وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع: .....

قسم : القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

العقد الطبي في القانون الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون الطبي

من إعداد الطالب:

- بن معمر فضيل

تحت إشراف الأستاذ:

- بوزيد خالد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	بوسحبة جيلالي	رئيسا
الأستاذ	بوزيد خالد	مشرفا مقررا
الأستاذة	بوكر رشيدة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم:2023/06/21

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

قال الله تعالى:

"واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا " صدق الله العظيم

لايطيب النهار إلا بطاعتك، ولاتطيب اللحظات إلا بذكرك، ولاتطيب الآخرة إلا بعفوك، ولاتطيب الجنة إلا برؤيتك، الله جل جلالك.

الى من بلغ الرسالة وأدى الامانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العلمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من علمني العطاء بدون انتظار، وأرجوا من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا حان قطافها إلى والدي العزيز أطال الله في عمره والى بسمة الحياة وسر الوجود أمي. ألى اخوتي وأصدقائي.

إلى كل طلبة السنة ثانية ماستر تخصص قانون طبي إلى جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

وفي الاخير أرجو أن أكون قد وفقت في بحثي هذا، وأسأل الله أن ينفعني بما بذلته راجي من المولى عزوجل أن يوفقني.

شكر وعرفان

الشكر لله أولا وأخيرا، وله الحمد و المنة والفضل والاحسان، على أن وهبني القوة و العزيمة على إتمام وإنجاز هذا العمل، فله وحده الشكر والحمد "و لان شكرتم لأزيدنكم".

_ الشكر موصول، على من انعم وتفضل بجهده وعلمه ووقته بتوجيهي والاشراف على متابعتي ومساندتي إلى ان بلغت هذا الهدف، فله فائق التحية والإجلال، وله مني عظيم الإمتنان و التقدير _ إلى الأستاذ الفاضل.

_ كما لا أنسى بالتقدير و الإعتزاز، وكل الإحترام لأصحاب الفضل علينا، إلى من قدم لي كل نصيحة وتشجيع خلال مشواري الدراسي إلى غاية هذه اللحظات.

_ فالتحية كل التحية لأهل العلم لأساتذتي الأفاضل الذين رافقوني في كل مشواري الدراسي بكل اطواره.

_ التحية الخالصة لكل الدكاترة و الأساتذة، وكل الموظفين والعمال، زملائي طلبة السنة ثانية ماستر تخصص قانون طبي.

مقدمة

مقدمة :

لقد ظهرت مهنة الطب منذ ظهور الإنسان على وجه الأرض، نظرا لحاجة هذا الأخير للتداوي من العلل أو العوارض الصحية التي قد تصيبه حفاظا على بقائه، و بالتالي بقاء المجتمع و استقراره.

غير أن وسائل العلاج قد تعددت بتعدد مراحل تطور هاته المهنة، حيث كان العلاج يتم عن طريق العرافين و الكهنة في عصور الجاهلية، ثم تطور فأصبح يتم بواسطة الأعشاب خلال العصور الوسطى، إلى أن وصل الأمر في العصر الحديث إلى العلاج بواسطة الأدوية من طرف أطباء يمتلكون من العلم ما يُمكنهم من ممارسة مهنة الطب.[1]

و قد عرف المجال الطبي تطورا هائلا خلال هذا العصر، حيث أصبح بإمكان الإنسان باعتباره مخلوقا ضعيفا بطبعه يسعى دوما إلى العيش صحيحا معافى في جسمه و عقله، التداوي من أي مرض أصابه خاصة و أن حياته مرتبطة ارتباطا كليا بسلامة جسمه، و هذا ما أدى بكل التشريعات إلى إباحة الأعمال الطبية التي يكون محلها جسم الإنسان، و ذلك لأن تدخل الأطباء على جسد هذا الأخير غالبا ما يتم بهدف علاجه و ليس بهدف الإضرار به. غير أن هذا التطور العلمي المذهل الذي شهده المجال الطبي قد رافقته مخاطر كبيرة، و ذلك لأن الجسد البشري الذي تتمحور حوله مهنة الطب مازال يعتبر كائنا مجهولا في العديد من جوانبه، كما أن هذا التطور الطبي قد صاحبه تطورا تكنولوجيا هاما، حيث أصبح العلاج يتم عن طريق اعتماد الأطباء على الآلات والأدوات الطبية الحديثة التي تتميز بتعقيدها و دقتها و حساسية السيطرة عليها [2]، وهذا ما أدى إلى زيادة الأفعال الضارة بصحة الإنسان وسلامته الجسدية و بالتالي زيادة دعاوى المسؤولية المرفوعة أمام القضاء التي اشتد الخلاف حول طبيعتها بين رجال القانون القضاء– تبعا لاختلافهم حول طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب بمريضه خاصة و أن هذا الأخير حين إقباله على العلاج فهو إما يتوجه إلى مستشفى أو مصحة عمومية، كما قد يتوجه إلى طبيب خاص يمارس نشاطه الطبي في

[1]– رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر ، 2007، ص 31 و ما يليها.

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

إحدى المرافق الصحية الخاصة، و ذلك لأن العلاقة بين الطبيب و المريض في الحالة الأولى تختلف عن مثيلتها في الحالة الثانية .[1]

و استمر الخلاف بين رجال الفقه و القضاء، خاصة و أن العديد منهم كان ينفي الطابع التعاقدي على علاقة الطبيب الخاص بمرضاه على أساس أن طبيعة العلاج، و نوع الدواء، و طرق إجراء العمليات الجراحية، و ما إلى ذلك من المسائل العلمية الفنية هي أمور يجهلها المريض العادي، و من ثم فإنها لم تدخل في تقديره و لم تنصرف إرادته إليها، و بالتالي فإن التزام الطبيب بوجوب مراعاتها لا يعتبر التزاما عقديا لأن الالتزامات التعاقدية تلك الالتزامات التي ارتضاها الطرفان عكس ما هو عليه الحال في العلاقات الطبية التي لا يمكن للمريض باعتباره طرفا فيها ارتضاء مسائل هي و أمور يجهلها.[2]

و بقي الأطباء يخضعون لنظام المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن طبيعة علاقة الطبيب المعالج بالمريض إلى غاية صدور قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية المعروف بقرار "Mercier" بتاريخ 20 ماي 1936 و الذي اعتبر أن ما يربط الطبيب بمريضه هو عقد حقيقي، و أن المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد هي مسؤولية من نفس الطبيعة، أي عقدية هي الأخرى [3]، و هذا ما أدى إلى تلاشي السلطة الأبوية التي كان يمارسها الأطباء على مرضاهم، و حلت محلها حرية الاختيار التي أصبح يتمتع بها طرفا العقد الطبي طبقا لمبدأ سلطان الإرادة.

ولعل من دوافع البحث في موضوع العقد الطبي الذي هو محل دراستنا باعتباره اتفاقا بين الطبيب الخاص الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص والمريض الذي يقصده بغرض العلاج يتم بموجبه علاج الطبيب للمريض المتعاقد معه مقابل أجر معلوم

---

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

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

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

يلتزم هذا الأخير بدفعه[1]، انتشار ظاهرة العلاج لدى أطباء القطاع الصحي الخاص دون علم المرضى، و في بعض الأحيان حتى الأطباء بأن تلقي العلاج داخل هذا القطاع غالبا ما يكون بموجب عقد طبي يمثل الوعاء القانوني الذي يحدد حقوق و التزامات كل طرف من طرفيه، و خاصة المريض الذي يجهل جل هاته الحقوق.

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

مع العلم أن العلاقة الطبية التعاقدية ليست وليدة التطور التاريخي فقط، بل هي وليدة التطور التقني و العلمي الذي انعكس أثره على مهنة الطب مما أدى إلى تدخل المشرعين في العديد من دول العالم بما فيهم المشرع الجزائري من أجل تنظيم علاقة الطبيب بمرضاه.

هذا ما فتح المجال لدراسة العقد الطبي في ظل انتشار الطب الحر، خاصة بعد فتح المجال أمام الأطباء لممارسة نشاطهم الطبي في القطاع الصحي الخاص متى توافرت فيهم الشروط المحددة قانونا .[2]

و للإلمام بجميع عناصر هذا الموضوع توصلنا إلى طرح الاشكالية التالية:

ماهي الطبيعة القانونية للعقد الطبي وما خصائصة

و للإجابة على هاته الإشكاليات اعتمدنا كأصل عام على المنهج التحليلي من خلال تحليل و تمحيص مختلف النصوص القانونية و الأحكام القضائية بالرغم من قلتها من أجل

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

[2]– المادتين (201) – (197) من القانون رقم (85) – 05 المؤرخ في 26 جمادي الأولى 1405 الموافق لـ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

تحديد الإطار القانوني لعلاقة الطبيب الخاص بمرضاه، كما اعتمدنا أيضا على المنهج الوصفي من خلال إبراز أهم جوانب العقد الطبي في شكل وصفي.
تم تقسيم الدراسة إلى فصلين :

الفصل الأول بعنوان **الإطار ألمفاهيمي للعقد الطبي** حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان **ماهية العقد الطبي،** وفي المبحث الثاني إلى **تكوين العقد الطبي**

أما الفصل الثاني سنتطرق فيه **آثار العقد الطبي** في المبحث الأول سنتطرق **الالتزامات المترتبة عن العقد الطبي و آثار الإخلال بها** ، وفي المبحث الثاني ستنطرق إلى **المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد الطبي**

وفي الأخير أنهينا هذا البحث بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات التي توصلنا لها من خلال هذه الدراسة.

الفصل الأول
الإطار المفاهيمي للعقد الطبي

لقد استمر الجدل طويلا بين رجال القانون حول طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب الخاص و المريض الذي يقصده بغرض العلاج إلى غاية صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 ، الذي أكد الطابع التعاقدي لهاته العلاقة، حيث اعتبر أن ما يربط الطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع[1] الصحي الخاص بالمريض الذي يتوجه إليه بغرض العلاج هو عقد طبي 1 إلا أنه ما دام هذا العقد هو وليد العصر الحديث، فإن الفقهاء قد وجدوا صعوبة في دراسته و استنباط أحكامه مما أدى إلى اختلافهم حول تحديد ماهيته ذلك لأن العقود تختلف باختلاف أحكامها و طرق انعقادها و على هذا الأساس فإنه من الضروري إعطاء التكييف الصحيح للعقد الطبي [2]

و من ثم تحديد ماهيته بغرض إدراجه ضمن طائفة معينة من النظم القانونية حتى يستمد منها أحكامه و هذا ما ستتمحور حوله دراستنا في مبحث أول، و تحديد كيفية انعقاده مثلما سنبين ذلك في مبحث ثان.

[1]– رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

[2]– أحمد حسن عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2005،ص 58.

المبحث الأول: ماهية العقد الطبي

إن التغير الواضح في المسار القانوني لعلاقة الطبيب الخاص بالمريض الذي أدّى إلى الاعتراف بوجود عقد طبّي يربط بين هذين الأخيرين، و يحدد حقوق و التزامات كلا منهما بصفة دقيقة وواضحة، جعل الفقهاء يجتهدون بغرض دراسة هذا العقد، و بالتالي تحديد مفهومه الذي سنتطرق له في مطلب أول، و بحث طبيعة التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية الذي ستتمحور حوله دراستنا في مطلب ثان.[1]

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

المطلب الأول: مفهوم العقد الطبي

رغم تطور أغلبية المواقف القضائية و التشريعية التي أصبحت تعتبر العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة تعاقدية، أي أنّ ما يربط بين هذا المريض والطبيب الخاص هو عقد طبي، إلا أن هذا الأخير هو عقد يختلف عن بقية العقود من حيث التحديد، وكيفية الانعقاد و هذا ما سنتطرق له في فرع أول؛ و كذلك من حيث طبيعته القانونية وهذا هو محتوى الفرع الثاني؛ كما أن للعقد الطبي خصائص سنذكرها في فرع ثالث . [2]

الفرع الأول: تعريف العقد الطبي:

رغم حداثة ظهور العقد الطبي على مستوى القضاء [3]، والتشريع المقارنين، إلا أن العديد من الفقهاء قد سارعوا مع مرور الوقت إلى وضع العديد من التعاريف لهذا العقد سنعرج على ذكر البعض منها، ولكن قبل ذلك سنبدأ بتعريف العقد لغة و اصطلاحا.

أولا: تعريف العقد لغة واصطلاحا:

---

[1]– بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية ، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2007 ، العدد الرابع، ص 284– 285.

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

[3]– غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 106.

إن تعريف العقد لغة يختلف عن تعريفه اصطلاحا

1- تعريف العقد لغة : إن العقد لغة هو " كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء و جمع أما بين الكلاميين" فيراد بها العهد ".[1]

2- تعريف العقد اصطلاحا: إن العقد هو "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين"[2] يتضح من خلال هذا التعريف أنه يجب أن ينصب اتفاق الإرادتين على إحداث أثر قانوني، أما إذا اتجهت الإرادتين إلى غاية أخرى [3] ، فإن المعنى القانوني للعقد ينتفي.[4]

هذا بالنسبة للعقد بصفة عامة ، أما بالنسبة للعقد الطبي فقد تعددت تعاريف

الفقهاء له كما سنبين ذلك ضمن العنوان الآتي:

ثانيا: التعريف الفقهي للعقد الطبي:

لقد عرف الأستاذ عبد الرزاق السنهوري العقد الطبي بأنه" اتفاق بين الطبيب والمريض، على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم ".[5]

و قد عرفه كذلك الأستاذ سافيتي بأنه "اتفاق بين طبيب من جهة و المريض أو من ينوب عنه من جهة أخرى، يلتزم الطبيب بمقتضاه أن يقدم للمريض عند طلبه المشورة و العناية الصحية".[6]

وعلى هذا الأساس فإن العقد الطبي وفقا لهذه التعاريف هو العقد القابل للتنفيذ من طرف الطبيب أو الجراح، و كذلك كل المساعدين الطبيين الذين هم تحت مسؤولية الطبيب المشرف على علاج المريض، بالإضافة إلى أنه عقد يرد على جسد الإنسان، لأنه رغم حرمة جسم هذا الأخير وقداسته شرعا وقانونا، إلا أن ضرورة العلاج والتداوي من الأمراض التي قد تصيب الشخص تفرض عليه اللجوء إلى الطب أملا في التخلص من آلامه، أو

---

[1]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق ص 58.

[2]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 42.

[3]- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 17،18

[4]-خليل أحمد حسن قادة المرجع الساق، ص 17-18.

[5]- عشوش كريم العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 09.

[6]- مامون عبد الكريم، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق جامعة تلمسان 2008 ، العدد السادس، ص 133.

على الأقل التخفيف منها[1]، و بالتالي يقدم على إبرام عقد طبي يعطي من خلاله موافقته للطبيب للبدئ في العمل الذي تعاقدا من أجله و المتمثل في تقديم العلاج المناسب له، على اعتبار أن العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي علاقة تقوم على الثقة المتبادلة بينهما، و لذلك فإن للعقد الطبي طرفين هما المريض من جهة؛ و الطبيب من جهة أخرى سنتطرق لهما بأكثر تفصيل تحت العنوان التالي.

ثالثا: أشخاص العقد الطبي

كما سبق ذكره فإن للعقد الطبي طرفين هما المريض والطبيب.[2]

1- المريض: يعرف المريض بأنه كل شخص يعاني من علل صحية جسدية كانت أو نفسية أو حتى عقلية و هو بحاجة إلى مساعدة طبية تجعله يقصد طبيبا يعرض عليه التعاقد من أجل أن يقدم له العلاج المناسب لحالته المرضية[3]، إذا كان باستطاعته ذلك بحكم كفاءته و اختصاصه، و بالتالي فهو طرف أساسي في العقد الطبي شأنه شأن الطبيب، و ذلك لأنه لا يمكن إبرام عقد طبي بدون أحدهما.[4]

2- الطبيب: لقد جعل المشرع الجزائري كغيره من باقي المشرعين- ممارسة مهنة الطب من اختصاص الأطباء بكل أصنافهم ، ووضع شروطا لممارسة هاته المهنة

سنتطرق لها بعد إعطاء تعريف محدّد للطبيب.

أ- تعريف الطبيب

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

و لذلك نستطيع القول بأن الطبيب هو ذلك الشخص العارف بأصول مهنة الطب و مبادئها و يندرج تحت هذا التعريف الأطباء بكل أصنافهم و تخصصاتهم، فالطبيب العام، و الطبيب الجراح، و طبيب التخدير ، كلهم أطباء و لكل واحد منهم تخصصا محددا يتقيد به،

---

[1] -محمد يوسف ياسين المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا - فقها- و اجتهادا ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص12.

[2]- زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 36.

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

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

مع العلم أن المشرع الجزائري قد وضع شروطا قانونية الممارسة هاته المهنة تتمثل في ما يلي:[1]

ب- شروط ممارسة مهنة الطب:

لقد اشترط المشرع الجزائري بموجب المادة (197) من قانون حماية الصحة و ترقيتها عدة شروط لممارسة مهنة الطب[2]، و ذلك ضمانا منه لحصر ممارسة العمل الطبي في المجال القانوني المباح لأجل تحقيق الأهداف النبيلة لهاته المهنة و تتمثل هاته الشروط فيما يلي:

الترخيص الوزاري:

لقد نصت المادة (197) من قانون حماية الصحة و ترقيتها على أنه " تتوقف ممارسة مهنة الطبيب و الصيدلي و جراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية..."

انطلاقا من الفقرة الأولى من المادة (197) المذكورة أعلاه، فإن المشرع الجزائري قد اشترط لممارسة مهنة الطب الحصول على ترخيص وزاري يسلمه وزير الصحة لمن يريد مزاولة هاته المهنة .[3]

مع العلم أن هذا الترخيص قد يكون عاما و شاملا لجميع أعمال المهنة مثلما هو الشأن بالنسبة للطبيب العام، في حين قد يكون الترخيص خاصا بممارسة أعمال طبية معينة كما هو الحال بالنسبة للطبيب المتخصص كطب العظام، و طب العيون، وطب التخدير [4]، إلا أن المشرع الجزائري قد قيد وزير الصحة لأجل الترخيص بممارسة النشاط الطبي بأربعة شروط و هي كالآتي:

---

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

[2]- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2005، ص 88

[3]- عشوش كريم المرجع السابق، ص 35.

[4]- شريف الطباخ المرجع السابق، ص 89.

- شهادة في الاختصاص:

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

قد نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (71-215) على أنه "تحدث شهادة لدكتور في الطب" و العام.[1]

و للحصول على هاته الشهادة يجب مزاولة سبع سنوات دراسة في الطب في حين نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (71-218) على أنه " تحدث شهادة لجراح الأسنان"[2]

أما للحصول على شهادة طبيب جراح أسنان، فإن مدة الدراسة المطلوبة قانونا هي خمس سنوات .[3]

هذا بالنسبة للدراسة في نظام ما قبل التدرج، أما بالنسبة للدراسة في نظام ما بعد التدرج لنيل شهادة طبيب اختصاصي؛ أو شهادة طبيب جراح أسنان اختصاصي، فقد نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (71-275) على أنه "تحدث دورة ما بعد التدرج تمنح على إثرها شهادة الدروس الطبية الخاصة ".[4]

أما فيما يخص المدة المطلوبة لنيل شهادة طبيب اختصاصي، أو طبيب وجراح أسنان اختصاصي، فتتحدّد بموجب قرار وزاري بالنسبة لكل شعبة [5] . ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري لم يشترط الحصول على شهادة من الشهادات المذكورة أعلاه من

---

[1]- المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (21571 المؤرخ في 04 رجب عام 1391 الموافق لـ 25 غشت 1971 ، و المتضمن تنظيم الدروس الطبية.

[2]- المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (71-218 المؤرخ في 04 رجب عام 1391 الموافق لـ 25 غشت 1971 المتعلق بتنظيم الدروس للحصول على شهادة جراح أسنان.

[3]- المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-261 المؤرخ في 08 سبتمبر 1990 و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم (71-218) المؤرخ في 25 غشت 1971 ، المتضمن تنظيم الدروس للحصول على شهادة جراح أسنان.

[4]- المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم (71-275 المؤرخ في 15 شوال 1391 الموافق لـ 03 ديسمبر 1971 ، و المتضمن إحداث شهادة الدروس الطبية الخاصة

[5]- المادة (06) من المرسوم التنفيذي رقم 71 - 275) السابق الذكر. 5- نظر، الفقرة الثانية من المادة (197) من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

الجامعات أو المعاهد الجزائرية فقط ، بل يمكن قبول الشهادات الأجنبية المعادلة لها شرط أن تكون شهادات معترفا بها، و هذا راجع إلى المعاهدات و الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول أجنبية.

– أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة:

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

– أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف

وذلك لأن العلاقة بين المريض و الطبيب هي علاقة ثقة متبادلة، و بالتالي فإن الشخص الذي تعرض لعقوبة مخلة بالشرف لا يمكن أن يصبح محل ثقة، بل سوف يدنس قداسة مهنة الطب و يحط من قدر الأطباء.[1]

– أن يكون جزائري الجنسية

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

في حين و زيادة على هاته الشروط، يجب على الطبيب الذي يريد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي، أو طبيب جراح أسنان اختصاصي أن يكون حائزا على شهادة في الاختصاص الطبي أو شهادة معادلة لها .

و بالإضافة إلى هذا فإن الطبيب أو جراح الأسنان الذي توافرت فيه الشروط المذكورة في المادتين (197) و (198) المذكورتين سابقا، ملزم بأداء اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الطبي

لقد انتهى الخلاف و الجدل الواسع الذي كان قائما بين الفقهاء حول طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب و مرضاه، و حدث تحول في مواقف الفقهاء الذين سلموا بأن العلاقة

[1]– رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

التي تربط بين الطبيب و المريض هي علاقة تعاقدية، و هذا بعد صدور قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 20 ماي 1936، و الذي اعتبر أن ما يربط بين الطبيب ومريضه هو عقد حقيقي.[1]

إلا أنه و أمام سكوت القانون المدني الجزائري و معه بقية القوانين الأخرى عن تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي [2] ، فإن الجدل الفقهي قد عاد ليظهر من جديد، و بالتالي اختلف الفقهاء حول تكييف هذا العقد، فمنهم من اعتبره عقد وكالة (أولا)، و منهم من ذهب إلى القول بأنه عقد عمل (ثانيا) ، و هناك من وصفه بأنه عقد مقاولة (ثالثا)، في حين و أمام هذا التضارب في الآراء الفقهية، فقد اتجه

جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الطبي عقد ذو طبيعة خاصة (رابعا)[3]

أولا: العقد الطبي عقد وكالة:

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العقد الطبي هو عقد وكالة و اعتمدوا على القانون الروماني لتبرير نظريتهم هاته حيث كان المجتمع الروماني حينئذ منقسما إلى ثلاث طبقات اجتماعية أشرفها طبقة المواطنين الرومان التي كان لها الحق وحدها في ممارسة المهن الفكرية كمهنة الطب ، و كان الطبيب آنذاك يقدم العلاج مجانا [4]، و بالتالي فإن العقد الطبي في هاته الحالة هو وكالة تبرعية حسبهم أما المقابل المالي الذي كان يقدمه المريض لطبيبه فكان يعتبر هبة، و عرفانا بالجميل و الخدمات الجليلة التي كان يقدمها الطبيب [5].

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

حسب نص المادة (571) من القانون المدني الجزائري، فإن مضمون عقد الوكالة هو قيام الوكيل بعمل باسم الموكل و الحسابه .

هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن محل عقد الوكالة هو عملا قانونيا.

---

[1]– رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 415.

[2]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص 11.

[3]– مامون عبد الكريم حق الموافقة على التدخلات الطبية المرجع السابق، ص141.

[4]– غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 123–124.

[5]– رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، نفس المرجع، ص 416.

و بالإضافة إلى هذا، فإن المادة (581) من نفس القانون المذكور أعلاه قد نصت على أن [1]" الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص من حالة الوكيل... ".

في حين وبالرجوع إلى العقد الطبي فإن الطبيب يقوم بالعمل الطبي باسمه و لحسابه الخاص[2]. كما أن هذا العمل هو عملا ماديا و ليس قانونيا.

بالإضافة إلى أن العقد الطبي هو عقد معاوضة،[3] لأن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق المريض، الالتزام بدفع أتعاب الطبيب المعالج و هذا ما يفهم من نص المادة (57) من مدونة أخلاقيات الطب .

ثانيا: العقد الطبي عقد عمل:

طبقا لنص المادة (02) من قانون العمل التي تعرف لنا العامل الأجير بأنـه" كل شخص يؤدي عملا يدويا، أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي، أو معنوي، عمومي، أو خاص يدعى (مستخدم) "، فإن أصحاب هذا الاتجاه الفقهي قد ذهبوا إلى القول بأن العلاقة التي تربط بين الطبيب و المريض هي نفسها العلاقة التي تربط بين العامل الأجير ورب عمله[4]، لأن العناصر التي يختص بها عقد العمل و المتمثلة في عنصري العمل؛ و الأجر من جهة، و عنصري المدة؛ و علاقة التبعية من جهة أخرى، هي نفس العناصر التي يمكن استنتاجها من العقد الطبي[5]، لأن الطبيب يؤدي عملا فكريا يتمثل في تقديم العلاج المناسب للمريض خلال مدة زمنية معينة
مقابل أتعاب أو أجر يتقاضاه في إطار منظم. [6]

---

[1]– بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 10.

[2]– منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين المرجع السابق، ص 93.

[3]– أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص

[4]– إبراهيم على حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 125.

[5]– رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 423

[6]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 14– 15.

كما أنه مادام الطبيب مرتبط بموجب عقد عمل مع المريض، فإنه يخضع لأوامر و تعليمات هذا المريض حول طرق علاجه.[1]

إن رأي أصحاب هذا التوجه الفقهي يبقى مستبعدا، لأنه و رغم التشابه الكبير بين العقد الطبي و عقد العمل، إلا أنه لا يمكن اعتبار العقد الذي يربط بين الطبيب و المريض عقد عمل، لأنه و بالرغم من أن الطبيب يقدم عملا طبيا للمريض مقابل أجر ، إلا أنه يبقى مستقلا استقلالا تاما عن هذا المريض ولا يتلقى أية تعليمات أو أوامر منه، بل إن المريض هو الذي يتلقى التعليمات و الأوامر من طبيبه، فهذا الأخير هو صاحب القرار، و بالتالي فهو حر في اختيار الطرق و الوسائل العلمية المناسبة لعلاج مرضاه، لأن المريض ليس له علم بأمور الطب، بل و حتى بحالته الصحية، و من ثم تنتفي علاقة التبعية بين الطبيب و المريض، أي أن الطبيب ليس تابعا للمريض، و لا يخضع لتعليماته و أوامره، بل إن العكس هو الصحيح. [2]

في حين إذا كان الطبيب عاملا لدى مؤسسة أو عيادة خاصة، فإن التبعية هنا هي تبعية تنظيمية نظرا لوجود عقد عمل بين الطبيب من جهة، و المؤسسة أو العيادة الخاصة من جهة أخرى، إلا أنه لا يوجد هناك تبعية فنية، لأن الطبيب أدرى بعلم الطب، و بالتالي فإنه صاحب القرار في ترجيح العلاج المناسب لحالة المريض ، طبقا لنص المادة (10) من مدونة أخلاقيات الطب . [3]

ثالثا: العقد الطبي عقد مقاولة

إن عقد المقاولة حسب نص المادة (549) من القانون المدني الجزائري " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد هو الآخر ".

انطلاقا من هذا التعريف ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن العقد الطبي هو عقد مقاولة، وذلك نظرا لتطابق الخصائص التي يتميز بها كلا العقدين، أي أن الطبيب يتعهد

---

[1]– بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، نفس المرجع، ص 301.

[2]– غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 129، 130.

[3]– رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 425.

بالقيام بعمل طبي من أجل معالجة المريض مقابل أجر يتعهد به هذا الأخير، و بالتالي فإن كل من عقد التطبيب و عقد المقاولة يعتبر من عقود المعاوضة. [1]

هذا من جهة و من جهة أخرى إذ كان المقاول مستقلا في أداء عمله و توجيه العمال الذين يعملون تحت إشرافه لتنفيذ عقد المقاولة، فإن الطبيب يعتبر كذلك مستقلا في أداء عمله الطبي المتمثل في تقديم العلاج المناسب للمرضى، و في توجيه المساعدين الطبيين الذي يعملون تحت إشرافه لتنفيذ العقد الطبي[2].

إن هذا الطرح يصعب التسليم به كذلك، لأن أوجه التشابه بين العقد الطبي عقد المقاولة التي استدلّ بها أصحاب هذا الاتجاه الفقهي لا تكفي وحدها للقول بأن العقد الذي يربط بين الطبيب والمريض هو عقد مقاولة، بل إن هناك الكثير من نقاط الاختلاف بين العقدين و المتمثلة فيما يلي:

– يختلف العقد الطبي عن عقد المقاولة في أن التزام الطبيب في غالب الأحيان هو التزام ببذل عناية، لأن الطبيب يتعهد بمعالجة المريض دون أن يضمن شفاءه، و في مقابل ذلك فإن التزام المقاول هو التزاما بتحقيق نتيجة، لأن رب العمل يتعاقد مع المقاول من أجل إنجاز عمل ما، و بالتالي يتحتم على هذا الأخير إنجاز العمل الذي تم الاتفاق عليه [3].

و إلى جانب هذا فإن العقد الطبي هو عقد شخصي، أي أن المريض يختار طبيبه على أساس كفاءته و الثقة التي يتميز بها، و بالتالي فإن هذا العقد ينتهي بوفاة الطبيب، كما لا يمكن لهذا الأخير أن يوكل طبيبا أخر من أجل معالجة المريض المتعاقد معه، في حين فإن عقد المقاولة لا ينتهي بمجرد وفاة المقاول[4].

كما أنه يمكن للمقاول في الكثير من عقود المقاولة أن يقاول من الباطن. [5]

هذا من جهة و من جهة أخرى فإن عمل المقاول يعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص المادة (02) من القانون التجاري الجزائري ، و بالتالي فهو عمل يقوم على أساس الربح والخسارة، كما أنه ينصب على أشياء غير حية، و في مقابل ذلك فإن

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

[2]– إبراهيم علي حمادى الحلبوسي، المرجع السابق، ص 126.

[3]– غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 131.

[4]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 67– 68.

[5]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 16 – 17.

عمل الطبيب يعد عملا مدنيا يخلوا من حسابات الربح والخسارة، كما أنه ينصب على جسم إنسان من أجل تقديم المساعدة الطبية اللازمة له، العقد الطبي بأنه عقد مقاولة. [1]

رابعا: العقد الطبي عقد ذو طبيعة خاصة:

إن النظريات التي قيلت بشأن تكييف العقد الطبي لم يتمكن أصحابها من التوصل إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فكل نظرية ركزت على عنصر من عناصره و أغفلت العناصر الأخرى، و بالتالي لم تتمكن أي نظرية من هاته النظريات من إعطاء التكييف الصحيح للعقد الذي يربط بين الطبيب و المريض[2]، هذا من جهة و من جهة أخرى مادام عقد التطبيب لم يتم تنظيمه و تفصيل أحكامه في القانون المدني الجزائري فإنه يعتبر عقدا غير مسمى يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين أطرافه، و من عادات وأعراف مهنية الطب كما يستمدها كذلك من التشريعات الطبية [3].

و بالإضافة إلى هذا، فإن العقد الطبي هو عقدا مستقلا بذاته، فهو ذو طبيعة خاصة ، بحيث يخرج عن نطاق عقود القانون العام، كما يصعب إدراجه ضمن عقود القانون الخاص المسماة.

مع العلم أن ارتفاع نسبة العلاج في القطاع الصحي الخاص بسبب الاكتظاظ الموجود داخل المستشفيات العامة و نوعية الخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء العيادات الخاصة، قد يؤدي إلى ارتفاع نسبة التعاقد في هذا المجال، و بالتالي فإن ضرورة تنظيم العقد الطبي تشريعيا و سن أحكاما خاصة به أصبحت تشكل حتمية لا يمكن للمشرع الجزائري تجاهلها.

الفرع الثالث: خصائص العقد الطبي

لقد توصلنا من خلال دراسة الطبيعة القانونية للعقد الطبي إلى أن هذا العقد عقد ذو طبيعة خاصة، و بالتالي فإنه يتميز عن غيره من العقود بعدة خصائص، بحيث أنه عقدا غير مسمى (أولا)؛ يقوم على الاعتبار الشخصي (ثانيا)؛ و على الجانب الإنساني (ثالثا)؛

[1]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص 17.

[2]– غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 156–157.

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

كما أنه عقد مدني (رابعا)؛ و بالإضافة إلى هذا فهو عقد مستمر (خامسا)؛ و تبادلي (سادسا) .[1]

أولا: العقد الطبي عقد غير مسمى:

إن العقد الغير مسمى هو العقد الذي لم ينظمه القانون، كما لم يخصه بأحكام خاصة، و باسم معين [2] ، مثلما هو الحال بالنسبة للعقد الذي يربط بين الطبيب و المريض الذي لم يتولى المشرع الجزائري تنظيمه و تسطير أحكامه بموجب القانون المدني أو القوانين ذات الصلة بالمجال الطبي[3].

إلا أن هذا لا يعني أن العقد الطبي – باعتباره عقدا غير مسمى – لا يخضع للقانون، بل إنه يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود المسماة[4]، كما أنه يستمد أحكامه من عادات و أعراف مهنة الطب من جهة و من التشريعات الطبية من جهة أخرى.

ثانيا: العقد الطبي عقد شخصي

إن القول بأن العقد الطبي عقد يقوم على الاعتبار الشخصي يعني أن المريض يقوم باختيار الطبيب الذي يريد التداوي لديه دون غيره من الأطباء على أساس كفاءة و إمكانيات هذا الطبيب من جهة، و الثقة التي يتمتع بها هذا الأخير من جهة أخرى[5]، حيث تمثل هاته المعايير أهمية خاصة لدى المريض، و تمكنه من اختيار الطبيب الذي يرى بأنه أفضل لعلاجه[6]، و بالتالي فإنه يجب احترام حق هذا المريض في حرية اختيار طبيبه ، طبقا لنص المادة (80) من مدونة أخلاقيات الطب [7]، مع العلم أن استعمال هذا الحق لا يرد على

---

[1]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 68– 69.

[2]– محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2006 ، ص 134.

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

[4]– خليل أحمد حسن قدادة المرجع السابق، ص 24.

[5] – Voir, M. M. Hannouz et A.R hakem, Précis de droit Médical, office des publications universités, Ben Aknoun, Alger, 2000, P34.

[6]– غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 118.

[7]–شيعاوي وفاء، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة – الإعفاء من المسؤولية – المسؤولية التأديبية الجراحة التجميلية زرع الأعضاء ، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، د.س ن، ص 246.

إطلاقه، بل يجب على هذا الأخير استعمال حقه في الاختيار لإبرام عقد طبي مع الطبيب الذي يمارس نشاطه لدى إحدى المرافق الصحية الخاصة، لأن الطبيب الموظف لدى مرفق صحي عام يعتبر في وضعية لائحية تمنعه مع التعاقد مع مرضاه. و يترتب على كون العقد الطبي عقد يقوم على الاعتبار الشخصي انقضائه في حالة وفاة الطبيب المتعاقد معه.

ثالثا: العقد الطبي عقد إنساني:

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

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

رابعا: العقد الطبي عقد مدني:

يختص العقد الطبي كذلك بأنه عقدا مدنيا، أي أنه لا يحمل الطابع التجاري [1]، وذلك لأن مهمة الطبيب الذي يمارس مهنة الطب الخاص تتمثل في تقديم العلاج المناسب للمريض المتعاقد معه، مقابل أجر يتقاضاه دون أن يأخذ بعين الاعتبار معايير الربح ؛ أو الخسارة، لأنه يمنع على الطبيب أن يقدم عملا طبيا يكون الغرض منه تحقيق الربح، كما

[1]– زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 60.

يمنع على الأطباء كذلك استعمال كل أساليب الإشهار المباشرة؛ و غير المباشرة طبقا لنص المادة (20) من مدونة أخلاقيات الطب[1]

وبالإضافة إلى هذا فإن العمل الطبي لا يقوم على أساس المضاربة، وذلك لأن الأتعاب التي يتقاضاها الطبيب تعتبر مقابلا للجهد الذي يبذله أثناء قيامه بعمله الطبي.
و لذلك فإن العمل الطبي يعتبر عملا مدنيا محضا. [2]

خامسا: العقد الطبي عقد مستمر:

إن العقد المستمر هو العقد الذي يستغرق تنفيذه مدة معينة من الزمن[3]، كما وهو الحال بالنسبة للعقد الطبي الذي يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيه، ذلك لأن المريض لا يمكن شفاؤه من خلال الزيارة الأولى للطبيب، بل إن ذلك يتطلب مدة زمنية معينة[4] ، خاصة و أن العقد الذي يربط بين الطبيب و مريضه هو عقد تتابع فيه الفروض، بحيث أن الطبيب يقوم أولا بفحص المريض المتعاقد معه؛ ثم إجراء التحاليل الطبية اللازمة له؛ ثم تشخيص حالته المرضية؛ و من ثم تحديد العلاج المناسب لهاته الحالة. [5]

إضافة إلى هذا يقوم الطبيب كذلك بمتابعة حالة مريضه الصحية أثناء مرحلة العلاج، بل 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 شفائه، و بالتالي فإن الالتزام الرئيسي للطبيب المتمثل في بذل العناية اللازمة من أجل علاج المريض المتعاقد معه يتطلب وقتا لتنفيذه، و لا يمكن تنفيذه تنفيذا فوريا. كما يتمثل الطابع الزمني للعقد الطبي كذلك في أن الطبيب يمتنع عن إفشاء أسـرار مرضاه طيلة فترة العلاج، بل و حتى بعد انقضاء العقد الطبي، و بالتالي فهو التزام مستمر.

---

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

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

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

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

[5]– زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 72.

في حين تتمثل خاصية الاستمرارية التي يتميز بها العقد الطبي بالنسبة للمريض، في أن هذا الأخير ملزم بإتباع تعليمات و نصائح طبيبه طيلة المدة الزمنية التي يستغرقها علاجه.

ومن ثم فإن الالتزامات الرئيسية المترتبة عن العقد الطبي هي التزامات مستمرة التنفيذ و لا يمكن تنفيذها تنفيذا فوريا، وبالتالي فإن هذا العقد هو عقد مستمر [1]

سادسا: العقد الطبي عقدا ملزما للجانبين:

إن من بين خصائص العقد الطبي كذلك أنه عقدا ملزما للجانبين، فهو يرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه الطبيب من جهة؛ و المريض من جهة أخرى، بحيث يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة من أجل علاج المريض المتعاقد معه[2]، معتمدا في ذلك على القواعد العلمية و الأخلاقية التي تفرضها عليه أصول مهنة الطب.

وبالإضافة إلى هذا الالتزام الرئيسي، تترتب على عاتق الطبيب التزامات أخرى كالتزامه بأخذ رضا المريض قبل القيام بأي عمل طبي؛ كما أنه ملزم كذلك بإعلام هذا الأخير عن تفاصيل حالته الصحية و العلاج اللازم له، هذا من جهة؛ الحفاظ على أسرار مرضاه من جهة أخرى.

وفي حين يلتزم المريض في مقابل ذلك بإتباع أوامر و تعليمات طبيبه إلى غاية الانتهاء من العلاج، كما يلتزم كذلك بدفع أتعاب الطبيب المعالج مقابل الخدمات الطبية التي قدمها له هذا الأخير.

و بالتالي فإن العقد الطبي هو عقد تبادلي[3]، يرتب على عاتق طرفيه التزامات متقابلة، بحيث يكون كل طرف متعاقد دائنا و مدينا في نفس الوقت[4]

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتوجه التعاقدي في العلاقات الطبية

إن ضرورة وجود رابطة تجمع بين المريض من جهة، و الطبيب من جهة أخرى تحمي كل طرف منهما وتضمن له الحصول على حقوقه التي يكفلها القانون، جعلت الكثير

---

[1]– غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 111–112.

[2] –M.M. Hannouz et A.R. Hakem, op, cit, P 35.

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

[4]– علي فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، ، 2008 ، ص 57.

من رجال الفقه و القضاء على حد سواء يطالبون بوضع معايير وآليات لضبط العلاقة التي تجمع بين المريض و الطبيب تماشيا مع التوجهات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية الحديثة، مما جعل بوادر التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية تظهر إلى الوجود، هذا التوجه يقوم على أسس سنبينها في فرع أول، و له أهداف سنتطرق لها في فرع ثان، في حين فإن للتوجه التعاقدي حدودا سنتناولها في فرع ثالث. [1]

الفرع الأول: أسس التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض

إن استغناء المريض عن الخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء المستشفيات العمومية و لجوئه إلى التداوي لدى العيادات أو المستشفيات الخاصة، فتح المجال واسعا أمام الأطباء الخواص من أجل التعاقد مع مرضاهم، وذلك لأنه بمجرد ولوج المريض لعيادة، أو مستشفى خاص طالبا خدمات طبيب معين، و موافقة هذا الأخير على طلب مريضه، يكون كلا الطرفان قد قاما بإبرام عقد طبي بينهما و لو بطريقة ضمنية [2]، طبقا لحريتهما التعاقدية التي تعتبر أساس و قوام هذا العقد وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي أصبح يلعب دورا مهما في العلاقات القانونية بصفة عامة، و العلاقات التي تجمع بين أطباء القطاع الخاص و مرضاهم بصفة خاصة بسبب تخلي الدولة عن الكثير من التزاماتها في المجال الطبي مما أدى بالكثير من التشريعات الطبية الحديثة، ومن بينها التشريع الجزائري، إلى توسيع نطاق الحرية التعاقدية لتشمل العلاقة التي تربط بين الطبيب و مرضاه، و لذلك فإن علاقة الطبيب بالمريض وفقا لهذا التوجه التعاقدي تقوم على أساسين و هما:

- احترام مبدأ سلطان الإدارة.
- تكريس الحرية التعاقدية. [3]

أولا : احترام مبدأ سلطان الإرادة:

يقصد بهذا المبدأ أن الإرادة هي أساس إقامة العلاقات القانونية، أي أن الأشخاص يتمتعون بالحرية المطلقة في إنشاء علاقات قانونية دون اشتراط أي شكل أو إجراء خاص.[4]

---

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

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

[3]– بن صغير مراد، البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص 285 286.

[4]– فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2009، ص 41

و بالتالي فإن العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي علاقة قائمة على حرية الطرفين في التعاقد، أو الامتناع عن ذلك [1] ، فالمريض يتمتع بالحرية المطلقة في اختيار طبيبه، لأن العقد الطبي هو عقد يقوم على الاعتبار الشخصي[2]، خاصة و أن معايير الثقة؛ الكفاءة؛ و و الخبرة في المجال الطبي تختلف من طبيب إلى آخر، و بالتالي فإن المريض حر في أن يختار هذا الطبيب أو ذاك دون باقي الأطباء ، طبقا لنص المادة (42) من مدونة أخلاقات الطب ولهذا إذا وقع اختياره على طبيب معين، فإنه يجب احترام حرية الاختيار هاته، لأنه يمنع إجبار هذا المريض على العدول عن اختياره تحت أي مبرر طبقا لنصي المادتين (42)، و (80) من مدونة أخلاقيات الطب.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن حرية المريض في اختيار طبيبه تقابلها حرية هذا الطبيب في قبول التعاقد مع مريض معين، أو الامتناع عن ذلك[3]، وبالتالي رفض علاجه حسب ما نصت عليه المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب، وهذا في غير حالتي الاستعجال أو الضرورة .

في حين تتمثل الحرية التعاقدية في المجال الطبي كذلك في أن إرادة كل من الطبيب والمريض على حد سواء هي مصدر الالتزامات التي تترتب عن العقد الطبي[4]، كما أن إرادة الطرفين هي وحدها التي يمكنها تعديل هذا العقد، أو إنهائه[5]، طبقا لنص المادة (106) من القانون المدني الجزائري .

وبالتالي فإن لكل من الطبيب والمريض على قدم المساواة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة الحرية المطلقة في اختيار الطرف الذي يريد التعاقد معه، كما أن لإرادتهما سلطانا في تحديد الالتزامات المترتبة عن العقد الطبي الذي يربط بينهما، أو تعديله، أو حتى إنهائه [6].

---

[1]– بن صغير مراد البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، نفس المرجع، ص 286.

[2]– فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25 ، 2009 ، العدد الثاني، ص 476–477.

[3]– فواز صالح المرجع السابق، ص 478 479.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 99– 100.

[5]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق،203– 204.

[6]– بن صغير مراد البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص286.

ثانيا: تكريس الحرية التعاقدية:

لقد أكد القضاء الفرنسي التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936، والذي جاء نصه كما يلي: " يقوم بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي، يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بداهة بشفاء المريض، فعلى الأقل بإعطائه علاجا يقضا، حذرا ومتفقا مع الأصول العلمية، و أن الإخلال بهذا الالتزام ولو بغير قصد، جزاؤه مسؤولية من نفس الطبيعة، أي عقدية هي الأخرى [1] .

ومن ثم تم تكريس الحرية التعاقدية بمقتضى هذا القرار الذي يعد نقطة تحول أساسية في علاقة الطبيب بالمريض، ويتجلى ذلك في حرية الاختيار التي أصبح يتمتع بها طرفي العلاقة الطبية التعاقدية، بحيث أن مجرد اختيار المريض للطبيب الذي يريد التداوي لديه وقبول هذا الأخير، ينعقد العقد الطبي الذي يعد تعبيرا عن حرية طرفيه على حد سواء[2]، هاته الحرية تعتبر مبدأ أساسيا في العلاقات الطبية ذات الطابع التعاقدي بمقتضى نص المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب ، وهذا ما أدى إلى تأكيد التوجه التعاقدي في العلاقة التي تجمع الطبيب الذي يمارس مهنة الطب في القطاع الخاص بالمريض، بمعنى أن العلاقة التي تربط بين هذا الطبيب ومريضه هي العقد الطبي الذي يقوم على أساس الحرية التعاقدية[3]

الفرع الثاني: أهداف التوجه التعاقدي:

إن جهود كل من الفقه والقضاء في العمل من أجل وضع معالم التوجه التعاقدي في العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض، كان نتيجة لرغبة ملحة في ضبط هاته العلاقة التي كانت تتميز بعدم الاستقرار والثبات نتيجة التطور الذي عرفته مختلف المجالات في إطار ما يعرف بالانفتاح العالمي، الأمر الذي تطلب ضرورة تكريس التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية الخاصة، وذلك لأن العقد الطبي باعتباره رابطة تجمع بين أطراف العلاقة الطبية التعاقدية، يعتبر الوسيلة المثلى لحماية كل من الطبيب الخاص والمريض من أي

[1]– غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 106

[2]– بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد الأسس القانونية التي يقوم عليهما رضا المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة – الإعفاء من المسؤولية– المسؤولية التأديبية – الجراحة التجميلية – زرع الأعضاء ، كلية الحقوق، تيزي وزو، د.س.ن، ص 91–92.

[3]– بن صغير مراد البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص289.

تأثيرات خارجية قد تؤثر على أحدهما على حساب الآخر، أو على كليهما، وبالتالي فإن أهم أهداف التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض تتمثل فيما يلي:

- ضبط العلاقة القانونية التي تربط بين الطبيب والمريض.
- مسايرة الانفتاح العالمي.
- التضييق من مجال تدخل الدولة [1]

أولا: ضبط العلاقة القانونية التي تربط بين الطبيب والمريض

إن الهدف الأول والأساسي للتوجه التعاقدي في العلاقات الطبية هو ضبط هاته العلاقات على النحو الذي يبين حقوق والتزامات كل طرف، وذلك لأن العقد الطبي هو الوعاء القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطبيب والمريض وفقا لإرادتهما المشتركة . [2]

وبالتالي فإن هذا العقد يساهم في تعزيز الثقافة القانونية لدى كل من الطبيب والمريض، لأن مصدر الالتزامات المترتبة عنه هو إرادتي طرفيه، ومن ثم فإن كل طرف يقبل على إبرام العقد الطبي وهو يدرك ما له من حقوق وما عليه من التزامات

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن التزام الطبيب بإعلام المريض عن تفاصيل وطبيعة المرض الذي يعاني منه ، وطرق العلاج التي يمكن إتباعها،...، يوفر حماية أكبر للمريض الذي يعد الطرف الضعيف في العلاقة الطبية التعاقدية، التي تولي اهتماما كبيرا لهذا الالتزام الذي يسمح للمريض بتكوين فكرة واضحة عن حالته الصحية، حتى يتمكن من اتخاذ قرار سليم من أجل الموافقة على أي عمل طبي وهو على بينة بالنتائج المحتملة لذلك العمل، وهذا ما قد يضفي نوعا من التوازن على العلاقة التي تربط بين الطبيب الخاص والمريض.[3]

ثانيا مسايرة الانفتاح العالمي:

إن من أهداف التوجه التعاقدي كذلك التماشي مع التقدم التكنولوجي والتطور المعلوماتي في شتى المجالات بما فيها المجال الطبي [4]، خاصة وأنه بفضل التطور العلمي

---

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

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

[3]– بن صغير مراد البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، نفس المرجع، ص298.

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

الحديث أصبح يمكن للمريض تلقي العلاج وهو في بلد والطبيب المعالج في بلد آخر وهذا عن طريق وسائل الاتصال الحديثة كالأقمار الاصطناعية، مما جعل العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض تتماشى مع التطور العلمي والمستجدات الطبية الحديثة، وبالتالي فإن التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض هو من ضرورات العصر الحديث التي تتطلبها المستجدات العلمية والتطورات القانونية في ظل الانفتاح العالمي خاصة في المجال الطبي.

ثالثا: التضييق من مجال تدخل الدولة:

إن كثرة الطلب على التداوي لدى المؤسسات الاستشفائية العمومية وإثقال كاهل الدولة بسبب تزايد الإنفاق على هذا المرفق الحساس، أدى بها إلى التخلي عن الكثير من التزاماتها اتجاه هذا المرفق، وبالتالي فشلها في توفير الخدمات الطبية المجانية المناسبة للمرضى، و هذا ما فتح المجال أمام العيادات والمستشفيات الخاصة لسد هذا العجز، ومنافسة المستشفيات العمومية من حيث نوعية الخدمات الطبية المقدمة من طرف الأطباء الذين يمارسون مهنة الطب داخل هاته العيادات أو المستشفيات الخاصة تماشيا مع التوجه الاقتصادي العالمي الجديد الذي يعطي حرية أكبر للأفراد، وفي مقابل ذلك يحد من تدخل الدولة [1]

الفرع الثالث: حدود التوجه التعاقدي

إن فكرة العقد ارتبطت منذ القدم بحدود وضوابط جعلت الحرية التعاقدية مقيدة إلى حد ما، وبالتالي فإن اعتماد مبدأ الحرية التعاقدية في العلاقات الطبية الخاصة لا يرد على إطلاقه، خاصة وأن العقد الطبي هو عقد محله التعامل في جسد الإنسان الذي تقدسه كل الشرائع والقوانين، وهذا ما يتطلب فرض قيود على حرية كل من الطبيب والمريض، لأن ورود التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية على إطلاقه قد لا يتلاءم مع الطبيعة الخاصة للعقد الطبي، بل قد لا يخدم حتى مصلحة طرفي هذا العقد، ومن ثم فإنه يجب أن يقف هذا التوجه التعاقدي عند الحدود المتعلقة بالنظام العام (أولا) من جهة، وتلك التي رسمها القانون (ثانيا) من جهة أخرى.

[1]– بن صغير مراد البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص 299– 300.

أولا: الحدود المرتبطة بالنظام العام:

إذا كان التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية الخاصة يمجد الحرية التعاقدية، ويجعلها أساس العلاقة التي تربط بين الطبيب الذي يمارس مهنة الطب في القطاع الخاص والمريض، فإن هاته الحرية قد تتعارض مع النظام العام، ويتحقق ذلك في حالة تعاقد كل من الطبيب والمريض بغرض إجراء عملية استنساخ[1]، أو إجراء عملية جراحية يكون الهدف منها تغيير جنس المريض من ذكر إلى أنثى أو العكس، وهذا ما يتعارض مع المثل العليا للمجتمع[2] ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يتحقق هذا التعارض كذلك في حالة اتجاه طرفي العقد الطبي إلى إجراء تجارب طبية أثبت العلم الحديث فشلها وعدم إمكانية نجاحها، أو استخدام طريقة علاج ما أو دواء غير معتمد من طرف الأطباء ، ولهذا فإنه لا يمكن إعمال العقد الطبي بين الطبيب والمريض في هاته الحالات لأنها تتعارض مع الهدف النبيل والأساسي لمهنة الطب والمتمثل في شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه، مما يجعلها مقيدة بمبادئ النظام العام التي تشكل حدا للحرية التعاقدية، ومن ثم عائقا أما إبرام العقد الطبي.

وبالتالي فإن التعاقد بشأن هاته الحالات السابق ذكرها تحت غطاء الحرية التعاقدية فيه مساس بالنظام العام باعتباره مجموعة من المصالح العليا الأساسية التي يقوم عليها المجتمع، والتي تشكل قيدا على حرية كل من الطبيب والمريض . [3]

ثانيا: الحدود المرتبطة بالقانون:

إن الخضوع لأحكام القانون الذي يوجه التدخل الطبي يعتبر قيدا من القيود التي ترد على الحرية التعاقدية، ومن ثم تشكل حدا من حدود التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية ، ويتحقق ذلك في حالة علاج المريض لدى مؤسسة استشفائية عمومية، لأن الطبيب الموظف في مستشفى عام يعتبر في مركز تنظيمي لائحي، أي أنه يخضع للقوانين واللوائح التي تنظم

[1]– بن صغير مراد البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص304–305–308

[2]– تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص19 وما يليها.

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

سير هذا المرفق العمومي[1]. و من ثم فإنه لا يمكن إعمال الحرية التعاقدية في هاته الحالة لأنه لا يمكن للمريض اختيار طبيبه، بل إن الإدارة هي التي تختار الطبيب الذي سيقدم العلاج لهذا المريض[2]، كما تنتفي كذلك حرية الطبيب في اختيار مرضاه في هاته الحالة، وبالتالي فإن حقوق والتزامات كل من الطبيب العام والمريض تتحدد بموجب القوانين واللوائح المنظمة لهذا المرفق الصحي العام، الأمر الذي يؤكد انتقاء الرابطة العقدية في العلاقة التي تجمع بين المريض والطبيب الموظف لدى مؤسسة عمومية استشفائية . [3]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يعتبر تدخل القانون من أجل توجيه العمل الطبي قيدا من القيود التي ترد على الحرية التعاقدية، ويكون ذلك في حالة تعاقد الطبيب مع مؤسسة ما من أجل تقديم العلاج للعمال الذين يشتغلون داخل هاته المؤسسة، حيث تنعدم حرية كل من الطبيب والمريض في اختيار أحدهما للآخر، لأن المؤسسة المستخدمة تفرض على العامل الطبيب المعالج وفقا لأحكام القانون، وهذا طبقا لنص المادة (07) من القانون رقم (9-11) المتعلق بعلاقات العمل ، ولذلك لا يمكن للمريض اختيار الطبيب الذي يريد التداوي لديه، وإنما يجب عليه مراجعة الطبيب الذي تعاقدت معه المؤسسة التي يشتغل لديها، وبمقابل ذلك يلتزم هذا الطبيب بتقديم العلاج لأي عامل يشتغل لدى هاته المؤسسة، وبالتالي تنتفي حرية الاختيار لديه الأمر الذي يؤكد عدم وجود عقد طبي في هاته الحالة، لأن القانون يحول دون تمكن كل من العامل والطبيب المتعاقد مع المؤسسة المستخدمة لهذا الأخير من إبرام عقد طبي بينهما، وذلك لأنه يحدّ من حرية كل من هذا الطبيب ومريضه. [4]

الفرع الثالث: صور العلاقات الطبية

إن تكريس التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية، وفتح المجال الطبي أمام المرافق الصحية الخاصة أدى إلى اختلاط المفاهيم حول موضوع العقد الطبي، نظرا لتعدّد العلاقات

---

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

[2]- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005، ص63.

[3]- آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2010/2011، ص 84- 85.

[4]- فواز صالح، المرجع السابق، ص 477- 478.

في هذا المجال[1] ، وبالتالي فإن دراسة هذا الموضوع تتطلب تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة التي تربط بين الطبيب والمرفق الصحي .

أولا : الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي

إن وضعية الطبيب الذي يمارس مهنة الطب لدى مرفق صحي عام تختلف عن وضعية مثيله الذي يمارس هاته المهنة لدى مرفق صحي خاص، ويتجلى ذلك في اختلاف طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب والمرفق الصحي العام ، عن الطبيعة القانونية لعلاقة هذا الطبيب بالمرفق الصحي الخاص[2]

1- طبيعة علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام:

بما أن المؤسسات الاستشفائية العامة هي مؤسسات ذات طابع عمومي، تديرها هيأت إدارية تابعة للدولة، ويجرى العمل فيها بموجب القوانين واللوائح التنظيمية [3] فإن علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام هي علاقة تبعية تخضع في تنظيمها إلى القوانين واللوائح [4] ، وتجعل المتبوع مسؤولا عن الأفعال الضارة التي يرتكبها تابعه متى سببت ضررا للمريض طبقا لنص المادة (136) من القانون المدني الجزائري، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري الذي اعتبر المرفق الصحي العام مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء، أو المساعدين الطبيين التابعين له[5] ، حتى ولو كانت تبعية الطبيب لهذا المرفق هي تبعية إدارية، وليست تبعية فنية [6]، وذلك لأن إدارة المرفق الصحي العام لا تستطيع أن تفرض على الطبيب طرق وأساليب العلاج التي يتبعها أثناء تقديم خدماته الطبية لمرضاه [7]، بل إن هاته الإدارة تستطيع أن تصدر أوامر للأطباء بشأن توزيع العمل الطبي بينهم وتحديد

---

[1]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 127- 128 .

[2]- عيساني رفيقة ، المرجع السابق، ص 22.

[3]- أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 380.

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

[5]- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس،2004/2005، ص 479

[6]- صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2001، العدد الأول، ص74-75.

[7]- - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص175.

مواعيده ، وهي أوامر إدارية – غير فنية– واجبة التنفيذ، يتعرض من لا يتقيد بها إلى الجزاء الذي تنص عليه القوانين واللوائح المنظمة لسير هذا المرفق[1].

وبالتالي فإن الطبيب يعتبر تابعا للمرفق الصحي العام، ولو لم يكن حرا في اختياره طبقا للفقرة الثانية من المادة (136) من القانون المدني الجزائري، لأنه يعد موظفا لدى هذا الأخير ، ومكلفا من قبل إدارته بأداء خدماته الطبية في حدود اختصاصه للمرضى الذين تحددهم هاته الإدارة[2]، إلا أن تبعية الطبيب للمرفق الصحي العام هي تبعية إدارية وليست فنية، وهي كافية لتحميل هذا المرفق مسؤولية الأفعال الضارة التي يرتكبها الطبيب التابع له [3]، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري الذي أقام هاته المسؤولية على أساس المادة (136) من القانون المدنى الجزائري .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع الجزائري قد نص صراحة بموجب المادة (201) من القانون رقم (055) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، على أن أطباء القطاع الصحي العام هم موظفين دائمين، وبالتالي فإنهم يخضعون إلى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ولذلك فإن علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام هي علاقة لائحية تجعله تابعا لهذا المرفق[4]، ومن ثم لا مجال لإبرام عقد طبي بين الطبيب والمريض في هاته الحالة، الحالة، لأنه تابع لمرفق عام، ويخضع من حيث حقوقه وواجباته إلى الأمر رقم 06-03 المتضمن القانون الأساسى العام للوظيفة العمومية[5] ، طبقا لنص المادة (03) من المرسوم التنفيذي رقم (09-393) المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين العامين في الصحة العمومية.

---

[1]– عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 27.

[2]– مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، لبنان، ص 90.

[3]– علي عصام غضن، عبده جميل غصوب، الخطأ الطبي، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، 2010، ص 85.

[4]– عبد القادر بن تيشة الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص64.

[5]– الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق لـ 15 جويلية 2006، والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

2- طبيعة علاقة الطبيب بالمرفق الصحي الخاص

لقد سمح القانون للأخصائيون العامون والأخصائيون الاستشفائيون الجامعيون بممارسة وظيفتهم بصفتهم خواص وفتح المجال أمام الأخصائيين الاستشفائيين الجامعيين الممارسين في القطاع العام بصفة أستاذ، أو أستاذ محاضر لممارسة نشاط تكميلي، في حين اشترط على الأخصائيين الاستشفائيين الجامعيين الممارسين في القطاع العام بصفة أستاذ مساعد ، وكذلك الأخصائيين في الصحة العمومية أن يثبتوا أقدمية فعلية في الممارسة بهاته الصفة لمدة تقدر بـ (05) سنوات من أجل الاستفادة من هذا الامتياز والمتمثل في ممارسة النشاط التكميلي.

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

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

وبالتالي فإنه يمكن للطبيب الاختصاصي المرخص له بممارسة النشاط التكميلي أن يبرم عقدا مع مرفق صحي خاص ، مقابل نسبة معينة من عائدات هذا النشاط تدفع لهذا المرفق الذي سوف يستغله الطبيب الاختصاصي المتعاقد معه من أجل القيام بعمله الطبي، وفي مقابل ذلك يلتزم المرفق الصحي الخاص الذي هذا تعاقد مع الطبيب أن يوفر له كل الأجهزة الطبية اللازمة والمتطلبات الضرورة لقيام هذا الأخير بعمله الطبي سواء كان عاديا أم جراحيا .[1]

في حين و بالرجوع إلى نص المادة (201) من قانون حماية الصحة و ترقيتها نجد أن المشرع الجزائري قد سمح للأطباء وجراحو الأسنان بممارسة نشاطهم الطبي بصفتهم خواص ، في عيادات خاصة تخضع من حيث شروط إنجازها وتنظيمها إلى المرسوم التنفيذي رقم (88-204).

[1]- أحمد حسن العباسي الحياري ، المرجع السابق ، ص 70.

وبالتالي فإن المريض عندما يتوجه إلى عيادة خاصة من أجل العلاج قد يبرم عقد استشفاء مع إدارة هاته العيادة [1] ، مما يجعلها ملزمة بإيواء هذا المريض وتقديم الرعاية الطبية المناسبة له من جهة، وتوفير الأجهزة الطبية اللازمة من أجل قيام الطبيب بعمله الطبي من جهة أخرى، ولذلك فإن إخلالها بأحد هاته الالتزامات يجعلها مسؤولة مسؤولية عقدية، ومن ثم تعويض المريض عما أصابه من أضرار [2]

كما تعتبر العيادة الخاصة مسؤولة كذلك عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها الأطباء، أو المساعدين الطبيين العاملين لديها والتي تسبب ضررا للمريض على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لأنها مسؤولة عن تنفيذ عقد الاستشفاء الذي أبرمته مع هذا المريض، غير أن المسؤولة الشخصية للطبيب الذي ارتكب خطأ طبيا سبب ضررا للمريض تبقى قائمة، بحيث يمكن لإدارة العيادة الخاصة الرجوع عليه بقيمة التعويض الذي دفعته لهذا المريض[3]

ثانيا : الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي:

إن فتح المجال أمام الأطباء المختصين لممارسة عملهم الطبي داخل المرافق الصحية الخاصة جعل المريض حرا في اختيار نوع المرفق الصحي الذي يريد التداوي لديه، وبالتالي يمكنه طلب العلاج لدى مرفق صحي عام أو العكس، إلا أن وضعيته القانونية تختلف بين الحالتين الأولى والثانية، وذلك لأن طبيعة علاقته بالمرفق الصحي العام)، تختلف عن طبيعة علاقته بالمرفق الصحي الخاص . [4]

1- طبيعة علاقة المريض بالمرفق الصحي العام

إن لجوء المريض للعلاج لدى مرفق صحي عام يجعله في وضعية لائحية، بحيث يخضع من حيث حقوقه وواجباته للوائح والتنظيمات والقوانين التي تنظم سير هذا المرفق، وبالتالي تنعدم حريته في اختيار طبيبه [5] ، لأن اختيار هذا الأخير من صلاحيات إدارة

---

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

[2]- بودالي. القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2007 ، العدد الثالث، ص31 وما يليها.

[3]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 73- 74.

[4]- عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص31

[5]- مصطفى الجمال المرجع السابق، ص90.

المرفق الصحي العام وحدها [1]، أي أن علاقة المريض بالطبيب في هاته الحالة هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام الذي يجمع بينهما[2]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه رغم فتح المجال الطبي أمام المريض للاختيار بين التداوي لدى مرفق صحي خاص أو آخر عام، إلا أن اختياره للعلاج لدى مرفق صحي عام وقبول هذا الأخير لوضع خدماته الصحية تحت تصرفه لا يمكن تكييفه بأي حال من الأحوال بأنه من قبيل التعاقد [3]، فالمشرع الجزائري يشترط أن يكون قبول المريض لدى مرفق صحي عام بأمر من الطبيب المعالج الذي اختارته إدارة المرفق بعد موافقة رئيس المصلحة طبقا لنص المادة (151) من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، في حين فإنه يجب على المرفق الذي لا يستطيع تقديم العلاج الطبي الضروري للمريض الذي يتوجه إليه أن يستعمل جميع الوسائل من أجل قبول هذا الأخير لدى مرفق صحي عام آخر، أو لدى وحدة متخصصة طبقا لنص المادة (152) من نفس القانون .

وبالتالي فإن علاقة المريض بالمرفق الصحي العام هي علاقة لائحية إدارية وليست علاقة تعاقدية ، مما يجعل هذا المرفق مسؤولا مسؤولية تقصيرية في حالة إخلاله بأحد الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه[4]، كإخلاله بالتزامه المتمثل في وجوب توفير الرعاية والحماية الضروريتين لتفادي الإضرار بالمريض، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري الجزائري.

2- طبيعة علاقة المريض بالمرفق الصحي الخاص:

إن توجّه المريض مباشرة إلى مرفق صحي خاص بغرض تشخيص حالته المرضية وتقديم العلاج المناسب له قد يجعله يُقبل على إبرام عقد بينه وبين هذا المرفق من أجل علاجه يسمى عقد استشفاء ، وهذا ما يجعله مسؤولا عن الأخطاء التي قد يرتكبها الأطباء أو المساعدين الطبيين العاملين لديه، لأنه بمجرد تعاقد إدارة هذا المرفق مع المريض يترتب على عاتقها عدة التزامات من بينها الالتزام بتعيين طبيب كفؤ ، ومساعدين طبيين أكفاء من

[1]- طاهري حسين الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص33.

[2]- بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية المرجع السابق، ص127.

[3]- أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص301.

[4]- بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص82.

أجل تقديم خدمات طبية ذات نوعية عالية [1] ، ومن ثم فإن الإخلال بهذا الالتزام سيجعل المرفق الصحي الخاص مسؤولا مسؤولية عقدية ، ولهذا الأخير بعد ذلك أن يرجع بقيمة التعويض على الطبيب المخطئ الذي تعاقد معه بدوره من أجل علاج المرضى الذين يفضلون التداوي لدى هذا المرفق الخاص، ونفس الأمر ينطبق على المساعدين الطبيين[2]

في حين إذا تعاقد المريض مع إدارة المرفق الصحي الخاص، وفي مقابل ذلك تعاقد مع طبيب من بين الأطباء العاملين بهذا المرفق من أجل علاجه، فإن المسؤولية العقدية لهذا المرفق الصحي الخاص لا تثور إلا في حالة إخلاله بأحد الالتزامات التعاقدية المتمثلة في تقديم الرعاية اللازمة لهذا المريض، والالتزام بضمان الخدمة الفندقية طيلة المدة التي يخضع خلالها هذا الأخير للعلاج داخل المرفق، والالتزام كذلك بتوفير الأجهزة الطبية اللازمة للطبيب المعالج من أجل قيامه بعمله الطبي[3]

أما إذا ارتكب الطبيب الذي أبرم عقدا طبيا مع المريض خطأ طبيا فإنه يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية عن الخطأ الطبي الذي ارتكبه وسبب ضررا لهذا الأخير، وذلك نتيجة إخلاله بالتزامه التعاقدي المتمثل في وجوب بذل العناية اللازمة من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه من جهة ، وتفادي الإضرار به من جهة أخرى . [4]

ثالثا : الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب

إذا كان الطبيب الذي يمارس مهنته لدى مرفق صحي عام يقوم بذلك باعتباره . موظفا لدى هذا المرفق، فإن الطبيب الذي يمارس تلك المهنة لدى مرفق صحي خاص يقوم بذلك لحسابه الشخصي، أو لحساب أحد الخواص، وبالتالي فإن طبيعة العلاقة التي تربط بينه وبين المريض في الحالة الأولى ، تختلف عن طبيعة علاقته بهذا الأخير في الحالة الثانية [5].

---

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

[2]– علي عصام غصن، عبده جميل ،غصوب، نفس المرجع، ص91.

[3]– لالوش سميرة، نفس المرجع، ص93–

[4]– إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص175. 2

[5]– شهيدي محمد سليم ، أحكام أخلاقيات الطب في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، 2004/2005،ص53.

1-طبيعة علاقة المريض بطبيب المرفق الصحي العام:

يعتبر الطبيب الموظف لدى مرفق صحي عام في وضعية لائحية تجعله لا يتعامل مع المريض بصفته الشخصية، بل بصفته مستخدما أو موظفا لدى هذا المرفق[1]، و ذلك لأن علاقته مع هذا المريض هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام، مما يجعل حقوق والتزامات كل منهما – الطبيب والمريض– تتحدّد وفقا للوائح والقوانين المنظمة لهذا المرفق [2].

وعلى هذا الأساس فإن علاقة الطبيب الموظف لدى مرفق صحي عام بالمريض الذي يتلقى العلاج داخل هذا المرفق، هي علاقة شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للوائح بشخص آخر ينتفع بهاته الخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء القطاع الصحي العام بموجب القانون، وهذا ما يؤكد انعدام فرص التعاقد بين هذا الطبيب والمريض [3].

وبالتالي فإن المرفق الصحي العام يعتبر مسؤولا عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها الطبيب الموظف لديه، والتي تسبب ضررا للمريض على أساس علاقة التبعية التي تجمع بينهما [4]، وبعد ذلك يمكن لهذا المرفق الرجوع على الطبيب التابع له بقيمة التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكابه لخطئ شخصي أدى إلى إثارة مسؤولية المرفق الصحي العام والحكم عليه بتعويض الأضرار التي أصابت المريض.

2- طبيعة علاقة المريض بطبيب المرفق الصحي الخاص:

يعتبر الطبيب الذي يمارس مهنته لدى مرفق صحي خاص في وضعية تسمح له بالتعاقد مع المريض الذي يريد التداوي لدى هذا المرفق [5]، وإذا ما تحقق ذلك فإن علاقة المريض بالطبيب في هاته الحالة هي علاقة تعاقدية، تجعل هذا الأخير مسؤولا مسؤولية عقدية في حالة إخلاله بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه نتيجة إبرامه لعقد طبي مع المريض بغرض

---

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

[2]– طاهري حسين، المرجع السابق، ص34.

[3]– بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي، مجلة المحكمة العليا، 2004 ، العدد الأول، ص 24– 25.

[4]– محمد حسين منصور المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص128.

[5]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص70.

تقديم العلاج المناسب له[1]، في حين مسؤولية الطبيب العقدية في حالة ما إذا تعاقد المريض مع إدارة المرفق الصحي الخاص بموجب عقد استشفاء [2]، دون أن يتعاقد مع الطبيب المعالج، وتثور في مقابل ذلك المسؤولية العقدية لهذا المرفق على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لأن المريض تعاقد مع إدارة المرفق الصحي الخاص ولم يتعاقد مع الطبيب الذي تولى أمر علاجه، وبالتالي فإن هذا الأخير هو طرف أجنبي عن العقد المبرم بين المريض وإدارة المرفق الصحي الخاص. [3]

هذا بالنسبة للحالة التي يتم فيها العلاج من طرف طبيب واحد، في حين قد يتم تقديم العلاج من طرف فريق طبي كحالة العلاج بواسطة العمل الجراحي أو غيره من الأعمال الطبية التي تتطلب تدخل عدد معين من الأطباء كل طبيب حسب اختصاصه من أجل تقديم العلاج المناسب للمريض، وبالتالي إذا قام هذا المريض بإبرام عقد طبي مع رئيس الفريق الطبي دون التعاقد مع باقي الأعضاء الذين ساهموا في هذا العمل الطبي، فإن هذا الأخير يكون مسؤولا مسؤولية عقدية عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها بنفسه وحتى عن الأخطاء التي يرتكبها باقي أعضاء هذا الفريق والتي تسبب ضررا للمريض المتعاقد معه[4]، على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير .

أما إذا تعاقد المريض مع رئيس الفريق الطبي وباقي الأعضاء كل حسب اختصاصه، فإن كل عضو من أعضاء هذا الفريق يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية عن أخطائه الشخصية [5]، وهذا ما نصت عليه المادة (73) من مدونة أخلاقيات الطب، وذلك نظرا للاستقلال المهني الذي يتمتع به كل عضو من أعضاء الفريق الطبي طبقا لنص المادة (10) من نفس المدونة السابق ذكرها [6]، ومن ثم فإنه لا مجال لتطبيق نظرية المسؤولية العقدية عن فعل الغير في هاته الحالة لأن كل طبيب يربطه عقد خاص مع المريض يحدّد

---

[1]– محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 46 وما يليها.

[2]– علي عصام غصن، عبده جميل ،غصوب المرجع السابق، ص92.

[3]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص73– 74.

[4]– بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية المرجع السابق، ص34– 35.

[5]– ولهاصي سمية بدر البدور، المسؤولية المدنية للطبيب في حالتي الاستخلاف والاشتراك، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2009 ، العدد التاسع، ص 174 و ما يليها.

[6]– بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 35.

ما له من حقوق وما عليه من التزامات، الأمر الذي يؤدي إلى إثارة مسؤوليته العقدية في حالة إخلاله بأحد هاته الالتزامات[1]

وعلى هذا الأساس فإن العقد الطبي الذي هو محل دراستنا في هاته المذكرة هو عقد يربط بين المريض والطبيب الذي يمارس مهنة الطب لدى مرفق صحي خاص، يلتزم الطبيب بمقتضاه بتقديم العلاج المناسب للمريض وفي مقابل ذلك يلتزم هذا الأخير بدفع أتعاب هذا العلاج .

إلا أن هذا العقد شأنه شأن باقي العقود يتطلب تكوينه توافر أركان وشروط سنتطرق لها بالتفصيل في مبحث ثان تحت عنوان " تكوين العقد الطبي".

المبحث الثاني: تكوين العقد الطبي

إن فتح المجال الطبي أمام الأطباء لممارسة نشاطهم بصفتهم خواص[2]، عزز من فرص التعاقد في هذا المجال، وذلك لأن تلقي المريض للعلاج لدى طبيب خاص لا يكون عادة إلا بموجب عقد طبي يربط بين هذا الأخير ومريضه . [3]

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

المطلب الأول: التراضي في العقد الطبي:

بما أن الإرادة هي أساس وقوام العقد الطبي، فإنه يشترط من أجل انعقاد هذا العقد صحيحا توافر ركن التراضي، أي رضا طرفيه، ذلك لأن رضا المريض و الذي سنتطرق له

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 18

[2]– محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص127– 128.

[3]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص25.

في فرع أول لا يكفي وحده، بل يجب بالإضافة إلى ذلك توافر رضا الطبيب الذي سنتناوله في فرع ثاني. [1]

الفرع الأول: رضا المريض:

ينعقد العقد صحيحا بمجرد تبادل طرفيه التعبير عن إرادتها دون الإخلال بالنصوص القانونية ، ومن ثم يشترط من أجل إبرام العقد الطبي توافر رضا المريض بإبرامه، أي تعبيره لطبيب خاص عن إرادته من أجل التعاقد معه بغرض علاجه وقبول هذا الأخير . [2]

إلا أن هذا الرضا يجب أن يصدر عن شخص أهلا لذلك (أولا)؛ وينصب على مضمون محدد (ثانيا)؛ كما أن لهذا الرضا شروط صحة (ثالثا)؛ واستثناءات (رابعا) سنتطرق لها في حينها.

أولا: الأهلية القانونية للمريض:

حتى يستطيع المريض إبرام عقد طبي لابد أن تتوفر فيه الأهلية القانونية اللازمة لذلك، والمقصود هنا بالأهلية القانونية أهلية الأداء التي تُعرف بأنها "صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه"[3]، وإذا لم تتوفر في هذا المريض أهلية الأداء يحل محله من ينوب عنه. [4]

1- موافقة المريض:

طبقا للقواعد العامة فإن المريض يعد أهلا للتعاقد إذا كان راشدا وممتعا بكامل قواه العقلية[5]، و قد حدد القانون المدني الجزائري سن الرشد بتسعة عشر (19) سنة كاملة إلا أنه إذا تأثرت إرادة هذا المريض بعارض من عوارض الأهلية المتمثلة في العته، والجنون فإنه لا يستطيع في هاته الحالة إبرام عقد طبي مع طبيب خاص بسبب انعدام أهليته، أما عارضي السفه والغفلة فلا يعدمان الأهلية بل ينقصانها ، وذلك لأن السفيه أو ذا الغفلة

---

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

[2]- أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2006/2007 ، ص 15 و ما يليها.

[3]- مولود ديدان مقرر وحدتي المدخل ونظرية الحق دار بلقيس ،الجزائر، 2006، ص 68- 69.

[4]- محمود كامل البوز، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشريعة ، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، 1981، العدد الثاني، ص 200.

[5]- - صويلح بوجمعة المرجع السابق، ص 62.

يعتبر ناقص الأهلية، وبالتالي ينطبق عليه نفس الحكم السابق أي أنه لا يستطيع التعاقد مع طبيب معين بغرض علاجه.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه رغم أن المشرع الجزائري قد اعتبر من بلغ ثلاثة عشر (13) سنة كاملة قاصرا مميزا[1]، واعتبر تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، إلا أنه لا يمكن للمريض القاصر المميز إبرام عقد طبي مع طبيب معين بغرض علاجه، كما لا يُعتد بموافقته على التدخلات الطبية التي يقوم بها الطبيب لذات الغرض وهذا ما أشارت إليه المادة (154) من قانون حماية الصحة وترقيتها ، بل يجب إخطار أوليائه أو من يمثله طبقا لنص المادة (52) من مدونة أخلاقيات الطب.

و بالتالي فإن ما يمكن استخلاصه من نصي المادتين السابقتين هو أن المشرع الجزائري لم يفرق بين القاصر المميز وغير المميز في المجال الطبي، ومن ثم فإن مجال المادة (83) من قانون الأسرة الجزائري ينحصر في المعاملات المالية لا غير .[2]

2- موافقة ممثل المريض:

طبقا لنص المادة (154) من قانون حماية الصحة وترقيتها فإن هناك ثلاث حالات لا يعتد فيها برضا المريض، بل يجب الحصول على موافقة ممثل هذا الأخير قبل علاجه، و هاته الحالات هي:

- حالة المريض القاصر.
- حالة المريض العاجز عن التمييز.
- وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته .

أ- حالة المريض القاصر:

يتعين على الطبيب الذي يتقدم إليه قاصر طالبا خدماته الطبية أن يسعى جاهدا للحصول على موافقة ممثلة قبل القيام بأي عمل طبي .

و بالتالي فإنه يجب على الطبيب الحصول على موافقة والدي هذا القاصر قبل القيام بأي تدخل طبي و في حالة اختلافهما حول ذلك يرجع القرار بشأن الموافقة على تقديم العلاج من

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

[2]- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 216-217.

عدمه إلى الأب وحده باعتباره الولي على أولاده القصر، ثم تحل محله الأم في حالة وفاته، و في حالة عدم وجود كلا الوالدين يرجع القرار إلى ممثل هذا القاصر.

ب- حالة المريض العاجز عن التمييز:

قد يتعذر على المريض أن يعطي موافقته لطبيب خاص من أجل إبرام عقد طبي بغرض تقديم العلاج الضروري له، وبالتالي لا يكون أهلا لإعطاء هاته الموافقة بالرغم من بلوغه سن الرشد بسبب المرض الذي يفقده الوعي نتيجة الآلام، أو الاضطرابات النفسية التي يعاني منها مثلما هو الحال بالنسبة لأصحاب الأمراض العقلية. [1]

ومن ثم يمكن للطبيب الاتصال بممثل المريض من أجل إبداء موافقته حول تقديم العلاج لهذا المريض العاجز عن التمييز ، أو الاستعانة بموافقة أحد الأشخاص المخولين قانونا بإعطاء موافقتهم نيابة عن هذا المريض[2]، والمحدّدين بموجب المادة (164) من قانون حماية الصحة وترقيتها كما يلي:"الأب أو الأم؛ الزوج أو الزوجة الابن أو البنت؛ الأخ أو الأخت".

ت - حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته:

إذا اجتمعت في المريض عاهتان من العاهات الثلاث كأن يكون أصم و أبكم؛ أو أصم وأعمى؛ أو أعمى وأبكم وتعذر عليه بسبب هاته العاهات التعبير عن إرادته ، فإنه يصبح غير أهل لإبداء موافقته من عدمها حول إبرام عقد طبي مع طبيب معين من أجل علاجه بالرغم من كونه راشدا وعاقلا، حيث أن المانع هنا يتمثل في العاهة الجسمانية المزدوجة.

وفي هاته الحالة يتولى ممثل هذا المريض أمر اتخاذ قرار التعاقد مع الطبيب المعالج من عدمه، وبالتالي الموافقة أو رفض التدخل الطبي الذي يكون محله جسد هذا المريض العاجز عن التعبير عن إرادته وذلك نيابة عنه. [3]

---

[1]- الشريف الطباخ المرجع السابق، ص 46-47.

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر ، 2008 ، ص 50.

[3]- عشوش كريم المرجع السابق، ص 30 - 31.

ثانيا مضمون رضا المريض:

يتضمن رضا المريض تعبيره عن إرادته القطعية لإبرام عقد طبي مع الطبيب الخاص الذي وقع عليه اختياره بغرض علاجه، ومن ثم يتجلى رضا هذا المريض في حرية اختياره لطبيبه[1] ، حيث نصت المادة (42) من مدونة أخلاقات الطب على أنه" للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته و ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض... ".

كما يتمثل رضا المريض كذلك في وجوب موافقته هو أو من ينوب عنه على كل عمل طبي يقوم به الطبيب من أجل علاجه طبقا لنص المادة (154) من قانون حماية الصحة و ترقيتها ، وهذا يتطلب من الطبيب ضرورة تبصير مريضه بطبيعة المرض الذي يعاني منه، والعلاج المقترح، والمخاطر التي قد تترتب على إتباع هذا العلاج حتى يتمكن من الموافقة على تلقي العلاج موافقة حرة متبصرة، أو رفض ذلك وهو على علم بطبيعة مرضه والمخاطر التي تهدد حياته.[2]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن رضا المريض يتجسد كذلك من خلال حقه في رفض تلقي علاج معين شريطة تقديم تصريح كتابي برفض هذا العلاج طبقا لنص المادة (49) من مدونة أخلاقيات الطب ، ويحدث هذا على سبيل المثال في الحالة التي يكون فيها المريض مصابا بمرض قاتل كمرض السرطان وفشلت كل محاولات الطب في علاجه من هذا المرض[3]

ثالثا: شروط صحة رضا المريض:

طبقا للقواعد العامة فإنه يشترط لصحة رضا المريض خلوه من عيوب الرضا المتمثلة في الغلط ؛ التدليس؛ الإكراه؛ والاستغلال.

---

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

[2]– أحمد هواجي، المرجع السابق، ص 15– 16.

[3]– محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 178 – 179.

فالغلط هو وهم يقوم في نفس الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع[1]، ومثال ذلك أن يتعاقد المريض مع طبيب مشهود له بكفاءته العالية في المجال الطبي بغرض علاجه، في حين يتضح له فيما بعد أن هذا الأخير الذي تعاقد معه ليس هو الطبيب الذي كان يريد التداوي لديه، وإنما وقع في غلط نتيجة تشابه في الأسماء .

أما فيما يخص التدليس فهو غلط يقع فيه الشخص تحت تأثير حيل يقوم بها شخص آخر تدفعه إلى التعاقد ، ومثال ذلك أن يقوم الطبيب بتحريف نتائج الفحوصات الطبية حتى يعتقد المريض أن حالته الصحية في خطر مما يدفعه إلى الموافقة على أي عمل طبي يقترحه هذا الطبيب[2].

في حين فإن الإكراه هو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام تصرف ما لا يرغب فيه[3]، ويتحقق ذلك على سبيل المثال في حالة استغلال الطبيب لخطورة المرض الذي يعاني منه المريض للضغط عليه، مما يدفع هذا الأخير إلى إبرام عقد طبي معه ما كان ليبرمه لولا الضغط الممارس عليه من طرف هذا الطبيب [4]

و إلى جانب عيوب الرضا السابقة قد يشوب رضا المريض كذلك عيب الاستغلال، ويتمثل هذا العيب في استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد مما يدفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات تفوق ما يتحصل عليه من عوض أو بدون عوض.[5]

ويحتوي عيب الاستغلال طبقا لما ذهب إليه القضاء الجزائري على عنصرين أحدهما مادي يتمثل في التفاوت بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه في مقابل ذلك، والثاني معنوي يتمثل في استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري هذا المتعاقد ، ومثال ذلك

---

[1]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 100.

[2]– محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها ، الطبعة الثانية، مكتبة الصحابة، جدة، السعودية، 1994، ص 614.

[3]– خليل أحمد حسن قدادة المرجع السابق، ص 59.

[4]– محمد المختار الشنقيطي، نفس المرجع، ص 614.

[5]– علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص 203.

أن يستغل الطبيب الحالة النفسية للمريض الذي يعتريه طيش بين أو هوى جامح لطلب أتعاب لا تتناسب مع ما يقدمه هذا الطبيب من خدمات طبية لمريضه.

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

غير أنه لا يجوز التمسك بطلب إبطال العقد لغلط أو تدليس أو إكــراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد .

في حين يجب أن ترفع دعوى إبطال العقد بسبب عيب الاستغلال خلال سنة واحدة من تاريخ إبرامه، وإلا كانت غير مقبولة .

رابعا: الاستثناءات الواردة على رضا المريض:

إذا كان رضا المريض كأصل عام يعتبر شرطا من شروط إباحة العمل الطبي[1]، فإن المشرع الجزائري أورد استثناء على هذا الأصل سمح بموجبه للطبيب بالتدخل الطبي دون الحصول على موافقة المريض، ويتحقق ذلك في بعض الحالات التي يتعذر فيها على الطبيب الحصول على موافقة مريضه أو من يمثله، كحالة الضرورة القصوى التي تتطلب تدخلا طبيا عاجلا لإنقاذ حياة هذا المريض دون انتظار الحصول على موافقته على التدخل الطبي.[2]

كما يمكن للطبيب كذلك مباشرة علاج المريض دون موافقة هذا الأخير، ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها هذا المريض غير قادر على التعبير عن إرادته (5)، كحالة دخوله في غيبوبة أو الإغماء عليه وكانت حالته الصحية تتطلب تدخلا طبيا عاجلا وذلك لأن انتظار الحصول على موافقة أحد أقاربه، أو من يمثله قد يزيد من تعقد حالته ،هاته، بل قد يؤدي ذلك إلى وفاته أو إصابته بإعاقةما .[3]

---

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

[2]– محمد حسن قاسم المرجع السابق، ص173 وما يليها

[3]– محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2004، ص 444– 445.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يمكن الاستغناء كذلك عن موافقة المريض على التدخل الطبي في الحالة التي يكون فيها العلاج إجباريا، كحالة التطعيم الإجباري ضد الأمراض المعدية، أو الأوبئة[1] ، و ذلك لأن هذا العمل الطبي الإجباري لا يحتاج إلى موافقة المريض بل هو عمل طبي وقائي يخضع له كافة السكان دون استثناء .

الفرع الثاني: رضا الطبيب

إن رضا المريض وحده لا يكفي لإبرام عقد طبي، بل لا بد من أن يقابله رضا الطبيب كذلك باعتباره طرفا في هذا العقد، ويتحقق ذلك بتعبير الطبيب عن قبوله التعاقد مع هذا المريض، وبالتالي الموافقة على تقديم العلاج المناسب له، أو رفض التعاقد مع هذا الأخير ومن ثم رفض علاجه.

غير أن هذا الرضا يجب أن يصدر من شخص أهلا لذلك (أولا)، وفقا لمبدأ حرية الاختيار من جهة (ثانيا)، والاستثناءات الواردة على هاته الحرية من جهة أخرى (ثالثا) .[2]

أولا: الأهلية القانونية للطبيب:

يُستخلص من خلال الرجوع إلى القواعد العامة التي تتضمن أهلية التعاقد أنه ليس هناك فرق بين الأهلية القانونية للمريض، وأهلية الطبيب فيما يتعلق بالسن المحددة قانونا للتعاقد، حيث يشترط من أجل اعتبار هذا الأخير أهلا لإبرام عقد طبي أن يكون راشدا، أي بالغا سن الرشد التي حددتها المادة (40) من القانون المدني الجزائري بـ (19) سنة كاملة ، ومتمتعا بكامل قواه العقلية .[3]

غير أنه إذا تأثرت أهلية الطبيب بعارض من عوارض الأهلية، فإنه يمنع عليه إطلاقا ممارسة التطبيب تفاديا للإضرار بالمرضى طبقا لنص المادة (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها التي اشترطت من أجل ممارسة مهنة الطب عدم إصابة الطبيب بعاهة أو علة منافية لممارسة هاته المهنة .

---

[1]-- مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 255.

[2]- زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 77.

[3]- أحمد هواجي، المرجع السابق، ص23- 24.

ثانيا: حرية الطبيب في الموافقة أو رفض تقديم العلاج:

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

1- حرية الطبيب في الموافقة على تقديم العلاج:

يعتبر الطبيب حرا في اختيار المريض الذي يريد أن يتعاقد معه من أجل علاجه، وذلك طبقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي للفرد الحق في حرية اختيار الشخص الذي يريد التعاقد معه. كما أنه مادام المريض حرا في اختيار الطبيب الذي يريد التداوي لديه، فإن هذا الأخير بدوره حر كذلك في قبول علاج هذا المريض طبقا لما يمليه عليه ضميره المهني والأخلاقي، أو رفض ذلك[1].

إلا أن ما يجب الإشارة إليه هو أن الطبيب غالبا ما يجد نفسه ملزما بالموافقة على تقديم العلاج لأغلبية المرضى الذين يتوجهون إليه طلبا لخدماته الطبية، وذلك لاعتبارات إنسانية وأخلاقية تمنعه من رفض تقديم العلاج لهم [2].

2- حرية الطبيب في رفض تقديم العلاج

تنص المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه ".... و يمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة (09) أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج.

وبالتالي فإن الطبيب يستطيع أن يرفض تقديم العلاج لمريض معين لأسباب شخصية كحالة وجود عداوة بينهما شرط ألا يكون هذا المريض في حالة خطيرة تتطلب تدخلا طبيا عاجلا [3].

كما يمكن للطبيب كذلك أن يرفض تقديم العلاج لأسباب مهنية كحالة الاستشارة الطبية المشتركة لهذا الأخير مع زميل له إذا طلب المريض هاته الاستشارة، أي أنه يحق للطبيب ألا يوافق على هذا الاختيار الذي أعرب عنه المريض أو محيطه بخصوص هذا

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

[2]- عشوش كريم، نفس المرجع ، ص48.

[3]- أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص121.

المستشار، حيث يمكن لهذا الطبيب الذي لم يرضى بالمستشار الذي اختاره المريض الانسحاب دون أن يبرر ذلك. [1]

كما يحق له رفض تقديم العلاج المقترح من طرف زميله المستشار الذي رجحه هذا المريض أو محيطه.

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

ثالثا : الاستثناءات الواردة على رضا الطبيب:

إن حرية الطبيب في الموافقة على تقديم العلاج لمريض ما أو رفض ذلك ليست بالحرية المطلقة، بل إنها مقيدة طبقا لنص المادة (09) من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على أنه "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف
مريضا يواجه خطرا وشيكا، وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"[2]. وبالتالي فإن الطبيب مجبرا على وضع خدماته الطبية تحت تصرف المريض الذي يواجه خطرا صحيا وشيكا كالمريض الذي يكون في حالة صحية حرجة تتطلب تدخلا طبيا عاجلا لإنقاذ حياته.[3]

كما يمنع على الطبيب رفض تقديم العلاج لمريض ما دون أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له من طرف طبيب آخر كالحالة التي يكون فيها هذا الطبيب محتكرا لاختصاص طبي معين، و ذلك لأن رفضه علاج هذا المريض قد يؤدي بهذا الأخير إلى الهلاك نتيجة عدم توفر طبيب اختصاصي آخر في نفس النقطة الجغرافية، مما يعرض صحته إلى الخطر.[4]

---

[1]– علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر 1998 ، العدد الثالث، ص43.

[2]– أحمد هواجي، المرجع السابق، ص22.

[3]– هاملي محمد، تباين أسس المسؤولية الإدارية عن الأخطاء الطبية وأثرها على حقوق الضحية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة– الإعفاء من المسؤولية المسؤولية التأديبية – الجراحة التجميلية زرع الأعضاء، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ص 149.

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

المطلب الثاني: محل وسبب العقد الطبي:

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

الفرع الأول: محل العقد الطبي:

لقد أثار ركن المحل بعض التساؤلات الفقهية حول مضمونه، بحيث اختلف الفقهاء حول إعطاء تعريف دقيق له، ولذلك فإنه من الضروري البحث في مسألة تعريف محل العقد الطبي (أولا)، وتحديد شروطه (ثانيا). [1]

أولا: تعريف محل العقد الطبي:

يتضح لنا من خلال استقراء نص المادة (92) من القانون المدني الجزائري" التي نصت على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا. غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون ، أن المشرع الجزائري أشار في الفقرة الأولى من هاته المادة إلى محل الالتزام، أي ما يتعهد به المدين في حين أشار بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة إلى العملية القانونية المتمثلة في التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وهذا هو محل العقد[2].

وعلى هذا الأساس اختلف الفقهاء حول هاته المسألة، فمنهم من يرى بأن محل الالتزام يختلف عن محل العقد، بحيث قد يكون محل الالتزام صحيحا بينما يقع العقد باطلا مثلما هو الأمر بالنسبة لنص المادة (92) من القانون المدني الجزائري، و ذلك لأن محل الالتزام في هاته الحالة هو نقل حقوق مستقبلية وهو أمر مشروع، إلا أن محل العقد المتمثل في العملية القانونية الخاصة بالتعامل في تركة شخص على قيد الحياة هو أمر غير مشروع[3].

[1]– خليل أحمد حسن قدادة المرجع السابق، ص 71– 72

[2]– علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص 219– 220.

[3]– محفوظ لعشب، المرجع السابق، 190– 191.

ومنهم من يرى بأن محل العقد هو محل الالتزام الرئيسي الذي يترتب عليه وهذا هو الرأي الراجح، لأن العقد في الحقيقة ليس له محل، بل تترتب عليه آثار تتمثل في مجموعة من الالتزامات[1] ، وهاته الأخيرة هي التي لكل منها محل.

هذا الأخير أي محل الالتزام يُعرف بأنه "الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، بحيث يلتزم هذا الأخير بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وهذا الالتزام يتمثل إما في بذل عناية أو في تحقيق نتيجة "[2]

ومن ثم فإن محل العقد الطبي هو التزام الطبيب بتقديم العلاج الفعال والضروري من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه، حيث يلتزم هذا الطبيب ببذل العناية اللازمة، أو بتحقيق نتيجة معينة أثناء قيامه بعمله الطبي[3].

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في محل العقد الطبي:

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

- أن يكون المحل موجوداً عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل.
- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين.
- أن يكون مشروعا [4] موجودا أو قابلا للوجود

إن شرط الوجود بالنسبة لمحل الالتزام في العقد الطبي صعب التصور، وذلك لأن هذا الشرط يتعلق بالالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أو حق مالي، وهذا يتعذر تطبيقه على جسم الإنسان الذي يستحيل اعتباره حقا عينيا أو ماليا. في حين فإن شرط إمكانية الوجود يمكن أن يعتد به، بحيث يمكن اعتبار الخدمات الطبية المقدمة من طرف الطبيب

---

[1]– علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص69.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 464 – 465.

[3]– عشوش كريم، المرجع السابق، ص53.

[4]– فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 102 وما يليها.

بمثابة محل العقد الطبي، و لذلك يجب أن يكون هذا المحل ممكنا وليس مستحيلا كموت المريض مثلا[1] .

2- التعيين أو القابلية للتعيين:

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

3 - مشروعية محل العقد الطبي:

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

أ- المبدأ - عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان:

لقد منع المشرع الجزائري التعامل في جسم الإنسان، و ذلك لأن المساس بجسد الفرد يعتبر مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وهو نفس التوجه الذي اعتمدته الشريعة الإسلامية التي منعت المساس بكيان الفرد لأن النفس البشرية ملك الله سبحانه وتعالى وحده وليست ملك للإنسان، فهي تختلف عن الأموال والأشياء من حيث أنها غير قابلة للتملك، بل قد يرد عليها حق الانتفاع فيما تبقى ملكيتها لله عز وجل الذي أحسن وأبدع في خلق الإنسان مصداقا لقوله تعالى: "**الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلَقَ الإِنسَانِ مِنْ طِين (7) ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سلالةٍ مِنْ مَاءٍ مَهين (8) ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمْ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَة قَلِيلاً مَا تَشْكُرُونَ (9)** "[4]، وقوله كذلك "**لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ فِي أحسن**

---

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

[2]- أحمد هواجي، المرجع السابق، ص 33- 34.

[3]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص54.

[4]- سورة السجدة.الآيات (7-8-9) .

تقويم " [1]**، في حين قال رَسُولَ اللهِ صَلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "لَا تَزُولُ قَدَمَا عَبْدٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى يُسْأَلَ عَنْ عُمُرِهِ فِيمَا أَفْنَاهُ وَعَنْ عِلْمِهِ فِيمَ فَعَلَ وَعَنْ مَالِهِ مِنْ أَيْنَ اكْتَسَبَهُ وَفِيمَ أَنْفقَهُ وَعَنْ جِسْمِهِ فِيمَ أَبْنَاهُ "** .

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

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإنسان باعتباره عضوا في الجماعة له دور حيوي في المحافظة على نمو واستقرار المجتمع، ولذلك فإن للدولة مصلحة مباشرة في عدم المساس بجسده، و ذلك لأن الدول لا تستطيع المحافظة على وجودها وديمومتها إذا لم توفر للإنسان حماية فعالة، لأنه من بين مجموع الأفراد يتكون المجتمع[2] ، وهذا ما أدى بالمشرع الجزائري إلى تجريم الأفعال التي من شأنها المساس بجسد الإنسان وسلط على مرتكبيها أشد العقوبات.

لكن رغم وقوف الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ضد التعامل في جسم الإنسان، فإنه قد ورد على هذا المنع استثناء متى وُجد المبرر الشرعي، أي أنه يجوز المساس بجسد الفرد وفقا لضوابط وفي حالات محددة[3]

ب- الاستثناء - جواز التعامل في جسم الإنسان:

إذا كان من المتفق عليه هو معصومية جسم الإنسان، أي منع المساس به كأصل عام، فإنه قد ورد على هذا الأصل استثناءً يتمثل في إباحة التعامل في جسم الإنسان عن طريق العمل الطبي الذي يتطلب المساس بجسد الفرد، وذلك لأن هدف الطبيب في هاته الحالة هو الحفاظ على سلامة جسم هذا الإنسان عن طريق علاجه، وليس المساس

[1]- سورة التين الآية (04).

[2]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص56.

[3]- مسلم عبد الرحمن، نفس المرجع، ص66.

بسلامته، وتتجسد هاته الإباحة في عدة حالات كحالة الإجهاض؛ التلقيح الاصطناعي؛ نقل وزرع الأعضاء البشرية؛ الإنعاش الاصطناعي؛ وتشريح الموتى [1]

ب-1 - الإجهاض

يُعرف ا لإجهاض بأنه "إسقاط المرأة الحامل لحملها، أي أنه إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي".

ويُعرف كذلك بأنه "خروج محصول الحمل قبل تمام الشهر السادس، أما خروجه بعد ذلك فيُعد ولادة مبكرة".

. أنواعه:

ينقسم الإجهاض إلى قسمين إجهاض مباح، وإجهاض ممنوع

- الإجهاض المباح

وينقسم بدوره إلى قسمين: إجهاض طبيعي؛ وإجهاض علاجي.

- الإجهاض الطبيعي

هو سقوط الجنين الذي لم تكتمل له عناصر الحياة في رحم الأم بصورة طبيعية، وذلك نتيجة التشوه الشديد الذي أصابه بفعل مرض الأم بأحد الأمراض المزمنة كالسكري، أو بفعل ضيق الرحم الذي لا يستطيع استيعاب حمل الجنين خلال مراحل نموه [2]، و ذلك لأن هذا الأخير يمر بمراحل نمو مصداقا لقوله صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلَقَهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمَا نُطقة، ثُمَّ يَكُونُ علقة مِثْلَ ذلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغة مِثْلَ ذلِكَ، ثُمَّ يُرْسَلُ إِلَيْهِ الْمَلَكُ فَيَنفَخُ فِيْهِ الروح".

ومن ثم فإن مراحل نمو الجنين داخل بطن أمه تتمثل في تحول النطفة إلى علقة ثم تحول هاته الأخيرة إلى مضغة، وبعد ذلك تلي هاته المراحل مرحلة رابعة مصداقا لقوله تعالى: " ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ ... " [3]، والذي اعتبره البعض نفخ الروح فيه[4].

---

[1]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص57.

[2]- مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 67 وما يليها.

[3]- سورة المؤمنون.الآية (14) .

[4]- ميكالي الهواري، المسؤولية الطبية عن الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية الجزائر، د. س. ن، العدد التجريبي، ص 70-71

الإجهاض العلاجي:

يعتبر الإجهاض العلاجي عمل طبي يتمثل في وقف سير الحمل قبل تمام الشهر السادس إذا اقتضت الضرورة ذلك لإنقاذ حياة الأم، أو لإنقاذها من فقد أحد أعضائها [1] ، وذلك لأن الشريعة الإسلامية تقر التضحية بالجنين لإنقاذ حياة الأم، حتى لو بلغ مئة وعشرون (120) يوما طبقا لقاعدة "الأخذ بأخف الضررين ". وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي سمح بالإجهاض إذا كانت حياة الأم، أوتوازنها الفيزيولوجي أو العقلي في خطر ، و اشترط أن تجرى عملية الإجهاض في هيكل طبي متخصص وتحت إشراف طبيب اختصاصي .

كما اشترط كذلك أن يتم الإجهاض العلاجي في غير خفاء، مع ضرورة إبلاغ السلطات الإدارية بذلك .

الإجهاض الممنوع:

وهو الإجهاض الذي يكون الدافع إليه التستر على فاحشة، أو المحافظة على رشاقة أو مظهر المرأة، أو قتل الإناث بالنسبة للآباء الذين يرفضون هذا الجنس خاصة بعد التطور العلمي الذي شهده المجال الطبي، و الذي أصبح يمكن من خلاله معرفة جنس الجنين قبل ولادته، ويتم هذا النوع من الإجهاض بواسطة استعمال العنف على عدة مناطق من جسم المرأة الحامل، أو بواسطة الأدوية، أو غيرها من الوسائل المخصصة لهذا الغرض . [2]

ولم يكتفي المشرع الجزائري بمنع هذا النوع من الإجهاض، بل عاقب من يقوم به ، ووسع من مجال هذا العقاب بموجب المادة (310) من قانون العقوبات الجزائري ليشمل من حرّض عليه حتى ولو لم يؤدي هذا التحريض إلى نتيجة وهذا ما قضت به الغرفة الجزائية بالمحكمة العليا في أحد القرارات

معينة، الصادرة عنها بتاريخ: 18/02/2010 .

في حين تضاعف العقوبة، أو ترفع إلى حدها الأقصى في حالة العود هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه يجوز بالإضافة إلى عقوبتي الحبس، أو السجن حسب الحالة أن يُحكم

---

[1]– تيرس مراد، الإجهاض كإجراء طبي في قانوني العقوبات الجزائري والمقارن بين الإباحة والمنع، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث، ص 201.

[2]– تيرس مراد، المرجع السابق، ص 198 وما يليها.

على الأشخاص المشمولين بإحدى هاتين العقوبتين بالمنع من الإقامة، في حين تستوجب المادة (311) من قانون العقوبات الجزائري الحكم على هاته الفئة من مرتكبي جرائم الإجهاض بالمنع من ممارسة مهنة الطب، وذلك نظرا لمساس هاته الجريمة بقداسة هاته المهنة. [1]

ب 2- التلقيح الاصطناعي:

إن عدم قدرة الشخص على الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي الطبيعي أمر من مشيئة الله ولحكمة يعلمها هو وحده، وبالتالي فإنه يجوز التداوي من هذا المرض مثله مثل باقي الأمراض الأخرى، وما التلقيح الاصطناعي إلا وسيلة من وسائل العلاج[2].

. تعريفه

" إن التلقيح الاصطناعي هو عملية طبية يتم فيها تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في ظل علاقة زوجية قائمة، سواء تم هذا الالتقاء داخل رحم الزوجة أو خارجه ثم أعيدت البويضة الأمشاج للرحم بعد تخصيبها بغرض إنجاب الولد الذي لم يتيسر لهما إنجابه بالطريق الطبيعي "[3]

وعلى هذا الأساس فإن التلقيح الاصطناعي هو التناسل بمساعدة التكنولوجيا التي لجأ إليها الأطباء المتخصصون لمساعدة الأزواج المصابين بالعقم، أو ضعف الخصوبة على الإنجاب، وذلك عن طريق إيصال الحيوانات المنوية إلى الجهاز التناسلي للمرأة لتلقح البويضة بغير عملية الجماع الطبيعي، ثم يمتزجان ويختلطان ليكونا اللقيحة التي تنمو في رحم الزوجة، بحيث إذا تم نموها باكتمال مدة الحمل المقررة يخرج الجنين بولادة طبيعية. [4]

. أنواعه:

---

[1]- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال وبعض الجرائم الخاصة، الطبعة الثالثة عشر ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 45.

[2]- قاسم العيد عبد القادر التلقيح الاصطناعي، تعريفه – نشأته و موقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث،ص 205-206

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

[4]- قاسم العيد عبد القادر المرجع السابق، ص 206.

ينقسم التلقيح الاصطناعي إلى قسمين: تلقيح اصطناعي داخلي؛ و تلقيح اصطناعي خارجي.[1]

– **التلقيح الاصطناعي الداخلي:** هو عملية طبية تتمثل في إخصاب المرأة عن طريق حقن السائل المنوي للرجل في المكان المناسب في مهبل هاته المرأة، ليصل إلى البويضة في قناة المبيض – فالوب– ويعمل على تلقيحها، وتكتمل بعد ذلك البويضة المخصبة التكوين الجنسي الطبيعي .[2]

– التلقيح الاصطناعي الخارجي:

إن التلقيح الاصطناعي الخارجي هو عملية طبية تتمثل في تلقيح الحيوان المنوي للزوج ببويضة الزوجة خارج الرحم، في أنبوب يتوفر على البيئة المناسبة لانقسام خليتي الحيوان المنوي والبويضة بعد اندماجهما، وذلك لتكوين الجنين، وبعد الانقسام الرباعي أو الثماني للخلية الجينية الذي يستغرق ثمانية وأربعون (48) ساعة يتم نقل البويضة الملقحة من داخل الأنبوب إلى رحم المرأة .

• **موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي:**

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

– أن يكون الزواج شرعيا.

– أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

– أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

– لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة.

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

[1]– أحمد عمراني، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة في ميزان المشروعية، مجلة مخبر القانون والتكنولوجيات الحديثة، كلية الحقوق جامعة وهران، 2007، ص 54– 55

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

ب 3- نقل وزرع الأعضاء البشرية:

عرفت عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية تطورا معتبرا في ظل التطور العلمي الذي وصلت إليه العلوم الطبية، بحيث أصبح يمكن إنقاذ حياة عدد كبير من المرضى بواسطة هاته العملية التي تتم وفقا لشروط وفي حالات محددة [1].

. تعريفها:

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

. أحكامها

تتلخص عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية في حالتين: الحالة الأولى تتمثل في نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء، في حين تتجلى الحالة الثانية في نقل الأعضاء من جثث الموتى وزرعها في أجسام الأحياء [3]

✓ **نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء:**

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

✓ **التبرع بالأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة:**

لقد حرمت الشريعة الإسلامية التبرع بالعضو الذي يتوقف عليه استمرار الحياة كالقلب ؛ والكبد ؛ أو إحدى الكليتين في حالة تلف الأخرى[4]، مصداقا لقوله تعالى: "... وَلا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً[5]، وهذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة (162) من

---

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

[2]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 66.

[3]- شعبان هند المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2007 ، العدد الثالث، ص 176.

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

[5]- الآية (29) من سورة النساء.

قانون حماية الصحة و ترقيتها التي نصت على أنه " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تُعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر... ".

✓ **التبرع بالأعضاء التي لها مثيل في الجسد**

يتضح لنا من خلال استقراء نصوص المواد (من161 إلى 167) من القانون رقم (5) المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المُعدَّل والمتمم بالقانون رقم (170) المؤرخ في 31 جويلية 1990، أن المشرع الجزائري قد أجاز إجراء عمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية المزدوجة، أي التي لها مثيل في الجسد كالكلية؛ أو القرنية – قرنية العين؛ أو الأذن؛ أو جزء من الكبد... إلخ .[1]

وقيد هاته العملية ببعض الشروط منها :

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

– أن تؤدي عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية إلى تحقيق مصلحة مؤكدة للمتبرع له، ومنع ضررا مؤكدا كان سيحل به لولا زراعة هذا العضو في جسده. – الموافقة الكتابية الحرة و المتبصرة للمتبرع بحضور شاهدين طبقا لنص المادة (162) من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

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

– لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الشخص المتوفي إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة، شرط أن يعبر هذا المتوفي أثناء حياته عن قبوله لهاته
العملية وهذا ما نصت عليه المادة (164) من القانون رقم (85–05).

– يمنع كشف هوية المتبرع للمستفيد طبقا لنص المادة (165) من نفس القانون[2]

[1]– مروك نصر الدين نقل القرنية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر 1998 العدد الثالث، ص 65 وما يليها. 2 شعبان هند، المرجع السابق، ص177.

[2]– زبيدة إقروفة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية و الأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة الإعفاء من المسؤولية– المسؤولية التأديبية – الجراحة التجميلية زرع الأعضاء ، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، د. س. ن، ص 374.

أخيرا يشترط أن تتم هاته العملية بدون مقابل مالي، لأنه يُمنع بيع أي عضو من أعضاء جسم الإنسان، كما يُشترط أن تتم عملية نقل وزراعة الأعضاء البشرية في المستشفيات التي يرخص لها وزير الصحة بذلك .

ب 4- الإنعاش الصناعي:

يعتبر الإنعاش الاصطناعي من أهم الاكتشافات العلمية الحديثة في المجال الطبي التي أصبحت تساعد على الحفاظ على حياة المريض الذي يواجه خطر الموت بسبب دخوله في غيبوبة.

. تعريفه:

يعرف الإنعاش الاصطناعي بأنه "مجموعة من الوسائل و الإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، وذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضاً لاحتمال الموت"[1].

. أحكامه:

قد يتوقف قلب الإنسان عن العمل و لكن خلايا هذا القلب تظل حيّة، ومن ثم فإن موت هذا الإنسان يعتبر موتا ظاهريا، بحيث يمكن إعادة قلبه إلى عمله الطبيعي بواسطة استعمال أجهزة الإنعاش الاصطناعي، أمّا إذا توقف المخ عن العمل بعد بضعة دقائق من توقف القلب والرئتان عن أداء وظائفهما، فإنه لا يمكن إعادة الحياة إلى هذا المخ و بالتالي إلى الإنسان لأن الموت هنا هو موت حقيقى[2]

و على هذا الأساس فإن عملية الإنعاش الاصطناعي مرتبطة بحالة الغيبوبة التي قد يتعرض لها الشخص، و هاته الأخيرة ثلاثة أنواع هي كما يلي:

[1]- أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني، ص122.

[2]- أحمد شرف الدين الحدود الإنسانية و الشرعية و القانونية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق والشريعة ، كلية الحقوق و الشريعة ، جامعة الكويت 1981 ، العدد الثاني، ص 105.

- الغيبوبة المؤقتة:

و تتحقق عند تعرض الشخص لصدمة مما يؤدي إلى تعطل مؤقت لوظائف المخ لديه قبل أن يستعيد وعيه مرة ثانية.

- الغيبوبة العميقة:

وتتجسد في الحالة التي يفقد فيها الشخص القدرة على الإحساس؛ أو الشعور؛ أو حتى الحركة بينما يظل محتفظا بحياة عضوية كالدورة الدموية و التنفس.

- الغيبوبة المستديمة:

وهي حالة تتميز بموت خلايا المخ التي يستحيل عودتها للحياة مجددا[1]. و بالتالي فإن إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي في حالتي الغيبوبة المؤقتة، أو العميقة يعتبر قتلا إذا تم قبل موت مخ المريض مصداقا لقوله تعالى:" وَلا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ..."[2]

مع العلم أن هذا الفعل يُصنّف في خانة القتل العمدي، أو القتل الخطأ كحالة إهمال الطبيب، أو تقصيره في أداء واجبه الطبي تجاه مريض ما مما يعرضه للجزاء الذي سطره المشرع الجزائري لمرتكبي هذا النوع من الجرائم . غير أن إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي في حالة الغيبوبة المستديمة لا يعتبر جريمة، لأن موت مخ الإنسان يعني انتهاء حياته وما على الطبيب إلا تركه يموت بسلام دون الإطالة في فترة احتضاره [3]

ب5- تشريح الموتى

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

. تعريفه:

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

---

[1]- عشوش كريم المرجع السابق، ص 86-87.

[2]- الآية (33) من سورة الإسراء.

[3]- مسلم عبد الرحمن المرجع السابق، ص 91.

. أحكامه:

لقد حرمت الشريعة الإسلامية المساس بكيان الميت مثلما لا يجوز المساس بجسده أثناء حياته مصداقا لقوله صلى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "كَسَرُ عَظمِ الْمَيِّتِ كَكَسرِهِ حَيًّا" [1]

كما أن المشرع الجزائري بدوره جرم المساس بجثة الميت بأي طريقة أو وسيلة كانت ، في حين أجاز عمليات تشريح الجثث إذا كان الغرض من ذلك

مشروعا و يكون ذلك في حالتين:

- حالة الطلب من السلطات العمومية في إطار الطب الشرعي.
- حالة الطلب من الطبيب المختص .

فبالنسبة للحالة الأولى يجوز لوكيل الجمهورية قبل مرحلة التحقيق أن يطلب تشريح الجثة، في حين ينتقل هذا الحق إلى قاضي التحقيق إذا وصل البحث الجنائي إلى مرحلة التحقيق طبقا لنص مادة (143) من قانون الإجراءات الجزائية [2]

أما فيما يخص الحالة الثانية، فإن المادة (168) من قانون حماية الصحة و ترقيتها أجازت تشريح جثث الموتى لهدف علمي، وذلك حتى يتمكن طلبة الطب من معرفة تركيبة جسم الإنسان ووظائف أعضائه .

الفرع الثاني: سبب العقد الطبي

إن ظهور العقود الرضائية التي تعتبر الإرادة فيها أساس وقوام العقد، عجل بالبحث عن سبب تتجه إليه هاته الإرادة في هذه العقود[3]، و لكن بعد اعتماد السبب كركن من أركان العقد ظهرت عدة تصورات و مفاهيم لهذا الركن مما استدعى ضرورة تعريفه (أولا) ؛ و تحديد شروطه (ثانيا)؛ ثم التطرق إلى تطبيقاته على أرض الواقع (ثالثا).

أولا: تعريفه

لقد اختلف الفقهاء حول تعريف سبب العقد نظرا لاختلافهم حول طبيعة هذا السبب، حيث ظهرت في هذا الشأن نظريتين الأولى تقليدية و تعتد بالسبب القصدي، بمعنى أن لكل

[1]- أمير فرج، المرجع السابق، ص103.

[2]- مسلم عبد الرحمن المرجع السابق، ص 93- 94.

[3]- علي علي سليمان المرجع السابق، ص 73.

التزام سبب يتمثل في الغرض المباشر، أو النتيجة التي سيتحصل عليها المتعاقد بعد تنفيذه لهذا الالتزام[1] ، وبالتالي فإن السبب حسب هاته النظرية هو أمر داخلي في العقد و موضوعي، أي لا يتغير بتغير العقود ولا يختلف باختلاف الأشخاص. [2]

أما النظرية الثانية فهي النظرية الحديثة التي تعتد بالسبب الدافع إلى التعاقد، أي سـ سبب العقد و ليس سبب الالتزام[3]

ويتمثل السبب حسب هاته النظرية في الاعتبارات النفسية و الشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، أي أنه أمر شخصي؛ متغير؛ و منفصل – خارج– عن العقد [4]

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

و على هذا الأساس يمكن تعريف سبب العقد الطبي بأنه "مجموعة من الدوافع النفسية والشخصية المشروعة التي دفعت المتعاقد – الطبيب أو المريض– إلى إبرام عقد طبي". انطلاقا من هذا التعريف يظهر لنا جليًا أن سبب تعاقد الطبيب مع مريضه هو علاج هذا المريض، أي أن الباعث الذي دفع الطبيب إلى إبرام عقد طبي هو الحد من آلام المريض المتعاقد معه أو على الأقل التقليل منها، في حين يتجلى الباعث الذي دفع هذا الأخير إلى التعاقد مع طبيب معين في غرض العلاج لا[5]

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في ركن السبب

يتضح لنا من خلال استقراء نص المادة (97) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها ما يلي: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا"، أنّ المشرع الجزائري الذي أخذ بالنظرية الحديثة للسبب قد اشترط أن يكون هذا الأخير مشروعا، بمعنى أن الضابط الأساسي و الجوهري الذي يجب على

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

[2]– علي علي سليمان المرجع السابق، ص 74.

[3]– دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص42.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 569.

[5]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 105.

المتعاقدين التقيد به قبل إبرام العقد هو ضابط المشروعية ، أي مشروعية سبب العقد، وهذا يتطلب مراعاة قواعد النظام العام من جهة، وحسن الآداب من جهة أخرى[1].

1- عدم مخالفة قواعد النظام العام

يُعرف النظام العام بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة سياسية ؛ أو اجتماعية؛ أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو على مصالح الأفراد. [2]

و يعتبر من النظام العام القوانين التي تنظم سير المرافق العامة، وتنظم علاقاتها مع بعضها البعض أو بينها و بين الأفراد[3]، بل وحتى العلاقات التي تربط بين الأفراد ، كالدستور الذي يمنع انتهاك حرمة الإنسان ، أو ممارسة أي عنف بدني أو معنوي ضدّه ، أو المساس بكرامته، كما يمنع كذلك كل المخالفات التي قد تمس بالسلامة البدنية أو المعنوية للإنسان.

أما في المجال الطبي فإنّ من بين الأهداف التي سطرها المشرع الجزائري بموجب المادة الثالثة من قانون حماية الصحة وترقيتها حماية حياة الإنسان من الأمراض والمخاطر التي تهدد صحته و حياته، إضافة إلى ضرورة تحسين ظروف معيشته و عمله.

و لذات الغرض ألزمت المادة السادسة من مدونة أخلاقيات الطب الطبيب باحترام حياة الفرد، و شخصه البشري .

و بالتالي فإن أي اتفاق يكون مخالفا لهاته القواعد يعد باطلا بسبب مخالفته لمبادئ النظام العام [4]

2- عدم مخالفة الآداب العامة:

إن الآداب العامة هي مجموعة من القواعد الأخلاقية التي تشكل الأسس الأخلاقية الضرورية لاستقرار المجتمع و حمايته من الانحلال، و هي وليدة المعتقدات الموروثة و العادات والأعراف التي استقر عليها الأفراد . [5]

و من ثم يشترط حتى يتكوّن العقد الطبي صحيحا ضرورة مراعاة هاته الآداب، ومن ذلك منع القيام بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية إلا إذا كان ذلك لأغراض علاجية،

---

[1]- دربال عبد الرزاق المرجع السابق، ص 42.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص269،

[3]- عشوش كريم المرجع السابق، ص 106.

[4]- مسلم عبد الرحمن المرجع السابق، ص 111.

[5]- علي فيلالي الالتزامات المرجع السابق، ص 269،

كما لا يجوز كذلك أن تكون هاته العمليات محل معاملة مالية وذلك بسبب تعارضها مع حسن الآداب، لأن جسم الإنسان أو أي عضو من أعضائه لا يمكن تقويمه بالمال.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن المادة (98) من القانون المدني الجزائري قد نصت على أن "كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا..."، و لذلك فإنه يفترض في السبب أنه مشروع حتى يثبت العكس، وإذا ظهر أن الباعث الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع، فإنه يشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الدافع الغير مشروع، أما إذا كان دافع أحد المتعاقدين غير مشروع ولم يكن المتعاقد الآخر على علم به، كما لم يكن باستطاعته أن يعلم بذلك لا يعتبر العقد باطلا، حيث يؤخذ في هاته الحالة بالإرادة الظاهرة لا الباطنة [1].

ثالثا: تطبيقات ركن السبب في العقد الطبي:

إن التطوّر العلمي المتسارع الذي شهده المجال الطبي أصبح يشكل خطرا على الكيان الجسدي للإنسان و حتى على حياته، مما جعل رجال الدين و القانون على حد سواء يجتهدون بغرض رسم الحدود الشرعية و القانونية التي تقيد الأعمال و البحوث الطبية حتى لا تخرج عن إطار المشروعية[2]، و من ثم تمّ حظر التجارب و الأبحاث الطبية التي لا يتم القيام بها بغرض العلاج، كما تم خطر و تجريم القتل بدافع الشفقة كذلك.

1- التجارب الطبية:

لقد خلق الله سبحانه و تعالى الإنسان أحسن الخلق ونفخ فيه من روحه، و كرمه بالعقل مصداقا لقوله عزّ وجل: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً "[3]، ثم جعله خليفة له في الأرض فاستحق الاحترام له و لجسده الذي يمنع المساس به، ومن ثم فإنه لا يجوز جعله محلا للتجارب الطبية التي قد تضر به ماديا أو معنويا.

• تعريف التجارب الطبية:

---

[1]- علي علي سليمان المرجع السابق، ص75.

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

[3]- الآية (70) من سورة الإسراء.

تعرف التجربة فى مجال العلوم الطبية والحيوية بأنها "انحراف عن الأصول الطبية المتعارف عليها لغرض جمع معطيات علمية؛ أو فنية؛ أو اكتساب معارف في هذا المجال بهدف تطوير العلوم الطبية و البيولوجية والحيوية".[1]

. أنواع التجارب الطبية

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

– التجارب الطبية العلاجية:

وهي التجارب الطبية التي تهدف إلى تحقيق غاية علاجية، أي محاولة إيجاد علاج للمريض عن طريق تجريب طرق ووسائل جديدة في العلاج، وذلك في حالة ما إذا أخفقت الطرق والوسائل المعروفة و المستقر عليها علميا في تحقيق الشفاء للمريض متى كان ذلك ممكنا [2].

التجارب الطبية العلمية

إن التجارب الطبية العلمية هي التجارب التي يكون الغرض منها هو البحث العلمي و ليس علاج مريض ما، أي هي الأعمال الطبية العلمية أو التجريبية الخالصة التي يباشرها الباحثون في المجال الطبي على جسم الإنسان بغرض ذلك من أجل اكتساب معارف جديدة تتعلق بالوقاية من البحث العلمي، و الأمراض، أو المعالجة الوقائية [3].

• حكمها:

يُستخلص من نص المادة (168) 02 المستحدثة بموجب القانون رقم (90–17 المؤرخ في 31 جويلية 1990 ، المُعدّل و المُتمّم للقانون رقم (85–05) المتضمن قانون حماية الصحة و ترقيتها، أن المشرع الجزائري قد سمح بإجراء التجارب الطبية على جسم الإنسان، و قيَّد ذلك بضرورة احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تحكم الممارسات الطبية أثناء القيام بهاته التجارب .

---

[1]– بلحاج العربي، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2011، ص 09 – 10.

[2]– ضحى العذيي، الأعمال الطبية المستحدثة و القانون، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص معهد الحقوق جامعة الجزائر، 2005/2006، ص 25.

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

مع العلم أن هناك بعض التجارب الطبية الواردة على جسم الإنسان تفتقد لغاية المشروعية كالتغيير الجنسي و التعقيم، و هذا على سبيل المثال لا الحصر.

أ- التغيير الجنسي:

إن تطور العلوم الطبية و البيولوجية أصبح يمس الإنسان في ذاته ويشكل تهديدا وخطرا على جسده، كما أصبح يعتبر كذلك تحديا للحدود الشرعية و القانونية مثلما هو الأمر بالنسبة لعمليات التغيير الجنسي.

. تعريفه

يُعرف بأنه "تغيير الشخص لجنسه الطبيعي بجنس اصطناعى مضاد لجنسه الأصلي".[1]

هذا التعريف يدفعنا إلى ضرورة التمييز بين تغيير الجنس و تصحيحه، فالأول يخص الأشخاص الذين يكون لديهم تكوين تناسلي مميز ومحدد بالنسبة للجنس الذي ينتمي إليه هؤلاء ظاهريا، و بالتالي فإن سبب إحساسهم بالانتماء إلى الجنس المضاد هو مرض نفسي يتطلب علاجا نفسيا.

في حين فإن تصحيح الجنس يخضع له الأشخاص الذين يكون لديهم اختلال في الأعضاء التناسلية، و من ثم فإن سبب نفور هؤلاء الأشخاص المصابين بازدواجية الأعضاء التناسلية من الجنس الذي يخالف مظهرهم الخارجي هو مرض بيولوجي يتم علاجه بواسطة عمليات تصحيح الجنس الغالب لدى الشخص الخنثي .[2]

. أحكامه:

لقد منعت الشريعة الإسلامية عمليات تغيير الجنس لما في ذلك من تغيير في خلق الله حيث يقول سبحانه وتعالى: "أَلَمْ يَكُنْ نُطفة مِنْ مَنِي يُمْنى (37) ثُمَّ كَانَ علقة مُخَلَقَ فَسَوَّى (38) فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالأنثى (39)"[3] ، و يقول عز وجل كذلك: " ... فِطرَةَ اللَّهِ الَّتِي فطرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لا تَبْدِيلَ لِخَلق الله...[4] وقوله كذلك: "... يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ

---

[1]- ضحى العذيي، المرجع السابق، ص 44 و ما يليها.

[2]- أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية من الواجهة الشرعية و الطبية، دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى ،مصر ، 2005، ص 57.

[3]- الآيات -37 38 39 من سورة القيامة.

[4]- الآية (30) من سورة الروم.

إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ"[1]، في حين قال رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " لَعَنَ اللَّهُ الْمُخَنثِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالمُترَجَلاتِ مِنَ النساء ".

أما فيما يخص المشرع الجزائري فإنه رغم عدم وجود نصوص قانونية تمنع عمليات تغيير الجنس، إلا أن المنع يظهر من خلال النتائج المترتبة على هاته العمليات المتمثلة على سبيل المثال في بتر عضو من الأعضاء التناسلية مع استعمال الجرح، فهذا الفعل يعتبره المشرع الجزائري جريمة يعاقب مرتكبيها طبقا لنص المادة (264) من قانون العقوبات الجزائري.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان من الثابت علميا أن عمليات تغيير الجنس تؤدي إلى العجز الجنسي لدى الشخص الذي غير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي و تؤدي كذلك إلى عدم القدرة على الإنجاب، فإن هذا الفعل يمنع القيام به و يعاقب مرتكبوه طبقا لنص المادة (274) من قانون العقوبات الجزائري على أساس جريمة الخصاء .[2]

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

ب التعقيم

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

. تعريفه

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

[1] – الآية (49) من سورة الشورى.

[2]– تشوار جيلالي، المرجع السابق، ص 41 وما يليها.

و قد أصبحت عمليات التعقيم في عصرنا الحالي تُجرى في المستشفيات عن طريق عمليات جراحية يتم خلالها قطع الحبل السري المنوي (الأسهر) بالنسبة للذكور، وقطع قناتي الرحم أو ربطهما معا بالنسبة للإناث . [1]

أحكامه:

لقد خلق الله سبحانه و تعالى الإنسان، فخلق الذكر والأنثى من أجل التزاوج بغرض التناسل مصداقا لقوله عزّ وجلّ: " يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نفسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً... "[2]، و قوله كذلك:" وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنْ الطَّيِّبَاتِ [3]

كما قال رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في هذا الشأن "تزوجوا الوَدُود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يَوْم الْقِيَامَة" و قال كذلك: " ليس مِنَّا مَنْ خَصَى ، وَلَا اخْتَصَى".

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

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

كما يمكن كذلك اعتبار العمليات الجراحية الخاصة بالتعقيم عمليات تدخل في نطاق جرائم الضرب والجرح العمدي التي يعاقب عليها قانون العقوبات الجزائري.

ت – قتل الرحمة:

إن حياة الفرد تتمتع بحماية قانونية خاصة تجعل كل عمل مهما كانت غايته

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

[2]– الآية الأولى من سورة ة النساء.

[3]– الآية (72) من سورة النحل.

و مصدره و طبيعته من شأنه أن يخلّ بمبدأ حق الإنسان في الحياة عملا غير مشروع يمنعه القانون، و يعاقب مرتكبيه مثلما هو الحال بالنسبة للقتل بدافع الشفقة[1]

• تعريفه:

يُعرف قتل الرحمة بأنه[2] "تيسير" موت الشخص المريض الميؤوس من شفائه، أو المولود المشوه للحدّ من آلامه رأفة به"[3]، وقد يُرتكب القتل بدوافع الشفقة من طرف طبيب، كما قد يُرتكب كذلك من طرف أي شخص آخر كأحد أفراد العائلة مثلا[4].

. أنواعه:

ينقسم قتل الرحمة إلى نوعين: إيجابي؛ وسلبي.

– قتل الرحمة الإيجابي

ويتمثل في القيام بفعل يؤدي إلى موت المريض كإعطائه دواء قاتل بناء على طلبه أو دون موافقته.

– قتل الرحمة السلبي

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

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

أحكامه:

يعتبر حق الإنسان في الحياة من الأولويات التي تحميها الشريعة الإسلامية، ذلك لأن هاته الأخيرة تُحرم القتل مهما كان الدافع إليه مصداقا لقوله تعالى: .... وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ

[1]– ضحى العذيي، المرجع السابق، ص18 و ما يليها.

[2]– عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائية، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة جامعة الكويت، 1981 ، العدد الثاني، ص 176.

[3]– قوادري مختار المرجع السابق، ص 115.

[4]– عبد الوهاب حومد، نفس المرجع، ص 176.

الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلا بِالْحَقِّ... "[1]، و قوله كذلك " .... ولا تيأسوا مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِنَّهُ لا ييأس مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الكَافِرُونَ "[2] .

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

الفرع الثالث: الشكلية في العقد الطبي:

لقد أخذ المشرع الجزائري كأصل عام بمبدأ الرضائية واعتبر الإرادة أساس وقوام العقد، بحيث أن الرّضا هو الذي يُلزم المتعاقدين وليس الشكل مثلما سنبين ذلك ، إلا أنه وأمام خطورة بعض التصرفات الطبية التي لا يكفي فيها الرضا وحده ، اشترط المشرع الجزائري الشكلية من أجل إثبات هذا الرضا في حالات استثنائية سنتطرق لها [4]

أولا : -المبدأ – انتفاء الشكلية في العقد الطبي:

يعتبر العقد الطبي عقدا رضائيا ومبرر ذلك أن المشرع الجزائري لم يشترط علي الطبيب أو المريض شكلية معينة لترسيم اتفاقهما و بالتالي إتمام عملية التعاقد، ولتأكيد هذا الطرح فإنه من الضروري تعريف الشكلية وتحديد أنواعها وإسقاط ذلك على العقد الطبي للتأكد من رضائيته من جهة ، وتحديد طرق ووسائل إثباته من جهة أخري [5].

---

[1]– الآية (151) من سورة الأنعام.

[2]– الآية (87) من سورة يوسف.

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

[4]– مواسي العلجة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و من جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة الإعفاء من المسؤولية المسؤولية التأديبية – الجراحة التجميلية – زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، د. س. ن، ص 337–338.

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

1- تعريف الشكلية وتحديد أنواعها:

أ- تعريف الشكلية:

يُعرف الفقيه "روبي" الشكلية بأنها "كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني، وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات ".[1]

ب- أنواع الشكلية:

تنقسم الشكلية إلى نوعين مباشرة؛ وغير مباشرة.

- الشكلية المباشرة:

تتمثل الشكلية المباشرة في الكتابة التي بدورها تنقسم إلى نوعين: كتابة رسمية يتولى فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة تحرير العقد.

وكتابة عرفية يتولى فيها المتعاقدين تدوين اتفاقهما في وثيقة تختتم بتوقيعهما

- الشكلية الغير مباشرة:

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

وعلى هذا الأساس فإنّه يستحيل إسقاط أي نوع من أنواع الشكلية على العقد الطبي، أي أنّ هذا الأخير لا يحتاج إلى شكلية معينة، بل يكفي من أجل انعقاده صحيحا توافر ثلاثة أركان وهي: التراضي؛ المحل؛ والسبب[2].

[1]- علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص 293،

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

2-إثبات العقد الطبي:

ما دام موضوع الإثبات مرتبط بفكرة الوصول إلى الحقيقة أو على الأقل البحث عنها[1] ، فإن المشرع الجزائري قد عدد من وسائل الإثبات التي تفتح لنا واسعا من أجل إقامة الدليل على وجود هذا التصرف القانوني الغير مكتوب المجال الذي ارتضاه كلا من الطبيب والمريض على حد سواء.

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

كما يمكن إثبات العقد الطبي كذلك إما عن طريق شهادة الشهود بسبب عدم اشتراط المشرع الجزائري كتابة هذا النوع من العقود ، أو عن طريق الإقرار كاعتراف الخصم أمام القاضي بأنه أبرم عقدا طبيا مع مريضه من أجل علاجه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذا التصرف القانوني الذي اعترف الخصم بإبرامه ، لأن المشرع الجزائري اعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر .

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

[1]- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 106.

ثانيا: الاستثناء وجوب توفر الشكلية في بعض التصرفات الطبية

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

1- نقل وزراعة الأعضاء البشرية

نظرا لما تحتويه العمليات الجراحية الخاصة بنقل وزراعة الأعضاء البشرية من تعقيدات قد تشكل خطرا على صحة و حياة الفرد، فإن المشرع الجزائري قد اشترط الموافقة الكتابية لكل من المتبرع و المستقبل – أي المتبرع له قبل القيام بعملية انتزاع العضو أو زرعه ، وعلى هذا الأساس تشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه، وتحرر هاته الموافقة بحضور شاهدين اثنين، تم تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة طبقا للفقرة الأولى من نص المادة (162) من قانون حماية الصحة و ترقيتها[1]

وبالتالي فإن عدم توقر هاته الشكلية يعتبر دليلا على عدم رضا المريض بهذا التدخل الطبي الخطير ، وهذا ما يعفيه من مشقة البحث عن دليل أخر يثبت من خلاله القيام بانتزاع عضو من أعضائه رغما عنه[2].

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

ونفس الحكم ينطبق على انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من جثث الموتى، حيث تشترط الموافقة الكتابية للمتبرع أثناء حياته، أو موافقة أحد أفراد أسرته طبقا لنصي المادتين (164)

[1]– علي فيلالي رضا المريض بالعمل الطبي، المرجع السابق، ص 56.

[2]– بن معروف فضيل، تأثير مبدأ الحيطة في توزيع عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2011/2012، ص 97.

و (165) من القانون رقم (90-17) المعدل للقانون رقم (0-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها .[1]

غير أنه و في مقابل ذلك، فإن المشرع الجزائري قد سمح بموجب الفقرة السادسة من نص المادة (166) من نفس القانون بنزع الأنسجة و الأعضاء البشرية دون الحصول على هاته الموافقة، وذلك في حالتي الضرورة و الاستعجال، أو في الحالة التي يتعذر فيها الاتصال بالممثلين الشرعيين للمتبرع له العاجز عن التعبير عن إرادته الذي قد يتسبب أي تأخر في وفاته، على أن يتم تأكيد توافر إحدى هاته الحالات من طرف الطبيب رئيس المصلحة بحضور شاهدين اثنين.[2]

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الكتابة التي اشترطها المشرع الجزائري سواء بالنسبة للمتبرع ، أو المتبرع له هي كتابة عرفية معدة للإثبات وليست ركنا من أركان العقد الطبي، حيث أن وظيفتها هي إثبات رضا المتبرع بانتزاع أنسجة أو أي عضو من أعضائه من جهة، وإثبات رضا المتبرع له – أي المستقبل- بقبول زرع هاته الأنسجة أو هذا العضو في جسمه من جهة أخرى[3].

2-رفض المريض تلقي العلاج الطبي

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

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

---

[1]- مامون عبد الكريم، إثبات الموافقة بشأن التصرف في جثث الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة – الإعفاء من المسؤولية- المسؤولية التأديبية – الجراحة التجميلية زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو ، د. س. ن، ص 296

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

[3]- علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص 311.

الجزائري اشترط على المريض الذي يرفض العلاج الطبي تقديم تصريح كتابي بذلك ، كما ألزم الطبيب المعالج بإخبار هذا المريض أو الشخص المخوّل إعطاء الموافقة نيابة عنه بعواقب رفض العلاج.

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

غير أنه إذا كان المشرع الجزائري قد اشترط الموافقة الكتابية للمريض بالنسبة لبعض التصرفات الطبية الواردة على سبيل الحصر، فإن ذلك لا يعني أن العقد الطبي هو عقد شكلي، أي أن الشكلية ليست ركنا من أركانه، بل هو عقد رضائي ينعقد بتوافر الأركان العامة المتمثلة في التراضي؛ المحل؛ و السبب. إلا أنه يترتب على انعقاده صحيحا مستوفيا لجميع أركانه و شروطه آثارا قانونية سنتطرق لها في فصل ثان تحت عنوان "آثار العقد الطبي".

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

الفصل الثاني
آثار العقد الطبي

رغم أن المشرع الجزائري لم ينظم العقد الطبي باعتباره عقدا يربط الطبيب الخاص بالمريض الذي يتوجه إليه طالبا خدماته الطبية [1] ، إلا أن هذا العقد كغيره من العقود التي تستمد أحكامها من القواعد العامة يترتب على انعقاده صحيحا و مستوفيا لجميع أركانه آثارا قانونية من شأنها التأثير في المراكز القانونية لأطرافه.

وتتمثل هاته الآثار في الحقوق و الالتزامات المتقابلة الملقاة على عاتق كل من الطبيب الخاص المعالج، و المريض المتعاقد معه التي سنفصل فيها في مبحث أول[2] ، وهي التزامات يتوجب على المتعاقدين الوفاء بها، لأنه في حالة إخلال أي طرف من طرفي العقد الطبي بأحد هاته الالتزامات خاصة الطبيب الذي يحمل على عاتقه أغلبية الالتزامات المترتبة عن هذا العقد باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة الطبية التعاقدية [3] ، تتقرر مسؤوليته تبعا للضرر الذي ألحقه بالمتعاقد الآخر وهذا ما سنتطرق له في مبحث ثان[4].

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

[2]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 133.

[3]– ادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 140.

[4]– مسلم عبد الرحمن المرجع السابق، ص 139.

المبحث الأول: الالتزامات المترتبة عن العقد الطبي و آثار الإخلال بها

إذا كان من خصائص العقد الطبي أنه عقدا ملزما للجانبين، أي أنه يُرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه [1] ، فإن الالتزام الطبي يختلف من حيث طبيعته حسب النتيجة المرجوة من وراء تنفيذه بحيث قد يكون التزاما ببذل عناية، في حين قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة معينة مثلما سنبين ذلك في مطلب أول[2]. كما يختلف الالتزام الطبي كذلك حسب مضمونه حيث أن أغلبية الالتزامات تقع على عاتق الطبيب، وفي مقابل ذلك فإن خصوصية عقد التطبيب جعلت المريض يحمل على عاتقه التزامات أقل، وذلك إحقاقا للتوازن بين طرفي هذا العقد وهذا ما سنتطرق له في مطلب ثان[3].

مع العلم أنه يترتب على امتناع أحد المتعاقدين – الطبيب أو المريض– عن تنفيذ التزاماته آثارا سنعرج عليها في مطلب ثالث[4].

المطلب الأول: طبيعة الالتزام الطبي:

لقد أدى تقدم العلوم الطبية المرتبطة بصحة الإنسان إلى كثرة الإشكالات القانونية المتعلقة بتحديد معيار التزام الطبيب لمعرفة مدى تنفيذه لالتزامه الطبي، ومن ثم تحديد نطاق مسؤوليته.

وهذا ما أدى بالفقه والقضاء ومعهما التشريع إلى التمييز بين نوعين من الالتزامات الطبية ، التزامات ببذل عناية سنتطرق لها في فرع أول؛ والتزامات بتحقيق نتيجة سنتناولها في فرع ثان. [5]

الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية

لقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار التزام الطبيب التزاما ببذل عناية كأصل عام، بمعنى أنه يتوجب على هذا الأخير بذل العناية اللازمة من أجل تقديم العلاج الفعال

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

[2]– علي فيلالي، الالتزامات المرجع السابق، ص 26.

[3]– مسلم عبد الرحمن المرجع السابق، ص 139.

[4]– غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 350 و ما يليها.

[5]– رايس محمد، إثبات المسؤولية الطبية مجلة الحجة، منظمة المحامين ،تلمسان، 2005، العدد صفر، ص 41– 42.

والضروري لحالة المريض المتعاقد معه الصحية بغرض تخليصه من آلامه، أو على الأقل التخفيف منها[1]

و أساس هذا الالتزام ما تضمنه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 الذي جاء فيه ما يلي : " يقوم بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بداهة بشفاء المريض، فعلى الأقل بإعطائه علاجا يقظا ومتفقا مع الأصول العلمية [2] ، أي أن الطبيب ملزم ببذل كل ما في وسعه من أجل علاج مريضه، أو على الأقل التخفيف من آلامه بكل الطرق العلمية الممكنة[3]

و المعيار الذي تُحدّد على أساسه العناية اللازمة هو معيار الطبيب اليقظ الحريص الذي يمتلك نفس المستوى العلمي للطبيب المعالج، ونفس تخصصه الطبي، وذلك لأنه لا يمكن مقارنة عناية الطبيب العام بالعناية التي يبذلها الطبيب
الأخصائي. كما لا يتساوى الطبيب المبتدئ من حيث العناية المطلوبة مع الطبيب المتمرس الذي يمتلك خبرة كبيرة في المجال الطبي[4].

و من ثم يعتبر الطبيب المعالج مخطئا و تقوم مسؤوليته الطبية إذا كانت العناية التي بذلها أقل من عناية الطبيب اليقظ الحريص، لأنه يفترض في الطبيب اليقظة و الحرص على تقديم العلاج لمرضاه وفقا للمبادئ الثابتة والمستقرة في العلوم الطبية، مما يُحتم عليه الاجتهاد من أجل التوصل إلى الطرق و الوسائل الطبية المتفق على نجاعتها من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه [5]

---

[1]– أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية دراسة في القانون الجزائري و المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 46– 47.

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

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

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

[5]– بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الخاص الثاني، الخبرة الإعفاء من المسؤولية– المسؤولية التأديبية– الجراحة التجميلية– زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، د. س. ن، ص 57 وما يليها.

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

ويقصد بالظروف الخارجية الزمان والمكان اللذان يجري فيهما العلاج، حيث أن العلاج في منطقة نائية منعزلة بعيدا عن المستشفيات و الزملاء، ودون توفر الآلات والوسائل اللازمة و الضرورية لتقديم العلاج للمريض كالأجهزة الخاصة بإجراء التحاليل؛ أو الأشعة؛ أو أدوات الجراحة قد يعيق عمل الطبيب ويجعله يعجز عن بذل العناية الواجب بذلها في الظروف العادية لإنقاذ هذا المريض. و يدخل في نطاق هاته الظروف كذلك حالة المريض الذي يواجه خطرا جديا يتطلب التدخل الجراحي العاجل دون نقله إلى مستشفى أو عيادة متخصصة[1]. وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب المعالج إذا اتضح أن الطبيب اليقظ الحريص كان يستطيع بذل عناية أكبر من العناية التي بذلها الطبيب المعالج لو وجد في نفس الظروف التي أحاطت بهذا الأخير أثناء قيامه بعمله الطبي، وذلك لأن الطبيب المعالج يكون قد قصر في أداء واجبه المهنى في هاته الحالة. [2]

في حين تنتفي مسؤولية الطبيب الذي يقدم العلاج للمرضى في مكان منعزل لا يتوفر على الوسائل والأدوات الطبية اللازمة لقيامه بعمله الطبي إذا ثبت أنه قدم عناية تساوي أو تفوق العناية التي كان سيبذلها الطبيب اليقظ الحريص لو وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المعني بتقديم العلاج[3]

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

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

[2]– أمال بكوش، المرجع السابق، ص 48 و ما يليها.

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

وعلى هذا الأساس فإن درجة العناية المطلوبة من الطبيب حسب نص هاته المادة هي عناية الطبيب اليقظ الحريص على أداء عمله وفقا لمعطيات العلم الحديثة ، أي أن الطبيب ملزم بأن يُعنى العناية الواجبة بالمريض، وأن يتبع بشأن علاج هذا الأخير الطرق العلمية المسلم بها والمتعارف عليها طبيا دون أن يكترث للنتيجة المحققة من وراء هذا العلاج [1]، سواء كانت إيجابية أو سلبية، لأنه غير ملزم بشفاء مرضاه، بل هو ملزم ببذل العناية المطلوبة من أجل علاجهم، في حين يبقى أمر شفائهم بيد الله سبحانه وتعالى.

الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة:

إن المستجدات العلمية والتطورات التكنولوجية التي شهدها المجال الطبي خاصة ما تعلق منها بالأجهزة والمعدات الطبية قد غيّرت من منحى الالتزام الطبي[2]، حيث ظهرت هناك حالات أصبح يُطالب 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.

ويكمن سبب التزام الطبيب بتحقيق نتيجة استثناء في أن العمل الطبي قد ينطوي في بعض الحالات على عنصر اليقين بدلا من عنصر الاحتمال، وبالتالي فإن الهدف المرجو من وراء تدخل الطبيب في هاته الحالات هو تحقيق نتيجة معينة. [3]

ومن بين الحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة محددة، حالة نقل الدم التي يقع فيها على عاتق الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة محلها نقل الدم سليما إلى جسم المريض ؛ خاليا من أي فيروس مرضي؛ ومطابقا لزمرة دم هذا الأخير، وهذا ما يفرض على الطبيب من أجل تحقيق هاته النتيجة القيام بتحليل الدم المتبرع به للتأكد من صلاحيته وخلوة من الفيروسات من جهة، ومطابقته لزمرة دم المريض – أي المتبرع له من جهة أخرى، و ذلك قبل حقنه في جسم هذا الأخير[4].

---

[1]– عبد الله علي الزبيدي، مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق كلية الحقوق جامعة الكويت، 2005 ، العدد الثالث، ص275.

[2]– بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية ، مجلة العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2007 ، العدد الثالث، ص50.

[3]– أمال بكوش، المرجع السابق، ص55.

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

مع العلم أن المشرع الجزائري اشترط أن تتم عمليات التبرع بالدم في الوحدات الصحية المتخصصة ، تحت إشراف الأطباء ؛ أو المستخدمين المخولين القيام بهاته العمليات.

كما اشترط كذلك أن تتم عمليات نقل الدم لأغراض علاجية مع ضرورة تحصين المتبرعين، وتحليل مصل الدم تفاديا للإضرار بالمتبرع أو المتبرع له. وبالتالي إذا لم تتحقق النتيجة المتمثلة في ضرورة نقل الدم السليم الخالي من الفيروسات والمنتمي إلى نفس زمرة دم المريض [1]، تقوم مسؤولية الطبيب الذي تولي عملية نقل الدم على أساس عدم تحقق النتيجة المرجوة من وراء تدخله الطبي [2]

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

أما إذا لم يتوصل الطبيب – المحلل أو الخبير – إلى النتيجة الحقيقية بعد قيامه بالتحاليل الطبية اللازمة كما لو كانت نتائج الفحوص المخبرية التي أجراها غير صحيحة، تقوم مسؤوليته على أساس إخلاله بالتزامه بتحقيق نتيجة محددة تتجلى في الكشف عن طبيعة المرض، أو الإصابة التي يعاني منها المريض من عدم ذلك عن طريق التحاليل الطبية [4].

---

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

[2]– دلال يزيد – مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2007 ، العدد الثالث، ص 68.

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

[4]– محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية ، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني، ص 85.

كما أن تعاقد الطبيب الخاص مع مريض معين من أجل أن يُجهز له عضوا اصطناعيا لتركيبه مكان العضو الذي لم يعد قادرا على تأدية وظائفه [1] ،مثلما هو الحال بالنسبة لطبيب الأسنان الذي يتعاقد مع مريض ما بغرض تجهيز أسنان اصطناعية وتركيبها له سيجعله يحمل على عاتقه التزاما بتحقيق نتيجة معينة تتمثل في وجوب وضع أسنان ملائمة لهذا المريض، وتجهيزها بما يتناسب وحالة هذا الأخير.

وبالتالي تثور مسؤولية الطبيب الذي قام بتجهيز الأسنان الاصطناعية وتشكيلها إذا كانت هاته الأخيرة غير ملائمة للمريض مما أدى إلى الإضرار به ، لأن طبيب الأسنان في هاته الحالة يكون قد أخل بالتزامه بتحقيق النتيجة المتمثلة في تجهيز طاقم أسنان ملائم لحالة هذا المريض ولفمه.

في حين يختلف الوضع بالنسبة لتركيب هاته الأسنان حيث يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة من أجل تهيئة الفم للأسنان الاصطناعية ثم تركيبها، ولذلك فإن إصابة المريض بمضاعفات صحية أدّت إلى الإضرار به نتيجة عدم ملاءمة الأسنان الاصطناعية له لا تؤدي إلى إثارة مسؤولية الطبيب المختص في تركيب هاته الأسنان على أساس عدم تحقق النتيجة المنتظرة من وراء تدخله الطبي، والمتمثلة في تجهيز أسنان اصطناعية مناسبة لفم المريض، لأن الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب المختص في تركيب الأعضاء الاصطناعية يتمثل في وجوب بذله العناية اللازمة من أجل تركيب هاته الأعضاء في مكانها على النحو الصحيح وفقا للمبادئ الثابتة والمستقرة في العلوم الطبية . [2]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تطور العلوم الطبية وتقدمها من شتى الجوانب قد أدى إلى اكتشاف نوع جديد من الالتزامات هو الالتزام بالسلامة الذي ظهر في بادئ الأمر في مجال النقل، إلا أن خطورة الممارسات الطبية جعلت القضاء الفرنسي يسارع إلى اعتماده في المجال الطبي [3] ، من أجل ضبط وتنظيم الحوادث الطبية خاصة في الحالات التي لا تثبت فيها رابطة السببية بين الضرر الذي يصيب المريض وخطأ الطبيب، ويتجلى ذلك

[1]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 52.

[2]– هشام محمد مجاهد القاضي المرجع السابق، ص 126.

[3]– دلال يزيد مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص 69.

بوضوح في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 07 جانفي 1997 الذي لمّح إلى إمكانية مساءلة الطبيب الممارس عن الحوادث الطبية.

ولكن الأساس الجوهري الذي بُني عليه الالتزام بالسلامة تضمنه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 05 ماي 1997 الذي اعتبر الطبيب ملزما بضمان عدم انتقال العدوى المنتشرة داخل المستشفيات، أو العيادات إلى المريض [1]، وهو التزام بسلامة المريض أكده القضاء الجزائري كذلك في أحد قراراته الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 03 جوان 2003 الذي جاء في نصه ما يلي: "... حيث أن الضحية كان تحت مسؤولية المستشفى وقت وفاته، ومن ذلك... فإن الخطأ المرتكب من طرف المستأنف يتمثل في إخلاله بواجب القيام بالتزام الرعاية والحماية، وهذا ما يجعله يتحمل تعويض الضرر الناجم عن وفاة المرحوم...".

ومن ثم فإن ما يمكن استخلاصه من هاته الأحكام القضائية هو تكريس القضاء للالتزام بالسلامة في المجال الطبي، أي أنه يقع على عاتق الطبيب التزاما بضمان سلامة المريض عن طريق الحرص على عدم إصابته بأي أذى؛ أو إصابة؛ أو اضطراب في حالته الصحية تفاديا للإضرار به، لأن إصابة هذا الأخير مهما كان نوعها ستؤدي إلى إثارة مسؤولية هذا الطبيب على أساس الإخلال بالتزامه بضمان سلامة المريض [2].

المطلب الثاني مضمون الالتزام الطبي

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

[1]– بن صغير مراد ، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 54.

[2]– بن صغير مراد، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية كلية الحقوق جامعة تلمسان 2006 ، العدد الثالث، ص 135.

الفرع الأول: التزامات الطبيب

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

أولا: الالتزامات الفنية للطبيب

إن توجّه المريض إلى طبيب معين يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص طالبا خدماته الطبية، وموا وافقة هذا الأخير، يجعله ملزما بتشخيص حالة هذا المريض[1] ؛ ثم علاجه[2]؛ وبعد ذلك السهر على متابعة حالته الصحية بعد تقديم العلاج الضروري له[3].

1 – التزام الطبيب بتشخيص الحالة الصحية للمريض:

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

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

كما يجوز له كذلك طلب استشارة طبية من أحد زملائه الأكثر تخصصا منه كلما اقتضت الضرورة ذلك، أو قبول هاته الاستشارة إذا طلبها المريض أو محيطه، وذلك من أجل تشخيص المرض بصفة دقيقة وواضحة، لأن التشخيص يتطلب التحري حول أعراض

[1]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 135.

[2]– محمد حسين منصور ، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص54.

[3]– منير رياض حنا ، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 115.

هذا المرض ودراسة الحالة الصحية العامة للمريض وسوابقه المرضية من جهة، والتأثيرات الوراثية عليه من جهة أخرى بغرض تحديد طبيعة الدّاء ، ومن ثم تحديد العلاج الملائم له.
وبالتالي تثور مسؤولية الطبيب المعالج في حالة إخلاله بهذا الالتزام، أي في حالة عدم بذله العناية الكافية من أجل تشخيص المرض تشخيصا دقيقا يسمح له بتحديد العلاج المناسب له[1]

غير أن هاته المسؤولية تنتفي إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى تشابه الأعراض المرضية مما صعب على الطبيب تحديد طبيعة المرض، أو في حالة تشخيصه لحالة مريض ما دون استشارة زميل له بسبب خطورة الحالة الصحية
للمريض التي كانت تتطلب التدخل الطبي العاجل. كما لا يسأل الطبيب كذلك عن الخطأ في التشخيص في حالة تضليل المريض له عن طريق إعطائه معلومات غير صحيحة عن تفاصيل حالته الصحية، وإخفائه للحقائق الخاصة بمرضه[2].

2- التزام الطبيب بعلاج المريض : يعتبر الطبيب كأصل عام ملزما بتقديم العلاج الضروري لكل مريض يتوجه إليه طالبا خدماته الطبية وذلك مراعاة لمصلحة المجتمع من جهة، والحالة الصحية للمريض من جهة أخرى [3].

ويلتزم الطبيب بمناسبة تقديم العلاج لمرضاه ببذل العناية الواجبة من أجل اختيار العلاج الملائم لحالة المريض الصحية بغرض التوصل إلى شفائه، أو على الأقل التقليل من آلامه، حيث يُلزم الطبيب المعالج أثناء وصفه للعلاج بأخذ البنية الجسدية للمريض؛ وسنه؛ ودرجة تحمله للمواد الكيميائية التي تحتويها بعض الأدوية بعين الاعتبار[4].

كما يُلزم كذلك بوصف العلاج كتابة بخط واضح في وثيقة تسمى "الوصفة الطبية" تتضمن التحديد الدقيق لكافة الأدوية الواجب استعمالها من أجل علاج الداء الذي يعاني منه المريض[5].

---

[1]- عشوش كريم المرجع السابق، ص 136.

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

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

[4]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 54.

[5]- غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 37.

أما إذا كانت الحالة الصحية لهذا الأخير تتطلب التدخل الطبي الجراحي، فإنه يجب على الجراح أن يقوم بإجراء العملية الجراحية في مكان يتوفر على كل الأجهزة الطبية الضرورية و اللازمة لإجراء هاته العملية مع ضرورة الحرص على تقديم العناية الطبية اللازمة للمريض، ومتابعة تطور حالته الصحية بعد القيام بالعمل الجراحي[1]. وعلى هذا الأساس تثور مسؤولية الطبيب في حالة تقصيره في تقديم العلاج الضروري والفعال لحالة المريض الصحية، أو وصفه لدواء غير ملائم لهاته الحالة المرضية وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري بموجب القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2008-05-1995 الذي جاء في حيثياته ما يلي: اعتبار أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي يعاني منه الضحية، وقام بتجريع دواء غير لائق في مثل تلك الحالة المرضية مما يجعل إهماله معاقبا عليه بنص المادة (288) من قانون العقوبات الجزائري...".

3- الالتزام بمتابعة علاج المريض

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

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

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

و يتحقق تنفيذ هذا الالتزام عن طريق زيارة الطبيب لمريضه على فترات لمتابعة تطور حالته الصحية من جهة، والإطلاع على مدى فاعلية العلاج المتبع من جهة أخرى[2].

مع العلم أن العلاج بواسطة العمل الطبي الجراحي هو من بين الأعمال الطبية التي تتطلب ضرورة متابعة الطبيب الجراح لتطور الحالة الصحية لهذا المريض بعد إجراء العملية الجراحية، حتى يتفادى ما قد يترتب على هاته العملية من نتائج ومضاعفات قد تؤدي إلى

[1]- منير رياض حنا الخطأ الطبي الجراحي، المرجع السابق، ص 115 ما يليها.

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

إثارة مسؤوليته على أساس إخلاله بالتزامه بمتابعة علاج المريض الذي كان بحاجة إلى رعاية طبية مستمرة حتى تستقر حالته الصحية ويزول عنه الخطر [1].

ثانيا: الالتزامات المهنية للطبيب:

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

1- التزام الطبيب بالإعلام:

يقصد بالالتزام بالإعلام" تزويد المتعاقد في العقود الرضائية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض التعاقد بإرادة حرة ومستنيرة [2] ، وذلك لأن رضا المريض في العقد الطبي لا يكون صحيحا إلا إذا قام الطبيب بتبصير المريض مسبقا أي قبل كل تدخل طبي بطبيعة المرض الذي يعاني منه والعلاج المقترح من جهة ، وإعلامه كذلك بمحاسن هذا العلاج والمخاطر التي قد تترتب عليه من جهة أخرى.

كما يجب على الطبيب إعلام مريضه كذلك ببدائل هذا العلاج، أي طرق العلاج البديلة في حالة توفرها و الاحتياطات الواجب اتخاذها قبل وبعد التدخل الطبي، إضافة إلى ضرورة إخبار المريض بتكاليف العلاج المقترح حتى يتمكن من الترجيح بين مزايا هذا العلاج ومخاطره بغرض اتخاذ قرار حرا ومستنيرا حول حالته الصحية [3] ، وذلك لأن الالتزام بالإعلام لا يلعب دور المُصحح للمراكز القانونية ولا دور المُعدّل لها، بل يلعب دورا وقائيا يتمثل في مساعدة المريض على اتخاذ قرار بالموافقة على التدخل الطبي، أو رفضه وهو على بينة بمخاطر ذلك. [4]

ويجد هذا الالتزام أساسه في اختلال التوازن بين طرفي العلاقة الطبية التعاقدية التي يعتبر المريض طرفها الضعيف بسبب جهله للعلوم الطبية التي يتقنها الطبيب المتعاقد معه من جهة، وكونه ضحية الآلام والمعاناة التي قد تجعله مضطرا لقبول العلاج دون إدراكه

---

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

[2]- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية، المرجع السابق، ص 113- 114.

[3]- رايس محمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، مجلة الحجة منظمة المحامين، تلمسان، 2007، العدد الأول، ص 15.

[4]- شهيدة قادة نفس المرجع، ص 83 84.

لمخاطر هذا الأخير من جهة أخرى، مع العلم أن عبء إثبات الوفاء بهذا الالتزام يقع على عاتق الطبيب باعتباره مدينا به، وبالتالي يجب عليه متى أراد تبرئة ذمته إثبات الوفاء بالتزامه بالإعلام عن طريق تقديم الدليل على الواقعة التي أدت انقضاء التزامه هذا، وإلا عُدّ مسؤولا عن إخلاله بهذا الالتزام. [1]

2- التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض بالعلاج

يُشكل رضا المريض قيدا على عمل الطبيب ، حيث يُمنع على هذا الأخير مباشرة تدخله الطبي على جسد مريضه حتى يحصل منه على موافقة حرة مستنيرة، وذلك احتراما لحرية هذا المريض في قبول علاج معين، أو رفضه، فهذا الأخير إنسان له حق على جسده و صحته وهو حق من الحقوق الشخصية التي لا يجوز المساس بها إلا برضائه [2].

ويعد رضا المريض شرطا جوهريا لإباحة العمل الطبي، حيث يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقته موافقة حرة متبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منه، أو من القانون لإعطاء موافقتهم نيابة عنه طبقا لنص المادة (44) من مدونة أخلاقيات الطب[3]

ويستوي أن تكون هاته الموافقة موافقة صريحة أو ضمنية ، لأن الطبيب ملزم بالحصول على رضا المريض بالعمل الطبي في كل مرحلة من مراحل العلاج سواء عبر هذا الأخير عن رضاه صراحة أو ضمنيا.

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

كما يمكن للطبيب كذلك القيام بعمله الطبي دون مراعاة إرادة المريض إذا كان هذا الأخير مصابا بمرض معد ، أو مهددا للصحة أو السلامة العامة، حيث يُفضّل الطبيب في هاته

---

[1]- هديلي أحمد، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان ،2005 ، العدد صفر، ص 103.

[2]- هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، المرجع) السابق،ص214.

[3]- بداوي علي الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر، د.س.ن، العدد التجريبي، ص 42.

الحالة المصلحة العامة على مصلحة الشخص المريض[1]. وبالتالي فإن تنفيذ الطبيب المعالج لهذا الالتزام يحميه من أية متابعة قضائية مستقبلية مؤسسة على تدخله غير المشروع على جسم الإنسان، أي قيامه بعمله الطبي دون الحصول على رضا هذا المريض[2].

3- التزام الطبيب بكتمان السر الطبي

لقد أصبح التقدم العلمي الهائل الذي شهده المجال الطبي في العصر الحديث يشكل تهديدا على الحياة الخاصة للأفراد، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يسعى جاهدا إلى خلق جو تسوده الثقة المتبادلة بين الطبيب والمريض عن طريق إيجاد ضمانة قانونية يُمنع على الطبيب بمقتضاها خيانة هاته الثقة، وذلك من أجل توفير المناخ الملائم لتحقيق الأهداف النبيلة لمهنة الطب التي تلزم الطبيب بعلاج مرضاه وليس كشف أسرارهم [3] ، خاصة وأن طبيعة هاته المهنة تقتضي إطلاع الطبيب المعالج على أمور كثيرة تتعلق بحالة المريض الصحية وبحياته الخاصة [4]، وذلك لأن المريض الذي يتطلع للعلاج يفصح عن أمور كثيرة لطبيبه بخصوص حياته الخاصة بغرض إحاطة هذا الأخير بتفاصيل حالته الصحية حتى يتمكن من تشخيص مرضه وإعداد علاج مناسب له[5]

كما أن التكوين الذي يتلقاه الأطباء من شأنه تنمية قدراتهم على البحث والتحري من أجل التفطن لأسباب إصابة المريض بأي مرض من الأمراض التي قد يتستر هذا الأخير عن الإفصاح عنها خوفا من الفضيحة، كما هو الشأن بالنسبة لحالات العجز الجنسي التي تعد سببا من أسباب العقم التي يستحي الشخص من الإفصاح عنها لطبيبه [6]، وهذا ما يُمكن الطبيب من الاطلاع على الكثير من الوقائع والأسرار الشخصية التي يجب عليه كتمانها

---

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

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

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

[4]- مروك نصر الدين المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة مجلة الموسو عة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر ، د.س.ن ، العدد التجريبي، ص 05.

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

[6]- شهيدي محمد سليم، الالتزام بالسر الطبي مجلة الحجة منظمة المحامين، تلمسان، العدد الأول،2007، ص92.

وعدم إفشائها لغيره . ويشمل السر الطبي كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان، أو يفهمه، وكل ما يُؤتمن عليه خلال أدائه لوظيفته.

وبالإضافة إلى هذا فإن حماية الحياة الخاصة للمريض تتطلب كذلك حماية البطاقات السرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزة الطبيب، أو غيره من الأشخاص المؤتمنين على أسرار هؤلاء المرضى، وهذا يتطلب منهم الحفاظ على هاته البطاقات السرية والوثائق وجعلها بعيدة عن فضول الغير من جهة[1]، والامتناع عن كشف هوية المرضى أثناء استعمال هاته البطاقات والوثائق من أجل إعداد البحوث العلمية من جهة أخرى.

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

في حين قد يُعفى الطبيب من الالتزام بكتمان أسرار مرضاه استثناء، حيث يتعين عليه إفشاء هاته الأسرار متى وُجدت مصلحة أعلى من تلك التي يحققها الكتمان [2]، ومن ثم فإنه يجب على الطبيب إفشاء السر الطبي في الحالات التالية: حالة رضا المريض بإفشاء أسراره التي تحصل عليها الطبيب أثناء ممارسته لمهامه الطبية، و يشترط أن يكون هذا الرضا صحيحا و صادرا عن صاحب المصلحة في الكتمان[3].

– حالة الإبلاغ عن جريمة معينة حماية للنظام العام داخل المجتمع الذي يقتضي من الأطباء، أو الأشخاص المخولين الإبلاغ عن الجرائم التي يكتشفونها بحكم وظائفهم كجريمة الإجهاض التي يكتشفها الطبيب عندما تتوجه إليه امرأة ما أجهضت حملها بغرض طلب المساعدة الطبية .

---

[1]– رضا هميسي محمد لموسخ، حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2007 ، العدد الثالث، ص165.

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

[3]– جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص 423.

– حالة الإبلاغ عن الأمراض التي تهدد الصحة العامة حماية للمصلحة العامة التي يُلزم فيها الطبيب بإعلام المصالح والسلطات المختصة وخاصة الصحية بكل مرض معد يكتشفه بمناسبة قيامه بعمله الطبي.

في حين تنحصر قائمة الأشخاص الواجب إعلامهم بالحالة الصحية الخطيرة للمريض، حيث تقتصر على أهله متى كان هذا الأخير مصابا بمرض من الأمراض المزمنة، أو الخطيرة كمرض السرطان حتى يتهيأ محيطه العائلي لأي طارئ صحي قد يحدث له.

– حالة التبليغ عن الولادات والوفيات حفاظا على النظام العام، إذ يتم التصريح بالولادات من طرف الطبيب أو القابلة.

أما التبليغ عن الوفيات فيتم من طرف الطبيب بموجب شهادة طبية يبين فيها طبيعة الوفاة وليس سببها، لأن سبب الوفاة يعتبر سرا طبيا يجب التكتم عليه.

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

الفرع الثاني: التزامات المريض:

إضافة إلى الالتزامات التي يُرتبها العقد الطبي على عاتق الطبيب، فإنه يُرتب في مقابل ذلك التزامات أخفٌ على عاتق المريض تتمثل في الالتزام بإعلام طبيبه بتفاصيل حالته الصحية من جهة (أولا) ؛ والالتزام بدفع أتعاب هذا الأخير من جهة أخرى (ثانيا) [1].

أولا: التزام المريض بإعلام الطبيب بتفاصيل حالته الصحية

إن اختيار الطبيب للعلاج الفعال والضروري لحالة المريض الصحية يتطلب من هذا الأخير إعلامه بكافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية كإعلامه بمواضع الألم بدقه، والأسباب التي يعتقد أنها كانت وراء إصابته بهذا المرض ومثال ذلك إخباره للطبيب بإقامة علاقات جنسية مع شخص من الجنس الآخر مصابا بداء معين، وإعلامه كذلك بالعلاج الذي كان يتبعه مسبقا قبل اللجوء إليه، أو الأدوية التي كان يتناولها، وذلك لمساعدة الطبيب

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

المعالج على تحديد طبيعة المرض الذي يعاني منه بدقة من أجل اختيار العلاج الأنسب والفعّال لمداواته.

إلا أن التزام المريض بإعلام طبيبه عن تفاصيل حالته الصحية قد يجد ما يعيقه، ويتحقق ذلك على سبيل المثال في حالتي الاستعجال أو الضرورة اللتان تمنعان هذا المريض الذي يكون مثلا مغما عليه، أو فاقدا للوعي من مد الطبيب المعالج بالمعلومات الضرورية المتعلقة بحالته الصحية قصد تمكينه من اختيار العلاج المناسب له.

وبالتالي فإنه يتعين على الطبيب في هاته الحالة التحري عن الحالة الصحية للمريض من جهة، وبذل العناية اللازمة من أجل تشخيص المرض الذي يعاني منه هذا الأخير بغرض علاجه من جهة أخرى[1] ، وذلك لأن الطبيب ملزم بتقديم العلاج للمريض حتى ولو لم يتحصل منه على المعلومات الضرورية الخاصة بحالته الصحية بسبب عدم قدرته على الإدلاء بها لظروف صحية قاهرة، فهو ملزم بوضع خدماته الطبية تحت تصرف المريض الذي يواجه خطرا جديا يهدد حياته، أو ضمان مواصلة تلقيه العلاج على يد طبيب آخر.

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

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

ثانيا: التزام المريض بدفع أتعاب الطبيب:

إن أتعاب الطبيب هي عبارة عن مبلغ معين من المال يتحصل عليه الطبيب المعالج كمقابل للجهد المبذول من طرفه بغرض علاج المريض المتعاقد معه، حيث تمثل هاته

[1]– عشوش كريم المرجع السابق، ص154– 155.

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

الأتعاب التزاما مدنيا بالنسبة للمريض لأنه هو المدين المطالب بدفعها للطبيب الذي قدم له العلاج باعتباره دائنا له.

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

ولكن يجب التمييز في هاته الحالة بين المستحقات التي يدفعها المريض للعيادة كمقابل للخدمات – الإيواء ؛ الإطعام؛ الرعاية... إلخ – المقدمة من طرفها وبين الأتعاب التي يدفعها هذا المريض للطبيب المعالج كمقابل لخدماته الطبية، مع العلم أن العيادة غالبا ما تلعب دور الوكيل الذي يتكوّل بتحصيل أتعاب الطبيب من عند المرضى المتعاقد وتقديمها له [1]معهم وفي حين قد تكون هاته الأتعاب محددة مسبقا، وبالتالي ما على المريض إلا التعهد بدفعها بعد تلقيه العلاج المناسب، أو رفض ذلك، ومن ثم رفض التعاقد مع الطبيب الذي قام بتحديدها سلفا، وذلك نظرا لخصوصية العقد الطبي الذي يتشابه إلى حد كبير مع عقد الإذعان .

إلا أن المشرع الجزائري قد وضع قيودا للحد من الحرية المطلقة لأطراف العقد الطبي وخاصة الطبيب في تحديد الأتعاب الطبية، حيث منع على هذا الأخير كل مبالغة؛ أو تحايل؛ أو إفراط في تحديد أتعابه، كما منع عليه كذلك ممارسة نشاطه الطبي ممارسة تجارية قائمة على تحقيق الربح .

و جدير بالتذكير في هذا المقام أن أتعاب الطبيب المعالج تستحق الوفاء ولو لم ينجح التدخل الطبي، وذلك لأن الطبيب ملزم ببذل العناية اللازمة من أجل علاج مرضاه، وليس ملزما بتحقيق نتيجة الشفاء ، لأن الشفاء بيد الله عز وجل[2]. وفي حالة إدعاء المريض بأنه قد قام بدفع أتعاب طبيبه، يجب عليه إثبات وفائه بهذا الالتزام ، لأن عبء الإثبات في هاته الحالة يقع على عاتق المدعي.

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

[2]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 159.

الفرع الثالث: آثار الإخلال بالالتزام الطبي

إذا كان من المتعارف عليه فقها وقضاء وتشريعا أنه يترتب على انعقاد العقد الطبي صحيحا ومستوفيا لجميع أركانه وشروطه مجموعة من الالتزامات يتحمل القسط الأكبر منها الطبيب تماشيا مع خصوصية هذا العقد الذي يربط بين شخصين

تتفاوت قدراتهم العلمية، وتختلف أوضاعهم الصحية، فإن من بين الآثار الت تترتب على الإخلال ببعض هاته الالتزامات أو كلها فسخ العقد الطبي الذي سنتطرق له أو انفساخه بقوة القانون مثلما سنبين ذلك في .

أولا : فسخ العقد الطبي

يعتبر الفسخ الأداة القانونية التي يمكن استعمالها من طرف أحد المتعاقدين من أجل حل العقد الذي يربطه بالمتعاقد الآخر الذي أخل بالتزاماته التعاقدية[1]. ومن ثم فإنه متى امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد متى تحققت شروطه (أولا)، إما عن طريق اللجوء إلى القضاء، أو دون ذلك، أي بتفعيل الشرط الفاسخ (ثانيا) [2].

1- شروط فسخ العقد الطبي:

إن ما يمكن استخلاصه من خلال استقراء نص المادة (119) من القانون المدني الجزائري هو أنها قد اشترطت ثلاثة شروط من أجل إمكانية المطالبة بفسخ

العقد تتمثل فيما يلي:

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

أ- أن يكون العقد محل الفسخ ملزما للجانبين:

إن الفسخ يرد على العقود الملزمة لجانبين مثلما هو الحال بالنسبة للعقد الطبي باعتباره عقدا يُرتب التزامات على عاتق الطبيب المعالج، وأخرى على عاتق المريض المتعاقد معه، وهذا

[1]- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 153.

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

ما يعطي الحق لكلاهما وخاصة المريض في فسخ هذا العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر ببعض الالتزامات الملقاة على عاتقه، أو كلها.

ب- عدم وفاء المتعاقد معه بالتزاماته التعاقدية:

إذا كان العقد الطبي عقدا ملزما للجانبين، أي أنه يرتب التزامات متقابلة يتحمل الجزء الأكبر منها الطبيب والجزء الباقي يقع على عاتق المريض، فإنه يشترط من أجل المطالبة بفسخه أن يكون أحدا المتعاقدين – سواء المريض أو الطبيب قد أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أي أنه امتنع عن تنفيذ هاته الالتزامات [1]، وبالتالي خان ثقة الطرف الآخر فيه خاصة وأن العقد الطبي هو عقد يقوم على الثقة المتبادلة[2]

وعلى هذا الأساس فإنه يحق للمريض فسخ العقد الطبي متى امتنع الطبيب عن تنفيذ بعض الالتزامات الملقاة على عاتقه، أو كلها.

كما يجوز للطبيب كذلك فسخ هذا العقد في حالة إخلال المريض المتعاقد معه بالتزاماته التعاقدية شرط ألا يتركه في وضعية خطيرة تتطلب التدخل الطبي العاجل، بل هو ملزم بضمان مواصلة علاج هذا المريض من طرف طبيب آخر إذا أراد فسخ العقد الذي يربط بينهما .

مع العلم أنه يصعب فسخ العقد الطبي من الناحية العملية، وذلك لأن المريض لا يستطيع التخلي عن العمل الطبي الذي باشره الطبيب المعالج أثناء فحصه، أو أثناء التدخل الجراحي عليه[3].

كما يصعب على هذا الأخير كذلك الامتناع عن علاج أي مريض يتقدم إليه طالبا خدماته الطبية، لأن مهمته مهمة ذات طابع إنساني تتمثل في خدمة الفرد وحماية الصحة العامة.

---

[1]– عشوش كريم المرجع السابق، ص166

[2]– منصور مصطفى منصور حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، العدد الثاني، 1981، ص 25.

[3]– مسلم عبد الرحمن المرجع السابق، ص191.

ج3- أن يكون الدائن طالب الفسخ قد نفذ التزاماته أو أنه مستعدا لتنفيذها

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

وبالتالي إذا قام المريض مثلا بتنفيذ التزاماته، أو أعلن استعداده لتنفيذها وامتنع الطبيب المتعاقد معه عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه، فإنه يحق لهذا المريض طلب فسخ العقد الذي يربط بينه وبين الطبيب المعالج الذي أخل بتنفيذ هاته الالتزامات[1].

2- طرق فسخ العقد الطبي:

إن فسخ العقد الطبي يتم إما عن طريق اللجوء إلى القضاء وهو ما بالفسخ القضائي، أو بتفعيل الشرط الفاسخ وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي.

أ- الفسخ القضائي:

يُستخلص من نص المادة (119) من القانون المدني أن المشرع الجزائري للدائن- سواء كان المريض أو الطبيب باللجوء إلى القضاء من أجل طلب فسخ العقد الطبي متى توافرت شروطه، والمطالبة كذلك بتعويض الأضرار التي لحقت به بسبب هذا الفسخ.

مع العلم أنه يمكن للقاضي في هاته الحالة أن يحكم بفسخ هذا العقد مع تعويض الطرف المضرور متى توافرت شروط الفسخ، كما يمكنه كذلك أن يمنح أجلا للمدين حسب الظروف من أجل إعطائه فرصة إضافية لتنفيذ التزاماته.

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

وجدير بالتذكير في هذا المقام أن المشرع الجزائري اشترط إعذار المدين قبل المطالبة بفسخ العقد الطبي، أو بالتعويض سواء بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، وذلك إما عن طريق

[1]- عشوش كريم، المرجع السابق، ص167.

البريد، أو عن طريق الاتفاق بين طرفي العقد على أن المدين يعتبر معدرا بمجرد حلول أجل الوفاء بالتزاماته دون الحاجة إلى أي إجراء آخر .

ب- الفسخ الاتفاقي:

لقد أورد المشرع الجزائري أحكام الفسخ الاتفاقي في نص المادة (120) من القانون المدني، حيث سمح للمتعاقدين بموجب هاته المادة بالاتفاق على اعتبار العقد الذي يربط بينهما مفسوخا إذا لم يوفي أحدهما بالتزاماته التعاقدية. و من ثم فإنه يجوز لطرفي العقد الطبي الاتفاق على اعتبار هذا العقد

مفسوخا في حالة إخلال أحدهما بالالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه. ولكن هذا الاتفاق لا يمنع من لجوء الدائن إلى القضاء من أجل تقرير الفسخ، مع العلم أن دور القاضي في هاته الحالة يتمثل إما في الحكم بمنح أجل إضافي للمدين من أجل تنفيذ التزاماته، أو في الحكم بفسخ هذا العقد. [1]

في حين قد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد الذي يربط بينهما مفسوخا من تلقاء نفسه، ولذلك فإن لجوء الدائن إلى القضاء للمطالبة بتقرير الفسخ يجعل دور القاضي يقتصر على الحكم بفسخ العقد الطبي، دون الحكم بتمديد أجل الوفاء بالتزامات المدين التعاقدية.

وقد يزيد المتعاقدان في تشديد الشرط الفاسخ عن طريق الاتفاق على اعتبار العقد الطبي مفسوخا من تلقاء نفسه دون اللجوء إلى القضاء، وهذا ما يجعله يُفسخ دون الحاجة إلى اعذار المدين، ودون الحاجة كذلك إلى حكم قضائي.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الفسخ الاتفاقي لا يعفي الدائن من إعذار المدين، كما أن الحكم المقرر للفسخ الاتفاقي يعد حكما كاشفا لهذا الفسخ وليس منشأ له، لأن الفسخ في هاته الحالة ترتب على اتفاق المتعاقدين وليس على حكم القاضي.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه إذا كان الفسخ يسرى بأثر رجعي، أي أن العقد المفسوخ يعد كأنه لم يكن، فإنه يجب على كل متعاقد أن يرد ما تلقاه من المتعاقد الآخر، إلا أن هذا يصعب تطبيقه على العقد الطبي الذي يستحيل تطبيق قاعدة الاسترداد العيني أثناء

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

فسخه، وهذا ما يفرض على القاضي الحكم بالتعويض جبرا للضرر اللاحق بالطرف المتضرر من جراء فسخ هذا العقد. [1]

ثانيا : انفساخ العقد الطبي

يقصد بالانفساخ انحلال العقد دون الحاجة إلى الاتفاق على فسخه، ودون الحاجة كذلك إلى حكم قضائي لتقريره.

غير أنه يشترط من أجل انفساخ العقد بقوة القانون تحقق الشرطين التاليين:

- أن يكون العقد محل الانفساخ عقدا ملزما للجانبين.
- استحالة الوفاء بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد [2]

1- أن يكون العقد محل الانفساخ عقدا ملزما للجانبين

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

و بالتالي فإنه متى استحال على أحد طرفي هذا العقد – سواء كان المريض أو الطبيب تنفيذ التزاماته التعاقدية انفسخ هذا الأخير بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي لتقرير ذلك.

2- استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية:

إن استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية قد تكون استحالة كلية، أو جزئية.

وتتحقق الاستحالة الكلية في حالة عجز الطبيب المعالج عن تنفيذ التزاماته التعاقدية عجزا كليا بسبب قوة قاهرة، أو حادث فجائي، فهذا الأخير قد يصاب بحادث ما، أو مرض يشل حركته و يمنعه من مواصلة علاجه للمريض المتعاقد معه، ومن ثم يستحيل عليه تنفيذ التزاماته اتجاه مريضه وأهمها بذل العناية الكافية من أجل علاج هذا الأخير .[3]

و بالتالي فإن العقد الطبي ينحل بقوة القانون متى استحال على الطبيب تنفيذ التزاماته التعاقدية استحالة كلية بفعل سبب أجنبي لا يد له فيه، دون إلزام هذا الأخير بتعويض

---

[1]- علي علي سليمان المرجع السابق، ص 107.

[2]- المادة (122) من القانون المدني الجزائري. 3- بن شويخ الرشيد المرجع السابق، ص 144- 145.

[3]- غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 357 358.

المريض عن أي ضرر لحق به بسبب عدم قدرة الطبيب على الوفاء بالتزامه بعلاج هذا المريض.

كما يُعفى هذا الأخير بدوره من دفع أتعاب الطبيب المعالج المتفق عليها لأنه متى استحال على المدين تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد من العقود الملزمة لجانبين فإنه هو من يتحمل تبعة هاته الاستحالة. [1]

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

إلا أن ما يمكن ملاحظته في هذا الشأن هو أن الطبيب المعالج غالبا ما يقوم بإعلام مرضاه بأي طارئ يمكن أن يعيق تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مؤقتا، مع قيامه في نفس الوقت بتكليف طبيب آخر من زملائه في التخصص ممن يمتازون بالثقة والكفاءة لينوب عنه من أجل علاج مرضاه، ويبقى للمريض المتعاقد معه في هاته الحالة الاختيار بين مواصلة العلاج لدى هذا الطبيب البديل أو اختيار طبيب آخر.

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

مع العلم أن الانفساخ يقع ويُرتب آثاره دون الحاجة إلى حكم من القضاء إلا إذا وقع اختلاف بين طرفي العقد محل الفسخ بقوة القانون حول صحة الاستحالة، أو حول وجود السبب الأجنبي الذي أعاق تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية من عدمه، حيث يقتصر دور

[1]– دربال عبد الرزاق، المرجع السابق، ص70.

[2]– غادة فؤاد مجيد المختار المرجع السابق، ص 359 وما يليها.

القاضي في هاته الحالة على التأكد من تحقق شروط الانفساخ وبالتالي الإقرار به، أو عدم تحققها ومن ثم اعتبار العقد قائما بين المتعاقدين .[1]

كما لا يحتاج كذلك إلى إعذار المدين، وذلك لأن تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته أصبح أمرا مستحيلا [2]

غير أنه إذا كان من آثار إخلال أحد طرفي العقد بالتزاماته التعاقدية فسخ، أو انفساخ هذا العقد، فإن المشرع الجزائري لم يكتفي بهذا، بل رتب على الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد الطبي جزءا مدنيا سنتطرق له بالتفصيل في مبحث ثان تحت عنوان " المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد الطبي".

[1]– فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص157.

[2]– دربال عبد الرزاق المرجع السابق، ص70.

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

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

كما أن لهاته الأخيرة أركان محددة سنتطرق لها في مطلب ثان، وأثر سنفصل فيه في مطلب ثالث. [1]

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي

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

في حين وأمام هذا الاختلاف فإن للقضاء والمشرع الجزائريين موقف سنبينه في فرع ثالث.[2]

الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية للطبيب

تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب حسب أصحاب هذا الاتجاه متى انعدمت الرابطة التعاقدية بينه وبين مريضه، أو متى وُجدت تلك الرابطة ولكن الضرر كان نتيجة إخلال الطبيب بالتزام غير عقدي[3]، حيث يسأل هذا الأخير كأصل عام عن كل الأفعال والوقائع المرتبطة بمهنة الطب.

و من ثم فإن الطبيب يعد مسؤولا عن جهلة لأصول ومبادئ هاته المهنة، لأنه ملزم بموجب القانون بمسايرة القواعد العلمية الحديثة الثابتة و المستقرة في العلوم الطبية، أما في

[1]– مسلم عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 139 وما يليها.

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

[3]– مامون عبد الكريم رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، المرجع السابق، ص 59.

حالة عدم مراعاته للقواعد العلمية المتعارف عليها في المجال الطبي، فإن ذلك قد يؤدي إلى إثارة مسؤوليته على أساس الإخلال بواجب قانوني يحتم عليه بذل العناية الكافية من أجل علاج المريض علاجا يقظا متفقا معطيات العلم الحديثة.

كما يسأل الطبيب المعالج كذلك عن كل ضرر يصيب المريض بسبب إهمال هذا الطبيب، وعدم التزامه بواجبي الحيطة واليقظة اللازمين أثناء قيامه بعمله الطبي، أو بعد ذلك مثل الطبيب الذي يتسبب إهماله في تعفن موضع جرح المريض مما يؤدي إلى بتر عضو من أعضائه. [1]

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات الصادرة عنها، حيث اعتبرت الطبيب مسؤولا مسؤولية تقصيرية إما بسبب الإهمال؛ أو عدم الالتزام بقواعد و أصول مهنة الطب المتعارف عليها ؛ أو بسبب عدم الاحتياط. وهي مسؤولية قوامها الإخلال بواجب قانوني عام يتمثل في وجوب عدم الإضرار بالغير. [2]

ومن بين أهم حجج أنصار المسؤولية التقصيرية للطبيب ما يلي:

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

إلا أن هاته الحجة تعرضت للانتقاد، لأنه لا يمكن التفرقة بين المدين الذي تعتبر مخالفته جريمة جنائية، وبين المدين الذي لا ترقى مخالفته إلى درجة الجريمة، بحيث يخضع الأول لنظام مسؤولية يختلف عما يخضع له الثاني . [3]

– أما الحجة الثانية التي يعتمد عليها أصحاب هذا التوجه مفادها أن عمل الطبيب هو عمل فني، ومن ثم فإن أخطاءه هي أخطاء فنية تتمثل في الإخلال بقواعد وأصول مهنة

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

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

[3]– أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص82.

الطب، وهي مسائل تخرج عن نطاق الالتزام العقدي، لأن الطبيب ملزم بمراعاة الضمير الإنساني و المبادئ العلمية المستقرة في العلوم الطبية سواء ارتبط مع مريضه بعقد أم لا.[1].

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

في حين تفيد الحجة الثالثة بأن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وذلك لأن علاج المريض قد يؤدي إلى المساس بحياته، أو بسلامته الجسدية، و بالتالي المساس بمصلحة المجتمع. وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بقواعد النظام العام التي توجب خضوع المخالف لها لنظام المسؤولية التقصيرية التى تعتبر أكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدية[2] ، خاصة عندما يرتكب الطبيب المعالج غشا، أو تدليسا عمديا مما يفتح المجال أمام القاضي من أجل تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في هاته الحالة سواء وجد عقد بين الطرفين أو لم يوجد، لأن المشرع الجزائري يعامل المدين المدلس معاملة تخضع للقانون[3]، وذلك حماية للمريض الذي تسمح له أحكام المسؤولية التقصيرية في هذا المقام بالحصول على تعويضه كاملا دون أن يتعرض لقيود تعاقدية.

غير أن هذا الطرح مردود عليه بأن أطراف العقد الطبي عندما لا يحدّدون بدقة درجة عدم التنفيذ التي توجب المسؤولية، فإن الأمر ينصرف إلى عدم التنفيذ الغير عمدي، وعدم التنفيذ العمدي على حد سواء، بما في ذلك عدم التنفيذ المصحوب بالغش أيضا، وهاته القاعدة أصبحت قاعدة أصولية استقر العمل بها حتى لا يتوقف تنفيذ الالتزام على محض إرادة المدين وحده[4].

---

[1]– محمود سليمان البدر المسؤولية المدنية للطبيب مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1981 ، العدد الثاني، ص 96 وما يليها.

[2]– رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 363.

[3]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 22.

[4]– أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص83.

وجدير التذكير في هذا المقام أن القضاء الفرنسي قد استمر في متابعة الأطباء على أساس المسؤولية التقصيرية إلى غاية صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 المعروف بقرار Mercier، الذي اعتبر أن مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه تقوم بسبب إخلاله بالالتزام الناشئ عن الاتفاق في حين تفيد الحجة الثالثة بأن قواعد المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام وذلك لأن علاج المريض قد يؤدي إلى المساس بحياته، أو بسلامته الجسدية، و بالتالي المساس بمصلحة المجتمع. وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بقواعد النظام العام التي توجب خضوع المخالف لها لنظام المسؤولية التقصيرية التى تعتبر أكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدية [1] ، خاصة عندما يرتكب الطبيب المعالج غشا، أو تدليسا عمديا مما يفتح المجال أمام القاضي من أجل تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في هاته الحالة سواء وجد عقد بين الطرفين أو لم يوجد، لأن المشرع الجزائري يعامل المدين المدلس معاملة تخضع للقانون [2] ، وذلك حماية للمريض الذي تسمح له أحكام المسؤولية التقصيرية في هذا المقام بالحصول على تعويضه كاملا دون أن يتعرض لقيود تعاقدية.

غير أن هذا الطرح مردود عليه بأن أطراف العقد الطبي عندما لا يحدّدون بدقة درجة عدم التنفيذ التي توجب المسؤولية، فإن الأمر ينصرف إلى عدم التنفيذ الغير عمدي، وعدم التنفيذ العمدي على حد سواء، بما في ذلك عدم التنفيذ المصحوب بالغش أيضا، وهاته القاعدة أصبحت قاعدة أصولية استقر العمل بها حتى لا يتوقف تنفيذ الالتزام على محض إرادة المدين وحده.[3]

وجدير التذكير في هذا المقام أن القضاء الفرنسي قد استمر في متابعة الأطباء على أساس المسؤولية التقصيرية إلى غاية صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 المعروف بقرار Mercier، الذي اعتبر أن مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه تقوم بسبب إخلاله بالالتزام الناشئ عن الاتفاق المبرم بين الطرفين حيث قررت محكمة النقض

[1]– رايس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 363.

[2]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 22.

[3]– أسعد عبيد الجميلي ، المرجع السابق ، ص83.

الفرنسية بأن الإخلال بالالتزام الناشئ عن العقد الطبي ولو بغير قصد جزاؤه مسؤولية من نفس الطبيعة، أي عقدية .[1]

وهذا ما أدّى إلى إحداث تحوّل في موقف الفقه و القضاء المقارن على حد سواء بالنسبة لطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب، حيث اتجها إلى الميل نحو المسؤولية العقدية للطبيب التي سنفصل فيها في الفرع الموالي. [2]

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للطبيب

يرى الكثير من رجال القانون أن مسؤولية الطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص هي مسؤولية عقدية كأصل عام، لأن هذا الأخير غالبا ما يقوم بعلاج مرضاه بناء على عقد طبي يربط بينهما. [3]

وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها المعروف بقرار Mercier الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 حيث اعتبرت أن ما يربط الطبيب الخاص بمريضه هو عقد حقيقي، وأن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد جزاؤه مسؤولية من نفس الطبيعة، أي عقدية[4] .

وبالتالي فإن المسؤولية المدنية للطبيب الخاص تكون عقدية كلما تولى هذا الأخير علاج مريض ما بناء على موافقته، أو موافقة من ينوب عنه، و أصاب هذا المريض ضررا بسبب إخلال الطبيب المعالج في هاته الحالة بالتزاماته التعاقدية[5]، وذلك لأن العقد الطبي يجعل الطبيب ملزما بتقديم العناية والرعاية اللتان تقتضيهما حالة المريض الصحية، مع وجوب مراعاته كذلك لأصول مهنة الطب ومقتضيات التطور العلمي الحديث، الأمر الذي يُرتب على الإخلال بهاته الالتزامات، ولو كان هذا الإخلال بغير قصد إثارة المسؤولية العقدية للطبيب. مع العلم أن هاته المسؤولية تقوم في حق الطبيب المعالج حتى لو كان العلاج

---

[1]-- مامون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية ، المرجع السابق ، ص 68-69.

[2]- منير رياض حنا ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ،المرجع السابق ، ص64.

[3]- ماجد محمد لافي ، المرجع السابق ، ص65.

[4]- جميل صالح، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر ، 2003 ، العدد التجريبي، ص76.

[5]- ماجد محمد لافي ، نفس المرجع ، ص 65.

المقدم للمريض بدون مقابل، سواء كان ذلك بمناسبة الزمالة بين الأطباء، أو طواعية أي على سبيل الصدقة . [1]

غير أن قيام المسؤولية العقدية للطبيب يتطلب توافر عدة شروط أهمها:

- وجود عقد طبي يربط بين الطبيب الخاص و مريضه.
- أن يكون العقد الطبي صحيحا.
- أن يكون الطرف المتضرر هو المريض.
- أن يكون سبب الضرر هو إخلال الطبيب بالتزاماته التعاقدية.

1- وجود عقد طبي يربط بين الطبيب الخاص والمريض:

إن قيام المسؤولية العقدية للطبيب يتطلب وجود عقد طبي يربط بينه وبين مريضه، لأنه لا يمكن الحديث عن هاته المسؤولية في حالة انعدام الرابطة التعاقدية بين هذين الأخيرين.

فلا يمكننا تصور ادّعاء المريض بإخلال الطبيب بالتزامه التعاقدي دون إثباته وجود العقد الطبي الذي يربط بينهما ، و الذي نشأ عنه هذا الالتزام [2]، وذلك لأن قيام الطبيب بعلاج مريض ما دون تعاقده مع هذا الأخير يتطلب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض بسبب إخلال الطبيب المعالج بالتزام قانوني [3]

2- أن يكون العقد الطبي صحيحا

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

أما إذا انعقد هذا العقد باطلا كانعقاده دون احترام رضا المريض، أو متى كان هذا الرضا مشوبا بعيب من العيوب التي قد تعتري صحته، فإن هاته المسؤولية تنتفي بانتفاء

---

[1]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق ، ص 33.

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

[3]- بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق، ص42.

الرابطة العقدية بين الطبيب الخاص المعالج و مريضه – بسبب بطلان العقد الطبي في هاته الحالة.

كما تقتضي صحة العقد الطبي كذلك وجوب توافق سببه وموضوعه مع مبادئ النظام العام و الآداب العامة[1].

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

4- أن يكون سبب الضرر الذي أصاب المريض هو إخلال الطبيب بالتزامه التعاقدي: حتى تتحقق المسؤولية العقدية للطبيب يجب أن يكون الضرر الذي أصاب ى المريض المتعاقد معه هو نتيجة إخلال هذا الطبيب بالتزام من الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه.[3]

أما إذا ارتكب الطبيب أخطاء خارج دائرة العقد مما أدى إلى إصابة المريض بأضرار بسبب هاته الأخطاء، فإنه لا يمكن إعمال قواعد المسؤولية العقدية في هاته الحالة، بل إن قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق في هذا المقام نظرا لإخلال الطبيب بواجب قانوني عام يتمثل في وجوب الامتناع عن الإضرار بالغير [4].

وعلى هذا الأساس فإنه متى توافرت هاته الشروط مجتمعة قامت مسؤولية الطبيب العقدية، وتوجب عليه تعويض الضرر الذي أصاب المريض بسبب إخلال هذا الطبيب بالتزاماته التعاقدية . [5]

---

[1]– رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، 394-395.

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

[3]– رايس محمد المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص396

[4]– إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 111-112.

[5]– عشوش كريم ، المرجع السابق ، ص171.

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

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

أولا: موقف القضاء الجزائري من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب

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

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

وحيث أن مسؤولية المستشفى هي تعويض ذوي الضحية طبقا للمادة (124) من القانون المدني الجزائري حسب ما جاء في القرار المستأنف لوجود تهاون وتقصير من طرف عمال المستشفى، بحيث نتج عنه وفاة الضحية، لهذا فإن استبعاد تطبيق هاته المادة في غير محله".[2]

أما فيما يخص الأخطاء الطبية العقدية، فإن القرارات القضائية الصادرة عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا أو بالمجالس القضائية تكاد تنعدم، وذلك بسبب جهل المواطن الجزائري لطبيعة العلاقة التي تربطه بالطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص، وهذا ما يُفوّت عليه فرصة مساءلة الطبيب المعالج أمام القضاء على أساس المسؤولية العقدية متى أخل هذا الأخير بالتزامه التعاقدي. غير أن هذا لا يمنع من اعتماد القضاء الجزائري على أحكام المسؤولية العقدية في المجال الطبي خاصة مع تزايد

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

[2]– المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، الملف رقم (75670) 13/01/1991؛ مشار إليه لدى أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 28.

عدد المرضى الذين أصبحوا يفضلون العلاج لدى أطباء القطاع الصحي الخاص، وبالتالي فإن مسؤولية الطبيب وفقا لمنظور القضاء الجزائري هي مسؤولية عقدية كأصل عام متى وجد عقد طبي يربط الطبيب الخاص بمريضه[1]، أما إذا انعدمت الرابطة التعاقدية بين هذين الأخيرين، فإن الأنسب في هاته الحالة هو الاحتكام إلى قواعد المسؤولية التقصيرية من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض بسبب إخلال الطبيب بالتزام قانوني[2].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب

إن ما يمكن استخلاصه من خلال استقراء نصوص المواد (182-178-107-106) من القانون المدني الجزائري، وكذلك نصي المادتين (42)-(45) من مدونة أخلاقيات الطب، إضافة إلى الفقرة الأولى من نص المادة (145) من قانون حماية الصحة وترقيتها، هو أن المشرع الجزائري قد أكد التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية من خلال اشتراطه توافر أهلية المريض ورضائه شخصيا، أو رضاء ممثله بالعلاج المقترح، وهذا لا يتحقق إلا في رحاب العقد الطبي، لأن العلاقة القائمة بين الطبيب الخاص الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص ومريضه هي علاقة تعاقدية إرادية نشأت عن طريق اتفاقهما صراحة أو ضمنيا [3] ، حيث أعطى المشرع الجزائري للمريض الحرية التامة لاختيار الطبيب الذي يريد التداوي لديه، وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على أنه " للمريض حرية 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 أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض... "[4].

في حين منح في مقابل ذلك للطبيب الخاص حرية الاختيار بين قبول تقديم العلاج لمريض ما، أو رفض ذلك مع وجوب عدم ترك هذا المريض يواجه خطرا صحيا وشيكا بدون

---

[1]- بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 45- 46.

[2]- رايس محمد الأساس القانوني لمسؤولية الطبيب عن النشاط الطبي للغير في ضوء القانون الجزائري، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق جامعة بيروت ،لبنان 2006/2007، العدد الأول، ص 114 و ما يليها.

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

[4]- الفقرة الأولى من نص المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب.

علاج، وبالتالي قبوله التعاقد مع المريض الذي توجه إليه طالبا خدماته الطبية، أو رفض ذلك .[1]

وفي حالة قبوله تقديم العلاج للمريض الذي توجّه إليه بغرض التداوي، فإنه يكون قد قبل التعاقد طبيا مع هذا المريض ولو ضمنيا، وهذا ما يتطلب منهما ضرورة احترام الالتزامات الناشئة عن هذا العقد بشكل متبادل، لأن إخلال أي طرف من طرفي العقد الطبي بالالتزامات التعاقدية الناشئة عنه خاصة الطبيب الذي يحمل على عاتقه معظم هاته الالتزامات، سيفتح المجال أمام المريض في هاته الحالة من أجل إثارة المسؤولية العقدية للطبيب المتعاقد معه على أساس إخلاله بالتزاماته التعاقدية.[2]

هذا من جهة، ومن جهة أخرى لقد ألزم المشرع الجزائري الطبيب الذي وافق على تقديم العلاج لمريض ما، بتقديم علاج لهذا الأخير يتسم بالإخلاص والتفاني، وهذا طبقا للمادة (45) من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على ما يلي: "يلتزم الطبيب وجراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة، بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة... ".[3]

وهذا لا يتحقق إلا في المجال التعاقدي الذي يُسمح للطبيب فيه بالاختيار بين الموافقة على تقديم العلاج للمريض الذي يقصده بغرض التداوي أو رفض ذلك، وذلك لأن توجّه المريض للطبيب الخاص في هاته الحالة يعتبر بمثابة إيجاب موجه لهذا الأخير، وفي حالة موافقة هذا الطبيب على علاج مريضه فإن هاته الموافقة تعتبر بمثابة قبول منه سيؤدي اقترانه بالإيجاب الصادر عن المريض إلى انعقاد العقد الطبي ولو بطريقة ضمنية، وهذا ما يجعل الطبيب ملزما بعلاج هذا المريض علاجا يقظا متفقا مع معطيات العلم الحديثة.[4]

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

---

[1]– الفقرة الثانية من نص المادة (42) من مدونة أخلاقيات الطب.

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

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

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

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

في حين يبقى مجال المسؤولية التقصيرية للطبيب محصورا على وجه العموم في الحالات التي ينعدم فيها العقد الطبي في العلاقة بين الطبيب ومريضه[1].

المطلب الثاني: أركان المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي:

إن إخلال الطبيب ببعض الالتزامات الطبية الملقاة على عاتقه، أو كلها من شأنه أن يؤدي إلى إثارة المسؤولية المدنية لهذا الأخير متى توافرت أركانها المتمثلة في الخطأ الطبي الذي سنتطرق له في فرع أول [2]، و الضرر الطبي الذي سنفصل فيه في فرع ثان، إضافة إلى علاقة السببية بين هذا الخطأ و الضرر الذي أصاب المريض التي سنعرج عليها في فرع ثالث[3].

الفرع الأول: الخطأ الطبي

إن دراسة ركن الخطأ الطبي تتطلب تعريف هذا الأخير (أولا) و تحديد معياره (ثانيا) بغرض تمييزه عن الأخطاء التي ليست لها صلة بالمجال الطبي. كما تتطلب كذلك تحديد درجة هذا الخطأ (ثالثا)، وصوره (رابعا) من أجل ضبط نطاق المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي . [4]

أولا: تعريف الخطأ الطبي

يُعرف الخطأ بصفة عامة بأنه كل إخلال بالتزام أو واجب قانوني سابق، أو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . [5]

أما الخطأ الطبي فيقصد به إخلال الطبيب بالتزام من الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه، أو بواجب قانوني من الواجبات التي يتعين على الطبيب المعالج التقيد بها.

---

[1]– عبد الله محمد علي الزبيدي ، المرجع السابق ، ص266.

[2]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 170– 171.

[3]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 101.

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

[5] – voir, Patrice Jourdain, Les principes de la responsabilité civile, Edition Dalloz, Paris, 2000, P 30– 31

كما يُعرف كذلك بأنه خروج الطبيب عن مسلك مثيله اليقظ الحريص الذي يوجد في نفس ظروف الطبيب المسؤول. [1]

و على هذا الأساس فإن الخطأ الطبي يتمثل في تقصير الطبيب في أداء مهامه الطبية وتحمل واجباته على أكمل وجه من جهة، و خروجه في سلوكه عن القواعد و الأصول العلمية المتعارف عليها في المجال الطبي من جهة أخرى[2].

ثانيا: معيار الخطأ الطبي:

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

1 – المعيار الشخصي

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

و بالتالي فإن قياس سلوك الطبيب وفقا لهذا المعيار يتطلب مراقبة تحركات كل طبيب وتبيّن تصرفاته و هو أمر يصعب على القضاء تحقيقه.

كما أن اعتماد هذا المعيار يستلزم البحث في ظروف و أحوال كل طبيب على حدى و هو شيء يستحيل بلوغه في الحياة العملية[3].

---

[1]– فتاحي محمد الخطأ الطبي و المشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس 2007 ، العدد الثالث، ص 87– 88.

[2]– إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دراسة مقارنة للقوانين الإماراتية – المصرية – الأمريكية – واليابانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص 94.

[3]– رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق،ص156– 157

2 – المعيار الموضوعي

يقصد بالمعيار الموضوعي إلزام الطبيب ببذل العناية التي كان سيبذلها أي طبيب يقظ حريص لو وجد في نفس الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المعالج [1]

و بالتالي فإن هذا الأخير يُسأل عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يمكن أن يقع من طبيب يقظ حريص من نفس مستواه العلمي لو وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت به [2]

أما إذا ثبت أن الطبيب الفطن الحريص كان سيقدم نفس الجهود و العناية التي قدمها الطبيب المعالج، أو أقل من ذلك لو وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بهذا الأخير، فإن مسؤوليته تنتفى بانتفاء أحد أركانها المتمثل في الخطأ الطبي[3]

ثالثا: درجة الخطأ الطبي

ينقسم الخطأ الطبي من حيث درجة جسامته إلى نوعين: خطأ طبي جسي و خطأ طبي يسير.

1 – الخطأ الطبي الجسيم:

إن الخطأ الطبي الجسيم هو الخطأ الذي يقع من الطبيب الأقل حرصا و يقظة[4] ، و الذي يحتمل أن يؤدي إخلاله بأحد الالتزامات أو الواجبات الملقاة على عاتقه إلى إلحاق أضرار كبيرة بالمريض، و ذلك لأن درجة جسامة الخطأ تقاس وفقا لمقدار الضرر المحتمل وقوعه من جراء قيام الطبيب بعمله الطبي، فإذا كان هناك احتمالا كبيرا لإصابة المريض بأضرار بليغة بسبب عمل طبي معين و مع ذلك قام الطبيب بعمله الطبي هذا، فإنه يكون قد ارتكب خطأ طبيا جسيما.

و لكن هذا لا يعني أن الخطأ الطبي الجسيم هو خطأ عمدي بل هو خطأ يحتوي على عنصر الإهمال لأنه يقع من طبيب قليل اليقظة و الحرص.

---

[1]– تيزي عبد القادر، إثبات الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، 2007، العدد الأول، ص 106.

[2]– أمير فرج يوسف خطأ الطبيب من الناحية الجنائية و المدنية، المرجع السابق، ص 08.

[3]– هشام محمد مجاهد القاضي، المرجع السابق، ص 124– 125.

[4]– إيمان محمد الجابري، المرجع السابق، ص 95.

2 – الخطأ الطبي اليسير:

إن الخطأ الطبي اليسير هو ذلك الخطأ التافه الذي لا يُحتمل من وراء ارتكابه إصابة المريض بأضرار معتبرة[1]، و لكن هذا لا يعني أبدا انتفاء مسؤولية الطبيب المعالج بسبب تفاهة الضرر الذي ترتب عن خطئه الطبي اليسير، بل إن مسؤوليته تتقرر ر وفقا للرأي الراجح لدى الفقه و القضاء سواء كان الخطأ المرتكب من طرفه جسيما أو يسيرا متى أخلّ هذا الطبيب بأحد الالتزامات أو الواجبات الملقاة على عاتقه، أو خالف الأصول و المبادئ العلمية الثابتة والمستقرة في مهنة الطب[2]

و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي اعتبر الطبيب مسؤولا عن أي تقصير أو خطئ مهني يرتكبه و يتسبب من خلاله في إصابة المريض بأضرار . [3]

رابعا: صور الخطأ الطبي

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

1 – الخطأ في تشخيص الحالة الصحية للمريض:

إن تشخيص الحالة الصحية للمريض يتطلب من الطبيب القيام بإجراء جميع الفحوصات اللازمة من أجل معرفة طبيعة المرض الذي يعاني منه هذا المريض من جهة، و بحث مدى تأثير الظروف المحيطة به على حالته الصحية مثل البحث عن سوابقه المرضية و التأثيرات الوراثية عليه من جهة أخرى.

و بالتالي فإن الطبيب المعالج يعتبر مخطئا في هاته الحالة متى أخلّ بالالتزامات، أو خالف الواجبات المفروضة عليه في مرحلة التشخيص من أجل تحديد طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض، كأن يكتفي بفحص مريضه فحصا سطحيا فقط دون التعمق في تفاصيل حالته الصحية أو دون استعمال الأدوات الطبية اللازمة التي قد تساعده على تشخيص حالة المريض الصحية تشخيصا دقيقا.

---

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

[2]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 107– 108.

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

كما يتحقق الخطأ في التشخيص كذلك في حالة جهل الطبيب للمبادئ العلمية الثابتة المتعارف عليها طبيا، مما يحول دون تمكنه من تحديد طبيعة المرض الذي يعانى منه المريض .[1]

2 – الخطأ في علاج المريض

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

و بالتالي فإن إخلال الطبيب بهذا الالتزام الجوهري كوصفه لعلاج غير متفق مع الأصول و المبادئ العلمية المتعارف عليها طبيا، أو وصفه لعلاج أثبتت الأبحاث الطبية عدم فاعليته يعد خطأ طبيا يستلزم إثارة مسؤولية الطبيب المعالج على أساس خطئه في اختيار العلاج المناسب للحالة الصحية للمريض[2].

هذا بالنسبة للتدخل الطبي العادي، أما بالنسبة للتدخل الطبي الجراحي فإن الطبيب الجراح ملزم باتخاذ كل التدابير الوقائية من أجل إنجاح العملية الجراحية التي سيخضع لها المريض، فهو ملزم بإجراء فحوصات جد معمّقة على مريضه بغرض التأكد من قابلية جسده للتدخل الطبي الجراحي من جهة [3]، الاستعانة و بطبيب مخذر من أجل تخذير هذا المريض قبل جراحته من جهة أخرى، إضافة إلى وجوب قيامه بفحص كل الأدوات والأجهزة الطبية اللازمة للقيام بالتدخل الجراحي من أجل التأكد من سلامتها، ومطابقتها للمعايير المعمول بها طبيا. و على هذا الأساس فإن الطبيب يعتبر مسؤولا عن أي ضرر يصيب المريض من جراء إخلاله بهاته الالتزامات كإصابة هذا الأخير بأضرار بسبب عدم سلامة الأدوات و الأجهزة الطبية المستعملة في العمل الجراحي، وذلك لأن عدم قيام الطبيب الجراح في هاته

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

[2]– عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان ،2004، ص 162 و ما يليها.

[3]– إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 144– 145.

الحالة بفحص هاته الأدوات و الأجهزة و التأكد من سلامتها و مطابقتها للمعايير الطبية يعد خطأ طبيا يستوجب إثارة مسؤوليته الطبية [1]، هذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري في بعض قراراته، و من بينها القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 11 مارس 2003 الذي اعتبر أن عدم فحص الطبيب المعالج للأدوات المستعملة أثناء العملية الجراحية فحصا دقيقا يشكل خطأ طبيا يستوجب إثارة مسؤولية هذا الطبيب.

و قد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: " حيث أن قواعد مهنة الطب تقتضي أن تتبع أية عملية جراحية بفحص دقيق للأدوات المستعملة أثناء العملية.

حيث أن المستأنف عليه أخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة من أجل الحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته.

وأنه بالنتيجة، و بما أن المستأنف عليه ساهم في وجود الضرر بسبب تقصيره في مراقبة آلات الجراحة المستعملة أثناء العملية الطبية فإنه ملزم بتعويض الضرر اللاحق بالمستأنف ".[2]

كما يعتبر من قبيل الأخطاء الطبية في هذا المقام عدم إعلام المريض بمخاطر العمل الطبي و فرص نجاحه و كذلك عدم الالتزام بالحصول على رضاه التام بهذا العمل، و ذلك لأنه يمنع القيام بأي تدخل طبي يكون محله جسد المريض دون الحصول على موافقته على هذا التدخل موافقة حرة و مستنيرة .[3]

3 – الخطأ في تنفيذ العلاج

بعد تحديد الطبيب المعالج لطبيعة المرض الذي يعاني منه المريض ووصفه للعلاج المناسب له، فإنه يتوجب على هذا الطبيب الالتزام بتنفيذ العلاج الذي اختاره بكل مهارة و حرص وفقا لمعطيات العلم الحديثة .[4]

---

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

[2]– مجلس الدولة الجزائري، 11 مارس ،2003 ، ملف رقم (007733)؛ مجلة مجلس الدولة،2004، العدد الخامس، ص 209

[3]– المادتين (43) – (44) من مدونة أخلاقيات الطب.

[4]– تيزي عبد القادر ، المرجع السابق، ص 107– 108.

و من ثم فإنه يعد مسؤولا عن كل إهمال أو تقصير منه في أداء واجباته الطبية متى سبب ذلك ضررا للمريض بسبب مخالفة طبيبه لقواعد و آداب مهنة الطب أثناء تنفيذ العلاج. [1]

كما يتحقق الخطأ الطبي في هذا المقام كذلك كلما أفضى الطبيب المعالج بأسرار مريضه مما سبب لهذا الأخير أضرار لأن هذا الالتزام هو التزام مستمر التنفيذ[2].

الفرع الثاني: الضرر الطبي

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

أولا: تعريف الضرر الطب

يقصد بالضرر الطبي" ذلك الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق، أو تلك المصلحة متعلق بسلامة جسمه؛ أو عاطفته؛ أو ماله؛ أو حريته؛ أو شرفه..... إلى غير ذلك " [3]

و بالتالي فإن أي أذى يصيب المريض في أحد الحقوق، أو المصالح الشخصية المحمية قانونا يعتبر ضررا طبيا يستوجب قيام المسؤولية المدنية للطبيب المعالج شرط أن يكون هذا الضرر هو نتيجة إخلال الطبيب بالتزاماته الطبية، لأنه في حالة ثبوت العكس، أي في حالة عدم إخلال هذا الأخير بالالتزامات الطبية الملقاة على عاتقه ينتفي الركن الأول للمسؤولية الطبية المدنية المتمثل في الخطأ الطبي، و تنتفي معه هاته المسؤولية. [4]

ثانيا: أنواع الضرر الطبي

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

---

[1]– عدنان إبراهيم سرحان المرجع السابق، ص 164– 165.

[2]– نقادي حفيظ ، المرجع السابق، ص 77 و ما يليها.

[3]– بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 53.

[4]– محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية المرجع السابق، ص 165.

1 – الضرر الطبي المادي:

يُعرف الضرر الطبي المادي بأنه كل ضرر يصيب المريض في جسده أو، ماله.

و بالتالي فإن هذا الضرر ينقسم إلى قسمين ضرر جسدي يتمثل في الأذى الذي يصيب جسم المريض، كإصابة هذا الأخير بجروح؛ أو إزهاق روحه؛ أو أصابته بعاهة أيا كان نوعها.

و ضرر مالي يصيب مصالح المتضرر ذات القيمة المادية، كإصابة جسد المريض بعاهة أدت إلى عجزه عن العمل، و بالتالي عجزه عن الكسب. و يشترط من أجل التعويض عن الضرر الطبي المادي توافر عدة شروط أهمها:

– الإخلال بحق أو بمصلحة مشروعة.

– أن يكون الضرر محققا [1]

أ– الإخلال بحق أو بمصلحة مشروعة:

لقد اشترط المشرع الجزائري للتعويض عن الضرر الطبي إخلال الطبيب بحق؛ أو بمصلحة مشروعة للمريض لا تتعارض مع مبادئ النظام العام و الآداب العامة[2]، و مثال ذلك ما يترتب على المساس بحق المريض في سلامة جسده من أضرار مالية كعجزه عن الكسب بفعل إصابته بعاهة ما، أو ما يترتب كذلك على المساس بسلامته الجسدية عن طريق الجرح ؛ أو الكسر ؛ أو التشويه، من أضرار مادية تستوجب التعويض.[3]

ب – أن يكون الضرر محققا:

يجب أن يكون الضرر الواجب التعويض ضررا محققا، أي أنه وقع فعلا، أو أنه سيقع في وقت لاحق.

أما الضرر المحتمل فلا يمكن اعتباره ضررا موجبا للتعويض إلا إذا تحوّل عنصر الاحتمال فيه إلى يقين، أي إذا تحقق الضرر المحتمل فعلا في أرض الواقع . [4]

---

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

[2]– المادتين (97) – (98) من القانون المدني الجزائري.

[3]– روكيلة الطيب المسؤولية التقصيرية للطبيب الشرعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون، معهد الحقوق جامعة الجزائر، ص 21.

[4]– بن صغير مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق ، ص54.

مع العلم أن الضرر الواجب التعويض في العلاقة الطبية التعاقدية ينحصر في الضرر المتوقع من جهة، والضرر الذي يصيب المريض المتعاقد معه بسبب استعمال الطبيب المعالج لأساليب الغش أو بفعل ارتكابه لخطئ جسيم من جهة أخرى[1]، في حين يشمل التعويض الضرر المتوقع، والضرر الغير متوقع متى انعدمت الرابطة التعاقدية بين هذا الطبيب ومريضه[2].

ثانيا: الضرر الطبي المعنوي:

يقصد بالضرر الطبي المعنوي كل ضرر يمس مصلحة غير مالية للمريض، فهو ما يصيب هذا الأخير في كرامته؛ أو شعوره؛ أو عاطفته؛ أو شرفه[3]، و مثال ذلك إحداث الطبيب الجراح لتشوهات على جسد المريض بفعل خطئه الطبي ما أدى إلى إصابة هذا الأخير بأضرار معنوية تتمثل في الآلام النفسية المترتبة عن تلك التشوهات من جهة، و نظرة المجتمع إلى المصاب بها من جهة أخرى، أو إفشاء هذا الطبيب للسرّ الطبي المؤتمن عليه مما قد يؤدي إلى خدش كرامة المريض أو الإضرار بسمعته[4].

و جدير بالتذكير في هذا المقام أن المشرع الجزائري لم يحدّد لنا نوع الضرر الموجب للتعويض، و إنما اعتبر كل ضرر يحدثه الشخص بفعل خطئه يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض[5] ، وبالتالي فإن الضرر سواء كان ماديا أو معنويا يستحق التعويض متى توافرت شروطه مع العلم أن عبء إثبات الضرر بنوعيه المادي والمعنوي يقع على عاتق الطرف المتضرر، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير ثبوت الوقائع المكونة لهذا الضرر من عدم ذلك.

أما مسألة تكييف هاته الوقائع من حيث توافر شروط الضرر التي اشترطها القانون، أو عدم توافرها فهي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا [6].

---

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

[2]– أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 129.

[3]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 201.

[4]– أحمد حسن عباس الحياري، نفس المرجع، ص 133.

[5] – M,M, Hannouz et A,R,Hakem, op,cit, P 15– 16.

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

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المجال الطبي

لا يكفي وقوع خطئ طبي من جانب الطبيب المعالج، و إصابة المريض بضرر من أجل قيام المسؤولية المدنية للطبيب، بل يجب أن يكون هذا الضرر هو نتيجة إخلال هذا الطبيب بالتزاماته الطبية أي أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ الطبي و الضرر الذي أصاب المريض طبقا للقواعد العامة[1]، لأنه قد يصيب المريض العديد من الأضرار دون ارتكاب الطبيب المعالج لأية أخطاء طبية، أو دون أن تكون هناك علاقة سببية بين هاته الأخطاء و بين الضرر الذي أصاب المريض.

و بالتالي فإن قيام المسؤولية المدنية للطبيب يتطلب وجود علاقة مباشرة بين خطئ الطبيب المعالج و الضرر الذي أصاب المريض، أي أن يكون السبب الوحيد لإصابة هذا الأخير بضرر طبي هو إخلال الطبيب بالالتزامات الطبية الملقاة على عاتقه[2]

أما إذا أراد الطبيب أن يتحرّر من مسؤوليته فعليه أن ينفي علاقة الخطأ الذي ارتكبه بالضرر الذي أصاب المريض، و ذلك عن طريق إثباته أن الضرر الذي لحق بهذا المريض سببه خطأ هذا الأخير نفسه؛ أو قوة قاهرة؛ أو فعل الغير [3]

1 – خطأ المريض

قد تنتفي علاقة السببية كذلك حسب نص المادة (127) من القانون المدني الجزائري متى تسبب المريض بخطئه في الضرر الذي أصابه، شرط أن يكون هذا الخطأ هو السبب الوحيد و المباشر في إحداث الضرر الذي أصاب مرتكبه[4]، و من أمثلة أخطاء المرضى التي تأخذ حكم السبب الأجنبي الذي ينفي الرابطة السببية مما يعفي الطبيب المعالج من المسؤولية، تناول المريض لأشياء منعها عليه الطبيب بصفة صريحة و قاطعة مُبيّنا له نتائج تناولها، و بالتالي تنتفي رابطة السببية في هاته الحالة لأن الضرر الذي يصيب المريض

[1]– الفقرة الثانية من نص المادة (124) من القانون المدني الجزائري.

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

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

[4]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 204.

سببه هو خطأ هذا الأخير المتمثل في مخالفته لأوامر طبيبه و تناول مواد منعها عليه هذا الطبيب. [1]

أما إذا ساهم خطأ الطبيب في وقوع الضرر الذي أصاب المريض، فإن ذلك يؤدي إلى الإنقاص في قيمة التعويض و لا يؤدّي إلى إعفائه من المسؤولية إلا إذا تبين أن خطأ هذا المريض له دور كبير في وقوع الضرر الذي أصابه، أي أنه خطأ جسيما استغرق خطأ الطبيب المعالج .[2]

2- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

يقصد بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي حدوث أمر غير متوقع لا يمكن دفعه أو مقاومته مما يجعل الطبيب غير قادر على الوفاء بالتزاماته.

و بالتالي فإنه يجب على الطبيب الذي يريد التخلص من المسؤولية باعتبار أنه وقع تحت تأثير قوة قاهرة أو حادث فجائي مما جعل تنفيذ التزاماته أمرا مستحيلا، إثبات أن إخلاله بتنفيذ هاته الالتزامات كان بفعل سبب أجنبي لا يد له فيه، الأمر الذي يؤدي إلى انتفاء رابطة السببية و من ثم انتفاء مسؤولية هذا الطبيب. [3]

3- فعل الغير:

يقصد بالغير الأشخاص الذين لا يكون الطبيب مسؤولا عنهم، أي الأشخاص الذين لا يخضعون لمراقبته و ليسوا تابعين له.

و بالتالي إذا قام هذا الغير بفعل ما و كان هذا الفعل هو السبب الوحيد في إحداث الضرر الذي أصاب المريض ثارت مسؤوليته بمعزل عن الطبيب الذي يُعفى من هاته المسؤولية بفعل تحقق السبب الأجنبي المتمثل في هاته الحالة في خطئ الغير.

أما إذ اشترك خطأ الطبيب المعالج مع فعل الغير في إحداث الضرر الذي أصاب المريض، فإن هذا الفعل يُنقص في مسؤولية الطبيب و لا يعفيه منها، شرط أن يكون لفعل الغير شأن في إحداث هذا الضرر [4].

---

[1]- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية المرجع السابق، ص 176.

[2]- بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية المرجع السابق ، ص59.

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

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

مع العلم أن عبء إثبات علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الذي أصاب المريض يقع على عاتق هذا الأخير، و على الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي متى أراد دفع المسؤولية عن نفسه .[1]

الفرع الرابع: أثر المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي:

يترتب على توافر أركان المسؤولية المدنية للطبيب من خطئ و ضـر علاقة سببية، إلزام هذا الأخير بتعويض الضرر الذي أصاب المريض بسبب إخلال طبيبه بالتزاماته الطبية .[2]

مع العلم أن تحديد هذا التعويض في صورته النهائية يتطلب تحديد طبيعته و كيفية تقديره و هذا ما سنتطرق له بعنوان طبيعة التعويض و تقديره. هذا من جهة و من جهة أخرى فإن ما يحتويه العمل الطبي من مخاطر قد أدى بالأطباء إلى اللجوء للتأمين من مسؤولياتهم المدنية من أجل تغطية الأضرار التي قد تنتج من جراء ممارستهم لأعمالهم الطبية و هذا ما سنفصل فيه في تحت عنوان التأمين من المسؤولية في المجال الطبي[3].

أولا: طبيعة التعويض و تقديره:

يقصد بالتعويض الجزاء المدني المترتب عن المسؤولية الناشئة بفعل خطأ الطبيب الذي سبب ضررا للمريض.

غير أن ما يمكن ملاحظته من خلال استقراء نصوص مدونة أخلاقيات الطب، و القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، و باقي النصوص ذات الصلة بالمجال الطبي، هو أنها لم تتكفل بتحديد معالم التعويض الطبي باعتباره الجزاء المدني المترتب عن قيام المسؤولية المدنية للطبيب بفعل خطئه الطبي الذي سبب ضررا بالمريض.

و بالتالي فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة من أجل تحديد طبيعة التعويض الطبي ؛ و تبيان كيفية تقديره[4].

---

[1]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 207.

[2]– دلال يزيد – مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص70.

[3]– بن صغير مراد ، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 129– 135.

[4]– دلال يزيد – مختاري عبد الجليل، نفس المرجع، ص71.

1-طبيعة التعويض الطبي

إن التعويض في المجال الطبي يكون إما بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر و هو ما يسمى بالتعويض العيني، و إما بتعويض الأضرار التي أصابت المريض نقدا و هو ما يعرف بالتعويض بمقابل[1].

أ- التعويض العيني:

يقصد بالتعويض العيني إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار[2]، مع العلم أن هذا النوع من التعويض هو الأصل متى كان ممكنا خاصة في مجال العلاقات الطبية التعاقدية، وذلك لأنه لا يمكن في هذا المجال اللجوء إلى التعويض بمقابل إلا إذا استحال التعويض العيني[3]، و بالتالي فإنه لا يجوز للمريض المتضرر المطالبة بتعويض نقدي عمّا أصابه من أضرار متى عُرض عليه إصلاح الضرر الذي لحق به و جبره و من ثم إعادة الحال إلى ما كان عليه كأن يأمر القاضي بعلاج هذا المريض المتضرر على نفقة الطبيب المتسبب في الضرر. و لكن تطبيق التعويض العيني في مجال المسؤولية الطبية يعد أمرا عسيرا و صعبا نظرا لخصوصية العقد الطبي الذي يكون محله في غالب الأحيان جسد المريض. [4]

ب- التعويض بمقابل

إن التعويض بمقابل هو التعويض المعمول به أكثر في مجال المسؤولية التقصيرية، و استثناء في مجال المسؤولية الطبية العقدية، و ذلك لأنه قد يستحيل في هذا المجال إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار.

و يتمثل التعويض النقدي في مبلغ من المال يُقدّره القاضي من أجل جبر الضرر الذي أصاب المريض المتضرر بفعل خطئ الطبيب سواء كان هذا الضرر ضررا ماديا أو معنويا.

---

[1]- عشوش كريم المرجع السابق، ص 209.

[2]- بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية – الفعل الغير مشروع – الإثراء بلا سبب و القانون، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 265.

[3]- المادة (164) من القانون المدني الجزائري.

[4]- بن صغير ،مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية ، المرجع السابق، ص 130- 131.

و الأصل أن التعويض بمقابل يكون في شكل مبلغ معين من المال يدفع للمريض المتضرر دفعة واحدة، أو على شكل أقساط ، كما قد يكون في صورة مرتب مدى الحياة أو خلال مدة محددة. [1]

2- تقدير التعويض الطبي:

يُقدّر التعويض الطبي بقدر ما أصاب المريض من أضرار دون زيادة و لا نقصان.

و يتم تقدير هذا التعويض على أساس ما لحق المريض من خسارة؛ أو ما فاته من كسب؛ إضافة إلى ما أصابه من أضرار معنوية. [2]

مع العلم أن الضرر الذي يتم تعويضه في مجال المسؤولية الطبية العقدية هو الضرر المباشر المتوقع في العقد الطبي طبقا للفقرة الثانية من المادة (182) من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه " ... إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"، و معنى هذا أن مضمون الالتزام العقدي يتحدّد بموجب إرادة طرفي العقد الطبي، و يُسأل الطبيب الذي أخل به عن الضرر المباشر أي المتوقع فقط، عكس الحالة التي يرتكب فيها هذا الطبيب غشاء أو خطأ جسيما أين يُسأل عن الضرر المباشر و غير المباشر، أي المتوقع و غير المتوقع.

كما يتعين على القاضي كذلك عند تقديره لقيمة التعويض الطبي أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمريض كحالة هذا الأخير الجسمية و الصحية و كذلك المالية من أجل أن يكون هذا التعويض عادلا . [3]

أما إذا اتفقا طرفا العقد الطبي – الطبيب والمريض على قيمة التعويض التي يتحصل عليها أحد طرفي هذا العقد وخاصة المريض في حالة إصابته بضرر طبي ، فإن دور القاضي في هاته الحالة يقتصر على التخفيض من قيمة هذا التعويض إذا أثبت الطبيب أن

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

[2]– الفقرة الثانية من نص المادة (182) من القانون المدني الجزائري.

[3]– عشوش كريم المرجع السابق، ص 209 و ما يليها.

التقدير كان مفرطا، أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المتفق عليها فإنه لا يجوز للمريض مطالبة القاضي برفع هاته القيمة إلا إذ أثبت أن الطبيب قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. [1]

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

كما يجوز كذلك الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية الطبية العقدية في حالتي الخطأ العمدي، و الخطأ الجسيم الذي يقع من الغير الذين يستخدمهم المدين في تنفيذه لالتزامه الطبي. [2]

مع العلم أن وقت تقدير التعويض وفقا للرأي الراجح الذي استقر عليه كل القضاء هو وقت صدور الحكم القاضي به أي أن تقدير القاضي لقيمة التعويض يتم وفقا لما وصل إليه الضرر يوم صدور الحكم سواء اشتد هذا الضرر أم خفَّ في هذا الوقت عن حالته الأصلية يوم وقوع الفعل الضار. [3]

ثانيا : التأمين من المسؤولية في المجال الطبي

لقد عرفت المادة (619) من قانون التأمينات الجزائري عقد التأمين بأنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال، أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، و ذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن ".[4]

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

---

[1]– المادة (183) من القانون المدني الجزائري.

[2]– المادتين (184) (185) من نفس القانون.

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

[4]– المادة (619) من الأمر رقم (95–07) المؤرخ في 25–01–1995، المتعلق بالتأمينات.

1- العلاقة بين أطراف عقد التأمين الطبي:

تتعدد العلاقات بين أطراف عقد التأمين الطبي كما يلي:

- علاقة المؤمن بالمؤمن له.
- علاقة المؤمن بالمستفيد.

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

أ- علاقة المؤمن بالمؤمن له:

يُنظم هاته العلاقة عقد التأمين الذي يُرتب التزامات على عاتق المؤمـن لـه - الطبيب من جهة، و المؤمن - شركة التأمين من جهة أخرى.

- التزامات المؤمن له:

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

- التزامات المؤمن - شركة التأمين:

إن الالتزام الأساسي والجوهري لشركة التأمين هو ضمان تعويض الأضرار التي يتسبب فيها الطبيب بفعل أخطائه الطبية . [2]

و يلتزم المؤمن في هاته الحالة بضمان تعويض الأضرار التي تحققت دون زيادة أو نقصان، شرط أن لا يزيد مقدار التعويض على المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين. [3]

ب- علاقة المؤمن بالمستفيد

لقد سعى المشرع الجزائري إلى جعل علاقة المؤمن بالمستفيد علاقة مباشرة، حتى يتمكن هذا الأخير من الرجوع على شركة التأمين مباشرة عن طريق مطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي أصابته بفعل خطئ الطبيب المؤمن له،وهذا ما قام به من خلال إعطائه

---

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

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

[3]- أحمد حسن عباس الحياري، نفس المرجع، ص 185.

للمتضرر الحق في رفع دعوى قضائية مباشرة ضد المؤمن لمطالبته بتعويض الأضرار المؤمّن عنها طبقا للقانون رقم (31-88) المؤرخ في 19 جويلية 1988 و المتعلق بنظام التعويض في حوادث المرور[1]

ج- علاقة المؤمن بمحدث الضرر في التأمين من المسؤولية عن عمل الغير

قد يشمل عقد التأمين كذلك تأمين مسؤولية الغير التابع للطبيب المؤمن له، و بالتالي إذا ارتكب هذا الغير خطأ مهنيا سبب ضررا للمريض وجب على المؤمن الالتزام بدفع التعويض المتفق عليه للمريض المستفيد، أما إذا دفع الطبيب المؤمّن له مبلغ التعويض فإنه يحق له بعد ذلك الرجوع على المؤمن بهذا المبلغ. [2]

2- نطاق عقد التأمين الطبي:

يشمل الضمان الناتج عن عقد التأمين الطبي كل الأضرار التي تصيب المريض بفعل خطئ الطبيب المؤمن له سواء كانت جسدية؛ مادية؛ أو غير مادية، و لعل من أهم هاته الأضرار الأضرار الجسدية التي يكثر وقوعها في المجال الطبي، و ذلك لأنه غالبا ما يترتب على الأخطاء الطبية عاهات؛ أو تشوهات؛ أو عجز مؤقت أو دائم لعضو من أعضاء المريض.[3]

مع العلم أن هذا الضمان يشمل الأضرار الناتجة عن الفعل الشخصي غير العمدي للطبيب المؤمّن له، كما قد يشمل كذلك فعل الغير التابع لهذا الطبيب سواء كان عمديا أو غير عمديا، إضافة إلى الأضرار المترتبة عن فعل الشيء، وهذا حسب اتفاق طرفي عقد التأمين الطبي. [4]

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

[2]- أحمد حسن عباس الحياري، المرجع السابق، ص 187.

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

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

خاتمة

لقد عرفت العلاقة التي تربط بين المريض و الطبيب الذي يمارس نشاطه الطبي في القطاع الصحي الخاص تحوّلا تاريخا خاصة بعد قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 ، و الذي اعتبر هاته العلاقة علاقة تعاقدية، أي أن ما يربط الطبيب الخاص بالمريض الذي يقصده بغرض العلاج هو عقد طبي، و هذا ما أدّى إلى ظهور بوادر التوجه التعاقدي في العلاقات الطبية من خلال اهتمام معظم التشريعات الحديثة بهذا النوع من العقود عن طريق تكريس التوجه التعاقدي في المجال الطبي الذي وسع من مجال الحرية التعاقدية.

و لكن رغم هذا الاهتمام القضائي والتشريعي الكبير الذي حظي به موضوع العقد الطبي فإن المشرع الجزائري لم يسعى إلى تنظيم هذا العقد عن طريق تسميته باسم خاص، و سنّ أحكام خاصة به، حيث أبقاه ضمن طائفة العقود الغير مسماة بالرغم من أهميته في يوميات المواطن الجزائري الذي أصبح كثير التردّد على المؤسسات الصحية الخاصة، و من ثم التعاقد مع الأطباء الذين يمارسون نشاطهم داخل هاته المؤسسات من أجل علاجه، و هذا ما يُعاب على هذا المشرع الذي لم يعطي للعقد الطبي اهتماما يليق بمقامه بالرغم من أن هذا الأخير أصبح يلعب دورا هاما في حماية حقوق المريض

1 – كونه الطرف الضعيف في هذا العقد

2– باعتباره الوعاء القانوني الذي يحدّد لكل طرف من طرفيه ما له من حقوق و ما عليه من التزامات.

3– كما أنه لم يشترط شكلية معينة من أجل إتمام إبرام العقد الطبي بالرغم من خصوصية هذا العقد و تميزه عن بقية العقود نظرا لأن محله التعامل في جسد الإنسان الذي تقدسه كل الشرائع و القوانين، أي أن الشكلية ليست ركنا من أركانه بل هو عقد رضائي يكفي من أجل انعقاده صحيحا توافر ثلاثة أركان تتمثل في التراضي؛ المحل ؛ و السبب، ما عدا حالتي نقل و زراعة الأعضاء البشرية،

4– رفض المريض تلقي العلاج اللتان اشترط فيهما الكتابة من أجل إثبات موافقة هذا الأخير، أو رفضه للعمل الطبي في هاتين الحالتين.

مع العلم أن المريض لم يعد يجد ضالته من خلال توجهه إلى الطبيب بغرض العلاج، و ذلك بسبب ارتفاع نسبة الأخطاء الطبية التي غالبا ما يكون هذا المريض ضحية

لها، حيث أصبح تخوفه من هاته الأخطاء يفوق تخوفه من المرض الذي يعاني منه، مما أصبح يهدد الثقة التي تربط بينه و بين طبيبه، و التي تعتبر أساس العقد الطبي خاصة و أن هذا الأخير هو عقد يربط بين طرفين يتفاوتان في قدراتهما النفسية و العلمية أحدهما المريض الذي يعاني من ضغط الآلام التي يشعر بها، إضافة إلى جهله لمبادئ و أصول مهنة الطب، و ثانيهما الطبيب الذي يمتاز بالراحة النفسية و المؤهلات العلمية اللتان يفتقدهما المريض المتعاقد معه.

و لهذا فإنه يتعين على المشرع الجزائري التحرك من أجل تنظيم العقد الطبي، نظرا لخصوصية هذا الأخير باعتباره عقدا محله التعامل في جسم الإنسان الذي يحظى باهتمام كل الشرائع و القوانين، و هذا عن طريق سنّ أحكام خاصة بهذا العقد خاصة من حيث التكوين الآثار،و المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، و ذلك لأن القانون الوضعي الجزائري لم يعد يتماشى مع التطورات التي يشهدها الميدان الطبي، حيث أن هناك مجالات لم يتطرق لها المشرع الجزائري على الإطلاق مثلما هو الحال بالنسبة لتغيير الجنس، و الاستنساخ البشري، ... إلى غير ذلك من الأمور التى أصبحت تهدد صحة سلامة الإنسان، و تخل بقواعد النظام العام و الآداب العامة، و اكتفى في معظم الأحيان بالقواعد العامة التي لم تعد توفر حماية أكبر الأطراف هذا العقد خاصة المريض باعتباره الطرف الضعيف في العقد الطبي.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية :

1- المراجع العامة :

1- المؤلفات:

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

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

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

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

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

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

7- بو عبد الله ،رمضان أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

8- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

9 خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.

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

11– زبيدة إقروفة، التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2010.

12– عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

13– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

14– علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

15– علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة و معدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

16– فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

17– محفوظ لعشب المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

18– مولود ديدان مقرر وحدتي المدخل ونظرية الحق دار بلقيس، الجزائر،2006.

2 – المقالات :

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

2– رايس محمد الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، 2007، العدد الأول.

3– قاسم العيد عبد القادر، التقيح الاصطناعي، تعريفه – نشأته و موقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث.

١١- المراجع المتخصصة :

1- المؤلفات :

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

2 – أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

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

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

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

6- إبراهيم على حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007

7- إيمان محمد الجابري، المسؤولية القانونية عن الأخطاء الطبية، دراسة مقارنة للقوانين الإماراتية المصرية الأمريكية- و اليابانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.

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

9- زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

10 – شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي و التعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.

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

12- عبد القادر بن تيشة الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

13- عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.

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

15- علي عصام غضن، عبده جميل ،غصوب الخطأ الطبي، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، 2010.

16- ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.

-17- محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية والآثار المترتبة عليها، الطبعة الثانية، مكتبة الصحابة، جدة، السعودية، 1994.

18- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.

19- محمد يوسف ياسين المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات و الأطباء و الممرضين قانونا فقها و اجتهادا ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2003.

20 منير رياض حنا الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

21 – منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي والمصري ، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، مصر، 2008.

22 – هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،2007.

2- المقالات :

1- أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الصناعي من الناحية الطبية و الإنسانية، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة ، جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني.

2- أحمد شرف الدين الحدود الإنسانية و الشرعية و القانونية للإنعاش الصناعي، مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت ،1981، العدد الثاني.
3- بداوي علي الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر، د.س.ن، العدد التجريبي.
4- بلعرابي عبد الكريم، سعداوي محمد، الأسس القانونية التي يقوم عليهما رضا المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة الإعفاء من المسؤولية المسؤولية التأديبية – الجراحة التجميلية زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، د.س.ن.
5- بن صغير مراد البعد التعاقدي في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2007، العدد الرابع.
6- بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الادارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس،2007، العدد الثالث
7- بن صغير مر اد، تطور أحكام المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2006، العدد الثالث
8- بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية كلية الحقوق جامعة تلمسان، 2009، العدد الثامن.
9- بودالي محمد، القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية و الادارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث.
10- بودالي محمد، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري والقضاء العادي مجلة المحكمة العليا، 2004، العدد الأول.
11- بورويس العيرج، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الخاص الثاني، الخبرة الإعفاء من المسؤولية – المسؤولية التأديبية – الجراحية التجميلية زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، د.س.ن.

12 تيرس ،مراد الإجهاض كإجراء طبي في قانوني العقوبات الجزائري والمقارن بين الإباحة والمنع مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث.

13- تيزي عبد القادر ، إثبات الخطأ الطبي في الجراحة التجميلية، مجلة الحجة، منظمة المحامين تلمسان، 2007، العدد الأول.

14- جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

15- جميل صالح طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر،2003، العدد التجريبي.

16- دلال يزيد – مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث

17 رايس محمد الأساس القانوني لمسؤولية الطبيب عن النشاط الطبي للغير في ضوء القانون الجزائري، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت، لبنان، 2006/ 2007، العدد الأول.

18- رايس محمد، إثبات المسؤولية الطبية، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، 2005، العدد صفر.

19- رضا هميسي – محمد لموسخ، حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث.

20- زبيدة إقروفة، نقل وزراعة الأعضاء في ضوء المعطيات الطبية و الأحكام الشرعية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الخاص الثاني، الخبرة الإعفاء من المسؤولية المسؤولية التأديبية الجراحة التجميلية زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو،، د.س.ن.

21- شعبان ،هند المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس، 2007 ، العدد الثالث

22 شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر، د.س.ن، العدد التجريبي.
23- شهيدي محمد سليم، الالتزام بالسر الطبي، مجلة الحجة، منظمة المحامين، تلمسان، العدد الأول، 2007.
24- شيعاوي وفاء، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة الإعفاء من المسؤولية المسؤولية التأديبية – الجراحة التجميلية زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو ، د.س ن.
25- صاحب ليدية، علاقة الطبيب بالمريض، الخضوع- والتبصير أو التوافق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2010، العدد الثاني.
26 صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية مجلة المحكمة العليا، 2001، العدد الأول.
27 – عبد السلام الترمانيني، السر الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني.
28- عبد الله علي الزبيدي، مسؤولية الطبيب المعالج العقدية عن أخطاء معاونيه في القطاع الخاص، مجلة الحقوق كلية الحقوق جامعة الكويت، 2005، العدد الثالث
29 – عبد الوهاب حمد المسؤولية الطبية الجزائية مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق و الشريعة ، جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني.
30- عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
31- على فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر ، 1998، العدد الثالث.
32- فتاحي محمد الخطأ الطبي و المشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007 ، العدد الثالث

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

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

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

36- مامون عبد الكريم، التأمين من المسؤولية المدنية المهنية للأطباء، مجلة دراسات قانونية مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة تلمسان، 2010، العدد السابع.

37- مامون عبد الكريم ، حق الموافقة على التدخلات الطبية مجلة العلوم القانونية و الإدارية كلية الحقوق جامعة تلمسان 2008، العدد السادس.

38- محمد حسين منصور، الخطأ الطبي في العلاج، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.

39- محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني.

40 - محمود سليمان البدر ، المسؤولية المدنية للطبيب مجلة الحقوق و الشريعة، كلية الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني.

41- محمود كامل البوز ، قصور القانون الطبي، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، 1981، العدد الثاني.

42- مروك نصر الدين المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء سر المهنة، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الجزائر، د.س.ن، العدد التجريبي.

43- مروك نصر الدين، نقل القرنية في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1998، العدد الثالث.

44 – مصطفى الجمال المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، لبنان.

45– منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، كلية الحقوق والشريعة جامعة الكويت، العدد الثاني، 1981.

46– مواسي العلجة، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء و من جثت الموتى، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الخاص الثاني، الخبرة – الإعفاء من المسؤولية المسؤولية التأديبية– الجراحة التجميلية – زرع الأعضاء ، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو د. س. ن.

47– ميكالي الهواري، المسؤولية الطبية عن الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، الجزء الأول، المسؤولية الطبية الجزائر ، د.س.ن، العدد التجريبي.

48 نقادي حفيظ أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2007، العدد الثالث.

49– هاملي محمد، تباين أسس المسؤولية الإدارية عن الأخطاء الطبية وأثرها على حقوق الضحية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، المسؤولية الطبية، الخبرة الإعفاء من المسؤولية المسؤولية التأديبية الجراحة التجميلية زرع الأعضاء، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو ، د .س. ن .

50– هديلي أحمد، نقل عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام الطبي، مجلة الحجة، منظمة المحامين تلمسان، 2005، العدد صفر.

51– ولهاصي سمية بدر البدور ، المسؤولية المدنية للطبيب في حالتي الاستخلاف والاشتراك، مجلة العلوم القانونية والإدارية كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2009، العدد التاسع.

3 – المذكرات و الرسائل الجامعية :

1– أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر،2007/2006.

2- آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفرق الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2010/2011.

3- بن صغر مراد، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2003/2002.

4- بن معروف فضيل، تأثير مبدأ الحيطة في توزيع عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق جامعة تلمسان،2011/2012.

5 بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر،2010/2011.

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

7- روكيلة الطيب المسؤولية التقصيرية للطبيب الشرعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون، معهد الحقوق، جامعة الجزائر.

شهيدي محمد سليم، أحكام أخلاقيات الطب في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004/2005.

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

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

11 - قديدر إسماعيل، المسؤولية الجزائرية للأطباء عن إفشاء الأسرار الطبية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير فى القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/2011.

12- لالوش سميرة، عقد الممارسة الطبية الحرة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000/2001.

الفهرس

إهداء

شكر وعرفان

مقدمة.....1

الفصل الأول: الإطار ألمفاهيمي للعقد الطبي 6

المبحث الأول: ماهية العقد الطبي.....7

المطلب الأول: مفهوم العقد الطبي.....7

الفرع الأول: تعريف العقد الطبي.....7

الفرع الثاني الطبيعة القانونية للعقد الطبي.....12

الفرع الثالث: خصائص العقد الطبي.....17

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتوجه التعاقدي في العلاقات الطبية 21

الفرع الأول: أسس التوجه التعاقدي في علاقة الطبيب بالمريض.....22

الفرع الثاني: أهداف التوجه التعاقدي.....24

الفرع الثالث: حدود التوجه التعاقدي.....26

الفرع الثالث: صور العلاقات الطبية.....28

المبحث الثاني: تكوين العقد الطبي.....37

المطلب الأول: التراضي في العقد الطبي.....37

الفرع الأول: رضا المريض. 38

الفرع الثاني: رضا الطبيب.....44

المطلب الثاني: محل العقد وسبب الطبي.....47

الفرع الأول: محل العقد الطبي.....47

الفرع الثاني: سبب العقد الطبّي.....59

الفرع الثالث: الشكلية في العقد الطبي.....68

الفصل الثاني: آثار العقد الطبي.. 75

المبحث الأول: الالتزامات المترتبة عن العقد الطبي و آثار الإخلال بها 76
المطلب الأول: طبيعة الالتزام الطبي.....76
الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية 76
الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة.....79
المطلب الثاني مضمون الالتزام الطبي.....82
الفرع الأول: التزامات الطبيب.....83
الفرع الثاني: التزامات المريض.....90
الفرع الثالث: آثار الإخلال بالالتزام الطبي.....93
المبحث الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد الطبي ..100
المطلب الأول: طبيعة المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي 100
الفرع الأول: المسؤولية التقصيرية للطبيب. 100
الفرع الثاني : المسؤولية العقدية للطبيب.....104
الفرع الثالث: موقف القضاء والمشرع الجزائريين من طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب. 107
المطلب الثاني: أركان المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي.....110
الفرع الأول: الخطأ الطبي. 100
الفرع الثاني: الضرر الطبي.....116
الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر في المجال الطبي.....119
الفرع الرابع : أثر المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي.....121
خاتمة 128
قائمة المراجع 131

مـلخص مذكرة الماستر

و بناءا على ما سبق نستخلص أن عدم التصدي لمثل هذه المسائل العلمية و للبحوث العلمية أدى إلى بروز مشاكل كثيرة ناجمة عن الأخطاء الطبية، فالمشرع لم يوليها الأهمية اللازمة مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي وجد نفسه في حرج بين إقامة المسؤولية الطبية، و تعويض الضحايا الذين لا يستطيعون إثارة المسؤولية. فأحيانا لا تثار المسؤولية إلا على الخطأ، وتارة أخرى يتشددون فيأخذ القضاء الفرنسي بالقرائن و الخطأ المفترض، فأثار ذلك التناقض جدالا فقهيا محتدما و ردود فعل سلبية رافضة لهذا النوع من التنصيصات القانونية. وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي للتدخل لوضع حد لهذه المشاكل القانونية باصدار قانون 4 مارس 2002 المتعلق بالحوادث الطبية وحقوق المرضى و أراد من ورائه تجنيب المرضى الوقوع كضحايا أبرياء جراء الحوادث الطبية بدون تعويض و تجنب تحميل الأطباء مسؤولية هذه الحوادث بدون صدور خطأ منهم و أسس جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني من طرف الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية، و هذا بعد إثبات المضرور خطأ الطبيب المعالج.

الكلمات المفتاحية:

1/العقد 2/.. الطبي 3/ المسؤولية 4/. علاقة السببية 5/. التزامات 6/أثر

Abstract of The master thesis

Based on the foregoing, we conclude that the failure to address such scientific issues and scientific research has led to the emergence of many problems resulting from medical errors, as the legislator did not give it the necessary importance compared to the French legislator, who found himself in an embarrassment between establishing medical responsibility, and compensating the victims who cannot The excitement of responsibility. Sometimes the responsibility is raised only for the error, and at other times they are strict, so the French judiciary takes the evidence and the supposed error, and this contradiction sparked a heated jurisprudential debate and negative reactions rejecting this type of legal provisions. This is what led the French legislator to intervene to put an end to these legal problems by issuing the law of March 4, 2002 related to medical accidents and patients' rights, and he wanted behind it to spare patients from falling as innocent victims as a result of medical accidents without compensation, and to avoid holding doctors responsible for these accidents without issuing an error on their part, and he established a government apparatus On the basis of national solidarity by the National Office for Compensation for Medical Accidents, and this is after proving the injured person the error of the attending physician.

key words:

1/ Contract 2/.. Medical 3/ Responsibility 4/. Causal relationship 5/. 6 commitments/impact