

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

المسؤولية العقدية للطبيب

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون طبي

تحت إشراف الأستاذة:

- عيساني ربيعة

الشعبة: قانون عام

من إعداد الطالب:

- لحياني احمد

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

بوسحبة الجيلاي

الأستاذ:

مشرفا مقررا

عيساني ربيعة

الأستاذة:

ممتحنا

زواتين خالد

الأستاذ:

السنة الجامعية: 2022/2021

تاريخ المناقشة: 04 جويلية 2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى:

(قَالَ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي (25) وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي (26))

وَاحْلُلْ عُقْدَةً مِنْ لِسَانِي (27) يَفْقَهُوا قَوْلِي ((28))

صدق الله العظيم

سورة طه من الآية 25 الي الآية 28.

الشكر والتقدير

من مكارم الخلاق الاعتراف بالجميل والعرفان.

اتقدم بالحمد والثناء والشكر لله عز وجل، الذي وفقني لإنجاز هذا العمل المتواضع كما لا يسعني في هذا المقام إلا ان اتقدم بخالص عبارات الشكر والتقدير لأستاذتي المشرفة الدكتورة عيساني رفيقة لإشرافها على هذا العمل رغم انشغالاتها الكثيرة، فجزاها الله عني خير جزاء .

كما لا يفوتني ان اتقدم بالشكر الخالص والاحترام الكبير الى كل اساتذتي الذين أشرفوا على تكويني في طور الماستر كل باسمه ومقامه، والشكر ايضا للجنة المناقشة على قبولهم لتحكيم وتقييم هذه المذكرة. واخيرا اتقدم بخالص الشكر والتقدير والامتنان الى كل من اعانني وقدم لي يد المساعدة من أسرة وزملاء واصدقاء .

أحمد

الإهداء

أهدي ثمرة هذا البحث إلى روح أمي رحمها الله، فهي من غرست في نفسي حب العلم والتعلم وطاعة المولى عز وجل، فلها علي فضل لا يماثله فضل أحد بعد فضل الله سبحانه وتعالى.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وَإِخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّبَابِ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي

صَغِيرًا (24)) (سورة الإسراء - الآية 24)

كما اتقدم بوسع الفضل ايضاً، الى كل عائلتي كل باسمه ومقامه حيث كانوا سندا لي في دراستي، والى اصدقائي واساتذتي الذين ساهموا في تطويري وتكوينني

لهم مني كل الفضل والإحسان.

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

– ج. ر. ج. ج. د. ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

الديمقراطية الشعبية

– د. ط: دون طبعة

– ص: صفحة

– ط: طبعة

– ق. ا. ج: قانون الاجراءات الجزائية

– ق. ح. ص. ت: قانون حماية الصحة وترقيتها

– ق. م. ج: القانون المدني الجزائري

– م. ا. ط. ج: مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية

– م: ميلادي

ثانياً: باللغة الفرنسية

– CASS : Cour de cassation

– Civ : Civil

– P : Page

نشأ الالتزام في المسؤولية الطبية تقصيرياً، حيث كان المسلك السائد قديماً في الفقه والقضاء الفرنسي إلى أن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة ذات طبيعة تقصيرية لا عقدية، قائمة على الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وبناء على ذلك تتعدد المسؤولية التقصيرية لا العقدية في حالة إصابة المريض بضرر نتيجة الخطأ الواقع من الطبيب المعالج. ثم تطور هذا الموقف التقليدي نتيجة تطور موقف القضاء وتحولها إلى المسؤولية العقدية.

بدء التحول من المسؤولية التقصيرية إلى العقدية في سنة 1936م حين عرضت على محكمة النقض الفرنسية قضية كانت تدور حول تعيين المدة التي تتقدم بها دعوى المسؤولية الناشئة عن إهمال الطبيب في العلاج إهمالاً يقع تحت طائلة قانون العقوبات حيث هناك من اعتبر مدة التقادم الجزائي ثلاث سنوات في الجرح، مما يؤدي إلى اعتبار هذه المسؤولية تقصيرية، وهناك من اعتبر مدة التقادم المدني وهي ثلاثون سنة، كما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية، ويتبين أن المحكمة اضطرت إلى التدقيق في تكييف مسؤولية الطبيب، نظراً لما كان يجب عليها أن ترتبه على هذا التكييف في قبول دعوى المسؤولية المرفوعة بعد انقضاء ثلاث سنوات على الإهمال المنسوب إلى الطبيب أو عدم قبولها، وأخيراً قضت في 23 ماي 1936م باعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، وقد اضطرت بعد ذلك أحكام المحاكم الفرنسية على هذا الاعتبار بحيث كان نقطة تحول في اتجاه القضاء الفرنسي كله.

أما بالرجوع إلى القضاء الجزائري فلم يرد نص خاص يوضح التكييف القانوني لمسؤولية الأطباء، إذ أحجم المقنن عن معالجة هذه المسألة لعدم سهولتها تاركاً إياها للفقه ورجال القانون، ورغم هذا، فإن القضاء في الجزائر على وجه الخصوص، لم يعرف قضايا المسؤولية الطبية إلا منذ سنوات قليلة، وذلك راجع إلى عدة أسباب تتداخل فيما بينها لتجعل المريض المضروب يعكف على مقاضاة الأطباء بهدف الحصول على تعويض عن الأضرار اللاحقة به، ومن هذه العوامل نجد عامل الإحساس بالضعف لدى المريض في مواجهة الطبيب، وهذا راجع

دون شك إلى العلاقة غير المتوازنة التي تربط المريض بالطبيب، إذ يعاني طرف علة مرضية، وطرف آخر يضع فيه الأول كامل ثقته بهدف تخلصه من ألامه.

وبالتالي فالمريض غالباً ما يجد نفسه غير قادر على مواجهة الأطباء، كما أن صعوبة

إثبات الخطأ الطبي من شأنه أن يؤدي بالمريض إلى التفكير ملياً قبل مباشرة أي إجراء قضائي، فمعرفة بصعوبة إثبات الخطأ الطبي بسبب جهله بخبايا الفن الطبي خاصة، من شأنه أن يؤدي إلى أن يخسر دعواه. لذا يفضل أغلبية المرضى عدم المغامرة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهناك من المرضى من لا يمكنه حتى معرفة أن الضرر اللاحق به كان جراء خطأ طبي، إذ نجد أنهم يرجعون ما قد يصيبهم إلى القضاء والقدر.

من خلال هذا الأمر تطلب على القضاء تحديد نقطة التوازن بين مصلحة كل من الطبيب والمريض من خلال حماية المرضى من أخطاء الطبيب بتوفير العناية الطبية اللازمة بتأكيد مسؤولية الطبيب العقدية، إلا أنها واجهة مجموعة من الصعوبات، منها صعوبة تكييف عقد العلاج الطبي؛ فذهبت بعض الآراء إلى أنه عقد وكالة، وذهب رأي آخر إلى اعتباره عقد عمل، وهناك من اعتبره عقد مقاولة، أما عند قيام الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض لا بد من أن تتوفر عدت شروط، ومن هذه الشروط وجود عقد صحيح بين المريض والطبيب، وتظل المسؤولية الطبية عقدية وأن لم يكن هنالك مقابل فالتبرع قد يكون عقداً ملزماً.

ومن المبادئ القضائية المستقرة في تلك الفترة مناط الحكم بالتعويض هو تحقق المسؤولية، ويقصد بالمسؤولية العقدية المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، وجوهر المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية هو توافر الخطأ من جانب المسؤول، وأن يلحق هذا الخطأ ضرراً بالمضرور، وأن توجد العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

في الجزائر ورغم قلة الأحكام القضائية الصادر حول هذا النوع من المسؤولية، إلا أن المشرع الجزائري حاول وضع بعض القوانين لتنظيم مسؤولية الطبيب، وهي المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، المرسوم التنفيذي 07-321 يتضمن تنظيم

المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، بالإضافة إلى بعض القوانين المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها 05-85، وقانون الصحة الجديد 11-18.

أهمية الدراسة:

-أهمية نظرية: معرفة ما إذا كان المشرح الجزائري كفيل بحماية صحة المرضى من الأضرار التي يربتها الأطباء من خلال معالجتهم للمرضى، بالإضافة إلى معرفة مدى مساهمة التشريع للتطور السريع الذي يشهده الطب في الآونة الأخيرة.

-أهمية عملية: له أهمية عملية في حياة رجال القانون بحيث يثار العدد المتزايد من القضايا الطبية المطروحة أمام القضاء، وهذا راجع إلى تطور الوعي الاجتماعي من جهة، وتطور الطلب ذاته من جهة أخرى، لذا أصبحت ظاهرة لا بد من دراسة جانبها القانوني لتحديد مراكز أطرافها وطبيعتها لإيجاد حل واقعي يتصف بالعدل والإنصاف.

اهداف الدراسة:

المساهمة في المردود العلمي بالجامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم بكلية الحقوق والعلوم السياسية حول هذا الموضوع الذي لم يتم التطرق إليه في القانون العام رغم أهميته في حياة المواطن بصفة عامة، والمريض بصفة خاصة، بالإضافة إلى توضيح الأحكام المتعلقة بالمسؤولية العقدية للطبيب عند الإخلال بالتزامه التعاقدية.

أسباب اختيار الموضوع:

يعود سبب اختيار الموضوع إلى كثرة الأخطاء الطبية التي يترتب عليها الضرر نتيجة عدم قيام الطبيب بالتزامه التعاقدية هذا من جهة، ومن جهة أخرى ارتباط هذه المسؤولية بالواقع، فهذان السببان يزيدان في الرغبة في البحث حول هذه المسألة بدراستها من الناحية القانونية.

المنهج المتبع:

اعتمدت في دراسة هذا الموضوع على المنهج الوصفي من خلال إعطاء تعاريف لبعض المصطلحات، والمنهج التحليلي في دراسة الاحكام المتعلقة بالمسؤولية العقدية للطبيب بالإضافة الى المنهج الاستقرائي بالتشهد بأراء الفقهاء والمشرعين.

صعوبات دراسة الموضوع:

من بين الصعوبات التي واجهتني في دراستي للموضوع هي عدم إيجاد نصوص قانونية تتضمن المسؤولية العقدية للطبيب لان معظم النصوص القانونية تتضمن العقود المدنية بصفة عامة، بالإضافة الى عدم وجود مراجع متخصصة في هذه المسؤولية لان معظم المراجع تضمنت المسؤولية المدنية الطبية او الأخطاء الطبية والتعويض عن الأخطاء الطبية.

الخطة المتبعة في دراسة الموضوع:

اعتمدت في دراستي لخطة الموضوع على التقسيم الثنائي، حيث قسمت الخطة الى فصلين. يتضمن الفصل الأول احكام المسؤولية العقدية للطبيب الذي بدوره ينشق الى مبحثين، حيث يتضمن المبحث الأول ماهية العقد الطبي اما المبحث الثاني فيتضمن اركان المسؤولية العقدية للطبيب

اما الفصلين الثاني فيتضمن التعويض في المسؤولية العقدية للطبيب والذي بدوره قسم الى مبحثين، بحيث يتضمن المبحث الأول دعوى التعويض القضائي، اما المبحث الثاني فيتضمن التقدير القضائي للتعويض

إشكالية الموضوع:

بما ان الطبيب يربطه اتفاق بمرضاه، بحيث ان هذا الاتفاق يضبطه قوانين واحكام ينظمها القانون العام، الامر الذي جعلنا نطرح الاشكال التالي: متى تقوم المسؤولية العقدية للطبيب وماهي الآثار المترتبة عن قيامها؟

الفصل الأول: احكام المسؤولية العقدية للطبيب

أن السلامة الجسدية تعد من أهم المبادئ التي كرستها معظم تشريعات الدول ومن أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان، وذلك طبقاً لقاعدة "عدم جواز المساس بالجسم البشري" و من بين الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة الاعتراف بمشروعية العمل الطبي على جسم الإنسان عبر الأعمال الجراحية و العلاجية التي يتلاقاها المريض و يقوم بها الطبيب و فريقه الطبي حيث ان المساس بهذا الجسم يعد من مبررات الضرورة المتمثلة في شفاء المريض من العلة أو المرض الذي يعيقه عن ممارسة الأنشطة الجسدية و العقلية و النفسية بصورة طبيعية و هي مصلحة خاصة به، والتي تقوم على عقد طبي صحيح يكون قائم بين المريض والطبيب المعالج له والي على أساسها تقوم المسؤولية الطبية العقدية الا ان الفقهاء والمشرعين اختلفوا في تعريف العقد الطبي وتحديد طبيعته القانونية، ولكي يكون العقد صحيح لابد ان تتوافر فيه مجموعة من الشروط لان العقد وفق للقواعد العامة تحكمه مجموعة من الاحكام القانونية.

وبالرغم من ان المشرع الجزائري لم يتضمن وينص على القواعد العامة للعقد الطبي الا أنه يجب ان تتوفر فيه مجموعة من الاركان متفق عليها في القانون المدني، والتي يعتبر فيها الطبيب مسؤولاً عن المريض وذلك بمعالجته حسب ما هو وارد في العقد وحسب المعطيات العلمية وبدون مخالفة القوانين، فإذا أخطأ الطبيب في حق مريضه، وسبب له ضرر يكون مسؤولاً مسؤولية عقدية اتجاهه، فوجود العقد الطبي بين الطبيب و المريض لا يعني بالضرورة قيام المسؤولية العقدية للطبيب، الا اذا توافرت فيه اركان قيام المسؤولية العقدية و هي الخطأ و الضرر و العلاقة السببية التي تجمع بينهما.

ومن هذا الأساس قسمت الفصل الاول الى مبحثين، حيث يتضمن المبحث الاول ماهية العقد الطبي، وذلك بتعريف العقد الطبي وبيان خصائصه وطبيعته القانونية وشروطه، اما المبحث الثاني فيتضمن اركان المسؤولية العقدية للطبيب وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية والتي بدونها لا تقوم هذه المسؤولية.

المبحث الأول: ماهية العقد الطبي

بعدما استمر الجدل طويلا بين رجال القانون حول طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب الخاص و المريض الذي يقصده بغرض العلاج، و بعدما صدر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936، الذي أكد الطابع التعاقدى لهاته العلاقة، والذي اعتبر أن ما يربط الطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص بالمريض الذي يتوجه إليه بغرض العلاج هو عقد الطبي، و بعدما اصبح هذا العقد هو وليد العصر الحديث، الا ان 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 وتتشابه فيما بينها، و تترتب التزامات عند القيام بها، ومن هنا سنتعرف في هذا المبحث على ثلاث مطالب حيث يتضمن المطلب الاول مفهوم العقد الطبي، اما المطلب الثاني فيتضمن تمييز العقد الطبي عن العقود الاخرى، والمطلب الثالث فيتضمن التزامات الطبيب العقدية.

المطلب الأول: مفهوم العقد الطبي

ان العقد الطبي من العقود حديثة النشأة فهو يربط بين الطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي والمريض الذي يقصده من اجل العلاج ومن شروط تكوين هذه الرابطة بين الطبيب والمريض ان يكون العقد صحيحا، الا ان القد الطبي واجه عدة صعوبات في تكييف طبيعته القانونية وإعطاء تعريف دقيق له، فهناك من اعتبره عقد وكالة وهناك من اعتبره عقد عمل او عقد مقاوله، فمن هذا الصدد تطرقت الى هذا المطلب مقسم الى فرعين، الفرع الأول يبين تعريف العقد الطبي وتبيان خصائصه اما الفرع الثاني فيبين الطبيعة القانونية للعقد الطبي.

الفرع الأول: مدلول العقد الطبي

اختلف الفقهاء والمشرعون على إعطاء تعريف واحد للعقد الطبي وتبيان خصائصه لكون هذا النوع من العقود هام وحساس، وهذا ما سأبينه في هذا الفرع.

أولاً: تعريف العقد الطبي

1. **التعريف الفقهي:** لقد عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري العقد الطبي بأنه " اتفاق بين

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

ولقد عرفه الأستاذ سفيثار بأنه: "اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض أو من يمثله

من جهة أخرى بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه النصائح والعلاج

الصحي"².

كما عرفه الدكتور أحمد أدريوش بأنه: "اتفاق بين الطبيب و(المريض) زبونه يلتزم

بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجرة يدفعها هذا الأخير، وتتمثل

الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية

من الأمراض وتشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة

وذلك وفقاً للضوابط المستقر عليها من علم الطب والقانون أيضاً"³.

ومن هذه التعريفات يعرف العقد الطبي على انه "اتفاق يربط بين الطبيب والمريض،

بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري للمريض وفقاً للقواعد العلمية، الذي

بموجبه يقوم هذا الأخير بدفع أتعاب العلاج"⁴.

2. **التعريف التشريعي:** ان أهم المصادر لاتي تطرقت الى التعريف التشريعي هو القانون

المدني بسبعين مادة.

¹ قماز منصور الطبيعة القانونية للعقد الطبي مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق-تخصص قانون اعمال جامعة الشهيد حمي

لخضر- الوادي السنة 2016-2017 ص 7.

² كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 09.

³ أحمد الدريوش، العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه، منشورات سلسلة

المعرفة القانونية، ط1، الرباط 2009، ص 97.

⁴ كوسة حسين، النظام القانوني المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2015-2016، ص 12.

فقد نصت المادة 54 من الأمر رقم 75/58 المتضمن القانون المدني الجزائري والتي تنص على: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"¹.
وعليه فالعقد الطبي هو التزام الطبيب اتجاه المريض بتقديم العلاج وفق ما هو متفق عليه وعلى المريض احترام التعليمات الطبية العقدية من طرف الطبيب المتعاقد معه، ودفع الأتعاب المستحقة².

ثانيا: خصائص العقد الطبي

نستنتج من خلال تعريفنا للعقد الطبي انه يتسم بعدة خصائص تميزه عن باقي العقود وهي:

1. العقد الطبي عقد شخصي ورضائي:

إن المريض كأصل عام يكون حر في اختياره للطبيب الذي يريد أن يتعالج عنده. وذلك استنادا إلى الثقة التي يجدها في الطبيب المعالج، وهذا ما يطلق عليه قانونا مبدأ الاختيار الحر للمريض، غير أن هذه الحرية يتقلص نطاقها عندما يخضع المريض للعلاج في إحدى المستشفيات العامة، فهنا الإدارة هي التي تكلف الطبيب المناوب بالإشراف على العلاج وليس هذا فقط بل هناك حالات لا يمكن للمريض فيها اختيار الطبيب الذي يريده والسبب في ذلك يتمثل في عدم وجود أطباء متخصصين في بعض الأمراض³.

¹ أمر رقم 75/58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج،ج،ج، عدد 78 مؤرخة في 1975 المعدل والمتمم.

³ زرقان رزيقة، زراري جويذة، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2014-2015، ص15.

وبالمقابل يتمتع الطبيب بدوره بقدر من الحرية في التعاقد في ممارسة نشاطه المهني فمن حيث المبدأ يجوز رفض التعاقد مع أي مريض معين، وبالمفهوم الضيق ووفقاً لمبدأ حرية التعاقد فلا يكره الطبيب على التعامل مع المريض¹.
ونجد أن المادة 80 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 92/276 والمتعلق بأخلاقيات مهنة الطب تنص على ضرورة احترام حق المريض في حرية اختياره للطبيب أو جراح الأسنان " ... ويتعين احترام حق المريض في حرية اختيار الطبيب أو جراح الأسنان ..."².

2. العقد الطبي عقد ملزم للجانبين:

حسب المادة 55 من ق مدني الجزائري فان العقد الملزم للجانبين هو الذي يحتوي على التزامات متقابلة ومرتبطة ببعضها البعض تترتب على عائق المتعاقدين. ونكون بصدد عقد ملزم لجانبين متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض حسب رأي المشرع الجزائري.

فالعقد الطبي يلقي على كلا الطرفين التزامات متقابلة، إذ يلتزم الطبيب بتقديم العلاج اللازم للمريض وبذل العناية اللازمة والمطلوبة، وبالمقابل يقع على عاتق المريض التزام بمد الطبيب كافة المعلومات المتعلقة بمرضه، ودفع ثمن العلاج واحترام توصيات الطبيب، فلذلك اعتبر العقد الطبي عقد ملزم للجانبين³.

وهذا ما أكد عليه الأستاذ علي علي سليمان على أن العقود التبادلية تجعل التزام الطرف الأول سبباً في التزام الطرف الثاني، أما في حالة استحالة تنفيذ الالتزام تقضي

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة العقيد اكلي محند اولحاج البويرة ص13.

² مرسوم تنفيذي 92-276 مؤرخ في 6 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقية مهنة الطب، ج. ر. ج، ج عند 52 مؤرخة في 18 يوليو 1992.

³ زرقان رزيقة، زراري جويده، مرجع سابق، ص17.

المادة 120 من ق. م. ج ب: "في العقود الملزمة للجانبين إذا أنقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون"¹.

3. العقد الطبي عقد مستمر

ويعرف بالعقد الممتد، هو الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصرا جوهريا، حين تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد. حيث تكون التزامات المتعاقدين مقترنة بزمن، وقد يكون العقد المستمر محدد المدة أو غير محدد، فالمريض حينما يعالجه الطبيب ليس بمعنى أن العقد قد انتهى بمجرد انتهاء الفحص، بل العلاج يتطلب مهلة ومدة طويلة لبلوغ الهدف المرجو تحقيقه ألا وهو الشفاء وهذا في بعض الحالات². ان العقد الطبي يتطلب مدة من الزمن حيث يقوم الطبيب كذلك بمتابعة حالة مريضه الصحية أثناء مرحلة العلاج قد تستمر المتابعة الطبية حتى بعد هاته المرحلة خاصة إذا تم العلاج بواسطة العمل الجراحي الذي يتطلب متابعة طبية مستمرة لحالة المريض بعد إجراء العملية الجراحية إلى غاية شفاؤه، وبالتالي فإن الالتزام الرئيسي للطبيب المتمثل في بذل العناية اللازمة من أجل علاج المريض المتعاقد معه يتطلب وقتا لتنفيذه، ولا يمكن تنفيذه تنفيذا فوريا، كما ان العقد الطبي يشمل على طابع زمني يمتد بعد العلاج و ذلك في ان يمتنع الطبيب في افشاء اسرار مرضاه طيلة فترة العلاج، بل و حتى بعد انقضاء العقد الطبي، وبالتالي فهو عقد مستمر³.

4. العقد الطبي عقد مدني

ان العقد الطبي يصنف ضمن العقود المدنية فهو بعيد كل البعد عن العقود التجارية وذلك كون الطبيب لا يمكنه المتاجرة بأرواح البشر ولا تعتبر الاثمان التي يتقاضاها عن

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 14

² عشوش كريم، مرجع سابق، ص 07.

³ عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بالفايد، تلمسان، 2013/2014، ص 25.

اتعابه بيع تجاري والاعمال التجارية لا من ناحية الشكل ولا الموضوع لان الطبيب عمله يتمثل في تقديم العلاج الصحي والارشادات الطبية التي هي بعيدة كل البعد عن الاعمال التجارية¹.

5. العقد الطبي عقد معاوضة

عرفت المادة 58 من ق المديني الجزائري عقد المعاوضة على انه: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"، أي هو ذلك العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابل لما يعطيه.

فالعقد الطبي يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الملازم لمريضه وهذا العلاج يكون مطابقا للأصول والقواعد العلمية والمهنية، فالمريض يلتزم بدفع أتعاب الطبيب وذلك وفقا لما تم الاتفاق عليه، وهذه الأتعاب يمكن أن تتمثل في تقديم العلاج، أو إجراء عملية جراحية، أو هي عبارة عن نصائح والإرشادات اللازمة للمريض، فعقد المعاوضة عقد تترتب عليه مسؤولية عقدية ويشترط للقيام بمثل هذه التصرفات توفر أهلية التصرف، ومقابل كل عمل مقابل يأخذه².

من خلال هذه الخصائص التي يتحلى بها العقد الطبي يتبين لنا انه يتمتع بخصوصيات تميزه عن بقية العقود الأخرى منها الاستمرارية بالإضافة الى انه ذو اعتبار شخصي ويقوم بتبادل الالتزامات كونه عقد مدني.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الطبي

مادام القانون المدني لا يتضمن احكام خاصة فمن الصعب تطبيق القواعد العامة على احكامه وبذلك يصعب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي وبالتالي اختلف الفقهاء حول تكييف

¹ زرقان رزيقة، زراري جويده، مرجع سابق، ص15.

² زرقان رزيقة، زراري جويده، المرجع نفسه ص 18.

هذا العقد فمنهم من اعتبره عقد وكالة ومنهم من اعتبره عقد عمل ومنهم من اعتبره عقد وكالة وهذا ما سأبينه ادناه.

أولاً: العقد الطبي وعقد الوكالة

نصت مادة 571 من ق مدني جزائري على ان "الوكالة او الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص اخر للقيام بعمل شيء لحساب موكله وباسمه". أي ان مضمون عقد الوكالة هي قيام الوكيل بعمل باسم الموكل لحسابه.

فعلى الموكل ان يلتزم في حدود ما وكل له للقيام به لحساب موكله وباسمه.

فذهب أنصار هذا الراي من الفقهاء ان الموكل في العقد الطبي أي المريض يوكل الطبيب بالقيام بالأعمال العلاجية بغية شفائه فتبين ان الطبيب والمريض تحكم بينهم علاقة تعاقدية تدرج ضمن احكام عقد الوكالة¹، وهذاك من ذهب إلى أبعد من ذلك بتقسيم طبيعة الخدمة المقدمة من الطبيب لمريضه إلى نوعين:

– فإذا كانت الخدمة المقدمة ذات طابع مادي فتطبق قواعد إيجار الخدمة.

– أما إذا كانت الخدمة ذات طبيعة معنوية تطبق قواعد الوكالة.

فبالرجوع إلى العقد الطبي فان الطبيب يقوم بالعمل الطبي باسمه ولحسابه الخاص. كما أن هذا العمل هو عملا ماديا وليس قانونيا، بالإضافة إلى أن العقد الطبي هو عقد معاوضة، لأن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق المريض، الالتزام بدفع أتعاب الطبيب المعالج وهذا ما يفهم من نص المادة (57) من مدونة أخلاقيات الطب².

¹ زرقان رزيقة، زراري جويده، مرجع نفسه، ص9.

² رضا بلعدي، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2020-2021، ص15.

في حين يظهر الاختلاف يظهر جليا بين العقد الطبي وعقد الوكالة من عدة جوانب نذكر منها:

- أن الطبيب لا يلتزم الغير في مواجهته، إذ يقوم بتقديم أعمال شخصية وتقديم خدمات كإجراء الفحوصات والتشخيصات باسمه وليس لغيره أو موكله كما هو الأمر في عقد الوكالة، إذ يتم ذلك بصفة محددة.
- إن عقد الوكالة عقد تبرعي بدون مقابل إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف لذلك وهذا ما نصت عليه المادة 581 من ق المدني¹، غير أن الغالب في العقود الطبية هي عقود بعوض.
- إن عقد الوكالة يقتضي أن يكون قيام أعمال مفوضة للوكيل لحساب الموكل غير أن الطبيب عند قيامه بأعماله تكون المداخل والأتعاب لحسابه وليس لحساب الغير خلاف المادة 571 من ق المدني الجزائري سالف الذكر.
- إن الوكيل مجبر أن يمد الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها، غير أن الطبيب غير مجبر بأن يعد المريض بكافة المعلومات المتعلقة بتنفيذ أعماله، بل له أن يخبره فقط بالمعلومات المتعلقة بمرضه هذا².

ثانيا: العقد الطبي وعقد العمل

بالرجوع الى نص المادة 02 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقة العمل يعرف العامل على انه "كل شخص يؤدي عملا يدويا أو فكريا، مقابل مرتب في إطار التنظيم لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم"³.

¹ المادة 581 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، نصت على "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص من حالة الوكيل...".
² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق ص17.
³ المادة 02 من قانون 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 افريل 1990 المتعلق بعلاقة العمل.

فهناك جانب من الفقهاء يرو أن العقد الطبي بمثابة عقد عمل نظرا للعلاقة الرابطة بين الطبيب والمريض، وبالمقارنة بين العلاقة الرابطة بين العامل والمستخدم يتضح أن الطبيب يلتزم بالقيام بعمل خاضع للإشراف والرقابة، وعليه أن يبذل جهدا وعملا يدويا وفكريا مقابل أتعابه إلا أن هذا لا يمنع من وجود اختلاف بينهما، فقد ينقلب العقد الطبي إلى عقد عمل في حالة لو كان الطبيب خاضع للإشراف عليه، وأن هذا الإشراف والرقابة يكون من الناحية الإدارية فقط، مع بقاء الطبيب مستقلا من الناحية الفنية كحالة إذ ما كان الطبيب يعمل في مشفى مثلا¹.

ثالثا: العقد الطبي وعقد المقاولة

بين القانون الجزائري في مادته 549 من ق المدني عقد المقاولة وعرفت المقاولة على انها " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " فيرى جانب من الفقه الى اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة، نظرا للخصائص التي تميز كل واحد منهما عن الآخر والتي يتمثل أهمها في الجوانب التالية:

- يعتبر التزام الطبيب في العقد الطبي، التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة فالطبيب يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفاؤه، على عكس ما يلتزم به المقاول في عقد المقاولة الذي يكون هدفه الرئيسي تحقيق نتيجة خاصة في مقاولة تشييد الأبنية وفق المواصفات المحددة في شروط العقد².
- إن المؤهلات الشخصية للطبيب هي محل اعتبار في التعاقد معه، فالعقد ينتهي بمجرد وفاة الطبيب، فلا يحق للطبيب أن يوكل أمر معالجة المريض إلى غيره من الأطباء عكس المقاول الذي يمكن المقاولة من الباطن كما أن عقد المقاولة لا ينتهي بوفاة

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق ص17.

² بوليل أعراب، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محمد أولحاج، البويرة 2013، ص 13.

المقاول، بالإضافة الى ان عقد المقاوله عقد اقتصادي، وتجارى بالدرجة الأولى يهدف إلى توزيع الأشياء والبضائع، فينصب على أعمال تختلف عن المهن الحرة التي هي أعمال فكرية بالدرجة الأولى كما أن المقاول يعتبر تاجرا في حين أن الطبيب ليس تاجرا¹.

المطلب الثاني: الاركان المكونة للعقد الطبي

ان العقد الطبي كغيره من العقود يتميز بمجموعة من الأركان لكي ينعقد العقد صحيحا ويرتب اثاره القانونية، ومن بين هذه الأركان التراضي الذي يعتبر الركيزة الأساسية في تكوين العقد، وعند تحليل فكرة التراضي نجد أنها تستوجب توفر عنصرين أساسيين هما المحل والسبب وبالتالي هناك 03 اركان لتكوين العقد الطبي، الا انه يشترط في بعض الأعمال الطبية توفر ركن آخر ألا وهو ركن الشكلية.

الفرع الاول: التراضي كركن في العقد الطبي

اهتم المشرع الجزائري بركن التراضي من خلال المادة 59 من ق المديني الجزائري التي تنص على " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" فيتم التراضي بتطابق الإيجاب والقبول الذين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني، وهذا الإيجاب والقبول يصدر من طرفين تتوفر فيهما أهلية التعاقد، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع.

أولا: الاهلية القانونية للمتعاقدين في العقد الطبي

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، المرجع السابق ص18.

حتى يستطيع الفرد إبرام أي عقد لابد أن تتوفر فيه الإرادة المتمثلة في القدرة على اتخاذ موقف، أو قرار، أو إبرام أي تصرف قانوني فيجب أن يكون المريض أهلاً لهذا التصرف ومن جهة أخرى لابد أي يكون للطبيب أهلية قانونية وذلك من أجل صحة العقد الطبي المبرم¹.

1. أهلية المريض في إبرام العقد الطبي مع الطبيب: للأهلية القانونية نوعان، أهلية

الوجوب، وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق

والالتزامات، أما أهلية الأداء هي صلاحية الشخص في استعمال الحق².

ففي العقد الطبي التمتع بالأهلية القانونية هو الأصل، أما الاستثناء الأخذ بموافقة ممثله،

وبالنظر لذلك نجد أن المشرع الجزائري نظم القواعد التي تحكم الأهلية من المواد 42

إلى 44 من ق. م. ج³، وكذلك نجد المادة 78 من نفس القانون تنص على: "كل

شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم

القانون". فحسب نص هذه المادة كل مريض أهلاً للتعاقد مع الطبيب مادام لم يطرأ عليه

عارضاً من عوارض الأهلية أو فاقد لها، ومن كان ناقص الأهلية أو عديمها، فينوب

عنه وليه أو وصيه، أما إذا كان غير مميز وقت التعبير عن الإرادة مهما كان السبب،

فإن إرادته لم تعد معتبرة قانوناً لإنشاء العقد.

2. أهلية الطبيب في قبول إبرام العقد الطبي: إن الأهلية التي يجب أن تتوفر في الطبيب

هي الأهلية القانونية للمتعاقد حيث يجب أن يكون راشداً، ومتمتعاً بأهلية الأداء لانعقاد

¹ كريم عشوش، المرجع السابق، ص 26.

² كريم عشوش، المرجع نفسه، ص 26.

³ -تنص المادة 42 ق. م. ج "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عنه أو جنون

-تنص المادة 43 "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو غفلة، يكون ناقص

الأهلية لما يقرره القانون".

-تنص المادة 44 يخضع فاقد الأهلية ونقصها بحسب الأحوال للأحكام الولاية أو القوامة ضمن الشروط وفقاً للقواعد المقررة

في القانون.

العقد الطبي، حسب ما جاء به المشرع في المادة 40 من ق. م. ج¹، وعادة نجد الطبيب متمتعاً بأهلية الأداء، إلا إذا كانت متأثرة بعارض من عوارض الأهلية وهذا العارض يمنع من ممارسة مهنة الطب وهذا طبقاً لنص المادة 166 من قانون 18/11 المتعلق بالصحة².

ثانياً: وجوب توفر رضا المتعاقدين في إبرام العقد الطبي

ينعقد العقد الطبي بتبادل التعبير عن إرادة المتعاقدين، أي اندماج رضا المتعاقدين مع الآخر ولكي يكون العقد صحيحاً يشترط توفر رضا المريض ورضا الطبيب. فكيف الرضا الذي يصدر من المريض وهل هو نفسه مع رضا الطبيب.

1. رضا المريض في العقد الطبي: نظراً لما يحتويه العقد الطبي من خصوصية تتعلق

بالمريض ربما يؤدي ذلك من نتائج تقوم عليه مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه فلا بد من الحصول على رضا المريض أولاً قبل أي تدخل طبي حسب نص المادة 343-01 من قانون 18-11: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستتيرة" ويقصد برضا المريض تلك الحرية الممنوحة له في اختيار الطبيب واحترام إرادته ورغبته في الحصول على العلاج وهذا طبقاً ما جاءت به المادة 42 من م. أ. م. ط. التي تنص على ما يلي: "للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض".

¹ تنص المادة 40 من ق. م. ج على: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية للمباشرة حقوقه المدنية ومن الرشد (19) سنة كاملة".

² قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

وحسب نص المادة 44 من م. أ. م. ط التي تخضع كل عمل طبي يكون على درجة من الخطورة الجادة على جسم الإنسان لموافقة هذا الأخير موافقة حرة ومتبصرة في كل مرحلة من مراحل العلاج، وفي حالة تعذر أخذ الموافقة لسبب من الأسباب يتم الحصول على الموافقة من قبل الأشخاص المخولين لهم قانوناً¹.

2. رضا الطبيب في العقد الطبي: لقد منح المشرع الجزائري الحرية للطبيب في إبداء رأيه سواء بقبول تقديم العلاج، أو رفضه إلا أنه في الغالب نجد الطبيب مجبر على تقديم العلاج، لأن العقد الطبي يقوم على اعتبار شخصي وللطبيب دافع إنساني يجعله يتنازل عن بعض الحقوق الممنوحة له، وذلك من أجل خدمة الفرد والصحة العمومية واحترام الفرد².

باعتبار أن العقد الطبي من العقود الرضائية يبرم فيها رضا كل من الطرفين، ولا يوجد نص يلزم الطبيب بتقديم العلاج للمريض ونجد المادة 42 من م. أ. ط. ج "ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 09 أعلاه أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج".

رغم هذه الحرية الممنوحة للطبيب في تقديم العلاج في مزاولة مهنته، إلا أن عليه واجب إنساني وأدبي اتجاه المرضى.

الفرع الثاني: المحل في العقد الطبي

يعتبر ركن المحل جوهر من بين الجواهر التي تساهم في تكوين العقد الطبي، واعتبره المشرع الركن ثاني في تكوين العقد، وبينته المادة 54 من ق المدني الجزائري بنصها: "العقد

¹ نص المادة 44 من مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة اخلاقيات الطب، نصت على: "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة او لموافقة الاشخاص المخولين منه او من القانون".

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص24

اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ولقد تضاربت الآراء الفقهية من أجل إعطاء تعريف يناسبه وتحديد مشروعيته لهذا ما سأطرق له في هذا الفرع.

أولاً: تعريف المحل في العقد الطبي

نقصد بالمحل في العقد الطبي محل التزام الطبيب وهو الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله، فالطبيب المعالج في العقد الطبي يلتزم بتقديم العلاج للمريض حيث يكون هذا العلاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة مع الأصول والمعطيات الحديثة، وبإسقاط هذه المفاهيم العامة على المسؤولية الطبية، فإن محل العقد هو ما يلزم الطبيب القيام به اتجاه مريضه حتى يخلصه من آلامه¹.

وبما أن المحل هو الركن الثاني لتكوين العقد الطبي فله نوع من الخصوصية خاصة فيما يتعلق بشروط المحل، حيث لا يمكن تطبيق شرطي الوجود والتعيين على العمل الطبي، كون أن محل هذا العقد هو جسم الإنسان وليس بأي حق مالي أو عيني².

أما شرط المشروعية فيمكن تطبيقه في العمل الطبي وذلك من حيث الأصل بعدم قابلية التعامل في جسم الإنسان واستثناءا قابلية التعامل.

ثانياً: مشروعية المحل في العمل الطبي

إن المبدأ العام يحظر ويمنع التعامل في جسم الإنسان وذلك بوضع أسس علمية وقانونية لتحديد النظام القانوني للتصرفات التي يكون محل التعامل فيها هي جسم الإنسان³.

¹ زرقان رزيقة، زراري جويده، مرجع السابق، ص30.

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص25.

³ كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص57.

وبالتالي فالعلاقة بين الحق في الحياة وسلامة الجسم علاقة مترابطة ووطيدة فالمساس بسلامة الجسم يؤدي إلى الاعتداء على الوظائف الجسدية ولقد أكد المشرع الجزائري في نص المادة 96 من ق. م. ج. "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا". ويفهم من خلال المادة أي عدم صحة المحل الذي يكون مخالفا للنظام والآداب العامة لعدم مشروعيته يعني عدم صحة العقد.

غير أن التطورات العلمية والطبية، أصبحت تفرض على الطبيب المساس بكيان الجسدي للمريض إذا كان الغرض منه هو العلاج، ومثال عن ذلك ندرس حالة الإجهاض وحالة نقل وزرع الأعضاء البشرية¹.

أ- الإجهاض

تعريفه: انتهاء الحمل بخروج أو نزع الجنين من الرحم قبل أن يصبح قادرا على الحياة والإجهاض يمكن أن يحدث تلقائيا بسبب مضاعفات أثناء الحمل قسما الإجهاض التلقائي، أما الإجهاض الإرادي هو ذلك الإجهاض الذي تتدخل فيه لإرادة في إحداثه، بقصد تحقيق غاية طبية تتعلق بالمرأة الحاصلة، حيث يصبح الإجهاض ضرورة لازمة للحفاظ على حياتها أو صحتها، فنجد أن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة سمح بالإجهاض لغرض علاج علاجي وحفاظ على حياة وصحة الأم².

ب- نقل وزرع الأعضاء:

أما من ناحية زرع الأعضاء البشرية فنقوم نظرية مشروعية إلى إنقاذ حياة وصحة المريض، فعليه فالقاعدة الأساسية في جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية

¹ هني سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006، ص17.

² عزوز كاهينة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص26.

تكنم في الضرورة تبيح المحظورة حيث تبينها المادة الأولى من ق. ح. ص. ت. م162 "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع لخطر وشرط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتصور هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة".

اما المادة 355 من القانون 18-11 نصت على: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها إلا للأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون"¹.

الفرع الثالث: السبب في العقد الطبي

السبب في العقد هو الباعث والدافع إلى التعاقد، وهو أيضا الغرض الذي يقصده الملتزم الوصول إليه من وراء رضاه بالتحمل الالتزام. وهذا ما سيقودنا إلى تحديد تعريف مناسب له ومدى مشروعيته وهذا ما سأطرق له في هذا الفرع.

أولا: تعريف السبب في العقد الطبي

يقصد بالسبب في العقد الطبي: الغرض الذي يقصده المريض من وراء تعاقدته مع الطبيب وهذا الغرض حتما هو الحصول على العلاج. ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، ونجد أن المشرع الجزائري تناول ركن السبب في المواد 97 و98 ق المدني الجزائري².

¹ المادة 355 من ق 18-11 المؤرخ في 2 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة.

² انظر المواد 97 98 من القانون المدني الجزائري.

بما أن العقد الطبي يحتوي على خصوصية، خاصة في ركن المحل فلا يمكن تطبيق جميع شروط المحل المنصوص عليها في ق المذني الجزائري وذلك نظرا لطبيعة المحل وهو جسم الإنسان وبالتالي لا يمكن تطبيق هذه الشروط سوى شرط المشروعية.

ثانيا: مشروعية السبب في العقد الطبي

إن السبب يجب أن يكون مشروعاً بمعنى غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وبالتالي يخطر على الطبيب الإقدام على القيام بالأعمال المحظورة لعدم مشروعيتها.

وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة حسب المادة 97 من ق المذني الجزائري " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً".

ومن بين الامثلة الواقعية حول مشروعية السبب نجد:

1. التجارب العلمية الطبية: تكاد تتفق التشريعات المقارنة بالنسبة لإجراء التجارب العلمية الطبية على جسم الإنسان لكن بشرط مشروعية هذه التجارب أي تكون في إطار محاولة علاجية.

وبالنسبة للتجارب الطبية بقصد البحث العلمي، اختلفت التشريعات في هذا الصدد فبعضها تبيح هذه التجارب نظراً لفائدة أو غاية مرجوة، وهناك تشريعات لا تبيح ولا تقر بالاعتراف بشرعية هذه التجارب كالقانون الفرنسي والقانون المصري¹.

أما المشرع الجزائري فقد أباح هذه التجارب على جسم الإنسان لكن بشرط احترام المبادئ الأخلاقية (الاستئناسخ) والتغيير الجنسي، التعقيم.

2. القتل بدافع الشفقة: هو ما يعرف بالقتل الطبي وهو التعجيل بوفاة المريض الذي يعاني من أمراض مستعصية، حيث لا يؤمل شفاؤهم أو ميؤوس من الشفاء، حيث يعانون من آلام مبرحة¹.

¹ كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 110.

ونجد أن علماء الشريعة الإسلامية حرموا قتل الشفقة وهذا مصداقا لقوله تعالى:

«وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ»². وقوله أيضا: «وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا

فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خُلِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا»³. كما نهى

الإسلام عن اليأس من رحمة الله لقوله تعالى: «يُنَبِّئُ أَذْهَبُوا فَتَحَسَّسُوا مِنْ يُوسُفَ

وَأَخِيهِ وَلَا تَأْيِسُوا مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِنَّهُ لَا يَأْيِسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْكُفْرُونَ»⁴.

فلا يصح مطلقا التزام الطبيب بقتل المريض شفقة عليه، سواء كان هذا الالتزام بمقابل

أو بدونه، وسواء اتفق عليه مع المريض أو مع ذويه أو التزام بإرادته المنفردة، وسواء كان الفعل

المفضي إلى الموت إيجابيا أو سلبيا، فجميع الحالات وغيرها يعتبر الالتزام باطلا لأنه التزام

بارتكاب جريمة فحمله غير مشروع بل يمكن أن يؤدي إلى مؤاخذة الطبيب بجريمة القتل

العمدي وهي أخف الحالات جريمة المساعدة على الانتحار⁵.

الفرع الرابع: الكتابة كركن في العقد الطبي

لقد أخذ المشرع الجزائري كأصل عام بمبدأ الرضائية واعتبر الإرادة أساس وقوام العقد،

فالأصل في العقود انها رضائية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، واستثناء من الأصل يكون العقد

شكليا إذا كان الشكل ركنا للانعقاد أي عدم توفره يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا أي يجب

إتباع شكل معين بعينه القانون، فهناك بعض الحالات التي تستدعي الشكلية بالنسبة لركن

الكتابة، وهذا ما سابينه في هذا الفرع.

أولا: اشتراط الكتابة في عمليات زرع ونقل الأعضاء:

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص28.

² سورة الاسراء، الآية 33.

³ سورة النساء، الآية 93.

⁴ سورة يوسف، الآية 87.

⁵ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص29.

نظرا لخطورة عمليات التبرع بالأعضاء أجمعت التشريعات المقارنة أنه يتم رضا المتنازل عن أحد أعضائه وموافقته. وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي اشترط الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه وبحضور شاهدين¹.

ويقع على الطبيب عبء إثبات الحصول على الموافقة الكتابية للمريض ورضاه وتقع عليه المسؤولية على أساس خطأ مفترض في جانبه في حال غياب هذه الشكالية.

ثانيا: اشتراط الكتابة في عمليات التلقيح الاصطناعي:

أجاز قانون الأسرة الجزائري اللجوء إلى الوسيلة الحديثة للإنجاب وهي التلقيح الاصطناعي بتوافر شروط، وهي أن يتم بين زوجين يربط بينهما عقد زواج شرعي، أن تتم العملية أثناء حياتهما وبرضاها، لكن يوجب في موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن تكون صريحة وأن تفرغ في قالب شكل معين.

ثالثا: اشتراط الكتابة عند رفض المريض للعلاج: يلتزم الطبيب بموجب العقد الطبي بتقديم العلاج للمريض بعد الحصول على موافقة، لكن قد يرفض المريض العلاج المقدم، مما قد يؤدي إلى الإضرار بصحته. فالطبيب حر في إقناع المريض لكن رغم ذلك لا يجوز إرغامه على العلاج وإجباره².

واشترط القانون إثر ممارسة المريض لهذا الحق أن يكون رفضه صريحا فنصت المادة 344/1 من ق. ح. ص. ت على أنه في حالة رفض العلاج الطبي يشترط تقديم كتابي لهذا الرفض، ويلزم الطبيب بإخبار المريض بعواقب رفض العلاج³.

¹ بوليل اعراب، مرجع سابق، ص 44.

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 30

³ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص 31

يتضح من خلال ما سبق أنه وإن كان العقد الطبي رضائياً إلا أن يتميز بلزوم رضا لانعقاده، ورضا ثاني لتنفيذه وأن الأصل في الطلب لا يشترط الشكوية، إلا أن هناك حالات خاصة استلزم القانون أن يكون هذا التعبير شكلياً عن طريق الكتابة.

المطلب الثالث: التزامات الطبيب العقدية

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 . إذا كان من خصائص العقد الطبي أنه عقداً ملزماً للجانبين، أي أنه يرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه، فإن الالتزام الطبي يختلف من حيث طبيعته حسب النتيجة المرجوة من وراء تنفيذه وهذا ما أدى بالفقه والقضاء ومعهما التشريع إلى التمييز بين نوعين من الالتزامات الطبية، التزامات ببذل عناية ومدى التزامه اتجاه المريض سأتطرق لها في الفرع الأول؛ والتزامات الطبيب بتحقيق نتيجة وحالاته التي سأتناولها في فرع الثاني.

الفرع الأول: التزامات الطبيب ببذل عناية

لقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار التزام الطبيب التزاماً 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، وليس إلى ضمان الشفاء ويوجب الفقه على الطبيب الذي يتولى معالجة مريضه أن يبذل العناية اليقظة في حدود الأصول المفروضة في مهنة الطب والقواعد المستقرة وهذه الأصول هي:

- المستوى المهني: ويكون بمقارنة مسلك الطبيب الرفيقي بمسلك طبيب ريفي آخر .
- الظروف الخارجية: كمكان العلاج والإمكانيات المتاحة.
- الأصول العلمية الثابتة: وهي مواكبة التطور الساري في ميدان الطب¹.

¹ كريم عشوش، المرجع السابق، ص 94.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري نجد نص على الالتزام ببذل العناية في نص المادة 45 من م. أ. ط. ج" يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمآن تقديم العلاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المتخصصين والمؤهلين".

الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

ان الابتكارات التي شهدها المجال الطبي في مختلف مجالاته وتطور الأجهزة 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، أي لا تكون محل للشك بل محل الدقة واليقين . ومن بين هذه الحالات نجد:

أولا: الالتزام الناشئ عن نقل الدم

تعتبر عمليات نقل الدم عملا طبيا ويتم ذلك عن طريق سحب كمية محددة ومفروضة من السائل الدموي من وريد شخص سليم إلى شخص آخر مريض بحاجة إليه¹.

ويتم نقل الدم بعدة طرق، إما عن طريق نقله بكل مكوناته ويسمى النقل الكامل للدم أو يكون النقل بالنسبة لأحدى الأجزاء المكونة له، كنقل كريات الدم الحمراء في حالات فقر الدم أو نقص الحديد، أو نقص فيتامين (B12) أو نقل كريات الدم الحمراء بعد إزالة كريات الدم

¹ زرقان رزيقة، زراري جويده، المرجع السابق، ص 94.

البيضاء، ويتم اللجوء إلى هذه العملية في حالة نقل دم من مريض وحدث ارتفاع في درجة حرارته بصفة متكررة¹.

بالإضافة إلى هذين النوعين من عمليات نقل الدم هناك طريقة النقل المتبادل وتستخدم هذه الطريقة للأجنة في بطون أمهاتهم أو المواليد حديثة الولادة.

ولإجراء عملية نقل الدم والتحليل الطبية الأخرى، يستلزم إتباع مجموعة من الإجراءات كفحص الحالة الصحية للمتبرع لإجراء كشف أولي عن حالته وبيان قدرته على التبرع من عدمها، كما جرت العادة في تحليل الدم المأخوذ من المتبرع من قبل الطبيب المختص، ومن قبل مختبر خاص، وأثناء عملية نقل الدم يجب مراعاة عدم نقل الدم الملوث بجراثيم، وذلك لتجنب انتقال العدوى إلى المريض، أي يجب أن يكون الدم المنقول سليم 100 % وهنا يكون محل الالتزام محدد تحديدا دقيقا².

ثانيا: الالتزام الناشئ عن استعمال الأدوات والأجهزة الطبية

أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، فقد يصاب المريض بضرر بسبب استخدام الطبيب لهذه الأدوات والأجهزة، فلهذا أكد كل من الفقه والقضاء على ضرورة تحقيق نتيجة في هذا النوع من الالتزام³.

ثالثا: الالتزام الناشئ عن تركيب الأسنان الصناعية

أدى التقدم العلمي والتقني إلى تزايد الالتجاء إلى الأعضاء الصناعية كوسيلة لتعويض الإنسان عما فقده من أعضائه الطبيعية، أو ما يصاب منها بعجز أو ضعف ومن هذه الأعضاء نجد الأسنان الصناعية فقد اختلف الفقه والقضاء حول مضمون طبيعة هذا الالتزام

¹ مدوري ساعد، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015، ص 09.

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 33.

³ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص 33.

وبصفة خاصة أخصائي أمراض الفم وجراح الأسنان فيما يتعلق بتركيب الأسنان الصناعية، فإن من المؤكد أن عمليات وضع طاقم الأسنان لا تنشئ بذاتها إلا التزاما بتحقيق نتيجة، فإن الطبيب عند قيامه بتركيب طاقم الأسنان فإنه يجب أن يحقق هذا الطاقم النتيجة المرغوب فيها¹.

وبالتالي يكون التزام جراح الأسنان وتركيب الأسنان الصناعية التزاما بتحقيق نتيجة بسبب تخلف عنصر الاحتمال على إثر استخدام التقنيات المتقدمة في هذا المجال².

رابعا: الالتزام الناشئ عن إجراء التحاليل الطبية

تعتبر التحاليل الطبية من العمليات العادية التي تقع على محل محدد تحديدا دقيقا ولا تحتمل الصعوبة خاصة للطبيب، ولا تتطوي على قدر من الاحتمال والمخاطر كغيرها من الأعمال الطبية، فلذلك أعتبر هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة³.

إلا أن هناك أنواع من التحليلات الطبية التي تتسم بالدقة وهي تخرج عن المألوف من التحليلات التي تجريها المخابر يوميا، ويصعب فيها الكشف عن الحقيقة بالطرق العلمية القائمة فهذه الأنواع الدقيقة من التحاليل تقتصر على مجرد بذل العناية واليقظة. فمثلا فقد قضى أن الطبيب الذي انتهى في تحليله إلى وجود أورام سرطانية مما استدعى علاج المريض بأشعة "الكوبالت" ثم تبين أن نتائج التحليل كانت خاطئة، فإن الطبيب في هذه الحالة لا يسأل والخطأ في التحليل لا يعد موجبا للمسؤولية⁴.

خامسا: التزام الطبيب بضمان سلامة المريض

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص 33.

² هاني سعاد، المرجع السابق، ص 206.

³ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 34.

⁴ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص 34.

يعتبر الحفاظ على سلامة المريض من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب فهذا الأمر يجعل المريض يقبل بأي تدخل طبي، فعلى الطبيب مراعاة الحيطة والحذر في حالة تدخله الطبي وعدم تعرضه لأي خطر، وقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في نص المادة 12 من مدونة أخلاقيات الطب، حيث نصت المادة على: "لا يمكن للطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص الشخص سلب الحرية أن يساعد أو يعرض الطرف على ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة"¹.

فعلى الطبيب احترام جسم مريضه، فلا يمكن له جعل هذا الجسم مجالا لبحوثه ودراساته، فببساطة المريض عندما يتعاقد مع طبيب من أجل رعايته وشفائه، وبالتالي لا يقبل المريض أن يخرج من عيادة الطبيب وهو محمل بأمراض وإصابات لم يكن مصابا بها من قبل إلا بعد معالجته، وهنا يتولى الطبيب الالتزام بضمان السلامة².

¹ كوسه حسين، المرجع السابق، ص 101.

² كوسه حسين، المرجع نفسه، ص 102.

المبحث الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للطبيب

يعتبر موضوع المسؤولية العقدية للطبيب من المواضيع المهمة من الناحية العملية، ولقيام هذه المسؤولية يشترط توفر ثلاثة أركان، التي لو تخلف أحدها لما أمكن القول بالمساءلة العقدية للطبيب.

تتمثل هذه الأركان في الخطأ الطبي العقدي الذي يعتبر الركيزة الأساسية للمسؤولية العقدية للطبيب والذي يتميز ببعض الصفات لا نجدها في الخطأ العام أو الخطأ الذي تنظمه القواعد العامة، وهذا راجع لدقة وخطورة العمل الطبي وتعلق بحياة الإنسان وكذلك الضرر الذي ينجم عن هذا الخطأ فهو يمس السلامة الجسدية والمعنوية للمريض، فأحيانا تكون الأخطاء الطبية تؤدي إلى كارثة يصعب على القضاء جبرها كالموت، والقول بمسؤولية الطبيب عن الضرر الحاصل بالمريض لا بد من التأكد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وهذا ما سيتم عرضه في هذا المبحث، حيث قسمته الى ثلاث مطالب يتضمن المطلب الأول توفر ركن الخطأ الطبي العقدي، اما المطلب الثاني فيتضمن ركن الضرر الطبي العقدي، إضافة إلى توفير علاقة السببية بين الخطأ الطبي العقدي و الضرر الطبي العقدي سأوضحه في المطلب الثالث.

المطلب الأول: الخطأ الطبي العقدي

ان الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية المدنية بصفة عامة هو أي خطأ يثبت في جانب الطبيب سواء تعلق بأداء مهنته كطبيب وهو ما يعرف بالخطأ الفني، أو كان خطأ عادي غير متعلق بالمهنة ناتج عن اهمال الطبيب وتقصيره وعدم احتياطه، فتقوم المسؤولية المدنية بوجه عام والمسؤولية الطبية العقدية بوجه خاص على ضرورة وقوع الخطأ، لهذا قسمت المطلب الى ثلاث فروع حيث سأبين في الفرع الأول تعريف الخطأ الطبي العقدي ومعياري تقديره و ثم انواع الخطأ الطبي العقدي في الفرع الثاني، وصور الخطأ الطبي العقدي كفرع ثالث.

الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي العقدي ومعياري تقديره

يعد الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية كأصل عام، والمسؤولية الطبية العقدية بوجه خاص، حيث وردت عدة تعريفات حول الخطأ بصفة عامة ومنه يستمد الخطأ الطبي تعريفه، واختلف الفقهاء في تحديد معيار الذي يقاس عليه، وهذا ما سأبينه خلال هذا الفرع.

أولاً: تعريف الخطأ الطبي العقدي

وردة عدة تعريفات الخطأ الطبي الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، خاصة تلك التي تقوم على أساس العقد، وهذا التخصيص جاء وفقاً لدراستنا المتعلقة بمسؤولية الطبيب العقدية.

فهناك من عرف الخطأ على أنه: "إخلال بالتزام سابق" كما جاء به الفقيه الفرنسي بلانيول، أما الأستاذ ايمانويل ليفي فيقول: أن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق بين أمرين: مقدار معلوم من الثقة يوليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضربهم، ومقدار معقول معلوم من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير¹.

كما عرف الدكتور رايس محمد الخطأ الطبي بأنه: "إجرام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي يفرضها علم الطب وقواعد المهنة وأصول الفن ومجاوزتها"².

أما القضاء في تعريفه للخطأ، فيرتكز على خروج الطبيب عن أصول مهنة الطب ومقتضياته، وتقديره في بذل العناية اللازمة وإهماله وانحرافه³، وفي تعبير له عن مفهوم

¹ صديقي عبد القادر، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان الجزائر سنة 2020، ص 18.

² رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، الجزائر، 2010، ص 149.

³ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 19.

الخطأ الطبي، قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير بتاريخ: 20-05-1936 تصفه بأنه: "العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة..."¹.

اما بالنسبة الى التشريع الجزائري يتبين لنا ان الخطأ يعتبر ركن لقيام المسؤولية العقدية و هذا من خلال المواد 172 الى 175 من ق مدني جزائري²، اما فيما تعلق بمسؤولية الأطباء"، لم يضع تعريفا للخطأ الطبي وإنما اقتصررت نصوصه المتعلقة بممارسة مهنة الطب على بيان واجبات والتزامات الطبيب، دون وضع الجزاء المناسب في حال مخالفتها، مما جعل القضاء يعتمد تطبيق القواعد العامة في المسؤولية العقدية على الأطباء، شأنهم شأن جميع أصحاب المهن الأخرى³، لذا لا بد من البحث عن معيار لتحديد الخطأ الطبي العقدي وهو الأمر الذي سنتناوله من خلال الفرع الثاني.

ثانيا: معيار الخطأ الطبي العقدي

يعد تحديد معيار الخطأ الطبي من بين المسائل الجوهرية وذات الأهمية في المسؤولية الطبية العقدية بوجه خاص، وهو الذي يقاس به الطبيب عندما يرتكب خطأ يسبب ضرار بمريضه، وهذا المعيار الذي يحدد مدى إمكانية الطبيب تجنب الخطأ.

وهناك عدة معايير يأخذ بها لتقدير الخطأ الطبي العقدي وهي:

1. **المعيار الشخصي:** يقصد بهذا المعيار بذل الطبيب ما اعتاد على القيام به من يقظة وتبصر، حيث إذا بذل جهده في العمل وبضميره الحي، ولم يستطع أن يتقاضي الأمر اعتبر أنه غير مخطئ، أما إذا كان متهاون في عمله وكان لا مبالي بمعنى أنه كان

¹ Cass, Civ, 20 mai 1936. cité par : H. Capitant, F. terré, Y. Lequette, Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, 11ème édition, Dalloz, Paris, 2000, p 116 117.

² الامر 75-58، المتضمن القانون المدني.

³ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 21.

بإستطاعته تقادي الخطأ لو أنه كان يعمل بضميره الذي تحكم عليه مهمته وضميره الإنساني عدا مخطئ.

إن الاعتماد على المعيار الشخصي، يقتضي النظر إلى الشخص المتسبب في

الضرر وظروفه الخاصة به، فإذا ظهر أن الطبيب بإمكانه أن يتقادي الفعل الضار المنسوب إليه ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة، وكان ضميره يؤنبه على ما أقترف من أفعال أعتبر مخطئاً. وبمفهوم المخالفة إذا كان الطبيب لا يستطيع تقادي الفعل الضار المنسوب إليه بعد أن بذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر أعتبر أنه غير مخطئ. فإذا تم اعتماد المعيار الشخصي في إسناد الخطأ للطبيب، وجب إعفاء الطبيب الذي اعتاد التقصير إذا ارتكب الفعل الموجب للمسؤولية، في حين أن الطبيب الذي أعتاد اليقظة والتبصر يحاسب على أقل هفوة يرتكبها¹.

إن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى الأخذ بنتائج الغير منطقية المترتبة عنه حيث

ترتب عن هذا المعيار ما يلي:

- عدم القدرة على فحص شخصية الطبيب المخطئ، إذ أنه لا يمكن تفسير تصرفاته على نحو يظهر فيه ضميره ومدى العمل به، كما أن هذا المعيار يؤدي إلى عدم حث الأطباء على تطوير معلوماتهم ومتابعة مستجدات الطب الحديث.
- الأخذ بهذا المعيار يستلزم مراقبة تحركات الطبيب وتصرفاته وهذا الأمر يصعب على القضاء تبيانه، فلا يمكن مراقبة تصرفات كل طبيب على حدا ولا يمكن إسناد خطأ طبيب ما لآخر رغم أن كلاهما سلكا نفس الطريق وكان في نفس الظروف².
- يؤدي المعيار الشخصي النظر إلى الشخص المتعدي لا إلى التعدي في حد ذاته وهذا الأمر غير منطقي لأنه يؤدي إلى انحراف الشخص وعدم إعطاء المضرور حقه¹

¹ محمد رايس، المرجع السابق، ص 157.

² شطابي جميلة، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية الطبية مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أوالحاج، البويرة، 2013، ص122.

ولتجاوز هذه الانتقادات التي طالت المعيار الشخصي، ذهب جانب من الفقه إلى اعتماد المعيار الموضوعي لقياس خطأ الطبيب.

2. المعيار الموضوعي: يعني به إلزام الطبيب أن يقوم بسلوك الطبيب الجيد الذي يتصرف

في نفس الظروف بحذر مع احترام قواعد الفن، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يتجرد الطبيب من الظروف الذاتية والاقتصار على الظروف الخارجية المحيطة به².

حيث يرى أنصار هذا الرأي أن الطبيب يقاس على فعله قياساً مع طبيب آخر

يقظ وجد في نفس الظروف، هذا الطبيب هو الذي يبذل العناية اللازمة بالمريض مع التزامه بالحيلة والانتباه في معالجة مريضة، ويكون مراعيًا كما هو معمول به عمله أي

وفقاً لما تقتضيه أصول المهنة وقواعدها الثابتة، وطبعاً يقاس كل طبيب في عمله

بطبيب مختص في دائرته وهذا الأمر مستقر عليه فقهاً وقضائياً حيث قيل: "إن معيار

الخطأ يتمثل في اعتماد سلوك طبيب نموذجي يعتمد معياراً لتقدير، فهذا الطبيب فهو

من أوسط الأطباء خبرة ومعرفة في نطاق اختصاصه، أو مستواه المهني، وهو الذي

يبذل في معالجة مريضه العناية اليقظة ويراعي القواعد الطبية الثابتة فيما عدا الظروف

الاستثنائية".

وما يثير الإشكال في هذه النظرية هو التفرقة بين الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب

والظروف المحيطة بشخصيته، حيث يلاحظ من مفهوم المعيار الموضوعي أنه يستبعد

الظروف الذاتية للفرد والتي نعني بها حالته النفسية، درجة ذكائه ومستواه وسنه... الخ،

ويأخذ بالظروف الخارجية وهو كل ما يتعلق بشخصية الطبيب، كالمكان والزمان الذي

يوجد فيه الطبيب³.

¹ سنوسي صافية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون

الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2005-2006، ص 19.

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 39.

³ رايس محمد، المرجع السابق، ص 163.

إلا أن هذا المعيار لم يسلم بدوره من الانتقاد، ويعاب عليه أنه يفترق للأساس القانوني، فيصعب في بعض الأحيان تقدير الظروف إن كانت ظروف داخلية أم خارجية فيعتبر تخصص الطبيب من الصفات التي تدل على قدراته العلمية وهو أمر باطن يكاد يكون لصيقاً بشخص الطبيب، فيبدو أنه ظرف داخلي ذاتي، لكن بما أن هذه الصفة الظاهرة للناس تدفع بهم للجوء إليه نتيجة تلك الكفاءة المهنية التي يتصف بها، وهذا يجعل من هذه الصفة خارجية يستند إليها في تقدير خطأ الطبيب، إضافة إلى ذلك، فلا يمكن تطبيق المعيار الموضوعي على إطلاقه دون مراعاة بعض الظروف الداخلية مثل السن، فلا يمكن مقارنة سلوك وتصرف طبيب اكتسب خبرة طويلة في مجال عمله، بطبيب آخر مبتدأ¹.

أما بالنسبة إلى موقف المشرع الجزائري فإنه تبين من خلال المادة 172 من ق. م. ج التي تنص على: "في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته أو يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفي بالالتزام، إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك، وعلى كل يبقى المدين مسؤولاً عن نفسه أو خطئه الجسيم".

من خلال هذا النص يتبين لنا أنه أخذ المعيار الموضوعي لتقدير الخطأ، وهذا باستعماله عبارة ما يبذله الشخص العادي.

وباعتبار الطبيب يمارس عمله المتمثل في علاج المريض الذي وضع الثقة وأبرم معه عقد العلاج، فإن الطبيب مدين اتجاه مريضه بالوفاء بالتزامه وفقاً لما هو مستقر عليه في مهنة الطب، وبالتالي فهو يسأل عن خطئه كما يسأل الطبيب العادي الذي يماثله².

¹ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 27.

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 41.

الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي العقدي

سبق لنا وأن ذكرنا أن خطأ الطبيب يتمثل في إخلاله بما يجب عليه القيام به في ممارسة المهنة أو يحدث ذلك عندما يتصرف الطبيب على نحو لا يأتيه الطبيب الوسط في مستواه المهني وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

وقد اختلفت الأخطاء الطبية العقدية فمنها الخطأ العادي أي المادي والخطأ المهني أي الفني وهناك الخطأ الطبي اليسير والجسيم والخطأ الفردي وخطا الفريق الطبي سآبينها في هذا الفرع.

أولاً: الخطأ الطبي العادي "المادي" والخطأ الطبي المهني "الفني"

غالبية الفقه المعاصر اتفق على التمييز بين الأعمال المادية التي يقوم بها الطبيب والأعمال المهنية وهي كالتالي:

1. **الخطأ العادي:** هو الخطأ الذي يخرج من دائرة المهنة فهو الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين، لتجنب ما قد يؤدي إليه هذا السلوك من نتيجة غير مشروعة. والخطأ المادي في المجال الطبي هو ذلك الخطأ الذي يقوم به الطبيب كلما فاته الحرص المفروض على الكافة بعدم الإضرار بالغير¹. والأخطاء العادية تتمثل في الأعمال التي لا علاقة لها بأصول الطب، ويمكن للقاضي أن يقف عليها دون النظر لصفة من قام بها، ومن أمثلة الخطأ العادي أن يقوم الطبيب بإخراج المريض من المستشفى قبل استكمال علاجه، أو نسيان إبرة داخل جوف المريض إثر القيام بعملية جراحية"، أو استخدامه في الجراحة لأدوات غير معقمة، أو رفض تقديم العناية للمريض... وغيرها من الأخطاء العادية المتعددة².

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 42.

² صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 30.

والمعيار الدقيق الذي يقيس عليه الطبيب في هذه الحالة هو معيار انحراف

الشخص العادي عن سلوكه¹.

2. **الخطأ المهني:** هو ذلك يقع فيه الطبيب حين يخالف القواعد الفنية التي توجبها عليه

مهنته والتي يجب عليه مراعاتها، كالخطأ في التشخيص أو الخطأ في العلاج².

وبالتالي فإن الخطأ المهني هو الذي يتصل بالمجال الطبي بأخطاء العلاج

والتشخيص، حيث قامت محكمة باريس بإدانة الطبيب الذي قام بتشخيص حالة إحدى

المرضى بأنها في قرحة في المعدة غير أنه في حقيقة الأمر هو سرطان المعدة³.

ومن أمثلة التطبيقات القضائية في الجزائر لهذا النوع من الخطأ (الخطأ المهني) ما

قضت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 27-07-2005، باعتبار أن عدم

التأكد من صلاحية الدواء ونجاعته يعتبر إهمالا وتقصيرا من قبل الطبيب المعالج. وورد

في قرار المحكمة العليا المؤرخ في: 06-04-2004 أن مغادرة الطبيب المخدر لقاعة

العمليات اعتبر إهمالا وعدم احتياط، كما اعتبر القرار الصادر بتاريخ: 06-04-2003

أن الإخراج المبكر للمريض الذي خضع لعملية جراحية دون التأكد من حالته الصحية

يعد إهمالا يقتضي مساءلة الطبيب جزائيا⁴.

كما نص المشرع الجزائري على الطابع المهني للخطأ الطبي من خلال المادة 239

من قانون حماية الصحة وترقيتها، حيث يعاقب وفقا لهذه المادة الطبيب على أي عمل

يقوم به أثناء ممارسة مهنته.

ثانيا: الخطأ الطبي اليسير والخطأ الطبي الجسيم

¹ فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن عكنون 2002-2003، ص3.

² صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 31.

³ بن صغير مراد، الخطأ في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011 ص 81.

⁴ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص31.

1. الخطأ الطبي اليسير: نصت على هذا النوع من الأخطار المادة 172 من القانون المدني حيث أنه يمثل الخطأ الذي يصدر من الشخص العادي الذي تقوم بعمله¹، ويعرف الخطأ اليسير بأنه ذلك الخطأ الذي يحدثه شخص معتاد في عمله الحرص والعناية.

2. الخطأ الطبي الجسيم: هو الذي يتم عن جهل واضح بأصول الفن وإهمال شديدي لواجبات المهنة²، وفي ميدان المسؤولية ظهرت فكرة الخطأ الجسيم على يد محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بتاريخ 18 يونيو 1835، وبعد الطعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية قالت هذه الأخيرة: "الطبيب يسأل عن الإهمال الذي وقع منه، وأدى إلى ضرورة قطع ذراع المريض، حيث أن ذلك الأمر بمثابة خطأ جسيم وقع من الطبيب، وعلى الخصوص أنه تخلى عن المريض بإرادته وتركه يعاني من آلام المرض"³.

وقد توالى أحكام القضاء الفرنسي في اشتراط الخطأ الجسيم لنهوض مسؤولية الطبيب عن خطئه الفني ومن بين تلك الأحكام، ما قضت به محكمة ميتز⁴ الذي جاء في حكمها: "...والطبيب لا يسأل فيما يتعلق بالمسائل العلمية إلا حيث يقع منه خطأ جسيم بارتكابه أعمال ملموسة وواضحة تكون في ذاتها تجاهلا لقواعد الاحتياط وحسن التصرف بما يخرج عن المناقشة"⁴.

¹ انظر المادة 172 من القانون المدني الجزائري.

² شطابي جميلة، المرجع السابق، ص 30

³ قرار محكمة النقض الفرنسية: 18 يونيو 1835، أشار إليها: صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 37.

⁴ حكم محكمة متر 21 ماي 1867م، أشار إليه: صديقي عبد القادر، نفس المرجع، ص 37.

أما فيما يخص التشريع الجزائري، فإن قانون حماية الصحة وترقيتها جعل الطبيب مسؤولاً عن أي خطأ يصدر منه أثناء القيام بعمله ويحدث من خلاله ضرراً بالمريض وذلك حسب المادة 353 قانون الصحة ال جديد 18-11¹.

ثالثاً: الخطأ الفردي وخطأ الفريق الطبي

1. **الخطأ الفردي:** إن المسؤولية العقدية وفقاً للقواعد العامة تنفر في حالة أخل الدائن بالتزاماته التعاقدية، وذلك إما بالامتناع عن تنفيذها أو أنه نفذ تنفيذاً معيباً أو تأخر في عملية التنفيذ المتفق عليها²، ويمكن القول أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية في حالة وجود عقد بينه وبين المريض وأي إخلال بالتزاماته التعاقدية ينتج عنه خطأ عقدياً؛ تقوم من خلاله المسؤولية عن أفعاله الشخصية ويكون الطبيب الجراح مسؤولاً عن فعل غيره (المساعدون مثلاً) الذي أدخلهم وأشركهم في تنفيذ التزامه، حيث أنه أي خطأ من غير الطبيب المتعاقد أي الطبيب الذي طلبه الجراح الرئيسي يعتبر هذا الأخير مسؤولاً اعتباره مراقبه لهم وبالتالي امتداد خطأ الغير هذا إلى الشخص المدين.

وعليه يمكن القول إن المسؤولية الفردية لطبيب تنشأ بموجب عقد يجمع بينه وبين المريض، ويسأل عليها وفقاً للأحكام المنظمة للمسؤولية العقدية حيث ينص المشرع الجزائري في المادة 106 ق.م. ج وبالرجوع لنص المادة 168 قانون 18/11 نجدها تنص على الصفة الشخصية للأعمال الطبية حيث تنص المادة على: "يمارس مهني الصحة مهنته بصفة شخصية...". بالإضافة إلى ذلك فطبيب يسأل عن تلك الأضرار التي تسببها الآلات والأجهزة التي يستخدمها الطبيب المعالج، فقد يطرأ عيب أو عطل في هذه الأجهزة، ويؤدي ذلك إلى نتائج وخيمة وبالتالي فهو مسؤول مسؤولية عقدية

¹ المادة 353 من قانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو سنة 2018 المتعلق بالصحة.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت 1992، ص847.

نظرا لوجود عقد بينه وبين المريض يلتزم بضمان سلامة المريض ويسأل عن ذلك وفقا لنص المادة 138 قانون مدني فهو حارس عن الأشياء الموجودة تحت حيازته¹.

2. خطأ الفريق الطبي: استلزم التقدم العلمي وجود عمل جماعي، خاصة في التدخل الطبي الجراحي، فالجراح لا يمكن إجراء العملية بدون وجود طاقم طبي لمساعدته، وإذا اتفق الطبيب مع المريض بقيامه لعلمه وحده، فلا تثور هنا مسؤولية الفريق الطبي طالما الطبيب يمارس عمله بنفسه فهو يعتبر مسؤولا عن خطئه التعاقدية، إلا أنه في بعض الأحيان يستعين بأطباء مساعدين له، وهذا ما يثير الصعوبة في نسب الخطأ إلى طبيب دون آخر².

وقد أشار م. ش. ج. في قانون 18-11 المتعلق بالصحة على عمل الفريق

الطبي وذلك في نص المادة 169 منه³.

بالتالي يمكن تعريف الفريق الطبي بأنه مجموعة من الأطباء الأخصائيين كل في مجال تخصص، تعمل بالمشاركة مع الجراح، يجتمعون لأداة خدمة موحدة وكل منهم يقوم بجزء من عمله في دائرة اختصاص ومنه يكتمل العمل الطبي المراد القيام به⁴. ومن هنا يمكن القول إن مسؤولية الطبيب عن فعل الغير وليدة الفريق الطبي وباعتبار الجراح هو الطبيب الرئيس للفريق الطبي وهو المتعاقد مع المريض فإن التساؤل المطروح هو مدى اعتباره مسؤولا عن عمل غيره من الأطباء.

¹ تنص المادة 138 ق. م. ج على كل من تولى حراسة شيء وله قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

² بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المهنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 33.

³ تنص المادة 169 من ق الصحة الجزائري 18-11 على: "عندما يتدخل المهنيون ضمن فريق للتكفل بمريض فإنه يجب توزيع المعلومات التي تحصل عليها أحد أعضاء الفريق على كل الأعضاء الآخرين وذلك في مصلحة المريض".

⁴ آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية، عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون "قرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 8.

الفرع الثالث: صور الخطأ الطبي العقدي

بالرجوع الى نص المادة 174 من قانون الصحة 11-18 التي بينت انه أثناء التدخل الطبي يمر المريض بمراحل لأجل الوصول إلى شفاؤه وهذه المراحل على الطبيب التحكم بها والقيام بعمله بأكمل وجه، إذ أن خطأ منه قد يؤدي به إلى حياه مريضة، فمن مهام الطبيب وصف أعمال التشخيص والعلاج، وهذا ما سأبينه في هذا الفرع عبر عدة نقاط.

أولاً: الخطأ في التشخيص

يبدأ العلاج الطبي بمحاولة تشخيص المرض بغية معرفة أسبابه بهدف الوصول إلى علاج وشفاء المريض، وتعتبر هذه المرحلة من أهم وأدق المراحل جميعاً، فيها يتم التوصل إلى معرفة نوع وطبيعة المرض من حيث درجة خطورته وتطوره، وظروف المريض أثناء المرض وحالته الصحية، ويعرف التشخيص بأنه التعرف على طبيعة المرض وأسبابه، لهذا قد يحدث ويخطأ الطبيب أثناء القيام بعملية التشخيص، وقد استقر القضاء على الخطأ في التشخيص لا يثير المسؤولية، إلا إذا كان مخالفاً للأصول العلمية الثابتة التي على الطبيب الإلمام بها، كما يجب الأخذ بعين الاعتبار الجهد الصادق الذي يقوم به، وبالتالي فإن أي إخلال بالأصول العلمية الثابتة المتفق عليها يعتبر خطأ يسأل عليها الطبيب¹.

ما في بعض الأحيان يصعب الكشف عن نوع المرض لهذا تكثر الأخطاء "وفي هذا الصدد قررت محكمة بوان أن الغلط في تشخيص المرض ولو أدى إلى إجراء عملية جراحية أودت بحياة المريضة، لا يوجب بذاته مسؤولية الطبيب، لأن أمهر الأطباء وأكثرهم فراسة، من الممكن أن يقع في الغلط بالنظر إلى تشابه الأعراض"².

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة، المستشفى والأجهزة الطبية)، دار الفكر الجامعي، د ط، الإسكندرية، 2007، ص 48.

² محمد رابيس، المرجع السابق، ص 74.

أما إذا نجم عن الغلط إهمال من الطبيب وتسرع في عملية التشخيص، فهذا الأمر لا يعتبر غلطاً وإنما هو خطأ فادحاً من قبل الطبيب، فالطبيب ملزم قبل بث تقريره أن يبذل العناية اليقظة والصادقة في عمله¹.

ثانياً: الخطأ في العلاج

بعد قيام الطبيب بتشخيص المرض، تبدأ مرحلة العلاج وفيها يحدد الطبيب وسائل العلاج المناسبة لطبيعة المرض الذي شخصه، ذلك لأن لكل داء دواء، ولا يكون الطبيب ملزماً بشفاء المريض، وإنما يقع عليه التزام ببذل العناية اللازمة لتحديد الدواء الذي يمكن أن يساهم في شفاء المريض من مرضه أو التخفيف من آلامه².

وبالتالي الطبيب في هذه المرحلة، وفقاً لما هو مستقر عليه فقهاً وقضائياً وكذلك تشريعياً عليه مراعاة بعض المبادئ والأحكام القانونية في تطبيق علاجه على المريض العمل وفق الأصول العلمية الثابتة والإخلاص في تقديم العلاج بالإضافة إلى تحرير الوصفة الطبية حيث تعتبر بمثابة دليل على وجود العلاقة بين المريض والطبيب، وقد ألزم المشرع الجزائري الطبيب بتحرير الوصفة الطبية بوضوح، ورعاية للمريض ومحاولة فهمه على ما تحتويه الوصفة وهذا من خلال من نص عليه في المادة 47 م. أ. ط. ج. " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وأن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيداً"³.

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 49.

² صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 158.

³ عزوز كاهينة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص 50.

كما منح المشرع الجزائري الطبيب حرية في تقديم الوصفة التي يراها مناسبة وهذا ما يستشفى من نص المادة 11 مدونة أخلاقيات مهنة الطب¹.

على الطبيب التأكد أثناء تحرير الوصفة بأن الدواء الذي وصفه للمريض مناسباً وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 174 من ق. ح. ص. ت².

بالإضافة إلى ما سبق ذكره أوجب المشرع الطبيب من خلال نص المادة 77 من مدونة أخلاقيات ط ج على تدوين البيانات التالية في الوصفة وهي:

- الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة الطبية.

- أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة

مشتركة.

- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها.

وفي حالة رفض المريض للعلاج الذي اقترحه الطبيب يجب أن يأخذ الطبيب

تصريح مكتوب منه. كما يجوز للطبيب عدم إخبار المريض بنوعية مرضه إن رأى أنه

من المستحسن عدم إخباره من أجل التجارب مع العلاج، هذا ما سمح به المشرع

الجزائري من خلال المادة 51 من المرسوم التنفيذي 92-276³.

ثالثاً: الخطأ في الرقابة الطبية

¹ المادة 11 من 47 م. أ. ط. ج نصت على: يكون الطبيب وجراح الأسنان حريين في تقديم الوصفة التي يريها أكثر ملاءمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية.

² المادة 174 من القانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، نصت على: لا يجوز للأطباء أن يصفوا أو يستعملوا إلا المواد الصيدلانية الواردة في المدونات | مجاناً الوطنية التي تعدها لجنة المدونة الوطنية، قصد للمرة حماية صحة المواطنين أو استعدادتها وضمان تنفيذ العملات الوقائية وتشخيص الأمراض ومعالجة المرضى، وحماية السكان من استعمال الأدوية غير المرخص بها.

³ المرسوم التنفيذي 92-276، المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب.

الرقابة في العمل الطبي من أهم مراحل التدخل الطبي وذلك لما يترتب عنها نتائج جيدة والمتمثلة في الوصول إلى الشفاء، خاصة بعد عملية الجراحة، ولقد خص المشرع الجزائري بند الرقابة في مدونة أخلاقيات مهنة الطب وذلك في الفصل الخامس بممارسة الطب أو جراحة الأسنان بمقتضى الرقابة، ولقد جعل الطبيب مراقبا لمريضه ويلتزم بإعلام المريض بعد فحصه بأنه طبيب المراقب له وهذا وفقا لما تقتضي به المادة 90 من المدونة¹.

ولقد كان المشرع الجزائري حريص على واجب الرقابة حيث نص عليها أيضا في المواد 139 إلى 144 من قانون 85-05 المتضمن حماية الصحة وترقيتها².

المطلب الثاني: الضرر الطبي العقدي

إن تحقق ركن الخطأ الطبي العقدي لا يكفي وحده من أجل قيام المسؤولية العقدية للطبيب، بل لابد من توفر الضرر الطبي العقدي حيث يعد الركن الثاني لقيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، والعقدية بصورة خاصة، إذ أن الهدف من رفع الدعوى المدنية هو الحصول على تعويض لجبر هذا الضرر وهذا الأمر لا يختلف في مجال الأضرار الطبية، ولا تقوم مسؤولية الطبيب إلا إذا ألحق الخطأ الطبي ضررا بالمريض، فنقطة البداية لإثارة مسؤولية الطبيب هي تحقق الضرر المترتب عن خطئه وليس بغيره، وإصابة المريض بضرر من جراء إهماله في تناوله العلاج، لا يعد ذلك خطأ من الطبيب، فمن هذا الصدد سألين في الفرع الأول تعريف الضرر الطبي العقدي اما الفرع الثاني اتكلم عن أنواع الضرر الطبي العقدي وفي الفرع الثالث عن شروط الضرر الطبي العقدي.

الفرع الأول: تعريف الضرر الطبي العقدي

¹ نصت المادة 90 من مدونة اخلاقيات الطب على: يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المكلف بمهمة أن يشعر الشخص الخاضع لمراقبته بأنه يفحصه بصفة طبيب مراقب أو جراح أسنان مراقب. -ويجب أن يكون شديد الاحتراز في حديثه، وأن يمتنع عن إفشاء أي سر أو الإدلاء بأي تفسير. - ويتعين أن يتحرى الموضوعية الكاملة في استنتاجاته.

² راجع المواد من 139 إلى 144 من ق 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

لكي نعرف الضرر الطبي العقدي لابد من تعريف الضرر بصفة عامة مثلما عرفه الفقه عرف الفقه الضرر على انه " هو ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"¹.

ينطبق هذا المفهوم على تعريف الضرر الطبي، لإقامة مسؤولية الأطباء، ومنه خضوعهم للمسؤولية المدنية.

كما قد يكون الضرر نتيجة عدم التزام الطبيب بما اتفق مع مريضه وبالتالي ينشأ تعويض لجبر الضرر وفقا لقواعد وأحكام المسؤولية العقدية، وفي هذا الصدد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 23-01-2003 توييد قرار مجلس تبسة الصادر في 04-04-2005 حيث حكم هذا الأخير بتعويض المضرور الذي أصابه ضرر من قبل الطبيب المعالج له وطعن هذا الأخير أمام المحكمة العليا بشأن مبلغ التعويض. لكن المحكمة العليا أيدت قرار مجلس القضاء وأقامت مسؤولية الطبيب لأنه أخلى بالالتزام ببذل عناية الذي يقع على عاتقه، وبالتالي فإن الأضرار اللاحقة بالمريض هي من دفعت بقضاة الموضوع الحكم بهذا التعويض².

الفرع الثاني: أنواع الضرر الطبي العقدي

بعد تطرقنا لأنواع الخطأ الطبي العقدي في الفرع الثاني من المطلب الأول السالف الذكر، نطرق الان الى أنواع الضرر الطبي الذي بدوره ينقسم الى نوعين ضرر مادي الذي قد يمس الانسان في جسمه او ضرر معنوي قد يمس الانسان في عواطفه وهما كالاتي:

أولاً: الضرر المادي

¹ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 43.

² قرار رقم 3399828 صادر بتاريخ 23-01-2008 منشور المحكمة العليا، عند 02، ص 187

هو ما يمثل إخلالا بحق المضرور، كحقه في سلامة جسمه وحياته، فيعد ضرر كل تعد على حياته، أو إتلاف عضو من أعضاء جسمه أو إحداث نقص بها أو تشويهها، أو بالانتقاص من حقوقه المالية، أو تقويت مصلحة مشروعة تتسبب في خسارة مالية له، يتضح أن الضرر المادي ينعكس على جسد المريض، فيصبح غير قادر عن ممارسة حياته بالشكل الطبيعي نتيجة فقدانه لأحد أعضائه مثلا، كما ينعكس الضرر أيضا على الذمة المالية للمريض المضرور، فيشمل الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية إلى جانب ما فاتته من كسب مشروع خلال فترة تعطله عن العمل بسبب المعالجة وإصلاح الخطأ الطبي¹.

ويجب أن يكون الضرر محققا والذي يقصد به أنه وقع فعلا مثال ذلك فقدان المريض عضو من أعضاء جسمه، في حين لا يمكن التعويض عن الضرر المحتمل، إذ أنه يمكن أن يقع كما لا يمكن أن يقع، بالإضافة إلى هذا يجب أن يكون الضرر الواقع يمس مصلحة مشروعة²، وينقسم الضرر المادي الى قسمان:

1. **الضرر الجسدي:** هو الضرر الذي يصيب جسم المريض، فيشعر إثر إصابته بآلام

جسدية ينجم عنها عجز دائم او مؤقت نتيجة خطأ الطبيب او لسوء العلاج في

المستشفى كأنداب او حروق او تشوهات³ وينقسم بدوره الى ضرر جسدي مميت،

وضرر جسدي غير مميت

2. **الضرر المالي:** نقصد به الخسارة التي تترتب عن المضرور من مرتبات مالية محققة،

كنفقات العلاج وشراء الادوية، او اجراء العمليات الجراحية ومثال ذلك كان تعرض

¹ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 49.

² فاطمة عيساوي، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013، ص 21.

³ عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العامة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015-2016، ص 268، ص 269.

المريض لتدخل جراحي جراء إصابة أحد ساقيه فيتعفن فينفق عليه مبالغ مالية جراء من اجل اجراء عملية جراحية، وأحيانا يتعدى هذا الضرر المالي الى عائلة المريض نتيجة موت عائل لهم، كان يتسبب هذا الموت في حرمانهم من حقهم في نفقة والدهم المتوفي، وقد يتعدى هذا الضرر الى أقارب المتوفي متى اثبتوا نفقته عليهم¹.

من خلال دراستنا للضرر الجسدي والضرر المالي يتضح لنا انهما يجتمعان معا، ومثال ذلك كان يشكو المريض ضررا جسديا جراء اصابته بعاهة مستديمة نتيجة خطأ طبي وضرر مالي لما يتطلبه العلاج ونفقات شراء الادوية، او كان يسقط مريض من طاولة العمليات بعد تخديره فيتعرض لكسور تسبب له ضررا جسديا واخر ماليا نتيجة انفاقه لمبالغ مالية لعلاج².

ثانيا: الضرر المعنوي

هو الذي يصيب المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته وفي المجال الطبي يتمثل الضرر المعنوي (الأدبي) في مساس الطبيب أو المستشفى بجسم المريض نتيجة خطأ طبي يلحق به الأذى، ويتمثل هذا الأخير في الآلام الجسمانية والنفسية أو ما ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الجسم، أو ما يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير أو نحو ذلك فمثل هذا الإعلان يعد إفشاء من الطبيب لسر مهني، كما تشكل هذه الحالات جزءا من عدة أضرار معنوية تصيب الإنسان وعلى عكس الضرر المادي، فإنه لا يترتب على الضرر المعنوي خسارة مالية أو انتقاص من ذمته المالية³.

¹ عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 268

² عيساني رفيقة، المرجع نفسه، ص 269

³ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 54.

وقد تطرق الدكتور محمد رايس في تعريفه للضرر الطبي العقدي الأدبي بأنه "الذي يخص العاطفة ويمس الشعور ويلحق الآلام ويؤثر على النفس ويصيب المريض بالأحزان، وهو كل ما يصيبه في جسمه أضرار دون أن تنقص في قدرته في العمل كالآلام والجروح والأوجاع"¹.

وتتمثل صور الضرر الطبي في:

1. **الضرر المتعلق بالآلام الجسمانية والنفسية:** يتجلى ذلك فيما يصيب المريض من آلام نفسية ومعاناة جسدية، التي تطرأ على حالة المريض بعد التدخل العلاجي من الطبيب المعالج أو المستشفى وحتى أثناء معالجة المريض وقد تستمر بعد ذلك مما يولد لدى المريض عقدا نفسية وشعورا بالنقص والحاجة إلى الآخرين². وفي بعض الحالات قد نتعرض لصعوبة في تحديد مدى الألم الجسدي لدى المريض، فيستعين القاضي في تحديد براى طبيب خبير من اجل وصف مقدار الألم الجسدي، فاذا أصيبت فتاة بشلل في ذراعها فإنها تتألم داخليا بسبب الشلل الظاهر على ذراعها طالما بقيت تشعر بأثر الإصابة ومثل هذا الألم قد يحرمها من الزواج حتى يزداد الأسى فيها³.

2. **الضرر الجمالي:** ينطوي على المساس بمشاعر الشخص أو بإحساسه أو بعاطفته أو بنفسه أو بمكانته العائلية أو المهنية أو الاجتماعية نتيجة تشويه في جماله، ويظهر الأثر البالغ الذي تتركه الإصابة به في موضع بارز من الجسم فيختل التناسق الطبيعي في موضعه وتتغير معه مظاهر الجمال، فيولد ذلك الألم النفسي أو الإحساس بالانقاص من قدرة، ويحق للشخص المضرور المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصابه نتيجة التشوهات التي لحقت به بسبب الحادث وكذا العذاب المعنوي الذي

¹ محمد رايس، المرجع السابق، ص 278-280.

² صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 55.

³ عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 270.

عانه، وغالبا ما يرتبط الضرر الجسماني بالضرر الجمالي في وقت واحد وهو ما ذهبت إليه محكمة باريس في 23-01-1913¹.

3. **الضرر المتعلق بفقدان مباحج الحياة:** ينجم عن هذا الضرر حرمان المصاب من متع الحياة العادية التي يتمتع بها الشخص السليم، ومثال ذلك حرمان المضرور من ممارسة رياضة معينة او هواية او فن بسبب خطأ الطبيب في العلاج او نشاط المستشفى عند تقديم خدمات طبية أدى الى إصابة المصاب بشلل في ساقه².

4. **الضرر الناتج عن شرف واعتبار المريض:** نقصد به الضرر الذي يلحق بالمريض بسبب افشاء سر يمس سمعته او حياته الخاصة او كيانه الاجتماعي من طرف طبيب لم يحافظ على سر مهنته باعتبار ان الالتزام بالسر من الالتزامات القانونية والواجبات الأخلاقية الي يتقيد بها الطبيب³.

ونظرا لكون أن السر المهني يعد من قبيل الضرر المعنوي الذي ينال من شعور المريض وإحساسه فإن المشرع الجزائري أوجد في مدونة أخلاقيات الطب نصوص قانونية تلزم الطبيب على احترامها فيسأل عن مخالفته لها، والطبيب مكلف بكتمان السر المهني ولو بعد انتهاءه من مزاوله مهنة الطب، حفاظا على المريض وما قد يصيبه من أذى⁴.

الفرع الثالث: شروط الضرر الطبي العقدي

¹ تتلخص وقائع هذه القضية في أن طبيبا فرنسيا قام بتعريض فتاة لأشعة (روتجن) بهدف إزالة الشعر من ذقنها فتسبب في إصابة جسدها بحروق ظاهرة على وجهها فانتدبت المحكمة خبيرا لفحص المصابة للتعرف على مدى خطأ الطبيب الذي يمكن نسبته إليه، وقضت المحكمة بالتعويض على الطبيب لارتكابه نوعا من الرعونة التي يجب أن يسأل عنها كل إنسان لأنه استخدم علاجا خطيرا لا يتناسب مع هذا المرض البسيط، فانه إضافة إلى الضرر الجسماني المتمثل في الحروق أصيبت الفتاة بضرر جمالي. أشار اليه: صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 56.

² عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 271.

³ عيساني رفيقة، المرجع نفسه، ص 271.

⁴ صديقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 57.

حتى يقوم الضرر لأبد من توافر مجموعة من الشروط متعارف عليها نظرا ان وقوع الضرر يعتبر مسألة موضوعية فيتسنى للمريض الادعاء انه متضرر من خطأ الطبيب الذي تعاقد معه، فان القاضي يراقب شروط الواجب توفرها في الضرر وهي مبينة كالاتي:

أولاً: ان يكون الضرر محققاً

يقصد بالضرر المحقق ذلك الضرر الذي وقع فعلاً أي أنه ثبت حصوله بسبب الخطأ الذي أدى إلى حدوثه¹، ويجب أن يكون هذا الضرر ثابتاً على وجه اليقين حتى ولو كان مستقبلاً اي ألا يكون هذا الضرر احتمالي بمعنى حدوثه غير مؤكد².

ثانياً: ان يكون الضرر يمس لمصلحة او لحق المضرور

يقصد بحق المضرور في المسؤولية الطبية حق الشخص في سلامة جسمه وحياته. وخطأ الطبيب الذي يمس بجسم المريض يعتبر تعدياً على حق من حقوقه المحفوظة قانوناً³.

ثالثاً: ان يكون الضرر مباشراً

يقصد بالضرر المباشر في المسؤولية العقدية الذي يكون نتيجة مباشرة للخطأ، وهذا الضرر هو ذلك الذي لا يستطيع الدائن العادي توقعه لو بذل الجهد اللازم لعدم وقوعه، ولا يشترط أن يكون الضرر مباشراً فقط بل يجب أن يكون متوقعاً، بمعنى أن الضرر الذي يستوجب التعويض هو ذلك الذي يتوقع حدوثه أما الضرر الغير متوقع فلا وجود له في المسؤولية العقدية، إنما يتم التعويض عنه في حالة قيام المسؤولية التقصيرية⁴.

¹ عيساوي زاهية، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ص 43.

² كوسة حسين، مرجع سابق، ص 155.

³ ابن صغير مراد، مرجع السابق، ص 137.

⁴ أنور طلبية، المسؤولية العقدية، الجزء الأول، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الإسكندرية، 2005، ص 291-292.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 182 ق. م. ج على تعويض الضرر المتوقع بمعنى الضرر الذي يمكن أن يتوقعه المدين الذي أبرم عقده مع الدائن لأن هناك بعض الأضرار التي قد تطرأ على محل العقد بحسب طبيعته¹.

رابعاً: ان يكون الضرر شخصياً

نقصد به الضرر الذي يصيب شخصاً معيناً بذاته فلا يقبل طلب التعويض إلا إذا قدم من المضرور نفسه، أو من له الصفة القانونية مثل النائب الذي ينوب عن شخص غير مؤهلاً قانونياً²، وبالتالي فإن المريض في حالة إصابته بضرر من جراء خطأ الطبيب المعالج له فهو وحده من له الحق في المطالبة بالتعويض وجبر هذا الضرر، أما بالنسبة للمريض القاصر أو المجنون مثلاً بالأحرى الأشخاص الذين يمنع عليهم قانونياً إجراء التصرفات القانوني، ففي هذه الحالة فإن النائب هو الذي يتصرف في رفع دعوى التعويض على الطبيب المخطئ، وفي مجال المسؤولية العقدية فإن النائب هو من يتولى إبرام العقود لصالح من ينوب عنه هذا حسب القواعد العامة وهذا الأمر ينطبق على العقد، ففإن هو من يبرم عقد العلاج منح طبيب يختاره لعلاج مريضه القاصر مثلاً³.

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

ان قيام المسؤولية الطبية العقدية لا تكفي وقوع الخطأ الطبي من جانب الطبيب المعالج فقط، بل يلزم ان يلحق بالمريض المعالج ضرر يكون نتيجة اخلال الطبيب بالتزاماته الطبية وبهذا فيجب ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الطبي الذي احدثه الطبيب و الضرر الذي تعرض له المريض، و بالتالي فانه عند قيام هذه المسؤولية و توفر ركن الخطأ الطبي العقدي

¹ تنص المادة 181-01 ق. م. ج "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

² عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 260.

³ عزوز كاهينة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 59.

و ركن الضرر الطبي العقدي فيجب ان يتوفر الركن الثالث الي يجمع بينهم و هو ركن العلاقة السببية بين الخطأ الطبي و الضرر الطبي التي سآبينها في هذا المطلب عبر فرعين، الأول يتضمن النظريات التي قيلت في هذه العلاقة اما الثاني يتضمن وسائل نفي العلاقة السببية.

الفرع الأول: النظريات التي قيلت في العلاقة السببية

ان ما يؤثر على مسؤولية الطبيب وقيامها هو الضرر الحاصل للمريض نتيجة لسبب او عدة أسباب، ومن هذا الصدد ظهرت عدة نظريات وتعددت سأذكر أهمها في هذا الفرع.

أولاً: نظرية تعدد الأسباب

نادي بهذه النظرية الفقيه الألماني "فون بوري" وطبقا لهذه النظرية يؤخذ بكل من ساهم في إحداث الضرر، بمعنى أن كل من سبب الضرر مهما كانت درجة مساهمته بعيدة يسأل عن وقوعه، أي يكون متكافئاً مع غيره في حدوث الضرر، وبذلك تعتبر جميع العوامل التي اشتركت في حدوث الضرر كلها أسباب متعادلة¹.

ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الفعال

صاحب هذه النظرية الألماني "فون كريس" فحسب هذه النظرية إذا كانت عدة أسباب أحدثت ضرر، فإنه يجب التركيز على السبب المنتج والفعال، ويعتبر السبب منتجاً إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حدوث نتيجة من نفس طبيعة النتيجة التي حصلت، وقد أخذت المحكمة العليا الجزائرية بنظرية السبب المنتج الفعال وقضت في قرارها "يجب لاعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر أن يكون سبباً فعالاً في ما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون

¹ كوسة حسين، مرجع السابق، ص 171.

مجرد تدخل في إحداث الضرر، وأنه يجب إثبات السبب الفعال في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت كسبب للضرر"¹.

ثالثاً: نظرية السبب الأقوى

أسس هذه النظرية الفقيه الألماني "كارل بيركير" وحسب هذه النظرية سبب النتيجة هو العامل الأكثر فعالية والأكثر إسهاماً في إحداثها والأسباب الأخرى هي مجرد ظروف ساعدت السبب الأقوى فإذا تعددت الأسباب واستغرق أحد الأسباب خطأ الطبيب الأسباب الأخرى، مثلاً لو أخل الطبيب في إصدار التوجيهات للمريض وأخل المريض في إتباع تلك التعليمات مما أدى إلى إصابته بضرر فيعتبر مستغرقاً خطأ المريض. وعليه مسؤولية الطبيب في هذه الحالة ثابتة حسب هذه النظرية².

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من العلاقة السببية

إن قيام المسؤولية العقدية للطبيب لا يكفي أن يكون الخطأ هو السبب الذي ترتب عليه الضرر. كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية بل لابد أن يكون السبب مباشراً ومنتجاً فإذا كان السبب المحدث للضرر أجنبي تنعدم العلاقة السببية، وبالتالي تنعدم المسؤولية وقد أخذت المحكمة العليا بنظرية السبب المنتج وتتمثل ذلك في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 1996 حيث جاء فيه: "يجب لاعتبار أحد العوامل سبباً في حدوث الضرر، أن يكون سبباً فعالاً فيما يترتب عليه ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون مجرد تدخل في إحداث الضرر لاستبعاد الخطأ الثابت ونوعه كسبب للضرر"، فمتى تبين أن خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية وتوافرت العلاقة السببية بينهما بالاستناد إلى تقرير الخبرة واعترافات المتهم الذي أمر بتجريح العلاج

¹ قرار المحكمة العليا في 17 نوفمبر 1964، أشار إليه بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ج2، م

178

² كوسة حسين، مرجع سابق، ص 172.

الغير المناسب للمريض، فإن قضاة الموضوع قد أعطوا للوقائع التكليف الصحيح وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية¹.

الفرع الثاني: وسائل نفي العلاقة السببية

يمكن للطبيب او للشخص انفاء المسؤولية الطبية الملقاة على عاتقه بنفي العلاقة السببية الموجودة بين الخطأ الطبي والضرر الطبي عبر السبب الأجنبي او الخطأ الذي يكون من قبل المريض او المضرور بصفة عامة او الخطأ الذي يكون من طرف الغير وهذا ما سألينه في هذا الفرع

أولاً: السبب الأجنبي

نقصد بالسبب الأجنبي الحدث الذي ينجم عن ظروف خارجة عن الشيء نفسه كحدوث هزات أرضية او حث اخر غير متوقع وهو ما يعرف بالقوة القاهرة او الحدث المفاجئ وبالتالي يستحيل توقعه من قبل الطبيب ويستحيل دفعه² وهنا تنتفي العلاقة السببية.

ثانياً: خطأ المضرور

يؤدي خطأ المريض إلى قطع العلاقة السببية إذا كان وحده هو المتسبب في حدوث الضرر ويعفي الطبيب من المسؤولية مثال ذلك عدم احترام المريض التعليمات المقدمة من طرف الطبيب، أو تناول أدوية ممنوعة عليه أو الامتناع عن تلقي العلاج أو إخفاء المريض معلومات حساسة عن وضعه الصحي، ولكن إذا ساهم المريض بنفسه في إحداث الضرر مع

¹ القرار المحكمة العليا، ملف رقم 1182 الصادر بتاريخ 30-05-1995، المجلة القضائية الجزائرية، العدد الثاني، 1996.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 8، الجزائر 2008، ص 195.

خطأ الطبيب فإن النتيجة ليست إعفاء الطبيب من المسؤولية بشكل كامل بل تخفف قيمة التعويض¹.

ثالثاً: خطأ الغير

نقصد بخطأ الغير الشخص الذي هو خارج عن العلاقة التعاقدية أي لا يربطه بالمدين صلة قانونية ولا تعاقدية، فالغير هو المسؤول إذا كان هو السبب الوحيد في حصول الضرر للمريض، أما إذا اشترك الطبيب مع الغير في إحداث الضرر فإن المسؤولية تكون مشتركة، سواء كان هذا الغير من مساعديه أو غيره²، ونصبح أمام تعدد المسؤولين للفعل الضار والتعويض يكون بالتضامن، وهذا ما جاءت به نص المادة 126 ق. م. ج.

¹ منصور محمد حسين، مرجع سابق، ص120.

² زرقان رزيقة، زراري جويده، مرجع سابق، ص77.

الفصل الثاني: التعويض في المسؤولية العقدية للطبيب

لقد ساهمت التطورات الهائلة والانجازات العلمية المتقدمة في مجال الطبي في وضع وترتيب نظام قانوني، ينظم علاقة الطبيب بالمريض، من خلال تقرير مسؤولية الطبيب العقدية، حيث ان آثار هذه المسؤولية شمل كافة أوجه النشاط الطبي، سواء تعلق بالتشخيص، أو العلاج أو اصدار الشهادات الطبية، كما أن علاقة الطبيب بمريضه تقوم على أساس الثقة المتبادلة بينهما، والتي تتجسد في بوح المريض بكثير من الأسرار إلى الطبيب ليأتمنه عليه، وممارسة الأعمال الطبية من ذوي الاختصاص في هذا المجال تعتبر من أسباب إباحة المساس بجسم الإنسان قصد علاجه وتحقيقا لمصلحته، غير أن القانون لم يترك الطبيب حرا في عمله وإنما تقوم مسؤوليته العقدية في حالة مخالفته لقواعد قانونية ملزمة، يترتب عليها التعويض.

ولدراسة تقدير القاضي للتعويض لابد أولا من التطرق الى مفهوم التعويض وتبيين طرقه اذا كان تعويض عيني او بمقابل، فقد يحكم القاضي بإجبار المسؤول بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، أما إذا كان ذلك مستحيلا، فيحكم لصالحه بمقابل نقدي أو غير نقدي، وقد يتفق الأطراف مسبقا على تحديد مبلغ التعويض في مضمون العقد أو في اتفاق لاحق لإبرام العقد، يدفع للدائن إذا أخل المدين بتنفيذ التزامه، حدد المشرع في حالات معينة مبلغ التعويض الذي سوف يدفع للمضرور، ويتمتع القاضي أثناء النظر في الدعوى بسلطة تقدير التعويض وذلك استنادا إلى عدة معايير.

ومن هذا الصدد تم تقسيم الفصل الى مبحثين، يتضمن المبحث الأول دعوى التعويض القضائي، اما المبحث الثاني فيتضمن التقدير القضائي للتعويض.

المبحث الأول: دعوى التعويض القضائي

يأتي التعويض كنوع من أنواع الغرامات التي يتحملها الطبيب نتيجة للضرر الذي سببه المريض وقد يكون هذا التعويض مبالغاً فيه، فيكون بذلك إضافة لحق الطبيب، أو يكون هذا التعويض لا يتناسب مع الضرر الذي وقع على المريض نتيجة خطأ الطبيب سواء كان اهمالاً أو مهنيًا، وبذلك فيحق للمريض وذويه في حالة وفاته متى توفرت أركان المسؤولية الطبية من خطأ وضرر وعلاقة سببية تربط بينهم باللجوء إلى القضاء لمقاضاة المسؤول قصد إلزامه بتعويض في مجمل الأضرار التي ألحقها به، بحيث يقوم المضرور برفع دعوى المطالبة بالتعويض باعتباره أحد أطراف الدعوى بحيث يعتبر المدعي، أما الطرف الثاني فهو صاحب الفعل الضار باعتباره المدعى عليه، وبما أنه يتوجب على المريض اثبات الخطأ الطبي والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهم إلا أنه هناك طريقة بديلة لإثبات المسؤولية العقدية تتمثل في القاضي والخبرة القضائية.

ولدراسة هذا المبحث تمت تقسيمه إلى ثلاث مطالب، بحيث يتضمن المطلب الأول أطراف دعوى التعويض، أما المطلب الثاني فيتضمن الاختصاص في النظر بدعوى التعويض القضائي ويتضمن المطلب الثالث دور القاضي والخبرة القضائية في اثبات مسؤولية الطبيب العقدي

المطلب الأول: أطراف دعوى التعويض

عندما يكون هناك ضرر تعرض له المريض بسبب خطأ طبي تسبب به الطبيب أو نشاط بالمستشفى، وذلك نتيجة الإخلال بالتزامهم التعاقدية، فيحق للمريض (المدعي) إذا بقي حياً، أو نائبه إذا كان قاصراً، أو خلفه العام في حالة وفاته برفع دعوى التعويض ضد مرتكب الفعل الضار (بالمدعى عليه)، ومن هذا الأساس قسمت المطلب إلى فرعين، حيث أن الفرع الأول

يتضمن المدعي والذي يعد الطرف الاول الذي قام برفع دعوى التعويض، اما الفرع الثاني فيتضمن المدعى عليه صاحب الفعل الضار كطرف ثاني.

الفرع الأول: المدعي في دعوى التعويض

تنشئ دعوى التعويض إذا كان هناك اخلال بالالتزام التعاقدى الذي نشأ نتيجة اتفاق بين طرفين، أحدهما المتضرر والذي بدوره يقوم برفع هذه الدعوى، حيث سائبين في هذا الفرع تعريف المدعي وماهي الشروط التي يجب ان تتوفر فيه حتى يقوم برفع الدعوى، وماهي الطلبات الي يرفعها فيها

أولاً: تعريف المدعي

يعرف المدعي بانه هو المضرور الذي يطالب بالتعويض لان غير المضرور ليس له الحق في التعويض، فالمضرور او نائبه او خلفه يثبت له هذا الحق ويثبت الحق لكل مضرور، فالمدعي اذن هو المضرور ولكل مضرور ولا أحد غير المضرور¹.

وبالتالي فالمدعي في دعوى التعويض الناشئة عن المسؤولية الطبية العقدية هو ذلك المضرور او نائبه او خلفه الذي تضرر من خطأ الطبيب.

وعند الرجوع الى نص المادة 13 ق.إ.م.ا نجد أن المشرع الجزائري حدد الشروط الواجب توافرها في المدعي والا رفضت دعواه، وتتص المادة على:

"لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه.

كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذ ما اشترطه القانون"¹.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج 1 منشورات الحلبي الحقوقية، ط 3، لبنان، 2000، ص 881.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المدعي

من خلال تفحص نص المادة 13 من ق.إ.م.ا السالف الذكر يتبين لنا مجموعة من

الشروط يجب ان تتوفر في المدعي لإقامة الدعوى وهي كالآتي:

1. **الصفة:** بالرغم من ان المشرع الجزائري لم يعط تعريف لشرط الصفة، الا أنه نص عليها

صراحة كشرط من شروط رفع الدعوى القضائية، وجعلها من النظام العام حين أجاز

للقاضي إثارة الدفع بانعدامها من تلقاء نفسه، فتعرف الصفة بأنها صلاحية الشخص

لمباشرة الإجراءات القضائية سوا بنفسه، أو عن طريق ممثله القانوني بموجب نص

قانوني صريح كصفة تمثيل الوكيل أو القاصر، فيقصد بتوافر الصفة لدى المدعي في

المجال الطبي أن يكون المريض هو المضرور شخصياً نتيجة خطأ الطبيب أو نشاط

المستشفى، فيرفع دعوى ضد مرتكب الفعل الضار لمطالبته بالتعويض، أما إذا كان

قاصراً فينوب عنه وليه أو وصيه فتتوافر الصفة لديهما للمطالبة بالتعويض نيابة عنه،

أو ورثته في حالة وفاته، يطالبون بحقوقهم، وليس بحقوق مورثهم، كما تتوفر الصفة

لدى دائن المضرور للمطالبة بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير

المباشرة ويستطيع المضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص آخر، فينتقل هذا

الحق إلى المحال له².

وينبغي التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، لأنه قد يستحيل

على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصياً بسبب عذر مشروع في هذه الحالة

يسمح القانون لشخص آخر بتمثيله في الإجراءات كأن يحضر المحامي نيابة عن

المدعي، أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة وذلك في حالة استحالة صاحبي

¹ المادة 13 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² عباشة كريمة، المرجع السابق، ص 91-92

الصفة رفع الدعوى¹ وفقا للمادة 574 فقرة 01 من القانون المدني، و التي تنص على:
" لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة لا سيما في البيع والرهن
والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء"².

2. **المصلحة:** يقصد بالمصلحة المنفعة أو الفائدة التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له

قضائياً على طلباته كلها أو بعضها، فمن دون هذه المصلحة لا يملك المدعي هذا
الحق، هي الضابط القانوني لضمان جدية الدعوى وعدم خروجها عن الغاية التي رسمها
القانون لها، فالمصلحة اذن هي شرط لقبول الدعوى، كما هي أيضا شرط لقبول أي
طلب أو دفع أو طعن³.

ولا يكفي لقبول الدعوى ان تكون هناك مصلحة في رفعها بل يجب ان تتوفر على
شروط حتى تكون صحيحة ويفصل فيها القانون وهي:

– **المصلحة القائمة:** نقصد بها أن تكون مصلحة المدعي مستندة إلى حق قانوني،

وتهدف إلى الاعتراف بهذا الحق، أو إلى حمايته⁴، ويكون ذلك كقاعدة عامة

عندما يكون الضرر قد وقع فعلا، كما لو أصيب المريض إثر خضوعه للتدخل

الطبي أو نتيجة سوء العلاج الذي تلقاه في المستشفى إلى بتر ساقه نتيجة

تعفنها، فالضرر قد وقع فعلا، فيكون للمريض المصلحة في رفع الدعوى، ويكون

غرضها حماية حقه في التمتع بالسلامة الجسدية، بحيث يجب أن تكون

المصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، والمصلحة قد

¹ شاوش محمد العربي، شروط قبول الدعوى، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الليسانس أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية،

تخصص قانون عام، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، 2013-2014، ص11

² المادة 574 الفقرة 01 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة

1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ شاوش محمد العربي، المرجع السابق، ص8.

⁴ شاوش محمد العربي، نفس المرجع، ص9.

تكون مادية، كما لو أصيب المريض بعجز جسماني، أو مالية في حالة إصابته بضرر مالي صاحب الضرر المادي اللاحق به، وتكون المصلحة معنوية في حالة المساس بشرف واعتبار المريض كما في حالة إفشاء سره بمعنى إعلام الغير بطبيعة المرض الذي يشكو منه¹.

- **المصلحة المحتملة:** نقصد بها المصلحة التي تسند إلى ضرر محتمل الوقوع، والأصل أن الدعوى لا تقبل إلا إذا كانت المصلحة فيها قائمة وحالة ومع ذلك فإن الفقه والقضاء في بعض الحالات لم يشترطاً أن الضرر قد وقع فعلاً وإنما اكتفيا باحتمال وقوعه²، وهذا ما اقره المشرع الجزائري في نص المادة 13 من القانون السالف الذكر أي انها دعوى وقائية هدفها منع وقوع ضرر محتمل. ان المشرع الجزائري بتطبيقه لنص المادة 13 من ق.إ.م.ا التي تمنح للمدعي حق رفع الدعوى إذا كانت له مصلحة محتملة سيؤثر سلباً على عمل الطبيب، وذلك كون مهنة الطب من المهن الصعبة، وتطبيق هذا الشرط يؤدي تراجع الأطباء عن ممارسة عملهم، لأنه كلما تولد شك لدى المريض بإصابته بضرر محتمل في المستقبل سيرفع دعوى قضائية، ومع ذلك فان الضرر المحتمل لا يعرض عنه³.

3. الاذن القانوني: بينه المشرع في نص المادة 13 فقرة 3 السالفة الذكر من القانون

المدني باعتباره كشرط من شروط قبول الدعوى ولتحقق هذا الشرط لا بد على رافع الدعوى أن يتحقق قبل رفع دعواه أنه قام إلى جانب الشروط الأخرى من مصلحة وصفة وأهلية باستقاء هذا الشرط على اعتبار أن المشرع منح للقاضي سلطة إثارته من تلقاء نفسه وهو ما يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، فالهدف الذي سطره المشرع من

¹ عباشة كريمة، المرجع السابق، ص 92-93

² شاوش محمد العربي، المرجع السابق، ص 9

³ عباشة كريمة، المرجع السابق، ص 93

خلال سن هذا الشرط هو التقليل من النزاعات المطروحة على القضاء وهو نفس الشرط الذي اشترطه المشرع في القانون السابق ضمن المادة 459 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹.

4. **الاهلية:** يقصد بالاهلية صلاحية الشخص في اكتساب المراكز القانونية في الخصومة ومباشرتها وممارسة إجراءاتها، حيث ان المشرع أصاب حين استبعد الأهلية من دائرة شروط قبول الدعوى لعدة اسباب نذكر منها أن الأهلية وضع غير مستقر قد يتوفر وقت قيد الدعوى وقد يتغيب أو ينقطع أثناء سير الخصومة² وتنقسم الى نوعان:

– **أهلية الوجوب:** هي الأهلية التي تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا وتعني صلاحية الشخص لاكتساب المركز القانوني بما يتضمن من حقوق وواجبات إجرائية، القاعدة العامة أن كل شخص قانوني أهل لكي يكون خصما سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، تزول أهلية الوجوب (الشخصية القانونية) بوفاة الشخص الطبيعي، وبحسب المادة 25 من القانون المدني³ فان أهلية الوجوب لا تمكن صاحبها من مباشرة إجراءات التقاضي بنفسه وإنما يستطيع مباشرتها عن طريق ممثله من ولي ووصي

– **أهلية الأداء:** هي الاهلية التي تسمح للشخص بصلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات والتي من خلال يكتسب مراكز قانونية في الخصومة ومباشرة اجراءها حيث نصت عليها المادة 40 من القانون المدني بانها: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة

¹ شاوش محمد العربي، المرجع السابق، ص13.

² شاوش محمد العربي، المرجع نفسه، ص14

³ المادة 25 من القانون المدني الجزائري نصت على: تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا.

حقوقه المدنية و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة"، اما بالرجوع الى ناقص الاهلية فله الحق في الدعوى، إلا أنه لا يستطيع رفعها إلا بواسطة ممثله القانوني، ومثال انه أصيب مريض قاصر بعجز دائم كما لو أصيب بشلل بسبب خطأ الطبيب أو المستشفى، فحتى لو كان له الحق في الدعوى لأن هناك مساس بسلامته الجسدية، إلا أنه لا يستطيع رفعها شخصياً، فيرفعها في هذه الحالة وليه نيابة عنه وباسمه¹.

ويمكن للقاضي ان يثير الاهلية من تلقاء نفسه وذلك في حالة عدم توفرها وهذا ما نص المشرع عليه في المادة 65 ق.إ.م حيث تنص: "يثير القاضي تلقائياً انعدام الأهلية، ويجوز له أن يثير تلقائياً انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي"، وبالتالي على المدعي الذي يدعي تضرره إثبات هذا الضرر كما عليه إثبات أهليته القانونية لرفع الدعوى، وفي حالة عدم وجود هذه الأهلية يجوز مباشرة هذا الحق من نائبه أو وليه، أما في حالة وفاة المريض فن المطالبة بالتعويض ينتقل إلى خلفه².

ثالثاً: طلبات المدعي

تتمثل في مجموعة طلبات يقدمها المدعي عند رفع دعواه ضد المدعي عليه وذلك من اجل المطالبة بالعدالة لما وقع له من فعل ضار وتعرف هذه الطلبات التي يقدمها بالطلبات الاصلية، الا انه عند ظهور مستجدات جديدة يتقدم بطلبات عارضة لتعديل الطلبات الاصلية وهي مبينة كالاتي:

¹ عبوشة كريمة، المرجع السابق، ص 94

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 68

1. **الطلبات الاصلية:** تتمثل في مجموعة الطلبات المقدمة في عريضة افتتاح الدعوى من طرف المدعي، سواء كان المريض المضرور هو صاحب الطلب أو ذويه في حالة وفاته، وذلك بهدف إصلاح الضرر الذي سببه الخطأ الطبي العقدي الذي كان بينهما¹.
2. **الطلبات العارضة:** تتمثل في مجموعة الأدوات الفنية التي يمكن بواسطتها إدخال تفاعلات على الطلب الأصلي، وذلك إذا تحققت الشروط التي يتطلبها القانون وذلك بتوافق بين الطلب الأصلي والطلب العارض².

وغالبا ما تكون هذه الطلبات التي يتقدم بها المضرور (المريض) في دعوى المدنية هو تعويض عن الضرر الذي نتج عن الخطأ العقدي للطبيب، ومثال ذلك كأن يطلب المريض مبلغ معين عن الخسارة المالية التي لحقته من جراء دفع مصاريف علاجه أو إعادة العملية الجراحية عند الطبيب آخر غير الطبيب الذي أخطأ في حقه، أو المطالبة بالتعويض العيني كإجراء عملية تجميلية لإزالة التشوهات التي ظهرت نتيجة خطأ الطبيب الجراح في العملية³.

ان المشرع الجزائري لم يحدد أنواع الطلبات العارضة وإنما اكتفى بالنص على أنها مجموع الطلبات التي تأتي لتعديل الطلبات الأصلية، وبالتطرق الى نص المادة 25 من قانون ا.م.ا نفهم من نص المادة ان الطلبات العارضة هي طلبات الاضافية والطلبات المقابلة حيث نصت على:

"يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد.

غير أنه يمكن تعديله بناء على تقديم طلبات عارضة، إذا كانت هذه الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية.

¹ عبوشة كريمة، المرجع السابق، ص 98.

² عبوشة كريمة، المرجع نفسه، ص 98.

³ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 69.

تحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والإضافية وبالطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية.

الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلبته الأصلية.

الطلب المقابل هو الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة، فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه.¹

الفرع الثاني: المدعى عليه

بينت لنا المسؤولية العقدية ان المدعى عليه هو الدائن الذي أخل بالتزامه التعاقد، اما

بالرجوع الى المسؤولية العقدية الطبية فالمدعى عليه هو الطرف الذي رفعت ضده دعوى التعويض سواء كان الطبيب كشخص طبيعي او مؤسسة استشفائية كشخص معنوي، ولا يلزم بتعويض المدعي ما لم يكن فعله هو السبب الحقيقي في الضرر اللاحق بهذا الأخير

أولاً: تعريف المدعى عليه

يعرف المدعى عليه انه الشخص المعنوي او الطبيعي الذي رفعت ضده دعوى المدعي وذلك لما لحقه من ضرر محقق يطلب به التعويض²

اما في المسؤولية الطبية فهو الشخص المسؤول عن وقوع الفعل الضار. وعليه فإن

المسؤولية العقدية للطبيب يكون المدعي عليه فيها هو الطبيب الذي أخل بالتزامه التعاقدى اتجاه مريضه مما نتج عن خطئه هذا ضررا ماديا أو معنويا بالمريض المتعاقد معه³

وعند النظر الى الشروط الواجب توافرها في المدعى عليه هي الصفة التي سبق شرحها

في الفرع الأول حيث ذكرت نص المادة 13 ق.إ.م.ا المدعى عليه، وانه يجب أن تتوفر الصفة

¹ المادة 25 من قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² عبوشة كريمة، المرجع السابق، ص 96.

³ كوسه حسين، المرجع السابق، ص 185.

في كلا طرفي العلاقة التعاقدية من مدعي ومدعى عليه أيضا، فالدعوى ترفع من ذي مصلحة على ذي مصلحة، وفي حالة عدم توفرها، فالقاضي يثيرها ممن تلقاء نفسه، لأن شرط الصفة من النظام العام¹.

والمدعي عليه يكون مسؤولا أيضا عن فعل الغير أو فعل الشيء الذي يكون بحوزته ويمكن أن يكون المدعي عليه هو المسبب الأصلي في الضرر أو خلفه، ويمكن أن يحل محله الوكيل، أو الوارث عملا بقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون، بحيث يجوز لأي من الورثة أن يمثلها في دعوى المسؤولية².

ويمكن أن يتعدى المدعي عليه كما هو الحال في الفريق الطبي حيث يتحمل كل واحد من أعضاء الفريق الطبي بصفة انفرادية مسؤوليته عن خطئه، متى تم إثبات خطأ كل واحد على حدا، وبالتالي يتحمل كل طبيب مقدار من التعويض ولا يمكن افتراض مسؤوليتهم التضامنية في دفع مبلغ التعويض ما لم يكن اتفاق يخالف ذلك³.

ثانيا: دفع المدعى عليه

تعتبر الدفع وسيلة يعتمدها المدعى عليه للرد والاعتراض على الطلبات التي تقدم بها المدعي ضده وعلى إجراءاتها، وذلك لتفادي الحكم ضده أو لتأخيره⁴

وتتمثل هذه الدفع في:

1. **الدفع الشكلية:** عرفت المادة 49 ق.إ.م.ا بنصها: "الدفع الشكلية، كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو انقضائها أو وقفها"، ومثال ذلك الدفع بتخلف

¹ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 97

² كوسه حسين، المرجع السابق، ص 185.

³ كوسه حسين، المرجع نفسه، ص 185.

⁴ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 101.

أحد البيانات الواجب ذكرها في العريضة الافتتاحية أو الدفع بعدم الاختصاص هي الإقليمي.

اما المادة 50 من ق.إ.م.إ. فبينت انه يجب على المدعى عليه إثارة هذه الدفع

قبل إبداء أي دفاع في الموضوع أو الدفع بعدم القبول، ويجب أن تكون في آن واحد،

حيث نصت على: "يجب اثاره الدفع الشكليه في آن واحد قبل إبداء أي دفاع في

الموضوع، أو دفع بعدم القبول، وذلك تحت طائلة عدم القبول".

2. **الدفع الموضوعية:** عرفتھا المادة 48 ق.إ.م.إ. بأنها: "الدفع الموضوعية هي وسيلة

تهدف إلى دحض ادعاءات الخصم، ويمكن تقديمها في أية من حلة كانت عليها

الدعوى"، وهي التي يتحجج بها المدعى عليه، ومثال ذلك دفع الطبيب بعدم ارتكابه لأي

خطأ ونفي العلاقة السببية بين الخطأ الضرر.

3. **الدفع بعدم القبول:** عرفت المادة 67 ق.إ.م.إ. هذا النوع من الدفع ب: "الدفع بعدم

القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في

التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة بالتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية

الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع"، فالدفع بعدم القبول هو وسيلة

لتجنب التصدي للموضوع.

اما المادة 68 من نفس القانون فنصت على انه: " يمكن للخصوم تقديم الدفع بعدم

القبول في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم دفع في الموضوع"، فيمكن

للمدعي عليه (الطبيب) إثارة هذا الدفع في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو بعد تقديم

دفع في الموضوع ويمكن للقاضي إثارة هذا الدفع تلقائيا وذلك حسب المادة 69 من

نفس القانون¹.

¹ المادة 69 من القانون المدني نصت على: " يجب على القاضي أن يثير تلقائيا، الدفع بعدم القبول إذا كان من النظام العام، لا سيما عند عدم احترام أجل طرق الطعن أو عند غياب طرق الطعن".

وهناك دفوع أخرى منصوص عليها في المواد من 59-66 من نفس القانون يمكن للمدعي التمسك بها.

ثالثاً: طلبات المدعي عليه

يقدم المدعي مجموعة من الطلبات أثناء الدعوى، قد تكون أصلية، أو إضافية، أو مقابلة، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

1. **الطلبات الأصلية:** للمدعي عليه الحق في تقديم طلبات أصلية رداً على عريضة افتتاح الدعوى المقدمة من قبل المدعي، وذلك طبقاً لنص المادة 25 من ق.إ.م.إ، كأن يطلب الطبيب طلب أصلي في رفض دعوى المريض لعدم التأسيس القانوني.
2. **الطلبات الإضافية:** عرف المشرع الطلب الإضافي في المادة 25 فقرة 03 من ق.إ.م.إ. بانه: "الطلب الإضافي هو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع بهدف تعديل طلباته الأصلية"، ومثال ذلك أن يقدم الطبيب طلب أصلي بدفع مبلغ التعويض على شكل إيراد مرتب مدى الحياة نتيجة خطئه الشخصي الذي سبب عجز جسماني بالمريض، لكن فيما بعد تبين له أن إصابة المريض هي مجرد إصابة مؤقتة، فيقدم الطبيب طلباً إضافياً لتعديل الطلب الأصلي، حيث يلتزم فيه برفض طلب المدعي واستعادته لدفع التعويض عن كل ضرر لاحق به إلى غاية شفائه¹.
3. **الطلبات المقابلة:** عرف المشرع الطلب المقابل في المادة 25 فقرة 04 بأنها: "الطلب المقابل هو الطلب الذي قدمه المدعي عليه للحصول على منفعة، فضلاً عن طلب رفض مزاعم خصمه"، فالطلب المقابل حسب نص هذه المادة الذي يرمي إلى الحصول على منفعة للمدعي عليه، ومثال ذلك الطبيب يطلب إجراء الخبرة، فالطبيب في هذه الحالة يستفيد كثير في حالة أثبت الخبير عدم صحة ما يدعيه المريض المدعي.

¹ عباشي كريمة، المرجع السابق، ص100.

المطلب الثاني: الاختصاص في دعوى المسؤولية العقدية للطبيب

عندما يقع الضرر، يتقدم المضرور بدعوى يرفعها على صاحب مرتكب الفعل الضار، سواء كان أحد من الطاقم الطبي او المستشفى، وهذه الدعوى تكون لها جهة قضائية مختصة يختارها المضرور كي لا يتم رفض دعواه، فالاختصاص بالنظر في الدعوى يختلف حسب مكان تواجد الاطراف وموضوع الدعوى، بالإضافة إلى أنه يخضع للتقادم، وعلى هذا الأساس قسمت المطلب الى فرعين، الفرع الأول يتضمن الاختصاص في النظر بالدعاوى التعويضية، اما الفرع الثاني فيبين التقدم في دعوى التعويض.

الفرع الأول: الاختصاص في النظر بالدعاوى التعويضية

قبل رفع دعوى التعويض لابد بالنظر الى الاختصاص القضائي الذي ترفع به الدعوى حيث يعتبر شرط من شروط رفع الدعوى، حيث يجب على المدعى اختيار المحكمة المختصة اقليميا وكذلك القسم المختص بالنظر في النزاع القائم بين الطرفين، وهذا ما سألينه في هذا الفرع.

أولاً: الاختصاص النوعي

يعرف الاختصاص النوعي على أنه توزيع القضايا بين الجهات القضائية المختلفة على أساس نوع الدعوى، حيث يقصد به ولاية الجهة القضائية على مختلف درجاتها بالنظر في نوع معين من الدعاوى المرفوعة إليها، وقد بين المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والادارية اختصاص المحاكم والمجالس القضائية، فنظم قواعد الاختصاص النوعي سواء بالنسبة إلى القضاء العادي او الاداري¹.

1. القسم المدني

¹ فريحة كمال، المرجع السابق، ص 310

بالرجوع الى نص المادة 32 من ق. ا. م. ا فإنه حدد الاختصاص النوعي

للمحاكم، والجهة القضائية الي تفصل فيها المحكمة، واعتبرتها ذات اختصاص عام، وتتشكل المحكمة من اقسام مختصة حسب النزاع القائم، حيث نصت هذه المادة على: " المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام.

يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة

تفصل المحكمة في جميع القضايا، لا سيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا.

وتتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع،

غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام، يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية"، فهناك من القضايا المتعلقة بالمسؤولية المدنية تطرح على المحاكم والتي تندرج تحتها المسؤولية العقدية للطبيب فنجد القسم المدني هو المختص بالنظر بمثل هذه الدعاوي.

2. المسؤولية المدنية التبعية

تندرج هذه المسؤولية ضمن قسم الجرح والمخالفات، حيث يقصد بالدعوى المدنية التبعية تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية من حيث الإجراءات الخاضعة لها ومن حيث مصيرها، ذلك أن تبعيتها من حيث الإجراءات تعني أن قانون الإجراءات الجزائية هو الذي تخضع له الدعوى المدنية التبعية وليس قانون الإجراءات المدنية، ويعني تبعيتها من حيث مصيرها، وأن القضاء الجزائي ملزم بالفصل في الدعويين العمومية والمدنية التبعية لها بحكم واحد¹.

¹ فريحة كمال، المرجع نفسه، ص311.

ونجد المادة 3 فقرة 01 من ق.إ.ج¹ على ما يلي: "يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت أمام الجهة القضائية نفسها، وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولاً مدنيا عن الضرر".

وتتص المادة أيضا في الفقرة الأخيرة علي: "تقوم دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو اجتماعية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية"، فيقصد بدعوى المدنية التبعية بأنها مطالبة من لحقه ضرر من جريمة وهو المدعي المدني من المتهم أو المسؤول المدني عن الحقوق المدنية أمام القضاء الجنائي لجبر الضرر الذي أصابه نتيجة الجريمة التي ارتكبها فأضرت بالمدعي المدني².

وعليه فمن خلال المادة 03 السالفة الذكر فإن لكل مضرور من جريمة منظور فيها في الدعوى الجزائية، مباشرة الدعوى المدنية التبعية، فالشخص المضرور (المريض)، قد يفوته كسبا أو تلحقه خسارة، وعليه فإن الدعوى المدنية التبعية تتبع الدعوى الجزائية للمطالبة بتعويض هذا الضرر³.

وفي حالة إدعى المريض (المدعي) أن الطبيب ارتكب خطأ نتج عنه جريمة، ثم قام برفع الدعوى العمومية، وفي نفس الوقت رفع دعوى مدنية أمام القاضي المدني، فيكون هذا الأخير ملزم بعدم الفصل في الدعوى المدنية إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.

² عزوز كاهينة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص76

³ 3 كوسة حسين، المرجع السابق، ص192.

عملا بقاعدة "الجزائي يوقف المدني" وهذا ما اكدته المادة 4 من ق.إ.ج¹ لتقادي الحكم الذي يوقع بين الحكم المدني والحكم الجزائي².

ثانيا: الاختصاص الإقليمي

يقصد بالاختصاص الإقليمي للجهات القضائية، الاختصاص المحلي أي الحيز الجغرافي الذي تختص كل محكمة بالنظر والفصل في المنازعات التي تثور فيه والذي يتم تحديده عن طريق التنظيم، حيث نصت المادة 37 من ق.إ.م.أ على: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

اعتبر المشرع الجزائري الاختصاص الاقليمي ليس من النظام العام فلا يجوز للقاضي اثارته من تلقاء نفسه، بل يتعين على الخصوم اثارته قبل اي دفاع في الموضوع وهذا حسب المادة 47 من نفس القانون³.

وإذا طبقنا قواعد الاختصاص الإقليمي على المنازعات الطبية، فطبقاً للمادة 37 السالفة الذكر يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وفي حالة تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص طبقاً للمادة 38 من ق.إ.م.أ للجهة القضائية

¹ المادة 4 من ق.إ.ج تنص كما يلي: "يجوز أيضا مباشرة الدعوى المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية غير أنه يتعين أن ترجى المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامه لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت".

² فريحة كمال، المرجع السابق، ص 312

³ المادة 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على: "يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي، قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".

التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم¹، ونصت أيضا المادة 40 فقرة 5 من نفس القانون عما يلي: "وفي المواد المتعلقة بالخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها تقديم العلاج".

وبالرجوع إلى الفقرة 05 من المادة 40 السالفة الذكر، فإن القسم المدني الموجود على مستوى المحكمة التي تم في دائرة اختصاصها تقديم العلاج هو المختص بالمواد المتعلق بالخدمات الطبية.

أما إذا كان مرتكب الفعل الضار هو المستشفى، فيؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات، وهذا ما أكدته الفقرة 0 من المادة 804 من ق.إ.م.ا بنصها كما يلي: "...في مادة الخدمات الطبية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تقديم الخدمات".

الفرع الثاني: تقادم دعوى المسؤولية المدنية

كما هو معروف فإن المسؤولية العقدية للطبيب تتجزأ ضمن المسؤولية المدنية، وعلى غرار كل المسؤوليات فإن المسؤولية المدنية تخضع لمدة التقادم المنصوص عليها في النظام العام، وهذا مثبت أن المسؤولية العقدية للطبيب تخضع لنفس مدة التقادم المنصوص عليها في المسؤولية المدنية وهذا راجع إلى عدم وجود نص ينظم هذه المسؤولية لهذا سأطرق في هذا الفرع إلى تقادم الدعوى المدنية أولا، وانقضاء الدعوى المدنية التبعية ثانيا.

أولا: تقادم الدعوى المدنية

بالرجوع إلى نص المادة 133 من القانون المدني الجزائري فإننا نجد المشرع الجزائري حدد مدة التقادم ب 15 سنة¹، أما المادة 308 من نفس القانون فنصت على ما يلي: "يتقادم الالتزام

¹ المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على: "في حالة تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم".

بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات الآتية".

وفيما يخص مدة التقادم فبالاستناد إلى المادتين السابقتين الذكر يكون من يوم وقوع الفعل الضار، وحتى يتسنى للمضرور الحصول على التعويض جعل مجلس الدولة الجزائري حساب التقادم من تاريخ العلم بوقوع الفعل الضار، وليس من يوم وقوع الفعل الضار².

وعليه فعلى المريض المدعي التأكد بأن مدة التقادم لم تفته حتى لا يمنح للطبيب المدعى عليه الذي تعاقد معه اللجوء الى الدفع بعدم القبول الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 67 من ق.إ.م.أ.ب: " الدفع بعدم القبول، هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة وانعدام المصلحة والتقادم وانقضاء الأجل المسقط وحجية الشيء المقضي فيه، وذلك دون النظر في موضوع النزاع".

ثانيا: انقضاء الدعوى المدنية التبعية

نجد المادة 10 من قانون اجراءات الجزائية نصت على: "تتقادم الدعوى المدنية وفق أحكام القانون المدني.

غير أنه لا يجوز رفع هذه الدعوى أمام الجهة القضائية الجزائية بعد انقضاء أجل تقادم الدعوى العمومية".

فنص قانون الإجراءات الجزائية على قاعدة عامة تحكم انقضاء الدعوى المدنية التبعية بخضوعها للأحكام وقواعد القانون المدني رغم ما تتميز به من تبعية للدعوى العمومية، ومن

¹ المادة 133 من القانون المدني الجزائري، تنص على ما يلي: "تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع الفعل الضار".

² فريحة كمال، المرجع السابق، ص314.

حيث التنازل عن الحق وتركه فيجوز للمدعي المدني المضرور من الجريمة، التنازل عن حقه المدني في أية مرحلة كانت عليها الدعوى¹.

المطلب الثالث: دور القاضي والخبرة القضائية في اثبات المسؤولية الطبية العقدية.

يقع على المريض اثبات الخطأ الطبي والضرر الطبي والعلاقة السببية التي تربط بين الخطأ الطبي العقدي والضرر الطبي العقدي وذلك في حالة التزام الطبيب ببذل عناية، اما إذا كان التزام الطبيب بتحقيق نتيجة فيتوجب عليه اثبات التزامه، الا ان هناك طرق بديلة مهمة في اثبات المسؤولية العقدية للطبيب تتمثل في القاضي و الخبرة القضائية حيث ان للقاضي والخبرة القضائية دور في اثبات مسؤولية الطبيب العقدية وهذا ما سأبينه في هذا المطلب عبر فرعين يتضمن الأول الدور القاضي في اثبات المسؤولية العقدية للطبيب اما الثاني فيتضمن دور الخبرة القضائية في اثبات المسؤولية العقدية للطبيب.

الفرع الأول: دور القاضي في إثبات المسؤولية العقدية للطبيب

يتمثل دور القاضي في اثبات المسؤولية العقدية للطبيب في السلطة التقديرية الواسعة في استنباط القرائن القضائية وهذا يستخلص من ظروف ووقائع الدعوى المعروضة أمامه، فهو لا يقوم بإثبات الخطأ وإنما يتحقق من نسبة حدوث الوقائع التي أثبتتها المريض. حيث يقوم القاضي باستخلاص الخطأ من خلال المقارنة بين سلوك الطبيب والسلوك المألوف من أجل التحقق من مدى خروج الطبيب عن السلوك المألوف الواجب الإلتباع، وذلك بالاعتماد على معيارين²:

أولاً: المعيار الشخصي

¹ عزوز كاهينة، سعد الله كريمة، مرجع السابق، ص78

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص79.

يقصد به النظر في وضع الطبيب بالنسبة لمواهبه الشخصية ولوضعه الذهني، وخبرته المهنية، ووضعه الاجتماعي، والثقافي...إلخ.

ثانيا: المعيار الموضوعي

ويقوم على تصور نظري لما كان مفترض لدى الطبيب العادي الذي يتمتع بمعرفة ودراية وكفاءة وانتباه، ويوجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بمرتكب الفعل عند أدائه لعمله. وعليه فإذا اتضح للقاضي أن الطبيب لم يقم بسلوك الرجل العادي يعتبر مهملًا في اتخاذ واجب الحيطة والحذر، وبالتالي فهو يعد مخطئ¹.

من هذا فإننا نستنتج أن الطبيب الوسط هو المعيار المناسب لتقدير الخطأ الطبي على إن يحاط بالظروف الخارجية، فإذا كان الطبيب مختصًا فإنه يقاس بطبيب آخر من نفس التخصص وبالتالي للقاضي دور مهم في الإثبات، خاصة إذا كان الخطأ الطبي العقدي خطأ عادي من السهل تقديره، على عكس الخطأ الفني الذي يتسم بنوع من الخصوصية، مما يستدعي اللجوء إلى الخبرة القضائية.

الفرع الثاني: دور الخبرة القضائية في إثبات المسؤولية العقدية للطبيب

من بين الوسائل التي يلجأ إليها القضاء هي الخبرة الطبية وذلك عند عدم تمكن القاضي من تحديد مدى توفر الخطأ الطبي العقدي الفني الذي ارتكبه الطبيب، ومدى تأثير هذا الخطأ في إحداث الضرر الذي أصاب المريض، وعليه يستعين القاضي بخبير لمعرفة ما صعب عليه تقديره للحكم في الدعوى.

أولاً: تعريف الخبرة القضائية

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص 79.

تعرف الخبرة على انها تكليف شخص من قبل المحكمة للإدلاء برأيه الفني من خلال تقرير مقدم منه إلى المحكمة، وتكون الخبرة في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي الفصل فيها دون اللجوء إلى الخبير¹.

اما بالرجوع الى المشرع الجزائري فانه تحدث عن الخبرة القضائية في المادة 95 من مدونة اخلاقيات الطب الجزائرية فقد نصت على "تعد الخبرة عملا يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه القاضي أو سلطة أو هيئة أخرى لمساعدته التقنية لتقدير حالة شخص ما الجسدية أو العقلية ثم القيام عموما بتقسيم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية"، فيتين من تعريفها بأنها عبارة عن عمل يقوم به الطبيب الذي يعينه القاضي، يقدر حالة المريض سواء تعلق الأمر بحالته الجسدية أو العقلية، قد يسند القاضي مهمة أعداد تقرير الخبرة إلى الخبير القضائي، كما يمكن أن يطلبه القاضي من المجلس الوطني لأخلاقيات مهنة الطب الذي استحدثه المشرع الجزائري.

ثانيا: تقرير الخبير

يحق للقاضي قانونا اختيار خبير أو عدة خبراء في حالة صعب عليه تقدير النزاع المطروح أمامه

1. كيفية تعيين الخبير:

أ- اختيار الخبير: نقصد بالخبير كل شخص له معرفة خاصة بمسألة من المسائل، حيث يتم الاستعانة به لكشف الغموض في وقائع الدعوى المعروضة امامه، والمحكمة تستعين بأي شخص ترى فيه الكفاءة الفنية لإرشادها في المسألة غير ان المشرع الجزائري وضع نظاما كفل به حسن اختيار الخبراء، وذلك من خلال

¹ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 399

المرسوم التنفيذي 95-310 المحدد لشروط التسجيل في قوائم الخبراء القضائيين وكيفية¹.

اما المادة 126 من ق.إ.م.إ، نصت على انه يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة. اما المادة 127 من نفس القانون نصت على انه في حالة تعدد الخبراء المعيّنين، يقومون بأعمال الخبرة معا، ويعدون تقريرا واحدا اما إذا اختلفت آراءهم فيتوجب على واحد منهم تسبيب أو تبين رايه

ب- **تحديد مهمة الخبير:** تقوم المحكمة بإسناد مهمة إلى الخبير الطبي بعد اختياره مستهدفة بذلك عدة اعتبارات أهمها ضمان عدم تجاوز الخبير للحدود التي يرى القاضي أنها كافية لإثبات الواقع، ويجب على الخبير أن ينفذ الأمر الذي رسمه الحكم دون أن يتجاوز ذلك حيث يقوم الخبير بفحص موضوع النزاع وتحديد المسائل الفنية وبعدها يقوم بإدلاء رأيه الفني فيها، اما الهدف من ذلك هو تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمام المحكمة ويبقى رأي الخبير مجرد رأي استشاري، وعليه فالكلمة الأخيرة تبقى للقاضي لأنه الشخص الوحيد الذي له السلطة التقديرية في الفصل في النزاع².

ت- **تحديد أجل إيداع التقرير الطبي:** عند الانتهاء من تعيين الخبير الطبي فإنه يقوم القاضي بتحديد المدة التي يجب على الخبير وضع التقرير فيها، وبذلك يتم وضع هذا التقرير لدى أمانة الضبط وذلك بالاستناد إلى نتيجته والفصل في النزاع³.

¹ يزيد نعيمة، المرجع السابق، ص 63-64

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 81.

³ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع نفسه، ص 81.

ث- تحديد مبلغ التسبيق: بالرجوع الى نص المادة 129 فقرة 01 من ق.إ.م.ا فإنها نصت على " يحدد القاضي الأمر بالخبرة، مبلغ التسبيق، على أن يكون مقاربا قدر الإمكان للمبلغ النهائي المحتمل لأتعب ومصاريف الخبير " فيفهم من نص المادة ان القاضي الامر بالخبرة هو الذي يحدد مبلغ التسبيق بشرط ان يكون يقارب بنسبة كبيرة مبلغ الاتعاب ومصاريف الخبير النهائية.

2. مناقشة الخبرة

أن الخبير لا يلزم بحضور الجلسات التي تحددها المحكمة لمناقشة التقرير الذي أودعه، لان القانون لم يوجب على الخبير الحضور في الجلسة المحددة لنظر الدعوى بعد إيداعه لتقرير الخبرة، إلا إذا أمرت المحكمة باستدعائه من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم، إذا رأت محلا لذلك كاستيضاح نقطة مبهمة في تقريره أو مناقشته في بعض ما جاء فيه، وهذا ما تضمنته المادة 141 من ق.إ.م.ا بنصها "إذا تبين للقاضي أن العناصر التي بني عليها الخبير تقريره غير وافية، له أن يتخذ جميع الإجراءات اللازمة، كما يجوز له على الخصوص أن يأمر باستكمال التحقيق، أو بحضور الخبير أمامه، ليتلقى منه الإيضاحات والمعلومات الضرورية"، والمحكمة غير ملزمة بالاستجابة لطلب الخصم في استدعاء الخبير لمناقشته، بل هي صاحبة السلطة في تقدير ما إذا كان هذا الإجراء منتجا أو غير منتج¹

3. مدى أخذ القاضي بتقرير الخبرة:

عند تقديم الخبير تقريره إلى المحكمة تتولى هذه الأخيرة ما جاء في التقري، فهي غير ملزمة بما جاء فيها فلها السلطة في أن تصادق على تقرير الخبير كليا أو جزئيا أو إلغاؤه كليا أو جزئيا لعيب شكلي فيه أو لانحيازه، كما يمكن له الأمر بإجراء خبرة جديدة².

¹ يزيد نعيمة، المرجع السابق، ص 81-82

² عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 82.

أ- اعتماد التقرير: بعد انتهاء القاضي من مناقشة تقرير الخبرة فإنه يأخذ برأي الخبير إذ يمكن أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة بأكملها بشرط أن يكون هذا التقرير صحيحا لا يشوبه بطلان أي يكون مبني على أسباب صحيحة وكافية بذاتها، لأن سلطة المحكمة في تقدير آراء الخبراء محلها أن تكون هذه الآراء قد قدمت لها في تقرير صحيح لا في تقرير باطل منافي للمقصود¹.

ب- رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع إزاء تقرير الخبرة: إن للقاضي السلطة التقديرية بالأخذ بتقرير الخبرة أو استبعادها كما له الحق في ممارسة الرقابة على الخبير أثناء إنشاء إنشاء التقرير، غير ان هذا الحق غير مطلق ومقيد بمعنى أن للقاضي رقابة من قبل المحكمة العليا إزاء تقرير الخبرة، فإذا قام القاضي بتشويه تقرير الخبير أو كأن يخرج عن مضمونه أو يحرف عباراته أو إعطاء معنى مغاير لما أراده الخبير وإلا كان حكمه معيبا يستوجب نقضه².

¹ يزيد نعيمة، المرجع السابق، ص 87.

² يزيد نعيمة، المرجع نفسه، ص 89.

المبحث الثاني: التقدير القضائي للتعويض

عند وقوع ضرر للمدعي فإنه يرفع دعوى لجبر هذا الضرر من أجل الحصول على تعويض لأن الخطأ الذي يصدر من الطبيب ويسبب الضرر للمريض يستوجب مساءلته عن ذلك والمطالبة بالتعويض.

وعند البحث في أحكام تقدير القضائي للتعويض تطلب علي الأمر التطرق في المطلب الأول على مفهوم التعويض وذلك من أجل تثرية المبحث وتوضيحه لأن التعويض يعد من المسائل المهمة في المسؤولية العقدية للطبيب، أما المطلب الثاني فهو يبين الطرق المختلفة لتقدير التعويض عن الأضرار، أما المطلب ثالث فسأبين فيه دور شركة التأمين في دفع مبلغ التعويض وذلك وفق خطة ممنهجة

المطلب الأول: مفهوم التعويض

إن الهدف من التعويض هو جبر الضرر الذي تسبب به الطبيب بعد توافر أركان المسؤولية العقدية الطبية من خطأ وضرر طبي عقدي وعلاقة سببية بينهما وعند الحديث عن مفهوم التعويض لابد التطرق إلى تعريف التعويض من خلال تبيين معناه القانوني وتعريف الفقهاء له، وهذا ما تطرقت له في الفرع الأول أما الفرع الثاني سأبين فيه طرق التعويض، أما الفرع الثالث سيتضمن عناصر التعويض

الفرع الأول: تعريف التعويض

يعتبر التعويض من الآثار التي تترتب عن قيام المسؤولية العقدية للطبيب كما أنه يتمثل في النتيجة التي تؤدي إلى إصلاح الضرر وبالنظر إلى تعريف التعريف فإن المشرع بإعطاء تعريف واضح للتعويض، وإنما قصر الأمر على بيان مدها والوسائل التي يمكن للمريض من

خلالها مطالبة الطبيب به، فإذا نظرنا في نص المادة 124 من ق م ج¹، وجد أنها تنص على الأثر المترتب عن ارتكاب شخص خطأ يسبب ضرراً للغير، وهذا الأثر هو الالتزام بالتعويض.

أما الفقه، فذهب إلى أن مفهوم التعويض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمفهوم الضرر وأنه مجرد وسيلة لجبره، وقد قام بتعريف التعويض بأنه مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس، باعتباره الضرر، تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كانا نتيجة طبيعية لوقوع الضرر، وعرفه جانب من الفقه أيضاً بأنه مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو أن المتعاقد الآخر نفذ التزامه على النحو المتفق عليه، أو على النحو الذي يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس، وبهذا فإن تعريف التعويض حسب الفقه هو وسيلة يقوم بها القضاء لجبر الضرر، سواء بمحوه أو تخفيف وطأته، وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدمًا، ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه، فينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون زيادة أو نقصان².

وهناك من الفقهاء من ربط بين التعويض وبين أركان المسؤولية العقدية، حيث ونجد الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري يعرفه بأنه: "إن التعويض سببه في غالب الأحيان دعوى المسؤولية ذاتها، لأن المسؤول لا يسلم بمسؤوليته ويضطر المضرور أن يقيم عليه الدعوى"³.

وان التعويض عبارة عن جزاء توافر أركان المسؤولية، وأن المقصود من التعويض هو إعادة التوازن الذي اختل بسبب الضرر الذي وقع، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي من

¹ نص المادة 124 من القانون المدني، المعدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2015، (المنشور في ج.ر. ج.ج، العدد 44، السنة الثانية والأربعون، المؤرخة في 26 يونيو 2005)، كالتالي: "كل فعل أيا كان يرتكبه شخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه للتعويض".

² بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة أحمد دراية، أدرار، سنة 2015، ص10

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار العربية، د. ط، القاهرة، 1964، ص 109.

المفترض والمتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر، لأن التعويض هو كل ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر¹.

فيتضح من خلال التعاريف السابقة، أن التعويض هو جزاء تحقق المسؤولية، أي النتيجة الطبيعية لتحمل المسؤول قيمة الضرر الذي ألحقه بالمضرور.

الفرع الثاني: طرق التعويض

يتمتع القاضي بالسلطة الكاملة في اختيار طرق التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر حسب الظروف، وفي غالب الأحيان تقدر قيمة تعويض الضرر بالنقود إلا أنه لا يمنع من أية طريقة أخرى وذلك حسب نص المادة 132 من القانون المدني التي نصت على: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع"²، وجعل المشرع الجزائري التعويض العيني كأصل والتعويض المقابل كاستثناء في حالة استحالة التعويض العيني.

أولا: التعويض العيني

¹ بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 11.

² نص المادة 132 من ق المدني، عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2015 (23. 440) حررت في ظل الأمر رقم 5875 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي:

يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسما، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمينا.

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالعمل غير المشروع.

يقصد بالتعويض العيني إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار حيث انه يزيل الضرر الناشئ عنه ويعد هذا التعويض من أفضل الطرق لإزالة الضرر، ويعتبر هذا النوع من أنواع التعويض هو الشائع في مجال المسؤولية العقدية، غير أنه أحيانا لا يكون ممكنا مما يتحتم اللجوء إلى التعويض بمقابل، وعليه فلا يجوز للدائن أن يطلب مقابل إذا كان المدين مستعد أن يقوم بالتعويض العيني، وإن كان المدين هو الذي طلب التعويض بمقابل ولم يكن هذا التعويض العيني مرهقا له، فالقاضي يحكم بهذا الأخير¹.

اما بالرجوع الى الطبيب فيمكنه أحيانا إزالة الضرر الذي ألحقه بالمريض، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه عن طريق إجراء عملية جراحية، إذا ما تعلق الأمر بأضرار تمس بمظهر المريض، ولكن إن استحال عليه ذلك فهو ملزم بتعويض المضرور بمقابل، لكنه في غالب الأحيان يصعب على الطبيب إعادة المريض إلى ما كان عليه قبل حدوث الخطأ كالوفاة، والأضرار المعنوية التي تمس المريض، اما الاضرار الجسدية فلا يمكن اعادةها على ما كانت عليه، وكذلك لا يمكن الحكم بالتعويض العيني في عمليات نقل الدم فأصابة المريض بمرض الإيدز أو الالتهاب الكبدي الوبائي يسبب نقل دم ملوث إلى جسم يؤدي إلى الموت. وبالتالي لا يمكن إعادة المريض إلى ما كان عليه².

اما بالرجوع الى بعض الفقهاء فإننا نجد انهم يخلطون بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، إذ يعطون لفكرة التعويض العيني مدلولاً واسعاً يستغرق التنفيذ العيني للالتزام. أما البعض الآخر يميز بينهما، فالتنفيذ العيني يزيل الضرر الناجم عن الإخلال

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 88-89

² مدوري ساعد، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014-2015 ص 92-93

بالالتزام ويؤدي إلى إعادة الحال كما كان قبل وقوع الضرر أو الإخلال بالتزام، في حين التعويض العيني لا يرفع ذلك الضرر فيبقى الإخلال بالتزام قائماً¹.

ثانياً: التعويض بمقابل

يقصد بالتعويض بمقابل دفع مبلغ مالي والذي يقدره القاضي لجبر الضرر اللاحق بالمريض، وقد يكون دفعة واحدة أو على شكل أقساط أو قد يكون إيراد مدى الحياة مثلما نصت المادة 132 من القانون المدني السالفة الذكر، و على القاضي مراعاة الظروف الواردة في مادة 131 من القانون المدني بنصها: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"².

وجد في قضيت السر الكبير "قضية الرئيس فرانسوا مثيران"، التي تتلخص وقائعها في أن الطبيب جوبليير وهو الطبيب المعالج لرئيس الفرنسي قام بنشر كتاب تعرض فيه إلى صحة الرئيس وهذا بعد أيام من وفاته حيث صرح أن الرئيس كذب على الرأي العام بشأن حالته الصحية خلال السنوات الأخيرة من حكمه ، هذا ما دفع عائلة الرئيس فرانسوا مثيران لرفع الدعوى ضد الطبيب، وعليه قضت محكمة الجناح في 05 جويلية 1996 بإدانة الطبيب جوبليير لانتهاكه للسر المهني بالحبس أربعة أشهر موقوفة النفاذ وغرامة مالية ب 3000 فرنك فرنسي كما أدانت الصحفي مساعد المؤلف والرئيس

¹ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 89.

² المادة 131 من القانون المدني الجزائري عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يوليو 2005 (ج.ر. 44 ص 23)

حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي

يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير.

المدير العام لشركة بلون بالاشتراك في نفس الجنحة و المنع من نشر المؤلف ودفع تعويض لورثة الرئيس قدره 80.000 فرنك فرنسي، لأولاده ومبلغ 100.00 فرنك فرنسي لزوجته الرئيس¹.

وقد يكون التعويض بمقابل عبارة عن تعويض نقدي او غير نقدي

أ- التعويض النقدي:

يكون التعويض نقديا متى تضمن الحكم إلزام المدين (الطبيب) بدفع مبلغ من النقود للدائن (المريض) كمقابل للضرر الذي أصابه نتيجة إخلال الأول بتنفيذ التزامه، إذ يدخل المسؤول في ذمة المضرور قيمة معادلة لتلك التي حرم منها، وهذا النوع من التعويض لا يرمي إلا محو الضرر، بل يرمي إلى جبره، خلافا للتعويض العيني الذي يهدف إلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر. ويلجأ القاضي إلى التعويض النقدي، إذا كان التعويض العيني مستحيلا، أو غير كافي، ليستبدل أو يكمل بالتعويض النقدي².

اذن فالتعويض النقدي هو مبلغ من النقود يحكم القاضي به للمضرور مقابل لما أصابه من ضرر بدل التعويض العيني فيصالح التعويض النقدي لتعويض المضرور عما أصابه من ضرر طبي مهما كان نوعه جسدي أو مالي أو معنوي، ويمكن أن يدفع التعويض النقدي للمضرور إما دفعة واحدة أو على شكل إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى حياة المضرور، إضافة إلى أن القاضي يلزم المسؤول بتقديم تأمين³.

ب- التعويض الغير نقدي:

¹ فريحة كمال، مرجع سابق، ص 196-200

² بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 63-64

³ حمليل صالح لروي اكرام، التعويض عن الاضرار الطبية، الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك مشكلات المسؤولية المدنية، تحت رعاية السيد مدير جامعة ادرار، سنة 2015، ص 05

التعويض غير النقدي الذي يحكم القاضي به جبرا للضرر هو أداء شيء على سبيل التعويض، وهو ليس بالتعويض النقدي لأنه لا يتضمن إلزام المدين المخل بأداء مبلغ من النقود للدائن، كما أنه ليس بالتعويض العيني لأنه لا يتضمن إلزام المدين بأداء ذات ما التزم بأدائه للدائن، بل هو تعويض من نوع خاص، تقتضيه الظروف في بعض الصور وحسب نوع الضرر المحدث، وفي تكييف هذا الطريق من طرق التعويض ذهب الفقه إلى أنه يغلب الحكم بهذا التعويض في الضرر المعنوي دون الضرر المادي¹.

المطلب الثاني: الطرق المختلفة لتقدير التعويض عن الاضرار

القاعدة ان يقدر التعويض بقدر الضرر الحاصل للمريض، فيقدر الضرر في المسؤولية الطبية العقدية بمعيار ما اصاب المريض المتضرر من خسارة وضرر جراء العقد الذي ربطه بالطبيب، فتقدير التعويض عن الضرر امر متروك لراي المحكمة، حيث يراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة للضرر كحالته الجسمية والصحية وظروفه العائلية والمهنية وحالته المالية، ويتم تقدير التعويض سواء كان عدم التنفيذ او التأخير فيه بإحدى الطرق التي سأطرق لها في هذا المطلب

الفرع الأول: التقدير القانوني للتعويض عن الاضرار

يعود تقدير التعويض في الأصل الى القاضي او باتفاق الطرفين الا ان المشرع أيضا تكفل بتقدير التعويض عبر نصوص تشريعية، حيث سأطرق في هذا الفرع الى النصوص القانونية التي حددها المشرع في تقدير التعويض وفوائد التأخير عن التنفيذ في الالتزام التنفيذي

أولا: تحديد المشرع لمقدار التعويض بنصوص قانونية

¹ بيطار صابرينة، المرجع السابق، ص 69.

في إطار القانون قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 أولى المشرع أهمية كبيرة لمسألة الحماية والوقاية الصحية، حيث خصص الباب الثاني منه والذي جاء تحت عنوان الحماية والوقاية في الصحة، إلى هذا الأمر، حيث ترمي الحماية الصحية بموجب المادة 29 إلى كل التدابير الصحية والاقتصادية والاجتماعية والتربوية والبيئية الرامية للحد من الأخطار الصحية أو القضاء عليها، كما تركز برامج الوقاية في الصحة على شبكات رصد الأمراض المتنقلة وغير المتنقلة والإنذار عنها وذلك للتصدي السريع لها وذلك ما أشارت إليه المادة 37 من القانون¹.

أما في مجال المسؤولية الطبية العقدية فالمشرع لم ينص صراحة على نصوص قانونية كون التزام الطبيب في العقد الطبي ليس مبلغا من النقود، بل هو اتفاق بينه وبين المريض على أن يقوم بعلاجه في مقابل أجر معلوم، كما يمكن أن يؤدي تأخر الطبيب في علاج المريض إلى إصابته بأضرار تمس بسلامته الجسدية، ومهما كان مبلغ التعويض الذي سيمنح له بسبب التأخير لن يغطي حجم الأضرار اللاحقة به².

ثانيا: تحديد المشرع لفوائد التأخير عن التنفيذ في الالتزام التنفيذي

في إطار التعويض القانوني المنصوص عليه من قبل المشرع فقد حدد فوائد التأخير عن التنفيذ في حالة كون محل الالتزام مبلغ من النقود معلوم المقدار فالقانون ألزم المدين بتعويض الدائن عن حرمانه من هذا المبلغ طوال مدة التأخير، سواء كان مصدر هذا الالتزام العقد أو القانون ويكفي في هذا الصدد تأخر المدين في الوفاء لافتراض أنه قد لحق الدائن ضرر وأن جبره تكفي فيه الفوائد التأخيرية، وهي نسبة يحددها القانون أو الاتفاق بما لا يتجاوز الحد الأقصى القانوني، وعلى خلاف القوانين الأخرى فإن المشرع الجزائري لم

¹ المادة 37 من قانون الصحة 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، نصت على: "تحدد قائمة الأمراض المتنقلة التي يكون الكشف عنها سريا ومجانيا، ولاسيما منها الأمراض المتنقلة جنسيا، عن طريق التنظيم".

² عباشة كريمة، المرجع السابق، ص144.

يأخذ بالفوائد التأخيرية عن التأخير في دفع التعويض المحكوم به كقاعدة عامة، وذلك بعدم ذكرها لا في القانون المدني ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكنه أقر في المادة 186 من القانون المدني الجزائري يحق للدائن في طلب التعويض عن تأخير المدين في دفع الدين، إلا أن هذه المادة لم تحدد تلك النسب كما فعلت القوانين الأخرى بل تحايل في عرضها مباشرة في القانون المدني إذ لا أثر لها صراحة رغم تفرقه بين سعر فائدة التأخير في الديون التجارية والمدنية والذي هو 4% في الأولي و 5% في الثانية والسبب في ذلك أن الضرر المترتب عن الوفاء بدين تجاري أكبر من الضرر المترتب عن دين مدني¹.

الفرع الثاني: التقدير القضائي للتعويض

بعدما تطرقت في الفرع الأول عن التقدير القانوني للتعويض ننتقل الى التقدير القضائي والذي يعد من بين طرق التعويض المختلفة عن الاضرار والتي يتولاها القاضي ويحددها وفقا لسلطته التقديرية وهي مبينة كالتالي:

أولا: تقدير القاضي للتعويض عن عدم التنفيذ والتأخر فيه

إن الذي يقوم بتقدير التعويض هو القاضي عادة، عند عدم وجود نص قانوني يحدده كما أشرنا سابقا أو عدم وجود اتفاق، والتعويض القضائي هو الصورة المعتادة للتنفيذ، ويشترط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه أو لعدم استطاعة الدائن أن يتجنبه ببذل جهد معقول وتقدير القاضي لمقدار التعويض يعد الغالب في المسؤولية العقدية، وحتى يحدد القاضي مقدار التعويض عن الضرر الطبي لا بد له من أسس يتبعها حتى يكون التعويض مستحق هي:

¹ بو عبد الله مسعود، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن اضرار الأخطاء الطبية، دار النشر الجامعي الجديد، الجزائر تلمسان، سنة 2021، ص 82

- أن يكون الضرر محققا إذ لا محل للتعويض أو الحكم به حالة انتفاء ضرر واقع للمريض من طرف الطبيب سواء كان مادي أو معنوي.
- أن يكون ناتج عن فعل الطبيب الخاطيء.
- أن يكون بينهما رابطة سببية كما تطرقنا إلى ذلك في الفصل الأول من هذه الدراسة¹.

كما يشترط أن يكون هناك إضرار وهو واجب في التنفيذ بطريق التعويض عن تأخر المدين في التنفيذ، حيث يشير جانب من الفقه إلى وجوب الإضرار في المسؤولية الطبية لأن المقصود منه إنما هو إثبات تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه، حيث تنص المادة 179 من القانون المدني الجزائري " لا يستحق التعويض إلا بعد إضرار المدين"، ومن الجهة المقابلة يمكن للمدين إضرار الدائن حالة رفض هذا الأخير قبول الوفاء دون مبرر، إلا أنه هناك من يرى أنه يستوجب التعويض في المسؤولية الطبية ويمكن للقاضي أن يحكم به ويقدره دون حاجة إلى إضرار المضرور (الدائن) إذا نص الاتفاق على ذلك، كان يكون الطبيب معذرا بمجرد حلول الأجل المحدد، كما أنه لا إضرار في حالة الوفاء العيني غير الممكن أو غير المنتج².

ثانيا: تقدير القاضي للتعويض عما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب

من العناصر التي يلزم على القاضي وهو يقدر التعويض أخذها بعين الاعتبار كمعيار هو مدى ما أصاب الدائن (المريض المتضرر) من ضرر بحساب ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب وهذا المعيار حددته المادة 182 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري

¹ بو عبد الله مسعود، المرجع نفسه، ص 83-84

² بو عبد الله مسعود، المرجع نفسه، ص 85-86.

للقاضي¹، فهو الذي يقدر التعويض سواء عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه فعليه ان يأخذ في حسابه هذين العنصرين اذ ان مجموعهما هو التعويض، فالمشرع الجزائري رغم اعترافه بالتقدير القضائي للتعويض عن الأضرار سواء كانت طبية فانه لم يترك للقاضي حرية تقديره كيفما شاء، بل حدد له معايير ينتهجها وتجدر الإشارة إلى أن تقدير الضرر في التشريع الجزائري عما أصاب الدائن (المريض المضرور) من خسارة وما فاتته من كسب يتحقق في المسؤوليتين المدنية والعقدية والتقصيرية فالمريض المصاب بضرر ناتج عن خطأ الطبيب يطبق عليه نص المادة الآفئة الذكر بتعويضه عما أصاب جسمه من ضرر وألم نفسي ونفقات العلاج، كما يعوض عما فاتته من كسب نتيجة لذلك الحادث، والقاضي لا ينظر إلى ثراء المضرور أو طاقته لكنه يأخذ بعين الاعتبار أن الضرر الناتج عن الإصابة كان سبباً في انخفاض دخل المصاب وهذه يدخلها القاضي في نطاق ما لحق المضرور من خسارة، فقطع لسان الأخرس أصلاً لا يتساوى مع قطع لسان مذيع أو خطيب، كما أن التشويه الحاصل لفتاة جراء عملية جراحية لاستئصال الشعر في الذقن تختلف عن تلك الحاصلة لعجوز طاعنة في السن².

من خلال هذه النصوص أن للقاضي سلطة ودور مهم في تحديد قيمة التعويض خاصة حالة عدم وجود نص قانوني يقضي به، أو اتفاق الأطراف عليه. سلطة في زيادتها لتساوي الضرر الحاصل وخاصة وأن الأضرار الطبية لها علاقة بالسلامة الجسدية والنفسية للمريض الذي هو طرف ضعيف في العلاقة، فهو غالب الأحيان جاهل للأضرار التي قد تلحقه من جراء خطأ الطبيب³.

¹ المادة 182-01 من القانون المدني الجزائري نصت على: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

² بو عبد الله مسعود، المرجع السابق، ص 87-88

³ عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المرجع السابق، ص 99.

ثالثاً: تقدير القاضي للتعويض بمبلغ من النقود

نص المشرع الجزائري في المادة 132 فقرة 02 من القانون المدني¹: "...ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

يفهم من خلال ذلك أن التقدير النقدي للتعويض هو الأصل، وهذا ملائم لمتطلبات التعويض عن الأضرار المترتبة على الأخطاء الطبية، والتي يصعب تعويضها عينياً فطبيعة الضرر الناجم عن الأخطاء الطبية مثلاً في زراعة الأعضاء لا تقبل التعويض العيني، فالطبيب الذي يتلف بخطئه عضو المتبرع لا يمكن للقاضي إلزامه برد هذا العضو أو أن يزرع محله عضو آخر مثله، كما أن الضرر المعنوي الناجم عن عدم الأخذ برضى المستقبل عن العملية يستحيل تعويضه عينياً، فالتعويض في مجال زراعة الأعضاء هو تعويض نقدي يتمثل في تقديم الطبيب للمتبرع أو المستقبل المضرور مبلغ من المال يقدره القاضي لجبر الضرر حالة كون الطبيب غير مؤمن على مسؤوليته المدنية أما إذا كان كذلك تحل شركة التامين محله للتعويض².

الفرع الثالث: التقدير الاتفاقي للتعويض

¹ عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج. ر 44 ص. 23) حررت في ظل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 كما يلي: يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميناً. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالعمل غير المشروع.

² بو عبد الله مسعود، المرجع السابق، ص 90-91

يعد التقدير الاتفاقي من بين الطرق التي يحدد بها التعويض والذي بموجبه يمكن الأطراف الاتفاق مقدما على مقدار التعويض عن الضرر بحيث لا يترك ذلك للقاضي كما هو الأصل، ومن ذلك فانه يتفق الدائن والمدين على مقدار التعويض المستحق للدائن

أولاً: اتفاق الأطراف على مقدار التعويض في العقد

يسمى بالشرط الجزائي حيث قد يلجأ المتعاقدان إلى الاتفاق مسبقاً على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا لم يتم الآخر بتنفيذه للالتزام، وهذا ما يعرف بالتعويض عن عدم التنفيذ، كما قد يتفقان على مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا تأخر الآخر في تنفيذ التزامه وهو التعويض عن التأخير، وجاءت تسمية الشرط الجزائي لأنه عادة ما يرد كشرط من شروط القصد الأصلي، ويرتبه المتعاقدان كجزء في حالة اخلال المدين بالتزامه سواء بعدم تنفيذه أو بالتأخير في تنفيذه¹.

اما المادة 183 من القانون المدني الجزائري فقد نصت على: "يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد..."، حيث إن الاتفاق المسمى بالشرط الجزائي المتفق عليه بنص العقد يعرف كثيرا في المسؤولية العقدية، إذ شاع على الصعيد التعاقدى لما له من أثر في الحياة العملية فأصبح المتعاقدون يدرجون في شتى أنواع العقود، لذا من النادر كما يرى البعض أن نجد عقداً لا يتضمن اتفاقاً مسبقاً لمقدار التعويض المستحق في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره في التنفيذ، فهو نادر في المسؤولية التقصيرية وبموجب ذلك يمكن إقرار مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وفقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري²، وتطبيقا لذلك في المجال الطبي يمكن للطرفين الطبيب والمريض أن يتفقا على تحديد قيمة التعويض التي ينالها المريض المضرور عند إصابته بصور طبي وفقا لنص المادة

¹ بوعزة هاجر، حق التعويض عن الخطأ الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة مستغانم، سنة 2016-2017 ص

71-72

² المادة 106 من القانون المدني الجزائري نصت على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله الا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

189 القانون المدني الجزائري الأنفة الذكر، خاصة إذا علمنا بأن مسؤولية الأعباء ، تور تقصيرية فحسب بل أن بين المريض والطبيب عقد حقيقي أمره قرار مرسى الشهير الذي اعترف بوجود عقد يربط بين الطبيب الخاص والمريض وبما أن العقد شريعة المتعاقدين طبقاً لنص المادة 106 القانون المدني الجزائري ومنه يمكن لطرفيه المريض والطبيب أن يتفقا على مقدار التعويض المقرر دفعه من الطبيب للمريض المضرور حالة الإصابة، أو الضرر المترتب عن الخطأ الطبي¹.

ثانياً: اتفاق الأطراف على مقدار التعويض في اتفاق لاحق للعقد

إذا كان من الممكن اتفاق الأطراف على التعويض في العقد وذلك بالنص عليه في بنوده، فإنه يمكن أن يتفق أطراف العقد كذلك على هذا المقدار في اتفاق لاحق للعقد، وذلك ما نصت عليه المادة 183 من القانون المدني²، حيث التعويض المقدر في الاتفاق اللاحق للعقد مستحق حالة إخلال المدين بالتزامه التعاقدى في التنفيذ أو التأخر، حسب ما اتفق عليه في هذا الاتفاق اللاحق.

قد يتجاوز اتفاق الأطراف على هذا المقدار إطار العقد بإمكانية الاتفاق على مقداره في اتفاق لاحق له، ويمكن الإشارة إلى أنه لا يكون هذا التعويض المتفق عليه مستحقاً إلا إذا لحق المدين ضرر، وذلك ما نصت عليه المادة 184 القانون المدني الجزائري³.

ان الاتفاق على هذا المقدار سواء كان في العقد أو في الاتفاق اللاحق له فوائد منها:

¹ بو عبد الله مسعود، المرجع السابق، ص 94-95

² المادة 183 من القانون المدني الجزائري نصت على: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

³ المادة 184 من القانون المدني الجزائري نصت على: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر .

ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

- أن إعفاء الدائن من إثبات ركن الضرر لكونه مفترض بمجرد التأخر وعدم التنفيذ.
- يعفى الدائن من إثبات قدر الضرر.
- يخول الدائن حق الحصول على تعويض أعلى من قيمة الضرر بالفعل في حالة عدم كون الزيادة في قدر الشرط مغالى فيها إلى درجة كبيرة.
- استبعاد تدخل القضاء في تقدير التعويض.
- تخفيف مسؤولية المدين إذا كان التعويض المتفق عليه أقل من قيمة الضرر.
- اعتبار التعويض وسيلة تهديدية لحمل المدين على الوفاء بالتزامه الاصيلي إذا جاوز التعويض المتفق عليه قيمة الضرر مجاوزة كبيرة.

يعتبر الإطار التعاقدى هو الملائم لمثل هذه الاتفاقات، حيث اذا علمنا أن للمريض الحرية في اختيار طبيبه الذي ليس من إمكانه القيام بأي تصرف على جسم المريض إلا برضى هذا الأخير وهو أمر ثابت في الاتفاقيات الدولية، كما ورد ذلك في إعلان المنظمة العالمية للصحة، وأخذت بذلك القوانين المحلية للدول، فعلى للطبيب احترام هذا الحق¹.

ثالثاً: حالات الزيادة والتخفيض في مقدار التعويض المتفق عليه

بالرجوع الى نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري²، فإنه يجوز للأطراف تحديد مقدار التعويض وذلك بالتصرف فيه بالزيادة أو النقصان في حالات حددها القانون فيجوز زيادته في حالتين هما:

1. حالة زيادة الضرر على التعويض المقدر.
2. حالة ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم.

¹ بو عبد الله مسعود، المرجع السابق، ص 96-97

² المادة 185 من القانون المدني الجزائري نصت على: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً".

ان الاتفاق أو التقدير المتفق عليه للتعويض والذي من المفروض أن مسؤولية المدين في حالة الخطأ العادي لا يستطيع أن يخفف من مسؤوليته في حالتي الغش والخطأ الجسيم، ومنه فالقاضي يزيد في مقدار التعويض حتى يصبح للضرر الواقع ولا يمنعه من ذلك تحديد مقدار التعويض في الاتفاق التعاقدى فيقدر القاضي التعويض بقدر قيمة الضرر الذي أصاب المريض ولا يزيد عنه، فالتعويض عن خطأ جراحي متمثل في تمزيق جزء من الأمعاء لا يجب أن يكون كالتعويض عن خطأ جراحي نجم عن إتلاف عضو من جسم الثاني مرتفع عن الأول، وعلى القاضي مراعاة ذلك خاصة إذا ثبت الخطأ الجسيم في حق الطبيب، خاصة وأن قانون أخلاقيات الطب الجزائري يمنع على هذا الأخير تعريض المريض لأي خطر، وعليه أن يتحرى الإخلاص والتفاني في أداء واجبه¹.

المطلب الثالث: التعويض القضائي الغير المباشر

بما أن الأطباء وأصحاب المنشآت الطبية ملزمون بالتأمين من مسؤوليتهم المهنية، فإنه يثور التساؤل حول مدى تغطية التأمين لكافة الأضرار التي قد تصيب المرضى المتعاملين مع الأطباء ومع المنشآت الصحية، لذا فرضت مختلف التشريعات على الطبيب كغيره من أصحاب المهن الحرة اكتتاب تأمين لتغطية مسؤوليته العقدية المهنية تجاه مرضاه وتجاه الغير حماية للطبيب وكفالة لحقوق المرضى، حيث سنستعرض في هذا المطلب دور شركة التأمين في دفع مبلغ التعويض باعتباره تعويض غير مباشر لذا تم تقسيم المطلب الى فرعين، يتضمن الفرع الأول التأمين الناتج من المسؤولية العقدية للطبيب، اما الفرع الثاني فيتضمن الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية.

الفرع الأول: التأمين من المسؤولية العقدية الطبية

¹ بو عبد الله مسعود، المرجع السابق، ص 99-100

انتشر التأمين من المسؤولية المهنية في معظم الدول العربية، حيث انه يؤمن بواسطته المؤمن للمؤمن له تعويض الأضرار الناجمة عن رجوع الغير عليه بالمسؤولية، ويتعهد المؤمن بتغطية المسؤولية الطبية كاملة من الأضرار الواقعة على المريض.

أولاً: أهمية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب

ان التأمين على المسؤولية المهنية للأطباء عن الأضرار التي تلحق بالمريض نتيجة الخطأ الطبي باعتباره الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمر فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام بها، أو كان هذا الخطأ راجعاً إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة، فإذا قامت المسؤولية في جانب الطبيب تكون شركات التأمين ملزمة بحسب العقود التي أبرمتها مع الطبيب أو القطاع الصحي الخاص بدفع تعويض للمريض، وتعوض شركة التأمين بحسب نسبة التأمين المعتمدة في العقد، ومن هذا المنطلق يكون قانون التأمين قد كفل حماية الطبيب والمريض والمستشفى الخاص على حد سواء، وفي ظل التطور الهائل الذي حصل في المجال الطبي، ونتيجة لزيادة استعمال الأجهزة والأدوات الطبية، وتفاقم الأخطاء الطبية التي تحمل المرضى عناء نتائجها لزمان طويل، بسبب توزيع المسؤولية على أعضاء الفريق الطبي والفرق المساندة له، تم إيجاد نظام إلزامي للتأمين من المسؤولية المدنية للأطباء، هدفه توفير الدعم الكافي للأطباء ولإيجاد مزيد من الابتكارات وعدم الحد من قدراتهم في التوجه إلى كل ما هو جديد، والمساهمة في الرفع من مستوى أدائهم المهني ويخلق لديهم شعوراً بالأمان والطمأنينة في أداء واجباتهم بما يكفل الرفع من مستواها والتفوق في أدائها وتشجيع المبادرات الفردية والأنشطة الطبية الأخرى و ذلك بتغطية الأخطاء والأضرار الناجمة عن ممارسة الأعمال الطبية وفقاً للأصول المتعارف عليها دون خوف من شبح المسؤولية. وتوفير الأمان للمرضى وطمأننتهم بأن الالتجاء إلى الأطباء وحدوث خطأ طبي ليس مجازفة مجهول مصيرها، لأن في نظام

التأمين من المسؤولية المدنية للأطباء ما يوفر لهم التعويض المناسب إذا ما نتج عن المعالجة الطبية أخطاء أودت بقدراتهم أو حدث منها¹.

ثانيا: الزامية التأمين من المسؤولية العقدية للطبيب

بالرجوع الى القانون الجزائري فقد نصت المادة 167 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات على أنه: "يجب على المؤسسات الصحية المدنية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير"².

ويفهم من نص المادة ان التأمين من المسؤولية الطبية شرط إلزامي لممارسة مهنة الطب، إذ لا يستطيع الطبيب أن يمارس مهنته، إلا بعد إبرام عقد التأمين من المسؤولية المدنية العقدية مع إحدى شركات التأمين المرخص لها، التي تتولى تغطية أخطائه الواقعة منه أثناء التدخل الطبي، حيث ينطوي تحتها تأمينات المسؤولية المدنية لكثير من محترفي الصحة من مؤسسات صحية، وأعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص، أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير، حيث أصاب المشرع الجزائري حينما جعل هذا النوع من التأمين إلزامياً في المجال الطبي، واعتبره من النظام العام، ويعد عدم التأمين مخالفة³.

¹ فريحة كمال، المرجع السابق، ص336

² أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 مؤرخة 08 مارس 1995 م.

³ عباشة كريمة، المرجع السابق، ص158-159

كما أكدت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 07-321 على أنه: "يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها"¹.

أما جزاء عدم التأمين وفقاً للمادة 184 فقرة 01 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات فإنها نصت على: "يعاقب على عدم الامتثال للإلزامية التأمين المنصوص عليه في المواد 163 إلى 172 و 174 أعلاه بغرامة مالية مبلغها 5000 د.ج إلى 10000 د.ج"، ونلاحظ أن هذا الجزاء جزاء رمزي، وليس بجزاء حقيقي، إذ لا بد على المشرع الجزائري من وضع جزاء أكثر صرامة بالنسبة للإخلال بالإلزامية التأمين².

الفرع الثاني: الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية

لتدعيم مجال الحماية الاجتماعية من الأخطار المختلفة صدرت مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية لتحديد الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية حيث حدد المشرع الجزائري الأشخاص المعنيين بتغطية هيئة الضمان الاجتماعية للمخاطر اللاحقة بهم في قانون 83-11 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية³، وقانون 83-13 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية⁴.

أولاً: الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية طبقاً لقانون 83-11

ورد في الباب الأول من القانون رقم 83-11 السالف ذكره الأشخاص المستفيدين من التأمينات الاجتماعية وهم:

¹ مرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 10 شوال عام 1428 الموافق 22 أكتوبر سنة 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج ر عدد 67 مؤرخة في 12 شوال 1428 الموافق 24 أكتوبر 2007.

² فريحة كمال، المرجع السابق، ص 339

³ قانون رقم 83-11 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بالتأمينات الاجتماعية.

⁴ قانون رقم 83-13 مؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 يتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

- كل العمال سواء أكانوا أجراء أم ملحقين بالأجراء أيا كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه، والنظام الذي كان يسري عليهم قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق¹.
- كل الأشخاص الطبيعيين غير الأجراء الذين يمارسون بالفعل لحسابهم الخاص نشاطا حرا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو فلاحيا أو أي نشاط آخر مماثل².
- المجاهدين وكذا المستفيدين من المعاشات بموجب التشريع الخاص بالمجاهدين ومعطوبي حرب التحرير الوطني عندما لا يمارسون أي نشاط مهني، والأشخاص المعوقون بدنيا أو عقليا الذين لا يمارسون أي نشاط مهني والطلبة³.
- كل الأشخاص الذين يشتغلون في التراب الوطني أيا كانت جنسيتهم سواء أكانوا يعملون بأية صفة من الصفات وحيثما كان لصالح فرد أو جماعة من أصحاب العمل، ومهما كان مبلغ أو طبيعة أجرهم وشكل وطبيعة أو صلاحية عملهم أو علاقتهم فيه، والعسكريين والملحقين بهم، والمستفيدين من دعم الدولة لفائدة الفئات المحرومة والمعوزة⁴.

ثانيا: الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية طبقا للقانون 83-13

¹ نصت المادة 03 فقرة 01 من قانون رقم 83-11 على: "يستفيد من أحكام هذا القانون، كل العمال سواء أكانوا أجراء أم ملحقين بالأجراء أيا كان قطاع النشاط الذي ينتمون إليه، والنظام الذي كان يسري عليهم قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التطبيق".

² نصت المادة 04 من قانون رقم 83-11 على: "يستفيد من الاداءات العينية الاشخاص الطبيعيين غير الاجراء الذين يمارسون بالفعل لحسابهم الخاص نشاطا حرا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو فلاحيا أو أي نشاط آخر مماثل وفقا للشروط المحددة في التنظيم المعمول به. كما يستفيد الاشخاص المذكورين أعلاه من الاداءات التقديم المتمثلة في منحة الوفاة والعجز".

³ نصت المادة 05 من قانون رقم 83-11 على: "يستفيد من الاداءات العينية: (ا) المجاهدون وكذا المستفيدين من المعاشات بموجب التشريع الخاص بالمجاهدين ومعطوبي حرب التحرير الوطني عندما لا يمارسون أي نشاط مهني. (ب) الاشخاص المعوقون بدنيا أو عقليا الذين لا يمارسون أي نشاط مهني.

⁴ نصت المادة 06 من قانون رقم 83-11 على: "ينطوي وجوبا تحت التأمينات الاجتماعية الاشخاص الذين يشتغلون في التراب الوطني أيا كانت جنسيتهم سواء أكانوا يعملون بأية صفة من الصفات وحيثما كان لصالح فرد أو جماعة من أصحاب العمل، ومهما كان مبلغ أو طبيعة أجرهم وشكل وطبيعة أو صلاحية عقد عملهم أو علاقتهم فيه. وتطبق أحكام هذه المادة بموجب مرسوم".

يتمثل الأشخاص المعنيين بالتغطية الإجتماعية في كل من:

- العمال والمؤمنين لهم اجتماعيا¹،
- كذلك التلاميذ الذين يزاولون تعليما تقنيا، والأشخاص الذين يمارسون التدريب في دورة معدة لإعادة تأهيلهم العملي أو إعادة تكييفهم المهني، الأشخاص الذين يشاركون بلا مقابل في سير هيئات الضمان الاجتماعي، اليتامى التابعين لحماية الشبيبة بالنسبة للحوادث التي تقع من جراء القيام بعمل أو أثناءه، والمساجين الذين يؤدون عملا أثناء تنفيذ عقوبة جزائية، الطلبة²،
- الأشخاص الذين يشاركون في الأعمال التي تقام خارج المؤسسة بمهمة ذات طابع استثنائي أو دائم طبقا لتعليمات صاحب العمل، وممارسة أو بمناسبة ممارسة انتداب سياسي انتخابي أو في إطار منظمة جماهيرية ما، مزاولة دراسة بانتظام خارج ساعات العمل³.

¹ نصت المادة 03 من قانون رقم 83-11 على: "يستفيد من أحكام هذا القانون كل عامل مؤمن له اجتماعيا بمقتضى المادتين 3 و6 من القانون رقم 3 .8 .11 المؤرخ في 21 رمضان عام 1403 الموافق 2 يوليو سنة 1983 والمتعلق بالتأمينات الاجتماعية".

² نصت المادة 04 من قانون رقم 83-11 على: "يستفيد كذلك من أحكام هذا القانون الاشخاص التالي ذكرهم:

- التلاميذ الذين يزاولون تعليما تقنيا،
- الاشخاص الذين يزاولون التدريب في دورة معدة لإعادة تأهيلهم العملي او اعادة تكييفهم المهني،
- الاشخاص الذين يشاركون بلا مقابل في سير هيئات الضمان الاجتماعي،
- اليتامى التابعون لحماية الشبيبة بالنسبة للحوادث التي تقع من جراء القيام بعمل مأمون أو أثناءه،
- المسجونون الذين يؤدون عملا أثناء تنفيذ عقوبة جزائية،
- الطلبة

- الاشخاص الذين يشاركون في الاعمال المنصوص عليها في المادتين 7 و8 أدناه،
يمكن اتمام وتحديد قائمة الاشخاص المشار إليهم أعلاه بموجب مرسوم".

³ نصت المادة 07 من قانون رقم 83-13 على: "يعتبر أيضا كحادث عمل الحادث الذي يطرأ أيضا أثناء.

- القيام خارج المؤسسة بمهمة ذات طابع استثنائي أو دائم طبقا لتعليمات صاحب العمل،
- ممارسة أو بمناسبة ممارسة انتداب سياسي انتخابي أو في إطار منظمة جماهيرية ما،
- مزاولة دراسة بانتظام خارج ساعات العمل".

- ويعتبر ايضاً كحادث عمل، وكذا الاعمال والنشاطات المطلوبة التي ينظمها الحزب أو المنظمات الجماهيرية أو الاتحادات المهنية، والأنشطة الرياضية التي تنظم في إطار الجمعيات، القيام بعمل من أعمال البر من أجل الصالح العام أو لإنقاذ شخص معرض للهلاك¹.

¹ نصت المادة 08 من قانون رقم 83-13 على: "يعتبر ايضاً كحادث عمل، حتى لو لم يكن المعنى بالأمر مؤمناً له اجتماعياً الحادث الذي يطرأ أثناء:
. الاعمال والنشاطات المطلوبة التي ينظمها الحزب أو المنظمات الجماهيرية أو الاتحادات المهنية،
- الأنشطة الرياضية التي تنظم في إطار الجمعيات،
- القيام بعمل من أعمال البر من أجل الصالح العام أو لإنقاذ شخص معرض للهلاك".

الخاتمة:

تناولت في هذه المذكرة المسؤولية العقدية للطبيب على ضوء القانون والقضاء الجزائري، بالاستئناس بأراء الفقه، حيث أنه بعد دراستنا للعقد الطبي نجده يحتوي على عدة خصائص تميزه عن باقي العقود الأخرى، أما بالرجوع الى اراء الفقه نجد ان هناك من ربط العقد الطبي بعقد الوكالة او عقد العمل او عقد المقاولة لصعوبة تحديد طبيعته القانونية، وحتى ينعقد العقد الطبي صحيحا ومرتب لأثاره القانونية لابد من ضرورة وجود أركانه منها التراضي والمحل والسبب والشكلية والتي تعرف بالكتابة.

أما الطبيب فإنه تربطه عدة التزامات عقدية، حيث أنه عند اخلاله بالتزاماته تترتب عليه قيام المسؤولية العقدية الطبية، ولكي تقوم هذه المسؤولية لابد من توفر عدة اركان عامة وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهم، حيث نجد ان الخطأ الطبي تميزه مجموعة من الخصائص كونه يمس بمصلحة يحميها الدستور والقانون بصورة خاصة فحق الصحة حق مكرس شرعا وقانونا لكل شخص فلذلك فالطبيب ملزم ببذل العناية اليقظة وفقا للأصول الثابتة سواء أثناء مرحلة التشخيص أو العلاج أو عند تحرير وصفة طبية، وإذا كان التزامه التزام يستوجب عليه تحقيق نتيجة لا بد عليه أن ينفذ هذا الالتزام، وقيام المسؤولية الطبية العقدية لا تكفي وقوع الخطأ الطبي من جانب الطبيب المعالج فقط، بل يلزم ان يلحق بالمريض المعالج ضرر يكون نتيجة اخلال الطبيب بالتزاماته الطبية وبهذا فيجب ان تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الطبي الذي احدثه الطبيب والضرر الذي تعرض له المريض، وبالتالي فإنه عند قيام هذه المسؤولية وتوفر ركن الخطأ الطبي العقدي وركن الضرر الطبي العقدي فيجب ان يتوفر الركن الثالث الي يجمع بينهم وهو ركن العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر الطبي.

أما عند دراستي للفصل الثاني نجد ان قيام المسؤولية العقدية الطبية تترتب عنها التعويض، حيث أنه يتم رفع دعوى من قبل المضرور والذي يسمى قانونا المدعي على صاحب الفعل الضار الذي يسمى قانونا المدعى عليه وهما أطراف الدعوى وتعتبر أهم وسيلة لتحصيل

المريض حقه من الطبيب فمتى توافرت الشروط القانونية لرفع الدعوى يمكن للمدعي اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بتحقيق العدالة، ولإثبات المسؤولية العقدية الطبية لابد من توافر أركانها كاملة، إلا أننا نجد طرق بديلة لإثبات المسؤولية العقدية للطبيب تتمثل في القاضي و الخبرة القضائية، حيث نجد القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في استنباط القرائن القضائية من خلال المقارنة بين سلوك الطبيب والسلوك المألوف من أجل التحقق من مدى خروج الطبيب عن السلوك المألوف الواجب الإلتباع، وعند عدم تمكن القاضي من تحديد مدى توفر الخطأ الطبي العقدي الفني الذي ارتكبه الطبيب، ومدى تأثير هذا الخطأ في إحداث الضرر الذي أصاب المريض، وعليه يستعين القاضي بخبير لمعرفة ما صعب عليه تقديره للحكم في الدعوى.

وعليه فإن القضاء هو للمسؤول عن تقدير قيمة التعويض عينيا او بمقابل بأن يكون نقدي او غير نقدي، إلا أن هناك طرق مختلفة في تقدير التعويض عن الأضرار تتمثل في التقدير القانوني او التقدير القضائي او التقدير الاتفاقي وهذا ما نسميه بالتعويض المباشر.

أما التأمين الغير مباشر يتمثل في تأمين الأطباء واصحاب المنشآت الصحية عن مسؤولياتهم المهنية فالمشرع ألزم هذه الفئة باكتتاب تأمين من أجل لتغطية مسؤولياتهم العقدية، كما حدد المشرع عدة قوانين تبين الأشخاص المستفيدين من التغطية الإجتماعية والتي تجلت في قانون التأمينات الاجتماعية والقانون المتعلق بحوادث العمل والامراض المهنية.

بعد دراستي المسؤولية الطبية العقدية واجهتني عدة صعوبات تتمثل في عدم وجود نصوص قانونية تعالج مثل هذه المسؤوليات حيث نجد المشرع الجزائري تطرق في معظم قوانينه الى النصوص العامة واغفل التطرق الى النصوص الخاصة التي تعالج مثل هذه المسؤوليات، لذا نوصي المشرع الجزائري بالتطرق الى المسؤولية العقدية للطبيب محددًا فيها ما يلي:

- تحديد طبيعة التزام الطبيب العقدية.

- وضع قانون يبين التزامات الطبيب حيث يبين للمرضي معرفة حقوقهم ويبين للأطباء معرفة واجباتهم.
 - على المشرع تفعيل جزاء عدم التأمين من المسؤولية، برفع من عقوبة الحبس والغرامة، لأنها لا تفي حق الأضرار التي لحقت المرضى.
 - إصدار قوانين تتعلق بحوادث الطبية وحقوق المرضى، وكذلك سن قوانين تنظم العلاقة بين الطبيب والمريض.
 - تحديد المهام الطبية والشبه طبية، بإصدار مرسوم تنفيذي، يبين مهام كل من الطبيب وفريقه الطبي.
 - انشاء صندوق وطني خاص لتعويض ضحايا الأضرار الطبية الغير الناجمة عن الخطأ الطبي.
- وفي الاخير نأمل من المشرع الجزائري أن يولي اهتماما كبيرا لهذا النوع من المسؤوليات التي يكون محل التعامل فيها هو جسم الإنسان وذلك لحماية المريض الذي هو الطرف الضعيف كما قلنا سابقا ووضع حد للأخطاء الطبية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: السنة النبوية

ثالثاً: مراجع بالعربية

1. الكتب:

- أحمد ادريوش، العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب وزبونه، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، ط1، الرباط 2009
- أنور طلبة، المسؤولية العقدية، الجزء الأول، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الإسكندرية، 2005.
- بن صغير مراد، الخطأ في ظل قواعد المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
- بو عبد الله مسعود، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن اضرار الأخطاء الطبية، دار النشر الجامعي الجديد، الجزائر تلمسان، سنة 2021.
- رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، د. ط، الجزائر، 2010.
- رابيس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء واثباتها، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، الطبعة الثانية.
- صديقي عبد القادر، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، النشر الجامعي الجديد، تلمسان الجزائر سنة 2020.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مجلد2، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت 1992.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج 1 منشورات الحلبي الحقوقية، ط 3، لبنان، 2000.
- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة العقد، موقم للنشر، ط3، الجزائر 2013.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 8، الجزائر 2008.
- كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007
- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية (الطبيب، الجراح، طبيب الأسنان، الصيدلي، التمريض، العيادة، المستشفى والأجهزة الطبية)، دار الفكر الجامعي، د ط، الإسكندرية، 2007.

2. مراجع باللغة الفرنسية

- Cass, Civ, 20 mai 1936. cité par : H. Capitant, F. terré, Y. Lequette, Les Grands arrêts de la jurisprudence civile, tome 2, 11ème édition, Dalloz, Paris, 2000

3. رسائل دكتوراه ومذكرات ماستر

- آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية، عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون "فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- بن دشاشة نسيم، المسؤولية المدنية للطبيب في المستشفيات العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2013.

قائمة المصادر والمراجع

- بوعزة هاجر، حق التعويض عن الخطأ الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة مستغانم، سنة 2016-2017.
- بوليل أعراب، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، سنة 2013
- رضا بلعيدي، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2020-2021
- زرقان رزيقة، زراري جويده، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2014-2015
- سنوسي صفية، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2005-2006.
- شاوش محمد العربي، شروط قبول الدعوى، مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة الليسانس أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون عام، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2013-2014.
- شطابي جميلة، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية الطبية مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أوالحاج، البويرة، 2013.
- عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، 2013-2014.

قائمة المصادر والمراجع

- عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
- عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة العقيد اكلي محند اولحاج البويرة
- عيساني رفيقة، مسؤولية الأطباء في المرافق الاستشفائية العمومية أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العامة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2015-2016.
- عيساوي زاهية، المسؤولية المدنية للصيدلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو
- فاطمة عيساوي، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق العامة الطبية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الماستر أكاديمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013.
- فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بن عكنون 2002-2003.
- قماز منصور الطبيعة القانونية للعقد الطبي مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق-تخصص قانون اعمال جامعة الشهيد حمي لخضر- الوادي السنة 2016-2017
- كوسة حسين، النظام القانوني المسؤولية المدنية للطبيب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف، 2015-2016

قائمة المصادر والمراجع

- مدوري ساعد، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015.
- مدوري ساعد، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014-2015.
- هني سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006.

4. مقالات وملتقيات:

- حمليل صالح لروي اكرام، التعويض عن الاضرار الطبية، الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك مشكلات المسؤولية المدنية، تحت رعاية السيد مدير جامعة ادرار، سنة 2015.

5. القوانين التشريعية:

- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالتأمينات، ج ر عدد 13 مؤرخة 08 مارس 1995 م.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- قانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق 2 يوليو سنة 2018، يتعلق بالصحة.

قائمة المصادر والمراجع

– القانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

– القانون رقم 90-11 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 افريل 1990 المتعلق بعلاقة العمل.

6. القوانين التنظيمية:

– المرسوم تنفيذي رقم 07-321 مؤرخ في 10 شوال عام 1428 الموافق 22 أكتوبر سنة 2007 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج ر عدد 67 مؤرخة في 12 شوال 1428 الموافق 24 أكتوبر 2007.

– مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة اخلاقيات الطب.

01.....	المقدمة
05.....	الفصل الأول: احكام المسؤولية العقدية للطبيب
06.....	المبحث الأول: ماهية العقد الطبي
06.....	المطلب الأول: مفهوم العقد الطبي
06.....	الفرع الأول: مدلول العقد الطبي
07.....	أولاً: تعريف العقد الطبي
08.....	ثانياً: خصائص العقد الطبي
11.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الطبي
12.....	أولاً: العقد الطبي وعقد الوكالة
13.....	ثانياً: العقد الطبي وعقد العمل
14.....	ثالثاً: العقد الطبي وعقد المقاولة
15.....	المطلب الثاني: الاركان المكونة للعقد الطبي
15.....	الفرع الاول: التراضي كركن في العقد الطبي
15.....	أولاً: الاهلية القانونية للمتعاقدين في العقد الطبي
17.....	ثانياً: وجوب توفر رضا المتعاقدين في إبرام العقد الطبي
18.....	الفرع الثاني: المحل في العقد الطبي

- 19.....أولاً: تعريف المحل في العقد الطبي
- 19.....ثانياً: مشروعية المحل في العمل الطبي
- 21.....الفرع الثالث: السبب في العقد الطبي
- 21.....أولاً: تعريف السبب في العقد الطبي
- 22.....ثانياً: مشروعية السبب في العقد الطبي
- 23.....الفرع الرابع: الكتابة كركن في العقد الطبي
- 23.....أولاً: اشتراط الكتابة في عمليات زرع ونقل الاعضاء
- 24.....ثانياً: اشتراط الكتابة في عمليات التلقيح الاصطناعي
- 24.....ثالثاً: اشتراط الكتابة عند رفض المريض للعلاج
- 25.....المطلب الثالث: التزامات الطبيب العقدية
- 25.....الفرع الأول: التزامات الطبيب ببذل عناية
- 26.....الفرع الثاني: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة
- 26.....أولاً: الالتزام الناشئ عن نقل الدم
- 27.....ثانياً: الالتزام الناشئ عن استعمال الأدوات والأجهزة الطبية
- 27.....ثالثاً: الالتزام الناشئ عن تركيب الأسنان الصناعية
- 28.....رابعاً: الالتزام الناشئ عن إجراء التحاليل الطبية
- 28.....خامساً: التزام الطبيب بضمان سلامة المريض

- 30.....المبحث الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية للطبيب
- 30.....المطلب الأول: الخطأ الطبي العقدي
- 31.....الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي العقدي ومعيار تقديره
- 31.....أولاً: تعريف الخطأ الطبي العقدي
- 32.....ثانياً: معيار الخطأ الطبي العقدي
- 36.....الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي العقدي
- 36.....أولاً: الخطأ الطبي العادي "المادي" والخطأ الطبي المهني "الفني"
- 38.....ثانياً: الخطأ الطبي اليسير والخطأ الطبي الجسيم
- 39.....ثالثاً: الخطأ الفردي وخطأ الفريق الطبي
- 41.....الفرع الثالث: صور الخطأ الطبي العقدي
- 41.....أولاً: الخطأ في التشخيص
- 42.....ثانياً: الخطأ في العلاج
- 43.....ثالثاً: الخطأ في الرقابة الطبية
- 44.....المطلب الثاني: الضرر الطبي العقدي
- 44.....الفرع الأول: تعريف الضرر الطبي العقدي
- 45.....الفرع الثاني: أنواع الضرر الطبي العقدي
- 45.....أولاً: الضرر المادي

- 47..... ثانيا: الضرر المعنوي
- 49..... الفرع الثالث: شروط الضرر الطبي العقدي
- 50..... أولا: ان يكون الضرر محققا
- 50..... ثانيا: ان يكون الضرر يمس لمصلحة او لحق المضرور
- 50..... ثالثا: ان يكون الضرر مباشر
- 51..... رابعا: ان يكون الضرر شخصا
- 51..... **المطلب الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر**
- 52..... الفرع الأول: النظريات التي قيلت في العلاقة السببية
- 52..... أولا: نظرية تعدد الأسباب
- 52..... ثانيا: نظرية السبب المنتج أو الفعال
- 53..... ثالثا: نظرية السبب الأقوى
- 53..... رابعا: موقف المشرع الجزائري من العلاقة السببية
- 54..... الفرع الثاني: وسائل نفي العلاقة السببية
- 54..... أولا: السبب الأجنبي
- 54..... ثانيا: خطأ المضرور
- 55..... ثالثا: خطأ الغير
- 56..... **الفصل الثاني: التعويض في المسؤولية العقدية للطبيب**

- 57.....المبحث الأول: دعوى التعويض القضائي
- 57.....المطلب الأول: أطراف دعوى التعويض
- 58.....الفرع الأول: المدعي في دعوى التعويض
- 58.....أولاً: تعريف المدعي
- 59.....ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المدعي
- 63.....ثالثاً: طلبات المدعي
- 65.....الفرع الثاني: المدعى عليه
- 65.....أولاً: تعريف المدعى عليه
- 66.....ثانياً: دفوع المدعى عليه
- 68.....ثالثاً: طلبات المدعي عليه
- 69.....المطلب الثاني: الاختصاص في دعوى المسؤولية العقدية للطبيب
- 69.....الفرع الأول: الاختصاص في النظر بالدعاوى التعويض
- 69.....أولاً: الاختصاص النوعي
- 72.....ثانياً: الاختصاص الإقليمي
- 73.....الفرع الثاني: تقادم دعوى المسؤولية المدنية
- 73.....أولاً: تقادم الدعوى المدنية
- 74.....ثانياً: انقضاء الدعوى المدنية التبعية

- المطلب الثالث: دور القاضي والخبرة القضائية في إثبات المسؤولية الطبية العقدية 75
- الفرع الأول: دور القاضي في إثبات المسؤولية العقدية للطبيب 75
- أولاً: المعيار الشخصي 75
- ثانياً: المعيار الموضوعي 76
- الفرع الثاني: دور الخبرة القضائية في إثبات المسؤولية العقدية للطبيب 76
- أولاً: تعريف الخبرة القضائية 76
- ثانياً: تقرير الخبير 77
- المبحث الثاني: التقدير القضائي للتعويض 81
- المطلب الأول: مفهوم التعويض 81
- الفرع الأول: تعريف التعويض 81
- الفرع الثاني: طرق التعويض 83
- أولاً: التعويض العيني 83
- ثانياً: التعويض بمقابل 85
- المطلب الثاني: الطرق المختلفة لتقدير التعويض عن الأضرار 87
- الفرع الأول: التقدير القانوني للتعويض عن الأضرار 87
- أولاً: تحديد المشرع لمقدار التعويض بنصوص قانونية 87
- ثانياً: تحديد المشرع لفوائد التأخير عن التنفيذ في الالتزام التنفيذي 88

- 89..... الفرع الثاني: التقدير القضائي للتعويض
- 89..... أولا: تقدير القاضي للتعويض عن عدم التنفيذ والتأخر فيه
- 90..... ثانيا: تقدير القاضي للتعويض عما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب
- 92..... ثالثا: تقدير القاضي للتعويض بمبلغ من النقود
- 92..... الفرع الثالث: التقدير الاتفاقي للتعويض
- 93..... أولا: اتفاق الأطراف على مقدار التعويض في العقد
- 94..... ثانيا: اتفاق الأطراف على مقدار التعويض في اتفاق لاحق للعقد
- 95..... ثالثا: حالات الزيادة والتخفيض في مقدار التعويض المتق عليه
- 96..... **المطلب الثالث: التعويض القضائي الغير المباشر**
- 96..... الفرع الأول: التأمين من المسؤولية العقدية الطبية
- أولا: أهمية التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب
- 97.....“.....“
- 98..... ثانيا: الزامية التامين من المسؤولية العقدية للطبيب
- 99..... الفرع الثاني: الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية
- 99..... أولا: الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية طبقا لقانون 11-83
- 100..... ثانيا: الأشخاص المستفيدين من التغطية الاجتماعية طبقا للقانون 13-83
- 103..... الخاتمة**
- 106..... قائمة المصادر والمراجع**

ملخص مذكرة الماستر

تعتبر المسؤولية العقدية للطبيب الأساس القانوني السليم لتكوين عقد طبي صحيح منتج لآثاره، فعند اخلال الطبيب بالتزاماته العقدية تؤدي الى قيام مسؤوليته الشخصية، وذلك بتوفر الاركان العامة للمسؤولية العقدية التي تعرف بالخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهم.

ينتج عن الإخلال بالتزام الطبيب آثار تتمثل في المطالبة بالتعويض يقوم بها المريض لجبر الضرر القائم، والذي يقوم بأثباته القاضي او الخبرة القضائية، ويتم تقدير التعويض اما عن طريق القانون او عن طريق القضاء او باتفاق بين أطراف الدعوى في عقد او باتفاق لاحق للعقد، وهذا ما يسمى بالتعويض المباشر، اما التعويض الغير مباشر فيتمثل في التأمين الذي الزمه المشرع الجزائري في المسؤولية العقدية للطبيب، وأصدر قوانين تتيح للمتضررين الاستفادة من التغطية الإجتماعية.

الكلمات المفتاحية: 1/ المسؤولية الطبية. 2/ التزام الطبيب. 3/ العقد الطبي. 4/ التعويض الطبي. 5/ الضرر الطبي.

Abstract of Master's Thesis

The contractual responsibility of the doctor is considered the sound legal basis for the formation of a valid medical contract that produces its effects. When the doctor violates his contractual obligations, it leads to his personal responsibility, by providing the general pillars of contractual responsibility that are known as error, damage and the causal relationship between them.

Violation of the doctor's obligation results in the effects of a claim for compensation by the patient to redress the existing damage, which is proven by the judge or judicial experience, and compensation is estimated either by law or through the judiciary or by agreement between the parties to the case in a contract or by an agreement after the contract, and this is what It is called direct compensation. As for the indirect compensation, it is represented in the insurance that the Algerian legislator obligated in the contractual liability of the doctor, and issued laws that allow the affected to benefit from social.

Keywords: 1/ medical liability. 2/ Doctor's commitment. 3/ medical contract. 4/ medical compensation. 5/ medical damage.