

الجمهورية التونسية
وزارة العدل وحقوق الإنسان

المعهد الأعلى للقضاء

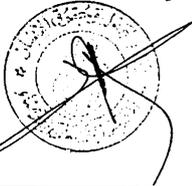
"الاستراتيجية الوطنية للعدالة والجزائية والأخطاء الطبية"

وزارة كراسية

الخميس 13 فيفري 2003 بمقر المعهد

البرنامج

- 9.00 - كلمة الإفتتاح
السيد حسن بن فلاح
المدير العام للمعهد الأعلى للقضاء
- 9.15 - التقرير التمهيدي
السيد عبد العزيز الأفندي
المدعي العام لدى محكمة التعقيب
- 9.45 - دور الطب الشرعي في تحديد الأخطاء الطبية
الدكتور المنصف حمدون
مدير قسم الطب الشرعي
بمستشفى شارل نيكول
- 10.15 - إستراحة
- 10.30 - مفهوم الخطأ الطبي
الدكتور المنجي العياري
أستاذ مبرهن في الطب الشرعي
بمستشفى شارل نيكول
- 11.00 - المفهوم القانوني للمسؤولية الطبية
السيد محمد الصالح بن حسين
المدعي العام مساعد وكيل الدولة
العام مدير المصالح العدلية
- 11.30 - نقاش
- 13.00 - نهاية الأشغال



التقرير التمهيدي

السيد عبد العزيز الأفندي

المدعي العام لدى محكمة التعقيب

إن الصحة نعمة كبيرة من نعم الله تبارك وتعالى أنعمها الله على عباده ومن بها على الناس وأمرهم بصيانتها والمحافظة عليها وحرَم عليها ما يتلفها أو يضعفها . وقد بين ديننا الحنيف أن الإنسان في هذه الحياة موقوت وأنه فيها بين صحة وسقم وبين عافية وإبتلاء ، وهذه سنة الحياة . ولهناء نفسه حثه على عيش الحياة بنفس طيبة ووعده إن صبر على إبتلائها ومرضاها الثواب الجزيل ، ولكن هذا الصبر يكون مع أخذ الأسباب التي قدرها الله وأمرنا بإتباعها وهو وسيلة التداوي من المرض وطلب الشفاء بدليل ما قاله صلى الله عليه وسلم " ما أنزل الله داء إلا أنزل له دواء" .

ولذلك وجب على الإنسان أن يحافظ على حياته وصحته من أجل ذلك أبيع له أن يستشير الطبيب المختص متى أعلنت صحته وأن يقصد من يشاء من الأطباء طلبا في الشفاء وإختيار الطبيب الأكثر حذقا ومهارة .

وقد كرسّت التشريعات والمواثيق الدولية هذا الحق في الحياة وفي حرمة الجسد وجعلته من أولى الحقوق اللصيقة بالإنسان وضمان الحرمة الجسدية تقتضي حماية كامل الجسد بجميع مكوناته المادية منها أو المعنوية وخطر كل عمل أو إمتناع ينال منه أيا كانت الجهة الصادرة عنها ذلك العمل أو ذلك الإمتناع عن العمل وترتيب النتائج والآثار القانونية عن كل خرق لذلك العمل .

وحتى نبقى في حدود حق إستجد العليل بالطبيب لحمايته من الهلاك وطلب الشفاء ، نقول إن التطبيب كما وقع تعريفه من بعض الشراح "وصف لما يقوم به إنسان يفترض فيه العلم نحو مريض يحتاج إلى هذا العلم وسواء كان لهذا العمل تأجير أو بدونه فإنه ينشئ بين المريض والطبيب علاقة توجب

طبيعتها إلتزاما لطبيب بذل عمله في علاج المريض بعد إذنه بذلك أو من غير إذنه في حالات إستثنائية مع حسن نيته في العمل كما يوجب إلتزامها على المريض بقبول علم الطبيب وعلاجه ويضع أجره إن كان عمله بأجر" .

وكثيرا ما ينشأ عنها علاقة أخرى وهي إدعاء المريض بأن الطبيب قد أصابه بضرر من جراء تطيبه ، أو إدعاء ذويه أنه قد سبب لهم أذى وضررا من جراء أيذائه أو هلاكه . ومن ثمة ينشأ الخلاف حول مدى مسؤولية الطبيب ، وهل كان فعله يستند إلى علم أو أنه يجهل الطب وأصوله ؟

ومن هنا تثار مسألة مؤاخذة الأطباء (الذين تتوفر فيهم شروط القانون عدد 21 لسنة 91 المؤرخ في 13 مارس 1991 المتعلق بممارسة مهنتي الطب وطب الأسنان . أما غيرهم ولو كانوا أطباء في فترات التحجير فيعتبرون مزاولين لمهنة الطب بصفة غير شرعية . الفصل 6 من القانون المذكور.)

فهذه المؤاخذة للأطباء - بالمفهوم الواسع - عن أخطائهم الفنية لم يكن وليد الصدفة وإنما كانت نتاج جدل فقهي وصراع قديم جديد ومتواصل بين فئة الأطباء الذين يرفضون أن تقع مساءلتهم بأي شكل من الأشكال ، وبين المرضى المتضررين من بعض التدخلات الطبية أو الممارسات اللاإنسانية أو اللاأخلاقية ، وتدرجت بها التشاريح عبر العصورحتى وجدت المسؤولية المدنية للطبيب سندا قانونيا لها وهي مجلة الإلتزامات والعقود بإعتبارها أول نص ضبط القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية أو التعاقدية دون تخصيص المسؤولية الطبية . ثم المجلة الجنائية التي إعتمدت كمصدر للمساءلة الجزائية للمتسبب في الإضرار بالغير عن غير قصد دون تمييز بين الأطباء أو غيرهم . وكما أن القوانين الخاصة بالمهنة الطبية لم تهتم بدورها بموضوع المسؤولية المدنية للأطباء بل ركزت على ضمان إستقلال وحرية الأطباء بمقتضى القانون عدد 38 لسنة 58 المتعلق بمباشرة الطب وطب جراحة الأسنان وتنظيمها إلى أن أحدثت مجلة واجبات الطبيب بموجب الأمر عدد 1155 لسنة 93 المؤرخ في 17 ماي 1993 الذي ألغى جميع الأحكام السابقة وخاصة الأمر

عدد 496 لسنة 1973 المؤرخ في 20 أكتوبر 1973 المتعلق بسن قانون واجبات الطبيب ، والقانون عدد 21 لسنة 1991 المؤرخ في 13 مارس 1991 المتعلق بممارسة وتنظيم مهنة الطب وطب الأسنان الذي أشار بفصله (35) في معرض الحديث عن التتبعات التأديبية إلى الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض أو جبر الضرر الناتج عن جنحة أو شبه الجنحة . على عكس القضاء الذي لم يبادر بإقرار المساءلة إلا في العقود الثلاثة الأخيرة .

ومهما يكن فإن مسؤولية الطبيب اليوم لم تعد محل خلاف كما قال البعض وأنها أصبحت حقيقة قضائية والنقاش فيها لا يتعلق بوجودها وإنما بنظامها وبطبيعتها ومبناها القانوني .

ولذلك صنفت إلى صنفين يتمثل الأول في المسؤولية المدنية التي تكون الغاية منها عزم الضرر الناجم عن خطأ الطبيب .

والصنف الثاني يعرف بالمسؤولية الجزائية التي ترمي إلى معاقبة الطبيب عما أتاه من فعل محذور بصريح نص سابق الوضع دون أن يمنع ذلك من المطالبة بغرم الضرر إلى جانب التتبع الجزائي . فضلا عن المسؤولية التأديبية التي يرجع النظر فيها إلى هياكل خاصة ليس موضوع ندوتنا .

أولا - المسؤولية المدنية للطبيب :

إن مبحث المسؤولية المدنية كان ولا يزال ميدانا رحب المجال لنظريات فلسفية متعارضة وآراء فقهية متدافعة حول الأساس القانوني الذي تركز عليه . وقد تدرجت في ظهورها وأطوارها عبر عدة مراحل لا يسع المجال لإستعراضها ، فتدرجت على صعيد فقه القضاء المقارن من المسؤولية التقصيرية بناء لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض من حيث الإختلاف على المستويين النفسي والفكري وعدم إمكانية دخول الخدمات الطبية في دائرة التعامل وطبيعة الطب كعلم غير ثابت وغايتهم الرغبة في إبعاد الأطباء من مجال المساءلة المدنية بإنتفاء العلاقة التعاقدية القائمة بين الطبيب والمريض إلى أن إستقر على إعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تعاقدية بمقولة إن الطبيب لما

يعرض خدماته الطبية يكون ذلك العرض دعوة للتعاقد معه في العلاج في حدود إختصاصه وبمجرد أن يتقدم أحدهم في العلاج يتم العقد دون حاجة إلى حصول ذلك الإتفاق في شكل معين ، فتصبح العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض عقدا ملزما للجانبين .

ويتمثل إلتزام المريض تجاه الطبيب بأن يدفع له أجرته ويلتزم الطبيب في المقابل تجاه المريض بالعلاج . ولذلك ذهب شراح القانون إلى أن ذلك العقد بطبيعته وبقدره SADIGNITE ينتهي إلى نمط العقد الشفاهي . بمعنى أنه لا يدور بخلد الإنسان أن يثبت مكالمة هاتفية أو خطابا شفاهيا وجه إلى طبيب ولا يفكر في الإمضاء بكتب أو إتفاق أمام البينة قبل الخضوع إلى الفحص . وتبعاً لذلك فالخاصية الشفاهية لا تنزع عن العلاقة طبيعتها التعاقدية ويبرز عدم تحرير إتفاق فيها بالعادة القائمة على الشعور بكرامة المهنة الطبية فتتفقد حاجزا أمام تحرير شروط دقيقة . ومهما يكن فإن شكل العقد لم يمنع من تحديد إلتزامات الطبيب من قبل القضاء بواسطة التفسير وهي إيلال المريض أو إشفائه أو إعلامه بالعلاج وإيلال المريض يعني سعي الطبيب في معالجة المريض وقد تراوحت مواقف القضاء في إعتبار واجب الطبيب من قبيل الإلتزام ببذل عناية أو بتحقيق غاية ففي الأولى جعله مدنيا بالقيام بالإسعافات والفحوصات والكشوفات التي تقتضيها طبيعة المرض وفقا لأصول الطب وما انتهت إليه العلوم في ذلك . والقضاء التونسي مستقر على موقف شبيه ، وفي هذا الموقف كما يرى بعض الشراح فيه إقرار أيضا بعلاقة تعاقدية بين الطرفين يضبطها نظامها من خلال تفسير العقد . أم الثانية (أي تحقيق غاية) فقد إرتأى التفسير القضائي أنه حينما لا يشكل تدخل الطبيب أية خطورة كأن يتولى حقن مريض أو تحليل أو بصورة أوضح عندما يكون التدخل بسيطا وعاديا في مثل طبيب من الفئة التي ينتمي إليها ، لم يبق مجال الإعتبار الإلتزام من نوع الإلتزام ببذل عناية وتصبح من قبيل تحقيق النتيجة ، لكن يذكر شراح القانون أن القضاء الفرنسي لم يستقر على ذلك الرأي وعاد لتوحيد جميع الإلتزامات الطبية وضمها

تحت لواء مطالبة الطبيب (وهو المدين في العقد) ببذل عناية فقط . مهما بلغت درجة العلاج من السهولة ، لكن التصور الحالي للطب بوصفه قائما على الكشف الدقيق بفعل ما توفره التجهيزات الطبية أدى إلى بداية تبلور لإتجاه الإلتزام بتحقيق نتيجة تحمل على كاهل الطبيب (أنظر تفسير العقد للأستاذ ...)

وعموما ففي كل الأحوال التي يكون فيها الفعل الضار لا صلة له بالعقد فإن المسؤولية تكون تقصيرية أي مسؤولية مترتبة عن الإخلال بواجب سابق مصدره القانون يفرض بعدم إذاية الغير . ذلك أن العقد لا يمكن أن يتسع لكامل نشاط الطبيب تجاه المريض وهناك حالات يعجز عن إستيعابها كتجاوز الطبيب حدود ما وافقه عليه معاقده أو كان كان العقد باطلا لوقوعه على محل غير مشروع أو إنعدام الرضا لدى المريض أو عند إلحاق ضرر بالمريض لسبب لا يمت بصلة للعقد الطبي كسقوط المريض بعد إنتهاء العمل الطبي زمن تصرف الطبيب تصرفا فضوليا أو عندما يكتسي طابعا جنائيا ، كما يكون كذلك عند إمتناعه من علاج مريض أو إنعقاده بلا مبرر لتقيد مهنته بالطابع الأخلاقي ، كما تنسحب تجاه غير المريض عند مطالبتهم بغرم الضرر الشخص الناجم لهم بوصفهم غيرا بالنسبة لطرفي عقد الشفاء أو الغير كهيآت التأمين أو جهات العمل . مثلهم مثل الدولة حينما تتعلق بالفعل أو الخطأ الصادر عن أطباء الصحة العامة حال مباشرتهم كما كلفوا به (الفصل 8 من ق/المؤرخ في 12/12/83 والفصل 85 من م.ا.ع) من أن الدولة مطالبة لجبر الضرر الناجم عن فعل أطباء الصحة العامة إذا كان الخطأ بسيطا .

وقد تكون هذه المسؤولية بناء على مسؤولية الطبيب عن الضرر الناشئ عن الآلات المستعملة منه بإعتبارها في حفظه وحراسته على معنى الفصل 96 من م.ا.ع مبناهما قرينة الخطأ . طالما لم يثبت أنه فعل ما في وسعه لمنع الضرر وإن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو سبب خطأ لمريض نفسه الذي لا يكون مطالباً بإثبات خطأ الطبيب لأنه مفترض في جانبه .

أو مساءلة الطبيب أيضا عن فعل الغير بناء على مسؤولية عمن هم تحت رقابته بما له من سلطة عليهم عندما يتمسك المريض بقريضة الخطأ المفترض في جانب الطبيب وعلاقته بمحدث الضرر ووقوع خطأ من هذا الأخير .

أما عن واجب الإعلام والمتمثل في تعريف التشخيص المرضي للمصاب وتوخي الوصفة المناسبة فقد دعم بها القضاء المحتوى التعاقدية وطالب فيه الطبيب بإرشاد المريض عند مخاطر العلاج والدواء حتى يتسنى له أن يقبل بالتدخل الطبي عن دراية بالمخاطر التي سيعرض لها نفسه أو الحصول على موافقته موافقة ممثلة القانوني في صورة الفصل 2/103 من م. واجبات الطبيب أي عند الإلتجاء إلى طريقة علاجية جديدة يرى أنها تبعث أملا جديا في إنقاذ حياة المريض أو تعديله صحته أو تخفف آلامه . بإستثناء ما ورد بالفصل 41 منه في خصوص أخذ المبادرة في تحديد مصالح كل من الأم والطفل أثناء الولادة .

ولكن فرصة هذا الإلتزام يفهم مع ما يتوافق وخصوصيات المهنة الطبية لأن تقنياتها العالية تفوق قدرات المريض على الفهم والإستيعاب في غالب الأحيان ، وقد يتصور بخلاف الواقع مما يؤدي اضطرابات قد تحول دون المساهمة في نجاح العلاج أو إلى مضاعفات نفسية وعقوبة تعكس الفائدة من واجب الإعلام إذا تسبب في صعوبة تنفيذ الإلتزام بما يعسر معه شفاء المريض من السقم .

ولذلك فإن تقدير إلتزام الطبيب بالإعلام وفق معيار ذاتي هو الأصلح والأفضل على صحة المريض وتفاعله إيجابيا مع العلاج حسبما يرجحه الأغلبية . كما ينسحب واجب الإعلام عند مباشرة العلاج بتوخي الوصفة المناسبة دون البحث عن الوسائل الطبية الموازية التي تضمن ربحا أكبر (الفصل 32 م. واجبات الطبيب) كإعلام الطبيب الثاني الطبيب المباشر للمريض الذي طلب منه رأي بدون تغيير العلاج بإتفاق مع الأخير أوإقتراح إستشارة مشتركة وغيرها من

الصور الواردة بالفصول 52 و53 و55 من م. واجبات الطبيب كواجب الطبيب الخبير إعلام المريض بمهمته قبل الشروع في عملية الإختبار .

ثانيا - المسؤولية الجزائية للطبيب :

إن مدارمسؤولية الطبيب الجزائية تستمد من بعض النصوص المتفرقة

منها :

- إفشاء السر المهني (فصل 254 من م.ج) بإستثناء الحالات التي ينص عليها القانون (ف.8 من الأمر عدد 1155 المؤرخ في 93 المتعلق بواجبات الطبيب)

- إرتكاب المخالفات المنصوص عليها بالفقرتين 4 و5من الفصل 37 من القانون عدد92/83 المؤرخ في 92/8/3 المتعلق بالصحة العقلية وشروط الإيواء في المستشفى بسبب إضطرابات عقلية حينما يبقى الطبيب بوسط حر لإيواء شخص تتطلب حالته الصحية نقله إلى إحدى الهياكل الصحية العمومية أو إذا ما ظهرت على المريض الواقع إيواؤه بوسط حر إضطرابات عقلية من شأنها أن تفقده مراقبة تصرفاته أو حين ممارسة ضغوطات أدبية أو بدنية لإبقاء شخص مصاب بإضطرابات عقلية بوسط حر للإيواء رغم إرادته .

-مخالفة أحكام الفصول 6 و7 و8 من القانون عع 92 المؤرخ في 92/7/27 المتعلق بالأمراض السارية والمتمثلة في عدم إعلام الطبيب الذي شخص أو عالج مرضا ساريا أو قابلا لأن يكون كذلك الشخص المذكور بنوع مرضه ونتائج المحتملة البدنية منها والنفسية وإنعكاساته على الحياة المهنية العائلية والإجتماعية وبيان أخطار العدوى التي يمكن أن تتسبب فيها أي سلوكا لا يحترم التدابير الوقائية المقررة أو إعلام السلطة الصحية عنه إستثناء لواجب الإحتفاظ للسر المهني أو عن الوفيات الناجمة عن مرض من تلك الأمراض.

- إقتراف المختالفات التي حددها القانون عدد 22 لسنة 91 المؤرخ في 25 مارس 91 المتعلق بأخذ الأعضاء البشرية وزرعها سواء أخذ العضو من غير موافقة المتبرع أو ممانعة الهالك في قائم حياته ومن بعد وفاته الأشخاص الذين حددهم المشرع ، أو أخذ كامل العضو الضروري للحياة من الأحياء ولو برضاه وما ينجر عن ذلك من تطبيق لنصوص المجلة الجنائية تباعا للضرر أو الهلاك الذي يتسبب فيه أو أخذ أعضاء الإنجاب الناقلة للصفات الوراثية من الأموات أو الأحياء قصد زرعها (في غير صورة الفصل 221 من م.ج) أو إجراء عمليات أخذ أو زرع الأعضاء خارج المؤسسات الإستشفائية المرخص لها في ذلك .

- إقامة شهادة طبية على سبيل المجاملة أو الإشهاد زورا بوجود مرض أو عجز أو حمل غير حقيقي أو ذكر معلومات كاذبة حول مصدر مرض أو عجز أو سبب موت (الفصل 197 من م.ج)

- طلب أو قبول عطايا لنفسه أو لغيره مباشرة بواسطة مبدولات أو وعود أو هدايا أو منافع مقابل إسناد شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة (ف.197 فقرة 2 م.م.ج)

- تسليم شهادة لشخص لا معرفة له به دون التحقق من هويته أو رغم علمه بإيهام الاسم خاصة وأن تلك الشهادات يقع إعتماها لدى السلط الإدارية والقضائية وتستند إليها الأخيرة في إصدار أحكامها في جرائم القتل والإعتداء بالعنف والجرح على وجه الخطأ وفي تقدير التعويضات الأدبية والمالية .

- الإمتناع أو التقاعس عن مباشرة الخدمات أو الأعمال التي ينجر إليها وهو قادر على ذلك (الفصل 143 من م.ج) . والملاحظ أن هذا الفصل ولئن لم يكن مخصصا للطبيب إلا أنه يجد الأخير نفسه ضمن من جرمهم الفصل المذكور ويتفق بذلك مع الفصل

الخامس من مجلة واجبات الطبيب الذي يوجب على الطبيب -
باستثناء حالة القوة القاهرة - ومهما كانت وظيفته أو إختصاصه
الإسراع بتقديم الإسعافات المتأكدة جدا للمريض في حالة خطر
محدد وذلك إذا تعذر تقديم خدمات طبية أخرى . ذلك أن واجبه
الذي يتسم بالطابع الإنساني الذي يفرض عليه مساعدة المرضى
كلما بدت حاجتهم واضحة ومؤكدة للعلاج كأن يجد في ظرف
مكاني وزماني المرشح الوحيد لعلاج المريض أو تكون حالة
المريض خطيرة تستوجب التدخل السريع والفوري أو مثل الطبيب
المباشر بالمستشفى الذي ليس له أن يرفض علاج من ينبغي عليه
علاجهم أو الإمتناع عن ممارسة نشاطه الطبي خارج المؤسسة
الطبية بعد أوقات العمل لتبرير إمتناعه من إغاثة غيره ()
تعقيب جنائي عدد 4278 بتاريخ 64/2/28) .

والأمر المستعصي أحيانا عن الحل كيفية تحديد القدرة في ذلك
الظرف المكاني والزماني على المساعدة أو تقدير الإمتناع أو
التقاعس وحالة الخطورة التي عليها المريض طالب الإغاثة وما
بذله الطبيب لمعرفة حالة المريض ومدى حاجته لخدماته وتدخله
السريع أو الإقتناع بعدم لزوم ذلك أو أولوية إنجاز غيره الذي هو
في ظرف أسوأ منه .

ولئن كان تقدير حالة الخطر موكول لإجتهد قاضي
الموضوع بناء على ما له من معطيات التي إطلع عليها من خلال
الوثائق والشهادات الطبية والقرائن فإن دور الطبيب الخبير في
تحديد تلك الحالة أمر جوهري للمحكمة ومن هنا يأتي دور الطبيب
الشرعي في غالب الأحيان .

- تعتمد إعطاء مواد أو مباشرة عمليات الناتج عنها مرض أو
عجز عن الخدمة أو الهلاك (الفصل 215 من م.ج)

- إسقاط الجنين في خارج الصور التي أذن لها القانون (الفصل 214 من م.ج والفصل 40 من مجلة واجبات الطبيب) وفي غير الأماكن المرخص فيها وإثبات حالة الضرورة يقدرها القاضي من أوراق الملف وبأي وسيلة كانت وخاصة الإستئناس بأهل الخخخبرة في إثبات حصول الإسقاط على خلاف ما اقتضاه القانون .

- خضوع الطبيب الخبير عندما يصبح مساعدا للقضاء بموجب تكليفه بإجراء إختبار طبي للقانون المتعلق بالخبراء العدليين .

- إحداث أضرار بالغير والتسبب فيها من غير قصد موضوع الفصلين 225 و217 من المجلة الجنائية، وهي التي تستوجب الوقوف عندها من المتدخلين في هذه الندوة لتحديد مفهوم الخطأ في جانب الطبيب باعتماد ما أتاه المشرع من كدلول عام مثل القصور أو جهل ما كانت تلزمه معرفته أو عدم الإحتياط أو عدم التنبيه أو التغافل أو عدم مراعاة القوانين، ذلك أن التطور الطبي الذي يشهده العالم اليوم في كل المجالات أضحى يفرض على الطبيب حسبما جاء بالفصل 14 من واجبات الطبيب الاهتمام بتسمية معلوماته وتطويرها أي مواكبة التقدم العلمي والوقوف على مستجداته واستيعاب ما تتطلبه مهنته وخاصة اختصاصه.

ومهما كانت طبيعة المسؤولية الطبية سواء كانت تقصيرية أو تعاقدية أو جزائية فإنها تقوم على الخطأ الطبي.

لكن أمام عدم تعريف المشرع التونسي الخطأ عامة أو الخطأ الطبي خاصة مكتفياً صلب القانون المدني بذكر عبارة خطأ دون بيان أو تحديد لكنها، واقتصار القانون الجنائي في مادتيه 217 و225 من م ج الإشارة إليه بعبارات ذات مدلول عام كالقصور والإهمال وعدم الإحتياط والتغافل إلى غير ذلك حاسما المجال لسراح القانون وفقه القضاء ضبط مفهوم فني للخطأ تنطوي جل

حالات المسؤولية الطبية مع مراعاة أصول مهنة الطب وتنوعها وتبعاً للواجبات الملقاة على عاتقه سواء كانت إنسانية كواجب إحترام الحياة وإحترام الذات البشرية (الفصل 4 من م.و.ط) والإسراع لإسعاف مريض في حالة خطر إن تعذر إسداء علاج آخر له (الفصل 5) وعدم إهماله في صورة الخطر العام الا بإذن من السلط التي لها الصفة القانونية في هذا الشأن (الفصل 6) وعدم إفشاء السر المهني باستثناء الحالات المسموح بها قانوناً (الفصل 8 والفصل 75 و77 و78) ومعالجة المريض بتأدب ولطف (الفصل 31) أو إشعار المريض بخطورة مرضه أو إخفائه عنه (الفصل 36) أو التخلي عن مواصلة العلاج (الفصل 38) أو عدم إحترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي يبررها البحث في الطب الانساني (الفصل 99) أو كانت تلك الواجبات تتعلق بأصول المهنة كمباشرة المهنة في ظروف تخل بجودة العلاج بإستثناء حالات الضرورة (الفصل 4) وفي غير الظروف التي تسمح له باستعمال الأجهزة والوسائل الفنية الضرورية لتعاطي فنه بصفة صحيحة (الفصل 12) بوصفه ملزماً باستعمال الوسائل الكفيلة بضمان الدقة في تشخيص المرضى أو إعطاء وصفات علاج ليست من اختصاصه وتتجاوز كفاءته والانصاف المعترف له به (الفصل 13) أو القيام في العيادات الطبية بعمل يتطلب التبنيج (الفصل 85) وعدم التبصر عن محاولة التجربة وتقدير أهمية الغاية المقصودة وتماشيها مع الخطر الذي يتهدد الشخص الخاضع للتجربة أو تقدير الخطأ وكذلك القواعد المتوقعة والأضرار التي تلحق بذلك الشخص (الفصول 100 و101 و102) ما لم ير أنه التجأ إلى الطريقة العلاجية الجديدة تبعث أملاً جدياً في إنقاذ حياة المريض أو تعيد له صحته أو تخفف عنه آلامه أو عدم الإعلام عن التجربة العلاجية للكائن البشري الذي تجرى عليه أو الحصول على موافقته الحرة والمتبصرة (الفصل 107) أو القيام بتلك التجارب على شخص لا يتمتع بمؤهلات بدنية وعقلية وقانونية تسمح له بذلك الاختبار (الفصل 108).

ثالثا : إثبات مسؤولية الطبيب

إن المسؤولية المدنية للطبيب والتي كما رأينا منشأها السلوك الضار ومبناها الإخلال بواجب سابق يختلف إثباتها باختلاف نوع العلاقة أو المبني القانوني التي تأسس عليه الدعوى فإذا كان إلزامه تجاه المريض ببذل عناية فيلقى الإثبات على عاتق مدعي الخطأ مع إثبات الضرر الذي قصده بالتقصير رابطة سببية وتكون النتيجة الحتمية لذلك هو وجود قرينة إلى جانب الطبيب تفيد أنه بذل في علاج مريضه العناية اللازمة غير أنها قرينة قابلة بالحجة المعاكسة وإن ادعى المريض عكس ذلك فيكون عبء إثبات انحراف الطبيب عن أصول المهنة كلي وهذا يعني الرجوع إلى القواعد الفنية التي تستوجب تلك المهنة مع مراعاة ما جرت عليه عادة الأطباء في نفس الظرف وكذلك المستوى المهني للطبيب. أما إذا كان إلتزامه بتحقيق غاية فيكفي بإقامة الدليل على ارتباطه بالطبيب بعقد صحيح على النحو السالف شرحه ويقع بذلك عبء الإثبات على الطبيب بعدم عن السلوك المألوف للطبيب العادي الذي ينتمي لنفس اختصاصه لكن إذا كان الأساس الفصل 96 من م.ا.ع التي تكون خير سند للمريض للحصول على التعويضات بأيسر الطرق فيكون الطبيب مسؤولا عن الضرر الناشئ عن الآلات المستعملة منه باعتبارها في حفظه ولا يمكنه التفصي منها إلا بإثبات أمرين متلازمين وهو أنه فعل كل ما يلزم لمنع الضرر وأن الضرر نشأ بسبب أمر طارئ أو قوة قاهرة أو سبب خطأ المريض الذي لا يكون مطالبا بإثبات الطبيب المفترض.

أما الخطأ بالمفهوم الجزائي فيبقى مناطه الفصلين 217 و 225 من م.ج.الذين أهم صور الخطأ وأكثرها وقوعا في العمل على سبيل المثال فقط اعتمادا على اتساع مدلول تلك العبارات بصورة تمكن القاضي من التوسع في معناها كلما أمكنه الإستدلال على عناصر الخطأ وإثباته وهي القصور وعدم الاحتياط والإهمال وعدم التنبيه وعدم مراعاة القوانين وجهل ما كانت تلزمه معرفته والتعافل وهي كما قال البعض أنها صور متداخلة المعاني ويصعب

التفريق بين حالة وأخرى سواء في مفهومها أو مؤداها مما يجعلها تشمل جميع أنواع الخطأ وبذلك كان من المحتم على القاضي الجزائري بيان الخطأ المرتكب من الطبيب وانضوائه تحت صورة من الصور المذكورة وإبراز كيفية حصول النتيجة الضارة لوقوع القيام بها في حينها وذلك حتى يتسنى لمحكمة التعقيب القيام بواجب الرقابة.

وعموما فإنه لإستخلاص ما أغفله الطبيب من مقتضيات العلم وأصوله الثابتة يلتجئ القاضي للإستعانة بذوي الخبرة في هذا الميدان من بينهم الأطباء الشرعيين أو ممن يراه من ذوي الطفاءات المتميزة في بعض الاختصاصات لبيان الخطأ الطبي لصبغته الفنية والتقصي بواسطتهم حول المسائل الخارجة بطبيعتها عن دائرة معارف القاضي التي تستوجب لتفسيرها خبرة ومعرفة علمية والوقوف على الأسباب المادية للخطأ وإمكانية تفاديه من عدمه حسب الأصول المستقرة للطب وم الواقعة، خاصة إذا تعلق الأمر بالعلاج بواسطة فريق طبي متعدد الإختصاصات أو عند الممارسة الجماعية بمختلف الهياكل الصحية سواء كانت مستشفيات محلية أو جهوية أو ذات صبغة جامعية أو مؤسسات خاصة ذات غختصاص واحد أو متعددة الاختصاصات وصعوبة التميز بين الأخطاء الجماعية والفردية التي يمكن المساولة عنها جزائيا.

والملاحظ أنه رغم أن المحاكم غير مقبدة بنتيجة الاختبار فإنها تبقى دوما السبيل الذي يميز لها الطريق في تقدير الخطأ الطبي دون الخوض في مناقشة المدارس والنظريات الطبية أو الترجيح بينها وإنما الاستناد إلى ما استقر عليه أصول الطب التي لم تعد محلا للمناقشة بين الأطباء والتي سلم جمهورتهم بها ولا يقبلون فيها جدلا تحقيقا للمعدالة بين الحفاظ على حرمة الطبيب ونواميس مهنته وضمنان الحقوق القانونية للمريض.

وهو ما سيعمل بقية السادة المتدخلين على بلورته وبيان مفهوم الخطأ الطبي وانسحابه على مسؤولية الطبيب سواء كانت جزائية أو مدنية ودور الطبيب الشرعي في تحديد الخطأ وتمييزه عن غيره من الأخطاء مساعدة منه

للقاضي في استبعاد الأعمال التي تعفى الطبيب من المساءلة الجزائية أو المطالبة بالتعويض المدني خاصة وأن الطبيب الشرعي يجمع في درايته بفروع الطب وإلمامه بعلوم السموم ومعرفته بأنواع الآلات والإصابات وما ينتج عنها والفترة على تحديد المدد التي مضت على حدوثها...فضلا على أنه يقوم لا لكشف عن الأحياء والأموات بناء على طلب الجهات المختصة.

دور الطب الشرعي في تحديد الأخطاء الطبية

د . المنصف حمدون

سجلت علوم الطب في العقود الأخيرة تطورا مذهلا لم تشاهده طيلة قرون مضت و أصبح الطب قادرا على علاج أكثر فأكثر من الأمراض و بصفة أكثر نجاعة .

لكن في نفس الوقت نلاحظ تزايدا كبيرا و سريعا في قضايا المسؤولية الطبية في سائر بلدان العالم و كذلك في تونس و هذا راجع لعدة أسباب، أهمها أن المريض أصبح لا يقبل إخفاق الطبيب في علاجه، فكل تعكر يحصل عند المريض أو حتى عدم براء مرضه يؤدي في اعتقاد المريض أن هناك خطأ قام به الطبيب .

أعتقد أن تكاثر قضايا المسؤولية الطبية هو ناتج خاصة عن جهل للمفهوم و القواعد الأساسية لهذه المسؤولية التي تتميز بها مهنة الطب وهي أن الطبيب مطالب ببذل عناية فقط و ليس مطالبا بالنتيجة . إذن إذا كانت النتيجة سلبية، ليس بالضرورة أن يكون هناك خطأ طبي .

ترتكز المسؤولية الطبية على عناصر ثلاثة وهي وجود خطأ، وجود ضرر و وجود علاقة سببية بين الخطأ و الضرر .

و من هذه العناصر الثلاثة يمثل تحديد الخطأ الطبي، أعسر عنصر لما لمهنة الطب من تشعب في طرق التشخيص و العلاج و تطورها من زمن إلى آخر، يتركز إثبات الخطأ الطبي على الأبحاث و التحقيق من جهة و خاصة على الإختبار الطبي الذي يمثل في هذا النوع من القضايا حجر الزاوية إذ يصعب أن نتصور في قضية مسؤولية طبية، إستغناء القاضي عن رأي أهل الخبرة أي الأطباء في نطاق إختبار طبي .

لكن من من الأطباء يمكن له القيام بهذا الإختبار العسير، هل هو أي طبيب له خبرة و أقدمية في المهنة، أو هو طبيب في نفس إختصاص الطبيب المشتكى به .

في الواقع و نظرا لما لهذا الإختبار من تشعب و لضمان النجاعة و تجنب الإنحياز يجبذ أن يعين فريق من ثلاثة أطباء للقيام بهذا الإختبار لبيان الخطأ الطبي من عدمه .

يتكون هذا الفريق أولا من طبيب شرعي، يضاف إليه طبيين ذوي خبرة و تجربة مهنية كبيرة في الإختصاص أو الإختصاصات موضوع القضية .

لماذا الطبيب الشرعي ؟

- لأنه أولا وبالذات هو طبيب له خبرة بمهنة الطب و مطالعا بعدة إختصاصات طبية .
- و ثانيا هو الطبيب الوحيد الذي له تكويننا في مادة القانون و خاصة القواعد الأساسية للقانون المدني و الجزائي و غيرها و كذلك في تقنيات الإختبار الطبي، و قواعد الأخلاقيات الطبية...

الخطأ الطبي :

ينقسم الخطأ الطبي إلى قسمين :

- الخطأ الطبي التقني أو الفني .

- الخطأ الطبي الأخلاقي .

1- الخطأ الطبي التقني :

نعلم أن مهنة الطب هي المهنة الوحيدة التي خول لها القانون إحداث جروح على جسد الإنسان أو إعطاء مواد مخدرة للإنسان شريطة أن يكون ذلك بغية العلاج و تخفيف الآلام . و يمكن لتدخل الطبيب أن يؤدي إلى حدوث مضاعفات . يكون الطبيب مخطأ إذا إتضح، حسب الإختبار الطبي و الأبحاث أن هذه المضاعفات و التعكرات كانت نتيجة قصور أو عدم احتياط أو إهمال أو عدم تنبه أو عدم مراعاة القوانين و قواعد المهنة .

تمثل الأخطاء الفنية الغير المتعمدة القسط الكبير من الأخطاء الطبية عامة .

يتدخل الطبيب الشرعي في هذا النوع من الأخطاء في نطاق الإختبار الطبي سواء كان ذلك على مريض قد توفي بالقيام بفحص و تشريح الجثة أو على مريض يدعي انه أصيب بأذى أو بتعكرات صحية نتيجة عدم بذل عناية من طرف الطبيب .

تشريح الجثة :

في حالة وفاة مريض تحت العلاج في ظروف غامضة أو يشتبه أن الوفاة كانت نتيجة خطأ طبي فمن الضروري القيام بتشريح الجثة من طرف طبيب شرعي كي نتعرف بصفة مدققة على سبب أو أسباب الوفاة، الذي من دونه يتعذر تحديد ما إذا كان هناك خطأ طبي أم لا .

ثم بعد عملية التشريح و معرفة سبب الوفاة، يطلب من الطبيب الشرعي بمعية طبيين آخرين بالقيام باختبار طبي لبيان وجود خطأ طبي من عدمه و ذلك بدراسة الملف الطبي للمتوفي

بصفة مدققة، كي يقع تقويم أعمال الطبيب المعالج أثناء كل مراحل تشخيص المرض و العلاج و المراقبة الطبية و الأمثلة هنا عديدة نذكر منها :

- وفاة مريض أثناء أو بعد عملية جراحية بالتبنيح الكامل نتيجة عدم إنتباه أو عدم مراقبة الطبيب المبنج للمريض عند إستفاق هذا الأخير من التبنيح .
 - كذلك نذكر وفاة مريض أثناء حقنه لدواء ما، مثل البنيسيلين لعدم تثبيت الطبيب المعالج من سوابق علامات الحساسية المفرطة عند هذا المريض قبل إختبار هذا الدواء لعلاجه .
- ففي كل هذه الحالات يبين الطبيب الشرعي السبب الحقيقي للوفاة، ثم حسب إختبار طبي بعد الإطلاع على الملف الطبي، يبين وجود الخطأ من عدمه، و العلاقة السببية بين الخطأ و الوفاة .
- الخطأ الطبي الذي لم يؤدي للوفاة :

في هذه الحالة يتدخل الطبيب الشرعي كطبيب خبير، بجمية طبيين آخرين مختصين في الإختصاص الذي يتوقع أن صار فيه خطأ طبي . فتقوم هذه اللجنة بفحص المريض الشاكي لبيان الأضرار الجسدية و النفسانية التي يدعي أنها ناتجة عن خطأ طبي، ثم تقوم بدراسة الملف الطبي بصفة مدققة و ربما في بعض الحالات اللجوء إلى إستماع الطبيب المعالج أو كل الفريق الطبي الذي ساهم في العلاج .

هذا الإختبار هو من أصعب ما يكون من الناحية الطبية التقنية، فيجب التمعن و التثبت في ما قام به الطبيب المعالج أثناء كل مراحل العلاج، أي ما قبل العلاج عند تشخيص المرض، ثم أثناء العلاج و الرقابة بعد العلاج و يقع الإلتجاء هنا إلى الطرق العلاجية المعمول بها حاليا في بلدنا و حتى في البلدان الأخرى و كثيرا ما يقع اللجوء إلى المراجع الطبية و البحوث العالمية و القومية في الموضوع .

كذلك هذا الإختبار يجب أن يكون يتحلى بكل القواعد الشكلية للإختبارات و خاصة عند تحرير التقرير فيجب أن يشتمل دائما فقرة خاصة بمناقشة كل المعطيات و منها تدعيم الخلاصات، و في كل مراحل هذا التقرير يجب على الأطباء الخبراء إستعمال العبارات السهلة الفهم، بقدر الإمكان و تجنب الخلاصات الصعبة الفهم من طرف القاضي .

ففي كل مراحل هذا الإختبار يستحسن وجود الطبيب الشرعي ليدير النقاش و يركز على النقاط الهامة بالنسبة للقضاء من الناحية الأصلية و الشكلية . و نذكر هنا بعض أمثلة لهذه الأخطاء :

- حقن دواء أدى إلى شلل عضوي .
- نسيان ضميدة أو آلات جراحة داخل بطن المريض أدى إلى تعكرات صحية و سقوط بدني .
- عملية ختان أدت إلى بتر العضو التناسلي للطفل .
- تمّاون عند عملية تبيج المريض أدى إلى تعكرات في الجهاز العصبي و شلل عند المريض .
- إحتراق بعض اعضاء المريض بالموسى الكهربائية أثناء عملية جراحية أدى إلى تشويه كبير عند المريض ...

2- الخطأ الطبي الأخلاقي :

و الحالات هنا كثيرة نذكر منها :

- إفشاء السر المهني .
 - الإجهاض الغير قانوني .
 - الإمتناع عن نجدة و علاج مريض في حالة خطرة .
 - إسناد شهادة طبية مجاملة تتضمن وقائع غير صحيحة .
 - قيام الطبيب بعملية جراحية أو أي علاج للمريض دون أن يحصل مسبقا على إذنه .
 - عدم إعلام المريض بمضاعفات العلاج من طرف الطبيب .
 - القيام ببحوث على المريض دون إعلامه و التحصل على موافقته .
 - ضبط الطبيب لمقابل أتعابه بصفة مفرطة...
 - تدخل الطبيب للإسراع بحدوث موت المريض للرأفة .
 - أخذ أعضاء من جثة بدون مراعاة القوانين ...
- في بعض هذه القضايا يمكن للقاضي تحديد الخطأ الطبي بدون الإلتجاء إلى إختبار طبي، لكن في عدة قضايا، يقع الإلتجاء إلى الطبيب الشرعي لبيان آثار الإجهاض مثلا، أو لفحص مريض للتطلع على مدى صحة ما كتبه الطبيب المعالج على الشهادة الطبية، أو القيام بتشريح جثة لبيان هل أخذت منها أعضاء أم لا ...

الخاتمة :

إذا رجعنا لتعريف الطب الشرعي الذي هو إختصاص طبي جعل كهمزة وصل بين الطب والقضاء، فمن البديهي أن نقتنع بأن دور هذا الإختصاص يكون متأكدا و ربما نقول ضروريا في كل القضايا العدلية التي تمس بجسد و صحة الإنسان و منها خاصة قضايا المسؤولية الطبية التي يعترف كل المتدخلين فيها من قضاة و محامين و أطباء أنها قضايا متشعبة جدا و يعسر لطبيب غير شرعي إعطاء رأي مصيب و ناجع للعدالة لأنه إذا كان هذا الطبيب متعمقا و ذا خبرة كبيرة في الطب فهو يجهل كل الجهل النواحي القانونية و القواعد الأساسية للإختبارات الطبية .

REFLEXIONS SUR LA FAUTE MEDICALE

**A PROPOS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE
PENALE ET ADMINISTRATIVE**

Professeur Agrégé Mongi AYARI

**Collaborateurs
Dr Anis BENZARTI
Dr Ahmed BANASR**

**Département de Médecine Légale
Faculté de Médecine de Tunis**

Février 2003

La Faute Médicale dans la responsabilité civile et pénale

Professeur Agrégé Mongi AYARI
Faculté de Médecine de Tunis

1- Conditions Générales

La mise en jeu de la faute professionnelle constitue un des risques actuels de l'exercice de la médecine et il y a fort à penser que cette tendance ira plutôt dans le sens d'une majoration dans les années à venir.

Les problèmes médico-légaux sont légions, d'autant plus que la médiatisation des erreurs médicales ou des plaintes est large.

Les progrès scientifiques, la multiplication des spécialités et des techniques d'explorations et de traitements, la demande croissante des soins médicaux, *d'une part*, les contraintes économiques et financières, *d'autre part*, font qu'aujourd'hui l'activité médicale gagne en efficacité, mais en même temps, elle crée des fautes source de responsabilité et génère également des risques pour l'intégrité physique du malade.

C'est ainsi qu'actuellement, l'activité du médecin entraîne inéluctablement des risques qui peuvent engager sa responsabilité, et pourtant leur réalisation n'est pas nécessairement liée à une faute, laquelle est condamnable.

Ces risques recouvrant l'ensemble de l'activité médicale, additionnés aux incertitudes de la médecine, rendent si précaire l'art médical.

Ainsi, la faute médicale est devenue un problème dont la complexité et la gravité dérangent aujourd'hui l'homme de loi, le praticien et certainement le citoyen. Cette complexité de la faute se trouve dans le cœur de l'exercice actuel de la médecine.

1- Le travail en équipe, de plus en plus fréquent et nécessaire, soulève la question des fautes respectives des médecins, des chirurgiens, des biologistes, des anesthésistes et aussi de leurs auxiliaires, infirmiers et autres techniciens.

2- La complexité des techniques, la demande de la part des malades de techniques de pointe, la pression médiatique aussi, obligent à envisager sous un angle nouveau l'obligation des soins oubliant que l'obligation de résultats et l'exigence du risque Zéro en médecine sont des chimères inapplicables à l'être humain.

3- L'amélioration du progrès médical générée par les progrès techniques et scientifiques rend difficile l'évaluation de la période entre la découverte d'une nouvelle technique thérapeutique et l'élargissement de ses indications et de sa mise à la disposition des praticiens qui en ont acquis la maîtrise. L'évolution peut être si rapide que le juge peut recueillir des avis différents provenant de plusieurs experts, créant ainsi des situations complexes quant à l'administration de la faute par les juridictions compétentes.

4- La situation du médecin fonctionnaire du service public (hôpital) l'oblige à être dépendant des moyens matériels et humains que l'hôpital met à sa disposition. Cette question a été explicitement résolue par la jurisprudence administrative pour l'indemnisation mais l'inculpation du médecin est une étape réelle et à fortiori en matière de faute pénale.

Dans cette complexité médico-chirurgicale et organisationnelle, il est important que le médecin, le malade et le public soient informés de leurs droits et devoirs.

2 – Le médecin auteur d'infraction

C'est bien sûr la nature particulière de l'activité médicale qui conduit le médecin à avoir un quotidien professionnel entièrement circonscrit par des normes pénales :

- ♦ le médecin intervient sur l'homme pour tenter d'en améliorer la santé. S'il en provoque au contraire la dégradation, il y a fatalement quant au résultat atteinte corporelle.

Dans la mesure où l'atteinte corporelle est une infraction pénale, celui qui la subit est en droit de se demander s'il n'est pas victime d'une faute pénale médicale et peut être tenté de déposer plainte.

- ♦ l'aléa thérapeutique bien sûr qui chasse la médecine de la catégorie des sciences exactes, peut être source de complications corporelles sans qu'il y ait faute médicale.

Autrement dit, quotidiennement, dans ses actes pour le chirurgien, dans ses prescriptions pour le médecin, le risque de commettre une faute qui soit une faute pénale existe.

Juridiquement, on distingue la responsabilité pénale du médecin pour faute involontaire de la responsabilité pour faute involontaire.

2-1- Particularités de la faute pénale

- La faute doit être une condition sine qua non du dommage : ce n'est pas parce que le dommage existe que le médecin va être présumé avoir un comportement causal fautif.

- Pour qu'il y ait délit, il faut que le médecin ait commis des fautes contraires aux devoirs qui lui sont imposés et aux règles générales de prudence et de diligences, lesquelles fautes ont entraîné des dommages qu'un médecin attentif et diligent aurait évités.

- En pratique, il y a trois catégories de fautes entraînant la responsabilité civile du médecin :

- **Les fautes contre le devoir d'humanisme :**
 - Défaut d'information du malade,
 - Omission de s'assurer du consentement du malade avant une intervention chirurgicale,
- **Les fautes contraires au devoir de prudence** pesant sur toute personne ,
- Enfin **les fautes de technique médicale.**

Ce sont surtout en général ces deux dernières catégories de fautes qui sont susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale du médecin pour homicide ou blessures involontaires.

2-2- La faute ordinaire

Par opposition à la faute technique médicale, elle résulte de la maladresse, de l'imprudence, de la négligence, inattention, qui sont appréciées selon les règles du bon sens par les Juges répressifs ; je vous citerai l'exemple classique du chirurgien qui oublie une compresse dans l'abdomen de la personne opérée, et du médecin qui omet d'injecter du sérum antitétanique malgré la demande qui lui a été faite et qui est condamné pour le décès par TÉTANOS du patient.

2-3- Quant aux fautes de technique médicale, deux précisions méritent d'être soulevées :

↳ Dans la mesure où le juge n'a pas la compétence nécessaire pour apprécier une faute de cette nature, il a nécessairement recours à l'expertise médicale qui, dans un but d'objectivité et de justice, doit être pratiquée par un collège d'experts de spécialités différentes.

Le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert mais, renseigné par eux, il se référera au critère du bon professionnel compte tenu de ce que « *le médecin doit donner des soins consciencieux, attentifs, et , réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la Science* » selon la formule consacrée ;

↳ Une place particulière doit être faite à l'erreur de diagnostic et au choix du traitement :

- L'erreur de diagnostic n'est pas en elle-même une faute pénale : elle ne le devient que si elle est due à la négligence par exemple dans les examens préparatoires avant une intervention chirurgicale.

- Pour le choix du traitement, l'erreur de traitement peut constituer une négligence mais l'emploi d'un mode de traitement inhabituel n'est pas nécessairement fautif.

Il y a fort heureusement place à la liberté du médecin d'employer une technique différente de celle qui est généralement suivie pourvu qu'elle reste conforme aux données actuelles de la Science et qu'elle intervienne dans un contexte de diligence renforcée.

Pour l'approche des infractions volontaires et de la faute volontaire dont le médecin peut être l'auteur dans son exercice quotidien, le problème est restreint regroupant en particulier la question du secret médical et l'homicide et blessures involontaires réduites à des situations exceptionnelles comme l'Euthanasie. Elles n'offrent pas beaucoup d'importance dans le cadre de notre sujet.

3- Le médecin auteur du Dommage

Notre analyse se limitera, ici, au dommage causé par un médecin exerçant dans un cadre libéral. Nous reviendrons sur le dommage subi dans le cadre des hôpitaux publics, en raison de la spécificité de la responsabilité administrative médicale et des tendances jurisprudentielles visant l'indemnisation des victimes.

Nous écarterons également la responsabilité disciplinaire pour nous limiter exclusivement à la responsabilité judiciaire civile où la mission essentielle se borne à accorder à la victime une indemnisation principalement sur la base d'une responsabilité contractuelle dictant pour « *le médecin une obligation comportant de sa part l'engagement d'employer des soins de nature à réaliser un certain résultat sans garantir la guérison et de donner au malade des soins consciencieux et attentifs conformes aux données acquises de la Science* ».

S'agissant de la responsabilité médicale, il est désormais établi que le contrat médical ne comporte qu'une obligation de moyens.

Cette obligation de moyens implique simplement l'engagement de faire mieux pour atteindre les résultats escomptés : l'exemple le plus démonstratif est celui des maladies cancéreuses où, la plupart des malades décèdent malgré l'intervention du médecin et les dépenses occasionnées ; le médecin doit non pas guérir mais prodiguer des soins.

Ainsi, il appartient au malade de faire la preuve du dommage qu'il impute au médecin.

Il doit prouver également une **faute** et un **lien de causalité**.

En ce qui concerne **le dommage**, c'est une condition indispensable au déclenchement de la responsabilité médicale.

La tendance actuelle place la responsabilité civile pour toutes fautes même les plus légères.

Le médecin répond des fautes d'imprudence que tout homme pourrait commettre. C'est le cas du **chirurgien** qui opère le membre sain à la place d'un membre malade ou encore celui qui laisserait tomber de la table d'opération un malade âgé et obèse pour n'avoir pas maintenu l'équilibre de cette table.

Il s'agit là de la violation *des simples règles* de bon sens et de prudence communes à toutes les professions et qui ne sont pas spécifiques à la profession médicale.

De telles erreurs dispenseraient les tribunaux du recours à l'expertise médicale.

En revanche, est plus complexe la responsabilité médicale pour des fautes techniques ne pouvant être décelées par les tribunaux qu'avec le concours d'experts spécialistes.

Ceci étant, la faute peut revêtir plusieurs formes. On considère dans ce cadre *les fautes de technique médicale* : erreur de diagnostic, erreur dans le choix thérapeutique.

Les fautes à l'éthique médicale : défaut d'information du malade, défaut de consentement. Mais encore faut-il que cette faute ait un lien de causalité avec le dommage.

Le plus souvent la responsabilité civile du médecin est retenue pour un dommage causé personnellement par le médecin. Dans d'autres cas, la responsabilité du médecin est retenue pour le fait d'autrui.

En effet, en Tunisie, nous avons beaucoup de techniciens anesthésistes qui ne sont pas des médecins et le chirurgien pratiquant une intervention et dirigeant son équipe peut voir sa responsabilité engagée en raison d'une faute commise dans l'anesthésie : le chirurgien, dans ce cas, est seul qualifié pour donner au technicien anesthésiste des instructions, le contrôler et surveiller l'exécution.

Ainsi, le médecin doit répondre même des fautes commises par le personnel exerçant sous ses ordres.

4 – Étude pratique de la faute médicale

Trois spécialités dominent le paysage contentieux de la responsabilité médicale :

- la gynécologie - obstétrique,
- la chirurgie et
- l'anesthésie - réanimation.

4.1- La Gynécologie Obstétrique

4.1.1- La césarienne

La césarienne est l'intervention chirurgicale vedette de la pratique obstétricale et ce depuis maintenant un demi-siècle.

En pratique médico-légale, elle est citée directement ou indirectement dans plus de la moitié des plaintes dans certains pays.

Le plus souvent, c'est son horaire par rapport au déroulement de l'accouchement qui est mis en cause. C'est le retard à la pratique de la césarienne ou l'absence de césarienne qui sont retrouvés dans la plupart des plaintes pour souffrance du fœtus pendant l'accouchement.

Le rôle de la césarienne ne se limite pas à cet aspect foetal où l'accent est mis sur son extraction vivant.

Il convient aussi de préciser que **la césarienne est avant tout** une intervention chirurgicale pratiquée chez une femme généralement jeune, par un chirurgien qualifié pour cet effet.

En tant qu'intervention chirurgicale, la césarienne peut être grevée de tous types de complications qui peuvent se rencontrer lors de toute intervention gynécologique ou plus généralement abdominale : hémorragie immédiate par exemple, secondaire ou retardée, infection locale avec abcès de la paroi, péritonite ou infection généralisée, oubli de corps étranger dans l'abdomen.

Du fait de la grande fréquence (de 8 à 15 % des naissances suivant les statistiques), la césarienne subit indiscutablement une certaine banalisation aussi bien dans l'esprit du corps médical que dans le public et les médias.

Pour le grand public, cette intervention est souvent vécue comme un acte sans danger et d'une grande simplicité. Le public n'a pas la perception nette du risque inhérent à tout acte chirurgical et n'est pas prêt à admettre la possibilité de complications sérieuses.

Il convient de préciser que parmi les affaires qui ont fait la une des journaux sur la place internationale, il s'agissait trois fois sur quatre d'issues dramatiques, mortelles le plus souvent, liées directement à une césarienne : hémorragie, plaie de la vessie, oubli de corps étranger.

Il est toujours nécessaire de rappeler que la césarienne est une intervention chirurgicale à part entière.

> **Défaut de césarienne**, la faute due à l'absence de césarienne peut entraîner des complications à la fois pour la mère et l'enfant. Des complications mortelles ont été constatées entraînant des dégâts anatomiques génitaux importants avec des complications urinaires qui imposent des actes de chirurgie complémentaires, invalidants, douloureux et générateurs de séquelles définitives.

L'enfant peut subir certains traumatismes crânio-cérébraux lors de son extraction et son passage par la voie normale : hémorragie méningée avec parfois atrophie cérébrale majeure entraînant le décès ou une encéphalopathie définitive.

Ces séquelles maternelles et fœtales justifient incontestablement des plaintes visant une indemnisation des préjudices occasionnés. Dans les années 80, les juridictions françaises ont alloué une somme équivalente à 100 000 dinars pour un nouveau-né handicapé de 100% lié aux mauvaises conditions de naissance dues à un défaut de césarienne.

> **La césarienne retardée**

Ici, le facteur temps est primordial, d'ailleurs comme dans tous les problèmes d'accouchement, le risque est toujours foeto-maternel. Se pose dans ce cas la responsabilité de la sage-femme et du gynécologue. L'exemple est celui d'une souffrance du fœtus, aiguë généralement démontrée par un liquide amniotique teinté alors que la sage femme fait appel trop tardivement au gynécologue de garde. Le résultat de ce retard est une rupture utérine entraînant le décès de la mère. Dans ce cas, la sage femme est responsable par négligence involontaire cause d'un homicide involontaire sur la mère et l'enfant. Le gynécologue appelé trop tard ne pouvait rien faire après ce double décès (affaire judiciaire réelle).

Il faudra retenir en priorité que c'est plutôt **le défaut que l'excès de césariennes**, qui est mis en cause devant les tribunaux et plus encore les césariennes compliquées et mal contrôlées qui ont entraîné des préjudices souvent irréparables pour la mère et pour l'enfant.

Ces césariennes manquées ont été lourdes de conséquences

- o pour les familles,
- o pour les accoucheurs sur le plan judiciaire et
- o pour les compagnies d'assurances en ce qui concerne l'indemnisation.

Pour que l'accoucheur satisfasse à l'obligation de moyen qui lui incombe et se préserve des procès qui le menacent, **il se doit d'être compétent, rigoureux, vigilant et présent**, car l'expérience démontre qu'un grand nombre d'accidents regrettables se sont produits parce qu'il n'était pas là au moment décisif.

Un des plus grands risques est qu'une situation obstétricale apparemment normale puisse en un instant se dégrader et nécessiter des mesures urgentes.

4.1.2- Diagnostic et exploration sur la femme enceinte

4.1.2.1- L'échographie obstétricale

Un obstétricien ou un gynécologue ayant quinze ans d'expérience peut très bien ne pas être « à niveau » avec ce qui doit être effectué aujourd'hui en matière d'échographie morphologique.

C'est une échographie pratiquée au cours du 2^{ème} trimestre de la grossesse pour déceler les malformations fœtales.

En pratique, dans la grande majorité des cas, les obstétriciens n'ont pas toujours la compétence, ni le matériel leur permettant parfaitement d'éviter les fautes à ce niveau.

Pour ces raisons, la multiplication des plaintes actuelles et prévisibles, mettant en cause une faute d'interprétation échographique, incite fortement à **conseiller aux obstétriciens** de confier **l'échographie morphologique** à un **échographiste** réellement spécialisé en obstétrique.

Le risque essentiel est de passer à côté d'une malformation fœtale, source de plainte en responsabilité médicale. Les parents, dans leur plainte, considèrent que si la malformation était précisée, ils auraient recouru, légalement, à une interruption de la grossesse.

4.1.2.2- L'amniocentèse et les investigations intra-utérines

On pratique des ponctions de sang fœtal ou des biopsies sur le fœtus. On peut voir des dommages à type

- d'infection avec séquelles maternelles,
- de blessure par piqûre du fœtus,
- mais de graves séquelles neurologiques et fonctionnelles, avec perte de l'usage d'un membre en relation avec une piqûre au cours d'amniocentèse sont parfois imputées à une erreur médicale de nature à engager la responsabilité médicale.

Il faut insister, ici, sur la justification de cet examen et sa bonne réalisation technique avec échoguidage, qui peut faire accepter certains incidents minimes comme la pique du fœtus. Il n'en serait plus de même lorsque le terme de la grossesse, l'indication et les conditions de pratique des explorations intra-utérines exposent à des accidents sans prouver leur intérêt pour le suivi de la grossesse : dans ce cas, il y a bien une faute médicale.

4.1.2.3- Le problème de la Trisomie 21

Le problème de la trisomie 21 est très grave à cause des atteintes mentales et morphologiques de l'enfant né avec cette anomalie génétique.

Actuellement, l'échographie morphologique et l'amniocentèse peuvent poser ce diagnostic avant la naissance.

C'est à cause de la naissance d'un enfant trisomique (*handicapé mental et physique*) que les plaintes arrivent au juge : généralement, les parents, éclairés par le médecin sur cette pathologie grave, pratiquent une interruption thérapeutique de la grossesse, bien admise par notre législation actuelle.

Pratiquement, les fautes médicales découlent d'un

- ⇒ refus d'amniocentèse surtout devant des antécédents familiaux,
- ⇒ faux négatif de trisomie 21 après amniocentèse,
- ⇒ résultat faussement positif d'une trisomie 21 après amniocentèse.

La reconnaissance de la responsabilité (civile) et du préjudice sur la présence d'une faute par non respect de l'obligation du résultat a amené, en France, la juridiction administrative à retenir le principe de l'indemnisation d'un préjudice moral pour les parents et une prise en charge par le Laboratoire mis en cause d'une rente mensuelle au profit de l'enfant trisomique, dans une affaire de faux diagnostic négatif de trisomie 21 après amniocentèse.

4.2- La chirurgie

4.2.1- L'ensemble de la chirurgie

Lorsque le chirurgien prend en charge un patient, il prend l'engagement implicite ou explicite de mettre en œuvre toutes ses facultés pour assurer à son patient la meilleure conduite chirurgicale, mais il arrive parfois un incident ou accident provoquant la survenue d'un dommage grave.

Nous distinguerons successivement :

- *la faute contre l'humanisme médical,*
- *la faute de prudence banale et*
- *la faute technique.*

• **Fautes de prudence banale**

constituent pour le chirurgien des fautes de nature à engager sa responsabilité, les manquements aux devoirs de prudence banale qu'il commet à l'occasion de l'exécution des soins :

- *Première éventualité* : l'incompétence du chirurgien qui entreprend une intervention délicate sur l'abdomen par coelioscopie (méthode relativement récente sans ouvrir largement l'abdomen) et lèse l'uretère (voie urinaire) par exemple c'est la première fois que ce chirurgien utilisait cette méthode.

- *Deuxième éventualité* : l'inattention du chirurgien qui opère la jambe droite à la place de la jambe gauche

• **Fautes de technique médicale**

- Il y a tout d'abord *la faute de diagnostic* : En principe l'erreur simple de diagnostic ne constitue pas en elle-même une faute professionnelle, elle ne représente une telle faute que si les moyens et la diligence nécessaire à la conduite du diagnostic n'ont pas été mis en évidence.

- *La faute pré-opératoire* : Le chirurgien doit s'assurer de l'état du malade qu'il entreprend d'opérer et doit *d'une part* s'assurer qu'il peut supporter l'anesthésie et *d'autre part* procéder à des examens préalables, le minimum étant *un groupage, des tests de coagulation et un examen cardio-respiratoire*

En cas d'urgence, chez un jeune sans tare, le défaut d'analyse préalable ne saurait constituer une faute de la part du chirurgien.

Constitue également une faute, le fait de ne pas s'assurer de la vacuité de l'estomac (*en dehors de l'urgence*) en ne l'hospitalisant pas pendant un délai suffisant, préalablement à l'anesthésie : le risque étant une

inhalation respiratoire du contenu gastrique pendant l'opération pouvant même entraîner le décès de l'opéré.

▪ *La faute pendant l'opération* : Toute maladresse, imprudence ou négligence dans l'exécution de l'acte chirurgical constitue une faute.

Le chirurgien doit éviter les fautes excusables à ses yeux, comme l'oubli de corps étranger dans une intervention abdominale très hémorragique.

Aux yeux du juge, cet oubli est une faute d'inattention, de négligence ou de maladresse.

Le chirurgien doit aussi s'assurer du concours pour toute anesthésie générale d'un anesthésiste – réanimateur *qualifié*.

▪ *Faute post-opératoire* : Le devoir général de surveillance de l'opéré incombe au chirurgien jusqu'au réveil du malade et en post-opératoire.

Il a été admis que la sortie prématurée d'un malade après intervention chirurgicale, constitue une faute assimilable à un défaut de surveillance.

Dans la prestation collective de l'acte chirurgical, où chacun des médecins répond personnellement de ses actes, le chirurgien reste investi d'un devoir général de surveillance.

Exemple : Le cas d'une patiente qui a été opérée pour une tumeur du sein ; l'examen extemporané a répondu : tumeur cancéreuse, de ce fait, le chirurgien enlève tout le sein. L'étude histo-pathologique détaillée en post-opératoire répond : tumeur non cancéreuse. La patiente recherchera la responsabilité contractuelle du chirurgien et la responsabilité extra-contractuelle de l'anatomopathologiste.

4.2.2- Le cas de la chirurgie esthétique

Sans envisager les différentes particularités de la responsabilité civile, administrative ou pénale, ni examiner à la loupe les particularités du dommage et la relation de causalité entre la faute et le dommage, faire le point sur les différentes fautes éventuelles du chirurgien en chirurgie esthétique est intéressant à plus d'un titre, ne serait-ce que parce que c'est une activité chirurgicale qui est en train de générer des risques médico-légaux énormes.

Les principes de la responsabilité en chirurgie esthétique sont :

→ une obligation de moyens proportionnés et recherchés plus sévèrement qu'en chirurgie de soins en raison d'un objet du contrat appelé « *le réconfort esthétique* » et non pas la nécessité de l'état du malade,

→ un consentement éclairé, libre avec information très précise, en expliquant au patient les risques, même exceptionnels,

→ enfin une obligation de proportionnalité dans les indications et les moyens car, plus la disgrâce physique à traiter est petite et plus l'indication doit être sûre et les moyens de sécurité grands.

Les fautes découlent :

→ d'un défaut d'information,

→ d'une négligence, d'une imprudence et d'une maladresse.

Dans la caractérisation de la faute, les mouvements les plus souvent retenus sont :

→ une technique imprudente,

→ un défaut de prévention d'exposition au soleil : sanctionné comme négligence dans l'information,

→ un défaut de maîtrise technique.

4.2.3- L'infection nosocomiale

Dans le cadre d'une responsabilité médicale due à une infection nosocomiale, un certain nombre de notions essentielles méritent d'être précisées. En effet toutes les infections nosocomiales ne sont pas liées à une pratique médicale, par exemple une grippe transmise au malade par un visiteur extérieur ; d'autres par contre sont liées aux soins :

- une pneumopathie (infection pulmonaire) chez un patient sous ventilation mécanique assistée,
- une transmission bactérienne par les mains,
- une infection iatrogène par un endoscope mal désinfecté.

L'infection est l'ennemi n° 1 de la chirurgie et de la réanimation à un point qu'un patient peut guérir de sa maladie mais mourir d'une complication infectieuse.

□ Définition de l'infection nosocomiale

Une infection est dite nosocomiale si elle apparaît au cours ou à la suite d'une hospitalisation et si elle est absente à l'admission dans l'établissement de soins : toutefois, il est recommandé d'apprécier, dans chaque cas douteux, la plausibilité du lien causal entre l'hospitalisation et l'infection. Cela est particulièrement indispensable dans les expertises médicales pour responsabilité.

Une exception par rapport à ce délai concerne les infections du site opératoire (organe opéré) qui sont considérées comme nosocomiales quand elles surviennent dans les 30 jours suivant l'intervention, ou bien dans l'année qui suit la mise en place d'une prothèse.

□ **Les spécialités et le type d'infection**

La répartition de l'infection nosocomiale par service et par type d'infection (exemple de l'hôpital Charles Nicolle de Tunis) montre :

- qu'en **chirurgie générale**, l'infection des voies respiratoires inférieures est au premier plan, suivie par l'infection de la plaie opératoire,

- qu'en **urologie**, on note une prédominance des infections urinaires (voies urinaires),

- qu'en **pédiatrie**, c'est la septicémie (infection généralisée) et les infections des voies urinaires qui sont au premier plan,

- qu'au **service de maternité**, on enregistre surtout les infections de la paroi abdominale suite à des césariennes.

□ **Comment le malade s'infecte**

Cette notion est essentielle car elle permet de savoir où se situe la faute médicale et par conséquent comment prévenir le risque médico-légal de cette infection dans les structures sanitaires publiques et privées.

Deux voies essentielles de transmission microbienne :

- *la voie aérienne* : par nettoyage incorrect, système d'humidification, refroidissement de l'air (climatisation) : dans l'environnement,

- *la voie manu portée*, de loin la plus fréquente : par contact avec des objets, du matériel, des surfaces ou un sujet contaminés,

- *la voie du matériel de soin* : cathéter, sonde, fibroscope, ... Dans ce cas, les microbes adhérents à la surface du matériel souillé, infecte l'organisme.

□ **Risque médico-légal et prévention**

La fragilité du malade et les actes invasifs sont de réels facteurs de risque.

La question de la faute et de la responsabilité médicale sera discutée en fonction des mesures de sécurité adoptées pour éviter l'infection nosocomiale. Lorsqu'il sera établi que le matériel médical est souillé ou l'environnement sanitaire est défaillant en matière d'hygiène, dans ce cas, il y a bien une faute et une responsabilité.

En réalité, il y a un certain nombre de situations où l'infection nosocomiale reste inévitable. Ce constat est réel dans tous les pays les plus avancés en matière de médecine, d'où le rôle de la prévention pour limiter ce risque.

Pour éviter la survenue d'infection nosocomiale pouvant provenir des patients hospitalisés, de l'environnement hospitalier ou du personnel soignant, il convient d'appliquer deux grands types de mesures d'hygiène :

- o Les précautions habituelles à respecter lors de soins à tout patient
- o une stérilisation du matériel médical,
- o les précautions particulières pour tout patient infecté :
 - Le lavage des mains simples, antiseptique ou chirurgical, en fonction de l'acte et du patient
 - Les mesures d'isolement notamment pour les malades infectés (chambre seule).

4.3- L'Anesthésie - Réanimation

Elle est pourvoyeuse de dommages graves avec séquelles handicapantes, la mortalité est aussi une circonstance observée aussi bien à l'hôpital qu'en clinique privée. De ce fait, le domaine de l'anesthésie réanimation est actuellement l'un des domaines les plus visés en responsabilité médicale. Il s'agit d'une spécialité à haut risque comme la gynécologie – obstétrique et la chirurgie.

En Tunisie, une enquête épidémiologique prospective et multicentrique menée sur 1182 anesthésies du 1^{er} au 30 septembre 1995 a dégagé les constatations suivantes :

↳ Parmi les 1182 anesthésies, 37,5 % étaient assurées par des techniciens supérieurs en anesthésie ou des médecins anesthésistes,

↳ 22 % des 1182 anesthésies étaient assurées par un médecin anesthésiste réanimateur présent dans la salle d'opération.

Les complications sont dominées par les incidents cardio-vasculaires survenus en per-opératoire (22,4 %) alors que la fréquence des incidents respiratoires est 8,5 %.

L'erreur médicale a été dans ce domaine largement incriminée, dans de nombreux pays :

- Erreur humaine : 91 % à 98 %
- Défaillance technique : 04 % à 09 %

En médecine tunisienne, l'erreur est due

- o à un défaut de consultation préanesthésique,
- o à une absence de médecin anesthésiste-réanimateur,
- o au retard de réanimation et
- o à l'absence de moyens de réanimation en cas de complication.

Pour éviter de tomber dans la faute, il faut aller préventivement :

- ↳ une consultation pré-anesthésique lorsqu'il s'agit d'une intervention programmée,
- ↳ des moyens nécessaires à la réalisation de cette anesthésie impliquant la programmation de l'anesthésie et sa réalisation,
- ↳ une surveillance continue après intervention,
- ↳ une organisation permettant de faire face à tout moment à une complication liée à une intervention ou à l'anesthésie.

Tout manquement à l'un des quatre impératifs, génère une faute médicale.

5 - Faute à l'hôpital public

Le phénomène de mise en cause des médecins et auxiliaires médicaux prend de plus en plus d'ampleur en Tunisie. En effet, le nombre de plaintes enregistrées au Ministère de la Santé Publique contre de présumées fautes médicales du secteur public et privé ne cessent d'augmentées (46 plaintes en 1997 contre 21 plaintes en 1990)

L'article 83 du COC tunisien, énonce que « *La faute consiste, soit à omettre ce qu'on était tenu de faire, soit à faire ce dont ont était tenu de s'abstenir, sans intention de causer un dommage* ».

5.1- Catégories de fautes rencontrées à l'hôpital public

L'étude de 20 arrêts du Tribunal Administratif tunisien en matière de responsabilité médicale à l'hôpital public entre 1976 et 1997, a permis de retirer les conclusions suivantes : La faute a été considérée par le juge comme fondement unique de la responsabilité administrative durant la première phase de développement de sa jurisprudence, elle a été recherchée quelles que soient les circonstances dans lesquelles se produit le dommage.

Trois catégories de fautes ont pu être individualisées, entraînant chacune un type de responsabilité.

5.1.1- Responsabilité pour faute prouvée

Il s'agit des cas où la faute est facilement établie, devenant ainsi le fondement logique de la responsabilité.

Contrairement à la jurisprudence française qui jusqu'à 1992 faisait la distinction entre la faute simple et lourde, le juge administratif tunisien en se basant sur l'article premier du DB de 1888, a d'emblée éliminé toute gradation de la faute et s'est contenté de la preuve de la faute pour

retenir la responsabilité de l'établissement public : «L'article premier dudit décret n'admet pas pour engager la responsabilité de l'administration que la faute simple. Il suffit qu'une faute soit prouvée pour que l'administration soit débitrice de tout préjudice causé, sans droit, à autrui ».

Constituent une faute prouvée :

- *L'ablation d'un rein unique.*
- *L'infection contractée dans un hôpital : tétanos néonatal.*
- *Le défaut de surveillance des malades et des visiteurs(2 affaires) : suicide d'un malade psychiatrique et brûlure d'un malade suite à un incendie déclenché accidentellement par un visiteur qui préparait du thé dans la chambre d'un malade à l'aide d'un petit poêle.*
- *L'injection intramusculaire entraînant une paralysie d'un membre inférieur.*
- *L'échange accidentel de bébé dans une maternité.*
- *L'oubli de corps étranger à l'intérieur du corps humain après une intervention chirurgicale (2affaires).*

5.1.2- Responsabilité pour faute présumée

La présomption de faute admise par les juges administratifs tunisiens et français, n'est jamais une présomption de droit. C'est une présomption du fait de l'homme, ici le juge, qui «opère le déplacement de l'objet de la preuve, au lieu d'exiger la démonstration directe de la faute, se contente d'indices à partir desquels il en présume l'existence ».

La jurisprudence française a bien défini les conditions de recours à la présomption de faute : le juge a la certitude qu'à la suite d'un acte déterminé, il y a eu un dommage lié à cet acte. Celui-ci a-t-il été fautif, nul ne le sait et ne peut le démontrer. Mais la disproportion est telle entre le résultat normalement attendu et ce qui c'est réellement produit, que la juridiction suppose la faute établie. Le juge utilise en général la formulation suivante : « Les troubles constatés révèlent un fonctionnement défectueux du service de nature à engager la responsabilité ». Dans ces conditions, la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée sans que l'auteur de la faute soit connu, ni surtout que l'acte ou la défaillance constitutifs de la faute soient localisés à l'intérieur du service et que le mécanisme soit démontré. Cependant, ce raisonnement est toujours construit à partir de l'existence d'un dommage important et peu fréquent.

Contrairement à la jurisprudence administrative française, le champ d'application de la présomption de faute est facilement retenu par le juge administratif tunisien. Les mécanismes optés par le juge administratif pour retenir la présomption de faute ont subi une évolution rapide en l'espace de 4ans :

5.1.2.1. Première évolution jurisprudentielle

Le renversement de la charge de la preuve a été retenu dans deux arrêts (arrêt "Hafsi" et arrêt "Chebbi"), ce mécanisme a permis à la victime d'être déchargée du fardeau de la preuve et au juge d'enlever un

obstacle majeur à l'élargissement de la responsabilité des services publics hospitaliers.

Dans l'arrêt "Hafsi" (1993), il s'agissait de complications neurologiques consécutives à un acte de coronarographie dont l'indication était juste et qui s'était compliqué de séquelles neurologiques dont l'I.P.P. a été évaluée à 70%. Le juge administratif a retenu la présomption de faute devant la gravité du préjudice, à l'occasion d'un acte réputé bénin et devant l'impossibilité pour la victime de rapporter la preuve d'une faute commise par le service hospitalier. Ce qui l'a amené à inverser la charge de la preuve : « l'administration n'a pas démontré que toutes les mesures de prévention et sécurité ont été correctement prises afin d'éviter le préjudice dont a été victime monsieur... »

Pour l'arrêt "Chebbi" (1996), il s'agissait du décès d'un patient dans un dispensaire par choc anaphylactique provoqué par une injection intramusculaire de Pénicilline chez une personne non connue allergique et pour qui les soins urgents n'auraient pas été correctement effectués. Le juge administratif retient la présomption de faute en considérant que « ...l'hôpital public doit apporter une preuve pour démontrer que tous les soins urgents ont été effectués pour sauver le patient. L'administration n'ayant pas apporté cette preuve, la responsabilité de l'État est retenue... »

5.1.2.2 Deuxième évolution jurisprudentielle

Le tribunal ne désigne pas l'agissement fautif qui fonde la présomption ; Mieux encore, il ne localise pas l'origine du préjudice à l'intérieur du service. D'autre part, il juge qu'il n'est pas nécessaire de connaître l'auteur de la faute : il existe une responsabilité présumée de l'établissement, sur la base de la notion de faute de service (arrêt "Farhat").

Il s'agissait de complications urologiques, infectieuses et sexuelles consécutives à une rupture utérine au cours d'un accouchement dystocique par voie basse. Devant la complexité de l'affaire et l'importance des préjudices le juge a retenu la présomption de faute tout en énonçant de nouvelles règles de la responsabilité pour faute présumée :

- ♦ La responsabilité présumée de l'établissement public est retenue indépendamment de l'origine du dommage occasionné à l'intérieur de cet établissement et de la qualité de l'agent fautif.

- ♦ La faute présumée se limite dans ce cas à la constatation d'un dommage occasionné à l'intérieur du service hospitalier.

Ce raisonnement se rapproche énormément de celui des juges administratifs français en matière de faute présumée.

5.1.3 La responsabilité sans faute

L'édifice jurisprudentiel exclusivement construit sur la faute a commencé à être sérieusement ébranlé lorsque le Tribunal Administratif a accepté d'introduire la responsabilité sans faute en matière de dommages de travaux publics, cependant, ce pas ne fut pas effectué en matière de dommage survenant au sein des établissements publics de santé.

La jurisprudence française quant à elle a rapidement évolué en matière de responsabilité sans faute depuis 1990.

En Tunisie, la responsabilité pour risque est plutôt adoptée par la jurisprudence administrative sous le masque de responsabilité pour faute présumée. Cette jurisprudence actuelle, préjudiciable à la médecine et au médecin, peut paraître comme une mise en cause de la compétence professionnelle. L'arrêt "Hafsi" en 1993 considéré à tort comme responsabilité pour faute présumée et dont les faits sont tout à fait superposables à l'arrêt Français "Bianchi" en est un exemple indiscutable :

- L'acte de coronarographie était nécessaire au diagnostic ;
- Le risque était connu et sa réalisation exceptionnelle 0,2% d'après la littérature tunisienne ;
- Aucune raison ne permet de penser que le malade y était exposé
- Le dommage résultant présente une extrême gravité.

En effet dans l'arrêt "Bianchi" du 9 avril 1993, le Conseil d'État français a précisé : « Considérant, toutefois, que lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement d'un malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le malade y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public est engagée si l'exécution de cet acte est la conséquence directe du dommage sans rapport avec l'évolution prévisible de son état, et présentant un caractère d'extrême gravité » [Arrêt Bianchi]

Le rejet de la responsabilité sans faute dans l'arrêt "Hafsi" semble traduire une obéissance stricte à l'article premier du Décret Beylical de 1888, où la responsabilité reste fondée sur la faute prouvée ou la faute présumée.

En résumé, il semble que le Tribunal Administratif a fait une application, sans nuance, de la faute. En effet, si dans certains cas, l'admission de la faute n'a pas soulevé d'objection, la faute apparaissant comme fondement approprié aux affaires jugées, il n'en va pas de même dans d'autres affaires où au contraire, on a constaté que le Tribunal Administratif semble solliciter d'une manière quelque peu abusive la faute en la présumant tout d'abord pour la substituer à la notion de risque qui manifestement, semble être le fondement le plus approprié.

5.2- La faute de service

Le souci permanent d'indemnisation des victimes semblant prédominer dans certaines affaires. Le juge administratif a engagé la responsabilité quasi exclusive de l'hôpital sur la base d'une faute de service. Dans ce sens, le législateur tunisien a conditionné la mise en œuvre de la responsabilité des services publics par l'existence d'une faute de service ou personnelle en citant la notion de faute de service dans l'article 8 de la loi n°83-112 du 12 décembre 1983 et dans l'article 85 du C.O.C. Cependant, ces

deux textes n'ont pas défini la notion de faute de service, laissant ainsi à la jurisprudence le soin de le faire. En effet, le juge administratif est intervenu pour décider, selon les circonstances de l'affaire, s'il y a eu faute de service engageant la responsabilité de l'hôpital ou non. Sur les 20 arrêts traités, la responsabilité de l'hôpital public a été retenue à 19 reprises, la faute de service semble être évidente dans 9 cas et discutable voir non qualifiée de faute de service dans 10 cas

5.2.1 La faute de service est évidente

- Tétanos néonatal contracté dans un hôpital.
- Défaut de surveillance : Suicide d'un malade psychiatrique hospitalisé dans un service de psychiatrie.
- Brûlures graves des doigts d'un nouveau-né dans une maternité par une plaque chauffante.
- Décès à l'hôpital suite à un incendie provoqué involontairement par un visiteur.
- Échange de bébé au sein de la maternité.
- Non hospitalisation et décès pour défaut de place.
- Décès suite à un choc anaphylactique dans un dispensaire.
- Brûlure du genou à la suite d'une intervention chirurgicale.

5.2.2 La faute de service est discutable voir non qualifiée de faute de service

- L'amputation de 2 doigts de chaque main secondaire à des soins non attentifs et non conformes aux données actuelles de la science pratiquée par un chirurgien.
- Néphrectomie sur rein unique.
- Injection intramusculaire mal faite occasionnant une paralysie d'un membre inférieur.
- Injection intraveineuse mal faite : complications ischémiques d'une injection intra artérielle de Bristopen causant des amputations partielles des phalanges.
- Oubli de corps étranger (compresse) lors d'une intervention chirurgicale. (2 affaires)
- Accident de coronarographie.
- Élongation du plexus brachial lors de l'accouchement.
- Accident d'anesthésie : absence de médecin anesthésiste réanimateur dans la salle d'opération et retard d'administration des soins de réanimation.
- Rupture utérine à la suite d'un accouchement par voie basse au cours d'un accouchement dystocique.

De ces 10 cas litigieux excepté l'accident de coronarographie où on ne dénote aucune faute, il ressort essentiellement une notion de faute personnelle de l'agent public (médecin, infirmier) dont la gradation n'est pas toujours précisée par le juge administratif qui par ailleurs n'en tient pas compte et estime que : «l'imputation de la faute

simple ou dolosive à l'hôpital trouve son fondement dans l'activité quotidienne des médecins de la santé publique. Ce dernier, ainsi que tous les agents hospitaliers sont statutairement et organiquement des exécutants d'un service public, toute faute de leur part ne peut être que dépendante de leur tâche ».

5.3 Conclusion

Le juge administratif tunisien dans un souci d'indemnisation de la victime et devant peut être la non solvabilité du corps médical relève la faute du groupe mais ne connaît comme responsable que l'administration hospitalière qui endosse la responsabilité de chaque participant et celle du service.

Une série de questions s'impose dans ce cas :

- L'État est-il devenu un « assureur tous risques », garantissant la réparation des dommages causés aux usagers des services publics afin d'assurer la continuité du service public ?
- Comment expliquer l'intransigeance du juge judiciaire dans des affaires similaires survenues au secteur privé sanctionnant le fautif dans la majorité des cas ?
- Est-ce un problème de conditions du travail à l'hôpital ?

Conclusion

Depuis déjà bien longtemps, le médecin motivé par le principe moral de bienfaisance et inspiré par une philosophie utilitariste adopte une attitude paternaliste pour toutes les décisions de diagnostic et de traitement.

Actuellement, c'est une attitude plus soucieuse de l'autonomie de l'individu, de la liberté qu'a chacun de nous d'avoir des préférences, et donc de choisir ce qu'il décide pour lui-même : l'information et le consentement du malade sont à l'ordre du jour.

Paradoxalement, cette obligation d'information du malade notamment sur les risques encourus, servira aussi à éclairer le patient sur certains risques en cas de soins, qui ne sont pas des fautes, et par conséquent évitera certaines plaintes abusives et « dommageables », pour lui pour la justice et le médecin.

Prenant acte de l'évolution des mœurs, du droit et de l'éthique, les règles actuelles énoncent un certain nombre de bonnes conduites des médecins dans l'approche quotidienne des maladies mais surtout dans leurs relations avec le malade.

Mais comme la règle de l'art médical n'est pas une liste d'exams ou de gestes que le médecin aurait à suivre pour échapper à toute responsabilité, il y aura toujours ce conflit éternel entre médecin, justice et parent du malade.

Dans ces conditions, le rôle de l'expertise médicale – *civile ou pénale* – prend tout son importance, mais l'expertise comme elle se pratique à l'heure actuelle, pose des problèmes de structure et de compétence, du côté du médecin et du côté du juge. Et pour favoriser une meilleure administration de la justice, la réponse réside beaucoup plus dans la désignation de véritables experts. Mais aussi la pertinence de la mission d'expertise afin qu'elle soit réellement un complément nécessaire et indispensable des modes de preuves qui guidera le juge pour fonder son jugement.