي: إفشاء أسرار متلقي الخدمة التي يطلع عليها أثناء مزاولة المهنة أو بسببها سواء أكان متلقي الخدمة قد عهد إليه بهذا السر وأتمنه عليه أم كان مقدم الخدمة قد أطلع عليه بنفسه، ولا يسري هذا الحظر في أي من الحالات التالية:¹⁸⁷

- إذا كان إفشاء السر بناء على طلب متلقي الخدمة وبموافقته الخطية.
- إذا كان إفشاء السر لمصلحة الزوج أو الزوجة وتم إبلاغه شخصيا.
- إذا كان الغرض من إفشاء السر منع وقوع جريمة أو الإبلاغ عنها ويكون الإفشاء في هذه الحالة للجهة الرسمية المختصة.
- إذا كان مقدم الخدمة مكلفا بذلك قانونا.
- إذا كان إفشاء السر أمام اللجنة الفنية العليا..."

وقد حددها المشرع في مجموعة من الحالات:

حالة أداء الشهادة أمام القضاء

ولقد اختلف الفقه في فرنسا حول أحقية الطبيب في الامتناع عن أداء الشهادة إذا تعلق الأمر بسر مهني، فالبعض يرى أن أداء الشهادة واجب على الطبيب ولو تعلق الأمر بسر من

¹⁸⁶ - La responsabilité médicale en examen l'association marocaine de chirurgie viscérale a organisé, jeudi 9 février 2006 à Casablanca, une conférence de presse sur la responsabilité médicale.

¹⁸⁷ - سمير عبد السميع أودن، مرجع سابق، ص 220.

أسراره المهنية، لأن الإلتزام بالشهادة واجب ولا يجوز إعفاء أحد منه، في حين يذهب آخرون إلى أن الخيار بيد الطبيب، فله إفشاء السر أو كتمان¹⁸⁸، كما يمكن له أن يجيب أو يمتنع عن الإجابة عن أي سؤال موجه له من طرف المحكمة بهذا الخصوص، على أنه ليس من حق الطبيب أن يمتنع عن الإمتثال أمام المحكمة متدرا بالسر المهني¹⁸⁹.

أما الفريق الثالث فيحصر حق الطبيب في الامتناع عن أداء الشهادة على المسائل الجنائية فقط.

وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من القانون الجنائي حيث جعلت الأطباء والجراحين وأصحاب المهن الأخرى الذين تم ذكرهم، في حل من الإدلاء بشهادتهم أمام القضاء دون متابعة جنائية إلا في حالة الإجهاض.

أما على مستوى القضاء الفرنسي، فالإتجاه الذي كان سائدا هو إعفاء الطبيب من الشهادة وأحقته في الامتناع عن أدائها، ولا يعاقب إذا أداها أمام القضاء، أما الإتجاه الذي سار عليه القضاء في فرنسا في الوقت الراهن فهو أحقية الطبيب في الامتناع عن الشهادة، إذا كان يبيح بها سر من أسرار المهنية وإلا تعرض للعقاب¹⁹⁰.

فالإعفاء من الشهادة يشكل قاعدة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، على أن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بشهادة الطبيب أمام المحكمة بمناسبة إنجازه لتقرير طبي كلف به إما من طرفها أو بصفة شخصية، ففي هذه الحالة لا يحق للطبيب أن يمتنع عن قول الحقيقة والإدلاء بكل ما من شأنه إفادة المحكمة¹⁹¹.

ولا يحق في جميع الأحوال معاقبة الطبيب على إجابته عن أسئلة المحكمة بما يعتبر سرا من أسرار المهنة.

188 - محمد رايس، "مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 25، العدد الأول 2009، ص. 270.

189- Jean-Jacques Thouroude, « Pratique de la responsabilité hospitalière publique : Les responsabilités dans les établissements publics hospitalières », l'harmattan 2000, p. 56.

190 - محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، ص. 130.

191 - سمير عبد السميع أودن، مرجع سابق، ص. 321.

أداء خبرة طبية:

يتمثل التزام الطبيب الخبير في المحافظة على سر المهنة في مراعاة أن الكشف عن هاته الاسرار لن يكون إلا للجهة التي كلفته بالخبرة.

ففيما يخص علاقة الطبيب المعالج والخبير فليس من حق الطبيب المعالج الكشف عن سر المريض، ولا يجوز له الإفشاء بمعلومات عن المريض أو منحه شهادة عن حالته، وإذا قام بغير ذلك وخضع لطلب الخبير اعتبر مرتكبا لجريمة إفشاء السر الطبي.

فمهمة الخبير يجب أن تبقى مؤطرة في إطار المسائل الفنية التي إنتدبتة الجهة القضائية من أجل إبداء رأيه فيها كخبير، وألا يتعداها إلى مسائل أخرى¹⁹².

حالة دفاع الطبيب عن النفس في مواجهة المريض

لقد ذهب كل من الفقه الفرنسي والقضاء إلى إقرار حق الطبيب في الدفاع عن نفسه عندما يتهم بارتكاب خطأ، فمن المتفق عليه أن الطبيب لا يلتزم بكتمان السر، بل يجد نفسه مجبرا على الدفاع وإخراج الأدلة التي تبرئه، وقد تبنى القضاء الفرنسي هذا المنحنى.

ترخيص المريض للطبيب بإفشاء السر

لقد عرف الفقه والقضاء إختلافا حول حجية الرضا بإفشاء السر الطبي، أي مدى حرية المريض بإعطاء الصلاحية للطبيب للبوح بالسر الطبي، حيث ظهر في الفقه اتجاهان: الإتجاه الأول، يرى أنه يجب عدم السماح بإفشاء السر الطبي لأنه من النظام العام، ومن أجل استقرار وحماية المجتمع، وعليه فإن المشرع لم يقرر حماية مصلحة صاحب السر¹⁹³، فمصدر الإلتزام هو القانون وليس الإتفاق مع المريض، ويرى الرأي الراجح بأن رضى المريض يحلل الطبيب من التزامه بصون السر، على أن الرضا يجب أن يصدر عن المريض

¹⁹² - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 127.

¹⁹³ - Leila Ben Sedrine, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », p Op. Cit, p 185.

وهو على بينة من المرض الذي يعاني منه، كما أن إفشاء السر برضا المريض لا يجعل الثقة تهتز في هاته الحالة لأن الطبيب لم يفعل غير تنفيذ إرادة صاحب السر تحقيقاً لمصلحته¹⁹⁴. بالإضافة إلى حالة الإبلاغ عن الأمراض المعدية ففي هذه الحالة ترجح مصلحة الجماعة على مصلحة الأشخاص¹⁹⁵.

الفقرة الثانية: الإخلال بالحق في السلامة البدنية للمنتفعين

يتعدى الخطأ الطبي إطاره الإنساني ليقوم في كل مرة يصدر فيها خطأ تقني من الطبيب، وهي أخطاء لا يمكن أن تقع من غيره فهي لصيقة به، كالتشخيص وإجراء العمليات وغيرها من الأخطاء، فالخطأ الذي يقع من الطبيب أثناء ممارسته لعمله الطبي داخل المستشفى العام يتخذ صوراً عديدة ومتنوعة ولا يمكن حصرها، لذا سنتطرق إلى بعض منها مثل الخطأ في الفحص والتشخيص (أ)، الخطأ في الإمتناع عن العلاج (ب)، مباشرة العلاج ومراقبته (ج).

أولاً- الخطأ في التشخيص

إن مرحلة التشخيص هي من أدق وأهم المراحل في علاقة الطبيب بالمريض، وهو ما يجعله أمراً غير سهل، فالخطأ في التشخيص مهما كان يسيراً، تترتب عليه مسؤولية الطبيب.

أ- ماهية الخطأ في التشخيص

فالتشخيص هو المرحلة الأولى التي يبدأ فيها الطبيب عمله الطبي فهي مرحلة تسبق العلاج وتعتبر من أهم وأدق المراحل جميعاً، فإذا كانت هناك مجموعة من الأمراض سهلة التشخيص، تبقى أمراض أخرى يكتنفها الغموض ويعتريها الإلتباس، الشيء الذي يجعل المفهوم القانوني للخطأ في التشخيص مفهوماً معقداً¹⁹⁶، ففيها يحاول الطبيب تشخيص المرض من

194 - ليلي عبد المنعم عبد المجيد، "آداب مهنة الطب"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء

الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص 33.

195 - لقد نص المشرع على موجب إخبار السلطات الصحية والإدارية عن مجموعة من الأمراض، من خلال المرسوم الملكي رقم 55461 بتاريخ 1967/06/26 خصوصاً في مادته الأولى، وقرار وزير الصحة العمومية بتاريخ 1967/06/27 في شأن التصريح ببعض الأمراض.

196- بن عبد الله عادل، "المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، (شروط الفعل المولد للضرر)"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، السنة الجامعية 2010-2011، ص. 101.

خلال معرفة ماهية هذا المرض ودرجة خطورته وتطوره، ثم يقرر بناء على ما تجمع لديه من معطيات نوع المرض ودرجة تقدمه، فإذا فشل تصبح الأعمال اللاحقة وخصوصا العلاج الموصف خاطئة أيضا¹⁹⁷.

يبدأ الطبيب تدخله لمباشرة مهنته بتشخيص المرض عند فحصه للشخص المريض، والتشخيص هو تحديد خصوصيات وأسباب العلة وطبيعتها ودرجة خطورتها أو تطورها، أي مضاعفاتها وجميع ما يحيط بالمريض من ظروف، سواء كانت من الناحية الصحية أو الوراثية أو من ناحية سوابقه المرضية، فالطبيب في مجال التشخيص عليه أن يسمع إلى شكوى المريض ويحصل منه أو من أهله على أكثر المعلومات التي يحتاج إليها، ويشعر في فحص المريض فحصا دقيقا، مستعملا جميع الوسائل التي يشملها العلم الموجودة تحت تصرفه ليكون رأيه بعيدا عن الغلط قدر الإمكان، وذلك بالقيام مثلا بالتحاليل أو التصوير الشعاعي، أو الفحص البكتريولوجي إذا استدعته الحالة ليكون قناعة صحيحة وكافية في تشخيص المرض¹⁹⁸.

وإذا اقتضى الأمر أن يستأنس بآراء غيره من الأخصائيين أو يوجه المريض إلى أحدهم كما تمليه عليه قواعد مهنته وهو ما أكدته المادتان 45 و 69 من مدونة أخلاقيات الطب، فالتشخيص الطبي يتسم ببعض الخصائص، فهو لا يركز على العلم فقط ولكن أيضا على الخبرة والفتنة معا، نظرا لاختلاف وتعدد الأمراض التي قد تتشابه في بعض الأحيان أعراضها ويصعب تفرقتها، وبديهي أن جميع الأطباء لا يملكون في آن واحد هذه الصفات وبمقدار متماثل بل يتفاوتون فيما بينهم في حيازتهم لها، فهم غير معصومين من الأخطاء، هذا ما يحفز لديهم ضرورة استشارة بعضهم البعض في الحالات المستعجلة والصعبة أين يكون فيها تشخيص المرض ليس بالأمر الهين أو السهل.

¹⁹⁷- على عصم غصن، مرجع سابق، ص. 62.

¹⁹⁸- عدنان ابراهيم سرحان، "مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 161.

ب- المسؤولية الطبية عن الخطأ في التشخيص

وقد أكد المشرع على أهمية التشخيص حين ألح على الطبيب وجوب إيلاء أهمية وعناية خاصة دون اعتبار للوقت الذي يستغرقه هذا التشخيص، وهذا ما أكدت عليه المادة 38 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي نصت على أن: "يجب على الطبيب أن يعد تشخيصه بعناية فائقة مع إيلائه الوقت الكافي، مستعينا قدر الإمكان، بالطرق العلمية الأكثر ملاءمة وإن دعت الضرورة بطلب المساعدة المناسبة..."، وأقرته المادة 7 من قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربي الذي جاء فيه " ... استخدام وسائل التشخيص أو العلاج اللازمة والمتاحة للحالة المرضية، واستخدام الأدوات والأجهزة الطبية اللازمة والمتاحة في تشخيص متلقي الخدمة ومعالجته وفقا للأصول العلمية المتعارف عليها...".

والأحكام التي وردت بشأن أخطاء التشخيص متعددة على مستوى القضاء المقارن ونظيره المغربي، فالقضاء يدرك منذ زمن بعيد الصعوبات والمشاكل التي تواجه الأطباء وهم بصدد ممارسة فعل التشخيص، فالأطباء لا يسألون عن الأخطاء التي تقع في التشخيص إلا إذا كانت جسيمة أو تنطوي على جهل بالعلوم الطبية، بشرط أن يكون الطبيب كذلك قد بذل الجهود الصادقة اليقظة التي يبذلها الطبيب المماثل في الظروف القائمة¹⁹⁹.

فقد أدان القضاء الطبيب الذي أخطأ في التشخيص بسبب عدم استخدامه الأشعة والفحص الكهربائي، حيث جرى العمل على استخدام مثل هذه الوسائل، كما تنثور مسؤوليته إذا كان الخطأ راجعا إلى استخدامه لوسائل وطرق لم يعد متعارف بها علميا، وفي حالة عدم استشارته لزملاء له أكثر تخصصا، وكذلك إذا أصر على رأيه رغم تبينه من خلال آراء زملائه لطبيعة خطأه في التشخيص²⁰⁰.

199 - محمد حسين منصور، "المسؤولية الطبية، الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية"، مرجع سابق، ص. 48.

200 - محمد حسين منصور، "المسؤولية الطبية، الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة والمستشفى، الأجهزة الطبية"، مرجع سابق، ص. 53.

وفي المقابل لا تثور مسؤولية الطبيب في الحالات التي لا تساعده فيها الأعراض الظاهرة للمرض على كشف حقيقته، كوجود التهابات يصعب معها تبين طبيعة الجرح أو مصدره، أو إذا تعلق الأمر بتشخيص حالة كثيراً ما تقع بشأنها الأخطاء.

ففي الفحوصات الطبية استقر القضاء الفرنسي على أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية للمريض يعد أمراً ضرورياً قبل الإقدام على إجراء الجراحة،²⁰¹ وبالتالي فإن الإهمال الواقع من الطبيب في إجراء مثل هذه الفحوص يشكل خطأ في جانبه تقوم به مسؤوليته .

حيث أدانت محكمة "بواتييه" طبيباً كان قد اكتفى بالمعلومات المختصرة التي قدمتها المريضة كتابة لكي يحدد تشخيصه، ويصف علاجاً للتخسيس أودى بحياتها، ووفقاً لتقرير الخبراء فإن الطبيب قد تجاهل على نحو غير مقبول الأصول المستقرة للعلوم الطبية، كما رفضت محكمة "كولمار" أن تعفي طبيب من واجبه في أن يستعلم من طبيب آخر، حتى ولو كان هذا الأخير طبيباً أعفاه من هذا الإلتزام²⁰².

وفي نفس الصدد قضى حكم لإدارية وجدة بتاريخ 2005/03/02 بتحميل المسؤولية لوزارة الصحة في خطأ طبي ورد فيه الآتي: "وحيث يستفاد من المقال الإفتتاحي أن ابن المدعي قد أصيب بتاريخ 1999/11/28 بعينه اليمنى ونقل على إثر ذلك إلى مستشفى الفارابي وقد صادف ذلك اليوم عطلة فلم تنجز الفحوصات لمدة ثلاثة أيام مما تسبب في نزيف بعينه، مما جعله يعرض ابنه على إختصاصي لأمراض العيون بالقطاع الخاص بتاريخ 1999/12/10 الذي أكد وقوع خطأ جسيم وإهمال في التشخيص، وفي ضوء هذا المعطى نقل ابنه إلى المركز الجامعي الإستشفائي الجامعي بالرباط، هذا الأخير قام بعملية جراحية على العين اليمنى للإبن بتاريخ 2000/01/06 فجاء تقرير العملية مؤكداً وقوع نزيف حاد سابق على العين وأن العين أصيبت بالعمى، وبعد الإستماع إلى الطبيب المعالج أوضح أن يوم دخول المريض إلى المستشفى كان يوم عطلة، ونودي عليه في منزله وبعد أن جاء

201- محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، ص. 76.

202- أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص

وفحص المريض تبين له أنها لا تستدعي القيام بعملية، وأن في هاته الحالة يجب استعمال آلة Viltreotone التي ليست متواجدة بالمستشفى ولا تتواجد حتى بالمستشفى الجامعي بالرباط".

كما جاء في حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2007/03/19²⁰³ "حيث تقدم المدعي بدعوى يعرض فيها أنه على إثر ألم ألم بآبنه القاصر عرضه على الطبيب من أجل العلاج، حيث بعد التشخيص أقر بضرورة إجراء عملية جراحية لإستئصال الزائدة الدودية، وأنه بعد إجراء هذه العملية إشتد على ابن العارض الألم وتدهورت صحته مما إضطر إلى عرضه على مستشفى ابن رشد، حيث بعد المعاينة والتشخيص إتضح أن ابن العارض يشكو من ألم في المعى الدقيق وأن التشخيص الذي أقر أنه يعاني ألم الزائدة الدودية هو تشخيص خاطئ، مما اضطر معه الطبيب إلى إجراء عملية جراحية ثانية، فالإجتهاد القضائي استقر على أن الخطأ في التشخيص يعد خطأ ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي تحتم على الطبيب الإلمام بها".

وهو ما أكدته محكمة النقض في مجموعة من قراراتها، حيث جاء في قرار صادر عنها: 204 "يكون المركز الإستشفائي الجامعي مسؤولاً طبقاً لمقتضيات الفصل 79 من قانون الإلتزامات والعقود، عن كافة الأضرار الجسمانية اللاحقة بالهالك حين لم يتخذ الإجراءات الضرورية والإحتياطات اللازمة للحيلولة دون وفاة الضحية من جراء الإلقاء بنفسه من نافذة الغرفة بالطابق الثالث للمستشفى، بسبب ما كان يعاني منه من حالة نفسية وعصبية جد متدهورة، ويعتبر تقصيراً في التشخيص بقاء المريض حوالي أسبوع بمستشفى الإختصاصات دون إرساله إلى مستشفى الأمراض العقلية، مما يجعل الحادثة مشمولة بالضمان".

وأمام هذا التنوع في قرارات وأحكام القضاء التي تقر مبدأ مساءلة الطبيب أثناء مرحلة التشخيص، وبعدما اختلفت محاكم القضاء الفرنسي في شأن تقرير مسؤولية الطبيب عن الخطأ

203 - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء ملف عدد 2006/165، بتاريخ 2007/03/19.

204 - القرار عدد 231 الصادر بغرفتين بتاريخ 2006/3/15، الملف الإداري عدد 04/2/4/1432.

في التشخيص، فقصت بعضها بانتفاء المسؤولية للطبيب في ذلك، قضى البعض الآخر بقيام مسؤولية الطبيب شريطة أن يكون الخطأ نتيجة جهل وإهمال جسيم من الطبيب كما أسلفنا.

ثانيا- الإمتناع عن علاج المريض

بعد أن يقوم الطبيب بتشخيص المرض، يقبل على مرحلة تعد من أدق مراحل العلاج الطبي، والتي يشكل فيها الخطأ عنصرا مهما لطرق باب القضاء عن الأضرار الجسدية والنفسية التي تلحق ضحية الخطأ الطبي في مرحلة العلاج²⁰⁵، فعلى الطبيب وصف العلاج للمرض المشخص، أي تحديد الطريقة الملائمة له، فعليه أن يراعي عند وصفه للعلاج، الأصول العلمية الثابتة التي يتعين على كل طبيب الإلمام بها، كأنواع الأدوية الموجودة، ودواعي استعمالها وما يمكن أن تخلفه من آثار، وغيرها من الوسائل والأمر التي يصفها الطبيب للعلاج، والتي لا يمكن تعدادها أو حصرها، فهي كثيرة ومتشعبة، والطبيب عند اختيار العلاج ملزم بأن يحرر وصفة وأن يوضح لمريضه كل ما يتعلق بالعلاج المختار له، ويحرص على تمكنه أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا²⁰⁶.

فالطبيب يتمتع بحرية في تحديد العلاج، فحرية في إختيار العلاج هي أحد المبادئ الأساسية في ممارسة مهنة الطب، وهو ما أكدت عليه في المادة 28 من مدونة أخلاقيات الطب التي أعطت الطبيب صلاحية إختيار العلاج شريطة أن يكون ذلك في الإطار المتعارف عليه.

فالطبيب هو القاضي في مجال مهنته وعليه إلتزام بمعالجة مرضاه، وإذا لم يكن للطبيب في هذا المجال استقلال حقيقي، فإن ممارسة مهنة الشفاء تصبح مستحيلة وقد إعترف المشرع بمبدأ حرية وصف العلاج *Principe de la liberté des prescriptions médicales* وأشار إليه في مدونة آداب مهنة الطب، غير أن مبدأ الاستقلالية مرتبط بفكرة ضرورة إقتصار وصفة العلاج على ما هو ضروري ومناسب، مع الحالة المرضية المعروضة أمام الطبيب

205 - أحمد ادريوش، "تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية"، سلسلة المعارف القانونية -1995- 1996، ص. 26.

206 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 138.

بما ينسجم مع نجاعة العلاج،²⁰⁷ كما أنه لا يجوز للطبيب استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء الدراسة اللازمة وبعد التأكد الفعلي والصارم أن هذا العلاج سيعود بفائدة مباشرة على المريض.

لكن الطبيب يلتزم بمراعاة الحد اللازم من الحيطة في وصفه العلاج، إذ عليه ألا يصف ذلك بطريقة مجردة دون الأخذ في الاعتبار حالة المريض، بل عليه مراعاة بنية المريض وسنه ودرجة إحتماله، ومن ثم يسأل الطبيب إذا لم يراع ما سبق، وتقوم المسؤولية في حالة وصف الدواء غير الملائم لحالة المريض²⁰⁸.

لذا جعل تقدم العلوم الطبية بشكل مستمر، طرق العلاج تعرف هي الأخرى تطورا فتح خيارات واسعة للطبيب لانتقاء العلاج الأكثر فعالية لشفاء المريض، حسب القواعد التي لا يوجد أي خلاف علمي حولها.²⁰⁹

لذا أصبح التكوين المستمر ضرورة تحتتمها التطورات التي عرفتها العلوم الطبية، حيث جعلته الدول المتقدمة إجباريا يتم في دورات مراقبة، وأي طبيب لم يقم بأي دورة تكوينية طيلة خمس سنوات متتالية يصبح ملزما بالخضوع لامتحان ودورة تكوينية، وهذا ما أكده القضاء تجاه الطبيب الذي يظل جامدا أمام التطور العلمي ويستمر في علاج مرضاه بطرق متجاوزة.

وكقاعدة عامة فإن المحاكم تقيم المسؤولية إذا ما استشف القاضي من وقائع القضية أن الطبيب قد باشر العلاج بطريقة تنم عن إهمال ولا مبالاة، ويؤكد القضاء إلزام الطبيب بمباشرة أساليب العلاج المتفقة مع الأصول العلمية.

207 - نادية الرامي، مرجع سابق، ص 129.

208 - هشام محمد مجاهد القاضي، مرجع سابق، ص 128.

209 - عدنان ابراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 164.

ثالثاً- مباحرة العلاج أو مراقبته

هناك بعض الحالات أين لا يقف إلتزام الطبيب في إعطاء وصفة للدواء، بل قد يتواصل عمله وتتواصل تصرفاته الطبية، بعد وصف العلاج إلى مباشرته بنفسه كالقيام مثلاً بإعطاء حقنات معينة أو بحصص نقاهة للصدر أو القيام بتدليك، وذلك بحسب الحالة المرضية وحسب الاختصاص الطبي²¹⁰، وعليه فإنه إذا استدعت وضعية المريض كل ذلك، فإنه لا يمكن للطبيب أن يتحلل من التزامه بمتابعة العلاج ومراقبته لتكون لديه أنجع النتائج، فيتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج²¹¹.

فالطبيب يلتزم كقاعدة عامة بأن يهتم هو شخصياً بأمر المريض وإذا اضطر للإستعانة ببعض المساعدين أو أعضاء المجموعة الطبية التي يعمل فيها فإن ذلك لا يؤثر على بقائه، باعتباره الطبيب المعالج، المدين الأول لعلاج ومتابعته²¹² فعلاقة الطبيب بالمريض علاقة مستمرة، لأن الفحوص والعلاج يمتد فترة من الزمن تطول أو تقصر حسب الأحوال، ولضمان استمرارية العناية والعلاج فإن الطبيب يجب أن يعود مريضه عدة مرات حسب ما تستدعي الظروف والضرورة، وهذا يعتمد على طبيعة وتطور المرض، ولا يعني هذا ضرورة انتقال الطبيب للمريض، حيث يشمل كذلك إستقباله في مقر عمله إذا كانت حالته تسمح بذلك، فلهذا السبب يفضل الكثير من الأطباء علاج مرضاهم داخل المستشفيات أو العيادات، إذا كانت حالتهم تحتم ذلك، لأن الملاحظة المستمرة للمريض تتم بواسطة أشخاص مؤهلين، إلا أن إلتزام الطبيب بمباشرة العلاج ومراقبته لا يعني ربطه بالمريض على نحو لا يمكن الفكاك منه لأن الطبيب له التزاماته الحياتية العادية التي قد تملي عليه الانتقال أو السفر أو ترك المهنة كلية لظروف شخصية خاصة، فيمكن للطبيب في هذه الحالة أن يحل غيره من زملائه محله أو يحول مرضاه على زميل آخر، فبالتالي الطبيب لا يمكنه مبدئياً الإمتناع عن مواصلة العلاج لمريضه إلا في بعض الحالات الإستثنائية كالأعتبارات الشخصية،²¹³ وهذا ما جاء

210 - محمد حسين منصور، "الخطأ الطبي في العلاج"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، ص. 461.

211 - عدنان ابراهيم سرحان، مرجع سابق، ص. 165.

212 - هشام محمد مجاهد القاضي، مرجع سابق، ص. 126.

213 - نادية الرامي، مرجع سابق، ص. 130.

في نص المادة 14 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الذي يقضي "...يمكن للطبيب، من جهته، أن يرفض تتبع حالة مريض لأسباب مقبولة مهنية كانت أو شخصية، ما لم يتعلق الأمر بحالة طارئة أو بإخلال بواجب إنساني...." إلا أن تحلل الطبيب من إلتزامه بتقديم ومراقبة العلاج، لا يمكن أن يتأتى له إلا بعد تأكده وضمانه مواصلة العلاج للمريض من طرف طبيب مستخلف، هذا ما أكدت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب بنصها: " يجب على الطبيب، عندما يرفض تتبع حالة مريض، أن يخبر بذلك المريض وأن يوافي الطبيب الذي يختاره هذا الأخير بكل المعلومات الضرورية لمواصلة العلاج، ولا سيما الملف الطبي الكامل للمريض."

كما أن مهمة الطبيب الجراح لا تنتهي بمجرد إنتهاء العملية الجراحية بل يجب عليه تتبع حالة المريض، ومراقبة وضعيته الصحية التي تعقب العملية، حيث يجب عليه أن يكون على أتم الإستعداد للتدخل فورا في حالة وقوع مضاعفات لاحقة للعملية الجراحية، فأى إهمال مرتبط بذلك يستوجب المسؤولية، وهذا ما قضت به محكمة النقض في قرار لها: " حيث يتبين مما ذكر أن كلا من الطبيبين مسؤول عن المضاعفات التي حدثت للمريضة بعد دخولها من أجل الولادة وذلك بسبب إهمالها وتقصيرها في بذل العناية اللازمة، الشيء الذي نتج عنه مضاعفات خطيرة"²¹⁴.

وهو ما نص عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في حكم حديث بتاريخ 5 فبراير 2014 الصادر عن المحكمة الإدارية²¹⁵، "أدخل السيد X إلى المركز السجني V في 2005 وفي صباح الغد حول إلى المركز الإستشفائي السجني التابع للمستشفى، وفي 14 نونبر 2006 وضع في جناح تأديبي لمدة 6 أيام، يومين بعد ذلك حاول الإنتحار، وعلى إثر ذلك نقل إلى المستشفى Y ثم المستشفى الجامعي حيث مات في 22 نونبر 2006.

²¹⁴- نور الدين وحداني، "الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بين واقع التشريع وإجتهاادات القضاء"، مجلة الملف، العدد العشر، 2007، ص. 48.

²¹⁵-Tribunal administratif de Lille 5 février 2014, n° 1203711, <http://www.gazettedupalais.com>
Dade de visite decembre 2015, à 14h 30min.

حيث لاحظت المحكمة الإدارية حالة قلق السجين منذ وصوله كما لوحظت لديه حالة إكتئاب قد تؤدي للإنتحار، غير أنه لم تجرى له أي فحوصات تثبت إدمانه، وبالتالي لم يتخذوا الإحتياطات اللازمة لمنع حدوث الضرر²¹⁶، كما أن الفريق الطبي لم يأخذ بعين الاعتبار حاته عند وضعه في الزنزانة التأديبية، وبالتالي لاحظت المحكمة أن إنعدام المراقبة الطبية وعدم وجود إشراف طبي هو الذي أدى إلى انتحار السجين، وبالتالي فهذا الإهمال يشكل خطأ ينطوي على مسؤولية المرفق الإستشفائي²¹⁷.

²¹⁶ - Considérant qu'aux termes de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique : « I. -Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute (...) » ;

²¹⁷- M. X. a été incarcéré au centre pénitentiaire V. en 2005. Le lendemain de son incarcération, il a été pris en charge par l'unité de consultation et de soins ambulatoires du centre pénitentiaire, rattaché au centre hospitalier Y. Le 14 novembre 2006, il a été placé en quartier disciplinaire pour une durée de six jours ; deux jours plus tard, il a été retrouvé pendu dans sa cellule. Il a été hospitalisé au centre hospitalier Y. puis au centre hospitalier régional universitaire W. où il est décédé le 22 novembre 2006. Le tribunal administratif relève que « l'état d'anxiété du détenu a été relevé dès son arrivée, l'existence d'un risque suicidaire » dès son incarcération, que « l'absence de recherches toxicologiques tout au long de l'incarcération du détenu n'a pas permis de confirmer l'état toxicologique initial du détenu, d'adapter les traitements prescrits et de vérifier la bonne observance de ceux-ci alors que l'équipe médicale était informée du racket subi par le détenu et de sa participation à un trafic de médicaments », et que le personnel médical n'aurait pas pris des mesures spécifiques afin de s'assurer de la prise effective des traitements par le détenu. Enfin, lors de son placement en quartier disciplinaire, le Tribunal constate que « le médecin n'a pas considéré son état de santé comme incompatible avec cet encellulement ». Il conclut que « le manque de surveillance médicale de l'administration des traitements et de leur efficacité doit être regardé comme ayant contribué au passage à l'acte du détenu et constitue ainsi une faute de nature à engager la responsabilité du centre hospitalier Y. ».

المبحث الثاني: التكيف القانوني لمرافق الصحة العمومية

إن مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها مرافقها الطبية للمرتفقين أثناء إستفادتهم من الخدمات التي تقدمها، يقتضي تحليل ومناقشة مسؤولية المرفق الطبي العمومي من الناحية القانونية حول طبيعة الإلتزام الناتج عن مختلف الخدمات الطبية والشبه الطبية، وحول التكيف القانوني الذي إستقر عليه سواء من قبل الفقه القانوني أو القضاء في تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية المرفق الصحي العمومي.

فبالنظر إلى تطور علم الطب على مستويات عديدة، في ضوء التقدم التكنولوجي الهائل، نجد أن القواعد القانونية والتي تنظم مجال المسؤولية الطبية غير مواكبة وعاجزة عن الإجابة عن الكثير من المسائل القانونية التي تحتاج إلى جواب قانوني يؤطرها، وغياب لهذه القواعد في القانون المغربي، وعليه سنتناول طبيعة الإلتزام المنشئ للمسؤولية الطبية في (المطلب الأول)، على التطرق إلى تقدير الخطأ الطبي في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طبيعة الإلتزام المنشئ للمسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي

نظرا للطبيعة الاحتمالية لمهنة الطب التي تستوجب على الطبيب بذل كل جهده لشفاء المريض وإن كان غير ملزم بذلك، وكذلك نظرا لطبيعة مهنة الطب الأخلاقية فإن المشرع أحاط الطبيب بجملة من الإلتزامات لحماية المريض الذي قد يكون محل ضرر طبي ناتج عن عمل الطبيب، فالإلتزام الذي يقع على عاتق الأطباء بصفة عامة من حيث المبدأ هو الإلتزام ببذل عناية، الذي يتلخص مضمونه في بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة، إذ لا يعقل للطبيب أن يستعمل وسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، بل يجب أن تكون مطابقة للعلم والتجارب المختلفة، والالتزام ببذل عناية كقاعدة عامة راجع إلى طبيعة مهنة الطب كونها مهنة احتمالية، حيث تتدخل عوامل عديدة لا تخضع لسيطرة الطبيب، وبالمقابل هناك إلتزامات أخرى تقع على عاتق الطبيب والتي يكون تنفيذها لا مجال فيه لفكرة الاحتمال، فهذه الإلتزامات تعتبر إستثناء يقع فيها على عاتق الطبيب إلتزاما محددا، هو إلتزام بتحقيق نتيجة (الفرع الأول).

كما أن دراسة المسؤولية الطبية تقتضي منا تحديد طبيعتها القانونية هل هي تقصيرية أم عقدية، وإن كان القضاء المغربي ما زال لم يستقر بعد حول الأساس القانوني لمسؤولية الطبيب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإلتزامات الملقة على عاتق الطبيب

فقد طرحت منذ ظهور الأعمال والأنشطة الطبية التي إرتبطت بإكتشاف الطب على مستوى العلوم القانونية، إشكالية طبيعة الإلتزام الناتج عن ممارسة هذه الأعمال، والتي قد ينتج عنها أضرار أثناء ممارستها، وبالتالي طرح المسؤولية القانونية لذلك طرح تساؤل حول ماهية هذا الإلتزام، وهل يحكم عمل الأطباء ومن في حكمهم إلتزام قانوني معين أم أن عملهم يخضع لفكرة القضاء والقدر.

وفي ظل علاقة القانون بعلم الطب نشأة جدلية إلتزام الطبيب في إطار ممارسته للعمل الطبي، هل هو التزم ببذل العناية أو بوسيلة، أم هو التزم بتحقيق نتيجة أو غاية؟

الفقرة الأولى: الإلتزام ببذل العناية كأصل

أجمع الفقه والقضاء على أن إلتزام الطبيب بالنسبة للمريض ينحصر في الإلتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.

ويقصد بالإلتزام ببذل عناية أن الملتزم غير مجبر على تحقيق نتيجة ما وإنما ببذل جهده وحرصه فقط، وبالتالي فلا يثبت خطأ الملتزم أو إخلاله بالإلتزامه لمجرد عدم تحقق الغاية المنشودة، لأنه لم يلتزم أصلاً بتحقيق هذه الغاية، وإنما لابد للإعتباره مخلاً بالإلتزامه ومخطئاً إثبات أنه لم يبذل العناية اللازمة²¹⁸.

فنظراً للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي، فإن الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو بضمان سلامته من مخاطره، فعلم الطب كغيره من العلوم التجريبية يبنى على فكرة الاحتمالية، لذلك لا يمكن التزم الطبيب بتحقيق نتيجة معينة، فيقع على الطبيب الإلتزام ببذل

218 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 156.

ما في وسعه لتوفير أقصى قدر من الرعاية الصحية للمريض طبقا لمعطيات العلم والتجارب والخبرات المختلفة، فهو غير ملزم كقاعدة عامة بشفاء المريض²¹⁹.

ومن جهة أخرى فقد اتفق الفقه والقضاء على أن معيار التمييز بين كل من الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، هو درجة احتمال تحقق النتيجة التي يبتغيها المريض²²⁰.

وقد ظهر مبدأ الالتزام بعناية مع قرار Mercier الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936،²²¹ والذي أكد فيه القضاء الفرنسي على أن الطبيب يلتزم ببذل العناية فقط وليس التزاما بنتيجة، حيث قررت أن العقد الذي يتم بين الطبيب والمريض يوجب على الأول إن لم يكن بطبيعة الحال الإلتزام بشفاء المريض، فعلى الأقل ببذل عناية لا من أي نوع، بل جهودا صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد بها المريض ومع الأصول العلمية²²².

وقد كرس المشرع الفرنسي الإلتزام ببذل العناية في المادة 53.4322 من قانون الصحة العامة، والمادة 32.4127 من مدونة أخلاقيات الطب فالمشرع الفرنسي أشار إلى الإلتزام ببذل العناية بصفة ضمنية.

وفي القانون المغربي فالمريض الذي يقبل العلاج بالمستشفيات العامة، يخضع في علاقته معها لقواعد القانون العام، ومن بينها النظم الخاصة بتسيير المرافق العامة، وتطبق عليه القواعد العامة في المسؤولية عن الأضرار التي تصيبه من نشاط مرفق الطب، ويتحمل المستشفى كامل المسؤولية عن الضرر اللاحق بالصحة نتيجة عدم بذل العناية الواجبة أثناء تشخيص المرض وعدم التوفر على الأجهزة والتقنيات الضرورية، ففي كل هذه الحالات

219 - بلهاشمي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مقاضاة الشخص المعنوي العام في إطار القانون المحدث للمحاكم الإدارية، مراكش، الطبعة الأولى 1995، ص.77.

220 - عبد الله محمد علي الزبيدي، "مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة التاسعة والعشرون، سبتمبر 2005، ص. 274.

221- Géraldine Salem, « Contribution a l'étude de la Responsabilité Médical pour faute en droits Français et Américain », Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Paris VIII vincenne-saint Denis 25 mars 2015, p. 28.

222 - محمد محمد احمد سويلم، "مسؤولية الطبيب والجراح، وأسباب الإعفاء منها في القانون المدني والفقه الإسلامي دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى 2009، ص. 121.

مسؤولية مرفق الصحة يشكل خطأ مرفقيا يقوم على مبدأ واجب بذل العناية وتوفير العلاجات لكل مريض أو مصاب داخل المستشفى وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري المغربي في مجموع الأحكام والقرارات الصادرة عنه²²³.

فالطبيب لا يلزم إلا ببذل جهود صادقة تتفق مع الأصول المستقرة في علم الطب، وقد حاولت محكمة النقض الفرنسية تحديد معنى منضبط لمصطلح الأصول العلمية المستقرة في علم الطب.²²⁴

فقد جاء في قرارها الصادر في 1936/05/20²²⁵. "يكون التزام الطبيب مطابقا للمعطيات العلمية المعاصرة والحالية، واستعملت في قراراتها مصطلح "المعطيات العلمية المكتسبة" تارة وعبارة "المعطيات العلمية المكتسبة والحالية" تارة أخرى، غير أن محكمة النقض أدانت هذه الإضافة الأخيرة حيث جاء في قرار 2000/06/06 على أن المعطيات المكتسبة والحالية مفهوم مغلوطة، واستعملت عبارة "عناية مطابقة لمعطيات الطب والعلم". وفي قرار حديث لها الصادر 2010/10/14 جاء فيه: "... حق كل شخص من تلقي العلاجات الأكثر ملاءمة لسنه وحالته الموافقة للمعطيات العلمية المكتسبة والتي لا تعرضه لأخطار غير متناسبة، فإن هذا الطبيب قد قصر في التزامه العقدي ببذل عناية".

ويتضح من هذه الصيغة أن محكمة النقض الفرنسية قد تراجعت عن مفهوم المعطيات العلمية الحديثة، فهي تتضمن مفهوما متحركا للعلم الذي يجب أن يلم به الطبيب، وعلى هذا الأساس فإن العناية الواجبة على الطبيب تجاه المريض، لا بد وأن تتخذ هي الأخرى مفهوما متحركا الذي يعطي إتساعا أكبر لمفهوم العناية.²²⁶

وهذا ما استقر عليه وأخذ به القضاء المغربي، من خلال تطبيقات القضاء الإداري ومنذ إنطلاقة تجربته بالمغرب.

²²³ - عدنان طه الدوري، مرجع سابق، ص. 162.

²²⁴ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي"، مرجع سابق، ص. 42.

²²⁵ - عدنان ابراهيم سرحان، مرجع سابق، ص. 126.

²²⁶ - محند بوكوطيس، "مقاربة قانونية لطبيعة الالتزام الناتج عن الأعمال والأنشطة الطبية الموكولة للمرفق الصحي"، مجلة الفقه والقانون، العدد السادس، أبريل 2013، ص. 179.

ففي قرار محكمة النقض بتاريخ 20/10/2004 جاء فيه: "مسؤولية الطبيب المشرف على إجراء العملية يرتب إلزاماً رئيسياً محله بذل العناية وليس إلزاماً بتحقيق نتيجة،²²⁷ وهو ما جاء أيضاً في حكم للمحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 8 يونيو 2010 جاء فيه المرفق العمومي الصحي ملزم ببذل العناية التي شملت مع المهن الصحية وما يعرفه القطاع من تطور دون أن يكون ملزماً بتحقيق نتيجة.

وإذا كان القضاء الإداري يؤكد على مبدأ الإلزام ببذل العناية من خلال أحكامه وقراراته، فيجب أن يدخل في الحسبان عند تحديد مدى التزام الطبيب، الظروف الخارجية التي وجد فيها الطبيب والإمكانات المتاحة، كأن يكون عمل الطبيب في المستشفى غير مزود بالمعدات الحديثة، أو أن تكون حالة المريض خطيرة تتطلب إجراء عملية جراحية فوراً في مكان تواجد، ويدخل في تحديد التزام الطبيب مدى بذله للجهود المتفقة مع الأصول العلمية ووفق ما هو متعارف عليه طبياً²²⁸.

غير أن المريض أو المتضرر يبقى على عاتقه إثبات الخطأ الطبي إلى جانب العلاقة السببية والخطأ والضرر، ويبقى هو الطرف الضعيف في هذه المعادلة الصعبة، تحت ذريعة أن الإلزام بعناية هو الذي لا يلتزم فيه المدين إلا ببذل جهد للوصول إلى نتيجة معينة تحققت هذه النتيجة أم لم تتحقق، ومن ثم لا تشكل النتيجة المرتقبة جزءاً من الإلتزام وتظل أمراً خارجاً عنه²²⁹.

لكن القضاء سرعان ما تدارك هاته المسألة في مجموعة من أحكامه، وهو ما جاء في حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، رقم 1331 بتاريخ 27/09/2010، "حيث قضت أن ثبوت إصابة المولود بشلل في أحد أطرافه خلال عملية الولادة بأحد المستشفيات العمومية نتيجة عدم اتخاذ الاحتياطات الضرورية، وأن الأضرار اللاحقة بالضحية نتجت مباشرة عن

²²⁷ عبد الكبير العلوي الموصي، "العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية"، قرار عدد 2940 المؤرخ في 20/10/2004، ص. 9.

²²⁸ منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 112.

²²⁹ محند بوكوطيس، "مقاربة قانونية لطبيعة الإلتزام الناتج عن الأعمال والأنشطة الطبية الموكولة للمرفق الصحي"، مرجع سابق، ص. 180.

الأخطاء المنسوبة لموظفي الدولة والمتمثلة في عدم التبصر خلال عملية الولادة ولم يتدخل أي شخص أجنبي في حدوثه، مما تكون معه العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ثابتة²³⁰.

هذا التأكيد من طرف القضاء على ضرورة إقتران التزام الطبيب ببذل العناية، أن تكون عناية لازمة وفق ما هو متعارف عليه طبياً، فيه نوع من التلويح على المبدأ وتطويعه حتى يكون لفائدة المريض المتضرر، لكن سرعان ما سيتغير هذا المبدأ أمام المتغيرات والمستجدات العلمية في المجال الطبي، حيث يمكن القول بأن يصبح الإلتزام بتحقيق نتيجة قائماً.

الفقرة الثانية: الإلتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء

يقصد بالإلتزام بتحقيق نتيجة أن الطبيب مجبر على تحقيق غاية معينة، وفي هذه الحالة لا حاجة لإثبات خطئه وإنما يكفي عدم تحقق النتيجة ليعتبر مخطئاً، فالعلة وراء هذا الإلتزام تكمن فيما ينطوي عليه العمل الطبي في غلبة عنصر اليقين على عنصر الاحتمال، الأمر الذي يبرر الخروج على فكرة العناية، وعلى ذلك يرى الفقه أن الإلتزام الناشئ عن هذه الأعمال، يتمثل في ضمان سلامة المريض، بمعنى عدم تعريضه لأي أذى خارج عن نطاق المرض الذي لجأ من أجله إلى الطبيب²³¹.

إلا أن ضرورة إثبات العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الحاصل - وهي الوسيلة الوحيدة لحصول المريض على التعويض - تجعل القضاء في محاولة دائمة لإيجاد حل ملائم وإعطاء التوازن لوضعية كل من المريض والطبيب، وخاصة فيما يتعلق بالمسؤولية بدون خطأ حيث يقع على عاتق الطبيب الإلتزام بتحقيق نتيجة معينة لتدخله الطبي، وعليه أن يثبت السبب الأجنبي الناتج أو خطأ المضرور أو خطأ الغير لدرء المسؤولية عن نفسه²³².

230 - محمد الأعرج، "مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 99، السنة 2013، ص 146.

231 - بلهاشمي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص. 78.

232 - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 127.

وهذا ما خلق جدالا واسعا لا على المستوى الفقهي أو القضائي محاولا تكريس نظرية الإلتزام بتحقيق نتيجة في المجال الطبي، ويعزى ذلك إلى التطور الهائل من إستخدام التكنولوجيات الحديثة وظهور مستجدات طبية أخرى، الشئ الذي يستدعي القول إن الإلتزام الأطباء سيكون التزاما بتحقيق نتيجة حتمية علمية، لكن يبقى للقضاء الدور الأكبر في تطبيقه لهذه النظرية والإجابة على هذه التساؤلات..

فمن المسلم به أن هناك حالات استثنائية يقع فيها على عاتق الطبيب التزاما محددا Obligation déterminée هو التزام بتحقيق نتيجة²³³ حيث سلم الفقه والقضاء بأن يتعهد الطبيب فضلا عن بذل العناية في علاج المريض وفقا للأصول العلمية الثابتة، بالإلتزام بسلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ من أجله وعلى غير صلة به، ومن الإلتزامات المحددة الواقعة على عاتق الجراح²³⁴، الإلتزام الناشئ عن استعمال الأجهزة والأدوات الطبية مثل أجهزة التخدير وأدوات الجراحة، فضلا عن الأجهزة المستعملة في عمليات الولادة وفي جراحة الأسنان²³⁵.

حيث يتفق الفقه والقضاء على إعتبار الإلتزام الناشئ عن إستعمال الأجهزة والأدوات الطبية من طبيعة الإلتزام بتحقيق نتيجة، ومن جهة أخرى فإن البعض قد نادى بوجوب إعتبار إلتزام الجراح الناشئ عن عمليات نزع الأعضاء إلتزاما بتحقيق نتيجة.

وتبعا لذلك سوف نعرض بالتفصيل كل من هذه الحالات:

أولاً- الإلتزام بضمان سلامة المريض

الإلتزام بالسلامة Obligation de sécurité لا يعني الإلتزام بشفاء المريض، بل عدم تعرضه لأي أذى، ففكرة الإلتزام بالسلامة التي عوض بها القضاء فكرة الإلتزام بتحقيق النتيجة عرفت انتشارا واسعا، نظرا للتطور التكنولوجي السريع الذي جعل الإنسان يتعامل

²³³ - محمد حسين منصور، "الخطأ الطبي في العلاج"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص. 217.

²³⁴ - نور الدين وحداني، مرجع سابق، ص. 45.

²³⁵ - محمد رياض حنا، مرجع سابق، ص. 144.

مع الآلة بشكل كبير، لينصرف بذلك مفهوم الإلتزام بتحقيق نتيجة في الميدان الطبي إلى فكرة الإلتزام بالسلامة، أي سلامة المريض من كل ما يتعرض له جراء ما يستخدمه الطبيب من أدوات وأجهزة²³⁶.

حيث يكون ملزم بسلامة المريض من كل عدوى قد تنتقل إليه مرضاً آخر، فالإلتزام الطبيب ليس هو الشفاء، وإنما هو الإلتزام باتخاذ الحيطة والحذر سيما في الحالات التي تتطلب استخدام معدات وآليات طبية تساهم في العلاج²³⁷.

فقد حاول القضاء خلق محاولة قانونية يمكن للمريض من خلالها الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة للعمل الطبي الذي يخضع له، دون حاجة للبحث عن خطأ في جانب القائم بهذا العمل²³⁸.

وهذا التوجه كان واضحاً بصفة خاصة في أحكام محاكم الموضوع في فرنسا والتي لم تستبعد وجود الإلتزام تبعية مضمونه سلامة المريض، وهو الإلتزام يلزمه بالتعويض عن الضرر الذي أصاب مريضه حتى في حالة غياب الخطأ متى كان الضرر لا علاقة له بحالته السابقة أو بالتطور المتوقع لهذه الحالة، فبمقتضى هذا الإلتزام يصبح الطبيب مطالباً - ليس بشفاء المريض- وإنما بتفادي تفاقم حالته، أكثر مما يتطلبه التنفيذ العادي للعمل الطبي²³⁹.

ثانياً- نقل الدم

أثناء القيام بعملية نقل الدم يقع على عاتق الطبيب إلتزاماً محدداً بتحقيق نتيجة²⁴⁰ ألا وهي نقل الدم النقي للمريض والذي يتفق مع فصيلته وألا يكون الدم مصدر عدوى، وفي هذه الحالة يترتب على الإخلال بهذا الإلتزام إثارة المسؤولية، ولا يستطيع التخلص من تلك

236 - عبد الله العزوزي، بيصل لعموم، "المسؤولية الطبية في القطاع الخاص"، مجلة المعيار، العدد الخامس والسادس والعشرون، دجنبر 2000، ص. 33.

237 - مصطفى محمد الجمال، "المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين"، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 115.

238 - محمد الصالح بن حسين، مرجع سابق، ص. 10.

239 - محمد رياض حنا، مرجع سابق، ص. 150.

240 - محمد الصالح بن حسين، مرجع سابق، ص. 11.

المسؤولية إلا بإثباته قيام السبب الأجنبي ولا يكفي إثباته القيام ببذل العناية الواجبة، ويدخل تحت هذا الإلتزام إعطاء المريض سوائل معينة مثل الجلوكوز Glucose والأمصال والسوائل الأخرى، فعلى الطبيب التأكد من صلاحية وقابلية الجسم للإستجابة²⁴¹.

ويعد الطبيب ملتزماً بتحقيق النتيجة فيما يتعلق بالتحاليل التي يجريها لمريض كتحليل الدم حيث تعتبر من العمليات العادية التي تقع على مصل محدد تحديداً دقيقاً ولا تحتمل صعوبات خاصة كغيرها من الأعمال الطبية²⁴².

ثالثاً- الأمانة والأدوية والصيدلية

وتنثار مسؤولية الطبيب أو الصيدلي عن الأضرار التي تلحق المريض بسبب الأدوية التي يتعاطاها، فالطبيب عند كتابته الدواء بتذكرة العلاج يخضع للإلتزام ببذل العناية اليقظة في أن يكون الدواء ناجعاً لكنه لا يلتزم بشفاء المريض، ولا تقوم مسؤوليته إلا إذا ثبت تقصيره إما بإهماله في إختيار الدواء أو خطأه في وصفه، وهنا يقع عن الطبيب بالإضافة إلى إلتزامه العام ببذل العناية إلتزاماً آخر بالسلامة، بعدم إعطاء المريض أدوية فاسدة أو غير ضارة²⁴³ أو لا تؤدي بطبيعتها وبخصائصها تحقيق الغاية المقصودة منها، أما إلتزام الصيدلي بالقاعدة العامة هي إلتزامه بنتيجة فهو مدين بالإلتزام محدد يتمثل في تقديم أو بيع أدوية صالحة وسليمة، ولا تشكل بطبيعتها خطراً على حياة المرضى الذين يتعاطونها، وإذا كان يضمن سلامة الأدوية التي يبيعها أو يركبها إلا أنه لا يضمن فعالية تلك الأدوية ومدى نجاحها في العلاج²⁴⁴، فهو التزم بعناية يلتزم بصده بتقديم الدواء المتفق مع الأصول العلمية القائمة بهدف شفاء المريض، وهو يشترك في هذا المجال مع الطبيب في إلتزامه بعناية لذا فإن الخطأ الناجم عن مسؤولية الصيدلي تباشر لدى المحاكم الإدارية²⁴⁵.

²⁴¹- محمد حسن منصور، "الخطأ الطبي في العلاج"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص. 236.

²⁴²- محمد محمد أحمد سويلم، مرجع سابق، ص. 125.

²⁴³- إبراهيم سيد أحمد، "الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي"، دار الكتب القانونية مصر 2007، ص. 8.

²⁴⁴- Fouad Laboudi, op.cit, p. 44.

²⁴⁵- ماري ليلي خوري، "الأدب الصيدلانية"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص 39.

رابعاً- الترخيبات الصناعية وزرع الأعضاء

أدى التقدم العلمي إلى تزايد اللجوء إلى الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويض الإنسان بما يفقده من أعضائه الطبيعية وما يصاب به من عجز أو ضعف.

وقد نص الفقه إلى إعتبار الإلتزام عن هذه العمليات إلتزاماً بتحقيق نتيجة يكفي أن يقر الأطباء المختصون أن هذا التبرع لا يترتب عليه أي ضرر للشخص المتبرع، وتعويضه عن النقص القائم له وسلامة العضو المتبرع به²⁴⁶.

فإلتزام الطبيب بنتيجة يكون هنا في الجانب التقني حيث يلتزم فيه بضمان سلامة الجهاز أو العضو الصناعي ودقته ومدى ملاءمته لجسم المريض.

حيث إستند الفقه المنادي بفكرة الإلتزام بنتيجة على المبررات الآتية:

- أن العلوم الطبية قد تطورت تطوراً عظيماً وأصبحت توجد وسائل وأدوات حديثة تيسر عمل الطبيب وتجعله متأكداً من نتائج عمله بحيث يتلاشى عنصر الإحتمال.

- عملية زرع عضو من إنسان صحيحاً لابد وأن يسبقها العديد من الفحوصات ولهذا إذا وقع لهذا المتبرع ضرر يفترض خطأ الطبيب، ولا يتحمل المضرور عبئ الإثبات وإنما يكون على الطبيب إثبات السبب الأجنبي الذي لابد له فيه للتخلص من المسؤولية²⁴⁷.

خامساً- طب الأسنان

يلتزم الطبيب بنتيجة مقتضاها سلامة الأسنان، وملاءمتها لفم المريض، وتثور مسؤوليته إذا أصاب الأسنان خلل أو تسبب للمريض في آلام وإصابات معينة.

²⁴⁶- عامر احمد القيسي، "مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، 2001، ص 67.
²⁴⁷ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 60.

فعمل طبيب الأسنان ينطوي على جانبين الأول طبي والثاني فني²⁴⁸.

فالطبيب يسأل عند عدم تحقق النتيجة المرجوة فيلاحظ أنه بالنسبة للموجبات الطبية الإنسانية، كالسر الطبي، وإعلام المريض هو موجب نتيجة، لأنه لا يتضمن عنصر الاحتمال، أما فيما يتعلق بالموجبات التقنية والفنية يكون عنصر الاحتمال ضئيلاً، وأغلبيتها تكون بنتيجة كالتحاليل المخبرية، والتطعيم وعمليات التجميل، حيث يكون الطبيب مسؤولاً عن عدم الوصول إلى النتيجة المرجوة، ما لم يثبت السبب الأجنبي²⁴⁹.

ويمكن القول إن فكرة الإلتزام بتحقيق نتيجة كانت نتاجاً لحراك فقهي وقضائي حماية للمريض المتضرر حتى يحصل على تعويض مناسب لجبر الضرر، كما أن ما وصل إليه العلم الحديث في المجال الطبي، من تطور هائل والإستخدام للتكنولوجيا الحديثة وإحتمال ظهور مستجدات طبية، قد يؤدي إلى القول إن إلتزام الأطباء سيكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة حتمية علمية، لكن القضاء ومن خلال الإجتهادات القضائية هو الكفيل بتكريس هذه النظرية.

²⁴⁸- محمد حسين منصور، "الخطأ الطبي في العلاج"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، مرجع سابق، ص. 224.
²⁴⁹- علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 130.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المرفق الطبي

لم يتناول المشرع طبيعة المسؤولية سواء في القانون المغربي أو القانون المقارن، بل اختلف الفقه والقضاء في طبيعة مسؤولية الطبيب بين اتجاهين: إتجاه يضيف على هذه المسؤولية الطابع التقصيري، في حين أن الإتجاه الثاني يذهب إلى أن هذه المسؤولية هي ذات طبيعة عقدية، وقد أظهرت قضايا المسؤولية الطبية عن الدقة المتطلبة في تكييفها، ذلك أنه إذا كان القضاء قد استقر منذ منتصف الأربعينات من القرن الماضي على التكييف التعاقدية للمسؤولية المدنية للطبيب، حيث أن الأصل في جل حالات المسؤولية الطبية أنها تنبني على الفصولين 77 و 78 من ق.ل.ع، دون أن ننسى حالة المسؤولية الطبية المرفقية والتي تنبني على الفصل 79 من ق.ل.ع.

فالمسؤولية إما أن تكون عقدية حيث مصدر الإلتزام الناشئ عنها هو العقد، وإما تكون مسؤولية تقصيرية يجد مصدر الإلتزام فيها القانون²⁵⁰.

وعلى هذا الأساس وبالرجوع إلى العمل القضائي والوقوف على الأحكام المتعلقة بالمسؤولية الطبية، نجد أن القضاء يكيف مسؤولية الدولة على الخطأ الطبي أنها مسؤولية تقصيرية في حين يذهب أحيانا إلى اعتبارها مسؤولية عقدية، ولعل ذلك يرجع بالأساس إلى عدم وجود النص القانوني الذي ينظم هذا المجال من جهة وإلى تعدد الجهات القضائية التي تبت في المسؤولية الطبية من جهة أخرى، وكذا قلة الدراسات الأكاديمية بالمقارنة مع موضوع المسؤولية الطبية في إطار القانون الخاص²⁵¹.

250 - عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص. 139.

251 - نور الدين وحداني، "الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بين واقع التشريع واجتهادات القضاء"، مجلة الملف، العدد العاشر، الجديدة، المغرب أبريل 2007، ص 263.

الفقرة الأولى: تأسيسها على أساس المسؤولية العقدية

تكون المسؤولية الطبية عقدية إذا وجد بين المضرور أي المريض والمسبب في الضرر عقد صحيح، وكلما إنعدمت رابطة العقد كانت المسؤولية تقصيرية، فإن المسؤولية الطبية التي تنجم عن علاقة الطبيب مع مريضه تكون عقدية، حينما يختار المريض الطبيب الذي سيعالجه، حيث يتعهد هذا الأخير بعلاجه ملتزماً في ذلك إحترام القواعد التي تقتضيها المهنة²⁵².

إذا كانت هذه العلاقة في إطار القانون الخاص، فيتوجب علينا التطرق لطبيعة العلاقة التي تربط بين المريض وبين المرفق الصحي العمومي وبالتالي فهل سنتبني هنا على أساس تعاقدية؟ وذلك على غرار العلاقة التعاقدية بين المريض والطبيب في إطار القانون الخاص؟ من المعلوم أن المرفق الصحي العمومي كغيره من المرافق العمومية يقدم خدمات طبية تستهدف تحقيق المصلحة العامة، ويكون خاضعاً للسلطة العامة، فالمريض يكون أمام شخص معنوي عام، فهل ينشأ عقد طبي بين المريض والمرفق الصحي العمومي؟²⁵³.

هناك من الفقه القانوني والقضاء من ذهب إلى تكييف مسؤولية المرفق الصحي العمومي على أساس تعاقدية، وذلك على اعتبار أن علاقة الأطباء بالمرفق الصحي العمومي هي علاقة التابع بالمتبوع وأن الشروط اللازمة لتحقيق العقد متوفرة، حيث لا يكتمل العقد كالنظام ناشئ عن التعبير عن الإرادة إلا بتوافر أركانه التي تم تحديدها بالمادة 2 من ق.ل.ع²⁵⁴، فهذه الأركان هي التي تبرر موقف القضاء من مسؤولية المرفق الصحي أو المستشفى التابعة لمسؤولية الموظفين التابعين له، حيث إننا بمناقشتها سنجد أنها لا محالة تتواجد كلها بعلاقة

²⁵²- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص. 89.

²⁵³- منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 63.

²⁵⁴- ينص الفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، على أن الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

1- الأهلية للالتزام

2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.

3- شيء محقق يصلح لأن يكون محلاً للالتزام.

4- سبب مشروع للالتزام.

المريض بالمستشفى العمومي، وبالتالي بقيام إلتزام تعاقدى بكافة أركانه، مما يستخلص معه أن العلاقة بين المريض والمستشفى هي علاقة تعاقدية، فالمريض في علاقته مع الطبيب هذا الأخير الذي يكون تابعا للمرفق الصحي ويتحمل المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها، والتي تكتسي طبيعة الأخطاء المرفقية، وذلك في إطار نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع²⁵⁵.

فهذه المسؤولية ليست إلا نوعا من الضمانة، أوجدها المشرع حماية للمتضرر، الذي يبقى له مقاضاة التابع بالإستناد إلى مسؤوليته الشخصية، فما دام المريض يملك إختيار مقاضاة الطبيب الموظف بالمرفق الصحي، في نطاق مسؤوليته الشخصية، يمكن القول إن إمكانية تأسيس الأمر على أساس تعاقدى واردة²⁵⁶.

فالعلاقة القائمة بين الطبيب المعالج ومريضه هي علاقة تعاقدية إدارية متفق عليها بين الطرفين، وتنشأ المسؤولية الطبية عند الإخلال بهذه الإلتزامات، وهذا ما إستقر عليه القضاء الفرنسي، حيث ظل يعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية إلى غاية 20 ماي 1936 حيث أصدرت الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية قرارها الشهير في قضية Mercier، الذي يعد نقطة تحول مهمة في ميدان مسؤولية الطبيب حيث قلبت الأوضاع، وأعطى للقضاء الفرنسي منذ ذلك الوقت إتجاها آخر إعتبر فيه الطبيب مرتبطا بعقد مع مريضه يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة بالمريض، والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي ويترتب عن الإخلال بهذا الإلتزام التعاقدى ميلاد المسؤولية العقدية²⁵⁷.

ولقد إستقر الفقه الفرنسي القديم على أن الأعمال الأدبية والطبية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم، ورتب هذا الفقه على ذلك لأن العلاقة بين الطبيب والمريض ليست علاقة عقدية،

255 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي"، مرجع سابق، ص. 49.

256 - أحمد نهيد، "فكرة عن تطور القضاء في بناء المسؤولية الطبية"، التواصل القضائي مجلة فصلية قانونية وقضائية متخصصة، عدد مزدوج 2-3 دجنبر 2013، فبراير 2014، ص. 30.

257 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 198.

فالطبيب لا يسأل عقدياً في مواجهة المريض، كما أن المريض لا يجبر القضاء على أن يدفع مقابل للخدمة التي أداها له الطبيب ولو كان قد إتفق معه على ذلك²⁵⁸.

إلا أن الفقه سرعان ما تنبه في بداية القرن العشرين إلى خطأ هذه النظرية، فأخذ الفقهاء ينادون بوجوب إعتبار مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض مسؤولية عقدية، بل إنه حتى عندما يكون إختيار المريض للطبيب حاصلًا من الغير كمستشفى أو رب عمل فيكون هناك إشتراط لمصلحة الغير يجعل المسؤولية تعاقدية²⁵⁹.

وقد ذهب جانب من الفقه المغربي إلى تكليف مسؤولية المرفق الصحي العمومي على أساس تعاقدية، وذلك على إعتبار أن علاقة الأطباء بالمرفق الصحي العمومي هي علاقة التابع بالمتبوع، وأن الشروط اللازمة لتحقيق العقد متوفرة مما ستؤدي إلى القول بوجود التزام تعاقدية بين طرفي العقد، المريض من جهة والمرفق الصحي العمومي من جهة أخرى.²⁶⁰

فالطبيب يكون تابعا للمرفق الصحي، ويتحمل المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها والتي تكتسي طبيعة الأخطاء المرفقية وذلك في إطار نظرية مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع²⁶¹.

كما ذهب القضاء المغربي حيث إعتبر أن هناك عقد مدنيا بين الطرفين كما تجلى من خلال مجموعة من الأحكام القضائية الصادرة في هذا الإطار ونستدل في ذلك بحكم المحكمة الابتدائية بأكادير الذي أكدت فيه أن مسؤولية الطبيب مصدرها العقد، على الرغم من كون الطرف المدعى عليه هو الدولة المغربية باعتبارها مالكة لمستشفى الحسن الثاني، وهو كذلك ما جسده حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، في أحد أحكامها والذي جاء فيه، "حيث إنه من المستقر عليه فقها أن العمل الطبي يحل من الناحية القانونية بإعتباره عقداً، فإن هذا العقد لا يرتب على الطبيب إلزاماً بتحقيق نتيجة وإنما إلزاماً ببذل عناية، غير أن هذا الإتجاه يبقى

²⁵⁸- Franz Werro, « La responsabilité médicale » ; IDS Neuchatel ; avril 1996, p. 13.

²⁵⁹- حسام الدين الاهواني، مرجع سابق، ص. 381.

²⁶⁰- بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 92.

²⁶¹- أحمد ادريوش، "تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية"، مرجع سابق، ص. 40.

توجها إستثنائيا تثبته بعض المحاكم المغربية والتي إعتبرت المسؤولية الطبية هي مسؤولية عقدية²⁶².

إلا أن القضاء في مصر قد أخذ بالنظرية التقصيرية في المسؤولية الطبية كأصل عام، إلا أن هذا لم يمنع محكمة النقض من الإعتداد بالنظرية العقدية في مجالات محددة.

وعلى ذلك، فلقد اعتبرت محكمة النقض أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية كلما كان الطبيب قد تولى علاج المريض بناء على إختياره له وطلبه بنفسه أو عن طريق نائبه.

غير أن الرأي الغالب يرى أن المسؤولية العقدية تبقى مقتصرة التطبيق في القانون الخاص، ولا يمكنها أن تسد الفراغ وذلك راجع لعدة اعتبارات منها أن المسؤولية العقدية لا توفر الحماية للمريض بالقدر الذي يوفره له الأخذ بالنظرية التقصيرية.

كما أن أعمال أحكام المسؤولية العقدية لا يتفق وطبيعة النشاط الطبي أو بمعنى آخر لو سلمنا جدلا بالطبيعة العقدية، فسنقع في حرج مؤداه أعمال أحكامها والمتعلقة بجواز الاتفاق على تحقيق المسؤولية أو تشديدها أو الإعفاء منها، لأن الأمر متعلق بمشيئة وإرادة المتعاقدين، فهذا القول لا يجوز إعماله في النشاط الطبي لأن القول بإعفاء الطبيب من المسؤولية بناء على إتفاق بينه وبين المريض المتعاقد، مثل هذا الشرط يكون مخالفا لمقتضيات النظام العام الصحي، وهذا ما يجعلنا نجد، ودون الإعتراف بالطبيعة التقصيرية لمسؤولية الطبيب في النهاية، وأن أحكام المسؤولية التقصيرية هي التي تطبق²⁶³.

فالخطأ المهني للطبيب إبان ممارسته للنشاط العلاجي تبحته المحكمة في إطار المساس بسلامة جسم الإنسان ووفقا لمقتضيات أصول فن المهنة وليس في إطار عقد العلاج²⁶⁴.

ونشير أن هذا الإتجاه يبقى توجها إستثنائيا تتبناه بعض محاكم القضاء العادي، والتي إعتبرت المسؤولية الطبية هي مسؤولية عقدية، ولو تعلق الأمر في مستشفيات عمومية، ويبقى

262 - بلهاسمي محمد التسولي، مرجع سابق، ص. 76.

263 - منذر الفضل، "المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، ص. 58.

264- Franz Werro, op.cit, p. 14.

المبدأ السائد هو المسؤولية التقصيرية، لأن علاقة الطبيب بالمريض في المستشفى العام، هي علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة، وتتحدد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي العام الذي يديره المستشفى، فهي ليست علاقة عقدية، بل هي من طبيعة إدارية²⁶⁵.

لكن سرعان ما استبعد الفقه والقضاء فكرة العقد كأساس لهذه المسؤولية، وهذا هو الإتجاه الصحيح، لأن العلاقة بين المرضى والمرافق الصحية العمومية ليست علاقة تعاقدية وإنما هي علاقة نظامية ومن ثم فقواعد القانون هي التي تحكم هذه العلاقة.

الفقرة الثانية: تأسيسها على مسؤولية تقصيرية

إذا كان الرأي الغالب كما سبق الذكر يذهب إلى اعتبار المسؤولية الطبية ذات طبيعة تعاقدية إلا أنه سرعان ما استبعد الفقه والقضاء فكرة العقد كأساس لهذه المسؤولية وهذا هو الإتجاه الصحيح (ب)، لأن العلاقة بين المرضى والمرافق الصحية العمومية ليست علاقة تعاقدية وإنما هي علاقة نظامية ومن ثم فقواعد القانون هي التي تحكم هذه العلاقة وذلك راجع لعدة اعتبارات (أ).

أولاً - اعتبارات الأخذ بالمسؤولية التقصيرية

لقد ذهب الاتجاه الغالب من الفقه القانوني إلى اعتبار مسؤولية المرفق الصحي العمومي والمسؤولية الطبية بشكل عام، لا يمكن أن تكون إلا مسؤولية تقصيرية، وبنوا ذلك على عدة اعتبارات.

²⁶⁵ - ناجي الهاني، "بحث علمي وقانوني حول المسؤولية الطبية، تمرير - مستشفى"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 514.

أ- انعدام العقد أو عدم صحته

منها أن حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد لأن حياة المريض وسلامته يحميها القانون والنظام العام وأي شيء غير ذلك يخضع الطبيب حسبه للمسؤولية وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية²⁶⁶.

هذا فضلاً على أن العلاقة بين المريض والمرفق الصحي العمومي هي علاقة تنظيمية تحكمها قواعد القانون العام ذلك أن المريض الذي يتلقى العلاج في المستشفى يتعامل مع شخص معنوي، ويخضع للتنظيمات واللوائح الإدارية لهذا المرفق، فالعلاقة بين المريض والطبيب المعالج هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال العلاقة المباشرة بين المريض والمستشفى، فحقوق والتزامات الطرفين تحدد بموجب اللوائح المنظمة لنشاط المستشفى، وفي غياب العلاقات العقدية في المرفق الصحي، فإن العلاقة تصبح علاقة شخص مكلف بأداء خدمة عامة، والمريض باعتباره مواطن الحق بالإنقاذ بخدمات المرافق العامة²⁶⁷.

كما أن المهن الطبية ذات طبيعة فنية بحتة، بحيث لا يمكن أن تكون محلاً للتعاقد لأنها تتطلب قدراً من العلم والدراسة ولها شروط متخصصة ومؤهلات علمية والعلم بهذه الأمور ينفرد بها الطبيب دون المريض²⁶⁸.

الحالات التي يتم فيها العلاج بناء على اتفاق سابق بين جهة معينة والطبيب وذلك كأن تتفق مصلحة أو شركة أو عيادة، على علاج العاملين لديها، فإذا أمكن القول بأن هناك عقد بين رب العمل والطبيب، فإنه يصعب القول مثل هذا العقد بين العامل والطبيب، فالعامل يستفيد من اشتراط المصلحة في العقد المنعقد بين الجهة التي يعمل بها الطبيب أو المستشفى المعالج.

²⁶⁶ - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 73.

²⁶⁷ - منذر الفضل، "المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص. 60.

ب- حالات وصول الخطأ الطبي إلى درجة الخطأ الجنائي

يعتبر الفقه والقضاء أن وصول الخطأ الطبي إلى درجة الجرم الجنائي يوجب تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية ولو كان هناك عقد بين الطبيب والمريض، إذ أن القضاء الجنائي يصبح مختصا بالنظر في الدعوى المدنية وتطال يد القاضي الجنائي المسؤولية العقدية، لأن المشرع لم يسمح له بالبت فيها إلا على اعتبار أن الخطأ يكون إخلالا بالقانون الجنائي، يترتب عنه ضرر خاص، أي إخلال بالتزام مصدره القانون، وهو ما يمكن المتضرر من أن يقيم دعوى التعويض على أساسه، وتبعا للدعوى الجنائية أمام القاضي الجنائي وذلك حتى ولو كان مصدر العلاقة عقدا، إذ لا فائدة ترجى من وراء تمسك المتضرر بالمسؤولية العقدية ما دام أنه ملزم بتكليف الإخلال بالالتزام التعاقدية بنص من نصوص القانون الجنائي²⁶⁹.

وتتجلى المسؤولية التقصيرية الناجمة عن جرم في بعض التصرفات الصادرة عن الطبيب خارج الأخطاء الفنية لمهنته، ومن أمثلتها عدم إسعافه لشخص في حالة خطر، وهي الجنحة التي يعاقب عليها الفصل 431²⁷⁰ من مجموعة القانون الجنائي المغربي، وكذلك جنحة إفشاء السر المهني المنصوص عليها في الفصل 446 من القانون الجنائي.

فعندما تأخذ مخالفة الطبيب لإلتزامه ببذل العناية طابعا جنائيا، أي يصبح فعلا يشكل جريمة، والمسؤولية الناجمة عن الجريمة ليست عقدية، فهي لا تعتبر ناشئة عن مجرد إخلال بالتزام تعاقدية، وإنما مصدرها خرق نص جنائي عن طريق ارتكاب جريمة وثم فإنها مسؤولية تقصيرية²⁷¹.

269 - رشيد تاشفين، "المسؤولية الجنائية للطبيب على ضوء القوانين الجديدة المتعلقة بالطب والأعمال الطبية"، مجلة الدفاع العدد الرابع، السطات شتنبر 2005، ص 37.

270 - الفصل 431 من مجموعة القانون الجنائي المغربي نص «من أمسك عمدا عن تقديم مساعدة لشخص في خطر رغم أنه كان يستطيع إن يقدم تلك المساعدة إما بتدخله الشخصي وإما بطلب الإغاثة دون تعريف نفسه أو غيره لأي خطر يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وغرامة من 200 درهم إلى 1000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط».

271 - عبد اللطيف الشرقاوي، "الوجيز في الالتزامات الناشئة عن الجرم وشبه الجرم (مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية)"، الطبعة الأولى 2001، ص 56.

ت- المسائل المتعلقة بالنظام العام

إن أعمال الطبيب ترتبط بأجسام الأشخاص وحياتهم التي تدخل في خانة مصلحة المجتمع، مما يجعلها من النظام العام، والمساس بها يعتبر مساسا بالنظام العام، وهو ما يؤدي إلى وجوب خضوع الطبيب المخالف لها لقواعد المسؤولية التقصيرية، وليس العقدية²⁷².

ث- ضرورة قيام الدليل على وقوع تقصير من الطبيب حتى يمكن مساءلته

إن الطبيب لا يلتزم تجاه مريضه بالشفاء والسلامة، بل يلتزم بالعناية الكافية وبوصف وسائل العلاج المرجوة للشفاء، ولكي يعتبر الطبيب مقصرا في عمله يجب أن يتأسس الدليل على أن تدهور صحة المريض ترجع إلى تقصير من الطبيب في عنايته بالمريض، وهنا يجب على المريض أو عائلته إثبات مسؤولية الطبيب عن الضرر الذي لحق بالمريض، وإن هم أثبتوا ذلك كان الطبيب مسؤولا إلا أن يثبت خطأ المريض أو القوة القاهرة.

فضلا عن الذي قدمناه سابقا، هناك أحوال تكون فيها مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تقصيرية، وهو ما سنوضحه في الحالة التالية:

ج- حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام

إن النظرية السائدة في فرنسا أواخر القرن التاسع عشر وفي مصر حتى أوائل القرن العشرين كانت تذهب إلى أن العلاقة بين الموظف والإدارة علاقة تعاقدية على أساس أن قبول الموظف الإلتحاق بالوظيفة العامة، وقبول الإدارة لهذا الإلتحاق، يعتبر عقدا من عقود القانون المدني، وهو الأمر الذي يعني أن الموظف يخضع لأحكام القانون المدني.

وبعد منتصف القرن التاسع عشر قرر مجلس الدولة الفرنسي - وعندما أخذت معالم القانون الإداري في الظهور- أن مركز الموظف هو مركز نظامي وليس تعاقدية، وهذا ما

272 - بوبكري محامدين، مرجع سابق، ص. 86.

يجعل الطبيب الذي يعمل موظفا في مستشفى عام منتسبا إلى مركز تنظيمي، ويخضع استنادا إلى ذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين في الدولة²⁷³.

ويتضح مما تقدم أن علاقة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام هي علاقة تنظيمية، ولا يمكن القول بوجود إشتراط لمصلحة المريض بين الطبيب الذي يعمل في المستشفى العام وبين إدارة المستشفى، وبالتالي فإنه لا يوجد عقد بين الطبيب في المستشفى العام وبين المريض، وعلى ذلك لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر الذي يلحق المريض إلا على أساس المسؤولية التقصيرية²⁷⁴.

ثانيا- أسس المسؤولية التقصيرية

تترتب المسؤولية التقصيرية عن كل إخلال بواجب قانوني لا يمت إلى العقد بصلة مباشرة، ويكون مصدر الإلتزام فيه هو القانون، كما أن القانون الفرنسي لم يتضمن نصا خاصا بالمسؤولية المدنية للطبيب ونتيجة لذلك ذهب غالبية الفقهاء إلى وجوب تطبيق الأحكام العامة للمسؤولية عن العمل الشخصي في مثل هذه الأحوال.

وهذه الأحكام منصوص عليها في المادة 1382 من القانون المدني، التي تلزم كل من ارتكب خطأ سبب للغير ضررا إصلاح ذلك الخطأ عن طريق التعويض، لأن الواجب القانوني يقضي بعدم الإضرار بالغير، وهو ما أخذت به المادة 77 من ق.ل.ع والمادة 163 من القانون المصري، والمادة 256 من القانون المدني الأردني والمادة 122 من القانون الموجبات والعقود اللبناني.

كما عني القانون الفرنسي بتنظيم أحكام المسؤولية التقصيرية من خلال المواد 1382-1386، وبذلك إعتبرت مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، وأنه يسأل عن أخطائه مثله مثل أي شخص آخر يرتكب خطأ يحدث ضررا للغير.

²⁷³ - Mohamed Hédi Amamou, « les problèmes de responsabilité hospitalier », la responsabilité médicale centre de publication universitaire Tunis 2006, p 23.

²⁷⁴ - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 89.

فقد ذهب إتجاه إلى أن استقلال الطبيب في أداء عمله من الناحية الفنية يمنع من كونه تابعا لشخص آخر، إن لم يكن طبيبا مثله يمكنه مراقبته في مثل هذا العمل، فالأساس القانوني للمسؤولية الشخصية للطبيب أو الموظف هو الأساس التقصيري إستنادا إلى الفصل 80 من ق.ل.ع،²⁷⁵ ففي ضوء هذا الفصل لا يكون مرفق الصحة العمومية مسؤولا بصفة أصلية، وإنما فقط بصفته يحل محل الطبيب أو الموظف المسؤول شخصيا، متى تحققت الشروط المنصوص عليها في نفس الفصل، ويتم تبني قواعد المسؤولية الإدارية في إتجاهين، إما بتأسيسها على الخطأ أو بدون خطأ، حسب كل نازلة على حدة، ووفقا للسلطة التقديرية للقضاء، إلا أن ذلك لا يخرج عن الإطار المخصص لمسؤولية الدولة عن الأخطاء المرتكبة بالمستشفيات العمومية، على إعتبار أنها مرافق عمومية تابعة لها وهو الفصل 79 من ق.ل.ع.

أما في المغرب فقد كان القضاء وإلى غاية قرار محكمة الاستئناف بالرباط في 1946/1/29 يعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية، ويطبق عليها الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، ففي حكم للمحكمة الابتدائية بالناضور، نجدها أكدت وتبنت نظام المسؤولية التقصيرية قائلة: "وحيث إن طلب المدعية بالتعويض طبقا لمقتضيات الفصلين 77 و78 من ق.ل.ع كان مبنيا على أساس سليم..."²⁷⁶.

كما عرف القضاء المغربي تطبيقات كثيرة لهذا النوع من المسؤولية التي تكيف بناء على أساس تقصيري، ومن ذلك حكم المحكمة الإدارية بمكناس الذي جاء فيه "حيث إن المسؤولية الطبية في إطار القانون العام لا يمكن إلا أن تكون تقصيرية من خلال مقتضيات المادة 8 من قانون 90.41 والفصلان 79 و80 ق.ل.ع".

²⁷⁵ - احمد ادريوش، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، مرجع سابق، ص. 45.
²⁷⁶ - بن صغير مراد، "أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية (دراسة مقارنة)"، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية قسم العلوم الإقتصادية والقانونية العدد 18 - يونيو 2017، ص. 146.

أما الاجتهاد القضائي في مصر فقد إعتبر مسؤولية الأطباء تقصيرية، حيث قضت محكمة النقض المصرية " بأن الطبيب مسؤول عن تعويض الضرر المترتب عن خطئه في المعالجة، ومسؤوليته هذه تقصيرية بعيدة عن المسؤولية العقدية "277.

ثم تلاحقت القرارات الصادرة عن مختلف المحاكم، تؤكد الطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء على اعتبار أن هذا التوجه هو الرأي الغالب الذي استقر عليه كل من الفقه والقضاء المصريين، وقد أجمل هذا الموقف بعض الفقه حيث يقول: " ونحن نرى الأخذ بالرأي الراجح في الفقه والقضاء وهو أن مسؤولية الطبيب عن خطئه هي مسؤولية تقصيرية.

المطلب الثاني: تقدير الخطأ الطبي

المبدأ أن الخطأ مهما كانت درجته يترتب المسؤولية التقصيرية على عاتق من يرتكبه، لأن القانون لم يعلق قيام المسؤولية على درجة معينة من الخطأ، إلا أنه ومع ذلك لا تخلو التفرقة بين درجات الخطأ من أهمية، تساعد القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الحاصل، حيث صار القضاء على مراعاة درجة الخطأ عند تقديره التعويض.

ولهذا ذهب القضاء الإداري في البداية لإقرار مسؤولية الدولة في المجال الطبي، إلى اشتراط إثبات الخطأ الجسيم، من المتضرر حتى يحصل على التعويض جبرا للضرر (الفرع الأول)، وذلك قبل أن يتخلى عن فكرة الخطأ الجسيم، في المراحل اللاحقة من تطور إجهاده، ويقر فقط بنظرية الخطأ البسيط لإثبات المسؤولية الطبية للدولة تخفيفا على المتضرر (الفرع الثاني).

277 - بن صغير مراد، مرجع سابق، ص. 145.

الفرع الأول: تأسيس مسؤولية الدولة على أساس الخطأ الطبي الجسيم

سنحاول من خلال هذه الفقرة الوقوف على معايير الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم (الفقرة الأولى) ثم الوقوف على المبررات التي إعتدتها الإجتهااد القضائي المقارن والمغربي لإعتماد فكرة الخطأ الجسيم (الفقرة ثانية).

الفقرة الأولى: معايير الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم

تختلف معايير الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم كالتالي:

أولاً- معيار الخطأ الطبي والعلاجي

في بداية عهد المسؤولية الطبية في المستشفيات العمومية، كان هناك تمييز بين الخطأ الذي ينشأ عن عمل طبي وبين ذلك الذي ينشأ عن عمل علاجي، فالعمل الطبي L'acte médicale هو ذلك الذي يقوم به الطبيب ومن في حكمه من جراح أو أخصائي وغيرهم، بينما العمل العلاجي L'acte de soins هو العمل الذي يقوم به معاونوا الطبيب²⁷⁸.

حيث كان لا يعد خطأ مرفقي الخطأ الناشئ عن عمل طبي إلا إذا بلغ درجة معينة من الجسامة، على إعتبار أن ما قام به الطبيب يعتبر عملاً يحتاج صاحبه لأن يكون حائزاً على مؤهلات علمية، ومن هنا يأخذ هذا العمل صفة العمل الفني الذي يستقل الطبيب في ممارسته دون معقب عليه²⁷⁹.

بينما يعد خطأ مرفقياً، ذلك الناشئ عن عمل علاجي دون إشتراط درجة معينة من الجسامة على إعتبار أن من قام به مستواه العلمي محدود ويعمل تحت إشراف الطبيب²⁸⁰.

²⁷⁸ - Yamina Fatmi, « l'évolution de la responsabilité médicale en France » ; revue marocaine des contentieux REMARC, n 9, 1993, p 44.

²⁷⁹ - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 36.

²⁸⁰ - يونس الشامخي، "المسؤولية الإدارية لمرافق الصحة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط"، الملف مجلة قانونية تصدر كل ستة أشهر، العدد 21، أكتوبر 2013، ص. 42.

والملاحظ أن هذا التمييز يعتمد المعيار العضوي، أي في كون الخطأ قد قام به الطبيب أو الممرض، ولم يسلم هذا المعيار من النقد كونه ليس حاسماً في التفرقة بين العمل الطبي والعمل العلاجي.

إذ قد يقوم الطبيب ببعض الأعمال العلاجية، وقد لا يتم تعويض الضحية إذا لم يفلح في إثبات الخطأ الجسيم الذي يشترط بالنسبة لخطأ الطبيب، مما أدى إلى الإستشفاء عن المعيار المادي لفائدة المعيار الموضوعي حيث لا ينظر هنا إلى القائم بالعمل لإشتراط الخطأ الجسيم، بل إلى طبيعة العمل ذاته.

وبالرغم من صعوبة العمل بهذا المعيار إلا أنه يساعد في حماية الضحية لأن مسؤولية المستشفى وفقاً لهذا المعيار تؤسس على أساس الخطأ اليسير أو الخطأ الجسيم بحسب طبيعة العمل، فإذا كان عمل علاجياً يكفي للتعويض عنه توافر مجرد الخطأ اليسير وإن كان عملاً طبياً إشتراط لذلك الخطأ الجسيم²⁸¹.

ثانياً- العمل الطبي وتنظيمه وتسيير المرفق

وقد جرى مجلس الدولة الفرنسي في مجال مسؤولية المرفق الصحي العام على التمييز بين المسؤولية عن العمل الطبي والمسؤولية عن تنظيم وتسيير المرفق الطبي، حيث إعتبر أن المسؤولية بالنسبة للعمل الطبي لا تنعقد إلا إذا كان الخطأ جسيماً، ويقصد بالعمل الطبي، العمل الذي يقوم به الطبيب أو الجراح، ويتمثل في تحديد التشخيص الطبي أو إنجاز العمليات الجراحية والقيام بالأعمال الرعاية اللاحقة للجراحة مباشرة، أما المسؤولية عن تنظيم وتسيير مرفق المستشفيات، فإنها تنعقد ولو كان الخطأ بسيطاً أو يسيراً²⁸²، ويعقد بالتنظيم وتسيير

²⁸¹ - جاسم علي سالم الشامسي، "مسؤولية الطبيب والصيدلي"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 415.

²⁸² - Ahmad Issa, La responsabilité médicale en droit public libanais et française » op. Cit, p. 245.

المرفق التجهيز والإشراف والتنسيق أو جميع الوسائل المادية والبشرية، وتقديم الرعاية المعتادة.²⁸³

ثالثاً- الخطأ العادي والخطأ الفني

وقد ذهب القضاء في بادئ الأمر إلى التفرقة بين نوعي الخطأ العادي والفني، فالخطأ العادي هو ما يصدر عن الطبيب كغيره من الناس، أي كفعل مادي يكون قد إرتكبه مخالفة لواجب الحرص المفروض على الناس كافة، كإجراء العملية الجراحية في حالة سكر أو إهمال في تقدير المريض قبل العملية، أما الخطأ الفني فهو يتصل بالأصول الفنية للمهنة، كخطأ الطبيب في تشخيص المريض أو إختيار وسيلة العلاج.²⁸⁴

وقد إستقر القضاء في العديد من أحكامه على أن الطبيب لا يسأل إلا إذا خرج عن القواعد الفنية.²⁸⁵

ومن الواضح أن الدافع الرئيسي وراء التمييز بين الأعمال المادية والأعمال الفنية التي يمارسها الأطباء بصفاتهم هذه، كان هو الرغبة في إقصاء القضاء عن التعرض للبحث في مسائل فنية تخرج عن إختصاصه بل هي محل جدل بين الأطباء بعضهم والبعض الآخر.²⁸⁶

وبالتالي قضى القضاء بوجوب مساءلة الطبيب عن خطئه العادي بجميع درجاته وصوره يسيرا كان أم جسيماً، أما بالنسبة للخطأ الفني فإن الطبيب لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم المستخلص من وقائع ناطقة واضحة،²⁸⁷ وتتنافى مع القواعد المقررة التي لا نزاع فيها.

²⁸³- أشرف بوخالف جلال، "المسؤولية الإدارية لمرفق الصحة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية ص.112.

²⁸⁴- محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص.76.

²⁸⁵- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 20.

²⁸⁶- منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 189.

²⁸⁷- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص. 104.

وقد هاجمت الأكاديمية الطبية الفرنسية في تقريرها بتاريخ 29 شتنبر 1929 فكرة تطبيق المسؤولية التقصيرية على الأطباء، خاصة وأن نسبة إرتكاب الخطأ كبيرة، نظرا لدقة العمل الطبي، حيث قالت أنه إذا تم ذلك فلنقرأ على الطب السلام، وهذا ما يفسر إعتقاد القضاء الإداري للخطأ الجسيم لإقرار المسؤولية الطبية، ومن جهة أخرى، فقد أدى إشتراط وجود الخطأ الجسيم في الأعمال الطبية لإقرار مسؤولية المرفق الصحي إلى إشكالية أخرى في إثبات جسامه الخطأ، مما قد يعيق حصول ضحايا هذا الخطأ على تعويض عن الأضرار التي لحقت بهم، خاصة وأنه لا يوجد معيار محدد لتصنيف درجة هذه الجسامه²⁸⁸.

غير أن الفرق بين المسؤولية التي تقوم على الخطأ المفترض والمسؤولية دون خطأ هو أنه في الأولى يمكن للإدارة التملص من المسؤولية بإثبات غياب الخطأ، في حين أنه في المسؤولية دون خطأ لا يمكن للإدارة أن تعفى من موجب التعويض بإثبات أنها لم ترتكب خطأ²⁸⁹.

وبالتالي أن يسأل الطبيب عن كل خطأ ثابت في حقه على وجه التحقيق سواء أكان ذلك الخطأ عاديا أو فنيا، وسواء أكان يسيرا أم جسيما.

الفقرة الثانية: مبررات الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم

تظل مبررات الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم هي نفسها في كل من القانون المغربي ونظيره الفرنسي.

أولا- الموقف الفرنسي

ترجع مبررات الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم أن العمل الطبي بمختلف أنواعه، من تحديد تشخيص المرض، وإختيار العلاج وإجراء التدخل يظل صعبا وإحتمالي، وبالتالي فعدم

المجموعة، « La responsabilité du service public : hospitalier », Fabienne Quilleré- Majzoub, 288- p. 594. في المتخصصة المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية الطبعة الثانية 2004،

289- جاسم علي سالم الشامسي، "مسؤولية الطبيب والصيدلي"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 310.

إشتراط الخطأ الجسيم من شأنه أن يؤدي إلى زيادة في دعاوى المسؤولية الطبية، ومع ما يترتب على ذلك من نتائج تتمثل في زيادة أعباء الرعاية على المواطنين²⁹⁰، كما أن الطب في المستشفيات العامة يختلف عن الطب في المستشفيات الخاصة، فالمستشفيات العامة ملزمة بالعمل باستمرار ولا تختار مرضاها، وبالتالي فإنه تقوم بمعالجة الحالات الصعبة والعاجلة، وبالتالي فإن إخضاع مسؤولية المستشفيات العمومية لنظام الخطأ البسيط يمكنه أن يؤدي إلى وقف التطور العلمي للطب في هذه المستشفيات.²⁹¹

وقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على إشتراط الخطأ الجسيم لمساءلة المرفق الطبي العام، وهذا ما جاء في قرار إستئنافي لمجلس الدولة الذي إعتبر أن الأعمال الطبية تحتاج إلى مؤهلات علمية عالية وتنطوي على عمل معقد، حيث صرح مجلس الدولة في قضية "روزي Bouzet"، "إن ما أصاب الطفل من بتر يده نتيجة الالتهابات بعد ارتكاب خطأ في الحقن، يدخل في عداد الأعمال الطبية التي تتطلب حصول الخطأ الجسيم لتحمل المرفق الصحي للمسؤولية وهو أمر غير متوفر في القضية، نظرا لحالة الطوارئ وصغر سن الطفل، الشيء الذي يجعل عملية التمييز بين شرايينه صعبا"²⁹².

فبالرغم من أن الضرر كان جسيما، إلا أن مجلس الدولة إعتبر أن ذلك لم ينتج عن خطأ جسيم، وهذا ما يوضح تقدير الخطأ الجسيم يبقى أمرا بيد القاضي الإداري، وليس رهينا بجسامة الأضرار التي تصيب الضحية²⁹³.

وفي حالة أخرى بتاريخ 6 أكتوبر 1976، إعتبر مجلس الدولة أن نسيان آلة طبية في جسم المريض، يشكل خطأ جسيما تترتب عنه مسؤولية المستشفى تجاه المريض، فالملاحظ أن هذا القرار جاء من مجلس الدولة رغم أن هذا الخطأ لم يلحق أضرارا مادية مباشرة بجسد

290 - محمد فؤاد عبد الباسط، "تراجع فكرة الخطأ، أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام (الإتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)"، 2003، ص. 42.

291 - أشرف بوخالف جلال، مرجع سابق، ص. 113.

292 - يونس الشامخي، مرجع سابق، ص. 43.

293 - محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، ص. 120.

المريض مما يؤكد من جديد سلطة القاضي الإداري في تقدير جسامه الخطأ المرتكب حسب كل حالة تعرض عليه²⁹⁴.

وقد إشتراط مجلس الدولة الفرنسي الخطأ الجسيم في عمليات التشخيص، كالمخاطر المترتبة عن صرف الدواء دون إجراء فحص طبي سابق.

وقد إعتبرت محكمة الاستئناف الإدارية بباريس بتاريخ 29 ماي 1990، أن التأخر المبالغ فيه لإجراء تدليك لتفادي الإصابة بالأزمة القلبية يعتبر خطأ جسيما يتحمل المسؤولية عنه المرفق الصحي.

ثانيا- موقف القضاء المغربي

أما القضاء المغربي، فتقضي المحاكم التي تسير في إتجاه إعتبار مسؤولية الدولة مؤسسة على أساس الخطأ الجسيم، بأن الفصل 79 من ق.ل.ع، يشترط الخطأ الجسيم لقيام المسؤولية مرفق الصحة العمومي، على أن يتم إثباته وإثبات العلاقة السببية بينه وبين الضرر.²⁹⁵

إلا أن الاتجاه القضائي المغربي سيعرف تحولا في مجال تأسيس مسؤولية الدولة في المجال الطبي، ولاسيما خلال الفترة التي تلت إحداث المحاكم الإدارية، ففي قرار لمحكمة الاستئناف الإدارية قرر أنه ليس من المفروض حتى يمكن تحميل المسؤولية للطبيب أن يكون الخطأ الذي ارتكبه مؤكدا أو على درجة من الجسامه، بل تجد تلك المسؤولية سندها إعتقادا على فكرة الخطأ الواضح.

كما قضت المحكمة الإدارية بتاريخ 21 أكتوبر 2004 أن حرمان الهالكة من تصفية دمها إصطناعيا نظرا لعوزها يعتبر خطأ مرفقيا جسيما يتحمل المرفق الصحي مسؤوليته²⁹⁶.

²⁹⁴- Jean-Marie Auby, op.cit, p. 520.

²⁹⁵ - أحمد ادريوش، "تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية"، مرجع سابق، ص. 77.

²⁹⁶ - يونس الشامخي، مرجع سابق، ص. 47.

فإذا كان نظام الخطأ الجسيم يستجيب لمتطلبات المؤسسات الاستشفائية، فإنه يضر بمصالح المرضى الذين يعجزون في كثير من الحالات عن إثبات الخطأ الجسيم، ولهذا فإن هذا النظام كان محل انتقاد خاصة في أواخر القرن العشرين.

الفرع الثاني: تأسيس مسؤولية الدولة على أساس الخطأ الطبي البسيط

فالخطأ البسيط كأساس للمسؤولية الإدارية مجاله الأصيل إذن مسائل تنظيم وتسيير المرافق العامة، ومنها المرفق الطبي والتي تضم بصفة عامة كل ما يخرج عن نطاق العمل الطبي البحث.²⁹⁷

فقد أقر القضاء الإداري المسؤولية على أساس الخطأ البسيط الناتج عن تقصير أو تأخير الإدارة في إعطاء العلاج للمريض، كالتقصير في إعطاء الأدوية للمريض أو في مجال مراقبة المرضى، كما تقوم مسؤولية المرفق الطبي على أساس الخطأ البسيط عن المضاعفات التالية لإجراء عملية جراحية.

إن المبدأ المتعارف عليه من خلال إستقراء الإجتهاد القضائي هو أنه لإستناد الخطأ المرفقي، تراعى في ذلك صعوبات المرفق في أدائه لمهمته وكذا ضرورته الإجتماعية، بحيث لا يتحمل المسؤولية، إلا إذا بلغ الخطأ درجة معينة من الجسامة، ويعفى من المساءلة في حالة الخطأ اليسير، وهو ما كان مطبق بالنسبة لمرفق الصحة العمومية مثلما سبق وأن رأينا، لكن هذا المبدأ لم يعمر طويلا، خاصة بعد تطور العلوم الطبية وما تبعها من إستعمال لأجهزة التشخيص والعلاج بنوعيه الطبي والجراحي وكذا أعمال الوقاية، أو تنفيذ المعالجة أو إهمال موظف الأمراض العقلية (التلقيح) كالتقصير في إعطاء الأدوية للمريض، وما يترتب عن ذلك من أضرار، فكان لزاما على هذا المبدأ أن يغير إتجاهه في مصلحة المريض، وهو ما إعتدله الإجتهد القضائي وأقره التشريع فيما بعد²⁹⁸.

²⁹⁷ - محمد فؤاد عبد الباسط، "تراجع فكرة الخطأ، أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام (الإتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)"، 2003، ص. 22.

²⁹⁸ - Sylvie Welsch, « Responsabilité du médecin, Risque et réalités judiciaires », Edition Litec, Paris 2000, p.181.

الفقرة الأولى - موقف القضاء الفرنسي

وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 10 أبريل 1992 حيث هجر اشتراط توافر الخطأ الجسيم لإسناد مسؤولية المرفق العام الاستشفائي بالنسبة للأعمال الطبية، وأصبح يقبل بتوافر مجرد الخطأ اليسير، ولو تعلق الأمر بمجال الأعمال الطبية، إن هذا الحل قد تم تأكيده بالقرار المؤرخ في 20 جوان 1997، إن الأمر هنا يتعلق بتطور مهم في إجتهدات القضاء الإداري الذي إلتحق بركب القضاء العادي الذي كان قد سبقه إلى الإكتفاء بمجرد الخطأ البسيط في مجال الأعمال الطبية.

فسعيا من القضاء إلى التخفيف على المتضرر، من عبئ الإثبات وما يواجهه من صعوبة كبيرة، في إثبات الخطأ الطبي الجسيم وأمام ضياع حق المتضرر في الحصول على التعويض لجبر الضرر الحاصل له، تخطى القضاء عن نظرية الخطأ الجسيم وأصبح يأخذ فقط بنظرية الخطأ البسيط²⁹⁹.

وبالتالي فالقضاء الفرنسي قد أظهر مرونة كبيرة في تقييد نطاق الخطأ الجسيم، وذلك بتوسيعه لمفهوم الخطأ في تنظيم تسيير المرفق وبإبداء مرونة كبيرة في تحديد المقصود بالخطأ الجسيم³⁰⁰.

وبالرجوع إلى القرار الشهير لمجلس الدولة في قضية *epaux V* والتي تتلخص وقائعه في أن السيدة دخلت إلى إحدى المستشفيات لإجراء ولادة قيصرية، تم تحديدها حول الأم الجافية *Anesthésie Besiduel* أي حول الغشاء المحيط بالجهاز العصبي المركزي، غير أنه حدثت أخطاء أثناء التدخل الجراحي حيث تم تخديرها حول الأم الجافية بمادة مخدرة ينصح بعدم تقديمها في مثل هذه الحالة، مما أدى إلى هبوط في ضغط الدم، وبعد إتمام الولادة ونظرا لحدوث نزيف مستمر، فقد تم إعطاء المريضة بلازما لا تعادل درجة حرارة جسمها،

299 - يونس الشامي، مرجع سابق، ص. 50.

300 - Fabienne Quilleré-majzoub, « la responsabilité du service public- hospitalier », Revue juridique de l'USEK. N° 7, 2001, p. 44.

مما سبب لها آلام حادة في الذراعين، وأعقبهما توقف في القلب مما إقتضى إجراء إنعاش صناعي في موقع الجراحة، وقد تسببت هذه الأخطاء في إصابتها بمتاعب عصبية وجسمانية، ولم يثر مجلس الدولة في قراره السابق الذكر فكرة الخطأ الجسيم مكتفياً فقط بالتأكيد أن هذه الأخطاء تشكل خطأ طبياً يرتب مسؤولية المستشفى.

وفي هذا الاتجاه أصبح القضاء الفرنسي من خلال قرار epaux V مستقراً ووظفته بعض المحاكم الإدارية للإستدلال به في حالات مماثلة، مثل حالة فشل عملية التعقيم لمنع الحمل لدى إحدى السيدات، وقد إمتد العدول عن الخطأ الجسيم بشكل كامل في حالتها، مسؤولية الدولة عن تنظيم ورقابة مراكز الدم ومسؤولية مرفق الإسعاف³⁰¹.

كما كان لمسألة إنتقال فيروس الإيدز عبر عمليات نقل الدم جوانب منها ما يتعلق بتطوير أحكام المسؤولية الإدارية للدولة فيما يتعلق بالتقصير في إستخدام سلطات الضبط الصحي حيث كانت مسؤوليتها لا تنعقد إلا في حالة الخطأ الجسيم، فقد أصبح لقيامها يكفي قيام الخطأ البسيط³⁰².

الفقرة الثانية - موقف القضاء المغربي

أما في المغرب فقد سطرت عدة محاكم لنفسها قاعدة عامة إعتدتها للفصل في القضايا التي عرضت عليها، وهي أن المسؤولية مبنية على معيار الخطأ الصحي، ويتم تقديم هذا الخطأ بالنظر في تنظيم الطبيب لإلتزامه ببذل العناية ومدى مطابقته لقواعد المهنة³⁰³.

فقد نص المشرع على هذا النوع في الشطر الثاني من الفصل 79 من ق.ل.ع، إلا أنه لم يحدد الفاصل بينهما وبين الأخطاء التي تعتبر جسيمة لكون هذا الأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الإداري الذي يبت في الدعوى، دون إشارة لبسطة الخطأ المرتكب من

301 - يونس الشامي، مرجع سابق، ص. 51.

302- Fabienne Quilleré-majzoub, « la responsabilité du service public- hospitalier » op.cit, p. 49.

303 - أسامة رمضان الغماري، "لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء"، دار الكتب القانونية، مصر 2009، ص 112.

طرف المرفق الصحي، فلا يكتفي فقط بالإشارة للفظ الخطأ مجردا وذلك بقوله في عديد من أحكامه "حيث إن الخطأ المذكور تسبب في إلحاقه أضرارا للمدعية، تمثلت في تجريدها من عضو سليم من جسدها، مع ما يترتب عن ذلك من مضاعفات سلبية على صحتها وعلى نفسيته، سيما وأنها مسنة ولا تتحمل إجراء عملية ثانية من أجل علاج الورم الحقيقي".

غير أن تطورا مهما عرفه الإجتهد القضائي المغربي من خلال قرار الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 21 فبراير 1975 في مجال المسؤولية الطبية، حيث ميز لأول مرة بين الأنشطة الطبية والجراحية التي يلزم لقيام المسؤولية عنها توافر الخطأ الجسيم، وسن الخدمات البسيطة للعلاج التي يقوم بها الممرضون دون تدخل للطبيب، إلا أنه نظرا لعدم تجسيد هذا النوع من الأخطاء لحالة الخروج الصارخ عن القانون المرفق في بعض الحالات، فإن القاضي الإداري لا يتمكن من فصله عن عمل المرفق الصحي، وبالتالي يعتبر خطأ مرفقيا وليس شخصا³⁰⁴.

وبناء على ما سبق، فإن التأكد من وجود الخطأ الجسيم مسألة لا تحتاج الوقوف عندها طويلا من طرف القاضي، بقدر ما يكتفي بالتأكد بوجود الخطأ الواضح ليقرر بوجود مسؤولية المرفق الصحي، الشيء الذي بدأ يوحى بإتجاه القضاء الإداري نحو ضمانات أكثر حماية للمتضرر من جراء خطأ المرفق الصحي، حيث ذهبت المحكمة الإدارية الرباط بالقول: "وحيث يتمثل الخطأ الواضح من جانب الطاقم الطبي لمستشفى عمر الإدريسي الذي أجريت فيه العملية المستأنفة أنه لم يضمن سلامة هذه الأخيرة من أي مضاعفات محتملة ... وحيث تبقى بالتالي المسؤولية الطبية والإدارية قائمة في مواجهة المستشفى المذكور التابع لوزارة الصحة العمومية طبقا للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، وأن الحكم المستأنف حينما قضى برفض الطلب لم يصادف الصواب ويكون بالتالي معرضا للإلغاء...".

هكذا فالقاضي الإداري ومن خلال إجتهدات محكمة الاستئناف الإدارية سار يلطف من مواقفه من خلال بعض النقاط الأساسية في المسؤولية، ويمكن القول إن الأحكام الحديثة لم تعد

304 - يونس الشامخي، مرجع سابق، ص. 52.

تتشرط وجود الخطأ الجسيم لقيام المسؤولية الطبية، ذلك أن غالبيتها تقع من جانب الطبيب أي كانت درجتها، إذ يعتبر ذلك كافيا لانعقاد المسؤولية، وبالتالي فقد أصبح الحديث عن وحدة الخطأ الطبي أمرا متاحا من خلال التوجه القضائي في الآونة الأخيرة الذي أصبح يؤكد على فكرة الخطأ الواضح لانعقاد المسؤولية الطبية.

الفصل الثاني: مسؤولية الدولة الإدارية بناءً عن المخاطر الطبية

ظلت مسؤولية المرافق الطبية العامة خلال فترة طويلة، تقوم على أساس الخطأ بالنسبة للأضرار التي تصيب الغير من جراء أنشطتها.

وقد صاحب التطور الهائل في العلوم والأنشطة الطبية، تطور آخر في موضوع المسؤولية، مما حدا بالقاضي الإداري إلى إقرار نظام المسؤولية دون خطأ إزاء الخطر الذي يتعرض له الإنسان في نفسه وماله من جراء الأنشطة الطبية.

وحماية للغير المتضرر من الأنشطة الطبية، لم يعد القضاء الإداري يشترط وجود الخطأ لإقرار مسؤولية الإدارة عن الأضرار التي تترتب على نشاط المرفق، بل أعطى المتضرر إزاء هذا الخطر، الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته دون إلزامه بإثبات خطأ المرفق، سواء لصعوبة إثباته أو لعدم ارتكاب خطأ من جانب المرفق أصلاً.

ففكرة المخاطر الإدارية كأساس لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، تعد في الوقت الحالي من أدق الموضوعات في المسؤولية الإدارية، حيث مازالت غير مستقرة وغير واضحة المعالم، فهي تدور في حدود السلطة التقديرية للقاضي.

حيث تعتبر المسؤولية الإدارية بناءً على المخاطر، مظهراً بارزاً لتمييز المسؤولية في القانون الإداري عن المسؤولية في القانون الخاص، ويظهر دور الإجتهد القضائي في إبراز خصوصيات المسؤولية الإدارية، ومدى الحرص على الدفاع على المواطنين المتعاملين مع الإدارة، والعمل على تقديم التعويضات الضرورية عن الأضرار الحاصلة لهم من نشاطها، ولو لم ترتكب هذه الأخيرة أي خطأ.

المبحث الأول: تطور أساس المسؤولية الخطئية الطبية إلى مسؤولية قائمة بدون خطأ

إذا كان تأسيس المسؤولية الإدارية بدون خطأ قد تم وفقاً للإجتهاد القضاء الإداري، الذي وضع اللبنة الأولى لهذا النوع من المسؤولية، وأصبح بإمكان ضحايا أضرار نشاطات المرفق الطبي، الحصول على تعويضات مادية مقابل ذلك، حتى دون إرتكاب المرفق الطبي لخطأ، وهو ما إعتبر خطوة نحو تحقيق العدالة، وإعتبر ذلك من قبل الفقه القانوني، محطة متميزة في تمييز المسؤولية الإدارية، عن نظيرتها المسؤولية المدنية في نطاق القانون الخاص، فإنه وبالنسبة للمغرب فقد وجدت مجالها، من خلال التشريع بتنصيب المشرع من خلال الفصل 79 من قانون الإلتزامات والعقود على مبدأ مسؤولية الدولة، وعلى مجالي هذه المسؤولية أي المسؤولية الخطئية والمسؤولية القائمة دون خطأ، كما عبر عن ذلك جل الفقه القانوني المغربي، منذ الجدل الذي أثاره نفس الفصل عند تطبيقه من قبل القضاء، ولاسيما منه مدى تنصيبه على المسؤولية القائمة دون خطأ.

وسنتناول في هذا المبحث، تحميل الدولة المسؤولية دون خطأ في المجال الطبي ضمن (المطلب الأول)، ونظرية الخطأ المفترض في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: قيام مسؤولية المرفق العام الطبي على أساس المخاطر

المسؤولية على أساس المخاطر أو المسؤولية بدون خطأ، أو المسؤولية الموضوعية، هي تلك التي يكفي أساساً لقيامها وجود علاقة سببية مباشرة بين الضرر وبين العمل في غياب أي خطأ من جانب الإدارة، ولقد تم إقرار المسؤولية الطبية عن المخاطر في أكثر من مناسبة ومفادها كأن يكون هناك خطأ جسيم نتيجة سوء تقديم علاج، فيجب ألا يتحمل المريض وحده هذا الخطر بل إنه يقتسمه مع المرفق الذي طبقه تطبيقاً غير ملائم، كإستعمال بعض الأدوية السامة مثلاً من طرف المصالح الطبية لمعالجة المريض، فليس من العدل أن يتحمل المريض

وحده نتائج مفعول الدواء المستعمل من لدن المستشفى المعالج، بل لابد من منحه التعويض إستنادا للمسؤولية الموضوعية³⁰⁵.

الفرع الأول: بدايات نشوء المسؤولية دون خطأ في العمل الطبي

تحتل نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الإدارية مكانة هامة في القانون العام للمسؤولية الإدارية، فهذه النظرية عرفت ببيتها الأولى من قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي وضع على عاتقه وضع القواعد الأساسية لهذه النظرية وتطويرها، (الفقرة الأولى) ففكرة المخاطر الإدارية كأساس للمسؤولية الإدارية عن أعمال موظفيها تعد في الوقت الحالي من أدق الموضوعات في المسؤولية الإدارية، حيث مازالت غير مستقرة وغير واضحة المعالم. كما أنها تختص بمجموعة من المميزات العامة التي تميزها عن المسؤولية بخطأ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مضمون نظرية المخاطر

يعد موضوع مسؤولية المرافق الطبية العامة أحد الموضوعات الحديثة في فقه القانون العام فالتقدم الطبي والزيادة المستمرة في استخدام التقنيات العلمية والفنية في المستشفيات العامة أدت إلى زيادة المشاكل المتعلقة بها.

وقد ظل القضاء الفرنسي (أولا) وجانب من الفقه (ثانيا) مدة طويلة يرفضان فكرة مسؤولية المرفق الطبي العام في نطاق المسؤولية بدون خطأ.

أولاً- نظرية المخاطر من المنظور الفقهى

المسؤولية على أساس المخاطر أو المسؤولية بدون خطأ هي تلك التي يكفي أساسات لقيامها وجود علاقة سببية مباشرة بين الضرر وبين العمل أو النشاط مصدره.³⁰⁶

305 - محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص. 149.

306 - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 76.

وقد تباينت آراء الفقه القانوني بين مؤيد ومعارض لهذه النظرية.

ومن أبرز مؤيدي نظرية المخاطر والمدافعين عنها نجد الأستاذ Savatier الذي يرى أن إزدياد تدخل الدولة وما ينجم عنه من مخاطر يتطلب وجود نوع من التأمين المجاني ضد هذه الأخطار سواء تمت هذه الأنشطة لفائدة الجماعة أم لم تكن كذلك.³⁰⁷

أما من بين الفقهاء المعارضين نجد على رأسهم كاريه دي ملبرج وهوريو، حيث هاجم فقهاء القانون الإداري لكونهم يعالجون القضايا الإدارية بكيفية منفصلة عن القانون الدستوري، وهم يعتقدون أن القانون الإداري لا يمكن له أن يتطور ويساير متطلبات الحياة الإدارية إلا في فلك القانون الدستوري.³⁰⁸

ويضيف هذا الفقيه أن قيام المسؤولية الإدارية على أساس نظرية المخاطر يعني التسليم بمسؤولية الإدارة على أسس وقواعد غامضة وغير محددة، ويضيف في هذا الصدد أن من يدافعون عن هذه النظرية إنما ينتكرون لسيادة الدولة.³⁰⁹

وإذا كانت نظرية المسؤولية على أساس المخاطر من إبتداع مجلس الدولة الفرنسي، فقد أخذت بها دول أخرى مثل المغرب الذي صاغها في إطار قانوني، حيث كان لمقال الأستاذ دولوبادير حول موضوع المسؤولية الإدارية بالمغرب، الأثر الهام سواء على الفقه أو القضاء المغربي، فهو إن كان لا يستبعد نظرية المخاطر فإنه لا يرى النصوص المتعلقة بالمسؤولية الإدارية وخاصة الفصل 79 من قانون الإلتزامات والعقود تنص على نظرية المخاطر كقاعدة عامة ومطلقة، وفي هذا الإطار كان تأثره بحكم بلانكو واضحا.

وفعلا تأثرت المحاكم المغربية بما جاء في مقال دولوبادير وكانت تشترط توفر عنصر الخطأ حتى تحكم بمسؤولية الإدارة، إلا أن هذا الوضع تغير خاصة بعد خطاب الرئيس الأول لمحكمة النقض بمناسبة إفتتاح السنة القضائية، إذ أكد الأستاذ باحيني أن الفصل 79 من قانون

³⁰⁷- محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي"، مرجع سابق، ص. 84.

³⁰⁸- محمد عبد الله حمود، مرجع سابق، ص. 151.

³⁰⁹- بركات عماد الدين، التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية، دار الفكر الجامعي، مايو 2017، ص 76.

الإلتزامات والعقود يقرر مبدأ مسؤولية الإدارة، حيث إن ضمان الدولة للضرر واجب بمجرد أن يكون صادرا بصفة مباشرة عن العمل الذي تقوم به الإدارة.

كما أكد الأستاذ باحنيني أن المسؤولية تقوم بتوافر عنصرين أساسيين وهما حصول الضرر ونسبة الضرر لسير المرفق العام، والنص لا يشترط عنصرا ثالثا في معرض تحليله للفصل 79 من قانون الإلتزامات والعقود.

كما يتبين من المادة الثامنة من قانون 41-90،³¹⁰ أن المشرع حدد الشروط الموضوعية لدعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، في وجود ضرر وعلاقة سببية بين الضرر وعمل نشاط أشخاص القانون العام، دون أن يشترط في الضرر أوصافا معينة، وتكون مسؤولية الدولة ثابتة سواء كان ذلك بخطأ منها أو بدون خطأ، متى توافرت الشروط المذكورة أعلاه لأن نص المادة 8 أعلاه جاء مطلقا ويجب الأخذ به على إطلاقه.

وبالتالي فقد أصبح بإمكان ضحايا أضرار نشاطات المرفق الطبي الحصول على تعويضات مادية مقابل ذلك، حتى دون إرتكاب المرفق الطبي للخطأ وهو ما إعتبر خطوة نحو تحقيق العدالة.

كما أن الفصل 79 من ق.ل.ع يشير كما سلف الذكر على أن الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها، وهو نفس المبدأ الذي ينص عليه الفصل 8 من قانون المحاكم الإدارية.

³¹⁰ - المادة 8 من قانون 41-90 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية، ج.ر، عدد 4227 بتاريخ 3-11-1993، ص 2169، "تختص المحاكم الإدارية مع مراعاة أحكام المادتين 9 و 11 من هذا القانون بالبت ابتدائيا في طلبات إلغاء قرارات السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة وفي النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، ودعوى التعويض عن الأضرار التي تسببها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام، ما عدا الأضرار التي تسببها في الطريق العام مركبات أيا كان وعها يملكها شخص من أشخاص القانون العام..".

ويفهم من مقتضيات هذين النصين أن المشرع المغربي لا يشترط لقيام المسؤولية وجود خطأ فإذا ما حصل ضرر للمدعي، أمكنه المطالبة بالتعويض في ضوء المسؤولية على أساس المخاطر، أي مساءلة الدولة حتى في حالة إنعدام الخطأ.

ثانيا- نظرية المخاطر من المنظور القضائي

لقد كان للقضاء الإداري الفرنسي فضل السبق في تقرير المسؤولية دون خطأ، فيما يتعلق بمسؤولية المستشفيات عن الأخطار الطبية، فهناك قرارات طبعت الإجتهد القضائي الفرنسي في موضوع المسؤولية الطبية والتي سنتناولها بالتحليل³¹¹.

فقرار Gomes يعتبر أول واقعة جرى فيها تطبيق نظرية المسؤولية دون خطأ من قبل القضاء الإداري بالنسبة لمنتسبي الخدمات الطبية العامة، وكان الضحية فيها صبي في عمر الخامسة عشر فقد أصيب بتشوه خطير في العمود الفقري حيث كان قد خضع لعلاج جديد هو طريقة (Luque) وعلى إثر هذا الأسلوب الطبي الجديد أصيب المريض بشلل في الأطراف السفلى من جسمه، وبسبب غياب الخطأ أعلن القاضي أن الضرر الذي تعرض إليه الضحية يجب أن يشمل بالتعويض تحت عنوان المسؤولية بدون خطأ في الحوادث الخاصة، وبالفعل فإن اللجوء إلى أسلوب العلاج الجديد الذي تكون نتائجه غالبا غير معروفة قد يؤدي في أغلب الأحيان إلى بعض الأخطار للمريض، وعندما تتم الاستعانة بتلك الأساليب الطبية لأسباب قاصرة فإن التعقيدات الإستثنائية قد تكون خطيرة بصورة منقطعة النظير، والتي تصبح نتائج مباشرة لتلك المخاطر، وحتى عند غياب الخطأ تبقى المسؤولية الناجمة عن الخدمة الطبية قائمة³¹².

وللإشارة إلى المميزات الإستثنائية لتلك المسؤولية فإن القضاء الإداري أحاطها بصورة دقيقة وصارمة من الشروط والأوصاف، وللدخول في مجال تطبيقها يتوجب إما:

³¹¹ - Ben Sedrine Leila, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », Op. Cit, p 190.

³¹² - زياد خالد يوسف المبرجي، مرجع سابق، ص. 106.

- استخدام علاج جديد ذو نتائج ومضاعفات غير معروفة تماماً.

- أو أن تكون الأخطار ناتجة بصورة مباشرة عن ذلك العلاج، وبالنهاية أن يكون اللجوء

إلى ذلك العلاج هو ليس بالأمر الحتمي والإلزامي.³¹³

وفي سنة 1993 جاء قرار Bianchi والذي وسع مجال تطبيق المسؤولية دون خطأ، حيث قبل مجلس الدولة إمكانية مسائلة السلطات الطبية العامة عن الأضرار التي تحدث بسبب التشخيص أو العلاج، على أساس المسؤولية دون خطأ، مع حصرها ضمن نظام صارم، كما تم تطبيق المسؤولية بدون خطأ عن الأعمال الطبية بغير قصد العلاج وذلك في حكمه الصادر في 1997/11/3 في قضية Hopital joseph-imberty d'Arles والتي تتعلق بخضوع الطفل Mehraz لعملية ختان، وأثناء الجراحة التي تمت تحت تخدير كلي، أصيب الطفل بتوقف في القلب، ثم دخل في غيبوبة استمرت مدة عام قبل أن يتوفى.³¹⁴

وبالرغم من أن معظم الأحكام والقرارات الصادرة في إطار مسؤولية الدولة، كرسد المسؤولية الخطئية، أي المسؤولية التي تستلزم توافر عنصر الخطأ الذي سبب ضرراً تربط علاقة سببية بينهما، فإن ذلك لم يمنع من تبني القضاء لنظرية المخاطر حتى يقيم مسؤولية الدولة.³¹⁵

وهو نفس النهج الذي سار عليه الإجتهد القضائي المغربي، حيث لم تكتفي محكمة النقض في مجال المسؤولية الإدارية، بمراقبة تطبيق الفصول القانونية ومدى إنطباقها على النوازل المعروضة على أنظار المحاكم الدنيا، بل تعدى ذلك إلى شرح وتفسير تلك الفصول، مؤكداً مراراً على أن الفصل 79 يتضمن حالتين من المسؤولية، مسؤولية بدون خطأ ومسؤولية بناء على الخطأ، فقد جاء في إحدى القرارات الصادرة عنه " إن مسؤولية الدولة عن الأضرار الناشئة مباشرة عن تسيير إدارتها تخضع لمقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع،

³¹³- Sylvie Welsch, op. cit, p. 189.

³¹⁴ - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 176.

³¹⁵- La responsabilité médicale en examen l'association marocaine de chirurgie viscérale a organisé, jeudi 9 février 2006 à Casablanca, une conférence de presse sur la responsabilité médicale.

وتترتب عن تسيير مصالح الإدارة ولو بدون خطأ، ولا تعفى من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر يرجع إلى خطأ ارتكبه الضحية أو إلى قوة قاهرة"³¹⁶.

وهكذا يكون المريض الذي تعرض لأضرار مباشرة عن تسيير مرافق الصحة العمومية، من حقه أن يطلب من المحكمة أن تحكم له بالتعويض عن هذا الضرر، ولو لم يصدر عن المرافق الطبية أو المستشفيات أي خطأ، وذلك إستناداً إلى نظرية المخاطر، وتكون مرجعية هذه المسؤولية هي التشريع.

الفقرة الثانية: خصائص المسؤولية بدون خطأ

تمتاز المسؤولية دون خطأ في تصويرها العام وفي مجالها المتعلق بالمرافق الطبية العام بمجموعة من الخصائص (أولاً)، بالإضافة إلى محدوديتها (ثانياً).

أولاً- مميزات نظرية المخاطر كأساس لإنهاء مسؤولية الدولة

1- هذا النظام من المسؤولية يوفر سهولة للمضروب من ناحية الإثبات حيث إن المضروب يعفى من إثبات ارتكاب إدارة المرفق الطبي العام لعنصر الخطأ، ومن ناحية أخرى ليس لفعل الغير أو الحادث الفجائي أي تأثير على مسؤولية السلطة العامة، التي تظل على الرغم من حدوث أحد الأمرين ملزمة بالتعويض، وبالمقابل فإن فعل المضروب أو خطأه أو القوة القاهرة يؤدي إلى إعفائها من المسؤولية³¹⁷.

2- المسؤولية دون خطأ تمتاز بالحيادية: إن الإلتزام بالتعويض مستقل تماماً عن ارتكاب أي سلوك خاطئ من جانب الإدارة، وبالتالي فإن هذه المسؤولية ذات طبيعة تعويضية بحتة، وليس لها أي دور جزائي في مواجهة الإدارة، ففي مجال المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المرضى دون خطأ من جانب المرفق الطبي عن إستخدام الأساليب العلاجية الحديثة، فإن المسؤولية دون خطأ تؤدي دوراً مهماً يتمثل في إيجاد مخرج بين حلين كل منهما مردها إما رفض التعويض لانتفاء الخطأ، وإما تقرير المسؤولية دون خطأ، وباختصار إن المسؤولية

316 - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص.48.

317 - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص. 109

دون خطأ لا تتضمن تقييماً للفعل الضار الأمر الذي يضيف عليه الصفة المحايدة والموضوعية، وهو الأمر الذي ساهم في تطويره³¹⁸.

3- تعتبر من النظام العام: تعتبر المسؤولية دون خطأ من النظام العام، فيجوز للمضرور أن يثيرها في أي حالة تكون عليها الدعوى، كما أنه يجب على القاضي عند الإقتضاء أن يفصل في النزاع على أساس قواعد المسؤولية دون خطأ، وذلك من تلقاء نفسه من دون أن يثيرها المدعي.

4- الصفة التكميلية للمسؤولية دون خطأ: إن القضاء الإداري الفرنسي يربط تطبيق المسؤولية غير خطئية بمعطيات استثنائية غير عادية، فتبدو إستثناء من المبدأ العام، وهو المسؤولية الخطئية.

5- أفضلية المسؤولية دون خطأ للمريض والمرفق الصحي: من مفارقات نظام المسؤولية دون خطأ أنه يحقق أفضلية للضحية والمرفق العام معا وهذا يبدو أمرا صعبا، لكن الحقيقة هي أن تطبيق نظام المسؤولية المستقل عن فكرة الخطأ يصب في مصلحة الضحية مباشرة بإعفائها من عبئ إثبات الخطأ، وفي ذات الوقت يسمح ذلك التطبيق بإعفاء المرفق العام من تقدير صحة سلوكه المولد للضرر، وهو بذلك يعطي كل طرفي المنازعة المسؤولية إمتيازاً واضحاً، وإن كان مركز الضحية أكثر إيجابية على أساس أن هذا النظام يرتب المسؤولية المباشرة بالنظر إلى الضرر³¹⁹.

ثانيا- محدودية المسؤولية الإدارية بذاء على المخاطر

إن المسؤولية الإدارية بخطأ هي القاعدة العامة أما المسؤولية بدون خطأ فتظل قاعدة إستثنائية على الرغم من أن المشرع المغربي نص عليها صراحة في الفصل 79 من ق، إ، ع، ويظهر الطابع الإستثنائي لهذا النوع من المسؤولية في كون المحاكم لا تحكم على الإدارة بتعويض جميع الأضرار التي ينسب فيها نشاطها الإداري، بل تقتصر على الحالات التي يكون فيها ركن الخطأ متعارضا مع العدالة والإنصاف تعارضا صارخا.

318 - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص. 49.

319 - بن عبد الله عادل، مرجع سابق، ص. 182.

كما أن المتضرر غير ملزم بإثبات الخطأ بل يكفي أن يبين أن العلاقة السببية حاصلة بين النشاط الإداري والضرر الحاصل له.

ومع ذلك تبقى مسؤولية المرفق الصحي على أساس المخاطر مجرد مسؤولية تكميلية لا يحكم بها على الإدارة لتعويض جميع الأضرار الناتجة عن النشاط الإداري، بل سيتم الإقتصار بشأنها على حالات معينة يكون فيها إشتراط الخطأ مسألة متنافية مع العدالة³²⁰.

كما أن قيام المسؤولية الإدارية بناء على المخاطر يؤدي إلى إستبعاد فكرة الخطأ من أجل قيام المسؤولية وبالتالي تحميل الإدارة مسؤولية نشاطها الضار، فإنه مع ذلك لا يكفي القول بأن الضرر ينتج عن فعل مباشر للإدارة دون إرتكاب أي خطأ، بل يشترط كما هو الشأن في المسؤولية الخطئية توافر شروط معينة من الضروري تواجدها لتحقيق المسؤولية بناء على المخاطر.

وتأكيدا لطابع المحدودية المميزة للمسؤولية الإدارية بناء على المخاطر حرص العمل القضائي من أجل الحد من امتدادها أكثر وذلك للحد من التوسع في فكرة المخاطر، بحيث يكون من المستبعد أن تصبح هذه الفكرة أساسا عاما للمسؤولية في جميع الحالات كقاعدة مطلقة.

كما أنه من الصعب تطبيقها على جميع الحالات التي يتضرر فيها المرضى من أعمال ونشاطات مرفق الصحة، إذ أنه من الصعب في بعض الأحيان تقرير مسؤولية المرفق الصحي بدون وجود خطأ سبب إليه، ويرى بعض الفقه أن نظرية المخاطر تقتصر على حالات محدودة، كأن تطبق في ميدان الأضرار الناتجة عن العلاج بالأدوية التي تقدمها المستشفيات والمرافق الطبية مثل إستعمال بعض الأدوية السامة، من طرف بعض المصالح الطبية لمعالجة المريض، ويرى آخرون أن نظرية المخاطر ينبغي أن تطبق في حالة إستعمال التقنيات الحديثة للعلاج، ويرى البعض الآخر أن نظرية المخاطر يجب تطبيقها عند إستعمال طرق علاجية

³²⁰ - Laila Ben Sedrine, « L'euthanasie : infraction intentionnelle et responsabilité pénale du médecin », Op. Cit, p134.

جديدة، على أساس فكرة الخطر العلاجي الإستثنائي كأساس قانوني للمسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة.³²¹

الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية دون خطأ وشروطها

إذا كانت المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ تقوم على إثبات الخطأ والضرر الحاصل، فالمسؤولية الطبية بدون خطأ تقوم على شروط سنتطرق إليها (الفقرة الثانية) بعد التطرق لحالاتها (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: حالات قيام المسؤولية الطبية بدون خطأ

تتمثل حالاتها كالتالي:

أولاً- الحوادث الناجمة عن المواد والمعدات المستخدمة

إن تدخل الآلة بشكل ملحوظ في العلاج الطبي قد يؤدي إلى إصابة المرضى بأضرار أثناء قيامهم بالعمل الطبي، وكثيراً ما تحدث أضرار عديدة للمرضى بسبب وجود عيب أو عطل في الأجهزة والأدوات حيث يقع الإلتزام على عاتق المستشفى باستخدام آلات سليمة خالية من أي عيب تؤثر على إستخدامها³²².

فالمستشفى مسؤول على كل المعدات الخطيرة التي يستعملها، ويجب على موظفيه أخذ الحيطة والحذر من أن تسبب أضرار للمرضى، إما أثناء تركيبها أو استعمالها، فالمستشفى ملزم بسلامة المريض من الأضرار المتنقلة عن المريض الذي يلجأ إليه من أجل علاجه ومن أمثلة ذلك وفاة مريض أثناء الجراحة نتيجة انبعاث غاز متسرب من جهاز التخدير³²³.

321 - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص. 49.

322 - Nabil Ben Salah, « responsabilité disciplinaire du médecin fonctionnaire à l'égard de son administration », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006, p 45.

323 - شريف طبّاخ، "جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها"، دار الفكر الجامعي مصر 2005، ص 255

ثانياً- الحوادث الناتجة عن النشاطات الطبية

تتجزأ الحوادث عن النشاطات التي يقوم بها الطبيب أو الموظفين الآخرين والتي تسبب أضرار بالمرضى، كالأعمال التي تقوم بها المستشفيات من ترميمات داخلية وغيرها والتي قد تؤثر بشكل أو بآخر بسلامة المريض، وكذلك عن النشاطات الخطيرة التي يقوم بها الأطباء أثناء عملهم الطبي من خلال مختلف الوسائل الحديثة المبتكرة في هذا المجال.

ثالثاً- الحوادث الناتجة عن الأوضاع الخطرة

إمتدت المسؤولية دون خطأ لتشمل حالات العدوى بالأمراض أثناء التواجد بالمستشفيات، والأضرار الجسيمة الناشئة عن أعمال العلاج، منها الأضرار الناتجة عن عمليات نقل الدم فيلتزم المستشفى إزاء المريض بنقل دم سليم من أي تلوث، وتثور المسؤولية في هذا الصدد عند التعرض لخطر إنتقال فيروس السيدا مثلاً لأحد المرضى سواء كان جراء تلوث الدم بالفيروس من تلوث الوسائل المستعملة لذلك الغرض، كذلك في حالات الأمراض المعدية من مريض لآخر، لأن المستشفى ملزم بحماية المريض وسلامته هذا إلى جانب الأضرار التي تحدث نتيجة التطعيمات الإجبارية.³²⁴

الفقرة الثانية: شروط قيام المسؤولية الإدارية دون خطأ

لقيام المسؤولية دون خطأ تم تحديد الشروط اللازمة في مجال الأضرار الناشئة عن الأعمال الطبية التي تقوم بها المرافق الإستشفائية:

لضرورة وجود عمل طبي ضروري، فإن كان العمل الطبي لا فائدة منه وترتب عنه مخاطر معينة، كان ذلك في حد ذاته خطأ في جانب المرفق الاستشفائي وذلك يعد من قبيل المجازفة أو المخاطرة بحياة المريض.

324 - عبد الحميد ثروت، "تعويض الحوادث الطبية"، مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص. 80.

لأنه أن يشكل العمل الطبي خطراً إستثنائياً، والخطر الإستثنائي هو الخطر المألوف وفق التطور العادي لحالة مماثلة لحالة المريض الخاضع للعلاج، وعلى ذلك فالآثار الثانوية التي تصاحب الفحص الطبي عادة لا تخضع لقواعد المسؤولية دون خطأ.

لأنه إنتفاء أي خطأ من جانب المضرور وكذا إنعدام الصلة بين الخطأ وبين حالة المريض التي يعالج منها، ولا تعتبر تطورا لتلك الحالة أو نتيجة لحساسية لدى المريض أو لإستعداداته للمرض، بل يجب أن يكون شيء جديد يضاف إلى ما يعاني منه المريض.

لأنه أن يكون الضرر الحاصل جسيماً بصورة غير عادية وصل إلى درجة معينة من الخطورة على المريض، وهذا من أحد المبررات الآخذة بمبدأ المسؤولية دون خطأ، على إعتبار أن ترك الأضرار الجسيمة دون تعويض تذرعا بغياب الخطأ أو عدم إمكانية إثباته يؤدي إلى الإخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة، فليس من المنطقي ترك من يصاب بشكل أو عجز دائم أو فقد أحد أعضائه أو أصيب بأحد الأمراض المزمنة نتيجة الإتصال بمرفق دون تعويض تتحمله الجماعة في النهاية.

لأنه وجود علاقة سببية بين الضرر الحاصل للمريض وبين عمل الإدارة الذي تسبب بهذا الضرر، فإذا تعرض مثلا المريض لحادث قبل دخوله لمستشفى وتسبب ذلك الحادث بأضرار له تعد تلك الأضرار سببا للمسؤولية المرفق الاستشفائي حتى وإن دخل بعدها إليه، فانعدام الصلة بين أعمال المرفق الصحي والضرر الحاصل يجعل المسؤولية³²⁵ بدون خطأ تنتفي، وهذا الشرط بحد ذاته موضع إختلاف بين المسؤولية على أساس الخطأ الذي تشترط على المضرور إثبات تصرف الإدارة الخاطئ، وبين المسؤولية بدون خطأ التي يكتفي فيها المضرور بإثبات وجود الضرر من جراء عمل الإدارة.

325 - سامي بديع منصور، "المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994 - قانون الاداب الطبية-"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.ص. 33.

المطلب الثاني: من الخطأ المفترض إلى الخطر كأساس للمسؤولية

إن الشروط التقليدية للمسؤولية الطبية، تضع دائما المدعي المريض المضرور في موقف بالغ الصعوبة والتناقض، فإثبات إنحراف المرفق الصحي العمومي، عن السلوك المفروض عليه بموجب النصوص القانونية، وإخلاله بواجباته تجاه المرضى الذين يستقبلهم، يقع على عاتق المريض المدعي.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن أعضاء المهنة الطبية، هم الذين يحتكرون مسألة تعيين ما يعد، وما لا يعد من قبيل الخطأ، أو من قبيل الإخلال بالالتزامات الطبية، فهم وحدهم الذين يحددون معايير السلوك الطبي وفقا لرؤيتهم، وإن لم يكن ذلك وفقا لمصالحهم، بل أكثر من ذلك، فإنهم يهيمنون على تقدير الوقائع من خلال تقديم الخبرة للقاضي، فيما يتعلق بالعمل الطبي محل المسائلة وعلاقته السببية مع الضرر الحاصل.

بل وقد ضاعف الطب الحديث هذه الصعوبة، بما ولده من مخاطر متزايدة للمرضى، ووسائل معقدة للعلاج، هذا ما أدى بالقاضي الإداري إلى إرساء دعائم جديدة تحكم المسؤولية على الأعمال الطبية، وتعفي المريض من عبء إثبات الخطأ في حدود مقبولة تستجيب لمعطيات العدالة، وما تقتضيه من توزيع للمخاطر بين الطرفين، لذلك فإن المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري تجد أساسها هنا إما في فكرة الخطأ المفترض، ونظرية المخاطر (الفرع الأول)، ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة (الفرع الثاني).³²⁶

326 - مرزوق محمد، "من الخطأ إلى الخطأ المفترض إلى الخطر كأساس للمسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري (دراسة خاصة بنظرية الخطأ المفترض)"، مجلة فقه وقانون، العدد الخامس، مارس 2013، ص. 109.

الفرع الأول: الخطأ المفترض

إن نظرية الخطأ المفترض، تبدو في الحقيقة إمتداداً للشروط التقليدية في إنعقاد المسؤولية الطبية أمام القضاء الإداري، فالأمر يتعلق دائماً بقيام خطأ مهما كانت طبيعته، أي سواء أكان موجوداً فعلاً، بحيث يمكن التعرف عليه، أو الإكتفاء بمجرد إفتراضه كونه مجهولاً، ولكن في نفس الوقت تتميز نظرية الخطأ المفترض عن الخطأ بالمفهوم التقليدي بمجموعة من الخصائص والشروط (الفقرة الأولى)، كما قام القاضي الإداري وعلى الخصوص القاضي الفرنسي، برسم حدود واضحة لمجال تطبيق هذه النظرية في حالات معينة دون سواها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق تطبيق نظرية الخطأ المفترض

يرجع السبب وراء ظهور نظرية الخطأ المفترض إلى إعتبار الشروط التقليدية للمسؤولية الطبية تضع المدعي المضرور دائماً في موقف بالغ الصعوبة، وهذا ما أدى بالقاضي الإداري إلى إرساء دعائم جديدة تحكم المسؤولية على الأعمال الطبية، وتعفي المريض من عبئ إثبات الخطأ في حدود مقبولة تستجيب لمعطيات العدالة، ويمهد لميلاد المسؤولية على أساس المخاطر، وتجدر الإشارة أن الفرق بين المسؤولية التي تقوم على الخطأ المفترض والمسؤولية بدون خطأ، هو أنه في الأولى يمكن للإدارة التملص من المسؤولية بإثبات غياب الخطأ في حين أنه في المسؤولية بدون خطأ لا يمكن للإدارة أن تعفي من موجب التعويض بإثبات أنها لم ترتكب الخطأ³²⁷.

غير أن نظرية الخطأ المفترض تتميز عن المفهوم التقليدي بمجموعة من الخصائص والشروط (أولاً) كما أن القاضي الإداري يرسم حدود واضحة لتطبيق هذه النظرية وفي حالات معينة دون سواها (ثانياً).

327 - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 205.

أولاً- خصائص الخطأ المفترض

تستند فكرة الخطأ المفترض على أساس فكرة أنه لولا حدوث الخطأ من جانب الطبيب لما وقع الضرر،³²⁸ فبالرغم من أنه لم يثبت بوجه قاطع أن الطبيب قد أهمل في بذل العناية الواجبة أو لم يتخذ الإحتياطات التي يوجبها عليه إلتزامه بالحيطه، فإن القاضي يستنتج هذا الخطأ من وقوع الضرر ذاته، ويقدر البعض أن فكرة الخطأ الاحتمالي ما هي إلا استعمال لسلطة القاضي في إستخلاص الخطأ من كافة القرائن، متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه³²⁹.

فالقضاء سواء العادي أو الإداري يتجه نحو تسهيل شروط إنعقاد المسؤولية الطبية، فقد حاول القضاء وخاصة القضاء الفرنسي بإعتباره المؤسس لنظرية الخطأ المفترض، التقليل من الصعوبات التي يواجهها المريض، من أجل إقامة الدليل على خطأ الطبيب أو المرفق الصحي العمومي، وذلك عن طريق إستنتاجه لهذا الخطأ من الضرر الحاصل، أي أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع هذا الخطأ.

وتجد هذه الفكرة تبريرها خاصة فيما تكشفه الممارسات الحديثة من حالات متعددة، يصاب فيها المريض من دون أن يتمكن من تحديد الخطأ، ليبقى سبب الضرر مجهولاً، وتعجز الخبرة عن كشف هذه الحقيقة³³⁰.

ففكرة الخطأ المفترض تقوم على إستنتاج القاضي للتقصير من مجرد وقوع الضرر، وهذا خلافاً للقواعد العامة التي تتطلب من المدعي، إقامة الدليل على خطأ المدعى عليه، وبالتالي ففكرة الخطأ المفترض، ما هي إلا استعمال للقرائن القضائية ويتجلى ذلك في استعمال القاضي لسلطته في إستخلاص الخطأ الطبي من كافة القرائن.

328 - وليد غمرة، مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي: 1804-2004، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حليبي الحقوقية، لبنان، 2005 ص، 263.

329 - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 205.

330 - مرزوق محمد، مرجع سابق، ص. 110.

وتظهر أهمية الافتراض المتعلق بالخطأ، حينما يأخذ القاضي بهذه القرينة ويجعلها بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف المرفق الصحي العمومي، أي أنه يلقي عبئ الإثبات على عاتق هذا المرفق، وهو عبئ صعب للغاية، فلكي يتمكن المدعى عليه من التخلص من هذه المسؤولية، عليه إثبات أنه إتخذ جميع الإحتياطات اللازمة لمنع وقوع الأضرار وإثبات أن الضرر الواقع يرجع إلى سبب أجنبي، كما أنه بتحول مجال عملها بنطاق الخطأ البسيط وليس الخطأ الجسيم، فمنطق الأشياء في ذاته لا يستقيم معه أن تشتترط الجسامة ثم تفترض، فالفروض القصوى لا تفترض³³¹.

ومن هنا نجد أحكام القضاء المكرسة لفكرة الخطأ المفترض في مجال المسؤولية الطبية، واقعة في نطاق عمل الخطأ البسيط أي تنظيم وتسيير المرفق الطبي العام وليس في نطاق الخطأ الجسيم أي العمل الطبي البحث³³².

فالقاضي كان ينسب الضرر الحاصل للمريض إلى التنظيم والسير المعيب للمرفق الصحي العمومي، على أنه لتمكين المريض من الإستفادة من التعويض لا بد من توفير شرطان أساسيان :

1- استحالة إثبات الخطأ الذي ترتب عليه الضرر.

2- عدم توقع الأضرار، إن الأضرار الحاصلة هنا توصف بأنها غير متوقعة بحيث لا يمكن تطبيق المفاهيم والأصول الطبية المكتسبة عليها بل الأكثر من ذلك فإن هذه الأضرار توصف بأنها غير عادية، بالنظر إلى ما هو متوقع حصوله، وخصوصا إذا ما تعلق الأمر بأعمال علاجية ذات طابع بسيط وسهل³³³.

³³¹ - Fabienn -Quillere-Majzoub, « la responsabilité du service public- hospitalier » op.cit, p 574.

³³² - محمد فؤاد عبد الصمد، مرجع سابق، ص. 53.

³³³ - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 210.

وقد كان القاضي يستعمل في البداية مصطلح الضرر، الذي يرجع إلى سوء تنظيم المرفق العمومي الصحي، والذي من شأنه أن يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة، ثم أصبح يقضي بقيام مسؤولية المرفق الصحي العمومي على أساس خطأ بسيط مفترض.

فلا يستقيم مع المنطق إشتراط الجسامة في الخطأ لإمكانية إنعقاد المسؤولية عن العمل الطبي تم إفتراض تلك الجسامة من خلال قرينة الخطأ المفترض، لذلك نجد بأن قرينة الخطأ يعمل بها في ميدان المسؤولية عن تنظيم وعمل المرفق الاستشفائي أي في نطاق الخطأ البسيط³³⁴.

وقد رفض مطلب الدولة إقامة مسؤولية الفقه الطبي لعدم إثبات الخطأ الجسيم، وهذا الموقف يكشف بذاته إستبعاد إمكانية إقامتها على أساس الخطأ المفترض في قرار Cohen أي نقل المسؤولية إلى ميدان تنظيم وعمل المرفق الاستشفائي مستعملا تقنية الخطأ المفترض.

وعلى العكس من ذلك، ينتقد بعض الفقهاء هذه الفكرة لأنها تركز في رأيه على مجرد التفسير بمفهوم المخالفة، وهو تفسير عادة ما يكون ضعيفا، فطبقا لظروف كل حالة، قد لا يثبت أن المدعى عليه قد ارتكب هذا الخطأ المحدد، ومع ذلك يثبت عليه الخطأ، لأنه لم يستطع أن ينفي عدم ارتكابه، وهكذا فإننا نخاطر كما يقول بعض الفقهاء أن نضفي على هذه الواقعة، أو تلك في ذاتها صفة قرينة الخطأ³³⁵.

لهذا يأمل الفقه أن تختفي فكرة الخطأ الاحتمالي من المجال الطبي، لأن القاضي عندما يعتد بهذه الفكرة، فإنه يحيد عن المعيار الصحيح والضروري للخطأ، حيث يستند إلى تحليل مجرد للمواقف ولا يعتمد في تحديد خطأ الطبيب على الطبيب اليقظ، فمن الثابت أن الطبيب يكون مخطأ متى ثبت أن سلوكه الفعلي لا يطابق السلوك الذي يأخذ به طبيب يقظ من نفس مستواه³³⁶.

334 - بن عبد الله عادل، مرجع سابق، ص. 189.

335 - مرزوق محمد، مرجع سابق، ص. 112.

336 - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 208.

غير أن بعض من الفقه يرى أن فكرة الخطأ المفترض ستختفي عمليا بإختفاء المسؤولية القائمة على خطأ وبالتالي تصل إلى تكريس المسؤولية دون خطأ.

ثانيا- نطاق تطبيق نظرية الخطأ المفترض

لقد استقر القضاء الإداري الفرنسي على قيام المسؤولية بناء على الخطأ المفترض، نظرا لاختصاصه بنظر سائر المنازعات الإدارية، فقد واجه القضاء صعوبة متمثلة بحالات يبقى فيها سبب الضرر مجهولان ولتوفير الحماية للمضرور لم يتردد القضاء الإداري الفرنسي في تقرير المسؤولية الطبية على أساس فكرة الخطأ المفترض،³³⁷ في حالة كون الضرر الذي تعرض له المضرور كان غير مفهوم ولا منتظر، بالنظر للمعطيات المتحصلة في علم الطب ومن تطبيقات هذا المبدأ، أعطيت امرأة حامل جرعات من المضاد الحيوي، وتسبب في شلل لأطرافها السفلى، فقررت محكمة باريس الإدارية أن المشاكل التي تعاني منها المريضة، وبسبب الوقائع التي كانت الأصل في تلك المشاكل، فإن مسؤولية جهة الإدارة العامة تقوم بالرغم من غياب أي فعل يمكن أن يشكل خطأ في عمل أو تنظيم جهة الإستشفاء، غير أن مجلس الدولة الفرنسي رفض هذه المسؤولية غير الخطئية للإدارة، وقرر البقاء على مسؤوليتها ولكن على أساس خطأ مفترض، بالنظر لقيام العلاقة السببية المؤكدة بين عمليات حقنات المضاد الحيوي، والشلل الذي تعرضت له المريضة، وعلى أساس أن تلك العمليات تشكل نوعا من أعمال العلاج العادية الجارية والبسيطة، وهو ما لا يمكن معه إلا إستخلاص أن الأضرار الواقعة قد كان أساسها خطأ في تنظيم وعمل جهة الإستشفاء³³⁸.

337 - تجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري في هذه المسألة هو الأول من أقر بمسؤولية المرفق الصحي العمومي على هذا الأساس. أما القضاء العادي، فإنه لم يأخذ بهذه المسؤولية إلا ابتداء من سنة 1996 بصدد المسؤولية عن العدوى الجرثومية في العيادات الخاصة. وكان ذلك في قضية: Cass, civ 21 Mai 1996, Bonnini/ clinique Bouchard, Bull. civ., n°219. ولا بأس أن نذكر بأن هذا النوع من الأمراض يصاب بها المريض الذي يكون عادة يتلقى العلاج على مستوى المؤسسة الصحية، وبالضبط بصدد إجراء عملية جراحية، وفي العادة إن هذه الأمراض تتسبب فيها جراثيم تنتج عن استعمال أدوات جراحية غير معقمة بشكل جيد.

338 - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص. 79.

ويعد مجلس الدولة الفرنسي السباق إلى تكريس نظرية الخطأ المفترض، غير أنه لم يستعمل تقنية الخطأ المفترض في بداية الأمر إلا في النزاعات المحدودة جداً، وذلك في:

- حالة الأضرار الناتجة عن التلقيح الإجباري كما حدث في حكم Déjous في 7 مارس 1957³³⁹ حيث أجرى تلقيح إجباري للطفل Déjous وآخرين بالمركز الصحي المدرسي، وعقب ذلك ظهر في موقع الحقن بالنسبة له ولستة أطفال ممن خضعوا لهذا التطعيم الجماعي خراج درني، فرفع أولياء أمور الأطفال السبعة دعاوى التعويض عن هذه الحادثة وبحكمها الصادر في 29 فبراير 1986، قضت المحكمة الإدارية في بوردو بمسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة من جراء هذا التطعيم وبالتزامها بالتعويض عنها.³⁴⁰

- حالة الحوادث المتعلقة بعدوى أثناء قيام إقامة المريض بالمرفق الصحي العمومي، مع الإشارة إلى أن الخطأ المفترض لا يتعلق بكل أنواع العدوى التي قد يتعرض لها المريض بالمرفق الصحي العمومي.

- كذلك بعض حوادث التي قد تحصل بمناسبة الإقامة في المؤسسة الصحية، من ذلك مثلاً الحروق.

غير أن القاضي الإداري سرعان ما توسع في هذا الصدد ليطبق هذه النظرية على حالات أخرى مثل:

- حالات مراقبة المرضى عقلياً.
- حالات العمل الطبي المرتبط مباشرة بالوسائل المادية التي يوفرها المرفق الصحي العمومي.
- حالة الإصابة بتعفنات ما بعد العمليات الجراحية، أو العدوى الجرثومية.

339 - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص. 55.

340 - المرجع نفسه، ص. 56.

غير أنه وبالرغم من التوسع الذي عرفه القضاء الإداري في مجال الأخذ بنظرية الخطأ المفترض إلا أن هذا لا يعني بأن هذه النظرية أصبحت قابلة للتطبيق على المزيد من الحالات الأخرى، من دون أن يكون لذلك حدود.

فلقد إستبعد القضاء الإداري مفاهيم الإفتراض بالنسبة لعمليات التخدير، فمثلا لم يستند القاضي الإداري على وجود خطأ مفترض من أجل ضرر حصل بمناسبة عملية تخدير عامة³⁴¹.

وعلى أي حال فإن فكرة الخطأ المفترض لم تكن هي السبيل الوحيد الذي عمل به القاضي الإداري، الذي سرعان ما عمد إلى أدوات قانونية أخرى، ويرجع ذلك لكون فكرة الخطأ المفترض، غير محددة بشروط معينة، وإنما بالعكس من ذلك يغلب عليها الطابع الاحتمالي، وعلى هذا الأساس عمد القاضي الإداري على تطبيقها في حالات محددة دون سواها، نظرا لما قد يترتب على أعمالها من نتائج خطيرة تعود في الأخير بالضرر على المؤسسة الصحية العمومية.

وعلى هذا الأساس، فإن التوجه القضائي في هذا المجال في حالة وقوع أضرار إستثنائية وخاصة، عوض الأخذ بالخطأ المفترض أصبح يأخذ بنظرية المخاطر لتثبيت مسؤولية المرافق الصحية العمومية³⁴².

الفقرة الثانية: دور فكرة الخطر في المسؤولية الطبية دون خطأ

أقر القضاء الإداري إلى جانب نظام المسؤولية دون خطأ، فكرة الخطر كأساس لمسؤولية الإدارة دون خطأ بالنسبة للأضرار المترتبة على الأشياء الخطرة أو الأنشطة الخطرة، فالضرر غير العادي قد ينشأ عن الشيء الخطر وحده، وفي هذه الحالة فإن الشيء

341 - وليد غمرة، مرجع سابق، ص 264.

342 - مرزوق محمد، مرجع سابق، ص. 114.

الخطر يحدث الضرر بطريقة مستقلة، كما أن الضرر غير العادي قد ينشأ من الشيء الخطر ومن فعل الإنسان معا.

ولكي ينجح الطبيب في ممارسة مهنته بطريقة مرضية يجب أن يركز كل جهده وأعصابه بكل حالة يتصدى لها، حتى لا تؤدي بحياة المريض أو تضر بصحته، كما يجب التأكد من عدم وجود أي عيب في الأجهزة الطبية أو أدوات التعقيم التي تستخدم في المستشفيات العامة.

وقد تؤدي الحوادث التي يمكن أن تقع في المستشفيات العامة إلى إساءة العلاقة بين المريض والمستشفى العام، وتعرض الثقة بين المريض والمستشفى العام للخطر.

غير أن المرضى المضرورين غالباً ما كانت توجد عقبتان لمنح التعويض لهم:

الحالة الأولى حالة إرتكاب خطأ من جانب المرفق الطبي، لكن المريض لا يستطيع إثبات هذا الخطأ، وحالة عدم وجود خطأ، كأن يكون الحادث منسوباً لطبيعة التقنيات الطبية الفعالة المستخدمة في العلاج، ولكنها مع ذلك تكون خطرة وترتب أضراراً غير عادية للمرضى.

وبالتالي يتعين إقرار نظام المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام على أساس الخطر العلاجي³⁴³.

فمما لا شك فيه أن الإعراف للمستشفيات العامة بضمان الأضرار غير العادية التي تصيب المرضى المقيمين بها، من شأنه تدعيم ثقة المرضى في المستشفيات العامة، خاصة بعد أن تعرضت هذه الثقة للاهتزاز³⁴⁴.

³⁴³ - Laplaud Ambre, «Le consentement et responsabilité médicale, Droit». Université de Limoges, 30 Novembre 2019, p 521.

³⁴⁴ - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 355.

إن إقرار فكرة الخطر العلاجي الإستثنائي كأساس للمسؤولية الطبية قد أوجد نوعاً من المصالحة الكافية للمرضى المضرورين، وذلك نظراً لرفض المشرع التدخل لتقرير الحماية الملائمة للمريض عن طريق رقابة التقنيات الطبية الجديدة.

فالقاضي الإداري أقر الحماية القانونية للمرضى ضحايا الأضرار غير العادية المتولدة من الأنشطة العلاجية للمرافق الطبية، ولم يعد القاضي الإداري يتقيد بفكرة أن المنتفعين بخدمات المرافق العامة يجدون فائدة من أنشطة هذه المرافق، فإذا كانت العدالة تحول دون إقرار نظام المسؤولية دون خطأ للمنتفعين بخدمات المرفق الذين يستفيدون بسهولة من خدماته وأنشطته، فقد رأى القاضي أن هذه الفكرة قابلة للتغيير بالنسبة للمريض الذي يعالج في المستشفى العام.

وهو ما جاء في حكم لمحكمة الإستئناف الإدارية بالرباط والمحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 2019/03/27 جاء فيه:

وحيث إنه إذا كانت القاعدة العامة أن مسؤولية الإدارة تقوم على أساس الخطأ المرفقي فإنه يمكن أيضاً وفي حالات عديدة أن تقوم هذه المسؤولية على أساس فكرة الخطر أي بدون إثبات خطأ على الأساس القانوني العام، الذي تقوم عليه كل أصناف المسؤولية وهو مبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة (الفصل 40 من دستور المملكة المغربية) **والتضامن الاجتماعي**، ويشكل هذا المبدأ (**التضامن الاجتماعي**) إحدى الأسس الحديثة في مجال مسؤولية الإدارة التي تقوم دون الحاجة للبحث في عنصر الخطأ من عدمه أو المتسبب في الضرر **فيكفي وجود ضرر إستثنائي لحق المتضرر أو ذوي الحقوق**، وكان من الصعب عليه جبره وتجاوزه بإمكانياته الخاصة، فإن الإدارة وفي إطار مسؤوليتها الاجتماعية مع مواطنيها تتمثل مسؤولية جبر هذا الضرر³⁴⁵.

فتأسيس مسؤولية الدولة الإدارية عن الأخطاء الطبية دون خطأ هي إستثناء عن المسؤولية عن المخاطر، الأصل هو أن أساس المسؤولية هي المخاطر أي عدم وجود خطأ،

345 - أحمد بالحوس، أخلاقيات وأداب مهنة الطب، المجلة الصحية المغربية، العدد 4 أبريل 2013، ص 45.

ويتطور هذا الأساس وأصبح يسمى مسؤولية الدولة الإدارية على أساس جديد هو التضامن الاجتماعي.

فقد رأت محكمة الاستئناف الإدارية بليوننة في الحكم الصادر في ديسمبر 1990 حكم عائلة Gomez أن استخدام التقنيات العلاجية الجديدة سبب ضرراً غير عادي وجسيم للمريض المعالج، الذي يعتبر من المنتفعين بخدمات المرفق الطبي، فالمسلم به أن المريض يجني فائدة من نشاط المرفق الطبي، وهذه الفائدة تتمثل في إعطائه العلاج الملائم الذي يمكن أن يحقق شفاؤه من المرض الذي يعاني منه لكن القاضي الإداري رأي في قضية Gomez أن المريض الذي يعتبر منتفعا بخدمات المرفق الطبي العام لم يجن أي فائدة منه فقد أصيب بأضرار استثنائية وغير عادية وهذه الأضرار أدت إلى إصابته بالشلل³⁴⁶.

ونتيجة للتحقق من الأساس القانوني للمسؤولية دون خطأ، وهو فكرة "الخطر العلاجي الاستثنائي" في إقرار نظام المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي تجاه المريض، وهذا الخطر ناتج عن النشاط الإنساني للطبيب الجراح الذي أجرى العملية الجراحية بإختياره لطريقة علاجية جديدة دون قيام حالة الضرورية³⁴⁷.

ويرى بعض الفقه أن فكرة الخطر العلاجي الاستثنائي هي التي قادت القاضي الإداري للحكم دون خطأ على المرفق الطبي العام تجاه المرضى المنتفعين بخدماته، ومن ثم تعتبر الأساس المباشر للمسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام.

أما خصوم تطبيق نظرية الخطر العلاجي كأساس للمسؤولية، فقد أبدوا إنتقاداً لهذه النظرية على اعتبار أنها يمكن أن تضر بالنشاط العلاجي للمرفق الصحي العام، كما يعتبرون

346 - على الرغم من أن القرار لم ينطق صراحة بمصطلح المخاطر، بل الخلاصة المتميزة لمفوض الحكومة بينت أن هناك من قسم حالات المسؤولية عن المخاطر إلى مخاطر مهنية *risque professionnel* حيث كان القضاء الإداري سباق في إلزام الدولة بالمسؤولية عن الأضرار المتولدة عن حوادث العمل وأساس الفكرة هو المخاطر المولد قبل التدخل التشريعي لتبقى فرضية التعاون مع المرفق المستدعي وامتدوع. ثانياً المسؤولية عن فعل الأشياء الخطيرة وينطب الأمر على الأشياء التي تمثل خطراً بذاتها وقدم فرضية التركيبات الخطيرة واستعمال السلاح من قبل مرفق الشرطة. ثالثاً المسؤولية عن فعل الأنشطة الخطيرة وتحدث عن مخاطر تأهيل بعض فئات المجتمع من الأحداث الجانحين والمسجونين وأبرز في هذا النطاق حالة التكفل بالمرضى عقلياً وانتقال عدوى الأمراض للعاملين. رابعاً المسؤولية دون خطأ في المادة الاستشفائية المتعلقة بالمخاطر الاستثنائية المعروفة للعمل الطبي، ومسؤولية مراكز نقل الدم.

347 - حمدي على عمر، مرجع سابق، ص. 357.

أن الأخذ بفكرة الخطر العلاجي كأساس للمسؤولية يمكن أن يؤدي إلى تعويض يشمل جميع الحوادث الطبية، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى إعتبار الطبيب مسؤولاً عن أدنى فشل في إجراء العلاج، وبالتالي فإن نظرية الخطر العلاجي ستعطل الأنشطة الطبية وتجعل الطبيب مسؤولاً عن كل شيء.

فعمل الطبيب يجب أن يتم في جو كاف من الثقة والإطمئنان، فعمل الطبيب عمل فني يقتضي توفير الحماية اللازمة له في معالجة مرضاه، وتطبيق فكرة الخطر العلاجي كأساس للمسؤولية الطبية، سوف تدفع الطبيب إلى الإحجام عن فحص المريض وتبني الطرق العلاجية الجديدة التي قد تستدعيها حالته.

كما أن جانب من الفقه الفرنسي يرد على الانتقادات الموجهة لفكرة الخطر العلاجي كأساس للمسؤولية، بأن إتساع نظام المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام تجاه المرضى على أساس نظرية الخطر العلاجي الاستثنائي، سوف يحمي حرية الطبيب الذي يمارس عمله في المستشفى العام في إختيار وسائل العلاج، لأنه في حالة الإخفاق لن يتحمل تبعاته، فمسؤولية المستشفى تحل محل مسؤولية الطبيب فيما عدا ارتكابه خطأ شخصي.

فالقاضي الإداري أدرك كل هذه الإعتبارات، ولذلك لم يتردد في إقرار نظام المسؤولية دون خطأ بمجرد قيام الخطر العلاجي الإستثنائي، وهذا هو السبب الذي من أجله يضع عبئ التعويض على المرفق الطبي العام عن الضرر الذي لحق المريض، وهذا يمثل أحدث تطور للقضاء الإداري الفرنسي في هذا المجال، فالقاضي الإداري لم يتقيد بالنصوص كالقاضي المدني الذي يقف دوره وراء النصوص القانونية، أما دور القاضي الإداري فيمتد إلى الخلق وإبتداع الحلول³⁴⁸.

كما أن إقرار نظام المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام على الرغم من صفتها الإحتياطية أو الإستثنائية، ليس للمضرورين من المرضى فحسب، ولكن للأطباء أنفسهم،

³⁴⁸ - Pierre Maziere, «Les éléments de la responsabilité en matière médicale» Petites affiches., n°112 , 6/6/2000, p.21.

فالقاضي قبل إقرار المسؤولية دون خطأ ومنح التعويض للمضرورين، لأجل الحد أو إيقاف الدعاوى الجنائية المرفوعة على الأطباء، والتي تنتهي إلى إقرار المسؤولية الجنائية للطبيب الذي يعمل في المستشفيات العامة، وهذه المسؤولية عواقبها جسيمة جدا على حياته المهنية، وكذلك طبيعة الأضرار غير العادية والتي يبدو موقف المضرور منها في منتهى الصعوبة³⁴⁹.

فالقاضي الإداري كان يبحث في كل مرة يتحقق فيها الضرر غير العادي عن الخطر العلاجي الاستثنائي كأساس قانوني للمسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة فإذا لم يجده كان يرفض منح التعويض للمضرور وبمجرد تيقنه من وجود الخطر كما في قضية Gomez يقر التعويض دون خطأ من جانب المرفق الطبي العام، وهو ما يؤكد أن الخطر العلاجي الاستثنائي هو الأساس المباشر للمسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة³⁵⁰.

الفرع الثاني: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وأثره على قيام مسؤولية الدولة

إن تطور القضاء الإداري لم يبق واقفا أمام فكرة المخاطر لتبرير مسؤولية الدولة، بل تطور لمنح المتضرر الفرصة للحصول على التعويض دون عبء الإثبات إنطلاقا من مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة بإعتباره مبدأ دستوري أقرته العديد من الدساتير، حيث إعتبرته أسلوبا لتأسيس مسؤولية الدولة في الحالات التي يصعب فيها البحث عن الخطأ.

الفقرة الأولى: مضمون مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

يعني مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، المساواة بين أفراد المجتمع في تحمل التكاليف العامة، مثل تكاليف إدارة المرافق العامة وغيرها، فهو يقتضي حين تلقي الإدارة على عاتق بعض المواطنين عبئ يجاوز ذلك الذي يتحمله باقي المواطنين في المجتمع، وجوب تحمل هؤلاء المواطنين هذه الأعباء الإضافية مقابل المزايا التي يستفيدون منها، وينطبق ذلك المبدأ على جميع المواطنين بصفة عامة ومجردة³⁵¹.

349 - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص 50.

350 - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 363.

351 - المرجع نفسه، ص. 318.

فنظرية المساواة أمام الأعباء العامة هي من صنع الفقهاء المؤيدين لإستقلال المسؤولية العامة،³⁵² وتحريرها كلية من قواعد المسؤولية الخاصة، وينظر من زاوية هذه النظرية إلى الأضرار والحوادث التي تسببها السلطة العامة للخواص، كأعباء عامة أو كنوع من النفقات العامة المخصصة للمرافق العمومية كالمستشفى، ومن ثم وجوب تحميلها من قبل الدولة، فليس من المساواة في شيء أن تتحمل الضحية وحدها عبئ الأضرار الناتجة عن نشاط قامت به السلطة لصالح جماعة وطنية.³⁵³

وحيث كانت الرغبة في تمييز القانون الإداري بقواعد قانونية مغايرة لقواعد القانون المدني، دافعا ألجأ الفقهاء الفرنسيين أواخر القرن الماضي إلى البحث عن أساس للمسؤولية الإدارية لا نظير له في القانوني المدني، وقد زاد من هذا الدافع التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي أدى إلى إزدياد تدخل الدولة في الأنشطة المختلفة التي كانت مخصصة للأفراد، مما نتج عنه زيادة المخاطر التي رتبت أضرار لبعض الأفراد، حيث وجد هؤلاء الفقهاء ضالتهم في إيجاد قواعد مستقلة للقانون الإداري، وبالتالي فنظرية المساواة أمام الأعباء العامة تهتم أساسا للضرر وترتكز على إصلاحه دون أدنى إهتمام بالخطأ أو المخاطر، اللذين يعتبران حسب وجهة نظر البعض أنصار النظرية مجرد شروط لقيام المسؤولية وليس أساسا لها.

فميزة هذه النظرية تكمن في إعفاء الضحية من عبئ إثبات الإخلال بالمساواة في الأعباء، إذ أي إحتجاج ضد الدولة يستوجب إذن بالتصريح بمسؤوليتها سواء كان النشاط مشروعاً أو غير مشروع.

ووجدت مسؤولية السلطة العامة أساسها في التصريح المتعلق بحقوق الإنسان والمواطن 1789 من خلال المادة 13، حيث كانت البوادر الأولى المتعلقة بمساهمة جميع المواطنين بكيفية متساوية في تحمل الأعباء العامة، فلم يعد مسموحاً أن يتحمل بعض الأفراد وحدهم

352 - منطلق الفكرة هو أنه في بعض الحالات عمل الإدارة المباشر من أجل المصلحة العامة يسبب أضراراً لشخص واحد أو لعدد محدود من المواطنين. وبهذا ومن أجل المصلحة العامة يكون بعض المواطنين قد لحق به ضرر لم يلحق غيره من المواطنين الآخرين من باقي المجموعة الوطنية. وبالتالي هناك إخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة على حسابهم. والوسيلة الوحيدة لإصلاح ذلك الخلل وإعادة المساواة هو جبر ذلك الضرر.

353 - كريم بالقاسم، "مسؤولية المستشفيات الحكومية"، مجلة القضاء والتشريع العدد 1، تونس، 2005. ص. 39.

مغبة الأضرار التي يولدها النشاط العام للإدارة، ولو كان هذا النشاط مشروعاً، ذلك أن الأضرار الخاصة التي تجد مصدرها في هذا النشاط العام تخل تماماً بالتوازن بين حقوق الفرد من ناحية والسلطة العامة من ناحية أخرى لأنها تحدث مساساً مباشراً بمساواة المواطنين أمام الأعباء العامة.³⁵⁴

غير أن هذا المبدأ كان وليد ظروف وأحداث خاصة بالمجتمع الفرنسي، حيث النظام الذي كان سائداً قبل الثورة الفرنسية، كان يتميز بكثرة الضرائب المتنوعة حسب الفئات وتنعدم فيه العدالة بين الأفراد.

الشيء الذي أدى إلى نشوء إلزام قانوني يقع على عاتق السلطة العامة مفاده مراعاة حق مساواة جميع الأفراد أمام الأعباء العامة، وأن كل إخلال بهذا الإلزام يستوجب التعويض وذلك لإعادة التوازن المفقود.³⁵⁵

ولقد ظهر مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية في وقت لاحق لنظرية الخطأ المرفقي وكذا نظرية المخاطر رداً على النقائص التي إعتبرت هذين النظريتين مثلما سلف بيانه، وكذلك رغبة من فقهاء القانون العام في إيجاد أساس مستقل للمسؤولية العامة لا نظير له في القانون الخاص، وقد إعتبر أنصار هذا المبدأ بأنه الأساس الوحيد لمسؤولية السلطة العامة.

غير أن التطبيق العملي لهذا الأساس لم يكن دون صعوبات لأن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه معناه تعويض كل حالة من حالات الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، الشيء الذي يشكل بالفعل حملاً ثقيلاً على الخزينة العامة، لاسيما وأن هذا المبدأ قد أخذ أبعاداً أخرى وإتسع مجاله بعد مناداة بعض الفقهاء بفكرة مساواة الأفراد فيما بينهم، أي أنه ما تعرض فرد لضرر بسبب نشاط مرفق عام فإن ذلك يعد إخلالاً لمبدأ المساواة بينه وبين بقية أفراد المجتمع الآخرين الذين لم يصبهم هذا الضرر، مما أدى بالقضاء إلى ربط تطبيق هذا المبدأ بتحقق

³⁵⁴ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القانون الإداري"، ص. 87.
³⁵⁵ - "زياد خالد يوسف المرفجي، "المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية" دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2016، ص. 124.

شروط الضرر الناشئ، المتمثلة في خصوصية الضرر وإستثنائيته، فليس كل ضرر يتسبب فيه المرفق العام يعد عبئاً عاماً.

كما تم دحض فكرة كون مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة بأنه الأساس الوحيد للمسؤولية العامة، بحيث وجب حصره فقط في الحالات التي يكون فيها عمل الإدارة المسبب للضرر يخلو من الخطأ والخطر في آن واحد.³⁵⁶

وبالتالي الإبقاء على نظرية الخطأ المرفقي ونظرية المخاطر من ضمن أسس المسؤولية الإدارية.

ويتجلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية في مجال مسؤولية المستشفيات العمومية بكونه المبدأ العام من خلال مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام الاستشفائي الذي سنتناوله أدناه.

الفقرة الثانية: دور مبدأ المساواة في المنازعات المتصلة بنشاط المرفق

الطبي العام

يتوقف دور مبدأ المساواة كأساس للمسؤولية الإدارية دون خطأ للمرفق الطبي العام، على مدى توافقه مع طبيعة نشاط المرفق الطبي، وطبيعة المنازعات التي تثير مسؤولية المرفق الطبي دون خطأ، وما إذا كانت المنازعات متصلة بأعمال مادية أو بتصرفات قانونية، حيث إستند بعض الباحثين على إجتهادي مجلس الدولة الفرنسي في قضية Bianchi وHôpital Joseph –Imbert حيث حاولوا إقامة أساس حديث للمسؤولية دون خطأ في نشاط المستشفيات العمومية، وهو الإخلال بمبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام الإستشفائي، إذ يرى بأن إجتهااد مجلس الدولة الفرنسي من خلال قرار Bianchi قد تم تأكيده والتوسع فيه بقرار Hôpital Joseph –Imbert الصادر عن نفس الجهة القضائية.³⁵⁷

356 - زياد خالد يوسف المبرجي، مرجع سابق، ص. 126.

357 - المرجع نفسه، ص. 126.

إن هذا الاجتهاد يكرس مبدأ إتساع نطاق المسؤولية على أساس المخاطر، وأن بعض الأخطار الإستثنائية الناشئة عن التخدير ستصبح - في عدم وجود أي خطأ- قابلة للتعويض على أساس المسؤولية الموضوعية للمؤسسات العمومية للصحة.

حيث أن المستشفى قد طرح مسألة المسؤولية بسبب أعمال طبية تفتقر للضرورة العلاجية، بل تهدف فقط لمحض قناعة وملاءمة شخصية، حيث يتعلق بالأمر بعملية ختان لأسباب دينية، إذ صرح مجلس الدولة: "بأن المجلس لم يرتكب غلطا في القانون، ولو أن العمل الطبي قد مورس خلال تدخل يفتقر للغرض العلاجي"، وقد ذكر بصفة ضمنية، بأن المستشفى يدير مرفقا عاما، حيث أن هذا المرفق يخضع كأى مرفق عام لعدد من المبادئ أهمها مبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق العام، وترتبيا على ذلك فإن المرضى مهما كانت الأسباب التي أدت إلى إستشفائهم يجب أن يعاملوا كلهم بنفس المعاملة على قدم المساواة، سواء فيما يتعلق بالعلاج الذي يتلقونه وسواء فيما يتعلق بالمسؤولية التي يمكن أن يطالبوا بها قبل هذا المرفق³⁵⁸.

بالإضافة إلى الأخذ بعين الاعتبار المخاطر الإستثنائية وغير المتوقعة الملازمة للممارسة الطبية، فإن مزايا اجتهاد Bianchi لم تكن فقط في التعويض عن الإخلال بمبدأ المساواة الذي تعرض له بعض مرتفقي المستشفيات العمومية، الذين بدل أن يستفيدوا ككل المرضى من محاسن العلوم الطبية يصطدمون بالحوادث العلاجية غير المتوقعة ويتعرضون للأضرار ذات خطورة خاصة".

حيث إن الإخلال بمبدأ مساواة المرضى في المستشفيات العمومية هو الأساس الحديث الذي تقوم عليه المسؤولية الطبية، وينشأ عنها التعويض عن الضرر الحاصل.³⁵⁹

³⁵⁸ - Centre de recherches et de diffusion juridiques jurisprudence des formations contentieuses du conseil d'état octobre 2013 <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

³⁵⁹ - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص. 127.

كما تجدر الإشارة أن مبدأ المساواة لا يصلح أساساً مباشراً لمسؤولية الإدارة في حالة الخطأ، لأن الخطأ في حد ذاته هو الأساس المباشر للمسؤولية دون الحاجة لأي أساس آخر، فدور مبدأ المساواة لا يظهر إلا في مجال المسؤولية دون خطأ.³⁶⁰

وصلاحية مبدأ المساواة كأساس مباشر لمسؤولية المرفق الطبي العام دون خطأ تتوقف على طبيعة المنازعات المرتبطة بنشاط المرفق الطبي، وعما إذا كانت الأضرار مصدرها عمل قانونية أم عمل مادي.

وقد عرفنا أن دور مبدأ المساواة يظهر في حالة الأضرار التي تتولد عن الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة العامة، والتي تفرض أعباء عامة على المضرور تفوق ما يجب أن يتحملة عادة.

فالأعباء العامة عبارة عن تبعات مفروضة بواسطة السلطة العامة على بعض المواطنين لتحقيق الصالح العام، فالعبء العام المفروض بالعمل القانوني للسلطة العامة، لا يجب أن يتحملة المضرور وحده، بل يجب أن يتحملة مجموعة المواطنين وإلا إختل مبدأ المساواة.

غير أن هذا العبء العام المفروض على الأضرار حماية للمصلحة العام غير متحقق أو قائم في مجال الأنشطة العلاجية للمرفق الطبي العام.

فحسب أحكام القضاء الإداري الفرنسي في هذا المجال، فالقاضي الإداري في مجال أنشطة المؤسسات العقلية أو النفسية أقر المسؤولية دون خطأ على أساس فكرة الخطر الخاص عن الأضرار المسببة للغير من المرضى العقلين في ظل تجربة الخروج، فإعتبر القاضي أن بدء تنفيذ طرق جديدة للعلاج ينطوي في حد ذاته على خطر خاص، وهذا الخطر كامن في الطريقة ذاتها، وبالتالي فالتعويض يمنح على أساس قيام فكرة الخطر.³⁶¹

360 - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 330.
361 - المرجع نفسه، ص. 336.

فالمخاطر المرتبطة بالنشاط الطبي هي التي تولد الضرر غير العادي للمضرور، وتكون مبررا للحكم بمسؤولية المرفق الطبي، ومبدأ المساواة لا يمكن أن يبرر التعويض في مختلف حالات المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام³⁶².

حيث إن الضرر غير العادي الذي يلحق المضرور لا يجد مصدره في الأعمال القانونية للسلطة العامة، بل يكون ناتجا عن الأعمال المادية للمرفق الطبي.

فمصدر الضرر غير العادي هو العمل المادي للإدارة، لأن الخطر العلاجي يكمن في أثر أو نتيجة التقنيات العلاجية، التي يكون لها إنعكاس مفاجئ أو طارئ على جسم الإنسان، فأحكام مجلس الدولة الفرنسي كانت واضحة حيث لم تسمح باتخاذ موقف محدد يقضي بإعتبار مبدأ المساواة الأساس المباشر للمسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام³⁶³.

³⁶² - Alioune Thiam, op, cit, 70.

³⁶³ - أحمد بالحوس، أخلاقيات وأداب مهنة الطب، المجلة الصحية المغربية، العدد 4 أبريل 2013، ص 46.

المبحث الثاني: تطبيقات المسؤولية بدون خطأ المترتبة على المرفق الطبي العام

لقد أسس القضاء الإداري لمسؤولية الدولة في المجال الطبي وأقر نظرية المخاطر على حالات محددة عند حدوث أضرار للمرضى، وهو الأمر الذي واكبه المشرع المغربي ونظيره الفرنسي وأقر مسؤولية الدولة تجاه المنتفعين بخدمات المرفق الطبي (المطلب الأول) والمسؤولية بدون خطأ للمرفق الطبي العام تجاه معاونين للمرفق (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية بدون خطأ تجاه المنتفعين بخدمات المرفق الطبي العام

تهدف المسؤولية الإدارية إلى تعويض المضرور عما أصابه من ضرر، فالقضاء الإداري ينظر إلى موضوع المسؤولية الإدارية من زاوية المضرور، فمركز المضرور وحقوقه في مواجهة الإدارة والحماية التي يجب أن يتمتع بها، هو الذي يحدد نظام المسؤولية المطبق في القانون الإداري، فالمنتفعون بخدمات المرفق والذين يصبحون ضحايا لإجراء الأعمال الطبية أو العلاجية عليهم، أصبحت تطبق عليهم المسؤولية دون خطأ، وعلى ضوء ذلك سوف نتعرف على موقف القضاء الإداري الجديد بخصوص الأضرار الناتجة عن أعمال التطعيمات الإجبارية، وموقفه تجاه التقنيات الطبية العلاجية الجديدة³⁶⁴.

يعتبر التطعيم الإجباري والأبحاث الطبية من أهم الميادين التي طُبعت تدخل المشرع لمعالجة مشكلة الأضرار المتولدة عن تلك الأنشطة.

ففرض التلقيح على الأفراد من أجل حماية الصحة العامة لا يمر دون حوادث، (الفرع الأول) كما أن إعطاء شرعية للبحث الطبي على جسم الإنسان في سياق اكتساب العلمية الكفيلة بتطوير الصحة العامة ليس بمنأى أيضا عن مشكلة الحوادث والأضرار (الفرع الثاني).

³⁶⁴ - مراد بن صغير، " اللقاحات المبتكرة أي ضمانات قانونية وأي حدود للمسؤولية " مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 60 / العدد: 60، 2021، ص 137.

الفرع الأول: مسؤولية الدولة عن عمليات التلقيح الإجباري

لقد أقرت مختلف تشريعات الصحة لأغلبية الدول على إجبارية مجموعة من التلقيحات ضد بعض الأمراض المعدية والتي من بينها: السل، شلل الأطفال، الجدري، الدفتيريا...³⁶⁵.

فالقانون وفي مجال مكافحة بعض الأمراض جعل المصلحة العامة للمجتمع أولى من الحرية الشخصية للفرد، لذا سن نظام التطعيم أو التلقيح الإجباري والذي يعتبر بمثابة إجراء قانوني ضروري لمكافحة الأمراض المعدية أكثر مما يعد تدخلا علاجيا، غير أن هذه الأعمال مثلها مثل باقي الأعمال العلاجية الأخرى قد تتسبب في أضرار للمرضى مما يستوجب معه قيام مسؤولية الجهة التي تتكفل بإجرائها.

من هنا يثار التساؤل حول من يتحمل المسؤولية في حالة تعرض الشخص للضرر وخاصة وأن الشخص الذي تعرض للضرر من جراء تلك العملية يوجد في وضعية خاصة بفعل الطابع الإلزامي للتلقيح؟

الفقرة الأولى: النظام التشريعي لتعويض ضحايا التطعيم الإجباري

لقد حقق المشرع الفرنسي السبق وقرر مسؤولية الدولة عن عملية التلقيح الإجباري دون خطأ، حيث وضع المشرع الفرنسي في القانون رقم 643-64 الصادر بتاريخ 1 يوليو سنة 1964 نظاما للتعويض بدون خطأ تتحمله الدولة، وذلك من خلال المادة 3 المعدلة بمقتضى المادة L.10.1 من مدونة الصحة العامة لسنة 1991، والتي نصت على أن «تعويض الأضرار الناتجة عن التلقيح الإجباري، تطبق وفق الشروط التي تحددها هذه المدونة، والتي تتم في المراكز المسموح لها بذلك، تتحملها الدولة»³⁶⁶.

365 - محمد حسين منصور، "الخطأ الطبي في العلاج"، مرجع سابق، ص. 473.

366 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، ص. 92.

كما وسع المشرع الفرنسي نطاق التعويض ليشمل الأضرار الناتجة عن عمليات التلقيح الإلجباري ضد فيروس الإلتهاب الكبدي نوع B، وذلك من خلال المادة 104 من قانون 4 مارس 2002.³⁶⁷

فالقضاء الفرنسي لم يفرق قبل صدور قانون 1964 بشأن النظام المطبق للمسؤولية الإدارية في هذا المجال بين التطعيمات الإلجبارية والإختيارية، فقد كان هذا القضاء يتطلب لإقرار المسؤولية عن التبعات الضارة لأعمال التطعيمات، ضرورة إثبات الخطأ الجسيم لمرفق التطعيم، ولم يكن يقتضي بالمسؤولية خارج نطاق فكرة الخطأ³⁶⁸.

غير أن الفقه إستند للقول بمسؤولية الدولة عن عمليات التلقيح الإلجباري، إلى أنه إذا كانت عملية التلقيح الإلجباري تعد نشاطا طبيا، فإن منازعات التعويض الناتجة عنها لها طابع خاص، لأن المتضرر يوجد في وضعية خاصة بفعل الطابع الإلزامي للتلقيح، لذا يجب أن تتحمل الدولة التبعات الضارة الناتجة عنه، لأن الإلتزام القانوني المفروض في هذه الحالة يعتبر مصدرا لمسؤولية الدولة بدون خطأ، لإحتمال تعرض الشخص للخطر بعد إجراء التلقيح.

فالدولة هي التي تسأل عن الأضرار الناتجة عن التلقيحات الإلجبارية، والمسؤولية تبنى هنا على أساس المساواة بين المواطنين في تحمل الأعباء.

ويعد صدور قانون 1964 والذي أقر نظام المسؤولية دون خطأ على عاتق الدولة عن الأضرار الناتجة عن التطعيمات الإلجبارية، أقر نظام المسؤولية دون خطأ للدولة عن أضرار

³⁶⁷- Article 104 : « Les dispositions de l'article L. 3111-9 du code de la santé publique sont applicables aux personnes visées à l'article L. 3111-4 du même code qui ont été vaccinées contre l'hépatite B avant la date d'entrée en vigueur de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales ».

Depuis la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades, et en vertu des dispositions du titre II de l'article L. 1142-1 du CSP³, un dommage directement imputables à une vaccination recommandée, lorsqu'il a eu pour le patient des conséquences anormales eu égard à son état de santé, présente un caractère de gravité et entraîne des conséquences sur la vie privée et professionnelle, ouvre droit à réparation au titre de la solidarité nationale Le régime d'indemnisation relève alors également de l'Oniam.

³⁶⁸ - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 234.

التطعيمات الإجبارية وهذا النظام تبنى نظرية المخاطر من خلال تصوره وجود مخاطر على الأشخاص الخاضعين للتلقيح الإجباري، غير أنه إشتراط شرطان لإقرار المسؤولية دون خطأ، وهما أن يكون الضرر الذي أصاب الضحية منسوب لتطعيم له طابع إجباري، وضرورة أن يكون التطعيم قد مورس في مركز معتمد للتطعيم.³⁶⁹

ومن هذا المنطلق قدر مجلس الدولة بأن رابطة السببية بين الضرر والتطعيم الإجباري قائمة، لما كان فعل التطعيم عاملاً مشدداً للحالة المرضية للضحية.

غير أن سرعان ما تدخل المشرع الفرنسي بقانون 401.75 المؤرخ 1975/5/26 الذي ألغى التفرقة بين التلقيح في مراكز معتمدة والذي يتم في غيره من المراكز في عيادة خاصة أو مركز غير معتمد.

الفقرة الثانية: الحلول القضائية للمسؤولية عن التطعيم الإجباري

أما عن موقف القضاء الإداري الفرنسي، ففي بداية الأمر، أي في ظل غياب النصوص القانونية التي تتحدث عن هذه المسؤولية، كان يرفض تعويض المرضى المضطربين من عملية التلقيح الإجباري في حالة غياب أي خطأ يثبت مسؤولية الجهة التي تولت القيام بهذا العمل العلاجي، وبالتالي فإن مسؤولية المرافق الصحية العمومية لا تقوم إلا في حالة وجود خطأ مرفقي، ولكن بعد ذلك بدأ القضاء الفرنسي يعرف بعض الليونة، إذ أقر بهذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، ولقد إعتبر القضاء الإداري أن العدوى التي أصابت الطفل Dejours³⁷⁰ وسبعة أطفال آخرين، من جراء عملية التلقيح الإجباري، التي خضعوا لها، تشكل سوء في سير المرفق الصحي العمومي، من شأنه أن يؤدي إلى قيام مسؤولية هذا المرفق.

369 - زياد خالد يوسف المبرجي، مرجع سابق، ص. 221.

370 - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص. 55.

وكما سبق الذكر، فإن مجلس الدولة الفرنسي قبل 1964 كان يرفض رفضاً قاطعاً تطبيق أحكام المسؤولية على أساس المخاطر، وهذا رغم الجهود التي كان يبذلها مفوضوا الحكومة للضغط عليه في هذا المجال.

وفي قرار صادر عن المحكمة الإدارية ببوردو بين القاضي الإداري بأن العمل يأخذ مفهوماً مختلفاً، وذلك بسبب الطابع الإلزامي لعمليات التلقيح الإجباري التي تفرض على الأفراد في إطار المصلحة العامة، فإذا ألحقت بهم ضرراً خاصاً وغير عادي، فإن مسؤولية الدولة تقوم دون خطأ، وأنه عندما ينتج هذا الالتزام عن نص قانوني لم ينص على تعويض معين، فما يلاحظ أنه رغم إقرار المسؤولية بدون خطأ إلا أنه أقامها على أساس إنعدام المساواة أمام الأعباء العامة وليس على أساس المخاطر³⁷¹.

غير أن المشرع الفرنسي حسم موقفه في مجال التلقيحات الإجبارية بموجب قانون 1964 المعدل للمادة 10 من قانون الصحة حيث نص بموجب المادة الثالثة على المسؤولية بدون خطأ للدولة عن الأضرار التي يمكن أن تحدث³⁷².

أما عن إجتهد القضاء الإداري المغربي في الموضوع فقد أشار حكم حديث للمحكمة الإدارية بالبيضاء بتاريخ 17 دجنبر 2008 إلى مسؤولية المرفق الصحي، معتبرة أن فقدان الضحية لحاسة السمع من جراء التلقيح الإجباري الذي خضع له بواسطة أحد الأطباء العاملين بمستوصف الأمل العمومي، ضرراً جسيماً ولا تتحلل الإدارة من المسؤولية إلا بإثبات خطأ المضرور³⁷³.

371 - مراد بن صغير، مرجع سابق، ص 140.

372 - منير رياض حنا، مرجع سابق ص. 151.

373 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، ص. 93.

الفرع الثاني: مسؤولية الدولة عن المخاطر العلاجية الطبية المستحدثة

يستخلص من مبدأ إحترام سلامة جسم الإنسان الذي تكرسه المواثيق والقوانين، بأن الجسم البشري بجميع مكوناته وعناصره لا يمكن أن يكون محلاً لمعاملات مالية.

وبأن الإستثناء بإمكانية المساس بسلامة الإنسان مرتبطاً بالضرورة الطبية، مع وجوب الحصول دائماً على الرضا المسبق للشخص المعني بخلاف الحالات التي لا تسمح فيها حالة الشخص بالتعبير.³⁷⁴

الفقرة الأولى: الإطار القانوني للأبحاث الطبية

في المجال الطبي يفيد المبدأ بأن تقدم العلوم والتقنيات الطبية لا يمكن أن يخطوا خطواته على حساب كرامة الإنسان التي تثبت له من لحظة ميلاده، لذلك كانت القوانين تحرم التجارب الطبية على جسم الإنسان، إلا أن الضرورية الطبية فرضت نفسها ومنحت القوانين الطابع الشرعي للأبحاث على جسم الإنسان وحددت إطاره القانون من خلال وضع أحكام لحماية الأشخاص الذين يصبون أنفسهم للبحث الطبي³⁷⁵.

إذ يعتبر البحث الطبي في المؤسسات الطبية العامة والخاصة أمراً لا يستغنى عنه فالدواء الجديد لا يمكن الثقة في إستعماله قبل تجريبه على الأشخاص، كما أن ضرورة البحث تفرض نفسها في التقنيات الجراحية وفي جميع أنشطة الصحة³⁷⁶.

غير أنه وأثناء تقديم العلاجات الطبية المستحدثة؛ على ضوء التطور العلمي قد تتسبب في اضرار للمرضى من جراء هذا العلاج الجديد، وهي العلاجات التي قد تكون حتى من

³⁷⁴ - منذر الفضل، "التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية"، مجلة الكوفة العدد 7، سنة 2010، ص. 15.

³⁷⁵ - منذر الفضل، مرجع سابق، ص. 20.

³⁷⁶ - article L.109-7 du code de la santé publique français : « Pour les recherches biomédicales sans finalité thérapeutique directe, le promoteur assume, même sans faute, l'indemnisation intégrale des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête... »

- article L.209-7 du code de la santé publique français : « Pour les recherches biomédicales à finalité thérapeutique directe, le promoteur assume l'indemnisation des conséquences dommageables de la recherche pour la personne qui s'y prête, sauf preuve à sa charge, que le dommage n'est pas imputable à sa faute ... »

الناحية العلمية غير حاسمة في علاج مرض معين، أو ينتج عنها آثار جانبية غير متوقعة الحدوث.

وفي هذا السياق وأمام الحقيقة التي فرضها التجريب العلمي على جسم الإنسان جاء القانون رقم 28.13 المتعلق بحماية الأشخاص الذين يشاركون في الأبحاث البيوطبية.³⁷⁷

حيث يعد أول قانون مغربي وهو مستلهم من الخبرات الأجنبية ولا يتعارض مع القيم الدينية والأخلاقية، إذ ينص على الموافقة الطوعية والحرّة والمستنيرة للأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

حيث يشترط إعتداد الرأي الإيجابي للجنة الأخلاقية وحماية الأشخاص كقيمة أخلاقية. وتستند الحاجة الملحة لتوفير هذا الإطار القانوني إلى الإستجابة لمضامين الدستور المغربي والإتفاقيات الدولية، والمعاهدات الرامية إلى تكريس حقوق الإنسان وإحترام كرامته وسلامته الجسدية.

وقد حدد المشرع شروط إجراء الأبحاث حيث لا يمكن إنجازها إلا في مؤسسات الصحة التابعة للدولة حسب المادة 24، فالهدف الأساسي للقانون هو ضمان حماية وسلامة الإنسان وفي سبيل ذلك حدد الشروط الضرورية التي تعطي للبحث صبغته القانونية، وعليه فإن مباشرة البحث العلمي دون توافر أحد الشروط الأساسية يفتح باب المسؤولية.

وهو ما نصت عليه المادة 34 "يتحمل المتعهد مسؤولية الأضرار التي تلحق بصحة المشارك أثناء إنجاز البحث أو بعد توقيفه أو انتهائه، عند ثبوت علاقة سببية بين البحث والأضرار ويضمن المتعهد التعويض الكامل للمتضرر أو لذوي حقوقه في حالة وفاته وذلك مهما كانت المدة الفاصلة بين تاريخ البحث وتاريخ ظهور الضرر، وبالتالي فنظام المسؤولية

377 - ظهير شريف رقم 1.15.110 الصادر في 18 من شوال 1436 (4 أغسطس 2015) بتنفيذ القانون رقم 28.13 المتعلق بحماية الأشخاص المشاركين في الأبحاث البيوطبية.

الطبية حقق نوعاً من التوازن بين التقدم العلمي واستخدام التقنيات العلاجية الجديدة وبين المخاطر الاستثنائية المتولدة عنها".

الفقرة الثانية: الحلول القضائية للمسؤولية عن المخاطر العلاجية الطبية المستحدثة

والمرافق الطبية العمومية وأثناء تقديم العلاجات الطبية المستحدثة على ضوء التطور العلمي، قد تتسبب في أضرار للمرضى من جراء هذا العلاج الجديد وهي العلاجات التي قد تكون حتى من الناحية العلمية غير حاسمة في علاج مرض معين، أو قد ينتج عنها آثار جانبية غير متوقعة الحدوث.³⁷⁸

وبالنظر إلى هذه النظريات الحديثة في المجال الطبي ونتيجة لإستخدام التقنيات العلاجية الجديدة، زادت المخاطر التي ولدت أضراراً خاصة وغير عادية للمرضى المعالجين دون قيام أي خطأ من جانب المرفق الطبي.

والقاضي الإداري إزاء الأضرار الخاصة وغير العادية الجسامة التي أصابت المرضى نتيجة إستخدام تقنيات علاجية جديدة، تخلى عن موقفه بشأن المسؤولية على أساس الخطأ وانتقل إلى مجال المسؤولية دون خطأ لحماية هؤلاء المرضى من التقنيات الجديدة.³⁷⁹

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي المسؤولية على أساس المخاطر لأول مرة في مجال الأعمال الطبية والجراحية، بموجب قرار صادر عن محكمة الاستئناف "بليون" بتاريخ 21 دجنبر 1990 في قضية Gomez والتي تتلخص وقائعها في أن الطفل المدعوا Gomez البالغ من العمر 15 سنة أدخل المستشفى لإجراء عملية جراحية في العمود الفقري، وعلى إثرها ظهرت مضاعفات جسيمة إنتهت بعد 36 ساعة بإصابة الطفل بالشلل في أطرافه السفلى نتيجة إستخدام طريقة علاج جديدة تدعى Méthode de luque غير معروفة النتائج بشكل كبير، في أول الأمر رفضت المحكمة الإدارية التعويض عن الضرر اللاحق بالطفل على

378 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، ص. 93.

379 - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 280.

أساس غياب أي خطأ صادر من الطبيب أو أحد معاونيه، فاستأنفت عائلة Gomez هذا الحكم وأصدرت محكمة إستئناف ليون قرارا يقضي بأن إستعمال طريقة علاجية حديثة تعرف بـ luqué يمكن أن يسبب خطرا للمرضى الذين يخضعون لها، خاصة أن نتائجها غير معروفة بعد³⁸⁰.

وأن حالة المريض لم تفرض إستخدامها، مما يؤدي إلى إثارة مسؤولية المستشفى عن المضاعفات التي تعتبر نتيجة حتمية ومباشرة للطريقة المستعملة luqué حتى بعد غياب الخطأ³⁸¹.

وقد أثار هذا الحكم إحتجاجا في الأوساط الطبية والقانونية، كما أثار كثيرا من التساؤلات والإستفسارات بين الفقهاء حول قيمته والمنظور الجديد له، نظرا لأنه قرر لأول مرة منح التعويض للمرضى المنتفعين بخدمات المرفق.

غير أنه لا يمكن إعتبار المريض الذي يخضع عن كره لتقنية علاجية جديدة معاونا للمرفق الطبي بمساهمته في تأكيد نتائج العلاج، لأن قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بمسؤولية الإدارة دون خطأ من جانبها عن الأضرار التي تصيب الأفراد الذين يساهمون بمعاونتهم في إدارة المرفق، يشترط لإقرار المسؤولية في هذه الحالة، أن تتم المساهمة للمرفق إما بتكليف من الإدارة أو تلبية لطلب منها أو تطوعا من الأفراد في حالة الضرورة³⁸².

والمريض الذي يخضع بالإكراه لإستخدام العلاج الجديد لا يندرج تحت أي من هذه الشروط، وبالتالي لا يمكن إعتباره معاونا للمرفق، بل يجوز مساءلة الطبيب أو المرفق على أساس الضغط المؤثر والذي يشوب حرية المريض في الإختيار، فالمريض إنسان حر له حقوق مقدسة على جسمه، لا يجوز المساس بها بغير رضائه ويجب أن يكون الرضا خاليا من أي إكراه.

380 سهيل يوسف الصويص: "مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث"، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2007، ص153.

381 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، ص. 94.

382 سهيل يوسف الصويص: مرجع سابق، 155.

ومن المؤكد أن المرضى المنتفعين بنشاط المرفق الطبي هم أكثر الفئات تعرضا لمخاطر النشاط الطبي، فالحادث الذي يقع للمريض أثناء العلاج أو العملية الجراحية التي تمارس باستخدام تقنية علاجية جديدة في غير حالات الضرورة والإستعجال، يجب أن يؤدي إلى مساءلة الإدارة إذا ما نشأ عنه ضرر خاص وإستثنائي دون حاجة إلى إثبات وقوعها في خطأ.

ومن هنا يمكن القول بأن حكم Gomez يعتبر حالة جديدة من حالات المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي، ولإيضاح الغموض الذي أحاط بهذا الحكم يتعين علينا معرفة البواعث التي دفعت القاضي الإداري للحكم بمسؤولية المرفق الطبي دون خطأ على أساس الخطر العلاجي تجاه المرضى المنتفعين بخدمات المرفق، حيث توجد ثلاثة بواعث: 383

- الباعث الأول: المضاعفات الإستثنائية وغير العادية الجسامة التي أصابت المضرور.
- الباعث الثاني: غياب الأسباب الضرورية التي تستلزم اللجوء للتقنية العلاجية الجديدة.
- الباعث الثالث: استخدام تقنية علاجية جديدة لم تكن نتائجها معلومة تماما.

أما القضاء المغربي فقد إعتبر بمناسبة تقرير مسؤولية الدولة عن العلاجات الخطيرة، أن الأضرار الناتجة عن معالجة المرضى بإستعمال الأدوية الخطيرة، مسؤولية مبنية على أساس المخاطر، وذلك في قضية « dalonnée » Pasqui contre le docteur إذ إعتبرت المحكمة أن إستعمال الدواء أدى إلى شلل المضرور، يحمل الدولة المسؤولية على أساس مشاطرة مع المتضرر، وهو نفس الإتجاه الذي ذهبت إليه الغرفة الإدارية بمحكمة النقض، وذلك في قضية "زح" بتاريخ 26 نونبر 1979 حيث قررت المسؤولية في هذه القضية على أساس المخاطر ويتعلق الأمر فيها بتقديم الأقراص "الفنازيل" لتلاميذ المدرسة الابتدائية من أجل الوقاية ضد مرض معدي وتسببت هذه الأقراص في قروح في عين الطفل "ز" وإنتهت بفقدان بصره.

إلا أن القضاء عموما، ورغم أنه أقر مسؤولية الدولة في المجال الطبي، في الحالة التي تحدث فيها أضرارا للمرضى، وأسس هذه المسؤولية على نظرية المخاطر حيناً وعلى مبدأ

383 - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 295.

المساواة أمام الأعباء العامة في أحيان أخرى، فلم يكن ذلك بشكل مطلق وفي جميع الحالات، بل وضع شروطاً لتطبيق نظرية المخاطر، والتي تستمد من الشروط التي وضعها الفقه القانوني لهذه النظرية منذ ظهورها.

وعلى ذلك أوضح القضاء أن المسؤولية دون خطأ لا تقوم إلا إذا كان العمل الطبي الذي تسبب في الضرر ضرورياً للتشخيص أو لعلاج المريض، ويكون الخطر الذي يمكن حدوثه معروف الوجود، لكن نسبة حدوثه تبقى إستثنائية، كما يشترط في الضرر الناتج عن العمل الطبي، أن يكون شديد الخطورة، حيث لا يبدي المريض إستعداد خاص لهذا الخطر.³⁸⁴

المطلب الثاني: المسؤولية بدون خطأ للمرفق الطبي العام تجاه معاونين للمرفق

بالرغم من أن نظرية المسؤولية بدون خطأ للإدارة لها صفتها الإستثنائية فإن نطاقها قد إتسع وكثرت تطبيقاتها، فالمسؤولية بدون خطأ للمرافق الطبية العامة لم تكن إلا ترجمة للمبادئ العامة للمسؤولية الإدارية، وهذه المرافق الطبية لم تكن إلا مرافق عامة إدارية ضمن المرافق الأخرى وتخضع للقواعد العامة للقانون الإداري.

ففي السنوات الأخيرة إتسعت أنشطة ومهام المرفق الطبي العام وكذلك الوسائل الدافعة لمساهمة الأفراد في سير المرفق الطبي، فتعقيدات الأنشطة الطبية قد يتطلب مساهمة الأفراد في أدائها تحقيقاً للصالح العام³⁸⁵.

غير أن تدخل هؤلاء معاونين في أداء مهام محددة للمرافق العامة قد يسبب لهم أضراراً أو مخاطر يتحملونها دون أي خطأ، مما يثير مشكلة مسؤولية الدولة عن هذه الأضرار.

³⁸⁴ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق ص. 95.

³⁸⁵ - Leila Ben Sedrine, « La faute médicale en matière de procréations artificielles », Op. Cit, p 121.

الفرع الأول: مسؤولية المرفق الطبي عن عمليات التبرع بالدم

تعد عمليات نقل الدم مجالا هاما لنشاط المرافق الإستشفائية خصوصا في ميدان الإستعجالات، عندما يكون المريض في حاجة ماسة وسريعة لكمية من الدم تهبه الحياة، وعلاج الأشخاص أيضا يتطلب توافرا مستمرا لعنصر الدم لذلك يتم تجميعه مسبقا لذلك الغرض³⁸⁶.

إلا أن عملية نقل الدم وإن كانت تتم من أجل إنقاذ حياة الغير فإنها قد تكون سببا في إصابة الشخص المتبرع بأضرار، لذلك جاء تدخل المشرع لرسم الإطار القانوني لعمليات التبرع بالدم، فهناك ضوابط وقيود لعمليات التبرع بالدم من أجل ضمان سلامة المتبرعين.

لكن رغم اتخاذ التدابير الموجهة لحماية المتبرع بالدم فإن الحوادث المترتبة عن التبرع بالدم موجودة لذلك تنثور مشكلة المسؤولية³⁸⁷.

ويثور التساؤل حول طبيعة المخاطر التي تتضمنها عملية نقل الدم وما يترتب على ذلك من أضرار للأشخاص المنقول إليهم الدم؟ ومدى إمكانية التعويض عن هذه الأضرار؟

الفقرة الأولى: النطاق القانوني في مجال عمليات نقل الدم

لقد أوجب قانون الصحة على مراكز نقل الدم التحقق من خلو الدم ومشتقاته قبل نقله من الأمراض، وإذا تم نقل الدم لمريض وكان هذا الدم ملوثا فيجوز للمريض أن يقيم دعوى المسؤولية في مواجهة المرفق عن الأضرار التي لحقت به، فمن الطبيعي أن المريض الذي نقل له دم ملوث في المستشفى العام، يكون له الحق في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه.

فالمشرع حدد الهدف من التبرع بالدم وربطه بالأغراض العلاجية، من هنا يتضح أن إعطاء الشرعية لعمليات التبرع بالدم تبرره الحاجة العلاجية، فالمشرع جعل هذا النشاط

386 - محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، مرجع سابق، ص. 468.

387 - Robert Holcman, « La fin de l'hôpital public ? », Wolters Kluwer 2007, p 123.

حصريا للوحدات الصحية المتخصصة في المجال، ويرجع ذلك للضوابط والقيود المشددة لضمان السلامة وضمان تحقيق الهدف من التبرع بالدم.

ومن أجل تحصين هذه العملية الحساسة بقوانين منظمة بشكل ديمقراطي وشفاف، فلقد أصدر التشريع المغربي ظهائر ومراسيم قانونية منذ 1995 لتنظيم عملية التبرع بالدم³⁸⁸.

فنقل دم الإنسان مقرر لأهداف علاجية وجراحية ويجب أن يوضع دم الإنسان ومشتقاته وتحضيره وحفظه وإستخدامه تحت رقابة مستمرة من جانب الدولة.

فالمشرع المغربي كنظيره الفرنسي أناط لوزير الصحة إصدار القرارات اللازمة لتحديد الحالات التي يجب فيها نقل الدم، وكذلك الشروط اللازمة لإعداد وتحضير مكوناته ومشتقاته والرقابة عليه.³⁸⁹

غير أنه قد يترتب على نقل الدم ومشتقاته أضرار جسيمة للأشخاص المنقول إليهم الدم، على الرغم من إتخاذ الضمانات المقررة من قبل وزير الصحة لتجنب حدوث أضرار من جراء عمليات نقل الدم، وقد برزت الآن على الساحة الدولية أضرار خطيرة للمرضى نتيجة نقل الدم، لاسيما عندما يكون الدم المنقول ملوثا بمرض معد³⁹⁰.

وبالتالي فقد أصبحت مراكز نقل الدم تتحمل التعويض عن الأخطار التي يتعرض لها المتبرعون بالدم.

وفي إطار المسؤولية عن عمليات التبرع بالدم، يجب الإشارة إلى أن المشرع أرسى عدة نصوص في هذا المجال فلقد إعتبر بأن عملية حقن الدم، عمل طبي يتم تحت المسؤولية المباشرة للطبيب الذي أمر بذلك.

³⁸⁸- الظهير الأول رقم 11.95.137 الصادر في 1995 بمثابة قانون 03.94 المتعلق بالدم البشري والمعدل لاحقا بتاريخ 23 يوليوز 2005.

وكذا المرسوم الوزاري 2.94.20 الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 16 نونبر 1995 لتطبيق القانون 03.94
³⁸⁹- قرار لوزير الصحة رقم 808.02 صادر في 25 من ذي الحجة 1423 / 27 فبراير 2003. بتحديد معايير التقنية الواجب توافرها في مراكز تطهير الدم.

³⁹⁰ محمد جلال حسن الأتروشي: المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة الطبعة الأولى سنة 2008، ص 23.

كما تعد عملية نقل الدم من أهم لحظات التدخل الجراحي وأيسر وسيلة لانتشار الأمراض المعدية أثناء حقن الدم، لذلك حرص المشرع على ضرورة خضوعها للمراقبة المشددة والمستمرة، فكل عملية من هذا النوع يجب أن تكون مسبقة بفحوص وتحاليل للتأكد من سلامة المعطي والمتسلم من جهة ³⁹¹، ومن وجود توافق بين الفصيلتين لكل واحد منهما من جهة أخرى.

والأصل أن إلزام الطبيب هو إلزام بتحقيق نتيجة، فهو لا يسأل فقط على عمليات نقل الدم التي يجريها الأشخاص بمراعاة القواعد الطبية وإنما يسأل أيضا بالنسبة للتحاليل الطبية فكيف ذلك؟

فالمسؤولية في هذا النوع من الأخطاء قد يتحملها الطبيب أو الجهة التي أوكل لها المشرع مهمة التوزيع، فمركز تحاقن الدم يعتبر مسؤولا عن توزيع الدم بالمستشفيات ولا يتم تسليم الدم أو مشتقاته إلا بطلب من الطبيب المعالج ³⁹².

ويفهم من ذلك على أن مسؤولية الطبيب تقوم على الأساس التقصيري بفعل إخلاله بما ألزمه القانون، ويتعلق الأمر بمراقبة دماء المتبرعين وعدم أخذ دم ملوث من المتبرعين حسب المادة 60 من القانون أعلاه، ³⁹³ هذا الإلزام المصاحب للطبيب أثناء عملية حقن الدم يتأسس بناء على صور الخطأ الطبي كما حددتها القواعد العامة للقانون الجنائي بناء على الفصلين 432 و433.

أما بالنسبة للوضع في فرنسا، فإنه يجب التفرقة بين مرحلتين أساسيتين لعب فيها كل من التشريع والقضاء الإداري الفرنسي دورا مهما في إرساء أحكام هذه المسؤولية، ففي فترة ما قبل سنة 1993، فإن نظام مسؤولية مرفق نقل الدم عن الأضرار التي كانت تلحق

³⁹¹- محمد جلال حسن الأتروشي، "مرجع سابق، ص 110.

³⁹²- حسب المادة 10 من قانون التبرع بالدم التي ورد فيها: "لا يتم تسليم الدم أو مشتقاته إلا بطلب مكتوب من طرف الطبيب المعالج".

³⁹³- والتزامات الطبيب حددتها مواد القانون المذكور فمثلا :

المادة 11 تلزم الطبيب بإخبار المريض بإيجابيات الحقن

المادتين 13 و16 تؤكد على فحص الدم قبل حقنه .

المادة 9 تلزم الطبيب قبل الحقن معرفة فصيلة المحقون وأوجه التطابق بين دم مركز التحاقن والمتلقي.

المتبرعين بالدم، كان منقسما إلى نوعين، أحدهما بموجب نص قانوني والآخر يسير وفقا لما إستقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في تلك الفترة، فقانون 21 يوليوز كان أول تشريع فرنسي ينظم عمليات نقل الدم حيث أنشأ هذا القانون ما يسمى بمرفق الدم العام، كما أنشأ بموجب هذا القانون المركز القومي لنقل الدم وهو عبارة عن جمعية ذات شخصية اعتبارية يوجد من بين أعضاء مجلس إدارته ممثلون عن وزير الصحة، بالإضافة إلى 485 مركزا لنقل الدم موزعة عبر التراب الفرنسي.

ولقد حرص قانون 21 يوليوز 1952 المعدل بقانون 2 غشت 1962، على الطابع التبرعي للدم ومجانيته والجدير بالملاحظة في هذا القانون أنه لم يتعرض على الإطلاق لمسؤولية مراكز الدم عن الأضرار التي قد تلحق المتلقي أو المستفيد من نقل الدم، مع أن الأضرار التي قد تلحق هؤلاء عديدة وغاية في الخطورة، في حين أنه تعرض لمسؤولية هذه المراكز في مواجهة المتبرعين حيث جعل على عاتقها إلزاما بالسلامة محله تحقيق نتيجة وإعتبر مسئوليتها في هذا الخصوص مسؤولية موضوعية، أي أن المتبرع ليس في حاجة إلى إثبات خطأ المركز للحصول على تعويض وذلك يجد تبريره ربما في الطابع التبرعي لهذه العملية وكذلك للتشجيع على التبرع³⁹⁴.

كما أن الإختصاص في ذلك يرجع إلى القاضي العادي وهذا هو القسم الأساسي والوحيد الذي كان منظما بموجب نص قانوني واضح³⁹⁵.

وهذا ما جعل القاضي الإداري يتدخل في هذا المجال ويعقد الإختصاص لنفسه في إقرار التعويضات لفائدة هذه الفئة من المتبرعين على أساس المسؤولية بدون خطأ، مستندا في ذلك على فكرة أن المتبرع يعد معاونا متطوعا للمرفق الطبي.

394- Pierre Tifine, « La responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine », Commentaire sous CE Ass. 26 mai 1995 n. 143238 n. 143673 n.151798 N'Guyen Jouan et Pavan : rec. p. 221, Revue générale du droit on line, 2008, numéro 1623 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=1623), 10/05/2015, à 10h30min.

395 - وائل محمود أبو الفتوح، " المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم"، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، طبعة 2009، ص 693.

الفقرة الثانية: العمل القضائي

ومن هنا مادام أن القاضي الإداري المغربي يشترط لإقامة مسؤولية المرفق الطبي عن العمل الطبي إثبات الخطأ الجسيم وهذا على خلاف الأعمال العلاجية التي يكتفي فيها³⁹⁶ بالخطأ البسيط لإقامة مسؤولية المرفق الطبي، ونظرا لأن النصوص قد حددت الضوابط التي يتعين إحترامها عند عملية إنتزاع الدم، فإن ترتب على مخالفة تلك الضوابط ضرر تجاه المتبرعين بالدم وعلى الرغم من قلة القرارات القضائية الصادرة عن الخطأ الإدارية في هذا الصدد، فإن ذلك يعد خطأ جسيما مرتبا لمسؤولية المرفق الطبي طالما أن النصوص قد إعتبرت أن عملية حقن الدم هي عمل طبي.

وهذا ما جاء في القرار الصادر عن محكمة النقض،³⁹⁷ حيث قررت أن الحقن بدم ملوث، خطأ جسيم منسوب لمركز تحاقن الدم ومسؤولية الدولة قائمة في نطاق الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود على أساس الخطأ المصلحي أو المرفقي.

وكذا قرار محكمة النقض الصادر في 1998، الذي أقر أن تبوث حقن المريض بكمية من الدم بمصلحة الإنعاش بمستشفى ابن سينا على إثر إصابته بنزيف دموي في أمعائه وتأكيد الخبرة بأنه من المحتمل جدا أن تكون الإصابة بمرض إلتهاب الكبد من نوع (س) ناتجة عن نقل الدم، يجعل العلاقة السببية قائمة لا محالة بين الحقن بالدم وبين الإصابة التي تعرض لها الضحية المتمثلة في الإلتهاب الكبدي³⁹⁸.

حيث كان على المسؤولين على مركز تحاقن الدم الذين يزودون المستشفيات العمومية والمصحات الخاصة، بكميات الدم التي يحتاجونها من مختلف الفصائل والأنواع أن يتحروا

³⁹⁶ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 164.

³⁹⁷ - قرار عدد 267 بتاريخ 26/1998/ ملف إداري 97/1/5/180 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد خاص بالقضاء الإداري، مجلة رقم 51، السنة 20.

³⁹⁸ - وائل محمود أبو الفتوح، مرجع سابق، ص 715.

قبل الإقدام على هذه العملية، خصوصاً وأن المركز المذكور يتوفر على الآليات والوسائل الضرورية لفحص الدم وتصفيته قبل تسليمه³⁹⁹.

فالدّم الملوّث قد تسبّب في عاهات مستديمة كما هو الوضع في النازلة عندما تبث أن الضحية أصيب بالتهاب كبدي نتيجة حقنه بدم ملوّث، فالتصرف الذي أقدم عليه مركز تحاقن الدم ينطوي على خطأ جسيم ليس في حاجة إلى إثبات، لأن أوراق الملف ومستنداته ووقائع الدعوى لا تدع مجالاً للشك في ثبوت مسؤولية أحد المرافق التابعة للدولة، وبالتالي تحمل مركز تحاقن الدم وحده المسؤولية.

وهذا ما يظهر في العديد من قراراته القضائية، من ذلك القرار المبدئي للمحكمة الإدارية لمدينة Dijon بتاريخ 1964/6/20 حيث تتلخص وقائع القضية في أن السيد Pautras البالغ من العمر 40 سنة كان يحمل بطاقة وطنية للتبرع بالدم بدون مقابل، وقد أخذ منه الدم على سبيل التبرع أربع مرات، بدون أية مشكلة، وفي المرة الخامسة، وبعد أن أخذ منه الدم من طرف المركز الإقليمي بـ Dijon ظهرت عليه اضطرابات عديدة، إذ حدث له ضيق طارئ بعد حوالي ثلاث ساعات من أخذ الدم، واستلزمت حالته إدخاله المستشفى للعلاج، إلا أنه أصيب بشلل في ساقه اليسرى.

وبعد أن قام المضرور برفع دعوى أمام المحكمة الإدارية Dijon مطالباً بالتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء نقل الدم، وأمام صعوبة تحديد مركز المضرور ومدى استحقاقه للتعويض، لجأ القاضي الإداري إلى نظرية معاون المتطوع للمرفق، وقد أقر في هذا الصدد مبدأ مهماً وهو أن المتبرعين بالدم يعتبرون معاونين للمرفق العام⁴⁰⁰.

فالمنطق يقضي بعدم فرض التزام على المضرور قصد إقامة الدليل على وجود خطأ مرفقي وذلك نظراً لصعوبة إثباته⁴⁰¹.

399- أحمد ادريوش، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، مرجع سابق، ص. 58.

400- محمد جلال حسن الأتروشي، مرجع سابق، ص 23

401- علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 170.

وفي قرار آخر صادر عن المحكمة الإدارية كانت في قضية Delhommeau بتاريخ 1992/6/11 أكد القاضي الإداري الفرنسي المبدأ السابق ذكره معتبرا أن عمليات نزع وتوزيع الدم تشكل مهمة مرفق صحي عام وعلى إعتبار أن المتبرعين بالدم يساهمون بالمجان في تنفيذ هذه المهمة، يجب ضمان التعويض لصالحهم عن الأضرار التي قد يتعرضون لها بمناسبة عملية نزع الدم وذلك حتى في غياب أي خطأ منسوب للمرفق⁴⁰².

وبمجيء قانون 1993/1/4 المتعلق بالسلامة الصحية في مجال عمليات نقل الدم والأدوية، قام المشرع الفرنسي بوضع حد للتفرقة التي كانت سائدة في السابق، وبالتالي توحيد نظام المسؤولية.

وهكذا أصبحت مراكز نقل الدم تتحمل حتى في غياب أي خطأ التعويض، عن الأضرار التي يتعرض لها المتبرعون بالدم بمناسبة عمليات التبرع.

كما كان القضاء الإداري الفرنسي خصوصا قبل 1991 يشترط الخطأ الجسيم لمساءلة المرفق الطبي، ويظهر ذلك من خلال بعض أحكام القضاء الإداري وهذا ما جاء في قرار المحكمة الإدارية لمدينة باريس في قضية السيدة Ojavlo بتاريخ 1998/5/4.

حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد Ojavlo رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية بباريس يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه هو وأولاده من جراء وفاة زوجته بسبب نقل الدم الملوث بفيروس السيدا⁴⁰³.

إلا أنه لم يقدم أي دليل، ماعدا شهادة طبية تفيد أن زوجته لم تكن مصابة بأي مرض سهل الانتقال قبل دخولها المستشفى.

⁴⁰² - Le droit des malades, 10 ans après La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État Colloque organisé par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES lundi 5 mars 2012.

⁴⁰³ - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص. 170.

ورأت المحكمة أنه على إفتراض أن نقل الدم هو السبب في إصابة السيدة بمرض السيدا، فإن نقل الدم هذا كان ضروريا لها، كما أنه لم توجد في تلك الفترة أية وسيلة تمكن من الكشف عن فيروس السيدا، ومن ثم فلا يوجد أي خطأ ينسب للإدارة العامة بباريس⁴⁰⁴.

وبناء على ذلك رفضت الدعوى على أساس أن السيد Ojavlo لم يتمكن من إثبات أن المرفق الطبي ارتكب خطأ جسيما عن إجراء الولادة لزوجته.

إن هذه الوضعية التي كان سائرا عليها القضاء الإداري الفرنسي، في هذه الفترة عدت غير صائبة ومجحفة بشكل كبير، خصوصا في حق الأشخاص الذين ينقل إليهم دم ملوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة⁴⁰⁵.

ودليل ذلك الفضيحة التي وقعت فيها الحكومة الفرنسية بسبب قيام المركز الوطني لنقل الدم بباريس منذ 1983 إلى غشت 1985 بنقل مشتقات الدم الملوثة للمرض التي أودت بحياة الكثير من الفرنسيين الذين أصبحوا حاملين لفيروس السيدا، هذا ما أجبر المشرع الفرنسي على التدخل لحماية المضرورين من عدوى السيدا، وذلك بإصدار سنة 1991 قانون خاص بالتعويض عن الإصابة بفيروس السيدا بسبب نقل الدم، حيث ترك الخيار للمضروور للجوء إلى القضاء أو للصندوق للمطالبة بالتعويض.

ولقد قصد المشرع الفرنسي من خلال إنشائه لهذا الصندوق والذي يعد نظاما تعويظيا تماما مثل نظام التضامن الوطني الذي تمت الإشارة إليه، تسهيل الحصول على التعويضات لفائدة فئة معينة من المضروورين، وهم الذين أصيبوا بفيروس السيدا من جراء الدم المنقول إليهم، فهذا الصندوق يترأسه رئيس غرفة بالمحكمة العليا⁴⁰⁶.

ومن أجل تعويض المضروورين الذين تتوافر فيهم الصفة السابق ذكرها يكون المشرع الفرنسي قد أحل بهذا القانون فكرة الخطر محل فكرة الخطأ، والتي كشف خطر العدوى

⁴⁰⁴ - عامر برورو، "فقه قضاء مسؤولية الطبيب المدنية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 2، 2007، تونس، ص 88.

⁴⁰⁵ - محمد يوسف ياسين، مرجع سابق، ص. 160.

⁴⁰⁶ - عصام علي غصن، مرجع سابق، ص. 173.

بالسيادة عن عدم كفايتها في توفير قدر من الحماية القانونية لضحايا الحوادث الناتجة من نقل الدم الملوّث والتي تشكل خطراً إستثنائياً.

وقد ذهب الإجتهد القضائي الفرنسي على تعويض ضحايا نقل الدم الملوّث في أحكامه الجديدة بالإستناد إلى قانون 4 مارس 2002⁴⁰⁷.

وقبل سنوات قليلة أسدل الستار في ليبيا على قضية الدم الملوّث الذي إتهم بنقله إلى أطفال ليبيين طبيب فلسطيني وممرضات بلغاريات، تم فيه الحكم بالإعدام على الطبيب والممرضات، وهو الحكم الذي لم ينفذ بسبب تدخلات الدول الأوروبية ونتيجة الإنفراج الذي عرفته لوكيربي بين إنجلترا وليبيا، الأمر الذي جعل هاته الأخيرة تصدر عفوا عاما عن الطبيب والممرضات⁴⁰⁸.

الفرع الثاني: مسؤولية المرفق الطبي العام عن عمليات نقل الأعضاء البشرية

تعتبر عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من أكثر العمليات الجراحية تعقيدا وهو ما يجعل مفهوم الخطأ الطبي في نطاق هذا النوع الخاص من العمليات يتسم بخصوصية تجعله مختلفا عن المفهوم العام والواسع للخطأ الطبي كركن مهم في المسؤولية الطبية.

فالخطأ الطبي في عمليات زرع ونقل الأعضاء البشرية تحكمه عدة ضوابط، منها ضوابط شرعية التي ترتبط بحرمة جسم الإنسان وتحرم المساس به⁴⁰⁹، وضوابط قانونية تتعلق أساسا بالغاية من هذا النوع من العمليات الجراحية، وهو إنقاذ حياة الإنسان بغرض

⁴⁰⁷- La jurisprudence N'Guyen, Jouan et Pavan a également vocation à s'appliquer en faveur des victimes, beaucoup plus nombreuses, du virus de l'hépatite C (V. par exemple Cour administrative d'appel de Marseille, 12 décembre 2006, requête numéro 00MA00473, Avargues; Cour administrative d'appel de Nancy, 15 juin 2006, requête numéro 05NC00193, Etablissement français du sang), celles-ci bénéficiant, par ailleurs, d'une présomption de causalité (loi n°2002-3003 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système. De santé, art. 102).

⁴⁰⁸- بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 142.

⁴⁰⁹- صلاح الدين دكدك، "قراءة مواطنة للقانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها"، مجلة الفقه والقانون، العدد التاسع والثلاثون، يناير 2016، ص. 13.

التبرع وليس لغرض المتاجرة، مع وجود مراعاة مصلحة المتبرع الذي لا يجب أن تسبب العملية في الإضرار بصحته وتهديد حياته⁴¹⁰.

الفقرة الأولى: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية

تثير مسألة شرعية التبرع بالأعضاء البشرية الكثير من النقاش بين رجال الطب والقانون، فهناك من يرى أنها إعتداء على جسم الإنسان وعمل غير مشروع بإعتبار جسد الإنسان يقع خارج دائرة التعامل، بإعتبار أنه إذا كان حق الإنسان على جسده حقا غير مالي فإنه يخرج عن دائرة التعامل، ولا يكون محلا للتصرف في أي جزء منه ويرى عدم مشروعية التصرف في العضو بالمقابل، غير أن البعض يرجعها إلى فكرة التضامن الإجتماعي فعملية نقل الأعضاء تكون مشروعة لأنها تحقق مصلحة الفرد في البقاء ومراعاة المصلحة العامة في المحافظة على حياة الأفراد والتقدم العلمي للطب.

وفي المغرب فتاريخ الزرع لا يعود للعقد الحالي كما قد يتبادر إلى الذهن، وإنما إلى تاريخ أسبق بكثير ويكفي التدليل على ذلك بكون مراكز التحاقن أنشئت في بداية الأربعينات، وكون أول بنك للعيون أسس سنة 1951، وإن كان يصعب الحصول على أية أرقام عن عدد زرع القرنيات، كما أنجز أول زرع للكلية سنة 1968 من قبل فريق البروفيسور بنشقرون من مركز ابن سينا، ثم توج ذلك بأشهر عملية زرع عضلة القلب سنة 1993،⁴¹¹

وتوج بصدور قانون التبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها⁴¹².

عكس القانون المصري الذي مازال يعرف جدلا واسعا، حيث إعتبر أن عملية نقل الأعضاء غير مشروعة، ووفقا للرأي السائد في الفقه والقضاء فعمليات نقل الأعضاء تعتبر إعتداء على جسم الإنسان تؤثمه نصوص قانون العقوبات، فالأصل أن كل تعد أو إنتهاك

⁴¹⁰ - منير رياض حنا: مرجع سابق، ص. 325.

⁴¹¹ - رجاء ناجي مكاوي، "نقل وزرع الأعضاء"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، السنة الجامعية 1996-1997، ص. 12.

⁴¹² - القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، بتاريخ 9 يونيو 2014.

لجسم الإنسان يكون جريمة الجرح أو الضرب، مالم يكن هناك سبب لإباحته، فلا يمكن أن يكون نقل الأعضاء من ضمن حالات الدفاع الشرعي لغياب المعتدي عليه.

وقد أصبحت مشكلة نقل الأعضاء البشرية في مصر من المشاكل التي تقتضي ضرورة إصدار تشريع لينظم عمليات نقل الأعضاء.

وفي القانون الفرنسي فقد إستمرت عملية نقل الأعضاء البشرية خاضعة لنظام قانوني غامض إلى أن تدخل المشرع الفرنسي بإصدار القانون الصادر في 22 دجنبر 413 1976 الخاص باقتطاع الأعضاء، فبصدور هذا القانون انتهى الخلاف الفقهي حول مشروعية نقل الأعضاء البشرية في فرنسا فأقر مجموعة من الضوابط يجب إحترامها ومنها أن زرع الأعضاء لا يكون إلا بقصد العلاج، كما نجد أنها تمنع بيع الأعضاء وتشدد على أن يكون زرع الأعضاء عن طريق التبرع وليس عن طريق البيع.

ولا يجوز إجراء عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية إلا في المستشفيات العامة والمراكز الطبية المتخصصة، وضرورة قصر التبرع بالعضو على الشخص السليم الحي الرشيد والذي يتمتع بالأهلية القانونية، والحصول على موافقته الصريحة والحرّة، وله الحق في الرجوع عن تبرعه في أي وقت وذلك قبل إجراء عملية القطع كما لا يجب إجراء القطع على عضو أساسي للحياة، بل يجب أن يقتصر على الأنسجة المتجددة والأعضاء المزدوجة.

الفقرة الثانية: مسؤولية المرفق الطبي العام عن عمليات نقل الأعضاء

البشرية

تعد مسؤولية الدولة عن زرع ونقل الأعضاء البشرية من المسؤوليات الجديدة في المجال الطبي، فعمليات نقل الأعضاء تفتح مجالا جديدا لنشوء دعاوى المسؤولية ضد المرفق الطبي ولأجل ذلك يجب حماية الأشخاص ضد المخاطر، من خلال وضع قواعد تضمن سلامة الإنسان المتبرع وسلامة صحته العامة، فإجراء عمليات نقل الأعضاء البشرية في المستشفيات

413 - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 78.

العامّة يقتضي تقرير المسؤولية عن المخاطر الناتجة عن عمليات الإقتطاع، وهذه المخاطر قد تصيب المعطي أو المتلقي⁴¹⁴.

فالحقيقة أن عمليات نقل الأعضاء البشرية لابد أن يسبقها العديد من الفحوصات الطبية الدقيقة، لاسيما وأن العلوم الطبية قد تطورت تطورا فنيا عظيما وأصبحت توجد وسائل وأدوات حديثة تسير عمل الأطباء الجراحين، ومما لاشك فيه أن هذه العمليات قد أعطت مجالا لنشوء دعاوى المسؤولية ضد المرفق الطبي العام الذي يقوم بإجراء هذه العمليات، لاسيما في حالة الأضرار التي تصيب المتبرع دون قيام أي خطأ من جانب المرفق الطبي، ولتعويض المعطي عن هذه الأضرار يقتضي تطبيق نظام المسؤولية دون خطأ، وتطبيق هذا النظام يتوقف على تحليل المركز القانوني للمضروب⁴¹⁵.

فيرى البعض أن العلاقة بين المعطي للعضو والمرفق الطبي هي إشتراط لمصلحة الغير، فالمرفق الطبي يلتزم بتنفيذ هذا الإشتراط برصد العضو المستئصل لأهداف محددة تعين بواسطة المعطي، غير أنه هناك من ذهب إلى القول إنه لا يمكن تكيف العلاقة بين المعطي والمرفق الطبي العام إشتراط لمصلحة الغير، فالإشتراط عقد ينشأ بمقتضاه حق لأجنبي عن العقد وهو المنتفع، وهذا العقد له تبعات مالية، بينما في حالة تبرع المعطي لا يعد شيئا من هذا القبيل⁴¹⁶.

كما أن تكيف العلاقة بين المعطي وبين المرفق الطبي العام يقتضي إلتزام المعطي والمرفق بتنفيذ هذا الإشتراط، وللمرفق أن يطالب بتنفيذ إلتزامه في حالة عدم التنفيذ، لكن الأمر على خلاف ذلك في عملية نقل الأعضاء فمجانبة التبرع تعطي الحق للمعطي في العدول عن رضائه.

414- زرع الأعضاء والنسج البشرية تقرير عن منظمة الصحة العالمية، جمعية الصحة العالمية الثانية والستون البند 10 - 12 من جدول الأعمال المؤقت 26 مارس 2009.

415- حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 98.

416- محمد نعيم ياسين، "حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشر العدد الثالث، سبتمبر 1988، ص 11.

وذهب البعض الآخر إلى أن العلاقة بين المعطي والمرفق الطبي تعتبر علاقة تعاقدية وأن هذا العقد يعتبر عقد إداري، وذلك لأن المعطي بواسطة هذا العقد يساهم في أداء أو تنفيذ مهام المرفق العام، وبناء عليه فإن هذا العقد يخضع لقواعد القانون العام بإعتباره لا يتماثل مع عقود القانون الخاص حيث يحتوي على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، وهذا ما يرجح إعتباره من العقود الإدارية⁴¹⁷.

ويرى البعض أنه لا يمكن تكييف العلاقة بأنها عقد إداري، حيث يعتبر أن عدم أو سوء تنفيذ العقد الإداري من شأنه أن يحرك المسؤولية التعاقدية، غير أنه وكما سبق الإشارة إليه أن مسؤولية الأطباء العاملين بالمستشفيات العمومية تكون مسؤوليتهم تقصيرية فمن الثابت عدم وجود عقد بين المستشفى العام والمريض، أو بين المريض والطبيب وبالتالي ففي حالة إرتكاب الطبيب المعالج خطأ يستطيع المضرور المطالبة بالتعويض عن الخطأ المرفقي.

كما أن التبرع يعد مساهمة في أداء خدمة إنسانية ولا يكمن أن يعتبر عقد إداريا أو حتى أي عقد آخر من عقود القانون الخاص.

وبالتالي فالمتبرع يكون على علاقة بالمرفق الطبي بإعتباره معاون تطوعي للمرفق الطبي، ومن تم يمكن تطبيق نظرية المسؤولية دون خطأ عن الأضرار الغير عادية التي تلحق بهؤلاء المعاونين، وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي قواعد المسؤولية بدون خطأ على المعاونين للمرفق إذ أقر أن المرفق العام يسأل عن الأضرار التي تلحق بهؤلاء المعاونين حتى ولو لم يرتكب أي خطأ، من ذلك الحالات، تطوع بعض الأفراد للمساهمة في إطفاء حريق مع مرفق الإطفاء، وفي إطار الأنشطة الطبية أبرزت نظرية المعاونين المتطوعين للمرفق الطبي فائدة كبيرة فنلمس مساهمة الأفراد للمرفق الطبي لاسيما عند الحوادث الجسيمة على سبيل المثال المعاونة في حالة الحريق نقل المرضى التبرع بالدم⁴¹⁸.

417 - محمد نعيم ياسين، مرجع سابق، ص 16.

418 - علي سعد عمران، نقل الأعضاء البشرية من الأحياء والأموات في إطار المسؤولية الطبية، القاهرة الطبعة الأولى 2020، ص 20.

فهل يمكن تطبيق نظرية المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي تجاه المتبرعين بالأعضاء عن الأضرار غير العادية التي تلحق بهم من جراء الإقتطاع وذلك قياساً على المتبرعين بالدم؟ الواقع أنه لا يوجد مانع من تطبيق نظرية المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي، الذي يجب أن يلتزم بالألا يصيب المتبرع بأي ضرر أو على الأقل ألا تسوء حالته عن ذي قبل بسبب هذا التدخل الجراحي، ولا يكمن استخدام مسؤولية المرفق الطبي في هذا الموضوع إلا إذا كان المضرور نفسه لم يرتكب أي خطأ أو إهمال، فخطأ المضرور أو القوة القاهرة يكون سبباً للإعفاء من مسؤولية المرفق الطبي⁴¹⁹.

419 - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 442.

خلاصة القسم الأول:

إن إقرار مسؤولية الدولة في التشريع المغربي مسألة متفق عليها، وليس هناك من يجادل في وجودها، ذلك أن هناك نصوص قانونية تضع قواعد المسؤولية الإدارية بكيفية مستقلة عن قواعد القانون الخاص، وقد اختلفت الآراء وتضاربت حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، حيث أصبحت هذه المسألة من المسائل الشائكة في القانون الإداري المغربي.

ولعل ما زاد الأمر تعقيدا، هو عدم وجود نصوص خاصة في التشريع المغربي تقرر مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي في القطاع العام، المرافق الطبية والمستشفيات العمومية بشكل مباشر، وإنما هناك نصوص عامة تطبق على جميع المرافق العمومية بما فيها المرفق الصحي العمومي.

وقد ميز المشرع المغربي عند تحديده لأساس مسؤولية المرافق العمومية بصفة عامة - مسؤولية مرافق الصحة العمومية بصفة خاصة - بين نوعين من المسؤولية، يعتبر الخطأ قاسما مشتركا بينهما، الأولى نص عليها الفصل 79 من ق.ل.ع، وهي المسؤولية الإدارية القائمة على الخطأ المرفقي، والثانية نص عليها الفصل 80 من ق.ل.ع، وهي مسؤولية لا تكون فيها الدولة أو المرافق العمومية مسؤولة، وإنما تحل محل موظفيها المسؤولين شخصا في الأداء وذلك في حالة إفسارهم ووفق شروط خاصة.

إلا أن الفقه والقضاء الإداريين لم يكتفيا بقيام مسؤولية الدولة على أساس خطأ من جانب الإدارة أو العاملين بها، وإنما قاما بتأسيس هذه المسؤولية على كون النشاط الإداري يشكل في ذاته أحيانا خطورة معينة بالنسبة للأفراد، فنشأت المسؤولية الإدارية بدون خطأ، سواء كانت على أساس المخاطر أو على أساس المساواة أمام الأعباء العامة.

وقد ذهب القضاء المغربي في مرحلة أولى من عهد الحماية إلى اشتراط توفر خطأ جسيم لتكون الدولة مسؤولة عن النشاط الطبي للمرفق الصحي العمومي أو المستشفى، كما أكد على ضرورة توفر خطأ خطير في العمليات الطبية، لكن هذا التوجه كان موضوع انتقادات

كثيرة ومنها أساسا الإضرار بمصالح المرضى المتضررين الذين يعجزون في الكثير من الحالات عن إثبات الخطأ الجسيم في مجال يطغى فيه الجانب الفني، مما دفع القضاء إلى تغيير موقفه حيث إعتبر أن مسؤولية مرافق الصحة العمومية عن الأضرار التي تسببها، هي مسؤولية مبنية على نظرية المخاطر، إلا أن هذا التوجه بدوره لم يسلم من إنتقادات، حيث إن نظام المسؤولية بدون خطأ يشكل عبئا على ميزانية المرفق الصحي -الدولة- لأنه سيتحمل التعويض عن أضرار لا يد له فيها، كما أن إقدامه ومبادراته لتقديم علاجات سوف تتقلص عما كانت عليه من قبل.

وهكذا تراجع القضاء المغربي عن موقفه وذلك بفرض شرط الخطأ لإقرار مسؤولية المرفق الصحي، إلا أن هذا الموقف الجديد سرعان ما تم التراجع عنه بدوره، فبعدما كان يشترط وجود خطأ جسيم في حق الطبيب ليكون المرفق الطبي مسؤولا، تراجع بعد إحداث محكمة النقض ليكتفي هذا الأخير في بعض قراراته بمجرد وجود خطأ بسيط.

كما أعطى عدة تفسيرات لنظرية الخطأ، إذ أن القضاء أخذ يلزم الطبيب بتحقيق النتائج أحيانا، بعدما كان إلتزامه هو إلتزام ببذل عناية، وأصبح يقضي بمسؤوليته إعتماذا على الخطأ المفترض، الذي يعتبر وسطا بين المسؤولية بناء على خطأ، والمسؤولية بدون خطأ.

كل ذلك جعل الفقه والقضاء يأخذون مواقف متباينة سواء في تأسيس مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي، أو في تكييف هذه المسؤولية، إذ يقضي تارة وفقا لقواعد المسؤولية بناء على خطأ، وتارة أخرى يعفي المضرور من إثبات الخطأ متبنيا بذلك فكرة المخاطر، كما يكيف هذه المسؤولية على أنها مسؤولية تقصيرية، ويذهب أحيانا أخرى إلى إعتبارها مسؤولية عقدية.

القسم الثاني:

تقييم العمل القضائي في مجال

مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية

القسم الثاني: تقييم العمل القضائي في مجال مسؤولية الدولة عن الاخطاء الطبية

بعد تناول النظام القانوني لمسؤولية الدولة في المجال الطبي من خلال دراسة الإطار القانوني للمرافق الطبية العمومية، والأساس القانوني الذي تنطلق منه فكرة مسؤولية الدولة عن أنشطة المرفق الطبي، في القسم الأول من هذا البحث، سينقلنا القسم الثاني من البحث إلى دراسة الآثار القانونية التي تترتب عن كون الدولة مسؤولة عن أنشطة المرافق الطبية وما ينتج عنها من حدوث أضرار للأفراد.

وتشكل في هذا الصدد المطالبة القضائية إحدى أهم الضمانات التي يملكها المتضرر من نشاط المرفق الطبي، من خلال رفع دعوى التعويض أمام القضاء الإداري في مواجهة الدولة.

ورفع الدعوى يعتبر نقطة إنطلاق بالنسبة للمتضرر للسير في دعواه حتى النهاية، حيث سيقطع أثناء سريان الدعوى مجموعة من المراحل، والتي سيواجه خلالها الكثير من الصعوبات التي قد تحول دون الحصول على النتيجة المرجوة من رفع الدعوى، فبدأ من عنصر الضرر وما يقتضيه من إثبات وتوفر شروط محددة فيه بقبوله من طرف القضاء، مروراً بعنصر العلاقة السببية وما يطرحه من إثبات هو الآخر وتباينه ما بين المسؤولية الخطئية والمسؤولية بدون خطأ، وانتهاء بإشكالية إثبات المسؤولية ككل، والتي يكون على المتضرر الإستعانة بمجموعة من الوسائل والحجج حتى يدعم ملفه أمام القضاء، سيما وأن الطرف المدعى عليه (الدولة) لا يتوانى لحظة في الدفاع عن نفسه ومحاولة دحض كل حجج وأقاويل الطرف المدعي المتضرر.

فالقضاء الإداري ما فتئ يؤكد من خلال إجتهاداته في ميدان المسؤولية الطبية على حماية المتضرر من خلال تبني العديد من المبادئ والقواعد والتي تتجه كلها صوب تحقيق إنصاف للمتضرر.

الفصل الأول: الآثار المترتبة عن قيام مسؤولية الدولة في المجال الطبي

إن الواقع أنه بالنظر إلى أن الخطأ لا يزال هو قوام المسؤولية الطبية، رغم ما شهده من تراجع في بعض الحالات والتي سبق ذكرها، فإنه يمكن القول بأن إثباته هو أداة أعمال هذه المسؤولية، فلا سبيل من حيث المبدأ لحصول المريض المضرور على تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء عمل طبي، إلا بإثباته خطأ القائم بهذا العمل، فلا شك أن الظروف التي تحيط بهذا الخطأ، وحالة المعاناة التي يكون بها المريض لحظة حدوثه والذي قد يكون فاقدا للوعي لحظة تحقق هذا الخطأ، وكذا حالة جهل المريض بالإجراءات الطبية، تبين إلى حد كبير مدى صعوبة إثبات هذا الخطأ، بل وأحيانا كثيرة إستحالته.

من هنا كانت المحاولات المستمرة للفقهاء والقضاء للتخفيف من هذه الصعوبة، فبيان هذه الصعوبات يشكل موضوع هذه الدراسة (المبحث الأول)، وإذا كان من حق المتضرر كمدعي إستعمال جميع وسائل الإثبات التي يتيحها له القانون، فإن هناك وسيلة لها من الأهمية بمكان في المجال الطبي، وتؤثر بشكل كبير في مسار توجه القضاء وهي الخبرة الطبية، ولا يخفى مدى الأهمية التي يكتسبها موضوع الخبرة القضائية كدعامة من دعائم تحقيق العدالة، (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إثبات مسؤولية الدولة في المجال الطبي

إذا كان الإثبات في مختلف القضايا التي تعرض على القضاء يعتبر لازماً لإحقاق الحقوق، فإنه في مجال المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية تزداد أهميته أكثر فأكثر، خاصة إذا تعلق الأمر بالأنشطة الطبية والجراحية، نظراً لبعض الخصائص التي تميز الأعمال الطبية، لاسيما الطابع الفني الذي يميز التدخل الطبي، وجهل المريض عادة بخبايا مرضه في مواجهة شخص الطبيب.

مما يعيق المريض من أن يقيم الحجة على خطأ الطبيب خاصة وأن العمل الطبي عادة ما يتم في سرية ما بين الطبيب ومريضه، وقد يكون هذا الأخير في غيبوبة، بالإضافة إلى التضامن المهني الذي يسود ما بين أفراد السلك الطبي وشبه الطبي، الشيء الذي لا يتيح للمريض فرصة اللجوء إلى الإثبات عن طريق شهادة الشهود، ولكن على الرغم من كل هذه المصاعب، فإن جهود كل من القضاء والفقه ساهمت إلى حد كبير في التخفيف من هذه المعاناة.

ويبدو ذلك واضحاً في قلب القاعدة العامة في الإثبات، فيما يتعلق بالالتزام بإعلام المريض عن مقتضيات العلاج المقترح له، وكذا العدول عن اشتراط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية المستشفيات العمومية عن الخطأ الطبي، والإكتفاء فقط بالخطأ البسيط، إلى أن وصل الحد إلى إفتراض الخطأ في بعض الحالات، فالإعتراف بالمسؤولية دون خطأ في بعض الحالات الأخرى كما سبق بيانه، بالإضافة إلى ذلك فإن الدور الإيجابي للقاضي الإداري يساهم إلى حد ما في حماية المتضرر والتسهيل عليه في الحصول على وسيلة الإثبات التي يتمكن من خلالها من إقتضاء التعويض، وعليه سنتناول قواعد الإثبات في مسؤولية المستشفيات العمومية من خلال المطبين الموالين:

المطلب الأول: القاعدة العامة في إثبات الخطأ الطبي

تتفق غالبية التشريعات على تكليف الخصم الذي يدعي أمراً معيناً بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وإلا اعتبر إدعائه غير قائم على أساس، وذلك عملاً بقاعدة "البينة على من إدعى" غير أن هذا النص السابق والنصوص المقابلة تتضمن مفارقة واضحة بين المريض والطبيب، حيث تجعل المدعي في مركز أضعف من المدعى عليه، وهذه القاعدة العامة التي أخذ بها القضاء الإداري، الذي في الغالب ما يلقي بعبء الإثبات على عاتق المريض المضرور⁴²⁰.

غير أن الفقه الحديث قد أجمع على أن عبئ إثبات خطأ الطبيب لا يجب أن يتبع طبيعة المسؤولية فيما إذا كانت عقدية أو تقصيرية، وإنما يتعلق بطبيعة الإلتزام الذي أخل به الطبيب، وعليه فإن إثبات خطأ الطبيب يتوقف على طبيعة الإلتزام، هل كان من أجل تحقيق نتيجة أم ببذل عناية؟

الفرع الأول: عبئ الإثبات حسب طبيعة الإلتزام

لقد تبين من خلال ما سبق أن ما يؤثر في تحديد المكلف بعبء الإثبات هو طبيعة الإلتزام الطبيب وليس طبيعة المسؤولية في ذاتها، ولهذا سيتم التطرق في هذا الفرع إلى طبيعة الإلتزام الطبيب من خلال بيان من يتحمل عبئ الإثبات حال كان الإلتزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية⁴²¹.

⁴²⁰ - محمد الصالح بن حسين، مرجع سابق، ص. 21.

⁴²¹ - رشيدة بنسرغين، "إشكالات الإثبات في إطار المسؤولية الطبية" مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، 2017، ص 36.

الفقرة الأولى: إثبات خطأ الطبيب في الإلتزام ببذل العناية

إلتزام الطبيب يعني أنه غير ملزم بتحقيق نتيجة الشفاء، ومن ثم يبقى على المريض إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما (أولاً)، غير أن هذه النظرية عرفت توجهها قضائياً حديث (ثانياً).

أولاً- التوجه القديم في تحميل عبء الإثبات

يمثل تحديد من يكلف بعبء الإثبات من الناحية العملية أهمية بالغة، فتعيين الخصم الذي يقع عليه هذا العبء يحدد إلى مدى بعيد من يحكم لصالحه في الدعوى إذا لم يتمكن هذا الخصم من إقناع القاضي بصحة ما يدعيه، فالحكم في الدعوى يتوقف عملياً على مدى استطاعة من يتحمل عبء الإثبات تقديم الدليل على ما يدعي، وعجزه عن ذلك يفي خسارته لدعواه⁴²².

وبما أن المبدأ العام - في مضمون إلتزام الطبيب - هو إلتزام الطبيب ببذل عناية فذلك يترتب عنه أن المريض هو الذي يتحمل إثبات تخلف الطبيب عن الوفاء بإلتزامه، وذلك بأن يقيم الدليل على إهمال الطبيب وخروجه عن أصول مهنة الطب؛ أي أن سلوك الطبيب لم يكن في مستوى سلوك طبيب مماثل أخذ بعين الإعتبار الظروف المحيطة به⁴²³.

وعليه فلا مسؤولية بدون خطأ ولا تعويض إلا بإثبات المسؤولية، لذلك فالطبيب بالنظر لكونه غير ملزم بشفاء المريض فإنه يبقى في منأى عن أي مسؤولية إلى أن يثبت المريض كونه أخطأ وأن هذا الخطأ هو الذي ألحق ضرراً به.

422 - محمد حسن قاسم، "إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص. 24.
423 - أحمد ادريوش، "تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية"، مرجع سابق، ص. 56.

وتتفق جل التشريعات على قاعدة تكليف الخصم الذي يدعي أمرا معينا بإقامة الدليل على ما يدعيه،⁴²⁴ وبالرجوع إلى النصوص القانونية وخاصة ق.ل.ع المغربي نجد المشرع قد نص في المادة 399 منه على أن "إثبات الإلتزام على مدعيه"⁴²⁵ كما أورد نصا عاما في إثبات الإلتزامات والبراءة منها وهو الفصل 400 منه الذي جاء فيه أنه: «إذا أثبت المدعي وجود الإلتزام كان على من يدعي إنقضائه أو عدم نفاذه إتجاهه أن يثبت إدعاءه».⁴²⁶

وبخصوص موقف القضاء المغربي من موضوع إثبات مسؤولية الطبيب فالملاحظ أنه سلك نفس الإتجاه الذي سار عليه نظيره الفرنسي من حيث إلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب، ففي البداية كان القضاء المغربي يشترط الخطأ الجسيم لتقرير مسؤولية الطبيب وفي هذا إشتراط القضاء إستعمال جهود صادقة يقظة متفقة مع المعطيات الحالية أو الثابتة في علم الطب، ولا يعتبر الطبيب مخطئا إلا إذا لم يبذل عناية ودقة في إجراء فحصه الطبي.

ويجب على المريض إثبات المسؤولية، أي أن يثبت أن الطبيب قد أخطأ وأن هناك ضرر لحق به من جراء ذلك وأن العلاقة السببية بينهما ثابتة.

فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية بالرباط:⁴²⁷ "عدم إثبات المدعي خطأ الإدارة وقيام العلاقة السببية بينه وبين الأضرار المطلوب التعويض عنها يجعل عناصر المسؤولية غير قائمة، وحيث إن مناط مسؤولية الإدارة يقتضي إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وبما أن المدعي إكتفى بالإدلاء بشواهد طبية وكذا شهادة الفحص بالأشعة وأن الشهادة المدلى بها من طرف الطبيبة وإن كانت تفيد إصابة ابنة المدعي بأضرار، إلا أنها لا تفيد خطأ الجهة المدعى عليها وقيام العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والإصابة المطلوب التعويض عنها."⁴²⁸

424 - المادة الأولى من القانون المدني الفرنسي: "من يطالب بتنفيذ الإلتزام عليه إثباته" ووضع الفقه الإسلامي قاعدة "البينة على المدعي" عملا بما روى عن الرسول (ص) أنه قال "لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر". كما قرر القانون الروماني هذه القاعدة بقوله Actor incumbit probatio K
425- تقابلها المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي، والمادة الأولى من قانون الإثبات المصري، والمادة 420 من مجلة الإلتزامات والعقود التونسي.

426- بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 159.
427- عبد الكبير علوي الصوصي، مرجع سابق، حكم المحكمة الإدارية بالرباط، حكم رقم 2427، ملف رقم 07/556، بتاريخ 2007/12/4، ص. 69.
428- منذر الفضل، "المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص. 441.

ثانياً- الاتجاه الحديث في تحمل عبء الإثبات

أما موقف القضاء الحالي بخصوص هذه المسألة فقد تغير وأصبح يسير في مسلك التخفيف على المريض من عبء الإثبات، لذلك ذهب البعض إلى القول بأن القاضي الإداري يلقي بعبء الإثبات نظرياً على عاتق المدعى، أما من الناحية العملية فإن تدخله الإيجابي في سبيل البحث عن عناصر الإثبات، بهدف إستظهار الحقيقة، يؤدي به إلى تخفيف العبء الواقع على عاتق المدعى بنقله إلى المدعى عليه، جزئياً، بل وربما كلياً⁴²⁹.

ويؤكد البعض الآخر مثل هذا التوجه بقوله إن التدخل الإيجابي للقاضي الإداري في البحث عن الحقيقة يجعله الأكثر ملاءمة، في مجال المنازعات الإدارية الحديث عن توزيع لعبء الإثبات، بمعرفة القاضي؛ بين الأطراف، وليس عن عبء لإثبات تم تحديده مبدئياً.

وقد ظهر هذا التوجه بشكل واضح في مجموعة من إجتهادات القاضي الإداري، وهكذا ذهبت المحكمة الإدارية بأكادير⁴³⁰ إلى أن: "ثبوت العلاقة السببية بين الضرر اللاحق بالمدعية والخطأ الطبي الناتج عن العملية القيصرية التي خضعت لها يجعل مسؤولية الدولة طبقاً للفصل 79 من ق.ل.ع ثابتة".

حيث أسست المدعية دعواها على كون الأضرار والمضاعفات الصحية اللاحقة بها كانت نتيجة الخطأ الطبي المرتكب من طرف الطاقم الطبي الذي أجرى لها العملية القيصرية في نسيان نسيج قطني ببطنها بعد إجراء العملية.

وحيث تمسك الوكيل القضائي للمملكة بإنتفاء مسؤولية المرفق الصحي وبالتبعية مسؤولية الدولة لعدم إثبات أي خطأ من جانبها على إعتبار أن المدعية غادرت المستشفى بعد إجراء العملية القيصرية لها وهي في حالة جيدة.

⁴²⁹ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 130.

⁴³⁰ - عبد الكبير علوي الصوصي، مرجع سابق، حكم المحكمة الإدارية بأكادير: حكم عدد 2010/767، ملف عدد 2009/471، بتاريخ 2010/12/31، ص. 41.

غير أن العلاقة السببية بين الخطأ الطبي المتمثل في نسيان نسيج قطني في بطن المدعية والضرر اللاحق بها ثابتة، وتبعاً لذلك تكون مسؤولية الدولة عن الأضرار اللاحقة بالمدعية ثابتة طبقاً للفصل 79 من ق.ل.ع.

وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁴³¹ جاء فيه: "ثبت أن ما لحق الضحية من ضرر ناتج عن خطأ ارتكب أثناء العملية الجراحية لعدم إجرائها تحت المجهر الكبير يجعل مسؤولية المركز الإستشفائي قائمة، ومن المستقر عليه أنه بالنسبة للأعمال الطبية والعمليات الجراحية التي يقوم بها الأطباء لا بد من إثبات الخطأ، فإنه وإعمالاً من المحكمة لإجراءات التحقيق، وحيث تأسيساً عليه يكون إجراء العملية الجراحية وفق ما ذكر خطأ في جانب الأطباء الذين أجروها يرتب المسؤولية الإدارية للمركز الإستشفائي.

وهو الإتجاه الذي أكدته محكمة النقض في قرار لها⁴³²، إعتبرت فيه أن خطأ الإدارة ثابت من خلال تقصير الطاقم الطبي في إجبار والدته الهالك على منع إخراجها من المستشفى نظراً للوضع الصحي المتدهور له، دون إبراز الأليات التي يمكن بواسطتها منعها من إخراج ابنها.

ونستخلص من كل ما سبق أن الأحكام والقرارات الحديثة الصادرة في موضوع المسؤولية الطبية أصبحت تنادي بوجوب إستعمال الشدة مع الأطباء المتخصصين فيما يرجع إلى تقدير خطأ الطبيب وهذا التحول في قلب عبء الإثبات هو نفسه الذي شهده القضاء الفرنسي حيث أصبح الطبيب هو المكلف بإثبات عدم مسؤوليته لأنه هو الملزم ببذل عناية.

⁴³¹ - عبد الكبير علوي الصوسي، مرجع سابق، المحكمة الإدارية بالدار البيضاء: حكم رقم 1536 ملف عدد 2008/13/408، بتاريخ 2011/6/29، ص. 56.

⁴³² - قرار محكمة النقض، عدد 93، في الملف الإداري عدد 2012/2/4/51، الصادر بتاريخ 14 فبراير 2013، منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، ص. 116.

الفقرة الثانية: إثبات خطأ الطبيب في الالتزام بتحقيق النتيجة

الأصل ان الطبيب لا يلتزم بأي نتيجة، وأن المطلوب منه هو بذل جهود صادقة، إلا أنه وحسب ما إنتهى إليه الإجتهد القضائي ولاسيما في فرنسا أنه في العديد من الحالات ملزم ليس فقط ببذل عناية بل أيضا بتحقيق نتيجة معينة، ليست هي شفاء المريض، ولكن ضمان سلامته وعدم تعريضه لأي أذى، أو إصابته بأي ضرر من جراء الآلات التي يستعملها أو الأدوية التي يمنحه أو الدم الذي ينقل اليه، وخلوه من الأمراض بالنسبة لمختبرات التحليلات الطبية وغيرها...، فإذا لم تتحقق تلك النتيجة، كان الطبيب مخطئا فيعفى المريض في هذه الحالة من إثبات خطأ الطبيب، إذ يكفي أن يثبت عدم إنجاز الطبيب العمل المطلوب منه لتقوم القرينة على خطئه، وهذا هو الخطأ المفترض في جانب الطبيب⁴³³.

حيث إعتبر القضاء المسؤولية في مثل هذه الحالات قائمة على أساس الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس، ولا يمكن للطبيب التخلص من مسؤوليته إلا بإثبات تحقيقه للنتيجة المتفق عليها أو إثبات السبب الأجنبي⁴³⁴.

وبالنظر إلى طبيعة المسؤولية الطبية فإنه من الطبيعي إلقاء عبئ الإثبات عدم القيام بالعناية المطلوبة على المريض، وبالتالي تحمله وحده عبئ مخاطر التدخل الطبي كلما إستحال عليه إثبات إخلال الطبيب بالتزامه⁴³⁵.

غير أن النظرة المتقدمة تؤدي في الحقيقة إلى طرح التساؤل؛ هل القول بأن إلتزام الطبيب بالعلاج هو إلتزام ببذل عناية يحول دون إمكانية وجود إلتزامات أخرى بجانبه يتحمل بها الطبيب وتكون إلتزامات بتحقيق نتيجة؟

يرى بعض الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل أن تتبع حركة الفقه والقضاء يكشف عن أن إضفاء وصف الإلتزام ببذل عناية على إلتزام الطبيب بالعلاج قد صاحبه إتجاه واضح نحو تحليل الأعمال الطبية إلى عناصرها الأولية والنظر إلى كل منها على حدة، وقد أدى هذا

433 - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 665.

434 - عبد القادر بن تيشة، مرجع سابق، ص. 44.

435 - محمد الصالح بن حسين، مرجع سابق، ص. 14.

المسلك التحليلي إلى حصر مجال الإلتزام ببذل عناية، وما تتطلبه المساءلة عنه من إلقاء عبئ الإثبات على المريض المضروب في نطاق العلاج بمعناه التقليدي الضيق.

أما ما يجاوز العلاج بمفهومه التقليدي من أعمال طبية لا تتضمن عنصر الإحتمال فإنها تفرض مساءلة الطبيب عنها لمجرد عدم تحقق النتيجة المرجوة منها، أي دون حاجة إلى إثبات إخلال منه بواجباته⁴³⁶.

لا شك أن هذا التحليل يتفق مع حقيقة أن الطبيب لا يقع على عاتقه إلتزام واحد تجاه مريضه، وإنما تربطه بالأخير مجموعة من الإلتزامات يمكن أن تختلف من حيث طبيعتها.

فحصر نطاق الإلتزام ببذل عناية، والتوسع المقابل في مجال الإلتزامات بتحقيق نتيجة كان في الواقع، الأداة القانونية الثانية للحد من الإسناد المبدئي لعبء إثبات الخطأ الطبي⁴³⁷.

ويلاحظ في هذا الصدد أن التوسع في مجال إلتزامات الطبيب بتحقيق نتيجة قد طال إلتزاماته المتعلقة بأعماله المادية وواجباته الإنسانية، وكذلك إلتزاماته المتعلقة ببعض من أعماله الفنية.

كما أنه عندما يكون الإلتزام بتحقيق نتيجة فإن المحكمة لا تستعمل سلطتها التقديرية، لأن الخطأ مثبت بعدم تحقيق النتيجة⁴³⁸.

⁴³⁶ - محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص. 107.

⁴³⁷ - ضياء علي أحمد نعمان: إثبات الخطأ الطبي بين الواقع والقانون، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، مطبعة وراقة الوطنية مراكش العدد 8، سنة 2012، ص 108.

⁴³⁸ - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 161.

أولاً- إلتزامات الطبيب بتحقيق نتيجة المتعلقة بواجباته الإنسانية

فقد رأينا فيما تقدم أن ما نادى به جانب من الفقه من إعتبار إلتزام الطبيب بإعلام المريض إلتزاما بتحقيق نتيجة، وذلك لكونه من الإلتزامات المحددة التي لا تتضمن عنصر الإحتمال، وأصبح على عاتق الطبيب بالتالي عبئ إثبات قيامه بالوفاء بهذا الإلتزام، أو السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين القيام به⁴³⁹، وفي نطاق هذه الإلتزامات أيضا يؤكد بعض الفقه على إعتبار إلتزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض، ونظرا لإرتباطه بالإلتزام الطبيب بإعلام المريض، من قبل الإلتزامات بتحقيق نتيجة، ولا شك أن الإجتهد الحديث لمحكمة النقض الفرنسية بشأن الإلتزام الطبي بالإعلام، يدعم موقف هذا الفقه ويؤكد على صحة توجهه، كما يعتبر من قبل إلتزامات الطبيب بتحقيق نتيجة كذلك إلتزامه بحفظ أسرار المريض، فالإلتزام بذلك لا يتضمن أي قدر من الإحتمال ويكون طبيعيا إعتباره من قبيل الإلتزامات بتحقيق نتيجة⁴⁴⁰.

ثانيا- الإلتزامات الطبيب بتحقيق نتيجة في مجال أعماله الفنية

ينصرف إلى تلك الأعمال التي تكون بحكم طبيعة الأداء الذي سيقوم به، خاليا من عنصر الإحتمال أو يتضاءل فيها هذا العنصر إلى حد بعيد ومنها ما يلي:

أ- التحاليل الطبية

يتلشى عنصر الإحتمال في مجال التحاليل الطبية المخبرية مع التطور والتقدم العلمي الهائل في هذا المجال إلى درجة كبيرة بحيث أصبحت نتيجة التحليل المخبري محددة على وجه الدقة ما لم يحدث إهمال من طرف طبيب التحاليل.

⁴³⁹ - هاني بن عبد الله بن محمد الجبير، "الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، الممارسات الطبية الخاطئة في الميزان القضائي"، مجلة العدل العدد الثاني والعشرون، مكة المكرمة 2014، ص147.

⁴⁴⁰ - جاسم علي سالم الشامسي، مرجع سابق، ص، 317.

ولهذا إعتبر الفقه مؤيدا في ذلك أحكام القضاء بأن إلزام الطبيب القائم بالتحليل هو إلزام بتحقيق نتيجة، وتقوم مسؤوليته على أساس خطأ مفترض غير قابل لإثبات العكس وبالتالي يعفى المريض من إثبات هذا الخطأ ويكون على الطبيب إثبات السبب الأجنبي والقوة القاهرة إن أراد التخلص من المسؤولية.

غير أن هذا التوسع محصورا يظل في مجال التحاليل الطبية العادية القائمة على أليات غير معقدة يتضاءل بشأنها عنصر الإحتمال أما فيما يتعلق بالتحاليل الطبية الدقيقة التي يمكن أن تختلف بشأنها التفسيرات والقراءات العلمية، فلا مجال للقول بأن إلزام طبيب التحاليل بشأنها إلزام بتحقيق نتيجة وإنما هو إلزام بتحقيق عناية⁴⁴¹.

ب- استخدام والأجهزة الأدوات الطبية في العلاج

لقد أكد القضاء على أن إلزام الطبيب فيما يستخدمه من أدوات وأجهزة طبية إنما هو إلزام بتحقيق نتيجة، بحيث يصبح الطبيب مسؤولا إذا تحقق مثل هذا الضرر وقام المريض بإثباته، دون حاجة إلى إثبات خطأ من قبل الطبيب.

ت- عمليات الحقن

تعتبر مراكز نقل الدم المرتبطة بالمستشفيات العمومية مسؤولة دون الحاجة لوجود الخطأ عن الأضرار التي تسببها، فهي تلتزم بمنتجات خالية من العيوب، ولا يمكن التخلص من هذا الإلتزام إلا بإثبات السبب الأجنبي، وهو ما جاء في قرار محكمة النقض بتاريخ 1998،⁴⁴² حيث أقر أن ثبوت حقن المريض بكمية من الدم بمصلحة الإنعاش بمستشفى ابن سينا على إثر إصابته بنزيف دموي في أمعائه، وتأكيد الخبرة بأنه من المحتمل جدا أن تكون الإصابة بمرض التهاب الكبد من نوع (س) ناتجة عن نقل الدم، بجعل العلاقة السببية قائمة لا محالة بين الحقن بالدم وبين الإصابة التي تعرض لها الضحية، حيث كان على المسؤولين على مركز تحاقن الدم الذين يزودون المستشفيات العمومية بكميات من الدم أن يتحروا قبل

441 - ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص، 124..

442 - عبد الكبير العلوي الصوصي، مرجع سابق، قرار محكمة النقض عدد 267 المؤرخ في 26-3-98، ص. 15.

الإقدام على هذه العملية، خصوصا وأن المركز المذكور يتوفر على الأليات والوسائل الضرورية لفحص الدم وتصفيته قبل تسليمه، فالدّم الملوّث قد تسبّب في عاهات مستديمة حيث ثبت أن الضحية أصيب بالتهاب كبدي نتيجة حقنه بالدم الملوّث.

فالتصرف الذي أقدم عليه مركز تحاقن الدم ينطوي على خطأ جسيم ليس في حاجة إلى إثبات.

ث- عمليات التجميل

أضاف الفقه والقضاء إلى الحالات السابقة التي أكد فيها على أن إلزام الطبيب بشأنها إلزام بتحقيق نتيجة بعض صور الأعمال الطبية كالتجميل والتي لا يهدف المريض من خلالها علاج مرض معين، وإنما قد يهدف من ورائها إزالة بعض التشوهات الخلقية أو ما شابه، وعليه يقع على عاتق جراح التجميل⁴⁴³ الإلتزام بتحقيق النتيجة المتوخاة،⁴⁴⁴ بحيث تجعله مسؤولاً عن فشل العملية ما لم يثبت الطبيب السبب الأجنبي الذي حال بينه وبين تحقيق هذه النتيجة، وعلى الرغم من ذلك فما زال الإتجاه الغالب ينظر إلى جراحة التجميل كغيرها من الجراحات باعتبارها تتضمن عنصر الإحتمال.

غير أن الملاحظ أن القضاء يظهر تشدداً في تقديره لمدى قيام جراح التجميل بتنفيذ إلزامه، إلا أنه لم يرتق بإلزامه إلى إعتباره إلزاماً بتحقيق نتيجة⁴⁴⁵، ولكنه إلزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة من جراح التجميل وفقاً لمحكمة النقض المصرية هي عناية مشددة، بحيث يكفي من المريض لإثبات إخلال الطبيب بإلزامه بمجرد إقامة الدليل على واقعة ترجح إهماله لينتقل عبء الإثبات على عاتق الطبيب⁴⁴⁶.

⁴⁴³- Sami Mezhoud, «responsabilité médicales et chirurgie esthétique», la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006 p, 32.

⁴⁴⁴- أنور أبو بكر هواني: مدى شرعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء دراسة مقارنة دار الكتب القانونية مصر 2010، ص 22.

⁴⁴⁵ مندر الفضل، "المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة"، مطبعة الأرز الطبعة الأولى، الأردن، سنة 2000، ص 76.

⁴⁴⁶- علي أبو مارية، "عبء إثبات الخطأ الطبي في القواعد العامة والتوجهات الحديثة للفقه والقضاء"، مجلة جامعة القدس المفتوحة للأبحاث والدراسات، العدد الرابع والثلاثون 2014، ص. 131.

الفرع الثاني: نقل عبء الإثبات

يقع إثبات المسؤولية وفق القواعد التقليدية طبقاً للقاعدة المعروفة في القانون المدني والتي تقول إن "البينة على من يدعى" لكن وفي نطاق المسؤولية الإدارية للدولة وبما أن القضاء الإداري قد إبتدع نوعاً من المسؤولية غير معروفة في نطاق القانون الخاص، فإن الأمر يختلف⁴⁴⁷.

فإذا كان على المدعي في إطار المسؤولية المبنية على الخطأ أن يثبت المسؤولية بعناصرها الثلاث، الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، مما يشكل بالنسبة للمتضرر عبئاً ثقیلاً يصعب عليه تحقيقه من الناحية العملية، ولا سيما في المجال الطبي الذي يتسم بالتعقيد، (الفقرة الأولى)، فإن المدعي وفي إطار المسؤولية القائمة دون خطأ والتي إبتدعها القضاء الإداري للتخفيف على المتضرر من عبئ الإثبات، سيكون عليه أن يثبت فقط الضرر الطبي والعلاقة السببية بين هذا الضرر ونشاط المرفق الصحي العمومي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تكليف المتضرر عبئ الإثبات في حالة المسؤولية الخطئية

تمت الإشارة فيما سبق إلى أن المسؤولية المبنية على خطأ، لا تقوم إلا بإثبات المتضرر للخطأ الواقع من المرفق الصحي العمومي، حتى يتم تحميل المسؤولية للدولة في أداء التعويض، لذا وفي نطاق هذه المسؤولية يقع عبئ الإثبات على المريض المتضرر.

وهو المبدأ الذي إستقر عليه الفقه والقضاء، في كون أن المريض هو الذي يتحمل عبئ إثبات المسؤولية الطبية، أي أن المطالب بالتعويض يجب عليه أن يثبت أن الطبيب قد أخطأ، وأن هناك ضرراً قد لحق به من جراء ذلك الخطأ، وأن الصلة بينهما ثابتة، أي هو مطالب بإثبات جميع أركان المسؤولية الطبية⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ - مصطفى حامد محمد، مسؤولية الطبيب المدنية عن الخطأ الطبي والآثار المترتبة عليه" في القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي" مؤسسة يسطرون للطباعة والنشر، 2019 ص 44.
⁴⁴⁸ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المحال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 134.

ولقد كرس الإجتهد القضائي الإداري المبدأ العام في مجال الإثبات، وذلك بإلزام المريض بإثبات خطأ المرفق الصحي العمومي⁴⁴⁹.

وهو الإتجاه الذي كرسته محكمة النقض في قرار صدر عنها، إعتبرت فيه أن مسؤولية الدولة عن تسيير إدارتها وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها لا تفترض بل لابد من إثبات الخطأ المصلحي المنسوب إلى موظفيها، وأن القرار المطعون فيه عندما قضى بمسؤولية الدولة بدون إثبات الخطأ من المضرور، كان غير مبني على أساس ومعرضا للنقض، ومن حيثيات هذا القرار: "طبقاً للفصل 79 من ق.ل.ع، فإن مسؤولية الدولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها، وأن الأخطاء المصلحية لمستخدميها لا تفترض، وإنما لا بد من إثبات الخطأ المصلحي المنسوب إلى أحد موظفيها، والملف الحالي خال مما يفيد نسبة الخطأ المصلحي إلى الهيئة الطبية لمستشفى ابن زهير بمراكش التابع للدولة"⁴⁵⁰.

وعليه فإن المتضرر وحتى يحصل على التعويض لجبر الضرر الواقع له، في مواجهة الدولة كطرف مدعى عليها، يتعين عليه وفي نطاق المسؤولية الخطئية أن يثبت الخطأ المرتكب من قبل الطبيب أو مساعديه في إطار المسؤولية الطبية للمرفق الصحي، أو إخلال في المرفق في إطار المسؤولية عن النشاط الإداري والتنظيمي للمرفق، بالإضافة إلى الضرر والذي لا يشكل صعوبة كبيرة للمتضرر في إثباته مقارنة مع إثبات عنصر الخطأ والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ونشير إلى أن المشرع حينما ألزم المتضرر بإثبات الخطأ المصلحي الموجب لمسؤولية الدولة، فإنه لم يشترط أن يكون هذا الخطأ على درجة معينة من الجسامه، بل إكتفى بمجرد ارتكاب خطأ مصلحي يرجع إلى سير المرفق، يترتب عليه ضرر لضحية وتربط بينهما علاقة سببية.

⁴⁴⁹- أسامة رمضان الغماري، مرجع سابق، ص 143.

⁴⁵⁰- فوزي أدهم، "نحو تطبيق واقعي لمسؤولية الطبيب في لبنان"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004. ص 340.

وهو ما جانب الصواب، لأنه لو كان الأمر عكس ذلك أي لو إشتراط أن يكون الخطأ المرفقي جسيما ستكون مهمة المتضرر أكثر صعوبة في الإثبات من جهة، وستصعب مهمة القاضي نفسه في تقدير جسامة الخطأ من عدمها من جهة أخرى، كما ستصبح مجموعة من الأخطاء المرفقية خارج إطار المسؤولية الإدارية وذلك لسبب أنها غير جسيمة، وهو ما يشكل أساسا بحقوق المتضرر، الذي سيحرم من حقه في تعويض الضرر اللاحق به من جراء خطأ المرفق الصحي العمومي⁴⁵¹.

وهو ما جسده حكم المحكمة الإدارية بمكناس عندما إعتبر أن المشرع في الفصل 79 من ق.ل.ع، إكتفى فقط بتوافر الخطأ المصلحي دون الإشارة إلى درجة هذا الخطأ ومدى جسامته، وقد جاء في إحدى حيثيات هذا الحكم ما يلي: "وحيث إن إستعمال دواء الكورتيزون لمدة طويلة وفي فترات متقطعة، وبدون إتخاذ الإحتياطات اللازمة وتدبر عواقب إستخدام هذا الدواء، إنما يعكس عدم تبصر الأطباء المعالجين وعدم إنتباههم، مما يشكل خطأ مصلحيا لمستخدمي وزارة الصحة.

وحيث إن إعتداد الوكيل القضائي للمملكة على إجتهد قديم صادر عن محكمة النقض الفرنسية رقم 1790 بتاريخ 1937/10/8، والذي يشترط ضرورة توافر الخطأ الجسيم لتقرير المسؤولية الطبية، هو دفع لا يمكن الإعتداد به في نازلة الحال لأن مقتضيات الفصل 79 من ق.ل.ع، تقضي بالإكتفاء فقط بتوافر الخطأ المصلحي دون الإشارة إلى درجة جسامته إذ لا إجتهد مع وجود النص..."

وهو ما أكدته محكمة النقض⁴⁵² حيث أقرت أنه " لا يشترط لقيام المسؤولية الطبية أن يكون الخطأ على درجة كبيرة من الجسامة، بل إن المسؤولية الطبية حسب التوجه الحديث تقتضي فقط قيام الخطأ الواضح الذي يستشف من ظروف وملابسات كل النازلة".

⁴⁵¹ - رشيدة بنسرعين، مرجع سابق، ص 40.

⁴⁵² - قرار محكمة النقض، عدد 93 في الملف الإداري عدد 2012/2/4/51، بتاريخ 14 فبراير 2013، منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، الغرفة الإدارية، ص. 117.

الفقرة الثانية: تخفيف عبء الإثبات على المتضرر في حالة المسؤولية دون

خطأ

في نطاق المسؤولية القائمة دون خطأ إتجه القضاء الإداري إلى حماية المتضرر، من خلال إستبعاد فكرة الخطأ، ولا يكون المتضرر بصدد هذه المسؤولية ملزماً بإثبات الخطأ، وإنما يكفي لقيام المسؤولية إثبات الضرر والعلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق الصحي العمومي الذي أدى إلى إلحاق الضرر به⁴⁵³.

وهذا لم يعد في ظل هذا النوع من المسؤولية من حاجة إلى إثبات الخطأ الطبي، وعليه يعفى المريض نهائياً من عبء إثبات الخطأ، الذي يعتبر مكلفاً به حسب القواعد القانونية التقليدية، بل وينصرف مداها إلى القاضي لتخليصه من عناء اللجوء إلى قرينة الخطأ بحثاً عن وقائع يستخلص منها هذا الخطأ، ليبقى الإثبات منحصراً في عنصر الضرر والذي في الواقع لا يشكل صعوبة، حيث يمكن للمتضرر إثباته بكافة وسائل الإثبات⁴⁵⁴.

كما أخذ القضاء الإداري المغربي بالمسؤولية الموضوعية، التي يكفي فيها وجود الضرر ونسبته إلى المرفق الصحي العمومي لقيام مسؤوليته، فالخطأ في هذا النوع من المسؤولية مفترض ويعفى المريض المتضرر من إثباته، وذلك عكس المسؤولية الخطئية التي تخضع للقواعد العامة للإثبات، والتي توجب على المدعي الخطأ إثباته، فالمسؤولية الموضوعية تجعل خطأ الدولة عن أعمال موظفيها الأطباء أو غيرهم من أعوان المرفق الصحي مفترضاً، ويتعين على هذه الأخيرة حينئذ إثبات السبب الأجنبي الذي ينفي عنها الخطأ ويعفيها من التعويض.

وقد ذهب القضاء في عدة مناسبات، في إتجاه إفتراض خطأ الدولة وإعفاء المريض من إثبات الخطأ الطبي، وهكذا ذهب محكمة الإستئناف بالرباط في أحد قراراتها أنه:

453 - فوزي أدهم، مرجع سابق، ص، 67.

454 - عبد الله العزوزي، بيصل لعموم، مرجع سابق، ص. 37.

كما جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالدار البيضاء " وحيث إن المعمول به وخلافا لما تراه الإدارة، فإن الجراح لا يقدم على إتخاذ قرار إنفرادي بإجراء عملية جراحية في غياب إستشارة وموافقة المريض، أو على الأقل إجماع الأطباء المتخصصين في ذلك النوع من المرض وحيث والحالة هذه فعدم إثبات الخطأ بمعناه الواسع لا يحرم المدعي من الحصول على تعويض، بسبب إهمال الإدارة الحصول على موافقته أو الإدلاء بما ذكر أعلاه..."⁴⁵⁵

وهو ما سارت عليه مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية والتي أسست مسؤولية الدولة في المجال الطبي دون خطأ، حيث أعفت المتضرر من إثبات ركن الخطأ، واكتفت بالنظر في مدى وجود الضرر والعلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق.

ويتبين من خلال ما سبق، أن موقف القضاء الإداري في مجال مسؤولية الدولة في المجال الطبي مترددة، فتارة يأخذ بنظرية الخطأ، ويلزم المتضرر بإثبات الخطأ، وتارة أخرى يأخذ بنظرية المسؤولية دون خطأ، ويعفي المتضرر من عبئ إثبات الخطأ الطبي.

هذا التردد دفع الفقه القانوني، إلى دعوته بضرورة تدخل المشرع عن طريق إقرار نظام قانوني يسمح بتعويض الأضرار المترتبة عن الحوادث الطبية، حتى يجد الطبيب - ومعه المرفق - مرغما على دفع تعويض دون أن يثبت أي خطأ من جانبه، وقد شكل هذا المحور نقاش شغل إهتمام رجال القانون وأهل الطب لسنوات عدة، فلم يكن من العدل أن يتقبل الأطباء مسائلتهم عن أخطاء لم يرتكبوها، ولم يكن بالمقابل من المعقول أن يبقى ضحايا الحوادث الطبية يتكبدون أضرار دون تعويض، مما جعل أحكام القضاء تتأرجح بين حماية المريض تارة وحماية الطبيب تارة أخرى، وهو ما جعل المشرع الفرنسي يصدر نظاما قانونيا خاصا بالتعويض عن الحوادث الطبية بموجب قانون 4 مارس 2002⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ - <http://www.légifrance.gouv.fr>، date de visite: décembre 2015, à 14h 20min.

⁴⁵⁶ - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 137.

نخلص إذن إلى أن القضاء المغربي، أعمل القواعد العامة كأصل عام في إثبات الخطأ الطبي المنسوب إلى المرفق الصحي العام، وذلك بتحميل المتضرر عبئ إثبات الضرر والخطأ الناتج عن المرفق الصحي العمومي والعلاقة السببية بينهما، إلا أنه وإستثناء من القواعد العامة في الإثبات فإن القضاء لجأ إلى التخفيف من عبئ الإثبات على المتضرر، وذلك عندما تبنى المسؤولية الموضوعية كأساس لتحميل المرفق الصحي العمومي المسؤولية عن الضرر الحاصل للمريض، بأن جعل خطأ الدولة مفترضا دون حاجة إلى إثبات، كلما تعلق الأمر بخطأ بناء على المخاطر يرجع إلى سير المرفق الطبي، حيث والحالة هذه جعل الخطأ المفترض من طرف الإدارة وإشترط فقط حصول ضرر وقيام علاقة سببية بين هذا الضرر وسير المرفق⁴⁵⁷.

المطلب الثاني: التخفيف من عبئ الإثبات

ما يميز المسؤولية الطبية هو طبيعة الخطأ الطبي، لما ينطوي عليه من طبيعة فنية وتعقيد علمي، فلا شك أن الظروف التي تحيط بهذا الخطأ، والخصائص التي يتميز بها، وحالة المعاناة التي يكون فيها المريض لحظة حدوثه، تبين إلى حد كبير مدى صعوبة إثبات الخطأ الطبي، بل وأحيانا كثيرة استحالت، وبالنتيجة تحمله مخاطر الإثبات بأن يخسر دعواه، فضلا عن تحمله المصاريف القضائية⁴⁵⁸.

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

⁴⁵⁷ - Acte du séminaire de rabat des 12 et 13 octobre 2009 la coopération entre le Maroc et la France dans le domaine de la couverture médicale de base de 2005 à 2009.

⁴⁵⁸ - رشيدة بنسرغين، مرجع سابق، ص 45.

الفرع الأول: التخفيف من تحمل المريض لعبء الإثبات

وإدراكا للصعوبات التي تواجه المريض في سبيل النهوض بعبء الإثبات، وتحمله تبعاً لإخفاقه في ذلك، حاول الفقه والقضاء إيجاد بعض الحلول لمجابهة تلك الصعوبات، وذلك قصد وضع حدود لذلك العبء الثقيل الملقى على عاتق المريض في دعاوي المسؤولية الطبية المرفوعة منه تجاه الطبيب أو المستشفى الذي تلقى فيه العلاج، وكان الهدف من تلك المحاولات، هو إعفاء المريض من عبء إثبات الخطأ الطبي، أو على الأقل التخفيف منه، وذلك عبر ابتكار طرق جديدة في الإثبات كان أول ما لجأ إليه القضاء، هو نقل عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال الالتزام بالإعلام، حيث أصبح يلقى على عاتق الطبيب، (الفقرة الأولى)، ثم إقامة مسؤولية الطبيب على أساس الخطأ الاحتمالي، (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحمل الطبيب لعبء إثبات الالتزام بالإعلام

لقد إستقرت محكمة النقض الفرنسية ومنذ 1951 على إلقاء عبء التعويض على المريض، وذلك على إثر قضية تتلخص وقائعها في أن السيد "bison" أجريت له عملية بتر ساق نتيجة غلط في التشخيص من قبل الجراح والطبيب المعالج،⁴⁵⁹ رفع المريض دعوى على الطبيب مطالبا بالتعويض إستنادا إلى ما إرتكبه من خطأ جسيم في التشخيص، وأنهما قاما بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته، فقضت محكمة إستئناف Agers بإدانة الجراح لأنه وبإعتباره مسؤولاً عن العملية يجب عليه أن يتحقق من رضا المريض بها،⁴⁶⁰ ولم يقدم الدليل على أن المريض قد وافق على العملية التي أجريت له، غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم وقررت أنه إذا كانت العلاقة بين الجراح والمريض تتضمن

459 - جابر محبوب علي، مرجع سابق، ص 83.

460 - تنص المادة 1/35 من تقنين آداب المهنة الفرنسي على ما يلي:

Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne, ou qu'il conseille une information loyale, claire, et appropriée sur son état, les investigations, et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications, et veille à leur compréhension.

من حيث المبدأ إلزاماً على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية إلا بعد الحصول مقدماً على رضا المريض لها، فإنه على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بالتزامه هذا.

عادت المحكمة وعدلت عن قضائها هذا بحيث ألقت عبئ إثبات قيام الطبيب بالإعلام الطبي على عاتق هذا الأخير وذلك بموجب الحكم الصادر عنها بتاريخ 1997.

حيث صدر قرار محكمة النقض إثر قضية Hédrueil والذي جاء فيه بأنه يقع على عاتق الطبيب موجب إعلام المريض ويقع على عاتقه أيضاً إثبات تنفيذه لهذا الموجب.⁴⁶¹

تتلخص وقائع هذه الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، في أن شخصاً يدعى Hédrueil كان يعاني من آلام في المعدة، وقدر الطبيب المعالج له ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار، وبالفعل أجريت العملية غير أن المريض ظل يعاني من آلام شديدة بالمعدة، وهاته تعتبر من المضاعفات التي حددت الخبرة نسبة وقوعها بنسبة 3% فكان أن رفع المريض دعوى التعويض عما أصابه من ضرر، معتمداً على عدم تبصيره من طرف الجراح حول مضاعفات الجراحة في هاته الحالة، إلا أن محكمة الاستئناف رفضت طلبه إستناداً إلى أنه لم يقدم دليلاً يثبت ما يدعيه، غير أنه عندما عرض الأمر على محكمة النقض رفضت هذه الأخيرة قرار محكمة الاستئناف، معتبرة أن الإلتزام بالإعلام يقع على عاتق الطبيب، الملزم بإقامة الدليل على قيامه بهذا الإلتزام.⁴⁶²

وكان ذلك إستناداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي وخاصة الفقرة الثانية منها، والتي تقضي أن من يقع على عاتقه قانوناً أو إتفاقاً إلزاماً خاصاً بالإعلام، ويجب عليه أن يقدم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الإلتزام.

وبهذا الحكم تكون محكمة النقض الفرنسية قد خطت خطوة مهمة في مصلحة المريض بإعفائه من عبئ إثبات واقعة سلبية، وجعلت على عاتق الطبيب إن أراد التخلص من

461 - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 120.

462 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 164.

المسؤولية، عبئ إثبات واقعة إيجابية وهي قيامه بإعلام المريض كما هو مطلوب في القانون⁴⁶³.

غير أن هذا الاتجاه كان عرضة للانتقادات، وإعتبر مصدر لكثير من المنازعات كما أنه قد يؤدي إلى المساس بعلاقة الثقة بين الطبيب والمريض، بل والدفع بالطبيب إلى التعامل بشكل متسلط أو إداري صرف، من خلال المطالبة بالدليل الكتابي كالتحضير المسبق لوثيقة الرضا.

فمشكلة إثبات الرضا لا يمكن أن تحسم بالدليل الكتابي، فهذا الأخير يتوقف على مدى حسن نية الطبيب، خصوصا وأن الدليل الكتابي قد يعتبر إقرارا بشكل مسبق في نموذج مطبوع قد يوقعه المريض دون أن يتمكن من قراءته نظرا لحالته الصحية أو لعدم معرفة اللغة الطبية⁴⁶⁴.

كما ذهب محكمة النقض الفرنسية، إلى أن إثبات الإعلام لا يشترط الكتابة، وإنما يمكن للطبيب الاعتماد على كل طرق الإثبات، وهذا ما أكدته قرار محكمة النقض في قضية بتاريخ 14-10-1998، وتفيد وقائع القضية أن طبيبا مختصا في أمراض النساء قام بعملية جراحية للتأكد من عدم إصابة الضحية بخلل في الرحم، والكشف عن أسباب العقم، إلا أن الضحية تعرضت أثناء العملية لإنسداد للأوعية وانتقال الغاز المستعمل إلى أوعية الدماغ مما أدى إلى وفاتها، وقد إستند ورثة الضحية إلى أن الطبيب لم يعلم الضحية بخطر الإنسداد الغازي للأوعية ذي الطبيعة الإستثنائية، إلا أن محكمة النقض أكدت بأن الطبيب وإن كان ملزما بإثبات تنفيذه لواجب إعلام الضحية بمخاطر الكشف والعلاج، فإن كيفية إثباته مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي، ويمكن الاعتماد على القرائن في غياب الدليل الكتابي، وقد توصل قضاة محكمة الإستئناف إلى أن المريضة كانت على علم بمخاطر التدخل الجراحي،

463 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 164.

464 - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 659.

بل إنها إتخذت قرارها بعد تفكير طويل، كما أنها تعمل بمختبر التحاليل التابع للمصلحة التي أجريت فيها العملية⁴⁶⁵.

إلا أنه وخارج نطاق موجب الإعلام فإن المريض ما زال ملزماً بعبء الإثبات، ما يعني تحمله نتيجة الخطأ الطبي في كل مرة يعجز فيها عن إثباته، غير إن ذلك لم يحل دون لجوء الفقه والقضاء إلى ابتكار وسائل قانونية جديدة من شأنها التخفيف عن المتضرر، ووضع حدود لعبء الإثبات وهو ما سنعالجه في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: الخطأ الاحتمالي "استنتاج الخطأ من وقوع الضرر"

يقصد بالخطأ الإحتمالي، أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب، فالقضاء بمقتضى هذه الفكرة، ورغم أنه لم يثبت لديه على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو تقصير في إلتزامه بالحيلة، فهذا الخطأ يستنتج من مجرد وقوع الضرر.

وقد لجأ في البداية القضاء الفرنسي، والذي أخذ بفكرة الخطأ الإحتمالي أو الخطأ المتضمن في الضرر، وطبقها في الميدان الطبي، والتي مؤداها أن الضرر ما كان ليحدث لولا وقوع خطأ من الطبيب، وبعبارة أخرى، فالقضاء رغم أنه لم يثبت لديه على نحو قاطع إهمال من الطبيب في بذل العناية الواجبة أو التقصير في إلتزاماته بالحيلة يستنتج هذا الخطأ من مجرد وقوع الضرر⁴⁶⁶.

فقد لاحظ القضاء مدى قصور القواعد القانونية التقليدية في توفير الحماية للمرضى، خاصة بعد التطورات التي عرفها الطب، حيث أصبح المريض أمام ذلك عاجزاً عن إقامة الدليل على خطأ الطبيب، ما دفع القاضي إلى التشديد في مسؤولية الطبيب، بهدف إزالة تلك الصعوبات، وذلك بأخذ فكرة الخطأ المحتمل ويتم ذلك عن طريق تطويع تلك القواعد في سبيل التخفيف من وطأة عبء الإثبات.

465 - المرجع نفسه، ص. 167.

466 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 135.

ويرجع الأخذ بهذه الفكرة بصفة أساسية إلى ما كشفت عنه الممارسة الطبية الحديثة من حالات متعددة يصاب فيها المريض بضرر، وبصفة خاصة حالات التدخل الجراحي، دون إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب وبقاء سبب الضرر بالتالي مجهولاً، ويصبح المريض إزاء استحالة إثبات الخطأ الذي تقوم المسؤولية استناداً إليه⁴⁶⁷.

حيث يرى القضاء أن هناك الكثير من الحالات التي من المبالغ طلب إثبات الخطأ بشأنها، حيث يلجأ القاضي إلى الخطأ المفترض، والذي يسمح له باستنتاج أن الطبيب لا يمكن أن يكون لم يرتكب خطأ، وليس استنتاج أن الطبيب قد ارتكب خطأ مؤكداً.

وقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي أيضاً بفكرة الخطأ المحتمل، كما توسع في استخدامها للقول بانعقاد مسؤولية المستشفى العام، فقد بدأ مجلس الدولة الفرنسي بالأخذ بهذه الفكرة في جانب المستشفى العام في مجالات محددة، إنحصرت بصفة خاصة في نطاق الحوادث الناشئة عن التطعيمات الإجبارية، وبعض حالات انتقال العدوى أثناء التواجد بالمستشفى العام، وكذلك في حالة الأضرار الجسيمة، كما توسع القضاء في استخدامها لتشمل عيوب الأدوات والأجهزة المستخدمة بالمستشفى العام، والأضرار المنسوبة إلى عدم احتراز القائمين بالعمل داخل المستشفى، وكذلك حالات الإصابة بالعدوى داخل المستشفى⁴⁶⁸.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بفكرة الخطأ المحتمل أو المفترض، كما يسميه البعض، حيث استخلصت خطأ المستشفى الخاص من مجرد انتقال العدوى للمريض أثناء إقامته به، معتبرة أن إصابة المريض في هذه الحالة، لا يمكن تفسيرها إلا بارتكاب خطأ من قبل المستشفى⁴⁶⁹.

تتوسط المسؤولية على أساس الخطأ المفترض، أو قرينة الخطأ، بوصفها على هذا النحو، المسؤولية على أساس الخطأ المحقق واجب الإثبات من جهة، والمسؤولية غير

467- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 95.

468 - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص. 670.

469 - علي أبو مارية، مرجع سابق، ص. 126.

الخطيئة، أي على أساس المخاطر من جهة أخرى، إذ أنها لا تتحرر من فكرة الخطأ ذاتها، بدليل بقاء ركن الخطأ قائما ولو على سبيل الافتراض، وعلى الرغم من كونها تشكل نظرية قائمة بذاتها إلا أنها تميل إلى المسؤولية دون خطأ.

فالحقيقة أن فكرة الخطأ المحتمل وإن كانت لا تجد سند لها في القانون، إلا أن لجوء القضاء إليها، إنما يكشف عن شعوره المتزايد بعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى، في مواجهة التطورات العلمية المعاصرة، التي حققت طفرات هائلة في الوسائل العلاجية⁴⁷⁰.

تكمن أهمية هذه الفكرة في النتائج المترتبة عنها فيما يتعلق بعبء الإثبات، ففي حالة عدم إمكانية التوصل إلى تحديد الخطأ الذي يمكن نسبته إلى الطبيب، وبقي سبب الضرر مجهولا، حيث تعجز الخبرة عن كشف السبب، أو عندما لا يتبنى الخبير موقفا حاسما بشأن الخطأ الطبي، ويصبح مستحيلا على المريض إثبات الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية، لمواجهة هذه الإستحالة تتدخل نظرية الخطأ الاحتمالي، ويمكن من خلالها وما تتضمن من إفتراض للخطأ من جانب الطبيب أو المستشفى، أن ينقل عبء الإثبات على عاتق هؤلاء، ما يعني أنه لم يعد يقع على عاتق المريض عبء إقامة الدليل على وجود الخطأ في جانب الطبيب المدعى عليه، وإنما أصبح يقع على عاتق هذا الأخير عبء نفي الخطأ في جانبه.

فبعض الفقه يرى حول مسؤولية الطبيب، أن فكرة الخطأ الاحتمالي ليس لها من وصف الخطأ ومضمونه إلا الإسم، وإن الأمر لا يعدو أن يكون إلا إستعمالا لوسيلة ناجعة لمصلحة المضرور على حساب القواعد القانونية، وقد كرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ قرينة الخطأ لأول مرة، في قرارها الصادر بتاريخ 21 ماي 1998⁴⁷¹، معتبرة أن المستشفى يتحمل مسؤولية إصابة المريض بالعدوى أثناء تواجده بغرفة العمليات، ولا يمكنها التخلص من المسؤولية بإثبات أنها لم ترتكب أي خطأ يذكر، وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أقامت

⁴⁷⁰ - Ben Sedrine Leila, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », Op. Cit, p 192.

⁴⁷¹ - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 125.

قرينة الخطأ على عاتق المستشفى، غير أنه سجل أيضا عن القضاء الفرنسي في هذا المجال أنه لا يزال يعتريه بعض التذبذب في شأن تطبيق الفكرة من عدمه، فقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية بحكم حديث لها صادر بتاريخ 07/06/1998، حيث إشتربت من جديد ضرورة إثبات الخطأ الطبي وفقا للقواعد العامة، بحيث أدانت فكرة الخطأ المفترض.

ووصفتها بالفكرة المغلوطة، وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم، في قيام طبيب بفحص مولود جديد تبين له وجود تجمع دموي درني في الجانب الأيمن من الجبهة، فأخضعه الطبيب لحقنة بمادة مخصصة لوقف انتشار التجمع الدموي، غير أن جزء من المادة المستخدمة لهذا الهدف تسربت إلى داخل العين مسببة احتقانات شديدة، نتج عنها فقدان تام لإبصار العين اليمنى، عند بلوغ المضرور سن الرشد، أقام دعوى على الطبيب، فرفضت محكمة الدرجة الأولى دعوى المسؤولية المقامة على الطبيب، استنادا إلى أن العلاج كان قد تم وفقا للأصول العلمية المستقرة⁴⁷².

طعن المضرور في الحكم أمام محكمة إستئناف rennes فقبلت طعنه، وقررت أن مسؤولية الطبيب تقوم على أساس الخطأ المحتمل الذي يمكن إستخلاصه من عدم مألوفية الضرر وجسامته، غير أنه عند طعن الطبيب للحكم عادت محكمة النقض وقضت بأن إنعقاد مسؤولية الطبيب يقتضي إثبات "خطأ واضح" في جانبه وأن وجود الخطأ لا يمكن إستخلاصه من مجرد عدم مألوفية الضرر وجسامته.

يمثل هذا الحكم تراجع فكرة الخطأ الاحتمالي، حيث إن محكمة النقض أعادت التذكير بضرورة توفر ركن الخطأ الطبي الواجب الإثبات، رغم ذلك فالملاحظ وبحسب نص حكم محكمة النقض، أن ما أدانته المحكمة هو الإستناد فقط لعدم مألوفية الضرر وجسامته لإستنتاج خطأ الطبيب، إلا أنه في المقابل لم يتضمن إدانة واضحة لإستخلاص الخطأ من خلال القرائن

472 - وفي قرار محكمة الإستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 9 ماي 2007 جاء في حيثياته: " أن النظرية العلمية تبني دائما على الإحتمال والإفتراض لا على الحسم واليقين في بسط حقيقة علمية معينة التي يمكن للقضاء أن يعتمد عليها كقرينة قوية يضيفها إلى باقي القرائن الأخرى التي يمكن أن تستمد من ظروف وملابسات القضية للوقوف على الخطأ الطبي الذي قد يكون السبب المباشر في حصول الضرر للمريض".

باعتبارها طريق من طرق الإثبات، بالتالي يمكننا القول إنه يبقى ممكننا للقضاء إستنتاج الخطأ من خلال الإستناد إلى وقائع أخرى.

ويرى بعض الفقه المصري أن محكمة النقض المصرية قد أخذت بفكرة الخطأ المحتمل في أحد قضايا المسؤولية عن جراحة التجميل، حيث قضت بأنه يكفي المريض ليثبت خطأ طبيب التجميل أن يقدم واقعة ترجح إهماله وهو يكون بذلك أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لإلتزامه، فينتقل عبئ الإثبات بمقتضاها إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي إقتضت إجراء التوقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه الإهمال⁴⁷³.

يبقى أن فكرة الخطأ الاحتمالي لم تكن السبيل الوحيد الذي توصل إليه القضاء الفرنسي في سبيل الحد من إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض المتضرر، بل إن هناك أدوات قانونية أخرى لجأ إليها القضاء الفرنسي، مؤيدا في ذلك من الفقه بهدف التخفيف من حدة عبء الإثبات الملقى على عاتق المريض⁴⁷⁴.

الفرع الثاني: إنتفاء مسؤولية الدولة

إن مسؤولية الدولة في المجال الطبي لا تقوم بشكل مطلق بمجرد ثبوت الضرر الطبي والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر في المسؤولية الخطئية أو العلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق الصحي في المسؤولية بدون خطأ، فهناك مجموعة من الصعوبات تعترض المتضرر وخاصة في المجال الطبي (الفقرة الأولى) بالإضافة إلى حالات محددة تنتفي معها مسؤولية الدولة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات

سبق وأن بينا أن الفقه والقضاء مستقران على تحميل المريض المضرور لعبئ إثبات الخطأ الطبي في غالبية الأحيان، إلا أن الصعوبات التي يمكن أن يواجهها هذا المريض أثناء

473 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 98.
474 - علي عصام غصن، مرجع سابق، ص. 127.

القيام بذلك هي صعوبات تثقل كاهله، فإذا كان عبء الإثبات يشكل ثقلاً على من يتحملة فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة إذا تعلق بالخطأ الطبي.

فالمريض في غالبية الأحيان هو الذي يقع على عاتقه عبء إثبات الخطأ الطبي، إلا أن الصعوبات التي يمكن أن يواجهها أثناء القيام بذلك لم ينكرها أحد، وذلك نظراً لخصوصية العلاقة بين المريض والطبيب من ناحية، ولظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى⁴⁷⁵.

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

أولاً- في مجال الممارسة الطبية

نميز في هذا الشأن بين عدة صعوبات قد تصادف المريض، منها ما يتعلق بطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، ذلك أن العلاقة بين الطبيب والمريض هي بذاتها علاقة تفتقد إلى التوازن، أين يعاني فيها طرف من علة مرضية، وآخر يضع فيه الأول ثقته وآماله في مساعدته على تخليصه من تلك الآلام، مثل هذه العلاقة والمبنية على الثقة، تحول في الواقع دون إستعداد المريض مسبقاً لأخذ إحتياطاته للحصول على دليل يمكنه من الإستعانة به عند الحاجة لإثبات خطأ الطبيب⁴⁷⁶.

فالمريض وبحكم مركزه الضعيف في العلاقة الطبية بوصفه جاهلاً لخبايا الفن الطبي من جهة، وبسبب المرض الذي يعانيه من جهة أخرى، خاصة حين يكون فاقد الوعي لحظة وقوع الفعل أو الأفعال المكونة للخطأ المدعى به، كل ذلك من شأنه أن يزيد من مشقته في النهوض بالإثبات.

475 - منذر الفضل، "المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص. 458.

476 - المرجع نفسه، ص 459.

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

ثانيا- الصعوبات المتعلقة بالخطأ الطبي

تتمثل الواقعة محل الإثبات في مجال المسؤولية الطبية في الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعى عليه، هذا الخطأ الذي يمكن إثباته بكافة الوسائل، رغم ذلك فإن محل هذا الإثبات يشكل عبأ حقيقيا على عاتق المريض، حيث إن إقامة الدليل على خطأ الطبيب في الكثير من الأحيان أمر صعب المنال، وهذا راجع إلى الطبيعة الخاصة بالخطأ الطبي الذي يتميز بالتعقيد العلمي، خاصة إذا تعلق الأمر بخطأ طبي فني، إذ غالبا ما يكون المريض جاهلا بخبايا الطب وبتقنياته، مما يصعب عليه إثبات هذا الخطأ⁴⁷⁷.

تتمثل الصعوبة الأساسية والرئيسية، في كون الخطأ الطبي نفسه يمثل واقعة سلبية، فبعد أن حسم القضاء الفرنسي الأمر بشأن طبيعة المسؤولية الطبية، وذلك بعد صدور قرار مرسى Mercier الصادر عن محكمة النقض الفرنسية عام 1936 والذي اعتبر العلاقة بين الطبيب ومريضه علاقة عقدية، ما يعني أن مسؤولية الطبيب إتجاه مريضه مسؤولية عقدية، كما إعتبرت محكمة النقض الفرنسية بموجب هذا القرار أن الطبيب لا يلتزم إتجاه مريضه إلا

477 - المؤتمر العربي الرابع عن المسؤولية الطبية كلية الطب، جامعة الاسكندرية جمهورية مصر العربية إعلان الاسكندرية عن "مسؤولية المنشأة الطبية والفريق الطبي المعاون والأجهزة الطبية عن الخطأ الطبي ووسائل تفاديها"، المؤتمر العربي الرابع عن المسؤولية الطبية 16-17 مارس 2016.

ببذل العناية الصادقة واليقظة المطابقة للأصول العلمية المستقرة ولا يلتزم بشفاء المريض، وكان من نتائج ذلك تحمل الدائن الذي هو المريض في العقد الطبي، إثبات عدم حصوله على العناية المطلوبة وذلك بإقامة الدليل على إهمال الطبيب وإنحرافه عن أصول الفن الطبي المستقرة⁴⁷⁸.

إن صعوبة إثبات تخلف الطبيب عن القيام بواجب بذل العناية المطلوبة أمر لا يمكن إنكاره، خاصة أن إثبات التخلف يكون من خلال إثبات واقعة سلبية، ويكون بذلك القضاء الفرنسي قد خرق المادة 6 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والمبدأ الذي يقضي بأنه يستحيل تكليف أي طرف بإثبات واقعة سلبية.

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

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

تصادف المريض نفس الصعوبات أثناء إثبات الخطأ الطبي، سواء كنا بصدد الأخطاء الطبية المتعلقة بالإنسانية الطبية أو الأخطاء الطبية ذات طابع فني، غير أنه في المقابل، إذا

⁴⁷⁸ -Cass. Civ. 1, 20 mai 1936, précité. "Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement de donner des soins attentifs, consciencieux et, sous réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle". Arrêt Mercier, précité.

كان التزام الطبيب إلتزام بتحقيق نتيجة، وهو الأمر الذي لا يزال إستثناء، فيكتفي المريض بإثبات وجود الإلتزام وعدم تحقق النتيجة، ولا ريب أن مثل هذا الإثبات يكون أكثر يسرا مقارنة بالحالة السابقة حيث يلتزم الطبيب ببذل عناية⁴⁷⁹.

ثالثا- تحمل المريض لتبعة الإثبات

في حال تعذر على المريض إثبات ما يدعيه وذلك لعدم إقتناع القاضي بما ساقه من أدلة، على نحو ظل الشك قائما لدى المحكمة، فإنه لن يكون أمام القاضي إلا أن يرد الدعوى لعدم كفاية الأدلة، فالشك الذي لم يقطعه يقين يستفيد منه المدعى عليه والذي هو الطبيب.

ويبرر ذلك بقوله، أن رفض إدعاء الخصم لفشله في تقديم الدليل كاملا على إدعائه، أفضل لسلامة العلاقات القانونية بين الناس من الحكم على الخصم إستنادا إلى أدلة غير مؤكدة، وتقوم على ذات الفكرة القاعدة المعروفة في التقنين الجنائي التي تقضي بتفسير الشك لمصلحة المتهم، وهي نفس القاعدة المطبقة في التقنين المدني والتي تقضي ببراءة الذمة إلى غاية إثبات العكس، ويبدو الأمر طبيعيا ما دام أن المدعي "المريض" هو صاحب المبادرة إلى النزاع، ويكون عليه تحمل نتيجة فشله في إثبات إدعائه، فالقاء عبء إثبات الخطأ الطبي على المريض يعرضه إلى أن يخسر دعواه إذا لم يتمكن من تقديم دليل قاطع ويقين يثبت قيام الخطأ الطبي⁴⁸⁰.

الفقرة الثانية: حالات دفع المسؤولية الدولة

هناك حالات محددة تنتفي معها مسؤولية الدولة متى ثبت أن الضرر كان نتيجة سبب أجنبي، ولم يكن للدولة أي دخل في حدوث الضرر الواقع للمتضرر، وهذا السبب الأجنبي لا يخرج عن ثلاث حالات فإما أن تكون قوة قاهرة (أولا)، أو خطأ المضرور (ثانيا) أو خطأ الغير (ثالثا).

479 - احمد ادريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، مرجع سابق، ص 182.

480- Laila Ben Sedrine, « L'euthanasie : infraction intentionnelle et responsabilité pénale du médecin » Op. Cit, p137.

أولاً- القوة القاهرة

لقد نص الفصل 95 من ق.ل.ع على فكرة القوة القاهرة، والتي تعفي من تحمل المسؤولية أو الإلتزام، فإذا كان المبدأ أن كل شخص يكون مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه بفعله أو عن طريق الخطأ، فإن من بين الإستثناءات من هذا المبدأ، القوة القاهرة.

وقد نص عليها المشرع المغربي في الفصل 269 من قانون الإلتزامات والعقود والتي نصت على أن القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية، والتي يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً، ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما لم يقدّم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية، كما لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين.

فالقانون الإداري أخذ بهذه الفكرة وخاصة في مجال المنازعات الإدارية المسؤولية الإدارية للدولة، حيث تنتفي مسؤولية الدولة عن الضرر إذا ما ثبت أن الضرر وقع بسبب قوة قاهرة.

وبذلك يكون المشرع قد حدد بدقة المقصود بالقوة القاهرة والحالات التي لا يمكن إعتبارها حالة قوة قاهرة⁴⁸¹.

وقد حدد الفقه القانوني الشروط التي يجب توفرها للقول معها أن حادث ما يعتبر بمثابة قوة قاهرة تؤدي إلى إنتفاء المسؤولية، وهذه الشروط كالتالي:

- أن يكون الحادث أمراً لا يمكن توقعه،
- يجب أن يكون الحادث مما يجعل تفادي الضرر أمراً مستحيلاً لا يستطيع دفعه،
- يجب ألا يكون هناك خطأ من جانب المسؤول أدى إلى وقوع الحادث إذ أن الخطأ يفقد الحادث في وصف القوة القاهرة والحادث الفجائي⁴⁸².

481- محمود عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 118.

482- أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 499.

ويترتب عن القوة القاهرة عند توفرها، إنتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، ولا يكون هناك محل للتعويض، وتقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة القاهرة أم لا، هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع.

وأمثلة ذلك وفاة المريض بالقلب نتيجة رعد فجائي، أو إندلاع حريق.

وتبعا لذلك تنتفي مسؤولية الدولة في المجال الطبي ولا يكون هناك مجال لمسائلتها عند ثبوت أن الضرر الحاصل للمتضرر المدعي، قد حصل نتيجة قوة القاهرة، وليس نتيجة خطأ من المرفق الطبي، أو إهمال من طرف هذا الأخير، ولا سيما ما يطبع العمل الطبي من خطورة، وإحتمال وقوع حوادث تؤدي إلى إصابة المرضى بأضرار والتي تكون خارجة عن إرادة المرفق الصحي⁴⁸³.

ثانيا- خطأ المتضرر

تنتفي مسؤولية الدولة في بعض الحالات يكون خطأ المتضرر أو المريض هو السبب الذي أدى إلى حدوث الضرر الواقع له، حيث يصبح المتضرر هو الذي يتحمل تبعه خطأه.

ذلك أن خطأ المتضرر يعتبر سببا من أسباب تحمله عواقب خطأه، ففي القانون المدني يعتبر خطأ الضحية بجانب خطأ الطرف الآخر سبب في اقتسام المسؤولية، إذ يتحمل المتضرر جزءا من الضرر، وفي الإجتهد القضائي الإداري، عادة ما يميز بين الضرر في كل من حالة المسؤولية على أساس الخطأ والمسؤولية على أساس المخاطر، ففي الحالة الأولى عند وجود خطأ المتضرر بجانب خطأ الإدارة فهناك إقتسام للمسؤولية تبعا لدرجة كل من الخطأين، أما في حالة الضرر في المسؤولية بناء على المخاطر، عند خطأ المتضرر فيتحمل المسؤولية

⁴⁸³ - Emmaneul Cadeau, « le médicament en droit public sur le paradigme juridique de l'apothicaire », l'harmattan France, octobre 2000, p 65.

لكن هذا الرأي لم يلق إجماعاً، إذ يرى البعض أننا أمام إقتسام المسؤولية عند خطأ الضحية، لا فرق بين وجود الخطأ من قبل الإدارة أو عند عدم وجوده⁴⁸⁴.

فإذا أثبت القائم بالعمل الطبي أن المريض هو السبب الوحيد في حصول الضرر، فيمكنه بذلك التخلص من المسؤولية الطبية ولا يلزم بالتعويض، فالمريض مثلاً الذي يتعمد إهمال إرشادات وتعليمات الطبيب في العلاج ويلحق ضرراً بنفسه وجسده، وحده يتحمل مسؤولية أعماله والضرر الناتج عن ذلك.

ومن الأمثلة على خطأ المريض الذي ينفي العلاقة السببية، هو إهمال المريض العناية بالجرح بعد العملية من حيث عدم مراجعته الطبيب لمتابعة الجرح، فهذا الإهمال قد يؤدي إلى تلوث الجرح، فهنا لا يسأل الطبيب عن تلك الأضرار لأن السبب في حصولها هو إهمال المريض في المتابعة، وكذلك إذا غادر المريض المستشفى قبل إتمام العلاج، ويتحقق خطأ المريض ليس بالفعل الإيجابي وإنما كذلك بالإمتناع السلبي، فمثلاً مجرد إخفاء المريض عن الطبيب المعالج حقيقة أمر قد لا يسأل عنه الطبيب، أو مما قد لا يكشف للطبيب حتى بعد إجراء الفحوص، فهذه الحالات تؤدي إلى انتفاء مسؤولية الدولة عن حدوث هذا الضرر⁴⁸⁵.

وبالتالي فخطأ المضرور وعند ثبوته يؤدي إلى نفي ركن الخطأ من جانب المرفق، وركن العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وتنتفي مسؤولية الدولة كلياً ويرجع تحمل الضرر بأكمله على المتضرر، فالقضاء الإداري قد اعتبر أن ثبوت خطأ المتضرر يؤدي إلى إستبعاد مسؤولية الدولة وإنتفائها.

484 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 141.

485 - أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص. 503.

ثالثاً- خطأ الغير

يؤدي خطأ الغير إلى إنتفاء مسؤولية الدولة في المجال الطبي، فقد يحدث أن يكون الضرر الذي أصاب الشخص أجنبي عن المرفق الطبي والمريض وبالتالي ففعل الغير يعتبر هو أيضا سببا للإعفاء من المسؤولية ، وهكذا فإن مسؤولية المرفق تستبعد نهائيا وبصفة كلية إذا كان الفعل الضار ينسب بصفة أساسية للغير، أما إذا كانت مسؤولية الإدارة قائمة على أساس المخاطر فإن مسؤوليتها تبقى قائمة، حيث ينتج عن خطأ الغير انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر لكن يجب أن يكون الضرر قد وقع بفعل الغير، وفي حالة وجود سبب آخر سيؤدي إلى إقتسام المسؤولية⁴⁸⁶.

المبحث الثاني: الخبرة الطبية كوسيلة للإثبات في قضايا المسؤولية الإدارية

إذا توجهنا إلى موضوع الخبرة الطبية فهو الآخر لا يقل أهمية عن موضوع المسؤولية، فالقاضي مهما إتسعت ثقافته ومهما بلغت مداركه القانونية عاجز عن أن يكون دائرة معارف ملما بجميع الجوانب العلمية، ومن تم كان من اللازم الإستعانة بأهل الخبرة، فالإستعانة بالخبرة الطبية تأخذ حيزا واسعا لدى القضاء سواء على المستوى الجنائي بغرض التعرف على الضحية وظروف الإعتداء عليها أو بغرض التأكد من السلامة العقلية للمتهم، أو على المستوى المدني أو الإداري بغرض تحديد مقدار الضرر وربطه بالتعويض والمسؤولية.

والمحاكم تلجأ إلى تكليف الخبير لفحص موضوع النزاع وإبداء الرأي وتحديد المسائل الفنية، وهذا لا يعني أن الخبير يقوم بالفصل في النزاع، بل يبقى هذا من عمل المحكمة، ورأي الخبراء غير ملزم للمحاكم ولهذا يوصف رأي الخبير بأنه رأي إستشاري.

486 - أنس محمد عبد الغفار مرجع سابق، ص. 499.

والأصل أن للقاضي الحرية في إستعمال جميع الوسائل المشروعة لتحري الوقائع الفنية، ولكن لا يجوز له اللجوء إلى أهل الخبرة في المسائل القانونية، والتي هي من صميم عمله، فالخبير يستدعى ليكون مساعدا للقضاء.

المطلب الأول: دور الخبرة الطبية في تقرير المسؤولية عن الخطأ الطبي

رغم أن الخبرة عموما ليست لها إلا حجية نسبية في الإثبات إذ تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي الذي له أن يأخذ بها أو يستبعدا طبقا للفصل 66 من قانون المسطرة المدنية فإن دورها في المجال الطبي لا يخلو من الأهمية والفعالية، خصوصا فيما يتعلق بإثبات الأخطاء الفنية للأطباء، فإن كانت حجيتها غير ملزمة في المجالات الأخرى، فالخبرة في المسائل الطبية تعد دليلا أكثر إلزاما للقضاء، فالمريض غالبا ما يتعذر عليه إدراك ما حدث له وهو تحت عهدة الطبيب المعالج، فينسب الضرر الحاصل له للطبيب دون أن يتمكن من بيان خطئه بدقة، لذلك فالمريض يكتفي بعرض الوقائع على المحكمة ويلتمس منها إجراء خبرة للكشف عن خطأ الطبيب، ومن تم تبقى الخبرة في مثل هذه الأحوال الوسيلة الوحيدة أمام المريض لإثبات خطأ الطبيب والسبيل الأنجع أمام القاضي الذي لا بديل له عنه من أجل تكوين قناعته والوصول إلى الحقيقة⁴⁸⁷.

وتكشفه لنا الممارسة القضائية في مجال المسؤولية الطبية حيث إن المحاكم غالبا ما تقتنع بآراء الخبراء الذين تنتدبهم، حيث تعتمد على تقاريرهم لإثبات خطأ الطبيب أو نفيه، وهذا ما أكدته معظم القرارات والأحكام الصادرة عن القضاء المغربي في الموضوع.

الفرع الأول: ضوابط الإستعانة بالخبرة الطبية

تشكل الخبرة الطبية إجراء من إجراءات تحقيق الدعوى التي يستأنس بها القضاء إلى جانب الأدلة المعروضة من طرف الأطراف ووسائل الإثبات المقررة قانونا، للنظر في

⁴⁸⁷ - La responsabilité médicale en examen l'association marocaine de chirurgie viscérale a organisé, jeudi 9 février 2006 à Casablanca, une conférence de presse sur la responsabilité médicale.

الدعوى المعروضة أمامه، والحسم من تم في إصدار الحكم، على ضوء هذه المعطيات، فالخبرة تعتبر من بين الوسائل التي تساهم في تكوين قناعة القاضي حول القضية وملاساتها. كما عرفت المادة الثانية من القانون المتعلق بالخبراء القضائيين، "الخبير القضائي هو المختص الذي يتولى بتكليف من المحكمة التحقيق في نقط تقنية وفنية ويمنع عليه أن يبدي أي رأي في الجوانب القانونية"⁴⁸⁸.

الفقرة الأولى: مهام الخبير في إثبات الخطأ الطبي

يقوم القاضي بتحديد مهمة الخبير بكل دقة فتحدد مهام الخبير يدخل في اختصاص القاضي، وهذا ما جاء أيضا في القضاء الفرنسي فمثلا في قضية mercier الصادر بشأنها قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936، قام القاضي بتحديد مهمة الخبير على وجه الدقة، حيث جاء في القرار أنه يجب على الخبير تحديد ما إذا كان العلاج المقدم نتيجة لإنخفاض في ضغط المريض تم وفقا للقواعد المطبقة عادة في الفن الطبي،⁴⁸⁹ وفي حالة النفي على الخبير تحديد ما كان يجب إتخاذ، ويشترط أن يتضمن منطوق الحكم بندب الخبير بيانا دقيقا لمهمة الخبير، وأهم ما يترتب على ذلك هو بقاء المهمة في نطاق الخبرة، لأن الصياغة في عبارات غامضة وعامة من شأنه أن يجعل المهمة تفويضا للسلطة القضائية، وهذا ما يمنعه القانون ويدفع الخبير إلى تأدية وظيفة القاضي، ويؤدي إلى بطلان الحكم بندب الخبير، بالتالي فالقاضي يلتزم بتحديد مهمة الخبير بعناية ودقة بحيث يجعل الخبير على علم بحقيقة ما يريده القاضي منه⁴⁹⁰.

وتنحصر مهمة الخبير في عدم الخوض في المسائل القانونية، وتقتصر على البحث في الوقائع ذات العلاقة بالعمل الطبي وتقديرها، وتدعيمها بالحجج المرتبطة بالنظريات العلمية، حيث يجب تحديد مهام الخبير في الإطار الفني البحث، دون الأخطاء الظاهرة التي لا تحتاج

⁴⁸⁸ القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين الصادر بتنفيذ الظهير رقم 1.01.126 صادر في 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) ج، ر 4981 بتاريخ 19 يوليوز 2001.

⁴⁸⁹ - David Picovski, « le chirurgien plasticien et la justice responsabilités, prévention et conduite à tenir en cas de litige », thèse présentée pour le diplôme de docteur en médecine, année 2002, p. 89.

⁴⁹⁰ - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 217.

إلى خبير لكشفها، ولا يجوز للخبير رفض المهمة الموكولة إليه إلا في حالة تقديمه لعذر شرعي، فمثلا لا يمكن أن يكون الطبيب الخبير في نفس الوقت خبيرا وطيبيا معالجا لنفس المريض، ولا يجوز للطبيب الخبير القبول بمهمة من شأنها تعريض مصالح أحد زبائنه أو أصدقائه أو أقاربه أو جهة تتطلب خدماته أو حتى مصالحه الشخصية للخطر⁴⁹¹.

وقد حددت مدونة أخلاقيات مهنة الطب مهام الخبير حيث جاء في المادة 81 " يجب على الطبيب الخبير ألا يجيب أثناء مهمته، إلا على الأسئلة التقنية المتعلقة بالمهمة المنوطة به، ويجب عليه الحفاظ على السر المهني تجاه كل ما يمكن أن يطلع عليه بمناسبة مهمته"، ويتم تحديد مهمة الخبير من طرف القاضي وفقا لموضوع النزاع ونطاقه، وبصفة عامة يمكن القول بأن هذه المهمة تنصرف إلى بحث الأسباب التي أدت إلى حدوث الفعل الضار، وما إذا كان من الممكن تجنبه وفقا للمعطيات العلمية السائدة لحظة إتيان الفعل، ومدى الإهمال الذي ارتكبه الطبيب، وهل كان من الممكن إرتكاب نفس الفعل من طرف طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية مع الطبيب المسؤول، وعلى الطبيب الخبير البحث ما إذا كانت الأضرار اللاحقة بالمريض نتيجة للمرض ومضاعفاته، أم نتيجة للعلاج الذي تم إتخاذه من طرف الطبيب محل المساءلة، ليبين بعد ذلك مدى الأضرار التي أصيب بها المريض⁴⁹².

ويلتزم الطبيب عند البدء في تنفيذ مهمته بإستدعاء الأطراف لحضور إنجاز الخبرة، حيث نص المشرع المغربي على ذلك في الفصل 63 من ق.م. م⁴⁹³.

الفقرة الثانية: تقرير الخبير

للحديث عن تقرير الخبير في قضايا المسؤولية الطبية ومدى مصداقيته وقوته الثبوتية سنتطرق قبل ذلك لمضامين هذا التقرير.

⁴⁹¹- ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص. 119.

⁴⁹²- Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public (étude comparée) » op. Cit, p. 350.

⁴⁹³- الفصل 63 من قانون المسطرة المدنية المغربي، ظهير بمثابة قانون رقم 1.74.447 الصادر بتاريخ 20 مارس 2014.

يلتزم الخبير بتقديم تقرير بعد الإنتهاء من مهمته يتضمن الأعمال التي قام بها والنتيجة التي توصل إليها، هذا التقرير غالبا ما يخضع لشكل معين، رغم عدم تدخل المشرع لتحديد هذا الشكل، إلا أن هذا الأمر متعلق بالخبير نفسه، حيث يضع في حسبانته أن يكون التقرير واضحا ومحددا، فشكل التقرير يرتبط بطبيعة المسائل التي بحثها وعادة ما يتضمن عدة أجزاء منها: 494

1- الديباجة: يعرض فيها الخبير الوقائع التي حدثت منذ بداية أداء المهمة الموكولة إليه، ويتضمن توجيه الدعوى للخصوم لحضور أداء الخبرة مع الإشارة في حالة غياب أي منهم، وتتضمن الديباجة أيضا ملخصا وافيا لوقائع النزاع وإدعاءات الخصوم والأوراق التي سلمت للخبير كما يجب أن يتضمن أقوال وملاحظات الخصوم.

2- أعمال الخبرة: يعرض في هذا الجزء كل الأعمال التي قام بها الخبير والمعلومات التي حصل عليها في سبيل تنفيذ المأمورية⁴⁹⁵.

3- النتائج والرأي : يقدم الخبير النتائج التي توصل إليها من خلال أعمال الخبرة، ويجب أن تكون النتائج المتوصل إليها مدعمة بالأسباب التي استند إليها الرأي الذي توصل إليه، ويقدم الإجابة على كل التساؤلات المطروحة عليه من طرف القاضي.

4- التاريخ والتوقيع : يجب أن يتضمن التقرير تاريخ إجراء الخبرة وتوقيع الخبير الذي يفيد أن ما كتبه وهو مسؤول عنه، أو توقيع الخبراء إذا تعددوا ويعتبر التوقيع من البيانات الجوهرية والهامة في التقرير، ويعطي للتقرير الصفة الرسمية، ويتجرد بغير ذلك من كل قيمة قانونية.

5- الوثائق : تشمل الأوراق والمستندات التي إعتمدها الخبير في انجاز التقرير والتي يتم إيداعها مع تقرير الخبرة إضافة إلى إخطار الخصوم، أقوالهم، طلباتهم و تحفظاتهم.

⁴⁹⁴- Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public (étude comparé) » op.cit, p. 364.

⁴⁹⁵- Géraldine Salem (G), op.cit, p. 99.

كما يجب أن يكون أسلوب التقرير بسيطاً وواضحاً بقدر الإمكان، ويجب على الخبير ألا يلجأ إلى أسلوب البلاغة وأن يحاول قدر الإمكان تفادي الأسلوب العلمي المتخصص.

ينبغي أن تكون تعليقات الخبير وتسببياته دقيقة ومنطقية وغير متعارضة فيما بينها، أو فيما بينها وبين النتيجة المتوصل إليها، ويلاحظ أنه إذا تعدد الخبراء وجب عليهم أن يقوموا بأعمال الخبرة مجتمعين يضمنونها تقريراً واحداً طالما كانت آراؤهم متفقة ومتجانسة، فإذا اختلفت آرائهم وجب على كل واحد منهم أن يبين رأيه معللاً في تقرير مستقل عن الآخر، ويمكن أن يقوم الخبير بإعداد تقريره كتابة أو شفاهة.

بعد قيام الخبير بإخطار الخصوم وإستدعائهم، يبدأ بإنجاز مهمته وذلك عن طريق إعادة بناء القضية من جديد، ويتم ذلك بالدراسة العميقة للملف الطبي للمريض وكل الوثائق التي يحتويها، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، عن طريق السماع إلى كل الأطراف التي لها علاقة بالقضية، سواء من أطباء وممرضين وأقارب المريض.

وبعد قيام الطبيب الخبير بدراسة كل الإجراءات المتخذة، وكذا دراسة الملف الطبي، والإستماع إلى الشهود إذا كانت شهادتهم ضرورية، يقوم بتقدير كل الأعمال الطبية، خاصة البحث عن مواطن الخطأ، وعدم إحترام الفن الطبي، بهدف إعداد تقريره⁴⁹⁶.

يشترط في الخبير أن ينفذ المهمة المسندة إليه شخصياً، وعليه إحترام المهلة المحددة له لإيداع التقرير، إلا في حالة حصوله على مهلة إضافية، كما يجب عليه أن يكون مستقلاً عن الأطراف المتخاصمة وأن لا يكون منحازاً، حيث يكون للطبيب الخبير إستقلاله الفني، فهو سيد تنظيم عملياته الفنية، حيث لا يمكن أن يخضع في النتائج التي يتوصل إليها، إلا لضميره المهني ومعلوماته الفنية وفي حالة إختلاف وجهات النظر بين الأطباء، أي في حالة تعدد النظريات العلمية، فيتوجب على الخبير عدم الخوض في هذه النظريات، وتفضيل نظرية على أخرى، إنما يتوجب عليه أن يكون موضوعي وحيادي أثناء إعداد التقرير⁴⁹⁷.

496 - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 76.

497 - Acte du séminaire de rabat des 12 et 13 octobre 2009 la coopération entre le Maroc et la France dans le domaine de la couverture médicale de base de 2005 à 2009.

وفي حالة تأخرهم أو رفضهم إيداع تقريرهم، ففي هذه الحالة يكون للقاضي الحق في طلب تعيين خبير آخر، كما يمكن الحكم عليه بالمصاريف والتعويضات المترتبة عن ذلك، وهذا ما جاء في الفصل 61 من ق.م.م.

وأخيرا يمكننا أن نقول إن الطبيب الخبير لا يتدخل بهدف العلاج، ولكنه يتدخل في الإطار القانوني، بالتالي فهو يتعرف على معلومات أثناء أداء مهمته وهي معلومات سرية خاصة بالمريض، وألزم المشرع الخبير بالحفاظ على السر المهني وجميع المعلومات التي اطلع عليها.⁴⁹⁸

إن إعداد الخبير لتقرير حول سلوك الطبيب محل المساءلة لا يعني نهاية المطاف بالنسبة للدعوى المرفوعة أمام القاضي الإداري، ذلك أنه يبقى على القاضي عرض ما انتهى إليه الخبير، رغم ذلك فلقد أدى الوضع إلى التساؤل حول القاضي الحقيقي في قضايا المسؤولية الطبية أهو القاضي أم الخبير؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من التطرق إلى مدى تأثير تقرير الخبير على القاضي، وهذا دون شك مرتبط بمدى مصداقية هذا التقرير.⁴⁹⁹

الفرع الثاني: مدى مصداقية تقرير الخبرة في المسؤولية الطبية

لقد أصبح اللجوء إلى الخبرة لتحديد مسؤولية الطبيب عن الأخطاء التي قد ينسب إليها إرتكابها خلال ممارسة مهامه الطبية أو بمناسبتها أمرا مألوفا ومعتادا.

كما أن القاضي الإداري غير ملزم بمستنتجات الخبرة وذلك ما يظهر جليا من خلال التوجهات القضائية للمحاكم الإدارية، والتي أحيانا لا تأخذ بهذه الخبرة وأحيانا أخرى تأخذ بها.

498 - مصطفى محمد الجمل، مرجع سابق، ص 107.

499 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 220.

الفقرة الأولى: قيمة تقرير الخبير في الإثبات

رغم أهمية الخبرة الطبية في إثبات مسؤولية الدولة في المجال الطبي، فقد أثارت مسألة القيمة القانونية للخبرة التي تأمر المحكمة بإجرائها، وهل يكون القضاء ملزم بتبني رأي الخبير الطبي، أم أنه يكون غير مقيد بما جاء في تقرير الخبرة المنجز من طرف الخبير الطبي؟

ولحل هذه الإشكالية ظهر إتحاهان، الإتجاه الأول، يعتبر القاضي ليست له خبرة ودراية بالمسائل الفنية والتقنية ومن تم فكلما دعت الضرورة إلى الأمر بإجراء خبرة، فإن استنتاجات هذه الأخيرة تكون ملزمة للقاضي، بحيث عليه أن يتبناها بدون زيادة أو نقصان، أما الإتجاه الثاني والذي يعتبر هو الصواب، هو ما ذهبت إليه إستئنافية الرباط التي رأت وعن حق أن الخبرة مجرد قرينة من بين قرائن أخرى على القاضي أن يبحثها جميعها حتى يقتنع بجدوى القرائن مجتمعة، أي خبرة فنية التي أنجزها الخبير، وكذلك القرائن الأخرى التي قد يقف عليها القاضي خلال مسطرة تهيئ القضية للحكم⁵⁰⁰.

وهو ما سار عليه القضاء الإداري المغربي في أغلب أحكامه وقراراته، حيث قضى في حكمه الصادر عن المحكمة الإدارية بأكاير سنة 2010⁵⁰¹، بأن إجراء الخبرة الطبية على المدعية وتأكيد الخبير في تقريره كون العملية القيصرية هي السبب المباشر في المضاعفات الصحية التي وصفها في تقريره، حيث تفيد وقائع القضية أن العارضة دخلت مستشفى من أجل إجراء عملية وضع قيصرية غير أن حالتها الصحية تدهورت ما دفع بها إلى الذهاب عند طبيب آخر، حيث إكتشف أن الطاقم الطبي إرتكب خطأ طبي فادح حيث نسي إستخراج نسيج قطني من داخل بطنها.

⁵⁰⁰ - محمد عنصري، "فكرة الخطأ الواضح ومسؤولية الإدارة"، تعليق على قرار محكمة الإستئناف الإدارية 9 ماي 2007، المجلة المغربية للإدارة والتنمية المحلية، يوليو- غشت، عدد 75، 2007، ص. 139.

⁵⁰¹ - عبد الكبير العلوي الصوصي، مرجع سابق، حكم المحكمة الإدارية بأكاير، عدد 2010/767، بتاريخ 2010/12/31، ص. 41.

حيث أكد الخبير المنتدب في تقريره كون العملية القيصرية هي السبب المباشر في المضاعفات الصحية التي وصفها في تقريره⁵⁰².

وبالتالي فقد قضت المحكمة من خلال سلطتها التقديرية، ومن خلال الأخذ بعين الاعتبار للعناصر الواردة بتقرير الخبرة لفائدة المدعية.

أما موقف القضاء المقارن من مسألة تقدير رأي الخبير فالواضح أن غالبية المحاكم الأجنبية تجمع على قبوله حيث جاء في حكم لمحكمة الإستئناف بـ Dijon الفرنسية، حيث أقرت بمسؤولية مرتكبي الحادث عن أضرار التلوث جراء نقل الدم الذي تم على إثر الحادث وذلك عندما "... رفضت المحكمة دعوى المضرور بالتعويض عن الإصابة بمرض الإيدز والتي وجهها إلى مرتكبي الحادث بحجة تخلف العلاقة السببية ولأن المضرور كان مصابا قبل الحادث إلا أن المحكمة رفضت هذا الحكم إعتقادا على تقرير الخبراء الأطباء الذين أكدوا فيه على إختلاف النسبة من الدم الذي كان يحتاجه المريض قبل الحادث عن النسبة التي اضطر إلى تلقيها بعد الحادث وقررت أن الإصابة بالفيروس نتيجة نقل الدم كانت هي السبب الطبيعي والمتوقع لإحداث الضرر...⁵⁰³.

الفقرة الثانية: تأثير تقرير الخبير على القاضي

يتجنب القضاة غالبا تقرير الخبراء في مسائل المسؤولية الطبية، بسبب نظرة الشك التي تحوم حول هذا التقرير، وما قد يشوبه من إنحياز لمصلحة الأطباء، وذلك لإحتمال تعاطفه مع زميله، وتأثره بعامل الزمالة، هذا الوضع قد يدفعنا إلى طرح تساؤل هي: هل الأفضل أن يعتد بتقرير الخبير والذي قد يكون محلا للشك، أم برأي شخص غير مختص وهو القاضي؟

502- مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص. 108.

503 - أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص. 153.

الإجابة على هذا السؤال يدفعنا إلى محاولة تحليل فكرة حرية القاضي إتجاه تقرير الخبرة، أي بصيغة أخرى هل فعلاً يملك القاضي حرية مطلقة إتجاه هذا التقرير، أم أن لهذه الحرية حدودها التي تجعل تقرير الخبرة يفرض نفسه أحياناً؟

تلعب الخبرة أهمية بالغة في إثبات الخطأ الطبي، رغم ذلك فإن القاضي يبقى غير ملزم بالأخذ بتقرير الخبير، ويمكنه عدم التقيد بالنتائج التي توصل إليها، حيث تكون للمحكمة سلطة واسعة في تقييمها لأعمال الخبير⁵⁰⁴، فرأيه لا يقيد أو يحد من هذه السلطة ولا يلزمها وهو ما جاء في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون 45.00⁵⁰⁵ المتعلق بالخبراء القضائيين والفصل 66 من ق.م.م.⁵⁰⁶

حيث يكون للقاضي أن يرفض تقرير الخبرة إن لم يجد ما كان يريده من إيضاح، وله أن يأمر بخبرة جديدة وذلك حسب إقتناعه، كما يجوز للمحكمة أن تأخذ برأي مخالف لرأي الخبير متى ظهر لها أن إستنتاجاتها غير صحيحة ومخالفة للواقع، أو متناقضة مع الوثائق المقدمة كدليل في الدعوى⁵⁰⁷، في كل الأحوال فإن معاملة المحكمة مع تقرير الخبير لا تعدو أن تكون إحدى الحالات الثلاث: الموافقة على الخبرة كلها، أو إبطال الخبرة كلها، أو الأخذ ببعض ورفض البعض الآخر، مع الإشارة إلى أنه في حالة عدم الموافقة على النتائج المدونة في تقرير الخبير، يجوز طلب تعيين خبير قضائي آخر أمام المحكمة⁵⁰⁸.

وتقتصر مهمة الخبير إذن على إبداء الرأي في المسائل الفنية، فإذا قدر القاضي أن رأي الخبير ظاهره الفساد، أو أنه يتعارض مع وقائع أخرى في الدعوى أكثر إقناعاً من الناحية القانونية، فلا يلتزم به، فإذا كان الخبير يساعد القاضي في استنباط الخطأ الطبي، فإن القاضي

⁵⁰⁴ - Jacques Hureau, «L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel» 3 édition 2010, p 43.

⁵⁰⁵ - الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين، إذ ورد فيها: "يمكن للمحاكم أن تستعين بأراء الخبراء القضائيين على سبيل الإستئناس دون أن تكون ملزمة لها".

⁵⁰⁶ - الفصل 66 من قانون المسطرة المدنية المغربي، الفقرة الأخيرة جاء فيها "لا يلزم القاضي بالأخذ برأي الخبير المعين ويبقى له الحق في تعيين أي خبير آخر من أجل استيضاح الجوانب التقنية في النزاع".

⁵⁰⁷ - توفيق خير الله، "مسؤولية الطبيب الجراح عن خطأ المهني"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 503.

⁵⁰⁸ - فريدة اليوموري، "دور الخبرة الطبية في تقرير مسؤولية الطبيب"، مجلة فكر، مجلة العلوم الإقتصادية والقانونية والسياسية، العدد 1، سنة 2008، ص. 179.

يستقل بالتكليف القانوني للسلوك الفني للطبيب، فحتى ولو كان لأراء الخبراء تأثير كبير على قرارات القضاء، إلا أنها لا تفرض عليهم شيئاً⁵⁰⁹، كما لا يمكن للطبيب الخبير استغلال وظيفته أو مهمته بأي شكل كان وهو ما جاء في المادة 82 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

ويشترط في تقرير الخبير أن يكون واضحاً لا يكتنفه الغموض، كما يجب أن يكون الخبير متأكداً من وجود خطأ من طرف الطبيب، فإذا صرح مثلاً أنه يحتمل وقوع الضرر بسبب خطأ طبي، فإن هذه العبارة لا تسمح للقاضي بالإعتماد على التقرير للتصريح بمسؤولية الطبيب، نفس الشيء إذا تعذر على الخبير تحديد مواطن الخطأ فإن مسؤولية الطبيب لا تقوم⁵¹⁰.

لهذا فإن ما يصل إليه الخبير من إثبات الواقعة يمثل وجهة نظر فنية محضة، ولا بد أن تقترن بوجهة نظر قانونية، لكي تكتسب وجهة نظره قيمة فعلية في مجال الإثبات وما يمارسه القاضي من سلطة بشأن تقدير قيمة رأي الخبير تتمثل في الرقابة القانونية على الرأي العلمي أو الفني الذي تقدم به الخبير إليه⁵¹¹.

خلاصة القول إن على المستوى الفني حيث يكون القاضي غير مختص، فإن إختصاص الخبير لا بد أن يفرض نفسه، أما على المستوى القانوني فإن إختصاص القاضي يسترد كامل فعاليته، بحيث يصبح تقرير الخبير أحد العناصر الخاصة، ضمن مجموع العناصر التي يؤسس عليها القاضي حكمه، وهذا هو مقتضى القواعد العامة، والتي لا يوجد أي سبب منطقي يبرر الخروج عنها في مجال الخبرة الطبية فتقرير الخبرة يبقى عنصر لا بد منه لحل المسائل الفنية ويكون صدور حكم القاضي على أساس ذلك⁵¹².

509- أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص. 480.

510- Géraldine Salem, op.cit, p. 101.

511 - ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص. 122.

512 - فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص. 180.

الفقرة الثالثة: التوجه القضائي

لقد عرف التوجه القضائي وخاصة في المغرب تدبدا في آرائه حول الأخذ برأي الخبير أو عدم الأخذ به وهذا التحول راجع إلى إحداث المحاكم الإدارية حيث عرفت توجهات القاضي الإداري تحولات مهمة سنحاول التطرق لها.

أولاً- قبل إنشاء المحاكم الإدارية

فكيف تعامل القضاء العادي في هذه المرحلة مع القضايا الطبية التقنية الناتجة عن العلاجات الإستشفائية؟ وللإجابة عن هذا التساؤل سنحاول التطرق لعدة أحكام والمرتبة حسب المراحل التاريخية.

يلاحظ أن المحاكم الابتدائية، لم تشر لما خلص إليه الخبير الطبيب القضائي، والإستناد إليه، بل فقط اكتفت بالإشارة إلى حالة المرفق العام، فالقاضي المغربي في مرحلة السبعينات، إتخذ موقفا بعدم الحديث عن إستنتاجات الخبرة الطبية القضائية، لأنه إعتبر هذه الأخيرة، وسيلة يستعين بها من أجل تحديد قناعاته، إلا أن محاكم الإستئناف في نفس المرحلة، أكدت على أهمية الخبرة الطبية القضائية، وضرورة الإستعانة بها، وقد تأيد هذا الموقف من طرف محكمة النقض، حيث سار في نفس السياق⁵¹³.

وعن محكمة النقض، الغرفة الإدارية، القرار عدد 11 بتاريخ 21 فبراير 1975 جاء فيه: "... وبإحالته على خبير إختصاصي لتحقيق العجز النهائي الذي أصيب به، وقد إعتبرت المحكمة الحادثة وقعت أثناء العمل أو بسببه، وأن المتضرر له الحق في التعويض الإجمالي...".

وقد إتخذت محكمة الإستئناف نفس الموقف الذي إستقرت عليه محكمة النقض، من حيث لجوئها للخبرة الطبية القضائية، أما خلال مرحلة الثمانينات يلاحظ أن المحكمة الابتدائية

513 - عمرو بومزوغ، "الخبرة الطبية: أي أثر على القاضي المغربي؟"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 101، نونبر-دجنبر 2011، ص. 210.

بوجدة لم تشر في مضمون حكمها، لخلاصات الخبرة الطبية، فقد جاء في حكمها: "... وحيث إن المحكمة قد إعتبرت أن تحمل الدكتور من جملة الأخطاء الجسيمة، ذلك أن قيامه بعملية جراحية في الأذن، قد ترتب عليها قطع عصب الوجه، وهو خطأ جسيم من طرف الدكتور، يتحمل وحده النتيجة، وأن الدولة ستحل محله في حالة إعساره..."

فإنطلاقاً من هذه المرحلة، فقد غيرت المحاكم الابتدائية موقفها فأصبحت تلتجأ بمناسبة كل قضية، للخبرة الطبية القضائية والإستعانة بها.

وفي نفس المنوال، فقد أكدت ابتدائية مراكش، في حكمها الصادر بتاريخ 1992/5/21، "... وحيث إنه بإعتماد ما أسفرت عنه الخبرة المنجزة من طرف الدكتور يثبت بشكل لا غبار عليه أن الدكتور أخل بالالتزام بعناية المفروض عليه، إذ أنه لم يتسم في سلوكه باليقظة والحذر اللازم، والتتبع لحالة المريض..."

وصفوة القول، فإنه يتجلى من خلال بعض الأحكام القضائية التي تمكنا من تحليلها ومناقشتها، أن القاضي المغربي في مضامين أحكامه، كان يؤكد فقط على الحالة التي يوجد عليها المرفق الصحي للمستشفى، من نقص في الموارد البشرية والمعدات التقنية وسوء التسيير، كما حاول ربط الأخطاء الطبية بالحالة التنظيمية للمؤسسة الصحية الإستشفائية العامة دونما حاجة للإشارة إلى خلاصات الخبرة الطبية القضائية، التي إستند إليها دون أي شك في ذلك للبت في القضايا⁵¹⁴.

وانطلاقاً من مرحلة التسعينات، فقد غيرت المحاكم الابتدائية من موقفها، بحيث أصبحت تلتجأ بمناسبة كل قضية للخبرة الطبية، والإستعانة بها في تحديد قناعاتها.

فكيف إذن كانت توجهات القاضي الإداري بعد إحداث المحاكم الإدارية؟

514 - منصور عمر المعاينة، مرجع سابق، ص 124.

ثانيا- الخبرة الطبية بعد إحداث المحاكم الإدارية

إن المحاكم الإدارية المحدثه بقانون 90-41، وفرت مناسبة قانونية وقضائية للمتضررين من المرافق الإستشفائية العمومي، لمقاضاتها، طلبا لتعويض الأضرار التي لحقتهم جراء أخطاء أطبائها وممرضيهها.

فالقضايا الطبية الصحية التي تطرح أمام المحاكم الإدارية المغربية صعبة ومعقدة لذلك يلتجأ القاضي المغربي للإستعانة بأهل الخبرة من أجل الإقتناع والبت فيها، فبالرغم من أن القانون المغربي 00-45 لا يلزم القاضي المغربي من الإستعانة بأراء الخبراء القضائيين، ونفس الموقف استقر عليه الإجتهد القضائي المغربي.

ففي هذا السياق جاء في قرار محكمة النقض عدد 6/3601 ملف جنحي رقم 2000/9256 بتاريخ 2003/6/24 ما يلي: "خبرة المحكمة غير ملزمة، أحيانا بالأمر بها ... إن المحكمة غير ملزمة بإجراء خبرة أو معاينة، إذا ما توفر لديها من أدلة، ما يكفي للبت في الدعوى، وتقدير قيمة الحجج يرجع لمحكمة الموضوع بحكم سلطتها التقديرية"⁵¹⁵.

غير أنه من خلال إستقراء وتحليل مضامين الأحكام القضائية في المادة الإدارية المتعلقة بالقضايا الطبية الفنية والتقنية المرتبطة بالعلاجات الإستشفائية، أن القاضي الإداري أصبح يعتمد اعتمادا وثيقا على الخبرة الطبية القضائية، ويستند إلى خلاصاتها في تحديد قناعاته للبت في القضايا المطروحة أمامه.

فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية بالرباط، عدد 2325 ملف رقم 11/12/454 بتاريخ 24 أبريل 2014 "حيث إن المدعية أسست طلبها على كونها خضعت لعملية جراحية من أجل إستئصال ورم بمستشفى مولاي عبد الله بسلا غير أن الطبية التي أجرت لها العملية ارتكبت خطأ طبي فادح تسبب لها في عاهة مستديمة، وحيث إنه بالنظر إلى أن البت في الطلب يستوجب بيان مسائل فنية، فقد أمرت المحكمة بإجراء خبرة طبية ...، وحيث إنه

515 - عمرو بومزوغ، مرجع سابق، ص. 214، 215.

بالنظر لثبوت العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الموصوف بتقرير الخبرة والمتمثل في عدم قدرتها على النطق والتنفس فإن المدعية تبقى محقة في المطالبة بالتعويض...".⁵¹⁶

كما رفضت المحكمة الإدارية بالرباط طلب العارض بناء على تقرير الخبير، وهو ما جاء في حكم عدد 111، ملف رقم 08/5523 بتاريخ 2010/01/19، حيث يعرض فيه المدعي أن الهالكة كانت تعاني قيد حياتها من حصى في المرارة، حيث أجرى لها الطبيب عملية جراحية لاستئصال المرارة وأنه بعد إجراء العملية تبين أن هناك خطأ طبي من خلال فحوصات أمر بها الطبيب، فأمر بإجراء عملية ثانية لتدارك الخطأ فكانت النتيجة هي الوفاة ... وحيث أمرت المحكمة بإجراء خبرة طبية، الذي بعد إطلاعه على الملف الطبي للهالكة أوضح في تقريره أنه بعد العملية الجراحية الأولى نتجت عنها مضاعفات تمثلت في ظهور يرقان تسمي لم تكن تشكو منه وبفعل هذه المضاعفات أدت إلى الوفاة، وأن الأخطاء كانت أخطاء طبية إدارية، وتجلت في عدم تسليم شهادة الوفاة عند الخروج، وعدم طلب التشريح من قبل الطبيب، وحيث إنه بالرجوع إلى تقرير الخبرة المنجزة في الملف، يتبين أن الخبير خلص في تقريره أن الأخطاء المرتكبة من طرف أطباء المركز الإستشفائي المدعى عليه هي مجرد أخطاء إدارية لا ترقى إلى الخطأ الطبي الموجب للتعويض، مما يكون معه الطلب غير مرتكز على أساس ويتعين التصريح برفض الطلب، وترتبطا على ما ذكر تعين رفض الطلب."

ويتعين الإشارة على أنه بعد القيام بتحليل بعض الأحكام القضائية الصادرة عن مختلف المحاكم الإدارية، أكدت كلها على ضرورة الاستئناس بخلاصات الخبرة الطبية القضائية تارة، وتارة أخرى بالرجوع للشواهد الطبية المرفقة بالملف القضائي، كما أنها تحدد قناعاتها مرات عدة، من إستنتاجات الخبرة الطبية والشواهد الطبية، وتقرير التشريح الطبي إلا أنها في مناسبات أخرى، تبت بغض النظر عما خلص إليه الخبير القضائي انطلاقاً من الملف الطبي للمريض، وذلك في تلاءم مع المنطق القانوني والقضائي، بحيث لم تترث لحظة باستبعادها، إذا كانت تلك الإستنتاجات لا تتلاءم والمنطق القانوني والقضائي، وفي أحيان أخرى، تبت بغض النظر عما خلص إليه الخبير، معتمدة في ذلك على اجتهادها الخاص،

⁵¹⁶ - Jacques Hureau, Op.Cit , p 45.

مبتدعة معايير قضائية، كغياب التحاليل الطبية القبلية قبل إجراء العملية الجراحية، وقبل حقن الأدوية التي تسبب الحساسية، وعدم إخضاع المريض للفحوصات الطبية للبنية الجسمية عند استعمال الأدوية من طرف المريض لمدة طويلة، داخل المستشفى العمومي⁵¹⁷.

غير أن المحاكم الإدارية بصفة عامة تستند لخلاصات الخبرة الطبية القضائية، كوسيلة تخضعها لسلطتها التقديرية عند البت في القضايا.

المطلب الثاني: أهمية الملف الطبي في الخبرة الطبية

يعد الملف الطبي من وسائل الإثبات التي أصبحت لها أهمية قصوى لما تحتوي عليه من معلومات، فالملف الطبي يحتوي على التقارير والفحوصات ونتائج التحليلات التي تم إجراؤها للمريض والتي قد تبين مدى إهمال الطبيب (الفرع الأول)، كما تعتبر قضايا المسؤولية الطبية مهمة شاقة للطبيب الخبير، من حيث طبيعتها والوقت الذي تستغرقه والنتائج التي يتوصل إليها، تبقى مهمته في البحث عن حدوث خطأ طبي وعلاقة هذا الخطأ بالضرر اللاحق بالمريض أصعب مهمة تعرض على الطبيب، ذلك أن مهمة الخبير مهمة خطيرة ودقيقة، (الفرع الثاني)

الفرع الأول: إمكانية الإطلاع على الملف الطبي من طرف الخبير

يلعب الملف الطبي للمريض أو الضحية دورا هاما في القضايا الطبية حيث يكون المستند الوحيد والمرجع الأهم حيث يقدم توجيهها ومعلومات قيمة فيما إذا طلب من الخبير الطبيب القضائي تشريح جثة الضحية،⁵¹⁸ وقد نصت مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أهمية الملف الطبي حيث نصت في المادة 48 " يجب على الطبيب أن يمسك ويحفظ ملفا طبيا خاصا بكل مريض يتولى عالجته، تدون فيه المعلومات التي يتوفر عليها والمتعلقة بصحة المريض والضرورية لإتخاذ كل القرارات التشخيصية والعلاجية التي تثبت التكفل بالمريض وتتبع.

⁵¹⁷- Nejib Chaabouni, Op. Cit, p 67.

⁵¹⁸ Sophie Hocquet-Berg, Bruno Py, «La responsabilité du médecin», Editions heures de France 2006, p 67.

علاوة على العناصر الموضوعية المدونة في الملف الطبي، يمكن للطبيب إعداد بطائق شخصية تساعد على تتبع المريض، تظل هذه البطائق سرية ولا يمكن تسليمها للمريض ولا للأغيار، إلا في الحالات التي يرى الطبيب فائدة في ذلك. تحفظ الملفات الطبية تحت مسؤولية الطبيب الذي قام بإعدادها، مع مراعاة الأحكام المطبقة على المؤسسات الصحية العمومية والخاصة وتتم حماية مضمون الملف الطبي مهما كان حامله، ضد كل تسريب".

كما نصت المادة 7 من قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربي "...على مقدم الخدمة الالتزام بالقواعد والمعايير والإجراءات الخاصة بممارسة المهنة تبعاً لدرجته ومجال تخصصه وتوثيق ذلك في ملف متلقي الخدمة..."، إلا أن الملف الطبي حتى الآن لا يتمتع بأية حماية قانونية كافية ما عدا بعض الفصول السابق ذكرها وتلك التي وردت في القانون الداخلي للمستشفيات العمومية⁵¹⁹، التي تجعل من الملف الطبي للمريض ملكية عامة للمستشفى، وتحاول المؤسسة الإستشفائية المحافظة عليه حسب إمكانياتها.

فالمستشفيات العامة المغربية منها الإقليمية والمحلية، كثيراً ما يتعذر عليها إيجاد أماكن لتخزين الملفات الطبية أو الإعتناء بها أما المستشفيات الجامعية، فتعطى أهمية خاصة لهذه الملفات والتي تضم بالإضافة للوثيقة التي يسطر فيها كل ما يتعلق بحالة المرضى وتفاعلهم مع العلاجات، صور الأشعة، والفحوصات الطبية، التحاليل والرسائل والتقارير الطبية، ذلك أن هذه المستشفيات دورها لا يقتصر فقط في تقديم العلاجات الإستشفائية، بل يذهب إلى أبعد من ذلك بحيث إنها ملزمة بتسيير الأبحاث العلمية الطبية والبيو- طبية وكذا البائية، وكذا المساهمة في تكوين الأطباء والصيادلة والأطر الشبه الطبية من جهة، ومن جهة أخرى في تنظيم التكوين المستمر والندوات والأيام الدراسية، واللقاءات العلمية.

519 - القانون الداخلي للمستشفيات، مرسوم رقم 2.06.656، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5926، بتاريخ 2010/03/17.

الملف الطبي Dossier Médical لابد من التمييز بهذا الخصوص بين الملف الذي يهيئه الطبيب المعالج لأول مرة (الفقرة الأولى) والملف الذي يكون بحوزة المريض محتويا على شواهد طبية ووثائق تثبت سوابقه المرضية وغيرها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الملف الذي بحوزة المرفق الصحي العمومي

فهو نظريا ذلك الملف الذي يفتحه الطبيب لكل مريض عادة لأول مرة ويدون فيه كل ما باشره على المريض من إسعافات أولية وفحوص مختلفة وتشخيص لحالته المرضية ثم العلاج الذي وصفه له، كما يضمن فيه جميع الوثائق والتقارير الطبية المتعلقة بالحالة الصحية للمريض، كالورقة التي تدون فيها درجات حرارة المريض وورقة الإنعاش وغيرها...، وهو ما نصت المادة 60 من القانون الداخلي للمستشفيات فيما يخص تكوين وتدبير الإستشفاء حيث نصت على أن: "يحدث لكل مريض أدخل المستشفى ملف إستشفاء، ويعتبر هذا الملف ملكا للمستشفى الذي تتولى حفظه".

ويجب على العاملين بالمستشفى إتخاذ جميع التدابير اللازمة من أجل المحافظة على الطابع السري للمعلومات الموجودة في الملف، كما جاء في المادة 61 من نفس القانون على إمكانية الإطلاع على ملف الإستشفاء من طرف المريض أو ممثله القانوني عن طريق الطبيب المعالج غير المنتمي إلى المستشفى، كما يمكن للمريض الحصول على نسخة من ملف الإستشفاء بناء على طلب المريض⁵²⁰.

غير أن هذه الفصول تظل غير كافية حيث لم تتضمن إمكانية إضلاع الخبير على الملف الطبي، وفي غياب تام في القانون الجديد المنظم لمهنة الطبي 13-131، بإعتبار الإطلاع على الملف الطبي من طرف الخبير من أهم المراحل الأولية التي يقتضيها إجراء الخبرة

⁵²⁰ - La responsabilité médicale en examen l'association marocaine de chirurgie viscérale a organisé, jeudi 9 février 2006 à Casablanca, une conférence de presse sur la responsabilité médicale.

ويقتضيها السير القانوني لتقرير مسؤولية الطبيب، فالخبير ملزم بالإجابة على مجموعة من الأسئلة التي لها علاقة بموضوع النزاع.

حيث تقتضي المبادئ العامة للعدالة أن يكون للمريض الحق في الإطلاع على الملف الطبي الخاص به⁵²¹، فالمؤسسات الصحية عامة كانت أو خاصة ملزمة بالتواصل مع المرضى، فاحتراما لمبادئ وأدبيات مهنة الطب، فإن الطبيب ملزم في أن يضمن لمرضاه الحق في تزويدهم بالمعلومات الخاصة بهم والمتعلقة بالمرض الذي يعانون منه⁵²².

فإلزام الطبيب بإطلاع المريض على المعلومات المدونة في الملف الطبي والمتعلقة بالمرض الذي يعاني منه، ليس معناه أن يسلم هذا الملف للمريض، بل يجب أن يظل بحوزة الطبيب المعالج أو المؤسسة الصحية التي تتولى معالجته، مع السماح إن اقتضى الأمر الحق في مناقشة ما يحتويه من معلومات وكذا من نتائج مدونة بهذا الملف.

فالتبيب ليس من مصلحته أن يخفي إحدى المعلومات التي يجب أن يتضمنها الملف الطبي أو التي يتضمنها هذا الملف، على اعتبار ذلك قد لا يكون في مصلحته، كما يجب تسليم الملف الطبي للخبير وهو متضمن لكافة المعلومات والوثائق والبيانات المتعلقة بالمريض والذي سيعتد به القاضي في إصداره لحكمه⁵²³.

ومن تم تبرز أهمية هذا الملف الطبي وفائدته القصوى في الإثبات، إذ من شأنه أن ينيير الطريق للقضاء من أجل الوصول إلى الحقيقة، لكن في حقيقة الأمر لا وجود لهذا الملف من الناحية العملية، إذ أن الأطباء ناذرا ما يمسكون الملفات الطبية لمرضاهم، ولعل هذا ما دفع بعض الفقهاء إلى القول بأنه من غير المعقول إلقاء عبء إثبات الخطأ الطبي على المريض في الوقت الذي يعفى فيه الطبيب من كل التزام يتعلق بتسجيل وتوثيق ما يقوم به من عمل طبي إزاء زبونه، لأن غياب الملف الطبي يجعل من المستحيل على المريض إثبات خطأ

521 عبد الكافي ورياشي، "حجية التقرير الطبي في الإثبات أمام القضاء الجنائي"، مرجع سابق، ص 32.

522 - فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص. 177.

523 - طه عثمان أبو بكر المغربي، المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد، الطبعة الأولى 2014، ص

الطبيب، لذلك فهم يقترحون على القضاء أن يعتبر عدم مسك الملف الطبي بمثابة إهمال أو تقصير من جانب الطبيب تترتب عنه مسؤوليته القانونية.

لكن يبدو أنه من الصعب على الإجتهد القضائي مسايرة هذا الرأي الذي لا سند له لا في القانون المغربي ولا في الأعراف التي إستقرت عليها مهنة الطب كما أنه من شأنه أن يثير إحتجاجا كبيرا في الأوساط الطبية، هذا وجدير بالذكر أن الملف الطبي يشكل مرجعا أساسيا حتى بالنسبة للخبراء الذي يعتمد عليهم القضاء، إذ فغيابه يعسر عليهم الوصول إلى أي نتيجة خصوصا عندما لا يترك العمل الطبي أي أثر مادي يستدل به الخبير.

وقد أكد القضاء الإداري في العديد من أحكامه وقراراته، مدى أهمية وسيلة الملف الطبي، كوسيلة من بين الوسائل الأخرى التي تساعد المتضرر في إثبات مسؤولية الدولة في المجال الطبي، فقد قضت المحكمة الإدارية بالرباط، حيث جاء في حكمها عدد 1403، بتاريخ 2002/12/24، "وحيث إن تقرير الخبرة المنجز من طرف الدكتور... أثبت بعد إطلاعه على الملف الطبي للمدعية، أن الدكتور المشرف على العملية أخطأ فعلا في العملية الجراحية التي كان ينبغي القيام بها، وأنه قام ببتير مرارة المدعية بالرغم من سلامتها، لذلك يكون الخطأ المرتكب من طرف الطبيب ثابتا في النازلة، وبالتالي موجبا للمساءلة بالتعويض، وبالتالي حكمت المحكمة الإدارية بتقرير مسؤولية المركز الإستشفائي ابن سينا"⁵²⁴.

كما ذهبت محاكم الإستئناف الإدارية إلى تأييد الحكم المستأنف باعتماد الملف الطبي، وهذا ما جاء في قرار محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش في قرار عدد 1194، بتاريخ 2012/12/20، الذي جاء فيه: "وحيث من الثابت أن محكمة الدرجة الأولى لجأت إلى إجراء خبرة طبية على المدعية، جراء تعرضها لخطأ طبي أثناء إجراءها لعملية قيصرية، وقد تبين أنها أنجزت خبرة بصفة قانونية وأن الخبير إعتد الملف الطبي للمدعية وأكد حصول

524 - عمرو بومزوغ، مرجع سابق، ص. 216.

خطأ... وحيث من الثابت أن الحكم المستأنف إعتد سلطته التقديرية والتي بناها على إعتبار العناصر الواردة بتقرير الخبرة، وبالتالي قضى بتأييد الحكم المستأنف⁵²⁵.

الفقرة الثانية: الملف الذي يكون بحوزة المريض

وهو الملف الذي يتضمن الوثائق المثبتة لسوابقه المرضية أو لنتائج التحليلات المخبرية كتحليل الدم أو الصور الإشعاعية، وكذلك وصفات العلاج الذي كان يتبعه وتقارير الأطباء الذين سبق لهم فحص حالته وغيرها من الأوراق التي تثبت الحالة الصحية السابقة للمريض، ومما لاشك فيه أن مثل هذا الملف لا يخلو من الأهمية في الإثبات ويمكن أن تعتمد عليه المحكمة في الوصول إلى الكشف عن أخطاء الأطباء، وهذا ما قامت به محكمة الاستئناف بالدار البيضاء والمستفاد من خلال قرارها الصادر بتاريخ 9 أكتوبر 1986 والذي جاء فيه أن الطبيب المولد قد ارتكب خطأ فنيا حينما أقدم على توليد امرأة بطريقة عادية دون مراعاة ملفها الطبي الذي وضعه زوجها بين يديه حين دخولها المصحة، والذي يتجلى منه أنه لا يمكن توليدها إلا بإجراء عملية قيصرية، وقد أيد المجلس الأعلى هذا القرار بقرار صادر من الغرفة المدنية بتاريخ 26 فبراير 1992.

الفرع الثاني: صعوبات الخبرة في المسؤولية الطبية

تعتبر قضايا المسؤولية الطبية مهمة شاقة للخبير، من حيث طبيعتها والوقت الذي تستغرقه والنتائج التي يتوصل إليها، حيث إن إثبات حدوث الضرر من عدمه يعتبر أسهل خطوة بالنسبة للخبير، لكن تبقى مهمته في البحث عن حدوث خطأ طبي وعلاقة هذا الخطأ بالضرر اللاحق بالمريض أصعب مهمة تعترضه، ذلك أن مهمة الخبير مهمة خطيرة ودقيقة، بحيث يتعين عليه اتخاذ موقف محايد وإحترام أصول التحقيق العلمي بهدف الوصول إلى

525 - عبد الكبير العلوي الصوسي، مرجع سابق، محكمة الإستئناف الإدارية بمراكش، قرار عدد، 1194، ملف رقم، 284-6-2011، بتاريخ 2012/12/20 ص. 47.

كشف الحقيقة، إلا أن الخبرة في إطار المسؤولية الطبية تمتاز بصعوبة استثنائية لطبيعة الأخطاء الطبية.⁵²⁶

ويلاحظ أن الحصول على تقدير موضوعي من طرف الخبير الطبي قد تعترضه صعوبات، الأولى موضوعية والثانية شخصية.

الفقرة الأولى: الصعوبات التي تواجه الخبرة الطبية

مما تجدر الإشارة إليه أن القاضي والخبير يشكلان ثنائيا غير متماثل، حيث يختلفان في وجهات النظر وفي اللغة، ولهذا يمكن أن تنشأ صعوبات بعضها ذات صفة عامة والبعض الآخر يتعلق خاصة بالمجال الطبي.

أولا- الصعوبات ذات الصلة العامة

فبوجه عام نجد أن إنتقال تقدير الوقائع من المجال العلمي إلى المجال القانوني يكون صعبا، فلكي تصبح الخبرة وسيلة قضائية مناسبة ينبغي إنتقال التقدير من المجال العلمي إلى المجال القانوني، ولكن مثل هذا الإنتقال لا يمكن أن يتم إلا بتقرير طبي يستمد من تقرير الخبير، وهنا يكمن الخطر إذ أن مثل هذا الإنتقال يكون خصباً لفخاخ دقيقة يمكن أن ينزلق فيها أمهر القضاة وبكامل حسن النية⁵²⁷.

ثانيا- الصعوبات ذات الصلة الخاصة

إذا كانت الخبرة الطبية تبدو ضرورية في بعض الأحيان فإنها في أحيان أخرى لا تبدو كذلك، ومع ذلك يتم اللجوء إليها وهذا ما يفسر إتجاه القضاة إلى توسيع مهمة الخبير دون ضرورة قانونية، ومثل هذا التفويض من قبل القاضي للخبير من شأنه أن يؤدي إلى نسبة

⁵²⁶ أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص 479.

⁵²⁷ - بن عبد الله عادل، مرجع سابق، ص 166.

صفة قانونية للخبير، وهو أمر منتقد ذلك أن الخبرة لا يجب أن تتدخل إلا كتكملة ضرورية لخبرة القاضي في المجال الذي يجهله⁵²⁸.

وما يزيد الأمر سوءاً أنه يحدث كثيراً أن يوسع الخبير تلقائياً من نطاق مهمته ويعطي تقديراً قانونياً للمواقف وهو ما لا يدخل في اختصاصه⁵²⁹.

الفقرة الثانية: صعوبات الحصول على تقدير موضوعي من الخبير في المجال الطبي:

تتمثل هذه الصعوبات في الآتي:

أولاً: الصعوبة الموضوعية

إن قيام الخبير بتحديد خطأ الطبيب ليس بالأمر المؤكد في غالب الأحيان، فليس بمقدوره أن يقدر على نحو دقيق الموقف الذي وجد فيه الطبيب، والذي كان يمارس مهامه في ظل ظروف مختلفة، حيث يكون على الخبير التعرف على هذه الظروف الواقعية، فالصعوبة هنا تتمثل في الاختلاف الكبير بين المعطيات المجردة والحقيقية الواقعية الملموسة، فالخبير يتولى إجراء أبحاثه داخل مختبره بحيث لا يقدر بدقة الموقف الذي وجد فيه الطبيب في الواقع لذا فلن يكون حكمه مطابقاً للواقع، فالصعوبة هنا تتمثل إذن في الاختلاف الكبير بين المعطيات المجردة والحقيقة الواقعية الملموسة⁵³⁰.

قيام الخبير بالبحث عن خطأ الطبيب والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أمراً في غاية الصعوبة، على أساس أن معظم خيوط القضية تكون بحوزة الطبيب المسؤول، فهو يمتلك كافة الملفات الطبية للمريض، ويكون بإمكانه التلاعب بها كيفما شاء، وذلك لإزالة كل الشبهات حول أي خطأ قد يدينه، فالخبير لا يعلم حالة المريض قبل التداخل الجراحي، ولا

⁵²⁸ - محمود شحادة، الأخطاء الطبية؛ واقع وتحديات، دار الشروق للنشر والتوزيع، 2017 ص 101.

⁵²⁹ - ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص. 115.

⁵³⁰ - Géraldine Salem, op.cit, p. 103.

يعلم خطوات فحص المريض⁵³¹، ولا كيفية توصل الطبيب المعالج لتشخيص الحالة، ولا يعلم كيف تمت متابعة الحالة بعد التدخل الجراحي، حيث أن تلك المعلومات جميعها تكون لدى الطبيب، ضف إلى ذلك أنه غالباً ما تكون الأحداث معقدة، وهذا راجع إلى كون الشكوى قد يتم تحريكها بعد مرور مدة طويلة عن حدوث وقائع القضية، كما أن هناك صعوبات قد تنشأ بسبب تعامل المريض مع عدة جهات طبية، وهنا يجد الخبير نفسه في موقف حرج بسبب عدم إمكانية تحديد الجهة المسؤولة عن الخطأ الطبي.

ثانياً: الصعوبة الشخصية

تعاني الخبرة الطبية من نظرة الشك الموجهة إليها من قبل غير المتخصصين، نظراً لإمكانية وجود تضامن بين أصحاب المهنة الواحدة على نحو قد يسمح بتغاضي الخبير عن أخطاء زميله الطبيب المسؤول، أو إيجاد تبرير لها، حيث إن الخبير ملم ومطلع على ما يعانيه الطبيب أثناء مهنته أو تخصصه من صعوبات ومشقة وضغوطات في مجال المهنة والتخصص، مما قد يدفعه إلى التغاضي عن زلاتهم وعثراتهم.

تعتبر هذه الصعوبة الأخيرة من أدق صعوبات الخبرة الطبية، فالخبير المكلف بإثبات ما إذا كان هناك مخالفة فنية أم لا من جانب الطبيب محل المساءلة، هو طبيب من ذات المستوى الطبي، يقوم بينه وبين الأطباء الآخرين علاقات زمالة، ومهمة الخبرة تتناقل فيما بينهم بالتناوب، وبطبيعة الحال فإن تجاوز الخبير للقواعد الفنية التي تحكم عمله لا يتسنى لرجل القانون أن يتبينه⁵³².

كما أنه ليس بإمكان القاضي ولا المريض إكتشاف الخطأ الطبي، فمن المؤكد أن محابة الخبير لزميله أمر يستأهل العقاب، فضلاً عن كونه إخلال بالنزاهة والشرف.

⁵³¹ - Idem, p. 104.

⁵³² - ضياء علي أحمد نعمان، مرجع سابق، ص. 117.

ويرى البعض أن إعداد الطبيب الخبير لتقرير لا يدين الأطباء، إنما يعود إلى سوء إدراكهم لكيفية تقدير الخطأ الطبي، وليس لكونهم يجاملون الطبيب المسؤول⁵³³.

كما تنثور صعوبة تأثر الخبير برأيه الشخصي، أو بمذهب معين في مجال تخصصه، الأمر الذي ينعكس سلبا على خبرته، وتنثور هذه الصعوبة إذا علمنا أن معظم المتخصصون منتمون إلى مذهب أو آخر في مجال التخصص.

تم الرد على هذه الصعوبات، في أن صعوبة تقدير الخبير للموقف الذي وجد فيه الطبيب أمر نادر الحدوث، ذلك أن الطبيب الخبير لا يكتسب هذه الصفة (أي الخبير)، إلا إذا كان أهلا لها، وهذا بطبيعة الحال يكون عن طريق تمكن هذا الأخير من مطابقة المواقف النظرية والتطبيقية، وما إكتسابه صفة الخبير إلا دليل على تمكنه من القيام بذلك.

بالتالي فهو قادر على تصور وتقدير المواقف بشكل يماثل الواقع، وهذا طبعا لن يكون إلا عن طريق الأبحاث والممارسات المعقدة.

أما عن صعوبة التضامن بين أفراد المهنة الواحدة، والتي تفترض في الطبيب الخبير، فيرد عليها بأن الخبير ملزم بواجب أكبر وأسمى من واجبه نحو زملائه، وهو واجب إتجاه العدالة، فضلا على أن بيان الخبير لأخطاء زملائه من شأنه أن يؤدي إلى ردع الأطباء الآخرين عن ارتكاب أخطاء، كما أن ذلك يؤدي إلى كشف الغطاء عن الذين يسيئون إلى التخصص والمهنة، بحجة ضغوطات المهنة وصعوباتها على هذا الأساس⁵³⁴.

أما عن إمكانية تأثر الخبير برأيه الشخصي ونظريته في حالة تعدد النظريات، فتم الرد عليه أن كون من شروط أداء الخبير للخبرة، التجرد، الحياد والموضوعية، حيث يحلف يمينا مضمونها الصدق والأمانة في العمل، بحيث يبين ما لرأيه وما عليه في أدائه لمهمته، إذ يبيّن رأيه على ما ثبت عليه العلم وما إستقر عليه الفن، ويعطي رأيه على أسس منطقية مجردة يدعم بها رأيه ويفند ما عداه من أراء، إنطلاقا مما سبق فإن قيمة الخبرة الطبية في إطار

533 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 218.

534 - Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public (étude comparée) », op.cit, p. 67.

المسؤولية الطبية تعاني من إحتمال إهتزاز الثقة في الخبراء والأطباء، بسبب التضامن المهني الذي يخلق نوعا من التسامح مع الزملاء الأطباء محل المساءلة القانونية يمكننا القول هنا أن كون مصلحة الطب الشرعي تابعة لوزارة الصحة من شأنه أن يزيد من هذه الصعوبات⁵³⁵، حيث يؤدي إلى زيادة شعور الطبيب الخبير بإنتمائه إلى مهنة الطب أكثر من إنتمائه إلى قطاع مساعدتي القضاء، لذا نرى أنه من الأجدر على المشرع إخراج هذه المصلحة من وزارة الصحة وجعلها تابعة لوزارة العدل وهذا بهدف إعزاز شعور الطبيب الخبير بإنتمائه أكثر لقطاع العدالة، حتى تكون التقارير الصادرة عنهم أكثر عدلا، فلكي يكون الخبير موضوعي يجب أن يكون حرا وعادلا، على أساس إن دور الطبيب الخبير في قضايا المسؤولية الطبية ليست إنتصار لرأيه ليوضح تفوقه على الطبيب المسؤول، ولكن دوره هو تقديم رأي محايد للمحكمة لا يجمال فيه الطبيب لأنه من نفس مهنته، ولا ينتقم من الطبيب ليظهر تفوقه العملي عليه لذلك يستحسن أن يكون الطبيب الشرعي مستقل عن الجهات المتنازعة أي تكون جهة عمله في وزارة مختلفة عن وزارة الصحة المتهم فيها الطبيب⁵³⁶.

بالرغم من منطقية هذه الصعوبات إلا أنها لا تشكل مانعا يحول دون الاستعانة بالخبرة التي لا يقوم غيرها مقامها، حيث تمثل السبيل الوحيد المتاح للقضاة لخوض ما تعجز عنه معارفهم وإمكاناتهم، إلا أنه يبقى لزاما على القاضي أن يكون حذرا من هذه التقارير رغم أهميتها.

535 - محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص. 219.

536 - محمد الداودي، مرجع سابق، ص 201.

الفصل الثاني: دعوى المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية

تشكل المطالبة القضائية إحدى أهم الضمانات التي يملكها المتضرر من نشاط المرفق الطبي، من خلال رفع دعوى التعويض أمام القضاء الإداري في مواجهة الدولة، ورفع الدعوى يعتبر نقطة إنطلاق بالنسبة للمتضرر للسير في دعواه حتى النهاية، حيث سيقطع أثناء سريان الدعوى مجموعة من المراحل، والتي سيواجه خلالها الكثير من الصعوبات التي قد تحول دون الحصول على النتيجة المرجوة من رفع الدعوى، فبدأ من عنصر الضرر وما يقتضيه من وتوفير شروط محددة فيه لقبوله من طرف القضاء، مروراً بعنصر العلاقة السببية ومدى تباينه ما بين المسؤولية الخطئية والمسؤولية بدون خطأ (المبحث الأول).

ونشوء حق المتضرر في المطالبة بالتعويض عن طريق القضاء يعتبر من بين أهم الآثار التي يترتب عن كون الدولة مسؤولة عن الأضرار التي تقع للمرتفقين والناجمة عن نشاط مرفق الصحة العمومي، فمقاضاة الدولة يحوي العديد من الصعوبات والعراقيل والتي تقف أمام المتضرر كطول الإجراءات وتعقدها...، إلا أن القضاء الإداري ومن خلال التطبيقات القضائية ما فتئ يكرس في مناسبات عديدة، حمايته للمتضرر عن طريق إبتداع حلول قضائية تقف بجانبه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أركان المسؤولية الطبية الموجبة للتعويض

إن دراسة أركان المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية تؤدي بنا إلى معرفة حقيقة المسؤولية، لأن الركن يعد جزء من حقيقة الشيء، ومنظومة أركان المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية أصابها التطور في بعض الأعمال التي تقوم بها المرافق الطبية العامة، وتشابهت مع أركان المسؤولية المدنية الطبية في أعمال أخرى وذلك ضمن الإطار العام وإن اختلفت في الجزئيات المتعلقة ببعض هذه الأركان.

كما أن ما يميز المسؤولية الإدارية كأشخاص معنوية عامة هو أن جزاءها التعويض، فهذا الأخير الذي لا يمكن للقاضي الحكم به إلا إذا توافرت أركان المسؤولية الإدارية من خطأ أو عمل ضار مشروع - بحسب إذا ما كانت هذه المسؤولية تقوم على الخطأ أو بدونه كما تم تناوله في القسم السابق- هذا بالإضافة إلى وجوب توافر الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ أو العمل الضار المشروع وهذا الضرر.

والملاحظ أنه تشترك كل من المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ والمسؤولية الإدارية دون خطأ في ركني الضرر وعلاقة السببية، إلا أنهما تختلفان من حيث الشروط الواجب توافرها في هذين العنصرين، بحيث تكون هذه الشروط أكثر تشدداً في المسؤولية على أساس الخطأ، بينما يعتمد القضاء إلى عدم التشدد في الشروط المتعلقة بالعلاقة السببية إذا ما تعلق الأمر بالمسؤولية الإدارية دون خطأ، ولعل ذلك يرجع إلى الرغبة في توفير حماية أكثر لضحية العمل الضار.

حيث سنتناول كلا من الضرر والعلاقة السببية في المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية من خلال المطالبين الموالين:

المطلب الأول: الضرر الطبي كمحدد لمسؤولية الدولة

إن إصابة المريض بضرر (Préjudice) أثناء خضوعه لأعمال العلاج، أو من جرائها، هي نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الطبية، فووقع الضرر للمريض يعد عنصرا لازما لإثارة تلك المسؤولية غير أنه يمكن - رغم حدوث الأضرار - ألا تثور المسؤولية الطبية، إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال (خطأ) من جانب إدارة المرفق الصحي العمومي.

فالضرر ركن أساسي لإقامة نظرية العلاقة السببية التي تربط بينه وبين الخطأ، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الحالات التي يكون فيها وقوع الضرر، قرينة بسيطة على وجود الخطأ، من ذلك الحالات التي يقع فيها إلزام بتحقيق نتيجة على عاتق المستشفى العام، كسلامة المريض بصفة خاصة إذا كان مريضا مرضا عقليا، وكذلك الحالة التي يلتزم فيها الطبيب بسلامة الأدوات المستعملة وعمليات نقل الدم⁵³⁷.

الفرع الأول: تقدير الضرر في المجال الطبي وأنواعه

يعتبر الضرر الركن الثاني لقيام المسؤولية الطبية، فيقال عادة أنه لا مسؤولية بدون ضرر، فإذا لم يحدث الضرر فلا تقوم المسؤولية⁵³⁸.

وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف الضرر الطبي (الفقرة الأولى)، وأنواع الضرر الطبي (الفقرة الثانية).

⁵³⁷ - بن عبد الله عادل، مرجع سابق، ص 46.

⁵³⁸ - عمر بن احمد الزهراني، "مرجع سابق، ص 340.

الفقرة الأولى: تحديد مفهوم الضرر في المجال الطبي

لتحديد مفهوم الضرر في المجال الطبي، سنتطرق لتحديد مفهومه لدى كل من الفقه والتشريع.

أولاً- تعريف الضرر الطبي من الناحية الفقهية

لقد عرف مفهوم الضرر لدى الفقه القانوني نقاشاً كبيراً حيث اختلفت الآراء حول ماهية الضرر، ويتفق الفقه على اعتبار الضرر كل مساس بمصلحة مشروعة للشخص، وهذه المصلحة المشروعة تحدد بحسب النظام العام القائم في كل دولة، سواء بالنظر إلى الاعتبارات السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية.⁵³⁹

ويعرف كذلك الضرر بأنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه، أو ماله، أو عاطفته، أو حريته، أو شرفه، أو غير ذلك.⁵⁴⁰

ويطرح التساؤل حول ما إذا كان ينطبق هذا التعريف العام للضرر على الضرر الطبي أم له تعريف معين؟

تتعلق جل الدراسات التي تناولت موضوع المسؤولية الطبية، على أن عنصر الضرر في مجال الطبي لا يختلف تعريفه عن التعريف العام الذي وضعه الفقه في إطار القانون المدني، حيث نفس الخصائص والمميزات التي تطبع الضرر بمفهومه العام، تجد تطبيقها في الضرر الطبي.

⁵³⁹- انس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص. 333.

⁵⁴⁰- بن دشدش نسيمة، "المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة"، مذكرة لنيل شهادة الماستر سنة 2013، ص. 63.

فالضرر الطبي هو إصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج أو من جرائها سواء من خطأ الطبيب أو من إهماله بالقيام بواجب الحيطة والحذر أثناء ممارسته للعمل الطبي، أو أن يكون ناتجا عن حادث طبي أثناء تواجده بالمستشفى.⁵⁴¹

وهكذا فإن إصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج أو من جرائها هي نقطة البداية للحديث عن المسؤولية الطبية، فوقوع الضرر يعد عنصرا لازما لإثارة تلك المسؤولية، وحصول الضرر للمريض يعد ركنا أساسيا من أركان قيام المسؤولية الطبية، حيث إن تلك المسؤولية شأنها شأن النظرية العامة للمسؤولية، تقتضي وجود الضرر لكي يقع على الطبيب تحت طائلتها، فليس مجرد حصول الخطأ من الطبيب كافيا لإقامة الدليل على تحقق المسؤولية الطبية، بل يجب أن يكون هناك ضرر حاصل للمريض بسبب ذلك الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب، فالقاعدة العامة تقر أنه لا يكفي لقيام المسؤولية الطبية أن يرتكب الطبيب خطأ طبيا، بل يجب أن يكون هذا الخطأ سبب ضرر للمريض، لأن قيام المسؤولية يستهدف جبر هذا الضرر بالتعويض عنه⁵⁴².

ثانيا- تعريف الضرر الطبي من الناحية التهريرية

لقد أشار المشرع المغربي إلى فكرة الضرر Préjudice في قانون الإلتزامات والعقود المغربي في العديد من فصوله، منها الفصلين 77 و 78 منه وعرف الضرر في الفصل 98 على أنه: "الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، وهو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي إضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي إرتكب إضرارا به وكذلك ما حرم من منافع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل".

كما أن الأحكام التي تنطبق على ركن الضرر في إطار المسؤولية الإدارية بشكل عام لا تختلف عن الأحكام المعمول بها في الميدان المدني، فالضرر يتحملة دائما المتضرر سواء كان من جراء عمل ضار صادر عن أحد الأشخاص في إطار القانون الخاص أو ضرر

⁵⁴¹- عميري فريدة، مرجع سابق، ص. 75.

⁵⁴²- محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المحال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 104.

حصل من جراء نشاط الإدارة، كما هو الحال بالنسبة للضرر في المجال الطبي، الذي تسبب فيه نشاط مرافق الصحة العمومية

الفقرة الثانية: أنواع الضرر الطبي

والضرر في المجال الطبي، والذي يصيب المتضرر على إثر نشاط المرفق الصحي العمومي لا يخرج عن صورتين، كما هو معروف في نطاق القواعد التقليدية في الضرر، حيث أشار المشرع المغربي ضمن الفصل 78 من ق، إ، ع، م⁵⁴³، والذي أكد فيه على أن كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه.

فإما يكون هذا الضرر مادي يصيب الشخص في جسمه، وما يستتبع ذلك من حاجة المتضرر إلى علاج، وما يتطلب ذلك من أموال وهو ما يؤدي به إلى ضرر مالي أيضاً، وإما أن هذا الضرر معنوي أو أدبي، يصيب الشخص المتضرر في نفسه وفي شعوره مما يجعل ذلك يؤثر في حياته ككل⁵⁴⁴.

أولاً- الضرر المادي

يعرف الضرر المادي بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية، أو هو كل إخلال بمصلحة مالية مشروعة للمضروور⁵⁴⁵.

ويتضح من هذين التعريفين أن للضرر المادي وجهان، أولهما يصيب الإنسان في سلامة جسده وحياته، وهو ما يعرف بالضرر الجسدي، فالضرر الجسدي في نطاق المسؤولية الطبية

⁵⁴³- الفصل 78، "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط، ولكن بخطئه أيضاً وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر، والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

544 - طلال العجاج، مرجع سابق، ص 291.

⁵⁴⁵- وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم 2844 لسنة 2016 الصادر بتاريخ 2016/11/1 على أن "... - يتمثل الضرر الأدبي بكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي وبذلك يحق للشخص المصاب المطالبة بالتعويض عن الأضرار الأضرار المعنوية الأدبية التي لحقت به نتيجة الإصابة وذلك وفقاً لنص المادة 267 من القانون المدني..."، المنشور بموقع: <http://www.qistas.com/jorLsearch/dec> تاريخ زيارة الموقع 2017/10/18 على الساعة 16 س 30.

يمكن أن يفضي إلى الوفاة، كما يمكن أن يؤدي إلى عجز جسماني كإتلاف عضو من أعضاء الجسم⁵⁴⁶.

والثاني يمس بحقوق أو مصالح مالية، وهو ما يعرف بالضرر المالي⁵⁴⁷، وهو كل ما يؤدي إلى إنقاص الذمة المالية للمضرور، فيمس بمصالح له ذات صفة مالية أو إقتصادية كخسارة تحصيل أو مصاريف تنفق، كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى، وما فاتته من كسب خلال تعطله عن العمل أو حرمانه منه⁵⁴⁸.

كما قد يجتمع الضرر المالي والجسدي معاً، كما لو أصيب شخص بعاهة مستديمة نتيجة خطأ الطبيب، فيشكو ضرراً جسدياً وضرراً مالياً، فحق الشخص في سلامة جسده يعد من الحقوق المكفولة للإنسان، وأن أي ضرر قد يلحق جسده من العمل الطبي بالمرفق الصحي العمومي، يشكل ضرراً مادياً يستوجب إقرار مسؤولية الدولة، مع ما يستتبع ذلك من الحصول على التعويض لجبر الضرر.

والتطبيقات القضائية للقضاء الإداري في تقرير المسؤولية الطبية للدولة، تبين أن أغلب الأضرار التي تصيب الأشخاص من جراء أنشطة مرافق الصحة العمومية، والتي تستند دعاوي المسؤولية عنها للمطالبة بالتعويض تكون في مجملها أضرار مادية.

وفي فرنسا حكم مجلس الدولة بالتعويض ضد المرفق الطبي العام عن الأضرار المادية التي أصابت معاون المتطوع، لنقل المريض العقلي إلى المستشفى بعربته الخاصة بعد موافقة السلطات البلدية على ذلك، حيث أوضح المجلس أن الشخص يعتبر معاوناً للمرفق البلدي وبناء عليه يجب أن تتحمل الجماعة تعويض الأضرار المادية المتمثلة في إحداث تلف في عربته، التي كان إستعمالها ضرورياً لتقديم المعاونة للمرفق العام.

546 - علي مصباح إبراهيم، "مسؤولية الطبيب الجزائية"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004، ص. 536.

547 - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 169.

548 - بن دشداش نسيم، مرجع سابق، ص. 65.

وكذلك عوض مجلس الدولة الفرنسي الأضرار أو الألام الجسدية التي يعاني منها الإنسان على إثر حادثة أو تدخل جراحي نتيجة هذه الحادثة⁵⁴⁹.

وإذا كان الضرر المادي لا يطرح مشكلا في مسألة قابليته للتعويض إستنادا إلى الأحكام الواردة في القانون المدني، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للضرر المعنوي، وهذا ما يدفعنا إلى التطرق إلى موقف التشريع والقضاء من التعويض عنه.

ثانيا- الضرر المعنوي

الضرر المعنوي هو الذي لا يلحق المصلحة المالية للمتضرر، بل يمس المشاعر والعواطف، وهو الضرر الذي ليس له مقابل أو معادل إقتصادي أو مالي.

ويتمثل الضرر المعنوي في المجال الطبي في مجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته أو عجزه نتيجة خطأ الطبيب أو المستشفى، ويبدو كذلك في الألام الجسمانية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها، ويتمثل أيضا فيما قد ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الأعضاء، كما يبدو الضرر المعنوي أيضا، وفي وفاة المريض بالنسبة لأقاربه من خلال ما يصيبهم في عواطفهم وشعورهم، فهو ضرر يشمل الكثير من جوانب حياة الإنسان كما يصعب تحديده⁵⁵⁰.

ولعل الأمر الذي جعل جدل كبير يثور بين القضاء الإداري ومعه الفقه القانوني، حول مدى قابلية الضرر المعنوي للتعويض، حيث أن القضاء الإداري لم يتجه للتعويض عن هذا الضرر، حيث إعتبر أن ما يصيب الجسم هو مادي يمكن للقضاء أن يأخذه بعين الإعتبار، لكن العقل والأحاسيس والشعور لا يمكن أن تدخل في هذا الإعتبار، بل إن مفهوم التعويض يتعارض مع ما تقتضيه طبيعتها من إستحالة التعويض النقدي، ويؤدي ذلك إلى القول أنه بما أن التعويض مادي فإن الضرر المادي يقبل التعويض بطبيعته، وأن الضرر المعنوي لا يقبل

⁵⁴⁹- حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 372.

⁵⁵⁰- محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 108.

مثل هذا التعويض، وإلا فإن ذلك سيؤدي حتما إلى الإثراء بلا سبب أو إلى إستعمال التعويض المالي في غير غايته النبيلة التي هي أساس التخفيف أو التعديل من آثار الأضرار التي تأسس عليها⁵⁵¹.

كما ميز الفقه والقضاء بين نوعين من الأضرار المعنوية، فهناك الأضرار المعنوية المصحوبة بضرر مادي والأضرار المعنوية غير المصحوبة بضرر مادي حيث أجاز القضاء التعويض عن الضرر الأدبي المصحوب بضرر مادي.

ففي حكم للمحكمة الإدارية بالرباط: " والذي رفضت فيه المحكمة التعويض - إثر تقادم الدعوى- عن الضرر المادي، والمعنوي حيث يهدف الطلب الحكم بتعويض المدعية عن الضرر المادي والمعنوي إثر إستغنائها عن العمل بصفتها مهندسة لملازمة إبنيتها المعاقة إعاقة تامة نتيجة خطأ طبي، مما أدى إلى فقدان عملها والتصريح أن هناك علاقة سببية بين فعل المرفق العمومي والضرر الحاصل للمدعية "552.

وقد ثار الخلاف بين التشريعات المختلفة في مدى الأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي، فقد نص المشرع الفرنسي في نص المادة (1382) من ق.م. على وجوب التعويض عن كل فعل يسبب ضررا، فيلاحظ من هذا النص أنه جاء مطلقا ولم يحدد نوع الضرر، مما جعل الفقه الفرنسي مختلف في تفسيرها، غير أنه أخذ بنص المادة على إطلاقها وبالتالي إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي.

إلا أن القضاء الإداري سيعرف تطورا ملحوظا، وأصبح حاليا يقترب شيئا فشيئا نحو الحلول المطبقة في القضاء العادي، فقد قضى مجلس الدولة حديثا بتعويض الوالدين عن الألم المعنوي الذي أصابهما بسبب إقتطاع عضو من جثة طفلتهما القاصر، والتي كانت قد توفيت في المستشفى العام، وتتلخص وقائع هذه القضية، "أن الطفلة Aminala Camard كانت قد توفيت في مستشفى Timone بمرسيليا، بسبب مرض خطير كانت مصابة به، وبعد الوفاة

⁵⁵¹- David Picovschi, op.cit, p. 18.

⁵⁵² - حكم رقم، 347، ملف رقم 2012/02/05، بتاريخ 2013/02/05.

قام الطبيب باستئصال القلب والرئتين من الجثة لأجل معرفة سبب الوفاة، دون إعلام والدي الطفلة، واللذين إكتشفا نقص هذه الأعضاء أثناء تغسيل الجثة، مما سبب لهما ألماً كبيراً⁵⁵³.

وبعد رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية مطالبين بالتعويض عن الأضرار المعنوية، قضت المحكمة بمنحهما التعويض، حيث رأى مجلس الدولة رغم عدم إثبات أي خطأ من جانب طبيب المستشفى، لأنه أجرى عملية الاستئصال لأهداف علاجية وعلمية، فإن الألم المعنوي الذي أصاب والدي الطفلة من شأنه أن يبرر منح التعويض حتى في غياب الخطأ الطبي⁵⁵⁴.

ويذهب كذلك القضاء المصري إلى التعويض عن الضرر الأدبي، حيث لم يفرق بين الضرر الأدبي والضرر المادي، إذ يعوض عن كليهما طالما توفرت شروط إستحقاق التعويض.

الفرع الثاني: شروط الضرر في المسؤولية الطبية

ليس كل ضرر قابل للتعويض، بل لابد من توافر شروط معينة في هذا الضرر حتى يكون قابلاً للتعويض، سواء تعلق الأمر بالشروط العامة للضرر القابل للتعويض والتي يجب أن تتوفر في كل الأضرار مهما كان نظام المسؤولية الإدارية محل المطالبة بالتعويض، ونعني من ذلك كونها تقوم على أساس الخطأ أو بدونه، وسواء تعلق الأمر بالشروط الخاصة للضرر القابل للتعويض التي يتطلب توافرها فقط في المسؤولية الإدارية دون خطأ حيث سنتناول كل ذلك بالتفصيل من خلال الفقرتين الموالتين:

⁵⁵³ طلال العجاج، مرجع سابق، ص 295.
⁵⁵⁴ - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 375.

الفقرة الأولى: شروط الضرر في المسؤولية المبنية على خطأ

لقد سبق الإشارة على أن الضرر في المجال الطبي لا يختلف عن الضرر في القانون المدني، لذلك فإن طبيعة الضرر الطبي هي نفسها التي يتميز بها الضرر بمفهومه العام، حيث نفس الشروط التي يطبقها القضاء العادي تجد تطبيقها في القضاء الإداري في إطار المسؤولية الإدارية المبنية على أساس الخطأ.

حيث ينبغي أن يستجمع الضرر بصفة عامة والضرر الطبي بصفة خاصة مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقاً للتعويض، والتي حددها الفقه والقضاء وتتمثل في: أن يكون الضرر شخصياً، محققاً، ومباشراً، وأن يمس حقاً ثابتاً أو مصلحة مالية مشروعة.

أولاً- أن يكون الضرر مباشراً

ومفاد ذلك أن يكون الضرر الناشئ هو النتيجة الطبيعية المباشرة للعمل الطبي الخاطئ، فلو أن الأضرار التي تعرض لها المريض ساهم في إنشائها عدد من الأسباب، فلا يعوض فقط إلا على السبب المباشر الذي أدى إلى إنشاء الضرر.

فالضرر الطبي الحاصل للمتضرر يتعين أن يحدث بالمرفق الصحي العمومي، وأن يكون نشاط هذا الأخير هو السبب المباشر لوقوع ذلك الضرر، حتى يمكن تحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ في نطاق الفصل 79 من ق.إ. ع⁵⁵⁵.

ثانياً- أن يكون الضرر محققاً

لا تجوز المطالبة بالتعويض إلا إذا كان الضرر محقق الوقوع، ويكون كذلك إذا كان قد وقع فعلاً، أو محقق الوقوع في المستقبل، بحيث ينتفي الضرر إذا كان وقوعه في المستقبل يقوم على مجرد احتمال، فإن تفويت الفرصة يعد من الأضرار المحققة كحرمان امرأة شابة

555 - عمر بن احمد الزهراني، " المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية " العدد الحادي عشر المجلة العربية للنشر العلمي 2019، ص، 172.

من فرصة الإنجاب مستقبلاً بسبب خطأ جراحي، والملاحظ هنا أن تفويت الفرصة لا يتمثل في الضرر المباشر الناشئ عن التدخل الطبي، وإنما في تجنب المخاطر التي قد تلحق بالمريض ويعد ذلك كحرمان المريض من فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة مما يشكل ضرراً غير مباشر متميز عن الأضرار الجسدية⁵⁵⁶.

وهذا ما جاء في حكم المحكمة الإدارية بفاس⁵⁵⁷: الذي جاء فيه "أن الضرر بالإضافة إلى كونه يعتبر بدوره شرطاً أساسياً لقيام هذه المسؤولية فإنه يشترط فيه أن يكون مباشراً ومحقق الوقوع وأن يمس بوضعية محمية قانوناً...".

ثالثاً- أن يكون الضرر شخصياً

والمقصود بذلك أن يصيب الضرر الشخص طالب التعويض عن العمل الضار، فتتوفر فيه المصلحة الشخصية حتى لا ترفض دعواه، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر الشخصي أصلياً، فالضرر الشخصي الأصلي هو ذلك الضرر الذي يصيب المتضرر مباشرة، كما هو الحال في المريض المتضرر من الأعمال الطبية التي قد يتمثل الضرر فيها في إصابته بإعاقة، أو تتسبب تلك الأعمال الطبية في وفاته⁵⁵⁸.

أو الضرر الذي يصيب ذوي حقوق المتضرر المباشر - الذي هو المريض المتوفى المصاب بإعاقة بسبب أعمال طبية - وعلى فرض أن هذا المريض كان هو من يعول أسرته، وبالتالي فإن هذا الضرر الناشئ له قد يقعه عن القيام بعمله، وبالتالي يحول دون الإنفاق على من كان يعولهم، فلهؤلاء الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي، وهذا التعويض يستقل تماماً عما يطالب به الشخص العائل من جبر ما أصابه من ضرر.

⁵⁵⁶ - أنس محمد عبد الغفار، مرجع سابق، ص. 367.

⁵⁵⁷ - عبد الكبير العلوي الصوسي، حكم المحكمة الإدارية بفاس، حكم رقم 32، ملف رقم 251 ت/ 07، بتاريخ 2010/1/20، ص. 73.

⁵⁵⁸ - - قمرأوي عز الدين، مرجع سابق، ص 53.

رابعاً- أن يمس الضرر حقاً ثابتاً أو مصلحة مالية مشروعة

يقصد بمساس الضرر بحق ثابت للمضرور أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا مس بحق ثابت يحميه القانون، ويشترط أن تكون المصلحة مشروعة للتعويض عنها، فإذا كانت غير مشروعة فلا يعتد بها فلا يمكن وطبقاً للمنطق القانوني التعويض عن ضرر ناتج عن نشاط أو عمل لا يعتبر أصلاً قانونياً، ولا يتمتع بصفة المشروعية، وبالتالي وفي إطار الضرر الطبي يجب أن يقع هذا الضرر على مصلحة مشروعة للمريض، أو على حق من حقوقه المكتسبة كحقه في العلاج، وأي مساس بحق من الحقوق المخولة للمريض نتيجة نشاط المرفق الصحي العمومي يعد من قبيل الأضرار التي تستلزم التعويض.

خامساً- يجب أن يكون الضرر قابلاً للتقييم بالنقد

إن التعويض الذي يحكم به القاضي على الطبيب أو المستشفى يؤدي إلى المضرور نقداً، فالضرر في المجال الطبي من الأضرار التي يمكن تقييمها نقداً، بالرغم من الصعوبة التي تواجه القضاء الإداري عند تقدير التعويض عن الضرر الطبي، حيث الأمر يتعلق بجسد وحياة الإنسان مما يصعب من تحديد قيمة هذا النوع من الأضرار⁵⁵⁹.

ولهذا ينبغي أن تجري عملية تقدير نقدي للضرر الذي أصاب المضرور ولا تثور أية صعوبة في هذا التقدير إذا كان الضرر مادياً، ولكن تثور الصعوبة إذا كان الضرر معنوي.

غير أن القضاء الإداري الفرنسي إتجه إلى تقرير التعويض عن الضرر المعنوي، فهذا الشرط يفترض أن يكون بالإمكان تقدير الضرر مادياً حتى يستطيع القاضي تحديد المقابل المادي الطبي يحمي آثار هذا الضرر، ويستوي في ذلك أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ - Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires Ecole nationale d'administration, mercredi 27 mars 2013 Intervention de Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'Etat.

⁵⁶⁰ - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 528.

الفقرة الثانية: شروط الضرر في المسؤولية القائمة بدون خطأ

إن الضرر هو الركن الوحيد الثابت الذي لا يتغير من بين الأركان الثلاثة للمسؤولية الإدارية من خطأ وضرر، بحسب ما إذا تعلق الأمر بالمسؤولية التي تقوم على أساس الخطأ أو بدونه والعلاقة السببية بينهما، فالخطأ قد يستغنى عن إشتراطه كما هو الحال في المسؤولية دون خطأ والعلاقة السببية قد لا يتشدد القضاء في شروط قيامها، بحيث أن هذه العلاقة لا تنتفي في حالة الضرر الذي يتسبب فيه الغير أو الحادث الفجائي إذا ما تعلق الأمر بالمسؤولية دون خطأ.

ونتناول عنصر الضرر- كركن في المسؤولية الإدارية دون خطأ في تنظيم وسير المستشفيات العمومية - من خلال ذكر شروطه الخاصة، إذ يجب أن يتوافر في الضرر القابل للتعويض في إطار المسؤولية الإدارية دون خطأ في تنظيم وسير المستشفيات العمومية جملة من الشروط تختلف عنها في المسؤولية على أساس الخطأ، كون أن الشروط هنا تكون أكثر تشدداً، حيث يمكن القول بأن الشروط التي يجب توافرها في الضرر القابل للتعويض في المسؤولية على أساس الخطأ، هي نفسها الواجب توافرها لقيام المسؤولية دون خطأ مع تطلب توافر شروط خاصة تميز المسؤولية دون خطأ⁵⁶¹.

تتميز المسؤولية الإدارية دون خطأ بلزوم توافر شروط خاصة يجب توافرها في الضرر القابل للتعويض على أساسها، هذه الشروط قد إبتدعها قضاء مجلس الدولة الفرنسي من خلال إجتهااداته القضائية المنشئة للمسؤولية الإدارية دون خطأ لمختلف المرافق العامة التي نازعها الأفراد أمامه، ويتعلق الأمر بإشتراط خصوصية الضرر (أولاً) وطابعه غير العادي (ثانياً).

⁵⁶¹ - Clothide Poppe, «la responsabilité médicale vers l'indemnisation du préjudice d'impréparation pour tous ?» article paru dans gestions hospitalières, n 521 décembre 2012, p 45.

أولاً- الطبيعة الخاصة للضرر

إن معنى الضرر الخاص هو أن يصيب هذا الضرر فرداً أو مجموعة معينة من الأفراد الذين تضرروا هم وحدهم دون باقي أفراد المجتمع، ولذا وجب تعويضهم لإعادة التوازن لهذا الإخلال في ذمتهم المالية، فمبدأ مساواة الجميع في الحقوق والواجبات يفرض تعويضهم، وعلى العكس من ذلك، فلو كان الضرر عاماً أصاب كل أفراد المجتمع، فلا تصح المطالبة بالتعويض عنه.

وغالباً ما لا يطرح مشكل خصوصية الضرر في الحالة التي يصيب فيها فرداً واحداً، ذلك أن من السهل على المحكمة عندما تنتظر في قضية من هذا النوع، أن تراقب مدى الخصوصية في الضرر، فإن المشكل يطرح بحدة كبيرة عندما ينصب الضرر على مجموعة من الأشخاص⁵⁶².

إن خصوصية الضرر تعني أن العبء الذي يقع على كاهل المتضرر يجب أن يشكل بالضرورة عبئاً إضافياً لا يتحمله الأشخاص الآخرون عادة، حيث يجب أن تكون المجموعة المصابة بالضرر محدودة إلى أقصى حد ممكن حتى تتجلى في ضررها صفة الخصوصية، وفي مجال الضرر الخاص المتعرض له في نطاق المرفق العام الإستشفائي نذكر مجال إستعمال الإدارة الأشياء والأدوات الخطرة، وكذا ممارسة بعض الأنشطة الخطرة والتي تم تناولها سابقاً.

ثانياً- الضرر غير العادي

إن المقصود بكون الضرر غير عادي معناه ألا يكون هذا الضرر من بين un préjudice anormal الأضرار العادية التي قد يتعرض لها الناس بحسب المجرى العادي

562 - علي أبو مارية، مرجع سابق، ص 123،

للأمور في الحياة اليومية، فصفارات الإنذار التي تطلقها سيارات الإسعاف حين تقوم بإخلاء المرضى لا ترقى إلى درجة الضرر غير العادي الموجب للتعويض.

ويتبنى قضاء معيار حجم الضرر ليحكم على كونه ضرراً غير عادي، بحيث يعبر عنه أحياناً بالضرر الاستثنائي وتارة بالضرر الجسيم، فيما أن المسؤولية هنا تقوم في عدم وجود أي خطأ، فلا بد أن يكون الضرر على قدر من الجسامة وإلا إنتفت هذه المسؤولية.

كما أن تقدير جسامة الضرر يرجع إلى القضاء الذي تبقى له الكلمة الأخيرة في جسامة الضرر من عدمه، أمام غياب معيار محدد أو تعريف واضح للجسامة غير العادية للضرر.⁵⁶³

وخلاصة القول هي أن يقتصر التعويض فقط على الأضرار التي تفوق مخاطر الحياة العادية، أي أن يتحمل طالب التعويض عبئاً إضافياً مقارنة بغيره من الأفراد، وفي مجال المسؤولية الطبية يكون الضرر غير عادي إذا ما كان جسيماً بدرجة إستثنائية، إذ يجب أن يكون حجم الأضرار التي يتكبدها المريض أكبر من تلك التي يتحملها في الحالات الأخرى.

المطلب الثاني: العلاقة السببية كمحدد لمسؤولية الدولة

لا تقوم المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية عن الأضرار الناشئة عن أخطائها أو عن أعمالها الضارة، إذا لم تكن هناك صلة بين هذه الأخطاء والأضرار المدعى بها، بعلاقة السببية.

تقوم مسؤولية الدولة إلى جانب الخطأ والضرر على عنصر العلاقة السببية، فالعلاقة السببية أو رابطة السببية تعرف بأنها الصلة التي تربط بين العمل أو الإمتناع الذي تأتية المستشفيات العمومية والأضرار الناشئة عنها للضحايا الذين يدعون تضررهم من جراء تنظيم أو سير هذه المستشفيات.

563 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص.116.

ولا يطرح هناك أي مشكل إذا ما كانت أخطاء المستشفيات العمومية أو أعمالها المشروعة هي وحدها التي أدت إلى نشوء الضرر فرابطة السببية في هذه الحال قائمة في مواجهة المستشفيات العمومية ولا تثير صعوبة في الإدعاء بها.

ولكن المسألة تتعقد فيما لو تعددت أسباب الأضرار الناتجة، بحيث لا تسند كلها إلى المستشفيات العمومية، بل إلى أشخاص آخرين (مستشفيات، أطباء، الخ....) أو إلى ظروف أو عوامل أخرى، ويستوي في ذلك أن تكون هذه الظروف أو العوامل سابقة على تدخل المستشفيات أو متزامنة معها أو لاحقة عليها.

فالعلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية الإدارية، سواء أكانت مسؤولية تستند على أساس الخطأ أو دون خطأ، وعليه فإن المسؤولية لا تقوم إذا انتفت علاقة السببية، ولو توافرت الأركان الأخرى، وسنتناول هذه المسألة بالتفصيل من خلال الفرعين المواليين:

الفرع الأول: قيام العلاقة السببية

تعد العلاقة السببية بعد الخطأ والضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية الطبية ومناط وجودها رغم أنه ليس من السهل تبيانها في المجال الطبي بحيث تتعدد أحيانا أسباب حدوث الضرر ووقوعه أحيانا من المرضى أنفسهم وذلك نتيجة لتعقد جسم الإنسان وتغير حالاته وخصائصه مما يسبب صعوبة في إثبات العلاقة السببية⁵⁶⁴.

فتحديد قيام العلاقة السببية من عدمه يعد مسألة دقيقة بالنسبة للقاضي الذي يكون مطالب بأن ينسب الضرر إلى أساسه، والضرر قد يقع نتيجة لعدة أسباب وليس لسبب واحد، فلا بد من وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي إرتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، أي لا يوجد سبب آخر أدى لهذا الضرر لتتحقق مسؤولية المرفق الإستشفائي⁵⁶⁵.

غير أن المتضرر يكون في وضعيتين مختلفتين إزاء المسؤولين، ففي المسؤولية المدنية على خطأ، سيتعين عليه ولقيام مسؤولية الدولة أن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

564 - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص. 88.

565- Sylvie Welsch, op.cit, p. 187.

(الفقرة الأولى)، وفي المسؤولية بدون خطأ سيثبت العلاقة السببية بين الضرر والنشاط المرفق (الفقرة ثانية).

الفقرة الأولى: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

ترتبط العلاقة السببية وجوداً وعدماً بالمسؤولية المبنية على خطأ، حيث لا تتحقق هذه الأخيرة بمجرد حدوث الخطأ ووقوع الضرر، بل يتعين أن يكون ذاك الخطأ هو السبب المباشر في وقوع الضرر.

ويقع إذن على عاتق المريض وفي نطاق المسؤولية المبنية على خطأ، ووفقاً للقواعد العامة، عبء إثبات العلاقة السببية بين خطأ الطبيب أو نشاط المستشفى والضرر اللاحق به لقيام مسؤولية الدولة، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يظل محدود إذ أنه متى أثبت الضرر ووقوع الخطأ أو تلقيه الخدمة وثبوت الضرر يفترض أن الضرر قد نشأ عن الخطأ أو نشاط المرفق الصحي العمومي، وعلى المسؤول إثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه⁵⁶⁶.

وقد أخذ بها المشرع المغربي، من خلال الفصل 78 من ق.ل.ع، والذي يفرض على مرتكب الضرر تعويض المتضرر إذا ثبت أن فعله كان هو السبب المباشر في حصول الضرر، وفي الفصل 79 والذي أكد على أن الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها، وهو نفس المقتضى الذي يطبق في إطار مسؤولية الدولة في المجال الطبي⁵⁶⁷.

ويعد إستخلاص العلاقة السببية بين الخطأ أو نشاط المستشفى والضرر من مسائل الواقع، يقدرها قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيما بينه من وقائع، يستفاد منها قيام علاقة سببية بين الخطأ أو نشاط المستشفى والضرر، غير أن التكييف القانوني لهذه الوقائع وتحديد كفايتها وكذا تحديد السبب الأجنبي الذي يترتب عليه، وحكم تعدد الأسباب وما

⁵⁶⁶ - عدنان ابراهيم سرحان، مرجع سابق، ص. 178.

⁵⁶⁷ - عبد الوهاب رافع، بلهاشمي محمد التسولي، "مقاضاة الشخص المعنوي العام في إطار القانون المحدث للمحاكم الإدارية"، الطبعة الأولى 1995، ص. 267.

يترتب على تعاقب الأضرار، جميعها من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، والتي تكيف القضية على ضوء وقائعها وتحدد من تم قيام العلاقة السببية من عدمه⁵⁶⁸.

وهذا ما جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بتاريخ 20/12/2012، السابق ذكره والذي جاء ضمن حيثياته أن أساس المسؤولية في القطاع الطبي هو ثبوت التقصير في بذل العناية اللازمة في المجال الطبي والعلاج، وإنه بثبوت هذا التقصير وترتب إصابات عنه تكون العلاقة السببية بين هذا الضرر وخطأ مرفق الصحة ثابتة.

وفي حكم المحكمة الإدارية بالرباط، بتاريخ 4/12/2007، أشارت فيه بأن عدم إثبات المدعي خطأ الإدارة وقيام العلاقة السببية بينه وبين الأضرار المطلوب التعويض عنها يجعل عناصر المسؤولية غير قائمة، وبالتالي عدم قبول الطلب.⁵⁶⁹

وإذا كان تحقق العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، لا يثير أي إشكال متى كان هذا الخطأ هو السبب الوحيد في حدوث الضرر، والذي يكفي فيه أن تكون النتيجة المحققة قادرة على الارتباط بالخطأ، فإن الأمر يختلف ويصعب معرفته إذا ساهمت إلى جانب الخطأ أسباب وعوامل أخرى في حدوث ذلك الضرر، فنكون بذلك أمام إشكالية تشطير المسؤولية بين مجموع هذه الأسباب⁵⁷⁰.

وهي الإشكالية التي عالجها الفقه القانوني من خلال مجموعة من النظريات:

أولاً- نظرية تعادل الأسباب

تعد نظرية تعادل الأسباب أول نظرية ظهرت إلى الوجود من أجل حل مشكلة العلاقة السببية، فمؤسسوا نظرية تعادل الأسباب هذه، يرون بأن جميع الأسباب التي ساهمت في حدوث النتيجة متعادلة ومتكافئة، بحيث يسأل عن الضرر الناشئ جميع المتسببين فيه بنفس

568 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 121.

569 - حكم المحكمة الإدارية بالرباط عدد 2427 بتاريخ 4/12/2007، ملف رقم 07/556، عبد الكبير العلوي الصوصي، مرجع سابق، ص. 69.

570 طلال العجاج، مرجع سابق، ص 302.

الدرجة كما لو قام به أحدهم فقط، فهذه النظرية تأخذ بالمساواة المطلقة بين الأسباب المؤدية إلى هذه النتيجة⁵⁷¹.

وما دامت هذه النظرية تعتد بجميع الأسباب المساهمة في إحداث الضرر بنفس الدرجة، فهي تخدم مصلحة المريض لأنها تؤدي إلى قيام مسؤولية كل المتسببين في الضرر دون مفاضلة بين هذه الأسباب، لكنها لقيت بعض النقد مما أدى في ظهور نظريات أكثر ملائمة.

ثانيا- نظرية السبب المنتج ونظرية السببية الملائمة

نظرا للنتائج غير المقبولة منطقيا والمجافية لروح العدالة التي جاءت بها نظرية تعادل الأسباب التي تعرضنا لها بالتفصيل أعلاه، فقد حاول كل من الفقه والقضاء البحث عن نظريات بديلة لها، يمكن أن تحد من النتائج غير المقبولة المترتبة عنها، حيث ظهرت على إثر ذلك نظريتان هما نظرية السبب المنتج ونظرية السببية الملائمة نتناولهما تباعا وفقا لتاريخ ظهورهما.

أ- نظرية السبب المنتج

لا تعتد هذه النظرية بكل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر، وإنما تعتد فقط بالسبب المنتج، وهو السبب المألوف الذي يحدث الضرر عادة، أي وفقا للمجرى الطبيعي للأمور، أما السبب العارض فلا يكفي لإقامة المسؤولية ويقصد به السبب غير المألوف الذي لا يحدث عادة الضرر، ولكنه أحدثه عرضا، وقد أخذ بها المشرع المغربي من خلال الفصل 78 من ق.ل.ع، حيث الخطأ يجب أن يكون هو السبب المباشر في حصول الضرر⁵⁷².

ويلاحظ أن هذه النظرية على خلاف سابقتها قد تؤدي إلى سوء مركز المتضرر في مواجهة المدعى عليه، إذ قد يدفع هذا الأخير بأن الضرر المدعى به لم يساهم في إحداثه إلا بقسط يسير، كما يؤخذ على هذه النظرية أن القول بوجود سبب واحد للضرر قول تعوزه الدقة

⁵⁷¹ - عمر بن احمد الزهراني، مرجع سابق، ص 341.

⁵⁷² - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المحال الطبي، مقاربة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص.120.

لكونه لا يتحقق في معظم الأحيان، كما أنه لا يصح إستبعاد باقي العوامل إن وجدت لا لشيء إلا لكونها أقل تأثيراً في إنشاء الضرر.

وأخيراً يؤخذ كذلك على هذه النظرية صعوبة التمييز بين السبب الأشد أو المنتج أو الفعال بين عدد من الأسباب في حال تعددها، الشيء الذي أدى إلى هجرها فقامت على أنقاضها نظرية السببية الملائمة التي سنتناولها أدناه.

ب- نظرية السببية الملائمة

فهذه النظرية إذن، تقوم على أساس موضوعي، حيث إن فحواها يتمثل في أن حادثاً معيناً يكون هو السبب إذا ما كان لحظة نشوئه يمكن حسب المجرى العادي للأمور وبالإستناد إلى المعطيات العلمية أن يتوقع منه حدوث الضرر، والملاحظ أن تطبيقها لا يخلو من صعوبة.

وفي مجال تقييم هذه النظرية، فإن المتفق عليه فقها وقضاء هو أن نظرية السببية الملائمة تمثل النظرية الأقرب تحقيقاً للعدالة، لكونها تتخذ مركزاً وسطاً بين نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب القريب ونظرية السبب المنتج، ولكونها أيضاً تتميز بالإعتدال، فلا هي تدين جميع الأسباب، كنظرية تعادل الأسباب، ولا هي تكتفي بسبب وحيد كنظرية السبب المنتج، فإنها إذن تجمع بين محاسن النظريات السابقة وتتلافى عيوبها، وذلك بتمييزها بين العوامل التي تساهم في إنشاء الضرر والإعتداد بالعوامل المألوفة منها دون العوامل الشاذة كما تم التطرق إليه⁵⁷³.

وعلى الرغم من ذلك، فإنها لم تسلم من النقد إذ إعتبرت نظرية تحكمية لإستبعادها لبعض العوامل المساهمة في إنشاء الضرر، إلا أن هذا النقد لم يفقدها أهميتها بدليل الإجماع الذي لقينته من طرف كل من الفقه والقضاء⁵⁷⁴.

573 - علي مصباح إبراهيم، مرجع سابق، ص. 538.

574 - عمر بن احمد الزهراني، مرجع سابق، ص. 340.

الفقرة الثانية: العلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق الصحي

على خلاف المسؤولية المؤسسة على الخطأ كركن أساسي لتقرير مسؤولية الدولة في المجال الطبي، وإلى جانب عنصري الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإنه وفي نطاق المسؤولية القائمة دون خطأ، يتم إستبعاد عنصر الخطأ، ولا يقع على المتضرر إثباته، وإنما يكفي أن يثبت وبمجرد حصول الضرر العلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق الصحي العمومي، حتى تكون الدولة مسؤولة عن أداء التعويض المستحق لجبر الضرر.

فإذا كان المضرور في مجال المسؤولية دون خطأ يمكن أن يعفى من إثبات خطأ الإدارة، فإنه لا يمكن إعفائه من إقامة الدليل على إثبات قيام العلاقة السببية⁵⁷⁵.

فوفق منظور المسؤولية المؤسسة دون خطأ، يمكن أن تتوافر العلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق الصحي العمومي، دون أن يكون هناك مجال للحديث عن عنصر الخطأ، فقد يقع للمريض وهو بالمرفق الصحي العمومي ضرراً ما دون أن يثبت أن هناك خطأ ما قد ارتكبه المرفق، وتتحقق بالتالي المسؤولية عن هذا الضرر إستناداً إلى مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أو على أساس نظرية المخاطر كما أقر ذلك الفقه والقضاء.

وقد أصبح القضاء الإداري وفي حالات كثيرة، يشترط فقط ثبوت الضرر والعلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق، لإقرار مسؤولية الدولة في المجال الطبي وتحميلها التعويض عن الضرر⁵⁷⁶.

الفرع الثاني: أسباب انتفاء العلاقة السببية

يمكن أن تنتفي العلاقة السببية في عدد من الحالات، بحيث يمكن للمرفق العام الإستشفائي أن يدفع بعدم قيام المسؤولية في جانبه إذا ما أثبت بأنه على الرغم من وقوع الخطأ المنشئ للضرر، إلا أن هذا الأخير لم يتسبب فيه لا المرفق ولا الطبيب، وتنطبق هذه الحالات على نوعي المسؤولية بخطأ أو بدونه، إلا أن هناك بعض الفروق فيما يتعلق بحالات

575 - حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 377.

576 - عبد الوهاب رافع، بلهاشمي محمد التسولي، مرجع سابق، ص. 268.

إنتفاء العلاقة السببية في المسؤولية التي تقوم على الخطأ عن تلك التي تقوم دون خطأ، ولهذا نتناول كل حالة على حدى كما نوضحه فيما يلي:

الفقرة الأولى: في نطاق المسؤولية المؤسسة على أساس الخطأ

يضيق مجال قيام العلاقة السببية في مجال المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، مقارنة بالمسؤولية الإدارية دون خطأ، حيث إن حالات إنتفاء رابطة السببية في المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ تختلف عن المسؤولية بدون خطأ.

أولاً- حالة القوة القاهرة

تعرف حالة القوة القاهرة بأنها حادث خارجي ليس من فعل الإنسان يستحيل دفعه وقد لا يمكن توقعه أو تجنبه، وعليه فلا يمكن نسبة هذا الحادث إلى المرفق العام الاستشفائي، ومثال ذلك أن يسقط المريض على الأرض نتيجة هزة أرضية، إلا أنه إذا ساهم المرفق إلى جانب القوة القاهرة في إنشاء الضرر فإنه يسأل جزئياً⁵⁷⁷.

ثانياً- حالة الحادث الفجائي

إن أهم ما يميز الحادث الفجائي عن القوة القاهرة هو أنه إذا كانت هذه الأخيرة تقع بفعل الطبيعة، فإن الأولى يتسبب فيها الإنسان، فإذن هي غير خارجة عن أداء المرفق العام الإستشفائي مما لا يمكن إعتبارها سببا أجنبيا، وبالتالي فإن الحادث الفجائي يمكن أن يأخذ وصف الخطأ المرفقي المجهول سببه، وهو يحدث نتيجة لمخاطر إستعمال التجهيزات التكنولوجية كإنفجار المنشآت المجهزة بها المستشفيات كالمولدات الكهربائية الضخمة ومحطات الغازات الطبية ومنشآت الحرق إلى غير ذلك.

والتساؤل المطروح هو هل أن ثبوت حالة الحادث الفجائي بالمفهوم المذكور أنفا تعفي المرفق من المسؤولية أم لا؟ وبالإطلاع على القانون المدني نجده يقرر إعفاء حارس الشيء

577 - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص. 92.

من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الناشئ تسبب فيه الحادث الفجائي، وأن المتفق عليه فقها وقضاء هو أن الحادث الفجائي يترتب عليه إعفاء المرفق العام من المسؤولية على أساس الخطأ، بينما لا يعفى منها في حالة المسؤولية دون خطأ⁵⁷⁸.

ثالثاً- حالة تسبب الضحية في حدوث الضرر

إذا ما تسبب الضحية في نشوء الضرر المتعرض له، فإن المرفق العام الإستشفائي لا يكون مسؤولاً عن هذا الضرر، إلا إذا ساهم بنصيب في إنشاء هذا الضرر وهنا لا يعفى من المسؤولية إلا جزئياً في الحالة التي لا يستغرق فيها خطأ الضحية الخطأ المرفقي⁵⁷⁹.

إن تسبب الضحية في نشوء الضرر لا يشترط فيه نسبة معينة، بل يكفي مجرد عدم الاحتياط لإعفاء المستشفى، كأن يخفي المريض بعض أعراض حالته عن الطبيب المعالج، أو ألا يحترم إرشادات الطبيب أو الإحتياطات اللازمة لإستعمال الدواء والجرعات الموصى بها، أو عدم إتباع نظام غذائي معين أو إتخاذ موقفاً سلبياً من التعليمات التي تلقاها من الطبيب من أجل التنفيذ الجيد للعلاج، أو تأخره في العودة إلى المستشفى من أجل فحوص الرقابة الموصى بها⁵⁸⁰.

رابعاً- حالة تسبب الغير في حدوث الضرر

والفرض هنا أن الضرر الذي يتعرض له المنتفع من المرفق العام الإستشفائي لا يرجع سببه لا إلى مستخدم هذا المرفق من أطباء وممرضين، ولا إلى المرفق نفسه، بل إلى شخص من الغير، كأن يكون خطأ طبيب من غير مستخدم المستشفى، أو خطأ مستشفى آخر، وهنا لا تقوم علاقة السببية بين الضرر والفعل الضار، ويتعين على المستشفى المدعى عليه أن يدفع بذلك وعلى المتضرر أن يطالب الغير بالتعويض، أما إذا ما تسبب في نشوء

578 - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص. 92.

579 - Nadia Younsi-haddad, « la responsabilité médicale des établissements publics hospitalier », revue algérienne des sciences juridique économique et politique, n 3, 1993, p 88.

580 طلال العجاج، مرجع سابق، ص 315.

الضرر كل من فعل الغير وفعل المرفق العام الإستشفائي، فإن هذا المرفق قد يسأل وقد لا يسأل، بحسب ما إذا كان خطأ الغير يستغرق خطأه أو لا، أي قد يعفى من المسؤولية تماماً و قد يتحملها جزئياً⁵⁸¹.

الفقرة الثانية: في نطاق المسؤولية المؤسسة دون خطأ

نتناول العلاقة السببية في المسؤولية الإدارية دون خطأ هنا من خلال التطرق إلى الخصوصيات التي تميزها في هذا النوع من المسؤولية، فيما يتعلق بحالات قيامها وحالات انتفائها.

حيث إن حالات قيام العلاقة السببية في المسؤولية الإدارية دون خطأ ليست هي نفسها بالنسبة للمسؤولية التي تقوم على الخطأ، حيث تتسع بالنسبة للأولى وتضيق بالنسبة للثانية.

فإذا كان فعل الغير والحادث الفجائي يعتبران من بين حالات الإعفاء من المسؤولية بالنسبة للمسؤولية الإدارية التي تقوم على الخطأ مثلما تم تناوله، فإن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بالمسؤولية الإدارية دون خطأ، إذ يعتبر فعل الغير والحادث الفجائي موجبين لقيام هذه المسؤولية حسب التوضيح الذي نورده أدناه⁵⁸².

إذا كان فعل الغير يعتبر من بين حالات الإعفاء من المسؤولية بالنسبة للمسؤولية التي تقوم على الخطأ، فإن الأمر ليس كذلك فيما يتعلق بالمسؤولية الإدارية دون خطأ، إذ يعتبر فعل الغير موجبا لقيام هذه المسؤولية لأنه إذا ما توافرت أركان وشروط المسؤولية دون خطأ - التي سبق وأن تطرقنا إليها في هذا الباب - فإن الأصل العام هو أن المرفق العام الإستشفائي لا يستطيع التمسك بالإعفاء من المسؤولية، إذ يجب هنا مراعاة مصلحة الضحية في الاستفادة من نظام أفضل، فعلى المرفق إذن أن يعرض الضحية التعويض الكامل، وله أن يرجع على الغير بقيمة التعويض.

581 - زياد خالد يوسف المرفجي، مرجع سابق، ص. 92.

582 - La responsabilité médicale, une obligation de moyens les 8 et 9 juillet 2011 au royal mansour à Casablanca.

بالإضافة إلى فعل الغير، فإن الحادث الفجائي هو الآخر تقوم بشأنه العلاقة السببية في المسؤولية الإدارية دون خطأ بخلاف المسؤولية التي تقوم على الخطأ⁵⁸³.

وأن المتفق عليه فقها وقضاء هو أن الحادث الفجائي يترتب عليه إعفاء المرفق العام من المسؤولية على أساس الخطأ، بينما لا يعفى منها في حالة المسؤولية دون خطأ، إن المسؤولية الإدارية دون خطأ في تنظيم وسير المستشفيات العمومية - بكونها إحدى المرافق العمومية الحساسة التي لا يمكن الإستغناء عنها- لا تنتفي رابطة السببية فيها إلا في حالتين اثنتين فقط، وهما حالة القوة القاهرة وخطأ المضرور أو الضحية مثلما نبينه فيما يلي:

أولاً- القوة القاهرة

تعرف حالة القوة القاهرة بأنها حادث خارجي ليس من فعل الإنسان يستحيل دفعه وقد لا يمكن توقعه أو تجنبه، وعليه فلا يمكن نسبة هذا الحادث إلى المرفق العام الإستشفائي، ومثال ذلك أن يسقط المريض على الأرض نتيجة هزة أرضية، إلا أنه إذا ساهم المرفق إلى جانب القوة القاهرة في إنشاء الضرر فإنه يسأل جزئياً.

كما أن المتفق عليه فقها وقضاء في فرنسا أن الإستعداد الفطري لتدهور الحالة الصحية للمريض لا يمكن إعتبارها من قبيل القوة القاهرة التي تعفي المرفق الإستشفائي من المسؤولية، حيث إن مساهمة حالة المريض في إنشاء الضرر لا يمكن إعتبارها خطأ المضرور فهي تخرج عن إرادته، وبالتالي ليس من العدالة أن نحرمه التعويض لأجلها، إلا أن هذا التعويض قد لا يكون كاملاً، بل جزئياً.⁵⁸⁴

⁵⁸³ - Centre de recherches et de diffusion juridiques jurisprudence des formations contentieuses du conseil d'état juillet 2014 <http://www.legifrance.gouv.fr/> date de visite, 11/8/2016, 10h16min.

⁵⁸⁴ - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص، 111.

ثانياً- خطأ المتضرر

إذا ما تسبب الضحية في نشوء الضرر المتعرض له فإن المرفق العام الإستشفائي لا يكون مسؤولاً عن هذا الضرر، إلا إذا ساهم بنصيب في إنشاء هذا الضرر، وهنا لا يعفى من المسؤولية إلا جزئياً عندما لا يستغرق خطأ الضحية الخطأ المرفقي.

إن تسبب الضحية في نشوء الضرر لا يشترط فيه نسبة معينة، بل يكفي مجرد عدم الإحتياط لإعفاء المؤسسة الإستشفائية كأن يخفي المريض بعض أعراض حالته عن الطبيب المعالج أو ألا يحترم إرشادات الطبيب والإحتياطات اللازمة لإستعمال الدواء والجرعات الموصى بها أو عدم إتباع نظام غذائي معين، فمثلاً؛ إذا لم يحترم المصاب بداء السكري النظام الغذائي الذي يجب أن يتبعه، وكذا الزيادة في تناول جرعات الدواء أو الأنسولين التي يعالج بها، فإن الآثار الضارة لذلك لا يتحملها المستشفى⁵⁸⁵

⁵⁸⁵ -Il s'agit d'une infirmière employée dans un hôpital psychiatrique dépendant du ministère de la défense a été contaminée par le virus du SIDA par un malade qui lui a volontairement renversé un tube de sang sur les excoriations qu'elle présentait à la main. Compte tenu des risques spéciaux et anormaux de contagion courus par l'infirmière, la responsabilité de l'Etat, en sa qualité d'employeur, se trouve engagée même en l'absence de toute faute. La victime ne peut toutefois prétendre à une réparation de ses préjudices, tant matériels que moraux, distincte de la réparation forfaitaire prévue par son statut et la législation sur les pensions en faveur des agents ayant subi un accident de service. La responsabilité de l'Etat est également encourue, sur le même fondement, à l'égard du mari de l'infirmière dont la séropositivité résulte des relations sexuelles avec son épouse ; qui sont une manifestation normale de la vie conjugale. Il est alloué à celui-ci une somme de 500.000 F au titre des troubles dans les conditions d'existence et une somme de 50.000 F en réparation de son préjudice moral. CA, Paris, 20 décembre 1990, Arrêt Ep. B.

المبحث الثاني: الجزاء المترتب عن مسؤولية المستشفى العام

يكتسي عنصر التعويض أهمية بالغة، فله ارتباط وثيق بممارسة الدعوى القضائية عموماً، فالمتضرر يسعى أساساً من إقامة دعوى التعويض إلى الحصول على جبر الضرر عن طريق الحكم له بالتعويض عما أصابه من أضرار، لذلك فلا أحد ينكر أهمية التعويض عن الأضرار التي تلحق بالأشخاص، ذلك أنه من الجوهرية إعادة الشخص إلى وضع يشعر فيه بالرضا، ولذا سنت التشريعات المختلفة نصوصاً تستهدف بها جبر الضرر، وبالنسبة للتشريع المغربي فقد نص الفصل 77 من ق.إ.ع على أن كل من سبب ضرر إلّزم بتعويض هذا الضرر، وهو نفس المقتضى يمكن تطبيقه على مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها أنشطة المرافق الطبية العمومية، حيث تكون الدولة ملزمة بتعويض المتضررين كلما ثبتت مسؤوليتها في نطاق قواعد المسؤولية الإدارية.

المطلب الأول: التعويض عن الأخطاء الواقعة داخل المؤسسات الصحية العمومية

التعويض هو جزاء المسؤولية، إذ يعني جبر الضرر الذي لحق بالمتضرر سواء كان ذلك الضرر مادياً أو معنوياً، ومهما كان أساس المسؤولية، أي سواء كان على أساس الخطأ أو على أساس الخطر أو على أساس المساواة أمام الأعباء العامة.

فإذا تحققت مسؤولية المرفق الصحي العمومي التابع للدولة، فإن الجزاء يكون هو التعويض، وغالباً ما يكون نقداً، لأن التعويض العيني المتمثل في الإيجار على القيام بأمر معين لا وجود له في مجال المسؤولية الإدارية، وهو ما سنتطرق له من خلال (الفرع الأول)، كما يخضع تقدير التعويض لمجموعة من القواعد من أهمها أنه يرتبط بالضرر سواء كان هذا الضرر مادي أو معنوي وليس بالخطأ فلا عبء بدرجة جسامه الخطأ المنسوب إلى المرفق الصحي العمومي عند تقدير التعويض، وهو ما سنوضحه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: محددات الضرر القابل للتعويض

يهدف التعويض بمفهومه الشامل إلى تعويض كل الأضرار التي لحقت بالمريض سواء منها تلك الأضرار التي تمس بالسلامة الجسدية لهذا المريض والتي تجعله يتكبد نفقات العلاج ويتحمل معاناة وآلام المرض، أو تكون عائقا لعمله مصدر رزقه هذا من جهة أو لها علاقة مباشرة بشعوره وأحاسيسه.

فالأضرار القابلة للتعويض كثيرة إلا أنها غالبا ما يتم تقسيمها إلى مادية ومعنوية.

الفقرة الأولى: التعويض عن الضرر المادي

غالبا ما يميز في التعويض بين الضرر الجسدي والضرر المالي

أولاً- التعويض عن الضرر الجسدي

يعد حق الإنسان في سلامة جسمه من الحقوق التي يكفلها له القانون ويجرم التعدي عليه، فإذا ترتب عن الإعتداء عجز للمريض عن القيام بعمل يرتزق منه ويؤثر على قدرته في أداء ما يكتسب منه رزقه أو تحميله نفقات علاج، ذلك كله يعتبر إخلالا ماديا للمريض ويقر حقه في طلب التعويض عن الضرر الجسدي، فالتعويض عن الضرر الجسدي أحد الأمور الرائجة في الأحكام والقرارات القضائية، فهذا الضرر يمكن أن يؤدي إما إلى تشويه الجسم وبلوغه نسبة من العجز أو وفاة الضحية، وقد إتجهت المحاكم الإدارية بالمغرب في التعويض عن مثل هذه الأضرار، حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية بالرباط، مرتكزا على التعليل التالي: "حيث إن المحكمة لتحديد الأضرار الحاصلة بالضحية فقد أمرت بمقتضى حكم تمهيدي بإجراء خبرة، حيث خلص الخبير في تقريره إلى أن الضحية أصيب بحروق على مستوى اليد اليمنى أدت إلى بتر الأصابع وكذا فقدان حركة اليد، وحدد نسبة العجز الدائم في 50%⁵⁸⁶، كما حسمت محكمة النقض الفرنسية الأمر بشأن تحديد الأضرار الجسدية

586 - خالد علامي، "إشكالية التعويض في مسؤولية المرفق العام الطبي"، مجلة القضاء الإداري، العدد الثامن، السنة الرابعة، شتاء ربيع 2016، ص. 43.

ووضعت مبدءا هاما خلصت فيه، إلى أن حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه من الحقوق التي كفلها الدستور والقانون، وجرم التعدي عليه، وهو من الأمور الرائجة في الأحكام والقرارات القضائية المغربية.

ثانيا- التعويض عن الضرر المالي

إن الضرر الناتج عن نشاط المرفق العام الطبي لا يمكن أن يكون فقط ضرر جسديا، بل له أن يؤثر على الجانب المالي للمتضرر وأفراد عائلته، والقاضي يقدر هذا التعويض بالنظر إلى الخسارة التي تلحق الذمة المالية للمتضرر وما فاتته من كسب، كالمصاريف الطبية والعلاجية التي تحملها على عاتقه في الإستشفاء.

وكلها إعتبارات يأخذ بها القضاء عند التعويض، وهو ما يظهر من خلال التطبيقات القضائية للقضاء الإداري، ففي قرار لمحكمة النقض⁵⁸⁷ جاء فيه "حيث ركز المستأنف إستئنافه على نقصان التعليل فيما يخص الإستجابة لطلب التعويض المادي ملاحظا أن تحديده لهذا التعويض كان تحديدا موضوعيا ومبررا بالوثائق اللازمة ومع ذلك ارتأت المحكمة الإشارة إلى أن التعويض عن مصاريف التحليلات الطبية والعلاج والتنقل من مدينة القنيطرة إلى الرباط هي مصاريف غير مثبتة والحالة أن تلك المصاريف تعد جزءا من العملية ككل وتعتبر واقعة قائمة ولم يناقشها الطرف المدعى عليه في الوقت الذي أدلى فيه الطاعن بوثائق التحليلات الطبية وهي تحليلات ليست مجانية، وأن المحكمة لما إكتفت بالحكم بمبلغ 18246 درهم دون باقي المصاريف تكون قد إقتطعت له مبالغ باهضة مما صرفه لإنقاذ نفسه وحياته دون مبرر قانوني لذلك إلتمس الحكم وفق طلبه في هذه النقطة.

وحيث يتضح من مراجعة الوثائق والمستندات المضافة للملف حول المصاريف المادية التي تكبدها المستأنف، أن التعويض المناسب عن هذه المصاريف بما في ذلك التنقل بالطائرة

587 - عبد الكبير العلوي الصوصي، مرجع سابق، القرار عدد 267 المؤرخ في 98/3/26 ملف إداري عدد 97/5/180 و97/1/5/1065، ص. 22.

بين المغرب والخارج أن المبلغ المناسب للتعويض عن الضرر المذكور يحدد في مبلغ 50 ألف درهم.

وعليه قضت محكمة النقض بتأييد الحكم المستأنف في مبدئه مع تعديله برفع التعويض المحكوم به عن الصوائر المادية بما في ذلك التنقل بالطائرة إلى مبلغ 50 ألف درهم".

فالأصل العام أن يكون التعويض عن الضرر الناجم عن نشاط المرفق نقداً، حيث يمكن تقويم أي ضرر بالنقد حتى الضرر المعنوي، والتعويض النقدي هو الصورة الأشمل في التعويض عن المسؤولية التقصيرية، ويتمثل في المبلغ النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر، ذلك أن القاضي الإداري تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات لا يملك أن يلزم الإدارة بإجراء عمل معين، كما أن التعويض العيني إذا تم في حالة مسؤولية الدولة فإنه يكون على حساب المصلحة العامة لذلك سلم الفقه والقضاء إلى رفض فكرة التعويض العيني في مجال المسؤولية الإدارية⁵⁸⁸.

وهو ما سارت عليه المحاكم الإدارية من خلال رفض الحكم بالتعويض لصالح المتضرر كلما تعلق الأمر بطلب التعويض العيني.

وعلى الرغم من أن هناك بعض الأحكام والقرارات ذهبت إلى الحكم بالتعويض العيني ضد الدولة فإنه في المجال الطبي وخاصة الأضرار التي تتسبب فيها مرافق الصحة العمومية، فلا يمكن الحديث إلا عن التعويض النقدي، فهو الذي يكفل تعويض المتضرر عما أصابه من أضرار كفقْدان عضو من أعضاء الجسم نتيجة خطأ طبي، أو حالة وفاة الشخص ففي هذه الحالات لا يتصور الحكم بالتعويض العيني ويكون التعويض النقدي هو الوحيد لجبر ضرر المتضرر⁵⁸⁹.

588 - محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المحال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق ص.156.
589 - بلهاسمي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 262.

وهو ما تؤكدده غالبية الأحكام والقرارات التي تحكم بالتعويض النقدي لفائدة المتضرر، فالمدعي أصلا وفي نطاق الطلبات التي يرفعها للمحكمة في إطار دعوى التعويض تكون في الغالب عبارة عن مطالبة بالتعويض المادي بواسطة مبالغ مالية.

فالتعويض العيني كأحد طرق التعويض لإزالة الضرر لا يملك القاضي أن يحكم به على الإدارة، لأنه لا يملك أن يوجه أمرا لجهة الإدارة بالقيام بعمل أو الإمتناع عنه، وكل ما يملكه تجاهها هو إلزامها بدفع مبالغ مالية تعويضا عن الأضرار التي تسببت فيها⁵⁹⁰.

ثالثا- التعويض عن تفويت الفرصة

تعد نظرية تفويت الفرصة في المجال الطبي ذات أهمية كبيرة لأنها تتعلق بحياة الإنسان وجسمه، ولأجل تفادي تهرب الطبيب من خطئه الثابت، والشك الذي يهيمن على موضوع الرابطة السببية، وقد أقر القضاء الفرنسي في المنازعات المدنية الطبية هذه النظرية ابتداء من سنة 1965 والتي تقوم على حل وسط، وتقوم على احتمال حصول المريض على شيء، وتوافق هذه النظرية بين الشك واليقين وبواسطتها يمكن للقاضي تسبيب التعويض الذي منحه للمريض، أو ذويه؛ لأن التعويض على أساس هذه النظرية يبقى ممكنا بين حالتين عند تلاشي الرابطة السببية؛ حالة التعويض الكامل وحالة رفض التعويض⁵⁹¹.

وفكرة تفويت الفرصة تلعب دورا مهما في التصدي لظاهرة عدم التأكد، أو عدم إثبات العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر اللاحق بالمريض نظرا لتعدد جسم الإنسان وتغير حالاته بالإضافة إلى عدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة التي قد تحدث إذا تطور المرض، أو عدم وضوح أسباب الخطأ الطبي، لهذا يطبق القضاء الفرنسي نظرية تفويت

590 - زياد خالد يوسف المفرجي، مرجع سابق، ص. 205.

591 - La perte de chance est maintenant reconnue par la jurisprudence, comme un préjudice certain, les arrêts en affinent progressivement la perte de la définition l'élément du préjudice constitué par perte de chance, énonce une décision, présente un caractère directe et certain chaque fois que est constatée la disparition de la probabilité d'un évènement favorable encor que par définition, la réalisation d'une chance ne soit jamais certaine.

الفرصة متى تلاشت الرابطة السببية لتغطية الشك القائم حول علاقة الخطأ بالضرر، في الوقت نفسه ضمان تعويضاً مقدراً عن الفرصة الضائعة عن المريض.

فقد قام القضاء الفرنسي بتقرير نوع جديد من التعويض عن الضرر والمتمثل في تفويت فرصة الشفاء أو التحسن على صعيد الإجهاد القضائي في مسألة فوات الفرصة في المجال الطبي، كان أول ما حكمت به محكمة النقض الفرنسية، سنة 1965، حيث حكمت بالتعويض على أساس فوات فرصة الشفاء والعلاج، تلتها بعد ذلك عدة أحكام وقرارات في هذا المجال، تقضي بالحكم على تفويت الفرصة كضرر محقق يستوجب التعويض⁵⁹².

يظهر في هذا الصدد قضية أخرى للقضاء الفرنسي، قضية الطفل (Nicolas perruche)، ضمن القرار الشهير (Arrêt perruche) حيث حكم القضاء الفرنسي بالتعويض للأبوين جراء الضرر المعنوي الذي أصابهما والمتمثل في ولادة طفلها مشوها، وذلك بسبب تأكيد أطباء التشخيص والتحاليل على مواصلة المرأة للحمل رغم إصابتهما الحميراء (Rubéole)

وذلك فضلاً عن تعويض الطفل بسبب الضرر المتمثل في ولادته مشوها وتفويت فرصة ولادته سليماً بدون إعاقة، فيفترض في تفويت الفرصة المضرور كان يأمل في منفعة تؤول إليه، وكان يعول على فرصة تتيح له الحظ في أن يحقق أمله لو سارت الأمور طبقاً لمجراها الطبيعي فأدى المدعي عليه بخطئه إلى حرمانه من هذه الفرصة⁵⁹³.

وفي حكم حديث لها، بقيت قرارات المحاكم تسير على نفس النهج، حيث أقرت في القرار الصادر 22 يونيو 2017 التعويض عن تفويت فرصة، حيث ألقى أبوين الضحية باللوم على القابلة لعدم تدخلها السريع الذي تسبب بالإعاقة لطفلهم، غير أنهم لم يستطيعوا إثبات أن خطأ القابلة هو السبب في الإعاقة وأن الضرر كان بالإمكان تجنبه من خلال تدخل أسرع،

⁵⁹²- Clothide Poppe, « la responsabilité médicale vers l'indemnisation du préjudice d'impréparation pour tous ? », article paru dans gestions hospitalières, n 521 décembre 2012, p. 639.

⁵⁹³- Ahmad Issa, « La responsabilité médicale en droit public (étude comparée) » op.cit, p. 393 et suivant.

وبالتالي أقرت محكمة النقض أن عدم اليقين يفسر لصالح الضحية، فالإعاقة لن تكون موجودة دون تدخل طبي، وبالتالي دون وقوع خطأ من جانب المرفق الطبي، وبذلك فإن المحكمة تعتبر الخطأ الطبي تسبب للطفل فقدان فرصة الولادة بصحة جيدة، وبالتالي إستحقاق التعويض⁵⁹⁴.

يظهر مبدأ تفويت الفرصة بالنسبة للمريض من عدة وجوه، منها ما كان أمامه من فرصة للكسب أو النجاح في حياته العامة، أو سعادته كما في حالة ضياع فرصة الزواج لفتاة بسبب التشوهات التي أصابتها،⁵⁹⁵ كما تبدو حالة تفويت الفرصة في الشفاء أو الحياة للمريض لو لم يرتكب الخطأ الطبي يلاحظ على أن إجتهد القضاء قد وسع في مجال التعويض عن تفويت الفرصة في مجال مسؤولية الطبيب أو المستشفى، فإن صدر عن هذا وذاك خطأ فوت على المريض⁵⁹⁶.

في مصر أيضا عمل بهذه النظرية حيث جاء في قرار للمحكمة النقض المصرية بتاريخ 18 يناير 1989 ما يلي: "يتحمل الطبيب والمولدة كامل التعويضات عندما فوت إزدياد الطفل سليما من العواقب التي بقي يعاني منها بسبب ما قامت به المولدة أثناء ساعة الولادة، وذلك إستنادا على أن غياب الطبيب كان له علاقة مباشرة في فقدان الحظ في الإزدياد⁵⁹⁷".

أما القضاء المغربي فلم نجد حكما أو قرارا قضى فيه القاضي بالتعويض عن تفويت الفرصة على المريض، سواء كانت الفرصة التي تم تفويتها على المريض هي فرصة الشفاء أو العلاج، أو فرصة البقاء على قيد الحياة، وغالبا ما يبحث القاضي المغربي عن العلاقة السببية التي تربط خطأ الطبيب وحجم الضرر الواقع على المريض للحكم بالتعويض اللازم للمريض، وهذا ما أكدته إستئنافية أكادير في قرارها المؤرخ 27 يوليوز 1995 حيث جاء فيه ما يلي " يجب على المحكمة أن تبرز العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ومن ثم فإن

⁵⁹⁴ - Cour de Cassation. Civ, 22.6.2017, D 16-21.796, www.francetvinfo.fr, Dade de visite Mars 2018.

⁵⁹⁵ - عدنان ابراهيم سرحان، مرجع سابق، ص. 180.

⁵⁹⁶ - Franz werro, op.cit, p. 26.

⁵⁹⁷ - قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 18 يناير 1989 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 67 نونبر - دجنبر 1993، ص.2010.

معرفة السبب في حالة الشك هي من الأمور التقنية التي يعود لذوي الاختصاص أمر البث فيها".

الفقرة الثانية: التعويض عن الضرر المعنوي

يمس الضرر الأدبي للمضرور (المريض) مصلحة غير مالية، كالمعاناة أو مختلف الآلام التي يعانيتها المضرور من جراء الإصابة الجسدية، والآلام النفسية المترتبة عن تلك الآثار والعاهات والتشوهات الخلقية والجمالية... الخ، والآلام العاطفية الناشئة عن تخوفه وقلقه من تفاقم الضرر، كما تعتبر أيضا أضرار معنوية للمضرور ما يعانیه من الآلام عاطفية بسبب الإصابة التي لحقت به⁵⁹⁸.

وقد دأب القضاء الإداري في الغالب في تعويضه عن الضرر المعنوي إلى التمييز بين الأضرار المتعلقة بالآلام الجسدية والنفسية والأضرار الماسة بشرف ومعنوية المريض وعائلته.

غير أن موقف الفقه كان مترددا في بادئ الأمر حول التعويض على مثل هذا الضرر فهناك منهم من رفض فكرة التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي، بحجة أنه لا يمكن أن يقوم بالمال، فيما ذهب البعض الآخر إلى إجازة التعويض المعنوي الذي يترتب عن ضرر مادي فحسب،⁵⁹⁹ بينما الضرر المعنوي البحث فلا تعويض عنه، وسرعان ما تحول موقف الفقه في رأيه، وأصبح يجيز التعويض عن الضرر المعنوي بكافة أنواعه، وجرى مجلس الدولة الفرنسي على التعويض عن كل من الضرر المادي والضرر المعنوي المصاحب له، إذا ما نتج عن هذا الضرر المعنوي اعتداء على السمعة والإعتبار أو على حق ثابت

598 - أنس محمد عبد الغفار: مرجع سابق، ص 553

599 - ولم يغفل الفقه الإسلامي فكرة الضرر المعنوي الذي يتمثل في إصابة مشاعر وعواطف الإنسان بالآلام أو الحزن، إلا أنهم لم يفرقوا بين الضرر المعنوي في المسؤولية العقدية عن الضرر المعنوي الناشئ عن الفعل الضار. وقد حرص الفقهاء المسلمون على جبر الضرر مهما كان نوعه أيا كان مصدره، مستندين على القواعد الكلية منها " لا ضرر ولا ضرار" والذي يعد أساسا لمنع العمل غير المشروع ووجوب تعويضه، وكذلك هناك قاعدة " الضرر يزال شرعا"، والضرر النفسي المتولد عن الجرح يتمثل في الشعور بالحسرة على فوات الجمال أو ما يسببه في قبح عند المتضرر يولد عنده الآلام والشعور بالحزن وهو لا بد من تعويضه. مأخوذ عن منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة)، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 1996، ص 412.

للمضرور، ويحكم بذلك المجلس في هذه الحالات بمبلغ إجمالي لتعويض الأضرار التي لحقت بالمصاب⁶⁰⁰.

إن الألام الضرر الجسدي تؤثر بشكل كبير على نفسية الشخص المصاب، فالإعاقة الجسدية الكلية أو الجزئية تطرح للمتضرر عدة عقد نفسية يصعب تجاوزها، ورغم ذلك فالقضاء يحاول عبر أحكامه التخفيف من هذه المعاناة، حيث جاء في حكم المحكمة الإدارية بوجدة: "أن بتر ذراعها الأيمن كما تبين ذلك بجلاء من خلال الصورة الفوتغرافية المرفقة بمذكرة المطالب بعد الخبرة يؤثر بشكل دائم على نفسية الضحية ويجعلها عالة على والديها إذ يتطلب منها بذل مجهود كبير للعناية بها، كما أنها قد تكون طيلة حياتها في حاجة إلى شخص ثان رعايتها، تم تأييد هذا الحكم من طرف محكمة الإستئناف الإدارية بالرباط، إلا أن الوكيل القضائي للمحكمة تقدم بمقال طعن بالنقض رفضته محكمة النقض، معللة ذلك أن الألام الجسماني مهم جدا بالإضافة إلى إحتياجها للغير للقيام بأشغالها اليومية⁶⁰¹.

وهو ما سارت عليه جل المحاكم الإدارية من خلال الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي، ففي حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء⁶⁰² "... وحيث إعتبارا للضرر المعنوي والمادي اللاحق بالضحية، والنفقات التي أنفقتها وسينفقها، وإعتبارا لفقدته القدرة على الإنجاب بسبب عجزه الجنسي، وحرمانه النهائي من ممارسة حياته الطبيعية، كرجل متزوج، وللأضرار المعنوية المواكبة لذلك طوال حياته، فإن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية فقد ارتأت تحديد التعويض في حدود مبلغ 1.600.000,0 درهم".

وقضت نفس المحكمة في حكم آخر لها،⁶⁰³ "وحيث إنه لما كان تعرض الهالكة للإغتصاب بالعنف قد حدث داخل المستشفى الذي لم يوفر لها الحراسة والأمن، فإنه يبقى مسؤولا عن حدوث تلك الواقعة، ويتعين الحكم لفائدة ذويها بتعويض معنوي، يغطي الضرر

600 - شريف طباح، مرجع سابق، ص22.

601 - خالد علامي، مرجع سابق، ص. 46.

602 - عبد الكبير العلوي صوصي، مرجع سابق، حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، حكم رقم 2209 بتاريخ 2012/06/28 ملف عدد 2009/13/378، ص. 54.

603 - أسماء أحيّد، مسؤولية الطبيب الجراح من خلال قرارات محكمة النقض: دراسة مقارنة دار الآفاق المغربية تاريخ النشر 2022، ص 56.

اللاحق بهم في حدود النتيجة التي هي الإعتداء، ويتعين تحديد ذلك التعويض في مبلغ 80.000 درهم بحسب 10.000 درهم لكل واحد منهم..."⁶⁰⁴.

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض المستحق للمتضرر

يأخذ التعويض أشكالاً مختلفة إلا أنه لا يمكن الحكم به لصالح الضحية أو المضرور إلا بعد البحث المتمعن في قيمة الضرر الحاصل، وعلى خلاف المسؤولية العقدية فالأصل والغالب في المسؤولية التقصيرية أن يكون تقدير التعويض من طرف القاضي، فللقاضي كل السلطة التقديرية في تكييف الوقائع وتقدير التعويض اللازم، غير أنه يبقى خاضع لمجموعة من الضوابط والقواعد، وهذا ما سنتطرق له بالتفصيل.

الفقرة الأولى: تقدير التعويض

يخضع تقدير التعويض لمجموعة من القواعد، من أهمها أنه يرتبط بالضرر سواء كان هذا الضرر مادياً أو معنوياً وليس بالخطأ، فلا عبء بدرجة جسامته الخطأ المنسوب إلى المرفق الصحي العمومي عند تقدير التعويض، حيث لا ينظر إلى درجة جسامته الخطأ إلا لمعرفة قيام ركن الخطأ أو عدم قيامه في الأحوال التي إستلزم فيها القضاء لقيام المسؤولية درجة معينة من الجسامته، فإذا تحققت الدرجة التي تستوجب المسؤولية وتوافرت الأركان الأخرى من ضرر وعلاقة سببية، قدر القاضي التعويض حسب ما أصاب المتضرر من أضرار مهما بلغت جسامته الخطأ، فقد يرتب خطأ بسيط ضرراً جسيماً، فيقدر التعويض بقدر الضرر بصرف النظر عن كون الخطأ بسيطاً.

إذا كان ذلك هو الأصل، فإن القضاء من الناحية القانونية وبحكم المشاعر الطبيعية للإنسان، كثير ما يدخل في تقديره درجة جسامته الخطأ المرتكب ويميل إلى زيادة التعويض كلما كان الخطأ الذي أدى إليه جسيماً، وإلى التخفيف إذا كان يسيراً، ولا سيما إذا كان الضرر أدبياً يستعصي تقديره تقديراً دقيقاً، وفي كل الأحوال ورغم السلطة التقديرية التي يحوزها

604 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 172.

القاضي في تقدير التعويض وبالإستعانة في ذلك بدرجة جسامه الخطأ المرتكب، فإن ذلك لا يعني أبداً اعتماده المطلق على ذلك⁶⁰⁵.

ولا يختلف في هذا الصدد تقدير التعويض بين القضاء المدني والإداري بحيث يخضع القاضي الإداري لنفس القواعد والعناصر التي يعتمد عليها لتقدير التعويض فتقدير التعويض عن الضرر في المسائل الإدارية شأنه شأن المدنية أمر متروك للقاضي الإداري، فذلك يعد عن المسائل الواقعية التي يستقل بتقديرها.

وعلى القاضي الإداري أثناء حكمه بالتعويض إستبتيان عناصر الضرر الذي كان أساساً للتعويض، وأن يراعي في ذلك مبدأ تناسب وتعادل التعويض مع الضرر.

غير أنه وفي جميع الحالات فإن التعويض يجب أن يغطي الضرر، ويشمل الخسارة التي تحملها المضرور والمصروفات الضرورية التي أنفقها أو سينفقها لإصلاح ما لحق به من ضرر، وكذلك الكسب الذي فاتته، وهو ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 98 من ق، إ، ع، م،⁶⁰⁶ كما أن التعويض الكامل، يعني كذلك التعويض العادل، أي ألا يزيد عن حجم الضرر ولا يقل عن ذلك.

ومناقشة تقدير التعويض تطرح إشكالية تاريخ تقديره، وقد اختلفت الآراء حول هذا التاريخ، فهناك من يرى أن تقدير التعويض ينبغي أن يتم يوم تحقق الضرر، أي أن التقدير يتم على أساس العناصر التي كانت قائمة وقت نشوء الحق في التعويض، أما الرأي الراجح فيرى أن تقدير التعويض لا يمكن أن يتم إلا وقت صدور الحكم، فالضرر قد يعرف تطوراً إما بالزيادة أو النقصان، ولهذا فإن التقدير الحقيقي يجري تحديده على ضوء حالة المضرور

⁶⁰⁵- Clothide Poppe, op.cit, p. 639.

⁶⁰⁶ - الفصل 98: "الضرر في الجرائم وأشباه الجرائم، هو الخسارة التي لحقت المدعى فعلاً والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب أضراراً به وكذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل، ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو تدليسه".

يوم صدور الحكم، وذلك راجع إلى قيمة النقود التي تتدهور بصفة مستمرة، فمقتضيات العدالة تقتضي عدم التقيد بمبدأ القيمة الاسمية للنقود، أي يجب الإعتداد بزيادة الأسعار⁶⁰⁷.

وغالبا ما يلجأ القضاة إلى الخبرة في عملية تقدير التعويض عن المسؤولية الطبية باعتبارها مسألة دقيقة وتنطوي على مسائل فنية ليس في مقدرة القاضي معرفتها، لأنها بحاجة إلى الأطباء وأهل الخبرة من ذوي المهنة، لأن القاضي لا يفترض به أن يلم بالأمور الطبية وليس من السهل عليه أن يعرف الخطأ في سلوك الطبيب المعالج.⁶⁰⁸

ففي حكم المحكمة الإدارية بأكادير أكدت فيه⁶⁰⁹ "... وحيث إن المحكمة إنطلاقا من سلطتها التقديرية، وأخذا بعين الاعتبار للعناصر الواردة بتقرير الخبرة والمضاعفات والأضرار الصحية اللاحقة بالمدعية، قررت تحديد التعويض المستحق في 45000000 درهم تؤديه الدولة المغربية في شخص السيد الوزير الأول".

وقضت المحكمة الإدارية بالرباط: "حيث إنه بقيام عناصر المسؤولية يكون من حق الطرف المدعي الحصول على تعويض جابر للضرر، وحيث إنه من أجل تحديد نسبة التعويض في نازلة الحال، يمكن إعتداد عدة عناصر منها ما تضمنه تقرير الخبرة وكذا الشهادة الطبية⁶¹⁰ المدلى بها من طرف المدعية، وحيث جاء في تقرير الخبرة أنه يوجد على مستوى بطنها آثار وندوب لعمليات جراحية...، وإنطلاقا مما جاء أعلاه ارتأت المحكمة تعويض المدعية"⁶¹¹.

607- محمد حسن منصور، "السؤولية الطبية: المسؤولية المدنية لكل من الأطباء - الجراحين - أطباء الأسنان - الصيادلة - المستشفيات العامة والخاصة، الممرضين والمرضات"، مرجع سابق، ص. 195.

608- محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 160.

609- عبد الكبير العلوي الصوصي، مرجع سابق، حكم المحكمة الإدارية بأكادير عدد 2010/767، بتاريخ 2010/12/31، ملف عدد 2009/471، ص. 46.

610- تعرف الشهادة الطبية على أنها: "سند مكتوب مخصص لمعاينة أو تفسير وقائع ذات طابع طبي" أنظر للمزيد أكثر حول الموضوع: عادل العشابي، الشهادة الطبية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة محمد الخامس أكاد، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2001-2002.

611- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 3032، ملف رقم، 2010/12/606، بتاريخ 30 سبتمبر 2013.

الفقرة الثانية: معايير تحديد التعويض

لكي يكون التعويض الذي يحكم به القاضي الإداري في دعوى مسؤولية المرفق العام الطبي ذا مصداقية يجب أن يرتبط بالمعايير الموضوعية التي يعتمد عليها ويستنتجها في أي نازلة تعرض عليه، وإذا لم يبين العناصر التي إرتكز عليها لتقرير التعويض يعرض قضاءه للنقض، وهذا ما ذهب إليه صراحة قرار المجلس الأعلى سابقا بتاريخ 1994/05/18 حيث جاء فيه "لم تبين المحكمة بشكل تفصيلي كيفية توصلها إلى قدر التعويض عن العجز، الشيء الذي يجعل تحديد التعويض من طرفها كان بصفة جزافية وإجمالية في تحديد التعويض حتى يمكن لمحكمة النقض بسط رقابتها على حقيقة الضرر وملاءمة التعويض المقدر له يجعلان قرارها ناقص التعليل الموازي لإنعدامه ومستوجبا للنقض".⁶¹²

ولا شك أن مقومات التعويض المستحق التي يعتمد عليها القاضي الإداري في إصدار أحكامه تأخذ بعين الاعتبار طبيعة الضرر وتطوره، والوضعية الاجتماعية للضحية والسن، ودرجة الألم والتشويه (أولا) لكن هذا التعويض المطالب به من طرف المدعي يكون في حدود الطلب⁶¹³ (ثانيا).

أولا- عناصر التعويض التي يعتمد عليها القاضي

إن التكيف القضائي للتعويض المناسب لأي ضرر يستحضر مجموعة من الاعتبارات الموضوعية والمؤثرة فيه، سواء كانت متعلقة بحجم الضرر أو الوضعية الاجتماعية أو الإقتصادية للضحية حيث جاء في قرار للمحكمة الإدارية بمكناس مرتكزا على قاعدة عامة في تحديد التعويض على "أنه يشمل ما لحق الضحية من أضرار بدنية ومادية ومعنوية، وما فاتته من كسب ومختلف الأضرار الأخرى، كضرورة الاستعانة بشخص آخر للقيام بأعباء الحياة العادية، وحيث إنه أثناء تقدير هذا التعويض، يتعين كذلك مراعاة طبيعة الضرر

⁶¹² - عبد الله، بوجيدة، مرجع سابق، ص 47.

⁶¹³ -Manal TABCHI, La responsabilité civile du medecin: Les limites de la faute medical, université mohammed V de rabat faculté de medecin et de Pharmacie Rabat thèse pour le doctorat en droit année: 2018, p 65.

الحاصل وحجمه ووضعية المدعي الإجتماعية، وسنه ودرجة الألم والتشويه وغير ذلك من العناصر...".⁶¹⁴

كما أن تقدير هذه العناصر والإعتبارات المؤثرة في التعويض، يستتبطها القاضي الإداري من الملف الطبي والخبرة الطبية، حيث إن المتتبع للإجتهاد القضائي الإداري الحالي في ميدان المسؤولية الطبية،⁶¹⁵ خاصة فيما يتعلق بشق التعويض، يجده يكرس قاعدة التعويض الجزافي الذي لا يحتسب طبقاً لظهير 1984 المتعلق بحوادث السير وكذا مرسوم 1985 بشأن جدول تقدير نسب العجز، وهذا ما يفسر تراجع محكمة النقض عن الإعتماد عن التعويض التفصيلي وإرتكازها على التعويض الجزافي وذلك في عدة قرارات متواترة لها، ومن بينها ما جاء في قرار لها بتاريخ 2012/03/22 معتمدة فيه على الحثيات التالية " حيث يعيب الطاعن القرار المطعون فيه بنقصان التعليل المنزل منزلة إنعدامه، بدعوى أنه لا يكفي اعتماد تقرير جزافي دونما تبرير لعناصره وأسبابه، وأنه كان على المحكمة إعتماد مقتضيات المرسوم رقم 744.84. 2. وتاريخ 1985/01/14 المتعلق بجدول تقدير نسبة العجز عن حوادث السير التي تتسبب فيها عربات ذات محرك، كما أنه ليس هناك علاقة مباشرة بين العجز وحجم التعويض المحكوم به، والمحكمة لما إكتفت بتحديد بناء على سلطتها التقديرية فقد تكون عرضت قرارها للنقض⁶¹⁶.

لكن حيث إن المحكمة لما أخذت بما ورد في تقرير الخبرة الذي حدد العجز الكلي المؤقت في 90 يوماً ونسبة العجز الدائم في 30 في المئة ونسبة الألم في 7/1 ونسبة التشويه في 7/2 وإستعملت سلطتها التقديرية في تقدير التعويض المحكوم به، والحال أن الضرر الذي تعرض له المصاب لم ينتج عن حادث سير يحتج بمقتضيات المرسوم المحتج بخرقه، تكون قد عللت تعليلاً صحيحاً، وما بالوسيلة من دون أساس".

614 - خالد علامي، مرجع سابق، ص. 49.

615 - بلهاشمي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 262.

616 - منذر الفضل، مرجع سابق، ص 54.

ورغم أن لا ظهير 1984 المتعلق بحوادث السير ولا المرسوم المتعلق بالجدول العملي لنسب العجز لسنة 1985، يمكن الإعتماد عليهما في تحديد التعويض عن المسؤولية الإدارية الطبية إنطلاقا الإجتهد القضائي السلف الذكر، إلا أن هناك إتجاه قضائي آخر لا يمانع من الإرتكاز عليهما ما دام أن الخبير قد يتوصل إلى نسب العجز إستثناسا بهما ومؤسسا ذلك على معطيات علمية.⁶¹⁷

وعموما فتحديد التعويض في مسؤولية المرفق العام الطبي ينحصر في ثلاثة معايير إجتماع عليها القضاء الإداري المغربي وهي كالتالي:

أ-معيار العجز الجسدي:

هذا المعيار يعتمد على نسب العجز المحددة في جسم الضحية وألامه ودرجة تشويبه التي تكون محددة إما في تقرير الخبرة الطبية أو في الملف الطبي، وغالبا ما يتم التعبير عنها بأرقام كما جاء في قرار لمحكمة الإستئناف الإدارية بمراكش أن " الخبرة الثلاثية قد حددت نسبة العجز الدائم العالق بالمتضرر بسبب بتر رجله اليمنى في 60 في المئة ودرجة الألم في 7/3 والتشويه في 7/6 والعجز المؤقت في 180 يوما ...".

ب- معيار السن:

يشكل معيار السن أحد العوامل التي يعتمد عليها القاضي في تحديد وتعديل التعويض المناسب للضرر سواء بالزيادة أو النقصان، ولقد تبنت المحكمة الإدارية بالرباط هذا المعيار في حكم لها جاء فيه⁶¹⁸ "... وحيث إن وفاة موروث المدعين خلفت لهم أضرارا وألام يجعلهم محقين في طلب التعويض عليها بالإضافة إلى التعويض عن مصاريف العلاج التي تكبدوها نتيجة الخطأ الطبي والتي أشار إليها تقرير الخبرة، وحيث إن المحكمة ونظرا لسن الضحية

⁶¹⁷ - محمد حسين منصور، مرجع السابق، ص. 134

⁶¹⁸ - عبد الكبير العلوي الصوسي، مرجع سابق، حكم المحكمة الإدارية بالرباط حكم رقم 886 بتاريخ 2009/4/28 ملف رقم 6-304، ص. 62.

وكذا عدد الورثة وهم أربعة وزوجة ونظرا لفقدانهم معيّلهم، وإثباتهم عدم توفرهم على أي دخل ترى بما لها من سلطة تقديرية تحديد التعويض المستحق في مبلغ 50000000 درهم".

وكذا في قرار محكمة النقض الذي جاء فيه⁶¹⁹ "... وحيث أن المحكمة بما لها من سلطة في تحديد هذا النوع من التعويض وإعتبارا لجسامة الضرر المحدد في تقرير الخبير وإعتبارا لسن المصاب ومدى تأثير هذا الضرر على حياة المصاب وقيامه بأعباء الحياة الضرورية إرتأت حصر التعويض في مبلغ 300000 درهم وبذلك تكون قد أبرزت العناصر التي إعتدتها في تقدير التعويض الذي يخضع لسلطتها التقديرية فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا وما بالفرع من وسيلة على غير أساس".

ت - المعيار الإقتصادي والإجتماعي

لا يمكن لأي قاض أن يفكر في تقدير التعويض دون إستحضار المعطيين الإقتصادي والإجتماعي للضحية فالضرر الناتج عن المرفق العام الطبي يؤثر في نشاطه الإقتصادي والإجتماعي أي قدرته على العمل إن كان الضرر أصاب جسده وبالتالي المس بوضعيته الإجتماعية⁶²⁰، بل هذا الضرر نفسه يمكن أن يشمل عائلة الضحية كما هو الأمر في نازلة استأنفت فيه المدعية لحكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط تحت رقم 126 بتاريخ 2010/03/09 متعلق بالإختصاص النوعي أمام محكمة النقض، نعت فيه أن الحكم الابتدائي لم يقيم بتعويضها وإقتصر التعويض على الأب رغم أنها فقدت عملها للقيام برعاية طفلتها المصابة بعاهة نتيجة الخطأ الطبي ومن ضمن الحثثيات التي أوردها قرار محكمة النقض للفصل في هذه القضية " حيث يستفاد من أوراق الملف ومن الحكم المطعون فيه أن المدعية أحلام تقدمت بمقال إفتتاحي عرضت فيه أنها تشتغل كمهندسة وعلى إثر ولادة مولودتها بمستشفى الليمون حيث تعرضت المولودة لعدة أضرار نتج عنها إعاقة مستديمة وقد تم تعويض والد طفلتها عن الضرر اللاحق بها فيما لم تعوض هي كأم عن الضررين المادي

⁶¹⁹ عبد الكبير العلوي الموصي، مرجع سابق، قرار عدد 3632 المؤرخ في 2009/10/14 ملف مدني عدد 2007/3/1/1296، ص. 31.

⁶²⁰ خالد علامي، مرجع سابق، ص. 51.

والمعنوي اللذين لحقا بها نتيجة فقدان عملها لضرورة القيام بمتطلبات الطفلة التي أصيبت بعاهة مستديمة نتيجة الخطأ الطبي...".

ثانياً- التعويض في حدود الطلب

يشكل مقال الدعوى الوسيلة التي يطلب من خلالها المدعي مقدار التعويض الذي يقيمه حسب الأضرار المحدثه له من طرف نشاط المرفق الطبي، وما دامت أن المادة 3 من قانون المسطرة المدنية، قيدت القاضي الإداري للنظر في حدود طلب المدعي وعدم استطاعته أن يحكم بأكثر مما طلب منه، فإن هذا المبدأ ينطبق كذلك على التعويض عن مسؤولية المرفق العام الطبي، فمبلغ التعويض يجب أن يكون في حدود طلبات المتضرر، لأنه لا يمكن مخالفة هذه القاعدة بحجة أن المتضرر ضعيف أمام الإدارة، أو أنه غير ملم بمبادئ القانون، أو أن القاضي هو الذي يوجه الإجراءات في المنازعات الإدارية، لأن أيا كان وضع هذا القاضي فهو ليس مكتباً للإستشارات القانونية يشير على المتقاضي بما لم يطلبه.

وهو كذلك إتجاه القضاء الإداري الذي قرر في حكم للمحكمة الإدارية بوجدة ما يلي "وحيث إنه فيما يخص التعويض المطلوب والمحدد في مبلغ 4000000 درهم فإن المحكمة بعد تفحصها للأضرار التي لحقت بالمدعية من خلال تقرير الخبرة المشار إليه أعلاه.

فالقاضي يبقى دائماً مقيداً بطلبات الأطراف طبقاً للفصل 3 من ق.م.م حيث لا يحكم بغير ما طلب منه، وهو ما سار عليه حكم المحكمة الإدارية بالرباط الذي جاء فيه "وحيث إن القاعدة العامة أن كل ضرر ينبغي جبره عن طريق تحديد التعويض المناسب، وفقاً لظروف كل نازلة على حدة وفي حدود طلبات الأطراف، وحيث إلتمس المدعي في مذكرة المستنتجات في ضوء الخبرة الحكم له بتعويض قدره 100000 درهم...".⁶²¹

621 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص. 172.

ثالثاً- حلول الدولة محل الموظف المعسر في الأداء

بناء على الفصل 80 من ق، ل، ع، م، م الذي ينص على ما يلي " مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصياً عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظائفهم " وكما سبق ذكر ذلك في القسم الأول فإن الخطأ الشخصي يتحقق إما في حالة الخطأ المنفصل عن الوظيفة، أو في حالة تدليس الموظف أو في حالة ارتكابه لخطأ جسيم أثناء قيامه بواجبات وظيفته

فالطبيب الموظف أو غيره من أعوان المرفق الصحي العمومي، مسؤول شخصياً عما ذكر بصفة أصلية، ويبقى مع ذلك تضامن الدولة معلقاً على سبيل الإحتياط في إنتظار التأكد من يسر أو عسر الموظف المحكوم عليه بتعويض الضرر، فإذا ما ثبت عسره حلت الدولة بحكم القانون محله في الأداء، حيث يحصل المتضرر على حقوقه سواء في نطاق الفصل 79 من ق، ل، ع، م، م بشقيه المسؤولية بدون خطأ والمسؤولية بناء على خطأ مرفقي، أو في نطاق الفصل 80 من نفس القانون وذلك بناء على الخطأ الشخصي.

وقد أكدت محكمة النقض في إحدى قراراتها على ما يلي: لا تضمن الإدارات حسب التشريع الجاري به العمل أخطاء أعوانها الشخصية إلا في حالة عسر هؤلاء، كما جاء في قرار آخر: إن طلبات المدعي الرامية إلى مطالبة الدولة بأداء المبلغ المحكوم به على الموظف المعسر تعتبر في محلها تطبيقاً للفصل 88 من ق، ل، ع، م⁶²².

وعليه فإذا ما كان الخطأ الشخصي هو السبب الوحيد في الضرر فإن الدعوى ترفع أمام المحكمة العادية التي تصرح بمسؤولية الموظف عن خطئه الشخصي، دون الإدارة التي لا تثار مسؤوليتها، لذلك يتعين على المتضرر الحصول أولاً على تنفيذ الحكم القاضي بمسؤولية الطبيب الشخصية، وعندما يثبت إعساره وعجزه عن أداء التعويض عن الأضرار الناتجة

⁶²²- Leila Ben Sedrine, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 84- 85 janvier-avril 2009, p 180.

مباشرة عن خطئه الشخصي، فإن المتضرر يتعين عليه آنذاك طبقا للفصل 80 من ق،ل،ع، أن يطالب الدولة بأداء التعويض المذكور، والراجح حسب بعض الفقه أنه يتقدم أمام المحكمة الإدارية المختصة من أجل متابعة التنفيذ على الدولة بدل الموظف المعسر، دون حاجة إلى رفع دعوى جديدة أمام هذه المحكمة، وذلك تفاديا للمزيد من المعاناة وتعويض مصالحه للتأخير، إلا أن هذا الرأي وبالرغم من منطقيته إلا أنه من الصعب تطبيقه عمليا، ذلك أن المحاكم الإدارية لا يمكنها أن تنفذ إلا الأحكام الصادرة عنها، فلا يمكن عمليا لمحكمة ما أن تفتح ملفا تنفيذيا من أجل تنفيذ حكم صدر عن غيرها، ومن هنا لا يمكن للمتضرر أن يلجأ إلى المحكمة الإدارية من أجل متابعة تنفيذ حكم صدر عن محكمة ابتدائية معينة، ويبقى الحل القانوني في نظرنا هو ما جاءت به المادة 18⁶²³ من قانون 41-90 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، والتي خولت للمحاكم العادية أن تثبت في الدعاوى الفرعية التي تهدف إلى الحكم على شخص من أشخاص القانون العام، على اعتبار أن الدعوى الأصلية تكون ضد الطبيب الموظف الذي ثبت إفساره، وتكون دعوى حلول الدولة محله في الأداء هي الدعوى الفرعية ويتم التنفيذ أمام نفس المحكمة مصدرة الحكم⁶²⁴.

ولئن كان الرأي الراجح في فرنسا لا يجيز مساءلة الدولة والبلديات بشأن الأضرار الناجمة عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الموظفون، فإن المشرع المغربي خالف هذا الرأي ومنح المتضرر حق مطالبة الدولة والبلديات بالتعويض في حالة إفسار الموظف المسؤول عن الأضرار اللاحقة به، تأسيسا على أن الدولة أو البلدية يجب أن تتحمل هي وزر سوء إختيار ومراقبة موظفيها وبالتالي تبعة الأضرار التي تلحق الغير عما يرتكبه هؤلاء الموظفون من تدليس أو أخطاء جسيمة في أداء وظائفهم⁶²⁵.

⁶²³ - المادة 18 من القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية، " إستثناء من أحكام الفقرة الأولى من الفصل 15 من قانون المسطرة المدنية تكون المحكمة العادية المرفوعة إليها الدعوى الأصلية مختصة أيضا بالبت في كل دعوى فرعية تهدف إلى الحكم على شخص من أشخاص القانون العام بأنه مدين للمدعي".

⁶²⁴ - الحسن السيمو، مرجع سابق، ص 16.

⁶²⁵ - Michelle M. Mello, «Who Pays for Medical Errors? An Analysis of Adverse Event Costs, the Medical Liability System, and Incentives for Patient Safety Improvement», Journal of Empirical Legal Studies Volume 4, Issue 4, 835–860, December 2007, p 836.

على أن دعوى التعويض التي يمكن رفعها على الدولة أو البلدية لمطالبتها بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن تدليس الموظف أو خطئه الجسيم تتصف بطابع الدعوى الإحتياطية بمعنى أن ممارستها لا تكون إلا بعد أن يلاحق المضرور الموظف المسؤول ويظهر عدم جدوى هذه الملاحقة بسبب إعسار الموظف.

وأخيرا لا يوجد ما يمنع الدولة من الرجوع على الموظف مرتكب الخطأ بما تدفعه للمتضرر من تعويض، وذلك إعتبارا على أن الطبيب الموظف تابع والدولة متبوع، وأن للمتبوع الحق في الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من تعويض للمتضرر، لا على أساس أنه مسؤول معه بل لأنه مسؤول عنه، بالرغم من أن هذه الإمكانية لا تجد طريقها نحو التطبيق العملي إلا نادرا، فالدولة قلما تقيم ضد أعوانها دعوى الرجوع التي وضعها الهمل القضائي رهن إشارتها لأجل استرداد المبالغ التي تكون قد أدتها لضحية خطأ شخصي، مما يظل انعدام مسؤولية الأعوان العموميين هو السائد تقريبا في واقع الأمر⁶²⁶.

626 - ونشير أنه لا يوجد نص شبيه بالفصل 80 من ق،ل،ع، لا في التشريع الفرنسي ولا في التشريع المصري ويعتبر ذلك امتيازاً في التشريع المغربي، لأنه يوجد الفصل 80 إلى جانب الفصل 79 يضمن المتضرر حقه في الحصول على التعويض في جميع الأحوال، وأنه لو وجد في فرنسا ومصر نص يقضي بمثل هذه الإمكانية لما أتيح لنظرية الجمع بين المسؤوليتين أن ترى النور وما يترتب عن ذلك من إشكالات عملية يرهق المتضرر قبل حصوله على التعويض، وكذلك إمكانية ضياع حق المتضرر في الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصابه من خطأ شخصي نتيجة إعسار الموظف وخصوصا عندما يكون الضرر جسيما يترتب عليه الحكم بمبلغ كبير لتعويضه، ولا يوجد نص مثل الفصل 80 من ق،ل،ع، يلزم الدولة بالأداء محل موظفيها المعسرين.

الفقرة الثالثة: التعويض في بعض الأنظمة الصحية العالمية

المسؤولية الطبية تكون جزءا من نظام معقد من الخدمات الصحية، وتشمل مجموعة من المكونات المتداخلة، من بينها عدد الأطباء في الخدمة والمؤسسات الصحية والتكنولوجيا وآليات تعويض المرضى وإجمالي مصاريف الصحة.

وإن أي تغيير ولو طفيف، على أحد هاتيه المكونات يؤثر سلبا على باقي المكونات. لذلك يجب ملائمة نماذج المسؤولية الطبية في علاقة مع المحيط الاجتماعي القانوني والصحي⁶²⁷.

وعليه لا يمكن إستيراد تجربة أو نظام من دولة إلى أخرى على إعتبار خصوصيات كل دولة على حدة.

كما أن أي نظام كيفما كان ليس خاليا تماما من العقوبات، باعتبار أن أي نظام يشمل طريقة لتحديد الخطأ.

لدى ارتأينا أن نعرض بعض الأنظمة الصحية العالمية المعروفة بالتعويض عن الأخطاء الطبية، وكان إختيارنا على فرنسا أولا بإعتبارها النموذج الذي إتبعه المغرب ويسير على خطاه في مجال المسؤولية الطبية بصفة خاصة والمسؤولية الإدارية بصفة عامة.

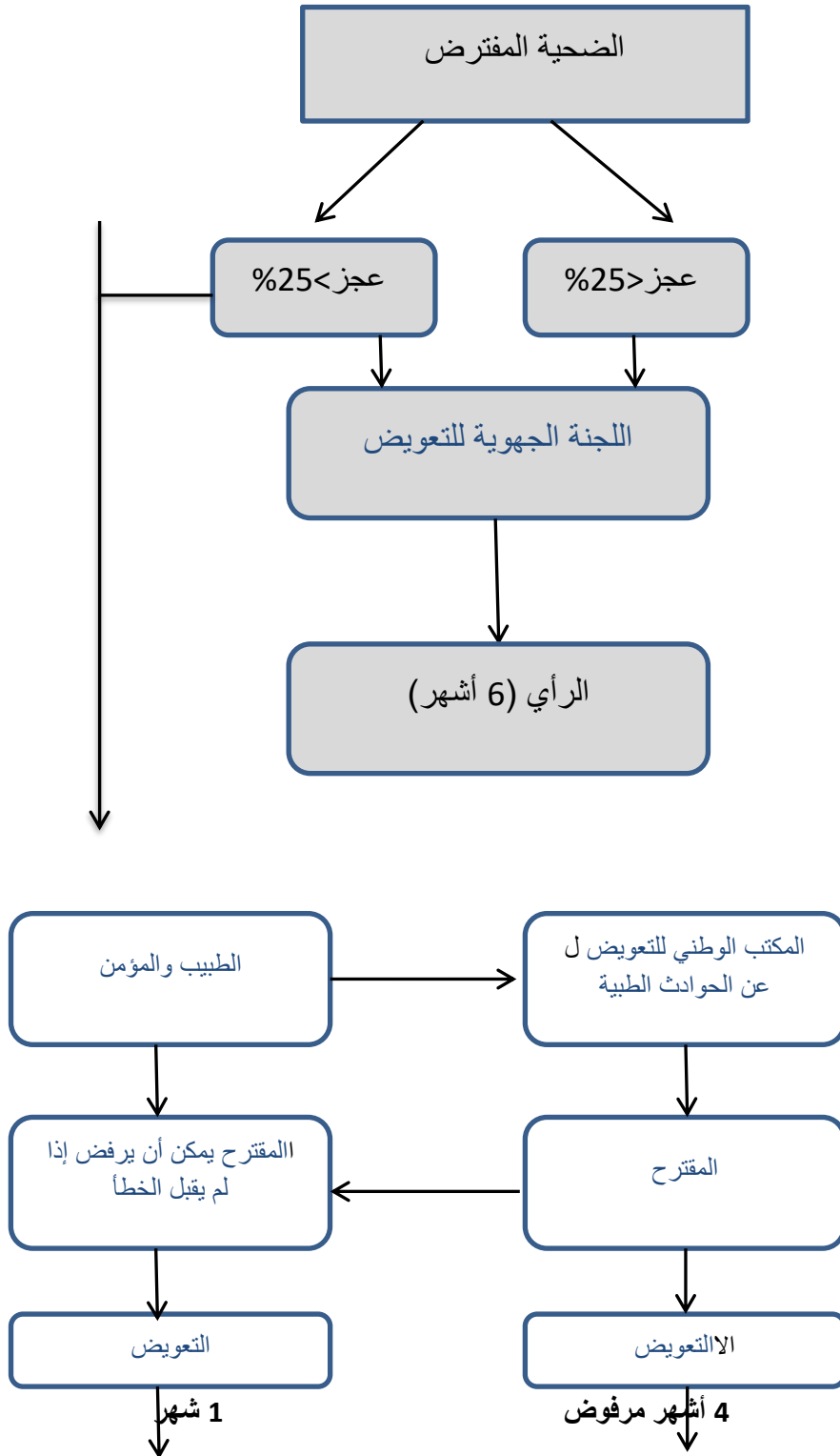
وكندا لأن الضمان الأساسي للمسؤولية الطبية للأطباء الكندية هو الجمعية الكندية للحماية الطبية⁶²⁸ ACPM، وهذا نموذج إشراك المجتمع الطبي المدني في اتخاذ القرار، ثم السويد ثالثا لأنها تسخر إمكانيات الدولة للخدمات الصحية في 90% تدخل في نطاق مجالس الدوائر، وتمول في 70% من مدخول الضرائب و 20% من دعم الحكومة المركزية، وأما مساهمة المرضى فتصل إلى 4%، ولكي يحد من مصارف الخواص تم تحديد سقف (حوالي 150 دولار كندي) وتفرض كماصريف يؤديها المواطن خلال 12 شهر، وسنختم بالنموذج

⁶²⁷ - Olivier Dupuy, « La nouvelle gouvernance hospitalière : l'organisation en pôles d'activité », Editions heures de France 2007, p 98.

⁶²⁸ -Association canadienne de protection médicale est un organisme de défense mutuelle pour les médecins qui exercent la médecine au Canada. Sa raison d'être est de protéger l'intégrité de ses membres en offrant des services de la plus haute qualité, y compris la défense juridique, l'indemnisation, la gestion des risques, des programmes éducatifs et des conseils généraux, <https://residentdoctors.ca> date de visite : 12/10/2018 à 17h30 min.

الأمريكي على إعتبار أنه من النماذج المتفردة عن غيرها من خلال إعتماها على القطاع الخاص وشركات التأمين.

Le processus d'indemnisation en France



• النموذج الكندي للمطالبة بالتعويض

يمثل أحد المكونات الأساسية لنظام صحي فعال في حماية المسؤولية الطبية العضوية، التي تسهر على حماية حقوق موظفي الصحة وحقوق المرضى، مع ضمان حماية الولوج إلى علاجات متكافئة.

وفي حالة إهمال طبيب يترتب عليه ضرر للمريض فإن المريض يكون من حقه الحصول على تعويض مناسب.

والضامن الأساسي للمسؤولية الطبية في كندا بالنسبة للأطباء الكنديين هي الجمعية الكندية للحماية الطبية⁶³⁰.

فالجمعية الكندية للوقاية الطبية تنطلق من أهداف أساسية هي:

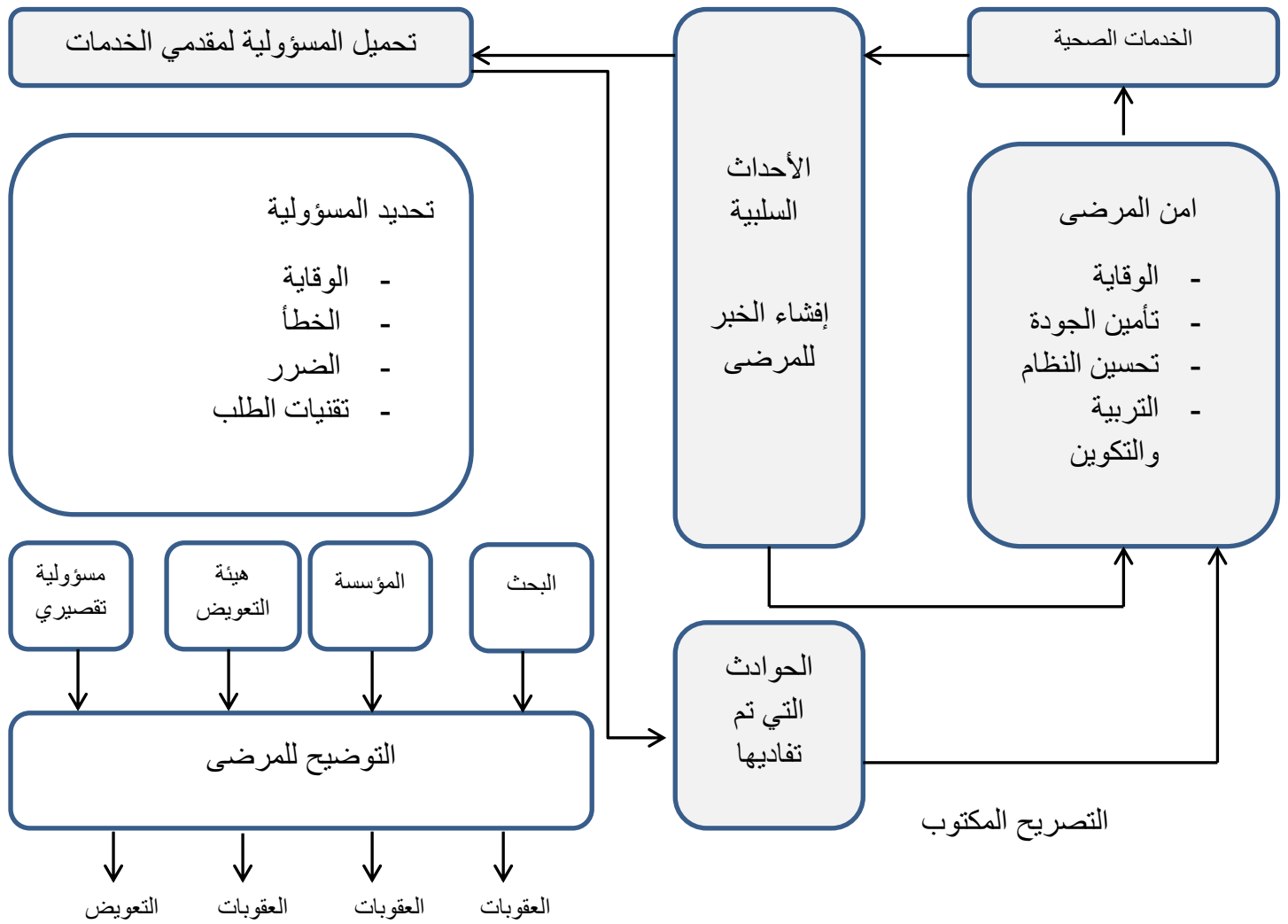
- التقليل من الأحداث الضارة: تحسين الأمن الصحي للمرضى وتقليل عدد الأحداث الضارة إلى حد أدنى عن طريق تدبير الأخطار والتكوين.
- التعويض: الحرص على التعويض السريع والمتوازن للمرضى الذين تعرضوا إلى ضرر نتيجة إهمال الطبيب.
- المعالجة المتوازنة: الحرص على إحترام حقوق الأطباء عن طريق آلية إتجاه المرضى إلى التعويض مع حماية الأطباء في حياتهم المهنية.
- المسؤوليات: دعم مسؤولية الأطباء.
- القدرة على تحمل التكاليف: الحفاظ على نظام للمسؤولية الطبية منتج، إنطلاقاً من الموارد المتواجدة.

فالهدف الأساسي هو الوصول على توازن بين هاتئ الأهداف الخمسة من أجل ضمان إستمرارية النظام الصحي الكندي وتحسين الأمن الصحي للمواطنين.

630 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص 197.

رسم بياني 2

سيرورة التعويض بكندا



631 - Joan M. Gilmour., "Patient Safety, Medical Error and Tort Law: An International Comparison" (Health Canada, 2006). Commissioned Reports and Stud p 42.

• السويد: نظام عام بدون الاهتمام بالمسؤولية

المبدأ الأساس للنظام الصحي في السويد هو مساهمة القطاع العام في الخدمات والتمويل لكل المواطنين.

تناط هاته المسؤولية بمجالس الدوائر التي تتكلف أيضا بالسير العادي لكل المصالح العمومية من خلال الضرائب الأساسية.

تدخل الخدمات الصحية في 90% في نطاق مجالس الدوائر، وتمول في حدود 70% من مدخول الضرائب و 20% من دعم الحكومة المركزية، وتصل مساهمات المرضى إلى 4%.

ولكي يحد من مصاريف الخواص تم تحديد سقف حوالي 150 دولار كندي وتفرض كمصاريف يؤديها المولطن خلال 12 شهرا.

وجميع الخدمات التي تقدم إلى الأطفال والشباب دون 20 سنة هي بالمجان.

كما أن النظام الصحي السويدي يتضمن التعويض على مجموعة من الخدمات، منها برامج إعادة التأهيل خلال العمل، وكذلك الخدمات المتعلقة بالنساء الحوامل اللاتي يصعب عليهن العمل.

وعلى العموم ينظر نظام المسؤولية إلى حالة الخطأ الطبي في السويد بشكل إيجابي، لدرجة أنه تم الأخذ بها في فنلندا والدنمارك والنرويج.

كما أن العامل الأساسي الذي يحرك التعويض عن الضرر الطبي هو إمكانية عدم وقوع الحادث، وتقييم هذا يكون من طرف طبيب خبير وذو تجربة، كما أن مقدمي الخدمات يساهمون بشكل إيجابي في سيرورة التعويض، على اعتبار أن 65% من طلبات التعويض تقدم بمساعدة الطبيب أو الممرضة أو المشغل⁶³².

كما أن تدبير الأخطار يعتمد على أراضية من معطيات طلبات التعويض، مفصلة من طرف مجلس الدائرة وشركة تأمين الجهة لكل مستشفى.

كما أن السويد تعمل مع الدول المجاورة لها من أجل وضع طرق وقائية للأخطار.

632 - بوبكري محمادين، مرجع سابق، ص 199.

فشركة التأمين تستحوذ على 95% من سوق تأمين المسؤولية المهنية الطبية، وتتفاوت التعويضات من 1.000 أورو إلى 800.000 أورو، غير أن إجمالي التعويض لا يتعدى في أغلب الأحوال 2000 أورو، نظرا لأن النظام الصحي يعتبر نظاما إجتماعيا بامتياز، ويغطي كل المصاريف ويعتبر التعويض عن الأخطاء الطبية نظاما تكميليا.

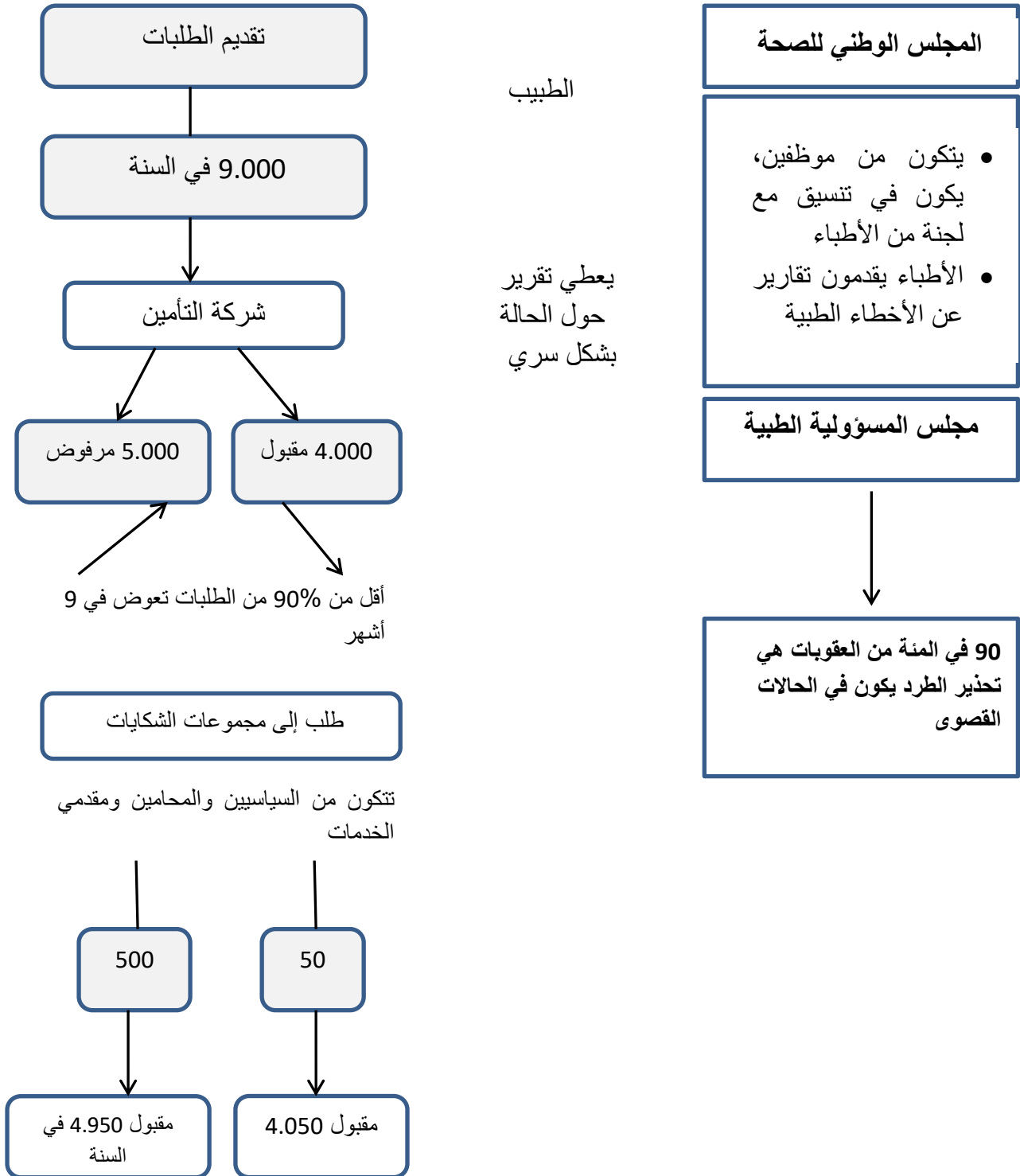
وتقع على المومن مسؤولية بحث وتدقيق الطلبات، التي تقبل إجمالاً، في حدود 45% ونسبة 10% من الطلبات تستدعى، ومن هذا العدد تلغى نسبة 10%.

ونجد في النظام السويدي مسار المسؤولية الطبية مفترقا عن مسار التعويض، وتطبع المعلومات التي يرسلها الأطباء إلى شركة التأمين السرية التامة، ويرسل الطبيب تقارير عن كل الأخطاء إلى المجلس الوطني للصحة.

وبفضل هاته المؤسسة أصبح الأطباء يلعبون دورا أساسيا في مسار التعويض، وهو ما لم يكن واردا قبل 10 سنوات، كل هذا بفضل الثقة التي وضعها الأطباء في النظام الصحي، كما أن التعويضات تصرف سريعا، وهي على العموم مرتفعة مقارنة مع الدول الأخرى⁶³³.

⁶³³ - Jocelyn Bogdan, «Medical malpractice in Sweden and New Zealand: Should Their Systems Be Replicated Here? », Center for Justice & Democracy Number 21 July 2011, p 4.

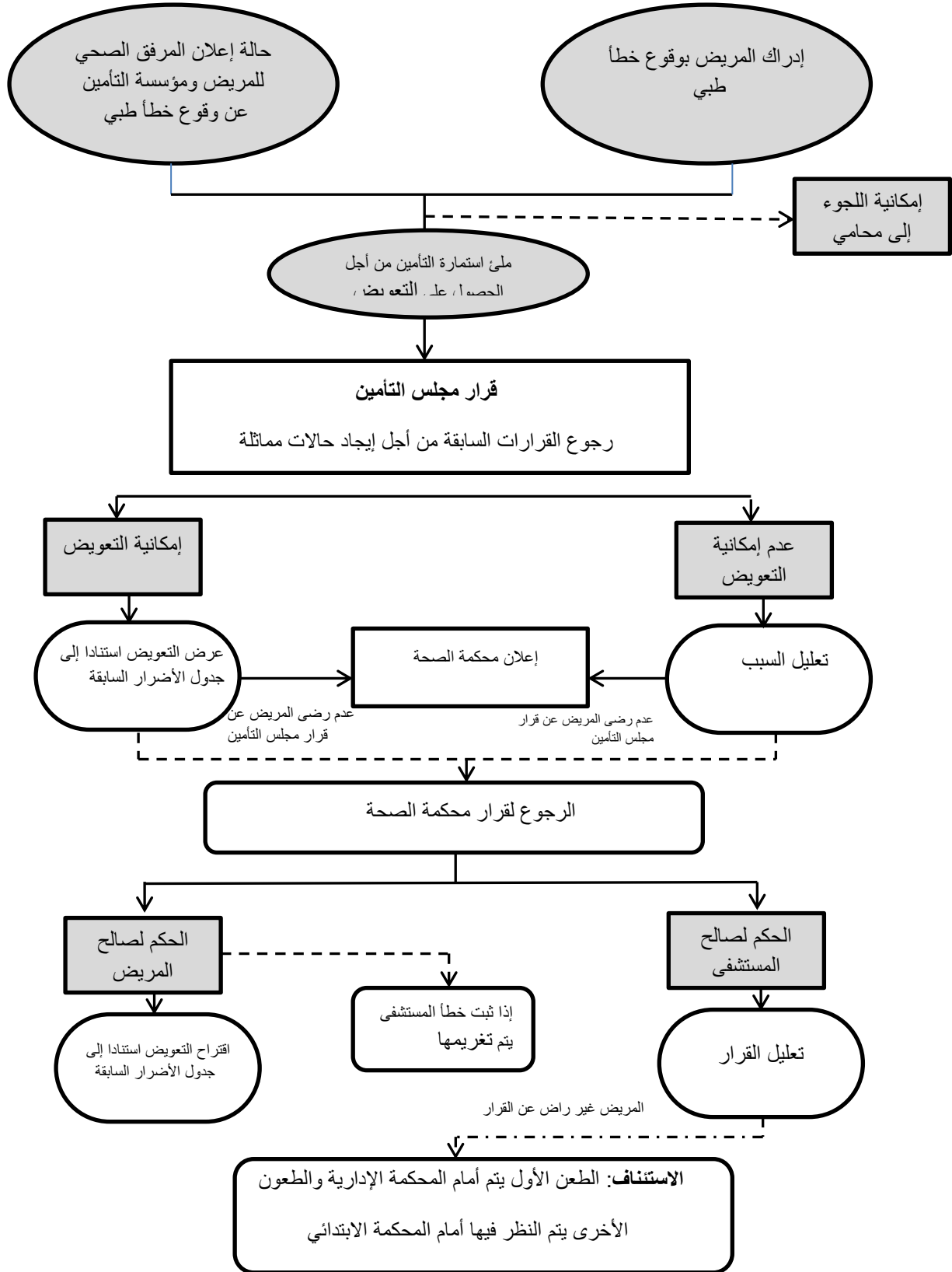
Système de traitement des demandes en Suède



Health courts and accountability for patient safety

محاكم الصحة والمحاسبة عن سلامة المرضى: عملية المطالبة أمام محكمة الصحة

635



635 - Michelle M. Mello, « Health Courts” and Accountability for Patient Safety », Harvard School of Public Health; Harvard Medical School; Aetna, The Milbank Quarterly, Vol. 84, No. 3, 2006, p 461.

المطلب الثاني: الإتجاه الحديث للقضاء في مجال مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية

تخضع المستشفيات العمومية لرقابة القضاء الإداري على أعمالها إن إلغاء أو تعويضاً، حيث يكتفي الباحث بالتعرض لقضاء التعويض نظراً لأنه يمثل الحالات الغالبة في مجال الدعاوى القضائية الرامية إلى التعويض عن الأضرار التي تتسبب فيها المستشفيات العمومية (الفرع الأول).

وأمام توسع الوعي الصحي لدى أفراد المجتمع، والذي يزداد يوماً عن يوم، كثرت المطالب التي تنادي بضمان الحق في الصحة، وما يقتضيه من توفير كل الوسائل والإمكانيات اللازمة لتحقيق الوصول إليه، فعلى المستوى القضائي أصبحت إثارة الحق في الصحة من الأمور التي أضحت تشهدها الساحة القضائية، فالقضاء الإداري قد كرس الحق في الصحة كمظهر من مظاهر حماية المتضرر⁶³⁶ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دعوى المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية

لا يتجسد التطبيق العملي للمسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية على أرض الواقع، إلا إذا بادر المتضرر من نشاط المرفق العام الإستشفائي إلى المطالبة القضائية لإقتضاء التعويض جبراً للضرر الذي كان ضحية له، وهذه المطالبة القضائية - سواء أكان الضرر منشأه الخطأ أو تقوم عنه المسؤولية دون خطأ كما سبق بيانه - لا بد للقيام بها من إتباع إجراءات معينة قررها القانون لرفع الدعوى القضائية والسير فيها إلى غاية الحصول على قرار قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه (الفقرة الثانية).

كما أن إشكالية الاختصاص في دعاوى المسؤولية الإدارية لم تكن تثار قبل إنشاء المحاكم الإدارية، مادام أن الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية كان يسند هذا الاختصاص إلى المحاكم الابتدائية، لكم بصدور قانون المحاكم الإدارية أصبحت هذه الإشكالية مطروحة، إذ يتعين معرفة ما إذا كانت كل دعاوى المسؤولية الإدارية عن الأخطاء الطبية أصبحت من

⁶³⁶ - فائق الجوهري، أخطاء الأطباء وكالة الصحافة العربية جمهورية مصر العربية، الطبعة 2018، ص 55.

إختصاص المحاكم الإدارية، أم لا زال القاضي العادي يختص بجزء من هاته الدعاوى،
(الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: الإختصاص القضائي في دعوى مسؤولية الدولة عن الخطأ

الطبي

يعتبر الإختصاص القضائي، من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية، لأنه من النظام العام، فالقاضي الإداري في حد ذاته لا ينظر في الشروط الأخرى ولا في موضوع النزاع، إلا بعد تحديد إختصاصه النوعي والإقليمي⁶³⁷.

فإشكالية الإختصاص في دعاوى المسؤولية الإدارية لم تكن تثار قبل إنشاء المحاكم الإدارية، مادام أن الفصل 18 من قانون المسطرة المدنية كان يسند هذا الإختصاص إلى المحاكم الابتدائية، لكن بصدور قانون المحاكم الإدارية أصبحت هذه الإشكالية مطروحة، إذ يتعين معرفة ما إذا كانت كل دعوى المسؤولية الإدارية أصبحت من إختصاص المحاكم الإدارية، أم لا زال القاضي العادي يختص بجزء من هاته الدعاوى.

أولاً: الإختصاص الأحيل للقاضي الإداري

سننتظر لكل من الموقف القانوني الفرنسي، والموقف القانوني المغربي من مسألة الإختصاص

أ- موقف القانون الفرنسي

لقد ثار الخلاف في البداية بفرنسا حول الإختصاص القضائي بدعاوى المسؤولية عن الأخطاء الطبية التي تقع في نطاق المستشفيات العامة، فقد ذهب القضاء العادي خلافاً لقضاء مجلس الدولة، إلى أن الأطباء والجراحين بالمستشفيات العامة، ليسوا تابعين للإدارة،⁶³⁸ وإنما

⁶³⁷ - Ben Sedrine Leila, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », Op. Cit, p 188.

⁶³⁸ - عدنان ابراهيم سرحان، مرجع سابق، ص. 202.

يمارسون عملهم الفني بكل إستقلال، وأن خطأهم المهني لا يرتبط بسير المرفق العام ومن تم تختص المحاكم العادية بتقدير مسؤوليتهم، وقد تدخلت محكمة التنازع لتقرر بأن الدعوى التي يرفعها المريض أو خلفه ضد الطبيب أو الجراح الذي يعمل بالمستشفى العام لخطئه في أداء عمله الطبي، لا يختص بها القضاء العادي لأن مثل هذه الأخطاء في حالة ثبوتها تكون مرتبطة بتنفيذ خدمة عامة، يقع على عاتق كل من الأطباء والمرضى أدائها، ومن تم يختص القضاء الإداري بمثل هذه الدعاوى كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التي يرفعها مريض على طبيب رفض التدخل لمنحه العناية الطبية التي تستدعيها حالته، فمثل هذا الخطأ ليس شخصيا يفصل عن أداء الخدمة العامة التي يقع أدائها على عاتق الطبيب وإنما خطأ مرفقي⁶³⁹.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التنازع الفرنسية، قد حسمت مسألة الاختصاص القضائي، في قرارها الشهير بلانكو، وذلك فيما يتعلق بالأخطاء التي تتصل بتنفيذ مهام المرفق العام، والأمر نفسه ينطبق على المرافق الصحية العمومية التي تعتبر مرافق ذات طابع إداري.

فالمنازعات المتعلقة بالأخطاء الطبية المرتكبة على مستواها، يرجع الاختصاص بنظرها كأصل عام إلى القاضي الإداري طبقا للمعيار العضوي، فهذه النتيجة لم تأت مباشرة وللوهلة الأولى، وإنما عرفت تطورات، فلقد كان القضاء العادي في البداية هو المختص بنظر دعوى المسؤولية الناتجة عن أخطاء الأطباء، وإستمر هذا الوضع إلى غاية سنة 1957 حيث إعترفت محكمة التنازع الفرنسية بكون المسؤولية الإدارية للمرفق الصحي العمومي، تغطي في نفس الوقت مسؤولية الطبيب العامل لديها نتيجة الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة نشاطه الطبي.

ومنذ ذلك الحين أصبحت الدعاوى ترفع على المرفق الطبي العام أمام القضاء الإداري لطلب التعويض عن الضرر الناتج من ممارسة العمل الطبي داخل المرفق⁶⁴⁰.

639- محمد حسن منصور، "المسؤولية الطبية: المسؤولية المدنية لكل من الأطباء - الجراحين - أطباء الأسنان - الصيادلة - المستشفيات العامة والخاصة، المرضى والمرضى"، مرجع سابق، ص. 85.
640- حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص. 31.

ب- الموقف القضائي المغربي

سبق القول إن القضاء الإداري المغربي يتبنى التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، فالخطأ الشخصي تكون المسؤولية فيه على عاتق الموظف شخصيا، وينفذ الحكم الصادر ضده بالتعويض في ماله الخاص، ولا تتحمله الدولة إلا في حالة إفساره، وذلك بصريح الفصل 80 من ق.ل.ع، أما الخطأ المرفقي فهو الخطأ الذي ينسب إلى الموظف العام وتقع المسؤولية عنه على عاتق الدولة وحدها⁶⁴¹.

وتظهر أهمية هذه التفرقة في تحديد جهة القضاء المختصة بنظر دعوى التعويض، إلا أن الطبيعة الإستقلالية للمسؤوليتين اللتين أقرهما الفصلان 79 و80 من ق.ل.ع، ستجعل وضعية الضحية أكثر تعقيدا بإنشاء المحاكم الإدارية، لأن هذه الأخيرة ستجد نفسها أمام صعوبة تكييف الخطأ، وبالتالي صعوبة إكتشاف القاضي المختص، الأمر الذي يتطلب بالضرورة إدخال تعديل على الفصل 80 من ق.ل.ع، وذلك لضمان حسن تطبيق النصوص القانونية ولتوحيد الإتجاهات القضائية.

أما في المغرب فإن دعوى التعويض التي يرفعها المريض المتضرر من خطأ طبي في مستشفى عام، هي دعوى تعويض عن عمل مادي قوامها مسؤولية الدولة عن أعمالها المادية في نطاق القانون العام ومجالاته، وذلك طبقا للمادة 8 من القانون 41-90 المحدثه بموجبه المحاكم الإدارية، إذ أن الإختصاص للنظر في الأخطاء الطبية المرفقية التي يتسبب فيها أطباء وأعاون المرفق الصحي العمومي، أو الأضرار الناتجة عن المسؤولية بناء على المخاطر لهذا الأخير، ينعقد للمحاكم الإدارية لأن المرفق الصحي يكون طرفا في الدعوى، بالإسناد إلى الفصل 79 من ق.ل.ع، أما في إطار المسؤولية الشخصية المنصوص عليها في الفصل 80 من ق.ل.ع، فإن دعوى التعويض تخرج عن إختصاص المحاكم الإدارية وتبقى من إختصاص المحاكم العادية، لأن المرفق الصحي ليس طرفا فيها، فهي مقامة من المتضرر

641 - أشرف بوخالف جلال، مرجع سابق، ص 115.

على الطبيب أو غيره من أعوان المرفق الصحي لإرتكابه خطأ شخصياً، وفقاً للمعايير المستقر عليها قضاء⁶⁴².

لنخلص بذلك إلى أن المسؤولية الإدارية بدون خطأ، والمسؤولية المبنية على خطأ مصلحي أصبحت بعد إحداث المحاكم الإدارية من إختصاص هذه الأخيرة، ويبقى الإختصاص قائماً للمحاكم العادية بخصوص المسؤولية الشخصية طبقاً للفصل 80 من ق.ل.ع.

إن القول بإختصاص القاضي الإداري بنظر دعاوى مسؤولية المؤسسات الصحية العمومية عن الأخطاء الطبية، يجد أساسه في كون أن المريض المستعمل للمرفق الصحي العمومي، والذي هو في نفس الوقت المتضرر من النشاط الطبي، لا يمكنه الحصول على تعويض إلا على أساس الخطأ المرفقي، وبالإضافة إلى ذلك فإن الطبيب على مستوى هذا المرفق⁶⁴³، ينفذ خدمة عامة بصفته موظفاً، لا يربطه أي عقد مع المريض الذي هو بصدد معالجته، وما يؤكد ذلك أن المريض في حد ذاته، لم يختار من يكون طبيبه المعالج، فهو يوجد إذن في وضعية تنظيمية إن الذمة المالية للمرفق الصحي العمومي، هنا هي المعنية بالتعويض عن أخطاء الأطباء التي ارتكبوها، مادام أن الأمر لا يتعلق بوجود أخطاء شخصية منفصلة عن الوظيفة لهؤلاء، أو أخطاء جزائية عمدية، لذلك يرى بعض الفقه بأنه يمكن تصور المؤسسة الصحية العمومية، بمثابة فريق كبير من الموظفين، كلهم مسؤولين دفعة واحدة عن التعويض.

642 - الحسن السيمو، مرجع سابق، ص. 14.

643 - قمرأوي عز الدين، مرجع سابق ص 67.

ثانياً: الإختصاص القضائي في حالة الجمع بين الخطأ الشخصي والمرفقي

إلا أنه وبالرغم من أن الأمر يبدو واضحاً وخالياً من أي تعقيد، فإن الأمر ليس كذلك في حالة إجتماع الخطأين الشخصي والمرفقي، ومن تم المسؤوليتين معا فهنا يثار الإشكال حول الجهة المختصة للنظر في دعوى المسؤولية هل هي المحاكم الإدارية أم العادية؟

لقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأنه إذا رفعت الدعوى منذ البداية أمام المحاكم الإدارية، وتبين لهذه الأخيرة أن المسؤولية ناتجة عن خطأ مصلحي وآخر شخصي، يتعين على المتضرر ان يدخل الموظف المساهم في الضرر بخطئه الشخصي في الدعوى، ليحكم عليه إلى جانب الدولة بأداء جزء من التعويض المعادل لنصيبه في المسؤولية،⁶⁴⁴ ولا يجوز للمحكمة الإدارية أن تصرح بعدم إختصاصها للنظر في الجزء الذي قد يتحمله الطبيب الموظف بسبب خطئه الشخصي، لأن القاضي الإداري في هذه الحالة يصبح قاضياً أصلياً لكل من التعويض عن الضرر الناتج عن الخطأ الشخصي، وذلك استناداً إلى مبدأ عدم تجزئة الأحكام ومبدأ حسن سير العدالة⁶⁴⁵.

في حين يفضل البعض الآخر من الفقه، في هذه الحالة أن ترفع الدعوى امام المحكمة الابتدائية، مع ضرورة إدخال الدولة في الدعوى للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الخطأ المرفقي، وهنا تثبت المحكمة الابتدائية في التعويضين معا عن الضرر الناتج عن الخطأين المصلحي والشخصي، استناداً إلى المادتين 17 و18 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية الذي يعطيها هذا الحق⁶⁴⁶.

وفي الحقيقة، فالرأي الغالب يميل إلى الرأي الأول، الذي يجعل الإختصاص للمحاكم الإدارية في حالة إجتماع الخطأين، على إعتبار ان المحاكم الإدارية هي ذات الولاية العامة للنظر في قضايا المسؤولية الإدارية، فهي أولى من غيرها للنظر في هذا النوع من القضايا،

⁶⁴⁴ - Mohamed Lassaad Aoudj, « neurochirurgie et responsabilités », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006, p 23.

⁶⁴⁵ - الحسن السيمو، مرجع سابق، ص. 15.

⁶⁴⁶ - Leila Ben Sedrine, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », op, cit, p 190.

بالرغم من أن تدخل المشرع بنص صريح لإسناد الاختصاص إلى المحاكم الإدارية، سيكون أفضل وسيسهل عمل القضاء وذلك كله ضمانا لحسن سير العدالة ولحق الضحية في التعويض.

وأخيرا نشير إلى أن دعوى الحلول التي يمكن رفعها على الدولة للحصول على التعويض، هي من قبيل الدعاوى الإحتياطية التي لا يمكن قبولها إلا بعد أن توجه الدهوى ضد الموظف ويثبت إعساره، وأن حلول الدولة محل الموظف في الأداء هو حلول مؤقتة، إذ يمكن للدولة أن ترجع على الموظف لإستعادة ما دفعته من تعويض عن خطئه الشخصي، بقدر إسهام هذا الخطأ في إحداث الضرر وذلك طبقا للقواعد العامة.

وينعقد الإختصاص في دعوى حلول الدولة محل موظفيها في الأداء، للمحاكم الإدارية شريطة أن يكون المتضرر قد استصدر حكما من المحاكم العادية يقضي بتحميل الموظف المسؤولية الشخصية في إطار الفصل 80 من ق.ل.ع، وكذا الوثائق والإجراءات المثبتة لعسره، ليتجلى إختصاص المحاكم الإدارية في هذه الحالة، في متابعة التنفيذ على أموال الدولة عوض أموال الموظف الثابت إعساره.

كما وضع المشرع المغربي الخطأ الجسيم كمعيار لمتابعة الموظف بصفة شخصية أمام القضاء العادي رغم أنه لم يحدد أي تعريف لهذا النوع من الأخطاء⁶⁴⁷.

إلا أن محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 24 فبراير 2007، صرحت بأن الحكم المستأنف الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 25 ماي 2005، خرق مقتضيات القانون لاسيما الفصلين 79 و80 من ق.ل.ع، حيث اعتبرت أن الفعل المرتكب من طرف الدكتور المعالج والممرض الذي حقن الهالكة بالدم، يعتبر خطأ شخصيا أدين بسببه أمام المحكمة الزجرية الاستئنافية بمراكش، وبالتالي لا تتحمل الدولة المسؤولية عنه، ولا يمكن الحكم إلا بإثبات عسر المدعى عليه.

647 - بن دشداش نسيمة، مرجع سابق، 97.

وقد أضافت محكمة النقض في حيثياته أن حقن الضحية بدم ليس مطابقا لفصيلة دمها يعتبر خطأ ماديا جسيما، وصل إلى حد ارتكابهما لجريمة تقع تحت طائلة القانون الجنائي، ولا يندرج ضمن المخاطر العادية التي يتعرض لها الموظف في أداء عمله اليومي مؤكدا بذلك الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف⁶⁴⁸.

والملاحظ أن هذا القرار قد فصل من خلاله المجلس الأعلى بين الخطأ الجسيم، الذي يتحمل مسؤوليته موظفو مرفق الصحة بصفة شخصية، وبين الخطأ البسيط، الذي تتحمل الإدارة مسؤوليته، ورفض بذلك إمكانية الجمع بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي، الذي أقرته المحكمة الإدارية بمراكش في المرحلة الابتدائية، حيث كانت قد صرحت: "... وإن كان يكتسي طابعا شخصيا كما جاء في الحكم الجنحي الذي حاز قوة الشيء المقضي به، فإنه في نفس الوقت، يعتبر الفعل الضار خطأ طبيا ينسب إلى المستشفى، وتلزم الإدارة بالتعويض عنه⁶⁴⁹.

هذا تعارض بين موقف المجلس الأعلى ومواقف المحاكم الإدارية لا يمكن تفسيره، إلا بكون أن اعتماد معيار الخطأ الجسيم للتمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي ليس إلا مسألة نظرية، فرفض المجلس الأعلى لقرار المحكمة الإدارية بمراكش، يركز منذ بدايته على إشارة هذه الأخيرة إلى إمكانية الجمع بين المسؤولية الشخصية للموظف والمسؤولية الإدارية للمرفق العام، وهو ما يمكن اعتباره أمر محظور بموجب مقتضيات الفصل 80 من ق ل ع، إذ لا يمكن مطالبة المرفق إلا في حالة إعسار الموظف مرتكب الخطأ، وهذا عكس ما هو موجود في فرنسا كما أشرنا سلفا.

هذا الأمر في نظرنا المتواضع لا يكتسي أهمية قصوى، حيث نتساءل ما فائدة المتابعة الشخصية لموظفي المرافق الصحية، بناء على الخطأ الجسيم؟ إذا كان القضاء العادي لا يتعامل مع الأخطاء الشخصية بنوع من الصرامة. والملاحظ، بالرغم من الأضرار التي قد

⁶⁴⁸ - Jean-Marc Lhuillier, «La responsabilité civile, administrative et pénale: Dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux», 4ème Edition ENSP 2006, p 209.

⁶⁴⁹ - عبد الحق دهبي، مرجع سابق، ص 98.

تصل في بعض الحالات إلى الوفاة، فالحكم يكون فيها ثلاثة أشهر حبسا نافذا مع وقف التنفيذ، وتعويض مالي قدره ألفي درهم وقد تكون أدنى من ذلك، شهرين حبسا مع وقف التنفيذ، وتعويض مالي ألف درهم. في حين أن المحكمة الإدارية بمراكش في قرارها السابق رقم 92، قضت في نفس الدعوى بتعويض قدره مائة ألف درهم، في الوقت الذي قضت المحكمة الجنحية بأسفي في نفس الدعوى، بتعويض مجموعه ثلاث وستون ألف درهم، علما أنه، في حالة ارتفاع مبلغ الغرامة المالية، فالموظف العمومي يمكنه التحلل من المسؤولية الشخصية، وذلك باللجوء للفقرة الثانية من الفصل 80 من ق.ل.ع بادعائه العسر المادي؛ مع أن هذا الأمر مستبعد في هذين المثالين، نظرا "لقيمة التعويض المادي الممنوح⁶⁵⁰".

مع كل ما تقدم، يمكن القول إن القاضي الإداري يتمتع بسلطة تقديرية للنظر في الدعوى أو الحكم بعدم الاختصاص، وبالتالي انعقاد الاختصاص للقاضي العادي في الحالات التي يرى فيها جسامة الخطأ المرتكب، ليبقى السؤال، ماذا لو رفعت القضية أمام المحكمة الإدارية في إطار الخطأ الجسيم ودفعت هذه الأخيرة بعدم الاختصاص نظرا لطبيعة الخطأ المرتكب؟ وفي المقابل ماذا لو رفعت القيمة أمام المحكمة العادية في إطار الخطأ الجسيم، وقضت هذه الأخيرة بعدم الاختصاص، لكون هذه الدعوى تدخل في إطار الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية حسب الفصل الثامن القانون المنشئ للمحاكم الإدارية؟

إلا أنه، كما أشرنا في السابق، قد يكون من الأنسب للضحية أن تنتظر قضيته أمام المحكمة الإدارية بدلا من أن تنتظر أمام المحكمة العادية، نظرا لقيمة التعويض المادي الذي تقضي به المحاكم الإدارية.

الفقرة الثانية: شروط قبول دعوى المسؤولية الإدارية الطبية

يمكن للمنتفع من خدمات المرفق العام الإستشفائي المتضرر من نشاط أو تنظيم هذا المرفق الحصول على تعويض لجبر الضرر الذي لحق به، بأن يتقدم بإحتجاج ودي إلى هذا المرفق، وذلك قبل أن يرفع دعوى أمام القضاء، وهو إجراء جوازي وليس وجوبيا، فإذا ما تم قبول

650 - بلهاشمي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 264.

هذا الإحتجاج، فإن الصلح يتم برضا الطرفين، وينفذ بمعرفة القاضي الإداري، وإذا ما فشل الصلح، فإن الضحية عليه أن يلجأ إلى الدعوى القضائية.

إن الأصل في عمل قاضي الموضوع حين تطرح قضية أمامه أن ينظر بادئ ذي بدء إلى توافر شروط قبول الدعوى شكلا، فإذا ما توافرت هذه الشروط المقررة قانونا إنتقل إلى فحصها من جانبها الموضوعي، وإذا تخلف واحد أو أكثر من هذه الشروط قضى بعدم قبولها وحكم برفض الدعوى شكلا.

وللإشارة، فإن القضاء برفض الدعوى شكلا المشار إليه أعلاه يسمح للمدعي بإعادة رفع الدعوى من جديد عند إستكمالها لشروط قبولها، حيث أنه لا يعتبر ذلك مساسا بمبدأ حجية الشيء المقضي به لأن الحكم بعدم قبول الدعوى ليس حكما في الموضوع، ونتعرض في هذه النقطة لشروط قبول دعوى التعويض الناشئة عن المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية.

أولاً: إجراءات حل النزاع وديا

وضع القانون من أجل تسريع وتبسيط حل النزاع ودفع التعويض، إجراءات لحل النزاعات وديا تقوم بها لجان إقليمية تسمى اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض، وهذه اللجان مكلفة أيضا بتسهيل حل النزاعات الأخرى بين أصحاب المهن الصحية وزبائنهم وكذلك المؤسسات الصحية ومنتجي المواد الدوائية.

وفي الحقيقة فقد كان ضحايا الحوادث الطبية، قبل صدور قانون حقوق المرضى لعام 2002، يشكون من طول أمد دعاوى المسؤولية وإجراءات المطالبة بالتعويض، وكذلك تعقيداتها والنفقات الباهظة التي تتطلبها، لذا تدخل المشرع من أجل تلبية هذا المطلب لجمعيات ضحايا الحوادث الطبية⁶⁵¹.

ومع ذلك لا يستفيد من هذه الإجراءات لحل النزاع وديا، إلا ضحايا الحوادث الطبية الذين تتوافر فيهم شروط الضرر الذي لحق بهم الشروط المطلوبة بمقتضى القانون، وبالمقابل فإن

⁶⁵¹ بوبكري محمادين: مرجع سابق، ص 193.

اللجوء إلى هذه الإجراءات هو أمر إختياري بالنسبة للمتضرر، كما يمكنه أن يرفع دعوى أمام القضاء وبإمكانه كذلك القيام بالإجرائين معاً، أي أن يطالب بحل النزاع ودياً ويرفع في الآن ذاته الدعوى أمام القضاء المختص.

أ- اللجان الإقليمية للمصالحة والتعويض

تكون هذه اللجان برئاسة قاض إداري أو مدني، ويكون في عضويتها ممثلون عن المرضى والزبائن،⁶⁵² وممثلون عن أصحاب المهن الصحية والمسؤولين عن المؤسسات وكذا ممثلين عن المكتب الوطني للتعويض والمؤمنين، طبقاً لما جاء في المادة L1142-6 فقره 1، من قانون 2002/03/19، وحدد المرسوم رقم 2003/120 كيفية تشكيل هذه اللجان وألية عملها، وتنعقد هذه اللجان إما لحل النزاعات ودياً أو للمصالحة، وعندما تنعقد للمصالحة يمكن لها أن تفوض كلا أو جزءاً من إختصاصها إلى وسيط أو أكثر⁶⁵³.

ب-رفع النزاع إلى اللجنة

يمكن لكل شخص يعتقد بأنه ضحية ضرر ناجم عن عمل وقائي، أو تشخيصي، أو علاجي، أو لورثته في حال وفاته رفع النزاع إلى اللجنة، ويجب ان يكون الطلب مرفقاً بالأدلة، وبخاصة التقرير الطبي الذي يبين بدقة الأضرار التي لحقت بالمضرور، وإذا رأت اللجنة بعد إجراء الخبرة، أنه لا يتوفر شرط الجسامة فإنها تعلن عدم إختصاصها وتبلغ الأطراف بذلك⁶⁵⁴.

وهو ما جتء في المادة 9 من قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربي " تتولى اللجنة المهام والصلاحيات التالية:

⁶⁵² قررت محكمة التمييز الأردنية في حكمها رقم 298 لسنة 2015، الصادر بتاريخ 2015/3/24 على أنه "... - اللجان الطبية هي اللجان المختصة بتقدير نسبة العجز لدى المصاب..."، المنشور بموقع <http://www.qistqs.com/jor/ssearchLdec> تاريخ زيارة الموقع، 2017/2/11، على الساعة 21س12د.

⁶⁵³ بوبكري محمادين: مرجع سابق، ص 193.

⁶⁵⁴ طبقاً لما جاء في الفقرة 1 من المادة L1142 -7- من قانون الصحة العامة والمادة - 49-R795 من قانون الصحة العامة المعزز بالمرسوم رقم 2003/140.

- النظر في الشكاوى المقدمة من متلقي الخدمة، أو ورثته، أو وليه، أو وصيه الى الوزير أو النقابة المعنية.
- تقديم الخبرة الفنية في الدعوى أو الشكاوى بناء على طلب الجهة القضائية المختصة.
- لى اللجنة تشكيل لجان فرعية متخصصة من خارج اعضائها تتولى إبداء رأيها في الطلبات التي تحيلها إليها اللجنة..."

ت-الإجراءات أمام اللجن

إذا قررت اللجنة أن الشروط المطلوبة قانونا متوفرة توجب عليها أن تصدر رأيا حول ظروف الضرر وأسبابه وطبيعته، وكذلك حول نظام التعويض الذي يجب تطبيقه، ويجب أن يصدر هذا الرأي خلال مدة ستة أشهر، إعتبارا من تاريخ رفع الطلب إلى اللجنة، ويجب أن يبلغ إلى الأطراف المعنية، ويجب أن يكون الرأي مسبقا بخبرة طبقا لما جاء في المادة 12-42L11 من قانون الصحة العامة، ويتم إختيار الخبراء من قائمة الخبراء الطبيين الوطنية التي تضعها اللجنة الوطنية الجديدة للحوادث الطبية.

وإذا رأت اللجنة أن الضرر يستوجب مسؤولية أحد أصحاب المهن الصحية، أو مؤسسة صحية وجب أن يبلغ الرأي إلى المؤمن المسؤول عن الضرر الذي يجب أن يتقدم بعرض خلال مدة أربعة أشهر يهدف إلى تعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه، وفي هذه الحالة يجب أن يتم دفع التعويض خلال مدة شهرا، وفي هذه الحالة يجب أن يتم دفع التعويض خلال مدة شهر إعتبارا من تاريخ وصول القبول إلى المؤمن، وإذا تأخر الدفع عن تلك المدة يترتب على المسؤول دفع فوائد عنها ضعف المعدل القانوني لها.

ويمكن للمضرور أن يرفض العرض الذي تقدم به المؤمن، وحينئذ يرفع الدعوى أمام القاضي المختص من أجل تقدير مبلغ التعويض، وإذا تبين للقاضي بشكل واضح أن العرض الذي تقدم به المؤمن غير كاف أمكن له أن يحكم على المؤمن كجزاء، بدفع مبلغ يساوي على الأكثر 15% من قيمة التعويض الذي يحكم به. وإذا كان المسؤول غير مؤمن عليه، فإن

المكتب الوطني يأخذ على عاتقه دفع التعويض للمضرور، ويحتفظ بحقه في مراجعة المسؤول أو مؤمنه⁶⁵⁵.

ث- الطعن في رأي اللجنة

وحسب المادة 10 من قانون المسؤولية الطبية والصحية المغربي " ... للمشتكى او لمقدم الخدمة المشتكى عليه حق الاعتراض على القرار الصادر عن اللجنة الفنية العليا خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره، على اللجنة الفنية العليا تشكيل لجنة فرعية أخرى لدراسة الاعتراض ورفع تقريرها الى اللجنة الفنية العليا، في حال اختلاف تقرير اللجنة المشكلة بموجب الفقرة (و) من المادة (9) والفقرة (ب) من هذه المادة من هذا القانون تجتمع اللجنتان لاعتماد احد التقريرين ورفعها الى اللجنة الفنية العليا وفي هذه الحالة يعتبر القرار المعتمد منها قرارا قطعيا".

كما يمكن للمضرور أن يرفض الرأي الصادر عن اللجنة، وعليه في مثل هذه الحال أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض أمام القضاء، وبالمقابل لا يمكن للمؤمن المسؤول عن الضرر أو للمكتب الوطني للتعويض أن يعترض على ذلك القرار إلا بعد دفع التعويض للمضرور⁶⁵⁶، وبعد ذلك يكون الإعتراض بموجب دعوى الحلول.

وإذا كان المؤمن يعتقد أن مسؤولية المؤمن عليه غير متحققة فإنه يحق له أن يحل محل هذا الأخير فيرفع الدعوى على غيرالمسؤول عن الضرر أو على المكتب الوطني حسب الحال للمطالبة بالتعويض الذي دفعه للمضرور، ويحق كذلك للمكتب الوطني الرجوع إلى المسؤول عن الضرر سواء كان صاحب أحد المهن الصحية، أو المؤسسة الصحية إذا كان يرى خلافا لرأي اللجنة أن مسؤوليته قائمة نتيجة توافر أركانها.

⁶⁵⁵ - Michelle M. Mello, « Health Courts” and Accountability for Patient Safety », Harvard School of Public Health; Harvard Medical School; Aetna, The Milbank Quarterly, Vol. 84, No. 3, 2006, p 463.

⁶⁵⁶ - بوبكري محمادين: مرجع يابقي، ص 195.

وعن المسؤولية للطبيب المخطئ، في القانون المغربي هناك إمكانية لجوء المرضى «الضحايا» إلى هيئة الأطباء⁶⁵⁷ التي يعد من خصوصياتها حماية المريض من بعض الأخطاء التي يقع فيها بعض الأطباء من خلال تعيين هيئة طبية تتخصص في النظر في مسؤولية الطبيب عن الخطأ الذي قد يدعيه المرضى، ومن شأن التقرير الذي تعينه هذه الهيئة أن يسير في اتجاه التشطيب على الطبيب من هيئة الأطباء في حال ثبت الخطأ بشكل جلي، كما لهم أن يلجؤوا إلى المحاكم لكن بالنسبة للخطأ الطبي الذي يستوجب التشطيب فيجب توفر شروط معينة، بأن يترتب عن هذا الخطأ ضرر، وأن تكون هناك علاقة بين الضرر والخطأ، مشيراً إلى الفراغ الذي يعاني منه التشريع المغربي في هذا الإطار على اعتبار أن النصوص التي يتم الاعتماد عليها لمساءلة الأطباء المخطئين متناثرة ولا يوجد قانون خاص يحمي المريض من أخطاء الطبيب ويحمي الطبيب من إدعاءات بعض المرضى.

ثانياً: الصفة والمصلحة

يقصد بالصفة بالنسبة للمدعي أن يكون هذا الأخير هو نفسه صاحب الحق المعتدى عليه أي صاحب المصلحة، ومنه فإن الصفة تعد خاصية للمصلحة الشخصية والمباشرة. وبالنسبة للمدعى عليه يجب أن يكون هو الشخص الذي يوجد الحق في مواجهته و يدق التمييز بين الصفة وبعض المصطلحات المشابهة لها كالمصلحة أو التمثيل القانوني، فالصفة تختلف عن التمثيل إختلافاً بيناً، فالولي الشرعي للقاصر الذي تعرض لضرر تسبب فيه المرفق العام الإستشفائي، يعتبر ممثلاً قانونياً لصاحب الصفة الذي هو القاصر المتضرر من نشاط المستشفى العمومي، كما يمكن أن تحوز صفة التقاضي جمعيات الدفاع عن حقوق المرضى، فالقانون إذ يعترف بالجمعيات إنما يعترف بالمصالح المشتركة لأعضائها، وعليه يتعين حماية هذه المصالح عن طريق منح الجمعية صفة التقاضي⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ - ظهير رقم 1.13.16 صادر في فاتح جمادى الأولى 1434 (13 مارس 2013) بتنفيذ القانون رقم 08.12 المتعلق بالهيئة الوطنية للطببيات والأطباء.
⁶⁵⁸ - بلهاشمي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 264.

إن اشتراط المصلحة يجب تحقيقه في جميع الدعاوى، وللإشارة فإن المصلحة المقررة قانوناً قد تكون مصلحة مادية، وقد تكون مصلحة معنوية، كما قد تكون مصلحة شخصية، كما هو الحال في مصلحة المريض المتضرر من المرفق العام الإستشفائي في رفع دعوى التعويض عن الضرر الطبي المتعرض له، كما قد تكون مصلحة جماعية كما هو الحال في مصلحة مصالح حماية البيئة في رفع الدعوى ضد المستشفيات العمومية التي لا تراعي قواعد معالجة النفايات الإستشفائية، أو مصلحة جمعيات الدفاع عن حقوق المرضى، أما فيما يتعلق بالتاريخ الذي يعتد به لتقدير وجود المصلحة فهو تاريخ رفع الدعوى، وأن إنعدام المصلحة خلال سير الدعوى لا أثر له على قبولها وبالمقابل فإن القاضي يأخذ بعين الاعتبار المصلحة التي تظهر بعد رفع الدعوى وإن لم تكن موجودة من قبل⁶⁵⁹.

ثالثاً: تمثيل الدولة أمام القضاء

يطرح موضوع تمثيل أشخاص القانون العام أمام القضاء، خاصة الدولة والمؤسسات العامة والجماعات الترابية صعوبة بالغة الأهمية على المستوى العملي نظراً لتعلقه بالنظام العام⁶⁶⁰.

فتحديد الجهة التي لها الصفة في تمثيل الشخص المعنوي العام سواء كان هذا الشخص العام مدعي أو مدعى عليه، ليست مسألة نظرية فحسب، بل عملية أيضاً، لإرتباط ذلك بتقييد الدعوى وسير الإجراءات ثم صدور الحكم القضائي وكذا مباشرة إجراءات تبليغه وتنفيذه.

وهكذا نص الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية على أنه: " لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه.

⁶⁵⁹ - Acte du séminaire de rabat des 12 et 13 octobre 2009 la coopération entre le Maroc et la France dans le domaine de la couverture médicale de base de 2005 à 2009.

⁶⁶⁰ - عبد الكبير العلوي الموصلي: مرجع سابق، ص 116.

يثير القاضي تلقائياً إنعدام الصفة، أو الأهلية، أو المصلحة، أو الإذن بالتقاضي إن كان ضرورياً، وينذر الطرف بتصحيح المسطرة داخل أجل يحدده، وإذا تم تصحيح المسطرة إعتبرت الدعوى كأنها أقيمت بصفة صحيحة، وإلا صرح القاضي بعدم قبول الدعوى.

ومن أجل تحديد من له الصفة في تمثيل أشخاص القانون العام أمام القضاء، فقد حدد الفصل 515 من قانون المسطرة المدنية من له الصفة بذلك⁶⁶¹.

لكن يلاحظ بالإطلاع على مجموعة من التطبيقات القضائية في موضوع تمثيل أشخاص القانون العام أمام القضاء، خاصة الدولة والجماعات المحلية، أن المتقاضين غالباً ما يجهلون طريقة توجيه الدعوى ضد الدولة أو الجماعات الترابية.

وبما أن الفصل الأول من قانون المدنية يوجب لقبول الدعوى أن يكون للمدعي والمدعى عليه الصفة وإلا كانت غير مقبولة، وأن الدفع المتعلق بالصفة يعتبر من النظام العام، ويمكن إثارته في أية مرحلة من مراحل التقاضي، وأنه للقاضي أن يثير الصفة من تلقاء نفسه ولو لم يثيرها الأطراف، فإن عدم الدقة في تحديد الجهة التي لها الصفة في تمثيل الشخص العام أمام القضاء، جعل نسبة كبيرة جداً من القضايا يكون مألها الحكم بعدم القبول شكلاً لعدم توجيه الدعوى ضد من يجب، أو لعدم إدخال طرف أساسي في الدعوى، أو تصدر المحكمة هي الأخرى الحكم ضد غير صفة في تمثيل الشخص المعنوي العام⁶⁶².

⁶⁶¹ - ترفع الدعوى ضد:

- 1- الدولة، في شخص الوزير الأول وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء.
- الخزينة، في شخص الخازن العام.
- 2- الجماعات المحلية، في شخص العامل بالنسبة للعمليات والأقاليم، وفي شخص رئيس المجلس القروي بالنسبة للجماعات .
- 3- المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانون.
- 4- مديرية الضرائب، في شخص مدير الضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها.
- 5- مديرية أملاك الدولة، في شخص مدير أملاك الدولة فيما يخص النزاعات التي تهم الملك الخاص للدولة.

⁶⁶² - عبد الكبير العلوي صوصي: مرجع سابق، ص 117.

أ - الدولة المغربية يمثلها رئيس الحكومة

صدرت عدة قرارات قضائية عن القضاء المغربي بمختلف درجاته كلها تؤكد على المبدأ القاضي بكون الدولة المغربية يمثلها الوزير الأول، وبناء عليه ليس لأي مرفق تابع للدولة أن يمثل الدولة المغربية التي يجب مقاضاتها في شخص الوزير الأول ويترتب على ذلك أنه لا يجوز رفع الدعوى ضد وزارة معينة لوحدها.

- حالة مرفق تابع للدولة لا يتمتع بشخصية معنوية وإستقلال مالي، يجب مقاضاة الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة:

نعرض في هذا الصدد لقرار صادر عن محكمة النقض ثم قرار لمحكمة الإستئناف بالرباط.

حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه عدم الجواب على دفوعات الأطراف إنعدام التعليل بإعتبار أن الطلب أثار في مقاله من أجل تعرض الغير الخارج عن الخصومة، جملة من الوسائل الوجيهة التي تكون سببا كافيا لإبطال الحكم المستأنف، غير أن محكمة الدرجة الثانية لم تعرها أي إهتمام، وخاصة الدفع بخرق مقتضيات الفصل 515 من قانون المسطرة المدنية، ذلك أنه أثار كون المدعي وجه دعواه ضد مستشفى محمد الخامس دون توجيهها ضد الدولة المغربية في شخص السيد الوزير الأول، بإعتبار أن المستشفى المذكور مرفق عمومي تابع للدولة ولا يتمتع بأهلية التقاضي، وأنه بالإطلاع على القرار المطعون فيه فإن المحكمة المصدرة له لم تشر إلى الطرف الأساسي الذي ينبغي أن توجه ضده الدعوى وهي الدولة المغربية علما بأن القاضي يمكنه أن يراقب تلقائيا شروط تقديم الدعوى⁶⁶³.

حيث تبين صحة ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك أنه من الثابت أن المطلوب قد وجه دعواه ضد مستشفى محمد الخامس وهو مرفق عمومي تابع للدولة، وأنه عملا بمقتضيات الفصل 515 من ق،م،م فإنه يتعين توجيه الدعوى أيضا في مواجهة الدولة المغربية

663 - عبد الكبير العلوي الموصلي: مرجع سابق، ص 118.

في شخص الوزير الأول إذا كان الحكم له تأثير على مديونية الدولة، إلا أن المحكمة المطعون في قرارها ردت هذا الدفع بكون الدعوى لا تهدف إلى التصريح بمديونية الدولة...، مع أن الواقع خلاف ذلك، ذلك أن القرار المطعون فيه قضى بإخراج شركة التأمين من الدعوى والحكم على مشغل المطلوب بأدائه لفائدته الإيراد المستحق له في شكل رأسمال، والمشغل المطلوب هو مرفق عمومي والحكم عليه يشكل تصرحا مباشرا بمديونية الدولة، وأن المحكمة بذلك تكون قد خرقت مقتضيات الفصل المستدل به، وبنت قرارها على أساس غير سليم وعرضته للنقض، وبصرف النظر عن بحث الفرع الثاني من الوسيلة الأولى وكذا الوسيلة الثانية، وأن حسن سير العدالة يقتضي إحالي القضية على نفس المحكمة⁶⁶⁴.

وفي قرار محكمة الإستئناف بالرباط جاء فيه الدفع بخرق مقتضيات الفصل 515، ق، م، م، م، والخلط بينه وبين الفصل 514 من نفس القانون.

حيث إنه بالرجوع للفصل 515 المشار إليه أعلاه يتضح أنه ينص على أنه: ترفع الدعوى ضد الدولة في شخص الوزير الأول وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الإقتضاء...

وحيث أن المشغل في النازلة هو المركز الإستشفائي بالخميسات وهو أحد مرافق الدولة وتابع لها وبالتالي فهو لا يتوفر على الإستقلال مالي يمكنه من تنفيذ الأحكام القضائية، وأن الدولة المغربية هي المكلفة بذلك، ومن ثم كان لازما على المدعي إدخال الدولة المغربية في شخص الوزير الأول في الدعوى بإعتباره الجهة ذات الصفة والأهلية للتقاضي بإسمها، وعدم الإكتفاء بإدخال الوكيل القضائي للمملكة لكونه لا يعتبر ممثلا للدولة وغنما تفرض إدخاله في الدعوى مقتضيات الفصل 514 من ق، م، م، كلما تعلق الأمر بمديونية الدولة.

وحيث أن محكمة النقض قد أكدت بدورها وفي الكثير من القرارات الصادرة عنها، ضرورة توجيه الدعوى ومباشرة الإجراءات المسطرية ضد الدولة في شخص ممثلها القانوني الوزير

664 قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 2007/03/28، تحت عدد 319 في الملف عدد 1047/5/1/2006، " غير منشور".

الأول، ومن هذه القرارات، القرار عدد 476 الصادر بتاريخ 28/5/02 وفي الملف الإجتماعي عدد 101/5/2/02.

وحيث أن المدعي لم يحترم المقتضيات المشار إليها أعلاه، يكون قد وجه دعواه ضد غير ذي صفة والحكم المستأنف بدوره لما إعتبر الوكيل القضائي المدخل في الدعوى ممثل للدولة المغربية، قد خرق مقتضيات الفصل 515 المذكور وعرض نفسه للإلغاء....⁶⁶⁵

- الحالة التي لايجوز رفع الدعوى ضد وزارة معينة لوحدها، الدولة يمثلها الوزير الأول:

من الممكن أن يتم توجيه الدعوى ضد الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة، وتضاف بجانب ذلك وزارة معينة كمرفق تابع للدولة بإعتبارها هي المعنية مباشرة بوقائع النزاع، حيث يتم الحكم على الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة، وتضاف إلى جانب هذا المنطوق الوزارة المعنية بالنزاع.

وهذه الصيغة في إصدار الأحكام لها أهميتها من الناحية العملية والقانونية وأيضاً، حيث تسهل عملية تنفيذ الحكم الصادر في مواجهة الوزارة المعنية مباشرة بإعتبارها مرفقا له ميزانية خاصة تحتوي على سطر لتنفيذ الأحكام القضائية.

أما إذا تم إصدار الحكم القضائي في مواجهة الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة مباشرة، وبدون إضافة الوزارة المعنية بالنزاع، فإن هذا لا يعيب الحكم القضائي في شيء، فقط من شأن ذلك أن ينقل عبء تنفيذ ذلك الحكم إلى الميزانية العامة.

665 قرار محكمة الإستئناف بالرباط، صادر بتاريخ 2007/12/27، تحت عدد 712، في الملف 876/06/16 " غير منشور.

ب- رفع الدعوى ضد المرافق العمومية

ترفع الدعوى ضد المؤسسات العمومية في شخص ممثلها القانوني، ومن ثم فالذي له الصفة في تمثيل المؤسسة العمومية - كالمراكز الإستشفائية - أمام القضاء هو الممثل القانوني⁶⁶⁶.

ولتحديد الممثل القانوني للمؤسسة العمومية يتم الرجوع إلى القانون المنشئ لهذه المؤسسة، حيث يتولى المشرع تحديد من له صفة التمثيل أمام الغير وأمام القضاء وهو غالبا المدير.

كذلك ليس في حاجة لإدخال الدولة المغربية، أو الوزارة الوصية على تلك المؤسسة العمومية، طالما النص القانوني واضح، فعدم إدخال الدولة المغربية أو الوزارة الوصية على المؤسسات المعنية بالنزاع له أهمية على المستوى العملي، حيث تنقص تكاليف التبليغ ويتم غلق الباب على تلك الأشخاص العامة غير المعنية بالنزاع كي لا تمارس طرق الطعن، وكي لا يتم الحكم عليها بالرغم من كونها غير معنية بالنزاع، وبالتالي تطعن بقصد الإخراج من الدعوى، على اعتبار أن الصفة من النظام العام تثار في جميع مراحل التقاضي، وهكذا تطول المسطرة إلى ما لا نهاية.

الفرع الثاني: تكريس القضاء لحماية الحق في الصحة

لقد كان الهدف من إنشاء القضاء الإداري ضمان العدل والحماية للأفراد، والحصول بالتالي على إقتضاء الحقوق منها عن طريق المطالبة القضائية، وفي المجال الطبي وباعتبار المريض المتضرر هو الطرف الضعيف وخاصة ونحن أمام موضوع شائك تغمره الكثير من الإشكالات والصعوبات،⁶⁶⁷ وهو موضوع المسؤولية الطبية، فلم يتوان القضاء الإداري عن إيجاد حلول تكون في صالح المتضرر الذي يكون في مواجهة الدولة، وتتجلى هذه الحماية

⁶⁶⁶ - Lhassane Bouziani, « la santé au Maroc entre le service public et la profession libérale », REMALD n 9, année 1999, p 23.

⁶⁶⁷ - Alain Coulomb, « Principes méthodologique pour la gestion des risques en etablissement de santé », Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en Santé (ANAES), Janvier 2003, p 60.

من خلال إنطلاقه من المرجعية الدولية لحقوق الإنسان، للقول بحق الإنسان في الصحة، وبالتالي تحميل الدولة المسؤولية⁶⁶⁸

وبما أن القضاء بصفة عامة والقضاء الإداري بصفة خاصة وبتكريسه الحق في الصحة، يكون قد خطى خطوة أخرى نحو تعزيز حقوق الإنسان وحمايتها لاسيما في المجال الطبي والقضاء بهذا التوجه، لا شك أنه سيساهم في توفير حماية أكثر للمتضرر والحصول على التعويض، وهذا ما سنوضحه من خلال مناقشة هذه الحماية ضمن نقطتين، سنتناول في النقطة الأولى، لمضمون الحق في الصحة، ثم مدى حضور هذا الحق ضمن توجهات القاضي الإداري في النقطة الموالية⁶⁶⁹.

الفقرة الأولى: مضمون الحق في الصحة

يعد الحق في الصحة حق إجتماعي وإقتصادي أساسي وفقا للمادة 12 من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، الصادر سنة 1966 تضمنت الاعتراف بالحق في الصحة باعتباره أحد حقوق الإنسان حيث إن كل دولة تعهدت بحماية هذا الحق من خلال إعلانات دولية وتشريعات وسياسات عمومية، وإلتزمت بذلك في مؤتمرات دولية.

وتزايد هذا الاهتمام بالحق في بالتمتع بأعلى مستوى من الصحة من خلال هيئات رصد معاهدات حقوق الإنسان ومنظمة الصحة العالمية ومجلس حقوق الإنسان " تعترف الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية".

كما أن هذا الحق مكرس في دستور 2011 في الباب المتعلق بالحقوق والحريات، في الفصل 31، على أنه: "تعمل الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات الترابية، على تعبئة كل الوسائل المتاحة، لتيسير أسباب إستفادة المواطنين والمواطنات، على قدم المساواة، من

⁶⁶⁸- Abdellah Boudahrain, op.cit, p. 210-215.

⁶⁶⁹- محند بوكوطيس، "الحماية القانونية والقضائية للحق في الصحة"، المنبر القانوني مجلة نصف سنوية تعنى بالدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، مطبعة المعارف، الرباط 2013، ص 78.

الحق في العلاج والعناية الصحية، الحماية الاجتماعية والتغطية الصحية، والتضامن التعاضدي أو المنظم من طرف الدولة..."

ويلاحظ أن الدستور المغربي لم يشر إلى الحق في الصحة بطريقة مباشرة، وإنما نص على الحق في العلاج والعناية الصحية والحماية الاجتماعية والتغطية الصحية، والتي تشكل جانب من الإجراءات والتدابير التي يستلزمها الحق في الصحة ويتعين على الدولة توفيرها لتنفيذ هذا الحق.

كمت تم تكريسه من طرف المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، ففي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، نصت المادة الخامسة والعشرون على أنه⁶⁷⁰: "لكل شخص الحق في مستوى معيشة يكفي لضمان الصحة والرفاهية له ولأسرته"، ونص العهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وفي مادته الثانية عشر على: "حق كل انسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه".

كما أكدت مدونة أخلاقيات مهنة الطب حيث نصت في المادة 5 " يعتبر الطبيب في خدمة الفرد والصحة العامة، وعلى هذا الأساس يزاول مهنته في احترام تام لحياة الإنسان وشخصه وكرامته. ويعمل الطبيب جاهدا على الحفاظ على حياة مرضاه والدفاع عن مصلحتهم وعلاجهم من الأمراض والحد من معاناتهم".

وفيما يخص مسؤولية الدولة فقد تم التنصيص عليها منذ التشريعات القديمة، حيث تلاحت خطوات تطوير وتوسيع إطار مفهوم الصحة وتعريفها بدءا من أقدم القوانين في حقبة التصنيع عام 1802 في بريطانيا، وقانون الصحة العامة 1848، تتويجا بإنشاء منظمة الصحة العالمية who world health organization عام 1948، والتي قامت بوضع ونشر مفهوم اجتماعي للصحة، وهذا وتنص جل الدساتير على الحق في الصحة إما بطريقة

⁶⁷⁰ - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة 10 ديسمبر 1948 في باريس ويتألف من 30 مادة ويخطط رأي الجمعية العامة بشأن حقوق الإنسان المكفولة لجميع الناس.

مباشرة أو غير مباشرة من خلال التنصيب على المبادئ التي تسعى الدولة عبرها تحقيق الوصول إلى حق المواطنين في التمتع بالصحة⁶⁷¹.

وجاء في المادة الرابعة من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب أنه "لا يجوز إنتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه إحترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية، ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفياً"⁶⁷².

وهكذا تم التنصيب في دستور منظمة الصحة العالمية على أنه: "التمتع بأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه هو أحد الحقوق الأساسية لكل إنسان، دون تمييز بسبب العنصر، أو الدين، أو العقيدة السياسية، أو الحالة الإقتصادية والإجتماعية"⁶⁷³.

كما أن التوصيات الصادرة عنها أبرزت أهم عناصر هذا الحق، ذلك أنها أصدرت توصية بسطت فيها ما يقتضيه إعمال هذا الحق من إلتزامات ومنها ما جاء في الفقرة الأولى من هذه التوصية التي تتضمن إعلان مسؤولية الدولة والمجتمع.

إذا كان فقهاء القانون الدولي اختلفوا حول ما إذا كان الحق في الصحة المقرر من طرف المواثيق الدولية يفرض إلتزامات محددة على الدولة أو غيرها يمكن المطالبة بها قضائياً، أم مجرد هدف يقوم عليه نظامها الإقتصادي والإجتماعي، فإن الرأي الراجح هو أن الحق في الصحة يحمل طابعاً إلزامياً للدول متى قام هذا الحق على عناصر وتدابير كفيلة بتنفيذه على إعتبار أن حياة الفرد وسلامته تعتبر من القيم التي يحميها القانون كما يخول الحق في طلب التعويض عن الأضرار اللاحقة به.

⁶⁷¹- تعد منظمة الصحة العالمية السلطة التوجيهية، والتنسيقية ضمن منظومة الأمم المتحدة فيما يتعلق بالمجال 11 الصحي، وهي مسؤولة عن تأدية دور قيادي في معالجة المسائل الصحية العالمية، وتصميم برنامج البحوث الصحية ووضع القواعد، والمعايير، وتوضيح الخيارات السياسية المسندة بالبيانات، وتوفير الدعم التقني إلى البلدان، ورصد الاتجاهات الصحية، وتقييمها. منشور على الرابط الإلكتروني لمنظمة الصحة العالمية، www.who.int/about/ar/، الزيارة تاريخ: 25/5/2016.

⁶⁷²- أحمد ادريوش، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، مرجع سابق، ص. 111.

⁶⁷³- محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، مرجع سابق، ص. 147.

كما أنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن تدخل الدولة في المجال الصحي يترتب تعويضاً للأفراد المتضررين منها إذا ما كانت هذه التدخلات نتج عنها أخطاء أو إستعمال وسائل خطيرة، فإنه من باب أولى محاسبة الدولة عن عدم تدخلها للقيام بواجبها المتمثل في كفالة الحق في الصحة لغاية تحقق الهدف من إقرار هذا الحق باعتبار الدولة ضامنة للحقوق⁶⁷⁴.

الفقرة الثانية: تكريس القضاء لمسؤولية الدولة عن الحق في الصحة في نشاط المرفق الصحي العمومي

لقد أثير نقاش لدى الفقه القانوني حول مشكلة ما إذا كان هذا الحق يفرض إلتزامات محددة على الدولة أو غيرها تمكن المطالبة بها قضائياً، أم مجرد هدف يقوم عليها نظامها الإقتصادي والإجتماعي، حيث تتجاذب الموضوع إتجاهان، الإلتجاه الأول يقول بالإلتزام الدولة بضمان الحق في الصحة وإمكانية الأفراد المطالبة به قضائياً في حالة إخلال الدولة بهذا الحق، وإتجاه ثاني يرى أن التنصيص على الحق في الصحة لا يعني أن الدولة ملزمة بتنفيذه وأنه لا يحق للأفراد المطالبة بتحقيقه قضائياً⁶⁷⁵.

كما شكل مدى جواز الإحالة على المرجعية الدولية لحقوق الإنسان من طرف القضاء موضوع نقاش لدى الفقه القانوني، بين من يرى أن المواثيق الدولية وما أقرته من حقوق ذات توجه عالمي، لا يمنع القضاء من الإحالة عليها في أحكامه وقراراته التي يصدرها، وبين من يرى من جانب آخر أن التشريع الداخلي للدولة هو الأولى، وأن القضاء يبقى مقيد بتطبيق التشريع الداخلي القائم.

وبالرجوع إلى المواثيق الدولية التي أشارت إلى الحق في الصحة، فإنها تقر بالإعمال التدريجي للحق من قبل الدول المصادقة على الإتفاقيات ذات الصلة من جهة، والإلتزام بتطبيق

674 - محمد الداودي، مرجع سابق، ص 27.

675 - Ali khaldi, « la responsabilité d'ordre privé existant en matière d'exercice de la médecine », la responsabilité médicale centre de publication, universitaire Tunis 2006, p 32.

الإلتزامات المفروضة على الدول بمجرد المصادقة من جهة أخرى وهو ما أكدته الدستور المغربي.⁶⁷⁶

وقد سار القضاء الإداري المغربي على هذا النهج في نطاق مسؤولية الدولة في المجال الطبي، حيث أبان أن القضاء الإداري لا يتوانى لحظة في إقرار مسؤولية الدولة في المجال الطبي معتمدا على الإتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان والتي تقر بحماية الحق في الصحة والتي توفر ضمانا أكثر في الحصول على التعويض.

ففي حكم المحكمة الإدارية بأكاير بتاريخ 21 أكتوبر 2004⁶⁷⁷، والذي أكدت فيه على مبدأ المساواة في تلقي العلاج، كمبدأ من المبادئ التي لها علاقة وطيدة بالحق في الصحة ومما جاء فيه : "وحيث إن قسم الكلية الإصطناعية بمستشفى الحسن الثاني بأكاير عندما قرر توقيف عملية التصفية الإصطناعية لدم الضحية الذي كان السبب في وفاتها يتنافى مع ما يجب أن يقوم به مرفق الصحة تجاه كافة المواطنين وبدون النظر إلى حالتهم المادية والاجتماعية، علما أن من مبادئ المرافق العامة هو أداء خدماتها لجميع المواطنين على وجه المساواة، وحيث إن القرار الذي إتخذه قسم الكلية يتعارض مع حق من حقوق الإنسان ألا وهو الحق في الصحة والعيش الذي نصت عليه مجموعة من المواثيق الدولية والإقليمية.

وحيث إن قرار مستشفى الحسن الثاني بأكاير بحرمان الضحية من الإستفادة من التصفية الإصطناعية لدمها يعتبر إخلال بمبدأ مساواة المواطنين في العلاج والعناية الطبية اللازمة تقديمها من مرافق الصحة العمومية بجعلها مقرونة بالمستوى المادي والمعنوي".

وقضت نفس المحكمة في حكم لها⁶⁷⁸: "بأن المملكة المغربية بإعتبارها العضو النشط في المنظمات الدولية فهي ملزمة بالإلتزام لما تقتضيه مواثيقها من مبادئ وحقوق وواجبات،

⁶⁷⁶ - حيث جاء ضمن تصدير الدستور، "جعل الإتفاقيات الدولية كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو فوق نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات مع ما تتطلبه تلك المصادقة".

⁶⁷⁷ - محمد الأعرج، تعليق على حكم المحكمة الإدارية بأكاير، عدد 763 بتاريخ 21-10-2004، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 74، سنة 2007، ص. 215.

⁶⁷⁸ - حكم المحكمة الإدارية بأكاير، حكم عدد 2007/148، ملف إداري عدد 2005/465 صار بتاريخ 2007/4/27، منشور في مجلة فقه المنازعات الإدارية، منشورات مجلة الحقوق، العدد السنوي الثالث 2013، ص. 238.

والحق في الصحة من حقوق الإنسان الأساسية التي أقرتها المواثيق الدولية، ويتأسس الحق في الصحة على رعاية وقائية وعلاجية في أحسن مستوى ممكن من الكفاءة لجميع سكان البلاد، وبالتالي فتخلف الدولة عن تقديم الخدمات الطبية للمدعية يجعلها مسؤولة باعتبارها الضامنة لكفالة الحق في العلاج عن الأضرار اللاحقة".

خلاصة القسم الثاني:

إن قيام عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية كمبدأ عام بالنسبة للمريض المتضرر لا يكفي، بل عليه وحتى يؤسس دعواه ويحصل على جبر الضرر أن يثبت توفر عنصر المسؤولية حتى يمكن تحميل الدولة المسؤولية عن الضرر وأداء التعويض، فعنصر الإثبات يعتبر من أهم ما يواجه المتضرر في دعواه أمام القضاء وخاصة في المجال الطبي حيث يكون المتضرر في مركز ضعيف خصوصاً وأن الطرف المدعى عليه هو الدولة.

وتكمن الصعوبة في نقطتين أساسيتين فمن جهة هناك صعوبة الإثبات في مجال حيوي وجد معقد ليس للمريض دراية بعوالمه، ومن جهة أخرى سيلقى خصماً غير عادي يملك كل القدرات لإثبات عكس ما يدعيه.

فالمبدأ العام هو أن الطبيب يلتزم ببذل العناية، ويترتب على ذلك أنه ينبغي على المريض، حتى يثبت تخلف الطبيب عن الوفاء بالتزامه، إقامة الدليل على إهمال الطبيب أو إنحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة، أي أن سلوك الطبيب لم يكن مطابقاً لسلوك طبيب مماثل من نفس المستوى.

أما موقف القضاء الحالي بخصوص هذه المسألة فقد تغير وأصبح يسير في مسلك التخفيف على المريض من عبء الإثبات، حيث أصبحت تنادي بوجوب إستعمال الشدة مع الأطباء المتخصصين فيما يرجع إلى تقدير خطأ الطبيب وهذا التحول في قلب عبء الإثبات، هو نفسه الذي شهده القضاء الفرنسي حيث أصبح الطبيب هو المكلف بإثبات عدم مسؤوليته لأنه هو الملزم ببذل عناية.

وتبقى الخبرة في مثل هذه الأحوال الوسيلة الوحيدة أمام المريض لإثبات خطأ الطبيب والسبيل الأنجع أمام القاضي الذي لا بديل له عنه من أجل تكوين قناعته والوصول إلى الحقيقة، هذا وتكشف لنا الممارسة القضائية في مجال المسؤولية الطبية أن المحاكم غالباً ما

تقتنع بآراء الخبراء الذين تنتدبهم، حيث تعتمد على تقاريرهم لإثبات خطأ الطبيب أو نفيه، وهذا ما أكدته معظم القرارات والأحكام الصادرة عن القضاء المغربي.

ونستخلص مما سبق تناوله أن أركان المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية هي نفسها أركان المسؤولية العامة، بل هي نفسها أركان المسؤولية المدنية ككل، سواء أكانت تقوم على الخطأ أو على الفعل الضار المشروع، مع بعض الخصوصيات التي تميز المستشفيات العمومية كمرافق عامة مصلحة تؤدي أساسا خدمات التشخيص والعلاج، بالإضافة إلى خدمات الوقاية والبحث العلمي في مجال العلوم الطبية.

فبالإضافة إلى ركن الخطأ أو العمل الضار المشروع لا بد لقيام المسؤولية الإدارية للمرفق العام الاستشفائي أن يلحق بالمدعي ضرر، وأن تقوم علاقة السببية بين هذا الضرر والخطأ أو العمل الضار المشروع.

وقد يكون الضرر في المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية ضررا ماديا يمس بالذمة المالية للمتضرر، كما قد يكون ضررا معنويا كمساسه بالجانب الجمالي للشخص، أو أن يسبب له إضطرابات في حياته العادية وآلاما نفسية عاطفية وما إلى ذلك، وفي جميع الحالات يكون موجبا للتعويض حسب ما إستقرت عليه أحدث الاجتهادات القضائية، وفيما يتعلق بالعلاقة السببية فإنه وإن كان الأصل يشترط أن تقوم مباشرة بين الضرر والخطأ أو العمل الضار المشروع، إلا أنه في مجال المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية ترد على هذه القاعدة بعض الاستثناءات - كما سبق تناوله - لأن هناك حالات يتم فيها تعويض الأضرار غير المباشرة.

ويبقى لجوء المتضررين إلى القضاء، طلبا للتعويض عن الأضرار اللاحقة بهم هو الحل الأمثل لغاية الساعة كما أن اللجوء إلى القضاء الإداري يضمن للمتضرر سهولة الحصول على التعويض المحكوم به، وأخيرا نشير إلى أنه من خلال الإطلاع على إجتهادات المحاكم الإدارية في مجال المسؤولية الطبية - على الرغم من قلتها - فإنها تنبئ عن جراءة هذا القضاء في إقرار التعويض للمتضررين، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية التي تقوم على الخطأ أو دون خطأ.

ففي المجال الطبي، وباعتبار المريض المتضرر هو الطرف الضعيف ما فتئ القضاء الإداري يؤكد في مناسبات وقوفه بجانب المتضرر، من خلال الإنطلاق من المرجعية الدولية لحقوق الإنسان، للقول بحق الإنسان في الصحة وبالتالي تحميل الدولة المسؤولية كلما تبين أنها قد أخلت بهذا الحق أو قررت في توفيره لأفراد المجتمع عن طريق المرافق الطبية التي تنشئها لتقديم مختلف الخدمات الصحية والعلاجية لأفراد المجتمع.

خاتمة عامة:

أثار موضوع المسؤولية الطبية وما زال على مستوى الدراسات القانونية الكثير من الجدل والنقاش، وفي مجال المسؤولية الإدارية ما يزال الموضوع مثار جدل بين الباحثين والمتخصصين في القانون الإداري، فمسؤولية الدولة في المجال الطبي، كأحدى المجالات الحيوية والبالغة الأهمية بالنسبة للمجتمع، تطرح أمام الدولة ضرورة تبني مقاربة فعالة لمواجهة الإشكاليات والتحديات التي تطرحها المنظومة الصحية ككل، ومنها على الخصوص إشكالية الأضرار التي تتسبب فيها المرافق الطبية العمومية للأفراد.

لذلك وفي صلب البحث، حاولت مقارنة الموضوع من جوانبه المختلفة، والتي حاولت من خلالها الإحاطة قدر الإمكان بمجموعة من الإشكاليات العملية في الموضوع، وفي خاتمة هذا البحث سأحاول سرد النتائج التي استخلصتها من هذا البحث، مع الابتعاد قدر الإمكان من تلخيص ما سبق تقديمه.

ولأجل ذلك فإنني سأقتصر فقط في هذه الخاتمة أن أبرز ما انتهت إليه الدراسة من نتائج وأن أطمعها بأهم الإقتراحات والتوصيات.

أولاً: النتائج التي إنتهت إليها الدراسة

لعل النتيجة الأهم التي يمكن أن نخلص إليها من خلال هذه الدراسة، هي الفراغ التشريعي المؤسس لمسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي بصفة خاصة، ذلك أنه ليس هناك نص خاص في القانون المغربي بهذا الخصوص، - باستثناء القانون الصادر مؤخرًا المتعلق بالمسؤولية الطبية والصحية في 2018، ومدونة أخلاقيات مهنة الطب، الصادر سنة 2021- ، وإنما هناك فقط نصوص عامة تطبق على المرافق الصحية العمومية، أهمها ما يتعلق بالجواهر وهما الفصلان 79 و80 من ق.ل.ع، فممارسة الطبيب مهنته في القطاع العام تثير مجموعة من الإشكالات التي لا يمكن فيها الاعتماد على القواعد القانونية الموجودة في القانون الخاص، في وقت أصبحت معه هذه المهنة تعرف مجموعة من التطورات على جميع الأصعدة، وتتطلب حتماً

ضرورة تدخل المشرع بنصوص قانونية جديدة تتماشى والتقدم العلمي الذي أصبحت تعرفه مهنة الطب.

كما أن أغلب القوانين المسيرة لمهنة الطب تقدمت وشاغت، بل إنها أصبحت غير مواكبة للتطور الذي عرفته هاته المهنة من إختراعات وطرق جديدة للعلاج، وأكثر من ذلك فقد تم إدخال طرق أخرى كزرع الأعضاء والتخصيب الإصطناعي للنساء من أجل الإنجاب، وما شهده العالم من ظهور للأوبئة كوفيد كورونا، وهذا ما جعل هذه القوانين غير مسيطرة لهذه التطورات، كما أن قانون ممارسة مهنة الطب على الرغم من تعديله، إلا أنه لم يتطرق إلى عدة نقط على عكس القوانين المقارنة.

ولعل ذلك هو ما يفسر تأرجح القضاء نفسه عند نظره في هذا النوع من القضايا، ذلك أن غياب نص موحد ينظم ويؤطر مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي يجعل من توحيد التوجه القضائي بهذا الخصوص، أمراً صعباً على القاضي سواء القاضي الإداري أو القاضي العادي، الذي لا يجد بداً من إعمال الإجتهد لسد هذا الفراغ وخلق مبادئ قانونية لتأطير هذه المسؤولية، إن على مستوى التكيف، أو في تحديد عناصر المسؤولية، أو درجة جسامه الخطأ، الشيء الذي جعل الإتجاه السائد في القضاء - من خلال إستقراء ومقارنة الأحكام التي تمكنا من الاطلاع عليها-، يشترط الخطأ للقول بمسؤولية الدولة عن خطأ طبي في مستشفى عمومي، وهو ما يستتبع رفض طلبات المتضررين في حالة عجزهم عن إثبات هذا الخطأ.

إن المسؤولية الطبية في المجال الإداري لها نظام خاص ومتميز، فنظامها مستقل عن القانون المدني، وهذه المسألة نلمسها من خلال تطبيقات كثيرة لأحكام القانون الإداري، من ذلك مثلاً نظرية الأخطاء المرفقية، ونظرية المخاطر الإستثنائية، والفرقة بين الأعمال الطبية والعلاجية وغيرها، على أن كل هذه النظريات هي من ابتكار القاضي الإداري، والذي عمل على ملأها مع خصوصيات النزاع الطبي، فمن الأولى تأسيس قوانين خاصة تسير تطور القضاء الإداري في هذا المجال.

فمن جهة سار الاجتهاد القضائي شيء فشيء نحو إلقاء الإلتزام بتحقيق نتيجة، بصرامة واضحة بخصوص الأخطاء المتولدة عن أعمال تنظيم وسير المرافق العامة الإستشفائية، ومن

جهة ثانية من خلال حصر نطاق الخطأ الجسيم في الميدان الضيق للأعمال الطبية بمعنى الكلمة، التي تنصرف إلى الأعمال الحساسة وصعبة التنفيذ، في المقابل وبناء على نفس الفكرة وسع مفهوم أعمال العلاج البسيط وأخضعها لنظام الخطأ الجسيم.

وفي الحقيقة إن نظام الخطأ الجسيم وجد ليحمي أكثر المرافق الاستشفائية، وتبرير ذلك يأتي أساسا من الطابع غير المتوقع للحوادث الطبية، بالنظر إلى الوضع والمستوى المتقدم الذي وصلت إليه علوم وتقنيات الطب، وطبيعة الالتزام الملقى على المرافق الإستشفائية الذي هو أساسا إلتزام بالعناية وليس بتحقيق نتيجة الشفاء، هذا إلى جانب الصعوبات الملازمة لأعمال الطبية وإحتمالية الضرر في المجال العلاجي في جميع مراحله، من التشخيص إلى تنفيذ العلاج الجراحي وغير الجراحي.

وإذا كان القضاء المغربي ظل يعرف تبعية على مستوى تطبيق المسؤولية الطبية للقانون الفرنسي، من خلال إجتهد قضاته وتفسير فقهاءه، سواء على مستوى الأحكام أو على مستوى تكييف المسؤولية تقصيرية أو عقدية، فإننا كنا نتمنى أن تستمر هاته التبعية في العقد الأخير، لأن ما أتى به الإجتهد القضائي الفرنسي أحدث ثورة حقيقية على مستوى المسؤولية الطبية تكللت بقانون كوشنر، وقانون 4 مارس 2002 الذي ركز على التأمين على المسؤولية الطبية.

غير أن العائق الذي يواجهه المريض المتضرر من حادث طبي، هو مسألة الإثبات، التي ما تزال مهمة ملقاة على عاتق المريض المتضرر، على الرغم من أن المنازعات الإدارية تتميز بطابعها التقني، فهناك العديد من طلبات التعويض التي رفضت فعلا لسبب إنعدام الإثبات الذي ألقى على عاتق المدعي، كما أنه حتى إن وجد الإثبات وتقرر للمتضرر حق التعويض، فإن تقديره يكون حسب جسامه الضرر الحاصل، عوض أن يكون حسب جسامه الخطأ المرتكب.

ومن جهة أخرى، فإن مسألة الإثبات هنا مازالت تثير في المغرب العديد من المشاكل بالنسبة للمتضرر من النشاط الطبي، فالقاضي الإداري إذا حكم بالتعويض، فإنه من المفروض ألا تثور أية إشكالية بالنسبة للضرر في تحصيل هذه التعويضات، مادام أنها تدفع من قبل المرفق الصحي العمومي الذي يعد شخصا اعتباريا عاما، ومن غير الممكن تصور فكرة

إعساره في ضمان التعويضات، وهذا ما يستوجب إعادة النظر في التعويض على المسؤولية الطبية بالمغرب بالنظر إلى التحولات التي يعرفها المغرب في قوانينه.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن ما يمكن ملاحظته هو أن الدعاوى القضائية المرفوعة أمام القضاء الإداري في مجال المسؤولية الطبية، تعد قليلة نسبيا مقارنة بالأخطاء الواقعة داخل المؤسسات الصحية العمومية، وسبب ذلك راجع إلى قلة الوعي لدى المواطنين بحقوقهم من أجل إستيفاء التعويضات، وغياب الثقافة القانونية لدى المواطن، لأن في الكثير من الأحيان يجهل هذا الأخير حقه في المتابعة القضائية وهذا ليس فقط في الأخطاء الطبية، بل في العديد من القضايا.

ولكن إذا كان هذا الطرح ينطوي على جانب من الصواب، إلا أنه في نفس الوقت يجب التذكير كذلك بوجود مشكل فني يساهم في الحكم على هذه المسألة، والمتمثل في عدم وجود عمليات نشر كافية للقرارات القضائية، خصوصا تلك القرارات الصادرة عن محكمة النقض في مجال المسؤولية الطبية، باعتبارها آخر درجة في التقاضي، وهذا ما نلمسه من خلال العديد من الدراسات التي تعتمد من حين لآخر على قرارات قضائية غير منشورة.

فعلى وزارة الصحة إعمال دورها في الرقابة المشددة على أعمال الأطباء والمرافق العامة الطبية والسماع لشكاوى وطلبات المرضى، لضبط حصيلة الأخطاء ومحاولة وضع حلول مناسبة لها.

عدم وجود هيئة وطنية يرجع إليها أمر التقرير في إستعمال الأدوية المكتشفة وطرق العلاج الجديدة، مع تحديد الشروط الواجب توافرها لممارسة هذه الطرق، فقد يسمح مثلا بإستعمال طريقة علاج في مستشفيات جامعية تتوفر على الإمكانيات العلمية والتقنية، دون المراكز الطبية والمصحات التي لا تتوفر لديها تلك الإمكانيات، وبناء على ذلك يصعب الحديث عن المسؤولية الطبية أمام غياب هذه الهيئة، حيث نجد المؤسسات الطبية العمومية منها والحرّة لا تخضع لرقيب في إستعمالها لطرق علاج جراحية وغير جراحية رغم عدم توفر إمكانيات هذا الإستعمال.

كما أن الحديث عن جبر الضرر يصطدم بضعف الميزانية والموارد المالية من جهة، وبضعف في مجال التشريع في هذا الباب من جهة أخرى، فالمغرب في حاجة إلى المزيد من القوانين التي تنظم مثل هذه الحالات بشكل دقيق وواضح.

كما أنه من الصعب الحديث عن التعويضات في ظل عدم وجود صندوق وطني للتضامن، فهذه الصناديق عبر العالم يتم تمويلها بواسطة الضرائب والاشتراكات، وهو ما يطرح سؤال قدرة المواطنين بالمغرب على المساهمة في هذا الجانب في ظل وضعية فئة عريضة من ذوي الدخل المحدود والمتوسط.

ثانيا: التوصيات والمقترحات

ضرورة تدخل المشرع المغربي بنصوص خاصة ومستقلة تؤطر المسؤولية الطبية من جهة، ومسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي من جهة أخرى، وذلك بالنظر إلى خصوصية مهنة الطب، لإتسامها بالمخاطر أكثر من غيرها، وكذلك بالنسبة للقواعد المنظمة لمهنة الطب التي إقتصرت على تحديد الوضع القانوني الخاص بالطبيب وعلى الجانب التأديبي له، والتي يجب ملاءمتها مع الواقع العملي وإهتمامها بتنظيم مسؤولية الطبيب سواء في القطاع العام أو الخاص.

ومادام أنه إلى حد الآن يوجد فراغ تشريعي في مجال تنظيم منازعات المسؤولية الطبية، فإننا نأمل أن يقف قضاؤنا الإداري في مقابل ذلك، على الإتجاهات والمبادئ القضائية المتطورة في مجال المسؤولية الطبية، ويختار منها ما يتفق مع أوضاعنا الإجتماعية، وأصول نظامنا القانوني وذلك في سبيل حماية حقوق المرضى من جهة، ومن جهة أخرى، توفير الحماية القانونية لممارسة النشاط الطبي دون عراقيل خصوصا في إطار المرافق الصحية العمومية.

ومما لا شك فيه أن العنصر البشري هو العامل الرئيسي في وقوع أكثر الأخطاء الطبية، فمحدودية كفاءة بعض العاملين في القطاع الصحي العام من أطباء وممرضين، هي عامل

أساسي في الخطأ الطبي؛ فلا يمكن لنا الحديث عن الحد من الأخطاء الطبية دون تطوير وتأهيل للأطر الصحية وضمان تمتعه بالخبرة والمعرفة اللازمة لأداء عمله.

وللوصول إلى هذه النتيجة لابد أولاً وقبل كل شيء أن تعمل الدولة على تخصص القضاة في مجالات معينة دون سواها، ومن ذلك التخصص في مجال المسؤولية الطبية، بالإضافة إلى ذلك لابد من إعطاء أهمية كبيرة لمواد القانون الطبي، خصوصاً في كليات الطب، وذلك في سبيل توضيح الحدود القانونية لممارسة مهنة الطب، وما يترتب عنها من مسؤوليات قانونية، من خلال تدريس موضوع المسؤولية الطبية بشيء من التفصيل في كليات الطب والقانون، حتى يتمكن الأطباء قبل مزاوله مهنتهم، من الإحاطة علماً بكل ما لهم وما عليهم في الوسط الميداني، وحتى لا يستعصي على رجال القانون من فهم موطن الخلل في تدخل الطبيب.

لذا أصبح التكوين المستمر ضرورة تحتتمها التطورات التي عرفتھا العلوم الطبية، حيث جعلته الدول المتقدمة إجبارياً يتم في دورات مراقبة، وأي طبيب لم يقيم بأي دورة تكوينية طيلة خمس سنوات متتالية يصبح ملزماً بالخضوع لامتحان ودورة تكوينية، وهذا ما أكده القضاء تجاه الطبيب الذي يظل جامداً أمام التطور العلمي ويستمر في علاج مرضاه بطرق متجاوزة.

ضرورة التوسع في مجال تطبيق فكرة المخاطر، والتي تقتضي جرأة أكبر من القضاء الإداري لإقرارها، وذلك بإفترض الخطأ الطبي بشكل أكبر في قضايا تعويض المتضررين من أنشطة المستشفيات العمومية، ومحاولة الخروج من التوجه التقليدي الذي يفرض ضرورة إرتكاب الخطأ وإثباته من طرف المتضرر، خاصة أن العمل الطبي أصبح يعتمد في آلياته على تقنيات حديثة وأعمال فنية، يصعب إثبات الخطأ بشأنها أحياناً.

وضرورة إنشاء صندوق لجبر الضرر لفائدة ضحايا أعراض لقاح كورونا، وذلك في خضم النقاش الدائر حول إجبارية التلقيح، وفرض قانون التلقيح مقابل العمل على مستوى عدد من الإدارات والمرافق العمومية، وخاصة وأن الشركات العالمية التي أنتجت اللقاحات

وقدمتها مقابل تكلفة مالية مناسبة، اشترطت عدم تحملها مسؤولية التعويض في حال حدوث مضاعفات بسبب التلقيح.

وبالتالي يجب جعل النصوص القانونية تتكيف مع الواقع، خاصة مع التطور العلمي الذي حققه ميدان الطب، وأن يحرص في ذلك على توازن بين طرفي العلاقة الطبية المريض والطبيب، فهما كفتين جديرتين بالحماية.

وضرورة تدخل المشرع لإلزام جميع المرافق العمومية التي تتمتع بالاستقلال المعنوي والمالي ومنها المرفق الصحي العمومي، بإبرام عقود تأمين تغطي آثار المسؤولية الناجمة عن التدخل الطبي والتعويضات المحكوم بها، وذلك لخلق التوازن بين المصلحة الخاصة للمتضرر والمصلحة العامة للدولة من جهة، ولعدم إرهاب ميزانية هذه المرافق وميزانية الدولة عامة وبالتالي إصابة دواليب الإدارة بالشلل من جهة ثانية.

فالمسؤولية الطبية في هذا العصر تأخذ أشكالاً مختلفة وتتم في ظروف يصعب أو قد يستحيل على المتضرر إثباتها بسبب الطبيعة الفنية لها، ولأن مهنة الطب تتطوي على مخاطر مادية وشخصية، فإن هذه المسألة تستلزم وتوجب العمل على إنشاء نظام للتأمين الجماعي، من خلال إحداث صندوق للضمان، يسهل من خلاله حصول المريض على التعويض، وهو ما يقلص من دور الخطأ كأساس للمسؤولية الإدارية، والإعتراف بوجود أنظمة أخرى للتعويض، يتمتع المضرور في ظلها بميزة الإعفاء من إثبات الخطأ الطبي، كما هو معمول به في صندوق ضمان حوادث السير، وبذلك يمكن تفادي المخاطر والصعوبات الكثيرة التي أصبحت تحيق بمهنة الطب، والتقليل من الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء أمام القضاء الذي تثقل كاهله.

تشكيل لجان مهنية من أهل الطب والقانون لتسوية المنازعات الطبية قبل النظر في الدعاوى أمام القضاء، للوصول إلى حلول عادلة تحمي الأطباء وتحفظ حقوق المتضررين وتساهم في سرعة تحقيق العدالة وتقوية الثقة بينهما، وفقاً للنموذج الفرنسي (المرفق الطبي)، أو للنموذج الألماني (للجان الطبية) أو للنموذج السويسري (مكاتب الخبرة).

إن خلو مجال الصحة من أي آلية للتدبير السلمي أمر يدعو لبلورة آلية الوساطة، فاللجوء للوسائل البديلة لحل المنازعات كالتحكيم والوساطة في المادة الإدارية، وخاصة مع صدور القانون الجديد 95.17 المعدل لقانون 08.05، الذي نص على التحكيم في العقود الإدارية، أصبح أمراً مؤكداً، إذ أن التشريع المغربي لا يتضمن أي مقتضى يهتم تدبير ودي لحل النزاعات الناشئة في هذا المجال، على غرار المشرع الفرنسي، وعليه فخلق الوساطة الإتفاقية سيسهل خلق الوساطة الطبية التي ستكون نموذجاً تطبيقياً للوساطة الإتفاقية، بحيث سيتم المزج بين المقتضيات العامة المضمنة في الوساطة الإتفاقية وقواعد خاصة تراعي خصوصيات المجال الصحي كما يمكن تحديد طبيعة النزاعات الممكن عرضها على الوساطة الطبية، وذلك بجعل القضايا البسيطة من اختصاص الوساطة لما من شأنه أن يخفف العبء على الجهاز القضائي الذي يواجه كم هائل من القضايا بهذا الخصوص.

إسناد مهمة الخبرة الطبية إلى لجنة مكونة من رجال الطب والقانون معاً، دون ترك أمور الخبرة لأهل الطب فقط تفادياً لأي مجاملة أو تجاوز المهمة الفنية.

إن المسؤولية الطبية في العصر الحديث تأخذ أشكالاً مختلفة وتتم في ظروف قد يصعب أو حتى يستحيل على المضرور إثباتها بسبب الطبيعة الفنية لها، ولأن مهنة الطب تنطوي على مخاطر مادية وشخصية لطرفي العلاج، الطبيب والمريض فإن معالجة هذه المسألة تستلزم، بل وتوجب العمل على إنشاء نظام للتأمين الطبي الجماعي والفردى يسهل من خلاله حصول المريض على المبادرة والابتكار، ومن المفضل أن تدخل ضمن نطاقه المستشفيات العامة والخاصة لما له من فائدة كبيرة في حال تطبيقه.

كما نقترح أن يكون نظام تأمين إلزامي على الأطباء من المسؤولية الطبية (وهو الاتفاق الذي يبرم بين الطبيب وشركة التأمين لتغطية مسؤوليته عن أعماله الطبية الضارة تجاه المريض أو بعض منها مقابل دفع قسط التأمين المتفق عليه وعند وقوع الخطر تلتزم الشركة بدفع مبلغ التعويض للمريض) حيث يلزم الطبيب بضرورة التأمين عن الأخطاء التي تصدر منه أثناء قيامه بممارسة المهنة ويكون هذا التأمين لدى شركات متخصصة وملزمه بتغطية

مسؤولية الأطباء عند قيامهم بالأعمال الطبية، وهذا يسهل على المريض في الحصول على التعويض المناسب عما لحقه من ضرر نتيجة خطأ الطبيب.

لائحة المراجع

الكتب باللغة العربية:

الكتب:

- ❖ إبراهيم سيد أحمد، "الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي"، دار الكتب القانونية مصر 2007.
- ❖ ابن خلدون عبد الرحمن بن محمد بن خلدون الحضرمي، " مقدمة ابن خلدون بتحقيق الدكتور علي عبد الواحد وافي"، مطبعة لجنة البيان العربي، مصر الطبعة الثانية الجزء الثاني، السنة 2014.
- ❖ أحمد أدريوش، "تطور اتجاه القضاء المغربي في موضوع المسؤولية الطبية"، سلسلة المعارف القانونية، مطبعة الأمنية الرباط، نونبر 1995-1996.
- ❖ أحمد أدريوش، "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، البوكيلي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 1999.
- ❖ أحمد عيسى، "مسؤولية المستشفيات الحكومية، دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2008.
- ❖ أسامة رمضان الغماري، "لوائح وقوانين ممارسة الطب والأخطاء المهنية للأطباء"، دار الكتب القانونية، مصر 2009.
- ❖ أسعد عبيد الجميلي، " الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
- ❖ أسماء أحميد، مسؤولية الطبيب الجراح من خلال قرارات محكمة النقض: دراسة مقارنة دار الآفاق المغربية تاريخ النشر 2022.
- ❖ أنس محمد عبد الغفار، "المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية"، دار الكتب القانونية، 2010.

- ❖ أنور أبو بكر هواني، "مدى شرعية جراحة التجميل ومسؤولية الأطباء دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر 2010.
- ❖ أوان عبد الله الفيضي، "الخبرة الطبية في الدعوى المدنية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء"، معززة بالتطبيقات القضائية للمحاكم العربية والعالمية، دار الفكر الجامعي، 2015.
- ❖ بركات عماد الدين، "التعويض عن الضرر الطبي والتأمين من مسؤولية الأطباء المدنية"، دار الفكر الجامعي، مايو 2017.
- ❖ بوبكري محمادين، "خصوصيات الخطأ الطبي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية العدد 114، سنة 2017.
- ❖ حمدي عمر علي، "المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- ❖ زياد خالد يوسف المفرجي، "المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 2016.
- ❖ سمير عبد السميع الأودن، "مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا، جنائيا، وإداريا"، منشأة المعارف الإسكندرية 2004.
- ❖ سهيل يوسف الصويص، "مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث"، دار ورد الأردنية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 2007.
- ❖ شريف طباح، "جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها"، دار الفكر الجامعي مصر 2005.
- ❖ طلال العجاج، "المسؤولية المدنية للطبيب دراسة فقهية قضائية مقارنة " عالم الكتب الحديث، الأردن 2011.
- ❖ طه عثمان أبو بكر المغربي، "المسؤولية الجنائية عن الأخطاء الطبية في مجال التوليد"، الطبعة الأولى 2014.
- ❖ عامر احمد القيسي، "مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، 2001.

- ❖ عبد الحميد ثروت، "تعويض الحوادث الطبية، مدى المسؤولية عن التداعيات الضارة للعمل الطبي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007.
- ❖ عبد القادر بن تيشة، "الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011.
- ❖ عبد الكافي ورياشي، "المسؤولية القانونية للأطباء بين الفقه والقانون والقضاء، دار النشر الرشاد"، الناظور 2019.
- ❖ عبد الكبير العلوي الصوسي، "العمل القضائي في قضايا المسؤولية الطبية"، دليل عملي يعرض لأهم القرارات والأحكام القضائية الصادرة بشأن الأخطاء الطبية التي تقع بمرفق الصحة العمومية والمصحات الخاصة وكذا تقدير التعويض، الطبعة الأولى 2014.
- ❖ عبد اللطيف الشرقاوي، "الوجيز في الالتزامات الناشئة عن الجرم وشبه الجرم (مسؤولية الطبيب الجنائية والمدنية)"، الطبعة الأولى 2001.
- ❖ عبد الوهاب رافع، بلهاشمي محمد التسولي، "مقاضاة الشخص المعنوي العام في إطار القانون المحدث للمحاكم الإدارية"، الطبعة الأولى 1995.
- ❖ عدلي خليل، "الموسوعة القانونية في المهن الطبية"، دار الكتب القانونية مصر 2006.
- ❖ علي الخفيف، "الضمان في الفقه الإسلامي"، معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة القسم الأول، طبعة 1971.
- ❖ علي سعد عمران، "نقل الأعضاء البشرية من الأحياء والأموات في إطار المسؤولية الطبية"، القاهرة الطبعة الأولى 2020.
- ❖ علي عصام غصن، "الخطأ الطبي"، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثانية 2010.
- ❖ فائق الجوهري، "أخطاء الأطباء وكالة الصحافة العربية جمهورية مصر العربية"، الطبعة 2018.
- ❖ محمد جلال حسن الأتروشي، "المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، سنة 2008.

- ❖ محمد حسين منصور، "المسؤولية الطبية"، دار الفكر الجامعي للنشر الإسكندرية 2006.
- ❖ محمد فؤاد عبد الباسط، "تراجع فكرة "الخطأ" أساسا لمسؤولية المرفق الطبي العام، (الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي)"، دار النشر منشأة المعارف الإسكندرية 2003.
- ❖ محمد نعيم ياسين، "حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشر العدد الثالث، سبتمبر 1988.
- ❖ محمد يوسف ياسين، "المسؤولية الطبية - مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى -: قانونا وفقها واجتهادا"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان 2003.
- ❖ محمود شحادة، الأخطاء الطبية؛ واقع وتحديات، دار الشروق للنشر والتوزيع 2017.
- ❖ محند بوكوطيس، "مسؤولية الدولة في المجال الطبي، مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري"، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، سلسلة البحوث الجامعية، العدد 3، 2014.
- ❖ مصطفى أحمد الزرقا، "الفعل الضار والضمان فيه"، دار القلم، دمشق الطبعة الأولى، 1988.
- ❖ مصطفى حامد محمد، مسؤولية الطبيب المدنية عن الخطأ الطبي والآثار المترتبة عليه" في القانون المدني الليبي والفقه الإسلامي " مؤسسة يسطرون للطباعة والنشر، 2019.
- ❖ مندر الفضل، "المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة"، مطبعة الأرز الطبعة الأولى، الأردن، سنة 2000.
- ❖ منصور عمر المعاينة، "المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية"، الرياض، الطبعة الأولى 2004.
- ❖ منير رياض حنا، "الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2013.

- ❖ هشام محمد مجاهد القاضي، "الإمتناع عن علاج المريض، دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2007.
- ❖ وائل محمود أبو الفتوح، "المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم"، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، طبعة 2009.

الأطروحات :

- ❖ بن عبد الله عادل، "المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية، (شروط الفعل المولد للضرر)"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، السنة الجامعية 2010-2011.
- ❖ رجاء ناجي مكاي، "نقل وزراعة الأعضاء، دراسة قانونية مقارنة"، دكتوراه الدولة: القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، 1997.
- ❖ محمد الداودي، "مقاربة لإشكالية تحديث المرفق العمومي الصحي بالمغرب"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، بجامعة محمد الخامس- السويسي الرباط، السنة الجامعية 2007-2008.

المقالات:

- ❖ أحمد ادريوش، "الخطأ الطبي والمسؤولية، عرض الإشكالية والتقييم المقارن للقوانين الوطنية (تعريف الخطأ الطبي، المهنيون أو الممارسون، المستشفيات، المصحات المختبرات)"، مجلة القضاء المدني، الرباط سنة 2011.
- ❖ أحمد الخمليشي، "المسؤولية الطبية والفقہ الإسلامي"، مجلة الملحق القضائي، العدد 25، الرباط سنة 1992.
- ❖ أحمد بالحوس، أخلاقيات وأداب مهنة الطب، المجلة الصحية المغربية، العدد 4 أبريل 2013.

- ❖ أحمد نهيد، "فكرة عن تطور القضاء في بناء المسؤولية الطبية"، التواصل القضائي، مجلة فصلية قانونية وقضائية متخصصة عدد مزدوج 2-3، الدار البيضاء، دجنبر 2012 فبراير 2014.
- ❖ إدريس الفاخوري، الأسس القانونية والأخلاقية لمزاولة مهنة الطب الحر، مجلة طنجيس للقانون والإقتصاد عدد 1 سنة 2001.
- ❖ أشرف بوخالف جلال، "المسؤولية الإدارية لمرفق الصحة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط"، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية سنة 2015.
- ❖ بلهاشمي محمد التسولي، رافع عبد الوهاب، مقاضاة الشخص المعنوي العام في إطار القانون المحدث للمحاكم الإدارية، مراكش، الطبعة الأولى 1995.
- ❖ بن صغير مراد، "أساس المسؤولية المدنية الناجمة عن الممارسات الطبية (دراسة مقارنة)"، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية قسم العلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة العدد 18، يونيو 2017.
- ❖ توفيق خير الله، "مسؤولية الطبيب الجراح عن خطأه المهني"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ جابر محجوب علي، "دور الإرادة في العمل الطبي" دراسة مقارنة""، مجلة القانون العدد الثاني، سنة 26، يونيو 2002.
- ❖ جاسم علي سالم الشامسي، "مسؤولية الطبيب والصيدلي"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ حسام الدين الاهواني، "مسؤولية الطبيب العقدية عن فعل الغير"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ الحسن السيمو، "موقف القضاء من المسؤولية الطبية في القطاع العام"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 41 سنة 2001.

- ❖ خالد علامي، "إشكالية التعويض في مسؤولية المرفق العام الطبي"، مجلة القضاء الإداري، العدد الثامن- السنة الرابعة- شتاء ربيع 2016.
- ❖ رشيد تاشفين، "المسؤولية الجنائية للطبيب على ضوء القوانين الجديدة المتعلقة بالطب والأعمال الطبية"، مجلة الدفاع العدد الرابع، السطات شتنبر 2005.
- ❖ رشيدة بنسرغين، "إشكالات الإثبات في إطار المسؤولية الطبية" مجلة المتوسط للدراسات القانونية والقضائية، 2017.
- ❖ رضوان الرمادي، "تعليق على قرار محكمة النقض رقم "4605" صادر بتاريخ 2011/10/25، بشأن شروط تحقق الضرر الموجب للمسؤولية المدنية للطبيب، وكذا الالتزامات التي يتحملها الطبيب تجاه المريض قبل وأثناء وبعد إجراء العلاج"، مجلة قانونك، مجلة إلكترونية تعنى بنشر الدراسات القانونية والفقهية والقضائية، العدد الرابع، السنة الأولى، أكتوبر/ دجنبر 2017.
- ❖ سامي بديع منصور، "المسؤولية الطبية وفق قانون 22 شباط 1994 – قانون الاداب الطبية –"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ صلاح الدين دكدك، قراءة مواطنة للقانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها، مجلة الفقه والقانون، العدد التاسع والثلاثون، يناير 2016.
- ❖ ضياء علي أحمد نعمان، "إثبات الخطأ الطبي بين الواقع والقانون"، المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 8، سنة 2012، مطبعة وراقة الوطنية، مراكش.
- ❖ عامر برورو، "فقه قضاء مسؤولية الطبيب المدنية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 2، 2007، تونس.
- ❖ عبد الحق دهي، قرينة الخطأ في مجال المسؤولية الطبية للمرفق العام الصحي، الرائدة في العلوم القانونية: مجلة فصلية تعنى بالشؤون القانونية. - ع 1، 2019.
- ❖ عبد الكافي ورياشي، "حجية التقرير الطبي في الإثبات أمام القضاء الجنائي"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 70، شتنبر-أكتوبر 2006.

- ❖ عبد الله العزوزي، بيصل لعموم، "المسؤولية الطبية في القطاع الخاص"، مجلة المعيار، العدد الخامس والسادس والعشرين، دجنبر 2000.
- ❖ عبد الله محمد علي الزبيدي، "مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص"، مجلة الحقوق العدد 3، السنة 23، سبتمبر 2005.
- ❖ عبد الله، بوجيدة، "المسؤولية المدنية للأطباء، التواصل القضائي"، مجلة فصلية قانونية وقضائية متخصصة، العدد 2-3، الدار البيضاء سنة 2014.
- ❖ عبيد التيجاني، "المسؤولية المدنية والجزرية"، مجلة القضاء والتشريع، العدد 7، 1997، تونس.
- ❖ عدنان إبراهيم سرحان، "مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ عدنان طه الدوري، "التكيف القانوني لمسؤولية الطبيب عن خطأ المهني"، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، السنة الثالثة عشر، العدد 2، طرابلس ليبيا، السنة 2004.
- ❖ علي عباس البكر، المسؤولية الطبية في الفقه الإسلامي، العدد السابع والخمسون العراق 2021.
- ❖ علي مصباح إبراهيم، "مسؤولية الطبيب الجزائية"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ عمر بن احمد الزهراني، "المسؤولية المهنية للممارس الصحي عن الأخطاء الطبية " العدد الحادي عشر المجلة العربية للنشر العلمي 2019.
- ❖ عمر بومزوغ، "الخبرة الطبية في القضايا الإدارية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 101، نونبر- دجنبر 2011.
- ❖ فريدة اليوموري، "دور الخبرة الطبية في تقرير مسؤولية الطبيب"، مجلة فكر العلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية العدد 1، منشورات فكر الرباط، سنة 2006.

- ❖ فهد سعد الدبيس الرشيد، "التزام الطبيب بإسعاف الحالة الطارئة دراسة فقهية مقارنة بالقانون الكويتي"، مجلة الحقوق العدد 4، السنة 36، ديسمبر 2012.
- ❖ فوزي أدهم، "نحو تطبيق واقعي لمسؤولية الطبيب في لبنان"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ كريم بالقاسم، "مسؤولية المستشفيات الحكومية"، مجلة القضاء والتشريع العدد 1، تونس، 2005.
- ❖ ليلي عبد المنعم عبد المجيد، "آداب مهنة الطب"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ ماري ليلي خوري، "الآداب الصيدلانية"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ محمد الأعرج، "حق التعويض عن إخلال مرفق الصحة بمبدأ مساواة المواطنين في العلاج"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 74، سنة 2007.
- ❖ محمد الأعرج، "مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية، عدد 99، السنة 2013.
- ❖ محمد الأعرج، تعليق على حكم المحكمة الإدارية بأكادير، عدد 763 بتاريخ 21-10-2004، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 74، سنة 2007.
- ❖ محمد الصالح بن حسين، "المسؤولية الطبية في القانون التونسي"، مجلة القضاء والتشريع، السنة الثامنة والثلاثون، العدد 3، تونس، سنة 1996.
- ❖ محمد حسين منصور، "الخطأ الطبي في العلاج"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.

- ❖ محمد رايس، "مسؤولية الأطباء المدنية عن إفشاء السر المهني في ضوء القانون الجزائري"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 25، العدد الأول 2009.
- ❖ محمد عبد الله حمود، "المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة"، مجلة الحقوق العدد 1 السنة 30، مارس 2006.
- ❖ محمد مرزوق، "من الخطأ إلى الخطأ المفترض إلى الخطر كأساس للمسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري (دراسة خاصة بنظرية الخطأ المفترض)"، مجلة فقه وقانون، العدد الخامس، مارس 2013.
- ❖ محمد نعيم ياسين، "حكم التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الشرعية والمعطيات الطبية"، مجلة الحقوق، السنة الثانية عشر العدد الثالث، سبتمبر 1988.
- ❖ محند بوكوطيس، "الحماية القانونية والقضائية للحق في الصحة"، المنبر القانوني مجلة نصف سنوية تعنى بالدراسات والأبحاث القانونية والقضائية، مطبعة المعارف، الرباط 2013.
- ❖ محند بوكوطيس، "مقاربة قانونية لطبيعة الالتزام الناتج عن الاعمال والأنشطة الطبية الموكولة للمرفق الصحي، مجلة الفقه والقانون، العدد السادس، أبريل 2013.
- ❖ مشاري خليفة العيفان، مرضي عبيد العياش، "الخطأ الطبي الشخصي، تصور نحو رسم ملامح الحدود الفاصلة بين المسؤولية الجزائية والمدنية"، العدد الأول، السنة 39، 2015.
- ❖ مصطفى محمد الجمال، "المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.
- ❖ معتز القرقروري، "مسؤولية المرفق العام الإستشفائي"، مجلة دراسات قانونية، عدد خاص، صفاقص، تونس 2006.
- ❖ مراد بن صغير، "اللقاءات المبتكرة أي ضمانات قانونية وأي حدود للمسؤولية" مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 60 / العدد: 60، 2021.

❖ منذر الفضل، "التجربة الطبية على الجسم البشري ومدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية"، كلية القانون جامعة عمان الأردن، مجلة الكوفة العدد 7، سنة 2010.

❖ ناجي الهاني، "بحث علمي وقانوني حول المسؤولية الطبية، تمرير- مستشفى"، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 2004.

❖ نادية الرامي، "المسؤولية الطبية في المغرب"، مجلة رسالة المحاماة، العدد 20، السنة 2003.

❖ نور الدين الناصري، "الإلتزام بالسر المهني (الأطباء، المحامون، الموظفون العموميون)"، مجلة الملف مجلة قانونية، سنة 5 يناير 2005.

❖ نور الدين وحداني، "الخطأ الطبي في العمليات الجراحية بين واقع التشريع واجتهادات القضاء"، مجلة الملف، العدد العاشر، الجديدة، المغرب أبريل 2007.

❖ هاني بن عبد الله بن محمد الجبير، "الأخطاء الطبية في ميزان القضاء، الممارسات الطبية الخاطئة في الميزان القضائي"، مجلة العدل العدد الثاني والعشرون، مكة المكرمة 2014.

❖ وليد غمرة، "مراحل تطور المسؤولية الطبية في القانون الفرنسي، مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي: 1804-2004"، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان 2005.

❖ ياسين الفاسي، "مسؤولية الطبيب عن الخطأ الطبي" مجلة مغرب القانون، <https://www.maroclaw.com> 12 يوليوز 2020.

❖ يونس الشامخي، "المسؤولية الإدارية لمرافق الصحة بين الخطأ الجسيم والخطأ البسيط"، مجلة الملف، مجلة قانونية، العدد 21 سنة أكتوبر 2013.

النصوص التشريعية:

❖ قانون المسؤولية الطبية والصحية رقم 25 لسنة 2018، المنشور على الصفحة 3420 من عدد الجريدة الرسمية رقم 5517 بتاريخ 31/5/2018.

- ❖ الظهير الشريف رقم 123 - 96 - 1 صادر في 5 ربيع الآخر 1417 (21 أغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 10.94 المتعلق بمزاولة الطب المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4432 بتاريخ 21 نونبر 1996 والذي غير ظهير 19 فبراير 1960 المتعلق بمزاولة مهنة الطب والصيدلة وجراحة الأسنان والعقاقير والقوالب .
- ❖ الظهير الشريف رقم 208 - 99 - 1 صادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999) بتنفيذ القانون رقم 16.98 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها ج - ر عدد 4726 بتاريخ 16 شتنبر 1999 .
- ❖ قانون السلوك الطبي (مدونة الواجبات المهنية للأطباء) الجريدة الرسمية رقم 121 بتاريخ 19 يونيو 1953 والتي صدرت بمقتضى قرار مقيمي بتاريخ 8 يونيو 1953 .
- ❖ الظهير الشريف رقم 295 - 58 - 1 بتاريخ 21 شوال 1378 (30 أبريل 1959) بشأن الوقاية من الأمراض العقلية ومعالجتها وحماية المرضى المصابين بها (الجريدة الرسمية عدد 2429 بتاريخ 7 ذي القعدة 1378 الموافق 15 ماي 1995).
- ❖ الظهير الشريف رقم 133 - 95 - 1 صادر في 19 من صفر 1416 (18 يولوز 1995) بتنفيذ القانون رقم 03.94 المتعلق بالدم البشري وأخذه وإستخدامه ج - ر بتاريخ 23 أغسطس 1995 .
- ❖ الظهير الشريف رقم 252 - 02 - 1 الصادر في 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 12.01 المتعلق بالمختبرات الخاصة للتحاليل البيولوجية الطبية. - الجريدة الرسمية
- ❖ ظهير رقم 1.01.126 صادر في 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) بتنفيذ القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين.
- ❖ ظهير شريف رقم 153-06-1 صادر من شوال 1427 (22 نوفمبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 28-00 المتعلق بتدبير النفایات والتخلص منها المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5480-15 ذو القعدة 1427 (7 ديسمبر 2006) صحيفة 3747 .
- ❖ الظهير الشريف رقم 91-11-1 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور.

- ❖ ظهير شريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك .
- ❖ مرسوم رقم 225.21.2 صادر في 6 ذي القعدة 1442 (17 يونيو 2021) يتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 7002، بتاريخ 8 يوليوز 2021.
- ❖ مرسوم رقم 2824.01.2 صادر في 6 جمادى الأولى 1423 (17 يوليوز 2002) بتطبيق أحكام القانون رقم 45.00 المتعلق بالخبراء القضائيين (الجريدة الرسمية عدد 5030 بتاريخ 6 جمادى الآخرة 15/1423 أغسطس 2002).

المكتبة الإلكترونية:

- ❖ قاموس المعاني، موقع إلكتروني، www.almaany.com
- ❖ مواقع الحديث والفتاوى الإسلامية، www.ahlalhdeeth.com
- ❖ www.qistas.com/jorLsearch/dec

Les ouvrages :

- ❖ Ben sedrine Laila, « la responsabilité civil, pénal et disciplinaire du médecin au Maroc », REMALD, n 28, édition 2006.
- ❖ Bernard Michel, « 160 questions en responsabilité médicale : Aspects pratiques et fondamentaux », 2^{ème} Edition Elsevier Masson 2010.
- ❖ Bouchalta Meryem, « La responsabilité médicale du psychiatre en droit marocain », July 2020.
- ❖ Boudahrain Abdellah, « Le Droit de la santé Au Maroc, Plaidoyer pour une santé humaine », Edition L'harmattan, Paris 1996.
- ❖ Bouziani Lhassane, « la santé au Maroc entre le service public et la profession libérale », REMALD n 9, année 1999.
- ❖ Byk Christian, « le droit des comités d'éthique », édition eska, 1996.
- ❖ Cadeau Emmaneul, « le médicament en droit public sur le paradigme juridique de l'apothicaire », l'harmattan France, octobre 2000.
- ❖ Clavé Stéphane, « La responsabilité médicale à l'hôpital public : évolution et perspective », Edition Seli Arslan 2002.
- ❖ Coulomb Alain, « Principes méthodologique pour la gestion des risques en etablissement de santé », Agence Nationale d'Accréditation et d'Évaluation en Santé (ANAES), Janvier 2003.
- ❖ Dupuy Olivier, « La nouvelle gouvernance hospitalière : l'organisation en pôles d'activité », Editions heures de France 2007.
- ❖ Faugerolas Patrick, « Le directeur d'hôpital face aux juges », Edition marketing S.A, Paris 1998.
- ❖ Hocquet-Berg, Bruno Py Sophie, « La responsabilité du médecin », Editions heures de France 2006.

- ❖ Holcman Robert, « La fin de l'hôpital public ? », WOLTERS KLUWER 2007.
- ❖ Hureau Jacques, « L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation du préjudice corporel » 3 Edition 2010.
- International Comparison », Osgoode Hall Law School of York University 2006.
- ❖ Issa Ahmad, « La responsabilité médicale en droit public (étude comparé) », Edition alpha 2014.
- ❖ Laboudi Fouad, « La médecine au maroc Du xviie au xixe siècle - esquisses historiques » Harmattan le grand maghreb, 2021.
- ❖ Lhuillier Jean-Marc, « La responsabilité civile, administrative et pénale : Dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux », 4^{ème} Edition ENSP 2006.
- ❖ M. Gilmour Joan, « Patient Safety, Medical Error and Tort Law: An
- ❖ Maziere Pierre, « Les éléments de la responsabilité en matière médicale, Petites affiches », n°112, 06-6-2000.
- ❖ Mbarek Adel, « les caractéristiques de la responsabilité du service public hospitalier », 2006.
- ❖ Scotti Jean-Charles ; « La responsabilité juridique du cadre de santé », 2^{ème} Edition, 2007.
- ❖ Thouroude Jean-Jacques, « Pratique de la responsabilité hospitalière publique : Les responsabilités dans les établissements publics hospitalières », l'harmattan 2000.
- ❖ Thouvenin Dominique, « Secret médical et loi du 4 mars 2002 : quels changements ? », Laennec, 2007/1 (Tome 55).
- ❖ Welsch Sylvie, Responsabilité du Médecin, risques et réalités judiciaires, 2^{ème} Edition 2003.
- ❖ Werro Franz, « La responsabilité médicale » ; IDS Neuchatel ; avril 1996.

Les thèses :

- ❖ Ambre Laplaud, Le consentement et responsabilité médicale, Droit. Université de Limoges, 30 Novembre 2019.
- ❖ Bientz Florence, « conception juridique de l'acte médical dans le cadre d'une pluralité d'intervenants », thèse pour le doctorat en droit public présentée et soutenue publiquement le 28 janvier 2011.
- ❖ ISSA Ahmad, « La responsabilité médicale en droit public libanais et française », université de Grenoble 6 décembre 2012.
- ❖ Kamkar Caroline, « les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyen en matière médicale », thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 27 octobre 2006.
- ❖ Picovschi David, « le chirurgien plasticien et la justice responsabilités, prévention et conduite à tenir en cas de litige », thèse présentée pour le diplôme de docteur en médecine, année 2002.
- ❖ Ramassamy Reza Christian, « La responsabilité médicale : évolution et tendances actuelles », thèse de doctorat en Médecine Soutenue en 1991 à Lyon 1.
- ❖ Salem Géraldine, « Contribution à l'étude de la responsabilité Médical pour faute en droits Français et Américain », Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Paris VIII vincenne -ssaint Denis 25 mars 2015.
- ❖ Tabchi Manal, « La responsabilité civile du médecin : les limites de la faute medicale », université mohammed V de rabat faculté de medecine et de Pharmacie Rabat thèse pour le doctorat en droit an   : 2018.
- ❖ Thiam Alioune, « L'offre de soins et la responsabilité médicale : l'exemple du Sénégal », Thèse de doctorat en Droit privé et sciences criminelles Soutenue le 14-12-2010 à Montpellier 1, dans le cadre de Droit et Science Politique, en partenariat avec LDS - Laboratoire de Droit Social (laboratoire).

Les articles

❖ Auby Jean-Marie, « la responsabilité médiale en France (aspects de droit public) », revue internationale de droit comparé, vol N°3, Juillet-septembre 1976.

❖ Ben abdellah Mohamed Amine, « le principe du libre consentement du patient à l'acte médical », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 98-97 Mars- Juin 2011.

❖ Ben Salah Nabil, « responsabilité disciplinaire du médecin fonctionnaire à l'égard de son administration », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006.

❖ Ben Sedrine Leila, « L'euthanasié : infraction intentionnelle et responsabilité pénale du médecin », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 83 ; novembre- décembre 2008.

❖ Ben Sedrine Leila, « La faute médicale en matière de procréations artificielles », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 81 - 82 juillet- octobre 2008.

❖ Ben Sedrine Leila, « La responsabilité administrative des hôpitaux publics au Maroc », Revue Marocaine D'administration Locale et De Développement n 84- 85 janvier-avril 2009.

❖ Bogdan Jocelyn, «Medical malpractice in Sweden and New Zealand: Should Their Systems Be Replicated Here? », Center for Justice & Democracy Number 21 July 2011.

❖ Bouchalta Meryem, « Les professionnels de santé et la COVID-19 au Maroc : accident de travail ou maladie professionnelle ? » Pan African Medical journal 22 Jun 2021.

❖ Bouziani Lhassane, « la santé au Maroc entre le service public et la profession libérale », publication de la revue marocaine d'administration locale et de développement 9 Edition 1999.

❖ Britee feuillet-le mintier, « l'évolution de la responsabilité médicale », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006.

❖ Chaabouni Nejib, « la responsabilité disciplinaire du médecin », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006.

❖ Fatmi Yamina, « l'évolution de la responsabilité médicale en France » ; revue marocaine des contentieux REMARC, n 9, 1993.

❖ Hacine Wahid, « l'information médicale », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006.

❖ Hatem Marie, « La responsabilité sociale en santé : référents conceptuels, valeurs et suggestions pour l'apprentissage ». Une revue méthodique et systématique de la littérature, Pédagogie Médicale 23, 27-48 SIFEM, 2022.

❖ Hédi Amamou Mohamed, « les problèmes de responsabilité hospitalier », la responsabilité médicale centre de publication universitaire Tunis 2006.

❖ Khaldi Ali, « la responsabilité d'ordre privé existant en matière d'exercice de la médecine », la responsabilité médicale centre de publication, universitaire Tunis 2006.

❖ Lassaad Aouidj Mohamed, « neurochirurgie et responsabilités », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006.

❖ M. Mello Michelle, « "Health Courts" and Accountability for Patient Safety », Harvard School of Public Health; Harvard Medical School; Aetna, The Milbank Quarterly, Vol. 84, No. 3, 2006

❖ M. Mello Michelle, «Who Pays for Medical Errors? An Analysis of Adverse Event Costs, the Medical Liability System, and Incentives for Patient Safety Improvement», Journal of Empirical Legal Studies Volume 4, Issue 4, 835–860, December 2007.

❖ Mezhoud Sami, « responsabilité médicales et chirurgie esthétique », la responsabilité médicale centre de publication universitaire, Tunis 2006.

❖ Poppe Clothide, « la responsabilité médicale vers l'indemnisation du préjudice d'impréparation pour tous ? », article paru dans gestions hospitalières, n 521 décembre 2012.

❖ Quilleré-majzoub Fabienne, « la responsabilité du service public-hospitalier », Revue juridique de l'USEK. —N° 7 2001.

❖ Tifine Pierre, « La responsabilité sans faute des centres de transfusion sanguine », Revue générale du droit on line, 2008.

❖ Younsi-haddad nadia, « la responsabilité médicale des établissements publics hospitalier », revue algérienne des sciences juridique économique et politique, n 3, 1993.

Les séminaires

❖ Acte du séminaire de rabat des 12 et 13 octobre 2009 la coopération entre le Maroc et la France dans le domaine de la couverture médicale de base de 2005à 2009.

❖ Centre de recherches et de diffusion juridiques jurisprudence des formations contentieuses du conseil d'état juillet 2014
<http://www.legifrance.gouv.fr/>

❖ Centre de recherches et de diffusion juridiques jurisprudence des formations contentieuses du conseil d'état octobre 2013
<http://www.legifrance.gouv.fr/>.

❖ La faute médicale et la responsabilité : séminaire organisé par L'UIA et le barreau de Casablanca vendredi 8 et samedi 9 avril 2014.

❖ La responsabilité médicale en examen l'association marocaine de chirurgie viscérale a organisé, jeudi 9 février 2006 à Casablanca, une conférence de presse sur la responsabilité médicale.

❖ La responsabilité médicale, une obligation de moyens les 8 et 9 juillet 2011 au royal mansour à Casablanca.

❖ Le droit des malades, 10 ans après La loi du 4 mars 2002 dans la jurisprudence du Conseil d'État Colloque organisé par l'Institut du droit de la santé de l'Université Paris Descartes, la Chaire Santé de Sciences Po, l'EHESP et le LIRAES lundi 5 mars 2012.

❖ Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires Ecole nationale d'administration, mercredi 27 mars 2013 Intervention de Jean-Marc Sauvé vice-président du Conseil d'Etat.

Dictionnaires :

❖ Lexique des termes juridiques, 17^{ème} Edition, campus LMD, Dalloz, 2010.

Site web :

❖ http://basedaj.aphp.fr/daj/public/index/display/id_fiche/11868

❖ <https://www.courdecassation.fr/>

❖ <http://www.gazettedupalais.com>

❖ <http://www.conseil-etat.fr/>

❖ www.who.int/about/ar/

❖ <https://residentdoctors.ca>

❖ www.revuegeneraledudroit

الفهرس

1	مقدمة
32	القسم الأول: أساس مسؤولية الدولة عن الاخطاء الطبية
33	الفصل الأول: مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي المترتبة عن الخطأ
34	المبحث الأول: نطاق مسؤولية مرافق الصحة العمومية
34	المطلب الأول: التنظيم القانوني لمسؤولية المرفق الصحي العام
35	الفرع الأول: أثر التمييز بين الخطأ المرفقي والشخصي في بيان حدود المسؤولية
36	الفقرة الأولى: تحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ المرفقي
36	أولا- الإطار المفاهيمي للخطأ المرفقي المنشئ للمسؤولية الإدارية للمرفق الصحي
39	ثانيا- صور الخطأ المرفقي
43	ثالثا- موقف القضاء في تأسيس مسؤولية المرفق الصحي على الخطأ المرفقي
45	الفقرة الثانية: تحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي
47	أولا- معايير الخطأ الشخصي
51	ثانيا- شروط تحميل الدولة المسؤولية على أساس الخطأ الشخصي
52	ثالثا- اشكالية الجمع بين الخطأ الشخصي والمرفقي
54	الفرع الثاني: طبيعة العلاقات القائمة داخل المرفق الطبي العمومي
55	الفقرة الأولى: طبيعة العلاقة القانونية بين الطبيب والمرفق الطبي العام
55	أولا- علاقة الطبيب بالمرفق الصحي
58	ثانيا - علاقة الطبيب بالمريض
62	الفقرة الثانية: طبيعة العلاقة القانونية بين المريض والمرفق العام الطبي
63	المطلب الثاني: المسؤولية بسبب الأخطاء المتولدة عن تنظيم وعمل المرفق
64	الفرع الأول: الخطأ في مجال تنظيم المستشفيات العمومية
64	الفقرة الأولى: طبيعة النشاط الإداري والتنظيمي
67	الفقرة الثانية: مسؤولية الدولة عن التنظيم الإداري للمستشفيات
67	أولا- في مجال مصالح التجهيزات الطبية
68	ثانيا - في مجال مصالح الهياكل التقنية
68	ثالثا- الإخلال بسير تجهيزات التدفئة المركزية والمكيفات الهوائية
70	رابعا- الأخطاء المتولدة عن أعمال العلاج البسيطة
71	الفرع الثاني: في مجال سير المستشفيات العمومية
71	الفقرة الأولى: الإخلال بالحق في السلامة المعنوية

72	أولا- الامتناع عن إعلام المريض
78	ثانيا - نطاق الإلتزام بالسر الطبي
84	الفقرة الثانية: الإخلال بالحق في السلامة البدنية للمنتفعين
84	أولا- الخطأ في التشخيص
89	ثانيا- الإمتناع عن علاج المريض
91	ثالثا- مباشرة العلاج أو مراقبته
94	المبحث الثاني: التكيف القانوني لمرافق الصحة العمومية
94	المطلب الأول: طبيعة الإلتزام المنشئ لمسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي
95	الفرع الأول: الإلتزامات الملقاة على عاتق الطبيب
95	الفقرة الأولى: الإلتزام ببذل العناية كأصل
99	الفقرة الثانية: الإلتزام بتحقيق نتيجة كاستثناء
100	أولا- الإلتزام بضمان سلامة المريض
101	ثانيا- نقل الدم
102	ثالثا- الأجهزة والأدوية والصيدلية
103	رابعا- التركيبات الصناعية وزرع الأعضاء
103	خامسا- طب الأسنان
105	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المرفق الطبي
106	الفقرة الأولى: تأسيسها على أساس المسؤولية العقدية
110	الفقرة الثانية: تأسيسها على مسؤولية تقصيرية
110	أولا- اعتبارات الأخذ بالمسؤولية التقصيرية
114	ثانيا- أسس المسؤولية التقصيرية
116	المطلب الثاني: تقدير الخطأ الطبي
117	الفرع الأول: تأسيس مسؤولية الدولة على أساس الخطأ الطبي الجسيم
117	الفقرة الأولى: معايير الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم
117	أولا- معيار الخطأ الطبي والعلاجي
118	ثانيا- العمل الطبي وتنظيم وتسيير المرفق
119	ثالثا- الخطأ العادي والخطأ الفني
120	الفقرة الثانية: مبررات الأخذ بنظرية الخطأ الجسيم
120	أولا- الموقف الفرنسي
122	ثانيا- موقف القضاء المغربي
123	الفرع الثاني: تأسيس مسؤولية الدولة على أساس الخطأ الطبي البسيط
124	الفقرة الأولى: موقف القضاء الفرنسي
125	الفقرة الثانية: موقف القضاء المغربي

128	الفصل الثاني: مسؤولية الدولة الإدارية بناءً عن المخاطر الطبية
129	المبحث الأول: تطور أساس المسؤولية الخطئية الطبية إلى مسؤولية قائمة بدون خطأ
129	المطلب الأول: قيام مسؤولية المرفق العام الطبي على أساس المخاطر
130	الفرع الأول: بدايات نشوء المسؤولية دون خطأ في العمل الطبي
130	الفقرة الأولى: مضمون نظرية المخاطر
130	أولاً- نظرية المخاطر من المنظور الفقهي
133	ثانياً- نظرية المخاطر من المنظور القضائي
135	الفقرة الثانية : خصائص المسؤولية بدون خطأ
135	أولاً- مميزات نظرية المخاطر كأساس لقيام مسؤولية الدولة
136	ثانياً- محدودية المسؤولية الإدارية بناءً على المخاطر
138	الفرع الثاني: حالات قيام المسؤولية دون خطأ وشروطها
138	الفقرة الأولى: حالات قيام المسؤولية الطبية بدون خطأ
138	أولاً- الحوادث الناشئة عن المواد والمعدات المستخدمة
139	ثانياً- الحوادث الناتجة عن النشاطات الطبية
139	ثالثاً- الحوادث الناتجة عن الأوضاع الخطرة
139	الفقرة الثانية: شروط قيام المسؤولية الإدارية دون خطأ
141	المطلب الثاني: من الخطأ المفترض إلى الخطر كأساس للمسؤولية
142	الفرع الأول: الخطأ المفترض
142	الفقرة الأولى: نطاق تطبيق نظرية الخطأ المفترض
143	أولاً- خصائص الخطأ المفترض
146	ثانياً- نطاق تطبيق نظرية الخطأ المفترض
148	الفقرة الثانية: دور فكرة الخطر في المسؤولية الطبية دون خطأ
153	الفرع الثاني: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وأثره على قيام مسؤولية الدولة
153	الفقرة الأولى: مضمون مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة
156	الفقرة الثانية: دور مبدأ المساواة في المنازعات المتصلة بنشاط المرفق الطبي العام
160	المبحث الثاني: تطبيقات المسؤولية بدون خطأ المترتبة على المرفق الطبي العام
160	المطلب الأول: المسؤولية بدون خطأ تجاه المنتفعين بخدمات المرفق الطبي العام
161	الفرع الأول: مسؤولية الدولة عن عمليات التلقيح الإجباري
161	الفقرة الأولى: النظام التشريعي لتعويض ضحايا التطعيم الإجباري
163	الفقرة الثانية: الحلول القضائية للمسؤولية عن التطعيم الإجباري
165	الفرع الثاني: مسؤولية الدولة عن المخاطر العلاجية الطبية المستحدثة
165	الفقرة الأولى: الإطار القانوني للأبحاث الطبية
167	الفقرة الثانية: الحلول القضائية للمسؤولية عن المخاطر العلاجية الطبية المستحدثة

المطلب الثاني: المسؤولية بدون خطأ للمرفق الطبي العام تجاه معاونين للمرفق	170
الفرع الأول: مسؤولية المرفق الطبي عن عمليات التبرع بالدم	171
الفقرة الأولى: النطاق القانوني في مجال عمليات نقل الدم	171
الفقرة الثانية: العمل القضائي	175
الفرع الثاني: مسؤولية المرفق الطبي العام عن عمليات نقل الأعضاء البشرية	179
الفقرة الأولى: مشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية	180
الفقرة الثانية: مسؤولية المرفق الطبي العام عن عمليات نقل الأعضاء البشرية	181
خلاصة القسم الأول:	185
القسم الثاني: تقييم العمل القضائي في مجال مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية	188
الفصل الأول: الآثار المترتبة عن قيام مسؤولية الدولة في المجال الطبي	189
المبحث الأول: إثبات مسؤولية الدولة في المجال الطبي	190
المطلب الأول: القاعدة العامة في إثبات الخطأ الطبي	191
الفرع الأول: عبئ الإثبات حسب طبيعة الالتزام	191
الفقرة الأولى: إثبات خطأ الطبيب في الالتزام ببذل العناية	192
أولاً- التوجه القديم في تحميل عبء الإثبات	192
ثانياً- الاتجاه الحديث في تحمل عبء الإثبات	194
الفقرة الثانية: إثبات خطأ الطبيب في الالتزام بتحقيق النتيجة	196
أولاً- التزامات الطبيب بتحقيق النتيجة المتعلقة بواجباته الإنسانية	198
ثانياً- التزامات الطبيب بتحقيق نتيجة في مجال أعماله الفنية	198
الفرع الثاني: نقل عبء الإثبات	201
الفقرة الأولى: تكليف المتضرر عبئ الإثبات في حالة المسؤولية الخطئية	201
الفقرة الثانية: تخفيف عبئ الإثبات على المتضرر في حالة المسؤولية دون خطأ	204
المطلب الثاني: التخفيف من عبئ الإثبات	206
الفرع الأول: التخفيف من تحمل المريض لعبء الإثبات	207
الفقرة الأولى: تحمل الطبيب لعبء إثبات الالتزام بالإعلام	207
الفقرة الثانية: الخطأ الاحتمالي "استنتاج الخطأ من وقوع الضرر"	210
الفرع الثاني: إنتفاء مسؤولية الدولة	214
الفقرة الأولى: الصعوبات المتعلقة بعبء الإثبات	214
أولاً- في مجال الممارسة الطبية	215
ثانياً- الصعوبات المتعلقة بالخطأ الطبي	216
ثالثاً- تحمل المريض لتبعة الإثبات	218
الفقرة الثانية: حالات دفع المسؤولية الدولة	218
أولاً- القوة القاهرة	219

220	 ثانيا- خطأ المتضرر
222	 ثالثا- خطأ الغير
222	المبحث الثاني: الخبرة الطبية كوسيلة للإثبات في قضايا المسؤولية الإدارية
223	المطلب الأول: دور الخبرة الطبية في تقرير المسؤولية عن الخطأ الطبي
223	الفرع الأول: ضوابط الإستعانة بالخبرة الطبية
224	الفقرة الأولى: مهام الخبير في إثبات الخطأ الطبي
225	الفقرة الثانية : تقرير الخبير
228	الفرع الثاني: مدى مصداقية تقرير الخبرة في المسؤولية الطبية
229	الفقرة الأولى: قيمة تقرير الخبير في الإثبات
230	الفقرة الثانية: تأثير تقرير الخبير على القاضي
233	الفقرة الثالثة: التوجه القضائي
233	أولا- قبل إنشاء المحاكم الإدارية
235	ثانيا- الخبرة الطبية بعد إحداث المحاكم الإدارية
237	المطلب الثاني: أهمية الملف الطبي في الخبرة الطبية
237	الفرع الأول: إمكانية الإطلاع على الملف الطبي من طرف الخبير
239	الفقرة الأولى: الملف الذي بحوزة المرفق الصحي العمومي
242	الفقرة الثانية: الملف الذي يكون بحوزة المريض
242	الفرع الثاني: صعوبات الخبرة في المسؤولية الطبية
243	الفقرة الأولى: الصعوبات التي تواجه الخبرة الطبية
243	أولا- الصعوبات ذات الصلة العامة
243	ثانيا- الصعوبات ذات الصلة الخاصة
244	الفقرة الثانية: صعوبات الحصول على تقدير موضوعي من الخبير في المجال الطبي:
244	أولا: الصعوبة الموضوعية
245	ثانيا: الصعوبة الشخصية
248	الفصل الثاني: دعوى المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية
249	المبحث الأول: أركان المسؤولية الطبية الموجبة للتعويض
250	المطلب الأول: الضرر الطبي كمحدد لمسؤولية الدولة
250	الفرع الأول: تقدير الضرر في المجال الطبي وأنواعه
251	الفقرة الأولى: تحديد مفهوم الضرر في المجال الطبي
251	أولا- تعريف الضرر الطبي من الناحية الفقهية
252	ثانيا- تعريف الضرر الطبي من الناحية التشريعية
253	الفقرة الثانية: أنواع الضرر الطبي
253	أولا- الضرر المادي

255	ثانيا- الضرر المعنوي
257	الفرع الثاني: شروط الضرر في المسؤولية الطبية
258	الفقرة الأولى: شروط الضرر في المسؤولية المبنية على خطأ
258	أولاً- أن يكون الضرر مباشراً
258	ثانيا- أن يكون الضرر محققاً
259	ثالثاً- أن يكون الضرر شخصياً
260	رابعاً- أن يمس الضرر حقاً ثابتاً أو مصلحة مالية مشروعة
260	خامساً- يجب أن يكون الضرر قابلاً للتقييم بالنقد
261	الفقرة الثانية: شروط الضرر في المسؤولية القائمة بدون خطأ
262	أولاً- الطبيعة الخاصة للضرر
262	ثانيا- الضرر غير العادي
263	المطلب الثاني: العلاقة السببية كمحدد لمسؤولية الدولة
264	الفرع الأول: قيام العلاقة السببية
265	الفقرة الأولى: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
266	أولاً- نظرية تعادل الأسباب
267	ثانيا- نظرية السبب المنتج ونظرية السببية الملائمة
269	الفقرة الثانية: العلاقة السببية بين الضرر ونشاط المرفق الصحي
269	الفرع الثاني: أسباب انتفاء العلاقة السببية
270	الفقرة الأولى: في نطاق المسؤولية المؤسسة على أساس الخطأ
270	أولاً- حالة القوة القاهرة
270	ثانيا- حالة الحادث الفجائي
271	ثالثاً- حالة تسبب الضحية في حدوث الضرر
271	رابعاً- حالة تسبب الغير في حدوث الضرر
272	الفقرة الثانية: في نطاق المسؤولية المؤسسة دون خطأ
273	أولاً- القوة القاهرة
274	ثانيا- خطأ المضرور
275	المبحث الثاني: الجزاء المترتب عن مسؤولية المستشفى العام
275	المطلب الأول: التعويض عن الأخطاء الواقعة داخل المؤسسات الصحية العمومية
276	الفرع الأول: محددات الضرر القابل للتعويض
276	الفقرة الأولى: التعويض عن الضرر المادي
276	أولاً- التعويض عن الضرر الجسدي
277	ثانيا- التعويض عن الضرر المالي
279	ثالثاً- التعويض عن تفويت الفرصة

282	الفقرة الثانية: التعويض عن الضرر المعنوي
284	الفرع الثاني: سلطة القاضي الإداري في تقدير التعويض المستحق للمتضرر
284	الفقرة الأولى: تقدير التعويض
287	الفقرة الثانية : معايير تحديد التعويض
287	أولا- عناصر التعويض التي يعتمد عليها القاضي
291	ثانيا- التعويض في حدود الطلب
292	ثالثا- حلول الدولة محل الموظف المعسر في الأداء
295	الفقرة الثالثة: التعويض في بعض الأنظمة الصحية العالمية
304	المطلب الثاني: الإتجاه الحديث للقضاء في مجال مسؤولية الدولة عن الأخطاء الطبية
304	الفرع الأول: دعوى المسؤولية الإدارية للمستشفيات العمومية
305	الفقرة الأولى: الإختصاص القضائي في دعوى مسؤولية الدولة عن الخطأ الطبي
305	أولا: الإختصاص الأصيل للقاضي الإداري
309	ثانيا: الإختصاص القضائي في حالة الجمع بين الخطأ الشخصي والمرفقي
312	الفقرة الثانية: شروط قبول دعوى المسؤولية الإدارية الطبية
313	أولا: إجراءات حل النزاع وديا
317	ثانيا: الصفة والمصلحة
318	ثالثا: تمثيل الدولة أمام القضاء
323	الفرع الثاني: تكريس القضاء لحماية الحق في الصحة
324	الفقرة الأولى: مضمون الحق في الصحة
327	الفقرة الثانية: تكريس القضاء لمسؤولية الدولة عن الحق في الصحة في نشاط المرفق الصحي العمومي
330	خلاصة القسم الثاني:
333	خاتمة:
342	لائحة المراجع
362	الفهرس