جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : القانون العام

المرجع .....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

العقد الطبي في القانون الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الطبي

من إعداد الطالب :

– رضا بلعيدي

تحت إشراف الأستاذة :

– بن قارة مصطفى عائيشة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة.....بن عزوز سارة.....رئيسا

الأستاذة..... بن قارة مصطفى عائيشة..... مشرفا مقررا

الأستاذ.....حيدرة محمد.....مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

نوقشت يوم:**2021/07./14.**

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى أعز ما يملك الإنسان في هذه الدنيا إلى ثمرة نجاحي إلى من أوصى بهما الله سبحانه وتعالى :

" وبالوالدين إحسانا "

إلى الشمعة التي تحترق من أجل أن تضئ أيامي إلى من ذاقت مرارة الحياة وحلوها، إلى قرة عيني وسبب نجاحي وتوفيقي في دراستي إلى

"إمي "

أطال الله في عمرها

إلى الذي أحسن تربيتي وتعليمي وكان مصدر عوني ونور قلبي وجلاء حزني ورمز عطائي ووجهني نحو الصلاح والفلاح إلى

"أبي "

أطال الله في عمره

إلى أخواتي وجميع أفراد عائلتي

إلى أستاذتي **" بن قارة مصطفى عائيشة "** و جميع الأساتذة الأجلاء الذين أضاءوا طريقي بالعلم

وإلى كل أصدقاء الدراسة و العمل ومن كانوا برفقتي أثناء إنجاز هذا البحث إلي كل هؤلاء وغيرهم ممن تجاوزهم قلمي ولن يتجاوزهم قلبي أهدي ثمرة جهدي المتواضع

شكر وتقدير

- الحمد لله على توفيقه وإحسانه، والحمد لله على فضله وإنعامه، والحمد لله على جوده وإكرامه، الحمد لله حمدا يوافي نعمه ويكافئ مزيده

أشكر الله عز وجل الذي أمدني بعونه ووهبني من فضله ومكنني من إنجاز هذا العمل ولا يسعني إلا أن أتقدم بشكري الجزيل إلى كل من ساهم في تكويني وأخص بالذكر أستاذتي الفاضلة **" بن قارة مصطفى عائيشة "**

الذي تكرمت بإشرافها على هذه المذكرة ولم تبخل علي بنصائحها الموجهة لخدمتي

فكانت لي نعم الموجه والمرشد

كما لا يفوتني ان أشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الذين تشرفت لمعرفتهم وتقييمهم لمجهوداتي

كما أشكر كل من قدم لي يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو بعيد

إلى كل هؤلاء أتوجه بعظيم الامتنان وجزيل الشكر المشفع بأصدق الدعوات .

مقدمة

لقد ظهرت مهنة الطب منذ ظهور الإنسان على وجه الأرض، نظرا لحاجة هذا الأخير للتداوي من العلل أو العوارض الصحية التي قد تصيبه حفاظا على بقائه، و بالتالي بقاء المجتمع و استقراره، غير أن وسائل العلاج قد تعددت بتعدد مراحل تطور هاته المهنة، حيث كان العلاج يتم عن طريق العرافين و الكهنة في عصور الجاهلية، ثم تطور فأصبح يتم بواسطة الأعشاب خلال العصور الوسطى، إلى أن وصل الأمر في العصر الحديث إلى العلاج بواسطة الأدوية من طرف أطباء يمتلكون من العلم ما يمكنهم من ممارسة مهنة الطب[1].

و قد عرف المجال الطبي تطورا هائلا خلال هذا العصر، حيث أصبح بإمكان الإنسان باعتباره مخلوقا ضعيفا بطبعه يسعى دوما إلى العيش صحيحا معافى في جسمه و عقله، التداوي من أيمرض أصابه خاصة و أن حياته مرتبطة ارتباطا كليا بسلامة جسمه، و هذا ما أدى بكل التشريعات إلى إباحة الأعمال الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان، و ذلك لأن تدخل الأطباء على جسد هذا الأخير غالبا ما يتم بهدف علاجه و ليس بهدف الإضرار به.

غير أن هذا التطور العلمي المذهل الذي شهده المجال الطبي قد رافقته مخاطر كبيرة، و ذلك لأن الجسد البشري الذي تتمحور حوله مهنة الطب مازال يعتبر كائنا مجهولا في العديد من جوانبه، كما أن هذا التطور الطبي قد صاحبه تطورا تكنولوجيا هاما، حيث أصبح العلاج يتم عن طريق اعتماد الأطباء على الألأت و الأدوات الطبية الحديثة التي تتميز بتعقيدها و دقتها و حساسية السيطرة عليها ، وهذا ما أدى إلى زيادة الأفعال الضارة بصحه الإنسان و سلامته الجسدية، و بالتالي زيادة دعاوى المسؤولية المرفوعة أمام القضاء التي اشتد الخلاف حول طبيعتها بين رجال القانونو الفقه و القضاء تبعا لاختلافهم حول طبيعة العلاقة التي تربط

[1]– أنظر، محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 1–2.

الطبيب بمريضه، خاصة و أن هذا الأخير حين إقباله على العلاج فهو إما يتوجه إلى مستشفى أو مصحة عمومية، كما قد يتوجه إلى طبيب خاص يمارس نشاطه الطبي في إحدى المرافق الصحية الخاصة، و ذلك لأن العلاقة بين الطبيب و المريض في الحالة الأولى تختلف عن مقلتها في الحالة الثانية[2].

و استمر الخلاف بين رجال الفقه و القضاء، خاصة و أن العديد منهم كان ينفي الطابع التعاقدي على علاقة الطبيب الخاص بمرضاه على أساس أن طبيعة العلاج، و نوع الدواء، و طرق إجراء العمليات الجراحية، و ما إلى ذلك من المسائل العلمية الفنية هي أمور يجهلها المريض العادي، و من ثم فإنها لم تدخل في تقديره و لم تنصرف إرادته إليها، و بالتالي فان التزام الطبيب بوجوب مراعاتها لا يعتبر التزاما عقديا، لأن الالتزامات التعاقدية هي تلك الالتزامات التي ارتضاها الطرفان، عكس ما هو عليه الحال في العلاقات الطبية التي لا يمكن للمريض باعتباره طرفا فيها ارتضاء مسائل و أمور يجهلها[3].

و بقي الأطباء يخضعون لنظام المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن طبيعة علاقة الطبيب المعالج بالمريض إلى غاية صدور قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية المعروف بقرار "Mercier" بتاريخ 20 ماي 1936 و الذي اعتبر أن ما يربط الطبيب بمريضه هو عقد حقيقي، و أن المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد هي مسؤولية من نفس الطبيعة، أي عقدية هي الأخرى، و هذا ما أدى إلى تلاشي

[2]– أنظر، مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 65 و ما يليها.

[3]– غادة مجيد فؤاد مخطار،حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني،دراسة مقارنة،الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت لبنان،2011،ص 105–106.

السلطة الأبوية التي كان يمارسها الأطباء على مرضاهم، و حلت محلها حرية الاختيار اللي لمح يتمتع بها طرفا العقد الطبي طبقا لمبدأ سلطان الإرادة[4].

و لعل من دوافع البحث في موضوع العقد الطبي الذي هو محل دراستنا باعتباره اتفاقا بين الطبيب الخاص الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص و المريض الذي يقصده بغرض العلاج يتم بموجبه علاج الطبيب للمريض المتعاقد معه مقابل أجر معلوم يلتزم هذا الأخير بدفعه، انتشار ظاهرة العلاج لدى أطباء القطاع الصحي الخاص دون علم المرضى، و في بعض الأحيان حتى الأطباء بأن تلقي العلاج داخل هذا القطاع غالبا ما يكون بموجب عقد طبي يمثل الوعاء القانوني الذي يحدد حقوق و التزامات كل طرف من طرفيه، و خاصة المريض الذي يجهل جل هاته الحقوق[5].

إضافة إلى اقتصار اهتمام معظم الباحثين في المجال الطبي على موضوع المسؤولية الطبية، دون إعطاء أهمية لموضوع علاقة الطبيب الخاص بالمريض الذي يقصده طالبا خدماته الطبية، بالرغم من الفراغ الذي تركه القضاء الجزائري في هذا الصدد، و ذلك لأن أول ما يلحظه الباحث في هذا الموضوع هو قلة الأحكام، أو القرارات القضائية الجزائرية المتعلقة بالنزاعات الناشئة عن العلاقات الطبية التعاقدية، خاصة بعد توسع دائرة الطب الحر الذي أصبح ينافس الطب العام، و هذا في ظل التحولات العلمية الحديثة التي يعرفها المجال الطبي في عصرنا هذا.

[4]– منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 55.

[5]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجدد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 18.

مع العلم أن العلاقة الطبية التعاقدية ليست وليدة التطور التاريخي فقط، بل هي وليدة التطور التقني و العلمي الذي انعكس أثره على مهنة الطب مما أدى إلى تدخل المشرعين في العديد من دول العالم بما فيهم المشرع الجزائري من أجل تنظيم علاقة الطبيب بمرضاه، و هذا ما فتح المجال لدراسة العقد الطبي في ظل انتشار الطب الحر، خاصة بعد فتح المجال أمام الأطباء لممارسة نشاطهم الطبي في القطاع الصحى الخاص متى توافرت فيهم الشروط المحددة قانونا[6].

أهمية الموضوع

ونظرا لأهمية ودقة البحث، وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة، فتح باب الاجتهاد والبحث الدراسة العلاقة التعاقدية التي تربط بين المريض والطبيب من بدايتها إلى نهايتها، محاولين إظهار النقاط والأحكام المختلفة لطبيعة العقد الطبي القانونية. وهذا ما يستوجب علينا طرحا الإشكالية التالية:

ما هو التكييف القانوني الملائم للعقد

المبرم بين الطبيب والمريض كون العيادة محل العقد؟

وتتفرع عن هذا الأشكال عدة تساؤلات فرعية تقول :

- ما المقصود بالعقد الطبي (عقد العلاج الطبي) ؟

- ما هو الطابع القانوني الذي يأخذه العقد الطبي عن باقي العقود المشابه له ؟

- ما هو التكيف القانوني للطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض في ظل القطاع الخاص والعام

[6]- أنظر، نصي المادتين (201) - (197) من القانون رقم (85 - 05) المؤرخ في 26 جمادي الأولى 1405 الموافق ل 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

؟ ولمعالجة إشكالية هذا الموضوع والتساؤلات الفرعية

المنهج المتبع

لقد اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج الوصفي في الفصل الأول والذي يتلاءم مع هذا النوع من الدراسة بالإضافة إلى المنهج التحليلي ، أما الفصل الثاني فاعتمدت على المنهج المقارن.

لقد بذلت ما في وسعي لإنجاز هذا العمل المتواضع ، متجاوزة بذلك كل الصعوبات التي واجهتني ، والتي من بينها ، قلة المراجع المتخصصة في هذا الموضوع وصعوبة التوصل الى المراجع.

هذا وللإجابة على الإشكالية الرئيسية الموضوع وما تفرع منها من تساؤلات فرعية اتبعنا الخطة التالية، والتي تناولنا فيها موضوعا وفق خطة التالية وهي

إذ جاء الفصل الإطار المفاهمي العقد الطبي ويتفرع عنه مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ماهية العقد الطبي أما المبحث الثاني خصصناه تكوين العقد الطبي

وجاء الفصل الثاني بعنوان الاثار القانونية العقد الطبي الالتزامات المترتبة على الحق الطبي و آثار الإخلال بها والذي بدوره يتفرع عنه مبحثين، تناولنا في المبحث الأول المسؤولية الالتزامات المترتبة على الحق الطبي و آثار الإخلال بها ، وأما فيما يخص المبحث الثاني. المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد الطبي

الفصل الأول

الإطار المفاهمي العقد الطبي

يعتبر العقد الطبي من العقود الشائعة في الآونة الأخيرة ، نظرا للتقدم الحاصل الذي يشهده العالم من ظهور ابتكارات علمية حديثة في مختلف الميادين، سواء ما كان منها في المجال الإقتصادي، أو الإجتماعي وحتى السياسي و ، دون أن نغفل التطور الهائل الذي عرفه الطب الحديث في النصف الثاني من القرن الماضي الذي تخل عن الطرق التقليدية القديمة فلقد عرف تطور ملحوظا، وصل إلى قمته، فالتطور في المجال الطبي لديه عدة ركائز يقوم عليها سواء من حيث الأداء، أو من حيث و سائله المستعملة

لقد استمر الجدل طويلا بين رجال القانون حول طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب الخاص و المريض الذي بقصده رض العلاج إلى غاية صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936، الذي أكد الطابع التعاقدي لهاته العلاقة، حيث اعتبر أن ما يربط الطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص بالمريض الذي يتوجه إليه رض العلاج هو عقد طبي.

إلا أنه ما دام هذا العقد هو وليد العصر الحديث، فان الفقهاء قد وجدوا صعوبة في دراسته و استنباط أحكامه مما أدى إلى اختلافهم حول تحديد ماهيته و ذلك لأن العقود تختلف باختلاف أحكامها و طرق انعقادها.

و على هذا الأساس فانه من الضروري إعطاء التكييف الصحيح للعقد الطبي، و من ثم تحديد ماهيته بغرض إدراجه ضمن طائفة معينة من النظم القانونية حتى يستمد منها أحكامه و هذا ما ستتمحور حوله دراستنا في مبحث أول، و تحديد كيفية انعقاده مثلما سنبين ذلك في مبحث ثان.

المبحث الأول:ماهية العقد الطبي:

تعد مسألة تعريف العقد الطبي وتحديد مفهومه وتميزه عن ما يشابهه من العقود مسألة في غاية أألهمية خصوصا أن الكثير من المهتمين بدراسة هذا النوع من العقود التي لم يرد لها تعريف مالئم لها و التغير الواضح في المسار القانوني لعالقة الطبيب بالمريض الذي أدى إلى االعتراف بوجود عقد طبي يربط بين هذين أألخيرين، ويحدد حقوق والتزامات كال منهما بصفة دقيقة وواضحة، جعل الفقهاء يجتهدون بغرض دراسة هذا العق

إن التغير الواضح في المسار القانوني لعلاقة الطبيب الخاص، بالمريض الذي أدى إلى الاعتراف بوجود عقد طبي يربط بين هذين الأخيرين، و يحدد حقوق و التزامات كلا منهما بصفة دقيقة وواضحة، جعل الفقهاء يجتهدون لغرض دراسة هذا العقد، و بالتالي تحديد مفهومه الذي سنتطرق له في مطلب أول، و بحث طبيعة التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية الذي ستتمحور حوله دراستنا في مطلب ثاني.

في حين فان التطرق لموضوع العقد الطبي باعتباره الرابطة اللي تنظم علاقة المريض بالطبيب يستلزم تحديد الحالات التي يسمح فيها لهذا الأخير بالتعاقد مع مرضاه من خلال دراسة صور العلاقات الطبية، و من ثم تحديد المجال الطبي الذي يسمح فيه للطبيب بإبرام عقود طبية مع المرضى الذين يقصدونه لغرض علاجهم و هذا ما سنتطرق له في مطلب ثالث[1].

المطلب الأول: مفهوم العقد الطبي:

نظرا لحاجة الناس إلى الطب و التداوي فقد أعتبر الطب من العلوم المهمة في الحياة البشرية، فبتعلمه و تطبيقه تتحقق نتائج كثيرة فيها مصلحة عظيمة للفرد وللجماعة، فالمنافع الجليلة التي يحققها العمل الطبي العلاجي، و المتمثلة في الحفاظ على الصحة و دفع ضرر

[1]– ، زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض) في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 35

الأمراض عن بدن الإنسان و هذا ما سنتطرق له في فرع أول؛ و كذلك من حيث طبيعته القانونية وهذا هو محتوى الفرع الثاني؛ كما أن للعقد الطبي خصائص سنذكرها في فرع ثالث.

الفرع الأول: تعريف العقد الطبي.

اختلف الفقهاء الدارسون للقانون على ماهية العقد الطبي،لأنه من العقود الحديثة النشأة، فصعب عليهم تحديد طبيعته القانونية التي تنظمه فهو ليس من العقود التي يتعامل بها الأفراد ، إلا أن العديد من الفقهاء قد سارعوا مع مرور الوقت إلى وضع العديد من التعاريف لهذا العقد سنعرج على ذكر البض منها، ولكن قبل ذلك سنبدأ بتعريف العقد لغة و اصطلاحا.

أولا: تعريف العقد لغة واصطلاحا:

إن تعريف العقد لغة يختلف عن تعريفه اصطلاحا كما يلى:

1 – تعريف العقد لغة:

إن العقد لغة هو" كلمة تفيد الربط بئن أطراف الشيء وجمعها". **أما بين الكلاميين**" فيراد بها العهد"

2 – تعريف العقد اصطلاحا:

إن العقد هو "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين

يتضح من خلال هذا التعريف أنه يجب أن يصب اتفاق الإراديين على إحداث أثر قانوني، أما إذا اتجهت الإراديين إلى غاية أخرى، فان المشي القانوني للعقد ينتقي.

هذا بالنسبة للعقد بصفة عامة، أما بالنسبة للعقد الطبي فقد تعددت تعارف الفقهاء له كما سنبين ذلك ضمن العنوان الأتي:

ثانيا:التعريف الفقهي للعقد الطبي:

لقد عرف **الأستاذ عبد الرزاق السنهوري** العقد الطبي بأنه" **اتفاق بين** الطبيب

والمريض، على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"[1].

و قد عرفه كذلك الأستاذ سافيتي بأنه "اتفاق بين طبيب من جهة والمريض أومن ينوب عنه من جهة أخرى، يلتزم الطبيب بمقتضاه أن يقدم للمريض عند طلبه المشورة والعناية الصحية"

وعلى هذا الأساس فان العقد الطبي وفقا لهذه التعاريف هو العقد القابل للتنفيذ من طرف الطبيب أو الجراح، و كذلك كل المساعدين الطبيين الذين هم تحت مسؤولية الطبيب المشرف على علاج المريض، بالإضافة إلى أنه عقد يرد على جسد الإنسان، لأنه رغم حرمة جسم هذا الأخير وقداسته شرعا وقانونا، إلا أن ضرورة العلاج والتداوي من الأمراض اللي قد نصيب المريض تفرض عليه اللجوء إلى الطب أملا في التخلص من آلامه، أو على الأقل التخفيف منها، و بالتالي يقدم على إبرام عقد طبي يعطي من خلاله موافقته للطبيب للبدء في العمل الذي تعاقدا من أجله، و المتمثل في تقديم العلاج المناسب له، على اعتبار أن العلاقة التي تربط بين الطبيب و المريض هي علاقة تقوم على الثقة المتبادلة بينهما، و لذلك فان للعقد الطبي طرفين هما المريض من جهة؛ و الطبيب من جهة أخرى سنتطرق لهما بأكثر تفصيل تحت العنوان التالي[2]:

ثالثا أشخاص العقد الطبي:

كما سبق ذكره فان للعقد الطبي طرفين هما المريض و الطبيب

1- المريض:

يعرف المريض بأنه كل شخص يعاني من علل صحية جسدية كانت أو نفسية أو حتى عقلية و هو بحاجة إلى مساعدة طبية تجعله يقصد طبيبا يعرض عليه التعاقد من أجل أن يقدم له العلاج المناسب لحالته المرضية، إذا كان باستطاعته ذلك بحكم كفاءته و

[1]– عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،2007، ص 09.

[2]– أنظر، محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا ٠ فتها– و اجتهادا، منشورات الطبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص12.

اختصاصه، و بالتالي فهو طرف أساسي في العقد الطبي لاشأنه شأن الطبيب، و ذلك لأنه لا يمكن إبرام عقد طبي بدون أحدهما[1].

2- الطبيب:

لقد جعل المشرع الجزائري- كغيره من باقي المشرعين- ممارسة مهنة الطب من اختصاص الأطباء بكل أصنافهم، ووضع شروطا لممارسة هاته المهنة سنتطرق لها بعد إعطاء تعريف محدد للطبيب.

أ – تعريف الطبيب:

يعرف الطبيب على أنه" الشخص العارف بتركيب البدن، ومزاج الأعضاء والأمراض التي قد تصيبها، وطرق الكشف عنها من جهة ووسائل علاجها من جهة أخرى".

مع العلم أن المشرع الجزائري قد وضع شروطا قانونية لممارسة هائه المهنة تتمثل في ما يلي:

ب – شروط ممارسة مهنة الطب:

لقد اشترط المشرع الجزائري بموجب المادة **(199)** من قانون حماية الصحة و ترقيتها (90-17) عدة شروط لممارسة مهنة الطب و ذلك ضمانا منه لحصر ممارسة العمل الطبي الطبي في المجال القانوني المباح لأجل تحقيق الأهداف النبيلة لهاته المهنة و تتمثل هاته الشروط فيما يلي:

1-الترخيص الوزاري:

لقد نصت المادة (199) من قانون حماية الصحة وترقيتها على أنه "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية..."، انطلاقا من الفقرة الأولى من المادة (199) المذكورة أعلاه، فان

[1]– أنظر، عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007/2008، ص 31.

المشرع الجزائري قد اشترط لممارسة مهنة الطب الحصول

على ترخيص وزاري يسلمه وزير الصحة لمن يريد مزاولة هاته المهنة ،مع العلم أن هذا الترخيص قد يكون عاما و شاملا لجميع أعمال المهنة مثلما هو الشأن بالنسبة للطبيب العام، في حين قد يكون الترخيص خاصا بممارسة أعمال طبية معينة كما هو الحال بالنسبة للطبيب المتخصص كطب العظام، و طب العيون، و طب التخدير[1].

إلا أن المشرع الجزائري قد قيد وزير الصحة لأجل الترخيص بممارسة النشاط الطبي بأربعة شروط و هي كالأتي:

2- شهادة في الاختصاص:

يشترط للحصول على الترخيص بممارسة مهنة الطب "أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب، أو جراح أسنان، أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها ".

و قد نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم **(71-215)**على أنه"تحدث شهادة لدكتور في الطب" و للحصول على هاته الشهادة يجب مزاولة سبع سنوات دراسة في الطب العام[2].

في حين نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم:(71-218) **على أنه** " تحدث شهادة لجراح الأسنان"، أما للحصول على شهادة طبيب جراح أسنان، فان مدة الدراسة المطلوبة قانونا هي خمس سنوات.

هذا بالنسبة للدراسة في نظام ما قبل التدرج، أما بالنسبة للدراسة في نظام ما بعد التدرج لنيل شهادة طبيب أخصائي، أو شهادة طبيب جراح أسنان أخصائي ، فقد نصت المادة الأولى من

---

[1]- أنظر، بن صغر مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة حرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2002 / 2003، ص 10- 11

[2]- أنظر، المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (71- 215) المؤرخ في 04 رجب عام 1391 الموافق ل- 25 غشت 1971، و المتضمن تنظيم الدروس الطبية

المرسوم التنفيذي رقم **(71-275)** على **أنه**"تحدث دورة ما بعد التدرج تمنح على إثرها شهادة الدروس الطبية الخاصة".

أما فيما يخص المدة المطلوبة لنيل شهادة طبيب أخصائي، أو طبيب جراح أسنان أخصائي ، فتتحدد بموجب قرار وزاري بالنسبة لكل شعبة.

3-أن لايكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة مهنة الطب:

يجب على الطبيب أن يكون سليم الجسد و العقل و مكتمل الأعضاء، لأن العاهة الجسدية أو العقلية قد تتعارض مع ممارسة الطبيب لمهنته المتمثلة في مساعدة و إسعاف الآخرين[1].

4-أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف:

و ذلك لأن العلاقة بين المريض و الطبيب هي علاقة ثقة متبادلة، و بالتالي فان الشخص الذي تعرض لعقوبة مخلة بالشرف لا يمكن أن يصبح محل ثقة، بل سوف يدنس قداسة مهنة الطب و يحط من قدر الأطباء.

5-أن يكون جزائري الجنسية:

و بالتالي فانه لا يمكن الحصول على الترخيص بمزاولة مهنة الطب في الجزائر إلا إذا كان طالب الترخيص يتمتع بالجنسية الجزائرية سواء كانت أصلية أم مكتسبة، و لكن المشرع الجزائري قد أورد استثناء عن القاعدة العامة سمح بموجبه للأطباء الأجانب الذين ينتمون إلى دول تربطها مع الجزائر معاهدات، أو اتفاقيات في هذا الشأن بممارسة مهنة الطب في الجزائر، و لكن بشرط أن يتخذ الوزير المكلف بالصحة مقررا بذلك[2].

و بالإضافة إلى هذا فان الطبيب أو جراح الأسنان الذي توافرت فيه الشروط المذكورة في المادة (199) المذكورة سابقا، ملزم بأداء اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم.

[1]- المادة (06)من المرسوم التنفذي رقم (71- 275) السابق الذكر.

[2] - الفقرة الثانية من المادة (197) من قانون حماية المحة و ترقيتها.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الطبي:

يمارس الإنسان جملة من النشاطات المستمرة لإشباع حاجاته اليومية، وذلك من خلال تعامله مع أرباب المهن الحرة ، كالمهندسين والأطباء وكذا المحامين ، وغيرهم بعقود، فإذا تم ذلك فإن المتعاقد لا يلتزم إلا بما تضمنه العقد، إلا أن هناك اختلاف بين فقهاء القانون على تحديد ماهية العقد المبرم بين الطبيب و المريض و على للالتزامات الناتجة عن هذا العقد ، لقد انتهى الخلاف و الجدل الواسع الذي كان قائما بين الفقهاء حول طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب و مرضاه، و حدث تحول في مواقف الفقهاء الذين سلموا بأن العلاقة اللي تربط بين الطبيب و المريض هي علاقة تعاقدية، و هذا بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 20 ماي 1936، و الذي اعتبر أن ما يربط بين الطبيب و مريضه هو عقد حقيقي إلا أنه و أمام سكوت القانون المدني الجزائري و معه بقية القوانين الأخرى عن تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، فان الجدل الفقهي قد عاد ليظهر من جديد، و بالتالي اختلف الفقهاء حول تكييف هذا العقد، فمنهم من اعتبره عقد وكالة (أولا)، و منهم من ذهب إلى القول بأنه عقد عمل (ثانيا)، و هناك من وصفه بأنه عقد مقاولة (ثالثا)، في حين و أمام هذا التضارب في الآراء الفقهية، فقد اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الطبي عقد ذو طبيعة خاصة (رابعا)[1].

[1]– المادة (199) من قانون حماية الصحة و ؛رقيتها.

أولا: العقد الطبي عقد وكالة:

ذهب جانب من الفقهاء إلى إعتبار العقد الطبي عقد وكالة، و تجد هذه التسمية مصدرها في القانون الروماني، و هذا يتعلق بأسباب اجتماعية تتمثل في نظرة المجتمع الروماني. لأنه يصعب تقديرها بالمال، و أن الطبيب يقوم بعلاج المريض دون مقابل و بالتالي فان العقد الطبي في هاته الحالة هو وكالة تبرعية ،أما المقابل المالي الذي كان يقدمه المريض لطبيبه فكان يعتبر هبة، و عرفانا بالجميل و الخدمات الجليلة التي كان يقدمها الطبيب[1].

إن هذا التوجه الفقهي يصعب التسليم به ، بل هو رأي تعرض لانتقاد شديد كما يلي:

حسب نص المادة (571) من القانون المدني الجزائري، فان مضمون عقد الوكالة هو قيام الوكيل بعمل باسم الموكل و لحسابه، هذا من جهة، و من جهة أخرى فان محل عقد الوكالة هو عملا قانونيا. و بالإضافة إلى هذا، فان المادة (581) من نفس القانون المذكور أعلاه قد نصت على أن" الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص من حالة الوكيل..."

في حين و بالرجوع إلى العقد الطبي فان الطبيب يقوم بالعمل الطبي باسمه و لحسابه الخاص. كما أن هذا العمل هو عملا ماديا و ليس قانونيا، بالإضافة إلى أن العقد الطبي هو عقد معاوضة ، لأن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق المريض، الالتزام بدفع أتعاب الطبيب المعالج و هذا ما يفهم من نص المادة (57) من مدونة أخلاقيات الطب.

ثانيا: العقد الطبي عقد عمل:

طبقا لنص المادة (02) من قانون العمل التي تعرف لنا العامل الأجير **بأنه**" كل شخص يودي عملا يدويا، أو فكريا مل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي،أو معنوي،عمومي،أو خاص يدعى(مستخدم)" أصحاب هذا الاتجاه الفقهي قد ذهبوا إلى القول بأن العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي نفسها العلاقة التي تربط بين العامل

[1]–غادة فواد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 123–124

الأجير ورب عمله، لأن العناصر التي يختص بها عقد العمل و المتمثلة في عنصري العمل، و الأجر من جهة، وعنصري المدة، و علاقة التبعية من جهة أخرى، هي نفس العناصر التي يمكن استنتاجها من العقد الطبي ،لأن الطبيب يودي عملا فكريا يتمثل في تقديم العلاج المناسب للمريض خلال مدة زمنية معينة مقابل أتعاب، أو أجر يتقاضاه في إطار منظم[1].

إن رأي أصحاب هذا التوجه الفقهي يلقى مستبعدا، لأنه و رغم التشابه الكبير بين العقد الطبي و عقد العمل، إلا أنه لا يمكن اعتبار العقد الذي يربط بين الطبيب و المريض عقد عمل، لأنه و بالرغم من أن الطبيب يقدم عملا طبيا للمريض مقابل أجر، إلا أنه يبقى مستقلا استقلالا تاما عن هذا المريض ولا يتلقى أية تعليمات أو أوامر منه، بل إن المريض هو الذي يتلقى التعليمات و الأوامر من طبيبه، فهذا الأخير هو صاحب القرار، و بالتالي هو حر في اختيار الطرق و الوسائل العلمية المناسبة لعلاج مرضاه، لأن المريض ليس له علم بأمور الطب، بل و حتى بحالته الصحية، و من ثم تنتفي علاقة التبعية بين الطبيب و المريض، أي أن الطبيب ليس تابعا للمريض، و لا يخضع لتعليماته و أوامره، بل إن العكس هو الصحيح.

[1]– ، القانون رقم (90–11) المؤرخ في 21/04/1990المتعلق بعلاقات العمل، المعدل و المتتم بمقتضى القانون رقم (91–29) المؤرخ في 21/12/1991.

ثالثا :العقد الطبي عقد مقاولة:

إنقسم جانب من الفقه إلى اعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاولة، و ذلك على أساس أن المقاول مستقل في تنفيذ عمله وتوجيه العمال الذين يستعين بهم لتنفيذ عقد المقاولة، وهو الذي يقوم بالإشراف عليهم . وهذا هو حال الطبيب الذي يتمتع بإستقلالية تامة أثناء أداء واجبه النبيل المتمثل في علاج المرضى، فيصف لهم العلاج المناسب دون تدخل أي شخص أخر يظهر التشابه أيضا بين العقدين في كون من يقوم بأدائهما يحصل على أجر كمقابل لما قام به. و هذا أتت به المادة 549 من ق م. التي عرفت المقاولة على أنها " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر[1].

إن هذا الطرح يصعب التسليم به كذلك، لأن أوجه التشابه بين العقد الطبي و عقد المقاولة التي استدل بها أصحاب هذا الاتجاه الفقهي لا تكفي وحدها للقول بأن العقد الذي يربط بين الطبيب و المريض هو عقد مقاولة، بل إن هناك الكثير من نقاط الاختلاف بين العقدين و المتمثلة فيما يلي: يختلف العقد الطبي عن عقد المقاولة في أن التزام الطبيب في غالب الأحيان هو التزام ببذل عناية، ، و في مقابل ذلك فان التزام المقاول هو التزاما بتحقيق نتيجة، لأن رب العمل يتعاقد مع المقاول من أجل إنجاز عمل ما، و بالتالي يتحتم على هذا الأخير إنجاز العمل الذي تم الاتفاق عليه[2].

و إلى جانب هذا فان العقد الطبي هو عقد شخصي، أي أن المريض يختار طبيبه على أساس كفاءته و الثقة التي يتميز بها، و بالتالي فان هذا العقد ينتهي بوفاة الطبيب، ، في حين فان عقد المقاولة لا ينتهي بمجرد وفاة المقاول، و من جهة أخرى فان عمل المقاول يعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص المادة (02) من القانون التجاري الجزائري، و بالتالي

[1]– المادة (549)من القانون المدني الجزائري.

[2]– زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 47.

فهو عمل يقوم على أساس الربح و الخسارة، كما أنه ينصب على أشياء غير حية، و في مقابل ذلك فإن عمل الطبيب يعد عملا مدنيا يخلوا من حسابات الربح و الخسارة، كما أنه ينصب على جسم إنسان من أجل تقديم المساعدة الطبية اللازمة له، و بالتالي فانه يستحيل وصف العقد الطبي بأنه عقد مقاولة.

رابعا : العقد الطبي عقد ذو طبيعة خاصة:

تعتبر النظريات التي تتميز بيها العقد الطبي التي قيلت بشأن تكييف العقد الطبي لم يتمكن أصحابها من الوصول إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فكل نظرية ركزت على عصر من عناصره و أغفلت العناصر الأخرى، و بالتالي لم تتمكن أي نظرية من هاته النظريات من إعطاء التكييف الصحيح للعقد الذي يربط بين الطبيب و المريض هذا من جهة، و من جهة أخرى مادام عقد التطبيب لم يتم تنظيمه و تفصيل أحكامه في القانون المدني الجزائري فانه يعتبر عقدا غير مسمى يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين أطرافه، و من عادات و أعراف مهنية الطب، كما يستمدها كذلك من التشريعات الطبية و بالإضافة إلى هذا، فان العقد الطبي هو عقدا مستقلا بذاته[1]، فهو ذو طبيعة خاصة بحيث يخرج عن نطاق عقود القانون العام، كما يصعب إدراجه ضمن عقود القانون الخاص، المسماة مع العلم أن ارتفاع نسبة العلاج في القطاع الصحي الخاص بسبب الاكتظاظ الموجود داخل المستشفيات العامة، و نوعية الخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء العيادات الخاصة، قد يؤدي إلى ارتفاع نسبة التعاقد في هذا المجال، و بالتالي فان ضرورة تنظيم العقد الطبي تشريعيا و سن أحكاما خاصة به أصبحت تشكل حتمية لا يمكن للمشرع الجزائري تجاهلها.

[1]– رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 433.

الفرع الثالث: خصائص العقد الطبي:

مما سبق التطرق إليه من تعريف للعقد الطبي و كذا طبيعته القانونية، تتضح جليا الخصائص التي ينفرد بها عن غيره من العقود في كونه عقد شخصي ومدني من خلال هذه الفرع

أولا: العقد الطبي عقد غير مسمى:

يعتبر العقد الطبي مسمى من العقود التي الذي لم ينظمه القانون، كما لم دخد^ه بأحكام خاصة، و باسم معين مثلما هو الحال بالنسبة للعقد الذي يربط بين الطبيب، و المريض الذي لم يتولى المشرع الجزائري تنظيمه و تسطير أحكامه بموجب القانون المدني أو القوانين ذات الصلة بالمجال الطبي،إلا أن هذا لا يعني أن العقد الطبيّ باعتباره عقدا غير مسمى لا يخضع للقانون، بل إنه يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود المسماة ، كما أنه يستمد أحكامه من عادات و أعراف مهنة الطب من جهة، و من التشريعات الطبية من جهة أخرى[1].

ثانيا: العقد الطبي عقد شخصي:

إن المريض كأصل عام يكون حر في اختياره للطبيب الذي يريد أن يتعالج عنده ذو لك استنادا إلى الثقة التي يجدها في الطبيب المعالج، و هذا ما يطلق عليه قانونا مبدأ الطبيب الذي يريد التداوي لديه دون غيره من الأطباء على أساس كفاءة و إمكانيات هذا الطبيب من جهة، و الثقة التي يتمتع بها هذا الأخير من جهة أخرى، حيث تمثل هاته المعايير أهمية خاصة لدى المريض، و تمكنه من اختيار الطبيب الذي يرى بأنه أفضل لعلاجه، و بالتالي فانه يجب احترام حق هذا المريض في حرية اختيار طبيب طبقا لنص المادة (80) من مدونة أخلاقيات الطب، مع العلم أن استعمال هذا الحق لا يرد على إطلاقه، بل يجب على هذا الأخير استعمال حقه في الاختيار لإبرام عقد طبي مع الطبيب الذي يمارس نشاطه لدى إحدى المرافق الصحية الخاصة، لأن الطبيب الموظف لدى مرفق صحي عام يعتبر في وضعية لائحية تمنعه مع التعاقد مع مرضاه، و يترتب على كون العقد الطبي عقد يقوم على الاعتبار

[1]– غادة فؤاد مجيد المختار، نفس المرجع، ص 119.

الشخصي انقضائه في حالة وفاة الطبيب المتعاقد معه[1].

ثالثا: العقد الطبي عقد إنساني:

ومن هنا نجد ان العقد الطبي عقدا إنسانيا، لأن الطبيب المتعاقد يقدم خدماته الطبية إلى من هو بحاجة إليها دون النظر إلى انتمائه السياسي؛ أو الاجتماعي؛ أو الديني. كما أنه بالرغم من الطابع الفني لعمل الطبيب، إلا أن أنول مهنة الطب، و خصوصية العقد الطبي الذي يتميز بالإنسانية، تفرضان على هذا الأخير مراعاة حالة مرضاه النفسية، و ذلك لأن إصابة المريض بعلة جسدية قد تتزامن مع إحساسه باضطرابات نفسية نتيجة تخوفه من طبيعة المرض الذي يعاني منه، و الآلام التي قد تترتب عليه[2].

هذا من جهة، و من جهة أخرى تتمثل صفة الإنسانية التي يختص بها العقد الطبي عن غيره من العقود كذلك في أن محل هذا العقد هو جسم الإنسان الذي تصونه و تقدسه كل الأديان السماوية و القوانين الوضعية، مما يحتم على الطبيب المعالج أخذ هاته الخاصية بعين الاعتبار عند قيامه بعمله الطبي، و بالتالي فهو ملزم ببذل العناية اللازمة من أجل علاج مرضاه مع ضرورة استمرار المتابعة الطبية لهؤلاء المرضى إلى غاية الانتهاء من العلاج، و هذا من أجل تحقيق هدف إنساني يتمثل في المحافظة على صحة و حياة الأفراد[3].

[1]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 69.

[2]– غادة فؤاد مجيد المختار، نفس المرجع، ص 116.

[3]– شيعاوي وفاء، المرجع السابق، ص 247– 248.

رابعا: العقد الطبي عقد مدني:

يتميز العقد الطبي بأنه عقد مدني، لكونه بعيد كل البعد عن الصيغة التجارية، ولا يخض ع للإجراءات التي تطبق على الأعمال التجارية[1]،

يعتبر العقد الطبي مدني ، لكون الطبيب لا يمكنه المتاجرة بأرواح البشر، ولا تعتبر الأتعاب التي يأخذها كثمن من أثمان البيع التجاري. فبمقارنته مع التاجر نجد هذا الأخير يتخذ التجارة كحرفة معتادة له لغرض تحقيق الربح السريع و كل خدمة يقدمها بمقابل و ذلك لأن مهمة الطبيب الذي يمارس مهنة الطب الخاص تتمثل في تقديم العلاج المناسب للمريض المتعاقد معه، مقابل أجر يتقاضاه دون أن يأخذ بعين الاعتبار معايير الربح؛ أو الخسارة، لأنه يمنع على الطبيب أن يقدم عملا طبيا يكون الغرض منه تحقيق الربح، كما يمنع على الأطباء كذلك استعمال كل أساليب الإشهار المباشرة؛ و غير المباشرة طبقا لنص المادة (20) من مدونة أخلاقيات الطب، و بالإضافة إلى هذا فان العمل الطبي لا يقوم على أساس المضاربة، وذلك لأن الأتعاب التي يتقاضاها الطبيب تعتبر مقابلا للجهد الذي يبذله أثناء قيامه بعمله الطبي، و لذلك فان العمل الطبي يعتبر عملا مدنيا محضا[2].

خامسا: العقد الطبي عقد مستمر:

بالنسبة للعقد الطبي الذي يعتبر الزمن عصرا جوهريا فيه، و ذلك لأن المريض لا يمكن شفاؤه من خلال الزيارة الأولى للطبيب، بل إن ذلك يتطلب مدة زمنية معينة ، خاصة و أن العقد الذي يربط بين الطبيب و مريضه هو عقد تتابع فيه الفروض، بحيث أن الطبيب يقوم أولا بفحص المريض المتعاقد معه؛ ثم إجراء التحاليل الطبية اللازمة له؛ ثم تشخيص حالته المرضية؛ و من ثم تحديد العلاج المناسب لهاته الحالة، إضافة إلى هذا يقوم الطبيب كذلك بمتابعة حالة مريضه الصحية أثناء مرحلة العلاج ، بل قد تستمر المتابعة الطبية حتى بعد هاته المرحلة

[1]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 69.

[2]– المادة (20) من مدونة أخلاقيات الطب.

خاصة إذا تم العلاج بواسطة العمل الجراحي الذي يتطلب متابعة طبية مستمرة لحالة المريض،بعد إجراء العملية الجراحية إلى غاية شفائه، و بالتالي فان الالتزام الرئيسي للطبيب المتمثل في بذل العناية اللازمة من أجل علاج المريض المتعاقد معه يتطلب وقتا لتنفيذه، و لا يمكن تنفيذه تنفيذا فوريا[1].

سادسا :العقد الطبي عقد ملزم للجانبين:

يستخلص من تعريف العقد الطبي، أن لإ نعقاده لابد من وجود طرفين ، كل واحد منهما يلتزم بما هو واجب عليه، والثاني بما هو حق له، فلإلتزامات متبادلة بينهم، فوفق مانصت عليه المادة 55 من الأمر رقم 75 –58 المتضمن القانون المدني على

ان يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا" فالعقد تبادلي، ينشئ إلتزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين مثل عقد البيع الذي يكون فيه البائع ملزم بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، الذي يكون هو الآ خر ملزم بدفع الثمن . فإذا ما تخلف الأول عن التزامه ولم ينفذه، لا يكون الثاني ملزم بدفع الثمن، و يدفع بعدم التنفيذ

. من هذا يتبين أن الطبيب في العقد الطبي ملزم بمعالجة المريض، و هو الا خر ملزم من جهته بدفع الأتعاب مقابل العلاج الذي يضمنه له طبيبه و كذا بمده بكافة المعلومات اللازمة حول أعراض مرضه و غير ذلك مما يلزم إخباره به، و يؤكد على هذا الرأي الأستاذ علي علي سليمان على أ ن العقود التبادلية تكتسي دورا هاما في النظرية التقليدية خاصة في ركن السبب، الذي يجعل إلتزام الطر ف الأول سببا في التزام الطرف الاخر. أما بالنظر للنظرية الحديثة فترى أن السبب في العقد هو الدافع و الباعث للتعاقد

إن من بين خصائص العقد الطبي كذلك أنه عقدا ملزما للجانبين، فهو يرتب التزامات

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 142.

متقابلة على عاتق طرفيه، الطبيب من جهة؛ و المريض من جهة أخرى، بحيث يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة من أجل علاج المريض المتعاقد معه ، معتمدا في ذلك على القواعد العلمية و الأخلاقية التي تفرضها عليه أصول مهنة الطب،و بالإضافة إلى هذا الالتزام الرئيسي، تترتب على عاتق الطبيب التزامات أخرى كالتزامه بأخذ رضا المريض قبل القيام بأي عمل طبي، كما أنه ملزم كذلك بإعلام هذا الأخير عن تفاصيل حالته الصحية و العلاج اللازم له، هذا من جهة، و الحفاظ على أسرار مرضاه من جهة أخرى، في حين يلتزم المريض في مقابل ذلك باتباع أوامر و تعليمات طبيبه إلى غاية الانتهاء من العلاج، كما يلتزم كذلك بدفع أتعاب الطبيب المعالج مقابل الخدمات الطبية التي قدمها له هذا الأخير، و بالتالي فان العقد الطبي هو عقد تبادلي' يرتب على عاتق طرفيه التزامات متقابلة، بحيث يكون كل طرف متعاقد دائنا و مدينا في نفس الوقت[1].

[1]– غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 110.

المطلب الثاني:الطبيعة القانونية للتوجه التعاقدي في العلاقات الطبية:

إن ضرورة وجود رابطة تجمع بين المريض من جهة، و الطبيب من جهة أخرى تحمي كل طرف منهما و تضمن له الحصول على حقوقه اللي يكفلها القانون، جعلت الكثير من رجال الفقه و القضاء على حد سواء يطالبون بوضع معايير وآليات لضبط العلاقة اللي تجمع بين المريض و الطبيب تماشيا مع التوجهات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية الحديثة، مما جعل بوادر التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية تظهر إلى الوجود، هذا التوجه يقوم على أسس سنبينها في فرع أول، و له أهداف سنتطرق لها في فرع ثان، في حين فان للتوجه التعاقدي حدودا سنتناولها في فرع ثالث[1].

الفرع الأول:أسس التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض:

إن استغناء المريض عن الخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء المستشفيات العمومية و لجوئه إلى التداوي لدى العيادات أو المستشفيات الخاصة، فتح المجال واسعا أمام الأطباء الخواص من أجل التعاقد مع مرضاهم، وذلك لأنه بمجرد ولوج المريض لعيادة، أو مستشفى خاص طالبا خدمات طبيب معين، و موافقة هذا الأخير على طلب مريضه، يكون كلا الطرفان قد قاما بإبرام عقد طبي بينهما و لو بطريقة ضمنية، طبقا لحريتهما التعاقدية التي تميز أساس و قوام هذا العقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح يلعب دورا مهما في العلاقات القانونية بصفه عامة، و العلاقات التي تجمع بين أطباء القطاع الخاص و مرضاهم بصفة خاصة بسبب تخلي الدولة عن الكثير من التزاماتها في المجال الطبي مما أدى بالكثير من التشريعات الطبية الحديثة، ومن بينها التشريع الجزائري، إلى توسيع نطاق الحرية التعاقدية لتشمل العلاقة التي تربط بين الطبيب و مرضاه، و لذلك فان علاقة الطبيب بالمريض وفقا لهذا التوجه التعاقدي تقوم على أساسين و هما: ّ احترام مبدأ سلطان الإدارة و تكريس مبدأ الحرية

[1]– بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص 284–285

التعاقدية[1].

أولا:إحترام مبدأ سلطان الإرادة:

يقصد بهذا المبدأ أن الإرادة هي أساس إقامة العلاقات القانونية، أي أن الأشخاص يتمتعون بالحرية المطلقة في إنشاء علاقات قانونية دون اشتراط أي شكل أو إجراء خاص و بالتالي فان العلاقة التي تربط بين الطبيب و المريض هي علاقة قائمة على حرية الطرفين في التعاقد، أو الامتناع عن ذلك ، فالمريض يتمتع بالحرية المطلقة في اختيار طبيبه، لأن العقد الطبي هو عقد يقوم على الاعتبار الشخصي خاصة و أن معايير الثقة و الخبرة و الكفاءة في المجال الطبي تختلف من طبيب لأخر بالتالي فان المريض حر في أن يختار هذا الطبيب أو ذاك دون باقي الأطباء طبقا لنص المادة **(42)** من مدونة أخلاقات الطب، ولهذا إذا وقع اختياره على طبيب معين، فانه يجب احترام حرية الاختيار هاته لأنه يمنع إجبار هذا المريض على العدول عن اختياره تحت أي مبرر طبقا لنص المادتين **(42)** و**(80)** من مدونة أخلاقيات الطب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان حرية المريض في اختيار طبيبه تقابلها حرية هذا الطبيب في قبول التعاقد مع مريض معين، أو الامتناع عن ذلك وبالتالي رفض علاجه حسب ما نصت عليه المادة **(42)** من مدونة أخلاقيات الطب وهذا في غير حالتي الاستعجال أو الضرورة في حين تتمثل الحرية التعاقدية في المجال الطبي كذلك في أن إرادة كل من الطبيب والمريض على حد سواء هي مصدر الالتزامات التي تترتب عن العقد الطبي، كما أن إرادة الطرفين هي وحدها التي يمكنها تعديل هذا العقد، أو إنهائه طبقا لنص المادة **(106)** من القانون المدني الجزائري[2].

وبالتالي فان لكل من الطبيب و المريض على قدم المساواة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الحرية

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة و معدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 57.

[2]– أنظر، محمد حسين مضمر، المسؤولية الطبلة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 125.

المطلقة في اختيار الطرف الذي يريد التعاقد معه، كما أن لإرادتهما سلطانا في تحديد الالتزامات المترتبة عن العقد الطبي الذي يربط بينهما، أو تعديله، أو حتى إنهائه[1].

ثانيا: تكريس الحرية التعاقدية:

لقد أكد القضاء الفرنسي التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20ماي 1936، والذي جاء نصه كما يلي:" يقوم بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي، يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بداهة بشفاء المريض، فعلى الأقل بإعطائه علاجا يقضا، حذرا ومتفقا مع الأصول العلمية، و أن الإخلال بهذا الالتزام ولو بغير قصد، جزاؤه مسؤولية من نفس الطبيعة، أي عقدية هي الأخرى".

ومن ثم تم تكريس الحرية التعاقدية بمقتضى هذا القرار الذي يعد نقطة تحول أساسية في علاقة الطبيب بالمريض، ويتجلى ذلك في حرية الاختيار التي أصبح يتمتع بها طرفي العلاقة الطبية التعاقدية، بحيث أن مجرد اختيار المريض للطبيب الذي يريد التداوي لديه وقبول هذا الأخير، ين[2]عقد العقد الطبي الذي يعد تعبيرا عن حرية طرفيه على حد سواء، هاته الحرية تعتبر مبدأ أساسيا في العلاقات الطبية ذات الطابع التعاقدي بمقتضى نص المادة **(42)** من مدونة أخلاقيات الطب، وهذا ما أدى إلى تأكيد التوجه التعاقدي في العلاقة التي تجمع الطبيب الذي يمارس مهنة الطب في القطاع الخاص بالمريض، بمعنى أن العلاقة التي تربط بين هذا الطبيب ومريضه هي العقد الطبي الذي يقوم على أساس الحرية التعاقدية.

[1]- فواز صالح، المرجع السابق، ص 478- 479.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 99- 100.

الفرع الثاني:أهداف التوجه التعاقدي:

إن جهود كل من الفقه والقضاء في العمل من أجل وضع معالم التوجه التعاقدي في العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض، كان نتيجة لرغبة ملحة في ضبط هاته العلاقة التي كانت تتميز بعدم الاستقرار والثبات نتيجة التطور الذي عرفته مختلف المجالات في إطار ما يعرف بالانفتاح العالمي، الأمر الذي تطلب ضرورة تكريس التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية الخاصة، وذلك لأن العقد الطبي باعتباره رابطة تجمع بين أطراف العلاقة الطبية التعاقدية، يعتبر الوسيلة المثلى لحماية كل من الطبيب الخاص والمريض من أي تأثيرات خارجية قد تؤثر على أحدهما على حساب الأخر، أو على كليهما، وبالتالي فان أهم أهداف التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض تتمثل فيما يلي[1]:

- ضبط العلاقة القانونية التي تربط بين الطبيب والمريض.
- مسايرة الانفتاح العالمي.
- التضييق من مجال تدخل الدولة.

أولا ضبط العلاقة القانونية التي تربط تربط بين الطبيب والمريض:

إن الهدف الأول والأساسي للتوجه التعاقدي في العلاقات الطبية هو ضبط هاته العلاقات على النحو الذي يبين حقوق والتزامات كل طرف، وذلك لأن العقد الطبي هو الوعاء القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطبيب والمريض وفقا لإرادتهما المشتركة وبالتالي فان هذا العقد يساهم في تعزيز الثقافة القانونية لدى كل من الطبيب والمريض، لأن مصادر الالتزامات المترتبة عنه هو إرادتي طرفيه، ومن ثم فان كل طرف يقبل على إبرام العقد الطبي وهو يدرك ما له من حقوق وما عليه من التزامات هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان التزام الطبيب بإعلام المريض عن تتكيل وطبيعة المرض الذي يعاني منه وطرق العلاج التي يمكن

[1]– بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص297 وما يليها.

إتباعها...، يوفر حماية أكبر للمريض الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة الطبية التعاقدية، التي تولي اهتماما كبيرا لهذا الالتزام الذي يسمح للمريض بتكوين فكرة واضحة عن حالته الصحية، حتى يتمكن من اتخاذ قرار سليم من أجل الموافقة على أي عمل طبي وهو على بينة بالنتائج المحتملة لذلك العمل، وهذا ما قد يضفي نوعا من التوازن على العلاقة التي تربط بين الطبيب الخاص والمريض[1].

ثانيا: مسايرة الانفتاح العالمي:

إن من أهداف التوجه التعاقدي كذلك التماشي مع التقدم التكنولوجي والتطور ألمعلوماتي في شتى المجالات بما فيها المجال الطبي، خاصة وأنه بفضل التطور العلمي الحديث أصبح بإمكان للمريض تلقي العلاج وهو في بلد والطبيب المعالج في بلد آخر وهذا عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالأقمار الاصطناعية، مما جعل العلاقة اللي تربط بين الطبيب والمريض تتماشى مع التطور العلمي والمستجدات الطبية الحديثة، وبالتالي فان التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض هو من ضرورات العصر الحديث التي تتطلبها المستجدات العلمية، والتطورات القانونية في ظل الانفتاح العالمي خاصة في المجال الطبي[2].

ثالثا: التضييق من مجال تدخل الدولة:

إن كثرة الطلب على التداوي لدى المؤسسات الاستشفائية العمومية وإثقال الكاهل الدولة بسبب تزايد الإنفاق على هذا المرفق الحساس، أدى بها إلى التخلي عن الكثير من التزاماتها اتجاه هذا المرفق، وبالتالي فشلها في توفير الخدمات الطبية المجانية المناسبة للمرضى، و هذا ما فتح المجال أمام العيادات والمستشفيات الخاصة لسد هذا العجز، ومنافسة المستشفيات العمومية من حيث نوعية الخدمات الطبية المقدمة من طرف الأطباء الذين

[1]– بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد، المرجع السابق، ص91.

[2]– رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 413.

يمارسون مهنة الطب داخل هاته العيادات، أو المستشفيات الخاصة تماشيا مع التوجه الاقتصادي العالمي الجديد

الذي يعطي حرية أكبر للأفراد، وفي مقابل ذلك يحد من تدخل الدولة[1].

الفرع الثالث:حدود التوجه التعاقدي:

حتى يستطيع الفرد إبرام أي عقد لابد أن تتوفر فيه الإرادة المتمثلة في القدرة على اتخاذ موقف أو قرار، وأن تكون هذه الإرادة صادرة من شخصية قانونية مؤهلة وعليه يجب أن يكون المريض أهلا لمثل هذا التصرف، و من جهة أخرى لابد من توفر أهلية الطبيب أيضا ليصح انعقاد الع إن فكرة العقد ارتبطت منذ القدم بحدود وضوابط جعلت الحرية التعاقدية مقيدة إلى حد ما، وبالتالي فان اعتماد مبدأ الحرية التعاقدية في العلاقات الطبية الحلمة لا يرد على إطلاقه، خاصة وأن العقد الطبي هو عقد محله التعامل في جسد الإنسان الذي تقدسه كل الشرائع والقوانين، وهذا ما يتطلب فرض قيود على حرية كل من الطبيب والمريض، لأن ورود التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية على إطلاقه قد لا يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للعقد الطبي، بل قد لا يخدم حتى مصلحة طرفي هذا العقد، ومن ثم فانه يجب أن يقف هذا التوجه التعاقدي عند الحدود المتعلقة بالنظام العام (أولا) من جهة، وتلك التي رسمها القانون (ثانيا) من جهة أخرى.

أولا: الحدود المرتبطة بالنظام العام:

النظام القانوني المرتبط التوجه التعاقدي قد تتعارض مع النظام العام، ويتحقق ذلك في حالة تعاقد كل من الطبيب والمريض بغرض إجراء عملية استنساخ، أو إجراء عملية جراحية يكون الهدف منها تغيير جنس المريض من ذكر إلى أنثى أو العكس، وهذا ما يتعارض مع المثل العليا للمجتمع، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتحقق هذا التعارض كذلك في حالة اتجاه طرفي العقد الطبي إلى إجراء تجارب طبية أثبت العلم الحديث فشلها وعدم إمكانية

[1]– بوحرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2010/2011، ص 148

نجاحها، أو استخدام طريقة علاج ما أو دواء غير معتمد من طرف الأطباء، ولهذا فانه لا يمكن إعمال العقد الطبي بين الطبيب والمريض في هاته الحالات لأنها تتعارض مع الهدف النبيل والأساسي لمهنة الطب والمتمثل في شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه، مما يجعلها مقيدة بمبادئ النظام العام التي تشكل حدا للحرية التعاقدية، ومن ثم عائقا أمام إبرام العقد الطبي،وبالتالي فإن التعاقد بشأن هاته الحالات السابق ذكرها تحت غطاء الحرية التعاقدية فيه مساس بالنظام العام باعتباره مجموعة من المصالح العليا الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتي تشكل قيدا على حرية كل من الطبيب والمريض[1].

ثانيا: الحدود المرتبطة بالقانون:

إن الخضوع لأحكام القانون الذي يوجه التدخل الطبي يعتبر قيدا من القيود التي ترد على الحرية التعاقدية، ومن ثم تشكل حدا من حدود التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، ويتحقق ذلك في حالة علاج المريض لدى مؤسسة استشفائية عمومية، لأن الطبيب الموظف في مستشفى عام يعتبر في مركز تنظيمي لائحي، أي أنه يخضع للقوانين واللوائح التي تنظم سير هذا المرفق العمومي و من ثم فانه لا يمكن إعمال الحرية التعاقدية في هاته الحالة لأنه لا يمكن للمريض اختيار طبيبه، بل إن الإدارة هي التي تختار الطبيب الذي سيقدم العلاج لهذا المريض، كما تنتفي كذلك حرية الطبيب في اختيار مرضاه في هاته الحالة، وبالتالي فان حقوق والتزامات كل من الطبيب العام والمريض تتحدد بموجب القوانين واللوائح المنظمة لهذا المرفق المحي العام، الأمر الذي يؤكد انتفاء الرابطة العقدية في العلاقة التي تجمع بين المريض والطبيب الموظف لدى مؤسسة عمومية استشفائية[2].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر تدخل القانون من أجل توجيه العمل الطبي قيدا من

[1]– المادة (18) من مدونة أخلاقيات الطب.

[2]– بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص308– 309.

القيود التي ترد على الحرية التعاقدية، ويكون ذلك في حالة تعاقد الطبيب مع مؤسسة ما من أجل تقديم العلاج للعمال الذين يشتغلون داخل هائه المؤسسة، حيث تنعدم حرية كل من الطبيب والمريض في اختيار أحدهما للأخر، لأن المؤسسة المستخدمة تترض على العامل الطبيب المعالج وفقا لأحكام القانون، وهذا طبقا لنص المادة(07) من القانون رقم(**90-11**) المتعلق بعلاقات العمل، ولذلك لا يمكن للمريض اختيار الطبيب الذي يريد التداوي لديه، وإنما يجب عليه مراجعة الطبيب الذي تعاقدت معه المؤسسة التي يشتغل لديها، وبمقابل ذلك يلتزم هذا الطبيب بتقديم العلاج لأي عامل يشتغل لدى هاته المؤسسة، وبالتالي تنتفي حرية الاختيار لديه الأمر الذي يؤكد عدم وجود عقد طبي في هاته الحالة، لأن القانون يحول دون تمكن كل من العامل والطبيب المتعاقد مع المؤسسة المستخدمة لهذا الأخير من إبرام عقد طبي بينهما، وذلك لأنه يحد من حرية كل من هذا الطبيب و مريضه[1].

المطلب الثالث: صور العلاقات الطبية:

إن تكريس التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، وفتح المجال الطبي أمام المرافق الصحية الخاصة أدى إلى اختلاط المفاهيم حول موضوع العقد الطبي، نظرا لتعدد العلاقات في هذا المجال، وبالتالي فان دراسة هذا الموضوع تتطلب تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة التي تربط بين الطبيب والمرفق الصحي وهذا هو محتوى الفرع الأول، والعلاقة التي تجمع بين المريض وذلك المرفق وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في فرع ثان، في حين نخصص الفرع الثالث لتحديد الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمريض[2].

[1]- الفقرتين الخامسة و السادسة من المادة (07) من القانون رقم (90-11) المتعلق بعلاقات العمل

[2]- محمد حسين مكور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 127- 128 .

الفرع الأول:طبيعة علاقة الطبيب بالمرفق الصحي:

تعتبر علاقة الطبيب القطاع الصحي الذي يمارس مهنة الطب لدى مرفق صحي عام تختلف عن وضعية مثيله الذي يمارس هائه المهنة لدى مرفق صحي خاص، ويتجلى ذلك في اختلاف طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب والمرفق المحي العام (أولا)، عن الطبيعة القانونية لعلاقة هذا الطبيب بالمرفق الصحي الخاص (ثانيا)[1].

أولا:علاقة الطبيب بالمرفق العام:

بما أن المؤسسات الاستشفائية العامة هي مؤسسات ذات طابع عمومي،تديرها هيأت إدارية تابعة للدولة، ويجرى العمل فيها بموجب القوانين واللوائح التنظيمية، فان علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام هي علاقة تبعية تخضع في تنظيمها إلى القوانين واللوائح، وتجعل المتبوع مسؤولا عن الأفعال الضارة التي يرتكبها تابعه متى سببت ضررا للمريض طبقا لنص المادة **(136)** من القانون المدني الجزائري، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري الذي اعتبر المرفق الصحي العام مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء، أو المساعدين الطبيين التابعين له، حتى ولو كانت تبعية الطبيب لهذا المرفق هي تبعية إدارية وليست تبعية فنية، وذلك لأن إدارة المرفق الصحي العام لا تستطيع أن تفرض على الطبيب طرق وأساليب العلاج التي يتبعها أثناء تقديم خدماته الطبية لمرضاه، بل إن هاته الإدارة تستطيع أن تصدر أوامر للأطباء بشأن توزيع العمل الطبي بينهم وتحديد مواعيده، وهي أوامر إدارية –غير فنية- واجبة التنفيذ، يتعرض من لا يتقيد بها إلى الجزاء الذي

تنص عليه القوانين واللوائح المنظمة لسير هذا المرفق[2].

وبالتالي فان الطبيب يعتبر تابعا للمرفق الصحي العام، ولو لم يكن حرا في اختياره طبقا للفقرة

[1]– عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 22.

[2]– أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 380.

الثانية من المادة **(136)** من القانون المدني الجزائري، لأنه يعد موظفا لدى هذا الأخير، ومكلفا من قبل إدارته بأداء خدماته الطبية في حدود اختصاصه للمرضى الذين تحددهم هائه الإدارة، إلا أن تبعية الطبيب للمرفق الصحي العام هي تبعية إدارية وليست فنية، وهي كافية لتحميل هذا المرفق مسؤولية الأفعال الضارة التي يرتكبها الطبيب التابع له، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري الذي أقام هاته المسؤولية على أساس المادة **(136)** من القانون المدني الجزائري[1].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان المشرع الجزائري قد نص صّراحة بموجب المادة **(201)** من القانون رقم**(90-17)** المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، على أن أطباء القطاع الصحي العام هم موظفين دائمين، وبالتالي فإنهم يخضعون إلى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ولذلك فان علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام هي علاقة لائحية تجعله تابعا لهذا المرفق، ومن ثم لا مجال لإبرام عقد طبي بين الطبيب والمريض في هاته الحالة، لأنه تابع لمرفق عام، ويخضع من حيث حقوقه وواجباته إلى الأمر رقم: **(06-03)** المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، طبقا لنص المادة **(03)** من المرسوم التنفيذي رقم **(09-939)** المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين العامين في الصحة العمومية[2].

ثانيا: طبيعة علاقة الطبيب بالمرفق الصحي الخاص:

لقد سمح القانون للأخصائيين العامين، والأخصائيون الإستشفائيون الجامعيون بممارسة وظيفتهم بصفتهم خواص، وفتح المجال أمام الأخصائيين الإستشفائيين الجامعيين الممارسين في القطاع العام بصفة أستاذ، أو أستاذ محاضر لممارسة نشاط تكميلي، في حين

[1]- ، بن صخر مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، العدد الثامن، ص80 -81.

[2]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص،128.

اشترط على الأخصائيين الاستشفائيين الجامعيين الممارسين في القطاع العام بصفة أستاذ مساعد، وكذلك الأخصائيين في الصحة العمومية أن يثبتوا أقدميه فعلية في الممارسة بهاته الصفة لمدة تقدر ب (05) سنوات من أجل الاستفادة من هذا الامتياز والمتمثل في ممارسة النشاط التكميلي[1].

وقد حددت المادة **(201)/ 02** من قانون حماية الصحة و ترقيتها الأماكن التي يمارس فيها النشاط التكميلي كالأتي:

- المؤسسات الصحية الخاصة.
- القطاع شبه العمومي.
- المخابر الخاصة.

وبالتالي فانه يمكن للطبيب الاختصاصي المرخص له بممارسة النشاط التكميلي أن يبرم عقدا مع مرفق صحي خاص، مقابل نسبة معينة من عائدات هذا النشاط تدفع لهذا المرفق الذي سوف يستغله الطبيب الاختصاصي المتعاقد معه من أجل القيام بعمله الطبي، وفي مقابل ذلك يلتزم المرفق الصحي الخاص الذي تعاقد مع هذا الطبيب أن يوفر له كل الأجهزة الطبية اللازمة والمتطلبات الضرورية لقيام هذا الأخير بعمله الطبي سواء كان عاديا أم جراحيا في حين و بالرجوع إلى نص المادة **(213)** من قانون حماية الصحة و ترقيها نجد أن المشرع الجزائري قد سمح للأطباء وجراحو الأسنان بممارسة نشاطهم الطبي بصفدهم خواص، في عيادات خاصة تخضع من حيث شروط إنجازها وتنظيمها إلى الرسوم التنفيذي رقم **(88-204)**[2].

وبالتالي فان المريض عندما يتوجه إلى عيادة خاصة من أجل العلاج قد يبرم عقد

[1]- نصي المادتين (201)- (201)/01 من ق. ح. ص. وت.

[2]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 70.

استشفاء مع إدارة هاته العيادة، مما يجعلها ملزمة بإيواء هذا المريض وتقديم الرعاية الطبية المناسبة له من جهة، وتوفير الأجهزة الطبية اللازمة من أجل قيام الطبيب بعمله الطبي من جهة أخرى، ولذلك فان إخلالها بأحد هاته الالتزامات يجعلها مسؤولة مسؤولية عقدية، ومن ثم تعويض المريض عما أصابه من أضرار[1].

كما تعتبر العيادة الخاصة مسؤولة كذلك عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها الأطباء، أو المساعدين الطبيين العاملين لديها والتي تسبب ضررا للمريض على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لأنها مسؤولة عن تنفيذ عقد الاستشفاء الذي أبرمته مع هذا المريض، غير أن المسؤولة الشخصية للطبيب الذي ارتكب خطأ طبيا سبب ضررا للمريض يبقى قائمة، بحيث يمكن لإدارة العيادة الخاصة الرجوع عليه بقيمة التعويض الذي دفعته لهذا المريض.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي:

إن فتح المجال أمام الأطباء المختصين ممارسة عملهم الطبي داخل المرافق الصحية الخاصة جعل المريض حرا في اختيار نوع المرفق الصحي الذي يريد التداوي لديه، وبالتالي يمكنه طلب العلاج لدى مرفق صحي عام أو العكس، إلا أن وضعيته القانونية تختلف بين الحالتين الأولى والثانية، وذلك لأن طبيعة علاقته بالمرفق المحي العام(أولا)، تختلف عن طبيعة علاقته بالمرفق الصحي الخاص (ثانيا).

أولا: طبيعة علاقة المريض بالمرفق الصحي العام:

إن لجوء المريض للعلاج لدى مرفق صحي عام يجعله في وضعية لائحية، بحيث يخضع من حيث حقوقه وواجباته للوائح والتنظيمات والقوانين التي تنظم سير هذا المرفق، وبالتالي تنعدم حريته في اختيار طبيبه، لأن اختيار هذا الأخير من صلاحيات إدارة المرفق

[1]– لالوشسميرة، عقد ممارسة الطبية الحرة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000/2001، ص93.

الصحي العام وحدها، أي أن علاقة المريض بالطبيب في هاته الحالة هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام الذي يجمع بينهما[1].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فانه رغم فتح المجال الطبي أمام المريض للاختيار بين التداوي لدى مرفق صحي خاص أو آخر عام، إلا أن اختياره للعلاج لدى مرفق صحي عام وقبول هذا الأخير لوضع خدماته الصحية تحت تصرفه لا يمكن تكييفه بأي حال من الأحوال بأنه من قبيل التعاقد، فالمشرع الجزائري يشترط أن يكون قبول المريض لدى مرفق صحي عام بأمر من الطبيب المعالج الذي اختارته إدارة المرفق بعد موافقة رئيس المصلحة طبقا لنص المادة **(151)** من قانون حماية الصحة و ترقيتها، في حين فانه يجب على المرفق الذي لا يستطيع تقديم العلاج الطبي الضروري للمريض الذي يتوجه إليه أن يستعمل جميع الوسائل من أجل قبول هذا الأخير لدى مرفق صحي عام آخر، أو لدى وحدة متخصصة طبقا لنص المادة **(152)** من نفس القانون[2].

وبالتالي فان علاقة المريض بالمرفق الصحي العام هي علاقة لائحية إداريةـ وليست علاقة تعاقدية مما يجعل هذا المرفق مسؤولا مسؤولية تقصيرية في حالة إخلاله بأحد الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه، كإخلاله بالتزامه المتمثل في وجوب توفير الرعاية والحماية الضروريتين لتفادي الإضرار بالمريض، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري الجزائري.

ثانيا: طبيعة علاقة المريض بالمرفق الصحي الخاص:

إن توجه المريض مباشرة إلى مرفق صحي خاص لغرض تشخيص حالته المرضية وتقديم العلاج المناسب له قد يجعله يقبل على إبرام عقد بينه وبين هذا المرفق من أجل علاجه يسمى عقد استشفاء، وهذا ما يجعله مسؤولا عن الأخطاء التي قد يرتكبها الأطباء

[1]– طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2002، ص 33.

[2]– بن ملحة غراد مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أحطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص82.

أو المساعدين الطبيين العاملين لديه، لأنه بمجرد تعاقد إدارة هذا المرفق مع المريض يترتب على عاتقها عدة التزامات من بينها الالتزام بتعيين طبيب كفؤ[1]، ومساعدين طبيين أكفاء من أجل تقديم خدمات طبية ذات نوعية عالية، ومن ثم فان الإخلال بهذا الالتزام سيجعل المرفق الصحي الخاص مسؤولا مسؤولية عقدية ، ولهذا الأخير بعد ذلك أن يرجع بقيمة التعويض على الطبيب المخطئ الذي تعاقد معه بدوره من أجل علاج المرضى الذين يفضلون التداوي لدى هذا المرفق الخاص، ونفس الأمر ينطبق على المساعدين الطبيين، في حين إذا تعاقد المريض مع إدارة المرفق الصحي الخاص، وفي مقابل ذلك تعاقد مع طبيب من بين الأطباء العاملين بهذا المرفق من أجل علاجه[2].

فان المسؤولية العقدية لهذا المرفق الصحي الخاص لا تثور إلا في حالة إخلاله بأحد الالتزامات التعاقدية المتمثلة في تقديم الرعاية اللازمة لهذا المريض، والالتزام بضمان الخدمة الفندقية طيلة المدة التي يخضع خلالها هذا الأخير للعلاج داخل المرفق، والالتزام كذلك بتوفير الأجهزة الطبية اللازمة للطبيب المعالج من أجل قيامه بعمله الطبي أما إذا ارتكب الطبيب الذي أبرم عقدا طبيا مع المريض خطأ طبيا فانه يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية عن الخطأ الطبي الذي ارتكبه وسبب ضررا لهذا الأخير، وذلك نتيجة إخلاله بالتزامه التعاقدي المتمثل في وجوب بذل العناية اللازمة من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه من جهة، وتفادي الأضرار به من جهة أخرى[3].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب:

إذا كان الطبيب الذي يمارس مهنته لدى مرفق صحي عام يقوم بذلك باعتباره موظفا لدى هذا المرفق، فان الطبيب الذي يمارس تلك المهنة لدى مرفق صحي خاص يقوم بذلك

[1]– أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص73 74.

[2]– لالوش سميرة، نفس المرجع، ص93– 94.

[3]– إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص175.

لحسابه الشخصي، أو لحساب أحد الخواص، وبالتالي فان طبيعة العلاقة التي تربط بينه وبين المريض في الحالة الأولى (أولا)، تختلف عن طبيعة علاقته بهذا الأخير في الحالة الثانية (ثانيا)[1].

أولا : طبيعة علاقة المريض بطبيب المرفق الصحي العام:

يعتبر الطبيب الموظف لدى مرفق صحي عام في وضعية لائحية تجعله لا يتعامل مع المريض لصفته الشخصية، بل بصفته مستخدما أو موظفا لدى هذا المرفق، و ذلك لأن علاقته مع هذا المريض هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام، مما يجعل حقوق والتزامات كل منهما الطبيب والمريض تتحدد وفقا للوائح والقوانين المنظمة لهذا المرفق وعلى هذا الأساس فان علاقة الطبيب الموظف لدى مرفق صحي عام بالمريض الذي يتلقى العلاج داخل هذا المرفق، هي علاقة شخصية مكلف بخدمة عامة طبقا للوائح شخص آخر ينتفع بهاته الخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء القطاع الصحي العام بموجب القانون، وهذا ما يؤكد انعدام فرّص التعاقد بين هذا الطبيب والمريض[2].

وبالتالي فان المرفق الصحي العام يعتبر مسؤولا عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها الطبيب الموظف لديه، والتي تسبب ضررا للمريض على أساس علاقة التبعية التي تجمع بينهما، وبعد ذلك يمكن لهذا المرفق الرجوع على الطبيب التابع له بقيمة التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكابه لخطئ شخصي أدى إلى إثارة مسؤولية المرفق الصحي العام، والحكم عليه بتعويض الأضرار التي أصابت المريض.

ثانيا : طبيعة علاقة المريض بطبيب المرفق الصحي الخاص:

يعتبر الطبيب الذي يمارس مهنته لدى مرفق صحي خاص في وضعية تسمح له

[1]– طاهري حسين، المرجع السابق، ص34.

[2]– بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص81– 82.

بالتعاقد مع المريض الذي يريد التداوي لدى هذا المرفق، وإذا ما تحقق ذلك فان علاقة المريض بالطبيب في هاته الحالة هي علاقة تعاقدية ، تجعل هذا الأخير مسؤولا مسؤولية عقدية في حالة إخلاله بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه نتيجة إبرامه لعقد طبي مع المريض بغرض تقديم العلاج المناسب له ، في حين تنتفي مسؤولية الطبيب العقدية في حالة ما إذا تعاقد المريض مع إدارة المرفق الصحي الخاص بموجب عقد استشفاء ، دون أن يتعاقد مع الطبيب المعالج، وتثور في مقابل ذلك المسؤولية العقدية لهذا المرفق على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لأن المريض تعاقد مع إدارة المرفق الصحي الخاص ولم يتعاقد مع الطبيب الذي تولى أمر علاجه، وبالتالي فان هذا الأخير هو طرف أجنبي عن العقد المبرم بين المريض وإدارة المرفق الصحي الخاص[1].

هذا بالنسبة للحالة التي يتم فيها العلاج من طرف طبيب واحد، في حين قد يتم تقديم العلاج من طرف فريق طبي كحالة العلاج بواسطة العمل الجراحي أو غيره من الأعمال الطبية التي تتطلب تدخل عدد معين من الأطباء كل طبيب حسب اختصاصه من أجل تقديم العلاج المناسب للمريض، وبالتالي إذا قام هذا المريض بإبرام عقد طبي مع رئيس الفريق الطبي دون التعاقد مع باقي الأعضاء الذين ساهموا في هذا العمل الطبي، فان هذا الأخير يكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها بنفسه وحتى عن الأخطاء التي يرتكبها باقي أعضاء هذا الفريق والتي تسبب ضررا للمريض المتعاقد معه ، على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير أما إذا تعاقد المريض مع رئيس الفريق الطبي وباقي الأعضاء كل حسب اختصاصه فان كل عضو من أعضاء هذا الفريق يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية عن أخطائه الشخصية ، وهذا ما نصت عليه المادة **(73)** من مدونة أخلاقيات الطب[2].

[1]– طاهري حسين، المرجع السابق، ص34.

[2]– محمد حسين نصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص،128.

المبحث الثاني: تكوين العقد الطبي:

إن فتح المجال الطبي أمام الأطباء لممارسة نشاطهم أصفتهم خواص، عزز من فرص التعاقد في هذا المجال، وذلك لأن تلقي المريض للعلاج لدى طبيب خاص لا يكون عادة إلا بموجب عقد طبي يربط بين هذا الأخير ومريضه[1].

هذا العقد الذي يحدد حقوق والتزامات كل منهما يتطلب تكوينه توافر ركن الرضا، أي تطابق إرادة المريض مع إرادة الطبيب وهذا ما سنفصل فيه في مطلب أول، كما يشترط لأجل انعقاده صحيحا كذلك توافر ركني المحل والسبب مثلما سنبين ذلك في مطلب ثان، في حين واستثناء عن مبدأ الرضائية اشترط المشرع الجزائري من أجل القيام ببعض الأعمال الطبية أن يكون رضا المريض مكتوبا وهذا ما سنعرج عليه في مطلب ثالث تحت عنوان " الشكلية في العقد الطبي"[2].

المطلب الأول: التراضي في العقد الطبي:

بما أن الإرادة هي أساس وقوام العقد الطبي، فانه يشترط من أجل انعقاد هذا العقد صحيحا توافر ركن التراضي، أي رضا طرفيه، و ذلك لأن رضا المريض الذي سنتطرق له في فرع أول لا يكفي وحده، بل يجب بالإضافة إلى ذلك توافر رضا الطبيب الذي سنتناوله في فرع ثان.

الفرع الأول: رضا المريض:

ينعقد العقد صحيحا بمجرد تبادل طرفيه التعبير عن إرادتها دون الإخلال بالنصوص القانونية ، ومن ثم يشترط من أجل إبرام العقد الطبي توافر رضا المريض لإبرامه، أي تعبيره لطبيب خاص عن إرادته من أجل التعاقد معه لغرض علاجه وقبول هذا الأخير. إلا أن هذا الرضا يجب أن يصدر عن شخص أهلا لذلك (أولا)، وينصب على مضمون محدد (ثانيا)، كما

1- المادة (201) من قانون حماية المحة و ترقيتها.

2- – محمد حسين عاشور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص127– 128.

أن لهذا الرضا شروط صحة (ثالثا)، واستثناءات(رابعا)[1].

أولا:الأهلية القانونية للمريض:

حتى يستطيع المريض إبرام عقد طبي لابد أن تتوفر فيه الأهلية القانونية اللازمة لذلك، والمقصود هنا بالأهلية القانونية أهلية الأداء التي يعرف بأنها "**صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه**"، وإذا لم تتوفر في هذا المريض أهلية الأداء يحل محله من ينوب عنه[2].

1- موافقة المريض:

طبقا للقواعد العامة فان المريض يعد أهلا للتعاقد إذا كان راشدا وممتعا بكامل قواه العقلية، و قد حدد القانون المدني الجزائري سن الرشد بتسعة عشر(19) سنة كاملة[3]. إلا أنه إذا تأثرت إرادة هذا المريض بعارض من عوارض الأهلية المتمثلة في العته، والجنون فانه لا يستطيع في هاته الحالة إبرام عقد طبي مع طبيب خاص بسبب انعدام أهليته ، أما عارضي السفه والغفلة فلا يعدمان الأهلية بل ينقصانها وذلك لأن السفيه أو ذا الغفلة يعتبر ناقص الأهلية، وبالتالي ينطبق عليه نفس الحكم السابق أي أنه لا يستطيع التعاقد مع طبيب معين بغرض علاجه. غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه رغم أن المشرع الجزائري قد اعتبر من بلغ ثلاثة عشر (13) سنة كاملة قاصرا مميزا، واعتبر تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، إلا أنه لا يمكن للمريض القاصر المميز إبرام عقد طبي مع طبيب معين بغرض علاجه، كما لا يعتد موافقته على التدخلات الطبية التي يقوم بها الطبيب لذات الغرض وهذا ما أشارت إليه المادة **(52)** من من مدونة أخلاقيات الطب ، بل يجب إخطار أوليائه أو

1- زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 229.

2- المادة (59) من القانون المدني الجزائري.

3- صويلح بوجمعة، المرجع السابق، ص 62.

من يمثله[1].

2- ممثل المريض:

طبقا المادة **(164)** من قانون حماية الصحة و ترقيتها فان هناك ثلاث حالات لا يعتد فيها برضا المريض ، بل يجب الحصول على موافقة ممثل هذا الأخير قبل علاجه، و هاته الحالات هي،حالة المريض القاصر. حالة المريض العاجز عن التمييز، و حالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته.

أ- حالة المريض القاصر:

يتعين على الطبيب الذي يتقدم إليه قاصر طالبا خدماته الطبية أن يسعى جاهدا للحصول على موافقة ممثلة قبل القيام بأي عمل طبي و بالتالي فانه يجب على الطبيب الحصول على موافقة والدي هذا القاصر قبل القيام بأي تدخل طبي و في حالة اختلافهما حول ذلك يرجع القرار بشأن الموافقة على تقديم العلاج من عدمه إلى الأب و حده باعتباره الولي على أولاده القصر، ثم تحل محله الأم في حالة وفاته، و في حالة عدم وجود كلا الوالدين يرجع القرار إلى ممثل هذا القاصر[2].

ب- حالة المريض العاجز عن التمييز:

قد يتعذر على المريض أن يعطي موافقته لطبيب خاص من أجل إبرام عقد طبي بغرض تقديم العلاج الضروري له، وبالتالي لا يكون أهلا لإعطاء هاته الموافقة بالرغم من بلوغه سن الرشد بسبب المرض الذي يفقده الوعي نتيجة الآلام، أو الاضطرابات النفسية التي يعاني منها مثلما هو الحال بالنسبة لأصحاب الأمراض العقلية ومن ثم يمكن للطبيب الاتصال بممثل المريض من أجل إبداء موافقته،حول تقديم العلاج لهذا المريض العاجز عن التمييز، أو

1- مولود ديدان، المرجع السابق، ص 68- 69.

2- المادة (52) من مدونة أخلاقيات الطب.

الاستعانة بموافقة أحد الأشخاص المخولين قانونا بإعطاء موافقتهم نيابة عن هذا المريض ، والمحددين **بموجب المادة (164) من قانون حماية الصحة و ترقيها كما يلي:**"الأب أو الأم، الزوج أو الزوجة؛ الابن أو البنت؛ الأخ أو الأخت"

ت – حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته:

إذا اجتمعت في المريض عاهتان من العاهات الثلاث كأن يكون أصم و أبكم؛ أو أصم وأعمى، أو أعمى وأبكم وتعذر عليه بسبب هاته العاهات التعبير عن إرادته، فانه يصبح غير أهل لإبداء موافقته من عدمها حول إبرام عقد طبي مع طبيب معين من أجل علاجه بالرغم من كونه راشدا وعاقلا، حيث أن المانع هنا يتمثل في العاهة الجسمانية المزدوجة وفي هائه الحالة يتولى ممثل هذا المريض أمر اتخاذ قرار التعاقد مع الطبيب المعالج من عدمه، وبالتالي الموافقة أو رفض التدخل الطبي الذي يكون محله جسد هذا المريض العاجز عن التعبير عن إرادته وذلك نيابة عنه[1].

ثانيا:مضمون رضا المريض:

يتضمن رضا المريض تعبيره عن إرادته القطعية لإبرام عقد طبي مع الطبيب الخاص الذي وقع عليه اختياره لغرض علاجه، ومن ثم يتجلى رضا هذا المريض في حرية اختياره لطبيبه ، حيث صت المادة **(42)** من مدونة أخلاقات الطب على أنه" للمريض حرية احتيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، و ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاحتيار هذه مبدأ أساسا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض..."[2].

كا يتمثل رضا المريض كذلك في وجوب موافقته هو أو من ينوب عنه على كل عمل

---

[2]– ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 182– 183.

طبي يقوم به الطبيب من أجل علاجه طبقا لنص المادة **(164)** من قانون حماية الصحة و ترقيدها، وهذا يتطلب من الطبيب ضرورة تبصير مريضه بطبيعة المرض الذي يعاني منه، والعلاج المقترح، والمخاطر اللي قد تترتب على إتباع هذا العلاج حتى يتمكن من الموافقة على تلقي العلاج موافقة حرة مستنيرة، أو رفض ذلك وهو على علم بطبيعة مرضه والمخاطر التي تهدد حياته

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان رضا المريض يتجسد كذلك من خلال حقه في رفض تلقي علاج معين شريطة تقديم صريح كتابي برفض هذا العلاج طبقا لنص المادة (49) من مدونة أخلاقيات الطب.

ثالثا: شروط صحة رضا المريض:

طبقا للقواعد العامة فانه يشترط، صحة رضا المريض خلوه من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط ، التدليس ، الإكراه ، والاستغلال[1].

فالغلط هو وهم يقوم في نفس الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع ومثال ذلك أن يتعاقد المريض مع طبيب مشهود له بكفاءته العالية في المجال الطبي لغرض علاجه، في حين يتضح له فيما بعد أن هذا الأخير الذي تعاقد معه ليس هو الطبيب الذي كان يريد التداوي لديه، وإنما وقع في غلط نتيجة لتشابه في الأسماء.

أما فيما يخص التدليس فهو غلط يقع فيه الشخص تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر تدفعه إلى التعاقد ، ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بتحريف نتائج الفحوصات الطبية حتى يعتقد المريض أن حالته الصحية في خطر مما يدفعه إلى الموافقة على أي عمل طبي يقترحه هذا

1- محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 179 .

الطبيب[1].

في حين فان الإكراه هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام تصرف ما لا يرغب فيه ويتحقق ذلك على سبيل الميال في حالة استغلال الطبيب لخطورة المرض الذي يعاني منه المريض للضغط عليه، مما يدفع هذا الأخير إلى إبرام عقد طبي معه ما كان ليبرمه لولا الضغط الممارس عليه من طرف هذا الطبيب[2].

و إلى جانب عيوب الرضا السابقة قد يشوب رضا المريض كذلك عيب الاستغلال، ويتمثل هذا العيب في استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد مما يدفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات تفوق ما يتحصل عليه من عوض أو بدون عوض.

وبالتالي فان وقوع المريض ضحية عيب من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط؛ التدليس؛ الإكراه؛ أو الاستغلال يجعل رضاه غير صحيح ، مما يفتح له المجال لطلب إبطال العقد خلال خمس سنوات، يبدأ سريانها في حالة الأهلية من اليوم الذي يزول في هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من يوم اكتشافه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه.

غير أنه لا يجوز التمسك بطلب إبطال العقد لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد في حين يجب أن ترفع دعوى إبطال العقد بسبب عيب الاستغلال خلال سنة واحدة من تاريخ إبرامه، وإلا كانت غير مقبولة[3].

رابعا:الاستثناءات الواردة على رضا المريض:

إذا كان رضا المريض كأصل عام يعتبر شرطا من شروط إباحة العمل الطبي ، فان المشرع الجزائري أورد استثناء على هذا الأصل سمح بموجبه للطبيب بالتدخل الطبي دون

[1]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص 42.

2– خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 59.

[3]– الفقرة الثانية من المادة (90) من نفس القانون.

الحصول على موافقة المريض، ويتحقق ذلك في بعض الحالات التي يعذر فيها على الطبيب الحصول على موافقة مريضه أو من يمثله، كحالة الضرورة القصوى التي تتطلب تدخلا طبيا عاجلا لإنقاذ حياة هذا المريض دون انتظار الحصول على موافقته على التدخل الطبي، كما يمكن للطبيب كذلك مباشرة علاج المريض دون موافقة هذا الأخير، ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها هذا المريض غير قادر على التعبير عن إرادته ، كحالة دخوله في غيبوبة أو الإغماء عليه وكانت حالته الصحية تتطلب تدخلا طبيا عاجلا، وذلك لأن انتظار الحصول على موافقة أحد أقاربه، أو من يمثله قد يزيد من تعقد حاليه هاته، بل قد يؤدي ذلك إلى وفاته آو إصابته بإعاقة ما[1].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن الاستغناء كذلك عن موافقة المريض على التدخل الطبي في الحالة التي يكون فيها العلاج إجباريا، كحالة التطعيم الإجباري ضد الأمراض المعدية، أو الأوبئة، و ذلك لأن هذا العمل الطبي الإجباري لا يحتاج إلى موافقة المريض بل هو عمل طبي وقائي يخضع له كافة السكان دون استثناء[2].

الفرع الثاني:رضا الطبيب:

إن رضا المريض وحده لا يكفي لإبرام عقد طبي، بل لا بد من أن يقابله رضا الطبيب كذلك باعتباره طرفا في هذا العقد، ويتحقق ذلك بتعبير الطبيب عن قبوله التعاقد مع هذا المريض، وبالتالي الموافقة على تقديم العلاج المناسب له، أو رفض التعاقد مع هذا الأخير ومن ثم رفض علاجه غير أن هذا الرضا يجب أن يصدر من شخص أهلا لذلك (أولا)، وفقا لمبدأ حرية الاختيار من جهة (ثانيا)، والاستثناءات الواردة على هاته الحرية من جهة أخرى

1- بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث، ص 132.

2-محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص173 وما يليها.

(ثالثا)[1].

أولا: الأهلية القانونية للطبيب:

يستخلص من خلال الرجوع إلى القواعد العامة التي تتضمن أهلية التعاقد أنه ليس هناك فرق بين الأهلية القانونية للمريض، وأهلية الطبيب فيما يتعلق بالسن المحددة قانونا للتعاقد، حيث يشترط من أجل اعتبار هذا الأخير أهلا لإبرام عقد طبي أن يكون راشدا، أي بالغا سن الرشد التي حددتها المادة **(40)** من القانون المدني الجزائري(19) سنة كاملة ومتمتعا بكامل قواه العقلية غير أنه إذا تأثرت أهلية الطبيب بعارض من عوارض الأهلية، فانه يمنع عليه إطلاقا ممارسة التطبيب تفاديا للإضرار بالمرضى طبقا لنص المادة**(199)** من قانون حماية الصحة و ترقيتها اللي اشترطت من أجل ممارسة مهنة الطب عدم إصابة الطبيب بعاهة أو علة منافية لممارسة هاته المهنة.

ثانيا:حرية الطبيب في الموافقة أو رفض تقديم العلاج:

إذا كان الطبيب كمبدأ عام يعطي موافقته لتقديم العلاج لأي مريض يقصده، فانه و كاستثناء يمكن لهذا الأخير أن يرفض معالجة مريض معين في حالات وشروط محددة

1- زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 77.

1 - حرية الطبيب في الموافقة على تقديم العلاج:

يعتبر الطبيب حرا في اختيار المريض الذي يريد أن يتعاقد معه من أجل علاجه، وذلك طبقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للفرد الحق في حرية اختيار الشخص الذي يريد التعاقد معه، كما أنه مادام المريض حرا في اختيار الطبيب الذي يريد التداوي لديه، فان هذا الأخير بدوره حر كذلك في قبول علاج هذا المريض طبقا لما يمليه عليه ضميره المهني والأخلاقي، أو رفض ذلك.

إلا أن ما يجب الإشارة إليه هو أن الطبيب غالبا ما يحد نفسه ملزما بالموافقة على تقديم العلاج لأغلبية المرضى الذين يتوجهون إليه طلبا لخدماته الطبية، وذلك لاعتبارات إنسانية وأخلاقية تمنعه من رفض تقديم العلاج لهم[1].

2- حرية الطبيب في رفض تقديم العلاج:

تنص المادة **(42)** من مدونة أخلاقيات الطب على أنه "... **و يمكن للطبيب** أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة (09) أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج". وبالتالي فان الطبيب يستطيع أن يرفض تقديم العلاج لمريض معين لأسباب شخصية كحالة وجود عداوة بينهما شرط ألا يكون هذا المريض في حالة خطيرة تتطلب تدخلا طبيا عاجلا[2].

إلا أنه يجب على الطبيب قبل أن يتحرر من مهمته الطبية أن يضمن مواصلة علاج المريض على يد طبيب آخر طبقا لنص المادة (50) من مدونة أخلاقيات الطب[3].

ثالثا:الاستثناءات الواردة على رضا الطبيب:

إن حرية الطبيب في الموافقة على تقديم العلاج لمريض ما أو رفض ذلّك ليست بالحرية المطلقة، بل إنها مقيدة طبقا المادة **(09)** من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على أنه

1- زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص79.

2- أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص121.

3- المادة (50) من مدونة أخلاقيات الطب.

"**يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف** مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"

وبالتالي فان الطبيب مجبر على وضع خدماته الطبية تحت تصرف المريض الذي يواجه خطرا صحيا وشيكا كالمريض الذي يكون في حالة صحية حرجة تتطلب تدخلا طبيا عاجلا لإنقاذ حياته.

كما يمنع على الطبيب رفض تقديم العلاج لمريض ما دون أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له من طرف طبيب آخر كالحالة اللي يكون فيها هذا الطبيب محتكرا لاختصاص طبي معين، و ذلك لأن رفضه علاج هذا المريض قد يؤدي بهذا الأخير إلى الهلاك نتيجة عدم توفر طبيب اختصاصي آخر في نفس النقطة الجغرافية، مما يعرض صحته إلى الخطر[1].

[1]– أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 121– 122.

المطلب الثاني: محل وسبب العقد الطبي:

إن العقد الطبي شأنه شأن باقي العقود يتطلب تكوينه بالإضافة إلى ركن التراضي، توافر ركنين آخرين أولهما ركن المحل، أي محل هذا العقد الذي سنتطرق له في فرع أول، وثانيهما ركن السبب، أي سبب العقد الطبي الذي ستتمحور حوله دراستنا في فرع ثان.

الفرع الأول: محل العقد الطبي:

من هنال نجد ان محل العقد الطبي وبحيث اختلف الفقهاء حول إعطاء تعريف دقيق له، ولذلك فانه من الضروري البحث في مسألة تعريف محل العقدالطبي (أولا) وتحديد شروطه (ثانيا).

أولا: تعريف محل العقد الطبي:

يتضح لنا من خلال استقراء المادة (92) من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه "**يحوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا** غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".[1] أن المشرع الجزائري أشار في الفقرة الأولى من هاته المادة إلى محل الالتزام، أي ما يتعهد به المدين في حين أشار بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة إلى العملية القانونية المتمثلة في التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وهذا هو محل العقد، وعلى هذا الأساس اختلف الفقهاء حول هاته المسألة، فمنهم من يرى بأن محل الالتزام يختلف عن محل العقد، بحيث قد يكون محل الالتزام صحيحا بينما يقع العقد باطلا، مثلما هو الأمر بالنسبة لنص المادة (92) من القانون المدني الجزائري، و ذلك لأن محل الالتزام في هاته الحالة هو نقل حقوق مستقبلية وهو أمر مشروع، إلا أن محل العقد المتمثل في العملية القانونية الخاصة بالتعامل في تركة شخص على قيد الحياة هو أمر

1- خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 71- 72.

غير مشروع[1].

ومنهم من يرى بأن محل العقد هو محل الالتزام الرئيسي الذي يترتب عليه وهذا هو الرأي الراجح، لأن العقد في الحقيقة ليس له محل، بل تترتب عليه آثار تتمثل في مجموعة من الالتزامات ،وهاته الأخيرة هي التي لكل منها محل **هذا الأخير أي محل الالتزام يعرف بأنه** "الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، بحيث يلتزم هذا الأخير بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وهذا الالتزام يتمثل إما في بذل عناية أو في تحقيق نتيجة"

ومن ثم فان محل العقد الطبي هو التزام الطبيب بتقديم العلاج الفعال والضروري من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه، حيث يلتزم هذا الطبيب ببذل العناية اللازمة، أو بتحقيق نتيجة معينة أثناء قيامه بعمله الطبي[2].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في محل العقد الطبي:

لقد تدخل المشرع الجزائري بموجب المواد (من 92 إلى 95) من القانون المدني وحدد هاته الشروط كما يلي:

- أن يكون المحل موجودا عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل.
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.
- أن يكون مشروعا.[3]

1- أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود:

إن شرط الوجود بالنسبة لمحل الالتزام في العقد الطبي صعب التصور،وذلك لأن هذا الشرط يتعلق بالالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أو حق مالي، وهذا يتعذر تطبيقه على جسم

[1]- علي فيلالي، الألرامات، المرجع السابق، ص 219- 220.

2- محفوظ لعشب، المرجع السابق، 190- 191.

[3]- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 102 وما يليها.

الإنسان الذي يستحيل اعتباره حقا عينيا أو ماليا. في حين فان شرط إمكانية الوجود يمكن أن يعتد به، بحيث يمكن اعتبار الخدمات الطبية المقدمة من طرف الطبيب بمثابة محل العقد الطبي، و لذلك يجب أن يكون هذا المحل ممكنا وليس مستحيلا كموت المريض مثلا[1].

2 – التعيين أو القابلية للتعيين:

يقصد بهذا الشرط أن يكون الطبيب على علم مسبق بطبيعة المرض الذي يعاني منه مريضه والعلاج الذي سيقدمه لهذا الأخير هذا من جهة، وعلم هذا المريض بقيمة الأتعاب اللي سيكون مدينا بها لطبيبه من جهة أخرى[2].

3 – مشروعية محل العقد الطبي:

إذا كانت دائرة التعامل في العقد الطبي تختلف عن بقية العقود التي قد ترد على الأموال والأشياء، ويتجلى ذلك في كون هذا التعامل يكون محله المساس بالكيان البشري، فان المشرع الجزائري قد قيد التعامل في جسم الإنسان بمبادئ النظام العام والآداب العامة، بحيث قد جعل الأصل هو عدم قابلية التعامل في جسد الإنسان، في حين فان الاستثناء هو جواز ذلك في حالات ولأسباب محددة[3].

أ– المبدأ عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان:

لقد منع المشرع الجزائري التعامل في جسم الإنسان، و ذلك لأن المساس بجسد الفرد يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب العامة[4] ، وهو نفس التوجه الذي اعتمدته الشريعة الإسلامية التي منعت المساس بكيان الفرد لأن النفس البشرية ملك لله سبحانه وتعالى وحده

[1]– مسلم عبد الرحمن، عقد العلاج الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005/2006، ص 63.

2– أحمد هواجي المرجع السابق، ص 33– 34.

[3]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص54.

[4]– المادة (93) من القانون المدني الجزائري.

وليست ملك للإنسان، فهي تختلف عن الأموال والأشياء من حيث أنها غير قابلة للتملك، بل قد يرد عليها حق الانتفاع فيما تبقى ملكيتها لله عز وجل الذي أحسن وأبدع في خلق الإنسان مصداقا لقوله تعالى:"الذي أحسن كل شيء خلقه و بدأ خلق الإنسان من طين(7)ثم جعل نسله من سلالة من ماء مهين(8) ثم سواه ونفخ فيه من روحه وجعل لكم السمع و الأبصار و الأفئدة قليلا ما تشكرون(9)، وقوله كذلك:"لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"، في حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **لا تزول قدما عبد** يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه وعن علمه فيم فعل وعن ماله من أين اكتسبه وفيم أنفقه وعن جسمه فيم أبلاه "[1].

وبالتالي فان الله عز وجل خلق الإنسان أحسن خلق ومنع عليه المساس بجسده بأي طريقة أو وسيلة كانت، حيث سيحاسب يوم القيامة عن جسده فيما أبلاه، لأن الإنسان مملوك لله سبحانه وتعالى وجسمه بمثابة وديعة استأمنه الله عز وجل عليها يحق له الانتفاع به، لا التعامل فيه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان الإنسان باعتباره عضوا في الجماعة له دور حيوي في المحافظة على نمو واستقرار المجتمع، ولذلك فان للدولة مصلحة مباشرة في عدم المساس بجسده، و ذلك لأن الدول لا تستطيع المحافظة على وجودها وديمومتها إذا لم توفر للإنسان حماية فعالة، لأنه من بين مجموع الأفراد يتكون المجتمع، وهذا ما أدى بالمشرع الجزائري إلى تجريم الأفعال التي من شأنها المساس بجسد الإنسان وسلط على مرتكبيها أشد العقوبات لكن رغم وقوف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ضد التعامل في جسم الإنسان، فانه قد ورد على هذا المنع استثناء متى وجد المبرر الشرعي، أي أنه يجوز المساس بجسد الفرد وفقا لضوابط وفي حالات محددة[2].

---

[1]-الايات (7-8-9) من سورة السجدة.

2- عشوش كريم، المرجع السابق، ص56.

ب – الاستثناء جواز التعامل في جسم الإنسان:

إذا كان من المتفق عليه هو معصومية جسم الإنسان، أي منع المساس به كأصل عام، فانه قد ورد على هذا الأصل استثناء يتمثل في إباحة التعامل في جسم الإنسان عن طريق العمل الطبي الذي يتطلب المساس بجسد الفرد، وذلك لأن هدف الطبيب في هاته الحالة هو الحفاظ على سلامة جسم هذا الإنسان عن طريق علاجه، وليس المساس بسلامته، وتتجسد هاته الإباحة في عدة حالات كحالة الإجهاض؛ التلقيح الاصطناعي؛ نقل وزرع الأعضاء البشرية وتشريح الموتى[1].

1– الإجهاض:

يعرف الإجهاض بأنه "إسقاط المرأة الحامل لحملها، أي أنه إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي".

ويعرف كذلك بأنه "خروج محصول الحمل قبل تمام الشهر السادس، أما حروجه بعد ذلك فيعد ولادة مبكرة".

ينقسم الإجهاض إلى قسمين: إجهاض مباح، وإجهاض ممنوع[2].

أ– **الإجهاض المباح:** وينقسم بدوره إلى قسمين: إجهاض طبيعي؛ وإجهاض علاجي

1 – الإجهاض الطبيعي:

هو سقوط الجنين الذي لم تكتمل له عناصر الحياة في رحم الأم صورة طبيعية، وذلك نتيجة التشوه الشديد الذي أصابه بفعل مرّض الأم بأحد الأمراض المزمنة كالسكري، أو بفعل ضيق الرحم الذي لا يستطيع استيعاب حمل الجنين خلال مراحل نموه.

[1]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص57.

1- – مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 67 وما يليها.

2 – الإجهاض العلاجي:

يعتبر الإجهاض العلاجي عمل طبي يتمثل في وقف سير الحمل قبل تمام الشهر السادس إذا اقتضت الضرورة ذلك لإنقاذ حياة الأم، أو لإنقاذها من فقد أحد أعضائها، وذلك لأن الشريعة الإسلامية تقر التضحية بالجنين لإنقاذ حياة الأم،حتى ولو بلغ مئة وعشرون (120) يوما طبقا **لقواعد** "**الأخذ بأخف الضررين**"، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي سمح بالإجهاض إذا كانت حياة الأم، أو توازنها الفيزيولوجي أو العقلي في خطر، و اشترط أن تجرى عملية الإجهاض في هيكل طبي وتحت إشراف طبيب أخصائي ، كما اشترط كذلك أن يتم الإجهاض العلاجي في غير حفاء، مع ضرورة إبلاغ السلطات الإدارية بذلك[1].

ب- الإجهاض الممنوع:

وهو الإجهاض الذي يكون الدافع إليه التستر على فاحشة، أو المحافظة على رشاقة أو مظهر المرأة، أو قتل الإناث بالنسبة للآباء الذين يرفضون هذا الجنس خاصة بعد التطور العلمي الذي شهده المجال الطبي، و الذي أصبح يمكن من خلاله معرفة جنس الجنين قبل ولادته، ويتم هذا النوع من الإجهاض بواسطة استعمال العنف على عدة مناطق من جسم المرأة الحامل، أو بواسطة الأدوية، أو غيرها من الوسائل المخصصة لهذا الغرض.

ولم يكتفي المشرع الجزائري بمنع هذا النوع من الإجهاض ، بل عاقب من يقوم به ، ووسع من مجال هذا العقاب بموجب المادة **(310)** من قانون العقوبات الجزائري ليشمل من حرض عليه حتى ولو لم يؤدي هذا التحريض إلى نتيجة.

[1]– ميكالي الهواري، نفس المرجع، ص 71– 72.

2 – التلقيح الاصطناعي:

إن عدم قدرة الشخص على الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي أمر من مشيئة الله ولحكمة يعلمها هو وحده، وبالتالي فانه يجوز التداوي من هذا المرض مثله مثل باقي الأمراض الأحرى، وما التلقيح الاصطناعي إلا وسيلة من وسائل العلاج[1].

تعريفه:

"إن التلقيح الاصطناعي هو عملية طبية يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو خارجه ثم أعيدت البويضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها، بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي"[2].

موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي:

لقد سمح المشرع الجزائري بالإنجاب بواسطة التلقيح الاصطناعي وقيد ذلك بالشروط التالية:

– أن يكون الزواج شرعيا.

– أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

– أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

– لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة

كما رخصت التعليمة الوزارية الصادرة بتاريخ 12 ماي 2000 للهيئات الجزائرية المتخصصة بتجميد المني، واشترطت أن يكون الغرض من هذا التجميد هو الإنجاب بين الزوجين عن طريق التلقيح الاصطناعي .

3– نقل وزرع الأعضاء البشرية: عرفت عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية تطورا معتبرا في ظل التطور العلمي الذي وصلت إليه العلوم الطبية، بحيث أصبح يمكن إنقاذ حياة عدد كبير

[1]–مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 83.

[2]– أنظر، زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 14 وما يليها.

من المرضى بواسطة هاته العملية التي تتم وفقا لشروط وفي حالات محددة[1].

أ تعريفها: تعتبر عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية عملية طبية تتمثل في نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة وزرعها مكان أعضاء أحرى مريضة أو تالفة في أجسام أخرى، لتقوم مقامها في أداء وظائفها[2].

ب أحكامها: تتلخص عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في حالتين: الحالة الأولى تتمثل في نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، في حين تتجلى الحالة الثانية في نقل الأعضاء من جثث الموتى وزرعها في أجسام الأحياء.

1- **نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:** يختلف الوضع القانوني لعملية نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء بين الحالة التي يكون فيها العضو المراد التبرع به من الأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة، والحالة التي يكون فيها العضو المراد التبرع به من الأعضاء التي لها مثيل في الجسد[3].

أ- **التبرع بالأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة:** لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبرع بالعضو الذي يتوقف عليه استمرار الحياة كالقلب؛ والكبد؛ أو إحدى الكليتين في حالة تلف الأخرى' مصداقا لقوله **تعالى:**"...**ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما**"، **وهذا ما أكده المشرع** الجزائري بموجب المادة **(164)** من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي نصت على أنه " **لا يحوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا** إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر..."

ب- **التبرع بالأعضاء التي لها مثيل في الجسد:**

---

[1]- أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008، ص98.

[2]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 66.

[3]- مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 74.

يتضح لنا من خلال استقراء نصوص المواد من(**161 إلى167**) من القانون رقم (**85 -05**) المؤرخ في 16 فبراير1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيها، المعدل والمتم بالقانون رقم (90-17) المؤرخ في31 جوية 1990، أن المشرع الجزائري قد أجاز إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية المزدوجة، أي التي لها مثيل في الجسد كالكلية؛ أو القرنية – قرنية العين-؛ أو الأذن؛ أو جزء من الكبد... إلخ، وقيد هاته العملية ببعض الشروط منها[1]:

– أن لا تعرض هاته العملية حياة المتبرع للخطر طبقا لنص المادة (**162**) من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

– أن تؤدي عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية إلى تحقيق مصلحة مؤكدة للمتبرع له، ومنع ضررا مؤكدا كان سيحل به لولا زراعة هذا العضو في جسده.

– الموافقة الكتابية الحرة و المتبصرة للمتبرع بحضور شاهدين طبقا لنص المادة(**162**) من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

– يمنع انتزاع الأعضاء من الأشخاص القصر أو المصابين بأمراض من شأنها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل طبقا لنص المادة (**163**) من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

– يشترط أن تتم هاته العملية بدون مقابل مالي، لأنه يمنع بيع أي عضو من أعضاء جسم الإنسان، كما يشترط أن تتم عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة[2].

[1]– شعبان هند، المرجع السابق، ص177.

[2]– زبيدة إقروفة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية و الأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، اكبيرة- الإعفاء من المسؤولية-

4- تشريح الموتى: إذا مات الشخص أقبل على عالم غير عالم الأحياء، و تحول جسده إلى جثة يمنع المساس بها إلا في حالات الضرورة القصوى كحالة تشريح جثة الميت لمعرفة سبب وفاته مثلا.

تعريفـه: إن تشريح الجثة هو عبارة عن شق جسم الإنسان عن طريق تشريح العنق و الصدر، و تشريح البطن و الرأس من أجل معرفة سبب و طريقة الوفاة وزمنها، هذا في حالة التحقيق الجنائي، في حين قد يكون ذلك لغرض تحقيق هدف علمي[1].

أحكامـه: لقد حرمت الشريعة الإسلامية المساس بكيان الميت مثلما لا يجوز المساس بجسده أثناء حياته مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "**كسر عظم الميت ككسره حيا**".

كما أن المشرع الجزائري بدوره جرم المساس بجثة الميت بأي طريقة أو وسيلة كانت، في حين أجاز عمليات تشريح الجثث إذا كان الغرض من ذلك مشروعا و يكون ذلك في حالتين[2]:

- حالة الطلب من السلطات العمومية في إطار الطب الشرعي. ّ حالة الطلب من الطبيب المختص فبالنسبة للحالة الأولى يجوز لوكيل الجمهورية قبل مرحلة التحقيق أن يطلب تشريح الجثة، في حين ينتقل هذا الحق إلى قاضي التحقيق إذا وصل البحث الجنائي إلى مرحلة التحقيق طبقا لنص المادة **(143)** من قانون الإجراءات الجزائية[3].
- أما فيما بخص الحالة الثانية، فان المادة **(168)** من قانون حماية الصحة و ترقيتها أجازت تشريح جثث الموتى لهدف علمي، وذلك حتى يتمكن طلبة الطب من معرفة تركيبة جسم الإنسان ووظائف أعضائه.

---

[1]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص89- 90.

2-أمير فرج، المرجع السابق، ص103.

3- المادة (153) من قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثاني: سبب العقد الطبي:

إن ظهور العقود الرضائية التي يعتبر الإرادة فيها أساس وقوام العقد، عجل بالبحث عن سبب تتجه إليه هاته الإرادة في هذه العقود، و لكن بعد اعتماد السبب كركن من أركان العقد ظهرت عدة تصورات و مفاهيم لهذا الركن مما استدعى ضرورة تعريفه (أولا)؛ و تحديد شروطه (ثانيا)؛ ثم التطرق إلى تطبيقاته على أرض الواقع (ثالثا).

أولا:تعريفــه: لقد اختلف الفقهاء حول تعريف سبب العقد نظرا لاختلافهم حول طبيعة هذا السبب، حيث ظهرت في هذا الشأن نظريتين الأولى تقليدية و تعتد بالسبب القصدي، بمعنى أن لكل التزام سبب يتمثل في الغرض المباشر، أو النتيجة التي سيتحصل عليها المتعاقد بعد تنفيذه لهذا الالتزام[1] ، وبالتالي فان السبب حسب هاته النظرية هو أمر داخلي في العقد و موضوعي، أي لا يتغير بتغير العقود ولا يختلف باختلاف الأشخاص.

أما النظرية الثانية فهي النظرية الحديثة التي تعتد بالسبب الدافع إلى التعاقد، أي سبب العقد و ليس سبب الالتزام. ويتمثل السبب حسب هاته النظرية في الاعتبارات النفسية و الشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، أي أنه أمر شخصي؛ متغير؛ و منفصل خارج عن العقد[2].

مع العلم أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية السبب الدافع إلى التعاقد، أي بالنظرية الحديثة.

- **و على هذا الأساس يمكن تعريف سبب العقد الطبي بأنه** "مجموعة من الدوافع النفسية والشخصية المشروعة التي دفعت المتعاقد الطبيب أو المريض-إلى إبرام عقد طبي".

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في ركن السبب: يتضح لنا من خلال استقراء نص المادة **(97)** من القانون المدني الجزائري **التي جاء فيها ما يلي:**"إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة ، كان العقد باطلا"، **أن المشرع الجزائري الذي أخذ**

[1]- بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر،2012، ص97.

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 569.

بالنظرية الحديثة للسبب قد اشترط أن يكون هذا الأخير مشروعا، بمعنى أن الضابط الأساسي و الجوهري الذي يجب على المتعاقدين التقيد به قبل إبرام العقد هو ضابط المشروعية، أي مشروعية سبب العقد، وهذا يتطلب مراعاة قواعد النظام العام من جهة، وحسن الاداب من جهة أخرى[1].

1 – عدم محالفة قواعد النظام العام: يعرف النظام العام بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة سياسية؛ أو اجتماعية؛ أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصالح الأفراد و يعتبر من النظام العام القوانين التي تنظم سير المرافق العامة، وتنظم علاقاتها مع بعضها البعض أو بينها و بين الأفراد، بل وحتى العلاقات التي تربط بين الأفراد، كالدستور الذي يمنع انتهاك حرمة الإنسان، أو ممارسة أي عنف بدني أو معنوي ضده، أو المساس بكرامته، كما يمنع كذلك كل المخالفات التي قد تمس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان[2].

أما في المجال الطبي فان من بين الأهداف التي سطرها المشرع الجزائري بموجب المادة 03 الثالثة من قانون حماية الصحة و ترقيتها حماية حياة الإنسان من الأمراض و المخاطر التي تهدد صحته و حياته، إضافة إلى ضرورة تحسين ظروف معيشته وعمله، و لذات الغرض ألزمت المادة السادسة من مدونة أخلاقيات الطب الطبيب باحترام حياة الفرد،وشخصه البشري، و بالتالي فان أي اتفاق يكون مخالفا لهاته القواعد يعد باطلا بسبب مخالفيه لمبادئ النظام العام[3].

1– دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 42.

2–علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص269، التهميش رقم 09.

3– أنظر، الفقرة الأولى من نص المادة 03 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

2- عدم مخالفة الآداب العامة: إن الآداب العامة هي مجموعة من القواعد الأخلاقية التي تشكل الأسس الأخلاقية الضرورية لاستقرار المجتمع و حمايته من الانحلال، و هي وليدة المعتقدات الموروثة، و العادات و الأعراف التي استقر عليها الأفراد و من ثم يشترط حتى يتكون العقد الطبي صحيحا ضرورة مراعاة هاته الآداب، ومن ذلك منع القيام بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك لأغراض علاجية، كما لا يجوز كذلك أن تكون هاته العمليات محل معاملة مالية وذلك بسبب تعارضها مع حسن الآداب، لأن جسم الإنسان أو أي عضو من أعضائه لا يمكن تقويمه بالمال[1].

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن المادة **(98)** من القانون المدني الجزائري قد نصت على أن"**كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا...**"، و لذلك فانه يفترض في السبب أنه مشروع حتى يثبت العكس، وإذا ظهر أن الباعث الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع، فانه يشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الأخر على علم بهذا الدافع الغير مشروع، أما إذا كان دافع أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الأخر على علم به، كما لم يكن باستطاعته أن يعلم بذلك لا يعتبر العقد باطلا، حيث يؤخذ في هاته الحالة بالإرادة الظاهرة لا الباطنة.

ثالثا:تطبيقات ركن السبب في العقد الطبي: إن التطور العلمي المتسارع الذي شهده المجال الطبي أصبح يشكل خطرا على الكيان الجسدي للإنسان و حتى على حياته، مما جعل رجال الدين و القانون على حد سواء يجتهدون بغرض رسم الحدود الشرعية و القانونية التي تقيد الأعمال و البحوث الطبية حتى لا تخرج عن إطار المشروعية، و من ثم تم حظر التجارب و الأبحاث الطبية التي لا يتم القيام بها لغرض العلاج، كما تم خطر و تجريم القتل بدافع الشفقة

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص269، التهميش رقم 09.

كذلك[1].

1- التجارب الطبية: لقد خلق الله سبحانه و تعالى الإنسان أحسن الخلق و نفخ فيه من روحه، **و كرمه بالعقل مصداقا لقوله عز وجل:**"ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"، **ثم** جعله خليفة له في الأرض فاستحق الاحترام له و لجسده الذي يمنع المساس به، ومن ثم فانه لا يجوز جعله محلا للتجارب الطبية التي قد تضر به ماديا أو معنويا[2].

أ-**تعريف التجارب الطبية:** تعرف التجربة في مجال العلوم الطبية و الحيوية بأنها "انحراف عن الأصول الطبية المتعارف عليها لغرض جمع معطيات علمية؛ أو فنية؛ أو اكتساب معارف في هذا المجال بهدف تطوير العلوم الطبية والبيولوجية والحيوية"[3].

ب- أنواع التجارب الطبية: تنقسم التجارب الطبية إلى نوعين: الأولى علاجية؛ و الثانية غير علاجية.

1- التجارب الطبية العلاجية: و هي التجارب الطبية التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية،أي محاولة إيجاد علاج للمريض عن طريق تجريب طرق ووسائل جديدة في العلاج، وذلك في حالة ما إذا أخفقت الطرق و الوسائل المعروفة و المستقر عليها علميا في تحقيق الشفاء للمريض متى كان ذلك ممكنا[4].

1- أنظر، قوادري مختار، ضوابط استخدام المعاملات الطبية الحديثة، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر، د. س. ن، العدد التجريبي، ص 113.

2- أنظر، الأية (70) من سورة الإسراء.

3- أنظر، بلحاج العربي، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 09 - 10.

4-أنظر، ضحى العذيي، الأعمال الطبية المستحدثة و القانون، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2006، ص 25.

2- التجارب الطبية العلمية:

1-تعريفها: إن التجارب الطبية العلمية هي التجارب التي يكون الغرض منها هو البحث العلمي و ليس علاج مريض ما، أي هي الأعمال الطبية العلمية أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الباحثون في المجال الطبي على جسم الإنسان لغرض البحث العلمي، و ذلك من أجل اكتساب معارف جديدة تتعلق بالوقاية من الأمراض، أو المعالجة الوقائية[1].

2- حكمها: يستخلص من نص المادة **(168)/02** المستحدثة بموجب القانون رقم**(17-90)** المؤرخ في 31 جويلية 1990، المعدل و المتمم للقانون رقم **(85-05)** المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، أن المشرع الجزائري قد سمح بإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان، و قيد ذلك بضرورة احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسات الطبية أثناء القيام بهاته التجارب مع العلم أن هناك التجارب الطبية الواردة على جسم الإنسان تفتقد لغاية المشروعية كالتغيير الجنسي و التعقيم، و هذا على سبيل المثال لا الحصر[2].

أ- التغيير الجنسي:

1-**تعريفه:** يعرف بأنه "تغيير الشخص لجنسه الطبيعي بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي".

2- أحكامه: لقد منعت الشريعة الإسلامية عمليات تغيير الجنس لما في ذلك من تغيير في خلق الله حيث يقول سبحانه وتعالى:"ألم يكن نطفة من مني يمنى(37) ثم كان علقة فخلق فسوى(38) فجعل منه الزوجين الذكر و الأنثى(39)" و يقول **عز وجل كذلك:**"...فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله..." في حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "**لعن الله المخنثين من الرجال و المترجلات من النساء**"

أما فيما يخص المشرع الجزائري فانه رغم عدم وجود نصوص قانونية تمنع عمليات

---

[1]- بلحاج العربي، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، نفس المرجع، ص21.

[2]- **المادة (168)/02 من ق. ح. ص. وت**

تغيير الجنس، إلا أن المنع يظهر من خلال النتائج المترتبة على هاته العمليات و المتمثلة على سبيل المثال في بتر عضو من الأعضاء التناسلية مع استعمال الجرح، فهذا الفعل يعتبره المشرع الجزائري جريمة يعاقب مرتكبيها طبقا لنص المادة **(264)** من قانون العقوبات الجزائري[1].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فانه إذا كان من الثابت علميا أن عمليات تغيير الجنس تؤدي إلى العجز الجنسي لدى الشخص الذي غير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي و تؤدي كذلك إلى عدم القدرة على الإنجاب، فان هذا الفعل يمنع القيام به و يعاقب مرتكبوه طبقا لنص المادة **(274)** من قانون العقوبات الجزائري على أساس جريمة الخصاء.

كما يظهر منع المشرع الجزائري لهاته العمليات كذلك من خلال نص المادة(97) من القانون المدني الجزائري التي تعتبر أي التزام غير مشروع بسبب مخالفته لقواعد النظام العام أو الآداب العامة باطلا، وهذا ما ينطبق على عمليات تغيير الجنس التي تفتقد مشروعية السبب[2].

ب – التعقيـم:

إن من نتائج الاكتشافات العلمية الحديثة كذلك ما توصل إليه العلم و الطب حديثا من إمكانية التحكم في الحمل، أو حتى منعه إطلاقا وهذا ما يعرف بالتعقيم.

1– تعريفــه:

يعرف التعقيم بأنه "عملية جراحية ترمي إلى جعل الشخص ذكرا كان أو أنثى غير قادر على الإنجاب".

و قد أصبحت عمليات التعقيم في عصرنا الحالي تجرى في المستشفيات عن طريق عمليات جراحية يتم خلالها قطع الحبل السري المنوي (الأسهر) بالنسبة للذكور، وقطع قناتي الرحم أو

1–تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 41 وما يليها.

2– حض المادة (97) من القانون المدني الجزائري.

ربطهما معا بالنسبة للإناث[1].

2- أحكامـــه: لقد خلق الله سبحانه و تعالى الإنسان، فخلق الذكر و الأنثى من أجل التزاوج بغرض التناسل مصداقا لقوله عز وجل:" **يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساءً...**" كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الشأن " **تزوجوا الودود الولود فاني مكابر بكم يوم القيامة**"[2].

و على هذا الأساس فان الشريعة الإسلامية تمنع التعقيم منعا قاطعا، و لا تسمح به إلا إذا كان الحمل يعرض صحة الأم أو حياتها للخطر، شرط أن يقرر ذلك أهل الاختصاص من الأطباء.

أما المشرع الجزائري فقد منع بدوره التعقيم إذا لم يكن هناك سببا مشروعا يبرره، ووصل به الأمر إلى حد تجريم هذا الفعل حيث اعتبر الخصاء جريمة و عاقب مرتكبيها بالسجن المؤبد إذا لم تؤدي عملية الإخصاء إلى الوفاة، أما إذا أدت إلى الوفاة فعقوبتها الإعدام[3].

ت- قتل الرحمة: إن حياة الفرد تتمتع بحماية قانونية خاصة تجعل كل عمل مهما كانت غايته و مصدره و طبيعته من شأنه أن يخل بمبدأ حق الإنسان في الحياة عملا غير مشروع يمنعه القانون، و يعاقب مرتكبيه مثلما هو الحال بالنسبة للقتل بدافع الشفقة[4].

1- تعريفـه: يعرف قتل الرحمة بأنه "تيسير موت الشخص المريض الميئوس من شفائه، أو المولود المشوه للحد من آلامه رأفة به"، وقد يرتكب القتل بدوافع الشفقة من طرف طبيب، كما قد يرتكب كذلك من طرف أي شخص آخر كأحد أفراد العائلة مثلا[5].

---

[1]- مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 124.

1- الآية الأولى من سورة النساء.

2- نص المادة (274) من قانون العقوبات الجزائري.

[4]- ضحى العذيي، المرجع السابق، ص18 و ما يليها.

[5]- عبد الوهاب حومد، نفس المرجع، ص 176.

2- **أنواعــه: ينقسم قتل الرحمة إلى نوعين إيجابي و سلبي**

أ - **قتل الرحمة الإيجابي:** ويتمثل في القيام بفعل يؤدي إلى موت المريض كإعطائه دواء قاتل بناء على طلبه أو دون موافقته.

ب- **قتل الرحمة السلبي:**

ويتجلى في الامتناع عن القيام بواجب معين اتجاه المريض كالامتناع عن علاجه، أو رعايته بناء على طلبه أو رغما عنه.

كما أن قتل الرحمة بنوعيه الإيجابي و السلبي قد يكون إراديا و قد يكون غير إرادي فيكون إراديا إذا تم بموافقة المريض، ويكون غير إرادي إذا تم رغما عن هذا الأخير[1].

3-أحكامــه:

يعتبر حق الإنسان في الحياة من الأولويات التي تحميها الشريعة الإسلامية، و ذلك لأن هائه الأخيرة تحرم القتل مهما كان الدافع إليه مصداقا لقوله تعالى: " .... ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق... "[2].

أما فيما يخص المشرع الجزائري فانه لم يضع استثناء خاصا بالقتل بدافع الشفقة يعفي من خلاله مرتكبيه من العقاب، أو على الأقل يفيدهم من ظروف التخفيف، و من ثم فان المسؤولية الجنائية لمرتكبي هذا النوع من القتل تقوم على أساس القتل العمد طبقا المادة (254) من قانون العقوبات الجزائري، مع ضرورة منع إفادة الجاني من ظروف التخفيف و ذلك حتى تبقى الحياة الإنسانية محلا للحماية القانونية حتى آخر لحظة من حياة الفرد[3].

---

[1]- عبد الوهاب حومد، نفس المرجع، ص 176.

2- أنظر، الأية (151) من سورة الأنعام.

[3]- عراب ثاني نجية، نفس المرجع، ص150.

المطلب الثالث: الشكلية في العقد الطبي:

لقد أخذ المشرع الجزائري كأصل عام بمبدأ الرضائية و اعتبر الإرادة أساس وقوام العقد، بحيث أن الرضا هو الذي يلزم المتعاقدين وليس الشكل مثلما سنبين ذلك في فرع أول، إلا أنه وأمام خطورة بعض التصرفات الطبية التي لا يكفي فيها الرضا وحده، اشترط المشرع الجزائري الشكلية من أجل إثبات هذا الرضا في حالات استثنائية سنتطرق لها في فرع ثاني.

الفرع الأول: المبدأ انتفاء الشكلية في العقد الطبي:

يعتبر العقد الطبي عقدا رضائيا ومبرر ذلك أن المشرع الجزائري لم يشترط علي الطبيب أو المريض شكلية معينة لترسيم اتفاقهما و بالتالي إتمام عملية التعاقد، ولتأكيد هذا الطرح فانه من الضروري تعريف الشكلية وتحديد أنواعها وإسقاط ذلك على العقد الطبي للتأكد من رضائيته من جهة (أولا)، وتحديد طرق ووسائل إثباته من جهة أخري (ثانيا)[1].

أولا :تعريف الشكلية و تحديد أنواعها: – تعريف الشكلية:

يعرف الفقيه "روبي" الشكلية بأنها "**كل عمل يهدف إلي إيضاح النظام** القانوني، وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات"[2].

2 – أنواع الشكلية: تنقسم الشكلية إلى نوعين: مباشرة؛ وغير مباشرة.

أ– الشكلية المباشرة:

تتمثل الشكلية المباشرة في الكتابة التي بدورها تنقسم إلى نوعين: كتابة رسمية يتولى فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة تحرير العقد، وكتابة عرفية يتولى فيها المتعاقدين تدوين اتفاقهما في وثيقة تختتم بتوقيعهما[3].

[1]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص126– 127.

2- – على فيلالى، الالتزامات، المرجع السابق، ص293، التهميش رقم 07.

[3]– المادة (324) من القانون المدني الجزائري.

ب- الشكلية الغير مباشرة:

إن الشكلية الغير مباشرة لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني مثلما هو الأمر بالنسبة للشكلية المباشرة، و من ثم فهي لا تؤثر على صحته ولكنها قد تحد من نفاذه، ويتجلى هذا النوع من الشكلية في قواعد الشهر العقاري؛ والتسجيل في السجل التجاري؛ إضافة إلى إجراءات إدارية كاشتراط الترخيص المسبق من طرف الإدارة بالنسبة لبعض المعاملات،... إلخ.

وعلى هذا الأساس فانه يستحيل إسقاط أي نوع من أنواع الشكلية على العقد الطبي، أي أن هذا الأخير لا يحتاج إلى شكلية معينة، بل يكفي من أجل انعقاده صحيحا توافر ثلاثة أركان وهي: التراضي؛ المحل؛ والسبب[1].

ثانيا:إثبات العقد الطبي:

ما دام موضوع الإثبات مرتبط بفكرة الوصول إلى الحقيقة أو على الأقل البحث عنها، فان المشرع الجزائري قد عدد من وسائل الإثبات التي تفتح لنا المجال واسعا من أجل إقامة الدليل على وجود هذا التصرف القانوني الغير مكتوب الذي ارتضاه كلا من الطبيب والمريض على حد سواء.

وبالتالي فانه يمكن إثبات العقد الطبي عن طريق القرائن كالاستعانة بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به و استعماله كحجة بما فصل فيه من حقوق بين الخصوم أنفسهم حول نفس المحل والسبب، وذلك لأن القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن استعمال أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، بحيث أنها تعتبر دليلا قاطعا ما لم يتم نقضها بالدليل العكسي[2].

كما يمكن إثبات العقد الطبي كذلك إما عن طريق شهادة الشهود بسبب عدم اشتراط المشرع الجزائري كتابة هذا النوع من العقود ،أو عن طريق الإقرار كاعتراف الخصوم أمام القاضي بأنه

2- مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 132.

3- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الأولى، مصورات بغدادي للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2009، ص 106.

أبرم عقدا طبيا مع مريضه من أجل علاجه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذا التصرف القانوني الذي اعترف الخصم بإبرامه ، لأن المشرع الجزائري اعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر[1].

في حين قد يتم اللجوء إلى الوصفات الطبية اللي يحررها الطبيب الخاص للمريض المتعاقد معه، الممهورة بختمه وتوقيعه، من أجل إثبات العلاقة التعاقدية التي تربط بينه وبين مريضه، أو إثبات أحد الحقوق أو الالتزامات المترتبة عنها اللي لها صلة حقيقية بالنزاع، أو التي يتمحور حولها هذا النزاع أساسا. مع العلم أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي طبقا لقاعدة "**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**"، وقد أقر المشرع الجزائري العمل بهاته القاعدة، حيث جعل عبء الإثبات من نصيب المدعي فألزمه بإثبات الدين إذا كان دائنا، وإثبات التخلص من المديونية إذا كان مدينا.

الفرع الثاني: الاستثناء وجوب توفر الشكلية في بعض التصرفات الطبية:

لقد استثنى المشرع الجزائري من القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد الطبي هو عقد رضائي حالتين اشترط فيهما الشكلية قبل القيام بأي عمل طبي و يتعلق الأمر بعمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية من جهة (أولا) ، و حالات رفض المريض تلقي العلاج من جهة أخرى (ثانيا)[2].

[1]– المادة (338) من القانون المدني الجزائري.

2– المادة (49) من مدونة أخلاقيات الطب.

أولا: نقل وزراعة الأعضاء البشرية:

نظرا لما تحتويه العمليات الجراحية الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية من تعقيدات قد تشكل خطرا على صحة و حياة الفرد، فان المشرع الجزائري قد اشترط الموافقة الكتابية لكل من المتبرع و المستقبلّ أي المتبرع لهّ قبل القيام بعملية انتزاع العضو أو زرعه ، وعلى هذا الأساس تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هاته الموافقة بحضور شاهدين اثنين، تم تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة طبقا للفقرة الأولى من نص المادة (164) من قانون حماية الصحة و ترقيتها[1].

وبالتالي فان عدم توفر هاته الشكلية يعتبر دليلا على عدم رضا المريض بهذا التدخل الطبي الخطير، وهذا ما يعفيه من مشقة البحث عن دليل أخر يثبت من خلاله القيام بانتزاع عضو من أعضائه رغما عنه.

أما بالنسبة للمتبرع له أي المستقبل فانه يشترط أن يعبر هذا الأخير عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها، وحضور شاهدين اثنين، أما إذا كان غير قادر على التعبير عن رضاه يمكن لأحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولوي الوارد في نص المادة (164) من قانون حماية الصحة و ترقيتها أن يعطي موافقته الكتابية على عملية زرع العضو المتبرع به لصالح المستقبل[2].

ونفس الحكم ينطبق على انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من جثث الموتى، حيث تشترط الموافقة الكتابية للمتبرع أثناء حياته، أو موافقة أحد أفراد أسرته طبقا لنصي المادتين (164) و (165) من القانون رقم (90-17) المعدل للقانون رقم (85-05) المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

غير أنه و في مقابل ذلك، فان المشرع الجزائري قد سمح بموجب الفقرة السادسة من

---

[1]- نصي المادتين 162 و 166 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

[2]- مامون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص 51 المسؤولية الطبية، الخبرة- الإعفاء من المسؤولية- المسؤولية

نص المادة (166) من نفس القانون بنزع الأنسجة و الأعضاء البشرية دون الحصول على هاته الموافقة، وذلك في حالتي الضرورة و الاستعجال، أو في الحالة اللي يتعذر فيها الاتصال بالممثلين الشرعيين للمتبرع له العاجز عن التعبير عن إرادته الذي قد يتسبب أي تأخر في وفاته، على أن يتم تأكيد توافر إحدى هاته الحالات من طرف الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين[1].

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه، هو أن الكتابة التي اشترطها المشرع الجزائري سواء بالنسبة للمتبرع، أو المتبرع له هي كتابة عرفية معدة للإثبات وليست ركنا من أركان العقد الطبي، حيث أن وظيفتها هي إثبات رضا المتبرع بانتزاع أنسجة أو أي عضو من أعضائه من جهة، وإثبات رضا المتبرع لهّ أي المستقبل بقبول زرع هاته الأنسجة أو هذا العضو في جسمه من جهة أخرى[2].

ثانيا:رفض المريض تلقي العلاج الطبي:

لقد اشترط المشرع الجزائري موافقة المريض، أو أحد الأشخاص المخولين إعطاء موافقتهم نيابة عنه قبل قيام الطبيب المعالج بأي عمل طبي، و لكنه لم يشترط أن تكون هاته الموافقة كتابية، و ذلك لأن الغرض من علاج المريض هو شفاؤه أو التقليل من آلامه و ليس الإضرار به[3].

في حين سمح له في مقابل ذلك برفض التداوي طبيا، إلا أنه نظرا لخطورة النتائج التي قد تترتب على رفض المريض تلقي العلاج الطبي كتعقد حالته الصحية، أو وفاته مما قد يؤدي إلى إثارة مسؤولية الطبيب المعالج أو المؤسسة الصحية التابع لها، فان المشرع الجزائري اشترط

1- ، مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل و زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007، ص 61.

2- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 311.

3-علي فيلالي، رضا المريض^) بالعمل الطبي، المرجع السابق، ص 42 و ما يليها.

على المريض الذي يرفض العلاج الطبي تقديم تصريح كتابي بذلك ، كما ألزم الطبيب المعالج بإخبار هذا المريض أو الشخص المخول إعطاء الموافقة نيابة عنه بعواقب رفض العلاج. و على هذا الأساس يمكن القول أن مهمة الطبيب المتمثلة في علاج المرضى قد تجد ما يعيقها من خلال رفض المريض تلقي العلاج الطبي، مما يستوجب على الطبيب في هاته الحالة من أجل التخلص من المتابعة القضائية و عدم تحمل مسؤولية أية مضاعفات صحية قد تلحق بهذا المريض نتيجة رفضه التداوي طبيا، الحصول على تصريح كتابي من هذا الأخير يبين فيه رفضه تلقي العلاج الطبي، كما يجب على الطبيب المعالج بالموازاة مع ذلك إخبار المريض، أو من يمثله بعواقب رفض هذا العلاج[1].

غير أنه إذا كان المشرع الجزائري قد اشترط الموافقة الكتابية للمريض بالنسبة لبعض التصرفات الطبية الواردة على سبيل الحصر، فان ذلك لا يعني أن العقد الطبي هو عقد شكلي، أي أن الشكلية ليست ركنا من أركانه، بل هو عقد رضائي ينعقد بتوافر الأركان العامة المتمثلة في التراضي؛ المحل؛ و السبب.

إلا أنه يترتب على انعقاده صحيحا مستوفيا لجميع أركانه و شروطه آثارا قانونية سنتطرق لها في فصل ثان تحت عنوان "آثار العقد الطبي".

رغم أن المشرع الجزائري لم ينظم العقد الطبي باعتباره عقدا يربط الطبيب الخاص بالمريض الذي يتوجه إليه طالبا خدماته الطبية، إلا أن هدا العقد كغيره من العقود التي تستمد أحكامها من القواعد العامة يترتب على انعقاده صحيحا و مستوفيا لجميع أركانه آثارا قانونية من شأنها التأثير في المراكز القانونية لأطرافه[2].

وتتمثل هاته الآثار في الحقوق و الالتزامات المتقابلة الملقاة على عاتق كل من الطبيب

[1]– بن معروف فضيل، المرجع السابق، ص 97

2– المادة (49) من مدونة أخلاقيات الطب.

الخاص المعالج، و المريخ المتعاقد معه التي سنفصل فيها في مبحث أول، وهي التزامات يتوجب على المتعاقدين الوفاء بها، لأنه في حالة إخلال أي طرف من طرفي العقد الطبي بأحد هاته الالتزامات خاصة الطبيب الذي يحمل على عاتقه أغلبية الالتزامات المترتبة عن هذا العقد باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة الطبية التعاقدية تتقرر مسؤوليته تبعا للضرر الذي ألحقه بالمتعاقد الاخر و هذا ما سنتطرق له في مبحث ثاني.

الفصل الثاني
الأثار القانونية العقد الطبي

رغم أن المشرع الجزائري لم ينظم العقد الطبي باعتباره عقدا يربط الطبيب الخاص بالمريض الذي يتوجه إليه طالبا خدماته الطبية، إلا أن هدا العقد كغيره من العقود التي تستمد أحكامها من القواعد العامة يترتب على انعقاده صحيحا و مستوفيا لجميع أركانه آثارا قانونية من شأنها التأثير في المراكز القانونية لأطرافه.

وتتمثل هاته الأثار في الحقوق و الالتزامات المتقابلة الملقاة على عاتق كل من الطبيب الخاص المعالج، و المريض المتعاقد معه التي سنتطرق لها في مبحث أول، وهي التزامات يتوجب على المتعاقدين الوفاء بها، لأنه في حالة إخلال أي طرف من طرفي العقد الطبي بأحد هاته الالتزامات خاصة الطبيب الذي يحمل على عاتقه أغلبية الالتزامات المترتبة عن هذا العقد باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة الطبية التعاقدية، تتقرر مسؤوليته تبعا للضرر الذي ألحقه بالمتعاقد الأخر وهذا ما سنتطرق له في مبحث ثان.

المبحث الأول: الالتزامات المترتبة عن العقد الطبي وآثار الإخلال بها:

إذا كان من خصائص العقد الطبي أنه عقدا ملزما للجانبين، أي أنه يرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، فإن الالتزام الطبي يختلف من حيث طبيعته حسب النتيجة المرجوة من وراء تنفيذه بحيث قد يكون التزاما ببذل عناية، في حين قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة معينة مثلما سنبين ذلك في مطلب أول[1].

كما يختلف الالتزام الطبي كذلك حسب مضمونه حيث أن أغلبية الالتزامات تقع على عاتق الطبيب، وفي مقابل ذلك فإن خصوصية عقد التطبيب جعلت المريض يحمل على عاتقه التزامات أقل، وذلك إحقاقا للتوازن بين طرفي هذا العقد وهذا ما سنتطرق له في مطلب ثان، مع العلم أنه يترتب على امتناع أحد المتعاقدين الطبيب أو المريض عن

1- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 133.

تنفيذ التزاماته آثارا سنعرج عليها في مطلب ثالث[1].

المطلب الأول: طبيعة الالتزام الطبي:

لقد أدى تقدم العلوم الطبية المرتبطة بصحة الإنسان إلى كثرة الإشكالات القانونية المتعلقة بتحديد معيار التزام الطبيب لمعرفة مدى تنفيذه لالتزامه الطبي، ومن ثم تحديد نطاق مسؤوليته. وهذا ما أدى بالفقه والقضاء ومعهما التشريع إلى التمييز بين نوعين من الالتزامات الطبية ، التزامات ببذل عناية سنتطرق لها في فرع أول؛ والتزامات بتحقيق نتيجة سنتناولها في فرع ثان[2].

الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية:

لقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية كأصل عام، بمعنى أنه يتوجب على هذا الأخير بذل العناية اللازمة من أجل تقديم العلاج الفعال والضروري لحالة المريض المتعاقد معه الصحية لغرض تخليصه من آلامه، أو على الأقل التخفيف منها و أساس هذا الالتزام ما تضمنه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر **بتاريخ 20 ماي 1936 الذي جاء فيه ما يلي** يقوم بين الطبيب ومريضه عقل حقيقي يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بداهة بشفاء المريض، فعلى الأقل بإعطائه **علاجا يقظا ومتفقا مع الأصول العلمية** ، أي أن الطبيب ملزم ببذل كل ما في وسعه من أجل علاج مريضه، أو على الأقل التخفيف من آلامه بكل الطرق العلمية الممكنة[3].

و المعيار الذي يحدد على أساسه العناية اللازمة هو معيار الطبيب اليقظ الحريص الذي

1- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء فى ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 433.

2- أحمد حسن عباس الحياري المرجع السابق، ص 69

3- أنظر، أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري و المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مبص، 2001، ص 46- 47.

يمتلك نفس المستوى العلمي للطبيب المعالج، ونفس تخصصه الطبي، وذلك لأنه لا يمكن مقارنة عناية الطبيب العام بالعناية التي يبذلها الطبيب الأخصائي، كما لا يتساوى الطبيب المبتدئ من حيث العناية المطلوبة مع الطبيب المتمرس الذي يملك خبرة كبيرة في المجال الطبي[1].

و من ثم يعتبر الطبيب المعالج مخطئا و تقوم مسؤوليته الطبية إذا كانت العناية التي بذلها أقل من عناية الطبيب اليقظ الحريص، لأنه يفترض في الطبيب اليقظة و الحريص على تقديم العلاج لمرضاه وفقا للمبادئ الثابتة والمستقرة في العلوم الطبية، مما يحتم عليه الاجتهاد من أجل التوصل إلى الطرق و الوسائل الطبية المتفق على نجاعتها من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه[2].

كما يجب مراعاة الظروف الخارجية اللي وجد بها الطبيب المعالج من أجل تحديد العناية اللازمة اللي يستطيع الطبيب اليقظ الحريص أن يبذلها لو وجد في نفس هاته الظروف.

ويقصد بالظروف الخارجية الزمان والمكان اللذان يجري فيهما العلاج، حيث أن العلاج في منطقة نائية منعزلة بعيدا عن المستشفيات و الزملاء، ودون توفر الآلات و الوسائل اللازمة و الضرورية لتقديم العلاج للمريض كالأجهزة الخاصة بإجراء التحاليل؛ أو الأشعة؛ أو أدوات الجراحة قد يعيق عمل الطبيب ويجعله يعجز عن بذل العناية الواجب بذلها في الظروف العادية لإنقاذ هذا المريض[3].

وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب المعالج إذا اتضح أن الطبيب اليقظ الحريص كان يستطيع بذل عناية أكبر من العناية التي بذلها الطبيب المعالج لو وجد في نفس الظروف

[1]– هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المرضى بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2007، ص 124– 125.

[2]– غادة فواد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 106.

[3]– بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 16.

التي أحاطت بهذا الأخير أثناء قيامه بعمله الطبي، وذلك لأن الطبيب المعالج يكون قد قصر في أداء واجبه المهني في هاته الحالة في حين تنتفي مسؤولية الطبيب الذي يقدم العلاج للمرضى في مكان منعزل لا يتوفر على الوسائل والأدوات الطبية اللازمة لقيامه بعمله الطبي إذا ثبت أنه قدم عناية تساوي أو تفوق العناية التي كان سيبذلها الطبيب اليقظ الحريص لو وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المعني بتقديم العلاج[1].

ويترتب هذا الالتزام ٠ أي الالتزام ببذل عناية ٠ على عاتق الطبيب بمجرد موافقته على تقديم العلاج للمريض المتعاقد معه طبق1 للمادة (45) من مدونة **أخلاقيات الطب التي نصت على أنه** "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة و الاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

الفرع الثاني:الالتزام بتحقيق نتيجة:

إن المستجدات العلمية والتطورات التكنولوجية التي شهدها المجال الطبي خفة ما تعلق منها بالأجهزة والمعدات الطبية قد غيرت من منحى الالتزام الطبي، حيث ظهرت هناك حالات أصبح يطالب فيها الطبيب بتحقيق نتيجة معينة تماشيا مع هاته التطورات العلمية التي سهلت الكثير من الأعمال الطبية، وجعلت الطبيب يستطيع أن يضمن لمريضه تحقيق نتيجة معينة لا يرقى إليها الشك عن طريق الاستعانة بمعطيات العلم الحديثة[2].

ويكمن سبب التزام الطبيب بتحقيق نتيجة استثناء في أن العمل الطبي قد ينطوي في بعض الحالات على عنصر اليقين بدلا من عنصر الاحتمال، وبالتالي فإن الهدف

[1]– هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص 124.

[2]– بن صخر مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس العدد الثالث، ص51.

المرجو من وراء تدخل الطبيب في هاته الحالات هو تحقيق نتيجة معينة.

ومن بين الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة محددة، حالة نقل الدم التي يقع فيها على عاتق الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة محلها نقل الدم سليما إلى جسم المريض؛ خاليا من أي فيروس مرضي؛ ومطابقا لزمرة دم هذا الأخير، وهذا ما يفرض على الطبيب من أجل تحقيق هاته النتيجة القيام بتحليل الدم المتبرع به للتأكد من صلاحيته و خلوه من الفيروسات من جه ،و مطابقته لزمرة دم المريض أي المتبرع لهّ من جهة أخرى، و ذلك قبل حقنه في جسم هذا الأخير، مع العلم أن المشرع الجزائري اشترط أن تتم عمليات التبرع بالدم في الوحدات الصحية المتخصصة، تحت إشراف الأطباء؛ أو المستخدمين المخولين القيام بهاته العمليات[1].

وبالتالي إذا لم تتحقق النتيجة المتمثلة في ضرورة نقل الدم السليم الخالي من الفيروسات، والمنتمي إلى نفس زمرة دم المريض ، تقوم مسؤولية الطبيب الذي تولي عملية نقل الدم على أساس عدم تحقق النتيجة المرجوة من وراء تدخله الطبي[2].

ومن بين الحالات التي يلتزم فها الطبيب كذلك بتحقيق نتيجة، الحالة الصحية للمريض التي تتطلب إجراء التحاليل الطبية، حيث يلتزم الطبيب بنتيجة محددة تتمثل في النتيجة الحقيقية التي ستكشف عنها عملية التحاليل المخبرية، وذلك لأن هاته العملية لا تحتوي على عنصر الاحتمال، لأن التحاليل المخبرية لا تعتبر عملا طبيا بالمعنى الدقيق، بل هي عملية علمية تتمثل في مزج محاليل كيميائية بطريقة صحيحة وثابتة لغرض الكشف عن طبيعة المرض، أو الإصابة التي يعاني منها المريض من عدم ذلك بالطرق والوسائل المعتمدة طبيا[3].

أما إذا لم يتوصل الطبيبّ المحلل أو الخبير إلى النتيجة الحقيقية بعد قيامه

[1]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 48– 49.

[2]– أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 231–232.

بالتحاليل الطبية اللازمة كما لو كانت نتائج الفحوص المخبرية التي أجراها غير صحيحة، تقوم مسؤوليته على أساس إخلاله بالتزامه بتحقيق نتيجة محددة تتجلى في الكشف عن طبيعة المرض، أو الإصابة التي يعاني منها المريض من عدم ذلك عن طريق التحاليل الطبية[1].

المطلب الثاني:مضمون الالتزام الطبي:

إن العقد الطبي شأنه شأن باقي العقود التبادلية أي الملزمة لجانبين- يرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، مع العلم أن الطبيعة الخاصة لهذا العقد جعلت القسم الأكبر من هاته الالتزامات التي سنتطرق لها في فرع أول تقع على عاتق الطبيب باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة الطبية التعاقدية التي اقتضت ضرورة إعادة التوازن إليها، تحميل المريض باعتباره الطرف الضعيف فيها التزامات أخف سنعرج لها في فرع ثاني.

الفرع الأول:التزامات الطبيب:

يقع على عاتق الطبيب العديد من الالتزامات منها ما هو ذات طابع فني أي علاجي (أولا)، ومنها ما هو ذات طابع مهني يتعلق بعلاقة الطبيب مع المريض (ثانيا).

أولا: الالتزامات الفنية للطبيب:

إن توجه المريض إلى طبيب معين يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص طالبا خدماته الطبية، وموافقة هذا الأخير، يجعله ملزما بتشخيص حالة هذا المريض ؛ ثم علاجه؛ وبعد ذلك السهر على متابعة حالته الصحية بعد تقديم العلاج الضروري له.

1- – دلال يزيد– مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 69.

1-التزام الطبيب بتشخيص الحالة الصحية للمريض:

يعد تشخيص المرض مرحلة أولية يجب على الطبيب المرور عبرها من أجل تحديد طبيعة هذا المرض الذي يعاني منه المريض وحصر أسبابه لغرض وصف العلاج المناسب له، حيث يتعين على الطبيب القيام بفحص مريضه فحصا دقيقا حسب ما تتطلبه حالته الصحية سواء عن طريق الفحص العادي، أو باستعمال الأشعة، أو بواسطة التحاليل الطبية حتى يتوصل إلى تحديد طبيعة المرض الذي يعاني منه هذا الأخير، وبالتالي تحديد العلاج المناسب له من جهة، والتأكد من عدم وجود موانع صحية أو بيولوجية قد تعيق تقديم العلاج الذي اختاره هذا الطبيب من جهة أخرى[1].

ويتعين على الطبيب المعالج استعمال جميع الوسائل والتجهيزات الطبية اللازمة للتشخيص مع ضرورة الاعتماد كذلك على الطرق العلمية الجاري العمل بها من طرف كافة الأطباء.

كما يجوز له كذلك طلب استشارة طبية من أحد زملائه الأكثر تخصصا منه كلما اقتضت الضرورة ذلك، أو قبول هاته الاستشارة إذا طلبها المريض أو محيطه، وذلك من أجل تشخيص المرض بصفة دقيقة وواضحة، لأن التشخيص يتطلب التحري حول أعراض هذا المرض ودراسة الحالة الصحية العامة للمريض وسوابقه المرضية من جهة، والتأثيرات الوراثية عليه من جهة أخرى لغرض تحديد طبيعة الداء ، ومن ثم تحديد العلاج الملائم له[2].

وبالتالي تثور مسؤولية الطبيب المعالج في حالة إخلاله بهذا الالتزام، أي في حالة عدم بذله العناية الكافية من أجل تشخيص المرض تشخيصا دقيقا يسمح له بتحديد

[1] – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 156.

[2] – محمد حسين مصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص،54.

العلاج المناسب له[1]، غير أن هاته المسؤولية تنتفي إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى تشابه الأعراض المرضية

مما يصعب على الطبيب تحديد طبيعة المرض، أو في حالة تشخيصه لحالة مريض ما دون استشارة زميل له بسبب خطورة الحالة الصحية للمريض التي كانت تتطلب التدخل الطبي العاجل.

كما لا يسأل الطبيب كذلك عن الخطأ في التشخيص في حالة تضليل المريض له عن طريق إعطائه معلومات غير صحيحة عن تفاصيل حالته الصحية،و إخفائه للحقائق الخاصة بمرضه[2].

2-التزام الطبيب بعلاج المريض:

يعتبر الطبيب كفل عام ملزما بتقديم العلاج الضروري لكل مريض يتوجه إليه طالبا خدماته الطبية وذلك مراعاة لمصلحة المجتمع من جهة، والحالة الصحية للمريض من جهة أخرى، ويلتزم الطبيب بمناسبة تقديم العلاج لمرضاه ببذل العناية الواجبة من أجل اختيار العلاج الملائم لحالة المريض الصحية بغرض التوصل إلى شفائه، أو على الأقل التقليل من آلامه، حيث يلزم الطبيب المعالج أثناء وصفه للعلاج بأخذ البنية الجسدية للمريض؛ وسنه؛ ودرجة تحمله للمواد الكيميائية التي تحتويها الأدوية بعين الاعتبار[3].

كما يلزم كذلك عند وصف العلاج الكتابة بخط واضح في وثيقة تسمى "الوصفة الطبية" تتضمن بالتحديد الدقيق لكافة الأدوية الواجب استعمالها من أجل علاج الداء الذي يعاني منه المريض، أما إذا لكنت الحالة الصحية لهذا الأخير تتطلب التدخل الطبي

[1]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 136.

[2]- محمد حسين منور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 48 و ما يليها.

[3]- زينة غانم يونس العبيدي المرجع السابق، ص 83.

الجراحي، فانه يجب على الجراح أن يقوم بإجراء العملية الجراحية في مكان يتوفر على كل الأجهزة الطبية الضرورية و اللازمة لإجراء هاته العملية مع ضرورة الحرص على تقديم العناية الطبية اللازمة للمريض، ومتابعة تطور حاليه الصحية بعد القيام بالعمل الجراحي[1].

وعلى هذا الأساس تثور مسؤولية الطبيب في حالة تقصيره في تقديم العلاج الضروري والفعال لحالة المريض الصحية ،أو وصفه دواء غير ملائم لهاته الحالة الحالة المرضية وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري بموجب القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 20-05-1995 الذي جاء في حيثياته ما يلي; "... على اعتبار أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي يعاني منه الضحية، وقام بتجريع دواء غير لائق في مثل تلك الحالة المرضية مما يجعل إهماله معاقبا عليه بنص المادة (288) من قانون العقوبات الجزائري..."[2].

3- الالتزام بمتابعة علاج المريض:

إن العلاقة بين الطبيب ومريضه لا تنتهي بمجرد تقديم العلاج الضروري لهذا الأخير، بل قد تمتد إلى المرحلة التي تلي العلاج متى كانت الحالة الصحية للمريض تتطلب المتابعة الطبية المستمرة.

وبالتالي فإنه من واجب الطبيب الاستمرار في تقديم الرعاية الطبية اللازمة لمريضه إلى غاية تجاوزه مرحلة الخطر، أي حتى يصبح في غنى عن خدماته الطبية[3].

أما إذا تعذر عليه ذلك فإنه يجب عليه التكفل بضمان متابعة المريض طبيا من طرف زميل آخر يمتلك نفس التخصص، أو يكون أكثر تخصصا من الطبيب المعالج، و

---

[1]- محمد حسين مصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 54.

[2]- القرار المادر عن المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، بتاريخ 30/05/1995 المتعلق بمساءلة الطبيب جنائيا على أساس عدم بذله العناية الكافية من أجل علاج مريضه.

[3]- هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص 128.

يتحقق تنفيذ هذا الالتزام عن طريق زيارة الطبيب لمريضه على فترات لمتابعة تطور حالته الصحية من جهة، والإطلاع على مدى فاعلية العلاج المتبع من جهة أخرى[1].

مع العلم أن العلاج بواسطة العمل الطبي الجراحي هو من بين الأعمال الطبية التي تتطلب ضرورة متابعة الطبيب الجراح لتطور الحالة الصحية لهذا المريض بعد إجراء العملية الجراحية، حتى يتفادى ما قد يترتب على هاته العملية من نتائج ومضاعفات قد تؤدي إلى إثارة مسؤوليته على أساس إخلاله بالتزامه بمتابعة علاج المريض الذي كان بحاجة إلى رعاية طبية مستمرة حتى تستقر حالته الصحية ويزول عنه الخطر[2].

ثانيا:الالتزامات المهنية للطبيب:

يترتب على عاتق الطبيب إلى جانب الالتزامات الفنية التزامات أخرى ذات طابع مهني تخص علاقته بمريضه، وتتمثل في الالتزام بإعلام المريض؛ والالتزام بالحصول على رضاه قبل التدخل الطبي؛ وأخيرا التزام الطبيب بكتمان السر الطبي.

1- التزام الطبيب بالإعلام:

يقصد بالالتزام بالإعلام" **تزويد المتعاقد في العقود الرضائية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض التعاقد بإرادة** حرة ومستنيرة"[3]، وذلك لأن رضا المريض في العقد الطبي لا يكون صحيحا إلا إذا قام الطبيب بتبصير المريض مسبقا أي قبل كل تدخل طبي بطبيعة المرض الذي يعاني منه والعلاج المقترح من جهة، وإعلامه كذلك بمحاسن هذا العلاج و المخاطر التي قد تترتب عليه من جهة أخرى[4].

---

[1]- هشام محمد مجاهد القاضي، نفس المرجع، ص 128.

[2]- منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص 115.

3- هامون عبد الكريم، رضا المريض) عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 113- 114.

[4]- أنظر، صاحب ليدية، علاقة الطبيب بالمريض، الخضوع- والتبصير أو التوافق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو 2010، العدد الثاني، ص 328.

كما يجب على الطبيب إعلام مريضه كذلك ببدائل هذا العلاج، أي طرق العلاج البديلة في حالة توفرها والاحتياطات الواجب اتخاذها قبل وبعد التدخل الطبي، إضافة إلى ضرورة إخبار المريض بتكاليف العلاج المقترح حتى يتمكن من الترجيح بين مزايا هذا العلاج ومخاطره بغرض اتخاذ قرار حرا ومستنيرا حول حاليه الصحية، وذلك لأن الالتزام بالإعلام لا يلعب دور المصحح للمراكز القانونية ولا دور المعدل لها، بل يلعب دورا وقائيا يتمثل في مساعدة المريض على اتخاذ قرار بالموافقة على التدخل الطبي، أو رفضه وهو على بينة بمخاطر ذلك[1].

مع العلم أن عبء إثبات الوفاء بهذا الالتزام يقع على عاتق الطبيب باعتباره مدينا به، وبالتالي يجب عليه متى أراد تبرئة ذمته إثبات الوفاء بالتزامه بالإعلام عن طريق تقديم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء التزامه هذا و إلا عد مسؤولا عن إخلاله بهذا الالتزام[2].

2- التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض بالعلاج:

يشكل رضا المريض قيدا على عمل الطبيب، حيث يمنع على هذا الأخير مباشرة تدخله الطبي على جسد مريضه حتى يحصل منه على موافقة حرة مستنيرة، وذلك احتراما لحرية هذا المريض في قبول علاج معين، أو رفضه، فهذا الأخير إنسان له حق على جسده و صحته وهو حق من الحقوق الشخصية التي لا يجوز المساس بها إلا برضائه[3].

ويعد رضا المريض شرطا جوهريا لإباحة العمل الطبي، حيث يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقته موافقة حرة مستنيرة، أو لموافقة

---

[1]- شهيدة قادة، المرجع السابق، ص 84.

[2]- أنظر، نص المادة (323) من القانون المدني الجزائري.

[3]- لالوش سميرة، المرجع السابق، ص 67.

الأشخاص المخولين منه، أو من القانون لإعطاء موافقتهم نيابة عنه طبقا لنص المادة (44) من مدونة أخلاقيات الطب، ويستوي أن تكون هاته الموافقة موافقة صريحة أو ضمنية،لأن الطبيب ملزم بالحصول على رضا المريض بالعمل الطبي في كل مرحلة من مراحل العلاج سواء عبر هذا الأخير عن رضاه صراحة أو ضمنيا[1].

في حين يعفى الطبيب من الحصول على رضا المريض إذا كانت حالة هذا الأخير تتطلب تدخلا طبيا عاجلا، نظرا لخطورة إصابته وعدم قدرته على إعطاء موافقته على العلاج المقترح متى تعذر الحصول على موافقة ممثله في الوقت المناسب[2].

كما يمكن للطبيب كذلك القيام بعمله الطبي دون مراعاة إرادة المريض إذا كان هذا الأخير مصابا بمرض معد، أو مهددا للصحة أو السلامة العامة، حيث يفضل الطبيب في هاته الحالة المصلحة العامة على مصلحة الشخص المريض[3].

3- التزام الطبيب بكتمان السر الطبي:

لقد أصبح التقدم العلمي الهائل الذي شهده المجال الطبي في العصر الحديث يشكل تهديدا على الحياة الخاصة للأفراد، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يسعى جاهدا إلى خلق جو تسوده الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض عن طريق إيجاد ضمانة قانونية تمنع على الطبيب بمقتضاها خيانة هاته الثقة، وذلك من أجل توفير المناخ الملائم لتحقيق الأهداف النبيلة لمهنة الطب التي تلزم الطبيب بعلاج مرضاه وليس كشف أسرارهم[4]، خاصة وأن طبيعة هاته المهنة تقتضي إطلاع الطبيب المعالج على أمور كثيرة تتعلق بحالة المريض الصحية وبحياته الخاصة، وذلك لأن المريض الذي يتطلع للعلاج

---

[1]- المادتين (44) و(52) من مدونة أخلاقيات الطب.

[2]- غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 38.

[3]- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 88.

[4]- أنظر، نقادي حفيظ،، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث، ص77.

يفصح عن أمور كثيرة لطبيبه خصوص حياته الخاصة بغرض إحاطة هذا الأخير بتفاصيل حالته الصحية حتى يتمكن من تشخيص مرضه وإعداد علاج مناسب له[1].

ويشمل السر الطبي كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان، أو يفهمه، وكل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لوظيفته. وبالإضافة إلى هذا فإن حماية الحياة الخاصة للمريض تتطلب كذلك حماية البطاقات السرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزة الطبيب، أو غيره من الأشخاص المؤتمنين على أسرار هؤلاء المرضى، وهذا يتطلب منهم الحفاظ على هاته البطاقات السرية والوثائق وجعلها بعيدة عن فضول الغير من جهة، والامتناع عن كشف هوية المرضى أثناء استعمال هاته البطاقات والوثائق من أجل إعداد البحوث العلمية من جهة أخرى[2].

مع العلم أن الالتزام بالسر الطبي هو التزام يقع على عاتق الأطباء؛ وجراحوا الأسنان؛ والصيادلة؛ والمساعدين الطبيين؛ ومفتشو الصيدلة على المستوى الوطني؛ القابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الوقائع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار المرضى[3].

في حين قد يعفى الطبيب من الالتزام بكتمان أسرار مرضاه استثناء، حيث يتعين عليه إفشاء هاته الأسرار متى وجدت مصلحة أعلى من تلك التي يحققها الكتمان، ومن ثم فإنه يجب على الطبيب إفشاء السر الطبي في الحالات التالية; ّ حالة رضا المريض بإفشاء أسراره اللي تحصل عليها الطبيب أثناء ممارسته لمهامه الطبية، و يشترط أن يكون هذا الرضا صحيحا و صادرا عن صاحب المصلحة في الكتمان. حالة الإبلاغ عن جريمة معينة حماية للنظام العام داخل المجتمع الذي يقتضي من الأطباء، أو الأشخاص

[1]–عبد السلام الترمانيني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، العدد الثاني، 1981، ص40.

[2]– نص المادة (37) من نقس المدونة.

[3]– المادة(206)/01 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

المخولين الإبلاغ عن الجرائم التي يكتشفونها بحكم وظائفهم كجريمة الإجهاض التي يكتشفها الطبيب عندما تتوجه إليه امرأة ما أجهضت حملها بغرض طلب المساعدة الطبية[1].

* بالإضافة إلى حالة الإبلاغ عن الأمراض التي تهدد الصحة العامة حماية للمصلحة العامة التي يلزم فيها الطبيب بإعلام المصالح والسلطات المختصة وخاصة الصحية بكل مرض معد يكتشفه بمناسبة قيامه بعمله الطبي[2].

* حالة التبليغ عن الولادات والوفيات حفاظا على النظام العام، إذ يتم الصريح بالولادات من طرف الطبيب أو القابلة[3].

* حالة الإبلاغ عن سوء معاملة القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظها الطبيب أثناء ممارسته لمهنته، ويكون التبليغ واجبا بقوة القانون في هاته الحالة حماية لمصلحة القاصر ودون انتظار الحصول على رضا وليه أو الشخص الذي ينوب عنه[4].

الفرع الثاني:التزامات المريض:

إضافة إلى الالتزامات التي يرتبها العقد الطبي على عاتق الطبيب، فإنه يرتب في مقابل ذلك التزامات أخف على عاتق المريض تتمثل في الالتزام بإعلام طبيبه بتفاصيل حالته الصحية من جهة (أولا) ؛ والالتزام بدفع أتعاب هذا الأخير من جهة أخرى (ثانيا).

---

[1] – قديدر إسماعيل، المسؤولية الجزائية للأطباء عن إفشاء الأسرار الطبية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/ 2011، ص60.

[2]– المادة (54) من قانون حماية الصحة وترقيتها.

[3]– أنظر، نصوص المواد(61– 62– 78) من الأمر رقم (70–20) المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق ل– 19 فيفري 1970 والمتعلق بالحالة المدنية.

[4]– المادة (206)/03 من قانون حماية الصحة ورقيتها.

أولا: التزام المريض بإعلام الطبيب بتفاصيل حالته الصحية:

إن اختيار الطبيب للعلاج الفعال والضروري لحالة المريض الصحية يتطلب من هذا الأخير إعلامه بكافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية كإخباره بمواقع الألم بدقة،والأسباب التي يعتقد أنها كانت وراء إصابته بهذا المرض وإعلامه كذلك بالعلاج الذي كان يتبعه مسبقا قبل اللجوء إليه، أو الأدوية التي كان يتناولها، وذلك لمساعدة الطبيب المعالج على تحديد طبيعة المرض الذي يعاني منه بدقة من أجل اختيار العلاج الأنسب والفعال لمداواته[1].

أما إذا امتنع المريض عن مد طبيبه بالمعلومات الضرورية الخاصة بحالته الصحية كامتناعه عن إخبار الطبيب بحادثة معينة أثرت عليه صحيا، وذلك إما بسبب الحياء أو بهدف التظليل، فإنه يجوز لهذا الطبيب فسخ العقد الطبي شرط عدم ترك هذا المريض في خطر.

وبالإضافة إلى هذا فإن المريض يعتبر مسؤولا عن تدهور حالته الصحية إذا زود الطبيب المعالج بمعلومات خاطئة عن تفاصيل معاناته مع علته الصحية، كأن صرح لطبيبه بأنه لم يسبق له التداوي من قبل محاولا إخفاء فشل العديد من طرق العلاج التي جربها عليه أطباء آخرون، مما يجعل هذا الطبيب يخطئ في وصف العلاج المناسب لحالته الصحية بسبب اعتماده على المعلومات الخاطئة التي تعمد المريض الإدلاء بها[2].

[1]– مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص177 وما يليها.

[2]– مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 179– 180.

ثانيا: التزام المريض بدفع أتعاب الطبيب:

إن أتعاب الطبيب هي عبارة عن مبلغ معين من المال يتحصل عليه الطبيب المعالج كمقابل للجهد المبذول من طرفه بغرض علاج المريض المتعاقد معه، حيث تمثل هاته الأتعاب التزاما مدنيا بالنسبة للمريض لأنه هو المدين المطالب بدفعها للطبيب الذي قدم له العلاج باعتباره دائنا له.

وغالبا ما يتكفل الطبيب شخصيا بتحديد أتعابه عن طريق الاتفاق المباشر مع المريض المتعاقد معه حول ما سيتلقاه مقابل خدماته الطبية مراعيا في ذلك عدة اعتبارات من بينها طبيعة العلاج، أهميته ومدته من جهة، والأخذ بعين الاعتبار كذلك شهرة هذا الطبيب وإمكانياته من جهة أخرى[1].

ولكن يجب التمييز في هاته الحالة بين المستحقات التي يدفعها المريض للعيادة كمقابل لخدمات الإيواء؛ الإطعام؛ الرعاية...إلخ المقدمة من طرفها وبين الأتعاب اللي يدفعها هذا المريض للطبيب المعالج كمقابل لخدماته الطبية، مع العلم أن العيادة غالبا ما تلعب دور الوكيل الذي يتكفل بتحصيل أتعاب الطبيب من عند المرضى المتعاقد معهم وتقديمها له[2].

و جدير بالتذكير في هذا المقام أن أتعاب الطبيب المعالج تستحق الوفاء ولو لم ينجح التدخل الطبي، وذلك لأن الطبيب ملزم ببذل العناية اللازمة من أجل علاج مرضاه، وليس ملزما بتحقيق نتيجة الشفاء، لأن الشفاء بيد الله عز وجل[3].

[1]- لالوش سميرة، المرجع السابق، ص 34- 35.

[2]- مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 182.

[3]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 159.

المطلب الثالث:آثار الإخلال بالالتزام الطبي:

إذا كان من المتعارف عليه فقها وقضاء وتشريعا أنه يترتب على انعقاد العقد الطبي صحيحا ومستوفيا لجميع أركانه وشروطه مجموعة من الالتزامات يتحمل القسط الأكبر منها الطبيب تماشيا مع خصوصية هذا العقد الذي يربط بين شخصين تتفاوت قدراتهم العلمية، وتختلف أوضاعهم الصحية، فإن من بين الآثار التي تترتب على الإخلال ببعض هاته الالتزامات أو كلها فسخ العقد الطبي الذي سنتطرق له في فرع أول، أو انفساخه بقوة القانون مثلما سنبين ذلك في فرع ثان.

الفرع الأول:فسـخ العقد الطبي:

الفسخ هو أثر آثار إنهاء العقد الطبي، لأنه يرتب التزامات على عاتق ا لجانبين، وهذا بالرجوع إلى النظرية التقليدية التي تركز على السبب الذي هو الدافع للالتزام لكلا المتعاقدين .

فإذا ما تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه زال سبب الالتزام، ومن خلال هذا يحق لمن لم ينفذ في حقه الالتزام طلب تنفيذ الالتزام أو اللجوء إلى طلب فسخ العقد، و للقاضي السلطة التقديرية هنا في مراعاة رغبة طالب الفسخ مباشرة أو إعطاء أجل للطرف الأخر لتنفيذ التزامه، وهذا ما يطلق عليه اسم الأجل القضائي أو نظرة الميسرة [1].

اولا: :شروط فسخ العقد الطبي:

ذكرت المادة 119 السالفة في فقرتها الأولى من القانون المدني ثلاثة شروط للفسخ و المتمثلة في كون العقد ملزم للجانبين، وكذلك في عدم وفاء المتعاقد بالتزامه ، وأن يكون طالب الفسخ قد نفذ إلزامه أو مستعد لذلك . فمن هنا يتضح أن العقد الملزم للجانبين هو

1- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 153.

الذي يرد عليه الفسخ بكل أنواعه القضائي و الإتفاقي[1] .

و هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كلا المتعاقدين، كالبيع الذي يكون فيه الأول ملزم بتسليم السلعة و الثاني بدفع ثمنها، و التقابل هو المظهر الجوهري في هذا النوع من العقود، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الأخر أن يطلب فسخ العقد تتمثل فيما يلي:

- أن يكون العقد محل الفسخ ملزما للجانبين.
- عدم وفاء المتعاقد معه – المدين- بالتزاماته التعاقدية.
- أن يكون الدائن طالب الفسخ قد نفذ التزاماته التعاقدية، أو أنه مستعدا لتنفيذها.

1- أن يكون العقد محل الفسخ ملزما للجانبين:

إن الفسخ يرد على العقود الملزمة لجانبين مثلما هو الحال بالنسبة للعقد الطبي باعتباره عقدا يرتب التزامات على عاتق الطبيب المعالج، وأخرى على عاتق المريض المتعاقد معه، وهذا ما يعطي الحق لكلاهما وخاصة المريض في فسخ هذا العقد في حالة إخلال المتعاقد الأخر ببعض الالتزامات الملقاة على عاتقه،أوكلها[2].

2- علم وفاء المتعاقد معه بالتزاماته التعاقدية:

إذا كان العقد الطبي عقدا ملزما للجانبين، أي أنه يرتب التزامات متقابلة يتحمل الجزء الأكبر منها الطبيب والجزء الباقي يقع على عاتق المريض، فإنه يشترط من أجل المطالبة بفسخه أن يكون أحدا المتعاقدين سواء المريض أو الطبيب- قد أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أي أنه امتنع عن تنفيذ هاته الالتزامات، وبالتالي خان ثقة الطرف الأخر فيه خاصة وأن العقد الطبي هو عقد يقوم على الثقة المتبادلة[3].

---

[1]- الفقرة الأولى من نص المادة (119) من القانون المدني الجزائري.

[2]- دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص66 وما يليها.

[3]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص166 .

3- أن يكون الدائن طالب الفسخ قد نفد التزاماته أو أنه مستعدا لتنفيذها:

يشترط كذلك من أجل إمكانية المطالبة بفسخ العقد الطبي أن يكون الطرف الذي طالب بهذا الفسخ قد نفذ التزاماته التعاقدية، أو أنه مستعدا لتنفيذها، لأنه ليس من المنطق أن يطالب أحد المتعاقدين بفسخ عقد ما بسبب تقصير المتعاقد الأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، و هو في نفس الوقت مقصرا في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وليس مستعدا لتنفيذها[1].

ثانيا: طرق فسخ العقد الطبي:

العقد الطبي مثله مثل العقود الأخرى ، تنتهي عن طريق تنفيذه أو فسخه إما باتفاق المتعاقدين، أو عن طريق القضاء.

1- الفسخ القضائي:

هو ذلك الحكم القضائي يصدره القاضي، دون اتفاق المتعاقدين عليه، و يجب فيه إعذار المتعاقد الذي طلب بشأنه الفسخ، و هذا ما نصت عليه المادة119 من القانون المدني أن المشرع الجزائري قد سمح للدائن سواء كان المريض أو الطبيب-باللجوء إلى القضاء من أجل طلب فسخ العقد الطبي متى توافرت شروطه، والمطالبة كذلك بتعويض الأضرار التي لحقت به بسبب هذا الفسخ، مع العلم أنه يمكن للقاضي في هاته الحالة أن يحكم بفسخ هذا العقد مع تعويض الطرف المضرور متى توافرت شروط الفسخ، كما يمكنه كذلك أن يمنح أجلا للمدين حسب الظروف من أجل إعطائه مدة إضافية لتنفيذ التزاماته[2].

في حين يجوز للقاضي كذلك رفض فسخ العقد الطبي إذا تبين له أن ما تبقى من التزامات أقل أهمية من الالتزامات التي تم تنفيذها.

[1] – عشوش كريم، المرجع السابق، ص167.

[2] – الفقرتين الأولى والثانية من نص المادة (119) من القانون المدني الجزائري.

2- الفسخ الاتفاقـي:

إن مجرد اتفاق المتعاقدين على وضع شرط الفسخ يعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون ولا داعي للحكم القضائي نتعرض هذاو حسب ما أوردته المادة 120 ج.م.ق من " . يجوز الا تفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالا لتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي[1].

وهذا الشرط لا يعفي من الاعذا ،ر الذي يحدد حسب العرف،وعند عدم تحديده من طرف المتعاقدين" يو لاحظ أن هذا الفسخ يتفق من جهة مع الفسخ القضائي في كونهما يركزان على عنصر هام ألا و هو الاعذار و يخضع للعرف في الفسخ الاتفاقي إذا لم يحدده الطرفان وقد يتفق المتعاقدين على أكثر مما سلف ذكره على التخلي على حكم القضاء وكذا عن الاعذار كذلك و إذا ما حدث نزاع بينهما و رفع إلى القضاء فعلى القاضي هنا أن يقضي بالفسخ و يكون حكمه ذو صيغة[2].

الفرع الثاني: انفساخ انعقد الطبي:

يقصد بالانفساخ انحلال العقد دون الحاجة إلى الاتفاق على فسخه، ودون الحاجة كذلك إلى حكم قضائي لتقريره، غير أنه يشترط من أجل انفساخ العقد بقوة القانون تحقق الشرطين التاليين: أن يكون العقد محل الانفساخ عقدا ملزما للجانبين. استحالة الوفاء بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد[3].

1- أن يكون العقد محل الانفساخ عقدا ملزما للجانبين:

يشترط من أجل انفساخ العقد أن يكون هذا الأخير من العقود الملزمة لجانبين مثلما هو الأمر بالنسبة للعقد الطبي باعتباره عقدا يرتب التزامات متقابلة يحمل القسط الأوفر منها الطبيب، والقسط المتبقي يقع على عاتق المريض. و بالتالي فإنه متى

[1]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 143- 144

[2]- بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 144- 145.

[3]- دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص70

استحال على أحد طرفي هذا العقد سواء كان المريض أو الطبيب- تنفيذ التزاماته التعاقدية، انفسخ هذا الأخير بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي لتقرير ذلك.

2- استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية:

إن استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية قد تكون استحالة كلية، أو جزئية. وتتحقق الاستحالة الكلية في حالة عجز الطبيب المعالج عن تنفيذ التزاماته التعاقدية عجزا كليا بسبب قوة قاهرة، أو حادث فجائي، فهذا الأخير قد يصاب بحادث ما، أو مرض يشل حركته و يمنعه من مواصلة علاجه للمريض المتعاقد معه، ومن ثم يستحيل عليه تنفيذ التزاماته اتجاه مريضه وأهمها بذل العناية الكافية من أجل علاج هذا الأخير[1].

و بالتالي فإن العقد الطبي ينحل بقوة القانون متى استحال على الطبيب تنفيذ التزاماته التعاقدية استحالة كلية بفعل سبب أجنبي لا يد له فيه، دون إلزام هذا الأخير بتعويض المريض عن أي ضرر لحق به بسبب عدم قدرة الطبيب على الوفاء بالتزامه بعلاج هذا المريض، كما يعفى هذا الأخير بدوره من دفع أتعاب الطبيب المعالج المتفق عليها، لأنه متى استحال على المدين تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد من العقود الملزمة لجانبين فإنه هو من يتحمل تبعة هائه الاستحالة[2].

أما فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية التي تتحقق متى قام المدين بتنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية واستحال عليه تنفيذ باقي الالتزامات الملقاة على عاتقه مثل الطبيب الذي يسافر إلى بلد ما بغرض المشاركة في دورات تكوينية ضرورية، أو تلقي العلاج من مرض أصابه، حيث يستحيل عليه تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه مرضاه خلال تلك الفترة- أي فترة سفره، فإن العقد الطبي ينفسخ بقوة القانون في هاته الحالة بالنسبة للجزء المتبقي من الالتزامات الذي استحال على الطبيب تنفيذه بسبب القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي،

1- - غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 357- 358.

2- أنظر، حض المادة (121) من القانون المدني الجزائري.

مع إلزام المريض بدفع مقابل الالتزامات التي تم الوفاء بها[1].

بالنسبة لأثار الفسخ بقوة القانون فإنها تسري بأثر فوري، أي أنها تمتد إلى الفترة التي تلي الاستحالة، وذلك لأنه لا يمكن إرجاع طرفي العقد الطبي إلى الحالة التي كانا علها قبل التعاقد، لأن هذا العقد هو عقد من العقود المستمرة التنفيذ التي لا يمكن أن يسري عليها الفسخ بأثر رجعي[2].

المبحث الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد الطبي:

إن العقد الطبي شأنه شأن باقي العقود الملزمة لجانبين يترتب على انعقاده صحيحا ومستوفيا لجميع أركانه وشروطه مجموعة من الالتزامات رتب المشرع الجزائري على الإخلال بها قيام مسؤولية الطرف الذي أخل بتنفيذها تبعا للضرر الذي ألحقه بالمتعاقد الأخر، مع العلم أن تحميل الطبيب القسط الأكبر من هاته الالتزامات باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة الطبية التعاقدية نظرا لما يمتاز به عن المريض من علم ومهارة في المجال الطبي، أدى إلى توسيع نطاق المسؤولية الملقاة على عاتقه، الأمر الذي يجعله معرضا للمساءلة عن إخلاله بأي التزام من هاته الالتزامات، غير أن رجال القانون قد اختلفوا حول طبيعة هاته المسؤولية مثلما سنبين ذلك في مطلب أول. كما أن لهاته الأخيرة أركان محددة سنتطرق لها في مطلب ثان، وأثر سنفصل فيه في مطلب ثالث[3].

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي:

لقد اختلف كل من الفقه والقضاء حول طبيعة المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الطبية، فمنهم من يرى بأنها مسؤولية تقصيرية مثلما سنوضح ذلك في فرع أول، ومنهم من يعتبرها مسؤولية عقدية وهذا ما سنتطرق له في فرع ثان. في

[1]– غادة فؤاد مجبد المختار المرجع السابق، ص 359 وما يليها.
[2]– فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص157.

1- مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 139 وما يليها.

حين وأمام هذا الاختلاف فإن للقضاء والمشرع الجزائريين موقف سنبينه في فرع ثالث[1].

الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية للطبيب:

تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب حسب أصحاب هذا الاتجاه متى انعدمت الرابطة التعاقدية بينه وبين مريضه، أو متى وجدت تلك الرابطة ولكن الضرر كان نتيجة إخلال الطبيب بالتزام غير عقدي، حيث يسأل هذا الأخير كأصل عام عن كل الأفعال والوقائع المرتبطة بمهنة الطب، و من ثم فإن الطبيب يعد مسؤولا عن جهله لأصول ومبادئ هاته المهنة، لأنه ملزم بموجب القانون بمسايرة القواعد العلمية الحديثة الثابتة و المستقرة في العلوم الطبية، أما في حالة عدم مراعاته للقواعد العلمية المتعارف عليها في المجال الطبي، فإن ذلك قد يؤدي إلى إثارة مسؤوليته على أساس الإخلال بواجب قانوني يحتم عليه بذل العناية الكافية من أجل علاج المريض علاجا يقظا متفقا مع معطيات العلم الحديثة[2].

كما يسأل الطبيب المعالج كذلك عن كل ضرر بصيب المريض بسبب إهمال هذا الطبيب، وعدم التزامه بواجبي الحيطة واليقظة اللازمين أثناء قيامه بعمله الطبي، أو بعد ذلك مثل الطبيب الذي يتسبب إهماله في تعفن موضع جرح المريض مما يؤدي إلى بتر عضو من أعضائه[3].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات الصادرة عنها، حيث اعتبرت الطبيب مسؤولا مسؤولية تقصيرية إما بسبب الإهمال؛ أو عدم الالتزام بقواعد و أصول مهنة الطب المتعارف عليها؛ أو بسبب عدم الاحتياط. وهي مسؤولية

[1]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 18 وما يليها.

[2]– أسعد عبيد الجميلي المرجع السابق، ص 80– 81.

2–أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 80– 81.

قوامها الإخلال بواجب قانوني عام يتمثل في وجوب عدم الإضرار بالغير[1]، ومن بين أهم حجج أصحاب المسؤولية التقصيرية للطبيب ما يلي:

* إن من بين الحجج التي يعتمد عليها أصحاب المسؤولية التقصيرية للطبيب، أن خطأ هذا الأخير قد يؤدي إلى وفاة المريض، أو المساس بسلامته الجسدية، و بالتالي فإن هذا الخطأ في كلتا الحالتين سيشكل جريمة جنائية، الأمر الذي يتطلب متابعة الطبيب المعالج جزائيا، مع ضرورة تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض من جراء هذا الفعل الإجرامي.

إلا أن هاته الحجة عرضت للانتقاد، لأنه لا يمكن التفرقة بين المدين الذي تعتبر مخالفته جريمة جنائية، وبين المدين الذي لا ترقى مخالفته إلى درجة الجريمة، بحيث يخضع الأول لنظام مسؤولية يختلف عما يخضع له الثاني.

أما الحجة الثانية التي يعتمد علها أصحاب هذا التوجه مفادها أن عمل الطبيب هو عمل فني، ومن ثم فإن أخطاءه هي أخطاء فنية تتمثل في الإخلال بقواعد وأصول مهنة الطب، وهي مسائل تخرج عن نطاق الالتزام العقدي، لأن الطبيب ملزم بمراعاة الضمير الإنساني و المبادئ العلمية المستقرة في العلوم الطبية سواء ارتبط مع مريضه بعقد أم لا[2].

ولكن بالرغم من هذا فإن هاته الحجة بدورها لم تسلم من الانتقاد على أساس أنه مادام هناك عقد طبي يربط بين الطبيب الخاص ومريضه، فإن الإخلال بالأصول والمبادئ العلمية الثابتة في مهنة الطب لابد أن يكون مكونا في هاته الحالة للإخلال بالتزام عقدي، وذلك لأن الالتزامات العقدية تتحدد إما بموجب العقد الطبي؛ أو بموجب

[1]– أحمد حسن عباس الحياري المرجع السابق، ص 23 و ما يليها.

[2]– أنظر، محمود سليمان البدر، المسؤولية المدنية للطبيب، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، 198، العدد الثاني، ص 96 وما يليها.

العرف؛ كما تتحدد كذلك بالقاعدة القانونية المنظمة لهاته المهنة[1].

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للطبيب:

يرى الكثير من رجال القانون أن مسؤولية الطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص هي مسؤولية عقدية كأصل عام، لأن هذا الأخير غالبا ما يقوم بعلاج مرضاه بناء على عقد طبي يربط بينهما، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها المعروف بقرار Mercier الصادر تاريخ 20 ماي 1936، حيث اعتبرت أن ما يربط الطبيب الخاص بمريضه هو عقد حقيقي، وأن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد جزاؤه مسؤولية من نفس الطبيعة، أي عقدية[2].

وبالتالي فإن المسؤولية المدنية للطبيب الخاص تكون عقدية كلما تولى هذا الأخير علاج مريض ما بناء على موافقته، أو موافقة من ينوب عنه، و أصاب هذا المريض ضررا بسبب إخلال الطبيب المعالج في هاته الحالة بالتزاماته التعاقدية، وذلك لأن العقد الطبي يجعل الطبيب ملزما بتقديم العناية والرعاية اللتان تقتضيهما حالة المريض الصحية، مع وجوب مراعاته كذلك لأصول مهنة الطب ومقتضيات التطور العلمي الحديث، الأمر الذي يرتب على الإخلال بهاته الالتزامات، ولو كان هذا الإخلال بغير قصد إثارة المسؤولية العقدية للطبيب[3]،مع العلم أن هاته المسؤولية تقوم في حق الطبيب المعالج حتى لو كان العلاج المقدم للمريض بدون مقابل، سواء كان ذلك بمناسبة الزمالة بين الأطباء، أو طواعية أي على سبيل الصدادقة.

غير أن قيام المسؤولية العقدية للطبيب يتطلب توافر عدة شروط أهمها: وجود عقد طبي يربط بين الطبيب الخاص و مريضه، أن يكون العقد الطبي صحيحا، أن يكون

[1]– أسعد عبيد الجميلي، نفس المرجع، ص83.

3–ماجد محمد لافي المرجع السابق، ص65.

4– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 33.

[5]– رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 394.

الطرف المتضرر هو المريض، أن يكون سبب الضرر هو إخلال الطبيب بالتزاماته التعاقدية[1].

1- وجود عقد طبي يربط بين الطبيب الخاص والمريض:

إن قيام المسؤولية العقدية للطبيب يتطلب وجود عقد طبي يربط بينه وبين مريضه، لأنه لا يمكن الحديث عن هاته المسؤولية في حالة انعدام الرابطة التعاقدية بين هذين الأخيرين، فلا يمكننا تصور ادعاء المريض بإخلال الطبيب بالتزامه التعاقدي دون إثباته وجود العقد الطبي الذي يربط بينهما، و الذي نشأ عنه هذا الالتزام، وذلك لأن قيام الطبيب بعلاج مريض ما دون تعاقده مع هذا الأخير يتطلب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض بسبب إخلال الطبيب المعالج بالتزام قانوني[2].

2-أن يكون العقد الطبي صحيحا:

إن من بين الشروط الواجب توافرها كذلك من أجل قيام المسؤولية العقدية للطبيب أن يكون العقد الذي يربط بين هذا الأخير و مريضه عقدا صحيحا، و ذلك لأنه يترتب على انعقاد العقد الطبي صحيحا مستوفيا لجميع أركانه وشروطه أثار قانونية تتمثل في مجموعة من الالتزامات التعاقدية رتب المشرع الجزائري على الإخلال بها جزاء من نفس الطبيعة أي جزاء عقديا.

أما إذا انعقد هذا العقد باطلا كانعقاده دون احترام رضا المريض، أو متى كان هذا الرضا مشوبا بعيب من العيوب اللي قد تعتري صحته، فإن هاته المسؤولية تنتفي بانتفاء الرابطة العقدية بين الطبيب الخاص المعالج و مريضه بسبب بطلان العقد الطبي في هاته الحالة ، كما تقتضي صحة العقد الطبي كذلك وجوب توافق سببه وموضوعه مع

1- ماجد محمد لافي المرجع السابق، ص65.

2- ماجد محمد لافي المرجع السابق، ص65.

مبادئ النظام العام و الآداب العامة[1].

3-أن يضمن المتضرر من إخلال الطبيب بالتزامه التعاقدي هو المريض:

يشترط من أجل إعمال قواعد المسؤولية العقدية على الطبيب الذي أخل بالتزامه التعاقدي أن يكون الطرف المتضرر من هذا الإخلال هو المريض المتعاقد معه، وذلك لأنه لا يمكن تطبيق قواعد هاته المسؤولية على الطبيب الذي أصاب مساعدا له بجروح أثناء إجرائه عملية جراحية للمريض، لأن أثر العقد الطبي يقتصر على طرفيه دون أن يمتد للغير[2].

4- أن يكون سبب الضرر الذي أصاب المريض هو إخلال الطبيب بالتزامه التعاقدي:

حتى تتحقق المسؤولية العقدية للطبيب يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المريض المتعاقد معه هو نتيجة إخلال هذا الطبيب بالتزام من الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه،أما إذا ارتكب الطبيب أخطاء خارج دائرة العقد مما أدى إلى إصابة المريض بأضرار بسبب هاته الأخطاء، فإنه لا يمكن إعمال قواعد المسؤولية العقدية في هاته الحالة، بل إن قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق في هذا المقام نظرا لإخلال الطبيب بواجب قانوني عام يتمثل في وجوب الامتناع عن الإضرار[3].

الفرع الثالث: موقف القضاء والمشرع الجزائريين من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب:

نظرا لاختلاف رجال القانون حول طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، فإنه من الضروري تبيان موقف كل من القضاء(أولا)، والتشريع الجزائريين(ثانيا) من طبيعة هاته المسؤولية.

أولا: موقف القضاء الجزائري من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب:

2-رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الحواري، المرجع السابق، ص 394-395.

[2]- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص111.

[3]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص171.

دأب القضاء الجزائري في معظم أحكامه و قراراته على اعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية، وذلك لأن جل القضايا المطروحة أمامه تتعلق بأخطاء طبية ارتكبها أطباء موظفون لدى مستشفيات عمومية تنعدم الرابطة التعاقدية بينهم وبين مرضاهم[1].

ومن بين هاته القرارات ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، حيث قضت بمسؤولية المستشفى على أساس المادة (124) من القانون المدني الجزائري بموجب قرار جاء في حيثياته "**أن مسؤولية المستسقى ثابتة ولا مجال لقبول** الدفع المقدم من الطاعنة من أن المريض هو السبب في ذلك مادام فاقدا لقواه العقلية، مما يتطلب تفقده بشكل دوري من طرف عمال المستشفى نظرا لحالته الصحية المتميزة.

وحيث أن مسؤولية المستشفى هي تعويض ذوي الضحية طبقا للمادة(124) من القانون المدني الجزائري حسب ما جاء في القرار المستأنف لوجود تهاون وتقصير من طرف عمال المستشفى، بحيث نتج عنه وفاة الضحية، لهذا فان استبعاد تطبيق هاته المادة في غير محله

[1] – أحمد حسن عباس الحياري المرجع السابق، ص 27.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب:

إن ما يمكن استخلاصه من خلال استقراء نصوص المواد **(106- 107- 178 – 182)**،من القانون المدني الجزائري، وكذلك نصي المادتين (42)-(45) من مدونة أخلاقيات الطب، إضافة إلى الفقرة الأولى من نص المادة(145) من قانون حماية الصحة وترقيتها، هو أن المشرع الجزائري قد أكد التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية من خلال اشتراطه توافر أهلية المريض ورضائه شخصيا، أو رضاء ممثله بالعلاج المقترح، وهذا لا يتحقق إلا في رحاب العقد الطبي، لأن العلاقة القائمة بين الطبيب الخاص الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص ومريضه هي علاقة تعاقدية إرادية نشأت عن طريق اتفاقهما صراحة أو ضمنيا،حيث أعطى المشرع الجزائري للمريض الحرية التامة لاختيار الطبيب الذي يريد التداوي لديه، وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على أنه " **للمريض حرية** احتيار طبيبه أوجراح أسنانه أومغادرته، وينبغي للطبيب أوجراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسي تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض..."[1].

في حين منح في مقابل ذلك للطبيب الخاص حرية الاختيار بين قبول تقديم العلاج لمريض ما، أو رفض ذلك مع وجوب عدم ترك هذا المريض يواجه خطرا صحيا وشيكا بدون علاج، وبالتالي قبوله التعاقد مع المريض الذي توجه إليه طالبا خدماته الطبية، أو رفض ذلك[2].

وفي حالة قبوله تقديم العلاج للمريض الذي توجه إليه بغرض التداوي، فإنه يكون قد قبل التعاقد طبيا مع هذا المريض ولو ضمنيا، وهذا ما يتطلب منهما ضرورة احترام

1- بن صغير مراد مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 46- 47.

2- الفقرة الثانية من نص المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب.

الالتزامات الناشئة عن هذا العقد بشكل متبادل، لأن إخلال أي طرف من طرفي العقد الطبي بالالتزامات التعاقدية الناشئة عنه خاصة الطبيب الذي يحمل على عاتقه معظم هاته الالتزامات، سيفتح المجال أمام المريض في هاته الحالة من أجل إثارة المسؤولية العقدية للطبيب المتعاقد معه على أساس إخلاله بالتزاماته التعاقدية[1].

هذا من جهة، ومن جهة أخرى لقد ألزم المشرع الجزائري الطبيب الذي وافق على تقديم العلاج لمريض ما، بتقديم علاج لهذا الأخير يتسم بالإخلاص والتفاني، وهذا طبقا للمادة (45) من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على ما **يلي:** "يلتزم الطبيب وجراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة، بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة،..."[2].

وهذا لا يتحقق إلا في المجال التعاقدي الذي يسمح للطبيب فيه بالاختيار بين الموافقة على تقديم العلاج للمريض الذي يقصده بغرض التداوي أو رفض ذلك، وذلك لأن توجه المريض للطبيب الخاص في هاته الحالة يعتبر بمثابة إيجاب موجه لهذا الأخير، وفي حالة موافقة هذا الطبيب على علاج مريضه فإن هاته الموافقة تعتبر بمثابة قبول منه سيؤدي اقترانه بالإيجاب الصادر عن المريض إلى انعقاد العقد الطبي ولو بطريقة ضمنية، وهذا ما يجعل الطبيب ملزما بعلاج هذا المريض علاجا يقظا متفقا مع معطيات العلم الحديدة[3].

وعلى هذا الأساس فإن مسؤولية الطبيب الخاص طبقا للقانون الجزائري هي مسؤولية عقدية كأصل عام نظرا لحرية طرفي العلاقة الطبية الخاصة في اختيار بعضهم البعض من جهة، ونظرا كذلك لاشتراط المشرع الجزائري الأهلية الكاملة لطرفي هاته العلاقة

[1]– بن صخر مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 47.

[2]–المادة (45) من مدونة أخلاقيات الطب.

[3]– بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 78

خاصة المريض من أجل إبداء موافقته على تلقي العلاج أو رفض ذلك من جهة أخرى، و بالتالي إقدامهما على التعاقد وهما على بينة بنتائج ما يقومان به[1].

المطلب الثاني:أركان المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي:

إن إخلال الطبيب ببعض الالتزامات الطبية الملقاة على عاتقه، أو كلها من شأنه أن يؤدي إلى إثارة المسؤولية المدنية لهذا الأخير متى توافرت أركانها المتمثلة في الخطأ الطبي الذي سنتطرق له في فرع أول، و الضرر الطبي الذي سنفصله فيه في فرع ثان، إضافة إلى علاقة السببية بين هذا الخطأ و الضرر الذي أصاب المريض اللي سنعرج عليها في فرع ثالث[2].

الفرع الأول:الخطأ الطبي

يعرف الخطأ على أنه ذلك الشذوذ والإنحراف عن السلوك الذي لا يقع فيه الشخص العياد فالطبيب المحترف الحريص و المثابر، لو وضع في نفس الظروف التي كان فيها الطبيب فاعل الضرر، فأي اختلاف بين سلوك هذين الشخصين؟ و من هذا يمكن القول أن خطأ الطبيب الأخصائي يقدر بأسلوب أكثر دقة وصرامة من خطأ الطبيب العام، وهذا يعود لسبب واحد ألا و هو درجة اليقظ

أولا:تعريف الخطأ الطبي:

يعرف الخطأ بصفة عامة بأنه كل إخلال بالتزام أو واجب قانوني سابق، أو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أما الخطأ الطبي فيقصد به إخلال الطبيب بالتزام من الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه، أو بواجب قانوني من الواجبات التي يتعين على الطبيب المعالج التقيد بها، كما يعرف كذلك بأنه خروج الطبيب عن مسلك مثيله اليقظ

1- عبد اش محمد علي الزبيدي المرجع السابق، ص266.

2- عشوش كريم المرجع السابق، ص 170- 171.

الحريص الذي يوجد في نفس ظروف الطبيب المسؤول[1].

و على هذا الأساس فإن الخطأ الطبي يتمثل في تقصير الطبيب في أداء مهامه الطبية وتحمل واجباته على أكمل وجه من جهة، و خروجه في سلوكه عن القواعد و الأصول العلمية المتعارف عليها في المجال الطبي من جهة أخرى.

ثانيا:معيار الخطأ الطبي:

لقد اختلف الفقهاء حول تحديد المعيار الذي يقاس على أساسه سلوك الطبيب، فمنهم من ذهب إلى القول بضرورة مراعاة الظروف الشخصية لهذا الأخير من أجل تقدير و قياس سلوكه طبقا للمسار الشخصي، و منهم من سار على نهج أو اتجاه التقدير المجرد لسلوك الطبيب المعالج طبقا للمعيار الموضوعي.

1- المعيار الشخصي:

يقصد بالمعيار الشخصي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من عناية من أجل علاج مرضاه مع وجوب أخذ خبراته ومؤهلاته العلمية بعين الاعتبار أثناء تقدير سلوكه الطبي، فإذا اتضح أنه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه أعتبر مخطئا، أما إذا ظهر بأنه لم يكن باستطاعته تفادي ذلك الفعل الضار أعتبر أنه غير مخطئ[2].

و بالتالي فإن قياس سلوك الطبيب وفقا لهذا المعيار يتطلب مراقبة تحركات كل طبيب وتبين تصرفاته و هو أمر يصعب على القضاء تحقيقه، كما أن اعتماد هذا المعيار يستلزم البحث في ظروف و أحوال كل طبيب على حدى و هو شيء يستحيل بلوغه في الحياة العملية.

---

[1]- أ أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 07.

[2]- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري المرجع السابق، ص 156- 157.

2- المعيار الموضوعي:

يقصد بالمعيار الموضوعي إلزام الطبيب ببذل العناية التي كان سيبذلها أي طبيب يقظ حريص لو وجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المعالج، و بالتالي فإن هذا الأخير يسأل عن كل تغيير في مسلكه الطبي لا يمكن أن يقع من طبيب يقظ حريص من نفس مستواه العلمي لو وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به.

أما إذا ثبت أن الطبيب الفطن الحريص كان سيقدم نفس الجهود و العناية اللي قدمها الطبيب المعالج، أو أقل من ذلك لو وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بهذا الأخير، فإن مسؤوليته تنتفي بانتفاء أحد أركانها المتمثل في الخطأ الطبى[1].

ثالثا: درجة الخطأ الطبي:

ينقسم الخطأ الطبي من حيث درجة جسامته إلى نوعين; خطأ طبي جسيم؛ و خطأ طبي يسير.

1 - الخطأ الطبي الجسيم:

إن الخطأ الطبي الجسيم هو الخطأ الذي يقع من الطبيب الأقل حرصا و يقظة، و الذي يحتمل أن يؤدي إخلاله بأحد الالتزامات أو الواجبات الملقاة على عاتقه إلى إلحاق أضرار كبيرة بالمريض، و ذلك لأن درجة جسامة الخطأ تقاس وفقا لمقدار الضرر المحتمل وقوعه من جراء قيام الطبيب بعمله الطبي، فإذا كان هناك احتمالا كبيرا لإصابة المريض بأضرار بليغة بسبب عمل طبي معين و مع ذلك قام الطبيب بعمله الطبي هذا، فإنه يكون قد ارتكب خطأ طبيا جسيما[2]، و لكن هذا لا يعني أن الخطأ الطبي الجسيم هو خطأ عمدي بل هو خطأ يحتوي على عنصر الإهمال لأنه يقع من

1-هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص 124- 125.

2- إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص 95.

طبيب قليل اليقظة و الحرص.

2 – الخطأ الطبي اليسير:

إن الخطأ الطبي اليسير هو ذلك الخطأ التافه الذي لا يحتمل من وراء ارتكابه إصابة المريض بأضرار معتبرة، و لكن هذا لا يعني أبدا انتفاء مسؤولية الطبيب المعالج بسبب تفاهة الضرر الذي ترتب عن خطئه الطبي اليسير، بل إن مسؤوليته تتقرر وفقا للرأي الراجح لدى الفقه و القضاء سواء كان الخطأ المرتكب من طرفه جسيما أو يسيرا متى أخل هذا الطبيب بأحد الالتزامات أو الواجبات الملقاة على عاتقه، أو خالف الأصول و المبادئ العلمية الثابتة والمستقرة في مهنة الطب[1].

و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي اعتبر الطبيب مسؤولا عن أي تقصير أو خطئ مهني يرتكبه و يتسبب من خلاله في إصابة المريض بأضرار[2].

رابـعا: صور الخطأ الطبي:

تتعدد صور الخطأ الطبي بتعدد مراحل العلاج، حيث أن الطبيب قد يخطئ في تشخص الحالة الصحية للمريض؛ كما قد يخطئ كذلك في وصف العلاج المناسب لهذا الأخير؛ أو في تنفيذه.

1 – الخطأ في تشخيص الحالة الصحية للمريض:

إن تشخيص الحالة الصحية للمريض يتطلب من الطبيب القيام بإجراء جميع الفحوصات اللازمة من أجل معرفة طبيعة المرض الذي يعاني منه هذا المريض من جهة، و بحث مدى تأثير الظروف المحيطة به على حالته الصحية مثل البحث عن سوابقه المرضية و التأثيرات الوراثية عليه من جهة أخرى،و بالتالي فإن الطبيب المعالج يعتبر مخطئا في هاته الحالة متى أخل بالالتزامات، أو خالف الواجبات المفروضة عليه

[1]– رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 178

[2]– المادة (239) من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

في مرحلة التشخيص من أجل تحديد طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض، كأن يكتفي بفحص مريضه فحصا سطحيا فقط دون التعمق في تفاصيل حالته الصحية أو دون استعمال الأدوات الطبية اللازمة اللي قد تساعده على تشخيص حالة المريض الصحية تشخيصا دقيقا، كما يتحقق الخطأ في التشخيص كذلك في حالة جهل الطبيب للمبادئ العلمية الثابتة المتعارف عليها طبيا، مما يحول دون تمكنه من تحديد طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض[1].

2 – الخطأ في علاج المريض:

لقد ألزم المشرع الجزائري الطبيب المعالج ببذل العناية اللازمة من أجل علاج المريض علاجا يقظا متفقا مع الأصول العلمية الثابتة في مهنة الطب، و ترك له مقابل ذلك حرية اختيار العلاج الذي يراه ضروريا و مناسبا لحالة هذا المريض الصحية شرط أن يكون هذا العلاج من المسلمات الثابتة و المؤكدة في العلوم الطبية[2].

و بالتالي فإن إخلال الطبيب بهذا الالتزام الجوهري كوصفه لعلاج غير متفق مع الأصول و المبادئ العلمية المتعارف عليها طبيا، أو وصفه لعلاج أثبتت الأبحاث الطبية عدم فاعليته يعد خطأ طبيا يستلزم إثارة مسؤولية الطبيب المعالج على أساس خطئه في اختيار العلاج المناسب للحالة الصحية للمريض.

هذا بالنسبة للتدخل الطبي العادي، أما بالنسبة للتدخل الطبي الجراحي فإن الطبيب الجراح ملزم باتخاذ كل التدابير الوقائية من أجل إنجاح العملية الجراحية اللي سيخضع لها المريض، فهو ملزم بإجراء فحوصات جد معمقة على مريضه بغرض التأكد من قابلية جسده للتدخل الطبي الجراحي من جهة، و الاستعانة بطبيب مخذر من أجل تخذير هذا المريض قبل جراحته من جهة أخرى، إضافة إلى وجوب قيامه بفحص كل الأدوات و

[1]– إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 138 و ما يليها.

[2]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص 183 و ما يليها.

الأجهزة الطبية اللازمة للقيام بالتدخل الجراحي من أجل التأكد من سلامتها، و مطابقتها للمعايير المعمول بها طبيا[1].

3 . الخطأ في تنفيذ العلاج:

بعد تحديد الطبيب المعالج لطبيعة المرض الذي يعاني منه المريض ووصفه للعلاج المناسب له، فإنه يتوجب على هذا الطبيب الالتزام بتنفيذ العلاج الذي اختاره بكل مهارة وحرص وفقا لمعطيات العلم الحديدة، و من ثم فإنه يعد مسؤولا عن كل إهمال أو قصبي منه في أداء واجباته الطبية متى سبب ذلك ضررا للمريض بسبب مخالفة طبيبه لقواعد و آداب مهنة الطب أثناء تنفيذ العلاج[2].

كما يتحقق الخطأ الطبي في هذا المقام كذلك كلما أفضى الطبيب المعالج بأسرار مريضه مما سبب لهذا الأخير أضرار لأن هذا الالتزام هو التزام مستمر التنفيذ[3].

الفرع الثاني: الضرر الطبي:

إن تحقق ركن الخطأ الطبي لا يكفي وحده من أجل قيام المسؤولية المدنية للطبيب، بل لا بد من توافر الركنين الآخرين و من بينهما الضرر الطبي. مع العلم أن هذا الأخير ينقسم إلى نوعين سنتطرق لهما بعد تعرض.

أولا: **تعريف الضرر الطبي:**

يقصد بالضرر الطبي" دلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أوبمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق، أو تلك المصلحة متعلق بسلامة جسمه؛ أو عاطفته؛ أو ماله؛ أو حريته؛ أو شرفه... إلى غير ذلك"[4].

و بالتالي فإن أي أذى بصيب المريض في أحد الحقوق، أو المصالح الشخصية المحمية

1- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 144- 145.

2- تيزي عبد الثائر، المرجع السابق، ص 107- 108.

3- نقادي حفيظ، المرجع السابق، ص 77 و ما يليها.

4-بن صخر مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 53.

قانونا يعتبر ضررا طبيا يستوجب قيام المسؤولية المدنية للطبيب المعالج شرط أن يكون هذا الضرر هو نتيجة إخلال الطبيب بالتزاماته الطبية، لأنه في حالة ثبوت العكس، أي في حالة عدم إخلال هذا الأخير بالالتزامات الطبية الملقاة على عاتقه ينتفي الركن الأول للمسؤولية الطبية المدنية المتمثل في الخطأ الطبي، و تنتفي معه هاته المسؤولية[1].

ثانيا:أنواع الضرر الطبي:

ينقسم الضرر الطبي كغيره من الأضرار إلى نوعين: ضرر طبي مادي؛ وضرر طبي معنوي أي أدبي.

1 – الضرر الطبي المادي:

يعرف الضرر الطبي المادي بأنه كل ضرر بصيب المريض في جسده أو، ماله. و بالتالي فإن هذا الضرر ينقسم إلى قسمين، ضرر جسدي يتمثل في الأذى الذي يصيب جسم المريض، كإصابة هذا الأخير بجروح؛ أو إزهاق روحه؛ أو إصابته بعاهة أيا كان نوعها.

و ضرر مالي بصيب مصالح المتضرر ذات القيمة المادية، كإصابة جسد المريض بعاهة أدت إلى عجزه عن العمل، و بالتالي عجزه عن الكسب.

و يشترط من أجل التعويض عن الضرر الطبي المادي توافر عدة شروط أهمها:

– الإخلال بحق أو بمصلحة مشروعة.

– أن يكون الضرر محققا[2].

أ– الإخلال بحق أو بمصلحة مشروعة:

لقد اشترط المشرع الجزائري للتعويض عن الضرر الطبي إخلال الطبيب

[1]– محمد حسين مصون المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 165.

[2]– أحمد حسن عباس الحياري المرجع السابق، ص 128.

بحق؛ أو بمصلحة مشروعة للمريض لا تتعارض مع مبادئ النظام العام و الآداب العامة، و مثال ذلك ما يترتب على المساس بحق المريض في سلامة جسده من أضرار مالية كعجزه عن الكسب بفعل إصابته بعاهة ما، أو ما يترتب كذلك على المساس بسلامته الجسدية عن طريق الجرح؛ أو الكسر؛ أو التشويه، من أضرار مادية تستوجب التعويض[1].

ب- أن يكون الضرر محققا:

يجب أن يكون الضرر الواجب التعويض ضررا محققا، أي أنه وقع فعلا، أو أنه سيقع في وقت لاحق، أما الضرر المحتمل فلا يمكن اعتباره ضررا موجبا للتعويض إلا إذا تحول عنصر الاحتمال فيه إلى يقين، أي إذا تحقق الضرر المحتمل فعلا في ارض الواقع[2].

مع العلم أن الضرر الواجب التعويض في العلاقة الطبية التعاقدية ينحصر في الضرر المتوقع من جهة، والضرر الذي يصيب المريض المتعاقد معه بسبب استعمال الطبيب المعالج لأساليب الغش، أو بفعل ارتكابه لخطئ جسيم من جهة أخرى، في حين يشمل التعويض الضرر المتوقع، والضرر الغير متوقع متى انعدمت الرابطة التعاقدية بين هذا الطبيب ومريضه[3].

2- الضرر الطبي المعنوي:

يقصد بالضرر الطبي المعنوي كل ضرر يمس مصلحة غير مالية للمريض، فهو ما يصيب هذا الأخير في كرامته؛ أو شعوره؛ أو عاطفته؛ أو شرفه، و مثال ذلك إحداث الطبيب الجراح لتشوهات على جسد المريض بفعل خطئه الطبي ما أدى إلى إصابة هذا

1-أنظر، نص المادتين (97-98) من القانون المدني الجزائري.

2- بن صخر مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص54.

3- ، الفقرة الثانية من نص المادة (182) من القانون المدني الجزائري.

الأخير بأضرار معنوية تتمثل في الآلام النفسية المترتبة عن تلك التشوهات من جهة، و نظرة المجتمع إلى المصاب بها[1].

من جهة أخرى، أو إفشاء هذا الطبيب للسر الطبي المؤتمن عليه مما قد يؤدي إلى خدش كرامة المريض أو الإضرار بسمعته.

و جدير بالتذكير في هذا المقام أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا نوع الضرر الموجب للتعويض، و إنما اعتبر كل ضرر يحدثه الشخص بفعل خطئه يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ، و بالتالي فإن الضرر سواء كان ماديا أو معنويا يستحق التعويض متى توافرت شروطه، مع العلم أن عبء إثبات الضرر بنوعيه المادي و المعنوي يقع على عاتق الطرف المتضرر، و يستقل قاضي الموضوع بتقدير ثبوت الوقائع المكونة لهذا الضرر من عدم ذلك[2].

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المجال الطبي:

لا يكفي وقوع خطئ طبي من جانب الطبيب المعالج، و إصابة المريض بضرر من أجل قيام المسؤولية المدنية للطبيب، بل يجب أن يكون هذا الضرر هو نتيجة إخلال هذا الطبيب بالتزاماته الطبية أي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الطبي و الضرر الذي أصاب المريض طبقا للقواعد العامة، لأنه قد يصيب المريض العديد من الأضرار دون ارتكاب الطبيب المعالج لأية أخطاء طبية، أو دون أن تكون هناك علاقة سببية بين هاته الأخطاء و بين الضرر الذي أصاب المريض[3].

و بالتالي فإن قيام المسؤولية المدنية للطبيب يتطلب وجود علاقة مباشرة بين خطئ الطبيب المعالج و الضرر الذي أصاب المريض، أي أن يكون السبب الوحيد لإصابة هذا

---

[1]–عشوش كريم، المرجع السابق، ص 201.

[2]– بن صخر مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص57.

3– الفقرة الثانية من حض المادة (124) من القانون المدني الجزائري.

الأخير بضرر طبي هو إخلال الطبيب بالالتزامات الطبية الملقاة على عاتقه[1].

أما إذا أراد الطبيب أن يتحرر من مسؤوليته فعليه أن ينفي علاقة الخطأ الذي ارتكبه بالضرر الذي أصاب المريض، و ذلك عن طريق إثباته أن الضرر الذي لحق بهذا المريض سببه خطأ هذا الأخير نفسه؛ أو قوة قاهرة؛ أو فعل الغير[2].

1 – خطأ المريض:

قد تنتفي علاقة السببية كذلك حسب نص المادة (127) من القانون المدني الجزائري متى تسبب المريض بخطئه في الضرر الذي أصابه، شرط أن يكون هذا الخطأ هو السبب الوحيد و المباشر في إحداث الضرر الذي أصاب مرتكبه[3].

و من أمثلة أخطاء المرضى التي تأخذ حكم السبب الأجنبي الذي ينفي الرابطة السببية مما يعفي الطبيب المعالج من المسؤولية، تناول المريض لأشياء منعها عليه الطبيب بصفة صريحة و قاطعة مبينا له نتائج تناولها، و بالتالي تنتفي رابطة السببية في هاته الحالة لأن الضرر الذي بصيب المريض سببه هو خطأ هذا الأخير المتمثل في مخالفته لأوامر طبيبه و تناول مواد منعها عليه هذا الطبيب[4].

2– القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

يقصد بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي حدوث أمر غير متوقع لا يمكن دفعه أو مقاومته مما يجعل الطبيب غير قادر على الوفاء بالتزاماته، و بالتالي فإنه يجب على الطبيب الذي يريد التخلص من المسؤولية باعتبار أنه وقع تحت تأثير قوة قاهرة أو حادث فجائي مما جعل تنفيذ التزاماته أمرا مستحيلا، إثبات أن إخلاله بتنفيذ هاته الالتزامات كان بفعل سبب أجنبي لا يد له فيه، الأمر الذي يؤدي إلى انتفاء رابطة السببية، و من ثم

[1]– الفقرة الثانية من نص) المادة (182) من نفس القانون.

[2]–أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المرجع السابق، ص 45.

[3]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص 204.

[4]– محمد حسين مصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 176.

انتفاء مسؤولية هذا الطبيب[1].

3- فعـل الغيـر:

يقصد بالغير الأشخاص الذين لا يكون الطبيب مسؤولا عنهم، أي الأشخاص الذين لا يخضعون لمراقبته و ليسوا تابعين له، و بالتالي إذا قام هذا الغير بفعل ما و كان هذا الفعل هو السبب الوحيد في إحداث الضرر الذي أصاب المريض ثارت مسؤوليته بمعزل عن الطبيب الذي يعفى من هاته المسؤولية بفعل تحقق السبب الأجنبي المتمثل في هاته الحالة في خطئ الغير[2].

أما إذ اشترك خطأ الطبيب المعالج مع فعل الغير في إحداث الضرر الذي أصاب المريض، فإن هذا الفعل ينقص في مسؤولية الطبيب و لا يعفيه منها، شرط أن يكون لفعل الغير شأن في إحداث هذا الضر، مع العلم أن عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المريض يقع على عاتق هذا الأخير، و على الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي متى أراد دفع المسؤولية عن نفسه[3].

المطلب الثالث: أثر المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي:

يترتب على توافر أركان المسؤولية المدنية للطبيب من خطأ و ضرر و علاقة سببية، إلزام هذا الأخير بتعويض الضرر الذي أصاب المريض بسبب إخلال طبيبه بالتزاماته الطبية، مع العلم أن تحديد هذا التعويض في صورته النهائية يتطلب تحديد طبيعته و كيفية تقديره و هذا ما سنتطرق له في فرع أول بعنوان طبيعة التعويض و تقديره[4].

هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن ما يحتويه العمل الطبي من مخاطر قد أدى

[1]- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 315.

[2]- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 526.

[3]- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 526.

[4]- دلال يزيد مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص70.

بالأطباء إلى اللجوء للتأمين من مسؤولياتهم المدنية من أجل تغطية الأضرار التي قد تنتج من جراء ممارستهم لأعمالهم الطبية و هذا ما سنفصل فيه في فرع ثان تحت عنوان التأمين من المسؤولية في المجال الطبي[1].

الفرع الأول: طبيعة التعويض وتقديره:

يقصد بالتعويض الجزاء المدني المترتب عن المسؤولية الناشئة بفعل خطأ الطبيب الذي سبب ضررا للمريض، غير أن ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء نصوص مدونة أخلاقيات الطب، و القانون المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، و باقي النصوص ذات الصلة بالمجال الطبي، هو أنها لم تتكفل بتحديد معالم التعويض الطبي باعتباره الجزاء المدني المترتب عن قيام المسؤولية المدنية للطبيب بفعل خطئه الطبي الذي سبب ضررا للمريض[2].

و بالتالي فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة من أجل تحديد طبيعة التعويض الطبي (أولا)؛ و تبيان كيفية تقديره (ثانيا).

أولا: طبيعة التعويض الطبي:

إن التعويض في المجال الطبي يكون إما بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر و هو ما يسمى بالتعويض العيني، و إما بتعويض الأضرار التي أصابت المريض نقدا و هو ما يعرف بالتعويض بمقابل[3].

1-التعويض العيني:

يقصد بالتعويض العيني إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، مع العلم أن هذا النوع من التعويض هو الأصل متى كان ممكنا خاصة في مجال

[1]- بن صخر مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 129- 135.

[2]- دلال يزيد - مختاري عبد الجليل، نفس المرجع، ص71.

[3]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 209.

العلاقات الطبية التعاقدية، وذلك لأنه لا يمكن في هذا المجال اللجوء إلى التعويض بمقابل إلا إذا استحال التعويض العيني، و بالتالي فإنه لا يجوز للمريض المتضرر المطالبة بتعويض نقدي عما أصابه من أضرار متى عرض عليه إصلاح الضرر الذي لحق به و جبره، و من ثم إعادة الحال إلى ما كان عليه كأن يأمر القاضي بعلاج هذا المريض المتضرر على نفقة الطبيب المتسبب في الضرر[1].

و لكن تطبيق التعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية يعد أمرا عسيرا و صعبا نظرا لخصوصية العقد الطبي الذي يكون محله في غالب الأحيان جسد المريض.

2-التعويض بمقابل:

إن التعويض بمقابل هو التعويض المعمول به أكثر في مجال المسؤولية التقصيرية، و استثناء في مجال المسؤولية الطبية العقدية، و ذلك لأنه قد يستحيل في هذا المجال إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار، و يتمثل التعويض النقدي في مبلغ من المال يقدره القاضي من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض المتضرر بفعل خطأ الطبيب سواء كان هذا الضرر ضررا ماديا أو معنويا[2].

و الأصل أن التعويض بمقابل يكون في شكل مبلغ معين من المال يدفع للمريض المتضرر دفعة واحدة، أو على شكل أقساط، كما قد يكون في صورة مرتب مدى الحياة أو خلال مدة محددة.

ثانيا: تقدير التعويض الطبي:

يقدر التعويض الطبي بقدر ما أصاب المريض من أضرار دون زيادة و لا نقصان و يتم تقدير هذا التعويض على أساس ما لحق المريض من خسارة؛ أو ما فاته

[1]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 209.

[2]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 266.

من كسب؛ إضافة إلى ما أصابه من أضرار معنوية[1].

مع العلم أن الضرر الذي يتم تعويضه في مجال المسؤولية الطبية العقدية هو الضرر المباشر المتوقع في العقد الطبي طبقا للفقرة الثانية من المادة (182)

و معنى هذا أن مضمون الالتزام العقدي يتحدد بموجب إرادة طرفي العقد الطبي، و يسأل الطبيب الذي أخل به عن الضرر المباشر أي المتوقع فقط ، عكس الحالة التي يرتكب فيها هذا الطبيب غشا، أو خطأ جسيما أين يسأل عن الضرر المباشر و غير المباشر، أي المتوقع و غير المتوقع، كما يتعين على القاضي كذلك عند تقديره لقيمة التعويض الطبي أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمريض كحالة هذا الأخير الجسمية و الصحة، و كذلك المالية من أجل أن يكون هذا التعويض عادلا[2].

أما إذا اتفقا طرفا العقد الطبي الطبيب و المريض على قيمة التعويض اللي يتحصل عليها أحد طرفي هذا العقد و خاصة المريض في حالة إصابته بضرر طبي، فإن دور القاضي في هاته الحالة يقصر على التخفيض من قيمة هذا التعويض إذا أثبت الطبيب أن التقدير كان مفرطا، أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليها فإنه لا يجوز للمريض مطالبة القاضي برفع هاته القيمة إلا إذ أثبت أن الطبيب قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما[3].

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه يجوز لطرفي العقد الطبي كذلك الاتفاق على الإعفاء، أو التخفيف من المسؤولية الطبية العقديةّ وليست التقصيرية شرط أن يكون الضرر الذي أصاب المريض ضررا ماليا و ليس جسمانيا، و ألا يكون الخطأ الطبي الذي كان سببا في حدوث هذا الضرر خطأ جسيما أو ناجما عن غش، كما يجوز كذلك

[1]- الفقرة الثانية من نص) المادة)182(من القانون المدني الجزائري.

[2]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 209 و ما يليها.

[3]- المادتين (184)- (185) من نفس الثمن.

الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الطبية العقدية في حالتي الخطأ العمدي، و الخطأ الجسيم الذي يقع من الغير الذين يستخدمهم المدين في تنفيذه لالتزامه الطبي[1].

الفرع الثاني:التأمين من المسؤولية في المجال الطبي:

لقد عرفت المادة (619) من قانون التأمينات الجزائري عقد التأمين بأنه:"عقد يلتزم بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال،أو إيراد أو أي عوض مالي أخرفي حالة وقوع الحادث،أو تحقق الخطر المبين بالعقد،وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"[2].

و من ثم فإن عقد التأمين في المجال الطبي هو عقد يربط بين الطبيب المؤمن لهّ و شركة التأمين المؤمن– ينصرف أثره إلى المستفيد – المريض، أي أنه عقد متعدد الأطراف (أولا)، و له نطاق محدد (ثانيا).

أولا :العلاقة بين أطراف عقد التأمين:

تتعدد العلاقات بين أطراف عقد التأمين الطبي كما يلي:

–علاقة المؤمن بالمؤمن له.

– علاقة المؤمن بالمستفيد.

– علاقة المؤمن بمحدث الضرر في التأمين من المسؤولية عن فعل الغير.

1–علاقة المؤمن بالمؤمن له

ينظم هاته العلاقة عقد التأمين الذي يرتب التزامات على عاتق المؤمن له الطبيب من جهة، و المؤمن شركة التأمين من جهة أخرى.

أ–التزامات المؤمن له:

---

[1]– نص المادة (178) من القانون المدني الجزائري.

[2]– قمراوي عز الدين، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر، د.س.ن، ص 58.

يلتزم المؤمن له في عقد التأمين الطبي قبل وقوع الضرر المادي أو المعنوي بدفع أقساط التأمين في مواعيدها المحددة بموجب هذا العقد إلى شركة التأمين، إضافة إلى التزامه كذلك بتقديم بيانات صحيحة و دقيقة متضمنة كل المعلومات و البيانات الجوهرية لمحل عقد التأمين الطبي المتمثل في الخطر المحتمل، بغرض تمكين المؤمن من تقدير هذا الخطر حتى يتم تنفيذ عقد التأمين طبقا لما اشتمل عليه بحسن نية[1].

ب-التزامات المؤمن(شركة التأمين):

إن الالتزام الأساسي والجوهري لشركة التأمين هو ضمان تعويض الأضرار التي يتسبب فيها الطبيب بفعل أخطائه الطبية، و يلتزم المؤمن في هاته الحالة بضمان تعويض الأضرار التي تحققت دون زيادة أو نقصان، شرط أن لا يزيد مقدار التعويض على المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين[2].

2-علاقة المؤمن بالمستفيد:

لقد سعى المشرع الجزائري إلى جعل علاقة المؤمن بالمستفيد علاقة مباشرة، حتى يتمكن هذا الأخير من الرجوع على شركة التأمين مباشرة عن طريق مطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بفعل خطأ الطبيب المؤمن له،و هذا ما قام به من خلال إعطائه للمتضرر الحق في رفع دعوى قضائية مباشرة ضد المؤمن لمطالبته بتعويض الأضرار المؤمن عنها طبقا للقانون رقم(88-31) المؤرخ في 19 جويلية 1988 و المتعلق بنظام التعويض في حوادث المرور[3].

3- علاقة المؤمن بمحدث الضرر في التأمين من المسؤولية عن فعل الغير:

قد يشمل عقد التأمين كذلك تأمين مسؤولية الغير التابع للطبيب المؤمن له، و

---

[1]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 184-185.

[2]- عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 192- 193.

[3]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 278-279.

بالتالي إذا ارتكب هذا الغير خطأ مهنيا سبب ضررا للمريض وجب على المؤمن الالتزام بدفع التعويض المتفق عليه للمريض المستفيد، أما إذا دفع الطبيب المؤمن له مبلغ التعويض فإنه يحق له بعد ذلك الرجوع على المؤمن بهذا المبلغ[1].

[1]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 187.

ثانيا:نطـاق عقد التأميـن:

يشمل الضمان الناتج عن عقد التأمين الطبي كل الأضرار التي تصيب المريض بفعل خطأ الطبيب المؤمن له سواء كانت جسدية؛ مادية؛ أو غير مادية، و لعل من أهم هاته الأضرار، الأضرار الجسدية التي يكثر وقوعها في المجال الطبي، و ذلك لأنه غالبا ما يترتب على الأخطاء الطبية عاهات؛ أو تشوهات؛ أو عجز مؤقت أو دائم لعضو من أعضاء المريض[1].

مع العلم أن هذا الضمان يشمل الأضرار الناتجة عن الفعل الشخصي غير العمدي للطبيب المؤمن له، كما قد يشمل كذلك فعل الغير التابع لهذا الطبيب سواء كان عمديا أو غير عمديا، إضافة إلى الأضرار المترتبة عن فعل الشيء، و هذا حسب اتفاق طرفي عقد التأمين الطبي[2].

[1]– أنظر، مامون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية للأطباء، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، 2010، العدد السابع، ص 124.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 278.

خاتمة

إن العقد الطبي موضوع هام ، يستدعي دراسة معمقة، و ذلك من جوانب كثيرة الجميع. لكونه يكتسي أهمية خاصة ، وهذا نظرا لكونه يرد على جسم الإنسان الذي يعتبر خليفة االله في الأرض .

يرى البعض أن العقد الطبي كسائر العقود و ذلك من خلال التعرض لل تعريف القانوني و الفقهي، و إلى طبيعته القانونية، و كذا الأركان التي يقوم عليها من تراضي و أهلية لكليهما سواء الطبيب أو مريضه، و وجوب توفر رضا و محل، إضافة للسبب و الشكلية التي تكون في أغلب الأحيان نادرة الوجود، فإلى هذا الحد لم نجد أي مشكل أو اختلاف مع بقية العقود الأخرى التجارية منها و المدنية.

إلا أن الاختلاف يبدأ بالظهور عند الحديث عن الخصائص التي تميز العقد الطبي في كونه عقد يرد على و لكن رغم هذا الاهتمام القضائي و التشريعي الكبير الذي حظي به موضوع العقد الطبي فان المشرع الجزائري لم يسعى إلى تنظيم هذا العقد عن طريق تسميته باسم خاص، و سن أحكام خاصة به، حيث أبقاه ضمن طائفة العقود الغير مسماة بالرغم من أهميته في يوميات المواطن الجزائري الذي أصبح كثير التردد على المؤسسات الصحية الخاصة، و من ثم التعاقد مع الأطباء الذين يمارسون نشاطهم داخل هاته المؤسسات من اجل علاجه، و هذا ما يعاب على هذا المشرع الذي لم يعطي للعقد الطبي اهتماما يليق بمقامه بالرغم من أن هذا الأخير أصبح يلعب دورا هاما في حماية حقوق المريض كونه الطرف الضعيف في هذا العقد باعتباره الوعاء القانوني الذي يحدد لكل طوف من طرفيه ما له من حقوق و ما عليه من التزامات.

و في الأخير حاولنا الحديث عن الفسخ كأثر من اثار إنهاء العقد الطبي بعد تقاعس أحدهم في تنفيذ التزاماته، أو تهربه كما ذكرنا التعويض الذي يصرف لجبر الضرر الذي يتولى القاضي تقديره .

بناء على ما سبق تجدر الإشارة حاليا أن المريض جد نفسه في أحيان كثيرة ضحية لكل الأعمال الطبية، رغم التقدم الهائل و الحاصل في هذا المجال العلمي.حيث ظهرت وسائل متطورة، و أصبح بذلك العقد الطبي من العقود الشائعة التي ذاع شأنها في الآونة الأخيرة و كثر اللجوء إليها

كما أنه لم يشترط شكلية معينة من أجل إتمام إبرام العقد الطبي بالرغم من خصوصية هذا العقد و تميزه عن بقية العقود نظرا لأن محله التعامل في جسد الإنسان الذي تقدسه كل الشرائع و القوانين، أي أن الشكلية ليست ركنا من أركانه، بل هو عقد رضائي يكفي من أجل انعقاده صحيحا توافر ثلاثة أركان تتمثل في التراضي؛ المحل؛والسبب،ماعدا حالتي نقل و زراعة الأعضاء البشرية،و رفض المريض تلقي العلاج، اللتان اشترط فيهما الكتابة من اجل إثبات موافقة هدا الأخير، أو رفضه للعمل الطبي في هاتين الحالتين.

و بناءا على ما سبق نستخلص أن عدم التصدي لمثل هذه المسائل العلمية و للبحوث العلمية أدى إلى بروز مشاكل كثيرة ناحمة عن الأخطاء الطبية، فالمشرع لم يوليها الأهمية اللازمة مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي وجد نفسه في حرج بين إقامة المسؤولية الطبية، و تعويض الضحايا الذين لا يستطيعون إثارة المسؤولية. فأحيانا لا تثار المسؤولية إلا على الخطأ، و تارة أخرى يتشددون فيأخذ القضاء الفرنسي بالقرائن و الخطأ المفترض، ف أثار ذلك التناقض جدالا فقهيا محتدما و ردود فعل سلبية رافضة لهذا النوع من التنصيصات القانونية.

وهذا ما أدى ب المشرع الفرنسي للتدخل لوضع حد لهذه المشاكل القانونية باصدار قانون 4 مارس 2002 المتعلق بالحوادث الطبية و حقوق المرضى، و أراد من ورائه تجنيب المرضى الوقوع كضحايا أبرياء جراء الحوادث الطبية بدون تعويض، و تجنب تحميل الأطباء

مسؤولية هذه الحوادث بدون صدور خطأ منهم. و أسس جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني من طرف الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية، و هذا بعد إثبات المضرور خطأ الطبيب المعالج

قائمة المراجع

قائمة المراجع

اولا: الكتب

أ- الكتب العامة

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة الطبعة الثالثة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، **2011**.

2- أسامة رمضان الغمرى، الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية و الطبية، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر، **2005**.

3- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،الطبعة الأولى، منشورات بغدادي للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر،**2009**.

4- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرِف القانوني العقد و الإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، **2004**.

5- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية الفعل الغير مشروع الإثراء بلا سبب و القانون، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، **2007**.

6- بن شويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، **2012**.

7- بوعبد اش رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، **2008**.

8- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول،

مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، **2010**.

9- إبراهيم على حمادى الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، **2007**.

10- أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري و المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، **2001**.

11- أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، **2007**.

12- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،**2007**.

ب- الكتب الخاصة

1- أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، **2005**.

2- قمراوي عز الدين، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر، د.س.ن، العدد التجريبي.

3- أسعد عبيد الجميلى، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، **2011**.

4- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، **2004**.

5- عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، **8وو1**.

6- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

7- أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مجلة مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق، جامعة وهران، **2007**.

8- زينة غانم يونس العبيدى، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، **2007**

9- رايس محمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، **2007**، العدد الأول.

10- طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، **2002**.

ثانيا : الرسائل والمذكرات العلمية

1- صغير مراد، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، **2006**، العدد الثالث

2- مامون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الخاص الثاني، الخبرة- الإعفاء من المسؤولية- المسؤولية التأديبية- الجراحة التجميلية- زرع الأعضاء، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، د.س.ن.

3- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، **2008**، العدد السادس.

4- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، **2004/2005**.

5- عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، **2007/2008**.

المجلات والبحوث العلميلة

1- بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، **2007**، العدد الرابع.

2- رايس محمد، الأساس القانوني لمسؤولية الطبيب عن النشاط الطبي للغير في ضوء القانون الجزائري، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، لبنان، **2006/ 2007**،

3- رايس محمد، إثبات المسؤولية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، **2005**، العدد صار

الفهرس

إهداء

الشكر

مقدمة 01
الفصل الأول: إطار المفاهمي العقد الطبي 06
المبحث الأول: ماهية العقد الطبي..... 07
المطلب الأول: مفهوم العقد الطبي 07
الفرع الأول: تعريف العقد الطبي 08
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الطبي..... 09
الفرع الثالث: خصائص العقد الطبي..... 13
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتوجه التعاقدي في العلاقات الطبية 23
الفرع الأول:أسس التوجه في علاقة الطبيب بالمريض 23
الفرع الثاني: أهداف التوجه التعاقدي 26
الفرع الثالث: حدود التوجه التعاقدي..... 28
المطلب الثالث: صور العلاقات الطبية 30
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي..... 31
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية العلاقة المريض بالمرفق الصحي 34
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب 37
المبحث الثاني:تكوين العقد الطبي 40
المطلب الأول: التراضي في العقد الطبي 40
الفرع الأول: رضا المريض:..... 40
الفرع الثاني: رضا الطبيب 47
المطلب الثاني: محل وسبب العقد الطبي 50
الفرع الأول: محل العقد الطبي 50
الفرع الثاني: سبب العقد الطبي..... 60
امطلب الثالث: الشكلية في العقد الطبي 68

الفرع الأول: المبدأ انتفاء الشكلية في العقد الطبي 68
الفرع الثاني: الاستثناء وجوب توفر الشكلية في بعض التصرفات الطبية 70
الفصل الثاني آثر القانونية العقد الطبي 76
المبحث الأول: الالتزامات المترتبة على الحق الطبي و آثار الإخلال بها 76
المطلب الأول: طبيعة الالتزام الطبي 77
الفرع الأولية الالتزام بيدل عقاية 77
الفرع الثاني الالتزام بتحقيق نتيجة..... 79
المطلب الثاني: مضمون الالتزام الطبي القرية الأولية التزامات الطبيب..... 81
الفرع الثاني: التزامات طبيب 81
الفرع الثاني:التزامات المريض:..... **89**
المطلب الثالث : آثار الإخلال الالتزام الصيني القرية الأولي فسخ العقد الطبي 92
الفرع الاول : التفسخ العقد الطبي 92
الفرع الثاني : انفساخ انعقد الطبي..... **95**
المبحث الثاني المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات الناشئة عن الحقد الطبي 98
المطلب الأول: طبيعة 98
القرع الأول المسؤولية التقصيرية للطبيب..... 98
الفرع الثاني : المسؤولية العقدية للطيب 100
الفرع الثالث موقف القضاء والمشرع الجزائريين من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب... 103
المطلب الثاني. أركان المسؤولية المترتبة عن الحقد الطيبي..... 106
الفرع الاول: الخطأ الطبي القرية النباتية الضرر الطبي..... 106
الفرع الثاني : علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المجال الطبي 111
الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ والضرر في المجال الطبي.....114
خاتمة 125
قائمة المراجع..... 129

مـلخص مذكرة الماستر

ومن هنا نستنتج ان العقد الطبي و هو العقد الذي يربط بين الملاريض والطبيب بمقارنته مع المشرع الجزائري فنجده بعيد كل البعد عن هذا الرأي الذي أخذ به المشرع الفرنسي، و خير برهان على ذلك عدم وجود قوانين تنظم هذه العلاقة، و ما نلحظه أيضا عدم وجود القضايا المطروحة في هذا الشأن على المحاكم و المجالس القضائية، مقارنة بالأخطاء الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى، سواء التي ترتكب في عيادتهم الخاصة أو المستشفيات العامة

هذا من خلال وضع نصوص تنظمه، ولتكون سندا للمريض الضعيف الذي لا حول له ولا قوة، و تكون من جهة أخرى خطا أحمر لا يجب على الأطباء تجاوزه بعدم مبالاتهم و إهمالهم الذي لا يغتفر في كثير من الأوقات الاقتراح الذي على المشرع النظر إليه من وجهة نظر إيجابية هو ما أخذ به المشرع الفرنسي بإنشاء الصندوق الوطني للتعويض عن الأخطاء الطبية، وذلك لتمكين المضرور من الحصول على تعويض في أقرب الآجال، و الابتعاد عن الإجراءات المعقدة للقضاء و كذا التماطل في إصدار الأحكام، ولا يتوقف الأمر في ذلك فحسب بل يتبع صدور الحكم تقاعس الطرف المتسبب في الخطأ(الطبيب ،) خاصة في حالة إعساره.فهذا يجعل الثقة بين المريض و الطبيب في توافق مستمرين، و يخفف من الإجراءات و الضغوط التي يعاني منها الطبيب و المريض على حد سواء.

الكلمات المفتاحية :

1- العقد الطبي 2- خصائص العقد الطبي3- طبيعة الالتزام الطبي4- المسؤولية التقصيرية

Abstract of The master thesis

Hence, we conclude that the medical contract, which is the contract that links the patient and the doctor by comparing it with the Algerian legislator, finds it far from this opinion taken by the French legislator, and the best proof of that is the absence of laws regulating this relationship, and what we note also is the absence of cases In this regard, courts and judicial councils are presented to the courts and tribunals, compared to the countless many mistakes, whether committed in their private clinics or public hospitals.

This is through the development of texts regulating it, and to be a support for the weak and powerless patient, and on the other hand, it is a red line that doctors must not cross by their indifference and neglect, which is often unforgivable in many times, the suggestion that the legislator should look at from the point of view of Positive is what the French legislator has taken to establish the National Fund for Compensation for Medical Errors, in order to enable the injured to obtain compensation as soon as possible, and to stay away from the complex procedures of the judiciary as well as the delay in issuing judgments, and the matter does not stop only with that, but the issuance of the judgment follows the inaction The party causing the error (the doctor), especially in the event of his insolvency. This makes the trust between the patient and the doctor in continuous agreement, and relieves the procedures and pressures that the doctor and the patient suffer from alike.

key words:

-1The medical contract 2- The characteristics of the medical contract 3- The nature of the medical obligation 4- Tort liability