جامعـة البليدة 02

كليـة الحـقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أطروحة دكتوراه

التخصص: القانون

المسؤولية المدنية الناتجة عن نقل الدم الملوث
في ضوء التشريع الجزائري

من طرف

فكيري آمال

أمام اللجنة المشكلة من

أ.د. بوسهوة نور الدين	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليدة	رئيسا
د. بن رقيه بن يوسف	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعد دحلب البليدة	مشرفا ومقررا
أ. د. بن شنيتي عبد الحميد	أستاذ التعليم العالي	جامعة الجزائر	عضوا مناقشا
أ. د. قادة بن بن علي	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	عضوا مناقشا
د. عجة جيلالي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الجزائر	عضوا مناقشا
د. خليل عمرو	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعد دحلب البليدة	عضوا مناقشا

البليدة، جوان 2013

شـــكـر

بعد إنجاز هذا البحث ، بأنني أحمد الله سبحانه وتعالى – من قبل ومن بعد – على أن وفقني لإتمام هذه الرسالة .

إن واجب الإعتراف بالفضل يقضي مني أن أتوجه بخالص الشكر و عميق التقدير للأستاذ الفاضل

"بن رقية بن يوسف "المشرف على هذا البحث، فجزاه الله عنا خير الجزاء

كما لا يفوتني أن أوجه أسمى آيات الإعتراف و التقدير لكل من قدّم يد المساعدة لإنجاز هذا العمل .

ملخص

يعتبر التلوث الصّحي من أوليات القضايا وأخطر المشاكل التي يتخبط فيها المجتمع المعاصر رغم كونه من الظواهر القديمة ، حيث أن إرتفاع معدلاته بلغ حد الخطورة وبات يهدد الكائنات الحية بصفة عامة، كما يهدد الإنسان في معيشته وصحته بصفة خاصة، فإنتشار الأضرار والأمراض الناتجة عن التلوثات الصّحية سواء كانت تمس فردا أو جماعة، نتج عنه تطور وتطويع لقواعد المسؤولية المدنية عن هذا النوع من الأضرار، تلك القواعد التي لا تتحرك إلا بعد وقوع الضرر الواجب التعويض عنه .

وبذلك كان الدم الملوث من أهم الموضوعات الحديثة في فقه القانون، فثارت التساؤلات حول المسؤولية المدنية عن عملية نقل هذا الدم بما ينجم عنها من مشاكل قانونية.

فالدم من الوسائل العلاجية التي توصل إليها الطب الحديث، وعملية نقل الدم قضية حساسة خطرة ومهمة تساهم في إنقاذ المرضى من الأزمات التي تصيبهم، وبسبب ذلك ولكثرة الحالات التي تحتاج لعملية نقل الدم في ظل إنتشار الفيروسات والأمراض كالإيدز أو إلتهاب الكبد الوبائي بأنواعه المختلفة، فقد أصبحت هذه الأخيرة مجالا خصبا للأضرار والأمراض الفتاكة والمعدّية، التي باتت تهدد حياة الإنسان وصحته، فقد يؤدي الإهمال واللامبالات أو الخطأ من جانب العاملين في مجال نقل الدم وحفظه، وظاهرة عدم إتباع الأصول العلمية في تحليل الدم قبل نقله، إلى الإصابة بأمراض توصف بالخطيرة، وقد تتسبب في أضرار قد يصعب علاجها أحيانا.

وتعد المسؤولية المدنية هي من أهم الجزاءات التي يرّتبها القانون على المسؤول عن الضرر في هذه الحالة ، فهل يمكن تطبيق أركانها و قواعدها في مجال نقل الدم ؟ وما مدى توافق النظم القانونية للتعويض مع ضرر قد يكون جماعي أو واسع الإنتشار، تسببه تلك الأمراض المعدّية و الملوثة للدم ذات الطبيعة المتراخية في الظهور .

الفهرس

شكـــر
ملخـــص
الفهـــرس

المقدمة 12
1. عملية نقل الدم والعلاقات القانونية بين أطرافه 19
1.1. عملية نقل الدم 19
1.1.1. ماهية الدم 20
1.1.1.1. التعريف بالدم ومشروعية الإستشفاء به 20
1.1.1.1.1. التعريف بالدم 21
1.1.1.1.1.1. مفهوم الدم و مكوّناته 21
2.1.1.1.1.1. وظائف الدم 24
3.1.1.1.1.1. حالات الإستشفاء بالدم 25
2.1.1.1.1. مشروعية الإستشفاء بالدم 26
1.2.1.1.1.1. مشروعية نقل الدم والتصرف فيه 26
2.2.1.1.1.1. الأساس القانوني لعملية نقل الدم 33
2.1.1.1. طبيعة الدم والأمراض الملوّثة له 37
1.2.1.1.1. طبيعة الدم 37
1.1.2.1.1.1. الطبيعة العضوية للدم 38
2.1.2.1.1.1. الطبيعة الدوائية للدم 40
2.2.1.1.1. الأمراض الملوثة للدم 44
1.2.2.1.1.1. أمراض الدم الوراثية 44
2.2.2.1.1.1. أمراض الدم المعدّية 45
2.1.1 . تنظيم عملية نقل الدم 49
1.2.1.1. التنظيم القانوني لعملية نقل الدم 50

1.1.2.1.1. التنظيم القانوني لعملية نقل الدم في فرنسا 51
1.1.1.2.1.1. تنظيم قانون 21 جويلية لسنة 1952 لعملية نقل الدم 51
2.1.1.2.1.1. قانون 4 جانفي في سنة 1993 لعملية نقل الدم 53
3.1.1.2.1.1. قانون 1 جويلية لسنة 1998 لعملية نقل الدم 55
4.1.1.2.1.1 . الأمر المؤرخ في 1 سبتمبر2005 57
5.1.1.2.1.1 . المرسوم رقم 2010- 251 لسنة 2010 59
2.1.2.1.1. التنظيم القانوني لعملية نقل الدم في القانون الجزائري 60
1.2.1.2.1.1. الأمر 133/68 المتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبمؤسسات نقله 60
2.2.1.2.1.1 . تنظيم نقل الدم في قوانين حماية الصحة العمومية 63
3.2.1.2.1.1 . التنظيم الحالي لعمليات نقل الدم في الجزائر 65
2.2.1.1. شروط وأطراف عملية نقل الدم 71
1.2.2.1.1. شروط عملية نقل الدم 72
1.1.2.2.1.1. شروط التبرع بالدم 72
2.1.2.2.1.1. شروط نقل الدم إلى المريض 77
2.2.2.1.1. أطراف عملية نقل الدم 83
1.2.2.2.1.1. المانحون للدم 83
2.2.2.2.1.1. القائمون بعملية نقل الدم 87
2.1. العلاقات القانونية بين أطراف عملية نقل الدم 92
1.2.1. الطبيعة القانونية لعلاقات الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم 92
1.1.2.1. علاقة مراكز نقل الدم بالجهات المتلقية له 93
1.1.1.2.1. علاقة مراكز نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية 93
1.1.1.1.2.1. ماهية عقد التوريد 94
2.1.1.1.2.1. انطباق عقد التوريد على عمليات نقل الدم 96
2.1.1.2.1. علاقة مراكز نقل الدم بالمريض 98
1.2.1.1.2.1. نظام المجموعة العقدية 98
2.2.1.1.2.1. الاشتراط لمصلحة الغير 100
2.1.2.1. علاقة المريض بالمؤسسات الاستشفائية وبالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم 109
1.2.1.2.1. علاقة المريض بالمؤسسات الاستشفائية 110

1.1.2.1.2.1. علاقة المريض بالمستشفى العام 111
2.1.2.1.2.1. علاقة المريض بالمستشفى الخاص 114
2.2.1.2.1. علاقة المريض بالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم 115
1.2.2.1.2.1. علاقة المريض بالطبيب في العيادة أو المستشفى الخاص 118
2.2.2.1.2.1. علاقة المريض بالطبيب العامل في المستشفى العام 125
3.2.2.1.2.1. علاقة المريض بالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم 126
2.2.1. الطبيعة القانونية لعلاقات الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم 131
1.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية 132
1.1.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية العامة 133
1.1.1.2.2.1. المؤسسة الإستشفائية مرفق عام إداري 133
2.1.1.2.2.1. رابطة التبعية بين الطبيب و المؤسسة الإستشفائية العامة 134
2.1.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية الخاصة 137
1.2.1.2.2.1. علاقة التبعية بين المؤسسة الاستشفائية الخاصة والطبيب 137
2.2.1.2.2.1. العلاقة العقدية بين الطبيب والمؤسسة الاستشفائية الخاصة 141
2.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم ببعضهم وبمساعديهم 143
1.2.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم ببعضهم 144
1.2.2.2.1. 1.الطبيعة القانونية للعلاقة بين كل من الطبيب المعالج والطبيب الجراح 144
2.1.2.2.2.1. طبيعة العلاقة بين الطبيب المعالج وطبيب تحليل الدم 147
3.1.2.2.2.1. طبيعة العلاقة بين طبيب تحليل الدم والطبيب الجراح 149
2.2.2.2.1. علاقة ألأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بمساعديهم 152
1.2.2.2.2.1. تحديد طائفة الأشخاص المساعدين المتدخلين في عملية نقل الدم 153
2.2.2.2.2.2.1. طبيعة العلاقة القانونية القائمة بين المساعدين والأطباء المنفذين لعملية نقل الدم 156
الفصل 2. المسؤولية المدنية القائمة في حالة نقل الدم الملوّث 161
2 .1. أركان قيام المسؤولية وأساسها القانوني 162
2 .1.1. أركان المسؤولية المدنية في حالة نقل الدم الملوث 162
2 .1.1.1. الخطأ الطبي في مجال عملية نقل الدم الملوث 163
1.1.1.1.1.2. الخطأ في مجال المسؤولية الطبية 163

1.1.1.1.1.2. مفهوم الخطأ الطبي 164
2.1.1.1.1.2. معيار الخطأ الطبي و أنواعه 165
3.1.1.1.1.2. تدرج الخطأ الطبي و تطوره 168
2.1.1.1.2. أطراف الخطأ في مجال عملية نقل الدم 171
1.2.1.1.1.2. خطأ الطبيب ومساعديه أثناء عملية نقل الدم 172
2.2.1.1.1.2. خطأ المستشفيات في مجال نقل الدم 176
3.2.1.1.1.2. خطأ مراكز نقل الدم 179
3.1.1.1.2. إثبات الخطأ في مجال عملية نقل الدم 182
1.3.1.1.1.2. عبء لإثبات الخطأ الطبي في مجال عملية نقل الدم 182
2.3.1.1.1.2. سلطة القاضي ودور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ في مجال عملية نقل الدم 184
2 .2.1.1. الضرر في مجال عملية نقل الدم الملوث 188
1.2.1.1.2. الضرر في مجال المسؤولية الطبية 189
1.1.2.1.1.2. صور وأنواع الضرر الطبي 190
2.1.2.1.1.2. شروط الضرر الطبي 192
2.2.1.1.2. الضرر الخاص (النوعي) في مجال عمليات نقل الدم الملوث 197
1.2.2.1.1.2. الأضرار الناتجة عن الأمراض المنقولة عن طريق الدم الملوث 198
2.2.2.1.1.2. خصوصية الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث 199
3.1.1.2. علاقة السببية في مجال عملية نقل الدم الملوث 202
1.3.1.1.2. علاقة السببية في القواعد العامة 203
1.1.3.1.1.2. نظريات علاقة السببية 204
2.1.3.1.1.2. إثبات نفي علاقة السببية 206
2.3.1.1.2. علاقة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث 208
1.2.3.1.1.2. إثبات رابطة السببية في نطاق عملية نقل الدم 208
2.2.3.1.1.2. نفي رابطة السببية في نطاق عملية نقل الدم 210
2. 1. 2. الأساس القانوني لمسؤولية الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم الملوّث 212
1.2.1.2. مسؤولية مراكز نقل الدم 213
1.1.2.1.2. مضمون إلتزام مراكز نقل الدم 213
1.1.1.2.1.2. طبيعة إلتزام مراكز نقل الدم 214

2.1.1.2.1.2. الالتزام بضمان السلامة في عملية نقل الدم 218
2.1.2.1.2. أساس مسؤولية مراكز نقل الدم 222
1.2.1.2.1.2. أساس مسؤولية مراكز نقل الدم في إطار القواعد العامة 223
2.2.1.2.1.2. أساس مسؤولية مراكز نقل الدم في إطار القانون الإداري 224
2.2.1.2. مسؤولية الأشخاص المعنوية عن نقل الدم الملوث 228
1.2.2.1.2. مسؤولية المؤسسات الاستشفائية عن نفا الدم 229
1.1.2.2.1.2. مسؤولية المؤسسات الاستشفائية العامة عن نقل الدم الملوث 229
2.1.2.2.1.2. مسؤولية المؤسسات الاستشفائية الخاصة عن نقل الدم الملوث 234
2.2.2.1.2. مسؤولية الدولة عن نقل الدم الملوث 237
1.2.2.2.1.2. المسؤولية المدنية للدولة عن مراكز نقل الدم 239
2.2.2.2.1.2. أساس مسؤولية الدولة عن نقل الدم الملوث 242
3.2.1.2. مسؤولية الأشخاص الطبيعية عن نقل الدم الملوث 245
1.3.2.1.2. مسؤولية الأطباء ومساعديهم 245
1.1.3.2.1.2. أساس مسؤولية الأطباء عن نقل الدم الملوث 246
2.1.3.2.1.2. أساس مسؤولية مساعدي الأطباء عن نقل الدم الملوث 253
2.3.2.1.2. مسؤولية المتبرع بالدم 256
1.2.3.2.1.2. التبرع المباشر 256
2.2.3.2.1.2. التبرع غير المباشر 257
3.2.3.2.1.2. أساس مسؤولية المتبرع بالدم 258
3.3.2.1.2. مسؤولية مرتكبي حوادث الطرقات 260
2 .2. الجزاء المترتب عن نقل الدم الملوث 263
2. 1.2. تعويض الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث 263
1.1.2.2. نطاق الحق في التعويض عن الضرر 264
1.1.1.2.2. نطاق الحق في التعويض من حيث الضرر 265
1.1.1.1.2.2. الضرر المستحق للتعويض 265
2.1.1.1.2.2. طرق التعويض عن الضرر 271
3.1.1.1.2.2. التقدير القضائي لتعويض الضرر 273
2.1.1.2.2. نطاق الحق في التعويض من حيث الأشخاص 281

1.2.1.1.2.2. الأشخاص المستحقون للتعويض 282
2.2.1.1.2.2. إنتقال الحق في التعويض إلى الغير 283
3.2.1.1.2.2. تغطية نظام الضمان الاجتماعي للضرر 285
2.1.2.2. آليات تعويض ضحايا نقل الدم الملوث 287
1.2.1.2.2. التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية 287
1.1.2.1.2.2. مدى توفر أركان المسؤولية المدنية للمطالبة بالتعويض 288
2.1.2.1.2.2. قيام المسؤولية في حالة تعدد الأسباب 292
2.2.1.2.2. التعويض في المسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوّث 295
1.2.2.1.2.2. دعوى التعويض في المسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوث 295
2.2.2.1.2.2. تقدير تعويض الأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث 302
2. 2.2. آليات التعويض الجماعي و المكمّل في مجال نقل الدم الملوث 304
1.2.2.2. نظام التأمين من المسؤولية المدنية 305
1.1.2.2.2. التأمين في المجال الطبي وفق القواعد العامة 306
1.1.1.2.2.2. الطبيعة القانونية لعقد التأمين من المسؤولية 307
2.1.1.2.2.2. شروط التأمين من المسؤولية 308
3.1.1.2.2.2. آثار التأمين من المسؤولية 309
4.1.1.2.2.2. التأمين من المسؤولية في المجال الطبي 312
2.1.2.2.2. التأمين من المسؤولية في مجال عملية نقل الدم 313
2.2.2.2. التعويض عن طريق صناديق الضمان 318
1.2.2.2.2. صندوق تعويض ضحايا الإيدز في فرنسا 320
1.1.2.2.2.2. التعويض المقدم من الصندوق وإجراءاته 321
2.1.2.2.2.2. تقييم صندوق التعويض 323
2.2.2.2.2. ضرورة إنشاء صناديق الضمان كآلية تعويض مكمل في مجال نقل الدم الملوث 325
1.2.2.2.2.2. أهمية إنشاء صندوق الضمان ونطاقه 325
2.2.2.2.2.2. تمويل صندوق الضمان وآليات دفعه للتعويض 327
3.2.2.2. إلتزام الدولة بالتعويض 329
1.3.2.2.2. أساس التزام الدولة بالتعويض 330
1.1.3.2.2.2. الأساس التقليدي لإلتزام الدولة بالتعويض 331

2.1.3.2.2.2. الأساس الحديث لإلتزام الدولة بالتعويض 334
3.1.3.2.2.2. طبيعة إلتزام الدولة بالتعويض 337
2.3.2.2.2. مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا نقل الدم الملوث 340
1.2.3.2.2.2. ضرورة تدخل الدولة للتعويض 341
2.2.3.2.2.2. أساس التزام الدولة بالتعويض 343
3.2.3.2.2.2. تعويض ضحايا نقل الدم الملوث في فرنسا 347
خاتمة 350
قائمة المراجع 356

مقدمة

تعد الصحة مطلبا أساسيا لأي فرد أو مجتمع ، فهي من مقومات الحياة التي أضحت اليوم أمرا مستقرا وقد عرفت الصحة في المفهوم الاصطلاحي على أنها : " حالة التوازن النسبي لوظائف الجسم الناجمة عن تكيفه مع عوامل البيئة المحيطة به"، كما عرفتها منظمة الصحة العالمية بأنها :" حالة اكتمال السلامة بدنيا وعقليا و اجتماعيا،لا مجرد الخلو من المرض أو العجز ".

على هذا الأساس يفرض مفهوم الصحة تظافر مجموعة من العوامل المواتية لحمايتها، تتعلق أساسا بالبيئة التي يقضي فيها الإنسان حياته ، فقد تجاوز المنظور السلبي للصحة الذي كان متمركزا حول المرض و العجز فقط ، إلى منظور إيجابي لها في إطار رؤية بيئية شاملة و إهتمام بتنمية العناصر التي تساهم في توفير وصيانة الصحة للإرتقاء بها، وبمقتضى ذلك كرست لهذا الحق نصوص عدة بإعلانات الحقوق و المواثيق الدولية والدساتير الحديثة، إضافة إلى قوانين الصحة التي تركز على المسائل القانونية فيما يتعلق بالممارسة الصحية و تأثيراتها على الصحة العامة في شكلها القانوني ، فيتم تطبيق أدوات قانونية لمشاكل الصحة العامة باستخدام القانون كأداة لذلك .

ويعتبر التلوث الصّحي من أولويات القضايا وأخطر المشاكل التي يتخبط فيها المجتمع المعاصر حيث عملت مختلف الدول في العالم لسن القوانين والتشريعات التي بإمكانها وضع حد لتهديده، كون الصحة تعد - فيما لو نظرنا إليها- مسألة نسبية يتغير مفهومها مع التطورات الحاصلة والمستمرة في كل المجالات عامة و في مجال العلوم الطبية خاصة ، و هو الشيء الذي كان له الأثر الإيجابي في تأسيس التنظيمات الصحية الحديثة و طب القرن الواحد والعشرين الذي شهد تقدما كبيرا في أساليب العلاج ووسائله .

ومراعاة لذلك فقد كان لانتشار الأضرار والأمراض الناتجة عن التلوثات الصّحية المعاصرة سواء كانت تمس فردا أو جماعة ، ما يحتم ضرورة تطوير المنظومة القانونية التي لم تعد قادرة على استيعاب آثارها،الشيء الذي نتج عنه الإلتزام بوجوب تطويع قواعد المسؤولية عن هذا النوع من الأضرار . فالمسؤولية المدنية هي من أهم الجزاءات التي يرتبها القانون نحو المسؤول عن الضرر، حيث تعدّ قواعدها ضمانات للحيلولة دون تعسف الأفراد في حقوق الغير أو الإخلال بالإلتزامات القانونية.

و أمام عجز وقصور لأحكام وقواعد هذه المسؤولية التقليدية عن توفير حماية فعالة للمتضرر تكفل ضمان حصوله على تعويض يجبر ضرره بالنظر إلى التقدم المستمر لعلوم الطب والعلاج ، أصبح من الضروري البحث عن مدى إمكانية تعويض تلك الأضرار عن طريق وسائل أو آليات تتناسب وأثارها التي تصيب عددا كبيرا من الأشخاص، إضافة إلى أن تلك الآثار يمكن أن تتراخى في الظهور لبعض الوقت أو حتى لمدة زمنية طويلة أين تظهر بعدها تدريجيا، وهو ما يعرف لدى رجال القانون المعاصرين بضرر التلوث المزمن ، فكما نعرف أن المرض يبدأ في جذوره كمسألة صحية، لكنه ينتهي بمشاكل قانونية تثير لدى المتخصصين جملة من القضايا الخلافية .

ومن بين القضايا التي أثارت إنتباهنا خلال السنوات القليلة الماضية والتي تعتبر من أهم الموضوعات الحديثة التي لها صلة مباشرة بصحة الإنسان وحياته، تلك اللإشكالات القانونية التي أصبحت تثيرها عمليات نقل الدم خاصة إذا كان ملوثا بفيروسات الأمراض المعدية ، فالدم من الوسائل العلاجية التي توصل إليها الطب الحديث، وعملية نقل الدم قضية حساسة خطرة ومهمة تساهم في إنقاذ المرضى من الأزمات التي تصيبهم، فمنهم من يحتاج لعملية نقل الدم بشكل دائم لظرفه الصحي الملازم له والبعض مسألة وقتية لظرف طارئ وقتي فقط ، وبسبب ذلك ولكثرة الحالات التي تحتاج لعملية نقل الدم في ظل إنتشار واسع للفيروسات والأمراض الخطيرة التي تتبعها أخطاء طبية وقصور ، كان لزاما علينا الخوض في موضوع عمليات نقل الدم كعمل طبي علاجي شهد تطورا كبيرا لكنه عرف مشاكل كثيرة و معقدة قد تؤدي إلى كوارث صّحية محتملة.

ومن هذا المنظور أثارت عملية نقل الدم إهتمام مختلف الأوساط الطبية والدينية، وحتى القانونية كما أن التوسع في العلاج به خلال العشرين سنة الماضية، قد طرح العديد من المشكلات الجديدة والمعقدة يكون للقانون بها دور لتقنين الأخطاء الطبية والحد منها، ومحاسبة المقصرين من الأطباء والممرضين ومساعديهم وتعويض كل متضرر عن ذلك .

ويحدث نقل الدم للمريض أحيانا بعض المضاعفات والمشاكل تقسم في مجال الطب إلى فئتين[22] ص 221، 222 فئة تضم تلك الأخطار الناتجة من ردود الفعل العكسي للمرضى في حالة عدم توافق الدم المنقول مع دم المريض، وكذا ما يتعلق بالأخطاء المادية التي تحدث أثناء عملية نقل الدم، والتي قد ينتج عنها في بعض الأحيان تلوثات جرثمية، أو تلك المشاكل الخاصة بفساد منتجات الدم نتيجة النقل الخاطئ لها.

أما الفئة الثانية فتضم تلك المآسي والكوارث التي تخلفها عمليات نقل الدم، وخاصة خطورتها المتمثلة في نقل تلك الأمراض الخطيرة للمرضى، والتي على رأسها مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بأنواعه المختلفة ، أين يصبح الدم المنقول هنا دما ملوثا بفيروسات الأمراض، وهو المجال الذي ستتحدّد على أساسه دراستنا في هذا البحث.

وتفسيرا لذلك وأمام تزايد عمليات نقل الدم بين الأشخاص المحتاجين له، والحاجة المتزايدة لها خاصة لذوي الأمراض المزمنة، وأثناء العمليات الجراحية، فقد أصبحت هذه الأخيرة مجالا للأضرار والأمراض الفتاكة والمعدية، التي باتت تهدد حياة الإنسان وصحته، فقد يؤدي الإهمال واللامبالات أو الخطأ من جانب العاملين في مجال نقل الدم وحفظه ، وظاهرة عدم إتباع الأصول العلمية في تحليل الدم قبل نقله، إلى الإصابة بأمراض توصف بالخطيرة، وقد تتسبب في أضرار قد يصعب علاجها أحيانا.

على هذا الأساس ونظرا لحداثة المشكلات المثارة في إطار تلك العمليات الدقيقة التي يشوبها الغموض كونها من أعمال الطب المستحدثة في فقه القانون المدني والجنائي وحتى الإداري، فقد أصبحت تثير الكثير من الخلاف والنقاش بين رجال الفقه والقانون، ونذكر في هذا الصدد كلمة الأستاذ "لويس" أثناء إفتتاحية لمركز القانون الطبي الدولي بمدينة "نيس" سنة 1952، حيث قال:« أننا لن نستغني عن رجال القانون، وقال إن كل سلوك إنساني يطرح في الواقع قضية قانونية، فبمجرد أن يخرج إكتشاف علمي من معامل الإختبار يتم تطبيقه في الحياة الاجتماعية يكون متناولا بواسطة القانون الذي يتضمن تنظيم المجتمعات الإنسانية».

فقد عدّت عمليات نقل الدم الملوث بالتحديد من بين الأعمال الطبية العلاجية التي إختلفت فيها وجهات النظر في الكثير من الأحيان ، بسبب الفراغ القانوني السائد في هذا المجال في العديد من الدول والتي تعتبر الجزائر من بينها.

وأمام موضوع نقل الدم الملوث بالأمراض عامة والأمراض الفتاكة كالإيدز والتهاب الكبد الوبائي C خاصة كمشكل طبي وقانوني في الوقت ذاته ، وزيادة على ما ينتج عن هذا العمل من أضرار قد تمس بفرد أو جماعة، كما قد ترتب مسؤولية قانونية، سواء كانت مدنية أو جنائية في حالات خاصة، أصبح لزاما علينا تسليط الضوء على الجانب القانوني لهذا الموضوع ، قصد لفت إنتباه المشرع ودعوته إلى تبني أحكاما قد تقدم حماية للمتضرر من جهة و أمل للمريض من جهة ثانية.

وعلى ضوء ما سبق فقد إخترنا موضوع المسؤولية الناتجة عن نقل دم ملوث، وبالتحديد تلك المسؤولية المدنية دون الجنائية، وهذا لأن الخوض في نوعي المسؤولية معا سيفوت الفائدة المرجوة من التعمق والتحليل الذي يهدف إليهما هذا البحث، كما أنه من المسلّمات في القوانين العامة، والقانون المدني خاصة أن الحماية القانونية للمتضرر من أي فعل أو تصرف ضار تتمثل كقاعدة عامة في حصوله على تعويض من المسؤول عن إحداث الضرر، وفقا لقواعد المسؤولية المدنية ، تلك المسؤولية التي مازالت من أعقد مشاكل النظام القانوني في دقتها وخطورتها، بل من أكثر المجالات خصوبة للإجتهاد لكثرة تنوّع الأضرار التي تقيّمها[97] ص 1.

وعليه فإن المسؤولية المدنية هي من أهم الجزاءات التي يرتبها القانون على المسؤول عن الضرر وتعدّ قواعدها ضمانات للحيلولة دون تعسف الأفراد في حقوق الغير أو الإخلال بالإلتزامات القانونية.

ومن خلال ذلك نطرح الإشكالية التالية: هل يمكن تطبيق أركان وقواعد المسؤولية المدنية تقصيرية كانت أم عقدية في مجال عمليات نقل الدم كعمل طبي علاجي يمتاز بالتطور العلمي والتقني المتواصل؟ وهو ما يدعونا للتساؤل أكثر في هذا المجال عن مدى كفاءة القواعد العامة التقليدية لهذه المسؤولية في توفير الحماية الخاصة لصحة الإنسان وحياته في هذه الحالة ، فهل تقتصر عليها أم يجب أن نضع في إعتبار الإعتداد بالمعطيات الجديدة والمتطورة في الإطار الطبي العلمي والتقني لعمليات نقل الدم من أجل وضع قواعد تتناسب وهذه التطورات من جهة، وخصوصية تلك الأضرار الناتجة عن ذلك من جهة ثانية؟ وهل يتحدد بهذا المعنى مفهوم خاص للمسؤولية المدنية ليتفق وطبيعة الأضرار المترتبة عن نقل الدم الملوث للأشخاص، أم أن قواعدها وأركانها التقليدية هي التي تكون كافية لجبر الضرر الناتج ؟

لأجل ذلك فإن المسؤولية المدنية عن نقل الدم الملوث تتطلب منا ضرورة التعرف عن النظم القانونية المتعلقة بتعويض تلك الأضرار الناتجة عن عدوى الأمراض التي يمكن أن تنقل للمرضى المحتاجين إلى الدم ومدى توافق هذه النظم أو الآليات مع تعويض ضرر قد يكون جماعياً وواسع الإنتشار، تسببه أمراض معدية وملوّثة للدم ذات طبيعة متراخية ومتدرجة في الظهور، والتي تسبب تلوثا مزمنا يلعب فيه كما ذكرنا عنصر الزمن الدور الكبير.

كما أنه على غرار هذه الإشكالية الجوهرية للموضوع، فإن معالجته تقتضي منا كذلك نوعا من التدقيق والتحديد، وهو ما يطرح عدة تساؤلات فرعية في ذلك، منها ما هو متعلق بتحديد المسؤول عن الضرر الناتج فالضحية المصاب هنا يجد نفسه في مواجهة لعدد من الأشخاص الذين يمكن أن تثور مسؤوليتهم وهم كل من الأطباء ومساعديهم، المستشفيات التي مارس فيها الطبيب عملية نقل الدم أو مركز نقل وتوزيع الدم الذي يلجأ إليه الأطباء للحصول على كمية الدم اللازمة لحالة المريض، فأي من هؤلاء يكون مسؤولا مدعى عليه في مواجهة المريض المضرور ليرفع ضده دعوى المسؤولية للمطالبة بالتعويض عن الذي أصابه؟.

ومنها ما هو خاص بمسألة تتعلق بالضرر الناتج، وهو ضرر خاص تدريجي يختلف مداه وقت التعويض عما كان عليه وقت وقوعه، فهو متغير وغير مستقر بنتائجه وغير مباشر، تساهم في وقوعه العديد من العوامل والأسباب، وهو ما يستدعي البحث في معيار تقديره في هذه الحالة، وهل يقدّر القاضي التعويض بشكل كامل وجزافي أم يقدر تعويضا جزئيا، ويحتفظ للمضرور بحقه في التعويض الكامل بعد تمام ظهور الضرر (المرض)؟ .

وعلى غرار ذلك هناك مشكلة تعدد الأسباب المؤدية لوقوع الضرر (الإصابة بالمرض)، فهل يكون سببها تدخل طبي كالجراحة، أو مرض مزمن يستدعي نقل الدم بصفة مستمرة كالهيموفيليا ، أم أن هناك سبب آخر قد أدى إلى الإصابة به (حادث سيارة تطلب نقل دم) ؟ ، كذلك فإن الأمراض التي يمكن أن تنقل عن طريق الدم، لا يعد الدم وحده السبب الوحيد لانتقال العدوى بها ، فقد ينتقل المرض عن طريق اتصال جنسي، تعاطي مخدرات عبر الوريد، حقن ....الخ ، وهو ما يضع مجالا للشك حول أن يكون الدم المنقول إلى المريض هو السبب في الإصابة بالعدوى .

كما يمكن أن يكون هذا المريض مصابا بالعدوى قبل إجراء نقل الدم، أو أصيب بها بعده ، وبهذا فيمكن لنا أن نثير بذلك مسألة الصعوبات المتعلقة بإثبات رابطة السببية بين عملية نقل الدم والضرر، والتي تنشأ عن تعدد وتداخل هذه الأسباب المؤدية لوقوع الضرر، فكيف يواجه القاضي هذه الصعوبات كلها؟ .

كل هذه التساؤلات جوهرية كانت أو فرعية قد سبقتها جملة من الأسباب والمبررات التي دفعتني لإختيار هذا الموضوع ، تتعلق في معظمها بأهداف هذه الدراسة وأهميتها العلمية والقانونية في المساهمة في حل تلك المشكلات القانونية السابق طرحها والتي تعتبر إضافة علمية جديدة تقدّم التفسير القانوني عن طريق سد النقص لموضوع لم يتناوله التشريع الجزائري لا جملة ولا تفصيلا ضمن قوانينه، وقد تخلو المكتبة القانونية الجزائرية من كتب لبحثه بصفة مستقلة، وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة البحث عن الإطار القانوني الواضح والثابت الذي ينظم قواعد هذه المسؤولية، والتي من خلاله يمكن للمتضرر الحصول على تعويض عند ثبوت الضرر.

هذه المبررات والأهداف التي تطلبت حل الإشكالات السابق طرحها، قد واجهتها صعوبات عند بحث دراستها تمثلت في:

حداثة تناول الموضوع، فالمسؤولية المدنية بالنسبة للتشريع الجزائري تعد موضوعا قديما فيما يتعلق بالحالات التي تحكمها ، أما بالنسبة لموضوع نقل الدم الملوث فهو وليد حياة عصرية ومخاطر تتزايد يوما بعد يوم ، كما أن الإهتمام به يعتبر في نظر الأغلبية مسألة صحية وليست قانونية إجتماعية.

ندرة المراجع، فحداثة الموضوع كما عرفنا لم تمكنني من الحصول على تقسيم أستطيع من خلاله الخوض في كافة مواضيعه، فهناك القليل بل النادر من الكتب العربية التي تتحدث عن الموضوع وتعالجه خلال فصولها ومباحثها، أما تلك التي تتحدث عن الموضوع مباشرة كعنوان للكتاب، فهي قليلة وغالبا ما تتحدث عن أضرار ومخاطر نقل الدم والمسؤولية عنها بصفة عامة، وليس عن الدم الملوث بالتحديد.

إنعدام التشريع الخاص بنقل الدم هو الذي ينظم هذه العملية على وجه الخصوص في الجزائر، لذلك لا بد من العمل واللجوء إلى قانون الصحة الجزائري عامة مقارنة بالتشريع الفرنسي بصفة خاصة.

الدراسات السابقة حول الموضوع باللغة العربية قليلة جدا ومحدودة في المكتبات، فجل الكتب قد إعتمدت في فحواها على ذكر عملية نقل الدم كعمل طبي علاجي يثير إشكالات ضمن قواعد المسؤولية المدنية الطبية بوجه عام، دون تفصيل لذلك،كما أن كل الدراسات رغم قلتها وكافة الجهود الوطنية المبذولة للوقاية تركز على حماية المجتمع من إنتشار فيروسات الأمراض المعدية عن طريق الدم ، ولا تعنى بحقوق المصاب إلا قليلاً .

قصد التغلب على تلك الصعوبات، لجأت إلى نصوص عامة من القانون المدني و أخرى من قانون حماية الصحة الجزائري وبعض القرارات الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة وهي نصوص تنظيمية خاصة بالقواعد المتعلقة بنشاط نقل الدم عامة.

وبالنظر إلى الإعتبارات السابقة فقد تطلبت منا طبيعة هذا الموضوع إتباع المنهج الوصفي التحليلي القانوني المقارن كلما إستدعت الضرورة ذلك، حيث إعتمدت في شرحي للموضوع على وصف وتحليل للقواعد القانونية التي تحكم المسؤولية المدنية، وتطبيقاتها على تلك المسؤولية الناشئة في مجال نقل الدم الملوث. وهو كله ضمن مقارنة ضرورية لقواعد وأحكام و قرارات التشريع الفرنسي، بإعتباره أول التشريعات التي نظمت هذا النوع من المسؤولية وأعطت نموذجا للمشاكل التي تثيرها هذه العمليات، هذا قصد الوقوف على مدى القصور في التشريع الجزائري بالمقارنة مع التشريع الفرنسي في ذلك.

كما تناول موضوع البحث دراسة تتعلق بمجالين لا يمكن الفصل بينهما، وهما المجال الطبي والذي يقتضيه البحث، والمجال القانوني الذي يعد أساسا للدراسة، وهو الشيء الذي تطلب منا تقسيم هذه الدراسة إلى بابين، خصص الباب الأول والذي قسم بدوره إلى فصلين ، للمعلومات العامة و الضرورية التي يجب علينا الإحاطة بها بالنظر إلى إشكالياتنا المطروحة، فتضمن الفصل الأول من الباب تلك المعلومات الطبية الضرورية التي تعتبر أساسا لا غنى عنه في دراستنا للموضوع، والتي حاولنا قدر المستطاع عدم الإفراط فيها وهي المتعلقة بعرض فكرة عامة عن دم الإنسان تتضمن أفكارا طبية هامة لبناء هذا البحث وهي: التعريف ،المكونات والمشتقات والأمراض المنقولة عنة طريق الدم، إضافة إلى عملية نقل الدم كأساس للدراسة، وذلك ببحث مشروعيتها، تنظيمها القانوني والشروط المطلوبة لتنفيذها إلى جانب التعريف بالأطراف المتدخلة في هذه العملية من مانحين للدم وقائمين على تنفيذ عملية نقله.

أما الفصل الثاني من هذا الباب فقد تطلب منا توضيح الطبيعة القانونية للعلاقات التي قد تنشأ بين أطراف عملية نقل الدم، وذلك قصد تحديد طبيعة المسؤولية المدنية القائمة تقصيرية كانت أم عقدية.

لكن فيما يخص الباب الثاني من هذه الدراسة فقد خصص لأحكام تلك المسؤولية المدنية القائمة في حالة نقل دم ملوّث ، فتضمن فصلين مترابطين، الفصل الأول خاص بأركان قيام هذه المسؤولية وأساسها القانوني، أما الفصل الثاني، فقد خصص للجزاء المترتب عن قيام هذه المسؤولية بشأن عمليات نقل الدم الملوث ، والمتمثل في التعويض، فكانت الخطة كمايلي:

الباب الأول: عملية نقل الدم والعلاقات القانونية بين أطرافها

الفصل الأول : عملية نقل الدم

الفصل الثاني: العلاقات القانونية بين أطراف عملية نقل الدم

الباب الثاني: المسؤولية القائمة في حالة نقل دم ملوّث

الفصل الأول: أركان قيام المسؤولية وأساسها القانوني

الفصل الثاني: الجزاء المترتب عن نقل الدم الملوث

خاتمة نبين أهم النتائج والتوصيات.

الفصل 1
عملية نقل الدم والعلاقات القانونية بين أطرافه

لا يقتضي منا هذا البحث القانوني أن نتعرض لكل ما يتعلق بدم الإنسان، حيث سيكون هذا تزيدا لا لزوم له، لكن لا يمكن الاستغناء عن بعض المعلومات الطبية، والتي تعد لازمة وضرورية لبناء هذا البحث . ولهذا وتوفيقا بين هذين الأمرين ، فإنه لا بد من طرح فكرة عامة عن ماهية الدم، أي مفهومه من الناحية الطبية، وكذا أهميته ووظائفه في جسم الإنسان، إضافة إلى طبيعته وطرق الاستشفاء به لكن هذا كله بقدر ما نحتاج إليه في دراستنا.

كما بات لزاما التعرض لعملية نقل الدم، باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه هذه الدراسة، خاصة وأن هذه العملية تتطلب مرحلتين: مرحلة التبرع بالدم ومرحلة نقله إلى المريض، فسنحاول بذلك تبيان شروط عملية نقل الدم و أطرافها المانحين أو المتبرعين بالدم من جهة أو بالنسبة للقائمين بعملية نقل الدم في حد ذاتها، من أطباء ومؤسسات استشفائية وحتى مراكز نقل الدم من جهة ثانية .

أما في فصل ثان لاغنى عنه ، فسوف نستعرض تلك العلاقات القانونية بين الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم ، وهذا كون أن توضيح تلك العلاقات يساهم في الكشف عن الحدود القانونية التي من خلالها نحدّد المسؤول عن الضرر الناتج عن عملية نقل دم ملوّث، إضافة إلى الطبيعة والأساس القانوني للمسؤولية في هذه الحالة، وهي الإشكالات الجاري طرحها من خلال هذا البحث.

ولأجل ذلك ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: عملية نقل الدم

الفصل الثاني: العلاقات القانونية بين أطراف عملية نقل الدم

1.1. عملية نقل الدم

نتناول في هذا البحث كما أسلفنا دراسة تتعلق بمجالين لا يمكن الفصل بينهما، وهما المجال الطبي والمجال القانوني، ومع ذلك فإن موضوع بحثنا يعد في أساسه موضوعا قانونيا، لكن يعتمد على بعض المعلومات الطبية ، هذا دون الإفراط في عرضها إذا لم يقتض موضوع البحث ذلك.

ولهذا يعد ضروريا التمهيد بعرض عام عن ماهية دم الإنسان نتناولها من خلال المبحث الأول ضمن هذا الفصل، حيث يتضمن هذا المبحث بعض المعلومات الطبية عن مكونات الدم ووظائفه والإستشفاء به إضافة إلى طبيعته وأمراضه. ثم نتعرض في المبحث الثاني إلى تنظيم عملية نقل الدم،

التي دخلت الإطار القانوني بعدما كانت تقتصر فقط على الجانب أو الإطار الطبي ، ذلك لما تثيره هذه العملية من مشاكل قانونية وصّحية ناتجة عن انتقال عدوى الأمراض بسبب نقل الدم والذي يكون موصوفا بالتلوّث، وخاصة تلك الأمراض الحديثة التي لم تكن معروفة سابقا، كمرض فقد المناعة المكتسبة (الإيدز) و التهاب الكبد الفيروسي .

ولأجل ذلك ارتأينا ضرورة تبيان شروط هذه العملية و أطرافها من جهة، ومن جهة أخرى محاولة التعريج على التنظيم القانوني لها عند كل من التشريع الفرنسي بإعتباره قد قطع شوطا كبيرا في هذا المجال ، والتشريع الجزائري كوننا نطمح أن يلتفت لما به من إنعدام و نقص متعلق بذلك. فكانت عناوين المباحث كالآتي:

المبحث الأول: ماهية الدم

المبحث الثاني: تنظيم عملية نقل الدم

1.1.1. ماهية الدم

الدم من مقومات الحياة الأساسية، وهو جزء لا يتجزأ من الجسد البشري يتميز بخصائص معينة وله عدة وظائف، كما يستعمل في العلاج الطبي الجراحي، فهو وسيلة علاجية توصل إليها الطب الحديث لها صلة مباشرة بحياة الإنسان ، فقد استخدم الدم على نطاق واسع في المجال الطبي، وذلك من خلال عمليات نقل الدم التي تتم لعلاج العديد من الحالات المرضية، حيث يستعمل كعلاج تعويضي، أين يعوض النقص الذي يصيب دم المريض، والذي قد يكون نقصا كاملا أو في أحد مشتقات الدم .

ولأجل ذلك لا بد من الوقوف عند ماهية ومفهوم الدم في حد ذاته عن طريق التعرف على مكوناته ، وظائفه، مشروعية وحالات الاستشفاء به ، طبيعته، وكذا تلك الأمراض التي تنتقل بواسطته والتي يسفر وجودها في الدم على وصفه بدم ملوث، تثير عملية نقله إشكالات وتعقيدات طبية و قانونية خاصة .

وعليه كان لزاما تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين

المطلب الأول: التعريف بالدم ومشروعية الإستشفاء به

المطلب الثاني: طبيعة الدم وأمراضه

1.1.1.1. التعريف بالدم ومشروعية الإستشفاء به

إن الحديث عن التعريف بالدم، يقتضي منا بيان مكوناته، وظائفه ، حالات الاستشفاء به وكذا مشروعية عملية نقل الدم و أساسها القانوني . وهذا ما سوف يتضمنه فرعي هذا المطلب :

الفرع الأول: التعريف بالدم

الفرع الثاني: مشروعية الإستشفاء بالدم .

1.1.1.1.1. التعريف بالدم

الدم عضو من أعضاء جسم الإنسان، يجري داخل الجسم في الشرايين (Arters) والأوردة (Veines)، والأوعية الدموية الدقيقة (الشعرية)، ويتكون من مادة سائلة تسمى البلازما (Plasma) وتسبح فيها الكريات الدموية[19] ص 3، وهو جزء لا يتجزأ من الجسم .

لكن قد تعددت المفاهيم بشأن الدم ، كما تباينت وظائفه و حالات الإستشفاء به، وسوف نبين ذلك من خلال العناوين التالية :

أولا : الدم و مكوّناته

ثانيا : وظائف الدم

ثالثا : حالات الإستشفاء بالدم

1.1.1.1.1.1. مفهوم الدم و مكوّناته

تعريف الدم: عرف الدم عند أهل اللغة والإصطلاح والشريعة الإسلامية، كما عرّف عند أهل الطب والقانون .

الدم لغة: يقال دمي الجرح : أي خرج منه الدم ، ولم يسل فهو دم ، ويقال:" أدمى الرجل" أي ضربه حتى خرج دمه ، وجمع الدم "دمي ودماء"[4] ص 368.

كما عرّف الدم في اللغة بأنه : سائل أحمر يسري في عروق الإنسان والحيوان[2] ص 389.

الدم في الإصطلاح الفقهي[175] ص 19: استعمل الفقهاء القدماء لفظ الدم بمعناه اللغوي حيث لا يخرج معناه الاصطلاحي عن معناه اللغوي، وعبروا به عن القصاص، في قولهم : مستحق الدم، يعني ولي القصاص، كما عبروا أيضا عن الهدي في الحج في قولهم: يلزمه دم، وعرفه بعض الفقهاء المعاصرون: بأنه سائل أحمر يسري في عروق الإنسان و الحيوان ، وهو عماد الحياة[16] ص 876.

الدم في الشريعة الإسلامية[13] ص 17: ورد لفظ الدم في القرآن الكريم والسنة النبوية في العديد من الأحوال فقد ذكر في باب الطهارة، باب المحرمات للنجاسة، باب التطيب والمعالجة كالفصد والحجامة[7] ص 147، كذا باب الكفارات...الخ، وهذا نظرا لما هذا الأخير من أهمية بالغة في هذه المجالات، و قد ذُكر مصطلح الدم عشر مرات في سبع سور من القرآن الكريم هي : سورة البقرة ، المائدة ، الأنعام ، الأعراف ، يوسف ، النحل و الحج .

الدم عند أهل الطب: يعرف أهل الطب الدم على أنه سائل أحمر يضخه القلب عبر الشرايين والأوردة والشعيرات الدموية إلى الجسم ، وهو عبارة عن نسيج مؤلف من خلايا متنوعة و متعددة ، هي كريات بيضاء وأخرى حمراء و صفائح دموية تسبح جميعا وسط سائل لزج يدعى البلازما[7] ص 496.

كما أن الدم عضو من أعضاء الجسم الحي يتميز بخاصية التجدد، فهو سائل غير شفاف لونة أحمر لزج ، يكون فاتحا وردي اللون إذا كان محملًا بالأكسجين (أي دما نقيًا شريانيًا) ، كما يكون قاتما إذا كان محملا بثاني أكسيد الكربون (أي دماً وريدياً) ، وتبلغ كمية الدم في جسم الشخص البالغ تقريبا من 5 إلى 6 لتر[225] ص 66.

الدم في القانون: لا يوجد تعريف قانوني للدم، لكن قد ورد هذا المصطلح في العديد من التشريعات المقارنة عامة، والتشريع الجزائري خاصة.

ففي التشريع الفرنسي ورد مصطلح الدم في القانون رقم 154 الصادر في 21 جويلية 1952 والقانون رقم 93/5 الصادر في 1993/01/4 ، والقانون رقم 94/611 الصادر في 20 جويلية 1994 كما صدر العديد من المراسيم المنظمة لعمليات نقل الدم ، أما في التشريع المصري كان وجود المصطلح ضمن القانون رقم 178 لسنة 1960 الخاص بتنظيم نقل الدم وتجميعه وحفظه .

أما فيما يخص التشريع الجزائري، فقد ورد مصطلح الدم ضمن القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير لسنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم بموجب أخر قانون وهو 08- 13 المؤرخ في 20 يوليو لسنة 2008، وذلك ضمن الفصل الثاني من الباب الرابع من هذا القانون تحت عنوان: العلاج بالدم ومصله "البلازما" ومشتقاته.

لكن ما يلاحظ على هذه التشريعات، ومنها التشريع الجزائري أنها لم تتعرض إلى مفهوم للدم ، بل اكتفت بوصفه أنه وسيلة للعلاج عن طريق حقنه في الجسم ، كما أوضحت طرق جمعه و ضرورة التبرع به قصد انقاذ حياة المرضى المحتاجين له .

مكونات الدم: يتكون الدم من ثلاثة عناصر أساسية هي: الكريات الحمراء والكريات البيضاء والصفيحات الدموية، تتخذ لنفسها مكانا في وسط سائل هو البلازما[22] ص 7، وبهذا فهو يتكون من جزئيين أساسيين هما: الخلايا الدموية و البلازما :

الخلايا الدموية[176] ص 5، 6: تتكون من 3 مجموعات رئيسية هي: الخلايا الحمراء، الخلايا البيضاء والصفائح الدموية .

خلايا الدم الحمراء: أو ما تسمى بكريات الدم الحمراء، وهي خلايا صغيرة جدا تسبح في سائل أصفر شفاف يسمى البلازما، كما أنها أكثر الخلايا انتشارا في الدم ، حيث تشكل ما بين 40 إلى 50 %من حجم الدم, هذه الخلايا أو الكريات عبارة عن دوائر إسفنجية تحتوي على مادة صبغية حمراء تسمى الهيموجلوبين والتي تعطي للدم اللون الأحمر، حيث تقوم بتوزيع الأكسجين على أعضاء و أنسجة الجسم، كما قد تقوم بإخراج ثاني أكسيد الكربون الناتج عن عمليات الأيض من أجزاء الجسم[7] ص 154، وتبقى هذه الكريات في الجسم مدة 120 يوم ثم تموت في الكبد والطحال وفي النخاع العظمي، حيث تحل محلها كريات جديدة.

خلايا الدم البيضاء: هي أكبر حجما من الكريات الحمراء، لكنها أقل منها عددا، حيث يتراوح عددها ما بين 4000 إلى 10.000 خلية في المليمتر المكعب من الدم ، كما سميت هذه الكريات بيضاء لأنها عند الفصل عن بقية الخلايا تكون على شكل طبقة مكثفة يكون لونها أبيض .

دور هذه الخلايا الأساسي هو الدفاع عن الجسم، تقوم بمهاجمة وإبادة المكروبات والجراثيم والفيروسات، وهي تتكون من خمسة أنواع رئيسية : الخلايا البيض متعددة النويات المستعدية التي تعتبر خط الدفاع الأول للجسم، الخلايا الأحادية التي تلتهم الأجسام الكبيرة ، الخلايا اللمفاوية ، إضافة إلى نوعين آخرين يقومان بالتخلص من التفاعلات المناعية بالجسم.

الصفائح الدموية: هي أجسام صغيرة و دقيقة جدا، عديمة اللون مختلفة الأشكال والأحجام ، فهي ليست خلايا بالمفهوم العلمي الدقيق لكنها أجزاء من خلية أم موجودة بالنخاع العظمي ، يبلغ عددها حوالي ربع مليون إلى نصف مليون في المليمتر المكعب من الدم, و دورها الرئيسي هو المساهمة في عملية تجلط الدم وتجميده وإيقاف النزيف خارج الأوعية الدموية عند الجروح[17] ص 129.

بلازما الدم : وهي عبارة عن سائل مائي أصفر شفاف تسبح فيه الكريات الدموية و يكوّن حوالي نصف حجم الدم تقريبا، يحتوي على حوالي 90%من الماء و10 % من المواد البروتينية والسكرية الدهنية والأملاح المعدنية, تبلغ نسبتها حوالي 54% من حجم الدم ، ولبلازما الدم دور فعال في عملية إرسال المؤثرات المختلفة ونقل الإشارات المتنوعة بطريقة كيميائية بين الأعضاء، مثل الاستجابة للجوع والخوف...الخ ، كما تقوم بحمل المواد الغذائية من الأمعاء إلى الأعضاء المختلفة للاستفادة منها، ولها مهمة مشتركة مع الكريات الحمراء في تحديد فصائل الدم.

هذا بالنسبة للمكونات الأساسية للدم، لكن كسائل متجدد يتميز الدم بعدة خصائص[19] ص 3، 4، فهو يمتاز بكثافة وتركيز معين، بحرارة ثابتة داخل الجسم وبلونه الأحمر لوجود الخضاب (Hémoglobine) الذي يضفي عليه هذا اللون ، كما يمتاز بخاصية اللزوجة الناتجة عن احتكاكه بجدران الأوعية الدموية للحفاظ على ضغطه، إضافة إلى الضغط الحلولي "الأسموزي" للمحافظة على وجود الماء داخل الأوعية الدموية وكذا تبادل المواد الغذائية بين الدم والخلايا الجسدية.

مشتقات الدم[192] ص 179: مما سبق نستخلص أن العناصر المكونة للدم هي مشتقات له ، هذه المشتقات التي تتوفر لدى مراكز نقل الدم أو بنوك الدم حتى تستعمل في العلاج الطبي ولأغراض صحية وعلاجية، فقد حقق التقدم التكنولوجي والعلمي إمكانية فصل هذه المكونات وحفظها في درجات الحرارة الأنسب للمحافظة على حيويتها وحتى تنقيتها ، و هي[21] ص 108، 109:

لبلازما الطازجة المجمدة: وهي التي تجمد بدرجة 30° بعد فصلها عن الخلايا الحمراء ، وعند استعمالها تميع بوضعها في حمام مائي بدرجة 37°م.

البلازما الطازجة: حيث تحفظ هذه البلازما في ثلاجة بنك الدم أو مركز نقل الدم عند عدم توفر إمكانية تجميدها بعد فصلها عن الخلايا الحمراء، وتستخدم خلال شهر ونصف لتعويض حجم الدم فقط ولا تصلح لتدعيم عوامل المناعة أو التجلط.

بروتينات البلازما أو الألبومين: تفصل هذه الأخيرة عن البلازما عن طريق التسريب الجزئي.

الراسب البارد: هو مجموعة بروتينات باردة تتميز بوفرة عامل التجلط، حيث يفصل هذا الراسب عن البلازما الطازجة المجمدة عن طريق التمييع.

الصفائح الدموية: هذه الصفائح تفصل عن البلازما بجهاز خاص لتستعمل وتنقل للمريض بعد أن يتم التأكد من موافقتها له وهي تبقى صالحة لمدة 5 أيام.

الخلايا البيضاء: تفصل عن وحدات الدم وتستعمل لغرض العلاج للمرضى الذين يحتاجون إليها.

الخلايا الحمراء المجمدة والخلايا الحمراء المغسولة: وهي تلك الخلايا التي تجمد أو تلك التي تغسل بالمحلول قصد تقليل إنتقال الفيروسات منها في حالة وجودها, و هي تبقى صالحة بدورها للاستعمال مدة 35 يوم.

2.1.1.1.1.1. وظائف الدم

يقوم الدم بمهام كثيرة أثناء دورانه في جسم الإنسان، كما يؤدي عدة وظائف حيوية تجعل الأنسجة والخلايا في حالة صالحة للاستمرار وممارسة النشاطات العادية، ولأجل ذلك انتشرت في الآونة الأخيرة عمليات العلاج والتداوي به عن طريق نقله من إنسان إلى آخر وهذا من أجل إنقاذ حياة الآلاف من المرضى والمصابين.

للدم وظائف هامة تتلخص فيما يلي[399]

الوظيفة التنفسية: وتتمثل في نقل الأكسجين (O_2) إلى أنسجة الجسم وطرح ثاني أكسيد الكربون (CO_2) منها إلى الرئة.

الوظيفة الغذائية: وهي نقل وتوزيع المواد الغذائية من القناة الهضمية إلى جميع الأنسجة المختلفة للجسيم.

الوظيفة الإخراجية: حيث يقوم الدم من خلالها بحمل نواتج التمثيل الغذائي من الأنسجة إلى أجهزة الإخراج، مثل نقل ثاني أكسيد الكربون إلى الرئتين.

تنظيم درجة حرارة الجسم: ويعمل إثرها الدم على توزيع الحرارة على جميع أجزاء الجسم المختلفة حيث ينقل تلك الحرارة من الأنسجة العميقة إلى الأنسجة السطحية، فيحافظ على توازن الجسم كما يلعب دورا في تنظيم درجة حموضة (PH) في تلك الأعضاء المختلفة.

الحفاظ على توازن الماء: حيث يحافظ على كمية الماء الموجودة في الجسم، وذلك عن طريق إخراج الزائد منه.

نقل وتنظيم إفراز الهرمونات: وهنا يقوم الدم بإفراز الهرمونات من غددها، كما يحافظ على نسبتها بشكل متوازن فيه، و يقوم أيضا بنقلها من أماكن إنتاجها إلى الأماكن التي تعمل بها.

الدفاع عن الجسم أو الحماية: حيث أن الدم يحتوي على الخلايا البيضاء التي تنتج أجساما مضادة تقوم بالدفاع عن الجسم ضد الميكروبات والفيروسات التي تهاجمه (مناعة الجسم).

تخثر الدم: يساهم الدم في الوقاية من النزيف بواسطة عملية تجلط أو تخثر الدم أثناء الإصابة بجروح، وبالتالي المحافظة على كمية الدم الطبيعية في الجسم.

3.1.1.1.1.1. حالات الإستشفاء بالدم

إن انتشار عمليات العلاج والاستشفاء بالدم، جعلها تصبح أحد الأعمدة الرئيسية في البنيان الطبي الحديث، لكن عملية العلاج أو التداوي هاته عن طريق نقل الدم أو أحد مشتقاته، يتطلب تقييما دقيقا لحالة المريض، حتى يستطيع الطبيب تقرير طبيعة وكمية الدم المنقول إليه.

لكن قبل البحث في حالات الاستشفاء بالدم، لا بد من التأكد أن نقله قد تم بين مرضى أو أشخاص من نفس الفصيلة أو الزمرة، وهذا بعد إجراء فحوص التوافق، سواء على دم الآخذ أو المعطي للدم.

ومن أهم الحالات التي يستعمل فيها الدم ومشتقاته قصد العلاج والاستشفاء نجد[21] ص 226، 227:

الحالات التي يفقد فيها المريض كمية كبيرة من الدم: وهي حالات النزيف بجميع درجاته، وخاصة الحادة منها، ومثال على هاته الحالات نجد: ضحايا الحوادث، الأشخاص المصابون بنزيف بسبب نقص عوامل التخثر، النزيف خلال العمليات الجراحية، أو حالات الولادة...الخ ، وفيها يعطى الدم كإسعاف سريع لإنقاذ حياة المريض.

المرضى المصابون بفقر الدم: سواء فقر الدم الشديد كما في حالة نقص الحديد أو فيتامين B_{12} ، أو فقر الدم المناعي كما في حالة مرض الحروق الشديدة.

تغيير الدم بالكامل**:** والذي يحدث لبعض الأطفال، حديثي الولادة، وهو ما يسمى بانحلال الدم الجنيني.
حالات إلتهاب الكليتين المزمن واضطرابات الكبد، أو ابيضاض الدم.
نقص بعض مشتقات الدم لبعض المرضى**:** مثل الصفائح الدموية أو كريات الدم البيضاء ونقص عوامل التجلط، وهو ما يعرف بمرض الهيموفيليا (Hémophilie) أو كما يسمى بمرض الناعور.
حالات التسمم بأكسيد الفحم (Co): حيث يعتبر نقل الدم هنا الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة الشخص المصاب.

وفي الحقيقة لو أردنا أن نحصي الأمراض التي يستطب فيها بنقل الدم لوجدنا أنفسان أمام حقيقة لا مرية فيها، وهي أن نقل الدم أصبح في هذا العصر حاجة ملحة لا يمكن أن نجد لها بديلا ، هذه الحاجة الملحة اقتضت من حكومات العالم إنشاء بنوك ومراكز للدم مجهزة بكميات من الدماء لتستعمل عند الطلب.

2.1.1.1.1. مشروعية الإستشفاء بالدم

اعتبر الدم منذ القدم أساس الحياة، فقد قام الكثير من الأطباء في القرون الماضية بعدة محاولات لنقله من شخص إلى آخر، وذلك تعويضا عن نقص في مادة منه أو نتيجة نزيف أو جراحة، كما توالت اكتشافاتهم وأبحاثهم في هذا المجال، وأمام هذا التقدم العلمي اختلفت مواقف الفقهاء، وآرائهم حول نقل الدم والتصرف فيه، فبعد أن تجاوز الطب الدور التقليدي في العلاج، وأصبح أكثر فعالية في إنقاذ حياة البشر، وأمام هذا التطور العلمي والطبي من جهة وضرورة مراعاة مبدأ حرمة الكيان الجسدي للإنسان، و هو ما يعرف " بمعصومية جسم الإنسان" والذي دعى إلى إيجاد سند قانوني ينظم تلك العمليات التي لها علاقة بجسم الإنسان من جهة أخرى، أصبحت عمليات نقل الدم تثير اهتمام رجال القانون وتعتبر مجالا جديدا للبحث القانوني ، لذلك يتعين أن يساهم هؤلاء إلى جانب رجال العلم والطب في بيان أساسها القانوني وأمام هذا وذاك و لأجل بيان تلك الآراء والمحاولات، قسمنا هذا الفرع إلى ما يلي :

أولا : مشروعية نقل الدم والتصرف فيه

ثانيا : الأساس القانوني لعملية نقل الدم

1.2.1.1.1.1. مشروعية نقل الدم والتصرف فيه

لقد كانت ولازالت كما أسلفنا عمليات نقل الدم من الأعمدة الرئيسية للبناء الطبي الحديث، حيث تعد بالنسبة لبعض المرضى الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياتهم، فالدم مصدر الحياة بالنسبة لهم، حيث تقوم أعضاء الجسم من خلاله بوظيفتها على النحو الطبيعي، الأمر الذي جعل عملية نقله وحتى التصرف فيه

تشغل بال الكثير من الفقهاء والباحثين للوصول إلى مدى شرعية هذا النوع من العمليات[174] ص 125.

مشروعية نقل الدم: إن الحاجة الشديدة والماسة للدم البشري في المجالات الطبية والجراحية كونه مصدرا للحياة في سائر أعضاء الجسم، جعلت عملية نقله من إنسان إلى آخر ضرورة لا غنى عنها وقياسا على ذلك كان لزاما علينا بداية معرفة مدى مشروعية هذا التصرف، وذلك عن طريق تطرقنا للأحكام الشرعية والقانونية الخاصة بعملية نقل الدم.

وعليه نجد الأحكام الشرعية[177] ص 25، 26: والمتمثلة في الشريعة ألإسلامية سواء بالنسبة للقرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة، لم تأت بحكم واضح حول مسألة نقل الدم، كون أن هذه ألأخيرة تعتبر من المسائل الطبية الحديثة , لكن الفقهاء والباحثين قد حاولوا دراسة هاته المسألة عن طريق التحليل والقياس.

فنجد في القرآن الكريم آيات أشارت إلى تحريم الدم لنجاسته، فهو من المواد المحرمة لقوله تعالى: (إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ...)[1]، كذلك قوله سبحانه وتعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ...)[1] ، فهذه الآية الكريمة قد قيدت كون الدم محرما بضرورة أن يكون مسفوحا، والدم المسفوح هو الدم المراق دون قيد والذي سال عن موضعه فصار نجسا[177] ص 27، وهو محرم لا يجوز نقله أو عده دواء، لأن الضرر المحقق سوف يصيب من يدخل جسمه.

لكن من رحمة الله بعباده وحفاظا منه على أنفسهم وصحتهم أباح ما سبق لمن يضطر إلى ذلك، فقد أشارت تلك الآيات في تتمتها إلى حالة الضرورة التي تبيح الميتة ولحم الخنزير والدم، بقوله سبحانه وتعالى في الآية 173 من سورة البقرة:(فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)، كما جاء في الآية 145 من سورة الأنعام:(فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)، والآية 119 من نفس السورة:(وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ).

ومن مجموع هذه الآيات يتضح أن الله عز وجل لم يبح تلك المحرمات إلا للضرورة[6] ص 483، ولا شك أن المرض هو من حالات الضرورة، فالمريض المحتاج إلى الدم لشفائه وإنقاذ حياته يكون في ضرورة تبيح له نقل هذا الدم إليه، فالضرورة هنا قائمة وغير منتظرة، وهلاك النفس وارد بغلبة الظن[47] ص 206.

ومن المعلوم طبيا أن التداوي بالدم لا نظير له ولا يحل محله دواء آخر، فالدم ليس له مصدر إلا الإنسان، وعلى هذا فإن نقله إلى المريض لا بديل عنه ولا يحل محله دواء آخر، وهو ما أدى بمعظم الفقهاء إلى التسليم والقول بإباحة عمليات نقل الدم من إنسان إلى آخر، كما فرض على الدول العمل على توفيره لإنقاذ حياة المرضى الذين تتوقف حياتهم على نقل كمية منه إليهم[186] ص 147.

إضافة لما سبق فإن هناك بعض القواعد الفقهية التي تدفع الضرر عن الإنسان وتدعم القول بإباحة نقل الدم البشري من أهمها: قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، الحاجة تنزل منزلة الضرورة، الضرر يدفع بقدر الإمكان...وغيرها[174] ص 130 ، و بما أن الدم عنصر أساسي من عناصر البدن فإن خسارة كمية كبيرة منه تعَرّض الشَّخصَ لما يعرف طبيا بالصَّدْمَةِ النَزْفِيَّة التي قد تؤدي إلى الموت إذا لم تعالج سريعا بنقل الدم كماأن مختلف الفتاوى التي صدرت بهذا الشأن قد اتفقت على جواز نقل الدم للمرضى لأنه نوع من التداوي الذي تصل الحاجة إليه حد الضرورة في معظم الحالات ، ولأنَّه لا يترتب عليه إضرار بالمعطي بل ينفعه نفعا عظيما بإذن الله تعالى . ومن الفتاوى التي صدرت بجواز نقل الدم فتوى الأزهر التي جاء فيها: (إذا توقف شفاء المريض أو الجريح وإنقاذ حياته على نقل الدم من آخر بألا يوجد من المباح ما يقوم مقامه في شفائه وإنقاذ حياته جاز نقل الدم إليه بلا شبهة ، ولو من غير مسلم وكذلك إذا توقفت سلامة عضو وقيام هذا العضو بما خلقه الله له على ذلك جاز نقل الدم إليه ، أما إذا لم يتوقف أصل الشفاء على ذلك ولكن يتوقف عليه تعجيل الشفاء فنصوص الشافعية تفيد أنه يجوز نقل الدم لتعجيل الشفاء ، وهو وجه عند الحنفي ، فقد جاء في الباب الثامن عشر من كتاب الكراهية في الفتاوى الهندية ما نصه : يجوز للعليل شرب الدم والبول وأكل الميتة للتداوي إذا أخبره طبيب مسلم أن شفاءه فيه).

وهكذا نقول أن إتفاق الفقهاء أن توقف شفاء المريض أو الجريح وإنقاذ حياته على نقل الدم إليه من شخص آخر، وعدم وجود من المباح ما يقوم مقامه في ذلك، قد أجاز شرعا نقل هذا الدم إليه بلا شبهة ولو من غير مسلم، أما إذا لم يتوقف أصل الشفاء على ذلك وإنما تعجيله، فإن كل من الشافعية والمالكية والحنفية يقولون بجواز نقل الدم للتعجيل بشرط أن لا يترتب ضرر فاحش بمن ينقل منه الدم[216] ص 588.

وتدعيما لما سبق، فقد أصدرت لجنة الإفتاء التابعة للمجلس الإسلامي الأعلى الجزائري فتوى مؤرخة في 20 أفريل 1972، تجيز عمليات نقل الدم مضمونها :" ... حيث أن الإنقاذ – للمريض – يتم بتبرع الإنسان بجزء من جسمه ويتطوع بذلك عن اختيار واحتساب دون أن يخاف ضررا أو هلاكا، كما هوالحال

في الدم أو الكلية، فإنه من باب الإحسان وعمل البر والإثارة على النفس... معا ينبغي أن يتوانى في جوازه ولا شك في الثواب عليه والأجر، إن تركوه وهم قادرون**..."**[231] ص 46، 57**.**

أما بالنسبة للأحكام القانونية: فنجد أن عملية نقل الدم قد عرفت مكانتها في فرنسا كأول بلد، حيث اعترفت هذه الأخيرة بمشروعيتها، فصدر أول قانون يبيح تلك العمليات عام 1818، ثم تلته قوانين البلدان الأخرى، وبما أن الجزائر كانت مستعمرة فرنسية، فنجد أحكامها قد كانت تابعة لأحكام القانون الفرنسي، فبعد صدور فتوى المجلس الإسلامي الأعلى سنة 1972 صدر قانون الصحة

العمومية في أكتوبر 1976[250]، والذي نص في مواده 354 إلى 356 على استعمال الدم البشري ومشتقاته للأغراض العلاجية الطبية والجراحية، و لا يكون إلا تحت المراقبة الطبية ، فكان أول قانون نص على مجانية التبرع بالدم ونقله. ثم تلاه القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وذلك في المادة 158 منه، حيث نص على أن التبرع بالدم يتم في الوحدات الصحية المتخصصة ويكون لأغراض علاجية، ويتولى الأطباء والمستخدمون الموضوعون تحت مسؤوليتهم جمع الدم وتحصين المتبرعين، كما يمنع منعا باتا جمع الدم من القصر أو الراشدين المحرومين قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية[252] ص 176.

فما نلاحظه أن المشرع الجزائري قد نص على نقل الدم لغرض العلاج لكنه ضمنه قيودا خاصة لا بد على الأشخاص الالتزام بها، فاعتبر ذلك تبرعا قصد العلاج وليس لأغراض الاستغلال، وهو ما يجرنا نحو التساؤل عن حكم التصرف في الدم ؟ .

التصرف في الدم: لقد بينا فيما سبق أنه يجوز نقل الدم من شخص إلى آخر في حالة الضرورة وذلك إذا توقفت عليه حياة المرضى الذين يحتاجون إلى نقله ، لكن هل يجوز بيع الدم في حالة إذا تعين دواءا وحيدا سواء كان ذلك شرعا أو قانونا[140] ص 145؟

نقول شرعا أن البيع هو مبادلة بمال، كأن يكون مبادلة عين بنقد، وهو الصورة التي يمكن التكلم عنها هنا، فالمبدأ العام في بيع الدم هو إجماع العلماء على حرمة بيعه وأكل ثمنه، فمحل العقد هنا هو الدم المنهى عنه شرعا لنجاسته وعدم صلاحيته لأن يكون مبيعا، شأنه شأن الميتة، ويستدل على ذلك من كتاب الله وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم و إجماع الفقهاء .

ففي كتاب الله قوله سبحانه وتعالى في الآية 173 من سورة البقرة:(إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ). ووجه الدلالة عن التحريم في الآية قد روى أبو داود عن إبن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن الله إذا حرّم على قوم شيئا حرّم عليهم ثمنه) وقال أيضا: (لا يحل ثمن شيء لا يحل أكله وشربه)[8] ص 254. كما روى البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم: (نهى عن ثمن الكلب وثمن الدم)، فالنهي عن الثمن يفيد النهي عن البيع[9] ص 426.

أما من الإجماع، فقد أجمع الفقهاء كإبن حزم وإبن حجر على أن الدم المسفوح حرام لنجاسته ولهذا لا يؤكل ولا يباع[9] ص 426، لكن هل يسري حكم التحريم على حالة الضرورة الملحة للتداوي بالدم ؟ .

برجوعنا لما سبق وجدنا ان الشريعة الإسلامية أباحت نقل الدم قصد العلاج من شخص إلى آخر، لكنها حرمت بيعه[135] ص 52، ولا يوجد دليل يجيز ذلك لكن إذا كان الدم دواء وحيد فإنه يجوز شراؤه استثناء على قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، حيث استدل على ذلك من الإجماع، فقد

ذهب جمهور الفقهاء إلى حرمة بيع الدم إلا في حالة الضرورة، وهو الرأي الراجح لقوة أدلته[140] ص 148، 149.

وتوضيحا لذلك جاء في فتوى المجمّع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي : ((أنه لا يجوز بيع الدم وأخذ عوض عنه لأنه من المحرمات المنصوص عليها في القرآن الكريم مع الميتة ولحم الخنزير ، وقد صحَّ في الحديث:(إنَّ الله تعالى إذا حرَّم شيئا حرَّم ثمنَه)، كما نهى عن بيع الدم ويستثنى من ذلك حالات الضرورة إليه للأغراض الطبية ، فإن الضرورات تبيح المحظورات ، بقدر ما ترتفع الضرورة وعندئذ يحل للمشتري دفع العوض ويكون الإثم على الآخذ ، ولا مانع من إعطاء المال على سبيل الهِبَة أو المكافأة تشجيعا على القيام بهذا العمل الإنساني الخيري لأنه يكون من باب التبرعات لا من باب المعاوضات))[396].

بالنسبة للقانون 08-13 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون 85-05 قد نص في المادة 263 منه والتي عدلت بموجب المادة 27 منه على عقوبات جزائية تمس كل من يتاجر بالدم البشري أو مصله أو مشتقاته قصد الربح.

وما نلاحظه أن المشرع بعدما كان ينص على عقوبة تمثلت في الغرامة المالية فقط ضمن قانون 05/85 لسنة 1985، فقد غير تلك العقوبة وقام بتشديدها فأصبحت الحبس من سنة إلى 3 سنوات مع الغرامة المالية، وهذا إن دّل على شيء إنما يدل على اهتمام المشرع بالدم البشري وإخراجه من دائرة التعاملات التي يقصد من ورائها الربح (البيع)، حيث منع التجارة بالدم أو مصله أو حتى مشتقاته منعا باتا، وأقر لمن يقوم بذلك عقوبات جزائية.

ونفس الإتجاه هو الذي كان قد ذهب إليه المشرع الفرنسي بموجب أول قانون مقرر لمشروعية عملية نقل الدم بفرنسا، وهو القانون رقم 854/52 الصادر في 21 يوليو 1952، والذي أدمج فيها بعد من ضمن قانون الصحة العامة الفرنسي (CSP) في مادتيه 666 و667 بفقراتها المتعددة، فقد حرص القانون على عدم استعمال كلمة (بيع الدم) ، فالدم في القانون الفرنسي ليس بضاعة وهو غير قابل لأي شكل من أشكال البيع.

غير أن هناك من يختلف موقفه فيما يخص التصرف في الدم عن طريق بيعه بمقابل، حيث نجد في ذلك المشرع المصري ضمن القانون رقم 178 لسنة 1960 المنظم لعمليات جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته ومشتقاته، فقد نظم هذا القانون عمليات جمع وتخزين وتوزيعه وأجاز لبنوك الدم الحصول على الدم عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل رمزي، كما لها أن تقوم ببيع الدم للجمهور، لكنه أعطى لوزير الصحة العمومية سلطة وضع قواعد تحدّد المكافآت المستحقة للمنقول منهم الدم وأثمان للدم ومركباته ومشتقاته مع منح المتطوعين هدية عن ذلك ، وفي هذا الصدد هناك من يرى[186] 293، 294 : بأن تحديد مقابل الدم هنا يدل على أخذ المشرع بفكرة بيع الدم ، بينما هناك

من يقول ، أن التحديد للمقابل لا يعني الأخذ بفكرة البيع، وإنما يكون على سبيل المكافأة أو التعويض عمّا فقده الشخص من دمه، لأن الدم جزء من جسم الإنسان فلا يصّح أن يكون محلا للبيع والشراء[191] ص 16.

لكن من الناحية الواقعية والممارسة العملية، فإن التبرع الوارد في هذا القانون لا يعبر عن الحقيقة فالشخص المتطوع بالدم في مقابل مكافأة مالية محددة يؤدي إلى القول أن هذا المقابل هو ثمن دمه وبالتالي فإنه قد أقبل على بيعه، فالواقع المصري يشهد تزايدا مستمرا للمقابل الذي يتلقاه معطي الدم من قبل مراكز جمع الدم، خاصة تلك المراكز الخاصة المنتشرة بمصر، حيث يصل الأمر إلى درجة أن هناك فئة من الناس يتخذون دمائهم مصدرا للرزق والكسب وسلعة تباع لمن يدفع أكثر، فتؤدي تلك العروض التي تقدمها تلك المراكز بالأشخاص إلى الموافقة على إعطاء دمائهم بكميات تزيد في بعض الحالات عن المعقول، وتؤدي إلى إصابتهم بالهزال والضعف، ثم تقوم هذه المراكز بتوريد تلك الدماء إلى المستشفيات والعيادات الخاصة بأسعار مبالغ فيها، وهو ما يجعلها تحقق ربحا معتبرا[177] ص 65.

وبالتالي فإن التصرف في الدم من الناحية الواقعية بالنسبة للقانون المصري يعد بيعا أو عقد معاوضة بمقابل، حتى ولو وصف المشرع ذلك المقابل للدم بالتعويض والمكافأة أو الهدية[186] ص 293، وهوعكس ما أقر به المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها، حيث اعتبر أن العلاج بالدم ومصله أو مشتقاته لا يكون إلا عن طريق التبرع ، فما حكم التبرع بالدم شرعا وقانونا؟

التبرع بالدم: إن التبرع هو الإعْطَاء و المَنْح ، ويعرف عقد التبرع على أنه هو ذلك العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه، فأغلب عقود التبرع هي عقود ملزمة لجانب واحد لأن المتعاقد لا يأخذ مقابل إعطائه وفي الوقت نفسه فإن العاقد الآخر لا يقدم مقابلاً لما أخذ، فيكون أحدهما دائن غير مدين والمتعاقد الآخر مدينا غير دائن ، فهذه العقود تقوم أساسا على المعونة والمنحة من أحد طرفيها إلى الآخر، وعليه يدخل ضمن عقود التبرع عقد الهبة ، والصدقة ، والوصية والإعارة والوكالة دون أجر ...إلخ.

وفيما نحن بصدده فان ما يمكن تصور وروده على الدم في نطاق عقود التبرع هو الهبة أوالصدقة ولا تخرج هذهِ العقود عن كونها تصرفات بإرادة منفردة قادرة على إنشاء التصرف وتعديله وإنهائه ومن ثم تنتج آثاراً شرعية وقانونية قد تؤدي إلى كسب حق أو تحمل التـزام[15] ص 25.

وتعد الهبة عقد من العقود الرضائية التي تؤدي إلى التمليك بلا عوض، وتأسيساً على ذلك فأن التصرف بهبة الدم يدخل ضمن هبة الالتـزام كأن يلتـزم واهب بالقيام بعمل وتسليم شيء وهو كمية دم لشخص أو جهة وأن الواهب قد ألزم نفسه بأن يكون مديناً للموهوب له دون مقابل وبنية التبرع[109] ص 88، 89.

ومن المعلوم أن التبرع بالدم عمل انساني فهو يساهم في إنقاذ حياة آلاف المرضى الذين يكونون بأمس الحاجة لنقل الدم ، والحقيقة ان واحدا من كل عشرة مرضى يدخلون المستشفى في حاجة إلى نقل الدم خصوصا المرضى الذين يعانون من الأمراض الخبيثة أو المستعصية وأثناء العمليات الجراحية الكبرى[221]، فهي عملية يقصد منها مساعدة المريض المتبرع له ، ولكن مايجهله الكثير من الناس إن التبرع بالدم في حد ذاته له منافع جمة على المتبرع ايضا ، فبالنسبة للإنسان السليم يعمل التبرع بالدم على تجديد الدم وتجديد حيوية ونشاط الجسم ، أما بالنسبة للانسان المريض فانه يعتبر العلاج الأنسب لبعض الحالات المرضية كحالات النزيف المستعصية ، فبعد التبرع بالدم يسترجع المرء البلازما في 24 ساعة ، والكريات الحمراء في ثلاثة أسابيع والصفائح بعد سبعة أيام[221].

ومما سبق فإن عقود التبرع التي ترد على عملية نقل الدم البشري هي الهبة، وهي الوصف الملائم لعملية التبرع بالدم، فالتنازل عن الدم لا يكون إلا هبة، وهو ما ذهب إليه الدكتور بلحاج العربي في مقاله المنشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والخاص بحكم نقل الدم، والسابق الإشارة إليه و هذا التصرف بالهبة جائز شرعا وقانونا.

وفي الفقه الإسلامي ذهب أغلبية الفقهاء[11] ص 4، إلى جواز التبرع بالدم إذا تعين علاجا وحيدا بقرار من الأطباء، فالتبرع إحياء لنفس مشرفة على الهلاك وهو تفريج لكربة المريض، فالدم عضو متجدد لا يترتب على التبرع به إزالة منفعة كما أنه يستفيد من هذا التبرع المعطي والمنقول له الدم على حد سواء فقد يتعرض جسم الإنسان إلى هيجان الدم، خاصة في المناطق الحارة، كما أن المصابين بقصور في القلب أو ارتفاع ضغط الدم يكون لإخراج الدم من أجسامهم منفعة لهم.

إضافة إلى ذلك فإن التبرع بالدم يجدد الدم ويعمل على تصفيته ونقائه، أما المنقول له الدم فيستفيد منه ويستمر في حياته، لكن إنقاذ حياة المريض يكون عن طريق تطوع المتبرع بدمه دون أن يخاف ضررا أو هلاكا، فإذا كان يترتب على ذلك ضررا بليغا فلا يجوز التبرع هنا، وإثر ذلك وضع الفقهاء عدة ضوابط لجواز التبرع بالدم وهي[140] ص 56:

ألا يتقاضى المتبرع ثمنا للدم وذلك لما جاء في حرمة بيع الدم السابق بيانها، لكن ذهب بعض الفقهاء إلى جواز اقتضاء مقابل للدم، والمقابل يكون على سبيل المساعدة المالية، كما يكون هنا بعد أخذ الدم لاقبله، كما أنه لا يشترط قدر معين له، وإلا صار بيعا، كما يمكن أن يكون المقابل في صورة أغذية تعطى للمتبرع تعوضه عن الدم المأخوذ منه[135] ص 56.

ألا يترتب على التبرع ضررا بليغا بالمتبرع، فالضرر لا يدفع بالضرر.

قيام حالة الضرورة وتحققها لأن الأصل عدم المساس بالجسد الأدمي وتقييد المساس بعدم الإضرار به.

أن يتم نقل الدم من المتطوع بواسطة طبيب ماهر وموثوق به.

أن يكون المتبرع بالدم سليما من الأمراض الوبائية والمعدية، وهوشرط في غاية الأهمية، كما لا بد أن لا يكون هذا الأخير من مدمني المخدرات أو المواد الكحولية المسكرة بأنواعها ، أين تقع مسؤولية التأكد من هذا الشرط على عاتق الطبيب الذي يقوم بنقل الدم.

أما من الناحية القانونية فنجد أن الطابع التبرعي لمنح الدم قد ساد معظم التشريعات والقوانين التي أجازت وشرعت عملية نقل الدم ، فنجد المشرع الفرنسي بإعتباره أول من اعترف بمشروعية عملية نقل الدم قد حرص من أول قانون له وهو قانون 21 جويلية 1952 الذي ينظم عمليات نقل الدم وحفظه على الطابع التبرعي لتقديم الدم ومجانيته، فاعتبر عملية منح الدم هي تبرع يقوم به الشخص المتطوع لذلك واستمر على هذا المبدأ في قوانينه الصادرة فيما بعد[381] ص 7357.

كذلك الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري فعملا بالفتوى الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى التي تجيز عملية نقل الدم، والتي أوردت في فحواها أن إنقاذ حياة المريض تكون بتبرع الإنسان بجزء من جسمه تطوعا كما هو الحال في الدم، واعتبرته من باب الإحسان والبر والإيثار على النفس، فهو أمر مثاب عليه ومأجور به ومرّغب فيه، وهو من فروض الكفاية، كما أضافت الفتوى حيث يعاقب من تركه وهو قادر عليه، إعتبر المشرع منح الدم عملية تبرعية تستعمل لأغراض إنسانية من جهة وعلاجية من جهة ثانية، وقد أكد موقفه هذا بموجب قانون حماية الصحة 05/85 بموجب المادة 158 منه والتي تنص: "...تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية...".

2.2.1.1.1.1. الأساس القانوني لعملية نقل الدم

اختلفت أراء الفقهاء حول تحديد الأساس الذي تستند إليه إباحة ممارسة الأنشطة والأعمال الطبية من جراحة ووقاية وعلاج بصفه عامة ، إذ أن هناك ثمة اتجاهات أربعة في الفقه لتحديد هذا الأساس القانوني إذ عالله فريق برضاء المريض[143] ص 77، وذهب رأي أخر إلى انتفاء القصد الجنائي لدى الطبيب فالغرض من العمل الطبي هنا هو العلاج ، سواء تحقق الشفاء للمريض أو لم يتحقق طالما بذل الطبيب الجهد اللازم لذلك ، وتوفر قصد العلاج عنده هو الذي يحقق حسن نيته[94] ص 275، بينما ذهب آخرون إلى تحديد الأساس بالضرورة العلاجية [173]ص 8، 9 و ذهب الاتجاه الرابع إلى تحديده بإجازة وتصريح القانون.

لكن التعليل الذي يسود الفقه والقضاء يقوم على تبرير هذه الأعمال استنادا إلى سبب آخر هو الحفاظ على سلامة وصحة أفراد المجتمع أو ما يسمى بالمصلحة الإجتماعية، ولذلك تعين علينا لدراسة الأساس القانوني للقيام بعملية نقل الدم أن نعرف ابتداءا الأساس القانوني لإباحة و ممارسة عملية نقل الدم كعمل طبي والمتمثل في حالة الضرورة العلاجية ، كذلك مدى إنطباق المصلحة الإجتماعية كأساس للقيام بعملية نقل الدم .

حالة الضرورة: لقد اعتبرت حالة الضرورة أساسا شرعيا تقليديا للعمل الطبي عامة وبعض الأعمال الطبية الحديثة مثل نقل الدم بصورة خاصة، إذ ذهب الفقيه الفرنسي "Savatier " إلى القول بأنه : "في كل عمل طبي لابد من قيام الطبيب بعمل مقارنة بين الخطر الذي يحدق بالمريض والأمل في شفائه"[126] ص 33 وهذا باعتبار العمل الطبي يمس بجسد الإنسان استنادا إلى حالة الضرورة التي يواجهها الطبيب باعتبارها الوسيلة الوحيدة لتفادي ضر أكبر وذلك بإحداث ضرر أقل[241] ص 214، فيكون هناك موازنة بين مصلحة متبرع سيتضرر بسحب دمه و مصلحة مريض في حاجة إلى ذلك الدم لعلاجه، فلا يجب تغليب مصلحة على أخرى، وعلى هذا الأساس يذهب رأي من الفقه[220] ص 137، إلى أن المخاطر التي تصيب المتبرع هي أقل من المخاطر التي تصيب المريض فموت المريض محقق لعدم وجود وسيلة أخرى لإنقاذ حياته سوى القيام بعملية نقل الدم إليه، لذلك يتفادى الطبيب ضررا أكبر وهو تعريض حياة المريض للخطر ، وتقوم حالة الضرورة حتى ولو لم يكن الخطر محدقا بالشخص نفسه ، فالطبيب يقوم بعملية نقل الدم إتقاء لخطر يصيب الغير هو المريض ، فقد ذهب المشرع الجزائري إلى ذلك في نص المادة 130 من القانون المدني بنصها :« من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر، محدقا به أو يغيره لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا»,

ومنه إذا أسست عملية نقل الدم على حالة الضرورة، فإنه متى توفرت شروطها فلا يكون هناك داعي إلى الحصول على رضاء من ينقل منه الدم ، وشروط حالة الضرورة هي[175] ص 42، 43:

وجود خطر محدق بالمريض يهدد حياته، حيث يؤدي العدول عن عملية نقل الدم له من شخص آخر إلى وفاته.

أن يكون الخطر المراد تفاديه أكبر من الضرر الذي وقع، حيث يكون الخطر المترتب على سحب الدم من المتبرع، قليلا إذا ما قيس بالخطر والضرر الذي يتعرض له المتلقي المريض في حالة عدم حصوله على الدم.

أن تكون عملية سحب الدم ونقله إلى جسم المريض هي الوسيلة الوحيدة لإنقاذ المريض من الهلاك وتفادي الضرر الذي يلحقه.

أن لا تؤدي عملية سحب الدم إلى إصابة المتبرع بأي ضرر.

لكن ما يؤخذ على هذا الاتجاه الذي أسس عملية نقل الدم على حالة الضرورة هو تجاهله إرادة المتبرع، حيث لا يشترط حصول رضى من معطي الدم، وهو ما يؤدي حتما إلى المساس بحق الإنسان في قبول الفعل الماس بجسده أو رفضه ، إضافة إلى أن إجراء عمليات نقل الدم على هذا النحو السابق لا يحول دون قيام مسؤولية الطبيب أو المتلقي اتجاه المتبرع وبالتالي مطالبته بالتعويض عما أصابه من أضرار على النحو الذي يراه القاضي مناسبا، فحالة الضرورة لا تنفي مسؤولية الطبيب والتزامه بالتعويض للمعطي إذا ألحق به أضرار.

غير أنه يعتقد أن توجيه هذا النقد إلى حالة الضرورة، لا يعد دقيقا وكافيا للتخلي عنها كأساس لعملية نقل الدم، حيث أنه كل عمل طبي لا يكون مباحا إلا إذا رضي به المريض، وهذا ما نصت عليه المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري 85-05[252]، فرضاء المريض أمر ضروري وإلزامي، حيث يحظر على الطبيب المساس بجسم المريض إلا بموافقته، و لما كان الأمر كذلك فمن باب أولى أن يحظر عليه المساس بجسد شخص سليم نهائيا، ومهما كان السبب إن لم تتوفر إرادته ورضاؤه الصريح، وإلا كان مسؤولا[252].

كما أنه من غير المتصور قيام الطبيب بسحب كمية من الدم من جسم شخص سليم إلا بناء على حالة الضرورة بكافة شروطها ، وهي ضرورة علاج شخص مريض وإنقاذ حياته ، فالضرورة العلاجية وحدها تقتضي إمكانية تخطي إرادة المريض لمصلحته فقط لكنها لا تخول للطبيب سحب الدم من جسم الشخص السليم.

وهو الشيء الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها 85-05 المعدل والمتمم والتي تنص:« تتم في الوحدات الصحية المتخصصة عمليات التبرع بالدم لأغراض علاجية وتحضير مصل الدم "البلازما" ومشتقاته والمحافظة على ذلك...» ، أين تعتبر هذه المادة الضرورة العلاجية هي أساس عملية نقل الدم، التي تكون عن طريق التبرع من الأشخاص وبموافقتهم لأجل أغراض علاجية تهدف للحفاظ على مصلحة المرضى وصحتهم.

وعليه فإن الإكتفاء برضاء المتبرع وحده كالأساس القانوني لعملية نقل الدم ليس قولا سليما وذلك لأن توفر رضا المتبرع دون وجود لحالة الضرورة هو شيء لا يبرر تدخل الطبيب على جسم الإنسان لسحب كمية من دمه، و بالتالي نقل الدم لا يمكن أن يكون إلا بناء على قبول وتبرع الشخص بدمه من أجل إنقاذ حياة المريض .

من جهة ثانية فقد انتقدت حالة الضرورة كسند قانوني لعملية نقل الدم للمريض، وعدم صلاحيتها أساسا قانونيا لعملية التبرع بالدم، لتخلف شرط مهم من شروط حالة الضرورة، وهو وجود خطر جسيم وشيك الوقوع يستدعي بالطبيب التدخل على وجه السرعة لإجراء عملية سحب الدم من المتبرع وإعطائه للمريض، فكثير من عمليات التبرع بالدم تجري دون ضرورة تبررها، وأعمال الطبيب لا تفسرها دائما حالة الضرورة، كتلك التي تتم للإحتياط عند خطر مستقبلي ، كنظام خزن الدم وتجميعه بمشتقاته في مراكز نقل الدم ، وهو نظام متبع في جميع الدول، حيث يحفظ الدم بها لحين الاحتياج له في المستقبل قصد إستعماله، وهو الشيء الذي يفسر أن حالة الضرورة لا تكفي وحدها كأساس قانوني لعملية نقل الدم من المتبرع بل لا بد من الحصول على موافقته لذلك[175] ص 46.

المصلحة الاجتماعية: إن عمليات نقل الدم إذا كان هدفها العلاج للمريض، فإن أساسها يكون تصريح القانون بالعمل الطبي، لكنها بالنسبة للشخص المعطي للدم أو المنقول منه الدم لا تعد كذلك وهذا لتخلف شرط من شروط هذا الترخيص وهو علاج أو شفاء من يتعرض لنقل الدم .

وبالتالي فإن الشخص المتبرع لا يستند في إباحة عملية نقل الدم إلى تصريح القانون، وإنما إلى فكرة المصلحة الاجتماعية، كما نفرق هنا بين طرفي هذه العملية وهما المتلقي الذي تعد عملا علاجيا صرفا في حقه، والمتبرع الذي تشكل مساسا بجسمه بغير قصد العلاج , ويمكن تبرير نقل الدم كونها عملية يسيرة ولا تشكل أي خطر عليه بل قد تعود عليه بالمنفعة فيكفي الرضا ليكون سببا لإباحتها وتحقيق المصلحة الإجتماعية التي تتمثل في صيانة سلامة أفراد المجتمع .

ويستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الحق في سلامة الجسم له جانب اجتماعي بجوار الجانب الفردي[220] ص 58، وذلك على أساس حق المجتمع بأن يقوم كل فرد فيه بوظيفته الاجتماعية، هذه الوظيفة التي تلقي على عاتق كل فرد مجموعة من الالتزامات مقابل المزايا والفوائد التي يحق للمجتمع أن يقتضيها من الأفراد فالفرد لا يستطيع القيام بوظيفته الاجتماعية إلا إذا كانت سلامة جسمه مصونة ، وكل اعتداء يمس سلامة الجسم وينقص من إمكانياتة يهدر بدوره حق المجتمع، سواء رضي به المعتدى عليه أم لم يرض به[240] فالشخص السليم يتنازل عن جزء من أجزاء جسمه لشخص آخر يعاني مرضا جسيما يفقده وظيفته الاجتماعية.

ويرى بعض الفقهاء أن أساس عملية نقل الدم هنا يكون على إعتبار أن سحب كمية من الدم من جسم سليم إلى مريض يحتاج له لا يضره ضررا جسيما، بل ينقص من بعض إمكانياته في حدود ضئيلة ولفترة قصيرة، وهذا حتى يعود تكوين كمية من الدم تحل محل الكمية التي سحبت منه[241] ص 215، فإذا ثبت أن هذا الإنقاص الضئيل لا يعيق عمل وظائف جسمه ومنعه من القيام بالأعمال ذات القيمة الإجتماعية فإن نقل الدم هنا يكون مشروعا، ويجوز له التبرع هنا بدمه، أما إذا ثبت أن الحالة الصحية للشخص ضعيفة وترتب على نقل دمه ضررا كبيرا له وعدم قدرته على القيام بجميع الأعمال ذات القيمة الاجتماعية فنقل الدم هنا يصبح غير مشروع، حتى ولو كان لأجل الحفاظ على صحة شخص آخر مريض.

وبالتالي فإن إباحة عملية نقل الدم هنا تكمن في الفائدة الاجتماعية المترتبة عنها[186] ص 120، أو ما يسمى بالمصلحة الاجتماعية فرضاء المتبرع إذا اقترن بتحقيق منفعة اجتماعية راجحة للمريض نشأ على إثره أساس قانوني لإباحة عملية نقل الدم، فهذه الأخيرة تستند على رضاء المتبرع ما دامت لم تلحق ضررا أو تحول دون أدائه لوظيفته الاجتماعية.

هذا إضافة إلى ضرورة توفير رضاء المريض بالعمل الطبي والذي يتحقق في فكرة المصلحة الاجتماعية التي تفرض على الطبيب واجب احترام حرية وإرادة المريض والمتبرع معا.

لكن بعد التحقق من مشروعية وأساس عملية نقل الدم سواء من الناحية الفقهية أو القانونية، وأمام الإستعمالات الكثيرة للدم ومشتقاته قصد العلاج الطبي، والتي تطورت ومازالت تتطور بالنظر إلى التقدم العلمي والطبي المتواصل، إستلزم بنا الأمر التساؤل عن طبيعة هذا السائل المستعمل في التداوي والعلاج؟ إضافة إلى مكانته كعنصر فعال من عناصر جسم الإنسان ، فهل هو عضو من أعضاء الجسم البشري؟

كذلك ماهي تلك الأمراض والفيروسات التي تلوّث الدم ، و التي يمكن أن تنقل عن طريقه إلى المرضى المحتاجين له ؟، هذا ما سوف نجيب عليه من خلال المطلب الثاني لهذا المبحث.

2.1.1.1. طبيعة الدم والأمراض الملوّثة له

رغم أهمية الدم باعتباره أحد العناصر المكونة لجسم الإنسان، وباعتباره نسيج ضام سائل يجري داخل الجسم[19] ص 3، كان لزاما علينا أن نورد بالبيان الطبيعة العضوية لهذا النسيج، فهل يعد عضوا من أعضاء جسم الإنسان؟ أم أنه عبارة عن نسيج من الأنسجة المكونة للجسم؟، كذلك باعتبار الدم ذي استعمالات علاجية بحته في مجال الطب قصد التداوي به، فهل يعد بذلك دواءا ؟ .

كل ذلك سوف نبينه في الفرع الأول من هذا المطلب، أما الفرع الثاني فسنخصصه لاستعراض تلك الأمراض التي يمكن أن تنقل عن طريق الدم إلى المريض في حالات التداوي والاستشفاء السابق بيانها فهاته الأمراض تؤدي إلى وصف الدم بأنه دم ملوث بمرض أو بفيروس معين وبالتالي تؤدي عملية نقله من شخص إلى آخر إلى إشكالات صّحية وأخرى قانونية سوف يأتي توضيحها في ما يلي :

الفرع الأول: طبيعة الدم

الفرع الثاني: الأمراض الملوثة للدم

1.2.1.1.1. طبيعة الدم

يعتبر الدم عنصرا ضروريا وهاما في جسم الإنسان، إستعمله الطب لأغراض العلاج والتداوي منذ القدم كما أنه سائل متجدد حيث أن سحب كمية منه لا تؤدي إلى نفاذه من الجسم .

وأمام ذلك الاستعمال وتلك الخاصية، ثار خلاف حول الطبيعة العضوية للدم من جهة والطبيعة الدوائية له من جهة ثانية، وسوف نبين ذلك من خلال ما يلي :

أولا: الطبيعة العضوية للدم

ثانيا: الطبيعة الدوائية للدم

1.1.2.1.1.1. الطبيعة العضوية للدم

وسنحاول من خلال هذا العنصر استعراض الآراء الخاصة من جانب الفقه والتشريع القانوني باعتبار الدم عضوا من أعضاء الإنسان أم لا، وذلك قصد توفير الحماية القانونية اللازمة له ، لأن اعتبار الدم عضوا من أعضاء الإنسان أو أنه من مكونات الجسم، تبرز أهميته في ذلك التفاوت الكبير في الآثار القانونية المترتبة عن هذا التمييز، فإعتباره عضوا يؤدي بنا إلى تطبيق أحكام نقل الأعضاء البشرية عليه، وهو ما يختلف عن إعتبار الدم مكوّنا و عنصرا من عناصر جسم الإنسان، وإجابة منا على ما سبق سوف نشير إلى المقصود بالعضو البشري، ثم توضيح الآراء الخاصّة من جانب الفقه والتشريع حول تحديد طبيعة الدم من خلاله.

فبالنسبة لتعريف العضو البشري، فنجد أن هناك تعريفا لغويا وآخر طبيا :

التعريف اللغوي: مفاده أن العضو البشري هو كل عظم وافر بلحمه[4] ص 6895

التعريف الطبي: فيبين أنه عبارة عن مجموعة من الأنسجة تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة مثل، المعدة، الكبد، الكلية...الخ، كما أنه مجموعة أنسجة تعرف بالخلايا تعمل مع بعضها البعض لتؤدي وظيفة معينة[175] ص 24.

ويعرف العضو البشري عامّة على أنه مجموعة من العناصر الخلوية القادرة على أداء وظيفة معينة في الجسم سواء كانت ظاهرة في وظيفتها أي خارجية أو كانت داخلية، فكلها أعضاء بشرية[145] ص 35.

تعريف للعضو البشري من جانب الفقه الإسلامي: حيث عرف مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في جدة في سنة 1988، وفي قراره رقم (01) الصادر في 1988/08/4 أنه:" يقصد بالعضو أي جزء من الإنسان من أنسجة وخلايا ودماء ونحوها، كان متصلا به أم منفصلا عنه، وإن الدم يعتبر من أعضاءالإنسان المتجددة"[174] ص 31، والملاحظ هنا أن مجمع الفقه الإسلامي قد إعتبر الدم البشري عضوا من أعضاء الجسم الإنساني المتجددة.

لكن بالنسبة للقوانين والتشريعات الوضعية سواء المشرع الفرنسي أوالمشرع المصري، فلم يعرّف كليهما العضو البشري وهذا بالرغم من وجود قوانين تنظم زراعة ونقل الأعضاء البشرية في هذه البلدان.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تضمن الباب الرابع من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المعدل والمتمم، في الفصل الثالث و بموجب المادة 161 إلى 167 منه حيث نص عن عملية إنتزاع الأعضاء وزرعها، و لكنه لم يتطرق بدوره ضمن هذه المواد إلى المقصود بالعضو البشري، بل جاءت المادة 161 وما بعدها مباشرة للحديث عن القواعد

الأساسية والأحكام والضوابط المتعلقة بعملية زراعة الأعضاء بصفة عامة، كما جاءت بمصطلح الأنسجة والأجهزة البشرية باعتبارها كذلك من مكونات جسم الإنسان، وبالتالي لم يتطرق المشرع إلى طبيعة الدم كعنصر من عناصر الجسم كغيره من باقي المشرعين الآخرين .

على غرار ذلك نجد مثلا المشرع الإنجليزي قد عرف العضو البشري على أنه " ذلك النسيج المركب والمتناغم الذي لا يمكن للجسم استبداله تلقائيا إذا ما تم استئصاله بالكامل"، أما المشرع الأمريكي فلم يعرف العضو البشري بتعريف محدد، بل اكتفى بالإشارة إليه بالنص على أن العضو البشري في مفهوم قانونه هو الكلية، الكبد، القلب، الرئة، البنكرياس، النخاع العظمي...أو كل ما تضفي عليه اللوائح الصادرة عن وزارة الصحة هذا الوصف"[192] ص 16، 179.

واستنادا الى ما سبق يمكننا التساءل مرة أخرى: هل يعتبر الدم عضوا بشريا أم لا ؟ سواء كان ذلك من جانب الفقه أو القانون.

بالنسبة للفقه فلقد ظهرت عدة اتجاهات في اعتبار الدم عضوا وهي:

الاتجاه الأول: ذهب فيه جانب من شراح القانون[191] ص 14، إلى اعتبار الدم عضوا من أعضاء جسم الإنسان المتجددة.

الاتجاه الثاني: يرى عدم صواب إطلاق لفظ العضو على الدم وذلك استنادا إلى ما ورد في المعاجم اللغوية من تعريف للعضو البشري [174] ص 31.

الاتجاه الثالث: يعتبر الدم من منتجات الجسم، حيث عرف المنتجات على أنها: " كل مكون عضوي نسيجيا كان أو سائلا تقوم أجهزة الجسم بإفرازه وإنتاجه على نحو دوري، ويقوم الجسم بتجديده وتعويض ما فقد منه بشكل تلقائي"، وبالتالي اعتبر الدم عنصر أدمي يشكل في ذاته وحدة عضوية مستقلة، وهو في نفس الوقت يعد نتاجا لأحد أجهزة الجسم إذن هو منتج[192] ص 179، 180.

لكن المنتجات أشياء يمكن التعامل بها، كما أنها لا تكون مشمولة بتلك القوانين الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية، ولا بالحماية القانونية التي تتمتع بها هذه الأخيرة وهو ما يترتب عليه التساءل على اعتبار الدم عضوا أو منتجا[140] ص 128، 129.

أما بالنسبة للقانون، لم توضح التشريعات السابق ذكرها سواء الفرنسي أو المصري وبالأخص الجزائري الطبيعة العضوية لدم الإنسان في قوانينها، وهو ما يفتح مجالا للرجوع -حسب رأينا- إلى التعريفات الطبية السابقة للدم.

وتأسيسا على ذلك يمكن القول أن الدم هو مكوّن عضوي تقوم أجهزة الجسم بإفرازه و إنتاجه على نحو دوري ليتميز بخاصية التجدد والسيولة، فهو نسيج ضام يدور في الجسم و هو ما ينطبق على الدم باعتباره سائلا يتكون من خلايا حمراء و بيضاء وصفائح دموية تسبح في سائل البلازما لتعمل مع بعضها فتؤدي وظيفة معينة تتمثل في تشكيل سائل الدم وتعويض ما فقد منه بشكل تلقائي، فالدم بذلك

مكوّن عضوي و نسيج و ليس عضوا بشريا كباقي الأعضاء، لذلك فهو يخرج من أطر الحماية القانونية التي تقرها قوانين نقل وزراعة الأعضاء البشرية ، لكنه سائل متجدد تنتجه أحد أجهزة الجسم البشري فيعد بذلك منتجا يستعمل قصد التداوي والشفاء لا بد أن تكون له حماية خاصّة به .

2.1.2.1.1.1. الطبيعة الدوائية للدم

إن تطور عملية العلاج والاستشفاء بالدم في ظل التقدم العلمي والطبي جعل من مشتقاته بدورها تعد وسيلة علاج يستخدمها الأطباء في الحالات السابق بيانها، ولأجل ذلك فإن الدم كان ولازال يشبه في أغراضه الدواء، فالسؤال المطروح هنا، هل يعد الدم دواءا؟

للإجابة عن ذلك، لا بد من بيان مفهوم الدواء، وذلك من الناحية الطبية والقانونية، إضافة إلى الآثار المترتبة عن اعتبار الدم ومشتقاته دواءا.

المفهوم الطبي للدواء: لقد عرف بعض الفقهاء الدواء بأنه مادة في منتج صيدلي مستخدم لتغيير أو اكتشاف نظم فسيولوجية أو حالات مرضية لصالح متلقي هذه المادة[149] ص 82.

كذلك لا يخرج مفهوم الدواء من كونه عبارة عن مجموعة من المواد أو التراكيب الكيميائية التي تستعمل بغرض العلاج أو الوقاية من الأمراض[179] ص 39.

المفهوم القانوني للدواء: إن تحديد مفهوم الدواء هنا يثير جدلا قانونيا، حيث أن هذا الأمر يختلف من دولة لأخرى، بل في الدولة الواحدة يختلف الأمر بالنظر إلى التقدم التكنولوجي والعلمي في مجال الدواء[194] ص 66.

ونذكر في هذا الصدد ما أقر الأستاذ (LARCHEZE) سنة 1924 حيث ابتكر مصطلح (Pseudo – médicament) ليطلق على الدم، وهو ما يبين أنه من الأدوية وجاء به قضاء الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية ، وقد صاغ الإطار القانوني للمقصود بالدواء، وذلك في 06 مارس سنة 1992، مقررا أنه ليس باللازم أن تكون للمادة التي تسمى دواء خاصية الشفاء أو الوقاية، بل هي كذلك منذ لحظة أن يتم الترخيص لها بالمداواة عن طريق التأثير في الوظائف العضوية لجسم الإنسان بالإيجاب[134] ص 45، 46، ونجد في هذا الصدد أن عمليات نقل الدم إلى المرضى تقوم بهذا الدور، حيث تؤثر على وظائف الجسم بالإيجاب، فتجدد قوته وتقوم بإصلاحه أو تعديل وظائفه العضوية والفيزيولوجية ، فالدم يعد دواء وفقا للمعنى الذي جاءت به دوائر محكمة النقض الفرنسية .

كما نجد في هذا الشأن قانون 4 جانفي لسنة 1993، وهو القانون الخاص بالسلامة في نقل الدم والدواء والذي أدمج فيما بعد ضمن قانون الصحة العامة الفرنسي, الذي وصف بدوره المنتجات الثابتة أو الصلبة المشتقة من الدم بأنها أدوية ، وهذا بموجب الفقرة الثالثة من المادة 1221-8 من قانون الصحة العامة، والتي عدلت بموجب الأمر رقم 2010-49 الصادر في 13 يناير 2010 في المادة 6

منه[391] بعدها أراد المشرع تطوير التعريف القانوني للدواء فقرر طائفة جديدة بجانب الأدوية، وذلك بموجب أحكام القانون رقم 535/98 الصادر في أول يوليو سنة 1998 بشأن تعزيز المراقبة الصحية ومراقبة سلامة المنتجات الموجهة للاستعمال البشري[383]، وهي منتجات الصحة والمنتجات العلاجية الملحقة:

Produits de Santé et les produits thérapeutiques Annexes))، وقد عرفتها المادة 1-1261 من قانون الصحة العامة الفرنسي و التي عدلت بموجب القانون 2004-800 الصادر في 6 أوت 2004[386] على أن المنتجات العلاجية هي : " كل منتج ما عدا الأجهزة الطبية المنصوص عليها في المادة 1-5211 , يمكن إدخاله مع الأعضاء أو الأنسجة أو الخلايا أو المنتجات المشتقة من جسد الإنسان، أو من أصل حيواني، في مراحل حفظها أو تحضيرها أو تحويلها أو تجهيزها أو نقلها قبل استعمالها العلاجي على الإنسان...".

أما المادة 1-5311 من نفس القانون و التي عدلت بموجب الأمر رقم 2010-49 السابق فقد ذكرت هذه المنتجات ذات الأغراض الصحية (Produit finalité Sanitaire) والتي تتصل بصحة الإنسان وذلك في طائفة تضم تسعة عشر نوعا وهي: ".....

الأدوية.....

منتجات الدم القابلة للتغيير (PSL) ....."

وما يلاحظ من خلال موقف المشرع الفرنسي، أنه اعتبر منتجات الدم الثابتة أوالصلبة أدوية مشتقة من الدم بموجب المادة 1-1221-8 و جعلها تخضع لأحكام المادة 1-5121 من قانون الصحة وحتى مشتقات الدم القابلة للتغيير باعتبارها تستعمل لأغراض صحية بموجب المادة 1-5311 السابقة فقد اعتبرت دواء أيضا، كما فرّق في قوانينه بين منتجات الدم قابلة للتغيير والمنتجات الثابتة أو الصلبة وبين الدم الكامل، و هو ما يقودنا إلى التساؤل عن الفرق بينها؟

من خلال ما سبق بيانه من تعريفات لمكونات الدم، قد عرفنا أن الدم يتكون من عنصرين رئيسيين هما: خلايا الدم وبلازما الدم ، ويعتبران هما مشتقات للدم :

فالمشتقات الدوائية الثابتة (Stables) من الدم[344] ص 21: هي تلك المشتقات المصنعة في معامل خاصة وتعالج معالجات كيميائية، وهي لا تتغير فمكوناتها ثابتة، حيث تصنع من مشتقات البلازما الأساسية فهي عبارة عن أدوية تخضع لرقابة خاصة من حيث الترخيص بتصنيعها وإجراء تجارب عليها أو طرحها في السوق للبيع أو التوزيع، وقد اعتبر التوجه الأوروبي الصادر في دول السوق الأوروبية المشتركة أن هذه المشتقات الثابتة عبارة عن أدوية، فدعى تلك الدول إلى أخذ التدابير الضرورية لمنع تلوث الدم ومشتقاته كما نص على القواعد التي من شأنها ضمان سلامة الأدوية المشتقة من الدم.

أما المشتقات القابلة للتغيير (Labiles): فهي كل من الخلايا الحمراء والبيضاء والصفائح الدموية في جسم الإنسان والتي تتفاوت نسبها وعددها من حالة إلى أخرى ويتم حفظها لفترات قصيرة، وفي درجة برودة معينة[194] ص 77، 78.

وكما نجد أن المشرع الفرنسي من خلال قوانينه قد حسم أمر الإشكال فيما يخص مشتقات الدم فذكر المشتقات الثابتة أو الصلبة على أنها تعد دواء ثم بعدها ألحق المشتقات القابلة للتغيير بها بموجب المادة 5311 من القانون، وأعطاها بدورها حكم الدواء وهذا حسما لأي إشكال يقع فيما يخص استعمال تلك المشتقات في مجال العلاج بالدم، فسوى بين استعمال المشتق الثابت أو القابل للتغيير، واعتبره دواء شأنه شأن نقل الدم الكامل, فوضع تعريفا للدواء بموجب قانون الصحة العامة المعدّل بالقانون رقم 303 لسنة 2002 حيث نصت المادة 5111-1 من التقنين و التي عدلت كذلك بموجب القانون 2007-248 في 26 فيفري 2007 على أن: "يعتبر الدواء كل مادة أو مركب لها خاصائص علاجية أو وقائية اتجاه الأمراض التي تصيب الإنسان أو الحيوان، كذلك كل مادة أو مركب يمكن استعماله من طرف الإنسان أو الحيوان أو تضاف لعلاجه من أجل وضع التشخيص الطبي و إسترجاع ، تصحيح أو تعديل الوظائفها الفسيولوجية ، بإحداث تأثير مناعي أو تمثيل الغذائي أيضي... "، حيث اعتبر المشرع الفرنسي من قبيل الأدوية، كل مادة أو خليط من المواد يقوم باعتباره وقاية أو علاج لأمراض الإنسان أو الحيوان بغرض تحقيق تشخيص طبي أو تجديد قوته أو تصلح أو تغير أو تعدل وظائف جسده[150] ص 24، 25.

فالمشرع من خلال التعريف الوارد في المادة 5111-1 المشار إليها، فقد اشترط في الدواء شرطين أساسيين هما :

أن يكون الدواء من المواد (substances) أو التراكيب (composition)

أن تتوفر فيه خاصية العلاج أو الشفاء (curative) أو الوقاية (préventive) من الأمراض البشرية أو الحيوانية.

أما فيما يخص مشرعنا الجزائري، فنجده قد عرف بدوره مصطلح الدواء بموجب القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، وهذا في المادة 170 منه حيث تنص: " تعني كلمة الدواء كل مادة أو تركيب يعرض لكونه على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، وكل المواد التي يمكن تقديمها للإنسان أو الحيوان، قصد القيام بالتشخيص الطبي أو استعادة وظائفها العضوية أو تصحيحها أو تعديله ".

كما جاء القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المعدل والمتمم للقانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[257] ص 3، و نصت المادة الرابعة منه لتعدل وتمم أحكام المادة 170 من القانون 85-05، على أنه : " يقصد بالدواء في مفهوم هذا القانون:

كل مادة أو تركيب يعرض لكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية و كل المواد التي يمكن وصفها للإنسان أو للحيوان قصد القيام بتشخيص طبي أو استعادة وظائفه العضوية او تصحيحها و تعديلها....

كل مستحضر استشفائي.....

كل منتوج ثابت مشتق من الدم....."

واستنادا إلى ذلك فان الدم لا يعتبر عضو من أعضاء الجسم بل هو مكوّن عضوي يتميز بخاصية التجدد و السيولة كما أسلفنا، لكن نجد أن لديه خاصيات علاجية ويوصف للإنسان قصد استعادة وظائفه العضوية أو تصحيحها أو تعديلها, وبالتالي فهو مكوّن عضوي ونسيج ضام ذو طبيعة دوائية بالنظر إلى وظيفته العلاجية، وهو ما لم يقم المشرع بحسمه لكن اعتبر المنتجات الثابتة فقط والمشتقة من الدم أدوية بصريح المادة الرابعة من تعديل سنة 2008، وبذلك فهي تخضع لأحكام الأدوية عند التعامل بها.

أما بالنسبة للمشتقات المتغيرة و هي التي تستعمل أكثر من غيرها للأغراض العلاجية (كريات الدم الحمراء والبيضاء والصفائح) فلم تتضمنها المادة، وهو ما يدعونا لتسأل هل تأخذ المشتقات القابلة للتغير حكم الدواء شأنها شأن المشتقات الثابتة أم لا؟.

لقد نظم المشرع الجزائري التعامل بتلك المشتقات المتغيرة والغير ثابتة ضمن قرارات وزارية خاصة تمثلت في كل من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 الذي يحدد شروط توزيع الدم ومشتقاته الغير ثابتة، والمقرر الوزاري رقم 97 المؤرخ في 18 أكتوبر 1998 يتضمن الاتفاقية النموذجية المتعلقة بشروط وكيفيات تموين وتسعيرة مواد الدم غير الثابتة ، كذلك القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 الذي يحدد قواعد التطبيق الجيد لتحضير مواد الدم غير الثابتة والمستعملة للعلاج، إضافة إلى القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 و الذي يحدد خصائص مواد الدم غير الثابتة المستعملة للعلاج.

وبالرجوع إلى تلك القرارات الوزارية نجد أن المشرع هنا لم يدخل هذه المشتقات أو المواد كما ذكر ضمن أحكام الأدوية، بل تبقى مواد للدم غير ثابتة (متغيرة) تخضع لأحكام خاصة عند التعامل بها رغم استعمالاتها العلاجية ، لكن ما يخلص به القول أن إعتبار مشتقات الدم الثابتة منتوجا ذو طبيعة دوائية يؤدي بنا إلى التساؤل هل تعتبر مراكز نقل الدم أو بنوك الدم عبارة عن مصانع، وبالتالي تصبح منتج لأدوية مشتقة من الدم وتخضع عند مسؤوليتها لذلك؟ في حين تبقى المشتقات المتغيرة خاضعة لأحكام اتفاقيات التموين المذكورة في القرارات الوزارية، والتي تطبق عند التوريد بها، وهو ما سوف نجيب عنه لاحقا.

2.2.1.1.1. الأمراض الملوثة للدم

يعد الدم علاجا للعديد من الأمراض والحالات السابق بيانها، لكن قد يكون في الوقت ذاته وسطا فعالا لنقل الفيروسات والأمراض الخطيرة، وعلى إثر ذلك تقسم أمراض الدم إلى أمراض وراثية وأخرى معدّية كما ينتج عن وجود الأمراض و الفيروسات المعدية تلوّث للدم ، عندها يؤدي نقل هذا الأخير إلى المريض المحتاج إليه لتعريضه إلى خطر العدوى التي تنتقل إليه بواسطة ذلك الدم الملوث.

ولهذا لا بد علينا من التعرف أولا عن تلك الأمراض الوراثية للدم والتي تؤدي بدورها إلى حاجة الشخص إلى عملية نقل الدم، ثم نتعرف عن الأمراض التي تصيب الدم فتجعله دما ملوثا يثير العديد من الإشكالات الصحية والقانونية عند نقله من شخص إلى آخر، فيكون ذلك ضمن ما يلي :

أولا: أمراض الدم الوراثية

ثانيا: أمراض الدم المعدّية

1.2.2.1.1.1. أمراض الدم الوراثية[24] ص 81

تعتبر أمراض الدم الوراثية من أكثر الأمراض الوراثية انتشارا في العالم تشمل هذه الأمراض:

التلاسيميا: هي من أهم الأمراض الوراثية وأكثرها إنتشارا، التلاسيميا كلمة يونانية الأصل، تعني فقر دم منطقة البحر الأبيض المتوسط ، ويعرف أيضاً باسم أنيميا البحر.

ينتج المرض عن خلل وراثي إنحلالي، يؤدي الى نقص حاد في إنتاج بروتينات خاصة في الدم تسمى الغلوبين، وهو المكون الرئيسي للهيموغلوبين الموجود في خلايا الدم الحمراء.

ومرض التلاسيميا هي إضطراب دموي خطير يظهر منذ مطلع الطفولة، حيث لا يستطيع الأطفال المصابون به تكوين كمية كافية من الخضاب في دمهم، لذلك فهم يحتاجون إلى عمليات متكررة من نقل الدم والمعالجة الطبية، فيخضع المرضى للعلاج مدى الحياة .

فقر الدم المنجلي: أو ما يسمى بالأنيميا المنجلية، حيث يعد فقر الدم المنجلي من أشهر أمراض الدم الوراثية الإنحلالية والتي تصيب كريات الدم الحمراء وتسبب تكسر هذه الخلايا، مما يؤدي ذلك إلى فقر الدم، سمي هذا المرض بالمنجلية وذلك لأن كريات الدم الحمراء تحت المجهر تأخذ شكل مقوس كالمنجل او الهلال، وهذه الخلايا المصابة تكون قابلة للتكسر والتحلل ، بالإضافة إلى أن عدم ليونة هذه الخلايا يؤدي الى إعاقة مرور الدم خلال الشعيرات الدموية، و قد تسد عروق الدم فتسبب تجلطات دموية تسبب من ناحيتها الآلام مبرحة في أجزاء مختلفة من الجسم.

وهو من الأمراض الوراثية التي يحتاج المصابون به بدورهم إلى نقل للدم.

الهيموفيليا (نزيف الدم الوراثي)= الناعور (Hemophilia): وهو مرض ينتج عن نقص في عوامل التخثر، فهو خلل في المادة التي تسبب تخثر (تجلط) الدم عند حدوث نزيف ، بحيث إذا أصيب الشخص بجرح فإن هناك إحتمال تعرضه لخطر النزيف المستمر، حيث أن هناك أنواع من البروتينات اللازمة لتخثر الدم في الحالة الطبيعية تكون ناقصة من دم المريض المصاب بالهيموفيليا. كماأن هناك أشكال و أنواع متعددة لهذا المرض يمكن تقسيمها حسب شدة الحالة ، لكن تنحصر أهمها في ثلاثة أنواع هي (Hemophilia A , B , C) .

يتم علاج مرض الهيموفيليا عن طريق تعويض المريض النقص الحاصل عنده في عامل الدم رقم (8) ، وبالتالي يحتاج إلى نقل دم بصفة منتظمة و دائمة طوال حياته .

2.2.2.1.1.1. أمراض الدم المعدّية

تتميز معظم الأمراض المعدية التي تصيب دم الإنسان بأنها تأخذ فترة من الزمن حتى تظهر أعراضها وأهم الأمراض وأخطرها وأكثرها انتشارا نجد: الإيدز أوما يسمى بمرض فقدان المناعة المكتسبة، التهاب الكبد الوبائي، السفلس والملاريا، وسوف نحاول التعريج على كل منها باختصار:

الإيدز: AIDS: أو ما يسمى مرض فقد المناعة المكتسبة، حيث أن كل حرف في الكلمة AIDS هو اختصار لكلمة لها مدلولها، فحرف (A) هو اختصار لكلمة (Acquise) وتعني مكتسب، فالمرض يكون مكتسبا ، حيث أن الإصابة به تكون عن طريق العدوى وليس مرض وارثي، وحرف (I) هو اختصار لكلمة (Immuno) وتعني مناعة، أما حرف (D) فيقصد به فقدان أو نقص وهو اختصار لكلمة (Déficience)، حرف (S) هو اختصار لكلمة (Syndrome) وتعني (أعراض أو متلازمة)، وهذا لأن مريض الإيدز يعاني مجموعة من الأعراض المختلفة[223] ص 355.

إكتشف المرض أول مرة سنة 1981 بالولايات المتحدة الأمريكية، وقد اعتبر معضلة طبية كبرى باعتباره يؤدي إلى انهيار جهاز المناعة لدى المرضى المصابين به.

وفي عام 1983 اكتشف الفيروس الخاص بهذا المرض من طرف باحثين فرنسيين بمعهد باستور للبحوث بفرنسا، حيث يسبب هذا المرض مجموعة من الفيروسات تدعى الفيروسات الإرتدادية أو الإرتجاعية أو الخلفية[313] ص 35.

وقد تم تأكيد هذا الاكتشاف من طرف الباحثين الأمريكيين عام 1984 بمركز السيطرة على الأمراض، وهو مركز مسؤول عن التحري عن الأوبئة ومراقبة الأمراض الغريبة، أما في عام 1985 فقد أصبح الفيروس يسمى فيروس العوز المناعي البشري (HIV)، كما اكتشف فيروس آخر في سنة 1986 أطلق عليه (HIV2)، حيث يهاجم هذا الفيروس كريات دم بيضاء معينة ويحطم الوظيفة الطبيعية في جهاز المناعة ويكون مسؤولا بدوره عن مرض الإيدز[321] ص 10.

أعراض المرض: يمكن إيجاز الأعراض في مرحلتين[141] ص 16، 17:

المرحلة الأولى: وهي فترة حضانة المرض، حيث تبدأ منذ دخول فيروس الإيدز جسم الإنسان وظهور الأعراض المرضية عليه، وتتغير هذه الفترة من شخص إلى آخر، فقد تصل إلى البعض إلى عشر سنوات ولهذا لم يستطع العلماء إلى الآن تحديدها، ويطلق على الإنسان في هذه الحالة بأنه حامل لفيروس الإيدز (Sero positif) وليس مريضا بالإيدز ، كما أن الأجسام المضادة لفيروس الإيدز لا تظهر بعد دخول جسم الإنسان إلا بعد مرور فترة زمنية تستغرق من ستة أسابيع إلى ستة أشهر، وقد تصل في بعض الحالات إلى ثلاث سنوات، وهنا يكون الإنسان مصاب بالمرض لكن لا يظهر عليه إلا بالتحاليل الطبية.

المرحلة الثانية: وهي الفترة التي تظهر خلالها أعراض المرض، وذلك بعد الانهيار التام لجهاز المناعة لدى المصاب، على نحو يجعله عرضة لكافة أنواع العدوى، حيث يتعرض المريض بداية للإصابات الرئوية (إلتهاب رئوي) كذلك تضخم في الغدد اللمفاوية، تأثر الجهاز العصبي المركزي، الإصاباتالمعدية المعوية هذا إضافة إلى الإصابات الجلدية في مناطق مختلفة من الجسم، وينتهي الأمر بظهور أورام سرطانية.

لكن قد يصاب بعض الناس بفيروس الإيدز ولا تظهر لديهم هذه الأمراض إلا خلال سنتين أو ثلاثة وقد تصل إلى عشر سنوات كما أسلفنا.

خصائص المرض وطرق انتقاله: من خصائص فيروس الإيدز أنه يهاجم الخلايا اللمفاوية التائية المساعدة، والتي تقوم بمساعدة خلايا البلازما على إنتاج الأجسام المضادة، وتوقف هذه الخلايا اللمفاوية عن العمل يؤدي إلى انهيار جهاز المناعة كله، وبالتالي الموت الحقيقي للمريض.

ينتقل الفيروس من الخلايا اللمفاوية والمساعدة التي توجد بالدم و السائل المنوي واللعاب والدموع ولبن الأم والبول، فالفيروس يوجد في كل سوائل الجسم والإفرازات سواء خارجية أو داخلية ، وهو ينتقل أساسا عن طريق الدم والسائل المنوي باعتبارهما يحتويان على الخلايا اللمفاوية المساعدة بشكل كثيف، وبالتالي تنتقل عدوى المرض بعدة طرق هي:

الاتصال الجنسي مع شخص مصاب بالمرض[131] ص 30.

آخذو الدم أو المنقول إليهم الدم: حيث نجد أن أول حالة لفتت نظر الأطباء والباحثين إلى إحتمال إصابة آخذي الدم بالعدوى، عند نقل الدم إليهم، حالة طفل أمريكي عمره 20 شهرا، نقل إليه الدم إثر مرض ألم به ثم بعد ذلك ظهرت عليه أعراض تشبه أعراض الإيدز عند الكبار، بعد دراسة حالة المتبرع بالدم، وجد أنه رجل يبلغ من العمر 48 سنة، كان في صحة جيدة وقت إعطائه الدم، لكن أعراض الإيدز ظهرت عليه بعد ذلك، وتوفي إثرها[178] ص 40، 41.

وبالتالي عند نقل الدم أو مشتقاته أو حتى استعمال الإبر الملوثة بالدم أو الأدوات الثاقبة للجلد ينتقل المرض، وذلك ما يحدث كذلك عند مدمني المخدرات[178] ص 34، 35. من الأم المصابة بالعدوى إلى جنينها أثناء الحمل عبر المشيمة، وبعد الولادة بواسطة حليب الثدي[328] ص 51، فقد سجلت في أستراليا سنة 1985 أول حالة في العالم لطفل راح ضحية الإيدز الذي أصيب به من أمه عن طريق الرضاعة الطبيعية، وكانت الأم قد أصيبت بعوامل المرض من جراء نقل الدم إليها سابقا[178] ص 48.

نقل بعض أعضاء أو أنسجة شخص مصاب إلى آخر.

الوشم والعلاج بطريقة الوخز بالإبر الصينية وبواسطة أدوات ملوثة.

ملامسة الأشخاص فيما بينهم عند وجود العرق على الجسم المصاب واللعاب عند استعمال بعض الأدوات كملعقة الأكل وفرشاة الأسنان...الخ.

وما يمكن قوله عن هذا المرض أنه لم يتمكن الأطباء والباحثون والعلماء إلى يومنا هذا من اكتشاف أو تطوير لقاح فعال ضده، لكن ما إستطاعوا فعله هو إيجاد لقاحات وأدوية ومضادات تعمل على تأخير المرض والتخفيف من معاناته.

لكن هناك طرق للوقاية من المرض ذات أهمية بالغة يمكن للشخص استخدامها، تتمثل في التمسك بالقيم الأخلاقية والدينية والاجتماعية إضافة إلى اجتناب تعاطي المخدرات، أما فيما يخص الدم المتبرع به من الأشخاص، فتكون في هذه الحالة المسؤولية ملقاة على عاتق المؤسسات الإستشفائية العامة والخاصة ومراكز نقل الدم وبنوك الدم، وهذا من أجل الالتزام بضمان سلامة الدم وخلوه من الأمراض والفيروسات .

التهاب الكبد الوبائي**:** وهو مرض يصيب الكبد، حيث يؤدي إلى التهاب حاد به، يؤثر على أنسجته ووظائفه، وهناك عدة أنواع من الالتهاب الكبدي تعرف بحسب نوع الفيروس المسبب للمرض وهي:

التهاب الكبد الأنتاني أو ما يسمى بالالتهاب الكبدي (A): ينتشر هذا النوع من لالتهاب لدى الأطفال وفي البيئة الفقيرة، وتمتد فترة حضانة هذا الفيروس من أسبوعين إلى ستة أسابع، ويكشف وجوده في الدم بوجود الأجسام المضادة له، وهو من أقل الالتهابات الكبدية خطورة[141] ص 18، وذلك لأنه لا ينتقل إلا عن طريق البراز أو الفم فلا يتم انتقاله عن طريق الدم.

التهاب الكبد المصلي (الالتهاب الكبدي B)[19] ص 282**:** يسببه الفيروس (B) =(Hépatite B)، ينتقل الفيروس من النوع (B) عن طريق الدم وعن طريق العلاجات التي تعطى بالإبر (عضليا أو وريديا أو تحت الجلد) كما ينتقل بواسطة المعدات الطبية الملوثة بهذا الفيروس، كذلك في العمليات الجراحية، ويحصل انتقاله عند مدمني المخدرات أوعن طريق الاتصال الجنسي المباشر أو من الأم إلى الجنين.

يتسم هذا الالتهاب بخطورة شديدة على كبد المريض، فقد يؤدي إلى التليف الكامل للكبد وفشله عن القيام بوظائفه، مما ينتج عنه ما يسمى بالغيبوبة الكبدية والتي تؤدي إلى الوفاة.

تمتد فترة حضانة المرض من خمسة عشر إلى سبعة عشر أسبوعا، حيث يمكن التعرف عن وجود الفيروس بالدم عن طريق اختبار معين يكشف عن وجود مولدات الأضداد (Antigène) في دم المريض كما أنه لا يوجد علاج فعال للقضاء على هذا الفيروس المسبب للمرض بل يوجد لقاح ضد العدوى به[273].

الالتهاب الكبدي (C): وهو يشبه الالتهاب (B) من حيث التأثير على الكبد، لكن خطورته تمكن في عدم وجود علاج أو لقاح ضد العدوى بالفيروس المسبب له، كما أنه قد تمتد فترة حضانة المرض من أسبوعين إلى ستة وعشرين أسبوعا[141] ص 19.

حيث يصف العلماء فيروس الكبد (C) بالقاتل المتخصص الصامت أو قنبلة الكبد الموقوتة، فيقوم هذا الأخير بتغيير شكله وتركيبه حتى لا تتعرف عليه قوى المريض الدفاعية، فيستهدف خلايا الكبد السليمة ويهاجمها، كما يعتبر هذا الفيروس (HCV) أهم الفيروسات المسببة للالتهابات الكبدية المزمنة على مستوى العالم، فهو المسبب ل 75% منها ومسؤول عن المضاعفات الخطيرة التي تصيبها، أهمّها على الإطلاق التليف الكبدي ثم الأورام الكبدية.

ينتقل المرض من شخص إلى آخر عن طريق الدم أساسا أي عبر نقل دم ملوث من المريض إلى الآخرين، كذلك استعمال الحقن والإبر المشتركة وخاصة عند مدمني المخدرات، لذلك فإن المرضى المعرضين لنقل الدم مثل مرضى السرطان ومرضى الفشل الكلوي أو مرض النزف أو الهيموفيليا يكونون عرضة لانتقال المرض إليهم أكثر من غيرهم، أما تشخيص المرض فيكون عن طريق فحص الدم باختبارات مناعية تثبت وجود ألأجسام المضادة للفيروس المسبب له، وعندئذ يجب الاحتياط من دم المريض كما يمنع من التبرع به[238] ص 148، 151.

السفلس: (Syphilis)[19] ص293، 295: أو ما يطلق عليه بمرض الزهري، وهو مرض واسع الانتشار في جميع أنحاء العالم من أهم طرق انتقاله الطريق الجنسي المباشر، كما أنه ينتقل من الأم الحامل إلى جنينها، وكذا عن طريق نقل الدم، كما ينتقل عن طريق الحمامات والمناشف وهذا نادر جدا.

يتسبب في المرض بكتريا تدخل عن طريق الجلد أو الأغشية المخاطية إلى منطقة الجهاز التناسلي مسببة التهاب موضوعي (قرحة) ثم التهاب للعقد اللمفاوية، وتصل إلى الدم مسببة تجرثم الدم وتسممه، والذي يستمر أسابيع وأشهر أو سنوات.

تختلف مدة حضانة المرض بين نوعيه، السفلس الخلقي أو الولادي الذي يصاب به الجنين عبر المشيمة ويظهر خلال السنتين الأولى، والسفلس المكتسب والذي تكون مدة حضانته ما بين عشرة إلى

تسعين يوما والذي ينقل للشخص ويكتسبه بإحدى الطرق السابق ذكرها لتلك الأمراض المعدية، والتي من بينها وأهمها نقل الدم.

الملاريا (Malaria) أو البرداء[19] ص 289: هي مرض حاد يصيب الإنسان، تسببه طفيليات تعيش داخل الكريات الحمراء للمريض والأنسجة، من أعراضه تلك النوبات الدورية للحمى المصحوبة بفقر دم ثانوي حيث يحصل المرض نتيجة لسعة أنثى بعوضة يسمى بعوضة الأنوفيل الحاملة للطور المعدي وهي حبيبات البوغية، هذه الحبيبات تدخل إلى جسم الإنسان وبالذات إلى خلايا الكبد وتتطور، حيث تنفجر خلايا الكبد المصابة وتظهر بعض الأشكال في العروق الدموية تغزوا الكريات الحمراء وتنموا وتتكاثر دوريا فيها، ما يسبب انفجار الكريات الحمراء وحدوث فقر الدم، و فترة حضانة المرض من سبعة إلى أربعة عشر يوما .

تنتقل الملاريا بواسطة نقل الدم من الشخص المريض إلى الشخص السليم، وكذا باستعمال الحقن الملوثة، خاصة عند مدمني المخدرات أو عن طريق الأدوات الجراحية غير المعقمة.

توضيحا لما سبق نقول أن هذه الأمراض المعدية و الملوثة للدم و التي عرفها الطب البشري ، تعتبر أمراضا مستعصية في مجملها، حيث يؤدي وجودها في دم الإنسان إلى وصفه بالدم الملوث.

لكن للدم الملوث معنيان: الأول يقصد به التلوث الجرثومي، حيث يتم تسرب الجراثيم إلى الدم المحفوظ بسبب عدم اتخاذ الاحتياطات الفنية اللازمة أثناء سحب الدم من الشخص، وعدم إتباع تلك الطرق بصورة صحيحة[22] ص 230.

أما المعنى الثاني فهو التلوث الذي يعود إلى وجود فيروسات[396] ، وهي قابلة للانتقال في ذلك الدم إذا تم التبرع به، وذلك بسبب عدم إخضاع وحدات الدم المنقولة للمرضى إلى الفحوصات اللازمة لأجل التحقق من خلوها من الأمراض السالفة الذكر، وهو التلوث الذي يكون موضع بحثنا، فالدم الملوث في هذه الحالة هو محور العديد من الإشكالات الجدية التي تثيرها عمليات نقله من شخص إلى آخر، أهما الضرر الخطير اللاحق بالشخص من خلال عدوى فيروسية عبر الدم، وهذا في ظل وجود طرق أخرى لانتقال هذه الأمراض غير الدم، تلك الإشكالات التي يكتسيها الجانب الطبي من جهة والجانب القانوني من خلال جبر الضرر الناجم عن عملية نقل ذلك الدم الملوث من جهة ثانية.

2.1.1 . تنظيم عملية نقل الدم

يعد الدم عاملا من العوامل المهمة في حياة الإنسان، فقد إعتبره جانب كبير من الفقه عضوا من أعضاء الجسم الذي يمتاز بخاصية التجدد، وهذا ما يتيح التبرع به، فسحب كمية معينة منه من الجسم لا يؤدي إلى نفاذه، كما أن نقصه منه يرتب أضرارا تؤثر على الصحة والحياة.

وبهذا يلعب الدم دورا هاما في المجال الطبي، حيث أصبحت عمليات نقل الدم من إنسان إلى آخر مظهرا من مظاهر تقدم وسائل العلاج الطبي الحديث، وأداة فعالة في أيدي الأطباء والجراحين يساهمون بواسطتها في إنقاذ الأرواح وتحسين صحة الناس ، فالدم يستخدم في علاج الكثير من الحالات الطارئة التي يصاب فيها المريض بصدمة دموية ناجمة عن نزيف أو مرض أو جراحة، وهذا بقصد تعويض الدم المفقود.

وتفيسرا لذلك نجد نوعان من عمليات نقل الدم، عملية نقل الدم الذاتي وهي تلك التي تتم عن طريق نقل دم للشخص من نفس دمه قد سبق وأن سحب منه [19] ص 233، وعملية نقل الدم الكامل أو أحد مشتقاته وهو ما يهمنا في هذه الدراسة .

كما تتعدد الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم، حيث يمكن تصنيفهم إلى فئتين ، الفئة الأولى وهي المكلفة بالحصول على المادة الأولية التي يكون على رأسها مركز نقل الدم من جهة، والمتبرع بالدم من جهة ثانية، أما الفئة الثانية فهي القائمة بإدخال هذه المادة الأساسية إلى جسم المريض ، ونجد فيها كل من الطبيب الذي له دور جوهري وفعّال في ذلك، فضلا عن متلقي أو مستقبل الدم، الذي يعد السبب الرئيسي للعملية.

ولأجل توضيح ذلك سوف نستطلع التنظيم القانوني لهذه العملية العلاجية من خلال ما جاء به كل من التشريع الفرنسي والجزائري ، ثم التنظيم الموضوعي لهذا العمل الطبي من خلال شروطه و الأطراف المتدخلة و المنفذة له، وهذا من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: التنظيم القانوني لعملية نقل الدم

المطلب الثاني: شروط عملية نقل الدم و أطرافها

1.2.1.1. التنظيم القانوني لعملية نقل الدم

إن التسليم بمشروعية عملية نقل الدم وجعله أمرا مستقرا قانونا، إضافة إلى خطورتها وآثارها على المتبرع والمنقول إليه الدم، جعل منها محلا لتنظيم تشريعي، حيث صدرت العديد من الأنظمة والقوانين في مختلف دول العالم قصد السعي إلى تنظيم هذا العمل الطبي العلاجي المستحدث ، لكن سوف نحاول تسليط الضوء فقط على كل من القانونين الفرنسي باعتباره سباقا لهذا المجال والقانون الجزائري بالنظر إلى اهتمامه القاصر لها.

وسعيا منا لتبيان التطور التشريعي الذي لحق تنظيم نقل الدم عامة ، إرتأينا إستعراض مختلف القوانين والتنظيمات التي شهدها هذا المجال في كل من فرنسا كدولة حاولت الإهتمام للعمل على التقليص من تلك الإشكالات التي قد تنجم عن الممارسات به، والجزائر بإعتبارها تسن قوانين مستمدة وموازية للتشريع الفرنسي المذكور . ولأجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : التنظيم القانوني لعملية نقل الدم في فرنسا

الفرع الثاني : التنظيم القانوني لعملية نقل الدم في الجزائر

1.1.2.1.1. التنظيم القانوني لعملية نقل الدم في فرنسا

لقد عرفت فرنسا ثلاثة قوانين نظمت عملية نقل الدم من وقت ظهورها، كان أولها قانون 4 جانفي 1993، لكل قبل ذلك بدأ التحضير لأجل تنظيم عملية نقل الدم بعد الحرب العالمية الثانية، وذلك بصدور القانون رقم 52-854 الصادر في 21 جويلية 1952 بشأن الاستخدام العلاجي للدم البشري ومشتقاته والبلازما.

وقد عزز قانون 1 جويلية 1998 بالعديد من النصوص التنظيمية وحتى التشريعية التي عمدت إلى ضمان التطبيق الجيد له والتي من بينها تلك النصوص التي دعمت تنظيم نقل الدم و حاولت حل الإشكالات الناتجة عنه ، بذلك سوف نبين مراحل تنظيم عملية نقل الدم ضمن العناوين التالية :

أولا : تنظيم قانون 21 جويلية 1952 لعملية نقل الدم .

ثانيا : تنظيم قانون 4 جانفي 1993 لعملية نقل الدم .

ثالثا : تنظيم قانون 1 جويلية 1998 لعملية نقل الدم .

رابعا: تنظيم عملية نقل الدم بواسطة الأمر المؤرخ في 1 سبتمبر سنة 2005 .

خامسا : تنظيم عملية نقل الدم بواسطة المرسوم رقم 2010- 251 لسنة 2010 .

1.1.1.2.1.1. تنظيم قانون 21 جويلية 1952 لعملية نقل الدم

إن القانون رقم 52-854 الصادر في 21 جويلية 1952 بشأن الاستخدام العلاجي للدم البشري ومشتقاته والبلازما و الذي أشرنا إليه سابقا، قد جاء مندمجا في تشريع الصحة العامة الفرنسي فيما بعد ضمن المادتين 666 و667 المتعددة الفقرات.

وقد حرص هذا القانون على التأكيد على الهدف العلاجي لنقل الدم، وعلى الطابع التبرعي لتقديم الدم ومجانية ذلك، كما نص على مبدأ عدم اعتبار الدم شيئا يمكن المتاجرة به واستغلاله تجاريا ولا تملّكه، كما أنه جعل استخدام الدم يخضع لمجموعة من القواعد، كالرقابة الطبية وعدم الحصول على الدم إلا بواسطة طبيب وتحت إشرافه ومسؤوليته.

كذلك تعرض هذا القانون لمسؤولية المراكز الخاصة بنقل الدم في مواجهة المتبرعين نتيجة إجراء تعديلات طبية في مواصفات دمهم، وذلك عن طريق اللوائح والقرارات والتي دعمت صدور هذا القانون.

كما جعل توقيع عقد التأمين غير المحدد المبلغ من طرف تلك المراكز إجباريا، وذلك لحماية المضرورين نتيجة ما يلحقهم من ضرر وتعويضهم عنه.

كما اتجه الفقه و القضاء الفرنسي أنذاك إلى تأكيد نفس المبادئ التي جاء بها قانون 21 جويلية سنة 1952 وذلك اعتمادا على حكم استئناف باريس في سنة 1945، و تدعيما لذلك أصدر المشرع آنذاك مرسوما تنظيميا في 16 جانفي 1954 ، ليجعل تنظيم عملية نقل الدم من إختصاص وزارة الصحة فأكد أن تحضير الدم و مشتقاته لا يكون إلا في مراكز عمومية أو خاصة معتمدة من وزارة الصحة مع أخذ رأي لجنة المراقبة.

كذلك ألحق قانون 1952 بالمراسيم والقرارات الوزارية لكن لم يكن لذلك الفعالية الكبيرة في تنفيذه فقد كانت عملية نقل الدم تتم بشكل سيء، وهو ما فسح المجال لظهور بعض المشاكل، منها تلك الفضيحة التي أثارتها قضية الدم الملوث بفيروس الإيدز في فرنسا سنة 1987[323] ص 23، 24، والتي بدأت بشكوى من المتعودين على إستلام الدم في 25 فبراير 1987 ، يثبتون تسليم مواد ممكن أن تؤدي إلى الموت[136] ص 41 وتعرف هذه القضية بـ (Saga) والتي تم من خلالها توزيع دم ملوث بالسيدا على العديد من المستشفيات أدت إلى إصابة عدد كبير من المرضى المتلقين للدم بهذا الفيروس، كان معظمهم ممن هم مصابون بالنزيف (الهيموفيليا) ، حيث تسببت هذه الفضيحة في محاكمة مدير المركز القومي لنقل الدم، وأدت إلى مثول عدد من أعضاء الحكومة الفرنسية أمام العدالة، منهم رئيس الوزراء ووزير الصحة آنذاك.

كما أن إصابة هؤلاء المرضى بالإيدز أدى بالمشرع الفرنسي لإيجاد حل لتعويض هؤلاء، فأصدر قانون 31 ديسمبر لسنة 1991[382] ص 237، يتعلق بإرساء أحكام مختلفة ذات طابع اجتماعي، فبموجب المادة 47 من هذا القانون أتى المشرع بنظام لتعويض الضحايا عن الأضرار الناجمة عن التلوث الناتج عن نقل الدم أو الحقن بالمنتجات المشتقة من الدم بفيروس نقص المناعة المكتسبة(الإيدز) في الأراضي الفرنسية، حيث أنشأ عن طريق هذا القانون صندوقا خاصا لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز.

ويضاف إلى ذلك أن قضية الدم الملوث هذه، قد أثبتت عدم فعالية الإجراءات المتخذة آنذاك في مجال ضمان سلامة الدم، مما أدى بالمشرع إلى إصدار قانون 4 جانفي 1993 والذي أعاد من خلاله تنظيم عمليات نقل الدم وضمان سلامتها[326] ص 1، 2، وقد كان هذا القانون هو المرحلة التحضيرية لتنظيم نقل الدم الحالي.

2.1.1.2.1.1. تنظيم قانون 4 جانفي 1993 لعملية نقل الدم

لقد أدخل القانون رقم 93-5 الصادر في 4 جانفي 1993 والمتعلق بالسلامة في نقل الدم والدواء عدة تعديلات على قانون الصحة العامة الفرنسي، كما أكد على ضرورة تعزيز المبادئ الأخلاقية للتبرع بالدم، وذلك كونه طوعي و سري، إرادي ويتطلب موافقة المتبرع كما أن تنفيذه مقتصر على وجه الحصر على المؤسسات المصرح لها بذلك.

إضافة إلى ذلك فقد وضع هذا القانون تنظيم شامل وواضح لهياكل نقل الدم وكيفية رقابتها، فأنشأ الوكالة الفرنسية للدم (AFS)، كما نص على وضع جهاز سمي بلجنة سلامة الدم ومراقبة السلامة (C. S. T. H) أو ما يسمى بلجنة تأمين الدم، إضافة إلى مؤسسات نقل الدم والمختبر الفرنسي للتجزئة والتكنولوجيا الحيوية (LFB)، وقد جاء بتنظيم جديد للمشتقات الدوائية الثابتة من الدم، حيث إحتوت ذلك المواد 3، 4، 6 من القانون و الذي تضمنته المواد 666 إلى 670 فقرة 5 من قانون الصحة العام الفرنسي لسنة 1985 ، وسوف نبين ذلك ضمن مايلي.

الوكالة الفرنسية للدم: (Agence Française du Sang) (AFS): وهي مؤسسة ذات طابع إداري تخضع لإشراف وزير الصحة وتكون مسؤولة عن إدارة ورقابة عمليات نقل الدم، حيث تساهم في تعريف وتطبيق سياسة نقل الدم، والتأكد من مهمة تحقيق الفائدة العامة وأكبر قدر من السلامة بشأن تلك العملية كما تقوم برقابة وتنسيق نشاط المؤسسات التي تعمل في هذا المجال والربط بينها. لذا فهي تستغل بإعطاء تراخيص لهذه المؤسسات فيما يخص جمع الدم كما تقوم بإعداد تقرير سنوي حول نشاط جمع ونقل الدم ويعرض هذا التقرير على الحكومة، كما ينشر أمام الرأي العام.

لجنة سلامة الدم ومراقبة السلامة : (C S T H)

(Comité de Sécurité Transfusionnelle et d'hémovigilance)

وهي هيئة تابعة لوزارة الصحة، يختار أعضاءها من ذوي الكفاءات والتخصصات الطبية والعلمية.

ومهمة اللجنة هي مراقبة الجودة في نقل الدم، وكذا مراقبة الممارسات الجيدة في هذا المجال، فهي تهدف إلى التقييم والوقاية من الأحداث المؤسفة التي تحدث عند المتبرعين أو المستفيدين من منتجات الدم (PSL)، كما تقوم بتقديم المقترحات الضرورية لتطوير الأساليب والإجراءات التي تكفل تنمية وتحسين كفاءة وفعالية جمع الدم ونقله وتوزيعه، وحتى تخزينه في بنوك الدم، يكون وجود هذه اللجنة إجباريا وإلزاميا في المرافق الصحية العامة، كما أنه يوصى به في المرافق الصحية الخاصة.

مؤسسات نقل الدم: (Etablissement de Transfusion Sanguine) (E. T. S) تقوم هذه المؤسسات بنقل الدم وحفظه، حيث تجمع الدم ومشتقاته، كما تقوم بتحضير منتجات الدم غير الثابتة وتوزيعها، وذلك تحت إشراف ومسؤولية طبيب أو صيدلي، وتعمل هذه المؤسسات على إجراء التحاليل

المخبرية، وكل ذلك بعد حصولها على ترخيص من الوكالة الفرنسية للدم، تلك الأخيرة التي تقوم بتحديد النطاق الإقليمي لنشاط كل مؤسسة من مؤسسات نقل الدم.

مختبر التجزئة والتكنولوجيات الحيوية: (L. F. B)[396](L'laboratoire de Fractionnement et des Biotechnologies): عملا بالتوجيه الأوروبي الصادر في دول السوق الأوروبية المشتركة المتعلق بالمنتجات الدوائية المصنعة من مشتقات البلازما الأساسية، والتي اعتبرت أدوية مشتقة من الدم، أنشأ المختبر الفرنسي للتجزئة والتكنولوجيا الحيوية (LFB) في عام 1994 انطلاقا من الهياكل التي تمارس هذا النشاط وهو حاليا المؤسسة الوحيدة المرخص لها بتجزئة البلازما في فرنسا للحصول على الأدوية المشتقة من الدم ، كما أنه يخضع لرقابة وكالة الأدوية، فيما يتعلق بتلك الأدوية يشرف عليه مدير عام يعين من قبل وزير الصحة.

تنظيم القانون للمشتقات الدوائية الثابتة (Stables) من الدم: وإلى جانب المشتقات المتغيرة (Labiles) ككريات الدم الحمراء والبيضاء والصفائح الدموية، والتي تعتبر مواد غير قابلة للتسويق نظرا لقصر مدة صلاحيتها، نجد مشتقات الدم المعالجة صناعيا، والتي تصنع من مشتقات البلازما الأساسية، فهي عبارة عن أدوية، حيث تخضع لرقابة خاصة من حيث الترخيص بتصنيعها و إجراء التجارب عليها أو طرحها في السوق للبيع أو التوزيع، وفي هذا الصدد اعتبر التوجيه الأوروبي الصادر في دول السوق الأوروبية المشتركة أن هذه المنتجات الثابتة عبارة عن أدوية فدعى تلك الدول إلى أخذ التدابير الضرورية لمنع تلوث الدم ومشتقاته، كما نص على القواعد التي من شأنها ضمان سلامة الأدوية المشتقة من الدم .

وعلى إثر ذلك جاء قانون 4 جانفي 1993 متضمنا هاته الأحكام فنص على إنشاء الوكالة الفرنسية للدواء، وهي مؤسسة عمومية لها مهمة القيام بالدراسات والأبحاث الصيدلانية، وكذا اختصاص رقابة الأودية المستوردة وتلك المعدة للتصدير[205] ص 20.

وإجمالا لذلك فإن قانون 4 جانفي 1993 هو القانون الأول الذي نظم عملية نقل الدم، وخاصة إذا كان ملوثا، حيث أثار مجانية نقل الدم لصالح المرضى وأوضح أن أخذ الدم لا يتم إلا تحت إشراف ومسؤولية طبيب، كما أكد على ضرورة إجراء الفحوص اللازمة والتحاليل لمعرفة الأمراض التي قد تنتقل عن طريق الدم قبل استعماله، كما لا يمكن أخذ الدم أو مكوناته بهدف الاستخدام الطبي للغير من شخص قاصر أو حتى بالغ لكن خاضع لإجراءات الحماية القانونية ، إضافة إلى نص القانون على ضرورة ألاّ يعرف المتبرع شخصية المتلقي للدم ولا حتى المتلقي شخصية المتبرع، إلا إذا كانت هناك ضرورة طبية أو علاجية.

لكن لم يكتف المشرع بقانون 4 جانفي 1993 لتنظيم عمليات نقل الدم باعتبارها ضرورة علاجية ومن المسائل الحديثة التي تدخل في إطار المحافظة على الصحة العامة، بل ذهب إلى أبعد من

ذلك، وذلك من خلال تقرير نظام المراقبة الصحية وضمان سلامة المنتجات الصحية الموجهة للاستعمال البشري بكافة أنواعها بما فيها منتجات الدم (PSL) وهذا من خلال صدور قانون في 01 جويلية 1998 والمتعلق بتعزيز المراقبة الصحية وضمان سلامة المنتجات الصحية.

3.1.1.2.1.1. تنظيم قانون 1 جويلية 1998 لعملية نقل الدم[383]

لقد ذهب قانون 98-535 الصادر في 1 جويلية 1998 والمتعلق بتعزيز وتدعيم المراقبة الصحية وضمان سلامة المنتجات الصحية الموجهة للاستعمال البشري إلى أبعد من مجال نقل الدم، حيث كان من بين أحكامه الأساسية إنشاء معهد المراقبة الصحية (Institut de Veille Sanitaire)، إنشاء الوكالة الفرنسية لسلامة المنتجات الصحية (AFSS APST) للدم و كذا إنشاء اللجنة الوطنية للأمن الصحي (CCNSS) ، هذا إظافة إلى إنشاء الوكالة الفرنسية لسلامة الغذاء (AFSSA) والتي تتولى ضمان السلامة في مجال المواد الغذائية .

ومما سبق نلاحظ أن قانون 1 جويلية 1998 قد تضمن تنظيما خاصا لمراقبة السلامة، حيث جاء بعدّة أجهزة تكوّن الشبكة الوطنية للصحة العامة، وهي معنية بالسلامة الصحية وهي :

معهد المراقبة الصحية (Institut de Veille Sanitaire) :(InVs): هو مؤسسة عامة تحت إشراف وزارة الصحة، يقوم بمهمة الرصد والمراقبة الصحية الدائمة للسكان، حيث يقوم بمهمة جمع وتحليل وتحديث المعلومات عن المخاطر الصحية وأسبابها وتطورها، كما يكشف عوامل الخطر التي يمكن أن تغير أو تضر بصحة السكان، فيقوم على الفور بإبلاغ وزير الصحة عن وجود أي تهديد للصحة مما يجعله يوصي باتخاذ التدابير المناسبة أو الإجراءات لمنع تحققها، أو للتخفيف من أثر هذا التهديد[396].

كذلك يعمل المعهد على المساهمة في إدارة الأزمات الصحية، كما تطبق مهامه على جميع مجالات الصحة العامة والمتمثلة في: الأمراض المعدية ، تأثير البيئة على الصحة من خلال أنواع التلوثات المعروفة، المخاطر المهنية، الأمراض المزمنة والإصابات، المخاطر الدولية والأمراض المعدية التي تؤثر على البلدان الاستوائية.

أما في مجال نقل الدم فنجد أن معهد المراقبة الصحية مسؤول عن رصد أوبئة المتبرعين بالدم والموصوفة بالطبيعة المعدية، كل ذلك من أجل ضمان السلامة الصحية واتخاذ تدابير الوقاية من الأخطار الناتجة عن انعدامها.

الوكالة الفرنسية لسلامة المنتجات الصحية (afssaps)[293] ص 184، 185: هي مؤسسة عامة أنشأت لتحل محل وكالة الأدوية (AM) المستحدثة بموجب قانون 4 جانفي 1993، و قد تولت هذه

الوكالة مهامها في 1 جانفي 2000، كما أن لها صلاحيات واسعة على جميع المنتجات الصحية الموجهة للإستعمال البشري.

تمثلت مهامها في: ضمان السلامة والجودة والإستخدام السليم للمنتجات الصحية، حيث تقوم بالدراسة والخبرة باستمرار للبيانات أو المعطيات التي تتغير باستمرار لمعرفة المنتجات الصحية و تقوم بتقديم المشورة العلمية للمختبرات لتطوير منتجات جديدة و هذا قصد التحقق من التطبيق الجيد لتصنيع المنتجات ، وتعمل الوكالة على تقييم المخاطر الصحية الناجمة عن الأدوية وبصورة أعم جميع المنتجات الصحية الموجهة لإستعمال البشري، فهي مسؤولة عن إصدار التصاريح الخاصة بتداول وطرح الأدوية في السوق وهي السلطة الوحيدة لتنظيم البحوث الطبية الحيوية ، حيث تشارك في وضع وتنفيذ القوانين واللوائح ذات الصلة بجميع المنتجات لغرض الصحة، كالأدوية، المواد والمعدات ومنتجات الدم (PSL) والأنسجة والأعضاء...الخ.

للوكالة القدرة على وقف أو تقييد أو حظر استخدام هذه المنتجات إذا إعتبرت خطرا على الصحة كما لها إذا تحتم الأمر أن تقوم باتخاذ التدابير اللازمة لضمان سلامة الدم، وذلك تحت إشراف السلطات المختصة طبقا للمادة 25- 1221 المعدلة بموجب المرسوم رقم 2006- 99 لسنة 2006.

وبالتالي فإن الوكالة الفرنسية لسلامة المنتجات الصحية تعد عضوا هاما في نظام الصحة العامة، كما أن نشاطها الخاص بالرقابة والتفتيش يكون على قدر عال من الخبرة، وذلك من أجل جعل المنتجات الصحية المتاحة آمنة قدر الإمكان.

المؤسسة الفرنسية للدم (Etablissement Français du Sang) (EFS)[294] ص 196، 197 : هي مؤسسة عامة مكلفة بجمع وإعداد وتأهيل وتوزيع منتجات الدم (الدم الكامل، البلازما، الصفائح الدموية) في فرنسا، وذلك تحت إشراف وزارة الصحة، مقرها الرئيسي كائن في مدينة سان دوين (Saint- Denis)، وتتضمن المؤسسة 17 مرفقا إقليميا أو مؤسسة إقليمية مسؤولة عن منتجات الدم تحت التصرف ، أنشأت المؤسسة في 1 جانفي سنة 2000 وهي تعتبر النموذج الثاني لتنظيم نقل الدم إلى جانب مركز نقل الدم للجيش (CTSA) والذي أنشأ سنة 1945 والذي يعمل تحت سلطة وزير الدفاع ويقوم بتزويد قوات الجيش بمنتجات الدم في المستشفيات العسكرية.

تتولى المؤسسة الفرنسية للدم مهمة جمع الدم ، التأهيل البيولوجي للتبرعات ، إعداد مكونات أو منتجات الدم (PSL) وتوزيعها على الصعيد الوطني، كما تقوم المؤسسة بنشاطات ملحقة وإضافية تتمثل في تصنيع وتوزيع الكواشف المخبرية ، إنتاج مكونات ومنتجات الدم للإستعمال غير العلاجي و إعداد وتخزين وتوزيع وبيع الأنسجة البشرية والخلايا الأخرى من الدم، ومنتجات العلاج بالخلايا والجينات، إضافة إلى قيامها بالتحاليل البيولوجية وغيرها من تلك المتصلة مباشرة بموضوع محدد بعمليات نقل الدم.

اللجنة الوطنية للأمن الصحي(CNSS) (Comité Nationale de Sécurité Sanitaire)[293] ص 184

لقد نصت عليها المادة 1413- 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي، هي المسؤولة عن تحليل ودراسة الأحداث التي قد تؤثر على صحة السكان، والرصد والإبلاغ عن الأزمات الصحية ، وتقوم بتقديم المشورة بشأن جمع المعلومات إلى المدير العام للوكالة الفرنسية لسلامة المنتجات الصحية، كما أنها تقترح إجراءات التحقيق والدراسة والتقييم في مجال الأمن الصحي ومراقبة السلامة، وذلك عن التدابير المتخذة أو التي ستتخذ لمنع حدوث أو تكرار حدوث أي ضرر، إضافة إلى إعدادها لتقرير سنوي حول الأمن الصحي ومراقبة السلامة على المستوى الوطني.

كذلك تعمل اللجنة على التنسيق بين السياسة العلمية لكل من معهد المراقبة الصحية (INVS) والوكالة الفرنسية لسلامة المنتجات الصحية (AFSSAPS) وهيئة سلامة الغذاء (AFSSA)، لكن عدلت مهام لجنة الأمن الصحي وتكوينها بموجب قانون 200- 389 الصادر في 9 ماي 2001، والذي أنشأ الوكالة الفرنسية للسلامة الصحية البيئية (AFSSE) .

كما يجدر بنا أن نشير إلى أن اللجنة الوطنية للأمن الصحي لها علاقة مباشرة مع لجان حقوق الإنسان (CRH) الموجودة على المستوى الإقليمي ، و هي تقوم بتقديم تقارير إلى مدير الوكالة الإقليمية للصحة (ARS)، كما أنها تكون مسؤولة عن تنفيذ أحكام وقرارات الوكالة الفرنسية لسلامة المنتجات الصحية (AFSSAPS) والخاصة بالأمن ومراقبة السلامة، فتخطر دون تأخير المحافظ الإقليمي والوكالة عن أي صعوبة تعترض سلامة نقل الدم، ليتم إبلاغ المؤسسة الفرنسية للدم عن ذلك.

4.1.1.2.1.1 . تنظيم عملية نقل الدم بواسطة الأمر المؤرخ في 1 سبتمبر سنة 2005[395]

يخص هذا الأمر المؤسسات العامة الوطنية للصحة والمنازعات المتعلقة بنقل الدم، فهو يكرس قواعد نقل الدم المنصوص عليها في التوجيهات الأوروبية الأربعة الخاصة بسلامة ومأمونية نقل الدم[396].

فنجد في هذا المجال التوجيه الأوروبي CE /98/2002 الصادر عن البرلمان الأوربي في 27 جانفي 2003 قد وضع معايير الجودة والسلامة لجمع الدم والمراقبة والتحويل والحفظ والتوزيع للدم البشري ومكوناته لمنع انتقال الأمراض المعدية من خلاله كذلك التوجيه الأوروبي CE /33/2004 الصادر في 22 مارس 2004 الذي جاء لتنفيذ التوجيه 98/2002، حيث جاء بالمتطلبات التقنية التي ترسي معايير الجودة والسلامة لنقل الدم، وذلك من خلال وضع معايير القابلية للتبرع بالدم من خلال

فحص بلازما المتبرع بالدم في الجماعة الأوروبية ، وإضافة إلى ذلك تجد توجهان صادران في 30 سبتمبر 2005 وهما:

التوجه الأوروبي CE /61/2005 والمتعلق بمتطلبات التتبع والإبلاغ عن ردود الفعل السلبية الخطيرة وكذا التوجه الأوروبي CE 62/2005 الخاص بالمعايير والمواصفات المتعلقة بنظام الجودة في مؤسسات الدم.

ومن خلال تصفح الأمر 1087/2005 الفرنسي نجد أن هذه التوجيهات الأوروبية السابقة قد جسدت ضمنه، وهذا من أجل ضمان سلامة وجودة نقل الدم في القانون الفرنسي، وبذلك عمل الأمر 2005 -1087 على توسيع اختصاص مجال الصحة العامة حيث شمل الصحة المهنية، وأسندها للوكالة الفرنسية لسلامة الصحة البيئية (AFSSE) والتي أصبحت الوكالة الفرنسية لسلامة البيئة والعمل (AFSSET)، وكذا المؤسسة الفرنسية للدم (EFS) والوكالة الفرنسية لسلامة الأغذية (AFSSAPS)، كما نقل المنازعات التي تنطوي على مسوؤلية أشخاص اعتباريين من القانون العام وهم مديرو مراكز نقل الدم سابقا إلى المؤسسة الفرنسية للدم فأصبح لها ولاية قضائية موحدة لصالح القاضي الإداري للتقاضي في مسائل نقل الدم التي تديرها تلك المؤسسة، وأعطى للمحاكم الإدارية الاختصاص في ذلك، حيث قام بتبسيط الإجراءات القانونية للحصول على التعويض لضحايا التلوث بفيروس نقص المناعة المكتسبة والتهاب الكب الوبائي C الناتج عن نقل الدم.

إضافة لما سبق يمكننا القول أن الأمر 2005-1087 قد سمح بنشر سلسلة من اللوائح والتنظيمات وذلك ما بين سنة 2005 وسنة 2007[396]، تلك التنظيمات التي تضمن تنفيذ هذا الأمر في المجالات التالية:

تنظيم مراقبة السلامة: أين نجد المرسوم 2006- 99 المؤرخ في 01 فيفري 2006 متعلق بالمؤسسة الفرنسية للدم ومراقبة وتطوير قانون الصحة العامة الفرنسي.

تنظيم التبرع بالدم: ضمن المرسوم 2007-1110 المؤرخ في 17 جويلية 2007 المتعلق برصد والمراقبة البيولوجية للدم وتعديل قانون الصحة العامة.

التطبيق الجيد لعملية نقل الدم: المرسوم 2007-1324 المؤرخ في 7 سبتمبر 2007 متعلق بتخزين الدم و الذي عدّل قانون الصحة العامة الفرنسي بدوره.

تخزين مكونات أو منتجات الدم (PSL): نجد القرار المؤرخ في 10 أكتوبر 2007 خاص بتحديد الشروط اللازمة لتخزين منتجات الدم المتغيرة (PSL) في مرافق المؤسسات الصحية.

لكن نخلص في الأخير إلى أن الأمر 2005-1087 والذي استحدث من خلال أحكامه ما يسمى بالتقاضي الناتج عن نقل الدم أو المنازعات الناتجة عن عمليات نقل الدم باعتبارها أصبحت ضرورة علاجية لا غنى عنها، فإن تلك النزاعات قد أُقرت على إثر استحداثها المسؤولية المدنية وبالتالي

الالتزام بالتعويض لصالح المتضررين نتيجة نقل الدم عن طريق انتقال الأمراض المعدية لهم، كمرض فقد المناعة المكتسبة أو التهاب الكبد الوبائي C أو غيرها من الأمراض المسببة لتلوث الدم، هذا التعويض الذي نص عليه الأمر 2005-1087 قد جسده كذلك قانون الصحة العامة الفرنسي في مواده 3121-1 إلى المادة 3121-7، وعلى إثر ذلك جاء قانون 2008-1330 الصادر في 17 سبتمبر سنة 2008 المتعلق بتمويل الضمان الإجتماعي[387]، والذي أقر بموجب المادة 67 منه تعديلا لقانون الصحة العامة الفرنسي فإستحدث بذلك المادة 1221-14، التي أسندت تعويض ضحايا إلتهاب الكبد الوبائي C الناتج عن نقل دم ملوث إلى هيئة خاصة سميت بموجب المادة ، المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية .

وسرعان ماعدّل بذلك قانون الصحة العامة بموجب المرسوم رقم 2010- 251 المؤرخ في 11 مارس 2010 والمتعلق بتعويض ضحايا الضرر الناتج عن التلوث بفيروس نقص المناعة البشرية وفيروس التهاب الكبد الوبائي C و كذلك تعويض ضحايا الضرر الناتج عن التطعيمات الإلزامية.

5.1.1.2.1.1 . تنظيم عملية نقل الدم بواسطة المرسوم رقم 2010- 251 لسنة 2010[394]

لقد حدد هذا المرسوم في مضمونه الإجراءات الواجب إتباعها من طرف ضحايا الضرر الناتج عن نقل دم ملوث، وذلك بفيروس نقص المناعة المكتسبة وفيروس التهاب الكبد الوبائي C وحتى ضحايا الضرر الناتج عن التطعيمات الإلزامية في الدولة.

وتبعا لذلك نص المرسوم على تقديم طلبات التعويض إلى المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية والأمراض المعدية وعدوى المستشفيات، كما نص على كيفية الحصول على هذا التعويض من جهة وعلى الإختصاص في حالة عدم الحصول على التعويض بشكل ودي أو وقوع نزاع حول العرض المقدم للتعويض فجعل الأمر من إختصاص القضاء الإداري، وهي المحكمة الإدارية للمكان الذي يقع فيه محل إقامة مقدم الطلب، وذلك طبقا للمادة السادسة من المرسوم 2010- 251 لسنة 2010، وهو ما يجعلنا نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أولى إهتماما خاصا لتنظيم عملية نقل الدم بصفة عامة و ما يخص الإشكالاتها التي يمكن أن تنشأ عنها بصفة خاصة، فنقل الدم ضرورة علاجية لا غنى عنها، لكن مخاطرها عديدة لا بد من تجنبها، تلك المخاطر التي تخص نقل دم ملوث بالفيروسات المعدية خاصة بعد ظهور وانتشار تلك الأمراض الخطيرة التي لا علاج لها كمرض فقد المناعة وإلتهاب الكبد الوبائي (C).

وقد أدى هذا الوضع إلى إصدار نصوص قانونية تخص تعويض ضحايا هذه الأمراض التي انتقلت لهم عن طريق الدم وهذا ضمن قانون الصحة العامة ، كما دعم هاته النصوص بقواعد أخرى يستعين بها الضحايا ضمانا لحقهم ، و هو التعويض الذي أقره المشرع لمثل هاته الحالات.

هذا ما جاء به القانون الفرنسي في مجال التنظيم القانوني لعملية نقل الدم إلى المرضى المحتاجين له فما هو موقف المشرع الجزائري وماهي الأحكام التي جاء بها في هذا المجال؟

2.1.2.1.1. التنظيم القانوني لعملية نقل الدم في القانون الجزائري

إن التشريع الفرنسي الصادر في 21 جويلية 1952 والذي نظم عملية نقل الدم وحفظه، والذي كان مندمجا في قانون الصحة العامة بمقتضى المادتين 666 و667 بفقرتها المختلفة هو التشريع المعمول به في الجزائر سواء كان ذلك قبل الاستقلال بحكم أن الجزائر مستعمرة فرنسية أو بعد الاستقلال، ما دامت أن هذه الأخيرة لم يكن لها قانون يحكم هذا المجال، فقد تم تحديد سريان القوانين الفرنسية بعد الاستقلال باستثناء القوانين المخالفة للسيادة الوطنية[246] ص 878، و قد رجع هذا التمديد إلى الفراغ التشريعي الذي شهدته هذه الأخيرة عقب الاستقلال .

وقد أنشأ في ظل هذا القانون المركز الجزائري لنقل الدم وهو جمعية منشأة طبقا للقانون الفرنسي المؤرخ في 15 فيفري 1902 المتعلق بحماية الصحة العامة[380] ص 1173، والذي ظل ساري المفعول بعد الاستقلال إلى غاية صدور أول تشريع جزائري ينظم عمليات نقل الدم وذلك سنة 1968، حيث كان أول تنظيم يخص هذا المجال، هو الأمر 133/68 المؤرخ في 13 ماي 1968 والمتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبمؤسسات نقله[247] ص 1187، 1188، ثم تلي بعد ذلك تنظيم هذه المجال ضمن قانون حماية الصحة.

و توضيحا لذلك قسمنا هذا الفرع إلى العناوين التالية :

أولا : تنظيم نقل الدم بموجب الأمر133/68

ثانيا : تنظيم نقل الدم في قوانين حماية الصحة العمومية

ثالثا : التنظيم الحالي لعمليات نقل الدم في الجزائر

1.2.1.2.1.1. تنظيم نقل الدم بموجب الأمر133/68

تناول الأمر 133/68 المعدل على الخصوص تنظيم هياكل مصالح نقل الدم عبر التراب الوطني، فقد نص في المادة الأولى منه على أن:« منظمة نقل الدم تتكون من شبكة مصالح ومراكز موزعة على التراب الوطني وتضاف إليها مصالح مختصة بالبحث في خواص الدم (الهيماتولوجيا)...» ، وبالتالي فإن تنظيم نقل الدم في الجزائر آنذاك قد قسم هياكل نقله إلى نوعين : المراكز والمصالح

المختصة بنقل الدم و المصالح المختصة بعلم خواص الدم ، هذه المصالح تخضع إلى المنظمة المختصة بنقل الدم وهي: المركز الوطني لنقل الدم وتجفيف وتجزئة البلازما .

هذا المركز الذي حل محل المركز الجزائري لنقل الدم والذي كان موجود بعد الاستقلال طبقا للقانون الفرنسي للصحة العامة لسنة 1902، حيث نصت على ذلك المادة 40 من الأمر 133/68 واعتبرته كذلك[247].

وتتمثل هياكل نقل الدم المقررة بموجب هذا الأمر في كل من المراكز والمصالح المختصة بنقل الدم والتي قسمها التشريع المذكور إلى الأنواع التالية:

المركز الوطني لنقل وتجفيف وتجزئة البلازما[247]: وهو المنظمة المختصة بنقل الدم، حيث كان يقوم بتنظيم نقل الدم آنذاك على مجموع التراب الوطني، وذلك بالتنسيق مع مراكزه ومصالحه الجهوية والعمالية، فهو مؤسسة ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة العمومية.

يسير هذا المركز من طرف مدير عام وتساعده في ذلك لجنة وطنية استشارية تكلف بإصدار آراءها بكيفية عامة في جميع المسائل التي لها علاقة بنقل الدم ، و قد تمثلت مهام المركز الوطني في اختيار واهبي الدم لأن التبرع بالدم يعد اختياريا وتطوعيا ، القيام بالمراقبة الطبية على المتبرعين بالدم بواسطة الفحوص السرية والبيولوجية اللازمة عند اختيارهم وعند إجراء الفحوص الدورية اللاحقة ، مسك البطاقات الخاصة بالمتبرعين و القيام بعمليات أخذ الدم .

كما يقوم هذا المركز بتكوين مستودعات للدم الإنساني ومشتقاته و القيام بحفظها في أحسن حال وذلك لتزويد و تنظيم مصلحة استعجال نقل الدم قصد تزويد المنتفعين (المتلقين) للقطاعين الخاص والعام بالدم الحديث أو بمشتقاته في حالة الضرورة، وبمنتجات لتعويض البلازما عن طريق تحضير الدم المحفوظ والسائل و القيام بتجفيف البلازما وتجزئتها .

ويهدف المركز إلى تحسين تقنيات نقل الدم وكذا أساليب تحضير المنتجات المشتقة من الدم ، وإعداد الأدوات المعقمة والخاصة و تحضير أمصال تجريبية لتحديد المجموعات الدموية من أجل القيام بتعليم تقنيات نقل الدم ، وكذا تعريف مختلف طبقات الأطباء بهذه التقنيات والأساليب وذلك عن طريق التمرين.

المراكز والمصالح الجهوية والعمالية[247]:

مراكز نقل الدم: لقد كانت تعمل هذه المراكز على تحضير الدم الإنساني ومصله الحيوي (البلازما) ومشتقاته وذلك طبقا للمادة الأولى في فقرتها الثانية من الأمر 133/63، كما اقتصرت اختصاصاتها على جمع الدم وحفظه وتوزيعه بعد تحديد المجموعات الدموية وإجراء الفحوص المتعلقة ببحث الأمصال.

تحتوي هذه المراكز على فروع تابعة للمصلحة العمالية لنقل الدم، و التي تعمل على تنظيم مستودعات البلازما ومشتقات الدم.

المصالح العمالية: هي عبارة عن مصالح (Services) تنظم الدعاية لصالح التبرع بالدم، كما أنها تقوم بمسك مجموعة البطاقات للمتبرعين للدم والتابعين للعمالة، وتقوم بتحضير الدم المحفوظ والسائل الدموي المجمد والكريات المعلقة في السوائل .

إضافة إلى ذلك تقوم هذه المصالح بالاعتناء بمستودع البلازما المجففة ومشتقاتها والتي تسلمها المصالح المختصة في هذه الصناعات، كما تنظم مصلحة الاستعجال لنقل الدم للقيام بتسليم المنتجات الدموية للمنتفعين الخاصين والعموميين.

المصالح الجهوية: هي مصالح مؤسسة في المراكز الاستشفائية الجامعية وفي بعض مراكز العمالات، هذه المصالح كانت مؤهلة لإعداد أدوات نقل الدم وصناعة أمصال التجربة، إضافة إلى أنها تقوم بالمهام والأعمال التي تقوم بها المصالح العمالية.

هذه المصالح المذكورة كان لا يتسنى إنشاؤها أو نقلها أو إلغاء أي مصلحة منها إلا بموجب قرار من وزير الصحة، وذلك بعد استشارة اللجنة الوطنية الاستشارية.

المصالح المختصة بعلم خواص الدم (الهيماتولوجيا): هذه المصالح تختص بجميع الأشغال المتعلقة بالمختبرات وبالتحليلات والأبحاث المتعلقة في علم الهيماتولوجيا وعلم البيولوجيا، حيث تؤدي عملها كمختبر لبحث خواص الدم، وذلك بجميع التحليلات المطلوبة منها من طرف الجماعات والمؤسسات العمومية والزبائن الخاصين وذلك بمقابل (دفع ثمن ذلك) [247].

لكن ما يمكننا الإشارة إليه في الأخير أن هذا الأمر 133/68 لسنة 1968 قد قام بتنظيم عملية نقل الدم في شقها التنظيمي أو الهيكلي فقط، حيث إعتمد على التنظيم الإداري لمنظمة نقل الدم، والتي تتكون من الهياكل السابقة الذكر فركز على مهام وتشكيل هذه الهياكل، وهو ما أدى بنا إلى إستنتاج أن تنظيم عملية نقل الدم في الجزائر بواسطة هذا التشريع لم تكن إلا تنظيما هيكليا إداريا، حيث أهمل هذا التشريع الجوانب الأخرى ذات الأهمية، والتي كان القانون الفرنسي لـ 21 جويلية 1952 بشأن الدم ومشتقاته قد تطرق إليها ونظمها باعتباره القانون الذي كان سائدا قبل صدور هذا الأمر، وكذا باعتبار أن ديباجة الأمر 133/68 حيث نصت على اعتبار هذا القانون وبالضبط المواد 666 و667 من قانون الصحة العامة الفرنسي والمتعلقة بالاستعمال العلاجي لدم الإنسان ومصله الحيوي (البلازما) ومشتقاتها، من بين المقتضيات التي صدر على أساسها الأمر 133/68، وبالتالي فإن المبادئ والقواعد التي جاء بها هذا القانون تعد من أساسيات عمليات نقل الدم ، لكن نلاحظ أن المشرع الجزائري آنذاك قد أغفل عن التذكير بها وتنظيمها ضمن هذا التشريع الوحيد الذي كان ينظم ذلك، كقواعد وأخلاقيات التبرع بالدم، وكذا مسؤولية المراكز الخاصة بنقل الدم في مواجهة المتبرعين أو المتلقين عن الأضرار التي تلحقهم

والتعويض عن ذلك، وهو ما جاء به قانون 21 جويلية 1952 الذي كان مصدرا للتشريع الجزائري في ذلك الوقت .

2.2.1.2.1.1 . تنظيم نقل الدم في قوانين حماية الصحة العمومية

لم تخضع عمليات نقل الدم إلى أي تنظيم قانوني آخر جديد بعد الأمر 133/68، وهذا إلى غاية صدور قانون الصحة العمومية في سنة 1976 و القوانين المعدلة له.

تنظيم نقل الدم بموجب الأمر 76-79 المتضمن قانون الصحة العمومية [250] ص 1392، 1393:

لقد نص هذا القانون في الكتاب الخامس منه والمتعلق بممارسة الصيدلة وضمن الباب الثالث من هذا الكتاب والمتعلق بالمواد السامة وتقييد حرية التجارة في بعض المواد والأشياء تحت الفصل السادس والمعنون بـ : " الاستعمال العلاجي لمنتجات بشرية المنشأة "، وضمن المواد 354 إلى 356، على بعض المبادئ والقواعد المنظمة للتبرع بالدم، والتي كانت مكرسة في القانون الفرنسي لسنة 1952 السابق الإشارة إليه ، وهي تتمثل في عدم استعمال الدم البشري وهيوله ومشتقاته إلا لأغراض علاجية طبية جراحية محضة و تحت المراقبة الطبية ، كما أن التبرع بالدم ونقله يكون دون هدف مربح، أي مجاني.

ونص هذا القانون ضمن المادة 356 منه على أن جميع الأحكام المتعلقة بمنتجات الدم البشري تحدد بقرار من الوزير المكلف بالصحة العمومية، سواء بالنسبة لتحضير أو حفظ هذه المنتجات.

لكن ما لوحظ آنذاك أنه لم يصدر أي قرار يتضمن تنظيم أحكام نقل الدم أو منتجاته طوال تلك الفترة، إلى غاية صدور قانون حماية الصحة وترقيتها في 16 فيفري لسنة 1985.

قانون حماية الصحة و ترقيتها لسنة 1985: صدر القانون 85-05 في 16 فيفري 1985[252] ، تضمن هذا القانون في الفصل الثاني من الباب الرابع منه إلى أحكام تتعلق بالعلاج بالدم ومصله (البلازما) ومشتقاته، وهذا ضمن المواد من 158 إلى المادة 160 فقط، وهي ثلاثة مواد تطرقت إلى بعض الأحكام المتعلقة بالعلاج بالدم و هي أن التبرع بالدم (جمع الدم) وتحضير مصله (البلازما) أو مشتقاته يتم حصرا في الوحدات الصحية المتخصصة ، وأن يكون جمع الدم من المتبرعين تحت إشراف ورقابة أطباء أو مستخدمون متخصصون، حيث يتولى هؤلاء تحصين المتبرعين من أي ضرر، وكذا تحليل مصل الدم و العلاج بواسطة الدم أو مشتقاته.

وقد منع القانون القيام بجمع الدم من القصر، أو حتى الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية مع ضرورة تسجيل فصيلة الدم وجوبا على بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة.

ويلاحظ على ما جاء به قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985 أنها عبارة عن أحكام عامة لقواعد عامة جاء بها القانون الفرنسي سابقا، لكنه لم يتطرق إلى تنظيم عملية نقل الدم بين أطرافها من خلال تنظيم جمع الدم ومنتجاته أو مشتقاته ولا حتى تخزينه أو توزيعه أو مسؤولية القائمين عليه نحو المتضرر سواء كان متلقي الدم أو المتبرع به.

وهو ما يدعونا إلى القول أن تنظيم عملية نقل الدم، قد بقيت خاضعة من حيث تنظيمها الهيكلي الإداري إلى الأمر 133/68 السابق الذكر، والذي لم يلغى بالقانون 85-05 إلى غاية صدور القرار الوزاري رقم 219 المؤرخ في 7 ديسمبر 1991 والمتعلق بتنظيم حقن الدم وإنشاء مراكز ووحدات حقن الدم، والذي قسم في مادته الأولى الهياكل القائمة على حقن الدم إلى مركز، وحدة وبنك، واعتبر هذا القرار الهياكل بمثابة مصالح تابعة للقطاعات والمراكز الاستشفائية الجامعية والمؤسسات الاستشفائية المتخصصة، كما حدد هذا القرار صلاحيات هذه الهياكل وبيّن اختصاصاتها في المادة الخامسة منه[205] ص 30.

القانون08-13 لسنة 2008 المعدل والمتمم لقانون سنة1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[257] ص 3، 4.

لقد جاء القانون 08-13 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008 ليعدل ويتمم بعض أحكام القانون رقم 85-05 لسنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث نص في مادته الرابعة والتي جاءت لتعدل وتتمم المادة 170 من القانون 85-05 على مفهوم الدواء، واعتبر ضمن هذه المادة في الفقرة 11 أن المنتوجات الثابتة المشتقة من الدم عبارة عن دواء، وهو عبارة عن حكم جديد جاء به هذا القانون لم يكن موجودا في قانون حماية الصحة 85-05 لكن عرفه القانون الفرنسي منذ نشوءه.

كذلك نجد أن القانون 08-13 قد تضمن أحكاما جزائية متعلقة بنقل الدم، وذلك ضمن المادة 27 منه والتي جاءت لتعدل تلك الأحكام الجزائية الخاصة بالمواد الصيدلانية، حيث عدلت المادة 263 من قانون 85-05 ونصت على العقوبة الخاصة بالمتاجرة بالدم البشري أو مصله أو مشتقاته قصد الربح، فأصبحت الحبس من سنة إلى 3 سنوات وغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج بعدما كانت الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من 500 إلى 1000 دج، حيث ضوعفت العقوبة وفقا لهذا القانون حفاظا وتكريسا للقواعد الأخلاقية للتبرع بالدم والتي أتى بها قانون الصحة العمومية لسنة 1976 نقلا عن القانون الخاص بالدم والدواء الفر نسي لسنة 1952 و حثت على تطبيقها المبادئ والتوجيهات الدولية بدورها.

هذا ما جاء به قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 2008 المعدل للقانون 85- 05 لسنة 1985 في ما يخص مجال نقل الدم، لكن ما لا يمكن السهو عنه أن مجال نقل الدم في الجزائر قد ترك تنظيمه القانوني خاصة للمراسيم والقرارات الوزارية، ولم تأت قوانين حماية الصحة هنا إلا ببعض القواعد

العامة التي تخصه أما ما يعد تفصيلا فقد ترك للنصوص التنظيمية والمتمثلة خاصة في القرارات والمقررات الوزارية رغم ما تحتويه هذه التنظيمات من فراغات ونقائص كبيرة في هذا المجال.

ولهذا سوف نحاول التعريج عن مجمل ما جاء في تنظيم نشاط نقل الدم، وذلك بالنسبة للمراسيم أو القرارات الصادرة منذ سنة 1985، وهذا بعد صدور قانون حماية الصحة وترقيتها، كون أن هذا المجال كان يعاني فراغا تنظيميا كبيرا قبل صدور هذا القانون ، فلم تعرف الجزائر آنذاك سوى الأمر 68-133 والذي بقي ساري المفعول رغم صدور قانون الصحة سنة 1985 والقرار الوزاري رقم 219 في 7 ديسمبر 1991، وإلى غاية صدور المرسوم التنفيذي 95-108 المؤرخ في 9 أفريل1995 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم، وتنظيمها وعملها[261] ، والذي ألغى في المادة 35 منه أحكام الأمر 133/68، لكنه لم يلغ القرار الوزاري لسنة 1991 المتعلق بتنظيم حقن الدم وإنشاء مراكز ووحدات حقن الدم.

3.2.1.2.1.1 . التنظيم الحالي لعمليات نقل الدم في الجزائر

لقد بقي نشاط نقل الدم في الجزائر يعاني فراغا تنظيميا كبيرا وذلك إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي لسنة 1995 والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم كمؤسسة عمومية تشرف على السياسة العامة لتسيير نشاط نقل الدم في الجزائر، والذي اعتبر خطوة جد مهمة في هذا المجال، حيث ألحقت بهذه المؤسسة كل المهام والنشاطات والأهداف، وكل ما يتعلق بتنظيم نقل الدم في الجزائر، وهو ما دفع هذه الأخيرة إلى محاولة وضع تنظيم شامل لهذا القطاع، وذلك عن طريق تدعيمه في العديد من جوانبه بنصوص تنظيمية لم تكن موجودة من قبل من أجل تدعيم مجال الصحة وترسيخ كافة القواعد المتعلقة بنشاط نقل الدم، حيث عالجت هذه النصوص التنظيمية المقاييس الواجب احترامها في ميدان تحضير، مراقبة وتحليل الدم ومشتقاته بدءا من التجهيزات والمستهلكات الضرورية لهياكل النقل المكلفة بانتزاع الدم من المتبرعين ومعالجته القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته، إضافة إلى شروط توزيع الدم ومشتقاته مرورا بقواعد التطبيق الجيد للتحليل وتحضير مشتقات الدم غير الثابتة المستعملة للعلاج.

وإلى جانب ما سبق نلاحظ أنه قد وجهت عناية خاصة للمراقبة المصلية للمتبرعين وذلك من خلال الكشف الإجباري لداء السيدا، إلتهاب الكبد الوبائي C. B ومرض السيفليس، إضافة إلى القواعد والإجراءات المتخذة أثناء مراقبة مشتقات الدم الثابتة، وكذا الإجراءات الواجب اتخاذها من طرف مصالح العلاج في حالة حادث حقني، مناعي أو جرثومي.

وتتمثل هذه القرارات الوزارية في:

القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد قائمة التجهيزات والمستهلكات اللازمة لعمل الهياكل المكلفة بحقن الدم: الذي يحدد من خلال مواده التجهيزات والمستهلكات اللازمة لكل من الفحص

الطبي للمتبرع، الانتزاع للدم، تحضير مواد الدم، مراقبة فصائل الدم والمصل وكذا القيام بالتحاليل البيولوجية.

القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 والذي يحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته: وقد نص في مادته الثانية على المبادئ الأخلاقية التي تحكم عملية التبرع بالدم والتطوع، السرية والمجانية وكذا أنه غير مؤذي للمتبرع، كما حدد القرار السن القانونية للتبرع ما بين 18 سنة و65 سنة كاملة.

قرار وزاري مؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد شروط توزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة: حيث نص من خلال مواده على أن طلب مواد الدم لا بد أن يحرر من طرف طبيب، وأن هذه المواد لا تسلم إلا لممثل طبي أو شبه طبي للمصلحة الموجهة للطلب.

وتطبيقا لأحكام المادة التاسعة من هذا القرار صدر مقرر يتضمن الاتفاقية النموذجية المتعلقة بشروط وكيفيات تموين وتسعيره مود الدم غير الثابتة والمؤرخ في 18 أكتوبر 1998 والتي تكون بين المؤسسة العمومية الصحية الممون لمواد الدم غير الثابتة ومستعمل المواد.

القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 الذي يحدد قواعد التطبيق الجيد للتحاليل البيولوجية للدم المتبرع به: يتضمن المقاييس المتعلقة بالمحال المخصصة للنشطات المخبرية (الأماكن المخصصة لإجراء التحاليل)، كذلك الاحتياطات الواجب احترامها في مجال التحاليل البيولوجية للدم المتبرع به.

القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1995 يحدد خصائص مواد الدم الغير ثابتة المستعملة للعلاج.

قرار وزاري مؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد قواعد التطبيق الجيد لتحضير مواد الدم الغير ثابتة والمستعملة للعلاج: حيث تضمن قواعد التطبيق الملائمة للإستعمال، حيث حددت بموجب هذا القرار المقاييس المتعلقة بالمحال المخصصة لتحضير مواد الدم، وكذا التجهيزات والطرق المستعملة لتحضير مواد الدم ومقاييس حذف المواد غير المطابقة للمقاييس والنفايات.

قرار وزاري مؤرخ في 24 ماي 1998 يتضمن الكشف الإجباري عن مرض السيدا، إلتهاب الكبد B وC والسفليس في التبرع بالدم والأعضاء: وقد جاء هذا القرار معدلا ومتمما للنقص الذي جاء بقرار وزاري خاص بهذا المجال، كان قد صدر في 7 سبتمبر سنة 1991 تحت رقم 220 والذي كان يتضمن إجبارية الكشف عن الفيروس المسبب لالتهاب الكبد والسيدا والسيفليس في التبرع بالدم والأعضاء، حيث أن هذا القرار لم يحدد نوع فيروس إلتهاب الكبد الواجب الكشف عنه، مما أدى بالمشرع ضمن قرار 24 ماي 1998

إلى تحديد نوع الفيروسات الواجب الكشف عنها تحديدا وهي B وC باعتبارها أخطر أنواع الفيروسات بجانب فيروس (HIV) للسيدا، والتي تؤدي إلى تلوث الدم.

القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد قواعد انتزاع الدم في الحقن الذاتي المبرمج: والذي ينظم ويحدد القواعد المتعلقة بانتزاع الدم أو سحبه من الأشخاص الذين سوف تجرى لهم عمليات جراحية، حتى يتم نقله لهم عند إجرائها.

قرار وزاري مؤرخ في 24 ماي 1998 يحدد القواعد والإجراءات المتعلقة بمراقبة مشتقات الدم الثابتة: حيث يبين هذا القرار ما هو إجباري الكشف عنه في مشتقات الدم الثابتة، وكذا إجراءات الكشف ، قواعده والهياكل المكلفة به.

قرار وزاري مؤرخ في 24 ماي 1998 يتعلق بالوقاية والإجراءات المتخذة في حالة حادث حقني، مناعي أو جرثومي: يبين هذا القرار إجراءات المراقبة والوقاية، كما نص في المادة السابعة منه على حالة وقوع حادث غير منتظر وغير مرغوب فيه ناتج عن نقل الدم، نص القرار على اتخاذ إجراء إبلاغ الهيكل الذي تسلم مادة الدم وإيقاف عملية الحقن مباشرة مع تسجيل رقم كيس الدم المشبوه ومدة ظهور الاضطرابات ثم أخذ عينه من دم المريض المحقون إلى الهيكل المكلف بحقن الدم للمراقبة المناعية وكذا إلى مخبر علم الجراثيم.

لكن ماذا بعد هذا؟ وإذا اكتشف أن الدم المحقون به فيروسات أو ملوث أو غير صالح، فما هو موقف المريض الضحية في هذه الحالة؟ ، ما هي الإجراءات المتخذة من قبل هيكل حقن الدم أو الهيكل الذي سلم مادة الدم ؟، وما هو مصير المريض المنقول له الدم هنا؟ .

كل هذه التساؤلات لم نجد لها إجابة ضمن النصوص التنظيمية الصادرة عن الوكالة الوطنية للدم، ولا عن وزارة الصحة والسكان. وهو ما يبين التقصير الخطير من جانب المشرع، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار جسامة الأضرار الناتجة عن حدوث مثل هذه الحالات، والتي إكتفى بإصدار قرار وزاري يضم إجراءات شكلية وإدارية فقط لا تمنح المتضرر هنا أي نتيجة.

ما يمكن استخلاصه من خلال هذا الكم الهائل من القرارات الوزارية أنها كلها كانت في نفس الفترة الزمنية (24 ماي 1998) وقد أنجزت برعاية الوكالة الوطنية للدم حتى تقوم هياكلها بالسهر على تطبيقها كما أنها تغطي نوعا ما الفراغ التنظيمي الذي كان يخص نشاط نقل الدم خلال تلك الفترة السابقة عن ذلك.

وعلى إثر ذلك تم إعادة النظر في التنظيم الهيكلي لمؤسسات نقل الدم فصدر بهذا الخصوص القرار الوزاري المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم، إنشائها وصلاحياتها والذي أحدث مراكز ووحدات وبنوك جديدة بجانب تلك التي كانت موجودة آنذاك بمقتضى القرار الوزاري المؤرخ في 7 ديسمبر 1991 السابق، كما تناول اختصاصات كل هيكل من الهياكل على حدى، واستمر العمل وفق القرار الصادر سنة 1998 إلى غاية سنة 2006 .

القرار الوزاري رقم 198 المؤرخ في 15 فيفري 2006[274]: أصدرت وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات بمعية الوكالة الوطنية للدم القرار الوزاري رقم 198 المؤرخ في 15 فيفري 2006، بشأن إنشاء، تنظيم وتحديد صلاحيات هياكل نقل الدم، والذي ألغى في مضمونه، وبموجب المادة 14 منه القرار الوزاري المؤرخ في 09 نوفمبر 1998.

يهدف هذا قرار 15 فيفري 2006 إلى إعادة تنظيم الهياكل الإقليمية وأنشطتها في مجال نقل الدم حيث استندت إعادة الهيكلة إلى تنظيم إقليمي للولاية، فأنشأ مركز ولائي لنقل الدم (CWTS) في كل ولاية من ولايات الوطن، باستثناء ولاية الجزائر العاصمة ووهران وقسنطينة ، إضافة إلى ذلك فقد تضمنت المادة الخامسة من المرسوم هياكل نقل الدم والمتمثلة في كل من مركز ولائي لنقل الدم (CWTS) مركز نقل الدم (CTS) وهاته على المستوى الولائي، وفي كل ولاية كذلك نجد كل من : وحدة نقل الدم (Poste de Transfusion Sanguine) و بنك الدم (BS)، وهي على مستوى المرافق الصحية في الولاية، وكل هذه الهياكل تنشط في مجال تحليل وضمان النوعية الجيدة للتبرعات وتحضير وتوزيع منتجات الدم غير الثابتة[274]، وهي تسهر على التطبيق الجيد لممارسات نقل الدم.

كما تناول هذا القرار إختصاصات كل هيكل من هياكل نقل الدم على حده و جاءت به ملاحق تتضمن قوائم التنظيم والتقسيم الإقليمي للهياكل على مستوى كل ولاية من ولايات الوطن، وذلك عن طريق التعريف بالمراكز الموجودة بها والمرافق الصحية المغطاة والمناطق الخاصة بالعمليات المتنقلة لجمع التبرعات، فبالنسبة لإختصاصات هياكل نقل الدم نجد:

المركز الولائي لنقل الدم: (CWTS)[274]: يقوم هذا المركز بالمهام المنوطة به على مستوى الولاية، فهو يتكفل بالمشاركة في وضع وتنفيذ التدابير للتشجيع على التبرع بالدم و تنظيم وتجنيد المتبرعين لذلك، كما يقوم المركز بإستجواب المتبرعين بالدم وإجراء الفحوص السريرية المناسبة لهم والإحتفاظ ببطاقاتهم.

إضافة إلى ذلك يعمل المركز الولائي على توفير المؤهلات البيولوجية للتبرع بالدم و إعداد مكونات الدم و مشتقات الدم غير الثابتة ومعالجتها و مراقبتها ، من أجل إنشاء احتياطات الأمن من فصائل الدم النادرة وضمان حفظها و جودتها ، هذا إلى جانب تقديم تقرير فصلي عن نشاطات نقل الدم في الولاية إلى الوكالة الوطنية للدم و المساهمة في جمع المعلومات المتعلقة بأحداث أو حوادث نقل الدم.

كما يستطيع المركز الولائي لنقل الدم بعد موافقة الوكالة الوطنية للدم إعداد البلازما الموجهة للتجزئة وإعداد اختبار الأمصال والكواشف اللازمة لتقنيات التحاليل المناعية للدم .

مركز نقل الدم (CTS)[274]: يتكفل مركز نقل الدم بنفس المهام الموكلة إلى المركز الولائي لنقل الدم (CWTS)، زيادة على ذلك فإنه يقوم بتغطية إعداد وتوزيع منتجات الدم غير الثابتة بالنسبة لهياكل الدم والمؤسسات الصحية التي يغطيها.

وحدة نقل الدم (PTS) [274]: تقوم وحدات نقل الدم بنفس المهام الخاصة بالمركز الولائي لنقل الدم (CWTS) ومركز نقل الدم (CTS)، كما أنها تتكفل بتقديم تقرير فصلي عن نقل الدم إلى المركز الولائي لنقل الدم أو إلى مركز نقل الدم التابع له.

بنك الدم (BS): لقد أسند لبنوك الدم بمقتضى القرار رقم 198 لسنة 2006، نفس المهام التي تقوم بها كل من المركز الولائي لنقل الدم ومركز نقل الدم (CTS) ووحدة نقل الدم (PTS)، وذلك بموجب المادة 13 من القرار، إضافة إلى التزام هذه البنوك بتقديم تقرير فصلي عن نشاطات نقل الدم بها إلى كل من المركز الولائي (CWTS) ومركز نقل الدم (CTS).

هذه الهياكل التي جاء بها المشرع ضمن القرار الوزاري لسنة 2006، كانت ترتبط في مهامها بمؤسسات الرعاية الصحية، والمتمثلة في كل من المراكز الجامعية الاستشفائية (CHU)، المستشفيات المتخصصة، المستشفيات الجامعية والقطاعات الصحية، والتي جاء تنظيمها الإقليمي مرفقا عن طريق تلك الملاحق الصادرة ضمن القرار كما بقي هذا التنظيم لهياكل نقل الدم من خلال التقسيم على أساس المراكز الولائية ومراكز نقل الدم (CTS)، الوحدات والبنوك لكل ولاية، ومعتمدا ضمن السياسة الوطنية لنقل الدم إلى يومنا هذا.

لكن تماشيا مع إزدياد الكثافة السكانية وتغير عدد مؤسسات الرعاية الصحية، أصدرت وزارة الصحة والسكان قرارا وزاريا لتعديل القرار رقم 198، وهو القرار الوزاري رقم 2873 المؤرخ في 6 ماي 2008 الذي يعدل قائمة هياكل حقن الدم الملحقة بالقرار 198 لسنة 2006 بشأن تنظيم وإنشاء وتعريف وظائف هياكل نقل الدم.

القرار الوزاري رقم 2873 المؤرخ في 6 ماي 2008[396]: لقد جاء هذا القرار لتعديل قائمة هياكل نقل الدم الملحقة بقرار سنة 2006، وهو لم يعدل من مهام أو أقسام هذا الهياكل، ولكن عدل الأماكن التي تغطيها لتطبق السياسة الوطنية لنقل الدم وجدد قائمتها.

نص القرار على وجود 232 هيكل لنقل الدم منها 45 مركز ولائي (CWTS)، 24 مركز نقل دم (CTS)، 97 وحدة نقل دم (PTS) و55 بنك للدم (BS) وهو التقسيم الإقليمي الحالي لهياكل نقل الدم على المستوى الوطني، والتي تخضع في تطبيق مهامها للوكالة الوطنية للدم المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 9 أفريل 1995، والذي ألحق سنة 2009 بالمرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت 2009 متعلق بالوكالة الوطنية للدم لإعادة تنظيم هياكل الوكالة وعملها، والذي ألغى بدوره المرسوم التنفيذي 95-108 وذلك ضمن المادة 46 منه.

المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت 2009 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم[266]: لقد جاء المرسوم الجديد والخاص بإعادة هيكلة وتنظيم عمل الوكالة الوطنية للدم، من أربعة فصول ركزت على التموين الآمن والمناسب بمواد الدم، مع تأمين أقصى لحقن (نقل) الدم، والذي لا يمكن أن يتحقق إلا

إذا كان نظام التموين بالدم مسير وفق مبادئ الصحة العمومية وخاضع للمقاييس التقنية التي تضمن الحصول على مواد ذات نوعية جيدة.

إقترح المرسوم إنشاء 12 وكالة جهوية للدم في 12 ولاية تتكفل بإنتاج وتسيير نظام التموين بالدم ومواده بصفة منسقة وآمنة، تعمل هذه الوكالات تحت وصاية الوكالة الوطنية للدم ، كما أعاد المرسوم هيكلة نشاط الوكالة وفق نمط هرمي، وذلك بهدف توسيع نشاطها لتكون الوحيدة المتخصصة في هذا المجال وقد دعمه بإضافات أخرى من شأنها رفع قدرات الوكالة في جمع وتخزين وتسيير الدم.

نص المرسوم على أن الوكالة الوطنية للدم هي مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، وتوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة، يسيرها مجلس إدارة ويديرها مدير عام يعين بمرسوم رئاسي، لها مجلس علمي، وهو جهاز استشاري يبدي رأيه واقتراحاته في المسائل ذات الطابع الطبي، العلمي والتقني.

تمارس الوكالة مهامها على كافة التراب الوطني باعتبارها المتعامل الحصري في مجال الدم ، ومن بين المهامها إعداد واقتراح سياسة الدم وتطبيقها و التكفل بالاحتياجات الوطنية الخاصة بمواد الدم، فهي تعمل على إقتراح وضع نظام لضمان الجودة والتصديق على التقنيات و قواعد الممارسات الحسنة للحقن والمقاييس المتعلقة بمراقبة الدم ومشتقاته ، وتسعى إلى ترقية عملية التبرع بالدم وجمعه وتحضيره وتوزيعه وتحضير البلازما الخاصة بالاستعمال الصناعي و ترقية نشاطات التجزئة والتكنولوجيا الحية في مجال الدم[266]، كما تقوم الوكالة بتنسيق نشطات الوكالات الجهوية للدم و هي مركز المعلومات المتعلقة بالدم ومشتقاته بهدف تقييمها ، كونها تمثل الجزائر في المحافل الدولية في ميدان اختصاصها .

تتكون الوكالة الوطنية من مخبر وطني مرجعي إضافة إلى وكالات جهوية للدم:

فبالنسبة للوكالات الجهوية للدم[266]، هو التقسيم الهيكلي الذي استحدثه مرسوم 2009 وهي عبارة عن مؤسسات تكلف بضمان النشاطات المرتبطة بحقن الدم على المستوى المحلي، كما تقوم بتنسيق نشاطات مراكز الدم الولائية (CWTS) التابعة لاختصاصها ، تتكون الوكالات من: مراكز ولائية لنقل الدم و بنوك للدم.

تتكفل كل وكالة بعدد من الولايات التي يوجد على مستواها مراكز لنقل الدم مركزية (CWTS)+ مراكز محلية لنقل الدم (CTS) تابعة للمؤسسات الصحية، وبنوك للدم على مستوى المرافق الصحية، كما تعمل هذه الوكالات تحت وصاية الوكالة الوطنية للدم، هاته الوكالات التي صدر بشأن تنظيمها الداخلي القرار الوزاري المشترك سنة 2010.

القرار الوزاري المشترك الذي يحدد التنظيم الداخلي للوكالة الوطنية والوكالات الجهوية للدم[275]:

صدر هذا القرار في 18 أكتوبر سنة 2010، حيث أوضحت وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات ضمن هذا القرار الوزاري المشترك مع وزارة المالية والأمانة العام للحكومة المديريات

والمصالح التي تشمل عليها الوكالة الوطنية والمتمثلة في: أربعة مديريات نصت عليهم المادة الثانية من القرار.

أما بالنسبة للوكالات الجهوية فهي تشمل على مصلحة تنسيق نشاطات مراكز الدم الولائية وبنوك الدم، مصلحة إدارة الوسائل والمحاسبة ، مراكز الدم الولائية وبنوك الدم، كما يعين رئيس مخبر لإدارة مخبر الوكالة الوطنية للدم وهذا طبقا للمادة السابعة من القرار الوزاري .

وما يلاحظ أن هذا التنظيم القانوني الذي جاء به المشرع الجزائري في مجال نشاط نقل الدم ، لم يكن إلا تنظيما هيكليا إداريات بحتا فقد إهتم المشرع بالجانب الإداري والتسييري للمرافق أو المؤسسات المشرفة على عملية نقل الدم، بالإضافة إلى تقريره لبعض المبادئ والجوانب المعروفة دوليا في مجال نقل الدم، كالقواعد المنظمة للتبرع بالدم والتحاليل البيولوجية له وتوزيع مشتقات ومواد الدم وتحضيرها ومراقبتها إلى جانب الكشف الإجباري عن الأمراض الخطيرة به كالسيدا والتهاب الكبد C، لكنه أهمل جانب الأضرار التي تحصل عند عدم تطبيق هاته التنظيمات خاصة إذا حدث تلوث للدم بتلك الأمراض الخطيرة المذكورة سالفا وكان هناك نقل لهذا الدم لصالح أشخاص قد يتضررون جراء ذلك. فما هو موقف المشرع بالنسبة لحالة هؤلاء الضحايا هنا؟ فراغ لم نجد له إجابة من خلال تلك النصوص تشريعية كانت أو تنظيمية للمجال الطبي عامة، ومجال نقل الدم خاصة ، وهذا لما يكتسيه هذا النشاط من أهمية بالغة في حياة المريض المحتاج لنقل الدم، ولما يسفر عن مثل هذه الحوادث من أضرار خطيرة قد تودي بحياة الأفراد في المجتمع.

2.2.1.1. شروط وأطراف عملية نقل الدم

تعد عمليات نقل الدم من الأفعال الخطرة الماسة بالحق في سلامة الجسم لما قد يترتب عليها من اختلال في صحة الجسم وضعف في مقاومته للأمراض مما يتعارض مع طبيعة هذا الحق ، إلا إذا ثبت وجود ضرورة تستلزم نقل الدم ولا بديل عن ذلك، عندئذ يمكن القول بمشروعية هذه العمليات بشرط الحصول على رضاء المتبرع الذي يجب أن يكون دون مقابل، كما يشترط تبصير متلقي الدم تبصيراً كافياً بالعملية وآثارها، هذا إضافة إلى الشروط العامة التي يلزم توافرها في جميع الأعمال الطبية بما فيها عمليات نقل الدم.

وتتميز عملية نقل الدم بمرورها بمرحلتين، مرحلة التبرع بالدم ومرحلة نقله إلى المريض، ولكل منهما شروطها الخاصة، وهي تتطلب وجود أطراف متدخلة و قائمة بذلك ، فئة يسحب منها الدم أو قد تكون مكلفة بالحصول علية قصد إعطاءه للمريض، وأخرى تعمل عاى إدخاله لجسم المريض الذي يحتاج إليه ليعوض به النقص الذي أصابه، وعليه سوف يأتي بيان ذلك ضمن الفروع التالية :

الفرع الأول: شروط عملية نقل الدم

الفرع الثاني: أطراف عملية نقل الدم

1.2.2.1.1. شروط عملية نقل الدم

لقد عرفنا أن التبرع بالدم هو ضرورة إنسانية يحتاج إليها الكثير من الناسو هي تضم مرحلة للتبرع بالدم وأخرى لنقله إلى المريض المحتاج له ، ولأجل ذلك فقد حددت الدول أسسا عامة وشروطا تبنى عليها عملية نقل الدم، حيث أن هناك شروطا طبية وأخرى قانونية لا بد من توفرها، كما أن هناك شروط للتبرع بالدم و أخرى لنقله، والتي سوف يأتي توضيحها فيما يلي :

أولا : شروط التبرع بالدم

ثانيا : شروط نقل الدم إلى المريض

1.1.2.2.1.1. شروط التبرع بالدم

للتبرع بالدم شروط طبية و أخرى قانونية ، فالشروط الطبية تتمثل في ضرورة أن يكون المتبرع بحالة صحية جيدة، وعمره ما بين 18 إلى 65 سنة و أن لا يقل وزنه عن 50 كلغ ، كما لا بد أن لا يعاني هذا الأخير من أية أمراض مزمنة، حيث يسبق كل عملية انتزاع للدم فحص طبي إجباري في نطاق السرية التامة، أضف إلى ذلك أن يكون المتبرع بالدم سليما وخاليا من الأمراض الوبائية المعدية مثل: الإيدز (SIDA)، الزهري، التهاب الكبد الوبائي (Hépatites : A. B. C)، الأورام السرطانية الخبيثة والأمراض الدموية الوراثية والمكتسبة .

وزيادة على ذلك فلا بد أن يفصل بين التبرع والآخر ثمانية أسابيع على الأقل، حيث يتمثل العدد الأقصى لمرات التبرع بالدم ، خمسة مرات في السنة للرجال وثلاثة مرات في السنة للنساء[262].

أما بالنسبة للشروط القانونية للتبرع بالدم فقد تتمثل هذه الشروط في:

رضاء المتبرع بالدم: يعرف الرضاء بأنه القبول المبني على تحكم العقل الحر في التفكير في الأمور وعواقبها والصادر عن إرادة واعية لايعتريها عيب في فهم حقيقة الأمور[102] ص 342.

ويعد الحصول على الرضاء من المتبرع شرطا ضروريا وذلك لما ينطوي عليه من مخاطر كثيرة قد يتعرض لها هذا الأخير، ولذلك نجد التشريع الفرنسي باعتباره مصدرا لذلك قد إشترط رضاء المتبرع أو من يمثله قانونا.

كما نص قانون الصحة العامة الفرنسي في المادة 1221-6 منه على عدم جواز إحداث أي تغيير على خصائص الدم البشري قبل السحب إلا بموافقة مكتوبة من المتبرع، وبالتالي فقد تطلب المشرع هنا الرضاء المكتوب من المتبرع للإعتداد به، وهو ما لم تشترطه بعض التشريعات، والتي تركت الأمر في الرضاء للقواعد العامة، حيث يمكن أن يكون صريحا بالقول أو يكون ضمنيا.

ومنه لا يلزم في عملية نقل الدم أن يكون رضاء المتبرع خطيا، مكتوبا ولا يلزم أيضا أن يكون صريحا حيث يكفي الرضاء الضمني، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، أين لم يشترط صدور رضاء كتابي من المتبرع مثلما إشترطه في عملية إنتزاع وزرع الأعضاء البشرية ضمن قانون حماية الصحة وترقيتها، وذلك في المادة 162 منه، وإنما ترك الأمر كما أسلفنا في مجال نقل الدم للقواعد العامة في الرضاء، فمجرد توجه المتبرع إلى أحد مراكز نقل الدم للتبرع بدمه يعد موافقة وقبولا ضمنيا منه.

لكن حتى يكون رضاء المتبرع صحيحا ومنتجا لأثاره، يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط الخاصة و هي أهلية التبرع، أن يكون الرضاء حرا مع ضرورة أن يكون المتبرع متبصرا.

أهلية المتبرع: يشترط أن يكون الرضاء صادرا عن ذي أهلية كاملة، ومن متبرع بالغ راشد متمتع بقواه العقلية والذهنية، حيث إستبعد المشرع الفرنسي إمكانية سحب الدم من عديمي الأهلية، لكنه أجاز للأشخاص البالغين كاملي الأهلية والمتمتعين بصحة جيدة التبرع بدمهم، وذلك وفق القرار الوزاري الصادر في 3 نوفمبر 1986، الذي حدد سن التبرع بالدم ما بين 18 و65 سنة ، كما استثنى هذا الأخير من القاعدة العامة لنقل الدم القاصر والبالغ الموضوع تحت الرقابة القانونية[396] ، والذي أكد إستبعاده بموجب الفقرة الأولى من المادة 1221-5 من قانون ص ع ف ، لكنه مع ذلك أجاز نقل الدم من القصر فقط في حالة الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ العلاجية المطلوبة، أو في حالة عدم العثور على متبرع مناسب بفصيلة دمه من طرف الجهات المكلفة بجمع الدم ، لكن التبرع لا يتم هنا إلا بشرط موافقة والدي القاصر صراحة وكتابة وإذا رفض هذا الأخير يحظر نقل الدم، وهو ما أكده المشرع ضمن المادة 1221-5 السابقة في فقرتها الثانية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنجده بموجب الفقرة الثالثة من المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها لسنة 1985 المعدل والمتمم، قد اعتمد نفس الحكم الذي أتى به المشرع الفرنسي، حيث منع القيام بجمع الدم من القصر أو حتى الراشدين المحرومين من قدرة التمييز، وهم الأشخاص غير المتمتعين بقواهم العقلية أو الذهنية (عوارض الأهلية)[249] ، كذا هؤلاء الذين يلحقهم مانع من الموانع التي تعوق اكتمال أهليتهم لمباشرة تصرفاتهم (مانع طبيعي أو قانوني)، حيث يكون هؤلاء الراشدون المحرومون من قدرة التمييز والموضوعين تحت الحماية القانونية بحكم القصر، وبالتالي يمنع جمع الدم منهم.

من جهة أخرى فقد نص المشرع الجزائري ضمن القرار الوزاري الصادر في 24 ماي 1998 عن وزارة الصحة والسكان، والخاص بتحديد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته على تحديد سن التبرع بالدم حيث جاء ضمن المادة الثالثة منه أن التبرع بالدم يكون من الأشخاص الذين تتراوح أعمارهم ما بين 18 و65 سنة كاملة وهو النص الخاص الذي يؤكد منع جمع الدم من القصر، كون

القاصر المميز وهو الشخص ما بين 18 و19 سنة كاملة، يخرج من نص المادة 158 من قانون حماية الصحة وترقيتها، فقد حسم أمره بالقرار الوزاري المحدد لقواعد التبرع بالدم، فهو نص خاص يقيد النص العام المذكور سابقا.

إضافة إلى ذلك فقد جاء المشرع بضوابط أخرى في هذا المجال تخص عدم إمكانية انتزاع الدم من الأشخاص البالغين من العمر 60 سنة والذين لم يسبق لهم التبرع من قبل، كما حدد الحد الأقصى للتبرع بالدم عند الرجال والنساء الذين تتراوح أعمارهم ما بين 60 و65 سنة بثلاث مرات في السنة ضمن مدة زمنية بين تبرعين تساوي على الأقل ثمانية أسابيع[270].

لكن ما يمكن ملاحظته من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري لم يبين في مضمون نصوصه إمكانية جمع الدم من القصر في حالة الظروف الاستثنائية وحالات الطوارئ العلاجية ، أو في حالة عدم العثور على متبرع مناسب بفصيلة دمه من طرف الجهات المكلفة بجمع و نقل الدم ؟ فهل يجوز جمع الدم هنا من القاصر أم لا ؟ ، سؤال نقترح أن ينتهج فيه مشرعنا الجزائري نهج المشرع الفرنسي في ذلك ، فيجعل جمع الدم ممكنا بشرط موافقة ولي القاصر صراحة و كتابة على ذلك .

أن يكون الرضاء حرا: يلزم لصحة رضاء المتبرع أن يكون حرا[180] ص 75، حيث لا يخضع الشخص فيه لأي ضغط أو إكراه أو حتى غلط أو استغلال أو غبن يعيب إرادته كي يعتد بها[76] ص 360.

وباعتبار نقل الدم تدخلا وعملا طبيا، فيجب أن تكون موافقة المتبرع بالدم فيه موافقة حرة، صادرة من شخص عاقل راشد متمتع بملكاته العقلية والنفسية السليمة كما أسلفنا، حيث لا يجوز للطبيب المكلف هنا إكراه أي شخص على التنازل عن دمه مهما كانت الظروف أو الدوافع، فتأكيد حرية الرضاء وموافقة المتبرع بشكل إرادي دون إكراه أو ضغط هو أمر ضروري، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي ضمن قراره الوزاري الصادر في 22 سبتمبر1993[390] ص 13993، حيث أوجب على مؤسسات نقل الدم إحترام الطبيعة التطوعية عند عملية نقل الدم، كما نص على المبادئ الأساسية التي تحكم عملية التبرع، وذلك كونه تطوعيا سريا ، إراديا ويتطلب موافقة المتبرع، فأكد على تلك المؤسسات احترام هذه المبادئ والعمل على تطبيقها، مما جعله ينص على ذلك بموجب المادة 1221- 1 من قانون الصحة العامة كذلك ، فجعل نقل الدم ضمن هذه المادة يخضع للمبادئ الأخلاقية للعمل التطوعي.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد منع بدوره القيام بجمع الدم والذي يكون لأغراض استغلالية، وهذا ضمن المادة 158 من قانون حماية الصحة السابقة، وهو ما يفسر لنا أخذ المشرع بمبدأ حرية الرضا من جهة واحترام موافقة المتبرع الإرادية دون ضغط أو إكراه أو إستغلال من جهة ثانية فجمع الدم لأغراض إستغلالية من الأشخاص حتى ولو كانوا راشدين، يعيب إرادتهم ورضاءهم، حيث يكرهون

على التبرع بالدم من طرف من يستغلهم أو يستغل دماءهم، وبالتالي يكون رضاؤهم معيبا ، فالإستغلال يجعل التصرف صادرا عن رضاء معيب غير حر مما يمنع جمع الدم منهم.

ويمكن في هذا الصدد أن نطرح مشكلة الأشخاص الذين يكونون في حالة تبعية كالمساجين والمحكوم عليهم بالإعدام مثلا، كذلك أسرى الحرب، إذا كان نقل الدم منهم برغبتهم في تخفيف عقوبتهم فهل يعتد بهذا الرضا أم لا؟ .

نجد معظم التشريعات الجنائية لم تعالج مسألة نقل الدم من المساجين أو المحكوم عليهم أو أسرى الحروب، لكن اعتبرت هذه العملية إيذاء قصدي للإنسان يستوجب المعاقبة عليه، كون عملا إجراميا[116] ص 518.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتعرض لهاته الحالة في تشريعه ، لكن من المعروف قانونا أن إرادة المسجون غير حرة أي معيبة كما أن المحكوم عليه قاصر بحكم القانون (مانع قانوني للأهلية)، وبالتالي لا يجوز جمع الدم من هؤلاء طبقا للمادة 158 من قانون حماية الصحة.

أن يكون المتبرع متبصرا: إن الحكمة من الإلتزام بالتبصير هو احترام الشخصية الإنسانية، و حق الشخص في سلامة جسمه إذ يمثل الإخلال به مساسا خطيرا بهذا الحق، و التزام الطبيب بتبصيرالمريض يجد أساسه في الثقة التي يضعها المريض فيه، و تأتي هذه الثقة نتيجة عدم المساواة في العلم بينهما.

كما أن عدم التساوي في العلم بين الطرفين يلقي على عاتق الطرف الأكثر علما إلتزاما بالإفضاء بالمعلومات للطرف الأخر[170] ص 17، 18.

ويقصد بتبصير المتبرع بالدم إحاطته بالمخاطر التي يتعرض لها والعواقب المترتبة عن ذلك، حيث يقوم الطبيب المكلف بعملية سحب الدم بإطلاع المتبرع على هذه العملية حتى يتسنى له القيام بتقدير ومقارنة بين المخاطر والفائدة المرجوة من عملية نقل الدم .

وقد نصت أغلب التشريعات والقوانين المنظمة لعملية نقل الدم على ضرورة تبصير وإطلاع وإعلام المتبرع عن النتائج والمخاطر المحتملة للعملية حتى يكون رضاه مستنيرا متبصرا وواعيا ، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في قراره الوزاري الصادر في 22 سبتمبر 1993 والذي أشرنا إليه سابقا، فجعل هذا القرار واجبا على مؤسسات نقل الدم تزويد المتبرعين وإيفادهم بجميع المعلومات الضرورية حول التبرع بالدم واستخدامه، كما يجب عليهم تبليغ المتبرعين بالبيانات الطبية المتوفرة لديها والمتعلقة بصحتهم حيث أن سلامة المتبرع تقتضي قيام الطبيب بتبصيره، فقد يكون في أغلب الأحوال يعاني من أمراض خطيرة تجعله غير قادر على التبرع بدمه، كإصابته بمرض القلب والسل أو أمراض الرئة أو الأمراض المعدية الأخرى أو حتى إصابته بإرتفاع ضغط الدم، حيث لا يسمح له نهائيا بالتبرع لاحتمال تعرضه لمضاعفات على صحته من جهة وتفاديا لإنتقال هاته الأمراض من جهة أخرى.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده قد نص في المادة السابعة من القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998، والذي يحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته على أنه:« يتم التكفل بالمتبرعين وتحت مسؤولية الطبيب المكلف بإعلام المتبرع...» ، ومنه فإنه يقع على عاتق الطبيب الالتزام بإحاطة علم المتبرع بطبيعة عملية نقل الدم، وما قد ينجر عنها من مخاطر، وإلا كان مسؤولا عن كل النتائج الضارة التي تنجم عنسحبه للدم من جسمه حتى ولو لم يصدر منه خطأ أثناء قيامه بذلك. فإعلام المتبرع هو جزء من النشاط الطبي الذي يقوم به الطبيب.

لكن نجد أن المشرع هنا لم يتعرض إلى تحديد ما يتضمنه إعلام المتبرع تفصيلا وهو عكس ما فعله المشرع الفرنسي، لكنه قد تفادى ما يمكن أن يقع من إشكال حول مضمون إعلام المتبرع أو عدم فهمه واستيعابه لتلك المعلومات المقدمة من الطبيب، وذلك عن طريق تقرير التكفل بالمتبرع تحت مسؤولية الطبيب المكلف بإعلامه، وهذا بموجب المادة السابعة من القرار الوزاري السابق .

وما يمكن إجماله حول شرط الرضاء الصادر من المتبرع بالدم بأنه شرط ضروري وأساسي لإتمام عملية نقل الدم، وإكتماله لا يكون إلا بكونه رضاء حرا صادر عن شخص متبصر وذي أهلية، كما أن عدم الحصول على رضاء المتبرع وانتزاع الدم من جسم الإنسان دون رضائه يرتب جزاءات جنائية وأخرى مدنية فبالنسبة للجزاءات الجنائية قد أوردها المشرع ضمن المادة 303 مكرر 19 من القانون 09-01 المعدل لقانون العقوبات، والتي تنص على العقوبات المخصصة لكل من من يجمع مادة من جسم شخص على قيد الحياة دون الحصول على موافقته، والتي يدخل ضمنها عملية نقل الدم.

أما المسؤولية المدنية، فمن المعلوم أن لتحققها يتعين على المدعي المدني إثبات عناصرها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، حيث يكفي هنا إدعاء الشخص المنقول منه الدم أن العملية تمت دون موافقته وعلى الطبيب المكلف هنا أن يثبت حصوله على الموافقة إذا أراد نفي المسؤولية عنه.

أن يكون التبرع دون مقابل: لا يكفي الرضاء الصادر من المتبرع لأجل إباحة عمليات التبرع بالدم، بل لا بد أن يكون نقل الدم على سبيل التطوع، حيث لا يجوز للمتبرع أو المتنازل أن يتقاضى عوضا عن دمه فجسد الإنسان ليس محلا للمعاملات التجارية والمالية، وبالتالي يجب أن لا يكون تنازله عن دمه بدافع الربح أو المقابل المادي، حتى لا يفسح المجال لتجارة الإنسان بدمه، فالقيم الإنسانية تسمو على المال.

ونجد التشريعات قد نصت على منع بيع الدم أ, شرائه، والتي من بينها المشرع الفرنسي، حيث عرفت فرنسا قانون رقم 52-854 لسنة 1952 بشأن الاستخدام العلاجي للدم البشري ومشتقاته والذي جاء مندمجا كما أسلفنا في تشريع الصحة العامة ضمن المواد 666 و667، فحرص هذا القانون على تأكيد الطابع التبرعي لنقل الدم ومجانيته، كما نص على عدم اعتبار الدم شيء يمكن المتاجرة به واستغلاله تجاريا أو تملكه، فالدم عنصر من عناصر جسم الإنسان التي لا يجوز أن تكون محلا للتعامل

فيها، ومع ذلك فإن هذا القانون قد أكد على تعويض المتبرع عن الأضرار التي قد تنشأ نتيجة تعطله عن ممارسة أعماله كالضعف والنقص في قواه البدنية الناتج عن التبرع بدمه[175] ص 70.

إضافة إلى ما سبق فقد استمر المشرع الفرنسي في تأكيده على عدم وجود الربح أو الكسب المادي في عملية نقل الدم، وذلك بموجب المادة 1221-1 من قانون الصحة العامة الحالي وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائر في القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 جويلية سنة 2008 الذي ويتمم القانون 85- 05لسنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث نص في المادة 263 منه على:«يعاقب بالحبس من ستة إلى 3 سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 1.000.000 دج كل من يتاجر بالدم البشري أو مصله أو مشتقاته قصد الربح».

وهو ما يبين أن المشرع الجزائري قد منع أن يكون التبرع بالدم بمقابل مادي أو يكون هذا الأخير أو مشتقاته محلا للمتاجرة قصد الربح، حيث حدد بموجب القانون عقوبة جزائية لكل من يقوم بمثل تلك الأفعال.

ويجدر بنا أن نذكر هنا القانون الخاص بتنظيم عمليات نقل الدم رقم 178 لسنة 1960 المصري حيث عالج هذا القانون التصرف القانوني ببيع الدم البشري والذي بموجبه تحصل بنوك الدم على الدم ومكوناته ومشتقاته عن طريق التبرع أو عن طريق الشراء بمقابل أجر رمزي، كما تقوم هذه البنوك ببيع الدم مرة أخرى إلى الجمهور، وبذلك يعد شراء الدم من الجمهور أحد مصادر الحصول على الدم في مصر وحسب تسعيرة محددة قانونا وهي 50 قرش للقنينة الواحدة، هذا فضلا عن القرار الوزاري رقم 150 لسنة 1960 بالمكافأة المالية التي تمنح للمتبرعين ومقدرها 150 قرش، وذلك مقابل كمية من الدم وإعطائه وجبة طعام خفيفة وبعض المقوّيات بعد عملية التبرع[127] ص 37، فإعطاء الدم في القانون المصري قد يكون مجانا، وقد يكون نظيره مكافأة مالية رغم قلتها، لكنها مقابل مالي من الناحية القانونية، وبذلك يباع الدم من المتبرع إلى مركز نقل الدم، والذي بدوره يقوم ببيعه إلى المحتاجين له.

2.1.2.2.1.1. شروط نقل الدم إلى المريض

إن الحاجة لنقل الدم كبيرة، حيث أنها تستهدف شفاء المريض وإنقاذ حياته، ولما كانت هذه العملية هي وسيلة علاجية تنطوي على مخاطر، حيث تعتبر طريقا مباشرا لنقل العدوى بالأمراض الخطيرة والمعدية، كمرض الإيدز مثلا، فإن ذلك يقضي بالضرورة رضاء متلقي الدم عند علمه بحاجته إلى نقل الدم من جهة، وإلزام الطبيب بتبصيره عن مخاطر النقل ونتائجه المحتملة من جهة ثانية ، وسوف نتعرض لكل شرط منهما على حده :

رضاء متلقي الدم: يقع على الطبيب إلتزام بالحصول على رضاء المريض قبل مباشرته لأي تدخل طبي، إلا في حالات الضرورة أو الإستعجال[209] ص 41، وعليه فإن الحصول على رضاء متلقي الدم أمر ضروري لا بد منه، وذلك صيانة لحق المريض في سلامة جسمه واحتراما لحريته الشخصية، فعملية نقل الدم هي عمل طبي، لذلك فهو يحتاج إلى قبول ورضاء المريض، لكن الرضاء هنا لا يشترط شكلا خاصا، فقد يكون صريحا بالقول أو يستخلص من الظروف والملابسات التي تحيط بالشخص المتلقي للدم، والتي تحمل على الاعتقاد بأنه لو كان قادرا على الإعلان عن إرادته لأعلن عن رضائه بالنقل ، إذ جوز أن يكون مفترضا عندما لا تسمح حالة المريض بإبداء الرضاء الصريح أو الضمني، كما يكفي لإجراء عملية نقل الدم عدم معارضة المريض لها نظرا للفائدة التي تعود عليه من هذه العملية، كون الرضاء ممكن أن يكون سابقا للعلاج أو عند إجرائه[175] ص 80، وهو ما يجعلنا نقول أن عملية نقل الدم لا تستوجب الموافقة الكتابية، لأنها تجري في الحالات الضرورية لإنقاذ حياة المريض أو عند وقوع الحوادث، فالطبيب لا يستطيع إجراء عملية جراحية أو نقل دم للمريض إلا في الحالات التي تكون فيها الضرورة واضحة ووجود خطر فوري يهدد حياته[331] ص 449.

لكن ماذا لو رفض المريض نقل الدم إليه لأسباب عرقية ودينية تمنع ذلك؟ ، إن مثل هذا السلوك من المريض أو أهله في مثل هذه الحالات يعد تعنتا وإنغلاقا قد ينتج عنه إصابته بمضاعفات خطيرة قد تؤثر على صحته، حيث أن نقل الدم للمريض في الحالات التي تستوجب إنقاذ حياته يعد أمرا ضروريا لذلك.

وقد أثير موضوع رفض المريض إجراء عملية نقل الدم إليه أمام محكمة النقض الفرنسية[175] ص 83، فقررت المحكمة أن المريض فوت على نفسه فرصة إنقاذ حياته، على الرغم من أن عملية نقل الدم إليه لم تكن لتنقذ حياته بصورة مؤكدة وذلك لخطورة حالته، وهو ما يفسر اعتبار محكمة الموضوع رفض المريض نقل الدم إليه سببا كافيا لعدم مسؤولية الطبيب نتيجة عدم تدخله لإجراء عملية نقل الدم للمريض، حيث أن الرفض يقطع العلاقة السببية بين خطأ الطبيب (عدم تدخله لنقل الدم) والنتيجة الحاصلة وهي الوفاة، فمسلك المريض هو سلوك غير مألوف[175] ص 83.

وعلى إثر ذلك نصت جل التشريعات على هذا الإلتزام الملقى على عاتق الأطباء، فالأصل أنه على الطبيب التزام سواء في حالة العلاج أو الجراحة بالحصول على رضا المريض بذلك، وتخلفه يجعل الطبيب مخلا بالتزام قانوني و أخلاقي، كما يكون هذا الرضا شخصي يصدر من المريض نفسه طالما أنه في حالة تسمح له بذلك أما إذا كان لا يستطيع التعبير كما لو كان ناقص الأهلية أو عديمها أو في غيبوبة فيجب أخذ رضا ممثله القانوني أو أهله المقربين حسب ما تقتضيه الحالة وما ينص عليه القانون.

لكن هناك حالات يتعذر فيها الحصول على رضا المريض أو من ينوب عنه حيث يصعب الإتصال بالأهل، أو قد يكون المريض في حالة لا يتأتى له معها التعبير عن إرادته[167] ص 128،

129، كما لو كان ضحية حادث ما تقتضي حالته التدخل السريع وعدم الإنتظار ولا تحتمل التفكير في تبصير المريض ورضائه أو تبصير و رضا من ينوب عنه إذا صعب الاتصال بهم في الوقت المناسب لأجل نقل الدم إليه، فهل يستطيع الطبيب إذن أن يقوم بعمله من غير حصوله على الموافقة هنا ؟ .

في فرنسا مثلا نجد قانون أخلاقيات الطب قد نص على ذلك في المادة 35 منه، حيث ألزم الطبيب بحصوله على رضاء المريض بالعلاج مقدما، وخاصة إذا كانت حالة هذا الأخير في خطر، فأكد على ضرورة احترام إرادة المريض في العلاج، وفي حالة عدم استطاعة المريض التعبير عن رأيه يجب أخذ رأي أقاربه، ما عدا في حالة الاستعجال أو الضرورة، كما أكد ذلك بدوره قانون 2002/303 الصادر في 4 مارس 2002 المعدل لقانون الصحة العامة الفرنسي والمتعلق بحقوق المرضى، وذلك بموجب المادة 1111-4 منه[384].

أما المشرع الجزائري فإنه يعتبر رضاء المريض شرطا عرفيا من شروط إباحة الأعمال الطبية، ويعتبر نقل الدم من الأعمال الطبية المباحة لذلك فإنه يطبق عليها ما يطبق على باقي الأعمال الطبية التي أباحها القانون الجزائري، حيث نص المشرع على ذلك بمقتضى المادة 154 من قانون حماية الصحة وترقيتها 85- 05 لسنة 1985 المعدل والمتمم بقولها : « يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك ، يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين على التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم، ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب ....».

كما نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه:« يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون وعلى الطبيب .....أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته»[260] ويفهم من خلال هذا النص أن الاستعجال يغفر أمر تدخل الطبيب بدون موافقة المريض أو من ينوب عنه فيعكس أثره على محتوى التزام الطبيب بأخذ رضاء المريض ، فحالة الإستعجال تخول له المساس بشخص المريض دون رضاه، بل هو في الواقع يحل محل هذا الرضا .

وحالة الاستعجال لا تكفي في ذاتها لإعفاء الطبيب من التزامه بأخذ رضاء المريض والحصول على تصريحه بالعلاج، بل يجب أن يكون المريض في حالة لا يستطيع إستيعاب شروح الطبيب للتعبير عن موافقته. و أن يكون من شأن، العلاج الذي يشرع فيه الطبيب وهدفه إنقاذ حياة المريض أو سلامة جسده .

وتؤكد أيضا على هذا الأساس المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب التي تناولت الرضا في الحالات الإستعجالية ضمن فقرتها الثانية على النحو التالي: "... ويجب على الطبيب .....في حالة

الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم أن يقدم العلاج الضروري للمريض، وعلى الطبيب أو ....أن يأخذ في حدود الإمكان رأي العاجز البالغ بعين الاعتبار إذا كان قادرا على إبداء رأيه " ، وبالتالي رضاء المريض هو شرط إباحة العمل الطبي والذي يكون ضرورة وشرط لرعاية جسم المريض وحصانته وعدم إرغامه على تحمل المساس بجسمه حتى ولو كان ذلك في مصلحته ، وتخلف الرضاء يجعل العمل الطبي غير مشروع يستوجب مسؤولية الطبيب الجزائية طبقا للمادة 264 وما يليها من قانون العقوبات، لكن يمكن إعفاء الطبيب من المسؤولية إذا تخلف شرط الرضاء، وهذا إذا أثبت وجود حالة الضرورة أو الإستعجال لإنقاذ حياة المريض ، حيث أكدت على ذلك المادة التاسعة من مدونة أخلاقيات الطب بنصها: « يجب على الطبيب أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له»[188] ص 274.

وما يلاحظ أن المشرع قد أكد أنه في حالة وجود خطر يهدد صحة المريض أو حياته فإن ذلك من قبيل حالة الضرورة التي تجيز تدخل الطبيب لمباشرة إجراءات العلاج، ولو تم ذلك دون موافقة المريض المعني بذلك التدخل، كما يطبق نفس الحكم إذا كان رضاء المريض غير سليم من الناحية القانونية، كما في حالة المريض صغير السن، أو من لا يملك القدرة الكافية على الإدراك والاختيار بسبب حالته المرضية التي تجعله غير قادر على الإدلاء بموافقته وتعذر الحصول على موافقة من يمثله قانونا في الوقت المناسب[166] ص 249.

لكن هذا الشرط يقودنا إلى التساؤل عن الحل في حالة رفض المريض عملية نقل الدم إليه؟

في هذا الصدد نجد القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة استئناف باريس الإدارية في حكم لها في 1998/06/09، أين رفضت المحكمة طلب المدعية بالتعويض، على اعتبار أن الحالات الضرورية لا مفر فيها من ترجيح مطلب قانوني على آخر، حيث أن واجبات الطبيب لا تتحدّد فقط في إحترام الإرادة الشخصية للمريض، فالأطباء لا يقومون بنقل الدم، إلا بعد أن تصبح حالة المريض متأخرة تقودهم لإتخاذ هذا القرار، فيجب على الطبيب معالجة المريض حتى دون رضائه لأن علاقة الطبيب بالمريض هي علاقة علاجية، ولهذا ليس من حق المدعية رغم أن الإجراءات الطبية كانت خطأ، وأن نقل الدم تم دون إرادتها وهذا لأن تصرف الأطباء لا يعتبر خطأ في حالة الضرورة أو الطوارئ، وبهذا رفض طلب المدعية بالتعويض[342] ص 1231، 1232.

ومن هذا الحكم نجد أن القضاء قد إستقر على ضرورة الحصول على رضاء المريض قبل المباشرة في العلاج متى كان المريض يستطيع إعطاء قبوله، لكن قد تحدث حالات تجعل الطبيب يتجاوز هذا الرضاء، وذلك متى كانت حالة المريض مستعجلة تتطلب التدخل الضروري لإنقاذ حياته.

وبخلاف ذلك فإنه يجب على الطبيب الحصول على رضاء المريض المتلقي للدم، وإذا ما قام بنقل دم دون موافقة المريض وترتب على ذلك ضررا له، كإصابته بفيروس لأحد الأمراض المعدية

الخطيرة كالإيدز أو إلتهاب الكبد الوبائي، فإنه يكون مسؤولا عن ذلك حتى ولو لم يثبت الخطأ في جانبه، وهذا لأنه قام بالعلاج دون رضاء مسبق من المريض أو من يقوم مقامه، فعدم الحصول على الرضاء من المريض هو خطأ، حيث أصبح تدخله للعلاج عملا غير مشروع،- فإذا نشأ عنه ضرر تحققت مسؤوليته، واعتبر الطبيب مسؤولا هنا،لأن المريض إنسان حر له الحق في سلامة جسمه الذي لا يجوز المساس به إلا برضاه، وأي اعتداء عليه يشكل اعتداءا على حريته وشعوره وكرامته الإنسانية حتى ولو كان الدافع لذلك مصلحة المريض.

وبالتالي فقد استقر الفقه والقضاء وغالبية الأطباء، أن الرضاء الحر والواضح من المريض البالغ العاقل أو من ينوب عنه قانونا هو شرط ضروري لإباحة العمل الطبي والذي يدخل في مضمونه نقل الدم إلى المتلقي، حيث لا يكون النقل مشروعا إلا إذا رضي به المتلقي للدم، حتى ولو تطلب القانون شكلا خاصا في الرضاء سواء كان صريحا أو ضمنيا، رغم أن غالبية الأطباء والقانونيين يطلبون أن يكون رضاء المريض مكتوبا[188] ص 274.

تبصير متلقي الدم: إن نطاق الالتزام بتبصير المريض يتوقف على مجموعة من العوامل يأتي على رأسها طبيعة المخاطر التي يتعرض لها، ومدى توافر حالة الاستعجال والضرورة، وحالة المريض النفسية، و ثقافته العامة والطبية[229] ص 239.

كما يشمل ذلك مخاطر العمل الطبي وأثاره ونتائجه، وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الالتزام وقضى بأنه على الطبيب الذي يجري عملية جراحية لمريض أو تدخل طبي دون تبصيره بالمخاطر المحتملة التي يمكن أن يؤدي إليها تدخله وبغير رضاء متبصر منه يعد مسؤولا عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله حتى ولو لم يرتكب خطأ طبيا ، حيث يستند في ذلك إلى اعتبار أن الأصل في المريض أنه إنسان حر كامل الأهلية، وهو صاحب الحق الأول في سلامة بدنه، وأن مبدأ حرمة جسم الإنسان وإحترام شخصيته يقتضي عدم المساس بجسمه[126] ص 106، 108.

فالتزام الطبيب بالتبصير هو التزام مطلق في حصول المريض على معلومات بشأن الإجراء الطبي المقترح إلا في حالات الضرورة أو الاستعجال، أو رفض المريض أن يكون على علم بذلك، كما أنه لا بد على الطبيب أن يعطي معلومات عادلة وبشكل واضح ومناسب عن مخاطر جسيمة تتعلق بالعلاجات المقدمة، حتى ولو كانت هذه المخاطر قليلة أو استثنائية[396].

وعليه فإن الموافقة المتبصرة من طرف المريض هي القائمة على دراية كافية و علم صحيح لدى المريض، حيث تعتبر تلك الدراية وهذا العلم هما مضمون إلتزام الطبيب بأن يمّكنه منها تمكينا تاما دون أدنى إلتباس أو غموض ، وذلك بإستعمال الألفاظ و المصطلحات العلمية السهلة و البسيطة التي تتناسب مع مستواه الفكري و الثقافي .

ولما كان من المعلوم أن عملية نقل الدم من الوسائل العلاجية التي تنطوي على مخاطر نقل العدوى بالأمراض الخطيرة بواسطة الدم المنقول إلى المتلقي، فإنها تتطلب اتخاذ موقف متشدد بالنسبة للإلتزام بتبصير المريض، حيث يقع على عاتق الطبيب المكلف بها الإلتزام بتبصير متلقي الدم وإعلامه الكامل من حيث حالته الصحية ومخاطر نقل الدم إليه ونتائجه المحتملة، فالإعلام والنصح يشكلان واجبا مهنيا يؤاخذ الطبيب على إهماله، لذلك يجب على هذا الأخير أن يوضح للمريض بأنه لا سبيل لإنقاذ حياته سوى استخدام عملية نقل الدم إليه، ويبصره ويفهمه تماما بطبيعة العلاج المقترح، كما يوضح له أن هناك طريقتين لنقل الدم، طريقة نقل الدم التقليدية، وطريقة نقل الدم الذاتية، وذلك حتى يستطيع أن يختار ويقرر الطريقة العلاجية الممكنة له.

كما يمكنه التوضيح للمريض المتلقي للدم خطورة العدوى أو الإصابة بمرض الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي، هذا باستثناء حالات الطوارئ أو الضرورة العلاجية التي يكون فيها المريض فاقدا للوعي[59] ص 64.

وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية الطبيب مسؤولا في حالة إجراء عملية جراحية لمريض دون أن يحيطه علما مسبقا، بأن تلك العملية تتخللها بالضرورة عملية ثانوية أخرى لها أهميتها وخطورتها، خاصة إذا احتاج المريض إلى نقل دم إليه نتيجة النزيف المتوقع حصوله في العمليات الجراحية الكبيرة والخطيرة[122] ص 34.

ومما تقدم يتضح أن تبصير المريض بحالته الصحية واحتمالات مرضه ومخاطره في مجال عمليات نقل الدم يلزم الطبيب من أجل الحصول على موافقة المريض بأن يحيطه علما بالمخاطر المهمة والمعتادة وبكل النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله والقيام بنقل الدم إليه، لكن هذا التبصير لا ينطوي على المخاطر البسيطة والنادرة والبعيدة الإحتمال، كما لا يلزم الطبيب إعطاء المريض كل التفاصيل التي لا يستطيع إدراكها علميا ، لكن ما يمكن استخلاصه أن الالتزام بتبصير المريض المتلقي للدم يتطلب التوافق بين احترام إرادة المريض في التصرف بجسمه عن طريق إخطاره وإطلاعه على المخاطر المهمة والمتوقعة لعملية نقل الدم ، فلا يجوز للطبيب أن يدخل الخوف والرعب في نفس المريض، وتبصيره بالمخاطر أو النتائج المحتملة والنادرة لعملية نقل الدم لكن يفضل تبصيره في حدود معينة احتراما لإرادته وحفاظا على صحته والموازنة بينهما.

وعليه فإن إقرار القضاء الفرنسي كما عرفنا بمبدأ ضرورة الالتزام بالتبصير فهو يؤدي بالطبيب إلى إخطار المريض وتحذيره بمخاطر العلاج المقترح في أي تدخل طبي كعملية نقل الدم، عدا حالة الضرورة والاستعجال.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ومدى موقفه من الالتزام بالتبصير، فإننا نرجع في ذلك إلى بعض النصوص من مدونة أخلاقيات الطب، والتي تبين مبدأ الالتزام بتبصير المريض بشكل عام وحدوده،

حيث نصت المادة 43 منها:« يجب على الطبيب أو...أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي»، فعلى الطبيب أن يعمل جاهدا بكل ما في وسعه ليوصل معلومات مستنيرة إلى مريضه عن كل ما يتعلق بوضعه الصحي وعن أي تصرف أو عمل طبي سيقوم به حياله، سواء كان علاجيا (كنقل الدم) أو جراحيا، و هو المبدأ الذي أقره المشرع الجزائري كقاعدة عامة بالنسبة لكل الأعمال الطبية والتي يدخل في مضمونها عملية نقل الدم إلى المريض متلقي الدم ، ماعدا حالة الاستعجال والضرورة أو الخطورة، فهي من بين الحالات التي أسقط عنها المشرع الجزائري بدوره إلتزام التبصير مثله مثل إلتزام الرضى من المتلقي والذي لا يطلب في مثل هذه الحالات.

إلا أنه وكقاعدة عامة تقوم مسؤولية الطبيب اتجاه الشخص المريض متلقي الدم إن هو أهمل واجب تبصيره للحصول على رضائه الواعي الحر والمستنير، لأن في ذلك مساس بمعصومية الجسد ومساس بكرامة المرء وهدر لأخلاقيات مهنة الطب، لكن كل ذلك باستثناء الظروف الخاصة والاستعجالية للعمل الطبي.

2.2.2.1.1. أطراف عملية نقل الدم

إن عملية نقل الدم متعددة الأطراف، كما أنها مكونة من وظيفتين الوظيفة الأولى هي الحصول على الدم ومشتقاته أو منتجاته، وهو المحور الأساسي للعملية والمادة الأولية لها ، أما الوظيفة الثانية فهي إدخال هذه المادة الأساسية في جسم المريض ، وهو ما يقودنا إلى القول أن هناك مجموعتين أو فئتين لذلك: الفئة الأولى: وهي المكلفة بالوظيفة الأولى، وهي الحصول على المادة الأولية والتي يكون على رأسها المتبرع من جهة، ومركز نقل الدم من جهة ثانية.

أما الفئة الثانية: وهي المكلفة بالوظيفة الثانية، ونجد فيها كل من الطبيب الذي له دور جوهري وفعال في ذلك، فضلا عن متلقي أو مستقبل الدم، والذي يعد السبب الرئيسي للعملية .

ونظرا لوجود هاته الأطراف المتعددة يقتضي منا الأمر لأجل التعرف عن كل طرف على حده تقسيم هذا الفرع إلى ما يلي :

أولا: المانحون للدم

ثانيا: القائمون بعملية نقل الدم

1.2.2.2.1.1. المانحون للدم

وهم أصحاب الوظيفة الأولى، والمتمثلة في الحصول على المادة الأولية والمتمثلة في الدم أو أحد مشتقاته، حيث يعد المانحون للدم هنا أحد أهم قطبي عملية نقل الدم، والمتمثلون خاصة في كل من المتبرع كمحرك رئيسي للعملية، إلى جانب مراكز نقل الدم كشريك في إتمام العملية، والذي لا بد أن

يضمن سلامة وأمن عملية نقل الدم سواء كان ذلك بالنسبة للمتبرع نفسه أو حتى المستقبل للدم على حد سواء ولذلك سوف نبين كل منهما.

المتبرعون بالدم: وهم المصدر الوحيد لتمويل مراكز نقل الدم، ولما كان لفظ التبرع في مفهوم القانون يعني أن الشخص يعطي دون إنتظار المقابل، فهل يعني ذلك في مجال نقل الدم؟

مما سبق ذكره إستنتجنا أن التبرع بالدم بدأ مجانا في العديد من الدول كفرنسا والجزائر ، وهذا تدعيما للأفكار والقيم الأخلاقية التي كانت سائدة والتي تقضي أن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون موضوع أعمال تجارية، لكن بسبب التقدم العلمي والطبي معا، وإزدياد الاحتياج لمنتجات الدم على اختلافها أدى ذلك إلى الاتجاه نحو النفعية، حيث أصبح المتبرعون بالدم في بعض الدول يتقضون تعويضا و لو كان صغيرا كمكافأة عن عملهم، وتغطية لنفقات الإنتقال إلى المستشفى أو غير ذلك.

كما أصبح التبرع بالدم في بعض الدول كمصر مثلا مهنة محترفة للكثيرين حيث أقرت المقابل المالي للتبرع بالدم صراحة واعتبرته لأجل ذلك قانونيا، فقسم المتبرعون على أساس ذلك إلى ثلاثة أنواع: متبرع مجاني (Donneurs Bénévoles)، متبرع بالمصادفة (عرضي) (Donneurs Rémunéré Occasiosionent) ومتبرع محترف (Donneurs Professionnels)[270].

لكن بالنسبة للمشرع الجزائري وطبقا للقانون 08- 13 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم للقانون 85-05، فإن التبرع بالدم يعد عملا إنسانيا دون مقابل مالي، حيث منع القانون المتاجرة به وخصها بعقوبة جزائية، كما أن القرارات الوزارية المنظمة لعملية نقل أو كما تسمى حقن الدم أكدت على التبرع المجاني والذي يكون دون مقابل مادي[270].

وعليه فإن التبرع بالدم وفقا للقانون الجزائري لا يكون إلا مجانيا مهما كان صاحبه حيث يشترط فيه أن يقوم بالتبرع تطوعا وسرا ودون مقابل مادي، كما لابد أن يتم ذلك من الأشخاص الذين تتراوح أعمارهم ما بين 18 إلى 65 سنة على العموم ، يتم التكفل بهذا المتبرع وتحت مسؤولية الطبيب المكلف، أين يلتزم هذا الأخير بإعلام المتبرع وإنشاء وتسيير بطاقة له، كما يتم فحصه طبيا حيث يشمل الفحص فحصا حديثا وفحصا عاما حتى يستنتج منه تقدير حالة المتبرع العامة، فيتم قياس ضغطه الدموي ووزنه، كما يقوم المتبرع بملأ استمارة يحدد نموذجها قانونا حتى يتم التعرف عن هويته، و يقدم هذا الأخير وثيقة رسمية للتعريف لأخذ المعلومات المتعلقة بحالته المدنية، ويقوم بعدها بملأ بطاقة لإنتزاع الدم الذي يكون من طرف ممرضين و تحت مسؤولية الطبيب، حيث يبقى المتبرع إثر ذلك تحت الرعاية لمدة 10 دقائق على الأقل في حالة التبرع بالدم الكامل أو 30 دقيقة على الأقل في حالة التبرع بالبلازما (طريقة الأفيرز) [270].

لكن ما يجب الإشارة إليه هنا أن المتبرع وفقا لأحكام القانون الجزائري رغم كونه متبرعا مجانيا فقط كونه يقوم بالعمل تطوعا، فإن القانون وضمن القرار الوزاري السالف الذكر قد نص على ما

يسمى بالمتبرع المنتظم، والذي يعتبر بدوره متبرعا مجانيا لكن يكون تبرعه بصفة دورية ومنتظمة، أي في كل مرة تسمح له ظروفه الصحية بذلك، وهو ما أدى بالمشرع إلى النص ضمن المادة 15 من القرار على تسليمه بطاقة متبرع منتظم تسهل عمليه إنتزاع الدم منه في كل حالة يريد التطوع فيها للتبرع بدمه وهذا حتى يسجل من خلالها تاريخ أول تبرع وعدد التبرعات التي قام بها الشخص كإجراء إداري يسهل عملية التبرع بالدم عامة.

وعليه وبعد أن عرفنا أن المتبرعين بالدم هم أشخاص متطوعين لأجل ذلك يكون عملهم هذا بدون مقابل مادي وبصفة إرادية، فهل لهؤلاء التزامات تربطهم من جراء ذلك؟ .

ما يمكن قوله هنا واستنادا إلى ما سبق فإن المتبرعين لا تترتب عليهم التزامات، فهم أشخاص تقودهم لذلك إعتبارات أخلاقية ومعنوية أكثر من أي شيء آخر، فالشخص الذي يقدم دمه لكي ينقذ مريضا أو عزيزا لا يحصل من ذلك إلا على عرفان وتقدير من جانب المريض أو أسرته، وإحترام من الجميع له، حيث أن غالبية الأعمال أو العقود التبرعية تخفي وراءها التزام طبيعي وأخلاقي اتجاه المتبرع له فيعتبر المتبرع نفسه ملتزما بإتمام هذه العملية بوحي من ضميره، حيث يستبعد بذلك الإكراه أو الجزاء، وما يكون تدخل القانون إلا لتنظيم ذلك، فيلتزم المتبرع بمجموعة من الالتزامات المنظمة لتلك العملية، كإلتزامه أن يكون بصحة جيدة وأن يكون دمه صالحا للتبرع به حتى يستفيد منه المريض، أن يلتزم بالصدق في المعلومات المدلى بها عن تاريخه الصحي، وأن يلتزم بالتبرع في الفترات المنصوص عنها في اللوائح الطبية.

هذه أهم إلتزامات المصدر الأساسي والوحيد لتمويل الدم، فماذا عن مركز نقل الدم كشريك لإتمام عملية النقل للدم؟

مراكز نقل الدم: لقد أنشئت مراكز نقل الدم منذ زمن طويل يرجع إلى القرن التاسع عشر، حيث أنه خلال الحرب العالمية الأولى سنة 1917 وبسبب الحاجة الملحة للدم لإنقاذ حياة جرحى الحرب ، تم إنشاء هيئات أو مؤسسات لجمع تبرعات المواطنين من الدم الموجه أصلا لإسعاف جرحى الحرب، هذه المؤسسات أصبحت فيما بعد تعرف بمراكز نقل الدم[344] ص 12.

فمركز نقل الدم مؤسسة تتعاطى سحب الدم البشري وتصنيفه وفصل مشتقاته الأساسية بعد إجراء الفحوصات الإلزامية عليه، كما تقوم بتخزين المشتقات حسب المواصفات العلمية المعتمدة قانونا لتقدم للمريض بناءا على طلب الطبيب المعالج.

وعليه تقوم مراكز نقل الدم بصفة عامة بإختيار المتبرعين المتمتعين بصحة جيدة والخالين من الأمراض، سحب الدم ومشتقاته من مقدميه و تصنيف فئات الدم وزمره وتخزين الدم ومشتقاته من أجل توفير الرصيد الكافي للمرضى، هذا إضافة إلى إجراء التحاليل المخبرية الإلزامية لكل مشتقات الدم التي

يقوم المركز بسحبها كتحاليل الأمراض المنتقلة عن طريق الدم كالسيدا، التهاب الكبد الوبائي، السفليس (الزهري)....

وقد جسدت تلك المهام بموجب النصوص القانونية في العديد من الدول، ففرنسا مثلا أسندت تلك المهام إلى المؤسسة الفرنسية للدم (L'établissement Français du Sang) (EFS) حيث أصبحت تلك المؤسسة بموجب قانون 1 جويلية لسنة 1998 السابق الذكر مكلفة بجمع وإعداد تأهيل وتوزيع الدم ومنتجاته في فرنسا وذلك تحت إشراف وزارة الصحة، كما تضمنت المؤسسة لأجل ذلك مرافق إقليمية مسؤولة عن وضع منتجات الدم تحت التصرف ، فأصبح للمؤسسة الفرنسية للدم بذلك وحتى الآن كل المهام التي عرفتها والتي كانت تقوم بها مراكز نقل الدم سابقا[293] ص 197.

لكن نجد المشرع الجزائري في هذا الصدد تناول المهام التي تقوم بها مراكز نقل الدم باعتبارها الشريك الثاني في عملية نقل الدم والمسؤول الوحيد عن نزع الدم وجمعه وتوزيعه في القرار الوزاري المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 والذي تعلق بتسوية هياكل حقن الدم وإنشائها وصلاحياتها. فتضمن هذا القرار بعض الصلاحيات المسندة إلى هياكل حقن الدم والتي تتضمن كما عرفنا كل من مراكز حقن الدم وحدات حقن الدم وبنوك الدم، فنصت المادة الخامسة القرار على أنه يكلف مركز حقن الدم بالمشاركة في إعداد ووضع نشاطات ضرورية لترقية التبرع بالدم ، تجنيد المتبرعين وتنظيم برامج لجمع تبرعات الدم وكذا وضع قوائم ومتابعة بطاقات الإعلام الآلي الخاصة بالمتبرعين بالدم ، ضمان المراقبة الطبية للمتبرعين بالدم من التجنيد إلى غاية التحاليل الدورية اللاحقة و القيام بإنتزاع الدم .

كما يقوم المركز بإنشاء مخزن خاص لدم الإنسان ومشتقاته وضمان الحفظ الجيد لتلبية الطلبات في حالة الكوارث ضمانا لمصلحة الإستعجالات في مجال حقن الدم ، إضافة إلى توفير مراقبة فصائل الدم و المراقبة المصلية و تحضير مشتقات الدم الغير ثابتة .

وتضمنت المادة السادسة من نفس القرار على أنه زيادة على تلك المهام السابقة الذكر، فإن مراكز حقن الدم يمكن لها وبعد إعتماد من الوكالة الوطنية للدم أن تكلف بتحضير البلازما لعملية التجزئة و تقوم بنشاطات الأفيراز وتحضير أمصال الكشف لتحديد فصائل الدم .

أما بالنسبة لوحدة حقن الدم فهي هيكل أسند له المشرع نفس المهام الموكلة لمركز حقن أو نقل الدم، لأن وجه الاختلاف بين الوحدة والمركز أن المركز يتكون من عدد من الوحدات، وبالتالي نفس المهام التي يقوم بها المركز تقوم بها وحدات حقن الدم لكن على المستوى الإقليمي أو المحلي.

ثم نأتي في الأخير إلى بنك الدم المكلف بصفة خاصة بتوزيع الدم ومشتقاته الغير ثابتة والتي يشملها كل من مركز نقل الدم أو وحدة حقن الدم[271] ، و تبعا لذلك يخضع عمل توزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة لمجموعة من الشروط حددها القرار الوزاري الصادر في 24 ماي 1998. على رأسها

تحرير طلب الدم من طرف الطبيب مع توضيح البيانات الخاصة بالمريض الذي يستعمل هذا الدم و نتائج الاختبارات المتوصل إليها.

ويعد مركز نقل الدم أحد الأطراف الأساسية في عملية نقل الدم حيث يعتبر مانحا له بعد جمعه من الأشخاص المتبرعين به، لذلك تربط مركز نقل الدم بهؤلاء علاقة تبرعية، فهو لا يجبرهم على ذلك، فالصفة الإرادية لعملية التبرع نفسها تجعل علاقة هذين الطرفين علاقة تبرعية بحتة.

لكن بالنسبة للقانون الجزائري نجد أن المستشفى العام قد يجبر في بعض الحالات أقارب المريض المتواجد به على التبرع بدمهم لقاء تزويد مريضهم بالدم عند حاجته، وذلك لتعويض الدم المأخوذ من المركز لصالح مريضهم، وهذا إن كان فإنه يكون بغرض توفير الدم الكافي بالمراكز وعدم نقصه، قصد تزويد المستشفيات والمرضى عند الحاجة لذلك.

2.2.2.2.1.1. القائمون بعملية نقل الدم

وهم الفئة الثانية التي تقوم بإتمام عملية نقل الدم، وذلك عن طريق إدخال الدم إلى جسم المريض، حيث تتمثل في طرفي العلاقة الطبية للعملية وهم كل من الطبيب المكلف بإدخال الدم لجسم المريض وهو الطرف الإيجابي والمريض المستقبل للدم أو مشتقاته كطرف سلبي يخضع جسده للطبيب، إضافة إلى المؤسسات الاستشفائية كطرف في العملية التي تقوم بدورها في إستقبال الدم الذي يتم جلبه من طرف مركز نقل الدم أو بنك الدم التابع لها أو حتى من المتبرع مباشرة في حالات الضرورة القصوى و الاستعجال.

الطبيب: وهو ذلك الشخص المؤهل علميا، والذي يمارس الطب ويعالج المرضى من خلال واجبات وآداب محددة يجب مراعاتها تعرف بآداب مهنة الطب، والتي يتعين على هذا الأخير الإلمام بها، فضلا عن الإلمام بالنواحي القانونية المتعلقة بهذه الواجبات والآداب، وهذا حتى لا يقع تحت طائلة المسؤولية.

لكن قد تفرض عملية نقل الدم إشتراك أكثر من متخصص في كل مرحلة من مراحلها، أين يقرر هؤلاء الأطرف ضرورة نقل الدم للمريض عند الحاجة وينفذونها، فعملية نقل الدم هي منطقة الاختصاص المشتركة بين أعضاء الفريق الطبي (une zone de compétence commune)، فهي تدخل في إختصاصهم جميعا أين يمكن أن يباشرها هذا الطبيب أو ذاك[213] ص 411. ولهذا يحضر المريض إلى طبيب خاص بالعلاج فيتم مراجعته لتحديد طبيعة مرضه، وبذلك تبدأ هذه العملية بالطبيب المعالج باعتباره أول من يتعاقد مع المريض.

كما يحتمل أن هناك طبيبا جراحا هو أول من يتعامل معه المريض، وبذلك يكون الطبيب المعالج هو أحد أفراد الفريق الطبي الذين يستعين بهم الطبيب الجراح، ويكون ذلك في حالة مراجعة المريض للطبيب الجراح قصد إجراء عملية جراحية علاجية وضرورية.

بينما الإحتمال الأخير فهو وجود طبيب تحليل الدم أو الطبيب المخبري، والذي تكون له علاقة بكل من الطبيب المعالج والطبيب الجراح مع استعانة هؤلاء بمساعدين لهم عند التنفيذ.

الطبيب المعالج: هو الطبيب الذي يقوم بتنفيذ عقد العلاج المبرم بينه وبين المريض، وقد يكون طبيبا عاما غير متخصص، أو قد يكون طبيبا اختصاصيا وفي نفس الوقت جراحا.

فالطبيب المعالج هو الطبيب الذي يلجأ إليه المريض لمعالجته وتحديد طبيعة مرضه والعلاج المناسب والضروري له، كما يمكن أن يكون الطبيب المعالج هو ذلك الطبيب الذي استعان به الجراح عند إجراء العملية الجراحية قصد استشارته في حاجة المريض إليها، ضف إلى ذلك أنه قد يكون الطبيب المعالج طبيبا يعمل بمستشفى عام أو يعمل لحسابه الشخصي، أو قد يكون تابعا للمستشفى الخاص.

الطبيب الجراح: قد يكون الطبيب الجراح هو الطبيب المتعاقد مع المريض قصد العلاج، وبذلك يكون هذا الأخير هو رئيس الفريق الطبي القائم على علاج المريض، فهو يقوم بإجراء التدخل الجراحي اللازم لحالة المريض، وعليه فقد تنشأ بينه وبين المريض هنا علاقة قانونية يمكن أن نصفها بعقد العلاج الجراحي[147] ص 42، 43، وعلى أساس ذلك يكون الطبيب الجراح طرفا مشتركا في العمل الطبي الذي يقتضي عملية نقل الدم لإتمامه سواء كان الطبيب الجراح تابعا لمستشفى عام أو خاص.

لكن مع تطور العلوم الطبية، تضاعفت مهام الأطباء، وخاصة الجراحين منهم، كما أصبحت تتجه إلى التخصص أكثر فأكثر، حيث ظهر عجز الأطباء عن القيام بكل ما يلزم لعلاج المريض، وأصبح من الضروري الاستعانة بالمساعدين في المجال الطبي، وعلى إثر ذلك أصبح الأطباء المنفذون لعمليات نقل الدم سواء ما كان منهم طبيبا معالجا أو جراحا يقومون بذلك بمعية مساعدين طبيين يعملون معهم، وهم إما الممرضون والممرضات أو الفنيون العاملون في مختبرات تحليل الدم أو مراكز نقل الدم أو حتى أطباء مساعدين أو بدلاء، حيث يقوم هؤلاء على طلب الأطباء المنفذين بأعمال طبية علاجية يدخل ضمنها تزويد المريض بالدم، وذلك عن طريق التفويض وتحت رقابة وإشراف الأطباء المنفذين، أين يشترط حضورهم أو تواجدهم بالقرب من المساعد الطبي أثناء تنفيذه لهذا العمل نظرا لخطورته، فتكون رقابتهم فورية وفعلية، وهذا ما أكدته المادة 196 من قانون حماية الصحة الجزائري بنصها:« يكلف المساعدون الطبيون، حسب اختصاصهم وتحت مسؤولية طبيب أو صيدلي أو جراح أسنان بما يأتي...».

ولهذا نجد أن من الواجب علينا أن نبين تلك الطائفة من الأشخاص الذين يمكن أن تفوّض لهم تلك الأعمال الطبية والتي يدخل في مضمونها تزويد المرضى بالدم قصد العلاج والاستشفاء.

مساعدو الطبيب: قد يستعين الطبيب المعالج أو الجراح بمجموعة من الأشخاص لتنفيذ التزامه في علاج المريض، وهم إما مساعدون يعملون إلى جانبه، أو بدلاء ينفذون الإلتزام بدلا عنه باسمه ولحسابه.

وقد يكون هؤلاء أطباء أو غير أطباء، وهذا حسب درجة وخطورة العمل المفوّض وخاصة إذا كان عملية نقل الدم للمريض.

الطبيب المساعد:(Le médecin Assistant): هو الطبيب الذي يعمل إلى جانب الطبيب المعالج ويشاركه في تنفيذ التزامه بصفة منتظمة ومستمرة، فهو يعمل تحت إشرافه و توجيهه بإعتبار هذا الأخير رئيس الفريق الطبي ، فيخضع لأوامره و ينفد تعليماته[146] ص 387، كطبيب تحليل الدم (médecin d'analyse) أو ما يمكن تسميته الطبيب المخبري ،حيث جرت العادة أن يقوم الطبيب المعالج بتحويل المريض إلى أحد المراكز المتخصصة في تحليل الدم لإجراء فحوصات الدم أو قد يقوم المريض بمراجعة المركز الذي يختاره هو لإجراء عملية التحليل ، لكن إذا كان الطبيب المعالج هو الذي قام بتحويل المريض لمركز التحاليل فإن ذلك يكون بناءا على حاجته لهاته الأخيرة قصد التوصل إلى إمكانية إجراء عملية نقل الدم بشكل صحيح وسليم لمريض إذا كان بحاجة لها.

طبيب تحليل الدم أو الطبيب المخبري: هو أحد أطراف العمل الطبي العلاجي الذي يقدم للمريض، له علاقة مباشرة بعملية نقل الدم له، حيث يقوم بالتحاليل الطبية اللازمة لدم المريض قصد تقرير حاجته الضرورية والمناسبة للدم الذي يمكن أن ينقل له.

كما يمكن لهذا الطبيب أن يكون طرفا أساسيا في حالة تلك الفحوصات والتحاليل التي يقوم بها للدم المتبرع به من طرف الأشخاص، فالتحاليل المعتادة أو تلك الاختبارات الطبية الحساسة والصعبة، يقوم بها طبيب تحليل الدم قصد معرفة مدى صلاحية الدم المتبرع به للإستعمال أو لا، فالدم المناسب والنظيف والخالي من الأمراض والفيروسات، كل ذلك نتائج على الطبيب المخبري استنتاجها وأخذ القرارات بشأنها لذلك فهو طرف هام في تلك العلاقة الطبية لعملية نقل الدم للمرضى.

الطبيب البديل أو المستخلف: (Le Remplaçant): وهو الطبيب الذي يقوم بعملية علاج المريض بمفرده، أو بجزء منها دون أن يكون متواجدا مع الطبيب المعالج أثناء العلاج، فهو في موقف مستقل عنه بخلاف الطبيب المساعد.

فالطبيب المعالج كالجراح أو متخصص النساء أو التوليد، يجوز له أن يستعين ببديل عنه، ولكن بعد موافقة المريض، لأن الطبيب البديل يقوم بتنفيذ الإلتزام كاملا بدلا من الطبيب المسؤول، كما يجوز له هذا البديل أن يستعين بمساعدين من أجل تنفيذ الإلتزام الذي تعهد به .

ويختلف الطبيب البديل عن الطبيب المساعد في أن المساعد يعمل بصفة مستمرة ومنتظمة إلى جانب الطبيب المعالج وتحت رئاسته، بينما عمل الطبيب البديل يكون مؤقتا، فهو ينفذ كل الإلتزام أو جزء منه بمفرده، فيكون في موقف مستقل في مواجهة الطبيب الأصلي ، وبهذا لا يرتبط الطبيب البديل بعلاقة مع المريض ولا يكون للمريض في مواجهته أي حق مباشر، فهو مساعد في نظر المريض للطبيب الأصلي[204] ص 52 .

الطبيب المقيم : (le médecin résident): وهو طبيب عام بحكم الممارسة العملية و الشهادة المتحصل عليها , فهو ممارس يتابع التكوين في ما بعد التدرج في العلوم الطبية و مسجل في دورة الدراسات الطبية المتخصصة على أساس مسابقة لالتحاق بالإقامة و يعين عقب تكوينه المتوج بشهادة الدراسات الطبية المتخصصة ممارس متخصص مساعد[268] ص 13.

ينتمي هذا الطبيب الى كلية الطب لكن تسيره المؤسسة الاستشفائية التي يعين بها أين يستفيد من التكوين التطبيقي الضروري تحت إشراف سلك الأساتذة و تحت مسؤولية رئيس المصلحة، فيقوم بأعمال العلاج و التشخيص و الوقاية[268] ص 13.

يمكن لهذا الأخير أن يأمر أو يشرف على عملية نقل الدم باعتباره طبيبا، فيمكن أن يعوض الطبيب الأصلي المختص، لكن بشرط أن يكون مقيم من السنة النهائية في الإختصاص نفسه.

المساعد الطبي (l'assistant médical)[252]: وهو المهني الذي يستوفي شروط تقنية ترشحه للقيام بتطبيق أعمال علاجية ووقائية مباشرة وشخصيا، حيث يقوم بتنفيذ تعليمات الأطباء عن طريق التفويض لكنه رغم تخصصه لا يمكن أن يمارسه أعمالا طبية تعد من إختصاص الأطباء كالتشخيص والجراحة، إلا بصفة تبعية وتحت إشراف الطبيب المعالج أو الجراح[204] ص 42.

وقد أورد المشرع الجزائري في نصوصه القانونية مواد تحدد مهام ومجموع الفئات التي ينتمي إليها المساعد الطبي، ضمن القانون ألأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية[267] ص 9، والتي تشمل أهم المساعدين الطبيين، وعلى رأسهم هيئة التمريض بالمستشفيات، سواء العامة أو الخاصة .

هيئة التمريض: تتشكل هذه الهيئة حسب القانون الأساسي الخاص بالموظفين شبه الطبي من صنفين هما مساعدي التمريض والممرضين.

مساعدي التمريض: (Aides – Soignants): وهم هؤلاء الأشخاص الذين يؤدون بعض الأعمال العلاجية البسيطة المساعدة لعمل الممرضين، فهم لا يقومون بعمل فني إلا تحت رقابة الممرض وإشرافه ومسؤوليته، وقد تضمنت المادتين 22 و23 من القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين للأسلاك شبه الطبيين رقم 11-121 المؤرخ في 20 مارس 2011 مهام مساعدي التمريض، والتي هي أعمال ومن المفروض أن يقوم بها المريض نفسه لكنه نظرا لمرضه يعجزه عن ذلك، إضافة إلى مهام أخرى تضمنها المادة 23 السابقة الذكر.

لكن تلك المهام المسندة لمساعدي التمريض لا يدخل في مضمونها عملية نقل الدم كونها عمل طبي يخضع لإشراف ومراقبة الطبيب المختص، فهي ليست عمل بسيط، مما يؤدي إلى خروجها عن مهام مساعد التمريض .

الممرضون(Les infirmiers): والذين حددت رتبهم بموجب المادة38 ، حيث يخضعون لأوامر الطبيب ، وذلك عند المساعدة في تنفيذ العلاج في حدود تخصصهم ومؤهلاتهم[267] ص 9.

طلبة كلية الطب: (Les étudiants en médecine): وهم الطلبة الذين تستقبلهم المراكز الاستشفائية الجامعية، والأطباء الممارسون في طور التكوين الذين يساهمون في العلاج، إضافة إلى الأطباء الممارسين في طور التكوين الذين هم في تربص تطبيقي.

هؤلاء جميعا هم طلبة الطب ، يمارسون أعمالا طبية وعلاجية تحت إشراف طبيب كفؤ، وهو ما جاءت به المادة 200 من قانون حماية الصحة 85- 05 ، حيث نصت :« يسمح لطلبة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية، أن يمارسوا تباعا الطب وجراحة لأسنان والصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية، تحت مسؤولية رؤساء الهياكل الممارسين».

وعليه فإنه لا توجد قائمة تحصر الأعمال المساعدة التي يؤديها هؤلاء الطلبة، لكن جاء النص عاما، ومنه يمكن لهم أن يقوموا بتزويد المرضى بالدم (نقل الدم) كعمل طبي علاجي مساعد، يكون بناءا على تنفيذ التزام الطبيب أو المستشفى، وذلك عن طريق التفويض منهم، فالطالب المتربص مجرد أداة لتنفيذ تعليمات الطبيب قصد التدريب .

ومما سبق يمكن القول أن المساعد الطبي تنتفي عنه صفة الطبيب فهو يمارس أعمالا طبية عن طريق التفويض وتحت مسؤولية الطبيب المشرف.

مستقبل الدم: وهو الذي يتمثل في كل من المؤسسات الاستشفائية سواء كانت عامة أو خاصة و المريض المحتاج للدم، والذي يكون الطرف الأساسي و المتضرور من عملية نقل الدم إذا كان ملوثا.

المؤسسات الاستشفائية**:** هي الطرف الإيجابي الأول المستقبل للدم، أين تقوم بتخزينه في بنوك الدم التابعة لها والمستحدثة بموجب التنظيم المعمول به في أغلب الدول و التي من بينها الجزائر .

وسواء كنت هذه المؤسسات الاستشفائية عامة أو خاصة فان لها علاقة مباشرة بعملية نقل الدم أين يقوم الأطباء بإجراء تلك العملية للمريض المحتاج إليها ، فهي تحوي بنوك تخزين الدم الذي يجلب من مركز نقل الدم بقصد الاستعمال عند الطلب ، كما قد تكون مستقبلا لدم المتبرع مباشرة والمتحصل عليه من أسرة المريض أو أقاربه عند الضرورة و الإستعجال كما هو متعارف عليه.

المريض**:** هو آخر طرف في عملية نقل الدم، التي قامت في أساسها لصالحه فمستقبل الدم هو مريض يحتاج للدم أو منتجاته ومشتقاته سواء بصورة عاجلة كما في حوادث الطرقات مثلا، أو التدخلات الجراحية، أو بصورة دائمة كمرض الهيموفليا أو الفشل الكلوي أو الإصابات الخطيرة[324] ص 205.

لكن علاج المستقبل هنا تحكمه قاعدتان جوهريتان تمثلان جانبا من حقوق هذا الأخير، والتي مثلت في الوقت ذاته إلتزاما على الطبيب، وهما أن المستقبل أو المريض لا بد أن يتسلم دما أم منتجا سليما صالحا للإستعمال، نظيفا غير ملوث بالأمراض ومناسبا له ، أما بالنسبة للإلتزام الواقع على هذا

المستقبل (المريض) نحو من يتلقى منه هذا العلاج (الدم) وهو الإلتزام بإتباع تعليمات الطبيب في مراحل العلاج المختلفة، فمن واجبه أن يزود طبيبه بالمعلومات التي يطلبها منه وفي حدود ما يتطلبه التشخيص للمرض، كإخباره بالأمراض التي سبق وأن أصيب بها أو الفحوص المخبرية والعمليات التي أجريت له والعلاجات التي سبق وأن تعاطاها، حتى تفيد الطبيب في الوصول إلى التشخيص الصحيح للمرض، كذلك يخبر الطبيب بالتطورات التي تطرأ على حالته نتيجة العلاج الذي تناوله من دم كامل أو أحد مشتقاته سواء كانت إيجابية أو سلبية حتى يستطيع الطبيب تداركها.

وعامة لا بد على المريض أن يتعاون مع الطبيب وبقية أفراد الطاقم الطبي في كل الإجراءات الطبية التي يقومون بها لصالحه من تشخيص أو علاج أو غيره.

2.1. العلاقات القانونية بين أطراف عملية نقل الدم

نظرا لتعدد أطراف علمية نقل الدم وارتباط وتكامل أعمال المكلفين بها، أدى ذلك إلى وجود علاقات قانونية بين أطرافها، والتي تحتاج إلى توضيح ودراسة قصد تحديد التزامات وحقوق هؤلاء لمعرفة مدى تأثيرها في تحديد طبيعة المسؤولية المدنية لكل منهم[194] ص 339.

ولأجل ذلك خصصنا المبحث الأول من هذا الفصل للعلاقات القائمة بين الأطراف الأصلية المتدخلة في عملية نقل الدم، وهي كل من مراكز نقل الدم ، المؤسسات الاستشفائية ، المريض والأطباء المنفذين للعملية.

أما المبحث الثاني فقد إرتأينا ضرورة تخصيصه للعلاقة القانونية القائمة في بعض الأحيان بين الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم ببعضهم البعض أو بمساعديهم، للتوصل إلى تلك الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق هؤلاء قصد تحديد طبيعة أخطائهم ومدى مسؤوليتهم في حالة وجود ضرر ناجم عن أعمالهم هذا إضافة إلى علاقتهم بالمؤسسات الاستشفائية كجهة إدارية يعمل هؤلاء تحت سلطتها في معظم الحالات ومدى مسؤولية هاته الأخيرة عن أعمالهم المكلفين بها ، وتوضيحا لذلك قسمنا هذا الفصل المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعلاقات الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية لعلاقات الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

1.2.1. الطبيعة القانونية لعلاقات الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم

يعتبر المريض المستفيد الأول من عملية نقل الدم، حيث يتعامل هذا ألأخير مع المستشفى الذي يدخل للمعالجة فيه، سواء كان المستشفى عاما أو خاصا، كما يتعامل ضمنه مع أطباء منفذين لعملية نقل

الدم، من طبيب معالج وطبيب جراح وغيره، فيقوم هؤلاء بطلب الدم اللازم إذا قرروا نقله إليه من مراكز نقل الدم أو بنوكه المخصصة لذلك.

إستنادا إلى ذلك فما هي الطبيعة القانونية للعلاقة التي تربط كل من مراكز نقل الدم بالجهات المتلقية له، من مؤسسات إستشفائية من جهة والمريض كمستفيد وحيد من الدم من جهة ثانية ، إضافة إلى علاقة هذا الأخير بتلك المؤسسات الاستشفائية المستقبلة له والتي يدخلها قصد العلاج تحت يد الأطباء ؟ كل ذلك سوف نحاول تبيانه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: علاقة مراكز نقل الدم بالجهات المتلقية له

المطلب الثاني:علاقة المريض بالمؤسسات الاستشفائية وبالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

1.1.2.1. علاقة مراكز نقل الدم بالجهات المتلقية له

إن مراكز نقل الدم تعتبر الجهة الوحيدة المسؤولية عن جمع الدم ومشتقاته ومنتجاته قصد تخزينها، مما يجعل المؤسسات الاستشفائية أو المرضى يلجؤون إليها في الحصول على ما يلزمهم من الدم قصد العلاج أو الاستشفاء به، حيث تعد عملية توزيع الدم إلى تلك الجهات المتلقية له من أهم العمليات التي تقر بعدها عملية نقل الدم. حيث تعمل هذه المراكز على جمع هذا الدم وحفظه وصيانته من مصادر التلوث، فأي إهمال من هذه المراكز قد يؤدي إلى مشاكل كثيرة تتعلق بصحة متلقي الدم (المريض).

ولتكييف العلاقة القانونية التي تنشأ بين مراكز نقل الدم والجهات المتلقية له،لا بد من تحديد العلاقة بين هذه المراكز والمنقول لهم الدم، وهم كل من المؤسسات الاستشفائية والمريض، وذلك ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: علاقة مراكز نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية

الفرع الثاني: علاقة مراكز نقل الدم بالمريض

1.1.1.2.1. علاقة مراكز نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية

من المعلوم أن مراكز نقل الدم تعتبر الجهة المحتكرة لمنتجات الدم بنوعيها الثابتة والمتغيرة، وبهذا فقد أصبحت المصدر الوحيد لهذه المنتجات، وهو ما يستلزم لجوء المؤسسات الإستشفائية العامة منها والخاصة إليها ، وهذا ما يؤدي إلى نشوء علاقة قانونية بين تلك المؤسسات ومراكز نقل الدم ، أين تلجأ إلى إبرام عقود مع هذه المراكز، فتوريد الدم عمل ذو طبيعة عقدية، و هو ما جعل تكييف هذا العقد يثير أراء متعارضة في أغلب الأحيان، وبشكل خاص لدى القضاء الفرنسي، فقد ذهبت بعض الأحكام إلى الأخذ أن العقد المبرم بين مراكز نقل الدم والمستشفيات أو العيادات بمثابة عقد علاج طبي، كما أن

غالبية الأحكام القضائية قالت بوجود عقد توريد حقيقي للدم، والحقيقة أن التكييفات من طبيعة مختلفة، فعقد التوريد هو مجال الإلتزام بتحقيق نتيجة، في حين أن عقد العلاج الطبي هو مجال الإلتزام ببذل عناية [205] ص 46.

وبسبب التقدم العلمي الكبير في مسائل تحليل ونقل الدم، يذهب القضاء الفرنسي ويفرض على مراكز نقل الدم التزاما بنتيجة، ويتأكد ذلك عندما توجه الدعوة للمتبرعين، ويعلنوا أن نقل الدم لن يسبب لهم أية أضرار صحية.

كما أن تزويد المريض بعدها بالدم يكون في إطار عقد مبرم بين المركز والمستشفى، حيث أن العقد المبرم بين محكمة استئناف باريس إلى أن العقد المبرم بين المستشفى ومركز نقل الدم ليس عقد العلاج الطبي الذي يربط بين المستشفى والمريض ، وإنما هو عقد توريد يتم تنفيذه تحت الإشراف الطبيب وطبقا للتشخيص خاصة وأن جسم الإنسان والدم جزء منه لا يمكنه أن يكون محلا للتجارة.

وعلى إثر ذلك فمراكز نقل الدم ألزمت نفسها بالتزام تعاقدي بالسلامة مضمونُه التزام بنتيجة، ولا يمكنها أن تعفي نفسها عندما تقر بأن العيب خفي في الدم المورد، وهو ما اتفقت عليه غالبية الأحكام.

وبالتالي فإن أغلب الفقه في فرنسا قد كيف العلاقة بين مراكز نقل الدم والمؤسسات الاستشفائية المتلقية له على أنها عقد توريد.

لكن هذا التكييف قد يثير بعض التساؤلات حول ماهية عقد التوريد وطبيعة الالتزام المتولد عنه، وهل يتعارض العقد مع قواعد حماية الجسد الآدمي؟ ولتوضيح ذلك سوف نبين عقد التوريد ماهيته وطبيعته، وكذا انطباقه على عمليات نقل الدم في مايلي:

أولا: ماهية عقد التوريد

ثانيا: انطباق عقد التوريد على عمليات نقل الدم

1.1.1.1.2.1. ماهية عقد التوريد(Contrat de Fourniture)

يعرف عقد التوريد على أنه عقد التوزيع في اصطلاح الفقهاء، فهو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد منقولات معية للشخص المعنوي اللازمة لمرفق عام، مقابل ثمن معين[100] ص 527، كما عرفه الدكتور سلميان الطماوي على أنه: «عقد إداري يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بأن يورد للإدارة منقولات تلزمها مقابل ثمن معين»[53] ص 112، أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فقد قال أنه:«عقد يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئا معينا يتكرر مدة من الزمن»[80] ص 167.

ومنه عقد التوريد عقد زمني، فهو من عقود المدة التي يكون فيها الزمن عنصرا جوهريا ، كما أن تنفيذه دوريا على فترات منتظمة[90] ص 8، 9.

ومن خصائص عقد التوريد،أنه عقد رضائي يتم بموافقة الطرفين على مضمونه، رغم أنه أحيانا يأخذ صورة عقد الإذعان عندما يستقل أحد العاقدين بوضع شروطه مسبقا وليس للطرف الآخر إلا أن يقبل العقد كاملا أو يرفضه كاملا دون أن يكون له حق في تعديل شروط العقد (كتوريد الماء أو الكهرباء وغيرها).

كما أن عقد التوريد هو عقد معاوضة لقصد كل واحد من الطرفين الحصول على منفعة، فهو عقد ملزم إذا تم لكلا الطرفين، **و** محدد لأن يحدد فيه المتعاقدان محل العقد مسبقا، والذي ينصب على المنقولات فقط أو مواد معينة تلزم الإدارة.

أركان عقد التوريد[69] ص 126، 127**:** تتمثل هذه الأركان في كل من العاقدان المتمثلان في كل من المورد الذي يتعهد بإحضار السلع المعقود عليها وتمليكها للمستورد لتملك الثمن، والمستورد الذي يتملك السلع المستوردة في مقابل العوض الذي يبذله ، كذلك الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، إضافة إلى المعقود عليه وهي السلعة التي أبرم العقد لتوريدها والعوض الذي يدفعه المستورد لقاء ذلك ، دون أن نغفل عن موضوع العقد و غايته النوعية أي المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله.

طبيعة عقد التوريد: يصنف عقد التوريد في القانون بين العقود الإدارية تارة ، فيعرف إتفاق بين شخصين معنويين من أشخاص القانون العام، كما يمكن القول أنه من العقود التي تكون إدارية أو مدنية وفقا لخصائصها الذاتية[53] ص 121**.**

ولأجل ذلك لا بد من تحديد طبيعة هذا العقد، وكيف يمكن أن يكون إداريا أو مدنيا:

عقد التوريد عقد إداري: فيكون العقد إداريا إذا كان أحد أطرافه هو من أشخاص القانون العام، كما أنه يتعلق بتسيير أو إدارة المرفق العام، أو أن تلجأ الإدارة في إبرام هذا العقد إلى إستخدام وسائل القانون العام. فالعقد الاداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام ويقصد منه تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام ، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أنه خول للمتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[53] ص 50**.**

عقد التوريد عقد مدني: لا تملك الإدارة في جميع الأحوال التصرف في أموال الأفراد والإستعانة بها جبرا عليهم، لهذا تهتم بإبرام عقد يحدد حقوق والإلتزمات الطرفين، وهي العقود التي تنزل فيها الإدارة عند إبرامها إلى منزلة الأفراد العاديين في تصرفاتهم ،هذه العقود تحكمه قواعد القانون الخاص ويسري عليها ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم ، فإذا كان الإتفاق بين شخصين من أشخاص القانون الخاص أو بين فرد عادي والدولة ، لكن بإعتبارها شخصا خاصا[177] ص 76، كون الدولة تأخذ أحد الوصفين عندما تدخل في أي علاقة مع الأفراد، فقد تدخل مع الأفراد بإعتبارها سلطة عامة لإبرام عقود إدارية متعلقة بإدارة الدومين العام أو المرافق العامة، وقد تدخل الدولة في العلاقة بهدف

إدارة الدومين الخاص لتحقيق مصلحة مالية للشخص الاعتباري العام القائم على هذا الدومين ، والعقود التي تبرم في هذا المجال تعتبر من عقود القانون الخاص وليس لها طابع إداري، حتى ولو تضمنت شروط إستثنائية غير مألوفة، حيث تنزل الإدارة هنا لمستوى الأفراد وتخضع لما يخضع له الأفراد من قواعد فيتم الفصل في المنازعات الناشئة عنها أمام القضاء العادي[177] ص 76، 77.

وعليه فهل ينطبق هذا التكييف على العلاقة بين مراكز نقل الدم والمؤسسات الاستشفائية التي تتلقى الدم منها؟

مما سبق نقول أن عقد التوريد للدم أو أحد مشتقاته قد يكون عقدا إداريا إذا أبرم بين مستشفى عام أو أية مؤسسة إستشفائية عامة ومركز من مراكز نقل الدم على توريد كميات من الدم، وقد يكون عقدا مدنيا إذا أبرم بين مستشفى خاص أو عيادة خاصة وبين مركز نقل الدم[177] ص 77، إلا أننا نجد أن عقد التوريد سواء كان عقدا إداريا أو مدنيا فإن موضوعه باستمرار هو منتجات صناعية، فهل يكون الدم ومشتقاته منتجات صناعية خاضعة لعقد التوريد؟ وما مدى انطباق عقد التوريد على عمليات نقل الدم؟.

2.1.1.1.2.1. انطباق عقد التوريد على عمليات نقل الدم

إن عملية نقل الدم هي عملية طبية كما هو معروف، فهي تتم من قبل الأشخاص القائمين عليها سواء كانوا أطباء أو ممرضين أو من يساعدهم من أشخاص منفذين لها، فهي ليست عملية تصنيعية، لكن الدم بعد أخذه من المانح يمكن أن ينقل إلى المريض كدم طبيعي، وممكن أن يدخل في إعداد مشتقاته أو منتجاته كالصفائح الدموية والدم المخفف والخلايا الحمراء أو البلازما...الخ ، فهذه المشتقات تدخل في عملية صناعية تقوم بها جهات متخصصة كمصانع الأدوية مثلا أو بنوك الدم في بعض البلدان، كما تحتكر هذه المهام مراكز نقل الدم وحدها في بلدان أخرى[205] ص 51، وفي هذا الصدد تكتسب هذه الأخيرة وصف المنتج[347] ص 533.

وتقوم مراكز نقل الدم بتوريد الدم ومشتقاته إلى المستشفيات بشكل دوري على أساس طلبات هاته الأخيرة له، حيث يكون عقد التوريد للدم بذلك عقد معاوضة، فالمستشفى تحصل على ما تحتاج إليه من الدم أو مشتقاته، في حين يحصل المركز على مقابل لما يؤديه من الدم، لكن لا يشكل هذا المقابل ثمنا للدم بل هو نظير تكاليف العمليات التي يتحملها المركز من جمع لدم المتبرعين والنفقات التي يتطلبها حفظ الدم من التلوث أو الفساد وكذا عمليات تفتيت وتجزئة الدم والبلازما، إضافة إلى عمليات الكشف عن الفيروسات والأمراض التي تتطلب إجراء اختبارات كثيرة ومعقدة وتقنيات عالية وباهظة في نفس الوقت.

ويعتبر القضاء الفرنسي أول من قال بوجود عقد توريد الدم ومشتقاته بين مركز نقل الدم والمؤسسات المستعملة سواء كانت عامة أو خاصة[205] ص 49.

وبالنسبة للجزائر فقد وضعت وزارة الصحة اتفاقية نموذجية (Convention Tuype) وذلك بموجب المقرر رقم 97 المؤرخ في 18 أكتوبر 1998 والمتضمن الاتفاقية النموذجية وكيفية تموين تسعيرة مواد الدم غير الثابتة، حيث نصت المادة الثالثة منه على أن مستعمل الدم يلتزم ببعث متبرعين بالدم كمقابل كما تحدد بدورها تسعيرة مواد الدم غير الثابتة من طرف المركز، حيث تضمنت ذلك المادة 11 من المقرر بقولها:«تحدد تسعيرة مواد الدم غير الثابتة من طرف الممون على أساس سعر تكلفة أكياس الدم ومصاريف الإنتزاع، تحاليل المراقبة الطبية وفصائل الدم، الحفظ والتوزيع، يحدد السعر بـ.....دج».

لكن كما قلنا سابقا فإن هذا المقابل لا يكون ثمنا للدم وإنما نظير ما أسلفنا من تكاليف، فلا يجوز أن يكون الدم البشري محلا للتجارة أو محلا للبيع، إذ لا بد أن يتم الحصول على الدم بالتبرع الإرادي السري وبدون مقابل.

وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع الجزائري قد إعترف بعقد التوريد كأساس للعلاقة بين مراكز نقل الدم والمؤسسات الإستشفائية، وهذا يفهم ضمنا من خلال المقرر رقم 97 المؤرخ في 18 أكتوبر 1998 السابق الذكر، حيث نص في المادة الأولى منه:« تحدد هذه الاتفاقية شروط وكيفيات تموين وتسعيرة مواد غير الثابتة» فمصطلح تموين في المادة هو نفسه مصطلح التوريد الذي أطلق على العقد القائم بين مراكز نقل الدم والمؤسسات الإستشفائية، فتلك المراكز تقوم بتموين المستشفيات بالدم البشري السليم والخال من الأمراض والفيروسات و الصالح والمناسب للعلاج، من أجل الإستعمال قصد العلاج والذي ذكره المشرع في نص المادة الثالثة والرابعة من المقرر السابق، والذي لم يحدد فيه من هو المستعمل للدم ، هل هو مستشفى عام أو خاص أو عيادة طبية أو قطاع صحي، فكل هؤلاء لهم حق تقديم طلب تمويلهم بالدم اللازم قصد العلاج بإعتبارهم كلهم مستعملي للدم ومشتقاته، فهم مؤسسات إستشفائية صحية، سواء كانت عامة أوخاصة.

وعليه فإن مراكز نقل الدم بهذا التكييف يقع عليها إلتزام رئيسي مضمونه تقديم دم سليم وصالح للإستعمال، فهو إلتزام بتحقق نتيجة تتمثل في الهدف العلاجي من الدم، فإذا تخلف هذا الهدف وعجز الدم عن تحقيق الشفاء للمريض، أو أنه على عكس ذلك أدى إلى إصابته بمرض جديد، فإن ذلك يعني أن المركز قد قدّم دما ملوثا غير صالح للإستعمال، وبالتالي يكون قد أخل بالتزامه بتحقيق النتيجة المطلوبة منه.

2.1.1.2.1. علاقة مراكز نقل الدم بالمريض

يعتبر المريض المستفيد المباشر من الدم الذي تقوم مراكز نقل الدم بجمعه وحفظه ثم توزيعه على المؤسسات الإستشفائية، حيث من المتفق عليه أنه لا توجد علاقة مباشرة بين مراكز نقل الدم والمريض المنقول له الدم، فالعادة أن تكون العلاقة موجودة بين المركز والمؤسسة الإستشفائية سواء كانت عامة أو خاصة، فهذه الأخيرة هي التي تتعاقد مع المركز لتزويدها بالدم المطلوب للمريض حسب فصيلته وكميته التي يقرر الأطباء المعالجون أنه بحاجة إليها، فيعتبر المريض بذلك أجنبيا عن العلاقة بين المركز والمؤسسة الإستشفائية أو العيادة، لأن التعامل الحقيقي يكون بين هاته الأخيرة ومركز نقل الدم هذا عن الواقع العملي الطبي لعملية نقل الدم ، أما عن الواقع القانوني، فإننا نجده يختلف عن ذلك، حيث أن الفقه والقضاء أقر بوجود علاقة بين المريض ومركز نقل الدم، كيّفها هؤلاء على أنها تقوم على أساس نظام المجموعة العقدية (مسؤولية عقدية بين الفريق المتعاقد)، بينما طورها بعد ذلك وإعتبرها تقوم على أساس الإشتراط لمصلحة الغير أو التعاقد غير المباشر، وسوف نبين ذلك من خلال ما يلي :

أولا: نظام المجموعة العقدية

ثانيا : نظام الاشتراط لمصلحة الغير

1.2.1.1.2.1. نظام المجموعة العقدية

لقد عدّ نظام المجموعة العقدية من الأنظمة الحديثة في مجال عمليات نقل الدم ومشتقاته، حيث يستطيع من خلاله المتضرر الرجوع على مركز نقل الدم دون أن يستلزم ذلك وجود عقد مباشر بينهما، وقد إبتكرت محكمة النقض الفرنسية تدريجيا نظام المسؤولية العقدية بين الفريق المتعاقد ككل، أي بالنسبة للأطراف المتعاقدة في سلسلة عقدية تقودنا في النهاية إلى تحقيق وصول الدم إلى المريض.

عرفت المجموعة العقدية تحت عنوان الأسرة العقدية ، حيث تتكون الأسرة العقدية من مجموعة من العقود المتعاقبة برابطة عقدية واحدة بسبب وحدة الهدف والمشروع الذي يشترك في تنفيذه كل من أبرم عقدا متصلا بهذا المشروع بالرغم من أن كل عقد منها نشأ مستقلا عن الآخر، وذلك بقصد تحقيق نتيجة مشتركة[202] ص 16.

وبناءا على ذلك فإن الأشخاص المشاركين في تكوين العقد بداية وحتى تحقق النتيجة المطلوبة يقومون بمجموعة من التصرفات القانونية المتعاقبة[44] ص 510، هذه التصرفات تكون مرتبطة ببعضها البعض حيث إذا أخل أحد الأشخاص المشاركين في التنفيذ بالعمل الموكل به ، أثر ذلك الإخلال على بقية الأعمال الأخرى، وهؤلاء الأشخاص المشاركين في التنفيذ والذين تعاقد معهم المدين هم من ذوي التخصصات المختلفة في غالب الأحيان.

فالأسرة العقدية هي مجموعة من العقود تنصب على شيء واحد وتتابع زمني، ومن خلالها تتابع أثر العقد بدءا من المالك أو المنتج وصولا إلى المستهلك[44] 510، كما تعتبر الأسرة العقدية مجموعة من الأشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد أو مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك[93] ص 12، فالإخلال بالالتزامات العقدية هنا لا يتضرر به الطرف المتعاقد مع الطرف المسئول فحسب بل يتعدى هذا الضرر إلى بقية أطراف المجموعة العقدية، مما يؤدي إلى عدم الأخذ بالمفهوم الضيق لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية،والذي يقصر آثار العقد على أطرافه المشاركين في تكوينه .

حيث أن حق الدائن المتضرر لا يقتصر على مطالبة المدين المتعاقد معه مباشرة بل يتعداه إلى المدين الأول المتسبب المباشر في الإخلال.

والعقود في الأسرة العقدية الواحدة تتخذ إحدى صورتين: الأولى صورة مجموعة التصرفات القانونية التي تتعاقب على مال واحد، وبالتالي فإن محل الإلتزام يكون هو القاسم المشترك بين تلك التصرفات، وتدور جميعها حوله.

أما الثانية هي صورة مجموعة التصرفات القانونية التي تترابط بقصد تحقيق هدف اقتصادي مشترك يجمع بين تلك التصرفات.

وبأسلوب آخر يمكن تعريف الأسرة العقدية بأنها: "مجموعة التصرفات القانونية التي تتفرع عن رابطة قانونية أصلية بين طرفين من خلال تعاقبها أو ترابطها بقصد تحقيق عملية إقتصادية مشتركة ويجمع تلك التصرفات وحدة الهدف"[93] ص 13، و من هنا تطرح إشكالية تطبيق الدعوى المباشرة داخل إطار الأسرة العقدية؟، والتي تعرض لها الفقه والقضاء الفرنسي حيث إنقسم إلى قسمين : أحدهما يؤيد إعمال المسؤولية العقدية و الآخر يرفضه، و قد إنتهى إلى أنه للمتملك النهائي أن يرجع على البائع الأصلي أو المنتج للمال بدعوى مباشرة تستند إلى المسؤولية العقدية يختلف تصنيفها بإختلاف نوع الضرر الواقع على المضرور، فقد تكون دعوى إستحقاق أو دعوى ضمان عيب خفي فلا شك أن تلك الضمانات مصدرها عقد البيع الأصلي و هي لم تثقل عاتق البائع الأصلي أو منتج المال إلا بسبب كون أحدهما طرف في العقد ، وهذا ما قصده الفقيه الفرنسي (teysse)[311].

ومثال على ذلك ما أقرته الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 9 أكتوبر 1979:« بأن المشتري الفرعي (غير الأصلي) هو من يشتري من غير البائع الأصلي...أي من إشترى من غير منتج الدواء أو صانعه» ، حيث يكون تحت تصرفه دعوى مباشرة من طبيعة عقدية ضد البائع الأصلي (المنتج أو الصانع) بضمنان العيوب الخفية الموجودة بالمادة الدوائية المعيبة ، وقد مكنت محكمة النقض الفرنسية المشتري من فسخ البيع إذا أراد ذلك، وتخضع دعوى التعويض عندئذ لقواعد الشريعة العامة في القانون المدني .

وفي مجال نقل الدم أو مشتقاته تلتزم مراكز نقل الدم بمجموعة من الإلتزامات القانونية ، ولكنها في هذا الصدد يتم تنفيذها في نطاق عقدي ، حيث ينتج عن ذلك أن يقوم الطبيب بإجراء عقد علاج طبي مع المريض لدخوله المؤسسة الإستشفائية وهذه رابطة عقدية، وبعد أن يصف له العلاج الملائم والذي يمكن أن يكون من بينه نقل الدم أو أحد مشتقاته فلا يقوم المركز بصرفها لمريض، وإنما يمكن أن يتدخل في صرفها مركز إنتاجها أو الموزع لها أو المستشفى الموجود بها المريض، الأمر الذي سوف يثير التساؤل كيف يتصرف المريض وفقا للنطاق العقدي مطالبا بالتعويض عن أي ضرر أصابه نتيجة المنتج الطبي سواء كان دواء أو دم أو أحد مشتقات الدم، فعدم تجانس العقود من حيث طبيعتها القانونية بين عقد علاج طبي وعقد توريد للدم من المركز إلى المستشفى، يؤدي إلى صعوبة لإيجاد أساس للمطالبة بالتعويض.

إلا أننا نلاحظ أن العقود التي تسري على عملية نقل الدم وإن كانت عقود متعددة أحيانا، إلا أنها في الغالب تشكل وحسب الواقع الفعلي عقدًا واحداً بين مركز نقل الدم بصفته المورد للدم وهو المسؤول عن سحبه من المتبرع وحفظه وتخزينه وفصل مشتقاته وبين المؤسسات الاستشفائية سواء كانت عامة أو خاصة أو عيادات طبية، والعقد الآخر هو عقد العلاج الطبي بين المريض والطبيب أو المستشفى، لذلك فإن العلاقة محصورة بين ثلاثة أطراف هي مركز نقل الدم، المؤسسة الاستشفائية والمريض، وبالتالي لا مجال لتطبيق نظام المجموعة العقدية في مجال عملية نقل الدم، فالمجموعة العقدية تطلب وجود مجموعة من العقود تنصب على شيء واحد، كما أن تصرفات الأشخاص بها لا بد أن تتعاقب على مال واحد وهنا عملية نقل الدم بين المركز والمستشفى والمريض هي تصرف مستقل عن ذلك العقد الموجود بين الطبيب والمريض الذي ينصب حول العلاج الطبي ، فعقد نقل الدم مضمونه نقل دم إلى المريض ويتضمن إلتزام بتحقيق نتيجة، أما عقد العلاج الطبي فمضمونه وصف العلاج المناسب للمريض من طرف الطبيب، والذي يمكن أن يشمل عدة وسائل كالأدوية الصيدلانية أو نقل الدم أو أحد مشتقاته كما أسلفنا.

وعليه فمضمون العقدان مختلف و محلهما مختلف، كما أن الإلتزامات القانونية الناتجة عنها مختلفة لهذا لا مجال للأخذ بنظام المجموعة العقدية هنا، وما يؤكده ذلك هو رجوع محكمة النقض الفرنسية عن أحكامها التي طبقت فيها نظام المجموعة العقدية في مجال عمليات نقل الدم[119] ص 211، 212.

2.2.1.1.2.1. الاشتراط لمصلحة الغير(التعاقد غير المباشر)

لقد عرفنا أن طرفا عقد توريد الدم هما المستشفى سواء كان عاما أو خاصا من جهة، ومركز نقل الدم من جهة ثانية، أما المتلقي للدم فهو المريض حيث من المعلوم أنه المستفيد الأول من عقد

التوريد هذا رغم أنه لا تربطه بمركز الدم أية علاقة قانونية مباشرة[176] ص 67 فالمريض يتعامل مع المستشفى الذي أدخل للمعالجة به أو العيادة الخاصة التي قصدها، وعلى إثر ذلك يقوم المستشفى أو طبيب العيادة الخاصة بتقرير، إذا كان هذا المريض بحاجة إلى عملية نقل دم أم لا كما يقرر كمية الدم المطلوبة وفصيلته ، بعدما يقوم المستشفى أو الطبيب المعالج بطلب كمية الدم من المركز عن طريق عقد التوريد، يكون بعدها المريض المتلقي للدم هو المستفيد من ذلك التعامل الذي تم بين المستشفى أو العيادة الخاصة ومركز نقل الدم.

وعليه فإن المريض ليس طرفا في عقد توريد، فلا يمكنه الرجوع على مركز نقل الدم في حالة توريده لدم ملوث بالأمراض أو الفيروسات يلحق به الضرر على أساس مسؤولية تقصيرية، والتي توجب إثبات خطأ المركز إضافة إلى الضرر والعلاقة السببية بينهما.

فعملية نقل الدم من العمليات المعقدة، ونشاطات ومهام المركز بدورها متعددة يصعب معها إثبات الخطأ إن لم نقل يستحيل إثباته للحصول على تعويض إثره ، وحتى يتمكن المريض من الرجوع على مركز نقل الدم وفقا للمسؤولية العقدية تطلب ذلك إدخاله كطرف في عقد التوريد المبرم بين المستشفى والمركز، وقد كانت الوسيلة لذلك اللجوء إلى قواعد الاشتراط لمصلحة الغير كأداة قانونية مناسبة[205] ص 57،لأجل إستفادة المريض من قواعد المسؤولية العقدية في إطار تطبيق قواعد الإشتراط لمصلحة الغير(Stipulation pour Autrui)، و المنصوص عنها بموجب المادة 1121 و 1122 من القانون المدني الفرنسي، حيث إفترض القضاء بموجب المادة 1122 قيام إشتراط ضمني لمصلحة المريض متلقي الدم في عقد التوريد المبرم بين المستشفى أو العيادة الخاصة ومركز نقل الدم، لكن لا وجود لمثل هذا النص في القانون المدني الجزائري، حيث أن المشرع إقتصر فقط على إيراد نص خاص بالإشتراط الصريح لمصلحة الغير بموجب المادة 116 ق م، ولم تتضمن هذه المادة ما يفيد أنه يمكن أن يكون الإشتراط ضمنيا.

فالإشتراط لمصلحة الغير لدى المشرع الجزائري يعني تعاقد شخص باسمه، يسمى المشترط، مع آخر يسمى المتعهد، على تحقيق إلتزام لمصلحة شخص ثالث أجنبي عن العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع[85] ص 416.

تطبيقا لهذا كان لزاما علينا الوقوف عند الشروط الواجب توفرها في الإشتراط لمصلحة الغير كحل وأداة قانونية قصد الحصول على حق الضحية من العمل الضار، إضافة إلى أثاره و موقف المشرع الجزائري خاصة من هاته الوسيلة الهادفة إلى حماية حقوق ضحايا عمليات نقل الدم في حالة تلقيها دم دم ملوث من المراكز المسؤولة عن جمعه وتخزينه وحفظه.

شروط تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير: إن الأصل في العقود أن أثارها تتناول المتعاقدين فقط وتؤول إليهم ولا تتعداهم أو تتجاوزهم، حيث لا يستفيد من العقد ولا يتضرر منه سوى المتعاقدان، وهذا

هو الأثر النسبي للعقد ، وقد كانت التشريعات القديمة تعمل بهذا المبدأ منذ عهد الرومان، كما أخذت به التشريعات الإسلامية، وإستقر الأمر على ذلك إلى أن بدى للفقهاء ضرورة التخفيف والتحلل من أثار العقد، فأجازوا بذلك المشارطة للغير ، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي في تقنين نابليون لسنة 1804 كما أجاز المشرع الإشتراط لمصلحة الغير في المادة 1121 من القانون المدني صراحة متى توفرت شروط مقيدة لصحة هذا الأخير، لكن تحت ضغط الحاجات العملية مثل التأمين على الحياة، وعقد نقل البضائع، تخلى القضاء الفرنسي على هذه الشروط، وتوسع مجال الإشتراط لمصلحة الغير، فأخذت به جل القوانين الحديثة[85] ص 417.

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المواد 116 إلى 118 من القانون المدني، حيث عرفته المادة 116 بنصها: « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك..... ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك ».

ومن خلال ما ذكر نستنتج أنه إضافة إلى الشروط العامة الواجب توفرها في كل العقود من تراضي ومحل وسبب وغيرها، فإن الإشتراط لمصلحة الغير يتطلب بعض الشروط الخاصة، والتي تتعلق بالمشترط والمنتفع وبالمتعاقدين:

الشروط المتعلقة بالمشترط : حيث يضاف إلى شرط الأهلية وسلامة الرضا أن إشترطت المادة 116 ق م ج أن يتعاقد المشترط باسمه ولحسابه، وليس بإسم المستفيد الذي يبقى أجنبيا عن العقد ، فالتعاقد بإسم المستفيد هنا يعد نيابة، وبالتالي نخرج من نطاق الإشتراط لمصلحة الغير[85] ص 418.

كذلك تشترط المادة أن تكون للمشترط مصلحة مشروعة في الإشتراط، فيستوي أن تكون المصلحة مادية أو أدبية، حيث يكفي أن تكون للمشترط مصلحة في تنفيذ الإلتزامات المشروطة فقط، ولا يشترط أن يكون دائنا للمتعهد.

الشروط المتعلقة بالمنتفع: وهي تتمثل في شرط تعيينه، غير أن المادة 118 ق. م. ج تقضي بجواز أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة، حيث لا يشترط أن يكون المستفيد أو المنتفع موجودا وقت قيام الإشتراط، بل يكفي أن يكون موجودًا وقت تنفيذه.

كما يجوز أن يكون المنتفع شخص أو هيئة لم تعين وقت العقد (وقت الاشتراط) لكن متى كان تعيينه وقت تنفيذ الإشتراط ممكنا ، ضف إلى ذلك أنه يمكن للمشترط حسب المادة 117 ق. م. ج استبدال المنتفع بشخص آخر، كما يمكنه أن يحل هو نفسه محل هذا الأخير.

الشروط المتعلقة بالمتعاقدين: لقد سبق القول أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عقد يرمي إلى إنشاء حق لفائدة شخص أجنبي عنه، وبالتالي فلا بد أن تنصرف إرادة المتعاقدين (المشترط والمتعهد) إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد[85] ص 419، فإن لم تتجه إلى ذلك كأن يكون الحق الناشئ من العقد خاص بالمشترط فلا إشتراط لمصلحة الغير، كما قد تكون إرادة المتعاقدين في إنشاء حق مباشر للمنتفع هنا صريحة أو تكون ضمنية.

وقد طبق القضاء الفرنسي أحكام الإشتراط لمصلحة الغير في مجال نقل الدم، كما أكد توفر شروطه وأركانه، فالمستشفى تبرم عقد توريد الدم مع مركز نقل الدم باسمها الخاص، وهي تشترط ضمنيا لفائدة مرضاها الذين يستفيدون من الدم المورد من طرف المركز من دون أن يكون لهؤلاء المرضى علاقة تعاقدية مباشرة معه، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في 17 ديسمبر 1954، فحتى مع عدم التأكد من أن المستشفى أو المركز قد اتجهت إرادته فعلا إنشاء حق مباشر للمريض من عقد توريد الدم بإعتبار أن الإشتراط الضمني يقوم على إرادة غير مؤكدة لدى المتعاقدين (المركز والمستشفى) فإن القضاء الفرنسي قد توسع في بعض الحالات في أحكامه، وذهب إلى حد إفتراض وجود الإرادة الضمنية وهذا تغليبا منه لمصلحة المريض، حيث إفترض لأجل ذلك قبول المريض لهذا الإشتراط، وهذا بإستخلاصه رضاء هذا الأخير من رجوعه على المركز للمطالبة بالتعويض على أساس مسؤولية عقدية طبقا للمادة 1147 من القانون المدني الفرنسي آنذاك وفقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير.

وقد عد هذا الحكم هو الأساس الذي اعتمد عليه القضاء الفرنسي في تطبيق الإشتراط لمصلحة الغير في العلاقة بين المريض ومركز نقل الدم، حيث ذهبت بعده محكمة AiX – en – Provence للإستئناف إلى أن العقد السابق وهو عقد التوريد طبقا لقانون الصحة العامة، فإن توزيع الدم البشري داخل المؤسسات الاستشفائية بهدف العلاج الطبي والجراحي، إشترط أن يُعد مركز نقل الدم قد تضمن إشترط لمصلحة الغير ضمنيا بمقتضاه يلتزم المركز بتوريد دم سليم ونظيف وخال من الأمراض للمريض.

ضف إلى ذلك فإن الفقه الفرنسي قد ذهب إلى تطبيق أحكام الإشتراط لمصلحة الغير في مجال نقل الدم، فأكد أن المريض يعد منتفعا أو مستفيدا في علاقته بمركز نقل الدم[350] ص 117 ، فإذا كان هذا الإشتراط صريحا فلا يكون هناك مشكلة، لكن إذا كان ضمنيا، فقد تكون هناك بعض الإشكالات و هو ما عمد المشرع الفرنسي إلى حله عن طريق عدم إشتراطه أن يكون المنتفع شخصا موجودا عند الاشتراط أو معينا، بل يمكن أن يكون الإشتراط لشخص أو جهة في المستقبل، كما يمكن أن يكون الإشتراط لشخص غير معين وقت الإشتراط، لكن يتم تحديد أوصافه وفق ظروف معينة،على أن يعين

عند تنفيذ الإشتراط[297] ، وهوما أخذ به المشرع الجزائري في شروط الاشتراط لمصلحة الغيرضمن المادة 118ق م ج.

وعليه فلا مانع من إشتراط المستشفى سواء كان عاما أو خاصا (عيادة) حقا مباشرا لأي مريض يدخل للعلاج بها إتجاه مركز نقل الدم، سواء حالا أو في المستقبلا، فالمريض الذي يقبل العلاج بالمستشفى أو العيادة الخاصة يستفاد ضمنا قبوله قيام هذه المستشفى بإشتراط أي حق لمصلحته إتجاه الغير، والذي يكون من بينه حق نقل دم مناسب وخال من الأمراض والفيروسات إليه.

لكن ماذا يترتب عن هذا الإشتراط، أو بصفه أدق ماهي الطبيعة القانونية لهذا الإشتراط ؟ .

لقد أثارت طبيعة الإشتراط لمصلحة الغير جدلا قانونيا بين الفقهاء، لكن ما لبث أن إنعقد إجماعهم على أن طبيعته تقوم على أساس الحق المباشر بين المتعهد والمنتفع، حيث أن العقد القائم بين المتشرط والمتعهد يكسب المنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد، حتى وإن كان ذلك خروجا عن قاعدة نسبية أثار العقد فهي تشبه ظاهرة النيابة التي يتم فيها العقد بإرادة النائب ومع ذلك تنصرف آثاره إلى الأصيل مباشرة.

لكن في الواقع أن الإشتراط لمصلحة الغير هو نظام قائم بذاته ومستقل نظمه القانون وحدد قواعده[85] ص 421، 424، وتطبيقا لذلك فقد ذهبت محكمة التنازع الكبرى بنيس (Nice) في حكم لها في 27 جويلية 1992، إلى أن المريض المنقول إليه الدم يستفيد من الإشتراط لمصلحة الغير في نطاق العقد الأصلي الذي لم يكن طرفا فيه، ويصبح دائنا مباشرا بالنسبة لمركز نقل الدم والملزم بتوريد دم غير معيب.

وتوضيحا لإمكانية تطبيق نظام الإشتراط لمصلحة الغير على العلاقة القانونية القائمة بين مراكز نقل الدم والمريض، وجب علينا ذكر الآثار التي يمكن أن تترتب عن العمل بهذا النظام عامة ومجال نقل الدم خاصة.

آثار تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير: تنشأ عن العقد القائم على أساس الإشتراط لمصلحة الغير ثلاثة علاقات قانونية تتمثل في: علاقة بين المتشرط والمتعهد، علاقة بين المنتفع والمشترط وعلاقة بين المنتفع والمتعهد.

علاقة المتشرط بالمتعهد: هذه العلاقة تحكمها أحكام العقد القائم بينهما، حيث يلتزم كل واحد منهما بتنفيذ الإلتزامات التي يرتبها العقد القائم بينهما في ذمته، ويستطيع كل منهما أن يطالب الآخر بالتنفيذ وإذا إمتنع أحدهما عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر الحق في الدفع بعدم التنفيذ أو طلب فسخ العقد وللمشترط حق مراقبة تنفيذ المتعهد لإلتزامه نحو المنتفع، حيث تسمح المادة 116 ق . م. ج للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما إشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك لكن إذا إمتنع المتعهد على تنفيذ التزاماته يكون للمشترط وحده الحق في المطالبة بفسخ العقد[85] ص 420.

علاقة المشترط بالمنتفع: تحدد هذه العلاقة على ضوء قصد المشترط في الحق الذي إشترطه على المتعهد بتنفيذه بناء على أحكام الإشتراط لمصلحة الغير.

ونشير هنا إلى أن المادة 117 ق. م. ج تسمح للمشترط دون غيره من ورثته أو دائنيه نقض المشارطة ما لم يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الإستفادة منها، وما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

علاقة المتعهد بالمنتفع: يترتب على عقد الإشتراط لمصلحة الغير حق مباشر للمنتفع في مواجهة المتعهد، على الرغم من أن المنتفع يعتبر من الغير، وهذا ما يعد خروجا عن مبدأ نسبية آثار العقد، إلا أنه يجد مبرراته في إرادة طرفي العقد اللذان رغبا أن تمتد آثار العقد إلى غيرهما، فبعد قبول المتعهد الإشتراط يصبح دائنا للمستفيد، والذي له حق مطالبته بالوفاء، كما له أن يجبره على ذلك إذا إقتضى الأمر ذلك ، كما نشير إلى أن حق المنتفع هو حق شخصي مباشر لا يمر بذمة المتشرط، حيث لا شأن لدائني المشترط بهذا الحق، فحق المنتفع ينشأ من وقت إبرام العقد، ولو صدر القبول في وقت لاحق، وللمتعهد في مقابل ذلك أن يتمسك بكل الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها في مواجهة المشترط ما لم تكن هذه الدفوع تخص شخص المشترط .

هذه الأحكام هي أهم الآثار الناتجة عن تطبيق نظام الإشتراط لمصلحة الغير بصفة عامة، فهل يمكن تطبيق تلك الأحكام على العلاقة بين مركز نقل الدم والمريض المنقول له الدم وفقا لأحكام التشريع الجزائري ؟ .

تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير على العلاقة القائمة بين المريض ومركز نقل الدم: إن العلاقة بين مركز نقل الدم والمريض في إطارها الطبي العلاجي تقوم على أساس إستفادة هذا الأخير من عقد التوريد المبرم بين المستشفى سواء كان عاما أو خاصا وبين مركز نقل الدم، على الرغم من أن المريض المتلقي للدم ليس طرفا في هذا العقد بل هو منتفع منه، وبذلك يكون المستشفى أو العيادة الخاصة قد إشترطت حقا مباشرا للمريض في الحصول على الدم من المركز وهو المتعهد، وهذا الحق ينتقل مباشرة إلى المريض، ويصبح من حقه مطالبة المركز به .

وتشترط المستشفى هذا الحق للمريض من أجل مصلحة تعود عليه، حيث تنشأ مصلحة المريض من عقد العلاج المبرم بينه وبين المستشفى، فهذا العقد يرتب إلتزامات على عاتق المريض هي حقوق للمستشفى، كما أنها في نفس الوقت مصلحة مادية تعود عليها من جراء إشتراط توريد الدم لمصلحته.

ويسأل مركز نقل الدم عن الإخلال أو التقصير في أداء هذا الحق المباشر للمنتفع، ويحق مساءلة هذا الأخير مباشرة، فإذا لم يقدم المركز الدم في المواعيد المتفق عليها، أو إذا قدم دما ملوثا أو فاسدا أو حاملا للأمراض المعدية ، فيصبح من حق المريض المنتفع مساءلة المركز عن هذا الإخلال بالالتزام، وذلك بدعوى مباشرة للمطالبة بحقوقه أو بالتعويض، فالمريض لا يطالب المركز من خلال المستشفى أو

العيادة التي أبرمت عقد التوريد، وإنما يطالبه بإسمه ولنفسه ومباشرة، على أساس أنه صاحب حق ودائن بالإلتزام الذي في ذمة المركز، فهو يستعمل حق مباشر له.

لهذا فالمستفيد من عقد الإشتراط وهو المريض إذا لحقه ضرر من جراء تنفيذ المتعهد (المركز) السيئ لإلتزامه، يحق له مطالبة هذا الأخير بالتعويض عن الأضرار التي لحقته، حيث يعد المركز هنا مسؤولا مسؤولية عقدية مؤسسة على مخالفة عقد الإشتراط لمصلحة الغير.

وتأكيدا لذلك فقد أجاز القضاء الفرنسي للمتلقي (المريض) الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، كان مرجعا أساسيا إعتمدت عليه محاكم الموضوع بعد ذلك إلى أن:« الإتفاق المبرم بين المؤسسة العلاجية ومركز الدم يصحبه إتفاق لمصلحة الغير باسم المريض، الذي يستفيد من هذا الإتفاق، على الرغم من أنه أجنبي عنه» .

كما أكدت المحكمة هذا المفهوم في حكم لها، وذهبت إلى أن المريض المستفيد يصبح دائنا مباشرا للمركز[177] ص 113، إلى جانب ذلك فقد ذهب الفقه الفرنسي بدوره إلى تطبيق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في هذا المجال، فأكد أن المريض يعد منتفعا أو مستفيدا في علاقته بمركز نقل الدم[350] ص 117، لكن كل ذلك في حالة إذا كان الإشتراط صريحا لمصلحة الغير، وهو ما يدعونا إلى التساؤل عن حالة وجود اشتراط ضمني لمصلحة المتلقي المريض في عقد التوريد المبرم بين المستشفى أو العيادة ومركز نقل الدم، فما هو الحكم عند ئذ؟ .

نقول أن القضاء الفرنسي في هذا الصدد قد استند إلى المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي والتي يفترض فيها المشرع وجود إشتراط ضمني لمصلحة الغير، فوجود الإشتراط المفترض هو النص الذي لا وجود لمثله في القانون المدني الجزائري، فالمشرع الجزائري قد إكتفى بإيراد نص خاص بالاشتراط الصريح لمصلحة الغير، والذي كان بموجب المادة 116 التي لم تتضمن ما يفيد أن يكون هناك إشتراط ضمني أو مفترض، وهو ما يوحي بوجود بعض الصعوبات، فنجد القضاء الفرنسي بواسطة محكمة النقض قد أجاز للمتلقي الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم، وهذا إعتمادا على قيام إشتراط مفترض وضمني لمصلحته في عقد توريد الدم المبرم بين المستشفى أو العيادة والمركز، ليتمكن ودون حاجة إلى إثبات خطأ المركز من مطالبته بالتعويض عن الإخلال بإلتزامه الناشئ عن العقد الذي تم لمصلحته، وقد جاء هذا القرار بمناسبة الإصابة بمرض السفليس نتيجة نقل دم ملوث ، وكذا مسؤولية مركز نقل الدم عن عدوى السيدا وإلتهاب الكبد الوبائي.

ولا مانع من إشتراط المستشفى أو العيادة لمصلحة أي مريض يتعاقد معها على العلاج ويفترض أن أي مريض يقبل تلقيه العلاج في مؤسسة علاجية يستفاد ضمنا قبوله لهذا الإشتراط[177] ص 114، وهذا تغليبا من القضاء لمصلحة المريض في تلك العلاقة، فحق المريض المنتفع طبقا لذلك يثبت من الوقت الذي ينعقد فيه عقد الإشتراط إبتداء، وليس إقراره إلا تثبيتا له، فالإقرار المتأخر للحق المشترط

لمصلحة المريض هنا لا يعني حرمانه من الإستفادة من هذا الحق بأثر رجعي، حيث يستطيع بذلك مساءلة المركز عن أي تقصير وفقا لقواعد المسؤولية العقدية لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك فيستطيع أن يطالبه بإسمه ولنفسه مباشرة على أساس أنه صاحب حق ودائن بإلتزام في ذمة المركز.

ودعوى المريض هنا هي دعوى مباشرة وليست دعوى غير مباشرة، فهو لا يستعمل الحقوق المدنية للمستشفى إتجاه المركز، بل يستعمل حق مباشر له[352] ص 98. كما أن ورثة المريض المنقول له الدم إذا توفي بسبب دم ملوث أو غير مطابق لفصيلته يستفيدون من هذا الإشتراط الذي كان مبرما لمصلحة مورثهم ومن حقهم المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب مورثهم[205] ص 61.

لكن ما يؤخذ على ما سبق أن فكرة الإشتراط الضمني والمفترض لمصلحة الغير قد تعرضت إلى الكثير من الإنتقادات الفقهية كونه خرق لمبدأ نسبية أثار العقد ، كما أن القول بالإشتراط الضمني يجعل من وجود الإشتراط في حد ذاته غير محقق، بل إفتراضي، في حين أن الإشتراط يتطلب وجود إتفاق بين المشترط والمتعهد يلتزم بمقتضاه المتعهد وبطلب من المشترط القيام بعمل أو الإمتناع عنه أو أداء شيء لمصلحة الغير المستفيد، وفي هذا الصدد و مع ذلك فإنه من المؤكد أن إبتداع القضاء لمفهوم الإشتراط الضمني في مجال نقل الدم كان يصبو إلى ضمان تعويض ضحايا الدم الملوث، وهذا كون المريض هنا يكون في موقف ضعيف وغير قادر في أغلب الأحيان على إثبات خطأ مركز نقل الدم، ولأجل ذلك توخى القضاء في ذلك العدل والإنصاف بإعطاء المريض مزايا وضمانات لحقه عند حدوث الضرر.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من الإشتراط لمصلحة الغير في مجال عملية نقل الدم فيمكن القول أن هذا الأخير قد طبق ذلك من خلال عقد التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية الذي تبرمه كل من المؤسسات الصحية و مراكز نقل الدم[253] ص 3، فحق المضرور في الرجوع على المؤمن بالدعوى المباشرة يقوم على أساس الإشتراط لمصلحة الغير، بحيث يكون المؤمن له عند تعاقده مع المؤمن قد إشترط عليه أن يدفع مبلغ التعويض للمضرور عند تحقق الخطر المؤمن منه، وهذا الإشتراط ليس منصوصًا عليه في عقد التأمين بل هو إشتراط ضمني إشتمل عليه عقد التأمين إلزاما[78] ص 1672.

وهو ما ذهب إليه المشرع في نص المادة الثانية من القانون 06-04 المعدل والمتمم لقانون التأمينات بنصها: " إن التأمين.....عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى الغير المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال.....في حالة تحقق الخطر المبين في العقد ....".

لكن يمكن التعليق عن ذلك من جهة أخرى ، أنه لا مجال لإفتراض إشتراط المؤمن له التأمين لصالح المضرور طالما أن عقد التأمين لم يجعل المضرور المستفيد من التأمين، فالمؤمن له عندما يتعاقد

على التأمين إنما يريد بذلك أن يدرأ عبء المسؤولية عن كاهله لا أن يكفل للمضرور تعويضًا عما أصابه من ضرر، فالمؤمن له يبرم عقد التأمين من المسؤولية أولا وقبل كل شيء لصالح نفسه لا لصالح الغير المضرور وهذا بإعتبار التأمين من المسؤولية هنا إلزامي، وإذا كان هنالك ثمة مصلحة للمضرور فإنها مصلحة عرضية غير مقصودة ، أما في الاشتراط لمصلحة الغير فإن مصلحة المستفيد – أي المضرور- هي مصلحة أساسية لابد منها لصحة الإشتراط نفسه، بل هي الدافع الباعث الذي دفع المشترط إلى إبرام عقد الإشتراط[45] ص 336.

كما أن المؤمن عندما يتعاقد مع المؤمن له لا يقصد بذلك حماية مصلحة المضرور، وإنما يكون هدفه تعويض المؤمن له لما أصابه من ضرر نتيجة إنشغال ذمته المالية بدين التعويض الذي يسأل عنه تجاه الغير، والدليل على ذلك موقفه من دعوى المسؤولية المرفوعة على المؤمن له من قبل المضرور حيث أنه يقوم بموجب شرط إدارة الدعوى بدفع مسؤولية المؤمن له بكل السبل المتاحة وصولا إلى عدم تعويض المضرور، وبعكس الحال في الإشتراط لمصلحة الغير الذي يكون للمشترط مصلحة في أن ينال المستفيد الحق الذي أُشترط له، وهذه المصلحة تعطي المشترط حق مراقبة تنفيذ المتعهد لإلتزامه قبل المستفيد والتدخل في الدعوى[45] ص 336 ، 337.

لكن لم يورد المشرع الجزائري في القانون المدني نصًا عامًا يخول للمضرور دعوى مباشرة ضد المؤمن على مسؤولية المؤمن له، لذا أصبح من المحتم وجود نص تشريعي يستند إليه حق المضرور في الرجوع على المؤمن مباشرة بما يستحق له من تعويض وذلك في حدود ما يلتزم به المؤمن إتجاه المؤمن له، بحيث يصبح إلتزام المؤمن تجاه المضرور التزامًا قانونيًا مباشرًا مختلفًا عن إلتزامه تجاه المؤمن له الذي يحكمه عقد التأمين، فالدعوى المباشرة تمنح صاحبها (المدعي) حقا إستثنائيا يخرج عن نطاق مبدأ نسبية أثر العقد، وهذا الخروج يعد خروجا إستثنائيا في مجال مطالبة الدائن لمدينه، فلا يمكن أن يتم التوسع فيه ويحتاج إلى نص قانوني ، فما يقضى به في الدعوى المباشرة لا يدخل في الذمة المالية للمدين و إنما يخرج منها.

كما أن النص القانوني يجعل العلاقة بين المضرور والمؤمن علاقة مباشرة تتيح للمضرور أن يرفع الدعوى المباشرة ضد المؤمن لاقتضاء حقه في التعويض عما لحقه من ضرر، فالقول بأن للمضرور حق الرجوع مباشرة على شركة التأمين دون نص تشريعي، فإن ذلك لا يمكن تخريجه وفقًا للقواعد العامة إلا من خلال الإشتراط لمصلحة الغير، ويجب في ذلك الرجوع إلى وثيقة التأمين لينظر فيها ما إذا كان بالإمكان أن يستخلص من نصوصها هذا الإشتراط بشكل واضح لا لبس فيه.

ومن الشروط الأساسية والموضوعية لرجوع المضرور على المؤمن بالدعوى المباشرة هو ثبوت مسؤولية المؤمن له عن الضرر، والتي تكون ذات أساس تقصيري (مسؤولية تقصيرية)، وبالتالي يجب إثبات توفر أركانها من خطأ و ضرر وعلاقة سببية ، فلا بد من ثبوت مسؤولية المؤمن له لتثبت

مقابلها مسؤولية المؤمن إتجاهه[107] ص 115، وهو ما لا يكون ممكنا في مجال نقل الدم الملوث، فإثبات خطأ مركز نقل الدم أو المستشفى أو حتى العيادة الإستشفائية يعد أمرا صعبا إن لم نقل مستحيلا، خاصة في حالة إصابة الشخص المنقول له الدم بأمراض معدية وضرر لم يظهر مباشرة بعد عملية نقل الدم ، بل كان ظهوره بعد فترة من الزمن قد تصل في بعض الأمراض كالسيدا و إلتهاب الكبد الوبائي إلى عدة سنوات وهو الشيء الذي يجعل مسألة إثبات الخطأ و ربطه بالضرر كما قلنا من الأمور العسيرة .

لكن أساس قاعدة الإشتراط لمصلحة الغير يكسب المريض المنتفع حق مباشر نحو المتعهد (مركز نقل الدم)، وهذا كونه يفترض توفر المصلحة للمشترط (المستشفى أو العيادة) لأنه المسؤول أمام المريض وما يستقيم مع المنطق والواقع وفقا لمجرى الأمور، فغاية القانون هنا هي تعويض المضرور بإقتضاء حقه من المسؤول حتى ولو لم ترطبه به علاقة عقدية مباشرة، كون أن إرادة طرفي الإشتراط توافقتا على إشتراط لمصلحة من هو ليس طرف معهم (الغير) لكنه منتفع على أثر تعاقدهم ، وعدم إمكانية رجوع المضرور بسبب نقل الدم على المركز لإنعدام العلاقة بينهما، تدعونا إلى ضرورة تطبيق قواعد الإشتراط لمصلحة الغير، حتى ولو كانت هذه القاعدة ذاتها ضمنية، وما يشترطه القانون لها يمكن تقديره في دائرة الإرادة الضمنية[134] ص 53، لذلك تبقى فكرة الإشتراط لمصلحة الغير و تفضيل القضاء للإشتراط الصريح عن غيره من الإشتراط الضمني أو المفترض كأساس لمسؤولية عقدية ، لكن لا تستقيم هذه الفكرة مع مسؤولية تقصيرية في مجال نقل الدم الملوث .

ورغم كل ما سبق إلا أن هذه الفكرة قد إستحدثت على إثرها آليات أخرى لتمكين ضحايا عمليات نقل الدم الملوث من الحصول على تعويض يجبر ضررهم، فهذا الإشتراط لم تعد له أهمية تذكر في فرنسا، خاصة بالنسبة لحوادث نقل الدم الملوث كتلك المتعلقة بالإصابة بالسيدا، وهذا بعد إنشاء صندوق خاص بتعويض هؤلاء من دون مطالبتهم بإثبات خطأ المركز، إضافة إلى تقرير المسؤولية الناتجة عن عمليات نقل الدم على أساس المخاطر والضرر وليس إثباتا بالخطأ. فالضرر والإصابة بأحد الأمراض المعدية المنتقلة عن طريق الدم وإثر عملية لنقله هو معيار التعويض هنا ، وهو ما لم يخصه المشرع الجزائري بالإهتمام كلية، وما نأمل جلب إنتباهه إليه صراحة، فموضوع نقل الدم الملوث قد يثير إشكالات قانونية في مجال المسؤولية ، سوف نتعرض لها بالبيان لاحقا .

2.1.2.1. علاقة المريض بالمؤسسات الاستشفائية وبالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

إن المؤسسات الاستشفائية والعلاجية هي تلك الأماكن المعدة لتقديم خدمات التشخيص والمعالجة والتمريض، فهي مؤسسات مرخص لها قانونا بإستقبال المرضى وعلاجهم، كما أنها المكان الذي يدخله

المرضى للإستشفاء عن طريق أطباء ومجموعة من المتخصصين في شتى فروع الرعاية الصحية التي يحتاجها المريض.

وقد أضافت المتغيرات الحاصلة في مختلف المجالات في العصر الحديث على وظائف ونشاطات المستشفى تغييرا واضحا ومؤثرا على نوعية الخدمة الصحية، فإن كان هذا الإختلاف والتنوع لتلك الوظائف له أهمية في تحسين الوضع الصحي للأفراد، فإن ذلك قد ينعكس سلبا على هذا المرفق أو على الفرد المتعامل معه، وهذا عندما ينتج عن ذلك النشاط ضرر أو قد يكون النشاط بحد ذاته إخلالا أو مساسا بسلامة الفرد، كنقل دم ملوث له، فيترتب عن هذا المساس مسؤولية سميت بمسؤولية طبية تتعلق بمرفق المستشفى الذي يؤدي خدمة عامة لجميع أفراد المجتمع.

من جهة أخرى يعتبر المريض من بين جمهور الناس الذي له حق الإنتفاع بخدمات المرافق العامة بما فيها مرفق الصحة، والذي يتميز عن غيره من المرافق الأخرى، وهذا نظرا للدور الحساس الذي يلعبه في مجال الخدمات حيث يرتبط بصحة وسلامة المواطن، ولهذا الغرض يقوم المستشفى بعدة نشاطات وأعمال تهدف جميعها لنفس الهدف ، ويعتبر الطبيب في هذا كله العمود الفقري لممارسة كل تلك النشاطات، وهذا بدوره يؤدي به إلى تحمل عبء إلتزاماته الكثيرة والضرورية في نفس الوقت.

وتوضيحا لتلك العلاقات القائمة كان علينا أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبين في الفرع الأول علاقة المريض بالمؤسسات الاستشفائية، أما الفرع الثاني فنخصصه لعلاقة المريض بالأطباء المنفذين للعمل الطبي المتمثل في عملية نقل الدم :

الفرع الأول: علاقة المريض بالمؤسسات الاستشفائية

الفرع الثاني: علاقة المريض بالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم.

1.2.1.2.1. علاقة المريض بالمؤسسات الاستشفائية

لقد وجدت المؤسسات الاستشفائية لغرض وهدف أساسي يحتاجه أي فرد في المجتمع، وهو توفير كل الإمكانيات للمرضى قصد تخفيف ألامهم ومعاناتهم، حيث تتجسد هذه الإمكانيات إما عن طريق النشاطات الطبية الفنية أو العلاجية التي يقوم بها الأطباء ومساعديهم داخل المستشفى ، أو عن طريق النشاطات التنظيمية والإدارية البحتة لهذا المرفق الصحي وهو ما لا يهمنا تفسيره.

وعليه فالمؤسسة الاستشفائية هي كل مكان أعدّ للعلاج أو التمريض أو فحص المرضى أو إقامة الناقهين منهم أو إيوائهم أيا كان الإسم الذي يطلق عليه، سواء كان بالأجر أو بالمجان، ومنه يستثنى من الحكم هنا العيادات الخاصة بالأطباء التي لا يجوز إقامة وإيواء المرضى فيها.

إن المريض الذي يتلقى العلاج في المستشفى يتعامل مع شخص معنوي، وهو يخضع للتنظيمات واللوائح الإدارية لهذا المرفق، لكن كما هو معلوم أن المؤسسات الإستشفائية نوعان، مستشفيات عامة

تديرها الدولة ومستشفيات خاصة تكون ملكا للأشخاص، فتختلف العلاقة التي تربط المريض بالمستشفى العام عن تلك التي تربطه بالمستشفى الخاص، وعليه سوف نبيّن طبيعة تلك العلاقة بالنسبة لكل نوع ضمن العناوين التالية :

أولا: علاقة المريض بالمستشفى العام

ثانيا: علاقة المريض بالمستشفى الخاص.

1.1.2.1.2.1. علاقة المريض بالمستشفى العام

المستشفى العام هو المستشفى الذي تشرف عليه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة بقصد تحقيق المصلحة العامة دون مقابل مادي أو مقابل ثمن بسيط، خلافا للمستشفى الخاص الذي يقوم بتقديم الخدمات لقاء مقابل مادي، ويقصد من وراء ممارسة عمله الربح المادي[144] ص 375، 376، فالمستشفى العام هو المستشفى الذي يكون تابعا لوزارة الصحة أو وزارة الدفاع أو أية جهة حكومية أخرى، حيث تهيمن الدولة عليه وتكون مسؤولة عنه وعن العاملين به، فهو مرفق عام يقدم العلاج المجاني.

وبالنسبة للقانون الجزائري تعتبر المؤسسات الصحية العمومية هي تلك المؤسسات ذات الطابع الإداري، والتي لها شخصية معنوية وإستقلال مالي، وتوضع تحت وصاية الوالي، فتدعى القطاع الصحي، وهي مجموع هياكل الوقاية، التشخيص، العلاج والإستشفاء وإعادة التأهيل الصحي الموجود داخل إقليم نفس الدائرة، والمتكونة من المستشفيات والعيادات متعددة الخدمات، المراكز الصحية، قاعات الفحص والعلاج ومراكز الأمومة ومراكز مراقبة الحدود، وكل منشأة صحية عمومية تحت وصاية وزارة الصحة والسكان[156] ص 14.

وعليه فإنه يدخل ضمن مفهوم المؤسسات الصحية في القانون الجزائري كل من:

المراكز الاستشفائية الجامعية: التي تختص بالعلاج والبحث في المجال الطبي والتكوين، ويحدد قواعد إنشاءها المرسوم التنفيذي 97- 467 المؤرخ في 1997/12/7.

القاطاعات الصحية: هي التي تتكفل بالصحة المدنية والوقاية وتقديم العلاج الأولي، والتي ينظم سيرها المرسوم التنفيذي رقم 97- 466.

المؤسسات الاستشفائية المتخصصة: هي التي تتكفل بنوع معين من العلاج التخصصي دون غيره وقد نظمها المرسوم التنفيذي 465/97.

المؤسسات العمومية الاستشفائية والمؤسسات العمومية للصحة الجوارية: والتي ينظمها المرسوم التنفيذي 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007[265] ص 10.

وبالتالي فإن القطاع العام وفقا لما سبق هو المستشفيات والمراكز الصحية بما فيها مراكز نقل الدم وبنوك الدم، والقطاعات الصحية المتعددة والمتواجدة لخدمة كافة الناس، فهذه المؤسسات الإستشفائية عبارة عن مرافق صحية عامة تخضع للقانون العام، تقدم خدمات طبية لإشباع الحاجات العامة للجمهور

فالمريض بإعتباره مواطن له حق الإنتفاع بخدمات هاته المرافق أين يتلقى العلاج بها، فتنشأ له على أساس ذلك علاقة قانونية.

لكن علاقة المريض بالمستشفى العام ليست علاقة تعاقدية ، فالقائمين على تسيير هاته المرافق الصحية العامة يعتبرون بمثابة أعضاء فيها، وتكون كافة أعمالهم منسوبة للمرفق ذاته، حيث يكون هذا الأخير هو المسؤول عنهم إتجاه المستفيدين (المرضى)، لأجل ذلك ينظم القانون العام كما ذكرنا عمل تلك المؤسسات الإستشفائية، وطبقا للمادة الثانية من المرسوم التنفيذي 466/97، يعتبر القطاع الصحي والمؤسسات الإستشفائية المتخصصة والمراكز الجامعية ، مؤسسات ذات طابع إداري وتدخل ضمن إختصاص القضاء الإداري وفقا لقانون الإجراءات المدنية كل دعوى تكون هذه الأخيرة طرفا فيها.

ضف إلى ذلك أن المريض في المستشفى العام لا يختار طبيبه، وبالتالي تنتفي هنا العلاقة العقدية بينهما، فالطبيب شخص مكلف بأداء خدمة عامة، طبقا للقوانين والأنظمة، أما المريض فهو شخص يتمتع بخدمات المرفق العام طبقا للقانون[124] ص 18، فيكون بينه وبين المستشفى علاقة من طبيعة إدارية لائحية يلتزم من خلالها المستشفى بتقديم خدمات طبية علاجية له.

وتأسيسا على ما سبق فإنه لا توجد علاقة عقدية بين المريض والمستشفى العام أو حتى الطبيب والمريض في نطاق المؤسسات أو المرافق الصحية الإستشفائية العامة، وهو ما أدى إلى تكييف علاقة المريض بالمستشفى هنا على أنها علاقة تنظيمية في إطار القانون العام، تطبق عليها قواعد المسؤولية الإدارية طبقا لأحكام القانون الإداري، والتي تختلف قواعدها وأركانها عن قواعد المسؤولية المدنية عامة والتقصيرية خاصة المعروفة في نطاق القانون الخاص، وهذا عن طريق تبني وإعمال المسؤولية دون خطأ للمرفق الطبي العام ضمن قواعد وأركان المسؤولية الإدارية التي طبقها القضاء الفرنسي في قضية بلانكو (Blanco) الشهيرة بتاريخ 1873/02/08[195] ص 29، 30، وهذا قصد تسهيل حصول المتعامل والمستفيد من تلك المرافق الصحية العامة على تعويض جراء إصابته بأضرار ناجمة عن الأخطاء الطبية للعاملين بها عند عدم إمكانية إثبات الخطأ الطبي أو حتى في حالة عدم وجوده.

من جهة أخرى نجد أن المستشفى تسأل عن كل خطأ في تنظيم وحسن سير العمل بها، وفي تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى بصفة عامة[122] ص 119، هذا إضافة إلى حسن وسير أجهزة المستشفى ونظافة آلاته المستعملة، وإلتزامه بتوفير العدد الكافي والمتخصص من العاملين، فكل خطأ في هذه المهام يثير مسؤولية المستشفى كمرفق إداري عام[122] ص 119، حيث يحق للمريض الرجوع

على من يمثلها ويديرها قانونا وعلى وزارة الصحة بإعتبار المستشفى تابعة لها ، على أساس المسؤولية الإدارية وتأسيسا على خطأ المرفق حتى يسهل على المتضرر الحصول على تعويض عادل.

وبالتالي فإن المريض يتعامل مع المستشفى هنا على أنه شخص معنوي، وإذا كان قد تعامل مع أحد الأطباء والموظفين لدى المستشفى، والذي تحدده إدارة المستشفى طبعا لتشخيص مرضه أو علاجه ، فإنه لا يتعامل معه بصفته الشخصية ولكن بصفته مستخدما أو موظفا لدى هذا المستشفى وعلى هذا الأساس فإن علاقة المريض بالطبيب هنا هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام الذي يكون بينه وبين المريض علاقة مباشرة[156] ص 36، 37.

لكن في مجال عمليات نقل الدم التي يقوم بها الأطباء العاملون بالمؤسسات الإستشفائية فإن علاقة المريض بالطبيب المنفذ لنقل الدم لا تكون إلا من خلال تلك المؤسسة الإستشفائية (المستشفى) والتي لا ترتبط كما سبق القول بالمريض إلا بواسطة علاقة تنظيمية لائحية تلتزم فيها المؤسسة بتقديم الرعاية الصحية اللازمة والضرورية، حيث تنحصر مهمة المستشفى هنا في توفيرها للدم الكافي والمناسب للمرضى الموجودون بها، وهذا كله وفقا لشروط قانونية محددة مسبقا كشرط تبرع أهل المريض بالدم في حالة إحتياج هذا الأخير له، أو ضرورة إحضار هذا الدم من مركز نقل الدم أو بنك الدم بناء على تبرع مماثل من أقارب المريض في حالة عدم وجود الفصيلة أو الكمية اللازمة.

وعليه فإن الخدمات التي يقدمها المرفق الصحي العام أو المستشفى العام لا تتعدى توفير الدم الكافي أو القيام بإحضاره من مركز نقل الدم أو بنك الدم لوضعه تحت تصرف المريض، أما فيما يخص ضمان سلامته ونظافته من الأمراض والفيروسات فهي من مهام مركز نقل الدم.

كما لا يستطيع المريض بما له من علاقة مع المستشفى العام كمرفق صحي ملتزم بأداء خدمات طبية علاجية أن يطالبه بتعويض أو يسأله على أساس ضرر صحي أصيب به من جراء عملية نقل دم ملوث بأحد الأمراض أو الفيروسات، لكن قد يسأل المستشفى هنا على أساس علاقته بالطبيب المنفذ لعملية نقل الدم و بإعتبار هذا الأخير شخص مكلف بخدمة يعمل تحت سلطة ورقابة المستشفى كمتبوع عن فعل تابعه إذا توفرت شروط علاقة التبعية هنا، فالطبيب ليس موظفا بالمعنى الفني فقط وهذا لا يعفي الإدارة من المسؤولية باعتباره تابع لها، لأن مسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها تشمل كل من يؤدي عملا لحساب وتحت رقابة وخطأ الطبيب[122] ص 115، ويكون ذلك في حالة عدم قيام هذا الأخير بتحليل الدم المتبرع به من أقارب المريض لتأكده من خلوه من الأمراض أو الفيروسات، حيث يكون خطأ الطبيب هنا واردا في مجال نقل الدم، فيستطيع المريض الرجوع على الطبيب نتيجة خطأه الشخصي من خلال عمله الطبي، كما تتحمل إدارة المستشفى نصيبها في التعويض إذا كان الخطأ مشتركا.

2.1.2.1.2.1. علاقة المريض بالمستشفى الخاص

إن المستشفيات الخاصة هي تلك المؤسسات التي يملكها أو يستأجرها أو يديرها الأطباء أو الهيئات الاستثمارية أو تلك التي تملكها المؤسسات الاجتماعية والدينية[252]، وتكون معدة لإستقبال المرضى ورعايتهم، حيث تقدم خدمات طبية لقاء مقابل مادي .

وقد عرّف المشرع الجزائري المستشفيات الخاصة أو ما تسمى بالمؤسسات الإستشفائية الخاصة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 07-321 الذي يتضمن تنظيم وسير هذه المؤسسات[264] ص 11، حيث نصت المادة الثانية منه أن :«المؤسسة الإستشفائية الخاصة هي مؤسسة علاج وإستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب النساء والتوليد وأنشطة الإستكشاف، ويجب عليها بالنسبة للتخصص أو التخصصات التي تمارسها، القيام على الأقل بالأنشطة الآتية: الفحص الطبي، الإستكشاف والتشخيص الإستعجالات الطبية أو الطبية الجراحية بما فيها إزالة الصدمات والإنعاش ومراقبة الإستشفاء».

تتمتع هذه المؤسسات بالشخصية المعنوية، وهي توضع تحت المسؤولية الفعلية والدائمة لمدير تقني طبيب[264].

وعليه فالمؤسسة الإستشفائية الخاصة هي مكان معدّ للعلاج والإستشفاء ، تمارس فيه أنشطة الطب والجراحة، كما أنها تضمن خدمة دائمة ومستمرة للمريض عن طريق مقابل مادي، وهو ما نصت عليه المادة 37 من المرسوم التنفيذي السابق، حيث تضم إيرادات المؤسسات الإستشفائية الخاصة الإيرادات الناتجة عن أنشطتها وخدماتها، أي المقابل المالي الذي يدفعه المرضى المستفيدون من خدمات المؤسسة.

لكن يجب الإشارة هنا إلى أنه يستثنى من حكم المؤسسات الإستشفائية الخاصة ،العيادات الخاصة بالأطباء التي لا يجوز إقامة أو إيواء المرضى بها، فالمؤسسة الإستشفائية الخاصة تحدد طاقة إستعابها الدنيا بسبعة أسرّه[264] ، وهوما يوضح أنه إذا كانت المؤسسة تستوعب أقل من سبعة أسره، فهي لا تعد مستشفى خاص وفقا للقانون الجزائري، بل تدخل ضمن مفهوم العيادة الخاصة بالطبيب والتي لا يطبق عليها أحكام المرسوم السابق ، بل هي عيادة خاصة تحت مسؤولية وولاية الطبيب المالك أو المستأجر لها.

وعلى هذا الأساس تختلف علاقة المريض بالمستشفى العام عن علاقته بالمستشفى الخاص، حيث يدخل المريض إلى المستشفى الخاص بناءًا على عقد مبرم معها[146] ص 390، فقد يذهب المريض من تلقاء نفسه للعلاج إلى تلك المستشفى، وذلك بعد الإتفاق بينه وبين إدارتها على إجراء العلاج فيكون ذلك بناءا على عقد بينهما يفترض أن يحكم علاقتهما، وهو ما يسمى بعقد تقديم الخدمات الطبية أو عقد

الإستشفاء (Contrat d'hospitalisation)[330] 658 أو عقد العلاج والذي يكون موضوعه تقديم الخدمات العادية للمريض، حيث يرتب على عاتق المؤسسة الصحية هنا العديد من الإلتزامات، كتقديم العلاجات الضرورية بطريقة آمنة وفعّالة ومراقبة صحة المريض.

ويعدّ عقد الإستشفاء أو العلاج عقد ضمني بين المريض وبين إدارة المستشفى الخاص، يلتزم بمقتضاه المريض بدفع مقابل العلاج والإقامة لفترة العناية، وتلتزم المستشفى بتنفيذ هذا العقد عن طريق تقديم الخدمات للمريض كما ذكرنا، في حين تبقى الأعمال الطبية من إختصاص الأطباء كالتشخيص ووصف العلاج وغيرها.

وبالتالي فإن عقد الاستشفاء الطبي هو الذي يحكم تلك العلاقة التعاقدية القائمة بين المريض وإدارة المستشفى، وهذا خلافا لتلك العلاقة اللائحية التنظيمية التي تربطه بالمستشفى العام، فالعقد هنا يعتبر من النظام العام، موضوعه تقديم الخدمات العادية (Les soins ordinaire) للمريض وأنشطة الإستشفاء أثناء علاجه وإقامته بالمستشفى كتقديم الطعام والنظافة وتقديم العلاج بصفة منتظمة من أدوية وحقن وتحاليل...الخ[151] ص 165، ويقع على عاتق المستشفى الإلتزام بضرورة توفير التجهيزات اللازمة (L'équipement nécessaire) والتحقق من سلامتها وعدم إختلالها، حيث تقوم إدارة المستشفى بغاية تحقيق شروط عقد الاستشفاء بالاستعانة بالأطباء العاملين بها والمساعدين لهم.

ومن ثم تقوم مسؤولية إدارة المستشفى إذا ما ثبت الإخلال بالالتزامات السابقة، فإذا تبين أنها تخلفت عن تقديم تلك الخدمات والرعاية للمريض إعتبرت بذلك مخطئة وأعلنت مسؤوليتها[171] ص 96، ومسؤولية إدارة المستشفى الخاص بذلك تكون عقدية لا تقصيرية، حيث أن قبول إدارة المستشفى للمريض دليل على ضمانها له عناية طبية مناسبة لحالته، وهي بذلك مسؤولة عن عدم تنفيذ هذا الإلتزام العقدي إلى أن يقوم سبب أجنبي ينفيه[156] ص 47، فالمسؤولية هي مسؤولية شخصية وذلك إستنادا إلى إهمالها والرقابة على الأطباء العاملين بها.

وعليه تلتزم المستشفى الخاصة بسلامة المريض الذي يعالج بها، فهي تضمن سلامة الأغذية والأدوية المقدمة وكذا الأجهزة المستخدمة والتحاليل المجراة، حيث يكون على المستشفى إثبات أن الضرر المتحقق يرجع حدوثه إلى سبب أجنبي عنها، وهذا لأن إلتزام المستشفى هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض الذي يتلقى العلاج بها.

ومما سبق يمكن الإجمال أن العلاقة بين المريض والمستشفى الخاص أو المؤسسة الإستشفائية الخاصة وفقا للقانون هي علاقة تعاقدية يلتزم فيها المريض بدفع أجرة المستشفى والأطباء المعالجين بها وتلتزم إدارة المستشفى بإجراء العلاج والإشراف على المريض أثناء فترة علاجه وإقامته بالمستشفى عن طريق تقديم العناية اللازمة له، حيث تستعين إدارة المستشفى قصد تحقيق شروط عقد الاستشفاء بأطباء

ومساعدين يعملون بها، كما تتحقق مسؤوليتها عن مباشرة أنشطة العلاج للمرضى المتعاقدين معهم إذا ما نجم إخلال بالإلتزامات الواجبة.

وفي عملية نقل الدم للمريض تلتزم إدارة المستشفى بالتعويض عن أي ضرر يلحق بالمريض نتيجة عدم تحقق إلتزامها بضرورة تقديم ووصول دم سليم خال من الأمراض والفيروسات، فإلتزام المستشفى هو التزام بتحقيق نتيجة بالنسبة لسلامة الدم أو حتى صحة التحاليل التي تجري لفصيلة دم المريض، كما تقوم مسؤوليتها العقدية عن الضرر الذي يلحقه بالمريض إلا إذا أقام الدليل على أن عدم تنفيذها الإلتزام كان نتيجة سبب أجنبي غير منسوب لها.

لكن لا يسأل المستشفى عن الدم الملوث الذي يتسلمه من مركز نقل الدم أو بنك الدم والذي يكون محفوظا ومخزنا بمعرفة هذا الأخير[307] ص 402. وإنما تقع المسؤولية في هذه الحالة على عاتق مركز نقل الدم ذاته.

2.2.1.2.1. علاقة المريض بالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

إن الطبيب في خدمة الفرد والصحة العمومية، وهو ما يدعو إلى قيام علاقة بينه وبين المريض أساسها الثقة والائتمان، حيث أن المريض يسلم أمره لطبيبه فيخضع جسده وصحته تحت يد وضمير طبيبه[203] ص 26.

وتعتبر العلاقة الطبية الممثلة في علاقة الأطباء بالمرضى من أبرز المجالات التي شهدت تطورا ملموسا وتغيرا واضحا، وقد كان هذا نتيجة للمعطيات والمستجدات العملية والتطورات التكنولوجية، سواء على مستوى الأساليب أو الوسائل والأجهزة ، فبمجرد إعتناء الطبيب بالمريض ضمن علاقتهما الطبية تنشئ عن ذلك مباشرة علاقة قانونية تنجم عنها جملة من الإلتزامات التي تشكل في مضمونها حقوقا للمريض، يكون أهمها هو الحق في العناية الطبية والمعالجة التي لا بد على الطبيب المعالج أن يوفرها للمريض[325] ص 69، 70، حيث تقوم بين الطرفين علاقة طبية مع أي علاج طبي أو جراحي أو تمريضي، كما لا يشترط لحدوثها تلقي الطبيب أجرا مقابل العلاج.

لكن علاقة الطبيب بالمريض من حيث المبدأ هي علاقة عقدية[302] ص 350، فالمريض عندما يختار أحد الأطباء لمعالجته من المرض ويقبل الطبيب إستقباله في عيادته لهذه الغاية، فإن ذلك يؤدي إلى إنعقاد عقد بين الطرفين يسمى بالعقد الطبي، أو كما سماه الدكتور هشام عبد الحميد فرج عقد بذل العناية الطبية، الذي يلتزم فيه الطبيب بتقديم العناية الصادقة للمريض التي تتفق مع الأصول الطبية[193] ص 132 والعقد الطبي هنا هو عقد يخضع لمبدأ سلطان الإدارة، حيث يترتب عن ذلك حرية المريض في إختيار طبيبه وحرية الطبيب بدوره في علاج المريض، فإحترام إرادة الأطراف في

إقامة العلاقة الطبية القانونية التي ينجم عنها أن للمريض مطلق الحرية في أن يتقدم إلى طبيب لإختياره قصد التعاقد معه، كما أن للطبيب مطلق الحرية في فتح أبواب عيادته أو غلقها.

وعليه فإن الطبيب والمريض لهما مطلق الحرية في إبرام العقد الطبي بينهما وتضمينه ما شاء من شروط، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري ضمن المادة 42 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب، حيث تنص:« للمريض حرية إختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض إحترامه، وتمثل حرية الإختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض... ».

ما يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن العلاقة بين الطبيب والمريض من حيث المبدأ ووفقا للمشرع الجزائري هي ذات طبيعة تعاقدية يجسدها مبدأ حرية التعاقد، وهو ما أكده القضاء الفرنسي قديما ضمن أحكامه[132] ص 216، كما كرسه بموجب قراره الشهير لمحكمة النقض الفرنسية لسنة 1936 السابق الذكر[185] ص 36.

كما سبق أن عرفنا أن الوفاء القانوني الذي يحكم تصرفات كل طرف من أطراف العلاقة التعاقدية الطبية هنا هو العقد الطبي، والذي يمكن الطرفان من الممارسة الفعلية لحقوقهما وإلتزاماتهما بإرادة واعية حرة ومختارة، حيث يختار المريض طبيبه معتمدا على قراراته المعلوماتية، فيكون الطبيب ملزما ببذل عناية لأن مباشرة علاج المريض بالظروف الطبيعية يدل على أن الطبيب في الغالب قد أبرم عقدا مع المريض، لذلك تكون مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية وكذا عن أخطاء كافة العاملين بالحقل الطبي من زملاء وجراحين وممرضين وغيرهم مسؤولية عقدية حتى ولو تم العلاج بالمجان على سبيل الصداقة والمجاملة ،أو حتى عندما يكون إختيار المريض للطبيب حاصل من الغير، كالمستشفى أو رب العمل[132] ص 216 فانعدام المقابل الذي ارتضاه الأطباء فيما بينهم أو مع الغير في بعض الحالات يمكن تفسيره على أنه إبراء إختياري من الدين، لكن العقد في حقيقته معاوضة.

لكن يرد على حق المريض في اختيار طبيبه بعض الإستثناءات، منها المعالجة أو العمل الطبي الذي يكون بالمؤسسات الإستشفائية العامة، حيث لا تكون علاقة المريض بالطبيب بها ذات طبيعة عقدية ولأجل ذلك كان لزاما علينا أن نبيّن علاقة المريض بالطبيب العامل في عيادته الخاصة أو بالمستشفى الخاص، إضافة إلى ذلك الأجير في المؤسسة الإستشفائية الخاصة، وكذا علاقته بالطبيب العامل بالمستشفى العام كإستثناء عن العلاقة العقدية،هذا إلى جانب تحديد علاقة المريض بهؤلاء الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بصفة خاصة من طبيب معالج وطبيب جراح وطبيب تحليل الدم، و يكون ذلك ضمن العناوين التالية:

أولا: علاقة المريض بالطبيب في العيادة أو المستشفى الخاص

ثانيا:علاقة المريض بالطبيب العامل في المستشفى العام

ثالثا: علاقة المريض بالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

1.2.2.1.2.1. علاقة المريض بالطبيب في العيادة أو المستشفى الخاص

قد يكون الطبيب عاملا بإحدى المستشفيات الخاصة لحسابه الخاص، فيعد بذلك عقد عمل كون الطبيب في هذه الحالة يكون خاضعًا لإشراف المستشفى من الناحية الإدارية، وإن كان مستقلا من الناحية الفنية[81] ص 18، كما قد يعتبرالطبيب أجيرا إذا كان مرتبطا بعقد عمل مع المستشفى الخاص للعمل لحسابه . كما يمكن للطبيب أن يعمل بعيادته الخاصة أو المشتركة .

علاقة المريض بالطبيب العامل في المستشفى الخاص**:** كما سبق وأن عرفنا فإن إلتجاء المريض إلى العيادات أو المستشفيات الخاصة لا يكون عادة إلا بناءا على عقد ولو ضمني بينه وبين إدارة المستشفى أو مسؤول العيادة، والذي يمكن أن يكون طبيبا يملك المستشفى أو العيادة ويديرها بناءا على عقد مع مالكها.

فعقد العلاج الطبي هو الذي يربط بين المريض والطبيب الذي يعمل بالعيادة أو المستشفى الخاص حيث يلتزم بموجب الطبيب بتقديم العلاج الملائم للمريض، وأن يشمله بالرعاية على وجه يتفق والأصول العلمية الطبية، وهذا بهدف نجاح العلاج الذي يقدمه له، وبالتالي تخفيف ألام المرض الذي يعاينه هذا الأخير، وذلك مقابل إلتزام المريض بدفع الأجر المحدّد والمتفق عليه.

ويعني القول بوجود عقد بين المريض والطبيب نشوء إلتزام على عاتق الطبيب بضرورة فحص المريض وتشخيص مرضه ووصف العلاج له وبذل العناية اللازمة لذلك، كل ذلك ضمن إرتباط يجمع بين الطرفين هو بمثابة مصدر للحقوق والإلتزامات المتبادلة ضمن ما يسمى بالعقد الطبي[185] ص 95 والذي عرفه الأستاذ سليمان مرقس أنه:« إرادة المريض المعلن عنها قبولا لعلاج ضروري تقتضيه حالته المرضية تطابقا مع إرادة الطبيب في تقديمه، وينتج عن هذا العقد التزامات»[222] ص 100.

كما إختلف فقهاء القانون في تكييف هذا العقد وتحديد طبيعته القانونية وبيان خصائصه[218] ص 18، 21 فإعتبره البعض عقد وكالة يقوم الطبيب نيابة عن المريض بمعالجته و بدون مقابل ، و إعتبره البعض الآخر عقدا لإيجار الأشخاص، أما آخرون فقالوا أنه عقد عمل يخضع بموجبه الطبيب لأوامر وتعليمات رب العمل وهو المريض، وذلك الشيء غير المتصور في العقد الطبي، في حين اعتبره آخرون عقد مقاولة (إستصناع) .

وأمام حسم لهذه المسألة كان الرجوع لرأي فقهاء القانون، وهو أن علاقة الطبيب بالمريض قائمة على أساس عقد حقيقي قائم بذاته ذو طبيعة خاصة وبعيد عن أي شبه آخر، وينفرد في موضوعه الأساسي عن باقي العقود الأخرى[155] ص 93**.** فهو عقد رضائي مدني وضمني لا يأخذ شكل معين،

غير مسمى لكن تبادلي بين طرفيه، زمني وشخصي تكون فيه حرية إختيار الطبيب المعالج وأخذ شخصيته محل إعتبار، ولذلك فالعقد الطبي الصحيح هو ذلك العقد الذي يرتب أثار قانونية كاملة، حيث تكون له قوة ملزمة كما يقوم هذا العقد حتى عندما يكون إختيار المريض للطبيب حاصلا من الغير ، حيث تتسم العلاقة بين الطبيب والمريض كما أسلفنا بالطبيعة القانونية العقدية منذ لحظة إبرام العقد الطبي، والذي يكون مضمونه في أغلب الأحوال إلتزام الطبيب ببذل عناية.

وحول طبيعة إلتزام الطبيب فإننا نقول أن المبدأ العام والأصل أن إلتزام الطبيب هو االإلتزام ببذل عناية أو إلتزام بوسيلة، وهوماإتجه إليه الفقه والقضاء الفرنسي خاصة بعد حكم (mercier) الشهير والذي جعل الإلتزام في العقد الطبي هو إلتزام ببذل العناية للمريض وليس بشفائه، فيترتب عن الإخلال به مسؤولية عقدية، لكن يمكن أن يقع على هذا المبدأ إستثناء وهو ما سوف نبيّنه :

المبدأ العام: إلتزام الطبيب ببذل عناية: (Obligation de Moyens): يجمع الفقه والقضاء السابق أن إلتزام الطبيب إتجاه المريض ينحصر في الإلتزام ببذل عناية في العلاج، حيث يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقض في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول[128] ص 46، فالعقد الطبي يوجب على الطبيب بذل عناية صادقة للوصول لشفاء المريض، لكن هذا يعني أن الطبيب لا يلتزم شفاء المريض لأن الشفاء بيد الله سبحانه وتعالى، كما أنه مرتبط بعوامل مختلفة يخرج الكثير منها عن سيطرة الطب والقائمين عليه مهما بلغ علمهم أو كفاءتهم، إضافة إلى أن العناية اللازمة لأجل الشفاء هي عناية ذات مواصفات خاصة، وهذا لإرتباط العمل الطبي بعامل الإحتمال[320] ص 4، حيث يبقى إحتمال النجاح والفشل فيه قائما في كل عمل من هذه الأعمال لأن طبيعة النشاط الطبي وما يلازمه من مخاطر وعدم التيقن تقتضي ذلك[184] ص 103، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا الإلتزام في نص المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب:« يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء والمختصين والمؤهلين »، فالمشرع بهذه المادة قد بيّن أن إلتزام الطبيب في علاقته التعاقدية مع مريضه هو إلتزام بتقديم العلاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والطبيب هنا لا يلتزم بالشفاء وإنما ببذل عنايته اللازمة للشفاء[252].

لكن إذا كان إلتزام الطبيب وفق ما سبق هو إلتزام ببذل عناية والتي كان مرده أن العمل الطبي لا يؤدي بطبيعته إلى نتيجة مؤكدة لما يحتويه من عنصر الإحتمال ، فإن هناك بعض الأعمال الطبية تؤدي إلى نتائج أكيدة لا إحتمال فيها، وهو ما يجعل إلتزام الطبيب الذي يجريها هنا إلتزام بتحقيق نتيجة وغاية الذي يعد إستثناء عن الأصل العام في ذلك.

الإستثناء: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة (Obligation de Résultat) وضمان سلامة المريض (Obligation de Sécurité): ومؤدى ذلك أن الطبيب ملزم بتحقيق تلك النتيجة التي من أجلها كان تدخله الطبي، وإلا إعتبر مسؤولا عن مجرد عدم تحققها، و هو لا يعني شفاء المريض ، فقد يكون التدخل الطبي ناجحا ومجديا ومحققا لنتيجته، إلا أن الغاية العامة والنتيجة النهائية للمريض وهي الشفاء لم تتحقق كحالة نقل الدم مثلا[218] ص 51.

وقد يحتاج المريض أو المصاب في بعض الظروف إلى نقل الدم إليه، نتيجة إصابة بدنية أو إجراءا لعملية جراحية لتعويض ما فقد من دمه، فيتعين أن يكون هذا الدم متفقا في الفصيلة مع دمه كما يستلزم أن يكون سليمًا نظيفًا وخاليًا من الأمراض، وإلا أصيب بأضرار أو إنتقلت إليه العدوى فينقل الدم له إما مباشرة من متبرع بعد تحليله، أو من أحد المراكز المتخصصة بذلك وهي مراكز نقل الدم أو بنوك الدم، أين يخزن ويحفظ الدم بها بطريقة خاصة تضمن سلامته وبقاءه سليمًا نقيًا قصد العلاج به.

ولأجل ذلك قد لا يقوم الطبيب المعالج بتحليل دم المريض بنفسه ليقف على فصيلته، بل يعهد بهذه المهمة إلى طبيب متخصص في التحليل أو مخبر للتحاليل الطبية، كما أنه يلجأ هذا الأخير قصد الحصول على الدم إلى مركز نقل الدم أو مخبر التحليل بمقتضى عقد يتعهد فيه مالك المخبر بتقديم نتيجة للتحليل صحيحة، وعقد مع المركز يتعهد فيه مديره بتقديم دم سليم ليكون إلتزام كليهما محله تحقيق نتيجة، فإلتزام مركز نقل الدم يكون بهذا الصدد إلتزام بتحقيق غاية لا ببذل عناية[97] ص 377، 378.

لكن السؤال الذي يفرض نفسه هنا كيف نحدّد من تسبب في الضرر للمريض؟ .

إن الرابطة المباشرة التي تربط بين المريض والطبيب هي أول وجه للمسؤولية هنا، حيث يلتزم الطبيب بمقتضى العقد الطبي بينهما، وتطبيقا لإلتزامه ببذل العناية الصادقة والضرورية بأن ينقل لمريضه دمًا من نفس فصيلة هذا المريض، كما يتعين أن يكون هذا الدم نقيا صحيا سليما وخاليا من الأمراض والفيروسات (غير ملوث) وهو ما يبيّن أن الإلتزام هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة، في حين ذهب القضاء الفرنسي أول الأمر إلى القول أن الإلتزام الذي يفرض على الطبيب في عمليات نقل الدم هو إلتزام ببذل عناية وليس تحقيق غاية، أي أن الطبيب يقع على عاتقه إلتزام باختيار الدم المناسب والمطلوب وإعطاؤه للمريض دون أن يلتزم بسلامته، ثم قضى بعد ذلك بأن المريض إذا ما لحقه ضرر ما من جراء نقل الدم إليه، فهذا يفترض معه خطأ الطبيب، لكن الإلتزام الذي يقع على عاتقه هنا لا يزال ببذل عناية، حيث يمكن للطبيب الإفلات من المسؤولية إذا قام الدليل بأنه لم يقترف خطأ وأنه قد بذل العناية الواجبة والمطلوبة لتفادي حدوث الضرر ورغم ذلك لم يستطيع توقي الضرر .

وإستمر الأمر على ذلك إلى أن قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن العقد المبرم بين المستشفى ومركز نقل الدم هو إشتراط ضمني لمصلحة الغير(المريض)، حيث يجوز لهذا الأخير بمقتضى ذلك العقد أن يرفع دعوى المسؤولية ضد المركز إذا ما أصيب بضرر بسبب نقل دم غير نظيف وملوث أو

غير سليم له، فيجوز له بذلك مطالبة مركز نقل الدم وهو (المتعهد) بالتعويض ، وذلك تقوم المسؤولية دون حاجة لإقامة الدليل على الخطأ أو الإهمال من قبل المؤسسة الاستشفائية (كمشترط) وهذا على أساس أن مركز نقل الدم يلتزم بشأن عملية نقل الدم بتحقيق نتيجة محدّدة، وهي سلامة الدم ونظافته من الجراثيم والأمراض والفيروسات، وبالتالي سلامة المريض[137] ص 228، 230.

وتطبيقا لذلك يمكن الأخذ بذات الفكرة - الإشتراط لمصلحة الغير – في العقد المبرم بين الطبيب أوالمؤسسة الإستشفائية ومدير معمل التحاليل الذي أخطأ في تحديد فصيلة الدم، ليكون للمريض بذلك الرجوع عليه بدعوى المسؤولية العقدية للمطالبة بالتعويض عن إخلاله بالتزامه[97] ص 379، كما أن هذا الأخير لا يمكن له أن ينفي المسؤولية عنه إلا إذا أقام الدليل على وجود سبب أجنبي أدى إلى إلحاق الضرر بالمريض، وهوما يؤكد عدم التعارض بين الإلتزام المحدد بالسلامة من عيوب الدم المنقول، والإلتزام العام باليقظة والإنتباه الذي لا يرتب العقد الطبي سواه، فالمريض لا يطالب الطبيب بشفائه نتيجة نقل الدم ولكن يطلب منه فقط ألا يحدث نقله إصابة جديدة أو مرض جديد، حيث يريد المريض فقط السلامة في عملية نقل الدم.

لكن ما يمكن إجماله من ذلك كله أن إلتزام الطبيب بنقل الدم هو إلتزام ببذل عناية ، حيث أقرت بذلك محكمة التنازع الفرنسية في حكمها، وإعتبرته غير ملزم بمراقبة الدم المقدّم للمريض إذا كان جيدًا، وسليمًا أم لا، لكن عليه فقط الإلتزام بمراقبة تطابق زمرة دم المريض مع كيس الدم المقدّم لنقله[334] ص 182.

من جهة أخرى فإن الطبيب يلتزم إلى جانب ذلك بتحقيق نتيجة تتمثل في الإلتزام بسلامة المريض، وهو يعني سلامته من خطر نقل مرض أو عدوى له جراء ما ينقله إليه من دم، فتقوم مسؤولية الطبيب العقدية بذلك عن الضرر الذي يلحقه بالمريض نتيجة نقل دم غير مناسب أو ملوث بالجراثيم وقد قضت محكم النقض في هذا الصدد بمسؤولية الطبيب عن إصابة المريض بالزهري نتيجة نقل دم محمّل بالفيروس له، وإعتبرت بذلك أن الإلتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة، وهي تقديم دم سليم ومناسب لفصيلة دم المريض[151] ص 97.

لذلك فإن الإلتزام بتحقيق نتيجة في مفهومه البسيط ما هو إلا تحقيق للنتيجة التي من أجلها تدخل الطبيب، هو لا يعني بالضرورة شفاء المريض، فقد تكون عملية نقل الدم وهي التدخل الطبي مجدّية وناجحة ومحققة لنتيجة وهي نقل دم سليم بمواصفات طبية مناسبة للمريض، لكن النتيجة العامة لحالة المريض وهي الشفاء لم تتحقق، فالطبيب هنا غير ملزم بشفاء المريض بمجرد نقل الدم له، كون حالة المريض الصّحية ليست متوقفة فقط على مجرد كمية معينة من الدم السليم.

وقد ينصرف مفهوم الالتزام بتحقيق نتيجة كما لاحظنا إلى الإلتزام بالسلامة (Obligation de Sécurité)، حيث أن هناك تداخل كبير بين معنى الإلتزامين، مما يصعب في كثير من الأحيان

وخاصة في مجال نقل الدم التمييز أو التفريق بينهما، وهو ما جعل الكثير من الفقه والقضاء وخاصة الفرنسي منه إلى إبتكار مفهوم آخر وسط، وهو الإلتزام بسلامة النتيجة (Obligation de Sécurité Résultat)[218] ص 53.

وهو ما أقره القضاء الفرنسي بصدد حالات العدوى الناشئة داخل المستشفيات(Infection nosocomiale)[353] والتي تضمنها قانون 4 مارس لسنة 2002 بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي السابق الإشارة إليه، ولأجل ذلك سوف نبين مضمون الإلتزام بضمان السلامة هنا.

الالتزام بضمان سلامة المريض: لقد عرفنا مما سبق أن العقد الطبي القائم بين المريض والطبيب يرتب إلتزامًا رئيسيًا بعلاج المريض محله بذل عناية، لكن قد ينشأ إلى جانب هذا الإلتزام القانوني إلتزام آخر محله تحقيق نتيجة وهو الإلتزام بضمان سلامة المريض، حيث بذل القضاء الفرنسي محاولات عديدة في سبيل كفالة حق المتضرر في الحصول على التعويض عما أصابه من ضرر نتيجة العمل الطبي دون حاجة لإثبات خطأ الطبيب، فكانت الوسيلة إلى ذلك إقرار إلتزام بضمان السلامة، والذي أعيد صياغته بشكل واسع ضمن القانون رقم 303/2002 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى الذي عدّل بدوره قانون الصحة العامة الفرنسي.

وقد كان الأخذ بنظام الإلتزام بضمان السلامة في المجال الطبي يتوقف على تحقق شرطين: الأول يعود إلى الضرر، والثاني يعود إلى العمل الطبي ذاته، حيث لا بد أن يكون الضرر جديدا وليس نتيجة طبيعية ومتوقعة لتطور حالة المريض بسبب عدم نجاح العلاج، وبالتالي نصبح بذلك أمام حادث طبي وليس مجرد إخفاق للعلاج، وهو ما يتحقق عند العدوى بمرض قاتل كالإيدز على إثر نقل دم ملوث[354] ص 184.

لكن ليس هناك تعارض بين الإلتزام ببذل عناية الذي يرتبه عقد العلاج على عاتق الطبيب كما ذكرنا، وبين الإلتزام بالسلامة، حيث يتضمن الإلتزام بالسلامة في مجال عمليات نقل الدم، إلتزامًا محددًا بالسلامة من عيوب الدم الذي ينقل إلى المريض، فهذا الأخير لا يطالب الطبيب بشفائه نتيجة نقل الدم وإنما يطالبه فقط ألا يضيف إليه مرضا آخر يزيد من معاناته، فالمريض إذن يريد السلامة في عملية نقل الدم، فيلتزم على إثر ذلك الطبيب بضمان سلامته.

وعليه فإن الإلتزام هنا هو إلتزام لحماية الحق في الحياة والسلامة البدنية للمريض فيكون محله صحة هذا الأخير، لذلك يلتزم الطبيب أن لا يشكل تدخله سببًا في إزدياد سوء حالة المريض سواء بالمرض أو الموت، فهو إلتزام تابع ولاحق في العقد الطبي وليس إلتزامًا أصليًا، وهو لا يوجد إلا إذا كان العمل الطبي له معطيات علمية تقنية لامجال لفكرة الإحتمال فيها (كما في حالة نقل الدم)، ولأجل ذلك أنكر القضاء الفرنسي كأصل عام وجود إلتزام بضمان السلامة العامة في المجال الطبي وقال بوجود إلتزام لاحق وتابع بضمان سلامة المريض، فتقوم مسؤولية الطبيب لمجرد خطئه في تحديد فصيلة الدم

بغير حاجة لإثبات الخطأ في التحليل، ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عنه بإدعائه أن الممرضة هي التي قامت بتحليل الدم، لأنه كان ينبغي عليه أن يتأكد من مدى تخصص وكفاءة هذه الممرضة، لكن لا تقوم مسؤوليته عن مدى سلامة الدم أو خلوه من الأمراض والفيروسات، خاصة بعد إنتشار مرض الإيدز وذلك كون الطبيب نادرًا ما يقوم بتحليل دم المريض بنفسه لمعرفة فصيلته، وإنما يعهد بذلك إلى طبيب متخصص أو معمل تحليل، كما أنه غالبا ما يلجأ إلى مركز نقل الدم أو بنك الدم للحصول على كمية الدم اللازمة، وهو ما يقودنا إلى الرجوع إلى ضرورة مسؤولية هذا الأخير عن عملية توريده للدم سواء للطبيب المعالج أو المؤسسة الاستشفائية المتعاقد معها عامة كانت أو خاصة ، فالطبيب بذلك يتخلص من مسؤوليته إذا أثبت تدخل السبب الأجنبي الذي لا ينسب إليه كتحليل الدم من طرف الغير أو حصوله على الدم من مركز أو بنك الدم.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول أن إثارة مسؤولية الطبيب عن إلتزام محدّد بالسلامة يمثل التزامًا بتحقيق نتيجة ، و يكون أمر تحقيقها بعيدًا عن الطبيعة الإحتمالية التي تقصد من وراء إلتزامه ببذل العناية إتجاه المريض، كما أن الأخذ بفكرة الإلتزام بالسلامة يمّكن المريض المتضرر من الحصول على تعويض عن النتائج الضارة غير المتوقعة من العمل الطبي الذي يخضع له دون حاجة للبحث عن الخطأ في جانب الطبيب ، مثل حالة نقل دم ملوث بمرض أو فيروس معين.

فضلا عن ذلك فإن الإلتزام بالسلامة بإعتباره وسيلة تيسر وتسهل قيام مسؤولية المدين به (الطبيب) فإنه يرتب أعباء مالية على عاتقه لا سبيل لمواجهتها إلا عن طريق التأمين، وعليه فإن هذا الإلتزام لا يطبق إلا على ذوي المهن لأنهم هم الذين تتوفر لديهم الإمكانيات المادية لإبرام عقد التأمين والذي بموجبه يستطيعون تغطية مسؤوليتهم، (التأمين الإلزامي في المجال الطبي) [218] ص 56 والذي سوف نبينه لاحقا.

وإجمالا لما بيّنا فقد خلصنا إلى أن الطبيعة القانونية للعلاقة القائمة بين المريض والطبيب عامة أنها علاقة تعاقدية جسدت ضمن ما يسمى بالعقد الطبي المبرم بينهما، ترتب كما سنرى مسؤولية عقدية ضمن ضرورة توفر شروط معينة، كضرورة وجود عقد صحيح بين الطبيب والمريض متوفر على أركانه وشروطه الخاصة، وهو ما يكون محققا عند توجه المريض إلى طبيب خاص لعلاجه بعيادته، أو عند قصده لمستشفى خاص للتعاقد لأجل العلاج ، فوجود الرابطة التعاقدية عندئذ تؤدي إلى ترتب مسؤولية عقدية عند الإخلال بالإلتزامات الناتجة عن ذلك[252].

لكن ماذا لو تدخل الطبيب دون دعوى من قبل المريض؟ كما لو تدخل الطبيب من تلقاء نفسه أو بدعوى من غير ذي صفة (كدعوى من الجمهور عند حادث مفاجئ)؟ ، أو كان تدخل الطبيب في حالة ضرورة، ومثالها المنصوص عليه في المادة 210 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري[252] ، أين يتدخل الطبيب بناء على أمر تسخير من السلطات العمومية (الوالي خاصة) في حالة الضرورة

القصوى التي تتطلب التدخل، كحالات الزلازل والكوارث التي لا يكتفي فيها بأطباء المستشفيات العامة، حيث تنشأ ضرورة لتسخير أطباء خواص أو أطباء مستشفيات خاصة أو عيادات قصد مواجهة الوضع القائم، فهنا لا يوجد عقد بين الطبيب والمريض، ويعتبر عمل الطبيب من قبيل الفضالة، لذلك فإن غياب العقد يجعل من مسؤولية الطبيب غير عقدية، حيث تصبح في هذه الحالة، وفي جميع الحالات التي ينجم عن فعل الطبيب فيها ضرر لم يبرره عقد كمصدر للعلاج، مسؤولية تقصيرية لا محال[152] ص 355.

وتوضيحا لذلك فإن الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية ، هي حالة تقديم الطبيب خدماته مجانا أو حالة المتدخل دون دعوى من المريض ، كذلك في حالة إمتناع الطبيب عن علاج المريض بدون مبرر والذي يشكل تعسفا في إستعمال الحق، فتكون مسؤوليته بذلك تقصيرية ، هذا إضافة إلى حالة مخالفة الطبيب لإلتزامه، أين تأخذ مخالفته الطابع الجنائي فيصبح من حق المتضرر هنا اللجوء لقواعد المسؤولية التقصيرية[233] ص 140.

إلى جانب ذلك هناك حالة الطبيب العامل بالمستشفى العام والطبيب الأجير لدى مستشفى خاص، وهو الإستثناء الذي سوف يأتي بيانه تفصيلا، كونه يرتبط بعملية نقل الدم إرتباطا مباشرا.

علاقة المريض بالطبيب الأجير لدى المستشفى الخاص: يعتبر هنا طبيبًا أجيرًا من كان مرتبطا بعقد عمل مع مستشفى خاص للعمل لحساب هذا الأخير، أو كان يعمل في إطار المراقبة الطبية كطبيب عامل لدى شركة أو مؤسسة خاصة، أو مركز وقاية طبية، كما يعتبر كذلك حتى الأطباء العاملين بشركات التأمين، وفي هذه الحالة نجد أن المريض لا يتجه إلى طبيب معين بشخصية، بل إلى المستشفى الخاص لكنه يضع في إعتباره الأطباء العاملين به .

وعليه فإن توجه المريض مباشرة إلى المستشفى الخاص يدل أن هناك عقد علاج طبي ينعقد بينهما، حيث يكون على المريض توقيع عقد شامل معدّ مسبقا من قبل الإدارة، يتضمن خدمات فندقية طبية وعلاجية إستشفائية، يلتزم فيه الطبيب ببذل العناية اللازمة والمطابقة لمعطيات مهنته طبقا لعقد العمل الذي يربطه بالمستشفى الخاص، وأي خطأ منه يسبب ضررا للمريض يرتب مسؤوليته الشخصية على الأساس التقصيري وليس العقدي، إضافة إلى مسؤولية المستشفى العقدية عن فعل الغير بناء على علاقتها مع الطبيب وإستثمارها لنشاطه[320] ص 23.

كما أن الطبيب الأجير وإن كان هو المختص بتنفيذ العمل الطبي أو العلاجي والذي يمكن أن يتضمن عملية نقل لدم، فإنه لا ينفذ بذلك إلا ما تعهد به المستشفى إتجاه المريض ولحسابه، فالطبيب الذي يكون أجيرًا لدى المستشفى الخاص يكون تابعا له، حتى ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، فهي كافية لتحميل

المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب، حيث تضاف بذلك مسؤولية المستشفى الخاص إلى مسؤولية الطبيب الذي يعمل به حتى توفر للمريض ضمانا أكيدًا.

علاقة المريض بالطبيب العامل بعيادة فردية خاصة أو مشتركة: وهو ما يمكن وصفه بمماسة الأطباء لعملهم في نطاق القطاع الخاص[252] ، فمما سبق بيانه لاحظنا جهود الفقه والقضاء في ترسيخ معالم البعد التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض، وكان ذلك نتيجة الرغبة الملحة في تحسين وضعية المريض وحمايته من جهة بما يضمن حرية وإستقلالية ومكانة الطبيب من جهة ثانية.

وقد كانت العيادة الفردية الخاصة بالطبيب أو العيادة الخاصة المشتركة بين مجموعة من الأطباء (طبيب معالج، طبيب جراح، أخصائي أشعة أو تحليل دم...) نموذجا واضحا لبيان هذه العلاقة التعاقدية بين كل من الطبيب والمريض ، فبمجرد دخول المريض في الظروف العادية إلى عيادة الطبيب سواء كانت فردية أو مشتركة و مباشرة هذا الأخير لعلاجه ، كان ذلك دليلا على قيام علاقة عقدية بينه و بين كل طبيب تكفل بعلاجه ، سواء كان الطبيب المعالج أو الجراح أو غيره في صورتها الطبّية.

فالعقد الطبي المبرم بين كل طبيب ومريضه يرتب إلتزامات مفادها أن الطبيب ملزم بتقديم العلاج الجيّد واليقظ وفقا لما توصلت إليه الأصول العملية الثابتة[156] ص 70، والمريض ملزم بدفع الأجرة وإتباع تعليمات الطبيب، وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الشهير (Mercier) لسنة 1936 بأنه:« ينشأ بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بداهة بشفاء المريض، فعلى الأقل بإعطائه علاجا يقظا حذرا ومتفقا مع الأصول العلمية، والإخلال بهذا الإلتزام ولو بغير قصد جزاؤه مسؤولية من نفس الطبيعة أي عقدية هي الأخرى»[166] ص 57.

وإن قيام المسؤولية العقدية للطبيب تعتبر جزاء للعقد، فهي تقوم في حالة الإخلال بإلتزام تعاقدي من أحد الطرفين، كما أن إعتماد العقد الطبي هنا بين الطبيب والمريض يضع على عاتق هذا الأخير إثبات وجود الرباط العقدي بينهما فقط، وعلى الطبيب إذا أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت تنفيذه لإلتزامه العقدي أو إثبات السبب الأجنبي.

لكن من كل هذا نقول أن التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض في هذه الحالة والذي رافق التطور العلمي والتقني في مجال الطب، قد شدّد في كثير من التدخلات الطبية من إلتزام الطبيب حيث إرتقى إلتزام الطبيب من بذل عناية في العمل الطبي إلى تحقيق نتيجة ثم إلى الإلتزام بضمان سلامة المريض في كثير من الحالات و التي يدخل في مضمونها مجال نقل الدم.

2.2.2.1.2.1. علاقة المريض بالطبيب العامل في المستشفى العام

إن كان من الثابت أن العلاقة بين المريض والطبيب في مجال الممارسة الحرة لمهنة الطب كالعيادات والمؤسسات الإستشفائية الخاصة هي علاقة عقدية في نطاق القانون الخاص (القانون المدني)،

فإن الأمر ليس كذلك في مجال ممارسة مهنة الطب من خلال المؤسسات أو المرافق الاستشفائية العامة والتابعة للدولة[239] ص 147، فالمريض لا يرتبط هنا بأية علاقة عقدية سواء مع المرفق الصحي العام أو مع الطبيب المعالج فيه.

ولهذا فقد يلجأ المريض إلى المستشفى العام أو المؤسسة الإستشفائية العمومية، حيث لا تكون العلاقة بينه وبين طبيبه هنا علاقة تعاقدية بل هي علاقة تخضع للأحكام القانونية التنظيمية المطبقة في المستشفيات العامة، فالمريض لا يتعامل مع الطبيب هنا بصفته الشخصية بل بصفته موظفا في مرفق عام لتقديم الخدمات الطبية للجمهور، حيث يخضع هذا الأخير لقانون الوظيف العمومي، فتحكم علاقته بالمريض قواعد مستمدة من القانون الإداري كون المستشفى مرفق عام يقدم خدمات صحية بنشاط إداري تنظيمي من جهة، وطبي علاجي من جهة ثانية.

وعلى هذا الأساس فإن علاقة المريض بالطبيب الممارس في المستشفى العام هي علاقة غير مباشرة، لا تقوم إلا من خلال المرفق الصّحي العام، في حين العلاقة المباشرة فهي التي تكون بين المريض والمستشفى العام، فحقوق وإلتزامات كل من الطرفين تحدّد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الذي يديره المستشفى[156] ص 36.

كما أن عدم تمكن المريض من إختيار طبيبه المعالج بحرية في المستشفى العام قد جعل العلاقة القائمة بينهما ذات طبيعة إدارية لائحية تنظمها لوائح المرفق، فالمريض يتعامل مع أحد الأطباء الموظفين الذي حدّدته إدارة المستشفى لتشخيص مرضه وعلاجه، فيكون تعامله هذا معه ليس بصفته الشخصية كما عرفنا، ولكن بصفته مستخدما وموظفا لدى المستشفى و الذي تنتفي معه العلاقة العقدية، وبذلك تكون مساءلة الطبيب في المستشفى العام عن الضرر الذي يصيب المريض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية .

3.2.2.1.2.1. علاقة المريض بالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

كما هو معلوم أنه يقوم على عملية نقل الدم مجموعة من الأطباء والعاملين الفنيين، سواء كانوا في المستشفى العام أو الخاص أو حتى العيادة فهناك الطبيب المعالج وهو الذي يشخص حالة المريض وحاجته لإجراء عملية جراحية ونقل دم، وهناك الطبيب الجراح الذي يطلب نقل الدم للمريض، إضافة إلى أطباء تحليل الدم الذين يقومون بالتأكد من دم المريض من حيث فصيلته ومقدار حاجته لكمية الدم المنقولة إليه التي يشرف عليها طبيب مختص في تحليل الدم، كما يساعد هؤلاء جميعا ممرضون وممرضات وفنيون وعاملون كما سنرى في المبحث الثاني.

ولأجل ذلك سوف نبيّن علاقة المريض بهؤلاء الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم، وهم كل من الطبيب المعالج، الطبيب الجراح وطبيب تحليل الدم.

علاقة المريض بالطبيب المعالج: من المتفق عليه أن الطبيب المعالج هو إما الذي تعاقد معه المريض بإعتباره هو الطبيب الذي يلجأ إليه لمعالجته، أو قد يكون الطبيب الذي إستعان به الجراح قبل إجراء العملية الجراحية للمريض حتى يسترشد برأيه لأجل حاجة المريض للعملية الجراحية.

أما الطبيب المعالج الذي يعمل في المستشفى الخاص، فإن أخطاءه تثير مسألة قيام مسؤولية هذا الطبيب بجانب إدارة المستشفى، فهو المسؤول الأصلي عن تلك الأضرار الذي سببها فعله للمريض، وتبعا لذلك ينتج عن ذلك علاقتان، علاقة تعاقدية بين الطبيب المعالج والمريض وعلاقة تبعية بين الطبيب المعالج وباقي أطراف عملية نقل الدم ، لكن ما يهمنا هنا هي تلك العلاقة القائمة بين المريض والطبيب المعالج، وتتمثل في العلاقة القائمة بين الطرفين و التي تتجسد بوجود عقد طبي بين المريض وطبيبه المعالج، أين يُختار الطبيب نسبة إلى كفاءته العلمية الحقيقية أو المفترضة، وكذا نظرا للثقة الموضوعة في شخص الطبيب حتى يطمئن لأوامره وتعليماته.

ويتضمن العقد الطبي بذلك إلتزامات متقابلة، فهو ينظم إلتزاما على الطبيب بتقديم العلاج اللازم بإتقان للمريض، مقابل ذلك يلتزم المريض بدفع الأتعاب من جهة ، وإتباع نصائحه وإرشاداته من جهة ثانية، فالطبيب هو المسؤول الأول عن مريضه حيث يسأل الطبيب المعالج عن الإخلال بإلتزامه العقدي باعتبار فعله إخلال بالعقد الطبي.

أما إذا كان دور الطبيب المعالج هنا هو إبداء الرأي فيما يلزم المريض من علاج فقط، والإشراف العام على توجيهه، فإنه لا يسأل إلا عن أخطائه الشخصية كالطبيب الذي يضع تحت تصرف المريض إحدى الممرضات، والتي يصدر إليها تعليمات فقط من الناحية الطبية، فإذا لم يكن هناك خطأ يؤخذ على تلك التعليمات، فإنه لا يتحمل مسؤولية ما ترتكبه الممرضة من أخطاء بل تبقى هي المسؤولة عما إلتزمت به قبل المريض من عناية[155] ص 198. أما إذا كان الطبيب المعالج يرتبط بالمستشفى الخاص بعقد عمل، وبالتالي لا يوجد عقد طبي بينه وبين المريض فإن علاقتها هنا تكون إشتراط المصلحة الغير، فهي علاقة تعاقدية مبناها الإشتراط لمصلحة الغير (المريض)، وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1954/12/17 السالف الذكر[144] ص 73، 74.

من جهة أخرى قد لا يرتبط المريض بالطبيب المعالج بعقد طبي كما في حالة الطبيب العامل بالمستشفى العام، والذي يسأل كما أسلفنا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن فعله الشخصي، كما يسأل عن فعل الممرضين الذين يستخدمهم بوصفهم تابعين له، أما الأطباء الذين يستعين بهم، فقد رأى البعض بعدم مسؤوليته عن فعلهم، حيث يساعدونه بوصفهم زملاء، هذا فضلا عن الحرية التي يجب أن يتمتع بها كل من يزاول مهنة الطب[158] ص 266، 267، فالطبيب هنا لا تربطه بالمريض علاقة عقدية لكن تربط بالمستشفى علاقة تبعية، تجعل مسؤوليته التقصيرية ضمنها تخضع لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع.

من كل ما سبق نقول أن العلاقة بين الطبيب المعالج والمريض، إما أن تكون علاقة تعاقدية مباشرة يحكمها العقد الطبي، أو تكون إشتراط لمصلحة الغير عند عدم وجود عقد طبي بينهما،أو قد تكون علاقة تبعية بين الطبيب والجهة الطبية التي يعمل بها، فتجعل علاقته بالمريض هنا علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال الجهة التابع لها.

لكن قد تثار إلى جانب علاقة المريض بطبيبه المعالج علاقة أخرى رأينا ضرورة توضيح طبيعتها القانونية هنا، وهي علاقة المريض بالطبيب البديل الذي يخلف الطبيب المعالج بصفة مؤقتة في تنفيذ العلاج أو جزء منه (Le Remplaçant)؟ ، حيث نجد في هذا الصدد أن الطبيب البديل هو في مركز مستقل عن الطبيب المعالج، حيث يشترط موافقة المريض على تدخله، خاصة إذا تعهد الطبيب المعالج بأن ينفذ العلاج شخصيًا[153] ص 177، فمبدأ الثقة القائمة بين الطرفين والذي يعتبر من المبادئ الأساسية التي تحكم مهنة الطب وكون العقد الطبي يقوم على الإعتبار الشخصي، تجعل من إحترام حق المريض في إختيار طبيبه مبدأ لا يمكن تجاهله.

وتبعا لذلك قد تقتضي ظروف الطبيب المعالج أحيانا التوقف عن الإستمرار في العلاج لأسباب مرضية ، سفر، حضور مؤتمر علمي...الخ، فيصبح من واجبه إحضار من يحل محله مدة غيابه[224] ص 283. حيث يشترط القانون أن يكون البديل على كفاءة وخبرة تتناسب ومستوى الطبيب الأصلي، كما يقع على عاتق الطبيب المعالج واجب إعلام بديله بجميع تفاصيل الحالة المرضية المعهودة إليه والعلاج السابق تنفيذه ، وإلا قامت مسؤوليته الشخصية عن فعل الغير على أساس سوء الإختيار وعدم الإعلام الذي سبب ضررًا للمريض.

وعليه بعد تضارب آراء الفقهاء بشأن الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب البديل ، إلا أنهم إستقروا على أن عقد الإستبدال الذي يبرمه الطبيب المعالج مع طبيب آخر بديل لا يفسخ ولا يوقف العقد الأصلي المبرم مع المريض، بل هو وسيلة لضمان إستمرارية نفاذه بإضافة ملتزم جديد إلى جانب الملتزم الأصلي، فبمجرد عودة الطبيب الأصلي المستخلف تنتهي مهمة البديل، وهو ما نصت عليه المادة 75 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، حيث يتم الإستبدال نتيجة وعد بسيط بالتنفيذ، إذ يبقى الطبيب الأصلي ملتزمًا لكن يخوّل تنفيذ ذلك للغير (الطبيب البديل) والذي لا تربطه بالمريض أية علاقة عقدية، فهو شخص أجنبي عن العلاقة التعاقدية، التي يبقى فيها الطبيب المعالج الأصلي هو المسؤول عن الأضرار الناجمة عن ذلك[64] ص 54.

وعلى هذا الأساس تخرج الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب البديل عن ما يسمى بالعلاقة التعاقدية، مما يجعل الطبيب فيها مسؤولا عن أفعاله الشخصية وفقا للقواعد العامة ولأحكام المسؤولية التقصيرية، فخطأ الطبيب في مجال عملية نقل الدم هنا يدخل ضمن المفهوم التقصيري، وهو ما يؤكد

خضوع هذا الأخير لقواعد المسؤولية التقصيرية التي يطبقها المشرع الجزائري كما أسلفنا ضمن مفهوم المادة 124 من القانون المدني بشأن مسؤولية الأطباء عن أخطائهم غير العقدية.

علاقة المريض بالطبيب الجراح: إن علاقة الطبيب الجراح بالمريض تنشأ باتفاق هذا الأخير معه بشأن العلاج الجراحي الذي يرغب فيه، فقد يكون الطبيب الجراح هنا هو الطبيب المتعاقد مع المريض في عقد العلاج الطبي، وهو رئيس الفريق الطبي، وبهذا تكون علاقته بالمريض علاقة تعاقدية منشؤها العقد، حيث ما هو مستقر عليه ومما لاشك فيه أن إلتزام الطبيب الجراح في عقد العلاج الطبي الجراحي يخضع في طبيعته للقواعد العامة السابق الإشارة إليها وهو بذل عناية أثناء مباشرة العمل الجراحي وأيضا إلتزام بتحقيق نتيجة وهي محل العقد الجراحي المتفق عليه[147] ص 86.

ولأجل ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن الطبيب الجراح لا بد له من متابعة النتائج المترتبة عن العملية الجراحية وإتخاذ كافة الوسائل الكفيلة لمنع أية مضاعفات يمكن أن تطرأ على حالة المريض، أو القضاء عليها عند تحققها، ويجب أن يقوم الجراح بذلك شخصيا أو أن يعهد إلى جراح متخصص يستطيع أن يتدخل سريعا للقضاء على المضاعفات.

وعليه فقد يقرر الجراح عملية نقل دم ضروري وسريع إلى المريض سواء أثناء العملية الجراحية أو بعدها، وهو ما يتطلب ضرورة إجراء التحاليل الطبية الخاصة بدم المريض حتى ينقل له الدم بشكل موافق لفصيلة دمه، كما تسبق عملية نقل الدم إجراء تحاليل وفحوص معينة لا بد على الجراح أن يجريها سواء بنفسه أو بواسطة معامل التحاليل، أو مركز نقل الدم للتأكد من سلامة المتبرع بالدم من جهة والمريض المنقول له الدم من جهة ثانية، وقد قضت في ذلك المحاكم الفرنسية بمسؤولية الجراح عن الأضرار التي تلحق بالمريض والناتجة عن عملية نقل الدم الذي يكون ملوثًا بالأمراض أو الفيروسات.

لكن التقدم العلمي في مجال تحليل الدم، قد جعل بإستطاعة الجراح أن يتفادى ذلك ببذل جهد معقول، الأمر الذي لا يعفيه من المسؤولية ، ضف إلى ذلك فإن القضاء قد أقر بمسؤولية الجراح عن الأضرار التي لحقت بالمتبرع بالدم بإهماله في التأكد من عدم تأثير نقل الدم عليه تأثيرا يضر بصحته[122] ص 60 وأخذ أيضا بمسؤولية الجراح عن الخطأ في تحليل الدم ومعرفة نوع الفصيلة ولو قامت به ممرضة، وهذا كون أنه ينبغي على الجراح التأكد من مدى تخصص وكفاءة تلك الممرضة[170] ص 71، 135.

وقد ألزم القانون الطبيب الجراح بضرورة إعلام المريض والحصول على رضائه عن عملية نقل الدم ، إلا أن هناك حالات يمكن أن يحتاج فيها المريض إلى دم إضافي أثناء العلمية الجراحية، وهنا يلتزم هذا الأخير بتأمين الدم للمريض، حيث تقوم مسؤولية عن التقصير في حصول المريض على هذا

الدم، كون أن الطبيب الجراح هنا ملزم بتحديد كمية الدم اللازمة للمريض من أجل إجراء العملية الجراحية له.

لذلك تتحقق مسؤولية الطبيب الجراح نتيجة إهماله في مراحل الفحص الطبي المسبق للمريض قبل إجراء العملية الجراحية ونقل الدم للمريض، حيث يتحقق خطؤه في عدم قيامه بالإلتزامات الخاصة التي تفرضها المهنة، كما تقوم مسؤوليته في حالة إهماله لأخذ الإحتياطات اللازمة من أن المريض قد أجرى الفحوصات اللازمة للدم[148] ص 17، وإستنادا على ذلك تكون هناك علاقة مباشرة بين المريض والطبيب الجراح لغايات عملية نقل الدم لإجراء العملية الجراحية، بحيث يتم نقل الدم له بشكل صحيح، إضافة إلى ضرورة أن يكون الدم سليمًا وخاليًا من الأمراض والفيروسات (غير ملوث)، كما لابد أن يكون كافيا لإجراء العملية الجراحية وموافقا لفصيلة دم المريض، وإلا قامت مسؤولية الطبيب الجراح نتيجة لإهماله في ذلك ، فإلتزامات الجراح ليس مناطها ما إتجهت إليه إرادة المريض وقت تعاقده مع الطبيب، وإنما هي القواعد المهنية التي تحدّدها وتبين مداها[144] ص 118، 120، فالجراح بذلك يتحمل واجب عام بالمراقبة عن كل مجريات التدخل الطبي أو العلاجي حيث ينشأ هذا الموجب مباشرة من العقد الذي يبرمه مع المريض، لذا فإنه يسأل مسؤولية عقدية في مواجهة هذا الأخير، أما إذا لم تربطه بالمريض علاقة عقدية مباشرة كالطبيب الجراح العامل بالمستشفى العام مثلا، فإن مسؤوليته على هذا الأساس أصبحت مسؤولية تقصيرية ناشئة عن خطأ تقصيري شخصي، وهو الذي يكون نتيجة الإهمال وعدم التبصّر، الذي تتحمل المستشفى بشأنه عبء التعويض عن الضرر الناتج عنه على أساس علاقة التبعية إن تحققت.

علاقة المريض بطبيب تحليل الدم: لقد جرت العادة كما عرفنا سابقا أن يقوم الطبيب المعالج أو حتى الجراح بتحويل المريض إلى أحد المراكز المتخصصة في تحليل الدم (مخابر تحليل الدم)، وذلك قصد إجراء فحوصات الدم، فيقوم المريض بمراجعة المركز الذي يختاره لإجراء عملية التحليل وبذلك سوف نكون أمام علاقة عقدية يحكمها العقد الطبي المبرم بين المريض وطبيب تحليل الدم، يلتزم فيها الطبيب بإجراء تحليل لدم المريض المراد نقل الدم إليه وتحديد فصيلته، ويلتزم المريض بدفع أتعاب الطبيب، وتبعا لذلك يكون طبيب تحليل الدم ملتزمًا أمام المريض و مسؤولا عن الضرر الذي يلحق به نتيجة فعله، حيث يسأل الطبيب هنا إذا تبين أن نتائج تحليله غير صحيحة، لأن إلتزامه هو أن تكون نتائج تحليله صحيحة، حيث أصبحت بذلك تحكم عمليات نقل الدم ضوابط وقيود مشدّدة من أجل ضمان سلامة الأشخاص سواء كانوا متبرعين أو مرضى منقول لهم الدم، فخطر الأمراض الذي تنتقل بواسطة الدم كبير، وهو ما يشكل عبئا على طبيب تحليل الدم قصد حماية المرضى الذين يتم نقل الدم إليهم.

وقد ذهب القضاء الفرنسي في أحكامه إلى أن المريض يستطيع أن يلجأ مباشرة إلى طبيب تحليل الدم عند إجراء عملية تحليل دم ونقله له، إذا كان هذا المريض قد تعاقد مباشرة مع مركز نقل الدم أو

مركز تحليل الدم، كون أن طبيب تحليل الدم يشرف عليه ويملكه[122] ص 74، فالعلاقة بينهما هنا يحكمها العقد (مسؤولية عقدية على أساس خطأ مفترض) وهو ما سوف يأتي بيانه لاحقا.

كما يستطيع المريض الرجوع على طبيب تحليل الدم على أساس قيام الإشتراط لمصلحة المريض في العقد الطبي، والذي يكون قد أبرمه الطبيب المعالج أو الجراح مع مركز أو مخبر تحليل الدم الذي عمل به طبيب التحليل، وهذا كون المريض في هذه الحالة لم يتعاقد مباشرة مع طبيب تحليل الدم وتبقى بذلك مسؤولية طبيب تحليل الدم قائمة ولو لم يقم بعملية تحليل الدم بنفسه بأن قامت بذلك الممرضة، لأنه كان ينبغي عليه التأكد كما أسلفنا من كفاءة الممرضة وتخصصها في العمل، وهو ما ذهبت إليه محكمة تولوز في حكمها سنة 1960.

لكن قد تخرج علاقة المريض بطبيب تحليل الدم من تلك العلاقة التعاقدية وهذا إذا كان الطبيب هنا عاملا بمستشفى عام أو مركز نقل دم عام أو حتى مخبر تحليل دم عام (المخبر موجود بمستشفى عام) فإن علاقة المريض بالطبيب هنا هي علاقة تحكمها اللوائح والأنظمة التي تنظم المرفق، فتعتبر المستشفى هنا هي المسؤولة عن ما يلحق المريض من ضرر نتيجة نقل دم ملوث له (مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع).

ومما سبق نستنتج أن علاقة المريض بالأطباء المنفذين لعملية نقل الدم لا ترتب دائما مسؤولية هؤلاء وفقا لذلك، فالدم المنقول إلى المريض يكون مصدره في أغلب الأوقات مركز نقل الدم أو بنك الدم والذي يقع على عاتقه إلتزام قانوني بسلامة الدم المورد للمستشفيات سواء كانت العامة أو الخاصة أو حتى العيادات الفردية ، مما يجعل مسؤولية الطبيب هنا تنتفي تجسيدا لهذا الإلتزام، والذي سوف نفصّله لاحقا.

ضف إلى ذلك أن علاقة هؤلاء الأطراف مهما كانت طبيعتها، فإنها ترتب في أغلب الحالات مسؤولية الجهة الطبية التي يعمل بها الطبيب وفقا لقواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع التقصيرية التي تخضع في تطبيقها بالنسبة للمشرع الجزائري لأحكام المادة 124 من القانون المدني الحالي والتي سوف توضح بدورها لاحقا.

2.2.1. الطبيعة القانونية لعلاقات الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

إن الإلمام بجميع تفاصيل العلاج الذي تستوجبه حالة المريض، جعل الطبيب المعالج عاجزا بمفرده كما أن التطور والتقدم في أساليب العلاج والتطبيب بدوره قد كان له إنعكاس مباشر على تقلص العمل الفردي في هذا المجال عامة، ومجال عملية نقل الدم خاصة، أين فسح القانون بذلك للعمل الجماعي طريقا، فيشترك بذلك في معالجة المريض أكثر من طبيب .

لكن لا بد أن نفرق هنا بين مفهومين للعمل الجماعي في مجال الطب، وهما كل من الطب الجماعي (La médecine de groupe) والفريق الطبي (L'équipe médicale) ، فالطب الجماعي يشترك بشأنه أكثر من طبيب في نفس التخصص لعلاج المريض، أين يكون كل واحد منهم مسؤولا نفس المسؤولية في حالة وقوع ضرر، أما الفريق الطبي فيكون عن طريق وجود أكثر من طبيب قصد العلاج كل منهم يؤدي خدمة مختلفة عن الآخر في مجال تخصصه، إلا أن خدماتهم متبادلة ومتكاملة فيما بينهم، فيكون بذلك كل منهم مسؤول عن تدخله[122] ص 90، حيث يكون هناك وجوب للتعاون بين أعضاء الفريق الطبي بهدف علاج المريض ، كما توجد منطقة إختصاص مشتركة (Zone de Compétence Commune) داخل هذا الفريق الطبي، فيكون هناك أعمال مشتركة بينهم يباشرها أي منهم وهي تدخل في إختصاصهم جميعا كعملية نقل الدم.

ومن المعلوم أن عملية نقل الدم يقوم بها أطباء منهم من يقوم بها بنفسه ومنهم من يشرف عليها فقط، وهم كل من الطبيب المعالج أو الجراح وطبيب تحليل الدم ، أو الفنّيون العاملون في مخابر التحاليل ومراكز نقل الدم، إضافة إلى كل من المساعدين الطبيّين من ممرضين وممرضات ، أو حتى أطباء التخذير الذين يقررون ذلك في بعض الحالات التي تدخل في تخصصهم أو ضمن عملهم عندما يطلب الطبيب المختص ذلك . ويباشر هؤلاء الأطراف جميعا عملهم بالمؤسسات الإستشفائية العامة أو الخاصة أو حتى عيادتهم الفردية أحيانا أين يرخص لهم قانونا ممارسة عملهم الطبي هذا[252].

وسعيا منا لضمان حق المريض عند عملية نقل دم إليه وفي حالة وقوع ضرر كإصابته بمرض أو فيروس خطير ناتج عن ذلك، كان لزاما علينا توضيح الطبيعة القانونية للعلاقات التي تربط هؤلاء الأطباء بالمؤسسات الإستشفائية التي يعملون بها من جهة و علاقتهم ببعضهم وبمساعديهم قصد تنفيذ علاجهم من جهة ثانية، هذا كله قصد تحديد طبيعة مسؤوليتهم عقدية كانت أم تقصيرية، والتي يستند إليها المريض المتضرر عند المطالبته بالتعويض إثر تحققها .

و لتوضيح ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين:

المطلب الأول: علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الإستشفائية

المطلب الثاني: علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم ببعضهم وبساعديهم

1.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية

إن تشكيل نظام الإستشفاء عامة وفي الجزائر خاصة يتطلب منا التفرقة كما عرفنا بين المؤسسات الإستشفائية العامة، وتلك المؤسسات الخاصة التي يلجأ إليها المريض قصد التداوي والعلاج والذي يمكن أن يتضمن عملية نقل للدم له .

ولأجل تحديد الطبيعة القانونية لعلاقة هؤلاء الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم للمريض ، وقصدا منا لتحديد طبيعة مسؤوليتهم المدنية ، وجب علينا التفريق بين علاقتهم بالمؤسسات الإستشفائية سواء كانت عامة أو خاصة، أين إرتأينا ضرورة تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين :

الفرع الأول: علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الإستشفائية العامة

الفرع الثاني: علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الإستشفائية الخاصة

1.1.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية العامة

لقد عرضنا سابقا أن المؤسسة الصحية العمومية هي مؤسسة ذات طابع إداري تضمنت عدة أنواع وفقا للمشرع جزائري، من مراكز إستشفائية وقطاعات صحية ومؤسسات إستشفائية متخصصة ومؤسسات للصحة الجوارية والتي نظمت وفقا لمراسيم تنفيذية مختلفة، وتخضع لوصاية وزارة الصحة.

والراجح أن إدارة المستشفى تقوم بتنفيذ إلتزامها إتجاه المرضى عن طريق الأطباء العاملين بها والذين يقومون بتدخل جراحي أوعلاجي طبقا لأصول وقواعد مهنة الطب ، هؤلاء الأطباء تربطهم بإدارة المستشفى علاقة تنظيمية بإعتبارهم موظفين تابعين لها، يحدد القانون مضمونها.

ضف إلى ذلك أن المؤسسات الصحية والإستشفائية العامة هي عبارة عن مرافق صحية عامة تخضع للقانون الإداري مثلها مثل غيرها من المرافق العامة ، كما أن القائمين على تسييرها هم بمثابة أعضاء فيها، حيث أن كافة أعمالهم تكون منسوبة للمرفق ذاته، فيكون المرفق هو المسؤول عنهم على أساس رابطة التبعية. وعلى ضوء ذلك قسمنا هذا الفرع إلى ما يلي:

أولا: المؤسسة الإستشفائية مرفق عام إداري .

ثانيا: رابطة التبعية بين الطبيب و المؤسسة الإستشفائية العامة .

1.1.1.2.2.1. المؤسسة الإستشفائية مرفق عام إداري

يقصد بالمرفق العام كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور، و قد قال الدكتور أحمد محيو أنه يقصد بالمرفق العام تبعا لهذا المفهوم الإدارة بشكل عام[30] ص 430، لكن يقصد بالمرفق العام بالمعنى الوظيفي أو الموضوعي كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة[103] ص 6.

وبالتالي فالمرفق العام تنشأه الدولة ، وهويهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، و بالتالي فهو يخضع لسلطة الدولة و لنظام قانوني متميز[53] ص 22، و تبعا لذلك تقسم المرافق من حيث طبيعة أونوعية النشاط ، إلى مرافق إدارية وأخرى اقتصادية ومرافق ثقافية وأخرى مهنية.

والمرافـق الإداريـة وهـي المرافـق التـي تـؤدي الخـدمات المرفقيـة التقليديـة وقـد لازمـت الدولـة منـذ زمـن طويـل وعلـى رأسـها مرفـق الـدفاع والأمـن والقضـاء ثـم مرفـق الصـحة والتعلـيم ، فيكـون نشـاطها إداريـا وتخضـع فـي تنظيمهـا وفـي مباشـرة نشـاطها للقـانون الإداري وتسـتخدم وسائل القانون العام[53] ص 38.

من خلال ذلك تقوم المرافق الإستشفائية العامة على إعتبارين أساسيين هما[187 ص 97:

أن وظيفتها تتمثل في تقديم خدمة عامة لجمهور المستفيدين منها أين تتم الإستفادة عبر علاقة تنظيمية، يحدد القانون كما أسلفنا مضمونها، وما تفرضه من واجبات على عاتق المرفق الصحي وحقوق المرضى المستفيدين منه، وهو ما يوصف بمبدأ مساواة المنتفعين أمام المرفق ومبدأ سير المرفق العام بإنتظام وإطراد.

أن القائمين على تسيير هذه المرافق العامة، هم بمثابة أعضاء فيها، حيث أن كافة أعمالهم تكون منسوبة للمرفق ذاته، فيكون المرفق هو المسؤول عنهم اتجاه جمهور المستفدين .

وبالتالي المؤسسات الإستشفائية هي مؤسسات عمومية ذات طابع إداري تخضع للقانون العام عقودها عقود إدارية وتعرض منازعاتها على القضاء الإداري فيعتبر عمالها (الأطباء) موظفون عموميون ، كما أن الأصل في عملها هو مبدأ المجانية، ما لم تقرر النصوص الخاصة خلافا لذلك ، كما أن أموالها تعد أموالاً عامة .

2.1.1.2.2.1. رابطة التبعية بين الطبيب و المؤسسة الإستشفائية العامة

الراجح في الفقه[81] ص 1156، أن الطبيب في المستشفى العام يعتبر تابعا لها، ولو كانت هذه التبعية إدارية فإستقلال الطبيب في عمله الفني لا يمنع من خضوعه لإدارة المستشفى ومراقبتها له في أدائه لواجباته العامة، ولهذا إعتبر تابعا لها، حيث لا يلزم لقيام رابطة التبعية أن يجمع المتبوع سلطة الإشراف الفني والإداري على التابع، بل يكفي أن يكون له الإشراف الإداري على تابعه، والتي يستطيع بموجبها أن يوجه للتابع أوامره التي لا يملك هذا الأخير إلا الخضوع لها[124]ص 25، 26، وبالتالي تسأل إدارة المستشفى عن أخطائه كمتبوع لها بالنسبة للأضرار التي تقع أثناء تأديته لهذه الواجبات، حيث تكون المسؤولية مشتركة بينه وبين إدارة المرفق الصحي العام.

وتقوم رابطة التبعية على وجود سلطة فعلية للمتبوع وهي إدارة المستشفى في الرقابة والتوجيه في العمل ومحاسبته ، فإذا قصر التابع (الطبيب) تكون إدارة المستشفى مسؤولة بالتضامن مع موظفيها حيث أن لها سلطة التوجيه والإشراف والرقابة والمحاسبة ، وما يؤكد رابطة التبعية بين الطبيب والمستشفى هو نص المادة الثالثة من المرسوم 92- 276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري والتي تنص: « تخضع مخالفات القواعد والأحكام الواردة في هذه المدونة لإختصاص الجهات التأديبية،

التابعة لمجالس أخلاقيات الطب...» ، وبالتالي يخضع الطبيب وفق هذه المادة للمسؤولية التأديبية أمام المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، وهو ما يفرض وجود علاقة تبعية ولو أدبية بينه وبين المستشفى.

تأسيسا على ما تقدم وإذا قلنا بوجود علاقة تبعية بين الطبيب والمستشفى فإن هذا يستوجب تحمل المستشفى مسؤولية التعويض عن الأضرار الواقعة بسبب أخطاء موظفيها، وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري في العديد من قراراته في المجال الطبي عامة، حيث تبقى المؤسسات الاستشفائية العامة أحد مرافق الإدارة وأشخاص القانون العام المتعلقة بإحتياجات ومتطلبات تتعلق بحياة وسلامة الإنسان، وتزداد تلك الخطورة في عمليات نقل الدم التي تتم داخل تلك المستشفيات باعتبارها أهم النشاطات الطبية التي تحتوي على خطورة وأضرار محتملة كنقل دم ملوث بأمراض أو فيروسات أو دم فاسد غير صالح أو غير مناسب لفصيلة دم المريض، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة في قرار له صادر بتاريخ 2006/04/26 أين أيد هذا الأخير قرارا صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سطيف في قضيته تتلخص وقائعها:

في أن السيد (ع) المدعي أدخل زوجته إلى مستشفى مدينة عين الكبيرة يوم 1999/01/30 لوضع حملها، وفي اليوم الموالي حولت إلى المستشفى الجامعي لحقنها بالدم، وبتاريخ 1999/02/01 توفيت بالمستشفى رفقه ثمانية أشخاص آخرين، لكن بعد التحقيق في القضية صدر حكم من محكمة الجنح بإدانة الممرض العامل بالمستشفى بجنحة القتل الخطأ (حكم للغرفة الجزائية) إضافة إلى الدعوى المدنية التي ألزم فيها القضاء الممرض تحت مسؤولية المستشفى بالتعويض لزوج الضحية وأولادها، وهذا كان على أساس أن الممرض قد إرتكب خطأ تمثل في حقن الهالكة بدم فاسد، سبب وفاتها، وهو شخص عامل بمرفق صحي عام، مما ينتج عنه تحميل المسؤولية للمستشفى لتعويض الزوج والأولاد على أساس علاقة التبعية بين الممرض والمستشفى الجامعي العام[279].

مما سبق بيانه فإن تكييف علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام أو المستشفى العام على أنها تنظيمية في إطار القانون العام، تحكمها رابطة التبعية بإعتبار المستشفى مسؤولا عن نفسه وعن تصرفات تابعيه عند الإضرار بالغير، حيث يبقى هذا الأخير مسؤول عن أعمال الطبيب عندما يتقاضى هذا الأخير أجرًا منها[34] ص 223.

لكن يمكننا التوضيح أن علاقة التبعية بين المستشفى والطبيب هنا لها عدة مقوّمات أو ما يمكن تسميته بالشروط، وهو ما جاء في نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري، والتي جاءت بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، حيث تنص:« يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها، وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرًا في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع»[249].

فمن خلال نص المادة نستنتج أنه لتحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه لا بد من قيام رابطة التبعية، والتي كما عرفنا هي التكيف القانوني للعلاقة القائمة بين الطبيب والمستشفى العام في المجال الطبي، فالمستشفى مرفق عام يؤدي خدمة عامة عن طريق موظفيه تشترط بدورها مقومات لنشوءها تتمثل في:

أن تقوم بين المتبوع (المستشفى) والتابع (الطبيب) رابطة تجعل للأول سلطة فعلية على الثاني، تخول له المراقبة والإدارة، أي توجيه الأوامر والتعليمات لتنفيذ الأعمال المعهود بها إليه، أو التي إستخدم من أجلها، ومراقبة مدى إلزامه بها وكيفية تنفيذها ، حيث تعتبر هذه الرابطة محققة ولو لم يكن هذا المتبوع حرا في إختيار تابعه، وفقا لها ورد في الفقرة الثانية من المادة 136 السابقة .

لا تقتصر رابطة التبعية على العلاقة الناشئة عن عقد العمل، بل تشمل أيضا كل علاقة بين شخصين من شأنها أن تجعل أحدهما عامل لحساب الآخر وخاضع لسلطته في عمله، وهو ما جاء في الفقرة 2 من المادة 136:«...متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع» ، فتتحقق رابطة التبعية سواء كان مصدرها القانون أو النظام أو العقد أو حتى حكم الواقع[81] ص 1147، وهو ما يمكن أن يكون في علاقة الطبيب بالمؤسسة الإستشفائية العامة التي تكون علاقته بها مصدرها القانون والنظام (اللوائح والتنظيمات) بإعتبار المستشفى مرفقا عاما يؤدي خدمة عامة وليس عن طريق عقد، كما يكون له سلطة فعلية على الطبيب.

كذلك يمكن أن تقوم رابطة التبعية حتى ولو لم يتقاضى التابع مقابل عمله، إذ يمكن أن يؤدي عمله بصورة مجانية بناء على تكليف من المتبوع، فهذا لا ينفي صفة التابع عنه متى توفرت باقي الشروط من حيث الإشراف والرقابة، وهو ما يتحقق في المستشفيات العامة التي يكلّف فيها الطبيب بمعالجة المرضى دون أن يدفعوا المقابل له شخصيا.

قد يفقد المتبوع سلطة الرقابة والتوجيه بسبب طبيعة العمل الذي يؤديه التابع كأن يكون ذى طبيعة فنّية، فهل يسأل الطبيب عن عمله الفني شخصيا أو تسأل عنه إدارة المستشفى كتابع؟ حيث يرتب خطأ الطبيب الناتج عن عمله الطبي ذو الطبيعة الفنية مسؤولية هذا الأخير الشخصية ذات الطبيعة التقصيرية فهو عمل يخرج عن دائرة التبعية ويخضع لما يسمى بمبدأ الإستقلال المهني مما يوجب مساءلة الطبيب عن تلك الأعمال مساءلة شخصية[334] ص 224، ويوجهنا فيها المشرع الجزائري إلى القواعد العامة في القانون المدنية (المادة 124 ق. م. ج) إلى جانب إمكانية مساءلة المستشفى العامل بها وفقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة.

وعليه يكون للمريض المتضرر في هذه الحالة حق الرجوع على كل من الطبيب أو المستشفى العام، وهو الأمر الذي إستقر القضاء الجزائري بشأنه على مسؤولية إدارة المستشفى بوصفها متبوعا

عن خطأ الطبيب التابع لها، وأقر بوجود علاقة التبعية بينهما ولو كانت تبعية أدبية، فهي كافية لتحميل المستشفى خطأ الطبيب هنا.

وعلى إعتماد ذلك يمكن القول بوجود علاقة التبعية بين المستشفى العام والأطباء المنفذين لعملية نقل الدم العاملين به، سواء كان طبيبا معالجا أو جراحا أو حتى طبيب تحليل الدم، متى تحققت مقوماتها الأساسية السابقة، فعملية نقل الدم هي عمل طبي علاجي غير فني، يكون فيه الطبيب تابعا لإدارة المستشفى العامل بها والتي ينفذ فيها تلك العملية ، وإرتكابه لخطأ يمكن أن يوقع عليه عدة مسؤوليات إذا توفرت شروطها، فهناك مسؤولية جنائية تتبع بتوقيع العقاب الجنائي، والمسؤولية المدنية التي تستوجب الحكم بالتعويض، والمسؤولية التأديبية التي ترتب جزاءا تأديبيا من الجهة الإدارية التابع لها (إدارة المستشفى) وكذا المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب، وفقا للقانون الجزائري.

هذا عن الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمستشفى العام، فماذا عن الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمؤسسة الاستشفائية الخاصة ؟.

2.1.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بالمؤسسات الاستشفائية الخاصة

تقوم إدارة المستشفى الخاص بتنفيذ إلتزاماتها قبل المرضى عن طريق الإستعانة بأطباء يقومون بمباشرة العلاج، منهم من يرتبط بالمستشفى الخاص بعقد عمل أين تشرف عليه إدارة المستشفى، ومنهم من لا يرتبط بها بعلاقة عمل وإنما يقوم بإجراء المعالجة لمرضاه في المستشفى، حيث يقوم الطبيب بإرسال المريض إلى المستشفى ليقوم بالإشراف عليه أثناء إقامته بها .

كما قد يطلب المريض طبيبا معينا للإشراف على علاجه، أو يمكن لإدارة المستشفى أن تسمح لطبيب بعلاج المريض دون أن يرتبط معها بأي عقد عمل أو أية رابطة، كحالة إستئجار المستشفى للقيام بتدخل طبي علاجي معين نتيجة التخصص في هذا الميدان[159] ص 175، وتبعا لذلك تقوم العلاقات التالية بين المستشفى والأطباء:

أولا: علاقة التبعية بين المؤسسة الاستشفائية الخاصة والطبيب

ثانيا: العلاقة العقدية بين الطبيب والمؤسسة الاستشفائية الخاصة

1.2.1.2.2.1. علاقة التبعية بين المؤسسة الاستشفائية الخاصة والطبيب

إن المؤسسة الإستشفائية الخاصة هي شخص معنوي يقوم بتنفيذ الغرض الذي أنشأ من أجله أو أقيم، عن طريق الأشخاص الطبيعيين وهؤلاء يمكنهم التصرف بإسم الشخص المعنوي وتمثيله قانونا، أين نجد في هذا الصدد الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم، من طبيب معالج أوجراح وطبيب تحليل دم، يعملون بصفة دائمة في المستشفى فتربطهم بهذه الأخيرة رابطة عقدية هي علاقة عمل تربط المستشفى

بالطبيب، تكون مجرد رابطة تنظيمية وإدارية لا تمس الإستقلال الفني للطبيب ، ومن ثقة فإن الطبيب هنا يكون في مركز التبعية بالنسبة للمستشفى أين يكون لهذه الأخيرة سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه له دون المساس بإستقلال أعماله الطبية الفنية[151] ص 164.

ومن المتفق عليه أن الخطأ الصادر عن التابع يسأل عنة المتبوع، أين يمكن الكشف عن علاقة التبعية بين المستشفى والأطباء عن طريق الإسترشاد بالمعايير التالية : سلطة الإختيار، الإشراف، الرقابة التبعية الاقتصادية وعقد العمل ، فيكون تطبيقا لذلك قوام علاقة التبعية هو القيام بعمل معين من قبل التابع يؤديه خدمة للمتبوع أو نيابة عنه.

لكن كيف تتحقق رابطة التبعية بالنسبة للأطباء المنفذين لعملية نقل الدم والعاملين في المؤسسات الاستشفائية الخاصة؟ ، وهل يمكن الإلتجاء إلى المعايير السابقة للإسترشاد بذلك؟ .

إجابة منا نقول أن الفقه الفرنسي الحديث قد نادى بأنه بجانب الإختيار لا بد من توفر عنصر سلطة الإشراف والرقابة التي هي قوام علاقة التبعية ، أما الحال بالنسبة للمشرع الجزائري فقد قرر في الفقرة الثانية من نص المادة 136 من القانون المدني، بأنه تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرًا في إختيار تابعه متى كانت عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه ، وعليه فإن الإختيار لا يعتد به وهو ليس شرطًا لقيام رابطة التبعية وإنما العبرة بتوفر سلطة الإشراف والرقابة، والتي إقتصرناها في التبعية الأدبية دون إشتراط الرقابة والتوجيه للأعمال الفنية التي تدخل في صميم عمل الطبيب.

لكن هل يختلف الأمر بالنسبة للطبيب أو الجراح الذي يعمل بالمستشفى الخاص؟ وهل تتحقق بالنسبة له السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه أم لا ؟ .

إعتمادا على ما سبق ذكره فإن هذا النوع من العلاقة بين الطبيب والمستشفى الخاص، لا سبيل فيه لإدارة المستشفى إلى رقابة طريقة قيام الطبيب بواجباته، فالطبيب مستقل في عمله الفني وفي تحديد أشكال وطرق العلاج التي يراها مناسبة، كتقرير عملية نقل دم لمريض معين، فهو عمل علاجي يخرج عن سلطة التبعية، لأن الأعمال الفنية للطبيب تبقى خارج سلطة صاحب العمل في الرقابة والإشراف والتوجيه ، لكن السؤال المطروح هنا: هل إستقلال الطبيب الجراح أو حتى طبيب تحليل الدم في عمله الفني ينفي مسؤولية المؤسسة الإستشفائية الخاصة (العيادة الخاصة)؟ .

إن المؤسسات الإستشفائية الخاصة لا تعد مسؤولة عن أعمال الطبيب أو الجراح أو طبيب تحليل الدم المهنية، حيث يتمتع كل واحد منهم بالإستقلال في عمله الفني، لكن نجد ان القضاء العربي خاصة قد تحفظ بالنسبة للطبيب الأجير الذي يربطه بالمستشفى الخاص عقد عمل، حيث يقرر مسؤولية المستشفى هنا عن خطئه نظرا لوجود عقد طبي بين المريض والمستشفى الخاص الذي يعمل بها، فهذه الأخيرة تعد مسؤولة عن كل خطأ يصدر من العاملين بها[171] ص 92، فعقد العمل بين المستشفى (المتبوع) والطبيب (التابع) يتطلب وجود أركان تتمثل في كل من الأجر، المدة والعمل، إضافة إلى تبعية العامل

لرب العمل صاحب الإشراف والمراقبة، والتي تتجسد كما أسلفنا في الرقابة والإشراف الإداري الذي يكفي لتقرير مسؤولية المتبوع في مجال العلاج الطبي، و أقرها المشرع الجزائري في نص الفقرة الثانية من المادة 136 من القانون المدني.

وحتى تقوم مسؤولية المستشفى الخاص بإعتباره شخصا معنويا يجب أن يكون الأمر للتابع صادر عن شخص يمثله أو مكلّف بإصداره ، وله حق الرقابة والتوجيه أو الإشراف عليه، كما يجب أن يكون عمل التابع بإسم الشخص المعنوي ولمصلحته أو لحسابه[91] ص 194. فرابطة التبعية القائمة بين الشخص المعنوي (المستشفى الخاص) والعاملين ضمن نطاقه تبرر قيام مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي يحدثها التابعون له أثناء أدائهم لأعمالهم أو بمناسبتها[91] ص 196.

لكن مسؤولية المتبوع هذه لا تنفي مسؤولية التابع نفسه، وهو المسؤول الذي لولاه لما حصل الضرر، حيث تكون المسؤولية عن فعل الغير قائمة على أساس الخطأ والتقصير في ممارسة الإدارة والرقابة، مع إمكانية التحرر من المسؤولية بإثبات عدم إستطاعتهم منع الفعل الذي نشأ عنه الضرر[117] ص 594 فمسؤولية المتبوع (المستشفى) ليست إلا نوعا من الضمانة، أوجدها المشرع حماية للمتضرر الذي يبقى له مقاضاة التابع (الطبيب) بالإسناد إلىـمسؤوليته الشخصية، أو حتى مقاضاة التابع والمتبوع في دعوى واحدة، حيث يحق للمتبوع الرجوع على التابع بإعتباره المسؤول الأصلي بما دفعه من تعويض للمتضرر في الحالة التي لا يكون هذا الأخير مساهما في إحداث الضرر، أو كان هذا التابع قد إرتكب خطأً جسيما، وهو ما نصت عليه المادة 137 من القانون المدني الجزائري، كما لا تتحقق هذه المسؤولية وفقا لما تقدم، إلا إذا توفرت شروطها الأساسية، والتي سوف يأتي بيانها لاحقا.

لكن هناك مشكلة تثار في هذه العلاقة القائمة بين المستشفى الخاص والطبيب، وهي حالة إذا كان هذا الأخير غير موظفا وغير أجير بالمستشفى الخاص، وإنما يقوم بعمل من شأنه معالجة المرضى فقط، فما هي العلاقة القانونية التي تكون بينه وبين المستشفى هنا؟ وعلى أي أساس تثار مسؤوليته في هذه الحالة؟.

ممالا شك فيه أن الطبيب غير الموظف وغير الأجير بالمستشفى الخاص لا تربطه بها علاقة تبعية بمعنى المقصود سابقا، فالطبيب في الأصل ليس تابعا للمستشفى لإنتفاء الرابطة العقدية، أو العلاقة التنظيمية بينهما، فيكون الطبيب هنا إما إرتكب الفعل الضار كونه أختير لعلاج هذا المريض من قبل إدارة المستشفى أو لكون المريض قد طلبه لهذا الغرض وإختار له هذا المستشفى، فما هو الموقف القانوني من هذه الحالات ؟ .

الطبيب غير الموظف المختار من قبل إدارة المستشفى الخاص: إن المريض في هذه الحالة يراجع أحد المستشفيات بقصد العلاج، حيث يتم إدخاله قصد علاجه من قبل أحد الأطباء دون أن يكون له يد في إختياره فهو يتعامل مع الطبيب بإعتباره لا يعرفه، ومع المستشفى كشخص معنوي، وبالتالي يكون

المستشفى مسؤولاعن الضرر الذي لحق هذا المريض جراء العلاج، كون المستشفى هو الذي قام بإختيار الطبيب، فالمريض هنا لا يعلم طبيعة العلاقة بين المستشفى والطبيب، ففي الغالب يتعامل مع الطبيب بوصفه أحد موظفي المستشفى.

وعليه فإنه لا وجه هنا لإنتفاء رابطة التبعية حتى ولو لم يكن الطبيب موظفا، بل حتى ولو علم المريض بذلك لاحقا[81] ص 1172، هذا كون المستشفى هو الذي إختار الطبيب للعلاج، فهو من يتعين عليه أن يراقبه ويشرف عليه بإعتباره يؤدي عملا لمصلحة المستشفى تطبيقا للقواعد العامة لعلاقة التبعية (سلطة الإشراف –الإدارة- والرقابة).

وبالتالي يكفي عند قيام مسؤولية المستشفى عن عمل الطبيب هنا، والتي هي مسؤولية متبوع عن أعمال التابع،أن يثبت الطبيب أنه أختير من قبل إدارة المستشفى للعلاج، وأنه أدى عمله لمصلحة المستشفى فعندها تقوم علاقة التبعية الموجبة لمساءلة المستشفى عما إرتكبه الطبيب من فعل ضار.

الطبيب غير الموظف المختار من قبل المريض من خارج المستشفى الخاص**:** في هذا الفرض يطلب المريض من إدارة المستشفى أن يتولى معالجته طبيب معين غير موظف، ولا تربطه بالمستشفى أي رابطة، وفي هذا الوضع ليس هناك مجال للقول بوجود علاقة التبعية التي ترتب مسؤولية المستشفى[57] ص 385، لأن هذه الأخيرة غير مناط بها في هذه الحالة الرقابة و الإشراف لإنتفاء عمل الطبيب لصالح المستشفى حتى ولو إرتكب الفعل الضار خلال العمل أو بسببه ، حيث يكون الطبيب هنا مسؤولا عن أخطائه لأن له الخيار في كيفية ممارسة عمله الطبي.

الطبيب يستأجر المستشفى للقيام بتدخل طبي معين لتخصصه به: يكون الطبيب في هذه الحالة مستأجر لا أكثر، كما تتذرع المستشفيات بأنها مؤجرة لا غير، فالطبيب هنا مستقل في عمله وليس بينه وبين المستشفى رابطة تبعية، فهي مبدئيا لا تكون مسؤولة عن أخطائه.

لكن هناك من يرى عدم صحة هذا الدفع[243] ص 791، وحجته في ذلك أن فكرة إستئجار المستشفيات كعيادة خارجية، تقوم على تعاقد المستشفى في الأساس مع أحد الأطباء لقيوم بعلاج المرضى في تخصصه وذلك في إطار علاقة تنظيمية مستمرة بصورة عقد إيجار للعيادة أو المستشفى الخاص، وهو لا ينفي الإتفاق الأساسي على العمل لصالح المستشفى.

كما أن لجوء الطبيب لإستئجار المستشفى الخاص لإجراء تدخل طبي معين، قد يكون بناء على أنه إعتاد بصورة مستمرة علاج المرضى تحت إشراف وإدارة المستشفى ورقابتها، بل هذه الأخيرة هي التي تحدّد له جدول عمله، وهي التي توفر خدمات إقامة المرضى والفحوص المخبرية وغيرها فيكون الطبيب في العلاقة المستمرة مع المستشفى يخضع لتعليماتها وتجري محاسبته شهريا عما أنجزه من أعمال فيختص المستشفى بجزء من بدلات العلاج لقاء الإقامة والمستلزمات الطبية وغيرها.

لكن الفقه الغالب وأحكام القضاء المقارن متفقة على أن رابطة التبعية تقوم في جوهرها على سلطة فعلية للمتبوع في الرقابة والتوجيه في عمل يقوم به التابع لحساب المتبوع، ولا يعد إنتفاء علاقة الإستخدام أو إستقلال الطبيب في عمله الفني مانعا من قيام علاقة التبعية، فالقانون لا يستلزم أن يكون مصدر السلطة الفعلية عقد يربطهما، بل يكفي أن يؤدي التابع العمل أو الخدمة لحساب متبوعة أيا كانت وسيلة إسناد الخدمة، حيث يسأل المستشفى عن الضرر الناتج عن عمل الطبيب حتى ولو لم يكن المستشفى مباشرا أو متسببا في الضرر أو مساهما فيه بقدر أو بآخر[81] ص 1149.

2.2.1.2.2.1. العلاقة العقدية بين الطبيب والمؤسسة الاستشفائية الخاصة

تتحقق الرابطة الطبية العقدية إن كان الطبيب حرا يعمل لحسابه الخاص، ويكون ذلك بإحدى المستشفيات الخاصة بموجب عقد خاص أين يعمل هذا الأخير لحسابه الخاص ، ففي هذه الحالة يتعاقد المستشفى مع أطباء خارجيين غير عاملين لديه بموجب عقد إستئجار الخدمات أو الأشخاص للقيام بعمل طبي معين لصالح المرضى المتعاقدين معه، أين تنتهي العلاقة بين المستشفى والطبيب بمجرد إتمام التدخل الطبي أو الجراحي الذي يتم الإتفاق عليه.

لكن ما يلاحظ على ذلك هو غياب أية علاقة عقدية تربط المريض بالطبيب، حيث يبقى هذا الأخير مسؤولا عن أخطائه الشخصية مسؤولية تقصيرية كما أسلفنا مع وجود عقد بين المستشفى والمريض كما يسأل المستشفى الخاص هنا عن أخطاء الطبيب في هذه الحالة مسؤولية عقدية عن فعل الغير فالطبيب منفذ لإلتزام المستشفى، وعليه يكون المستشفى ضامنا لأفعاله، وهو ما يقصد من التعاقد[127] ص 78، 30. فالمسؤولية العقدية عن فعل الغير تشترط وجود عقد بين المدين الأصلي (المستشفى الخاص) والدائن (المريض) كذلك لا بد أن يكون تدخل الغير (الطبيب) بناء على تكليف من المدين (المستشفى) الذي قد يكون تدخلا إتفاقيا (عقد) أو ما يجري عليه العمل في المهنة، فالمدين (المستشفى) في الأصل هو المكلّف بأداء الإلتزام الذي عهد به لمن يحل محله من أطباء ، ضف إلى ذلك عدم تدخل الدائن (المريض) في إختيار الغير، وهذا لغياب العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض[146] ص 379.

ومما سبق فإننا نجد المشرع الجزائري قد أشار إلى هذا النوع من العلاقة التي ترتب المسؤولية العقدية عن فعل الغير في نص المادة 178 من القانون المدني في فقرتها الثانية، حيث تضمنت المادة مسؤولية المدين عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه بنصها :« يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه...» ، فتقرير المسؤلية العقدية عن فعل الغير هنا يكون

بمفهوم المخالفة من المادة، فهي تستخلص ضمنا من أنه مادام يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه، فذلك يبيّن أنه في الأصل يكون مسؤولا عن خطأ هؤلاء أين يستطيع بالإتفاق أن ينفي على نفسه هذه المسؤولية[81] ص 7، 9، وهو ما يتحقق في علاقة الأطباء العقدية بالمؤسسات الإستشفائية الخاصة، فمجال المسؤولية العقدية هنا لا يثير فكرة التبعية (رابطة التبعية تثار فقط في الحالات التي تكون فيها المسؤولية تقصيرية) ، وإنما يكون المستشفى الخاص مسؤولا عن فعل غيره (الأطباء) ممن عهد إليهم بتنفيذ إلتزاماته الطبية قبل المرضى المتعاقدين معه[171] ص 91.

لكن رغم ذلك فإن المسؤولية العقدية عن فعل الغير هنا بالنسبة للمستشفى الخاص ، لا تمنع المريض المضرور من حريته في الخيار بين أن يرفع دعواه في مواجهة المستشفى أو في مواجهة الطبيب، أين يظل للمستشفى عندئذ حق الرجوع على الطبيب إذا كانت هي من إختاره.

ومن كل ما سبق نجد أن المشرع الجزائري لم يفصل صراحة في طبيعة مسؤولية الطبيب بالنسبة للمؤسسات الإستشفائية الخاصة إذا كانت عقدية أم تقصيرية، وهذا رغم كثرة النصوص المتعلقة بالمجال الطبي، وهو ما يجرنا إلى تطبيق القواعد العامة المنصوص عنها في القانون المدني بخصوص علاقة تلك المؤسسات الإستشفائية بالأطباء وإستنتاج طبيعة المسؤولية من طبيعة العلاقة القائمة هنا.

أما بالنسبة لطبيعة علاقة الأطباء بالمؤسسات الإستشفائية في مجال نقل الدم الملوث و بعد أن أوضحنا طبيعة العلاقة القانونية القائمة بين الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم سواء كان طبيبا معالجا أو جراحا أو طبيب تحليل دم والمؤسسات الإستشفائية عامة كانت أو خاصة ، وكذلك مختلف العلاقات الناشئة بين هؤلاء في مختلف الحالات التي يمكن أن توجد أو تكون ، نقول وإعتمادا على ما سبق بأن الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم، سواء قاموا بعملية نقل الدم بأنفسهم أو عهدوا بها لمتخصص آخر أو حتى تعاقدوا بشأنها مع أحد مراكز نقل الدم المكلفة بذلك ، وسواء كانوا تابعين لمؤسسة إستشفائية عامة أو خاصة أو حتى لعيادة فردية أو مشتركة، فإنهم يكونون ملزمين بتحقيق نتيجة قبل مرضاهم، خاصة إذا كان نقل الدم يتضمن خطر إنتقال عدوى أمراض خطيرة أو معدية. أين يوصف الدم إثرها بالتلوث. فهم ملزمون بضمان سلامة المرضى (obligation de sécurité) كون هذا الأخير هو إلتزام محله تحقيق نتيجة تتمثل في السلامة من الضرر ، وعليه يكون الطبيب في مجال عملية نقل الدم ملزم بتحقيق النتيجة التي كان تدخله من أجلها، وهي عملية نقل دم سليم ونظيف خال من الأمراض والفيروسات ومناسب للمريض، وإلا كان مسؤولا عن عدم تحقق هاته النتيجة .

وقصد تحديد طبيعة مسؤوليته عقدية كانت أو تقصيرية لا بد لنا من العودة إلى تلك العلاقة القانونية التي تربطه سواء بالمريض أو بالمؤسسة الإستشفائية العامل بها.

2.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم ببعضهم وبمساعديهم

لقد أدى التطور العلمي الهائل في مجال الطب وما إستتبعه من تنوع لأساليب العلاج إلى ظاهرة التخصص والعمل الجماعي ضمن فريق متكامل، مما إستجواب إنكماش العمل الفردي وظهوره في صورة عمل جماعي قد يطلق عليه إسم الفريق الطبي (l'équipe médicale) .

وأصبح المريض الواحد يحاط بمجموعة من الأطباء، كما يحاط الطبيب الواحد بمجموعة من الزملاء يؤدون جزءا لا يتجزأ من العلاج، يتدخلون بصفة جماعية تعاونية تدخلا متلازما وفي آن واحد أو بصفة متعاقبة عبر مراحل العلاج، كما لم يعد - في الغالب الأعم – الطبيب المعالج يقف بمفرده بصدد علاج المريض، وإنما يساهم معه في تحديد ذلك أكثر من طبيب في تخصصات مختلفة كالطبيب الجراح أو طبيب التخذير أو الإنعاش، وحتى المساعدين والممرضين والممرضات على إختلاف درجاتهم وتخصصاتهم أين توجد أعمال مشتركة بينهم تدخل في إختصاصهم جميعا كعملية نقل الدم للمرضى عند العلاج كما عرفنا.

والطبيب المعالج الذي يشّخص حالة المريض وحاجته إلى إجراء عملية جراحية قد يساعده عند الحاجة طبيب جراح قد يطلب نقل الدم إلى المريض، كما يرافق هؤلاء طبيب تحليل الدم الذي يقوم بالتأكيد من دم المريض ومن فصيلته ومقدار حاجته لكمية الدم المنقولة إليه، كما يساعد هؤلاء جميعا ممرضون وممرضات وفنّيون عاملون في مجال الصحة والعلاج سواء كان ذلك بمستشفيات عامة أو خاصة.

أمام هذه العلاقات المتعددة تثور مسألة تحديد المسؤول عند الضرر لتعويض المريض، خاصة عند عملية نقل الدم كوسيلة ضرورية للعلاج في الغالب من الحالات ، والتي ينشأ عن إستخدامها أضرار متوقعة وغير متوقعة كحالة إنتقال الأمراض والفيروسات الخطيرة للمريض المتلقي للدم.

ولأجل ذلك ولتحديد دائرة المسؤولية عن الضرر في حالة الممارسة الجماعية للعلاج أو الإستعانة بالمساعدين، ولتسهيل وضمان حق المريض للمطالبة بالتعويض عن الضرر في حالة وقوعه بتحديد الطبيعة القانونية للعلاقات القائمة ، وبالتالي طبيعة المسؤولية المدنية لهؤلاء المساهمين في عملية العلاج عن طريق نقل الدم ، إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم ببعضهم.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بمساعديهم.

1.2.2.2.1. علاقة الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم ببعضهم

تحديدا لطبيعة تلك العلاقة القانونية القائمة بين الأطباء المتدخلين في عملية نقل الدم و قصد إستخلاص طبيعة مسؤوليتهم المدنية ، حاولنا توضيح ذلك ضمن العناوين التالية:

أولا: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب المعالج بالطبيب الجراح

ثانيا: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب المعالج بطبيب تحليل الدم.

ثالثا: الطبيعة القانونية لعلاقة طبيب تحليل الدم بالطبيب الجراح.

1.2.2.2.1. 1.الطبيعة القانونية للعلاقة بين كل من الطبيب المعالج والطبيب الجراح

تبدأ العلاقة بين الطرفين عادة بأحد الإحتمالات التي تؤدي بالنتيجة إلى عملية نقل دم إلى المريض، فإما يكون المريض قد حضر إلى طبيب خاص بالعلاج، حيث يتم مراجعته لتحديد طبيعة مرضه، وبذلك تبدأ هذه العملية بالطبيب المعالج بإعتباره أول من يتعاقد معه المريض.

أما الإحتمال الثاني أن يكون الطبيب الجراح هو أول من يتعامل معه المريض، وبذلك يكون الطبيب المعالج أحد الأفراد الذين يستعين بهم الطبيب الجراح لتشخيص وتوضيح المرض قصد المعالجة.

فبالنسبة للطبيب المعالج من المعلوم أنه إما يكون قد تعاقد مع المريض بإعتباره الطبيب الذي يلجأ إليه هذا الأخير للمعالجة، أو أن يكون قد إستعان به الطبيب الجراح قبل إجراء العملية الجراحية للمريض خاصة إذا كانت تلك العملية خطيرة وتتطلب الإستنارة برأيه في حاجة المريض لها، وبذلك يكون المتعاقد هنا هو الطبيب الجراح.

وفي كلتا الحالتين نستبعد من البحث علاقة الطبيب المعالج بغيره إذا كان هذا الأخير يعمل بمؤسسة إستشفائية عامة، كون أنه يخضع في عمله لسلطة الأنظمة واللوائح التي تنظم سير المرفق العام، فهو يخضع لسلطة إدارة المرفق، فتكون بالتالي علاقته بغيره من الأطباء تخضع بدورها لتلك الأنظمة والقوانين المرفقة، مع مساءلة المستشفى العام عن خطئه بإعتباره تابعا لها (مسؤولية متبوع عن أعمال التابع).

أما بالنسبة للأطباء العاملين بالمستشفيات الخاصة، فإنه ما ينجم عن أفعالهم من خطأ فإنها تثير مسؤولية الطبيب نفسه بجانب إدارة المستشفى، أين يفترض وجود عقد بين الطبيب وإدارة المستشفى ضف إلى ذلك ما ينتج بصدد ذلك من علاقات بينهم عند تعاقدهم مع المريض مباشرة.

الطبيب المعالج متعاقد مع المريض مباشرة**:** تكون علاقة الطبيب بالمريض كما هو معلوم تعاقدية يحكمها عقد العلاج الطبي، حيث يكون الطبيب هنا المسؤول الأول عن مريضه رغم إستعانته بغيره من

الأطباء كالطبيب الجراح، حيث يسأل الطبيب عن إخلاله بإلتزامه العقدي وفقا لمبدأ إستقلالية المسؤولية، فإذا إختار الطبيب المعالج ذلك الجراح دون تدخل المريض، فما مدى مسؤوليته عن_أخطائه هنا؟، مع الإشارة أن الخطأ المقصود في هذه الحالة هو تقرير ذلك الجراح لضرورة عملية نقل الدم للمريض أو حتى تنفيذه لها بنفسه.

إن المسألة هنا هي مسألة قانونية وغير مهنية، حيث تتعلق بتحديد مسؤولية من تعاقد مع المريض عن أخطاء من إختارهم لإتمام عقد العلاج الطبي هنا[224] ص 287، فالطبيب المعالج يسأل بإعتباره هو المتعاقد الوحيد مع المريض، فهو مسؤول قبله عن كل من إستعان به لتنفيذ العقد وإتمامه، خاصة أن المريض لا تربطه مع الطبيب الجراح علاقة عقدية ولم يكن له دور في إختياره، فالطبيب المعالج مسؤول قبل المريض عن عنصر الإختيار، كما أنه بذلك ملزم ببذل العناية اللازمة لعلاجه ويبقى مسؤولا مسؤولية عقدية نحوه عن أخطاء من إشتركوا في تنفيذ العقد (الجراح)، ولا يستطيع الطبيب المعالج هنا التخلص من مسؤوليته. كما يكون للمريض حق الرجوع عليه وفقا لقواعد المسؤولية العقدية عن خطأ الغير إذا ما أصابه ضرر مخالف لأصول مهنة الطب، وإذا ما قام الطبيب المعالج بالتعويض للمريض عما لحقه من ضرر، يرجع على الطبيب الجراح بما أداه عنه للمريض[[224] ص 288.

الطبيب المعالج المرتبط بالمستشفى الخاص بعقد عمل: هي حالة عدم وجود عقد علاج طبي مع المريض، وإرتباط الطبيب المعالج هنا بعقد عمل مع المستشفى الخاص، أين يكون هذا الطبيب مسؤولا عن علاج المريض الذي كان قد تعاقد مع المستشفى الخاص بموجب عقد الإستشفاء كما هو معلوم فعلاقة الطبيب بالمريض هنا يحكمها مبدأ عقدي مضمونه الإشتراط لمصلحة الغير وهو ناتج لعقد العمل بين الطبيب والمستشفى.

أما بالنسبة لعلاقة الطبيب المعالج بالجراح هنا، فإننا نجد أن الطبيب الجراح يتم إختياره في هذه الحالة من قبل المستشفى، مثله مثل الطبيب المعالج، دون تدخل المريض ، وعليه تنعقد مسؤولية المستشفى عن خطأ هؤلاء الأطباء المعنيين من قبلها بتلك الأعمال المرتبطة بالتدخل الطبي كعملية نقل الدم للمريض، فالمستشفى المتعاقد أصليا مع المريض يلتزم بتقديم العلاج والعناية الطبية اللازمة[168] ص 232 فيرجع المريض على المستشفى على أساس المسؤولية عن خطأ الغير (الطبيب المعالج)، وبعدها يرجع المستشفى على الطبيب بما أداه عنه للمريض، كما قد يرجع المريض على الطبيب هنا على أساس المسؤولية التقصيرية عن خطئه الشخصي مباشرة.

الطبيب الجراح هو المتعاقد مع المريض مباشرة: حيث يختار بموجب ذلك المريض طبيبه الجراح أولا، فينشأ بينهما عقد طبي يجعل الطبيب هنا مسؤولا عقديا عن كل خطأ مخالف لقواعد المهنة إتجاه المريض، فهو مسؤول مسؤولية عقدية عن خطئه الشخصي كما يكون مسؤولا عن خطأ الغير، كإستعانته

بطبيب معالج قصد تقديم المشورة أو حتى القيام ببعض الأعمال الطبية اللازمة لحالة المريض كعملية نقل الدم إليه. حيث يكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن فعل الغير (الطبيب المعالج) .

وقد ذهب رأي من الفقه إلى أن العلاقة بين الجراح والطبيب المعالج أشبه بعلاقة التبعية التي توجب خضوع الطبيب المعالج لتعليمات الجراح، بأن يقوم بتقديم العلاج المناسب الذي أشار به هذا الأخير كنقل الدم للمريض، فلا شك بذلك أن الطبيب الجراح هنا له حق الإشراف والتوجيه على الطبيب المعالج دون تدخل في تفاصيل عمله، وهذا إن كان الجراح هو المسؤول الرئيسي عن العمل الجراحي والعمل المتمم له، لكن لا يسأل الجراح عن فعل الطبيب المعالج هنا، بل يسأل إلى جانبه.

من كل ما سبق نجد أن الطبيب الجراح ملزم بأن يستشير الطبيب المعالج قبل إجراء تدخله، وهذا حتى يستنير برأيه، لكن لا يفلت الطبيب الجراح من المساءلة عند الضرر حتى ولو كان الطبيب المعالج هو الذي أشار عليه في ذلك، فلا يقبل منه الإحتجاج بذلك فهو أمر لا يتفق مع مبدأ إستقلالية عمل الجراح عن عمل الطبيب المعالج في مزاولة المهنة، أين لا بد أن يسأل كل واحد منهما عن خطئه الشخصي المرتب لمسؤولية ذات طبيعة تقصيرية، فكل منهما يستقل عن الآخر قانونيا حتى ولو كان عملها الطبي متكاملا.

لكن يسأل الطبيب الجراح عن أي خطأ نشأ عن الجراحة ولا يحق له نفي المسؤولية هنا أو إسنادها للطبيب المعالج، كون الجراح له كامل الحرية والإستقلال في فحص المريض قبل إجراء العملية الجراحية، فهو مستقل في أعمال الجراحة عن الطبيب المعالج، ويسأل عن أي خطأ إرتكبه في ذلك[154] ص 283.

الطبيب الجراح المرتبط بالمستشفى الخاص بعقد عمل: إذا أختير الجراح من قبل المستشفى هنا وتعاقد معها بعقد عمل، فإن المستشفى هنا يكون مسؤلا عن أخطاء الطبيب الجراح الناتجة عن التدخل الطبي كعملية نقل الدم مثلا، أما الأخطاء الطبيب المتعلقة بتدخله الجراحي وإجراء الجراحة ذاتها فلا يكون المستشفى مسؤولا عنها بل تبقى مسؤولية شخصية له كما سبق وأن عرفنا.

أما عن علاقة الجراح بالطبيب المعالج في هاته الحالة فهي تخضع لنفس الحكم السابق بيانه في كون هؤلاء الأطباء مختارون من قبل المستشفى، وبالتالي لا يكون لبعض علاقة بالآخر، سوى كونهم عاملون بمستشفى واحد تكون هذه الأخيرة مسؤولة عن أخطائهم في حالة وقوع ضرر للمريض المتعاقد معها، كما تتكرر مسألة رجوع المريض على الجراح على أساس المسؤولية التقصيرية عن الخطأ الشخصي مباشرة، أو أن يرجع على المستشفى كما أسلفنا على أساس المسؤولية العقدية عن خطأ الغير[224] ص 290.

2.1.2.2.2.1. طبيعة القانونية لعلاقة الطبيب المعالج بطبيب تحليل الدم

لقد جرت العادة أن يقوم الطبيب المعالج بتحويل المريض إلى أحد المراكز أو المخابر المتخصصة في تحليل الدم (Laboratoire d'analyse)، حيث يقوم المريض بمراجعة هذا المركز أو المخبر لإجراء عملية تحليل لدمه، وبذلك نكون أمام عقد بين مركز تحليل الدم والذي يشرف عليه ويعمل به أطباء تحليل الدم ، وبين المريض حيث يعتبر إلتزام طبيب تحليل الدم بالنسبة لصحة وسلامة التحليلات التي يقوم بها ودقتهاإلتزاما بتحقيق نتيجة، فتقوم مسؤوليته لمجرد إعطائه نتيجة خاطئة، أو غير دقيقة أو غير واضحة، ويكون ذلك عند إجرائه لتلك التحاليل المخبرية المعتادة، والتي يغيب فيها عنصر الغرر والإحتمال، مثل تحاليل الزمرة الدمورية وعامل البذر(Facteur Rhésus)، أما إذا تعلق الأمر بتحاليل طبية معقدة أو صعبة بها نوع من الإحتمال أو الدقة، فإنه قد رأى البعض[232] ص 483، بأن طبيب التحليل يلتزم ببذل عناية بها، ومثالنا على ذلك تلك الإختبارات والتحاليل الحساسة والصعبة كتحاليل الكشف عن فيروس مرض نقص المناعة المكتسبة (HIV)، لكن سرعان ما أعيد النظر في هذا التوجه، أين ذهب القضاء الفرنسي خاصة وبتاريخ 1989/10/25، إلى ضرورة إلتزام الطبيب المخبري أو طبيب التحاليل الطبية بتحقيق نتيجة حتى ولو كانت التحاليل المطلوب إجراؤها هي تحاليل صعبة ومعقدة وحساسة، فأوقع القضاء على عاتق طبيب التحاليل هنا، إلتزاما بتحقيق نتيجة في كل الأحوال وهي سلامة التحاليل الطبية وصحتها[137] ص 231.

وقد نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 11- 121 المؤرخ في 20 مارس 2011 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين إلى الأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، عن الطبيين المنتمين إلى الشعبة الطبية التقنية، فإعتبرهم أطباء كونهم تقنيين في مجالات محدّدة[267] وتضمنت المادة 165 من نفس المرسوم سلك المخبريين للصحة العمومية، وهو المخبريون المؤهلون والذين يقومون بإستقبال المرضى وضمان الفحوصات المخبرية الجارية والتحاليل الطبية بمؤسسات الصحة العمومية، وقد نصت المواد 167 إلى 170 من المرسوم السابق بدورها على المهام الموكلة إليهم فهؤلاء المخبريون يمكن أن يطلق عليهم إسم أطباء التحاليل أو الأطباء المخبريون المختصون بإجراء التحاليل الطبية المخبرية، حيث يمكنهم بذلك إجراء تحاليل الدم وعمليات نقله للمرضى، سواء كان ذلك بالمستشفيات العامة أو الخاصة أو مخابر التحاليل، أو حتى مراكز نقل الدم عامة.

لكن ما يهمنا هنا هو علاقة الطبيب المخبري هذا أو طبيب تحليل الدم بالطبيب المعالج والتي يفترض أن تكون ضمن ثلاث حالات[224] ص 303، 304:

الطبيب المعالج المتعاقد مع المريض يختار طبيب تحليل الدم: حيث يكون الطبيب المعالج هنا والمتعاقد مع المريض يعمل بعيادته الخاصة أين يقوم بتوجيه المريض نحو مركز أو مخبر معين لإجراء التحاليل به، كما يمكن أن يكون الطبيب المعالج هنا عاملا بمستشفى خاص أين يطلب من المريض إجراء تحاليل طبية لدمه عند أحد أطباء تحليل الدم بالذات.

ففي هذه الحالة يكون الطبيب المعالج هو الذي إختار المخبر أو طبيب التحليل، ومن ثمة يكون مسؤولا عن أخطائه التحليلية أو المخبرية مسؤولية عقدية قبل المريض المتعاقد معه، لكن نجد في هذا الصدد أن مسؤولية الطبيب المعالج هنا لا تكمن في أنه يشرف أو يراقب عمل طبيب تحليل الدم، فهما مستقلان في عملهما المهني، بينما يسأل في هذه الحالة عن الخطأ لأنه هو المتعاقد الوحيد مع المريض وهو الذي قام بإختيار طبيب التحليل هنا، فيستطيع المريض أن يرجع عليه على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، والتي يتم على إثرها رجوع الطبيب المعالج على طبيب تحليل الدم بما أداه للمريض.

المريض يختار مخبر أو مركز التحاليل بنفسه: وهنا يفترض أن الطبيب المعالج هو الذي طلب من المريض إجراء تحاليل معينة، لكن لم يحدّد له المخبر أو الطبيب لإجرائها عنده، فإختار المريض بنفسه المكان لذلك، ومن ثم ينشأ عقد بين المريض والمخبر يكون فيه هذا الأخير مسؤولا عقديا عن أخطأ العاملين به من أطباء تحليل الدم.

تعاقد المريض مع مستشفى خاص: في هذه الحالة نجد العقد المبرم بين المريض والمستشفى يجعل هذا الأخير مسؤولا عقديا عن كل خطأ يقع ويلحق ضررا بالمريض، بما في ذلك أخطاء أطباء تحليل الدم في المخبر التابع للمستشفى.

وعلى أية حال، ومن كل ما سبق بيانه من حالات، فإنه يثور التساؤل عندنا في إطار علاقة طبيب تحليل الدم بالطبيب المعالج عن مسؤولية هذا الأخير عن تلك الأضرار الناتجة عن عملية نقل دم ملوث للمريض، كإصابته بأحد الأمراض المعدية أو الفيروسات الخطيرة كالإيدز أو إلتهاب الكبد الوبائي C ؟.

في هذا الصدد نقول أن الطبيب المعالج هنا يكون مسؤولا عقديا عن أي خطأ قد يلحق ضررا بالمريض من جراء عدم سلامة الدم المنقول إليه[160] ص 85، وقد إعتبر القضاء الفرنسي الطبيب مسؤول عن ذلك الخطأ الحادث في تحليل الدم ومعرفة نوع فصيلة حتى ولو قامت به الممرضة، كون أن الطبيب ملزم بالتأكد من تخصص وكفاءة تلك الممرضة[181] ص 468. لكن لجوء الطبيب المعالج إلى طبيب تحليل الدم المتخصص أو مخبر أو مركز التحاليل (كمركز نقل الدم أو بنك الدم في بعض الحالات الخاصة) يجعل الطبيب هنا مسؤولا قبل المريض مسؤولية عقدية عن أخطاء غيره، وفي حالة الخطأ في تحليل الدم أو كان الدم ملوثا أو معيبا، حيث لا تقوم مسؤولية الطبيب هنا على أساس أنه إرتكب خطأ معينا، بل لأنه هو المسؤول عن تنفيذ العقد المبرم مع المريض، ومن ثم يسأل عن التنفيذ المعيب لبنود

العقد من جهة، كما لا يمنع ذلك من رجوع المريض مباشرة على مركز أو مخبر تحليل الدم أو حتى مركز نقل الدم لمطالبته على أساس الإشتراط لمصلحة الغير، الذي تقرر بموجب العقد المبرم مع الطبيب المعالج عامة أو المستشفى أو العيادة الخاصة، وهو ما سبق شرح مفهومه وشروطه سلفا، ضف إلى ذلك بقاء حق الطبيب المعالج المتعاقد بالرجوع على هؤلاء بما أداه عنهم للمريض ، مع ثبوت حق مساءلة كل من طبيب تحليل الدم والطبيب المعالج عن أخطائهما الشخصية مسؤولية تقصيرية، كون كل منهما يقوم بعمله مستقلا عن الآخر وإن كان عملهما مكملا لبعضه، فالطبيب المعالج يحتاج لعمل تحليل الدم ليتوصل إلى إمكانية إجراء عملية نقل الدم بشكل صحيح وسليم للمريض عند حاجته لها، كون خطر إنتقال الأمراض المعدية أو الفيروسات الخطيرة، يستوجب عمل طبيب تحليل الدم بشكل متكامل مع الطبيب المعالج، فنقل الدم في حالة الضرورة الملحة وخاصة إذا كان الدم المتبرع به متحصلا عليه حالا من أحد الأشخاص عند الإستعجال ، يشكل حالة لا بد من تدخل طبيب تحليل الدم بها قصد إتمام العلاج المقرر. وهو ما يظهر تلك العلاقة في مجال العمل الطبي كأساس، قبل وجود أية علاقة قانونية أخرى.

3.1.2.2.2.1. طبيعة العلاقة بين طبيب تحليل الدم والطبيب الجراح

يقوم الطبيب الجراح قبل أن يجري العملية الجراحية التي قد تتطلب عملية نقل دم للمريض، بتكليف طبيب تحليل الدم بإجراء تحاليل لدم المريض لمعرفة فصيلته، أين يعتمد الجراح في هذه الحالة على نتائج عمل طبيب تحليل الدم لتحديد نوع الدم المطلوب ومقدار الكمية التي يحتاجها المريض هنا، لكن عند عدم وجود دم مناسب للمريض أو تعذر إختبار نفس فصيلة دمه، أو عند سوء حالة المريض الخطرة، فيتم إختيار دم مناسب أو على الأقل ملائم وهو فصيلة الدم "O" (العاطي العام)، أين يتعذر حصول المريض صاحب فصيلة الدم "A" أو "B" على نفس فصيلة دمه. كمرحلة أخرى لا بد على طبيب تحليل الدم أن يقوم بإختبار الدم المختار الأنسب للمريض، كي يكون صالحا للإستخدام البشري، حيث يتم إجراء فحوص تلازم هذا الدم[18] ص 170، 173 قصد التحقق من ملاءمته ونظافته وسلامته وخلوه من الأمراض المعدية والفيروسات الخطيرة كفيروس إلتهاب الكبد الوبائي C أو فيروس مرض السفلس (Syphilis) أو مرض السيدا (SiDA)، ضف إلى ذلك معرفة نوعية الدم الذي سينقل إلى المريض سواء كان هذا الدم كاملا أو أحد مشتقاته.

ومن المعلوم أن طبيب تحليل الدم قد يكون طبيبا عاملا في مستشفى عام، حيث ينطبق عليه ما ينطبق على كافة عاملي المستشفيات العامة، فهو موظف تحكم علاقته هنا اللوائح والأنظمة القانونية كما عرفنا، أو قد يكون هذا الطبيب عاملا بمستشفى خاص بموجب عقد عمل، حيث يكون بذلك تابعا لها كون المستشفيات الخاصة تقوم بإنشاء مخبر للتحاليل الطبية ، أين يتم إجراء التحاليل بها لمرضاها عند حاجتهم لذلك.

وينتج عن ذلك أن طبيب تحليل الدم عند قيامه بعمله يقوم بتقديم خدمة للمريض الذي لا يربطه معه أي عقد، فالعقد يكون هنا مع المستشفى الذي يعمل به، أما تنفيذه فيكون لمصلحة المريض غير المتعاقد معه، فينشأ بذلك بين طبيب تحليل الدم والمريض في هذه الحالة علاقة مصدرها إشتراط لمصلحة الغير، أما طبيب تحليل الدم الذي يعمل في مركز نقل الدم، فيكون عاملا هنا بموجب عقد عمل يلتزم بمقتضاه بإجراء تحليل دم المتبرعين قصد تصنيف فئاته وزمره، إضافة إلى إجراء التحاليل المخبرية الإلزامية لكل مشتقاته، كتحاليل الأمراض المتنقلة عن طريق الدم، وهذا للتأكد من سلامته وصلاحيته قصد التخزين للإستعمال عند الطلب، مع إجراء عمليات تختص بفصل مكونات الدم عن بعضها، هذاالطبيب العامل في مركز نقل الدم ليس بينه وبين المريض علاقة تعاقدية، وبالتالي فعلاقته بدورها هنا يحكمها اشتراط لمصلحة الغير.

لكن قد نجد في حالات قليلة أخرى أن يكون طبيب تحليل الدم عامل بمخبر تحاليل طبية خاص (Laboratoire d'analyse privé)، أين يرتبط في هذه الحالة بعلاقة عقدية مع المريض الذي يتوجه لتحليل دمه بالمخبر، تلك العلاقة التي يحكمها العقد الطبي المبرم بينهما هنا يلتزم بمقتضاها طبيب التحليل بإجراء التحليل الصحيح والسليم للمريض، ويلتزم المريض بدفع الأتعاب مقابل ذلك، كما يكون طبيب تحليل الدم عندئذ مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بالمريض نتيجة فعله، حيث يسأل إذا تبيّن أن نتائج تحليله غير صحيحة[234] ص 79، فهو ملزم بتحقيق نتيجة مفادها سلامة التحاليل وصحتها.

وقد أصبحت عمليات نقل الدم محكومة بضوابط وقيود مشددة من أجل ضمان سلامة الأشخاص خاصة وأن خطر الأمراض التي تنتقل بواسطة نقل الدم كبير، مما يشكل في ذلك عبئا على طبيب تحليل الدم لحماية المرضى من ذلك، حيث يضاف إلى إلتزامه السابق إلتزام يتمثل في ضمان عدم تلوث الدم بأي مرض قد يسببه للمنقول إليه، فتقوم مسؤوليته إذا ثبت فساد الدم أو حمله لفيروس أحد الأمراض.

من كل ما سبق إستعراضه نقول أنه عند إستعانة الطبيب الجراح بطبيب تحليل الدم أثناء تدخله الجراحى، تنشأ عنها علاقة لا بد من بيان طبيعتها، طبية كانت أو قانونية، حيث قد يكون الطبيب الجراح عند ذلك مرتبطا بطبيب تحليل الدم بموجب عقد عمل، أين يكون الجراح هنا صاحب مستشفى خاص أو عيادة خاصة به، ويرتبط مع طبيب تحليل الدم بموجب عقد العمل ففي هذه الحالة يحكم تلك العلاقة القانون المدني أين نطبق مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، فإذا لحق ضرر بالمريض هنا فإن الطبيب الجراح يسأل بإعتباره متبوعا عن عمل تابعه (طبيب تحليل الدم) حيث تتوفر في هذه العلاقة سلطة الإشراف والرقابة بين المتبوع وتابعه.

أما إذا كان طبيب تحليل الدم عاملا في المستشفى، فإنه لا علاقة مباشرة له بالطبيب الجراح فكلاهما عامل في المستشفى بموجب عقد عمل، أين يسأل نتيجة ذلك طبيب تحليل الدم في حدود دائرة إختصاصه المهني عند وقوع الضرر، متى أمكن تحديد من وقع منه الضرر، أما إذا لم يتم تحديد من

تسبب بالضرر للمريض، فإن المسؤولية هنا تعود إلى المستشفى كونه متبوعا مسؤولا عن أخطاء تابعيه وفقا لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية، أو كون المستشفى مسؤولا مسؤولية عقدية عن فعل الغير الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه.

لكن ما هو متفق عليه أن طبيب تحليل الدم يقوم بعمله وفقا لخبرته وإعتمادا على أصول مهنته حيث لا يستطيع الطبيب الجراح أن يفرض عليه رأيه في التحليل، فطبيب التحليل الأقدر على إجراء التحليل، وعليه يكون هو المسؤول عن نتائج فعله، فلا يسأل بذلك الطبيب الجراح عن فعل طبيب التحليل[144] ص 367، 368.

وإعتمادا على ذلك نخلص إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال إستقرائنا لنصوص القوانين المتعلقة بالمجال الطبي، نجده قد نص على مبدأ الإستقلال المهني بين الأطباء، وقد تضمنت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 76 من مدونة أخلاقيات الطب حيث جاء في نصها:« يجب على الأطباء وجراحي الأسنان.... ويجب عليهم إحترام استقلالهم المهني» وهو النص الذي يمكن أن نستنتج منه عدم وجود علاقة قانونية في المجال الطبي فيما يتعلق بأعمال الأطباء الفنية التي تدخل في صميم تخصصهم، فكل مسؤول عن عمله حسب تخصصه وهذا إعمالا لمبدأ إستقلالية الأعمال الفنية للأطباء، فقد عرفنا أن الطبيب يمكن أن يخضع لتبعيه أدبية إدارية في التوجيه والإشراف والرقابة، لكن في مجال الأعمال التي تخرج عن العمل الفني للطبيب، كون تخصص الطبيب المعالج بالتشخيص يستقل عن الطبيب الجراح الذي يشمل تخصصه العمل الجراحي ، ويستقل بدوره عن عمل طبيب تحليل الدم الذي يكون له القدرة والكفاءة على إجراء التحاليل الطبية لذلك.

وعليه فالمشرع الجزائري تطبيقا لما سبق لم يعترف بعلاقة التبعية القائمة بين الأطباء، فهو يؤكد على إحترام مبدأ الإستقلال المهني بين هؤلاء، حيث تبقى بذلك علاقة الأطباء السابق الإشارة إليهم علاقة في المجال الطبي فقط، فهي علاقة تكاملية بين تخصصاتهم الهدف منها التعاون من أجل علاج المرضى وضمان سلامتهم وصحتهم، دون وجود أية علاقة قانونية بينهم، حيث يرتب الخطأ عند القيام بأعمالهم مسؤوليتهم الشخصية ذات الطبيعة التقصيرية، هو ما أكدت عليه بدورها المادة 73 من مدونة أخلاقيات الطب بنصها:«عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كل منهم يتحمل مسؤوليته الشخصية »، وهذا إعمالا للقواعد العامة التي أتى بها المشرع في القانون المدني (المادة 124منه)، حيث توجب التعويض عن الضرر سواء كانت هناك علاقة تعاقدية بين المتسبب والمتضرر منه أو لم توجد كون المسؤولية التقصيرية قائمة قانونا قبل حصول التعاقد، ولا يقتصر دور العقد اللاحق إلا على إضافة إلتزامات جديدة تخضع لقواعد المسؤولية العقدية، فقواعد الأساس التقصيري للمسؤولية هي من النظام العام ولا يعقل أن تستبعد بوجود العقد ، هذا من جهة من جهة أخرى فقد حاول المشرع خاصة و القضاء الجزائري عامة بتقريره لتطبيق القواعد العامة للمسؤولية

المدنية التقصيرية المجال الطبي، فتح باب أمام المريض المتضرر للتغلب على صعوبة الإثبات ، كما أن الطبيعة الخاصة لهذه الأعمال الطبية (كعملية نقل الدم) قد تفرض بذلك المساءلة التقصيرية عن الأضرار الناجمة عنها.

2.2.2.2.1. علاقة ألأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بمساعديهم

كما هو معلوم مما سبق أن العمل الطبي يعد أساسا من إختصاص الأطباء والجراحين، لكن قد يمارس إستثناء من طرف مساعد طبي، لكن بشرط المراقبة والإشراف من طرف الطبيب، فأصبح الأطباء لا يقومون بممارسة أعمالهم لوحدهم، بل كثيرا ما يلجؤون إلى المساعدين لتنفيذ إلتزامهم في علاج المريض، فمساعدي الأطباء قد يكونون من ذوي الإختصاص، أو في كفاءة زملائهم، أو يكونوا من الممرضين الذي زاولوا المهنة وحصلوا على شهادات تؤهلهم لممارستها.

وقد أخذ المشرع الجزائري وغيره كالمشرع الفرنسي بفكرة إسناد بعض الأعمال الطبية للمساعدين بطريقة غير مباشرة، وذلك بتحديد بعض الأعمال الطبية التي يختص بها الأطباء، والتي يمكن لغير الطبيب أداءها، كما أسند بدوره الأعمال التي يختص بها المساعدون[252] ، مع بقاء الأعمال الأخرى والتي لا إشكال في طبيعتها الطبية، كالتشخيص والجراحة، ووصف العلاج، والتي تنطوي على صعوبة من إختصاص الأطباء، فيقع على عاتق الطبيب إلتزاما عاما بالتأكد شخصيًا من سلامة أعمال مساعديه ومراقبتها والإشراف عليها، حيث ينشأ هذا الإلتزام مباشرة من العقد المبرم مع المريض، أو حتى في حالة إنعدام الرابط العقدي يعتبر هذا الواجب لصيقا بالعمل الطبي المنفذ[171] ص 101.

وتدخل عملية نقل الدم كعمل طبي علاجي، ضمن طائفة الأعمال الطبية التي لا تمارس إلا تحت إشراف الطبيب المعالج أو الجراح مباشرة وتحت مسؤوليته، فهي عمل طبي لا يؤدى إلا تحت المراقبة الدقيقة والمشددة للطبيب، حيث يشترط تواجده بالقرب من المساعد الطبي أثناء تنفيذها نظرا لخطورتها، فالقائم بها قد يكون مجرد مساعد يخضع للأوامر.

وقصد بحث طبيعة العلاقة القانونية التي تربط الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بمساعديهم، وسعيا منا من خلال ذلك لتحديد طبيعة المسؤولية المدنية الناتجة عن الأضرار التي تصيب المريض من خلال تدخلهم الطبي العلاجي هذا، وجب علينا تقسيم هذا الفرع إلى العناوين التالية:

أولا: تحديد طائفة الأشخاص المساعدين المتدخلين في عملية نقل الدم

ثانيا: طبيعة العلاقة القانونية القائمة بين المساعدين والأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

1.2.2.2.2.1. تحديد طائفة الأشخاص المساعدين المتدخلين في عملية نقل الدم

لقد نصت المادة 196 من قانون حماية الصحة وترقيتها 85-05 المعدل والمتمم على أنه:« يكلف المساعدون الطبيون، حسب إختصاصهم وتحت مسؤولية طبيب أو صيدلي أو جراح أسنان...»، كما نصت المادة 221 من نفس القانون على مايلي:« يمارس المساعدون الطبيون أعمالهم بإسم هويتهم القانونية وتسميتهم وحسب تأهيلهم في حدود إختصاصهم»، حيث يشترط على الطبيب الذي يطلب المساعدة أن يحترم في ذلك نطاق إختصاص المساعد، ويراعي مستواه التعليمي وخبرته المهنية وقدراته الشخصية، كونها معايير تختلف من مساعد إلى آخر، كما أن عليه أن يتأكد من مؤهلاته الضرورية لأداء العمل إضافة إلى إستفائة لشروط ممارسة المهنة المنوطة به، وهذا كله رعاية وحفاظا على صحة المريض.

ويقصد بالمساعد بصفة عامة (L'Assistant) كل شخص يفوّض له رب العمل عناية تنفيذ إلتزام ما، فقد يستعين الطبيب نظرًا لكثرة الأعمال الطبية التي يؤديها بمناسبة العلاج بأطباء أو بغير أطباء، وذلك حسب درجة خطورة العمل المفوّض.

الطبيب المساعد:(Le médecin Assistant): وهو طبيب يستعين به الطبيب المختص (الأخصائي) من أجل مساعدته في تنفيذ العلاج للمريض التي تستوجب حالته تدخل أكثر من طبيب من دائرة تخصص الطبيب المعالج نفسها[64] ص 49، سواء بتدخل متزامن أو متعاقب، وهذا كون عمله في هذه الحالة معقدًا وخطيرًا يستوجب متخصصين في الميدان، أو كان الطبيب جراحا، حيث يقوم بالإهتمام هنا بالجراحة في حد ذاتها، أما الطبيب المساعد فيقوم بفتح المكان الذي يحتاج إلى العملية في الجسم، أو المساعدة في الإمساك بالعضو المعالج .

أما إذا كان الطبيب تحليل الدم، حيث يقوم بعملية تحليل دم المريض أو المتبرع له قصد التأكد من بعض الإشكالات والتساؤلات التي يطرحها الطبيب المعالج أو الجراح، وسيما لتشخيص حالة المريض، وعلاجه بنقل دم إليه في حالات خاصة، فيكون الفنّيون العاملون في المختبر أو المركز الخاص بتحليل الدم بمثابة مساعدين، كونهم يقومون بسحب الدم من المريض أو المتبرع لتحليله، سواء من طرفهم أو من طرف الطبيب المختص في التحليل، الذي قد يكون صاحب مخبر التحاليل أحيانا فهم أطباء مساعدون من نفس إختصاص طبيب تحليل الدم، يعملون في مخابر ومراكز للتحاليل الطبية.

وتوضيحا لما سبق، فإن الطبيب المساعد في هذه الحالة يعمل على مساعدة الطبيب المعالج أو الجراح أو طبيب تحليل الدم، حيث يشاركه في تنفيذ إلتزامه بصفة منتظمة ومستمرة، وليس بصفة مؤقته حيث يكون تحت إشرافه وتوجيهه، كما يخضع لأوامره وينفذ تعليماته[146] ص 387، وهو ينفذ عمل

الطبيب المختص (معالج أو جراح أو تحليل دم) بأداء عمل متمم للعمل الرئيسي ، فيكون هؤلاء الأطباء المختصون مسؤولون عن أخطاء الأطباء المساعدين لهم.

هيئة التمريض: (Le personnel infirmier): والتي تدخل ضمن أطرافها حسب المشرع الجزائري كل من مساعدي التمريض والممرضين، لكن تلك المهام المسندة لمساعدي التمريض يخرج من مضمونها عملية نقل الدم كونها عمل طبي يخضع لإشراف ومراقبة الطبيب المختص، فهي ليست عمل بسيط، مما يؤدي إلى خروجها عن مهام هؤلاء المساعدين، أما بالنسبة للممرضين: (Les infirmiers) وهم من حددت رتبهم المادة 38 من القانون الأساسي الخاص بالموظفين شبه الطبيين[267]، كونهم الممرضون المؤهلون والممرضون الحاصلون على شهادة الدولة، وممرضو الصحة العمومية سواء المتخصصون أو الممتازون، حيث تخضع هذه الطائفة وأوامر الطبيب أين يقومون بالمساعدة على تنفيذ العلاج في حدود تخصصهم ومؤهلاتهم ، و بذلك يمكنهم القيام بعملية نقل الدم للمرضى.

طلبة كلية الطب: (Les étudiants en médicine): وهم الطلبة الذين تستقبلهم المؤسسات الاستشفائية العامة، قد يكونوا طلبة طب وأطباء ممارسين في طور التكوين إلى جانب الشبه الطبيين الذين هم في تربص تطبيقي[268].

وقد جاءت المادة 200 من قانون حماية الصحة 85- 05 للنص على أنه :« يسمح لطلبة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة خلال فترة التدريب الداخلي في الدراسات الجامعية، أن يمارسوا تباعا الطب وجراحة الأسنان والصيدلة في المؤسسات الصحية العمومية، تحت مسؤولية رؤوساء الهياكل الممارسين». وهو ما بين لنا أن طالب الطب الداخلي يستطيع ممارسة أعمال الطب في المؤسسات الصحية العمومية وهو ما جاءت به المادة دون تحديدها لمضمون تلك الأعمال التي يمكن القيام بها، وبصفة عامة فهويستطيع أن يؤدي كل الأعمال العلاجية التي يؤديها المساعد الطبي بإعتباره مازال في مرحلة التكوين كطالب طب وليس طبيبا مختصا.

أما الطالب المقيم، وطبقا لنص المادة التاسعة من القانون الأساسي للمقيم في العلوم الطبية فإن نطاق الأعمال التي يؤديها أوسع من تلك الخاصة بالطالب الداخلي، وهذا نظرا لأن للمقيم خبرة و معرفة مكتسبة و ممارسة مهنّية تسمح له بذلك ، لكن كل ذلك يمارس تحت إشراف الأساتذة ، و مسؤولية رئيس المصلحة التابع لها .

وعليه فإن ما يقوم به طلبة كلية الطب ما هو إلا تنفيذ لإلتزام الأطباء في المؤسسات الصحية العمومية، فهم مساعدون طبّيون منحهم القانون إختصاصات محدّدة لإنتفاء صفة الطبيب القانونية فيهم لذلك يقومون بأعمالهم العلاجية تحت إشراف ومسؤولية الطبيب والمستشفى التابعين لها ، حيث لا يكون لهم التعاقد المباشر مع المرضى.

المساعد الطبي: (Assistant médicale): تطرق إليهم المشرع الجزائري ضمن نص المادة 218 من المرسوم التنفيذي المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين شبه الطبيين ، حيث تضم هذه الفئة خمس رتب هي: أمين طبي مؤهل، أمين طبي حاصل على شهادة دولة، مساعد طبي للصحة العمومية مساعد طبي رئيسي ومساعد طبي رئيس للصحة العمومية.

يقوم هؤلاء بمهام محدّدة بموجب المواد 219 إلى 223 من القانون الأساسي السابق، حيث يمارس المساعدون الطبيون أعمالا علاجية ووقائية تخرج عن إختصاص الأطباء بصفة مباشرة وشخصية وتبعية تحت إشراف وسلطة المسؤول السلّمي لكل فئة منهم، وهم جميعا يمارس مهامهم تحت سلطة ومسؤولية الطبيب المختص بحالة المريض في المؤسسة الصّحية العامة.

الطبيب البديل أو المستخلف: (Le remplaçant): وهو ذلك الطبيب الذي يخلف الطبيب المعالج بصفة مؤقتة، في تنفيذ كل العلاج أو جزء منه بمفرده، وهو يشترط موافقة المريض على تدخله بإعتباره مستقل عن الطبيب المعالج[153] ص 177.

وبعد أن أصبح الفقه والقضاء يعترف بمشروعية إتفاقات الإستبدال المبرمة بين الزملاء، ذهب المشرع الجزائري ضمن المادة 74 من مدونة أخلاقيات الطب إلى النص على أنه:«لا يخلف الطبيب أو....في الطب العام إلا زملاء في الطب العام أو طلبة في الطب.....ولا يعوّض الطبيب أو....المختص إلا زملاء من الإختصاص نفسه أو طبيب أو.....مقيم من السنة النهائية في الإختصاص عينه. ويجب على الزملاء الذين يلجأون إلى الإستخلاف، أن يخبروا الفروع النظامية التي ينتمون إليها مباشرة مع الإشارة إلى إسم المستخلف وصفته وتاريخ الإستخلاف ومدته»، كما نصت المادة 75 من نفس المدونة على أنه:« يتعين على الطبيب المستخلف أن يكف فور إنتهاء فترة الإستخلاف وتقديم العلاج خلالها، عن كل نشاط مرتبط بالإستخلاف».

وبذلك يكون الإستخلاف بين الأطباء عبارة عن إتفاق لضمان إستمرارية ونفاذ إلتزام الطبيب نحو المريض، كما أن مجرد عودة الطبيب الأصلي تنهي مهمة الطبيب البديل هنا (المادة 75 السابقة) وبذلك يواصل الطبيب الأصلي معالجة المريض إن كان العلاج لم ينته بعد، لذلك يكون الطبيب الأصلي هو المسؤول عن التنفيذ، ولا يعتبر البديل إلا مساعداً للطبيب على ذلك[64] ص 50، 51، حيث يبقى الطبيب الأصلي مسؤولا عن تلك الأضرار الناتجة عن تنفيذ العلاج، إلا في حالة إستثنائية ذكرها المشرع في نص المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب، وهي حالة إحالة المريض، حيث تنص المادة:« يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض» ففي بعض الحالات تستوجب حالة المريض المستعصية أو السريعة إلتزام الطبيب إحالة المريض بصفة نهائية إلى طبيب آخر متخصص أو إلى مستشفى أخرى نظرا لإمكانياتها المادية والبشرية، بشرط أن يضمن سلامة هذا الأخير عند نقله وضمان إستقباله وعلاجه، حيث يأخذ الطبيب المحال إليه هنا مكان

الطبيب الأصلي كاملا أين يقوم بتنفيذ إلتزامه الشخصي فيخرج بذلك الطبيب الأصلي نهائيا من العلاقة التعاقدية[64] ص 54.

2.2.2.2.2.1. طبيعة العلاقة القانونية القائمة بين المساعدين والأطباء المنفذين لعملية نقل الدم

إن تحديد العلاقة القانونية الرابطة بين كل من الأطباء المنفذين لعملية نقل الدم بمساعديهم تمكننا من تحديد طبيعة المسؤولية المدنية القائمة عند وقوع ضرر يصيب المريض، جراء أعمال هؤلاء الأطباء ومساعديهم وبالتحديد عملية نقل الدم للمريض إثر تدخل الأطباء الطبي والعلاجي في نفس الوقت، ولأجل ذلك سوف نبين علاقة كل من الطبيب المعالج والجراح وطبيب تحليل الدم بمساعديهم ضمن مايلي:

علاقة الطبيب المعالج بمساعديه: حيث يتولى مساعدوا الطبيب عادة تقديم ما يحتاجه المريض خلال فترة علاجه من خدمات وعلاجات ومتابعات لحالته، وذلك كله تحت إشراف وتوجيه و مراقبة الطبيب المعالج، كما في حالة نقل الدم إلى المريض الذي يحتاج لذلك.

وسعيا منا لتحديد طبيعة المسؤولية القائمة في حالة وقوع ضرر للمريض إثر إستعانة الطبيب المعالج بمساعدين عند العلاج بواسطة نقل الدم، فإننا نفرّق بين ما إذا كان هذا الأخير يعمل بمستشفى عام أو خاص، أو حتى عيادته الخاصة. فالطبيب العامل بالمستشفى العام يخضع كما سبق بيانه إلى القواعد القانونية المنظمة للمرفق العام، وبالتالي تكون مسؤوليته شخصية تقصيرية، ضف إلى إمكانية مساءلة المستشفى التابع له طبقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، أما عن إستعانته في عمله بمساعدين، فإن هؤلاء بدورهم تطبق عليهم أحكام المسؤولية الشخصية من جهة، ويكون ذلك خاصة في الجانب الجزائي من الضرر ، في حين الجانب المدني المتمثل في التعويض تطبق بشأنه أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع كنوع من أنواع المسؤولية التقصيرية، وفقا للقواعد العامة المطبقة بإعتبار الضرر اللاحق بالمريض هنا راجع لخطأ مرفقي من المساعد كونه موظفا بمرفق عام.

وعليه فإن علاقة التبعية الكامنة في هذا الصدد تكون بين المستشفى والمساعد، وليس بين الطبيب المعالج والمساعد، بإعتبار الطبيب هنا كالمساعد كلاهما يخضع للأنظمة والقوانين المطبقة على المرفق الاستشفائي العام (مسؤولية متبوع عن أعمال التابع)، وليس هناك لعلاقة تبعية ترتب مسؤولية الطبيب المعالج في هذه الحالة ، فالمساعدون سواء كانوا ممرضون أو طلبة طب أو حتى مساعدون طبيون تربطهم بالمستشفى علاقة التبعية و التي ترتب مسؤولية هذه الأخيرة عنهم.

أما الطبيب الذي يعمل بمستشفى خاص، والذي ترتب عن إستعانته بمساعدين ضررا ألحق بالمريض، فإنه لأجل تحديد الطبيعة القانونية لعلاقته بهم، فلا بد من معرفة حالتين:

إذا كان المريض قد تعاقد مع الطبيب المعالج مباشرة: فإن علاقة الطبيب المعالج بالمساعدين هنا تكون عقدية، فقد يختار الطبيب هؤلاء المساعدين، فيسأل هنا عن أخطائهم والأضرار التي تسببت للمريض عند العلاج مسؤولية عقدية عن فعل الغير، فعقد العلاج الطبي هنا القائم بين الطبيب المعالج والمريض يجعل مسؤولية الطبيب قائمة عن كل من إختارهم أو إستعان بهم لتنفيذ العلاج[146] ص 291، 292.

كما قد لا يكون الطبيب المعالج قد إختار هؤلاء المساعدين، لكنهم يعملون تحت إشرافه مباشرة أثناء التدخل الطبي، كعملية نقل الدم من طرف ممرض لمريض أثناء التدخل الطبي والتي يكون الطبيب المعالج هنا قد رضي بها، حيث يسأل بدوره عن الأضرار التي تسببها للمريض مادام كان بمقدور الطبيب هنا مراقبة عمل الممرض ، كما أن الطبيب المعالج وتواجده بالقرب من المساعد أثناء تنفيذه لعملية نقل الدم يعتبر ضروريا وأكيدا، وهو عمل خطير لا بد أن تكون الرقابة به فورية.

إذا كان المريض قد تعاقد مع المستشفى الخاص: ففي هذه الحالة تسأل المستشفى عن أخطاء وأضرار عامليها سواء كانوا أطباء أو مساعدين على أساس العلاقة التعاقدية مسؤولية عقدية عن فعل الغير[83] ص 234، كما يمكن للمريض أن يرجع مباشرة على المساعدين سواء ممرضين أو غيرهم وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية طبقا للقواعد العامة، أين يتحمل في هذه الحالة المستشفى المسؤولية طبقا لقواعد التبعية الموجودة، والتي ترتب مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه سواء كانوا أطباء أو مساعدين .

ويجدر بنا أن نشير هنا إلى الطبيب المعالج العامل بعيادته الخاصة، حين إستعانته بمساعدين كالممرضين قصد القيام بالأعمال الطبية العلاجية، فإن هذا الطبيب يكون مسؤولا عن أخطاء هؤلاء مسؤولية عقدية عن فعل الغير طبعا، لأنه هو من إختارهم للعمل في عيادته، فعملية نقله للدم لمريض بالعيادة إن كان من نتائجها وقوع ضرر للمريض، فإنه يسأل الطبيب هنا عقديا عن خطئه وخطأ من إستعان بهم، طبقا للقواعد العامة الخاصة بالعقد الطبي المبرم بينه وبين المريض.

علاقة الطبيب الجراح بمساعديه: ونبيّن هنا علاقة هذا الجراح بمساعديه في المستشفى الخاص كون المستشفى العام يرتب نفس الحكم السابق في علاقة الجراح بمساعديه، ولأجل تحديد طبيعة تلك العلاقة، لا بد أن نفرق بين حالتين:

حالة الطبيب الجراح المالك للمستشفى: فهنا إذا لحق المريض ضررا ناتجا عن عمل أحد الأطباء الجراحين أو المساعدين كالممرضات أو الممرضين، فإن مالك المستشفى يسأل عن هذا الضرر بإعتباره مدينا بالإلتزام بالرعاية ومسؤولا عن ضمان تنفيذ الإلتزام هنا، طبقا لقواعد المسؤولية العقدية، فالمريض المتوجه إلى المستشفى قد تعاقد مع الجراح المالك، وبالتالي يعتبر هذا الأخير مسؤولا عند عدم تنفيذ الإلتزام أو كان إلتزامه قد نفذ تنفيذا معيبا، كما في حالة نقل الدم الذي ينتج عنه ضرر بصحة أو حياة المريض.

حالة المستشفى الخاص الذي يتعهد بتقديم الرعاية فقط: و في هذه الحالة الذي يقوم بالعمل الطبي (العلاج والجراحة) جراح يختاره المريض بنفسه، فهنا نتعامل مع عقدين، عقد بين المريض والجراح، وعقد بين المريض والمستشفى، فإذا رجع الضرر إلى فعل الطبيب الجراح، فهو المسؤول طبعا، إما إذا رجع الضرر لفعل المساعدين في المستشفى، فهنا نأخذ بفكرة جاء بها الدكتور أسعد عبيد الجميلي[137] ص 372، وهي ما يسمى بالتبعية العرضية في هذا النطاق، حيث يكفي لإعتبار الطبيب الجراح هنا متبوعا عرضيًا بالنسبة للأشخاص المساعدين الذين وضعتهم المستشفى تحت تصرفه، أن يقام الدليل على أن إدارة المستشفى الخاص قد قصدت التخلي عن سلطتها في الرقابة والإشراف على مساعدي الجراح.

وعليه فإذا أصبح هؤلاء المساعدون كهيئة التمريض تحت إشراف ورقابة الطبيب الجراح في فترة إجراء العملية الجراحية، وهذا الجراح لا تربطه بالمستشفى علاقة تبعية، فإن الجراح هنا يصبح متبوعا عرضيا بالنسبة لهؤلاء المساعدين، وبالتالي هو من يسأل عن أخطائهم أو الأضرار التي تنجم عن أعمالهم. أما المستشفى الخاص فلا يسأل عن أعمالهم بإعتبار تبعيتهم قد إنتقلت إلى الجراح في تلك الفترة بالذات، أين كان يمارس عليهم سلطة الإشراف والرقابة مؤقتا، ولذلك يتحمل المستشفى المتبوع الأصلي مسؤولية هؤلاء المساعدين أحيانا، لكن في أحيان أخرى يتحملها الطبيب الجراح المتبوع العرضي، كون المعيار المعتد به هنا هو سلطة الإشراف والرقابة من المتبوع على التابع[137] ص 373. فالجراح هو الضامن لأفعال مساعديه خلال تلك الفترة كونهم يتلقون الأوامر خلالها منه، فإذا إنتهت العملية الجراحية عاد هؤلاء المساعدون إلى صفتهم التي كانوا عليها في كونهم أتباعا للمستشفى لا للطبيب الجراح[137] ص 373.

لكن بعد هذا الطرح الخاص بعلاقة التبعية الكائنة بين الطبيب الجراح ومساعديه أثناء فترة إنجاز العمل الجراحي، نجد أن القضاء الفرنسي، قد جاء بحكم مفاده أن الطبيب الجراح لا يسأل إذا أمر بتنفيذ علاج (كنقل الدم) ولم يرتكب خطأ، بل الممرض (المساعد) الذي إرتكب الخطأ في تنفيذ ما أمر به يسأل وحده دون الطبيب عن آثار ذلك الخطأ (الضرر)، وأن المستشفى تسأل في هذه الحالة في مواجهة المريض مسؤولية عقدية أساسها الإشتراط لمصلحة الغير، حيث تعهدت بعدم تعرض المريض لخطر المضاعفات، وهو ما يمكن تطبيقه هنا في حالة الأضرار الناتجة عن نقل دم فاسد أو ملوث بالأمراض أو الفيروسات.

علاقة طبيب تحليل الدم (المخبري) بمساعديه: إن مهنة التحاليل الطبية (الطب المخبري) تشكل أحد الفروع الأساسية والمكمّلة لكافة الإختصاصات الأخرى، حيث يحتاج معظم الأطباء إلى التقارير المخبرية لإستكمال فحص المريض، ويستندون إليها في التشخيص وتقرير خطة العلاج ومتابعته، وبذلك يعتبر إلتزام الأطباء المخبريين القائمين بالتحاليل الطبية إلتزاما بتحقيق نتيجة بالنسبة لصحة ودقة التحاليل التي يقومون بها، حيث تقوم مسؤوليتهم لمجرد إعطاء نتيجة غير صحيحة أو مغلوطة كما

عرفنا، لكن قد يستعين هؤلاء الأطباء المخبريون في المؤسسة الاستشفائية العامة و حتى مراكز تقل الدم بمساعدين لهم قصد القيام بأعمالهم، هؤلاء المساعدين يجب أن يكونوا وفقا لما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 165 من المرسوم التنفيذي المتضمن القانون الخاص بالموظفين شبه الطبيين من أصحاب الرتب التالية:

مخبري مؤهل، مخبري حاصل على شهادة دولة، مخبري للصحة العمومية، مخبري متخصص للصحة العمومية ومخبري ممتاز للصحة العمومية.

هؤلاء المخبريون الأطباء هم الفئة المكونة لأطباء تحليل الدم تختلف مهامهم بإختلاف رتبهم والتي يكون على رأسها المخبري الممتاز للصحة العمومية، الذي يكون له إتصال مباشرة بالفريق الطبي المشرف على علاج المرضى، حيث تنص المادة 170 على مهام هذا الأخير باعتباره طبيبا مخبريا دائم الإتصال بالفريق الطبي بالمؤسسة الصّحية، فهو يعمل كما جاء في نص المادة 170 على برمجة نشاطات فريق الوحدة، ويضمن متابعة النشاطات المخبرية ويقيّمها ويراقب نوعيتها وسلامتها، كما يضمن تسيير المعلومة (نتائج التحاليل) المتعلقة بالنشاطات المخبرية لذلك فهو يستعين في ذلك بمساعديه من الأطباء المخبريين لباقي الرتب، قصد تنفيذ هذه المهام المذكورة ، وتكون علاقة هؤلاء ببعضهم علاقة تعاون طبي متكامل قصد الحفاظ على صحة المرضى وضمان إنجاز فحوصاتهم المخبرية .

إثر ذلك يتحمل كل طرف منهم مسؤولية الخطأ أو الضرر الناتج عن عمله فإلتزامهم كلهم هو تحقيق نتيجة تتمثل في صحة ووضوح التحاليل الطبية المنجزة، وعدم تحقق هذه الأخيرة يرتب مسؤولية تقصيرية لكل طرف من هؤلاء في حدود الدائرة التي وقع الخطأ في نطاقها متى أمكن تحديد من وقع منه الخطأ الذي أصيب المريض بالضرر من جرائه، أما إذا لم يمكن تحديد من تسبب في الخطأ الناتج عنه الضرر، فإن المسؤولية هنا تكون بين المخبريين كلهم الذين ساهموا في إنجاز وتنفيذ التحليل المخبري (تحليل الدم) الخاطئ، حيث يكون الضمان مشتركا بينهم كل حسب نصيبه في تحقق الضرر.

ضف إلى ذلك تترتب مسؤولية المستشفى العامة عن فعل هؤلاء مسؤولية متبوع عن أعمال تابعة، طبقا لتحقق علاقة التبعية بين الطبيب المخبري ومؤسسة الصحة العمومية العامل بها، فعلاقة التبعية هنا تكون بالنسبة للمستشفى مكان العمل، وليس بين الأطباء المخبريين بعضهم البعض.

من جهة مغايرة يختلف الأمر لو كان طبيب تحليل الدم أو الطبيب المخبري يعمل بمستشفى خاص أو في مخبره الخاص، فالعلاقة هنا مع المرضى تكون عقدية، يسأل بشأنها عن عدم تنفيذ الإلتزام طبيب تحليل الدم الرئيس أو غيره من الأطباء المخبريين المساعدين له مسؤولية عقدية سواء عن فعله أو عن أفعال غيره المساعدين له.

وكخلاصة لكل ما سبق إستعراضه، نقول أن الفقه القانوني في مجال مسؤولية الأطباء عن أفعال مساعديهم، يضيق من نطاق المسؤولية عن فعل الغير، خاصة منها العقدية، فالمسؤولية في حد ذاتها

عبئ ثقيل على الأطباء والجراحي، وإلزامهم بمسؤولية عن فعل غيرهم مبنية على إفتراض الخطأ بذلك و يكون إجحاف لهم، كما أن مساعدي الأطباء أنفسهم إما أن يكونوا من ذوي الإختصاص أو يكونوا من ذوي الكفاءة أو الذين زاولوا المهنة وحصلوا على شهادات تؤهلهم لممارستها، وهذا يستوجب أن يتحمل كل من هؤلاء نصيبه الشخصي من المسؤولية، طبقا لقواعد إستقلالهم المهني.

وهو ما ذهب القضاء الجزائري إلى تطبيقه في ظل قراراته التي أمكن الحصول عليها، حيث أقر بمسؤولية المستشفى الخاص أو العام عن فعل الممرضين أو المساعدين العاملين بها، إعمالا للمبدأ الخاص بتحقق رابطة التبعية في هذه الحالة، ضف إلى ذلك إمكانية مساءلة هؤلاء شخصيا عن الأضرار التي يمكن أن تنتج عن أعمالهم الطبية ، كما يمكننا أن نشير إلى أنه لا يختلف الأمر في مجال عملية نقل الدم إلى المرضى، سوى أن طبيعة الإلتزام الملقى على عاتق الأطباء أو المساعدين هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة يسألون عند عدم تحققها، وهي نقل دم للمريض مناسبا ونظيفا وخال من الأمراض والفيروسات.

الفصل 2
المسؤولية القائمة في حالة نقل الدم الملوّث

تعتبر المسؤولية المدنية من الموضوعات التي حظيت بها الدراسات والبحوث القانونية كثيرا حيث أولاها الفكر القانوني إهتماما خاصا، سواء من الناحية الفقهية أو التشريعية أو القضائية، وقد تفاعلت فكرة المسؤولية مع أي تطور جديد أو تقدم لحق بالمجتمع البشري، فهي تعتبر من أهم الجزاءات التي يرتبها القانون بصفة عامة نحو المسؤول عن الضرر.

وقد شهد القرن الحالي تقدم كبير في مجال العلوم الطبية وطرائق العلاج، أين وجدنا من الوسائل العلاجية التي توصل إليها الطب الحديث وأثارت إهتمام واسع في مختلف الأوساط الطبية والقانونية عملية نقل الدم، فموضوع المسؤولية المدنية في هذا المجال يتصل بالقانون والطب معا، كما أن حداثة المشكلات المثارة في إطار هذه العملية الدقيقة يشوبها الغموض، حيث تشكل مأساة حقيقية إتخذت أحيانا أشكالا كارثية كما حدث في فرنسا[136] ص 23، 24، فلا يخلو بلد من المعناة جراء أخطاء عمليات نقل الدم والمآسي والكوارث التي تخلفها، خاصة تلك المتمثلة في نقل الأمراض الخطيرة والتي على رأسها كما أسبقنا مرض السيدا وإلتهاب الكبد والوبائي بأنواعه والسفلس.....الخ ، كما أصبح يثير مسائل قانونية تتسم بالدقة كتنوع تلك العلاقات التي تربط بين أطراف العملية ببعضهم وطبيعتها القانونية، مما يرتب صعوبة تحديد المسؤول الحقيقي عن الضرر في مواجهة المريض في هذه الحالة، والذي تختلف مسؤوليته فيما إذا كانت عقدية أم تقصيرية أو حتى مسؤولية مهنية .

لكن رغم إعتبار أن الأمر يبدوا محسوما بشأن تلك الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطباء على مستوى القضاء الجزائري ، ذلك على إعتبارها مسؤولية مدنية تقصيرية تبنى على أساس القواعد العامة للقانون المدني بالنسبة لمجال الطب عامة، فإن هذا يدعونا للتساؤل عن قيام هذه المسؤولية في مجال نقل الدم الملوّث خاصة ؟ وما تتطلبه من أركان؟ و هل يشترط لقيامها توافر الخطأ أيا كان نوعه كما هو منصوص عليه في المادة 124 من ق م، أم لم يعد لهذا الركن ضرورة ، والإكتفاء بإقامة هذه المسؤولية على أساس المخاطر أو الأضرار الناتجة، وفقا لما جاء به التطور القانوني لأساس المسؤولية المدنية بما ينسجم ويستجيب و يتلاءم مع الأضرار الناتجة عن الأعمال والتدخلات الطبية المستحدثة كعملية نقل الدم للمرضى؟

ضف إلى ذلك أنه يمكن التساؤل هنا عن الحد الذي يمكن توسيع مجال هذه المسؤولية إليه؟ فهل تستند هذه الأخيرة إلى الأساس التقليدي، أم أن خصوصية الضرر الناتج في هذا النوع من الأعمال

الطبية يخرجنا عن القواعد العامة الكلاسيكية بحثا عن قواعد خاصة محدّدة بأضرار العمل هنا، أين يتحدد مفهوم خاص للمسؤولية المدنية يتفق والطبيعة الخاصة للأضرار الناتجة ضمن مفهوم للمسؤولية الموضوعية ؟

كما يمكننا أن نشير في هذا الباب للإشكال الخاص بأساس التعويض، وهذا باعتباره أثرا أساسيا لإنعقاد المسؤولية المدنية، فهل يوجد أنظمة تعويض قانوني أخرى يمكن لضحايا الأضرار الناتجة عن نقل دم الملوث إعتمادها إلى جانب الأنظمة التقليدية المتفق عليها ؟ .

كل ذلك سوف نحاول بحثه ضمن فصلين من هذا الباب:

الفصل الأول: أركان قيام المسؤولية و أساسها القانوني .

الفصل الثاني: الجزاء المترتب عن نقل الدم الملوث.

2 .1. أركان قيام المسؤولية وأساسها القانوني

من المعلوم أن المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها، كما أن حق المريض المتضرر من جراء نقل دم ملوث إليه هو الحصول على التعويض المناسب الذي يجبر ما لحقه من أضرار، حيث أن ثبوت المسؤولية في حق المتسبب تجعل إمكانية حصوله على تعويض أمرا ممكنا.

وبهذا يتطلب ثبوت تلك المسؤولية عن نقل دم ملوث للمريض بحث أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، إلى جانب تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه مسؤولية المتسبب في الضرر في كل حالة تثبت فيها، وسوف نحاول البحث عن ذلك ضمن المبحثين التاليين :

المبحث الأول: أركان المسؤولية المدنية في حالة نقل الدم الملوث.

المبحث الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم الملوث

2 .1.1. أركان المسؤولية المدنية في حالة نقل الدم الملوث

المتفق عليه هو أن المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، ترتكز على ثلاثة أركان هي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما[81] ص 1087، 1088، وتعتبر للمسؤولية المدنية في المجال الطبي عامة ذات الأركان، فإذا كانت عقدية فهي تتطلب ضرورة وجود إخلال بالتزام عقدي (خطأ عقدي) وضرر ناجم عنه وعلاقة سببية بينهما. أما إذا كانت تقصيرية، فإن أركانها هي الخطأ التقصيري والضرر وعلاقة السببية ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في مجال المسؤولية المدنية بشقيها العقدي والتقصيري، أين أخذ وكما بينا سابقا في المجال الطبي بالمسؤولية التقصيرية عامة، تطبيقا لأحكام القانون المدني الخاصة.

لكن كيف هو الحال في حالة نقل دم ملوث للمريض قد يتسبب له في أضرار ناتجة عن إنتقال عدوى أمراض خطيرة كالإيدز أو إلتهاب الكبد الوبائي C أو غيرها؟، فهل تنطبق أركان المسؤولية المدنية، تقليدية كانت أم حديثة في مثل هذه الحالة؟، وكيف تقوم مسؤولية المتسبب في الضرر وفق هذه الأركان عندئذ؟.

هذا ما سوف نحاول التعرض إليه من خلال بحث أركان المسؤولية المدنية وذلك ضمن المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: الخطأ الطبي في مجال عملية نقل الدم الملوث.

المطلب الثاني: الضرر في مجال عملية نقل الدم الملوث

المطلب الثالث: علاقة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث

2 .1.1.1. الخطأ الطبي في مجال عملية نقل الدم الملوث

يعتبر الخطأ قوام المسؤولية المدنية، حيث يتوقف وجودها على إثباته، فهو شرط قيام كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية معا، و يعد الخطأ الطبي صورة من صور هذا الخطأ بوجه عام، له أهمية بالغة في حل الإشكالات في المسؤولية التي تقام على أساسه، حيث ينجم عن إخلال الطبيب بالإلتزامات الخاصة التي يفرضها الواجب القانوني العام القاضي بعدم الإضرار بالغير[127] ص 371.

ونظرا لأهمية تحديد معنى الخطأ الطبي يجدر بنا بيان تعريفه ومعياره ودرجاته في فرع خاص ثم بيان أطرافه مع ضرورة التعرض لإثبات هذا الخطأ في فرع مستقل، ولأجل ذلك تضمن هذا المطلب الفروع التالية:

الفرع الأول: الخطأ في مجال المسؤولية الطبية

الفرع الثاني: أطراف الخطأ في مجال عملية نقل الدم

الفرع الثالث: إثبات الخطأ في مجال عملية نقل الدم

1.1.1.1.2. الخطأ في مجال المسؤولية الطبية

إن البحث في الخطأ في مجال عملية نقل الدم يقتضي إبتداءً التمهيد له بالكلام عن الخطأ في مجال المسؤولية الطبية بوجه عام ، وهذا يستلزم تحديد معنى الخطأ الطبي و بيان أنواعه ، كما يقتضي الكلام عن المعيار المعتمد لتقرير الخطأ و درجاته ، ولذا يتعين علينا معالجة هذا الفرع ضمن العناوين التالية:

أولا : مفهوم الخطأ الطبي

ثانيا: معيار الخطأ الطبي وأنواعه

ثالثا : تدرج الخطأ الطبي و تطوره

1.1.1.1.1.2. مفهوم الخطأ الطبي

لقد إختلف الفقه بخصوص وضع تعريف محدّد للخطأ عامة[297] ص 211، فمن أشهر التعريف التي وردت تعريف الفقيه (Savatier) بأن الخطأ هو إخلال بواجب سابق كان بالإمكان معرفته ومراعاته[312] ص 4، كذلك أن الخطأ هو الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي[97] ص 476، وأنه الإخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن تمييز وإدراك[46] ص 271.
كما أنه الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي يصدر عن تمييز وإدراك[67] ص 61.

لكن كثير من التعريفات الخاصة بالخطأ قد تعرضت للإنتقاد، وأصبح من الصعوبة القول بأفضلية أحدها عن الآخر، حيث يتقرب الخطأ في المسؤولية التقصيرية منه إلى الخطأ في المسؤولية العقدية[128] ص 104 فهو على صعيد المسؤوليتين عبارة عن إخلال بإلتزام ، عقدي في المسؤولية العقدية، وإلتزام يفرضه القانون على الكافة بعدم الإضرار بالغير في المسؤولية التقصيرية.

والخطأ الطبي هو صورة من صور الخطأ بوجه عام، فأغلب التشريعات التي تناولت تنظيم مهنة الطب لم تضع تعريفاً للخطأ الطبي تاركة ذلك للفقه والقضاء ، فإقتصرت تلك القوانين على بيان واجبات وإلتزامات الطبيب، دون وضع الجزاء المناسب في حالة الخروج عليها أو الإخلال بها، فقد عرفه الفقه أنه إنحراف الطبيب عن السلوك الطبي العادي والمألوف للشخص العادي مع إدراك لهذا الانحراف، وما يقتضيه من يقضة وتبصر إلى درجة يهمل معها الإهتمام بمريضه[160] ص 26، أو هو إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقضة الموافقة للحقائق العلمية المستقرة، أو أي تقصير في مسك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ هو في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المسؤول[162] ص 83.

وبذلك فإن هناك جانب من الفقه من يرى أن الخطأ الطبي الذي يسأل عنه الطبيب إذ توافرت سائر عناصر المسؤولية الطبية، هو نقص ذاتي وإخلال بمقتضيات المهنة وعدم مطابقتها للأصول العلمية فالعمل الطبي يتميز بأنه ذو صبغة فنية، وهو الالتزام بالسهر على صحة وسلامة جسم المريض الذي يعتبر المساس به - بغير ضرر – هو مساس بحقوق مطلقة[127] ص 630، فيمكن معرفة إنحراف الطبيب عن واجبه المهني بالإستناد إلى الأصول المتبعة والمبادئ الثابتة والمستقرة لمهنة الطب، وكذا عادات هذه المهنة المتعارف عليها، فيكون الطبيب مخطأ إذا لم يقم ببذل العناية الوجدانية اليقظة، ولم يف بواجباته إتجاه المريض بشكل عام، أو تكون عنايته مخالفة للحقائق العلمية ،لأن واجبه متابعه التطور العلمي الحديث بإستمرار بالنظر لعنصر الإحتمال الكامن في كل علاج نتيجة عدم إكتمال هذا العمل الطبي خاصة بسبب الإكتشافات الحديثة لهذا العلم[163] ص 19.

وبالتالي فإن أصل الإلتزام في مزاولة مهنة الطب هو إلتزام ببذل عناية فنية معينة، وإلتزام الطبيب في العقد هو إلتزام ببذل عناية، كما أن في المسؤولية التقصيرية يطلب منه بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة، فالسلوك الفني المألوف يكون من رجل من أوسطهم علما وكفاية ويقظة والإنحراف عن هذا المعيار سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية يعتبر خطأ مهنيا (Faute Professionnelle).

هذا عن تعريف بعض الفقه للخطأ الطبي، أما بالنسبة للمشرع الجزائري ، فإنه لم يعرّف الخطأ بوجه عام ولا الخطأ الطبي خاصة، سواء كان ذلك في القانون المدني أو القوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب، فقد إستقرت هذه الأخيرة على تحديد واجبات وإلتزامات الطبيب فقط دون وضع الجزاء المناسب في حالة الخروج عليها أو الإخلال بها، وهو موقف إيجابي من جهة وسلبي من جهة ثانية، فعدم التحديد هذا كان له أثر في المد من نطاق المسؤولية وعدم حصرها في حدود وعبارات معينة، وهذا بغية تأمين وحماية أكثر لمن أصابه الضرر جراء أخطاء الغير، لكن ذلك في نفس الوقت كان له أثر مناقض عليهم فغموض مفهوم الخطأ الطبي وأنواعه خاصة تسبب في صعوبة تحديد الأخطاء الطبية من طرف القضاة مما يكون له الأثر السلبي على وضع الضحايا و حقهم في التعويض حينئذ.

وتأسيسا على ذلك وجب علينا التعرض إلى محاولات الفقه والقضاء الخاصة ببيان المعيار القانوني الذي أُعتمد عليه لمحاولة تحديد مفهوم هذا الخطأ الطبي، سعيا منا لتحديد الوضع الخاص الذي ينفرد به الخطأ في مجال عمليات نقل الدم.

2.1.1.1.1.2. معيار الخطأ الطبي و أنواعه

لئن إكتسب الخطأ الطبي أهميته القصوى وخطورته البالغة من طبيعة أثره ومدى خصوصيته، فإن معياره يكتسب هو الآخر تلك الأهمية وذات الخطورة، فلا بد من معيار يقاس وفقه، كما لا بد من معرفة نوع ودرجة هذا الخطأ إذا ما إرتكب من طرف من قامت مسؤوليته، فهل تقوم المسؤولية عن الخطأ المهني مثل الخطأ العادي، وهل أنها تختلف إذا كان هذا الخطأ جسيمًا عما إذا كان يسيرًا؟ .

معيار الخطأ الطبي: إن إلتزام الطبيب كما بينا سابقا هو إلتزام ببذل عناية صادقة من أجل شفاء المريض، حيث لا يثبت خطئه إلا إذا أثبت المدعي تقصيره في بذل العناية اللازمة، فإن قصر فهو تقصير في واجب الحيطة الذي لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول أثناء ممارسته لعمله، ومعيار الخطأ هنا يكون موضوعيا يبنى على السلوك المألوف من الشخص العادي، حيث يقاس سلوك مرتكب الفعل الضار بهذا السلوك مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإذا إنحرف عن سلوك الرجل العادي فإن هذا يعد خطأ .

أما الخطأ الطبي فإن سلوك المهني مرتكب الفعل يقاس بالسلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة والمستوى، أي بما يتمتع به من علم وكفاية وإنتباه على ضوء الظروف الخارجية التي أحاطت به[181] ص 28، وعليه فإن الواقع على عاتق الطبيب هو بذل الجهود الصادقة المتفقة والظروف القائمة والأصول العملية الثابتة، وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري في قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 11/23/ 2008[283] ص 175، 178، في قضية تتلخص وقائعها في أن السيد (ع – ب) إتفق مع طبيب جراح على أن ينزع له حصاة من إحدى كليته، لكن الجراح نزع له الحصاة والكلية، الأمر الذي جعل المريض (ع – ب) يطالب بالتعويض نتيجة خطأ الطبيب الجراح، عرضت القضية على المحكمة فحكمت هذه الأخيرة بالتعويض لصالح المريض، استأنف الطبيب حكم المحكمة، فأصدر مجلس قضاء تبسة في 04/04 /2005 قرار يقضي فيه بتأييد الحكم المستأنف لكن تعديله إعتمادا على خبرة منجزة أين خفض مبلغ التعويض على أساسها ، لكن في 2005/06/15 طعن الطبيب الجراح (ع –ع) بالنقض أمام المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن المجلس القضائي ، مدعيا أنه قام بكل الإجراءات التي يمليها عليه ضميره وأخلاقيات المهنة، حيث كشف أن الكلية كانت متعفنة، وطبقا لأعراف المهنة وأخلاقها يستوجب إستئصالها، وبالتالي ليس هناك خط أمهني وليس هناك سوء نية.

على أثر ذلك أصدرت المحكمة العليا قرارها القاضي برفض الطعن الصادر عن الطبيب الجراح حيث أقرت أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب كأصل عام هو بذل عناية، كما في قضية الحال، ما عدا الحالات الخاصة التي يقع فيها على الطبيب إلتزام بتحقيق نتيجة، وأنه يعني الالتزام ببذل العناية هو بذل الجهود الصادقة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، وأن الإخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، وعليه فإن الخطأ الطبي هنا هو تقصير في مسلك الطبيب، لأن الطبيب الجراح هنا خالف أصول وقواعد وأخلاقيات المهنة، فإنه بذلك تعد المسؤولية قائمة في حقه، فالطبيب أخطأ وخطئه سبب ضرر للمريض، وبالتالي فإن مسؤوليته قائمة عن ذلك.

وإستنتاجا من ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد أكد بدوره على ضرورة إلتزام الطبيب أثناء مزاولته المهنة بعدم الخروج عن القواعد والأصول العلمية لعلم الطب[198] ص 207، وإلا عدّ مرتكبا لخطأ طبي يوجب مسؤوليته المدنية، حيث يقاس سلوك المخطئ بسلوك طبيب مماثل في التخصص وظروف العمل والمستوى والخبرة، مع الأخذ بعين الإعتبار الظروف المحيطة بالطبيب وقت تنفيذ العمل الطبي، بحيث يأخذ بالمعيار الموضوعي هنا، أين تستبعد كل الظروف الداخلية التي تتغير من شخص إلى آخر فمعيار الخطأ هو موضوعي موّحد ينطبق على كل طبيب سواء كان متعاقد مع المريض أو

غير متعاقد معه، فهو الطبيب المعتاد المجرد من ظروفه الخاصة مع الأخذ بعين الإعتبار ظرفي الزمان والمكان.

لكن إذا كان الأصل أن إلتزام الطبيب هو بذل العناية، إلا أن هناك حالات إستثنائية كما عرفنا يكون فيها الطبيب ملزم بتحقيق نتيجة ، أين تحول فكرة دون إلتزام الطبيب بتحقيق النتيجة لكن إذا زال الإحتمال كانت مسؤولية الطبيب بتحقيق نتيجة، كما هو الشأن بالنسبة لعملية نقل الدم، ففي هذه العملية يجب أن يعطي المريض دم من فصيلة دمه ذاتها، وأن يكون هذا الدم خاليا من الأمراض والفيروسات، كفيروس السيدا أو التهاب الكبد وغيرها ، فإلتزام الطبيب الذي يأخذ الدم من مركز نقل الدم بمقتضى عقد معه هو إلتزام بتحقيق نتيجة، كما أن إلتزام مركز نقل الدم بدوره هو إلتزام بتحقيق نتيجة مفادها وجوب ضمان سلامة خلو الدم المنقول إلى المريض من أي مرض من الأمراض، وكذلك سلامة المتبرع بالدم، فيسأل الطبيب والمركز عن سلامة المريض من الأضرار الناجمة عن عملية نقل الدم[123] ص 56.

أنواع الخطأ الطبي: إن القانون الوضعي إعتبر أن الخطأ هو أساس المسؤلية المدنية للطبيب، طالما توافرت عناصر الخطأ من إنحراف في السلوك وإدراك للتصرف ، حيث يتخذ الخطأ الطبي عدة صفات و درجات حتى يتم من خلاله مسائلة الطبيب مدنياً وإثارة مسئوليته نتيجة خطأه ، فيقسم معظم الفقهاء القانونيين الخطأ الطبي إلى نوعين وهما: الخطأ الطبي الفني والخطأ الطبي العادي.

الخطأ الطبي الفني (Faute Professionnelle): أو كما يسمى بالخطأ المهني، وهو الخطأ الذي يصدر عن الطبيب ويتعلق بأعمال مهنته، ويتحدد بالرجوع إلى القواعد والأصول العلمية الثابتة التي تحدد أصول المهنة، حيث يتوجب إثبات مسؤولية الطبيب عن هذا الخطأ وإنعقادها، ويشترط لذلك أن يكون الخطأ الصادر عن الطبيب خطأ جسيما[154] ص 11.

كما يكتسي الخطأ المهني (الفني) درجة من الغموض تجعل من الصعب على القاضي تبيّنه دون الإستعانة بأهل الخبرة من أعلام مهنة الطب فيلجأ بذلك القاضي إلى الخبراء لمعرفة ما إذا إرتكب زميلهم خطأ أم لا[123] ص 22.

ويتولد الخطأ الطبي المهني أو الفني، إما نتيجة الجهل بالقواعد والأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب، أو نتيجة الإهمال بها أو نتيجة لسوء تطبيقها في الصحيح، كما قد يكون هذا الخطأ نتيجة لسوء تقدير الطبيب فيما تخوله من مجال تقديري. وقد نصت المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أن:« الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به...».

ويدخل الخطأ في عملية نقل الدم ضمن مفهوم الخطأ الطبي الفنّي أو المهني حيث يشكل عدم الإلمام بالمبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها في مهنة الطب ومجال عمليات نقل الدم، وعدم مراعاتها أو إحترامها خطأ يرتب مسؤولية من أخل بها، فالمتعارف عليه والثابت أن الدم يخضع للتحاليل الطبية سواء عند جمعه من المتبرعين قصد تخزينه، أو حتى عند التبّرع به قصد نقله للمرضى،

فضرورة توفير دم مناسب نظيف، خال من الأمراض والفيروسات هو من الأصول العلمية الثابتة التي لا بد على كل من الأطباء والمستشفيات ومراكز نقل الدم وبنوكه مراعاتها وتطبيقها، وإلا كان الضرر الناتج عن عملية نقل للدم يوصف بأنه ملوثٌ سببا في قيام مسؤوليتهم عن ذلك.

الخطأ الطبي العادي (Faute ordinaire): أو ما يسمى بالخطأ المادي أو البسيط أو الواضح وهو ما يصدر عن الطبيب عند مزاولته مهنته دون أن يتعلق بالأصول الفنية والمهنية[113] ص 77، حيث يسأل الطبيب عن هذا الخطأ بجميع درجاته وصوره، فيشكل إرتكابه مخالفة لواجب الحرص المفروض عليه وعلى غيره، وهو خطأ يقوم على الإهمال وعدم الحيطة والاحتراز، كالذي يرتكبه أي شخص عادي[234] ص 88 ويسأل الطبيب عن إرتكابه للخطأ العادي الذي فيه إنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي ويسأل عنه حتى ولو كان يسيرا[164] ص 21.

وبذلك يكون الخطأ العادي هو ذلك الخطأ الذي يخرج عن ميدان المهنة التي يمارسها الشخص الذي ينسب إليه الخطأ، فهو بذلك عمل غير مشروع يخضع للقواعد العامة الخاصة بالمسؤولية، لذلك هناك من يسميه بالخطأ المادي، ومن أمثلة هذا النوع من الخطأ، نجد الإهمال في تخدير المريض نسيان قطع الشاش أو آلات الجراحة في بطن المريض...الخ ، لذلك فالخطأ العادي خطأ واضح يغنينا عن اللجوء لخبير من الأطباء حتى يبدي رأيه فيما صدر عن الطبيب من فعل.

3.1.1.1.1.2. تدرج الخطأ الطبي و تطوره

لقد صنع القانون الفرنسي القديم نظرية تدرج الخطأ، وهي نظرية قديمة هجرها الفقه، لكن يوجد لها تطبيق في بعض القوانين المعاصرة ، كما إختلف الفقهاء حول تحديد معياره و درجاته ، يسيرا كان أم جسيما.

درجات الخطأ الطبي: لقد كان الخطأ في ظل النظرية القديمة للفقه الفرنسي يقسم إلى خطأ جسيم وخطأ يسير وخطأ تافه[123] ص 38.

الخطأ الجسيم (Faute Lourde): هو الخطأ الذي لا يرتكبه أكثر الناس إهمالا، وهو أقرب ما يكون إلى العمد، كما عرّف على أنه الإخلال الفاحش بواجب قانوني.

الخطأ اليسير (Faute légère): هو الخطأ الذي لا يرتكبه رجل معتاد يمثل أوسط الناس ويكون من نفس مهنة المسؤول، ويوجد في نفس الظروف الخارجية التي وجد فيها[108] ص 339.

الخطأ التافه: أنه الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص الحريص الفطن الحازم ، لكن قد عاب هذه النظرية أنها لا محل لها في ظل الإلتزامات التعاقدية مثل الإلتزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجة، وأن فكرة تدرج الخطأ هنا هي فكرة ليست قانونية، بل فكرة أخلاقية، وذلك لأن الخطأ الطبي واحد من الناحية القانونية، و

الاختلاف هنا يكون في مقدار التعويض عن الخطأ فقط تبعا لجسامته ولمقدار الضرر الذي يلحق بالمريض[123] ص 39.

وتجدر الإشارة أن القضاء قد كان في الماضي يشترط الخطأ الجسيم، وذلك تشجيعا منه للتقدم العلمي في مجال الطب، وقد ذهب إلى ذلك القضاء الجزائري في قراراته السابقة، حيث نذكر على سبيل المثال قرار للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا، بتاريخ 1992/07/27، حيث أقرت المحكمة العليا أن مسؤولية المستشفيات العامة لا تثار على أساس خطأ جسيم في العمل الطبي إلا إذا نفذ من طرف طبيب أو جراح أو مساعد لهما تحت مراقبتهما المباشرة بحيث يمكنها التدخل في أي وقت إن لزم الأمر[276] ص 19، لكن سرعان ما هجر القضاء هذا الإشتراط للخطأ الجسيم، واعتبار الخطأ واحد، فالقاضي إذا حكم على الطبيب بالنظر إلى خطئه اليسير فإنه يحكم بناء على وقائع ثابتة وليس من خلال الشك.

وقد ذهب القضاء الفرنسي لتقرير مسؤولية الطبيب وإخضاعها للقواعد العامة متى تحقق وجود الخطأ، فلا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيما، حيث لا توجد نصوص في القانون تعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحا[123] ص 44.

الخطأ المضمر أو المقدر (La Faute virtuelle): أوالخطأ الاحتمالي، وهو خطأ مفترض من صنع القضاء، حيث يستنتج القضاء الخطأ الطبي والتقصير من مجرد وقوع الضرر، فإلتزام الطبيب والمستشفى هو التزام بسلامة المريض وتأمينه، كسلامته من جراء عملية نقل الدم إليه وتأمينه بنقل دم مناسب سليم وخال من الأمراض والعدوى، وتقوم مسؤولية الطبيب عند حدوث أي ضرر يخل بسلامة المريض[123] ص 44.

وعليه فإن فكرة الخطأ المقدر أو المفترض أو الإحتمالي تقوم على أن الضرر ما كان ليحدث لولا وجود الخطأ من الطبيب، حيث يلقي عبء الإثبات بذلك على الطبيب أين يتعين عليه إذا أراد نفي المسؤولية منه أن يثبت عدم وجود خطأ من جانبه، أو ما حدث كان نتيجة لسبب أجنبي عنه[276]، كما أن فكرة هذا الخطأ (المضمر أو الإحتمالي) تقوم على أساس أنه لو لم يثبت بوجه قاطع أن الطبيب قد أهمل في العناية الواجبة أو لم يتخذ الإحتياطات التي يوجبها عليه إلتزامه بالحيطة، فإن القاضي في هذه الحالة يستنتج هذا الخطأ من وقوع الضرر ذاته[124] ص 81.

وفكرة إحتمالية وقوع الضرر هنا هي فكرة لا تتخلى عن المعيار القانوني لخطأ الطبيب، حيث يعد الخطأ الإحتمالي بها وسيلة لحماية حق المضرور، وهي فكرة دخلت المجال القانوني وتم اكتشافها من طرف القضاء الفرنسي كأثر للتحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العصر الحديث، فهي لا تتقيّد بمقتضيات معيار الخطأ الطبي لذى توجب على القاضي مقارنة سلوك الطبيب محل المساءلة

بسلوك طبيب وسط من مستواه وفي نفس ظروفه، وإنما يستخلص القاضي الخطأ من كافة القرائن متى كانت قاطعة الدلالة على حدوثه[124] ص 82.

لكن تحليلا لذلك، نجد أن لجوء القضاء إلى فكرة الخطأ المفترض ، إنما يبيّن موقف القضاء الكاشف عن عدم كفاية القواعد القانونية التقليدية لتوفير الحماية للمرضى في مواجهة التطورات العلمية المعاصرة الحادثة في الوسائل العلاجية[171] ص 123، رغم ذلك فإنه سرعان ما هجر القضاء الفرنسي فكرة تأسيس المسؤولية عن فكرة الخطأ المضمر أو الضمني الإحتمالي، كونها فكرة مغلوطة فالواجب هو البحث عن الأضرار التي ترجع لخطأ ثابت في جانب الطبيب[183] ص 126.

تطور التدرج في الخطأ الطبي: لقد إختلف الفقهاء حول تحديد معيار محدد لإقامة مسؤولية الطبيب أين ذهب منهم الفرنسيون فنادوا بمساءلة الأطباء عن أخطائهم الجسيمة والتي لا تقع من الأطباء الأقل خبرة وذكاء وتأخذ حكم الغش[128] ص 106، ثم إتجه القضاء الفرنسي بعد ذلك إلى أن يسأل الطبيب عن خطئه العادي في جميع درجاته وصوره يسيرا كان أم جسيما، أما بالنسبة للخطأ المهني الفني، فإن الطبيب لا يسأل عنه إلا إذا كان جسيما[181] ص 20.

لكن لتعذر التمييز بين أخطاء الطبيب العادية وبين الأخطاء الفنية في أحوال متعددة، أصبح من العسير وصف الخطأ الطبي على أنه خطأ عادي أو خطأ فني ، وعليه فإن هذا الطرح الخاص بإقامة مسؤولية الطبيب على أساس تدرج الخطأ اليسير أو الجسيم، أو على أساس التمييز بين الخطأ العادي والفني لا يجانب الصواب الذي يتطلبه القانون، والذي يقرر محاسبة الشخص عن جميع أخطائه التي إرتكبها، بثبوت الخطأ بصفة قاطعة دون النظر إلى درجته، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن أي درجة من درجات الخطأ تكفي لقيام مسؤولية الطبيب، المهم أن يثبت ذلك بشكل يقيني وقاطع ولا حاجة مطلقا لإثبات الخطأ الجسيم[319] ص 51، 52.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من الخطأ الطبي، فإننا نجد أن قانون حماية الصحة وترقيتها يقر بمسؤولية الطبيب عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه، أو بمناسبة القيام بها

ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصفته، أو يحدث له عجزا مستديما أو حتى مؤقتا، وقد تضمن هذا المعنى نص المادة 239 من القانون حيث أقر المشرع بذلك مسؤولية الطبيب عن الخطأ المهني حتى في حالة وأن لم يتسبب هذا الخطأ في أي ضرر كان، أين تكون المسؤولية في هذه الحالة تأديبية، وهو ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 239 من قانون حماية الصحة المعدلة بموجب القانون 90 – 17 لسنة 1990، كما لاحظنا من خلال تلك المادة أن المشرع لم يميز بين الخطأ الجسيم واليسير في الأخطاء المهنية، وإنما إعتبر الطبيب مسؤولا عن أي فعل يلحق ضررا بالأشخاص.

أما بالنسبة لمسؤولية الأطباء المدنية، فإننا باستقرائنا لنصوص قانون حماية الصحة وترقيتها، وكذا باقي النصوص الأخرى المتعلقة بمهنة الطب، فإنه ما لوحظ عدم وجود أي نص يقر بمسؤولية الأطباء عن أخطائهم من الناحية المدنية، أو حتى بيان هاته الأخطاء الطبية المرتبة للمسؤولية، فكل النصوص أو القوانين إقتصرت فقط على بيان واجبات وإلتزامات الأطباء، دون وضع الجزاءات عنها، فالمشرع في المادة 239 من قانون حماية الصحة السابقة أقر مسؤولية الطبيب الجنائية ورتب لها جزاءات خاصة طبقا للنص، لكنه لم يرتب جزاءات مدنية عن تلك الأخطاء، رغم إعترافه وإقراره بالمسؤولية المدنية للأطباء، وهو ما دفع بالقضاء كما نعرف إلى تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، مثلهم في ذلك مثل بقية الأشخاص الآخرين حيث أقر بذلك مسؤوليتهم المدنية قضاءا، سواء كان الخطأ المرتكب من طرفهم جسيما أو يسيرا، وحتى ولو كان مفترضا أو مضمرا، فالعبرة في القواعد العامة ليست بدرجة الخطأ وإنما هي بوجوده وثبوته بصفة قطعية، وبهذا يسأل الطبيب عن كل خطأ يثبت في حقه بشرط أن يصدر هذا الخطأ من الطبيب ويكون ثابتا ثبوتا كافيا في حقه على وجه اليقين والتحقيق، أو ناجم عن إخلاله بالأصول الثابتة في مهنة الطب.

2.1.1.1.2. أطراف الخطأ في مجال عملية نقل الدم

تتعدد صور الخطأ الطبي بوجه عام، أين تتمثل في العديد من الصور كإمتناع الطبيب عن معالجة المريض، تخلف رضاء المريض في العلاج، الخطأ الطبي في التشخيص، الخطأ في وصف العلاج إجراء العلاج بهدف غير الشفاء، أخطاء التوليد، أخطاء الجراحة، خطأ الطبيب أثناء عمليات نقل الدم أخطاء التخدير والأشعة وإلى غير ذلك من الصور.

وما يهمنا هنا هو الخطأ الطبي في مجال عمليات نقل الدم، أين يكون للخطأ هنا وضع خاص بسبب إشتراك أكثر من شخص في وقوع الضرر وتزاحم الأسباب المؤدية إلى المسؤولية، فتثار في هذا الصدد مسؤولية عدة أطراف، بدءاً بمسؤولية الطبيب المعالج أو الجراح ومساعديهم قبل المريض وكذا مسؤولية المستشفى المنقول به الدم، ومسؤولية مركز نقل الدم عن التلوث بالدم الذي قام بجمعه وتخزينه ثم توريده للمستشفى، إضافة إلى أنه يمكن في هذا الصدد وإثارة مسؤولية كل من المتبرع إتجاه المصاب مع إمكانية الإشارة إلى مسوؤلية سائق السيارة الذي إرتكب حادثا ودخل إثره المصاب إلى المستشفى أين أجريت له عملية نقل للدم[176] ص 80، 81.

لكن من كل هؤلاء الأطراف الذين يمكن إثارة مسؤوليتهم خلال هذه الدراسة، والتي سوف يأتي تحصيلها لاحقا، نبدأ بهؤلاء الأطراف المتدخلون والمنفذون لعملية نقل الدم بصفة مباشرة، وهم كل من الأطباء ومساعديهم، المستشفيات ومراكز نقل الدم أين يمكن إثارة المسؤولية هنا على إعتماد وقوع خطأ

منهم، وفقا لما تقتضيه قواعد المسؤولية المدنية بوجه عام، والتي نهدف من خلال ذلك إلى بيان إمكانية تطبيقها في مجال عملية نقل الدم إعتمادا على فكرة الخطأ كركن من أركانها.

فيجدر بنا أن نبيّن هنا صور الخطأ الصادر عن هؤلاء الأطراف في مجال عملية نقل دم ملوث للمرضى، وذلك ضمن العناوين التالية:

أولا: خطأ الطبيب ومساعديه أثناء عملية نقل الدم

ثانيا : خطأ المستشفيات في مجال نقل الدم

ثالثا: خطأ مراكز نقل الدم

1.2.1.1.1.2. خطأ الطبيب ومساعديه أثناء عملية نقل الدم

إن صورة الخطأ الطبي في مجال نقل الدم تتمثل في الخطأ في عمل التحاليل اللازمة للدم ومشتقاته، حيث لا بد أن تسبق عمليات نقل الدم، فحوصات وتحاليل معينة ولازمة للتأكد من سلامة معطي الدم من جهة وكذا التأكد من خلو دمه من الأمراض أو الفيروسات، ضف إلى ذلك مدى مطابقة فصيلة دم هذا المتبرع أو المعطي لفصيلة دم المنقول له مريضا كان أو مصاب.

ومنه فإن إجراء التحاليل الخاصة بالدم يعد من بديهيات العمل الطبي التي لا بد على الطبيب المعالج أو الجراح أن يأمر بها ،أو على طبيب تحليل الدم أو الطبيب المخبري أن يقوم بها بنفسه أو بواسطة مساعديه ، قصد ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض في هذه الحالة.

وتوضيحا لذلك لا بد أن نفرق بين ما إذا كان الخطأ في إجراء الفحوصات والتحاليل الطبية للدم صادر عن الطبيب المعالج، أو الجراح أو عن طبيب تحليل الدم أو المخبري بأنفسهم، أو عن مساعدي هؤلاء الأطباء من ممرضين وممرضات.

خطأ الأطباء في مجال نقل الدم**:** قد يحتاج المريض في بعض الظروف الخاصة لعملية نقل الدم كإجراء العمليات الجراحية العادية وعمليات زرع الأعضاء، وعقب حوادث المرور أو أثناء نقل الدم لمرضى السيولة (Hemophilia) أو مرضى الفشل الكلوي أو غيرها، فيتعين أن يكون هذا الدم متفقا مع فصيلة دمه، كما يجب أن يكون سليما خاليا من الأمراض أو الفيروسات، وإلا أصيب بأضرار جسيمة جراء ذلك، فيتعهد الطبيب المعالج أو الجراح وغيره من الأطباء المختصين في تحليل الدم كالطبيب المخبري، بتحليل دم المعطي أو المنقول إليه الدم قصد معرفة فصائل دمهم ومدى التوافق بينها وخلوها من خطر الأمراض[124] ص 69.

ويعتبر الفقه والذي أيده القضاء الفرنسي[155] ص 154، أن التزام الطبيب القائم بالتحليل هو التزام بتحقيق نتيجة محله تقديم دم مناسب وسليم من الأمراض والجراثيم، حيث يعد الطبيب مقصرا بمجرد عدم تحقق النتيجة فإذا قرر الطبيب احتياج المريض لنقل الدم وحدد الكمية، فيتوجب أن يكون هذا

الدم مطابقا لفصيلة دمه كما يجب أساسا أن يكون خاليا من الأمراض والفيروسات المعدية، حيث يكون الطبيب مسؤولا اتجاه المريض إذا كان الدم المنقول إليه ملوثا.

وقد أصبح الطب الآن يتبع طرقا منطقية يستعين بها لإجراء إختبارات الدم، حيث يتولى تنفيذ هذه الإجراءات أطباء متخصصون كما نعرف، بعد أن أصبحت عملية نقل الدم محاطة بمجموعة من القيود والضوابط الشديدة التي تكفل سلامة الأشخاص، خاصة بعد ظهور تلك الأمراض الخطيرة كالإيدز، فهذا الأمر يلقي على عاتق الأطباء عبء مضاعفا لكفالة الحماية الكاملة للمتبرعين بدمائهم وكذا المرضى المنقول إليهم هذا الدم[165] ص 206.

ولأجل ذلك يتعين التفريق بين الخطأ العلمي للطبيب والخطأ المسلكي له ، فإهمال الطبيب أو تقصيره في عدم إستكمال جميع أنواع التحاليل، وعدم إتخاذ الإحتياطات الكافية التي تضمن صحة نتائجها يجعل من ذلك خطأ تقوم عليه مسؤولية الطبيب ضمن واجب والتزام بذل العناية المطلوبة في علاج المريض، أما إذا كان الخطأ في عمل التحاليل ناتج عن النقص في مجال العلوم الطبية أو نقص الوسائل ذات التأثير الفعال، والتي من شأنها أن تؤدي إلى نتائج مؤكدة، فإنه يرى البعض أنه لا نسأل الطبيب لأنه لم يرتكب أي خطأ هنا[165] ص 206.

لكن وبسبب التقدم العلمي الكبير في مسائل التحليل ونقل الدم، فقد ذهب القضاء الفرنسي بعدها إلى أن إلتزام الطبيب المتخصص، هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فهو عليه أن يضمن عدم ترتيب أية أثار ضارة على عملية نقل الدم بالنسبة للمتبرعين بدمهم من جهة[270] ، كما يلتزم الطبيب المعالج أو الجراح بضمان سلامة المريض عن طريق نقل إليه دم نقي يتوافق مع فصيلة دمه، ويجب أن يكون سليما خاليا من المرض، فالمريض يطلب السلامة في عملية نقل الدم، ويعد على إثرها الطبيب مقصرا كما أسلفنا بمجرد عدم تحقق ذلك، فإذا قرر هذا الطبيب حاجة المريض للدم وحدّد الكمية المطلوبة، فإن مسؤوليته تقوم إذا أصيب هذا الأخير بأي ضرر نتيجة نقل الدم إليه.

ولا يلزم المريض المصاب بفيروس الايدز مثلا نتيجة نقل الدم الملوث إليه بإثبات خطأ الطبيب، بل يكتفي بإثبات عملية نقل الدم والإصابة بالمرض أين يلقى عبء الإثبات هنا على عاتق الطبيب، وذلك بالنظر إلى أن أساس إلتزامه الذي يتمثل في ضمان سلامة المريض عند تحقيق النتيجة المطلوبة فالقاعدة المستقرة لدى الفقهاء هي أينما يكون الإلتزام الواقع على المدين هو إلتزام بتحقيق نتيجة، فإن عبء الإثبات يقع عليه، والمدين هنا الطبيب، حيث لا يجب على الدائن (المريض) إذا لم تتحقق النتيجة التي أرادها أن يقيم الدليل على الإهمال أو الخطأ، وإنما يكفيه تخلف النتيجة التي يهدف الوصول إليها حيث يفترض القانون لصدور خطأ من الطبيب، مجرد أن يثبت المريض أن الغاية المتوخاة من عقد العلاج الطبي التي إلتزم الطبيب بتحقيقها لم يتم إنجازها، لأن عدم تحقق الغاية يفترض أنه يرجع لفعل الطبيب المدين، عندئذ تقوم مسؤوليته عن عدم التنفيذ، وفي هذه الحالة إذا أراد الطبيب الإفلات من المسؤولية ،

عليه أن يثبت عدم صحة هذا الإفتراض القانوني، وذلك بأن عدم تحقق النتيجة المطلوبة إنما كان نتيجة سبب أجنبي الذي لا دخل لإرادته في نشوئه[137] ص220، 221.

وعليه فإن عند نقل الدم إلى المريض فإنه لا يطالب الطبيب بشفائه نتيجة ذلك ، ولكن يطلب منه ألا يحدث نقله إليه علة أو مرض جديد يضاف إلى مرضه الأصلي، حيث يطلب منه السلامة في عملية نقل الدم ذاتها[97] ص 378، فإعتبر بذلك التزام الطبيب، التزاما بتحقيق نتيجة وهي نقل دم سليم بمواصفاته الطبية كلها إلى المريض، لكنه غير ملزم بشفاءه بمجرد نقل الدم، فمضمون النتيجة هنا هي ألا يتعرض المريض لأي أذى أو إضطراب في حالته الصحية، فيعد بذلك الطبيب مسؤولا عن إصابته بأي مرض أو فيروس نتيجة نقل الدم ، ما لم يثبت رجوع إخلاله بالتزامه إلى سبب أجنبي غير منسوب له ، كإثباته مثلا أن الدم المنقول للمريض كان مصدره مركز نقل الدم الذي قام بجمعه وتخزينه قصد توريده للأطباء الخواص والمستشفيات.

لكن ما يمكن قوله هنا أن إلتزام الطبيب في هذا المجال أو في غيره من سائر فروع الطب لا بد أن يتحدد بحالة العلم والقواعد المعترف بها في الفن الطبي حيث لا بد من مراعاة المستوى المهني للطبيب أين يكون على القاضي قبل إسناده أي خطأ للطبيب أن يراعي التطور الهائل في مجال العلوم الطبية كما لا بد عليه التحقق من معرفة ما إذا وقع من الطبيب أي إهمال محقق، ومدى اتخاذه للإحتياطات التي توجب عليه الحذر العادي، كما لابد من معرفة مدى جهله بالقواعد التي يعتبرها الجميع مؤكدة فالواجب على الطبيب أن يكون متابعا لكافة نواحي التقدم الطبي والطرق العلمية المؤكدة التي تساهم بالشفاء والوقاية من تلوث الدم، حتى يستطيع أن يحافظ على سلامة المرضى عامة، والفئة التي يتم نقل الدم إليها خاصة.

وكخلاصة لما سبق نقول أنه يعتبر الطبيب مخطئا إذا أهمل ولم يلتزم الحيطة والحذر من ناحية، أو خالف عن جهل أو تهاون الأصول الطبية الثابتة من ناحية أخرى، فلا شك أنه يمكن بذلك للمريض أن يقيم مسؤولية طبيبه المعالج أو الجراح عن نقل دم ملوث له، لأن هذا الطبيب هو الذي يرتبط معه بالعلاقة التعاقدية التي تفرض عليه الإلتزام بنقل دم مناسب وخالي من التلوث، حيث يسأل وحده عن الأضرار الناجمة على أساس أنه كان في إستطاعته أن يستظهر هذا الأمر لو أنه إتبع الأصول العلمية والفنّية التي تقتضيها اليقظة والعناية اللازمين[97] ص 378، فالطبيب والجهة المعنية ملزمة بنتيجة تحليل الدم والتأكد من خلوه من الفيروسات المعدّية، وإتفاقه مع فصيلة دم المريض، فقد تقدم العلم في مجال التحاليل الطبية، وأصبح الإحتمال معدومًا تقريبا، ففي مجال تحليل الدم تكون النتيجة واضحة ومحددة تماما إلا إذا حدث إهمال من القائم بالتحليل، وهو ما إستند إليه القضاء الفرنسي في أحكامه عندما جعل إلتزام القائم بالتحليل التزاما بتحقيق نتيجة، أين يفترض خطأ الطبيب الذي أجرى التحليل وبالتالي يعفى المريض من إثباته.

وتأسيسا على ما سبق فقد أقيم مبدأعام تقرر وفقه المسؤولية الشخصية للطبيب عن كل عمل من أعماله المهنية ، هو ما أكده المشرع الفرنسي في تقنين أخلاقيات مهنة الطب لسنة 1995 بموجب المادة 64 منه، كما ذهب إليه المشرع الجزائري بدوره ضمن المادة 73 من مدونة أخلاقيات الطب، أين نص على أنه: «عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كل منه يتحمل مسؤوليته الشخصية...»، فكل طبيب منهم يباشر عمله باستقلال وفقا لما نصت عليه المادة 10 من المدونه ، والتي تأكد على ضرورة عدم تخلي الأطباء عن إستقلالهم المهني. وتبعا لذلك يكون الطبيب مسؤول عن أعماله مسؤولية شخصية، سواءا كان طبيب معالج أو جراح أو حتى طبيب مخبري لتحليل الدم.

خطأ المساعدين في مجال نقل الدم: وهم أفراد هيئة التمريض الذين يستعين بهم الأطباء المتخصصون قصد تنفيذ علاجاتهم ، فهؤلاء عادة يخضعون لإشراف الطبيب المعالج أو الجراح وبالتالي إدارة المستشفى أو مركز نقل الدم في حالات خاصة، فإذا صدر منهم خطأ أثناء عمل التحاليل الطبية للدم ترتب عليه إنتقال عدوى مرض للمنقول إليه الدم، فهل يكون هؤلاء مسؤولون عن ذلك بأنفسهم، أو يسأل الطبيب عن أخطائهم؟.

توضيحا لذلك نقول أن الأخطاء التي يرتكبها المساعدون هي نوعان ، أخطاء فنية لا تعتبر الإدارة مسؤولة عنها لأن الطبيب يستقل تماما بأدائها كون الإدارة تفتقر إلى المعلومات الطبية التي تمكّنها من ممارسة واجب الرقابة من جهة وضمانا لتحقق الإستقلال المهني للأطباء من جهة ثانية، كما يمكن للمساعدين أن يرتكبوا أخطاءا أخرى لا تدخل في مجال الأخطاء الفنية، وهنا تكون الإدارة مسؤولة عنها إضافة إلى مرتكبيها.

وإعتمادا على ذلك فإذا كان الطبيب هو الذي قام بإختيار مساعديه فإن مسؤوليته عن أخطائهم التي إرتكبوها قد تكون مسؤولية عقدية عن فعل الغير أو مسؤولية تقصيرية عن عمل الغير، وهذا في ما إذا كان الطبيب مرتبطا مع المريض بعقد أم لم يكن مرتبط معه بأي رابطة عقدية[157] ص 413.

وقد ذهب الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي إلى إعتبار الطبيب مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها المساعدون في حالة ثبوت إهمال الرقابة لدى الطبيب أو عدم إتخاذ الحيطة اللازمة وحسن أداء مساعديه أدوارهم فيها، إلا أن مسؤولية الطبيب هنا لا تنفي مسؤولية المساعدين عن الخطأ الشخصي المرتكب[175] ص 125.

أما عن القضاء فقد اتجهت غالبية المحاكم الفرنسية إلى البحث عن مسؤولية المساعدين من خلال البحث عن علاقة التبعية، وإعتبر الممرض في الأحوال العادية تابع للمستشفى، في حين ذهبت بعض الأحكام الأخرى إلى أن المسؤولية المدنية هنا توزع، حيث يتحمل كل منهم مسؤولية العمل ضمن إختصاصه، على أساس مسؤوليته الشخصية، وهو ما بين لنا عدم إستقرار أحكام القضاء الفرنسي على

إتجاه واحد، حيث تأخذ باستقلالية مسؤولية الطبيب عن مساعديه تارة، ويعتبر المساعد تابعا للطبيب أين يتحمل هذا الأخير مسؤوليته عن أخطائه تارة أخرى[175] ص 126.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص صراحة في القرة الثانية من المادة 73 لمدونة أخلاقيات الطب السابقة على أنه:«...المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهما وتحت مسؤوليتهما»، أين أكدّ على مسؤولية الطبيب عن أعمال مساعديه الذين يختارهم فقط، في حين قرر مسوؤلية المساعدين الشخصية عن أخطائهم تطبقا لمبدأ الإستقلال المهني للأطباء من جهة، وارتكازا على عدم اختيار هؤلاء من قبل الأطباء من جهة ثانية، فالمساعدون العاملون بالمستشفيات العامة أو حتى الخاصة، وغير المختارون من قبل الأطباء، تكون مسؤوليتهم هنا مسؤولية شخصية عن أخطائهم المهنية، حيث تقوم بذلك مسؤوليتهم إلى جانب مسؤولية المستشفى كمتبوع عن أعمال تابعه[279]. حيث يقع على مساعدي الطبيب هنا إلتزام بتحقيق نتيجة عند نقل الدم للمريض، شأنهم في ذلك شأن الأطباء المتخصصون.

ومن كل ما سبق يتضح لنا أنه وبصورة عامة أنه يجب أن نعمد إلى تحليل العقد الذي يربط المريض بالطبيب، فإذا إتضح أنه هناك علاقة تعاقدية بينهما لا تجعل الطبيب يأخذ على عاتقه إلتزاما ببذل عناية وتحقيق نتيجة معينة، فإنه في هذه الحالة، يعتبر هذا الأخير مسؤولا عما يرتكبه مساعدوه من أخطاء مسؤولية عن فعل الغير، أما إذا لم يرتبط الطبيب بعلاقة عقدية مع المريض، أو كان عاملا بمستشفى عام كغيره من المساعدين في هذه الحالة، فإن المسؤولية هنا تكون مسؤولية تقصيرية لا عقدية تثار فيها مسؤولية المساعدين الشخصية إلى جانب مسؤولية المستشفى عن أخطائهم، تطبقا لتحقق علاقة التبعية بذلك، وهو ما يطبق على علاقة الطبيب بمساعديه الذين إختارهم لتحقق رابطة التبعية عند القيام بأعمالهم، ويكون بصفة عامة على حالة عملية نقل الدم للمرضى، باعتبارها عمل طبي لا يمارس إلا بإشراف وتوجيه الأطباء وتحت مسؤوليتهم.

2.2.1.1.1.2. خطأ المستشفيات في مجال نقل الدم

كما هو معلوم أن المؤسسات الاستشفائية نوعان مؤسسات عامة وأخرى خاصة، وقصد تحديد صورة الخطأ الصادر عن هذه الأخيرة في مجال نقل الدم فلا بد في هذا الصدد من التعرض لخطأ تلك المستشفيات بالنظر إلى طبيعتها في كونها مؤسسة عمومية أو خاصة .

فبالنسبة للمؤسسات الاستشفائية العامة، نجد أن تعامل المريض مع هاته المستشفى يكون على أساس تعامله مع شخص معنوي كما نعرف، وهو غير حر في إختيار طبيبه المعالج أو الجراح ، فهذا الأمر تنظمه القوانين واللوائح والتعليمات، كما أنه لا يوجد عقد بين هذا الطبيب العامل بالمستشفى والمريض المنتفع بخدمة المستشفى كمرفق عام طبقا للقانون، وعليه لا يمكن مساءلة الطبيب عن الضرر

الذي يصيب المريض هنا إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لكن ما هو وضع المستشفى القانوني عندما يرتكب أحد الأطباء خطأ أثناء قيامه بوظيفته أو بسببها؟ ، كأن ينقل للمريض دم ملوث بالمستشفى من طرف طبيب عامل بها .

تطبيقا للقواعد العامة بشأن المسؤولية المدنية، فإنه يطبق بشأن هذه الحالة أحكام المسؤولية التقصيرية، وبصفة خاصة قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع عند توفر شروطها وذلك بوجود علاقة التبعية بين الطبيب المخطئ والمستشفى العام، فيكون للمريض هنا حق الرجوع على المستشفى بإعتباره متبوعا يسأل عن إهمال تابعه الطبيب[181] ص 127، كما يمكن للمستشفى بعد ذلك الرجوع على الطبيب.

وبخلاف المستشفيات العامة، فإن إلتجاء المريض إلى المؤسسات الإستشفائية الخاصة أو العيادات الخاصة يكون بناءا على عقد ولو ضمني بينه وبين إدارتها (عقد إستشفاء)، وبالتالي فإن مسؤولية المستشفى الخاص هنا عن فعل الطبيب هي عقدية وليست تقصيرية، فهي مسؤولة عن عدم تنفيذ الإلتزام بالعناية الطبية الملقاة على عاتقها، ويكون الطبيب بذلك تابعا لها كونه يعمل بها، لكن خطئه في مجال عملية نقل الدم للمريض يرتب مسؤوليته الشخصية ؟. لكن هل يسأل المستشفى عن ذلك؟

لقد أقر القضاء الفرنسي مسؤولية المستشفى الخاص عن كل ضرر يصيب المريض أثناء وجوده بها، كما أقر بأن إلتزام المستشفى بنقل دم للمرضى الموجودين بها ،هو التزام بتحقيق نتيجة مفادها سلامة الدم المنقول وخلوه من الأمراض أو الفيروسات المسببة للضرر، وما يبدو لنا أن الطبيب حتى وإن كان يتمتع بقدر من الإستقلالية أثناء ممارسته لعمله الطبي، إلا أن ذلك لا يحول دون مساءلة إدارة المستشفى الخاص عن أخطاءه ، كون هذه الأخيرة يقع عليها عبء إختيار الأطباء المكفوئين للعمل فيها.

لكن هل يمكن مساءلة المستشفى كإدارة عن الخطأ الناتج عن عملية نقل دم ملوث للمرضى؟ وبصيغة قانونية نقول : هل يمكن أن تقوم مسؤولية الإدارة إستنادا إلى الخطأ الواقع منها متى نتج عنه ضرر للغير ؟ وما هي طبيعة هذا الخطأ الذي يؤدي إلى إنعقاد مسؤولية الإدارة ؟ .

في هذا الصدد نقول أنه بموجب أحكام القضاء الفرنسي فإن الخطأ الذي تحدده القواعد المدنية للمسؤولية هو عبارة عن خطأ ينصرف إلى خطأ الشخص الطبيعي (كالأطباء ومساعديهم) ولا يمكن أن ينصرف إلى الأشخاص الإعتبارية (المستشفى)، وتبعا لذلك فقد رفض هذا القضاء تطبيق نظرية الخطأ المدني على مسؤولية الإدارة ولجأ إلى التمييز بين الخطأ المرفقي (Faute de Service)، والخطأ الشخصي (Faute personnelle)، حيث جعل مسؤولية الإدارة قائمة على أساس الخطأ المرفقي (المصلحي) ولا تكون مسؤولة إذا كان الخطأ بطبيعته خطأ شخصي قام به أحد تابعيها (موظفيها). وهوما ذهب إليه المشرع الجزائري في أحكامه القضائية أين نجده يميز بين الأخطاء المرفقية والشخصية للموظفين في الإدارة ، كما تجمع التطبيقات القضائية للقضاء الإداري عامة أن الخطأ

المرفقي هو ذلك الخطأ الذي ينسب إلى الإدارة ذاتها حتى ولو قام به ماديا أحد تابعيها[63] ص 91، بإعتبار الإدارة شخص معنوي يمارس أنشطته بواسطة شخص طبيعي موظف بها، أين يمكن لهذا الخطأ أن يظهر بأساليب متنوعة فيمكن أن يكون في شكل التنظيم أو التسيير السيئ للمرفق عن طريق الأداء السيئ للخدمة أو الإمتناع عن أداء الخدمة أو التباطئ في أدائها.

وأقر مجلس الدولة الفرنسي سابقا إمكانية قيام كل من الخطأ الشخصي للموظف (الطبيب) مع الخطأ المرفقي له، حيث يقوم هذا الأخير بإرتكاب الخطأ بوسائل وأدوات المرفق العام (المستشفى) فيشترك الخطأن بذلك في إحداث الضرر[62] ص 194.

والمستشفى بذلك وإضافة إلى مسؤوليته عن خطأ الطبيب، يسأل عن كل خطأ يقع في تنظيم وحسن سير العمل به، وفي تقديم العناية والرعاية اللازمة للمرضى، هذا إضافة إلى حسن سير أجهزة المستشفى ونظافة الآلات المستعملة ونظافة وصحة الأغذية المقدمة للمرضى، وكذا حالات التأخر أو الإهمال في إستقبال المرضى وتقديم العناية اللازمة لهم، كذا سوء تواصل الأطباء بالممرضين والإستعمال السيئ للمواد الطبية والحرص على سلامة ونظافة المواد العلاجية المقدمة للمرضى، كالدم وسائر السوائل ومواد الحقن العلاجية...الخ.

وتقوم مسؤولية المستشفى كشخص معنوي قائم بذاته عن كل خطأ في تسيير المرفق والذي تكون نتيجته ضرر يصيب المرضى المعالجين به، فعدم نظافة وسلامة الدم المنقول للمرضى أو تلوثه، والذي يؤدي إلى إلحاق أضرار خطيرة بهم، يثير مسؤولية المستشفى التقصيرية كمرفق عام على أساس الأداء السيئ للخدمة والذي يشكل خطأ ينسب إليها مباشرة، أين نشير في هذا الصدد إلى قرار مجلس الدولة الجزائري وهو القرار الوحيد الذي أمكن الحصول عليه ، قصد تبيان موقف القضاء فيما يخص مسؤولية المستشفى كمرفق عام من عملية نقل دم ملوث، حيث تتلخص وقائع القضية فيه، في أن سيدة دخلت القطاع الصحي ببولوغين بالجزائر العاصمة قصد إجراء عملية ولادة قيصرية بالمستشفى بتاريخ 2002/05/03 ، وإثر ذلك تم حقنها بصفة مستعجلة بدم غير مراقب تبيّن لاحقا أنه مصاب بفيروس التليف الكبدي نوع (Verus Hépatite C) ، رفعت السيدة المصابة دعوى قضائية ضد القطاع الصحي وبتاريخ 2005/02/15 ، أصدرت الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر قرار قضت فيه بإلزام القطاع الصحي (مستشفى بولوغين) بدفع تعويض للمدعية قدره 500 ألف دينار عما لحقها من أضرار، على إثر ذلك إستأنف القطاع الصحي ببوغين ممثلا في مديره العام قرار التعويض ، فألغي القرار سنة 2006 بعده رفعت السيدة إستئناف إلى مجلس الدولة سنة 2008، أين أقر مجلس الدولة في 2008/04/30 بمسؤولية القطاع الصحي وأكد ثبوتها، مما جعله يحمّله تبعه الأضرار المادية والمعنوية التي أصابت المريضة، وبالتالي منحها تعويض عادل عن ذلك[285].

وبذلك فقد أقر القضاء الجزائري مسؤولية المستشفى كإدارة على أساس ثبوت الخطأ في جانبها إذا كان هذا الخطأ مجسدا في إحدى حالات التنظيم أو التسيير السيئ للمرفق العام، وإعتبر بذلك المستشفى مسؤولة عن الأخطاء الواقعة بسبب الإخلال في تنظيمها أو تسييرها حتى ولو كان من قام بذلك الخطأ ماديا أحد الأطباء أو أفراد هيئة التمريض التابعين لها، فالخطأ هنا مرفقي يرتب مسؤولية إدارية، يستطيع المستشفى نفيه إذا أثبت وجود سبب أجنبي، كإثباته أن الدم الملوث المنقول للمريض قد تم إحضاره من مركز نقل الدم مباشرة قصد الإستعمال، وأن المستشفى هنا غير ملزم بتحليله وفحصه مرة ثانية على أساس عقد التوريد المبرم مع المركز المختص بجمع وتخزين الدم، والذي يلقى على عاتقه كما سنرى إلتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في وصول دم نظيف وسليم إلى المرضى.

3.2.1.1.1.2. خطأ مراكز نقل الدم

غالبا ما يرجع الطبيب المعالج أو الجراح في عيادته الخاصة أو بالمستشفى إلى مركز نقل الدم، بمقتضى عقد مع ذلك المركز قصد حصوله على دم سليم ونظيف وخال من الأمراض أو الفيروسات[196] ص 75.

فمركز نقل الدم هو هيكل أداري يقوم ببعض الأنشطة الخاصة، حيث يستقبل المتبرعين لجمع الدم من جهة كما يقوم بتوريده إلى كل من العيادات والمستشفيات من جهة ثانية، وإستنادا على ذلك قد يكون خطأ المركز مرتبطا بعملية التبرع بالدم، كما قد يكون بمناسبة توريد هذا الدم وتوزيعه.

خطأ المركز بمناسبة عمليات التبرع بالدم: هي تلك العمليات التي تنحصر مهمة مركز نقل الدم فيها في إستقبال المتبرعين وإجراء الفحوصات الطبية لهم للتأكد من سلامتهم وقدرتهم على التبرع قبل إنتزاع الدم منهم، كما لا بد على المركز من إخضاعهم للمراقبة الصحية لمدة معينة بعد التبّرع تحسبا لأي مضاعف صحي قد ينجم عم عملية التبرع[271].

ضف إلى ذلك فإن مركز نقل الدم بمناسبة عمليات التبرع لا بد عليه من إجراء تحاليل الدم المناسبة لكل من المتبرعين أو المرضى وذلك بواسطة الأطباء العاملين به، والذين يتكفلون بذلك تحت مسؤوليتهم .

وعليه فإن مسؤولية مركز نقل الدم في مواجهة المتبرع مقررة بنصوص القانون[294] ص 234، 235، وهذه الأخيرة أوجدت قرينة قانونية بإفتراض الخطأ في جانب المركز، بحيث لا يطلَب من المتبرع إثبات هذا الخطأ . وهو ما أكده المشرع الفرنسي في نص المادة 1222- 9 من قانون الصحة العامة والتي أكدّت على إلتزام مراكز نقل الدم وتوزيعه بالسلامة وتحقيق نتيجة في مواجهة المتبرع، حيث تنص:« تتحمل المؤسسة الفرنسية للدم، ولو بدون خطأ مسؤولية المخاطر التي يتعرض لها المتبرعون خلال عمليات أخذ الدم»[98] ص 197.

كما ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة 193 مكرر 2 المعدلة بموجب المادة 24 من القانون 08- 13 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها أين نص على أنه:« تضمن مراقبة.....وضمان اليقظة بخصوص.....الدم و.....المؤسسات المختصة في هذا المجال المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما...»، والتي يقصد بها المشرع هنا مراكز نقل الدم كهيكل أداري وحيد مختص في جمع وتخزين وتوزيع الدم ومشتقاته غير الثابتة (المتغيرة)، فهو ملزم بالضمان[98] ص 197.

لكن من خلال المادة السابقة نجد أن المشرع الجزائري قد أوقع على عاتق المؤسسات المختصة بالدم (مراكز نقل الدم وبنوكه) إلتزام بالضمان محله قد يختلف بحسب مضمون العقد المبرم مع المستفيد من هذا الدم، فإذا كانت عملية تبرع بالدم من طرف الأشخاص (عقد علاج طبي)، فإن مضمون الإلتزام يكون بذل عناية ويقظة كإلتزام رئيسي وأساسي عام يقع على عاتق الطبيب المكلف بنزع الدم، أما إذا كانت عملية نقل للدم فإن الضمان هنا هو تحقيق نتيجة محلها تقديم دم نظيف ومناسب وخال من الأمراض والفيروسات، وهو في رأينا ما يجب على المشرع أن يأخذ به في نص المادة 193 مكرر 2 والتي يعاب عليها أنها أخذت بمصطلح ضمان اليقظة كتحديد للإلتزام الذي لا يمكن أن يشمل عملية نقل الدم، بل يشمل عملية التبرع به فقط.

ومما سبق يمكن القول أن إلتزام مركز نقل الدم في مواجهة المتبرع هو التزام بضمان السلامة، حيث نجد أن المشرع يلقي على عاتق المركز المسؤولية، فهو مسؤول عن الضمان والتعويض عن الضرر الناشئ عن أي حالة طارئة أو خطر، كونه يقع عليه التزام بالتأمين الإجباري لعمليات نزع أو نقل الدم وعن كل العواقب المضرة التي يتعرض لها المتبرعون أو المتلقون للدم، وذلك طبقا لما جاءت به المادة 169 من قانون التأمينات الجزائري 95 – 07 المعدل بموجب القانون 06 – 04 لسنة 2006[255] ص 3، والتي تنص:« يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري... أن تكتتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي يتعرض لها المتبرعون بالدم...» ، وهو ما يبيّن أن إلتزام مركز نقل الدم بالضمان يرتب مسؤوليته في حالة الضرر الناشئ ، أين لا يكلّف المضرور في هذه الحالة بإثبات الخطأ في جانب المركز، فالخطأ هنا مفترض والمسؤولية قائمة عند ثبوت عدم تنفيذ الإلتزام (سواء كان ببذل عناية أو بتحقيق النتيجة) فالمدين (مركز نقل الدم) الضامن لا يتخلص من المسؤولية حتى وأثبت السبب الأجنبي (يدفع التعويض عنه المؤمن لديه)، والمسؤولية هنا عقدية طبقا لما ذهب إليه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فإنه لم نجد من خلال بحثنا الأحكام أو القرارات التي تبيّن خطأ مركز نقل الدم بمناسبة عمليات التبرع بالدم، ونحن نرى حسب رأينا المتواضع، وإستنتاجا مما سبق بيانه بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مسؤولية مراكز نقل الدم، أنه يلتزم بالتعويض على أساس الضمان طبقا لما جاءت به المادة 169 من قانون التأمينات السابق ، فيقوم المؤمن لديه بدفع التعويض

نيابة عنه عند عدم تحقق الضمان سواء ثبت وجود الخطأ أم لا، ويقوم الضامن (شركة التأمين) بدفع التعويض ولا يتخلص من المسؤولية حتى ولو أثبت السبب الأجنبي، فمركز نقل الدم هيكل إداري لا يتمتع بالشخصية المعنوية فهو تابع لمؤسسات الصحة العمومية من جهة، وبذلك يكون تابع لوزارة الصحة عامة .

خطأ المركز بمناسبة توريد الدم: إن مركز نقل الدم هو ذلك الهيكل الإداري الذي يقوم كما عرفنا بأنشطة جمع الدم وتحليله وتحديد فصائله، وفصل مكوناته قصد تخزينه وتوزيعه على بنوك الدم التابعة للمستشفيات، أو مرافق الطب الأخرى كالعيادات الخاصة وغيرها.

واعتمادا على ذلك تقوم علاقة قانونية سبق بيانها بين كل من مركز نقل الدم والمستشفى، وهي علاقة عقدية بواسطة عقد توريد الدم، كما تنشأ علاقة بين هذا المركز والمريض المنقول له الدم على أساس إشتراط لمصلحة الغير الذي يشترطه المستشفى العام أو الخاص، حيث يعتبر بذلك المركز ملتزما بتحقيق نتيجة في مواجهة كل من المستشفى والمريض، مضمونها تقديم دم سليم ونظيف وخال من الأمراض المعدّية، فعقب إكتشاف مرض الإيدز وما حمله إلى ساحة القضاء من مشاكل قانونية، أقر القضاء بأن إلتزام مراكز نقل الدم هو إلتزام بتحقيق نتيجة مضمونه سلامة ونظافة هذا الدم، فيعد بذلك مركز نقل الدم مخطئا إذا تخلفت نتيجة الإلتزام، أين يثبت المريض أن الدم المنقول والذي تم توريده للمستشفى أوالعيادة ، كان مصابا بفيروس أحد الأمراض كالايدز أو التهاب الكبد الوبائي C[160] ص 85 ويستطيع بذلك المريض المتضرر أن يرجع على المستشفى طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، والتي توجب عليه إقامة الدليل على خطئه، فتثار مسؤولية المركز هنا بالرجوع إلى تلك الصلاحيات التي ألزمه بها القانون.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، نجد في هذا الصدد القرار الوزاري المؤرخ في 9 نوفمبر 1998، والذي يتعلق بتسوية هياكل حقن الدم، إنشائها وصلاحياتها، والصادر عن وزارة الصحة والسكان، حيث كلف هذا الأخير مراكز نقل الدم (حقن الدم كما جاء في القرار) بعدة مهام وإلتزامات كان أهمها: ضمان المراقبة الطبية للمتبرعين من جهة، وكذا إجراء مراقبة لفصائل الدم والمراقبة المصلية، وضرورة الكشف الإجباري عن مرض الايدز والتهاب الكبدي B و C والسلفس في الدم المتبرع به[270] ، حيث يرتب عدم إجرائه خطأ المركز والذي يستوجب مسؤوليته ، إذا ترتب عن نقل الدم الملوث في هذه الحالة انتقال عدوى أحد تلك الأمراض ، فيسأل مركز نقل الدم عن الإخلال أو التقصير في أداء إلتزامه الذي يعد حقا مباشرا للمريض، أين يستطيع هذا الأخير أن يرفع ضده دعوى مباشرة للمطالبة بحقه في التعويض على أساس الإشتراط لمصلحة الغير. ويكون بذلك مركز نقل الدم مسؤولا مسؤولية عقدية تأسيسا على مخالفة عقد الإشتراط الذي كان مع المستشفى التي يعالج بها المريض.

كما إفتراض الخطأ عند عدم تحقق النتيجة الملقاة على عاتق مراكز نقل الدم، بتوريدها دم نظيف وخال من الأمراض والفيروسات ، يفرض على مراكز نقل الدم خاصة وكذا كل من الأطباء و مساعديهم والمؤسسات الاستشفائية ضرورة مراعاة الدقة والحيطة والحذر في عملية جمع وتخزين وتوزيع الدم، فيجب عليهم إجراء الفحوصات والتحاليل اللازمة سواء على المتبرعين للتأكد من خلوهم من الأمراض، كما يلزمهم بالكشف إجباريا عن تلك الأمراض المعدية والفتاكة والخطيرة في الدم المتبرع به قبل تخزينه وهذا باستعمال أجهزة طبية عملية متطورة لحفظ الدم بعيدا عن التلوث.

3.1.1.1.2. إثبات الخطأ في مجال عملية نقل الدم

إن المقصود بالإثبات هو إقامة الدليل بوسيلة من الوسائل القانونية على صحة الوقائع التي تسند الحق أو الأمر القانوني المدعى به، وعبء الإثبات هو واجب الخصم في إقامة الدليل على صحة ما يدعيه، فواجبه إقناع القاضي بالوسائل التي يحدّدها القانون على صحة ما يدعيه وينازعه فيه خصمه[183] ص 23.

وفي مجال المسؤولية عن الأخطاء الطبية عامة يعتبر المريض هو المتضرر بفعل الخطأ الطبي هو المدعي، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات ذلك الخطأ في جانب الأطباء أو المستشفيات، عن طريق الوسائل القانونية المناسبة.

ولأجل توضيح كيفية الإثبات في مجال الخطأ الطبي عامة وعمليات نقل الدم خاصة، نرى من الضروري التطرق إلى مايلي:

أولا : عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال عملية نقل الدم

ثانيا : سلطة القاضي ودورالخبرة الطبية في إثبات الخطأ في مجال عملية نقل الدم

1.3.1.1.1.2. عبء لإثبات الخطأ الطبي في مجال عملية نقل الدم

يقع عبء الإثبات وفقا للقواعد العامة في المسؤولية على المدعي، وهذا عملا بالمادة 323 من القانون المدني الجزائري والتي تنص:« على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ».

وهذه المادة تتضمن قاعدة عامة ينصرف حكمها إلى كافة أنواع العلاقات القانونية، منها حالة قيام المسؤولية الطبية، والتي يكون فيها المريض المتضرر هو المدعي، أين يتجه القضاء المدني والإداري إلى إلقاء عبء الإثبات عليه .

وتطبيقا لما سبق توضيحه في أن العلاقة بين المريض والطبيب هي علاقة عقدية، فيكون إلتزام الطبيب هو إلتزام عقدي، أين يوصف عدم تنفيذ إلتزامه الناشئ عن العقد بالخطأ العقدي ومسؤوليته هنا بالمسؤولية العقدية[327] ص 7، فإنه في المقابل هناك حالات إستقر الفقه والقضاء على أن تكون فيها

مسؤولية الطبيب تقصيرية، وبينما يقع على الدائن في المسؤولية التقصيرية إثبات الخطأ الذي يقيّمها، لا يكون عليه في المسؤولية العقدية عبء إثباته بل يكفي أن يقيم الدليل على وجود العقد، وبالتالي قيام الإلتزام في ذمة المدين ليكون على هذا الأخير أن يثبت تنفيذه للإلتزام أو رجوع عدم تنفيذه إلى سبب أجنبي عنه فكان لا بد من تبعا لذلك التمييز في مجال عبء الإثبات بين طبيعة إلتزام الطبيب في العلاقة الطبية أين يوجد نوعين من الإلتزامات التي يمكن أن تلقى على عاتق الطبيب، وهي الإلتزام ببذل العناية والإلتزام بتحقيق نتيجة، فعند إلتزام الطبيب ببذل العناية يكون المريض في هذه الحالة هو الملزم بإثبات تخلف الطبيب عن الوفاء به[181] ص 178، سواء كانت مسؤولية الطبيب عقدية أو تقصيرية.

أما إذا كان إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة، فإنه يكفي لإقامة مسؤولية الطبيب إثبات الإلتزام الذي يقع على عاتقه، بالإضافة إلى حدوث الضرر[71] ص 83.

عبء الإثبات في الإلتزام ببذل العناية: إن الأصل أن إلتزام الطبيب نحو مربضه هو إلتزام ببذل عناية، حتى ولو وجد عقد يربط المريض بالطبيب، وهو الأمر الذي يرتب على عاتق المريض الذي يدعي حصول الضرر بسبب خطأ أن يثبت هذا الخطأ المتمثل في إثبات إنحراف في سلوك الطبيب، أين يقاس سلوكه بسلوك طبيب وسط من نفس مستواه المهني، فيكون على المريض أن يثبت من جانب الطبيب إهمالا معينا، أو إنحرافا عن أصول المهنة، فإذا أثبت ذلك كان إثباتا لخطأ الطبيب، ويستحق المريض بذلك التعويض[190] ص 561، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذ إلتزامه وتقاعسه في بذل العناية اللازمة يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه.

وعلى هذا الأساس فخطأ الطبيب لا يجوز إفتراضه لمجرد إصابة المريض بالضرر ولكنه واجب الإثبات، ويستطيع الطبيب أن ينفيه بإثبات العكس أي بإقامة الدليل على أنه بذل في تنفيذ إلتزامه ما ينبغي من العناية[124] ص 65، كما يمكن له إثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة، خطأ الغير أو خطأ المضرور.

عبء الإثبات في الإلتزام بتحقيق نتيجة: لقد عرفنا سابقا أن هناك من الأعمال الطبية التي اكتسبت معطيات علمية تقنية ولا مجال لفكرة الإحتمال فيها، والتي يدخل في مضمونها التحاليل الطبية للدم وعمليات نقله إلى المرضى المحتاجين له، حيث تكون النتائج فيها مؤكدة، فأصبح إلتزام الطبيب فيها إلتزاما بتحقيق نتيجة هي نقل دم سليم ومناسب وخال من التلوث للمريض.

وطبقا للقواعد العامة في الإثبات فإنه يتعين على المريض هنا أن يثبت وجود الإلتزام الذي يترتب على عاتق الطبيب، ثم عدم تحقق النتيجة أو حدوث الضرر[181] ص 178، فمجرد عدم تحقق النتيجة يعني الإخلال بالإلتزام أو عدم تنفيذه، وبالتالي يصبح خطأ الطبيب مفترضا وغير قابل لإثبات العكس، كما لا يمكن للطبيب التخلص من المسؤولية إلا إذا أقام الدليل على تنفيذ الإلتزام، أو أن عدم تنفيذه يرجع إلى سبب أجنبي أو خطأ المريض نفسه[155] ص 236.

وهكذا فإن عبء إثبات الخطأ الطبي الناجم عن إخلال الطبيب في تحقيق نتيجة إلتزامه، إنما يقع على الطبيب نفسه، وهذا كون أن الخطأ مفترض هنا، فيعفي المدعي من إثباته وليس عليه سوى إثبات وجود ذلك الإلتزام الطبي بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإن تطبيق هذا الإلتزام في مجال عمليات نقل الدم، يكون بإثبات الضرر من طرف المريض الذي نقل إليه الدم ، فالطبيب يقع عليه إلتزام بنقل دم سليم ومناسب وخال من الفيروسات التي قد تضيف له مرض جديد أو عدوى لم يكن مصاب بها من قبل، وأن ثبوت وجود المرض يدل على عدم تحقق النتيجة المنتظرة من عملية نقل الدم، وهي الإلتزام بسلامة المريض دون الإلتزام بشفاءه، مما يدل في هذه الحالة على وجود خطأ طبي وثبوت تحققه في جانب الطبيب أو المستشفى أو حتى مركز نقل الدم كجهات متدخلة في عملية نقل الدم، فالمسؤولية هنا مفترضة قد تكون عقدية أو تقصيرية، وسواء كانت شخصية أو عن فعل الغير.

وكخلاصة لما سبق، نقول أن محل الإثبات والذي هو الخطأ المنسوب إلى الطبيب المدعى عليه يمكن إثباته بكافة الوسائل، لكن رغم هذا فإن ذلك يشكل عبأ حقيقيا على عاتق المريض، فهو أمر صعب يرجع إلى الطبيعة الخاصة بالخطأ الطبي، والذي يتميز بالتعقيد العلمي خاصة إذا كان الخطأ فنيا فالمريض غالبا ما يكون جاهلا بخبايا الطب وتقنياته، مما يصعب عليه إثبات هذا الخطأ[206] ص 64، ففي الإلتزام الخاص ببذل العناية من الطبيب، نجد أن هناك صعوبة في إثبات تخلف الطبيب عن القيام بواجب بذل العناية المطلوبة واليقظة المطابقة للأصول العلمية والمستقرة، حيث يكون الإثبات هنا من المريض بأن يقدّم دليلا على عدم إتيان الطبيب قدر العناية المطلوبة، وبالتالي يكون محل الإثبات أمر لا مظهر خارجي له يمكن أن يفصح عنه[211] ص 99، 100، كذلك هو الحال إذا كان الإلتزام بتحقيق نتيجة، حيث يكفي المريض هنا إثبات وجود الإلتزام وعدم تحقق النتيجة، وهو ما يمكن أن يتعذر على المرض في بعض الحالات كعدم اقتناع القاضي بأدلة المريض أو كونها غير مؤكدة (كالحالة إدعاء المريض لإصابته بمرض الايدز أو التهاب الكبد عن طريق الدم المنقول له من الطبيب أو المستشفى).

ولكون الخطأ الطبي كما نعرف ذو طبيعة فنية وتعقيد علمي، مما يؤدي إلى صعوبة إثباته، فيكون للقاضي عندئذ أن يتدخل قصد تقدير تلك الأخطاء في نطاق معين.

2.3.1.1.1.2. سلطة القاضي ودور الخبرة الطبية في إثبات الخطأ في مجال عملية نقل الدم

يعتبر تشخيص المرض ووصف العلاج والسير فيه من أدق الأعمال الفنية التي يقوم بها الطبيب، حيث يتعين على المريض المضرور أن يثبت للقاضي بإهماله وعدم حيطته ويقظته قد خالف بصورة أكيدة المعطيات العلمية وأصول المهنة المستقرة، في حين يسهل على القاضي أن يتبين بنفسه خطأ الطبيب فيما يتعلق بأعماله المادية، لكن ذلك يكون أصعب بالنسبة للأعمال المهنية الفنية.

ويتمتع القاضي المدني بسلطة تقديرية واسعة في شأن إستخلاص الخطأ وتقدير الوقائع، حيث تكون سلطته وحده ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، أما عن إعطاء الوصف لهذه الوقائع المطروحة أمامه إذا كانت تشكل خطأ أم لا، فهي من المسائل القانونية التي تبسط المحكمة العليا سلطتها ورقابتها على قاضي الموضوع بشأنها[123] ص 202.

كما ينحصر دور القاضي في الإثبات هنا في التحقق من حدوث الوقائع التي أثبتها المريض المضرور على الطبيب أو المستشفى، وأن يتأكد من وصف الخطأ على تلك الوقائع، حيث لا يحكم ثبوت الخطأ الطبي إلا بعد أن يتحقق لديه اليقين الثابت بوجوده، فمهمة القاضي هي مهمة صعبة خاصة في المسائل العلمية أو الفنية والتي لم تستقر قواعدها الطبية، كتلك المسألة المتعلقة بعملية نقل دم ملوث للمريض، وكيفية إثبات وجود خطأ في جانب أحد الأطراف المتدخلة بها لتبرير قيام المسؤولية عن ذلك.

فالقاضي رغم خبرته وكفاءته لممارسة مهمته في ذلك، إلا أن ذلك يبقى صعبا ومستحيلا، وهذا راجع لعدم إلمامه بمعطيات الفن الطبي، فالقاضي لا يستطيع مواجهة مثل تلك الأخطاء المهنية والفنية التي تمثل خروجا عن أصول المهنة ومخالفة لقواعد العلم، حيث يتعذر عليه التكييف السليم لمدى صحة عمل الطبيب الفني أو التقدير الكافي لخطئه في هذا المجال، وهو ما يفرض عليه الإستعانة بأهل الخبرة لتكملة قناعته في الأمور التي يجهلها.

دور الخبرة في إثبات الخطأ الطبي**:** إن عدم خبرة القاضي بالمسائل الفنية الطبية هي التي تبرر إستعانته بشخص من أهل المهنة ليوضح له المسائل الفنية التي يثيرها النزاع المعروض عليه، والخبرة الطبية لا تكون إلا تكملة ضرورية لخبرة القاضي في المجال الذي يجهله، فالخبرة هي طريق من طرق الإثبات في قضايا المسؤولية الطبية بنوعيها المدنية والجنائية، والقاضي له سلطة في تعيين الخبراء، ولا دخل للأطراف في ذلك، وليس لهم إلا الطعن في خبرتهم أو مناقشة ما خلصوا إليه من نتائج[32] ص **123.**

وتعتبر الخبرة الفنّية إحدى طرق الإثبات التي يستعان بها لتقدير وإثبات وقائع ومسائل في المجال الطبي ،أين يتحدد دور الخبير ومهمته بصفة عامة في بحث الأساليب التي أدت إلى حدوث الفعل الضار، ومدى الإهمال الذي إرتكبه الطبيب وما كان ليرتكبه طبيب يقظ في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب موضوع المساءلة، كما على الخبير أيضا أن يتحرى في حالة المريض والظروف والعوامل التي أثرت في المرض والأضرار التي أصيب بها المريض جراء الفعل الضار، وهل هي أضرار حتمية للمرض أم أعراض جديدة غير منتظرة[114] ص **217.**

وتهدف الخبرة الطبية في إطار المسؤولية التي تبنى على الخطأ إلى البحث عن الخطأ وكل ما يدور من إشكالات وتساؤلات حول وجوده ونتيجته ودرجته، وكذا علاقته بالضرر[138] ص **117.**

وللخبرة في المجال الطبي دور هام ، فهي عمل فني يتمثل في تقديم الرأي والمشورة للقضاء بمناسبة نزاع متعلق بعمل طبي[318] ص 1، لذلك هي وسيلة فنية مساعدة للقضاء عن طريق فحص ودراسة الأفعال التي يترتب عنها الضرر، وكذا شرح القواعد الفنية الواجب مراعاتها في تحليل الواقعة محل النزاع، إلى جانب تطبيق المعطيات الفنية المناسبة لذلك[230] ص 96.

سلطة القاضي في إثبات الخطأ في مجال عملية نقل الدم: من المستقر أن القاضي غير ملزم بالتقيد بما أثبته الخبير ولا بالنتائج التي يخلص إليها، وفي بعض الأحيان قد يجعل القاضي في إعتباره وحسبانه تقرير الخبير بل يحدث أن يشير صراحة في حيثيات حكمه لها ورد في تقرير الخبير، وهو ما يبيّن أن التقرير هنا يعتبر عنصرا هاما من العناصر التي يستعين بها القاضي في تقديره القانوني للخطأ الطبي الفني. لكن يبقى أن نشير أن للقاضي إتجاه تقرير الخبير وما توصل إليه من نتائج سلطة تقديرية لا رقابة عليها تمكنه من رفضه، لكنه في المقابل وإذا ما قرر بمقتضى هذه السلطة أن يأخذ بهذا التقدير فإنه يجب عليه أن يأخذ به كما هو دون تحريف، وذلك بالنظر للطبيعة الفنّية لعمل الخبير.

وقد تعرض المشرع الجزائري لموضوع الخبرة في نصوصه القانونية المختلفة ، فنجده خصها بالمادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث تنص : « تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة تقنية وعلمية محضة للقاضي»، كما نصت المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية على الخبرة حيث جاء فيها:«لجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني، أن تأمر بندب خبير...»

كذلك قد تعرضت مدونة أخلاقيات الطب الجزائري في مادتها 95 إلى الخبرة الطبية على وجه الخصوص، وذلك بنصها:« تعد الخبرة الطبية عملا يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان، الذي يعينه قاضي أو سلطة أو هيئة أخرى مساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية ثم القيام عموما بتقديم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية».

ويتبين لنا من خلال هاته المواد إهتمام المشرع بالخبرة كوسيلة إثبات عامة، والخبرة الطبية خاصة وذلك من خلال أحكام وقرارات القضاء في ذلك، حيث إعتمد القضاة في كثير من أحكامهم على نتائج الخبرة الطبية في نطاق مسؤولية الأطباء والمستشفيات عن أخطائهم .

ويستقل القاضي في التكييف القانوني للسلوك الفني للمسؤول، فهو غير مجبر على إتباع ما توصل إليه الخبير من نتائج وفرضيات هذا إلى جانب أن للقاضي سلطة تعيين خبير آخر إذا رأى أن القضية أو المسألة تستلزم الإستعانة بأكثر من خبير[256]، وفي كل الأحوال فإن القاضي في النهاية له السلطة في تأسيس حكمه على تقرير الخبرة بشرط تسبيب إستبعاد نتائجها[256].

لكن ما يجدر بنا الإشارة إليه هنا أن الحصول على تقرير موضوعي من الخبير تعترضه عدة صعوبات موضوعية وأخرى شخصية ، فمن الناحية الموضوعية ليس من المؤكد أن يكون بمقدور الخبير المكلف ببيان أوجه خطأ الطبيب المسؤول من الناحية الفنية أن يقدّر على نحو دقيق الموقف الذي

وجد فيه الطبيب محل المساءلة[138] ص 115، كما أن المريض في هذا المجال قد يتعامل مع عدة جهات أحيانا، تضع الخبير في حيرة عن من هي الجهة المسؤولة عن الضرر، والتي يجب عليه بيان وإثبات خطئها.

أما من الناحية الشخصية فترجع إلى عدم حياد التقارير التي تقدم بواسطة الخبراء، فالخبرة الطبية تعاني من نظرة الشك إليها من قبل غير المتخصصين نظرا لإمكانية وجود تضامن بين أبناء المهنة الواحدة على نحو يسمح بتغاضي الخبير عن أخطاء زميله الطبيب محل المساءلة وإيجاد تبرير لها[230] ص 96. ومن ناحية أخرى فإنه نجد أن هناك غموضا قد يحيط بالخطأ المنسوب إلى الطبيب، وهذا الغموض ينتج كأثر لإستعمال القاضي سلطته التقديرية في التعقيب على تقرير الخبير[138] ص 117.

وإعتمادا على تلك الصعوبات شخصية كانت أو موضوعية ، تبنى المشرع الجزائري إحداث هيئة خاصة مهمتها إبراز الأخطاء الطبية في حالة صعوبة تحديدها من طرف القاضي تحت إسم " المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب".

لقد إستحدث المشرع هذه الهيئة بموجب الفقرة الأولى للمادة 168 من قانون حماية الصحة، حيث ألقى على عاتقه مهمة إبراز الأخطاء الطبية في حالة وجود صعوبة في تحديدها، أين يكون لها المهام الأساسية الخاصة بالتوجيه والتأديب والإستشارة التقنية في ذلك، وهذا عندما تطرح دعاوى المسؤولية الطبية، وبالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري في مجال مسؤولية الأطباء بصفة عامة، نجد أنه لم يحسم الأمر في مسألة إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، فذهب بشأن ذلك إلى إختصاص المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب بشأن تحديد وإبراز هذه الأخطاء المهنية. حيث تلجأ المحاكم أساسا إليه من أجل أن يقدم لها الرؤية العلمية للمسألة المطروحة بغية تنوير القاضي بالمسائل التي تحتاج إلى توضيح الخطأ الطبي إعتمادا على معطيات علمية ليصل إلى إثبات أو نفي الخطأ وبالتالي المسؤولية[152] ص 87، ويعتمد المجلس الوطني على خبراء متخصصين وترفع شكاوى الأطراف المتضررة إليه بالموازاة إلى المحاكم، قصد طلب التعويض منها .

لكن هل لا بد من ضرورة الإستعانة بالمجلس الوطني لأخلاقيات الطب لإثبات الخطأ الطبي وتقرير المسؤولية المدنية عنه أم لا بد من الإعتداد بتقارير الخبرة الطبية التي يقرر القاضي المختص إنجازها قصد إثبات تلك المسؤولية ؟

من خلال أحكام القضاء نجد أن المشرع قد جعل الإستعانة بالمجلس أمر ضروري وأكيد، لكن في الشكاوى الخاصة بقضايا المسؤولية التأديبية خاصة، أما بالنسبة لقضايا التعويض عن الخطأ الطبي، فلا بد من الإعتداد بتقارير الخبرة الطبية كأصل قصد تقرير المسؤولية والتعويض عنها، فتسري بشأن الأخطاء والمسؤولية هنا القواعد العامة للقانون المدني، ولا يعدو أن يكون تقرير المجلس سوى وسيلة

لتنوير القاضي بالمسائل التي تحتاج إلى توضيح الخطأ الطبي إعتمادا على تلك المعطيات العلمية والفنية خاصة، ولا شأن له بالفصل في النزاع القانوني، فرأيه يفرضه الواقع الخاص للأخطاء الطبية كونها تمتاز بخصائص علمية وفنية، كما أن مهمته تقتصر على التوجيه وتقديم الآراء والتوصيات في كل من المجال المدني وحتى الجنائي للمسؤولية.

ويكون للمجلس دور آخر لا بد من التنويه به وهو الدفاع عن الأطباء الذين إرتكبوا أخطاءا إذا لم تكن متعمّدة، وهو ما لا يحقق حماية للمضرور إذا أسلمنا بأن رأي المجلس يعتمد عليه في قيام المسؤولية من عدمها، وعليه فإن جهل القضاة بالأمور الفنية لمهنة الطب، يجعلهم يستعينون بالخبرة الطبية كأصل وبرأي المجلس الوطني لأخلاقيات الطب كإستثناء وعن سبيل الإستئناس والتنوير فقط.

وتطبيقا لما سبق بيانه في مجال إثبات الخطأ الطبي على عملية نقل الدم الملوث، نقول أن إعتبار الخطأ قي مجال عمليات نقل الدم خطأ فنيا بحتا، هذا يقودنا إلى تأكيد ضرورة الإستعانة بالخبرة الطبية في هذا المجال، حيث لا يمكن تقدير مدى قيام المسؤولية من عدمها أوحدودها إلا بإثبات عدم تحقق النتيجة المنتظرة من عملية نقل الدم والتي تتمثل في حصول المريض على دم مناسب وسليم من الأمراض، فإكتشاف المرض (كالسيدا أو التهاب الكبد الوبائي C) عن طريق اللجوء إلى الخبرة الطبية للمتخصصين في ذلك، يعد دليلا على عدم تحقق النتيجة، وبالتالي يثبت الخطأ في جانب المسؤول عن ذلك وهو الخطأ الذي كانت نتيجته ضرر أصاب المريض المنقول إليه الدم.

لكن قد تكون إصابة المريض بتلك الأمراض لا ترجع إلى الدم المنقول له ، و إنما ترجع إلى سبب آخر يعد من الأسباب العلمية المباشرة لإنتقال تلك الأمراض ، وهذا ما يبيّن عدم إعتبار الخبرة الطبية وسيلة ناجعة مباشرة و دقيقة لإثبات الخطأ في مجال نقل الدم الملوث ، و ضرورة البحث عن وسائل إثبات أخرى لقيام و تأكيد المسؤولية في هذا المجال .

2.1.1. 2. الضرر في مجال عملية نقل الدم الملوث

يعد الضرر ركنا من أركان المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية على السواء ، فلا تقوم هذه المسؤولية إلا إذا تحقق الضرر، حيث لا تتحقق بمجرد وقوع الخطأ أو الفعل الضار، وإنما يجب على المضرور إثبات الضرر الذي لحق به نتيجة ذلك الخطأ، وذلك بجميع وسائل الإثبات باعتبار الضرر واقعة مادية، ويوصف الضرر أنه روح المسؤولية وعلتها التي تدور مع الخطأ وجودا وعدما وشدة وضعفا[58] ص 354 حيث يعد النتيجة الفعلية للخطأ وللفعل الضار الذي إرتكبه المدين .

وقد عرّف فقهاء القانون الضرر على أنه:« ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حريته أو شرفه أو غير ذلك»[157] ص 141، كما يمكن أن يعرّف على أنه الأذى الذي يلحق

بالمضرور نتيجة خطأ الغير وهذا الأذى قد يلحق الشخص في جسمه أو ماله فيكون حينئذ ضررا ماديا وقد يلحقه في سمعته أو شرفه أو شعوره وعاطفته، فيكون بذلك ضررا معنويا أو أدبيا[42] ص 522.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن الضرر واجب التعويض عنه، وقد ألزم المشرع في نص المادتين 124 و125 من القانون المدني المتسبب في الضرر إذا كان مميزا بالتعويض، كما شملت باقي النصوص بأحكامها مختلف حالات وأنواع الضرر دون تحديد أو تمييز.

وتأسيسا على ما تقدم من تعريف، فإننا نقول أن الضرر الطبي يتحقق بإصابة المريض بضرر أثناء عملية العلاج أو من جراءها، والذي يعد عنصرا أساسيا لإثارة المسؤولية الطبية، فهو أثر لخطأ الطبيب أو إهماله بالقيام بواجب الحيطة أثناء ممارسته للعمل الطبي[181] ص 111، أونتيجة لخطأ في تنظيم وتسيير المرفق الطبي.

لكن لا يكفي مجرد حدوث ضرر لإستناد المسؤولية الطبية للطبيب أو المستشفى، فالمقصود ليس الضرر الناجم عن عدم الشفاء أو عدم نجاح العلاج كون أن إلتزام الطبيب هو بذل عناية أصلا، وفي حالات إستثنائية تحقيق نتيجة، فيمكن رغم حدوث ضرر ألا تثور المسؤولية الطبية، إذا لم يثبت أي تقصير أو إهمال أو خطأ من الطبيب أو المستشفى، كما في حالة عملية نقل دم ملوث للمرضى.

وسعيا منا لتوضيح ركن الضرر اللازم لقيام المسؤولية المدنية الطبية عامة وقيامها عن الأضرار الناتجة عن عملية نقل دم ملوث للمريض خاصة، إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول نبين فيه الضرر الطبي وفقا لقواعد العامة للمسؤولية الطبية، فنحدّد صوره وخصائصه وكذا شروط الواجب توفرها فيه. أما الفرع الثاني فسنحاول التعرض فيه للضرر الخاص أو النوعي في مجال عملية نقل الدم حتى نميّز ونفرق صور هذا الضرر عن ما سبق بيانه من أضرار طبية سابقة ، وذلك ضم الفرعين التاليين :

الفرع الأول: الضرر في مجال المسؤولية الطبية

الفرع الثاني: الضرر الخاص (النوعي) في مجال عملية نقل الدم

1.2.1.1.2. الضرر في مجال المسؤولية الطبية

يعتبر وقوع الضرر للمريض عنصرا لازما لإثارة المسوؤلية الطبية، والضرر الطبي نوعان، ضرر عقدي وآخر تقصيري، فالضرر العقدي هو الأذى والتعدي الذي ينشأ عن الإخلال بإلتزام عقدي بين المتضرر وشخص آخر (الطبيب أو المستشفى) أخل به على شكل عدم قيامه به أو التأخر في تنفيذه، أو تنفيذه بصورة معيبة أو جزئية، فهو النتيجة التي تترتب عن الخطأ أو الأثر لعدم تنفيذ بنود العقد أو التأخر في تنفيذه[109] ص 287، 292. أما الضرر التقصيري فهو الأذى الذي يصيب الشخص مما يلزم تعويضه،لأنه يمس حقا من الحقوق أو مصلحة مشروعة، سواء تعلق هذا الحق أو المصلحة بالحياة

أو الحق بالسلامة الجسمانية، أو تعلق بالمساس بالعواطف أو المال أو الحرية أو الشرف[215] ص 87.

وينطبق هذان التعريفان على الضرر الطبي فعند إصابة المريض بضرر قد يكون هذا الضرر ماديا يمس مصلحة مادية، وقد يكون الضرر معنويا (أدبيا) يلحق الأذى بالمضرور في شعوره أو عاطفته أو شرفه، ضف إلى ذلك ضرورة توفر شروط وخصائص لهذا الضرر حتى تقوم مسؤولية المتسبب فيه وسوف نحاول توضيح ذلك فيمايلي:

أولا: أنواع الضرر الطبي

ثانيا: شروط الضرر الطبي

1.1.2.1.1.2. صور وأنواع الضرر الطبي

يقسم الضرر الطبي عامة إلى قسمين: ضرر مادي وآخر معنوي (أدبي).

الضرر المادي: وهو يعرف بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في جسده أو ماله أو إخلاله بمصلحة ذات قيمة مالية[176] ص 114، فيقسم الضرر المادي حسب الإتجاه الحديث لفقهاء القانون إلى الضرر الجسدي (جسماني) وهو الأذى الذي يصيب الجسم والضرر المالي وهو الأذى أو الإعتداء على المال[300] ص 394.

الضرر الجسدي (الجسماني) (Le Dommage Corporal): ويقصد به الأذى الذي يصيب جسم الإنسان، يؤدي إلى تعطيل كل وظائف الجسد أو بعضها وتفوت منفعة الأعضاء[242] ص 35، فالضرر الجسدي سواء تمثل في إصابة أو مرض أو وفاة، غالبا ما يؤدي إلى إنقاص قدرات الإنسان على الكسب المتأتي من العمل، كما أنه غالبا ما يحمّل المصاب نفقات العلاج تتمثل في أثمان الدواء وأجور الأطباء ونفقات المستشفيات والتشخيص والنقاهة والنقل...الخ، وهو الجانب المادي من الضرر الجسدي[237] ص 172، 173.

وقد عرف الضرر الجسدي أيضا أنه الأذى الذي ينتج عن الإعتداء على سلامة وحرمة الجسد البشري بالموت أو الجرح أو الضرب أو المرض، مثال نقل عدوى مرض (كالايدز) من شخص مصاب به إلى شخص سليم[228] ص 146، 147، ويحضى هذا النوع من الضرر بإهتمام بالغ لم يحضى به من قبل وذلك لإزدياد عدد المضرورين من الحوادث الجسدية، وكذا زيادة حجم الأضرار نتيجة لزيادة وتعقد أسبابها، كالحوادث الطبية بالمستشفيات نتيجة نقل الدم الملوث أو إستخدام أدوات وآلات جراحية حديثة ....الخ ، كما يختلف الضرر الجسدي في حالة الإصابة المميتة عنه في حالة الإصابة غير المميتة والتي قد ترتب أضرار مادية بعضها يلحق بالمصاب نفسه والبعض الآخر يتحملها الغير.

الضرر المالي (Le Dommage Patrimonial): إن المساس بصحة الإنسان وسلامة جسده لا يعتبر ضررا ماديا ما لم يترتب عليه خسارة مالية، كالإصابة المعجزة عن الكسب بشكل كامل أو جزئي أوالتي تفرض علاجا مكلّفا ، ويطلق على الضرر المالي أيضا وصف الضرر الإقتصادي Préjudice économique لأنه يمس حقا ذى قيمة مادية، فهو الضرر الذي يصيب الذمة المالية للشخص، فيشمل فوات الكسب وفقد الدخل نتيجة العجز أو المرض ونفقات العلاج ، وما يصرفه المريض أو المصاب من أجل تحسين حالته الصحية وشفاءه وإعادة تأهيله، كأجور الأطباء والمستشفيات وثمن الأدوية ونفقات العمليات الجراحية وتحاليل الطبية والأشعة...الخ، وهي أمور مالية، كما يتولد عن ذلك إخلال بمصلحة مالية لغير المريض أو المصاب ممن يعولهم سواء توفي هذا الأخير أو تعطل عن الكسب.

الضرر الأدبي (المعنوي) (Dommage Moral): ويعرف الضرر الأدبي بالمقارنة مع الضرر المادي بأنه الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية، أو في ذمته المالية[57] ص 137، 138.

ويعرفه الفقيه مازو بأنه الضرر الذي لا ينجم عن خسارة مالية وذلك لأنه يشكل إعتداء على حق غير مالي.

ومنه فالضرر المعنوي هو الضرر الذي لا يمس الذمة المالية وإنما يسبب فقط ألما نفسيا ومعنويا لأن فيه مساس بشعور الإنسان وعواطفه أو شرفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته ومركزه الاجتماعي[55] ص 3 فهو ضرر يخص العاطفة ويمس الشعور ويلحق الآلام ويؤثر على النفس، ويصيب المريض بالأحزان[84] ص 249 وهو كل ما يصيبه في جسمه من أضرار دون أن تنقص من قدرته في العمل كالآلام والجروح والأوجاع. فالضرر الأدبي الناتج عن الإعتداء على جسم الإنسان يقصد به كل تلك الآلام النفسية التي خلفها الإعتداء، أو الفعل سواء منها ما كانت آلاما جسدية (Souffrance physiques) أو آلاما معنوية ناتجة عن حرمان الإنسان من متعة الحياة (Préjudices d'agrement) أو ضرر ناجم عن فقدانها(الوفاة)[86] ص 113، 117.

و بذلك تقسم الأضرار الأدبية الى :

أضرار أدبية متصلة بأضرار مادية ، وهي إعتداء على الشخص يرتب نقص القدرة على العمل والإنتاج ، كما يمكن أن يكون إصابة الشخص في جسمه تسبب أضرار مادية تشمل تكاليف العلاج والعجز عن الكسب المدة اللازمة للشفاء و فوات الفرص المالية[227] ص 171.

أضرار أدبية مجردة من أي أضرار مادية، وهي أضرار ناتجة عن المساس بالجانب العاطفي للذمة الأدبية مثل الألام النفسية[35] ص 347.

الأضرار الأدبية الناتجة عن الإعتداء على القيم المعنوية، وهي أضرار أدبية ناشئة عن الإعتداء على الشرف والكرامة والعرض والأمانة، وتخرج عن نتاج الحقوق المالية ، مع إمكان أن يرتب ذلك خسارة مالية.

وقد عرف المشرع الجزائري الضرر المعنوي في المادة 182 مكرر من القانون المدني، على أنه:«...مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»، أين تعتبر الحرية بالنسبة للمشرع هنا حق ثابت قانونا وقضاءا وهو حق من الحقوق المعنوية التي لا تقدّر بالمال ، كالحق في الصحة الذي يصيب الشخص بضرر أدبي بمجرد الإعتداء عليه ، كما أن الشعور بالمعاناة والعجز ، والمساس بسلامة جسم المريض بأذى هو ضرر معنوي بدوره.

وفي المجال الطبي يتمثل الضرر المعنوي أو الأدبي في مساس الطبيب أو المستشفى بجسم المريض بخطأ طبي يلحق به الأذى، ويبدوا ذلك بالآلام الجسمانية والنفسية (ضرر تـألمي)[208] ص 21، 23، أو ما ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الجسم (الضرر الجمالي)، وهو يختلف من شخص إلى آخر فالضرر الذي يصيب الأنثى ليس كالضرر الذي يصيب الرجل، والضرر الذي يصيب العجوز ليس كالذي يصيب الشاب أو الطفل ، فينظر إلى أثار الضرر من خلال مجال العمل أو الظروف الاجتماعية أو الجسمانية للمتضرر[128] ص 132، فهو ضرر يلحق المريض إثر التدخل الطبي على جسمه أو عند تلقيه الخدمة الطبية من المستشفى تمس بكيانه الجسدي، كحالة نقل دم ملوث له بأحد الأمراض أو الفيروسات.

وإستكمالا لما سبق ينبغي الإنتباه إلى الضرر عامة والضرر الطبي خاصة ماديا كان أو معنويا لا يرتب مسؤولية فاعله وإلتزامه بالتعويض عنه إلا إذا تحققت الشروط الخاصة بذلك الضرر، التي لا بد من التعرض إليها قصد تحديد ماهية الضرر المفضي لقيام المسؤولية عنه، هل هو الضرر المباشر فقط أم حتى غير المباشر؟ هل يجب أن يكون الضرر متوقعا أم لا ؟، و هل لا بد أن يكون محقق الوقوع أم يكفي أن يكون إحتماليا فقط؟، وما مصير الضرر إذا كان متغيرا و غير مستقرا في هذه الحالة ؟ كل هذه التساؤلات سوف تلقى الإجابة عنها فيمايلي:

2.1.2.1.1.2. شروط الضرر الطبي

هناك بعض الصفات والشروط التي لا بد من توفرها في الضرر حتى يستطيع المتضرر أن يطالب بالتعويض عنه، وذلك كون أن بعض الأضرار الطبية على الرغم من وجودها فعلا فهي لا تستوجب التعويض ، فالضرر الطبي يجب أن تتوفر فيه شروط معينة حتى يستحق بذلك المضرور التعويض عنه.

أن يكون الضرر شخصيا: حيث لا بد ـأن يصيب الشخص المطالب بالتعويض، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا، فيكون الضرر شخصيا اذا ما لحق المتضرر بذاته و أدى الى إدخال إرتباك في ذمته المالية أو أثر على معنوياته بشكل سلبي .

ومن المعلوم أن الضرر سواء كان ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو بدنه وهو ما يوصف بالضرر المادي، أو ما يمس الشخص في غير ماله أي في ذمته الأدبية[112] ص 71، إذا ما تحقق فعلا فإنه يصيب الشخص مباشرة سواء في ماله أو جسده أو في كيانه الأدبي ، ومع ذلك نجد في نفس الوقت أن للضرر طريق آخر يسلكه ليصيب من خلاله أشخاص آخرين غير المضرور الأصلي، فيكون بذلك للضرر أثرين، أولهما الأثر المباشر بالنسبة للمضرور الأصلي، وضرره في هذه حالة هو ضرر أصلي وثانيهما الأثر غير المباشر ويتحقق بالنسبة لأشخاص آخرين، حيث يتعدى أثر الضرر الأصلي المضرور ليمتد لأشخاص آخرين فيرتد الضرر وينعكس عليهم متخذا صورة أخرى ووجها جديدا، سمي بالضرر المرتد (Dommage Réfléchi)[121] ص 6.

الضرر المرتد: وهو ضرر تبعي للضرر الأصلي، يتولد عنه في الحالة التي يمتد فيها هذا الأخير لأشخاص آخرين غير المضرور الأصلي، فيكون بذلك الضرر المرتد هو ضرر يقع على غير من يقع عليه الفعل الضار مباشرة، وهو ضرر مباشر يترتب على الفعل الضار ولكنه يصيب شخص آخر غير الذي وقع عليه الفعل[74] ص 26، فيعطي بذلك لمن أصابه هذا الضرر حقا مستقلا بالمطالبة بالتعويض، فهو ضرر شخصي يجب إثباته، فعلى من يدعي الضرر المرتد أن يثبت أن الضرر الذي أصابه هو نتيجة ضرر أصاب المتضرر المباشر.

والضرر المرتد قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا[74] ص 45، 47، فيكون الضرر المرتد ماديا إذا إنعكس هذا الضرر على ذمة المتضرر المالية فيصيب حقا من حقوقه أو مصلحة مالية من مصالحه، أما عن الضرر الأدبي المرتد فهو الذي يصيب العاطفة والشعور، حيث يحل الضرر الأدبي بالمتضرر المباشر، والذي يمكن أن ترتد عنه أضرار أدبية تصيب غيره، فهو ضرر يصيب الخلف شخصيًا بسبب الضرر الذي أصاب السلف[70] ص 186.

ونجد أن المتضررون بالإرتداد هم من ذوي القربى، وهم الأقارب الذين تربطهم بالمتضرر المباشر علاقة قرابة من المعالين، حيث تشمل فئة المعالين من الأقرباء، كل الأشخاص الذين تكون إعالتهم واجبة على المتضرر، كالزوجة والأولاد وأمه وأبيه، والذين حُرموا الإعالة بسبب الضرر.

كما قد يكون المتضررون بالإرتداد الأشخاص الذين تربطهم روابط مالية مع المتضرر، مثل الدائن أو العامل عنده الذي أدى به الأمر إلى البطالة[74] ص 60، 68، فوفاة شخص بمرض إنتقل إليه نتيجة خطأ الطبيب أو المرفق الطبي يحرّم جراء ذلك الورثة من الإعالة ، أين تقوم مسؤولية الطبيب أو المرفق على تعويض هؤلاء عن تلك الأضرار المادية والمعنوية الناتجة.

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع من الضرر في أحكامه وقراراته القضائية ، حيث يعطي حق لكل من ذوي القربى من أب وأم وزوجة وأولاد أو إخوة وأخوات للمطالبة بحق التعويض عن الضرر الناتج عن وفاة مورثيهم أو معيلهم. خاصة إذا كانت ناتجة عن خطأ طبي، وسواء كان ضرر الوفاة ماديا أو معنويا، فإذا مات المضرور نشأ الحق في التعويض عن الضرر، أما إذا ظل حيا، فله وحده الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر مادي أو معنوي، وليس لورثته هذا الحق.

لكن إذا مات المضرور، فإما يكون قد رفع دعوى عما أصابه من ضرر مادي ومعنوي قبل موته ولم يصدر حكم به بعد، فيكون للورثة بصفتهم خلفا عاما أن يواصلوا السير في الدعوى ، أو يكون سلفهم قد مات فورا إثر الحادث، بحيث لم يترك له الوقت الذي يتمكن فيه من رفع دعوى للمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر مادي، وبهذا ينشأ الحق في التعويض عن الضرر ويدخل في ذمة المورث وينتقل إلى الورثة، فيسمى بذلك ضررا موروثا ، فالضرر الموروث هو ذلك الضرر الذي ينتقل من السلف إلى الخلف[70] ص 186، 187.

أن يكون الضرر مباشرا: إن الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعة لعدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه، وهو بذلك ما لم يكن بإستطاعة الدائن تجنبه ببذل جهد معقول، فالأصل في ذلك أن المدين لا يسأل عن الضرر غير المباشر لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية ، ففي المسؤولية العقدية لا يسأل المدين إلا عن الضرر المباشر المتوقع، إلا إذا إرتكب غشا أو خطأ جسيما فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر كله متوقع كان أو غير متوقع ، وتلحق المسؤولية في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية فلذلك يشترط أن يكون الضرر مباشرا ، ويعرف الضرر المباشر هنا أنه الضرر الذي ينشأ عن الفعل الضار، بحيث أن وقوع هذا الفعل شرط لا زم لحدوث الضرر وكافيا لإحداثه ، فالضرر هنا مرتبط إرتباطا وثيقا لا يمكن فصله عن الفعل وارتباطه هنا هو إرتباط وجود وعدم .

كما يعتبر الضرر مباشرا في المجال الطبي إذا كان نتيجة مباشرة لعمل الطبيب، أو لنشاط المرفق الطبي، حيث يعد بذلك الضرر مباشرا إذا كان نتيجة حتمية وضرورية للخطأ، كأن يصاب شخص بمرض معد إنتقل إليه في المستشفى أو العيادة بسب إهمال الطبيب في إتخاذ الإحتياطات والعناية اللازمة وفق الأصول العلمية والفنية لمهنة الطب.

أما الضرر غير المباشر فهو ضرر لا يكون نتيجة طبيعية لخطأ الطبيب أو نشاط المرفق الطبي فهو خارج المجرى العادي للأمور، فيكون بذلك الفعل عاملا غير كافيا لإحداث الضرر لكن تدخل أسباب أخرى قائمة بذاتها هي التي منحت للضرر فرصة حدوثه[66] ص 298، فالضرر هنا لا يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر، حيث تقطع السببية بينه وبين الخطأ، ولا يكون المدعى عليه مسؤولا عنه[77] ص 1037.

لكن يختلف الضرر غير المباشر عن تعدد الأسباب وتسلسل النتائج أو ما يسمى بتعاقب الأضرار ففي حالة تعدد الأسباب لضرر واحد، فالذي تعدّد هنا هي الأسباب التي أدت إلى وقوع ذلك الضرر بينما في حالة تسلسل النتائج، فإن السبب واحد إلا أن الأضرار هي التي تعاقبتن وتولدت عن هذا السبب الواحد، فصارت أضرار متعددة، وقد تمزج الحالتين معا فتتعدد الأسباب وتتعاقب الأضرار، فيعطى لكل منها حكمه، حيث يؤخذ بالضرر المباشر هنا ويترك الضرر غير المباشر. وقد يكون ذلك في مجال الطب، أين يعتبر العمل الطبي بتفرعاته وأنواعه كالتشخيص والعلاج والجراحة ونقل الدم مجالا واسعا لتطبيق الضرر هنا بكل خصائصه وشروطه وأشكاله ومجالاته.

وقد إستقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الضرر المباشر في إطار المسؤولية العقدية دون الضرر غير المباشر، وهو ما تضمنته المادة 182 من القانون المدني حيث نصت:«...ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول...» ، فالضرر المباشر كما عرفنا هو النتيجة الطبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أوللتأخر في وفائه حيث يرتبط بالفعل بعلاقة سببية كافية، إذ لا يستطيع الدائن (المضرور) أن يتوقاه ببذل ذلك الجهد المعقول المتمثل في عناية الرجل العادي، فإذا إستطاع ذلك كان الضرر هنا غير مباشر[70] ص 170.

أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فقد إشترط المشرع هنا توفر علاقة السببية بين الضرر الناتج والخطأ المرتكب، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي، حيث يسأل مرتكب الفعل الخاطئ أو الضار عن الضرر متى كانت هناك علاقة سببية بين الفعل والضرر، أين يلزم من كان سببا في حدوث الضرر بالتعويض.

وبذلك نخلص أنه قد إستقرت التشريعات والقضاء على وجوب المساءلة عن الضرر المباشر الذي لا يستطيع المصاب أن يتوقاه ببذل جهد معقول، في حين لا يجوز المساءلة عن الضرر غير المباشر إلا في حالة الغش أو الخطأالجسيم.

الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع: لا يسأل المتعاقد الذي أخل بإلتزامه إلا عن الضرر المتوقع فعلا عند إنعقاد العقد، إلا في حالة غش المتعاقد أو خطئه الجسيم في تنفيذ الإلتزام، أما في حالة المسؤولية التقصيرية فأن المدين يسأل عن الضرر المتوقع والغير متوقع.

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعي وهو الضرر الذي يمكن توقعة عادة، اي الضرر الذي يتوقعة الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، فإذا أهمل الطبيب في تبيّن الظروف التي كان من شأنها ان تجعلة يتوقع الضرر فان الضرر يعتبر متوقعا لأن الشخص المعتاد لا يهمل في تبيّن هذه الظروف، الا اذا كان عدم توقع الطبيب للضرر يرجع إلى فعل المريض .

أما في حالة غش المتعاقد أو خطئه الجسيم في تنفيذ الإلتزام وهي الحالة التي تلحق بقواعد المسؤولية التقصيرية فإن المدين يسأل عن الضرر المتوقع والغير متوقع، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية يعتبر مخالفا للنظام العام، أين يتحمل الطبيب أو المرفق الطبي المسؤولية عن كل ضرر يصيب المريض سواء كان متوقع أو غير متوقع .

أن يكون الضرر محققا: أي أن يكون محقق الوقوع، أي وقع فعلا فيكون ثابت الوقوع بشكل مؤكد أو أنه سيقع في المستقبل، وهنا نفرّق بين الضرر المستقبلي والضرر المحتمل والمتغير.

الضرر المستقبلي**:** الضرر المستقبلي المحقق الوقوع هو ضرر تحقق سببه وتراخت آثاره كلها أو بعضها إلى المستقبل، وهو ضرر مؤكد الوقوع، حيث يعامل معاملة الضرر من حيث الآثار والأحكام

وقد أجمع الفقه والقضاء إذا إعتبر هذا النوع من الضرر حقا ضررا محققا[117] ص 199، 200، إلا أن أثاره لم تظهر وقت وقوعه بل تراخت إلى فترة لاحقة، ومثالها الضرر الناتج عن نقل دم ملوث بأحد الأمراض المعدية أو الفيروسات للمريض ، كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C.

وتجدر الإشارة أن الضرر المستقبلي هو ضرر متوقع يجوز التعويض عنه طالما أنه محقق الوقوع في المستقبل .

الضرر المحتمل: فهو ضرر لم يقع ولا يوجد ما يؤكد أنه سيقع، بل كل ما في الأمر أنه يحتمل وقوعة أو عدم وقوعة، وبالتالي لا يتم التعويض عن مثل هذا الضرر لأنه ضرر إفتراضي، والأحكام لا تبنى على الإفتراض فلا يكون التعويض إذن إلا عما تحقق من ضرر[83] ص 420.

ولكي يكون الضرر محققا في المجال الطبي وجب إثبات أن المريض كان لديه أمل في الشفاء وأن الضرر الذي وقع كان أثناء التدخل الطبي كحالة نقل دم ملوث له أثناء التدخل الطبي، فالضرر هنا مستقبلي، وهو ضرر قام سببه وتراخت أثاره في المستقبل، فلأن الأمراض المنقولة عن طريق الدم مثلا تظهر أعراضها مستقبلا، فهذا النوع من الضرر هو ضرر محقق يرتب المسؤولية والتعويض، من جهة أخرى يعد الضرر المستقبلي عكس الضرر المحتمل أو الإحتمالي ، حيث يعد هذا الأخير ضررا غير محقق الوقوع فقد يقع وقد لا يقع، وبالتالي لا يعوض عنه إلا إذا وقع فعلا، وهو ما يقودنا إلى التساؤل هنا عن مسألة التعويض عن تفويت الفرصة كمفهوم جديد للضرر في المجال الطبي فهل هي ضرر محقق أم احتمالي؟ وهل تعتبر ضرر واجب التعويض؟[360] ص 1024، وهو ما سوف نجيب عنه عليه لاحقا.

الضرر المتغير (الضرر المتفاقم): وهو الضر الذي لا يستقر في إتجاه بذاته وإنما يتحول تبعا لظروف طارئة بين فترة إرتكاب الخطأ ونشوء الضرر، فهو يمتاز بخاصية عدم الثبات من جهة وتأثره بالظروف الملابسة من جهة ثانية، فهو ضرر غير مستقر بنتائجه تأثر بالظروف الملابسة كحالة المتضرر الصّحية أو إستعداده الشخصي للإصابة ببعض الأمراض، أو إهماله في العلاج للحد من تفاقم الضرر.

وإذا كان الضرر يقاس بالضرر المباشر، فيشمل الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاته فلا صعوبة في تقديره إذا بقي هذا الضرر من حيث مداه وبقي على حالته محتفظا بذاتيته وقيمته منذ لحظة وقوعه إلى وقت قيام القاضي بتقدير التعويض الجابر له[110] ص 8 ، لكن قد لا يظل الضرر ثابتا على هذا النحو، فقد يكون متغيرا كما عرفنا بحيث يختلف مداه وقت التعويض عنه عما كان عليه وقت وقوعه سواء من حيث حجمه زيادة أو نقصان، أو من حيث إرتفاعه أو إنخفاضه، وقد يحدث هذا التغيير قبل صدور الحكم النهائي بالتعويض، وقد يتراخى ويستمر حدوثه لزمن قد يطول أو يقصر بعد الحكم[110] ص 8.

ولما كان القاضي ملزم ببيان العناصر المكوّنة للضرر الذي قضى بالتعويض عنه، فإن كل زيادة تطرأ على هذه العناصر بعد الحكم، تشكل ضررا جديدا يستوجب الإعتراف للمضرور بالحق في المطالبة بتعويض تكميلي عنه ، ويمكن لهذا النوع من الضرر أن يتحقق في حالة الأمراض التي تنقل للمريض عن طريق الدم الملّوث ، فمرض الأيدز مثلا تعتبر أضراره متغيرة من مرحلة إلى أخرى، فهي تختلف في حالة حمل الفيروس عنها في حالة ظهور أعراض المرض، وهو ما سوف نورده فيما سيأتي.

2.2.1.1.2. الضرر الخاص (النوعي) في مجال عمليات نقل الدم الملوث

إن الضرر في المسؤولية عن عملية نقل الدم لا يختلف كثيرا عنه في المسؤولية الطبية بوجه عام فالمضرور والمنقول له دم ملوث إذا أصيب بأحد الأمراض الخطيرة أو الفيروسات فله المطالبة بالتعويض عن إصابته بضرر .

والضرر الطبي في مجال المسؤولية الطبية هو ضرر عام يصاحبه عند عملية نقل دم ملوث للمريض ضرر آخر يمس شخص معين أو مجموعة أشخاص يسمى ضررا خاصا أو نوعيا، و هو ضرر مستقبلي قام سببه لكن تراخت أثاره كلها أو بعضها الى المستقبل ، فهو يميّز قيام المسؤولية في مجال عملية نقل الدم، ويشمل عنصرين، العنصر الحال وهو ما أصاب المريض من ضرر عاجل ، و عنصر المستقبل وهو عجزه عن العمل في المستقبل[45] ص 161، فمثل هذا الضرر يجوز التعويض عنه .

كما يعرّف الضرر الخاص على أنه كل مساس غير مشروع بالكمال المعنوي لجسم الإنسان مؤديا إلى النقص في الحالة الصّحية بصورة مؤقتة أو دائمة[175] ص 157، و تبعا لذلك تختلف الأضرار التي تلحق بالمصابين من جراء عملية نقل الدم بإختلاف الأخطاء التي سببت الضرر، كالأخطاء الناتجة عن ردود الفعل العكسية أو الأخطاء المادية كالغلط في الفصائل وسوء التخزين وفساد المنتجات...الخ، غير أن ما يهمنا هنا هو الضرر الذي يلحق بالمريض جراء عملية نقل دم ملوث إليه

وإصابته بالأمراض، حيث تنقسم الأضرار إلى أضرار مالية وأخرى أدبية، كما تختلف هذه الأضرار بين مرحلة عدم إكتمال المرض والمرحلة التي يكتمل فيها المرض الناجم عن عملية نقل الدم الملوث به.

وقصد توضيح هذه الأضرار، نقسم هذا الفرع إلى العناوين التالية:

أولا: الأضرار الناتجة عن الأمراض المنقولة عن طريق الدم الملوث.

ثانيا: خصوصية الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث

1.2.2.1.1.2. الأضرار الناتجة عن الأمراض المنقولة عن طريق الدم الملوث

تتمثل الأضرار الناتجة عن الأمراض المنقولة عن طريق الدم عامة بين أضرار مالية وأخرى أدبية، وهي أضرار يشترك فيها المصابون جراء نقل دم ملوث بصفة عامة، ضف إلى ذلك تلك الأضرار الجسدية وغير المالية، والتي تختلف من مرض إلى آخر، كما أن آثارها تتغير من مريض إلى آخر.

ومن الناحية القانونية وسعيا منا لبيان التعويض الناتج عن قيام المسؤولية المدنية هنا، لا بد من توضيح هاته الأضرار المشتركة بين المرضى والناتجة عن تلك الأمراض المعدّية المنقولة لهم التي يعتمد عليها القاضي عند تقديره للتعويض الجابر للضرر في هذه الحالة، وهي تتحدد في كل من الأضرار المالية والأدبية للمرض المنقول.

الأضرار المالية: تتمثل تلك الأضرار المالية في فقدان المصاب هنا لمورّد رزقه بسبب الإصابة حيث يمكن أن يصاب بعجز جزئي أو كلي يؤثر على قدرته على الكسب، فهي تلك الخسارة الواقعة أو المكسب الضائع مثل فقدان الأجر المدة اللازمة للعلاج وفوات الفرص المالية التي كان المضرور يستطيع أن يستفيد منها لولا الإصابة حيث يشكل ذلك ضررا للمصاب يجب تعويضه.

إضافة إلى ذلك فإنه يكلّف المصاب بنفقات طبية، مثل نفقات العلاج بأنواعه، وما يصرفه المريض من أجل تحسين حالته الصحية وشفائه وإعادة تأهيله، كأجور الأطباء والمستشفيات وثمن الأدوية ونفقات العمليات الجراحية والتحاليل الطبية والأشعة...الخ.

كما أن الإصابة التي تؤدي إلى الوفاة قد تلحق ضررا ماليا بأقارب المتوفي لفقدان عائلهم الوحيد أو بسبب التطورات التي تطرأ على وضعهم الاجتماعي والأسري نتيجة الوفاة[176] ص 120.

الأضرار الأدبية: وهي تلك الأضرار التي تشمل الإصابات النفسية الشخصية للمصاب ونظرة الإشفاق التي يراها في عيون الآخرين، أو النفور إذا كان مصابا بالإيدز، إضافة إلى ما ينتج من إصابات بأي مرض كالتشوهات الجسيمة، وكذا شعور المصاب بالضعف والعجز عن ممارسة حياته بشكل طبيعي، وهو ما يقصد به التقليل من الأمل في الحياة وفقدانه[169] ص 183.

ويتعين في التعويض عن الضرر الأدبي أن يشمل هذا الأخير الضرر الأدبي الذي وقع فعلا والذي سيقع حكما.

2.2.2.1.1.2. خصوصية الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث

من المعلوم في إطار عملية نقل الدم أن الأضرار الناجمة قد تكون ناتجة عن أخطاء فنية، سواء في الفحوصات أو التحاليل التي تقوم بها مراكز نقل الدم، أو الإخلال بسير العمل في المستشفيات، فهذه الأخطاء للأطباء هنا قد ترتب أضرارا محدّدة لا يصعب تقديرها قضائيا. لكن قد إزدادت الأمور دقة وصعوبة في إطار أضرار التلوث بالأمراض المنقولة عن طريق الدم كمرض الإيدز ومرض التهاب الكبد الوبائي C، فما هي الأضرار الناجمة عن هذه الأمراض ؟، وهل تحتاج هذه الأمراض إلى خصوصية في التعويض عن الأضرار الناجمة عنها؟ وهل تتعدى كيفية تقديرها حدود القواعد العامة ؟

.

للإجابة عن ذلك لا بد لنا من تحديد الأضرار الناجمة عن هاته الأمراض ومدى تطابقها مع القواعد العامة ، حتى نستنتج مدى نوعية وخصوصية تلك الأضرار.

أضرار التلوث بفيروس الكبد الوبائي C: ويمكن تقسيم هذه الأضرار إلى أضرار مالية إقتصادية وأضرار غير مالية (أدبية).

الأضرار المالية: وهي تخص بصفة أساسية النفقات الطبية، وفقدان الدخل الوظيفي، فالنفقات الطبية تتمثل في نفقات العلاج بالأشعة ونفقات الإستشفاء[343] ص 295، حيث تتمثل في نفقات العلاج الكيميائي خاصة فمرض إلتهاب الكبد الوبائي المزمن لا يصاحبه في الغالب أي علاج دوائي فهو نادر، كما يمكن أن يصاحبه علاج دوائي لفترات طويلة.

أما عن فقدان الدخل الوظيفي، فإنه يحدث نتيجة الوهن الذي يحدث من خلال المرض، والذي يمكن أن يؤدي إلى خفض الدخل، وكذلك التأثيرات الفيزيائية أو المعنوية للإصابة بالمرض يمكن بدورها أن تزيد بالسلب على نشاطه المهني، وبالتالي فقدان دخله وأرباحه المعهودة[338] ص 50.

الأضرار غير المالية (الأدبية): وهي تلك الإصابات النفسية الشخصية للضحية، ونجد هنا أن طبيعتها الخاصة تجعل تقديرها صعب للغاية فهي أضرار معنوية تؤخذ بعين الإعتبار رغم عدم وجود أضرار خاصة بالإصابة ب (VHC) فيروس التهاب الكبد الوبائي C، والمتمثلة في كل من خطورة الوفاة، والبعد الإجتماعي والعائلي كما في مرض الإيدز.

فخطر إمكانية الوفاة أو المسمى ثمن الحياة القصيرة أو التقليل من الأمل قي الحياة لا يتواجد في حالة الإصابة بالتهاب الكبد إلا بنسبة 5 % خلال 30 عام[343] ص 294، أما بالنسبة للبعد الإجتماعي والعائلي فنجد أن العزل عن المجتمع والضرر الجنسي لهم أضرار كبيرة على حياة الفرد،

فالإحباط النفسي بالنسبة للضحية المصاب بالإيدز على العكس تماما من المصاب بفيروس الكبد الوبائي. فمرض التهاب الكبد ترك إنطباعا على أن المصاب به يعيش حياة غير صّحية، فالإصابة هنا ليست لها أعراض ظاهرة في البداية ويبقى في غالب الأحوال غير ملحوظ وغير مدرك إلا في حالة فحص الدم.

الأضرار الجسمانية[194] ص 650: إن الإصابة بفيروس الالتهاب الكبدي تظهر بدون حاجة لكشف طبي حيث يظل الفيروس واضح والشفاء قد يأتي بطريقة طبيعية، إلا أن حالات التلوث بالتهاب الكبد الوبائي الحاد الناجمة عن فيروس (C)، أين يكون العلاج الوحيد هنا إستخدام الأشعة التي تحدث بعض الآثار قد تُحتَمل بصعوبة، كالآلام، الصداع، الوهن و فقدان الوزن، كما في مرحلة الإصابة بمرض التليف الكبدي أو سرطان الكبد، و هو ما يبرر عملية تعويض الضرر الجسماني .

الأضرار الجمالية أو الشكلية: وهي التي تحدث في حالة العلاج بالأشعة، حيث أن تطور المرض إلى تليف كبدي يؤدي إلى بعض الآثار، كسقوط الشعر والشيخوخة المبكرة وإحمرار في الوجه، وهي أضرار جمالية تعتمد على نوع المريض إذا كان ذكرا أو أنثى.

أضرار التلوث بفيروس الإيدز: إن خصوصية المرض الناجم عن فيروس الإيدز، وخاصة تلك الخطورة الإستثنائية للضرر المتعلق به، فالأضرار التي يخضع لها الضحية تختلف حسب المراحل الطبية للمرض، والتي تتمثل حسب المعطيات الطبية في مرحلتين: مرحلة إيجابية المرض، ومرحلة ظهور أعراض المرض.

أضرار مرحلة إيجابية المرض: وهي المرحلة التي يكون فيها الضحية مصاب بالفيروس، ولكنه غير مريض، فهذه المرحلة قد تستمر لعدة شهور، أو بضعة سنين، فهي المرحلة التي لا يصاب فيها المريض بأي عجز وظيفي أو فيزيولوجي، بل يمكنه مواصلة نشاطه المهني، ولا يتبقى هنا إلا الضرر المعنوي والآلام النفسية التي يتحمّلها، فهل تنعدم بذلك الأضرار المالية ؟ .

الأضرار المالية: وهي نادرا ما تكون في هذه المرحلة، فالمصاب رغم إصابته يظل محتفظا بقدراته التي تمكنه من ممارسة نشاطه، وأعماله بطريقة عادية[361] ص 53، 58، لذلك لا يوجد ضرر مالي مترتب عن العدوى، إلا أن هذا القول لا يؤخذ على إطلاقه، حيث نرى في الواقع العملي أن المصاب يتعرض لمقاطعة إجتماعية من قبل الأشخاص المحيطين به، ولذلك يمكن لعمله أن يتأثر بذلك، فالرفض الإجتماعي الذي يلاقيه يحول بدون ممارسة أعماله، أو الحصول على وظائف، وبناءا على ذلك يتعين أخذ كل حالة على حدى وتحديد ما إذا كان الشخص المصاب قد فقد مصدر رزقه بسبب إصابته بالمرض أم لا[343] ص 67، ضف إلى ذلك أن فقدان القدرة على العمل ليس هو الضرر الوحيد الذي يصيب الذمة المالية للمصاب وإنما يمكن أن يحتاج إلى بعض النفقات العلاجية، والتي تعتبر من قبيل الضرر المادي الذي يتوجب التعويض عنه.

الأضرار غير المالية: وهذه الأضرار تلحق بالمصاب بمجرد التعرف على أنه مصاب بعدوى الإيدز وأهمها:- إضطراب حياة المصاب: وهذا الضرر هو متعلق بحياة المصاب، حيث يتمثل في تقليل الأمل في الحياة، حيث يعتقد المريض أن حياته قد أنقصت بسبب الإصابة[169] ص 183، 184، فالمريض عند علمه بالإصابة هنا يصاب بصدمة تهز وجدانه الإنساني، فالمرض لا علاج له وهو من الأمراض المعدّية، والتي تفرض على المصاب قيودا عديدة على تنقلاته وتصرفاته، وهو ما يطرح تغيرات عديدة على أدق خصوصياته، كفقدان فرص الزواج والإنجاب، والانعزال عن المجتمع ، فاعتبارات المرض تشكل ضررا بالنسبة للمصاب، حيث يتسبب في إستبعاده ورفضه إجتماعيا وأسريا ومهنّيا، فالإبن يتنكر لأمه والزوج يهجر زوجته المصابة بالعدوى، كما قد تطلب الزوجة التطليق من الزوج المصاب بالفيروس[172] ص 110.

الآلام النفسية: يتكبد المصاب هنا آلام وهواجس نفسية ناتجة عن العلم بالإصابة بالمرض، تهدد إستقراره النفسي في جميع المجالات، فنهاية المرض معروفة، وبذلك تتغلب عليه النظرة التشاؤمية بسبب حرمانه من مباهج الحياة، فيعيش المصاب في حسرة مستمرة ينتظر دخوله مرحلة المرض ذاته والتي تقربه من الموت المعجل[169] ص 185.

أضرار مرحلة ظهور المرض: وهي مرحلة استفحال المرض، حيث يصاحبها العديد من الأمراض التي تهاجم جسم المصاب، مما يسبب فقدان الشخص لقدرته الجسدية، وتنقسم فيها الأضرار إلى نوعين: أضرار مادية وأخرى أدبية.

الأضرار المادية: وهي تشمل نفقات العلاج من أجور الفحوصات وتكاليف العلاج، وأتعاب الأطباء وأجور الإقامة في المستشفيات وثمن الأدوية، كما يضاف إلى ذلك ما فات المريض من كسب بسبب فقدان قدرته عن العمل إما جزئيا أو كليا، كما يشمل الضرر المادي المساس بالسلامة الجسدية والقدرة على العمل بصفة عامة[25] ص 27.

الأضرار المعنوية (الأدبية): وهي تشمل تلك الآلام الجسدية والنفسية وفقدان فرصة البقاء على قيد الحياة، فمرض الايدز كما نعرف من الأمراض التي أكد الطب أو أثبتت التجارب حتى الآن أنه مرض يؤدي إلى الوفاة لا محال، وبالتالي فمصير المصاب به محتوم ونهايته معروفة، لأجل ذلك يسبب ضررا معنويا يصيب مشاعر المريض، وآلام نفسية تصاحبه كالأسى والحزن والحسرة، والتي يعيشها إلى جانب تلك الأوجاع التي تثير الآلام والتعذيب الجسدي والنفسي وتصيب الجسم بتشوهات غير محتملة، هذه الأضرار الجسدية التي تؤثر على المريض بصورة كبيرة وعلى جهازه العصبي بصورة أكبر، وهي ما قد توصله في النهاية إلى فقدان ملكاته الذهنية، وبالتالي عزلته الإجتماعية.

كما أن فقدان فرصة البقاء على قيد الحياة قد تؤدي إلى اختزال حياة المصاب أو حتى فقد توقع الحياة[169] ص 185، حيث أن دخول مرحلة المرض الكامل قد تؤدي إلى فقد فرصة الحياة، وهو

ضرر محقق الوقوع من حق المضرور أن يطالب بالتعويض عنه[25] ص 43، 44، فقدان مباهج الحياة التي كان يتوقع أن يحضى بها يعد ضررا يطالب بتعويضه.

لكن ما يمكن قوله أنه في الآونة الأخيرة ظهرت شكوك علمية عن المرض تبين بأنه قد يتوقف تطور فيروس الإيدز لدى المصاب به عند حد الإصابة بعدوى الفيروس فقط ودون الوصول إلى مرحلة المرض ذاته، وهو ما يفيد أن الوصول إلى المرحلة الأخيرة من المرض أمر إحتمالي غير مؤكد[194] ص 656.

وبالتالي فإن هذه الدراسات توصلنا إلى أن الأضرار المرتبطة بمرض الإيدز هي أضرار إحتمالية طالما لم يصل المصاب بها إلى مرحلة المرض الكامل، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية سنة 1993.

وما يمكن قوله إجمالا أن تلك الأضرار التي تلحق بالمصاب المنقول إليه دم ملوث بفيروس الإيدز وهي التقليل من الأمل في الحياة وفقدانه، تعتبر أضرار خاصة تميز ضحايا الإيدز كونهم يعيشون مهددين بالموت في أي لحظة، وقد أقر المشرع الفرنسي خصوصية هذا الضرر وإستثنائية بموجب قانون 31 ديسمبر 1991 الصادر في 4 جانفي 1992 الخاص بتعويض ضحايا الإيدز الناتج عن نقل الدم أو منتجاته المشتقة، والملوث بالفيروس في فرنسا، حيث نصت المادة 47 منه على أن حق التعويض للضرر الجسدي هو حق أساسي وجوهري، ويكون ذلك من خلال تعويض عادل للمتضرر، كما أكد القانون أن هذا الحكم لا ينطبق إلا على الأشخاص المصابين بالإيدز نتيجة نقل دم إليهم، فإعتبر الفعل الضار خاصا ناتجا عن التلوث، فيعد بذلك الضرر هنا ضرر خاص وشخصي حتى ولو كان مستقبلي متى تحقق سببه أو تدرجت و تراخت أثاره كلها أو بعضها إلى زمن لاحق، فالضرر المستقبلي هو في حكم الضرر المحقق، يستوجب قيام المسؤولية والتعويض[116] ص 189، 199، مع إمكانية التعويض عن تفويت الفرصة لكن يجب أن تكون الفرصة أكيدة والفقدان واضح.

ويعد مرض الإيدز صورة للأضرار التدريجية المتراخية والمتغيرة التي يساهم فيها عنصر الزمن مساهمة فعالة لحدوث الضرر النهائي، فخصوصية أضرار هذا المرض أجبرت الفقه والقضاء، إستنادا إلى ذلك على منح المضرور حق المطالبة بتكملة الضرر إذا تفاقم بزيادة عناصره بعد صدور الحكم النهائي بالتعويض، أو ظهرت نتائج أخرى لم يتمكن القاضي من تقديرها أثناء صدور هذا الحكم.

3.1.1.2. علاقة السببية في مجال عملية نقل الدم الملوث

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني على أنه:« كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض»، كما إشترط للحكم بالتعويض وفقا للمادة 182 من القانون المدني نفسه، أن يكون الضرر « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء

بالالتزام، أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد مقبول» ، وبذلك يكون المشرع قد أشار إلى العناصر التي يجب اجتماعها لإنعقاد المسؤولية المدنية، وهي الخطأ والضرر ثم رابطة السببية بينهما.

فالسببية كفكرة قانونية تعد عنصرا لازما لإنعقاد المسؤولية المدنية وتحديد مداها، والسبب بمدلوله العلمي هو مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي أسهمت في إحداث النتيجة، أي الضرر على نحو لازم. كما أن السببية هنا تعني أن خطأ المدعى عليه هو الذي أحدث الضرر الذي يشتكي منه المدعي.

وتقضي القواعد العامة بضرورة قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر، ويقع على عاتق المضرور عبء إثبات ذلك، فلا يكفي أن يقيم الدليل على ما لحقه من ضرر وإثبات الخطأ الصادر عن المدعى عليه، بل لا بد من إثبات أن الضرر يرجع سببه إلى خطأ المسؤول.

لكن إذا كان هذا المفهوم لرابطة السببية يكفي في بعض الحالات لتحديد ما إذا كانت واقعة معينة تتوافر لها علاقة سببية بين الخطأ والضرر أم لا، إلا أنه هناك حالات أخرى تبلغ درجة من الصعوبة قد تصل إلى الإستحالة، والتي لا نستطيع معها تقدير وإثبات علاقة الضرر بالخطأ، وكذا حالة تعاقب الأضرار المترتبة عن خطأ واحد، فما مدى مسؤولية محدث الضرر في هذه الحالة ؟ وهل يسأل عن تلك الأضرار المتعاقبة جميعا أم عن بعضها أم عن أولها فقط ؟ وهي المشكلة التي تجد مكانها بشكل واضح في مجال المسؤولية المدنية الناشئة عن عملية نقل الدم الملوث.

لتوضيح علاقة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث، كان لزوما علينا الرجوع إلى القواعد العامة للتعرف على أهم ركائزها، ثم محاولة التعرف على إمكانية تطبيقها على عملية نقل الدم نظرا لتمتعها بنوعية خاصة من الأضرار، وهي الضرر الخاص والنوعي للتلوث، لأجل ذلك إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: علاقة السببية في نطاق القواعد العامة

الفرع الثاني: علاقة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث

1.3.1.1.2. علاقة السببية في القواعد العامة

لقد عرفنا مما سبق أن هناك عاملان يلعبان دورا في تقدير رابطة السببية أولها حدوث الضرر نتيجة أسباب متعددة يكون من بينها خطأ المدعى عليه ، وثانيهما نشأة أضرار متعاقبة مترتبة عن أخطاء، وهو ما يقودنا إلى التساؤل عن مدى مسؤولية محدث الضرر في هذه الحالة ؟ .

في نطاق المسؤولية الطبية تعتبر علاقة السببية ركن أساسي في المسوؤلية فقد يقع خطأ من الطبيب ويتحقق الضرر للمريض، ولكن هذا لا يعني قيام مسؤولية الطبيب، ما لم يكن الضرر الذي

أصاب المريض ناتجا عن خطأ الطبيب كنتيجة طبيعية له ، ومرتبط به إرتباطا مباشرا برابطة السببية أو علاقة السببية، لكن تحديد العلاقة السببية عن الخطأ العادي للطبيب أسهل مما هو في حال كان الخطأ مهنّيا ، نظرا لأن الخطأ العادي يأتي بوقائع ناطقة لا لبس فيها ولا غموض، مثل نسيان أدوات جراحية أو قطع شاش أو ضماد في بطن المريض، وهو ما ينتج عنه أضرار تكون فيها العلاقة السببية محققة ويستطيع القاضي الوقوف عليها بسهولة ويسر، أما في حالة الخطأ المهني فالأمر يتعذر، حيث ليس للقاضي إثبات العلاقة السببية إلا بعد الإستعانة بالخبرة الفنية الطبية المختصة بسبب الطبيعة الغامضة والمعقدة للجسم البشري.

من جهة أخرى، فإن سؤال يثور: ماذا لو إجتمعت عدة أخطاء في تحقيق النتيجة السيئة للمريض؟، فقد يكون ثمة خطأ من المريض وقد يتعاقب أطباء عديدون على معالجة المريض، كما قد لا ينتج العلاج أثره وذلك بسبب قوة التحمّل التي تختلف من إنسان إلى آخر، أو إذا تعدد محدثوا الضرر، أو إذا كان الضرر الذي أحدثه الطبيب للمريض قد أفضى إلى ضرر ثان، والضرر الثاني قد أفضى إلى ثالث، فهل تكون مسؤولية الطبيب عن كل هذه الأضرار أم عن إحدهما؟ وماهو المعيار الذي يعتمد لتحقيق العلاقة السببية وإنتفاءها.

سوف نحاول حل هذهالإشكالات ضمن العناوين التالية:

أولا: نظريات علاقة السببية

ثانيا: إثبات و نفي علاقة السببية

1.1.3.1.1.2. نظريات علاقة السببية

لقد حاول الفقه حل المشكلة بوضع العديد من المعايير في شكل نظريات مختلفة:

نظرية تكافؤ الأسباب (تعادل الأسباب):(Théorie de l'équivalence de cause): يعود تأسيس هذه النظرية إلى الفقيه الألماني فان بورغ (Von Buri) أي (Van Bury)، ومقتضاها أن جميع الأسباب التي تساهم في إحداث النتيجة تتعادل وتتساوى، فجميع العوامل التي تتظافر لإحداث النتيجة تعد متعادلة ومسؤولة عن النتيجة مهما كان العامل في إحداث النتيجة بعيدا، وسواء كان مؤلوفا أو نادرا أو يرجع إلى فعل الإنسان أو إلى فعل الطبيعة، فيعد بذلك كل عامل من العوامل شرطا لحدوث النتيجة[189] ص 115 فالضرر يحدث نتيجة لمجموعة من الأسباب وبدونها ما كان ليحدث الضرر، فالأخير ليس نتيجة لسبب واحد، وإنما مجموعة من الأسباب، وإذا ألغى أحدها لا يقع الضرر فمن الصعب التفرقة بين الأسباب بحسب أهميتها أو خطورتها، فكل سبب لا بد من توفره لحدوث الضرر، وبدونه تكون الأسباب الأخرى عديمة الفائدة، حيث يعتبر سببا متكافئا مع غيره في حدوث الضرر[70] ص 192.

فإذا إشترك في الفعل الضار الذي أدى إلى النتيجة أكثر من طبيب، فإنهم يسألون حسب هذه النظرية جميعًا، ويعتبر سببا مباشرا ولو تدخلت عدة عوامل أخرى ساعدت مع الفعل في وقوع النتيجة وحتى ولو كان الفاعل قد توقع مثل هذه الأسباب طبقا للسير العادي للأمور، فترتب بذلك هذه النظرية مسؤولية مشتركة بين الطبيب وغيره أين يوزع التعويض بالتساوي، فكل من إشتراك في إحداث الضرر يعد سببا معادلا لبقية الأسباب الأخرى .

لكن هذه النظرية والتي هجرها القضاء وغالبية الفقه، يؤخذ عليها أنها ترتكز على معايير شخصية، ويغلب عليها الطابع المجرد، وغير منطقية إضافة إلى أنها غير عادلة[89] ص 303، 309، كما أنها قد جاءت بمعيار سهل ويسير للإثبات في إستخلاص علاقة السببية، فيكفي على أساسها أن يكون سلوك الشخص قد ساهم في تسلسل الوقائع ليعد الفعل الذي لولاه لما وقعت النتيجة، وهو ما عرض هذه النظرية للنقد، كونها تنطوي على إثقال كاهل الفاعل وتشدّد عليه المسؤولية، وهو الأمر المخالف للعدل والمنطق، فهي تحمله المسؤولية حتى عن الأسباب النادرة الحدوث مثل الحريق الذي يشب في المستشفى، أو وقوع زلزال وتهدمه....الخ.

نظرية السبب المنتج (الفعال):(Théorie de La causalité adéquate): وقد أخذ بها أغلب الفقه والقضاء من بينهم الفرنسي، والقانون الجزائري ضمن نص المادة 182 من القانون المدني: «.....بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء...» ، فهي نظرية طرحها الفقيه الألماني (Von Kreis) وبمقتضاها لا يؤخذ بعين الإعتبار إلا السبب الفعال، فهي تقوم على عدم الإعتداد بجميع الأسباب، وإنما إختيار بعضها دون البعض الآخر، وتعتمد في ذلك السبب المنتج وحده ، فهو السبب المألوف لإحداث الضرر حسب المجرى الطبيعي للأضرار[142] ص 257، وتستبعد السبب العارض والذي وجوده أو غيابه لا يغير من النتيجة شيئًا.

وعليه فالسبب الفعال هو الواقعة التي تؤدي إلى الضرر وفقا للمجرى العادي للأمور، وذلك على أساس مدى التوقع والإحتمالية والموضوعية لهذا الضرر[70] ص 193 ، فمعيار النظرية هنا هو معيار مادي موضوعي للرجل العادي الذي يوضع في نفس الظروف التي تواجه الفاعل.

لكن قد يتم الوصول إلى السبب الحقيقي المؤدي إلى إحداث الضرر عن طريق الأخذ بمعيار زمني يعتمد على معرفة الفترة الزمنية التي مضت بين وقوع الفعل وحدوث النتيجة، فإذا طالت هذه المدة إنقطعت العلاقة بين هذا الفعل وبين الضرر، وإذا كانت قريبة أو قصيرة، فإن السبب الذي أحدث الضرر يعتد به في التعويض[65] ص 22. وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري في قرار صادر عن الغرفة الثالثة لمجلس الدولة، بتاريخ 2010/05/27.

وما نستطيع أن نقوله تعليقا على ما سبق أن أكبر صعوبة تواجه القاضي الجزائري قي المجال الطبي هي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث أن التطور الطبي وإستعمال التكنولوجيا الحديثة،

كان له الأثر في صعوبة تحديد وإثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر، فالقاضي هنا ليس له سلطة تقديرية في ذلك، فهي غير موجودة فهو لا يفقه في المسائل الطبية الفنّية كونه مضطر ويعمل وفق تقارير الخبرة الطبّية التي على أساسها تحدد مسؤولية الأطباء، ضف إلى ذلك أنه ليس من السهل معالجة تلك الأحكام والقرارات القضائية في مجال رابطة السببية فهي لا تعلم صراحة عن الرأي الفقهي الذي أخذت به .

نظرية السبب الملائم (المناسب): لقد تبنى الفقه نظرية السبب الملائم كمعيار بسيط ومعيار يشبه نوعا ما معيار نظرية السبب المنتج، فمفاد هذه النظرية الإجابة عن السؤال التالي : هل باستطاعة فعل الشخص بسبب المجرى العادي للأمور، إحداث النتيجة بالرغم من تداخل عوامل أخر معه؟ ، وهي بذلك لا تعتَد من بين الأسباب التي أدت إلى الضرر إلا بالسبب الأقرب زمنيا إلى هذا الضرر، أو الذي يعتبر الضرر النتيجة الحالة أو المباشرة له، أما السبب البعيد أي غير المباشر فلا يؤخذ في الإعتبار، فهي تتخذ من الظرف الزماني أساسا لها[84] ص 276، وهي نظرية أنجلوسكسونية لم يأخذ بها المشرع الجزائري في قوانينه، لكن تبناها القضاء في بعض قراراته وأحكامه الخاصة بمجال المسؤولية الطبية خاصة ، وهو ما لوحظ في قرار مجلس الدولة السابق الإشارة إليه ، كون هذه النظرية قريبة من نظرية السبب المنتج فموقف القاضي الجزائري غير معروف بدقة، لأن الحلول ليست دائما نفسها، إنما تتغير حسب ظروف كل حالة على حدى[152] ص 311.

نظرية السببية المفترضة: يقصد بها مجموعة القرائن المحدّدة والمتطابقة التي تساعد قاضي الموضوع في تكوين قناعة بما له من سلطة في إستخلاص ركن الخطأ الذي سبب الضرر[169] ص 311، 321، فإثبات علاقة السببية في المجال الطبي كما عرفنا من الأمور العسيرة نظرا لتعقيدات جسم الإنسان وتغير حالاته، وهو ما يجعل الخبرة الطبية عاجزة عن إثبات علاقة سببية أكيدة ومباشرة بين الخطأ والضرر اللاحق بالمريض، لأجل ذلك إقتضت قواعد العدالة ضرورة توفير حماية للمريض المضرور، فتبنى القضاء الفرنسي نظرية تفويت الفرصة[364] ص 1023، والتي سمحت بإفتراض توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر لمنح التعويض للمضرور الذي سنبيّنه لاحقا.

2.1.3.1.1.2. إثبات نفي علاقة السببية

لقد عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري السببية فقال:" أن علاقة السببية تقوم عندما يكون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار... "، وعليه فلا بد أن يكون الخطأ هو الذي أدى إلى وقوع الضرر، كما قد تكون هناك سببية دون وجود الخطأ، كالشخص الذي يصاب بضرر بفعل الطبيب دون أن يكون هناك خطأ من الطبيب.

كما أنه لا بد من توفر خاصيتين لقيام السببية ، وهي أن تكون هذه العلاقة السببية محققة ومباشرة، غير أنه تنعدم هذه العلاقة في حالة وجود سبب أجنبي يؤدي إلى نفي العلاقة أو في حالة وجود سبب غير منتج أو غير مباشر.

إثبات علاقة السببية**:** للقاضي إستعمال وسائل عديدة لتحديد رابطة السببية في مجال المسؤولية الطبية، منها إستخلاص الدلائل والقرائن بحريته ، وكذا ضرورة الخبرة وكشف أسباب الضرر ومداه.

ويقع عبء الإثبات في المسؤولية المدنية عامة والطبية خاصة على المدعي وهو المريض، فعليه إثبات الخطأ والضرر وهو قرينة على توافر العلاقة السببية بينهما بجميع طرق الإثبات خاصة تقارير الخبرة الطبية كوسيلة لإثبات الأعمال أو الأخطاء الفنية للأطباء.

نفي علاقة السببية: يجوز نفي رابطة السببية بطريقة غير مباشرة، مفادها أن الضرر الذي لحق بالمريض قد نتج عن سبب أجنبي آخر، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 127 من القانون المدني على أنه:« إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك».

وعليه فإن صور نفي وقطع رابطة السببية تكون بتوفر السبب الأجنبي والذي يتمثل في 3 صور: الحادث الفجائي والقوة القاهرة، خطأ المضرور وخطأ الغير، والتي سوف نبيّنها فيمايلي حتى نرى تطبيقها في مجال الضرر الناتج عم عملية نقل الدم الملوث.

الحادث الفجائي والقوة القاهرة**:** إن القضاء والفقه لا يفرّق - في أغلب الأحيان - بين القوة القاهرة و الحادث الفجائي، ويعتبرانهما إسمين لمسمى واحد وأمر لا ينسب إلى المدين، وهما يَشترطان في الحادث المنتج للضرر عدم إمكانية التوقع وإستحالة الدفع المطلقة سواء كانت مادية أو معنوية، كما يترتب عليهما إنتقاء مسؤولية المدين، فلا يكون للدائن أن يطالبه بالتعويض عنه لإنقطاع السببية بين الخطأ الذي أتاه المدين والضرر الذي لحقه.

خطأ المضرور[89] ص 471: فإذا أثبت أن الضرر الناتج عن تقصير أو إهمال من المضرور نفسه، فإن ذلك يؤدي إلى نفي المسؤولية عن الفاعل، لكن شريطة أن يكون خطأ المضرور هو السبب الوحيد في إحداث الضرر**.**

خطأ الغير: فإذا وقع الضرر بفعل الغير و كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر، إنتفت هنا رابطة السببية.

2.3.1.1.2. علاقة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث

إن مجرد وقوع الضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب أو المستشفى أو مركز نقل الدم لا يكفي لقيام المسؤولية، وإنما يلزم توافر قيام علاقة السببية بين خطأ هؤلاء وذلك الضرر الذي أصاب المريض وإذا انتفت هذه الأخيرة انتفت بذلك المسؤولية.

ولدراسة رابطة السببية بين إصابة الضحية بعدوى مرض إنتقل إليه و بين الدم الذي تلقاه يقتضي منا ذلك تناول كيفية إثبات هذه الرابطة السببية ومن جهة، ثم التعرض لكيفية نفيها من جهة ثانية، وذلك ضمن العناوين التالية:

أولا: إثبات رابطة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث

ثانيا: نفي رابطة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث

1.2.3.1.1.2. إثبات رابطة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث

إن إثبات رابطة السببية بين نقل دم ملوث كموجب للمسوؤلية وبين إصابة المريض بعدوى فيروس مرض كالايدز مثلا يتعلق بمسائل طبية عسيرة، ومن ثم يواجه المضرور صعوبة إثبات هذا الإرتباط ، حيث غالبا ما يرجع الضرر إلى عدة أسباب، فحاجة الشخص إلى الدم الذي كان سببا في إصابته بفيروس الإيدز قد تكون راجعة إلى خطأ طبي ، حادث مرور أو إلى إستعداد وحاجة المضرور إلى تلقي الدم أو أحد مشتقاته بصفة مستمرة.

وقد وضع القضاء الفرنسي متأثرا في ذلك بالمأساة التي أحدثها إنتشار مرض الإيدز، قرينة على أن العدوى تنسب إلى واقعة نقل الدم سواء تعلق الأمر بالدم الطبيعي أو مشتقاته الصناعية، وعلى المضرور إثبات أن واقعة نقل الدم قد حدثت في الفترة ما بين 1980 إلى سنة 1985، وهي فترة إنتشار عدوى الإيدز، حيث يحكم بالتعويض بناءا على توفر علاقة السببية بين واقعة نقل الدم وحدوث العدوى. كما يتفق إثبات الوقائع القانونية عن طريق قرينة نسبة العدوى إلى واقعة نقل الدم في كل حالة تمت فيها عملية نقل الدم في الفترة ما بين 1980 و 1985، الأمر الذي أخذ به القضاء الفرنسي آنذاك[131] ص 73، 74.

ولأجل إثبات رابطة السببية بين الدم المتلقى من المريض وبين الإصابة بعدوى المرض كالإيدز كان لزاما إثبات أن المريض قد أصيب فعلًا بعدوى الفيروس، كما يستوجب أيضا إثبات أنه قد تلقى بالفعل دم أو أحد مشتقاته،و هو ما نسميه بمشكلة إسناد الإصابة لعملية نقل الدم، فالسببية هي إسناد فعل من الأفعال إلى مصدره المباشر، فإذا توفر هذا الإسناد قامت العلاقة بين الفعل والضرر الناتج، أما في حالة عدم توفر هذا الإسناد فإن علاقة السببية تنتفي بينهما، وبالتالي تنعدم المسؤولية بذلك.

وفي مجال المسؤولية المدنية عن عملية نقل الدم الملوث نجد نوعين من الإسناد، إسناد طبي، أو سببية طبية وأخر قانوني (سببيه قانونية)[175] ص 165، 168.

الإسناد الطبي (السببيه العلمية): والتي بواسطتها يمكن إثبات وجود الرابطة السببية بين الخطأ والضرر في عملية نقل الدم، فتعدد الأسباب التي تشترك في حدوث الضرر قد تؤدي بالقاضي إلى الإسناد الطبي لتسهيل إثبات العلاقة السببية وذلك عن طريق إثبات وجود الإصابة بالعدوى عند المريض ويكون ذلك بالرجوع إلى الخبرة الطبية، والتي يقوم بها أطباء مختصون، فتقام لأجل ذلك تشخيصات وفحوصات وتحاليل طبية للشخص للتأكد من وجود المرض ودرجة تطوره أو المراحل التي وصل إليها.

إضافة إلى ذلك لا بد من إثبات واقعة تلقي الشخص للدم أو أحد مشتقاته، وذلك بالرجوع إلى الملف الطبي الخاص به، لكن هذا الأمر غير كاف للتسليم بأن الدم المنقول هو السبب في الإصابة بالمرض، فالثابت في العلوم الطبية الحالية أن سبب الإصابة بعدوى الأمراض كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C، أو حتى السفلس ليس فقط نقل الدم أو أحد مشتقاته، بل توجد أسباب أخرى (كالإتصال الجنسي، تعاطي المخدرات أو الحقن...الخ)، وعليه فالشخص قد يكون مصابا بعدوى المرض قبل تلقي الدم، ولكن لم تظهر عليه الإصابة إلا بعد نقل الدم، وذلك لخصوصية أضرارهذه الأمراض كما بيّنا سابقا. هذا الذي مفاده أنه لا بد من إثبات أن الدم المنقول للمريض هو دم ملوث بالفيروسات والأمراض، وهو أمر ليس سهلا على ضوء تأخر ظهور تلك الأمراض التي تنتقل عن طريق الدم ولذلك لا بد من إثبات حصول المرض وتلوث الدم وإصابة المريض[176] ص 135، 136.

الإسناد القانوني: (السببية القانونية): ويكون بإثبات أن الإصابة بالمرض لم يكن لها طريق آخر سوى أن الدم كان ملوثًا، وذلك وفق السبل القانونية، حيث يستنتج ذلك من خلال أن الضرر الناتج يعد نتيجة مباشرة لنقل دم ملوث، فالإصابة هنا قرينة قانونية يلجأ إليها القاضي في حالة تعرض الشخص لعملية نقل دم في تاريخ سابق عن ظهور الإصابة بالمرض بوقت مناسب يكفي لظهور أثارها، وهذا حماية لمصلحة المضرور، حيث تقام رابطة السببية بين فعل نقل الدم هنا والنتيجة المتمثلة في الإصابة بالمرض أو الفيروس وتبقى قائمة ما لم يكن هناك سبب أجنبي يقطعها بإثبات عكسها، من خلال إثبات وجود طرق أخرى لنقل العدوى المرضية غير عملية نقل الدم.

ولذلك فإن عجز الإسناد الطبي أو الخبرة الطبية عن إثبات السببية العلمية الأكيدة بين الإصابة بالمرض وعملية نقل الدم يؤدي بالقاضي في ذلك إلى التمسك بالسببية القانونية[365] ص 78، 84، متى ثبت له وجود قرائن قوية تدل على أن تلك الإصابة بالمرض لم تكن إلا من جراء عملية نقل الدم إلى الشخص.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بذلك في العديد من أحكامه[396] ، كما طبق كل من نظرية تعادل الأسباب، إلا أنه أخذ أحيانا بنظرية السبب المنتج كلما واجه المضرور صعوبة في إثبات رابطة السببيةخاصة في حالات مرض الإيدز[396].

لكن قد يتمسك القاضي في بعض الحالات بالخبرة الطبية، والتي تعجز عن إثبات علاقة السببية اليقينية، فيترتب على ذلك عدم قيام المسؤولية، لذلك إستعان القضاء الفرنسي خاصة بنظرية تفويت الفرصة أو السببية المحتملة أو المفترضة ، كملجأ لمواجهة الشك والتردّد الخاص بعلاقة السببية، وكوسيلة لإثبات السببية الأكيدة من جراء فوات الفرصة والفقدان الواضح لها[396] ، وقد اعتبر فوات الفرصة ضررا أكيدا ومحققا على الرغم من اعتباره ضررا جزئيا[366] ص 11، فهي تهدف منح تعويض ولو كان ضئيلا عن خطأ أثر على النتيجة المرجوة من خلال السير العادي للأمور.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بنظرية السببية المفترضة (المحتملة) أو تفويت الفرصة كما أسلفنا في مجال الإصابة بفيروس الإيدز بسبب عملية نقل الدم، وذلك قصد إعفاء المريض المضرور من إثبات علاقة السببية، فأقام المسؤولية على أساس إستخلاص قرينة تتمثل في أن نقل الدم الذي تم للمريض هو السبب لمباشرة للإصابة بالفيروس متى توفرت مجموعة من العناصر التي تقوى هذه القرينة[169] ص 200، لكنه سرعان ما ذهب إلى أن هذه القرينة غير قاطعة بل تقبل إثبات العكس.

2.2.3.1.1.2. نفي رابطة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث

لا يمكن نفي رابطة السببية في نطاق عملية نقل الدم الملوث إلا بإثبات السبب الأجنبي، أو بإثبات أن التلوث لم يكن راجعا إلى الدم الذي تلقاه المريض، فالإلتزام بتحقيق نتيجة محله تقديم دم نظيف وسليم وخال من الأمراض لمتلقيه، فيوقع على عاتق كل من مركز نقل الدم والمستشفى إلتزاما بالسلامة يؤدي إلى مساءلتهم عن الإصابة بالمرض الذي لحق متلقي الدم، فهو يقوم على قرينة أساسها أن الإصابة بالمرض تكمّن بالدم، أما إذا كانت الإصابة ليست من الدم فإن المسوؤلية لا تقوم، وعليه فإن تقدير السبب الأجنبي أمر متروك لقاضي الموضوع وفقا لظروف الحال مع الإستعانة بأهل الخبرة.

السبب الأجنبي: يتشكل السبب الأجنبي من عدة صور لإنعدام ونفي رابطة السببية وهي كما هو معلوم، الحادث الفجائي، القوة القاهرة ، خطأ المضرور وخطأ الغير، لكن ما يهمنا في نطاق عملية نقل الدم الملوث هو خطأ المضرور وخطأ الغير، وهذا كون أن القضاء الفرنسي كأصل قد ذهب إلى إنكار صفة القوة القاهرة عن فيروس الإيدز الموجود بالدم، فنقل الدم حدث في وقت كانت قد اكتشفت فيه العلوم الطبية فيروس هذا المرض، كما إكتشفت أنه ينتقل عن طريق الدم، وبهذا فإن تلوث الدم بهذا الفيروس وإنتقاله إلى شخص سليم هو أمر متوقع، وكما هو معلوم أن إطلاق وصف قوة قاهرة أو حادث فجائي على واقعة ما فإنها يجب لذلك أن توصف بعدم إمكان التوقع وإستحالة الدفع، بالإضافة إلى وجوب أن

تكون خارجة عن إرادة المدين، وهو ما لا يتحقق بالنسبة لتلك الأمراض المنتقلة عن طريق الدم كونها محصاة ومعروفة ومكتشفة.

خطأ المضرور: والذي يقصد به حالة ما إذا وقع من المسؤول خطأ ثابت أو مفروض، وفي ذات الوقت وقع خطأ من المضرور ذو شأن وقيمة في إحداث الضرر، أين يستغرق خطأ المضرور خطأ المسؤول فينفي عنه المسؤولية إذا كان خطأ المضرور وحده قد أحدث الضرر[182] ص 116، أو يستقل خطأ كل منهما عن الآخر لكن يشتركان في إحداث الضرر. ومن أمثلة ذلك كما لو أثبت وجود علاقة جنسية غير مشروعة تمت بين المريض المنقول له الدم وبين شخص مصاب بالإيدز.

وقد يلزمنا الحال هنا الإشارة إلى حالة رضاء المضرور كصورة خاصة لدفع المسؤولية ونفيها[78] ص 740، 741 والتي لا يقصد بها رضاء المضرور بالضرر، ولكن تعمّد هذا الأخير بإحداث الضرر بنفسه أو عدم توقيه للضرر ببذل جهد معقول، والتي يستغرق بها في هذه الحالة خطأ المسؤول كون خطأه هنا أشد من خطأالمسؤول[70] ص 197، أومتى كان في وسع المضرور توقع الضرر أين تنتفي المسؤولية بذلك ، فخطأ

المضرور أو رضاءه يقطع رابطة السببية متى إستغرق خطأ المسؤول وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة[35] ص 30

خطأ الغير: يشترط في خطأ الغير الذي يعفي من المسؤولية كاملا **ألا** يكون في مقدور المضرور توقعه أو تفاديه، وأن يكون هذا الخطأ وحده هو الذي سبب الضرر[35] ص 30، ومثال ذلك أن يخضع شخص إلى فحوصات وتحاليل طبية لدى طبيب مختص لمعرفة ما إذا كان مصابا بمرض ينتقل بواسطة الدم أم لا، وبعد الفحص أفاده الطبيب بخلوه من الأمراض، وعلى إثر ذلك وبناء على رأي الطبيب الخاطئ تبرع بالدم الملوث، الأمر الذي ترتب عليه إنتقال عدوى المرض إلى المتبرع له المضرور.

وبذلك يكون خطأ الشخص (المسؤول) والذي لم يتخذ الإحتياطات الوقائية اللازمة لمنع إنتقال عدوى مرضه إلى المضرور، لكن قد كان ذلك نتيجة خطأ الغير، وهو الطبيب المخطئ في التشخيص[182] ص 37، 38 حيث إستغرق خطأ المسؤول في هذه الحالة، فيكون فعل الغير وخطأه نافيا للمسؤولية إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر.

وبكلمة جامعة نقول أن إثبات علاقة السببية في مجال عملية نقل الدم الملوث يخضع للقواعد العامة الخاصة بالمسؤولية المدنية التقليدية والتي طبقها القانون والقضاء الفرنسي ضمن أحكامه السابقة لكن خصوصية الأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث بالأمراض أو الفيروسات جعلت هناك ضرورة ملحة لتطوير هذه القواعد بما يتماشى وتلك الأضرار، وهو الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي كعادته إلى السبق في إصدار الأحكام والقوانين الهادفة إلى حماية حقوق المضرور بصفة عامة، وحقوق المريض بصفة خاصة ، فكان له أن أخذ بنظرية تفويت الفرصة، والتي تقوم على إفتراض رابطة

السببية في مجال عملية نقل الدم بغض النظر عن وجودها بين الخطأ والضرر أم لا، وهذا إعمالا لوجوب قيام المسؤولية المدنية في هذه الحالة، قصد الإلتزام بالتعويض لضحايا نقل الدم الملوث بالأمراض أو الفيروسات، خاصة تلك الخطيرة منها كالإيدز أو إلتهاب الكبد الوبائي C.

2. 1. 2. الأساس القانوني لمسؤولية الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم الملوّث

إذا كانت مشكلة علاقة السببية بين الخطأ والضرر في نطاق عملية نقل الدم الملوث تعد من الصعوبات التي تتعلق بالمسائل القانونية،إضافة إلى تلك المتعلقة بالمسائل العلمية والطبية، والتي يصعب على القاضي الإلمام بها حتى يتمكن من إثبات قيام المسؤولية المدنية، لتقدير التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمريض في هذه الحالة، فإنه هناك صعوبات أخرى أكثر تعقيدا، قد يجد الضحية المضرور نفسه أمامها، وهي تخص مسألة تحديد المسؤول القانوني عن تعويض تلك الأضرار الناجمة عن نقل الدم الملوث له، وذلك نظرا لتدخل أكثر من شخص في هذه العملية .

وقد لعب القضاء دورا محوريا في إبراز معالم تلك المسؤولية في نطاق عملية نقل الدم، فكانت وسيلته المثلى لذلك ومن أجل تدعيم وتأكيد حماية الضحايا هي التوسع في نطاق الأشخاص الذين يمكنهم التصرف إتجاه المرضى المعنيين، وقد إفترض بذلك سلسلة من المسؤوليات، تبدأ بمساءلة المتسبب في الحادثة التي أوجبت نقل الدم، والطبيب المقرر لنقل الدم الذي أهمل في تحليله والتأكد من خلوه من الأمراض أو الفيروسات، ووصولا إلى مساءلة المكان الذي يقدّم الدم سواء كان مركزا لنقل الدم أو مستشفى يعالج المريض به، فإلى أي منهم يمكن لهذا الأخير أن يوجه دعوى المسؤولية ؟

هذه التساؤلات التي يتعين علينا محاولة الوقوف على إجابتها في هذا المبحث، وذلك عن طريق تحديد الأساس القانوني لمساءلة كل طرف من هؤلاء الأطراف علما أنه لكل واحد منهم مشاركة وتدخل خاص في إحداث الضرر والإصابة بالتلوث (المرض) تختلف عن غيره.

وبالتالي تظهر في بداية حلقات هذه السلسلة المسؤولة عن الضرر الناتج عن نقل دم ملوث، مراكز نقل الدم ثم تليها مباشرة المؤسسات الإستشفائية خاصة والدولة عامة، إضافة إلى مسؤولية الأطباء والمتبرعون ومرتكبوا حوادث الطرقات كأشخاص طبيعية تبدوا مسؤوليتهم أكثر تلازما في نطاق عملية نقل الدم؟

وقصد توضيح أساس مسؤولية كل طرف من هؤلاء سعيا لإبراز سبل ومعالم تقدير التعويض عنها كان لزاما علينا تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الأول: مسؤولية مراكز نقل الدم

المطلب الثاني: مسؤولية ألأشخاص المعنوية عن نقل الدم الملوث

المطلب الثالث: مسؤولية الأشخاص الطبيعية عن نقل الدم الملوث.

1.2.1.2. مسؤولية مراكز نقل الدم

إن مركز نقل الدم هو مؤسسة إدارية تقوم ببعض الأنشطة الخاصة بجمع الدم وتحليله للتحري عن العدوى المنقولة بالدم، وتحديد فصائل الدم وفصل مكوناته وتخزينه، إضافة إلى توزيعه على بنوك الدم التابعة للمستشفيات العامة، وكذا تمويل المستشفيات والعيادات الخاصة أو المنفرد عند الحاجة ، وقد إعتبر المشرع الفرنسي منذ سنة 1952 أن مركز نقل الدم هو مرفق إداري مستقل بذاته عن المرفق العام الطبي، يكون القضاء الإداري مختصا للنظر في كل دعوى تثار فيها مسؤولية مركز نقل الدم وفق أحكام وقواعد القانون العام[381].

ويرتبط مركز نقل الدم مع تلك المؤسسات الإستشفائية بعقد توريد الدم، كما يرتبط مع المريض المتلقي للدم بموجب إشتراط لمصلحة الغير، أي يشترطه المستشفى العام أو الخاص لمصلحة المريض. هذا الإرتباط الذي يرتب إلتزامات على عاتق هذا الأخير، تضمنه علاقة قانونية يلتزم فيها مركز نقل الدم بمجموعة من الإلتزامات العقدية، إتفاقية كانت أو قانونية.

وعليه فما هو مضمون إلتزام مراكز نقل الدم في إطار هذه العلاقات القانونية ؟ ، وإذا كان هذا الإلتزام القانوني يرتب مسؤولية عند الإخلال به، فما هو الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية؟ خاصة إذا كان الناتج حالات عدوى مرضية بسبب نقل دم ملوث، قد ترتب أضرار يمكن أن توصف بالكارثية عن ذلك .

إجابة منا عن ذلك تضمن هذا المطلب فرعين:

الفرع الأول: مضمون إلتزام مراكز نقل الدم

الفرع الثاني: أساس مسؤولية مراكز نقل الدم

1.1.2.1.2. مضمون إلتزام مراكز نقل الدم

يلتزم مركز نقل الدم كما سبق توضيحه بتحقيق نتيجة في مواجهة كل من المؤسسات الاستشفائية والمريض، ومضمون هذا الالتزام هو ضمان تقديم دم مناسب وسليم خال من العيوب أو الأمراض، أين يعد المركز مقصرا ومخطأ إذا تخلفت نتيجة الإلتزام ، حيث تعتبر النتيجة هنا متخلفة إذا ثبت أن الدم المنقول كان مصابا بفيروس أحد الأمراض كالإيدز أو إلتهاب الكبد الوبائي ، أو غيرها من الأمراض التي يمكن أن تنقل عن طريق الدم.

ومن المعلوم أن مراكز نقل الدم هي المحتكرة لإعداد وتجهيز منتجات الدم دون غيرها من المؤسسات، فبنوك الدم مثلا لا توكل لها عملية جمع الدم، لكنها هي مؤسسات تابعة للمستشفيات ويقتصر دورها على تخزين الدم المفروز والتحقق من توافقه قصد إستعماله للمرضى المحتاجين له .

ولذلك فإن مراكز نقل الدم هي الجهة الوحيدة المكلّفة بتسليم الدم أو مشتقاته لمستقبليه، سواء كانوا مستشفيات أو مرضى أو حتى عيادات خاصة للأطباء، مما يجعل هذه المراكز المورد المباشر والأساسي للدم، فتكون بذلك أحد الأطراف المسؤولة عن عملية نقل دم ملوث إلى المرضى .

وقياسا على ذلك، سوف نبحث عن طبيعة الإلتزام بالضمان الذي يقع على عاتق هذه المراكز من جهة، ومضمون هذا الضمان من جهة ثانية، هذا كله قصد تحديد أساسا مسؤولية هذه المراكز عن نقل دم ملوث ، قد تنجم عنه أضرار للمريض المتلقي له :

أولا: طبيعة إلتزام مراكز نقل الدم

ثانيا: الإلتزام بضمان السلامة في عملية نقل الدم

1.1.1.2.1.2. طبيعة إلتزام مراكز نقل الدم

لقد حدد القضاء الفرنسي طبيعة التزام مراكز نقل الدم بأنه إلتزام بتحقيق نتيجة، مصدره عقد التوريد المبرم بينه وبين المؤسسة الإستشفائية، حيث يكون محله توريد دم يحقق سواء بطبيعته أو بأوصافه الهدف العلاجي المنشود، لكن بإعتبار عقد التوريد يثير كغيره من العقود بعض الآثار فيرتب بذلك إلتزامات عقدية بين طرفيه، فإن هذا يقودنا إلى الحديث عن منتَج أي شيء يتم توريده وبالتالي الحديث عن عقد بيع، فهناك من حاول تشبيه العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمؤسسة الإستشفائية بعقد بيع، فألقى بذلك على عاتق المركز إلتزامات ومسؤوليات البائع.

فمركز نقل الدم هو بائع لمنتج معين هو الدم، ويلتزم في مواجهة المشتري (المؤسسة الإستشفائية أو الطبيب صاحب العيادة الخاصة) بضمان إما تسليم شيء مطابق أو بضمان العيوب الخفية أو بضمان السلامة[257]، كما أن تطبيق هذه القواعد (البيع) يساهم إلى حد كبير في تحسين وضع الضحايا حيث تشبه مكونات ومشتقات الدم الثابتة والمعدّة صناعيا عن طريق المؤسسات المتخصصة بالأدوية والتي يمكن أن تشكل جزء من عملية البيع[257].

لكن هذا الإتجاه سرعان ما أثار العديد من التحفظات، فتواترت الأحكام على أن طبيعة العقد المبرم بين مركز نقل الدم والمؤسسة الإستشفائية إنما هو عقد توريد متضمن إشتراط لمصلحة العير، حيث يكون فيه المركز ملتزما بنتيجة هي تسليم دم نقي مناسب، سليم وخال من العيوب والأمراض والفيروسات وهوما ذهبت إلى محكمة باريس الفرنسية في 28 نوفمبر 1991، وكذلك محكمة تولوز في 16 جويلية 1992، وقد أكدت ذلك محكمة النقض الفرنسية في 12 أفريل 1995 بحكمين لها فمركز نقل الدم هو المورد والموزع الوحيد للدم، يقع عليه إلتزام بتحقيق نتيجة ومسؤوليته تنعقد لمجرد عدم تحققها، ولا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي.

لكن ما هو المضمون الحقيقي للإلتزام بتحقيق نتيجة، هل هو الإلتزام بضمان العيوب الخفية، أو بتسليم شيء مطابق أو الإلتزام بالسلامة ؟

الإلتزام بضمان العيوب الخفية: إذا كانت التشريعات قد نظمت دعوى لضمان العيوب الخفية في الأحوال التي يتبيّن فيها أن الشيء محل التعاقد قد لحق به عيب سبب أضرارا لمن تسلم هذا الشيء بموجب عقد بيع أو إيجار أو توريد أو ....الخ ، فإن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا، هل التنظيم التشريعي لأحكام ضمان العيوب الخفية يحقق الأمان والإستقرار ويحمي حقوق الضحايا في نطاق عمليات نقل دم ملوث للمرضى المحتجين له الذي يتم الحصول عليه من مركز نقل الدم كمورد له ؟ ، بينه وبين المؤسسة الإستشفائية عقد توريد بذلك، وهل يلتزم المركز هنا بالضمان في حالة توريده لدم معيب لها ؟

لقد طبق ضمان العيوب الخفية على مراكز نقل الدم بإعتبار هذه المراكز موردا لمنتَج أيا كان حيث تفرض عليه إلتزامات البائع، والتي من أهمها ما يتعلق بتوزيع الدم ومشتقاته، ضمان العيوب الخفية ومخاطر التطور[315] ص 21، وهو ما أخذت به محكمة الإستئناف (AIX – en – province) في حكمها الصادر في 12 جويلية 1993، والذي أقرت فيه مسؤولية مراكز نقل الدم إستنادا إلى أحكام ضمان العيوب الخفية.

وعليه هل تعد دعوى ضمان العيب الخفي هي الوسيلة المثلى التي يتمكن من خلالها المضرور من الحصول على التعويض عما ألم به من أضرار نتيجة نقل دم ملوث له بأحد الأمراض أو الفيروسات؟

لأجل ذلك نقول أن المشرع الجزائري قد نظم أحكام العيب الخفي وشروطه في مواد القانون المدني وأحكام قانون حماية المستهلك[258] ص 12، وإذا كان الضمان في أحكام القانون المدني إتفاقيا، فإعتبر عدم اشتمال المبيع على الصفات المتفقات عليها عيبًا خفيًا يلزم البائع بضمانه، وكذا العيب الذي ينقص من قيمة الشيء أومن الإنتفاع به بحسب الغاية المقصود منه، أما في قانون حماية المستهلك، فإن أساس الضمان هوالنصوص القانونية والتنفيذية، أي بقوة القانون، فالمنتِج يلتزم بضمان الأضرار التي تسببها منتوجاته المعيبة للمستهلك، فيحدّد العيب الموجب للضمان بأنه ذلك العيب المؤثر على صلاحية المنتوج منذ تسليمه.

وأمام هذا الإختلاف الموجود بين أحكام الإلتزام بضمان العيوب الخفية في القانون المدني وقانون حماية المستهلك، نجد أن المشرع قد إستبعد بعض المنتوجات من نطاق قانون حماية المستهلك وذلك لتفرّد نظامها القانوني عن المنتجات الأخرى، و التي نجد من بينها عناصر ومنتجات الدم البشري، وذلك للخطورة الكامنة في تصنيع هذه المواد نظرا لطبيعتها التقنية، ومساسها المباشر بصحة الأشخاص، فهي لا يمكن أن تخضع للأحكام التي تطبق على المنتوجات الأخرى، حيث ألزمت المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري (مراكز نقل الدم) من أجل الإستعمال الطبي إكتتاب تأمين على مسؤوليتهم

من جهة ، كما ألزمت المادة 193 مكرر 2، من قانون حماية الصحة بضمان اليقظة بشأن الدم من طرف المؤسسات المختصة في هذا المجال (مراكز نقل الدم) وهو ما يبين خطورة هذا النوع من المنتجات (الدم ومشتقاته الثابتة والمتغيرة)، والذي أدى بالمشرع على أساس ذلك إلى إستبعاده من قانون حماية المستهلك.

من جهة ثانية، فإن تطبيق أحكام الإلتزام بضمان العيوب الخفية الموجود بالقواعد العامة للقانون المدني في نطاق عملية نقل الدم الملوث قد يقودنا إلى العديد من الإنتقادات أهمها:

أن الطبيعة التعاقدية لدعوى ضمان العيوب الخفية تجعل نطاق هذه الدعوى محدود من حيث الأشخاص، حيث لا تتوفر الحماية إلا بالنسبة للمشتري الأول إعمالا لمبدأ نسبية آثار العقد، وعليه فإنه في مجال نقل الدم سوف يقف هذا المبدأ عقبة أمام المريض في رفع دعوى الضمان على المنتج (مركز نقل الدم) تأسيسا على أنه لا يرتبط بأي علاقة تعاقدية معه ، فالعلاقة تكون مع المستشفى المورَد لها الدم.

لكن قد عرفنا فيما سبق أن محكمة النقض الفرنسية قد أجازت للمريض الرجوع مباشرة على مركز نقل الدم، وهذا بدعوى مسؤولية عقدية تطبيقا لأحكام الإشتراط لمصلحة الغير، فيبقى بذلك التساؤل قائما عن الوسيلة أو الأساس الذي يمكن للمريض من خلاله أن يرجع بالضمان مباشرة على مركز نقل الدم، هل هو دعوى ضمان العيوب الخفية؟ ، فكانت الإجابة عن ذلك بمايلي:

إذا كان مضمون إلتزام مراكز نقل الدم بتحقيق نتيجة يقوم على أساس ضمان العيوب الخفية، فإن ذلك لا يخوّل حماية كافية للمضرور، فالجزاءات المترتبة عن دعوى ضمان العيوب الخفية لا تتلائم وإحتياجات المريض، فهي تتمثل في دعوى فسخ للعقد أو إنقاص للثمن، وهو أمر له طائل من وراءه في ظل وجود مريض متضرر من نقل دم ملوث، أين يصاب بأحد الأمراض الخطيرة، كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C، والتي تسبب له أضرار صحية مادية ومعنوية قد تصل إلى الوفاة، فتعويض الأضرار هنا مسألة لا بد منها، وهو الشيء الذي يمكن أن توفرها أحكام المسؤولية التقصيرية مع ما تتسم به من مزايا تتفوق بها عن المسؤولية العقدية.

كذلك لا بد أن نشير أن صعوبة إثبات العيب وفقا للأحكام العامة للقانون المدني في مجال نقل الدم (العيب في الدم)، يعتبر أمرا شاقا وعسيرا، إن لم نقل في بعض الأحيان مستحيلا على المضرور خاصة إذا تمثل العيب في الفيروسات التي عجز العلم عن إكتشاف علاج لها، نظرا لقدرتها على التخفي وإتخاذ أشكال عديدة[131] ص 53.

فضلا عن ذلك نذكر الدور غير المؤثر للخبرة الطبية في هذا المجال، خاصة إذا تعلق الأمر بمرض الإيدز وكيفية الكشف عن الوسيلة التي إنتقل بها إلى المريض، ضف إلى ذلك خصوصية الأضرار الناتجة عن نقل ذلك الدم الملوث، وطابعها المتراخي والتدريجي، والذي جعل دعوى ضمان

العيوب الخفية تمثل عائقا كبيرا، فهي تتطلب ممارستها في فترة قصيرة الآجل، مع أن بعض الفيروسات لتلك الأمراض المتنقلة عن طريق الدم تمر بفترة حضانة وتدرج لظهور المرض قد تصل إلى عدة سنوات وهو ما يبيّن عدم ملائمة تطبيق فكرة ضمان العيوب الخفية في مجال عمليات نقل دم ملوث.

كل هذه الإنتقادات، جعلت الفقه والقضاء عامة يبحث عن مضمون آخر لإلتزام مراكز نقل الدم.

الإلتزام بتسليم شيء مطابق: يقصد بتسليم شيء مطابق، ضرورة مطابقة المبيع أو المنتَج (الدم) لما تم الإتفاق عليه بين المنتِج (مركز نقل الدم) وبين المستهلك (المريض) عن طريق المستشفى، وهو ما يطلق عليه شرط المطابقة، ومنه فإن وجود عيب بالمنتَج يخل بفكرة المطابقة، ومن ثم يعد إخلالا بإلتزام تسليم الشيء[138] ص 388.

وقد إتجهت بعض أحكام القضاء الفرنسي سابقا إلى أن عقد التوريد هذا ينشأ إلتزام بتسليم شيء مطابق، فذهب إلى أنه عند عدم تسليم منتَج سليم مطابق لهدفه، فإن مركز نقل الدم يكون قد أخل بإلتزامه بالتسليم.

لكن عدم المطابقة يختلف عن العيب الخفي في الشيء، وهو ما يجعل لكل منهما نطاق مختلف عن الآخر، حيث ذهب إلى ذلك المشرع الجزائري في نص المادة 379 من القانون المدني ، أين ألزم البائع بالضمان في حالة عدم إشتمال المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم للمشتري رغم خلو المبيع من العيب فقد تقرر الإلتزام بضمان المطابقة إلى جانب العيوب الخفية في نص المادة 379 ق م كما تضمن الإقرار بهذا الإلتزام قانون حماية المستهلك وقمع الغش بموجب المادتين 11 و 12 منه لكن هل يصلح الإلتزام بتسليم شيء مطابق كمضمون للإلتزام بتحقيق نتيجة الملقى على عاتق مراكز نقل الدم؟ .

إن تطبيق فكرة الإلتزام بتسليم شيء مطابق في مجال عمليات نقل الدم الملوث يؤدي بنا إلى القول بإمكانية الرجوع على المتبرع بالدم على أساس إخلاله بتسليم دم مطابق لهدفه ، وهو ما لا يمكن قبوله إلا أذا إعتبرنا أن المتبرع هو منتِج للدم، وهو ما لم يقل به أحد، فهو مانح للدم فقط[194] ص 502.

ونتيجة لذلك ونظرا لعدم كفاية فكرة الإلتزام بتسليم شيء مطابق في عمليات نقل الدم، فقد إتجه القضاء إلى البحث عن نظام آخر يمكن من خلاله للمريض المضرور نتيجة نقل دم ملوث له بأحد الأمراض أن يحصل على التعويض، فظهر ما يعرف بنظام الإلتزام بضمان السلامة، وهو الإلتزام الذي يكون محله تسليم منتَج خال من كل عيب أو قصور من شأنه أن يعرض الأشخاص للخطر، فيجب بذلك تسليم منتَج يضمن تحقيق السلامة لمن يستخدمه، حيث يضمن المنتِج السلامة في ذلك حتى ولو لم يكن يعلم بالعيوب التي سببت الأضرار[98] ص 189، 190، وهو ما أخذ به القضاء فيما يتعلق بالأمراض التي تنتقل عن طريق الدم، أين فرض على مراكز نقل الدم، إلتزام بتحقيق نتيجة محله ومضمونه ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض[169] ص 148.

2.1.1.2.1.2. الالتزام بضمان السلامة في عملية نقل الدم(Obligation de sécurité)

إن الإلتزام بضمان السلامة لم يظهر إلى الوجود بصورة مباشرة، ولكن مر بمراحل كثيرة في عقود أخرى، كعقد العمل والنقل البري والبحري...الخ، فهو صيغة قانونية بمبدأ أخلاقي أساسه يتمثل في المحافظة على الحياة والسلامة الجسدية للأشخاص.

وقد نشأ هذا الالتزام في البداية متدخلا مع المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية، إلا أن القضاء الفرنسي طور هذا الإلتزام حيث أسسه على وجود إلتزام مستقل يقع على عاتق البائع يتضمن علمه بعيوب المبيع، حتى وإن كان يجهل وجودها. أو يستحيل عليه أن يكشفها، فيكون ضمان السلامة إلتزام محله تحقيق نتيجة، وهو يقيم نوعا من المسؤولية الموضوعية، أين يسأل بموجبها المدين به بمجرد عدم تحقق النتيجة المبتغاة ودون الحاجة إلى إثبات خطأ في جانبه، وإن كان بوسعه دفع مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تحقق النتيجة[161] ص 134، وبالتالي يكون الإلتزام بضمان السلامة وسيلة لحماية أحد أطراف العقد في ضوء عدم كفاية بنود العقد أو النصوص القانونية لتحقيق الحماية.

كما إستخلص القضاء الفرنسي الإلتزام بضمان السلامة من طبيعة بعض العقود، حيث أخذت محكمة النقض به في العقد الطبي عامة ومجال نقل الدم خاصة ، في حكم صادر عن الغرفة الأولى المدنية في 17 جانفي 1995 أين إمتد الإلتزام بذلك إلى غير المتعاقدين، كما قضت محكمة النقض في أول قرار لها بمسؤولية مراكز نقل الدم، أين ألزمت هذه الأخيرة بتوريد دم خال من العيوب حيث لا تستطيع التخلص من الإلتزام بضمان السلامة إلا بإثبات السبب الأجنبي، كما أكد مجلس الدولة الفرنسي مسؤولية مركز نقل الدم عن سوء نوعية المنتجات التي يقوم بتوريدها حتى مع غياب وجود الخطأ.

إضافة إلى ذلك فقد قضت المحكمة الفرنسية بتاريخ 28 أفريل 1998 بمسؤولية مركز نقل الدم في مواجهة المتضررين، فألزمت هذا الأخير بالتعويض لمجرد ثبوت العيب الذي نشأ عنه ضرر، رغم عدم وجود رابطة عقدية بن المركز والمتضررين، وذلك إستنادا دائما إلى الإلتزام بضمان السلامة.

وهكذا تواترت أحكام القضاء الفرنسي على أن الإلتزام بضمان السلامة يعد من الإلتزامات التي تقرر لصالح جميع الأشخاص سواء المتعاقدين أو غير المتعاقدين، فهو مجال واسع لحماية المضرورين كونه فكرة أخذ بها القضاء في محاولة منه للخروج عن الإطار التقليدي للمسؤولية القائمة على فكرة الخطأ التي لم تعد تتفق ومستجدات العصر الحديث.

وقد خرج القضاء الفرنسي بالإلتزام بضمان السلامة من الإطار التعاقدي إلى الإطار التقصيري حيث إتجه بعد صدور التوجيه الأوروبي في 25 جويلية 1985 بشأن المسؤولية الناشئة عن فعل المنتجات المعيبة، إلى إعتبار الإلتزام بضمان السلامة بمثابة الواجب العام الذي يعد الإخلال به موجب

للمسؤولية التقصيرية، حيث أصبح لغير المتعاقدين الحق في الإدعاء مباشرة في مواجهة المنتِج طالما أصابهم ضرر من منتجاته المعيبة، وهو ما إستقر عليه القضاء الفرنسي بالنسبة لمراكز نقل الدم على أساس أنها ملتزمة بتوريد دم نقي ونظيف خال من الفيروسات المعدية ويفي بالغرض المنشود من العلاج فإذا قدّم مركز الدم إلى المريض سواء بطريق مباشر أو غير مباشر دما ملوثا أدى إلى إصابته بفيروس مرض الإيدز مثلا أو أي فيروس آخر فإنه يكون مسؤولا عن إخلاله بإلتزام بتحقيق نتيجة محله ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض[169] ص 148، فالإلتزام بضمان السلامة يرتكز على فكرة تعيب المنتَج، بما يشكل أساسا كافيا لقيام مسؤولية المنتِج دونما نظر إلى فكرتي التقصير والإخلال بالعقد، وبالتالي فالمنتج مسؤول وملزم بالتعويض عن فعل منتجاته، حتى ولو لم يقترف خطأ، متى ثبت أن ما ينتجه كان معيب.

وعليه ونتيجة لهذا التطور في موقف القضاء والفقه الفرنسي، قام المشرع بإصدار تشريع خاص سنة 1998 ينظم المسؤولية عن المنتجات المعيبة، وهذا تطبيقا للتوجيه الأوروبي الخاص بالمسؤولية عن المنتجات الصادر سنة 1985، وقد كان القانون الفرنسي الصادر في 19 ماي 1998 أحد التشريعات التي تبنت أحكام المسؤولية الموضوعية للمنتجين عن مضار منتجاتهم المعيبة، والذي عدل بموجبه القانون المدني الفرنسي، حيث تضمنت المادة 1386 – 1 منه عناصر مسؤولية المنتِج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، فنصت على أنه :« يكون المنتج مسؤولا عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، يستوي في ذلك أن يكون مرتبطا أو غير مرتبط بعقد مع المضرور».

حيث كان مفاد هذا النص وجود ثلاثة عناصر رئيسية يلزم توافرها حتى تقوم مسؤولية المنتِج وهي: وجود عيب في المنتَج ، ضرر يصيب جراء ذلك بالإضافة إلى وجود علاقة السببية بين المنتَج المعيب والضرر، أين يتحقق الضرر كنتيجة طبيعية للعيب بالمنتَج.

وقد أسس قانون 19 ماي 1998 المسؤولية على القصور في أداء الإلتزام بالسلامة، وذلك لمصلحة كل المتضررين بصرف النظر عن علاقتهم بالمنتِج، وهل هي من طبيعة عقدية أم لا[350] ص 681. فالمتضرر وفقا لذلك له أن يختار بحرية دعوى المسؤولية العقدية إذا كان متعاقدا، ودعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان من الغير.

لكن في ظل إزدواجية المسؤوليتين (العقدية والتقصيرية) وعدم الجمع بينهما، فإنه من المستقر تماما في القانون الفرنسي أن دعوى المسؤولية التقصيرية عن الأضرار التي تحدثها المنتجات لا يمكن تحريكها إلا من قبل المتضرر الذي لا تربطه بالمنتِج أية علاقة تعاقدية، أي يكون المتضرر من الغير وبالتالي فإن المتضرر في القانون الفرنسي لا يختار بحرية دعوى المسؤولية العقدية أو التقصيرية، وإنما إذا كان متعاقدا، فإنه ملزم بسلك الطريق التعاقدي، وإن كان من الغير فإنه يسلك الطريق التقصيري.

وقد طبق القضاء الفرنسي ذلك بالنسبة للمضرور بطريق غير مباشر (غير تعاقدي) من فعل منتجات الدم الملوث بالفيروس الإيدز (VIH)، والذي كان بمثابة تطبيق مباشر لنصوص التوصية الأوروبية، وذلك في الحكم الصادر في 28 أفريل 1998 السابق الإشارة إليه لمحكمة النقض الفرنسية أين تم التدبر في مسؤولية المنتِج الذي كان بسبب كوارث نقل الدم الملوث. ومن ثمة نشأت هذه المسؤولية المفروضة قانونا بمناسبة المنتجات الطبية، والتي تتفق مع الإلتزام بضمان السلامة في عمليات نقل الدم فمركز نقل الدم يرتبط مع المستشفيات سواءا العامة أو الخاصة بعقد توريد يرتب إلتزام بضمان سلامة المنتَج (الدم) المقدّم للمريض، وبالتالي مسؤولية هذا الأخير تترتب في حالة وجود عيب يخل بسلامة المنتَج المورَد فهي مسؤولية عقدية، عن الإخلال بالإلتزام لتحقيق نتيجة مضمونه ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد أنه بعد تعديل القانون المدني سنة 2005 جاء بأساس آخر لمسؤولية المنتِج بعدما كانت تثار وفقا للقواعد العامة من القانون المدني ، حيث كان المنتِج يلتزم بضمان العيوب الخفية وبتسليم شيء مطابق، وهي إلتزامات قانونية كما عرفنا، بعدها جاء المشرع بنظام آخر لمسؤولية هذا الأخير عن الأضرار التي تسببها منتجاته للمستهلك وللغير والتعويض عنها، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، وهو ما نصت عنه المادة 140 مكرر ق م المقتبسة عن المادة 1386-1 لقانون 19 ماي 1998، فنصت المادة 140 مكرر بذلك على مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الضررالناتج عن المنتوج، في حين جاء في تعليق عن المادة 140 مكرر للأستاذة الدكتورة زهية سي يوسف، أن مسؤولية المنتج التي جاء بها المشرع ضمن تعديله للقانون المدني بموجب المادة أعلاه هي مسؤولية من نوع خاص قائمة بقوة القانون وليست قانونية، فهي تتميز عن نوعي المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، كما أنها ليست موضوعية قائمة على أساس الضرر، وإنما هي مسؤولية قائمة على أساس العيب. وهو ما لا يتلائم مع إلتزام مراكز نقل الدم، فهي فكرة لا تتماشى وطبيعة منتَج الدم كمنتج بشري مهم وخطير ومعقد، كما أن نظام مسؤولية المنتِج وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري ترتكز في مجملها على عدة إنتقادات من بينها: عدم تعريف المشرع للمنتَج بشكل واضح ضمن نص المادة 140 مكرر مما يصعب معه إعتبار مركز نقل الدم منتِجا وفقا لما جاء، كذلك عدم تعريفه للعيب الذي ينطوي على نقص الأمان والسلامة في المنتوج نظرا لما ينطوي عليه من مخاطر وإشارته إلى العيوب بالمفهوم التقليدي له طبقا لنص المادة 379 من القانون المدني.

وبالتالي فإن أحكام مسؤولية المنتج بذلك المفهوم عاجزة عن تحقيق الحماية للمتضرر، خصوصا فيما يتعلق بالمنتجات ذات الطبيعة الخاصة كالمنتجات البشرية (الدم) إضافة إلى عدم وجود أحكام خاصة بهذا النوع من المسؤولية مثلما وضعها المشرع الفرنسي، وهو ما يجعل هذه المسؤولية محل لإشكالات عديدة حول كيفية تطبيقها عامة، وإستحالة ذلك في مجال عمليات نقل الدم خاصة. فالمشرع

الجزائري أخرج عناصر ومستخلصات الدم البشري من القواعد العامة و نظمها بقوانين خاصة نظرا لخطورتها وتعقيدها، ومساسها بصحة الأشخاص.

ضف إلى ذلك أن وصف الدم ومشتقاته بالمنتَج (Le produit) يؤدي بنا إل إعتباره شيء كباقي الأشياء، كما أن تطبيق قواعد المسؤولية عن المنتجات المعيبة يؤدي بنا إلى الإعتراف ببيع الدم وهي الأفكار التي إستبعدها المشرع الجزائري بموجب قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 08-13 لسنة 2008 ، ضمن المادة 263 منه، التي توقع عقوبة جزائية على من يتاجر بالدم البشري أو مصله أو مشتقاته قصد الربح، فعملية نقل الدم أو التبّرع به هي عملية ذات طابع مجاني بدون مقابل وهو ما حرصت جل التشريعات على تعميمه بالنسبة لذلك.

وكخلاصة لما سبق بيانه، نقول أن خصوصية الدم كمنتج بشري معقد خطير ومهم في نفس الوقت، تؤكده ضرورة أن يكون الإلتزام بالضمان الخاص به مختلفا في نطاقه وحدوده عنه بالنسبة لباقي المنتجات الأخرى، فكما عرفنا أن الإلتزام بضمان السلامة قد أصبح إلتزاما قانونيا مفروضا على عاتق المنتِج ضمن مختلف التشريعات، كون الحق في السلامة هو من أهم الحقوق الأساسية للمستهلك وفي مجال عمليات نقل الدم يفرض الإلتزام بضمان السلامة على مراكز نقل الدم ضرورة تسليم دم نظيف نقي وخال من الأمراض أو الفيروسات بحيث تنعقد مسؤولية المركز بمجرد إصابة المريض بضرر نتيجة نقل الدم إليه، فالإلتزام بضمان السلامة هو إلتزام بتحقيق نتيجة[183] ص 126، مفادها ضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض ووجوب تعويضه عن كافة الأضرار التي تصيبه دون حاجة إلى إثبات الخطأ، بل يكفي إثبات الضرر، بحيث ينقلب عبء الإثبات ولا يستطيع مركز نقل الدم التخلص من المسؤولية إلا إذا أشار إلى السبب الأجنبي الذي منعه من تنفيذ إلتزامه بضمان السلامة، كخطأ الغير أو خطأ المضرورة أو القوة القاهرة، فضلا عن ذلك فإنه لم يعد الإلتزام بضمان السلامة مقصورا على المتعاقد، بل أصبح من الممكن أن يستفيد منه أيضا غير المتعاقد.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أعاد صياغة الإلتزام بضمان السلامة بشكل واضح وواسع ضمن قانون 2000/ 303 الصادر في 4 مارس 2002 والمتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي والذي أضاف بموجب المادة 98 منه مواد جديدة لقانون الصحة العامة الفرنسي، ومن هذه المواد المضافة، المادة 1142 – 1، التي أقامت المسؤولية الطبية الناجمة عن عيب في جهاز أو منتَج على أساس الضرر، مما أدى بالقضاء في ذلك إلى إقامة مسؤولية مراكز نقل الدم كهيئات تتم بها أعمال العلاج (نقل الدم) عند وجود عيب بالمنتَج المقدم على أساس الضرر، وقد إتجه القضاء بذلك صراحة فيما يخص الإصابة بمرض الإيدز أو إلتهاب الكبد الوبائي نتيجة عملية نقل الدم إلى أن مسؤولية المركز هنا هي مسؤولية موضوعية تقوم على أساسا الضرر و لا تتطلب إثبات الخطأ.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أخذ بالإلتزام بضمان السلامة (obligation de sécurité)[85] ص 28 خاصة في مجال مسؤولية الناقل (عقد النقل)، أين يكون محله هنا هو تحقيق نتيجة (obligation de Résultat) لا ببذل عناية .

لكن في المجال الطبي، وفي نطاق عمليات نقل الدم خاصة، فنجد المشرع الجزائري يأخذ بالإلتزام بالضمان عامة كإلتزام مستقل محله تحقيق نتيجة في الحالات العادية وهي ضمان توفير دم سليم نظيف وخال من الأمراض والفيروسات لصالح المريض، لكن من جهة أخر فهو إلتزام بتعويض الضرر الناشئ عن حالة طارئة أو خطر ما، تقوم مسؤولية المدين به حتى ولو أثبت السبب الأجنبي، وهو ما تضمنه نص المادة 169 من الأمر 95 – 07 المتعلق بالتأمينات والتي تنص على أنه:« يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري من أجل الإستعمال الطبي أن تكتتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له».

وبالتالي فمراكز نقل الدم تلتزم بالضمان عامة بواسطة التأمين الإجباري المفروض من طرف المشرع في مجال نزع الدم ونقله، لما لهذا الأخير من أهمية وخصوصية وتعقيد، تجعله يتميز في المجال الطبي، الشيء الذي جعل المشرع يدعم ذلك بالتأمين الإجباري الذي يعد تجسيدا للإلتزام بالضمان بصفة عامة.

كما نظيف في هذا الشأن ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 193 مكرر (2) من قانون حماية الصحة وترقيتها 08 – 13 لسنة 2008 والمعدل للقانون 85 – 05، التي تضمنت حكم المشرع بالالتزام بالضمان، حيث نصت:« تضمن مراقبة نوعية... وضمان اليقظة بشأنها، لاسيما اليقظة بخصوص الأدوية والعتاد والدم والسموم المؤسسات المختصة في هذا المجال...»، فالإلتزام العام باليقظة كما نص عليه المشرع لا يتعارض مع الإلتزام المحدّد بالسلامة من عيوب الدم المنقول إلى المريض[97] ص 378 والذي تضمنته معظم التشريعات على رأسها التشريع الفرنسي ، فإلتزام اليقظة والإنتباه هو إلتزام عام يرتبه العقد الطبي في العلاج يدخل ضمنه ما يسمى بضمان السلامة كإلتزام محدّد يطبق بالنسبة لعملية نقل الدم.

2.1.2.1.2. أساس مسؤولية مراكز نقل الدم

لقد بيّنا فيما سبق أنه من بين العلاقات القانونية التي تثيرها عمليات نقل الدم، هي تلك العلاقة العقدية، سواء بين مراكز نقل الدم والمتبرع أو فيما بين المركزو متلقي الدم ، لكن قبل أن يتوصل الفقه والقضاء إلى هذه العلاقة التعاقدية ، فقد عرفنا أن القضاء الفرنسي كان يقر بغياب تلك العلاقة التعاقدية بين مركز نقل الدم والمريض، وهو ما جعله يعمِل تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية آنذاك.

وقصد توضيح تطور موقف القضاء وإنتقاله من المسؤولية التقصيرية الخطئية إلى المسؤولية العقدية و وصولا إلى قواعد المسؤولية الموضوعية، فقد تضمن هذا الفرع العناوين التالية:

أولا: أساس مسؤولية مراكز نقل الدم في إطار القواعد العامة

ثانيا: أساس مسؤولية مراكز نقل الدم في إطار القانون الإداري

1.2.1.2.1.2. أساس مسؤولية مراكز نقل الدم في إطار القواعد العامة

عند عدم وجود علاقة عقدية بين مركز نقل الدم والمريض المتلقي للدم فإنه يجب التسليم بأن لهذا الأخير في حالة إصابته بضرر ناتج عن الدم المنقول له، أن يقيم دعواه ضد المركز على أساس المسؤولية التقصيرية، وهو ما إتجه إليه القضاء الفرنسي في بداية الأمر، حيث قضى بأن مسؤولية مركز نقل الدم هي مسؤولية تقصيرية لا عقدية، طالما لا توجد بينهما علاقة عقدية مباشرة، وبالتالي فقد كان السبيل الوحيد لرجوع المريض على مركز نقل الدم هو المسؤولية التقصيرية، والتي تشترط ضرورة إثبات خطأ المركز بشأن الدم الذي تلقاه المريض والذي يسبب له الضرر (أحد الأمراض المعدّية) .

لكن بتاريخ 17 ديسمبر 1954 قضت محكمة النقض الفرنسية بمسوؤلية مركز نقل الدم على أساس المسؤولية العقدية، وذلك إعمالا لقواعد الإشتراط لمصلحة الغير، فقضت أن العقد المبرم بين أحد المستشفيات (المشترط) ومركز نقل الدم (المتعهد) يتضمن في ثناياه اشتراطا ضمنيا لمصلحة المريض (الغير)، فينشأ لهذا الغير بناء على ذلك حقا مباشرا عن عقد لم يكن طرفا فيه، فيكون له تبعا لذلك إذا ما لحقه ضرر سببه نقل دم ملوث، حق مطالبة مركز نقل الدم بالتعويض.

وبالتالي فقد عمد القضاء الفرنسي اللجوء إلى هذا الحل القانوني محاولة منه لإستفادة الضحية من نظام الحماية من المسؤولية التعاقدية في إطار ما يسمى بالإشتراط الضمني لمصلحة الغير، أين لا يستطيع المركز أن يتخلص من مسؤوليته عن الضرر إلا بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور نفسه، فإخلال مركز نقل الدم بإلتزامه في تقديم دم نقي ونظيف وخال من الأمراض أو الفيروسات للمريض يعد إخلالا بإلتزام تعاقدي.

وبقي الأمر على هذا إلى أن إكتشف مرض الإيدز، والذي يعد الدم أحد الأسباب الرئيسية لنقل العدوى به، حيث تواترت أحكام القضاء الفرنسي بذلك إلى الأخذ بمسؤولية مركز نقل الدم في مواجهة المريض متلقي الدم على الأساس التعاقدي وفقا لأحكام الإشتراط لمصلحة الغير، فألقي عبء الإثبات بذلك على عاتق مراكز نقل الدم على إعتبار أنها محترفة وذات قدرات فنية وعملية، مما يمكنها من إثبات أن هذه الأضرار ترجع لسبب أجنبي ، فتوالت أحكام القضاء في ذلك، أين قضت محكمة النقض الفرنسية فغي 12 أفريل 1995 حكمين[307] ص 402: إعتمد الأول المسؤولية العقدية كأساس

لمسؤولية مراكز نقل الدم، أين ذهبت إلى وجود عقد توريد دم سليم، نظيف وخال من العيوب من المركز إلى المؤسسة الإستشفائية والمتضمن الإشتراط لمصلحة الغير، فالمركز لا يمكنه أن يعفى من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

بينما أقر الحكم الثاني بأن العيب الخفي الداخلي للدم، حتى وإن لم يتم كشفه، فهو لا يشكل سببا أجنبيا لمركز نقل الدم، فإلتزامات هذا الأخير تجعله مختصا بحفظ الدم وتسليمه مما لا يمكّنه من التنصل من التعويض عن النتائج الضارة الناجمة عن عملية توريد دم ملوث، فإلتزام مركز نقل الدم في العلاقة التعاقدية هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة مضمونه ضمان تقديم دم سليم ونظيف وخال من الأمراض إلى المريض، وأن إثبات عدم تحقق النتيجة هنا (ضمان السلامة)، يكفي لإقامة مسؤولية المركز، دون إشتراط إثبات الخطأ في جانبه. فهي مسؤولية مفترضة، لا ضرورة للإثبات فيها، لكن يمكن نفيها عن طريق السبب الأجنبي.

2.2.1.2.1.2. أساس مسؤولية مراكز نقل الدم في إطار القانون الإداري

إن مراكز نقل الدم هي مرفق عام مكلف بأداء خدمة ونشاط عام وبالتالي فهي تستوجب مسؤولية إدارية بسبب طبيعتها التنظيمية فمؤسسات نقل الدم (مراكز نقل الدم) تخضع في تنظيمها ورقابتها والإشراف عليها للدولة، فقد توكل لها مهام في إطار سياسة الصحة العامة، مما يستوجب ضرورة خضوعها لأحكام القضاء الإداري ، على عكس بعض الدول كفرنسا مثلا، والتي توجد بها مراكز لنقل الدم تخضع للقضاء الإداري، وأخرى خاصة تخضع للقضاء العادي.

لكن مسؤولية مراكز نقل الدم لم ينظمها القانون الإداري بأية نصوص قانونية خاصة، وهو ما جعل العبء في هذه الحالة يقع على عاتق القاضي الإداري، كما هو الحال بالنسبة للقاضي المدني.

وقد حاول القضاء الإداري إستخلاص الحلول اللازمة لهذه المسؤولية حيث سلم مجلس الدولة الفرنسي بإختصاصه فيما يتعلق بمراكز نقل الدم العامة، لكن رغم ذلك لم يتمكن بشكل كاف من معرفة أبعاد هذه المسؤولية وهو ما أدى به إلى تطبيق مبدأ المسؤولية القائمة على الخطأ، فعمد القضاء آنذاك إلى التمييز بين الخطأ الشخصي الذي ينسب للموظف فيرتب مسؤولية شخصية، والخطأ المرفقي الذي ينسب إلى المرفق ذاته، فتسأل عنه الإدارة وحدها في أموالها، علما أن الأصل العام الذي تؤسس عليه المسؤولية الإدارية هو الخطأ بصرف النظر عن أوصافه، لكن هل يلزم درجة معينة من الخطأ كي تنعقد مسؤولية مراكز نقل الدم ؟

من المعلوم أن القضاء الإداري قد تطور من فكرة الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط ثم إلى نظرية المخاطر، وقد جاء هذا التطور في نطاق المسؤولية الطبية بوجه عام، كما تعلق تحديدا بمجال نقل الدم

أين تطور معيار المسؤولية عن حوادث تلوثه، وذلك نظرا لحاجات وظروف إجتماعية وعلمية وفنية إقتضتها ظروفها.

فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية المرفق الطبي**:** لقد تراجعت فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في المجال الطبي وصفا مع بقائه في ذاته أساسا للمسؤولية الطبية، فجاء حكم (Époux V) لمجلس الدولة الفرنسي في 10 أفريل 1992، ثم ترك موقعه لتؤسس على غيره المسؤولية في حدود معينة بحكم (Bianchi) في 9 أفريل 1993، لكن وضع حوادث نقل الدم الملوث والمأساة التي عرفتها فرنسا بعد فضيحة الدم الملوث سنة 1987، والتي كانت لها إنعكاسات على المستوى القضائي من خلال دعوى المسؤولية إبتغى بها ضحايا الدم الملوث التعويض عما أصابهم من أضرار ، وقد نتج عن ذلك صدور أحكام هامة حملت تطورا في نظام المسؤولية في هذا المجال ، فكان بالنسبة للمسؤولية إتجاه المنتفعين بمرفق نقل الدم (مركز نقل الدم) الإنتقال من الخطأ الجسيم إلى الخطأ البسيط، ثم وصولا إلى التحرر من الخطأ كليا إلى المخاطر، أما بالنسبة للمسؤولية إتجاه المتبرعين بالدم فكان الأمر محسوما على أساس فكرة المخاطر.

فبالنسبة لمسؤولية المرافق الطبية وفكرة الخطأ، فنجد أن هذه الأخيرة لم تعد مناسبة للعمل الطبي خاصة مجال نقل الدم الملوث، حيث برزت صعوبات إثبات الخطأ في هذا المجال، فعدم قدرة المرضى على فهم الأمور الفنّية وأصول مهنة الطب، تجعلهم يذهبون إلى المستشفى أو مركز نقل الدم، وهم يضعون ثقتهم الكاملة في هذا المرفق، الشيء الذي جعل القضاء الإداري ينادي الإكتفاء بالأخذ بالتفرقة بين الخطأ الجسيم والبسيط، بالنظر إلى الصعوبات التي يواجهها المرفق الطبي في هذا التقسيم، كما بدأ القضاء يهجر هذه الفكرة، حيث أقر مجلس الدولة الفرنسي في قرار له صدر سنة 1992 بمسؤولية الدولة عن كافة الأضرار التي تسببها المرافق الصحية مهما كان الخطأ بسيطا، فأقر بذلك القضاء الإداري الفرنسي المسؤولية بدون خطأ لصالح المرضى المتعاملين مع المرافق الصحية العامة**.**

المسؤولية على أساس المخاطر لمراكز نقل الدم: (Responsabilité pour Risque) :

تسأل مراكز نقل الدم حتى مع عدم إرتكاب خطأ عن الأضرار الناشئة عن تقديم دم غير صالح، وقد تقررت هذه المسؤولية في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 26 ماي 1995، والذي إستند فيه عند تقرير المسؤولية دون خطأ إلى طبيعة المهمة التي عهد بها القانون إلى مراكز نقل الدم ، والمخاطر التي تتضمنها عملية تقديم منتجات الدم، فهذه المراكز تحتكر عمليات تجميع الدم وضمان الرقابة الطبية على سحبه ومعالجته وتجهيزه وتوزيعه لطالبيه، وهو ما لا يناسب إنطواء المسؤولية عن حوادث الدم الملوث تحت مظلة المسؤولية الطبية للمستشفيات**.**

وعليه فالمسؤولية على أساس المخاطر أو بدون خطأ، أو ما يمكن أن تسمى بالمسؤولية الموضوعية هي تلك التي يكفي أساسا لقيامها وجود علاقة سببية مباشرة بين الضرر وبين العمل أو

النشاط ، أين يكون بذلك هذا الأخير مصدر للضرر، حتى ولو كان هذا العمل أو النشاط في ذاته سليما وصحيحا.

وحتى تشغل مسؤولية الإدارة بدون خطأ يجب الإكتفاء بعنصري الضرر والسببية، فلا بد أن يكون الضرر الحاصل خاصا وإستثنائيا وغير عادي، كما يجب أن ينتقي أي خطأ من جانب المضرور مسبب للضرر أو مساهم في وقوعه، وبذلك في مجال المرفق الطبي، بدأت نظرية المخاطر تدخل المجال التشريعي، فشملت التبرع بالدم ضمن قانون 2 أوت 1961، ثم بعد ذلك تضمنها قانون 4 جانفي 1993 المعدل في سنة 1998، والذي إحتواه قانون الصحة العامة الفرنسي، الذي تبنى ذلك ضمن نص المادة 1222 – 9 منه. أما بالنسبة للتدخل القضائي، فقد بدأ بإقرار مجلس الدولة المسؤولية بدون خطأ في الأحوال الخطيرة وغير العادية التي يسببها للغير المرضى المصابون بالأمراض العقلية والنفسية، حتى وصلت إلى الحوادث الناشئة عن نقل الدم الملوث، أين تأثر مجلس الدولة الفرنسي في ذلك بحكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 12 أفريل 1995 والذي قرر أن مراكز نقل الدم ملزمه بأن تمد المريض بمنتجات دم خالية من العيوب، وأنها لا تستطيع أن تعفى من هذا الإلتزام الخاص بالسلامة إلا من خلال إثبات السبب الأجنبي الذي لا يمكن أن ينسب إليها[397] ص 87.

وعلى هذا الأساس كانت نظرية المخاطر هي البديل المفروض لمثل حالة تلوث الدم الوارد عن مركز نقل الدم ، فهذه النظرية جعلت البحث عن الخطأ أمر صعب إن لم نقل مستحيل، فعدم وجود علاقة مباشرة بين مراكز نقل الدم والمريض، تجعل مسألة الإثبات غير ممكنة، مما إستجوب تجاوز ذلك كما أن خصوصية الضرر تحول دون ربط المسؤولية بمعيار الخطأ محققا كان أو مفترضًا، حيث يمكن التحقق من تلوث الدم بالرغم من عدم وجود أي خطأ يمكن الإمساك به، وهو ما كان في حالة القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي، الذي تضمن نظرية المخاطر كبديل وحيد متاح أمامه حتى لا يترك المضرور من تلوث الدم بفيروس الإيدز بدون تعويض.

وبذلك تقوم مسؤولية مراكز نقل الدم لردائة نوعية الدم المنقول أو لعيوب تلحق به كأمراض أو فيروسات، وهو ما يبيّن أن المسؤولية على أساس المخاطر هنا ليست مرتبطة بحوادث الإيدز، وإنما تمتد إلى غيرها مما يرتبط بنقل الدم ومشتقاته، كمرض إلتهاب الكبد الوبائي، أو السفلس أو غيرها من الأمراض المتنقلة عن طريق الدم، والتي يوصف الدم بوجودها بأنه ملوث .

لكن يبقى دائما إعمال نظرية المخاطر هنا أو المسؤولية اللاخطئية مرتبط بتوفر رابطة السببية المباشرة بين عملية نقل الدم والأضرار اللاحقة بالمنقول إليه هذا الدم، فلا بد بذلك أن يكون الدم هو المصدر الوحيد لهذه الأضرار ولا وجود لأي مصدر آخر عن ذلك.

وتطبيقا لما سبق إستقرت أحكام القضاء الإداري الفرنسي على ما ورد، حيث أكد مجلس الدولة بذلك مسؤولية مراكز نقل الدم عن حوادث الدم الملوث على أساس فكرة المخاطر بحكم له صادر بتاريخ 15 جانفي 2001[396].

وقد استمر الأمر على ذلك إلى غاية صدور قانون 4 مارس 2002 الفرنسي المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي والذي أضاف المادة 1142 – 1 لقانون الصحة العامة الفرنسي، تلك المادة التي أقامت مسؤولية المؤسسات المتعلقة بالوقاية أو التشخيص أو العلاج (كنقل الدم) على أساس الضرر إذا كانت المسؤولية ناجمة عن عيب في المنتَج، حيث تثبت مسؤوليتهم عنه (الدم) كمنتج يوزع ويورّد إلى المؤسسات الصحية، على أساس الضرر الناجم عن استعماله ، هو ما أكدته المادة 1386– 1 من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي فقد ذهب المشرع الفرنسي بذلك إلى تبني المسؤولية الموضوعية كأساس لمسؤولية مراكز نقل الدم ، و قد أصبحت المؤسسة الفرنسية للدم هي الشخص المعنوي المسؤول عن مراكز نقل الدم، والذي ترفع ضده دعوى التعويض المتعلقة بحوادث نقل الدم الملوث، فينعقد الإختصاص بشأنها للقضاء الإداري وحده، وذلك إبتداءا من جانفي سنة 2002 .

لكن أمام مسؤولية لا خطئية وموضوعية تقوم على أساس الضرر الذي يتطلب إثبات علاقته بالدم أي أن تكون عملية نقل الدم هي السبب في الضرر، ظل الإشكال مطروحا: ما هو السبيل المتبع للإثبات أمام خصوصية وإستثنائية هذا الضرر؟

بالنسبة للمشرع الجزائري نجد في هذا الشأن أن منازعات المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل دم ملوث للمرضى لم تحضى بتنظيم خاص بها، فالقضاء الجزائري في المجال الطبي عامة يأخذ بفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية، فهو يطبق الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، وبالتحديد نص المادة 124 منه، فالمسؤولية الطبية في كافة مجالاتها تخضع لتلك القواعد العامة والتي تعتبر الخطأ أساسا للمسؤولية، بغض النظر عن أنواعه أو صوره.

أما في مجال نقل الدم، وبالتحديد مسؤولية مراكز نقل الدم ، فإننا لم نعثر على حكم أو قرار نبيّن فيه ما ذهب إليه القضاء الجزائري في ذلك وهو ما يوحي بعدم المعرفة والدراية الكاملة بمستجدات الطبية من طرف المرضى، والتي توصلهم إلى التفكير في رفع دعاوى المسؤولية ضد مراكز نقل الدم، فالمركز بالنسبة لدم هو مرفق طبي عام يعمل على تلبية حاجات الأشخاص للدم عامة والمرضى خاصة، فهو إدارة عامة تخضع لسلطة الدولة المسؤولة عنها ولا يعقل عند المريض بطبيعة الحال مقاضاة الدولة فالمسؤولية بشأن هذه الحوادث دائما يمكن أن تثار ضد المستشفى أو المؤسسة الصحية، سواء كانت عامة أو خاصة، بإعتبار هذا الأخير شخص معنوي مسؤول عن جميع الأعمال القائمة به، بما فيها أعمال ونشاطات موظفيه.

لكن رغم ذلك نجد أن المشرع سعيا منه لتفادي ما يمكن أن يقع ، فقد ألزم مراكز نقل الدم كمؤسسات مختصة بجمع وتخزين وتزويد الدم للمرضى بأن تكتتب تأمين (تأمين إجباري) قصد تغطية الأضرار التي يمكن أن تحدث للمتبرعين أو إلى المنقول لهم الدم، وهو تجسيد لمبدأ للإلتزام بضمان السلامة، كما جاء قانون حماية الصحة وترقيتها 08 – 13 لسنة 2008 و ألزم المؤسسات المختصة في مجال الدم (مراكز نقل الدم) بالضمان العام طبقا لنص المادة 193 مكرر 2 منه، مما يبيّن ضرورة تطبيق التأمين كضمان عام، قصد منه المشرع حماية الأشخاص في مجال التبرع بالدم أو نقله إلى المرضى، فتكون بذلك العبرة في التعويض بالضرر الناتج عن ذلك والذي يستوجب الضمان وليس الخطأ، وهو ما يّدل على تبني المشرع لفكرة التأمين القانوني كحل يمكن من خلاله ضمان الضرر في مجال عمليات التبرع أو نقل الدم، لكن هل يعتبر هذا الضمان كافيا أمام عقد تأمين زمني لفترة محدّدة، وضرر خاص إستثنائي متراخ في الظهور، قد يتطلب إثباته مدة زمنية تؤدي إلى حرمان المؤمن له من التعويض؟

هذا ما يؤدي بنا إلى القول أن تبني هذا النوع من الضمان القانوني وحده بالنسبة للمشرع الجزائري أمر لا يستقيم وحوادث نقل دم ملوث بأمراض لا يكون التأمين عنها مجدّيا.

ضف إلى ذلك أن إقامة مسؤولية مراكز نقل الدم على قواعد المسؤولية المدنية لا يستقيم ونصوص التشريع المعمول به. سواء كانت خطئية أو موضوعية خاصة وأن المشرع في تبنيه لمسؤولية المنتج كمسؤولية موضوعية و قد حجم عن وضع الأحكام الخاصة بها الشيء الذي يجعلها صعبة التطبيق إن لم نقل مستحيلة بالنسبة لمسؤولية مراكز نقل الدم كجهة مختصة إعتبرها المشرع الفرنسي منتِجًا له.

2.2.1.2. مسؤولية الأشخاص المعنوية عن نقل الدم الملوث

لقد عرفنا أن مراكز نقل الدم هي المحرك الرئيسي لعمليات نقله بين الأشخاص ، فهي الممارس الفعلي، والمسؤول الأول عن سلامتهم من الأخطار وهذا نظرا لطبيعة نشاط هذه المراكز وإحتكارها لعمليات الجمع والنقل والتوزيع للدم، فهي الجهة المسؤولة عن تلوثه كونها الجهة الموّكل لها مهمة الرقابة والإشراف على عمليات أخذه من المتبرعين به ومعالجته وتجهيزه على الوجه اللازم قبل تقديمه لمستعمليه من مستشفيات عامة وخاصة ، قصد نقله إلى المرضى المحتاجين له.

وعليه فإن المؤسسات الإستشفائية كشخص معنوي بدورها يمكن أن تكون مسؤولة عن الضرر الناتج عن الدم الملوث، ضف إلى ذلك خضوع هذه الأخيرة، مثلها مثل مراكز نقل الدم لرقابة وإشراف الدولة، مما يستتبع مساءلة هذه الأخيرة عن ذلك .

وسعيا منا لتوضيح هذه المسؤولية قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مسؤولية المؤسسات الإستشفائية عن نقل الدم الملوث

الفرع الثاني: مسؤولية الدولة عن عمليات نقل الدم الملوث

1.2.2.1.2. مسؤولية المؤسسات الاستشفائية عن نقل الدم الملوث

من المعلوم ان المؤسسات الإستشفائية توصف بأنها مورد بدورها للدم ومشتقاته إلى المرضى وهو ما يوجب مسؤوليتها إتجاه المرضى المضرورين عند نقل دم ملوث لهم، حيث تكون لهذه الأخيرة علاقة مباشرة بعملية نقله إلى المريض، فهي التي تتسلّمه من مراكز نقل الدم وتقوم بنقله إلى المريض الذي يحتاج إليه.

ونجد أن المؤسسات الإستشفائية تقسم إلى نوعين: مؤسسات إستشفائية ومراكز وقطاعات صحية عامة تابعة للدولة، ومؤسسات وعيادات طبية خاصة تابعة للقطاع الخاص، هذه المؤسسات الإستشفائية سواء منها العامة أو الخاصة، يقوم بها الأطباء التابعون لها بإجراء عملية نقل الدم للمرضى المتواجدين بها، وعلى هذا الأساس ونظرا لتنوع تلك المؤسسات الإستشفائية من حيث تبعيتها للقطاع العام أو الخاص، الأمر الذي أدى إلى نوع من الإزدواج القضائي (القضاء الإداري والمدني)، وهو الأمر السائد بالنسبة للمشرع الفرنسي، أين تخضع فيه المستشفيات العامة للقانون العام وأحكام القانون والقضاء الإداري، أما المستشفيات الخاصة فهي تخضع وقفة لأحكام القانون والقضاء العادي الخاص، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بدوره.

ونظرا لما أحدثه الإزدواج في الطبيعة القانونية للمستشفيات، وجب علينا بيان الأسس المعتمدة في المسؤولية بالنسبة لكل جهة منها ضمن العناوين التالية:

أولا – مسؤولية المؤسسات الإستشفائية العامة عن نقل الدم الملوث

ثانيا – مسؤولية المؤسسات الإستشفائية الخاصة عن نقل الدم الملوث

1.1.2.2.1.2. مسؤولية المؤسسات الاستشفائية العامة عن نقل الدم الملوث

إن المستشفى كما نعرف ليس شخصا طبيعيا يمكن إسناد الخطأ إليه، وإنما هي شخص معنوي تؤدي الخدمات التي تقع عليها بواسطة أشخاص طبيعيين، ولذلك فإن مسؤولية هذا المرفق الطبي العام لا يمكن أن تحكمها قواعد القانون الخاص، بل تخضع لقواعد مستقلة ومتميزة تتفق مع الإعتبارات الخاصة بالإدارة وهو الشيء الذي ذهبت إليه محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الشهير في قضية (BLANCO) (بلانكو) الصادرة في 1873/02/08 ، والذي أشارت فيه إلى وجود نظام مستقل ومتميز للمسؤولية الإدارية يختلف عن نظام المسؤولية المدنية المعمول به في نطاق القانون الخاص[239] ص 140.

وهكذا أصبحت مسؤولية المرافق العامة، والتي من بينها المستشفيات تحكمها قواعد القانون العام فبرز ركن الخطأ كأساس لهذه المسؤولية، لكن تم تصويره تصويرا مغايرا للخطأ في المسؤولية المدنية حيث ظهرت فكرة الخطأ المرفقي ، إلى جانب ذلك سمحت روابط القانون العام بقيام مسؤولية هذه المرافق العامة دون خطأ وهذا تحقيقا لإعتبارات العدالة .

المسؤولية الخطئية للمستشفيات العامة: تقوم مسؤولية المؤسسات الإستشفائية العامة تأسيسا على الخطأ على ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، ولا فرق بخصوص الضرر وعلاقة السببية بوصفها شرطين لقيام المسؤولية الإدارية عما هو مقرر في نطاق المسؤولية المدنية، لكن الأمر يختلف بشأن ركن الخطأ، فقد صوره القضاء الإداري تصورا مغايرا للخطأ في نطاق القانون المدني، فكان الخطأ الذي تؤسس عليه المسؤولية كأصل شخصيًا، إلا أنه عندما يتصل هذا الخطأ الشخصي بشخص إعتباري (المستشفى) فإنه يظهر إلى جانبه خطأ من نوع آخر وهو الخطأ المرفقي للمستشفى.

فالخطأ الشخصي تفسيرا لذلك هو خطأ يرتبط بالموظف (الطبيب أو مساعديه)، إخلالا بواجباته القانونية أو الوظيفية المنظمة بموجب لوائح وتنظيمات القانون الإداري، فهو خطأ ينفصل عن أداء الخدمة العامة المطلوب من الطبيب أدائها، وعلى أثر ذلك تقوم المسؤولية الشخصية له، كأخطاء الطبيب خلال عمله لحسابه الخاص أو الأخطاء المرتكبة أثناء الممارسة الوظيفية والتي تهدف لمقاصد تتنافى مع أغراض الصحة العامة أو مصلحة المريض، أو تلك الأخطاء الجسيمة غير العمدية، فالخطأ الجسيم والإهمال الفاحش يعتبر خطأ شخصيا[153] ص 234.

أما الخطأ المرفقي فهو خطأ يرتبط بمرفق المستشفى، فهو في حقيقة الأمر خطأ شخصي لكنه مع ظروف إتصاله بمرفق المستشفى فإنه يتخذ صفة الخطأ المرفقي[63] ص 91.

وبالتالي فإن الخطأ المرفقي هو خطأ موضوعي ينسب إلى المرفق مباشرة على إعتبار أن هذا المرفق قد قام بإرتكاب الخطأ بغض النظر عن مرتكبه سواء أمكن إسناد الخطأ إلى موظف معين بذات أو تعذر ذلك، فإنه يفترض أن المرفق ذاته هو الذي قام بنشاط يخالف القانون، ومن ثمة فهو وحده الذي قام بإرتكاب الخطأ، فالخطأ هنا يمكن أن ينشأ عن فعل أو عن إمتناع عن سلوك إرادي أو إهمال، أو حتى عن نقص قي التنظيم الإداري أو الخلل في السلوك، فالإدارة تلتزم بالتسيير الجيّد للمرفق وتمويله بجميع الأدوات والمعدّات وكل الوسائل التي تكفل تحقيق أهدافه، وكل تقصير أو إهمال من طرفها في تجهيز المستشفى أو المتابعة والمراقبة أو سوء كفاءة الأجهزة يعتبر خطأ مرفقي.

ومما سبق ورغم إستقلالية كل من الخطأين عن الآخر، فإنه قد يحدث أن يتلاقى الخطأ الشخصي والمرفقي ويشتركان في إحداث ذات الضرر المرتب للمسؤولية[62] ص 194، فإرتكاب خطأ شخصي من قبل الطبيب بوسائل وأدوات المرفق العام (المستشفى) يجعل منها لا تنفصل عن هذا الخطأ، حيث تترتب مسؤولية مشتركة لكل من الطبيب والمستشفى عن ذلك.

وتجسيدا لذلك فقد قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر في 1963/06/18[396]. على أن الأخطاء التي يرتكبها الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام لا تعتبر أخطاء شخصية مستقلة عن مصلحة المرفق الذي كلّف بها الطبيب، وإنما هي أخطاء مرفقية متصلة بعمل المرفق العام، لذلك فإن القضاء الإداري هو المختص في نظر الدعوى والحكم بمسؤولية الطبيب العامل بالمستشفى، فالمرافق العامة الصّحية (المستشفيات) هي من أشخاص القانون العام، ومن ثمة فإنها لا تخطئ إلا بواسطة العاملين فيها، وعلى أساس ذلك ميّز القضاء الإداري بين الخطأ المرفقي الذي يكون المرفق وحده مسؤولا عنه، والخطأ الشخصي الذي يكون الطبيب وحده مسؤول عنه، كما إختص القضاء الإداري بدوره في أخطاء الأطباء العاملين بالمستشفى العام، متى كانت هذه الأخطاء لا ترقى إلى مرتبة الأخطاء الشخصية.

لكن الخطأ بنوعيه كأساس قانوني للمسؤولية يقابله واقع لا بد منه، وهو حدوث أضرار في حالات كثيرة لا يمكن إسنادها لأي خطأ يذكر، كما في حالة نقل دم ملوث إلى المريض، وهو الأمر الذي جعل القضاء الإداري الفرنسي كأصل يهتدي إلى إعمال المسؤولية مع إفتراض الخطأ للمرفق الطبي العام وذلك قصد تسهيل حصول المضرور من المتعاملين مع المرافق الصحية العامة (المستشفيات العامة) على تعويض جراء إصابتهم بأضرار ناجمة عن هذه المرافق في حالة عدم إمكانية إثبات الخطأ، وذهب بعدها القضاء الإداري بشأن منازعات الإصابة بمرض الإيدز بسبب نقل الدم إلى فكرة المسؤولية دون خطأ في حالة عدم وجوده في حدود معينة، أين يصبح ركن الخطأ لقيام المسؤولية فيها متعارض مع مصلحة المضرور، فأقام مسؤولية المستشفى العام على أساس فكرة المخاطر.

المسؤولية غير الخطئية للمستشفيات العامة: تقوم المسؤولية الإدارية للمستشفى العام دون خطأ على ركني الضرر وعلاقة السببية بين الضرر ونشاط المستشفى كمرفق عام، حيث يعفى المضرور بذلك من إثبات الخطأ، كما لا يستطيع المرفق (المستشفى) دفع هذه المسؤولية بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ لأن هذه المسؤولية تتحقق بمجرد حصول الضرر وقيام العلاقة السببية بينه وبين نشاط المرفق.

وقد إشترط مجلس الدولة الفرنسي لقيام هذا النوع من المسؤولية أن يتوفر شروط لا بد أن تتحقق في الوقت ذاته في الضرر:

أن يكون الضرر خاصا فيصيب شخص معين بذاته أو عدد قليل من الأشخاص المعينين بذواتهم فالضرر لا يقيم مسؤولية الإدارة.

أن يكون الضرر جسيم وغير عادي، حيث يتجاوز حدود المخاطر العادية، فيجب أن يكون إستثنائي في مداه وحجمه أين يتعين ضمانه ، لأن المرفق الطبي العام (المستشفى) كغيره من المرافق العامة الأخرى يجب أن يضمن هذه المخاطر ، ففكرة المخاطر توصف على أنها أساس للمسؤولية دون خطأ وقد إستند مجلس الدولة الفرنسي إليها في ترتيب مسؤولية المرافق الصحية الطبية بما فيها

المستشفيات فقضى بالتعويض لجبر الضرر الناجم عن النشاط الخطر الذي يقوم به المرفق الطبي العام، وقد إشترط بذلك لتحقيق هذا النوع من المسؤولية على أساس النشاط الخطر شروطا تمثلت في:

ضرورة أن يكون الفعل الضار هو عمل طبي ضروري (علاج أو تشخيص).

أن يكون من شأن هذا العمل الطبي أن يوجد خطرا يكون وجوده معروف لكن تحققه إستثنائي.

أن يكون هذا العمل هو السبب المباشر للضرر، وليس لع علاقة بالحالة السابقة للمضرور، أو بالتطور المتوقع لها.

وتحقيقا لذلك فقد قرر القضاء الإداري الفرنسي المسؤولية غير الخطئية (بدون خطأ) للمرافق الطبّية، والتي تقوم على أساس المخاطر في صور كثيرة، كان منها ما قضى به بمسؤولية مراكز نقل الدم كمرفق طبي عام إتجاه المتبرعين بالدم، كما قضى بمسؤولية المستشفيات العامة دون خطأ على أساس فكرة المخاطر غير العادية عن نقل عدوى فيروس الإيدز الناتجة عن نقل دم ملوث.

بعد قرار مجلس الدولة في 26 ماي 1995 والذي عرف فيه القضاء الإداري المسؤولية بدون خطأ للمؤسسات العامة لنقل الدم (مراكز نقل الدم)، توالت قراراته للأخذ بهذه المسؤولية. فأصدر المجلس في 4 مارس 1997 قرار تضمن مسؤولية المستشفيات العامة، والذي أقامها على أساس فكرة المخاطر فإعتبر هذه المستشفيات مسؤولة حتى بدون خطأ عن الأضرار الناتجة عن رداءة جودة منتجاتها الدموية وأنها لا تستطيع نفي مسؤوليتها إلا إذا أثبت أنها ليست هي منتج هذا الدم المعيب، وقد كان ذلك إعمالا لتطبيق المواد المستحدثة في القانون المدني (1386-1 إلى 1386-18) بموجب قانون 19 ماي 1998 الخاص بالمسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة.

لكن بالنسبة للأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث بالإيدز، فقد حلت المؤسسة الفرنسية للدم محل المؤسسات الإستشفائية العامة ومراكز نقل الدم العامة والخاصة ككفيل ترفع ضده دعاوى الضحايا إبتداءا من 1 جانفي سنة 2000، وهذا إثر التطور الخطير الذي شهده هذا المجال بعد قضية نقل الدم الملوث بفرنسا، فكانت المؤسسة الفرنسية للدم كمرفق عام تتكفل بتعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالإيدز إلى جانب صندوق تعويض ضحايا الإيدز الذي إستحدثه المشرع الفرنسي آنذاك بموجب قانون 31 ديسمبر 1991 والذي سنعرض إليه لاحقا.

وبقي الأمر على هذا التأسيس (مسؤولية بدون خطأ) للمؤسسات الصحية العامة إلى غاية صدور قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، والذي أقام مسؤولية المؤسسات الصحية العامة عن عيب في المنتج صراحة على أساس الضرر في المادة 1142 – 1 منه، والتي كان يلزم فيها إثبات علاقة السببية بين العيب والضرر (أي أن الدم الملوث هو الذي سبب الضرر)، فإنتقل بذلك في تأسيس مسؤولية المستشفيات العامة من فكرة المخاطر إلى فكرة الضرر الناتج عن العيب، والتي تستطيع أن تتخلص منها المستشفى متى ثبت أنها ليست منتجًا لذلك الدم المعيب ، كون المستشفى

يقوم بنقل الدم فقط إلى المرضى، وهنا يمكن له أن يعفى من المسؤولية على أساس أنه غير منتج للدم بخلاف مركز نقل الدم الذي يعتبر منتجا على أساس أنه ممول محترف لهذا الدم للمستشفيات سواء كانت عامة أو خاصة ، و إذا كان المنتج معروفا وغير مجهول تعفى المؤسسات الإستشفائية هنا من المسؤولية، فمتى ثبت توريد الدم من المركز، فإن هذا الأخير يكون منتجا له وفق ما جاءت به المادة 1386 – 6 من القانون المدني الفرنسي، أين يتحمّل هذا الأخير المسؤولية الناشئة عن منتجاته المعيبة[337] ص 746 وبالتالي تعفى المستشفى من المسؤولية هنا.

وإستنتاجا مما سبق أقام التشريع الفرنسي لسنة 2002 مسؤولية المؤسسات الإستشفائية العامة على أساس الضرر الناتج عن العيب متى ثبت أنها منتج، بخلاف ذلك وكقاعدة عامة فإن مسؤولية هذه المؤسسات تبقى قائمة على أساس الخطأ ، وهو الأساس الذي عاد إليه المشرع الفرنسي في المادة 1142– 1 منه بعدما كان قد تبنى مسؤولية لا خطئية قائمة على المخاطر فيما سبق.

أما القضاء الجزائري قد ركز في أحكامه وقراراته على تطبيق المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، فإعتبر بذلك الخطأ هو الأساس الوحيد لمسؤولية الإدارة عن نشاطاتها الموجبة للتعويض في المجال الطبي عامة، فأسست بذلك مسؤولية المستشفيات العامة كمرفق عام يؤدي خدمة عامة على أساس المسؤولية التقصيرية المعروفة في قواعد القانون الخاص، فطبقت بذلك المادة 124 من القانون المدني حيث إستند القضاء إلى المادتين 136 و137 منه لتأسيس مسؤولية المستشفى كمتبوع عن أعمال الأطباء ومساعديهم التابعين لها.

كما نجد القضاء في صدد ذلك قد فرق بين الخطأ الشخصي للموظف (الطبيب) في المستشفى والذي يستوجب مسؤوليته الشخصية، والخطأ المرفقي الذي يستلزم مساءلة المستشفى عنه، وذلك من خلال بعض القرارات التي أمكن الحصول عليها والصادرة عن مجلس الدولة وهي قرارات متعلقة بالمجال الطبي عامة ، لم يرد ضمنها إلا قرارين متعلقين بالمسؤولية الناتجة عن نقل دم ملوث، وهو ما أمكن

الحصول عليه فقط، حسب ما هو متاح من وسائل وظروف[280].

لكن ما يتبين لنا من خلال قرار مجلس الدولة الوحيد المتعلق بالدم الملوث، أن القاضي ضمن هذا القرار الصادر سنة 2008، قد إعتمد في تأسيسه لمسؤولية المستشفى العام هنا على أساس الضرر الثابت ووجود خطر يهدد صحة المريضة وهو ثبوت إصابة المريضة بمرض خطير هو إلتهاب الكبد C عن طريق التقرير الطبي المنجز، الشيء الذي يؤكد تطبيق القضاء الإداري لفكرة المخاطر والتي هي أساس للمسؤولية دون خطأ في مثل هذه الحالة ، و هو ما يدعونا إلى التساؤل عن الأساس القانوني الذي أخذ به القاضي الإداري الجزائري في مجال مسؤولية المؤسسات الإستشفائية العامة عن نقل دم ملوث للمرضى المعالجين بها؟، فهل هي مسؤولة خطئية، كما هو الشأن في المجال الطبي عامة؟ أم أنها

مسؤولية غير خطئية تقام على أساس المخاطر، وهل موقف مجلس الدولة بهذا الشأن يعد بداية لتطبيق المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني، أم أنها حالة خاصة كان على القاضي اللجوء فيها إلى فكرة الضرر، كل هذه التساؤلات كان لا بد على المشرع حسمها، وذلك بالنص صراحة على تطبيق الأساس المناسب للمسؤولية في المجال الطبي عامة ومجال نقل الدم الملوث خاصة، كحالة يمتاز فيها الضرر بالخصوصية و الإستثناء .

2.1.2.2.1.2. مسؤولية المؤسسات الاستشفائية الخاصة عن نقل الدم الملوث

من المتفق عليه أن لجوء المريض إلى المؤسسات الإستشفائية الخاصة يختلف عنه إلى المؤسسات العامة، فهو يلتجأ إلى المستشفى الخاص بناء على عقد ولو ضمني يحكم علاقته التعاقدية مع إدارتها، و هو عقد الإستشفاء الذي يكون محله تقديم الخدمات العادية للمريض أثناء علاجه وإقامته، بينما يكون العقد الطبي بين المريض والطبيب، والذي يكون موضوعه الأعمال الطبية التي قد تستلزمها حالة المريض من تشخيص وعلاج ونقل دم أو مشتقاته....الخ[181] ص 87، 88.

وعليه فإن علاقة المريض بالمستشفى الخاص هي علاقة تعاقدية، كما أن الخطأ العقدي الذي يقيم مسؤولية المستشفى هنا هو عدم تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، والتي يمكن أن تكون وفق ما جاء به القانون المدني إلتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة.

والواقع أن إلتزام المستشفى الخاص كما عرفنا وفقا للقواعد العامة وفيها يتعلق بتقديم الخدمات العادية للمريض هو إلتزام ببذل عناية، وهو ما يقتضي من المريض إثبات الإخلال به ، أما ما هو متعلق بالأعمال العلاجية الدوائية، والتي يقدم من خلالها الدم أو مشتقاته، فإن المستشفى ملزمة فيها بتحقيق نتيجة، أين تلتزم المستشفى الخاص بوصول دم سليم خال من التلوث إلى المريض كما لا يعتبر العيب الداخلي للدم المنقول، من قبيل السبب الأجنبي الذي يمكن أن تدفع به المستشفى مسؤوليتها إتجاه المريض، ولو كان من غير الممكن التحقق من العيب، فإلتزام المستشفى هنا في مواجهة متلقي الدم هو إلتزام محدد بسلامة ونظافة الدم المنقول وخلوه من الأمراض والفيروسات، وهي نفس طبيعة إلتزام مركز نقل الدم.

وعليه فقد ذهب القضاء الفرنسي إلى إدانة المؤسسات الإستشفائية الخاصة بإعتبارها ملزمة بتحقيق نتيجة، وذلك كون أن طبيعة العقد المبرم مع المريض قد تضمن نتيجة لثقة المريض بالمستشفى الخاص إلتزاما بتوريد منتجات دم غير سليمة وغير معيبة وخالية من الأمراض والفيروسات، فأصبحت هذه القاعدة مؤكدة في كل القرارات المتعلقة بمسؤولية المستشفيات الخاصة حيث إعتبرت فكرة الثقة هي الصبغة المعتمدة في قيام مسؤولية هذه المستشفيات[337] ص 745، فإدارة المستشفى هنا بقبولها

المريض تضمن له عناية طبية مناسبة لحالته من حيث تقديم الخدمات العادية أو الأعمال الطبّية كالعلاج عن طريق نقل الدم، وهي مسؤولة عن عدم تنفيذ هذا الإلتزام العقدي إلى أن يقوم السبب الأجنبي.

من ناحية أخرى لا يمكن إعتبار أن أخطاء الأطباء بالمستشفى الخاص هي سبب أجنبي، ما دامت إدارة المستشفى هي التي عهدت إليهم تنفيذ إلتزاماتها، ففي مجال المسؤولية العقدية لا يكون من حق المتعاقد أن يختار أو ينيب غيره في التنفيذ دون أن يكون مسؤولا عنه إذا ما إرتكب أخطاء في تنفيذ الإلتزام المتفق عليه، فهذه المسؤولية تفرض قيام رابطة التبعية بالمعنى المفهوم، ولا تشترط توفرها عند المساءلة العقدية عن فعل الغير[144] ص 384، 385، وبالتالي يسأل المستشفى الخاص عن خطئه وعن خطأ تابعيه بصفة تضامنية.

لكن وعلى إثر ما تقدم تراجع القضاء الفرنسي عن فكرة إسناد المسؤولية للمستشفى الخاص إذا كان الضرر ناتجا عن نقل دم ملوث، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية وكما بيّنا في 12 أفريل 1995 إلى إلزام مراكز نقل الدم بتحقيق نتيجة، وبالتالي أكدت المسؤولية الموضوعية لهذه المراكز، فهي تكون ملزمة بتوريد دم خال من العيوب، وهي لا تستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، وبالتالي يقع عليها إلتزام بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة تتمثل في توريد دم غير معيب للمستشفيات سواء العامة أو الخاصة، وبذلك فقد أعفت محكمة النقض الفرنسية في أحكامها هذه المستشفى من المسؤولية وأكدت أن إلتزام المستشفى بصدد منتجات الدم المورّدة من مراكز نقل الدم هو االتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فالمستشفى لا يمكن له فحص نوعية وجودة الدم المورد من المركز[334] ص 218(، فهذا الإلتزام يقع على عاتق مركز نقل الدم وليس المستشفى الذي لا يلتزم سوى ببذل عناية لتوفير الدم الكافي والسليم وغير المعيب، لكن تبعا لذلك فإنه يمكن مساءلة المستشفى الخاص بدوره عن إلتزامه بضمان السلامة وفقا لما جاءت به المادة 1386 – 1 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي، والتي تضم المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة ،على أساس مسؤولية هذه المستشفى عن نوعية موادها المورّدة إذا كان المنتِج مجهولا وفق ما جاءت به المادة 1386 – 6 من التقنين المدني الفرنسي.

بعدها عززت محكمة النقض الفرنسية في حكمين لها في 12 أفريل 1995 المسؤولية الموضوعية لمراكز نقل الدم كمنتِج، حيث أعفت العيادات الخاصة من ذلك على أساس عدم إنطباق صفة المنتِج عليها، فهي تزوّد المرضى بالدم الذي تتسلمه من مراكز نقل الدم المورّد لها، فإعتمدت في ذلك على أساس أن تحميل محكمة إستئناف باريس في 28 نوفمبر 1991 للعيادة أو المستشفى الخاص المسؤولية على أساس عقد توريد دم غير معيب للمريض أين تلتزم بتعويضه في حالة الضرر الناتج عن العيب كان نتيجة أن المحكمة لم ترد أن تتحرى إذا كانت المؤسسة الإستشفائية الخاصة والتي يقع

عليها واجب العناية عن طريق الإلتزام بالحيطة والحذر في توريد منتجات الدم التي تتسلّمها من مراكز نقل الدم، تقع عليها أيضا المسؤولية في مراقبة نوعية وجودة الدم المنقول إلى المرضى الموجودين بها.

لكن هذا الرأي الذي جاءت به محكمة النقض الفرنسية في حكميها الصادران في 12 أفريل 1995 قد إنتقد بحجة أن المرضى في المؤسسة الإستشفائية الخاصة قد يتلقون مواد طبية كالأمصال والأدوية والحقن أو غيرها دون أن يكون لهم أدنى فكرة عن منتجِها أو صانعها، فهم لا يعرفون إلا الطبيب والمستشفى المتعاقدين معه والذي يقوم بتزويدهم بهذه المنتجات[337] ص 745، وتأسيسا على ذلك فإن هذه المؤسسات هي ضامن مباشر ومورّد كفيل بضمان عيوب المنتجات المتنوعة التي تقوم بشرائها، والتي يمكن أن تتسلّمها من مراكز نقل الدم لتقوم بتزويد المرضى بها، فضلا عن أن إعفاء المؤسسة الإستشفائية الخاصة ليس له أساس قانوني، فالمستشفى كمورّد مسؤولة عن زبائنها وتملك بصدد ذلك دعوى حلول على المنتِج الذي تتعامل معه[337] ص 745.

وقد كان ذلك وفقا لما جاء به القانون المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي لسنة 2002 في مادته 1142 – 1 السابقة، التي تبنت الخطأ كأساس لمسؤولية المؤسسات الإستشفائية الخاصة بدورها مع عدم المساس بمسؤولية هذه الأخيرة عن عيوب منتجاتها والتي تسبب أضرارا للغير متى كان المنتِج مجهولا. أما إذا كان معلوما كما هو بالنسبة للدم الذي قد تتسلمه المستشفى أو العيادة الخاصة من مركز نقل الدم، فإنها تكون بصدد ذلك مسؤولة على الضرر الناتج عن العيب (مسؤولية موضوعية).

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فنجد أن مسؤولية المستشفيات والعيادات الخاصة، ورجوعا إلى المرسوم التنفيذي 07 – 321 لسنة 2007 والذي ينظم ويسير هذه الأخيرة، فإن المادة السادسة منه تنص على أنه:«يتعين على المؤسسة الإستشفائية الخاصة إكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها ، وهو ما يمكن أن نلتمس من خلاله أن أساس المسؤولية بالنسبة لهذه المستشفيات هو فكرة التأمين القانوني كأصل تلتزم من خلاله هذه الأخير بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن أنشطتها وأنشطة مستخدميها، فالمستشفى مؤمن والمتضرر في مركز المدعي، فيمكن بذلك الرجوع على المستشفى دون أن يترتب عليها أي خطأ غير خطأ الأطباء العاملين بها، ودون أن تستطيع هذه المستشفى أن تنفي ذلك، فهي مؤمن على الضحية ضد المخاطر التي قد تنتج عن خطئها أو خطأ العاملين بها أثناء الوظيفة أو النشاط المعهود إليهم، ذلك أن هناك بعض الأعمال الطبية التي ترتب مسؤولية قانونية لا تستند في أساسها إلى فكرة الخطأ، وهي حالات حقيقية للتأمين القانوني ضد المخاطر المحتمل تحققها، كحالات نقل دم ملوث إلى المريض بالمستشفى.

والتأمين القانوني هنا هو تأمين الضرر الذي يمس بجسم الإنسان وصحته، والذي يمكن أن يحقق إعماله سلامة المرضى والمستشفى ، وبذلك تسأل هذه الأخيرة عن الضرر فهي ضامن لتنفيذ إلتزاماتها

التعاقدية، ولخطأ منفذيها في إطار التعويض المالي، كما أن فكرة التأمين تحوي الخطر الطبي، لكن هل يغطي هنا هذا التأمين مجال نقل الدم الملوث بالأمراض الخطيرة والمميتة في أغلب الحالات ؟ ، والتي يمتاز فيها الضرر بالخصوصية والإستثناء إضافة إلى التدرج والتراخي في الظهور، مع العلم أن التأمين هو عقد محدّد المدة ، إتفاقي له شروط وأركان قد لا تنطبق على حالات نقل دم ملوث بأمراض زمنية كالإيدز والتهاب الكبد الوبائي C أو غيرها التي لا تظهر أعراضها مباشرة عند الإصابة بها.

هذا ما يدعونا إلى التفكير في حل قانوني آخر، يضمن المضرور من خلاله حقه في التعويض عن الضرر؟ وهو ما ندعوا مشرعنا لتبنيه ، فحالات الضرر والخطر الناجم عن الدم الملوث واردة وقد تكون المؤسسة الإستشفائية أو العيادة الخاصة مكان لحدوثها، لكن لم نعثر على أي قرار أو حكم للقضاء بشأن هذا النوع من الدعاوى، وهو يرجع إلى أسباب قد يكون أبرزها القبول الإجتماعي لنتائج المعالجة وإنعدام المعرفة العلمية والطبية ، والإيمان الراسخ بالقضاء والقدر.

2.2.2.1.2. مسؤولية الدولة عن نقل الدم الملوث

إن الإلتزام بالمفهوم المطلق لمبدأ سيادة الدولة على المستوى الدولي والداخلي، جعل منها غير ملزمة بالخضوع إلى القانون، كما لا يجوز مقاضاتها عن أعمالها، فهذا المفهوم المطلق يجعل السيادة والمسؤولية مبدأين متناقضين لا يلتقيان[63] ص 10، 11، كما أن عدم مسؤولية الدولة قد إرتبط تاريخيا بوظيفة الدولة ونشاطها، حيث كانت بذلك الوظيفة والنشاط يقتصران على مهام الأمن والنظام والدفاع الخارجي، لذلك كان المبدأ السائد يتمثل في تحمّل المواطنين تبعة نشاط الدولة ونتائجه في هذه المجالات .

غير أن مبدأ عدم مسؤولية الدولة لم تبقى له سيادته القديمة بل بدأ ينهار ويفقد قيادته في بداية القرن العشرين بفعل عدة عوامل منها:

العدول عن المفهوم المطلق لسيادة الدولة سواء على المستوى الداخلي أو الدولي.

الإعتراف بمسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها بعد أن كيّفت العلاقة بين الموظف والدولة من علاقة عقدية إلى علاقة تنظيمية.

إزدياد نشاط الدولة وتوسع وظائفها الإجتماعية والإقتصادية ، فكان من نتائج ذلك إزدياد الأعمال الضارة من مختلف أجهزة الدولة ومؤسساتها، وبهذا أقرت مسؤولية الدولة عن بعض تصرفاتها.

وتأسيسا على ما سبق يعتبر المجال الطبي عامة، ومجال نقل الدم خاصة من أهم المجالات التي تبرز فيها مسؤولية الدولة، فالدولة بطبيعة الحال هنا ليست طبيبًا معالجا ولا موردًا للدم، لكنها سلطة

مكلّفة بإتخاذ الإجراءات الوقائية لحماية الصحة العامة من خلال وضعها كسلطة ضبط إداري والذي تعتبر الصحة العامة أحد عناصره الهامة.

فالدولة بخصوص نشاط نقل الدم تعتبر سلطة رقابة وتنظيم، فضلا عن إمتلاكها لسلطة الوصاية على مؤسسات نقل الدم بصفة عامة، وذلك نظرا للخطورة الكبيرة التي تشكلها عمليات نقل الدم بسبب حصول التلوث بفيروس الإيدز (قضية الدم الملوث بالإيدز في فرنسا) ، والتي صدر بشأنها ثلاثة أحكام لمحكمة باريس الإدارية في 20 ديسمبر 1991 طعن فيها أمام المحكمة الإستئنافية آنذاك فأصدرت بدورها ثلاثة أحكام في 16 جوان 1992، و بدورها طعن فيها أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي أصدر أحكامه الهامة والسابق الإشارة إليها في 9 أفريل 1993[337] ص 744، فجاء قضاء مجلس الدولة ولأول مرة حاسما لمسألة مسؤولية الدولة في هذا المجال، حيث رأى المجلس أن مراكز نقل الدم هي مرفق عام يقوم بنشاط جمع وتخزين وتوزيع الدم ، وللدولة بذلك سلطة الرقابة والإشراف على نشاطاته بحسب النصوص المنظمة لذلك، كما إكتفى المجلس من ناحية نظام الخطأ المستوجب لقيام المسؤولية هنا بالخطأ البسيط والذي تلتزم فيه هذه الأخيرة بالتعويض الكامل مع إمكانية التضامن بينها وبين المركز المورّد للدم الملوث.

وتطبيقا لذلك فإن قرارات مجلس الدولة الفرنسي آنذاك قد أعطت الدولة دورا يتمثل في كل من التنظيم العام للخدمة التي تقدّمها في مجال نقل الدم، والرقابة الصارمة على مؤسسات نقل الدم بوضع قواعد خاصة لضمان سلامة منتجاتها، فأقام بذلك مسؤولية هذه الأخيرة في هذا المجال من خلال سلطة الوصاية والضبط الإداري كما عرفنا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد جسد دور الدولة الوصائي والرقابي في إطار عمليات نقل الدم وذلك من خلال تلك المجموعة من القرارات الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة والسكان في الفترة ما بين سنة 1995إلى 1998، والتي لا زال العمل بها قائما إلى حد الآن، رغم تدعيمها ببعض النصوص التنظيمية الأخرى التي سبق بيانها وتوضيحها فيما سبق، وذلك في الفترة ما بين 2006 إلى 2010.

هذه النصوص التي تعطي لوزارة الصحة الدور الوصائي، فهي تمنح كل السلطات الضرورية للقيام بنشاط الإدارة الحقيقية والصحيحة من خلال تلك المرافق التابعة لها، كالوكالة الوطنية للدم والوكالات الجهوية التابعة لها وكذا مراكز نقل الدم، فتقوم الدولة من خلالها بإقتراح سياسة الدم ومتابعة تطبيقها وترقية عملية التبرع به ، كما تتكفل بالإحتياجات الوطنية الخاصة بمواد الدم وإعداد وإقتراح قواعد الممارسات الحسنة لنقل ومراقبة الدم و مشتقاته، فهي تقوم بإعداد التجهيزات الضرورية لنشاطات جمع الدم وتحضيره وتخزينه ونقل مواده غير الثابتة و مراقبتها وإجراء الخبرة عليها ، هذا إضافة إلى وضع نظام لضمان الجودة عن طريق الممارسات الحسنة من أجل ترقية نشاطات التجزئة والتكنولوجيا الحية في مجال الدم[266] ، و كل هذه المهام المتمثلة في التنظيم والرقابة والإشراف تخضع في تطبيقها

تلك المرافق المتخصصة بالتنفيذ لوصاية الوزارة المعنية بذلك وهي وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات.

وبالتالي فإن للدولة في مجال عمليات نقل الدم دور تنظيمي وصائي ورقابي هام، يجعل منها مسؤولة عن تنفيذه بالشكل الحقيقي والصحيح، لكن هل يعني هذا أنه يمكن مساءلة هذه الأخيرة عن تقصيرها في تنفيذ هذا الدور؟ ، وبصيغة أدق، هل يمكن أن تسأل الدولة مدنيًا على نسق مسؤوليتها الإدارية المعروفة سلفا ؟، أي هل يمكن مساءلة الدولة مدنيا عن مجال النشاط المتعلق بنقل الدم ؟، وما هو الأساس القانوني لمسؤوليتها عندئذ ؟ ، وهو ما سوف نجيب عليه فيمايلي:

أولا : المسؤولية المدنية للدولة عن مراكز نقل الدم

ثانيا : أساس مسؤولية الدولة عن نقل الدم الملوث

1.2.2.2.1.2. المسؤولية المدنية للدولة عن مراكز نقل الدم

لقد تحققت مسؤولية الدولة في نطاق القانون الإداري بصفتها المشرفة والتي تتولى الدور الرقابي على مراكز نقل الدم، وهو الشيء الذي توصل إليه مجلس الفرنسي سنة 1993، وقد كان أساس ذلك هو فكرة الخطأ في الرقابة والوصاية على مؤسسات نقل الدم، أين عُدّت بذلك الدولة مسؤولة مدنيا عن الأضرار الناتجة عن عمليات نقل الدم الملوث آنذاك فتلتزم بالتعويض للضحايا عن ذلك.

وقدإستقر الوضع في فرنسا سواء في القانون أو القضاء على أن مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها هي مسؤولة المتبوع عن أعمال التابع، وذلك من خلال المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي التي تقابلها بالنسبة للتشريع الجزائري نص المادة 136 من القانون المدني، حيث تشترط لقيام هذه المسؤولية وجود علاقة التبعية، فتقوم حتى ولو لم يكن المتبوع حر في إختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحسابه، فيكون له عليه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه ، لكن هل تنطبق أحكام هذه المسؤولية على علاقة الدولة بمراكز نقل الدم؟، فتتحقق بذلك مسؤوليتها عن الأخطاء التي تحدث من هذه المراكز و ترتب أضرارا في مجال عمليات نقل الدم؟

إن مراكز نقل الدم في معظم البلدان، وخاصة منها فرنسا ومصر مثلا تقسم إلى قسمين، مراكز عامة وأخرى خاصة[336] ص 806، وهو الأمر الذي يختلف عنه الوضع بالنسبة للجزائر، حيث لا توجد بالجزائر كما هو معروف مراكز خاصة لنقل الدم ، بل أن المراكز هي مراكز عامة تابعة للدولة ، فما مدى مسؤولية الدولة المدنية عن هذه المراكز العامة لنقل الدم ؟

من المعلوم أن للدولة سلطة فعلية على مراكز نقل الدم العامة، حيث تشمل هذه السلطة إنشاءها وأساليب عملها وسير العمل بها والرقابة عليها، فالدولة ممثلة في وزارة الصحة لها سلطة الإشراف

الفني على هذه المراكز وإصدار الأوامر والإرشادات الخاصة بعمليات تجميع وتخزين وتوزيع أو توريد الدم لصالح المؤسسات الإستشفائية العامة والخاصة.

ويتبين من ذلك أن سلطة الرقابة والتوجيه التي تملكها الدولة على مراكز نقل الدم العامة هي سلطة تقتضي منها التدخل في وسائل تنفيذ العمل وطريقة إدارته وليس رقابة عامة فقط، وهو ما يتضح لنا بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال تلك القرارات الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة والسكان، والتي يقتضي تطبيق ما جاء بها قرار وزير الصحة وموافقته عن كل نشاط وإجراء ورد بها، فالقرارات الوزارية الصادرة عن وزارة الصحة هي بطبيعتها أسلوب للرقابة والإشراف والتوجيه في مجال عمليات نقل الدم.

ومن ذلك نصل إلى أن مراكز نقل الدم هي تابعة للدولة (وزارة الصحة) تملك عنصري علاقة التبعية وهي كل من السلطة الفعلية والتوجيه والرقابة، وهو الشيء الذي يجعل الدولة مسؤولة عن الأخطاء التي تصدر عن هذه المراكز وتسبب ضرر للغير، وخاصة تلك التي يمكن أن تتعلق بنقل دم ملوث بالأمراض أو الفيروسات إلى المرضى المحتاجين له، فهذه المراكز هي عبارة عن مرفق عام تؤدي خدمة عامة تتمثل في تقديم منتجات دم سليمة صالحة وخالية من التلوث بكافة أنواعه، مما يحقق السلامة الصحية للأفراد، كما أن هذه المراكز ونظرا لإحتكارها العام والضروري لجمع الدم وتخزينه وتوزيعه، فإنه تترتب عليها مسؤولية إدارية سواء عن الأضرار التي تصيب متبّرعي أو متلقي الدم وهو ما سبق توضيحه.

لكن بعد تأكدنا من وجود علاقة التبعية بين الدولة ومراكز نقل الدم، ماهي طبيعة تلك المسؤولية للدولة، إتجاه الأضرار التي تحدثها هذه المراكز فهل هي مسؤولية مباشرة أو غير مباشرة[194] ص 562؟.

إن المسؤولية القانونية المباشرة هي مسؤولية الشخص مباشرة عن أفعاله الشخصية الضارة في مواجهة الشخص المضرور، مثل تلك المنعقدة على أساس خطأ شخص واجب الإثبات، أما المسؤولية القانونية غير المباشرة فهي المسؤولة عن فعل الغير، كما هو الحال في مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، وبإعتبار الدولة من الأشخاص المعنوية العامة، فهي تفكر وتعمل وتتصرف دائما بواسطة أشخاص طبيعيين هم عمال أو موظفون ومرافق عامة بها، وعلى هذا الأساس فإن المسؤولية الإدارية للدولة هي دائما مسؤولية غير مباشرة ومسؤولية عن فعل الغير، لكن المسؤولية المدنية قد تكون مسؤولية شخصية مباشرة، كما قد تكون مسؤولية غير مباشرة عن فعل الغير، لذلك هل تعتبر مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تسببها مراكز نقل الدم للغير نتيجة نقل دم ملوث منها مسؤولية مدنية مباشرة أم هي غير مباشرة؟

هناك حالات لا يستطيع أن ينسب فيها الفعل الضار إلى الموظف أو الموظفين بعينهم، وإنما يكون الفعل الضار في حقيقته صادرا من الإدارة أو المرفق العام مباشرة، فيرون بذلك أن أساس المسؤولية في هذه الحالة هي قاعدة أن كل فعل يرتب ضرر يلتزم مرتكبه بدفع التعويض، وهي القاعدة الخاصة بالمسؤولية المباشرة[52] ص 715.

لكن قد ذهب البعض الآخر إلى أنه إذا كانت مسؤولية الشخص المعنوي عن فعل الغير هي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، فإن مسؤوليته عن خطأ أحد أعضاء مجلس الإدارة هي مسؤولية مباشرة لأن إدارة الشخص المعنوي هي نفسها إرادة من يمثله (العضو)، لذلك يعتبر خطأ العضو هو خطأ الشخص المعنوي، والذي يبرر الرجوع عليه بالتعويض طبا لأحكام المسؤولية عن الأعمال الشخصية[34] ص 335.

إستنتاجا من ذلك نقول أن مسؤولية الدولة المدنية والمباشرة عن الأضرار التي تتسبب بها مراكز نقل الدم، تتحقق في حالة تقصيرها في إدارة هذه المرافق (مراكز نقل الدم) وإهمالها في الرقابة والتوجيه والتي تكون الدولة مكلّفة بها من قبل القانون، ويكون ذلك على أساس فكرة الخطأ كقاعدة عامة، الذي يتطلب إثباته من قبل المضرور، حيث على هذا الأخير إثبات الخطأ في تسيير المرفق والتقصير في الرقابة والإهمال في إتخاذ الإجراءات الضرورية لمنع وقوع عمليات التلوث عبر نقل الدم.

لكن صعوبة إثبات الخطأ بهذا المعنى في جانب الدولة، قد يقف كعقبة لقيام مسؤولية هذه الأخيرة عن مراكز نقل الدم، فالمضرور يجهل الأمور الإدارية والتنظيمية للرقابة والإشراف في المحيط الطبي وبالتالي فإنه قد يستحيل عليه إثبات الخطأ في ذلك مما يرتب ضياع حقه في التعويض.

كل ذلك أدى بالفقه والقضاء الحديث إلى الإتجاه نحو التيسير على المضرور بتخفيف عبء الإثبات عليه، أو رفعه نهائيا، الشيء الذي أدى إلى ظهور الآراء التي إتجهت نحو المسؤولية غير المباشرة للدولة[82] ص 113، فكما هو معروف ونظرا للطبيعة الخاصة للشخص المعنوي (الدولة) والتي تجعل منها غير قادرة على القيام بالتصرفات سواء القانونية أو المادية بنفسها ، فإنه لا بد لهذه الأخيرة أن تمارسها بواسطة ممثل أو نائب قد يتجسد في صورة مرفق عام أو إدارة تقوم بنشاط معين تحت وصاية ورقابة الدولة، فتكون بذلك مراكز نقل الدم هي مرفق عام ممثل للدولة يقوم بنشاط متعلق بجمع وتخزين وتوزيع الدم ، كما أن ما هو معروف أن المسؤولية المدنية للشخص المعنوي (الدولة) أمر مسلم به، وبالتالي إذا ترتبت أضرار عن تصرفات من يمثل هذا الأخير، فإن مسؤوليته المدنية عن ذلك تقوم، حيث يكون مسؤولا عن أي عمل أو نشاط يقوم به من يمثله أو يعمل لحسابه على أساس مسؤولية متبوع عن أعمال التابع، وهي مسؤولية عن فعل الغير تكون غير مباشرة يفترض فيها الخطأ ويعفى المضرور من إثباته وهو خطأ مفترض في جانب الدولة عن مباشرة سلطة الرقابة والتوجيه، وما على المضرور سوى إثبات علاقة التبعية للحصول على التعويض.

لكن ولكثرة الإنتقادات التي وجهت لفكرة الخطأ كأساس قانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، جاء بحث الفقهاء على أساس قانوني آخر، حاولوا من خلاله إيجاد مذهب آخر بخلاف المذهب الشخصي الذي يقوم على الخطأ، سمي بالمذهب الموضوعي، والذي إنبثق عنه أساس آخر لتلك المسؤولية ، وعليه يمكن أن نتساءل عن الأساس القانوني المعتمد لقيام مسؤولية الدولة المدنية عن فعل الغير (مراكز نقل الدم) في مجال نقل الدم الملوث ؟

2.2.2.2.1.2. أساس مسؤولية الدولة عن نقل الدم الملوث

إن الإتجاهات الحديثة في التشريعات المعاصرة قد إستقرت على وجوب مسؤولية الدولة عن أعمالها الضارة، حيث أن الوصول إلى هذا الأمر لم يكن يسيرا بعدما تم تحطيم القاعدة القديمة التي تنفي المسؤولية عن الدولة وهيئاتها المختلفة، وكان ذلك تطبيقا للفكرة المطلقة لسيادة الدولة، وبذلك أصبحت مساءلة الدولة عن أعمالها الضارة أمر قائم ومعترف به في أغلبه الدول، لكن الجدل والنقاش قد ثار بين الفقه حول الأساس القانوني الذي ترتكز عليه هذه المسؤولية ؟

كما عرفنا سابقا أن الأساس القانوني الرئيسي الذي قامت عليه مسؤولية الإدارة (الدولة) في الوقت الحاضر يتمثل في الخطأ وإستكمل هذا الأساس بنظرية المخاطر، التي تستند إلى ركن الضرر والعلاقة السببية بين نشاط الإدارة والضرر، حيث لم يجعل منه القضاء الإداري الفرنسي أساسا عاما، بل إستثنائيا وضمن شروط خاصة بالضرر ، بينما إستبعده المشرع الجزائري من التطبيق كأساس للمسؤولية، خاصة في المجال الطبي، والذي يطبق بشأنه الخطأ كأساس عام ووحيد لقيام المسؤولية المدنية وفقا لكما جاء به القانون المدني في المادة 124 منه، كما دعمه بالنظر إلى صعوبة إثباته في بعض الحالات بالتأمين القانوني كأساس يستند عليه لمسؤولية المتبوع عن أعمال التابع، التي تبنى عليها مسؤولية الدولة المدنية عن نشاط مراكز نقل الدم المرتب للأضرار (نقل دم ملوث)[253]، وبذلك يكون للمتبوع كمؤمن نتيجة لإستفادته أو إحتمال إستفادته من خدمات تابعة، أن يفرض عليه ضمان الغير ضد المخاطر التي قد تصيبهم من الأخطاء الواقعة من تابعيهن وذلك أثناء أدائهم للعمل المسند إليهم من قبل المتبوع[148] ص 174 .

لكن يقول البعض أن التأمين القانوني هو تأمين من الضرر وليس تأمين من المسؤولية في ذاتها وبالتالي فإن المتبوع يعتبر بمثابة المؤمن للمضرور وليس مؤمنا للتابع فاعل الضرر، فيترتب عن ذلك أن المضرور وحده هو الذي يستطيع مقاضاة ذلك المتبوع، أما التابع فلا يستطيع مطالبة المتبوع بدفع التعويض، ولا يجوز له كذلك أن يطلب من المحكمة إدخال المتبوع في الدعوى وإنما هذا الحق مقرر فقط للمضرور[67] ص 281.

وإستنادا على ذلك وأمام أساس قانوني يقوم على فكرة الخطأ الذي يصعب وقد يستحيل إثباته في حالات كثيرة بفعل التقدم العلمي والتطور الذي بدأ في القرن التاسع عشر وما نشأ عنه من مخاطر وحوادث، فأدى بالقضاء إلى التحرك قصد تدخل التشريعات لبناء مسؤولية غير خطئية تقوم على أساس المخاطر كإستثناء من القاعدة العامة، إلا أن ذلك لم يجعلها تشترك في تشريع أحكام عامة لهذه المسؤولية، وإنما بقي كل تشريع منها يعالج شروط وأحكام هذه المسؤولية بشكل قد يختلف عن الآخر، بل أن هناك بعض التشريعات لم تطبق أحكام هذه المسؤولية أو لم تنص عليها صراحة بل بقيت تقيم مسؤوليتها المدنية على أساس فكرة الخطأ كمبدأ عام كالمشرع الجزائري . كل ذلك قد أدى إلى إفراز عدة مواقف فقهية، منها ما يؤيد هذا النوع من المسؤولية ومنها ما يرفضها، الشيء الذي جعل مسؤولية الإدارة (الدولة) لا تبنى على أساس الخطأ ولا على أساس المخاطر، وإنما تبنى على القانون مباشرة.

وبذلك فإن التشريعي المعاصر قد أفرز نوع من المسؤولية للدولة تم تأسيسها على القانون مباشرة حيث أصبح القانون أساسا لقيام مسؤولية الدولة أين تكون في هذه الحالة غير قادرة على إستبعادها كما في حالة نفيها للخطأ أو إثباتها لعدم وجود علاقة سببية بين نشاطها والأضرار أو المخاطر الواقعة.

وقد ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، والذي حاول من خلاله إبتداع حلول أفضل لمنتفعي المرفق الطبي، فهذا القانون لم يمس الخطأ كأساس أصلي للمسؤولية الطبية، حيث أنه وزع مضامين المسؤولية على أساس الخطأ، وفي حالة عدم إرتكاب أي خطأ نلجأ إلى التضامن الوطني كمسؤولية للدولة (مسؤولية بدون خطأ)، فهذا القانون يطبق على الأعمال الطبية المسببة للضرر والتي تحققت بعد 5 سبتمبر2001 وقد شدد كثيرا بالنسبة لمسؤولية الأطباء وعمال الصحة، كما أنه أعطى الحق للمضرور من الحوادث الطبية التي تشكل درجة من الخطورة والتي تنتفي فيها الخطأ في الحصول على تعويض بإسم التضامن الوطني من مكتب خاص يسمى "المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية " ONIAM" ، فأقر بذلك القانون مسؤولية الدولة من تلك الحوادث والتي ألحق بها المشرع في 12 مارس 2010 تعويض العدوى الناتجة عن نقل الدم الملوث أو أحد مشتقاته بفيروس الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C ، وذلك ضمن المرسومين 2010 – 251 و 2010 – 252 والمعدلان لقانون الصحة العامة الفرنسية[394] ص 4871، فأقر بذلك مسؤولية الدولة (بدون خطأ) بمقتضى القانون عن عمليات نقل الدم الملوث، أي يتم التكفل بتعويض الضحايا عن ذلك من طرف مكتب تعويض الحوادث الطبية كمؤسسة إدارية تشرف عليها وزارة الصحة (الدولة)، مهمتها تعويض الأضرار التي لم يفلح المضرور في الحصول على تعويض عنها من شركة التأمين، إضافة إلى تكفل هذا المكتب بصفة أصلية بتعويض ضحايا نقل الدم

الملوث بالإيدز والتهاب الكبد C نظرا لقيام مسؤولية الدولة عن ذلك بناءا على نص القانون وباسم التضامن الوطني.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه نظرا لعدم وجود نصوص خاصة تنظم المسؤولية الطبية بصفة عامة، والمسؤولية عن نقل الدم الملوث بصفة خاصة، وكون المسؤولية المدنية هنا في كل الحالات تخضع للقواعد العامة في القانون المدني، والتي تشترط الخطأ كركن لقيامها ، فإن مسؤولية الدولة بذلك على أساس الخطأ في مجال نقل الدم الملوث تنحصر في الحالات التي تكون في مستشفيات أو مراكز نقل الدم أو بنوك الدم التابعة لها، أين تتحقق بذلك علاقة التبعية، فتسأل بذلك الدولة متبوع عن أفعال تابعه الذي أهمّل أثناء القيام بعملية نقل الدم، فيثبت بذلك خطأ المستشفى أو في حالات نادرة خطأ المركز، فتسأل بذلك الدولة وتلتزم بالتعويض بإعتبارها متبوعًا طالما تحققت علاقة التبعية (المادة 136 من القانون المدني الجزائري)، هذه التبعية التي تستند إلى أساس التأمين القانوني، فيكون بذلك المتبوع (الدولة) مؤمن يفرض عليه أن يضمن الغير ضد المخاطر والأضرار الناتجة عن خدمات التابع (مراكز نقل الدم أو المستشفيات). لكن لا يكفي الخطأ هنا لقيام مسؤولية الدولة، وإنما لا بد من قيام رابطة سببية بينه وبين الضرر (الدم المنقول والمرض)، وهو ما يشكل صعوبة إثباته من الوجهة العلمية.

إستنادا لذلك تدخل المشرع في القانون المدني وبموجب تعديله لسنة 2005 بمادة قانونية قد تكون وسيلة يلجأ إليها الضحايا في حالة عجزهم عن إثبات مسؤولية المتسبب في الضرر، و هي المادة 140 مكرر1، التي تنص:« إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسماني ولم تكن للمتضرر يد فيه تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر»، وهي المادة التي يمكن الإستناد إليها لتبني مسؤولية الدولة المدنية عن التعويض على أساس التضامن الاجتماعي الذي يستدعي إصلاح الضرر طبقا لمبدأ المساعدة لمن هو بحاجة إليها ، فمسؤولية الدولة بذلك قائمة قانونا طبقا لهذه المادة ، وهي محاولة لإتباع المنهج الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي (القانون كأساس لمسؤولية الدولة) .

لكن ما يعاب على هذا النص أنه جاء بتلك المسؤولية كأمر إحتياطي وليس أساسي ، فمسؤولية الدولة تقوم فقط عند إنعدام المسؤول عن الضرر، وهو عكس ما جاء به المشرع الفرنسي، عندما أقام مسؤوليتها الأساسية عن حوادث نقل الدم الملوث بالأمراض (الإيدز وإلتهاب كبدي C) ضمن مرسوم 2010 – 252 ، كما أن المادة 140 مكرر1، قد نصت على تعويض الأضرار الجسمانية فقط دون بقية الأضرار الأخرى، وهو ما يدل على الطابع الإستثنائي لمسؤولية الدولة هنا، فهي لا تكون مسؤولة إلا عن تعويض الأضرار الجسمانية فقط، وهذا كذلك خلافا لما جاء به المشرع الفرنسي الذي نص على تعويض كل الأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث.

وعليه فإن مسؤولية الدولة المدنية القائمة على أساس القانون هي مسؤولية إحتياطية في حالات إستثنائية تقوم على أساس التضامن الاجتماعي مع المضرور. وتقتصر فقط على تحقق الضرر

الجسماني كضرر شخصي يمتاز بالخصوصية ويفرز أثار حادة على الضحية، دون بقية الأضرار الأخرى، والتي لم يبيّن المشرع مصيرها ، كما يمكن التعليق هنا عن النص المذكور بإعتباره نص موجود شكلا لكنه خال مضموناً ، فهو يطرح تساؤلات عديدة لم نجد إجابة لها تمثلت في : كيفية تكفل الدولة بالتعويض ؟ ، مدى التطبيق و وسائل هذا التكفل في الواقع ؟ ، سبب تكفل الدولة بتعويض الضرر الجسماني دون الأضرار الأخرى ؟.....الخ .

إذن فمسؤولية الدولة دون خطأ تقوم على أساس تحقق ضرر محدّد بمقتضى القانون (جسماني) وإنعدام المسؤول عنه ، وهو ما لا يكون كافيا لحماية حق المضرور ، خاصة في مجال نقل الدم الملوث والذي تتعدد فيه الأضرار و تختلف كما تتغير و تتراخى في الظهور .

3.2.1.2. مسؤولية الأشخاص الطبيعية عن نقل الدم الملوث

يشترك في تنفيذ عملية نقل الدم جهات طبية يعد أبرزها أشخاص المجال الطبي وهم الأطباء كأشخاص طبيعية محورية في نطاق هذا النشاط الطبي، سواء كان طبيب معالج أو جراح أو طبيب تحليل دم، فالطبيب هو الشخص الأكثر علاقة و ظهور في العملية ، كونه يحدّد حاجة المريض إلى نقل الدم و الكمية المطلوبة لذلك ، إضافة إلى الطبيب فإن هناك أشخاص آخرون بدورهم مؤثرين في عملية نقل الدم، وهم كل من المتبرع الذي يمد المركز بالدم ، و لولاه لما كانت هناك عملية نقل دم، كذلك سائق السيارة والمرتكب لحادث مرور، والذي لولا فعله لما نقل المصاب إلى المستشفى حتى يحتاج إلى عملية نقل دم، فينقل له دم يمكن أن يكون ملوثا بأحد الأمراض أو الفيروسات .

وتأسيسا على ذلك هل يمكن مساءلة كل من الطبيب والمتبرع وسائق السيارة المرتكب لحادث مرور، عن الأضرار التي قد تصيب المريض أو المصاب جراء عملية نقل دم ملوث به بأحد الأمراض والفيروسات المعدّية ؟

قصد الإجابة عن ذلك رأينا ضرورة إحتواء هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: مسؤولية الأطباء ومساعديهم عن نقل الدم الملوث

الفرع الثاني: مسؤولية المتبرع بالدم عن الدم الملوث

الفرع الثالث: مسؤولية مرتكبي حوادث الطرقات عن نقل الدم الملوث

1.3.2.1.2. مسؤولية الأطباء ومساعديهم

إن الأطباء هم الأشخاص الرئيسيون في عملية نقل الدم، فهي تتم بأمرهم سواء كانوا أطباء معالجون أو جراحون، أين يقوم هؤلاء بتحديد معالم هذه العلمية من كمية ونوعية للدم الذي يحتاجه المريض، لذلك عدّ الطبيب أهم طرف يتعامل معها المريض لأنه هو الموجه الرئيسي لعملية نقل الدم.

من جهة أخرى و نظرا للتطور الطبي والفني في مجال عملية نقل الدم فإنه يتعين على الأطباء والمستشفيات ومراكز نقل الدم الإستعانة بعدد من المساعدين للقيام بالأعمال التي تخرج عن إختصاص الأطباء، كالفنيّين الطبيّين العاملين في مراكز نقل الدم والمختبرات الطبية، وكذا الممرضون والممرضات فهؤلاء عادة ليسوا من الأطباء وإنما يعتبرون من مساعدي الأطباء.

كل هؤلاء سواء كانوا أطباء رسميون كالطبيب الجراح والمعالج وحتى طبيب تحليل الدم، أو كانوا من مساعديهم من ممرضين وممرضات أو حتى فنيين طبيين، يقع عليهم عبء المسؤولية عن الأضرار التي قد تنتج جراء عملية نقل الدم إلى المريض خاصة إذا كان الدم ملوثا بأحد الأمراض المعدّية أو الفيروسات، وهو ما يتطلب منا تحديد إطار وأساس هذه المسؤولية المترتبة عن ذلك، بالنسبة لكل فئة منهم، وذلك ضمن العناوين التالية:

أولا: أساس مسؤولية الأطباء عن نقل الدم الملوث

ثانيا : أساس مسؤولية مساعدي الأطباء عن نقل الدم الملوث.

1.1.3.2.1.2. أساس مسؤولية الأطباء عن نقل الدم الملوث

من المعلوم أن عملية نقل الدم تتم بناء على أمر الطبيب سواء كان طبيبا جراحا أو معالجا، كما قد يقوم بها كذلك طبيب تحليل دم، وعليه فلا تختلف مسؤولية هؤلاء بالنظر إلى صفتهم ، فالمسؤولية ذات طبيعة واحدة بالنسبة لهم جميعا.

لكن ما يمكن أن يطرح وجه الخلف هنا هو إختلاف الجهة النى يعمل بها هذا الطبيب، فطبيعة وأساس مسؤولية الطبيب الذي يعمل بالمؤسسات الإستشفائية العامة هي غيرها بالنسبة للطبيب الذي يعمل بمؤسسة إستشفائية أو عيادة خاصة ، مع العلم أن ما هو متفق عليه هو إستقرار الفقه والقضاء وعلى إعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية بشكل عام، إلا في بعض الإستثناءات التي تكون فيها المسؤولية ذات طبيعة تقصيرية، وهو الأمر الذي جاءت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في 20 ماي 1936 والذي إعتبرت فيه الطبيب مرتبطا بعقد مع مريضه و يلتزم فيه بتقديم عناية يقظة تقتضيها ظروف المريض الصحية ومطابقة للأصول الثابتة لمهنة الطب ومقتضيات التطور، وأن الإخلال بهذا الإلتزام المتولد عن العقد يرتب مسؤولية عقدية.

لكن تكون مسؤولية الطبيب قائمة على أساس تقصيري كلما وقع الإخلال بإلتزام قانوني، وهو إلتزام الفرد بعدم الإضرار بالغير، فمصدرها العمل غير المشروع، وقد أخذ القائلون بهذا الأساس يعتمدون على عدم إحتواء العلاقة بين الطبيب والمريض، ذلك أن العقد الطبي الذي يمكن أن ينشأ عن ذلك هو عقد غير متكافئ بين طرفيه، مما لا يمكن من الجزم بقيامه بينهما، فوضعية المريض الضعيف الذي أنهكه الألم وأثر على عقله وتفكيره وإراداته تجعله كالدمية أو كطفل أمام طبيب سليم معافى قادر

على تخفيف ألمه وتجفيف دموعه، فيؤدي ذلك إلى عدم توفر المساواة حتى على الصعيد القانوني لأن المريض ليس حرا في التعبير عن إرادته بصورة صريحة.

كذلك فإن مصدر إلتزامات الطبيب هو القانون وليس العقد، لأن القانون هو الذي نظم المهنة وحدّد كيفية ممارستها وأدائها، ولم يترك ذلك لإدارة الطرفين، نظرا لتعلق إلتزامات الطبيب بالنظام العام مما يمكن القول معه كذلك أن الطبيب والمريض يوجدان في مركز قانوني لا يستطيعان المساس به وليس مركز تعاقدي.

ضف إلى ذلك فإنه يمكن إعتبارمسؤولية الطبيب تقوم على أساس تقصيري في حالة إمتناع هذا الأخير عن علاج المريض أو عن التدخل لعلاجه، كذلك الحالة التي تأخذ فيها مخالفة الطبيب لإلتزامه الطابع الجنائي، أو يكون فيها طلب التعويض من طرف شخص آخر غير المريض، إضافة إلى الطبيب العامل بالمستشفى العام.

وقد إستقر القضاء الجزائري بشكل عام في أحكامه على إعتبار مسؤولية الأطباء هي مسؤولية تقصيرية، تخضع للقواعد العامة للقانون المدني وتطبق بشأنها المادة 124 وما يليها منه، وذلك لإنعدم تشريع خاص يوضح طبيعة وأساس مسؤولية هؤلاء ، فالقضاء الجزائري لم يضع مبدأ أو أساسا يوضح طبيعة هذه المسؤولية الطبية عقدية كانت أم تقصيرية ضمن تشريعاته الصحية كما بيّنا.

لكن ما هو مستنتج من الأحكام الصادرة في هذا الشأن يبيّن تطبيق القضاء للطبيعة التقصيرية لمسؤولية الأطباء وإستناده في أحكامه إلى القواعد العامة للقانون المدني كمبدأ عام لها طبقه ويطبقه القضاء في جميع المجالات المتعلقة بالنشاط الطبي، بما في ذلك عمليات نقل الدم الملوث، وهو ما سبق بيانه بصدد الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة في تلك القرارات (قرارين) التي أمكن التحصل عليها في مجال نقل الدم، والذي أقام المسؤولية على أساس الخطأ (مسؤولية متبوع عن أعمال التابع) والخاضعة لنصوص و مواد المسؤولية ذات الطبيعة التقصيرية.

من جهة أخرى فإن مسؤولية الأطباء هنا قد تحدّد وحسب طبيعة إلتزام هذا الأخير في عمله الطبي، فإلتزام الطبيب كما هو معروف كأصل عام هو إلتزام ببذل عناية، أما إستثناءا فيكون إلتزام بتحقيق نتيجة والذي يكون بصدد عمليات نقل الدم كنشاط طبي علاجي ، يلتزم من خلاله الطبيب بفحص حالة المتبرع الصحية لكشف وبيان قدرته على المتبرع بالدم من عدمها[160] ص 85، كما يتعين عليه تحقيق نتيجة تتمثل في نقل دم مناسب سليم وخال من الأمراض أو التلوث، وبذلك يكون إلتزامه محدّد، فيكون مخلا به إذا كان الدم المنقول إلى المريض غير مناسب له أو كان ملوثا بأحد الأمراض أو الفيروسات الخطيرة ، إلا إذا أقام الدليل على أن عدم تنفيذ إلتزامه يرجع إلى سبب أجنبي غير منسوب له.

فالطبيب ملزم نتيجة ذلك بضمان سلامة الدم المنقول إلى المريض وهو مسؤول عن الأضرار التي تترتب نتيجة الإخلال بهذا الإلتزام وتختلف طبيعة مسؤوليته، بالنظر إلى طبيعة العلاقة التي تربط هذا الأخير بالمريض، حيث تختلف في المستشفى العام عنه في المستشفى الخاص .

لكن إذا كانت عملية نقل دم ملوث إلى مريض مسؤولية الطبيب فعلى أي أساس تقوم هذه المسؤولية؟

أساس مسؤولية الطبيب عن نقل الدم الملوث في القطاع العام: يعتبر الطبيب العامل والموظف في القطاع العام (المؤسسات الإستشفائية العامة) تابعا لها، فعلاقة التبعية كما سبق بيانه قائمة بينه وبين هذه المؤسسة، ولو كانت تبعية إدارية، فهي تكفي لتحميل المستشفى هنا خطأ هذا الطبيب.

كما أن علاقة المريض بالطبيب في هذه المستشفى هي علاقة تتحدّد بمقتضى اللوائح المنظمة لنشاط المرفق الصحي، فهي علاقة من طبيعة إدارية لائحية يتحمل فيها الطبيب عبء خطئه إذا كان شخصيا، وهي تفرض مسؤولية المستشفى العام عن خطئه داخل المرفق وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية فتكون بذلك مسؤولية متبوع عن أعمال التابع.

وبالتالي فإن مسؤولية المستشفى العام تقوم على أساس الخطأ المرفقي للطبيب الموظف بها، وفقا لأحكام مسؤولية متبوع عن أعمال تابعه، وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري في أحكامه، حيث يسأل المستشفى عن أخطاء الطبيب المرفقية فقط وليس الشخصية التي يقع على الطبيب عبء تحمّلها وذلك تطبيقا للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني. حيث يدخل في مضمونها عملية نقل دم ملوث بإعتبارها عمل طبي وعلاجي يقو م به الأطباء ضمن مرفق المستشفى العام، أين يقع على هذا الأخير عبء توفير دم نظيف خال من التلوث والعيوب، وهو ما يستوجب مسؤولية المستشفى عن ذلك مسؤولية إدارية، على أساس خطأ مرفقي في عدم أخذ الحيطة اللازمة ، حتى ولو كان الضرر الناتج قد تدخل فيه الطبيب كمنفذ لعملية نقل الدم هنا ينسب إلى المرفق (المستشفى)، فالمرفق العام يقوم بتنفيذ أعماله عن طريق أشخاص طبيعيين (أطباء) تنسب أخطائهم إلى المستشفى حتى يسأل عنها في حالة إرتكابها حال تأدية الوظيفة أو بسببها ، طبقا لما جاءت به المادة 136 ق م. فيكون بذلك المستشفى ملزم بتعويض المضرور عن أخطاء الأطباء لضمان حصوله على التعويض، و إعفائه من مشكلة إثبات الخطأ الطبي إلا أن لهذه الإدارة (المستشفى) الحق في الرجوع على الطبيب عند خطئه الشخصي.

لكن بإعتبار عملية نقل الدم عمل طبي يصعب إثبات الخطأ فيه إذا كان الضرر ناتجا عن دم ملوث منقول إلى المريض ، من طرف طبيب قام بعملية تنفيذ نقله بصفة صحيحة ودقيقة، فإن ذلك يؤدي إلى ضرر قد لا ينسب إلى الطبيب هنا، فالطبيب في المستشفى غير ملزم بمراقبة مدى جودة الدم المقدّم من طرف مركز نقل الدم أو بنك الدم التابع للمستشفى، وبالتالي فإن مسؤولية لا تقوم إلا إذا أثبت خطأ في جانبه، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في حكم لمحكمة استئناف باريس قي 28 نوفمبر 1991

أين ألغى مسؤولية الطبيب لكنه ركز على إلتزام مركز نقل الدم المتمثل في تحقيق نتيجة، وقرر أن المستشفى هي كالمركز تماما تلتزم بتوريد دم خال من العيوب والأمراض إلى المريض[398] ص 29.

وعليه فإن مسؤولية الأطباء في المؤسسات الإستشفائية العامة عن عملية نقل الدم الملوث تنتفي، كون المستشفى في هذه الحالة هو الذي يقع عليه إلتزام توفير دم سليم وخال من العيوب، وما على الطبيب إلا تنفيذ العلاج بواسطته، فهو غير ملزم التأكد من نوعية الدم الذي سوف يستعمله، فهذا الإلتزام يقع على مراكز نقل الدم بالدرجة الأولى، والمستشفيات بعدها في حالة كان التبرع بالدم قد تم داخل هذه المستشفى مباشرة (كحالة تبرع أحد أقارب المريض عند الضرورة والإستعجال).

لذلك تقع المسؤولية على المستشفى العام كمرفق مكلف بإلتزام توفير الدم الكافي والسليم والخال من العيوب مهما كان مصدر الحصول على هذا الدم، وهو الشيء الذي ذهب إلى القضاء والتشريع الفرنسي، لكن لم يتعرض ولم يشر إليه المشرع الجزائري رغم أنه قد حاول تطبيقه ضمن أحكامه، وهو ما تم إستنتاجه من القرار الذي أمكن الحصول عليه لمجلس الدولة، فالقضاء يعتمد في تطبيقه لأحكام المسؤولية المدنية في المجال الطبي، وتلك المتعلقة بالأخطاء والحوادث داخل المرافق الإستشفائية العامة على مبادئ المسؤولية الإدارية وفقا للقواعد العامة ، كما أنه يحاول دائما التركيز على حالة إثبات أو نفي الخطأ المرفقي، سواء بالنسبة للمستشفى كمرفق عام مكلف بأداء خدمة عامة، أو بالنسبة للأطباء بإعتبارهم أشخاص طبيعيون وجدوا قصد القيام بأعمال وإلتزامات المرفق التي لا تنفذ بدونهم ، فتنسب أخطائهم المتعلقة والمرتبطة بأداء الخدمة أو بسببها للمرفق مباشرة، مما يرتب مسؤولية هذا الأخير عنها وهو ما عمد القضاء إلى تطبيقه فيما يخص قضية نقل الدم الفاسد السابق الإشارة إليها.

ضف إلى ذلك أن المشرع الجزائري كما هو معلوم قد أقر مبدأ التأمين القانوني الإجباري لكل من المؤسسات الصحية المدنية وأعضاء السلك الطبي، وهذا قصد تغطية مسؤوليتهم المدنية المهنّية إتجاه مرضاهم وإتجاه الغير (المستشفى)، وقد كان ذلك ضمانا أكثر لحق المتضرر وتعويضه عن أي ضرر يصيبه نتيجة تلك الأعمال الطبّية أو العلاجية المقدمة له، وفق ما جاءت به المادة 167 من قانون التأمينات الجزائري 95 – 07 المعدل والمتمم.

لكن هل يغطي هذا التأمين وحده حوادث نقل دم ملوث بأمراض خطيرة ومميتة، قد يتجاوز الضرر فيها فكرة التأمين المطبّق ؟ .

أساس مسؤولية الطبيب عن نقل الدم الملوث في القطاع الخاص: إن الطبيب الذي يعمل بالقطاع الخاص، سواء كان مؤسسة إستشفائية خاصة أو عيادة خاصة أو مشتركة بين أطباء، يكون علاقته بالمريض مغايرة لتلك التي كانت عليه في القطاع العام، حيث يكون لجوء المريض في هذا الحالة إلى المستشفى الخاص أو العيادة بناء على عقد بينه وبين هذه الإدارة ، سواء كان صريحا أو ضمنيًا، فيكون إما عقد إستشفاء أو عقد علاج وهو ما سبق توضيحه.

لذلك يكون عمل الأطباء بهذه المستشفيات أو العيادات الخاصة في إطار ما يسمى بعقد العلاج الطبي، فهو العقد الذي يرتب إلتزامات تعاقدية تقع على عاتق الطبيب ، الذي يكون من بينها الإلتزام بضمان علاجه بدم نظيف خال من التلوث والأمراض، أين تلتزم في هذه الحالة المستشفى بتوفيره للطبيب والمريض المتعاقد معها.

الطبيب الموظف و أجيرا بالمستشفى الخاص: إن المستشفى هنا يكون مسؤولا عن أخطاء هذا الأخير وهذا تطبيقا لمبدأ مسؤولية المتبوع من أعمال التابع ، فعلاقة التبعية بين الطبيب والمستشفى هنا قائمة وموجودة كون الطبيب الذي يعيّن في المستشفى يكون تابعا لها حتى ولو كانت علاقة التبعية هنا أدبية فهي كافية لتحميل المستشفى خطأ الطبيب ، كما قد تُضم بذلك مسؤولية المستشفى إلى مسؤولية الطبيب لتوفير ضمان أكبر وأكيد لحصول المريض على حقه .

لكن العيادات و المستشفيات الخاصة كما وضحنا سابقا لا تعدّ مسئولة عن أعمال الأطباء المهنية حيث يتمتع كل واحد منهم بالإستقلال في عمله الفني[151] ص 164، ولكن القضاء يتحفظ بالنسبة للطبيب الأجير الذي تربطه بالعيادة أو المستشفى علاقة عمل، ويقرر مسؤولية المستشفى عن خطأ الطبيب نظرا لوجود عقد طبي بين المريض و المستشفى أو العيادة التي يعمل فيها الطبيب حيث يعتبر المستشفى مسئولا عن كل خطأ يصدر من العاملين فيه.

لكن ما الحكم في حالة ما إذا كان الضرر ناتج عن عملية نقل دم تمت بمواصفات طبّية فنّية صحيحة وكان الضرر المترتب عنها ناتجا عن دم ملوث أصيب المريض من خلاله بداء خطير (كالإيدز أو لتهاب الكبد C)؟، فالخطأ هنا غير وارد من الطبيب أثناء عملية نقل الدم، لكن الضرر كان نتيجة الدم الملوث المنقول.

ماهو معروف أن مسؤولية توفير الدم النظيف والسليم والخال من العيوب والتلوث أو الأمراض تكون على عاتق المستشفى الخاص أو العيادة أين يقع على هذه الأخيرة عبء وإلتزام توفير ذلك الدم غير المعيب وغير الملوث، وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في ذات الحكم السابق الإشارة إليه،(حكم محكمة إستئناف باريس في 28 نوفمبر 1991)، الذي أكد على إلتزام المستشفى الخاص (Clinique) بذلك وإنتفاء إلتزام الطبيب بمراقبة نوعية الدم وجودته بالمستشفى، فالدم متحصل عليه من بنك الدم أو مركز نقل الدم الذي يقع عليه إلتزام بتوريد دم سليم غير ملوث إلى المستشفى التي بدورها تلتزم بتوفيره للأطباء قصد العلاج للمرضى المحتاجين له.

وتبعا لذلك يقع على المستشفى إلتزام بضمان سلامة المريض، وهو إلتزام عقدي تسأل المستشفى عن عدم تنفيذه سواء كان ذلك منها أو ممن يقومون بالتنفيذ نيابة عنها (الأطباء) مسؤولية عقدية عن فعل الغير، تجعلها ملزمة بكل ما ينتج عن الإخلال بهذا الإلتزام الذي يحوي في مضمونه إلتزام توفير دم سليم غير ملوث للمريض قصد العلاج ، فلا تقوم مسؤولية الطبيب عن ذلك إلا إذا أُثبت خطئه، كأن يقوم

الطبيب بنقل دم إلى مريض بالمستشفى وكان الدم المتحصل عليه عن طريق تبرع فوري أو إستعجالي من أحد أقارب المريض وأهمّل الطبيب إخضاع هذا الدم للتحليل والفحص، عندئذ يثبت خطأ هذا الأخير الذي يرتب المسؤولية عن ذلك، إضافة إلى مسؤولية المستشفى أو العيادة التي يمكن في هذه الحالة أن تُضم إلى مسؤوليته بسبب تقصيرها في الإشراف والمراقبة والعلاج من جهة، وعن تقصيرها في إلتزامها بالتنظيم والسير الحسن، بأن تضع تحت تصرف المريض الطاقم الطبي المؤهل والآلات والمواد والمعدّات الضرورية في وضعية حسنة وسليمة للعمل بها وفق عقد الإستشفاء المبرم مع المريض أين تلتزم المستشفى تطبيقا له بضمان سلامته[396].

الطبيب الذي يباشر مهنته الحرّة داخل المستشفى أو العيادة: وهو الطبيب غير الموظف بالمستشفى والذي يستأجر غرفة العمليات أو الأجهزة أو المعدّات داخل المستشفى التي تكون مؤجرة لا أكثر، كما أن الطبيب يكون بذلك مستأجرا لا غير، فهو مستقل في عمله وليس بينه وبين المستشفى رابطة تبعية وبذلك فهي لا تكون مسؤولة عن أخطائه .

لكن في مقابل ذلك نجد أن المستشفى بموجب عقد الإستئجار الذي تبرمه مع هذا الطبيب ، تلتزم بتوفير خدمات الإقامة والممرضين والفحوصات المخبرية وغيرها، أين يتم نتيجة لذلك محاسبة الطبيب وتوزيع عائد بدل العلاج بينه وبين المستشفى التي وفرت له الإقامة والمستلزمات الطبّية لها، فينتفع المستشفى بعمل هذا الطبيب الذي يؤديه لصالحها ولو في جزء منه ، وعندئذ تتحقق رابطة التبعية التي يكفي فيها أن يؤدي التابع العمل لحساب المتبوع ، أيا كانت وسيلة إسناد هذا العمل، فسلطة الإشراف الإداري عن طريق إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة عمله وفي الرقابة عليه ومحاسبته كافية لتحقق رابطة التبعية[151] ص 159.

وتطبيقا للقواعد العامة يمكن مساءلة المستشفى الخاص بإعتبارها شخص معنوي يلتزم بمقتضى عقد الإيجار بتوفير كل من المستلزمات والمواد والمعدّات الطبية للمستأجر (الطبيب)، والتي يدخل في مضمونها الدم الكافي والمناسب والسليم الخال من الأمراض أو العيوب، فهو إلتزام عقدي يترتب عن العقد المبرم بينها وبين الطبيب (عقد الإيجار)، فيعدّ التنفيذ المعيب خطأ عقدي يرتب مسؤولية المستشفى عن ذلك.

لكن السؤال المطروح هنا، هل يسأل المستشفى الخاص مسؤولية تقصيرية وفقا لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أو يسأل مسؤولية عقدية عن تنفيذه المعيب لإلتزامه في عقد الإيجار المبرم مع الطبيب ؟، وفي حالة وجود ضرر ناتج عن نقل دم ملوث لمريض عولج بهذه المستشفى من طرف الطبيب المستأجر، هل يرجع هذا الأخير على الطبيب مباشرة بإعتباره المتسبب في الضرر أم أنه يرجع بالمسؤولية على المستشفى الخاص أو العيادة كجهة مكلّفة بتوفير دم سليم وغير ملوث للأطباء قصد إستعماله عند الطلب ؟

في رأينا المتواضع نقول أن رجوع المريض على المستشفى كمتبوع يسأل عن خطأ تابعه قد ينجم عنه بعض الإشكالات القانونية والصعوبات، والتي قد تمنع المريض من الحصول على حقه في التعويض عن الضرر، كنفي المستشفى الخاص أو العيادة لرابطة التبعية المزمع قيامها مع الطبيب الأجير هنا فقيام التابع (الطبيب) بالعمل لحساب المتبوع كشرط لقيام رابطة التبعية، قد ينتفي في بعض الحالات التي يرتبط فيها الطبيب بالمستشفى بعقد إيجار فقط ، كون أن هذا الأخير يختلف في مضمونه عن عقد العمل في القواعد العامة، إلا إذا كان هناك إتفاق صريح في العقد على العمل لحساب المؤجر، وهو ما يمكن للمستشفى الخاص أو العيادة إثباته وفق ما جاء في مضمون عقدها مع الطبيب.

بالتالي أخطاء الطبيب لا ترتب مسؤولية المستشفى لإنعدام رابطة التبعية عند وجود عقد إيجار فقط وليس عقد عمل، ولذلك يبقى للمريض أن يرجع على الطبيب وفق أحكام العقد الطبي المبرم معه أين يكون ملزما فيه الطبيب بتحقيقه نتيجة مضمونها نقل دم سليم وخال من الأمراض إليه، وما على هذا الأخير إلا أن يرجع بدوره على المستشفى كجهة مكلّفة بتوفير الدم السليم للمرضى والعاملين بها من جهة وكمدين ملزم بتنفيذ إلتزاماته العقدية الموجودة بعقد الإيجار، التي يكون من ضمنها توفير الإقامة والمستلزمات الطبية السليمة والمناسبة وغير المعيبة بكل أنواعها كالدم مثلا .

وبهذا يسأل المستشفى من قبل الطبيب مسؤولية عقدية، والتي لا يستطيع نفيها في حالة الغش والخطأ الجسيم[334] ص 225، أين يعد بذلك توفير دم معيب أو ملوث خطأ جسيم تثبت مسؤولية المستشفى أو العيادة عنه، حيث تلتزم بالتعويض للدائن (الطبيب).

لكن بالنسبة لرجوع المريض على الطبيب سواء كان مستأجر في مؤسسة إستشفائية أو عيادة خاصة أو منفردة فإنه لا يكون وبحسب ما هو وارد في التشريع الجزائري، سواء بالنسبة للقواعد العامة أو تشريعات حماية الصحة، إلا وفق مبدأ التأمين القانوني المنصوص عنه ضمن قانون التأمينات ، والذي يقضي بإلزامية التأمين الإجباري الذي يقوم به أعضاء السلك الطبي الممارسين لحسابهم الخاص، طبقا لما جاء في المادة 167 منه، وهو ما لا يعدّ ضمانا كافيا كما بيّنا لحوادث نقل الدم الملوث، بالنظر إلى خطورتها وخصوصية أضرارها (ضرر زمني و تدريجي).

ومن المعلوم لدينا كذلك أن مسؤولية الأطباء في التشريع الجزائري تخضع للقواعد العامة للقانون المدني، وبالتحديد قواعد المسؤولية المدنية التي تضم ضمن أحكامها مسؤولية المتبوع غن أعمال التابع وبالنظر إلى أن مسؤولية الأطباء في نطاق القطاع الخاص، تخضع بدورها لقواعد وأحكام هذه المسؤولية والتي تستوجب مسؤولية المستشفى والعيادة الخاصة عن أخطاء تابعيها من الأطباء الموظفين بها وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 07/ 321 المؤرخ في 24 أكتوبر 2007 والذي يتضمن تنظيم المؤسسات الإستشفائية الخاصة وسيرها، فإننا نجد المادة السادسة منه قد نصت على أنه يتعين على المؤسسة إكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية لها ولمستخدميها ومرضاها، وهو ما يبيّن أن مسؤولية

المتبوع عن أعمال تابعه التي تبنى عليها مسؤولية المستشفى أو العيادة الخاصة بالنسبة لأعمال موظفيها، تقوم على أساس التأمين القانوني والذي يعدّ أحد المبادئ القانونية التي ذهبت إليها التشريعات قصد تأسيس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، رغم ما تعترض هذا المبدأ من إنتقادات قد يكون لها الصدق الظاهر في حالة عمليات نقل الدم الملوث، فهي ضمان غير كاف، إن لم نقل غير ممكن التطبيق في هذا المجال ،وهو ما لم نجده بصدّد قرار أو حكم في القضاء الجزائري قصد توضيح موقف هذا الأخير من مسؤولية الأطباء أو المستشفيات الخاصة عن ذلك .

لكن ما يمكن إستنتاجه من تطبيق القضاء للقواعد العامة أنه يعتبر المسؤولية في هذه الحالة شخصية، يسأل بشأنها الأطباء عن أعمالهم و أخطائهم القائمين بها مسؤولية شخصية ، عند إنعدام علاقة التبعية بينهم و بين المستشفى أو العيادة الخاصة ، أو كان الطبيب ممارسا لعمله ضمن عيادة منفردة أو مشتركة.

2.1.3.2.1.2. أساس مسؤولية مساعدي الأطباء عن نقل الدم الملوث

لقد نتج عن التطور الطبي كما هو معروف أن يقوم الأطباء بالإستعانة بمساعدين للقيام بأعمالهم الطبية، سواء كان ذلك في المستشفيات العامة أو الخاصة، أو حتى بعض العيادات المنفردة، وقد كانت عمليات نقل الدم من بين الأعمال الطبية العلاجية التي يتعين على الأطباء والمستشفيات ومراكز نقل الدم الإستعانة فيها بعدد من المساعدين للقيام بأعمال قد تخرج عن إختصاص الأطباء في ذلك ، وهم الممرضون والممرضات والفنيون المختصون في تحليل الدم، وإن كان بعض المساعدين هم من الأطباء كالطبيب المخبري المختص بتحليل الدم، والذي ينطبق عليه ما ورد في مسؤولية الأطباء بخصوص عملية نقل الدم الملوث.

كذلك يكون الفنيون الطبيون العاملون بمراكز نقل الدم مسؤولون عن أخطائهم الفنّية مسؤولية شخصية أساسها الخطأ، إذا ما ترتب عن ذلك نقل عدوى مرضية إلى متلقي الدم، فهؤلاء يقع عليهم إلتزام بضرورة إجراء التحاليل الطبية الإجبارية والمحدّدة بموجب القانون للكشف عن الأمراض الخطيرة كالإيدز والتهاب الكبد الوبائي والسفلس...

أما بالنسبة المساعدين الطبّيين من ممرضات ومرضين، الذين يعملون بالمؤسسات الإستشفائية فتختلف مسؤوليتهم بالنظر إلى الجهة التي يعملون بها.

أساس مسؤولية مساعدي الأطباء في المؤسسات الإستشفائية العامة: إن بعض الأعمال الطبية وخاصة الجراحية في المستشفيات العامة تتطلب تضافر جهود أكثر من شخص من أجل إتمامها بنجاح حيث يقوم بها فريق طبي يرأسه الطبيب الجراح أو المعالج ويساعده طبيب تخدير وطبيب تحليل دم ومساعدون وممرضون وممرضات.

ما هو معلوم أن المريض في المستشفى العام لا يرتبط بعقد مع الطبيب ومساعديه، وبالتالي فإن مسؤولية هؤلاء في إطار تلك المؤسسات الإستشفائية العامة هي مسؤولية تقصيرية تكون شخصية في حالة إرتكابهم خطأ شخصي مرتب للضرر، وتخضع لأحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في حالة إرتكابهم لأخطاء توصف بالمرفقية، حيث تكون متعلقة بالمرفق الطبي (المستشفى العام) كونها إرتكبت حال تأدية الوظيفة أو بسببها .

وتعد عملية نقل الدم إلى المرضى المحتاجين له في المؤسسات الإستشفائية العامة من بين الأعمال الطبية التي لا تمارس إلا تحت إشراف الطبيب المعالج أو الجراح، فتنفذ مباشرة تحت مسؤوليته من طرف ممرضين أو ممرضات، فهي عملية تتطلب المراقبة الدقيقة للطبيب كما عرفنا، حتى يتمكن من التدخل في أي وقت إن اقتضى الأمر ذلك ، كما تشترط تواجده بالقرب من المساعد الطبي أثناء تنفيذها نظرا لخطورتها، فالمساعد الطبي في هذه الحالة يخضع لرقابة فورية وفعلية تكفل له قيام رابطة التبعية بينه وبين الطبيب الذي يأمر بنقل الدم والمشرف عليه.

لكن هل يسأل الطبيب هنا كمتبوع عن عمل تابعه إذا كان الضرر الناتج عن عملية نقل الدم هو مرض خطير كالإيدز أو التهاب الكبد C، الذي إنتقل إلى المريض بسب ذلك الدم كونه دما ملوثا؟ ، أي هل يسأل الطبيب مسؤولية تبعية عن نقل الدم الملوث؟

نقول في هذا الصدد أن مسؤولية توفير الدم الكافي والسليم والخالي من الأمراض أو العيوب تقع على عاتق المستشفى، وبالتالي فإن جودة نوعية الدم الموجود بالمستشفى هي إلتزام يقع على هذه الأخيرة فهي مرفق طبي إستشفائي عام ملزم بضمان سلامة المرضى المعالجين به، حيث يعمل لأجل ذلك على توفير الدم السليم غير المعيب، الشيء الذي يوجب مسؤولية المستشفى عن خطئها في حالة عدم أخذ الحيطة اللازمة لذلك ، فالخطأ هنا مرفقي تبنى على أساسه المسؤولية الإدارية للمستشفى العام.

أساس مسؤولية مساعدي الأطباء في المؤسسات الإستشفائية الخاصة: قد يكون الطبيب في المؤسسة الإستشفائية الخاصة موظفا يعمل لحسابها، فيكون بذلك تابعا تسأل المستشفى عن أخطائه المسببة للضرر، كما قد يكون طبيبا ممارسا حرا لمهنته بها عن طريق إيجاره لغرفة عمليات أو آلات أو معدات بها، عندئذ يكون غير موظف بها فيكون مستأجرا لا تبعية بينه وبين هذه المستشفى.

وعليه فقد يستعين الطبيب سواء كان موظفا أو غير موظف قصد ممارسة مهنته بمساعدين من الأطباء أو غيرهم كالممرضين والممرضات التابعين للمستشفى هنا، والذي يسأل عن أعمالهم المسببة للضرر بصفته متبوعاعنهم.

فإذا كان الطبيب جراحا فإنه يقوم عن طريق فريق طبي يعمل تحت تصرفه وتجب عليه مراقبته وفي هذا الصدد فكل شخص يكون له سلطة الرقابة والتوجيه على إستخدامه إعتبر متبوعا أصبح

المستخدم بذلك تابعا له، فيسأل المتبوع مسؤولية تقصيرية عن أي فعل إرتكبه تابعه سبب ضررا لغيره[124] ص 66.

أما إذا إرتبط المتبوع بعقد مع غيره وهي حالة المستشفى الخاصة التي ترتبط بعقد إستشفاء مع المريض المعالج بها، فإنه يسأل عن عدم تنفيذ أي إلتزام ناشئ عن هذا العقد مسؤولية عقدية ، و يكون بدوره ناشئا عن تقصير ممثليه الذين يقومون بالتنفيذ نيابة عنه أو من يقوم بمساعدته بذلك برضائه وبناء على طلبه، فهو يضمن خطأ الغير وفعله إذا عدّ فعله من مستلزمات العقد الأصلي المبرم بينه وبين المريض، وقد قرر الإجتهاد القضائي الفرنسي، مسؤولية الجراح عن عمل الممرض الذي يعمل تحت مراقبته المباشرة ، والتي لا تحجب المسؤولية الشخصية لكل فرد من أفراد الفريق الطبي.

أما إذا كان الطبيب غير الموظف بالمستشفى هو الذي إستعان بالمساعدين قصد تنفيذ علاجه، فإن هؤلاء يعتبرون تابعين له تبيعه عرضية غير أصلية، يكونون فيها بعد إنتهاء عمل الطبيب معهم، تابعين أصلا للمستشفى الخاص الذي يعملون به.

لكن في مجال الأضرار الناتجة عن نقل دم ملوث إلى المرضى المتعاقدين مع المستشفى الخاص (قد يكون عقد إستشفاء، وقد يكون عقد علاج وإستشفاء) فإن هذا الأخير يكون ملتزما نحوهم بتنفيذ إلتزاماته العقدية الناشئة عن ذلك، فهو ملزم بضمان سلامة هؤلاء المرضى، عن طريق ضمان توفير لهم دم سليم وغير معيب أو ملوث، ينقل له عند الطلب قصد العلاج، وأن عدم تنفيذ هذا الإلتزام، أو تنفيذه تنفيذا معيبا (توفير دم ملوث غير سليم) يعتبر تقصيرا من المستشفى ، الذي ينفذ إلتزامه عن طريق ممثليه من الأطباء ومساعديهم كأشخاص طبيعية تقوم بتنفيذ إلتزامات الشخص المعنوي الذي يسأل عنهم كقاعدة عامة مسؤولية عقدية عن فعل الغير أساسها الخطأ العقدي المتمثل في التنفيذ المعيب للإلتزام الموجود بالعقد وهو نقل دم ملوث للمريض.

وبذلك يعتبر المستشفى مسؤولا مسؤولية عقدية عن فعل غيره ممن إستعان بهم في تنفيذ إلتزامه العقدي هذه المسؤولية التي لا يمكن نفيها في حالة الغش أو الخطأ الجسيم (نقل دم ملوث هو خطأ جسيم)، في حين تنتفي مسؤولية مساعدي الأطباء المنفذين لعلمية نقل الدم سواء كان هؤلاء التابعين الأصليين للمستشفى أومن لهم تبعية عرضية للطبيب غير الموظف بها، على إعتبار أنهم غير ملزمين بمراقبة نوعيه وجودة الدم المزمع نقله إلى المريض، الذي يكون له إثر ذلك حق الرجوع على المستشفى الخاص مباشرة لضمان حقه في التعويض عن الضرر الناتج عن ذلك أو الرجوع على المساعدين، أطباء أو غير أطباء وفقا لأحكام التأمين القانوني، للمسؤولية المدنية (167 من قانون التأمينات) كخيار وحيد جاء به المشرع الجزائري في مجال الأضرار الناتجة عن أعمال الأطباء وغير الأطباء (شبه الطبيين) عامة، والتي لا ترى فيها ما يكفل ضمان حق المريض المتضرر من نقل الدم الملوث كما بيّنا.

2.3.2.1.2. مسؤولية المتبرع بالدم

إن المتبرع بالدم هو المصدر الوحيد والرئيسي لتوريد الدم إلى المراكز المتخصصة بجمعه وتوزيعه، فالمتبرع هو شخص غير معلوم للمريض متلقي الدم. وعلى أساس ذلك تحولت العلاقة التي يمكن أن تكون بين المتبرع بالدم والمريض إلى علاقة بين المتبرع ومراكز نقل الدم، الذي يقوم بإنتقاء وإختيار الدم المناسب والصالح قصد توريده للمؤسسات الإستشفائية والعيادات لإستعماله عند الطلب.

فالمتبرع لا تربطه بالمريض أية علاقة تذكر، وهذا بسبب سرّية التبرع بالنسبة للكثير من الأشخاص، خاصة أثناء حملات التبرع التي تقوم بها مراكز نقل الدم وبنوكه، أو تلك التي تقوم بها بعض المؤسسات أوالجمعيات المرخص لها بذلك.

هذا ما يدعونا مع إنتفاء هذه العلاقة إلى التساؤل، هل هناك مسؤولية تقع على المتبرع بالدم إتجاه المريض ؟ ، وإذا كانت هناك مسؤولية تذكر، فما هي طبيعتها وأساسها القانوني ؟

لذلك سوف نحاول توضيح ذلك من خلال العناوين التالية :

أولا: التبرع المباشر

ثانيا : التبرع غير المباشر

ثالثا : أساس مسؤولية المتبرع بالدم

1.2.3.2.1.2. التبرع المباشر

هو تبرع يلجأ فيه المريض إلى شخص معين قد يكون من أفراد أسرته أو أقاربه أو أصدقائه للحصول على المطلوب قصد العلاج، فتنشأ بذلك علاقة مباشرة بين المريض والمتبّرع ، يكون بموجبها المتبرع معروفا عند المريض.

فإذا كان هذا المتبرع مصابا بأحد الأمراض الخطيرة (إيدز، التهاب كبدي، سلفس...) والتي تنتقل في مفهومها عن طريق نقل الدم، وكانت حالة المريض الإستعجالية، والتي قد تقف أمام ضرورة التحليل الحساس وغير المعتاد الذي يخرج عن إطار تحاليل الزمرة الدموية أو عامل البذر (Facteur Rhésus)، و تتطلب ضرورة النقل الفوري والضروري للدم المتبرع به، هذا على إعتبار أن المتبرع في بعض الأحيان قد يؤكد خلو دمه من تلك الأمراض وإنعدامها عنده بسبب تباطؤ أو عدم ظهور أعراضها في المرحلة الأولى من الإصابة بها، أو إذا كانت تلك التحاليل الحساسة لتلك الأمراض قد تعذر القيام بها بسبب عدم توفر المواد أو الكواشف اللازمة لعملية التحليل الفوري، التي تُتطلب في بعض الأمراض كالايدز فترة من الزمن قصد إستطلاع نتائجها.

هذه الأسباب إضافة إلى حالة المريض الإستعجالية والخطيرة في بعض الأحيان والتي تتطلب تدخلا سريعا لإنقاذها عن طريق نقل الدم الفوري إليه والذي تم الحصول عليه من متبرع مباشرة ومعروف لدى المريض، قد تجعلنا نتساءل هل هناك مسؤولية تقع على المتبرع إذا نتج عن نقل دمه إلى المرض ضرر، تمثل في إنتقال أحد الأمراض الخطيرة والمعروف نقلها عن طريق الدم ؟

إن التشريعات القانونية تتفق على أن كل إضرار بالغير يلزم من كان سببا فيه بضمان الضرر وهو ما تضمنه القانون المدني الجزائري في نص المادة 124 منه كقاعدة عامة، كما ذهب إليه المشرع الفرنسي في مادته 1382 من القانون المدني.

وعليه فإن الفعل المؤدي للضرر يستوجب الضمان، وبالرجوع إلى طبيعة العلاقة بين المتبرع والمريض المستقبل للدم نجد أن هناك من الفقهاء[176] ص 48، من يكيّفها قانونا على أنها عمل تبرعي بإدارة منفردة، فهي تصرف من جانب واحد ملزم لمن صدر عنه، من جهة ثانية يمكن أن ينطبق على حالات التبرع وصف عقد التبرع[176] ص 49، وهو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقدان مقابلا لما يعطيه، ولا يقدّم المتعاقد الآخر مقابلا لما يناله منه، فهو عقد ملزم لجانب واحد.

في حين ذهب البعض الآخر إلى إعتبار العلاقة بين المتبرع والمريض علاقة تعاقدية تمثلت في عقد غير مسمى يطلق عليه عقد نقل الدم، وهو ما يجعل العلاقة تدخل في نطاق المسؤولية العقدية دون التقصيرية[194] ص 574.

كما تبنى المشرع الفرنسي الطبيعة العقدية بدوره للتبرع بالدم، أين ذهب إلى إشتراط موافقة المتبرع ورضاه في عقد التبّرع، كما فرض أن تتم عملية نزع الدم من طرف طبيب أو تحت مراقبته ومسؤوليته فإعتبر بذلك التبرع بالدم عقد طبي[344] ص 15. من جهة أخرى فإن إلتزامات المتبرع في هذا العقد تتم إعتمادا على مبدأين هامين هما: سلامة المتبرع، وسلامة الدم المنقول إلى المريض.

2.2.3.2.1.2. التبرع غير المباشر

والذي يلجأ فيه المريض إلى مركز نقل الدم من خلال المؤسسة الإستشفائية المعالجة له ، التي تطلب تزويده بالدم الذي تم جمعه من المتبرعين أثناء حملات التبرع المنظمة من قبل المراكز أو غيرها، وفي هذه الحالة لا تكون هناك أية علاقة بين المريض والمتبرع بالدم، فالمريض لا يتعامل مع المتبرع مباشر، وإنما نجد أن المتبرع يتعامل مع مراكز نقل الدم الذي تتولى عملية جمع وتخزين وتحليل هذا الدم المتحصل عليه، وبالتالي فهي المسؤولة عن الدم الموجود بها من حيث نوعيته وجودته وسلامته من الأمراض أو الفيروسات.

3.2.3.2.1.2. أساس مسؤولية المتبرع بالدم

من المتفق عليه أن أساس المسؤولية المدنية في القواعد العامة هو الخطأ، وهو الأساس الذي أخذ به المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي في القانون المدني، فما هو معيار الخطأ المطلوب لقيام مسؤولية المتبرع بالدم ؟.

إن المتبرع هو شخص طبيعي، وهو أحد أفراد المجتمع له حقوق ويتحمل إلتزامات، حيث يقع عليه واجب التبصّر وعدم الإهمال عند ممارسته لهذه الحقوق، وبالتالي نجد أن معيار الخطأ المطبق بشأنه هو معيار موضوعي، أين يتخذ بذلك السلوك المألوف للشخص العادي الذي يمثل عامة الناس، مع مراعاة الظروف المحيطة به[78 ص 645، ومنه إذا ثبت إنحراف هذا المتبرع في سلوكه عن سلوك الرجل المعتاد فإنه يعد بذلك مخطئا، وتقوم مسؤوليته.

وفي مجال عملية نقل الدم، فإن الخطأ ينسب إلى المتبرع في حالة عدم إخباره لطبيب أو لمركز نقل الدم، أو الجهة التي يتبّرع بدمه لها بإصابته بأحد الأمراض المعروفة كالإيدز، أو إلتهاب الكبد أو غيرها والتي يمكن أن تنقل عن طرق الدم، أو حتى إخفائه لإحتمالية أن يكون ناقلا لفيروس أحد الأمراض، إضافة إلى عدم توضيحه لجهة التبرع بأي حالة مرضية تمنعه من التبرع بدمه.

وما يهمنا هنا هو إخفاء المتبوع لأمراضه التي يمكن أن تنقل عن طرق الدم وهو الإخفاء الذي يكون ناتجا عن إحدى الحالات:

المتبرع الذي يعلم حالته: في هذه الحالة يكون المتبرع عالما بإصابته بأحد الأمراض المذكورة ورغم ذلك يقدّم على التبرع، وبالتالي فإن فعله هذا الذي تسبب في العدوى قد يأخذ إما حكم الخطأ العمدي أو الخطأ غير العمدي ، فإذا كان الخطأ عمديا يريد المتبرع من خلاله النتيجة المترتبة عن مسلكه، كأن يكون الدافع إلى ذلك هو الحقد أو الرغبة في الإنتقام من المجتمع...إلخ، فإن ذلك يثير مسؤوليته الجنائية.

أما إذا كان الخطأ غير عمدي فهو بدوره يرتب مسؤولية جنائية[241] ص 244، 245، إضافة إلى المسؤولية المدنية فإنه يتمثل في عدم قصد المتبرع الإضرار بالغير، لأنه لا يريد النتيجة المترتبة عن سلوكه الذي يكون نابعا عن رعونة وإهمال وقلة إحتراز، فهو لم يتوقع حصول أضرار بالغير، وذلك إما لعدم مبالاته أو لعدم وجود الوعي الكامل بمرضه وعدم التقدير الصحيح لحالته، فهو لم يتخذ الإحتياطات اللازمة المعقولة لتصرفه، وبذلك يعد مخطئا وتترتب مسؤوليته عن ذلك قانونا.

المتبرع الذي يسهل عليه معرفة حالته: إن للمتبرع أن يعرف حالته المرضية بتلك الأعراض التي تظهر عليه، إلا أنه قد يحدث أحيانا ألاّ يعرف هذا المتبرع أنه مصاب بأحد الأمراض الخطيرة والتي يمكن أن تنقل عن طريق الدم، وذلك لعدم ظهور أعراض كافية له تبيّن الإصابة بالمرض، فإذا أثبت أنه كان

بوسع هذا المتبرع أن يعرف بحالته المرضية وفقا لما هو مجرى عادي للأمور، كأن يكون الشخص من ذوي المسلك غير السوي، مثلا (شاذ جنسيا) ، فهو يمكن له أن يتوقع إحتمال إصابته بمرض الإيدز، وهكذا يبقى مسلك الرجل المعتاد والمجرى العادي للأمور مسألة واقع يقدره القاضي وفقا للملابسات والظروف عند الحاجة له.

المتبرع الذي يجهل حالته: وهو المتبرع الذي يمتنع عليه العلم أو سهولة العلم بحالته المرضية كالشخص مثلا الذي ينقل له فيروس أحد الأمراض بسبب دم ملوث نقل له أثناء عملية جراحية أجريت له، لكن لم تكن تظهر عليه أية أعراض، وهي الحالة التي يكون فيها الفيروس صامتا، في فترة حضانة المرض، التي تبدأ بدخول الفيروس جسم المريض إلى غاية ظهور أعراض المرض، فالشخص هنا لم تكن تظهر عليه أية علامات تثبت مرضه، كما أنه لم يكن ليشك أن الدم المنقول له من المستشفى هو دم ملوث، لذلك لا يكون المتبرع هنا مخطئا، فهو لا يعلم ولم يكن له ليعلم بحالته المرضية، وبالتالي لا يكون مسؤولا عن أي ضرر ناتج عن نقل لدمه .

من كل ما سبق توضيحه حول مسؤولية المتبرع في مجال عمليات نقل الدم إذا كان ملوثا بأحد الأمراض أو الفيروسات الخطيرة، نقول أن عملية التبرع بالدم قد أصبحت بعيدة كل البعد عن المريض فهي تتم في إطار عقد طبي يقوم بين المتبرع والطبيب في مراكز نقل الدم أو بنوكه في الحالات العادية وفي المؤسسات الإستشفائية مباشرة في الحالات الإستعجالية والخاصة، لكن نظرا للإنتشار الواضح لتلك الأمراض الخطيرة ، فإن مجمل التشريعات الصحية التي من بينها التشريع الجزائري، قد ألزمت مراكز نقل الدم والبنوك وحتى المستشفيات في حالات خاصة بضرورة وإلزامية وإجبارية الكشف عن هذه الأمراض في الدم الناتج عن التبرع، وهو ما يؤدي حتما في حالة إحترامه إلى نفي وجود حالات الدم الملوث في هذه الأماكن المخصصة لجمع وتخزين الدم.

لكن نظرا كما نعرف لتلك التجاوزات والأخطاء المهنّية التي يمكن أن يرتكبها العاملون على جمع الدم المتبرع به، كعدم الكفاءة المهنية والتي تسبب أخطاء في التحاليل الطبيبة، أو عدم صلاحية الكواشف والمواد المستعملة في تحليل الدم، أو حتى سوء التسيير الداخلي لتلك المراكز المكلّفة بجمع الدم وتحليله قصد التخزين، فإن كل هذه الأسباب تؤدي إلى وقوع مثل هذه الأضرار، التي قد تصبح كارثية في بعض الحالات، أين تكون إمكانية تحديد المتبرع المصاب الذي كان دمه سببا في العدوى أمرا مستحيلا.

وعليه نظرا لأن التبرع بالدم هو عمل إنساني نبيل قد يساهم في إنقاذ حياة من هم بحاجة إليه والمتبرع هو المصدر الوحيد لهذا الدم ، وكون عملية نقل الدم تتم في مراكز ومرافق لديها التجهيزات الكاملة والمتطورة لإستقبال المتبرعين والكشف عن أمراضهم إن وجدت سواء قبل أو بعد التبرع بدمهم فالدم المتبرع به قد خص في معظم الدول بقوانين تنظمه وتحكم عملية جمعه وتخزينه وحتى توزيعه

قصد العلاج ، والمتبرع ضمن كل هذه التطورات يصبح شخصا لا يمكن مساءلته إلا إذا ثبتت نية إجرامية له تعمد من خلالها نقل عدوى مرضه إلى شخص معين، إلى جانب ذلك فإن إمكانية حصول المتضرر لتعويض عن ضرره من أشخاص آخرين غير المتبرع (مراكز نقل الدم، المستشفى والدولة كأصل عام) تجعل مساءلة هذا الأخير هنا شيئا لا معنى لإثارته، فالجهات المذكورة يقع عليها إلتزام قانوني بالضمان تجعل إمكانية التعويض من خلاله أمر يسهل حصوله.

3.3.2.1.2. مسؤولية مرتكبي حوادث الطرقات

إذا كان التساؤل قد ثار عن سبب حديثناعن مسؤولية المتبرع بالدم عن الأضرار التي قد تحدث جراء نقل الدم المتبرع به إلى الغير بإعتباره الطرف الإيجابي والمانح الأصلي للدم المنقول إلى المرضى الذي يكون سببا في إنقاذ حياتهم، فإن الدهشة والتساؤل سيزداد عندما نتكلم عن المسؤولية المدنية القائمة على سائق السيارة الذي تسبب في حادث طريق، أدى إلى أخطار قد ينجم عنها نقل دم للمصاب الذي دخل المستشفى إثر هذا الحادث ؟

إن التساؤل أو الدهشة هنا سوف تزول عندما يتبّن أن سبب إثارة مسؤولية هذا الأخير يرجع إلى البحث عن السبب الرئيسي والجوهري الذي أدى إلى التدخل الطبي المصحوب بنقل الدم، خاصة إذا كان أمر تحديد سبب العدوى شيء لم يكن بوسع القاضي حسمه.

من جهة أخرى فإن الضرر كنتيجة تستدعي وقوع خطأ أين يلزم صاحبه وطبقا لمبدأ المسؤولية الشخصية التقصيرية بالتعويض ، فهي تثار بالنسبة لأي شخص كان فعله سببا في وقوع الضرر، والذي يرتب على القاضي إلتزاما بإثبات وجود علاقة السببية بين الحادث الذي أدى إلى نقل الدم وظهور أعراض المرض لدى المصاب ، فما كان على القضاة إلا التمسك بالحل الذي يسمح بإثبات هذه السببية والذي يعتبر مرتكب الحادث فيه سببا ضروريا يمكن إثارته لإثبات هذه العلاقة.

ضف إلى ذلك تلك المنازعات التي عرضت على القضاء الفرنسي، والتي كانت حوادث السيارات السبب في جعل حالة المريض ملحة لنقل الدم، فثار التساؤل بذلك عن وجود علاقة سببية بين خطأ سائق السيارة الذي تسبب في إصابة المضرور والدم الذي تلقاه هذا المصاب بسبب حاجته له؟، وبمعنى آخر ماهي العلاقة التي تربط بين خطأ سائق السيارة المرتكب للحادث وبين إصابة المضرور من الحادث بمرض من الأمراض الخطيرة لحقه جراء نقل دم ملوث إليه ؟

لقد أثار القضاء الفرنسي مسؤولية سائق السيارة عن الإصابة بعدوى الدم الملوث في العديد من أحكامه أولها كان حكم شهير لمحكمة إستئناف باريس في 7 جويلية 1989، والذي كان تأكيدا صريحا بالرجوع إلى نظرية تعادل الأسباب بصدد منازعات الإصابة بعدوى أمراض الدم الملوث عقب حوادث السيارات[131] ص 88.

وقد تلى هذا الحكم أحكام أخرى طبق فيها القضاء الفرنسي قواعد المسؤولية التقصيرية حيث إتجهت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها قي 17 فيفري 1993[396]، إلى مسؤولية سائق السيارة فيما يخص عملية نقل الدم، وقد كان هذا الحكم مفسرا لإحدى حالات الأضرار المرتبطة ببعضها البعض وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن سائق سيارة تسبب في ضرر لضحية مصاب بمرض الهيموفليا والذي يكون حتما قد تلقى قبل الحادث العديد من عمليات نقل للدم، وعلى إثر ذلك الحادث تطلبت حالة المصاب إجراء عملية نقل دم قصد إنقاذ حياته، والتي ثبت بعدها أن الضحية مصاب بفيروس الإيدز.

رفع الضحية دعوى أمام محكمة الإستئناف للمطالبة بالتعويض ضد سائق السيارة المرتكب للحادث، فقضت المحكمة بالتعويض عن الضرر للضحية ضد السائق مرتكب الحادث عن نقل دم ملوث بالإيدز، رفع هذا الأخير طعنا أمام محكمة النقض الفرنسية فيما يخص العلاقة السببية بين الحادث ونقل مرض الإيدز الذي لم تظهر أعراضه للضحية. فكيف يعتبر إنتقال المرض راجعا إلى الحادث المرتكب؟ وهل مرتكب حادث المرور (سائق السيارة) المسبب للضرر الأول، والذي نتجت عنه أضرار أخرى (مرض الإيدز) هو المسؤول عن كل تلك الأضرار التي لحقت بالضحية ؟

على إثر ذلك أقرت محكمة النقض رفض الطعن والحكم بالتعويض عن الضرر نتيجة نقل لمرض الإيدز للضحية، ضد السائق مرتكب الحادث ، فالمحكمة في هذه القضية قد واجهت مشكلة وجود شك من شأنه أن يؤدي إلى حرمان المضرور من التعويض، وهو أن سبب الضرر يقابله سبب آخر يمكن أن يكون بدوره سببا لنقل عدوى مرض الإيدز، وهو المرض الذي كان يعاني منه الضحية (الهيموفيليا)، مما أدى إلى عدم تطبيقها لنظرية تعادل الأسباب هنا، وإلتجائها إلى نظرية السبب المنتج مستخدمة عوامل ترجيح الموضوعية (المجرى العادي للأمور) أين إعتمدت في ذلك على تقرير الخبير الطبي في هذا المجال، فتوصلت بذلك إلى التسليم بقيام رابطة السببية بين الدم المتلقى عقب الحادث وبين إصابة الضحية بعدوى المرض.

ومنذ ذلك نجد أن القضاء الفرنسي يلجأ إلى نظرية السبب المنتج كلما واجه المضرور صعوبة في إثبات الرابطة السببية، لكن توفرت له عناصر في ذات الوقت للترجيح والإحتمال والتي تساعد في قيامها.

وبذلك فقد كان لتطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية فيما يخص علاقة مرتكب الحادث بالمضرور الأثر الكبير، حيث فتح طريقا جديدا للدعوى حتى تزداد فرصة حصول الضحايا على التعويض، وتظهر أهمية ذلك عندما يكون السائق مرتكب الحادث تابعا لهيئة أو مؤسسة، فمتى كان الحادث بسب وظيفته أو بمناسبتها أو أثناء أدائه لها، طبق القضاء الفرنسي المادة 1384 من القانون المدني، أين يتمكن المضرور من مطالبة الجهة التي يتبعها السائق (مسؤولية متبوع عن أعمال تابعة).

لكن من الغريب في الأمر أن يكون سائق السيارة المرتكب لحادث مرور مسؤولا عن عملية نقل دم وإصابة لاحقة لها بأحد الأمراض المذكورة، فالسائق بهذا الحكم يصبح وفقا لقانون التعويض عن حوادث المرور في مقابل الضحية هنا سائقا مخطئا، والذي لا يستفيد من التعويض وفقا لأحكام القانون الخاص بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض الأضرار الناتجة عن حوادث المرور[248]، أما إذا تقاسم المسؤولية مع الضحية فإن التعويض في هذه الحالة يخفض، وهي المسؤولية الوحيدة التي يمكن أن نجدها في القانون والتي تلقى على عاتق سائق السيارة.

أما في مجال البحث فإن مساءلة سائق السيارة عن نقل دم ملوث لمصاب من حادث إرتكبه هذا الأخير سيؤدي وفقا لقانون التأمين عن حوادث السيارات إلى رجوع شركة التأمين كمعوض بدعوى حلول ضد مركز نقل الدم وهو ما ذهبت إليه محكمة التنازع لباريس في حكم لها في 27 جانفي 1993 نتيجة لقضية نقل الدم الملوث بالإيدز، كما حكمت بشأنها محكمة إستئناف باريس في حكمها الشهير في 7 جويلية 1989[336] ص 800.

وفي 4 ديسمبر 2001، أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكم لها بصدد قضية تتخلص وقائعها في أن شخص تعرض إلى حادث مرور سنة 1986، ترتب عنه تدخل جراحي وعملية نقل دم، فنتج عن ذلك إنتقال لفيروس التهاب الكبد الوبائي C إلى هذا الشخص، رفع الضحية دعوى يطالب فيها بمسؤولية مركز نقل الدم (المؤسسة الفرنسية للدم EFS) عن هذا التلوث، في حين طالب المركز بمسؤولية سائق السيارة عن ذلك ، فصدر حكم يقضي بمسؤولية مركز نقل الدم، الذي طعن في هذا الحكم، وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية قبلت هذه الأخير الدعوى المرفوعة من مركز نقل الدم ضد مرتكب حادث المرور كمسؤول أول عن الضرر.

لكن بالرجوع إلى تحليل علاقة السببية المعتمدة في القضية، نجد أن الضحية عند رفعه للدعوى إعتمد نظرية تعادل الأسباب ضد كل متسبب في الضرر، في حين المحكمة عند حكمها بمسؤولية مركز نقل الدم قد إعتمدت نظرية السبب المنتج والفعال، وذلك بإعتبار أن الضرر الناتج عن تلوث الدم ليس له تفسير سوى أن الدم المورّد من المركز كان ملوثا[337] ص 747.

هذا القرار كان محل نقد، فهو قرار لا مبرر له بالنظر إلى تحليل النظريات الخاصة بعلاقة السببية، فالضحية في نطاق تعادل الأسباب قد يثير مسؤولية جميع المتسببين في الضرر، لكن عند رفع الدعوى في مجال نقل الدم الملوث فلا بد من الرجوع إلى السبب المنتج كون أنه من الواضح أن الضرر ناتج عن تلوث الدم (المرض) ، وليس الطريقة أو الوسيلة هو السبب المنتج والكافي لبيان مسؤولية مورّد الدم الملوث.

في الأخير نقول أن هذا الحل القابل للنقد الذي جاءت به محكمة النقض الفرنسية قد أعطى أهمية لمختلف الصعوبات التي قد تنشأ لتحديد الأطراف المساهمة في أضرار التلوث الناتج عن الدم، كما أن هناك تعارض بين الغرفة المدنية الأولى والثانية بالنسبة للأحكام[337] ص 747.

أما بالنسبة لمشرع الجزائري فإننا لا نجد هذا النوع من المسؤولية يذكر فمسؤولية سائق السيارة المرتكب لحادث مرور لا تثار إلا في إطار التعويض الإلزامي عن حوادث السيارات، والذي نص عليه القانون 74-15، وهذا عن تلك الأضرار المادية والجسمانية التي كانت بسبب السيارة المرتكبة للحادث أين يعوض المضرور من طرف شركة التأمين في هذا الشأن.

2 .2. الجزاء المترتب عن نقل الدم الملوث

إن التعويض (La réparation) هو جزاء تحقق المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الغير سواء كانت هذه المسؤولية عقدية أو تقصيرية ، كما أنه الأثر الطبيعي لتوفر أركانها.

فإذا كان الضرر يتمثل في الإعتداء على حق أو مصلحة للمضرور و أثر للمسؤولية، فإن التعويض يتمثل في إزالة أثر الإعتداء على هذا الحق أو المصلحة[28] ص 13، حيث تهدف بذلك الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الأضرار اللاحقة بالمضرور عن طريق المبدأين الأساسيين اللذان تقوم عليهما خاصية الإصلاح، وهما كفالة التعويض في حالة إهمال المسؤول عنه عن طريق التعويض الجماعي (شركات التأمين)، وعدالة هذا التعويض الإصلاحي التي تستبعد مبدأ التعويض الكامل وتكتفي بالتعويض العادل عن الضرر.

وللحديث عن التعويض المتعلق بالمسؤولية الناتجة عن عمليات نقل الدم الملوث، فلا بد من بحث نظم التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية ومدى إنطباقها على عمليات نقل الدم الملوث في المجال الطبي، إضافة إلى آليات التعويض الجماعي والمكمّل التي يمكن أن يلجأ إليها المريض قصد المطالبة بالتعويض ، فكان ذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تعويض الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث

المبحث الثاني: آليات التعويض الجماعي والمكمل في مجال نقل الدم الملوث

2. 1.2. تعويض الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث

التعويض هو وسيلة القضاء لإزالة الضرر أو التخفيف منه، كما أنه الجزاء الذي يترتب على توفر أركان المسؤولية[112] ص 159، ولقد كان الإلتزام بالتعويض يقوم على فكرة عقاب المخطئ في ظل الشرائع البدائية والقانون الروماني والفرنسي القديم، ثم بدأ يقتصر على الوظيفة الإصلاحية التي

تهدف إلى جبرالضرر، أين أصبحت هذه الوظيفة هي وظيفة وحيدة للتعويض بوضع التقنين المدني الفرنسي فإنفصلت بذلك المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية .

وتعتبر المسؤولية المدنية أوسع من دائرة المسؤولية الجنائية فالثانية محصورة بحالات الإخلال بأوامر ونواهي منصوص عليها صراحة، بينما يكفي في المسؤولية المدنية الإخلال بأي واجب قانوني[57] ص 5.

حيث قنن المشرع الجزائري أحكام التعويض في المواد 124 إلى 133 ثم من المواد 182 إلى 187 من القانون المدني، مستمدا إياها من التقنين المدني الفرنسي، فإعتنق بذلك المشرع وظيفة التعويض الإصلاحية من ذلك ، كما عمدّ بتقريره للتعويض إلى جبر الأضرار اللاحقة بالمضرور دون حاجة إلى التعويض الكامل الذي يرتبط بتأسيس المسؤولية على الذنب الأخلاقي، فحل بذلك التعويض العادل محل التعويض الكامل.

وتأسيسا على ذلك يهدف التعويض عن الضرر الذي يلحق المصاب من جراء نقل دم ملوث إليه إلى جبر هذا الضرر، الذي لا بد من تحديد نطاق تعويضه من جهة، والأشخاص المستحقون له من جهة ثانية، إضافة إلى بحث آليات تقديره ووسائل المطالبة به، كل ذلك ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: نطاق الحق في التعويض عن الضرر

المطلب الثاني: آليات تعويض الضرر بالنسبة لضحايا نقل الدم الملوث.

1.1.2.2. نطاق الحق في التعويض عن الضرر

في هذا الإطار سوف نتعرض للتعويض بإعتباره أثرا للمسؤولية المدنية من خلال القواعد العامة ومدى إنطباقها على تعويض الأضرار الناتجة عن عملية نقل الدم الملوث، فيكون الضرر أساسا للتعويض يدور وجودا وعدما، فإذا وجد الضرر إستحق التعويض، وإن إنتفى الضرر إنتفى معه التعويض.

والضرر الناتج عن عمليات نقل الدم الملوث يوّلد حقا في التعويض يختلف بإختلاف نوع الضرر، سواء كان ماديا أو معنويا أو حتى تفويتا لفرصة، كما أن مستحق التعويض هنا هو المضرور نفسه والذي يثبت له الحق في المطالبة بالتعويض، كما يمكن أن ينتقل هذا الحق إلى أشخاص آخرين قد يستحقونه قانونا بحكم علاقاتهم ورابطهم الأسرية مع المضرور.

قصد توضيح نطاق هذا الحق في التعويض سواء كان ذلك من حيث الضرر أو من حيث الأشخاص المستحقون له إستلزم منا هذا المطلب تضمينه الفرعين التاليين :

الفرع الأول: نطاق الحق في التعويض من حيث الضرر

الفرع الثاني: نطاق الحق في التعويض من حيث الأشخاص

1.1.1.2.2. نطاق الحق في التعويض من حيث الضرر

قد يصاب المريض إثر تدخل طبي نتجت عنه عملية نقل دم ملوث بأحد الأمراض الخطيرة السابقة، فتلحق جراء ذلك بالمصاب أضرار مادية وأخرى معنوية سبق توضيحها، كما يمكن في حالات كثيرة أن تؤدي هذه الإصابة إلى الوفاة ، عندئذ يحق للمصاب المتضرر هنا ويثبت له حق المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به، لكن ماهي أنواع الضرر المستحق للتعويض؟ وماهي الطريقة المتبعة للتعويض عندئذ وكيف يقدر هذا التعويض عند ثبوت الضرر، هذا ما سوف نجيب عنه من خلال العناوين التالية:

أولا: الضرر المستحق للتعويض

ثانيا: طرق التعويض عن الضرر

ثالثا: التقدير القضائي لتعويض الضرر

1.1.1.1.2.2. الضرر المستحق للتعويض

يتخذ التعويض صورا متعددة تبعا لها تقتضيه ظروف الواقعة المعروضة، كما أن الأضرار تختلف ويختلف التعويض عن كل نوع من أنواعها، فيعتبر الضرر أساسا للمطالبة بالتعويض عند ثبوته سواء كان ماديا أو معنويا.

تعويض الضرر المادي: كما هو معلوم لدينا أن الضرر المادي يقسم إلى نوعين: ضرر جسدي وضرر مالي، كما أن الضرر الجسدي بدوره نوعان: ضرر جسدي ناتج عن إصابة غير مميتة، وضرر جسدي مميت، ولهذا يختلف تعويض كل نوع من الأنواع السابقة.

تعويض الضرر المالي: إن الضرر المالي هو إخلال بمصلحة مالية للمضرور أيا كان نوعه، سواء كان حق عيني أو تبعي أو شخصي، كما قد يتمثل في المساس بمجرد مصلحة ،أي ميزة لم ترقى إلى مرتبة الحق بما في ذلك الحرمان من العائل، فهو ضرر يصيب الأموال أو الذمة المالية للشخص[66] ص 258، 266. والأضرار المالية التي يمكن تعويضها قد تتخذ صورة عديدة تنتج عنها فوات الكسب وفقد الدخل للمضرور، ويكون ذلك نتيجة العجز والمرض ونفقات العلاج التي يصرفها المريض أو المصاب لتحسين حالته الصحية.

وتعويض الضرر المالي بذلك يشمل القاعدة العامة التي جاءت بها معظم التشريعات المدنية، منها القانون المدني الجزائري في نص المادة 182 منه وهي ما لحق الدائن المضرور من خسارة وما فاته من كسب.

تعويض الضرر الجسدي الناتج عن الإصابة غير المميتة: ويقصد به الضرر الذي يصيب الذمة المالية بفعل الإصابة البدنية، الأمر الذي يستوجب تعويضه، فهو يؤدي إلى تعطيل بعض أعضاء الجسم عن العمل ويسبب أذى في جسم الإنسان، فينتج عنه عجز كلي أو جزئي للإنسان يؤدي إلى إقعاده عن العمل[109] ص 300، 302. وتعويض هذا الضرر المادي الناتج عن الإصابة الجسدية غير المميتة يشمل بدوره العناصر التي تضمنتها المادة 182 ق. م. ج، فهو بذلك يشمل الخسارة التي تلحق المصاب، كنفقات العلاج التي يصرفها، ويمتد كذلك ليشمل الكسب الذي فاته، وهي الأجور أو الرواتب أي الدخل الذي يفقده المصاب لعجزه المؤقت أو الدائم عن العمل سواء كان العجز كليا أو جزئيا[226] ص 149.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا النوع من التعويض في قراراته، فنجد في هذا الصدد قرار لمجلس الدولة صادر في 2008/04/30[285],

تعويض الضرر الجسدي المميت: حيث يترتب على الإصابة المميتة أضرار مادية، بعضها يلحق بالمصاب نفسه في الفترة الواقعة بين الإصابة والوفاة، في حين البعض الآخر من الأضرار يتحملها غير المتوفي، فيطالب بها كل من تضرر شخصيا، سواء كان وارثا أم لا، وهي الأضرار المنعكسة أو المرتدة.

تعويض الضرر الذي يلحق بالمتوفي: وهي أضرار جسدية تنتج عنها أضرار مادية، ثم تنتهي الإصابة بالوفاة، فتشمل ما أنفق المصاب في سبيل العلاج قبل وفاته، كما يشمل الدخل الذي فقده نتيجة قعوده عن العمل للفترة الواقعة بين تاريخ الإصابة وتاريخ الوفاة.

وثبوت الحق في التعويض للمتضرر عن هذا الضرر المادي يجعله يدخل في ذمته المالية فيثبت بذلك للورثة الحق في المطالبة بالتعويض عن هذه الأضرار التي أصابت مورثهم الذي توفي نتيجة إصابته الجسدية الميتة وذلك عن طريق دعوى وراثية، بغض النظر عن رفع المورث للدعوى قبل وفاته أي سواء رفع هذا الأخير الدعوى أم لا.

لكن إذا كان المتضرر قد تنازل قبل وفاته صراحة عن حقه في رفع دعوى التعويض، فهذا التنازل يمكن أن يواجه به الورثة ، غير أنه لا يمكن أن يستنبط من سكوت المتضرر قبل وفاته أنه قد تنازل عن حقه في التعويض ضمنيا[83] ص 157، 158.

الضرر الشخصي الذي يلحق بالغير (تعويض الضرر المرتد): فقد تؤدي الإصابة المميتة إلى تحمّل غيرالمتوفي أضرار شخصية، وقد سمحت معظم القوانين للمتضرر فيها بالمطالبة بالتعويض عما يسمى بالضرر المرتد أو المنعكس (Le préjudice réftéchi ou par ricochet)، وبالتالي فإن الأضرار المادية التي تصيب في الغالب ورثة المتوفي أو غيرهم ممن لهم مصالح مشروعة

(كالأشخاص الذين كان يعولهم المتوفي)، فإنهم لهم بذلك دعوى شخصية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم نتيجة لإنقطاع الإعالة إثر وفاة المصاب[25] ص 60.

وقد ذهب القضاء الجزائري إلى الحكم بالتعويض عن هذا النوع من الضرر المرتد سواء كان ماديا أو معنويا فنجد في هذا الصدد قرار لمجلس الدولة الجزائري، صادر في 2003/06/03[278].

تعويض الضرر المعنوي (الأدبي): وهو ضرر غير مالي، يمثل إعتداء على حق من الحقوق غير المالية[108]ص 364، 365، وهذا النوع من الضرر يلحق بما يسمى بالجانب الإجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية فقد يكون مقترنا بأضرار مادية، وقد يستقل عن الضرر المادي[55] ص 52.

وأنواع الضرر المعنوي متعددة، بذلت محاولات عديدة في الفقه الفرنسي لتصنيفها، فمنهم من قسمها على سبيل المثال إلى قسمين، قسم يتناول الجانب الإجتماعي للذمة الأدبية، وهو القسم الذي يشمل الضرر الذي يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو إعتباره، وقسم ثاني يتناول الجانب النفسي للذمة الأدبية، وهو يشمل الضرر الذي يصيب الشخص في عواطفه كالحزن والآلام التي تصيب الشخص بسبب وفاة إنسان عزيز عليه[135] ص 82.

وقد يكون الضرر الذي يناول القسم الأول ضررا يقترن بضرر مالي، وهذا على عكس الضرر الذي يتناوله القسم الثاني، فهو غالبا ما يكون ضررا أدبيا مجردا.

وبذلك ذهب الفقه القانوني إلى أن الحقوق الأدبية تعدّ حقوقا غير مالية لا يمكن أن تقاس بالمقياس الذي تقاس به الأموال وهو النقود[57] ص 155، 156. لكن هذا القول ليس على إطلاقه فالإعتداء على هذه الحقوق قد ينطوي على نيل من ضرر مالي مباشر، وذلك في الحالات التي يوجد الضرر الأدبي فيها مختلطا بالضرر المالي، كما ينطوي الإعتداء عليها أيضا على ضرر مادي غير مباشر، كما في حالة الإعتداء على الكيان الجسدي للشخص، أين لا مفر من وجوب الإلتزام بإصلاح الضرر حتى ولو ترتب عن الإعتداء على الحقوق الأدبية ضرر غير مالي أو أدبي يصيب النفس بآلام وحزن[135] ص 101.

ومما سبق توضيحه، وبعد أن كان التعويض عن الضرر المعنوي محل خلاف، أصبح أمرا مستقرا في التشريعات الحديثة، وقد إعتنق هذا الإتجاه المشرع الجزائري في نص المادة 182 مكرر من القانون المدني المضافة بموجب تعديله للقانون سنة 2005، فنص على ذلك صراحة حيث جاء :« يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»، كما تضمن نص المادة 47 منه أنه:« لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر»، وهو ما يبّن موقف المشرع من التعويض عن الضرر المعنوي في إطار المسؤولية التقصيرية .

لكن بالرجوع إلى نص المادة 182 في فقرتها الثانية والتي تعتبر القاعدة العامة في تقدير التعويض يتضح لنا نص المشرع على التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية والعقدية معا.

أما عن القضاء الجزائري فنجد بشأن تعويض الضرر المعنوي الناتج عن الخطأ الطبي، قرار لمجلس الدولة صادر في 2010/01/28 والذي أيد فيه قرار الغرفة الإدارية لمجلس قضاء الجزائر كان قد صدر في 2007/10/01، والذي يقضي بإلزام المركز الإستشفائي الجامعي لحسين داي بدفع مبلغ 20.000 دج لذوي حقوق الضحية كتعويض عن الأضرار المعنوية بسبب الوفاة أين أكد مجلس الدولة أن الأضرار المعنوية لا تخضع لمقياس محدد قانونا، بل تبقى سلطة تقديرية للقضاء بشأنها يراعي فيها القاضي ظروف الأطراف، فهي تعويضات متغيرة من حالة لأخرى ولا يمكن ضبطها بمقياس معين[290].

وعليه فقد إستقر الرأي القائل بإمكانية التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي) بإعتبار أنه إن تعذر حساب الضرر الأدبي، فلا أقل من أن يمنح المتضرر بعض المالاً.

كما نشير في ذلك بأن القانون الجزائري قد أخذ بنظرية إستحقاق التعويض عن الضرر المعنوي لكنه حدّد مسألة الضرر هنا بحدود واضحة جدا، حيث تناولت المادة 182 مكرر كما بيّنا أن هذا التعويض يشمل المساس بالحرية أو الشرف أو السمعة، في حين أن الضرر المعنوي في الأصل له حدود واسعة، وهذا مقارنة مع ما جاءت به التشريعات الأجنبية بشكل عام، فهي تتناول الآلام والإنعكاسات في نفسية المتضرر وتفويت الفرصة للعمل و الدخل والحياة في بعض الأحيان ، خاصة في حالة إصابة الشخص بمرض خطير كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C أو غيره عن طريق نقل دم ملوث، فنجد التشريعات الأجنبية في صدد ذلك تصدر أحكاما بمبالغ تصل إلى الملايين تعويضا لأشخاص ألحق بهم ضرر معنوي، وهو الشيء الذي لا نجده في قرارات القضاء الجزائري، فالضرر المعنوي بالنسبة للقضاء عندنا يرتكز خاصة وبصفة مستقلة في تعويض ذوي الحقوق في حالة وفاة مورثهم أو معيلهم، دون الإهتمام بتعويض هذا النوع من الضرر إستقلالا في حالة عدم وفاة المصاب، ففي هذه الحالة يقدّر القاضي التعويض المادي والمعنوي جملة دون الفصل بينهما[286].

شروط المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي): يشترط في الضرر الأدبي على غرار الضرر المادي أن يكون محققا وشخصيا ومباشرا.

يشترط في الضرر الأدبي (المعنوي) أن يكون محققا، ولا يعني ذلك أن يكون الضرر حالا، أي وقع فعلا، وإنما يمكن أن يكون مستقبلا شريطة أن يكون وقوعه أكيدا، أما إذا كان الضرر محتملا فلا يمكن التعويض عنه[232] ص 1507، والضرر الذي وقع فعلا هو الضرر الذي تحدّد سببه وأثاره

كلها، في حين أن الضرر المستقبلي هو ضرر تحدّد سببه إلا أن آثاره كلها أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل[57] ص 62. كما في حالة الضرر الناتج عن نقل دم ملوث بمرض الإيدز.

يشترط كذلك في الضرر الأدبي أن يكون ضررا شخصيا، ويعني ذلك أن يكون هذا الضرر قد أصاب من يطالب بالتعويض عنه، ويعد الضرر المرتد ضررا شخصيا بالنسبة لمن إرتد عليه، وهو ضرر يجوز التعويض عنه.

كما يشترط بجواز التعويض عن الضرر الأدبي أن يكون هذا الضرر مباشرا والضرر المباشر هو الذي يكون نتيجة طبيعة لعدم الوفاء، بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به، كما يعد الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، وفقا لما جاءت به المادة 182 من القانون المدني الجزائري، وعليه فإن إستلزام أن يكون الضرر الأدبي مباشرا القصد منه إستبعاد دعاوى التعويض التي يرفعها أشخاص لحق بهم ضرر ولكنه غير مباشر أو بطريق التسلسل[40] ص 251 أن يمس الضرر بحق ثابت يحميه القانون سواء كان حقا ماليا أو معنويا، كالحق في الحياة أو سلامة الجسم عن طريق إصابته بمرض ناتج عن نقل دم ملوث كالإيدز.

أساس التعويض عن الضرر المعنوي: لقد ثار جدل فقهي حاد خلال عقود من الزمن بين مؤيدي ورافضي التعويض عن الضرر المعنوي مما أدى إلى بروز نظريتا العقوبة والترضية كأساس قانوني للتعويض عن هذا الضرر[55] ص 85، 108، فتبنى القضاء الجزائري نظرية الترضية كأساس قانوني لتعويض هذا الضرر، هذه النظرية التي تقيم تطابق بين التعويض والضرر، فيكون للتعويض بذلك صفة إصلاحية فالهدف العام من التعويض، سواء كان من ضرر مادي أو عن ضرر معنوي، يكمن في منح المضرور ترضية تلائم الضرر الذي لحقه ، فالتعويض هنا وسيلة لترضية المضرور لا لمعاقبة المسؤول .

التعويض عن تفويت الفرصة: بشكل عام للضرر نوعان مادي ومعنوي، لكن قد أظهر القضاء الفرنسي الجديد صورة أخرى أو شكل آخر للضرر، يتمثل في تفويت الفرصة، فالمقصود بتفويت الفرصة التي تعتبر ضرر حال محقق واجب التعويض، وحرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب نتيجة للفعل الضار الذي قضى على إحتمالية تحقيق الفرصة[35] ص 34، 35.

كما يرى جانب من الفقه[214] ص 149 أن الفرصة ذو مفهوم مزدوج، فهي إحتمالية أو واقعية وحقيقية، ولكي نتمكن من تعويض هذا الضرر (تفويت الفرصة) يجب أن تكون الفرصة أكيدة، وأن يكون الفقدان واضحا لها.

وقد عدّ فوات الفرصة في المجال الطبي ضرر أكيد ومحقق على الرغم من إعتباره ضررا جزئيا[336] ص 814 حيث وضع القضاء الفرنسي مبدأ مفاده أن كل خطأ طبي فنّي، إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي، فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد

الحياة[317] ص 93، 94، ولتبرير التعويض عن فوات الفرصة، اقتراح الفقيه الفرنسي جاك بوري (J. BORE) نظرية تقوم على إدماج السببية بالاحتمال أو بما سماه إدماج القانون السببي بالقانون الإحتمالي (La combinaison de la loi causable et la loi aléatoire)[207] ص 28، فهذه النظرية تعدّ قرينة السببية، وما على المدعى عليه في هذه الحالة إلا إثبات تدخل السبب الأجنبي لدرء المسؤولية[339] ص 19.

لكن قد تمزج المحاكم بين الضرر المحتمل وفقدان الفرصة ، ولا تحكم عنهما بالتعويض، فالضرر المحتمل هو الضرر الذي لم يقع بعد وليس محقق الوقوع في المستقبل، ومثل هذا الضرر لا يجوز التعويض عنه[35] ص 36، عكس فقدان الفرصة التي وإن كان تحققها أمرا محتملا، إلا أن حرمان صاحبها من محاولة تحققها بسبب الخطأ يعتبر بمثابة ضرر محقق لا بد من التعويض عنه، وبذلك فإن فوات الفرصة هو ضرر محقق، والشفاء كسب إحتمالي، وهما معا يشكلان الضرر في فوات الفرصة ، فيعتبر فوات الفرصة بذلك ضررا خاصا بوجود ضررين مختلفين: الفرصة الضائعة، وهي ضرر أولي أو محقق معوّض عنه، والحالة النهائية للضحية وهي تمثل الضرر النهائي[207] ص 91.

ومن بين الحالات التي يكون فيها تفويت الفرصة واضحا في المجال الطبي تلك الحوادث والأخطاء المتعلقة بعملية نقل الدم ومشتقاته، وخاصة نقل الدم الملوث بأحد الأمراض أو الفيروسات الخطيرة، والمعروفة كالإيدز والتهاب الكبد C، والتي إفترض القضاء الفرنسي بشأن المسؤولية عن أضرارها توافر علاقة السببية، وما على الدولة أو تابعيها إلا إثبات السبب الأجنبي لدرئ المسؤولية، وإلا كانت ملزمة بالتعويض للضحية جبرا للأضرار المالية والجسمانية والأدبية اللاحقة به ، حيث يشمل الضرر الجسماني عندئذ تفويت فرصة الحياة والحرمان من مباهجها وتقصير النصيب الطبيعي لسنوات العمر.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بالتعويض عن فوات فرصة تجنب خطر إنتقال عدوى مرض الإيدز في قرار لمجلس الدولة في 27 فيفري 2002[396]، وثم توالت بعد ذلك قرارات المجلس بشأن التعويض عن تفويت الفرصة إلى غاية إسناد التعويض الخاص بضحايا نقل الدم الملوث إلى مكتب تعويض الحوادث الطبية على أساس فكرة التضامن الوطني، ضمن التعديل الأخير للقانون الفرنسي سنة 2010، والذي سوف يأتي تفصيله لاحقا.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنجد أنه رغم اعتراف هذا الأخير بالتعويض عن تفويت فرصة الكسب المادي، وذلك ضمن نص المادة 182 من القانون المدني، إلا أن القضاء لم يصرح ولم يفصل عند تقديره للتعويض بين الأضرار المادية والمعنوية بصفة عامة وبين الضرر الناتج عن تفويت الفرصة فكان بذلك تقديره لهذه الأضرار تقديرا كليا يدخل في مضمونه الضرر عن تفويت الفرصة في مفهوم الضرر المادي الذي يكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديده، كما سيبيّن ذلك فيما يلحق.

2.1.1.1.2.2. طرق التعويض عن الضرر

إن هدف التعويض هو محور الضرر وإزالته، بحيث يعاد المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر، وهذا الهدف يحققه بشكل أفضل ما يسمى بالتعويض العيني، إلا أن هناك أضرار ما تستعصي على التعويض العيني، كالضرر الجسدي والضرر المعنوي لذلك توجد طريقة أخرى للتعويض في هذه الحالة هي التعويض بمقابل، وهذا الأخير قد يكون نقدي أو غير نقدي.

التعويض العيني: إن هذا النوع من التعويض يكون كثير الوقوع في مجال المسؤولية العقدية[81] ص 816، إلا أنه يمكن أن يقع في مجال المسؤولية التقصيرية، فيجبر المدين فيها عليه، وذلك بناء على أنه قد أخل بإلتزامه القانوني الذي يفرض عليه عدم الإضرار بالغير دون حق، ويتخذ الإخلال بهذا الإلتزام صورة القيام بعمل يمكن إزالته، أو إعادة الحال فيه إلى ما كان عليه[87] ص 373، فيكون التعويض العيني متمثلا في إصلاح الضرر بإزالة مصدره من الأصل.

وقد إعتبر القانون المدني الجزائري أن تقرير التعويض العيني يكون تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور، وقد نصت على ذلك المادة 132 في الفقرة الثانية على أنه:«...ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف وبناءا على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض...»، وبالتالي فإن للقاضي هنا سلطة تقديرية في الإستجابة لطلب المتضرر وفقا لظروف الحال، وهو ما لا يستقيم وحالة إصابة المريض بأحد الأمراض المنقول له عن طريق الدم، فهو ضرر صّحي لا مجال فيه للإزالة وإعادة الحال إلى ما كان عليه، فمريض الإيدز أو التهاب الكبد C، لا مجال فيه للشفاء والعودة إلى ما دون الضرر، وبالتالي فإن التعويض العيني هنا غير ممكن التطبيق أبدًا.

التعويض غير النقدي: وهو التعويض المثلي، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 132 السابقة في الفقرة الثانية حيث تنص:« ...أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع »، كالحكم بالمصروفات على المدعى عليه والإقتصار على ذلك فقط في بعض دعاوى الضرر الأدبي الذي يصيب المدعي، وهو تعويض غير نقدي، لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه[81] ص 817، وهو ما لا يوافق حالة تعويض الأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث فهي أضرار بليغة، مادية ومعنوية، تتطلب مصاريف، أدوية ، مستشفيات ، تحاليل وأشعة، وهو ما يكلّف المريض ضررا ماديا كبيرا يتطلب التعويض النقدي.

طريقة التعويض للضرر الناتج عن نقل الدم الملوث (Réparation pécuniaire): هو التعويض الذي يغلب الحكم به في دعاوى المسؤولية التقصيرية، فكل ضرر يمكن تقويمه نقدا، ففي جميع الأحوال

التي يتعذر التعويض العيني ولا يرى القاضي فيها سبيلا إلى التعويض غير نقدي، يحكم بتعويض نقدي[81] ص 818.

هذا ما جاء به النص أصلا للمادة 132 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري:«...ويقدر التعويض بالنقد، غير أنه يجوز للقاضي...»- حيث يمنح القاضي المتضرر مبلغاً من النقود كمقابل للضرر الذي أصابه فيكون للقاضي هنا الحق في أن يلزم المسؤول عن الضرر بدفعه للمضرور دفعه واحدة أو على شكل أقساط، أو مرتب دوري لمدة معينة، أو مدى حياة المضرور[34] ص 354، وهو ما تبناه المشرع في نص الفقرة الأولى من المادة 132 السابقة بقوله:« يعين القاضي طريقة التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا...».

مما سبق فإن التعويض النقدي في حالات الإصابة الناتجة عن نقل عدوى مرض خطير عن طريق نقل الدم يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المتضرر من ذلك ، حيث قضت محكمة باريس الفرنسية في 7 جويلية 1987 بتعويض لضحية من ضحايا مرض الإيدز، والبالغ من العمر 63 سنة بمبلغ 2.300.000 فرنك فرنسي، حيث حدّدت المحكمة هذا التعويض مدفوعة بمدى الألم الذي أصاب الضحية في هذا العمر المتقدّم وحالته العائلية[131] ص 82.

كما إعتمد التقدير النقدي للتعويض ضمن قانون 31 ديسمبر 1991 المنشأ لصندوق تعويض ضحايا الإيدز[396] ، أين طبق الصندوق من خلاله تقديرا نقديا عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالمريض في هذه الحالة، فإرتبط التقدير هنا بسن المتضرر، حيث قدر المشرع مبلغ 1.614.00 فرنك فرنسي للمضرور أقل من 30 سنة و 1.293.000 فرنك فرنسي لمن لم يتجاوز 40 سنة، و988.000 فرنك لمن لا يتجاوز 50 سنة و 461.000 فرنك لمن يتجاوز 70 سنة، و250.000 فرنك في سن 80 سنة[169] ص 220 ، حيث يتم دفع هذا التعويض كاملا إذا وصل المتضرر بفيروس المرض مرحلته الكاملة، وهي كما يقدّرها الأطباء (Le séropositif)، فيتم دفع المبلغ على دفعتين، حيث تدفع ثلاثة أرباع لمجرد إعلان الإصابة بالفيروس، ويدفع الربع الأخير بمجرد دخول المريض مرحلة (Le séropositif)، وهو ما أقرته محكمة باريس في حكمها الصادرة في 27 ديسمبر 1992[169] ص 221.

كما نذكر في هذا الصدد أيضا قضية نقل الإيدز إلى الأطفال الليبيين[396] ، وهي قضية إتهم فيها 5 ممرضات بلغاريات وطبيب فلسطيني يعملون في مستشفى الفاتح للأطفال ببنغازي في ليبيا، حيث حقنوا 426 طفل ليبي بدم ملوث بفيروس الإيدز سنة 1999، وقد إستمرت القضية مدة 5 سنوات إلى غاية سنة 2007 أي أفرج على المتهمين بعدما كان القضاء الليبي قد حكم عليهم بالإعدام، وذلك نتيجة الضغوطات المكثفة من قبل الإتحاد الأوروبي، وعلى إثر ذلك تم إنشاء صندوق خاص لتعويض الضحايا

تحت اسم " صندوق بنغازي لجبر الضرر للأطفال الضحايا "، ووصلت ميزانيته إلى 600 مليون دولار شارك في تمويله دول مثل بلغاريا وتشيك، وقد منح تعويض قيمته مليون دولا لكل ضحية.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فنجد أنه في المجال الطبي عامة، وبصدد الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية بمختلف أنواعها، يكون التقدير فيها للضرر نقدياً، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الجزائري في القرار المتعلق بقضية نقل الدم الفاسد الصادر في 2006/04/26، الذي أيد قرار المجلس القضائي بالتعويض عن الوفاة قدره 3.500.000 دج عن نقل دم فاسد للضحية أدى إلى وفاتها، وهو ما يبيّن التقدير النقدي للتعويض في مجال الضرر الناتج عن نقل الدم ، كذلك قرار مجلس الدولة الخاص بتأييد حكم المجلس القضائي الخاص بالتقدير النقدي للتعويض الخاص بإصابة مريضة بمرض التهاب الكبد الفيروسي C نتيجة نقل دم إليها بقطاع صحي عام، وهو القرار السابق الإشارة إليه، الصادر بتاريخ 2008/4/30 .

وعلى كل حال، فإذا كان التقدير النقدي للضرر الناتج عن نقل الدم الملوث هو ما تبناه كل من التشريع الفرنسي والجزائري، فكيف يتم تقدير هذا التعويض؟

3.1.1.1.2.2. التقدير القضائي لتعويض الضرر

يخضع تقدير التعويض لسلطة قاضي الموضوع متى لم يحدّد القانون أحكاما لحسابه، فهو من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديره المحكمة.

وإذا كان القاضي يستطيع أن يستخلص خطأ الأطباء في أعمالهم العادية كعدم حصولهم على رضاء المريض مثلا، فإنه يصب عليه ذلك بالنسبة للأعمال الطبية التي تنسب إلى الفن الطبي كعملية نقل الدم، والتي يكون كل من الطبيب والمستشفى وحتى مركز نقل الدم المورّد له ملزما بتحقيق نتيجة مضمونها سلامة المريض، عن طريق تزويده بدم غير معيب وسليم وخال من كل مرض أو فيروس فتقوم مسؤولية هؤلاء عند عدم تحقق هذه النتيجة المطلوبة والتي قد تتحقق إذا إنتقلت إلى المريض عدوى مرض خطير كالإيدز أو إلتهاب كبدي، فيكون عندئذ على المريض المتضرر أن يثبت الضرر الناتج (المرض) حتى يستطيع المطالبة بالتعويض على أساسه ، كما يكون على القاضي بذلك أن يتأكد من حدوث الضرر بإعتباره مناط تقدير التعويض ومحله.

لكن نجد أن قاضي الموضوع هنا لا يستطيع التصدي مباشرة لمناقشة مثل هذه المسألة، فيكون له بذلك التوجه إلى المختصين من خبراء بين أهل الطب قصد استيضاح الأمر، عن طريق إجراء الخبرة الطبّية التي تهدف إلى إستنباط الضرر (المرض) وسببه في هذا المجال، كما يكون للقاضي هنا سلطة تقدير رأي الخبير في الأخذ به أو عدم الأخذ به، وإذا ثبت الضرر و كانت له رابطة سببية بفعل أو نشاط

أو خطأ مسببه، إلتزام هذا الأخير بالتعويض قبل المتضرر، وما يكون للقاضي هما إلا تقدير هذا التعويض والحكم به.

تقدير التعويض: إذا كان نص المادة 131 من القانون المدني جاء مطلقا بوجوب التعويض عن الضرر، فإن المادة 182 من نفس القانون قد وضعت ضوابط على القاضي مراعاتها عند تقدير قيمة هذا التعويض، حيث نصت المادة على أنه:« إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...».

وعلى ضوء هذا النص يمكن القول بأن الضوابط التي يلتزمها القاضي عند تقديره للتعويض تتمثل في: - ما أصاب الدائن من خسارة (La perte Subie) ، وما ضاع عليه من كسب (La gain Manque)، حيث لا بد على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض بالنسبة للمريض عامة ما أصابه في جسمه من ضرر وألم وما بذل من مال في سبيل علاجه، وهذا معنى فكرة ما لحقه من خسارة، كما للمريض أن يطلب تعويض ما فاته من كسب إثر وقوع الحادث المسبب للضرر.

ولا يختلف الأمر كثيرا في تقدير التعويض بين التقدير وفق القواعد العامة في المسؤولية عنه في مجال نقل الدم الملوث، حيث لا بد أن يكون التعويض متساويا مع الضرر الذي لحق بالمصاب، وهو الأمر الذي تظهر فيه سلطة القاضي في تحديد مبلغ التعويض الذي يجعله متناسبًا مع مقدار الضرر الناتج ، التي يسميها جانب من الفقه بمبدأ التعادل بين التعويض والضرر[110] ص 11، وهي القاعدة التي تبناها المشرع في نص المادة 131 ق. م. ج السابقة. والتي لا يكون هناك صعوبة لتطبيقها إذا كان الضرر الذي أصاب المضرور قد ظل ثابتا من حيث قيمته أو مقداره على ما هو عليه من وقت وقوعه إلى وقت صدور حكم تعويضه، لكن الصعوبة تظهر عندما يتغير الضرر يوم صدور الحكم عما كان عليه فهل تطبق هذه القاعدة في حال تغيّر الضرر بعد صدور الحكم ؟

مبادئ تقدير التعويض: يقوم تقدير التعويض على مبدأين هامين:

مبدأ التعويض الكامل: ويقصد به أن يجبر الضرر الذي لحق المصاب جبرا كاملا، حيث يجب أن يكون التعويض شاملا ويغطي جميع عناصر الضرر الواقع، ولا يشمل الأضرار غير مستوجبة التعويض فلا يمنح المضرور أكثر مما يستحق.

وقد بنت التشريعات مبدأ جبر الضرر بالكامل بالتعويض عن الضررين المادي والأدبي، كما أن لوصول القاضي إلى التعويض الكامل للمتضرر يجب عليه أن يشمل التعويض كل عنصر من العناصر التي يجب أن يكون تعويضها كاملا، وأن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب[28] ص 218، وعلى القاضي قصد تحقيق ذلك مراعاة بعض القواعد التي تمّكنه من التعويض الكامل للضرر، وهي قيود تشريعية يفرضها المشرع بنصوص خاصة أو قيود قضائية، فالغاية من التعويض جبراً مساويًا له، وهي المساواة التقريبية، لأن المساواة الكاملة أمر يصعب تحقيقه، فالإصابات البدنية أو الأدبية مثلا

تنطوي على صعوبة تقدير التعويض لإختلاف تقويمها، مما جعل التعويض عنها على نحو كامل في مجال التطبيق العملي فوق طاقة المحاكم والهيئات القضائية135 ص 312.

لكن إذا كان التعويض في أساسه جبر الضرر لإعادة التوازن للعلاقات التي إختلت نتيجة الإخلال بالإلتزام، فلا مانع إذًا في حالة عدم تحقق مبدأ التعويض الكامل تدارك الضرر بمنح المتضرر تعويضًا عادلاً وفقا لظروف كل حالة .

مبدأ التعويض العادل: ويقصد به مساواة التعويض بالضرر، حيث أن تطور المسؤولية المدنية من حيث أساسها، وكذا الحد من أسباب نفيّها، كل ذلك أدى إلى التأثير على فكرة التعويض الكامل، فظهر ما يعرف بالتعويض العادل، والذي يتحدّد وفقا لظروف كل حالة يراعى فيها ظروف المسؤول، وأخرى تتعلق بظروف وقوع الضرر[28] ص 220.

وقد ذهب في ذلك جانب من الفقه إلى أن التعويض في صورته التي أقرها التقنين المدني الفرنسي يتمثل في منح المتضرر مبلغا من المال يعادل بدقة – دون زيادة أو نقص- مدى الضرر الذي أصابه ، ودون إعتبار لمدى جسامة الخطأ المنسوب إلى المسؤول، لكن هذا المبدأ ليست له سوى قيمة نظرية، إذ ظهر قصوره في التطبيق العملي فثمة حالات يصعب فيها تقدير الضرر بدقة وبالتالي يتعذر حساب التعويض وخاصة في ظل الحياة الإقتصادية الحديثة وسرعة تقلب السوق[108] ص 101.

وعليه يقوم تقدير التعويض العادل على عناصر تتمثل في :

وجوب أن يكون التعويض بمقدار الضرر: وهو المبدأ العام الذي يحكم التعويض، فيكون بمقدار الضرر الذي أصاب المتضرر[57] ص 535، وبذلك يجب أن يكون التعويض على قدر كاف لجبر الضرر فلا يزيد عن الضرر ولا يقل عنه.

ولم يترك المشرع الجزائري للقاضي في ذلك سلطة تحديد الضرر بل حدّد له معايير يستند عليها وتتمثل طبقا للمادة 131 و182 من ق. م. ج، في الضرر المباشر والظروف الملابسة المحيطة بالمضرور وقت وقوع الفعل الضار، كما قد يتغيّر الضرر منذ وقوعه إلى يوم النطق بالحكم، كما في حالة الضرر الناشئ عن إنتقال أحد أمراض الدم المعروفة (الإيدز) عن طريق عملية نقل للدم .

الضرر المباشر: من خلال المادتان 131 و182، يتبيّن لنا أن التعويض مقياسه الضرر المباشر فهو يقدّر بمعيار هذا الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ، سواء كان الضرر ماديا أو معنويا متوقعا أو غير متوقعا، حالا أو مستقبلا مادام محققا[78] ص 820.

وكما سبق توضيحه يشمل الضرر المباشر عنصران، الخسارة التي أصابت المضرور والكسب الذي فاته، وبتطبيق هذه العناصر التي جاءت بها المادة 132 من ق. م على المجال الطبي، يتحصل المريض المصاب بعجز جسماني على تعويض عما أصاب جسمه من ضرر وألم نفسي، وما أنفقه من

مبالغ مالية قصد العلاج، كما يستحق التعويض عما فاته من كسب بسبب نقص دخله إذا كان عاملا يتقاضى أجرا .

لكن قد واجه تطبيق هذا الأساس في تقدير التعويض، والذي يقوم على معيار الضرر المباشر بعض الصعوبات خاصة منها ما يتعلق بتقدير القاضي للتعويض عن الضرر المعنوي الذي يتعذر ويصعب تقديره بالمال، كالآلام النفسية مثلا، لكن رغم ذلك إستطاع القضاء التغلب على هذه الصعوبات بحيث كان ينظر في ذلك إلى جسامة الخطأ أو تفاهته في المسؤولية التقصيرية، أما في المسؤولية العقدية فإن معظم التشريعات أخذت بعين الإعتبار جسامة الخطأ، وألحقت الخطأ الجسيم بالغش، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 182، التي بمفهوم مخالفتها تعني أنه من يرتكب غشا أو خطأ جسيما يلتزم بتعويض المريض عن الضرر الذي لم يكن من الممكن توقعه وفقا للمجرى العادي للأمور عند إبرام العقد، كما يكون للقاضي وقت إصدار حكمه بالتعويض أن بعض عناصر الضرر لم تستقر بصفة نهائية (كما في حالة تطور مرض الإيدز او التهاب الكبد الوبائي c) وأنه يحتمل أن يتطور الضرر، فله الحكم بحق المضرور في المطالبة بالتعويض خلال فترة معينة، عن طريق إعادة النظر في تقدير التعويض، وهو ما أكدته المادة 131 من ق. م. ج.

مراعاة الظروف الملابسة للضرر: إن تأثير الظروف الملابسة في تقدير التعويض يعد من الأسس الرئيسية الخاصة بتحقيق مبدأ التعويض العادل، ويقصد بالظروف الملابسة والتي جاءت بها المادة 131 من ق. م. ج هي تلك الظروف المتعلقة بالشخص المضرور كحالته الصّحية والعائلية والمالية[181] ص 193، فتقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الإصابة الكاملة بفيروس الإيدز أشد من الضرر الناتج عن حمل الفيروس، كما أن المضرور المتزوج والذي يعول عائلته، يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب غير المتزوج.

لكن لا يؤخذ بعين الإعتبار هنا الظروف الشخصية التي تحيط بالمسؤول فهو يدفع التعويض ويلتزم به بقدر ما أحدثه من ضرر، دون مراعاة لأي ظرف محيطة به، كما لا يعتد عندئذ بجسامة الخطأ في المسؤولية المدنية، وذلك كون أن غرض هذه الأخيرة هو جبر الضرر، فالتعويض المدني لا يراعي إلاّ الضرر، وهو ما عمل به القضاء في مجال المسؤولية الطبية .

مراعاة تغير الضرر: وهي الخاصية التي يمتاز بها الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث، فهو ضرر متغيّر وإستثنائي، متراخي ومتدرج في الظهور، فهو يتغيّر من فترة إلى أخرى، حيث يختلف الضرر عند وقوعه عن يوم النطق بالحكم بتعويضه.

لكن ما هو معلوم أن القاعدة التي إستقر عليها الفقه والقضاء عامة والمشرع الجزائري خاصة، والتي تحكم تقدير التعويض تستوجب تحقيق التناسب بينه وبين الضرر، بحيث يقدّر التعويض بقدر الضرر فلا يقل عنه، ولا يزيد عليه، بل ينبغي أن يكون مساويا له، وهي مبدأ التعادل بين التعويض

والضرر[110] ص 11، وهي القاعدة التي تبناها المشرع الجزائري في نص المادة 131 ق م ، والتي لا تثير صعوبة تطبيقها إذا كان الضرر الناتج ثابتا على ما هو عليه من وقت وقوعه إلى وقت صدور الحكم، لكن الصعوبة تظهر عندما يتغيّر الضرر يوم صدور الحكم عما كان عليه قبل ذلك ، فيقدّر التعويض عن الضرر المتغير بذلك طبقا لقاعدة التقدير وقت صدور الحكم، وهو ما تبناه القضاء الفرنسي منذ القدم.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد المادة 131 السابقة نصت على أنه:«...فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدّر مدى التعويض بصفة نهائية...» وهو ما يفسر تبني المشرع لقاعدة تقدير التعويض النهائي عند صدور الحكم، وبذلك لا يكون القاضي ملزما بأن يأخذ بالحسبان كل ما يطرأ من تغيّر على الضرر من وقت وقوعه إلى وقت صدور الحكم.

لكن قد تحدث تغيّرات في الضرر لم تكن متوقعة وقت الحكم، فيتعذر بذلك على القاضي تقدير هذه التغيّرات وقت الحكم تقديرا كافيا عندئذ يجوز للقاضي أن يقدر تعويضا يساوي الضرر المتحقق فعلا مع الإحتفاظ في حكمه للمضرور بالحق في أن يطالب بإعادة النظر في هذا التقدير، وهو ما قد يحدث في الأمراض التي قد تنقل للمريض عن طريق الدم كالإيدز أو الإلتهاب الكبدي أين لا بد على القاضي أن يحتفظ له بحقه في المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض عن الأضرار الناتجة عن المرض، وذلك لإختلافها وتطورها من مرحلة إلى أخرى، ومن زمن إلى آخر.

وقد تبنى المشرع الجزائري بدوره هذه القاعدة في تقدير التعويض عن ضرر قد يكون متغيّرا، وذلك بموجب المادة 131 من ق. م، والتي نصت:«...فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير» ، حيث يمكن للمضرور في هذه الحالة المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض المحكوم به من طرف القاضي، ونجد في هذا الصدد قرار لمجلس الدولة الجزائري تضمن تغييرا وتعديلا لمبلغ تعويض كان قد قدره قاضي الغرفة الإدارية على مستوى المجلس القضائي، القرار صادر في 2006/11/29، تضمنت وقائع قضيته صدور قرار من مجلس قضاء تيزي وزو في 2004/10/25 بتعويض عن مختلف الأضرار التي أصابت طفل إثر كسر في يده اليمنى، و أدى خطأ طبي بعد وضع الجبس بها بطريقة خاطئة إلى تعفنها وبترها، فصدر القرار عن المجلس القضائي بتعويض أب القاصر القائم في حق إبنه بمبلغ 600.000,00 دج عن جميع الأضرار اللاحقة له، لكن هذا الأخير طلب تعديل ورفع مبلغ التعويض إلى ما يعادل 810,000,00 دج إجماليا، وذلك بالنظر إلى الأضرار التي يعاني منها الطفل، والذي أدى به إلى عجز دائم بنسبة 100% مدى الحياة، فالرفع لمبلغ التعويض حسب رأيه معقول وقانوني، وعلى إثر ذلك قضى مجلس الدولة بتعديل ورفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى المبلغ المطلوب[281]. وهو ما يبيّن تطبيق القضاء لقاعدة إعادة النظر في تقدير التعويض المحكوم به من طرف القاضي.

معايير تقدير التعويض: تتمثل معايير تقدير التعويض في معيارين أساسيين:

التقدير الموضوعي للتعويض: وهو يرتكز على الإعتداد بالضرر الذي لحق المضرور، حيث يقدّر بقدره دون أهمية لعنصر آخر كالخطأ المرتكب و جسامته أو الظروف الخاصة بالمسؤول.

وتقدير التعويض الموضوعي المطلق، يكون ثابتا وغير متغيّر من شخص إلى آخر، حيث يطبق المعيار الموضوعي عن طريق إقتران التعويض بالضرر، فيتم تقدير هذا الأخير موضوعيا بقدر الضرر ولهذا يكون من حق المتضرر التعويض عن الأضرار التي لحقت به تعويضا مساويا لقدر وقيمة الضرر فلا يزيد ولا يقل عنه، كما لا يعتد بالظروف الشخصية للمسؤول و المتضرر معا .

التعويض الواقعي: وهي الحالة التي يراعي فيها الظروف الشخصية للمضرور فيتم بذلك تقدير الضرر تقديرا ذاتيا، وهو عكس التقدير الموضوعي، فالضرر يختلف من شخص إلى آخر وفقا للظروف الخاصة بكل منهم على الرغم من وحدة الفعل الضار.

كما أن الضرر الذي يحدثه نفس الفعل قد لا يكون بالضرورة واحدا في جميع الحالات المختلفة بل يختلف ذلك الضرر من حالة إلى أخرى[29] ص 43، فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الإعتبار أن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات، فيقدّر على أساس ذاتي لا أساس موضوعي[78] ص 821 فتكون بذلك حالة المضرور الجسمية والصّحية وعمره أو سنه محلا الإعتبار في الأضرار الناتجة عن نقل دم ملوث بأحد الأمراض الخطيرة للمريض وقد أخذ القانون المدني الجزائري بمعيار التقدير الواقعي للتعويض عن الضرر في المادة 131 منه ، حيث جاء فيها:« يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب... مع مراعاة الظروف الملابسة...»، حيث أقر المشرع هذا المبدأ بوضوح تام، وذلك عن طريق مراعاة الظروف للشخصية المحيطة بالمضرور عند تقدير التعويض.

كيفية تقدير التعويض: إن القاعدة المعتمدة في تقدير التعويض هي إعادة التوازن المختل بسبب الضرر، بحيث لا تبقى خسارة دون تعويض ولا يكون كسب يزيد عن قيمة الضرر.

وقت تقدير التعويض: إن مسألة الوقت الذي يجب مراعاته عند تقدير التعويض تعد من المسائل المهمة التي يتوجب على القاضي أن يأخذها بعين الإعتبار، حيث يستحق التعويض من الوقت الذي يقع فيه الضرر[31] ص 14، وإذا كان الضرر مستقبليا مؤكداً، فإن التعويض يستحق من التاريخ الذي يقع فيه الضرر مؤكدا، فإذا حكم القاضي بالتعويض فحكمه لم ينشأ حقا جديدا للمضرور بل هو يكشف عن هذا الحق ومداه والملزم بتأديته[72] ص 167.

كما أن الحق في التعويض مصدره الفعل المسبب للضرر الذي أتاه المسؤول فينشأ هذا الحق من وقت قيام أركان المسؤولية المدنية، وبالأخص من وقت وقوع الضرر لا من وقت إرتكاب الخطأ، ذلك أنه في بعض الحالات يتراخى حدوث الضرر لمدة معينة بعد إرتكاب الفعل، كما في حالة نقل الدم

الملوث بأحد الأمراض المتراخية في الظهور كالإيدز والذي تمتد أعراض الإصابة به إلى عدة سنوات ، وهو ما يستتبع القول بنتيجة مفادها أن تقدير التعويض عن الضرر لا بد أن يتم بتاريخ وقوعه، وهو ما جعل بعض الفقه يذهب إلى التمييز بين الإلتزام بتعويض الضرر وبين الإلتزام بدفع التعويض، فالأول ينشأ من وقت حدوث الضرر، وهو حق يخلف للورثة، لكن الإلتزام بدفع هذا التعويض لا بد أن يكون وقت الحكم به قصد تقدير مبلغ التعويض في هذا الوقت[55] ص 262، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 131 ق م ج.

سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر: متى تبيّن للقاضي قيام أركان المسؤولية المدنية حكم بالتعويض، ولقاضي الموضوع سلطة في تحديد الطريقة التي يتم بها التعويض من جهة، وفي تقديره وفقا للضرر الناتج من جهة أخرى ، كما له عندما يقوم بتقدير هذا التعويض أن يبدأ بالتحديد النوعي للضرر، بمعنى تحديد الأضرار التي أصابت المتضرر وتقبل التعويض وإستبعاد ما دونها ثم بعد ذلك التحديد الكمّي لهذا الضرر وهو تحديد المدى والقدر الحقيقي له، أما في مرحلة أخرى فيقوم القاضي بالتقدير القيمي للضرر، وذلك بتثمينه وتحديد مقدار التعويض عن الضرر حسب نوعه سواء كان ضررا ماديا أو معنويا، وبهذا يبني تقدير التعويض على عنصرين هما: قدر الضرر وقيمة الضرر[31] ص 30.

تقدير الضرر المادي: والذي يرتكز خاصة على الأضرار المالية والجسدية للمصاب (المريض).

الأضرار الجسدية: إن الضرر الجسدي الذي يلحق بالمصاب يتضمن عناصر عديدة هي:

الضرر المتجسد في الإصابة (المرض) وما تسببه من عجز دائم أو مؤقت أو فقد للحياة.

الضرر المالي الذي يلحق المريض فيسبب له خسارة تتمثل في فوات الكسب بسبب الإصابة، وهي النفقات العلاجية.

الضرر الأدبي المتجسد في الآلام البدنية والنفسية التي يعانيها المصاب، وكذا الحرمان من متع الحياة هذا فضلا عن الأضرار الجمالية.

فبالنسبة لتعويض الإصابة الجسدية، فإن القاضي يستند في تقديره لتعويض ذلك إلى مبدأ التعويض الكامل، فهذه الإصابة هي ضرر مستقل عن سائر الأضرار الأخرى، وهو ما يعني أن يعتد بالضرر المتمثل في هذه الإصابة لتقدير التعويض الإجمالي إضافة للعناصر الأخرى، حيث يراعي في ذلك الإنتقاص الحادث في سلامة الجسم وتكامله دون النظر للنتائج المالية أو غير المالية (المعنوية)[194] ص 701.

وقد أخذ النظام الفرنسي في تقديره للتعويض عن الإصابة الجسدية هنا بالتقدير الذاتي للضرر الشيء الذي يجعل الأمر يختلف من شخص لآخر لإختلاف شخصية المتضرر وظروفه الخاصة، وهو

الشيء الذي تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 131 ق م ، ضمن المعنى الخاص بمصطلح الظروف الملابسة في نص المادة، والتي تعني الظروف الشخصية والذاتية الخاصة للمضرور.

ضف إلى ذلك أنه يمكن للقاضي عند تقديره للتعويض هنا أن يلجأ إلى ما تمثله هذه الإصابة بنسبة معينة في العجز الجسماني مسترشدا في ذلك بتقارير الخبراء في المجال الطبي، أين يقوم هؤلاء بتحديد ضرر الإصابة بنسبة ما تسببه من عجز في سلامة الجسم، التي على ضوءها يقوم القاضي بتقدير المستحق وفقا لما تصيبه هذه النسبة من أضرار مالية وغير مالية، وبهذا يقدر التعويض طبقا لنتائج الإصابة وليس الإصابة ذاتها.

الأضرار المالية: ويقصد بها الأضرار المالية المترتبة عن الإصابة الجسدية ويطبق القاضي بشأنها مبدأ التعويض الذي يتضمن شقين:

تعويض ما لحق المضرور من خسارة : التي يتمثل في تلك الخسارة من جراء الإصابة الجسدية ونجدها تتمثل في النفقات الطبية والعلاجية الناجمة عن الإصابة، أين يلجأ القاضي لتقديرها إلى التقارير الطبية والمستندات التي تؤكد هذه النفقات وحجمها قصد الحكم بها على المسؤول عن الإصابة[29] ص 78، 79.

التعويض عن الكسب الفائت: في حالة الإصابة وحدوث عجز سواء دائم أو مؤقت عن العمل، فإنه يثبت للمضرور الحق في التعويض عما يمكن أن يحدثه العجز من خسارة بسبب عدم قدرة المريض على الكسب وحرمانه من مصدر رزقه، ويحدّد التعويض هنا وفقا للفارق بين المبالغ التي يحصل عليها من عمله بعد الحادث والتي كان من المفروض أن يحصل عليها عادة لو لم يقع الحادث، كما يمكن للمضرور كذلك إذا أراد أن يثبت أن هناك أعمالا إضافية كان يمكنه القيام بها قبل الإصابة بالعجز ويستحق تعويضا عنها .

كما ينظر في تعويض الكسب الفائت للمضرور إلى العجز الناتج إذا كان مؤقتا أو دائما، فإذا كان العجز مؤقتا ولم يكن هناك ما يمنع المضرور من القيام بأعماله ، فلا يعوض هنا إلا الكسب الفائت، حيث يلجأ القاضي إلى التقدير الذاتي ويأخذ بالظروف الشخصية للمضرور مثل: سنه، مهنته حالته الصحية والجسمانية لبيان مدى تأثير الإصابة عليه، فالكسب الفائت هنا يحدّد على أساس النقص الفعلي في الدخل المترتب عن الإصابة، لذى لا بد أن تكون الإصابة مؤثرة في النشاط المهّني، أما في حالة عدم وجود تأثير فلا فرصة للتعويض هنا.

أما إذا كان العجز دائما ، فإن المضرور يستحق التعويض الذي يشمل الأضرار الإقتصادية والأدبية معا، فالأضرار الإقتصادية يتوقف تعويضها على قدر العجز الدائم الذي يؤثر على دخله، والذي يلجأ القاضي من أجل تقديره إلى الخبرة الطبّية التي تقدر مدى العجز الدائم (ولو لم يكن تقرير الخبراء ملزما للقاضي) ، فتحديد العجز يتم وفقا لنسبة مئوية محدّدة، والتي على ضوءها يقدر التعويض تقديرا

ذاتيا. فنسبة العجز تختلف من شخص إلى آخر رغم الإصابة الواحدة. والملاحظ هنا أن التعويض عن الأضرار الجسمانية يكون فيها الحكم بالتعويض جملة واحدة ودون تحديد التفاصيل لعناصر الضرر الجسماني.

تقدير الضرر المعنوي (الأدبي): الضرر الأدبي هو ضرر ذو قيمة غير مالية، فالخسارة تكون أدبية، وهو ما يجعل تقدير التعويض عنه من الأمور الصعبة التي يتعذر فيها التقييم المالي.

لكن ما يهمنا في الضرر الأدبي في مجال نقل الأمراض الناتجة عن الدم الملوث، هو ذلك الأثر للإعتداء الجسماني، والذي يظهر بوضوح في الألم النفسي نتيجة الإصابة بالمرض، والحرمان الإجتماعي وأحيانا كثيرة الحرمان من الحياة.

والقاضي في طريق تعويضه عن الضرر الأدبي يتوجب عليه لتقدير هذا التعويض تقديرا صحيحا أن يعتد بالمعناة التي يتحمّلها المضرور بشتى أنواعها، وليس فقط الإعتداد بعناصر أخرى قد تكون بعيدة عن الضرر، لكنها تؤثر في تقدير التعويض، كجسامة الخطأ وظروف حدوث الضرر والمركز المالي والإجتماعي والأدبي لكل من المضرور والمسؤول، وكذا وجود تأمين من المسؤولية أو عدم وجوده.

فهذا النوع من الضرر يطرح إشكالية المعايير المعتمدة في تقديره ، فالضرر المعنوي بالنسبة لضحايا نقل الدم الملوث بالأمراض كالإيدز ، هو ضرر يمس قيّماً أدبية نفسية تتعلق بشعور و إحساس المريض وبألمه النفسي، وهي أضرار غير قابلة للتقدير المادي ، بل تبقى في إطار التخفيف و الترضية للمضرور فقط .

2.1.1.2.2. نطاق الحق في التعويض من حيث الأشخاص

إن القاضي قي سائر دعاوى التعويض يتيّسر له بسهولة إمكانية تقدير التعويض وتحديد الشخص المستحق له، إلا أن الأمر في تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالإيدز خاصة، على العكس من ذلك فقد تعترض المحكمة صعوبات تتعلق بتحديد الشخص المستحق للتعويض ، ومدى إنتقال حق التعويض إلى الغير بعد الوفاة عند ثبوت الضرر؟ ،إضافة إلى إمكانية تغطية هذه الأضرار من طرف هيئة الضمان الإجتماعي كنظام خاص للتعويض .

وهو ما سنبحثه ضمن هذا الفرع في العناوين التالية :

أولا: الأشخاص المستحقون للتعويض

ثانيا: إنتقال الحق في التعويض إلى الغير

ثالثا: تغطية نظام الضمان الإجتماعي للضرر (حالة عدم وجود المسؤول عن الضرر)

1.2.1.1.2.2. الأشخاص المستحقون للتعويض

من المتفق عليه أن المستحق الأول للتعويض هو المضرور مباشرة من نقل الدم الملوث، فالشخص الذي يصاب بالفيروس أو المرض الموجود بالدم المنقول له يصبح له الحق في الحصول على التعويض[175] ص 185، وهذا الشخص قد يكون مريضا عاديا قرر الأطباء حاجته إلى الدم أثناء عملية جراحية أو يكون من مرضى الهيموفيليا، كما قد يكون ضحية حادث سير أوجب نقل الدم إليه.

فبعد الإصابة بالضرر (مرض ناتج عن نقل الدم الملوث) يصبح تعويض ذلك الشخص واجبا على المتسبب فيه، فيقدر التعويض بمقدار ما لحق المصاب من ضرر وما فاته من كسب، كما يشمل التعويض كل أنواع الضرر سواء كانت أضرارا مادية ناجمة عن الإصابة، كالعجز الجسماني أو العاهة المتولدة، أو الفقد الكلي أو الجزئي للعمل أو النشاط[176] ص 152.

كما يشمل الأضرار الأدبية أو المعنوية الناتجة عن إعلان الإصابة بأي مرض معدّ كتأثر حياة الشخص الأسرية والعائلية والإجتماعية وحتى السياسية نتيجة العزل الإجتماعي والهجر الأسري بسبب الإصابة، إضافة إلى ضرورة تعويض المصاب عما لحقه من أضرار شخصية، وهي الأضرار النوعية الخاصة بإعلان الإصابة بمرض الإيدز أو أي مرض معدّ آخر[369] ص 35.

لكن ليس المضرور وحده من الإصابة هو المستحق للتعويض، فهناك من يستحقون التعويض، وهو المضرورون بشكل غير ثابت، حيث يكون لهؤلاء حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم بصفة أصلية، فحقهم في التعويض هنا هو حق أصلي وليس موروث عن المصاب ، ونجد في هذا الصدد مستحقي التعويض هم :

الزوجة التي أصيب زوجها أو الزوج التي أصيبت زوجته بالمرض عن طريق نقل دم ملوث، كالإيدز حيث يصاب هؤلاء بضرر مباشر يتمثل في عدم ممارسة الحياة الأسرية بشكل معتاد.

الأولاد الذين ولدوا لأم مصابة بفيروس أحد الأمراض كالإيدز خاصة ،هؤلاء يصبحون حاملين للفيروس، الذي يسبب لهم ضررا مباشرا يستحقون التعويض عنه، فيكون لهم بصّدد ذلك دعوى مباشرة على المتسبب في الضرر قصد المطالبة بالتعويض.

أقارب المصاب إلى الدرجة الثانية (الوالدان، الإخوة والأخوات الجد لأم والجد لأب والأحفاد)، حيث يكون لهم الحق في التعويض عن الأضرار الأدبية والآلام النفسية التي تلحقهم من جراء إعلان إصابة قريبهم بفيروس المرض، وهو ما يسمى بالضرر المرتد (المنعكس) وهو ضرر مباشر يلحق أقارب الضحية فيضر مصالحهم المادية والمعنوية[74] ص 26، 60.

لكن ما يمكن ملاحظته تأسيسا على ما سبق أن المشرع الجزائري نص على تعويض الضرر سواء كان ماديا أو معنويا، لكنه لم يبيّن من هم الأشخاص المستحقون للتعويض بخلاف المصاب

بالضرر، وهو ما يستنتج من نص المادة 131 ق و التي إعتبرت تقدير التعويض يكون بالنسبة للضرر الذي يلحق المصاب فقط ، ولم يشر بذلك المشرع إلى وجود أشخاص آخرون يستحقون التعويض عن هذا الضرر بصفة أصلية غير المصاب، وهو ما يوقع القضاء في حيرة من أمره، حيث يمكن أن يؤدي إلى وجود قرارات متناقضة في قضايا متماثلة.

كما قد يواجه القضاء بشأن مستحقي التعويض مشكلة أخرى تتعلق بحالة ما إذا كانت نتيجة الإصابة بالمرض هي الوفاة، والتي قد تعتبر نتيجة طبيعة في بعض الأمراض كالإيدز، فهل ينتقل الحق في التعويض إلى الورثة ؟

ما يمكن القول هنا أنه إذا طالب المضرور بالتعويض الذي يستحقه وحصلّه ثم مات، فإن التعويض يكون مندمجا ضمن عناصر تركته، فيؤول إلى ورثته سواء كان التعويض عن ضرر مادي أو معنوي، وكذلك الحال إذا كان المضرور قد حصل على حكم نهائي به قبل وفاته، أما إذا مات المضرور قبل أن يحصل على حكم نهائي بالتعويض، أو قبل أن يطالب به أصلا، فيثور التساؤل هنا عما إذا كان حقه في التعويض ينتقل من بعده إلى ورثته ؟

2.2.1.1.2.2. إنتقال الحق في التعويض إلى الغير

إن موت المصاب بمرض معدّ ناتج عن نقل الدم الملوث هو ضرر يصيب ورثة المصاب بأضرار مادية وأخرى أدبية (معنوية)[31] ص 118، 124.

إنتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي: لقد إتجه الفقه[329] ص 131، و كذلك القضاء لجواز مطالبة ورثة المريض المضرور بحق مورثهم المتوفي في التعويض عن الضرر الذي أصابه، فإذا كان الضرر هو وفاته فإنه يجوز التعويض عن الضرر المادي حال إقامتهم دعوى تعويض، بشرط إثبات أن موت المورث – المريض المتوفي – سبب لهم ضررا ماديا، فالإخلال بمصلحة مالية للمضرور وكون هذا الضرر محقق يعدان من شروط الحكم بالتعويض عن الضرر المادي.

كما يقع على عاتق الورثة عبء إثبات أن المتوفي يعد المعيل الوحيد لهم وأن إعالته لهم كان من المحقق إستمرارها في المستقبل، وبالتالي لهم مصلحة في بقاءه حيا، وأن بفقدانه أصبح لهم الحق في التعويض عن ذلك[109] ص 392، فينتقل هذا الحق إلى الورثة كل بقدر نصيبه في الميراث، كما يكون لكل وارث حق رفع دعويين للمطالبة بالتعويض

دعوى الوراثة: والتي يرفعها الورثة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بمورثهم قبل وفاته فحق المورث في التعويض ينتقل إلى ورثته، بإعتبار هذا الحق يدخل في الذمة المالية له قبل وفاته وهو ما يسمى بالضرر المادي الموروث، لكن لا ينشأ للورثة الحق في رفع الدعوى أو الإستمرار فيها بإسم مورثهم إلا بعد وفاته[228] ص 278.

دعوى شخصية: وهي تلك الدعوى التي يطالب فيها الورثة (الخلف العام) بالتعويض عن الأضرار التي أصابتهم بصفة شخصية بطريق الإنعكاس، أي الأضرار المرتدة عليهم، حيث ينتج عن الإصابة بالمرض ضرر أصلي يصيب المورث، وضرر مرتد يصيب الورثة (ذوي الحقوق) ، وهو ضرر مادي مرتد في الإخلال بمصلحة مالية ، حيث يشترط للحكم بالتعويض عنه أن يكون المتوفي يعولهم فعلا قبل الوفاة ، وعلى نحو مستمر و دائم.

أما بالنسبة لدائني المضرور، فقد إتجه ذات الرأي السابق[329] ص 155، لعدم جواز إستعمال دائن المضرور الحق في طلب التعويض عن الضرر اللاحق بالمدين المضرور من جراء نقل الدم الملوث له وهذا كون هذا الحق هو حق شخصي للمضرور ولا يجوز استعماله نيابة عنه.

ومما سبق فإن إنتقال الحق في التعويض عن الضرر المادي إلى الورثة دون إنتظار لإتفاق أو حكم يحدّد مقداره، هو أمر لا خلاف فيه فهو حق ذو قيمة مالية، إلا أن المشكل يثار بالنسبة للضرر المعنوي (الأدبي)، فهل ينتقل هذا الأخير إلى الغير؟

إنتقال الحق في التعويض عن الضرر المعنوي (الأدبي): لقد تضمنت المادة 182 مكرر التعويض عن الضرر المعنوي وأجازته ولكنها لم تحدّد مستحقي هذا التعويض ولا مسألة إنتقاله إلى الغير، وهو ما يجعل القاضي في حيرة من أمره بشأن ذلك، الشيء الذي يؤدي إلى صدور قرارات قضائية متناقضة في بعض الأحيان في قضايا متشابهة.

والمعلوم لدينا أن الضرر المعنوي هو ضرر لا يصيب الشخص في ماله، أو بعبارة أخرى لا يصيب الذمة المالية وإنما هو ضرر يصيب العاطفة والشعور جراء الإصابة أو الإعتداء على الجسم سواء كانت إصابة مميتة أو غيرها من الإصابات التي تسبب المرض والعجز في أجزاء الجسم، وتعويض الضرر المعنوي لا يمحو هذا الضرر أو يزيله نهائيا، فتكون للقاضي بشأنه حرية تقديره تقتضيها ظروف تغيّر الخطأ في كل حالة ، كما أن القاعدة العامة في التعويض عن هذا الضرر، أنه شخصي و يقتصر على المضرور نفسه، فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو العقد أو غير ذلك إلا أذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة[25] ص 87، 88.

وإذا كان الضرر المعنوي ناجما عن موت المضرور بسبب إصابته بمرض خطير معدّ عن طريق نقل دم ملوث بهذا المرض إليه، فيتعيّن التمييز بين الضرر المعنوي الذي أصاب المتوفي أثناء حياته كالآلام الناتجة عن الإصابة، والضرر المعنوي الذي أصاب أقارب المتوفي وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء الألم والحزن الذي حل بهم.

فالضرر الذي أصاب الميت نفسه لا ينتقل حق التعويض عنه بالميراث إلا إذا تحدّد مقدار التعويض بمقتضى إتفاق أو حكم نهائي، وبخلاف ذلك لا يمكن التعويض عنه، أما الضرر المعنوي الذي

يصيب ذوي الميت بطريق مباشر وهو ما يسمى بالضرر المرتد أو المنعكس، فيستعمل المضرور بالإرتداد في هذا الحالة الدعوى الشخصية الخاصة به للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه .

لكن بصفة عامة فإن الحق في التعويض عن الضرر المعنوي بالنسبة المشرع الجزائري ، يقتصر على المضرور، إلا ما أصاب به ذوي الحقوق للمتوفي وهو ضرر المعنوي الناتج عن الوفاة ، وقد ضمن المشرع قانون التأمينات الإجتماعية تفصيلا لمستحقي التعويض عن الوفاة من ذوي الحقوق، وهم كل من زوج المتوفي وأولاده المكفولون وأصوله وأصول زوجه[251].

3.2.1.1.2.2. تغطية نظام الضمان الاجتماعي للضرر(حالة عدم وجود المسؤول عن الضرر)

إن الضمان الإجتماعي هو أحد صور الحماية الإجتماعية ، التي نصت عليها المعاهدات والدساتير الدولية والأنظمة القانونية المطبقة ، فهو يهدف إلى إعطاء مكانة خاصة للمستفدين منه وذوي حقوقهم، سواء كانوا عمال أجراء أو محلقين بالأجراء، أيا كان قطاع النشاط الذين ينتمون إليه.

والضمان الاجتماعي يرتبط بالأخطار التي يتعرض لها الفرد والتي يسعى إلى البحث عن الوسائل التي تكفل لو مواجهتها، فقد يتعرض الفرد لخطر المرض والذي قد يكون ناتجا عن نقل دم ملوث له فينتج عن ذلك إنتقال عدوى أحد الفيروسات، والتي قد تسبب له أضرارا مادية وأخرى معنوية، كما يهدف هذا الضمان إلى إصلاح الضرر بواسطة التأمين عنه ، كالتأمين عن المرض أو عن الوفاة والإصابات الناتجة عنه، وذلك عن طريق التعويض عنها في حالة عدم معرفة المسؤول عن الضرر أو عدم وجوده أو إعساره .

ونجد بالنسبة للمشرع الجزائري القانون رقم 83-11 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية والمؤرخ في 2 جويلية 1983 المعدل والمتمم بالقانون رقم 11 – 08 المؤرخ في 5 جوان 2011[251] ص 5، وقد نص في الفقرة الثانية من المادة السابعة، والمادة 14 منه أن إصابة المؤمن بالمرض من شأنه أن يخوّل له الحق في التعويض وهذا بعد قيامه بكل الإجراءات المنصوص عليها قانونا، والتي تتمثل في وجوب إشعار هيئة الضمان الإجتماعي بالمرض الذي أصابه قصد حصوله أولا على عطلة مرضية[251] ، والتي تشترط الحصول عليها شروط قانونية ذكرتها المادة 19 من الأمر 96-17 المؤرخ في 6 جويلية 1996 التي عدلت المادة 52 من القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات[251] ، وهي أداء نقدي (تعويض) للتأمين عن المرض.

أما النسبة للأداءات (التعويض) العيني فطبقا لنص المادة الثامنة المعدلة بموجب المادة الرابعة من القانون 11-08 لسنة 2011 تشمل التكفل بالمصاريف الطبّية ، الجراحية ، الإستشفاء، أعمال

التشخيص والعلاج والفحوصات البيولوجية (التحاليل الطبية) والمصاريف الصيدلانية والنقل الصّحي أو أي وسيلة نقل أخرى عندما تستلزم حالة المريض ذلك.

كما يمكن أن نجد في هذا الصدد التأمين على الوفاة ، كأداء يهدف من خلاله الضمان الإجتماعي إلى حماية أسرة المؤمن له في حالة وفاته، حيث تذهب أغلب التعويضات في هذه الحالة إلى تقرير منحة الوفاة للمستحقين(ذوي حقوق الهالك) يقدر مبلغ التعويض عن الوفاة طبقا لنص المادة 48 من القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات بإثني عشر مرة مبلغ آخر أجر شهري في المنصب، أين تدفع هذه المنحة دفعة واحدة لذوي حقوق الهالك[251].

وإضافة إلى ما سبق من أداءات على المرض وأخرى في حالة الوفاة نجد المشرع الجزائري قد ضمن القانون 83-11 أداءات متعلقة بالتأمين عن العجز، أين يفقد المصاب كسبه بصفة عامة، فتقدّر درجة العجز من طرف طبيب مختص أو لجنة خاصة (خبراء طبّيون)، يحسب على أساسها المعاش (التعويض النقدي)، والذي يمنح للمؤمن الذي يضطره العجز خاصة إذا كان بسبب المرض إلى الإنقطاع عن عمله[251] ، حيث يستفيد من تعويضات نسبة العجز الذي صنفه المشرع إلى ثلاثة أصناف ذكرتها المادة 36 وحدّدت نسبة تعويضها المادة 27 من القانون 83-11 .

إنتقال حق التعويض إلى ذوي الحقوق: يقصد بذوي الحقوق طبقا لنص المادة 67 من القانون 83-11 والمعدلة بموجب القانون 11- 08 لسنة 2011 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية :

زوج المؤمن له و الأولاد المكفولون البالغون أقل من 18 سنة.

أصول المؤمن له وأصول زوجه عندما لا تتجاوز مواردهم الشخصية المبلغ الأدنى لمعاش التقاعد.

وتستفيد هذه الفئات من الأداءات العينية للتأمين عن المرض المشار إليها قي المادة الثامنة من القانون 11/83 المتعلق بالتأمينات ،كما يستفيدون من الأدات المتعلقة بالتأمين عن العجز وعلى الوفاة عند حدوثها.

تغطية نظام الضمان الإجتماعي للضرر الناتج عن نقل دم ملوث: يرتبط مفهوم الضمان الإجتماعي كما هو معلوم لدينا، بإصلاح الآثار المترتبة عن بعض الأخطار الإجتماعية وحماية الأفراد منها، إضافة إلى تعويض الأضرار الناتجة عنها في المجالات كالمرض، الوفاة، العجز...الخ.

وقد تضمن القانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الإجتماعية الجزائري والمعدل والمتمم بالقانون 08/11 لسنة 2011، تحديدا للفيئات الخاضعة للتأمين الإجتماعي ، وبالتالي الأشخاص المستفيدون من التغطية الإجتماعية، وطبيعة تلك الأخطار أو الأضرار المشمولة بتلك التغطية في مجال التأمينات الإجتماعية ، فنجد ضمن نطاق تلك التغطية التأمين على المرض والعجز والوفاة ، وهي أضرار يمكن أن تنشأ جراء عملية نقل دم ملوث لأحد المرضى في المستشفيات العامة أو الخاصة، حيث ينجم عن ذلك

إصابة المريض المعالج بأحد الأمراض الخطيرة التي يمكن أن تنقل له من طريق الدم، أين يمكن أن ينتج عن إصابته بالمرض عجز أو وفاة، فهل تغطي تعويضات الضمان الإجتماعي هنا أضرار الإصابة؟ .

إن تعويضات الضمان الإجتماعي الخاصة بالأضرار الناتجة عن الإصابة بمرض ناتج عن نقل دم ملوث تعتبر تعويضات مؤقتة، فالضرر هنا متطور ومتراخي في الظهور، كما أنه متغيّر من مرحلة إلى أخرى، قد يكون تحديد نسبته ومدة الإصابة به أمر يعجز نظام الضمان عن حسمه، كما يمكن أن تنتج عن المرض أضرار معنوية وأدبية، لا نجد في النظام تحديدا أو تقديرا لها، وهو الأمر الذي يجعل مسألة تكفل نظام الضمان الإجتماعي بتغطيتها أمر يستحيل الإقرار به.

ضف إلى ذلك خصوصية الأضرار الناتجة عن نقل دم ملوث ، كونها أضرار زمنية (طويلة الأمد في الظهور والإصابة) كذلك أنها أضرار تخلّف إصابات مادية، جسدية ومعنوية خاصة كتفويت فرصة البقاء على قيد الحياة أو تلك الآلام النفسية والشعورية، التي هي أضرار لا يغطيها نظام الضمان الإجتماعي، وتجعل من هذا الأخير عاجزا عن تعويضها، الأمر الذي لا يستقيم ومصلحة المصاب أو المضرور في هذه الحالة، و هو الشيء الذي يتطلب منا البحث عن نظام آخر إلى جانب نظام التعويض طبقا لقواعد المسؤولية المدنية لجبر هذه الأضرار، و وفق ما جاءت به الأنظمة والقوانين في هذا المجال وهو ما سوف نبحثه في مضمون المبحث الثاني من هذا الفصل.

2.1.2.2. آليات تعويض ضحايا نقل الدم الملوث

إن الحديث عن تعويض المسؤولية الناشئة عن عمليات نقل الدم الملوث طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، يتطلب منا بحث دعوى المسؤولية من حيث أركانها، كما لا بد أن نبيّن مسألة التعويض في حالة تعدد الأسباب أو الأفعال المؤدية للضرر الناتج عن عملية نقل دم ملوث، مع الرجوع في كل ذلك إلى دعوى التعويض بإعتبارها الوسيلة القانونية الخاصة للمطالبة به ، ومدى سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث، و لأجل توضيح هذه العناصر تطلب منا هذا المطلب تقسيمه إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية

الفرع الثاني: التعويض إثر المسؤولية الناتجة عن نقل دم ملوث

1.2.1.2.2. التعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية

إذا ثبت أن عدوى مرض الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C أو غيرها قد وقعت عبر نقل دم ملوث أو أحد مشتقاته، فإن أول ما يتبادر إلى ذهن الضحية هو رفع الدعوى المدنية للمطالبة بالنظر إلى مدى توافر أركانها، من خطأ وضرر وعلاقة سببية. وسوف نوضح بداية دعوى المسؤولية من حيث

أركانها (مدى توفر الأركان)، ثم نبيّن حالة تعدد الأسباب المؤدية للضرر بإعتبارها حالة خاصة تمتاز بها المسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوث، وذلك ضمن العناوين التالية:

أولا: مدى توفر أركان المسؤولية المدنية للمطالبة بالتعويض

ثانيا: قيام المسؤولية في حالة تعدد الأسباب

1.1.2.1.2.2. مدى توفر أركان المسؤولية المدنية للمطالبة بالتعويض

إن أركان المسؤولية المدنية، سواء كانت عقدية أو تقصيرية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، لكن عدوى نقل الدم الملوث قد تثير كما عرفنا مسؤولية كل من الطبيب أو الجراح الذي أمر بنقل الدم، أو مسؤولية المستشفى أو مركز نقل الدم، وبالتالي الدولة بصفة عامة ،كما قد تثير هذه العدوى مسؤولية مرتكب حادث المرور إذا كان الشخص المصاب بالمرض ضحية لحادث وترتب عن ذلك عملية نقل دم له.

ونتيجة لذلك، سوف تعرض دعوى المضرور في مواجهة مركز نقل الدم بإعتبار هذا الأخير هو المحتكر الوحيد لعملية الجمع والتخزين والتوريد ، حيث يقع على هذا الأخير إلتزام بضمان سلامة هذا الدم، أين تثبت مسؤوليته بمجرد توريده لدم ملوث أو غير نقي طبقا لما ذهب إليه القضاء وبعده التشريع الفرنسي في هذا الصدد، ويكون ذلك بالنظر إلى توفر أركان المسؤولية المدنية اللازمة للمطالبة بالتعويض عن الضرر، وهي كل من الخطأ، الضرر وعلاقة السببية ؟

الخطأ: ما هو مستقر عليه أنه تقوم علاقة قانونية سبق بحثها بين كل مركز نقل الدم والمستشفى (العام أو الخاص)، وهي علاقة عقدية موضوعها عقد توريد للدم الذي يقوم هذا الأخير بجمعه وتحليله وفصل مكوناته لتخزينه ثم توزيعه عليها قصد إستعماله للعلاج الذي يكون المريض موضوعه، فتنشأ بذلك علاقة قانونية أخرى بين هذا المركز والمريض على أساس إشتراط لمصلحة الغير كما عرفنا.

وعلى إثر ذلك يعتبر المركز ملتزما بتحقيق نتيجة في مواجهة المستشفى مضمونها تقديم دم سليم ونظيف وخال من الأمراض أو العيوب، كما يكون في مواجهة المريض ملتزما بضمان السلامة، أين يكون مضمون إلتزامه كذلك تقديم دم مناسب للمريض وخال من الأمراض أو الفيروسات وهو إلتزام بضمان سلامة المريض جراء عملية نقل دم إليه، هذا على إعتبار المركز هو منتِج للدم المورد إلى المستشفى الذي يقوم بنقله إلى المريض، في إطار أحكام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة التي جاء بها القانون المدني الفرنسي في مواده الثمانية عشر. وطبقا لما جاء به هذا القانون وبموجب المادة 1386– 6 منه التي عرّفت المنتِج، فإن الممول المحترف أو البائع إذا كان المنتج مجهولا يعد بدوره منتجًا تقع على عاتقه مسؤولية الضرر الناتج عن العيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

وبذلك يلتزم مركز نقل الدم في مواجهة المريض والمستشفى بتوريده لدم سليم خال من كل عيب كالأمراض أو الفيروسات، حيث يسأل المركز طبقا لما جاء به القضاء الفرنسي في ذلك، عن الإخلال أو التقصير في أداء هذا الإلتزام الذي يعدّ حقا مباشرا للمريض ، فتقوم مسؤولية مركز نقل الدم في حالة وجود عيب في منتوجه (الدم) الذي يسبب ضررا للغير على أساس إلتزام هذا الأخير بضمان سلامة المريض، والمسؤولية هنا كما بيّنا هي مسؤولية مفترضة أساسها العيب المسبب للضرر (التلوث) وليس الخطأ، وبالتالي فهي مسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ سواء كان ثابتا أو مفترضا، وهو ما أكده المشرع الفرنسي في نص المادة 1142 – 1 من قانون الصحة العامة.

إضافة إلى ذلك رغم أن مسؤولية مركز نقل الدم (المؤسسة الفرنسية للدم بعد 1 جانفي 2000) هي مسؤولية تقوم على الإلتزام بضمان تحقيق النتيجة ،التي تتمثل في سلامة المريض عن طريق نقل الدم سليم، غير معيب، وخال من الأمراض ، إلا أن المركز هنا يمكنه أن يتمسك بالسبب الأجنبي (La cause étrangère) للإعفاء من المسؤولية المدنية التي لا تقوم على أساس الخطأ، فهل يمكن أن يكون أساسها الضرر؟

الضرر: الضرر هو أساس المسؤولية المدنية، وهو محل التعويض الذي ينشأ عن قيامها ، فهو يلعب دورا أساسيا في تحديد النطاق المادي للإلتزام بالتعويض تلك الأمراض التي يمكن أن تنقل عن طريق الدم، كالإيدز أو الإلتهاب الكبدي ، وتفسير ذلك أنه إذا كان التعويض يهدف إلى جبر الضرر، فلا ينبغي أن يتجاوز الإلتزام به حدود الضرر المباشر ، الذي يشترط كذلك أن يكون محققا (Certain) أو يكون تحققه في المستقبل أمرا لإحتماليا.

وفي هذا السياق نجد مثلا أن مرض الإيدز هو مرض يمر بمرحلتين: مرحلة العدوى بالفيروس المسبب للمرض والتي تستمر لفترة طويلة قد تصل إلى عشرة أو 12 عشر عاما، وهي الفترة الصامتة للمرض، ثم بعدها يدخل المريض طور المرض الفعلي والذي قد تعقبه الوفاة، كذلك بالنسبة لإلتهاب الكبد الفيروسي الذي تمتد فيه فترة حضانة المرض من أسبوعين إلى ستة أو سبعة أشهر، فهي أمراض زمنية يتدرج ويتراخى فيها ظهور الضرر، وتختلف أعراضه وشدته من فترة إلى أخرى، فهو ضرر متغيّر وغير مستقر يمتاز بخاصية عدم الثبات، كما أنه ضرر غير مباشر تساهم في وقوعه العديد من العوامل والأسباب، لذلك تترتب عليه آثار تنعكس على طريقة تعويضه.

فأضرار تلك الأمراض خاصة (Préjudices spécifiques) يتعرض لها الضحية وخاصة منه المصاب بالإيدز، كفقد توقع الحياة وكذا العزل الإجتماعي والأسري، إلى جانب الضرر الجنسي والإنهيار النفسي والتعصب والإحتقار الجماعي للضحية[131] ص 72، هذا إلى جانب الأضرار المادية والمعنوية الأخرى التي تلحق بالمصاب، التي لا بد على القاضي مراعاتها وتقدير التعويض على أساسها، فالقاضي هنا يجد نفسه يتعامل مع ضرر غير مستقر ومتغير بنتائجه، مما يستوجب البحث أي

طريق هي أصلح للتعويض قصد جبر هذا الضرر، هذا التعويض الذي يشترط قيام رابطة سببية بين الضرر وبين الفعل المسبب له وهو عملية نقل الدم الملوث بالمرض، فكيف تثبت رابطة السببية هنا ؟

علاقة السببية: إن علاقة السببية هي أساس المسؤولية، لأنه لا يمكن نسبة الضرر إلى الفعل أو الخطأ، إذا لم تكن هناك علاقة سببية تجعل من الخطأ أو الفعل علة وسببا في وقوع الضرر، وهذه العلاقة هي شرط ضروري وركن مستقل عن ركن الفعل أو الخطأ.

يشترط أن تكون الرابطة السببية بين الخطأ والضرر محققة ومباشرة، لكن تحديدها بين واقعة نقل الدم وحدوث عدوى المرض من الأمور الشاقة والعسيرة، فهي تثور على الخصوص إذا رفع الضحية دعواه ضد مركز نقل الدم والمستشفى والطبيب الذي أمر بنقل الدم إليه، حيث أقرت محكمة باريس مسؤوليتهم جميعا بالتضامن، وأسست حكمها على تخلف الإلتزام بنقل دم نظيف وسليم غير ملوث فألقت بذلك على عاتق الطبيب إلتزام محدّد هو سلامة الدم الذي ينقل إلى المريض.

كما أن إثبات رابطة السببية هنا يستدعي إثبات عملية نقل الدم من جهة، وإثبات الإصابة بالمرض من جهة ثانية، وهو الأمر الذي لا يمكن أن يكون إلا عن طريق إجراء الخبرة الطبية.

لكن الإشكال المطروح هنا أن نقل الدم ليس فقط هو الطريق المؤدي إلى العدوى، فالإيدز مثلا يمكن أن ينتقل إلى المصاب عن طريق الإتصال الجنسي، أو تعاطي المخدرات عبر الوريد بالحقن...الخ، فيكون القاضي بذلك أمام تعدّد لأسباب العدوى، ضف إلى ذلك أن الشخص في حد ذاته قد يكون مصابا بالمرض قبل نقل الدم إليه ولم تظهر أعراض إصابته إلا بعد عملية نقل الدم، وهذا بسبب خصوصية وإستثنائية هذا الضرر.

كل هذه المشاكل قد أدت إلى صعوبة في إثبات رابطة السببية بين عملية نقل الدم عدوى المرض التي إنتقلت إلى الضحية، الشيء الذي أدى بالقضاء الفرنسي إلى الإتجاه الأغلب والأعم وهو الأخذ بنظرية تعادل الأسباب في ذلك، وإن كان في بعض الأحيان يتجه إلى البحث عن السبب المنتج والفعال لوقوع الضرر وهو ما سبق توضيحه.

زيادة على ذلك فإن رابطة السببية تنعدم متى ثبت أن الضرر قد وقع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، حيث يجوز نفي هذه السببية بطريقة غير مباشرة، فيكون الضرر الذي لحق بالمريض قد نتج عن سبب أجنبي آخر، سواء كان هذا السبب الأجنبي هو العامل الوحيد في حدوث الضرر، أم كان هو العامل الذي سبب فعل الفاعل الذي أحدث الضرر، فصور إنعدام السببية وقطعها بتوافر السبب الأجنبي تتمثل في كل من الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

فبالنسبة للحادث الفجائي والقوة القاهرة، فإن الحادث المنشأ للضرر يشترط لإعتباره قوة قاهرة أو حادث فجائي، عدم إمكانية التوقع وإستحالة الدفع ، وعدم إمكانية التوقع تقضي أن يكون المدين بالإلتزام أمام حادث لا يمكن توقعه، حيث يسأل إذا كان في إمكانه توقعه ولم يفعل، بأن يتخذ مثلا

الإحتياطات اللازمة لتفادي وقوع الحادث، وإن لم يفعل يكون قد إرتكب خطأ[78] ص 737، وفيما يتعلق بمسؤولية مراكز نقل الدم عن نقل الدم الملوث، فإن التلوث بفيروس الإيدز مثلا أو التهاب الكبد الوبائي C أو بعض الأمراض الأخرى المعروفة كالسفلس هو أمر متوقع، خاصة بعد إكتشاف هذه الفيروسات والأسباب الناقلة للعدوى وكذا إقرار إجبارية الكشف عنها عن طريق التحاليل الطبية اللازمة لذلك، وبالتالي فإن نقل دم ملوث بأحد هاته الفيروسات لا يعدّ سببا أجنبيا يعفى المركز من المسؤولية عنه.

أما بالنسبة لإستحالة الدفع، والتي نقصد بها الإستحالة المطلقة كون أن الإستحالة النسبية لا تعتبر قوة مطلقة تعفى من المسؤولية، فإن هذه الإستحالة لا يمكن الإحتجاج بها في التلوث الخاص للدم بالفيروسات المعروفة ، فهذا التلوث ليس أمرا مستحيلا دفعه، خاصة كما ذكرنا بعدما تم التعرّف عليها وعلى أسباب إنتقالها، وكيفية الكشف عنها وعن أساليب الوقاية منها، وبالتالي لم يعد إكتشاف هذه الفيروسات من طرف مراكز نقل الدم أمرا مستحيلا، وبالتالي ليس بقوة قاهرة تعفى هذا الأخير من المسؤولية المدنية وتعويض الضحايا.

ولأجل ذلك ذهب القضاء الفرنسي في ذلك عنى طريق محكمة باريس، التي قررت مساءلة مركز الدم عن نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز حتى وإن كانت الحالة العلمية والتقنية الراهنة لا تسمح بإكتشاف الفيروس، حيث كانت بذلك مدفوعة بالشفقة والألم الذي تعرض له المصاب بالمرض[304]. لكنها طبقت في ذلك مسؤولية المنتِج عن أضرار منتجاته المعيبة، التي يستحيل عليه وفق درجة التقدم العلمي والتقني الراهنة أن يكشفها، كما أصدرت في ذلك العديد من الأحكام القضائية التي تناولت نص المادة السابعة من أحكام التوجه الأوروبي رقم 85 – 374 المؤرخ في 25 جويلية 1985 المتعلق بالتقريب بين الأحكام التشريعية والتنظيمية للدول الأعضاء في مادة المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة، والتي أخذ بها المشرع الفرنسي صراحة بعد ذلك في نص المواد 1386–1 إلى 1386– 18 من التقنين المدني والمتضمنة للمسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة، حيث أخرج بذلك المسؤولية عن نقل الدم الملوث والواقعة على عاتق مراكز نقل الدم من أحكام المسؤولية التقليدية نظرا لعدة إعتبارات، منها طبيعة الأضرار وخصوصيتها، وصعوبة إثبات علاقة السببية بينها وبين الفعل أو الحادث المتسبب بها (عملية نقل الدم) نظرا لتعدد تلك الأسباب المؤدية للإصابة بعدوى تلك الأمراض من جهة وتعدد الأطراف أو العوامل التي أسهمت في الإحتياج لعملية نقل الدم من جهة أخرى.

2.1.2.1.2.2. قيام المسؤولية في حالة تعدد الأسباب

إن وقوع الضرر من جانب شخص معين إلى شخص آخر نتيجة خطأ أو إهمال لا يمكن أن يقيم مسؤولية الشخص الأخير مباشرة وإلزامه بالتعويض قبل إثبات أن الضرر الواقع قد كان بواسطة نشاط هذا الشخص، وهذه القاعدة تنطبق على نوعي المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية .

وتوضيحا لذلك فقد نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على أنه:« كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، وبسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض»، وبالتالي فإن الذي يسأل ويلتزم التعويض هو المتسبب في حدوث الضرر، حيث يكون تعيين العلاقة السببية سهلا عندما يكون السبب الذي أحدثه الضرر واحدا، في حين يدّق تعيين هذه الرابطة بوجه خاص عند تعدد الأسباب التي إجتمعت على إحداث ضرر واحد ، كأن تحدث عدوى الإيدز عبر نقل دم ملوث إلى شخص أصيب في حادث أو أثناء عملية جراحية، أو للعلاج من مرض ما (كالهيموفيليا مثلا) فهل يتحمل الشخص الذي سبب الضرر الأول الإصابة عن كل الأضرار الأخرى – وأهمها العدوى-؟ وهل يتحمل الطبيب أو المستشفى الذي أمر بنقل الدم المسؤولية عن العدوى؟، وهل يختلف الأمر إذا كان الضحية نفسه من الفئات المعرّضة للخطر شاذ جنسيا أو مريضا بسيولة الدم (الهيموفيليا)؟

في حوادث السيارات: يثور التساؤل في هذه الحالة عن مسؤولية سائق السيارة الذي أوقع الإصابة التي تستلزم نقل الدم عن نتائج الحادث ، بما فيها العدوى بفيروس الإيدز أو التهاب الكبد C إذا كان الدم ملوثا؟، الشيء الذي أجابت عنه محكمة إستئناف باريس في حكمها الشهير في 7 جويلية 1989، أين حكمت فيه بمسؤولية سائق السيارة مرتكب الحادث عن العدوى بالفيروس المسبب لمرض الإيدز، آخذت من خلال حكمها بنظرية تعادل الأسباب . وما على السائق هنا إلا الرجوع بدعوى تعويض على مركز نقل الدم.

لكن في الواقع أن العدوى بالمرض التي أعقبت نقل الدم هنا بسبب الحادث الذي وقع تعني البحث عن علاقتين للسببية لا علاقة واحدة، حيث ينبغي بداية البحث في علاقة السببية بين العدوى الواقعة وعملية نقل الدم، ثم علاقة السببية بين الحادث ونقل الدم.

فبالنسبة لعلاقة السببية الأولى بين المرض وعملية نقل الدم، فقد أثارت بشأنها صعوبات طبّية وقانونية خاصة مع بداية ظهور مرض الإيدز، أين يصعب العثور على المتبرع المصاب الذي نقل دمه للمريض، كما أنه هناك إختلاف وارد في الأوساط العلمية بشأن كمية الدم الكافية لإحداث العدوى، فنقل مشتقات الدم كالبلازما التي يتم تصنيعها عبر عمليات متتابعة، لا يمكن أن يسمح للقضاء بالرجوع إلى الإثبات بالقرائن[131] ص 90، وهو ما أدى به في النهاية إلى الإعتداد في قيام رابطة السببية بين

العدوى وواقعة نقل الدم إلى تاريخ 1 أوت 1985، أين إستند بذلك القضاء إلى هذا التاريخ وإعتبر نقل الدم الذي حدث قبل هذا التاريخ وحدوث العدوى بعد ذلك دليل على توفر رابطة السببية بينهما.

أما بالنسبة لثبوت رابطة السببية بين نقل الدم وحادث السيارة، فقد أثيرت كذلك صعوبات بشأنها أين ذهبت محكمة النقض الفرنسية في ذلك إلى أن الضرر المباشر الوارد في نص المادة 1151 من التقنين المدني يعني الضرر الملازم والواقع حتما عقب سلوك خاطئ، حيث أنه إذا ثبت أن السلوك الخاطئ لعب دور في تحقق الضرر، فإن للمحكمة أن تقضي بتعويض المضرور، سواء أخذ في ذلك بنظرية تعادل الأسباب أو بالسبب المنتج، وقد كانت هذه النظرية أكثر عمومية عند تعدد الأسباب[131] ص 91.

وقد أخذ القضاء الفرنسي بشأن إثبات رابطة السببية بنظرية تعادل الأسباب عموما، والذي يعني إتساع المسؤولية، وضمان حق المضرور في الحصول على تعويض الضرر الذي لحق به، خاصة إذا كانت العدوى هي مرض خطير ومميت كالإيدز، كما سهلت هذه النظرية للمضرور مهمة الإثبات لأن كل الأسباب التي ساهمت في إحداث الضرر يجب الأخذ بها.

لكن لا يمكن القول بأن كل العوامل والظروف التي ساهمت في حدوث عدوى الإيدز متساوية في قوتها السببية لإحداث الضرر، وعلى إثر ذلك فقد أخذ القضاء الفرنسي في بعض أحكامه وإتجه فيها إلى نظرية السبب المنتج، بإعتبار أن الدم الملوث هو المسؤول عن وقوع الضرر، وبالتالي فإن السبب الذي ساهم في إحداث الضرر على نحو فعال ومنتج هو الذي يعتد به.

وفي كل الأحوال فإن تقدير توافر علاقة السببية ومدى مسؤولية سائق السيارة المرتكب لحادث المرور الناتج عنه نقل دم ملوث إلى المصاب، هو من المسائل الواقعية التي ترك المشرع الفرنسي تقديرها لقاضي الموضوع[131] ص 96.

الخطأ الطبي**:** ما هو معلوم عندنا أن إلتزام الطبيب في مواجهة المريض بصدد عملية نقل الدم هو إلتزام بتحقيق نتيجة مفادها ضمان سلامة الدم الذي نقل إليه، كما أن إلتزام مركز نقل الدم الذي يزوّد هذا الأخير بالدم هو إلتزام بتحقيق نتيجة في مواجهة الطبيب والمريض، مضمونها ضمان سلامة الدم المورّد إليهم.

وعلى أساس ذلك يمكن للمريض أن يرجع بدعوى التعويض على الطبيب إذا أخل بإلتزامه بنقل دم نظيف وخال من الأمراض، ويكون ذلك على أساس قواعد المسؤولية التعاقدية وبمقتضى عقد العلاج الطبي المبرم بينهما، كما يمكن لهذا الطبيب أن يرجع بدعوى تعويض على مراكز نقل الدم أو يطلب إدخاله كخصم في الدعوى المدنية، لكن لا يستطيع المريض أن يرجع بدعوى التعويض مباشرة على مركز نقل الدم، وهذا الإنتقاء العلاقة العقدية بينهما، وبذلك لا يكون له إلا دعوى المسؤولية التقصيرية التي توجب عليه إقامة الدليل على خطأ المركز، حيث يستحيل عليه ذلك.

وأمام هذا الوضع أجازت محكمة التنازع الفرنسية وكحماية أقوى لحق الضحية في التعويض رجوعه مباشرة على مركز نقل الدم الذي نقل إليه دما ملوثا، بناء على قيام إشتراط لمصلحة المريض في العقد المبرم بين المستشفى أو الطبيب والمركز، والذي يكون محله التعهد بنقل دم سليم ونظيف وخال من العدوى دون حاجة إلى إثبات خطأ مركز نقل الدم ، فإستبعد بذلك القضاء مسؤولية الطبيب بإعتبار أنه غير ملزم بفحص الدم المستعمل، وبالتالي فهو لم يرتكب خطأ يرتب مسؤوليته عن العدوى إلا إذا كان الخطأ قد وقع في الأمر بنقل الدم، أو كان الدم غير ضروريا أو غير مفيد للمريض. ما عدا ذلك فإن المسؤول هنا هو المركز فقط .

إضافة إلى ما ذكر فقد يثير نقل الدم الملوث مسؤولية المستشفيات سواء كانت عامة أو خاصة أين وقع القضاء الفرنسي بشأن ذلك موقفا موحدا في هذه المسألة فالمريض يرتبط بالمستشفى بعقد إستشفاء يتضمن إلتزام هذه الأخيرة بتحقيق نتيجة تتمثل في نقل دم أو أحد مشتقاته غير معيبة وغير ملوثة بالفيروسات أو الأمراض، كالإيدز الذي أدى ظهوره وتطور إنتشاره إلى تطوير موقف القضاء الإداري في فرنسا، أين إعتبرت المؤسسة الفرنسية للدم كممثل لمراكز نقل الدم هي المسؤول الوحيد أمام القضاء عن كل الدعاوى الخاصة بالدم الملوث ، كما أوقع المشرع إلتزاما بضمان السلامة على عاتق مراكز نقل الدم عامة وكذا الأطباء والمستشفيات خاصة.

وقد أكد المشرع الفرنسي هذا الإلتزام بتعديل آخر للقانون المدني، تضمنه قانون صادر في 19 ماي 1998 المتضمن المسؤولية عن فعل الأشياء المعيبة، والذي أكدّ مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة، فتضمنت المادة 1386 – 6 المدمجة ضمن القانون المدني الفرنسي مفهوما واسعا للمنتج ،الذي مكَن القضاء من إعتبار مركز نقل الدم منتجاً مسؤولا عن فعل منتجاته الموردة (الدم) إلى جانب كل من المستشفيات العامة والخاصة، وقد أكدّ قانون الصحة العامة على هذه المسؤولية بموجب المادة 1142– 1 منه والمستحدثة بموجب قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي.

لكن على أية حال فإن مسؤولية مركز نقل الدم القائمة على أساس العيب في المنتوج بدورها تطلب إقامة علاقة سببية بين العيب والضرر، الأمر الذي كان يصعب على المضرور إثباته، خاصة بالنظر إلى خصوصية الضرر الناتج وتراخيه في الظهور.

كل هذه الصعوبات الناتجة عن عدم إمكانية تطبيق الأحكام والقواعد العامة للمسؤولية المدنية التقليدية، سواء كانت تقصيرية خطئيه كانت أو موضوعية، أدى بالمشرع الفرنسي لما له من سبق في هذا المجال إلى البحث عن نظم تعويض أخرى، يمكن لضحايا الدم الملوث اللجوء إلها قصد جبر أضرارهم بالحصول على تعويض ، فكان لفرض التأمين الإجباري للمسؤولية المدنية في مجال الطب عامة ومجال نقل الدم خاصة، إضافة إلى صناديق التعويض، وإلتزام الدولة به في حالات خاصة الدور

الكبير والفعال كآليات تعويض جماعية ومكملة لجأ إليها التشريع الفرنسي حماية لحقوق ضحايا الدم الملوث، والذي سوف يأتي تفصيله في المبحث الثاني من هذا الفصل.

كل ذلك مع التذكير أن القانون والقضاء الجزائري مازال في هذا المجال (نقل دم ملوث) يلتجأ إلى أحكام وقواعد المسؤولية المدنية التقليدية وبالتحديد المسؤولية التقصيرية طبقا لأحكام المادة 124 من القانون المدني وما يليها، قصد حل مثل هذه الإشكالات أو القضايا التي طرحت أو يمكن أن تطرح لاحقا، مع العلم أن هناك نقص إن لم نقل إنعدام لطرح مثل هذه القضايا على القضاء، وهذا كما ذكرنا سابقا يرجع إلى القبول الإجتماعي لنتائج المعالجة، وتقبّل نتائجها إنطلاقا من الإيمان الراسخ بالقضاء والقدر.

2.2.1.2.2. التعويض في المسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوّث

إن التعويض هو الأثر الذي يترتب على تحقق الفعل الضار، و متى تحقق ذلك للمضرور دعوى قبل المسؤول[40] ص 398، وتعتبر دعوى التعويض الطريقة القضائية الوحيدة لحصول المضرور عليه من المسؤول الذي تسبب في الضرر، كما أن هذا الضرر هو العنصر الرئيسي والمؤثر في التعويض الذي يواجه القضاء بصدد تقديره العديد من الصعوبات الطبيّة والقانونية.

فتحقق المسؤولية وترتب آثارها ليس له تأثير في تحديد مدى التعويض عن الضرر، فلا طبيعتها ولا أساسها له دور مؤثر في تقدير التعويض.

ولأجل توضيح ذلك، فلا بد من بحث دعوى التعويض في المسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوث من حيث موضوعها وأطرافها والإختصاص القضائي بالنظر فيها، والتي على إثرها يقوم القاضي بتقدير التعويض المناسب لها، وذلك ضمن العناوين التالية:

أولا : دعوى التعويض في المسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوث

ثانيا : تقدير تعويض الأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث

1.2.2.1.2.2. دعوى التعويض في المسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوث

إن دعوى المسؤولية المدنية هي الوسيلة القضائية التي يستطيع من خلالها المريض الحصول على تعويض عن الضرر أصابه[57] ص 549، فهي دعوى المطالبة بإصلاح الضرر الناتج بسبب خطأ أو فعل المسؤول.

أطراف دعوى التعويض:

المدعي: المدعي في دعوى المسؤولية المدنية الناتجة عن نقل دم ملوث هو المريض المتضرر من إنتقال عدوى المرض الناتج عن الدم الملوث إليه، وهو الشخص الذي يحق له أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، سواء كان المضرور نفسه أو نائبه أو خالفه عاما كان أو خاصا[78] ص 773.

وإذا تعدد المضرورون، فإن لكل منهم دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعوى الآخرين، فلا تضامن بين المضرورين، بل لكل منهم تعويض خاص[78] ص 775.

ويشترط في المريض المضرور أن يكون أهلا لمباشرة الدعوى طبقا لما تقضي به القواعد العامة لقانون الإجراءات المدنية، كما لا بد أن يتمتع بقواه العقلية ودون حجر عليه، فدعوى التعويض تخضع للأحكام العامة في المسؤولية المدنية شأنها شأن أي دعوى مدنية ، و يطالب المريض بالتعويض عن الضرر الذي أصابه مباشرة أو إرتد عليه من ضرر أصابه غيره، كما يجوز للورثة في حالة موت الضحية أن يطالبوا بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم نتيجة الوفاة، سواء بإعتبارهم خلف لمورثهم، أو بإسمهم الشخصي، فيطالبون بتعويض الضرر الذي أصابهم شخصيا بسبب وفاة الضحية، كأن يكون هذا الأخير معيل لهم.

المدعى عليه: طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية فإن المدعى عليه في الدعوى هو الشخص المسؤول عن الفعل الضار، سواء كان مسؤولا عن فعله الشخصي أو مسؤولا عن فعل غيره، أو حتى عن الأشياء التي هي في حراسته ، لذلك يجوز رفع دعوى المسؤولية على المسؤول عن الغير وحده دون إدخال المسؤول الأصلي، وما على المسؤول الذي رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسؤول الأصلي ضامنا[78] ص 733.

لكن في حالة تعدد المسؤولين، فإنهم يكونون متضامنين في إلتزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عيّن القاضي نصيب كل منهم في الإلتزام بالتعويض، فتعدد المسؤولين يجعل كل منهم مدعى عليه، فيستطيع بذلك المدعى أن يقيم الدعوى عليهم جميعا ماداموا متضامنين كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره، ويطالبه بالتعويض كاملا فالتضامن يقضي بأن كل منهم يكون مسؤولا قبل المضرور عن التعويض كله، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقي كل بقدر نصيبه بحسب جسامة الخطأ أو بالتساوي[70] ص 199.

كما قد يكون المسؤول شخصا معنويا فتقام دعوى المسؤولية ضده لا ضد من يمثلونه فهؤلاء هم أعضاء يعمل بواسطتهم، لكن هذا لا يمنع من أن الخطأ المرتكب من الشخص المعنوي يرتكبه في الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراد، فيكون المسؤول هو الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعا في المسؤولية، فإذا دفع الشخص المعنوي (المستشفى) التعويض رجع على ممثليه (الأطباء) بكل ما دفع دون أن يخصم نصيبا عن مسؤوليته، لأنه لا مسؤولية عليه في العلاقة بينه وبين ممثليه إذا كانوا هم

الذين إرتكبوا الخطأ في الواقع، أما إذا دفعوا هم التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوي[78] ص 785.

أما إذا كان ممثل الشخص المعنوي تابعا له ، كحالة الأطباء التابعين للمستشفى، فتتحقق مسؤولية الممثل بإعتباره تابعا أو بصفته الشخصية، وتتحقق مسؤولية الشخص المعنوي (المستشفى) بإعتباره متبوعا.

لكن في دعوى المسؤولية عن نقل دم ملوث للمريض، قد يكون المدعى عليهم، إما الدولة كممثلة لمراكز نقل الدم أو المؤسسات الإستشفائية العامة والخاصة أو الأطباء وغيرهم.

الدولة مدعى عليها: لقد توجه ضحايا نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز بدعواهم ضد مرا كز نقل الدم والدولة في عام 1991، وقد واجه القضاء الفرنسي آنذاك دعوى من هؤلاء المرضى تلزم الدولة بالمسؤولية على أسس مختلفة[308] ص 454، 456، فأدانت محكمة باريس الإدارية الدولة لخطأ في ممارسة سلطاتها في تنظيم منتجات الدم ،كما قرر ذلك مجلس الدولة وبصفة خاصة للتأخر في منع إستخدام منتجات غير مسخنة، وهذا بالنظر إلى السلطات التي تخوّلها نصوص قانون الصحة العامة الفرنسي إلى إدارات الدولة فيما يتعلق بالتنظيم العام لخدمة نقل الدم والإشراف على المؤسسات المكلّفة بتنفيذها وكذا سن القوانين الخاصة بضمان جودة هذا الدم ومشتقاته ، وقد صدرت بشأن ذلك عدة أحكام منها حكم (Bianchi) في 9 أفريل 1993، والذي أخذ على عاتقه ذلك الخطر العلاجي.

المؤسسات الإستشفائية العامة مدعى عليها: منذ سنة 1993 أو 1995 وإلى غاية سنة 2010 لم يكف القضاء الإداري الفرنسي من التأكيد على الحلول التي أرساها حول قضاء نقل الدم الملوث، فقد ذهبت العديد من أحكام القضاء إلى تحديد قيمة التعويضات الممنوحة للمتضررين آخذة بعين الإعتبار ما جاءت به القرارات الخاصة بذلك كما تم التأكيد على القيود الواردة على المسؤولية اللاخطئية (بدون خطأ) في حالة ما إذا كانت المستشفيات تحتوي على مراكز نقل دم أو بنوك دم تابعة لها. فالمستشفى هنا تعتبر هي الشخص الإعتباري المسؤول عن الضرر، لكن إذا كان لمركز نقل الدم شخصية قانونية مستقلة، فإن المستشفى هنا تصبح غير مسؤولة عن الدم الملوث.

لكن مسؤولية المؤسسة الإستشفائية العامة يعتد بها في حالة إذا كان العمل الطبي هو السبب المباشر الناتجة عن إعطاء المريض دما ملوثا، أين يظهر ذلك بوضوح خطأ في تنظيم سير المرفق الصحي العام، وهو ما يتجه إليه القضاء الجزائري في أحكامه الخاصة بهذا المجال والذي سبق الإشارة إليه من خلال القرارين الخاصين بنقل الدم في المرفق الإستشفائي العام[284].

وإذا رجعنا إلى مضمون الإلتزام الواقع على عاتق المؤسسات الإستشفائية العامة الخاص بضمان السلامة للمرضى المعالجين بها ،عن طريق ضمان تقديم دم نظيف غير معيب وخال من الأمراض أو الفيروسات، فإن هذه الأخيرة تقوم مسؤوليتها في حالة إخلالها بهذا الإلتزام القانوني ودون

حاجة إلى إثبات خطأ في جانبها، فهي مسؤولية مفترضة تستوجب مساءلتها كمدعى عليه في دعوى المسؤولية المدنية وما على هذه الأخيرة إلا إثبات السبب الأجنبي عنها[363] ص 8.

إلا أنه وبالنظر إلى ما توصل إليه القضاء الفرنسي في تحديده للمسؤولية فنجد في قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، أن المشرع لم يمس الخطأ كأساس للمسؤولية، بل عاد إلى إعتباره أساسا أصليا لها وهو يشترط كأصل عام لقيامها، وبذلك نتساءل عن مدى تغيير القضاء الفرنسي لفكرة الخطأ المفترض هنا كأساس للمسؤولية المدنية الناتجة عن نقل الدم الملوث في المؤسسات الإستشفائية العامة ؟

إجابة منا على ذلك نقول أن القانون الجديد قد إعتمد في ذلك فكرة التضامن الوطني أو القومي والتي أكدّ تطبيقها في مجال نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز أو التهاب الكبد C بموجب المرسوم 2010 – 251 والمرسوم 2010 – 252 الصادر في 11 مارس 2010[1]، أين أسند التعويض هنا عند عدم وجود أوعدم إثباته الخطأ إلى مكتب خاص بتعويض الحوادث الطبية، والذي سوف يأتي بيان تفصيله لاحقا.

مراكز نقل الدم مدعى عليه: إن المسؤولية العقدية إتجاه الضحية من طرف مركز نقل الدم، والقائمة على نظام الإشتراط لمصلحة الغير، تتطلب طرفا ثالثا هوالمؤسسات الإستشفائية، لكن عمل هذه الأخيرة لا يمكن أن يكون سببا للإعفاء من المسؤولية في حالة وجود دم ملوث نقل إلى المريض فالمركز كما هو معلوم يقع عليه إلتزام بضمان السلامة، متمثل في تقديم منتَج (دم) سليم غير معيب وخال من الفيروسات التي من شأنها تعريض صحة المريض للخطر أو المساس بسلامته.

فيستطيع بذلك المريض الرجوع على مركز نقل الدم بإعتباره منتِجا طبقا لأحكام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة التي تضمنتها نصوص القانون المدني الفرنسي، وأكد تطبيقها قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى، المعدّل لقانون الصحة العامة الفرنسي ، فجاءت المادة 1142 – 1 التي أرست تطبيق أحكام هذا النوع من المسؤولية بالنسبة لمراكز نقل الدم بإعتبار نشاط هذه الأخيرة يخرج عن دائرة إثبات الخطأ فيه.

لكن بالنسبة للمشرع الجزائري نجد أن مراكز نقل الدم لا يمكن أن تكون طرف مدعى عليه في الدعوى ، فهي مؤسسة إدارية تابعة للوكالة الوطنية للدم و بالتالي وزارة الصحة من جهة، و للمؤسسات الإستشفائية الموجودة بها من جهة ثانية ، حيث تنعدم بالنسبة لها الشخصية القانونية فلا تملك بذلك حق التقاضي ، وعليه ترفع الدعاوى عند الحاجة ضد المؤسسة الإستشفائية أو ضد الدولة ممثلة في وزارة الصحة مباشرة و لا ترفع ضد مراكز نقل الدم .

المؤسسات الإستشفائية الخاصة (العيادات) مدعى عليه: تعتبر هذه المؤسسات بدورها مدعى عليه يمكن إثارة مسؤوليتها عن نقل دم ملوث للمريض المتعاقد معها، حيث يمكن له أن يرفع دعوى تعويض عن الضرر ضدها.

والمؤسسة الإستشفائية الخاصة أو العيادة تلتزم بموجب العقد الذي تبرمه مع المريض بالعديد من الإلتزامات، منها الإلتزام بضمان السلامة بالنسبة لتزويد المريض بالأدوية أو المنتجات الطبّية، وكذا الدم ومشتقاته، فإلتزامها بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بعمليات نقل الدم للمرضى، يكون مضمونه ضمان سلامة هؤلاء عن طريق تزويدهم بدم سليم ونظيف وخال من العيوب أو الأمراض، أين تسأل المستشفى ويرجع عليها في حالة الإخلال به، فهو إلتزام مقرر بموجب العقد الطبي المبرم مع المريض يمكن أن تتخلص من مسؤوليته بإثباتها للسبب الأجنبي في ذلك، كما يمكن لهذه الأخيرة الرجوع على مركز نقل الدم بإعتباره المرفق العام الوحيد الذي يحتكر نشاط جمع الدم وتخزينه وتحليله قصد توريده للمستشفيات (المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة)، فتكون بذلك مسؤوليتها تضامنية.

كما يمكن أن نشير أن المشرع الفرنسي بموجب المادة 1142 – 1 من قانون الصحة العامة الفرنسي والمستحدثة بقانون 4 مارس 2002، قد إشترط لقيام المسؤولية المدنية الطبية ثبوت الخطأ في جانب المستشفى أو العيادة وهو ما يصعب تحقيقه في مجال نقل الدم الملوث بالأمراض الخطيرة فكان اللجوء إلى طريقة أخرى للتعويض.

الأطباء مدعى عليهم: إن إلتزام الطبيب نحو المريض المتعاقد معه في الأصل هو إلتزام ببذل عناية ووسيلة أما في مجال نقل الدم خاصة، فإن إلتزامه هنا هو تحقيق نتيجة هي ضمان سلامة المريض المنقول له الدم، بعدم تقديم له دم معيب أو غير نظيف أو ملوث.

هذا الإلتزام يتخلله إحتكار مراكز نقل الدم لعملية جمع وتخزين وتحليل الدم، قصد توريده له سواء كان الطبيب عاملا بمستشفى عام أو خاص أو حتى في عيادته المنفردة، هذه المراكز التي يقع عليها كما بيّنا الالتزام بضمان السلامة لمنتجاتها المورّدة ، يجعل مسؤولية الطبيب هنا تنتفي بصدد نقل الدم إذا كان ملوثا، فهو لا يلتزم بتحليله مرة ثانية بعد تسلّمه من مركز الدم .

لكن قد يكون الطبيب طرفا مدعى عليه في الدعوى، فيسأل عن الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث مسؤولية تضامنية يلتزم من خلالها كل طرف بالتعويض بقدر تدخله في هذا العمل الطبي.

كما يشترط لقيام مسؤولية الأطباء هنا إثبات الخطأ، طبقا لما جاءت به الفقرة الأولى من نص المادة 1142 – 1 إلا أنها قد إستثنت قيام المسؤولية الطبية على أساس الخطأ في حالة المسؤولية الناجمة عن عيب في المنتج. أين يسأل بذلك المنتج وفقا لأحكام المسؤولية عن فعل منتجاته المعيبة المذكورة سابقا.

المؤمنون على المسؤولية المدنية مدعى عليهم: وهم شركات التأمين التي يتجه إليها كل من مراكز نقل الدم والمستشفيات الخاصة والأطباء بالمستشفيات العامة قصد إكتتاب التأمين عن مسؤوليتهم المدنية الناتجة عن الإضرار بالمرضى الذين هم تحت مسؤوليتهم[282].

إثبات المسؤولية من جانب المدعى: إن الأصل في قانون الإثبات أن على المدعي في دعوى التعويض إثبات جميع أركان المسؤولية المدنية بصفة عامة الموجبة للتعويض، ويكون إثبات المسؤولية عن طريق إثبات أركانها الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وهذا الإثبات هو جائز بكل الطرف القانونية بإعتبار هذه الأركان جميعا وقائع مادية[120] ص 119.

وبالنسبة للمسؤولية الناتجة عن نقل الدم الملوث، فإنه يقع عبء إثباتها على المتضرر، حيث لا بد عليه أن يثبت وقوع الضرر، في حين يقع على المتسبب بالضرر وهو المدعى عليه عبء نفي المسؤولية عنه عن طريق نفيّه لأركانها الموجبة للتعويض، وذلك بنفي كل من الخطأ أو الضرر أو علاقة السببية.

نفي الخطأ: فإذا كان إلتزام المدعى عليه إلتزاما بتحقيق نتيجة كما في حالة عملية نقل الدم، فإن الخطأ في جانبه يكون مفترضا لمجرد عدم تنفيذ إلتزامه بذلك، إلا إذا أثبت هذا الأخير العكس[120] ص 138.

ويكون نفي الخطأ في القواعد العامة عن طريق إثبات وجود حالة دفاع شرعي أو تنفيذ أوامر الرئيس، أو حالة الضرورة وما على المدعى عليه إلا إثبات وجود إحدى هاته الحالات التي تعدّم الخطأ.

وبالتالي وتماشيا مع حالة نقل دم ملوث للمريض، فإن المدعى عليه في دعوى المسؤولية هنا يمكن أن يثبت وجود إحدى الحالتين، حالة الضرورة، أو حالة تنفيذ أوامر الرئيس، خاصة إذا كان هذا الأخير ممرضا بالمستشفى وقام بعملية نقل دم لمريض بناء على أوامر الطبيب المختص ، إتضح بعدها أنه ملوث .

نفي الضرر: وهو من طرق نفي المسؤولية من جانب المدعى عليه في دعوى التعويض ، لكن إثبات إنتفاء الضرر قد يكون ميسورا أمام المدعى عليه في الحالة التي يأخذ بها المشرع بإفتراض الضرر، لكن أمام حالة الضرر المتمثل في دعوى مرض خطير كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C، والذي تمتاز تحاليل الإصابة به أنها حساسة، حيث تجري بكل خبرة وثقة ودقة وحرص ، فإن ثبوت هذا المرض عند الشخص المصاب به هو شيء لا يمكن نفيه.

إنتفاء علاقة السببية: من المقرر قانونا أنه لا يكفي لتحقيق المسؤولية المدنية بنوعيها وقوع خطأ وأن يسبب هذا الخطأ ضرر، بل يجب أن تكون هناك رابطة سببية بين الخطأ والضرر، فيكون الخطأ هو السبب في الضرر، كما أن المدعى عليه في دعوى التعويض لا يسأل إلا عن الأضرار التي تعتبر نتيجة للخطأ، فإذا ثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر،

وبذلك تكون قرينة السببية قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، يجوز للمدعى عليه نفيّها عن طريق إثبات السبب الأجنبي .

لكن في مجال نقل الدم الملوث، نجد أنها مسؤولية لا يمكن إثبات الخطأ فيها كما هو معلوم فهي قائمة على الضرر الناتج عن تلوث الدم وأساسها الإلتزام بضمان السلامة الملقى على عاتق كل من مراكز نقل الدم والمؤسسات الإستشفائية والأطباء بإعتبارهم أطراف متدخلة في هذه العملية.

وعلى أية حال فهي مسؤولية ينتفي فيها الخطأ (لا خطأ) يصعب إثباتها، لكن ينتج ضرر (مرض خطير كالإيدز) عن تلوث للدم وهي سببية عملية وطبّية، كما أن التلوث هنا يمكن أن تتعدد أسباب حدوثه وتخرج عن عملية نقل الدم وحدها، وهو الشيء الذي يثير صعوبة إثبات أن التلوث كان بسبب عملية نقل الدم مباشرة، فيكون بذلك على المدعى عليه إثبات وجود سبب أجنبي تدخل في تحقق عدوى المرض، هذا السبب الذي قد يستحيل في كثير من الأحوال علميا وطبيا إثبات وجوده ، خاصة مع ضرر قد تفصله عن وقوع السبب مدة زمنية تؤدي إلى إستحالة ربطه بها .

كل هذه الصعوبات سواء كانت تلك المتعلقة بإثبات رابطة السببية أو بنفيها أدت بالقانون والقضاء الفرنسي إلى البحث عن وسيلة أخرى للتعويض، قد تكون إستكمالا أو بديلا عن دعوى التعويض القانونية الخاصة بالمسؤولية المدنية تقليديه كانت أو موضوعية .

الإختصاص القضائي بدعوى التعويض: إن الإختصاص عموما يقصد به ولاية جهة قضائية للفصل في الدعوى دون غيرها.

الاختصاص النوعي: بالنسبة لدعوى المسؤولية المدنية، فإن المبدأ أن الإختصاص فيها يرجع للقضاء المدني، إلا أن سبيل التعويض لا يقتصر على القضاء المدني فقط بل يتعداه ليكون خاضعا للقضاء الإداري.

القضاء المدني: يلجأ الضحية المضرور إلى هذا القضاء عندما يكون المدعى عليه شخص طبيعي كالأطباء أو مساعديهم، أو قد يكون هذا الأخير من الأشخاص المعنوية الخاصة، وهي المؤسسات الإستشفائية الخاصة أو العيادات الخاصة أو المنفردة، أو حتى المشتركة.

وفي هذه الحالة يرفع المدعي (المريض) دعواه أمام المحكمة المدنية العادية للنظر في طلب التعويض عن الضرر الذي أصيب به ، وهو دعوى المرض إثر نقل دم إليه.

القضاء الإداري: يختص هذا القضاء طبقا للقواعد العامة في نظر المنازعات ذات الطبيعة الإدارية وقد أكد قانون الإجراءات المدنية في المادة 800 منه[258] على أنه:«المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية...التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها...».

وعليه نكون أمام منازعة إدارية إذا كانت الدولة، أو المؤسسة الاستشفائية العامة أومركز نقل الدم طرفا مدعى عليه فيها، فينعقد الإختصاص بذلك للقضاء الإداري ممثلا بالمحاكم الإدارية في ذلك.

الإختصاص الإقليمي (المحلي): فيما يخص هذا النوع من الإختصاص، فهو ليس من النظام العام، لذلك يجوز للأطراف الإتفاق على خلافه، إلا في حالات إستثنائية وردت على سبيل الحصر تضمنتها المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية 08 – 09 حيث حدّدت هذه المادة الإختصاص الإقليمي للقضاء المدني العادي في مجال الخدمات الطبّية في الفقرة الخامسة منها، فنصت على أنه:«.....ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبيّنة أدناه دون سواها.....في المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي تم في دائرة إختصاصها تقديم العلاج...».

أما فيما يخص الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية فقد نصت المادة 804 من القانون ذاته على مايلي:«...ترفع الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه...في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تقديم الخدمات...».

وما يلاحظ من خلال نص هذه المادة أن إختصاص المحاكم الإدارية سواء كان نوعي أو إقليمي فهو من النظام العام، حيث نصت المادة على رفع هذه الدعاوى وجوبا أمام المحاكم الإدارية في تلك الحالات المحدّدة ، هو ما أكدته بدورها المادة 807 من قانون . إ. م.

وتوضيحا لما سبق فإننا نقول أن الإختصاص بشأن دعوى التعويض عن المسؤولية المدنية الناتجة عن نقل دم ملوث، قد ينقسم بين كل من القضاء المدني (العادي) والقضاء الإداري أين يتحدّد هذا الإختصاص بالنظر إلى الشخص المدعى عليه في الدعوى ، كونه شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا ينعقد بشأنه الإختصاص للقضاء المدني العادي لحل النزاع، أو كان شخصا معنويا عاما، يؤدي نشاطا أو خدمة عامة فينعقد بشأن الدعوى هنا الإختصاص للقضاء الإداري.

2.2.2.1.2.2. تقدير تعويض الأضرار الناتجة عن نقل الدم الملوث

إن القاضي في سائر دعاوى التعويض يتيسر له بسهولة إمكانية تقدير التعويض، إلا أن الأمر في تعويض ضحايا نقل الدم الملوث خاصة بفيروس الإيدز، يصبح على العكس من ذلك فالمرض تختلف أضراره من مرحلة إلى أخرى ، وبالتالي لا يستطيع القاضي تعيين مقدار التعويض بصورة نهائية، فالضرر في مرحلة العدوى يختلف عنه تماما في مرحلة المرض الفعلي.

وحتى يستطيع القاضي أن يقدّر التعويض في مجال ضرر نقل دم ملوث ، فلا بد عليه أن يكون ملماً ببعض الأفكار الطبية والعلمية التي تُسهل مهمته، وهذا ما يدعوه إلى الإستعانة بخبير في هذه المسائل، لكن الخبير ليس هو الذي يحدّد مبلغ التعويض بصفة نهائية، فالقاضي له مناقشة الخبير في هذا الشأن وله تغيير ما قدّره بالزيادة أو النقصان إلى الحد الذي يراه عادلا.

كما قد تعترض القاضي صعوبات يمكن أن ترجع إلى المرض أو الإصابة ذاتها، فالإيدز مثلا أو حتى الإلتهاب الكبدي C، قد يبدأ ثم يستغرق إكتماله أو أعراضه مدة من الزمن، مما يجعل القاضي في حيرة من أمره، فهل يقدر التعويض بشكل كامل وجزافي عن الأضرار التي ظهرت أو ستظهر مستقبلا؟، أم يقدره جزئيا ويحتفظ المضرور بحقه في الحصول على تعويض كاملا بعد تمام ظهور المرض؟

بصفة عامة نجد أن القضاة يلجؤون إلى تقدير التعويض بإحدى الطريقتين:

التقدير الكامل للتعويض: حيث تقدر المحكمة التعويض في هذه الحالة بصفة شاملة، فتعوض الأضرار دون تفرقة بين الضرر المادي والضرر المعنوي، ومبلغ التعويض الذي تحكم به المحكمة هو مقابل كل من الضررين (المادي والمعنوي) بصورة عامة وشاملة، فالتقدير هنا يكون بغير تخصيص ويتناسب مع كل ضرر من هذه الأضرار، حيث يحدّد القاضي كل الأسباب التي أدت إلى الأضرار بصورة مختلطة وممزوجة.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا النوع من التقدير للأضرار في العديد من أحكامه وقراراته القضائية خاصة في المجال الطبي، فنذكر في هذا الصدد قرار مجلس الدولة الصادر في 2006/04/26 الخاص بالحقن بدم فاسد لمريضة بالمستشفى الجامعي بسطيف والذي إستأنف بشأنه التعويض المقرر، لكن مجلس الدولة أيد قرار الغرفة الإدارية القاضي بتقدير التعويض عن الضرر المادي والمعنوي وجملة الأضرار اللاحقة بزوج وأولاد الضحية جراء وفاة الضحية بمبلغ 500.000.00 دج، وهو تقدير شامل لكافة الأضرار اللاحقة بالمدعي جراء الواقعة[279].

التقدير التفصيلي للتعويض: وهو التقدير الذي يحكم به القاضي بطريقة تفصيلية محددا مطالب المضرور التي تم الإستجابة لها وتلك التي تم إستبعادها، وتعد هذه الطريقة أكثر اتفاقا مع العدالة[68] ص 974.

والتحديد التفصيلي من جانب القضاء لكل من عناصر التعويض يبيّن إذا كان القاضي قد قبل التعويض عن الضرر المادي والأدبي، أم أنه قبل التعويض المادي دون الأدبي، وبذلك يكون المضرور على بيّنة من الأمر.

كما تعدّ طريقة التقدير التفصيلي للتعويض أحسن الطرق بالنسبة للمضرور في مجال عمليات نقل الدم، إذ من خلالها يستطيع هذا الأخير معرفة إذا كان القاضي قد حكم له بالتعويض عن جميع الأضرار التي أصابته، أو أنه قد إحتفظ بحقه في التعويض عن الأضرار المادية دون الأدبية، وهل قبِل القاضي الحكم بالتعويض عن الضرر الخاص والمتعلق بالمرض الناتج عن نقل دم ملوث.

وذهب القضاء الفرنسي بصدد ذلك إلى الحكم بالتعويض الجزئي عن الضرر عند إكتشاف الإصابة بالمرض وإعلانها، مع الإحتفاظ للمضرور بالحق في الحصول على التعويض الكامل من صندوق تعويض ضحايا نقل الدم عند وصول المرض إلى مرحلته النهائية[371] ص 4، فالإصابة

بمرض الإيدز مثلا تمر بمراحل، ولا بد للتعرف على المرحلة التي وصل إليها المريض من إجراء فحوصات وتحاليل طبية من أهل الخبرة في هذا المجال، حتى تقوم بعدها المحكمة بتحديد ما هو واجب من التعويض، فحكم القاضي بالتعويض هنا يختلف بحسب المرحلة التي وصل إليها المصاب بالمرض، فمرحلة العدوى وحمل الفيروس والإعلان عن الإصابة تلحق بالمصاب أضرار معنوية، كحالات القلق والإكتئاب النفسي مما يترتب عليها آثار عكسية على حياته الخاصة، كما أنه قد يعجز عن إتمام عمله أو نشاطه بسبب خضوعه بإستمرار للفحوصات الطبية، وهي أضرار يجب التعويض عنها، أما عندما يصل المرض إلى مرحلته الأخيرة بالإكتمال والظهور، أين يعاني بذلك المريض إضطرابات جسدية ونفسية وآلام ومصاريف ونفقات علاج، فهنا تعد هذه أضرارا ظاهرة لا بد من التعويض عنها، وقد أقر القضاء الفرنسي في هذا الصدد حق المصاب في التعويض حتى عن الآلام التي تنتج عن إنتظار الموت، وعن الموت نفسه.

2. 2.2. آليات التعويض الجماعي و المكمّل في مجال نقل الدم الملوث

إن عجز النظام التقليدي للمسؤولية المدنية عن ضمان تعويض فعال لمختلف الأضرار، خاصة مجال الأضرار الجسمانية والأمراض والحوادث الطبية قلص دورها، فدخلت بذلك أزمة حقيقية جعلت أمر إعادة النظر في بناءها القانوني أمرا لا بد منه، حيث بدأت تزدهر فكرة الخطر كنتاج للتطور العلمي والتكنولوجي في كافة المجالات، فاسحة بذلك المجال لظهور أنظمة أخرى قائمة بذاتها، من أهمّها التأمين كنمط جديد لأشكال التعاون والتضامن.

وقد تحولت المسؤولية المدنية اليوم في نظر فقه المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس الضرر إلى مسؤولية جماعية (Responsabilité Collective) يلتزم فيها الكيان الإجتماعي بالتعويض دون التقيد بأحكام المسؤولية الفردية والتي شهدت في العصر الحديث إتجاهها نحو الإنهيار[372] ص 1، 2.

هذه المسؤولية الجماعية يلتزم فيها الكيان الإجتماعي ممثلا في نظام التأمين أو صناديق الضمان أو الدولة بتحمّل عبء التعويض مع المسؤول أو بدلا عنه، ليس طبقا لما تشير إليه قواعد المسؤولية المدنية الخطئية أو الموضوعية، وإنما إستنادا إلى إعتبارات أخرى كالعقد أو نص القانون أو التضامن الإجتماعي.

فنظام التأمين من المسؤولية هو شكل من أشكال التضامن الجماعي من أجل التعويض، إلا أنه لا يزال بعيدا عن الكمال فيما يخص معالجة مشكلة المسؤولية، فهو لا يغطي دائما فكرة الأضرار، كما أنه قد يصادف في بعض الأحيان أن لا يبرم المسؤول عقد التأمين عن مسؤوليته، لذلك برزت الحاجة الماسة إلى سد الثغرات التي قد تعتري فكرة التأمين كآلية أساسية للتعويض تقوم على مبدأ الجماعية فكان

السبيل إلى ذلك إيجاد آليات تعويض مكمّلة لنظام التأمين من المسؤولية تمثلت في كل من التعويض المقدّم من طرف صناديق الضمان أو إلتزام الدولة بالتدخل لتعويض المضرورين .

ولأجل توضيح ذلك رأينا ضرورة أن يتضمن هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: نظام التأمين من المسؤولية المدنية

المطلب الثاني: التعويض عن طريق صناديق الضمان

المطلب الثالث: إلتزام الدولة بالتعويض.

1.2.2.2. نظام التأمين من المسؤولية المدنية(Responsabilité Assurance)

إذا كانت المسؤولية الفردية تعني إلتزام محدث الضرر بالتعويض طبقا للقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية فان المسؤولية الجماعية تعني إلتزام أنظمة جماعية بالتعويض وفقا لأحكام المسؤولية المدنية أو بنص القانون أو الإتفاق ، فالمسؤولية الجماعية تتحقق بالعديد من الوسائل على رأسها نظام التأمين من الأضرار ونظام التأمينات الإجتماعية ، كذلك و بالأخص التأمين من المسؤولية والذي يختلف من حيث طبيعته وهدفه عن طريقة التعويض وفقا لقواعد المسؤولية المدنية .

ولد التأمين كفكرة تعاونية من خلال قيام مجموعة من الأفراد بالتعاون بينهم بتحمّل الضرر الذي يحل بأحدهم نظير إشتراكهم بحصص نقدية قابلة للتغيير تكون في مجموعها رأس المال الذي يستقع منه ما يكفي لجبر الضرر[122] ص 7.

لكن ما لبث أن خرج التـأمين من إطار هذه الفكرة التعاونية إلى نطاق واسع سعيا وراء إيجاد أسلوب يستطيع من خلاله الإنسان إدارة الأخطار المتنوعة وإيجاد وسيلة عملية تمكنه من تعويض الخسائر التي قد تصيبه[96] ص 8، فظهرت أنواع وتقسيمات جديدة للتأمين، وظهرت الشركات المتخصصة في قطاع التـأمين، كما استطاع الإنسان أن يؤمن نفسه من الأضرار التي تصيب ذمته المالية نتيجة تحقق مسؤوليته المدنية إتجاه الغير، وذلك من خلال التـأمين من المسؤولية المدنية.

فنظام التأمين من المسؤولية هو أحد الأنظمة الجماعية للتعويض، وهو نتاج العصر الحديث وجد بسبب التطور العلمي المذهل وإزدياد نشاط الإنسان وتوسعه، فنشأت بذلك أسباب جديدة لإنعقاد المسؤولية، ليتسع نطاقها وتتطور قواعدها، حيث أصبح الإنسان يسأل عن أفعال لم يكن يسأل عنها في الماضي.

لأجل ذلك برز التأمين من المسؤولية كأفضل وسيلة يلجأ إليها الإنسان حتى ينزع عن كاهله عبء التعويض ويمارس نشاطه بأمان وإطمئنان. فالتأمين من المسؤولية هنا يؤدي إلى حماية المتضررين إذ سيجدون أمامهم شخصا مليئا هو المؤمن، يحصلون منه على حقهم في التعويض دون التعرض لإعسار أو مماطلة من تسبب في إحداث الضرر[81] ص 1643, 1644.

كما إنتشر التأمين من المسؤولية إنتشارا واسعا وتنوع بتنوع ميادين النشاط وما إنطوى على ذلك من مسؤوليات مختلفة كالمسؤولية في مجال المهن الطبية مثلا، حيث توالت المحاولات الفقهية التي ترجع إلى سنة 1930 لأجل وضع نظام تأمين على الأطباء من المسؤولية المدنية عن أخطائهم الطبية كمحاولات الأستاذ كروزون والأستاذ هنري ديزوال[139] ص 36، إضافة إلى الفقيه (TUNC) الذي إقترح نظاما عاما إجباريا للتأمين في المجال الطبي سنة 1966 سماه التـأمين عن كل المخاطر الطبّية، حيث تبناه الطب والقانون خصوصا في مجال نقل الدم.

ولأجل ذلك سنبحث التأمين من المسؤولية في المجال الطبي وفقا للقواعد العامة ثم التأمين في مجال عمليات نقل الدم، وذلك ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول : التأمين من المسؤولية في المجال الطبي

الفرع الثاني : التـأمين من المسؤولية في مجال نقل الدم

1.1.2.2.2. التأمين في المجال الطبي وفق القواعد العامة

يعتبر التأمين عقد وعملية فنّية في آن واحد، فهو لا يقتصر فقط على مجرد وجود علاقة تعاقدية بين طرفي العقد وإنما يترتب على هذه العلاقة عملية فنية تستند إلى وجود تعاون بين عدّة أشخاص والإشتراك في تحمّل ما يصيبهم من كوارث[75] ص 11.

ولقد أفرد المشرع الجزائري لعقد التـأمين في القانون المدني أحكاما عامة[249] ، وعرّفه في المادة 619 منه، وهي نفس المادة المعاد صياغتها في المادة الثانية من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات[253] ص 3 حيث تنص المادة 02 من الأمر «التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي أخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبيّن بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن».

من خلال هذا التعريف نجد أن هناك علاقة قانونية وتعاقدية تنشأ عن التأمين، وهي علاقة بين طرفين هما المؤمَن له (L'assuré) والمؤمِن (L'assureur)، كما نستخلص أن عناصر التأمين هي الخطر والقسط ومبلغ التأمين، فالخطر هو الحادث الذي يحتمل وقوعه فقد يتحقق وقد لا يتحقق والقسط(Prime d'assurance) فهو المبلغ المالي الذي يلتزم المؤمن له بدفعه إلى المؤمن مقابل تغطية الخطر المؤمن منه وإذا كان المؤمن شركة تأمين، يسمى إشتراكا (Cotisation)، أما مبلغ التأمين (La somme garantie) أو التعويض، فهو المبلغ الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له أو للمستفيد من أجل تغطية الخطر عند تحققه[75] ص 13.

هذا بالنسبة للتأمين بصفة عامة، أما عن نظام التأمين من المسؤولية فيمكن تعريفه بوجه عام على أنه وجود شخص ما يخشى أن يكون مسؤولا عما يصيب الغير من ضرر، فيقوم بإبرام عقد تأمين ينقل بموجبه تبعة تعويض ذلك الضرر عن كاهله إلى طرف آخر يرضى بذلك وهو المؤمن[96] ص 51، حيث يؤمن نفسه من رجوع الغير عليه بالمسوؤلية. فالغرض من التأمين هنا هو جبر الضرر الذي يصيب المؤمن له في ذمته المالية نتيجة إنشغالها بدين المسؤولية التي يسأل عن أداها إتجاه الغير المضرور[49] ص 216، 217.

وقد نص الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المعدل بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 27 فبراير 2006 ، في المادة 56 منه المتعلقة بتأمينات المسؤولية على أنه:«يضمن المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية بسبب الأضرار اللاحقة بالغير» ، ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعرّف التأمين من المسؤولية كعقد يرتب حقوق وإلتزامات على أطرافه، بل قام بوصفه مبيّنا فكرته والغرض منه فقط، وهو تعريف ناقص.

أما عن تعريفه كعقد، فقد عرّفه البعض[118] ص 403، 404 على أنه:« عقد بموجبه يؤمن المؤمن له من الأضرار التي تلحق به جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية» ، وهو تعريف يوضح لنا أن عقد التأمين من المسؤولية يقوم بوظيفتين أساسيتين، الأولى أنه تأمين يغطي الأضرار التي تلحق بالمؤمن له من جراء تحقق مسؤوليته إتجاه الغير، والثانية أنه تأمين وقائي يغطي الضرر الذي يلحق بالمؤمن له جراء مطالبة الغير له بالمسؤولية، و تبعا لذلك سوف نبيّن ما يلي :

أولا: الطبيعة القانونية لعقد التأمين من المسؤولية

ثانيا: شروط التأمين من المسؤولية

ثالثا: آثار التأمين من المسؤولية

رابعا: التأمين من المسؤولية في المجال الطبي

1.1.1.2.2.2. الطبيعة القانونية لعقد التأمين من المسؤولية

إن تأمين المسؤولية المدنية هو تغطية تأمينية ضد الغير أو الطررف الثالث ، حيث أن الطرف الأول والطرف الثاني هما شركة التأمين والمؤمَّن له والطرف الثالث هو الغير ، وتقوم شركة التأمين بموجبه بتعويض الغير مباشرة أو من خلال المؤمَّن له عن الأضرار التي تلحق بالغير سواء كان ذلك في شخصه أو في ممتلكاته نتيجة خطأ إرتكبه المؤمَّن له[95] ص 130، 131

على أن حدود هذا النوع من التأمين لا يتعدى المسؤولية القانونية للمؤمَّن له ، ويتم التعويض عندما تتحقق مسؤولية المؤمَّن له قبل الغير أو من خلال الدعاوى التي يقيمها الغير على المؤمَّن له بالمسؤولية.

عقد تأمين يؤكد المسؤولية: حيث أن الغرض من التأمين هو إستبقاء المسؤولية في ذمة المسؤول وجعل المؤمن هو الذي يتحملها بدلا عنه[49] ص 219، فلا يقصد به سلب المضرور حقه في التعويض لكن تبقى المسؤولية في ذمة المسؤول ويقويها ويدعمها من خلال جعل المؤمن هو الذي يتحمل نتائج تحققها فيجد المضرور بذلك مركزه أقوى في ظلها.

لكن يشتبه عقد التأمين من المسؤولية مع الإشتراط لمصلحة الغير، ففي التأمين يستفيد المضرور من عقد لم يكن طرفا فيه، فيمكنه توجيه دعواه بالتعويض ضد المؤمن، وقد يحصل منه على ما لم يستطيع الحصول عليه من المسؤول عن الضرر، أما في الإشتراط لمصلحة الغير، فيستفيد المنتفع من خلال عقد المشارطة بحق مباشر إتجاه المتعهد لتنفيذ المشارطة لصالحه وهو لم يكن طرفا فيها.

إلا أن هناك من يقول أن التأمين من المسؤولية ليس إشتراط لمصلحة الغير، بحجة أن المؤمن له لا يقصد عند إبرام التأمين تحقيق مصلحة الغير، فالمؤمن له يقصد تأمين مسؤوليته عن التعويض الذي قد يطالب به المضرور، كما أن المؤمن عندما تعاقد معه إنما تعاقد لمصلحته بهدف تعويضه عن الأضرار التي تصيبه بسبب رجوع المضرور عليه، لذلك التأمين من المسؤولية هو تأمين لمصلحة المؤمن له وليس لمصلحة الغير[200] ص 29.

التأمين من المسؤولية عقد تأمين من الأضرا: إن التأمين من المسؤولية يفترض فيه أن المؤمن له هو الذي يحدث ضررا بالغير، سواء كانت مسؤوليته ناشئة عن ضرر أصاب المضرور في جسمه أو في ماله، بحيث لا يكون المضرور هو الذي يؤمن من الضرر، بل المؤمن له هو الذي يؤمن نفسه من هذا الضرر، بحيث يتحقق الخطر إذا ما طالب بالمسؤولية عن هذا الضرر، فالمؤمن في التأمين من المسؤولية لا يلتزم بتعويض الغير المصاب بالضرر، لكن يتحمل العبء المالي الذي ألقي على عاتق المؤمن له نتيجة إنعقاد مسؤولية الأخير إتجاه الغير المضرور[88] ص 30.

كما أن التأمين من المسؤولية يحكمه المبدأ التعويضي الذي يحكم التأمين من الأضرار، فإذا تحقق الضرر إلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له بمقدار ما أصابه من ضرر في حدود مبلغ التأمين[138] ص 9.

وقد تبنى المشرع الجزائري المبدأ التعويضي، أو ما يمكن أن نسميها الصفة التعويضية للتأمين في نص المادة 623 ق م ، حيث تنص:«لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يتجاوز ذلك قيمة التأمين»، وهو ما يفسر أن إلتزام المؤمن إتجاه المضرور هو التعويض عن الضرر الواقع بما لا يتجاوز مبلغ التأمين المحدّد في العقد.

التأمين من المسؤولية تأمين من دين: فهو يضمن الجانب السلبي للذمة المالية للمؤمن له، أي ما على المؤمن له من إلتزامات مالية إتجاه الغير، لذلك فهو يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم: المؤمن، المؤمن له (المسؤول) والشخص الثالث هو المضرور المستفيد القانوني من التأمين.

2.1.1.2.2.2. شروط التأمين من المسؤولية

إن التأمين من المسؤولية هو وسيلة قانونية وتقنية في الوقت ذاته تقوم على شروط تقتضيها طبيعة الحماية التي يكفلّها نظام التأمين للمتضرر، حيث تتخذ شروطه صورتين: شروط قانونية وأخرى فنيّة[75] ص 72.

فبالنسبة للشروط القانونية نجد :

وجود خطر: ويعدّ بمثابة المحل في عقد التأمين، وهو الحادث الذي يحتمل وقوعه، فقد يتحقق وقد لا يتحقق، لكن يجب ألا يكون تحقق الخطر على صورة كارثة[36] ص 76، 77، كما لا يعتبر الخطر متحققا إلا إذا قام المتضرر بمطالبة المؤمن له وديا أو قضائيا بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، وقد نص على هذا الشرط المشرع الفرنسي في المادة 1-124 من قانون التأمينات الفرنسي، لكن قانون التأمينات الجزائري لم ينص على ذلك.

أن يكون الخطر إحتماليا: أي أن يكون ممكنا ومما يحتمل وقوعه في المستقبل، فقد يقع وقد لا يقع وبالتالي أن يكون الخطر غير مؤكد الوقوع ومستقبليا، فإذا كان الخطر مستحيل الوقوع فإنه لا يكون هناك فائدة من التأمين ضده، وأيضا إذا كان مؤكد الوقوع فإن تكلفة التأمين ضده تكون أكبر من قيمة الخسارة المتحققة بوقوعه.

أن يكون الخطر مستقلا عن إرادة الطرفين[75] ص 102، 103: لا بد أن يكون الخطر المؤمن منه ناتجا عن عوامل الصدفة، فلا يجوز للمؤمن له إحداثه عمدا بفعله أو تعمدّه إلحاق الضرر بالغير، لأن هذا يبطل عقد التأمين، أما بالنسبة للخطأ غير العمدي فيمكن التأمين عليه مهما كانت جسامته.

كما يبقى عقد التأمين قائما ويبقى المؤمن ملزمًا بدفع مبلغ التأمين طبقا لنص المادة 12 من الأمر 95-07 إذا حدث الخطر بخطأ الأشخاص الذي يكون المؤمن له مسؤول عنهم مدنيا، طبقا لأحكام المسؤولية عن فعل الغير سواء مسؤولية متولي الرقابة (المادة 134 ق م ج) أو مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع (المادة 136 ق م ج) مهما كانت نوعية الخطأ المرتكب وخطورته.

أن يكون الخطر المؤمن منه مشروعا: أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة[41] ص 77، وهو شرط نص عليه المشرع الجزائري في المادة 621 ق م، كون هناك مخاطر لا يجوز التأمين عليها قانونا.

أما عن الشروط الفنية: فهي الشروط اللازم توفرها في الخطر المؤمن منه وهي[49] ص 326، 327:

أن يكون الخطر متواتر: حيث لا بد أن يكون الخطر قابلا للتحقق بدرجة كافية ، حيث تسمح لقوانين الإحصاء بأن تصل إلى تحديد درجة إحتماله، أي لا بد من وجود عدد كبير من الأفراد معرضين لخطر معين يمكن التأمين عليهم، وأن يقع في أوقات متحدّدة ومتقاربة تقاربا معقولا (مكرر الوقوع).

أن يكون الخطر موزعا: أي منتشرا على نطاق واسع، ولا يكون تحققه مركزا كما لا بد أن يصيب في ذات الوقت عددا كبيرا من الأشخاص أو يصيبهم جميعا في وقت واحد، وإلا سوف يؤدي إلى كارثة بالنسبة للمؤمن.

أن يكون الخطر متجانسا: حيث لا بد أن يكون الخطر من طبيعة واحدة، أي مخاطر متحدّة الموضوع والمحل.

أن يكون الخطر من الممكن تحديد نتائج توقعه: أن يكون ناتج تحقق الخطر محدّدا أو قابلا للتحديد، إلا أن هناك بعض الأخطار التي تكون غير قابلة للتحديد، كالأخطار التي يتضمنها المجال الطبي والتي تكون غير معينة وغير محدّدة ، فالخطر غير معروف و لا معين وقت التأمين، و إنما يعرف ويعين عند وقوعه.

ومما سبق فإن شروط التأمين الفنية منوط بها تحديد العلاقة بين كل من قيمة التأمين ومقابل التأمين، حيث يتوقف على كل منهما حساب الآخر وفقا لأسس فنية ودراسات إحصائية رياضية لا علاقة لها بعقد التأمين[38] ص 13، 14.

وعليه فإن تحقق الشروط القانونية والفنية للخطر المؤمن منه إلتزم المؤمن في عقد التأمين بأداء مبلغ التأمين للمؤمن له أو للمستفيد في حالة تعيينه، حيث يحدّد هذا المبلغ بأقل القيمين (مقدار الضرر ومبلغ التأمين) وهو ما نصت عليه المادة 623 ق م ج ، كما يساهم في تحديد هذا المبلغ مبدأ التعويض.

3.1.1.2.2.2. آثار التأمين من المسؤولية

ينشأ عقد التأمين من المسؤولية علاقتين: الأولى فيما بين المؤمن والمؤمن له، والثانية فيما بين المؤمن والمضرور.

علاقة المؤمن بالمؤمن له: هذه العلاقة يحكمها عقد التأمين المبرم بين المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له وهو الشخص الذي يخشى مطالبته بالتعويض، وهذا العقد يرتب إلتزامات في ذمة كل منهما فالأول يلتزم بالوفاء بمبلغ التأمين للمؤمن له أو التعويض إلى المضرور في حالة تحقق الخطر المؤمن منه عند مطالبة المضرور للمسؤول (المؤمن له) بقيمة التعويض.

أما الثاني فيلتزم بالوفاء بقسط التأمين للمؤمن وإخطاره عن أي أسباب من شأنها أن تؤدي إلى تفاقم الخطر المؤمن منه.

علاقة المؤمن بالمضرور: إن حق المضرور في التعويض ينشأ عن طريق تحقق الضرر، فإذا طالب به ثبت حق المؤمن له في مبلغ التأمين قبل المؤمن لتحقق الخطر المؤمن منه.

ويكون للمضرور الحق في مطالبة المؤمن بمبلغ التأمين عن طريق الدعوى المباشرة (Action directe)، بإعتباره دائنا للمؤمن له الذي أضحى دائنا للمؤمن بتحقق الخطر المؤمن منه.

كذلك فإن ثبوت مسؤولية المؤمن له عن الضرر والتي يكون أساسها المسؤولية التقصيرية توجب حق المطالبة بالتعويض للمتضرر، فتكون هذه المطالبة بإحدى الطريقتين:

المطالبة القضائية: وهذا إذا رفع المتضرر دعوى ضد المؤمن له للحصول على حكم مستقل بثبوت مسؤوليته، حيث يرفع في هذا الصدد دعوى للمطالبة بالتعويض أمام المحاكم المدنية، فيصدر بشأنها حكم يفصل في مسألتين: مسؤولية المؤمن له إتجاه المتضرر، وإلتزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض المحكوم به للمتضرر مباشرة.

المطالبة الودية (تسوية ودية): وتكون هذه التسوية بين المتضرر وشركة التأمين، وبناءا عليه يجوز لشركة التأمين أن تتفق مع المتضرر على مقدار التعويض وحدود مسؤوليتها، حث يشترط للتسوية الودية شرطان هما[27] ص 319: أن يتقدم المضرور بطلب التسوية لشركة التأمين، وأن يوضح بالطلب تاريخ الحادث وصفة وإسم المتضرر والأضرار اللاحقة به .

وقد أخذ المشرع الجزائري بالدعوى المباشرة في عقد التأمين رغم عدم النص عنها صراحة، حيث جعل العلاقة بين المؤمن (شركة التأمين) والمؤمن له (المسؤول) مباشرة، وأعطى الحق للمضرور بالرجوع على شركة التأمين بمقتضى حق مباشر له للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، فخول له هذا الحق في بعض الحالات بموجب قوانين خاصة وبموجب مبادئ العدالة، كما أجاز المشرع للمضرور الحق في إدخال الضامن (شركة التأمين) بدعوى المسؤولية[39] ص 279، وتجنب المشرع بذلك ما يمكن أن يوجه من نقد للدعوى غير المباشرة التي لا يكون في صالح المضرور اللجوء إليها بسبب تزاحم دائني المؤمن له .

وتسقط دعوى المضرور المباشرة في مواجهة شركة التأمين بمرور ثلاث سنوات من وقت حدوث الواقعة (الضرر)، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 624 ق م، في حين أن دعوى التعويض في مواجهة المسؤول (المؤمن له) تبقى قائمة وتخضع للقواعد العامة في ذلك.

وقياسا على ما سبق يمكن للمضرور أن يرفع للمطالبة بحقه إما الدعوى المباشرة ضد شركة التأمين، أو دعوى التعويض في مواجهة المسؤول (المؤمن له) لكن في حالة إذا ما حصل هذا الأخير على التعويض من الشركة، فهل يحق له أن يعود على المسؤول بتعويض آخر؟ وهو ما يثير مسألة الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض من المسؤول المتسبب في الضرر؟

نقول أن هذا الجمع غير مقرر بالنسبة لبعض التشريعات والتي من بينها التشريع الجزائري، فلا يحق للمضرور الرجوع على المسؤول إلى جانب حصوله على مبلغ التأمين، إلا في حالة عدم تمكنه من الحصول على تعويض كامل من شركة التأمين، فهنا يمكن الرجوع بما يكمّل التعويض[113] ص174، 175.

4.1.1.2.2.2. التأمين من المسؤولية في المجال الطبي

لقد أصبح هناك علاقة وثيقة بين التأمين وبين المسؤولية فكلما إتسعت دائرة المسؤولية إتسع معها نطاق التأمين، ويعتبر التأمين من المسؤولية المدنية المهنية أهم أنواع هذه التأمينات حيث يغطي عقد التأمين من المسؤولية هنا الأخطار التي تنتج عن أخطاء المهني أثناء مارسته لمهنته، فمحله الأخطار المرتبطة بممارسة المهنة[106] ص26. كما يتميز عقد التأمين من المسؤولية المهنية بخصائص تميزه عن غيره فهو عقد مهني ذو طابع تعويضي، ويكون التأمين فيه في بعض الحالات إجباريا[106] ص 18، 19.

وتدخل مهنة الطب كما أسلفنا سابقا من بين المهن التي يتقرر بموجبها عقد التـأمين من المسؤولية المدنية، حيث يرجع تاريخ نشوء نظام التأمين لمسؤولية الأطباء المدنية عن أخطائهم الطبية إلى سنة 1930، فنتيجة للإكتشافات العلمية والتقدم التكنولوجي، وتطور العلوم الطبية التي صاحبت هذا التقدم العلمي المذهل في العصر الحديث، وإزديادا أمل المريض معها بالشفاء، ونظرا لتدخل وسائل الإعلام المختلفة بتوجيه المرضى للمطالبة بحقوقهم تارة ومهاجمة الأطباء عن أخطائهم الطبية تارة أخرى أدى ذلك إلى إثقال كاهل الأطباء وإزدياد الدعوى المعروضة أمام القضاء، فظهرت بذلك العديد من النظم الإجتماعية منها نظام التأمين، فأصبح المريض بذلك لا يتردد في إقامة دعوى المسؤولية مطالبا بالتعويض، فالدعوى في نظر المريض هنا تمس ذمة الطبيب المالية مع وجود شركات التأمين.

وقد كان التأمين من المسؤولية الطبية في فرنسا أمرا إختياريا بإستثناء في حالات خاصة كما هو الحال في البحوث العلمية الطبية ومؤسسات نقل الدم (والذي سوف يأتي بيانه لاحقا)، إلى أن تبني المشرع قانون 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى، الذي عدّل أحكام المسؤولية الطبية بإلزام الأطباء والمؤسسات الصحية التي تنشط لحسابهم الخاص بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية (المادة 1142-2 ق ص ع)، كما رتب جزاءات تأديبية وعقوبات جزائية في حالة إنعدام التأمين الطبي فأصبح بذلك التأمين شرط إلزامي لممارسة مهنة الطب سواء كان الطبيب عاما أو خاصا[166] ص 302، 303، ففرض المشرع الفرنسي هذا التأمين الإجباري عن مخاطر العلاج، ليضمن تعويض المتضرر عند عدم إمكانية إثبات الخطأ[317] ص 203، 213.

وإعتبر المشرع الجزائري بدوره هذا النظام إلزاميا ويترتب على عدم القيام به جزاء، وذلك بمراجعة الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات حيث نص في المادة 167 منه:« يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير»، ويضمن هذا التأمين التعويض للمريض نتيجة الضرر الذي قد يلحقه بسب خطأ المؤسسات الصحية وأعضاء السلك الطبي

وشبه الطبي في أي مرحلة من مراحل العمل الطبي، فكان لتدخل المشرع بفرض التأمين الإجباري في المجال الطبي موقف يبرره وجود خطر جسيم يقع على المجتمع، بسبب كثرة الأضرار التي تصيب عدد كبير من المرضى، هادفا بذلك إلى حماية فئة معينة من فيئات المجتمع وهم الأطباء كي لا يتهددهم سيف المسؤولية المدنية، وهو ما يؤثر سلبا على أدائهم لمهنتهم، وهي حقوق تتكفل الدولة بضمانها للمضرور، أما عن الأخطاء الطبية الناجمة عن عمل هؤلاء الأطباء فهي تخضع كما ذكرنا للمجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب قصد توضيحها وإثبات أو نفي المسؤولية عنها.

كما أن الواقع العملي بيّن أن نظام المسؤولية المدنية وحده سواء كانت خطيئة أو موضوعية لا يتضمن تعويض المتضررين من المرضى إلا في نطاق محدود، فهناك صعوبات كثيرة تتعلق بتحديد وجه الخطأ أوالقصور فضلا عن رابطة السببية، فيصبح بذلك الحق عسيرا يعجز الوصول إليه من طرف المريض في بعض الأحيان لعجزه عن إثبات دعواه ، وتخفيفا لذلك فرض المشرع التأمين في المجال الطبي وجعله تأمينا إجباريا، ولم يحدّد مع ذلك الأضرار المغطاة بالتأمين أو المستثناه من التأمين وفقه وهو ما يجعلنا نستنتج أنه تأمين من خطر غير معين فهو غير محدد القيمة، حيث يكون المؤمن فيه ملزم بالتعويض أيا كان مقدار المسؤولية[81] ص 2072، وهو ما يجعل التأمين في هذه الحالة يساعد على نبذ مبدأ إرتباط التعويض بفكرة السببية كمبدأ من المبادئ التي تقوم عليها المسؤولية المدنية .

لكن ما يمكن التركيز عليه هنا، هو أن الخطر المضمون بالتأمين الإجباري من المسؤولية لا بد أن يكون محددا بطريقة تضمن التعويض، حيث أن تحديد الخطر يبعد التحكم فيه أو إستبعاد الضمان منه، وهو ما لوحظ على التشريع الجزائري، فعدم تحديده للخطر المؤمن منه بشكل واضح ودقيق، جعل هذا الأخير يدخل في مضمون الخطر غير المعين ذو القيمة غير المحدّدة، والذي يلتزم فيه المؤمن بالتعويض مهما كان مقدار المسؤولية فيه .

لكن السؤال المطروح هنا يتعلق بمدى كفاية القواعد التقليدية للمسؤولية والتأمين منها للإحاطة بمستجدات الميدان الطبي، بصيغة أخرى مدى قدرة هذه القواعد على معالجة بعض الوضعيات التي يتم فيها إثارة المسؤولية المدنية في المجال الطبي كتلك الخاصة بعمليات نقل الدم، وما يترتب عنها من أضرار ومخاطر تصيب الأفراد، خاصة ما تعلق منها بنقل دم ملوث بأمراض أو فيروسات تعرّض صحة وحياة الأفراد للخطر، وهو ما سوف نحاول بحثه في الفرع الثاني.

2.1.2.2.2. التأمين من المسؤولية في مجال عملية نقل الدم

إن التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية في المجال الطبي عامة أصبح ضرورة ملحة حاليا لأعضاء السلك الطبي والمؤسسات الصحية، وخاصة بعد التقدم العلمي والفني المتزايد والمتسارع في هذا المجال ، فالتأمين الإلزامي يؤدي إلى خلق وعي تأميني لدى هؤلاء ، مما يساعد على رفع مستواهم

المهني، حيث يتكون لديهم الحافز إلى رفع مستوى الأداء وبذل المزيد من الجهد لخدمة المرضى وعلاجهم بدون خوف، كما يضفي التأمين على سلك الأطباء والمستشفيات الطمأنينة والآمان الذي يحتاج إليهم المؤمن له ، حيث يوفر له الحماية ضد الأخطار الطبية التي تواجههم أثناء ممارسة عملهم فيزرع فيهم الثقة بالنفس في أداء واجبهم ويدفعهم للإبتكار والإبداع وإتقان العمل، كما يشعرهم بالإطمئنان لأن أي خطأ غير مقصود فإن هناك جهة ستدفع عنه التعويض، مما يجعل ذمتهم المالية في مأمن حال تعرضها للمطالبة من قبل المريض المتضرر.

من جهة أخرى فإن التأمين الإلزامي هنا يؤدي إلى تشجيع أعضاء السلك الطبي عامة والمستشفيات، على إستخدام الأجهزة والآلات الحديثة والتقنيات وأساليب العلاج المختلفة أثناء ممارسة عملهم، وهو ما ينعكس إيجابا على المرضى، حث يحقق حماية لهم في حصولهم على حقهم في العلاج الأمثل والأفضل، كما يضمن لهم الحصول على تعويض عادل يجبر ضررهم وسرعة الحصول عليه فالمريض هنا هو الحلقة الضعيفة في العلاقة بينه وبين الطبيب[138] ص 3.

وعليه فإن فرض التأمين هنا يرفع الحرج عن المرضى في متابعة الأطباء، فشركة التأمين تكفل هؤلاء مقابل دفعهم أقساطا دورية لها ، وبذلك يستطيع المضرور أو المريض عن طريق هذا التأمين الرجوع مباشرة على المؤمن (الشركة) بالدعوى المباشرة دون الرجوع على المؤمن له[88] ص 20، إلا إذا كان مبلغ التأمين لا يتناسب مع الضرر، فهنا يستطيعه المضرور الرجوع على المؤمن له بباقي التعويض، وهو ما يقودنا إلى القول أن التأمين الإلزامي بصفة عامة يشجع القضاء على الحكم لصالح المضرور، فهناك شركات تأمين ستتولى الدفع له، مما يساهم في التقليل من الصعوبات التي تواجه القضاء في مجال الإثبات للخطأ الطبي.

ولقد فرض هذا التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم في فرنسا بموجب عدة نصوص تشريعية منها القرار الوزاري الصادر في 28 ماي 1956، الذي يلزم كل مركز نقل دم آنذاك بإبرام عقد تأمين يغطي الأضرار التي تصيب المتبرعين أو المتلقين للدم، كما فرض القانون رقم 61-846 الصادر في2 أوت 1961، على المؤسسات التي تمارس تجارتها على الدم البشري ضرورة إبرام عقد تأمين يغطي المسؤولية التي يمكن أن تنتج من جراء هذه الممارسة[106] ص 108، وقد أدرج هذا القانون في المادتين 667 فقرة 5 و675 فقرة 1 من تقنين الصحة العامة الفرنسي القديم.

ويلاحظ على هذا القانون أنه حصر نطاق الضمان في المسؤولية الناشئة عن نشاط مؤسسات الدم في تعديل صفات وخصائص الدم قبل أخذه من المتبرعين، حتى وإن كان هذا الضمان غير محدود.

أما القرار الصادر في17 ماي 1976، فقد صدر بخصوص المؤسسات التي تعمل في مجال أخذ أو تلقي الدم، حيث ألزم تلك المؤسسات بإبرام عقود التأمين من المسؤولية لضمان المخاطر الناشئة عن الأضرار التي تصيب الأشخاص المتبرعين بالدم بمناسبة نشاط هذه المؤسسات في مجال تلقي الدم.

وقد جاء هذا القرار لضمان مسؤوليات مؤسسات نقل الدم، إضافة إلى تعديل صفات وخصائص الدم قبل أخذه ، ففرض المسؤولية الناشئة عن نشاط تلك المؤسسات في مجال نقل الدم عموما.

وأخيرا نجد قرار 27 يونيو 1980[138] ص 391، 392، والذي فرض ذات الإلتزام، بإبرام عقود تأمين من المسؤولية على مراكز نقل الدم، لكنه كان أوسع نطاقا من التشريعات السابقة، حيث مدّ نطاق الضمان إلى صور أخرى من النشاط الذي تقوم به مراكز نقل الدم، كما لم يقتصره على المتبرعين فقط بل حتى إلى أشخاص آخرين ، حيث حدّد القرار نطاق الخطر منه والمخاطر التي يشملها الضمان كما تناول المخاطر المستبعدة منه.

فبالنسبة للمخاطر المغطاة بالضمان(نطاق الخطر المؤمن منه)، فهو يشمل مسؤولية المركز أو أحد تابعيه سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، حيث نصت المادة الثانية من القرار على المخاطر التي يغطيها التأمين فيما يتعلق بالأضرار الجسدية أو المادية والمعنوية التي تصيب المريض حيث يشمل كل شخص متبرع بالدم أثناء سحب الدم منه، أو إصابته بأي أذى أثناء وجوده في المركز، وأصيب من أدوات موجودة بالمركز، ومثالها إصابته بالعدوى لأي مرض خطير نتيجة سحب الدم منه بواسطة إبرة ملوثة غير معقمة ، كذلك كل شخص متلقي الدم، للعلاج ويلحقه ضرر نتيجة نقل الدم أو أحد مشتقاته هذا أضافة إلى الأضرار الناتجة عن الآلات المستخدمة في المركز أو تلك الناتجة من أفعال العاملين به والمخاطر الناتجة من توزيع الدم ومشتقاته، ومن تسليم لوحدات الدم أو مشتقاته للغير قصد الإستخدام حيث يغطي التأمين تلك الأضرار الناتجة عن توزيع الدم.

أما عن المخاطر المستبعدة من الضمان، نصت عليها المادة الثالثة فقرة أولى من القرار وهي الأضرار الناتجة عن الخطأ العمدي أو التدليس الواقع على المؤمن له (المركز) ، الأضرار الناتجة عن حوادث السيارات التابعة للمركز، الأضرار الناتجة عن الأموال التابعة للمركز و الأضرار الناتجة عن حوادث الآلات من حريق أو تسرب مياه أوغاز أو حدوث إنفجار في الأماكن المملوكة للمركز أو المؤجرة له أو يكون حائزها، كذلك الأضرار الجسدية التي تصيب أحد تابعي المركز أثناء تأدية عملهم.

وقد جعلت المادة الرابعة من ذات القرار نطاق الضمان من حيث الزمان ممتدا إلى بعد إنقضاء عقد التأمين بمدة خمس سنوات، هذا بخصوص المسؤولية عن توزيع الدم أو أحد مشتقاته، وهوما ذهب إليه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه[315] ص 73، كما ترك المشرع الفرنسي تحديد قيمة الضمان لإتفاق طرفي عقد التـأمين، مما يعني تفاوت الضمان من عقد إلى آخر.

وعليه فإن تحديد قيمة الضمان يرتبط بتحديد مفهوم الكارثة؟ ، والذي عرفته الفقرة الثامنة من المادة الأولى للقرار ، حيث نصت:« أن الكارثة هي كل النتائج الضارة الناشئة عن ذات الواقعة التي من شأنها أن تثير ضمان المؤمن» ، فذهب القضاء الفرنسي بذلك إلى إتجاهين لتقدير قيمة الضمان، إتجاه يحدد قيمة الضمان (محدود) .

وإتجاه يقضي بالضمان الكامل[315] ص 81، وقد كان إتجاه تحديد قيمة الضمان هوالإتجاه المقبول والغالب في ذلك

لكن قد كان لتحديد قيمة الضمان آثار على كل من المؤمن له (مركز نقل الدم) والمضرور وكذا المؤمن، فبالنسبة للمؤمن له (مركز نقل الدم) فقد أحدث تطبيق هذا الإتجاه ثغره في الضمان تفرضها معطيات طبية تتعلق ببعض الأمراض الناجمة عن نقل الدم، وبوجه خاص كالإيدز وإلتهاب الكبد الوبائي، والذي يستغرق تفاقم حالة المريض به عدة سنوات قد تصل إلى 20 سنة، و لهذا كثيرا من دعاوى التعويض الناشئة عن تلوث الدم لا ترفع إلا بعد إنقضاء مدة سريان العقد أو بعد انقضاء مدة الضمان اللاحق حتى[315] ص 81، وبهذا فإن مركز نقل الدم في هاته الحالة سوف يقوم بدور المؤمن فيما يتجاوز تلك القيمة أو هذه المدة، وهو شيء يعجز المركز عن القيام به، أمام ضخامة مبالغ التعويض وعدد المضرورين الذين يمكن أن يكون، وهو ما يدعو إلى التساؤل عمن يقوم بتعويض هؤلاء المضرورين هنا ليسد ثغرة الضمان الموجودة؟.

فالنسبة للمؤمن يرتب ذلك أنه يستطيع التمسك بتطبيق هذا المبدأ التعويضي (تحديد الحد الأقصى لقيمة الضمان) سواء في مواجهة المؤمن له (المركز أو المضرور)، أما المضرور فإنه في ظل تحديد قيمة الضمان يتعذر عليه الحصول على أساس المسؤولية الموضوعية (الضرر)، وهذا عن طريق صناديق الضمان أو إلتزام الدولة التضامني بالتعويض، وهو ما سوف نتعرض إليه لاحقا.

ومع ذلك يعتبر نظام التأمين الإجباري للمسؤولية المدنية في مجال نقل الدم ضرورة لا بد منها وآلية تعويض ضرورية تسعى تشريعات الدول للنص والإلزام به، وهو ما إستمر المشرع الفرنسي على تأكيده بموجب المادة 1222-9 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنجده فرض التأمين من المسؤولية في مجال نقل الدم بموجب المادة 169 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات ، حيث تنص:« يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم البشري من أجل الإستعمال الطبي أن تكتتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له»، وقد جاء هذا النص مطلقا ذو طابع إلزامي، يتعلق بكافة المخاطر الناجمة عن عمليات نقل الدم مهما كانت.

لكن وكأصل عام فإن تأمين مراكز نقل الدم عن مسؤوليتها المدنية ليس مطلقا فله حدود ينحصر في نطاقها، فالتأمين هو الإحتياط من نتائج حادث معين أو من خطر سواء كان معين أو غير معين.

فما المقصود بالحادث أو الفعل الذي يكوّن الخطر المؤمن منه في تأمين المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم؟، ومتى يعتبر الخطر المؤمن منه متحققا؟.

كذلك بإعتبار عقد التأمين من عقود المدّة والتي بإنتهائها تنتهي الإلتزامات المترتبة عن الطرفين بموجب العقد، ولتحديد نطاق التأمين من المسؤولية، التي من الثابت أن يكون الفعل أو الحادث الذي يغطيه العقد واقعا أثناء سريانه، خاصة مع تلك الأضرار الناتجة عن أمراض ينقلها دم ملوث، وبالنظر إلى طبيعة وخصوصية بعض الأمراض (كالإيدز وإلتهاب الكبد الوبائي)، والتي يتطلب ظهور أعراضها مدة طويلة قد تصل إلى 10 أو 15 سنة، فكيف تتحقق مسؤولية القائم على عملية نقل الدم الملوث في هذه الحالة ؟ .

وما هو الحل إذا كان عقد التأمين غير ساري وقت ظهور المرض عند الضحية (إنتهاء مدة العقد أو حتى الضمان اللاحق له).

وهل يتحقق الخطر بمجرد ظهور أعراض المرض المنقول عن طريق الدم الملوث أثناء سريان العقد عند الشخص متلقي الدم، وبالتالي ثبوت فكرة الخطأ عند المسؤول المؤمن له، كونه يقع عليه إلتزام بضمان السلامة ؟ أو يتحقق الخطر بمطالبة المضرور بالتعويض عن طريق الدعوى المباشرة ؟ .

كل هاته الأسئلة ترك المشرع الجزائري الإجابة عنها للقواعد العامة المنصوص عنها بالقانون المدني أو قانون التأمينات الجزائري، وهو القانون الذي تطبق قواعده على التأمين الإجباري في مجال المسؤولية المدنية، بما فيها التأمين الإلزامي المتعلق بمؤسسات نقل الدم أو كما سماه المشرع مؤسسات نزع الدم أو تغييره وهي كل من مراكز ووحدات نقل الدم، وبنوك الدم المستحدثة بموجب التنظيم القانوني لنقل الدم في الجزائر والمبين في الباب الأول من الرسالة، دون أن يفرد هاته المؤسسات والمراكز بقواعد خاصة تحكم نظام التأمين على مسؤوليتها .

لكن تلك القواعد العامة للتأمين المطبقة قد تعجز في الكثير من الحالات عن الإجابة عن تلك الإشكالات والإستفسارات السابق طرحها، خاصة إذا تعلق الأمر بأضرار ناجمة عن نقل دم ملوث بأمراض وفيروسات خطيرة كما ذكرنا، يلعب عنصر الزمن دورا أساسيا في ظهور أعراضها وأضرارها.

فالمسؤولية المدنية نظام مرن وفكرة واسعة تشمل أضرارا مختلفة قد تكون غامضة ومتغيرة وذات ظهور تدريجي متراخي، يتعذر على التأمين تغطيتها، فهو وسيلة لا غنى عنها لضمان الأضرار المحتملة لعمليات نقل الدم بشكل عام، إلا أنها لا تعد كافية بحد ذاتها لتعويض أضرار ناتجة ، عادة ما تكون كارثية، وهو ما يبّين قصور هذا الضمان الناشئ عن عقد التأمين في الحماية، وضرورة إيجاد نظم أخرى تستطيع تعويض المتضررين دون أن تتحمل مراكز نقل الدم أعباء مالية، مع تجنيب هؤلاء

الضحايا مشاق المتابعة القضائية التي قد تستغرق وقتا طويلا عادة ما تنتهي بعدم الحصول على التعويض الكافي عن الضرر.

ومما سبق نخلص أن التأمين في ظل التعويض الجماعي يتميز بنقائص عدة، كما لا يخلو من محاسن يمكن ذكرها، فهو يمنح المؤمن له الأمن والضمان، كما يوفر له الحرية التامة في إتخاذ المبادرات والتحرر أكثر في نشاطه، أين يجعل هذا الأخير في حالة إثارة مسؤوليته بعيدا عن هاجس الإعسار فيوفر له الإطمئنان والإستقرار بأن لا يجد المضرور نفسه في إطار التأمين أمام ذمة واحدة، لكن في مقابل هذه المزايا فإن التأمين من المسؤولية لم يتطور كثيرا كوسيلة لتحقيق التضامن والحيطة والأمن، مما جعل الكثير من الفقهاء ينتقدون فكرة إجتماعية التأمين من المسؤولية، ومنهم الأستاذ (Savatier) حيث قال أن فكرة توزيع الأخطار (Socialisation de la Responsabilité) التي تفقد الهدف من المسؤولية الشخصية لدى جميع المؤمن لهم، وما يترتب عن ذلك من آثار خطيرة على النظام العام، فيصبح بذلك التأمين وسيلة لتعويض التهاون واللامبالاة وسببا لمضاعفة الأضرار والحوادث، فالمسؤول المؤمن له يعفى من المسؤولية ويتستر وراء التأمين[55] ص 277، 288.

لكن رغم ذلك فإن التأمين من المسؤولية يبقى ضرورة لا غنى عنها للضمان الناشئ عن عمليات نقل الدم، لكنه لا يعد كافيا في حالة الأضرار المتغيرة والغامضة وذات التدرج الزمني في الظهور، مما يستوجب إيجاد نظم وآليات تعويض مكمّلة له، قصد توفير حماية أكثر للمضرور وضمان أوفر يتماشى والتوجهات الحديثة لمتطلبات المجال الطبي عامة ومجال نقل الدم الملوث خاصة.

2.2.2.2. التعويض عن طريق صناديق الضمان

إن إنشاء صناديق لضمان التعويض يعد من تقنيات الملائمة لتفادي العديد من المشاكل العملية أهمها عدم إبرام المسؤول عقد تأمين عن مسؤولية المدنية، أو أن يكون مبلغ التأمين غير كاف لجبر الأضرار التي لحقت بالمضرور، أو تلك المصاريف التي تتطلبها المطالبة القضائية، أو حتى تداخل وتعدّد الأطراف المسؤولة عن الضرر، مما يصعب معه تحديد المسؤول عن التعويض ، فأصبحت بذلك الحاجة ماسة لإنشاء صناديق ضمان (Fonds de garantie) كنظام تكميلي لتعويض الضحايا عن الأضرار، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام التعويض هذا في بعض الحالات الخاصة فقط، تضمنت الأضرار الكارثية المشار إليها في نظام التأمين الإلزامي ، كان أهمها صندوق تعويض ضحايا الإرهاب صندوق ضمان السيارات والحوادث الجسمانية، الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، وصندوق الإستعجالات والنشاطات العلاجية الطبّية ، وهم صندوق للضمان يتكفل بالنشاط الطبي والعلاجي في مختلف مجالاته، أنشأ بموجب قرار وزاري مشترك صادر في 19 أوت 2002، والذي كانت مهمته تعويض النفقات الطبية الناتجة عن وقوع أحداث إستثنائية مثل: المصائب والكوارث الطبيعية، الأوبئة

والتسممات والحرائق وحوادث المرور، وتحطم الطائرات... وبصفة عامة كل حادث ذو طبيعة غير متوقعة.

لكن ما يلاحظ أن المشرع ضمن مهام هذا الصندوق قد تطرق إلى تعويض النفقات الطبية الناتجة عن أحداث إستثنائية، فقد حددها بالمصائب والكوارث الطبيعية أو حتى الأوبئة والتسممات، فركز بذلك على الأحداث الإستثنائية العامة كالأوبئة التي تصيب فئة كبيرة من الأشخاص التي لا يمكن توقعها أو دفعها، فخاصية عدم التوقع بالنسبة لهذا النوع من الأحداث تجعل الإصابة عن طريق نقل دم ملوث تخرج من نطاق هذه التعويضات بإعتبار الدم يخضع للفحص والتحليل البيولوجي الدقيق طبقا للقرار الوزاري الخاص بذلك والمؤرخ في 24 ماي 1998 المتعلق بالكشف الإجباري عن الأضرار المنتقلة عن طريق الدم أثناء التبرع به كالسيدا، إلتهاب الكبد C وB و السفلس ، كما أن تقرير ضرورة الفحص والتحليل هذا يجعل وجود أمراض منتقلة به أمرا نادرا ومستبعدا ، لكنه قد يكون متوقعا في حالة وجود خطأ أو إخلال أو إهمال مما يجعل إنتقال تلك الأمراض للأشخاص حالة قانونية ترتب مسؤولية المتسبب فيها وتلزمه بتحمّلها.

وقياسا على ذلك فإن تعويض ضحايا نقل دم ملوث يخرج عن نطاق إختصاص الصندوق، فهو صندوق للحالات الإستعجالية المتعلقة بالأحداث الإستثنائية فقط.

من جهة أخرى نجد المشرع قد أنشأ كما ذكرنا الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، وهو صندوق يتكفل التعويض عن الأخطار التي يتعرض لها العامل خلال حياته الوظيفية أو بعد تقاعده، حيث يستفيد منها الأجراء المصرح بهم لهذا الصندوق عن العجز الناتج عن الأمراض والحوادث، ويدخل في نطاق هذه الأمراض تلك المتنقلة عن طريق الدم المعالج به، لكن بإعتبارها أمراض عامة تصيب الشخص تؤدي إلى توقفه وعجزه عن العمل، كما قد يتطلب مرضه كذلك مصروفات إضافية للعلاج ، كأجور الأطباء ومصاريف المستشفى وثمن الأدوية، فيمنح بذلك المريض تعويضا من الصندوق يصرف له ، وفق معايير قانونية نص على قواعدها قانون التأمينات الاجتماعية 11/83 المعدل والمتمم.

وتفسيرا لما سبق نجد أن المشرع الجزائري قد أنشأ كل من صندوق الإستعجالات والنشاطات العلاجية الطبية وكذا الصندوق الوطني للضمان الإجتماعي، كصناديق يدخل في نطاق ضمانها المجال الطبي عامة لكنه خصه بشروط وحالات خاصة تجعل توفرها سببا في إستفادة الأشخاص من تعويضاتها لكنه مع ذلك أغفل على إعتبار الدم حالة تستدعي ضمان التعويض كونه سببا لإنتقال الأمراض والفيروسات للمرضى المحتاجين له و تسبب أضرارا ناتجة عن تلوثه ، فأضرار الدم الملوث بالفيروسات (كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي) يعد كارثة طبية تلزم التكفل بضحاياها ، عن طريق منحهم تعويضات خاصة تخرج عن نظام التأمين من المسؤولية التي نص عليها المشرع في المادة 169 من قانون التأمينات ، كما أن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية تعطي للمضرور الحق في حصوله على

التعويض سواء من المسؤول أو من شركة التأمين (التأمين إلزامي)، إلا أن هذه الآلية لا تكفي في حالة إنتقال أمراض عن في شكل كوارث ، وهو ما حصل في فرنسا وغيرها من الدول بشأن مرض الإيدز باعتباره أخطر وأكثر الأمراض التي يمكن أن تنقل للمريض عن طريق الدم.

لكن في الجزائر كما هو معروف لا يوجد نظام أو قانون يقرر تعويضات خاصة للمرضى الذين يصابون نتيجة نقل دم ملوث وخاصة بمرض الإيدز أو حتى التهاب الكبد الوبائي، ويمكن أن نرجع ذلك إلى عدم إنتشار تلك الأمراض أو بالأحرى عدم الإفصاح عنها بشكل كارثي.

أما في فرنسا وبسبب إنتشار الإيدز بشكل سريع ومخيف، وبسبب كثرة دعاوى التعويض التي رفعت من قبل ضحايا المرض، فقد إستجاب المشرع لهذه الرغبة وقام بمحاولة لإنشاء صندوقين سنة 1989 أحدهما عام والآخر خاص هدفها تعويض المصابين بالأمراض المعدّية، وحيث بلغ عدد المصابين عنى طريق تلوث الدم آنذالك ثلاثة أضعاف هؤلاء المرضى[373] ص 192، كما بادر إثر ذلك بإصدار تشريع سنة 1991، يقرر بواسطته إنشاء صندوق لتعويض ضحايا الإيدز الناتج عن عمليات نقل الدم وسوف نحاول التعريف بهذا الصندوق الخاص بالضمان لضحايا الإيدز من خلال الفرع الأول لهذا المطلب، أملينا أن يولي مشرعنا الجزائري لهذا الموضوع جانبا من الإهتمام قصد حماية هؤلاء الضحايا ومحاولة جبر أضرارهم عن طريق صناديق الضمان، رغم أن إنتقال المرض هنا يساوي فقد حياتهم، كما نحاول في فرع ثاني التوصية على ضرورة إنشاء مثل تلك الصناديق كآلية مكملة للتعويض في مجال نقل الدم الملوث إلى جانب نظام التأمين من المسؤولية عنه ، فيكون بذلك :

الفرع الأول : صندوق تعويض ضحايا الإيدز في فرنسا

الفرع الثاني : ضرورة إنشاء صناديق الضمان كآلية تعويض مكمل في مجال نقل الدم الملوث

1.2.2.2.2. صندوق تعويض ضحايا الإيدز في فرنسا

تبنى المشرع الفرنسي إنشاء صندوق لتعويض ضحايا مرض الإيدز الناتج عن عمليات نقل الدم أو أحد مشتقاته، فأصدر القانون رقم 91-1406 الصادر في 31 ديسمبر 1991[396] ، ليعبر عن روح التضامن الجماعية مع ضحايا مرض لا يد لهم فيه ولا علاج له بسبب الإنتشار الواسع لعدوى المرض خصوصا في الفترة ما بين 1980 حتى أكتوبر 1985 وفضيحة الدم الملوث التي حدثت آنذاك المشار إليها سابقا ، وأمام ضغط من الرأي العام بعلاج جماعي للمشكلة، استشعرت فرنسا خطورة الوضع فأصدرت قانون 31 ديسمبر 1991 لتعبر عن روح التضامن والتكافل مع ضحايا المرض[370] ص 7، وسوف نعرض لدراسة صندوق التعويض هذا من خلال النقاط التالية:

أولا: التعويض المقدم من الصندوق وإجراءاته

ثانيا: تقييم صندوق التعويض

1.1.2.2.2.2. التعويض المقدم من الصندوق وإجراءاته

صندوق تعويض ضحايا الإيدز بفرنسا هو هيئة ذات شخصية إعتباريه، حدد قانون إنشائه مصادر تمويله والمتمثلة في كل من الدولة وشركات التأمين نظير عقود التأمين ضد المرض وحوادث العمل والتأمين المهني[33] ص 138، فهو لا يعوض إلا فئة معينة من ضحايا عمليات نقل الدم أو أحد مشتقاته، وهي الفئة التي أصيبت بفيروس الإيدز .

ويشترط لتمتع المضرور بمميزات هذا الصندوق، أن تكون الإصابة التي لحقت هي فعلا فيروس الإيدز، أي نقل دم ملوث بفيروس (HIV) وليس مرضا آخر و أن تكون الإصابة ناتجة عن عملية نقل دم أو أحد مشتقاته وليس سبب آخر، كذلك أن تكون عملية نقل الدم الذي سبب الإصابة بالفيروس قد تمت في فرنسا، وإلا فلا يجوز للضحية مطالبة الصندوق بالتعويض وهو ما نصت عليه المادة 47 من القانون.

التعويض المقدم من الصندوق: لقد إتخذ قانون 31 ديسمبر 1991 فكرة الخطر كأساس لمنح التعويض، الذي شمل جميع الأضرار الجسمانية والمادية والأدبية ، فهو التعويض الكامل الذي حدد القانون ضمنه تقديرا جزافيا يتحصل عليه المضرور إذا كان في مرحلة المرض الكامل ،أما إذا كان الشخص حاملا للفيروس فقط، ولم يبلغ مرحلة المرض، فإنه لا يحصل إلا على ثلاثة أرباع التعويض المقرر له، ويؤجل الباقي إلى حين الوصول إلى مرحلة المرض الكامل ، التي تعتبر مسألة تتعلق بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. كما تمسك الصندوق بتقييم الوفاة أقل من التقييم الذي يكون فيه الضحية على قيد الحياة[370] ص 19.

من جهة أخرى وبناء على نص المادة 47 في فقرة الثالثة من القانون فقد أقرت لجنة التعويضات بالصندوق نظاما داخليا يحدد طرق تحصيل التعويض التكميلي من حيث الإجراءات القانونية والتنظيمية[374] ص 979، كما ثار الجدل في القضاء الفرنسي بعدها بشأن ما إذا كان يجوز للمضرور أن يقدم دعواه بطلب الحكم بالتعويض أمام القضاء طبقا لقواعد المسؤولية المدنية، وفي نفس الوقت الذي يقدم فيه طلبا إلى الصندوق، فهل يحكم بالتعويض معا فيجمع المضرور (الضحية) بينهما؟، وقد زاد في هذا الجدل غموض قانون 31 ديسمبر 1991 الذي أغفل عن تحديد الوسيلة التي يتمكن من خلالها الصندوق الوقوف على ما إذا كان المضرور قد أقام دعوى أمام القضاء من عدمه، فذهب إتجاه القضاء الفرنسي إلى أنه يجوز للضحية الجمع بين التعويض المقرر من الصندوق وبين التعويض وفقا لقواعد المسؤولية المدنية بواسطة الدعوى القضائية، في حين قضت محكمة إستئناف باريس في 21 مارس 1983 أن التعويض الذي يمنحه الصندوق هو تعويض شامل لكافة عناصر الضرر، وبالتالي لا بد أن يؤخذ بعين الإعتبار عند إقامة أي دعوى مدنية هنا.

إضافة إلى ما سبق فقد نظم القانون حالة المنازعات التي تثور بين الضحية والصندوق، فخص محكمة إستئناف باريس وحدها للفصل فيها، حيث يكون للمضرور اللجوء إلى المحكمة عن طريق تظلم خلال شهرين في الحالات التالية:

إذا رفض الصندوق طلب التعويض كله

إذا كان مبلغ التعويض المقرر من الصندوق أقل من مبلغ التعويض الذي طلبه الضحية.

إذا امتنع الصندوق عن تقديم أي عرض للمضرور خلال المدة المقررة

زد على ذلك فقد توسعت لجنة التعويض القائمة على إدارة الصندوق في تحديدها لمفهوم المصاب، وإعتبرت من الضحايا من تربطهم بالمصاب علاقة خاصة وهم ضحايا مباشرين (كالزوج، الخليل، المولود من أم مصابة بالعدوى...)، بل ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك، حيث قضت في حكم لها أن صندوق الضمان يختص بتعويض جراح أصيب عرضا أثناء إجراء عملية لمريضة مصابة بالفيروس[61] ص 423.

إجراءات الحصول على التعويض من الصندوق: ويتم ذلك بواسطة الخطوات التالية:

تقديم طلب التعويض عن طريق رسالة مسجلة بعلم الوصول، وليس على المضرور سوى إثبات عملية نقل الدم وإنتقال فيروس الإيدز بها، وعلى الصندوق أن يبت في الطلب خلال مدة أقصاها 3 أشهر ويقدّم عرض التعويض[376].

تأشير الضحية بالقبول أو الرفض للعرض المقدم بالتعويض على نفس الرسالة ، ففي حالة قبول الضحية للعرض المقدم، على الصندوق أن يدفع المبلغ المحدّد خلال شهر من تاريخ قبول العرض ، أما إذا رفض الضحية عرض التعويض الذي يراه غير كاف فإنه يطعن أمام محكمة إستئناف باريس كما قدمنا.

بالإضافة إلى ذلك يستطيع صندوق التعويض الحلول محل الضحية المعوّض له برفعه دعوى ضد الأشخاص المسؤولين عن الضرر أو مؤمنيهم شريطة أن يكون الضرر منسوبا إلى خطأ ثابت في مواجهة المسؤول، حيث يستطيع الصندوق بذلك رفع دعوى ضد المسؤولين عن الضرر ، الذي يمكن أن يكون الطبيب المعالج أو المستشفيات ، أو حتى سائق السيارة المتسبب في الحادث للمريض المنقول له الدم لمطالبتهم بالتعويض الذي يكون قد دفعه للمضرور، وهو ما نصت عليه الفقرة التاسعة من المادة 47 من قانون 31 ديسمبر 1991 ، فيكون ذلك بواسطة دعوى عادية ترفع أمام محكمة أول درجة، كما نص المشرع على حق الصندوق في التدخل في الدعوى الجنائية التي يرفعها الضحية عن الخطأ الجنائي الذي إرتكب[131] ص 120.

2.1.2.2.2.2. تقييم صندوق التعويض

إن التعويض عن طريق صندوق الضمان يتميز بالخصائص التالية :

وفقا للمادة 47 من قانون 31 ديسمبر 1991 يؤمن صندوق الضمان التعويض الكامل للأضرار المتعلقة بالإصابة بعدوى الإيدز فالتعويض الممنوح يجب أن يكون وحده كافيا لجبر الضرر الكامل.

أن تقدير الصندوق لكل ضرر رئيسي، وقيام محكمة الإستئناف برقابة ذلك هو أمر إيجابي، حيث أنه عكس المطالبة أمام القضاء التي يكون التعويض فيها مقدرا وفق قاضي الموضوع (سلطة القاضي التقديرية).

أن الصندوق يقوم بتقدير الأضرار ذات الطبيعة الشخصية والطبيعة النفسية التي تخضع لها الضحية والناتجة عن تقلص الأمل في الحياة، حيث تسبب له هذه الأضرار إضطرابات في الحياة الإجتماعية والأسرية والجنسية ومعناة الخوف من الموت، إضافة إلى الأضرار المتعلقة بخوف ونفور الآخرين منه والمعناة من كل الأمراض العضوية المصاحبة لفيروس الإيدز الناتجة عن ظهور أعراض المرض عند المضرور.

إن عمل الصندوق عند تقديره للتعويض يكون بإستخدام الحسابات المتناقصة حسب عمر الضحية، فمن يبلغ من العمر 18 سنة أو أقل يكون مبلغ تعويضه أكثر من الذي يبلغ 30 سنة، ومن يبلغ 30 سنة أكثر من 40 سنة وهكذا، ويتم التقدير المناسب للأضرار من طرف الصندوق وفق جدول معدّ في سنة 1992، وقد ظل مطبقا ومستخدما في ذلك.

إن تعويض الضرر الخاص بالتلوث يمثل أصلا في قانون التعويض الممنوح من الصندوق، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في 20 جويلية 1993، حيث أن الأموال المخصصة للتعويض يخصص جانب منها لتعويض ضحايا حاملي الفيروس، وجانب آخر للضرر المتعلق بظهور المرض وهو ثلاثة أرباع التعويض مدفوع مباشرة ودون تقسيم، ويدفع الباقي عند ظهور أعراض المرض الكامل، والذي يتم إثباته طبياً.

والواضح أن نظام التعويض هذا بواسطة الصندوق يضمن للضحية بإستمرار تعويضا قانونيا محددا سلفا، فهو يجنبه مشقة اللجوء إلى المحكمة، كما أن التعويض به يغطي كافة الأضرار الواقعة سواء كانت مادية أو معنوية ، إضافة إلى ذلك فإن هذا الصندوق والتعويض الممنوح منه يغني الضحية عن تتبع المسؤول عن الإصابة، فقد يكون هذا الأخير معسرا لا جدوى من مطالبته بالتعويض.

كما يمكننا أن نشير من الناحية القانونية بأن قضية الدم الملوث قد أثارت العديد من المشاكل القانونية التي عجزت قواعد المسؤولية المدنية التقليدية عن حلها، فخطورة المرض وصعوبة تحديد المسؤول الذي يمكن الرجوع عليه، ومن ناحية أخرى صعوبة التعرف على المرض وسبب العدوى

وصعوبة وسائل إثباته، وتدرج الضرر نفسه وتراخيه بتدرج مراحل العدوى، كل ذلك جعل أمر تقرير التعويض لهؤلاء الضحايا حقا لا بد أن لا يسند إلى أحكام المسؤولية المدنية وحدها بل إلى إعتبارات إجتماعية تحكمها قواعد التضامن، لهذا أخذ المشرع الفرنسي بهذه المبررات وتبنى الصندوق كآلية للتعويض المكمل إلى جانب قواعد المسؤولية التقليدية، حيث أتاح بواسطته للمتضررين وبدون تكلفة التعويض الشامل والمضمون مع كل ضمانات التقاضي لهم، حيث سمح لهم برفض التعويض المعروض من الصندوق، كما أتاح لهم فرصة رفع دعوى أمام محكمة إستئناف باريس وحتى الطعن أمام محكمة النقض الفرنسية.

لكن تقييما لما سبق ورغم ما يميّز هذا الصندوق كآلية تعويض من مزايا إلا أنه يمكن أن يعاب عليه بأن الإجراءات التي تقام أمام الصندوق للحصول على التعويض هي غير حصرية ، حيث تستمر معها الإجراءات المقررة في التعويض العادي، فتبقى متاحة للضحية ويمكنه القيام بها، وهذا قصد ضمان الحصول على التعويض دون التسبب في تعويض مضاعف[396]، حيث صدر بهذا الشأن المرسوم رقم 93 – 906 الصادر في 12 جويلية 1993، الذي قضى بالتنسيق بين الصندوق والمحاكم عن طريق إخبار كل طرف الآخر عما يرد له من طلبات ودعاوى[396] ، فإنشاء صندوق تعويض خاص يهدف لحصول المضرورين على حقوقهم من جراء عمليات نقل الدم الملوث بفيروس الإيدز كان يجب أن يؤدي إلى توحيد كل الطلبات الخاصة بالتعويض أمام الصندوق دون أن يكون للمضرور الحق في رفع دعاوى أخرى أمام القضاء بالطرق العادية، فالمضرور الذي حصل على تعويض وقبل عرض الصندوق، لا يمكنه أن يحصل على تعويض آخر لنفس الضرر، ولم يعد من مصلحته التقدم بدعوى قضائية إلا إذا كان هناك ضرر جديد قد ظهر بشكل يمكن معه المطالبة بالتعويض.

أما القضاء الإداري فقد تبنى موقفا مغايرا، ففي قرار لمجلس الدولة 13 أكتوبر 1993[396] ، جاء به أن قبول المبلغ المقدم من الصندوق لا يمثل عقبة في إمكانية تلقي دعوى المسؤولية، وعلى القاضي أن يلتزم بتخفيض مبلغ التعويض المعلن. وقد جاء هذا الحل في العديد من قرارات القضاء الإداري الخاصة بذلك.

ومما سبق ينبغي أن نؤكد أن الدور الذي يؤديه صندوق الضمان في مجال عمليات نقل الدم الملوث بالإيدز بصفة خاصة ومجال التعويض بصفة عامة ذو طابع تكميلي، فهو يوازي نظام التأمين من المسؤولية المدنية ، لذا فلا بد من العمل على التنسيق بينهما تحقيقا لمبدأ التعويض الكامل، قصد جبر الضرر الذي يصيب الأشخاص في المجال الطبي عامة ومجال نقل الدم الملوث خاصة، وهو ما يدعونا إلى التأكيد على ضرورة إنشاء صناديق للضمان كآلية مكملة للتعويض في مجال نقل الدم الملوث إلى جانب نظام المسؤولية المدنية والتأمين عنها .

2.2.2.2.2. ضرورة إنشاء صناديق الضمان كآلية تعويض مكمل في مجال نقل الدم الملوث

إن نظام صناديق التعويض هو نظام تكميلي يتقرر للمضرور الذي لا يحصل على تعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به، وتعذر تغطيتها بواسطة عقد التأمين من المسؤولية ، أو للمضرور الذي لم يحصل على أي تعويض في حالة عدم تحديد شخص المسؤول أو إعسار، فهو يقوم على تعويض المضرور بصرف النظر عن معرفة المسؤول أو الضامن.

فتبني نظام التعويض هذا يسهل للمضرور الحصول على التعويض الجابر للأضرار التي تلحق به في الأحوال التي لا يمكن تعويضه فيها عن طريق وسيلة أخرى كالمسؤولية المدنية أو نظام التأمين الخاص بها، وهي الميزة أو الدافع إلى إنشاء مثل هذه الصناديق للضمان، فهو نظام يسمح بتجنب البطء في إجراءات التقاضي، كما أن المضرور بواسطته يصبح معفيا من إثبات عدم يسار المسؤول، وذلك لوجود شخص موسر على الدوام هو الصندوق.

وتوضيحا لذلك سوف نبيّن ضرورة إنشاء مثل هذه الصناديق للتعويض في المجال الطبي عامة ومجال نقل الدم خاصة، وذلك ضمن العناوين التالية:

أولا: أهمية إنشاء صندوق الضمان ودوره

ثانيا: تمويل صندوق الضمان وآليات دفعه للتعويض

1.2.2.2.2.2. أهمية إنشاء صندوق الضمان ونطاقه

يعتبر صندوق الضمان وسيلة إطمئنان للمضرور والمسؤول عن الضرر ونظام جماعي لضمان الأضرار يستمد جذوره من مبدأ إجتماعية المخاطر(Socialisation des risque) .

أهمية إنشاء صندوق الضمان: إن وجود الصندوق يشعر أطراف العلاقة بالأمان خاصة المضرور ذلك الطرف الضعيف، الذي سوف يحصل على تعويضه إن إصابة ضرر.

ففي المجال الطبي عامة يعتبر إستحداث صندوق ضمان كنظام تعويض إجتماعي ضرورة ملحة فهو آلية لدفع التعويض بصورة تكميلية إحتياطية عندما تثبت مسؤولية العضو المنتسب لهذا الصندوق من أصحاب المهن الطبية ، و يكون هذا العضو معسرا، أو أن الشركة المؤمنة قد أفلست.

فالأصحاب المهن الطبية يعتمدون في هذه الحالة على صندوق الضمان الذي سيتولى دفع التعويض للمضرور في حال رجوعه على أي منهم[336] ص 818.

كما أن التطور العلمي والتكنولوجي والطبي الذي ساهم في تطوير وإزدياد المخاطر الطبية، قد دعى ضرورة إلى إيجاد تصور جماعي لتعويض ما ينتج عن ذلك من أضرار، والذي لن يكون إلا

بإنشاء صندوق للضمان يتعلق بتلك المخاطر الناتجة عن النشاط الطبي عامة، مع ضرورة إيجاد صندوق خاص بتعويض المخاطر الناتجة عن عمليات نقل الدم بصفة خاصة، والتي ينجم عنها نقل الأمراض الخطيرة كالإيدز أو مرض إلتهاب الكبد الوبائي C، وعلى الصندوق في هذه الحالة أن يتولى تعويض المضرور في حال أن الشركة المؤمنة مثلا كانت مسؤوليتها محدودة، ومن حيث الإتفاق بينها وبين الطبيب أو المسؤول عن نقل الدم الملوث مثلا، أو كان هذا المبلغ لا يتناسب مع الضرر الذي أصاب المضرور حيث يدفع الصندوق هنا الفرق بين مبلغ التأمين ومقدار التعويض المحكوم به للمضرور.

كذلك يضمن صندوق التعويض مسؤولية أصحاب المهن الطبية في حالة عدم إبرامهم لعقد التأمين، ويدفع ما يترتب عليهم من تعويض، وبعدها يرجع الصندوق عليهم بما دفعه للمضرور، فيكون هذا الأخير في حالة إطمئنان كامل في الحصول على حقه[336] ص822، هذا إن عرّف المسؤول عن الضرر، أما إذا لم يعرّف، كما في حالة عمليات نقل الدم الملوث ، فإن الصندوق يعوّض الضحايا دون الرجوع على المسؤول، حيث يلتزم بذلك تعويضهم عن كل الأضرار التي تصيبهم جراء ذلك تعويضا كاملا.

وبالتالي فإن إنشاء صندوق الضمان يؤدي إلى إلتزام هذا الأخير بتولي دفع التعويض في حال أن شركات التأمين رفضت التأمين على بعض صور النشاط الطبي، كإستبعاد التأمين في بعض الصور المتعلقة بالكوارث الطبية التي يمكن أن تقع كنقل دم ملوث بالإيدز لمجموعة كبيرة من المرضى المحتاجين للدم ، نتيجة لخطأ أو إهمال أو رعونة من أحد المتدخلين في عملية نقل الدم والمسؤولين عن ذلك، فحدوث مثل هاته الوقائع قد يكوّن خطورة تتسبب بخسارة لشركة التأمين، وبالتالي إلتزام الصندوق بدفع التعويض هنا يشكل حلا مناسبا يجنب كل من الشركة والمضرور مشاكل، يعتبر المضرور في غنى عنها.

إلى جانب ذلك فإن المسؤولية في المجال الطبي هي مسؤولية خطئية عامة ، أما في مجال نقل الدم الملوث فتكون مسؤولية موضوعية، حيث في هذا النوع من المسؤولية يكون هناك حد أقصى للتعويض لا يجوز تخطيه ، وبالتالي جميع الأضرار لا تصبح مغطاة إذا تجاوزت الحد الأقصى المسموح بتغطيته، وبتطبيق هذا المبدأ نجد المضرور يتحمل الجزء الذي يتعدى الحد الأقصى المحدّد وفقا لمبدأ عدم تحمّل المسؤول ما يزيد عن هذا الحد، وهو المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في القواعد العامة لقعد التأمين والوارد ضمن نص المادة 623 من القانون المدني حيث تنص:« لا يلتزم المؤمن في تعويض المؤمن له إلا عن الضرر الناتج من وقوع الخطر المؤمن منه بشرط ألا يجاوز ذلك قيمة التأمين»، وعليه ما زاد عن قيمة التأمين يتحملها المضرور، وهو ما يظهر لنا أهمية تبني فكرة صناديق الضمان ،التي تهدف إلى إعطاء المضرور تعويضا كاملا عن الضرر دون أن يتحمل هذا الأخير جزء منه .

من جهة أخرى قد يكون لصناديق الضمان في هذا المجال دور إحتياطي في الحالات التي يثبت فيها إعسار المسؤول، أو تلك التي لا يتوصل فيها المضرور إلى تحديد الشخص المسؤول أو معرفته فيدخل الصندوق هنا ليحل محل المسؤولية المدنية ذاتها، حيث يتولى تعويض المضرور كاملا عما أصابه من أضرار، لكن ينبغي على المضرور هنا أن يلجأ أولا لمطالبة المسؤول عن الضرر إن عُرف أما إذا كان مجهولا فإنه يعفى من هذا الإجراء، فتكون مطالبة الصندوق بإعتباره مسؤولا إحتياطيا في هذه الحالة غير مقبولة إلا بعد إخفاق مطالبة المسؤول الأصلي .

دور صندوق الضمان: يتمثل دور صندوق الضمان في مجال نقل الدم الملوث خاصة بأن يتولى هذا الصندوق التعويض عن كل الأضرار الجسدية أو المادية وحتى المعنوية التي تصيب المريض سواء كان الشخص المتبرع بالدم أثناء سحب الدم منه، وإصابته بعدوى أمراض خطيرة بواسطة إبرة غير معقمة (ملوثة)، وكذا الشخص المتلقي الدم للعلاج، والذي يلحقه ضرر نتيجة نقل الدم أو أحد مشتقاته إليه.

وبالتالي إنشاء مثل هذا الصندوق لضمان التعويض في مجال نقل الدم يعتبر ضرورة لا بد منها ضمانا لحقوق المرضى المتلقون للدم ، خاصة في حالة ثبوت إنتقال عدوى الأمراض الخطيرة إليهم والذي أصبح إنتشارها يشكل خطرا وهاجسا يرعب المرضى[396].

كذلك يمكن للصندوق أن يتولى دفع النفقات العلاجية وتكاليف الإقامة بالمستشفيات ،نتيجة تلك الأمراض الناتجة عن الدم الملوث في حال زادت النفقات عن مسؤولية شركة التأمين.

2.2.2.2.2.2. تمويل صندوق الضمان وآليات دفعه للتعويض

إن التمويل لصندوق الضمان في أي مجال من المجالات يعد من أهم الصعوبات والمشكلات التي يواجهها إنشائه، قصد ضمان أدائه لدوره في دفع التعويضات للمتضررين، فكيف يكون هذا التمويل المالي لصندوق ضمان التعويض في مجال نقل الدم الملوث؟ ومن هي الجهة التي تتولى ذلك؟ وكيف تتم عملية دفع التعويض للضحايا في هذه الحالة ؟ والتي سوف نجيب عليها فيمايلي:

التمويل المالي للصندوق: إن تمويل صناديق الضمان يتم بطرق مختلفة يمكن الإعتماد عليها بدورها لتمويل صندوق التعويض الخاص بمجال نقل الدم الملوث، حيث يمكن أن يتم تمويل هذا الصندوق من طرف خزينة الدولة أو من التبرعات أو شركات التأمين وحتى الضرائب إن لزم الأمر، كما يمكن أن يموّل حتى من التعويضات التي يحصل عليها الصندوق من المسؤولين عن الضرر ، فصندوق الضمان هنا لا بد أن يكون صندوقا إجتماعيا خاضعا لإشراف الدولة على النحو المتبع في العديد من الدول،حتى يمكن للدولة أن تخصص جزء من ميزانية وزارة الصحة لتمويله ، كون أنه غالبية حوادث نقل الدم الملوث تكون في المستشفيات العامة.

آلية دفع التعويض للمضرور: إن تنظيم صندوق الضمان في مجال التعويض الناتج عن نقل الدم الملوث يمكن أن يكون مشابها لأداء صندوق الضمان الإجتماعي (التأمين الصحي).

وعليه يمكن للمضرور الذي يريد الحصول على تعويض من الصندوق، أن يتبع إجراءات كل ما يمكن القول بشأنها أنها لا بد أن تتم بالوضوح والبساطة قدر الإمكان، بالإبتعاد عن التعقيدات حتى نضمن سرعة حصول المضرور على التعويض ، فيمكن تصور هذه الإجراءات كالآتي:

تقديم طلب التعويض: حيث يقدم طلب التعويض من المضرور نفسه أو ذويه إذا تعذر عليه ذلك أو في حالة وفاته، ويجب أن يرفق هذا الطلب بالمستندات المؤيدة له التي تثبت حقه في التعويض ، ولا بد أن يحدّد القانون الذي ينشأ صندوق تعويض ضحايا نقل الدم الملوث هنا، الحالات التي يجب أن يطلب من الصندوق تعويضها، وكذلك الأشخاص الذين لهم حق تقديم الطلب[176] ص 177.

دراسة الطلب من قبل الصندوق: حيث لا بد أن يحال الطلب إلى لجنة خاصة لدراسته، لإصدار قرارها، حيث تعتمد هذه اللجنة على ما يقدمه المضرور من بيانات ومعلومات، ومن خلال ما أثبته في الطلب وأيدته المستندات المرفقة به، وينتهي ذلك إما بأحقية طالب التعويض في طلبه أو بعدم أحقيته ففي الحالة الأولى يتم تحديد مقدار التعويض المستحق للمضرور، وإذا قام الصندوق بدفعه له يستطيع بعدها الرجوع على المتسبب بما دفعه، حيث يقوم المضرور بتقديم البيانات التي تثبت معالجته من قبل الطبيب أو المستشفى، وأنه تم نقل دم له من مركز نقل دم أو بنك دم معين.

صدور قرار اللجنة بالرد على الطلب: بعد دراسة معمقة من قبل لجنة الصندوق الخاصة يتم الرد على المضرور بقبول الطلب ودفع التعويض له، أو رفضه في حالة عدم التأكد من صحة إدعاء المضرور، بأن يتبين مثلا أن الضرر الذي حصل لهذا الأخير كان بسبب إصابة سابقة، كأن يكون المضرور مصابا بمرض الإيدز مثلا نتيجة علاقة جنسية غير شرعية أو إنتقلت إليه العدوى بإحدى الطرق الأخرى غير نقل الدم.

تقدير قيمة التعويض: والتي يتم إقرارها من قبل لجنة خاصة مكلّفة بتقدير التعويضات، حيث يكون مبلغ التعويض الممنوح مقدرا مسبقا وفق شروط خاصة وفق قائمة أضرار يتم تحديدها مسبقا، إلا في حالة ظروف فردية وإستثنائية أين يتم التقدير فيها حسب وجودها.

هذا ما يمكن أن يتصور بالنسبة لصندوق الضمان الخاص بتعويض ضحايا نقل الدم الملوث سواء من حيث نطاق الأضرار التي يتضمنها أو حتى كيفية ومصدر تمويله، وآلية تقديره للتعويض عن تلك الأضرار المترتبة عن هذا النوع من النشاطات الطبية.

وكخلاصة لما سبق فإن صناديق الضمان كنظام للتعويض تعتبر آلية تغطي جميع الأضرار خاصة الأضرار الجسيمة التي يصعب تغطيتها بواسطة نظام المسؤولية المدنية أو حتى التأمين عنها فهي تغطي الأضرار خارج أي أساس للمسؤولية سواء كان خطأ أو مخاطر، مما يجعلها نظاما قائما

بذاته يقوم على أساس الضمان المالي الجماعي، الذي يسد ثغرات نظام المسؤولية أو التأمين عنها، غير أن هذه الآليات السابقة تكون مقتصرة على حد أقصى للتعويض، لكن أضرار نقل الدم الملوث جسيمة وخطيرة ومتغيرة، مما لا يمكن معها الإكتفاء بصناديق التعويض قصد تغطيتها، كوجود كارثة طبية (Catastrophe médicale) تنتج عن نقل دم ملوث[337] ص 729. وهو ما يستوجب ظهور دور الدولة كممثل إقتصادي وحيد، وبإعتبارها سلطة عامة قادرة على معالجة تلك الأضرار، ليس على أساس المسؤولية ولكن على أساس ما يسمى بالتضامن الوطني أو الإجتماعي.

3.2.2.2. إلتزام الدولة بالتعويض

تعتبر مسؤولية الدولة عن تصرفاتها من أدق الأمور التي فرضتها الإنعكاسات المتلاحقة للتطورات الحديثة، وما صاحبها من محاولات تؤكد صيانة حرية الفرد وحمايتها ، وتأسيسا على ذلك فإن الأصل في مسؤولية تعويض المتضرر عن العمل الطبي يقع على عاتق المسؤول أو المتسبب في الضرر، لكن هناك حالات يستطيع فيها المتضرر الحصول على التعويض، إما لإعسار المسؤول عن الضرر أو لعدم معرفته، أوعدم قيام هذا الشخص بالتأمين عن نشاطه، وفي هذا الصدد من غير العدل أن يبقى المتضرر دون تعويض.

وأمام ذلك، فإن إنتقال الأمراض الخطيرة والمميتة مثلا في معظم الأحيان للمرضى سواء في المستشفيات العامة أو الخاصة أو حتى العيادات نتيجة عملية نقل الدم لهم، قد يشكل منطلقا جديدا للبحث عن الأسس الكفيلة بمساعدة هؤلاء الضحايا قصد جبر أضرارهم خارج الأسس التقليدية للمسؤولية الناتجة عن ذلك ، وقد كانت أضرار نقل الدم من الموضوعات التي شغلت الباحثين، كون هذه الظاهرة العالمية قد مست الكثير من الدول، الأمر الذي وحد الإهتمام بها. عندما عجزت الأسس التقليدية للمسؤولية على إسناد إصلاح الضرر ، بسبب أن المسؤولية التقليدية سواء كانت على أساس الخطأ أو المخاطر تشترط العلاقة السببية بين الضرر والفعل أو الخطأ، فلا يمكن بذلك إعمال قواعدها إذا كان الضرر ذي صلة بالمرفق العام ، وهذا نظرا لصعوبة إثبات علاقة السببية .

إضافة إلى ذلك ، خصوصية الضرر المتعلق بهذه الأمراض المنقولة عن طريق الدم، كونه ضررا تدريجيا ومتراخ يكون للزمن فيه دور في الظهور، مما يصعب معه ربطه بالنشاط أو الفعل، وهو ما أدى ببعض الدول كفرنسا إلى تبني نظام جديد يرتكز على إلزام الدولة بتعويض هؤلاء الضحايا المنقول لهم دم ملوث بأحد الأمراض كالإيدز والتهاب الكبد الوبائي C.

وسعيا منا لتوضيح معالم هذا النظام الجديد للتعويض، بات من اللازم التعريج على فكرة إلتزام الدولة بالتعويض، وتطورها من إلتزام تقليدي إلى إلتزام معاصر وجديد يعمل على ضمان حق المتضررين عامة وضحايا نقل الدم الملوث خاصة، وذلك ضمن الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أساس إلتزام الدولة بالتعويض

الفرع الثاني: إلتزام الدولة بتعويض ضحايا نقل الدم الملوث

1.3.2.2.2. أساس التزام الدولة بالتعويض

إن مسؤولية الدولة لم تكن أمرا مسلم به، كما أن الإعتراف بمسؤوليتها قد كان على مراحل تاريخية[33] ص 72، 73، ففي القرون الماضية سادت في أغلب دول العالم قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها فكان الرأي أن المسؤولية تتنافى مع الفكرة السائدة عن الدولة في ذلك الوقت بإعتبار هذه الأخيرة سلطة عامة تتمتع بالسيادة وبإرادة ذاتية تسمو على إرادة الأفراد، عندها لا يمكن مساءلتها، كون أن فكرة السيادة المطلقة تفرض فكرة عدم المسؤولية[111] ، وقد بقيت هذه الفكرة سائدة حتى أواخر القرن التاسع عشر، لأن الدولة لا يمكن أن تكون مسؤولة إلا إذا كانت شخصا معنويا .

وأدى ظهور عدد من الأسباب والعوامل أهمها تعاظم دور الدولة في كافة مناحي الحياة وتطورتدخلها في مختلف المجالات الفردية و زيادة المرافق العامة وزيادة الأفراد الإتصال بها، إلى تحوّل جذري عن هذا المبدأ غير المنطقي بصورة لم يعد معها مقبولا التغاضي عن مسؤولية الدولة ، فهي لا تتعارض مع السيادة. فأصبح من أهم واجبات الدولة الحديثة الأمن للمواطن وحمايته وضمان سلامته بكل الوسائل، عندئذ أصبح واجب الدولة تعويض ضحايا الأضرار التي حالت الظروف دون حصولهم على تعويض من المسؤول عن الضرر أو المتسبب فيه .

وقد إقتضى ذلك تحولا في أساس إلتزام الدولة بالتعويض، حيث لم يعد الخطأ كافيا لتغطية جميع صور مسؤوليتها فظهرت بذلك نظرية المخاطر التي تبلورت بموازاتها نظريات أخرى[219]، ولهذا فإذا كانت الدولة مسؤولة فليس لأنها إرتكبت خطأ بواسطة موظفيها بل لأنها تكفل الأفراد ضد الخطر الإجتماعي الذي يكون مطابق لمبدأ تساوي الجميع أمام المرافق العامة وأمام التكاليف العامة[299] ص 275.

و بذلك تجاوز التطور في مجال إصلاح الضرر هذه الأسس كلها، وبدأ البحث عن أساس يمكن أن يُستند إليه لتعويض المتضرر خارج أركان المسؤولية التقليدية، فحل بذلك مصطلح الضحية محل مصطلح المضرور أو المتضرر، ويرجع ذلك إلى تحول نظام المسؤولية من نظام قانوني إلى نظام أخلاقي، ومن مبدأ الفردية إلى إجتماعية المخاطر[99] ص 484

وقصد توضيح ما سبق، سوف نحاول بحث هذا الالتزام ضمن مايلي:

أولا: الأساس التقليدي لإلتزام الدولة بالتعويض

ثانيا: الأساس الحديث لإلتزام الدولة بالتعويض

ثالثا: طبيعة إلتزام الدولة بالتعويض

1.1.3.2.2.2. الأساس التقليدي لإلتزام الدولة بالتعويض

لقد أثار مبدأ تعويض الضر عموما من طرف الدولة جدلا واسعا في الأوساط الفقهية حول الأساس الذي يستند إليه، فذهب جانب من الفقه إلى إنكار الإلتزام أين برروا مواقفهم بأن نظام المسؤولية الشخصية عن الضرر يكفي لحماية المتضرر، هذا إلى جانب ما تقدمه نظم التأمينات الإجتماعية من تعويض نقدي للمتضرر، كما أن تقرير مسؤولية الدولة وإلزامها بالتعويض من شأنه أن يقلل من حرص المسؤولين الممارسين للعمل الذي قد يتسبب عنه ضرر للغير.

وفي مقابل ذلك قد جاء رأي يؤيد هذا الإلتزام، أين ساق في طياته حججا كان أهمها، أنه لا مانع من وجود نظام تكميلي يتكفل ببعض أنواع الأضرار الخاصة والإستثنائية التي قد تشكل في بعض الأحيان كوارث حقيقية، يمكن أن تدخل في مضمونها المخاطر الطبية، التي قد يطلق عليها كارثة طبية (Catastrophe médical)[138] ص 471.

وتوضيحا لذلك فقد تعددت تلك المحاولات الفقهية التي دعمت فكرة إلتزام الدولة بالتعويض، لكنها إختلفت حول الأساس الذي تقوم عليه هذه الفكرة، فمنهم من يرى أن أساس الإلتزام هو قانوني فهو حق للمتضرر[201] ص 273. بينما يرى البعض الآخر أن الأساس هو إجتماعي بحت قائم على مبدأ الإنصاف والتضامن.

فبالنسبة للأساس التقليدي لإلتزام الدولة بالتعويض، وهو أساس قانوني يعتمد على فكرة الحق وبذلك يكون تدخل الدولة في وضع نظم التأمينات ، وكذا إنشاء صناديق وهيئات خاصة تكفل حماية العامل، قد جعل فكرة التضامن تطغوا ، كون الفرد يجد نفسه مجبرا على التعاون مع الآخرين، وذلك عن طريق الإقتطاعات الإجبارية والإشتراك الذي لا يتوقف على رغبة الفرد كما كان في السابق[114] ص 30.

وبالتالي يكون الضمان الإجتماعي هو أساس التأمين هنا، بإعتباره يمثل القاسم المشترك لكافة أنواع التأمينات، كالتأمين على المرض أو عن الحوادث أوغيرها، وكون هذا التأمين بدوره يهدف إلى إصلاح الضرر عن طريق التعويض .

كما يرى أنصار هذا الإتجاه أن التعويض هو حق للمتضرر على الدولة وليس منحه منها، وإذا لم تلتزم بدفع التعويض للمتضرر فله حق مقاضاتها وإجبارها على الدفع[104] ص 24.

وقد تضمن هذا الإتجاه العديد من النظريات الفقهية كان أهمها:

نظرية الدولة المؤمنة[111] ص 37، 42: إن أساس هذه النظرية أن هناك تأمينا متبادلا بين المواطنين والدولة فالدولة هي المؤمن على نشاطها العام من الأضرار التي تصيب الغير، كما أن هذا التأمين يغطي جميع مجالات المسؤولية، ولا علاقة له بالخطأ أو المخاطر، وبهذا التصور فإن على الدولة واجب

تعويض الضحايا عن الأضرار مثل أي مؤمن ، لأنها قبضت أقساط التأمين من المؤمن لهم حتى ولو كان ذلك في شكل ضرائب مباشرة أو غير مباشرة.

كما يضيف أنصار هذه النظرية بأنه لا يمكن القول بفكرة الخطأ أو الخطر أو الخطأ المرفقي والأساس الوحيد الذي يبرر مسؤولية الدولة وإلتزامها بالتعويض هي فكرة التأمين الإجتماعي، الذي يتحمله صندوق التأمينات الإجتماعية لمصلحة الأشخاص الذين تضررو من جراء النشاط العام الذي تمارسه الدولة لفائدتهم، فالدولة مؤمن للمخاطر الناتجة عن نشاطاتها، التي لا يوجد في النظام الإجتماعي ضمان آخر لها، حيث يفرض على الدولة بذلك تأمين الحماية الإجتماعية للأشخاص من المخاطر، بما فيها مخاطر النشاط الصّحي التي تقترن بنظام التأمين الإلزامي للمسؤولية المدنية أو المخاطر الأخرى التي قد تشملها هذه الحماية، فتلتزم بذلك بالتعويض عنها[111] ص 121.

نظرية الضمان[111] ص 16، 27: (Le théorie de la Garantie): لقد كانت فكرة الضمان إحدى النتائج التي توصل إليها الأستاذ (Just luchet) حول قرار (Blanco) الشهير، أين ترتبط مسؤولية الدولة بواجب السلطة العامة وبعبئها، فالضمان هو ثمن السيادة[111] ص 17، فمن حق السلطة العامة أن تعمل وتتصرف وتلحق أضرار بالغير ولو دون خطأ، ولكن عليها أن تدفع ثمن ذلك، فمسؤولية الدولة هنا عن أعمال موظفيها هي نوع من مسؤولة المتبوع عن أعمال تابعه، حيث يقع على هذه الأخيرة الإلتزام الذي يقع على المتبوع بضمان أمن الغير وسلامته إزاء نشاط وعمل التابع (الموظف).

كما أن حق المواطن في الأمن والسلامة في الدساتير والمواثيق يفرض على الدولة إلتزاما بضمان الأضرار التي تنتج عن هذا المساس (Obligation de sécurité)= الإلتزام بضمان السلامة ، فتهدف هذه النظرية إلى حماية الضحايا والمضرورين من خطر إعسار التابع، حيث يجعل من الدولة كشخص معنوي متبوعا بإعتبارها أكثر يسرا من التابع، فهي الضامن لمسؤولية من هم تحت سلطتها سواء كانوا أشخاصا أو أشياء تحت الحراسة.

وإستنادا على ما سبق تقوم مسؤولية الدولة بمجرد وقوع الضرر بغض النظر عن وجود الخطأ من عدمه، فهناك إلتزام عام بضمان تعويض الأضرار[313] ص 38.

وعليه تلتزم هذه الأخيرة بحماية حق الأفراد في الأمن وعدم المساس بسلامتهم وهو إلتزام بتحقيق نتيجة أحيانا، وأحيانا أخرى هو إلتزام ببذل عناية فقط، فيكون إلتزاما بتحقيق نتيجة عندما يرتبط بالحقوق المطلقة للشخص التي تتعلق بالمصالح الأساسية له كالحق في الحياة والحق في السلامة البدينة والمعنوية، الحق في الأمن أثناء العمل والحق في الحماية القضائية، وهي تلك الحقوق الجوهرية، التي تكون فيها مسؤولية السلطة العامة تلقائيا، أما عندما يتعلق الأمر بالحقوق النسبية فإن الإلتزام يكون فيها ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة[111] ص 26.

من هذا المنطلق العام أصبح يفرض على الدولة إلتزام بضمان سلامة الأشخاص، والذي يعد سنده في نظرية العقد الإجتماعي، حيث يترتب عليه أن لكل طرف من أطراف العقد وهما الفرد والدولة واجب إتجاه الطرف الآخر، فلا يجب الإخلال من أي طرف بأي إلتزام عليه[105] ص 22. فتقوم الدولة بضمان دفع التعويض إذا لم يقم المسؤول عن الضرر بدفعه، وهذا بإعتبار الدولة مثل المتبوع في القانون الخاص ملزمة بتعويض الأضرار التي يسببها أعوانها (موظفيها) ، ليس لأنها يمكن أن ترتكب أخطاء أو تنشئ مخاطر، بل لأنه يقع عليها إلتزام بضمان أمن وسلامة الأشخاص ضد الأفعال الضارة الصادرة عن هؤلاء الذين يمارسون نشاطا بإسمها ولحسابها[303] ص 70، 72، 73.

وتجدر الإشارة أن هذه النظرية قيل بها في القانون العام والخاص على السواء، حيث تلتزم الدولة بذلك بما تتمتع بها من سلطة عامة بضمان حماية وسلامة الأفراد، وهكذا بدأ الإلتزام بضمان السلامة في الظهور في أواخر القرن التاسع عشر، فيما يتعلق بحوادث العمل، ثم تطور وقفز إلى إطار حوادث النقل البحري ثم البري إلى أن وصل إلى مجال المخاطر الطبية، أين أصبح اليوم ضمانا قانونيا وليس تعاقديا[82] ص 183.

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد عمد إلى إسناد مسؤولية الدولة كمتبوع عن فعل الغير (التابع) إلى نص المادة 136 ق م ، فالإرادة (الدولة) المتمثلة في المستشفى العام مسؤولة عن الضرر الذي يلحق المرضى الموجودين بها حتى ولو لم يثبت خطئها الشخصي وهي مسؤولية قائمة على أساس فكرة الضمان القانوني، حيث يعتبر المتبوع (الدولة) في حكم الكفيل المتضامن عن طريق كفالة مصدرها القانون لأنه مسؤول عن التابع وليس مسؤول معه، فيعتبر ضامنا متضامنا لدفع التعويض[79] ص 1049، 1051 فهو يضمن الغير ضد المخاطر التي تصيبهم من أعمال من هم تابعون له عن طريق الضمان القانوني الذي هو بمثابة تأمين قانوني و يعد تأمينا من المسؤولية في ذاتها، فالمتبوع (الإدارة أو الدولة عامة) هي بمثابة المؤمن للمضرور وليس مؤمن للتابع فاعل الضرر الذي يترتب عنه أن المضرور هو وحده الذي يستطيع مقاضاة المتبوع (الإدارة أو الدولة) وليس التابع الذي لا يستطيع مطالبة المتبوع بدفع التعويض كما لا يجوز للتابع أن يطلب إدخال المتبوع في الدعوى وإنما هذا الحق مقرر فقط للمضرور[67] ص 281.

وهوما أخذ به المشرع الجزائري تحديدا في نص المادة 140 مكرر 1 من القانون المدني[249]، أين جعل ضمان الدولة وتكفلها بالتعويض في هذه الحالة أمرا مقصورا على الضرر الجسماني فقط، إضافة إلى إشتراطه إنعدام المسؤول عن الضرر وعدم تسبب المتضرر في هذا الضرر، فالمشرع في هذه المادة قد إعترف بإلتزام الدولة بالتعويض على أساس الضمان القانوني، لكن في حالات خاصة حدّد شروط تحققها ضمن النص المذكور، وهو ما يجعل الإلتزام هنا مقيدا وليس مطلقا .

2.1.3.2.2.2. الأساس الحديث لإلتزام الدولة بالتعويض

إن التطورات والتغيرات الجذرية التي لحقت وظائف الدولة وحولتها إبتداءا من دولة حارسة إلى أخرى متدخلة، مع ما رافق ذلك من تطورات تشريعية وقضائية، ولعل من بين ما لحقه التطور، وبسبب بروز المشاكل أو بالأحرى الكوارث المجال الطبي.

وتبعا لذلك فقد تجاوزت وتحولت الدول عن وظائفها التقليدية إلى حد أنها بدأت تحاول إعطاء حقوق للمتضرر لا ترتبط بمبدأ المسؤولية بالمفهوم التقليدي، فلم يعد ينظر إلى الضرر على أنه مجرد عنصر أو ركن في المسؤولية، وإنما أصبح الإهتمام ينصب إلى وجوب رفع هذا الضرر عن المضرور بصرف النظر عن مصدره، وبذلك أصبح موضوع إصلاح الضرر مستقلا عن المسؤولية. فسعت الدول لسن قواعد تشريعية تقرر مساعدة المتضررين وفق ضوابط خاصة.

وقد إتجه العمل في العصر الحديث إلى التوسع في المسؤولية على عدة محاور ليغطي أكبر قدر ممكن من الأضرار، فهناك إتجاه لتوسع في فكرة الخطأ وإبتداع أنواع جديدة من الخطأ، حيث ظهرت فكرة الخطأ المفترض ومبدأ المسؤولية الموضوعية، ويوازي هذا الإتجاه السعي إلى التضييق من أسباب الإعفاء من المسؤولية ومحاولة تأسيسها على أساس إجتماعي بدلا من أخلاقي[54] ص 6. غير أن هذا التحول كان في حاجة إلى أساس قانوني يستند إليه عند تحمل الدولة لعبء التعويض عن الأضرار.

من جهة ثانية فإن تعويض الدولة للمتضررين حيث يتعذر الحصول على تعويض من المسؤول أو المتسبب في الضرر، من المبادئ الأساسية السائدة في الفكرة القانوني المعاصر وتأخذ به العديد من التشريعات، كالتشريع الفرنسي خاصة، وهذا نتيجة لقصور القواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الضار في التعويض، خاصة عن تلك الأضرار الناشئة عن الأعمال الطبية عامة، وعملية نقل الدم الملوث خاصة وهو ما سيأتي بيانها في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ولعل هذا الموضوع يكتسي أهمية خاصة في الجزائر بسبب عدم وجود تنظيم قانوني يعنى بذلك فقد عرف مبدأ مسؤولية الدولة عامة في التشريع الجزائري تقريرا لقاعدة مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في إطار المسؤولية المدنية منه، فيعتبر بذلك الطبيب في المجال الطبي تابعا للمستشفى، وهو ما يؤكده نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 92 -276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، فهي تقضي بخضوع الطبيب للمسؤولية التأديبية أمام المجلس الوطني لأخلاقيات الطب، الشيء الذي يفرض وجود علاقة تبعية حتى ولو كانت أدبية، مما يستوجب لزوما تحمل المستشفى مسؤولية التعويض عن الأضرار الواقعة بسبب أخطاء موظفيها.

أما عن إلتزام المستشفى بضمان سلامة المريض، فإنه كما بيّنا سابقا هو إلتزام بتحقيق نتيجة مما يرتب على المستشفى ضمان سلامة كل ما يقدم إلى المريض، كالأدوية والدم، لهذا يوجب عليها هذا الإلتزام حماية المريض من المخاطر التي يتعرض لها أثناء عملية نقل دم إليه.

لكن قد يثار التساؤل هنا فيما يتعلق بالأساس الذي تستند إليه هذه المسؤولية، فإذا إنعدم الخطأ المنسوب للدولة، هل يمكن إعتبار حدوث الضرر نتيجة خطأ مرفقي لأحد مرافق الدولة (كالمستشفى أو مركز نقل الدم...)؟ كذلك هل يمكن مساءلة الدولة دون خطأ عن حدوث الضرر، و هو ما يسمى بالمسؤولية الموضوعية إستنادا إلى الضرر فقط ، مع العلم أن المسؤولية التقليدية تقوم على أركان ثلاث خطأ وضرر وعلاقة سببية، قد تختزل في مجالات معينة إلى ركنين فقط، هما الضرر وعلاقة السببية وهو الشيء الذي تطلب ضرورة إيجاد أساس لمسؤولية الدولةعنه .

وعليه فقد تعددت الأسس التي قيلت في تبرير مسؤولية الدولة، لكن سوف نتناول تلك الأسس الحديثة محاولين بيان أي من هذه الأسس يصلح أن يكون سبب لإلتزام الدولة بالتعويض في مجال نقل الدم الملوث .

الإلتزام بالتعويض على أساس المخاطر: إن المسؤولية هنا تقوم على أساس توفر ركنان أساسيان ركن الضرر وركن السببية، فأما الضرر فهو ذلك الفعل الذي يمكن نسبته إلى الدولة أو أحد العاملين فيها أو لحسابها أو إحدى مؤسساتها، بينما علاقة السببية يراد بها أن يكون الفعل هو السبب المباشر لحدوث الضرر.

وبذلك ونظرا لظروف المجتمعات المعاصرة وإزدياد الحوادث والمخاطر بدأت المطالبة بإطلاق المسؤولية وعدم تقييدها بالخطأ، وقد إعتبرت المسؤولية على أساس المخاطر هنا مسؤولية غير خطئية كما أنها لها صفة إستثنائية وتكميلية ، وهو ما جعل ذلك تشدد في عناصر تحققها، فإشترط بذلك شرطين أساسيين، هما شرط خصوصية الضرر وتعلقه بالمضرور دون غيره، وشرط الجسامة والإستثنائية للضرر، أين لا بد أن لا يعتبر هذا الضرر من المخاطر العادية التي يمكن إرجاعها لخطأ مرفقي محدّد[52] ص 206، 207.

وعلى الرغم من كثرة التشريعات التي تعالج بعض مجالات المسؤولية غير القائمة على الخطأ إلا أن ذلك لم يجعلها تشترك في بناء أسس وأحكام عامة لهذه المسؤولية، وإنما بقي كل تشريع من هذه التشريعات يعالج شروط وأحكام المسؤولية بشكل قد يختلف عن بقية التشريعات الأخرى ، وهوما يدعونا إلى التساؤل عن موقف التشريع الجزائري من ذلك ؟

برجوعنا إلى إلى القواعد العامة للمسؤولية التي جاء بها القانون المدني الجزائري ، سنجد أنه لم ينص على المسؤولية القائمة على أساس المخاطر، وإنما جعل الخطأ هو الأساس القانوني العام والوحيد الذي تبنى عليه المسؤولية، سواء كان الخطأ ثابتا أو مفترضا (مسؤولية المتبوع عن أعمال

التابع) وبالتالي فقد إستبعدت القواعد العامة النص صراحة عن نظرية المخاطر، وإن كانت قرائن الخطأ التي إعتمدها المشرع المدني في هذه القواعد تستند في جوهرها على المخاطر (الضرر).

هذا إضافة إلى تبني المشرع في تعديله الأخير للقانون المدني ضمن نص المادة 140 مكرر إلى الضرر كأساس للمسؤولية هنا[249].

أما بالنسبة لإلتزام الدولة بالتعويض، فنجد النص عليه بموجب المادة 140 مكرر 1 ق م ، أين ألزم الدولة بالتكفل بتعويض الضرر الجسماني إذا إنعدم المسؤول عن الضرر ولم يكن للمتضرر يد فيه و بذلك يقع عبء التعويض عليها على أساس الضرر أو المخاطر في حالة الضرر الجسماني الذي ينعدم فيه المسؤول وتدخل المضرور .

وبذلك لم يعتبر المشرع نظرية المخاطر سوى إستثناء، كما أنه لم يجعلها مبدأ عاما أو مساويا لنظرية الخطأ، هذا إلى جانب تطبيقها التكميلي عند ضرورة التعويض عن الضرر ، الذي يهدف من خلاله المشرع إلى الإعتراف بنوع من الحماية للمتضررين من مخاطر نشاط الدولة في مجالات محدودة تضمنتها تشريعات خاصة.

الإلتزام بالتعويض على أساس مبدأ التضامن الاجتماعي: تستند فكرة التضامن الإجتماعي على مبدأ الشعور الإنساني الذي يرتكز عليه كل إجراء يهدف إلى مساعدة الأشخاص الذين يوجدون في وضعية صعبة، أين يتضامن أفراد المجتمع فيها بينهم ليتحملوا أعباء المخاطر. وتركيزا على ذلك تكون الدولة هي أول من يبادر بهذا التضامن بإعتبارها ممثلة للجماعة، وبذلك يعد إلتزام الدولة هنا إلتزاما إجتماعيا أساسه الإنصاف والتكافل الإجتماعي، حيث يدفع التعويض الذي تقرره الدولة، لا بقدر الضرر الذي أصاب المتضرر، ولكن بالقدر الذي تسمح به موارد الدولة، فهو نوع من أنواع المساعدات الإجتماعية التي تقوم الدولة بتقديمها عن طريق صناديق عامة لتعويض الضحايا (Fonds degarantie)[337] ص 911 كصندوق تعويض ضحايا الإرهاب، صندوق تعويض ضحايا حوادث المرور، وصندوق تعويض ضحايا الإيدز في فرنسا.

فالتعويض هنا لا يدفع من الدولة بموجب مسؤولية قانونية، بل بموجب إحساس وتضمان إجتماعي[104] ص 24.

وبذلك يكون هذا التعويض وفقا لهذا الأساس منحه أو مساعدة، فالدولة لا تلتزم به على أساس أنه حق للمضرور، بل تلتزم به أدبيا فقط، لذلك يكون لها حق تحديد هذا التعويض، والذي يعد نوع من أنواع المساعدة الإنسانية والإجتماعية[51] ص 192.

إلى جانب ذلك فإن الأخذ بهذا الأساس الإجتماعي لمسؤولية الدولة يؤدي إلى إمكانية أن يعهد بمسألة التعويض إلى جهات إدارية فقط دون اللجوء إلى الجهات القضائية[201] ص 273، وهو ما يجعل هذا الأساس للتعويض يتميز بالتأييد الكبير من جانب أغلب الدول، فهو يمثل الوضع الراهن

للقوانين التي تنص على التعويض في إطار صناديق الضمان، خاصة فيما يتعلق بمجال نقل الدم الملوث بالأمراض الخطيرة كالإيدز، الذي عمل المشرع الفرنسي على تطبيق العمل به كما سبق بيانه. بالموازاة مع مكتب تعويض الحوادث الطبية كجهة إدارية خاصة بذلك، والذي سوف يأتي توضيحه لاحقا.

القانون كأساس لإلتزام الدولة بالتعويض: إن التطور التشريعي المعاصر أفرز أساس جديد لمسؤولية الدولة، حيث أصبحت هذه الأخيرة ملزمة بالتعويض لا على أساس الخطأ أو المخاطر، وإنما قد أسس إلتزامها على أساس القانون مباشرة وهو ما يجعل هذه الأخيرة عاجزة عن إستبعاد مسؤوليتها إذا كان مصدرها المباشر هو القانون، فإذا نص المشرع صراحة على تعويض المتضررين من حوادث أو مخاطر معينة، فإنه في هذه الحالة لا تستطيع الإدارة كمملثة للدولة أن تنفي قيام مسؤوليتها عن ذلك، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في قانون الصحة العامة والمراسيم التنظيمية المتعلق به والمنظمة لحالة المسؤولية القائمة عن الضرر الناتج عن نقل دم ملوث بالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C طبقا لما سيأتي توضيحه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإن إلتزام الدولة بالتعويض على أساس القانون قد عرفته المادة 140 مكرر 1 ق م السابقة، وقد كان ذلك بشروط خاصة ومحدّدة تضمنتها المادة، إلى جانب بعض الحالات الخاصة في بعض التشريعات الوطنية، والتي يخرج المجال الطبي عن مضمونها،على أساس أن التعويض في هذا المجال لا يخضع لتكفل الدولة إلا إذا كان الضرر جسمانيا والمسؤول عنه منعدما .

لكن ماهي طبيعة هذا الإلتزام في ظل تحديد لشروطه؟ وكيف يتم تطبيقه مع إنعدام نصوص تويضحية له ؟ .

3.1.3.2.2.2. طبيعة إلتزام الدولة بالتعويض

إن تدخل الدولة في مجال تعويض المخاطر الطبية عامة ومخاطر عمليات نقل الدم خاصة يعد تدخلا ضروريا ، ولأجل ذلك يثور التساؤل حول طبيعة هذا الإلتزام بالتعويض فهل يعد تدخل الدولة للتعويض هنا ذو طبيعة إحتياطية لا يبرز إلا في حالة عدم وجود أو عجز آليات التعويض الأخرى؟ أم أنه تدخل تكميلي للتعويض الأصلي المقرر بموجب القواعد الخاصة بالمسؤولية المدنية؟

الطبيعة الإحتياطية للتعويض: ويقصد به أن مسؤولية الدولة ليست شخصية عن تعويض الضحايا الذين أصابتهم أضرار، فهي ليست مسؤولية تضامنية مع المتسبب في الضرر، بل يبقى هذا الأخير هو المسؤول الأصلي عن التعويض الواجب للمتضرر أو ورثته[104] ص 38، فوقوع الضرر يرتب على عاتق المسؤول إلتزام مدني بوجوب تعويض المتضرر عن جميع الأضرار المباشرة التي أصيب بها، كما أن الدولة طبقا للإتجاه الذي يرى أنها ملتزمة قانونا بالتعويض، هي المسؤولة عن الحقوق المدنية للمتضرر، مسؤولية الضامن لتنفيذ الإلتزام الذي يقع على عاتق المسؤول، وهي مسؤولية إحتياطية، فهي

لا تقوم بالتعويض إلا إذا تعذر أو إستحال على المضرور الحصول عليه من المسؤول أو المتسبب في الضرر أو من شركة التأمين أو من جهات التأمين الإجتماعي، فحينئذ يلتزم الضامن بالتعويض.

وعليه فإن إلتزام الدولة بالتعويض يكون في الدرجة الثانية بعد إلتزام المسؤول عن الضرر، حيث يثور الإشكال عندما لا يدفع المتسبب في الضرر التعويض للمضرور لأي سبب ، أو يدفع تعويضا لا يساوي الضرر الذي نتج عن خطئه أو فعله، فيلجأ المتضرر هنا إلى الدولة مباشرة للحصول على التعويض[235] ص 439.

لكن إذا كانت طبيعة إلتزام الدولة بالتعويض إحتياطية، فإنه قد ينتج عن ذلك أنها لا تعوض المتضرر إلا إذا كان المسؤول عن الضرر أو المتسبب فيه مجهولا أو معسرا، وإذا حصل هذا المتضرر على التعويض من المسؤول لا تدفع له الدولة إلا تعويضا مكملا، كذلك لا يستطيع المتضرر أن يجمع بين أكثر من تعويض عن نفس الضرر، فلا يستطيع بذلك الحصول على تعويض من الدولة، وآخر من المسؤول عن الضرر أو من شركة التأمين.

وعليه ففي حالة دفع الدولة التعويض للمضرور، فإنها يمكن أن ترجع على المسؤول عن الضرر بوسيلة قانونية تتمثل في دعوى الحلول، حتى تسترد هذه الأخيرة كل أو بعض ما دفعته له ، فتحل محل المضرور أو ورثته في حقوقهم إتجاه المسؤول عن الضرر، حيث يعتبر الحلول هنا حلولا قانونيا إتفاقيا كون أن قوانين التعويض تنص على مبدأ الحلول.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من ذلك، فنجده قد تبنى في نص المادة 140 مكرر 1 ق م الطبيعة الإحتياطية لإلتزام الدولة بالتعويض عن الضرر الجسماني، فكان بذلك لجوء المتضرر إلى الدولة للتعويض يتعلق بالضرر الجسماني فقط ، كما أن مطالبته بالتعويض لا تكون إلا إذا إنعدم المسؤول عن الضرر كأن يكون غير معروف أو أنه معروف لكن لم تصدر بشأنه أية إدانة، وبالتالي فإن مطالبة الدولة بالتعويض لا تكون إلا في حالة عدم وجود إمكانية أخرى للحصول على هذا التعويض من الجهات الأخرى، والمتمثلة في المسؤول سواء كان المتسبب في الضرر أو شركة التأمين، إضافة إلى ضرورة أن لا يكون للمتضرر يد في هذا الضرر، وإلا سقط حقه في التعويض وفقا لقواعد نفي المسؤولية المدنية.

وعليه فطبقا لما جاءت به المادة 140 مكرر 1 ، فإن إلتزام الدولة بالتعويض عن الضرر يتطلب توفر الشروط التالية:

ضرورة أن يكون الضرر الناتج ضررا جسمانيا قد أصاب الشخص في جسمه وجسده، والذي يستنتج منه إستبعاد المشرع التعويض عن الضرر المعنوي، لكن هل يقصد بالتعويض عن الضرر الجسماني المفهوم الضيق دون توسيع ، أم أنه يمكن أن يشمل هذا التعويض كل ما يمكن أن يعد ضررا جسمانيا في مفهوم الفقه و القانون[40] ص 390.

إشترط أن لا يكون للمتضرر يد في هذا الضرر الحاصل، كأن يكون قد ساهم في إحداث هذا الضرر.

إضافة إلى ضرورة أن يكون المسؤول منعدما، وذلك بأن يكون مجهولا، أو أن يكون معلوم لكنه غير مسؤول، كما في حالة وجود مريض بمستشفى عام أين نقل له دم من طرف الطبيب أو الممرض المختص، لكن الدم المنقول كان ملوثا فسبب له ضرر تمثل في إنتقال أحد الأمراض أو الفيروسات إليه فالطبيب هنا تنتفي مسؤوليته، كون أن المسؤولية تقع عل عاتق المستشفى الذي يلتزم بضمان سلامة المريض إلتزاما بتحقيق نتيجة، حيث يكون عليه تقديم دم مناسب ونظيف وخال من الفيروسات للمريض وبالتالي فالمسؤول معلوم، وهو الطبيب أو الممرض الناقل للدم لكنه غير مسؤول كون سلامة الدم المنقول هو إلتزام يقع على عاتق المستشفى في هذه الحالة.

التدخل التكميلي للتعويض: يكون تدخل الدولة لتنفيذ الإلتزام الذي يثقلها بتعويض الأضرار، في حالة عجز آليات التعويض الأخرى عن تعويض المضرورين تعويضا كاملا عما أصابهم من أضرار تدخلا ذو طبيعة تكميلية، حيث تتدخل هذه الأخيرة لتكملة التعويض المستحق للمضرور، وهو ما يتحقق في الأحوال التي تتجاوز فيها التعويضات المحكوم بها الحدود القصوى للتأمين أو حتى لتدخل صناديق التعويض في ذلك، حيث تلتزم في هذه الحالة الدولة بتعويض الجزء من الضرر الذي يلحق بالمضرور والذي لا يتحمّله نظام التأمين أو صندوق التعويض[244] ص 1052، 1053.

لكن نجد أن التدخل التكميلي للدولة ، خاصة في مجال المخاطر الطبية (كعملية نقل الدم الملوث) هو تدخل مرتبط بالأضرار التي تلحق المضرور، فهو ذو طابع إحتياطي ، لكنه يعد تدخلا تكميليا وضروريا، أين لا يظهر هذا التدخل إلا في حالة عدم وجود جهة مسؤولة عن تعويض الضرر، أو عجز آليات التعويض السابقة (التأمين) عن تعويض تلك المخاطر الطبية، وبذلك يكون تدخل الدولة للتعويض هنا مكملا لنظام التأمين من المسؤولية الطبية وليس موازيا له، فيكون التدخل بذلك حتميا لتلبية مقتضيات العدالة التي بنشدها ضحايا المخاطر الطبية ،أين لا تستطيع آليات التعويض العادية أن تسد حاجات المضرورين، خاصة إذا كان الضرر على شكل كوارث[138] ص 473، فالتأمين من المسؤولية هو وسيلة التعويض الأساسية في المجال الطبي، فهو إجباري وإلزامي لكل العاملين في هذا المجال، لكنه قد لا يكون كافيا في جميع الحالات، خاصة في حالة وقوع الكوارث الطبية التي لا يستطيع معها هذا النظام تعويض تلك الأضرار، كحالة نقل دم لمجموعة من المرضى بالمستشفى ، الشيء الذي قد ينتج عنه كارثة طبية يعجز نظام التأمين عن تغطيتها.

كما أن مشكلة ظهور أعراض الأمراض الناتجة عن العلاج، أو أي إجراء طبي آخر(نقل الدم) بشكل متراخ وتدريجي، والتي تكون بعد إنتهاء مدة سريان عقد التأمين[291] ، وعدم وجود طريق آخر للتعويض قد يشكل عائقا ينتج عنه ضياع حق المضرور في التعويض، مما يستتبع ضرورة تدخل الدولة

في ذلك حيث يكون إلتزامها هنا تكميليا إلا أنه ضروري، أين لا يستطيع التأمين تغطية مثل تلك الأضرار الناتجة عن انتقال عدوى الفيروسات الخطيرة ، وهو الشيء الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانونه الخاص بالصحة العامة نصوصه التنظيمية لذلك. والذي سوف نشير إليه لاحقا .

وإستنادا إلى ما سبق فإن نص المشرع على هذه الشروط في فحوى المادة 140 مكرر 1 يدعونا إلى القول أنه قد تبنى الطبيعة الإحتياطية للتعويض الواجب على الدولة، حيث يكون تدخل هذه الأخيرة عند عدم وجود آليات الضمان ، كإنتفاء المسؤولية المدنية عندما يكون للمضرور يد في حدوث الضرر أو عدم معرفة أو تحديد المسؤول عن الضرر، هذا إلى جانب تكفل الدولة بالتعويض عن الضرر الجسماني دون أي ضرر آخر.

كل ذلك يؤدي بنا إلى إنتقاد المادة 140 مكرر1 ، فيؤخذ عليها أنها قد تضمنت غموضا دون تحديد، حيث نصت على تحمل الدولة التعويض إحتياطيا في حالة إنعدام المسؤول، لكن دون تحديد لإجراءات أو كيفية الحصول على هذا التعويض، أو حتى الجهة المختصة بدفعه، وهو الأمر الذي يجب إستدراكه بنصوص تنظيمية تبيّن ذلك ، فوجود النص دون توضيح و لا تطبيق هو كعدم وجوده ، الشيء الذي ندعوا مشرعنا إلى السعي إلى تعديله، قصد حماية حقوق الضحايا من الضياع عند إنعدام المسؤول عن الضرر الناتج .

2.3.2.2.2. مدى التزام الدولة بتعويض ضحايا نقل الدم الملوث

يبرز دور الدولة كمدين بتعويض الأضرار أين تلتزم هذه الأخيرة بالتدخل، فتتحمل عبء التعويض في حالة عجز آليات الضمان المتمثلة في المسؤولية المدنية، التأمين وصناديق الضمان عن توفير تعويض للمضرور، فالدولة في هذه الحالة تتدخل بوصفها ممثلا للجماعة بأثرها، كما تتحمل عبء التعويض إزاء هؤلاء الضحايا، ليس على أساس المسؤولية القانونية كما أوضحنا سابقا ، وإنما على أساس التضامن الإجتماعي.

لكن تطور مفهوم مسؤولية الدولة للتعويض عن الكوارث أو المخاطر بالعديد من التطورات خاصة في مجال التعويض عن الضرر أو المخاطر الطبية ، حيث مر هذا التطور بمرحلتين، كان الإتجاه في المرحلة الأولى إلى الفصل بين المسؤولية والتعويض، أين كان التعويض مستقلا عن المسؤولية، فكانت المسؤولية بذلك ذات طبيعة تعويضه بحته[115] ص 301، ثم إنتهى الإستقرار على التعويض بدون مسؤولية، أين ظهرت الأنظمة الجماعية للتعويض قصد توفير الحماية للمتضرر، بعد أن تفاقمت هذه الأضرار وإنتشرت إنتشارا كبيرا تعاظمت معه المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الضحايا في هذا العصر فإعتنقت أنظمة جديدة للتعويض، مثل تلك الكوارث الناتجة عن إنتقال عدوى مرض

الإيدز عن طريق نقل الدم الملوث، أين تلتزم الدولة به دون أن يكلّف الضحايا هنا بإثبات قيام المسؤولية، فيكون بذلك التعويض مرتبطا بتحقق الضرر ويدور معه وجودا وعدما[138] ص 473.

وسوف نبين الإلتزام بالتعويض في هذا المجال (نقل الدم الملوث) من خلال العناوين التالية:

أولا: ضرورة تدخل الدولة للتعويض

ثانيا: أساس إلتزام الدولة بالتعويض

ثالثا: تعويض ضحايا نقل الدم الملوث في فرنسا

1.2.3.2.2.2. ضرورة تدخل الدولة للتعويض

إذا كان منطلق التحولات الجديدة في أسس مسؤولية الدولة هو فكرة إعتبار حصول الضرر لأفراد المجتمع مشكلة تستدعي البحث عن آليات لمساعدة المتضرر، كتلك المساعدات التي أقرتها كثير من الدول للعاجزين أو ضحايا الكوارث الطبيعية (كالزلازل، الفيضانات، الأوبئة ....الخ)، حيث سلكت في ذلك طريقا لوضع قواعد تشريعية تقرر مساعدة هؤلاء المتضررين وفق ضوابط خاصة دون أن يكون لهم حق التمسك أو المطالبة بها، أما في نطاق تعويض المخاطر الناتجة عن الأعمال الطبية كما في حالة تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالأمراض والفيروسات فقد إتبعت الدولة هنا سياسة التعويض كحق للضحايا وليس منحة لهم[372] ص 7، أين يستطيع الضحايا المطالبة بهذا التعويض.

لكن قد يثور الخلاف حول مدى إلتزام الدولة بتعويض تلك الأضرار الناتجة عن المخاطر الطبية حيث أن تدخل الدولة من تلقاء ذاتها وبمحض إختيارها للتعويض في الأحوال التي لا يستطيع المضرور فيها الحصول على التعويض بأي وسيلة أو آلية أخرى، ليس محل خلاف في الفقه، ولكن الخلاف يثور حول مدى وجود إلتزام قانوني على عاتق الدولة بالتدخل في هذا المجال.

وتوضيحا لذلك نقول وحسب رأينا أن هناك إعتبارات تبرر إلتزام الدولة بالتعويض عن الأضرار - أن الدولة يقع على عاتقها إلتزام دستوري بضرورة كفالتها لأمن وحماية المواطنين جميعا والمحافظة على سلامتهم.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري، فنجده قد نص على ذلك ضمن فحوى المواد 24، 54، 55 من الدستوري الجزائري لسنة 1996 المعدل في 28 نوفمبر 2002[245] ، وبالتالي يكون تدخل الدولة للمساهمة بتعويض الأضرار الناتجة عن الحوادث أو المخاطر الطبية تنفيذا لهذا الإلتزام الدستوري ، وإن هي تقاعست فإن ذلك يعد إخلالا بذلك الإلتزام .

أن الدولة بتعويض تلك الأضرار الناتجة عن الحوادث الطبية وخاصة المتعلقة بحوادث نقل الدم الملوث، يبرره ضرورة تحقيق العدالة والمساواة بين أفراد المجتمع، فقواعد العدل والإنصاف تأبى ترك المضرور دون تعويض، حيث يستند التعويض عندئذ إلى مبدأ الشعور الإنساني الذي يرتكز على كل

إجراء يهدف إلى مساعدة الأشخاص الذين يوجدون في وضعية صعبة، وهذا الشعور مبدأه تضامن أفراد المجتمع فيما بينهم، وبالتالي لا بد أن تكون الدولة أول من يبادر بهذا التضامن الذي يهدف إلى إصلاح الضرر، الذي يغدو معه التضامن الإجتماعي طريقا مكملا لنظام التأمين من المسؤولية[305] ص 75، 76.

قد يبرر إلتزام الدولة بتعويض أضرار المخاطر أو الحوادث الطبية، طبيعة بعض الأضرار خاصة منها ما ينتج عن عملية نقل الدم الملوث فهي أضرار إستثنائية، خاصة أو متراخية في الظهور قد تختلف بإختلاف مراحل ظهور الأمراض المنقولة للشخص، كالإيدز مثلا، الذي يتميز بخصوصية الأضرار الناتجة عن الإصابة به، كضرر فقدان فرصة البقاء على قيد الحياة والذي يعتبر ضررا خاصا لم ينص حتى القانون الفرنسي على تعويضه إلا مؤخرا .

كل هذه الأسباب التي قد تؤدي إلى أن تعويض المضرور عما أصابه من الأضرار لاسيما منها الجسدية والمعنوية، مع عجز وقصور آليات التعويض الأخرى عن توفير الحماية لهؤلاء، أصبح من الضروري إعلان الحاجة للجوء إلى الدولة التي قد يبرز دورها في هذا الصدد قصد التدخل لتكمّلة التعويض المستحق للمضرور أو لتعويضه تعويضا كاملا، أين لا يجد هذا الأخير سوى الإلتجاء إليها خاصة مع إنعدام نصوص خاصة في التشريعات القانونية على ضمان حقوق الضحايا في هذه الحالة وهو الشيء المستقر عليه في القانون الجزائري.

إضافة إلى ما سبق أن إلتزام الدولة بالتعويض في هذه الحالة ، قد يرجع إلى تلك السلطة التي تتمتع بها الدولة بإعتبارها جهة وصية عن أعمال وأنشطة المراكز والإدارات الصحية، كالمستشفيات ومراكز نقل الدم، كجهات إدارية تابعة لوزارة الصحة عامة ، وهو ما تبناه المشرع الجزائري ضمن نصوصه التنظيمية، عندما أقر بتبعية المراكز والمرافق الصحية لوزارة الصحة كجهة وصية تمثل الدولة في ذلك[271] فيكون بذلك إلتزام هذه الأخيرة بالتعويض عن تلك الأنشطة التي قد تمارسها تلك المرافق أو المراكز في حالة عجز آليات التعويض الأخرى عن الحماية أو التعويض خصوصا أمر لا بد منه .

وعلى ذلك نخلص إلى أن تدخل الدولة لتعويض تلك المخاطر الطبية كأضرار نقل الدم الملوث قد يكون إلتزام قانوني حسب رأينا ،أين يقع على عاتقها التعويض في حالات عجز آليات التعويض التقليدية (المسؤولية المدنية ونظام التأمين) عن توفير الحماية للمضرور، أو في حالة عدم وجود آليات ضمان أخرى كصناديق الضمان الخاصة بذلك. فتدخل الدولة في هذه الأحوال يعتبر إلتزام قانوني قد يستند إلى إعتبارات خاصة يمكن أن تقوم على مبدأ التضامن الإجتماعي، وهو الشيء الذي ندعوا المشرع الجزائري إلى تبنيه خاصة في مجال نقل الدم الملوث بالأمراض التي يعد الإيدز والتهاب الكبد الوبائي C من أخرطها وأكثرها إنتشارا. هذا مع ألإشارة إلى أن مبدأ تكفل الدولة بالتعويض قد نص

عليه مشرعنا ضمن نص المادة 140 مكرر 1 ق م كقاعدة عامة، التي يعاب عليها أنها جاءت خاصة غير واضحة ينتابها غموض حول طريقة أو كيفية تكفل الدولة بذلك .

هذا إلى جانب إشتراط تعويض الضرر الجسماني فقط حتى يتم تكفل الدولة بالتعويض، وهو الشيء الذي يجعل تطبيق هذه المادة على ضحايا نقل الدم الملوث أمر قد يصعب تقريره، بإعتبار أضرار نقل الدم الملوث لا تنحصر في الضرر الجسماني فقط بل هناك أضرار مادية ومعنوية وخاصة سبق الإشارة إليها.

هذا كله يقودنا إلى دعوة المشرع الجزائري إلى ضرورة تبني تشريع خاص لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث وذلك لعدم إمكانية تطبيق القواعد العامة في التعويض على مثل هذا النوع من الأضرار، أين يكون تدخل الدولة للتعويض في هذا المجال يشكل إلتزاما قانونيا يُفرض عليها القيام به .

2.2.3.2.2.2. أساس التزام الدولة بالتعويض

لقد أصبح مبدأ التزام الدولة بتعويض متضرري وضحايا المخاطر الطبية عامة ومخاطر نقل الدم الملوث خاصة من المبادئ المستقرة لدى كثير من الدول، التي على رأسها فرنسا، وهذا بصرف النظر عن الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة هنا.

كما يتضح مما سبق إختلف الفقه حول الأساس الذي تقوم عليه فكرة المسؤولية والإلتزام بالتعويض، فمنهم من يرى أن الأساس هو إجتماعي بحت يقوم على مبدأ الإنصاف والتضامن الإجتماعي تطبيقا لوظيفة الدولة في العصر الحديث، بينما يرى البعض الآخر أن أساس إلتزام الدولة بالتعويض هو قانوني، أين يعدّ فيه التعويض حقا خالصا للمتضرر، وليس منحه أو مساعدة له وهو الشيء الذي تبناه المشرع الفرنسي في ذلك، كما توصلنا إليه من خلال رأينا المتواضع السابق.

وعليه فإن إلتزام الدولة بعبء التعويض عن الأضرار في مجال نقل الدم خاصة أساسه ليس الخطأ أو الفعل غير المشروع، فالدولة ليست مسؤولة عن تعويض تلك الأضرار إستنادا إلى قواعد المسؤولية المدنية، سواء القائمة على الخطأ أو تلك التي تتخذ من الضرر أساسا لها، وإنما تلتزم بهذا العبء على أساس التضامن الإجتماعي[92] ص 157، فجماعية التعويض أو النظام الجماعي للتعويض لا يستند إلى خطأ ينسب لذمة جماعية ولا إلى مسؤوليتها عن ذلك، بل يجد هذا الإلتزام بالتعويض مصدره في نص القانون أو التضامن الإجتماعي، فالذمة الجماعية (الدولة) ليست مسؤولة ولكن مجرد ملتزم بالتعويض[108] ص 192، 284، 285، حيث تتدخل الدولة لتحمل عبء التعويض على أساس التضامن الإجتماعي وتحقيق العدل بين أفراد المجتمع، فيحصل كل مضرور على التعويض الجابر للأضرار التي لحقت به دون أن يترك البعض من المتضررين دون تعويض، وهو الشيء الذي قد يخل بقواعد العدل والتضامن الإجتماعي[92] ص 158.

ضف إلى ذلك أن مسؤولة الدولة هنا ليست مسؤولية شخصية عن التعويض ولا مسؤولية تضامنية، لكنها مسؤولة فقط عن أداء الحقوق المدنية للمضرور إلتزاما قانونيا، فهي مسؤولية الضامن لتنفيذ الإلتزام ، فهي مسؤولية إحتياطية تكون إذا تعذر الحصول على تعويض من المسؤول الأصلي (انعدام المسؤول أو تعذر حصول التعويض منه لأنه مجهول)، لأن الضامن يلتزم عندئذ بدفع التعويض أين يكون تدخله في هذه الحالة ضروريا للحصول على التعويض.

ولكن واستكمالا لما سبق ماهي الشروط والمعايير التي يمكن أن تعتمد في تدخل الدولة لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث، بإعتبار أن أساس التزامها هو التضامن الإجتماعي عامة ونصوص القانون خاصة؟

للإجابة عن ذلك نقول أنه لكي يحصل المتضرر على التعويض من الدولة فلا بد من توفر شروط معينة تنص عليها مختلف قوانين التعويض، وهي تتعلق بموضوع التعويض ذاته وهو الضرر المعوّض عنه، والمستفيد من التعويض، هذا إلى جانب أن هناك معايير خاصة قد تعتمد عليها الدولة لتعويض المتضرر في هذه الحالة.

الشروط الخاصة لإلتزام الدولة بالتعويض: بما أن إلتزام الدولة بالتعويض أساسا هو إلتزام إحتياطي لا يقوم إلا إذا إنعدم المسؤول عن الضرر، فإن قانون التعويض في هذه الحالة قد يشترط بعض الشروط لإستحقاق التعويض.

شروط متعلقة بالضرر: فالضرر شرط لازم لترتب مسؤولية الدولة وإلتزامها بالتعويض، وهذا بالنظر إلى الطبيعة الإحتياطية لمسؤولية هذه الأخيرة عن التعويض.

فاضرر لا بد أن يكون وحسب الشروط العامة لقبول الدعوى المدنية، محققا، شخصيا ومباشرا وهو ما تناولناه بالشرح سباق، أما فيما يتعلق بنوع الضرر فنجد المشرع الجزائري قد حصر التعويض من طرف الدولة في نوعه واحد من أنواع الضرر، وهو الضرر الجسماني، وهو ما جاء في نص المادة 140 مكرر 1 ق م، دون أن يشمل بالتعويض أنواع الضرر الأخرى، كالأضرار المادية الأخرى والمعنوية أو الخاصة والإستثنائية المتعلقة ببعض الأنواع من المخاطر، كأضرار الدم الملوث بفيروس الإيدز ، الذي ندعوا في هذا المقام مشرعنا إلى الأخذ بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا المجال حماية لحق المريض المضرور من ذلك .

شروط المتعلقة بالشخص المستحق للتعويض: من المعلوم أن الضرر يصيب الشخص ذاته، لكن قد ينتقل ذلك الضرر إلى أشخاص آخرين غير المضرور، وأكثر هؤلاء ضررا هم عائلة المضرور وأقاربه الذين كان يعيلهم قبل وقوع الضرر. وهو ما وصفناه سباقا بالضرر المرتد أو المعنكس، لذلك فقد مدت غالبية القوانين التعويض ليشمل هؤلاء الأشخاص.

لكننا نجد بالنسبة للمشرع الجزائري أنه لم يحدّد فئة الأقارب المستحقين للتعويض، الشيء الذي يستلزم الرجوع إلى قانون الضمان الإجتماعي للبحث حول فئة مستحقي التعويض عن المرض أو الوفاة طبقا لما جاء به هذا القانون، الذي يمكن أن نستند إليه لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث، إضافة إلى أن المشرع ضمن نص المادة 140 مكرر 1 قد قرر تكفل الدولة بالتعويض عند إنعدام المسؤول عن الضرر، وقد اشترط شرطا أساسيا متعلقا بالشخص مستحق التعويض، هو أن لا يكون لهذا المستحق المتضرر يد في الضرر الجسماني الناتج، وإلا سقط إلتزام الدولة قانونا بتعويضه، وهذا كما هو معلوم كون أن خطأ المتضرر أو الضحية يعد سببا لإنتفاء المسؤولية في هذه الحالة[78] ص 740.

المعايير المعتمدة في تعويض الدولة للمتضرر: من المتفق عليه أن المعيار المعتمد لتعويض المتضرر قد يكون معيار موضوعي أو شخصي من جهة، كما قد يعتمد في تقدير هذا الضرر على معيار التقدير الكامل أو العادل من جهة ثانية.

المعيار الشخصي: إن أساس المعيار الشخصي هو الإعتماد في تقدير التعويض بمدى جسامة خطأ المسؤول، أي الإعتداد الشخصي لمحدث الضرر، وهذا المعيار الذي قد يخلط بين التعويض والعقوبة حيث يعيد بذلك إلى التعويض فكرة الجزاء الخاص في حين أن وظيفة التعويض هي وظيفة مزدوجة، فقد تكون رادعة مرتبطة بالخطأ الجسيم، لكنها في هذه الحالة وظيفة عارضة، قد تثور وقد لا تثور حسب تحقق شرط الخطأ، ووظيفة إصلاحية مرتبطة بالضرر، وهي الوظيفة الدائمة[108] ص 215.

كما أن التعويض هو جزاء المسؤولية المدنية، وأنه جزاء مدني لا يهدف إلى معاقبة المدين ، بل إصلاح الضرر ومحوه قدر الإمكان ،وهو ما تم توضيحه فيما سبق، فأساس التعويض هو الضرر الذي يدور معه التعويض وجودا وعدما، لكنه غير مرتبط بالخطأ لأن المسؤولية لا تقوم دائما على أساس الخطأ، وإنما يمكن أن تكون مسؤولية بدون خطأ (لا خطئية) أين يرتبط فيها التعويض بالضرر فلا يتقرر ولا ينشأ حق التعويض إلا إذا تحقق الضرر[107] ص 121 .

المعيار الموضوعي: إن أساس قيام هذا المعيار هو الإعتداد فقط بالضرر الذي أصاب المتضرر فيقدر التعويض بقدره، ولا يعتدّ بالأمور الأخرى كالمسؤول عن الضرر، حيث لا تكون لدرجة جسامة الخطأ الذي إرتكبه هذا الأخير ولا لظروفه الخاصة كمركزه أو حالته المالية والإجتماعية أي تأثير في تقدير التعويض، وبالتالي فإن خطأ المسؤول وفق هذا الإتجاه يقتصر دوره على تقدير المسؤولية وقيام الحق في التعويض، لكنه لا يؤثر في مقدرا التعويض.

وبرجوعنا إلى القانون المدني الجزائري، نجد المادة 182 منه قد حدّدت معيار تقدير التعويض حيث نصت:«...فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...»، وهو النص الذي يمكن الإستخلاص منه أن مقدار التعويض يجب أن يكون مساويا للضرر الحاصل، وعلى ذلك فلا محل لأن يكون مقدار التعويض بحسب جسامة الخطأ ولا بحسب مركز

المسؤول عن الضرر، وهو الشيء الذي يبيّن وظيفة التعويض الرئيسية التي تتمثل في جبر الضرر[107] ص 13.

من جهة أخرى نجد في هذا الصدد نص المادة 140 مكرر 1 التي نصت على أنه:«...تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر»، وهو الشيء الذي يبيّن أن المعيار المعتمد من طرف الدولة في تعويض المتضرر هو المعيار الموضوعي الذي يقدر التعويض وفقا للضرر الذي أصاب المتضرر وليس لمدى جسامة خطأ المسؤول، فالدولة لا تتكفل بالتعويض هنا إلا إذا إنعدم المسؤول عن الضرر، وبالتالي فتقدير التعويض هنا لا يعتد فيه بالخطأ وإنما بالضرر وهو تحديداً الضرر الجسماني الناتج عن خطأ مسؤول منعدم، والشيء الذي لا بد من الإعتداد به في مجال التعويض عن الأضرار الناتجة عن نقل دم ملوث إلى المرضى، فالضرر الناتج ضرر خاص و إستثنائي و متراخ في الظهور، و هو ما يجب مراعاته وتقدير التعويض بقدره .

التقدير الكامل والعادل للتعويض: لقد إستقر الفقه والقضاء الفرنسي خاصة ، إستنادا إلى المادة 1382 ق م فرنسي، والتي تتعلق بالمسؤولية التقصيرية دون العقدية، إلى أن تحقق غاية التعويض كجزاء مدني يهدف إلى إصلاح الضرر الناتج هو أن يكون هذا التعويض كاملا.

وقد وجد مبدأ التعويض الكامل تطبيقا واسعا في التشريعات الحديثة، كما أن هناك بعض التشريعات التي لا تعتبر المعيار الوحيد لتقدير التعويض هو التعويض الكامل، بل هناك من يربط تقدير التعويض بإعتبارات إجتماعية أو متعلقة بالعدالة[108] ص 325، حيث كان لمبدأ السلطة التقديرية لقاضي الموضوع من الدور ما يخفف به من حدّة مبدأ التعويض الكامل للضرر، فكان بذلك لمقتضيات العدالة ما يوجب على القاضي مراعاة حقيقة مهمة، هي أن التعويض ليس بالضرورة أن يكون كاملا بل يكفي أن يكون عادلا، فالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع لا تعني أن يحكم القاضي بعلمه الشخصي، وإنما عليه إن رأى مبررا لذلك الإستعانة بأهل الخبرة والإختصاص في ذلك. وهو الشيء الذي أخذ به المشرع الجزائري في مجال المنازعات والقضايا المتعلقة بالمسؤولية الناتجة عن الأعمال الطبية، أين أكدّ على ضرورة الإستعانة بالخبرة الطبية كشرط ضروري وأكيد لتقدير التعويض عن الأضرار الناجمة عن الأعمال الطبية الإستشفائية والعلاجية[263].

وإستنتاجا مما سبق نقول أن الوظيفة الإصلاحية للتعويض يمكن تحقيقها بتعويض عادل، والذي يجب لبلوغه سلوك كافة السبل، وذلك عن طريق التشريع مثلا في صور التعويضات الجزافية والمحدّدة بحد أقصى، والشيء الذي يؤدي إلى إستبعاد التعويض الكامل من الوظيفة الإصلاحية والإكتفاء بالتعويض العادل الذي يرى به القانون أو الأطراف أو القضاء ما يكفي لجبر الضرر من الناحية الإجتماعية، وهو ما يجب الأخذ به كمعيار في تعويض الدولة للمتضرر، خاصة في مجال نقل الدم الملوث عن تلك الأضرار المتغيرة والمتراخية في الظهور الناتجة عنه .

3.2.3.2.2.2. تعويض ضحايا نقل الدم الملوث في فرنسا

لقد تعرض مبدأ التضامن الإجتماعي كأساس لإلتزام الدولة بالتعويض للنقد، فهو مع كل ذلك يبقى واجبا أخلاقيا أكثر منه قانونيا، فهو لا يصلح أن يكون أساس لإلتزام الدولة ، خاصة لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث، إلا إذا تحوّل إلى إلتزام قانوني. وهو ما حدث بالفعل في فرنسا من خلال قانون الصحة العامة الذي تضمن هذا النوع من الإلتزام بالتعويض.

وعليه فقد كان للتدخل التشريعي في مجال أضرار نقل الدم الملوث ضرورة ملحة، حتى يستفيد ضحايا هاته الحوادث من تعويض عادل، سواء كان تلقي العلاج عن طريق نقل الدم في مرفق صحي عمومي أو خاص.

وبصدور قانون 4 مارس 2002 المعدل لقانون الصحة العامة الفرنسي قرر المشرع وضع نظام للتعويض يستند إلى ما يسمى بالتضامن الوطني، فكان ذلك عن طريق المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية[335] ص 112، فكان مفهوم التضامن الوطني هنا هو الأساس الذي تقوم عليه فكرة الضمان الجماعي للمخاطر العلاجية والصحية[379] ص514، حيث يقع على عاتق المواطنين تحمل التكاليف العامة فيما لو تعرض أحد المرضى لضرر ناتج عن المخاطر العلاجية وفقا لشروط خاصة بها.

وتطبيقا لذلك فقد منح المشرع تعويضا للضحايا الذين أصابهم ضرر طبي دون أن يكون المسؤول قد إرتكب خطأ وهو ما يعرف بالحادث الطبي[161] ص 13، 14، لكن حتى يستفيد المريض المضرور من التعويض بإسم التضامن الوطني أو الإجتماعي، فلا بد من توفر شروط نصت عنها المادة 1142 – 1 من القانون رقم 2002 -303 الصادر في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى والمعدل لقانون حماية الصحة الفرنسي، والتي جاء فيها أنه:« لا يمكن إقامة مسؤولية الطبيب أو المؤسسات والأقسام والهيئات الطبية... فإن الحوادث الطبية تعطي الحق للمضرور في الحصول على تعويض بإسم التضامن الوطني عندما تكون هذه الحوادث مرتبطة مباشرة بأعمال الوقاية أو التشخيص أو العلاج، وترتب عليها بالنسبة للمضرور نتائج غير عادية وتمثل درجة من الخطورة...»[384].

وقد صدرهذا القانون الذي شدد كثيرا بالنسبة لمسؤولية الأطباء وعمال الصحة، فأثار بذلك صعوبات عدّة على أرض الواقع بشأن التأمين من المسؤولية، ونتيجة لذلك فقد تدخل المشرع الفرنسي ثانية بتاريخ 2002/12/30 وأصدر قانونا مكملا لقانون حقوق المرضى[385] ص 22100. حيث نص هذا القانون على توزيع التعويض المالي عن الأضرار الناتجة عن الحوادث طبية بين شركات التأمين والمكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية (ONIAN) ، و بالتالي كان إستحداث هذا المكتب بمثابة نظام للتسوية الودية بإسم التضامن الإجتماعي أو الوطني أين يستفيد المريض المضرور من التعويضات وفقا لشروط محددة في نص المادة 1142 -1 السابقة تمثلت في:

أن ينتفي خطأ الطبيب أو المرفق الصحي عن الضرر.

أن يتعلق الضرر المراد تعويضه بحادث طبي خارج إطار الخطأ، أو عدوى مرضية في المستشفى.

أن تتوفر رابطة السببية بين الضرر والنشاط الطبي، فيكون الضرر ناتجا عن أعمال التشخيص أو الوقاية أو العلاج.

أن يبلغ الضرر حدا من الجسامة، حيث تحدّد جسامته بالنظر إلى العجز الوظيفي للمريض، وما يترتب عن ذلك من آ ثار على حياته المهنية والعائلية.

أن يكون الضرر اللاحق بالمريض غير عادي تماشيا مع حالة المريض الصحية، فيكون بذلك ضررا إستثنائيا غير متوقعا.

وعلى هذا الأساس فإن المكتب يقوم بتعويض ضحايا عدوى المستشفيات الخطيرة وضحايا حوادث البحوث الطبية والتطعيم الإجباري، إضافة إلى عدوى الأمراض المنقولة عن طريق الدم الملوث أو أحد مشتقاته المتمثلة في الإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C.

فبالنسبة لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالإيدز، فنجد في هذا الصدد قانون 9 أوت 2004 المعدل لقانون الصحة العامة الفرنسي، والذي أضاف المادة 3122 – 1 إلى قانون الصحة العامة فأعطت هذه المادة لمكتب تعويض الحوادث الطبية الحق في تعويض ضحايا نقل الدم الملوث والذين أصيبوا بالإيدز جراء عملية نقل دم تمت له في الأراضي الفرنسية[337] ص 748. وعلى إثر ذلك عمد المشرع الفرنسي إلى إصدار المرسوم 2010 – 251 في 12 مارس 2010[393] ص 4871 الذي ضمنه إجراءات الحصول على هذا التعويض من المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية، فكان المرسوم بدوره معدلا لقانون الصحة الفرنسي.

أما بالنسبة لتعويض ضحايا نقل الدم الملوث بفيروس التهاب الكبد الوبائي C، فقد كان لقانون 17 ديسمبر 2008[392] ، الدور في ذلك، حيث أنشأ بموجب المادة 67 منه جهاز جديد في المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية وهو جهاز لتسوية منازعات التلوث بفيروس (HC) بسبب نقل الدم أو أحد مشتقاته، كما ضمن المشرع إجراءات المطالبة بالتعويض في هذه الحالة للمرسوم 2010- 251 وكذلك المرسوم 2010- 252 ، الذي جاء بدوره كتعديل لقانون الصحة الفرنسي[394]ص 4874.

ومن خلال ما سبق فقد عهد المشرع الفرنسي بتعويض ضحايا نقل الدم الملوث سواء كانوا ضحايا إنتقال فيروس الإيدز أو فيروس التهاب الكبد الوبائي C إلى المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية فأصبح بذلك هذا المكتب ومنذ تاريخ 01 جوان 2010 هو وحده المختص والمؤهل لتلقي الدعاوى والطلبات المتعلقة بتعويض الضرر الناتج عن نقل الدم أو أحد مشتقاته، وذلك في إطار تسوية

ودية أو قضائية، حيث تودع لديه المطالبة بالتعويض سواء كانت الودية أو القضائية، ولا توجه إلى المؤسسة الفرنسية للدم بإعتبارها المسؤول الأول عن تعويض مثل هذه الأضرار.

وعلى إثر ذلك يقدم المريض المصاب طلب التعويض إلى اللجنة الجهوية للصلح (CRCI) (Commission Régionales de Conciliation d'indemnisation) وهي لجنة إدارة متخصصة حيث لا بد لها من إتخاذ قرارها في مدة لا تتجاوز ستة أشهر بالرفض أو القبول، وبعدها يتم الإعلان عن التعويض المقدّر لصالح الضحية من طرف اللجنة، فمبلغ التعويض يكون مقدرا مسبقا إلا في حالة الظروف الإستثنائية أو الفردية[393] ، وهذا وفق قائمة الأضرار التي تم تحديدها لدى المكتب.

وبذلك ومن خلال توضيحاتنا السابقة والخاصة بتعويض ضحايا نقل الدم الملوث في فرنسا، نجد أن المشرع الفرنسي قد فصل نظام تعويض هؤلاء الضحايا عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية، تقصيرية كانت أو عقدية، وسواء كانت خطئية أو موضوعية، وإنما أخضع هذا التعويض لنظام خاص إرتبط إلى حد كبير بمسؤولية قائمة على أساس القانون، حيث جعل الإلتزام بالتعويض قائم بقوة القانون، فكانت بذلك مسؤولية مفترضة قائمة بقوة القانون .

وألزم الدولة بتعويض الضحايا حيث أوقع على عاتقها مسؤولية تعويضية بقوة القانون، فكانت بذلك تلك المسؤولية المدنية عن التعويض مسؤولية من نوع خاص لا تقوم إلا إذا توفرت أركانها التي تتمثل في كل من : عملية نقل الدم، الضرر الناتج عن أحد الأمراض (كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي) إضافة إلى وجود علاقة سببية بين المرض وعملية نقل الدم ، فيكون بذلك المرض الناتجا عن نقل للدم.

خاتمة

لقد حاولت من خلال هذه الدراسة المتواضعة إعطاء القارئ فكرة عن ماهية الدم ومكوناته ومنتجاته وكذا الأمراض التي يمكن أن تنتقل عن طريقه من جهة، وكذا مشروعية وأساس وشروط عملية نقل الدم من جهة ثانية، كل ذلك سعيا لإستخلاص حل لبعض الإشكالات التي طرحت في ذلك، منها الطبيعة القانونية للدم ووصولا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الأخير، والذي حسمنا فيه ذلك باستعراض التنظيم القانوني المطبق على عمليات نقل الدم في القانون الفرنسي باعتباره قطع شوطا كبيرا في هذا المجال والقانون الجزائري كأصل للدراسة والبحث في ذلك.

وبعد أن تم تحديد الأطراف المتدخلة والقائمة بعملية نقل الدم، والتي تكون محلا للمساءلة في حالات نقل الدم الملوث من أطباء، مساعدين، متبرعين ومؤسسات استشفائية عامة وخاصة ومراكز لنقل الدم، اقتضت منا الدراسة هنا البحث في تلك العلاقات القانونية التي يمكن أن تنشأ بين هؤلاء الأطراف المتدخلون والقائمون بعملية نقل الدم، من خلال تحديد مختلف الالتزامات والحقوق القائمة بينهم، والتي يمكن أن تنشأ عنها مسؤولية مدنية، وكان ذلك سعيا منها للكشف عن طبيعة هذه المسؤولية في حالة وجود ضرر ناتج عن نقل دم ملوث، وهل هذه المسؤولية المدنية هي ذات طبيعة تقصيرية أو عقدية في كل حالة؟

وفي باب ثان من الرسالة، فقد تطلبت منا الدراسة تفصيل أركان تلك المسؤولية المدنية الناتجة عن نقل دم ملوث هذا إلى جانب الأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه المسؤولية ووصولا بطبيعة الحال إلى الجزاء المترتب عن قيامها، وهو التعويض حيث كان لزوما علينا البحث في نظام التعويض عن ذلك وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، مع ضرورة توضيح إمكانية تطبيق تلك الآليات الجماعية أو المكفلة للتعويض عن الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث.

وبعد توفيق الله تعالى لي على تمام هذا البحث، فإني أختمه بذكر أهم النتائج التي توصلت إليها بإيجاز:

أن الدم البشري هو ضرورة ملحة لحياة الإنسان، حيث يستعمل كدواء خاصة مع عدم توفر بدلي طبيعي أو صناعي له، فهو مكون عضوي تقوم أجهزة الجسم بإفرازه وإنتاجه على نحو دوري، فهو ليس عضو بشري لباقي الأعضاء لذلك فهو يخرج من أطر الحماية القانونية التي تقررها قوانين نقل وزراعة الأعضاء البشرية، لكنه سائل متجدد تنتجه أجهزة الجسم.

فيعد بذلك الدم منتجا يستعمل قصد التداوي والعلاج، فهو ذو طبيعة دوائية بالنظر إلى وظيفته العلاجية يحظى بحماية قانونية توفرها أحكام الشريعة والقوانين الوضعية، لكن مع ذلك فقد يكون مصدرا لمشاكل طبية وأخرى قانونية قد تنجم عن انتقال أمراض أو فيروسات (إيدز، التهاب الكبد C..) تسبب الضرر للمريض.

لقد أصبح من المتفق عليه أن مشتقات الدم الثابتة (الصلبة) تعد منتجا يستعمل قصد التداوي والعلاج، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والجزائري في تشريعه الصحي، لكن ما يمكن ملاحظته أن المشتقات المتغيرة للدم (غير ثابتة) فقد اختلفت القوانين في طبيعتها الدوائية، فنجد المشرع الفرنسي قد اعتبرها أدوية كغيرها من المشتقات الثابتة للدم، في حين لم يعتبرها المشرع الجزائري كذلك، وهو الشيء الذي أخرج هذه الأخيرة عن الأحكام المطبقة على الأدوية، فخصها بتنظيمات خاصة بموجب قرارات وزارية تتعلق بذلك.

أن القانون لم يقتصر على الاعتراف بمشروعية عمليات نقل الدم فحسب، بل وضع لها قواعد تنظيمية وإدارية، فجعل هذه الأخيرة حكرا على مؤسسات تتميز بخصائص فنية وتقنية وإدارية وهي مراكز وبنوك الدم، كما حرص على أن يقوم بعملية نقل الدم أشخاص طبيعيون عاملون بها وهم الأطباء أو مساعديهم فألزمهم بالعديد من الالتزامات في مواجهة من هم مستقلي الدم، سواء كانوا مؤسسات استشفائية عامة أو خاصة، أو كانوا المرضى الطين هم بحاجة إليه.

أنه من المسلم به هو وجود علاقة عقدية بين المريض والمرافق الطبية الخاصة وأطبائها، فهي علاقة يحكمها عقد العلاج الطبي الذي يعد من العقود غير المسماة في القانون، في حين يحكم تلك العلاقة القوانين واللوائح والأنظمة إذا كانت بين المريض وتلك المرافق الطبية العامة، أما عن علاقة المريض بمركز نقل الدم فإن ذلك تحكمه قواعد الاشتراط لمصلحة الغير الواردة في القانون المدني. وهو الشيء الذي جعل المسؤولية المدنية لتلك المرافق سواء كانت عامة أو خاصة أمر متفق عليه فأصبحت تتأرجح بين مسؤولية تقصيرية بصفة عامة وعقدية في حالات خاصة، وهو الشيء الذي لم يعطيه مشرعنا الجزائري أي تفضيل أو تحليل، كما لم يخصه بأي نصوص قانونية خاصة، بل ترك ذلك للقواعد العامة للمسؤولية المدنية وهو ما جعل تطبيق هذه القواعد بطريقة مجردة يؤدي إلى وجود خلافات كبيرة في وجهات النظر القانونية لطبيعة مهنة الطب عامة وعمليات نقل الدم خاصة.

كل ما سبق كان في إطار الباب الأول من الرسالة، والذي عنون ب: ماهية الدم والعلاقات بين أطراف نقله".

ثم إتبعنا ذلك بالباب الثاني، وهو ما يتضمن صلب موضوع بحثنا وذلك من خلال بحث المسؤولية المدنية القائمة في حالة نقل الدم إذا كان ملوث، حيث أوضحنا من خلاله:

أن الخطأ هو عنصر مهم من عناصر قيام المسؤولية المدنية، لكن للخطأ وضع خاص في مجال نقل الدم الملوث، وهذا كون الالتزام هنا هو التزام بتحقيق نتيجة، كما قد يكون التزام بضمان السلامة، هذا فضلا عن الضرر الخاص أو الاستثنائي المتغير وغير الثابت، والمتراخي في الظهور، والذي يترتب عن عملية نقل الدم الملوث بأحد الأمراض أو الفيروسات المذكور سالفا، هو ضرر ناتج عن فعل لا يكون خطأ.

إن لوضع الخطأ والضرر الخاص هنا أثر قد يؤدي إلى تعقد المسألة القانونية الخاصة بإسناد الضرر الناتج عن الفعل، فعلاقة السببية بين الفعل والضرر قد تثير عدة إشكالات، خاصة مع تعدد الأطراف المتدخلة في عملية نقل الدم، هذا إضافة إلى تعدد الأسباب والمؤدية إلى الضرر وبالتالي المسؤولية، هذا كله يؤدي إلى صعوبة معرفة المسؤول عن هذا الضرر، وبالتالي المدعى عليه في دعوى التعويض؟

فالمشرع الفرنسي بصياغته لقواعد خاصة كصندوق تعويض ضحايا الإيدز ومكتب تعويض الحوادث الطبية، قد تفادى الانتقادات التي وجهت للتشريعات السابقة، فاستند في صياغته إلى مبادئ التضامن أو الضمان التي تعود بجذورها إلى اجتماعية المخاطر (Socialisation des Risques) بينما يظل موقف المشرع الجزائري قائما على مبدأ فردية المسؤولية المدنية وقواعدها العامة، والتي لا تتناسب مع ضحايا ضرر لا يعرف المسؤول عنه أو الضامن، كنقل دم ملوث لمريض كان بحاجة له.

بروز مسؤولية الدولة كشخص معنوي في مجال المسؤولية المدنية الناتجة عن نقل الدم الملوث، وذلك من خلال مسؤولية هذه الأخيرة عن مراكز نقل الدم التابعة لها، أو من خلال مسؤولية الدولة عن أعمالها على أساس فكرة المخاطر كمبدأ وعلى أساس القانون كاستثناء.

لقد أوضحنا في هذا الباب ومن خلال فصله الثاني، كيف حاول القضاء الفرنسي خاصة وضع حلول التي تكفل لضحايا نقل الدم الملوث بعض الآمال في الحصول على تعويض مناسب لجبر ضررهم، خاصة وأن قواعد المسؤولية المدنية التقليدية أصبحت غير قادرة على استيعاب الأضرار الاستثنائية والخاصة، والتي إن صح القول أنها جديدة من حيث نوعها وأثارها الزمنية والمتراخية في الظهور.

حيث وسع القضاء على أساس ذلك من دائرة المسؤولية، فجعلها تشمل أشخاص معنوية وطبيعية لم يكن من المتصور مساءلتهم كالمتبرع بالدم أو مرتكبي حوادث الطرقات، هذا كله من أجل ضمان حصول المضرور على التعويض.

لقد حاولنا من خلال الدراسة أن التشريعات القانوني ومنها المشرع الفرنسي قد بدأت في الإتجاه نحو نظم التعويض الجماعية كالتأمين، كما أن خطورة الأمراض المنقولة عن طريق الدم قد أدت بها

حتى إلى اللجوء إلى أنظمة التعويض التكميلية كصناديق الضمان والتعويض عن طريق الدولة والذي أصبح التزام قانوني عليها، متجاهلة في ذلك أسس وقواعد المسؤولية المدنية التقليدية.

وفي نهاية العرض لأهم تلك النتائج المتوصل إليها، نستطيع أن نقرر أن تلك الإشكالات المطروحة في نطاق المسؤولية المدنية الناتجة عن نقل دم ملوث، قد جعلت هذا النوع من المسؤولية يخرج عن إطار المسؤولية المدنية التقليدية القائمة على أساس الخطأ، كما أنه يخرجها من نطاق المسؤولية الموضوعية القائمة على أساس الضرر والذي يفترض فيها الخطأ، ولأجل ذلك فقد جعل المشرع الفرنسي هذه المسؤولية مسؤولية مفترضة قائمة بقوة القانون، حيث لا يمكن نفيها ، كما لا يطلب من المضرور إثبات الخطأ لقيامها وبذلك فهي مسؤولية قانونية خاصة أوجدها القانون تختص بأضرار خطيرة دون البسيطة .

وعلى أساس ذلك و نظرا لخصوصية هذه المسؤولية ، فإنها لا يمكن أن تقوم إلا إذا توفرت أركانها المتمثلة في :

عملية نقل الدم

الضرر الناتج عن أحد الأمراض المنقولة عن طريق الدم كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C....

علاقة السببية بين المرض وعملية نقل الدم، فيكون بذلك المرض ناتج عن عملية نقل الدم.

وكخاتمة لما بدأنا، وبعدما استهلينا دراستنا بطرح تساؤل أو إشكال تمثل في تسبب عملية نقل الدم بالمعنى الذي حددناه – خلف إنتقال أمراض أو فيروسات خطيرة كالإيدز أو التهاب الكبد الوبائي C أو غيرها إلى المرضى المحتاجين لهذا الدم، وتسببها بضرر إستلزم قيام مسؤولية عن التعويض لهم، كما إستخلصنا من خلال ذلك نتائج هامة قد كشفت عن عجز وقصور أحكام وقواعد المسؤولية المدنية عن إسباغ حماية فعالة للمضرور تكفل ضمان حصوله على تعويض يجبر به ضرره.

وعليه فإننا ننتهي الآن والذي يهمنا – في هذا المجال – هو حماية المضرور من عملية نقل الدم الملوث بشكل فعال إلى اقتراح التوصيات التالية:

أن موضوع الدم الملوث إذا لم يعطى حقه الطبيعي من ناحية الإهتمام والمتابعة الصحية الدقيقة لعملية نقل الدم وتوفير البيئة المناسبة لذلك من الجهات المعنية بذلك، وإذا لم يعالج قانونياً، فهذا ينتج عنه كوارث صحية لا تعوض بأي ثمن يكون ، لذلك نرى ضرورة إصدار تشريع خاص متكامل ينظم عمليات نقل الدم وذلك لتسهيل عملية تأمين إحتياجات المرضى من الدم ومشتقاته واستخدامه بشكل آمن وسليم، قد نقترح أن يكون عنوانه:" قانون متعلق بالتبرع بالدم البشري وإستخداماته"، كما نناشد المشرع الجزائري في هذا المقام إلى الإسراع في سن تشريع خاص بالمسؤولية الطبية عامة يهدف إلى توفير

الحماية اللازمة للأطباء في معالجتهم لمرضاهم، وفي الوقت ذاته حماية المرضى مما قد يصدر من الأطباء من أخطاء أثناء ممارستهم الطبية.

نقترح أن يكون تجميع الدم من المواطنين أفراد المجتمع وعدم إستيراده من أي مصدر آخر لضمان مأمونية هذا الأخير لعمليات نقل الدم، وعدم فسح المجال لإستيراد الدم الحامل للفيروسات والأمراض الخطيرة والمعدية كالإيدز إلى داخل الوطن.

ضرورة إقرار مبدأ التعويض لضحايا نقل الدم الملوث بالجزائر، وهذا عن طريق وضع آليات أو قواعد تنظيمية تحدد شروط الحصول عليه والجهة المختصة بدفعه، فالتعويض حق للمتضرر هنا، لكن وجود فراغ قانوني بشأنه يجعلنا ندعوا مشرعنا الجزائري إلى تبنيه، حيث نأمل أن يصدر قريبا بالجزائر نظام يضبط موضوع إصلاح الضرر الناتج عن نقل الدم الملوث .

المطالبة بصياغة مشروع قانون أو تنظيم في الجزائر يحتوي على الوقاية والحقوق والعقوبات، يكفل من خلاله لمرضى الإيدز باعتباره أخطر الأمراض التي تنقل عن طريق الدم، حقوقهم، فينص على تقديم الرعاية الصحية لهم ومعاملتهم بطريقة حسنة، سواء من الأطباء أو من أفراد المجتمع، كما لا بد أن يستهدف هذا القانون أو التنظيم توحيد الجهود في مواجهة المرض، والنظر إلى الأساليب التي تكفل للمرضى حقوقهم والقضاء على النظرة السلبية للمجتمع إتجاههم.

كذلك لا بد أن ينص هذا القانون على توقيع عقوبات على المرضى الذين ينقلون المرض إلى آخرين أو يتأخرون في الإبلاغ عن إصابتهم من جهة، مع ضرورة نص التنظيم أو القانون المقترح لحماية كافية لهؤلاء عن طريق تقريره لحق كل منهم في حصوله على تعويض عن إصابته إذا كانت ناتجة عن نقل دم ملوث.

ضرورة إنشاء صندوق إجتماعي لتعويض هؤلاء الضحايا يكون خاضعا لإشراف الدولة على النحو المتبع لدى بعض الدول كفرنسا، أسوة بما أنشأه المشرع من صناديق للتعويض كصندوق تعويض ضحايا الإرهاب أو صندوق تعويض ضحايا حوادث السيارات، حيث يتكفل هذا الصندوق بتقديم تعويض قانوني بمجرد ثبوت الإصابة بسبب نقل الدم الملوث دون تكليفهم بإثبات عناصر المسؤولية من خطأ وعلاقة سببية، ولا شك أنه نحن في حاجة ملحة إلى تنظيم مثل هذه الحماية، وذلك التعويض القانوني في الجزائر خاصة بعدما إنتشرت حالات الإصابة بالأمراض نتيجة نقل الدم الملوث.

أما بالنسبة لتمويل هذا الصندوق، فيمكن أن نقترح أن يتم تمويله من خزينة الدولة ومن التبرعات أو حتى الضرائب إن لزم الأمر، مع ضرورة تحديد مبلغ التعويض للضحايا طبقا لمعايير محددة تخضع للتقدير من طرف لجنة معينة وفقا للأضرار التي تصيب الضحية، وتتبع بنظام تكميلي للتعويض حسب نوع الضرر المستجد.

إقرار مبدأ التعويض لضحايا نقل الدم اءعلملوث على أساس التضامن الوطني والاجتماعي مع هؤلاء كإجراء تكميلي، وإلتزام الدولة بالتعويض وفقه لتفادي كل الإشكالات أو الصعوبات الخاصة بذلك كتغير الضرر أو تراخيه في الظهور، مما قد يحرم الضحايا من التعويض عن طريق نظام التأمين من المسؤولية أو حتى صندوق التعويض إن وجد، ولا مانع في ذلك من الإستفادة من تجارب الدول التي عرفت تلك النظم كفرنسا مثلا.

حسب رأينا المتواضع فإن تعويض ضحايا نقل الدم الملوث بالأمراض أو الفيروسات لا يكون مجدّيا إلا وفق مبدأ التضامن الوطني من الدولة وإلتزامها بصفة أساسية وضرورية به لا بصفة إحتياطية لجبره. هذا التعويض الذي لا بد من إسناده لجهة إدارية خاصة تحت سلطة وسيادة الدولة، تعمل على إصلاح الأضرار الناتجة عن ذلك وفق أنظمة وقوانين تناسب وحرمة وقدسية الإنسان، فتعمل بذلك على تطبيق هذا التعويض كإلتزام قانوني يقع على عاتق الدولة أساسه التضامن الوطني وليس كإلتزام أخلاقي إجتماعي على سبيل التبرع أو الإحسان في شكل منح أو مساعدات والتي يمكن أن تقدمها الدولة للضحايا في حالات كثيرة، فأضرار نقل الدم الملوث هي كارثة طبية لا بد أن تتكفل الدولة بالتدخل لتعويض ضحاياه وفق أحكام قانونية خاصة تطبق بشأنها قواعد مسؤولية مدنية مفترضة بقوة القانون ، لا يمكن نفيها أو التخلص منها إذا توفرت أركانها المتمثلة في عملية نقل الدم، الضرر الناتج عن أحد الأمراض المنقولة عن طريق الدم و علاقة السببية بين المرض وعملية نقل الدم .

حسن الختام أجوا من الله التوفيق والنجاح، فإن كنت قد وفقت ، فالفضل لله عز وجل أولا وأخيرا وإن كنت قد قصرت فحسبي من ذلك شرف المحاولة ، فما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنبت فهو سبحانه وتعالى نعم المولى ونعم النصير.

قائمة المراجع

1. القرآن الكريم
2. إبراهيم أنيس وآخرون، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، ، بيروت، دار الأمواج ، سنة 1990
3. أبو حلتم عبد الحليم أبو حاتم، المعجم الطبي، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، دار أسامة، سنة 2006
4. جمال الدين محمد إبن مكرم إبن منظور ، لسان العرب، الجزء 13، مادة "دمي"، بيروت دار صادر للنشر، سنة 1956
5. .....، لسان العرب، المجلد 15
6. .....، لسان العرب، جزء 19، باب الراء، فصل الضاد
7. عبد العزيز اللبدي، القاموس الطبي العربي ، عمان ، الأردن، دار البشير للثقافة والعلوم سنة 2005
8. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، الأجزاء (11- 14)، الطبعة الرابعة، بيروت، لبنان دار الفكر للطباعة والنشر، سنة 1983.
9. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، كتاب الحديث ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، الجزء الرابع ، القاهرة ، دار الريان للتراث، سنة 1986 .
10. جمال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد فروع فقه الشافعية، مصر مطبعة الحلبي ، 1959
11. جاد الحق علي جاد الحق، بحوث وفتاوى إسلامية في قضايا معاصرة، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، القاهرة ،دار الفاروق للاستثمارات الثقافية ، سنة 2008
12. صالح بن فوزان الفوزان، كتاب فتاوى اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء، "فتاوى الطب والمرضى"، الرياض، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء سنة 1996.
13. عبلة محمد الكحلاوي، التحريم المتعلق بالدم و حكم نقل الدم، الطبعة الأولى، القاهرة ، دار الرشاد سنة 2004.
14. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، المجلد الخامس الطبعة الأولى، بيروت ، دار الجيل، سنة 1973
15. محمد زكي عبد البر، التصرفات والوقائع الشرعية، الكويت، دار القلم، سنة 1982

16. محمد رواس قلعجي، الموسوعة الفقهية الميسرة ، المجلد الأول، الطبعة الأولى، عمان ،الأردن دار النفائس للنشر و التوزيع ، سنة 2000
17. الجفال علي داود، المسائل الطبية المعاصرة و موقف الفقه الإسلامي منها ، الطبعة الأولى عمان الأردن، دار البشير للثقافة و العلوم، طبعة 1990.
18. عبد المجيد الشاعر وآخرون، علم نقل الدم ، عمان ، الأردن، الأهلية للنشر، طبعة 1991
19. .....، بنوك الدم، عمان، دار المستقبل، طبعة 1993
20. عبد العزيز اللبدي، تاريخ الجراحة عند العرب، عمان، الأردن، دار الكرمل للنشر، سنة 1992
21. عبد الرحيم فطاير، بنك الدم، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2000
22. محمد بديع حمودة، أمراض الدم، دمشق، المطبعة التعاونية،طبعة 1975
23. .....، الطبعة السابعة معدلة، لسنة 1993
24. ناصر بوكلي حسن، التبرع بالدم بين الطب والشريعة، دمشق، دار اليقظة الفكرية طبعة 2007
25. أحمد شرف الدين، التعويضات عن الأضرار الجسدية، القاهرة، مطبعة الحضارة العربية، سنة 1982.
26. .....، إنتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، الكويت، دار مطبعة الحضارة العربية، سنة 1982
27. المنجي محمد، دعوى تعويض حوادث السيارات، الدعوى المدنية المباشرة للمضرور ضد شركة التأمين، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 1993
28. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية والإثراء دون سبب ، الكويت، مؤسسة دار الكتب، سنة 1995 .
29. .....، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، جامعة الكويت 1995
30. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1996
31. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مدى التعويض عن تغير الضرر في جسم المضرور وماله في المسؤولية العقدية والتقصيرية، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 2000
32. إسكندر محمود توفيق، الخبرة القضائية، الجزائر ، دار هومة، 2002
33. أحمد عبد اللطيف الفقي، سلسلة حقوق ضحايا الجريمة، الدولة وحقوق ضحايا الجريمة، تطبيق على ضحايا جرائم الإرهاب وجرائم الإيدز بسبب نقل الدم الملوث، الجزائر، دار الفجر للنشر والتوزيع سنة 2003

34. أنور سلطان، شرح مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، عمان،الأردن ،دار الثقافة للنشر، سنة 2005

35. السيد عبد الوهاب عرفه ، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية (عقدية وتقصيرية) وأحكام النقض الصادرة فيها ، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2005.

36. أحمد محمد لطفي أحمد، نظرية التأمين (المشكلات العلمية والحلول الإسلامية)، الإسكندرية دار الفكر الجامعي، سنة 2006

37. إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي فقها و قضاء، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، سنة 2007

38. أسامة أحمد بدر، التأمين، دراسة في بيان أصول التأمين والأحكام القانونية لعقد التأمين، الطبعة الأولى، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة 2007

39. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1995

40. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، بيروت، لبنان، الدار الجامعة،سنة 1988

41. .....، أحكام التأمين، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية سنة 1996

42. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للإلتزام، الكتـاب الأول، مصادر الالتزام ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة 1998

43. حمدي عبد الرحمن، مبدأ معصومية الجسد، القاهرة، دار النهضة العربية ، سنة 1987

44. .....، الوسيط في النظرية العامة للإلتزامات، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة ،الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1999

45. حسن علي الذ نون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، الجزء الأول ، الضرر، شركة تايمز للطبع و النشر، بغداد، 1991.

46. .....، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى،الأردن، دار وائل للنشر، سنة 2002

47. حسني محمود عبد الدايم، الضرورة وآثرها على المسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2006

48. رياض عيسى، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1985.

49. رمضان أبو السعود، أصول الضمان، دراسة مقارنة لعقد التأمين من الناحية الفنية والقانونية بيروت، الدار الجامعية، سنة 1992

50. .....، أصول التأمين، الطبعة الثانية، درا المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2000

51. زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2004

52. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القضاء الإداري،، القاهرة ، مطبعة عين الشمس ، سنة 1982

53. .....، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، القاهرة دار الفكر العربي، سنة 1984

54. سعيد عبد السلام، التعويض عن ضرر النفس في القانون الوضعي والفقه الإسلامي والدول العربية، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، سنة 1990.

55. سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1992

56. .....، التأمين والمسؤولية المدنية، الطبعة الأولى، الجزائر ، شركة كليك للنشر، سنة 2008

57. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، القاهرة ، دار الكتب القانونية ، سنة 1992

58. .....، الوافيفي في شرح الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، لبنان ، مكتبة الصادر ، سنة 1998

59. سمير منتصر، الإلتزام بالتبصير، القاهرة، دار النهضة العربية، ، طبعة 1999.

60. شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء القضاء والفقه الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، سنة 2006 .

61. طه عبد المولى طه، التعويض عن الأضرار الجسدية ، مصر، دار الكتب القانونية، سنة 2002

62. طاهر حسين، القانون الإداري والمؤسسات الإدارية، دراسة مقارنة، الجزائر، دار الخلدونية، سنة 2007

63. عمار عوابدي، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الجزائر، الشركة الوطنية لنشر والتوزيع ، سنة 1982.

64. عبد الرشيد مأمون، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، سنة 1984

65. .....، السببية في المسؤولية المدنية، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر.

66. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناسئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات (بيروت ، باريس) و بين ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1984

67. عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، سنة 1988

68. .....، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء الطبعة السابعة، القاهرة ، الحديثة للطباعة، سنة 2000 .

69. عبد العزيز الخياط، المدخل إلى الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، عمان، دار الفكر للنشر والطباعة، سنة 1991 .

70. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الطبعة الثالثة ، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1993

71. عبد الحكم فودة، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي، سنة 1996

72. .....، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1998 .

73. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام،، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1998

74. عزيز كاظم جبر، الضر المرتد وتعويضه في المسؤولية التقصيرية، دراسة مقارنة، عمان الأردن مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1998

75. عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية الجزائر ، مطبعة حيرد ، سنة 1998.

76. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول طبعة، 1998

77. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان ، منشورات الحلبي للحقوقية، طبعة 2000

78. .....، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الإسكندرية، منشأة المعارف، طبعة 2004

79. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، لبنان منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة 2009

80. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس.

81. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة ، عقود الغرر وعقد التـأمين، الطبعة الثانية، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء السابع،

82. عادل أحمد الطائي، المسؤولية المدنية للدولة عن أخطاء موظفيها، الطبعة الثانية، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة 1999 .

83. عدنان إبراهيم سرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية ، الالتزامات ، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة 2000

84. علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، الجزائر، المؤسسة الوطنية لفنون الطبع سنة 2002

85. .....، الالتزامات " النظرية العامة للعقد، الجزائر، موفم للنشر، سنة 2008 .

86. عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية، الفعل الضار، عمان الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2002

87. عبد الله مبروك النجار، مصادر الالتزام الإدارية وغير الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2002.

88. عبد الله فتحي عبد الرحيم، التأمين، قواعده، أسسه الفنية، والمبادئ العامة لعقد التأمين، الطبعة الثانية، المنصورة، مكتبة دار القلم، طبعة 2002/2001

89. عادل جبري محمد حبيب، المفهوم القانوني لرابطة السببية وانعكاساته في توزيع عبء المسؤولية المدنية، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، سنة 2003

90. علي محمد علي قاسم، عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2005.

91. عبد الله هدى، دروس في القانون المدني، الأعمال غير المباحة المسؤولية المدنية، الجزء الثالث الطبعة الأولى، بيروت ، منشورات دار الحلبي الحقوقية، سنة 2008.

92. عطا سعد محمد حواس، الأنظمة الجماعية لتعويض أضرار التلوث، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2011 .

93. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، طبعة 1992

94. فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات " القسم العام"، مصر، ديوان المطبوعات الجامعية سنة 2003

95. فايز عبد الرحمن، التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2006

96. لنعيمات موسى جميل، النظرية العامة للتأمين من المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر، سنة 2006

97. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري الطبعة الثالثة، مطبعة جامعة القاهرة، سنة 1978.

98. محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة وتطبيقاته في بعض العقود، القاهرة، دار النهضة العربية سنة 1980.

99. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1982

100. .....، القانون الإداري، الإسكندرية، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، سنة 1994

101. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، سنة 1983

102. ممدوح خليل البحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي "دراسة مقارنة"، القاهرة، دار النهضة العربية، 1983

103. محمد فاروق عبد الله، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين مفهومين التقليدي والإشتراكي، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 1987

104. محمد أبو العلا عقيدة، تعويض الدولة للمضرور عن الجريمة، د الإسكندرية، دار الفكر الجامعي سنة 1988.

105. محمد عبد الهادي الشفنقيري، محاضرات في تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، الجزء الثاني القاهرة دار النهضة العربية ، سنة 1994

106. محمد عبد الظاهر حسين، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية المهنية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1994

107. محمد إبراهيم دسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1995

108. محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر بدون سنة نشر.

109. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، عمان، الأردن، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1996.

110. محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، القاهرة، دار النهضة العربية سنة 2000

111. مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2000

112. محمد أحمد عابدين، التعويض عن الضرر المادي والأدبي والموروث، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 2002

113. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، الجزائر، دار الكتاب الحديث، سنة 2003

114. محمد حسن قاسم، قانون التأمين الاجتماعي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2003

115. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، القاهرة دار النهضة العربية، سنة 2004

116. مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، الجزء الثاني، المسؤولية الجنائية، الطبعة الأولى بيروت مؤسسة نوفل، سنة 1985

117. .....، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية ، لبنان منشورات حلبي الحقوقية، سنة 2004

118. مرسي محمد كامل، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد التأمين، الجزء الثالث الإسكندرية منشأة المعارف، سنة 2005

119. محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد اتجاه الغير في إطار المجموعات العقدية، طبعة 2006

120. منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2006

121. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نطاق الضرر المرتد، القاهرة، دار المطبوعات الجامعية سنة2007

122. محمد حسين منصور، أحكام التأمين، مبادئ وأركان التأمين، عقد التأمين، الإسكندرية، دار الجامعية الجديدة للنشر، دون سنة نشر.

123. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، لبنان ،منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2007

124. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دار السلاسل للطباعة والنشر، الكويت، 1986

125. .....، مشكلات المسؤولية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، الكويت ، سنة 1989

126. أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل الأعضاء وزرع الأعضاء البشرية، القاهرة، المطبعة العربية الحديثة، سنة 1986.

127. أحمد محمود سعد، زرع الأعضاء بين الخطر والإباحة، موسوعة الفقه والقضاء للدول العربية الطبعة الأولى، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1987

128. أحمد حسين الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، عمان الأردن، درا الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة 2005

129. .....، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2005

130. أحمد محمد لطفي أحمد، الايدز وأثاره ا لشرعية والقانونية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة سنة 2005

131. أحمد السعيد الزقرد، تعويض ضحايا مرض الإيدز والتهاب الكبد الوبائي بسبب نقل الدم الملوث الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر, سنة2007

132. أحمد مسعود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، الطبعة الثانية القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2007

133. أسامة عبد الله، المسؤولية الجنائية للأطباء، القاهرة، دار النهضة العربية ، سنة 1990

134. أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2003

135. أسامة السيد عبد السميع، نقل وزراعة الأعضاء البشرية بين الحظر والإباحة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2006

136. السيد عتيق، الدم والقانون الجنائي، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1997.

137. أسعد عبيد عزيز الجميلي، المسؤولية الطبية المدنية، الطبعة الأولى، عمان، دار الثقافة للنشر سنة 2009

138. أشرف جابر، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1999

139. العسيلي سعد سالم، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، القاهرة، دار الفضيلة للطباعة، طبعة 2000

140. إفتكار ميهوب دبوان المخلافي، حدود التصرف في ألأعضاء البشرية في الفقه ألإسلامي والقانون المدني، القاهرة ، دار النهضة العربية، سنة 2006

141. أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 1999

142. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى بيروت لبنان، دار الإيمان، 1984

143. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة 1996

144. حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن القاهرة ، دار النشر للجامعات المصرية ، سنة 1951

145. حسيني عودة زعال ، التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، عمان، الدار العلمية الدولية ، سنة 2001 .

146. حسام الدين كامل الأهواني، مسؤولية الطبيب العقدية عن فعل الغير، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، الطبعة الثانية، ، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية 2004.

147. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دار هومة للنشر، الجزائر، سنة 2005

148. رأفت محمد أحمد حماد، أحكام العمليات الجراحية، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، القاهرة ، دار النهضة العربية، سنة 2000

149. رؤوف حامد، ثورة الدواء، المستقبل والتحديات، القاهرة، دار المعارف ، سنة 2001

150. رضا عبد الحليم عبد المجيد، إنتاج و تداول الأدوية والمستحضرات الصيدلية، الطبعة الأولى القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2005

151. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية ، الطبعة الأولى ، القاهرة المركز القومي للإصدارات القانونية ، سنة 2005.

152. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء على ضوء القانون الجزائري، الجزائر، دار هومة، سنة 2007

153. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخذير ومساعديهم مدنيا جنائيا وإداريا، الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 2004

154. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، الطبعة الأولى، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، سنة 2005

155. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب ، سنة 2004

156. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، الجزائر دار هومة ، طبعة 2008

157. عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، لبنان، دار المعارف، سنة 1967

158. عبد الرحمن هاشم، المسؤولية المدنية للأطباء، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2000

159. عبد المهدي بواعنة، إدارة المستشفيات والمؤسسات الصحية " التشريع الصحي والمسؤولية الطبية"، الأردن، دار حامد للنشر والتوزيع، سنة 2003 .

160. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية الإسكندرية، منشأة المعارف، سنة 2000

161. عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة سنة 2008

162. عباس علي محمد الحسيني، مسؤولية الصيدلاني المهنية عن أخطائه الطبية، الطبعة الأولى الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1999

163. عبد الوهاب السيد عرفة، المرجع في المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي الطبعة الأولى، الإسكندرية ،المكتب الفني للموسوعات القانونية، سنة 2000

164. عبده جميل غصوب، الخطأ الطبي، الطبعة الأولى، لبنان، منشورات زين الحقوقية، سنة 2005

165. عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر

166. عبد الكريم مأمون، رضاء المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، الإسكندرية دار المطبوعات الجامعية، سنة 2006

167. عدلي خليل، الموسوعة القانونية في المهن الطبية، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1989

168. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بيروت، لبنان ،منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2000

169. عاطف عبد الحميد حسن، المسؤولية وفيروس مرض الإيدز، القاهرة، دار النهضة العربية سنة 1998

170. علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، القاهرة دار،النهضة العربية، سنة 1992

171. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، بيروت، لبنان، منشورات زين الحقوقية، سنة 2006

172. فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون والايدز، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2001

173. محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة في الطب والجراحة ، الطبعة الأولى، الإسكندرية، منشأة المعارف ، سنة 1997

174. محمد عبد المقصود حسن داود، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة، سنة 1999

175. محمد جلال حسن الأتروشي ، المسؤولية الناجمة عن عمليات نقل الدم، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، عمان، دار الحامد، سنة 2008

176. محمد عبد الظاهر حسين، مشكلات المسؤولية المدنية في مجال عمليات نقل الدم، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1995

177. .....، الأحكام الشرعية والقانونية للتصرفات الواردة على الدم، القاهرة دار النهضة العربية ، سنة 2003

178. محمد صادق زلزلة، متلازمة نقص المناعة المكتسبة "الإيدز"، الطبعة الأولى، الكويت منشورات ذات السلاسل، سنة 1986

179. محمد سامي عبد الصادق، مسؤولية منتج الدواء عن مضار منجاته المعيبة، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 2002

180. محمد عيد الغريب، التجارب الطبية العلمية و حرمة الكيان الجسدي للإنسان، الطبعة الأولى، مصر، دار المقارنة، جامعة المنصورة، سنة 1989

181. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، القسم الثاني بيروت ، لبنان ، الدار العربية للموسوعات، سنة 1985

182. .....، المسؤولية الطبية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديد، ، سنة 2001

183. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دراسة فقهية وقضائية في ضوء التطورات المعاصرة لأحكام المسؤولية الطبية، القاهرة،دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2004

184. .....، إثبات الخطأ في المجال الطبي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006

185. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، القاهرة، مكتبة سيد عبد الله وهبة، سنة 1986.
186. مصطفى محمد العرجاوي، أحكام نقل الدم في القانون المدني والفقه الإسلامي، الطبعة ألأولى القاهرة ، دار المنار، سنة 1992
187. مصطفى محمد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2004
188. مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2003
189. منير رياض حنا، المسؤولية الجناية للأطباء والصيادلة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية سنة 1989
190. .....، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي، سنة 2008
191. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، الطبعة الثانية، عمان، مكتبة دار الثقافية للنشر والتوزيع، سنة 1992
192. مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2002
193. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، الناشر خاص (هشام عبد الحميد فرج السلسلة)، سنة 2007
194. وائل أبو الفتوح أحمد العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، القاهرة ، بدون دار نشر، سنة 2005
195. وجدي ثابت غبريال، مبدأ المساواة أمام ألأعباء العامة كأساس للمسؤولية الإدارية، نحو أساس دستوري للمسؤولية دون خطأ، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، سنة 1988
196. وفاء حلمي، الخطأ الطبي، القاهرة، دار النهضة العربية، سنة 1987
197. ياسين محمد يوسف، المسؤولية الطبية، بيروت ، منشورات الحلبي الحقوقية ، سنة 2003.
198. أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، رسالة دكتوراه، القاهرة، دار النهضة العربية ، سنة 1991
199. أشرف جابر سيد موسى، التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه ، غير منشورة القاهرة، كلية الحقوق، سنة 1999.

200. سعد واصف، التأمين من المسؤولية في عقد النقل، رسالة دكتوراه، غير منشورة، القاهرة، سنة 1958

201. عادل محمد الفقي، حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارنا بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مناقشة سنة 1984.

202. هناء خيري أحمد خليفة، المسؤولية المدنية في نطاق الأسرة العقدية، رسالة دكتوراه غير منشورة جامعة عين شمس، نوقشت في 30-09-2002 .

203. أحلوش بولعبال زينب، رضاء المريض في التصرفات الطبية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2001/2000

204. آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامع مولود معمري بتيزي وزو، سنة 2011

205. إبن الزبير عمر، المسؤولية المدنية لمراكز نقل الدم، رسالة ماجستير، غير منشورة، فرع العقود والمسؤولية، جامعة بن عكنون، الجزائر سنة 2002

206. سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير، غير منشور، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه لجامعة مولود معمري بتيزي وزو، فرع قانون المسؤولية المهنية نوشت في 03-05-2011 .

207. صاحب ليديه، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولة المهنية، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق بجامعة مولود معمري بتيزي وزو، نوقشت في 23 جانفي 2011

208. عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، نوقشت في 09 -11-2011 .

209. عنيف غنيمة، إلتزام الطبيب بالحصول على رضاء المريض ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون " فرع قانون المسؤولية المهنية "، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري بتيزي وزو نوقشت سنة 2010

210. ماروك نصر الدين، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 1993.

211. أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، مقال منشورة بالمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد خاص بأعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، 2008.

212. أحمد شرف الدين، عناصر الضرر الجسدي وإنتقال الحق في التعويض عنها إلى شخص آخر غير المضرور، مقال منشور بمجلة، إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول والثاني للسنة 22، سنة 1978 .

213. أبو الوفا محمد أبو الوفا،" تحديد المسؤولية الجنائية عن الخطأ في وسط الفريق الطبي " مقال منشور بندوة المسؤولية الطبية في ظل القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 2008 ، بتاريخ 8 و 9 ديسمبر 2009 .

214. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، السنة العاشرة، العدد الثالث، 1982.

215. الشلش محمد، أخطاء الأطباء بين الفقه والقانون، مقال منشور بمجلة الحقوق والشريعة، السنة الخامسة، العدد الثاني 1981، الكويت.

216. بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثالث لسنة 1993.

217. بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، دراسة مقارنة، مقال منشور بمجلة البحوث والدراسات العلمية لكلية الحقوق بجامعة يحي فارس بالمدية، العدد الأول، نوفمبر 2007.

218. بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية، لكلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2007.

219. بوزيد الدين الجيلالي محمد، أساس مسؤولية الإدارة الموضوعية، مجلة الإدارة العامة، الرياض المجلد 44، العدد الثاني، السنة 2004.

220. حسام الدين كامل الأهواني ، المشكلات التي تثيرها عمليات زراعة الأعضاء ، مقال منشور بمجلة القانون والإقتصاد ،السنة السابعة عشر ، العدد الأول ، سنة 1975.

221. خالد سعد النجار، التبرع بالدم، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، العدد 532، الصادر بتاريخ 03-09-2010، على الموقع الإلكتروني: www.alaaei.com

222. سليمان مرقس، مسؤولية الطبيب ومسؤولية إدارة المستشفى، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد المصرية، السنة السابعة، العدد الثاني، سنة 1977.

223. عبد الإله محمد النوايسة ، " الأوصاف الجرمية لنقل عدوى مرض الإيدز للغير قصدا "، مجلة الحقوق العدد 02، لسنة 31، يونيو 2007.

224. عبد الله محمد على الزبيدي، " مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص"، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة التاسعة والعشرون سبتمبر 2005.

225. عبد المعبود عمارة، أيات الله في خلق الدم ، مقال منشور بمجلة "منبر الإسلام " المصرية العدد 10، السنة 61، د يسمبر2002 .

226. عدنان إبراهيم سرحان، الضرر وتعويضه وفق أحكام الفعل الضار في القانون المدني الأردني مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة السادسة العدد الثاني،1998.

227. عدنان ابراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، بحث منشور في المجموعة لمتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2000.

228. علي علي سليمان، " دعاوى الخلف للمطالبة بالتعويض عن الضرر الموروث و عن الضرر المرتد "، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية ، العدد 1 ديسمبر 1988.

229. علي نجيدة، إلتزام الطبيب بتبصير المريض، مجلة الأمن والتعاون، السنة الأولى، يوليو 1993.

230. فتاحي محمد، الخطأ الطبي والمشكلات التي يخيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والإدارية لكلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، العدد 3، سنة 2007.

231. فتوى لجنة الإفتاء للمجلس الإسلامي الأعلى في الجزائر حول نقل الدم و زرع الأعضاء مجلة البحوث الإسلامية، العدد 22، الإصدار من رجب إلى شوال 1408

232. فواز صالح، " تأثير التقديم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة قانونية مقارنة "، مقال منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25 العدد الثاني لسنة 2009.

233. فاطمة عبد العزيز حسن أحمد بلال، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مقال منشور بالمجلة القانونية والقضائية لدولة قطر، لسنة 2011.

234. محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية العدد الثاني، السنة الخامسة، يونيو 1981.

235. محمد صبحي نجم، حق المضرور في الحصول على تعويض من الدولة، بحث مقدم في المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة.

236. محمد محمد فرحات، " مسألة انتفاع الإنسان بأجزاء غيره وهو على قيد الحياة "، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق بجامعة عين شمس، القاهرة، العدد الثاني السنة الحادية والأربعون، سنة 1999.

237. محمد صبري الجندي، ضمان الضرر الجسدي الناتج عن فعل ضار، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، السنة السادسة والعشرون، مراس 2002.

238. محمد يوسف علوان، " قنبلة الكبد الموقوتة " ، مقال منشور بمجلة العربي، العدد 521، شهر أفريل لسنة 2002.

239. محمد عبد الله حمود،" المسؤولية الطبية للمرافق الصحية العامة "، بحث منشور بمجلة الحقوق لجامعة الكويت ، العدد الأول، السنة الثلاثون، مارس 2006.

240. مفتاح سليم سعد، " الإستنساخ بين الإباحة والحظر"، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.policemc.gov.bh/reports/2010، في أفريل سنة 2010

241. ممدوح خليل البحر ، " المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل الدم "، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية لجامعة الإسكندرية، العدد الأول لسنة 2001 .

242. منذر الفضل، " التجربة الطبية على الجسم البشري و مدى الحماية التي يكفلها القانون المدني والقوانين العقابية والطبية "، مقال منشور بمجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة بالعراق، السنة الثانية، العدد السابع، نوفمبر سنة 2010.

243. منير هليل، " مسؤولة المستشفى الناشئة عن خطأ الطبيب غير الموظف "، مقال منشور بمجلة الأبحاث للعلوم الإنسانية، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، مجلد 25، الإصدار3 سنة 2011، المجلة موجودة على الموقع الإلكتروني: www.scholar.najah.edu/ar/publication/journal-article/

244. نبيلة إسماعيل رسلان، " التأمين ضد أخطار التلوث"، مقال منشور بمجلة روح القوانين كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، العدد السادس عشر "جزء ثان "، إصدار أوت سنة 1998

245. دستور 28 نوفمبر لسنة 1996

246. القانون رقم 62- 157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الرامي إلى تمديد سريان القوانين الفرنسية بعد الاستقلال.

247. الأمر 68 /133 المؤرخ في 15 صفر 1388 هـ الموافق ل 13 ماي 1968 المتعلق بالتنظيم العام لنقل الدم وبمؤسسات نقله، ج ر، للجمهورية الجزائرية رقم 51 لسنة 1968.

248. الأمر 74 – 15 المؤرخ في 30 جانفي 1974المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، وهو معدل ومتمم بالقانون 88 /31 المؤرخ في 30 جانفي 1988، ج ر عدد 29 لسنة 1988.
249. الأمر 75- 85 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم
250. الأمر 79/76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن قانون الصحة العمومية، جريدة رسمية العدد 101 لسنة 1976.
251. القانون 83-11 المؤرخ في 2 جويلية 1983 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل والمتمم ج ر عدد 28 الصادرة في 5 جويلية 1983.
252. قانون رقم 85 – 05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ج ر عدد 08، الصادرة في 17 فبراير 1985.
253. الأمر 95 /07 المتعلق بالتأمينات الصادر في 25 يناير 1995 المعدل والمتمم، ج ر عدد 13 الصادرة في 8 مارس 1995
254. الأمر 96- 17 المؤرخ في 6 جويلية 1996، يعدل ويتمم القانون 83 /11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج ر عدد 42.
255. القانون 06 – 04 المؤرخ في 27 فيفري 2006، المعدل والمتمم للأمر 95 – 07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 15 الصادرة في 12 مارس 2006
256. القانون 08 – 09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج ر عدد 21 الصادرة 23 أفريل سنة 2008
257. القانون رقم 08 -13 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 لسنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 3 أوت 2008
258. القانون رقم 09 – 03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج ر عدد 15 الصادرة في 3 مارس 2009
259. القانون رقم 11- 08 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية، ج ر عدد 32 صادرة في 8 جوان 2011.
260. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج ر العدد 52 الصادرة بتاريخ 08/ 1992/08.
261. المرسوم التنفيذي 95-108 المؤرخ في 9 أفريل لسنة 1995، والمتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم وتنظيمها وعملها، ج ر العدد 21، الصادرة في 19 أفريل 1995 (ملغى).

262. القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 والذي يحدد القواعد المنظمة للتبرع بالدم ومكوناته الصادر عن وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات.
263. المرسوم التنفيذي رقم 310 – 95 المؤرخ في 1995/10/10 الذي يحدد شروط اعتماد قائمة الخبراء وكذا حقوقهم وواجباتهم .
264. المرسوم التنفيذي 07-321 المؤرخ في 22 أكتوبر سنة 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية، ج ر عدد 67 الصادرة في 24 أكتوبر سنة 2007
265. المرسوم التنفيذي 140/07 المؤرخ في 19 ماي 2007، ج ر عدد 33 الصادرة في 20 ماي 2007، ص 10.
266. المرسوم التنفيذي رقم 09-258 المؤرخ في 11 أوت لسنة 2009 المتعلق بالوكالة الوطنية للدم ج ر العدد 47 الصادرة في 16 أوت 2009، ص 11 وما بعدها.
267. المرسوم التنفيذي رقم 11-121، المؤرخ في 2011/03/20، يتضمن القانون ألأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك شبه الطبيين للصحة العمومية، ج ر عدد 17 الصادرة بتاريخ 20 مارس 2011 ص 09.
268. المرسوم التنفيذي 11-236 المؤرخ في 3 جويلية 2011 المتضمن القانون الاساسي للمقيم في العلوم الطبية , المادة 34 منه , ج ر عدد 38.
269. القرار الوزاري المؤرخ في 13 فيفري 1984، ج ر عدد 07، الصادرة في 14 فيفري 1984
270. القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1998 المتضمن الكشف الإجباري عن مرض السيدا والتهاب الكبد B و C والسلفس في التبرع بالدم والأعضاء، الصادر من وزارة الصحة والسكان.
271. القرار الوزاري المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 المتعلق بتسوية هياكل حقن الدم وإنشائها وصلاحياتها.
272. المقرر رقم 97 المؤرخ في 18 أكتوبر 1998 المتضمن للاتفاقية النموذجية المتعلقة بشروط وكيفيات تموين تسعيرة مواد الدم الغير ثابتة، والصادر عن وزارة الصحة.
273. قرار وزاري مؤرخ في 25 أفريل سنة 2000 يتعلق بالتلقيح ضد التهاب الكبد الحموي "ب" أي (B).
274. القرار الوزاري رقم 198 مؤرخ في 15 فيفري 2006، غير صادر في الجريدة الرسمية
275. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 18 أكتوبر 2010، ج ر العدد 70، الصادرة في 21 نوفمبر 2010.

276. قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 92106 صادر في 1992/07/27 قرار غير منشور مأخوذ عن مجلة الإدارة، الجزائر، N°02 ,1998, P 19.

277. قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، القرار صادر بتاريخ 2008/01/23، ملف رقم 399828 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد 2 ، سنة 2008.

278. قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة، ملف رقم 006788، فهرس رقم 337 بتاريخ 06/03/ 2003 قرار غير منشور

279. قرار المجلس للغرفة الثالثة ملف رقم 24461، فهرس رقم 338، بتاريخ 2006/04/26، قرار غير منشور

280. قرار لمجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 24681، فهرس رقم 438، بتاريخ 2006/05/24 قرار غير منشور

281. قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 26678، فهرس رقم 985، القرار صادر بتاريخ 2006/11/29، قرار غير منشور

282. قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 034181، فهرس رقم 841، صادر بتاريخ 2007/07/25

283. قرار المحكمة العليا، ملف رقم 399828 بتاريخ 2008/01/23 ، منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني، لسنة 2008.

284. قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة، ملف رقم 37664، فهرس رقم 354، الصادر في 2008/04/30. ، قرار غير منشور

285. قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة صادر بتاريخ 2008/04/30، ملف رقم 38292 فهرس رقم 431، قرار غير منشور.

286. قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة، ملف رقم 041012، فهرس رقم 13، صادر بتاريخ 2009/01/28، قرار غير منشور

287. قرار مجلس الدولة الغرفة الثالثة، ملف رقم 043873، فهرس رقم 611، بتاريخ 2009/5/27 ، قرار غير منشور

288. قرار مجلس الدولة بتاريخ 2009/11/19، الغرفة الثالثة، ملق رقم 048335، فهرس رقم 1482، قرار غير منشور.

289. قرار للغرفة الثالثة لمجلس الدولة، صادر بتاريخ 2010/01/28، ملف رقم 048785، فهرس رقم 41، قرار غير منشور

290. قرار مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم 048897، فهرس رقم 51، الصادر بتاريخ 2010 /01/28، قرار غير منشور

291. قرار مجلس الدولة صادر عن الغرفة الثالثة، ملف رقم 047233، فهرس رقم 03، بتاريخ 2010/01/28، قرار غير منشور

292. قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2010/05/27، الغرفة الثالثة، ملف رقم 052212، فهرس رقم 613، قرار غير منشور.

293. – CARBONNIER Jean, Droit civil, Tome 4, les obligations, PUF, paris 1972

294 .Didier Tabuteau , la sécurité sanitaire , 2ème édi , groupe bergé – levraut , Paris 2000

295 . De Laubadère, traite de droit administratif , 8ème éd, tom1, Paris : L.G.D.J. , 1980

296 .François Vialla , « Les Grandes Décisions du Droit médical » , éd lextenso, L.G.D.J 2009 .

297 Georges Ripert , La règle morale dans les obligations civiles , 4ème éd, Paris : L.G.D.J , 1949

298 Georges Ripert et Jean Boulanger , Traité élémentaire de droit civil de planiol, Tome 2 , obligation – contrats , 4éme éd, N° 655, Paris : L. G. D. J, 1952

299 .G. Viney, « La responsabilité », Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, tome 35, 1990,

300 . Henri et Léon Mazeaud et André Tunc, Traité de la responsabilité civile, 5ème éd, paris 1960

301 Henri et Léon MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, tome 1, 6éme éd, Paris, éd Montchrestien, 1965.

302 H. CAPITANT, par F. TERRE et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1, Dalloz, Paris 1994

303 Juan Guyenot , La responsabilité des personnes morales publiques et privées, considération sur la nature et la fondement de la responsabilité du fait d'autrui , L. G. D. J , Paris, 1959

304 . Jérome Huet, Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Paris : Litec ,1987

305 . Jean– Marie Pontier, La prise en charge collective de l'aléa thérapeutique, L'Etat et les fonds de garantie, Paris : Dalloz, 1995

306 Jacques Flour, Jean-Luc Aubert et Eric Savaux, Droit Civil, Les obligations, Tome 2, le Fait juridique, 9éme éd, Paris : Armand Colin, 1998

307 Jean- Sébastien Borghetti, Préface de Geneviève Viney, La Responsabilité Du Fait Des Produits - Etude De Droit Comparé, Bibiotéque du droit privé, L.G.D.J, Paris, 2004

308 . Marcel Sousse, La notion de réparation de dommages en droit administratif français, préface Jean – Marie pontier, L. G. D. J, Paris 1994

309 . MAZEAUD (H, L et J), (ouvrage collectif), Leçons de droit civil, Paris, Montchrestien Delta, Tome2, paris 1998

310 . Nicolas Jacob, Philippe Le Tourneau, Assurances et responsabilité civile, Paris: Dalloz, 1979.

311 .Philippe Malaurie et Laurent Aynès , droit civil –les obligation, 5ème éd Paris :Cujas, 1994 .

312 . SAVATIER René , Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural ,Tome 2,Conséquences et aspects divers de la responsabilité, 2ème éd ,Paris, L.G.D.J, 1951

313 WALINE Marcel - Manuel élémentaire de droit administratif, 4ème éd, Paris Sirey 1947.

314. Azzedine Mahdjoub, Le sida et ses incidences en droit pénal Algérien et en droit international à l'usage des médecines et des juristes, Chihab (Alger), 1992

315. Anne Combes, Responsabilité civile et Assurance des centres de Transfusion sanguine, éd Publisher, Paris 1995

316 . Annick Dorsner- Dolivet La responsabilité du médecin, éd Economica paris, 2006.

317. Georges BOYER-CHAMMARD, Paul MONZEIN, la responsabilité médicale Presses Universitaires de France (P. U. F) , Paris, 1974, Faculté de droit de l'Université Laval, 1977.

318. Gérard Mémeteau et louis Mélennec , traité de droit médical, Tome 2, le contrat médical , la responsabilité civile du médecin, Maloine, Paris 1982

319. Gérard Creusot, Dommage corporel et expertise médicale, éd Masson, Paris 1989.

320. Jean Penneau, Faute et érreur en matière de responsabilité médicale, Paris : L.G.D.J , 1973

321. Jean Penneau , La Responsabilité médicale , Paris : Sirey, 1977

322. jean- Jacques lefrère , transfusion Sanguine et Sida , Pari : **Frison Roche, 1991.**

323. Jean sanitas , le sang et le sida , Paris : édition de pavillon, 1994.

324. **Jean-Yves CHEVALLIER,** L'affaire du sang contaminé sous la direction de jean Pradel**, Paris : Cujas ,**1995.

325. **Jean-Charles** Sournia , Jacques **Ruffié** , la transfusion Sanguine, paris : Fayard,1996.

326. Jean-Marie Clément, Droits des malades et bioéthique , Paris : Berger- Levrault, 1996 .

327. **Jean-Jacques** Lefrère, **Philippe Rouger** , Transfusion sanguine une approche sécuritaire, Evolution de l'organisation de transfusion sanguine en France , Paris : John Libbey eurotext , 2000.
328. Jean Panneau, La responsabilité du médecin, 3eme éd, Paris: Dalloz, 2004.
329. **KAMEL SANHADJI**, Sida Arme et BAGAGES, Préface du Pr Jean-Louis Touraine, office de publication universitaire (O P U) , 1996.
330. Max le Roy , L'évaluation du préjudice corporel ,15éme éd, Paris : litec et lexis Nexis 2000 .
331. Marc Dupont et autres , Droit Hospitalier, 4eme édition ,Dalloz-Sirey 2003.
332. Philippe Malaurie, obligation, Responsabilité médicale, Paris, éd. Cujas 1994 .
333. R. Sylvestre et autres , Transfusion sanguine, Masson Paris 1981.
334. Savatier, René et autres , traité du droit médical , Paris : Librairies Techniques 1956
335. Sylvie welsch , Responsabilité du médecin , 2éme éd , Paris : Litec 2003
336. Sami – Paul Tawil , Marie- Dominique Flouzat Auba , droit des malades et responsabilité des médecins , Paris : Marabout, 2005 .
337. Yvonne lambert- Faivre droit du dommage corporel, systèmes, d'indemnisation, 5éme éd , Paris : Dalloz 2004
338. Yvonne lambert- Faivre droit du dommage corporel, systèmes, d'indemnisation, 7éme éd , Paris : Dalloz 2012
338. Agathe Cordelier , « Les transfusions de produite sanguins et la responsabilité civile » , Paris 1995 , Mémoire de DEA : Droit privé / Paris 1 , session 1995
339. Isabelle Souplet, « la pérte de chance en droit de la responsabilité médicale », mémoire dans du DEA de droit public Faculté des

science juridique politique et sociale s, université de LILLE 2 , Droit et Santé, Paris 2002 Document télécharge sur le site www.edoctorale74.univlille2.fr/.../T.../memoires/medical/soupleti02.pdf

340. Audrey Beun, « le principe de précaution matière de responsabilité médical » , mémoire de DEA , droit privé général Soutenu en 2003, université du droit et de la santé, LILE 2 , Ecole doctorale N° 74 . Document télécharge sur le site : www.edoctorale74.univlille2.fr/memoires/medical/beuna03.pdf
341. Odile OBOEUF, « Le Devenir de la resposabilité Médicale du Fait D'autrui Après la loi du 4 Mars 2002 » , Mémoire présenté en vue de l'obtention du diplôme de DEA , université de LILLE 2 – Droit et Santé , Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales , École doctorale n° 74 , Le 3 octobre 2003 , P 17, Voir sur le site : www.edoctorale74.univ-lille2.fr/fileadmin/.../T.../medical/obeufo03.pdf
342 .Mireille Heers , **Responsabilité médicale et transfusion sanguine contre la volonté du patient ,** R.F.D.A , 1998, pp 1231-1242 .
343. Yvonne Lambert – Faivre , L'hépatite c poste transfusionnelle et la responsabilité civile , revue le Dalloz N° 40 de 12 Novembre 1993 pp 291-295 .
344. jean-René Binet ,respect et protection du corps humain « sang humain » j-cl, civil code , 2006, Art 16 à 16-13 , Fasc 24
345. Les arréts de conseil d'état de 26 mais 1995, Revue Français de droit administratif, juillet – Aout 1995, P 748.
346. note G. Paire , RTD CIV, 1992, P 118.
347. Françoise, Memmi, Sida et responsabilité civil, GAZ- Pal 1993.
348. Dalloz 1993, J.

349. J- cl, civil, 1987, Art 1136 à 1145 Fasc 3 -1, Notarial répertoire, v° contrat et obligation, Fasc 20 -1.
350. Patrice- jourdain , Responsabilité civile et contamination par le virus du Sida à la suite de transfusions, Rev. T. D. Civ, Mars 1992.
351. Pierre Maziere , « Eléments de resposabilité en matière médicale » , LPA 6 juin 2000 , n° 112 .
352. Françoise, Memmi , Sida et Responsabilité civil, chro, précité, Henry Vray, note sous, C. A Paris, 20 Dec, 1996, Gaz pal 1998- 1- J.
353. Pierre Sargos , infection nosocomiale , de la présomption de faute à l'obligation de sécurité de résulta , JCP, éd G 1999, 2 , N° 10138.
354. G. Viney et P. Jourdan , L'indemnisation des accidents médicaux que peut faire la cour de Cassation ? , JCP éd G 1997 , doc 4016.
355. J- cl, civil code, Notarial Répertoire, Art 1136 à 1145, Contrats et obligations, Fasc 20- 1, Lexis SH 2008.
356. RTD- civ, 2001, P 154, obs , P. leveneut
357. Juris- Data, n° 2001- 008906.
358. Juris- Data, n° 2005 – 031018
359. Rodolphe Arsac, l'indemnisation de la perte de chance en droit administratif , R. R. J , N° 2 presse universitaires , d'Aix-Marseille 3, AIX-en- Provence , 2007
360. SABINE BOUSSARD, la perte de chance en matière de responsabilité hospitalière, les vicissidudes de perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitalière, R. F. D. A, N° 5, 2008
361. Debouy (C) , la responsabilité de l'administration française du fait de la contamination par le virus du sida , JCP éd G , 1993, Dalloz , I, 3646 , n° 5 .
362. Yvonne Lambert – Faivre , principes d'indemnisation des victimes post – transfusionnelle du sida par la cour d'appel de paris , Dalloz 1993 chroniques.

363. Yvonne Lambert – Faivre, Des les poursuites à la contribution, quelques arcanes de la causalité, Dalloz 1992, Chronique.

364. Sabine, Boussard, la prête de chance son matière de responsabilité hospitaliere , les vicissitude de la perte de chance dans le droit de la responsabilité hospitaliére , R. F. D. A, N°5, 2008. Sur le site: www.exportdalloz.rfda .

365. P. vayre, D. plarquelle, H. Fabre , le lié de causalité en matière de responsabilité médical , médecine et droit , Volume 2005, N° 72 Article Voir sur : www.sciencedirecte.Com

366. BERAND- M , « le principe de la réparation de la pérte de chance » Article : voir sur le site: www.droit-univparis5.fr/aocivcom/01mémoire/beraudm-pdf.

367. Caroline Ruellan , « La pérte de chance en droit privé » , presses universitaire d'Aix – Marseille , R. R. J N° 2 , 1999.

368. Alain Bernardot et Robert (P) Kouri , « La Responsabilité civile médicale » , éd R.D.U. S , 1980, P 54 et S

369. GAZ – PAL, juris prudence Sommaires et de Cisiom , dimanche 17 au Mardi 19 Décembre 2000.

370. Yvonne Lambert- Faivre, L'indemnisation des victime elles du Post – transfusion sida, hier, aujourd'hui , RTD civ ,1993.

371. Tatu Pierre, La réparation intégrale par le Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, Recueil Dalloz 1998 , jurisprudence,

372. Lambert- Faivre, l'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité a une Créance d'indemnisation, R. T. D civ, 1987.

373. Morançais – Demeester , Marie – Luce , contamination par transfusion du sida , Responsabilité et indemnisation , Article : Sommaire N° 23 , 11 juin 1987, Revue de Dalloz.

374. Margeat (H), « Sang et droit d'indemnisation des victimes », GAZ Pal , N° 2 , 1993 , octr.
375. Vineg (G) , obs, Cass 2eme Civ, 18 juin 1997 , J C P 1997, 1, 4070, n° 37.
376. Décret n° 92- 183, JO n° 49 du 27 Février 1992, Techniques, régimes Dive indemnisation des victimes de contamination, JCP édition Textes, Fasc 263.
377. Querol Ferrer, Le financement du fonds de garantir, R. F. D. A 1987
378. Y. Lambert Faivre, L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation, R. T. D civ, 1987, N° 01.
379. Maryse Deguergue , Article: A. J. D. A 2002, Actualité législative, .
380. Loi du 15 Février 1902, Relative a la protection de santé publique, j o du 19 Février 1902.
381. Loi n°52-854 du 21 juillet 1952 sur l'utilisation therapeutique du sang humain de son plasma et de leurs derivés , JO du 22 juillet 1952 .
382. Loi, N° 91 – 1406 du 31 Décembre 1991, JO de 4 janvier 1992.
383. Loi : n °98- 535, du 1er juillet 1998, relative au renforcement de la Veille Sanitaire et de contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés a l'homme, Jo. 2 Juillet 1998,N° .
384. loi n° 2002- 303 du 4 mars 2002
385. n°: 2002 – 1577 du 30 Décembre 2002 Relative à la responsabilité civile médicale, Jo du 31 Décembre 2002, Texte 3.
386. Loi n° 2004-800 du 6 Aout 2004, relative à la bioéthique , jo N° 182 du 7 Aout 2004 p 14040 , texte N° 1
387. Loi N° 2008- 1330, du 17 Décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009, JO N° 0294 du 18 décembre 2008, Texte n° 1.

388. LOI n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, JO n°0294 du 18 décembre 2012,texte n° 2 .
389. Décret n° 93 – 906 du 12 juillet 1993, JO n° 163 du 17juillet 1993.
390. Arrêté du 22 Septembre 1993, jo du 8 Octobre 1993.
391. ordonnance N° 2010-49 , du 13 janvier 2010 , relative à la biologie médical , JO N° 0012 , du 15 janvier 2010 , P 819 , texte N° 43
392. Arrêté de 2 jan, 2008, JO de 10 Févr. 2008.
393. Décret N° 2010 – 251 du 11 Mars 2010, relatif à l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de contamination par le virus d'immunodéficience humain ou par le virus de l'hépatite c- aussés par une transfusion de produits sanguins , jo N° 0060 du 12 Mars 2010, Texte N° 23.
394. Décret N° 2010-252 du 11 Mars 2010, Relatif à la dotation couvrant dépenses liées à l'indemnisation des victimes de préjudices résultant de contaminations par le virus de l'hépatite C caussées par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang, JO N° 0060 du 12 Mars 2010, Texte n° 24, P 4874.
395. L'ordonnance N° 2005- 1087 du 1 Septembre 2005, J.O N° 204 du 2 Septembre 2005, P 14262, Texte N° 25.
396. www.Legifrance.gouv.fr
. -www.Legifrance-Gouv.fr/affichjuria dmin:do
. www.benbadis.org
. www.Sahara.Com
. www.hepbcenter.com
. www.Wtchtower.org
. www.Ints.fr/sangtransforganisation.aspx
. WWW.Invs.sate.fr

. www.sante.dz/ans/index.htm

.www.sante.dz/ans/arête

. www.aavac.asso.fr

. WWW.aavac.asso.fr

. www.ar-wikipedadia.org/:wiki

-www.Wakteldjazair.com

- www.dondusang.com

- www.themwl.org

- www.alaaei.com

- www.ethique.inserm.fr

397. Jean – Marie Auby, Le sang humain et le droit, éd presses universitaire de France (P. U. F), 1997.

398. - Jean – René, respect et protection du corps Humain " sang humain," Jcl, civil code 2006 , op cit , Fasc 24.