

الفصل الأول:

نظام المسؤولية المدنية للمهني المدين.

المسؤولية المدنية معناها نشوء إلتزام جديد ناشئ عن إخلال بإلتزام سابق و هذا الإلتزام الجديد هو إلتزام بالتعويض لمن أصابه الضرر نتيجة هذا الإخلال أو في الواقع جزاء الإخلال بالإلتزام سابق.¹ فإذا كان الإخلال مترتباً عن عقد صحيح سابق بين الدائن و المدين فهنا تتحقق المسؤولية العقدية، أمّا إذا كان الإخلال بالإلتزام قانوني متمثل في عدم الإضرار بالغير، سواء كان عمدياً أو غير عمدي، فإنّ القانون يربط على المخل به المسؤولية التقصيرية، و من هذا المنطلق فإنّ المسؤولية المدنية تنقسم إلى قسمين: مسؤولية عقدية و مسؤولية تقصيرية.² و تبعا لما سبق ذكره عن المسؤولية قررت أنه -قبل التطرق إلى دراسة المسؤولية المدنية للمهني المدين- لا بد من التذكير بمراحل تطور المسؤولية المدنية و أنواعها (المبحث الأول) و بعد إتمام ذلك أمر إلى دراسة المسؤولية المدنية للمهني المدين (المبحث الثاني) حيث سأدرس خصائص مسؤولية المهني المدين في مواجهة المتعاقد معه ثم ضمن الوسط المهني.

المبحث الأول: تطور المسؤولية المدنية وأنواعها.

¹ - محمود جلال حمزة ، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1988، ص. 15.
² - زهدور السهلي، مسؤولية علم التمييز في التشريع الجزائري مقارنا، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة نوقشت بكلية الحقوق جامعة وهران، 2005-2006، ص. 12.

بمأنّ موضوع المسؤولية المدنية للمهني المدين موضوع يندرج ضمن موضوعات المسؤولية المدنية، فمن هنا بدا لي ضروري أن أبين بوضوح أنواع هذه المسؤولية و شروط قيام كل نوع، و لكن وقبل القيام بذلك ارتأيت دراسة التطور التاريخي الذي مرّت به هذه المسؤولية.

المطلب الأول : تطور المسؤولية المدنية.

المسؤولية المدنية هي مجموعة القواعد التي تلزم من ألحق ضررا بالغير يجبر هذا الأخير و ذلك عن طريق تعويض يقدمه للمضرور، و على العموم هذا التعويض الذي يتحمّله المسؤول هو نتيجة إخلاله بالالتزام سابق رتبه العقد أو القانون، و هكذا فإنّ المسؤولية المدنية تنشأ عند امتناع المسؤول عن تنفيذ ما تعهدّ به من إلتزامات عقدية أو القيام بالالتزام قانوني مقتضاه عدم الإضرار بالغير، فالغرض من هذا الإلتزام الجديد، الذي هو محلّ المسؤولية المدنية، هو تعويض المضرور عن الضرر الذي أصابه بسبب إمتناع أو تخلفّ المسؤول عن تنفيذ ما تحمله من إلتزامات سابقة بمحض إرادته أو بموجب القانون. فالمسؤولية المدنية تعرف بلفظي الضرر و التعويض.

و لمعرفة كيفية وصول المسؤولية المدنية إلى ما تقدم ذكره فإنّه لا بُدّ من تقصي تطورها

بالرجوع إلى أصلها التاريخي.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية لدى المجتمعات القديمة و في القانون الروماني.

الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية لدى المجتمعات القديمة.

أظهرت الأبحاث التاريخية أنّ المسؤولية المدنية لم تكن معروفة لدى المجتمعات البدائية.³ إذ عرفت هذه الأخيرة نظام التقاضي الخاص. (justice privée) حيث كان يسودها روح الإنتقام الفردي أو الجماعي. وكان المتضرر يثار بنفسه لردّ الضرر الحاصل له عن طريق القصاص لنفسه.

هذا القضاء كان يحكمه مبدأ العين بالعين والسنّ بالسنّ أو ما كان يسمى:

بـ (la loi du talion) وكان من العار أن يقبل التعويض المالي عن الضرر.⁴

³ - محمد زهدور، المسؤولية عن فعل الأشياء غير الحية ومسؤولية مالك السفينة في القانون البحري الجزائري، ط. 1، سنة 1990، ص. 13.

⁴ - محمود جلال حمزة ، المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري، د. م. ج. ط. 1988، ص. 37.

وهكذا كثرت الحروب في تلك الفترة نتيجة الانتقامات التي كانت تصل إلى حدّ عشيرة الجاني. ممّا استدعى الأمر آنذاك من السّلطة المركزية تضيق نطاق التقاضي الخاص. و ذلك بتحديد حق الثأر للحفاظ على الأمن و الاستقرار فوجد نظام التحكيم الاختياري (arbitrage facultatif) والذي كان المضرور بمقتضاه يخيّر ما بين أمرين إمّا الانتقام لنفسه (la vengeance privée) وهو الأمر الذي كان سائداً من قبل، و إمّا الاتّفاق مع المعتدي على مبلغ مالي معين مقابل التعويض عن الضرر الحاصل، و هذا التعويض هو ما كان يسمّى بالديّة الاختيارية، و كان يتمّ تحديد قيمة الديّة إمّا باتّفاق المعتدي والمعتدى عليه مباشرة أو من قبل حكم معين باتّفاقهما.

ولما اشتدّ ساعد السّلطة المركزية منعت حق القصاص عن طريق الثأر وحوّلت الديّة الاختيارية إلى ديّة إجبارية، و ألزمت المتخاصمين على إتّباع نظام التّحكيم الإجمالي و حدّدت الديّة مقدّماً طبقاً للعرف أو للقانون واعتبرتها عقوبة للمعتدي لا تعويضاً عن الضرر.⁵ إلّا أن تدخّل السّلطة المركزية كان محدوداً و محصوراً لا تنظمه قاعدة عامة ثم بدأ يتزايد مع مرور الزمن وهذا ما نلمحه في القانون الروماني.

الفقرة الثانية: المسؤولية المدنية في القانون الروماني.

لم يتضمن هذا القانون مبدأ عاماً للمسؤولية المدنية يقضي بأن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض، بل كان تدخّل السلطة المركزية لإقرار الأمن و النّظام محدوداً في حالات معيّنة منصوص عليها مسبقاً في القانون. فإذا ارتكب الشّخص فعلاً غير منصوص عليه مسبقاً بأنّه جريمة، فلا تقوم مسؤوليته ولو اتّصف فعله بالخطأ الجسيم.⁶ و بالتالي فإنّ الأفعال التي ترتب المسؤولية المدنية كانت محصورة في نصوص خاصة مثلها مثل الجرائم الجزائية المحصورة في قوانين العقوبات الحالية.

وأهمّ القوانين التي كانت تحصر هذه الجرائم قانون الألواح الإثني عشر (La loi de douze tables) و قانون أكيليا (aquilia) الصّادر في بداية القرن الثاني قبل الميلاد و الذي حدّد الجرائم تحديداً ضيقاً من حيث نوع الضرر و من حيث موضوعه، بحيث اقتصر على بعض أنواع التّلف التي تقع على بعض الأشياء، ثم توسّع تدريجياً ليشمل كل أنواع التّلف وكل أنواع الأشياء، شريطة أن يكون التّلف مادياً و أن يكون الشّيء الذي وقع عليه التّلف مادياً وأن يقع التّلف على ذات الشّيء. إلّا أنّه

⁵ - محمود جلال حمزة، المسؤولية، المرجع السابق، ص. 37.

⁶ - محمد زهدور، المرجع السابق، ص. 13.

بمرو الوقت تحللت الجرائم من هذه القيود المادية و احتفظ قانون أكيليا بشروط أخرى لم تتح الفرصة لأن تكون المسؤولية المدنية قاعدة عامة تستوجب تطبيقها.⁷

وإلى جانب هذين القانونين وجد قانون البريتور الصادر عام 200 قبل الميلاد والذي كان ينص على جزاء من يستغل فرصة حادثة القاصر البالغ من العمر الخامس و العشرون سنة وفرصة قلّة خبرته ليقوم بخداعه.⁸

و أهمّ ما يلاحظ على هذه القوانين من حيث الجزاء الذي كانت ترتبه على الجرائم أو الأفعال التي كانت تحصرها، هو أنّ الغرامة التي كانت تفرضها على الجاني لصالح المضرور كانت تتخذ صفة العقوبة لا معنى جبر الضّرر و هذا كأثر من آثار الماضي وقت الأخذ بالتأّر و دفع الدية.

كما أن المسؤولية في هذه الفترة كانت تقوم على التّعدي المادي الذي يؤدّي إلى وقوع الضّرر. وكان الضّرر هو أهمّ شرط لقيامها ما عدا فيما يتعلّق بالأعمال التي كان يكتنفها الغشّ، حيث استغرقت فكرة الخطأ فكرة الضّرر.⁹

ولم يكن ينظر إلى مسلك الجاني من حيث كونه مخطئاً أو غير مخطئ، فكلّما وقع الضّرر قامت مسؤولية الجاني ووجبّت الغرامة عليه لصالح المضرور. و قد استثنى الرّومان من هذه القاعدة نوعين من الأشخاص وهما الصّغير غير المميّز و الجنون وألحق مسلكهما بفعل الحيوان.¹⁰ و قد تواصل التطور في العهد الرّوماني إلى أن أصبحت المسؤولية تقوم في بعض الحالات على فكرة الخطأ، ولكن دون أن يصل إلى تقرير قاعدة عامّة للمسؤولية عن كل خطأ.

الفرع الثاني: المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي القديم ثم في قانون نابليون 1804.

الفقرة الأولى: المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي القديم.

7 - عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، الجزء الأول، طبعة 2، ص. 864.

8 - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 17.

9 - عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 864.

10 - محمود جلال حمزة، المسؤولية، المرجع السابق، ص. 42.

كانت المسؤولية في القانون الفرنسي القديم ذات صبغة جزائية على غرار ما كان عليه الحال في القانون الروماني. إلا أنه تأثر بالقانون الكنسي، وفي إطار التطور الذي شهده القانون الفرنسي القديم منذ بداية القرن الثالث عشر، أصبح هذا الأخير يميّز بين الجرائم التي تقع على الأشخاص و الجرائم التي تقع على الأموال و يميّز تبعاً لذلك في الجزاء المترتب على تحقق كل نوع منهما. فبينما قرّر عقوبة ذات صبغة جزائية بحتة على من يحدث ضرراً على نفس أو شرف المجني عليه، فإنه قرّر أن يكون جزاء المسؤولية عن الجرائم التي تقع على الأموال تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجزائية.¹¹

وقد ميّز فقهاء القانون الفرنسي القديم في أوائل القرن السابع عشر في المسؤولية المدنية ذاتها بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية. وميّزوا الخطأ التقصيري عن الخطأ الجزائي و علرأس هؤلاء، الفقيه دوما (Domat) الذي أحدث هذا التمييز بقوله:

« On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu ; et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit, si des animaux mal garder font quelque dommage, si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'était pas répare, tombe sur un autre et y fait des dommages »¹²

كما أنّ "دوما" و "بوتيه" تأثرا بالفقهاء الكنسيين (Les canonistes) في القرون الوسطى والذين ميّزوا الخطأ (La faute) والخطيئة (Le pêché)، فرقا في درجة الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية، و اكتفيا بالخطأ التافه في المسؤولية التقصيرية، وفق ما كان يقوله الرومان: ¹³(In lega aquilia et culpa levissima venit)

أمّا في المادة العقدية، فقد اقترح الفقه نظرية معقدة، مخالفة لما اقترحوه في كيفية تحديد المسؤولية التقصيرية (مع اجتماع كل الشروط). فإنه كان لا بدّ من التفرقة، في المادة العقدية، بين كلّ درجات الخطأ

الفقرة الثانية: المسؤولية المدنية في قانون نابليون الصادر عام 1804.

¹¹-عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 865.

¹²-Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, 2009,6705 et s, p. 1350.

¹³-زهودر السهلي، المسؤولية، المرجع السابق، ص. 19.

خصص المشرع الفرنسي للمسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي خمسة مواد فقط، نقل بمقتضاها ما وصل إليه القانون الفرنسي القديم في أواخر تطوره، فقد قرر المبدأ العام للمسؤولية المدنية و مفاده أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر، يلزم مرتكب الخطأ بالتعويض.¹⁴ و ذلك في المادة¹⁵ 1382 حيث نصت على أن "كل عمل أيا كان يوقع ضررا بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه و يستوي أن يكون هذا الخطأ عمديا أو غير عمدي، حيث أن واضعي القانون المدني الفرنسي نصوا في المادة¹⁶ 1383 على أن: "كل شخص يكون مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب، بل أيضا بإهماله أو عدم تبصره".

و بذلك فإن مجرد الإهمال و عدم التبصر يمكن أن يكونا مجتمعين أو منفصلين في خطأ غير عمدي موجب للتعويض إذا نتج عنه ضرر بالغير¹⁷ و من باب أولى وعملا بنص المادة 1382، فإن الخطأ إذا كان عمديا هو أولى بالاعتبار و بالتعويض عنه.

و قد حدد المشرع الفرنسي نطاق الخطأ غير العمدي في الإهمال و عدم التبصر فقط، مع أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتجاوز مجال الخطأ غير العمدي هذا النطاق إلى حالات أخرى يتحقق فيها هذا النوع من الخطأ، نظرا لعمومية نص المادة 1382 الذي ينص على الخطأ بدون تحديد إن كان عمديا أو غير عمدي.¹⁸ و بالتالي أمكن القول إن المادة 1382 توجب المسؤولية بمجرد ارتكاب الشخص خطأ أحدث ضررا للغير سواء أكان عمديا أم غير عمدي، و أن المادة 1383 مدني فرنسي تعتبر سوى نص شرعه المشرع على سبيل المثال فقط.¹⁹

و إلى جانب المسؤولية عن الأفعال الشخصية المشار إليها أعلاه ، و توسيعا في تطبيق المبدأ العام الموروث من القانون الفرنسي القديم، فقد وجدت صور خاصة للمسؤولية و هذه الصور هي: المسؤولية عن الأولاد و التلاميذ و صبيان الحرف و مسؤولية المتبوع عن أفعال التابع ، و المسؤولية عن الحيوان، و المسؤولية عن البناء و هي صور نصت عليها المواد من 1384 إلى 1386 مدني فرنسي.²⁰

¹⁴ - محمد زهدور، المرجع السابق، ص. 14 .

¹⁵ - « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

¹⁶ - « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

¹⁷ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 866.

¹⁸ - نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

¹⁹ - Henrie Lalou ,traité pratique de la responsabilité civile, 3ème edition, 1943, p.32.

²⁰ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، جزء 2، طبع 1، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، ص. 20.

و قد أقام واضعو القانون المدني الفرنسي هذه الصور من المسؤولية على فكرة الخطأ، و هذا الخطأ ينسب شخصيا إلى من قصر في رقابة الغير أو أهمل حراسة الشيء الذي كان تحت يده،²¹ و بذلك أصبحت المسؤولية المدنية قاعدة عامة ومستقلة عن المسؤولية الجزائية، قوامها الخطأ الشخصي.

أما العقد فقد خصص له المشرع الفرنسي 268 مادة. و كان يحتل مكان الصدارة من بين مصادر الالتزام، و ذلك تأثرا بالمذهب الفردي (l'individualisme) الذي تمخض عن الثورة الفرنسية. و تأثرا بمبدأ سلطان الإرادة (l'autonomie de la volonté) الذي يقوم على تقديس حرية الفرد و الإمعان في إحترام إرادته. و نظرا لنص المشرع الفرنسي في المادة 1137 من القانون المدني الفرنسي على التزام المدين في المسؤولية العقدية بأن يبذل في تنفيذ التزامه عناية الرجل المعتاد (le bon père de famille). فقد رأى البعض وتأثرا بما كان سائدا في القانون الفرنسي القديم من تمييز بين الخطأ الجسيم و الخطأ اليسير و الخطأ التافه أن المسؤولية العقدية لا تقوم بالخطأ التافه على اعتبار أن المعيار في تحديد درجة الخطأ هو معيار الرجل المعتاد، و أن هذا المعيار يتجاوز الخطأ التافه، على عكس المسؤولية التقصيرية التي اكتفى المشرع الفرنسي لقيامها في المادة 1383 مدني وجود إهمال أو رعونة أو عدم تبصر أي: وجود خطأ تافه. إلا أن هذا الرأي قد هجر اليوم و لم يعد هناك تدرج في الخطأ للتمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية.²²

و بظهور النهضة الصناعية في أواخر القرن التاسع عشر مع ما صاحبها من استحداث للآلات الميكانيكية و الكهربائية و مختلف وسائل النقل، تحول المجتمع من مجتمع زراعي إلى مجتمع صناعي، و تقدمت الصناعة تقدما عظيما و انتشرت النزعة المادية نتيجة للثورة الصناعية و التوسع التجاري و تضخم الثروات، و ازداد تبعا لذلك عدد الحوادث الضارة مما أدى إلى كثرة القضايا و النزاعات المطروحة على المحاكم التي لها صلة بموضوعات المسؤولية المدنية فاستدعى ضرورة إمعان النظر فيها و إجادته، و جلب الحلول و الضوابط الفقهية لهذه المستجدات، حيث برز إلى الوجود العجز التشريعي في إحلال الحق و العدالة في العديد من القضايا بسبب عجز المشرع عن إثبات الخطأ في جانب المسؤول.

21 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 867.

22 - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 24.

هذه العوامل كلها جعلت الفقه يتضافر لإيجاد الوسائل العملية الكفيلة بتدارك النقص التشريعي، و ذلك بإيجاد التوازن بين مصلحة المضرور في الحصول على التعويض و صعوبة إثبات الخطأ في جانب المسؤول.

و هكذا وتأثرا بالمذاهب الاشتراكية و النزاعات في أوروبا²³ وضع الفقيه لابييه "abbé" عام 1890 ميلادية لبنة أساس آخر للمسؤولية المدنية لا يقوم على فكرة الخطأ، و إنما على أساس الضرر، و أنكر كل وجود للخطأ كأساس تقليدي للمسؤولية مؤكدا على وجوب تحمل كل شخص مخاطر أفعاله سواء أكانت خاطئة أم غير خاطئة.²⁴

و قد دافع على هذا الأساس المبني على الضرر الفقيه سالي (saleilles) و من بعده جسران (josserand) بنظرية تحمل التبعة (la théorie du risque intégrale) و التي اتخذت عدة صور منها: نظرية الغرم بالغرم (ubi emolumentum. Risqué profit) و مفادها أن كل فرد يجب عليه أن يتحمل تبعه النشاط الذي يجني من ورائه فائدة، و من ثم يلتزم بتعويض الضرر الناجم عنه. و كذا نظرية المخاطر المستحدثة (risque créés) أي أن كل من استحدث خطرا يمكن أن يسبب ضررا للغير سواء أكان ذلك نتيجة لنشاطه الشخصي أو باستخدامه أشياء، يلتزم بتعويض الضرر الذي يصيب الغير دون اشتراط وقوع خطأ من جانبه.

فالمسؤولية طبقا لهذه النظرية هي مسؤولية موضوعية قوامها الضرر و ليست مسؤولية قائمة على أساس الخطأ. وهي تتحقق بتوافر الضرر و علاقة السببية بينه و بين الفعل.²⁵

إلا أن هذه النظرية لم تلق رواجاً كبيراً في تطبيقها لدى المشرع الفرنسي، إذ اكتفى باعتناقها في تشريعات خاصة. و كان أول هذه التشريعات قانون إصابات العمل الذي صدر بتاريخ 09 أبريل 1898 و الذي كان خاصاً بالأخطار المهنية (les risques professionnels) ثم توسع تطبيقه

²³ - ينظر في تفصيل هذه الفكرة، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة 1992، ص. 160.

²⁴ - زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، طبعة 1، ص. 251.

²⁵ -Henrie Lalou,Traité pratique de la responsabilité civile, 3° ED, 1943,p.77.

ليشمل كل أنواع النشاط المهني بمقتضى القانونين الصادرين بتاريخ 04 أكتوبر 1940 و بتاريخ 30 أكتوبر 1945.²⁶

كما وجدت نظرية تحمل التبعة تطبيقا لها في قانون صدر سنة 1921 خاص بالتعويض عن الإصابات التي تحدث في المصانع التي تعمل للدفاع الوطني، و قانون 31 ماي 1924 الخاص بالطيران و المتعلق بالتعويض عن الأضرار التي تلحقها الطائرات بالأموال و الأشخاص الموجودين على سطح الأرض.²⁷ و قانون 08 جويلية 1940 الخاص بمسؤولية العربات المعلقة (les téléphériques) و قانون 19 نوفمبر 1965 الخاص بمسؤولية مستغلي المنشآت الذرية، و قانون 05 جويلية 1985 الخاص بالأضرار الناشئة عن آلات النقل.²⁸

أما في القضاء الفرنسي فقد كان لنظرية تحمل التبعة تأثيرا لها على أحكامه و لو أنه أخذ بها ضمنا و بطريقة غير مباشرة.²⁹

و بهذا فقد أخذت المسؤولية المدنية حيزا هاما من بين مصادر الالتزام و كثرت القضايا بشأنها على ساحة القضاء و جلبت اهتمام الكثير من فقهاء القانون حيث قسمت إلى ثلاثة أنواع من المسؤولية: المسؤولية عن الأفعال الشخصية، و المسؤولية عن فعل الغير، و المسؤولية عن فعل الأشياء.

المطلب الثاني: أنواع المسؤولية المدنية.

بعد أن تطرقت في بداية هذه المذكرة لأنواع المسؤولية بصفة عامة، و بينت أنها تنقسم إلى عدة تقسيمات من حيث الأساس الذي تقوم عليه و من حيث الآثار التي تنشأ عنها، و أنها تشمل كلا من المسؤولية الأدبية و المسؤولية القانونية و المتمثلة في المسؤولية الجزائية و المسؤولية المدنية.

²⁶ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992، ص. 159. هامش 113.

²⁷ - زهدي يكن، المرجع السابق، ص. 256.

²⁸ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 160.

²⁹ - François Terré, Ph. Simler et Yves Lequette, Droit civil les Obligations, Dalloz, 10^e édition, septembre 2009, p.678.

و أن هذه الأخيرة تنقسم بدورها إلى نوعين من المسؤولية : المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية ، فقد قمت في إطار هذا المطلب بالبحث في هاتين المسؤوليتين الأخيرتين.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية و شروطها.

المسؤولية العقدية هي المسؤولية التي تترتب عن إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية و لقيام هذه المسؤولية لا بد من توافر شروط .

الفقرة الأولى: شروط قيام المسؤولية العقدية.

لقيام المسؤولية العقدية لا بد من توافر شروط معينة و هي:

أولاً: وجود عقد صحيح بين الدائن و المدين.

ثانياً: أن ينشأ ضرر مباشر من عدم تنفيذ إلتزام أو عن الإخلال بتنفيذ إلتزام مترتب عن هذا العقد.

ثالثاً: أن يكون من أصابه الضرر المباشر دائناً بالالتزام الذي لم ينفذ أو الذي حدث الإخلال بتنفيذه أو خلفاً له.

و تفاصيل هذه الشروط أتطرق إليها فيما يلي:

أولاً: وجود عقد صحيح بين الدائن و المدين:

لكي تقوم المسؤولية العقدية يشترط أولاً أن يكون هناك عقد بين المسؤول و المضرور فإن انعدم العقد كما هو الحال في النقل المجاني انعدمت تبعاً لانعدام العقد المسؤولية العقدية.³⁰

و العقد هو توافق إرادتين و تطابقيهما تطابقاً تاماً في لحظة معينة بقصد إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه.³¹

و يجب أن يكون العقد صحيحاً.³² فإذا كان العقد باطلاً بطلانا مطلقاً فإنّ المسؤولية هنا هي تقصيرية، بما أنه ليس هناك عقد لأنه يعتبر في حكم العدم، أي كأنه لم يوجد لأنّ البطلان يكون بأثر رجعي.³³

³⁰ - علي علي سليمان ، المرجع السابق، ص. 158.

³¹ - محاضرات الدكتور محمد حبار الأب في مصادر الالتزام. ألفت على طلبه حقوق وهران سنة 1994-1995

³² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، فقرة 201، ص. 264.

³³ - Philippe Le Tourneau, op .cit, p .341.

و هناك جانب من الفقه يرى بأنّه في حالة تنفيذ عقد باطل فإنّه يكون أمام الطرف المضروب إثر التنفيذ، الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، لأنه حسب هذا الفقه بما أن العقد نفذ فإنّ الضرر الناتج هو عقدي و التعويض عنه يكون على أساس المسؤولية العقدية.³⁴

أمّا إذا كان العقد قابلاً للإبطال و أحل أحد المتعاقدين بالالتزام المفروض عليه، فهنا نكون أمام حالتين: يمكن تطبيق نظام المسؤولية العقدية إذا كان الضرر نتيجة الإبطال، أما إذا لم يكن الضرر كذلك، فإنّه لا بد من التمييز بينما إذا تمّ الأخذ بعين الاعتبار عدم التنفيذ العقدي قبل النطق ببطلان العقد فإنّ القضاء هنا يأخذ بأحكام المسؤولية العقدية. أمّا إذا تمّ النطق ببطلان العقد فهنا نكون أمام خطأ تقصيري ممّا يستلزم مسؤولية تقصيرية.³⁵

و غالباً ما يتفاوض شخصان من أجل إجراء عقد بينهما، و هذه المرحلة تسمى بمرحلة المفاوضات (la période précontractuelle)، فهل في هذه الحالة يسأل الطرفان بناء على أحكام المسؤولية العقدية، أو بناء على أحكام المسؤولية التقصيرية في حالة فشل المفاوضات وتضرر أحد المتفاوضين من جراء ذلك؟

الجواب على ذلك أنّه إذا كان أحد الطرفين قد وعد الآخر و التزم بإرادته المنفردة بالبقاء على وعده مدة معينة من الزمن، فيقع عليه إلتزام بالبقاء على وعده طالما لم تمر هذه المدة، فإنّ أحلّ بإلتزامه قامت في مواجهته المسؤولية العقدية لأنّ الوعد يعتبر عقداً تمهيدياً. أمّا إن لم يكن أحد الطرفين قد التزم بأي وعد أثناء المفاوضات فإنّه لا تقوم في مواجهته المسؤولية العقدية، وإنما على الطرف المتضرر من جرّاء فشل المفاوضات بسبب خطأ الطرف الآخر، أن يطلب التعويض بناءً على أحكام المسؤولية التقصيرية، لأنّ العقد لم يبرم بعد.³⁶

هذا هو الرأي السائد في الفقه الحديث، إلا أنّ الفقيه إهرنج "Ihering" حين وضعه لنظرية الخطأ عند تكوين العقد (culpa in contrahenda) كان يرى تطبيق المسؤولية العقدية تأثراً منه بما كان سائداً في القانون الروماني الذي كان يشترط لقيام المسؤولية التقصيرية أن يقع الفعل الخاطئ تحت طائلة نص قانوني، وبذلك فإنّ الفقيه إهرنج كان يعتبر مرحلة المفاوضات عقداً ضمناً أو مقدماً عقد (avant contrat)، فإذا ما أحلّ أحد الطرفين به ترتبت المسؤولية العقدية.³⁷

³⁴ - Philippe Le Tourneau, Exception d'indignité, LPA.2007,p.10.

³⁵ - Bastien Brugnon, la perméabilité des règles professionnelles, LPA .2 fev 2010,N 23 .p .5.

³⁶ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 56.

³⁷ - علي علي سليمان المرجع السابق، ص. 119 و 120.

و قد يقع الضرر بعد إنحلال العقد سواء بالفسخ أو البطلان، فإنّ المسؤولية المترتبة عنه هي مسؤولية تقصيرية لأنّ الفسخ و البطلان لهما أثر رجعي، ولا يجوز إعمال أحكام المسؤولية العقدية لأنّ العقد يعتبر كأن لم يكن.³⁸

وبذلك يشترط لقيام المسؤولية العقدية قيام العقد صحيحا وبقاؤه و حدوث الإخلال به أثناء سريانه.

ثانياً: نشوء ضرر مباشر من عدم تنفيذ إلتزام أو عن الإخلال بتنفيذ إلتزام مترتب عن هذا العقد: المبدأ هو أن نظام المسؤولية العقدية يدخل اللعبة بمجرد أن يتم التأكد بأن حرمان الدائن ناتج عن عدم تنفيذ الإلتزام أو الإخلال في التنفيذ سواء أكان الإلتزام قانونيا أم اتفاقيا، و نتيجة لذلك تجب المسؤولية التقصيرية مكانا لها حتى وإن كان هناك عقد بين الضحية و المدين.

يقصد بعدم التنفيذ عموما: عدم التنفيذ الكلي، عدم التنفيذ الجزئي (سوء التنفيذ، أو التنفيذ المتأخر) و إن كل عدم تنفيذ أو إخلال في التنفيذ يقيم مسؤولية المدين، و يستوي أن يكون عدم التنفيذ لالتزام أصلي أو التزام تبعي.³⁹

و يجب التفرقة بين الضرر الذي يحصل بسبب قيام العقد و الضرر الذي يحصل بسبب عدم تنفيذ إلتزام من التزامات العقد أو الإخلال به. إن النوع الأول من الضرر الناتج عن العقد تحكمه أحكام المسؤولية العقدية متى توافرت شروطها.

فإذا ما أبرم شخصان عقد بيع بينهما، فينقل أحدهما الآخر في سيارته إلى مكان تسليم محل العقد، فيصاب المنقول بضرر أثناء الذهاب. فمسؤولية الناقل في هذه الحالة ليست ناتجة عن الإخلال بالتزام مقرر في العقد و بالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون مسؤولية عقدية و إنما على المضروب أن يرجع على الناقل بأحكام المسؤولية التقصيرية. وإلا بمقتضى أحكام المسؤولية العقدية لا بالنسبة إلى عقد البيع و إنما بعقد النقل إذا كان قد اتفقا عليه.⁴⁰

ويجب أن يكون الضرر قد نتج مباشرة عن الخطأ العقدي، فإذا وقع وأن تخلل الخطأ التقصيري كلا من الخطأ العقدي والضرر، وكان الضرر الحاصل من جرائه أكبر من ذلك الحاصل من الخطأ العقدي، فالمسؤولية تقصيرية. وفي الحالة العكسية هي مسؤولية عقدية،

38 - محمود جلال حمزة: المسؤولية، المرجع السابق. ص. 29.

39 -Philippe Le Tourneau, op. cit, p353

40 - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 58.

أي إذا كان الضرر الأكبر قد ترتب عن الخطأ العقدي.⁴¹

والخطأ العقدي معناه عدم تنفيذ الالتزام أو الإخلال بتنفيذه.⁴² أما الالتزام فهو يتخذ صورتين: فإما أن يكون إلتزاما بتحقيق غاية، أو إلتزاما ببدل عناية.

فالإلتزام بتحقيق نتيجة، هدفه نتيجة محددة، ففي عقود البيع مثلا يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع في تاريخ محدد بالمقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن. كذلك في عقود النقل، فإن الناقل يلتزم بإيصال الشيء المنقول أو الشخص إلى المكان المحدد، فالمدين هنا لا يعتبر منفذا لإلتزامه إلا إذا تحققت النتيجة المنتظرة أو المتوقعة لأن عدم التنفيذ يقيم المسؤولية.⁴³

أما الإلتزام ببدل عناية، فهو أن يلتزم المدين فقط باستعمال الوسائل اللازمة في إتمام عمليته، بأن يظهر حرصه في القيام بما يمكنه حتى يسمح للدائن بالحصول على النتيجة التي يريد، أي أنه يبذل جهده للوصول إلى غرض سواء أتحقق الغرض أو لم يتحقق لأن مضمون هذا الإلتزام هو القيام بعمل دون ضمان النتيجة ومقدار العمل يقاس بالعناية التي يبذلها الشخص العادي و هذا المقدار يزيد أو ينقص تبعاً لما يقضي به الاتفاق أو ينص عليه القانون.⁴⁴

و لا مجال للكلام عن المسؤولية العقدية إذا كان التنفيذ العيني للعقد ممكناً و طلبه الدائن، ويجبر المدين على تنفيذه عينا. أما إذا لم يكن تنفيذ الإلتزام المترتب عن العقد تنفيذا عينيا و كان ممكناً و لم يبد المدين استعدادهم لذلك و طلب الدائن التعويض، ففي هذه الحالة لا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه، و هذا التعويض يعتبر جزءاً من عدم تنفيذ الإلتزام المترتب عن العقد، و هنا تتحقق المسؤولية العقدية.⁴⁵

و بذلك لا تقوم المسؤولية العقدية متى كنا أمام تنفيذ عيني للإلتزام العقدي و إنما تقوم المسؤولية العقدية متى لم ينفذ المدين التزمه العقدي تنفيذا عينياً، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ راجعة إلى سبب أجنبي.

ثالثاً: أن يكون من أصابه الضرر المباشر دائناً بالالتزام الذي لم ينفذ أو الذي حدث الإخلال بتنفيذه أو خلفاً له:

و ذلك أنه يجب لقيام المسؤولية العقدية أن يصيب الضرر أحد المتعاقدين، فإذا كان المصاب بالضرر شخصاً أجنبياً عن العقد، فلا مجال للمسؤولية العقدية و إنما تطبق أحكام المسؤولية

⁴¹ - محمود جلال حمزة ، المرجع السابق، ص.26.

⁴² - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، الفقرة 204، ص.267.

⁴³ - François Terré, ph. simler et yves lequette. Op.cit, p.07.

⁴⁴ - ibid

⁴⁵ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 59.

التقصيرية. و يستثنى من هذا المبدأ كل شخص لحقه ضرر و كان ممثلاً أو نائبا لأحد المتعاقدين أو منتفعا في الاشتراط لمصلحة الغير.

فالخلف العام هو ممثل للسلف، و تنصرف آثار العقد إليه ، فإذا ما أصيب بضرر أمكنه إعمال أحكام المسؤولية العقدية اتجاه الدائن المسؤول.⁴⁶ و الحال كذلك بالنسبة للخلف الخاص فأثار العقد تنصرف إليه إذا كانت الالتزامات الناشئة عنه من مستلزمات محله، و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال محل العقد إليه على أن تكون هذه الالتزامات سابقة على التصرف للخلف الخاص.⁴⁷ أما المنتفع في الإشتراط لمصلحة الغير فيعتبر طرفا في العقد لأن له حقا مباشرا ينشأ عن عقد الإشتراط يستطيع بمقتضاه أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه، فإذا ما أخلّ هذا الأخير بالتزامه و تضرر من جراء ذلك المنتفع قامت مسؤولية المتعهد العقدية.

هذه هي شروط قيام المسؤولية العقدية، فمتى توافرت مجتمعة قام في ذمة المدين إلتزام بالتعويض. فإن تخلف أحدها انعدمت المسؤولية العقدية تبعا لذلك و قامت المسؤولية التقصيرية بالضرورة باعتبارها الأصل العام.

و لكن ما الفرق بين المسؤوليتين الأخيرتين؟ هذا ما أتطرق إليه في الآتي:

الفقرة الثانية: الفرق بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية.

ميز بعض الفقه⁴⁸ على أساس مصدر الإلتزام بالتعويض بين نوعين من المسؤولية المدنية و هما: المسؤولية العقدية التي تترتب عن إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية، و المسؤولية التقصيرية التي تنشأ عند الإخلال بإلتزام قانوني، فالمسؤولية العقدية تتعلق بآثار الإلتزام و قد تناولها المشرع في الفصل المخصص بآثار الإلتزامات التعاقدية، في حين تكون المسؤولية التقصيرية مصدرا للإلتزام. و يستند أنصار ازدواجية المسؤولية المدنية إلى الاختلاف الموجود بين أحكام كل من هذين النوعين من المسؤولية في مسائل مختلفة منها : الأهلية، الإعدار، الإثبات، التضامن، التعويض، التقادم و الإعفاء من المسؤولية.⁴⁹

46 - المادة 108 من القانون المدني الجزائري.

47 - المادة 109 من القانون المدني الجزائري.

48 - هذا الجانب من الفقه هو الجانب المناصر لازدواجية المسؤولية المدنية وقد دافع عن هذا الرأي الفقيه سنيتكليت في كتاب له ظهر في سنة 1884

تحت عنوان المسؤولية و الضمان ينطلق المؤلف من ازدواجية مصادر الإلتزام و هما العقد و القانون فيترتب عن كل مصدر نوع خاص من المسؤولية .

² - نستعرض فيمايلي تفاصيل هذه الحجج في ضوء أحكام القانون المدني الجزائري: المسؤولية العقدية التي تنشأ عن إخلال بإلتزام عقدي تقتضي حتما توفر أهلية التعاقد و هي بلوغ

سن الرشد عند المسؤول، في حين نكتفي بسن التمييز في المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 125 مدني و يترتب عن هذا الفرق:

-أن الفرد المميز يسأل تقصيرا و لا يسأل عقديا ما لم يبلغ سن الرشد

-تشتري المادة 179 مدني إعدار المدين حتى يستحق التعويض في المسؤولية العقدية، بينما المادة 181 مدني تعفي الدائن من الإعدار في المسؤولية التقصيرية.

و يرى فريق آخر من الفقهاء⁵⁰ أن المسؤولية المدنية نوع واحد، فالمسؤولية العقدية مثلها مثل المسؤولية التقصيرية هي جزء الإخلال بالالتزام سابق، و من ثم فلهما نفس الطبيعة خاصة و أنهما يتحدان في السبب و النتيجة. و يرى أنصار هذا الرأي أن الإلتزام الأصلي الناشئ عن العقد ينقضي بهلاك محله أو باستحالة محله بسبب خطأ المدين، و أنّ الإلتزام بالتعويض ليس هو الإلتزام الأصلي الذي رتبته العقد، بل هو إلتزام رتبته القانون، و تكون المادة 1382 مدني فرنسي (التي تقابلها المادة 124 مدني جزائري) هي مصدر هذا الإلتزام القانوني⁵¹، و على العموم يكون القانون هو مصدر هذا الإلتزام الثانوي أي الإلتزام بالتعويض كجزء الإخلال بالإلتزامات الأولى الناشئة سواء عن العقد أو عن القانون. و يعد كل إخلال بالإلتزام -عقدي أو قانوني - من قبل المدين أو الغير جريمة أو شبه جريمة مدنية يترتب عنها مسؤولية من نوع واحد.

و يرى أنصار نظرية وحدة المسؤولية أن الفروق التي يحتج بها أنصار ازدواجية المسؤولية هي فروق سطحية لا تنال من طبيعة المسؤولية و لا من وحدتها.⁵²

-تقوم المسؤولية العقدية بمجرد إثبات الدائن أن المدين لم ينفذ إلتزامه، بينما يلزم الدائن في المسؤولية التقصيرية بإثبات خطأ المدين .
-تنص المادة 217 مدني: "التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض، و إنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون". و في هذا الشأن فإن المادة 126 مدني تقضي بتضامن المسؤولين في المسؤولية التقصيرية، بينما لا تضامن بين المدينين في المسؤولية العقدية ما لم يوجد بند في العقد يقضي بذلك .
-تقضي المادة 182 مدني بأن التعويض في المسؤولية التقصيرية، "...يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير في الوفاء به. و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقعه ببدل جهده معقول..." بينما يقتصر التعويض، بمقتضى الفقرة الثانية من نفس المادة، في المسؤولية العقدية على: "الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".
-هناك اختلاف في مدة تقادم المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في بعض القوانين منها القانون الفرنسي. و لقد أخذ القانون الجزائري بنفس المدة أي 15 سنة طبقا للمادة 308 مدني.
-يجوز بمقتضى المادة 178 مدني: "...الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على تنفيذ إلتزامه التعاقدى..." في حين تقضي هذه المادة في فقرتها الثالثة: "و يظل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

راجع أكثر التفاصيل لهذه الحجج، محمود صبري السعدي، المرجع السابق، ص14، محمود جلال حمزة، المرجع السابق، ص04 .

Nour Eddine TERKI, les obligations (Responsabilité civile et régime general), O.P.U, p24 .

1- دافع عن هذا الرأي الفقيه الفرنسي كاربونييه في رسالة دكتوراه سنة 1892 تحت عنوان وحدة المسؤولية أو الطبيعة للتقصيرية للمسؤولية عن الإخلال بالإلتزامات عقدية
51-Henrie lalou ,op cit ,p100

3- رد أنصار هذا الرأي على حجج أنصار ازدواجية المسؤولية كمايلي:
- الأهلية ليست بشرط من شروط المسؤولية العقدية بل هي واجبة لمباشرة عملية التعاقد، و عندما يعقد العقد صحيحا يلزم التعاقد بتنفيذ ما تعهد به و ذلك تحت طائلة قيام مسؤوليته المدنية. لا يشترط كذلك التمييز في المسؤولية التقصيرية، بل يشترط إثبات خطأ المسؤول، و الخطأ هو الذي يقتضي حتما التمييز.
-لا يرجع الاختلاف المتعلق بعبء الإثبات إلى نوع المسؤولية بل أساسه نوع الإلتزام. ففي الإلتزام بفعل يتحمل عبء الإثبات المدين بينما يكون عبء الإثبات على عاتق الدائن في الإلتزام بعدم فعل شيء ما، و ما، و الحاصل أن حل الإلتزامات التي يرتبها القانون هي إلتزامات بعدم فعل شيء ما في حين أن الإلتزامات التي يرتبها العقد تكون تارة إلتزاما بفعل و تارة أخرى إلتزاما بعدم فعل شيء ما و هذا ما يجعل عبء الإثبات على عاتق المدين تارة و على عاتق الدائن تارة أخرى. لقد قلل كذلك التصنيف الجديد للإلتزامات (إلتزام بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببدل العناية) من الفرق الموجود بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية بشأن الإثبات، حيث يتحمل إثبات الخطأ المدين في الإلتزام ببدل عناية الناشئ عن العقد.

-لا يستند شرط الإعدار لاستحقاق التعويض إلى نوع المسؤولية بل يرجع إلى نوعية الإلتزامات السلبية على عكس الإلتزامات الإيجابية .
-إن عدم التعويض عن الضرر غير المتوقع في المسؤولية العقدية يرجع إلى المتعاقدين نفسيهما، فلم يتوقعا الضرر غير المتوقع و لم يأخذهما في الحسبان. و يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية الضرر غير المتوقع لأنه لم يسبق لقاء بين الطرفين و لم يتفقا على عدم أخذه في الحسبان.
-يكون المدينون في المسؤولية التقصيرية متضامنين بموجب القانون لأن خطأ كل مدين يعتبر هو السبب الحقيقي في الضرر الذي لحق الدائن.

إلى جانب هاتين النظريتين هناك رأي وسط أخذ به الكثير من الفقهاء⁵³ و لقد انتهى هذا الرأي الثالث إلى ضرورة و حتمية التمييز بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية نظرا لتباين أحكامها في مسائل معينة، غير أنّ هذه الإزدواجية ليست جوهرية و لا تنال من طبيعة و وحدة المسؤولية كنظام مستقل في حد ذاته، بل تقتصر على نظامها القانوني. و لا يراد بهذه الإزدواجية، كما يقول أحد الفقهاء، وجود مسؤوليتين بل هناك نظامين قانونيين فقط. فالمسؤولية العقدية مثلها مثل المسؤولية التقصيرية تتعلق بإخلال بالالتزام، و هذا الإخلال بالالتزام هو الذي ينشئ الإلتزام الجديد المتمثل في الإلتزام بالتعويض. و عكس ما تراه النظريتان السالفتان الذكر، فإن كل من المسؤولية العقدية و التقصيرية لهما علاقة بنظريتي مصادر و آثار الإلتزام،⁵⁴ كما تقوم المسؤولية التقصيرية على نفس الأركان التي تقوم عليها المسؤولية العقدية، و هي:

الضرر والخطأ وعلاقة السببية بينهما و هذا ما يفيد قطعاً أنّهما من طبيعة واحدة.

و تجدر الإشارة إلى أنّ بعض التشريعات الخاصة، لا سيما تلك التي تسعى إلى حماية الفئات الضعيفة تتجاهل تماماً التمييز بين المسؤولية العقدية من جهة و المسؤولية التقصيرية من جهة أخرى، فبمقتضى التشريع المتعلق بحماية المستهلك مثلاً، يستطيع المستهلك عند توفر حالة الضمان أن يرجع على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للإستهلاك، بغض النظر عن العلاقة العقدية التي تربطه بأحد المتدخلين. و بمقتضى المادة 140 مكرر يمكن للمتضرر من عيب في المنتج أن يطالب بمسؤولية المنتج و لو لم تربطهما علاقة تعاقدية.

بعد دراسة المسؤولية العقدية، شروطها، و الفرق بينها وبين المسؤولية التقصيرية سأنقل في

هذه المرحلة إلى دراسة المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية:

- لا يجوز الإعفاء من المسؤولية التقصيرية لأنها من النظام العام. و هذا النظام العام هو الذي يمنع الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالي الغش والخطأ الجسيم.

- لا يستند الإختلاف في مدة التقادم إلى طبيعة المسؤولية بل هو مجرد إرادة المشرع.

⁵³-H.Mazeaud, Responsabilité délictuelle et responsabilités contractuelle, RTD.civ, 1929, p.550.

1- لا يمكن حصر المسؤولية التقصيرية في مسألة مصدر الإلتزام لأنه بعد إنشاء العلاقة العقدية نتيجة الفعل الضار يبقى تحديد من هو الدائن ومن هو المدين؟ بماذا يلتزم المدين؟ كيف يكره؟ و كل هذا يتعلق بمسألة آثار الإلتزام. و لا يمكن كذلك إعتبار المسؤولية العقدية مجرد أثر للإلتزام على أساس وجود علاقة بين الدائن و المدين بموجب العقد لأن الإلتزام الناشئ عن المسؤولية العقدية يختلف عن الإلتزام الذي رتبته العقد. فالعقد يلزم المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به و إذا امتنع فقد يتضرر الطرف الآخر و من ثم ينشأ إلتزام جديد بالتعويض الذي يحل محل الإلتزام الأول.

متى انعدم شرط أو أكثر من شروط قيام المسؤولية العقدية، انعدمت هذه الأخيرة و لا مفر من أن تكون المسؤولية إذا قامت، هي مسؤولية تقصيرية، لأن المسؤولية التقصيرية هي الأصل العام و المسؤولية العقدية هي الاستثناء.

و كما يشترط لقيام المسؤولية العقدية توافر شروط معينة سبقت الإشارة إليها فإن للمسؤولية التقصيرية كذلك لها شروطها الخاصة بها.

و وفقاً للنظرية التقليدية التي كانت تعير الخطأ اهتماماً بالغاً، فإنه لقيام المسؤولية التقصيرية يجب توافر أركان ثلاثة: الخطأ، الضرر و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

و قد قسمت النظرية التقليدية -إستناداً منها على عنصر الخطأ- المسؤولية التقصيرية إلى ثلاثة أنواع : المسؤولية عن الأعمال الشخصية، المسؤولية عن فعل الغير، و المسؤولية الناشئة عن الأشياء.

و وفقاً للترتيب السابق سأقوم بتفصيل موجز لأركان قيام المسؤولية التقصيرية مبرزة آراء الفقهاء و نظرياتهم و ما وصلوا إليه من ضرورة الخروج عن دائرة الخطأ و المناداة بنظريات أخرى لا تعير الخطأ أيّ اهتمام، و لقيام المسؤولية التقصيرية لا بد من توافر ثلاثة أركان و هي :

الخطأ، الضرر و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

لذا سأتكلم عن الخطأ ثم عن الضرر ثم عن العلاقة السببية بينهما.

الفقرة الأولى: ركن الخطأ.

أولاً: تطور فكرة الخطأ.

الخطأ في القانون الفرنسي: أحيل فيه إلى ما ذكرته في تطور المسؤولية المدنية.⁵⁵

الخطأ في القانون الجزائري: لتتبع تطور نظرية الخطأ في القانون الجزائري لا بد من التمييز بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: و هي مرحلة ما قبل الاستقلال أي قبل سنة 1962.

المرحلة الثانية: و هي مرحلة ما بعد الاستقلال.

1-تطور نظرية الخطأ ما قبل الاستقلال:

كانت الجزائر قبل الاستقلال تعتبر امتداداً جغرافياً لفرنسا، و كانت تطبق فيها القوانين الفرنسية،

و بالتالي فإنّ دراسة تطور نظرية الخطأ ستكون طبقاً للقانون الفرنسي الذي كان مطبقاً.

و قد شهدت هذه المرحلة تطورات عظيمة فيما يتعلق بالخطأ و اعتباره أساسا للمسؤولية المدنية من عدمه. فحين صدور القانون المدني الفرنسي 1804 و هو عهد سادت فيه الأفكار الرأسمالية و ما صاحبها من دفاع عن هذه المصالح، فإنّ المسؤولية المدنية كانت مسؤولية شخصية، مبنية على فكرة الخطأ الواجب الإثبات و معنى ذلك أنه على المتضرر أن يثبت الخطأ من جانب المسؤول و إلاّ لم تقم المسؤولية. و بالتالي لا يستحق المضرور أو خلفه أي تعويض.

و قد نصت المادة 1382 مدني فرنسي و التي تحكم المسؤولية عن الأفعال الشخصية على مايلي " كل فعل أيا كان صدر عن شخص و سبب ضررا للغير بفعله الخاطئ يلزم فاعله بالتعويض عن هذا الضرر."

« tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

و تضيف المادّة 1383 من نفس القانون على أن الشخص مسؤول أيضا عن الضرر الذي يحدث بسبب إهماله و عدم تبصره.

« On est également responsable du préjudice résultant d'une négligence ou d'une imprudence »

ومضمون هذين النصين يوحي بمسؤولية مبنية على فكرة الخطأ. فمضمون النص الأول يتضمن الخطأ العمدي (la faute intentionnelle) أما مضمون النص الثاني فيشير إلى الخطأ غير العمدي (la faute non intentionnelle)⁵⁶ وبذلك فإنّ المتضرر من فعل غير مشروع، لا يكفي أن يثبت أن الضرر قد حصل ماديا من طرف المسؤول، و إنما أن يثبت خطأ هذا المسؤول المتسبب في الضرر.

و لكن الفقه التقليدي، لم يحصر نطاق الخطأ في المسؤولية عن الأفعال الشخصية وإنما - واستنادا على الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي لعام 1804- أقرّ بأنّ نطاق الخطأ يمتد حتى إلى المسؤولية التقصيرية و هو خطأ واجب الإثبات. أما في المسؤولية عن الغير والمسؤولية عن الأشياء، فالخطأ مفترض (faute présumée)⁵⁷.

و كان اشتراط الخطأ في المسؤولية المدنية متماشيا مع الإيديولوجية الرأسمالية التي كانت تركز على مبدأ سلطان الإرادة، وترتب على ذلك أن إرادة الشخص هي مصدر كل الالتزامات سواء أكانت

⁵⁶ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 77.

⁵⁷ - نفس المرجع، ص. 78.

من طبيعة عقدية أو غير عقدية، فمحدث الضرر يعتبر مسؤولاً ويلزم بتعويض الضرر، لأنه ارتأى هذه النتيجة (الضرر) أو أنه ارتكب خطأ نتيجة إهماله أو عدم تبصره.⁵⁸

إلا أن هذه النظرية الشخصية التي كانت تعبر للخطأ اهتماماً بالغاً في إطار المسؤولية المدنية، كانت كافية في وقت كان فيه المجتمع مجتمعاً زراعياً، أما و أن المجتمع تحول من مجتمع زراعي إلى مجتمع صناعي، فقد دعت الضرورة إلى ظهور نظريات أخرى تنادي ببناء المسؤولية، ليس على أساس الخطأ سواء المثبت أو المفترض، وإنما على أساس الضرر.

ومن العوامل التي أدت إلى ظهور هذه النظريات التطور الهائل في الآلات الميكانيكية و من بينها السيارات.⁵⁹ فقد تبين أن معظم المتضررين من حوادث العمل ومن حوادث السيارات، كان لا يمكنهم الحصول على التعويض لصعوبة إثباتهم لخطأ ممتلكي هذه الآلات أو السيارات باعتبار أن الحادث كان راجعاً لتدخل الآلة أو السيارة و كان من العسير نسبة الخطأ مالكها.

و ظهر إلى الوجود، أساس آخر للمسؤولية المدنية، نادت به النظريات الموضوعية التي لا تعبر للخطأ أيّ اهتمام، و إنما تنظر للضرر كأساس لقيام المسؤولية المدنية، فبمجرد حصول الضرر تقوم المسؤولية بالتعويض على عاتق الشخص المسؤول، بغض النظر عن مسلك هذا الأخير إن كان خاطئاً أو غير خاطئ و من بين النظريات التي نادت بعنصر الضرر كأساس للمسؤولية المدنية نظرية تحمل التبعة التي حمل لواءها "سالي" (Saleilles) مع نهاية القرن التاسع عشر (لكنها كانت خاصة بالأخطار المهنية) و التي طوّرت و وُسّعت إلى الخطر المستحدث (Risque Créer) من طرف "جسران" (Josserand) مع بداية القرن العشرين، حتى ولو أن الخطأ كان موجوداً حسب "جون بليسان" (Jean Bellissant) في القانون المدني لسنة 1804 من خلال استقراء المواد من 1384 إلى 1386 لكن دون الحصول على نتائج تطبيقية.

فنظرية تحمل التبعة، المتشعبة بالقواعد الأخلاقية هي مستوحاة من العدالة، حيث أن كل شخص يغنم من نشاط يمارسه، يلزم بتعويض الضرر المترتب عنه.

⁶⁰(Ubi emolumentum, ibonus ;là ou est l'avantage, la doit être la charge)

و بعدها جاءت نظرية وفقت بين الخطأ و الخطر و أبقّت على فكرة الخطأ بجانب الخطر.⁶¹

⁵⁸ - محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للالتزامات، طبعة 1978، ص. 461.

⁵⁹ - لمزيد من التفصيل ينظر: زهدور محمد، المرجع السابق، ص. 103.

⁶⁰-Philippe Le Tourneau, op .cit, p.30.

⁶¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص. 152.

وقد حاول أنصار هذه النظريات تأصيل نظرياتهم استنادا إلى نصوص قانونية و هي المواد 1382 إلى 1386 (مدني فرنسي وجزائري قديم) واستعانوا من أجل ذلك بما كان يقوله المقررون في المجالس الشعبية التي كانت قد انعقدت من أجل تحضير قانون نابليون، كما استعانوا بمبدأ حديث هو أثر التقدم الحيوي العلمي في عالم الصناعة، و الذي كان يقضي بوجوب أن يتحمل كل شخص الخسائر التي تترتب إذا ما أوجد عملا تترتب عليه حتما أضرار بالغير.⁶²

ولقد كان لهذه النظريات أثرها على عدّة قوانين صدرت في فرنسا واكتفي هنا بذكر أهمها وهو قانون 19 أبريل 1898 والذي عدّل عدّة مرات والذي أسس نظاما جديدا للتعويض عن حوادث العمل مستقلا عن إثبات الخطأ في جانب المسؤول مدنيا.

كما كان لها أثر على القضاء الفرنسي، حيث وصل إلى تفسير المادة 1384 في فقرتها الأولى، و اعتبرها فقرة تقرر مبدأ للمسؤول عن فعل الأشياء غير الحية.

وإلى جانب النظريات السابقة الذكر، والتي نادى بضرورة النظر إلى الضرر كعنصر أساسي للمسؤولية المدنية، نظرية أخرى نادى بها الفقيه "بوريس ستارك" (Boris Stark) في رسالته للدكتوراه التي قدّمها لجامعة باريس سنة 1947 والتي عنوانها ب " محاولة لنظرية عامة عن المسؤولية المدنية باعتبار أن لها وظيفتين هما الضمان و العقوبة الخاصة".

«Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée»⁶³

حيث تجاوز فيها هذا الفقيه المعارضة الموجودة بين الخطأ والخطر بنظرية جديدة أسماها نظرية الضمان (la théorie de la garantie) حيث تراعي هذه النظرية مصلحة المضرور و لا تلتفت إطلاقا إلى جهة المسؤول و ترى أن من حق الشخص إحترام حرمة جسمه و سلامة ذمته المالية.⁶⁴

حيث رأى "ستارك" أن الأضرار التي تصيب سلامة الجسم (l'intégrité corporelle) أو الذمة المالية للشخص (l'intégrité des biens) هي أضرار تقيم المسؤولية من جانب من أحدث الضرر، دون حاجة لإثبات خطأ ضده، و استثنى "ستارك" من هذه الأضرار التي تصيب المصالح الاقتصادية أو المعنوية

62 - محمد زهدور، المرجع السابق، ص. 36.

63 - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 90.

64 - Philippe Le Tourneau, op.cit,p.30,

(Dommages purement économiques ou purement moraux) أو ما سماها ستارك أضرار المسؤولية التقصيرية (aquiliensdommages) فهي أضرار لا تقيم مسؤولية محدثها إلا إذا ثبت خطؤه.⁶⁵

و بهذا فقد جعل ستارك للمسؤولية المدنية وظيفة مزدوجة، فهي بمثابة ضمان لمن وقع عليه ضرر في سلامة جسمه أو سلامة ذمته المالية و يتحمل هذا الضمان المسؤول دون إثبات خطأ ضده. و هي في نفس الوقت تعتبر جزاءا خاصا لمن أحدث الضرر الاقتصادي أو المعنوي بخطئه.⁶⁶

2 تطور نظرية الخطأ ما بعد الاستقلال:

ظل العمل بالقوانين الفرنسية في إطار المسؤولية المدنية حتى تاريخ 05 جويلية 1975 حيث أصدر المشرع الجزائري القانون المدني بمقتضى القانون رقم 75-85 المؤرخ ب 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم، و الذي نص في مادته 1003 على سريان مفعوله من تاريخ 05 جويلية 1975. و قد نص المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون أعلاه على ما يلي : " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

و ظاهر هذا النص أن المادة تنص على المسؤولية عن الأفعال الشخصية و هي المسؤولية العامة أصلا، قوامها الخطأ الواجب الإثبات من المتضرر ضد المسؤول. و أن نص المادة 124 مدني جزائري ذكر كلمة " الخطأ " و بذلك ابتغى المشرع أن لا تكون المسؤولية موضوعية (Responsabilité objective) تقوم على ركن الضرر و إنما هي مسؤولية شخصية قوامها الخطأ الواجب الإثبات.

أما المسؤولية عن فعل الغير و التي ضمنها المشرع الجزائري في المواد من 134 إلى 137 قبل تعديل القانون المدني حديثا.⁶⁷ فقد جعل لها صورتين: أولاهما مسؤولية متولي الرقابة عن فعل المشمول بالرقابة، و ثانيهما مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.

أما المسؤولية عن الأشياء فقد تناولها المشرع الجزائري في المادة من 138 إلى 140 مدني، و هي مسؤولية تشمل المسؤولية عن الأشياء غير الحية و مسؤولية حارس الحيوان و المسؤولية عن تهمد البناء، و هي مسؤولية مبنية على فكرة الخطأ المفترض مع اختلاف بينها، كما سيأتي بيانه لاحقا. و من هنا نخلص إلى أن المسؤولية المدنية بصفة عامة مبنية على الخطأ. فما مقصود هذه

⁶⁵-Ibid, p.31.

⁶⁶ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 161 و 160.

⁶⁷ - أضاف المشرع الجزائري بالمادة 42 من القانون رقم 05-10 المؤرخ ب 20 جوان 2005 مادتين هما المادتان 140 مكرر و 140 مكرر 1 تنصان على مسؤولية المنتج ومسؤولية الدولة حين ينعدم المسؤول عن الضرر الجسماني.

الكلمة و ما هي مدلولاتها؟ هذا ما أتطرق إليه في الآتي:

ثانياً: تعريف الخطأ.

تركت معظم التشريعات العربية و كذا المشرع الفرنسي تعريف الخطأ على الشرح، وقد حاول الشرح منذ صدور تقنين نابليون تعريف الخطأ و قد تعددت التعاريف. و سأقوم بإيراد بعض التعريفات في الفقه الفرنسي ثم أعقبها بتعريفات الفقه العربي.

1 -تعريف الخطأ في الفقه الفرنسي:

لقد حاول الفقهاء الفرنسيون منذ صدور قانون نابليون تعريف الخطأ وقد تعددت التعاريف و تباينت وفقاً لنزعاتهم الشخصية و ظروفهم الاجتماعية و الاقتصادية، و سأستظهر فيما يلي أهم التعاريف الشائعة:

حيث عرف الفقيه بلانيول الخطأ بقوله: " إن الخطأ هو خرق لالتزام سابق"

"⁶⁸ la faute est une violation d'une obligation préexistante"

و لكن هذا التعريف و إن كان يعتبر كل إخلال بواجب سابق خطأ يستوجب المسؤولية، إلا انه لم يعين هذه الواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ فلو أن المشرع حصر هذه الواجبات لكان من اليسير ضبط الخطأ في جميع الحالات و لكن الواقع غير ذلك.⁶⁹ لذلك عمد الفقيه بلانيول إلى تحديد هذه الالتزامات العامة التي يعد الإخلال بها خطأ في أربعة أقسام و هي:

الامتناع عن العنف نحو الأشياء أو الأشخاص

« S'abstenir de toute violence envers les choses ou les personnes. »

الإحجام عن الغش: أي كل ما من شأنه أن يخدع الغير.

« S'abstenir de toute fraude c'est à dire de tout acte destiné à tromper autrui. »

أن لا يقدم المرء على فعل يتطلب قدرة معينة أو مهارة خاصة تتجاوز ما له منها.

« S'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habilité que l'on ne possède pas au degré voulu. »

أن يقوم المرء بالرقابة الكافية لما لديه من أشياء خطيرة أو لمن يكون في حراسته .

⁶⁸- G. Viney et P. Jourdain, les condition de la responsabilité, 3^e édition, LGDJ, 2006, p.367.

⁶⁹ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 83.

«Exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereux qu'on possède ou sur les personnes dont on a la garde»⁷⁰

إن "بلانيول" هو أول من عرّف الخطأ، إلا أن استعماله لمفهوم غير مشروع (illicite) أو خرق التزام (devoir violé) عرّض تعريفه لانتقادات شديدة من بينها انتقادات الأخوان "مازو" (H et L Mazeaud) وكذلك "مارتي" (G. Marty) حيث اعتبر هؤلاء بأن مصطلح غير مشروع أو خرق التزام مصطلح غير مفيد وخطير. كما أضافوا بأن "بلانيول" خانة التوفيق في تعريف الخطأ، ذلك لصعوبة تحديد الالتزامات التي يعتبر خرقها خطأ. حيث عبر "مارتي" عن ذلك بمقال له كتب فيه:

« Dans l'impossibilité de définir avec précision quelles sont les obligations dont la violation constituerait l'élément fondamental de la faute. Il ne s'agit pas d'obligations au sens précis et technique de lien de droit existant par avance entre responsable et victime mais de règle de conduite... »⁷¹

وقد أضاف الأخوان "مازو" بأن عبارة غير مشروع قد توحي بأن كل من يتصرف وفق ما

ينص عليه القانون لا تقوم مسؤوليتهم أبداً و ذلك بقولهم:

« Le terme illicite risque de faire croire que celui qui agit en se conformant à une obligation l'égale ou réglementaire ne peut jamais engager sa responsabilité ce qui constituerait une erreur certaine... »⁷²

أما عن الحالات الأربعة التي جمعها "بلانيول" لتحديد الالتزامات العامة التي يعتبر الإخلال بها خطأ فيردون عليه بقولهم أنه بتعريفه هذا فإنه يفترض أن نظرية الخطأ معروفة، و أنه تبعاً لذلك لا يقوم إلا بتقسيم الأخطاء في حالات معينة من حيث أنواعها فقط، فهو لا يرينا متى يكون الفعل خاطئاً و متى يكون غير خاطئاً.⁷³

والواقع أن تعريف "بلانيول" يفيد في تحديد فكرة الخطأ في الحالة التي يكون الإخلال بالالتزام

محدداً قانوناً، فما عداه فإنه لا يصلح لأن يكون تعريفاً جامعاً مانعاً لمعنى الخطأ.

أما الفقيه "ريبير" (Ripert) يرى من الصعب إيراد تعريف لفكرة الخطأ، و يستدل على هذه الصعوبة بحجم المشرعين عن إيراد تعريف قانوني للخطأ.

حيث يعرف الخطأ بقوله: "إن الخطأ هو إخلال بالالتزام سابق ينشأ عن القانون أو العقد

⁷⁰ - نفس المرجع السابق، ص. 84.

⁷¹-G. Viney et P. Jourdain,op.cit,p .368 et pour l'article de Marty, lire « Illicéité et responsabilité » Etudes Juridiques offertes à L. Julliot, p.3391 et s.

⁷²-H. et L. Mazeaud, Traité, t.1, 6° édition. Par A. Tunc, p. 416 et s.

⁷³-G. Viney et P. Jourdain ,op.cit,p .369.

أو قواعد الأخلاق".⁷⁴

و بهذا قد ألحق "ريبير" في تعريفه للخطأ بعض الواجبات الأخلاقية بالواجبات القانونية التي يعتبر الإخلال بها خطأ يوجب المسؤولية، و أورد مثالا واحدا عن هذه الواجبات الأخلاقية وهو الواجب العام بعدم الإضرار بالغير.

وقد وجهت انتقادات إلى هذا التعريف على أنه لم يضع معيارا للتفرقة بين الواجبات الأخلاقية التي تبلغ مرتبة الواجبات القانونية، و بين الواجبات الأخلاقية التي لا تبلغ هذا الحد .

ويعرف الفقيه سافاتييه الخطأ بقوله: الخطأ هو الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته. "La faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaitre et observer"

ولقد اتخذ "سافاتييه" تعريف "بلانيول" كأساس لتعريفه للخطأ و حين تكلم عن الواجبات التي يعتبر الإخلال بها خطأ. فقد قال إن مصدر هذه الالتزامات إما أن يكون العقد أو القانون أو واجب أخلاقي محدد يوجب إتيان عمل معين أو ينهى عن عمل معين.⁷⁵

وبذلك فإنّ نفس الانتقادات التي تعرّض لها تعريف "بلانيول" للخطأ ومداه دور الواجبات في تحديد نطاق الخطأ، تصدق بالنسبة لتعريف "سافاتييه". و قد فرق "سافاتييه" بين الإخلال العمدي و الإخلال غير العمدي، و قال أنه إذا كان الإخلال عمديا فهذا الإخلال يكون جريمة مدنية "délit-civil" أما إذا كان الإخلال غير عمدي فثمة خطأ بسيط أو شبه جنحة مدنية "délit quasi"

ويرى أن الخطأ يتكون من عنصرين، عنصر مادي يتمثل في الواجب الذي تم الإخلال به، سواء أكان واجبا قانونيا أم أدبيا أم واجبا عاما بعدم الإضرار بالغير، و عنصر نفساني هو إمكان العلم بهذه الواجبات.

إلا أنه أمعن في التطرق إلى العنصر المادي و حدد أحواله حتى كاد يصل إلى جمع كل حالاته، و لكنه لم يعر العنصر النفساني نفس الاهتمام و لم يتطلب مدى إمكان العلم بالواجب.⁷⁶

و قد عرف الفقيه "إمانويل ليفي" الخطأ بقوله: الخطأ هو الإخلال بالثقة المشروعة "la confiance legitime trompée"⁷⁷

74 - حسين عامر و عبد الرّحيم عامر، المسؤولية المدنية، طبعة 1979 ، ص. 136.

75 - زهدور السنهلي، المرجع السابق، ص. 88.

76 - حسين عامر و عبد الرّحيم عامر، المرجع السابق، ص. 140.

و علل الفقيه "ليفى" تعريفه هذا بإيراد فكرة مزدوجة و هي:
أن للغير مقدارا معيناً من الثقة يوليه للشخص، فمن حق هذا الغير على الشخص أن يمتنع عن
أي عمل يضر به.

إن لهذا الشخص مقدارا معيناً من الثقة يوليه لنفسه، و من حقه أن يقدم على العمل دون أن
يتوقع الإضرار بالغير.⁷⁸

والظاهر أن هذا التعريف يضع رابطة بين شخصين لا تجمعهما علاقة تعاقدية، و هذه الرابطة هي
الثقة المشروعة التي يتصل الأفراد فيها بينهم بها فإن صدر عن شخص فعل ما أدى إلى فقدان هذه
الثقة، فتقع على عاتقه المسؤولية، إلا إذا أثبت أن مسلكه الذي يعتبره الناس إخلالاً بالثقة المشروعة
تقته بنفسه. و مثال ذلك أن يمر أحد المارة بجانب مبنى لا زال في طور البناء ويسقط شيء منه
يحدث ضرراً لهذا المارة.

فالثقة المشروعة تقضي أن يتخذ العامل في ذلك المبنى جميع الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع مواد
البناء، فإن وقعت و أحدثت ضرراً بالغير يكون العامل قد أحل بالثقة المشروعة التي تجمعها ضمناً
بالمضور، لأن هذا الأخير قد سلك ذلك المسلك دون أن يراوده شك في سلامته.
ولكن إذا استطاع العامل أن يثبت أن وقوع الشيء من البناء و الذي يعتبره الغير إخلالاً بالثقة
فيه، لا يد له فيه، فإنه لا مسؤولية عليه.⁷⁹

بينما يرى الفقيه "ديموج" في تعريف الخطأ وجوب توافر شرطين أحدهما مادي "Objective" و
الأخر نفسي "Subjective".

فأما الشرط المادي فيتمثل في المساس بحق الغير، و قد حاول "ديموج" أن يحدد مدى حقوق
الغير، إلا أنه لم يستطع إيجاد مبدأ عام يحل هذا الإشكال. و قد قال "جوسران" "josserand" في
هذا الصدد إن مسألة تحديد هذه الحقوق مسألة متعذرة و قد أورد عبارته المشهورة بصدد بحثه عن
تعريف للخطأ و هي: "إن ارتكاب خطأ تقصيري هو المساس بحق الغير دون إمكان الاحتجاج أو
التمسك بحق أقوى أو على الأقل بحق يعادله".

« Commettre une faute délictuelle, c'est léser un droit sans pouvoir se
réclamer d'un droit supérieur ou au moins équivalent. »⁸⁰

⁷⁷-Levy, responsabilité et contrat, RTD .Civ., 1889, p.361 et s.

⁷⁸ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 880 و 881.

⁷⁹ - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص. 67.

⁸⁰-Het L. Mazeaud et A Tunc, Traité, 6° édition ,T.1,p.458.

و أما الشرط النفسي فيتمثل في: إدراك أو ما كان يمكن إدراكه بأنه مساس بحق الغير.
« le fait d'avoir aperçu ou pu apercevoir que l'on portait atteinte au droit d'autrui »⁸¹

و يلاحظ أن هذا التعريف في شقه النفسي يساير تعريف الفقيه "سافاتيه" حين قال :
إن الخطأ هو الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته و مراعاته.

و يفرق "ديموج" بين الفعل العمدي و الفعل غير العمدي فإذا ما توقع الشخص نتائج فعله و مضى فيه يكون قد اقترف خطأ عمديا، أما إذا لم يتوقع نتائج فعله كما إذا نتج فعله عن إهمال أو عدم تبصر، فيكون مقترفا الخطأ غير العمدي. و لو أنّ "ديموج" يضع في الحالة الأخيرة معيارا لمساءلة محدث الضرر و هو معيار الرجل الحازم النشيط.

⁸² « PÈRE DE FAMILLE DILIGENT »

و أخيرا يعرف الأخوان "هنري" و "ليون مازو" الخطأ على أنه: "إثبات لسلوك على غير ما يجب أن يكون" و يفرقان تبعا لذلك في الخطأ بين الخطأ العمدي أو الجريمة المدنية و بين الخطأ غير العمدي أي شبه الجريمة المدنية. و يعرفان الخطأ غير العمدي بأنه: "الإنحراف في السلوك بقدر لا يجب أن يقدم عليه شخص ذو بصيرة وجد في ذات الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول".

”La faute quasi délictuelle est une erreur de conduite telle qu'elle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances (externes) que l'auteur du dommage”

بالنسبة لهما فإنّ هذا التعريف ينطبق كذلك على تعريف الخطأ العمدي لأنّ الرجل

ذو البصيرة لا يمكن أن يقصد الإضرار بالغير.⁸³

و هذا التعريف يضع معيارا عاما للسلوك الذي يجب إتباعه في ظروف مختلفة، إذ يضع معيارا يزيد في أهميته عن معيار الرجل العادي بأنّ إشتراط في الشخص أن يكون يقضا

رشيدا (prudent et avisé) و هذا ما أكده الأخوان "مازو" حين قالوا:

⁸⁴ "ce n'est pas l'homme moyennement prudent ou moyennement avisé"

و بعد هذه اللمحة أو اللفتة الموجزة على التعاريف التي أوردتها بعض الفقهاء الفرنسيين حول تعريف الخطأ، أمرّ إلى بيان موقف الفقه العربي من فكرة الخطأ.

⁸¹ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 88.

⁸² - حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص. 140.

⁸³ - محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص. 67 و 68.

⁸⁴-Ph .Le tourneau, op .cit, p .1351.

2-تعريف الخطأ في الفقه العربي:

لقد حاول الفقهاء العرب تعريف الخطأ وقد تعددت التعاريف و تباينت وفقا لنزعاتهم الشخصية و ظروفهم الاجتماعية و الاقتصادية، و سأسْتَظهر فيما يلي أهم التعاريف الشائعة:
يعرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بقوله: " الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني"⁸⁵ ثم يذهب إلى إفراغ مضمون الإلتزام القانوني بقوله: " إن الإلتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائما إلتزام ببذل عناية، و هو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة و التبصّر حتى لا يضر بالغير".
و بعده ينتقل إلى النّظر إلى الشخص الذي ينحرف عن السلوك الواجب إتباعه بقوله: " فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب، و كان بإمكانه التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية".

و بذلك فإنّ الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري يحلل الخطأ التقصيري وفق ما كان قد فعله الفقيه "كاييتان" في مؤلفه في القانون المدني حيث حلل الخطأ إلى عنصرين: عنصر التعدي *la culpabilité* و عنصر الإسناد *l'imputabilité*.

و يقول الدكتور سليمان مرقس أن مجرد فعل الشخص لا يكفي لقيام المسؤولية إذا أحدث به ضررا للغير، بل يشترط في هذا الفعل أن يكون خطأ، و يبين مدى أهمية الخطأ في المسؤولية المدنية بقوله: " إن الخطأ شرط ضروري للمسؤولية المدنية، بل هو الأساس الذي تقوم عليه".

و يعرف الدكتور سليمان مرقس الخطأ بقوله: " الخطأ هو إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل به"⁸⁶ و بذلك فإن الخطأ وفق تعريفه يشتمل على عنصرين: عنصر موضوعي يتمثل في الإخلال بواجب قانوني و عنصر شخصي يتمثل في توافر التمييز لدى المخلّ بهذا الواجب.

بينما يعرف الدكتور محمد لبيب شنب الخطأ بقوله: الخطأ هو انحراف عن سلوك الشخص المعتاد الموجود في نفس الظروف الخارجية لمرتكب الضرر مع إدراك ذلك.⁸⁷

و بدوره فإنّ الدكتور محمد لبيب شنب يقسم الخطأ حسب تعريفه إلى ركنين : ركن مادي و هو الانحراف أو ما يسمى بالتعدي، و ركن معنوي أو نفسي و هو الإدراك أو التمييز.

85 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 881 و 882.

86 - سليمان مرقس، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 1992، ص. 182.

87 - محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الإلتزام، طبعة 1989، ص 343 و جلال علي العدوي، محمد لبيب شنب، مصادر الإلتزام، طبعة 1985، ص. 294.

أما الدكتور جميل الشرقاوي فيعرف الخطأ بقوله: "الخطأ هو الإخلال بواجب قانوني، سواء أكان هذا الواجب خاصا أي إلتزاما، أم كان واجبا عاما من الواجبات التي تفرض على كل شخص يعيش في جماعة يحكمها القانون بأن يحترم حقوق الغير و حرياتهم، و ألا يرتكب ما يعتبر مساسا بهذه الحقوق و الحريات"⁸⁸

و يرى هذا الفقيه أنّ الخطأ في المسؤولية التقصيرية لا يمكن نسبه إلى الشخص إلا إذا كان مميّزا على الأقل، و بذلك فإنه يقسم الخطأ إلى عنصرين: عنصر مادي و هو الفعل الذي يقع به الإخلال بالواجب، و عنصر معنوي و هو التمييز.

ما يلاحظ أن تعريف الأستاذ "زهدي يكن" يتفق مع تعريف "بلانيول" حيث قال إن الخطأ هو إخلال بالتزام سابق *la faute est un manquement à une obligation préexistante* إلا أنّه يرى أنّ هذا التعريف ناقص و لا يكفي في الخطأ أن يكون إخلالا بواجب سابق، و إنما يجب أن يكون هذا الإخلال صادرا عن تمييز و إدراك.

و عرّف الخطأ تبعا لذلك بقوله: "إنّ الخطأ هو إخلال بواجب قانوني إذا كان من صدر عنه مميّزا"⁸⁹

و يرى الأستاذ زهدي يكن بأن الخطأ فكرة مجردة فالمرء يعد مرتكبا لخطأ إذا لم يتصرف وفق ما يوجبه القانون، و على الشخص الذي يعيش في المجتمع أن يحترم قواعد الآداب و النظام الاجتماعي، سواء أوجدت مصدرها في القانون أو في العقد أو في القواعد العامة للآداب أو النظام.⁹⁰ و يقول الدكتور محمود جمال الدين زكي بصدد تعريفه للخطأ: "نرى معه (أي مع الفقيه بلانيول) ربط الخطأ بفكرة الواجب أو الإلتزام على حد تعبيره، إنما نزيد عليه قيام واجب على عاتق كل شخص في المجتمع بأن يجري في حياته على السلوك الذي أُلّفه أو اعتاده جمهور الأشخاص فيه".⁹¹ ثم يذهب إلى بيان موقف الأساتذة "مازو"⁹² من عنصر التمييز حين قالوا يثبت الخطأ التقصيري في جانب عديم التمييز كما ينسب إلى كامل التمييز و يرى أن هذا الأمر منطقي و يعيب على القضاء الفرنسي عدم مساءلة عديم التمييز عن أفعاله الضارة. ثم يعود بعد ذلك لينضم إلى رأي الفقه

88 - جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، طبعة 1981، ص. 467 و 468.

89 - زهدي يكن، المرجع السابق، ص. 70.

90 - نفس المرجع السابق، ص. 22.

91 - جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص. 479 إلى 481.

⁹²-G.Viney et P.Jourdain ,op. cit, p .368.

المصري و يقول إن للخطأ ركنين: ركن مادي و هو الانحراف على السلوك أو التعدي، و ركن معنوي و هو التمييز أو الإدراك Discernement .

أما الدكتور بلحاج العربي فبعد أن ذكر ما للخطأ من أهمية في المسؤولية المدنية بصفة عامة، و المسؤولية التقصيرية بصفة خاصة باعتباره ركنا فيها و أساسا لها،⁹³ فإنه يتفق مع الفقيه "بلانيول" من حيث تعريف الخطأ و يقول: "... و المستقر عليه فقها و قضاء الآن أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال. فهو إخلال بالتزام قانوني أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي و يتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في السلوك اليقظة و التبصر حتى لا يضرّ بالغير. فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب و كان مدركا لهذا الانحراف، كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية."⁹⁴

و مهما اختلفت تعاريف الفقهاء من حيث التعبيرات التي أوردها كل منهم فإنهم مجتمعون على أن للخطأ عنصرين: عنصر مادي وعنصر معنوي . فما مضمون هذين العنصرين؟

ثالثاً: عنصرا الخطأ:

يعتبر خطأ كل فعل غير مشروع، خرق التزام سابق، قانوني، عربي...، خيانة أمانة مشروعة، كلها أخطاء.

و حسب التحليل التقليدي للخطأ و وفق إجماع الفقهاء فإن الخطأ ينقسم إلى عنصرين: عنصر مادي و عنصر معنوي.⁹⁵

1-العنصر المادي للخطأ:

لاعتبار الشخص محدث الضرر مخطئاً لا بد أن يكون قد انحرف في سلوكه، و الانحراف في السلوك هو تعدد يقع من الشخص في تصرفه متجاوزاً في ذلك الحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه.⁹⁶

⁹³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 62.

⁹⁴ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة 307، ص. 63.

⁹⁵-François Terré trouve dans son livre Droit civile:les obligations ,qu'il ya trois éléments constitutif de la faute : élément moral qui est de la volante de la personne et un élément légal qui se précise par les articles 1382 et 1383 du code civil qui suffisent à fonder la responsabilité des auteurs des faits qu'ils visent sans qu'il soit nécessaire que le fait ait été commis en violation d'une disposition réglementaire, voir légale.

بينما يرى الدكتور وحيد الدين سوار في مؤلفه. النظرية العامة للالتزام، ج. 2، ص. 46، انه إضافة إلى العنصر المادي و المعنوي فان العنصر الثالث يتمثل في العنصر الاجتماعي و هو اللامشروع بمعناها الواسع

⁹⁶ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الفقرة 309، ص. 64.

و قد ينحرف الشخص في سلوكه متعمداً إحداث الضرر بالغير، و هنا تقوم الجريمة المدنية *délit civil* و قد ينحرف عن السلوك دون أن يتعمد إحداث الضرر بالغير، و ذلك بتقصيره أو بإهماله ، فتقوم شبه الجريمة المدنية *quasi délit civil*. لكن لا بد لنا من تحديد أي سلوك يعد الانحراف عنه خطأً؟

هناك معياران لتحديد فكرة السلوك، أولهما ذاتي أو شخصي *subjectif* و الآخر موضوعي أو مجرد *objectif*.

فأما المعيار الشخصي أو الذاتي، فإنه لا ينظر إلى التعدي في حد ذاته و إنما ينظر إلى الشخص المعتدي نفسه، فيما إذا كان الفعل الصادر منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في سلوكه هو أم لا، فهو ينظر إلى يقظته و فطنته، فإذا كان الشخص شديد اليقظة و الفطنة فإن أقل ما يمكن من الانحراف في سلوكه يشكل خطأً. و أما إذا كان دون المستوى العادي من الذكاء و الفطنة و انحرف عن سلوكه المألوف، اشترط في هذا الانحراف أن يكون انحرافاً كبيراً و بارزاً ، و أما إذا كان الشخص في ذكائه و حنكته في المستوى العادي المألوف، فالتعدي الصادر منه لا يشكل بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك و بالتالي لا يكون مرتكباً لخطأ.⁹⁷

و مع أن المعيار الشخصي فيه نوع من العدالة لأنه ينظر إلى كل شخص على حده و يدرس سلوكه لاستخلاص ما إذا كان قد انحرف في السلوك أم لا. إلا أنه له من العيوب ما يصعب معها العمل به، ذلك لأن هذا المعيار ينظر إلى الشخص محدث الضرر بالكشف عما فيه من يقظة و فطنة، و هذه الأمور هي أمور داخلية يصعب الكشف عنها بل و قد يستحيل ضبطها في بعض الحالات.

لهذا وجد معيار آخر لا ينظر كسابقه لسلوك الشخص المعتدي إن كان انحرف فيه عن سلوكه أم لا، و إنما يقوم هذا المعيار على تجريد المعتدي من ظروفه الشخصية⁹⁸ و يقاس فعله بمعيار الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس⁹⁹ و هو ما يسمى بالمعيار الموضوعي.

و بذلك لا بد لكي يُعتبر محدث الضرر مخطئاً، أن يكون في سلوكه قد انحرف عن السلوك الذي كان يسلكه الشخص العادي لو وجد وقت إحداث الضرر في نفس الظروف الخارجية.

97 - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 95.

98 - بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، الفقرة 310 ، ص. 66 و 67 و فقرة 312، ص. 69.

99 - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 343.

و بمعنى آخر، لكي نحكم على سلوك الشخص إن كان خاطئاً أو غير خاطئ نقوم بمقارنته مع سلوك الرجل العادي. فإذا اتضح أن محدث الضرر سلك نفس المسلك الذي كان يسلكه الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف الخارجية، فإنه لا يمكن إسناد الخطأ إليه، أمّا إذا تبين أن مرتكب الضرر سلك مسلكاً غير الذي كان يسلكه الرجل العادي، و بالتالي يكون منحرفاً، ففي هذه الحالة يكون مرتكب الضرر قد أخطأ.¹⁰⁰

و يقصد بالرجل العادي، ذلك الشخص الذي يعتدل فيه الذكاء و التبصر و اليقظة و العناية، فلا يصح أن يقاس فعل محدث الضرر لا بالرجل البالغ في الذكاء و الشديد في اليقظة و لا بالرجل الناقص الذكاء و عديم التبصر.

و لا يجب أن تؤخذ الظروف الداخلية للشخص الذي يعتبر سلوكه معياراً للخطأ في الحسبان، لأن هذه الظروف هي خصائص شخصية تختلف من شخص إلى آخر و هي ظروف يختص بها وحده، و إنما ما يجب اعتبارها هي الظروف الخارجية وحدها.

و الظروف الخارجية هي ظروف الزمان و المكان،¹⁰¹ و هي تؤثر في معرفة ما إذا كان الفاعل قد ارتكب خطأً أم لا. فقيادة السيارة ليلاً ليس كقيادتها في النهار، و قيادتها أثناء تهاطل الأمطار ليس كقيادتها دونه، و قيادة السيارة في الطريق السريع ليس كقيادتها في داخل المدينة في مكان مكتظ بالمازّة و هكذا.

و هذا يؤدي إلى استنتاج أنّ الإنحراف يقاس بوجهة موضوعية objective و مجردة. و ذلك بقياسه على سلوك شخص متحلل من ظروفه الشخصية و يمثل أوسط الناس، أخذاً بعين الاعتبار الظروف الخارجية للحدث.¹⁰²

و لكن بعض الأفعال إذا ما طُبّقَ عليها المعيار السّابق فإنها تعتبر أخطاءً إلا أنّ القانون لا يجعل مرتكبها مسؤولاً أو يخفّف من مسؤوليته، بسبب ظروف خاصة تكون قد دفعته إلى ارتكابها.

و هذه الحالات هي حالة الدفاع الشرعي و حالة تنفيذ أمر الرّئيس و حالة الضرورة.

100 - حسين عامر و عبد الرّحيم عامر، المرجع السابق، ص. 145.

101 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 69.

102 - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 469.

فأما الدّفاع الشرعي فيتمثل في حالة الدفاع عن النفس أو المال أو عن نفس الغير أو مال الغير فإذا ما أحدث الشخص ضرراً بالغير و هو في هذه الحالات فإنه لا يعتبر مخطئاً.¹⁰³ و ذلك أننا إذا قسنا سلوكه بسلوك الشخص العادي إذا وجد في نفس الظروف الخارجية، نجد أنه لم ينحرف عن سلوك هذا الرجل العادي، فالرجل العادي يدافع عن نفسه و ماله و حتى عن نفسه و ماله غيره.¹⁰⁴ و قد نصّ المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 128 من القانون المدني التي تنص على أن: "من أحدث ضرراً و هو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو عن ماله كان غير مسؤول، على ألاّ يجاوز في دفاعه القدر الضروري و عند الإقتضاء يلزم بتعويض يحدده القاضي" و لتطبيقها أربعة شروط: أن يكون هناك خطر حال أو وشيك الحلول يهدّد نفس أو مال الشخص أو نفس أو مال الغير.

أن يكون الخطر الحال ناتجاً عن تعدّي أي وليد عمل غير مشروع.
أن لا يكون في إمكان المدافع درء الخطر إلاّ بالحاق الأذى بالمعتدي.
أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم لمنع الاعتداء، أي أن لا يكون بإفراط.¹⁰⁵
أما حالة تنفيذ أمر الرئيس فمقتضاها أن لا يسأل الموظف العام عن عمله الضار بالغير إذا كان قد قام بذلك تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيسه و كانت طاعته له واجبة أو كان يعتقد أنها واجبة، و أثبت أن العمل الذي صدر منه كان يعتقد مشروعاً.
و قد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 129 من القانون المدني بقوله: " لا يكون الموظفون و الأعوان العموميون مسؤولين شخصياً عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيسهم، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم".
و بذلك فإنه يجب أن تتوافر الشروط التالية:
أن يكون الضرر قد سببه موظف عام.
أن يكون هذا الموظف قد قام بالفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه.
أن يكون الأمر واجب الطاعة أو يعتقد - يخال أو يظن - أن طاعته واجبة.¹⁰⁶

103 - علي فيلاي، الالتزامات. ENAG للطباعة و النشر، 2006، ص. 63.

104 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 32.

105 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 32، 33.

106 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 33، 34.

و سبب دفع مسؤولية الشخص في هذه الحالة، هو أن المشرع أخذ بعين الاعتبار مدى الواجبات القانونية الملقاة على عاتق الموظفين العموميين، ولإيجاد التوازن بين هذه الواجبات الضخمة و بين تنفيذها مراعاة للمصلحة العامة إذا ما قاموا بما تنفيذا لأوامر رؤسائهم و سببوا أضرارا للغير.

و أما حالة الضرورة فهي تلك الحالة التي يكون فيها الشخص أو غيره مهدداً بخطر جسيم يضطر معه للتخلص منه أو تفاديه، بارتكاب فعل يسبب ضررا للغير.¹⁰⁷ فإحداث الضرر بهذا الغير إنما كان تفاديا و اتقاء لضرر أكبر منه كان محققا به أو بغيره.¹⁰⁸ و هنا نخلص إلى قاعدة عظيمة توصل إليها فقهاء الشريعة قديما و هي: أنه يتحمل الضرر الخفيف لدفع الضرر الأكبر منه أو بعبارة أخرى يدفع الضرر الأعظم بارتكاب الضرر الأخف أو الأيسر، و هذا بالطبع في حالة الاضطرار و ليس حالة الاختيار حيث يستطيع الفرد دفع الضررين معا.

و لا يجوز أن يكون مصدر الضرر هو الشخص الذي أوقع الضرر به، لأنه لو كان الخطر المهدد به صادرا عن ذات الشخص المضرور، فإنه لا تتحقق حالة الضرورة في هذه الحالة، و إنما نكون أمام دفاع شرعي متى توافرت شروطه.¹⁰⁹

و قد نصّ المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 130 من القانون المدني بقوله: " من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محققا به أو بغيره، لا يكون ملزما إلاّ بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا."

و يشترط لتطبيق هذه المادة ما يلي:

وجود خطر حال يهدد مرتكب الفعل أو الغير في النفس أو المال.

أن يكون الشخص مصدر الخطر أجنبي عن محدث الضرر و عن المضرور.

أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر جسامة من الخطر الذي وقع.

و يلاحظ على خلاف ما ذكر في الحالتين السابقتين أي حالة الدفاع الشرعي و حالة تنفيذ أمر الرئيس: أنّ المشرع الجزائري و لو أنه اعتبر حالة الضرورة سببا في رفع مسؤولية محدث الضرر، إلاّ أنه مع ذلك يكون المسؤول ملزما بتعويض الضرر حسب ما يصل إليه القاضي في تقديره له. و سبب تقدير هذا التعويض هو إقامة المشرع لذلك التوازن بين حق الغير الذي لم يكن له دخل في وقوع

107 - حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق، ص. 174.

108 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة 323، ص. 89.

109 - محمود لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 350 و محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 35.

الضرر و حق المسؤول في تفادي الخطر المحقق به، فالعدالة الاجتماعية تقتضي أن لا يتحمل الغير وحدهم نتائج حالة الضرورة و إنما أن توزع هذه النتائج بين محدث الضرر و بين ضحية هذا الضرر.¹¹⁰

و قد أضاف الفقهاء إلى هذه الحالات الثلاثة، حالة أخرى استنبطوها قياسا على ما ينص عليه قانون العقوبات، و عملا بالقواعد العامة في النطاق المدني، حيث جعلوا رضاء المجني عليه سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية.¹¹¹

ففي النطاق الجزائي هناك من الحالات التي لا تقوم بتحققها المسؤولية الجزائية كتعليق رفع الدعوى العمومية على شكوى من المجني عليه. ففي جرائم الزنا فإنه يشترط رفع شكوى من قبل الزوج المتضرر¹¹² و إن تنازله عن هذه الشكوى يضع حداً للمتابعة،¹¹³ و كاعتداد المشرع برضاء المجني في جرائم معينة.¹¹⁴

أما في النطاق المدني: فالقاعدة العامة تقتضي بأن الرضا بالضرر أو بالفعل الذي يغلب حدوث الضرر منه متى وقع، يرفع عن الفاعل واجب احترام الحق الذي وقع المساس به، و بالتالي لا يوصف فعله بالخطأ.

و أساس هذه القاعدة أنّ من يملك التصرف في حقه سواء بالتنازل عنه أو غيره. فإنه يملك حق إعفاء الفاعل من واجب احترامه. و بالتالي فإن أعفاه من هذا الواجب، امتنع عليه المطالبة بالتعويض.¹¹⁵

و يشترط في رضا المصاب بالضرر أن يكون ذا أهلية، ففقدان التمييز ينجر عنه انعدام الرضا، وأن يكون الرضا غير مشوب بعيب من عيوب الرضا فضلا على أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.¹¹⁶

و لا يكون الرضا مشروعاً إلا إذا كان الحق الذي ارتضى المصاب تعريضه للخطر مما يجوز التصرف فيه، فالحقوق الشخصية كالحق في الحياة و في سلامة الجسم و الحريات بأنواعها، لا يجوز

¹¹⁰ - زهدورالساهلي، المرجع السابق، ص. 99.

¹¹¹ - أحسن بو سقيعة، المسؤولية الجزائية، القسم العام، دار الهدى للطباعة والنشر، طبعة 2001، ص. 132.

¹¹² - المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري.

¹¹³ - المادة 340 من نفس القانون أعلاه.

¹¹⁴ - المادتان 329 و 335 و غيرها فهذه الجرائم لا تقوم إلا إذا توفر فيها رضاه المجني عليه ما دام بالغاً سن الرشد الجزائري.

¹¹⁵ - سليمان مرقس، المسؤولية، المرجع السابق، ص. 302.

¹¹⁶ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 94، فقرة 325.

التصرف فيها. فالمرء لا يملك التصرف في حياته و لا في سلامة جسمه بأن يلحق بها الأذى، فإن قام بذلك كان مخلًا بالنظام العام و الآداب العامة إلا إذا كان المساس بسلامة جسمه ضروريا لحفظ حياته أو لصيانة صحته.¹¹⁷ - في حالة الاضطرار كقطع اليد المتأكلة-.

أما الحقوق المالية فيجوز التصرف فيها، فالمخاطر التي يعرض الشخص أمواله لها، تنطبق عليها القاعدة العامة التي تقضي بأن "الرضا بالضرر يرفع عن الفعل الضار وصف الخطأ."¹¹⁸ (volenti non fit injuria.)

و من بين الحالات التي يتحقق فيها رضا المجني عليه و يكون سببا معنيا من المسؤولية: حالة رضا المريض بالعلاج، وحالة الألعاب الرياضية.¹¹⁹

و مما تقدم يتضح أن القاعدة العامة هي الاعتداد في تقدير الانحراف في السلوك بالظروف الخارجية للحادث، لا بالظروف الداخلية لمرتكب الفعل الضار. و قد رأى الفقيهان "مازو" و "تونك"¹²⁰ أنه مادام أنّ الظروف الداخلية لمحدث الضرر لا تؤخذ بعين الاعتبار في تقدير سلوكه، فإنه تبعا لذلك لا يجب النظر إلى عنصر التمييز، باعتباره عنصرا داخليا في من أحدث الضرر. و رتبوا على ذلك أن الخطأ التقصيري يثبت في جانب عديم التمييز كما يثبت في جانب كامل التمييز، فسلوك عديم التمييز لا يقاس على سلوك فاقد التمييز مثله، و إنما يقاس بسلوك الرجل العادي لو وجد في نفس الظروف الخارجية.

و قد نتساءل حول قيمة النتيجة التي توصل إليها "مازو" و "تونك" أو بمعبارة أخرى هل العنصر النفسي أو المعنوي المتمثل في التمييز يعتبر عنصرا أساسيا في الخطأ أم لا؟.

و هذا ما سأحاول دراسته في هذا المقام:

2- العنصر المعنوي للخطأ:

إستنادا إلى تقاليد الرومان، و التي انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم فإنه لا يمكن مساءلة شخص غير مدرك عن الأفعال الضارة التي تصدر عنه. فالإدراك هو الركن المعنوي في الخطأ إلى جانب الركن المادي والذي هو الانحراف عن سلوك الرجل العادي.

¹¹⁷ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 37، بند 23.

¹¹⁸ -G. Viney et P. Jourdain. op.cit p.589,N°575.

¹¹⁹ -Pour plus d'information, voir G. Viney et P. Jourdain, Ibid, p.589, 590 et Cass.civ., 29 mai 1951, et loi n° 2002-303 du 04mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé français.

¹²⁰ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص.101.

و بذلك فلا يكفي أن ينحرف الشخص عن سلوك الرجل العادي، و إنما يجب أن يكون من انحراف عن هذا السلوك مدركا لهذا الانحراف، فلا مسؤولية بدون تمييز و تبعا لذلك، فالصبي غير المميز، و المجنون، و المعتوه، و فاقد الوعي لسبب عارض كالسكر و الغيوبة و المرض، و المنوم تنويما مغناطيسيا و المصاب بمرض النوم، إن لم يكونوا قد اختاروا ذلك بإرادتهم، كتعاطي مسكر أو مخدر و هم على علم بذلك، فإنّ المسؤولية هنا لا تقوم لانعدام التمييز لديهم.

و بالتالي لا مسؤولية على من كان فاقد التمييز، لأنه يندم الخطأ لانعدام التمييز لديه، إذ ليس بإمكانه التمييز بين الخطأ و الصواب.¹²¹ و لكنه و منذ أواخر القرن التاسع عشر ظهرت النظريات الموضوعية التي تعبر للخطأ أي اهتمام و تقييم المسؤولية عن الضرر، بغض النظر إن كان محدثه مميزا أو غير مميز.

حيث قد نسأل الشخص رغم انعدام التمييز لديه استثناء، و هذا تأثرا بالنظريات الموضوعية التي نادى بقيام المسؤولية على عنصر الضرر، و التي جعلتها قائمة سواء أكان الشخص مميزا أو غير مميز.¹²²

فقد نص المشرع الجزائري، قبل التعديل الأخير، على ذلك في المادة 125 فقرة ثانية بقوله: “غير أنّه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز و لم يكن هناك من هو مسؤول عنه، أو تعدّر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض معادل، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم”.

و سبب تقرير هذه الحالة هو أن المشرع الجزائري راعى مصلحة المضرور عن الأفعال الصادرة من عديمي التمييز، الذين لم يبلغوا سنّ السادسة عشر¹²³ من عمرهم أو الذين كانوا في حالة جنون أو عته،¹²⁴ و هذا حتى لا يضيع حقه في التعويض.

و قد عمد الفقه و القضاء إلى تضيق نطاق النظرية الشخصية في الخطأ و تأثرا بنظرية تحمل التبعة بقولها:

¹²¹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 903، بند 535.

¹²² - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 103.

¹²³ - أنقص المشرع الجزائري سنن التمييز من 16 سنة إلى 13 سنة بمقتضى المادة 20 من القانون رقم 05-10 المؤرخ ب 20-06-2005 المعدلة للمدة 42 من القانون

المدني.

¹²⁴ - المادة 42 من القانون المدني.

بإمكانية مطالبة متولي رقابة الشخص غير المميز عن الأفعال الضارة الصادرة بالرقابة في حالة وجود الرقيب. أن يكون فقد التمييز كاملا عند وقوع الضرر.¹²⁵ و خلاصة القول أن مسؤولية الشخص متى كان مميزا تكون كاملة و يقوم إلتزام على عاتقه بتعويض الضرر الذي أحدثه، و هذا هو الأصل أو القاعدة العامة في المسؤولية عن الأفعال الشخصية.

إلا أنه استثناءا يمكن مساءلة عدم التمييز عن الأفعال الضارة الصادرة عنه وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 125 من القانون المدني الجزائري التي تتميز فيها المسؤولية بأنها مسؤولية احتياطية، إذ أن المضرور من فعل شخص غير مميز لا يمكنه مطالبة هذا الأخير إلا إذا لم يوجد من يتولى رقابته أو أنه يوجد، و لكن يتعذر الحصول على تعويض منه لعسره أو لأنه استطاع أن ينفي الخطأ عن نفسه، و تُوصف المسؤولية هذه على أنها مسؤولية جوازية، إذ يتسع المجال فيها للقاضي في الحكم بالتعويض من عدمه، فإذا تبين له أن الحالة المالية لعدم التمييز لا تتحمل التعويض أو أن الشخص المتضرر موسر الذمة المالية، فإنه لا يحكم بالتعويض، و حتى و إن حكم به فإنه غير مقيد بأن يحكم بالتعويض الكامل، إذ أن مركز الخصوم يلعب دورا هاما في تقدير التعويض، و تبعا لذلك فقد يكون التعويض جزئيا أو كليا عن الضرر، و من ثم كانت هذه المسؤولية مخففة.¹²⁶ إلا أن قيام المشرع الجزائري بالتعديل الأخير للقانون المدني ألغى الفقرة الثانية من المادة 125، و بالتالي يكون قد ألغى المسؤولية الشخصية لعدم التمييز.

و وفقا للعنصر المعنوي، فإنّ الخطأ أنواع و هي على النحو الآتي:

الفقرة الثانية: ركن الضرر.

لم يفرق القانون المدني و لا القضاء بين الضرر و الخسائر (Dommage et Préjudice) لتحديد أي منهما تعتبر من أركان المسؤولية و أغلبية الفقه يعتبرهما مرادفين.¹²⁷ غير أن هناك اتجاه فقهي¹²⁸ ينادي بضرورة التفرقة بين المصطلحين، و يرجعون في ذلك إلى الأصل التاريخي للمصطلحين، حيث أنه في القانون الروماني فإن مصطلح (Damnum) في قانون أكيليا الذي هو المساس بالشيء ملك للغير دون البحث فيما إذا كان هذا المساس يحدث ضررا أو لا

¹²⁵ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 104 .

¹²⁶ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 354 و 355 و محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص. 87 و 88.

¹²⁷ - H et L. Mazeaud, Traité de la responsabilité civile, t1, Montchrestien, 6° edition ,n° 208 et suivant.

¹²⁸ -Ph. Le tourneau, op.cit, N° 1305 et 1309, p .408 et s.

بالمالك أما مصطلح (Præjudicium) فكان خاصا بالضرر الجسماني حيث كان يعتبر نتيجة مالية أو غير مالية للضرر و هو محل التعويض.¹²⁹

هذه التفرقة المفتوحة من قبل الفقه و الغير المنازع فيها لم يأخذها لا المشرع و لا القضاء بعين الاعتبار لذا فأتى دراستي لهذا الركن فإني سأقوم بالمزج بينهما. إن الضرر يعتبر ركنا أساسيا في المسؤولية التقصيرية، إذ بدونه لا يتصور وجود التزام بالتعويض، و الضرر وفق تعريف الفقه¹³⁰ هو "المساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له".

و يجب تبعا لهذا التعريف أن أستظهر التفرقة بين الحق المعتدى عليه و بين المصلحة المعتدى عليها، لأن مجرد الأذى بمصلحة الإنسان متى كانت مشروعة، يكفي للمطالبة بالتعويض و لم تصل هذه المصلحة إلى حد اعتبارها حقا خالصا له. فمثلا لو أن شخصين قريبين، كان أحدهما ينفق على الآخر، فقتل القريب المنفق من قبل شخص آخر، فيجوز للشخص القريب الذي كان يستفيد من النفقة أن يطالب قاتل قريبه بالتعويض باعتبار أن هذا الأخير قد مس بمصلحته المشروعة ولو أنه لم يكن له على القريب المتوفي حق النفقة عليه.

و عنصر الضرر عنصر أساسي لقيام المسؤولية التقصيرية و إمكان المطالبة بالتعويض لأن المدعي في المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه الضرر. و بناء على ذلك فإن المدعي في المسؤولية التقصيرية يجب عليه بداية أن يثبت الضرر قبل أن يثبت الخطأ و العلاقة السببية. و ما يمكن ملاحظته أن عنصر الضرر لم يفقد قيمته النظرية، و العملية في ظل النظريات التي قيلت في أساس المسؤولية المدنية فسواء نظرنا إلى النظريات الشخصية التقليدية أو إلى النظريات الموضوعية فإن عنصر الضرر إحتفظ بمكانته من بين الشروط اللازمة لقيام المسؤولية. زد على ذلك أن النظر في قيام المسؤولية المدنية سواء في ظل النظرية الشخصية أو في ظل النظريات المادية أو الموضوعية يستدعي البدء في إثبات عنصر الضرر و ذلك بكافة طرق الإثبات باعتباره واقعة مادية.¹³¹

¹²⁹-G. Viney et P. Jourdain, op. cit, p. 3 et s.

¹³⁰ - عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الطبعة 1984، ص. 255، محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص. 75، و سليمان مرقس،

المرجع السابق، ص. 127 و François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, op. cit, p 566, 567 .

¹³¹ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 109 .

و الضرر المعترف لقيام المسؤولية التقصيرية لا بد من أن يتوافر فيه شرطان: أولهما أن يكون الإخلال قد وقع بحق أو بمصلحة مشروعة و ثانيهما أن يكون الضرر محققا.

أولاً: أن يقع الإخلال بحق أو بمصلحة مشروعة:

جرت العادة على اشتراط أن يكون الضرر شخصياً، بمعنى أن الشخص الذي تعرض لضرر له وحده حق المطالبة بتعويض.¹³²

يشترط في الضرر أن تكون الخسارة التي لحقت الشخص ناتجة عن المساس بحق من حقوقه، سواء أكانت هذه الحقوق حقوقاً مالية، كحق الملكية، و حق المؤلف و حق الدائنية، أو حقوقاً غير مالية، كالمساس بسلامة الجسم أو في استقراره النفسي.¹³³ و مجرد المساس بمصلحة الشخص يكفي لاعتبار الضرر عنصراً في المسؤولية، شريطة أن تكون المصلحة التي حصل الإخلال بها مشروعة، حتى و لم تصل إلى مرتبة الحقوق.¹³⁴

أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة، فلا يستحق الشخص المتضرر صاحب هذه المصلحة أي تعويض، و على ذلك لا تستحق الخلية أي تعويض عن الضرر الذي لحق بها من جراء وفاة خليلها الذي كان ينفق عليها حال حياته.¹³⁵

ثانياً: أن يكون الضرر محققاً:

شرط تحقق الضرر في محله حسب الفقه، لأن القول بضرورة تحقق الضرر ليس معناه تمييز الضرر و لكن التأكيد على ضرورة حصوله، حتى يتم التعويض عليه.¹³⁶ حيث يكون الضرر محققاً إذا كان حالاً¹³⁷ أي إذا حصل الإخلال به فعلاً و كان متوافراً وقت رفع دعوى المسؤولية و حالة التحقق التي تشمل الضرر الحال، فإنها تشمل كذلك الضرر الواقع حتماً في المستقبل، أي الضرر المؤكد الحدوث في المستقبل. و مثال ذلك أن يتعرض شخص لحادث يصيبه بأضرار جسمانية أدت إلى عاهة مستديمة، فإن هذه العاهة قد تتطور حتى و إن رأى الأطباء عكس ذلك، حيث إذا تمثلت العاهة في فقد عضو، ففقد العضو يعتبر ضرراً حالاً و قد تحقق فعلاً. و فقدان هذا العضو قد يعجزه

¹³²-G.Viney etP. Jourdain ,op.cit,p .117.

¹³³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 76.

¹³⁴ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة 349، ص. 143.

¹³⁵ - محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 338، و محمد زهدور، محاضرات أقيمت على طلبة السنة الثالثة حقوق في المرافعات، خصائص المصلحة.

¹³⁶-G.Viney et P.Jourdain ,op.cit,p .82 et s.

¹³⁷ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة 359، ص. 158.

عن ممارسة نشاطه و عدم القدرة على الكسب. فهذا الضرر و لو أنه لا يعتبر حالاً و إنما هو مؤكد الوقوع في المستقبل.¹³⁸ و بالتالي فإن الضرر يكون محققاً أو مؤكداً في حالتين:

إذا كان حالاً ، أي إذا حصل فعلاً.

إذا كان وقوعه في المستقبل مؤكداً.

أما إذا كان الضرر غير محقق الوقوع في المستقبل -مآلاً- و هو ما يطلق عليه اصطلاحاً الضرر المحتمل. أو الضرر الافتراضي، و الذي لا يعرض عنه أي أن الشخص لا يستحق التعويض عنه. و مثال ذلك أن تؤدي مباشرة أشغال البناء إلى تصدع جدران مبنى الجار، فإن من أحدث

هذا التصدع يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الحاصل في الحيطان، و هو ضرر قد تحقق و يكون ملزماً بتعويض الضرر الحاصل في الحيطان، و أما الضرر الذي قد يتحقق و لا يكون ملزماً بالتعويض عنه و هو الضرر الاحتمالي الذي يتمثل في احتمال انهيار المبنى نتيجة هذا التصدع.¹³⁹

و لا يجوز الخلط بين الضرر المحتمل و الضرر المتمثل في تفويت الفرصة، فإهمال المحامي لموعد المعارضة أو الاستئناف أو إهماله لإجراء من الإجراءات يمنع من سير الدعوى كما يجب حيث يفقد الزبون فرصة الفوز بالقضية، كذلك تصرف منافسة غير مشروعة يمنع الضحية من فرصة رفع عدد زبائنه.¹⁴⁰

فتفويت فرصة هو ضرر، لكن لا بد من التساؤل هل يعرض عن هذا الضرر طبقاً لمبادئ المسؤولية المدنية؟ لا بد من الإشارة إلى أن تفويت فرصة لا يتحدد بالضرورة في ضرر، فالفرصة هي في حد ذاتها عبارة عن حظ، حيث لا شيء يمكنه تأكيد بأنه لو أن الحادث الذي فوت على الضحية هذه الفرصة لم يتحقق لتحقق الهدف المنتظر حتماً.¹⁴¹

و حتى نكون أمام حالة تفويت فرصة فإنه لا بد ألا يكون من الممكن إستخلاص بأن الضرر هنا غير مؤكداً و بأنه لا يستحق التعويض عنه.¹⁴²

¹³⁸-G. Viney et P. Jourdain, op. cit, p.84.

¹³⁹-زهود السهلي، المرجع السابق، ص.110.

¹⁴⁰-G. Viney et P. Jourdain, op. cit, p.90.

¹⁴¹-V. Y Chartier, la réparation du préjudice, éd. Dalloz, 1983, n°18 à 20.

¹⁴²-G. Viney et P. Jourdain , op . cit, p . 91.

لأن تفويت الفرصة أمر محقق و لكن ما يترتب على الفرصة أمر محتمل. و مثاله أن يتعرض شخص أثناء توجهه إلى أداء امتحان هام إلى حادث تعذر معه الالتحاق إلى مكان إجراء الامتحان، ففي هذه الحالة و لو أن فرصة النجاح في الامتحان هي أمر محتمل، إلا أن تفويت فرصة المشاركة في الامتحان قد تحققت فعلا. و بالتالي وجب التعويض عن الضرر الأخير فقط و القاضي في تقديره للتعويض يركز على أساس تفويت الفرصة لا على أساس نتيجة هذه الفرصة، و لو أن القاضي قد يأخذ بعين الاعتبار عند تقديره التعويض ما فات الشخص من كسب إذا كان من المحتمل الحصول عليه لأسباب معقولة.¹⁴³

و الضرر كما سبق لي أن بيّنت هو الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو نفسه، و قد يكون الضرر ماديا و قد يكون أدبيا أو معنويا.

فالضرر المادي يتمثل في الاعتداء على حق مالي للمضروب أو مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، و يشمل الخسارة التي لحقت للمضروب و الكسب الذي فاته.¹⁴⁴

و الضرر المادي هو الإخلال بحق المضروب، ذي قيمة مالية، سواء أكان حقا عينا كاغتصاب عقار أو إتلافه، أو حقا شخصيا كالتواطؤ مع المدين على عدم تنفيذ التزامه. كما يعتبر المساس بسلامة الجسم ضرا ماديا، سواء أكان الضرر جروحا أو أمراضا أو كسورا أو وفاة، لأنها أضرار تؤدي إلى تكليف الشخص نفقات العلاج و حتى إلى العجز في القدرة على الكسب.

فحالة الوفاة مثلا، فضلا على أنها حالة تضع حدا لحياة الشخص فإنها قد تؤدي إلى إحداث الضرر حتى بأقارب المتوفى الذين كان لهم حق عليه بالانفاق عليهم، و من ثم فإن محدث الوفاة بعمله غير المشروع يكون قد مس حقا ماليا ثابتا لهم فيجب التعويض عليه.¹⁴⁵

و كما يشمل الضرر المادي المساس بحق من حقوق المتضرر، فإنه يشمل كذلك مجرد المساس بمصلحة المضروب المالية، شريطة أن تكون مشروعة. و مثاله أن يفقد الشخص قريبا كان يعيله حال حياته دون أن يكون عليه حق في ذلك، فإن واقعة الوفاة في هذه الحالة، و التي كان مصدرها محدث الفعل غير المشروع، قد وضعت حدا نهائيا لمصلحة الشخص القريب لا في حق من حقوقه،

¹⁴³ -محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 79 و 80.

¹⁴⁴ - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 483.

¹⁴⁵ -H et L. Mazeaud et A Tunc, op.cit.,n° 277 et suivant.

و إنما في مصلحة هذا الأخير الذي له أن يطالب قاتل عائلته بالتعويض إذا اثبت أن عائلته كان يعيله فعلا و بصفة مستمرة و إن ذلك كان سيستمر لا محالة لولا وقوع الحادث.¹⁴⁶

أما الضرر المعنوي أو الأدبي، فهو ذلك الضرر الذي يصيب الإنسان في سمعته أو شرفه أو عاطفته. فهو لا يمس حقا ماليا أو مصلحة مالية، كما هو الحال في الضرر المادي، و إنما هو ذلك الضرر الذي يلحق غير مال الشخص و لا يمس ذمته المالية بأي وجه من الوجوه.¹⁴⁷

و بالتالي فإن الضرر المعنوي هو ذلك الألم النفسي الذي يشعر به المضرور، سواء نتج هذا الألم عن اعتداء على جسمه أو عن اعتداء على شرفه و سمعته بالسب أو القذف و هتك العرض، أو نتج عن الاعتداء على حق ثابت له كانتهاك حرمة منزله.¹⁴⁸

و قد إنقسم الفقه الفرنسي بصدد مسألة التعويض عن الضرر المعنوي من عدمه إلى فريقين : فريق يقول بعدم جواز التعويض عنه لأن الضرر المعنوي بطبيعته لا يحتمل التعويض، و حتى و إن احتمله فإنه يصعب تقديره، و فريق آخر يميّز في الضرر المعنوي بين ما يجوز فيه التعويض و بين ما لا يجوز فيه التعويض.

و قد اختلف هذا الفريق في وضع حدود لهذه التفرقة، فهناك من أجاز التعويض عن الضرر الأدبي الذي يترتب عن جريمة جزائية، و لا يجوز التعويض عنه إذا أدى إلى ضرر مادي. و هناك من يجيز التعويض عن الضرر الأدبي الذي يلحق شرف و اعتبار الشخص، لأنه يرى أن مثل هذا الضرر هو الذي يؤدي إلى ضرر مادي، و لا يجوز التعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب الشخص في شعوره و عاطفته لأن مثل هذا الضرر لا يمتزج به الضرر المادي.¹⁴⁹

و يرد الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري على هذه التجزئة في جواز التعويض عن الضرر الأدبي بقوله:¹⁵⁰ "إن القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض، و إن تقدير التعويض فيه مستعص، لأنه مبني على لبس في فهم معنى التعويض. إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه و إزالته من الوجود و إلا فالضرر الأدبي لا يمحي و لا يزول بتعويض مادي، و لكن يقصد بالتعويض أن يستحدث

¹⁴⁶ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، فقرة 352، ص. 148.

¹⁴⁷ - زهدور السهلي، المرجع السابق، ص. 112.

¹⁴⁸ - جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص. 484.

¹⁴⁹ - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص. 984 و

¹⁵⁰ - نفس المرجع السابق، ص. 984.

المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأدبي فالحسارة لا تزول و لكن يقوم إلى جانبها كسب يعوّض عنها".

و مهما يكن من خلاف فقهي، فإن الرأي مستقر الآن في الفقه والقضاء¹⁵¹ في فرنسا على جواز التعويض عن الضرر الأدبي. و لو أنه لا يرفع ما أصاب الشخص من ألم إلا أنه يعتبر ترضية له من جهة،¹⁵² و جزاء للمسؤول على تعديده على القيم المعنوية للمضرور¹⁵³

و هكذا فإنه لا يوجد فرق بين الضرر المادي و الضرر الأدبي من حيث مبدأ التعويض، ولكن الفرق يكمن في إمكانية إنتقال الحق في التعويض عن كلّ منهما، فالضرر المادي و هو حق مالي للمضرور يمكن أن ينتقل للغير، سواء حال حياته أو بعد وفاته و سواء طالب به المضرور حال حياته أو لم يطالب به بشرط أن لا يكون قد تنازل عنه حال حياته صراحة.

أما التعويض عن الضرر الأدبي، فقد ثار خلاف حول جواز إنتقاله من عدمه إلى ورثة المضرور، ففريق من الفقه كان يرى أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي هو من الحقوق الشخصية البحتة التي تتطلب من المتوفى المضرور أن يطالب به حال حياته. فإن لم يطالب به سقط حقه فيه، ولم يدخل في عناصر التركة و بالتالي لا ينتقل إلى الورثة.

أما الفريق الآخر من الفقه، فيقرر جواز إنتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي دون اشتراط المطالبة به قبل وقوع الوفاة، لأن عدم المطالبة به قبل الوفاة لا يعني التنازل عنه و أن التنازل لا يفترض، فالحق في التعويض عن الضرر الأدبي له صفة مالية و لا شك أنه يدخل في ذمة صاحبه حال حياته مثله مثل الحق في التعويض عن الضرر المادي. فالحق في التعويض عن كل منهما لا يتوقف في نشوئه على المطالبة به، و إنما هو ينشأ من وقت وقوع الضرر.¹⁵⁴

و قد نصّ المشرّع المصري في المادة 222 مدني¹⁵⁵ على أن التعويض عن الضرر الأدبي أو المعنوي لا ينتقل إلى الغير إلا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب به الدائن أمام القضاء. و بذلك يكون المشرع المصري قد اعتبر هذا الحق من نوع خاص، فلا تثبت له الصفة المالية إلا إذا طالب به صاحبه أمام

¹⁵¹-civ. 2°, 23 mai 1977, civ. 2°, 1°mars 1978, Bull. civ, civ. 2°, 3 mai 1995, civ. 2°, 2 oct 2003, RGA, dans le livre de G. Viney et P. Jourdain, p. 168.

¹⁵² - سليمان مرقس، المسؤولية المرجع السابق، ص. 145.

¹⁵³ - جميل الشراوي، المرجع السابق، ص. 485.

¹⁵⁴ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 158 إلى 160.

¹⁵⁵ - نفس المادة ضمنها المشرع السوري في قانونه المدني في مادته 223: ينظر إلى مؤلف محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص. 110.

القضاء أو إذا اتفق المضرور مع المسؤول على التعويض. أما قبل ذلك فلا تكون له تلك الصفة المالية و لا يوجد في تركة صاحبه عند وفاته و لا يجوز بالتالي لورثته المطالبة به.¹⁵⁶

أما المشرع الجزائري فقد نص حديثا على التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني الجزائري في المادة 182 مكرر¹⁵⁷ كما فعل كل من المشرع المصري و السوري. كما نص عليه في قوانين غيره من ذلك القانون الأساسي العام للعامل الصادر عام 1978 في مادته الثامنة و التي تنص على انه: " يضمن القانون حماية العامل أثناء ممارسة عمله أو القيام بمهامه من كل أشكال الإهانة و القذف و التهديد و الضغط أو محاولة حمله على التشيع و التبعة. كما يضمن التعويض عن الأضرار المادية و المعنوية التي تلحق العامل".

و كذلك ما نص عليه في المادة الثالثة فقرة رابعة بقوله: " تقبل دعوى المسؤولية عن كافة أوجه الضرر سواء أكانت مادية أو جسمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائرية".

و كذا ما نصت عليه المادة الخامسة من قانون الأسرة¹⁵⁸ بقولها: " الخطبة وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عن الخطبة إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض...."

و قبل تعديل القانون المدني مؤخرًا، كان السؤال مطروحا أمام انعدام نص عام يقرر المسؤولية عن التعويض عن الضرر المعنوي. و زاد هذا السؤال تعقيدا انعدام الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزائري و انعدام مذكرة إيضاحية تنبئ بنوايا المشرع، و لو أنه و مراعاة لنص المادة الثالثة الفقرة الرابعة من قانون الإجراءات الجزائرية التي تجيز التعويض عن الضرر المعنوي في الدعوى المدنية المقامة أمام القضاء الجزائري، فإن مثل هذا الاختصاص الممنوح للقاضي الجزائري في منح هذا التعويض هو اختصاص استثنائي، لأن الدعوى المدنية ترفع إليه استثناء، و الأصل أن ترفع مثل هذه الدعوى أمام المحاكم المدنية و ليس أمام المحاكم الجزائرية. و مراعاة للعدالة و إحقاقا للحق، فإنه ليس من المستساغ أن يحصل من رفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية- و هو الاستثناء- على تعويض معنوي بينما لا يحصل عليه من رفع دعواه أمام المحاكم المدنية، و هي الفاصل في الحكم بالتعويض على التعويض المعنوي. و

¹⁵⁶ -محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 340 و 341 .

¹⁵⁷ - هذه المادة أضيفت بمقتضى المادة 43 من القانون رقم 10-05 المؤرخ ب 20-06-2005 المعدل للقانون المدني، و لم يكن المشرع سابقا ينص على التعويض عن الضرر المعنوي.

¹⁵⁸ - هذه المادة عدلت بالأمر رقم 02-05 المؤرخ ب 27-02-2005 بالمادة 4 منه.

قد اختلف الفقه حول تفسير الإرادة التشريعية الجزائرية قبل التعديل هل قصدت التعويض عن الضرر المعنوي أم لا؟.

فمنهم¹⁵⁹ من قال: أن المشرع الجزائري لم يقصد إطلاقا التعويض عن الضرر المعنوي و استند إلى الحجج التالية:

إن المشرع انتهج النهج الاشتراكي كما نهجه الاتحاد السوفياتي و الصين الشعبية و هما اتجاهان يرفضان التعويض عن الضرر المعنوي.

إن المادة 131 مدني جزائري قبل تعديلها و التي كانت تنص على تقدير القاضي لمدى التعويض كانت تقيده بمقتضيات المادة 182، و هذه المادة تتكلم عن التعويض المادي لا على التعويض المعنوي فيما أوردته من معيار لتقدير التعويض و هو معيار ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب.

أما أغلبية الفقه و على رأسهم الدكتور علي علي سليمان، فيقرّ جواز التعويض عن الضرر المعنوي. و أكتفي هنا بالحجج التي أوردها الأستاذ المذكور حيث قال:

إن المشرع الجزائري يكون متناقضا مع نفسه إذا كانت إرادته قد اتجهت إلى رفض التعويض عن الضرر المعنوي، لأنه أجاز استثناء في الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية، و الأصل أن المحكمة المدنية هي المختصة بالتعويض عن الضرر عامة، فلا يعقل أن يمنح للمحكمة الاستثنائية الحق في الحكم بالتعويض عن الضرر المعنوي و تحرم منه المحكمة المدنية المختصة أصلا.

إن المشرع الجزائري نقل حرفيا عبارة نص المادة 124 بالفرنسية على نصّ المادة 1382 مدني فرنسي و الفقه و القضاء الفرنسيين متفقان على جواز التعويض عن الضرر المعنوي، و قد استندا على عمومية نصّ المادة 1382 فالجدير أن يكون نفس الشيء عندنا حتى و لو كان النص العربي للمادة 124 غير مطابق تماما للنص الفرنسي.

إن معيار ما لحق الشخص من خسارة و ما فاتته من كسب، لا يصدق كمعيار لتقدير التعويض المادي فحسب، بل يصلح لان يكون معيارا لتقدير التعويض عن الضرر المعنوي كذلك، فالطبيب الذي يشكك في قدرته الطبية بنشر إشاعة كاذبة يكون قد تضرر إذ انصرف عنه المرضى و تلحقه تبعا لذلك خسارة فادحة و يفوته الكسب الذي كان يجنيه،

159 - مقدم السعيد، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، رسالة لنيل دبلوم الماجستير مقدمة الى معهد حقوق الجامعة الجزائر، 1982، ص. 117. وما بعدها.

و نفس الشيء يكون بالنسبة للمحامي و للمهندس المعماري.¹⁶⁰

و يرى الأستاذ الدكتور علي علي سليمان، أنه لا يجوز ربط التعويض عن الضرر المعنوي بالمال، إذ قد يكون التعويض متمثلاً في غير المال و ذلك بصدر حكم يكذب الإشاعة و يأمر بنشره في الصحف. و يقول انه حتى و لو سلمنا بأن معيار ما لحق الشخص من خسارة

و ما فاته من كسب ينطبق سوى على الضرر المادي، فان هذا لا يمنع من أن يكون تقديره متروك لمشاعر قضاة الموضوع دون أن يكونوا ملزمين بتسيب تقديرهم. و أستدل على ذلك بقرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً¹⁶¹ بتاريخ 10 ديسمبر 1981 في الملف رقم 24500 حيث جاء بهذا القرار ما يلي: " إن قاضي الموضوع ليس ملزماً بتعليل حكمه عن الضرر المعنوي، و إذا كان ملزماً بذكر مختلف العناصر التي استند عليها فعلاً للحكم بالتعويض عن الضرر المادي فهو غير ملزم بذلك في حكمه عن الضرر المعنوي ، لأنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل".

و مهما يكن من خلاف بين الفقهاء ، فالرأي مستقر الآن على جواز التعويض عن الضرر المعنوي¹⁶² كما أن القضاء¹⁶³ أخذ به في عدة أحكام صدرت عنه ، و المشرع بدوره و تأثر منه بموقف الفقه و القضاء، نصّ عليه صراحة في التعديل الأخير بمقتضى المادة 43 من القانون رقم 05-10 المؤرخ ب 20 جوان 2005 و الذي أضاف للقانون المدني نصّ المادة 182 مكرّر و التي نصّ فيها: " يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة". و لا يوجد في القانون الجزائري مبرر للتفرقة بين الضرر المادي و الضرر الأدبي في جواز انتقال الحق فيهما أو عدم جواز انتقاله للخلف و إنما ينتقل التعويض عن الضرر المادي و المعنوي معا إلى كل الخلف بدون تحديد.¹⁶⁴

¹⁶⁰ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 193 .

¹⁶¹ - تم تغيير اسم المجلس الأعلى الذي أصبح يسمى في الجزائر بالمحكمة العليا. امزيد من التفصيل راجع القانون 89 / 21 المؤرخ في 12 / 12 / 1989 المنتم و المعدل المتضمن القانون الأساسي للقضاء. و راجع أيضاً الأمر رقم 96 - 25 المؤرخ في 12 / 8 / 1996 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها جريدة رسمية 48 الصادرة بتاريخ 14 / 8 / 1996.

¹⁶² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 89 و علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 168.

¹⁶³ - قرار عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى صادر بتاريخ 29-05-1979 تحت رقم 399. 1469 و آخر في 06-11-1976 تحت رقم 10511. و آخر في 28-

04-1982 تحت رقم 24779 مشار إليها في مؤلف محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع، المرجع السابق، ص. 113 هامش رقم 01.

¹⁶⁴ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 172 إلى 175.

و الضرر المعترف لقيام المسؤولية التقصيرية هو ذلك الضرر المباشر (dommage direct) أي الضرر الذي كان نتيجة طبيعية للخطأ، و يعتبر كذلك إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.¹⁶⁵

أما الضرر غير المباشر فلا يعرض عنه، سواء في المسؤولية العقدية أو التقصيرية. وكما لا يعوّض إلا عن الضرر المباشر في المسؤولية العقدية فإنه لا يعرض سوى عن الضرر المتوقع فقط.¹⁶⁶ بينما في المسؤولية التقصيرية فإنه يعوّض عن الضرر المباشر المتوقع و غير المتوقع، و سبب هذا التمييز هو أن المدين في المسؤولية العقدية حينما أبرم العقد، اتجهت إرادته إلى ما كان يتوقعه من ضرر. أما المدين أو المسؤول في المسؤولية التقصيرية، فلم تتجه إرادته إلى تصور أي ضرر سواء أكان متوقعا أو غير متوقع. و لذلك وجب عليه التعويض على كل من الضرر

المتوقع و الضرر غير المتوقع.¹⁶⁷

و الضرر الذي يعتدّ به إذن في المسؤولية التقصيرية هو ذلك الضرر المباشر و قد عرفه الدكتور جميل الشرقاوي في مؤلفه: النظرية العامة للالتزام بأنه: ذلك الضرر الذي تقوم بينه و بين الفعل الضار علاقة سببية.¹⁶⁸ فما معنى هذه العبارة و أي قيمة يكتسبها في المسؤولية التقصيرية؟ و هذا ما أتطرق إليه في الآتي:

الفقرة الثالثة: ركن علاقة السببية بين الخطأ و الضرر:

سبق لي أن ذكرت انه لتحقيق المسؤولية التقصيرية لا بد من أن يتوافر الخطأ و الضرر و علاقة السببية. و هذه الأخيرة لا بد من توافرها بين الخطأ و الضرر، أي أن يكون خطأ المسؤول أو المدعى عليه هو الذي سبب الضرر الذي أصاب المضرور أو المدعى في المسؤولية، فإذا انعدمت علاقة السببية بين الخطأ و الضرر فلا تقوم مسؤولية مرتكب الخطأ و لو كان الخطأ بلغ من الجسامه حدًا كبيرًا.

و المثال الشائع لدى الفقه¹⁶⁹ في بيان علاقة السببية بين الخطأ و الضرر هو أن يضع شخص سُمًا لآخر في طعامه، و قبل أن ينتج السُم أثره يتدخل شخص ثالث و يطلق رصاصة قاتلة على

¹⁶⁵ - محمد حجار، محاضراته، المرجع السابق في ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية.

¹⁶⁶ - و قد يسأل المدين حتى عن الضرر غير المتوقع اذا ارتكب غشا او خطأ جسيما (تطبيق المادة 182 مدني جزائري).

¹⁶⁷ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 172 إلى 175.

¹⁶⁸ - جميل الشرقاوي، النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 486.

¹⁶⁹ - و هو مثال ساقه الفقيه Pierre Marteau في رسالته للدكتوراه تحت عنوان "طبيعة علاقة السببية في المسؤولية المدنية" رسالة نوقشت بجامعة أكس مارسيليا 1913، ص.

الشخص المسموم فيموت على إثر تلك الطلقة، فخطأ الشخص واضع السم موجود و الضرر موجود و هو وفاة الشخص المسموم، و لكن رابطة السببية بين الخطأ المتمثل في وضع السم و الضرر المتمثل في وفاة الشخص المسموم منعدمة، لأن الوفاة لم تنتج عن استهلاك السم و إنما نتجت عن إطلاق الرصاصة التي أدت إلى الوفاة.¹⁷⁰

و قد نصّ المشرّع الجزائري على علاقة السببية في المادة 124 حيث قال : " كلّ فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".
و علاقة السببية تعتبر ركنا في المسؤولية التقصيرية، يقع عبء إثباتها على المدعي المضرور بجميع طرق الإثبات لكونها تستخلص من وقائع مادية.¹⁷¹ و قد يحدث أن تتدخل عدة أسباب في إحداث الضرر، أو بعبارة أخرى قد تتعدّد الأخطاء و تؤدّي إلى حصول الضرر.فأي خطأ يعتدّ به لإقامة العلاقة السببية بينه و بين الضرر الذي حصل، فهل تؤخذ كلّ الأخطاء بعين الاعتبار أم يؤخذ بعضها فقط أم أقواها؟.

لقد ظهرت عدّة نظريّات فيما يخصّ هذه المسألة، و سأتطرق إلى ما هو شائع منها:

أولاً: نظرية تكافؤ الأسباب : (L'équivalence des conditions)

هذه النظرية تأخذ بعين الاعتبار كل سبب ساهم في إحداث الضرر حتى ولو كان بعيدا، و أول من نادى بها الفقيه فون بوري "Von Buri" في كتابه الصادر سنة 1885 "Die kausalität und ihre strafrechtlichen beziehungen" حيث اعتبر هذا الفقيه أن العوامل المسببة لضرر تُعدّ متكافئة، أي أنّه إذا تخلّفت إحدى هذه العوامل لا يحدث الضرر و يجتفي سببه. و عليه فإن السبب يعتبر شرط (sine qua non) فإذا اختفى السبب اختفت النتائج (Sublata causa tollitur effectus)¹⁷²

و مثاله : أن يتعرض شخص لحادث سير خطير فينقل إلى المستشفى غير أن الدّم الذي أضيف له كان به فيروس فقدان المناعة المكتسبة (SIDA) لذا قضت الجمعية العامة (Assemble plènière) في 24 جوان 2005 : أنه في غياب الحادث، فإن الضحية ما كان لينقل إلى المستشفى و يصبح حاملا للفيروس.

¹⁷⁰- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص.359.

¹⁷¹- نفس المرجع الأنف الذكر، ص. 364، علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 4، بند 122 .

¹⁷²-Ph. le Tourneau, op. cit, p. 513.

مثال آخر: أن يترك الجد في غرفة مخصصة للأطفال مسدّسا، فيقوم أحد الأطفال بإصابة أخيه، فقد قضت محكمة النقض بأنه لولا خطأ الجد لما وقع الحادث.¹⁷³

و لقد تعرضت هذه النظرية للنقد، لأنها تجعل جميع الأفعال التي كان لها دخل في حدوث الضرر متساوية، و تتجاهل دور كل فعل و مدى تأثيره في حدوث الضرر فهي بذلك تقيم العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر حتى و لو كان الخطأ تافها و هذا ما لا يتماشى مع المنطق و العدالة.¹⁷⁴

ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الفعال: (la causalité adequate)

هذه النظرية هي الأكثر تعقيدا اقترحت في 1886 من طرف (von kries) فون كريس في كتابه (die prinzipien der wahrscheins lichreitsrechnung) طوّرت و حسنت من طرف "روملين" (rumelin) سنة 1900 و تراجر (trager) سنة 1904.¹⁷⁵ و مفاد هذه النظرية أنها لا تأخذ بعين الاعتبار كل الأسباب التي أدت إلى وقوع الضرر، و إنما تراعي السبب الذي أدى الى حدوث الضرر، و هذا السبب هو ذلك السبب الفعال الذي كان له دور أساسي في إحداث الضرر.¹⁷⁶

و قد رأى الفقهاء الألمان مناصري هذه النظرية، ضرورة حصر السببية في الواقعة التي تؤدي وفقا للمألوف إلى حدوث الضرر، أي تلك الواقعة التي من شأنها إحداث الضرر بحسب المجرى الطبيعي أو العادي للأمر حيث أن كل متسببات الضرر ليس لها نفس الدور.¹⁷⁷ و قد أخذ أغلبية الفقه العربي بهذه النظرية في إطار المسؤولية التقصيرية و يرى تطبيق علاقة السببية في حالة تعدد الأسباب، بين الخطأ الفعال و الضرر الحاصل¹⁷⁸ و كما يسمح للمضروب بإثبات العلاقة السببية، فانه يجوز للمسئول أو المدعى عليه في دعوى المسؤولية أن ينفي هذه العلاقة بإثباته لما يسمى بالسبب الأجنبي. و هذا النفي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 127 من القانون المدني بقوله: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضروب أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

¹⁷³-Ibid, p. 514 et s.

¹⁷⁴-G.Viney etP. Jourdain, op.cit,p. 188.

¹⁷⁵ - Ph. le Tourneau, op. cit, p. 515.

¹⁷⁶ - محمد حبار، محاضراته المرجع السابق، في العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر،

¹⁷⁷ -Ph .Le Tourneau, Op. cit, p .515et G.Viney et P.Jourdain ,op.cit,p. 189.

¹⁷⁸ - جميل الشقاوي، النظرية العامة، المرجع السابق، ص. 490.

فإذا أثبت السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير و ثبت أنه هو السبب الوحيد و المباشر الذي أدى إلى حدوث الضرر بالمضرور، فإن المدعى عليه يتخلص من المسؤولية و لا يلتزم بأي تعويض. لأن تحقق السبب الأجنبي يقطع رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه و ضرر المضرور. و بذلك فلا يعتبر الضرر ناشئاً عن ذلك الخطأ. و بالتالي ينتفي ركن أساسي من أركان المسؤولية يؤدي تخلفه إلى عدم قيامها.

و الواقع أن المسؤولية التقصيرية تتأثر من حيث أركان قيامها بالمذاهب الاجتماعية و الاقتصادية السائدة،¹⁷⁹ فالدول التي تتخذ المذهب الفردي كأساس لنظامها ترى ضرورة توافر الخطأ في فعل الشخص إذا ما أدى فعله إلى إيقاع ضرر بالغير. و هي بذلك تجعل المسؤولية بصفة عامة مسؤولية خطئية، لا تقوم إلا متى وجد خطأ. أما الدول التي يسودها المذهب الاجتماعي فإنها رغم جعلها الخطأ قوام المسؤولية كقاعدة عامة، إلا أنها تفترض الخطأ في حالات أخرى و قد لا تفترضه و تبني بالتالي المسؤولية على أساس الضرر فقط أو ما يسمى بالمسؤولية الموضوعية أو الشيئية و هذه الأمور تدفعني إلى الكلام استقلالاً عن الأنواع التي أوردها المشرع الجزائي فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية. فقد قسمها من حيث المصدر المادي للضرر إلى مسؤولية عن الفعل الشخصي و مسؤولية عن فعل الغير و مسؤولية عن فعل الأشياء.

المبحث الثاني: خصائص المسؤولية المدنية للمهني المدين.

ينهض النّظام القانوني في أيّ مجتمع من المجتمعات على مجموعة كبيرة من القواعد القانونيّة يحكم العلاقة بين أفرادها و مؤسّساته، فتضبط سلوكياتهم و تحدّد حقوقهم و واجباتهم، و مهما تعدّدت مصادر هذه القواعد، و مهما اختلفت درجاتها في إطار الهرم القانوني للمجتمع فإنها لا تستطيع التّهوض بالمهمّة التي تناط بها إلا إذا كانت تتمتع بقوة الإلزام *La force obligatoire*، ونعني بذلك أن تكون القاعدة واجبة الاحترام من جميع المخاطبين بها، إمّا عن قناعة و انصياع اختياري، و إمّا إذا لزم الأمر، عن طريق القوة الجبريّة التي تتمثّل في التّنفيذ المباشر لقاعدة القانون بإزالة ما وقع بالمخالفة لحكمها، أو في استعمال الجزاءات القانونيّة التي تملك السلطة العامّة توقيعها على المخالفين من أفراد المجتمع.

و النّظام القانوني بصورته هذه يخاطب جميع أفراد المجتمع، بحيث يلحق الجزاء كلّ من يخرج على قاعدة القانون طالما توافرت لديه الأهلية المطلوبة لتلقّي خطاب الشارع و فهم ما يتضمّنه من أحكام. و هكذا لا يخرج المهنيّون من أفراد المجتمع عن دائرة المخاطبين بأحكام القواعد القانونيّة، فأصحاب المهن شأنهم في ذلك شأن غيرهم من النّاس، معنيّون بخطاب القواعد القانونيّة يكتسبون

منها حقوقهم و يتحملون بالتزاماتهم، سواء في إطار علاقاتهم المهنية أو لدى قيامهم بأنشطتهم الاجتماعية الأخرى. فالنظام القانوني في المجتمعات الحديثة ينهض على مبدأ المساواة التي تنصّ عليه صراحة مختلف الدساتير.

فأصحاب المهن في إطار ما تملّيه قواعد القانون يكونون دائنين أو مدينين،¹⁸⁰ بائعين أو مشترين، مُلاكاً أو مستأجرين، إلى غير ذلك من الأوصاف القانونية. تتمحور الدراسة في هذه المرحلة حول خصائص المسؤولية المدنية للمهني المدين، و عليه فإنّه لا بدّ من إعطاء تعريف للمهني المدين مع تحديد إلتزاماته.

المطلب الأول: نظام المسؤولية المدنية للمهني المدين في مواجهة المتعاقد معه .

بمجرّد تعاقد المهني تترتب على عاتقه إلتزامات في مواجهة المتعاقد معه يؤدي إخلاله بها إلى قيام مسؤوليته المدنية، فالعديد من الإلتزامات تشدّد و أخرى تضاف إلى الإلتزامات العامّة تسمّى بالإلتزامات الخاصّة، تنتج عادة (ipso facto) عن العقد بطريقتين : إمّا عن حسن نية كما جاء في المادّة 107 فقرة 1 من القانون المدني، و إمّا كملحقات و توابع للعقد كما جاء في المادّة 107 فقرة 02 من نفس القانون . و بمعنى آخر فإن القاضي يجد نفسه مجبراً على دراسة العقد بدقة ليس فقط فيما يخص بماذا و كيف التزم المهني، و لكن أيضاً على ما تجبره حسن نيته و ما هي الملحقات التي تترتب عن العقد المبرم من طرفه؟

لذا تحتم علي أن أسلك الخطوات الآتية لبيان المراد:

تحديد طبيعة الإلتزامات هل هي ذات طبيعة ببدل عناية أو بتحقيق نتيجة؟
بيان الإلتزامات المهنية المشدّدة .

الحالات التي يتم التخفيف فيها من هذه الإلتزامات.

ولكن قبل ذلك يهّمنا القاء الضوء على مسلك المهني المدين، و يقتضي ذلك ضرورة تعريفه، ثمّ دراسة أهمية احتراف المدين في تقدير مسلكه، و كذلك العوامل التي تحدّد مدى التزام المدين المحترف.

180 - جابر محجوب علي، قواعد أخلاقيات المهنة، مفهومها، أساس إلتزامها و نطاقه، مجلّة الحقوق الكويتية، عدد خاص، 2 يونيو 1998، ص 339.

الفرع الأول: مضمون الالتزام العقدي للمهني المدين.

الفقرة الأولى: مفهوم المهني.

المهني هو كل شخص له علاقة بمهنة، أو كل شخص يمارس نشاط كعمل أو كل شخص يمارس نشاطا على أن يكون هذا النشاط ضمن تخصصه.¹⁸¹

أما مفهوم المهني من الناحية القانونية، فهو كل شخص يتعاقد بمناسبة نشاطه المهني.¹⁸² أما الفقيه Le Tourneau فيرى بأن المهني تاجر، و هو يستند في قوله إلى ما قاله Ripert بأن المؤسسة هي العبارة الاقتصادية للنشاط المهني لشخص طبيعي أو معنوي و العبارة التي جاء بها Ripert:

« L'entreprise est l'expression économique de l'activité professionnelle d'une personne physique ou morale. »

يُقصد بالمهني ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشترك مع المستهلك في العلاقة الاستهلاكية وبالتالي هو الشخص العامل في إطار أنشطة معتادة و منظّمة سواء تعلق الأمر بالإنتاج، التوزيع أو تقديم خدمة.¹⁸³

و بالرّجوع إلى القانون المدني، فإنّه لا يوجد تعريف عام للمهني، إلاّ أنّه يبدو طبقا لهذا القانون أنّ الالتزامات المفروضة على هذا الأخير تبدو أكثر حجما من تلك المطلوبة من المدين العادي طالما أنّ هذا الأخير يبذل عناية الرّجل العادي، أي الرّجل ذو العناية المتوسّطة، غير أنّه توجد بعض الأحكام تدلّ على أنّ المطلوب من المهني أكثر ممّا يطلب من الرّجل العادي، فمثلا نصّ المادة 552 من القانون المدني تحدّد العناية المطلوبة من المقاول الذي يجب أن يحرص عليها و يراعي أصول الفنّ في استخدامه لها، و هو ما يفهم من أنّ قواعد أصول الفنّ موجهة للمحترف أي الشخص الذي بحوزته معلومات خاصّة و إمكانيات لا يملكها الرّجل العادي.¹⁸⁴

و يقصد بالمهني وفقا لنصّ المادة 05 من القانون رقم 89-02 و المتعلّق بالقواعد العامة لحماية المستهلك بأنه " كل منتج أو وسيط أو موزّع و بصفة عامّة كلّ متدخل في عمليّة الوضع للاستهلاك" و تضيف المادة الثّانية من المرسوم التّنفيذي رقم 90-266 المتعلّق بضمان المنتجات و الخدمات بأن

¹⁸¹ -Dictionnaire Hachette, Edition 2010.

¹⁸² -Jérôme Julien, Cours de droit de la consommation et du surendettement, Montchrestien, 2009, p 23.

¹⁸³ - Y,Pico et Hélène Davo, Droit de la consommation, Dalloz, 2005, p.25.

¹⁸⁴ - يوسف جيلالي، مبدأ الحيطة و مبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك، مذكرة ماجستير، القانون الخاص، جامعة وهران، السنة الجامعيّة 2005-2006، ص. 04.

المهني هو كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، و على العموم كلّ متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك، كما هو مُحدّد في المادة الأولى من قانون رقم 89-02.

، و لا تدخل في مهنته التي يحترفها، فيتساوى وضعه مع الشخص العادي لعدم احترافه ذلك العمل.

أولاً: أهمية احتراف المدين في تقدير مسلكه.

إن المظهر الرئيسي لاحتراف المهني المدين هو التخصص الفني الذي يكتسبه في أداء العمل، و هذا التخصص هو الذي يؤدي إلى رفع درجة المستوى الفني في تنفيذه للالتزام، و السبب في ذلك هو أن من يحترف مهنة معينة يجب أن يعدّ نفسه إعداداً تاماً للقيام بها فيحصل على المؤهلات الضرورية، و يكتسب المعلومات الفنية و يتحصّل على الأدوات اللازمة لحسن تنفيذه التزامه، و يعدّ مكاناً ملائماً يتناسب مع طبيعة العمل، و عليه ان يختار معاونيه الذين يمكنهم مساعدته بصورة مفيدة في أداء العمل المنوط به، و لا شك أن الممارسة المعتادة لنشاط معين يجعل صاحبه أكثر تخصصاً.¹⁸⁵

و لهذا ينتظر المتعاقد من المهني المدين، أن ينقذ التزامه بدرجة أعلى من أي شخص عادي آخر و لو كان متبصراً، و مع وجود هذه الظروف المصاحبة لإبرام العقد، يمكن القول بأن إرادة المتعاقدين الضمنية تتجه إلى قيام المهني المدين بتنفيذ التزامه بنفس مستوى التخصص الفني الذي وصل إليه في عمله.

و تطبيقاً لذلك، فإنّ المودع لديه بأجر، حيث يكون له مكان معين يباشر فيه عمله، عليه أن يتخذ من الاحتياطات في المحافظة على الشيء، ما يفوق مستوى الشخص غير المحترف فيكون مسؤولاً عن ضياع الشيء بسبب السرقة، إذا قصر في اتخاذ هذه الاحتياطات.¹⁸⁶

و من ناحية أخرى، قد يعتبر خطأ يسيراً إذا صدر من مدين غير مهني، بينما يصبح خطأً جسيماً إذا ارتكبه مهني مدين، الأمر الذي يستبعد معه أعمال الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.

ثانياً: العوامل التي تحدّد مدى التزام المهني المدين.

¹⁸⁵ - F. Géreau, op.cit., p36.

¹⁸⁶ - Trib. CIV. de Lyon 20 Juin 2000.

يُؤدّي امتهان المدين إلى تحمّله بواجبات معيّنة تزيد عن تلك التي تطلب من المدين غير المحترف، و ليس معنى ذلك أنّ سلوك المهني المدين يكون واحدا بالنسبة لأفراد المهنة الواحدة، إذ يجب أن يوضع في الاعتبار أربعة أنواع من الظروف.¹⁸⁷

ظروف تتعلّق بدرجة تخصّص المدين في المهنة.

ظروف خاصّة بطبيعة المهنة التي يحترفها المدين.

ظروف تتعلّق بأهمية المصلحة التي يعول عليها الدائن.

ظروف تتعلّق بالعادات المرعيّة في مباشرة المهنة.

الفقرة الثانية: الخطأ المهني.

تقضي القاعدة العامّة بأنّ كلّ خطأ يلحق ضررا غير مشروع بالغير يلزم من تسبّب به و بخطئه بالتعويض، فإذا كان الخطأ عقدياً، فإنّه يقوم كلّ مرّة يقصر فيها في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد سواء كان موضوع التزامه: التزام بتحقيق نتيجة أو التزام ببذل عناية. أما إذا كان الخطأ تقصيرياً فإنّه يقوم في كلّ مرّة يخلّ فيها المرء بالقواعد القانونية و تترتب عنه مسؤوليّة المدين دون اشتراط أيّ درجة معيّنة من الخطأ.

لكن التّطبيق العملي للقاعدة العامّة انتهى إلى حالات في الخطأ، و كان للخطأ المدني في بعضها طابع خاصّ يختلف تقديره و تختلف النّظرة إليه، خصوصا في تلك الحالات التي تثيرها المسائل المهنيّة أثناء ممارسة المهن و التي تؤدّي إلى قيام خطأ يعرف بالخطأ المهني، و هذا يقتضي الوقوف على مفهومه.

فدراسة الخطأ المهني تستوجب تعريفه، و الوقوف على طبيعته، و على المعيار المعتمد لنشوئه، كما تستدعي الوقوف على الدرجة التي يقوم بها هذا الخطأ.

أولاً: تعريف الخطأ المهني.

من طبيعة عدم تنفيذ الالتزام أنّه يقيم مسؤوليّة المخلّ به على أساس إرتكابه خطأ عدم تنفيذ إلتزاماته العقديّة في مواجهة المتعاقد معه، و الخطأ المهني لا يمكن أن يقوم مبدئياً إلا أثناء ممارسة مهنة

¹⁸⁷-Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op.cit., p.1232.

معينة، و هو ينجم عن الإخلال بأصولها و قواعدها الموضوعية المتعارف عليها، كما لو مورست المهنة بشكل غير مشروع.¹⁸⁸

فالفقه المصري يرى في الخطأ المهني انه الخطأ الذي يتعلق بمهنة الشخص أثناء مزاولته إياها، و هو غير الخطأ العادي الذي لا شان له بأصول الفنّ في ذاته. كما يعتبر الخطأ مهنيًا كلما كان له طابع الانحراف عن سلوك الفنّ المؤلف. أما الفقه الفرنسي فهو يعتبر الخطأ مهنيًا عند عدم التصرف بانتظام كما يتصرف رجل يمارس المهنة ذاتها.

و عليه فإنه يمكن تعريف الخطأ المهني على انه ذلك الخطأ الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنتهم و يخرجون فيها عن السلوك المهني المؤلف، طبقا للأصول المستقرة.

ثانياً: طبيعة الخطأ المهني.

من المتفق عليه أنّ طبيعة الخطأ هي التي تحدّد نوع المسؤولية التي تقوم، إذ كثيراً ما يخطئ أصحاب المهن الفنية من أطباء و مهندسين و محامين و مقاولين و غيرهم أثناء ممارستهم لمهنتهم. فالطبيب قد يخطئ في علاج مريضه، و الصيدلي في تركيب الدواء، و المهندس في رسم التصميم الهندسي و المحامي في القيام بإجراءات التقاضي و غيرها من الحالات.

فما هي طبيعة أخطاء هؤلاء المهنيين تبعاً لطبيعة مسؤولياتهم؟

في الواقع إن مسؤولية أصحاب المهن غالباً ما تكون مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية ومسؤولية هؤلاء المهنيين هي عقدية لأنهم يرتبطون مع زبائنهم بعقود لتقديم خدماتهم المهنية.

و الخطأ المهني يكون محلّه في المسؤولية العقدية في كلّ مرّة ينشأ فيها عن الإخلال بالالتزام الناجم عن العقد، و عندما يخلّ صاحب المهنة بواجب العناية الجاه الشخص الذي يلجأ إليه و يتعاقد معه تترتب المسؤولية العقدية على عاتقه.¹⁸⁹

و العمل الفنيّ في إطار ما يلزم به الرجل المهني في العقد يستوجب مبدئياً القيام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة، فالالتزام ببذل عناية هنا يتمثل في قدر معيّن من العناية الفنية التي تفرضها أصول المهنة التي يمارسها. و هذا الالتزام العقدي، و الذي ليس في الواقع سوى إلتزام ببذل عناية و يقظة، يوجب على المتضرر كي يثبت خطأ صاحب المهنة بأن يثبت الإهمال أو قلة العناية في جانبه، كما في حالة خطأ الطبيب مثلاً، و هذا في الواقع نفس ما يطلب من أصحاب المهن في إطار المسؤولية

¹⁸⁸ - عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، دار الكتاب اللبناني، الطبعة الأولى 1987، ص. 73.

¹⁸⁹ -Philippe Le Tourneau,op.cit, p. 1301.

التقصيرية ببذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة، حيث يتوجب على المتضرر أن يثبت خطأ الطبيب المهني كما في المسؤولية العقدية و المتمثل في الإهمال و قلة العناية.¹⁹⁰

و ضمن هذا النطاق و في إطار الخطأ المهني المتمثل في الإخلال بالالتزام ببذل عناية سواء عن إهمال أو قلة عناية تتشابه قواعد المسؤولية العقدية مع قواعد المسؤولية التقصيرية.

لكن إذا كان الخطأ المهني يستلزم بذل العناية التي تقتضيها أصول المهنة في إطار المسؤولية العقدية وفي إطار المسؤولية التقصيرية أيضا، فإنّ هذا لا يعني أن هناك وحدة مسؤولية بالنسبة للأخطاء المهنية والتي تظهر كأنها تتمتع بطبيعة خاصة. و إذا صحّ هذا الاعتبار بأنّ للخطأ المهني طبيعة خاصة به، فإنّ مردّ ذلك يعود للالتزامات الخاطئة الملقاة على عاتق المهنيين أثناء تأديتهم مهمّتهم.

و طالما أن طبيعة الخطأ المهني تتأتّى من طبيعة الالتزام الذي وقع الإخلال به، فإذا كان الخطأ المهني عقدياً، فإنّه يتوجب إعمال المسؤولية العقدية الملازمة لطبيعة الخطأ، و تحجب بالتالي المسؤولية التقصيرية، و الأمر يكون عكس ذلك فيما إذا كان الخطأ المهني تقصيرياً.

ثالثاً: معيار الخطأ المهني.

لا بدّ أن يكون المعيار الذي نقيس به الخطأ الفنيّ معياراً فنياً لدقّة وصفه و لاختلافه عن معيار الخطأ العادي الذي هو معيار الخطأ المعروف و المتمثل في الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي.

و إذا كان سلوك الرجل العادي هو المعيار لقيام الخطأ العادي، فإنّه يقتضي في الخطأ الفنيّ بالنسبة لأصحاب المهن أن يكون سلوك شخص من أوسطهم هو المعيار لقيامه، و مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيما استقرت عليه أصول الفنّ العائدة لمهنته، و الأصول المستقرّة هي تلك التي لم تعد محلاً للمناقشة بين رجال الفنّ بل إن جمهورهم يسلمون بها و لا يقبلون فيها جدلاً.

و إذا كانت القاعدة المعمول بها بالنسبة لمعيار الرجل العادي في الخطأ العادي هي في تجريد ذلك الشخص من ظروفه الخارجية، فإنّ الشخص المهني و المعتبر معياراً نقيس على أساس سلوكه الخطأ المهني هو على خلاف الرجل العادي أن لا يتجرّد من ظروفه الخارجية، ذلك لأنه في إطار المهن الفنية هناك مستويات و فئات حتّى في نفس المهنة الواحدة، و لكلّ منها معيارها الفنيّ، فالطبيب العادي

يختلف في سلوكه و في ممارسة عمله الفني عن مسلك الطبيب الأخصائي، و بالتالي فإنّ تقدير خطئه يختلف عنه، لذلك كان لا بدّ من اعتماد معيار خاصّ لكلّ فئة من المهنيين، ففي مهنة المحاماة مثلاً يكون معيار الخطأ المهني للمحامي المتدرّج هو غير معيار خطأ المحامي الأصيل، و الذي لا يقاس سلوكه إلا بسلوك محام وسط من فئته، و كذلك الأمر بالنسبة للمهندس المتمرّن و بالنسبة لغيره من رجال المهن الفنيّة الأخرى.

إذن، فإنّ معيار الخطأ المهني يتمثّل في سلوك الشّخص الفنيّ المؤلف و المعتبر من أوسط رجال مهنته علماً و كفاءة و يقظة و عناية، و الذي تقتضيه الأصول الفنيّة المستقرّة لمهنته، و الخروج عليه يشكّل انحرافاً عن هذا المعيار، و الانحراف عن هذا المعيار يعتبر خطأ مهنيّاً.¹⁹¹

رابعاً: تدرّج الخطأ المهني.

في إطار ممارسة المهنة، عمّد البعض إلى التّفريق بين أخطاء صاحب المهنة- أي الخطأ العادي الذي يرتكبه المهني بدون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنيّة للمهنة- و بين الخطأ المهني أثناء عمله و هو الخطأ المتعلّق بالأصول الفنيّة للمهنة، و يتّصل بها كما لو أخطأ الطبيب في تشخيص المرض و في إطار هذا الخطأ لا يسأل صاحب المهنة في نظر أصحاب هذا الرأي إلا إذا كان خطؤه جسيماً حتّى لا يستبدّ به الخوف من المسؤوليّة فيتوانى عن ممارسة مهنته بما يحتاجه من الحرّيّة في العمل و الثّقة في ممارسة مهنته و في كفايته الشّخصيّة.

و لكن الفقه و في المقابل يرى أن هذا التّفريق لا موجب له، ذلك أن المريض و غيره من العملاء هم بحاجة إلى الحماية من أخطاء الطّبيب و غيره من أصحاب المهن، و أن صاحب المهنة يُسأل عن خطئه المهني كما يُسأل عن خطئه العادي سواء كان الخطأ جسيماً أم يسيراً.¹⁹²

و في إطار الخطأ المهني، و في إطار الطّابع الخاص الذي ينطوي عليه، تجدر الإشارة إلى ما لاحظته بعض القواعد القانونيّة من أخطاء خاصّة في بعض الأنواع من المهن، فبالإضافة إلى ما هو مفروض في جانب صاحب المهنة من التزام بذل العناية التي يبذلها أوسط الرّجال في مهنته علماً و يقظة و عناية عرضت بعض القوانين في بعض أنواع المهن التزامات من نوع آخر تتمثّل في التقيّد بقواعد الانضباط المهني و المسلكي التي ثبتت في قواعد قانونيّة، كما هو الحال في القانون الذي يحدّد التزامات الطّبيب (Code de déontologie médicale) بحيث أنّ أيّ إهمال من قبله يشكّل خرقاً

¹⁹¹-عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص. 78.

¹⁹²-عبد الرزاق الشنهوري، الوسيط، ج 1، ص. 823، بند 548.

لقواعد الانضباط المهني، و يشكل بالتالي خرقاً للقاعدة القانونية، وكما هو الحال في قانون تنظيم مهنة المحاماة، الذي يحدّد القواعد الأساسية التي يتوجّب على المحامي سلوكها، و كلّ مخالفة من المحامي بهذا الصّدّد تشكّل خطأ من قبله و تكون مجالاً لمساءلته. إذ يفرض على المحامي التقيّد في جميع أعماله بمبادئ الشرف و الاستقامة و النزاهة، و القيام بجميع الواجبات التي يفرضها عليه القانون و أنظمة المحاماة وتقاليدها.¹⁹³

إن عدم تنفيذ العقد يفتح دعوى بالتعويض لصالح الدائن بالالتزامات غير المنقّذة و باستقراء نصّ المادة 176 قانون مدني: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً ، حكم عليه بتعويض الضّرر النّاجم عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه. و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. " فإنّ المدين يعتبر مقصراً عند عدم تنفيذه للالتزامه، أو عندما يتجاوز حدود التزامه، و يكون مقصراً عندما يكون التنفيذ معيباً، أو متأخراً خاصّة لما يكون الإسراع في التنفيذ شرطاً مهمّاً للتنفيذ.

بما أنّ موضوع دراستي متعلّق بالمهني المدين فإنني رأيت بأنه من الصّور دراسة التزاماته و دراسة ما إذا كانت المادة 176 قانون مدني قابلة للتطبيق في حالة المهني المدين، أي هل نظام المسؤولية المدنيّة للمهني المدين هو نفسه بالنسبة للمدين العادي؟ أم أن هناك نظام خاص بالمسؤولية العقديّة للمهني المدين، و نظام خاص بالمسؤولية التقصيرية للمهني المدين؟

و هذا ما سأحاول بيانه في الآتي:

الفرع الثاني: الالتزامات المهنية

الفقرة الأولى: طبيعة الالتزامات المهنية.

يقصد بطبيعة الالتزام: تحديد ما إذا كان إلتزاماً يبذل عناية أو بتحقيق نتيجة. فتعين علي لزاماً بيان مفهوم كلا الالتزامين و مجال تطبيق كل واحد منهما.

أولاً: الإلتزام ببذل عناية.

1- مفهوم الالتزام ببذل عناية :

الالتزام ببذل عناية هو التزام لا يعد فيه المدين بشيء سوى بأن يضع تحت خدمة الدائن الوسائل التي يملكها، بان يحرص على تنفيذ العقد بأن يفعل كل ما يستطيعه و كل ما يقدر عليه، دون أن يعد و يضمن النتيجة، و ما يمكن ملاحظته من هذا التعريف ، بأن المدين لا يلزم نفسه بالوصول إلى هدف معيّن و إنما يعد بمحاولة الوصول إليه، لان هذا الهدف هو مراد الدائن. قصد الوصول دون الوصول فقد يصل أو لا.

إن التزام المدين ببذل عناية ليس معناه فعل لا بدّ من تحقيقه و إنما معناه بذل العناية اللازمة و محاولة الوصول إليه، مع الأخذ بعين الاعتبار إذا تمّ الأخذ بجميع الإمكانيات المتاحة من أجل الوصول إلى تحقيقه.¹⁹⁴ و من أمثلة ذلك الطبيب الذي يلتزم ببذل العناية اللازمة من اجل محاولة شفاء المريض وفق ما تقتضيه المعطيات المستمدّة من العلوم. فالمريض عليه إثبات خطأ الطبيب، حيث لا يمكنه الدّفع بعدم شفائه من المرض بما أن وعد الطبيب ليس تحقيق النتيجة المتمثلة في الشفاء التام، و إنما يقتضي التزامه ببذل العناية اللازمة من اجل الوصول لما ينتظره و يتوقعه المريض ألا و هو الشفاء التام . هذا المبدأ ينطبق على جميع التصرفات الطبيّة.¹⁹⁵

كذلك الأمر بالنسبة للمحامي حين يلتزم في مواجهة زبونه بدراسة الملف بعمق حيث يحدّد الوسائل الناجعة و تقدّم مرافعة مقنعة، و لكن المحامي لا يعد بالفوز بالقضية أي أنّ التزامه بالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة.¹⁹⁶

2 تطبيقاته:

الالتزام ببذل عناية، دون اعتبارها خاصة، يمكن اعتبارها غير موجودة أو قليلة الوجود، حيث نجد لها ثلاث تطبيقات أو ثلاث حالات:

1.2 الالتزام بالمحافظة على الشيء :

و تخص هذه الحالة كلا من المستعير و المرهون له، حيث يعتبر التزامهما بالمحافظة على الشيء المعار أو المرهون التزاما ببذل عناية، غير أنّه توجد حالات يعتبر فيها الالتزام بالمحافظة على الشيء

¹⁹⁴-Philippe Le Tourneau, op. cit, p.829.

¹⁹⁵-Cass. 1^ociv, 9 octobre 2001, n^o00-14564

¹⁹⁶-Philippe Le Tourneau, la responsabilité civile professionnelle, Economica, 2005, p.41.

إلتزاما بتحقيق نتيجة. كما هو الحال في حالة عقود الإيجار حيث يلتزم بالمحافظة على العين المؤجرة و طبيعة التزامه هو إلتزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية.¹⁹⁷

و قد طبق القضاء الفرنسي هذه الحالة الأخيرة على كل من عقود الإيجار الواردة على عقار و منقول.¹⁹⁸

2.2 الإلتزام المتعلق بتقديم خدمة :

الإلتزامات المتعلقة بخدمة و تنفيذها أو القيام بعمل، هي عادة التزامات ببذل عناية، و هذه الحالة هي شائعة الوجود في المهن الحرّة (المحامي، الطبيب، جراح أسنان.....) غير أن هذه الحالة أي تقديم خدمة يرد عليها استثناء يعتبر فيها مقدّم الخدمة ملتزما التزاما بتحقيق نتيجة كما هو الأمر بالنسبة للوكيل في مواجهة موكله، أو مستشار في شركة حيث يشترط أن تكون الاستشارة التي يقدمها تامّة و كاملة.¹⁹⁹

3.2 عدّة التّزامات تبعية للسلامة:

الاجتهاد القضائي الفرنسي ادخل في عدة عقود التّزامات تبعية، لم يتوقعها الأطراف، و لكن هذه الإلتزامات التبعية تنتج طبيعيا كلواحق للعقد²⁰⁰ (1135 مدني فرنسي تقابلها 107 مدني جزائري).

الإلتزامات بالسلامة تعتبر من بين هذه الإلتزامات التبعية، حيث اعتبرت طبيعتها في بداية الأمر التزاما بتحقيق نتيجة. غير أن القضاء وسع من قائمة العقود التي يعتبر الإلتزام بالسلامة فيها التزاما

¹⁹⁷-V. Martineau-Bourgninaud, « l'obligation contractuelle de surveillance », LPA.11juillet2001, p432.

¹⁹⁸-Civ3°, 7 Mars 1978, n°76-14.534.

¹⁹⁹-Civ3°, 25 janvier 2005, n°01-15.926.

²⁰⁰-Philippe Jacque, Regard sur l'article 1135 du code civile, vol 46, Dalloz, 2005, 2° partie, p. 53/

تبعياً كما هو الحال في عقود الإيجار و البيع، غير أنه عمل على التضييق من طبيعتها بتحقيق نتيجة إلى أن أصبحت إلتزاما ببذل عناية.²⁰¹

ثانياً: الإلتزام بتحقيق نتيجة.

1 - مفهومه:

في الإلتزام بتحقيق نتيجة يلتزم المدين أكثر من الإلتزام ببذل عناية حيث يعد المدين الدائن بتحقيق نتيجة محدّدة و معينة، كالإلتزام بنقل ملكية الشيء، و الإلتزام بتسليم الشيء المباع. أو الإلتزام بتزويد منزل بجهاز إنذار يبدأ بالعمل بمجرد دخول السارق، فهذه الإلتزامات هي كلها الإلتزامات بتحقيق نتيجة، حيث لا يقبل الدائن بان يطغى الشك على تأكيد تحقق النتيجة.²⁰²

فمضمون الإلتزام يظهر في النتيجة نفسها، و حتى يحققها على المدين أن يضع تحت تصرف الدائن كل الوسائل حتى يستطيع تحقيق النتيجة أي أنّ المدين ملزم بالنتيجة.

بعض الفقه²⁰³ يفترض بأن الإلتزام بتحقيق نتيجة يقيم المسؤولية الموضوعية (أي مسؤولية بدون خطأ). و لكن في حقيقة الأمر فإنّ المدين بالإلتزام من هذه الطبيعة، مسؤول عن عدم التنفيذ إذا لم يستطع الدفع بالسبب الأجنبي. حيث نكون أمام تقصير عقدي بدون خطأ فيما يخص إلتزام بتحقيق نتيجة، مقابلاً لها ضرورة الخطأ في التزم ببذل عناية، غير أنّ هذه الفرضية مشكوك فيها، لأنه عند الحديث عن المسؤولية العقدية فإنّ المدين العقدي لا يمكن متابعته عن الأضرار إلا إذا قصر في تنفيذ الإلتزاماته.

ما يتنوع حسب الفقه ليس الخطأ لأنّ مفهومه واحد هو عدم تحقيق الشيء الموعود تحقيقه دون أن تمنع من تحقّقه القوة القاهرة، ما يتغير هو الإلتزام، فتارة يكون التزم بتحقيق نتيجة، و تارة أخرى يكون مجرد مطالبة بفعالية التنفيذ و هذا ما جاء به كل من مارتي (marty) و رينو (raynaud)²⁰⁴

« Ce qui varie ce n'est point la faute du débiteur; celle-ci consiste toujours à n'avoir point exécuté ce qu'il avait promis; alors qu'il n'en était pas empêché par la force majeure; ce qui est divers et qui a pu donner le change; c'est l'étendue de l'obligation; tantôt résultat et tantôt simplement diligence... »

²⁰¹-Philippe Le Tourneau, op.cit, p 830.

²⁰²-Lalou et Azard, Tratat théorique et pratique de la responsabilité civile, 6° éd,Dalloz, p 286, N° 415.4.

²⁰³-ibid., N° 420.4°, p. 290.

²⁰⁴-Observation Ph. Le tourneau, op.cit, p. 831 .

و لا بد من الإشارة إلى أن الالتزام بالضمان، أو الذي اعتيد على تسميته بالضمان لا يعتبر التزما بتحقيق نتيجة، فالمدين بهذا الالتزام لا يلتزم في مواجهة الدائن عند عدم إخطائه فقط، و إنما أيضا عند حصول ضرر بفعل قوة قاهرة.²⁰⁵ فالضمان يؤدي بالمدين إلى التجاوب في جميع الفرضيات، حتى و إن كان عدم التنفيذ سببه قوة قاهرة أو فعل الغير. حيث يمكن اعتبار الضمان أشد من الالتزام بتحقيق نتيجة حيث يلتزم المدين بضمان عدة أخطار حتى تلك التي لا علاقة لها بتقصيره في تنفيذ التزاماته، فالضمان بالمعنى الأدق عبارة عن تأمين للمستفيد منه في مواجهة المدين، حيث يخرج الضمان عن نطاق و منطق و ميكانيزم قانون المسؤولية.²⁰⁶

2- تطبيقاته:

إن الالتزام بتحقيق نتيجة إلتزام كثير الوجود، فجميع الالتزامات الواقعة على الأموال مثلا هي من هذه الطبيعة، حيث يعتبر الالتزام بتحقيق نتيجة نوع طبيعي من الالتزامات، لأن جميع الالتزامات تقريبا هي إلتزامات ذات طبيعة بتحقيق نتيجة، لأنه عند التعاقد فإنّ الدائن يبحث عادة على الحصول على نتيجة يتوقعها و الذي ينتظر من المدين تحقيقها.²⁰⁷ ففي عقد نقل بضاعة مثلا، فإنّ المرسل ينتظر أن تصل البضاعة إلى المكان الذي نُقلت إليه و في المواعيد المتفق عليها، و لا ينتظر أن يقوم الناقل بكل ما يستطيعه لتحقيق ذلك. و عليه، فانه يمكن اعتبار جميع الالتزامات التزامات بتحقيق نتيجة، إلا إذا كان للحظ دور في تحققها فهنا هي لا تعتبر كذلك، و بأكثر دقة تكون عادة التزما بتحقيق نتيجة إذا كان التزما بفعل أو امتناع أو إعطاء.²⁰⁸

1.2 الإلتزام بإعطاء، تسليم أو ردّ شيء:

الالتزام بإعطاء هو إلتزام بتحقيق نتيجة. ففي عقد البيع مثلا، فإنّ المشتري يريد أن يصبح مالكا للشيء المباع، و ليس أن يقوم البائع بكل ما في وسعه لينقل له ملكية الشيء المباع، ففي هذه الحالة فإنّ توافق الإرادتين (solo consensu) كاف لتحقيق ذلك.

أما الإلتزام بتسليم الشيء، هو كذلك التزما ذو طبيعة بتحقيق نتيجة، حيث يعتبر الإلتزام بالتسليم التزما مكمل للإلتزام بإعطاء، لأنه يحقق للمشتري (المثال السابق) حق الملكية و الذي انتقل

²⁰⁵- G.Viney, Op. cit, p 193.

²⁰⁶- Josserand, cours de droit civil positif francais, T 2, n° 611.

²⁰⁷-François Terré, Ph. Simler, Y Lequette,op.cit,p 83.

²⁰⁸-Philippe Le Tourneau, op. cit, p 831.

إليه بمجرد إبرام العقد،²⁰⁹ إن التسلم الفعلي للشيء مع انتقال الملكية هي نتيجة كان يتوقعها و ينتظر الدائن تحققها.

2.2 الالتزام بالامتناع:

الإلتزام بالامتناع هو التزام ذو طبيعة بتحقيق نتيجة، كما هو الأمر فيما يتعلق بالالتزام بعدم المنافسة. إن تحقق النتيجة في الالتزام بالامتناع يكون في عدم الإتيان بالفعل الممنوع القيام به. فالمدين هنا لا يلتزم فقط بان يقوم بما في وسعه لعدم القيام بالفعل و إنما عليه تأكيد امتناعه عن القيام بالفعل، أو عليه أن يقدم ضمانات جدية بعدم قيامه بالفعل.²¹⁰

3.2 الإلتزام بالفعل أو القيام بعمل:

إن تحديد طبيعة الالتزام بالفعل مهمة صعبة لتنوع هذا الالتزام، لأنّ إلتزام الطبيب في مواجهة المريض إلتزام غير مبالغ فيه كما هو الأمر بالنسبة لالتزام الناقل بنقل المسافرين.

إذا أعتيد على اعتبار الالتزام بالفعل إلتزام من طبيعة ببدل عناية فإنّ هناك إلتزامات بالفعل أو القيام بعمل طبيعتها بتحقيق نتيجة، كما هو الحال بالنسبة للالتزامات المتعلقة بتسليم الشيء و المحافظة عليه، و التزمات أخرى متعلقة بتقديم خدمة عندما تتعلق هذه الخدمة بشيء.²¹¹

إن الالتزام بالقيام بعمل تظهر عادة و مباشرة في المواضيع المتعلقة بالأموال أيضا، كما في الأشياء، ففي عقود البيع فان الالتزام بالتسليم يختلف عن الالتزام بنقل الملكية، لكنهما إلتزامان متقاربان، فالبايع ملزم بتسليم شيء مطابق أي قابل للاستعمال المعد له، فهنا هو ملزم بالقيام طبيعته تحقيق نتيجة.²¹²

إنّ الأمر يزيد تعقيدا عندما نكون أمام حالة التمييز بين إلتزام بالمحافظة و إلتزام بالتسليم و إلتزام برد الشيء. فإنّ هذه الحالات نجدها في عقود البيع العادية و غيرها، ففي عقد البيع مثلا فإنّ البائع ملزم بالمحافظة على الشيء المباع قبل تسليمه لصاحبه، و فيما يخص المستعير فإنّه يجد نفسه إضافة إلى ما سبق ملزما بردّ الشيء المعار عند انتهاء عقد العارية.

و قد توصلت محكمة النقض الفرنسية²¹³ إلى أنه عندما يتعلق الأمر بالالتزام بتقديم خدمة و تكون هذه الخدمة متعلقة بشيء، فان هذه الالتزامات كلها تعتبر ذات طبيعة تحقيق نتيجة. و

²⁰⁹-civ. 1°, 10 juillet 1996, n° 94-18.618.

²¹⁰-François Terré, Ph. Simler, Y Lequette, Op.cit,p 595.

²¹¹-CA. Paris, 10Janvier.2003, n°18-03.183.

²¹²-J. Ghestin, confirmité et garantie dans la vente, Economica, 1983, n° 207 et s.

²¹³-Cass. Civ, 7 Fevrier2006, n° 04-11.1271.

عليه فإنّه ليست كل الالتزامات بالقيام بعمل من طبيعة بتحقيق نتيجة، لأننا قد نجد طبيعتها ببذل عناية كما هو الحال بالنسبة للطبيب كما سبقت الإشارة إليه.

بعد تحديد مفهوم كل التزام و مجال تطبيقه، بدا لي أنّه من الضروري الرجوع إلى الفقه الفرنسي لاسترسال الجدل الفقهي الذي مرّت به التفرقة بين هذين الالتزامين.

و قد تسبب في هذا الجدل الفقهي المادتين 1137 و 1147 من القانون المدني الفرنسي الموافقتان للمادتين 172 و 176 من القانون المدني الجزائري على التوالي.

وفي هذا المجال يرى جانب من الفقه أن المادة 1137²¹⁴ تعتبر كاستثناء للمادة 1147، غير أن هذا الاتجاه تعرّض للانتقاد بناءً على عدة أسس من بينها: أنه لماذا يخضع المدين الملتزم بالمحافظة على الشيء إلى قاعدة قانونية مخالفة لقانون الالتزامات بصفة عامّة؟ مضيفين بأنه هل يجوز أن يتقدم الاستثناء(1137) على الأصل(1147).

و هناك اتجاه فقهي آخر²¹⁵ اقترح تفسيراً آخر، فالمادة 1137 حسب هذا الفقه تخص الالتزام بعمل و الالتزام بالامتناع، أما المادة 1147 فتخصّ الالتزام بإعطاء. غير أن هذا التفسير أنتقد على أساس عدم صحته لأنّ المادة 1147 لها نفس مجال التطبيق كالمادة 1146 و 1148 ق.م.ف. اللتان تتعلقان بالالتزام بعمل و الالتزام بالامتناع عن عمل.

و على غرار الاتجاهين السابقين ظهر اتجاه آخر²¹⁶ أسس التفرقة على أنّ المادة 1137 تخصّ تنفيذ العقد دون النّظر في محلّه و المادة 1147 فهي الخاصّة بالنّظر في مضمون الالتزام العقدي غير أنّه أنتقد على أساس أنّ هذا التفسير مخالف لعبارات المادة 1137 ق.م.ف. إلى أن جاء Demogue²¹⁷ سنة 1928 بتفسير آخر لقي قبولاً من أغلبية الفقه في الجزء الخامس من كتابه: traité des obligation فحسب هذا الفقيه فإنّ المادة 1137 التي تفرض على المدين أن يبذل في تنفيذه لالتزامه عناية الرّجل العادي فان هذه الحالة تخصّ فقط الالتزامات ذات طبيعة ببذل عناية، بينما المادة 1147 فتخصّ الالتزامات بتحقيق نتيجة أي تلك الالتزامات التي تقتضي من المدين تحقيق النتيجة الموعودة و المنتظرة و المرجوة من العقد.

²¹⁴-H et L Mazeaud, Op. cit, n°662 et s.

²¹⁵- R. Rodière, « Une notion menacée, la faute ordinaires dans les contrats » RTD. Civ, 1954, p201 et s.

²¹⁶-Philippe Le Tourneau, Op. cit, n° 3208 et s p 828 et s.

²¹⁷- G.Viney et Jourdain, op. cit, p. 505 et s

و بعد هذا الرأي الفقهي، فإنّ المشرّع الفرنسي لم يعد يجد نفسه مجبرا على خلق معايير خاصة تسمح بتحديد مضمون الالتزام العقدي، لأنّ الالتزام يمكن أن يكون له مضمون متغيّر حسب العقود فجدد أنفسنا مجبرين على إدراجها ضمن النوعين.

و بهذا فقد اتفق الفقه على أنّ معيار الرجل العادي هو معيار خاص بالالتزام ببذل عناية، حيث هنا يجد الدائن نفسه مجبرا على إثبات الإهمال و عدم الحيطة من قبل المدين، بينما مسؤولية المدين في الإلتزام بتحقيق نتيجة، فهنا لا بدّ من ملاحظة إذا ما تحققت النتيجة الموعودة أو لم تتحقق و حتى يعفي نفسه من المسؤولية، عليه إثبات السبب الأجنبي.²¹⁸

الفقرة الثانية: الالتزامات المهنية الثابتة.

يتعلق الأمر هنا بالالتزامات المفروضة على رجل المهنة من طرف القانون و الاجتهاد القضائي أو العادات المهنية و قواعد أخلاقيات المهنة في مواجهة الغير و تتمثل في الالتزامات العامة، وقد يتعلّق الأمر فقط بفترة معيّنة من المتعاقدين معه.

لذا تطرقت إلى دراسة الالتزامات المهنية العامة، بأنواعها، و بعد ذلك درست الالتزامات المترتبة عن عقد مبرم صراحة أو ضمنا في عقد مبرم من طرف مهني.

أولا: الالتزامات المهنية العامة (erga omnes)

إنّ الالتزامات العامة الخاصة بالمهني المدين (erga omnes) هي نفسها المفروضة على الأشخاص العاديين و المتمثلة في الالتزام بالإعلام و الالتزام بالسلامة، و الإخلال بهذه الالتزامات يقيم مسؤولية المهني فتضفي على تصرّفه طابع المهني المدين. فبمجرّد انعقاد العقد فإنه يمتصّ كلّ ما سبقه من تصرّف إلى غاية انعقاده، فيصبح ضمنه كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالإعلام قبل تعاقدية لما يكون له تأثير على تنفيذ العقد و ما يدعّم هذا القول هو ما جاء به الفقيه J.²¹⁹ Huet في مقاله المنشور:

« Le passé préjuge de l'avenir; le défaut de renseignement se prolongeant dans le défaut d'exécution »

أي إذا كان هناك خطأ في الإعلام فان هذا سيؤدّي حتما إلى خطأ في التنفيذ و قد تبوّى الاجتهاد القضائي هذا الرأي و إن كان ذلك ضمنياً.²²⁰

1- الإلتزام بالإعلام: « Obligation de renseignement ou d'information »

²¹⁸ -H. Mazeaud, « Essai de classification des obligation ».RTD civ, 1936, p.1 et s,n°3,28 et s.

²¹⁹ - J. Bergès « la responsabilité professionnelle, une spécificité réelle ou apparente, LPA 11 juillet 2001, p 78.

²²⁰ -com, 12 nov 2002, n° 91-12.200.

عن طريق الالتزام بالإعلام فإنّ المتعاقد يخطر المتعاقد معه عن مخاطر و مزايا أي إجراء أو تصرف، حيث يعمل على تنويره حتّى يكون اختياره خال من أي شك لكن دوره يقتصر فقط على الإعلام و لا يمتدّ إلى مساعدة المتعاقد معه في اختيار حل على آخر.

طبيعة هذا الالتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة، لأنّ هدفها هو تقديم المعلومة و ليس القيام بكل ما في مقدوره حتى يوصل المعلومة إلى المتعاقد معه.

أما عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام فيقع على المدين به، و هذا ما جاءت به محكمة

التّقص في قرار HEDREUL²²¹:

« Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. »

لكنه مؤخراً نشأ جدل فقهي حول طبيعة الالتزام و بهذا توصلّ الفقه إلى أنّ الالتزام بالإعلام ذو طبيعتين: فهدف الالتزام بالإعلام ذو طبيعة بتحقيق نتيجة، أما فعاليته و تفهّمه من قبل المتعاقد فهو ببذل عناية.²²²

هذا مفهوم الالتزام بالإعلام بصفة عامة، فهل هذا التعريف ينطبق بالنسبة للمهني المدين أم أن هناك خصائص أخرى تضاف إلى هذا المفهوم؟

حسب القانون المدني فيما أن الالتزام بالإعلام مشتق من مبدأ أساسي ألا و هو حسن

النية، فإنّه مفروض على كل طرف في العقد مهما كانت صفتهم.

و الالتزام بالإعلام هو إلتزام مفروض على كل مهني، أي أنّ أيّ مهني ملزم بإعلام المتعاقد معه و لا يشترط أن يكون المتعاقد مع المهني مستهلكا، و إنّما يمكن أن يكون شخصا عاديا، كما يمكن أن يكون مهنيا،²²³ و حتى يعلم المتعاقد معه فان المهني قد يجد نفسه في بعض الحالات مجبر على الاستعلام بنفسه حتى يمكنه إعلام المتعاقد معه، فقد يقوم مثلا بالاستعلام من المنتج حيث لا يمكنه أن يعفي نفسه من المسؤولية بإثبات خطأ هذا الأخير.²²⁴

هل يؤخذ بعين الاعتبار تخصص المتعاقد مع المهني من اجل إلغاء الالتزام بالإعلام أو

الإنقاص منه؟

²²¹-civ 1° 25 fevrier 1997, Hédreul, n° 94-19.685.

²²²-F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Op.cit, n° 257 et s, p266 et s.

²²³-Philippe Le Tourneau, Op. cit, p 897.

²²⁴-Jérôme Julien, Droit de la consommation et du surendettement, Montchrestien, 2009, p36 et s.

إنّ الالتزام بالإعلام يبقى مهما كان تخصص المتعاقد و حتى و إن كان من نفس تخصص المهني، إلا أنّ طريقة الإعلام تختلف عن إعلام شخص عادي، ففيما يخص الشخص العادي فإنّه يشترط إعلامه عن كل صغيرة و كبيرة، أما الشخص المتخصص فإن كان من نفس تخصص المهني فإنّ إعلامه يكون بطريقة أقل مبالغة من إعلام شخص عادي.²²⁵

فالالتزام بالإعلام هو من مستلزمات العقد و قد اعتبر بعض الفقه²²⁶ بأن الالتزام التعاقدي بالإعلام يستند إلى العقد ذاته باعتباره من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة و ذلك بمقتضى المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي و التي تقابلها المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري التي تنص: " و لا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام"

و طبقا لذلك يلتزم المهني بواجب الإعلام عند تنفيذ العقد، طالما أنّ إعلام المتعاقد معه يعتبر من مستلزمات العقد و تستجيب هذه القاعدة لحاجة في الشفافية، فعلى المهني إن كانت لديه معلومات حول قيمة المبيع أو تكوينه أو كيفية استعماله أو أية معلومات أخرى تتعلق بالشيء المبيع أو الخدمة المؤداة أن يقدمها للمتعاقد معه و الذي لا يمكنه معرفتها بدون المهني.²²⁷

و لقد أكد القضاء الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه و التي من بينها الحكم الصادر عن محكمة النقض الذي قضى بمسؤولية صانع مادة مقاومة للطفيليات التي أصابت مزارعا عند استعماله لهذه المادة بعجز دائم في عينيه بسبب تطاير ذرات من هذه المادة إليها.²²⁸ و لقد قضت المحكمة بمسؤولية الصانع نظرا لعدم كفاية التحذيرات التي قدمها هذا الأخير للمزارع الذي اكتفى بالتحذير بعدم ملامستها للجلد، و لم يوضح خطورتها على العينين و قد استندت محكمة النقض على نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، و بذلك تكون قد سايرت الاتجاه الغالب لدى الفقه بأهمية هذه المادة كأساس للالتزام التعاقدي بالإعلام. كذلك الأمر بالنسبة لمهنة المحضر القضائي، فرغم أن الالتزام بالإعلام لم ينصّ عليه صراحة قانون 03/91 المنظم للمهنة، لكنّه اعتبر أن كلّ تقصير من طرف المحضر في التزاماته يرتّب مسؤوليته المدنية و الأدبية هذا ما أكدته المادة 14 من الأمر 03/91 و

²²⁵-Cass, 1^ociv,30 mai 2006,n° 03-14.275.

²²⁶-J. Calais. Auloy et F Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 5^oéd, 2000, p52

²²⁷- لحسن بن شيخ آث ملوية، المنتقى في عقد البيع، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط2، 2006، ص311.

²²⁸-Cass Civ1^o,14 Décembre 1982, RTD. Civ, 1983. N°09, p .545.

يعتبر الإعلام الخاطيء سببا من أسباب قيام مسؤوليّة المحضر القضائي، و تجدر الإشارة أنّ التزام المحضر بالإعلام هو التزام ببذل عناية.

و لا بد من الإشارة إلى أن المهني لا يكتفي بتقديم المعلومات للمستهلك و إنما يجب عليه أن يستعلم من هذا الأخير عن حاجاته التي يريدّها ثم يعلمه بالأشياء التي تتناسب مع رغباته المشروعة و هذا ما أكدّه القضاء الفرنسي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 ديسمبر 1995 الذي قضى بان الالتزام بالإعلام يلزم البائع أن يستعلم عن حاجات المشتري و يعلم هذا الأخير بمدى ملائمة الجهاز المقترح للاستعمال الذي يريده فيه.²²⁹

و أخيرا نجد أن هذا الرأي من الفقه استند إلى المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي و التي تقابلها المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري كأساس للالتزام التعاقدّي بالإعلام باعتبار أن هذا الالتزام من الالتزامات التابعة لأحد الالتزامات الصريحة في العقد وفقا لما تنص عليه هذه المادة من أن الاتفاقات لا تقتصر على ما ورد فيها صراحة و لكن نتناول أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للقانون و العرف و العدالة و حسب طبيعة الالتزام.

ما يلاحظ مما سبق إن هذا الالتزام يقع على عاتق كل المهنيين بغض النظر عن طبيعة المنتج أو الخدمة المقدمة للمتعاقد، و لكن يثور التساؤل حول الفترة التي يتعين فيها إعلام المتعاقد الآخر، أي مرحلة ما قبل التعاقد و التي تعرف بمصطلح الالتزام قبل التعاقد بالإعلام.

فالالتزام قبل التعاقدّي بالإعلام هو التزام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد و هو يهدف إلى تكوين رضا حر و سليم للمتعاقد الآخر الذي تكون له الحرية الكاملة بعد إلمامه بكل المعلومات المتعلقة بمحل العقد بأن يقبل إبرام العقد أو يرفض ذلك وهذا ما جعل كلا من الفقه و القضاء في فرنسا يجتهدان لإبراز الذاتية المستقلة لهذا الالتزام.

ونظرا للأهمية البالغة للالتزام قبل التعاقدّي بالإعلام فقد اهتم الفقه الحديث بإيضاح مدلوله و صياغة تعريفه، حيث نجد بعض الفقه²³⁰ يعرفه بأنه " إلتزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنورا يكون فيه المتعاقد على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من

²²⁹ - بن عديدة نبيل، التزام المحترف بالإعلام، " مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، نوقشت بكلية الحقوق جامعة وهران السانية، 2008-2009، ص. 63.
²³⁰ -F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Op.cit, p268 et s.

المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتّم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناءً على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات".

كما نجد جانب آخر من الفقه²³¹ يعرف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنه: "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد".

ويرى جانب ثالث من الفقه²³² بأن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو: "الالتزام سابق على التعاقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاه سليم كامل متنور على علم بجميع تفاصيل العقد". وتتضمن هذه التعريفات العناصر التالية: الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، التزام يجد مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة على نشوء العقد، وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، ولا ينبغي أن يكون الوفاء به سابقاً على التعاقد بفترة طويلة بحيث يمكن أن يشوب محل العقد أو ظروف التعاقد من أجل دفعه إلى التعاقد.

إن عدم تقديم إحدى المعلومات الواجب معرفتها من قبل الطرف الآخر قد تؤدي إلى تغيير التصرف، إما بالتخلي عن مشروع إبرام العقد وإما إعادة النظر في شروط العقد.

إن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام قانوني يقوم على مبدأ حسن النية قبل أو أثناء التعاقد كما أن هذا الالتزام ليس التزاماً عقدياً لكونه سابقاً على التعاقد، أما بالنسبة لطبيعة المعلومات والبيانات التي يلتزم المدين بالإعلام عنها، فإنه ينظر إليها من حيث وقت الالتزام بالإعلام بها و بالتالي فإن نطاقها يكون في المرحلة قبل التعاقدية، لذلك يجب أن تكون ذات أثر بالغ في مدى إقبال المتعاقد على التعاقد، أي أن نقدم تلك المعلومات بطريقة موضوعية، كما أن المدين بالالتزام بالإعلام ملزم بالإفصاح عن كل المعلومات التي قد تتعذر على المتعاقد الحصول عليها بوسائله الخاصة، وهذا ما جعل بعض الفقه²³³ يعرّف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنه: الالتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد و السابق على إبرامه بكافة المعلومات و البيانات الجوهرية و المؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد و التي يجهلها الدائن و يتعذر حصوله عليها عن غير طريق المدين، و ذلك بهدف تكوين رضاه حر و سليم لديه عند إقباله على التعاقد.

²³¹-Philippe Le Tourneau, la responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz,2009,p. 139.

²³²-حسن عبد الباسط أجمي، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، مصر 1996، ص 25.

²³³-Jérôme Julien, Op. cit, p93 et s.

بعد تعريف الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام سأحاول تمييزه عن الالتزام التعاقدى بالإعلام:

1.1 التمييز بين الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام و الالتزام التعاقدى بالإعلام:

إن معظم الفقه²³⁴ يتفقون على انه من الصعب التفرقة بين الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام و بين الالتزام التعاقدى بالإعلام، فهذه التفرقة تتلشى من الناحية التطبيقية و العملية و لا تظهر بصورة واضحة و هذا ما جعل الفقيه Ghestin يقول: " إن الحدود الفاصلة بين هذين الالتزامين لا يمكن رسمها بوضوح، إن لم يكن هذا التحديد مستحيلا".²³⁵ غير أنه بالرغم من صعوبة التمييز بين هذين الالتزامين إلا أن هناك بعض نقاط الاختلاف تتجلى فيما يلي:

1.1.1 من حيث الأساس:

إن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام يجد أساسه في صحة و سلامة الرضا حيث يتكون للمتعاقد رضا حر يستطيع من خلاله أن يبرم العقد أو يرفض إبرامه و كل معطيات التعاقد واضحة أمامه، في حين أن الالتزام التعاقدى بالإعلام يجد أساسه في تنفيذ إلتزام عقدي مضمونه قيام أحد طرفي العقد بتزويد الطرف الآخر بما يحتاج إليه من معلومات أو بيانات في مجال معين من المجالات التي يتعلق بها هذا العقد.

2.1.1 من حيث المصدر:

إن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام يجد مصادره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية الذي يفرض أثناء مرحلة إبرام العقد التزاما بالصدق و الأمانة في مواجهة الطرف الآخر أو في نصوص القانون الخاص كقانون حماية المستهلك، لذلك فهو التزام عام فيما يخص عقود الاستهلاك مثلا، بينما الإلتزام التعاقدى بالإعلام يجد مصدره في العقد، و إنّ الإدلاء بالمعلومات و البيانات في هذه الحالة ينشأ بمناسبة كل عقد على حدة، و في حدود ما يتطلبه ذلك العقد من اعتبارات حسن النية أو تنفيذا لواجب التعاون و المشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد.

3.1.1 من حيث وقت نشوء كل من الإلتزامين:

إن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام يكون في المرحلة السابقة على إبرام العقد، بينما الإلتزام التعاقدى بالإعلام يكون بعد إبرام العقد.

²³⁴-J. Calais. Auloy et F Steinmetz, Op. cit, p 51 et le Tourneau Philippe, la responsabilité des vendeurs et fabricants, Op. cit, p 15, Zennaki Dalila, l'information comme source de protection des consommateurs, Article Publié lors d'un séminaire national sur la protection en matière de consommation, Faculté de droit, Université d'Oran 14 et 15 mai 2000, p 20.

²³⁵- Jérôme Julien, Op. cit, p122.

4.1.1 من حيث الجزاء:

أن الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية بالإضافة إلى إمكانية طلب المتعاقد إبطال العقد بسبب عيب الرضا، بينما الإخلال بالالتزام التعاقدى بالإعلام يترتب عنه قيام المسؤولية العقدية، حيث يستطيع المتعاقد طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكنا، كما يستطيع الدفع بعدم التنفيذ، إضافة إلى طلب فسخ العقد متى توافرت شروطه.

هذا ما يميز الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام و الالتزام التعاقدى بالإعلام. و تجدر الإشارة إلى أن المهني الفطن لن يفوت عن نفسه توفير إثبات مكتوب حول حرصه على تقديم المعلومات و النصائح اللازمة لإتمام الالتزام بالإعلام، حيث يطلب من زبونه أن يعمل على توقيع هذا الإثبات.

و قد أصبح مؤخرا يمزج بين الالتزام بالإعلام و واجب النصح أو بعبارة أخرى فإنّ الالتزام بالإعلام أصبح يعبر عنه بواجب النصح و هذا التعبير يرى الفقه بأنه تعسفي، لأن واجب النصح بعيد كل البعد عن الالتزام بالإعلام، لأنّه يمكن أن ينشأ التزام بالنصيحة على أساس التزام أصلي في عقود النصح، و قد يكون عبارة عن التزام تبعية لالتزام أصلي في عقد آخر.²³⁶

و لكن يرى الفقه بأن هذا الخلط راجع إلى أنّ إلتزام المهني المدين في كل من الالتزامين هدفه إعلام الدائن بمعلومات و بيانات معينة تساعده في اتخاذ قرار اتجاه موقف معين، لأن تقديم المعلومات في الالتزام بالإعلام يكون بطريقة موضوعية و حيادية دون أن تتضمن الحثّ إلى التعاقد، بينما تقديم النصيحة يتضمّن رأيا من طرف الدائن من شأنه توجيه قرار المدين و هذا ما أدّى ببعض الفقه²³⁷ إلى تأييد هذا الاختلاف و الاتفاق على صحة ذلك تأسيسا على أن النصيحة فضلا عن أنّها معلومة فهي تتضمن خبرة المدين الذي قدمها، و تستند إلى تفانيه و احترافه في مجال تخصصه.

و لقد حاول نفس الفقه أن يميز بين الالتزام بالإعلام و بين الالتزام بالنصيحة، و توصل إلى أن هذا الأخير لا يكفي فيه الاستعلام من طرف المتعاقد و إنما يجب أن يقترح المهني على المتعاقد الحل الأفضل الذي يعود عليه بالفائدة، أي أنّ النصيحة تهدف إلى إعطاء إعلام ملائم يتناسب مع حاجات المتعاقد مع المهني من أجل مساعدته على اتخاذ القرار الصائب و الذي يعود عليه بالمنفعة.

2- الإلتزام بالنصح و الإرشاد:

يعتبر هذا الإلتزام من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق المهني فهو ملزم بتبصير و إرشاد المتعاقدين معه، و يكون ذلك بتبنيهم إلى أهمية التصرفّ الذين ينوون القيام به و

²³⁶-Philippe Le Tourneau, la responsabilité civile professionnelle, Dalloz,1995,p58 et s.

²³⁷-J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op. cit p53.

آثاره.²³⁸ حيث يجد المهني نفسه ملزماً بالقيام بدراسات مسبقة.

و ما تجدر ملاحظته أنّ هذا الواجب نشأ في بداية الأمر إلزاماً أدبياً ومعنوياً، لكنّه لأهميته أصبح إلزاماً مهنيّاً قانونياً يرتّب مسؤوليّة المهني المدنيّة و التآديبية عند الإخلال به، و قد أكدت على ذلك محكمة النّقض الفرنسيّة في العديد من قراراتها.²³⁹ حيث جاء في أحدها: " حيث أنّه، و لو كان من مهامه إضفاء الرّسميّة على العقود الّتي يبرمها الأطراف، فالموثّق غير معفى من واجب النّصح الّذي عليه، و الّذي يكون بتنوير المتعاقدين بكلّ ما يتّصل بديونهم و ضماناتهم و إعلامهم بالقيمة الحقيقيّة لضمائمها ".

و قد أكدت ذلك مرّة أخرى محكمة النّقض الفرنسيّة و ذلك في قرار آخر بقولها: " الموثّق ملزم بإعلام المتعاقدين، و التأكّد من نفاذ و فعاليّة العقود الّتي يبرمها. " فانطلاقاً من هذا القرار فالموثّق، و في إطار قيامه بواجب النّصح والإرشاد عليه أن يتأكّد و يُحقّق في أمرين هما:

نفاذ العقود الّتي يحزّها و هذا حتّى يتجنّب خطر إبطالها.

فعاليّة العقود الّتي يبرمها.

فواجب النّصح و الإرشاد يفرض على الموثّق أن يُحرّر عقوداً صحيحة و نافذة، كما يدخل في التزام الموثّق بالنّصح و الإرشاد امتناعه عن تحرير عقود و تصرّفات مخالفة للنّظام العام و الآداب العامّة، كما يمنع عليه أن يدرج في العقد أي شرط يرى أنّه غير مشروع أو غير قانوني.²⁴⁰

²³⁸ - السنهوري: الإثبات، آثار الالتزام، دار إحياء الثّرات العربي، لبنان، 1964، ص 13 و ما بعدها.

²³⁹ -Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, OP. CIT, P 852.

²⁴⁰ - محمّد مين مسعودي، المسؤولية المدنيّة لأصحاب المهن الحرّة (المحضر، الموثّق، الخامي) مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر- يوسف بن خدّة، السنّة الجامعيّة 2004-2005،

و مثل هذا الإلتزام أصبح من الأمور المستقرّ عليها بالنسبة لمهنة المحاماة، فالزّيون حينما يتوجّه إلى محام، فإنّه يقوم بذلك بقصد الحصول على نصائح و إرشادات تفيده لاقتضاء حقّه أو للدّفاع عن نفسه. و هذا ما نصّ عليه القانون الأساسي لمهنة المحاماة رقم: 91-04 المؤرّخ في 08 جانفي 1991 في المادة الرّابعة منه التي أملت على أن " يقدّم المحامي النّصائح و الاستشارات القانونيّة " وهو ما أكدته المادّة 03/76 منه بنصّها على أنّه " يجب عليه (المحامي) أن يقدّم لموكّله كلّ مساعدة من معلومات و إمكانيات "، و نفس المعنى أكدّه النّظام الدّاخلي لمهنة المحاماة الموافق عليه بالقرار الوزاري المؤرّخ في 04 سبتمبر 1995 في آخر الفقرة الأولى من المادّة 80 إذ جعل من التزامات المحامي أن " يقدّم إلى موكّله يد المساعدة بما يتوفّر من معلومات و مؤهّلات " و يقصد بذلك أنّ المحامي يبقى ملزماً بتقديم النّصيحة و الرّأي السّديد لزبونه، و يُمنع عليه أن يقدّم لزبونه نصيحة من شأنها أن تمسّ مصالحه، و من ذلك مثلاً، أنّه لو كان الزّيون يحوز سنداً أو مسوغات ظاهرة من شأنها أن ترخص له باتّخاذ إجراءات الحجز التّحفظي على أموال مدينه، غير أنّ المحامي ينصحه بعدم القيام بذلك بحجّة أنّه لا يحوز حكماً نهائياً، فإنّ المحامي في هذا الإفتراض يكون قد أخلّ - بدون جدال - بواجب إسداء المشورة لزبونه، لأن المادّة 347 من قانون الإجراءات المدنيّة من شأنها أن تُرخص له باتّخاذ مثل هذا الإجراء في مواجهة مدين زبونه (بصفته دائناً له).²⁴¹

و إذا كان المبدأ العام يقضي بأن المحامي يبقى ملزماً بإسداء النّصيحة لزبونه، فإنّ الحالات التي لا يلجأ فيها الزّيون إلى مقاضاة المحامي بسبب إخلاله بهذا الواجب نادرة الوقوع من النّاحية العمليّة، فالمحامي عادة ما يثير انتباه زبونه إلى أنّ نجاحه من عدمه في دعواه يبقى مسألة احتماليّة.

أما عن طبيعة الإلتزام بالنّصح و الإرشاد، فلهذا الإلتزام طبيعتين، فيما يخص إصدار النّصيحة فهي من طبيعة الإلتزام بتحقيق نتيجة، أمّا فيما يخص فعاليّة هذا الإلتزام فهي ببذل عناية، لأنّ فعاليّة النّصيحة لا يمكن لمصدر النّصيحة التّحكّم بها.²⁴²

قد يقع لبس و خلط بين أحكام كلّ من الإلتزام بالإعلام و بين الإلتزام بالنّصيحة أو كما يسمّيها بعض الفقّه²⁴³ بالإلتزام بتقديم الاستشارة الفنيّة، و ذلك إستناداً إلى إلتزام المدين في كل من الإلتزامين بإعلام الدّائن بمعلومات و بيانات معيّنة تساعد في اتّخاذ قرار اتّجاه موقف معين.

²⁴¹ - حبار أمال، المسؤوليّة العقديّة للمحامي - مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة وهران، ص 53.

²⁴² - Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, OP. CIT, P 853.

²⁴³ - زيه محمّد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات و تطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النّهضة العربيّة، مصر، 1982، ص 85.

إنّ تقديم المعلومات يكون بطريقة موضوعيّة و حياديّة دون أن تتضمن الحثّ إلى التّعاقّد، بينما تقديم النصيحة يتضمّن رأيا من طرف الدّائن من شأنه توجيه قرار المدين و هذا ما أدّى ببعض الفقه.²⁴⁴ إلى تأييد هذا الاختلاف و الاتفاق على صحة ذلك تأسيسا على أن النصيحة فضلا عن أنّها معلومة، فهي تتضمّن خبرة الدّائن الذي قدّمها، و تستند إلى فنّه و احترافه في مجال تخصّصه.

و لقد حاول الفقه²⁴⁵ في فرنسا أن يميّز بين الالتزام بالإعلام و بين الالتزام بالنصيحة و توصّل إلى أن هذا الأخير لا يكفي فيه الاستعلام من طرف المتعاقد و إنّما يجب أن يقترح المهني على المتعاقد الحلّ الأفضل الذي يعود عليه بالفائدة، أي أن النصيحة تهدف إلى إعطاء إعلام ملائم يتناسب مع حاجات المتعاقد مع المهني من أجل مساعدته على اتّخاذ القرار الصّائب و الذي يعود عليه بالمنفعة.

و الهدف من تقرير الالتزام بالنصيحة هو توجيه الدّائن و مساعدته في اتّخاذ القرار الصائب، و هذا ما أدّى بالفقه و القضاء إلى إلزام البنوك بتوجيه و إرشاد الزبائن إلى ما يحقّق مصالحهم الماليّة في ضوء العقود المبرمة بينهم و بين البنوك،²⁴⁶ بخلاف الهدف من تقرير الالتزام قبل التّعاقدي بالإعلام الذي يتمثّل في إحاطة الطّرف المقبل على التّعاقّد بكافة البيانات و المعلومات المتعلّقة بالمنتج أو الخدمة محلّ العقد المراد إبرامه من أجل رضا خالي من العيوب.

و عليه و بموجب الالتزام بالنصيحة فإنّ المهني لا يلتزم بإعلام المتعاقد معه فقط و إنّما يجب عليه أن يعرض الحلّ الأفضل لمصالحه، ممّا يعني أن المهني يكون ملزما ببذل عناية أكبر كقيامه ببعض الأبحاث كما هو الحال بالنسبة للموثّق الذي يبحث في صدق التوقيع الموجود في وكالة عرفيّة، أو قيام سمسار التّأمين بإجراءات معيّنة من أجل الحصول على شروط تعاقدية مفيدة لزبونه، و قيام الطّبيب بنصح المريض باستعمال الدّواء المقدم له في الوصفة الطبيّة.

و على خلاف الالتزام بالإعلام الذي لا نلاحظ فيه أهمية خاصّة لشخص المدين بهذا الالتزام على أساس أنّه إلزام عام يمكن تطبيقه على عدد كبير من أنواع العقود، نجد أن شخص المدين في الالتزام بالنصيحة له اعتبار في التّعاقّد بوصفه محترفا صاحب خبرة في مجال معيّن، و كلّما كان محلّ العقد تقنيّا كان الالتزام بالنصيحة واجبا.

3- الالتزام بالسلامة: Obligation de sécurité

²⁴⁴ - عمر محمّد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 217.

²⁴⁵ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, Dalloz, 5°, 2000, P 53.

²⁴⁶ - بن عديدة نبيل، المرجع السابق، ص 49.

إنّ السلامة في مجتمعاتنا المؤقتة أصبحت ضرورة أساسية، حيث أصبحنا نشهد تطورا متوازيا بين مجتمع مهني معقد و مستوى معقد و مرتفع من الحماية.

ظهر الالتزام بالسلامة في 1911²⁴⁷ في قرار لمحكمة النقض الفرنسية خاص بعقد نقل للأشخاص، و من ثم وسّع نطاقه إلى عدة عقود، فما هي معايير الالتزام بالسلامة و ما هي طبيعته؟

1.3 معايير الالتزام بالسلامة:

إنّ الالتزام بالسلامة هو التزام تبعي لالتزام رئيسي، يستوجب على المهني المدين عدم الإضرار بالغير.

1.1.3 الإلتزام بالسلامة إلتزام تبعي لإلتزام أساسي:

إنّ أول خاصية و معيار للإلتزام بالسلامة و هو أنه إلتزام تبعي لإلتزام رئيسي أو أساسي، حيث لا يمكن أن نجد إلتزاما بالسلامة لوحده، منفردا و لا نجد عقد السلامة حتى و إن أمكن وجوده في العقود الخاصة بالحراسة، و رغم أن الإلتزام بالسلامة إلتزام تبعي إلاّ أنه إلتزام مستقل عن ضمان العيوب الخفية في الشيء المباع، و لكن مجاله واسع فيما يخص الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة.²⁴⁸

إنّ الهدف من الإلتزام بالسلامة ضمان حماية قصوى للدائن ضدّ الأخطار التي تهدّد سلامته الجسدية، و ما يلاحظ على الإلتزام بالسلامة أننا نجد عادة في عقود الإذعان حيث يسلم الدائن نفسه لمهني له التحكم التام بمهنته و التي قد تهدّد سلامته.²⁴⁹

و لكن قد يحدث أحيانا أن نجد الإلتزام بالسلامة في عقود لا تشكل أي خطر على سلامة المتعاقد، كما هو الأمر بالنسبة لعقود الفندقية، و كما سبق و أن أشرت بأنّ الإلتزام بالسلامة إلتزام تبعي لإلتزام أصلي، فإنه في مثل هذه العقود لا بد أن لا يكون هدفه هو الاهتمام بالشخص و سبب ذلك و هو أنه إذا كان الشخص هو محل العقد فإنّ الأضرار الجسمانية التي قد يتعرض لها هذا الشخص ستدخل ضمن العقد، و بذلك تخرج عن نظام التقصير العقدي.²⁵⁰ فلما يلتزم المتعاقد بالاهتمام بالشخص أو بحراسته فإنه لا مجال للإلتزام بالسلامة هنا لأنّ إلتزام المتعاقد هنا هدفه هو حماية الشخص لأنّ هذا الشخص هو محل العقد لذا لا مجال للحديث عن إلتزام بالسلامة، فيما أن الشخص هو محل الإلتزام فلا مجال للإلتزام بالسلامة، أي أنه في الحالة العكسية، لما لا يكون محل

²⁴⁷-Cass, civ 21 nov 1911,n°1913-01.249.

²⁴⁸- C. Bloch, L'obligation contractuelle de sécurité, préf, R.Bout, PUAM, 2000, n°84 et s.

²⁴⁹-G. Viney et P. Jourdain. op. cit. p 542.

²⁵⁰-Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p841.

العقد هو الدائن المتعاقد، فإن المدين يجد نفسه ملزماً على الحفاظ على السلامة الجسمية للدائن و كذا الخدمة الموعودة.

إن الالتزام بالسلامة رغم أنه إلتزام تبعي إلا أنه إلتزام عقدي أي أنه إلتزام ناتج عن عقد، و لكن قبل البحث في وجود الإلتزام بالسلامة فإنه لا بدّ من معاينة الإلتزام الرئيسي و التأكد من تحمله له.²⁵¹

و لا بد من التذكير بأنه من الشروط الأساسية لإعمال نظام التقصير العقدي: لا يكفي حدوث ضرر بين شخصين يجمعهما عقد، و إنما لا بد أن ينتج هذا الضرر عن إخلال بأحد الإلتزامات الناتجة عن العقد، و إلا اعتبرت المسؤولية تقصيرية، و عليه فإنه بما أن الإلتزام بالسلامة إلتزام عقدي تبعي فإنّ المسؤولية المترتبة عن الإخلال به هي مسؤولية عقدية أو بالأحرى حسب الفقه الحديث فإنّ الإخلال به يعتبر تقصيراً عقدياً.²⁵²

2.1.3 الإلتزام بالسلامة إلتزام يقتضي عدم تعريض سلامة الغير لخطر:

إنّ الإلتزام بالسلامة هو إلتزام يخص عادة العقود التي يكون الدائن فيها معرضاً لخطر جسماني محدّد بفعل تنفيذ الإلتزامات الأساسية الناتجة عن العقد. مما يعني أنه لا يكون هناك وجود لهذا الإلتزام إذا لم يكن المتعاقد معرضاً لخطر، و بالدرجة الثانية، إنّ الإلتزام بالسلامة هو إلتزام متعلق بالأشخاص لا بالأشياء أي لا وجود لإلتزام بالسلامة فيما يخص الأشياء.²⁵³

2.3 طبيعة الإلتزام بالسلامة:

اعتبر الإلتزام بالسلامة في البداية إلتزاماً بتحقيق نتيجة (إرجاع المسافر سالماً) حيث كان يكفي المسافر إثبات وجود أضرار به، فيعتبر المدين مخلاً بإلتزامه ألا و هو إرجاع المسافر سالماً، مما يعني إخلاله بإلتزام بتحقيق نتيجة و لم يكن بإمكان الناقل إعفاء نفسه من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي خطأ الضحية أو فعل الغير.

و منذ أن وسع القضاء من مجال الإلتزام بالسلامة إلى عدّة عقود كعقود الفندقية، و عقود وكالات السفر و كذا عقود البيع و غيرها فإنه قلص من اعتبارها التزماً بتحقيق نتيجة إلى إلتزام ببذل عناية فقط، حيث أصبحت الضحية مجبرة على إثبات خطأ الطرف الآخر.²⁵⁴

²⁵¹-CA. Paris, 11 juin 2001, RCA 2001, n° 279, obs. L. Grynbrum .

²⁵²-J. Calais. Auloy et F Steinmetz, Op. cit, n°230, p 124.

²⁵³-Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p843.

²⁵⁴-P. Jourdain, « L'obligation de sécurité (à propos de quelques arrêts récentes) », Gazette palais 1997, p.288.

غير أن رأي القضاء تعرض لنقد لاذع من طرف الفقه²⁵⁵ لذا أصبحت طبيعة هذا الإلتزام غير محددة، مما أدى إلى انخراطه، لهذا ظهر اتجاه فقهي فسّر طبيعة الإلتزام بالسلامة على النحو الآتي: عندما يكون للضحية دور فعال في تنفيذ العقد، فإنّ الأمر هنا يتعلق بالإلتزام بالسلامة ذو طبيعة ببذل عناية، فعندما يحتفظ الدائن بحرية المشاركة في تنفيذ العملية، فإنّه يستحيل إعتبار الإلتزام إلتزاما بالسلامة طبيعته بتحقيق نتيجة، أما إذا تعاقد الدائن معتقدا عدم تعرضه لأي خطر بمشاركته الفعالة في تنفيذ العقد فإنّ هذا يفسر طبيعة الإلتزام بالسلامة بأنه بتحقيق نتيجة.

و بهذا أصبح معيار دور الضحية في تنفيذ العقد هو الذي يحدد طبيعة الإلتزام بالسلامة، فإذا كان دور الضحية فعالا فان طبيعة الإلتزام هي ببذل عناية، أمّا إذا لم يكن دوره فعالا فان طبيعة الإلتزام هي بتحقيق نتيجة.

إلا أن الفقهاء²⁵⁶ اختلفوا في ذلك و نشأ بينهم جدل على اعتبار دور الضحية فعالا أو غير فعال؟ فإن اعتبر فعالا، فهل يمكن اعتبار الحظ في التنفيذ مقبولا من قبل الدائن، أو بعبارة أخرى، هل كان الدائن على علم بكل الأخطار التي سيواجهها؟.

إن الإجابات الفقهية على هذه الأسئلة غير أكيدة، لهذا توصل الفقه أو يمكن اعتباره حلا وسطا، إلى انه إذا كان للإلتزام بالسلامة أهمية في العقد فطبيعته تكون بتحقيق نتيجة، أما إذا كان وجوده دون أهمية في العقد فإن طبيعته تكون ببذل عناية، غير أن هذا الجدل الفقهي لا زال قائما و إلى حدّ الساعة لم يصل بعد إلى حل أكيد.²⁵⁷

هذا فيما يخص الإلتزام بالسلامة بصفة عامة. و الآن سأعمل على دراسة الإلتزام بالسلامة بالنسبة للمهني المدين، هل هناك ما يتغير فيه أو هل هناك خصائص تخص المهني المدين دون غيره أم لا؟

إن الإلتزام بالسلامة طُبّق حديثا على أي شخص تعرض لأضرار جسمية بمناسبة نشاط مهني، كالشخص الذي يجد نفسه في محل مفتوح للجميع، فيتعرض إلى حادث سرقة، فأصحاب المحل ملزمون بتأمين السلامة اللازمة لكل الزبائن، فهذا التوسيع من مجال الإلتزام بالسلامة فيما يخص المهنيين يعتبر توسيعا تعسفيا لأنّ طبيعة الإلتزام بالسلامة هو أنّه إلتزام تبعي للإلتزام عقدي أصلي أو رئيسي.

²⁵⁵-Ibid, p290.

²⁵⁶-D. Mazeaud, «le régime de sécurité » ,GAZ. Palais, 1997, p 192.

²⁵⁷-Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p846 et s.

و إن الاعتراف بالالتزام بالسلامة فيما يخص المهني المدين يعبر عن مدى صرامة القانون في مواجهة المهنيين. بصفة خاصة، لأن الإلتزام بالسلامة يتضمن " ميكانيزم نقل الأخطار " (un) (mécanisme de transfert des risques) التي قد يتعرض إليها الضحية على عاتق المهني. و على هذا الأخير أن يضطلع على النتائج المترتبة عن ممارسته لنشاطه، غير أن الإلتزام بالسلامة في المجال المهني متفاوت حسب النشاط الذي يمارسه المهني و حسب درجة الخطر الذي يمثله هذا النشاط على جسم الإنسان.

4- الإلتزام بالمحافظة على السرّ المهني:

السرّ لغة هو ما يكنّه الإنسان في نفسه، و يقال بهذا المعنى " صدور الأحرار قبور للأسرار ". أما السرّ بمفهومه المهني، فهو صفة تخص كلّ ما يتّصل بعلم الإنسان بحكم مهنته أو فنّه، و يقع عليه إلتزام بعدم إفشائه، و الحفاظ على سرّ المهنة هو أول ما يقسم عليه المهني. و الواقع أن إلتزام المهني بالحفاظ على السرّ المهني كان مدعاة لاختلاف الفقه حينما اقتضى الأمر تحديد طبيعته القانونيّة، و قد نجحت عن ذلك عدّة آراء فقهية. فقد ذهب اتجاه أول إلى إدراج مسألة واجب الحفاظ على السرّ المهني ضمن الإلتزامات العقدية، و اعتبر أنّ أيّ إخلال من المحامي بهذا الواجب يؤدي إلى ترتيب المسؤولية العقدية في جانبه، و حجّته في ذلك أنّ العقد المبرم بين المهني و زبونه يرتب في ذمّته واجب المحافظة على السرّ المهني. أما الاتجاه الثاني، فيرى أنّ إلتزام المحامي بالمحافظة على السرّ المهني لا يجد مصدره في العقد المبرم بين المهني و زبونه ذاته، و إنّما يقع على عاتق المهني بالنظر إلى المهنة نفسها، و تفرضه عليه اعتبارات المصلحة العامّة، و هو ما يجعله بعيدا عن أي مصدر عقدي.

و بين هذين الاتجاهين، ذهب فريق ثالث في الفقه إلى أن الإلتزام بالمحافظة على السرّ المهني له طابع مزدوج، فهو يعتبر في جانب منه حصيلة العقد غير المسمّى القائم بين المهني و زبونه، و في نفس الوقت يتضمّن في جانبه الآخر ما يفرضه المجتمع على أرباب المهن من ضرورة حفاظهم على الأسرار التي تصل إلى علمهم بمناسبة أدائهم مهنتهم، و هو السبب الذي جعل المشرّع في الكثير من الدول يعرّض الشّخص الذي يفشي أسراراً موكله لعقوبة جزائية، و من أنصار هذا الاتجاه Charmantier في فرنسا الذي توصل من خلال دراسته التي أجراها في هذا الموضوع إلى نتيجة هامّة

لخصها في العبارة التالية: " نستخلص أن أساس السرّ المهني يكمن في عقد غير مسمّى معاقب على الإخلال به بنصّ قانوني يندرج ضمن النظام العام الثاني. "258

و بالرجوع إلى النظام القانوني الذي يحكم مهنة المحاماة في الجزائر، فإننا نلاحظ أن المشرّع الجزائري أورد هذا الالتزام الواقع على عاتق المحامي ضمن الباب العاشر من القانون رقم 04-91، المؤرخ في 08 جانفي 1991 المنظم لمهنة المحاماة في المادة 5/76 منه فنصّ على ما يلي: " و يجب عليه (المحامي) أن يكتّم سرّ المهنة "

كما أكد المشرّع الجزائري هذا الالتزام أيضا في آخر المادة 79 من نفس القانون و هو بصدده حديثه على التزام المحامي عن عدم إبلاغ الغير سواء كان خصما في الدّعى أو غيره بالمعلومات أو المستندات التي تتعلّق بالقضايا المسندة إليه للتّرافع فيها، فنص بصيغة مطلقة و قاطعة بقوله: " و في كلّ الحالات عليه أن يحافظ على أسرار موكله "

و إن إخلال المحامي بواجب المحافظة على السرّ المهني يؤدّي إلى ترتيب المسؤولية العقديّة في مواجهته بالنسبة لزبونه، و كلّ إخلال منه بهذا الواجب يعطي زبونه الحقّ في رفع دعوى التّعويض ضدّه جبرا للضرر الذي قد يلحقه بسبب إفشاء المحامي الأسرار التي وافاه بها زبونه و التي كان ملزما بالمحافظة عليها، و هو كذلك من أهمّ الالتزامات الملقاة على عاتق الموثّق، نصّت عليه المادة 11 من الأمر 27/88 المنظم للمهنة، و كذلك نصّت عليه المادة 32 من القرار الصادر بتاريخ 11 جويلية 1991 المتضمّن النظام الداخلي للمجلس الأعلى للتوثيق، و كذلك نصّت عليه المادة 58 من القرار المؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتضمّن النظام الداخلي للغرفة الجهويّة للموثّقين.

كلّ هذه النصوص تؤكّد على أنّ الموثّق ملزم بكتمان جميع المعلومات التي تحصل عليها بسبب الوظيفة التي يشغلها، و يعتبر هذا الالتزام أدبيا و أخلاقيا قبل أن يكون التزاما قانونيا، فالموثّق هو أمين السرّ، فهو يطّلع بحكم وظيفته على جميع الأسرار و الشّروط و المعاملات التي يقوم بها الأفراد، فمن غير الأخلاقي أن يقوم بالإفشاء بها.²⁵⁹

و رغم أن الالتزام بالسرّ المهني هو ملقى على فئة كبيرة من المهن و الوظائف إلا أنّه لا التشريع و لا الفقه و لا القضاء استطاع الوصول إلى تعريف دقيق لهذا الالتزام، ممّا جعل الموثّقين في وضع حرج، لأنهم بحكم مهنتهم و باعتبار أن الموثّق شاهد ممتاز فقد يستدعى للشهادة أمام المحكمة

²⁵⁸-Charmantier (André- Perraut), Le secret professionnel, ses limites et ses abus, Paris, 1926, P 234.

²⁵⁹ - محمد أمين مسعودي، المرجع السابق، ص 29.

من طرف احد المتعاقدين و ليس الغير، فهنا هل يجوز له الإدلاء بهذه المعلومات، أم لا يجوز له ذلك؟.

في هذه المسألة نفرق بين شهادة الموثق في القضايا المدنية و القضايا الجزائية، ففي القضايا المدنية، فالأطراف المتعاقدة أمام الموثق يجوز لها طلب هذا الأخير لتقديم شهادته حول عقود حرّرت أمامه، فهنا للموثق مطلق الحرية بين الكلام و السكوت، لأنه الوحيد الذي يقدر ما إذا كان الأمر يدخل في إطار السرّ المهني أم لا، لكنّه يُخشى عليه في حالة امتناعه عن الشّهادة إمكانية اتّهامه بالتواطؤ خصيصاً في حالة وجود تدليس أو غشّ، لأنّ هذا الأخير ملزم بتقديم النصّح و الإرشاد، و تنبيه الطّرف المدلّس عليه أو المغشوش إلى ما هو مغبون فيه.

أما في القضايا الجزائية فقد استقرّ الفقه و القضاء في هذه المسألة، فقد اعتبر القضاء أن الالتزام بالسرّ المهني هو إلتزام عام و مجرد، بينما اعتبر الفقه الإفشاء بالسرّ المهني هو خطر عمومي.

ففي المنازعات الجزائية لا يجوز حتّى للمتعاقدين إلزام الموثق بالشّهادة حول العقود التي حرّرها في مكتبه، حتّى و لو كانت معلومة من طرف العامّة.²⁶⁰

ثانياً: الإلتزامات الخاصة الناتجة صراحة أو ضمناً عن عقد مبرم من قبل مهني.

هناك إلتزامات عامة تقع على عاتق المهني (Erga Omnes) و هناك واجبات تقع على عاتقه لما يقبل بشروط خاصة بالالتزام في مواجهة متعاقد آخر(سواء أكان مهنيا أم شخصاً عادياً). فبمجرد تعاقد المهني فإن عدة إلتزامات وواجبات تشدد و أخرى تضاف إلى إلتزاماته العامة. يسميها الفقه الفرنسي ب: الإلتزامات الخاصة. أهم خاصية في هذه الإلتزامات هي ألاّ يكون مخطّط لها صراحة من قبل الطرفين (المتعاقدين)، هذه الإلتزامات الخاصة تنتج عن العقد معظمها يفترض في صاحبها حسن النية، و لهذا السبب يعتبر البعض من الفقه²⁶¹ بأنّها ليست إلتزامات عقدية فقط بل هي واجبات عقدية كذلك، هدفها تنفيذ الموضوع العقدي.

كما أن البعض من هذه الإلتزامات الخاصة تعتبر كلواحق للعقد (المادة 107 من القانون المدني الجزائري) و كما اعتبرها Philippe Jaque بأنّها قد تكون قواعد أمرّة أو مكّملة للعقد، هذه الإلتزامات الخاصة تنشأ عادة عن المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة، بعبارة أخرى و في

²⁶⁰ - وسيلة وراي، وظيفته التوثيق في النظام القانوني الجزائري، الجزائر، دار هومة، 2009، ص 230.

²⁶¹ -Philippe Jaque, Regard sur l'article 1135 du code civil Français, Dalloz, 2005, p301 et s.

جميع الحالات على القاضي مراجعة و معاينة العقد من أجل تحديد، ليس فقط، بماذا و كيف إلترم المهني و إنما أيضا بما تلزمه حسن النية و ما هي لواحق العقد الناتجة عن حسن النية للمهني المدين؟ و قبل دراسة هذه الالتزامات العقدية الخاصة فإنه لا بدّ من الحديث قليلا عن دور العقد بالنسبة للمهني، فبالنسبة للمهني الذي يكون على رأس مؤسسة، فإن العقد يعتبر وسيلة تنبؤ و وسيلة تصرّف و تقنية تسيير الأخطار.²⁶²

حيث يكون العقد عادة عبارة عن التزام بفعل أو الامتناع عن عمل، لأن ما يهم الدائن هو النشاط الذي سيطوره المهني المدين، و الاجتهادات التي سيسخرها و المتمثلة في الوسائل التقنية، الجسدية، العلمية و النفسية كذلك.

فإذا كان العقد تعبير عن الإرادة، فانه يعبر في الحقيقة عن مصلحة المتعاقدين مرسومة على شكل تعبير عن الإرادة، حيث تفسر ب: المتوقّعات المشروعة للدائن و على المدين عدم تخييب أمل الدائن.²⁶³

و كما هو معلوم كل عقد يمثّل الحرية في التعاقد، فحرية التعاقد هي عبارة عن مبدأ أساسي في العقود، و لكنه ليس بمبدأ له قيمة دستورية²⁶⁴ أي ليس مبدءا دستوريا، فكما اسماه الفقيه B.Matthieu "Un principe matriciel" فطبقا لهذا المبدأ كلّ طرف في العقد له إمكانية تعديل و تهئية التقديرات العقدية حسب مخططاته الخاصة التي يرسمها، حرية التعاقد هذه نجدها أيضا في عقود الأعمال، ففي العقود المبرمة بين مهني و متعاقد آخر (مهما كانت طبيعته سواء أكان شخصا عاديا، أو مهني من نفس التخصص أو من تخصص آخر) فان الأحكام الأساسية لهذه العقود إما يضعها القانون، و إما يجد المتعاقد الآخر نفسه مجبرا على الإذعان للشروط الموضوعية في العقد، (يتعلق الأمر هنا بعقود الإذعان) ففي الحالة الأخيرة فانه يتم التشديد من التزامات المهني.

إن حرية التعاقد لا تعفي المهني من إتمام مهامه على أحسن وجه، و يكون ذلك بإعمال جميع الوسائل التي يمتلكها. و بصفة عامة فان الطبيعة التعاقدية لا يمكن أن يتخلّى عنها للإرادة الفردية لكل طرف، و إنما يجب تسييرها من قبل قواعد تحمي الأموال و الأشخاص.²⁶⁵

1 - المبادئ التي تحكم ذوي المهن بالعملاء:

²⁶²-J. Flour, « quelques remarque sur l'évolution du formalisme », RTD civ, 1999, p 93 et s.

²⁶³ Ph. Jacque, op. cit, N° 181, 182, 183, p363, 364, 365, 366, 367.

²⁶⁴ B. Mathieu, « La promotion constitutionnelle de la liberté contractuelle en matière du droit de travail », Dalloz, 2003, chronique, p 639.

²⁶⁵-N. Balbo-izam, « Le professionnel face aux risques informatiques », LPA 11 Juillet 2001, p186 et s.

تعدّ المهنة الحرّة مرفقا عاما (Un service public) تخلّت الدولة عن إدارته لمؤسسة مهنيّة (كالنقابة المهنيّة مثلا) تركت لها تنظيم كميّة أداء هذه الخدمة للجمهور. فالغرض الأساسي من تنظيم المهنة هو ضمان حسن أداء الخدمة المهنيّة لجمهور المنتفعين بها، أي لعملاء المعني بالأمر و لذلك لم يكن غريبا أن تحتلّ علاقة المهني بعملائه حيّزا أساسيا ضمن قواعد الأخلاقيات في المهن المختلفة.

و الحقّ أن قواعد الأخلاقيات تفرض عديدا من الواجبات التي تثقل كاهل المهني في مواجهة العملاء، هذه الواجبات يمكن تكريسها في مبدئين أساسيين:

مبدأ النزاهة و اللياقة.

مبدأ التفاني في أداء الخدمة.

و سنتعرّض لتطبيق هذين المبدئين في بعض المهن.

1.1 النزاهة و اللياقة:

إنّ العلاقة التي تجمع بين المهني و بين العميل هي علاقة من يعلم بمن لا يعلم، علاقة الخبير بأمر المهنة بمن لا دراية له بهذه الأمور Le profane، فذوو المهنة لديه العلم و الخبرة بفنون مهنته، أما العميل فلا علم له، بأصول الأعمال المهنيّة و قواعدها. و لذلك يكون العميل مضطرا لوضع ثقته في المهني و تسليمه مقاليد الأمور معتمدا، ليس فقط على علمه و خبرته، و لكن أيضا، و بالدرجة الأولى، على ضميره و أمانته من اجل ذلك.

لم يكن غريبا أن تركز قواعد أخلاقيات المهنة على التزام المهني بالنزاهة و اللياقة اتّجاه عملائه.²⁶⁶ ففي مهنة المحاماة يلتزم المحامي باللياقة و النزاهة في جميع أعماله المهنيّة، و على وجه الخصوص في كلّ مرحلة من مراحل علاقته بالعملاء: عند الاستشارة، عند طلب المعلومات أو البيانات، و عند إخطار العميل بما صدر من حكم في الدّعوى المكلف بها.²⁶⁷

و لذلك تفرض قواعد أخلاقيات المهنة على المحامي أن يرفض الدّفاع عن المصالح المتعارضة أو عن مصلحة طرفي خصومه واحدة. كما يفرض عليه هذا الواجب أداء مهنته بدافع مناصرة الحق و نصرة المظلوم و التّجرّد عن أي هدف آخر، و لذلك يلتزم المحامي بان يدافع على المصالح التي تعهد

266 - جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص. 363.

267 - عبد اللطيف الحسيني، المرجع السابق، ص. 325.

إليه بكفاية و أن يبذل في ذلك غاية جهده و عنايته، و يفرض واجب اللياقة و النزاهة أيضا ألا يتوقف المحامي أمام المقدرة المالية للعميل ليمتنع عن الدفاع عنه إذا كان لا يستطيع بسبب فقره، أن يؤدي الأتعاب المطلوبة. و إذا انتدب المحامي للدفاع عن شخص منحت له المساعدة القضائية، و جب عليه أن يؤدي واجبه في الدفاع عنه بنفس العناية التي يبذلها إذا كان موكلا. و لا يجوز له التنحي عن مواصلة الدفاع إلا بعد استئذان المحكمة التي يتولى الدفاع أمامها.²⁶⁸

و إلى جانب ذلك، فإن واجب اللياقة و النزاهة يمنع على المحامي التعامل في الحقوق المتنازع عليها إذا كان يتولى الدفاع بشأنها.

و لا تقل مهنة الطب تمسكا بواجب النزاهة و اللياقة عن مهنة المحاماة، فمن مظاهر هذا الواجب التزام الطبيب أن يساوي بين مرضاه في الرعاية و لا يميز بينهم بسبب مركزهم الاجتماعي أو شعوره الشخصي نحوهم، بل يجب عليه أن يقدم المساعدة في جميع الظروف، و أن يلتزم موقفا لائقا و اعيا اتجاه أي شخص يعالجه.

و يفرض واجب اللياقة و النزاهة على الطبيب ألا يتدخل من دون سبب مهني في شؤون الأسرة أو في الحياة الخاصة لمرضاه. و تطبيقا لذلك يجب ألا يستغل صلته بالمريض و عائلته لتحقيق أغراض تتنافى مع كرامة المهنة.

كما يملي واجب اللياقة و النزاهة على الطبيب أن يحترم حق المريض في اختيار طبيبه، و أن ييسر له استخدام هذا الحق، و توجب اللياقة و النزاهة على الطبيب عند حدوث أخطاء مهنية تؤدي إلى وفاة المريض أن يقوم بنفسه بإبلاغ النيابة المختصة باعتباره مبلغا عن الوفاة، مع طلب إبداء رأي الطبيب الشرعي في الحالة.²⁶⁹

و يفرض واجب اللياقة و النزاهة على الصيادلة التزامات مماثلة لتلك التي يفرضها على الأطباء، لذلك يجب على الصيدلي ما يجب على الطبيب من مراعاة الاعتبارات الإنسانية، فلا يحرم المريض من دواء يعلم أن حياته أو سلامة صحته تتوقف عليه، مجرد عدم مقدرته على دفع ثمنه، كما يلتزم الصيدلي بتقديم المساعدة لكل مريض يقصده بصرف النظر عن عقيدته أو جنسه أو جنسيته أو غير ذلك من الاعتبارات.²⁷⁰

2.1. التفاني و الإخلاص في أداء الخدمة:

268 - محمد احمد لكو، مسؤولية المحامي المدنية و التأديبية و الجزائية، المجموعة المنحصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 2، ط. 2، 2004، ص. 73 و ما بعدها.

269 - جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص. 378 و 416. G. Viney et P. Jourdain, OP. CIT, P 416.

270 - جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص. 378.

ليس بكاف أن يلتزم المهني اللياقة و النزاهة في علاقته بالعميل، إنما يجب فوق ذلك، أن يلتزم بمنتهى الدقة في أداء الخدمة المطلوبة، و أن يبذل قصار جهده في الوصول إلى النتيجة التي يسعى العميل إلى تحصيلها، و تتضمن قواعد الأخلاقيات في المهن المختلفة نصوصاً تحث المهني على احترام الواجب.

فبالنسبة لمهنة المحاماة، فإنَّ أهم ما ينتظره الموكل عندما يتولَّى المحامي الدفاع عنه، أن يكون صادقاً مخلصاً معه، فلا يصحَّ أن يتولَّى المحامي أي قضية ما لم يكن واثقاً أنَّه يستطيع الدفاع عنها بشجاعة.

و يتجلى إخلاص المحامي في عمله لفائدة موكله، في البحث بعمق في واقع الدعوى الموكل فيها مادياً و قانونياً، و تكيفها و مدى مطابقتها للمواد القانونية، فالموكل مغبون على أمره، جاهل بالقانون، فهو يلجأ إلى محاميه فيضع بين يديه وثائقه و مستنداته و يوكله للدفاع عنه و التكلم بلسانه، باللسان القانوني الذي يملكه المحامي و الذي يفتقده الموكل، فهو بذلك يضع مصيره و حياته بين يدي المحامي نظراً لما يرى فيه من ثقة و كفاءة، و على المحامي أن يكون أهلاً لهذه الثقة، فهو مؤتمن على أمانة يجب أن يؤدِّيها، حتى و إن كان غير ملزم بتحقيق النتيجة التي ينتظرها الموكل، أي أنَّه عليه السعي و الإخلاص في تحقيقها، فإن أصاب فله أجران، و إن أخطأ فله أجر واحد، كما قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم- و هذا حديث يمكن القياس عليه لا سيما إذا كان المحامي في نصرة المظلوم فاجتهاده يؤجر عليه.

و يفرض واجب الإخلاص كذلك على المحامي أن يحافظ على سرية ما يدلي به العميل إليه من معلومات، فلا يطرحها في ساحة المحكمة إلا إذا كان العميل (الزبون) قد طلب منه إبداءها للدفاع عن مصالحه في الدعوى.

و في مهنة الصيدلة يفرض واجب الإخلاص و التفاني على الصيدلي أن يلتزم الدقة في صرف الأدوية التي وصفها الطبيب، و ألاَّ يخدع العميل أو يساومه لصرف أدوية بديلة، طالما أنَّه لا يوجد مبرر لذلك، كما يفرض عليه أن يتقيد بالأسعار المحددة و لا يتلاعب فيها. كذلك يجب على الصيدلي أن يمتنع عن إفشاء الأسرار التي أوثمن عليها أو التي مكَّنه علمه و خبرته من الحصول عليها إلا في حدود ما يقتضيه القانون.

و يجب أن ننوّه إلى أنَّ واجب الإخلاص يملي على الصيدلي التزاماً صار مع تطوّر العصر، على قدر كبير من الخطورة، ألا و هو الامتناع عن صرف الأدوية و المستحضرات الدوائية لغير غرض

التداوي، فلا يجوز مثلا صرف الأدوية المخدرة أو الحقن لمن يستخدمها في التعاطي، كما لا يجوز صرف الأدوية السامة لاستخدامها كسلاح لارتكاب الجرائم.²⁷¹

و تجدر الإشارة إلى أن قواعد أخلاقيات المهنة في فرنسا توجب على الصيدلي أن يُقدّم للمريض، في حدود معرفته و في غير حالة القوة القاهرة، الإسعافات اللازمة إذا كان يتعرّض للخطر و لم يكن من الممكن أن تقدّم له العناية الطبيّة في الحال.²⁷²

2 - الالتزام بالفعالية:

عندما يلجأ شخص ما إلى خدمات مهني، فلأنه يتمي أن يتحصّل على نتيجة (حتى في الالتزامات ببذل عناية) فهو يثق بفعالية فن المهني و سداد اختياراته.

إن الالتزام بالفعالية هي من نتائج إلتزام المتعاقد بالإخلاص، و أول ظهور لهذا الإلتزام هو على مستوى الوسائل التقنيّة المستعملة من قبل المهني سواء الوسائل العلميّة أو الوسائل المادية.

كما أن الإلتزام بالفعالية له علاقة بتخصّص المهني، فهو ملزم بمعرفة و احترام القانون و كل الأنظمة و القواعد التي تحكم مهنته، و كل مهني ملزم بتطبيق تعليمات المنظّمات المهنيّة، و يشترط في المهني معرفته الجيدة بمهنته و تحكّمه بها، ففي حالة عدم معرفته بها، فهنا يعتبر مخطئا لأن التخصّص التقني للمهني مفترض، بصفة لا تقبل إثبات العكس، و المهني الذي يقبل إتمام مهمة لا يمكنه إعفاء نفسه عن تقصيره في تنفيذه لالتزامه بإثبات عدم كفاءته المهنية في هذا المجال، و يشترط في المهني في بعض الحالات القدرة على التنبؤ خاصة فيما يخص الإلتزام بالمطابقة و السّلامة.²⁷³

و يدخل ضمن الإلتزام بالفعالية، التكوين المستمر للمهني، فالطبيب و الصيدلي و المحامي مثلا، ملزمون بالتكوين المستمر حتى يبقوا على اطلاع مستمر بالتطوّرات العلمية و القانونية من أجل استعمالهم لها أثناء تأدية وظائفهم، و كذلك من أجل إخطار المتعاقد معه بهذه المستجدّات و ضرورة العمل بها.²⁷⁴

إن المهني الحريص يحرص على إتمام كل الأعمال و التصرّفات الواجبة عليه و في الوقت المحدّد لذلك، كما قد يشترط في عمله في بعض الأحيان نوعا من السّرعة عندما تتطلّب الظروف ذلك،

²⁷¹ - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 376.

²⁷² - Antoine Leca , Droit pharmaceutique, Les études hospitalière, 2009, P 416.

¹Jourdain, « la responsabilité civile professionnelle, Dans la responsabilité professionnelle une spécificité réelle ou apparente, op. cit, LPA ,11-07-2001, p326.

²⁷⁴-Ph. Jacque, op.cit, p678.

كما هو الحال بالنسبة للطبيب الذي يتم الاتصال به لحالة طارئة²⁷⁵ لكن التسرع هو تصرف خاطئ، فالمهني المتسرع في اتخاذ قراراته و المتسرع في تصرفاته فان هذه الحالات قد تؤدي إلى قيام مسؤوليته.

الفقرة الثالثة: متغيرات الالتزامات المهنية. Les variables des obligations professionnelles.

متغيرات الالتزامات المهنية تستعمل من أجل تلطيف الالتزامات الثابتة، يمكن لهذه المتغيرات أن تكون متعلقة بالأشخاص بالنسبة للزبون كما هو الأمر كذلك بالنسبة للمهني، أو قد تكون متعلقة بالظروف.

أولاً: المتغيرات المتعلقة بالأشخاص:

1 - الزبون:

حتى و إن كان المهني ملزم بإعلام المتعاقد معه فان هذا لا يمنع من أن يستعلم بدوره(المتعاقد معه) في حدود قدرته « De non vigilantibus non curat praetor »
و فحوى هذه القاعدة هو إن القاضي يحكم لا يشفي المهمل، و قد قال Portalis في هذا الموضوع:

« Un homme qui traite avec un homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt prendre les informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui ; mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement la vie des hommes sous la surveillance de la loi ne serait qu'une longue et honteuse minorité et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition »²⁷⁶

و محتوى ما سبق ذكره هو أن كل شخص عندما يتعامل مع آخر، عليه أن يكون حذرا و حكيما، عليه أن يسهر على مصلحته، أن يأخذ كل المعلومات اللازمة و لا يهمل كل ما هو نافع،

²⁷⁵ -civ 1°, 15 Décembre 2009 : défaillance à cet égard : une intervention dans les trois minutes de la naissance aurait évité de graves dommages à un nouveau né.

²⁷⁶ -Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p922.

فهدف القانون هو حمايتنا من غشّ و خداع الغير، و ليس منعنا من القيام بكل ما هو في مصلحتنا. لأنه في حالة اعتبار القانون عكس ذلك، فان هذا سيؤدّي إلى قصور دائم في حياة الشّخص. و يعتبر واجب الاستعلام و كأنه قد تمّ إذا ما ظهر المتعاقد و كأنه قد استعلم، و ينتهي عندما يتم التأكيد بان المتعاقد قد استعلم فعلا.

1.1 على المتعاقد مع المهني أن يستعلم.

إنّ الدائن بالالتزام بالإعلام في بعض الحالات يجد نفسه مجبرا على الاستعلام و في هذه الحالات يعتبر جهله غير مشروع في مواجهة المهني، و هنا يكون المهني المدين معنى عن جزء من النتائج المترتبة عن التقصير العقدي و ذلك بسبب عدم استعلام الدائن.²⁷⁷

فالمهني غير ملزم بإعلام المتعاقد معه حول منتوجات منافسيه مثلا لان هذا العمل يقوم به المتعاقد نفسه، و من جهة أخرى فيما يخص ضمان العيوب الخفية فإن المشتري ملزم ببعض من الحيلة، فهو مجبر على تفحص البضاعة كتجريبها مثلا، هذا فيما يخص المتعاقد العادي، أما إذا كان المتعاقد مهنيًا من نفس التخصص فإنه يفترض فيه علمه بهذا العيب، أما العيب الخفي غير الممكن كشفه فإنه سواء أكان المتعاقد شخصا عاديا أم مهني من نفس التخصص، فإن هذا العيب يعني المتعاقد من واجب الاستعلام، على أن يكون شديد الحرص.

فقط الجهل المشروع هو الذي يعني المتعاقد من التزامه، و لتحديد هذا الجهل المشروع لا بد من تفحص الحالة الاجتماعية و خاصة المتعاقد (هل هو زبون عادي، أم مهني) و على كل طرف في العقد إظهار حرصه، لأنّ المهني إن أخلّ بالتزام بالنصيحة و الإعلام فإنّ هذا لا يعني الزبون من واجب الحيلة و الحرص.²⁷⁸

إن المهني غير معنى عن التزامه بالنصح بفعل أن المتعاقد معه مختص. و عدة قرارات أقرّت ذلك فيما يخص المحامي،²⁷⁹ الموثقين،²⁸⁰ أو مقدّمي الخدمات في مجال الإعلام الآلي.

2.1 المتعاقد قد استعلم.

إستعلام المتعاقد يكون قبل كل شيء من طرف المهني و مثال ذلك حول حدود منتج، عندما يقوم مصلح السيارات بإخطار الزبون بضرورة تغيير العجلات و غيرها من الحالات، و هنا فان العيب

²⁷⁷-P. Jourdain « le devoir de se renseigner », Dalloz 1983 ,chronique' p 139.

²⁷⁸civ 1°, 25 Mars 2003, n°99-15. 198.

²⁷⁹civ 1°, 12 Janvier 1999, n° 96-18.775.

²⁸⁰civ 1°, 29 Novembre 2005, n°02-14.628, et civ 1°, 3 Avril 2007, n° 06-12.831.

الخفي، يفقد هذه الصفة (الخفاء) في حالة إخبار المهني للمتعاقد معه بهذا العيب. و مثال ذلك عندما يقوم مُمَوّن آلات أو منتج جديد بإعلام المتعاقد معه باحتمال ظهور بعض العيوب. و قد يكون استعلام المتعاقد راجع بحكم التجربة، فأقدمية العلاقات العقدية بين الأطراف تلعب دور مسببات التخفيف، فإذا تعلق الأمر بمتعاقد كفؤ فإن الإلتزام بالإعلام يفقد شدته و مثال ذلك كالشخص الذي يشتري جهاز كمبيوتر معتاد على استعمال مثل هذه الأجهزة، فإنه يعتبر مستعلما بسبب كونه مالكا لجهاز كمبيوتر سابق.

و لا يعتبر العيب الذي ليس أكيدا و لكن احتمال ظهوره معلوم لدى المشتري فإذا كان المشتري على علم بهذه المساوئ و الأخطاء التي يمكن حدوثها في ظروف معينة، فإنّ النتائج المترتبة تقع على عاتقه.²⁸¹

و في حالة وجود شروط تعسفية في العقد فإنّ الأحكام الخاصة بهذه الشروط لا تطبق على الزبون المهني الذي يتعاقد لتلبية حاجات خاصة بنشاطه المهني، أما إذا كان الزبون شخصا عاديا فإنها تطبق.

3.1 المتعاقد يتصرف و كأنه قد استعلم.

يخفف إلتزام المهني بالإعلام لما يتصرف المتعاقد معه كأنه قد استعلم، فإنّ هذه الحالة تخفف و تخفي تقصير المهني، بصفة عامة، كل تدخل لزبون متخصص في المجال الذي يتعاقد فيه يخفف أو بعبارة أخرى يخفي، تقصير المهني، سواء أكان التدخل خاطئا أو ناتجا عن شرط وارد في العقد، لكن هذا التدخل لا يكون فعالا إذا قام به زبون غير مختص.²⁸²

و قد يقبل الزبون في بعض الحالات بمخاطر قد تنتج عن عقد مبرم من طرفه، فهذه الحالة ينطبق عليها ما يخص تدخل المهني المختص في عقد، أي أن الحالة الأولى شبيهة للثانية مما يؤدي إلى تخفيف تقصير المهني، و مثال ذلك، مهني يقدم طلب الحصول على نظام إعلام آلي كامل، و الذي يقرر أن يقوم ببرمجته شخصيا حسب حاجاته، فإن مسؤولية الممون هنا هي مخففة.²⁸³

إنّ الفرق بين التدخل و القبول بالمخاطر هو أنّ التدخل له علاقة بتخصص الزبون، أما الحالة الثانية، فإنّ تخصص الزبون لا يؤخذ بعين الاعتبار لأنّ الزبون قَبِلَ بالمخاطر و هو عالم بها كل العلم لذا هنا تخفف مسؤولية المهني.²⁸⁴

²⁸¹ Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p924.

²⁸² - Com. 28 Novembre 2000,98-14.748.

²⁸³ - CA Paris. 23 Mars 1993, n° 89-24.823.

²⁸⁴ - Viney et Jourdain. op. cit. p 900.

2- المهني:

حاليا إن الطرف القوي في العقود ليس دائما الشخص الذي نتق به أي ليس بالضرورة المنتج أو الممون أو غيرهما، لأنه يمكن أن يكون الطرف القوي في العقود هو الزبون فجهل المهني يمكن أن يكون لأسباب متعددة، إما لأنه لا يعرف حاجات زبونه، أو أنه لا يمكن أن يعرف بسبب الحالة التقنية الراهنة، فهذه الحالات كلها تخفف من مسؤولية المهني.

1.2- المهني لا يعلم شيئا عن حاجات زبونه

في عدة عقود فإن الإعلام لا بد أن يكون متبادلا، فالإخلاص لا يكون من طرف واحد، فعلى المهني أثناء المحادثات أن يحدد الخصائص النوعية، الأداءات و غيرها من الأشياء التي يتوقعها الطرف المتعاقد معه.

ففي قرار لمحكمة النقض الفرنسية حول وكلاء السفر، بأنه على الزبون جلب اهتمامهم حول كل عنصر محدد لاختياره.²⁸⁵ و بعبارة أخرى فإنه لا بدّ من إثراء حوار بين الطرفين اللذين عليهم أن يتعاونوا و يستعلموا فيما بينهم. و حسب المعلومات المقدمة من قبل الزبون، فإنه إذا أكد المهني قدرة تحقيقه النتيجة المنتظرة من قبل الزبون، فإنه هنا لا تقوم مسؤوليته إذا كان التقصير ناتجا بسبب خطأ في المعلومات المقدّمة.²⁸⁶

غير أن هذا الحوار الذي يقوم بين المهني و زبونه لا تكون له أهمية إذا كانت هناك علاقة عمل تجمع بين الطرفين منذ أمد بعيد، ففي هذه الحالة يفترض في المهني علمه بحاجات زبونه بحكم قدم العلاقة التي تجمع بينه و بين زبونه.²⁸⁷ بعبارة أخرى فإنّ قدم العلاقات العقدية يعيق التخفيف من التزامات المهني، بل تؤدّي إلى تشديد الالتزام بالنصيحة.

2.2- لا يمكن للمهني معرفة حاجات زبونه بسبب الحالة التقنية الراهنة.

إنآخر الملاحظات كشفت بأنه بسبب التطوّرات الرّاهنة، فإنّه في بعض الحالات يجد المهني نفسه غير مواكب لهذه التقنيات الحديثة، مما يؤدي إلى عدم قدرته على معرفة حاجات زبونه النهائية. فهنا

²⁸⁵-civ 1°, 26 juin 1998, n° 9117-987.

²⁸⁶-Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p1000 .

²⁸⁷-CA. Paris, 24 Decembre 2005, Expertises.

لا يمكن متابعتها على أساس إخلاله بالتزامه بالإعلام أو بإعلامه المتعاقد معه إعلاما ناقصا، لأنّ جهله هنا يعتبر مشروعاً.

و يترتب عن الجهل المشروع النتائج التالية:

ضمان العيوب الخفية لا دور له هنا عندما يستعمل الزبون الشّيء لأعمال غير مطابقة لطبيعته، إلا إذا أخطر المهني بذلك، فإنّ هذا الحق هنا محفوظ.²⁸⁸

إذا طالب الزبون بتجربة الشّيء، فهنا لا يمكنه الاشتكاء من النتائج.

إذا قبل الزبون ببعض المخاطر و هو عالم بإمكانية حصولها.

3.2 حالة تعدّد المهنيين

في مواجهة تعدّد مهّمته، فإن المهني يجد نفسه مجبراً في بعض الحالات على الاستعانة بمختصّين، فإنّ هذه المجموعة المهنية هي اتحاد و لكن ليس له الشخصية المعنوية، هذا الاتحاد يفترض فيه اتحاد التخصصات لكل طرف مهني فيه. و هذا الاتحاد يمتاز بميزتين، تقاسم المهام، من أجل إتمام نشاط مشترك و داخل هذه المجموعة كل مهني ملزم بالتعاون مع الآخر، و إمداده بكلّ معلومة مفيدة و مهمّة.

و قد أضاف القضاء بأنّ الالتزام بالتّصح قد يمتدّ إلى بقيّة المهنيين عندما تكون أعمالهم متتابعة و متعلّقة ببعضها، و عند غياب عقد فيما بينهم فإنّ الإخلال بهذا الواجب يقيم المسؤولية التقصيرية. مسؤولية هؤلاء المهنيين هي مسؤولية شخصية، سواء فيما بينهم، في مواجهة الغير أو في مواجهة زبائنهم. فعندما يتدخل عدّة مهنيين في عقد، فإنّ مسؤوليتهم محتملة، حيث يمكن أن تقوم مسؤوليتهم رغم عدم وجود تسلسل فيما بينهم.²⁸⁹

في الحقيقة لا تضامن في المادّة العقدية، لكن هناك استثناءات:

إذا اشترط التضامن في المسؤولية في العقد.

التضامن مفترض في المادّة التجارية.

بقوّة القانون و حسب ما ينصّ عليه القانون.

²⁸⁸-com, 19 Mars 2007, n° 95-10.020.

²⁸⁹- Jourdain, la responsabilité professionnelle une spécificité réelle ou apparente, op, cit , p 334.

و أخيراً يمكن للقضاء الحكم بمسؤولية تضامنية بين مدينين ملزمين بالتزامين مختلفين من اجل تحقيق عمل واحد(الأول عقدياً، و الآخر تقصيريّاً) و لكن بعقدين مختلفين كما هو الشأن بالنسبة لمهندس معماري و مقاول.²⁹⁰

ثانياً: المتغيرات الخاصة بالظروف.

بعد دراسة التغيرات الخاصة بالأشخاص و المتعلقة بخرتهم و معرفتهم و غيرها، فإنّ هناك أسباب أخرى تلتفّ و تخفّف من المسؤولية المهنية، هذه الأسباب تتعلّق بالظروف التي تمّ فيها التعاقد، هذه الظروف تسمح للقاضي بأن يخفّف من شدّة التعويض عن الأضرار المنسوبة للمهني.

1 - المجانية

تكون المجانية في بعض الحالات عامل تخفيف لالتزامات المهني بما انه في مثل هذه الظروف لا يبدو و كأنه يتصرّف كمهني بما أن هدفه الرئيسي ليس هو تحقيق الربح، لكن هذه القاعدة ليست عامة، لأن مجانية الخدمة لا تأثير لها عند قيام المسؤولية.²⁹¹

2 - المصادفة و الطوارئ.

تلعب المصادفة نفس دور المجانية، فمصادفة استعمال منتج من طرف الزبون مع قبوله لهذا الاستعمال، تنقص و تخفّف من مسؤولية المهني، بصفة عامة المصادفة تمنع من أن يعتبر الالتزام بتحقيق نتيجة.²⁹²

و من جهة أخرى إن حالة الطوارئ تعفي المهني جزئياً من مسؤوليته كأن يجد الطيب نفسه مجبراً على إجراء عملية جراحية دون الحصول على رضا المريض و ذلك لأن حالته حرجة و غير قادر على التعبير عن رضاه.²⁹³

و ما يلاحظ على الطوارئ أنّها شبيهة بالقوة القاهرة، غير أنّه لحدّ الآن لم يفصل الفقه بعد في هذه الإشكالية.

3 - العادات.

إن العادات و قواعد أخلاقيات المهنة يمكن أن تخفّف من الالتزامات المهنية، و إن الاستعمالات تسمح بتجاوز نسبة معيّنة من عدم توفر نظام ما، أي أنّ المهني هنا يجد نفسه

²⁹⁰ - Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p927.

²⁹¹ - Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit, p930.

²⁹² - CA. Paris, 16 Octobre 1998 : à propos de la sensibilité exceptionnelle et un prévisible d'un client à un médicament .

²⁹³ - Viney et Jourdain, op. cit. p 89 et s.

معفى من عدّة أعمال يفرضها عليه التزامه.

و لكن الاستعمالات المهنية و النشاطات المعتادة للمهني يمكن أن تلزمه ضمناً، و أنّ خرق هذا الاستعمال المهني أو العادة المهنية تشدّد من مسؤوليته.²⁹⁴

إن عدم احترام قواعد أخلاقيات المهنة ليس سبباً من أسباب بطلان العقد، و لا يفسر منح التعويض عن الأضرار إلا إذا سبّب عدم الاحترام ضرراً، و لكن عدم الاحترام قد يؤدي إلى عقوبة تأديبية مهنية.

المطلب الثاني

نظام المسؤولية المدنية للمهني المدين ضمن الوسط المهني.

النظام القانوني الذي يخضع له المهني أثناء ممارسته لنشاطه المهني هو نظام قانوني خاص و متميز، لأنه لا تقوم مسؤولية المهني في مواجهة المتعاقد معه فقط و إنما تتعداه إلى قيام مسؤوليته المدنية في حال مخالفته للمبادئ التي تحكم المهنيين بعضهم ببعض، أو إذا ماخالف المهني الواجبات الملقاة على عاتقه اتجاه المهنة ذاتها.

هذا ما سنراه فيما يلي:

الفرع الأول: المبادئ التي تحكم علاقة ذوي المهن بعضهم ببعض.

تعدّ علاقة ذوي المهنة بعضهم ببعض أولى المسائل التي تتناولها قواعد أخلاقيات المهنة بالتنظيم، حيث ترسى مجموعة من المبادئ تكفل من ناحية الحفاظ على وشائج المودّة بين أولي المهنة الواحدة و التعاون و المساعدة المتبادلة، و تؤكد من ناحية أخرى استقلال المهني في مباشرته لأعمال مهنته و تحمّله المسؤولية عن هذه الأعمال.

²⁹⁴ -La convention de vienne du 11 Avril 1980 sur la vente International de marchandises art 8 .

و على هذا الأساس يمكن القول بأنّ العلاقة بين أولى المهنة الواحدة تحكمها مبادئ أربع أساسية، و هي كالآتي:

مبدأ اللياقة في التعامل و المحافظة على و شائج المودّة.

مبدأ التّعاون و المساعدة المتبادلة.

مبدأ استقلال المهني في مباشرته لأعمال مهنته.

مبدأ المسؤولية الشّخصية لكلّ مهني عمّا يقوم به من أعمال.

الفقرة الأولى: اللياقة في التعامل و المحافظة على و شائج المودّة.

فأصحاب المهنة الواحدة يُكوّنون مجموعة متجانسة علمياً و ثقافياً، فهم يُمثّلون أسرة واحدة يسودها الودّ و التّعاون، كما أن هذه المجموعة تحتلّ مكانة مرموقة في السّلم الاجتماعي، لهذا يفترض في علاقة أصحاب المهنة بعضهم ببعض، نموذجاً يُتّدى في اللياقة و حسن التّعامل، و تعكس قواعد الأخلاقيات في المهن المختلفة هذه الفكرة في نصوص عديدة.²⁹⁵

فقد نصّت المادّة 65 من النّظام الدّاهلي لمهنة المحاماة و ما يليها على واجبات المحامي اتّجاه زملائه، فقد أقرت كلّ من المادّتين 69 و 72 من نفس القانون على أنّه يجب أن تسود علاقات المحامين بعضهم ببعض روح الرّمالة و الاحترام و التّوفير و التّعاون و الثّقة و التّضامن، و تحتمّ عليهم أن يتعاونوا على توفير الوفاق الأخوي بينهم، و تطبيقاً لهذا المبدأ، فإنّه لا يجوز للمحامي أن يتحدّث عن زميل له و أن ينسب إليه ما يحطّ من قدره أو يُشكّك في مقدرته و علمه سواء أمام الموكّلين أو غيرهم، و يوجب القانون على المحامين عند حدوث خلاف مهني بينهم أن يدلّوا ما في وسعهم لحلّ النزاع بطرق سلمية.

و الأصل أنّه يجب أن يراعي المحامي في معاملته لزملائه ما تقضي به قواعد اللياقة و تقاليد المحاماة، و فيما عدا الدّعاوي المستعجلة، يجب على المحامي الذي يريد مقاضاة زميل له، أن يستأذن التّقابة الفرعية التي يتبعها هذا الزّميل، كما لا يجوز في غير هذه الدّعاوي و حالات الادعاء بالحق المدني أن يقبل الوكالة في دعوى أو شكوى مقدّمه ضدّ زميل له إلا بعد استئذان التّقابة الفرعية التي

يتبعها المحامي، و إذا لم يصدر الإذن في الحالتين خلال خمسة عشر يوماً، يكون للمحامي اتّخاذ ما يراه من إجراءات.²⁹⁶

و في المعنى نفسه ذهب ميثاق الشرف الصّادر عن نقابة الصّحفيّين المصريّين في مادّته السادسة إلى أن " شرف المهنة و آدابها و أسرارها أمانة في عنق الصّحفيّين، و عليهم التقيّد بواجبات الزّمانة في معالجة الخلافات التي تنشأ بينهم أثناء العمل أو بسببه" و تجعل المادّة السابعة نقابة الصّحفيّين الإطار الشّرعي الذي تتوحد فيه جهود الصّحفيّين دفاعاً عن المهنة و حقوقها، و هي المجال الطّبيعي لفضّ المنازعات بين أعضائها و تأمين حقوقهم المشروعة، و في إطار واجب اللياقة كذلك تقضي المادّة 13 بوجوب أن " يمتنع الصّحفيّون في علاقاتهم المهنيّة عن كافّة أشكال التّجريح الشّخصي و الإساءة الماديّة أو المعنويّة بما في ذلك استغلال السّلطة أو النّفوذ في إهدار الحقوق الثّابتة لزملائهم، أو في مخالفة الضّمير المهني".

و يُؤكّد قانون 92-276.²⁹⁷ المتضمّن مدوّنة أخلاقيات مهنة الطّب على أن علاقة المنتسبين لمهنة الطّب، الصّيادلة و جراحة الأسنان بعضهم ببعض يجب أن تُبنى على المودّة و التّعاون (المادّة 59 و ما بعدها من مدوّنة أخلاقيات مهنة الطّب) و تبعاً لذلك فإنّ الصّيدي أو الطّبيب أو جراح الأسنان، لا يسيء إلى زملائه سواء بالانتقاص من مكانتهم العلميّة أو الأدبية أو بأي وسيلة أخرى، كما لا يجوز لأي طبيب أن يسعى لمزاحمة زميل له بطريقة غير كريمة في أي عمل يتعلّق بالمهنة. و يضيف هذا القانون أنّه إذا حلّ طبيب محلّ طبيب آخر في عيادة، فعليه ألاّ يحاول استغلال هذا الوضع لصالحه الشّخصي، أي لا يجوز له الاستيلاء على المرضى الذين يتعاملون مع الزميل الذي حلّ محله، و يضيف هذا القانون وجوب تسويّة أي خلاف ينشأ بين الأطباء أو الصّيادلة في شؤون المهنة بالطّرق الوديّة، و إذا تعدّ ذلك وجب رفع الأمر إلى التّقابة الفرعيّة.

أما تقنين أخلاقيات مهنة الطّب في فرنسا فقد كرّس الفصل الثّالث لعلاقة الأطباء بعضهم ببعض و علاقاتهم بأعضاء المهن الطّبيّة الأخرى حيث وضعت المادّة 56 المبدأ الذي يجب أن يهيمن على علاقة الأطباء بعضهم ببعض، حين قرّرت في فقرتها الأولى أنّه يجب أن تسود بين الأطباء علاقة زمالة جيّدة Lesrapports de bonne confraternité و ربّبت الفقرة الثّانية على ذلك أن الطّبيب

²⁹⁶ - حبار آمال، المرجع السابق، ص 98.

²⁹⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 هـ الموافق ل 06 جويلية 1992 المتضمّن مدوّنة أخلاقيات الطّب، جريدة رسمي رقم 52 سنة 1992.

الذي يوجد نزاع بينه و بين زميل له يجب أن يسعى للمصالحة التي تتم عند الاقتضاء بواسطة مجلس النقابة الإقليمية، و أضافت الفقرة الثالثة أن الأطباء يلتزمون بالمساعدة المتبادلة في أوقات الشدة.²⁹⁸

الفقرة الثانية: التعاون و المساعدة المتبادلة.

لا يمكن أن تقوم مودّة صادقة بين ذوي المهنة ما لم تقم العلاقة بينهم على التعاون و المساعدة المتبادلة، و هو ما أكدته قواعد الأخلاقيات في المهن المختلفة.

فعلاقة المحامين مثلاً، تبني على روح الرّمالة و الاحترام و التّوفير و التّعاون و الثّقة و التّضامن، حيث لا يجوز للمحامي أن يرفض الحضور منابة عن زميل آخر له إلا إذا كان هناك مانع قانوني لذلك، و يظهر واجب المساعدة في الطّروف الصّعبة، كالمرض أو الوفاة، و في إطار واجب التّعاون و المساعدة فإنّ القانون يلزم المحامي بتقديم الرّأي لكلّ من يطلب منه ذلك من زملائه الجدد، إلا إذا تعارض ذلك مع مصلحة موكله.²⁹⁹

و في مجال المهن الطّبيّة، فإنّ مدوّنات أخلاقيات مهنة الطّب تقضي بان العلاقة بين الأطباء لا بدّ أن تقوم على أسس من التّعاون على أداء الواجب كحالة دعوة طبيب لمراجعة مريض يتولّى علاجه طبيب آخر استحاله حضوره، فبمجرّد عودة هذا الأخير فإنّه يجب على الطّبيب الأول إفساح المجال له من أجل متابعة معالجة مريضه. على أن يقوم بإبلاغه بكلّ الإجراءات التي اتّخذها أثناء غيابه.³⁰⁰ و قد أبرز القانون الفرنسي فكرة التّعاون بين الأطباء في عدّة مجالات:

المجال الأول:

تتعلّق بحالة استشارة طبيب آخر خلاف الطّبيب الذي يقوم بالعلاج . هذه الاستشارة قد تتمّ بمبادرة من المريض نفسه الذي يتوجّه إلى طبيب آخر لطلب رأيه، و قد تتمّ الإستشارة باقتراح من الطّبيب الذي يقدر أن حالة المريض تستدعي ذلك.

المجال الثاني:

تتعلّق بحالة استدعاء طبيب لرؤية مريض على وجه الإستعجال، فإذا اتّضح لهذا الطّبيب أن المريض يُراجع عند طبيب آخر، فإنّه يجب على الطّبيب المستدعي أن يوجّه إلى هذا الطّبيب مباشرة أو بواسطة مريضه، رسالة تتضمّن خلاصة عن تدخّله و ما أشار به من وصفات، و يجب أن يحتفظ لديه بصورة من هذه الرّسالة.

²⁹⁸-Hoquet Berg Sophie, Les obligations du médecin, RTD CIV, 11 Juin 2006, p.23.

²⁹⁹ - حبار أمال ، المرجع السابق، ص 103.

³⁰⁰ - بورويس العريج، الخبرة الطّبيّة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة، المركز الجامعي، بشّار، السنة الجامعيّة، 2007-2008، ص 163.

المجال الثالث:

تخصّ حالة التّعاون بين مجموعة من الأطباء في فحص مريض واحد أو علاجه إذ توجب مدوّنة أخلاقيات مهنة الطّب على هؤلاء الأطباء أن يكونوا على اتّصال مستمر و أن يتبادلوا المعلومات بشأن حالة المريض.

الفقرة الثالثة: الاستقلال المهني.

يعدّ الاستقلال المهني (L'indépendance professionnelle) دعامة أساسية من دعائم ممارسة المهنة الحرّة، فالمهني شخص مؤهل علميًّا و فنيًّا و على درجة عالية من التخصصّ توجب أن يكون هو الحكم الوحيد في كلّ ما يقوم به من أعمال مهنيّة، و لا يجوز تبعا لذلك، أن يخضع فيما يتعلّق بمباشرة المهنة للوصاية من أي جهة كانت، فالممارسة المهنيّة لا تعرف مبدأ التّبعية الرئاسيّة الذي يُعدّ قاعدة في الوظيفة الإدارية، فالعمل المهني ينهض على قاعدة أخرى مؤدّاه استقلال المهني في مباشرته لأعمال مهنته و تحمّله المسؤولية عن هذه الأعمال.³⁰¹

و تحصر قواعد أخلاقيات المهنة على تأكيد مبدأ استقلال المهني في القيام بأعمال مهنته، فتقنين أخلاقيات مهنة الطّب في فرنسا يتضمّن نصًّا صريحًا- نصّ المادّة الخامسة- يضع مبدأ عامًّا يقتضي بأنه لا يجوز للطّبيب أن يتنازل عن استقلاله المهني بأي صورة من الصّور.³⁰²

إلاّ أنّ الأمر لم يقف عند تقنين أخلاقيات المهنة، لأنّ المشرّع لم يكتف بتقرير المبدأ في التشريع الفرعي أو اللائحي و إنّما طبّق هذا المبدأ في نصوص عديدة تتعلّق جميعًا، بحالات التّعاون بين الأطباء أو الممارسة المشتركة لمهنة الطّب.

فالمادّة 91 من تقنين أخلاقيات المهنة الفرنسي تقرّر أنّه في حالة ممارسة الطّب في شكل شركة مدنيّة مهنيّة (Société civile professionnelle) فإنّ عقد الشّركة يجب أن يكون مكتوبًا، و أن يتضمّن تأكيدًا لاحترام الاستقلال المهني لكلّ طبيب من الشّركاء.

و قد كرّس هذا المبدأ بالنسبة للمحاميين حيث منحه قانون 04-91 المتضمّن تنظيم مهنة المحاماة كلّ الحرّيّة في ممارسة واجبه هذا اتّجاه زبونه، على أن يتمّ كلّ ذلك في إطار مهمّته المحدّدة في القانون بعدم تجاوز حدود الدّفاع، و في إطار أحكام العقد الذي يرتبط فيه مع زبونه و مثل هذا الاستقلال عادة لا يتمتّع به الشّخص الذي يضع خدماته في تصرّف الآخرين، و هنا نشير إلى أنّ مبدأ

³⁰¹-G.Viney et P. Jourdain, op.cit., p. 834.

استقلالية المحامي في علاقته مع زبونه قد تكرس أيضا في قانون 31 ديسمبر 1971 الفرنسي، و في المادة السابعة منه التي اعتبرت أن مهنة المحامي هي مهنة حرّة و مستقلة. و عليه يبدو كلّ نشاط للمحامي يؤثّر على هذه الاستقلالية أو على الصّفة الحرّة للمهنة متعارضا مع هذا المبدأ، و إن كان صحيحا أن كلّ نشاط مقابل أتعاب المحامي يتعارض مع مبدأ استقلاليته، فإنّه يكون من الأولى بالنّسبة للزّيون الجاهل بأصول القانون و المرافعة أن يحترم استقلالية المحامي في مرافعاته و في هذا مصلحة له.³⁰³

و فعليا فإنّ هذا الأمر يتعلّق بوظيفة العدالة نفسها و التي يعتبر المحامي فيها احد مساعديها و احد العاملين في إطارها، و الواقع أن تبرير استقلالية المحامي في ممارسته لحقّ الدّفاع بمواجهة زبونه من جهة و حصر القانون لحقّ التّرافع به دون غيره من جهة ثانية، إنّما يمثّل نوعا من أنواع الحصانة. و أخيرا فإنّ ميثاق الشّرف الصّحفي يتضمّن عدّة نصوص ترمي إلى حماية حرّية الصّحفي و استقلاله في أداء عمله من ذلك التأكيد على أنّه لا يجوز أن يكون مباشرة الصّحفي لمهنته أو ممارسته للحقّ في نقد الشّخصيات العامّة أو من في حكمها، أو نشر للمعلومات أو للأخبار التي يعتقد صحتها سببا لمعاقبته أو المساس بأمنه و استقلاليته.³⁰⁴

الفقرة الرابعة: المسؤولية الشخصية.

إذا كانت الممارسة المهنية تقوم على مبدأ استقلال المهني في كلّ ما يتعلّق بالجوانب الفنيّة لعمله، فإنّه يكون طبيعيا أن يتحمّل كلّ مهني المسؤولية الشخصية عمّا يتّخذ من قرارات و ما يقوم به من أعمال، فالاستقلال المهني على الأقل في النّطاق الفئّي ينفي فكرة التّبعيّة التي تجعل الغير يتحمّل المسؤولية عن أعمال ذي المهنة بحسبان هذا الأخير تابعا له.³⁰⁵ و لذلك فإنّ قواعد الأخلاقيات في بعض المهن تركّز، بشكل واضح على إبراز فكرة مسؤولية المهني عن أعماله الشخصية. فكما هو الشأن بالنّسبة للطّبيب و المحامي، و الصّيدلي، و الصّحفي و غيرهم من المهن، فإنّ القانون الخاص بكلّ مهنة يضع مبدأ عاما للمسؤولية الشخصية للمهني عن كل عمل من أعماله المهنية.

الفرع الثاني: المبادئ التي تحكم واجبات المهني اتّجاه المهنة ذاتها.

³⁰³ - Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, op.cit., p. 1399.

³⁰⁴ - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص 361.

³⁰⁵ - نفس المرجع السابق الذّكر.

يقع على عاتق المهني واجبان أساسيان يحدّدان علاقته بالمهنة التي يمارسها، فالمهني يلتزم من ناحية بالمحافظة على كرامة المهنة و عدم القيام بأي تصرف يؤدي إلى الخط من قدرها وهو يلتزم من ناحية أخرى بالابتعاد، قدر الإمكان، عن الأساليب التجاريّة في ممارسة المهنة.

الفقرة الأولى: المحافظة على كرامة المهنة.

يعدّ المهني مرآة للمهنة التي يمارسها، و لذلك يجب أن يعكس، سواء في كفيّة أداءه لعمله أو في حياته الخاصّة، مستوى معيّن من السلوك يتناسب مع مكانته الاجتماعيّة و يرفع من قدر المهنة التي ينتمي إليها. حيث يقرّر قانون أخلاقيات مهنة الطّب على أنّه يجب على الطّبيب أن يراعي الدقّة و الأمانة في جميع تصرّفاته و أن يحافظ على كرامته و كرامة المهنة، كما أضاف قانون أخلاقيات مهنة الطّب الفرنسي بأنه يجب على الطّبيب أن يمتنع عن كلّ عمل يؤدي إلى الخطّ من قدر المهنة.³⁰⁶ و في إطار المحافظة على كرامة المهنة فأنّه يجب على الطّبيب أن يمتنع عن بعض الأعمال التي تعدّ من قبيل التّصرّفات التي تحطّ من كرامة المهني، و بالتّالي من كرامة مهنته.³⁰⁷ فلا يجوز للطّبيب أن يضع تقريراً أو شهادة تغاير الحقيقة.

و لا يجوز له الاستعانة بالوسطاء لاستغلال المهنة.

و لا يجوز له استعمال اسمه في ترويج الأدوية أو مختلف أنواع العلاج.

و لا يجوز له إعاره اسمه لأغراض تجاريّة.

كما لا يجوز له استعمال وسائل غير علميّة في مزاوله المهنة.

كذلك الأمر بالنسبة لمهنة المحاماة، فالمهنة التي يمارسها تلقي عليه التزامات و أخلاق عليه التحلّي بها، و مثال ذلك الشرف و الاستقامة، فهذا الالتزام هو أدبي و أخلاقي لكنّه أصبح قانوني.³⁰⁸ فعلى المحامي أن يكون مستقيماً، لطيفاً في أعماله و كلامه و مواقفه، فعليه أن يمتنع عن أي تصرف من شأنه الخطّ من سمعته، أو الإساءة إلى كرامته و بالتّالي الإساءة إلى كرامة المهنة، فعلى المحامي أن يسلك السلوك الوفي الكريم في خدمة العدالة.³⁰⁹

306 - بورويس العريج، الخبرة الطبيّة، المرجع السابق، ص 123.

307 - جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص 373.

308 - المادة 2/59 من النظام الداخلي للمهنة.

309 - المادة 76 من النظام الداخلي للمهنة.

و قد جاء في نصّ المادة 87 من القانون المنظم مهنة المحاماة الجزائري، أنّه يمنع على المحامي ممارسة وظيفة إدارية إلى جانب ممارسته مهنة المحاماة، و اعتبرها منافية لقيم المهنة، غير أنّه في المادة 87 من هذا القانون أجازت له تدريس الحقوق في إطار التشريع المعمول به، و هو ما أكدته المادة 2/94 من النظام الداخلي. و لعلّ الحكمة في هذا الاستثناء هو أن يفيد المحامي طلبته بخبرته العلميّة و التّطبيقية في مجال القانون.

و إذا كان الحفاظ على كرامة المهنة يملي على المهني سلوكا معينا فيما يقوم به من أعمال مهنيّة، فإنّ السّؤال يثور عمّا إذا كانت قواعد أخلاقيات المهنة يمكن أن تتناول ما يصدر عنه من تصرّفات خارج هذه الدّائرة، أي متعلّقا بحياته الخاصّة؟

كمبدأ عام، فإنّ الحياة الخاصّة تقع بمنأى عن التّنظيم الذي تضعه قواعد أخلاقيات المهنة، لأنّ الأصل في هذه القواعد، أنّها تتناول ما يتعلّق بالممارسة المهنيّة، أي سلوك المهني لدى قيامه بأعمال مهنته، و لا شأن لها بما يصدر عنه من تصرّفات تتصل بعلاقاته الشّخصيّة و بحياته الخاصّة. و لكن ما يلاحظ على قواعد أخلاقيات المهنة أنّها جاءت تحوي عبارات تتناول سلوك المهنيين حتّى في خارج الدّائرة المحدّدة لممارسة الأعمال المهنيّة.

و في هذا المعنى، استقرّ قضاء التّأديب الخاص بالمحامين في فرنسا على توقيع جزاءات تأديبية ضد المحامي الذي أدين جنائيا عن أفعال لا تتعلّق بأعمال مهنيّة، و لكنّها تؤدّي إلى إهدار كرامة المهنة، كالمحامي الذي أدين لسرقة زجاجات المشروبات الرّوحيّة من أحد الأسواق.³¹⁰

الفقرة الثانية: تجنّب الأساليب التجاريّة في ممارسة المهنة.

لا يستطيع أحد أن ينكر على ذي المهنة حقه في الحصول على دخل مباشرة مهنته، و لذلك يجعل له القانون الحقّ في الحصول على الأتعاب أو الأجر، و يمنحه ضمانات معيّنة تيسّر له الحصول على أجره، و لكن يبقى مع ذلك، للمهنة كرامتها التي تمنع من تحويلها إلى مجرد سلعة تستخدم الوسائل التجاريّة لترويجها و اجتذاب العملاء نحوها و زيادة الطّلب عليها، و لهذا كان طبيعيا أن تتّجه قواعد أخلاقيات المهنة إلى حظر اللّجوء إلى الأساليب التجاريّة في ممارسة المهنة. و نذكر من هذه الأساليب الدّعاية التجاريّة و السّعي لاجتذاب العملاء، و اتّفاق التنازل عن جزء من الأجر.³¹¹

³¹⁰ - جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص 378.

³¹¹ - أحمد شوقي عبد الرحمن، المؤجع السابق، ص 93.

فالدّعاية (La publicité) و هي عبارة عن فنّ التأثير في نفسيّة الجمهور، باستخدام وسائل معيّنة لإقناعه بسلعة أو بخدمة ما، و هي كثيرا ما تنطوي على مبالغات و تشويه للحقيقة التي نادرا ما ترمي الدّعاية إلى عرضها، و لذلك كان طبيعيا ألا يُسمح لهذا التّضليل الإعلامي بالتسرّب إلى مهن ينظر إليها بالدّرجة الأولى على أنّها تمثّل خدمات عامّة للجمهور، أضف إلى ذلك أنّ ثمة مبدأ أساسيا يحكم علاقة المهنيين بالعملاء، ألا وهو مبدأ حرّية العميل في اختيار المهني الذي يعهد إليه بمصلحه، و لا شك أنّ المبالغة في استخدام وسائل الدّعاية لاجتذاب العملاء نحو مهني معيّن تؤدي إلى تضليل العميل، و تؤثر تبعا لذلك في قدرته على الاختيار و تهدر حقّا أساسيا من حقوقه. لذلك تتفق قواعد الأخلاقيات في المهن المختلفة على نبد استعمال المهني لوسائل الدّعاية بقصد اجتذاب العملاء إليه.³¹²

ففي مجال مهنة الطّب تضع المادّة 19 من التّقنين أخلاقيات المهنة في فرنسا مبدأ يقضي بعدم جواز مباشرة الطّب كتجارة.

« La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce. »

و تمنع المادّة نفسها في فقرتها الثانية، كلّ وسائل الدّعاية المباشرة و غير المباشرة، و على وجه الخصوص أي تجهيزات و إرشادات تعطي لمحل الممارسة مظهرا تجاريا. لكنّه يجوز للطّيب عند فتح العيادة أو نقلها أو التغيّب عنها الإعلان على ذلك، على أنّ لا يبالغ في هذا، و منعا للمبالغة الإعلانية يحدّد القانون البيانات التي يجوز للطّيب أن يذكرها في مطبوعاته و تذاكره الطبيّة و اللافتة التي يعلّقها، إذ يجب أن يقتصر في كلّ ذلك على ذكر اسمه و لقبه و عنوانه و ألقابه العلميّة و الشرفيّة و نوع تخصّصه، و يجب أن تكون جميع هذه البيانات مطابقة للحقيقة و لما هو مقيّد بسجلات النّقابة.³¹³

و رغم أنّ قواعد أخلاقيات مهنة الحمامة لم تتضمن التفاصيل التي تضمّنتها قواعد الأخلاقيات الطبيّة، إلا أنّ هذه القواعد تظلّ صالحة للتطبيق بالنسبة للمحامين، فالحمامة مهنة لها وقارها و قداستها، و يجب أن تستهدف نصرة المظلوم و إظهار الحقّ و مساعدة العدالة، لهذا فلا بدّ ان يتجنّب من يمارسها كلّ القيم الماديّة الرّخيصة و على وجه الخصوص يجب أن يترفع عن أساليب الخداع الإعلاني من اجل اجتذاب العملاء أو الحصول منهم على بعض المزايا.³¹⁴

³¹² - جابر محبوب علي، المرجع السابق، ص 379.

³¹³-Philippe Le Tourneau.,droit de la responsabilité et des contrats ,op.cit.p.1654.

³¹⁴ - المسؤولية العقدية للمحامي، المرجع السابق، ص 96.

أما في فرنسا، فالرأي مستقرّ على التّفرة بين نوعين من الدّعاية أو الإعلان:
الدّعاية الجماعية (La publicité collective)، و هذه طبيعّية بل ضروريّة، فنقابات
المحاميين لها الحقّ بالتّعريف بالمهنة و إمكانيّاتها.

الدّعاية الشّخصية (La publicité personnelle) فقد كانت لعهد قريب محظورة تماما، فلم
يكن للمحامي الحقّ في طبع مقالات دعائيّة أو توزيع بطاقات تحمل اسمه و عنوانه، و لكن الأمور
تطوّرت منذ صدور قانون 31 مارس 1971 حيث أجازت الدّعاية التّنويريّة، أي تلك التي تعرّف
بالمحامي و محلّه و منعت من الدّعاية التجاريّة كتوزيع منشورات أو دعوات إلى إعطاء استشارات مجانيّة
أو لصالح فئات اجتماعيّة معيّنة، لأنّها تعتبر كغرض لجذب العملاء.

أما فيما يخصّ ترغيب العملاء، فهي وسيلة منعتها قواعد الأخلاقيات لاعتبارها تجاريّة، و من ثمّ
تخطّ من كرامة المهنة، و يقصد بترغيب العملاء استعمال المهني لوسائل معيّنة تهدف إلى إغراء أفراد
الجمهور عن طريق مزايا مختلفة يمنحها لهم، لكي يصبحوا من عملائه أو لكي يستمرّوا كذلك.
تقسيم الأجر هو وسيلة حظرتها قواعد أخلاقيات المهنة بحسبانها وسيلة تجاريّة تخطّ من كرامة
المهنة والمقصود بها أن يتخلّى المهني بمقتضى اتّفاق عن جزء من أجره لشخص آخر، مهني أو غير
مهني بالمقابل قيام هذا الأخير بالترويج له و جلب العملاء إليه، و يرجع الحظر إلى سببين:
السبب الأول أن الإتّفاق على تقسيم الأجر يتضمّن الاستيلاء على مبلغ من المال
من العميل عن طريق الخديعة.

السبب الثاني أنّ الاتّفاق يتعارض تماما مع الأخلاق، لأنّ الزّبون كان يعتقد أنّ الشّخص الذي
اتّبع نصيحته قد وجهه إلى مهني معيّن بسبب ما يتمتّع به هذا الأخير من قيمة مهنيّة و أخلاقيّة، و
ليس لأنّ هناك اتّفاق سابق على تقسيم الأجر، يحصل بمقتضاه من أسدى النّصيحة على ثمنها من
العميل ذاته.

بهذا أكون ساهمت و لو بجزء بسيط على محاولة تسليط الضوء على النظام القانوني للمسؤولية
المدنية للمهني المدّين، و بعد هذا أنتقل في الحين إلى تطبيق ما توصلت إليه في هذه الدراسة على
تطبيقه على مهنيين و هما الطبيب و الصيدلي.

الفصل الثاني

تطبيقات المسؤولية المدنية للمهني المدين (الطبيب و الصيدلي نموذجاً).

بعد أن درست خصائص المسؤولية المدنية للمهني المدين، ارتأيت أن أطبق هذه الدراسة على مهنيين و قد وقع اختياري على كل من الطبيب و الصيدلي و لهذا سأقسم دراستي لهذا الفصل إلى جزأين الأول أخصه للأطباء و الثاني للصيدالة.

المبحث الأول : خصائص المسؤولية المدنية للطبيب.

« Infirmité de la justice humaine! Le juge ne peut, comme Dieu sonder les cœurs et les reins ! A travers les cœurs et les reins, glisse pourtant la conduite du médecin » René Savatier

الطب و القانون من أقدم النشاطات الإنسانية. و الثنائي الذي يشكلانه هو أقدم ثنائي. غير أن علاقة الطبّ و القانون هي علاقة يتخللها التوتر. فحسب العبارة التي جاء بها "Carbonnier" كل واحد يدافع عن نفسه ولا أحد يحاول البحث عن الحقيقة.

¹ "Chacun combatte pour lui même et nullement pour la vérité"

و على النطاق القانوني. فإنه يجوز متابعة الطبيب على ممارسته المهنية أمام قضاء مختلف، على أساس قواعد قانونية مختلفة، حيث يمكن متابعة الطبيب باتهامه بخرق قاعدة قانونية جزائية، و كطبيب يمكن معاقبته أمام قضاء تأديبي و متابعته بسبب خرقه لأحكام قانون أخلاقيات مهنة الطبّ. كما يجوز للمريض مطالبة الطّبيب بتعويض الأضرار التي تعرّض لها و الناتجة عن تصرف طبي معيب. و لكن لا بدّ من الإشارة بأن التصرف إمّا يكون صادراً عن طبيب يعمل في مستشفى عام فالمسؤولية هنا هي إدارية، و إمّا أنه صادر عن طبيب يمارس مهنته في مستشفى خاص فالمسؤولية هنا هي مدنية لذا فإنه لا بدّ من الحديث عن مسؤوليات الطبيب، بدل مسؤوليته.

لكن يقتصر بحثي عن المسؤولية المدنية للطبيب. لهذا سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين أدرس في الأول المسؤولية القائمة على أساس الخطأ أما الثاني فسأخصه لدراسة المسؤولية بدون خطأ.

المطلب الأول: المسؤولية القائمة على أساس الخطأ:

¹-OssoukineAbdelhafid, Traité de droit médical, Publication du laboratoire de Droit et des nouvelles Technologies ,Université d'Oran, 2003, p.13.

إن المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات هي المسؤولية التقليدية في المادة التقصيرية رغم أن مجالها تقلص لكنها بقيت محافظة على مكانتها، و إنَّ قانون المسؤولية القائمة على أساس الخطأ الواجب الإثبات هو شامل في تطبيقه، حيث يجوز تطبيقه في جميع الفرضيات، إلا إذا كان هناك نص يخالف ذلك.

و عليه فإنَّ تأثير المسؤولية بخطأ هو غير محدود، حيث تلعب هذه المسؤولية الدور الشافي لثغرات القانون و عدم كفايته، الغرض منها أيضا هو حماية الضحية، و قد أعتيد على تسميتها بالمسؤولية عن الفعل الشخصي أو المسؤولية الشخصية. و هذا الفعل لا بد أن يكون خطأ حتى يمنح القانون للضحية الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن خطأ الغير.²

الفرع الأول: الخطأ شرط أساسي لقيام مسؤولية الطبيب.

لقد كانت المسؤولية الطبية قبل صدور قانون 4 مارس 2002 في فرنسا خاضعة للعناصر الثلاث المكونة للمسؤولية ألا و هي: الخطأ، الضرر، و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر. فإذا أصيب مريض بشلل نصفي بعد أن عولج على مستوى الشريان السباتي بعملية جراحية، فلم يكن بالإمكان إقامة مسؤولية الجراح، إذا كانت طريقة إجراء العملية و الرعاية التي قدمت له مطابقة لما تنص عليه المهنة، و أن الوسائل المستعملة لإجراء العملية خالية من أي عيب، و قد فحصها المهني قبل استعمالها، و بهذا فإنَّ الخطأ شرط أساسي لقيام المسؤولية و سأعمل على تحليل هذا فيما يلي:

الفقرة الأولى: محاولة توحيد طبيعة المسؤولية الطبية.

أولا: التخفيف من التفرقة بين المسؤولية التقصيرية و العقدية.

إن الاجتهاد القضائي الفرنسي و عند صدور قانون 4 مارس 2002 اعترف من جديد بمبدأ الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية و ذلك بسبب نشوء عقد بين الطبيب و المريض، معظم الأحيان. فالطبيب الذي يعمل ضمن القطاع الخاص، و الذي يمارس عادة عمله في عيادة أو مؤسسة خاصة، تتحدد علاقته بالمريض في هذه الحالة بنشوء عقد بينهما، على أنه لا بد من الإشارة أنه يمكن أن تكون العيادة مسيرة من قبل طبيب لوحده أو بعض من زملائه، و من أجل تحديد نظام المسؤولية المدنية في هذه الحالة فإنه قد تأخذ الممارسة المشتركة للمهنة عدة أشكال قانونية.³ أبسط

² - B. deBertier-Lestrade, "Des fautes sans responsabilité", LPA 2005, p.5.

³ -V.G.Memeteau, Traité de la responsabilité médicale, Les études hospitalière, Bordeaux, 2006, p.59.

شكل هو العقد الذي يحدد الممارسة المشتركة للمهنة دون تحديد الأرباح، و هذا العقد لا يغير من المسؤولية الشخصية لكل طبيب، أما أعقد شكل هي الشركة المدنية المهنية أو شركة مساهمة. ففي حالة ما إذا اعتبر كلا النظامين كمارسين للمهنة كما هو الحال بالنسبة للأطباء الشركاء، فالمسؤولية هنا مسؤولية مشتركة، فمسؤولية الطبيب منفذ العقد يمكن أن تقوم في نفس الوقت و مسؤولية الشركة.⁴

و لكن يمكن أن يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول طبيعة المسؤولية، إذا نشأ العقد بين الشركة و المريض فقط، فإنّ المسؤولية هنا هي مسؤولية عقدية فيما يخص الشركة، و تقصيرية فيما يخص الطبيب لعدم وجود عقد يجمع بينه و بين المريض.

و لكن كيف تفسر العلاقة التي تجمع بين الطبيب و المريض؟ يمكن لتحديد هذه العلاقة الرجوع لأحكام قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير، لأن الشركة تعمل على تعيين أطباء شركاء يقدمون للمريض العلاج اللازم و المطابق لما ينص عليه العلم. ففي الحياة العملية، يأخذ المريض موعداً مع الطبيب و من هنا فإنّه يمكن اعتبار أنّ هناك عقداً يجمع بين الطبيب و المريض حتى و إن لم يكن مكتوباً (كأن يتفق الطبيب و المريض على موعد العملية دون كتابة ذلك).

و قد يقدم العلاج في عيادة خاصة، و التي تعتبر شركة أو مؤسسة تجارية محضة، فإنّ زبائنها يعتبرون زبائن للأطباء الشركاء في هذه الشركة، لهذا فإنّ العلاقة التعاقدية التي تجمعهم هي علاقة ثلاثية.⁵

و فيما يخص المؤسسات الإستشفائية العمومية، فإنّ مسؤولية الأطباء عن التصرفات الطبية التي يقومون بها تخضع لقواعد القانون الخاص، و بعبارة أخرى فإنّ الأطباء ملزمون عقدياً بتعويض الأضرار عن كل خطأ يرتكبونه عند تنفيذ أي تصرف طبيّ، موازاة لذلك، فإنّ الخدمة العمومية الإستشفائية تتم متابعتها أمام القضاء الإداري عن هذه الأخطاء و التي تفسر بسوء التسيير أو تسيير معيب للمشفى.⁶

إن التحليل العقدي غير كاف حتى تأخذ بعين الاعتبار كل الأسباب التي تلزم الطبيب على أن يقدم العلاج للمريض، لأنه هناك حالات يجد الطبيب نفسه ملزماً على تقديم العلاج لمريض في حالة خطر لا يمكنه التعبير عن رضاه، و لا أقاربه بإمكانهم ذلك، أو بالنسبة للطبيب الجراح، خلال إجراءاته

⁴-Annick Dorsner-Dolivet, la responsabilité du médecin, economica, 2006, p.30.

⁵-Annick Dorsner-Dolivet, op.cit, p.31.

⁶-Durieu-Diebolt, La responsabilité Médicale, Les études hospitalières, 2007,p.15.

عملية جراحية، يكتشف شيئاً جديداً يلزمه على إجراء عملية جراحية ثانية مختلفة عن تلك التي أبدى المريض بشأها رضاه. ففي مثل هذه الحالات فإنّ مسؤولية الطبيب طبيعتها.

و هناك حالة أين يعالج المريض فيها من طرف طبيب لم يقم هو باختياره و لم يلتق به أصلاً، و يتعلق الأمر هنا بالطبيب الأجير الذي يعمل في المؤسسات العلاجية فإنّ العقد يبرم بين المريض و المؤسسة لا بين الطبيب و المريض، فالمسؤولية هنا هي تقصيرية عندما يتم إبطال العقد على أساس عدم مشروعية محله أو بسبب وجود عيب في الرضا.⁷

و في حالات أخرى، رغم وجود عقد مبرم بين الطبيب و المريض فإنّ المسؤولية القائمة هنا يمكن أن تكون تقصيرية، لأنه يمكن أن يحدث ضرر خارج الدائرة العقدية (أي أن يتم تحديد الأضرار المتوقع حدوثها ضمن العقد) كأن يتعلق الضرر هنا بكل ما يمس الذمة المالية و النفسية للمريض و كذا كل ما يمس في شخصه (كأن تتم سرقة معدن ثمين ملك للمريض خلال إجراء عملية له) و يشترط في هذا الضرر ألا تكون له علاقة بالعقد أي بأن لا يكون من نتائج عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بتنفيذه.

و لا بد من التذكير بأنه عند نشوء العقد، فإنّه يلزم الأطراف فقط لا الغير طبقاً لأحكام المادة 1134م.الموافقة للمادة 106م.ج فينتج عن هذا استثناء للمسؤولية العقدية عندما يتوفى الضحية المباشر للخطأ الطبي، حيث يتمثل ورثته كضحية غير مباشرة للنشاط الطبي، و يمارسون دعوى تعويض للأضرار الشخصية التي لحقتهم، فترفع هذه الدعوى باسمهم الخاص و إن لم يكن هناك ما يمنعهم من رفع الدعوى باسم مورثهم.⁸

كما أن قضاء الغرفة الجنائية يتجاهل العقد عندما يجد الضرر مصدره في خطأ طبي طبيعته خطأً جنائياً، غير أن هذا الحل يبدو معاكساً لما جاء به قرار Mercier⁹ و الذي أخذ بالطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية.

إن قيام المسؤولية يعني بالضرورة حصول خطأ يحدث ضرراً بالغير ، لأن الخطأ الذي يرتكبه الطبيب من الناحية التأصيلية لا يخرج على أن يكون خطأً عقدياً أو خطأً تقصيرياً، إذ أن هذا الأخير هو إخلال بالتزام قانوني، أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالتزام عقدي، و قد يكون هذا الالتزام إلتزاماً بتحقيق نتيجة، كما قد يكون إلتزاماً ببذل عناية، أما الإلتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأً في

⁷-ibid,p.33.

⁸-AnnickDorsner-Dolivet, Op.cit, p.33.

⁹-Cass. Civ, 20 mai 1936, Mercier.

المسؤولية التقصيرية، فهو دائما إلتزام ببذل عناية ، و هو أن يتوخى الشخص في سلوكه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير.

فإذا انحرف عن هذا السلوك و كانت لديه القدرة على التمييز بحيث يتبين الانحراف من عدمه، كان هذا التصرف المنحرف خطأ يستوجب المسؤولية و هذا ما استقرت عليه القواعد العامة.¹⁰ و بالنسبة للأطباء فإنّ تقسيم الخطأ إلى مهني جسيم و عقدي يسير كان الهدف من ورائه إعفاء الأطباء من المسؤولية إلا إذا كان الخطأ المرتكب جسيما، و لا يكفي لقياس جسامته الخطأ حسب بعض من الفقه و القضاء أن يتحقق ضرر هام، إذ أن خطأ تافها قد يؤدي إلى كوارث كبيرة، و غني عن البيان أنّ جسامته الخطأ تزداد و تنقص كلما زاد توقع الشخص لاحتمال وقوع الضرر أو نقص، و قياسا على ذلك يمكن القول أنّ خطأ الطبيب الجسيم هو ذلك السلوك الذي يرى طبيب يقظ آخر من ذات المستوى و في نفس الظروف الخارجية أنّه من المحتمل أن يحدث أضرارا و مع ذلك يقوم به، فدرجة جسامته خطأ الطبيب تقدر بدرجة احتمال حدوث الأضرار للمريض، و العكس إذ كلما قلّ احتمال وقوع الضرر كلما خفّت درجة الخطأ و قلّته.¹¹

غير أن تبني فكرة الخطأ المهني الجسيم سرعان ما اندثرت و فقدت كثيرا من بريقها على إثر الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936.¹² فهذا القرار يحوي تعليمتين: الأولى تتعلق بنشوء عقد بين الطبيب و المريض و الثانية تخص ضرورة إثبات خطأ من أجل إقامة مسؤولية الطبيب، فكما جاء في هذا القرار و قرارات أخرى من بعده.¹³

فإنّ العقد المبرم بين الطبيب و المريض يضع على عاتق الطبيب التزاما بتقديم العلاج للمريض و الذي يقع على عاتقه بدوره التزام و هو دفع أتعاب الطبيب، هذا العقد هو عقد مدني و لا يمكن أن يكون تجاريا.

أي أنّ المسؤولية الطبية كانت دائما متعلقة بإثبات خطأ الطبيب في إتمامه العلاج، فطالب التعويض عليه إثبات أن الطبيب قد أخلّ بالتزامه ببذل عناية، بمعنى آخر إخلال الطبيب بالتزامه ببذل عناية تفترض إثبات غياب العلاج و ليس شفاء المريض. لكن بصدور قانون 4 مارس 2002 في فرنسا فإنّها أبقت على الخطأ كمفتاح للمسؤولية الطبية.

¹⁰-رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2007 . ص. 178.

¹¹- راييس محمد ، المرجع السابق ، ص. 180 .

¹²-Arrêt Mercier, Les Grandes Décisions du Droit Médical, LGDJ, 2009 ,p.128.

¹³-Cass. Req, 28 Janvier 1942, Teysier, cass. Civ, 9 oct. 2001 .

هذا المبدأ يطبق على جميع مهنيي الصحة، سواء أكانوا يعملون ضمن القطاع الخاص أو القطاع العام، غير أنّ هذا المبدأ ليس مجرداً بل يقبل استثناءات جاء بها القضاء و ذلك فيما يخص المنتوجات الطبية و عدوى المحيط بالمستشفى.¹⁴

و خلاصة القول أنّ اشتراط توافر الخطأ الجسيم لكي تتعدد المسؤولية المدنية و تقوم في مواجهة الطبيب لم يعد شرطاً مأخوذاً به، بل أنّ الفقه و القضاء هجره و اكتفيا بوجود الخطأ سواء كان جسيماً لا يغتفر أو بسيطاً. و الملاحظ أن اجتهاد القضاء يسير في اتجاه توسيع مظاهر خطأ الأطباء.¹⁵

أمّا في الجزائر فإنّ القضاء يعمل عادة على معرفة ما إذا كان خطأ الطبيب يمكن تفاديه أو لا يمكن تفاديه و المعيار المتخذ لذلك هو دراسة ما إذا كان تصرف الطبيب تصرفاً عادياً أو غير ذلك. فإذا كانت آثار العلاج مطابقة للقاعدة العامة ، فإنّ عدم الحيطة و الإهمال في تصرفه لا بد أن يتم إثباتها من طرف الضحية، بما أنّه ليس هناك ما يفترض خطأ المدين ، أمّا في الحالة العكسية أي عند عدم مطابقة العلاج لقواعد الصحة العامة فإنّ عدم الحيطة و الإهمال في تصرف الطبيب يفترض و لا يكون على ضحية التصرف الطبي إثبات ذلك.¹⁶

بل إنّ المشرع الجزائري أقر مسؤولية الطبيب عن الخطأ المهني حتى في حالة إذا لم يتسبب هذا الخطأ في أي ضرر كان، غير أن المسؤولية في هذه الحالة الأخيرة لا تعدو أن تكون مسؤولية تأديبية. إن القول أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أيّ خطأ حتى إذا كان يسيراً جداً، بينما لا تقوم المسؤولية العقدية إذا كان الخطأ يسيراً جداً أو تافهاً، فما يلاحظ عدم صحة هذا القول لأنّ أيّ إخلال بالتزام عقدي يعد خطأً، مهما كانت درجة الالتزام المخل به و مهما كان نوعه، و بناءً على ما تقدم فإنّ مجرد توافر الخطأ كيفما كان و بناءً على استقراء نصوص قانون الصحة فإنّه يوجب مسؤولية الطبيب المدنية، و لا يشترط أبداً أن يكون هذا الخطأ المهني جسيماً، بل يكفي أن يكون هناك خطأ، حتى و إن كان هذا الخطأ مفترضاً.¹⁷

ثانياً: إبقاء التمييز بين الخطأ المرفقي و الخطأ الشخصي:

¹⁴-Sophie Hocquet- Berg, Bruno Py, La responsabilité du médecin, h. d. f, 2006, p.16 et suite.

¹⁵- راس محمد، المرجع السابق ، ص. 182.

¹⁶-OussoukineAbdelhafid, Op cit, p.156 et suite.

¹⁷- راس محمد، المرجع السابق ، ص. 184.

إن الخطأ المرفقي يقيم مسؤولية المرفق العام، و يعود اختصاص هذه الدعوى للقضاء الإداري، و إن خطأ المرفق قد يكون أو قد يتمثل في عيب في الرقابة أو عيب في التخصص الطبي، أو في عدم كفاية الوسائل المستعملة من طرف العيادة أو المشفى، و قد اعتبر مجلس "نيس" بأن إجراء العملية في وقت متأخر عن الذي برمجت فيه بسبب تأخر الطبيب الجراح أو المنعش و كان هذا التأخر راجعا إلى تقصير في خدمة الهاتف بالمشفى، اعتبرته خطأ مرفقيا يعود للقضاء الإداري النظر فيه.¹⁸

فإذا كان مجلس الدولة يشترط خطأ جسيما لإقامة المسؤولية الإدارية بسبب تصرف طبي خاطئ في قرار فورسينا (Forcina).¹⁹ فإنه في قرار 10 أبريل 1992²⁰ هجر هذا الشرط، و منذ هذه اللحظة أصبح الخطأ البسيط يسمح بإقامة مسؤولية المرفق العام سواء أكان التصرف الضار راجع إلى تصرف طبي أو سوء تسيير أو عيب في خدمة المرفق.

فالخطأ الطبي قد يكون بسبب غلط في التشخيص، و سوء التسيير قد يتحدد في غياب الضمانات الطبية التي يتوقعها المريض من المرفق العام الاستشفائي²¹ (إن التسيير المعيب للمرفق قد يظهر في نقص في استقبال المرضى).

أما مفهوم الخطأ الشخصي فقد وضعه (La Ferrière) في استنتاجاته المتعلقة بقرار محكمة التنازع الصادر في 5 ماي 1877 (Laumonnie-Carriol) فهذا الفقيه رأى في الخطأ الشخصي الخطأ الذي يكشف عن ضعف الشخص، هواه و عدم حكمته، هذا المعيار قرب الخطأ الشخصي من الخطأ العمدي.

و الخطأ الشخصي أيضا هو الخطأ الذي يعتبر حسب شدته و أثره خطأ جسيما و قد جاء القضاء الإداري ببعض الأمثلة، كتوجيه رسالة إلى زميل من نفس المؤسسة تكون عباراتها مخالفة لقانون قواعد أخلاقيات المهنة، أو في حالة امتناع الطبيب عن تقديم العلاج أو النجدة في حالة طارئة حيث يعتبر مذنباً. كذلك الأمر بالنسبة لحالة الهروب من قاعة الولادة و ترك المريضة في القاعة بسبب اندلاع حريق تسببت به الممرضة و لكن بطريقة غير عمدية، أو كما هو الحال بالنسبة للطبيب المناوب الذي يرفض التنقل لرؤية مريض فيتوفى بعد ذلك.

¹⁸ -Durieu-Diebolt, Droit pour tous,, 2009,p.399.

¹⁹ -CE. 25 juin 1954, Forcina, F.VIALLA,op. cit, p.129.

²⁰-CE 10 Avril 1992, Ibid, p.200.

²¹-AnnickDorsner-Dolivet, op.cit, p.37.

أما عند غياب جسامه الخطأ اللازمة لاعتبار الخطأ شخصيا كما هو الحال بالنسبة لرئيس قسم الذي لا يتمكن من وضع حد لآثار تقصير طبيب و ممرضة في عملهما، أو بالنسبة لجروح غير متعمدة مترتبة عن نقص في العلاج.

و تجدر الإشارة أنه في حالات محددة جدا يعتبر الخطأ المرتكب من قبل طبيب يعمل في مستشفى عام، بمناسبة وظيفته، من طبيعته إقامة المسؤولية الشخصية لهذا الأخير و ليس هناك من مصادفة بين خطأ جنائي و خطأ شخصي، فالقتل الخطأ و الجروح غير العمدية ليست بالضرورة خطأ شخصيا.²²

و في قرار للغرفة الجنائية لمحكمة النقض²³ الفرنسية التي اعتبرت بعد وفاة شخص بسبب انسداد شرياني في بيته، حيث قام الطبيب المناوب بإجراء سريع دون سؤال زوجة المريض عن حالته بدقة بإرسال طبيب إلى المنزل الذي كان يفتقر إلى الوسائل من أجل معالجة المريض، مع العلم بأن سيارات الإسعاف كلها كانت متواجدة، حيث اعتبرت محكمة النقض الطبيب مسؤولا عن الأضرار و تعريض المريض للخطر و التي لم يكن بإمكانه جهلها بحكم تجربته و قدم ممارسته للمهنة و كذا بمساعدة المعلومات التي قدمتها الزوجة له. حيث اعتبرته الغرفة الجنائية لمحكمة النقض مذنباً و تم اتهامه و محاكمته على أساس جريمة القتل غير العمدي.

و قد اعترف قانون 4 مارس 2002 في فرنسا بمبدأ المسؤولية الخطئية للمرفق العام(المستشفى) حيث لم يعارض هذا القانون بأن تقوم مسؤولية هذا الأخير على أساس الخطأ البسيط و لا بأن يعتبر الطبيب محدث الخطأ الشخصي مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن هذا الخطأ و في هذه الفرضية فإنه تبعا لقانون الصحة فإنّ الطبيب ، إذا كان هو المتسبب بخطأ شخصي فإنه يمكن أن يعتبر مسؤولا أمام القاضي، حيث لا يمكن أن يعتبر كعامل تابع للأعمال الممارسة على مستوى المستشفى و لا يمكن أن يقيم هذا الخطأ مسؤولية المشفى.²⁴

الفقرة الثانية: الإخلال بواجب الأنسنة.

أولاً: واجب إحترام خصوصية المريض.

على الطبيب مثل بقية الأشخاص احترام الشخص الذي يطلب العلاج.

²²-AnnickDorsner-Dolivet, op.cit, p.36.

²³-Cass. Crim, 2 Décembre 2003, n° 10044, Les grandes décisions du droit médical, op. cit, p.148.

²⁴-Analyse de Didier Krajeski, Revue Medicale, N° spécial, p.36.

لأنّ مبدأ عدم إغتصاب جسم الإنسان الموضوع من طرف القانون المدني هو مبدأ أساسي مفروض على الجميع.

و ضرورة الرضا فيما يخص العمليات التي تتم على جسم الإنسان هو مبدأ أساسي ناتج عن مبدأ عدم الإضرار أو عدم الاغتصاب و ما يترتب عن ضرورة الرضا بصفة ضمنية هو الالتزام بالإعلام الواقع على عاتق الطبيب، ففعالية إعلام الطبيب تساعد المريض على الاختيار إما قبول العلاج أو رفضه.²⁵

1 - ضرورة الحصول على رضا المريض:

يعتبر عدم جواز المساس بجسد الإنسان من المبادئ الأساسية التي لا يضحي بها المشرع في جميع دول الكرة الأرضية، فالفرد له حق الدفاع عن تكامل جسده ضد أي اعتداء ينال من هذا التكامل الجسدي و من غير المقبول لا في العقل و لا في المنطق في ظل النظم القانونية الحالية و في جميع البلدان التي تحترم شخصية الإنسان الذي خلقه الله و فضله على جميع المخلوقات، أن يعتبر الطبيب بمثابة القاضي الأوحده الذي يقرر ذلك. ذلك أن للفرد على بدنه حق و حتى و لو توفرت العناية القصوى و المصلحة الراجحة و الغاية المشروعة، فإنّه يصعب أو يستحيل أن تخالف رغبة المريض و يجبر على تدخل علاجي أو جراحي يتعارض مع إرادته و حرّيته.

إن رضاء المريض لا يبرر وحده المساس بسلامة جسم الإنسان أو حياته، لاعتبار حقوقه هنا ليست محلا للتنازل لأسباب تتعلق بالنظام العام. إذ أن حقوق الفرد على جسمه ليست مطلقة و إنما مقيدة بحقوق المجتمع الذي يعيش فيه، و مع ذلك لا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا رضي به و علم بأخطاره المريض.²⁶

و إن كان القانون لم يشترط شكلا معينا للتعبير عن الإرادة، فقد يكون التعبير عنها صراحة، كما يمكن أن يكون ضمنيا. و التصرفات التي لا بد فيها من رضاء المريض هي كل ما يتعلق بوضع المريض تحت تجربة لعلاج معين أو كل عملية جراحية كما انه من الضروري في كل التحاليل البيولوجية.

²⁵-AnnickDorsner-Dolivet, op.cit, p.38.

²⁶-رايس محمد ، المرجع السابق ، ص. 121.

ولا يجب الخلط بين الرّضاء في تصرف طبي، والرّضاء في عقد طبي الثاني يتجسد في اتفاق الطبيب و المريض على تنفيذ العلاج. أما الأول فلا بد من إعادة الإتفاق حوله قبل تنفيذ أي تصرف طبي ضروري من اجل تنفيذ العقد الطبي لأن العقد الطبي عقد رضائي.²⁷

إذن من المبادئ المستقر عليها في القانون الطبي ضرورة الحصول على رضا المريض على إجراء التدخل العلاجي أو الجراحي المقترح من قبل الطبيب. بل إن الطبيب لا يستطيع أن ينتقل من مرحلة اقتراح العلاج أو المرحلة التحضيرية له إلى مرحلة التنفيذ إلا إذا حصل على موافقة المريض مباشرة التدخل العلاجي على جسده. ذلك أن رضا المريض شرط لتدخل الطبيب و إجراء العلاج فإذا لم يكن المريض أهلاً للرضا وجب الحصول على رضا من يشمله برعايته و هذا الشرط لا نزاع فيه عند أهل الفقه و القضاء.²⁸

و تظهر أهمية حصول الطبيب على رضا المريض في حالة إجراء علاج ينطوي على خطورة على حياته، أو سلامة جسمه. كما في حالة العمليات الجراحية الهامة، و العلاجات التي يترتب عليها شيء من هذا.²⁹

ويعتبر رضا المريض و موافقته على العلاج شرط لإباحة التطبيب. و يذهب الرّأي الرّاجح في الفقه الإسلامي إلى أنّ أساس عدم مساءلة الطّبيب أو الجراح عندما يقوم بعلاج المريض هو إذن الشارع و إذن المريض. وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه إذا تولّد عن فعل الطبيب الحاذق تلف النفس أو العضو فلا ضمان عليه، متى كان هناك إذن من المشرع أو من المريض ويعد هذا الأمر تطبيقاً للقاعدة الكلية التي تقول بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان وعلى هذا فعندما يقوم الشخص بفعل جائز شرعاً فلا يسأل في هذه الحالة حتى ولو كان هو السبب في وقوعه³⁰

و أهمية الرضا لا تقتصر على المجال القانوني فقط، وإنما يشمل مجالات أخرى، المجالات الأخلاقية و الضمير، فالخطأ و الإهمال الطبي ينطوي على انتهاك لواجب رجل الطب في عناية المريض، ولو أنّ ارتكابه بنية سليمة عملاً لحق مقرر بمقتضى الشريعة، فموافقة الشخص المريض سواء بشكل صريح أو

²⁷-AnnickDorsner-Dolivet , Op.cit, p. 41.

²⁸-أسعد عبيد أجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية. دراسة مقارنة، عمان: دار الثقافة. 2009. ص. 139.

²⁹-منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين - في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري - دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2007، ص. 317.

³⁰-أسعد عبيد أجميلي، المرجع السابق، ص.140.

ضميني من الضروري الحصول عليها قبل تنفيذ التدخل العلاجي أو الجراحي أو حتى الفحص، وعكس ذلك سيكون الطبيب أو الجراح مسؤولاً عن الأضرار.³¹

و في هذا السياق قد يطلب المريض أن يعالج بعلاج معين. فإنه لا يصح أن يقوم الطبيب في هذه الحالة بعلاجه بعلاج آخر ، لان المريض قد يختار هذا العلاج ناظرا إلى أنه أقلّ ألما أو خطرا، و لكن لا شك أنه يجوز للطبيب أن يعالج المريض بعلاج آخر إذا كان هذا العلاج الآخر أقلّ ألما و خطرا من العلاج الذي اختاره المريض جهلا منه، و إذا كان من المسلم به فقها و قضاء أنه يجوز للطبيب في قيامه بوظيفته المرخص له بها و في سبيل المحافظة على صحة الناس اتخاذ ما يلزم من وسائل الطب بقصد العلاج، فإنّ ذلك مشروط بأن يرضى المريض بذلك رضاء غير مشوب، و أن يمارس الطبيب عمله في حدود قواعد المهنة الطبية، فإذا خالف هذه القواعد ، فقد خرج عن قواعد المهنة الطبية و واجباته كطبيب ، و وجبت مساءلته عن الأمراض التي يسببها للمريض. و يسلم القضاء و الفقه بقيام هذا الالتزام على عاتق الطبيب، و باختلافه عن الالتزام بالعلاج و في ذلك يقول الدكتور محمود مصطفى:

"...و لعل الصحيح هو ما ذهب إليه الفقيهان "جارسون" و "جارو" من أنّ مسؤولية الطبيب عن خطئه في الحصول على رضاء المريض مقدما مستقلة تماما عن المسؤولية التي تنشأ بسبب الخطأ في العلاج، فعدم رضاء المريض يجعل علاج الطبيب عملا غير مشروع بداية، فيكون مسؤولا عنه مسؤولية عمدية كأى شخص عادي"³²

و إنّ إرضاء المريض بعلاج أو الجراحة لا يقصد به هنا الإيجاب الصادر من المريض للطبيب الذي كون العقد بينهما بالتقائه بقبول الطبيب، بل هو رضاء خاص يتطلبه الفقه و القضاء من المريض، متى أراد الطبيب إجراء علاج له.³³

غير أنّ هناك حالات أين يكون المريض فيها بحاجة إلى العلاج و لا يكون بإمكانه أيضا التعبير عن رضاه، هنا قام الاجتهاد القضائي الفرنسي باستحضار عبارة الرعاة الطبيعيون "Protecteurs Naturels" من أجل تعيين الأشخاص الذين يملكون هذه الصفة، من أجل إحضار الطبيب إلى المريض و إبداء رضاهم بدل رضاء المريض. و قد تجاوز القضاء ذلك بالسماح للطبيب في

³¹ - نفس المرجع، ص. 141.

³² - منير رياض حنا، المرجع السابق، ص. 319.

³³ - Annick Dorsner-Dolivet , Op.cit, p.47.

الحالات التي يتعذر فيها الحصول على رضا المريض و على رضا رعااته الطبيعيين. و قد حدد القضاء الرعااة الطبيعيين في الآباء و الأمهات و الأزواج و الفروع و الأصول و كذا الأشخاص الأقرب للعائلة.³⁴

و طبقا للقواعد العامة، فإنّ الولي الطبيعي أو الشرعي أو الممثل القانوني بصفة عامة هو الذي ينوب عن المريض ناقص أو عديم الأهلية، على أنّه ينبغي ملاحظة عدم وجود تلازم بين الأهلية في قبول العلاج و الأهلية شرعا و طبيعيا.

فرضاء المريض لا يغني عنه قبول غيره، طالما أنّه يملك القدرة على التعبير عن إرادة صحيحة و لعل ما جاء في قانون 22 ديسمبر 1976 المعدل بقانون 04 مارس 2002 و الصادرين في فرنسا في شأن تنظيم عمليات نقل الأعضاء بين الأحياء ما يؤكد ذلك، فقد أجاز هذا القانون أخذ عضو من شخص ناقص الأهلية بموافقة ممثله القانوني، و لكن بشرط عدم اعتراض القاصر نفسه فإذا اعترض مُنِعَ الأخذ منه، و لو وافق وليه القانوني.³⁵

و يرى كل من Le Tourneau و Jérôme Julien أن هذا الحل يتفق مع العقل و المنطق السليمين، فإذا كان القانون قد حدّد من أهلية القاصر و الجنون و المعتوه في الالتزام لأنه قدر أن إدراكاتهم لم تنضج، فإنهم بتعريض أنفسهم لمخاطر العلاج، لا يلتزمون بشيء، و إنما يعبرون عن حقهم الطبيعي في التصرف في أجسامهم لغاية مشروعة هي التخلص من المرض، فللرضاء بالعلاج، يكفي أن يكون المريض قادرا على إدراك ظروفه، و المخاطر التي يتعرض لها من جراء المرض و من جراء العلاج و لا أهميته لكونه ناقص الأهلية في نظر القانون.³⁶

و الخلاصة أنّه إذا كان المشرع لم يحدد سنا معينة لتقدير أهمية العلاج و مناسبته، فإنّ المسألة تبقى مسألة موضوعية يقدرها الطب، طبقا لظروف الحال، فإذا ظهر له أن القاصر قادر على التعبير عن إرادة صحيحة، فلا يجوز له أن يجري علاجا رغم إرادته، و لو دعاه والده إلى إجرائه. و بالعكس إذا ظهر له أن المريض طفل لا يقدر خطورة حالته و أهمية العلاج بالنسبة له، فلا بأس إن هو تجاوز عن رأيه، و لكن عليه أن يحصل على رضا أهله الأقربين ممن يستطيعون تمثيله في هذا

³⁴-Ibid, p.43.

³⁵-Mathieu, « les droits des personnes malades » dans « La loi du 4 Mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé », L P A, N° spécial du 19 juin 2002, p.18.

³⁶-Philippe Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contras, Op. cit, p.996.

الشأن، و من جهة أخرى فقد ذهب البعض إلى أن قبول الولي أو الوصي بالعلاج اللازم، يمكن أن يخلّي مسؤولية الطبيب حتى بعد السن المقررة.³⁷

و في هذا الشأن، فقد عرضت في فرنسا دعوى شاب في العشرين من عمره كان قد توفي أثناء عملية جراحية، فرفع أهله دعوى على الطبيب يطالبونه فيها بالتعويض و رفضت دعواهم لعدة أسباب، كان من بينها أن الطبيب أجرى العملية بموافقة والد الشاب.³⁸

و من جهة أخرى فبالنسبة لمسألة اشتراط موافقة الزوج على علاج زوجته من عدمه، فإنّ الأمر يختلف، ذلك أن هذه الموافقة لا تغني عن رضاء الزوجة الحر و المستنير، ما دام أن الزوج لا يستطيع أن يلزمها بهذا العلاج الطبي كما لا يستطيع أن يمنعها عنه.³⁹

و فيما يخص حالة المجنون أو المعتوه فإنّه يكون من اللازم اخذ رضاه في وقت إفاقته، أما في الفترات التي يكون فيها تحت تأثير نوبة من نوبات الحالة المرضية، فعلى الطبيب أن يأخذ برأي عائلته، أو من له حق الرقابة عليه.⁴⁰

و من القواعد المقررة أن الرضاء الذي يصدر من المريض و يكون من شأنه إعطاء الحق للطبيب في مباشرة علاج المريض، هو الرضاء الذي يسبق العلاج، و ليس الذي يأتي بعده، كما أنه يجوز أن يكون رضاء المريض محددًا بأجل، فإذا كان الطبيب قد ذكر للمريض أنه لا يمكن تبين لزوم أو عدم لزوم العملية الجراحية إلا في خلال بضعة أيام، فطلب منه المريض ألا يجري هذه العملية، إلا بعد انقضاء هذا الأجل، فإنّه لا يحق للطبيب أن يجري العملية قبل انقضاء الأجل إلا استثناء، و يجب أن يظل المريض راضيا بإجراء العمل الجراحي حتى الساعة التي يجب أن يجري فيها هذا العمل، فإذا تراجع المريض بعد إبدائه رضاءه فإن رضاءه السابق لا يمكن أن تكون له قيمة في إعفاء الطبيب من المسؤولية.⁴¹

أما عن سكوت المريض عن التعبير عن رضائه فقد ذهب بعض الفقه إلى أنه لا يعد رضاء بإجراء العملية بينما ذهب آخرون إلى اعتباره كذلك و يمكن أن يستفاد رضاء المريض ضمنا من ذهابه إلى الطبيب الجراح، بناء على نصيحة طبيبه الخاص.

³⁷-P.Jourdain ,A. Laude , J. Penneau et S. Porchy Simon, Le nouveau droit des malades, Litec, carré droit, 2002, p.86.

³⁸-P.Jourdain ,A. Laude , J. Penneau et S. Porchy Simon, op.cit., p.87.

³⁹-Philippe Le Tourneau, op.cit., p.998

⁴⁰-Annick Dorsner-Dolivet , op.cit, p.41 et suite.

⁴¹-P.Jourdain , A. Laude, J. Penneau et S. Porchy Simon, op.cit, p .93.

و يتطلب الفقه و القضاء شروطا و أوصافا معينة في رضا المريض بخصوص العمل الطبي حتى يكون مشروعاً ، بحيث اشترط أن يكون هذا الرضاء متبصراً و يقصد بالرضاء المتبصر أن يكون المريض عالماً بحالته المرضية و بنوع الأعمال الطبية أو الجراحية التي ستجرى له، و ما تنطوي عليه هذه الأعمال من نتائج و مخاطرو يشترط في الرضاء كذلك أن يكون حراً، و يتمثل هذا في الاختيار المسؤول بقبول التدخل الطبي أو رفضه و هذا بعد أن يكون على بصيرة و علم و دراية بما عزم الطبيب على عمله. كما يشترط في الرضاء أن يكون مشروعاً، و يستفاد من هذا الشرط أن لا يكون العمل الطبي مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة و ذلك لكون الرضاء لا يغني في شيء عن مشروعية العمل، و يكون كذلك إذا كانت الغاية منه علاج المريض و هدفه مداواة العليل.⁴²

2- حالات عدم اشتراط الحصول على رضا المريض :

توجد بعض الحالات التي يصح فيها أن يقوم الطبيب بالإجراء الطبي بغير حاجة إلى انتظار الحصول على موافقة المريض .

و فيما يلي عرض بشيء من التفصيل لهذه الحالات:

1.2 حالة الاستعجال.

نص القانون على إمكانية مباشرة العمل الطبي دون الحصول على رضا المريض بذلك، و يتعلق الأمر هنا بحالة الاستعجال و هذا طبقاً للمادة 52 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب التي تنص على أنه " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أن يقدم العلاج الضروري للمريض...."⁴³

فقد يضطر المريض إلى العمل تحت ظرف الاستعجال، حيث يجد الطبيب نفسه أمام حالة على درجة عالية من الخطورة تستدعي السرعة تقديراً منه بأن الانتظار إلى حين الحصول على رضا المريض، يشكل تهديداً لحياة المريض أو سلامة جسمه. فالطبيب في مثل هذه الحالات لا يكون أمامه من سبيل إلا إتباع ضميره، إذ يكون له أن يتدخل من تلقاء نفسه، حتى و لو لم يدعه أحد بل حتى و لو كان غير أهل للقيام بالعمل الجراحي لقصور في التجربة. و المعروف عن هذه الظروف أنه لا يجوز أن يعتبر الطبيب متعدياً على حق، إذا انفرد فيها باتخاذ القرار.⁴⁴

⁴²-لمزيد من التفاصيل راجع : د. رايس محمد ، المرجع السابق ، ص. 133 و ما بعدها.

⁴³-رايس محمد ، المرجع السابق . ص. 123.

⁴⁴-Jean Michelle et Marina, Le magazine de la santé, N° spécial, 22 octobre 2005, p.80.

فإذا وجدت حالة يقرر فيها الطب إجراء عملية جراحية للمريض على وجه السرعة، فإنه يمكن للطبيب أن يتجاوز الحصول على رضا المريض دون الخوف من المسؤولية، بل إن مثل هذه الحالات تخلي الطبيب من المسؤولية عن هذا التجاوز، إذا اتضح أن التأخير ينقص من فرصة نجاح العملية.⁴⁵

كما قد تُعرض في العمل الطبي صورة أخرى من هذه الصور التي تبدو فيها حالة الاستعجال كأن يشرع الطبيب في إجراء عملية جراحية للمريض بعد حصوله على الموافقة بشأنها. فأتساءل: إجراء العملية يظهر للطبيب وجود مرض آخر، فهل يكون له معالجته دون الحصول على رضا المريض بشأنه؟

هنا و في هذه الحالة أجاب الفقه الفرنسي كما يلي :

إذا كانت حالة المريض و المرض مستقرة و لا تستدعي استئصاله لعدم توافر حالتي الضرورة و الاستعجال فهنا على الطبيب أن يحصل على رضا المريض بشأن هذا المرض. أما إذا كانت حالة المريض و المرض تستوجبان استئصال المرض اليوم قبل غد، فإنّ الطبيب يجد نفسه مجبراً على استئصال المرض دون الحصول على رضا المريض تحت قناع الضرورة و الاستعجال، و يقابله بذلك الإعفاء من المسؤولية.⁴⁶

و من الدعاوي التي عرضت في هذا الشأن، دعوى مريضة كانت تشكو من آلام شديدة في الحوض، منعتها من مزاوله عملها، فاضطرت إلى الذهاب إلى المستشفى و عند فحصها تبين أنّها مصابة في انقلاب في الرحم، فأجرى لها الطبيب عملية جراحية لهذا الغرض، إلاّ أنّه تبين أن المبيضين مصابان بأورام خطيرة تقتضي إزالتها كلية، و بالفعل أجرى لها الطبيب عملية نزع للعضو، فرفعت المريضة عليه دعوى تطالبه فيها بالتعويض، على اعتبار أنّه قد أجرى لها بغير رضا منها، و لا من زوجها عملية جراحية لا داعي لها، أفقدتها الأمل في أن تصبح أما في يوم من الأيام. و رأت المحكمة أن الطبيب الذي أجرى العملية له من المقام العلمي ما يسمح بالاطمئنان إلى رأيه في لزوم الجراحة التي أجراها، و أنّه لم يجر العملية إلاّ لصالح المريضة نفسها، و إذا كان لم يعرف وجود الورم في المبايض، فلائذ ذلك كان غير مستطاع في حالة العلم القائمة في ذلك الوقت (سنة 1914) و لم يمكن الحصول على رضا المريضة بإجراء العملية الجديدة، و لم تكن هناك حاجة إلى هذا الرضا

⁴⁵-Ibid, p.81.

⁴⁶-B.Mathieu, « Les droits des personnes malades », op cit, p.20.

و هي قد ذهبت إلى المستشفى بمحض اختيارها، و قبلت أن تجرى لها جراحة في منطقة الرحم بقصد تخليصها من الآلام التي تعانيها، و لم يكن يمكن، بعد أن تبين للطبيب وجود أورام في مبايضها، أن يتوقف عن إجراء العملية في انتظار إفاقتها للحصول على إذن منها، لأن ذلك يتعارض مع سلامتها. و بما أن الأورام في المبايض من الأمراض الخطيرة التي تؤدي إلى الموت، و أنه يجب إزالتها حال التحقق من وجودها، و أنّ نجاح العملية، و فائدتها يتوقفان على سرعة إجرائها، و لذلك فقد قضت المحكمة برفض الدعوى.⁴⁷

2.2 حالة تنفيذ أمر قانوني.

قد يكلف الطبيب بالقيام بأعمال أو أداء واجب، تنفيذاً لأوامر أو أحكام القانون، كأن تصدر الدولة نصوصاً تلزم فيها الأطباء بالقيام بالعمل الواجب قيامه به اتجاه جميع المواطنين في حالة انتشار الأوبئة و الأمراض المعدية و الفتاكة. ففي هذه الحالة يكون الطبيب بصدد أداء واجب و ليس بصدد استعمال حق التطبيب، مما ينفي عن عمله عدم المشروعية بناء على إباحة القانون لعمله هذا. و إلى هذا ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 3/154 بقوله: " لا تطبق أحكام هذه المادة في الحالات التي تستوجب بمقتضى القانون تقديم العلاج الطبي لحماية السكان."⁴⁸

3 إثبات رضاء المريض :

استقرت محكمة النقض الفرنسية على أن الطبيب يكون في موقف المدعى عليه، و من ثم فإنه طبقاً لقواعد الإثبات، ينبغي على المدعي - المريض - إثبات قيام الطبيب بالعلاج، أو بإجراء العملية الجراحية دون رضائه.

و على ذلك، فإن اتفاق الطبيب مع المريض، على إجراء عملية جراحية معينة، ثم قيام الطبيب بعملية أخرى، لا تدخل تحت هذا الرضاء، و لا تستدعيها حالة الضرورة، يشكل خطأ طبيًا، يقع على المريض عبء إثباته.

و على الرغم من ذلك، فقد ذهبت بعض المحاكم إلى أن عبء الإثبات يقع على عاتق الطبيب، حتى يبرر مشروعية تدخله، حيث يقع على عاتقه واجب إقامة الدليل على رضاء المريض بتدخله و علاجه.

⁴⁷-www.cairn.info.com.

و لكن نظرا لأنه من النادر أن يحصل الطبيب على إقرار كتابي برضاء المريض، فإن القضاء يستخلص هذا الرضاء من القرائن و الظروف المحيطة، كطلب المريض من الأطباء تحويله إلى أخصائي، فإن ذلك يعني ضمنا قبوله لتدخل هذا الأخير و علاجه، و لكن مجرد طلب المريض الالتحاق بالمستشفى و صمته لا يبرر تنفيذ العمل الجراحي عليه دون الحصول على رضائه.⁴⁹

و كثيرا ما يصعب إقامة الدليل فيكون لقاضي الموضوع سلطة استخلاصه من وقائع القضية، و يمكنه الاستعانة بخبير يلقي الضوء على ظروف التدخل الطبي و الجراحي. و مما تجدر ملاحظته أن التزام الطبيب بالحصول علموفاقة المريض لا يقتصر على العلاج الذي يشير به فقط، بل يجب على الطبيب أن يحيط المريض علما بكافة النتائج و المضاعفات التي تحدث بسبب ذلك العلاج، و يحصل على موافقته بشأنها.⁵⁰

ثانيا: الالتزام بالإعلام.

إن الطبيب كغيره من المهنيين، ملزم بالالتزام بالإعلام أكثر شدة لأنّ رضاء المريض ينتج بالضرورة عن الإعلام الصادر عن الطبيب، أي انه ليس هناك من رضاء صحيح و مشروع إلا إذا قد تم إعلامه و تنويره مسبقا (أي المريض).

إنّ هذا الالتزام السابق لرضاء المريض اكتشف من المحاكم و أول قرار ظهر بهذا الشأن هو قرار محكمة النقض الفرنسية (Teyssier)⁵¹ الصادر في 28 جانفي 1942. و هذا الالتزام اليوم يجد مصدره أيضا في قانون الصحة العمومية إضافة إلى قوانين أخرى.

و إن الإعلام الذي يقدمه الطبيب للمريض قد يكون سابقا للعمل الطبي و قد يكون لاحقا للعمل الطبي في شكل نصائح تقدم للمريض من اجل متابعة العلاج، و فيما يلي دراسة لمجال الالتزام بالإعلام، و كيفية إثبات تنفيذ هذا الالتزام.

⁴⁹-B. Mathieu ,op. cit. , p .123.

⁵⁰-ibid., p .133.

⁵¹-Cass .req.28 Janvier 1942 Teyssier,F.Vialla,les grandes decisions du droit médical ,op . cit,p.14.

1 مجال الالتزام بالإعلام.

1.1 الإعلام السابق للعمل الطبي :

إنّ الإعلام السابق للعمل الطبي هو إعلام مخصص بالضرورة ليمسح للمريض إبداء رضائه حول العملية أو العلاج المحدد له، على أن يدخل ضمن هذا الإعلام المخاطر المتوقعة و لواحقها. فالطبيب ملزم بإعلام المريض عن العلاج وكذا الشروط المالية للعمل الطبي المقصود. و الإعلام يكون بالدرجة الأولى حول الحالة الصحية للمريض، و التشخيص حسبما جاء في تقرير الفحص و إن كان خطيرا و محتوما.

فعلى المريض معرفة التطورات الملموسة و المتوقعة لحالته إذا لم يفعل شيئا أو عند إتباعه علاجا معيناً، كما انه لا بد على الطبيب إعلام المريض بطبيعة العمل الطبي الذي سيتم تطبيقه. و فيما يتعلق بالعمليات الجراحية، فهذا الإعلام يتركز حول الهدف من العملية و الوسائل و مختلف التقنيات التي يمكن أن تستعمل من اجل تحقيقها.⁵² ففي قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 29 ماي 1951 (Birotcontre Martin). ففي هذا القرار قد تم التأكيد على ضرورة إعلام المريض عن حقيقة العملية التي كان يُحضر لها لأن وقائع هذا القرار تتلخص في انه قد تم استئصال عضو للسيد Birot بسبب خطأ في التشخيص أولاً، و كما أن الطبيب Martin لما أعلم المريض بمرضه لم يعلمه بأنّ العملية هي من أجل استئصال العضو. فهنا قامت محكمة النقض، بعد أن أثبت المريض عدم إعلامه بصورة واضحة، على معاقبة الطبيب و تعويض المريض عن هذا الخطأ.⁵³

كما أن الطبيب مجبر على إعلام المريض بكل مخاطر العملية ، لكن وجهة نظر محكمة النقض حول الأخطار التي تدخل ضمن الالتزام بالإعلام قد تطورت، فبينما كانت تعتبر فقط الأخطار المتوقعة من تنفيذ العلاج أو العملية، هي التي تدخل ضمن الالتزام بالإعلام المسبق للعمل الطبي، و لم تكن تعتبر الأخطار الاستثنائية للعمل الطبي ضمن هذا الالتزام، مع العلم أن محكمة النقض أقرت بأنه يعود إلى قضاة الموضوع تحديد ما إذا كان الخطر استثنائياً أم لا.⁵⁴ إلا أن القضاء وجد نفسه في فراغ فبينما كان بعض القضاة يعتبرون بعض الأخطار استثنائية، فإنّ آخريين لم يروها كذلك، لذلك عمّد المستشار Sargos إلى إضافة صفة الجسامة للخطر الاستثنائي. و بمجرد صدور قانون 4 مارس

⁵²-AnnickDorsner – Dolivet ,op . cit. ,p .76.

⁵³-François vialla, les grandes décisions du droit médical, op. cit, p.156.

⁵⁴-Sophie Hoquet-Berg et Bruno PY ,op .cit.,p.26.

2002 في فرنسا فان الاجتهاد القضائي تخلى عن التفرقة بين الأخطار المتوقعة و الأخطار الاستثنائية الواجبين الإعلام عنهما و تبني معيارا مأخوذا و مستنبطا من جسامه الخطر المعرض له.⁵⁵ و قد بدأت بوادر هذا التطور بالظهور في قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في 17 فيفري 1998 حيث اعتبرت انه فيما يخص العمل الطبي و الجراحي و خاصة الجراحة التجميلية، فإن الالتزام بالإعلام لا بد أن يكون ليس فقط حول المخاطر الجسيمة و إنما لا بد أن يتعداه إلى كل المساوي التي يمكن حصولها بعد العملية.⁵⁶

ففي جراحة التجميل، يلتزم الطبيب بإعلام الراغب في الجراحة بكل المخاطر التي قد يتسبب فيها التدخل الجراحي المقترح ، و بناء على ذلك ، فقد اعتبر القضاء الفرنسي الجراح مخطئا لأنه لم يخبر مريضه بالمخاطر الاستثنائية التي يمكن أن تترتب على جراحة تجميل الجفون الداخلية للعين. كما يقرر القانون الفرنسي هذا الالتزام بإعلام المريض، و بنفس الشدة السابقة في مجال الإجهاض الإرادي للحمل لأسباب خاصة بالأم، و لغير الضرورة الطبية، حيث يكون الطبيب الذي سيتولى عملية الإجهاض ملزما بإعلام تلك المرأة بكل الأخطار الطبية التي تحيط بالعملية، و للأمانة المستقبلية، و جسامه النتائج الحيوية للتدخل الجراحي الذي تقتضيه، و بالطبع تعود القاعدة السابقة إلى وضعها المعتاد، متى كان الإجهاض لأسباب طبية.⁵⁷

1.1.1 عدم إعلام المريض بكافة التفاصيل مراعاة لحالته النفسية :

كذلك يتعين على الطبيب، مراعاة الحالة النفسية للمريض، في التزامه بإعلامه بمخاطر مرضه و مضاعفاته، و النتائج المترتبة على العلاج، و على هذا الأساس يتم تقدير مدى تقييد الطبيب بالتزامه بإعلام المريض، ذلك أن عرض النتائج الضارة على المريض قد يثر على معنوياته ، الأمر الذي يدفع الطبيب عادة إلى إخفاء بعض هذه النتائج، ، أو التهوين من شأنها، أو حتى سردها بطريقة عامة و غير تفصيلية، و يكون على القاضي في هذه الحالات أن يقوم بتقدير ذلك في ضوء ما يستبين له من خلال الوقائع المعروضة عليه.⁵⁸

و على ذلك، فقد أعفت المحاكم الطبيب الذي يهون على المريض تلك النتائج الضارة و المحتملة للتدخل الجراحي، و ذلك بسردها بطريقة سهلة و عامة، دون تفصيل أو تحديد،

⁵⁵-AnnickDorsner – Dolivet ,op . cit., p.78.

⁵⁶-François Vialla ,op .cit. ,p .306.

⁵⁷-Auby Jean – Marie ,op.cit.,p .123.

⁵⁸-Ponchon François ,Les droits des patients à l'hôpital ,PUF ,«que sais – je» n° 3530 ,2002 ,p .158.

و قد ذهب جانب من الفقه و القضاء، إلى انه للطبيب حق إخفاء بعض الحقائق و ذلك لمصلحة المريض، ذلك أن لزوم الإفصاح بكل شيء ليس من الأمور اللازمة لعمل الطبيب. فهناك حالات من شأنها أن تبيح للطبيب الكذب على المريض، و هي الحالات التي يكون فيها المريض في حالة نفسية تستلزم إخفاء بعض الحقائق الطبية في سبيل شفائه، بل إن الصراحة فيها تكون من قبيل الأعمال غير الإنسانية التي قد تؤدي إلى تحطيم الروح المعنوية للمريض، و في هذه الحالات يكون من حق الطبيب بل من واجبه أن يخفي الحقيقة على المريض.⁶⁰

هذا، و قد ذهب بعض الفقهاء إلى استنكار هذا الاتجاه في ألفاظه إذ أن الكذب كمبدأ رذيلة لا يجوز أن يمتثل بها الطبيب، و لكن لا يمكن أن يكون ما يسمى كذبا وسيلة للعلاج، فالعلاج النفسي أصبحت له أهمية في الآونة الأخيرة و قد ينجح و يؤدي الغرض الذي من اجله تم العلاج الجراحي. و لهذا يكون مسموحا به كوسيلة للعلاج عندما ينتهي إلى إمكان شفائه المريض، و لا يتصور إذا كان من شأنه إخفاء العواقب الوخيمة.⁶¹

و يرى البعض أن الطبيب يمكنه أن يجد سنده في هذه اللائحة من عدم إلزامه بإعلام المريض إعلاما كاملا، بل أنه ملزم بالكذب و الإخفاء على المريض، بحسب ما يراه مناسبا لحالة المريض الصحية حيث ذهبت بعض أحكام القضاء إلى حد إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة كذبه العمدي على المريض بإخفائه حقيقة المرض عليه، طالما أن ذلك له تأثير على حالته النفسية، و بالتالي الجسدية، و أن ذكر الحقيقة لن يكون له أي اثر ايجابي، و لا تستلزمه طبيعة العلاج، بل يمكن أن يكون له اثر سلبي واضح و لكن إذا كان الكذب بهدف تضليل المريض و حمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريد بها الطبيب لهدف مادي أو تجريبي، فإنه يُعد سببا في إقامة مسؤولية الطبيب. و نفس الحكم بالنسبة للطبيب الذي يبالغ في وصف حالة المريض كي يحمله على قبول تدخله الجراحي. و أخيرا، فإنّ مراعاة الطبيب لحالة المريض النفسية و المعنوية يجب ألا تضل إلى حد المبالغة، حيث يجب إلى جوار ذلك مراعاة أن المريض إنسان.⁶²

⁵⁹-Cass. Civ ,7 Juillet 1964 ,op.cit. ,p .223.

⁶⁰-Philippe Le Tourneau. ,op.cit. ,p .1023.

⁶¹-A .Dorsner – Dolivet ,contribution à la restauration de la faute civile et pénale dans le domaine de l'homicide et des blessures par imprudence à propos de la chirurgie ,LGDJ ,1986 ,p .233.

⁶²-A .Dorsner – Dolivet ,contribution à la restauration de la faute civile et pénale dans le domaine de l'homicide et des blessures par imprudence à propos de la chirurgie ,p232.

2.1.1 عدم إعلام المريض بكافة التفاصيل خصوصا تلك التي يشق عليه استيعابها:

و في إطار التزام الطبيب بإعلام المريض بمخاطر المرض و العلاج، لا يكون الطبيب ملزما بأن يتضمن إعلامه كافة التفاصيل الفنية التي لا يستطيع استيعابها علميا، سواء تعلق الأمر بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة. و مثال ذلك انه لا يستطيع أن يشرح للمريض كل ما يمكن أن تثيره لديه عملية التخدير، طالما أن تلك الطرق من المتعارف علميا على استخدامها، حيث يجوز للطبيب أن يستخدم كل الوسائل الطبية المسلّم بها، طالما أنّها لم تعد محلاً للتجارب حول صلاحيتها.⁶³ إلاّ أنّه إذا أمكن أن تثير تلك الوسائل لدى المريض نتائج ضارة خاصة به، نظرا لحالته الجسمية، فإنّه ينبغي على الطبيب أن يحيطه علما بذلك، و إلا أصبح مسؤولا عن تلك النتائج، و لو بذل في ذلك العناية المتوقعة.

و عن عدم ضرورة إعلام المريض بكافة التفاصيل الفنية، يقول Savatier في شرحه للقانون الطبي: " إنّ التزام الطبيب بالإعلام، ليس إلتزاما مطلقا بدون حدود في جميع الحالات، لأننا إذا أُلزِمنا الطبيب بأن يخبر مريضه بالأساليب العلمية التي أدّت إلى الوصول إلى تشخيص معين، و مبررات كل دواء من الأدوية التي يصفها، و جميع أنواع المخاطر التي قد يتعرض لها المريض، البعيد منها و القريب، فإنّه من المستحيل أن يستطيع الطبيب أن يمارس عمله، و لن يكون للطب الفاعلية المرجوة، و إنّما يكفي أن يجري هذا الإعلام إلى إعطاء المريض فكرة معقولة، عن حقيقة الموقف تساعده في اتخاذ قرار سليم، بحيث ينحصر الإلتزام بالإدلاء بالمعلومات من ناحية أخرى في المخاطر و النتائج المتوقعة.⁶⁴ و لا بد من الإشارة أن القضاء بدوره يقدر عدم فائدة إخبار المريض بكل التفاصيل الفنية الدقيقة، بل يكفي أن يقدم له الطبيب، معلومات مبسطة و تقريبية، بعيدا عن المصطلحات الطبية البحتة، حتى يستطيع فهمها، و لكن يشترط أن تكون معلومات صحيحة و غير مشوهة.

فالملاحظ أن القضاء ذهب في هذا الشأن إلى التخفيف من حدة المبدأ السابق، فقرر أنّ الطبيب لا يلزم إلاّ بشرح الخطوط العريضة للمرض و العلاج، و هو غير ملزم بالدخول في التفاصيل الدقيقة، فلا يلتزم الطبيب الذي يضطر لتخدير المريض لإجراء الجراحة بإخباره بأنّ هناك كثيرين ممن يموتون من التخدير.⁶⁵

⁶³-Ponchon François, op.cit. , p.100.

⁶⁴-Philippe Le Tourneau, « L'acte Médicale » , RT D.civ ,n°Spécial , 2000 ,p.69.

⁶⁵-Hocquet – Berg et Py Bruno , op . cit. , p.27.

و تطبيقا لذلك فقد قضى بأنه إذا ما وافق مريض على إجراء عملية جراحية، بعد أن أكد له الجراح الذي سيجريها بساطتها، و سهولتها و أنّه لن يترتب عليها مضاعفات، إلا انه أثناء إجراءاتها تبين وجود ورم خبيث يصعب استئصاله بدون حدوث نتائج و مضاعفات خطيرة، منها فقد العصب الأساسي المحرك للذراع فإنّ هذا الجراح لو استأصل ذلك الورم، فلا يمكن مساءلته عن النتائج التي تترتب عن ذلك مهما كانت، إلا إذا كانت القواعد الفنية تقضي بإمكان تأجيل إجراءاتها، و لم يكن هناك أي مبرر طبي أو فني يحتم إجرائها في الحال قبل أن يشرح للمريض أخطارها، و المضاعفات التي قد تنتج عنها، و يحصل على موافقته عليها، و قبول نتائجها.⁶⁶

لكن الالتزام بالإعلام ليس بالضرورة الغرض منه إقناع المريض، فقد جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية،⁶⁷ بان الطبيب ملزم بإعلام المريض و هو غير ملزم في أن ينجح بإقناعه بخاطر التصرف الطبي الذي يطلبه.

فعندما تكون هناك طريقتين جراحيتين لمعالجة نفس الحالة، فإن الطبيب لا يتابع – بعد أن أعلم المريض بمخاطر كل طريقة – لعدم تمكنه من إقناع المريض من اختيار الطريقة التي تمثل أقل خطرا.

2.1 الإعلام اللاحق للعمل الطبي :

إن الطبيب بعد تنفيذه العمل الطبي، ملزم بالالتزام بإعلام خاص يتقارب مع الالتزام بالنصيحة، فبعد إتمام العملية الجراحية، يجد الطبيب نفسه ملزما بإعلام المريض عن نتائج العملية و التعقيدات المحتملة و لواحق العمل الطبي الذي أنجز، حيث يعتبر خاطئا قيام طبيب أخصائي أمراض النساء، جعل مريضته تعتقد بعد العملية التي أجرتها على مستوى مبيضها بان حالتها تتحسن و هي العكس. و في مواجهة حالة القلق و الانشغال التي يعيشها المريض، فإنّ الطبيب بإمكانه – و احتراماً منه لقواعد أخلاقيات مهنة الطب – أن يتدبر الأمر و لا يخبر مريضه بكل ما يقلقه قد يصل الأمر بان يعده بنجاح العلاج.⁶⁸

⁶⁶-AnnickDorsner – Dolivet, op .cit., p. 93.

⁶⁷-Cass . Civ 1, 18 Janvier 2002, n° 97 – 17716, ViollaFrancois , op . cit., partie III, n° 2,1

إن نشوء التزام بالإعلام لاحق و تابع لتنفيذ العمل الطبي يفترض إمكانية إعلام ليس المعني بالأمر و إنما أي شخص له علاقة بمحيطه الاجتماعي و يهيمه معرفة ما توصل إليه الطبيب بعد تشخيصه لحالة المريض، لكن حدث بمناسبة ذلك جدل فقهي قوي، منهم من رأى ضرورة إعلام أقارب المريض بما توصل إليه الطبيب إذا تعلق الأمر بظهور خصوصية جينية غير اعتيادية و عادية بعد تحليل شامل و كامل قام به المريض، و تبريرهم لذلك هو حتى يتخذ بقية الأقارب احتياطاتهم لتجاوز ذلك، غير أن الاتجاه الآخر يرى عكس ذلك، و تبريره لذلك راجع إلى مبدأ السر المهني، و إلى العلاقة التي تجمع بين المريض و طبيبه بأنها علاقة ثنائية خاصة ، لا يجوز أن يتدخل فيها طرف ثالث، و أضافوا قائلين بأنه إذا تعلق الأمر بهذه الحالة، فإنه لا بد أولاً أن يقترح الطبيب الفكرة على مريضه، أي إعلام الأقارب بهذه الخصوصية الجينية غير العادية، و تبريرهم لهذا القرار أن الأولوية هي أولاً للسر الطبي، و ثانياً انه يعود للطبيب محاولة إقناع مريضه بإعلام أهله و أقاربه بهذه الحالة المرضية.⁶⁹

و بهذا قام المشرع الفرنسي بإضافة نص جديد لقانون الصحة العمومي، جاء فيه : بأنه في حالة تشخيص لحالة جينية غير عادية و خطيرة، فإنّ الطبيب ملزم بإعلام المريض أو ممثله القانوني بهذه الحالة، و بالمخاطر التي قد يتعرض لها أفراد عائلته و أقاربه في حال سكوته عن الأمر و عدم إعلامهم، خاصة عندما يكون هناك إجراءات قد يتبعها هؤلاء من أجل التقليل من التأثيرات الجانبية لهذا المرض.⁷⁰

تكون المعلومة محررة و موقعة من طرف الطبيب يقدمها لمريضه ضمن ملف، و يعود إلى المريض مطلق الحرية في إعلام أهله من عدم إعلامهم، و في الحالة السلبية أي عدم إعلامهم، فإنه هنا لا تقوم مسؤولية هذا الأخير.⁷¹

2 مضمون الالتزام بالإعلام و عبء إثباته

1.2 مضمون الالتزام بالإعلام:

⁶⁸-AnnichDorsner – Dolivet, op. cit, p .89.

⁶⁹-B. Marthieu , op .cit. , p. 139.

⁷⁰-Article L 1131-1 du code de la santé publique français ; ...en cas de diagnostic d'une anomalie génétique grave posé lors de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne , le médecin informe la personne ou son représentant légal des risques que son silence ferait courir aux membres de sa famille potentiellement concernés dès lors que des mesures de prévention ou de soins peuvent être proposées à ceux-ci

⁷¹-Kouchner .B . Débat doctrinal et parlementaire à propos la loi du 04 Mars 2002 ,Ass. Nat , 2 Octobre 2001 , RTD.civ, 2001 , cité par F. Vialla,p. 80.

يتعلق الإعلام في العمل الطبي بالقيمة النقدية للعملية الجراحية و شروط و كيفية تعويضه من طرف النظام الإجباري للتأمين من الأمراض المزمنة و المستعصية. ففي جراحة التجميل فان الطبيب المعالج يقدم للمريض كشفا أوليا للقيمة النقدية للعملية الجراحية التي يود المريض إجرائها حيث يتفحص المريض الكشف و يقرر فيما يقوم بها أو لا يقوم بها.

كذلك يتعلق الأمر في الالتزام بالإعلام، بإعلام المريض بكل المخاطر المحتمل وقوعها أثناء تنفيذ العمل الطبي، فطبقا للقواعد القانونية، فإنّ هذا الإعلام يكون حول مختلف العلاجات و التصرفات الاحتياطية المقترحة و الممكنة حول نفعها و النتائج المترتبة عن إعمالها، و كذلك المخاطر المعتادة و الجسيمة و المتوقعة، و كذلك يكون الإعلام أيضا حول ما يترتب من نتائج في حال رفض العلاج.

و كما سبق ذكره يلزم الطبيب بإعلام مريضه عن جميع المخاطر اللاحقة و التابعة للعمل الطبي المنفذ، ففي حال إخلاله بهذا الالتزام يعتبر الطبيب مخطئا و تقوم بذلك مسؤوليته المدنية، لأنه يعتبر مقصرا في تنفيذه لالتزامه العقدي.⁷²

و عندما يكون الغرض من العملية علاجي، فإنّ الإعلام المقدم من طرف الطبيب لمريضه لا يكون إلا فيما يخص المخاطر الجسيمة المتوقعة، أما إذا كان الهدف من العملية الجراحية غير ذلك، فإنّ الطبيب ملزم بإعلام مريضه بكل المخاطر المتوقعة دون اشتراط صفة الجسامة أو عدمها لهذه المخاطر، و كذا نتائج و مساوئ العمل الطبي المطلوب من طرف المريض، يتعلق الأمر عادة هنا بالأبحاث الطبية بالإجهاض الإرادي و كذلك بالجراحة التجميلية.

ففي الحالة الأخيرة فإنّه في قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، فإنها قضت بأنّ التزام الطبيب بالإعلام لا يكون فقط بالمخاطر الجسيمة للعملية الجراحية، و إنما كذلك بالمساوئ المترتبة عن هذا العمل الطبي. فمسؤولية جراح التجميل عند تنفيذه لعمل طبي تتمثل في شغل الدهون، فإنّ الطبيب ملزم بإعلام المريض بجميع النتائج و المخاطر المترتبة عن هذه العملية حتى المخاطر الاستثنائية.⁷³

⁷²-Sophie Hoquet – Berg et PY Bruno , La responsabilité du médecin , op. cit. , p. 28.

⁷³-François Violla, op . cit , p. 149 et s.

و قد قررت محكمة النقض أنه لا يُشترط على الطبيب شرحا علميا مفصّلا، فهي تُلزم الطبيب بإعطاء معلومة بسيطة تقريبية مفهومة و صادقة للمريض، فعلى الطبيب أن يُكيّف المعلومة على حسب النضج الفكري للمريض، هذا فيما يخص القاصر، و حسب القدرات الفكرية لمثله القانوني.⁷⁴

2.2 عبء إثبات الالتزام بالإعلام:

يشير إلتزام الطبيب بإعلام المريض بمرضه و المضاعفات التي يمكن أن تتولد عنه، و المخاطر المتوقعة نتيجة العلاج، مسألة من يتحمل عبء الإثبات في حالة الادعاء بتخلف تنفيذ هذا الإلتزام، فهل هو الطبيب أم المريض؟

عندما يتهم المريض الطبيب بعدم إعلامه أو بإعلامه بطريقة خاطئة فإنّ السّؤال الذي يطرح نفسه هو على من يقع عبء الإثبات؟ فعند مدة و منذ قرار 92 ماي 1951 قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه يقع على المريض عندما يضع نفسه و بوعي تام بين يدي جراح (أو طبيب) إثبات إخلال هذا الأخير بالتزامه العقدي عندما لا يعلمه بحقيقة طبيعة العملية التي يحضّر نفسه لإجرائها، و بأنّ الطبيب لم يحصل على رضاه فيما يخص هذه العملية.⁷⁵ فمن استقراء هذا القرار يتضح بأنه كان لازما على الضحية إثبات بأنّ المهني لم ينفذ التزامه، حيث كانت تفرض عليه بأن يثبت فعل الطبيب السّليبي و ما كان يزيد الأمر صعوبة هو طبيعة العلاقة التي تجمع كلا من الطبيب و المريض، حيث تمتاز هذه العلاقة بطابعها السّريّ ممّا يعني عدم وجود شهود و لا وثيقة مكتوبة تثبت إخلال الطبيب بالتزامه و هذا كان يصعب مهمّة المريض.⁷⁶

غير أن كل هذا تغيّر و يعود الفضل في ذلك لقرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 25 فيفري 1997،⁷⁷ حيث اعترفت محكمة النقض هنا بأنه يعود على من يجب عليه قانونا و عقدا التزم بالإعلام إثبات تنفيذه لهذا الإلتزام.

⁷⁴-Sophie Hoquet- Berg et PY Bruno , op. cit. , p. 29.

⁷⁵-François Violla , op. cit, p .149 et s.

⁷⁶-Annick Dorsner – Dolivet , op. cit. ,p. 84 et s.

⁷⁷-ArrétHedreul contre cousin « Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation. ».

فمنذ هذا القرار فإنه يعود على الطبيب إثبات تنفيذه لالتزامه بالإعلام، و أنه قام بإعلام مريضه بطريقة صحيحة، و حسبما ينص عليه القانون و يثبت الطبيب تنفيذه لالتزامه بالإعلام بكل الوسائل، و بعبارة أخرى، فالقاضي و حتى يُتَوَيِّق اقتناعه الشَّخصي، يمكن أن يأخذ بعين الاعتبار افتراضات ناتجة عن علامات أو إشارة، كما قد يأخذ بعين الاعتبار أي وثيقة موقعة من قبل المريض، و لا يجب أن تُفهم هذه الفكرة بطريقة خاطئة، لأنّ القضاة لا يفرضون إنشاء ملف مكتوب من أجل التأكيد بأنّ إعلام المريض قد تمّ من طرف الطبيب، أمّا في الحياة العملية و حماية لنفسه يقوم الطبيب بتحضير وثيقة تضمّ كلّ المخاطر و الآثار المتوقّعة من إجراء عملية معينة بعلم مريضه بها، الذي يوقع عليها بنفسه بعد اضطلاعها عليها و بعد تلقيه كل الاستفسارات المطلوبة من قبل الطبيب، لكن هذه الوثيقة الموقعة من طرف المريض غير كافية، لأنه لا بدّ من أن يفهم المريض هذه المعلومات و كل ما يقوله الطبيب، أي على الطبيب التأكيد من أنّه قد استطاع إفهام مريضه، و بأنّ هذا الأخير قد فهمها كما يجب.⁷⁸ في حال تعدّد الأطباء لإجراء نفس العملية، فمن هو المدين بالإعلام في هذه الحالة؟

عندما يقوم طبيب بوصف عمل طبي آخر منقّذ من طرف طبيب آخر لمريضه فان محكمة النقض الفرنسية في قرار 29 ماي 1984، قرّرت انه في هذه الحالة، فإنّ الطبيب الثاني ملزم بإعلام المريض بنتائج الفحوصات التي نقّذها عليه، و بكلّ المخاطر المتوقّعة عن العمليّة الجراحية التي يريد المريض إجرائها. فمن هذا القرار نتجّ بأنّ الالتزام بالإعلام لا يفرض على الطبيب الأول فقط الذي طلب من مريضه إجراء فحوصات أخرى لدى طبيب آخر. و إنّما كلا الطبيين ملزمين بإعلام المريض، و على كلّ واحد التأكيد من أنّه وُفّق في إعلامه لمريضه، كما عليه مراجعة إذا ما وُفّق الطبيب الآخر في تنفيذه لالتزامه بالإعلام.⁷⁹ و قد طُبّقت هذه النتيجة في العديد من القرارات الأخرى.⁸⁰

الفقرة الثالثة: الإخلال بالالتزام بالعناية.

مبدئيًا إن الطبيب غير ملزم بقبول معالجة أي شخص يحضر إليه و لكن بمجرد قبوله طلب المريض، فإنّه يقع على عاتقه التزام بالمعالجة، حيث يُفهمُ ممّا تقدّم بأنّ الطبيب غير مُجبر على معالجة أي شخص طالما لم يبد قبوله بالمعالجة. لكن هذا لا يُطبّق في حالات الاستعجال، حيث يُلزم الطبيب بتقديم العلاج دون السّؤال عن قبوله، لأنه إذا امتنع الطبيب عن تقديم العلاج لشخص في

⁷⁸-Sophie Hocquet-Berg et Bruno PY, op. cit., p. 30.

⁷⁹-AnnickDorsner- Dolivet, op.cit., p. 87.

⁸⁰-CassCiv 1°, 14 October 1997.

خطر، فإنّه يتعرّض هنا لعقوبة تأديبية و جزائية. إن إقامة مسؤولية الطبيب تقتضي بالضرورة حدوث خطأ و بسبب تعدّد مجالات التّشاط الطبي فإن الطبيب قد يرتكب مجموعة من الأخطاء تؤدي إلى قيام مسؤوليته.

أولاً: مفهوم الالتزام بالعناية.

إن تحديد مفهوم الإلتزام بالعناية هو البحث فيما إذا كان هذا الإلتزام هو إلتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة ، كما يقتضي البحث في تحديد هذا المفهوم تحديد أقسام هذا الإلتزام و هذا ما سأتناوله بالدراسة فيما يلي:

1 إلتزام الطبيب إلتزام ببذل عناية.

أقرت محكمة النقض الفرنسية على أنّ طبيعة إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية. و بعبارة أخرى، فإنه لا تقوم مسؤولية الطبيب إلا بإثبات وقوع خطأ من طرفه، هذا الخطأ يمكن أن يعرف بأنه إخلال بالالتزام بالعناية أي الإلتزام بإعطاء العناية اللازمة و المطابقة للمعطيات العلميّة.

يسهر القضاء الفرنسي على احترام هذه المبادئ، ففي قرار لمحكمة التّقض الفرنسية،⁸¹ حيث قضت في هذا القرار بأنّ طبيعة التّزام الطبيب هي ببذل عناية مهما كان الإلتزام الواقع على عاتقه. و يتعلّق الأمر في هذا القرار بطبيب الأشعة الذي قام بتصوير ركبة مريضة (Une arthrographie عبارة عن صور أشعة) على أن يتم حقن المريض بمادّة حتى يمكن حصر المناطق المتضرّرة، و هذا ما فعله الطبيب للمريضة التي تعرضت بفعل هذه الصّورة لتقرّح حركي (infection articulaire) بسبب بكتيريا (staphylocoque doré).

كذلك في قرارين آخرين،⁸² فإنّ محكمة النقض الفرنسية قررت في كلا القرارين، نقض قرار المجلس القضائي، الذي لم يشترط حدوث خطأ من طرف الطبيب، و إنما فقط عدم نجاح العلاج المقترح من طرف الطبيب و ظهور ضرر. كذلك في عدّة قرارات أخرى أقرت المحكمة بأنّ إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية.

فالعناية الواجبة على الطبيب تتطلب منه أن يُعنى بفحص المريض فحصا دقيقا. و بالكيفية التي تمكّنه من تشخيص الدّاء تشخيصا دقيقا، و يحتاج الأمر من الطبيب أن يشرع في فحصه فحصا متأنيا متلمّسا مواضع الألم، متحمّسا مواطن الدّاء، مستعملا جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت

⁸¹-Cass. Civ. 1, 28 Juin 1989. N° 91-D-43.

⁸²-Cass. Civ. 9 Octobre 1985, Cass. Civ., 12 Décembre 1985, n° 84-13792 et n° 01643.

تصرّفه، ليكون رأيه بعيدا عن الغلط بقدر الإمكان. كما أن عليه أن يبذل جهده في محاولة تطبيق معلوماته و خبرته السابقة تطبيقا صحيحا⁸³ وفقا للتشريعات الطبية الجزائرية. يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقة على أي طلب معالجة بضمن تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة و الاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين.⁸⁴ و في حكمها الصّادر في 20 ماي 1936⁸⁵ حدّدت محكمة النقض الفرنسية طبيعة و مضمون الالتزام الواقع على عاتق الطبيب اتجاه المريض، فقررت بأنّ الطبيب في عقد العلاج مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض، إلا أنّه يلتزم بأن يبذل للمريض عناية و جهودا صادقة، يقظة و متفقة -في غير الظروف الاستثنائية- مع الأصول العلمية الثابتة. و استمرارا لمحاولات محكمة النقض الفرنسية لتحديد نطاق أكثر إنضباطا للعناية الواجبة على الطبيب، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية لتحديد في 28 جويلية 1960، و في قرارات أخرى.⁸⁶ بأن يكون إلتزام الطبيب موضوع البحث مطابقا للمعطيات المعاصرة للعلم.

و الواضح من هذه الصيغة الجديدة، أنّها تتضمّن مفهوما متحرّكا للعلم الذي يجب أن يلمّ به الطبيب و ما دام الأمر كذلك، فإنّ العناية الواجبة على الطّبيب اتجاه المريض، لا بدّ أن تتخذ هي الأخرى مفهوما متحرّكا، طبقا لهذا التحديد، و الذي يعطي اتساعا أكبر لمفهوم العناية، تبعا لانتشار الأجهزة الطبية و الوسائل العلاجيّة الحديثة ، بل أن البعض قد تسرّب إليه الشكّ في طبيعة التزام الطبيب و هل سيبقى كما هو التزاما ببذل عناية دائما، أم علينا أن نعيد النّظر في التزاماته في ضوء ما أصبح يتمتّع به الأطباء من وسائل دقيقة و متطورة.⁸⁷

و لا بدّ من الإشارة أنّه عندما تُعرض على قاضي الموضوع حالة لها علاقة بمعطيات العلم المعاصر، فإنه يعود إلى القاضي، ملاحظة الحالة التي كان عليها العلم يوم وقوع الفعل و لا يستند في حكمه لحالة العلم يوم فصله في القضية المعروضة عليه، و يمكن للقضاة من أجل تقدير حالة العلم، الإستناد إلى المقالات الدّوريّة المنشورة في الجرائد العلميّة، و كذا للمحاضرات الملقاة ضمن ملتقيات وطنية و دولية، سواء أكانت مكتوبة أو تمّ الإدلاء بها شفاهة من طرف أشخاص متخصصين.⁸⁸

⁸³ -أحسن حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، عمان: دار الثقافة، 2008، ص. 41.

⁸⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 92 - 276 المؤرخ في 6 يونيو 1992، المتضمن لمدونة أخلاقيات مهنة الطّب، المادّة 45.

⁸⁵ -Cass.civ. 20 Mai 1936 , Mercier contre cousin, arrêt précité.

⁸⁶ -Cass. Civ. 13 Mai 1959, 30 Octobre 1967, 6 Juin 2000, 4 Janvier 2005, 12 Janvier 2005, 26 Septembre 2005.

⁸⁷ -F. Violla, op. cit., p.215 et S.

⁸⁸ -A.Dorsner- Dolivet, op. cit., p.100.

المبدأ المقرّر أنّ للطبيب الحرية في اختيار الطريقة التي يرى أنّها مناسبة لعلاج المريض، حيث لا يمكن نسبة خطأ ما إليه كلما ارتأى إتباع طريقة معيّنة من طرق العلاج دون سواها، أو إذا رأى أنّ الطريقة التي اختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض و لمزاج المريض.

و صفوة القول، أنّ التزام الطبيب بالعناية بالمريض و بما يتفق و الأصول العلمية الثابتة، هذا الالتزام لا يمكن أن يقف حائلا دونه، فلا يستطيع أن يقدم للمريض ما هو لفائدته إن رأى أن يستخدم في علاجه أسلوبا مبتكرا من الأساليب التي تقدّمها الاكتشافات العلمية و المخترعات الحديثة، التي يمكن أن يتوصّل إليها الطب الحديث.⁸⁹

و يرى البعض أنّ الطبيب لا يلتزم باتباع آراء الغالبية من أساتذة الطب، و أنّ له أن يطبّق علاجاً شخصياً خاصاً به، بشرط أن يكون هذا العلاج مبنياً على أسس علمية صحيحة، لأنّ الحالات المرضية لا تتطابق تمام المطابقة، و يجب أن يترك للطبيب جانب من الحرية في التصرف بحسب مهارته الشخصية و تجاربه على أنّه من الضروري، لنفي مسؤولية الطبيب، في هذه الحالة أن تكون الطريقة التي استخدمت في علاج المريض قد تجاوزت حد التجربة العلمية، و درجت في الميدان العلمي.⁹⁰

و لا تجوز مساءلة الطبيب، إذا لم يطبق في حالة معيّنة، وسيلة علاجية مقترحة من جانب الأطباء ذوي الصيت، بل لجأ بدلا منها إلى وسيلة أخرى ينظر إليها البعض على أنّها أصبحت بالية، قديمة و غير مناسبة، و إن كان العلاج المطبّق من طرف الطبيب محلّ خلاف أو اعتراض من جانب بعض الأطباء، فلا أهمية لذلك.⁹¹

لكن لا يعني الاعتراف للطبيب بالحرية في اختيار العلاج، إن هذه الحرية طليقة من أية قيود، فالقضاء في الواقع يدين اختيار هذا العلاج أو ذلك، طالما يكشف هذا الاختيار عن جهل مؤكّد من جانب الطبيب في واجبه المهني أو العلمي أو القانوني.⁹²

كما أنّه يتعين على الطبيب أن يختار العلاج الذي يداوي العلة التي يعاني منها المريض، فإما أن يزيل هذه العلة نهائياً، أو على الأقل أن يخفف منها. و العلاج لا يكون كذلك إذا لم يكن متفقاً مع الأصول العلمية التي تداول عليها الأطباء لعلاج مثلها. أما إذا كان العلاج متناسباً مع

⁸⁹-محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1999، ص 24.

⁹⁰- نفس المرجع السابق، ص 36.

⁹¹-V.G,Memeteau,op.cit., p.53.

⁹²-Ibid.

التشخيص الذي شخصه الطبيب، فلا تقوم مسؤولية هذا الأخير إذا لم يأت بالنتيجة المرجوة منه، إلا إذا اعتبر مسؤولاً عن خطأ في تحديد جرعات الدواء أو في كيفية تعاطيه، أو في إرشاد المريض نحو أمر من هذه الأمور.⁹³

كذلك قد لا يتناسب العلاج مع التشخيص الذي انتهى إليه الطبيب، نظراً للجوء هذا الأخير إلى استخدام طريقة من الطرق العلاجية تعتمد على محض الصدفة، بدلا من اتباع الطرق التقليدية المعروفة.⁹⁴

و تمتد حرية الطبيب في اختيار أسلوب العلاج المناسب للمريض من الحالة التي يستخدم فيها أسلوبا طبييا متبعاً، و مستقراً في عالم الطب، إلى الحالة التي يستخدم فيها أسلوباً أكثر حوله الجدل بين الأطباء، فيستطيع أن يركن إلى أحد الآراء و النظريات الطبية التي درج الأطباء على إتباعها سواء في الفحص و التشخيص أو في العلاج.

و خلاصة القول أيا كان الرأي العلمي الذي يتبناه الطبيب، فإن الخطر الذي يتعرض له المريض بسبب العلاج يجب أن يكون متناسباً و جسامته المرض، و يجب أن تجرى موازنة دقيقة ما بين الفائدة المتوقعة و الضرر الناشئ، و في حالة رجحان الضرر على الفائدة، فعلى الطبيب أن يمتنع عن التدخل، و يعد ذلك مبدأ أساسياً في اختيار العلاج، و بدون إغفال أن الفعل الجراحي ذاته ينطوي على خطر، و أنّ كل علاج دوائي يعد من السموم الموجهة للجسم البشري.

2 الأقسام المختلفة للخطأ في الالتزام بعناية.

يمكن أن يقترب الطبيب أخطاءً في أية مرحلة كان عليها العلاج، و لكن لا بدّ من معرفة هل الطبيب مجبر على قبول معالجة أي مريض يتقدّم إليه، و إذا لم ينجح الطبيب في علاجه، فهل يعتبر مخطئاً، و هل يمكن أن يحدث خطأ في المرحلة اللاحقة للعلاج؟

لا بدّ من الإشارة إلى أنّه مهما كانت المرحلة التي يكون فيها العلاج، فإنّه لا يشترط حتى يعتبر الفعل خاطئاً أن يكون جسيماً جسامته خاصّة، و المقصود بهذا بأنه لا يشترط في الخطأ أن يكون غير معتفر أو تدليسي و حتى عمدي، بل يكفي في الخطأ أن يكون مؤكّداً،

و قد أكد هذا قرار مجلس قضاء تولوز بقوله: " لا يشترط لقيام المسؤولية شبه التقصيرية ارتكاب

الطبيب أو الجراح خطأ جسيماً. "

⁹³-Durrieu-Diebolt,op.cit., p.39.

⁹⁴- ibid.

«Rien n'exige pour l'existence de la responsabilité quasi délictuelle du médecin ou chirurgien qu' une faute lourde »⁹⁵

و في المادة العقدية، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية،⁹⁶ بأنه ليس ضروريا و لا يشترط لإقامة مسؤولية الطبيب وقوع خطأ غير مغتفر من طرفه، و أضافت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها بأنه " أي خطأ من طرف الطبيب يقيم مسؤوليته سواء العقدية أو التقصيرية" و تجدر الإضافة بأن الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية تشترط حتى الخطأ البسيط من أجل إقامة مسؤولية المهني المدين الذي لم يتبع في تصرفه تصرف الرجل العادي.⁹⁷

و قد أضاف قانون 4 مارس 2002 في فرنسا، فيما يخص عملية الاستنساخ، في فرضيات خاصة، بأن يكون الخطأ خطأً محدداً بمعايير خاصة.⁹⁸

1.2 قرار بدأ العلاج:

المبدأ و هو أن الطبيب غير مجبر على معالجة أي شخص يأتي إليه، غير أنه بمجرد قبوله طلب المريض، فإنه يقع على عاتقه التزام بالعناية و العلاج. و بمفهوم المخالفة فإن إلتزام الطبيب بالعناية و العلاج لا يقوم إلا إذا وافق الطبيب على طلب المريض. و فيما يتعلّق بحالة الاستعجال فهنا لسنا بحاجة للبحث في قبول الطبيب تقديم العلاج، لأن الطبيب هنا ملزم بتقديم العلاج بمجرد عرض حالة الاستعجال عليه، لأن امتناعه قد يعرضه لعقوبات تأديبية أو جزائية، و تجدر الإشارة أن قرار بدأ العلاج هو إلتزام ببذل عناية يتفق و مقتضيات الضمير الإنساني و المهني، و الذي يمتّ بصلة للضمير الإنساني أكثر مما يمتّ بصلة للقواعد العلمية الثابتة، فالعناية المقصودة عند بدأ العلاج تستلزم من الطبيب تطبيق الواجب المفروض عليه، طبقا لما تمليه قواعد الأخلاق و التقاليد المهنية المتبعة، فضلا عن ضرورة مراعاة اليقظة في تنفيذ هذا الواجب، و ما يترتب على ذلك من ضرورة حسن تقدير ردود الأفعال التي تصدر من المريض لدى مباشرته لعلاجه.⁹⁹

و الواقع أنه ما يترتب عن قرار بدأ العلاج يؤدي إلى أن ابتداء العناية بالمريض يتم في مرحلة الفحص حيث تتقرر العلة التي يعاني منها، و قد يقوم الطبيب بفحص المريض و قد يرى أن يجيله إلى

⁹⁵-CA. Toulouse, 25 Mai 1938, Gaz. Pal. 18 Mars 2010, N° 76 à 77, P.10.

⁹⁶-Cass. Civ, 30 Octobre 1963, GAZ.Pal, op. cit, p.13.

⁹⁷-DorsnerDolivet A., op. cit; p.102.

⁹⁸-Cass. Ass. Plén, 17 Novembre 2000, Perruche, Violla F, op. cit, p467 الأحكام المتعلقة بعملية

الاستنساخ نسبة إلى قرار بيروش

⁹⁹-B.Mattieu, op. cit, p. 53.

طبيب مختص بالفحص إذا تعلّق الأمر، بأحد المستشفيات أو المراكز العلاجية. و هناك حالات قد تُعرض على الطبيب تستدعي منه سرعة اتخاذ القرار بشأن حالة المريض، فإما أن يقوم بفحصه و تقرير ما يلزم بشأنه، أو أن يقوم بإحالة على القسم المختص لاتخاذ مثل هذا الإجراء. كما أن هناك من الحالات ما يمثل فيها عنصر الوقت أهمية ملحوظة، بحيث يمكن القول بأن الطبيب لا يلتزم فقط بعدم التباطؤ في إجراء الفحص، تمهيدا لاتخاذ ما يجب بشأن المريض، بل أيضا بعدم الإسراع في نقل المريض إلى المستشفى المتخصّص، قبل فحصه بمعرفته، أو بمعرفة القسم المختص، إذا كانت حالة المريض تستدعي ذلك.¹⁰⁰

كما تقتضي عناية الطبيب التي يملئها عليه ضميره الإنساني و المهني، و بعد موافقته على طلب المريض (أي معالجته) بأن يقوم بإعادة فحص المريض بمساعدة طبيب أخصائي إن لزم الأمر، حتى يتخذ القرار الذي يراه، و هو يكون مسؤولا عن هذا القرار الذي يصل إليه و لا يُقبل منه الاحتجاج إذا ظهر خطأ العلاج بأنه قام به إتباعا لرأي زميله. كما تتطلّب العناية الواجبة على الطبيب أن يقدم للمريض كلّ الجهود الممكنة في سبيل فائدته و العمل على شفائه. فهو يقوم بهذا العمل مدفوعا بوازع من ضميره الإنساني و المهني، و يظهر ذلك في فحصه للمريض فحصا دقيقا بغير تسرع أو إهمال.¹⁰¹ فيكون لزاما على الطبيب إنطلاقا مما سبق ذكره. أن يستمع إلى شكوى المريض و أن يحصل منه أو من أهله على كافة المعلومات التي يحتاج إليها و أن يشرع في فحص المريض فحصا دقيقا، متمسكا موضع الألم، متحسّسا موضع الداء مستعملا جميع الوسائل التي يضعها العلم تحت تصرّفه ليكون رأيه بعيدا عن الغلط بقدر الإمكان.

و من التطبيقات القضائية، في هذا الصدد، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بإدانة طبيب لعدم قيامه بإجراء الفحوص الطبية قبل إجراء الجراحة في عين المريض، و أنه لو كان قد قام بذلك، لكان قد تبين له منها أن المريض مصاب ببؤرة تقيحية، و من ثمّ لكان قد امتنع عن إجراء الجراحة. و التي أدت إلى فقد المريض لإبصار كلتا عينيه.¹⁰²

و يتعين على الطبيب كذلك، أن يستخدم الفطنة المكتسبة من الخبرة العلميّة في فحص المريض. فكثيرا ما يحدث أن تكون هناك بعض الأعراض التي توحي بأن منطقة الداء هي المنطقة التي يشعر

¹⁰⁰-Mattieu B, op. cit, p. 53. Ibidem.

¹⁰¹-Cour de letiquepresenter aux étudiants de 1 années Medecine, Dr. khaznadar Fac de Medecine ENESM-Oran, 2005.

¹⁰²-Cass. Crim, 11 Février 1973, n°24-180.

بالآلام فيها، بينما يكون موضع الداء في جزء آخر منحسم الإنسان المريض، لا يشعر فيه المريض بألم ما، فإن غابت عن الطبيب فطنته، انحرف عن أصول الفحص السليم، و من ثمّ ينتهي الأمر إلى تشخيص غير صحيح، و يؤدي ذلك إلى أن الطبيب مطالب ليس فقط بفحص الموضع الذي يشكو منه المريض، بل أيضا كلّ المواضع المحتمل أن تكون هي السبب في شكوى المريض.¹⁰³

2.2 التشخيص:

يعتبر التشخيص نتيجة لحكم طبي راجع إلى الخبرة التي يمتلكها الطبيب. و التشخيص الذي يقوم به الطبيب لحالة مريضه ليس نهائي، لأنه قد يتغير و يرجع هذا التغيير إلى تحسّن حالة المريض أو إلى اكتشافات حديثة. و قد اعتبر القضاء الفرنسي أن الغلط في التشخيص لا يعتبر في حدّ ذاته خطأ، و قد أخذت بهذا في قرارها الصادر في 24 نوفمبر 1987، و يدور هذا القرار حول وفاة امرأة أثناء توليدها، و لرفض دعوى التعويض التي رفعها ذوو الحقوق، فإن مجلس قضاء باريس أفضى بأن تعقد حالة المريضة المفاجئة أثناء ولادة التوأم الثاني، تطلّب من القابلة اتّخاذ قرار استعجالي و المتمثّل في مواصلة توليد المرأة بدل إجراء عمليّة قيصرية، و قد نقض ذوو حقوقها القرار، فرفضت محكمة النقض، نقض قرار مجلس قضاء باريس، و أضافت بأن القابلة لم ترتكب خطأ طبيًا مقيما للمسؤولية، خاصة إذا توافقت هذا التشخيص و الأصول العلمية الثابتة.¹⁰⁴

و لا يعتبر الغلط في التشخيص خطأ إلا إذا نتج عن جهل الطبيب بأنه يقع على عاتقه إلتزام بالعناية و العلاج مع اتباعه اليقظة اللازمة و المفترضة في المهني، و قد يكون السبب في ذلك، في أنه من جهة لم يقيم بالتحريات اللازمة عن حالة مريضه من أجل إقامة تشخيصه، و من جهة ثانية لأنه لم يستشر رأي زميل له في المهنة، و ذلك لأن حالة المريض تتجاوز تخصّصه و معلوماته المكتسبة.¹⁰⁵ حيث يعتبر الطبيب مخطئا إذ لم يطلب من مريضه القيام بتحاليل تسمح باكتشاف وجود خلية سرطانية.¹⁰⁶

كذلك يصبح الغلط في التشخيص خطأ، عندما يُصرّ الطبيب بأنّ تشخيصه صحيح و لا يتخلّله أيّ غلط. ففي قرار محكمة النقض الفرنسية¹⁰⁷ و المتعلّق بمريض أحسنّ بألم على مستوى بطة السّاق (Mollet) في اليوم التالي إزداد الألم، إضافة إلى انتفاخ موضع الألم، توجّه إلى عيادة أين

¹⁰³-منير رياض حنا المرجع السابقة ص 63

¹⁰⁴-C.A . Paris, 14 octobre 1986, Cass. Civ, 24 Novembre 1987 N° 03-19. 062.

¹⁰⁵-Dorsner- Dolivet A, op. cit, p. 105.

¹⁰⁶-Cass.civ. 1,15 Novembre 1989.

¹⁰⁷-Cass. Civ.1 , 8 Juillet 1997.

شخص طبيين حالته بجلطة دموية على مستوى العروق (Une phlébite) حيث وصف الأطباء له علاجاً مضاداً لتحصّر الدّم، و في اليوم الموالي جاء طبيب ثالث لفحص المريض، رفقة أحد الطبيين الذين فحصا المريض البارحة، و الذي أكد صحة تشخيص الطبيين رغم عدم تحسّن حالة المريض، فكان لا بدّ من انتظار 24 ساعة و مجيء طبيب خامس الذي شخص الحالة على أنّها متلازمة الحَيَز «Syndrome des loges» تستلزم أشعة رنانة من أجل علاجها، و قد وُفق هذا الطبيب في تشخيصه، و رأت محكمة النقض بأن الأطباء الثالث قد أخطئوا عندما أصرّوا- رغم عدم تحسّن المريض- على تشخيصهم، و عدم قيامهم بتحليل تكميلية.

3.2 اختيار العلاج و الدقة في وصفه:

يترتب عن التوفيق في التشخيص اختيار العلاج الذي يتوافق مع التشخيص الذي قام به الطبيب لمريضه. و للطبيب مطلق الحرية في اختيار العلاج و وصفه، لكن لا بدّ من ممارسة هذه الحرية في حدود مصلحة المريض، و قد يتعرّض الطبيب للنقد في اختياره و وصفه للعلاج إذا كان لا يتوافق و الأصول العلميّة الثابتة.

و من مقتضيات العناية الواجبة على الطّبيب كذلك "حسبما يفرضها عليه ضميره الإنساني و المهني" أن يتّبع الدقّة في وصفه للعلاج و في تطبيقه. ذلك أنه من غير المستبعد أن تقع من الطّبيب أخطاء - في هذا المجال- لا تتعلّق بالجهل بالقواعد و الأصول العلميّة، و إنما بسبب عدم إتباعه الدقة في وصف العلاج و تطبيقه، و هي أخطاء تدخل تحت وصف عدم بذل العناية بما يتفق و مقتضيات الضمير الإنساني و المهني.¹⁰⁸

و من أمثلة عدم بذل العناية الواجبة في هذا المجال، أن يعطي الطبيب حقنة للمريض، دون أن يقوم بتطهيرها أو بتطهير يديه، أو موضع إعطائها في جسم المريض، أو لا يقوم بسحب قدر من الدّم فيها للتأكد من أنّها قد دخلت في الوريد فعلاً. و بحسب ضميره الإنساني و المهني يتعيّن على الطّبيب أن يقوم بمتابعة علاج المريض الذي بدأه معه و على الأخص حينما تكون الحالة خطيرة، أو تكون الآثار المترتبة على ترك المريض بعد العلاج أو الجراحة آثاراً خطيرة و لا يمكن تداركها. فأساس عدم المتابعة في هذه الحالة هو الجهل بالأصول العلميّة التي تعارف عليها الأطباء، و هو ما يختلف عن حالة عدم الاكتراث بمتابعة علاج المريض، و لتوضيح ما سبق ذكره فإن من العلاجات ما يترتب عليها، أن يُصاب المريض بارتفاع متوقّع في ضغط الدّم، أو في درجة حرارته، أو أن يصاب بحالة

¹⁰⁸-A. Dorsner- Dolivet, op. cit, p.107.

متوقعة أيضا من الدوار، أو الصداع أو القيء أو الإسهال و غيرها. فيفترض على الطبيب حينئذ أن يكون على وعي بإمكان حدوث هذه الأعراض و أن يبذل جهده في العمل على علاجها، فإذا ما تُرك المريض دون متابعة، و ترتب على ذلك ضرر للمريض، فإنه يُعدّ مسؤولاً ليس عن عدم بذله لعناية تنتمي إلى مقتضيات الضمير الإنساني و المهني، بل عن عدم بذل تلك التي تنتمي إلى الأصول العلمية المتعارف عليها بين الأطباء.¹⁰⁹

ثانياً: تقدير الإخلال بالالتزام بعناية.

يشترط القضاء توافر خطأ عندما يكون هناك فرق بين تصرف المهني المدين (الطبيب) الفعلي، و التصرف الذي كان من الواجب عليه اتخاذه. إن تقدير تصرف الطبيب الخاطئ يطرح سؤالين: الأول يتمثل في: ما هي الكيفيات التي تسمح بتقدير الخطأ الطبي، و الثاني يتمثل في كيفية إثبات هذا الخطأ؟

1- كيفية تقدير الخطأ الطبي.

في واقع الحال، نجد أن هناك طريقتين لتقدير مسلك الطبيب، فإما أن يقارن ما وقع منه بمسلكه العادي، فإذا تبين أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه، اعتبر مقصراً و هذا هو التقدير الواقعي أو الشخصي.

و إما أن يقارن ما وقع منه بمسلك شخص مجرد، يتصور أنه على مثال الرجل الحريص اليقظ، الذي يفترض أن تصرفاته و أعماله بلا عيب و هذا هو التقدير المجرد¹¹⁰ أو المادي.

و يبدو أن الفقه و القضاء قد احتارا بين هذين الطريقتين لتقدير الخطأ المادي (العادي)، فرأى بعض الفقهاء¹¹¹ وجوب الأخذ بالتقدير الواقعي، و اتباع المعيار الشخصي، و قد أخذت بهذا المعيار بعض أحكام القضاء.¹¹² غير أنه قد لوحظ أن تطبيق هذا المعيار من شأنه أن يؤدي إلى مكافأة من اعتاد التقصير بعدم محاسبته على تقصيره، كما يؤدي إلى مجازاة من اعتاد اليقظة. على أقل هفوة من الهفوات. و لذلك يفضل أغلبية الفقهاء تقدير خطأ الطبيب، طبقاً لقاعدة التقدير المجرد، لا على إطلاقها.

¹⁰⁹-Sophie Hocquet-Berg et Bruno PY, op. cit, p.75 et s.

¹¹⁰-A.Dorsner- Dolivet, op. cit , p.127.

¹¹¹-Dejean de la Bâtie; Appréciation in abstracto et inconcreto en droit civil français, LGDJ , 1965, p .54.

¹¹²-CASS. CIV. 1°, 14 Novembre 1966.

و على ذلك، فإنه يمكن القول بأن المعيار الموضوعي المجرد، هو المعيار الذي يتخذ من سلوك الشخص العادي، مقياساً للسلوك الواجب اتباعه، هذا الشخص هو الرجل الوسط، فهو الرجل اليقظ المتبصر، فلا هو بالغبي الجاهل، و لا هو بالشديد اليقظة و الحرص. و ينطبق هذا المعيار الموضوعي في مجال الالتزام ببذل عناية، على الخطأ التقصيري، و الخطأ العقدي، على حدّ سواء، ففي الحالتين يؤخذ بهذا المعيار الموضوعي، و الذي يقوم على مقارنة مسلك الفاعل بمسلك الرجل اليقظ المتبصر، إذا وُجد في ظروف مماثلة لظروف الفاعل، بصرف النظر عن العوامل الداخلية الخاصة بشخص الفاعل، فإذا انحرَف عن هذا السلوك كان مخطئاً، و انعقدت مسؤوليته عمّا أصاب المريض من ضرر.¹¹³

و قد أكدت التشريعات الصحية في العديد من الدول، على ضرورة التزام الطبيب أثناء مزاولته مهنة الطب بعدم الخروج عن القواعد و الأصول العلميّة، في علم الطب، و إلا عُدَّ مرتكباً لخطأ طبيّ يوجب قيام مسؤوليته المدنيّة.¹¹⁴

و قد أكد المشرّع الجزائري ذلك في ديباجة نصوص التشريعات المنظّمة لمهنة الطب، على أن أخلاقيات الطب عبارة عن مجموع القواعد و الأعراف التي يتعين على كلّ طبيب و جراح أسنان وصيدلي الالتزام بها. و أن يكون الطبيب على إمام كاف بمضمونها العلمي حال مباشرته العمل الطبي.¹¹⁵ و الطبيب ملزم ببذل العناية و عدم الإهمال اتجاه المريض و ليس الشفاء، و الطبيب ملزم بمجرد موافقته على علاج مريض، بتقديم العلاج اللازم بما يتّسم بالإخلاص و التفاني و مطابقته لمعطيات العلم لحديث.¹¹⁶

و قد عرّف جانب فقهي الأصول العلمية التي يجب أن يراعيها الطبيب: "أنها تلك المبادئ و القواعد الثابتة المتعارف عليها نظرياً و علمياً بين طائفة من الأطباء، و تحت الإمام بها حال مباشرة الأعمال الطبيّة". و عرّفها القضاء: "أنها الأصول الثابتة التي يعترف بها أهل العلم و لا يتسامحون مع من يجهلها أو يتخطأها ممّا ينسب إلى عملهم أو فنّهم."¹¹⁷

فالتبيب يكون مخطئاً إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة، و بوجه عام إذا اخلّ بواجباته اتجاه المريض نتيجة جهل أو تهاون للحقائق العلميّة المكتسبة أو المستقرّة، و في تعبير محكمة النقض

¹¹³ - A.Dorsner- Dolivet, op.cit, p. 129.

¹¹⁴ -ibid.

¹¹⁵ - المادّة الأولى مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية.

¹¹⁶ - المادّة 45 مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائرية، و لقد أورد المشرّع الجزائري في العديد من النصوص مدونة أخلاقيات المهنة (المواد 8 أو 31) منها.

¹¹⁷ - مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم: أطروحة دكتوراه دولة نوقشت بجامعة الجزائر، 1996-1997 ص. 275.

الفرنسيّة في قرارها الشهير قرار Mercier في 20 ماي 1936 فانه إذا كانت هذه العناية تخالف الحقائق العلمية الحاليّة، فمن واجب الطّبيب متابعة التطوّر العلمي. و الخطأ الفني يتّصل بالمسائل العلميّة و يتمثّل في الغلط الذي يقع من الطّبيب سواء في التّشخيص أو في العلاج أو في العمل الجراحي، و يحاسب عليها الطبيب لما ينطوي عليه من مخالفة أكيدة واضحة للحقائق العلميّة المسلّم بها و الأصول الفنيّة المستقرّة، و لا عبرة لجسامة الخطأ.¹¹⁸

و يدخل في إطار الأصول العلميّة بعض المفاهيم التي يجب مراعاتها قبل إقامة الخطأ على الطّبيب، من بينها العادات الطبيّة، و الممارسات اليوميّة.¹¹⁹

فالعادات الطبيّة هي ما يجري عليه العمل الطّبي و تتّصف بالواقعيّة و القُدَم و الثّبات، و عدم مخالفتها للآداب العامّة أو المبادئ الأساسيّة التي يقوم عليها التّشريع في بلد معيّن. و تتميّز عن العادة الاتّفاقيّة التي تشمل الشّروط السّابقة، إلا أن المتعاقدين يلتزمان بها صراحة أو ضمّنيًا و تعدّ جزءا من العقد الطّبي، دون أن تكتسب صفة القاعدة القانونيّة، و لكن قد ترتفع أحيانا لتصل إلى درجة العرف إذا اقترنت بنصّ خاصّ، و عليه فالعادة المهنيّة الطبيّة هي التي تنظّم ما يجري عليه العمل المتعلّق بالنّاحيّة الفنيّة الطبيّة و تتميّز بخاصيّة الحركة و التطوّر، و تختلف عن القاعدة القانونيّة بما تتّصف به الأخيرة من عموميّة و تجريد، أو يُقصد بها: " الممارسات اليوميّة لمعطيات التطوّر العلمي التي يأتيها الأطباء عن إدراك" و هذه قابلة للتطوّر باستمرار نتيجة البحث و الاكتشاف العلمي للأدوية و طرق التّشخيص و العلاج.

و العادات الطبيّة تعدّ من المعايير التي توجب على الطّبيب احترامها و يعدّ الطّبيب مخطئا في حالة الخروج عليها، فمحكمة النّقض الفرنسيّة قرّرت إدانة الطّبيب لمخالفته الالتزام بوسيلة متعلّقة بطرق التّعقيم، أو بمخالفة الوسائل الفنيّة المعتمدة أثناء الولادة الصّناعيّة، إذ اعتبرتها محكمة النّقض بحكم العادات القانونيّة (Un sages juridique).

أما الممارسات العلميّة الطبيّة، و هذه لا ترقى إلى درجة سابقتهّا و تختلف من طبيب لآخر و لا تتصف بالقُدَم و الثّبات.¹²⁰

¹¹⁸ - نفس المرجع، ص. 276.

¹¹⁹-A. Dorsner-Dolivet , op.cit ,p.129 et s.

¹²⁰ -أحمد حسن الحياوي، المرجع السّابق، ص 193.

و قررت محكمة النقض الفرنسية¹²¹ أن سلوك الطبيب يقدر بالنظر إلى الحالة العلمية و الممارسة الطبية وقت إثبات الفعل، و بالتالي تقام مسؤولية الطبيب لعدم احترامه القواعد المنظمة للممارسة العلمية الطبية عندما يتصف فعله بالرّعونة، و تصبح قواعد الممارسة الطبية واجبة الاحترام من الطبيب عند تجاوزها مرحلة التجارب العلمية و تدخل في إطار الممارسة العلمية الدائمة و المستمرة،¹²² و يجب أن تطابق هذه الممارسة معطيات العلم الجديدة، و يشكّل الخروج عليها من قبل الطبيب قيام مسؤوليته أيضا.

2- إثبات الخطأ الطبي.

أيد القضاء الفرنسي منذ عام 1927 ما اتفق عليه فقهاء القانون، و منهم الفقيه الفرنسي "ديموج" على تقسيم الالتزامات القانونية بوجه عام إلى نوعين من الالتزامات، الأول التزام محدد و هو ما اصطلح على تسميته التزام بتحقيق نتيجة أو غاية، و الثاني التزام عام يأخذ بعين الاعتبار مراعاة جانب الحيطة و الحذر و هو ما اصطلح على تسميته التزام ببذل عناية أو وسيلة. و يجدر بالذكر أن إثبات الخطأ بوجه عام يتوقف على كيفية تحديد مضمون الالتزام أو محلّه، اهو التزام بتحقيق نتيجة محدّدة، أم هو التزام ببذل عناية؟ فإذا كنّا أمام الحالة الأولى يكون عدم تحقّق النتيجة المتّفق عليها خطأ مفترضا ما لم يثبت المدين تدخّل السبب الأجنبي لاستحالة تنفيذه. أما في حالة إهمال المدين في بذل العناية اللازمة يصبح لزاما على الدائن إثبات خطأ المدين. كما أن قواعد إثبات الخطأ العقدي تنطبق على قواعد إثبات الخطأ التقصيري، إذ أن العبرة تكمن فقط في مضمون الالتزام و لا عبرة بنوع المسؤولية.¹²³

لكن من المتفق عليه فقها و قضاء، أن عبء إثبات خطأ الطبيب يقع دائما على المريض (المتضرّر)، و على ذلك نهج القضاء الفرنسي حيث كان يعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، و استمر على الأخذ بإلقاء عبء الإثبات على الطرف الدائن (المتضرّر) حتى بعد اعتبار مسؤولية الطبيب المدنية مسؤولية عقدية كأصل، و يعلل فقهاء القانون هذا النهج بان التزام الطبيب اتجاه

¹²¹-CASS. CIV 1° 4 Janvier 1974, Violla François, op. cit, p.93.

¹²²-CASS. CIV 1°, 14 Février 1950, Violla François, op. cit, p.95.

¹²³ - محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي، مجلة الحقوق و الشريعة الكويتية، السنة الثالثة، العدد الأول، مارس 1979، ص. 13 و 14.

المريض التزام ببذل عناية كأصل و بالتالي: " لا يثبت خطأ الطبيب بمجرد عدم تحقق نتيجة الشفاء بل للمريض أن يقيم الدليل على إهمال الطبيب و تقصيره".¹²⁴

الفرع الثاني: الخطأ شرط غير كاف لإقامة المسؤولية المدنية للطبيب.

إن الخطأ لوحده غير كاف لإقامة المسؤولية المدنية للطبيب، إذ لا بدّ من توافر شرطين آخرين حتى تقوم مسؤولية هذا الأخير، لأنه يشترط في المسؤولية توافر ثلاثة شروط و هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية، و هذين الشرطين الأخيرين هما اللذان ستم دراستهما في هذه المرحلة.

فإذا كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جرّاء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلّق ذلك الحقّ أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو حرّيته أو شرفه أو ماله أو غير ذلك، فإن هذا الضرر يمثّل على العموم تلك الخسائر المادية و المعنوية التي تلحق بالضحية نتيجة الفعل الذي يقع عليه، مما يجعل من هذا الضرر عنصراً أولياً رئيسياً لقيام المسؤولية المدنية، التي تفتح باب المطالبة بالتعويض، جبراً لما لحق بالمضروب من أضرار.¹²⁵

و بالإضافة إلى ركن الضرر، يشترط الفقه و معه القضاء، بناء على تأسيس قانوني، توافر ركن العلاقة السببية، التي تمثّل تلك العلاقة التي تربط و تجمع بين الخطأ كركن أول، و الضرر كركن ثان، طبقاً للقواعد العامة للمسؤولية، و بين الفعل الضار و الضرر في بعض حالات المسؤولية الطبية على وجه الخصوص، و بمعنى آخر وجوب أن يكون ذلك الخطأ أو الفعل الضار، هو الذي انشأ و تسبّب في حدوث الضرر الذي يشكو منه المضروب، و بعبارة أخرى فإن العلاقة السببية هي الوصل الذي يصل الموصول و الموصول به.¹²⁶

الفقرة الأولى: ضرورة تعرّض الضحية أو ذوي حقوقه لضرر.

الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية الطبية، حيث لا يمكن مساءلة الطبيب أو الجراح، ما لم يترتب عن خطأ أي منهما ضرر للمريض، فإذا أصاب الضرر المريض في حياته، أو سلامة جسمه، كان هذا ضرراً مادياً، أما إذا أصابه في شعوره، أو عاطفته، أو كرامته، أو شرفه، كان هذا ضرراً أدبياً. و كلّ من هذين النوعين من الضرر، يُرتّب مسؤولية الطبيب، متى ارتبط بالخطأ، و قامت بينهما علاقة سببية.

¹²⁴-A. Dorsner-Dolivet, op.cit.,p. 131.

¹²⁵ - رابح محمد، المرجع السابق، ص 267.

¹²⁶ - نفس المرجع السابق، ص. 267.

و يترتب على القول بان التزام الطبيب، هو التزام ببذل عناية، و ليس بتحقيق نتيجة، انه قد يحدث الضرر فعلا للمريض، و على الرغم من ذلك لا تثور مسؤولية الطبيب، إذا لم يثبت في جانبه تقصير أو إهمال.

و على العموم فان الضّرر هو ما يصيب المرء في حقّ من حقوقه، أو مصلحة من مصالحه المشروعة، من جرّاء عمل الطبيب غير المعتاد، فلإنسان الحق في الحياة، و سلامة جسمه، بحيث يُعدّ القتل، التعذيب، الجروح و الضّرب تعدياً و مسّاً بهذه الحقوق، و كلّ مسّ بمصلحة المريض أو حقّ من حقوقه بصفة غير مشروعة، يمثّل ضرراً يوجب التّعويض و الجبر.¹²⁷

كما أن الضّرر الطبي غير متمثّل في عدم شفاء المريض، بل هو اثر خطأ الطّبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيلة و الحرص أثناء ممارسته للعمل الطبي، لان أصل التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة.

و الضّرر نوعان ضرر مادي و ضرر معنوي.

أولاً: الضّرر المادي:

يُعرّف الضّرر الماديّ بأنه: "الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة ماليّة"

و الضّرر الماديّ ينقسم إلى ضرر جسدي متمثّل بالأذى الذي يصيب جسم الإنسان كإزهاق روح أو إحداث عاهة دائمة أو مؤقتة، و إلى ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات قيمة مادية أو اقتصادية، كإصابة الجسم بعاهة تُعطل قدرته على الكسب أو في نفقات العلاج. و يشترط في الضّرر الماديّ الإخلال بحقّ أو مصلحة مشروعة و أن يكون محققاً.

1 - الإخلال بحق أو مصلحة ماليّة للمضرور:

يجمع الغالبية من الفقه و القضاء على أن الضرر المادي يتحقق في حالة الإخلال بحق أو مصلحة مالية للمتضرر. و قد تطلّب القضاء الفرنسي هذا الشرط في المصلحة لقطع دعاوي التّعويض التي ترفعها الخلية للمطالبة بتعويض الضّرر الذي أصابها نتيجة موت خليلها، لأن العلاقة بينهما غير مشروعة.¹²⁸

¹²⁷ - راييس محمد، المرجع السابق ، ص 270.

¹²⁸-F.Vialla, op .cit.,p.596 et s.

و قد اشترط المشرع الجزائري للتعويض عن الضرر أن تكون هناك مصلحة مشروعة، و هذه المصلحة لا تتعارض مع مفهوم النظام العام أو الآداب العامة.¹²⁹ و أن لا تتعارض مع منطوق نظرية التعسف في استعمال الحق،¹³⁰ فإذا ترتب على حقّ الإنسان في سلامة جسمه خسارة مادية (كالعجز عن الكسب أو نفقات العلاج) أو يكون المساس بجسم الإنسان على شكل جروح أو كسور أو وفاة أو تشويه فيعتبر ضررا ماديا يستوجب التعويض، و يشترط في الضرر أن يكون محققا.

2- أن يكون الضرر محققا (تحقق الضرر)

أصبح من المبادئ المسلّم بها أن الضرر موضوع المسؤولية يجب أن يكون محققا، أي وقع فعلا، أو انه سيقع في وقت لاحق، و الضرر المحقق لا يشمل الضرر الحال فقط بل يشمل الضرر الذي قام سببه و إن تراخت آثار بعضها أو جلّها إلى المستقبل،¹³¹ كما لو اتلف الطبيب بخطأ منه احد أعضاء جسم المريض، أو أجرى تجربة طبية دون موافقة المريض، أو أعطاه علاجاً بهدف الاختبار. القاعدة التقليدية و المستقر عليها فقها و قضاء هي مساءلة الطبيب عن الضرر المباشر، أي الضرر الذي لا يكون في وسع المصاب أن يتوقّاه ببذل جهد معقول، و في الوقت نفسه لا يسأل الطبيب عن الضرر غير المباشر.

و الوضع السابق لا ينظر له بهذه البساطة في مجال الخطأ الطبي، لان طبيعة العلاقة القانونية بين الطبيب و المريض هي المرجع، فبحسب القاعدة العامة في المسؤولية العقدية لا يلتزم المدين إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع، أخذاً بعين الاعتبار حالتي الغش و الخطأ الجسيم،¹³² و الأمر على خلاف ذلك في المسؤولية التصويرية التي توجب على المدين التعويض عن الضرر المتوقع و الضرر غير المتوقع.¹³³

و عليه فلو اعتبرنا العلاقة القائمة بين الطبيب و المريض علاقة تعاقدية فلا يلتزم الطبيب إلا بالتعويض عن الضرر المتوقع و المباشر، إلا إذا كان الضرر الطبي ناجما عن غشّ أو خطأ جسيم، و هذا على عكس ما هو عليه في حالة قيام مسؤولية الطبيب التصويرية.

129 - طبقا لنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

130 - طبقا لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري.

131 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ج 2، ص 146 و 147.

132 - طبقا لنص المادة 182 ق.م.ج.

133 - طبقا لنص المادة 13 ق.م.ج خصصت لتقدير مدى التعويض عن المسؤولية التصويرية، على أن يقدر القاضي التعويض عن الضرر على أساس المادة 182 ق.م.ج مع مراعاة

الظروف الملابسة.

و قد أقامت محكمة التّقصّ الفرنسيّة مسؤوليّة الطّبيب عن فعله الخاطئ في 22 نوفمبر 2007، على الطّبيب الجراح بسبب سقوط إحدى أدوات الجراحة في رئة طفل عن الأضرار المباشرة فقط و اعتبرت الضّرر مؤكّدا و محقّقا و مباشرا.¹³⁴

و في ضوء ما تقدّم سننعرّض باختصار للضّرر المستقبل و الضرر الاحتمالي و تفويت الفرصة.

1.2 الضرر المستقبلي:

و هو الضرر الذي تحقق سببه، و تراخت آثاره كلها أو جزء منها إلى المستقبل و هذا النوع من الضرر يأخذ حكم الضرر المحقق.¹³⁵

فقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقدير التّعويض عن الضّرر طبقا لأحكام المادة 182 مدني جزائري مع مراعاة الظروف الملازمة بالمسؤولية التقصيرية، و إن لم يتمكن القاضي وقت الحكم تقدير التعويض بشكل نهائي، أعطاه المشرّع سلطة الاحتفاظ للمضروور بالحق بالمطالبة بالتّعويض خلال مدة معينة، و طريقة التعويض يعينها القاضي تبعا للظروف، فقد تكون على شكل أقساط أو مرتب مدى الحياة، و تقدير التّعويض يكون نقدا و تبعا للظروف و بناء على طلب المضروور للقاضي، على أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليه أو يحكم بالتّعويض بتقديم بعض الإعانات التي تتصل بالعمل غير المشروع.¹³⁶

و قد أجاز القضاء الفرنسي إنقاص التّعويض إذا تناقص الضّرر في حالة التحفظ بشأن التّعويض الأول، أو إذا كان التّعويض بصورة إيراد مرتّب مدى الحياة، أما إذا تفاقم الضرر عن ما كان عليه عند تقدير القاضي له، فإن هذا لا يمنع المضروور من المطالبة، بدعوى جديدة، بتعويض ما لم يكن القاضي قد توقّعه من الضرر، و أن ذلك لا يحول دون قوة الشّيء المقضي به لاختلاف موضوع الدعويين و لان موضوع الدعوة الجديدة هو ما استجدّ من ضرر.¹³⁷

2.2 الضرر الاحتمالي:

¹³⁴ - F. Violla, op.cit, p. 592.

¹³⁵ - بلحاج العربي، ج، المرجع السابق، ص 161.

¹³⁶ - انظر المواد 131 و 132 من القانون المدني الجزائري.

¹³⁷ - احمد حسن الحياي، المرجع السابق، ص 130.

و هو ضرر لم يقع أصلاً، و ليس هناك ما يؤكد على انه سيقع في المستقبل، لكنه محتمل الوقوع، و هذا لا يمكن تعويضه لأنه ضرر مفترض، و يميزه عن الضرر المستقبل انه محقق الوقوع، لكن الضرر المحتمل متروك لرهن الاحتمالات، و عليه لا يقبل القضاء الجزائري الدّعى قبل حلولها.¹³⁸

و بشأن التفرقة بين الضرر المستقبل Futur و الضرر الاحتمالي Eventuel، يرى بعض الشّراح و منهم الأستاذ " سافاتي " أن الفرق لا يمكن في طبيعة كلّ منهما، و إنّما هو فرق في الدّرجة فحسب. فالضرر المستقبل يعني تحقق الخطر، و هذا الخطر بدوره يهدّد بوقوع الضرر مستقبلاً، و وجود هذا الخطر أو التهديد هو في ذاته ضرر يستوجب التّعويض، في حين أن الضرر المحتمل فهو ضرر لم يقع و لا يوجد ما يُؤكّد أنّه سيقع. و غاية الأمر أنه يَحتمل الوقوع.¹³⁹

و قد يتبادر إلى الأذهان التّساؤل حول ما إذا كان الضرر الاحتمالي هو نفسه تفويت فرصة، أم أن بينهما اختلاف و فوارق؟

3.2 تفويت الفرصة:

و هو حرمان الشّخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب، و مثاله حرمان المريض من الحياة نتيجة خطأ الطّبيب الجراح اثر إجراء عمليّة جراحية.¹⁴⁰

و قد جرت المحاكم على عدم الحكم بفوات الفرصة و كانت تساوي بين فوات الفرصة و الضرر الاحتمالي، إلا أنّها عدلت عن ذلك و أقرت بوجود التّعويض عنها، و أيدت القول بأنّ ثمة ضرر بين فوات الفرصة ذاتها دون التّظر إلى التّيجة. و قد اعتاد القضاء الجزائري على التّعويض عن مبدأ فوات الفرصة، متى كانت الفرصة حقيقية و جدية، و يختصّ بتقديرها قاضي الموضوع دون أية رقابة عليه من المحكمة العليا.¹⁴¹

أما الفقه الفرنسي فذهب إلى وجوب مساءلة الطّبيب على ممارسته للعمل الطّبيّ الخاطئ و وجوب التّعويض عن الخطأ المحقق لفرصة الشّفاء، و تفويت فرصة العلاج، فذهب و في أول حكم لمحكمة النقض الفرنسية فحكم بتعويض و قدره 65000 فرنك فرنسي بسبب تفويت الفرصة على فتاة للتقدّم لالتحاق بوظيفة مضيعة طيران، حيث أن خطأ الطّبيب في التّشخيص أدّى إلى خطأ في العلاج ممّا أدّى إلى إصابة الفتاة بضرر نتج عنه فقدانها لعضو.¹⁴²

¹³⁸ - بلحاج العربي، ج. 2، المرجع السابق، ص 163.

¹³⁹ - رابح محمد، المرجع السابق، ص 275.

¹⁴⁰ - بلحاج العربي، ج 2، المرجع السابق، ص. 163.

¹⁴¹ - بلحاج العربي، ج 2، المرجع السابق، ص 165.

ثانياً: الضّرر المعنوي.

يُعَرَّف بأنه الضّرر الذي يصيب الإنسان في عواطفه و إحساساته و مشاعره، أو الضّرر الذي يسبّب للإنسان آلاماً نفسيّة أو جسمانيّة.

أما في المجال الطّبيّ يتمثّل الضّرر الأدبي في مساس الطّبيب أو المستشفى لجسم المريض بخطأ طبيّ يلحق به الأذى، و يبدو ذلك بالآلام الجسمانيّة و النفسيّة، أو ما ينشأ من تشوّهات و عجز في وظائف الجسم، و يختلف تقدير الضّرر من إنسان إلى آخر، كما أنّ الانتقاص من جمال الجسم و الخلقة و ما ينجرّ عن ذلك من تشويه، يُعدّ من قبيل الأضرار المعنويّة التي لها أهمية بالغة في حياة بعض الأشخاص الممارسين لبعض المهن كالممثلين و المغنّين، و كلّ الأشخاص الذين يهتمّون بأناعتهم و جمالهم.¹⁴³

و عليه قضت محكمة الجناح لمدينة الرغاية بالجزائر للطّبيب الذي تعرّض لحادث مرور أصيب على إثره بجروح مختلفة تسبّبت له في أضرار مسّت جماله و سمعته بتعويضات سخيّة، و إذا كان لا يمكن تقدير الضّرر الأدبيّ تقديراً مادياً دقيقاً، فإنّ هذا لا يمنع من التعويض عنه تعويضاً مقارياً، فحتّى إن لم يكن شافياً، فإنّه على الأقلّ يحقّق بعض التّرضيّة.¹⁴⁴ حيث أنّ المحكمة العليا في الجزائر نقضت و أبطلت حكم محكمة الجنايات الذي قضى لوالد الضّحية بتعويضات ماديّة دون التّعويضات المعنويّة، و اعتبرت هذا النوع من القضاء قضاءً ناقصاً.

و ينبغي الإشارة في هذا الصّدّد أنّ الضّرر المقصود هنا ليس هو الضّرر التّاجم عن عدم شفاء المريض، أو عدم نجاح الطّبيب في العلاج لأنّ مجرّد عدم شفاء المريض شفاء تامّاً أو جزئيّاً لا يكون في ذاته ركن الضّرر، لأنّ الطّبيب في عقد التّطبيب، لا يلتزم بشفاء المريض، إنّما يُطلب من الطّبيب أن يبذل ما عليه و ما في وسعه في سبيل الشّفاء، فان لم يتحقّق الشّفاء و اخفق في الوصول إلى هذه الغاية، فلا جُنّاح عليه، لأنّ التّزام الطّبيب هو التّزام ببذل عناية و ليس بتحقيق النتائج و بلوغ الغايات.¹⁴⁵

الفقرة الثانية: الرّابطة السببيّة.

تعدّ علاقة السببيّة أساس المسؤولية المدنيّة، حيث لا يمكن تصوّر ضرر ناتج عن خطأ، ما لم تكن هناك علاقة سببيّة تجعل الخطأ علّة الضّرر و سبب وقوعه، فمناط المسؤولية و جوهرها رابطة

143 - راييس محمد، المرجع السّابق، ص 281.

144 - نفس المرجع، نفس الصّفحة.

145 - راييس محمد، المرجع السّابق، ص 282.

السببية، و يُرادُ بعلاقة السببية: العلة التي تربط الضرر الطبيّ الحاصل عن الخطأ المرتكب الذي أدى إلى وقوع الضرر، و تُعدّ هذه العلة ركنا قائما بذاته، فالطبيب الذي يقع منه خطأ يسبب ضررا للمريض يستوجب وجود علاقة سببية بين الخطأ المرتكب و الضرر الواقع على المريض.¹⁴⁶

إن هذه المعطيات المنطقية المتفككة مع العقل، لا تظهر فقط في المسؤولية التقصيرية للأطباء، بل أيضا في مجال المسؤولية التعاقدية، فلا يكفي أن يوجد خروج عن العقد أو الإحجام عن تنفيذ بند من بنوده، و تحقّق الضرر في ذمة المريض، بل يشترط أن يكون الضرر ناتجا عن عدم تنفيذ العقد و ذلك لأنّ محلّ المسؤولية التعاقدية هو تعويض الضرر الناجم و الناتج عن مخالفة هذا العقد.¹⁴⁷

وسأدرس في هذه المرحلة أهم النظريات الخاصة بالعلاقة السببية و كذا علاقة السببية

أمام التشريع و القضاء الجزائري و الفرنسي.

أولا: النظريات.

إن اشتراك أكثر من عامل في إحداث ضرر واحد، يجعل من الصعب اعتبار سبب معين دون غيره ذا علاقة في إحداث الضرر منفردا، و هنا اختلف شراح القانون لإسناد الضرر الحاصل إلى أحد هذه الأسباب، فظهرت عدّة نظريات فقهية تحاول تحديد نطاق و طبيعة الرابطة السببية و منها: نظرية تعادل الأسباب، نظرية السبب الأقوى و نظرية السبب الملائم.

1- نظرية تعادل الأسباب:

تتلخّص هذه النظرية بالقول بأنّ جميع العوامل التي تتضافر لإحداث النتيجة تُعدّ متعادلة، و مسؤولة عن النتيجة، مهما كان العامل في إحداث النتيجة بعيدا. و سواء كان مألوفاً أو نادراً أو يرجع إلى فعل الإنسان أو إلى فعل الطبيعة، و عليه يعدّ كلّ عامل من هذه العوامل شرطا لحدوث النتيجة دونما تمييز بين عامل و آخر من حيث قوّته و تأثيره على النتيجة. كما أنّ هذه النظرية تحمّل المسؤولية للعمل الإنساني وحده حتى لو كان مصحوبا بقوّة قاهرة.¹⁴⁸

فإذا اشترك في الخطأ الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب فإنهم يسألون جميعا، و يعتبر سببا مباشرا و لو تدخلت عدّة عوامل أخرى ساعدت مع فعل الجاني إلى وقوع النتيجة، حتى لو كان الجاني قد توقّع أو كان بإمكانه أن يتوقّع مثل هذه الأسباب طبقا للسير العادي للأمر.

2- نظرية السبب الأقوى:

¹⁴⁶ - عبد المنعم فرج الصّدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1971، ص. 595.

¹⁴⁷ - راييس محمد، المرجع السابق، ص. 291.

¹⁴⁸ -A.DorsnerDolivet, op.cit, p. 173.

ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن سبب النتيجة هو العامل الأكثر فاعلية و الأكثر إسهاما في إحداثها، و تُعدّ الأسباب الأخرى مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى كما تعدّ أسبابا عارضة. فإذا تعددت الأسباب و استغرق احد أسباب خطأ الطبيب الأسباب الأخرى. كما لو كان خطأ الطبيب متعمدا و الخطأ الآخر غير متعمد، أو كان احد السببين نتيجة لسبب آخر، و مثاله لو أخطأ الطبيب في إصدار توجيهات للمريض، و أخطأ المريض في إتباع تلك التعليمات مما أدى إلى إصابته بضرر، فيعتبر خطأ الطبيب مستغرقا لخطأ المريض، و عليه تعتبر مسؤولية الطبيب كاملة حسب هذه النظرية.¹⁴⁹

3- نظرية السبب الملائم:

ميّزت هذه النظرية بين السبب المنتج و السبب العارض، و حسب هذه النظرية يطرح السبب العارض جانبا، و لا يُؤخذ به، و حسب هذه النظرية أن من العوامل ما يكفي لوقوع الضرر، حيث يحدّد سببه الحقيقي و يُوصف بالسبب الفعّال وفقا للمجرى العادي للأمر في إحداث الضرر و ليس هذا فحسب بل يجب أن يعتبر الفعل قد أسهم في إحداثه.¹⁵⁰

بعبارة أخرى يُعدّ السبب قائما و لو تدخلت عوامل سابقة أو لاحقة أو معاصرة على الفعل المرتكب ما دامت هذه العوامل متوقعة و مألوفة، و في حال تدخل عامل نادر أو شاذ غير متوقع و غير مألوف، فإنّه يكفي لقطع العلاقة السببية، فمن العوامل الشاذة: امتناع المتضرر عن العلاج متعمدا.¹⁵¹

ثانيا: علاقة السببية أمام التشريع و القضاء:

وضّحت ذلك بإبراز رأي الفقه و القضاء الفرنسي، ثمّ موقف التشريع و القضاء الجزائري.

1- رأي الفقه و القضاء الفرنسي.

على الرّغم من أن الفقه الفرنسي قد اقترح معايير منطقيّة و مختلفة لحلّ مشكلة تعدد الأسباب، إلا أن القضاء الفرنسي ينهج نهجا واقعيّا و علميّا، فهو يعمد إلى استبعاد الأسباب البعيدة و الضعيفة و غير المألوفة، و يعتدّ بالأسباب التي تؤدّي إلى الأخطاء العادية و الأكثر جسامة، فعند وجود أخطاء عمدية تحمل الأخطاء الأخرى لأنّ الخطأ العمدي يعدّ بمثابة الغشّ في المسؤولية

¹⁴⁹ - Ibid.

¹⁵⁰ - سليمان مرقس، النظرية العامة للالتزام، ج 1، د.م.ج، ط 5، سنة 1992، ص. 465.

¹⁵¹ - منير رياض حتّا، المسؤولية الجنائية للأطباء و الصّيدالة، دار المطبوعات الجامعيّة الإسكندرية، سنة 1989، ص. 118.

العقدية، و يرى (كاربونييه Carbonnier) : " أن القضاء الفرنسي يعتدّ بالسببية المعنوية أكثر من إعداده بالسببية المادية".¹⁵²

و يرى (سافاتيه Savatier) أن على القاضي استخلاص العلاقة السببية من قرائن و دلائل متفكّة، و هي ليست بالشيء الذي يُرى أو يُلمس، إنما هي ما يستنتجه الفكر من ظروف الواقع، و الحقيقة أن القاضي حرّ في تكوين عقيدته، و أن رقابة محكمة التقض تنحصر فقط في التّحقّق من أن أسباب الحكم تظهر بوضوح علاقة سببية كافية بين كلّ من الخطأ و الضّرر، فعلى القاضي في دعاوى المسؤولية الطبية أن يكون حريصا، و أن لا يُسارع في وضع قرائن تأبأها الحقائق العلمية، و يرفضها الأطباء.¹⁵³ فعلاقة السببية تعتبر متوقّرة و لو فصل بين الخطأ و الضّرر عامل آخر طالما أن الخطأ شرط ضروري لوقوع الضّرر. و تطبيقا لذلك حكمت محكمة التقض الفرنسية في 14-02-1926 بقيام مسؤولية الطّبيب مدير المؤسسة الصحيّة، نتيجة هرب المريضة عقليا من المصحّة و تجمّد قدميها، الأمر الذي استدعى بتر احدها.¹⁵⁴

فكلّما قام الدليل على الخطأ و ثبت وجود الضّرر كان الطّبيب ملزما بدفع تعويض كامل متناسب مع جسامه الضّرر.

2 - موقف التشريع و القضاء الجزائري.

قيام المسؤولية المدنية في التشريع الجزائري يقتضي أن يكون الخطأ هو السبب المباشر في إحداث الضّرر، و المشرّع الجزائري اشترط ضرورة وجود ركن العلاقة السببية بين الضّرر و الخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، في المسؤولية عن فعل الغير و المسؤولية الناشئة عن الأشياء،¹⁵⁵ و في المسؤولية العقدية لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتّب عليه الضّرر، بل لا بدّ من أن يكون السبب مباشرا و منتجا، فإذا كان السبب بإحداث الضّرر أجنبيا تنعدم العلاقة السببية، و تنعدم معها المسؤولية. و إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه عينا حكم عليه بتعويض الضّرر الناتج عن عدم تنفيذ التزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه.¹⁵⁶

المحكمة العليا الجزائرية أخذت بنظرية السبب المنتج في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1996 حيث جاء فيه " أنّه يجب لاعتبار احد العوامل سببا في حدوث الضّرر، أن يكون سببا فعّالا فيما يترتب

¹⁵² - منير رياض حتّا، المسؤولية الجنائية، المرجع السابق، ص. 120.

¹⁵³ - A. Dorsner-Dolivet, op.cit., p. 175.

¹⁵⁴ - F. Violla, op.cit., p. 600.

¹⁵⁵ - المواد 124، 125، 126، 134، 138 من القا. الم. أ.ج.

¹⁵⁶ - المادة 176 من القا. الم. أ.ج. و بلحاج العربي ج. 2، المرجع السابق، ص. 170 و 171.

عليه، و لا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخّل في إحداث الضّرر، و انه يجب إثبات السّبب الفعّال في إحداث الضّرر لاستبعاد الخطأ الثّابت و نوعه كسبب للضّرر".¹⁵⁷

فمتى ثبت أن خطأ الطّبيب أدى إلى وفاة الضّحيّة و توافرت العلاقة السببية بينهما بالاستناد إلى تقرير الخبرة، و اعترافات المتّهم، الذي أمر بتجريب العلاج الغير المناسب للمريض، فإنّ قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التّكييف الصّحيح، و سبّبوا قرارهم بما فيه الكفاية.¹⁵⁸

المطلب الثّاني: المسؤولية بدون خطأ.

إن المسؤولية بدون خطأ تظهر اليوم في شكلين: الأول يتمثّل في الأضرار النّاتجة عن عدوى المحيط الطّبيّ، أو كما يُسمّيها البعض عدوى المستشفيات (Infection nosocomiale) و الثّانية تتمثّل في الأضرار التي يتسبّب بها الوسائل و الأجهزة أو المنتجات المعيبة.

الفرع الأول: المسؤولية القائمة نتيجة عدوى المستشفيات.

عند استقراء معجم المصطلحات الطّبيّة¹⁵⁹ فهو يشرح لنا بأنّ عبارة (Nosocomiales) مشتقة من العبارة اللاتينية (Nosocomium) و التي يقصد بها مستشفى، أما باللّغة اليونانيّة فهي كالتالي (Nosos) و المقصود بها مرض و (Komein) و التي يقصد بها تقديم العلاج. و عدوى المستشفيات هي العدوى المكتسبة في المستشفيات على أن تحدث هذه العدوى ما بين 48 ساعة و 72 ساعة (و قد يمدد هذا الأجل إلى 30 يوما في حالة العدوى التي تنتج عن قاعات الجراحة) بعد دخول المستشفى. و لا بد من التمييز بين نوعين من العدوى: عدوى مستشفيات مبكرة: و هذه العدوى تظهر خلال مدة مساوية لخمسّة أيام أو أقلّ منها من يوم دخول المستشفى و تكون الجرثومة المتسببة بذلك من خارج المستشفى. عدوى مستشفيات متأخرة: و هذه العدوى تظهر بعد خمسّة أيام من يوم دخول المستشفى، و تكون الجرثومة المتسببة بذلك من داخل المستشفى.¹⁶⁰

¹⁵⁷ - بلحاج العربي، ج. 2، المرجع السابق، ص. 178.

¹⁵⁸ - المجلّة القضائيّة الجزائريّة، العدد 2، قسم الوثائق بالحكمة العليا، السّنة 1996، ملف رقم 1182 قرار بتاريخ 30-05-1995، ص. 179.

¹⁵⁹ - La rousse médical, edition 2001, P. 579.

الفقرة الأولى: إثبات الإصابة بالعدوى المستشفيات.

يقع عبء إثبات الإصابة بالعدوى على المريض، حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية¹⁶¹ بأنه على المريض إثبات بأن العدوى التي أصيب بها مصدرها المستشفى، حيث يقع على المريض عبء إثبات علاقة السببية بين العدوى وإقامته بالمستشفى، كما عليه إثبات بأن العلاج الذي قدم له كان سببا في العدوى.¹⁶²

و يجوز للمريض إثبات ما يدّعيه بكلّ الوسائل، و يعود للقاضي تقدير الأخذ بهذه الإثباتات أو رفضها، و عادة ما يُعيّن القاضي في هذه الأمور خبيرا لتقدير هذه الإثباتات التي جاء بها المريض. و عادة ما يأخذ القاضي بعين الاعتبار إصابة عدّة مرضى بنفس العدوى التي يعاني منها المريض المدّعي، أما الحالات التي لا يأخذها القاضي بعين الاعتبار، و هي التي تكون ذات طبيعة عدوى المستشفيات، إلا أن المريض كان المتسبب الأول و الرئيسي في إصابته بها، كأن يجري المريض عملية جراحية و يعود إلى منزله، فيقوم بإحضار طبيب آخر إلى بيته لتغيير ضمادته و بعد مرور ستة أيام يُصاب المريض بالعدوى، فهنا لا تُؤخذ هذه الحالة ضمن حالات عدوى المستشفيات.¹⁶³

الفقرة الثانية: ضرورة تأسيس خطأ.

إن شرط وجود خطأ من اجل إقامة مسؤولية الطبيب أو المؤسسة الاستشفائية فيما يخصّ عدوى المستشفيات ظهرت في عدّة قرارات قضائية التي أقامت مسؤولية الطبيب على أساس هذا الخطأ، ومن أمثلة هذا، قرار مجلس قضاء باريس في 26 فبراير 1999 أقامت مسؤولية عيادة طبية بسبب إصابة مريض ببكتيريا من جرّاء إجرائه لعملية جراحية لمعالجة فتق القرص¹⁶⁴ (HernieDiscale) حدّد نوع البكتيريا ب: (MycobactérieXénopi)، و قد اكتشف المجلس تعرّض تسعة مرضى آخرين لنفس العدوى في نفس مرحلة علاج المريض المدّعي، و لنفس العملية، و كان ذلك بعد إصدارها لقرار إجراء خبرة، تم الكشف بأنه أثناء تعقيم الأجهزة، فإنّ الماء المستعمل لذلك يحوي هذه البكتيريا.¹⁶⁵

¹⁶⁰- Cours d'infectieux présenté aux étudiants de 5ème année Medecine, Les pneumonies Nosocomiales, Dr.Bouziane fac de Medecine université d'Oran,2010

¹⁶¹- CIV.1°, 27 Mars 2008, N° 99-17.672.

¹⁶² - Hocquet-Berg Sophie et PY- Bruno, op.cit.,p.44.

¹⁶³-B.Mattieu, op.cit., p .12.

¹⁶⁴ - فتق القرص : هو مرض يصيب العمود الفقري، لأنّ العمود الفقري عبارة عن فقرات متلاحمة تسهل حركة الشّخص، فهناك نجد بين كلّ فقرة و أخرى قرصا من اجل تسهيل هذه الحركة، فمغادرة هذا القرص لمكانه، يصيب الشّخص بالآلام حادة، و كذلك يجد صعوبة في الحركة، و يمكن معالجة هذا المرض بعملية جراحية لإعادة القرص إلى مكانه.

¹⁶⁵ - Duguet A-M." Evolution de jurisprudence administrative et judiciaire en matière d'infections nosocomiales", Cahiers hospitaliers, 2000,p.20.

و من أجل مساعدة المريض الذي كان يجد صعوبة في إثبات الخطأ الطبي فيما يخص عدوى المستشفيات، فإنّ القضاء أصبح يكتفي بتطابق عدة حالات مع الحالة المعروضة عليه، فيعتبر و كأن الخطأ قد تمّ إثباته، أي أنّ الخطأ أصبح مفترضا. و قد بدأ العمل بالخطأ المفترض في القطاع العام منذ قرار مجلس الدولة في 12 فبراير 1954 حول ممرضة أصيبت بمرض السلّ في وسط استشفائي.¹⁶⁶

أما فيما يخص القطاع الخاص، فقد تمّ تكريس الخطأ المفترض في قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 21 ماي 1996، حيث جاء في قرارها بان مسؤولية العيادة مفترضة فيما يخص إصابة مريض بعدوى أثناء إجراءاته لعملية جراحية في قاعة العمليات، إلا إذا أثبتت العيادة غياب الخطأ من طرفها و قد تمّ تطبيق هذا المبدأ في عدّة قرارات أخرى، و قد اشترطت محكمة النقض الفرنسية إضافة إلى هذا، نشوء التزام بالسّلامة طبيعته بتحقيق نتيجة في عدوى المستشفيات، و قد طبقت محكمة النقض ذلك أيضا بالنسبة للطبيب الذي يعمل في القطاع الخاص، على أنّه يمكن لهذا الأخير الرجوع بالضمان ضدّ المؤسسة العلاجية في حالة ما إذا كان الخطأ منسوب إليه راجع إلى عيب في خدمات المؤسسة الإستشفائية. و بعبارة أخرى، فإنّ كلّ من الطبيب و المؤسسة الاستشفائية ملزمين بالتزام بالسّلامة فيما يخصّ عدوى المستشفيات، و لا يمكنهما إعفاء نفسيهما من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.¹⁶⁷

و إذا كان كلّ من الطبيب و المؤسسة العلاجية مدينين بالتزام بالسّلامة و هي بتحقيق نتيجة، فإنّ مسؤوليتهما هي تضامنية (In solidum) حيث يمكن للمدعي مطالبة أيّ واحد منهما بالتعويض التام، على أن يكون للطرف الذي يدفع التعويض كامل الحقّ بالرجوع ضدّ الآخر لاستيفاء واجب هذا الأخير في التعويض، و إذا رأى القاضي بأنّ هذه العدوى منسوبة إلى طرف واحد فقط، يلزمه بالتعويض لوحده.¹⁶⁸

الفرع الثاني: المسؤولية بفعل المنتوجات المعيبة.

إن الاجتهاد القضائي أقر و منذ عدّة سنوات، نظام مسؤولية مدنية مشدّد كلما كان مصدر هذا الضرر منتج معيب . لان ممارسة الطب يفترض استعمال وسائل و تقنيات جرت العادة على

¹⁶⁶ -A-M. Duguet, op.cit., p.20.

¹⁶⁷ -A-M. Duguet, op.cit., p.35.

¹⁶⁸ - Sophie Hocquet-Berg et PY Bruno, op.cit., p.47.

استعمالها. حيث هناك ما يتم زرعه في جسم الإنسان، و هناك ما يتم استعماله من اجل شفاء المريض و كما أن العمل الطبيّ يحتاج إلى استعمال منتوجات طبية الهدف منها هو تنفيذ العمل الطبي كما يجب.

الفقرة الأولى: نظام المسؤولية بفعل المنتجات المعيبة.

إن المسؤولية بفعل المنتجات المعيبة، و بعد أن تمّ فصلها عن الخطأ، وجدت مصدرها في التزام تبعي ناشئ عن العقد الطبيّ، يتمثّل هذا الالتزام في الالتزام بالسلامة بتحقيق نتيجة فيما يخصّ الوسائل الطبيّة و المنتجات المستعملة في تنفيذ العقد الطبيّ.

و بعد صدور التوجيه الأوروبي رقم 85-374 في 25 جويلية 1985 و الذي أقرّ مسؤولية المنتج، حيث طبّق هذا الإقرار على الأطباء و كلّ مؤسسات الصحة الذين يُوردون منتجات مدّة صلاحيتها قريبة من الانتهاء و هذا ما جاء به قرار محكمة العدل الأوروبية في 10 ماي 2001.¹⁶⁹ غير أنّ هذه المسؤولية لا يمكن أن تلعب دورها إلاّ إذا كان الضرر ناتجا فعلا بفعل المنتج، و قد أقرت محكمة النقض الفرنسيّة ذلك في عدّة قرارات، ففي إحدى قراراتها،¹⁷⁰ اعتبرت طبيب الإنعاش مسؤولا في مواجهة والدي مريضة، تُوفيت على اثر انفجار جهاز الإنعاش أثناء إجراء العمليّة لها.

و قد اعتبرت محكمة النقض الفرنسيّة الطبيب في حال قيام مسؤوليته عن فعل المنتجات المعيبة، محلّ بالتزامه بالسلامة بتحقيق نتيجة فيما يخصّ الوسائل و المنتوجات الطبية المستعملة في تنفيذ العقد الطبيّ. غير أن القضاء لم يكن يأخذ هذا الالتزام بعين الاعتبار فيما يخصّ العقد الطبيّ، بل كان يعتبر الطبيب مخطئا لأنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة من اجل تفادي المخاطر المتعلّقة باستعمال هذه الوسائل و المنتجات. أما فيما يخصّ التحاليل الطبيّة، فقد كانت تقوم مسؤولية الطبيب في غياب حدوث خطأ، لأنه كان ملزما بضمان صحّة نتائج التحليل عندما يتعلّق الأمر بتحليل الدّم من اجل تحديد الزّمرة، و كذلك فيما يخصّ فيروس السيدا، فالطبيب هنا ملزم بدقّة النتائج و غيرها من الحالات (كالسرطان مثلا).¹⁷¹

¹⁶⁹ - CJCE, 10 Mai 2001, N° 3065.

¹⁷⁰ - CASS. CIV. 1°, 1 Avril 2006, N° 68-937.17.

¹⁷¹ - Terré François, La Responsabilité civil et pénal du médecin, Cour présenté à la faculté du droit, Paris II Descartes, Séance du Lundi 25 Juin 2010.

غير أنه و منذ 1926 قرّر مجلس قضاء "ليون" بأنّ الطّبيب يكون مخرلاً بالتزامه بالسّلامة إذا ما استعمل أجهزة من نوعيّة ناقصة.¹⁷²

و منذ صدور هذا القرار أصبح الطّبيب، فيما يخصّ الأجهزة التي يستعملها في تنفيذ العمل الطّبيّ ملزماً التزاماً بالسّلامة، و سرعان ما استغرق هذا الالتزام المنتوجات الطّبيّة التي يستعملها الطّبيب في العمل الطّبيّ، و بهذا أقرّ القضاء الفرنسي في قرار صادر عن محكمة التّقض الفرنسيّة، أنّ أساس مسؤوليّة الطّبيب بفعل المنتوجات المعيبة هي إخلاله بالالتزام بالسّلامة.¹⁷³

الفقرة الثّانية: حالات الإعفاء من المسؤوليّة.

المبدأ هو أنّ المنتج و المموّن بإمكانهما إعفاء نفسيهما من المسؤوليّة بمجرد دفعهما بأنّ حالة العلم وقت طرح المنتج لم تكن تسمح باكتشاف أو تحديد العيب. و هذا ما تمّ تطبيقه في عدّة قرارات صادرة عن محكمة التّقض الفرنسيّة بأنه بإمكان الطّبيب إعفاء نفسه عن المسؤوليّة بمجرد دفعه بأنّ حالة العلم في تلك المرحلة لم تكن تسمح باكتشاف العيب، و هذا ما جاء في قرار محكمة العدل الأوروبيّة، بأنّ المنتج حتّى يعفي نفسه من المسؤوليّة عليه أن يثبت أنّه وقت طرح المنتج في السّوق، لم تكن حالة العلم انذاك تسمح باكتشاف هذا العيب. و قد حمّلت في عدّة قرارات محكمة التّقض الفرنسيّة الطّبيب المسؤوليّة من جرّاء استعماله لأدوية معيبة، و قد أسّست قرارها على أنّ الطّبيب يفترض فيه إمكانية اكتشافه العيب بحكم تجرّبه في المجال الطّبيّ، على أنّها أجازت للطّبيب إمكانية دفع المسؤوليّة عنه إذا اثبت أنه لم يكن باستطاعته اكتشاف العيب رغم تجرّبه الطّويلة في الميدان، و ذلك بسبب تغيير تركيبة الدواء مما يؤدي إلى صعوبة اكتشاف العيب.¹⁷⁴

المبحث الثّاني: خصائص المسؤوليّة المدنيّة للصّيدلي.

¹⁷² - C.A. Lyon, 15 Juillet 1926, Introduit dans lecour de Terré François, Ibidem.

¹⁷³ - CASS.CIV. ,4 Février 2003, N° 16- 391.20.

¹⁷⁴ - CASS.CIV. 1° 5 Avril 2005, N° 02-11947 Glaxo Smithkline et cass. CIV 1° 24 Janvier 2006, N° 03-19534, Aventis Pasteur, Vialla F, op.cit., p.640.

يتسم موضوع المسؤولية المدنية للصيادلة بالأهمية من جهة و الحساسية من جهة أخرى، فأهمية الموضوع تتجلى في أنّ هذه المسؤولية تترتب على الصيدلي إن خالف إلتباع ما يمليه عليه القانون و الأصول العلميّة المقررة أو أفرط في إلتباع هذه الأصول، أمّا حساسيّة هذا الموضوع فنتيجة عن كون هذه الأخطاء فيها مساس بجرمة الإنسان الجدير بالحماية القانونية من أي اعتداء يصيبه أو يهدّد سلامته، و حفاظا على هذه القداسة و الحرمة لجسد الإنسان و صونا لها من أن تنتهك تحت أي ستار، و لو كان ستار العلم و خدمة البشرية، في المجال الصحيّ تدخّل المشرّع لينظّم مهنة الصيدلة و وضع لها ضوابط تحقّق الهدف المرجو منها، و منع البعض من اتّخاذ ذلك ذريعة لهتك حرمة و قداسة الذات الآدمية.

و سأعمل على تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول أدرس فيه المسؤولية المدنيّة للصيدلي المنتج، و الثاني أخصّصه لدراسة مسؤولية الصيدلي صاحب المحل عن خطئه الشّخصي و كذا عن خطأ تابعيه.

المطلب الأول: المسؤولية المدنيّة للصيدلي المنتج.

المسؤوليّة الصيدلانيّة أو مسؤوليّة الصيدلي لا تحيل إلى أي فئة قضائيّة معيّنة. فالمسؤوليّة في المجال الصيدلاني متعدّدة الأشكال، و ذلك لتعدّد نشاطات الصّيادلة، و تبعا لذلك نجد¹⁷⁵:
الصيدلي صاحب المحل: و الذي يخضع تقريبا لنفس المبادئ العامّة لمسؤوليّة الطّبيب الخاص في المادّة المدنيّة.

و أخيرا الصيدلي المنتج.

و ما يلاحظ أنّ مسؤوليّة كلّ واحد من هؤلاء تختلف عن الآخر، و لكن تتعلّق دراستي هنا في الصيدلي المنتج، و ستقتصر دراستي على محاولة الإمام بما يتعلّق به.

الفرع الأول: المسؤولية المدنيّة للصيدلي المنتج.

¹⁷⁵ - Antoine leca , Droit Pharmaceutique , 4° édition , les études hospitalières ,2008, p.346

إن مسؤولية الصيدلي المنتج داخل مؤسسة صيدلانية يمكن أن تقوم بسبب التركيبة، بفعل عملية الإنتاج، أو بفعل الإعلام، و دون الدخول في التفاصيل، فهو واضح بأن القانون لا يحدد المستوى الذي يجب أن تصل إليه الدقة في التركيبة- حيث يستحيل ضمان دقة التركيبة المطلق- و فيما يخص الإعلام الذي يشترط فيه أن يكون واضحاً و كاملاً و تاماً¹⁷⁶ و يخرج من نطاق الإعلام ما يلي: ما كان معلوماً لدى المنتج، لكن الآثار الجانبية يمكن اعتبارها نادرة و غير خطيرة في نفس الوقت.¹⁷⁷ و ما كان غير معلوم لدى المنتج بطبيعة الحال.¹⁷⁸

لا يمكن لمنتج الدواء إعفاء نفسه من المسؤولية إذا لم تحتو توطئة الدواء (Notice dumédicament) على معلومة تعتبر مهمة، أما إذا كان الإعلام واضحاً و تاماً غير أنه حدث ضرراً- بفعل التركيبة التي تحوي مخاطر معروفة و ضدّ التي تمّ إعلام المريض عنها في نفس الوقت- فإنّ المخبر هنا معفى من كلّ مسؤولية.¹⁷⁹

و رغم ما يتميز به النظام القانوني لمسؤولية الصيدلي و الذي له علاقة بمفهوم الدواء، فإنه لا يوجد في القانون أحكام قانونية خاصة متعلّقة بتعويض الأضرار الناجمة عن منتج ما، حيث ما نلاحظه هو تطبيق القواعد العامة للقانون المدني و المتعلّقة بالتعويض.

و قد ارتأيت في هذا العنوان دراسة المسؤولية بدون خطأ للصيدلي المنتج، و المسؤولية الخطئية للصيدلي المنتج.

الفقرة الأولى: المسؤولية بدون خطأ للصيدلي المنتج.

¹⁷⁶- C .A Versailles, 25 Juin 1992 aff.Natisédine « de façon à permettre une utilisation correcte des médicaments sur la base d'une information complète et compréhensible, et CASS . CIV 1° 5 Janvier 1999, aff des grainions d'argent, « La notice de présentation des ampoules ne mettait pas les utilisateurs en garde, la violence de l'explosion pouvant se produire en cas de dépassement de la durée d'ébullition mentionnée »

¹⁷⁷ - C.A. Paris, 1°ch. Sect. B, 18 Mars 2004, Aff. de la DéPamide: à l'époque des faits (1997), le risque d'alopécie, induit par la prise de dépamide était connu seulement comme rare, l grave et réversible.

¹⁷⁸ - CASS. CIV 1° 8 Avril 1986, AFF. Zhorens, Vialla. F, op.cit., p .623.

¹⁷⁹ -P. Sargo, L'infirmités sur les médicaments. Vers bouleversement majeur de l'appréciation des responsabilités », R.T.D.CIV, 2007, p.1122.

إنّ القانون يضع على عاتق منتج مادّة أولية، و صانع منتج، بالإضافة إلى الموزّع و المستورد، مسؤوليّة ثقيلة بحيث يكون كلّ واحد من هؤلاء مسؤولاً عن الأضرار التي يسببها العيب في منتجهم، سواء أكان هناك عقد يجمع بينهم و بين الضحيّة، و سواء أكان المنتج قد اقترف خطأً أو لم يرتكبه. إلا أن مسؤولية المنتج تنقص إذا تدخل الغير و تسبّب في حدوث الضّرر، أو كان يتسبب الطّيب بخطأ أثناء وصفة للدواء، أو الصّيدلي صاحب المحل. و التّخفيض من المسؤوليّة لا يقصد به بالضرورة تخفيف المسؤوليّة، حيث قضت محكمة النّقض الفرنسيّة مؤخراً بالنّسبة لصيدلي منتج بتعويض الأضرار نتيجة إخلاله بالتزام بالسلامة و التي تجد مصدرها في قانون الاستهلاك الفرنسي، في مواجهة شخص أصيب بمرض ارتفاع في الضّغط¹⁸⁰ (H.T.A.P.P) بسبب تناوله لدواء مصنوع من طرف الصّيدلي المنتج، و ما يفهم ممّا سبق بان أي صيدلي منتج يمكن أن يكون مسؤولاً عن كل الأضرار التي قد تسببها منتوجاته في مواجهة أية ضحيّة.

و القانون يحدّد بان الصّيدلي المنتج يكون مسؤولاً عن كلّ عيب في الصّنع حتّى و إن تمّ صنع المنتج وفقاً للمواصفات العلميّة المعمول بها، و كذلك هو مسؤول عن كلّ عيب في الإعلام و نقص فيه ممّا يستدعي من الصّيدلي المنتج بان يسخر قوى مزدوجة، فيما يخصّ تنفيذه للإعلام ، كما هو الحال بالنّسبة للتّوطئة المرافقة للدواء، حيث يجب أن تحتوي على كلّ المعلومات التي يحتاج المريض إلى معرفتها.

لكن قد يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول هل يُحمّل الموزّع نفس المسؤوليّة و بنفس الدّرجة مثله مثل الصّيدلي المنتج؟

بطبيعة الحال لا يمكن ذلك، فمنذ إدانة فرنسا من طرف محكمة العدل الاتّحادات الأوروبيّة¹⁸¹ أصبحت المسؤوليّة القائمة بفعل المنتجات المعيبة و النقص في الإعلام تقع على عاتق المنتج الأوّلي (و قد يتعلّق الأمر هنا بالصّيدلي المنتج، أو بالشّخص الذي وضع علامته بالمنتج و غيرها....) أما الموزّعين فلا تقع على عاتقهم كلّ هذه المسؤوليّة إلا إذا كان المنتج غير معروف أو استحال معرفته. و فيما يخصّ المنتج فان هذا يعني أنّه لا يمكنه أن يعفي نفسه من المسؤوليّة و إن لم يرتكب خطأً، إلا في حالة جدّ دقيقة تعرف بمخاطر التطوّر.

¹⁸⁰ - ارتفاع ضغط الدّم الرئوي الابتدائي: Hypertension artérielle pulmonaire primitive

¹⁸¹ - CJCE, 25 Avril 2002, AFF. C-52/ 100.

فمخاطر التطور، و كما سمّاها الانجليزية Phantomrisk و تتعلّق هذه النظريّة بالأضرار التي تسبب بهام نتوج ما بعد طرحه في السّوق، بفعل عيب غير متوقّع، غير مشكوك به، لم يكن بالإمكان كشفه و لا يمكن تجاوزه، لأنّ حالة العلم و المعرفة العلميّة، آنذاك، لم تكن تسمح باكتشاف العيب و تحديده.¹⁸²

كما حدث في فرنسا سنة 1898، حيث سمحت الدّولة ببيع الهروين أو الدياستيلمرفين (Diacétylmorphine) كدواء للسعال، لكن بعد اكتشاف مخاطرها و المتمثلة في تسميم الإنسان، و منذ 1971 مُنح بيع هذا الدّواء في فرنسا، و سُمح باستعماله في المستشفيات لأغراض طبية معيّنة لا يجوز تجاوزها.

ففي هذه الحالة (أي مخاطر التطور) يُعفى الصّيدلي المنتج من مسؤوليّته، لكن هناك حالة لا تدخل ضمن مخاطر التطور، و يتعلّق الأمر هنا بالمواد المستخلصة من جسم الإنسان، حيث ورد في قرار لمحكمة النقض في 1995 بأنّ العيب الخفيّ للدّم، و حتّى و إن كان يصعب كشفه أو استحليل، فإنّه في هذه الحالة لا يمكن للمنتج أن يعفي نفسه من المسؤوليّة، حيث رفض القضاء فكرة مخاطر التطور فيما يخصّ المواد المستخلصة من جسم الإنسان.

كما أن القضاء الفرنسي وضع القاعدة التي تقول بأنه إذا ظهر عيب بعد مرور 10 سنوات من طرح المنتج على السّوق، فإنّ المنتج هنا لا يمكنه دفع المسؤوليّة عن نفسه على أساس مخاطر التطور.¹⁸³

و عليه فإنّ كلّ منتج غير مستخلص من جسم الإنسان يكون فيه للمنتج حقّ دفع المسؤوليّة عن نفسه بإثرائه لظاهرة مخاطر التطور، أي أنّه إذا كان المنتج غير مستخلص من جسم الإنسان، فإنّ المنتج هنا يجوز له إعفاء نفسه من المسؤولية في حالة وقوع ضرر غير متوقّع، أما إذا كان المنتج مستخلصا من جسم الإنسان، فهو مسؤول.

غير أنّه يجوز للمهني المدين بالالتزام بالسلامة أن يعفي نفسه من المسؤوليّة بإثباته للسبب الأجنبي في حدوث الضّرر، و قد يتسبب بالسبب الأجنبي فعل الغير، فعل الضحيّة، أو فعل الأمير. حيث لا

¹⁸² - A. Bouisc « Le risque de développement, responsabilité et indemnisation, » P.U.A.M, 1995, p. 39.

¹⁸³ -Antoine Leca, op.cit., p. 362.

بدّ أن يتميّز فعل الغير بطابع القوّة القاهرة (غير ممكن تجاوز و غير متوقّع) و أن يكون فعل الغير هو السبب الوحيد لحدوث الضّرر، و هذا غير مشترط فيما يخصّ خطأ الضحيّة.¹⁸⁴ فخطأ الضحيّة قد يُخفّض من مسؤوليّة المنتج إلى درجة إعفائه منها، أما المقصود بفعل الأمير، هو أن يحضر المنتج دليلاً يثبت فيه بان العيب هو نتيجة تنفيذ قواعد أمرّة صادرة عن السّلطات العموميّة.

كما نجد هناك حالات خاصّة بالإعفاء، و بما أنّها لا تعتبر نظريّات، فهي قليلة الحدوث، حيث لا يكون المنتج مسؤولاً إذا اثبت أنّه لم يطرح المنتج في السّوق، أو في حالة تقليد للمنتج، فلا تقوم هنا كذلك مسؤوليّة المنتج في مواجهة المستهلكين إذا تمت سرقة المنتج، أو إذا تمّ طرحه في السّوق خطأً، لأنّ المنتج لم يكن بعد جاهزاً للتسويق.¹⁸⁵

غير أنّه فيما يتعلّق بالمواد الطيّبة، أي الأدوية فإنّ طرح عيّنة في السّوق لتجريبها، لا تعفي المنتج من المسؤوليّة في حال إصابة المريض بأضرار جرّاء هذه التجربة، لكن المنتج يعفى من المسؤوليّة في حال إثباته بأنّ الضّرر تحقّق بعد طرح المنتج في السّوق، و بأنه كان جاهلاً له. و كذلك الأمر بالنسبة لحالة عدم تخزين الدّواء بطريقة سليمة، ففي هذه الحالة لا تقوم مسؤوليّة الصّيدلي المنتج أو في حالة عدم وصف الطّبيب للدّواء بطريقة سليمة، و بعبارة أخرى فإنّ سوء التسيير الحاصل من طرف مهني الصّحة يعفي الصّيدلي المنتج من المسؤوليّة، و ما يترتّب عن هذا القول، بأنّ الصّيدلي المنتج يُعفى من المسؤوليّة في حال إساءة المريض استعمال الدّواء.¹⁸⁶

الفقرة الثانية: المسؤولية الخطئية للصّيدلي المنتج.

أولاً: مسؤوليّة قائمة على أساس الخطأ المثبت من قبل المدّعي ضدّ المهني المدين بالتزام ببذل عناية.

طبقاً لقواعد القانون العام فإنّ الضحيّة ملزم بإثبات عيب المنتج، أو بعبارة أخرى إثبات الخطأ و علاقة السببية بين الخطأ و الضّرر، حيث يجد صعوبة في إثبات ذلك.¹⁸⁷

¹⁸⁴ - A Laude , la responsabilité civil dans l'industrie pharmaceutique, dans « Droit pharmaceutique, litec, 2003, T.2, p.10.

¹⁸⁵ - A Laude , la responsabilité civil dans l'industrie pharmaceutique, dans « Droit pharmaceutique, litec, 2003, T.2, p.9et10.

¹⁸⁶ -Antoine Leca, op.cit., p.364.

¹⁸⁷ - CASS. CIV 2° 22 Novembre 2007, N° 06-14.174 (aff.Dermalive).

لكن الأمر تحوّل بعد قرار Kaléorid¹⁸⁸ و قرار Isoméride¹⁸⁹ حيث لم يعد الضحية مجبرا على إثبات علاقة السببية، حيث أصبح القضاء يكتفي بافتراضات جدية، مما أدى بهم إلى قبول افتراض علاقة السببية، على أن يكون هذا الافتراض احتمال قوي بين الخطأ الحادث و الضرر المحقق من اجل إدانة الصيدلي المنتج.

و في حقيقة الأمر فإنه فيما يخصّ المواد الصيدلانية فإنه يستحيل في بعض الأحيان الحصول على حقائق سببية، فإنه قد يتناول مريضين نفس الدواء، فقد يُسبب للأول أثرا غير مرغوب فيه، كالحساسية مثلا، و قد يسبب للآخر تدهورا في صحته، فكما جاء في قرار محكمة Renes في 2001 " إنّ التأكد المطلق من علاقة السببية بين الضرر الذي تعرّض له كلا المريضين (الحالتين السابقتين الذكر أعلاه) تقتضي إعادة تناول الدواء، و يتمّ ذلك على حساب صحّة المريضين، فإنه هنا لا يتمّ مطالبة المريضين بإحضار الدليل الأكيد على أنّ تناول الدواء هو الذي سبب هذا الضرر، بل يكفي افتراض ذلك، أي افتراض علاقة السببية بين الضرر الحاصل، و العيب في المنتج.¹⁹⁰

و كما جاء في قرار Vaccin Engerix B فقد قضت محكمة النقض الفرنسية على اعتبار المنتج المتسبب في تطوّر تدهور حالة المريض، و بأنّ الضرر الذي تعرّض له هذا الأخير سببه إخلال الصيدلي المنتج بالتزامه بالسّلامة و الذي يؤدي بالضرورة إلى اعتبار المنتج معيبا، لكن هذا القرار اقلق الصيدلي المنتج، لأنّ نفس الدواء قد يكون مفيدا لشخص و مضرًا بآخر. كما أنّ هذا القرار حرم الصيدلي المنتج من حقه في استعمال نظرية مخاطر التطوّر.

هذا ما أدّى بمحكمة النقض الفرنسية إلى البحث على حلول أخرى لإعمال مسؤولية الصيدلي المنتج الخطئية، فقرار 9 جويلية 2003 صوّب الضوء نحو ضرورة التّحقق من أنّ العيب في المنتج، سببه عيب في الالتزام بالسّلامة و الذي أدى إلى حدوث الضرر¹⁹¹ ففي قرارين لمحكمة النقض في 23 سبتمبر 2003،¹⁹² أفرت فيهما بضرورة تحديد علاقة السببية بين الضرر و عيب المنتج، فأحدى هذين القرارين متعلّق بامرأة و لأسباب متعلّقة بمهنتها وجدت

¹⁸⁸ - CASS. CIV 1°, 03 Mars 1998.

¹⁸⁹ - C.A.Versailles, 2Mai 2001.

¹⁹⁰ - Laude.A, "aperçu de la jurisprudence nationale en matière de responsabilité du fait des médicaments défectueux " R.D.S., Sept-Oct. 2005, p.743.

¹⁹¹ - CASS. CIV 1°, 9 Juillet 2003, N° 00-21.163.

¹⁹² - CASS.CIV 1° 23 Septembre 2003, ST2 Laboratoire GlaxoSmithKline C/M me Leroy N° 01-13.063 ET 01-13.064.

نفسها ملزمة على أن تحقن ضدّ V.H.B¹⁹³ حيث حقنت بثلاثة ابر ضدّ V.H.B الأولى في شهر جويلية، والثانية في شهر سبتمبر و الثالثة في شهر أكتوبر 1994، و بعد ذلك و في شهر نوفمبر أصيبت بمرض التصلب المتعدّد (Sclérose en plaques) .

فيما افترض مجلس قضاء Versailles علاقة السببية، فإنّ محكمة النقض نقضت هذا القرار على أساس أنّ الضحية مجبر على أن يبين للقاضي الضرر، العيب في المنتج، و علاقة السببية بين الضرر و العيب " كما أضافت بأنّ عدم دقة العلوم تمنع من التأكد من أنّ التطعيم ضدّ V.H.B هو المتسبب في إصابة المريضة بالتصلب المتعدّد.

ما يبدو على هذا الحلّ و هو صرامته فيما يخصّ الضحية، و إن كانت هناك حالات يسهل فيها إثبات علاقة السببية بين العيب في المنتج و الضرر.¹⁹⁴ كما جاء في قرار مجلس قضاء Versailles في قضية Distilbéne، حيث قرّرت إدانة الصيدلي المنتج الذي واصل بيع هذا الدواء رغم علمه بمنع بيعه في الولايات المتحدة الأمريكية، و قد أسست محكمة النقض حكمها على أساس إخلال الصيدلي المنتج بمبدأ الحيطة.

أمّا إذا كانت حالة العلم تسمح بتأكيد علاقة السببية بين الضرر و العيب فان المريض غير ملزم بإثباتها، حيث جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية في 5 ابريل 2005¹⁹⁵ حيث أصيب المريض في هذه القضية بمرض انحلال البشرة الحاد (Syndrome de Lyell)¹⁹⁶ و الذي قد يكون سببه احد الدواء ين الموصوفين، حيث قرّرت محكمة النقض محاكمة كلا المخبرين صانعي الدواء ين. و كما جاء في قرار¹⁹⁷ آخر لمحكمة النقض الفرنسية في قضية: Isoméride¹⁹⁸ حيث قضت المحكمة بإدانة الصيدلي المنتج لهذا الدواء، لأنّ هذا الدواء يسبب مرض (H.T.A.P) ارتفاع ضغط الدم الرئوي، رغم أنّ هذا الدواء قد سُحب من السوق الفرنسية في 1997، إلاّ أنّ آثاره الجانبية (الدواء) خطيرة و قد تظهر بعد مدّة طويلة من تناول الدواء.

¹⁹³ - Virus d'hepatite B.

¹⁹⁴ - CASS. CIV.1°, 12 Juillet 2005, Pourvoi N°03- 19820(contamination du V.H.B.résultant d'une transfusion sanguine).

¹⁹⁵ - CASS.CIV 1° 5 Avril 2005 N° 02-11.947.

¹⁹⁶ - متلازمة انحلال البشرة، هو شكل خطير للغاية من الحساسية للأدوية، و هو عبارة على دمار حاد للبشرة و الأنسجة المخاطية، و يكون على شكل تقشر عفوي للبشرة.

¹⁹⁷ - CASS.CIV 1°, 24 Janvier 2006, N° 02-16.648.

¹⁹⁸ - المعروف عن هذا الدواء و هو دواء يتناوله المرء من اجل التحافة، و قد لوحظ بعد طرحه في السوق و استعمال العديد من الناس له، أنهم أصيبوا بارتفاع في الضغط الرئوي، و أنّ آثار هذا الدواء قد تظهر بعد مدّة طويلة من استعماله قد تصل حتى 20 سنة.

و بصفة عامة فإنّ الصّيدلي المنتج يجد نفسه، مقيداً بالتزام يبذل عناية و هذا التقييد يظهر في كون مسؤوليته تقوم حتّى في غياب خطئه، و حتّى بالنسبة للصّيدلي المنتج فهو هنا في هذا الالتزام يلتزم بان يستعمل أو بان يسخر كلّ الوسائل من أجل التمكن من الوصول إلى النتيجة المنتظرة من قبل المريض، و لكنّه لا يلتزم بتحقيقها.¹⁹⁹

ثانياً: مسؤوليّة قائمة على أساس الخطأ المثبت من طرف المدعى ضدّ المهني الذي يجد نفسه استثناءاً لدينا بالتزام بالسّلامة بتحقيق نتيجة.

بصفة خاصّة، يمكن أن يكون الصّيدلي المنتج لدينا بالتزام بالسّلامة بتحقيق نتيجة، كما قضى به مجلس قضاء Versailles في قضية Kaleroid²⁰⁰، و يتعلّق الأمر بدواء مغلف بغلاف يمكن هضمه من طرف المعدة، فالصّيدلي المنتج ملزم بتقديم منتج سليم سلامة مطلقة.

الفرع الثاني: شروط المسؤولية الخطئية بالنسبة للصّيدلي المنتج.

كما سبقت الإشارة إليه فالمسؤوليّة تشترط وجود فعل ضار، ضرر، و علاقة سببية تجمع بينهما، التي يقع عاتق المضرور إثباتها، و لكنّه و كما سبقت الإشارة إليه فانه يصعب في المسؤولية عن فعل الشيء إثبات العلاقة التي تجمع بين الضرر الذي تعرّض إليه المريض و العيب في الشيء.²⁰¹ و هذا ما جعل القضاء يؤسّس حكمه على احتمالات مفترضة على أن تكون احتمالات قويّة، و هذا ما حدث في قضية Distilbéne²⁰²، فالخبير الذي عينته المحكمة أسس خبرته على علاقة سببية محتملة احتمالاً كبيراً، و كذلك الأمر بالنسبة لقضية Engerix B²⁰³، حيث اعتقدت المريضة بأنها أصيبت بمرض التصلّب المتعدّد على اثر حقنها بهذا اللقاح الذي حقنت به المريضة، و المرض الذي أصيبت به ممكنة، أي بعبارة أخرى، اخذ المجلس بعلاقة سببية مفترضة. و هذا ما جعله يدين الصّيدلي المنتج، و لكن و كما سبقت الإشارة إليه فإنّ محكمة النقض الفرنسيّة لم تُسلم بهذه النتيجة.

¹⁹⁹-A. Laude, "Aperçu de la jurisprudence nationale en matière de responsabilité du fait des médicaments défectueux", OP.CIT.P. 745-747.

²⁰⁰-C.A. Versailles, 25 Janvier 1996, aff.Kaléroïd.

²⁰¹-A. Laude " La responsabilité civil dans l'industrie pharmaceutique, dans" droit pharmaceutique", op.cit., p.

59.

²⁰²-T.G.I. Nanterre, 25 Mars 2002, aff.Distilbéne.

و في قرار Isomeride، فإن المحكمة اعتبرت بأنه غير ضروري إثبات علاقة سببية حصرية بين الدواء والضرر، و بأنه يكفي علاقة سببية جزئية.

و لكن ما هي الأخطاء التي يمكن أن تقيم مسؤولية الصيدلي المنتج؟

الفقرة الأولى: الأخطاء التي تقيم مسؤولية الصيدلي المنتج:

إن خطأ الصيدلي المنتج قد يظهر على ثلاثة أشكال: خطأ في صياغة تركيبة الدواء، خطأ في التصنيع، أو خطأ في تقديم الدواء.

1 - الخطأ في صياغة تركيبة الدواء:

إن لخطأ في صياغة تركيبة الدواء هو الخطأ الابتدائي و الأساسي، حيث يكون لهذا الخطأ تأثيراً على فعالية الدواء، و على اختيار المكونات، و قد يكون سبب هذا الخطأ في التقنية المستعملة في تحضير هذا الدواء أو حفظه، و تبعاً للقانون فإنه يشترط على الصيدلي المنتج، قبل طلب الحصول على رخصة طرح منتوجه في السوق، عليه التحقق من الفائدة العلاجية لمنتوجه و كذلك أن يتحقق من سلامته في الشروط العادية للاستعمال²⁰⁴ فعند مخالفة الصيدلي المنتج لهذه الشروط تقوم مسؤولية المدنية.

أما عند تعقد حالة المريض، فالقانون هنا أقل شدة فيما يخص مسؤولية الصيدلي المنتج. فأغلبية الفقه الفرنسي يرى إعفاء الصيدلي المنتج من المسؤولية إذا احدث الدواء ضرراً بالمريض، أن يكون هذا الضرر سببه تعقد حالة المريض.²⁰⁵

2 - الخطأ في تصنيع الدواء:

و قد يرتكب الصيدلي المنتج خطأ أثناء تصنيعه للدواء، كما هو الحال بالنسبة لعدم مطابقة الكيفية المستعملة في تصنيع الدواء للتركيب المتفق عليها، إذ يشترط على الصيدلي المنتج ضمان هذا التطابق، حيث يشترط عليه مراقبة و فحص المعطيات العلمية المكتسبة وقت صنع الدواء.²⁰⁶

3 الخطأ في تقديم الدواء:

الخطأ في تقديم الدواء نجد محله عادة في الإعلام الذي يقدم حول الدواء حيث يجب أن تتمحور المعلومات المقدمة للمريض المستهلك حول المعلومات اللازمة قبل تناول الدواء و المتعلقة بسليبات هذا الدواء، طريقة استعماله، احتياطات استعمال الدواء، الحالات التي لا

²⁰⁴ - CASS. Comm., 11 Juillet 2006, Sté Sanofi Synthelabo C./Sté GifrerBarbezat, N° de pourvoi: 04-17109.

²⁰⁵ - C.A.Paris, 04 Juillet 1970? Aff. Dig Bill, R.T.D. CIV, 1991. P 539, obs. P.Jourdain.

²⁰⁶ - T.G.I.Paris, 21 Septembre 1998, Lionet et autres/ Laboratoire Pharmygiene.

ينصح فيه باستعمال هذا الدواء، التأثيرات الجانبية للدواء، و يجب أن تكون هذه المعلومات واضحة.²⁰⁷

4- الخطأ الفارمكولوجي:

على الصيدلي المنتج مراقبة التأثيرات الجانبية للدواء المستعمل من قبل المستهلكين، و ذلك من اجل تعديل تركيبة هذا الدواء.²⁰⁸

و تجدر الإشارة إلى أنّ المنتج إذا كان صيدلياً بمؤسسة صيدلانية مختصة في إنتاج و تصنيع الأدوية و المنتجات الصيدلانية، فالمسؤولية هنا تضامنية²⁰⁹، و يعود للقاضي الحرية في تقدير مدى مسؤولية كل واحد منهما.

و يمكن القول إنّ وضعيّة الصيدلي المنتج بالنظر إلى المؤسسة التي ينتمي إليها تعتبر جدّ معقدة، فحسب نصّ المادة 596 من قانون الصحة الفرنسي يعتبر الصيدلي المنتج تابعا للمؤسسة الإنتاجية لأنه يشارك في إدارة و تسيير الشركة، بالإضافة إلى قيامه ببعض النشاطات الصيدلانية كإجراء الرقابة التقنية على المنتوجات الصيدلانية، و كذا التنبيه إلى صعوبات تطبيق القانون الداخلي للمؤسسة و التي من شأنها تعطيل العمل المتعلق بإجراء الرقابة على المنتوجات و ذلك للنظر في مدى مطابقتها للمقاييس العلمية.

لذا يطلق على عاتق الصيدلي المنتج مسؤولية موسّعة بالنظر إلى واجبه في حماية الصحة العامة انطلاقاً من نشاطه الإنتاجي، لأنه يعتبر كمفوض و شريك اجتماعي يحرص على المصلحة السامية للمجتمع، و ذلك بضرورة تقديم أدوية سليمة و ذات فعالية قصوى في العلاج، و يعتبر الصيدلي المنتج و مساعده مسؤولان عن الإخلال بالالتزامات المترتبة على عاتقهما.

إلاّ أنّه من استقراء نصّ المادة 596 من قانون الصحة الفرنسي، نجد بأنّ الصيدلي المنتج يعتبر مسؤولاً بصفة أصلية، إلاّ أنّ الواقع العملي، اثبت أنّه يمكن إقامة مسؤولية مساعد الصيدلي انطلاقاً من موقعه المتمثّل في شغله لوظيفة تسيير فرع من فروع الشركة الأم المتخصصة في الإنتاج الصيدلاني.²¹⁰

الفقرة الثانية: حالات إعفاء الصيدلي المنتج من المسؤولية:

²⁰⁷ - Antoine Leca, op.cit., p.376.

²⁰⁸ - Ibid.

²⁰⁹ - Santé / Responsabilité du pharmacien, par B. Harichaux de tourdonnet, p. 2.

²¹⁰ - عباس علي محمد الحسيني، المسؤولية المدنية للصيدلي -دراسة مقارنة-، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1999، ص، 118.

يمكن للصيّدلي المنتج أن يعفي نفسه من المسؤوليةّ بإثباته احد الأسباب الجانبيّة و المتمثّلة في: القوّة القاهرة، فعل الغير ، أو خطأ الضحيّة.

1 -فعل الغير:

ليس لفعل الغير فعاليّة في مجال إعفاء الصيّدلي المنتج من المسؤوليةّ، حيث لا يمكنه دفع المسؤوليةّ عن نفسه بإثبات خطأ الممّون أو الناقل، أو غيرهما. أمّا حالة خطأ الطيّب واصف الدوّاء أو الصيّدلي صاحب المحلّ قد يُؤدّي إلى تقاسمهما المسؤوليةّ مع الصيّدلي المنتج.²¹¹

2 - القوّة القاهرة:

إنّ الصيّدلي المنتج يمكنه إعفاء نفسه من المسؤوليةّ إذا أثبت أنّ الضّرر القائم سببه قوّة القاهرة لا بدّ له فيه، على أن يكون هذا السبب غير متوقّع و غير ممكن دفعه، و لا علاقة له بعمله أو نشاطه، و لكن هناك حالات لا تكون فيه للقوّة القاهرة الفعاليّة الكافية من اجل إعفاء الصيّدلي المنتج من المسؤوليةّ أمام القضاء، إذا رأى هذا الأخير بأنه في حالة تعقّد حالة المريض و عدم توقّع هذا التعقّد إمكانيّة توقّع إضرار الدوّاء بالمريض المستهلك.²¹²

3- خطأ الضحيّة:

إنّ فعل الضحيّة لا يُعفي الصيّدلي المنتج من المسؤوليةّ، إلّا إذا أثبت بأنّ تصرّف الضحيّة كان إراديا، أو أنّ هذا الخطأ كان إراديا كذلك. لكن هذه الحالة تخفّف مسؤوليةّ الصيّدلي المنتج و لا تعفيه منها.²¹³

و لكي يُعفى الصيّدلي المنتج من المسؤوليةّ، فيما يتعلّق بالتصرّف الإرادي للمريض، يجب أن يكون المريض هو من اختار استعمال الدوّاء، رغم علمه بمخاطره، على أن يكون هذا الدوّاء الوحيد الممكن استعماله لمعالجة حالته.²¹⁴

و حتى يُعفى الصيّدلي المنتج من المسؤوليةّ في حالة خطأ الضحيّة، فيجب أن تكون درجة الخطأ جسيمة لدرجة أن يتراءى أنّه لولا خطأ الضحيّة لما حدث هذا الضّرر، أو بعبارة أخرى أنّ الضّرر هو

²¹¹ - C.A. Orléans, 22 Juin 1995, N° 044 004(partage de responsabilité avec le pharmacien d'officine pour un produit vétérinaire.

²¹² - C.A. Paris, 15 Décembre 1983, AFF. Thorens, « Il est bien certain que le fabricant ne peut s'engager à garantir...son innocuité totale dans les cas ou les accidents, dus à l'état ou à la responsabilité particulière du malade, ne sauraient raisonnablement être prévu par l'expérimentation ».

²¹³ -A. Laude, La responsabilité civile dans l'industrie pharmaceutique, op.cit., p.18.

²¹⁴ - CASS. CIV.1° 8 Octobre 1980, aff.ducontrix 28: à l'époque des faits le contrix 28 était le seul produit commercialisé permettant de mettre en évidence une hernie discale et de la situer.... les dangers de ce produit étaient signalés et ses méthodes d'utilisation précisées.

نتيجة مباشرة لخطأ الضحية الجسيم. وكذلك إهمال المريض لتوصيات استعمال الدواء، و تأدية هذا الإهمال به إلى التعرض إلى ضرر يُعفى الصيدلي المنتج من المسؤولية.²¹⁵

المطلب الثاني: المسؤولية المدنية للصيدلي صاحب المحل.

لم تكن لدينا في العصور القديمة مسؤولية مدنية بل كان الصيدلي يسأل جنائياً فقط، و في العصر الروماني بدأت تظهر المسؤولية المدنية، لكن مندوجة مع الجنائية خاصة في الجرائم التدليسية ، ثم جاء المسلمون و اشتروا التعدي و الضمان لترتيب مسؤولية الصيدلي. و نتيجة قانون دوما Domat و قانون نابليون Napoléon استقلت المسؤولية المدنية عن الجنائية، و انقسمت هذه الأخيرة إلى

²¹⁵- M-J.Nicoli, J. Simon “ La position des consommateurs et des fabricants droit et patrimoine.” Juin 1997, p.55.

مسؤولية تقصيرية و عقدية، و ظهرت التزامات جديدة كالالتزام ببذل عناية، الالتزام بتحقيق نتيجة أو الالتزام بالسلامة، بالإضافة إلى ظهور مسؤوليات طبية من نوع خاص و انتشار القوانين الخاصة بمزاولة مهنة الصيدلة كقانون الصحة و مدونة أخلاقيات مهنة الصيدلة و غيرها. كل هذه التغييرات التاريخية كان لها الأثر البالغ في تحديد الطابع العام لمسؤولية الصيدلي المدنية.

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للصيدلي عن أعماله الشخصية.

تقوم المسؤولية المدنية للصيدلي عندما يحدث أضراراً للمريض، و يكون ذلك بعدة طرق ، فالمهني ملزم بتقديم النصيحة و في حال إخلاله بهذا الالتزام تقوم مسؤوليته، كعدم إعلام الصيدلي المريضة عن الأخطار التي قد يتسبب بها الزيادة في كمية الدواء عن الكمية الموصوفة من طرف الطبيب و الذي أغفل بدوره لفت انتباه المريضة لذلك.²¹⁶ و أول سبب رأته المحكمة لإقامة مسؤولية الصيدلي هو الخطأ الذي ارتكبه بتسليم الدواء للمريضة.

إنّ الخطأ المترتب عن تسليم الدواء يعتبر إخلال المهني بالتزاماته في مواجهة المريض، و كما هو الحال بالنسبة للطبيب²¹⁷ فمسؤولية الصيدلي صاحب المحلّ هي من طبيعة عقدية، فبمجرد تجهيزه و فتحه لمحله، و بمجرد قبول الزبون الشراء من عنده، فإنّ القانون يعتبر بأنّ هناك عقد يقوم بين المريض و الصيدلي، و ما يميّز المسؤولية العقدية هنا هو أنها تنشأ عن الالتزامات الناشئة عن العقد، أي أنها تنشأ بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.²¹⁸

الفقرة الأولى: نوعية التزام الصيدلي.

إنّ العلاقة التي تجمع الصيدلي و المريض تحظى باهتمام بالغ لدى الفقهاء، كون أنّ مهنة الطب مهنة إنسانية و أخلاقية خضعت للرقابة بشتى أنواعها، فهي تفرض على من يمارسها أن يكون القدوة الحسنة في سلوكه و معاملته، مستقيماً في عمله، محافظاً على أرواح الناس، بادلاً جهوداً صادقة و يقظة متفقة مع الأصول العلمية الثابتة من أجل خدمة المريض.

فالتزامات الصيدلي كثيرة، منها ما يتعلق بمهنته بصفته كصيدلي، و منها ما يتعلق بتجارته بصفته كبائع، الأمر الذي زاد من تداخل التزامات هذا الأخير.

²¹⁶ - Kiandri A. “ Le respect par le médecin de son obligation d’information ne fait pas disparaître celle du pharmacien” (T G I de Toulon 2°, 22 Février 2007), RTD .civ.2007, p. 43.

²¹⁷ - CASS. CIV, Mercier, 20 Mai 1996.

²¹⁸ - J.L. Aubert, Y. Flour, E Savaux “ Les Obligations” Dalloz, Paris 1999,p.172.

و إنّ الصّيدلي عند تقديمه لعلمه يسعى لتقديم رسالته المهنيّة المتمثّلة في تقديم دواء صالح للاستعمال لا تنجم عنه أضرار تمسّ بصحة المريض و سلامته الماديّة، و يتعيّن عليه أن يقدّم و يلتزم ببذل العناية اللاّزمة في ذلك، و هو الأصل و أحيانا يلتزم بتحقيق نتيجة.

إنّ قانون الصّحة الجزائري إلى جانب مدوّنة أخلاقيات مهنة الطّب، و على غرار القوانين الأجنبيّة كالقانون الفرنسي، قد ألح على ضرورة التزام الصّيدلي بإعلام المريض و تبصيره تبصيرا سليما بكلّ ما يتعلّق بصحّته عموما حتّى تتحقّق الثّقة بينهم، و بما يقدم المريض على استعمال الدّواء بقرار سليم.²¹⁹

و من هذا يثور التّساؤل:

- ماهي معايير التمييز بين الالتزامين؟
- و ما مدى التزام الصّيدلي حين تقديمه الدّواء من اجل العلاج للمريض؟
- و ما مدى التزام الصّيدلي خلال عمله الإنساني؟
- و هل للالتزامين بُعد في التّشاط الصّيدلي؟

و قد عالجت هذا وفق المحاور التّالية:

- أ- مضمون التزام الصّيدلي ببذل عناية و عوامله كأصل عام.
- ب- مضمون التزام الصّيدلي بنتيجة و عوامله.

أولا: إلتزام الصّيدلي بتحقيق نتيجة.

إن مبررات حماية المشتري - الضحيّة نتيجة تناول الدّواء - و الذي لا يعلم مكّونات الدّواء أو الأخطار التي تترتّب عن استعماله، فإنّ الصّيدلي البائع في هذه الحالة يلتزم بتحقيق نتيجة و هي تسليم المنتج الصّالح.²²⁰

القاعدة العامّة أنّ إلتزام الصّيدلي بتحقيق نتيجة نجده في تجهيز أدوية سليمة و صالحة لا تشكّل خطرا على من يتعاطونها، سواء قام بتحضيرها بنفسه كتركيبه لدواء بنسب معيّنة، فإنّه يسأل في حالة

²¹⁹ - شهيدة قادة، مسؤوليّة الصّيدلاني عن الإخلال بالإعلام و التبصير، ملتقى وطني حول القانون الطّبي، كليّة الحقوق، سيدي بلعباس، يومي 27-28 فبراير 2007، ص.

.16

²²⁰ - نقادي عبد الحفيظ، حدود التزام الصّيدلي بالإعلام، موسوعة الفكر القانوني، ط6، دار الهلال للخدمات الإعلامية، ص. 72-73.

حدوث خلل في التركيب أو فساد في العناصر، و ترتب عن ذلك أضرار، و أساس هذا الالتزام أنّ الصيدلي يستطيع من الناحية العلمية أن يتحقّق من المواد التي يستعملها أو يتسلّمها.²²¹ و هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي فيما يخصّ إلتزام الصيدلي بتحقيق نتيجة، فقد اعتبره دائما مدينا بالالتزام محدّد يتمثّل في صرف أدوية سليمة²²² و يمكن حصر إلتزامات الصيدلي بتحقيق نتيجة فيما يلي:

1 -التحقّق من إسم المنتج:

يقع على عاتق الصيدلي إلتزام بتحقيق النتيجة، يتمثّل في واجب التأكد من أنّ الدواء المحرّر في الوصفة هو نفسه المقصود من طرف الطّبيب، أي عليه أن يتأكد من إسم المنتج الدوائي المعدّ للبيع دون إهمال إنصراف نيّة الطّبيب إلى دواء معيّن دون آخر، بل هو الأساس، و يتأكد من ذلك خاصّة في حالة تنفيذ وصفة طبيّة غير واضحة المعالم.²²³

2 -الرقابة على تحضير المنتج و بيان طريقة إستعماله:

يقوم أحيانا الصيدلي بتحضير الأدوية و تركيبها في صيدليّة سواء بنفسه أو بالاستعانة بمساعديه، و يتأكد ذلك خصوصا في حالة إشارة الطّبيب إلى الأدوية الوصفية ضمن الوصفة الطبية، أو تلك الأدوية القابلة للتّحضير بالصيدلية تمييزا عن النوع الآخر من الأدوية المسماة بالأدوية الجاهزة التي تُصنع بمؤسّسات إنتاج الأدوية.

و من هذا المنطلق يُعدّ ضروريّا أن تحتوي كلّ صيدليّة تركب فيها الأدوية على المستلزمات و المواد الأساسية لتحضير الأدوية، و يقع على الصيدلي في هذه الحالة التزم بتحقيق نتيجة يتمثّل في واجب الرّقابة على تحضير المنتج قبل تسليمه من ناحية التركيز و المقادير و كذا الجرعات، بالإضافة إلى بيان طريقة استعماله، لأنّ الدواء قد يكون مُعدّا للاستعمال الخارجي أو الداخلي ، و ذلك حسب سنّ المريض و طبيعة مرضه، من أجل ذلك لا يمكن للصيدلي أن يقوم بتعديل ما هو مدوّن في الوصفة من تلقاء نفسه، كتغيير مقادير الاستعمال أو جرعات الدواء.

و قد حكم القضاء الفرنسي بمسؤوليّة صيدليّة (صاحبة محل) لتنفيذها لوصفة غامضة نظرا لثقتها التامة في تصريحات المريضة²²⁴

²²¹ - برني كريمة، المسؤولية الجزائرية للصيدلي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، المركز الجامعي ببنّار، السنة الجامعية 2007-2008، ص 55.

²²² - Philippe Le Tourneau. La responsabilité civile, 2^e Edition, Paris, 1976, p.1167.

²²³ - يوسف فتحة، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ط. 1، 2002، ص 55-56.

²²⁴ - C.A. Paris, 06-04-1990, Gaz. Pal, 1991, Somm. 1, P 47, cité par Youcef Fatiha, OP. CIT, P 55-56

و جاء في قرار القضاء الفرنسي، الذي قضى فيه مجلس Angers بتاريخ 11 ابريل 1946 بمساءلة صيدلي قام بتنفيذ وصفة طبية، على الرغم من احتوائها على مقادير في تحضير الدواء لا تتطابق مع الأصول الفنية، فمن واجب الصيدلي معرفتها بحكم ما يتوافر لديه من خبرات علمية.

و من بين ما جاء في الحكم أن الطبيب منح وصفة لامرأة شابة، تتضمن تحضير دواء مع كتابة المقادير بهذا الشكل GT25، و بعد تناولها للدواء المسلم لها من طرف الصيدلي توفيت مباشرة، و كان هذا بسبب أن الذي حضر الدواء ادخل في تكوينه 35GT عوض 25 قطرة المطلوبة من طرف الطبيب.

و بهذا المثال يكون الصيدلي قد اخلّ بالتزام فرضه عليه القانون و هو المراقبة الدقيقة للوصفة حال تنفيذها.²²⁵

3 - الالتزام بالمطابقة:

يلتزم الصيدلي في هذه الحالة بتحقيق نتيجة، لأنه يجب عليه تسليم منتج دوائي مطابق لما حرره الطبيب، الأمر الذي يتطلب منه حرصا في عدة نقاط أكدت عليها المادة 145 من قانون الجزائري لأخلاقيات مهنة الطب، إذ تنعدم المطابقة في مجال تنفيذ الوصفة و استلام الدواء عندما يمنح الصيدلي دواء غير الدواء الذي طلب منه، كأن يسلم الصيدلي محلول الإبارتونيك Hypertonique بدل محلول الإيستونيك Histonique مطابق لما حرر في الوصفة²²⁶

في هذا الإطار نلاحظ أن الاجتهاد القضائي الجزائري يفتقر إلى الأحكام في هذا المجال، في حين يزخر الاجتهاد القضائي الفرنسي بالأحكام، و غالبا ما يتم الإشارة إلى قضية حكمت بشأنها محكمة باريس سنة 1958 حيث حددت بموجبه و بكل وضوح و لأول مرة مسؤولية الصيدلة، و تتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد الأطباء أراد أن يصف دواء من ايندزيب Indusil لرضيع عمره خمسة أسابيع، و لكن نتيجة لهفوة قلم كتب ايندوسيد Indocid و هو دواء عبارة عن كبسولة للرضاعة، فتوفي الرضيع نتيجة هذا الخطأ.

يتأكد هذا النوع من الالتزام خصوصا في حالة الأدوية الوصفية التي يتم تحضيرها بالصيدلية، إذ غالبا ما يتم تحضيرها بواسطة نماذج معينة تختلف باختلاف الدواء الموصوف

— بالنظر إلى تركيز هذا الدواء مثلا— و كذا حالة المريض.

225 - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2005، ص.82.

226 - بري كريمة، المرجع السابق، ص.58.

و يقصد بالمطابقة سواء المطابقة بوجه عام أي مطابقة المنتج للمقاييس التنظيمية و التقنية الجاري العمل بها، أو مطابقة الدواء المسلم من طرف الصيدلي للدواء المحرر في الوصفة من طرف الطبيب، كما قد يقصد بها مطابقة الدواء الموصوف لدستور الأدوية الموحد، و هذا الدستور الدوائي ملزم لكلّ متدخل عمليّة إنتاج أو توزيع أو بيع الدواء، كالمنتج و الموزع و البائع، و تجدر الإشارة إلى أنّ القضاء يفرّق بين خطأ الصيدلي المتمثل في إهماله تفحص المنتجات الصيدلانية التي يتلقاها من طرف البائع بالتجزئة، و حالة خطأ هذا الأخير الذي لا يظهر بالمظهر الذي يليق بكلّ متدخل في عمليّة تداول هذا النوع من السلع الحساسة التي تتطلب معرفة علمية كافية للحفاظ عليها.²²⁷

و بما أنّ هذا النوع من الإلتزامات هو إلتزام بتحقيق نتيجة فإنّه يعود على المريض المتضرر إثبات أنّ النتيجة التي كان يتوقّعها لم تتحقّق، فإذا كان إلتزام الصيدلي يتمثل في تقديم دواء مطابق، فإنّ مسؤوليته في تعويض المضرور تثبت بمجرد إثبات هذا الأخير تخلف النتيجة الموعود بتحققها من طرف الصيدلي، فعدم تحقّق النتيجة المتمثلة في غياب المطابقة قرينة على خطأ الصيدلي.

و لا يتصوّر الإلتزام بالمطابقة في حالة إختلاف الدواء الموصوف عن الدواء المسلم في المادّة، بل قد يتصوّر في الإختلاف في فعالية التنشيط، فقد يصف الطبيب للصيدلي دواء معيّن ذا فعالية فيسلم الصيدلي دواء مماثلاً له، لكن يختلف عنه في الفعالية، فهنا ارتكب الصيدلي خطأ و هو عدم الإلتزام بالمطابقة، وذلك وإن كانا دواءين متماثلين لأنّ وظيفة الصيدلي هي تكملة لوظيفة الطبيب.²²⁸

4- الإلتزام بالضمان :

يمكن القول أنّ أغلب القضاء الفرنسي يميل إلى معاملة البائع المهني بشيء من القسوة من خلال تشبيهه بالبائع سيء النية، إنطلاقاً من أنّ البائع المهني لا يمكن أن يجهل العيوب في الشيء المبّيع و بالتبعية يرتكب خطأ جسيماً إذا لم يعرف أو لم يكشف عن العيوب التي يجب الكشف عنها بحكم إختصاصه²²⁹، إذ أنّ محكمة النقض الفرنسية جاء في أحد قراراتها سنة 1967 نصّه " أنّ البائع المهني يجب - فيما يتعلّق بالتعويض الذي يستحقّه المشتري- تشبيهه بالبائع الذي يعلم عيوب الشيء المبّيع لأنّه يلتزم بحسب مهنته بالعلم بها".

²²⁷ - يوسف فنيحة، المرجع السابق، ص. 57.

²²⁸ - حسن أبو النجا، مسؤولية الصيدلي المدنية عن تنفيذ التذكرة الطبية، مجلة المحامي الكويتية، السنة 12، 1989، ص. 46.

²²⁹ - جابر محجوب علي، سلامة المستهلك من عيوب المنتجات الصناعية المعيبة (دراسة في القانون الكوني و القانونين المصري و الفرنسي)، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، الكويت، 2001، ص. 13.

و من جهة أخرى هذا النوع من الإلتزامات هو إلتزام بتحقيق نتيجة، و على حدّ قول محكمة التّفرض الفرنسيّة – طبقا للقرار المشار إليه آنفا – يلتزم الصّيدلي بحكم مهنته بالعلم بهذه العيوب، بل وبالتّبعية يرتكب خطأ جسيما إذا لم يعرف أو يكشف عنها.²³⁰

و أخيرا يلتزم الصّيدلي بتحقيق نتيجة و ذلك بضمان العيوب الخفية في الدّواء المبّيع.

5- الإلتزام بالتّسليم:

يقع على الصّيدلي إلتزام بتسليم منتج مطابق مع ما اتّفق عليه، أي تسليم دواء متوافر على المواصفات والخصائص المتّفق عليها في العقد،²³¹ بحيث يلتزم الصّيدلي بتسليم المنتج المتمثّل في ادّواء مطابق لما حرّره الطّبيب في الوصفة الطّبيّة، و هذه تتطلّب منه حرصا في عدّة نقاط أكّدت عليها المادّة 144 من قانون أخلاقيات مهنة الصّيدلة الجزائري.

لذلك يقتضي أن يأخذ الصّيدلي في اعتباره عند تسليم الدّواء امرا أساسيا، و هو أن يسلم دواء سليما خاليا من المخاطر و مستكملا لجميع الشّروط التي يتطلّبها قانون المهنة، و متّفقا مع ما سجّله الطّبيب في الوصفة الطّبيّة، و لما كانت الأدوية من الأشياء المادية فإنّ انتقالها إلى المشتري يكون عن طريق التّسليم العادي لها.

و يستلزم التّسليم أيضا أن يتخذ كلّ الوسائل التي تحول دون تحقّق الضّرر لمستعمل الدّواء، و يجدر القول أنّه إذا كان مستعمل الدّواء في وضع يعتقد أنّه لن يُحسن إدراك ما في الدّواء من مخاطر، فعليه أن يمتنع عن التّسليم.

فهذا النوع من الإلتزامات يعتبر إلتزاما بتحقيق نتيجة، إذ أنّه يقع على الصّيدلي إلتزام بتحقيق نتيجة تتمثّل في تسليم دواء سليم و مطابق لما حرّر في الوصفة، و هو هدف من الهين على الصّيدلي بلوغه بحكم اختصاصه فهذا النوع من الإلتزامات يتوافق مع الطّابع التجاري لمهنة الصّيدلي، فالصّيدلي كباّئع يلتزم بتنفيذ عقد البيع الذي يربطه بالمريض تنفيذا سليما.²³²

6- الإلتزام بالسّلامة:

تتجلّى أهمية تحديد طبيعة هذا الإلتزام فيما يتعلّق بالإثبات اللاّزم لقيام المسؤوليّة. فمن خلال الدّراسات الفقهيّة و الإجتهدات القضائيّة بفرنسا يتبيّن أنّ الإلتزام بالسّلامة ليس إلتزاما ببذل عناية، بل هو أكثر من ذلك من جهة، و من جهة أخرى ليس إلتزاما بتحقيق نتيجة، بل أقلّ من

²³⁰ - يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص. 36.

²³¹ - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص. 83.

²³² - يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص. 59-60.

ذلك.²³³ فهو أكثر من الإلتزام ببذل وسيلة لأنه على عكس هذا الأخير لا يتطلّب لإعماله إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من جانب الصيدلي المنتج أو البائع، فالعبرة من قيام مسؤولية الصيدلي ليس في تقدير مسلك هذا الآخر، و إنما ما ينطوي عليه المنتج الصيدلاني من خطورة. ثم إنّ هؤلاء لا يستطيعون التخلّص من المسؤولية بإثبات بذلهم العناية المطلوبة للحيلولة دون وجود عيب بالدواء. فالمسؤولية تقوم بمجرد ثبوت العيب حتّى و لو كان يجمله الصيدلي أو كان يستحيل عليه العلم به.

كما أنّه أقلّ من الإلتزام بتحقيق نتيجة، لأنّه إذا كان يكفي إثبات الضّرر من الطّرف المضرور للحصول على تعويض وفقا لأحكام هذا الإلتزام، فإنّ هذا لا يكفي وحده لحصول المشتري على التعويض عمّا لحقه من ضرر من جرّاء الدّواء المستعمل، بل يتعيّن عليه زيادة على ذلك إقامة الدليل على أنّ سبب الضّرر الحاصل هو عيب أو خلل في التصنيع أكسب المنتج الصيدلاني وصف الخطورة، و جعله من ثمّة سببا للضرر. يمكن القول أنّ الإلتزام بالسلامة هو إلتزام بتحقيق نتيجة مخفّف (Une obligation de résultat atténuée).

ثانياً: إلتزام الصيدلي ببذل عناية.

إذا كان الصيدلي يضمن سلامة الأدوية، فإنّه لا يضمن مدى نجاعتها في العلاج إذا كانت قد أعدت بصورة تتفق مع الأصول العلميّة المستقرّة و صلاحيتها لم تنته. ففي هذه الحالة إلتزام الصيدلي هو إلتزام ببذل عناية لأنّ مسألة الشّفاء تخضع لاعتبارات خارجة عن نطاق الصيدلي.²³⁴ و هذا ما قضت به محكمة التّقض الفرنسيّة، و على المنهج نفسه سارت محكمة إستئناف باريس حيث قضت بأنّه إذا كان من واجب المنتج لفت إنتباه المرضى لكيفيّة استعمال الدّواء فإنّه ليس من واجبه أن يتوقّع المخاطر التي قد تحدث.

يفرض هذا الإلتزام على الصيدلي بذل عناية للحيلولة دون وقوع المخاطر، كوجوب الرّقابة على الوصفة، و كذا إلتزامه بإعلام مقتني الدّواء بما يستطيع من عناية وما يفرضه عليه الإلتزام العام بالحيطّة و الحذر، دون أن ننسى أهمّ إلتزام للصيدلي، و هو وجوب بذل ما يستطيع من عناية للحيلولة دون تلف و فساد الأدوية.

1 - الرّقابة على صحّة الوصفة:

233 - برني كريمة، المرجع السابق ص 62.

234 - لأنّ مسألة الشّفاء، خاضعة لمشيفة الله عزّ و جلّ من جهة، و من جهة أخرى فنجاعة الدّواء في الشّفاء تخضع لمدى التطوّر العلمي الحاصل من جهة، و من جهة أخرى لتعمّد الوظائف الفيزيولوجيّة لجسم الإنسان.

الوصفة الطبيّة هي عبارة عن ورقة صادرة من الطّبيب، تتضمّن وصفا مكتوبا و مؤرّخا و ممضيّا من طرفه و يتضمّن هذا الوصف، الدّواء الموافق لمرض الرّبون.

يُقصد بالرقابة على الوصفة، أنّه عند وجود وصفة يتعيّن على الصّيدلي أن يشرع في قراءتها قراءة نقدية، تقوده إلى النّظر في مدى مطابقتها للمقاييس و في كونها مقبولة تقنيّا.

و حتّى يتسّى له ذلك فإنّه يقبل تنفيذ الوصفة الأصليّة المطابقة لمقاييس الوصفة العاديّة. أمّا النّسخ و الصّور المنسوخة فلا يقبلها لأنّها تستعمل لأغراض أخرى.

فعلى الصّيدلي أن يعمل جاهدا على مراقبة صحّة الوصفة و التّحقّق من مدى صحّة بعض البيانات الشّكليّة المتعلّقة بها. و يُقصد بتلك البيانات إسم و لقب و عنوان و توقيع الطّبيب الذي حرّرها. أي بصفة عامّة التّأكد من هويّة هذا الأخير.²³⁵

و في هذا السّياق صدر عن محكمة إستئنافلاسين في 15 نوفمبر 1895 في قضية تتلخّص وقائعها في إقدام الصّيدلي على صرف دواء لعدّة مرّات بناء على وصفة موقّعة توقيعيا غير ظاهر، و ما يُعاب على الصّيدلي في هذه الحالة هو إقدامه على صرف دواء بناء على وصفة دون التّأكد من مدى صحّة التّوقيع الذي تتضمّنه.

كما أكّد القضاء الفرنسي على أنّه من واجب الصّيدلي أن يستفسر من الرّبون إسم و لقب و موطن الطّبيب، و كما له الحقّ اللّجوء إلى الجدول العام للأطباء ليسوا معصومين من الخطأ تماما و أكّد القضاء كذلك على أنّه بإهمال الصّيدلي لهذا الإلتزام يكون قد ألغى أحد أهمّ الضّمانات التي أقرّها المشرّع لصالح المريض و كذا الصحّة العامّة.²³⁶

2- الرّقابة على النّظاميّة التّقنيّة للوصفة:

تُعَدّ دراسة النّظاميّة التّقنيّة للوصفة Le contrôle de la régularité technique de l'ordonnance أمرا هامّا حتّى و إن كان شائكا، و بما أنّ الأطباء ليسوا معصومين من الخطأ تماما مثل الصّيدالدة، فإنّه يجدر القيام بفحص تقني جدّ معمّق لكلّ وصفة، لأنّه غالبا ما يكون سريعا و ساريا، ففي فرنسا منحت بعض القضايا الكبرى الفرصة لتحديد مدى إلتزامات الصّيدالدة التي يعكسها الحقّ في إلقاء النّظر على الوصفة، قد تنحصر وظيفة الصّيدلي أحيانا في الرّقابة التّقنيّة للوصفة الطبيّة، لذلك يجب عليه أن يكون مطلّعا على مختلف التّحاليل الصّيدليّة و الطبيّة و كذا

²³⁵ - حسن ابو النّجا، المرجع السابق، ص. 212.

²³⁶ - برني كريمة، المرجع السابق، ص. 64.

الجدول الملحق بنسب التركيز و المقادير Posologie و كذا مطابقة هذه التحاليل للأدوية الموصوفة من طرف الطبيب تجنبا لأي خطأ قد يقع أثناء تسليم الأدوية.²³⁷

كما يلقي على عاتق الصيدلي إلتزام بتنفيذ الوصفة طبقا للقواعد المنظمة لمهنة الصيدلة، كما تقوم مسؤوليته في حالة إكتشافه لخلل تقني بشرب الدواء المحرر في الوصفة دون إخطار بضرورة تعديل الوصفة المحررة من قبله.

و من أهم التطبيقات القضائية الفرنسية، ما جاء في قرار صادر عن مجلس Angers بتاريخ 11 أبريل 1964 حيث قضى بمسائلة صيدلي لتنفيذه لوصفة تتضمن مقادير لتحضير الدواء لا تتطابق مع الأصول الفنية، فمن واجب الصيدلي معرفتها بحكم ما يتوافر لديه من خبرات علمية و من بينما جاء في القضية:

« Attendu que le pharmacien a reçu personnellement l'ordonnance qu'il reconnaît avoir remarqué qu'elle portait des chiffre arabe contrairement aux prescriptions réglementaires mais qu'il n'avait pas cru devoir avertir son préparateur celui-ci, lui paraissant qualifié pour traduire convenablement la préparation du médecin, que le pharmacien a manqué à ses obligations professionnelles.²³⁸ »

كما نصت المادة 144 من القانون الجزائري لأخلاقيات مهنة الطب على هذا النوع من الإلتزام و الذي يسمح للصيدلي بإجراء رقابة صارمة على الوصفات. لذلك يلتزم الصيدلي بتسليم المنتج المتمثل في دواء مطابقا لما حرره الطبيب، الأمر الذي يتطلب منه حرصا في عدة نقاط أكدت عليها المادة 145 من قانون المهنة.

3- الإلتزام بالإعلام:

من المتفق عليه أن الصيدلي من واجبه إعلام المريض و أن يستفسر عن سنه حتى يستطيع إبلاغه بالطريقة المثلى لاستعمال الدواء طالما أن الطبيب لم يوضح سن المريض بالوصفة، لأنه أحيانا قد لا يكون حامل الوصفة هو المريض فقد يكون أحد أقاربه، كما جرت العادة على ذلك. و يزداد الأمر أهمية إذا كان المريض طفلا أو رضيعا لأنهما لا يتحملان طريقة الاستعمال الخاصة بالكبار، بينما يمكن تصوّر العكس بالنسبة للكبار الذين يتحملون طريقة الاستعمال الخاصة بالصغار.

من أجل هذا يعتبر هذا الإلتزام إلتزاما ببذل عناية، كما يُنظر إلى هذا الإلتزام في غالب الأحيان على أنه إلتزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة.

²³⁷- ابراهيم سيد احمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي (فقه و قضاء)، ط 1، دار الكتب القانونية، 2005، ص. 104.

²³⁸ - Azzedine Mahdoubi, Eléments de droit pharmaceutique algérien, El Hidaya, p.17.

« L'obligation d'information est en principe une obligation de moyens quant à la nature de l'information, mais elle est de résultat quant à son existence: c'est fournir l'information et non pas faire son possible pour fournir l'information. »

من جهتها أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا النوع من الإلتزام من خلال قرارها الصادر في 15 جويلية 1993 حيث أفرت أن الصيدلي يتحمل المسؤولية نتيجة خطئه المهني المتمثل في إهمال إساءة النصائح و الإرشادات لمستعمل الدواء، و أنه يجب عليه أن يبذل العناية اللازمة لتحقيق ذلك. يتجسد هذا الإلتزام خصوصا في حالة بيع الصيدلي لبعض الأنواع من الأدوية التي تحمل خاصية التنافر الكيميائي في حالة جمعها مع دواء آخر، مما قد يؤدي إلى ظهور مضاعفات علاجية في جانب مستعمل هذا النوع من الأدوية.

4- الإلتزام العام بالحيطه و الحذر:

يمكن تصوّر هذا الإلتزام خاصة في مجال التدخّلات الاستعجالية التي يقدمها الصيدلي للمصابين (المصابين بجروح أو قروح) في حالة غياب الطّبيب، يمكن القول أنّ الصيدلي في هذه الحالة يمنع عليه تقديم فحوصات مكثّفة، لأنّ ذلك من شأن الطّبيب و ليس الصيدلي، بل إنّ التدخّل الذي يقوم به ما هو إلاّ إسعافات علاجية سطحية لتخفيف وطأة المصاب. قد يدعي المريض الذي لحقه الضرر أنّ الصيدلي أخلّ بإلتزامه العام بالحيطه والحذر، ففي هذه الحالة عليه إثبات ذلك. و من ثمة يكون هذا النوع من الإلتزامات إلتزاما ببذل عناية و ليس إلتزاما بتحقيق نتيجة، إذ على المتضرر أن يثبت أنّ الصيدلي المتدخّل لم يبذل العناية اللازمة للحيلولة دون حدوث الضرر الذي لحقه.

كما أنّ تدخّل الصيدلي في مثل هذه الحالة لا يُعدّ ممارسة للطّب بصورة غير مشروعة، لأنّ الظرف الإستثنائي للمصاب يستدعي هذا التدخّل.²³⁹

لكن يجب القول أنّه إذا مارس الصيدلي هذا الفعل خارج هذه الظروف الإستثنائية، فإنّ ذلك يشكّل جريمة اعتياد، دون مراعاة لعدد هذه الممارسات، بل يكفي تكرارها لثبوت الجريمة و تعرّض مرتكبها للمساءلة الجزائية.

5- الإلتزام بحفظ الأدوية:

يلتزم الصيدلي بحفظ الأدوية في أحسن الظروف قبل تسليمها للجُمهور، إذ أنّه يتعيّن عليه إتّباع تعليمات المنتج فيما يتعلّق بالأدوية التي يجب عليه حفظها في درجة محدّدة من الرطوبة، و كذا التأكيد

²³⁹ - طايبي عاشور، النظام القانوني للاستشارات في المجال الصيدلاني، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص. 184.

من عدم صلاحيتها قبل تسليمها للجمهور، لذلك عليه إتباع الأصول العلمية المتعارف عليها حال حفظه للدواء.²⁴⁰

و هذا النوع من الإلتزامات في أغلب الأحوال هو إلتزام يبذل عناية، لذلك على الصيدلي أن يبذل العناية اللازمة لحفظ الدواء و الحيلولة من دون فساد و يترتب على ذلك تحمّل الصيدلي للإلتزام العام بالحيطه والحذر، كما على الزبون في حالة تضرره أن يثبت خطأ الصيدلي في حفظ الدواء أي أنه لم يتم ببذل العناية اللازمة حال حفظ الدواء.

الفقرة الثانية: إثارة المسؤولية المدنية للصيدلي.

أولاً: إثارة المسؤولية المدنية للصيدلي عند تسليم دواء وصفي.

مهما كان نوع الدواء المبيع فإنه و بمجرد تسببه بضرر للمريض، فإن هذا الأخير بإمكانه مطالبة الصيدلي بالتعويض، و الذي بدوره يمكنه الرجوع على المؤسسة منتجة الدواء، غير أن مسؤولية الصيدلي البائع تختلف حسب نوعية الدواء الذي تمّ بيعه.

فعندما يقوم الصيدلي بتسليم دواء وصفي (Preparation magistrale) والذي حضره بنفسه بإتباع وصفة طبية، فإن الصيدلي مسؤول عن كل الأضرار التي تترتب عن أي خطأ محتمل في طبيعة، نوعية و تركيز الدواء المسلم.²⁴¹

و يرتبط هذا النوع من الأخطاء بحالتين، تتمثل الحالة الأولى في الخطأ في النسبة التي حددها الطبيب في الوصفة، أما الحالة الثانية فتتصوّر في حالة إختلاف الدواء الذي تحصل عليه الزبون عن الدواء الموصوف أو ما يُسمّى بالمطابقة.

1 - الخطأ في مقادير و جرعات الدواء:

لا يمكن للصيدلي أن يُقدّم الدواء الموصوف بنسبة تفوق القيمة القصوى المحددة في جداول المقادير ضمن دستور الأدوية، و هو ما ذهبت إليه الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 29 ماي 1979، التي أقرت أن الصيدلي لا يتحمّل المسؤولية في حالة رفضه تسليم الدواء المحرّر بوصفة الطبيب و المحتوي على جرعات غير صحيّة، شريطة إخطار الصيدلي للطبيب بذلك، إلاّ إذا أكّد الطبيب إرادته بذكر عبارة " أقول جيّداً Je dis bien"، و حتّى في هذه الحالة يمكن للصيدلي أن يقدم اعتراضاً يتحمّل مسؤوليته شريطة إشعار الطبيب بذلك، بينما يتحمّل

²⁴⁰ - يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص. 122.

²⁴¹ - Viala G « La responsabilité civile et pénale du pharmacien d'officine, Les actualité pharmaceutique, N° 0244 (Juin 1987), P. 74.

الصيّدلي المسؤوليّة كاملة في حالة تنفيذه لوصفة طبيّة مع علمه بخطورة الجرعات وكذا الأدوية الموصوفة للمريض.²⁴² غير أنّه لا يمكن للصيّدلي أن يقوم بتعديل ما هو مدوّن في الوصفة من تلقاء نفسه كتغيير مقادير الإستعمال أو جرعات الدّواء، و يمكن تطبيق هذا المبدأ على جميع الاختصاصات الطبيّة التي لم ترد في الجداول الخاصّة بمقادير الاستعمال و الجرعات القصوى، و حالات عدم الاستعمال واحتياطات أو دواعي الإستعمال و التحذيرات المذكورة على الغلاف الخارجي للدّواء، أو في القواميس الطبيّة أو الكتب العلميّة، و في حالة وقوع إهمال يمكن معاقبة الصيّدلي الذي ينقذ وصفة تشمل على خطأ يمكن إبرازه نتيجة للإهمال و اللامبالاة.²⁴³

2- الخطأ المتمثّل في عدم مطابقة الدّواء الموصوف:

تطبيقاً للقواعد العامّة فإنّ الإخلال بهذه الالتزامات يترتب عليه كجزاء بالنسبة للبائع، الفسخ أو التّنفيذ العيني مع طلب التّعويض في كلا الحالتين. و بالنسبة للصيّدلي كبائع فإنّ الجزاء يكون متصوّراً فقط في التّعويض، و مردّد ذلك أنّ انعدام مطابقة الدّواء لما هو مطلوب غالباً ما يلاحظ عند البدء في العلاج ولهذا إذا اكتشف مُستعمل الدّواء الغلط قبل تناوله، يمكن أن يطلب من الصيّدلي تغييره، و من النتائج المترتّبة عن أخذ دواء غير مطابق لما وصفه الطّبيب، مضاعفة حالة المريض أوقد تُؤدّي إلى الوفاة، كما تتحقّق عدم المطابقة عند تسليم دواء انتهت صلاحيّته فهذا الأخير لا يتطابق تماماً مع ما ينتظره المستهلك من تلقّيه لدواء ذي فعاليّة إيجابيّة فالأمر لا يتحقّق في حالة الدّواء المنتهي الصلاحيّة، و يمكن للمستهلك اكتشاف ذلك بنفسه لأنّ مدّة الصّلاحيّة مسجّلة على الدّواء.²⁴⁴

كما أنّ سبب تسليم دواء غير مطابق لا يكون فقط نتيجة تقصير الصيّدلي، بل قد يشاركه الطّبيب في هذا الإهمال، و مثال ذلك ما قامت به مؤخّراً محكمة الاستئناف بفرساي Versai باعتبار ظرف مشدّد للعقوبة قيام الصيّدلي بتسليم دواء "بلستين" Blustine (أقراص مغلّفة من نوع Dol. A) خطأً بدل دواء "بفتين" bevitine و التي لم يتمّ توضيح كميتها بالنص الكامل أي كان يجب عليه تدوين كمّيّة الدّواء بالحروف و الأرقام معاً و ليس بهذه الأخيرة فقط، أي وجود خطأ ناتج عن لامبالاة الصيّدلي حال تنفيذه لوصفة غير كاملة من جهة، و إهمال الطّبيب في توضيح ما دوّن في الوصفة من جهة أخرى.

242 - قردان لخضر، المسؤوليّة المدنيّة للصيّدلي - دراسة مقارنة - مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005 - 2006، ص. 148.

243 - برني كريمة، المرجع السابق، ص. 37.

244 - قردان لخضر، المرجع السابق، ص. 151.

و لا يسقط الالتزام بمراقبة عناصر الوصفة في حالة تسليم الأدوية الخاصة المسموح بها، خصوصا إذا تعلق الأمر بالمواد السامة طالما يتلقى الصيدلي أتعابا إضافية مقابل تسليمها. و أساس ذلك قرينة العلم و المعرفة التي يحملها الصيدلي في ثناياه، حيث أنّ هذه المراقبة تمثل ضمنا إضافيا ضدّ أيّ احتمال للوقوع في الخطأ، و كذا الالتزام الأخلاقي و المهني للصيدلي الذي يعدّ طرفا في عمليّة الاحتكار التي يستفيد منها في تسليم الأدوية وفي كثير من الحالات عوقب الصيدلي إمّا لجهله أو لا مبالاته.²⁴⁵

كما تقوم مسؤوليّة الصيدلي صاحب المحلّ عند تسليمه دواء كان يجب عليه عدم تسليمه للزبون، لأنّه مثلا يشترط في هذا الدّواء وصفة طبيّة أو بسبب سحبه من السّوق.²⁴⁶

كما تقوم مسؤوليّة الصيدلي عندما يقوم بتسليم دواء لا يتوافق مع الدّواء الذي طُلب منه. و في الأخير يمكن أن تشترك مسؤوليّة الصيدلي مع مسؤوليّة المنتج إذا ارتكب هذا الأخير خطأ حال إنتاجه و تقديمه لمنتج قد يضرّ بالصحة العامّة، في حين يُقدّم الصيدلي المالك للمحلّ على صرفه لمستعملي الدّواء دون المبالاة للتبعات التي قد يخلفها هذا المنتج الخطير، و ذهب إلى القول في هذا الشأن بأنّ الصيدلي يكون مسؤولا مع الشركة الصّانعة الأدوية طالما كان على علم بفسادها أو عدم صلاحيتها و لكنّه رغم ذلك قام ببيعها.²⁴⁷

كما تقوم مسؤولية الصيدلي إذا قام بتسليم دواء كان يفترض منه رفض تنفيذ الوصفة، ويتم ذلك بمراقبة الوصفة التي حرّرها الطبيب، حيث تمت مساءلة صيدلي بالتضامن مع الطبيب قام بوصف دواءين لمريض، والذي قام الصيدلي بتسليمهما للمريض مع العلم أنّه لا يمكن تناول هذين الدواءين معا، حيث يشترط في الصيدلي أن يسأل دائما عن سنّ المريض و ما يعانیه من أجل التأكّد من أنّ الطّبيب لم يقع في خطأ.

ثانيا: الخطأ المتمثل في إفشاء السر المهني.

إن حرمة إباحة الأسرار باعتبارها أمانة أمر الله بحفظها فلا يجوز كشفها أو إباحتها إلاّ للضرورة، و هذا ما يسمّى بالحق العام الشرعي و لأنّ الإفشاء فيه أدّى لأصحاب السرّ، و الشريعة

²⁴⁵ - قردان لخصر، المرجع السابق ، ص. 152.

²⁴⁶ - CASS. CIV. 1°, 2 Décembre 1993. N° 91-18297 Concernant l'oxibactone, un médicament vétérinaire qui a mort de dix veaux du plaignant, après expertise la cour d'appel a constaté que la délivrance du produit ne pouvait se faire sans prescription vétérinaire, formalité que l'officinal n'avait pas respectée, et qu'en outre l'oxibactone avait fait l'objet, le 20 Décembre 1984, d'une décision ministérielle de suspension d'autorisation de mise sur le marché, en raison de risques de surdosage, circonstance qui excluait toute tolérance transitoire.

²⁴⁷ - إبراهيم السيد احمد، الوجيز في مسؤوليّة الطّبيب و الصيدلي - فقها و قضاء- ط1، دار الكتب القانونيّة، 2005 ص. 73.

تحرم ما فيه من ضرر و أذى. وما وصفه الله به عباده المؤمنين من وفائهم لعهودهم وحفظهم لأمانتهم والتي تتعدى كلّ ما يطلق عليه الأمانة، فقال عزّ و جلّ في كتابه العزيز: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ ﴾²⁴⁸ و قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾²⁴⁹

وتقرر الشريعة الإسلامية أن السر مشمول بهذه الآية الموجبة لحفظ الأمانة ومنها الأسرار. و أن تأديتها لأهلها يقتضي حرمة تأديتها أو كشفها لغير أهلها. و عليه فالآية بعمومها موجبة لحفظ السر باعتباره أمانة من الأمانات.

و في الحديث الصحيح لما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الساعة فأجاب: " إذا ضيّعت الأمانة فانتظر الساعة " و وجه الدلالة من الحديث هو التحذير من تضييع الأمانة، ولا شك أن التحذير من تضييع الشيء فيه حثّ على حفظه وإيجاب لرعايته.²⁵⁰ و يتبين ممّا سبق أنّ حفظ السرّ الطّبي يأخذ وضعاً خاصاً به. إذ من طبيعة مهنة الصّيدلي أن يطّلع على أسرار خاصّة بالمريض، قد يمتنع المريض عن البوح بما لأقرب الناس إليه. فيعتبر الحقّ في الخصوصية أحد حقوق الإنسان الأساسية المكرسة في الدّستور وفي القوانين الداخلية فضلاً عن قواعد القانون الدّولي، و مناط هذه الحماية هي تلك العلاقة الوطيدة التي تربط الحقّ في الخصوصية بكرامة الإنسان و شرفه واعتباره.

و في القانون الطبي فإنّ هذا الحقّ يكتسي أهمية جوهرية لارتباطه بخصوصيات يحرص المريض على إخفائها و عدم كشفها أو الإطلاع عليها من طرف الغير. و بالتزام الممارسين في مجال الصّحة وخاصة الصيادلة بحماية خصوصية المريض إنطلاقاً من مبدأ الثقة القائمة بينهما وتشجيعهما، وتدعيم مبدأ السرية وهو ما يعرف بالتزام الصّيدلي بعدم إفشاء السرّ المهني. و نجد ذلك في قانون العقوبات الجزائري وفي مدونة أخلاقيات مهنة الطّب.²⁵¹ و الذي يتضمن جملة من الواجبات التي تقع على عاتق الصّيدلي البائع ومن بينها المحافظة على أسرار المرضى وعدم كشفها أو إفشائها للغير إلّا بموجب شروط و تحت أوضاع خاصّة و محدّدة.

248 - الآية 08 من سورة المؤمنون.

249 - الآية 58 من سورة النساء.

250 - أسامة عبد الله فايد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، دار النهضة الأردنية، 1987، ص.6.

251 - رضا هميسي، الملتقى الوطني حول القانون الطبي، كلية الحقوق، سيدي بلعباس. 27 فيفري 2007، ص.35.

وكما سبق لنا القول أن إفشاء السر يعد من جرائم الاعتبار و الشرف و هي من الجرائم القولية أو الكتابية و قد تناول المشرع الجزائري هذه الجريمة في المواد 301 و302 من ق.ع. ج و كذا المادتين 113 و 114 من مدونات أخلاقيات المهنة الطب و نصّت عليه كذلك المادة 310 من "قانون العقوبات المصري" و تقابلها المادة 226 فقرة 13 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد و التي نصّت على ما يلي: " إن إفشاء أية معلومة ذات طابع سري بواسطة شخص حازها بحكم حالته أو مهنته أو بسبب وظيفته أو مهمة مؤقتة، يعاقب عليه بالحبس لمدة لا تزيد على سنة و غرامة التي لا تزيد على مائة ألف فرنك."

لم يعرف المشرع الجزائري كغيره من المشرعين سر المهنة و ذلك لصعوبة إيجاد تعريف له، لأنّ السر مسألة تختلف باختلاف الظروف و الأشخاص، فما يعد سرا بالنسبة لشخص قد لا يعد كذلك بالنسبة للآخر. لذا تولى الفقه و القضاء مهمة بيان السر المهني و تحديد نطاقه. واعتبر الفقه الفرنسي السر كل واقعة يؤدي إفشاؤها إلى إلحاق الضرر بسمعة المريض أو كرامته، حتى و لو كانت غير مشينة بالنسبة لمن يريد كتمانها. و سر المهنة الطبية هو كل ما يعرفه الطبيب و الصيدلي أو القابلة بمناسبة ممارسة المهنة أو بسببها متى رتب إفشاؤها ضررا لشخص أو لعائلة ما بالنظر لطبيعته أو طبيعة الوقائع أو الظروف التي أحاطت بالموضوع و عرف جانب من الفقه المصري السر المهني بأنه كل أمر سري في عرف الناس أو اعتبار قائله. و المستقر عليه هو أنّه لا يمكن حصر السر المهني في ما يتقوّل به المريض على أنّه سر، إذ أن السر هو كل ما يصل إلى علم أرباب المهن ومنهم الصيادلة أثناء ممارستهم لمهنتهم أو بسببها. ومن ثمة فإنّ مفهوم السر يتعدى كل ما يمكن مشاهدته أو إستنتاجه أثناء ممارسة المهنة حتى و لو كان مجهولا من قبل صاحبه.²⁵²

الفرع الثاني: إثارة مسؤولية الصيدلي عن أفعال مساعديه.

يستعين عادة الطبيب و الصيدلي للقيام بالنشاطات الطبية بمساعدين لا يمكن الاستغناء عنهم، حيث تكون أعمال هؤلاء تحت إشراف و توجيه الطبيب و الصيدلي. و من هنا فإنّ مسؤولية الصيدلي يتسع نطاقها لتشمل مسؤوليته عن الأخطاء التي يرتكبها مساعده في الأحوال التي يستعين الصيدلي بهم سواء في مجال تصنيع الدواء أو في مجال صرفه.

إنّ الخطأ الذي قد يرتكبه الصيدلي يكون سبباً في إقامة مسؤوليته، ينطبق أيضاً على الخطأ الذي يرتكبه مساعدو الصيدلي . فلما كان إلتزام الصيدلي هو إلتزام بتحقيق نتيجة . فإنّ إلتزام من يستعين بهم الصيدلي هو إلتزام بتحقيق نتيجة . و من ثمة يكون مساعد الصيدلي مخطئاً إذا لم تتحقق هذه النتيجة و بعبارة أخرى. إذا كان من واجب الصيدلي أن يقدم لعملائه أدوية سليمة و خالية من المخاطر فإنّ هذا الواجب يلقي أيضاً على عاتق مساعديه طالما يطلب منهم صرف الأدوية المبينة في الوصفة الطبية.

حيث يكون الصيدلي مسؤولاً مسؤولية عقدية عن أخطاء مساعديه متى استعان بأشخاص آخرين لتنفيذ التزاماته العقدية. حيث يكون سبب الضرر الذي لحق بالمريض هو ارتكاب أحد هؤلاء الأشخاص الخطأ الموجب للمسؤولية، إذ أنّ ما تعنيه المسؤولية العقدية عن فعل الغير هي مسؤولية المدين في إلتزام عقدي عن فعل شخص آخر غيره. إما أن يقوم مقامه في تنفيذه، فيؤدي سلوك هذا الشخص إلى الإخلال بالالتزامات التي يفرضها العقد على المدين، و إذا ما حدث هذا فسيكون عندئذ أماننا المسؤول و هو الصيدلي الذي يتولى إدارة الصيدلية و يشرف على أعمال مساعديه و يكون هو المدين في الإلتزام العقدي. و المضرور هو المريض مستعمل الدواء و هو الدائن في هذا الإلتزام. و يكون كذلك أماننا مرتكب الخطأ، و هو مساعد الصيدلي الحاصل على الشهادة العلمية اللازمة التي تؤهله للعمل كمساعد في الصيدليات. والذي يستعين به الصيدلي في الأحوال التي يجوز فيها ذلك لغرض تنفيذ العقد.²⁵³

ولقيام المسؤولية العقدية للصيدلي عن الأخطاء المهنية لمساعديه يجب أن تستجمع هذه المسؤولية شروطاً ثلاثة سبق ذكرها في الفصل الأول، لهذا سأعمل على أتبائها بإجازة.

الفقرة الأولى: وجود عقد صحيح بين الصيدلي و المريض.

يجب أن يكون هناك عقد صحيح يجمع بين الصيدلي و المريض و أن يكون الضرر الذي لحق بالمريض مرتبط بعلاقة السببية مع خطأ مساعده الذي يكون الصيدلي مسؤولاً عنه، فإذا لم يكن هناك عقد أو كان العقد غير صحيح أو كان العقد بين الصيدلي و مساعده. فإنّ مسؤوليته عن فعل مساعديه لا تكون عقدية وإنما تكون تقصيرية.²⁵⁴

253 - عبد المجيد الحكيم، الوجيز في القانون المدني العراقي، ط 2، مركز الطبع والنشر، الأهلية بغداد، 1978، ص 353.

254 - ناصر فتحة، القواعد الوقائية لتحقيق أمن المنجات الغذائية و الصيدلانية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، سيدي بلعباس، 2005، ص.23.

ويشترط أن يعهد الصيدلي إلى أحد مساعديه القيام ببعض الأعمال حتى تقوم مسؤوليته العقدية، و معنى ذلك حلول مساعد الصيدلي محل الصيدلي في القيام ببعض الأعمال ذات الصلة بنشاط الصيدلية قد تتمثل هذه الأعمال في تركيب الأدوية أو مراقبة و تنفيذ الوصفة الطبية، أو أن يدع الصيدلي مكانه في حالة غيابه صيدلي آخر مرخص له مزاولة المهنة. و يوكله أمر إدارة الصيدلية، فإذا لحق ضرر بالمريض يكون مسؤولاً عن أعمال هؤلاء. إذ لا يستطيع دفع مسؤوليته على أساس أنه لم يكن هو من أخطأ بل مساعديه من فعلوا.²⁵⁵

الفقرة الثانية: ارتكاب مساعد الصيدلي خطأ يرتب ضرراً للمريض.

إذا كانت مسؤولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه لا تقوم إلا إذا تحققت مسؤولية التابع، فإنّ الحكم كذلك في دائرة المسؤولية العقدية عن فعل الغير إذ يشترط لقيام مسؤولية المدين أن يكون من استخدمه في تنفيذ إلتزامه قد ارتكب خطأ و إن لم يصدر عن المدين أي خطأ. و ذهب بعض الفقه إلى القول بأنّ ما يميز المسؤولية العقدية عن فعل الغير هو مجرد المتعاقد من الخطأ و تحميله خطأ الغير الذي يسأل عنه.²⁵⁶

و من استقراء نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري، و الذي يمكن أن يستنتج من مفهوم المخالفة مبدأ عاماً للمسؤولية عن فعل الغير وإن لم تقرره بشكل مباشر، حيث يمكن أن يوحي لنا قراءة هذا النص اشتراط الخطأ في هذه المسؤولية، حيث أنّه وبحسب هذا النص يمكن للصيدلي أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش و الخطأ الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذين يستخدمهم وفي تنفيذ التزامه.²⁵⁷

و على خلاف المسؤولية العقدية فإنّ المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير فقد كان هناك شبه إجماع حول مدى تقريرها، أمّا فيما يتعلق بشروط إثارتها فهي لا تتطلب سوى استجماع شرطين: الأول ضرورة وجود علاقة تبعية بين الصيدلي و مساعده، و الثاني وجوب ارتكاب هذا الأخير خطأ يضر بالمريض مستعمل الدواء.

ففيما يخص شرط قيام علاقة التبعية بين الصيدلي ومساعدده فقد نصّ المشرع الجزائري صراحة على رابطة التبعية في الفقرة الثانية من المادة 136 من القانون المدني (بعد التعديل الأخير) تتحقق

255 - قردان لحضر، المرجع السابق، ص. 169.

256 - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص. 78.

257 - قردان لحضر، المرجع السابق، ص. 171.

هذه التبعية بمجرد قيام التابع بالعمل لحساب المتبوع دون غيره من الأشخاص، فقيام الصيدلي بمراقبة تابعه في كيفية أداء العمل. ومتى توافرت هذه العلاقة التبعية فلا يهم بعد ذلك أن يكون هناك عقد بين الصيدلي و مساعده أو لم يكن هناك أي عقد. فإذا كلف الصيدلي أحد مساعديه الذي لم يرتبط معه بعقد بتركيب دواء معين. فإنّ رابطة التبعية تقوم (رغم عدم وجود عقد بينهما) بمجرد أن نشاط مساعد الصيدلي ينصرف لصالح الصيدلي.²⁵⁸

ولا بد من أن يكون هذا العمل متزامنا مع وقت حصول الضرر، فإذا كان العمل قائما أمكن اعتبار أن الضرر واقع من التابع. أما إذا كان الضرر خارج أوقات العمل فلا تكون هناك علاقة تبعية، و بالتالي نفي مسؤولية المتبوع.

أما شرط إرتكاب مساعد الصيدلي خطأ يضر بالمريض، فإنه لا تتقرر مسؤولية الصيدلي عن أعمال تابعه إذا كان مساعد الصيدلي قد أخطأ في تركيب الدواء أو في صرف الوصفات الطبيّة ، بل يجب لتتحقق مسؤولية مساعد الصيدلي وجوب توافر إرتكابها الشروط الثلاثة و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببيّة ما بين الخطأ والضرر، و يشترط في هذا أن يكون قد وقع أثناء قيام مساعد الصيدلي بعمله، و مبرر اشتراط ذلك دلالة واضحة على تقصير المتبوع (الصيدلي) في مراقبة تابعه، و على سوء اختياره له . فإذا ما وقع الخطأ في وقت آخر غير وقت العمل فإنّ افتراض التقصير و سوء الاختيار عند ذلك سينتهي.²⁵⁹

و يعتبر الخطأ واقعا حال تأدية العمل متى ارتكبه مساعد الصيدلي و هو يقوم بعمل من أعمال وظيفته سواء كان ذلك تنفيذا لأمر صدر له من الصيدلي مدير الصيدليّة أو لم يصدر ، أو كان ذلك بعلمه أو دونه لأنّ المتبوع مسؤول عن الأضرار التي يحدثها التابع حال تأدية وظيفته.

أما بالنسبة للخطأ الذي يُرتكب بسبب الوظيفة أو العمل، و ليس أثناء تأدية الوظيفة، فيما أنّ العمل الذي يقوم به التابع لصالح المتبوع و فائدته و إن كان خارج أوقات العمل، تقوم مسؤوليّة المتبوع و المعيار المتخذ لهذا هو مصلحة المتبوع و فائدته.²⁶⁰

و فيما يتعلّق بالصيدلي، فإنّ الخطأ بسبب الوظيفة أو الخدمة ليس هو الخطأ الذي يقع فقط أثناء أداء مساعد الصيدلي لعمله، بل يتعداه إلى كافة الأحوال، بحيث لم يكن بوسعه ارتكاب الخطأ

258 - طایل عمر البريزات، المسؤولية المدنية للصيدلي في القطاع الخاص، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص. 50-51

259 - سليمان مرقس، مسؤولية الزاعي المفترضة عن فعل المرعى، ط 4، مطبعة النهضة الجديدة، القاهرة، 1968، ص. 35.

260 - قردان لحضر، المرجع السابق، ص. 113.

أو حتى التفكير به لولا عمله في الصيدلية، حيث يخرج من نطاق مسؤولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ لم يكن بينه و بين ما يؤدي من أعمال يربطه بالوظيفة ارتباطا مباشرا، و لم تكن هذه الوظيفة ضرورية فيما وقع من خطأ. و من جهة أخرى يستطيع الصيدلي أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل من العناية ما ينبغي لمنع وقوع الضرر أو أنّ الضرر كان لا بدّ من وقوعه و لو بذل هذه العناية، كما لا يسأل الصيدلي إذا كان مشتري الدواء قد تعامل مع مساعد الصيدلي، و هو عالم بتجاوز هذا الأخير لحدود وظيفته. ذلك أن المضرور إذا تعامل مع التابع في مثل هذه الحالة، فإنّه يكون قد عامله بصفته الشخصية لا بصفته تابعا، و الملاحظ أن التشريع الجزائري على مثال التشريع الفرنسي، شدّد من مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، حتى أنّه لا يستطيع دفع المسؤولية عنه و لو أثبت وجود السبب الأجنبي.²⁶¹

الخاتمة

يستخلص من خلال هذه الدراسة أن المسؤولية المدنية و تطبيقاتها علمالمهنيين مسائل لم يتم حسمها لا من طرف المشرع و لا من طرف القضاء.

و السبب في ذلك يرجع إلى كون أن الإلتزامات التي يتحملها المهنيون لها طبيعة خاصة، و من هنا يصطدم الدارس لهذه المسألة ببعض الصعوبات التي تتمثل في الأساس في تحديد طبيعة هذه الإلتزامات و ما يترتب عنها و ما يترتب عنها من نتائج ، هل هي إلتزام ببذل عناية أم إلتزام بتحقيق نتيجة؟

زيادة على عدم وضوح الفاصل بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية في هذا الميدان، مع صعوبة إثبات المسؤولية التي قد يتحملها المهني.

فالاختلاف بين المسؤولية المدنية بصفة عامة، والمسؤولية المدنية للمهني المدين، يكمن في درجة الخطأ الذي يقيم هذه المسؤولية، فبالنسبة للمسؤولية المدنية بصفة عامة، فدرجة الخطأ فيها هي الخطأ الجسيم، أي لا بدّ في محدث الضرر أن يرتكب خطأ جسيماً حتى تترتب المسؤولية المدنية في جانبه، بينما المهني، فإنّ مجرد الخطأ البسيط كفيلاً لإقامة مسؤوليته المدنية.

و طالما أنّ طبيعة الخطأ المهني تتأثّر من طبيعة الإلتزام الذي وقع الإخلال به، فإذا كان الخطأ المهني عقدياً، فإنّه يتوجّب إعمال المسؤولية العقدية الملازمة لطبيعة الخطأ، و تحجب بالتالي المسؤولية التقصيرية، و الأمر يكون عكس ذلك فيما إذا كان الخطأ المهني تقصيرياً.

أمّا عن المعيار الذي نقيس به الخطأ المهني، فلا بدّ أن يكون فنياً لدقّة وصفه و لاختلافه عن معيار الخطأ العادي الذي هو معيار الخطأ المعروف و المتمثّل في الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي.

فإذا كان سلوك الرجل العادي هو المعيار لقيام الخطأ العادي، فإنّه يقتضي في الخطأ المهني بالنسبة لأصحاب المهن أن يكون سلوك شخص من أوسطهم هو المعيار لقيامه، و مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطيء فيما استقرّت عليه أصول الفنّ العائدة لمهنته.

كما يوصل البحث في هذا الموضوع إلى الإستنتاج أنالإلتزامات المهني يشترط فيها نوع خاص من الحرص الشديد في تنفيذها، و معظم هذه الإلتزامات من طبيعتين بتحقيق نتيجة و ببذل عناية، كما

هو الشأن بالنسبة للإلتزام بالإعلام الذي اعتبر في بداية الأمر إلتزاما ببذل عناية، ثم ظهر إلتجاه فقهي آخر جعل من هذا الإلتزام هو بتحقيق نتيجة، أما فعاليته و تفهمه من قبل المتعاقد فهو ببذل عناية. و تجدر الإشارة إلى أن المهني في حالة إخلاله بالإلتزام بالإعلام سواء بعدم تقديم البيانات أو تقديمها بشكل ناقص فإن مسؤوليته تقوم، و لكن تختلف حسب طبيعة المخالفة التي ارتكبها فقد يسأل جزائيا أو مدنيا، أو يتابع جزائيا و في نفس الوقت يحكم عليه بالتعويض بسبب الضرر الذي ألحقه بالضحية.

و قد نجد نوعا آخر من الإلتزامات تكون طبيعتها بتحقيق نتيجة في بعض المهن، بينما في مهن أخرى فهذا الإلتزام يكون ببذل عناية، فإلتزام الطبيب بالنصح و الإرشاد هو إلتزام ببذل عناية حيث يبذل الطبيب قصار جهده من أجل نصح و إرشاد مريضه ليتمكن من الوصول إلى النتيجة المتمثلة في إقناع مريضه على متابعة العلاج، بينما إلتزام البائع بالنصح و الإرشاد فهو بتحقيق نتيجة و المتمثلة في حمل المشتري على إقتناء السلعة المعروضة.

و ما يمكن ملاحظته ضرورة حرص المهني حرصا شديدا على حسن تنفيذ هذه الإلتزامات لأن إخلاله بتنفيذها أو تقصيره في تنفيذها يؤدي إلى قيام مسؤوليته المدنية مما يؤدي إلى مساءلته عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ هذه الإلتزامات.

و لا بد من الإشارة إلى أن هذه الإلتزامات تتأثر بعوامل تؤثر في مداها، أهم هذه العوامل درجة التخصص المهني، و أخرى تتعلق بطبيعة المهنة التي يمارسها المهني المدين، فلدرجة تخصص المهني تأثير كبير في مدى هذه الإلتزامات، لأن المعرفة الفنية باعتبارها طرفا خارجيا لها دور هام في تقدير مسلك المهني المدين، لأن الإرتفاع في التخصص و الأقدمية في المجال كذلك تفرض على المهني المدين أن يبذل من العناية و التبصر في تنفيذ إلتزاماته، القدر الذي يتوافق و مستواه الفني بحيث يقاس سلوك المهني المدين بسلوك المهني الحسن من نفس الطائفة و نفس المستوى الفني الذي ينتمي إليها المهني المدين، و مثال ذلك وقوع طبيب متخصص في غلط أثناء تشخيصه لمرض معين يعتبر خطأ، بينما وقوع طبيب عام في نفس الغلط قد لا يعتبر خطأ.

و قد يحتاج عمل معين إلى نوع خاص من الفن و المعرفة، مما يستوجب تخصصا خاصا لدى الشخص القائم به و يعتبر من قبيل الخطأ أداء هذا العمل دون الحصول على هذا التخصص الدقيق، و مثال ذلك إجراء طبيب عام عملية قيصرية لإمرأة حامل، و قد توصلنا أيضا إلى أنه يحتاج تنفيذ هذه الإلتزامات بشكل صحيح إلى إستقلال المهني في تنفيذ عمله.

كلّ هذا خاصّ بخصائص المسؤولية المدنية للمهني المدين في مواجهة المتعاقد معه، بينما المسؤولية المدنية للمهني المدين ضمن الوسط المهني فإنه لا بد من البحث في المبادئ التي تحكم ذوي المهن بعضهم ببعض، هذه المبادئ تتعلق بمبدأ اللياقة في التعامل، فأصحاب المهنة الواحدة يفترض فيهم أن تكون علاقتهم ببعضهم نموذجاً يحتذى به، كما يفترض في أصحاب المهنة الواحدة مدّ يد المساعدة لبعضهم البعض و هذا ما أكّده قواعد الأخلاقيات في المهن المختلفة.

كما أكّدت هذه القواعد مبدأ استقلال المهني في القيام بأعمال مهنته، و قد أقرّت هذا المبدأ تقنينات كلّ المهن لما لهذا المبدأ من تأثير على تفاني المهني في أداء عمله.

بعد محاولة شرح خصائص قواعد المسؤولية المدنية للمهني المدين، تبين صعوبة فهم ما نتج تحليل من طرف القارئ العادي غير المختص في مجال القانون فإنه كان لا بد من تطبيق ذلك على بعض المهنيين من أجل تسهيل فهمه.

لذلك اشتملت هذه الدراسة على دراسة خاصة بالمسؤولية المدنية للأطباء من جهة و الصيادلة من جهة أخرى ، ف فيما يخص الأطباء فقد اشتملت الدراسة على المسؤولية المدنية للطبيب القائمة على أساس الخطأ، و المسؤولية بدون خطأ.

ففي المسؤولية الخطئية، اتضح ضرورة صدور خطأ من طرف الطبيب و أن يرتب هذا الخطأ ضرراً للمريض، و قد حدّد القانون خطأ الطبيب المقيم للمسؤولية في حالات يعدّ مخالفتها من طرف الطبيب خطأ مقيماً للمسؤولية و من بين هذه الحالات، ضرورة الحصول على رضا المريض حيث يعدّ مخالفة الطبيب لهذا الشرط سبباً لإقامة مسؤوليته لكن هناك حالات يستحيل فيها الحصول على رضا المريض، فمخالفة الطبيب لهذا الشرط هنا لا يعدّ خطأ ولا تقوم بذلك مسؤوليته و من بين الأخطاء الأخرى التي تعتبر خطأ من جانب الطبيب يقيم مسؤوليته المدنية، إخلاله بواجب الإعلام لأنّ الإعلام يعتبر من متطلبات إنشاء العقد بين المريض و الطبيب، و الإخلال به يعتبر خطأ، إلى جانب هذا الإلتزام يعتبر إخلال الطبيب بالإلتزام بالعناية و تقديم العلاج خطأ يقيم مسؤوليته.

هذا فيما يخصّ مسؤولية الطبيب الخطئية، بينما مسؤولية الطبيب المدنية بدون خطأ، فإن الدراسة هنا تدفع بنا إلى البحث في مسؤولية الطبيب القائمة بسبب عدوى المستشفيات و عن الأضرار المترتبة عن المنتوجات المعيبة.

ما لوحظ أثناء البحث في الجزء المتعلق بالمسؤولية القائمة بفعل عدوى المستشفيات عدم وجود نصوص تشريعية جزائرية خاصة بهذه الحالة، و عدوى المستشفيات كما سبقت الإشارة إليها هي

العدوى التي يصاب بها المريض أثناء دخوله المستشفى، بما أن التشريع و القضاء الجزائريين خاليين من أحكام و قرارات خاصة بهذا النوع من المسؤولية فإنه كان من الضروري التوجه نحو الفقه و القضاء و التشريع الفرنسي لما يحويه من أحكام و قرارات خاصة بهذا الموضوع، و الغرض من ذلك كان من أجل إثراء البحث في هذا الموضوع.

أما عن الأضرار الناتجة عن استعمال المنتجات المعيبة، فيما أن ممارسة الطب تستلزم استعمال وسائل و معدات و أدوية من أجل إتمام التصرف الطبي، فقد تبين من خلال هذه الدراسة بأنه حال قيام مسؤولية الطبيب المدنية بفعل منتج معيب فإنه يعتبر مخلا بالتزام بالسلامة و طبيعة بتحقيق نتيجة لأنه طبقا لقانون الصحة الجزائري، فإن الطبيب ملزم بأن يتخذ كل الحيطة والحذر أثناء تنفيذه لأي عمل طبي و إلا اعتبر مخلا بهذا الإلتزام.

بينما الصيدلي، فقد اشتمل هذا العمل على مسؤولية الصيدلي المنتج عن فعل منتجاته المعيبة القائمة على أساس الخطأ و مسؤوليته بدون خطأ، فما يلاحظ عن المسؤولية بدون خطأ أنها تقوم على عاتق الصيدلي المنتج بمجرد إضرار منتوجه بالغير و إن نفذ في صنعه للدواء الواصفات العلمية المعتادة، و معنى ذلك أنه حتى عند عدم ارتكابه لأي خطأ في تصنيعه للدواء و يحدث أن يرتب هذا الدواء أضرارا بالغير فإنه يكون مسؤولا، و لا بد من الإشارة أنه لا يمكنه أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا في حالة مخاطر التطور لما لهذه الحالة من آثار غير ممكن توقعها و يستحيل دفع خطرها.

أما المسؤولية الخطئية فبمجرد ارتكاب الصيدلي المنتج لخطأ يرتب ضررا بالضحية على أن تتوافر علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، فإنه تترتب على عاتقه المسؤولية المدنية تلزمه بتعويض الضرر، لأنه إن لم تكن هناك علاقة بين خطأ الصيدلي المنتج و الضرر الذي تعرض له الضحية، فلا وجود للمسؤولية هنا.

أما المسؤولية المدنية للصيدلي صاحب المحل عن أفعاله الشخصية أو عن أفعال مساعديه، فإن هذه الدراسة تدفعنا إلى القول أن المسؤولية المدنية للصيدلي تقوم بمجرد تعرض المريض لأضرار بفعل الدواع الذي قدمه الصيدلي إياه، و قد يتحقق ذلك عند إخلاله بالتزامه بتقديم النصيحة أو عند إخلاله بالتزامه بالإعلام، فإذا لم ينبه الصيدلي المريض بضرورة اتباعه الوصفة بدقة و احترام الكمية الموصوفة، فإنه يعتبر مخلا بالتزامه بالإعلام و الذي يؤدي بالضرورة إلى قيام مسؤوليته المدنية.

بينما مسؤوليته عن أفعال مساعديه فهي تثور بمجرد ارتكاب مساعديه أخطاء تصيب المريض بأضرار و يكون ذلك أثناء أداء الوظيفة أو بمناسبةها، و حتى تقوم مسؤولية الصيدلي عن أفعال

مساعديه ، فإنه طبقا لأحكام المادة 136 من القانون المدني الجزائري فإنه : "يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها".

و بهذا أكون قد ختمت عملي هذا آملة أن يكون بمثابة منارة لأبحاث أخرى تنصبّ حول المهنيين، و إليّ قد اجتهدت قدر طاقتي و إن صدر مّيّ تقصير في بعض النواحي، فألتمس العذر في ذلك، فللمجتهد المخطيء أجر و للمصيب أجران، و لله قصد السبيل

لقوله تعالى:

﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾