الهيئة الوطنية للمحامين بتونس

الفرع الجهوي بتونس

محاضرة ختم تمرين

الموضوع : الخطأ الطبي

الأستاذة المحاضرة

الأستاذة هناء المشرقي

المشرف على التمرين

الأستاذ كمال بن فرج

المشرف على تأطير المحاضرة

الأستاذ كمال بن فرج

2021/2020

المقدمة

تتعلق مهنة الطبيب بغاية نبيلة هي حفظ النفس البشرية [1] ، وتعتبر هذه الغاية مشتركا إنسانيا عاما لا يختلف أحد على أهميتها و أهمية هذه المهنة و نبل القائمين عليها مهما كان جنسهم ودينهم و فلسفتهم للحياة الإنسانية ، ورغم أن الميدان الطبي قد توصل إلى طرق جديدة للعلاج بفضل التطور العلمي و التكنولوجي الذي مكن من اكتشاف أنواع جديدة من الأدوية و تطوير و تصنيع معدات ووسائل طبية مما حقق للبشرية فرص أكثر للشفاء من أمراض كان البرء منها يعتبر من المعجزات ، إلا أن ذلك لا ينفي أننا أصبحنا اليوم أكثر من أي وقت آخر عرضة إلى مخاطر طبية جسيمة لا سيما مع تطور أصناف جديدة من الخدمات الطبية في مجال الطب الإنجابي و جراحة التجميل و زراعة الأعضاء إلى غير ذلك من الخدمات الطبية وهو ما يجعل المسؤولية الطبية تطرح أكثر من سؤال نظرا للمخاطر التي تكتنف معظم الأعمال الطبية و ما يلحق بالمرضى من أضرار كان أملهم في الطبيب : "حفظ الصحة الموجودة و رد الصحة المفقودة ."

ونظرا إلى غياب إطار تشريعي خاص بالمسؤولية الطبية فقد كان لفقه القضاء الدور الهام في رسم حدود و تأصيل أحكامها في نطاق النظريتين العامتين للمسؤولية المدنية [2] من جهة و الجزائية من جهة أخرى وهو ما أثار الكثير من الجدل نظرا لخصوصية مهنة الطبيب .

فالعمل الطبي هو عمل فني و الأخطاء الصادرة من الأطباء هي أخطاء من طبيعة خاصة يتطلب تحديدها و تحديد ما يترتب عليها من نتائج قواعد قانونية خاصة من شأنها تحقيق التوازن بين طرفي المعادلة (الطبيب و المريض) ، فتكفل للطبيب الحق في ممارسة مهنته في مناخ من الثقة و الاجتهاد و تضمن للمريض الحق في الحصول على التعويض العادل في حال تعرضه إلى خطأ طبي أو إهمال أو تقصير بطريقة منصفة و سريعة .

وتكمن أهمية البحث في " المسؤولية الطبية " في مدى حساسية هذا الموضوع الذي عرف نقاشا فقهيا و اختلافا قضائيا على مر الزمان أساسه معرفة الأسس القانونية التي تؤصل مسؤولية الطبيب من أخطائه المهنية ، وقد اصطبغت المسؤولية الطبية بثراء الموقف في شأنها و حام حولها نقاش فقهي و قضائي

1 الفصل 2 من مجلة واجبات الطبيب الصادرة بمقتضى الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993

2 التقصيرية مناط الفصلين83 .82 من مجلة الالتزامات و العقود

أيضا، فالصعوبات التي تلاقيها المحاكم في ميدان المسؤولية الطبية تعود أساسا إلى عدم تخصيص المسؤولية المدنية و الجزائية للعمل الطبي بنصوص قانونية خاصة تحدد الأسس القانونية و النتائج التي تترتب عن هذا العمل، وهو ما جعلها تعتمد على قواعد الحق العام للمسؤولية المدنية عند نظرها في قضايا التعويض التي رفعها المتضررون ضد أطبائهم و عليه فإن فقه القضاء هو المؤسس للمسؤولية المدنية الطبية و الواضع لشروطها و معاييرها و أركانها و طبيعتها القانونية .

ولئن تعددت الاجتهادات الفقهية المتعلقة بأساس المسؤولية فمنها من نادى بالانطلاق من الضرر إلى الخطأ وليس من هذا الأخير للضرر بناءا على أن التعويض لا يقاس في الميدان المدني و لا العقاب في الميدان الزجري إلا على درجة الضرر و من ثم تكون المسؤولية مبنية على الضرر لا غير، و منها من جعلت المسؤولية المدنية صفة تلازم الإنسان فهي إحدى مظاهر وجوده و ليست كما كانت من قبل مظهر للعنصر المعنوي للجريمة و لذلك يمكن أن يتحرك في كل إنسان مسؤوليته التي يتحملها لتعويض الضرر الذي أحدثه للغير فإن المسؤولية الطبية بقيت دون تحديد قانوني الشيء الذي أثار عديد الإشكالات و طرح الكثير من التساؤلات حول طبيعة الخطأ إذا افترضنا أن الخطأ هو أساس المسؤولية، هل هو الخطأ الجسيم أم الخطأ البسيط ؟ وهل أن مسؤولية الطبيب أساسها العقد أم أساسها القانون و بالتالي فهي مسؤولية تقصيرية و هل أن المسؤولية الجزائية أساسها الخطأ العمدي أم الخطأ غير العمدي و بالتالي فإن كل خطأ يكون مصدرا للمسؤولية المدنية و المسؤولية الجزائية للطبيب في نفس الوقت ؟

وانطلاقا من هذه الإشكاليات التي سوف أتطرق إليها في هذه المحاضرة وما توصل إليه فقه القضاء من حلول أهداف إلى مساهمة في الدفع إلى مراجعة الإطار التشريعي للمسؤولية الطبية[3] بما يمكن من دعم ثقة الطبيب في قدراته وفتح باب الاجتهاد أمامه و تأمين حق المريض في التعويض في حال حصول ضرر ناتج عن التدخل الطبي من ناحية و تجريم بعض الأعمال الطبية التي تتطلب المساءلة الجزائية "حماية للحياة واحتراما للنفس البشرية" من العبث و اللامسؤولية المهنية لبعض الأطباء الذين لا يلتزمون بما تفرضه عليهم مهنتهم من قيم و أخلاقيات .

[3] في الحقيقة تمت دعوة إلى مراجعة الإطار التشريعي للمسؤولية الطبية منذ الندوة الدولية حول " الخطأ الطبي و المسؤولية " الذي انتظم يومي 13 و 14 أفريل 2012 ببادرة من الاتحاد الدولي للمحامين و الهيئة الوطنية للمحامين

الجزء الأول

المسؤولية المدنية للطبيب

تطرح المسؤولية المدنية للطبيب عديد التساؤلات المتعلقة بطبيعتها و أساسها و نطاقها و إثباتها .

الفصل الأول : الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب :

في ظل غياب إطار تشريعي خاص بالمسؤولية المدنية الطبية فإن فقه القضاء تأرجح بين اعتبار مسؤولية الطبيب تقصيرية حينا و اعتبارها مسؤولية عقدية حينا آخر .

فالمسؤولية التقصيرية أساسها الجنحة و شبه الجنحة المدنية للطبيب [1] أما المسؤولية العقدية فهي تستند إلى العقد و السؤال الذي يطرح في هذا الإطار هل أن عدم وجود العقد أو بطلانه يفقد المتضرر حقه في المطالبة بجبر الأضرار التي لحقته ؟ الجواب على هذا سؤال لا تكون إلا بالنفي باعتبار و أن المتضرر يمكنه دائما الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية .

و للتدليل على تأرجح فقه القضاء بين الاعتماد على المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية نستشهد بالقرارات التالية :

- قرار استئنافي مدني عدد 26426 صادر بتاريخ 03 جويلية 1996 منشور بمجلة القضاء و التشريع عدد 01 لسنة 2005 الصفحة 93 و مت بعد جاء فيه ما يلي : " الطبيب الخاص الذي أعرض عن مد مريضته المتضررة بتقرير يتطرق صلبه للأعمال التي قام بها أثناء العملية الجراحية رغم التنبيه عليه بواسطة عدل التنفيذ و في أثناء تعكرت الحالة الصحية للمريضة و أجبرت على إجراء عملية جراحية ثانية لتلافي ما خلفه الأولى، لا يمكن أن يفسر إلا بمحاولة يائسة لطمس الحقيقة و التقصي من تبعات المسؤولية التعاقدية .

1 منذ قرار التعقيبي الفرنسي الصادر في 21 جويلية 1862 الذي أقر مساءلة الطبيب عن جميع أخطائه الجسيمة منها و البسيطة

Cass Civ. Ch.des requetés 21/07/1862 Sirey 1862,1,818

إن سوء تنفيذ العقد من جراء تقصير أحد أطرافه و إخلاله بواجب الالتزام ببذل العناية اللازمة يوجب لا محال التعويض عن الأضرار للطرف المتضرر"

- قرار تعقيبي مدني عدد 22273 بتاريخ 18 جانفي 2003 منشور بمجلة القضاء و التشريع العدد 2 لسنة 2007 ص 20 و ما بعد جاء به ما يلي : " إن الرابطة التي تقوم بين الطبيب و المريض إنما تنبني في واقع الحال على الإرادة المشتركة التي تفضي إلى عقد خاص و يلتزم فيه الطبيب ببذل العناية اللازمة لشفاء المريض مقابل أجرة و بالتالي فإن أساس التعامل بين الطرفين هو أساس تعاقدي يتمثل في مداواة المستأنف ضدها طبقا للقواعد الفنية و الطبية المتعارفة و أخذ كل الاحتياطات اللازمة لكي لا يحصل ضرر للمريض وعدم تعرضه لأي أذى ..مما يثبت أن هذا الأخير قد ارتكب خطأ ناتجا عن إخلاله بتنفيذ التزامه التعاقدي يستوجب مساءلته مدنيا وذلك أن سوء التنفيذ من جراء تقصيره و إخلاله ببذل العناية اللازمة يوجب التعويض عن الأضرار الحاصلة للمتضررة و إن هذه المسألة تسري على المسؤولية التعاقدية و التقصيرية على حد سواء"

ولئن أمكن للمتضرر الاختيار بين القيام على أساس المسؤولية العقدية أو على أساس المسؤولية التقصيرية مثلما يخول ذلك الفصل 523 من م ا ع الذي ينص على أن : " من كان له القيام بدعوتين مبنيتين على سبب واحد فأختار أحدهما لا يحمل على أنه تنازل عن الأخرة[4] ." فالطبيعة القانونية للمسؤولية لا تثير إشكالا بقدر ما يثيره الأساس القانوني لهذه المسؤولية.

الفصل الثاني : أساس و نطاق المسؤولية المدنية للطبيب :

شهد أساس و نطاق المسؤولية المدنية للطبيب تطورا هاما يعكس حرص فقه القضاء و رغبته في توفير حماية فعلية للمتضرر و ذلك من خلال التوسع في مفهوم الخطأ و قلب عبء الإثبات و اللجوء إلى قرينة الخطأ و اعتماد المسؤولية الموضوعية (بدون خطأ) إلى جانب التوسع في مفهوم الالتزام ببذل عناية و اعتبار الطبيب مطالب بتحقيق نتيجة .

4 رغم إمكانية الاختيار التي يتمتع بها المتضرر عند قيامه بالدعوة إلا أن الأنجع هو قيام بهذه الدعوى لدى المحكمة الإدارية ضد المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة وهذا ما توصل إليه مجلس تنازع الاختصاص في قراره الصادر في القضية عدد 20 بتاريخ 12 جويلية 2000 الزرلي في حق نفسه وحق ابنته حيث جاء به ما يلي : "رغم حصول الخطاء الطبي صلب مؤسسة عمومية للصحة لها الشخصية المعنوية و الاستقلال المالي فإنه يمكن القيام ضد المكلف العام للنزاعات الدولة في حق وزارة الصحة مما يجعل النزاع من أنضار القاضي الإداري لأن الدعوة تهدف إلى تغريم الدولة من أجل خطاء مرفقي اقترف من قبل أعوان عمومين داخل مؤسسة عمومية استشفائية

الفقرة الأولى : تطور أساس المسؤولية المدنية للطبيب

أ- الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية الطبية

تعتبر مسألة الخطأ المهني من المسائل التي لا تزال تشكل غموضا باعتبار أن ركن الخطأ هو المركز الذي تدور عليه المسؤولية فالمشرع التونسي يعتمد كمبدأ عام أن المسؤولية قوامها الخطأ ما دام وجود هذا الأخير يشعر حتما بوجود المسؤولية.

و إذا كان الخطأ[5] من المفاهيم التي استعصت عن التحديد القانوني الدقيق على أساس الجدل الواسع بين مواقف التشريع و الفقه و القضاء فإن مفهوم الخطأ المهني كما عبر عنه رأي من الفقه هو خطأ فني (متعلق بأعمال مهنتهم) و يتحدد هذا الخطأ بالرجوع إلى قواعد العلمية و الفنية التي تحدد أصول مباشرة هذه المهنة ، وقد يرجع هذا الخطأ إلى الجهل بهذه القواعد أو تطبيقها غير صحيح و سوء التقدير فيما تخوله من مجال تقديري .

وخطأ الطبيب المهني هو ذلك الخطأ الذي يتصل بالأصول الفنية للمهنة كخطأ الطبيب في التشخيص أو خطئه في اختيار وسيلة العلاج، فالخطأ الطبي يتجلى في كونه تقصير في مسلك الطبيب، فهو سلوك لا يمكن أن يصدر من طبيب يوجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، و بعبارة أخرى هو إخلال الطبيب بالقواعد و الأصول المتعارف عليها في مهنة الطب.

وباعتبار أن فقه القضاء هو الواضع لأسس المسؤولية المدنية الطبية فقد تطور (فقه القضاء) باتجاه التعويض للمتضرر و ذلك بالتوسع في مفهوم الخطأ و بقلب عبء الإثبات و اعتماد قرينة الخطأ و أحيانا باللجوء إلى نظرية الضمان (تحمل التبعة) وهنا نتساءل هل أن الطبيب متى أثبت عدم خطئه ملزم بإثبات سبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المريض وذلك استناد إلى أن الحكم الجزائي الذي نفي عن الطبيب التقصير و إن كان ينفي عنه أيضا الخطأ الشخصي إلا أنه لا يعفيه من ضمان الضرر.

ب- التوسع في نطاق المسؤولية المدنية للطبيب :

إذا تم التسليم بأن أساس المسؤولية الطبية هو خطأ فإن تقدير هذا الخطأ يثير هو الآخر العديد من الإشكاليات، فهل أن هذا الخطأ يتم تقديره بالرجوع إلى الالتزام بتحقيق نتيجة ؟

5 الخطأ هو ترك ما وجب فعله أو فعل ما وجب تركه بغير قصد الضرر (الفصل 83 من م.ا.ع)

الثابت أن فقه القضاء مثلما سعى إلى تطوير أسس المسؤولية فإنه سعى أيضا إلى توسيع نطاقها من خلال التوسع في مفهوم التزام الطبيب ببذل عناية حيث بدأ الالتزام ببذل عناية المفروض على الأطباء تتضح معالمه أمام القضاء و أصبح على الطبيب بذل العناية اليقظة التي تقتضيها المعارف العلمية و أصول المهنة على ضوء التطور العلمي و إلا كان مسؤولا عن مخالفة هذا الالتزام و لو عن غير قصد .

إلا أن هذا الالتزام ببذل عناية يتحول إلى التزام بتحقيق نتيجة كلما انحصر النشاط المهني للطبيب في أعمال مخبرية لا تحتمل بمقتضى حالة المعطيات الثابتة للعلم أي عنصر احتمال فإن النتيجة هي التي تحددها و تكون عنصر تقديرها.

الفصل الثالث : الصعوبات التي تكتنف إثبات الخطأ الطبي :

نظرا للخصوصيات الفنية التي يتميز بها الميدان الطبي فإن القاضي غير مؤهل لمعرفة الخطأ الذي ارتكبه الطبيب فيما يتعلق بالمعارف الطبية و الأصول العلمية لذلك فإن اللجوء إلى أهل الخبرة يعتبر مسألة ضرورية حتى يتسنى الوقوف على مسألة الفنية المطروحة ومعرفة وجود الخطأ من عدمه حتى يتمكن القاضي من إعمال القاعدة القانونية المنطبقة على النزاع.

وفي الحقيقية فإن الإثبات الخطأ الصادر عن الطبيب صعب لما ينطوي عليه الواقع المهني من خروقات تنحو بالأدلة و القرائن في حكم العدم و "الفضل" يرجع إلى ممارسات أصحت بمثابة وسيلة دفع قانونية للتسويف و المماطلة لدحض وسائل الإثبات الطبي، فيستنكف الأطباء عن احترام القانون وخدمة العدالة، فالصعوبة التي تلازم إثبات الخطأ تجد أساسها في تضامن أصحاب المهن الطبية إزاء المشاكل المرتبطة بالمسؤولية، والذي يحصل أن أهل الخبرة من الأطباء عند انتدابهم من قبل المحكمة و بدافع من الزمالة والتضامن المهني، كثيرا ما يميلون إلى جانب زميلهم المتابع ويسعون إلى تخليصه من المسؤولية .

وأمام هذه الصعوبات فإننا ننادي إلى ضرورة اعتماد المسؤولية بدوت خطأ وبمجرد حصول الضرر وذلك تخفيفا على المتضرر و تيسيرا على المحكمة نظرا لخصوصية الأعمال الطبية و صبغتها الفنية التي جعلت من وسائل الإثبات العادية وكذلك الاختبار غير قادر على إثبات الخطأ الطبي، و هو ما يجعلنا ننادي بجعل المسؤولية الطبية مسؤولية موضوعية .

الجزء الثاني :

هشاشة المسؤولية الجزائية للطبيب :

هل يمكن الحديث عن المسؤولية جزائية للطبيب و الأصل أن هذا الأخير لا يتدخل في جسد المريض إلا بحسن نية وقصد سليم[6] ؟

هل أن الطبيب أثناء قيامه بواجبه المهني المتمثل في إنقاذ حياة المريض إعادة صحته أو تخفيف آلامه يرتكب خطأ طبي؟

وهل أن الخطأ الطبي الجزائي يختلف عن الخطأ الطبي المدني ؟

وهل تقتضي مساءلة الطبيب إثبات خطئه ؟

نتبين من خلال مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية الجزائية للأطباء أن المشرع التونسي اشترط توفر القصد الجنائي في بعض الجرائم و اعتمد على عنصر الخطأ في بعض الجرائم الأخرى ويبقى الإثبات عنصر جوهري بالنسبة للجرائم المؤسسة على القصد أو تلك المؤسسة على الخطأ .

الفصل الأول : المسؤولية الجزائية القصدية للطبيب :

تعتبر بعض الجرائم الطبية جرائم قصدية تقتضي توفر النية الإجرامية لدى الطبيب ويمكن التعرض إلى بعض الجرائم القصدية على غرار الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر، تزوير الشهادات الطبية و إعانة شخص على قتل نفسه.

الفقرة الأولى : جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر :

لقد نص المشرع على هذه الجريمة في الفصل 143 من المجلة الجزائية (م . ج)الذي ينص على أنه : "يعاقب بالسجن مدة شهر و بخطية قدرها ثمانية و أربعون دينارا كل من يمتنع أو يتقاعس وهو قادر على مباشرة الخدمات أو الأعمال أو الإغاثة التي دعي إليها في حال حوادث أو إزدحامات أو غرق أو فيضان أو حريق أو غيرها من الكوارث و كذلك في صورة السلب و النهب .

6 خصوصا و إن مجلة واجبات الطبيب لم تنص على أي عقوبة جزائية كما أنها لم تحدد العقوبات التأديبية

أو المفاجأة المجرم حال مباشرة الفعل أو مطاردة الجمهور له صائحا وراءه أو تنفيذ عدلي

وبالرجوع أيضا إلى الفصلين 2 و 5 من مجلة واجبات الطبيب نجدهما قد نصا على أن واجب الطبيب يتمثل في احترام الحياة واحترام النفس البشرية ... ويتعين على كل طبيب، باستثناء القوة القاهرة، ومهما كانت وظيفته أو اختصاصه الإسراع بتقديم الإسعافات المتأكدة جدا للمريض في حالة خطر محدق .

فالطبيب الذي يمتنع عن إسعاف مريض أو شخص في حالة نزيف أو أزمة مرضية حادة أو يرفض استقبال مصاب ليست له قدرة على تقديم تكاليف العلاج يعتبر مخلا بمبادي و قيم الطب التي لا يجوز أن تمارس باعتبارها نشاط تجاريا واعتباره مخلا بالتزام قانوني تنتج عنه مسؤوليته الجنائية و بالتالي تطبق عليه أحكام الفصل 143 من م ج السالف ذكره .

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الفصل 143 المتعلق بالامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في خطر قد جاءت بشكل عام ومجرد تنطبق على كل الأشخاص، فهو لا يتعلق بالأطباء فقط .

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن التزم الطبيب بتقديم المساعدة واجب عليه في حالة وجود شخص في خطر، فإذا امتنع اعتبر مرتكبا لجريمة الامتناع المنصوص عليها بالفصل 63 من قانون العقوبات الفرنسي إلا أن مسؤوليته تنتفي في حالة القوة القاهرة أو في حالة وجود خطر عليه، و تطبيقا لذلك قضت محكمة بوردو بإدانة طبيب رفض تقديم مساعدة لشخص في خطر

الفقرة الثانية : جريمة تزوير الشهادات الطبية :[7]

ينص الفصل 197 من المجلة الجزائية على انه :" يعاقب بالسجن مدة عام و بخطية مالية قدرها ألف دينار كل شخص يمارس مهنته الطبية أو شبه الطبية يدلى على سبيل المجاملة بشهادة تتضمن وقائع غير صحيحة تتعلق بصحة شخص أو يخفي أو يشهد زورا بوجد مرض أو عجز أو حمل غير حقيقي أو بذكر معلومات كاذبة حول مصدر مرض أو عجز أو سبب موت .

و يرفع العقاب إلى خمسة أعوام و الخطية إلى خمسة آلاف دينار إذا طلب أو قبل الشخص في إطار ممارسته المهنية الطبية أو شبه الطبية أو لغيره

7 اكتفى الفصل 28 من مجلة واجبات الطبيب بوصف الخطاء دون تحديدي الجزاء حيث جاء به أنه " يعتبر خطاء فادحا تسليم كل التقرير مغرض أو شهادة مجاملة "

مباشرة أو بواسطة مبذولات أو وعود أو عطايا أو هدايا أو منافع مقابل إقامة شهادة تتضمن وقائع مادية غير صحيحة "

و الشهادة الطبية هي وثيقة تصدر عن الطبيب، وتسلم للمريض و تتضمن وقائع عاينها على جسمه، و يحدد بمقتضاها أثار عنف أو حادثة أو حالة من الحالات المتعلقة بقدرة الجسم على القيام بوظيفته أو وجود مرض أو عاهة، أو بالعكس على نفي وجود تلك الحالات .

إن الشهادة الطبية تكون ذات خطورة بالغة إذا ما سلمت لشخص لم يتم فحصه أو تضمنت معلومات كاذبة نظرا لما يمكنها أن تخلفه من أثار وخيمة على الغير خاصة إذا ما تم تقديمها أمام المحكمة التي تضعها في عين الاعتبار عند إصدار أحكامها، لذلك فإن المشرع التونسي مثله مثل باقي التشريعات لم يفته التنصيص على هذه الجريمة وذلك في إطار الفصل 197 من المجلة الجزائية.

ولكي تتحقق جريمة التزوير لابد من توافر الشروط التالية :

- صفة الجاني: اشترط المشرع التونسي في الفصل 197 من المجلة الجزائية في مسلم الشهادة الطبية المزورة أو الكاذبة أن يكون طبيبا أو ممارسا لمهنة شبه طبية و المقصود بالطبيب هنا هو الطبيب المزاول لمهنة الطب بصفة قانونية، ذلك أنه لو أصدر شخص شهادة طبية تتضمن بيانات كاذبة وهو لا يحمل صفة طبيب فإنه لا يخضع لأحكام الفصل المذكور.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار هو أن المشرع لم يميز بين الطبيب الذي يعمل في القطاع العام وبين الطبيب الذي يعمل في القطاع الخاص.

- موضوع الشهادة : يجب أن يتعلق موضوع الشهادة بإثبات أو نفي وقائع غير صحيحة تتعلق بوجود مرض أو عجز أو حمل أو ذكر معلومات كاذبة حول مصدر مرض أو عجز أو سبب موت .

فالطبيب الذي تعينه المحكمة من أجل تبيان الأسباب الحقيقية لوفاة الضحية فيعتمد إلى إعطائها أسبابا غير حقيقية للوفاة بهدف تخليص المتهم من العقاب يعد مرتكبا لجريمة التزوير ويعاقب عليها بهذه الصفة.

- القصد الجنائي : جريمة تزوير الشهادات الطبية جريمة عمدية قوامها القصد الجنائي بعنصريه العلمي و الإداري أي علم الجاني الطبيب بأنه يثبت في الشهادة ما يخالف الحقيقة، و اتجاه إرادته إلى إتيان الفعل المخالف القانون بحرية و اختيار لكن إذا كان تغيير الحقيقة عن غير قصد

إما لنقص في الخبرة أو نتيجة تقصير أو إهمال، فإن القصد الجنائي ينتفي و بالتالي تنقضي الجريمة، ومثال ذلك أن يتقدم شخص غير الشخص الحقيقي أمام الطبيب لفحصه، و دون أن يتأكد هذا الأخير من هويته فيسلمه شهادة طبية تثبت وجود أو عدم وجود المرض، فالطبيب في هذه الحالة لا يساءل جنائيا تأسيسا على أن التهمة يحوم حولها الشك

الفقرة الثالثة : الانتحار تحت الرعاية الطبية :[8]

إن الانتحار تحت الرعاية الطبية لا يعني أن الشخص المريض هو الذي ينتحر بنفسه و إنما يكون تحت الرقابة الطبية و بإعانة الطبيب .

وقد نص القانون التونسي على هذه الجريمة بالفصل 206 من المجلة الجزائية حيث جاء أنه :" يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام الإنسان الذي يعين قصدا غيره على قتل نفسه بنفسه." فالفصل المذكور واضح فيما يخص الإعانة على الانتحار .

فإذا كان الطبيب قد ساعد قصد المريض على إنهاء حياته وذلك بأعمال مادية فإنه يعد مرتكبا لجريمة المساعدة على القتل و كذلك إن امتنع الطبيب عن مداواة المريض مهما كان نوع المرض ولو كان ميؤوسا منه ومن شفائه .

الفصل الثاني : المسؤولية الجزائية غير القصدية للطبيب :

الجرائم الغير قصدية هي الجرائم الناتجة عن الخطأ ولكن ما هو هذا الخطأ ؟

هل هو الخطأ الجسيم و الفاحش دون الخطأ اليسير ؟

وهل أن الخطأ الجزائي يختلف عن الخطأ المدني ؟

في هذا الإطار نجد في الفصلين 217 و 225 من المجلة الجزائية الأساس القانوني لتجريم الأخطاء الطبية و معاقبة مرتكبيها .

وبالرجوع إلى أحكام الفصلين المذكورين يتبين أن المسؤولية الجزائية تقوم على أساس الخطأ غير القصدي الذي عدده المشرع في صور القصور أو جهل ما كان يلزم معرفته أو عدم الاحتياط أو عدم التنبيه أو التغافل أو عدم مراعاة القوانين، وقد جاءت هذه الصور متعددة على درجة من السعة و الشمول على نحو لم يبق معه خارج نطاقها حالة واحدة من الحالات الخطأ بالمفهوم المدني الذي نص عليه الفصل 83 من م ا ع وهو ما نستنتج معه أن المشرع التونسي تبنى وحدة

8 بين الرغبة و الحق في انهاء الحياة –احمد منصور – مجلة القضاء و التشريع عدد 09 لسنة 1998 صفحة 145 وما بعده

الخطأ غير العمدي في المادة المدنية و الجزائية على خلاف بعض القوانين الأخرى التي تعتبر أن الخطأ اليسير كافيا لقيام المسؤولية المدنية، فيما تستوجب المسؤولية الجزائية أن يكون الخطأ فاحشا أو جسيما .

وبالنسبة إلى فقه القضاء فقد اعتمد أيضا على وحدة الخطأ المدني و الخطأ الجزائي في الجرائم غير القصدية .

ولذلك كلما ثبت لديه الخطأ الطبي في جانب الطبيب المتهم بقطع النظر عن كونه بسيطا أو جسيما فإنه يعتبر مسؤوليته الجزائية قائمة، كما يعتمد معيار الخطأ الطبي سواء كان في المجال المدني أو الجزائي على مدى ثبوت الخطأ الفني في جانب الطبيب بالرجوع إلى قواعد و أصول ممارسة مهنة الطبيب و هو ما عبرت عنه محكمة التعقيب في القرار التعقيبي الجزائي عدد 13422 مؤرخ في 12 فيفري 2002 من خلال تعريفها للخطأ الطبي في كونه " تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول "

وتحديدها الطبيعة المسؤولية المحمولة على الطبيب في كونها " بذل عناية و توفير غاية الحذر في علاج المريض مراعيا أصول و قواعد المهنة وعدم ارتكاب أي خطأ " ولئن تبين إذا عدم وجود أي فرق في مفهوم الخطأ من الناحية المدنية و الجزائية، فإن الأمر مختلف تماما بالنسبة إلى مسألتي إثبات الخطأ و إسناده .

الفصل الثالث : الصعوبات التي تكتنف إثبات الخطأ و إسناده :

نتعرض في هذا الفصل إلى إثبات الخطأ (الفقرة الأولى) ثم إسناده (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى : الصعوبات التي تكتنف إثبات الخطأ :

إن القاضي مهما اتسع نطاق ثقافته ومعارفه لا يمكنه أن يبلغ الأخصائيين الفنيين في مجال تخصصهم وهو أحوج ما يكون إلى تقنية الخبرة في قضايا المسؤولية الطبية و التي يتطلب تقديرها إلماما دقيقا بأصول وقواعد الفن الطبي خصوصا أنه لا يمكنه مؤاخذة أي متهم جزائيا من أجل جريمة قصدية أو غير قصدية إلا بعد ثبوت الخطأ الجزائي العمدي أو غير العمدي المرتكب من قبل ذلك المتهم خلافا للمسؤولية المدنية التي تقوم على مبدأ إثبات الخطأ وعلى قرينة الخطأ و أيضا اعتماد على نظرية المخاطر وذلك لضمان حق المريض في التعويض عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء الطبية

الفقرةالثانية : إسناد الخطأ[9]

إن ثبوت الخطأ الجزائي غير كاف لقيام المسؤولية الجزائية إذ لا بد من إسناده إلى شخص مادي بصفة قطعية و لا مجال فيها للشك أو التخمين وذلك بحكم أن الأحكام الجزائية تمس بالحرية الشخصية فهي تقوم على اليقين و الجزم .

غير أن ثبوت و إسناد الخطأ الجزائي لا يترتب عنه صفة آلية قيام المسؤولية الجزائية في المجال الطبي إلا إذا تسبب في مضرة بدنية للمريض و الضرر هو الذي يضفي على الخطأ الطبي الطابع الجزائي.

واعتماد على أن المسؤولية الجزائية المترتبة عن الأخطاء الطبية لا تقوم على أساس القصد الجنائي، فإن هذا الصنف من الجرائم لا تعد من الجرائم ذات خطورة على المجتمع لانتفاء النية الجنائية في جانب مرتكبها و إنما تحصل هذه المضرة البدنية بصفة عرضية بسبب ارتكاب الطبيب لخطأ طبي غير قصدي ولذلك فإن القاضي عند تقديره للعقوبة الواجب تسليطها يعتمد دائما على العقوبة المالية. غير أن الخطأ الطبي عندما يكون فادحا فإنه يؤثر حتما على تقدير العقوبة الجزائية حتى يدرك الطبيب خطورة وجسامة الخطأ الذي ارتكبه و حتى يكون العقاب رادعا له مستقبلا .

و للإشارة فإن الأحكام الجزائية السالبة للحرية الواقع تنفيذها على الأطباء تكاد تكون نادرة و ذلك نظرا لاعتماد فقه القضاء على تخفيف العقوبة الجزائية بالنسبة إلى الطبيب من خلال تأجيل تنفيذ عقوبة السجن عند توفر الشروط القانونية لمنع تأجيل تنفيذ عقوبة السجن .

9 تعد المسؤولين جزائيا بجريمة القتل على وجه الخطاء لا يعني مؤاخذة بعضهم بفعل الأخر إذ لا يمكن توزير إنسان بوزر غيره إنما يعني مؤاخذة كل منهم عن ما ارتكبه من خطأ مساهم بطريقة مباشرة نتيجة لفعل قام به و ترك فعل كان يجب أن يقوم به في ارتكاب الجريمة فعلا أو تسبب بإحدى الأمور الخمسة الواردة بالفصل 217 من المجلة الجنائية " قرار الدوائر المجتمعة عدد 4233 المؤرخ في 07 جانفي 1983 منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية قرارت دوائر المجتمعة من سنة 1961 إلى سنة 1992

الخـــاتمـــة

لئن لم يقع تخصص المسؤولية المدنية للطبيب بنص قانوني خاص يحدد شروطها و معاييرها و طبيعتها القانونية مما دفع القضاء إلى اعتماد قواعد الحق العام للمسؤولية المدنية و ما ينتج عن ذلك من تفاوت في نظام تحديد المسؤولية الطبية، حث تتفاوت آليات إثبات الإهمال الطبي، و تتفاوت تعويضات المرضى عن الضرر الحادث جراء الخطأ الطبي فإن مراجعة الإطار التشريعي للمسؤولية الطبية يعد ضرورة ملحة بالنظر إلى تفاقم الأخطاء الطبية في السنوات الأخيرة .

إعادة النظر في الإطار التشريعي المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية بما يتيح ضمان حق الطبيب في ممارسة مهنته في مناخ من الثقة و الاجتهاد و مراعاة حق المريض في الحصول على التعويض العادل في حال تعرضه إلى ضرر سواء كان ناتجا عن خطأ طبي أم لا و ذلك بإحداث صندوق للتعويض عن الأضرار الصحية ووضع إطار تشريعي للتأمين على مهنة الطب .

ومن ناحية أخرى فإن تصاعد وتيرة الجرائم الطبية يقضي إفراد المسؤولية الجنائية لأطباء بنصوص خاصة فالقواعد و النصوص الجزائية العام بقوالبها الجامدة لم تعد منسجمة مع واقع هذه المسؤولية و مواكبة مستجداتها و تدارك بعض النقائص التشريعية ذات الدلالات الغامضة في النصوص القانونية المجردة من الجزاء القانوني على غرار القانون عدد 71 لسنة 1992 المؤرخ في 27 جويلية 1992 المتعلق بالأمراض السارية مثلما تم تنقيحه لاحقا و خاصة بالقانون عدد 7 لسنة 2007 المؤرخ في 12 فيفري 2007 حيث جاء في فصله السابع أنه " يكتسي التصريح بالأمراض المشار إليها بالفصل 3 من هذا القانون طابعا إجباريا ويتم القيام به لدى السلط الصحية من قبل كان طبيب تولى تشخيصها."

وعلى الرغم من صيغة الإلزام و الإجبارية إلا أن القانون المشار إليه لم يتعرض إلى الجزاء الذي يتعرض إليه الطبيب في حال تغافله عن القيام بواجب التصريح .

كما أن الاعتناء بميدان الخيرة القضائية و محاربة ظاهرة التضامن المهني بين الأطباء عبر إطار قانوني يحدد واجبات الخبراء القضائيين مع التنصيص على العقوبات الزجرية في صورة مخالفة الطبيب للواجب المحمول عليه يعد من الركائز الأساسية في مراجعة الإطار القانوني للمسؤولية الطبية .

قائمة المراجع

- **المجلات القانونية :** - مجلة الالتزامات و العقود (م.ا.ع)
  - المجلة الجزائية
  - مجلة الشغل
- **القوانين و الأوامر :** - القانون عدد 63 الصادر في 1991/07/29 و المتعلق بتنظي الصحي .
  - القانون عدد 30 لسنة 1960 المؤرخ في 14 ديسمبر 1960 المتعلق بتنظيم أنظمة الضمان الاجتماعي
  - الأمر المؤرخ في 12 أفريل 1951 المتعلق بإحداث نظام الحيطة الاجتماعية لفائدة أعوان الدولة و الجماعات العمومية
  - القانون عدد 2 لسنة 1972 المؤرخ في 15 فيفري بتعديل نظام الحيطة الاجتماعية للموظفين
  - القانون عدد 71 لسنة 2004 المؤرخ في 02 أوت 2004 المتعلق بإحداث التأمين على المرض
  - القانون عدد 21 لسنة 1991 المؤرخ في 13 مارس 1991 المتعلق بممارسة مهنة الطب و طب الأسنان و تنظيمهما
  - الأمر عدد 1155 لسنة 1993 المؤرخ في 17 ماي 1993 المتعلق بمجلة واجبات الطبيب
- **المراجع العامة :** - جندي عبد المالك، الموسع الجنائية الجزء الأول دار العلم للجميع بيروت – لبنان
  - محمد اللجمي التعويض عن الضرر البدني في القانون التونسي و القانون المقارن : الجزء الثاني جانفي 1997
  - محمد المالقين محاضرات في شرح القانون المدني التونسي، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية سنة 1991
  - محمد الزين، النظرية العامة للإتزامات، العقود، الطبعة الثانية سنة 1997 ص 39.
  - La responsabilité Médicale : données actuelles, D. Malicier, A. Miras, P. feuglet et P. fivre éditions Eska 1999, 2 émme édition
  - عامر بورورو، فقه قضاء مسؤولية الطبيب المدنية مجلة القضاء و التشريع العديد 2 2007
  - بلقاسم كريد، مسؤولية المستشفيات العمومية، مجلة القضاء و التشريع العدد 1 2005
  - عصام الأحمر، مسؤولية الطبيب عن الضرر اللاحقة بصناديق الضمان الاجتماعي، مجلة القضاء و التشريع جانفي 2005