

مسؤولية المرفق الصحي عن التداعيات الطبية الضارة
-دراسة خاصة بنظام المسؤولية دون خطأ في مجال البحوث البيوطبية
وفق قانون الصحة الجزائري الجديد-

**Hospital liability for medical risk
– the liability system without error in the field of biomedical
research
According to the new Algerian health law-**

عيساني رفيقة¹

¹كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مستغانم، الجزائر، rafika.aissani@univ-mosta.dz

تاريخ الاستلام: 2021/05/03، تاريخ القبول: 2021/05/23، تاريخ النشر: 2021/06/08

الملخص: تعتبر المسؤولية الطبية من المواضيع المستجدة التي تعرف تطورات متغيرة من حيث أحكامها ونظامها القانوني سواء نظرا للتدخلات القضائية عبر القضايا المطروحة أمامها أو نتيجة التحيينات القانونية التي يقوم بها المشرع، وان سبب ذلك طبيعي يرجع بالدرجة الأولى إلى التطورات المستمرة التكنولوجية و الطبية والمتغيرات البيولوجية في حد ذاتها وخير دليل على ذلك جائحة كورونا وما أسفرت عنه من قواعد جديدة. وفي هذا النطاق تعتبر البحوث الطبية القاطرة الأولى في مجال التطورات العلمية، غير أن خصوصيتها في استعمال الجسم البشري تضفي عليها خطورة بالغة تؤثر على مدى احترامها لنظام بيوأخلاقيات الطبية من جهة وعلى طبيعة المسؤولية القائمة بشأنها. وفي هذا الصدد لابد من ابراز المستجدات التشريعية التي قام به المشرع الجزائري بخصوص هذا الموضوع وفقا لقانون الصحة الجديد.

الكلمات المفتاحية: مسؤولية دون خطأ، الخطر الطبي، البحوث البيوطبية، قانون الصحة الجزائري

Abstract: Medical reasonability is considered one of the emerging topics that know changing developments in terms of its provisions and its legal system, whether due to judicial interference and changes made by the legislator, and the reason for this is natural, primarily due to the continuous technological and medical developments and biological variables in the case Corona pandemic and this new rules it has resulted in is the best proof of that.

* المؤلف المرسل

In this regard, medical research is considered the first locomotive in the field of scientific developments, but its specificity in the use of the human body gives it a grave danger that affects the extent of its respect for the medical bioethics system on the one hand and the nature of the responsibility existing in it. In this regard, **key words:** Responsibility without error, medical risk, biomedical research, Algerian health law

مقدمة:

لقد عرفت المسؤولية الطبية تطورات هائلة سواء قضائية أو تشريعية في إطار تحررها عن الأسس التقليدية التي كانت تستند عليها. فقد اتجه القضاء الإداري (OSSOUKINE, 2003 p280) خلال مراحل متعددة، إلى إقامة نوع من المسؤولية غير الخطئية التي لا تأخذ بعين الاعتبار مدى توافر عنصر الخطأ، بل تقوم في جوهرها على فصل التعويض عن الخطأ. و مؤدى ذلك، تقرير حق المريض المضرور، في التعويض عما أصابه من ضرر، نتيجة العمل الطبي (Duguet, 2000, p19)

هذا و تجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري الفرنسي (غمرة، 2005 ص280) في مجال المرافق الصحية العمومية، قد أقر المسؤولية غير الخطئية لصالح المرضى في بداية الأمر. كما حاول القضاء المدني اللحاق به فيما بعد، عبر وسائله الخاصة من أجل إقرار هذا النوع من المسؤولية، وذلك بهدف تحقيق المساواة بين المرضى بصفة عامة، بغض النظر عن الإطار القانوني الذي يتم فيه تلقي أعمال الرعاية والعلاج.

ولعل أهم سبب لهذه التغيرات التي تعرفها المسؤولية الطبية (saison, 1999; p09)، يرجع أساسا إلى التقدم المتواصل للعلوم الطبية من خلال اعتمادها أصول علاجية جديدة، ووسائل تكنولوجية حديثة.

إذ كما يقول بعض الفقه (A.Akida, 1994.P03) لم يكن يتوقع المريض أبدا بأنه سيحصل على الرعاية العلاجية المتطورة بهذا الشكل، بالمقارنة مع ما كان عليه الطب في السابق، وذلك لأن الطب الحالي، يتجه نحو مفهوم "طب الراحة" (La médecine du confort).

و مع ذلك فإن هذه التطورات هي الأخرى، تتسبب في إلحاق أضرار بالمرضى والتي أصبح من المستحيل من خلالها التعرف على الخطأ الذي يؤدي إلى قيام مسؤولية المرافق الصحية العمومية. ويظهر ذلك خصوصا لما يؤكد الخبراء المعينون في مثل هذه القضايا، بعدم وجود أخطاء على الإطلاق، مما يفتح الباب واسعا أمام هذه المرافق، لدفع المسؤولية عنها، و بالتالي إعفائها من التعويضات. وهذا ما جعل القاضي الإداري يلاحظ، بأنه ليس من العدل أن يترك المرضى المضرورين من أعمال طبية بدون تعويضات. (GUETTIER, 18/7/2005. N27. P1502)، بسبب عدم وجود خطأ طبي، على الرغم من أنه يوجد ضرر.

كما يلاحظ أنه من الأسباب التي شجعت اعتماد نظرية الخطر في إقرار مسؤولية المرافق الصحية العمومية، هو ازدياد الوعي لدى المرضى مستعملي المرفق والذين أصبحوا أكثر حرصاً على صحتهم، وعلى مساءلة الأطباء، في حالة ما إذا تعرضوا لأضرار مادية. بل أكثر من ذلك، فإنهم يطالبون حتى بالتعويض عما لحقهم من أضرار معنوية. وهذا تغير واضح بالمقارنة مع الاعتقادات التي كانت سائدة في السابق، والتي كانت تربط الضرر الطبي، بالقضاء و القدر.

و أمام كل هذا، أصبحت نظرية المخاطر، ضرورة حتمية لا بد على القاضي الإداري من إعمالها، لما تجتمع الشروط المناسبة لها. فالمخاطر لا تعني التعويض الآلي عن الأضرار، هذا من جهة. و من جهة أخرى، لا مجال لإعمالها على الإطلاق لما يحصل خطأ أثناء عمل طبي، لأن أساس المسؤولية في هذه الحالة هو الخطأ.

المبحث الأول: أساس مسؤولية المرفق الصحي عن التداعيات الطبية الضارة

أن نوع هذه المسؤولية تقوم في غياب الخطأ وهي مسؤولية موضوعية وهي عادة ما يعبر عنها الفقه بالمسؤولية دون خطأ ، وهذه الطبيعة للمسؤولية التي وجهت للتقدير لا لسلوك المرفق العام بل للضرر وتسمح للوصول إلى إمكانية جبره من خلال تعويض الضحايا .

هذه الفكرة دفعت بالقضاء الإداري الى ان يجعل من هذا النظام للمسؤولية نظاما استثنائيا أو احتياطيا في مقابل نظام المسؤولية الإدارية عن الخطأ الذي يشكل القانون العام، فلا يتم الرجوع لهذا النظام إلا في بعض الحالات والوضعية التي لا يقبل فيها ترك الضحية دون تعويض رغم عدم اثبات الخطأ ، ويتم كل ذلك في ظل شروط معينة تفق عائقا أمام تسهيل شروط انعقادها ، كما أن الطبيعة الموضوعية للمسؤولية دون خطأ تجعل منها في المجال الإجرائي وفي مسار منازعة المسؤولية مسألة من النظام العام. ففي المقابل لا تتضمن المسؤولية دون خطأ تقييما للفعل المولد للضرر وبالتالي فإن لها طابعا تعويظيا بحتا. فحكم القاضي بالتعويض لا يهتم بإسناد أي عقاب لسلوك ولكن يوجه الإهتمام للضرر المتميز الذي أصاب الضحية.

تجدر الإشارة إلى أن الأساس المميز للمسؤولية بدون خطأ في مجال الأعمال الطبية هو موضوع الخطر الطبي أو ما يعرف كذلك بالصدفة العلاجية أو الاحتمال وهو الذي يعطي صورة واضحة عن مدى تحقق التداعيات الضارة للعمل الطبي. ولهذا فإنه لا بد من تحديد مفهومه وشروط تحققه حتى تتمكن من القول بان هنالك مسؤولية مخاطر وأن هناك تعويض عن المخاطر.

المطلب الأول: مفهوم الخطر الطبي

ليس بالهين تحديد تعريف دقيق للخطر الطبي، و لاشك أن غياب الدقة و الوضوح في هذا الموضوع يعود للمصطلح المستعمل ، فالبعض يتحدث عن خطر العلاج و البعض الآخر اتجه لحوادث العلاج, (ossoukine, p38) و هناك من يشير عن الصدفة العلاجية أو التداعيات الطبية الضارة،

وهي تمثل عوامل الخطر من المنظور الطبي أي مجموعة الإجراءات والمعدات والأدوات والظروف المتغيرة والمرتبطة باحتمالات الإصابة الجسدية العضوية أو النفسية و زيادتها (المخاطر الطبية). وأحيانا يستخدم مصطلح محددات الصحة للإشارة إلى العوامل التي تخفض أو تزيد من تلك الاحتمالات ، وهذه الأخطار متعلقة بالمرضى نتيجة بقائهم في المستشفيات أو العاملين بسبب مزاوله المهنة وكذا الأخطار التي يتعرضون لها المرضى . و بالتالي نتطرق الى فكرة الخطر كفكرة خاصة بالتأمين (الخطر الطبي في الجراحة التجميلية، 2018) ثم للخطر كأساس للمسؤولية المدنية.

المطلب الثاني: الخطر كفكرة خاصة بالتأمين

إن دراسة هذه النقطة العلمية تعتبر مسألة جد هامة على اعتبار أن نظرية المخاطر وفي المجال الطبي على وجه الخصوص أصبحت التشريعات كما سنرى لاحقا تلزم الأطراف المتعاملين في مجال الطبي بالاكنتاب لدى جهات التأمين من اجل مزاوله مهنة الطب من أساسها، حيث ألزمت المادة 296 من قانون الصحة الجديد 2018 بأنه يتعين على الهياكل والمؤسسات العمومية والخاصة للصحة وكذا كل مهنيي الصحة الذين يمارسون بصفة حرة اكنتاب تامين يغطي مسؤوليتهم المدنية والمهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير. بالإضافة إلى نص المادة 397 من ق.ص.ج أن "يتعين على المرقي في الدراسات العيادية التدخيلية اكنتاب تامين يغطي مسؤوليته المدنية والمهنية بخصوص النشاط الذي يقوم به.

إن فكرة الخطر كفكرة خاصة بالتأمين و قد وردت عدة تعريفات للخطر ، فقد عرفه بلانيول و ريبار بأنه: " حصول الحادث الذي يوجب تحققه أن يوفي المؤمن بما التزم به " و قد عرفه بيكار و بيسون بأنه " حادث محتمل الوقوع لا يتوقف تحققه على إرادة الطرفين وحدهما و على الخصوص إرادة المؤمن له " و بالتالي الخطر حادث احتمالي، لهذا صنف المشرع الجزائي عقد التأمين ضمن العقود الاحتمالية، و للخطر شروط هي:

الشرط الأول: غير محقق الوقوع و هذا هو عنصر الاحتمال، و يكون الخطر غي محقق الوقوع على كلتي صورتين:

- فقد يكون وقوع غير محتم، فهو قد يقع و قد لا يقع فمثلا التأمين من السرقة أو الحريق أو المخاطر الطبية تأمين من خطر قد يقع و قد لا يقع.

- و قد يكون وقوع الخطر محتما و لكن وقت وقوعه غير معروف، فهو خطر محقق لكنه يضاف الى اجل غي محقق كالتامين على الحياة لحالة الموت، فالموت أمر محقق لكنه يضاف إلى اجل غير محقق، و لكن التامين على الحياة لحالة البقاء و هو تامين بموجبه يدفع المؤمن مبلغ التامين للمؤمن له حيا بعد مدة معينة أمر غير محقق.

الشرط الثاني: أن لا يتعلق بمحض إرادة احد طرفي العقد فالعنصر الجوهري في الخطر هو الاحتمال، فيجب أن يكون الخطر المؤمن منه ناتجا عن عامل الصدفة و لا يجوز للمؤمن له إحداثه عمدا بفعله فإذا امن على سيارته من الحريق و تعمد بعد ذلك إحراقها فلا يستحق مبلغ التامين لان الخطر لا يتحقق نتيجة الصدفة، كما لا يجوز للمؤمن له أن يؤمن من مسؤوليته ثم يتعمد إلحاق الضرر بالغير ، ففي كل هذه الحالات يبطل عقد التامين لتخلف شرط أساسي هو عنصر الاحتمال، و تطبيقا لذلك لا بد من أن يتدخل الخطر الطبي عامل آخر غي محض إرادة المؤمن له الجراح التجميلي أو حتى المريض و هو عامل المصادفة و الطبيعة أو عامل إرادة الغير، و يكون الخطر ثابتا إذا كانت احتمالات تحققه خلال مدة التامين واحدة لا تتغير من وقت لأخر فالتامين من الحريق تامين من خطر ثابت لان الحريق أمر يحتمل وقوعه بدرجة واحدة و لا يمنع من ذلك أن الحرائق تكثر في فصل الصيف و تقل شتاء مادامت احتمالات تحققها ثابتة مطلقا لا تتغير احتمالات توقعه أصلا، فهناك تغيرات وقتية و تغيرات عارضة و هي لا تمنع أن يكون الخطر ثابتا نسبيا و عليه تكون أكثر الأخطار المؤمن منها ثابتة، فمثلا التامين من المسؤولية عن حوادث السيارات يمكن اعتباره ثابتا نسبيا.

و يكون الخطر متغيرا إذا كانت احتمالات تحققه خلال مدة التامين تختلف صعودا و نزولا و يظهر تغير الخطر بوجه خاص في التامين على الحياة فمن امن على حياته لحالة وفاة يتقاضى ورثته مبلغ التامين عند موته، يكون معرضا لخطر الموت طوال حياته لكن خطر الموت يتغير و هو يتخطى مراحل حياته المتعاقبة فيكون الخطر متغيرا تغيرا تصاعديا كلما تقدم في السن، و على العكس من ذلك إذا امن على حياته لحالة البقاء فهو يتقاضى مبلغ التامين إذا بقي حيا بعد مدة معينة و يكون الخطر منا متغيرا تغيرا تنازليا كلما اقترب المؤمن له من نهاية المدة المعنية..

المبحث الثاني: - ضوابط تطبيق نظرية المخاطر في مجال المسؤولية الطبية

لم تكن المسؤولية على أساس المخاطر في البداية، مطبقة في مجال المرافق الصحية العمومية. إن الذي كان معروفا خلال تلك الفترة، و بالضبط قبل سنة 1990، هو العمل فقط بموجب المبادئ العامة للمسؤولية الإدارية، التي تجعل كل من المساهمين الفعليين في تنفيذ المرفق و الغير، هم الأطراف الوحيدين الذين لهم الحق في الاستفادة من أحكام المسؤولية بدون خطأ. بمعنى أنه خلال هذه الفترة (maziere, n112; 06/2000; p21) ، و بالنسبة للمريض المضروب من الأعمال الطبية، عليه إثبات خطأ المرفق الصحي العمومي، حتى يأخذ حقه من

التعويضات، وذلك باعتباره مستفيدا من خدمات المرفق. فهو ليس في وضعية المساهم، و لا في وضعية الغير. هذا ما دفع بعض الفقه (sousse, 1994. P437) إلى التعليق على هذه الوضعية كونها غير منطقية. فالعمل الطبي يعد موجها لصالح المريض. و هذا الأخير، هو الذي يمثل سبب الأخطار التي هو معرض لها في أمل حصوله على الشفاء. و بالتالي، لا يوجد ما يمنعنا من أن نصفه بمساهم غير متعمد في تنفيذ مرفق عام، حتى يكون من حقه الحصول على الحماية ضد المخاطر التي يتعرض لها، مادام أنه يشارك بشكل أو بآخر في تطوير وتحديث الأصول الطبية (محمد، 1995)

هكذا وفي خلال هذه الفترة، أي قبل سنة 1990، فإن المسؤولية على أساس المخاطر في مجال المرافق الصحية العمومية في القضاء الفرنسي كانت تخص فقط المساهمين العرضيين (Collaborateur occasionnel) في تنفيذ المرفق العام. و مسؤولية مستشفيات الأمراض العقلية في حالة وحيدة، وهي الخروج التجريبي للمريض العقلي (شيهوب، 2000).. إن هذه الوضعية تشكل وحدها خطرا خاصا بالنسبة للغير، الذي قد يكون معرضا لأية حوادث، و في أي وقت. وهكذا يتحمل المستشفى المسؤولية عن هذا الخطر، وذلك لأن المرضى من الناحية القانونية، هم تحت رقابة هذا المرفق، حتى وإن كانوا خارجا (الشريبي، 1999).

هذا وإن التوجه الذي كان سائرا عليه القضاء الإداري الفرنسي، بشأن وضعية المرضى المضرورين من الأعمال الطبية، وعدم إفادتهم بالتعويضات على أساس نظرية المخاطر، سرعان ما تحلى عنه في فترة موالية (pelletl, n324;2005;p75)، وذلك بموجب قرارات مجلس الدولة الفرنسي الشهيرة Consort Gomez. وقرار Hôpital Joseph Imbert d'Arles.

المطلب الأول : الاعتراف الأولي بنظرية المخاطر بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية

.Consort Gomez

فلقد أقر القضاء الإداري بمسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر لأول مرة في قرار المجلس الإداري للاستئناف لمدينة ليون في قضية Consort Gomez بتاريخ 1990/12/21. حيث تعلق الأمر بطفل يبلغ من العمر 15 سنة، أدخل المستشفى لإجراء عملية جراحية لتقويم العمود الفقري. وقد تم إجراء هذه العملية باستخدام طريقة جراحية جديدة ظهر الطفل بعدها بمضاعفات جسيمة، انتهت بشلل أطرافه السفلى. وعندما تقدمت عائلة المضرور بطلب التعويض، رفضت محكمة ليون الإدارية الحكم بمسؤولية المرفق الطبي، على أساس أن ما جاء في تقرير الخبراء، ينفي الخطأ من جانب الطبيب في إجراء العملية الجراحية.

أما على مستوى الاستئناف، فقد استجاب المجلس الإداري للاستئناف لطلبات عائلة Gomez، إذ قرر لأول مرة، مسؤولية المرفق الطبي دون خطأ في مجال الأعمال الطبية. ولكنه حصر مجال هذه المسؤولية، في حالة استخدام وسيلة علاج جديدة لم تعرف بعد نتائجها بصورة كافية، بالإضافة إلى أنها لم تكن الوحيدة المتاحة

لإجراء العملية الجراحية، ولم يكن التدخل الطبي مستعجلاً، أو تفرضه حالة الضرورة. كما أن المجلس الإداري للاستئناف هذا، قيد مجال المسؤولية دون خطأ، بالأضرار الاستثنائية و البالغة الجساماة التي تلحق المريض. على أن قرار Gomez في الحقيقة، لم يكن له تأثير كبير في مجال المسؤولية على أساس المخاطر. فالأمر هنا يقتصر على حالة محددة، وهي لما يتعلق الأمر باستعمال وسيلة علاجية جديدة.

المطلب الثاني: تحديد شروط نظرية المخاطر بموجب قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية

Bianchi وقضية Hôpital Joseph Imbert d'Arles

إن مجلس الدولة الفرنسي تدخل مرة أخرى، وأقر بهذا النوع من المسؤولية غير الخطئية، وذلك بموجب قرار Bianchi المؤرخ في 1993/4/9. وهنا لم يتعلق الأمر بتقنية طبية جديدة، وإنما بمجرد تصوير تقليدي بالأشعة للشرايين الفقرية، بحيث ترتب عليه إصابة السيد Bianchi بالشلل. علماً أنه لم يحصل خطأ في أداء هذا العمل العلاجي. ورغم ذلك، ترتب ضرر، رجع إلى محلول الصبغة اللازم لإجراء هذا الفحص، وما ينطوي عليه من مخاطر.

وهنا أقر مجلس الدولة الفرنسي، بمسؤولية المستشفى العام. وأسس قضاءه، على أنه عندما يشكل عملاً طبياً ضرورياً للعلاج، أو التشخيص، خطراً يعرف وجوده، غير أن إمكانية تحققه استثنائية (بدر، 2005/ص99)، فإن مسؤولية المرفق الصحي العمومي، تتحقق إذا كان تنفيذ هذا العمل هو السبب المباشر لأضرار لا علاقة لها بحالة المريض السابقة، ولا بالتطور المتوقع لهذه الحالة. وكانت هذه الأضرار تمثل درجة استثنائية من الجساماة. ويرى بعض الفقه أن قضاء Bianchi يشكل في الحقيقة، توجهاً أو خطوة نحو الالتزام بتحقيق نتيجة. وهكذا فإنه من خلال هذا القرار المبدئي و النوعي، يمكن استخلاص عدة نتائج

(penneau, 1996; p67) تخص الخطر الطبي، و مواصفاته. فمادام أن الأمر يتعلق بتقنية معروفة،

و هي التشخيص، فلا بد من توافر ثلاثة شروط وهي :

- خطر معروف وجوده.
- تحقق هذا الخطر يعد استثنائياً. من ذلك وقوع حالة من بين أربعة آلاف حالة.
- تحقق أضرار لا علاقة لها بحالة المريض السابقة.

و بالتالي، لا يدخل في نطاق المخاطر الخاصة بالمسؤولية الطبية حسب قضاء Bianchi مايلي:

- الآثار الجانبية العادية، حتى وإن كانت قليلة الوقوع.
- الأخطار كثيرة الوقوع، و الواضحة جداً. مثل العدوى بفيروس السيدا.

- الأخطار التي لم تصل درجة الخطورة، التي تضفي عليها الصفة "الاستثنائية". وهكذا أصبح القضاء الإداري يعمل على تطبيق المبدأ الذي جاء به قضاء Bianchi كلما تحققت الشروط السابق ذكرها.

و إلى جانب كل من قراري Gomez و Bianchi ، فإن القضاء الإداري الفرنسي، وسع من نطاق المسؤولية بدون خطأ عن الأعمال الطبية. و لقد كان ذلك بموجب قرار مجلس الدولة في قضية Hôpital Joseph Imbert d'Arles بتاريخ 1997/11/3. وكان ذلك بشأن الطفل Mehraz، الذي أدخل المستشفى لإجراء عملية ختان - تبعا للأعراف و التقاليد الإسلامية التي تتبعها العائلة - ولكنه توفي إثر تخديره تخديرا كليا. و كما يلاحظ من خلال هذه القضية، فإن الأمر لا يتعلق بمريض بالمعنى التقليدي أي يعاني من علة معينة، و إنما شخص خضع لتدخل جراحي، من دون غاية علاجية بمعناها الضيق .

وما يميز هذا القرار، أن مجلس الدولة الفرنسي، أقر صراحة بمسؤولية المستشفى العام على أساس المخاطر، و لم يراع خصوصية ظروف هذه القضية. بل أكثر من ذلك، اعتبر بأنه مهما كان الباعث الذي قبل من أجله الشخص بالمستشفى لتلقي علاج معين، أو لإجراء جراحة من أي نوع، فهو يكون تحت مسؤولية هذا المرفق. وهكذا إن قرار Hôpital Joseph جاء ليشمل مجالات كانت سوف تحرم من الاستفادة من خصائص المسؤولية على أساس المخاطر، إذا ما تم الاكتفاء بالشروط التي وضعها قرار Bianchi. ويظهر ذلك بوضوح من خلال ثلاثة نقاط أساسية :

النقطة الأولى: يستند أساسا إلى وجوب حصول ضرر متعلق بعمل علاجي، في حين أن عملية التخدير هي عمل طبي، وليس عمل علاجي بسيط مثل التشخيص. بالإضافة إلى ذلك، لا مجال لإبعاد أخطار التخدير عن المسؤولية على أساس المخاطر، مادام أن شروط هذه الأخيرة متوفرة. فمن جهة، في حالة تحقق أخطار التخدير، فإنها تؤدي إلى أضرار جسيمة واستثنائية كالوفاة. ومن جهة أخرى، فإن شرط الاستثنائية متوفر في الخطر في حد ذاته، بحيث أن حالة الوفيات هذه، لا تتحقق إلا مرة من حوالي ثمانية آلاف عملية تخدير.

النقطة الثانية: إن قرار مجلس الدولة الصادر سنة 1997، ميزته وضعية الطفل Mehraz الذي كان محل العملية الجراحية. ففي الحقيقة، إن هذا الطفل لم يأخذ حالة المريض المعروفة بمفهومها التقليدي.

النقطة الثالثة: إن التعويض المستحق حالة اعتماد المسؤولية على أساس المخاطر، لا يخص فقط المعني بالأمر - المريض المضرور-، وإنما كذلك من حق أهله المطالبة مثلا عن الأضرار المعنوية. وكذلك من حق صندوق التأمين المطالبة بتعويض نفقات استشفاء الطفل، طيلة مكوثه بالمستشفى العام، بسبب الغيبوبة التي وقع فيها.

وخلاصة القول، بشأن كل ما أرساه القضاء الإداري الفرنسي منذ قرار Bianchi، أن المسؤولية بدون خطأ على أساس المخاطر، تتحقق إذا توافرت الشروط التالية:

- يجب أن يتعلق الأمر بعمل طبي، وليس بعمل يتصل بتنظيم وسير المرفق الصحي العمومي. فلا بد أن يكون هذا العمل ضروري لتشخيص حالة المريض، وعلاجه.
- أن يتضمن هذا العمل، مخاطر طبية معلومة في ذاتها، وإن كان تحققها بالفعل يبقى أمراً استثنائياً.
- عدم وجود دلائل، تشير إلى أن المريض كان معرضاً لهذه المخاطر.
- إن إصابة المريض بأضرار في غاية الخطورة، أو الجسامة، لا علاقة لها بحالة المريض الأصلية، أو بتطورها المتوقع.
- أن تكون هذه الأضرار، علاقة مباشرة بالعمل الطبي الذي خضع له المريض.

كما حاول بعض الفقه (castellita, 2002;p161) ، من خلال هذه الشروط، و المميزات إعطاء مفهوم أو تعريف للخطر الطبي، بأنه حادث طبي غير منتظر، و طارئ يتسبب في ضرر، له علاقة بالعمل الطبي، ذلك العمل الذي يعد مستقلاً تماماً عن أي خطأ طبي.

المبحث الثالث: دراسة خاصة بنظام المسؤولية دون خطأ في مجال البحوث البيوطبية

وهكذا فإنه بعد قرار مجلس الدولة الفرنسي 1997 لم يعد يتعلق تعويض المخاطر فقط بذلك الشخص الذي يعاني من علة معينة، وإنما يستفيد من نظرية المسؤولية بدون خطأ كل شخص قبلته إدارة المرفق الصحي العمومي من أجل الخضوع لعمل طبي، وتعرض لأضرار بمناسبة ذلك (chaussars, 2007. P319).

هذا وإن المجال البحوث البيوطبية يقتضي بأن يجعل من جسم الإنسان، سواء كان مريضاً أو سليماً، أداة للتجارب الطبية، وذلك من خلال تعريضه إلى مختلف أساليب التطبيب الحديثة والتي لم يسبق إعمالها أبداً. وهنا تظهر الخطورة التي تنطوي عليها هذه الأبحاث.

المطلب الأول : أساس المسؤولية عن أضرار البحوث الطبية في القانون الفرنسي

لذلك، فإنه ابتداءً من سنة 1980 ظهرت محاولات الاهتمام بالإشكالات التي تطرحها وضعية الأشخاص الخاضعين لهذه التجارب، وما يترتب عليها من آثار، سواء من الناحية القانونية، أو من الناحية الأخلاقية (sousse, p431). هذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى التدخل بموجب القانون رقم 88-1938 المسمى بقانون Huriet- Séruclat، والمؤرخ في 1988/12/20 والمتعلق بحماية الأشخاص الذين يخضعون للأبحاث الحياتوية. وطبقاً لهذا القانون، فإن هؤلاء الأشخاص، يخضعون لنظامين تعويضيين مختلفين، والمعيار في ذلك، قائم على أساس التفرقة بين ما إذا كانت هذه الأبحاث موجهة لأغراض علاجية أم العكس.

ففي حالة ما إذا كانت هذه الأبحاث التي يجريها الأطباء على أي شخص ومن دون أن يكون لها غرض علاجي، فإننا نكون بصدد المسؤولية على أساس المخاطر التي يتحملها المرفق الصحي العمومي. دون أن يستطيع هذا الأخير أن يحتج في مواجهة المضرور بفعل الغير، ولا بالانسحاب الإرادي للشخص، بعد أن قبل الخضوع لتلك التجارب.

أما في حالة ما إذا كانت هذه الأبحاث موجهة لغرض طبي و علاجي، فإن نظام المسؤولية هنا، يقوم على أساس الخطأ المفترض. و المبرر في ذلك حسب ما لاحظته بعض الفقه، أن المريض في هذه الحالة، يستفيد في صحته الخاصة من هذه التجارب الطبية.

ولكن في نفس الوقت اعتبر الفقه السابق ذكره أن وجود نظامين تعويضيين بهذا الشكل يعد مسألة غير منطقية، وذلك بسبب أنه في كلتا الحالتين السابق ذكرهما، تشكل البحوث الحياتوتبية نفس الخطر بالنسبة للشخص موضوع التجربة. أي سواء كان مريضاً أم لا. وهي مخاطر جد خاصة، على اعتبار أنها تفوق قدر الخطر المقبول به، فيما لو تعلق الأمر بالأصول الطبية التقليدية.

ولهذا فإن المشرع الفرنسي عند إقراره نظام تضامن وطني في التعويض عن ضحايا الحوادث الطبية عن طريق إصداره للقانون الجديد في مجال الصحة، تحت عنوان "قانون حقوق المرضى وجودة النظام الصحي"، وذلك بتاريخ 2002/3/4، غير كل المعطيات التي تم ذكرها أعلاه، فقد حرص المشرع الفرنسي أولاً وقبل كل شيء على تأكيد مبدأ المسؤولية على أساس الخطأ كمبدأ عام من خلال المادة ل. 1-1142 من قانون الصحة العامة فقد جاء في المادة أن مهني الصحة، وكذلك كل مؤسسة، خدمة، أو هيئة، يتم في نطاقها أعمال فردية للوقاية، أو التشخيص، أو العلاج، لا تتحقق مسؤوليتهم عن النتائج الضارة لهذه الأعمال إلا في حالة الخطأ، على اعتبار أن نظام التضامن الوطني، ينحصر نطاق تطبيقه فقط في حالات محددة وهي: الحوادث الطبية (Accidents médicaux)، و يقصد بها الحوادث غير المتوقعة، المسببة لضرر طارئ، و الناشئة عن عمل طبي، و التي لم يثبت أن تحققها يرجع لخطأ ما.

- الأضرار التي تحدث نتيجة تعاطي العلاج المقرر (Affection iatrogène) كالأدوية بمفهومها التقليدي أو غيرها من وسائل الرعاية و العلاج.

- العدوى التي تصيب المضرور أثناء تواجده بالمستشفى (Infection nosocomial) دون أن يكون قد أصيب بها من قبل أو بعد 48 ساعة من خضوعه للعمل العلاجي.

وفي إطار البحوث البيوطبية يكون المشرع الفرنسي بمناسبة صدور هذا القانون -الذي جاء بمبادئ عامة تطبق على كل الأعمال الطبية- يكون قد تخلى عن أحكام مسؤولية المخاطر بالنسبة للبحوث الطبية المحظرة وأخذ بالمبادئ الجديدة التالية:

1- التخلي عن أنواع التفرقة التقليدية بين التعرّب الطبية المحظرة و التعارب ذات الغرض العلاجي وتعويضها بتفرقة جديدة وفقا لنص المادة ل 1-1121 وهي:

أ-البحث التدخلي الذي يتضمن تدخلاً على الشخص لا تبرره رعايته المعتادة ؛

ب-البحوث التداخلية التي لا تتضمن سوى الحد الأدنى من المخاطر والقيود ، والتي يتم تحديد قائمتها بأمر من الوزير المسؤول عن الصحة ، بعد التشاور مع المدير العام للوكالة الوطنية لسلامة الأدوية والمنتجات الصحية ؛

ج- البحث غير التدخلي الذي لا ينطوي على أي خطر أو قيد تمارس فيه جميع الأعمال والمنتجات المستخدمة بالطريقة المعتادة.

ويرجع سبب إلغاء التفرقة التقليدية حسب بعض الفقه إلى أنها لم تصبح قادرة على مسايرة التطورات الطبية والتكنولوجية الهائلة خصوصا منها تلك التي لها طابع جيني فأحيانا تبرز بطابع الطبية المحظرة كما قد يكون لها جانب علاجي في نفس الوقت.

2- أخذ المشرع الفرنسي بنظرية الخطأ المفترض حالة وقوع أضرار للشخص الخاضع للتجريب بمناسبة البحوث البيوطبية، فهذا الأخير عليه إثبات وجود هذا الضرر والعلاقة السببية التي تربطه بالتجربة الطبية دون قيامه بإثباته لوجود الخطأ (cliniques, 2004). فحينها إذا أراد المرقى (وهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتولى التجربة الطبية) التنصل من هذه المسؤولية فانه عليه إثبات أنه لا وجود لخطأ المرقى و لا وجود لخطأ المتدخلين في التجربة، و كذلك عدم وجود علاقة سببية بين الضرر و العمل الطبي موضوع التجربة، كذلك يمكنه الأخذ بنظرية القوة القاهرة .

وفي هذه الحالة إذا استحال على المرقى الاستعانة بأحد هذه الإثباتات فان الخطأ المفترض الذي يأخذ به القاضي سيكون من نوع الخطأ الجسيم.

3- كما أن المشرع الفرنسي لم يستعن فقط بنظرية الخطأ المفترض وإنما حتى في حالة عدم وجود أية مسؤولية للمرقى يمكن للشخص الذي خضع للتجربة الحصول على تعويضات نظرا للأضرار التي تعرض لها طبقا لنص المادة ل 3-1142 من قانون الصحة العامة الفرنسي مباشرة على أساس نظرية التضامن الوطني يقدمه الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية (barbara, 2019) .

المطلب الثاني : المسؤولية دون خطأ في مجال البحوث البيوطبية في قانون الصحة الجزائري

وفيما يخص الوضع في الجزائر كان المشرع يأخذ بالمسؤولية على أساس المخاطر صراحة في بعض القوانين، من دون قانون الصحة. أما عن الاجتهاد القضائي، فلا توجد أية أحكام قضائية تبين بصورة واضحة قيام مسؤولية المرافق الصحية العمومية على أساس المخاطر حتى ولو تعلق الأمر بموضوع آخر من غير موضوع التجارب الطبية.

غيره أنه بصور القانون الجديد للصحة في سنة 2018 و تعديلاته في سنة 2020، تطرق المشرع إلى نظام التجارب الطبية تحت مسمى الدراسات العيادية في القسم الخاص بالبحث في مجال طب الأحياء من الفصل الرابع المتعلق بالبيو أخلاقيات، انطلاقاً من المواد 377 .

خلال هذه المواد نظم المشرع عملية التحريب الطبي بشكل محكم حيث أولى هذه العملية إلى شخص معنوي أو طبيعي يتولى إجراءها يسمى المرقى وفق إجراءات صارمة تحكمها بروتوكولات وتصريحات إدارية وأجال قانونية محددة و ذلك نظراً لخصوصية موضوع التحريب الطبي على الإنسان.

وعند استقراء مواد هذا القسم يظهر جلياً أن المشرع أخذ بالتفرقة التقليدية للتجارب الطبية و هي ما بين تجارب ذات منفعة فردية و أخرى من دون منفعة فردية مباشرة ، و لهذا فانه في إطار تحديد نوع المسؤولية التي تقوم عند تعرض الشخص الخاضع للتجربة لأضرار فان المشرع الجزائري حسم الأمر بموجب المادة 393 واعتبر أن "المرقى" يتحمل المسؤولية حتى و إن انعدم الخطأ ويقوم بتعويض الآثار المسببة للضرر بسبب الدراسة العيادية لصالح هذا الشخص أو لذوي حقوقه.

أن هذه المادة الجديدة تعتبر قفزة نوعية في تنظيم الصحة في القانون الجزائري و هي تلتزم بالملاحظات التالية:

1- من خلال المادة 393 ق.ص. يكون المشرع الجزائري قد اعترف لأول مرة بنظرية المسؤولية دون خطأ أي على أساس المخاطر في نطاق المسؤولية الطبية.

2- المشرع الجزائري لم يستعمل المصطلح الخطر الطبي وإنما عبارة "الآثار المسببة للضرر"

3- يبقى نص المادة 393 مع ذلك ناقصاً لأنه تطرق فقط إلى حالة الدراسات العيادية التي تكون من دون منفعة فردية مباشرة، فيبقى التساؤل مطروحاً بالنسبة للدراسات العيادية التي تعود بالمنفعة المباشرة هنا هل نأخذ بالمسؤولية الخطئية على أساس الخطأ المفترض و على أساس الخطأ الواجب الإثبات من قبل المضرور؟؟؟.

خاتمة:

إذا كانت المسؤولية الادارية المترتبة على الخطأ تقوم على أساس الفعل الضار غير المشروع والذي يمثل الخطأ، فإن المسؤولية دون خطأ تستند إلى العمل المشروع الذي يؤديه المرفق، ومع هذا يسأل عنه إلى رتب أضرارا لانه بكل بساطة انطوى على تداعيات ضارة بالنسبة للشخص المستفيد من هذا العمل الطبي. وتؤدي المسؤولية دون خطأ إلى تسهيل العبء على الضحية من أجل الحصول على التعويض نتيجة تجنبها كليا الوقوع في أمر صعب المثل في اثبات الخطأ، إلا انها في حقيقة الأمر تحقق في المقابل فائدة القضاء يجعل عمله بمنأى عن عملية البحث من أجل تقدير طابع الخطأ فالمسؤولية دون خطأ نظام أفضلية و إمتياز للضحية نظرا لطابعها الحيادي بالنسبة لعمل لادارة المرفق الصحي. (بن عبد الله، 2011) هذا مادفع بالمشرع الفرنسي إلى اقرار نظام التضامن الوطني في التعويض وذلك رغبة منه في حماية حقوق المضرورين من الاعمال الطبية بكل السبل الممكنة . انه بالنسبة للتشريع الجزائري قدم قفزة نوعية في مجال تنظيم قواعد الصحة بموجب التشريع الجديد الا انه بخصوص قواعد المسؤولية عموما لم يعرهما اهتماما خاصا الا ماكان منه في نصوص مبعثرة و لهذا فاننا نركز على أهم التوصيات التي لا بد من مراعتها:

- وجوب اقرار فصل خاص بقواعد المسؤولية الطبية توضح فيه أسسها و كيفية تعويض الاشخاص المضرورين من الاعمال الطبية سواء كانت عادية او تجريبية
- مراعات التطورات التشريعية الواردة في القوانين المقارنة بشأن تبني نظام التعويض الاجتماعي عن الاضرار الطبية.

قائمة المراجع:**الكتب باللغة العربية:**

- أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المستشفيات الطبية -دراسة مقارنة- ، ، الدار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر، 2005
- حمدي علي محمد ، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، 1995
- مسعود شيهوب ، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000،
- لطفي الشريبي، الطب النفسي و القانون، ، دار النهضة العربية، بيروت، 1999،

- 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

-أطروحة الدكتوراه:

-عادل بن عبد الله ، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية،أطروحة دكتوراه في الحقوق،جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010-2011 .

مواقع الانترنت:

-المخاطر الطبية، <https://risk.ksu.edu.sa/2019/>

-الخطر الطبي في الجراحة التجميلية، <https://qawaneen.blogspot.com/2018>

المصادر:

- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2018/07/02 المتضمن قانون الصحة المعدل والمتمم، ج.ر.46

Ouvrages:

-Abdelhafid OSSOUKINE -Traité de droit médical , , laboratoire de Droit et de nouvelles technologie – université d’Oran 2003 ,

-- A.AKIDA ,La responsabilité pénale des médecins, , L.G.D.J ., 1994

- Angelo CASTELLITA, Responsabilité médicale droit des malades, , Dalloz, 2002

- Anne Marie DUGUET, La faute médicale à l’hôpital, , 2éd, Berger Levrault, 2000 .

- Johanne SAISON ,Le risque médicale, , l’harmattan, France, 1999.,

- Jean PENNEAU, La responsabilité du médecin, 2^{ème} éd, Dalloz, 1996

- Marcel SOUSSE ,La notion de réparation de dommages en Droit administratif Français, L.G.D.J., Paris, 1994 .

ˆ Promoteurs d'essais cliniques en 2004, roles et responsabilites du promoteur, roche partenaire de la recherche clinique, 2004.

Articles :

- Du droit de le responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion du risque , Chritophe GUETTIER , A.J.D.A. , n°27 , 18/7/2005

- La jurisprudence Bianchi appliquée au donneur d'organe, Cécile CHAUSSARD , A.J.D.A., n°6, 12/2/2007

- BERTHOLET Barbara, les responsabilités des acteurs de la recherche clinique, ADAMAS AVOCATS JOURNEE INNOVATION CLINIQUE