الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم : قانون العام

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

الإرادة في العقد الطبي

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة : الحقوق

التخصص : القانون الطبي

من إعداد الطالب :

- سعدي بلقاسم

تحت إشراف الأستاذة:

- د/ خراز حليمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذة : د/ بلباي إكرام رئيسا

الأستاذة : د/ خراز حليـــمة مشرفا مقررا

الأستاذة: د/ بن قارة مصطفى عائشة مناقشا

تاريخ المناقشة : 2020/06/28

السنة الجامعية : 2020/2019

إهداء

أهدي ثمرة عملي المتواضع إلى التي كانت ولازالت تتعب معي، إلى من غمرتني بدعائها وحنانها، إلى نبع الحب والحنان إلى..... **أمي** الغالية قدرني الله على طاعتها

إلى مثلي الأعلى في الحياة، إلى من كان ولا يزال معلمي ومرشدي وقدوتي... **أبي** الحبيب

إلى أستاذتي الفاضلة خراز حليمة جزاها الله عنا خير الجزاء

إلى أخواتي الغاليات،وإلى من أشد ظهري بهم في الحياة والذين أشعر بالأمان صحبتهم إخوتي

وإلى كل العائلة الكريمة صغيرا وكبيرا.

شكر

الحمد لله على عظيم فضله وكثير عطائه، لأنه وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع فإنه يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وتقديري واحترامي إلى أستاذتي الفاضلة " خراز حليمة " على كل ما قدمته لي من يد المساعدة والعون لإنجاز هذا العمل عبر تشجيعها لي وتوجيهاتها، والتي لم تبخل علي بتقديم النصح والإرشاد، وأشكرها على تواضعها وسعة صدرها، فلك مني ألف تحية وجزآك الله بكل خير أستاذتي.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والعرفان إلى أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة المحترمين لقبولهم مناقشة هذا العمل رغم انشغالاتهم الكثير.

قائمة المختصرات باللغة العربية :

(د-ب-ن) : دون بلد النشر .

(د-د-ن) :دون دار النشر .

(د-س-ن) : دون سنة النشر .

(ج): جزء

(م) : مجلد

(ع) : العدد

(ط) : الطبعة .

(ص) : الصفحة .

(ج-ر-ج-ج) : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .

(ق-م-ج) :القانون المدني الجزائري.

(ق,ص) : قانون الصحة .

(ق-أ-ج) : قانون الأسرة الجزائري .

(م-أ- ط) : مدونة أخلاقيات الطب .

-قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

Art : Article

N°: Numéro

P: Page

Op.cit.: Ouvrage Précité

مـقدمـــة

خلق الله الإنسان كائن اجتماعي بطبعه يميل دائما إلى الجماعة، لا يستطيع العيش وقضاء حاجياته بمفرده دون وجود أفراد آخرون، وبهذا تربط بين أفراد المجتمع علاقات اجتماعية تساعدهم في الاستمرارية في الحياة وتنضم هذه العلاقات مجموعة من القوانين التي يضعها الأفراد حسب أعرافهم ومقتضياتهم الاجتماعية ومن بين الوسائل التي تضعها هذه القوانين التنظيم هذه العلاقات نجد العقود التي تعتبر وسيلة لإشباع الحاجيات وتحقيق رغبات الأفراد وذلك بإنشاء علاقات تعاقدية بينهم، إن العقد يحكمه مجموعة من الشروط من بينها الإرادة، حيث لا يتم العقد إلا عند تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما، فالإرادة تعتبر أساس العقد .

هكذا أصبح مبدأ سلطان الإرادة دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، والأخذ بها يولد نتيجتين هما: الأولى أن كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، فهي الجوهر في تكوين العقد، والثانية أن الإرادة هي المرجع فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

حيث أصبحت الإرادة الحرة هي المهيمنة على جميع مصادر الالتزام وتتجلى قوتها في العقد، فتعطى للشخص كامل الحرية في إبرام العقد أو عدم إبرامه، فلا يحدها شيء إلا اعتبار النظام العام والآداب العامة، ففي إطار العقد، المتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتهما وهذا حسب المبدأ المعروف العقد شريعة المتعاقدين، وفي هذه المرحلة تبرز أهمية الإرادة ودورها الفعال في العقود وهذا ما كان سائدا في ظل المذهب الفردي .

يعتمد التصرف القانوني من حيث تكوينه ومضمونه على الإرادة، أي أن إرادة المتعاقد التي شاركت في إنشاء التصرف القانوني هي التي رتبت هذا الالتزام في ذمته وهي التي تحدد مضمونه ومداه، وهذه الفكرة مردها المذهب الفردي – الذي يقدس الحرية الفردية ويعتبر الفرد محور المجتمع - من نتائجه مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن الإرادة هي أساس ومصدر كل الالتزامات والحقوق وحتى الآثار التي تنشأ من هذه الالتزامات. هذه الإرادة في حد ذاتها عمل نفسي لا يعلم بها إلا صاحبها، ولا يكون لها وجود فعلي أو قانوني إلا بالتعبير عنها صراحة أو دلالة، فالتعبير هو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس .

ثم نرى أن المجال الطبي يرتبط ارتباطا وثيقا بالحياة والسلامة الجسدية للإنسان، والتي تعتبر من أهم الحقوق المحمية من قبل الديانات السماوية ومختلف القوانين، فهذا الحق يثبت للإنسان حتى قبل ولادته، فيجب أن يتمتع هذا الأخير بالتكامل الجسدي والسير الطبيعي لأعضائه الحيوية دون المساس والإضرار به.

مـقدمـــة

غير أن ممارسة الأعمال الطبية من ذوي الاختصاص في هذا المجال تعتبر من أسباب إباحة المساس بجسم الإنسان قصد علاجه وتحقيقا لمصلحته، ولهذا يجب على الطبيب إضافة إلى الشروط الواجب توافرها لممارسة الأعمال الطبية، احترام إرادة المريض قبل كل تدخل طبي، أي في كل مرحلة من مراحل العمل الطبي من مرحلة الفحص والتشخيص مرورا بمرحلة العلاج إلى المرحلة اللاحقة على العلاج، ويتمثل ذلك في تبصير المريض بكل المعلومات المتعلقة بحالته الصحية و طرق علاجها والمخاطر والفوائد المترتبة عنها مع الحصول على الموافقة الصحيحة والسليمة للمريض، فهذه المعلومات تساعد المريض في اتخاذ القرار المناسب لحالته المرضية، وفي حالة قيام الطبيب بأي عمل طبي بدون احترام إرادة المريض يعتبر عمل غير مشروع ولو لم يترتب عليه أي ضرر.

كما أنه يلتزم باحترام إرادة المريض كل من الطبيب الذي يعمل في عيادته الخاصة أو في المستشفيات العمومية، فلا يمكن للطبيب أن يتهرب من مسؤوليته بحجة أنه لا يوجد بينها وبين المريض أي عقد يفرض عليه هذا الالتزام.

مما لاشك فيهأن العقد الطبي شأنه شأن أي عقد آخر، لابد أن يقوم على أساس تلاقي إرادتين وهما إرادة الطبيب وإرادة المريض، إلا أن له خصوصية من حيث كونه يقوم على مبدأ الثقة المتبادلة بين طرفيه، فلولا ثقة المريض بطبيبه وبعلمه وعمق خبرته، وثقة الطبيب بالمريض وإخلاصه لنصائحه الطبية وتعليماته العلاجية ما انعقد العقد الطبي، فضلاً عن أنه من العقود ذات الطابع الإنساني التي تقوم على الاعتبار الشخصي وتخضع لمبدأ حرية إرادة طرفي العقد في اختيار أحدهما للآخر، فالمريض يتمتع بحق اختيار الطبيب الذي يتابع حالته المرضية إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، مقابل هذا فان الطبيب أيضاً يتمتع بحرية اختيار المرضى الذين يعالجهم باستثناء بعض الحالات التي يلتزم بموجبها بالقيام بعمله دون عبرة لإرادته في اختيار المرضى.

فمن أجل أن تتوازن المعادلة فرضت التشريعات، وقواعد أخلاقيات مهنة الطب على الطبيب احترام إرادة مرضاه وذلك بتبصير المريض بكل ما يتعلق بحالته المرضية مع الأخذ بنظر الاعتبار مدى نسبية هذا التبصير ودرجته مقارنةً بنوع المرض، وشخصية المريض ذاته، ومن ثم الحصول على رضاه بأي تدخل طبي، هذا الرضاء الذي يمتاز بخصوصيته في نطاق العقد الطبي، إذ لا يمكن وصفه بالعمومية التي تُعطى كل فترة العلاج، إنما هو رضاء خاص بكل علاج على حدة، وبهذا فان كل علاج جديد يقترحه الطبيب يحتاج إلى رضاء جديد من المريض، وكل عمل طبي يقدمه الطبيب يحتاج إلى رضاء خاص به .

مـقدمـــة

تتمثل الأسباب التي أدت إلى اختياري لهذا الموضوع في عدم اهتمام الأطباء باحترام إرادة المريض، بالرغم من تنظيم المشرع الجزائري الالتزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضاه، ويمكن أن يكون هذا الأمر راجعا لعدم وجود الوعي الكافي للمرضي بحقوقهم المضمونة والمكرسة من قبل المواثيق الدولية والقوانين .

وكدا قلة الدراسات القانونية المتعلقة بهذا الموضوع حيث لم ينل القدر الكافي من البحث والدراسة، بالرغم من كثرة الدراسات التي تناولت مسؤولية الطبيب إلا أنها لم تعالج مسألة احترام إرادة المريض من خلال التزام الطبيب بإعلام المريض والحصول على رضاه .

تكمن أهمية الموضوع في كونه يتعلق بمسألة تمس بأسمى شيء يملكه الإنسان والمتمثل في حرمة ومعصومية جسده وكرامته الإنسانية وإرادته، **كما** يحتاج المريض بسبب تعامله مع الطبيب إلى ضمانات قانونية تضمن له عدم استغلاله وحمايته من أي اعتداء، ومن هذه الضمانات مبدأ احترام إرادة المريض، ويكرس هذا المبدأ من خلال تبصير المريض والحصول على رضاه قبل كل تدخل طبي.

إضافة إلى أن مبدأ احترام إرادة المريض يعتبر من المبادئ المهمة، باعتبار أنه يحافظ على الثقة المبنية عليها علاقة الطبيب بالمريض، كما أنه يتم من خلاله تحقيق التوازن في العلاقة غير متكافئة بين الطبيب والمريض، وذلك من خلال قيام الطبيب بتبصير مريضه والحصول على رضاه.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع في كثرة الإشكالات والتساؤلات التي تطرح حول حالات تشديد التزام الطبيب تبصير مريضه، وتأثير رضا هذا الأخير على مشروعية الأعمال الطبية .

أما بالنسبة للأهداف المرجوة من البحث فتكمن في توضيح مدى أهمية الإرادة في إنشاء و إبرام العقود، وتوضيح قدر الإمكان موقف المشرع الجزائري من مبدأ الإرادة في العقد وكذا الإشارة إلى النقائص والايجابيات التي أتت بها النصوص القانونية الجزائرية المنظمة لمهنة الطب بشأن التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضاه .

إضافة إلى ننشر ثقافة احترام إرادة المريض بين الأطباء، وأنه لا يمكن لهذا الأخير قيام بما يحلو له على جسم المريض على أساس أن له سلطة وهيمنة عليه، كما نوضح أن احترام إرادة المريض ليس مجرد سلوكيات يقوم بها الطبيب وفقا ضميره المهني، وإنما هو التزام يفرضه كل من العقد الطبي والنصوص القانونية .

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية

ما هو دور الإرادة في إنشاء العقود ؟ وما مدى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على العلاقة الطبية؟

ما هي الأسس التي يقوم عليها مبدأ احترام إرادة المريض؟ وما هي المظاهر التي يتجسد فيها مبدأ احترام إرادة المريض؟

في الإجابة على هذه التساؤلات تمت الاستعانة بأكثر من منهج حيث اعتمدت في البحث على المنهج الوصفي عن طريق جمع المعلومات و تصنيفها و متابعة الحالة في مختلف مراحلها و استخدمنا أيضا على المنهج التحليلي وذلك من أجل تحليل الآراء الفقهية ومناقشتها، وتحليل النصوص القانونية والتوصل من الأحيان وذلك في خلاله إلى النتائج المناسبة، كما استأنسنا بالمنهج المقارن وذلك بمعالجة بعض الحالات التي لم يتعرض لها القانون الجزائري أو لم يحسن تنظيمها .

وللإجابة على الإشكالية ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين حيث خصصنا الفصل الأول لعرض مفهوم الإرادة في العقد الطبي ، وذلك من خلال مبحثين قمنا في المبحث الأول بتعريف الإرادة ومراحلها وفي المبحث الثاني تطرقنا إلى دور الإرادة في تكوين العقد، أما الفصل الثاني قمنا بدراسة تكريس مبدأ الإرادة في العقد الطبي والذي قسم بدوره إلى مبحثين قمنا في المبحث الأول بدراسة دور الإرادة في العقد الطبي وفي المبحث الثاني أساس مشروعية مبدأ احترام إرادة المريض في العقد الطبي .

الفصل الأول: مفهوم الإرادة في العقد الطبي

مبدأ سلطان الإرادة يعني أن لطرفي العقد السلطان الأكبر في إنشاء العقود و في تحديد أثاره, فالعقد اتجاه إرادي مشترك ، إذ يستلزم وجوده اشتراك إرادتين أو أكثر في نفس الاتجاه ، و ذلك بتحقق التراضي بين الطرفين ، حيث يجب أن تكون النتيجة الكلية التي يصل إليها العقد بطبيعته ، هي نتيجة لإرادة الطرفين من إعطاء أو عمل شيء ، هو نفسه ما يريده الطرف الأخر أن يحصل عليه ، فبمجرد توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني و صحة كل شروط العلاقة التعاقدية يكون العقد نافد و ملزم للطرفين بما اتفقوا عليه في بنوده ، و لهم كل الحرية في تحديد الآثار المترتبة على العقد ، و يكون ملزم عليهم ما ورد في مضمونه، و هم ملمون بتنفيذ ما اتفقوا عليه ، وتترتب أثاره على أطرافه حتى الغير و بما فيه القاضي ، إذ يكون مقيد بمضمون العقد في حالة التفسير و التأويل .

و للإرادة دور مهم في جميع أنواع العقود سواء كانت مسماة أم غير مسماة ، و تبدو أهميتها أكثر في العقد الطبي ،لأنه من العقود التي ترد على جسم الإنسان الذي يتمتع بحصانة و معصومية ، إذ ليس بإمكان الطبيب المساس بجسم مريضه إلا بعد الحصول على رضائه أو رضاء من يمثله ، أي بمعنى انه لا يستطيع القيام بأي عمل طبي كان إلا بعد حصوله على إذن احتراما لإرادة مرضاه باستثناء حالات قليلة سنأتي على ذكرها لاحقا .

و لأهمية الإرادة هذه، و لعدم اتفاق الفقه حول مفهومها من ناحية و لأهمية العقد الطبي ذاته و الذي لم ينظمه المشرع جزائري لافتقاده لقانون طبي منظم و موحد من ناحية أخرى ، ارتأينا في هذا الفصل تسليط الضوء على تعريف الإرادة و مراحلها ومن ثم التطرق إلى تعريف العقد الطبي و أركانه و تمييزه عن بقية العقود الأخرى و ذلك في مبحثين :

المبحث الأول: الإرادة و دورها في تكوين العقد

المبحث الثاني: العقد الطبي

المبحث الأول :الإرادة و دورها في تكوين العقد

من اجل الوصول إلى حقيقة الإرادة لابد من تعريفها لغة و اصطلاحا مع الإشارة إلى المراحل التي تمر بها وصولا إلى وضع تعريف ملائم لها ,حيث جوهر العقد هو توافر الإرادتين على إحداث اثر قانوني ، و يعود الفضل الوحيد للإرادة وذلك ببدء بمرحلة المفاوضات إلى غاية إبرام العقد ، لذا نحاول في دراستنا لتقسيم هذا البحث إلى مطلبين ،**المطلب الأول**: سندرس فيه تعريف الإرادة و مراحلها ،و في **المطلب الثاني** : دور الإرادة في تكوين العقد .

المطلب الأول : تعريف الإرادة و مراحلها

تعرف الإرادة على أنها الشعور الداخلي في قلب الإنسان حين يعزم على فعل شيء ما، فمن الأشخاص من يحققه و منهم من لا يستطيع تحقيقه ، لذا في هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف الإرادة لغة و اصطلاحا و فقهيا في الفرع الأول ثم بيان أقسامها في الفرع الثاني ، و مراحلها في الفرع الثالث .

الفرع الأول : تعريف الإرادة لغة و اصطلاحا .

تأخذ الإرادة في اللغة العربية معنى المشيئة، وأراد شخص شيئاً أي شاءه، أما اصطلاحاً فهي تعني عدة أمور فمن الناس من يستخدمها مشيراً إلى المشيئة، ومنهم من يستخدمها لأجل طيب النفس والرضا أو النية، وآخرين يعطونها معنى للسلطنة والاختيار، وتختلف معانيها وفق سياق استخدامها إما بحثاً فقهياً أو أصولياً أو حتى حسب سياق الكلام .

أولا: الإرادة لغة

إن الأصل اللغوي لكلمة الإرادة هو الجدر الثلاثي رود طلب ، و الإرادة المشيئة، و يقال راوده على كذا مراودة وروادا بالكسر بمعنى أراده، وراد الكلأ طلبه[1] .

كما تعني الإرادة أيضا القصد إلى الشيء و الاتجاه إليه[2]؛ و تأتي الإرادة بمعنى الإحساس الذاتي بقدرة الإنسان على تنفيذ ما يصمم أو يخطط له دون تردد أو تراجع و ضمن ما تسمح به الإمكانيات و القدرات و القوانين[3]؛ بينما الرود يعني التردد في طلب الشيء برفق

---

1)ابن منظور،**لسان العرب**,ج1، دار لسان العرب بيروت ؛بدون سنة طبع ص 1253-وأيضا: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ,**مختار الصحاح** , دار الرسالة , الكويت ,1982 ,ص263.

2)الموسوعة الفقهية , ج3,ط2, وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ,طباعة ذات السلاسل ، الكويت ،1983، ص05.

3)جرجيس جرجيس , **معجم المصطلحات الفقهية و القانونية**، الشركة العالمية للكتاب ، ط1،بيروت، 1996،ص35.

4) أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني ، المفردات في غريب القران ،الطبعة الأخيرة ، شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ،مصر، 1961،ص206.

كما تأتي بمعنى الميل بلفظ المرود ، و يقال أن فلانا يمشي على رود أي مهل و تصغيره رويد. و المصدر الإرادة [4]، و الإرادة منقولة من راد يرود إذا سعى في طلب الشيء و هي في الأصل قوة مركبة من شهوة.

حاجة و أمل و هي اسم بمعنى النزوع عن الإحساس أو تخيل و أي حرية الاختيار، فهناك الإرادة الصالحة أي التي تعمل بمقتضى الواجب و هناك الإرادة الكلية التي تحل محل الإرادة الفردية.

فيعدل فيها كل فرد عن أنانيته و ينزل عن نفسه و حقوقه للمجتمع لأكمله ,كما هناك إرادة الاعتقاد بمعنى القدرة على الإيمان ، و هناك أيضا إرادة الحياة بمعنى الشيء الذي يتجلى في مختلف الموجودات و هذا الاختلاف هو أصل تعارض هذه الموجودات و تصارعها، كما هناك إرادة القوة فهي تحب ذاتها .

أما عن وصف لفظ الإرادة في اللغة فهي صفة توجب للحي حالا يقع منه الفعل على وجه دون وجه أخر ، و بهذا فإنها صفة تخصص أمرا لحصوله ووجوده[1]، كما قال الله تعالى في كتابه العزيز : **(إنما أمره إذا أراد شيئا أن يقول له كن فيكون)**[2] .

فضمن هذه الفلسفة تعد الإرادة قوة خفية غير ظاهرة ، فهي آلة للحياة أكثر أحكاما و تنوعا مما للحيوان من الآلات ، لان آلات الحيوان ظاهرة و غايتها معروفة محددة في حين أن العقل باطن يخفي غايته و يستخدم ما شاء من الآلات[3] .

و يرد البعض من اللغويين كل وجود إلى الإرادة فيعد مرد السلوك و الأخلاق إلى الإرادة الإنسانية و هذا ما يسمى إرادة القوة.

والإرادة تأتي بمعنى الحكم ، كان يقال أراد الله كذا معناه انه حكم فيه انه كذا معناه انه كذا كقوله تعالى **(إن أراد بكم سوءا أو أراد بكم رحمة و لا يجدون لهم من دون الله وليا ولا نصيرا)**[4].

و قد يراد بالإرادة معنى الأمر كأن " تقول أريد منك كذا أي أمرك بكذا " كقوله تعالى **(يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر)**[5].

---

1) أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني ،**التعريفات** ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ،1986،ص17 .

2) سورة يس، الآية 82.

3) نديم مرعشيلي، أسامة مرعشيلي،**الصحاح في اللغة و العلوم**، المجلد الأول ،ج1، دار الحضارة العربية ،بيروت 1947، ص 52.

4) سورة الأحزاب ، الآية 17.

5) سورة البقرة ، الآية 185.

6)الموسوعة الفقهية ،**المصدر السابق**، ص 5 .

و في هذا المجال تجدر الإشارة إلى تمييز الإرادة من غيرها من المصطلحات الأخرى لغة :

فالرضا يختلف عن الإرادة ، لان الرضا هو الرغبة في الفعل و الارتياح إليه ،و إرادة الطاعة تكون قبلها و الرضا يكون بعدها أو معها , فالرضا لا يطابق الإرادة لان الرضا نقيض السخط و السخط من الله تعالى إرادة العقاب فينبغي أن يكون الرضا منه إرادة الثواب أو الحكم به ، فقد يريد المرء شيئا مع انه لا يرضاه أي لا يحبه و لا يرتاح إليه و بهذا فان الرضا غير مرادف للإرادة إنما هو جزء منها [6].

كما تختلف الإرادة عن الاختيار بأن الأخير يعني لغة تفضيل الشيء على غيره من غير إلجاء أو اضطرا ، بينما تتجه الإرادة إلى أمر واحد محدد ، فالإرادة هي نزوع النفس و ميلها إلى الفعل ، أما الاختيار فهو ميل مع تفضيل و الإرادة اعم من الاختيار ، فكل اختيار إرادة لكن ليس كل إرادة اختيار.

و تختلف الإرادة عن المشيئة ، إذ أن الإرادة تكون لما يتراخى وقته و لما لا يتراخى ،و المشيئة تكون لما يتراخ وقته و الدليل على ذلك عندما يقال فعلت كذا شاء زيد أو أبى، على اعتبار إن المشيئة مرادفة للعناية الإلهية ، و بهذا هي أوسع من الإرادة[1]،كما تختلف الإرادة عن القصد لان قصد القاصد مختص بفعله دون فعل غيره ، في حين أن الإرادة مختصة بأحد الفعلين دون الأخر[2].

ثانيا : الإرادة اصطلاحا

لم تحدد التشريعات مضمونا لإرادة ، إلا أن الفقه عرفها بتعريفات عدة نقتصر على بيان أهمها ،فقد عرفها جانب من الفقه بأنها:**"عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معين"**[3] و مع إقرارنا بعمق هذا التعريف و أصالته إلا انه يمكن إن ترد عليه ملاحظة واحدة إذ انه لم يتضمن الإشارة إلى الإرادة الظاهرة و إنما اقتصر على الإرادة الباطنية وحدها في حين إن الإرادة الباطنية لا تشمل كل الإرادة إما هي قسم منها ، بل أنها المرحلة الثانية و الكاشفة لها[4] .

و عرفها جانب فقهي ، أخر بتعريف مطابق تقريبا للتعريف أعلاه و ذلك بأنها : **" أمر نفسي ينعقد به العزم على أمر معين "**، فيؤخذ على هذا التعريف المأخذ نفسها التي وردت أنفا [5].

---

1) يسرى وليد إبراهيم على بك،**إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة**، دراسة مقارنة ،أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الكلية القانون، جامعة الموصل 2003،ص24.

2) محمد رواس قلعة ، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس ، ط1 ، بيروت ، 1985،ص53

3)عبد الرزاق احمد السنهوري ،**الوسيط**، ج1، دار النشر للجامعات العربية ، مصر ، 1952، ص186.

4) عبد المجيد ،**الوسيط في نظرية العقد** ،ج1 ، مطبعة شركة الطبع و النشر الأهلية، بغداد ، 1967،ص124.

5) حلمي بهجت بدوي ، **أصول الالتزامات الكتاب الاول في نظرية** ، مطبعة نوري ، القاهرة، 1943، ص71.

و عرفها جانب أخر من الفقه بأنها: **"محور التراضي و اتجاه نفسي لا يحس بوجوده إلا عند وجود ما يدل عليه"**[1].

و إن أشار هذا التعريف إلى مسالة وجود الإرادة، لأنه بصورة عامة لا يرغب الشخص على سبيل المثال في تناول دواء مر أو الخضوع لعملية جراحية قد تكون مؤلمة لان هذه الأمور تكون بغيضة على جسد الشخص و نزعاته الحسية ، لكن بوجود الإرادة يستسلم لمثل هذه الأمور رغبة منه في الشفاء ، فالخضوع لهذه الأمور دليل على وجود الإرادة، إلا انه جاء بصيغة مقتضبة للغاية ، إذ لم يبين لنا المراحل التي يمكن أن تمر يها الإرادة ، كما انه لا يفي بما نريد الوصول إليه[2].

في حين أن جانبا أخر من الفقه عرف الإرادة بأنها : **مجرد اعتزام الفعل و الاتجاه إليه** و هذا التعريف شمل الإرادة الباطنية بعبارة (اعتزام الفعل) فضلا عن الإرادة الظاهرة بعبارته (الاتجاه إليه) إلا انه لم يأخذ بعين الاعتبار المراحل التي يمكن أن تمر بها الإرادة إذ أشار إلى المرحلة الثالثة و المتمثلة بالتحرك العملي من اجل إبراز العزم الذي هو الإرادة الظاهرة متجاوزا المراحل الأولى للإرادة و المتمثلة بالباعث أو النية و التروي أو التدبر[3].

إلا أن هذا التعريف لا يمكن الاستناد عليه من اجل الوصول إلى تعريف الإرادة في الاصطلاح القانوني خصوصا أن هناك جانبا من الفقه ينتقده هذا التعريف على اعتبار أن التصرف ليس اتجاها للإرادة إنما هو ثمرة و نتيجة لهذا الاتجاه و هو ليس الأثر المباشر لاتجاه الإرادة على

الاعتبار كل ما يصدر على الإنسان بإرادة حرة مدركة يتعلق به إدراكه أولا ثم إرادته ثم قدرته و عليه فان تصرف الإنسان ثمرة قدرته التابعة لإرادته و التابعة لإدراكه ، و بهذا فقد عرف التصرف القانوني بصورة أكثر دقة بأنه كل ما يصدر عن الإنسان من قول أو فعل بإرادة حرة واعية ويترتب عليه القانون الأثر[4].

---

1) مصطفى الزلمي،**المنطق القانوني** ، القسم الثالث ، بحث منشور في مجلة جامعة النهرين للحقوق ، مجلد 4، العدد 5،2000، ص14 .

2) مصطفى الزلمي، **نفس المرجع السابق** ،ص15.

3) زينة غانم العبيدي ، **إرادة المريض في العقد الطبي**، أطروحة شهادة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الموصل- العراق ، 2004، ص13.

4) زينة غانم العبيدي نفس المرجع السابق ، ص13.

يتضح لنا من هذا التعريف أن التصرف القانوني هو ثمرة قدرة الإنسان و هذا لا يعني ثمرة إرادته و من اجل أن يكون التصرف صحيحا يجب أن يكون صادرا عن إدراك ومن ثم إرادة و من ثم قدرة . إلا إننا لو توقفنا قليلا عند هذا القول فسنجد إن الإدراك يقع قبل الإرادة و من ثم فهو ليس مرحلة من مراحل الإرادة
بل هو عملية عقلية يدرك بها الشخص الموجودات من حوله، كما تجدر الإشارة إلى إن الإدراك يختلف عن الانتباه ، لأن الأخير هو تركيز الشعور في شيء ما ، بينما الإدراك هو معرفة هذا الشيء ، فقد ينتبه جمع من الناس إلى موقف معين .

و نطرح هنا على سبيل المثال حالة الشخص المجنون فهو قانونا عديم الإرادة لأنه لا إدراك له أصلا في حين أن القدرة هي صفة للإرادة فيتمكن من خلالها فعل الشيء أو تركه و هي تعبير عن الاستطاعة فلا يمكن جعل التصرف القانوني ثمرة للقدرة إنما هو ثمرة للإرادة التي تقرر و تتحكم في إنشاء التصرف القانوني ، و كل هذا و ذاك يدفعنا إلى عدم التعويل على تعريف التصرف القانوني كأساس للوصول إلى تعريف الإرادة.

فصحيح أن الإرادة هي نشاط نفسي داخلي يتجه إلى غرض بوسيلة معينة إلا أن هذا التعريف لم يحدد لنا المراحل التي تمر بها الإرادة من علم و إدراك و من ثم تحقيق و انجاز أي تنفيذ ما أنعقد العزم عليه.

و مع إقرارنا بكون هذا التعريف و التعريفات السابقة قد أصابت جانبا أو أخر من جوانب الإرادة إلا أن وضع التعريف قد يكون أكثر شمولية و ملائمة لو كان في الشكل الأتي:

"الإرادة هي عمل نفسي يمر عبر مراحل مبدؤها دواخل النفس مقرونة بالعلم و الإدراك و الاختيار و منتهاها المظهر الخارجي المجسد بفعل أو تصرف أو سكوت ملابس[1]".

وعليه فشمولية التعريف تكمن في أنه بينَّ لنا المراحل التي تمر بها الإرادة وهي الباعث أو النية والتروي أو التدبر ومن ثم العزم أو (المشيئة)، و لم يحصر الإرادة بالتحرك الايجابي قولاً كان أم فعلاً إنما شمل الموقف السلبي، أي من خلال الظروف الملابسة للسكوت، **كما**ربط التحرك النفسي بالعلم والإدراك، أي اتجاه الفكر إلى أمر معين ومن ثم اختيار هذا الأمر دون غيره وأخيراً تنفيذه والبت فيه.

---

1)محمود زكي شمس ،**المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية**،ط1، مطبعة خالد بن واليد ، دمشق ،1999،ص431.

فالمريض على سبيل المثال عندما يشعر أن صحته متدهورة فان أول عمل يفكر فيه ويدركه هو حاجته إلى العمل الطبي ومن ثم اختياره للطبيب المختص وأخيراً وصوله إلى مرحلة التنفيذ الفعلي للعمل الطبي وبهذا تلتقي إرادة المريض بطبيبه.

الفرع الثاني: أقسام الإرادة

للإرادة قسمان رئيسين للتعبير عنها حيث نجد أن الإرادة في حالتها الأولى هي مسالة نفسية أو الإرادة الباطنية يجب الكشف عنها بالكلام أو الكتابة أو أية وسيلة أخرى،أي وصول إلى العالم الخارجي , أيا لإرادة الظاهرة ، لذا سنتناول في هذا الفرع إلى تعريف الإرادة الباطنية أولا ثم الإرادة الظاهرة ثانيا .

أولا: الإرادة الباطنية

و تعرف بأنها: القصد إلى وقوع الفعل و العزم على إنشائه مع طيب النفس بما يترتب عليه من أثار و محل هذا القسم هو القلب.

و ما دامت هذه الإرادة في طي الكتمان, فلا يمكن أن تترتب عليها الآثار الشرعية أو القانونية في المعاملات الخاصة ، إذ لا فائدة من عزم الإنسان على بيعه ماله ، أو إجارته ، أو رهنه ما لم يظهر هذا العزم ، و ينقل إلى مجال التعامل الخارجي .

و لهذا فالأخذ بالإرادة الباطنية بدون تحفظ و بناء الأحكام عليها قد يعرض الكثير من المعاملات لعدم الإقرار . إذ من الممكن ان يبدل المتعاقد نيته بفرض العقد ، أو يتحلل من الالتزام أو ينكر تصرفه بادعاء أن إرادته الحقيقية قد اتجهت إلى شيء أخر غير الذي وقع عليه الفعل[1] .

ثانيا : الإرادة الظاهرة

و تعرف بأنها ما يصدر عن الشخص قولا و فعلا ، إظهارا لقصده و نيته و دليلا على رغبته و رضاه بترتب الآثار الشرعية أو القانونية عليه ، و هذه الإرادة هي الدالة على الإرادة الباطنية بوجه عام [2] إلا تبين عكس ذلك أو المعبرة عنها بالكلام الخارجي أو فعل صادر من المعبر المختار، و لولاها لما برز ما في النفس إلى الوجود ، و هي العامل الظاهري في إجراء التصرف ، و تحديد حدوده ، و قيوده الإلزامية .

---

1) محمد بحر العلوم ،**عيوب الارادة في الشريعة الاسلامية**، رسالة دكتوراه ،ط 2 ، دار العلوم – جامعة القاهرة ، 2001،ص 29.

2) محمد بحر العلوم ، **نفس المرجع السابق**، ص 30.

يقول الأستاذ الزرقاء " و إما الإرادة الظاهرة ، و هي التعبير عن الإرادة الحقيقية بكلام ، أو فعل صادر من المتعاقد المختار ، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنية ، ما دامت تلك الإرادة الحقيقية مستورة لا يوجد دليل ينفيها و لما كانت الإرادة الباطنية لم تتعد نطاق النفس ، كان الأمر الظاهر للإرادة الظاهرة التي هي الكاشفة عما في النفس ، و عليها تترتب الآثار الشرعية أو القانونية[1] .

الفرع الثالث : مراحل الإرادة

بعد أن حددنا مفهوم الإرادة لغة و اصطلاحا ثم فقهيا و ميزناها من غيرها من المصطلحات اللغوية الأخرى و بينا أقسامها نتطرق في هذا الفرع إلى المراحل التي تمر بها الإرادة،إذ تمر الإرادة قبل الإعلان و الكشف عنها بمراحل عديدة منهامرحلة الشعور بالغرض أو الباعث أو الداعي أو النية كما تسمى، ويعدّ الباعث أو الداعي بمثابة المحرك الأول للإرادة، فمتى وجد الداعي في نفس الإنسان ولقيَّ قبولاً، هنا تتكون النواة الأولى للإرادة.

فلابد من وجود الغرض الباعث على العمل والشعور به فكلما كان الشعور بالغرض واضحاً والباعث قوياً أثرَّ ذلك في الإرادة وكان جازماً لها فالإرادة لا تنهض ما لم يأت إليها رسول العلم أو الباعث وفي أغلب الأحوال يكون الباعث من نتائج الحس أو التَخَّيل أو التفكير[2]،

والباعث يتأثر قوةً وضعفاً بعدة أمور كالحاجة أو المصلحة فكلما كانت الحاجة أو المصلحة قوية، قويَّ الباعث معها، أما إذا لم تكن كذلك فسوف ينقضي الباعث عند هذا الحد ويتلاشى ومن ثم لا يكتب للإرادة أن تولد أو تتطور[1].

1)مصطفى احمد الزرقاء ، **المدخل الفقهي العام**، ج 1 ، دار القلم ، بيروت ، 1996،ص 382.

2)زينة غانم العبيدي ،**المرجع السابق**، ص 20.

وبناءً على هذا فإنه كلما كانت صحة الإنسان متدهورة بدت حاجته ومصلحته قوية لمراجعة الطبيب المختص وهكذا.
كما يتأثر الباعث بالقدرة أيضاً فعندما تكون لدى الشخص قدرة على الإقدام على الأمر يتولد في نفسه باعث أو ميل للإقدام عليه، أما إذا لم تكن لديه القدرة على الإقدام عليه، فان الباعث أو الداعي سوف يتلاشى ومن ثم سوف لا تولد الإرادة وذلك لأن القدرة هي الصفة التي تؤثر في قوة الإرادة.
فعندما يشعر الإنسان بأن صحته غير جيدة يتولد في نفسه باعث أو داعٍ لمراجعة الأطباء وهذا الباعث هو النواة الأولى لإرادة المريض، فكلما كانت حاجته إلى العمل الطبي قوية انعكس ذلك على الباعث ومنحه القوة؛ أما إذا لم تكن حاجته إلى العمل الطبي قوية فسوف ينقضي هذا الباعث ويتلاشى، وكلما كانت لديه القدرة على الإقدام على العمل الطبي وتحمله تطور الباعث أو الداعي وبالعكس؛ كلما كانت قدرته ضعيفة على الإقدام على العمل الطبي تلاشى الباعث أو الداعي وتلاشت الإرادة قبل ظهورها.
أما عن المرحلة الثانية للإرادة فهي: مرحلة التروي أو التدبر؛ حيث يزن الشخص الأمر ويتدبره، وهذه المرحلة تعتمد على التفكير والعقل في تمحيص البواعث المتعددة التي تبدو أمام الإنسان، فقد تتعارض الميول وعند تعارضها يقتضي الأمر بوجوب التفكير والتروي وتحكم العقل ضمن هذه المرحلة.
فالمريض بعد أن يقوى باعثه لحاجته إلى العمل الطبي وقدرته على الإقدام عليه يدخل في مرحلة ثانية من مراحل الإرادة، إذ يتروى ويزن الأمر بعقله، فإذا ما اقتنع به وذلك من خلال البواعث والميول التي توصله إلى هذه المرحلة هنا نتحول إلى مرحلة أخرى من مراحل الإرادة ألا وهي العزم[1].
وكأن المريض في هذه المرحلة تطرح أمامه عدة اختيارات فبعد ترويه يرجح إحدى هذه الاختيارات على غيرها، فهو إما يرجح الإقدام على العمل الطبي لاقتناعه بعد ترويه أن هذا الأمر لابد منه، أو أن يرجح العزوف عنه لاقتناعه أن صحته لا تتطلب الخضوع لأية تداخلات طبية.
والمرحلة الثالثة والأساسية هي مرحلة العزم أو المشيئة ويتحقق العزم بالاستقرار على رأي معين مع عقد النية على تنفيذه والتصميم عليه دون تراجع، وهذا العزم لابد أن يكون حاسماً وصادقاً أي لا يكون فيه تردد أو مجال لميل آخر.

1)زينة غانم العبيدي ،**المرجع السابق**،ص 20.

فالمريض بعد تجاوزه مرحلة الباعث والتدبر يصل إلى المرحلة الثالثة وهي العزم إذ يستقر رأيه وتنعقد نيته على تنفيذ العمل الطبي والتصميم عليه دون أي تردد أو تراجع، فالمرحلة الأخيرة من مراحل الإرادة هي التنفيذ وهذا إما أن يكون سلبياً أو ايجابياً أي بترك العمل أو القيام به.
فهذه المراحل الثلاث (الباعث، التروي، العزم أو المشيئة) تدخل تحت نطاق الإرادة الباطنية؛ لأن الإرادة الباطنية تمر بهذه المراحل قبل التعبير عنها وبانتهاء هذه المراحل تنتقل الإرادة إلى العالم الخارجي، وهذا ما نطلق عليه الإرادة الظاهرة التي تتخذ وسائل وطرقاً عديدة للتعبير عنها كاللفظ والكتابة والإشارة والتعاطي.

المطلب الثاني :دور الإرادة في تكوين العقد

تعتبر الإرادة عنصر جوهري في التراضي ، و الذي يتم فيه الطرفان تبادل التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ، إلا انه غالبا ما يسبق مرحلة الإيجاب مرحلة تمهيدية و ذلك لمناقشة الطرفان أفكارهم قصد الوصول إلى العقد النهائي.

الفرع الأول: دور الإرادة في مرحلة المفاوضات

تتمثل الإرادة في مرحلة المفاوضات، بأداء احد أطراف العقد لرغبته في التعاقد في مجال معين و ذلك بإخبار الطرف الأخر بهذه الشروط و هي مرحلة استكشافية تحدد فيها التزامات و حقوق طرفي العقد بالموازنة بينهما من خلال تكريس الحرية إلى التفاوض فإذا وجد المتعاقد مصلحة في إبرام العقد فيتعاقد ، فإذا رأى عكس ذلك فله الحرية في عدم التعاقد[1].

أولا: حرية الأفراد في إجراء المفاوضات

المفاوضات هي بذل مجهود للوصول إلى تفاهم متبادل ، و قبول كل طرف ما يعرضه للطرف الأخر من العقد من وجهات نظر حول موضوع العقد النهائي ، فهاذ لا يعتبر عقد نهائي إلا بعد اخذ و رد بين الطرفين[2].

للمفاوضات دور كبير سواء قد تحقق إبرام العقد أم لا ، فنجاح المفاوضات دور كبير قد يمنع من حدوث أي نزاع بعد تنفيذ العقد إذ كل طرف قد يتبين له حقيقة الوضع، كما يوضح

---

1)أجعودأزواو، ايت موعوب نونور،**دور الإرادة في إنشاء العقد**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية ، 2017، ص 6.

2) عبد الرحمن بوفجلة ،**دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص القانون الخاص , كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2008،ص 16.

التزامات كل طرف في العلاقة التعاقدية في حالة الوصول إلى إبرام العقد النهائي . كما انه قد يتطلب طبيعة العقد جوانب فنية خاصة كالتجربة و الاستعانة بالخبرة و التشخيص الدقيق ،و هذا لا يكون إلا في مرحلة التفاوض.

الأصل وفقا لمدا سلطان الإرادة و حرية التعاقد و هو حرية التفاوض ، فلا إلزام بالبدء بالتفاوض لإبرام العقد , كما يجوز العدول عن المفاوضات أو قطعها في أي وقت و لو في مرحة متقدمة منها, و له أيضا حرية رفض التعاقد إذا اقتضت مصلحته ذلك ،كما له حرية اختيار الطرف الأخر ، فهنا المتفاوضان لا يجبرون على شيء ، و المناقشة ليست التزاما بل هنا يكون عرض و استماع لوجهات النضر ، و الدخول في المفاوضات ليس بالضروري الوصول إلا إبرام عقد نهائي ، إذ تعتبر مجرد عمل مادي يقوم به أطرافها لا ترتقي إلمرتبة التصرف القانوني إذ رغم انه في بعض الحالات يلجا الطرفان إلا بعض الاتفاقيات المؤقتة لهدف تنظيم علاقات ضمن مرحلة ما قبل التعاقد و ذلك قصد إنجاح المفاوضات، إلا انه لا تكون المفاوضات ملزمة و هذا مراعيا لمبدأ الحرية التعاقدية، بل يجوز للمفاوض أن ينسحب في أي وقت و لو كان هو الذي دعا إلى التفاوض .

تمر مرحلة المفاوضات عبر ثلاثة مراحل ، تبدأ بدعوى احد الأطراف و ذلك لغرض التدبير وصولا لغرض صياغة الإيجاب **فالمرحلة الأولى** هي مرحلة دعوى إلى التعاقد ، و هنا يسمى الطرفان أو احدهما إلى إخضاع الطرف الأخر لمضمون العقد ، و تعتبر هذه المرحلة تحضير للتعاقد و يجب أن تتضمن هذه المرحلة ما يكفي من البيانات الواضحة و الكافية بدون لبس أو غموض [1].

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة التدبير و هنا يقوم الطرفان بعرض و مناقشة الشروط الأساسية و الجوهرية للعقد و البنود المتعلقة به ، إلا أنها لا تكون ملزمة لأي طرف رغم أهمية هذه المرحلة و تجدر الإشارة إلى أن الشخص الذي يرغب في التعاقد إذ تجاوز المرحلتين السابقتين اعتبر إيجابا و ملزما[2] .

والمرحلة الثالثة تكون في هذه المرحلة بعد إتمام المراحل السابقة ، و يكون فيها صياغة الإيجاب و تحديد كل العناصر اللازمة لقيام العقد المراد إبرامه في حالة اقترانه بالقبول.

---

1) العربي بلحاج ،**الايطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري**، دار وائل للنشر , الجزائر ، 2010، ص 39.

2) سيهام قرد ، **المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجزائر ،2006، ص 2.

ثانيا : العدول عن إجراء المفاوضات

الأصل انه الشخص حر في التفاوض و العدول عنها لا يلزم صاحبها اي مسؤولية عقدية و ذلك انطلاقا من مبدأ حرية التعاقد فيجوز لأي طرف أو كلاهم ان يضع حدا للمفاوضات و يرفض الاستمرار فيها ، و أن يقطعها دون قيام المسؤولية من ذلك و دون أن يترتب أي اثر قانوني.

ما دام أن الطرفان هم في علاقة خارج إطار التعاقد و رغم ارتكابهم لبعض الأخطاء في هذه الفترة فلا مجال لإقامة المسؤولية على أساس الخطأ ، لأنه لا توجد رابطة عقدية بين الطرفين لكن إذا كان الخطأ هو مخالفة لالتزامات يفرضها القانون في مرحلة المفاوضات ،

كالتزام البائع بالضمان مثلا فهنا نكون أمام مسؤولية عقدية للبائع ، فإذا أخفى البائع عن المشتري عيبا في الشيء المبيع من قيمته فانه يلتزم بضمان العيوب الخفية, بالرغم من أن

هذا العيب اسند إلى خطأ وقع في المرحلة السابقة من التعاقد ، حتى القضاء الفرنسي لم يدرج الخطأ لوحده لقيام المسؤولية ، بل اعتبر سوء النية أيضا سببا لقيام المسؤولية فمثلا إن كانت نية في المفاوضات هو منع طرف أخر في الدخول في المفاوضات ، أو الحصول على سر من الأسرار ، أو اللجوء إلى التفاوض ترمي إلى تحقيق غرض غير مشروع[1]، إلا انه بالرجوع إلى قواعد القانون المدني الجزائري نجد أن التخلي عن المفاوضات ترتب مسؤولية تقصيرية على قطعها، لقيام المسؤولية يستوجب توفر شروط المسؤولية التقصيرية و هي ثلاثة أن يرتكب شخص خطأ يسبب ضررا للغير يستوجب عليه التعويض ، أي نفهم هنا وجب توفر الخطأ قبل المفاوض تسبب ضررا للغير بعلاقة مباشرة و بالنسبة للشرط الأول إلا و هو عنصر الخطأ ، فقطع المفاوضات بخطأ نتج عنه ضرر للطرف الأخر فيستحق هذا الخير و ذلك وفقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري تعويضا عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الخطأ [2] .

و الشرط الثاني و هو عنصر الضرر ، إذ يشمل تعويض الضرر المادي و المعنوي الذي لحق بالطرف الأخر الذي تضرر جراء قطع المفاوضات ،و يشترط في الضرر أن يكون وجدي , و أن يقوم على عنصرين هما الخسارة التي كفت المضرور و الكسب الذي فاته[3]، و هذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 182 من ق.م.ج التي نص فيها على ما يلي **" ....إذا لم يكن**

---

1)عبد الرحمن بوفجلة، **المرجع السابق** ،ص23.

2)المادة 124 من القانون 05-10 متضمن **ق, م, ج** مؤرخ في 20 يونيو 2005،ج.ر.ج. ج ،عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو2005،ومعدل بالقانون 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج. ج ،عدد 31، صادر بتاريخ 13 مايو 2007.

3)أجعودأزواو، ايت موعوب نونور، المرجعالسابق ، ص 10 .

التعويض مقدرا في العقد , أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره , و يشمل كل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ".

أما العنصر الثالث و الأخير فهو علاقة السببية و بالنظر إلى المادة 176 ق.م.ج يتضح انه علاقة السببية مفترضة حيث لا يكلف الدائن بإثباتها ، بل عليه إثبات الضرر و الخطأ، أي وجود قرينة سببية مباشرة بين الخطأ و الضرر ، الذي ارتكبه المتفاوض العادل من جراء قطع المفاوضات أو إخلال بالالتزام .

و عليه فالدخول في المفاوضات ثم قطعها لا يترتب عنها أي مسؤولية إلا إذا ثبت الخطأ بموجب المسؤولية التقصيرية[1].

أخيرا نستنتج أن القانون قد ضمن للأطراف حرية إجراء المفاوضات و حتى العدول عنها و لو في وقت متقدم منها و اشترط حسن النية ، و رتب مسؤولية في حالة وجود خطأ و تعسف في استعمال الحق و هذا حماية للطرف المضرور.

1)عبد الرزاق دربال، **الوجيز في نظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام**، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص63 .

الفرع الثاني : دور الإرادة في إبرام العقد

أولا: طرق التعبير عن الإرادة

إن الإرادة عمل نفسي لا يعلمه إلا صاحبه فلا يعتد بها القانون إلا بالتعبير عنها ، و يجب أن يكون المعبر عنها مؤهلا قانونا و الأصل في التعبير يكون صريحا و هذا ما قضت به المادة 60 من ق.م.ج، و قد يكون التعبير ضمنيا في حالة عدم الاتفاق على التعبير الصريح [1].

أ - التعبير الصريح و التعبير الضمني

تطرق المشرع الجزائري إلى الإرادة و ذلك في الفقرة الثانية للمادة 60 من ق.م.ج على انه **" يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا أذا لم ينص القانون صراحة أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"** و نستنتج حسب هذا النص انه هناك نوعين من صيغ الإرادة التعبير الصريح و التعبير الضمني[2].

1 - التعبير الصريح

يكون التعبير الصريح عن طريق الكلام الواضح و ذلك بالألفاظ التي تدل على إرادة الشخص و قد تكون هذه الإرادة مباشرة أو غير مباشرة كالمخاطبة أو عن طريق وسائل الاتصال و قد يكون التعبير سواء عرفي أو رسمي ، كما انه يمكن أن تكون هذه الأخيرة باليد أو بواسطة الوسائل الحديثة أو بأية طريقة أخرى[3].

2 - التعبير الضمني

يعتبر التعبير الضمني هو ذلك التعبير الذي يكشف عن الإرادة بطريقة غير مباشرة ، إلا انه يمكن معرفة دلالة التعبير من ظروف و مواقف يوجد فيها الشخص ففيهم منها إن إرادته انصرفت إلى معنى معين.

---

1)محمد تقية، **الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة السلامية**، دار الأمة، الجزائر، 1995، ص 06.

2)المادة 60 من القانون 05-10 متضمن **القانون المدني الجزائري** المعدل بالقانون 07-05.

3)أجعود أزواو , ايت موعوب نونور , **المصدر السابق** , ص 12 و 13 .

إن مظاهر التعبير عن الإرادة سواء كان ضمنيا أو صريحا لا فرق بينهما من حيت الأثر القانوني ، لكن هناك حالات نص عليها المشرع الجزائري لا يكفي فيها التعبير الضمني بل يستلزم التعبير الصريح , مثل ما نص في المادة **331 من ق.م.ج** تنص على انه **" لا تكون الدفاتر و الأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيين :**

-إذا ذكر فيها صراحة انه استوفى دينا .

- إذا ذكر فيها صراحة انه قصد بما دونه في هذه الدفاتر و الأوراق أن تقوم مقام السند لمن اثبت حقا مصلحة".

ب- السكوت و دلالته في التعبير عن الإرادة

في الأصل أن السكوت لا يعتبر تعبيرا عن الإرادة , لكن بصفة استثنائية قد يعتبر السكوت على انه قبول , فعلى غرار التشريعات الأخرى فان القضاء الفرنسي اعتبر أن الصمت الموجب إليه لا يمكن أن يكون من حيث المبدأ إلى قبولا ,

و يظهر ذلك في قرار المحكمة النقض الفرنسية , في قضية كانت تتعلق ببدل إيجار , و تفاصيل هذه القضية أن احد المؤجرين كتب إلى اثنين من المستأجرين لديه[1]و رغبة منه في تحصيل مستحقاته من الأجور عن مدة سابقة عرض عليهما تخفيضها إلا انه لم يقم و لا احدهما بالرد و لدى رفع دعوى يطالبهما بكامل قيمة الأجر المستحقة ,حيث أعلنت المحكمة انه نشا عقد بين المؤجر و الطرفين

المستأجرين بخصوص تخفيض الأجور حيث أن الإيجاب كان لمصلحة الموجب إليه و إن مجرد السكوت من هذا الطرف بشكل قبولا للإيجاب.

أما فيما يخص موقف المشرع الجزائري أخذ بهذا الاستثناء في نص المادة 68 ق.م.ج، حيث على ثلاثة حالات يصلح فيها السكوت دليل على القبول، وهي واردة على سبيل الحصر فيما يلي:

- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينظر تصريحا بالقبول ومثال ذلك، أن يرسل المصرف بيان للعميل عن حساب لديه، يذكر فيه أن عدم الاعتراض عليه خلال مدة معينة، يعتبر إقرارا له.

1)يزيد أنيس نصير، **السكوت دائرة في إبرام العقد، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون**، العدد 1، جويلية 2003، ص 299.

- إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين بمثال ذلك ما تعود عليه تجارة التجزئة من إرسال بيان بالبضاعة المطلوبة من تاجر الجملة، فإن سكوت هذا الأخير يعتبر قبولا لطلب تاجر التجزئة.

- في حالة كون الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فإن السكوت من يوجه إليه الإيجاب يعتبر قبولا ومثال ذلك عرض الهبة على الموهوب له فيسكت، فإن سكوته يعتبر قبولا. و هذا بالنسبة للسكوت الملابس[1].

لكن نجد نص المادة 355 فقرة 01 تنص على أنه **"في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة وإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليه فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة وفي مدة معقولة يعينها البائع، إذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا. ..."** وهذه الحالة هي حالة إقرار القانون بصلاحية السكوت كتعبير عن القبول[2].

أخيرا نستنتج السكون الملابس عندما تحيط به ظروف خارجية سابقة عليه أو لاحقة تشير إلى نية القبول، فيكون سكوته على أنه قبولا في هذا الوضع وغير مباشر تتطابق الإرادتين.

ج: أثر الموت ونقص الأهلية في التعبير عن الإرادة

تنص المادة 62 منق.م.ج على ما يلي: **" إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثاره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل"**.

1) المادة 68 , من القانون 05-10 متضمن **القانون المدني الجزائري**المعدل بالقانون 07-05.
2)السعدي، **مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام**، القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول،دار الكتاب الجديد، الجزائر، 2003، ص 98.

فالموت وفقد الأهلية اللذان يصيبان من أصدر التعبير لا أثر لهما عليه فيعتبر صحيح وينتج أثاره،ومنه نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالإرادة الظاهرة دون الباطنية، فهي حالة صدر التعبير من شخص ثم مات ينتج أثاره القانونية مباشرة بالرغم من موته أو فقدان أهليته. يتضح حكم المادة 62 من ق.م.ج ثلاثة حالات:

1- أثر الموت أو فقد الأهلية في الإيجاب

2- أثر الموت أو فاقد الأهلية بالنسبة للقبول

3- أثر موت من وجب إليه التعبير أو فقد أهليته

و في هذه الحالة يسقط الإيجاب إذا توفى أو فقد أهليته قبل وصول الإيجاب إلى علمه، فلا يحل الورثة محله. أما من وجه إليه التعبير في حالة الوفاة، أو فقدان الأهلية بالنسبة لمن وجه إليه الإيجاب بعد اتصاله

بالإيجاب، أي بعد علمه، ولم يصدر منه القبول سقط الإيجاب الآن الإيجاب رخصة شخصية لا تنتقل إلى الورثة أو النائب في حالة الوفاة[1].

ثانيا : تطابق الإرادتين

إن جوهر العقد هو الرضا بين الطرفين، أي أن تكون هناك إرادة للتعاقد في كلا طرفي العقد، وأن تتجه إلا إحداث أثر قانوني معين وهذا لا يكفي لإنشاء العقد وتكوينه، بل يجب أن تتوافق إرادتا الطرفين أي اقترانهما ببعضهما، ويتم ذلك عن طريق الإيجاب والقبول أو اقتران الإيجاب بالقبول ثانيا وذلك للتمييز بين حالتين تعاقد في مجلس العقد أو المتعاقد عن طريق المراسلة[2].

أولا: تطابق الإيجاب والقبول

عرف الإيجاب بأنه التعبير البات عن إرادة أحد الطرفين موجه إلى الطرف الآخر، بقصد إبرام عقد بينهما، وهنا يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في التعاقد. ويمر الإيجاب بثلاثة مراحل هي:

أ- مرحلة العرض

يشترط في العرض أن يكون إيجابا وأن يتضمن طبيعة العقد [3]المراد إبرامه وعناصره الأساسية، وهنا يجب التمييز بين الإيجاب والمبادرة إلى التعاقد فهذه الأخيرة هي مرحلة يتقدم الإيجاب.

---

1)أجعودأزواو , ايت موعوب نونور , **المصدر السابق** , ص 20.

2)عائشة مساهل، القيود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013، ص 17.

3) علي فيلالي, الالتزامات , النظرية العامة للعقد , موفم للنشر, الجزائر ,2008 ,ص 08 .

يكون الهدف منها انطلاق المفاوضات وهي مجرد مرحلة استطلاع للآراء، وإبداء اقتراحات غير دقيقة، وهذا يعني أنها العقد فهو يكشف النية القاطعة للموجب في إبرام العقد وعدم توفره على الشروط يعتبر وعدا بالتعاقد، كإعلان شخص لبيع سيارته دون ذكر ثمنها.

فالإيجاب والعقد بالتعاقد يختلفان بخصوص طبيعتهما القانونية فالإيجاب تعبير عن الإرادة من طرف واحد، بينما الوعد بالتعاقد عقد يجسد اتفاق إرادتين لإبرام عقد مستقبلي سواء كان ملزم الجانب واحد أو لجانبين.

ب- مرحلة المفاوضات

هناك عقود تنعقد عادة دون مفاوضات، فيصدر الإيجاب مباشرة كالعقود التي تأخذها العادة في الحياة اليومية كشراء الخير مثلا أو صحيفة أو المأكل...الخ

وهناك عقود أخرى يستلزم لإبرامها إجراء مفاوضات قد تصل إلى جانب بات ونهائي، كعرض منزل للبيع أو الإيجار دون ذكر الثمن أو الأجرة.

وكما أشرنا أن للفرد الحرية في إجراء المفاوضات والعدول عنها إلا أنه إذا اقترن العدول بخطأ يرتب على مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ، والمكلف في إثبات الخطأ هو الطرف الأخر أي المتضرر، وله الحق في طلب التعويض وإذا أثبت ذلك.

ج- مرحلة الإيجاب المعلق

وفي هذه المرحلة تنتهي المفاوضات بإيجاب يشمل كل العناصر لكن يكون معلق على شرط، كعرض شخص للتعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل الثمن طبقا لتغير الأسعار، فيكون الإيجاب معلق بشرط عدم تغيير الأسعار[1].

د- مرحلة الإيجاب البات

في هذه المرحلة تظهر إرادة الموجب لإحداث أثر قانوني، وهنا يخرج الإيجاب من دور المفاوضات والتعليق ويصبح إيجابا باتا، ومعرفة مسألة وصول الإيجاب إلى هذه المرحلة أمر صعب لكونه مرتبط بصاحبه فهي مسألة وقائع يفصل فيها قاضي الموضوع طبقا لظروف كل قضية إذا كان الإيجاب محدد المدة لا يجوز للموجب العدول عنه قبل انتهاء المدة لما تقتضيه المعاملات من ثقة واستقر، سواء كان تحديده صراحة أو ضمنيا.[2]

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 63 من قيم التي تنص على ما يلي **" إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة.**

1) العربي بلحاج, **المصدر السابق** , ص 173 .
2) علي فيلالي , **المصدر السابق** , ص 108.

ونستنتج من خلال هذه المادة انه ينعقد العمل بمجرد صدور القبول في الموعد المحدد، قد يكون أجل القبول ضمنيا يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.

ثانيا: اقتران القبول بالإيجاب

درسنا فيما سبق وجود الإرادة وكيفية التعبير عنها والآن وصلنا إلى المرحلة الأخيرة وهي ضرورة اقتران الإيجاب بالقبول، وهذا لانعقاد العقد، وهو الذي يحدد الوقت الذي ينعقد فيه العقد ومكان إبرامه، ولتحديد زمان ومكان إبرام العقد يجب التمييز بين فرضيتين، الأولى أن يكون الطرفان في مجلس واحد،

أي التعاقد بين حاضرين، والثانية أن يبعد المكان بين الطرفين حيث تمضي فترة زمنية بين الإيجاب والقبول، وهذا ما يسمى بالتعاقد بين غائبين.

أولا: التعاقد بين حاضرين

تنص المادة **64** الفقرة الأولى من **ق.م. ج** على أنه**"إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد الشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل .**

المقصود بمجلس العقد أن يكون الطرفان على اتصال مباشر، أي لا يفصل الإيجاب بالقبول مدة زمنية ولكي يتحقق ذلك يجب اجتماع طرفي العقد في مكان واحد، وقد يكون ذلك رغم عدم لاجتماع في مكان واحد لكن يكون بينهما اتصال مباشر، يجعل الموجب بعلم بالقبول أثناء صدوره وذلك عن طريق الهاتف أو طرق أخرى.

ثانيا: التعاقد بين غائبين

هذا ما يسمى أيضا بالتعاقد بالمراسلة، وهنا المتعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد، فتكون فترة زمنية بين صدور الإيجاب والقبول[1].

الفرع الثالث :مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد

إن القاعدة العامة هو التزام الطرفان بتنفيذ العقد وفقا للمضمون الذي حدده الطرفان، وهذا ما ورد في المادة 106 من قم، ج، إذ يكون ملزم التنفيذ على الطرفان في حالة صحته، فلا يمكن لأحدهم أن ينفرد لا بتعديله ولا ينقضه بإرادته المنفردة، وهذا استقرار للمراكز القانونية، والالتزام الذي نشأ يأخذ نفس قوة الإلزام الذي يتميز بها القانون[2].

1)أجعود أزواو , ايت موعوب نونور , **المصدر السابق** , ص 25,
2) عبد الرحمن بوفجلة**, المصدر السابق** ,ص37.

وتستند القوة الملزمة للعقد إلى عدة قيم على غرار القانون والتشريعات المختلفة، فحتى الشارع عز وجل قد أوصى؛ وذلك بقوله تعالى: **"يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"** ذلك في الآية الأولى من سورة المائدة، وكذا مبدأ حسن النية ومبادئ الاستقرار في العلاقات المالية تفرض احترام أطراف العقد الالتزامات أقروها وألزموا أنفسهم بها.

الالتزامات بتنفيذ العقد له باعث ديني واجتماعي وأخلاقي قبل أن يكون قانوني، ومادام أنه الإنسان لا يمكن أن يعمل عكس مصلحته، إذ في خارج نطاق القانون لا يمكن إجبار أحد على تنفيذ التزام معين.

إذن بالقوة الملزمة للعقد شريعة المتعاقدين مصدران، الأول وضعي نابع عن المبادئ العامة التي كرسها القانون، والثاني شخصي تابع عن إرادة الطرفين.

مهما كان الباعث إرادي أو أخلاقي ففي حالة غياب هذا الأخير، القانون هو أحسن ضمان لإضفاء الطابع الإلزامي للعقد، فدخل القاضي ليس فقط لإرغام الطرف العاصي بل حتى لتوفير التنفيذ وفقا لمبدأ حسن النية، إلا أنه يمكن اعتبار الإرادة سلطة إلزام مستقلة، فلا يمكن إجبار المتعاقد على تنفيذ التزامه ما لم يوجد إلزامية التنفيذ في القانون الوضعي المنصوص عليها في ق.م.ج .

المبحث الثاني:العقد الطبي

تعد مسألة تعريف العقد الطبي وتحديد مفهومه وتمييزه مما يشتبه به من عقود، وبيان أركانه و خصائصه مسألة في غاية الأهمية خصوصا أن الكثير من المهتمين بدراسة هذا النوع من العقد لم يوردوا تعريفة ملائمة له، إذ اكتفوا بتعريف العمل الطبي وحده على اعتبار أن العقد الطبي عقد يبرم بين الطبيب والمريض وهي مسألة بديهية، كما أن الكثير من الفقهاء قد خلط بين العقد الطبي وغيره من العقود، فهناك من يرى أن العقد الطبي هو عقد عمل أو إجارة خدمات.

وذهب آخرون إلى أنه عقد مقاولة، صحيح أن العقد الطبي قد يالتبس في بعض جوانبه مع هذه العقود إلا أن هذا لا يعني التطابق بينهما، كما حرصنا ضمن إطار هذا المبحث على تمييز العقد الطبي من عقد الاستشفاء لأنهما يشتركان في الغاية إلا أنهما مختلفان في عدة وجوه، فضلا عن تمييزه عن عقد العمل وعقد المقاولة.

في ضوء ما تقدم فان هذا المبحث ينقسم إلى مطلبين نتناول في الأول: تعريف العقد الطبي و أركانه و خصائصه ، وفي الثاني: تمييز العقد الطبي مما يشتبه به من عقود الأخرى.

المطلب الأول :تعريف العقد الطبي و أركانه وخصائصه

اختلف الفقهاء الدارسون القانون على ماهية العقد الطبي ، لأنه من العقود الحديثة النشأة، فصعب عليهم تحديد طبيعته القانونية التي تنظمه فهو ليس من العقود التي يتعامل بها الأفراد من الأزل، فالعقد الطبي يعتبر من المسائل التي أولى لها الفقه والقضاء اهتماما كبيرا مؤخرا، و ذلك بالتطرق إلى مفهوم و كذا طبيعته القانونية و تمييزه عن بقية العقود الأخرى[1].

الفرع الأول: التعريف التشريعي و القانوني للعقد الطبي

يعتبر العقد الطبي من العقود الشائعة في الآونة الأخيرة , و هو يعتبر عقد بين الطبيب و المريض محله المريض يلتزم الطبيب بمقتضاه بفحص المريض و تشخيص مرضه و علاجه بمقابل او بدون مقابل , لذا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف العقد الطبي تشريعا و قانونيا [2].

أولا : التعريف التشريعي للعقد الطبي

عرف فقهاء الشريعة العقد على أساس عام، و أخر خاص، فعندهم المعنى العام يقصدون به المعني القريب إلى المعنى اللغوي الشائع عند فقهاء المالكية و الشافعية ، و كذا الحنابلة و هو كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء و الطلاق و اليمين أم

---

1) زقان رزقية , زراري جويدة , **العقد الطبي** , مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ,تخصص القانون الخاص , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية, 2014, ص 5.

2) حسني محمود عبد الدايم , **عقد اجارة الأرحام , بين المحظور و الإباحة** , ط1, دار الفكر الجامعي , مصر, 2007 , ص 33.

ما أحتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع، والإيجار والرهن ، و يضيف الجصاص في قوله **"العقد ما يعقده العاقد على أمر بقطه هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه" ،** بالرجوع للمعنى الخاص للعقد فيرون أنه عبارة عن ارتباط إيجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله أو بعبارة أخرى كما يقول هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر على وجه يظهر أثره في المحل، و ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام أحد المتعاقدين

ثانيا : التعريف القانوني للعقد الطبي

بالرجوع للتعريف القانوني للعقد نجد أنه من أهم المصادر في النظرية التقليدية، الذي خصه القانون المدني بسبعين مادة، و لقد أخذ المشرع بالنظرية الشخصية التي أخذت من القوانين اللاتينية، و التي تأثرت بالقانون الروماني أو بالنظرية المادية الجرمانية. و لقد أدرجت المادة 54 من الأمر رقم 75- 58 المتضمن القانون المدني الجزائري والتي تنص على**"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "**، إلا أن هذا النص المنقول و المقتبس من القانون المدني الفرنسي في نص مادته **1101** الذي كان على هذا النحو العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما هو نفسه النص الأصلي فلم يغير منه شيء سواء في معناه أو مضمونه[1].

ونجد تعريف أخر للعقد على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ومن خلال هذا نستدل إلى القول بأن **"العقد الطبي هو إلزام ببذل عناية و ليس التزام بتحقيق نتيجة فبموجب هذا الأخير الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو تحقيقه نسبة محددة على صحة الإنسان كلية و إنما يلتزم ببذل العناية اللازمة وذلك بالوسائل المناسبة لهذا الغرض الإنساني الجليل"** و هذا ما أدى بمحكمة النقض الفرنسية بإصدار قرارها القاضي بأن**"يلتزم فقط بإعطاء المريض العلاج بصفة واعية و جادة وفقا للمعطيات الحالية للعلم"**[2].

و يضاف للتعريف القانوني وجوب توفر الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين و يكون العقد باطلا لعدم توافر الشروط المطلوبة التي ينص عليها القانون و ذلك في أوضاع معينة لانعقاد العقد فنجد دائما أن مفهوم العقد في الفقه الإسلامي أشمل منه في القانون. لأنه يشمل جميع أنواع العقود سواء كانت معدة لإنشاء علاقة ذات طابع مالي، أو اقتصادي كعقود المعاملات (البيع)... ، و هذا على خلاف القانون الذي يركز على العلاقات التي هي ذات الطابع المالي في غالبية الأحيان[3].

---

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق** , ص6.

2) محمد صبري السعيدي .**شرح القانون المدني الجزائري , النظرية العامة للالتزامات** , ط1, ج1, دار الهدى , الجزائر , 2004 , ص 24.

3) حسني محمود عبد الدايم , **المصدر السابق** ص,30.

وما تجدر الإشارة إليه، أن العقد من الناحية القانونية هو أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكلا المتعاقدين، أما بالنظر الفقهاء الشريعة فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة.

إن التعريف الذي يأخذ به عادة في العقد الطبي هو " **اتفاق بين الطبيب وزبونه يلتزم بموجبه الأول بأن يقدم للثاني خدماته الفنية مقابل أجرة يدفعها هذا الأخير وتتمثل الخدمات الفنية التي يلتزم الطبيب بتقديمها للزبون في الاعتناء بصحته من خلال الوقاية من الأمراض أو تشخيصها أو علاجها أو القيام بغيرها من الأعمال الطبية المشروعة و ذلك وفق الضوابط المستقر عليها في علم الطب و القانون أيضا.**"فمن هذا التعريف يتراء للقارئ أنه هو المناسب و الراجح لكل التعريفات السابقة الذكر للعقد الطبي، لأنه يشمل التزامات الطرفين(خدمات فنية مقابل أجر)[1].

الفرع الثاني : أركان العقد الطبي

يعتبر التراضي الركيزة الأساسية في تكوين العقد , و عند تحليل فكرة التراضي نجد انها تستوجب توفر عنصرين أساسين هما المحل و السبب , و عليه بتوفر هذه الأركان الثلاثة يكون العقد الطبي قد تكون , إلا انه يشترط في بعض الأحيان توفر ركن أخر إلا و هو ركن الكتابة, و لهذا سنتناول في هذه الفرع أركان العقد الطبي كل ركن إلى حدا بدءا بركن التراضي ثم يليه ركن المحل , متبوعا بركن السبب , و أخيرا الكتابة .

أولا : التراضي كركن في العقد الطبي

لقد أولى المشرع أهمية بالغة لركن الرضا و ذلك في نص المادة 59 من ق.م، ج. التي تنص على" **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**[152]"وطبقا لمحتوى هذه المادة فإنه يتم التراضي بتطابق الإيجاب والقبول الذين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني، كما يجب أن يصدر هذا الإيجاب والقبول من طرفين تتوفر فيهما أهلية التعاقد, و طبقا لهذا المبدأ سوف نتطرق إلى الأهلية القانونية للمتعاقدين و وجوب توفر رضا المتعاقدين .

أ -الأهلية القانونية للمتعاقدين كركن في العقد الطبي

حتى يستطيع الفرد إبرام أي عقد لابد أن تتوفر فيه الإرادة المتمثلة في القدرة على اتخاذ موقف أو قرار ، وأن تكون هذه الإرادة صادرة من شخصية قانونية مؤهلة وعليه يجب أن يكون المريض أهلا لمثل هذا التصرف، و من جهة أخرى لابد من توفر أهلية الطبيب أيضا ليصح انعقاد العقد[3].

---

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق** , ص9-8.

2) المادة 59 من القانون 05-10 متضمن **القانون المدني الجزائري**المعدل بالقانون 07-05.

3)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق** , ص22.

1: أهلية المريض في إبرام العقد الطبي مع الطبيب

إن الأهلية القانونية يندرج تحتها نوعان من الأهلية، أهلية الوجوب و أهلية الأداء، و نعرف أهلية الوجوب بأنها الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات , أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص استعمال الحق، ويظهر لنا أن شرط موافقة المريض لإبرام العقد الطبي هو تمتعه بالأهلية القانونية كأصل، أما الاستثناء يؤخذ بموافقة ممثله, و بالنظر لموافقة المريض نجد المشرع نظم القواعد التي تحكم الأهلية في المواد 42 إلى 44 من ق م. ج ، و المادة 78 من نفس القانون التي تنص"**كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون**"، واعتبر كل شخص مريض أهلا للتعاقد مع الطبيب ما لم تسلب أهليته أو حد منها بحكم القانون، وعليه إذا بلغ الصبي سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يصبح أهلا لمباشرة حقوقه المدنية وإن كان ناقص الأهلية فينوب عنه وليه أو وصيه، أما إذا تخلف التمييز وقت التعبير عن الإرادة مهما كان سببه سواء لقصر في السن أو لشيخوخة مؤثرة على الإرادة أو لعارض من عوارض الأهلية أو للأسباب عرضية وقتية كالتنويم المغناطيسي، فإنه لم تعد إرادة المريض معتبرة قانونا لإنشاء العقد.

أما حالة الأخذ بموافقة الزوج نجد بعض الفقه المقارن أخذ بها، وذلك في حالة قطع الحمل بصفة إرادية أو تباعد الولادات إلا أنه هناك تنازع حول هذا الرأي بخصوص حق وصاية الزوج على زوجته في ممارسة حقوقها الشخصية، حيث أن موافقة الزوج على الأعمال الطبية التي تجري على زوجته هي موافقة ابتدائية كتباعد الولادات أو استئصال جهاز الإنجاب ولا تعتبر وصاية على الزوجة وإنما الهدف منه هو حماية الأسرية.

أما بالنسبة لموافقة ممثل المريض، فإن هناك ثلاث حالات تستدعي الموافقة على العلاج المقدم للمريض، وهي حالة المريض القاصر وحالة المريض العاجز عن التميز وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته[1].

- حالة المريض القاصر؛ في بعض الأحيان قد يتقدم إلى الطبيب قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء، وهذا لا يحق لطبيب أن يقدم العلاج له إلا بعد الأخذ بموافقة أولياءه أو الممثل الشرعي له حسب ما نص عليه في المادة 52 الفقرة الأولى من م. أ. م. ط و التي تنص على" **يتعين على الطبيب أو الجراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم**"[2].

---

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق** , ص22.

2)المادة 52 منمرسوم تنفيذي رقم 92-276 **مؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 يتضمن** مدونة أخلاقيات الطب.

وعليه حسب المبادئ العامة، فإن الطبيب يجب أن يتحصل على موافقة الوالدين أو الممثل الشرعي لتقديم العلاج القاصر، وفي حالة وجود اختلاف بينهما فإن القرار يرجع إلى الأب وعند وفاته تحل الأم محله طبقا للمادة **87** الفقرة الأولى من ق.أ. ج بنصها على**" يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"[1].**

أما في حالة رفض الأولياء لتقديم العلاج الضروري بدون أي سبب جدي بالرغم من خطورة صحة القاصر، فالطبيب تقع على عاتقه مسؤولية الاستغناء عن هذه الموافقة إذا رأى أن مصلحة المريض القاصر تستدعي ضرورة التدخل العلاجي.

-حالة المريض العاجز عن التميز: في هذه الحالة قد يكون المريض بلغ سن الرشد أو سن التمييز لكن بسبب المرض الذي يفقده الوعي يصبح غير مميز، وبتالي يعجز عن إعطاء موافقته وعلى هذا الأساس نجد المادة **44** من م. أ. ط، التي تسمح للأشخاص المخولين من طرف المريض لإعطاء موافقتهم عن الأعمال الطبية التي سيقدمها الطبيب للمريض[2].

-حالة المريض العاجز عن التعبير عن رضاه: حسب المادة **80** الفقرة الأولى من ق.م.ج التي تنص**" إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العامة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته"**,وعليه إذا اجتمع في المريض عاهتين من العاهات الثلاث المذكورة في المادة السابقة، العمى والبكم والصم، فإنه يتعذر عليه أن يبدي موافقته على الأعمال الطبية التي سيقدمها الطبيب, كون أهليته متأثرة بمانع من موانع الأهلية بسبب ظرف جسمانى، بالرغم من كونه راشد ويتمتع بكافة في قواه العقلية ، إذ أن هذه الحالة تشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك عوض موافقة المريض نفسه[3].

---

1) المادة 87 من قانون **84-11** المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09-06-1984 متضمن **قانون الاسرة الجزائري** جريدة 'ع 24 مؤرخة في 12-06-1984 المعدل و المتمم .

2) علي علي سلمان **, النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الجزائري** , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1988 , ص8.

3) علي علي سلمان **, المصدر السابق** , , ص8.

2 : أهلية الطبيب في قبول إبرام العقد الطبي مع المريض

إن الأهلية التي يجب أن تتوفر في الطبيب في الأهلية القانونية للتعاقد، حيث يجب أن يكون راشدا ومتمتعا بأهلية الأداء لانعقاد العقد الطبي حسب ما جاء به المشرع في المادة 40 من ق.م. ج,وعادة نجد الطبيب دوما متمتعا بأهلية الأداء، إلا إذا كانت متأثرة بعارض من عوارض الأهلية وعلى هذا الأساس يمنع عليه ممارسة هذه المهنة طبقا للمادة 166 من ق.ص التي تشترط التمتع بالقدرات البدنية و العقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة ، كما أن م. أ. ط , تشترط توفر بعض الشروط كى يكون الطبيب أهلا لممارسة هذه المهنة.

شروط ممارسة مهنة الطب:

تنص المادة سالفة الذكر على "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها. أن لا يكون مصابا بعاهة أو علة مرضية منافية لممارسة المهنة. أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة.

- بالنسبة لشهادة في الاختصاص: ضرورة حصول الطبيب أو الصيدلي أو جراح الأسنان على شهادة في الاختصاص أي دكتوراه في الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة[1].

1)زقان رزقية , زراري جويدة **,المصدر السابق** , ص 25.

ب : وجوب توفر رضا المتعاقدين كركن في إبرام العقد الطبي

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

1: رضا المريض في العقد الطبي

نظرا لما يتطلبه العمل الطبي من خصوصية، تتعلق بحالة المريض الصحية وبما يؤدي ذلك من نتائج تقوم عليها مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه فلابد أن يكون الرضا سابقا على أي تدخل طبي, أما فيما يخص نوعية رضا المريض فإنه باستقراء نص المادة **44** من م.أ .م.ط التي تخضع كل عمل طبي يكون على درجة من الخطورة الجادة على جسم الإنسان لموافقة هذا الأخير موافقة حرة ومتبصرة في كل مرحلة من مراحل العلاج و إذا تعذر أخذ هذه الموافقة لأسباب جسمانية أو قانونية يتم الحصول عليها من الأشخاص المخولين لهم قانونا.

2: رضا الطبيب في العقد الطبي

منح المشرع للطبيب أيضا الحرية في إبداء إرادته من اجل السعي لمعالجة وتقديم العلاج المناسب للمريض، هذا كأصل، كما له أن يرفض القيام بالعمل الطبي تجاه المريض لأسباب شخصية أو مهنية وهذا كاستثناء

موافقة الطبيب تقديم العلاج الطبيب الحرية في قبوله تقديم العلاج للمريض، وأنه بمجرد موافقته يجب أن يلتزم بضمان تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني و مطابقته لمعطيات العلم الحديثة، إلا أنه في معظم الأحيان يجد الطبيب نفسه مجبرا على موافقة المريض لتقديم العلاج لان العقد الطبي يقوم على اعتبار شخصي وعامل إنساني يدفع الطبيب للتنازل عن بعض حقوقه، وذلك ليحقق من وراءه خدمة للفرد والصحة العمومية، وضمان احترام حياة الفرد وشخصه البشرية.[1]

ثانيا: المحل كركن في العقد الطبي

يعتبر ركن المحل جوهر من بين الجواهر التي تساهم في تكوين العقد الطبي، ولقد تضاربت الآراء الفقهية من أجل إعطاء تعريف يناسبه وتحديد مشروعيته ، وتحديد محل التزام الطبيب في العقد الطبي[2].

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق ,** ص 27.

2) هنى سعاد **, المسؤولية المدنية للطبيب** , مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء , المدرسة العليا للقضاء ,دفعة 14 , 2003-2006 ص17.

أ: تعريف محل العقد الطبي و مشروعيته :

إن المشرع اعتبر المحل ركن ثاني في تكوين العقد الذي يراد به بصفة عامة العملية القانونية التي يرجى تحقيقها من وراء العقد، كما نجد عند تحديد شروطه قيودا تجعل بعض الأعمال الطبية لا تتماشى والأهداف الناتجة من جراء المحل

1:تعريف محل العقد الطبي

يخضع المحل في عقد العلاج الطبي إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني، حيث أن محل الالتزام هو الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله، أو بالامتناع عن عمله، فالطبيب المعالج في العقد الطبي يلتزم بضمان تقديم علاج للمريض يتسم بالإخلاص والتفاني و المطابقة المعطيات العلم الحديثة. و حسب ما جاء في المادة **45**منم.أ.ط. و بإسقاط هذه المفاهيم العامة على ميدان المسؤولية الطبية، فإن محل العقد الطبي هو ما يلتزم الطبيب القيام به اتجاه مريضه، حيث يقدم العلاج الضروري ويحد من ألام المريض أو تخليصه منها، ويتمثل هذا الالتزام الذي يرد على جسم الإنسان إما ببذل عناية أو تحقيق نتيجة معينة.

2: مشروعية المحل في العقد الطبي

إن شروط محل الالتزام التي تقيم العقد هي في كونه موجودا أو ممكن الوجود، و معينا أو قابل التعين، و أن يكون مشروعا، وبتطبيق هذه الشروط على العقد الطبي نجد أن الشرطان الاثنين لا يمكن تطبيقهما على العمل الطبي، كون أن محل هذا العقد هو جسم الإنسان وليس بحق عيني أو مالي، أما شرط المشروعية فانه يمكن تطبيقه في العمل الطبي، وذلك من حيث الأصل بعدم قابلية التعامل في جسم الإنسان واستثناءا قابلية التعامل في جسم الإنسان.

-عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان: إن المبدأ العام يحضر ويمنع التعامل في جسم الإنسان وذلك بوضع أسس علمية وقانونية لتحديد النظام القانوني، للتصرفات التي يكون محلها جسم الإنسان ، وعليه حماية للكيان البدائي للإنسان في مواجهة الغير ومن الشخص نفسه،كعدم جواز الانتحار أو الشروع فيه لتعلق حق الله وحق العبد على الروح و الجسد، وهذا ما بلغته الشريعة الإسلامية في ميدان حرمة الجسدوروح الإنسان لم تبلغه ما سبقتها من القوانين[1]، إذ نجد أنه في الشريعة المرء يحاسب يوم القيامة عن جسمه فيما أبلاه وذلك مصداقا لقوله **صلى الله عليه وسلم: (لا تزولُ قَدَمَا عبدٍ يومَ القيامةِ حتَّى يُسألَ عن أربعٍ عَن عُمُرِه فيما أفناهُ وعن جسدِهِ فيما أبلاهُ وعن عِلمِهِ ماذا عَمِلَ فيهِ وعن مالِهِ مِنْ أَيْنَ اكْتَسَبَهُ وفيما أنفقَهُ)[2].**

1)عشوش كريم , **العقد الطبي** و دار الهومه للنشر و التوزيع و الطباعة , الجزائر و 2007 , 54.

2) حديث نبوي شريف, صحيح , **رواه الترمذي** .

وبالتالي فالعلاقة بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم هي علاقة وطيدة فلإعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية يتمثل في المساس بسلامة الجسم، ولقد أكد المشرع الجزائري في نص المادة 96 من ق,م"**إذا كان محل الالتزام مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا**"، بمعنى عدم صحة المحل الذي يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة لعدم مشروعيته، و وجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر، ولم يكتفي بهذا فقط بل أدرج هذه الحماية في قانون العقوبات، و الرغم من كل هذه الحماية التي تحمي الكيان الجسدي للإنسان إلا أنه هناك استثناءات أين يمكن التعامل في جسم الإنسان.[1].

- قابلية التعامل في جسم الإنسان، إن الاستثناء الذي يقودوا بنا إلى السماح بالتعامل في جسم الإنسان ناتج عن التطورات العلمية والطبية، التي تجعل من مصلحة المريض المساس بكيانه الجسدي وكمثال عن ذلك نجد حالة الإجهاض و نقل وزرع الأعضاء البشرية

الإجهاض: المعنى المعروف في كتب الفقه الإسلامي للإجهاض هو الإلقاء للولد قبل التمام، أو الإسقاط أي إخراج الحمل من الرحيم قبل الأوان، وهو غير قابل للحياة، أو هو إسقاط المرأة جنينها بفعل منها عن طريق أدوية و غيرها أو بفعل من غيرها. ويمكن أن يكون الإجهاض تلقائي وهو ما يحدث دون سبب ظاهر وينشأ عنه خروج الجنين من الرحم لعدم قدرته على النمو والاستمرار، أما الإجهاض الطبيهو ما يدخل الإرادة في إحداثه، بقصد تحقيق غاية طبية تتعلق بالمرأة الحامل، بحيث يصبح الإجهاض ضرورة لازمة للحفاظ على حياتها أو صحتها .أما الإجهاض الإجرامي فإن الدافع إليه هو عدم الإنجاب والمحافظة على الرشاقة والمظهر، أو التستر على فاحشة، أو قتل الإناث دون الذكور بعد معرفة نوع الجنس ويتم ذلك عن طريق استعمال العنف على الجسم أو اللجوء إلى طبيب أخصائي.

نقل وزرع الأعضاء: تقوم نظرية مشروعية التصرفات الواردة على جسم الشخص بتحديد الهدف المراد بلوغه من هذه التصرفات، فمتى كان الغرض مشروعا كان التصرف مشروعا، وعليه عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية تهدف كأصل عام إلى إنقاذ صحة وحياة المريض، الذي يكون بحاجة ماسة إلى العضو المنقول إليه وبتالي مشروعيتها مرتبطة بعمل نبيل ومقدس هو إنقاذ حياة المريض ، وعليه القاعدة الأساسية في جواز نقل و زرع الأعضاء البشرية تكمن في الضرورة تبيح المحضرات،[2] والتي يقابلها في القرآن الكريم قول الله عز وجل(**... فمن اضطر غير باغ و لا عاد فإن الله غفور رحيم**)[3] .

---

1)عشوش كريم , **المصدر السابق** , 57.

2)قاوة فضيلة , **الاطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية** , مذكرة ماجستير , جامعة مولود معمري , تزي وزو , 2011, ص 28 .

3) القران الكريم, **سورة النحل** الآية ,115.

أما السند القانوني فتجده في الفقرة الأولى من المادة **355** من ق.ص التي تقول**" لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها إلا لإغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون"[1]**، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين التين، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة.

ب: واجبات الطبيب في العقد الطبي

قد يكون المدين ملتزما باستيفاء واقعة محددة، الذي ينتج التزاما محددا بدقة، و لا يكون قد وفي به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزما فقط بأن يتم عناية و يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى تلك النتيجة، وقد جرت غالبية الفقه على تسمية التنوع الأول بالالتزام بنتيجة، وعلى تسمية النوع الثاني بالتزام بالعناية والحرص، وعليه يجتمع الفقه والقضاء على أن الأصل العام هو أن يكون التزام الطبيب التزاما عاما ببذل عناية، و استثناءا من ذلك يكون في بعض الحالات فقط التزاما بتحقيق نتيجة.

1: واجب الطبيب ببذل العناية

من المسلم به و بوجه عام أن القواعد القانونية المدنية و قواعد المهن الطبية سواء كانت العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، لا تفرض على الطبيب التزام بشفاء المريض بل تلزمه بثل قدر من العناية فقط، فالمسألة تتعلق بالمهنة الطبية التي تهدف إلى معالجة المرضى وتخفيف الآلام، وليس إلى ضمان الشفاء الذي يبقى مرتبطا بعوامل مختلفة، وقد لا يكون من ضمنها عامل المعالجة. ويوجب الفقه على الطبيب الذي يتولى معالجة مريضه أن يبذل العناية اليقظة في حدود الأصول المفروضة في مهنة الطب والقواعد المستقرة فيها. ويتحدد هذا الالتزام بمراعاة عدة عوامل وهي:

- المستوى المهني: تقاس واجبات الطبيب بواجبات طبيب آخر في مثل ظروفه، فيقارن مسلك الطبيب الريفي بمسلك طبيب ريفي آخر .

- الظروف الخارجية: يراعي في تحديد التزام الطبيب تجاه مريضه، الظروف الخارجية التي تتم فيها معالجته، كمكان العلاج والإمكانيات المتاحة.

- الأصول العلمية الثابتة: لا يقبل استعمال وسائل طبية بدائية تخالف التطور العلمي الحديث، فينبغي على الطبيب مواكبة التطور الساري في ميدان الطب.[2].

---

1) المادة 355من **قانون الصحة الجديد**, رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02-07-2018 .

2)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق ,** ص 33.

أما وفقا للتشريعات الطبية الجزائرية نجد التزام الطبيب يبتل العناية في نص المادة **45** من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص**" يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة ، عند الضرورة بالزملاء المتخصصين والمؤهلين"**

2: واجب الطبيب بتحقيق نتيجة

يعتبر الاستثناء بالتزام الطبيب بتحقيق نتيجة عندما يكون الالتزام محددا، أي المدين ملزم بتحقيق نتيجة محددة بذاتها، وحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة تكون في بعض الأعمال الطبية التي ينعدم فيها عنصر الاحتمال نتيجة للتطور العلمي الحاصل فيها، و الذي تجاوز مقدار التنبؤ فيه من عنصر الاحتمال إلى اليقينية، والالتزام بتحقيق نتيجة لا يمكن أن توضع له حدود في ضوء التقدم العلمي المستمر، إلا أننا سنتعرض لبعض الحالات نظرا لأهميتها و هي:

- نقل الدم والتحاليل الطبية الأخرى: إن عملية نقل الدم أساسا تلزم الطبيب بفحص حالة المتبرع الصحية الإجراء كشف أولي عن حالته، وبيان قدرته على التبرع من علمها ،كما جرت العادة في تحليل الدم المأخوذ من المتبرع من قبل الطبيب مختص أو من قبل مختبر خاص، و قبل حقن الدم بجسم المريض يراعي أن يكون هناك تعهد بين الطبيب المعالج من جهة وبين الطبيب المختص بالدم من جهة أخرى يتضمن تقديم ثم سليم و يكون خاليا من جراثيم المرض، وهنا يكون محله التزام بتحقيق نتيجة أما التحاليل الطبية فهي تعتبر من العمليات العادية، وتقع على محل التزام محدد تحديدا دقيقا، وغير منطوي على تكييف الاحتمال والمخاطر، وقضاء اعتبر الطبيب مطالبا بتحقيق نتيجة محددة بسلامة وثقة التحاليل ويستوي هنا تحليل الدم أو مكوناته أو أي تحليلات طبية أخرى، وعلى الطبيب إذا أراد أن ينفي مسؤوليته إثبات السبب الأجنبي.

- استعمال الأدوات و الأجهزة الطبية: أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، وقد يصاب المريض بضرر بسبب استخدامها من طرف الطبيب المعالج، لدى استقر الفقه والقضاء بأن الطبيب يلتزم تجاه مريضه بالتزام محدد هو ضمان سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ الطبيب من أجله، وان محل التزامه هنا هو تحقيق نتيجة، إذ يوجد ارتباط وتداخل كبير بين الالتزام بتحقيق و الالتزام بالسلامة[1].

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق ,** ص 35.

- التحصين: بالنسبة للتطعيم الإجبارية فان الأضرار التي تترتب عليها لا تؤدي إلا إلى قيام مسؤولية الدولة حتى و إن كانت قد تمت بمعرفة طبيب خاص أو مركز طبي خاص، فالدولة في هذه الحالة هي المكلفة بضمان سلامة المواطنين في هذا المجال وهذا الالتزام بتحقيق نتيجة يترتب على الإخلال به مسؤولية الدولة.

- التركيبات الصناعية :أدى التقدم التقني العلمي إلى لجوء الطب إلى تركيب بعض الأجهزة الصناعية للإنسان، كالأسنان الصناعية، ونجد أن هذا التركيب يصاحبه ميزتن احدهما طبية و أخرى صناعية فنية، بالنسبة للجانب الطبي فالتزام الطبيب هو التزام عناية، بحيث يضمن تركيب العضو الصناعي بطريقة مناسبة للمريض، أما الجانب الفني والصناعي فمحل الالتزام هنا محدد بتحقيق نتيجة و ذلك بضمان تركيب الجهاز ليعالج الحالة التي أمام الطبيب، و بأن يتلاءم مع جسم المريض[1].

1) هنى سعاد , المصدر السابق , ص 50.

ثالثا ـ السبب كركن في العقد الطبي

أ: تعريف السبب في العقد الطبي و مشروعيته

يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه

1: تعريف السبب في العقد الطبي

يقصد بالسبب في عقد العلاج الطبي هو الغرض الذي يقصده المريض من وراء تعاقده مع الطبيب، وهي الحالة الحقيقية أو المفترضة للمريض. فالمريض يرغب في معرفة طبيعة تطور حالته الصحية العامة والبحث عن علاج لها من الطبيب ويشترط أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف لنظام العام والآداب العامة, ولقد تناول ق,م,ج ركن السبب في المواد **97 و 98**.

2: مشروعية السبب في العقد الطبي

إن السبب في ظل النظرية الحديثة يشترط أن يكون مشروعا، بما أن المشرع الجزائري اخذ بالنظرية الحديثة بمعنى عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وبذلك يحظر على الطبيب الإقدام على بعض الأعمال لعدم مشروعيتها.

- عدم مخالفة النظام العام و الآداب: حسب المادة 97 من ق.م,ج: **" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع**

أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا". و يعتبر النظام العام تلك القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، واجتماعية، واقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلوا على مصلحة الأفراد، ويعد من النظام العام القوانين التي تنظم الهيئات العمومية وتحدد الروابط بينها وبين الأفراد وتناولت حماية هذه الروابط عدة قوانين منها المادتين، 40و41 من دستور 2016 اللتان تنصان على عدم انتهاك حرمة الإنسان، وحظر أي عنف بدني أو معنوي يمس كرامته أو سلامته البدنية والمعنوية, كما أن قانون العقوبات تناول حرمة الإنسان والحفاظ على حياته وعلى جسمه، وعدم المساس بكيانه ولو كان ذلك بجرحه خطا أثناء ممارسة الطبيب لعمله وتطرق قانون الصحة الجديد 18-11 إلى السعي لتسطير أهداف في مجال الصحة، ترمي لحماية حياة الإنسان وتحسين ظروف معيشته وكذا المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن أ. م. ط الذي يلزم الطبيب على ضرورة احترام حياة الفرد وشخصه البشري[1].

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق** , ص37.

ب: موضوعات السبب في العقد الطبي.

إن التطور الذي عرفه فكر الإنسان واطلاعه على أحكام الدين و القانون أستطاع أن يقيد بعض الأعمال الطبية والبحوث لعدم مشروعيتها، وتطبيق الفكرة السبب فإنه نجد أنه يمنع إجراء التجارب لغير هدف علمي وكذلك القتل بدافع الشفقة.

1:التجارب العلمية

تكاد تتفق التشريعات المقارنة بالنسبة لتجارب الطبية والعلمية على الإنسان، على شرعية تلك التجارب إذا كان إجراؤها في إطار محاولة علاجية، أي أن تكون الشخص مصلحة مباشرة في إجراء التجربة وإذا كانت احتمالات النجاح على قدر من التوثيق من الناحية العلمية، وكان الخطر المترتب على التجربة أقل ضررا لشخص من الفائدة المتوقعة بالنسبة للعلم والمجتمع، هذا فضلا عن موافقة صاحب الشأن، وبالنسبة للتجارب العلمية والطبية بقصد البحث العلمي اختلفت التشريعات في هذا الصدد فبعضها يبيح إجراء هذه التجارب إما استنادا إلى رضاء الشخص الذي تجري عليه التجربة مع مراعاة حسن الأداء كالقانون الألماني والنمساوي. و هناك تشريعات لا تقر بالاعتراف بشرعية تلك التجارب كما هو الحال في القانون الفرنسي والمشرع المصري[1].

أما المشرع الجزائري فقد أباح إجراء التجريب على جسم الإنسان مع احترام هي المبادئ الأخلاقية العالمية التي تحكم الممارسة الطبية، ومن بين هذه التجارب التي لا تقدم أية فائدة للمريض نجد الاستنساخ البشري و التغير الجنسي، التعقيم، فالنسبة لعملية الاستنساخ البشري فهي محرمة من الناحية الشرعية إذ أن الله خلق الإنسان في أحسن تقويم أما التشريع فإنه لم يتطرق إلى دراسة هذه المسألة من الناحية القانونية، و إنما اكتفى بأحكام القانون المدني إستادا لمشروعية السبب وعدم مخالفته النظام العام والآداب العامة، و كذلك م. أ. ط في الفقرة الأولى الواجبات العامة ألزمت الطبيب على احترام حياة الفرد وشخصه البشري والسعي للتخفيف من معاناته و آلامه ضمن احترام كرامته الإنسانية.

ونستخلص من تطبيقات ركن السبب هو بطلان كل اتفاق يرمي إلى خروج الطبيب عن مبدأ علاج المريض كما هو الأمر في الاستنساخ البشري والتغير الجنسي الذي يتنافى مع أحكام الشريعة وكذلك التعقيم الذي منعه كل من المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية لكونه مخالف لنظام العام والآداب[2] .

---

1)هنى سعاد , **المصدر السابق** , ص 17.

2)منصور عمر المعايطة . **المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية** , ط1 , جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية , الرياض , ص 97.

2: القتل بدافع الشفقة

القتل بدافع الشفقة يعرف أيضا بالقتال الطبي وهو التعجيل بإحداث الوفاة للمرضى الذين يعانون من أمراض مستعصية لا يؤمل شفاؤهم أو الميئوس من شفائهم[1]، الذين يعانون آلاما مبرحة لاتطاق ولا ينفع معها العلاج، وهو نوع من أنوع القتل الذي يرتكبه غالب الأطباء لتخليص المريض ليرجى شفاؤه ولم يعد يطيق تحمل آلامه.

ونجد في هذا الموضوع أن علماء الشريعة قد حرموا قتل الشفقة لأن هذا الأخير خارج على ما نصت عليه الشريعة الإسلامية وهذا مصداقا لقوله تعالى في كتابه الكريم: **(لاقتتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)** ، وقوله أيضا: **(ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما)** ، كما نهى الإسلام عن اليأس من رحمة الله في قوله تعالى: **(يا بني اذهبوا فتحسسوا من يوسف وأخيه ولا تيأسوا من روح الله إنه لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون)**

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: **(لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث, الثيب الزاني ,والنفس بالنفس والتارك لدينه و الفارق للجماعة)**.

أما بالنسبة لموقف القوانين الوضعية قديما تباينت بين مؤيد ومعارض، ففي اليونان أبيح قتل المشوهين محافظة على الجنس، والبعض الآخر لم يجز القتل إشفاقا كما هو الحال في القانون الأردني فالوضع العام فيه لا يوجد دور مرضا في تبرير القتل بدافع الشفقة، كما أنه لا يعتد بالباعث في مثل هذا العمل، أما مج مثله مثل المشرع الفرنسي فقد منعا قتل المريض بدافع الشفقة واعتبرها جريمة يعاقب عليها، وذلك خروج عن مبدأ الأساسي، فالقتل بدافع الشفقة يخالف النظام العام والآداب لأنه ليس حرمة الإنسان[1].

1) منصور عمر المعايطة , المصدر السابق , ص 97.

رابعا: الكتابة كركن في العقد الطبي

الأصل في العقود أنها رضائية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، و استثناءا من الأصل يكون العقد شكليا إذا كان الشكل ركنا لانعقاده.

أولا: الأصل عدم وجوب الشكلية

إن القانون لم يلزم كل من الطبيب و المريض صياغة عقدهما في شكل معين، لكون العقد الطبي ليس من العقود الشكلية. و يعرف العقد الشكلي هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك إتباع شكل مخصوص بعينه القانون[1].

وتعرف الشكلية بأنها :كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني، وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد الإجراءات ، والشكلية قد تكون مباشرة أو غير مباشرة فالشكلية المباشرة تتمثل في الكتابة التي قد تكون إما رسمية، يتولى فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة تحرير وثيقة العقد،و قد تكون عرفية فيحررها المتعاقدان وثيقة العقد متبوعة بتوقيعهما و هذا حسب ما جاءت به المادة 324 ق. م . جفي نصها **" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للإشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه"**.

أما الشكلية الغير المباشرة فتتمثل فيما يعرف بقواعد الإثبات، كما قد تتمثل في قواعد الشهر كالشهر العقاري والقيد في السجل التجاري والنشر، والتسجيل كما هو الأمر في الأحكام والقرارات القضائية، و على هذا الأساس نستخلص أن العقد الطبي لا يحتاج إلى كل هذه الشكلية لانعقاده وتكوينه ولا مجال لإسقاط فكرة الشكلية في هذا الميدان، إذ لا يعد من العقود الشكلية التي يشترط فيها الكتابة لانعقادها ، بل يكتفي فقط توفر ركن التراضي والمحل والسبب. إلا أن هذا يؤدي بنا إلى التساؤل عن كيفية إثبات العقد الطبي بما أنه لا ضرورة التوفر ركن الشكلى.

فلقد جرت العادة على عدم كتابة العقد الطبي بين المريض و الطبيب وبذلك أجاز القانون إثباته بكل وسائل الإثبات، فيجوز إثباته بالبينة أو القرائن، بالوصفة الطبية التي يحررها الطبيب،...الخ[2] .

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق ,** ص38.

2)عشوش كريم , **المصدر السابق** ,128.

ثانيا: الاستثناء حالات وجوب الشكلية

إن الاستثناء الذي يستوجب الشكلية يكمن في بعض الأعمال الطبية التي تشترط ذلك، منها زرع ونقل الأعضاء البشرية، وتشريح الموت لهدف علمي.

1: نقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا للخطورة التي تواجه في مجال نقل وزرع الأعضاء نجد المشرع الجزائري تدخل في المادة 360 القانون 18-11 المتعلق بالصحة بنصها على: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من ؟ أشخاص أحياء، إلا أذا لم تعرض هذه العملية حياة التبرع للخطر، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة ,ونص المشرع صراحة على هذه النقطة في المادة 49 من م.أم.ط**"يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن ".**

2: تشريح الموت لهدف علمي

أباح المشرع الجزائري أن يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية، بناءا على ما يلي :

- طلب السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع ضرورة توفر الموافقة الكتابية من المعني بالأمر، و هو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته تفيد مثل هذا العمل الطبي لضرورة توفر الشكلية هذا راجع لخطورته ومساسه بالكيان البشري[1].

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق** , ص41.

الفرع الثاني: خصائص العقد الطبي

مما سبق التطرق إليه من تعريف للعقد الطبي و بيان أركانه , تتضح جليا الخصائص التي ينفرد بها عن غيره من العقود في كونه عقد شخصي و مدني أولا , وكونه عقد ملزم الجانبين و قابل للفسخ ثانيا , و أخيرا انه عقد معاوضة و مستمر .

اولا: العقد الطبي عقد شخصي و مدني

1- العقد الطبي عقد شخصي**:**إن المريض كأصل عام يكون حر في اختياره الطبيب الذي يريد أن يعالج عنده، وذلك استنادا إلى الثقة التي يجدها في الطبيب المعالج، وهذا ما يطلق عليه قانونا مبدأالاختيار الحر للمريض. غير أن هذه الحرية يتقلص نطاقها عندما يخضع المريض للعلاج في إحدى المستشفيات العامة، فهنا الإدارة هي التي تكلف الطبيب المناوب بالإشراف على العلاج و ليس هذا فقط بل هناك حالات لا يمكن للمريض فيها اختيار الطبيب الذي يريده و السبب في ذلك يتمثل في عدم وجود أطباء متخصصين في بعض الأمراض. غير أن المادة **80** في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن م.أ.ط على ضرورة احترام حق المريض في الاختيار**..."و يتعين احترام حق المريض في حرية اختيار الطبيب أو جراح الأسنان... "**

ويجب منع أي وسيلة تؤدي إلى التأثير على إرادة المريض عند الاختبار، وذلك من أجل تحقيق أغراض أخرى غير مشروعة، كتحقيق مصلحة شخصية للطبيب لجلب المرضى لغرض التشهير به، و بهذا الصدد وضعت بعض القوانين الصارمة لمنع الأطباء من اللجوء لهذا النوع من الغش و الدعاية الكاذبة التي لا أساس لها من الصحة، ومن بين هذه القوانين ما تعرضت إليه م.أ.م.ط. من خلال المرسوم السالف الذكر في مادته **20** و التي تنص على **"يمنع كل طبيب أو جراح الأسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة و الغير مباشرة"**.

2: العقد الطبي عقد مدني : يتميز العقد الطبي بأنه عقد مدني، لكونه بعيد كل البعد عن الصيغة التجارية، ولا يخضع للإجراءات التي تطبق على الأعمال التجارية حيث تنص المادة **1**من ق, ت, ج, على أنه **"يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"** و المادة **2** على**" يعد عملا تجاريا بحسب موضوعه "** و المادة **3** جاء نصها كالأتي**" يعد عملا تجاريا بحسب شكله"**[1].

1) داودي صحراء , **مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير, جامعة قاصدي مرباح , ورقلة, 2006, ص 39 .

وباستقراء والتمعن هذه المواد الثلاث يظهر أنه لا يمكن إدراج العمل الطبي في إطار القانون التجاري، لأن التعامل في المجال الطبي عن طريق التعاقد لتقديم العلاج، لا يجب يتم وفق لهذا النوع من المعاملات، وكل تعامل يخرج عن هذه الطبيعة يعتبر محظورا، لارتباط هذه الممارسات بجسد الإنسان خليفة الله على وجه الأرض ، هذا من جهة ، أما من جهة أخرى للطبيب دور نبيل وأخلاق سامية تقتضي بها أخلاقه عليه المحافظة عليها.

يعتبر العقد الطبي مدني، لكون الطبيب لا يمكنه المتاجرة بأرواح البشر، ولا تعتبر الأتعاب التي يأخذها كثمن من أثمان البيع التجاري. فبمقارنته مع التاجر نجد هذا الأخير يتخذ التجارة كحرفة معتادة له لغرض تحقيق الربح السريع وكل خدمة يقدمها بمقابل. وبالرجوع للمادة السالفة الذكر في فقرتها الأولى من المرسوم 92-272 المتضمن أ.م.ط**"يجب أن لا تمارس مهنة الطب و جراحة الأسنان ممارسة تجارية "**

فمن هذا النص يتراء للقارئ أنه إذا ما مورست مهنة الطب ممارسة تجارية فإنه من المنطق أن تفقد اعتبارها الحقيقي، و هدفها السامي القائم على تحقيق راحة المرضى ومساعدتهم على التخلص من معاناتهم و هذا ما ورد النص عليه في مضمون المادة **19** من نفس المرسوم السابق على **" يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان عن خارج ممارسته منهية أن يتجنب كل عمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها "**[1].

ثانيا: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين و قابل للفسخ

1: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين : يستخلص من تعريف العقد الطبي، أنه لانعقاده لابد من وجود طرفين، كل واحد منهما يلتزم بما هو واجب عليه، والثاني بما هو حق له، فلالتزامات متبادلة بينهم، فوفق ما نصت عليه المادة 55 من ق,م,ج على" **أن يكون العقد ملزما الطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"**[2], فالعقد تبادلي، ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين مثل عقد البيع الذي يكون فيه البائع ملزم بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، الذي يكون هو الآخر ملزم بدفع الثمن. فإذا ما تخلف الأول عن التزامه ولم ينفذه، لا يكون الثاني ملزم بدفع الثمن ، و يدفع بعدم التنفيذ. من هذا يتبين أن الطبيب في العقد الطبي ملزم بمعالجة المريض، و هو الأخر ملزم من جهته بدفع الأتعاب مقابل العلاج الذي يضمنه له طبيبه و كذا بمده بكافة المعلومات اللازمة حول أعراض مرضه وغير ذلك مما يلزم إخباره به[3].

---

1) هنى سعاد , **المصدر السابق** , ص 14.

2)المادة 55 من القانون 05-10 متضمن **ق,م,ج**المعدل بالقانون 07-05.

3) قاضي إدريس , **الوجيز في النظرية العامة للالتزام , ديوان المطبوعات الجامعية** , 2009, ص 45.

و يؤكد على هذا الرأي الأستاذ "علي سليمان" على أن العقود التبادلية تكتسي دورا هاما في النظرية التقليدية خاصة في ركن السبب، الذي يجعل التزام الطرف الأول سببا في التزام الطرف الأخر. أما بالنظر للنظرية الحديثة فترى أن السبب في العقد هو الدافع و الباعث للتعاقد. أن تبعية الهلاك تقع على المدين بمحل الالتزام (الشيء الذي هلك)، أما في حالة الاستحالة تسليم السلعة فلا يتحمل المشتري تبعة الهلاك ولا دفع ثمنها وهذا بالرجوع الأحكام العامة العقد في نص المادة 120 من ق,م,ج التي تقضي ب: **"في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، و ينفسخ العقد بحكم القانون "**.

2: العقد الطبي عقد قابل للفسخ : يعتبر الفسخ جزاء يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزام الذي تعهد به اتجاه شخص آخر وحسب ما جاء في المادة **119** في فقرتها من ق.م. ج**" في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الأخر بعد أعذراه للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك "**.

فإذا كان العقد الطبي من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي، لكون العلاقة بين الطبيب والمريض تقوم على الثقة التي يضعها الأول في الثاني، فيكون بذلك المريض وفي أي وقت له حق في أن ينهي العقد، ذلك أن ثقة المريض لا يلزم توفرها فقط أثناء إبرام العقد، بل يجب أن تستمر هذه الثقة طوال فترة العلاج. فإذا فقد المريض تلك الثقة في طبيبه له أن يفسخ العقد دون حاجة إلى إبداء الأسباب التي أدت به لاتخاذ مثل هذا القرار، وبالمقابل من ذلك نجد أن الطبيب نفس الحق في فسخ العقد الذي يربطه بمريضه، وهذا في حالة ما إذا أخل المريض بالتزامه تجاهه، وهناك حالة أخرى يحق للطبيب فيها الفسخ و التي تتمثل في كون المريض الذي يعالجه يعالج في نفس الوقت عند طبيب آخر خفية عنه، أو أن المريض أدلى بمعلومات خاطئة قصد تضليله، لكن لا يحق له فسخ العقد والامتناع عن العلاج في حالة الضرورة والاستعجال التي يتواجد فيها مريضه ، وهذا حسب ما نصت عليه المادة **10** منم,أ,ط**" لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال"**[1].

1) زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق ,** ص17-18.

ثالثا : العقد الطبي عقد معاوضة و مستمر

1: العقد الطبي عقد معاوضة : عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما يعطيه، بالرجوع للمادة **58** من ق. م ج التي تنص على: **"العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيئ ما "**. فعقد المعاوضة مثله مثل عقد البيع تترتب عنهما مسؤولية عقدية، ويشترط لقيام لهذه العقود توفر أهلية التصرف، ومقابل كل عمل يقوم به يأخذ مقابل. ففي العقد الطبي، الطبيب يلتزم تجاه مريضه بتقديم العلاج الملائم،وأن يقدم له الرعاية الفعالة المطابقة للأصول و القواعد العلمية و المهنية، و المريض من جهته يلتزم بدفع ما اتفق عليه مع الطبيب من أتعاب لقاء خدماته، وهذا ما يجعل العقد الطبي عقد معاوضة.

2: العقد الطبي عقد مستمر: وهو ما يعرف بالعقد الممتد، و فيه يتم تنفيذ الالتزام بأداءات مستمرة أو دورية ، فالزمن عنصر أساسي وجوهري فيه. وتظهر أهمية تقسيم هذه العقود إلى مستمرة وفورية إلى تحديد الآثار في حالة الفسخ هل يكون فوري أو رجعي وهو ما يخضع لنظرية الظروف الطارئة وهو نطاقها الطبيعي ولا الأعذار كشرط لاستحقاق التعويض.

وكمثال للعقود المستمرة نجد عقود توريد السلع الذي يتفق فيه الطرفان على كل التفاصيل وعند حلول الأجل يواصل المورد عمله دون أن يتفق مجددا مع المشتري على التفاصيل .

أما في العقد الطبي فالطبيب لما يقبل معالجة المريض، لا ينتهي العقد بمجرد نهاية الفحص، بل العلاج يتطلب مدة طويلة لبلوغ الهدف المرجو تحقيقه ألا وهو شفاء المريض، فالطبيب لما يعالج شخصا مريضا عليه أن يلتزم بمتابعة علاجه، وأن لا يتركه قبل التأكد من علاجه طالما أن المريض لازال بحاجة إلى جهود الطبيب المعالج[1].

لأن العقد الطبي يعتبر من العقود المستمرة باعتبار الفحوصات و العلاج تمتد لفترة زمنية طويلة، و هذا بحسب حالة المريض الصحية التي تكون بين الخطيرة والعادية . فالعقد الطبي ليس كعقد البيع ينتهي بمجرد تسليم السلعة للمشتري ودفع هذا الأخير ثمنها للبائع. أما في العقد الطبي على الطبيب مراقبة حالة المريض في كل مستجدياتها سواء في عيادة الطبيب أو بزيارة الطبيب للمريض في منزله إن أقتضى الأمر ذلك، ولو لمرة واحدة فهذا يعطي صفة الاستمرارية للعقد[2].ومن كل هذا يستخلص أن العقد الطبي له خصوصيات تميزه عن غيره من العقود وأحكامه تنطوي على عنصرين هامين ألا و هما الاستمرارية وقابلية فسخه من قبل من لم ينفذ بشأنه العقد، و خاصية أخر تتمثل في كونه عقد مدني يقوم على الاعتبار الشخصي، ويقوم بتبادل الالتزامات بعوض

1).عشوش كريم , **المصدر السابق** ,24.

2)قاضي إدريس, **المصدر السابق ,** 51

المطلب الثاني : تميز العقد الطبي عن باقي العقود الأخرى

يمارس الإنسان جملة من النشاطات المستمرة لإشباع حاجاته اليومية، وذلك من خلال تعامله مع أرباب المهن الحرة، كالمهندسين والأطباء وكذا المحامين ، وغيرهم بعقود، فإذا تم ذلك فإن المتعاقد لا يلتزم إلا بما تضمنه العقد، إلا أن هناك اختلاف بين فقهاء القانون على تحديد ماهية العقد المبرم بين الطبيب و المريض وعلى للالتزامات الناتجة عن هذا العقد، إما أن تكون محددة مسبقا من قبل الطرفين، أم لا، ونظرا لشيوع هذا النوع من العقود في الآونة الأخيرة لم يتطرق القانون المدني ولا القوانين الأخرى لتكييف تكييفا سليما، و بهذا يكون من الضروري الاعتماد على القواعد العامة للالتزام و للنظرية العامة للعقود، وهذا بمقارنته بعقد العمل في الفرع الأول، وبعقد المقاولة في الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث ستكون المقارنة بينه وبين عقد الاستشفاء.

. الفرع الأول: تمييز العقد الطبي عن عقد العمل

تبنى بعض الفقهاء فكرة أن العقد الطبي عقد عمل، لكون الطبيب يقوم بعمل لصالح مريضه الذي يعتبر مستخدم، فالمقصود في هذه الحالة أن الطبيب لما يعمل في أحد المستشفيات العامة أو الخاصة، يعتبر كعامل لدى ذلك القطاع ولو كان الإشراف من الناحية الإدارية فقط وليس الفنية، فهذا العقد هو عقد عمل. لأن عقد العمل حسب ما جاءت به المادة **2** من القانون **90-11** المتعلق بعلاقة العمل و ذلك باعتبار العامل أجير**" كل شخص يؤدي عملا يدويا أو فكريا، مقابل مرتب في إطار التنظيم و لحساب شخص أخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم"**[1].

أنتقد هذا الرأي، على أساس أن فكرة التبعية و الخضوع القانوني غير موجودة بين الطبيب و المريض، فالطبيب لا يمكن أن يكون تابعا للمريض فهو مستقل في عمله ، فالأول هو صاحب القرار ينفذ ما يراه مناسبا لمصلحة المريض بما يمليه ضميره بتطبيق الأصول العلمية لمهنة الطب، ولا يتلقى التعليمات من المريض بل على العكس من ذلك ففي هذه المرحلة من العلاج يكون هو متلقي التعليمات من طبيبه وعليه تنفيذها بتمعن، يضاف للانتقاد الأول انتقاد آخر كون عقد العمل يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب العامل وهو يقوم بتنفيذ متقابل منه مقابل أجر يحصل عليه من رب العمل عكس من العقد الطبي الذي يكون فيه المريض هو الملزم بدفع ثمن العلاج للمريض، دون أن يقوم الطبيب ببيع مادة العلاج المرضى بهدف الربح[2].

---

1) احمد ادرويش , **العقد الطبي –التأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه** ,ط1, منشورات سلسلة المعرفة القانونية , الرباط , 2009, ص30.

2)زقان رزقية , زراري جويدة ,**المصدر السابق ,** ص 12.

بالرجوع لما يمارس في الحياة اليومية و مقارنته بهذا الرأي الذي يعتبر الطبيب و العامل في نفس المرتبة، لكونهما يبذلان جهدا فكريا وآخر يدوي مقابل أجر للعامل و تسمى أتعاب بالنسبة للطبيب، ينظمها القطاع الصحي على شكل تعليمات وزارية. ولكن بالرغم من اعتبار العقد الطبي عقد عمل، إلا أن هذا غير منطقي خاصة في حالة الطبيب الذي يعمل في عيادته الخاصة دون إشراف من مدير المستشفى. فمن هذا الانتقاد الموجه لهذا الاتجاه ظهر رأي فقهي يدرج العقد الطبي ضمن عقد المقاولة

الفرع الثاني : تمييز العقد الطبي عن عقد المقاولة

انقسم جانب من الفقه إلى اعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاولة، وذلك على أساس أن المقاول مستقل في تنفيذ عمله وتوجيه العمال الذين يستعين بهم لتنفيذ عقد المقاولة، وهو الذي يقوم بالإشراف عليهم، وهذا هو حال الطبيب الذي يتمتع باستقلالية تامة أثناء أداء واجبه النبيل المتمثل في علاج المرضى، فيصف لهم العلاج المناسب دون تدخل أي شخص أخر. يظهر التشابه أيضا بين العقدين في كون من يقوم بأدائهما يحصل على أجر كمقابل لما قام به.

و هذا أتت به المادة **549** من ق,م,ج التي عرفت المقاولة على أنها **"المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر"**. و يرى أنصار هذه النظرية منهم الفقيه جوسران أنه: **"ليس هناك أدنى شك في أن ما يوجد بين الطبيب و المريض هو عقد مقاولة"**، و أيده في هذا الصدد أندريه برتون الذي أضاف بأن **" العقد الذي يبرم بين الطبيب مع مريضه لا يزيد عن كونه عقدا من عقود المقاولة"**، و نجد التشابه الكبير بين العقد الطبي و عقد المقاولة عند طبيب الأسنان و الطبيب الجراح اللذان يكلفان بتحقيق نتيجة، فالأول يصنع طاقم من الأسنان الاصطناعية من خلال المنتج والعتاد الذي يستعمله، و الثاني بإصلاح التشوه أو العيب الخلفي لتحقيق الراحة النفسية للمريض[1].

1)زقان رزقية , زراري جويدة ,المصدر السابق , ص 14.

إلا أن هناك فريق أخر عارض الرأي الأول، الذي يعتبر العقد الطبي عقد مقاولة، نظرا للخصائص التي تميز كل واحد منهما عن الآخر و التي يتمثل أهمها في الجوانب التالية:

- يعتبر التزام الطبيب في العقد الطبي، التزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة إلا في حالات نادرة فالطبيب يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفائه، على عكس ما يلتزم به المقاول في عقد المقاولة الذي يكون هدفه الرئيسي تحقيق نتيجة خاصة في مقاولة تشييد الأبنية وفق المواصفات المحددة في شروط العقد[1].

- أما الاختلاف الثاني الذي يظهر جليا في عقد المقاولة و العقد الطبي في الاعتبار الشخصي، كون الأول لا ينتهي بموت المقاول إلا في حالات استثنائية و ضمن شروط معينة يحددها القانون أو اتفاق الأطراف و هذا بالرجوع لنص المادة **569** من ق. م. ج التي تقضي ب**" ينقضي عقد المقاولة إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد و إن كان الأمر خلاف ذلك"**، فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة **552** الفقرة الثانية **"إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل"**، أما الثاني فينتهي بمجرد وفاة الطبيب كقاعدة عامة لا يمكن تجاهلها. - الاختلاف الأخر الذي يطرح نفسه في هذين العقدين هو في كون العقد الطبي لا يمكن الطبيب فيه أن يكلف شخصا أخر بالقيام بعلاج مريضة، و على العكس من ذلك في عقد المقاولة فيمكن للمقاول أن يستأجر مقاول من الباطن لمساعدته لإنهاء العمل في فترة وجيزة أو أن يقوم بالعمل كله أو جزء منه فقط و هذا بحسب ما ورد في نص المادة**564** في فقرتها الأولى من **ق. م ج** و التي تنص على**" يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الاعتماد على كفاءته الشخصية"**[2].

- العقد المبرم بين المريض و طبيبه غير ملزم للجانبين، و يحق لأي واحد منهما فسخه والتحلل منه مقابل تعويض مدني، ليس من العقود التجارية، فالطبيب لا يعتبر تاجر . على عكس المقاول الذي لديه صفة التاجر، لأن عقد المقاولة يترتب عن فسخه تعويضا على أساس ما فات صاحب المشروع من كسب أو ما لحقه من خسارة[2].

1)داودي صحراء , **المصدر السابق** , ص 38.

2)المواد 552-564-569 من القانون 05-10 متضمن القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون 07-05.

الفرع الثالث : تميز العقد الطبي عن عقد الاستشفاء

يعد عقد الاستشفاء من أكثر العقود القريبة من العقد الطبي، وقد عرفه جانب من الفقه بأنه: "العقد المبرم بين المريض وإدارة إحدى المستشفيات" إذا، فالعقد هنا يبرم بين المريض والإدارة التابعة لإحدى المستشفيات، فهذا يفرض التزامات متقابلة على طرفي العقد، فتلتزم إدارة المستشفى بموجبه تجاه المريض بتقديم جميع الخدمات التي يحتاجها المريض في أثناء إقامته بالمستشفى، كتقديم الطعام، والعلاج، بصورة منتظمة، وتقديم التجهيزات الأولية اللازمة لاستقباله كتوفير الأدوات المطلوبة للجراحة مع ضمان سلامتها، فضلا عن توفير العدد الكافي من العاملين والممرضين لضمان حسن أداء المستشفى الخدمات الطبية[2].

أولا. أوجه الشبه بين العقد الطبي وعقد الاستشفاء:

يقترب العقد هذا بعض الشيء من العق الطبي من حيث

1-أن كلا من العقد الطبي وعقد الاستشفاء من العقود غير المسماة التي لم تحظ بتنظيم قانوني.

2-كما أن كلا العقدين بعد المريض طرقا فيهما.

3- يقترب العند الطبي من عقد الاستشفاء بأن الغاية من إبرامها من جهة المريض هي المحافظة على صحته من الأمراض، لأن عقد الاستشفاء بعد تمهيدا لإبرام العند الطبي بل هو جزء منه، فقد يبرم المريض العقدين مع شخص واحد كان يبرم عقده مع الطبيب الذي يملك المستشفى أو يستقل بإدارته بناء على عقد مع مالكه.

ثانية. أوجه الاختلاف بين العقد الطبي وعقد الاستشفاء:

إلا أن هذا لا يعني التطابق بين العقدين، فيختلف عقد الاستشفاء عن العقد الطبي من حيث:

1.أطراف العقد: ففي عقد الاستشفاء طرقا العق هما المريض والإدارة التابعة لأحد المستشفيات، بينما طرفا العقد الطبي هما الطبيب والمريض أو من ينوب عنه

2 .كما يفترق العقدان عن بعضهما من حيث المحل، لأن الاستشفاء محله هو تقديم الخدمات

العادية للمريض في أثناء علاجه وإقامته، في حين أن العقد الطبي محله الأعمال الطبية كافة علاجية كانت أم جراحية[1].

1)زينة غانم العبيدي, **المصدر السابق** , ص 32.

3 .أن التزام الطبيب في العقد الطبي من حيث الأصل هو التزام ببذل عناية لا تحقق غاية، في حين أن التزام المستشفى تجاه المريض في عقد الاستشفاء هو التزام بتحقيق غاية، إذ تلتزم إدارة المستشفى بضمان سلامة

الأغنية، والأدوية المقدمة للمريض، وضمان سلامة الأجهزة المستخدمة، والتحاليل المجرات، وحمايته من الأخطار التي يمكن أن تهدده، والمخاطر الأخرى التي قد يكون هو مصدرها كقيامه بإرادته أو عن غير قصد بإصابة نفسه أو بما يقضي بحياته.

، كما أن التزامات الطبيب تجاه المريض بموجب العقد الطبي تعد أكثر تعقيدا ودقة من التزامات المستشفى تجاه المريض ضمن نطاق عقد الاستشفاء لأن الطبيب بموجب العقد الأول يلتزم بتبصير مريضه تبصيرا كافية بكل عمل طبي علاجيا كان أو جراحية على سبيل المثال، كما أن هناك حالات تستلزم منه التشديد في التبصير أو التخفيف منه، فضلا عن التزامه بالحصول على رضا المريض المستنير، أو رضا من ينوب عنه على وفق آلية لم نجدها في نطاق عقد الاستشفاء، ويعود ذلك إلى أهمية العقد الطبي باراده على جسم الإنسان المتمتع بالحصانة والمعصومية، في حين أن عقد الاستشفاء يرد على تقديم الخدمات للمريض وإن يتطلب ذلك التبصير في أحوال نادرة، لكنه لا يصل إلى مرحلة تبصير المريض في العقد الطبي من حيث دقته وتعقيداته[1].

بالرغم من الجدل الذي أثاره الفقهاء حول العقد الطبي بإمكانية إدراجه ضمن عقد العمل , أو عقد استشفاء, أو أكثر من ذلك بجعله عقد مقاولة , يبقى محتفظا بميزاته التي يطغى بها على باقي العقود الأخرى بخصائصه و أحكامه التي يستند إليها على غرار باقي العقود.

1)زينة غانم العبيدي , **المصدر السابق** , ص 33.

إثر التطور الذي عرفته مختلف المجالات الطبية، لم يعد الطبيب مسئولا عن أخطائه المهنية وخروجه عن الأصول العلمية المكتسبة فحسب، وإنما أصبح كذلك مسئولا عن الأخطاء المتعلقة بالأخلاقيات الطبية كعدم مراعاة الطبيب لمبدأ احترام إرادة المريض.

وكمختلف المبادئ الأخرى لم يقم مبدأ احترام إرادة المريض من العدم، وإنما وجد وكرس بفضل العديد من الأسس، أي أن مبدأ احترام إرادة المريض يستمد قوته من عدة أسس، فهو يجد أساسه في العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض باعتباره من الالتزامات المترتبة منها، إضافة إلى معصومية وحرمة جسد الإنسان كأساس أخلاقي، فضلا عن النصوص القانونية التي تلزم الطبيب باحترام والاعتداد بإرادة المريض.

ومن أجل معرفة الأسس التي يقوم عليها مبدأ احترام إرادة المريض، سنقوم بدراسة كل أساس على حدى، وفق خطة تتكون من مبحثين كالأتي :

المبحث الأول : دور الإرادة في العقد الطبي .

المبحث الثاني : أساس مشروعية مبدأ احترام إرادة المريض في العقد الطبي .

المبحث الأول: دور الإرادة في العقد الطبي

إن خضوع العقد الطبي لمبدأ سلطان الإرادة ، يعني أن لطرفي العقد الطبي كامل الحرية في التعاقد أو الامتناع عنه، ويؤدي ذلك إلى عدم إمكانية انعقاده بدون اتفاق إرادة الطبيب مع إرادة المريض، فيعتبر وجود العقد الطبي صورة للحرية التي يتمتع بها كل من المريض والطبيب ، حيث تعتبر حرية الاختيار مبدأ من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها علاقة الطبيب بمريضه. ولهذا سنقوم بدراسة كل من حرية الطبيب في اختيار مرضاه وحرية المريض في اختيار طبيبه.[1]

المطلب الأول : حرية الطبيب في اختيار مرضاه والاستثناءات الواردة عليه

لا يجبر الطبيب بأي شكل من الأشكال على الموافقة على طلب المريض، فله كل الحرية في قبول أو رفض علاج المرضى ، غير أنه ترد على هذه الحرية عدة استثناءات.

الفرع الأول : حرية الطبيب في اختيار مرضاه

كما هو معروف أن للأطباء وحدهم الحق في ممارسة مهنة الطب، فلهم استئثار علمي وقانوني فيما يتعلق بمزاولة هذه المهنة، وأن مباشرة العمل الطبي بوساطة طبيب يعد سببا من أسباب الإباحية التي تحول دون مساءلة الطبيب، فللأطباء الحرية في اختيار من يتعاقد معهم الهم الحق في رفض التعاقد مع مريض معين، وهذا جاء تطبيقا لمبدأ حرية الفرد في اختيار من يتعاقد معهم، فما دام للمريض الحق والحرية في اختيار الطبيب الذي يعالجه فانه يصبح من حق الطبيب أيضا أن يختار المريض الذي يتعاقد معه

وهذا ما أكدته تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق في البند الخامس الذي نص على ما يأتي" **للطبيب حق الخيار في تقديم خدماته لمن يريد لأسباب مهنية أو لأسباب شخصية إلا في حالة الطوارئ أو حالة الضرورة وفي حالة ارتباطه بالعناية بمريض.**.....**"**[2]

---

1) جابر مجوب علي , **دور الإرادة في العمل الطبي** , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , 1996, ص 36 .

2)زينة غانم العبيدي , **المصدر السابق** , ص 51.

كما نصت المادة **15** من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري لعام 1974على أنه

"يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أي مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو تعلق بالمهنة".

وقضت المادة 13 من الدستور الطبي الأردني بأنه**" فيما عدا حالات الطوارئ والإسعاف الطبيب الحق في رفض المعالجة لأسباب مهنية أو شخصية "**

كما أشار قانون المهن الصحية اليمني إلى حرية الأطباء وحقهم في اختيار مرضاهم وذلك في المادة**5** من الفصل الرابع التي جاءت تحت عنوان حقوق وواجبات ذوي المهن الصحية إذ نصت على أنه**"**

"يتمتع ذو المهن الصحية بالحقوق والواجبات التالية: .. و الامتناع عن تقديم الخدمات الطبية تحت شروط الإكراه أو الإملا

أما عن موقف المشرع الفرنسي فقد قضت المادة **47** من قانون أخلاقيات مهنة الطب العام 2002 بما يطاق هذه النصوص إذ نصت على ما يأتي

" ومهما كانت الظروف فانه ينبغي ضمان استمرار العناية بالمرض وباستثناء الحالات المستعجلة أو حالة الضرورة أو الحالة التي يقصر فيها الطبيب في القيام بواجباته الإنسانية فان من حقه رفض القيام بأعمال العناية الأسباب مهنية أو شخصية وإذا ما تخلص من مهمته فان عليه عندئذ إخطار المريض".

فمن خلال النص القانوني المذكور آنفا تجد أن المشرع العراقي قد أعطى للطبيب الحق والحرية في تقديم خدماته لمن يشاء من المرضى بمعنى أن إرادته حرة في اختيار مريضه ولا يجبر على ذلك باستثناء حالة الضرورة، وكان الأولى بالمشرع أن يضيف إلى حالة الضرورة حالة المستشفيات العامة لأن الطبيب في هذا الفرض أيضا يفقد حريته باختيار مرضاه كما يؤخذ على النص الذي جاءت به تعليمات السلوك المهني للأطباء مأخذ آخر ألا وهي الصيغة التي جاء بها، إذ لم يصغ بصياغة قانونية دقيقة والدليل على ذلك العبارة التي جاء فيها**(تقديم خدماته لمن يريد)**[1].

1)زينة غانم العبيدي , **المصدر السابق** , ص 52.

في حين أن مهنة الطب مهنة تنطوي على الطابع الإنساني الرفيع فالأولى أن تعاد صياغة هذه العادة بطريقة قانونية تقيقة معبرة عن رفعة ومكانة مهنة الطب الإنسانية مقارنة بالمهن الأخرى، ونأمل أن يكون النص بالشكل الآتي :

" يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة مرضاه لأسباب شخصية أو تتعلق بالمهنة إلا في حالة الطوارئ أو حالة الضرورة وحالة المستشفيات العامة"[1].

تطبيقا لمبدأ الحرية في التعاقد، تتجسد حرية الفرد في التعاقد أو الامتناع عن التعاقد ؛ ونتيجة لهذا المبدأ يكون للأطباء كامل الحرية في اختيار من يتعاقد أو يرفض التعاقد معه من المرضى[2]، وهذا ما أكدته المادة **47** ف **2** من قانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي التي تقضي على أنه باستثناء الحالات المستعجلة أو حالة الضرورة أو الحالة التي يقصر الطبيب في القيام بواجباته الإنسانية فإن من حقه رفض القيام بأعمال العناية الأسباب مهنية أو شخصية.[3]

كما نصت على ذلك المادة**42** من **م.أ.ط**. على أنه: **"...ويمكن الطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"**، نستنتج من خلال المادتين أن من حق الطبيب رفض معالجة المريض لأسباب مهنية فمثلا إذا ما كانت موافقته على علاج المريض تؤدي إلى الإضرار به كأن يكون غير مختص، كما يحق للطبيب رفض علاج المريض لأسباب شخصية كأن تكون هناك عداوة شخصية مع المريض تؤثر على عمل الطبيب في حالة تقديمه العلاج لهذا المريض.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري قام بذكر في المادة **42** من **م.أ.ط**. أن من حق الطبيب رفض تقديم العلاج لأسباب شخصية فقط دون ذكر أسباب مهنية، وقد يتبين من الوهلة الأولى أن المشرع الجزائري قد سهي عن ذكرها، غير أنه بالرجوع إلى المادتين **14** و**16** من **م.أ.ط**. نجد أنه قد تطرق ضمنيا، لحالات رفض العلاج لأسباب مهنية.[4]

---

1)زينة غانم العبيدي , **المصدر السابق** , ص 53.

2) أكرم محمود حسين , محمد صديق محمد عبد الله , **موضوعية الإرادة التعاقدية** , مجلة الرافدين للحقوق , جامعة الموصل , م9, س12, ع31, 2007,ص56.

3)Art 47/2 du Décret N° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale JORF N°0108 du 8 mai 2012 N° 97 «Hors le cas d'urgence et celui ou il manquerait à ses devoirs d'humanité, un médecin a le droit de refuser ses soins pour des raisons professionnelles ou personnelles "

4) مرسوم التنفيذي رقم 92-276**يتضمن مدونة أخلاقيات الطب** .

إذن للطبيب كامل الحق في رفض علاج المرضى، ولكن يشترط أن لا يتعسف في استعمال حقه في الرفض (02)، وبالرجوع للقانون المدني الجزائري نجده ينص في المادة **124** مكرر منه على أنه: **" يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:**

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير

إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة[1]"

ومن خلال المادة يمكن اعتبار أن الطبيب يعد متعسفا في استعمال حقه:

إذا قصد بالرفض الإضرار بالمريض، بمعنى أن يرفض علاج هذا الأخير بدون توفر أسباب مهنية أو شخصية، كأن يكون الطبيب مختص بالحالة الصحية للمريض ولكن لا يقوم بعلاجه، وذلك فقط من أجل إلحاق الضرر به.

كما يكون الطبيب متعسفا إذا كانت الفائدة التي يريد تحقيقها عند رفضه علاج المريض قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يصيب المريض، كأن يمتنع طبيب عن معالجة المريض في المستشفي كي يجبره على اللجوء إليه في عيادته، أو يرفض علاج مريض معين بسبب تخوفه من خسارة بعض المرضى الآخرين.

أما الحالة الأخرى من حالات التعسف فهي عندما يكون للطبيب هدف من رفضه علاج المريض، وهو تحقيق فائدة غير مشروعة كأن يرفض علاج المريض من أجل الحصول على مصلحة غير مشروعة مثل تلقي رشوة من أحد الأشخاص.

[1]) زينة غانم العبيدي , **المصدر السابق** , ص 85 .

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على حرية الطبيب في اختيار مرضاه

الأصل أن الطبيب له الحق في رفض علاج المريض، غير أنه هناك بعض الاستثناءات التي ترد على هذا الحق، بمعنى أنه يعد حق الطبيب في رفض علاج المريض حق نسبي ترد عليه عدة استثناءات .

أولا: حالة متابعة الطبيب لحالة المريض

تتمثل هذه الحالة في المريض الذي تتابع حالته بشكل مستمر ودائم من قبل الطبيب سواء كانت المتابعة في إطار العقد الذي بدأ به العلاج أم اعتبار أن كل زيارة من المريض إلى طبيبه عقد جديد.

وبالتالي لا يجوز للطبيب انقطاع عن متابعة المريض ومعالجته في وقت غير ملائم وبغير مبرر قانوني ، ولكن يمكن للطبيب أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن متابعة علاج المريض من طرف طبيب آخر .

في هذا الشأن تنص المادة **50** من**م.أبط.** على أنه**"يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن تضمن مواصلة العلاج للمريض"** [1].

كما نصت المادة **47** ف **3** من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي ، على هذه الحالة غير أنه نلاحظ أن المشرع الفرنسي قام بتوضيح هذه الحالة أحسن من المشرع الجزائري حيث قضى على أنه يجب على الطبيب إخطار المريض قبل التوقف عن متابعته، وإيصال كل المعلومات الضرورية لمتابعة العلاج الطبيب الجديد الذي يكون من اختيار المريض غير أن المشرع الجزائري اكتفى بذكر شرط ضمان مواصلة علاج المريض.[2]

ثانيا: حالة الطبيب المتعاقد مع إحدى المؤسسات

وتتمثل هذه الحالة في المرضى الذين يشترط لمصلحتهم بين أحد الأشخاص والطبيب ومثال ذلك المؤسسة الصناعية أو التجارية التي يتعاقد معها الطبيب المصلحة العمال الذين يشتغلون فيها،**(بحيث يلتزم الطبيب بتقديم العلاج لكل مريض من العمال والمستفيد من عقد الاشتراط لمصلحة الغير المبرم بين الطبيب والمؤسسة)**، أي أن الطبيب في هذه الحالة يفقد حقه في اختيار مرضاه.

---

1)لروي إكرام , **إرادة المريض في العقد الطبي في التشريع الجزائري** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص الأساسي , جامعة العقيد دارية– أدرار – 2014 , ص 24 .

[2]) Art 47/3 du Code de déontologie médicale «S'il se dégage de sa mission, il doit alors en avertir le patient et transmettre au médecin désigné par celui-ci les informations utiles à la poursuite des soins.

نتيجة لهذه الحالة يثار التساؤل حول الطبيب الذي يعمل لدى المستشفيات العمومية

هل يفقد الطبيب حقه في هذه الحالة في اختيار مرضاه أم لا؟

لا يمكننا القول في هذه الحالة أنه يوجد عقد اشتراط لمصلحة الغير بين المستشفى العام والطبيب؛ وإنما ليس لهذا الأخير الحق في اختيار مرضاه وذلك بسبب أن علاقته بالطبيب علاقة تنظيمية تحكمها القوانين والتنظيمات.

وفي هذه الحالة إذا رفض الطبيب تقديم العلاج للمرضى الذين يلجئون للمستشفى يترتب عنه قيام مسؤوليته أمام الجهة الإدارية التي يتبعها، وتجاه المريض في حالة إصابته بضرر[1].

ثالثا: حالة الاستعجال

تنص المادة **16**من**م.أ.ط.** على أنه" **يخول الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية و العلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانيته إلا في الحالات الاستثنائية"[2].**

فنلاحظ من هذه المادة أنه من حق الطبيب القيام بمختلف الأعمال الطبية من تشخيص وعلاج مع مراعاة حدود اختصاصه، فلا يمكنه تجاوز اختصاصاته وإمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية كحالة الاستعجال.

تتمثل هذه الحالة في المريض الذي تستدعي حالته تدخل طبي فوري وضروري من قبل الطبيب من أجل إنقاذ حياته أو صحته ، ففي هذه الحالة لا يمكن لهذا الأخير اختيار مرضاه باعتبار أنه لا يمكن له أن يرفض علاج المريض الذي يحتاج إلى تدخله العاجل.

فيمكننا القول في الأخير، أنه يجب على الطبيب أن يقوم بمعالجة المريض الذي تستدعي حالته تدخل طبي مستعجل، ولا يستطيع أن يرفض القيام بذلك بحجة عدم اختصاصه، ويجب عليه على الأقل أن يحاول إخراج المريض من حالة الاستعجال.

رابعا: حالة الطبيب العضو في الفريق الطبي

بسبب التطورات التي عرفها مجال الطب أدت إلى ترسيخ فكرة التخصص، فأصبح الأطباء يمارسون مهنتهم في شكل جماعي ضمن ما يعرف بالفريق الطبي .

ويمكن تعريف الفريق الطبي بأنه مجموعة من الأطباء المختصين كل حسب تخصصه، يجمعون للقيام كل واحد منهم بمهمته المتخصصة التي لا تتجزأ من العمل الطبي الرئيسي[3]

---

1)جابر مجوب علي , **المصدر السابق** , ص 40.

2) مرسوم التنفيذي رقم 92-276**يتضمن مدونة أخلاقيات الطب** .

3) لروي إكرام ,**المصدر السابق** , ص 27.

إن المريض في هذه الحالة لا يتعاقد مع كل الفريق الطبي، وإنما فقط مع عضو من أعضائه والذي في الغالب يكون الطبيب الجراح، وهذا التعاقد يفرض على الأطباء الآخرين علاج المريض دون أن تكون لهم الحرية في اختياره.

تنص المادة **73** من**م.أ.ط**، على أنه**"عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية. أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهما وتحت مسؤوليتهما "**

نستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري نص على مسؤولية الطبيب العضو في الفريق الطبي، ولكن لم يتعرض إلى رضا وكيفية تعاقد أعضاء الفريق الطبي مع المريض.[1]

المطلب الثاني : حرية المريض في اختيار طبيبه واستثناءات الواردة عليه

كما للطبيب الحق في اختيار مرضاه، للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية الحق في اختيار طبيبه، حيث تنص المادة 42 من **م.أ.ط.** على أنه**" للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته. وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا"** وكذلك تنص المادة **80** ف **2** من **م.أ.ط.** على أنه**" ويتعين احترام حق المريض في حرية اختيار الطبيب أو جراح الأسنان[1]"** .

الفرع الأول : حرية المريض في اختيار طبيبه

يرجع مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبة، للثقة التي يضعها المريض في الطبيب الذي يختاره[3]، كما أن العقد الطبي يقوم على الاعتبار الشخصي ، وبالتالي يترتب على ذلك إمكانية مطالبة المريض إبطال العقد إذا وقع في غلط في شخص الطبيب[4].

غير أنه يثار تساؤل في حالة غياب الطبيب الذي اختاره المريض لمعالجته، ويحل محله طبيب آخر **فهل هذا الأمر يمس بمبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه أم لا؟**

---

1) لروي إكرام ,**المصدر السابق** , ص 24–25 .

2) مرسوم التنفيذي رقم 92-276**يتضمن مدونة أخلاقيات الطب** .

[3]) Isabelle ALQUIER **: Le Statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé** These pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, 17 juin 2011, p 66.

4) حمليل صالح , **المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي** , موسوعة الفكر القانوني , ج1, دار الهلال , الجزائر , ض 76.

بالرجوع إلى المادة **67**من**م.أ.ط.** نجدها تنص على ما يلي**" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص مريض يعالجه زميل آخر، أن يحترم القواعد التالية:.... إذا طلب المريض زميلا آخر بسبب غياب طبيبة المعالج أو جراح أسنانه المعالج، فعلى هذا الزميل أن يكفل العلاج طيلة الغياب، ويكف عنه فور عودة الطبيب المعالج أو جراح الأسنان المعالج وأن يقدم لهذا الأخير بالاتفاق مع المريض كل المعلومات الضرورية"[1] .**

فيمكن أن نفهم من خلال هذه المادة أن غياب الطبيب المعالج لا يؤثر في حرية المريض في اختيار طبيبه، غير أنه يجب على الطبيب الذي يحل محل الطبيب المعالج أن يتوقف على معالجة المريض في حالة عودة الطبيب، وأن يقوم بتقديم بعد الاتفاق مع المريض كل المعلومات الضرورية والمستجدات، كما أنه من المنطقي أن يكون الطبيب الزميل الذي يحل محل الطبيب المعالج في مستوى كفاءة هذا الأخير ومؤهل للقيام بهذه المهمة

الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه

بالرغم من أنه يجب احترام حرية المريض في اختيار طبيبه، غير أنه يرد على هذا الحق عدة استثناءات.

أولا: حالة العلاج في المستشفيات العامة

في هذه الحالة يفقد المريض حقه في اختيار طبيبه بسبب كثرة الخدمات التي تتسم بها المستشفيات العامة [2]، كما أنه تطبق على علاقة الطبيب بالمريض القواعد والنصوص القانونية والتنظيمية المطبقة في المستشفيات العمومية .

بمعنى أن العلاقة التي تجمع بين الطبيب والمريض هي علاقة تنظيمية، ولهذا يرجع إلى الإدارة حق اختيار الأطباء, غير أنه يحافظ المريض على حقه في عدم اللجوء إلى المستشفيات العامة وحقه في مغادرتها في أي وقت يشاء[3].

ثانيا: حالة الاستعجال

كما الطبيب يفقد حقه في اختيار المريض في حالة الاستعجال، يفقد هذا الأخير حقه في اختيار طبيبه في حالة التي تكون فيها حياته أو صحته في خطر داهم .

---

1) مرسوم التنفيذي رقم 92-276**يتضمن مدونة أخلاقيات الطب** .

2)Bernard HERNI, Michel BENEZECH**: L'Information en médecine**, édition Masson Paris, 1994, p 17.

3) ووفاء شيعاوي , **المسؤولية المدنية لطبيب في الجراحة التجميلية**, ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية , كلية الحقوق , جامعة ملود معمري , تزي وزو , 2008, ص262.

ويشترط لتوفر هذه الحالة:

1)أن تكون حياة المريض وصحته مهددة بخطر حال يحتاج للتدخل العاجل من الطبيب ، فيجب على هذا الأخير أن لا يتأخر في التدخل الطبي وإلا ترتب على ذلك نتائج ضارة على صحة المريض

2)أن يكون المريض فاقدا لوعيه، حيث يعتبر الدكتور جابر محجوب علي أن هذا الشرط ضروري لتحقق حالة الاستعجال، باعتبار أن المريض عند فقدانه لوعيه يكون غير قادر على التعبير عن إرادته , غير أنه ليس في كل الحالات يكون المريض فاقدا للوعي، فهناك حالات يكون المريض فيها في كامل وعيه ولكن لا يستطيع تعبير عن إرادته، وبالتالي يفقد حقه في الاختيار، كأن يكون مصاب إصابة خطيرة نتيجة كوارث طبيعية أو حوادث مرور، فيتطلب من الطبيب في هذه الحالة التدخل المستعجل.

3) كما أنه يعتبر شرط من شروط توفر حالة الاستعجال، عدم وجود أحد أقارب المريض معه أو استحالة إعلامهم بحالة المريض .

ويرجع تقدير حالة الاستعجال للطبيب لأن العمل الطبي العاجل غير محصور في حالات معينة ، والسلطة التقديرية للطبيب تخضع لرقابة لاحقة من المحاكم وذلك في الحالة التي يثار فيها الشك حول قيامها في إطار رفع دعوى مسؤولية ضد الطبيب [1].

ثالثا : حالة العلاج على حساب المؤسسات

وتتمثل هذه الحالة عندما يتعاقد الطبيب مع أحد المؤسسات سواء كانت تجارية أو صناعية لمعالجة العمال الذين يشتغلون فيها .

فالعامل يفقد حقه في اختيار الطبيب في حالة مرضه، و يلتزم بمراجعة الطبيب الذي تحدده المؤسسة التي يعمل فيها ، فلا يبقى له حرية الاختيار إلا إذا لجأ إلى مراجعة طبيب آخر على نفقته الخاصة، غير أنه يمكن للعامل المريض أن يسترجع جزءا من حقه في اختيار طبيبه إذا ما تعاقدت المؤسسة التي يعمل فيها مع طبيبين أو أكثر وذلك باختياره الأحد الأطباء المحددين له من قبلها.[2]

---

1) لروي إكرام ,**المصدر السابق** , ص 31 .

2) غادة فؤاد مجيد المختار **, حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني** , دراسة مقارنة ,ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان ,2011, ص210 .

رابعا: استثناءات أخرى

هذه عدة حالات أخرى تعد استثناء على مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه ومنها:

1- حالة الحصول على علاج من قبل فريق طبي، فيمكن أن تتطلب حالة المريض المعالجة من طرف فريق طبي، فهذا يقوم المريض بالتعاقد مع رئيس الفريق الطبي ويفقد حقه في اختيار باقي الأطباء لأن رئيس الفريق الطبي هو الذي يختار الأطباء المساعدين له .

2-حالة الإيداع في المصحات الخاصة، وتكون في حالة الأشخاص المصابين بأمراض خطيرة ومعدية كمرض فقدان المناعة المكتسب أو مرض الملاريا، وكذلك بالنسبة للأشخاص المضطربين عقليا فيكونون فاقدين للإدراك والتمييز فيتم إيداعهم بمصحات خاصة، ففي كلتا الحالتين يفقد هؤلاء المرضى حريتهم في اختيار الطبيب المعالج لحالتهم، وذلك بسبب أن المصحات الخاصة فيها أطباء ذوو اختصاص في علاج هذه الأمراض فبمجرد إيداع المرضى في هذه المصحات يخضعون للتشخيص و للمعالجة من قبل الأطباء التابعين لهذه المصحات .

3- في حالة إصابة مسجون أو موقوف بمرض فلا يمكنه اختيار الطبيب الذي يعالجه، وإنما يتولى معالجته الطبيب التابع للسجن أو المؤسسة الموقوف فيها[1].

4- حالة إصابة عضو من الفريق الرياضي أثناء اللعبة، إن اللاعب الذي يصاب أثناء اللعبة يقوم الطبيب المتعاقد مع الاتحادات أو الأندية الرياضية بمعالجته وتقديم الإسعافات الأولية اللازمة له، فيفقد اللاعب المصاب حقه في اختيار طبيبه .

1)زينة غانم العبيدي , **المصدر السابق** , ص 131 .

المبحث الثاني: أساس مشروعية مبدأ احترام إرادة المريض في العقد الطبي

إن العقد الطبي هو الذي يحكم وينظم علاقة الطبيب بالمريض، وبالتالي يندرج التزام الطبيب باحترام إرادة المريض في هذا الإطار العقدي، غير أنه هناك حالات يظل الطبيب فيها ملتزما باحترام إرادة المريض بالرغم من عدم وجود عقد يربط بينه وبين المريض، كحالة العلاج في المستشفيات العمومية، وهو ما يؤكد أن هناك أسس أخلاقية وقانونية غير العقد يستند إليها هذا المبدأ ؛ ولهذا سنحاول دراسة الأساس الأخلاقي في المطلب الأول وفي المطلب الثاني سنوضح الأساس القانوني لمبدأ احترام إرادة المريض[1].

المطلب الأول: الأساس الأخلاقي لمبدأ احترام إرادة المريض

إن التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضاه المستنير هي من أهم الالتزامات التي ترتبط بالناحية الأخلاقية والإنسانية لمهنة الطب ، ولهذا يعتبر الأساس الأخلاقي من الأسس المهمة التي يقوم عليها مبدأ احترام إرادة المريض[2].

الفرع الأول: الاتجاهات المؤيدة والرافضة لمبدأ احترام إرادة المريض

إن العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي علاقة غير متكافئة، لا من حيث الحالة الصحية والنفسية التي يكون فيها المريض ولا من حيث المعلومات المكتسبة من أجل تسيير هذه العلاقة ، ونتيجة لعدم تكافؤ طرفي العلاقة الطبية، ظهر اتجاهان اتجاه نادى بعدم مراعاة إرادة المريض في التدخلات الطبية مما يعني أن الطبيب له كامل الحرية في علاج المريض دون الاعتداد بإرادته وسمي هذا الاتجاه بالهيمنة الطبية، بالرغم من أنه لازال بعض الأطباء يطبقون هذا الاتجاه في مهنتهم إلا أنه لم يعد له أي قيمة سوى تاريخية في فرنسا.

أما الاتجاه الآخر احترم إرادة المريض وأعطاه الحق في الاختيار وإبداء الرأي من أجل الأخذ به، مع تأكيد على ضرورة مراعاة الجانب الإنساني في علاقة الطبيب بالمريض ويطلق على هذا الاتجاه الإنسانية الطبية[3].

---

1) جابر مجوب علي , **المصدر السابق** , ص 40.

2) لروي إكرام ,**المصدر السابق** , ص 34 .

3) مأمون عبد الكريم .**رضا المريض عن الإعمال الطبية و الجراحية** , دراسة مقارنة , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية ,2009, ص 47 .

أولا: الهيمنة الطبية

بسبب ما يحققه الطب من تقدم من حيث التخصصات وتطور الآلات والأجهزة الطبية، وبسبب انتشار أنواع مختلفة من الأمراض [1]، وكذلك النتائج المهمة التي يحققها رجال الطب كل واحد في اختصاصه وعمله ، وباعتبار أنه لا يوجد إنسان على وجه الأرض ليس بحاجة إلى الخدمات الطبية ؛ يستسلم المريض للأطباء ولشعوره بالثقة تجاههم تاركا أمر تقرير مصيره بيد الطبيب وحده[2] .

ولهذا تقوم فكرة الهيمنة الطبية على عدة اعتبارات ومنها:

1- أن المريض هو شخص واقع تحت إكراه مرضه، وبالتالي لا فائدة من إعلامه والحصول على رضائه، طالما أن هذا الرضا يكون معيبا بهذا الإكراه ، أي أن رضا المريض لا يكون صحيحا خاصة في الحالات التي يضعف فيها المرض قدراته الإرادية والفكرية.

2- والاعتبار الثاني يتمثل في أن المريض يجهل حقيقة مرضه ووضعيته وبالتالي لا يستطيع أن يقرر ضرورة أو عدم ضرورة ما سيجرى عليه، وذلك نتيجة تعقد المشكلة الطبية وتعدد وسائل وبدائل العلاج، على عكس الطبيب الذي يعتبر مهني على درجة مرتفعة وعالية من العلم بأصول الفن الطبي فبهذا لا يجب أن تقوم مسؤولية الطبيب برغم من عدم احترامه لإرادة المريض إذا ما قام بمعالجته وفقا للأصول الفنية المتبعة

3- إن المريض يكون في حالة ضعف ذهني مؤقت بسبب حالته المرضية بمعنى أن شخصية المريض تتغير تحت تأثير المرض، فشخصية الشخص السليم لا تتشابه مع شخصية الشخص المريض، حيث أن مقاومة المريض تتضاءل ويصبح في حالة قلق وخوف دائم، وبالتالي يجب وضعه تحت يد ووصاية الطبيب وحده، وذلك بسبب عدم قدرته على تقدير الأمور واتخاذ القرارات المناسبة .

4- إن إعلام المريض بحالته الصحية بعد عمل غير إنساني وذلك نتيجة ما قد يسببه من أضرار نفسية وحتى جسدية ، حيث أن إخفاء الطبيب على المريض وضعيته وحالته المرضية سيؤدي إلى تحسين ورفع معنويات المريض ومساعدته على مواجهة المرض[3].

---

1) هديلي أحمد: **تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية مجلة سداسية" ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ج 1,"المسؤولية الطبية المدنية، المسؤولية الطبية الجزائية"، 2008، ص 82 .

2) بلعيدي فريد؛ **مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية مجلة سداسية ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ، ج1, **المسؤولية الطبية المدنية، المسؤولية الطبية الجزائية**، 2008، ص 399 .

[3]) مأمون عبد الكريم ,**المصدر السابق** , 87 – 88 .

وكذلك إخبار المريض بكل طرق ووسائل العلاج يجعل المريض في حيرة من أمره بشأن المخاطر الذي سيتعرض لها مما يدفعه إلى رفض العلاج الذي يكون في أشد الحاجة إليه، ولهذا يجب على المريض أن يضع كامل ثقته في طبيبه بشرط أن تكون هذه الثقة غير خاضعة الرقابة أحد حتى ولو كان المريض نفسه.

5- عدم الاعتداد بإرادة المريض راجع إلى الثقة التي يضعها المريض في الطبيب، وكذلك من أجل تحقيق الهدف المشترك بين الطبيب والمريض والذي هو الحفاظ على مصلحة المريض ، أي أنه على الطبيب أن تكون له نية سليمة عند تنفيذه للتدخلات الطبية تحقيقا لمصلحة المريض بدون أي مراعاة لإرادة المريض[1].

وفي الأخير يمكن القول وفقا لهذا الاتجاه، أن العلاقة بين المريض والطبيب علاقة مبنية على هيمنة أحد الطرفين على الآخر، أي هيمنة الطبيب على المريض حيث يتكلف الطبيب برعاية ومعالجة المريض بدون مراعاة لكرامته أو إرادته ، فيعتبر الطبيب نفسه في هذه الحالة ليس أمام شخص حر ومتساوي معه يستطيع إعلامه والحصول على رضاه فللمريض فقط الحق في اختيار الطبيب الذي يثق فيه.

1) مأمون عبد الكريم ,**المصدر السابق** , 88 .

كما للإنسان الحق في الحياة والسلامة الجسدية والذي يعتبر من الحقوق المحمية من قبل القانون ، فللمريض أيضا الحق في الشفاء بمعنى أن الإنسان إذا أصيب بمرض فله الحق في العلاج، ولكن اعتبر أنصار فكرة الهيمنة الطبية أن واجب الطبيب ليس فقط علاج المريض ولكن تحقيق شفائه ، وهذا الأمر فيه خطورة كبيرة باعتبار أن هذا الاتجاه يرفض فكرة احترام إرادة المريض حتى ولو كان قادرا على التعبير والاختيار بصورة سليمة وعلى الطبيب في هذه الحالة الموازنة بين حقين، حق المريض في الشفاء وحقه في تعبير عن إرادته، والطبيب مما لا شك فيه سيفضل الحق في الشفاء وذلك من أجل إنقاذ حياة المريض[1].

ونتيجة لهذا التفكير يمكن للطبيب أن يلجأ إلى الإكراه بنوعيه سواء المعنوي أم الجسدي لإخضاع المريض لعلاج يراه هو مناسب وضروري لحالة المريض، بالرغم من عدم موافقة المريض على هذا العلاج .

ثانيا: الإنسانية الطبية

لقد أبدى الأطباء تحفظا كبيرا بشأن الاعتداد بإرادة المريض في التدخلات الطبي ولكن بعد التطورات التي شاهدتها المجتمعات المعاصرة في مختلف المجالات العلمي والفكرية والاجتماعية، أدت إلى استبعاد هذه الممارسات واحترام إرادة المريض قبل كل تدخل طبى ، فبعد انتهاء عهد السلطة ووصاية الطبيب ازداد الاهتمام بحقوق الفرد في المجال الطبي، وأصبحت فكرة احترام إرادة المريض مطلبا أساسيا في العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض لأن معظم الحقوق مبنية على الكرامة الإنسانية.[2]

ولقد تعرضت نظرية الهيمنة الطبية إلى عدة انتقادات، ويمكن اعتبار هذه الانتقادات هي الحجج والاعتبارات التي قامت عليها فكرة الإنسانية الطبية :

1- لا يمكن اعتبار جهل المريض لأصول الفن الطبي وعدم استطاعته تقدير ضرورة ومزايا التدخلات الطبية والأضرار المترتبة عنها، سببا لحرمانه مر معرفة حالته المرضية والعلاجات المناسبة لها وعدم احترام إرادته[3]، لأن جهل أحد المتعاقدين لا ينفرد به العقد الطبي بل يوجد في غالبية العقود التي تمتاز بجوانب فنية متخصصة ، خاصة في عقود الاستهلاك وذلك بسبب عدم التكافؤ في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين .

---

1)معاشو , لخضر , **المسؤولية الجنائية للأطباء عن نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير علوم جنائية , المركز الجامعي بشار , 2006 ,ص3.

2) مأمون عبد الكريم ,**المصدر السابق** , 107-108.

3)بولنوار عبد الرزاق , **التزام المهني يالافضاء بالصفة الخطرة للمنتوج** , دراسة مقارنة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص , معهد العلوم القانونية و الإدارية , المركز الجامعي , بشار ,2006, ص 24 .

كما أنه من شروط صحة العقد انتقاء الجهالة فيه ولهذا يلزم الطبيب بإعلام المريض بكل ما يتعلق بحالته الصحية وطرق العلاج والمخاطر المترتبة عنها ، وذلك نتيجة المهمة النبيلة التي يقوم بها الطبيب والتي تفرض عليه أن يكون في خدمة الفرد والصحة العمومية مع احترام إرادة المريض وكرامته الإنسانية بدون أي تمييز عنصري أو ديني أو سياسي.

2- لا يعتبر المرض سببا من أسباب الإنقاص من الملكات الذهنية للمريض فالحالة المرضية لا تجعل كل إنسان شخص ضعيف غير مسئول ومهزوم من قبل الألم والقلق واليأس ، ولهذا يجب احترام المريض باعتباره إنسان حر وواعي له الحق في التفكير وتقرير مصيره ، غير أنه يجب مراعاة الحالة التي لا يستطيع فيها الطبيب الاعتداد بإرادة المريض، وهي الحالة التي يكون فيها المريض في وضع لا يسمح له بتعبير عن إرادته، كالمريض ناقص أو عديم الأهلية، ولكن يجب على الطبيب في هذه الحالة الحصول على الموافقة على التدخلات الطبية التي سيجريها على هذا المريض من ممثليه القانونيين [1].

3- تقوم العلاقة التي تحكم بين الطبيب والمريض على فكرة الثقة، ولا تعني هذه الثقة أن يوقع المريض لطبيبه على بياض ليفعل به ما يشاء فيجب أن تكون الثقة متبادلة قائمة على التعاون والمصارحة بين طرفي العلاقة الطبية ، ولهذا احترام إرادة المريض من شأنه تعزيز الثقة التي هي أساس العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض[2].

4- إن طبيعة التزام الطبيب الرئيسي هو التزام ببذل عناية[3]، وذلك باعتبار أن الطبيب لا يمكنه ضمان الشفاء ، وبالتالي لا يمكنه التمسك بالحق في شفاء المريض بشكل يتعارض مع إرادته وكرامته الإنسانية، أي أنه لا يجوز للطبيب المساس بجسم المريض ولو كان الدافع علاجه ومصلحته ما لم يسبقه رضا المريض [4].

---

1) Abdelkader KACHER : **Une Réflexion sur le principe de précaution appliqué à la médecine**, Revue critique de droit et sciences politiques, numéro spécial, part 1"La responsabilité civile, La responsabilité pénale", Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2008, p 249.

2)لروي إكرام, **المصدر السابق** , ص 41 .

3)H.BENCHABANE : Le Contrat médical met a la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat**, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques**, N° 4, Vol 33, délivré par L'Institut de droit et des sciences administratives, BenAknoun, Université d'Alger, 1995, p 767.

4) لروي إكرام, **المصدر السابق** , ص 42 .

وبالتالي يجب على الطبيب الحصول على الموافقة الحرة والمسبقة للمريض في كل التدخلات الطبية ماعدا الحالات الاستثنائية في القانون وللمريض كامل الحق في المقارنة بين مخاطر العلاج ومخاطر التطور الطبيعي للمرض، في حالة عدم قبوله للعلاج لكي يقوم باتخاذ القرار المناسب ، فهذا القرار يجسد احترام الطبيب لإرادة المريض وكرامته الإنسانية وتكريسا لحق الإنسان على جسده.

5- إن احترام إرادة المريض لا يحقق مصلحة المريض فقط، وإنما مصلحة الطبيب كذلك، باعتبار أنه يترتب عن عدم اعتداد الطبيب بإرادة المريض مسؤوليته ، أي أنه أصبحت مسؤولية الطبيب تثار بمجرد ارتكابه للأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية.[1]

الفرع الثاني: معصومية الجسد كأساس لمبدأ احترام إرادة المريض

بعد دراسة النظريتين السابقتين نستنتج أن مبدأ احترام إرادة المريض يقوم على فكرة احترام الحرية الفردية والكرامة الإنسانية.

ولهذا يجب احترام إرادة وكرامة الإنسان ولو كان مصاب بمرض ، فيجب أن يتعامل الطبيب مع المريض باعتباره إنسان حر له الحق في المحافظة على حياته وعلى سلامة جسده باعتباره حقا من الحقوق الخاصة به.

فسلامة حياة وجسم الإنسان تعتبر من الحقوق الشخصية التي تحميها مختلف المجتمعات والقوانين والمواثيق الدولية ، حيث تحرص مختلف التشريعات على ضمان حق الإنسان في الانتفاع بجسمه بالشكل الذي خلقه الله تعالى منذ ولادته حتى وفاته[2].

ومعنى أن للفرد الحق في سلامة جسده أن يكون جسمه محميا من كل اعتداء وتجاوز، كما أن هذا الحق مكفول للمجتمع باعتبار أن المساس بجسم الفرد اعتداء على المجتمع ككل ، وبالتالي يجب احترام الحياة الإنسانية والتي تتمثل في الحفاظ على حياة المريض وسلامته الجسدية، وهو ما يعرف بمبدأ معصومية جسم الإنسان والذي يعتبر أساس أخلاقي لمبدأ احترام إرادة المريض[3] .

---

1)جابر مجوب علي , **المصدر السابق** , ص 32-33.

2) حسني عودة زعال,**التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية** , دراسة مقارنة ,ط1, دار العلمية الدولية , الأردن , 2001, ص23 .

3)انس محمد عبد الغفار,**الالتزام بالتبصير في العقد الطبي** , دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي , دار الكتب القانونية , مصر , ص 39 .

ويقصد بمعصومية جسم الإنسان أنه يمنع على أي أحد الاعتداء على جسم الإنسان كما يمنع صاحب الجسم نفسه من المساس بجسده، بشكل يؤثر في السير الطبيعي للأعضاء الحيوية للجسم وبالتالي لا يسمح لها بأداء وظائفها بالشكل الصحيح ، أي أنه يجب أن تتوفر حماية كبيرة لجسم الإنسان وذلك لما له من قدسية[1]، وبالتالي لا يمكن أن يكون محلا للحقوق والتصرفات المالية، إذ أنه ليس سلعة يمكن تقويمها بالمال .

ومن أجل المحافظة على حق الإنسان في السلامة الجسدية يجب المحافظة على ثلاثة عناصر أولها الحق في التكامل الجسدي وثانيها الحق في الاحتفاظ بالمستوى الصحي للجسم وثالثها الحق في السكينة الجسدية[2]، فمن أجل حماية هذه العناصر مجتمعة يجب على الطبيب الاعتداد بإرادة المريض وذلك من خلال تبصيره والحصول على رضاه.

كما أن القانون أعطى حماية كبيرة لحياة الإنسان وسلامته الجسدية، وهذه الحماية شملت كل من كيانه المادي والمعنوي [3]، أي أن التكامل الجسدي للإنسان له حرمة مطلقة، وذلك من أجل ضمان قيام الجسد بجميع وظائفه الطبيعية ، ولهذا لا يمكن الاعتداء على جسم المريض ولو كان الدافع إلى ذلك مصلحة المريض إلا بعد الحصول على رضاه.

ولقد كان التكييف القانوني لمبدأ معصومية الجسد محل خلاف فقهي، حيث ظهر اتجاه اعتبر أن الإنسان سيد على جسده، بمعنى أن كل تدخل من التدخلات الطبية التي يقوم بها الطبيب بدون احترام إرادة المريض تعتبر اعتداء على حرية المريض [4]، أي أن الإرادة المريض سيادة وأولوية بغض النظر عن النتائج التي يمكن أن تترتب عنها فاعتبر أن حق الإنسان على جسده يعتبر حق من حقوق الملكية، ونتيجة لهذا ليس لأحد حق المساس به حتى ولو كان ذلك يدافع علاجه.

أي أن المريض هو سيد نفسه وسيد جسده، ولهذا لا يمكن المساس بجسم المريض إلا بعد الحصول على رضاه المستنير [5]، فقد أعطى أنصار هذا الرأي للمريض الذي تم تبصيره بحقيقة حالته الصحية حق رفض العلاج حتى ولو كان نتيجة هذا الرفض الموت فلا يجوز إجبار المريض على قبول العلاج ؛ كما لا يجوز للطبيب استعمال القوة أو العنف والإكراه

---

1)انس محمد عبد الغفار ,**المصدر السابق** , 40 .

2) مهند صلاح احمد فتحي العزة ,**الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة** , دار الجمعة الجديدة , الإسكندرية ,2002, ص 152 .

3) منذر الفضل ,**التصرف القانوني في الأعضاء البشرية** , ط1, دار الثقافة للنشر و التوزيع , الأردن , 2002 , ص 22 .

4)جابر مجوب علي , **المصدر السابق** , ص73 .

5) محمد حسن قاسم , **إثبات الخطأ في المجال الطبي** , دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة للأحكام المسؤولية الطبية , دار الجامعة الجديدة للنشر , الإسكندرية , 2004 , ص 177 .

البدني أو المعنوي من أجل إجبار المريض على الموافقة على العلاج، وإذا قام بذلك يكون قد ارتكب خطأ يترتب عليه قيام مسؤوليته ويكون قد خرق مبدأ من المبادئ الأساسية للقانون .

وينشأ في هذه الحالة التزام الطبيب بتبصير المريض عن النتائج المترتبة لرفضه العلاج ، فلا يمكن للطبيب الاحتجاج برفض المريض للعلاج للهروب من مسؤوليته[1].

لم تجد قبولا من الفقه فكرة تقريب حق الإنسان على جسده من حق الملكية واعتباره أنه سيد جسده، وذلك باعتبار أن الإنسان لو كان مالكا لجسمه يعني أن له الحق في التصرف فيه كما شاء، فله الحق في تدميره أو إنهاء حياته، غير أن هذا الأمر لا يعتبر صحيح حيث أن حق الإنسان في جسمه يتقيد بحق المجتمع، فالإنسان ليس من حقه أن يتصرف في جسده بشكل يتعارض مع تحقيق مصلحة المجتمع في بقاء جسم الإنسان سليما ومعافى[2].

ورأي آخر اعتبر أن مبدأ معصومية جسد الإنسان الذي يعتبر أساس احترام واعتداد بإرادة المريض ليس مبدأ مطلق وإنما نسبي، وبالتالي لا تحترم إرادة المريض في الحالة التي تتعارض فيها مع حقه في المحافظة على حياته وسلامته الجسدية، ولهذا يمكن فرض العلاج على المريض في حالة رفضه له .

فالإرادة لا تتمتع بالحرية المطلقة عندما تتعارض مع مصلحة المريض، بحيث إذا تعارضت تتقيد هذه الإرادة من أجل المحافظة على السلامة الجسدية لهذا الأخير، بمعنى أنعمل الطبيب يعتبر غير مشروع إذا لم يهدف إلى تحقيق مصلحة المريض وسعى إلى تحقيق مصلحة أخرى.

ويمكننا في الأخير القول أنه يمكن التوفيق بين هذين الرأيين، حيث أنه يجب على الطبيب احترام إرادة المريض وذلك باحترام حرمة ومعصومية جسم الإنسان، غير أنه يجب على الطبيب أخذ بعين الاعتبار مصلحة المريض، بمعنى يمكن للطبيب أن لا يعتد بإرادة المريض في الحالات الاستثنائية كحالة الاستعجال، وذلك لضرورة إنقاذ حياته أو صحته ولقد نص المشرع الجزائري على وجوب احترام حرمة ومعصومية جسم الإنسان في مختلف القوانين بما فيها **الدستور** في المادة **40** منه والتي تنص على أنه " **تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان. ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة " .**

ونص كذلك في المادة **6** والمادة **7** من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على التزام الطبيب باحترام حياة وصحة الإنسان البدنية والعقلية، مع احترام إرادته وكرامته الإنسانية[3].

---

1) احمد بوقفة ,**إفشاء سر المريض** , دراسة مقارنة بين التشريع و القانون , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية , كلية العلوم الإسلامية , جامعة الجزائر , 2006 , ص 49 .

2)جابر مجوب علي , **المصدر السابق** , ص73 – 74 .

3) لروي إكرام ,**المصدر السابق** , ص 46 .

المطلب الثاني : الأساس القانوني لمبدأ احترام إرادة المريض

الفرع الأول : الأساس القانوني وفق جمعية الطبية العالمية

حسب ما ذكر في نصوص جمعية الطبية العالمية أن علاقة الطبيب بالمريض في حجرة الزاوية في الممارسات الطبية أي للأخلاقيات الطبية .

وقد ذكر في إعلان جينيف يطلب من الطبيب عند ممارسة عمله أن يعمل بالالتزام الذي يقول سوف أضع صحة مريضى فوق كل اعتبار- و كما ينص قانون الأخلاقيات الطبية:

أن الطبيب مطالب بمعاملة مرضاه بكل إخلاص و يلتزم بم هم بكل معلوماته العلمية التي تخصهم.

وجاء في بابها الأول أن المريض يستسلم لقرارات الطبيب قد الغي منذ سنين لتعارضه مع القانون و مع الأخلاقيات المهنية وحيث أن عددا كبيرا من المرضى غير قادر على أخذ القرار في خصوص عنايته الصحية فان استقلالية المريض أصبحت غير مركزة , وهناك أيضا مظاهر أخرى لهذه العلاقة لا تقل إشكالية فيما يتعلق بإلزام الطبيب بالحفاظ عن السر المهني فكيف يكون ذلك و نحن في عهد المعلوماتية في خصوص المعطيات الطبية.

ثم جاء في طي بابها الثاني مبدأ الاحترام والمساواة في المعاملة الطبية وهي نظرية وجوب احترام كل البشر و معالجتهم على قدم المساواة حديثة نسبيا. وكان في غالب المجتمعات نظرية عدم الاحترام و عدم المساواة بين الأفراد و هذا السلوك كان يعتبر طبيعيا فممارسة الاستعداد المعمول بها بالمستعمرات الأوروبية و بالولايات المتحدة لم يضع لها حدا.

إلا في القرن التاسع عشر ولازال معمولا بها في بعض أنحاء العالم. و وضع الحد للميز العنصري ضد السكان غير البيض هو أيضا بدوره احدث عهدا ببلدان من إفريقيا الجنوبية.

و لسنوات قليلة مضت اختلفت نظريات مهنة الطب التحول المساواة بين المرضى و حقوقهم إذ يقال إذ يطلب من الطبيب إلا يجيز عن مباشرة مرضاه اعتبارات السن أو المرض أو العجز أو العقيدة أو الأصل العرقي أو الجنس أو الانتماء السياسي أو الميل الجنسي أو الحالة الاجتماعية يجب ألا تتعارض كل هذه الاعتبارات و شعور الطبيب بواجبه نحو مريضه[1].

1) جمعية الطبية العالمية , **كتاب الأخلاقيات الطبية** , 2005 ,ص 16 .

و من جهة أخرى نرى الأطباء يطالبون بحقهم في رفض معالجة مريض إلا في الحالات الضرورية و لكن وجدت أحيانا في بعض الأحيان أسباب شرعية لرفض الطبيب معالجة مريض مستقل ازدحام جدول الأعمال أو الشعور بعدم الأهلية أو عدم الاختصاص يجعل الطبيب يمارس ميزا دون التزامه بتبرير موقفه ففي تلك الحالة يكون ضمير لطبيب هو الحكم وهو الوازع الوحيد لعدم خرق حقوق الإنسان لا مجال هذا القوانين أو العقوبات الأدبية

و أن لا يعتبر قرار الأطباء عن موقفه من معالجة مريض بنية النيل منه إلا أن ذلك لا يمنع الأطباء من أكرام قواعد القرار في نطاق معالجتهم و علاقتهم بمرضاهم و الصور المعروضة في أول الحمل تظهر قطعها نوعية هذه الإشكاليات ، و كما ذكر في الباب الأول فان الشفقة هي من أهم القيم الأساسية في الطب و هي ضرورية لربط أحسن صلة في العلاقات الأخلاقية المهنية وان الشفقة تعتمد على احترام كرامة البشر و فيه مع كونها لا تقف عل هذا الحدإذ تستجيب لحساسية المريض عند المرضى أو العجز والمريض الذي يشعر برأفة الطبيب نحوه يرتاح له و يتيقن أن الطبيب سوف يبذل نحوه قصارى جهده و هذا الشعور يساعد علي شفائه.

هذه الثقة التي هي ضرورية في علاقة الطبيب بالمريض تفيد عادة في الزام الطبيب بعدم التخلي عن مريض تعهد بتمكينه من الرعاية الطبية.

القانون الدولي للأخلاقيات الطبية للجمعية ينكر أن السبب الوحيد الجائز لوضع حد لعلاقة الطبيب بمريضه هو أن يعبر المريض عن رغبته في استشارة زميل ذي اختصاصات أخرى ، يجب على الطبيب معاملة مرضاه بكل الإخلاص[1].

و موافقة المريض الرشيدة هي من أهم دعائم الأخلاقيات الطبية بحق المريض في أخذ القرار المتعلق بما يناسب وسائل علاجه أكدته كل السلطات القانونية و الأخلاقية و إعلان الجمعية في خصوص حقوق المريض تأكد على أن :

- للمريض الحق في أخذ القرار الخاص به بكامل الحرية .

- و على الطبيب إعلامه بنتائج هذا القرار كل راشد عقل له الحق في الموافقة أو رفض ما يعرض عليه من وسائل تشخيص علاج المرض.

- كما أن له أخذ القرار .يجب أن يعرف أسباب الفحص أو العلاج و أثارها و كذلك نتائج رفضه أن قرر الرفض.

[1]) جمعية الطبية العالمية , **كتاب الأخلاقيات الطبية** , 2005 ,ص 17 .

و من أهم العقبات التي تعترض علاقة الطبيب بالمريض اختلاف اللغة أو التقاليد الثقافية فان لم يكن الطبيب يتكلم نفس اللغة و المريض يجب الاستنجاد بمترجم, ومن سوء الحظ إننا لا نجد أحيانا المترجم الكفء فيضطر الطبيب إلى البحث عمن هو قادر على القيام بهذه المهنة, والتقاليد الثقافية تحدث مشاكل تعوق تبادل المعلومات بين الطبيب والمريض، حيث أن اختلاف التفاسير لنوع المرض و سببه تجعل كلا يفسر الأمر حسب تكوينه الثقافي و يجعل المريض لا يفهم قرار الطبيب و لا اختياره لطريقة المعالجة على الطبيب أن يبذل قصارى جهده لاختيار مدى وعي المريض بالمشاكل الصحية و علاجها حتى يتمكن من استيعاب النصائح الضرورية.

و حين يتوصل الطبيب إلى إبلاغ المريض معلومة تشخيص مرضه واختيار طريقة المعالجة التي يراها يجوز للمريض حين ذلك اتخاذ قرار واعيا لما هو مقترح عليه. و يكون المريض على دراية بما هو معروض عليه فيتخذ قراره بالقبول أو بالرفض عن دراية وللمريض الواعى الحق في رفض طريقة علاج وإن أذى به ذلك إلى العجز أو الموت و دليل الموافقة يكون جهرا أو تضمينا غير ملفوظ فالموافقة العلانية تكون بالكتابة أو بالتصريح الشفوي، و يقال أن الموافقة ضمنية عندما يعير المريض بسلوكه و تصرفه على خضوعه لما تقرر له من طريقة علاج ، والمثل هذا هو افتراض مريض يمد يده لحقنها. و يحبذ أن تكون الموافقة صراحة عندما يكون العلاج به شيء من الخطورة و هناك حالتان يمكن تجاوز موافقة المريض.

الحالة التي يستسلم فيها المريض و يحيل أمر أخذ القرار الطبيب أو لطرف ثالث نظرا حالته أو ثقته المطلقة في طبيبه يمكن أن يقول له أفعل ما تراه صالحا و في هذه الحالة يجب على الطبيب ألا يتسرع في الاستجابة , بل يجدر به أن يرشد المريض حول مختلف الطرق الممكنة و المحتملة للمعالجة و أن يشجع مريضه على أخذ القرار بنفسه ، وان تمسك المريض في تفويض أخذ القرار الطبيب ليكن مع احترام أحسن وسيلة لمصلحة المريض.

حيث يسمح للأطباء عدم إعطاء المعلومات الطبية إن كان من شأنها النيل من وضعية المريض البدنية أو النفسية أو العاطفية مما يؤدى بالمريض إلى الانتحار في حالة علمه أنه بلغ الطور النهائي من حياته ولكن هذا الامتياز الموكل للطبيب يفتح الباب لتجاوزات خطيرة أخرى و على الأطباء عدم استعمالها إلا في الحالات الخاصة جدا[1] .

[1]) جمعية الطبية العالمية , **كتاب الأخلاقيات الطبية** , 2005 ,ص 18 .

القاعدة هي أن كل مريض له الأهلية لمجابهة ما يحدث و سيبقى للأطباء حق الاحتفاظ بالمعلومات في الحالات التي يرون فيها الصمت أفضل ويرى بعضهم أن إلزام الطبيب بإعلام مريضه بحالته الصحية لا ينطبق في حالة وصف مرض بلغ الطور النهائي، و يرون أن إفشاء المعلومات قد يؤدي بالمريض إلى حالة يأس تجعله يعيش بقية حياته يائسا لا أمل له و كثيرا ما يطلب أفراد عائلة المريض من الطبيب عدم البوح باقتراب موته , لذا من المهم تحسيس الأطباء بالجوانب الشخصية و الحضرية التي تحوم حول إبلاغ الخبر السيئ و خصوصا خبر موت سيحدث عن قرب على أن فكرة حق المريض في الاختيار الواعي صارت محل اتفاق واسع.

و من أهم واجبات الطبيب مساعدة المريض على المطالبة بحقه , و بينما انتشرت نظرية الاتجاه الذي أري آن وسائل العلاج مادة استهلاك و يرى المرضي مستهلكين قد نرى بعض المرضى أو عائلاتهم يطلبون من الطبيب اللجوء إلى وسائل صحية غير ملائمة و يكون ذلك انطلاقا من وصف مادة مضادة للجراثيم إلى مرض فيروسي حتى يصل إلى طلب العلاج المكثف لمريض فارق الحياة أو طلب أدوية أو القيام بعمليات جراحية لم تثبت نجاعتها بعد.

و بعض المرضى يطالبون بما يعتبرونه حقهم من خدمات طبية مفيدة لهم حسب رأيهم و كثيرا ما يجاملهم من بعض الأطباء عن غير اقتناع ، و هذا الإشكال مقلق خصوصا عند ضيق الموارد و عند اليقين أن القيام بهذه الوسائل في العلاج تكون تافهة و غير مجدية بينما هناك مرضى آخرون في حاجة لتلك الوسائل.

ففي بعض الحالات يرى الطبيب أن تلك الوسيلة العلاجية تافهة أو لا تجدي نفعا للمريض إما لفقدان الأمل في برء المريض أو في تحسين حالته و في بعض الحالات الأخرى لا يجوز وصف علاج ما إلا بالنظر إلى ما ينجر عنه من نفع و فائدة للمريض و مراعاة راحته بصفة عامة والقاعدة العامة أن المريض يشارك في النقاش الذي يدور لتبيان تفاهة تلك المعالجة و في حالات استثنائية جذا قد لا يستجيب النقاش لمصلحة المريض مبدأ الموافقة الواعية يفترض حق المريض في الاختيار بين عدة عروض يطرحها الطبيب عليه و الطبيب غير ملزم بتمكين المريض من دواء لا ينفعه و هذا الأمر أحدث جدلا طويلا من حيث الأخلاق المهنية و من حيث الجانب القانوني و حتى من جانب سياسة الصحة العمومية[1].

[1]) جمعية الطبية العالمية , **كتاب الأخلاقيات الطبية** , 2005 ,ص 19 - 20 .

وفي انتظار إحداث أجهزة تأمين صحي من طرف الحكومات أو المنظمات المهنية على الطبيب أن يقرر وحده قبول أو رفض ما هو مطلوب منه من توخي سبل علاج غير مجدية وان اعتقاد أن الأمر المطلوب يغلب ضرره على نفعه فعليه أن يرفض الطلب. و على كل فالطبيب له أن يشعر بحرية في رفض علاج قد يكون غير نقع وان كان غير مضر مع معلم إهمال استعمال علاج الغفل .

الفرع الثاني : الأساس القانوني لمبدأ احترام إرادة المريض وفق التشريع الجزائري

وفقا لقوانين مهنة الطب يلتزم الطبيب بعلاج المريض بكل جهد وصدق مع احترام الأصول العلمية المعروفة في ميدان الطب ، فتقوم مسؤولية الطبيب عن كل خطأ يرتكبه، وتتحدد نوع هذه المسؤولية بنوع الخطأ، فتنشأ المسؤولية الجنائية عن الخطأ الجنائي أو المسؤولية المدنية عن الخطأ المدني، وفي جميع الحالات تنشأ المسؤولية التأديبية بسبب مخالفة الطبيب للالتزامات القانونية المفروضة عليه حتى وإن لم يترتب على هذا الخطأ ضرر[1].

وهذا ما تنص عليه المادة **413**[2] من**ق , ص** . على انه " باستثناء الضرورة المبررة , يعاقب طبقا لإحكام المواد **288** و **289** و **442**(**ف 2**) من قانون العقوبات , كل مهني الصحة , عن كل تقصير أو خطأ مهني تم إثباته , يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها و يلحق ضرار بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته .

كما أنه يلتزم الطبيب في كل مرحلة من مراحل العمل الطبي باحترام إرادة المريض فيجد هذا المبدأ أساسه أيضا في القوانين المنظمة لمهنة الطب، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية [3]في قرارها الصادر في **12 جانفي2012.**

---

1) حابت أمال , **المساءلة التأديبية للطبيب وفقا لمدونة أخلاقيات الطب الجزائرية** , أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية , كلية الحقوق ,جامعة تزي وزو , 2008 , ص 230 .

2)قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02-07-2018 .

3) www.legifrance .com : Cass.civ 1e ch 12 janvier 2012, N° 10-24447 déclare «... à son obligation légale et contractuelle d'information de son patient sur les risques et les conséquences d'une intervention chirurgicale …»

فبالرغم من تمسك بعض الأطباء بفكرة الهيمنة الطبية، وفرض السلطة على مرضاهم إلا أن التشريعات المتعلقة بالصحة والمنظمة لمهنة الطب، ألزمت الأطباء باحترام إرادة المريض برغم ما قد يصيبه من ضعف سواء جسماني أم نفسي.وإن لم يشمل قسم أبقراط الشهير ضرورة احترام إرادة المريض، إلا أنه تضمن تعهد الطبيب على الامتناع عن إيذاء أو إفساد مقصود وخاصة التغرير بالناس سواء كان ذكرا أم أنثى، أحرار أم عبيد ، ومما لا شك فيه أن الطبيب لا يحترم إرادة المريض,إذا ما استعمل الكذب والكتمان من أجل إجبار المريض على تلقي علاج لا يرضى به، ويعتبر هذا الأمر بمثابة تدليس، وكذلك يعتبر من قبيل الإيذاء والإفساد قيام الطبيب باستعمال العنف والقوة لإجبار مريض على موافقة على علاج ، كما أن أبقراط نادي في مطوله عن الأوبئة على ضرورة التعاون المثمر والفعال بين الطبيب والمريض في محاربة الأمراض والأوبئة.[1]

وجاءت المواد من**39**إلى **41** من د.ج تأكد على التزام كل إنسان باحترام الحرية الفردية وكرامته، وضمان عدم انتهاك لحرمة الإنسان بأي صورة كانت، حيث تنص المادة **39** على أنه **"الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية، مضمون".**

كما أنها تنص المادة **41** على أنه**"يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية"[2].**

كما أنه قد كرست عدة نصوص قانونية خاصة، مبدأ احترام إرادة المريض بدءا بقانون الصحة الجزائري لا سيما في المادة **343** منه كمبدأ عام والتي تنص في فقرتها الأولى و الثانية على أنه**" لا يمكن القيام بأي عمل طبي و لا بأي علاج دون الموافقة الحرة و المستنيرة للمريض.**

و يجب على الطبيب احترام إرادة المريض , بعد إعلامه بالنتائج التي تنجز عن خياراته . "[3]وكذلك توجد نصوص متفرقة تأكد على ضرورة احترام إرادة المريض، حيث نص المشرع الجزائري على التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على موافقته المستترة في بعض الأعمال الطبية مثل التجارب الطبية .

1) بلعربي عبد الكريم , سعداوي محمد , **إعفاء من المسؤولية الطبية** , أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية , كلية الحقوق , جامعة , تزي وزو , 2008 , ص 180 .

2) قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الاولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016 , **يتضمن التعديل الدستوري**

3)قانون الصحة الجزائري رقم 18-11 11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02-07-2018 .

وحالة استقطاع الأعضاء البشرية وزرعها حيث تنص المادة **355**من **ق . ص .ج** والتي تنص على أنه**"لا يجوز نزع الأعضاء و الأنسجة و الخلايا البشرية و زرعها إلا لإغراض علاجية أو تشخيصية و ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ".**

و في المادة **357** (**ف2**) تنص على انه **" لا يجوز جمع أعضاء جسم الانسان من متبرع حي لأغراض الحفظ دون موافقة المتبرع او ممثله الشرعي .[1]"**

وكذلك نجد مجموعة من النصوص في قانون أخلاقيات مهنة الطب، فبالنسبة لقانون أخلاقيات مهنة الطب الفرنسي جاء مؤكدا لمبدأ احترام إرادة المريض حيث اشترط على الطبيب احترام مجموعة من الشروط في بعض التدخلات الطبية أولها اعتداد بإرادة المريض وذلك بتبصيره بالتدخل الطبي تم الحصول على رضاه.

ومن هذه الأعمال الطبية قيام بالتجارب الطبية على جسم الإنسان، استقطاع الأعضاء والخلايا والأنسجة، عمليات التلقيح والإنجاب الصناعي، والإجهاض الإرادي [2].

كما أن المشرع الفرنسي قام بتكريس مبدأ احترام إرادة المريض في كل الأعمال الطبية وذلك في نص المادة **35(ف 1)**من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي والتي تقضي بان الطبيب يجب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات أمينة واضحة وملائمة له، وذلك فيما يتعلق بحالته وبالفحوص التي يقوم بها والعلاج الذي يقترحه .

والمادة **36**(**ف 1**) من مدونة أخلاقيات الطب الفرنسي والتي تقضي على أنه يجب على الطبيب أن يبحث في كل الحالات على رضا المريض الذي يقوم بفحصه أو علاجه.[3]

كما أن المشرع الجزائري أكد هو كذلك على احترام والاعتداد بإرادة المريض من خلال مدونة أخلاقيات الطب ، بداية بإعطاء المريض الحق في اختيار طبيبه وذلك في المادة **42** منه والتي تنص 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].

---

1) **قانون الصحة الجزائري** رقم 18-11 11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02-07-2018 .

2) Art 15 et Art 16 et Art 17 et Art 18 du **code de déontologie médicale.**

3) Art 35/1 du **Code de déontologie médicale** «Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose……»

4) مرسوم التنفيذي رقم 92-276**يتضمن مدونة أخلاقيات الطب** .

و كذلك تم تكريس مبدا احترام الولادة المريض في المادة **43** من المدونة والتي نصت على أنه**" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي "**

وكذلك المادة **44**من**م.أ. ط.**التي تنص على أنه**" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون....."**.

وبتفصيل واستقراء مواد من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري كالمواد **46** و **47** و **48** نفهم أن المشرع نص على ضرورة احترام الطبيب الإرادة وكرامة المريض[1] .

كما أن المشرع الجزائري ألزم الطبيب باحترام إرادة المريض في كل الأحوال حتى في حالة رفضه للعلاج وهذا ما نصت عليه المادة **344(ف 1)** من **ق.ص** والتي تنص على أنه **"في حالة رفض علاجات طبية , يمكن اشتراط تصريح كتابي , من المريض او ممثله الشرعي "**

والمادة **49**من **م.** أ **.ط** تنص على أنه**" يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن "**[2].

فتبين أن كما للمريض كامل الحرية في قبول العلاج له الحق في رفض العلاج الذي يقترحه الطبيب، فهذا الأخير لا يحل محل المريض في اتخاذ القرار الطبي ، وما علي الطبيب إلا تبصيره بنتائج رفضه العلاج.

[1] مرسوم التنفيذي رقم 92-276**يتضمن مدونة أخلاقيات الطب** .

[2]**قانون الصحة الجزائري** رقم 18-11 11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02-07-2018 .

خـــاتمـــــة

تلعب الإرادة دورا كبيرا في العقد الطبي، ولهذا تم تكريس مبدأ احترام إرادة المريض في عدة نصوص قانونية، وذلك بسبب زوال فكرة الهيمنة والسلطة الأبوية للطبيب على المريض، حيث لم تعد إرادة الطبيب تحل محل إرادة المريض في اتخاذ القرارات بشأن التدخلات الطبية الواردة على جسمه، ولهذا أصبح هذا المبدأ التزام يقع على عاتق الطبيب وفي حالة إخلاله بالمظاهر المجسدة له كعدم تبصيره للمريض أو عدم الحصول على رضاه تقوم مسؤوليته.

وبعد انتهاء من دراسة موضوع إرادة المريض في العقد الطبي في التشريع الجزائري توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والاقتراحات. النتائج تتمثل في مايلي:

اولا : النتائج

1- إن للإرادة دورا كبيرا في العقد الطبي، إذ ليس بإمكان الطبيب المساس بجسم مريضه إلا بعد الحصول على الإذن احتراما لإرادة مرضاه .

2- تمر الإرادة بمراحل قبل الإعلان عنها ألا وهي الباحث أو النية والتروي أو التدبير، ومن ثم العزم أو المشيئة، وهذه المراحل الثلاثة تدخل تحت نطاق الإرادة الباطنة، وبانتهاء هذه المراحل تنقل الإرادة إلى العالم الخارجي، وهذا ما نطلق عليه بالإرادة الظاهرة التي تتخذ صور وطرائق عديدة للتعبير عنها.

3. مع أن الرضاء والاختيار يشكلان عنصري الإرادة، إلا أن هذا لا يعني تلازمهما وذلك لأن بعض التصرفات قد يتوفر فيها الاختبار دون الرضاء أو العكس ومع ذلك تقول بصحة ترتب بالآثار القانونية على ذلك.

4. العقد الطبي هو من العقود المبرمة بين الطبيب والمريض أو من ينوب عنه ومحله جسم الإنسان فيلتزم بمقتضاه الطبيب ببذل عناية أو تحقيق غاية بحسب طبيعة العمل الطبي بعد الحصول على الرضا الحر المستور بمقابل أو دون مقابل.

5- يقوم مبدأ احترام إرادة المريض على عدة أسس منها الأساس العقدي والأساس القانوني والأساس الأخلاقي.

6- تعتبر من أهم المظاهر المجسدة لمبدأ احترام إرادة المريض التزام الطبيب بتبصير المريض والتزامه بالحصول على رضاه.

خـــاتمـــــة

7- رغم أن المشرع الجزائري لم يقم بتنظيم العقد الطبي في القواعد العامة ولا في القوانين المتعلقة بالصحة، إلا أنه أحسن في فرض الحماية القانونية للمريض باعتباره الطرف الضعيف، وذلك من خلال نصه على التزام الطبيب بالحصول على الرضا المستنير للمريض في نصوص عديدة من قانون الصحة وكذلك في مدونة أخلاقيات الطب.

8- قام المشرع الجزائري باحترام إرادة المريض حتى قبل انعقاد العقد الطبي وذلك بنصه على حرية المريض في اختيار طبيبة المعالج.

9- يختص العقد الطبي بجملة خصائص تميزه من غيره من العقود، لأنه من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي والسرية، فضلا عن المصداقية الثقة فهو ذو طابع إنساني بحت، كما أنه عقد رضائي، إذ لا يتطلب إفراغه في صيغة معينة باستثناء بعض الأعمال الطبية المنطوية على مخاطر بالغة وتؤثر في صحة الإنسان، فضلا عن أنه يفرض على الطبيب التزامات متابعة وأنه عقد غير مسمى، إلا أن المشرع الجزائري لم ينظمه بنصوص قانونية خاصة، إنما اكتفي بوضع تعليمات السلوك المهني للأطباء التي تنظم العلاقة بين الطبيب والمريض، إلا أنه في الآونة الأخيرة تم إصدار مشروع قانون الصحة الجديد الذي تم تنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض وتحديد حقوق وواجبات كلا الطرفين.

10- كأصل عام للطبيب الحق والحرية الكاملة في اختيار مرضاه، لكن يستثنى من ذلك حالة التعاقد بين الأطباء وإحدى المنشآت، وحالة التدخل العاجل (حالة الضرورة)، وحالة كون الطبيب عضوا في فريق طبي مقابل هذا، فان المريض أيضا الحق والحرية الكاملة في اختبار طبيبه باستثناء حالة المستشفيات العامة وحالة الاستعجال وبعض الحالات الأخرى.

11- من الالتزامات الأساسية التي يفرضها العقد الطبي هو التزام الطبيب باحترام إرادة مرضاه وهذا يمكن تحديده بمظهرين، الأول: احترام إرادة المريض بتبصير سواء في تشخيص علته، أو في علاجه، وحتى في المرحلة اللاحقة للعلاج مع الأخذ بنظر الاعتبار التقنية بالتقصير في حالات معينة والتخفيف منه في حالات أخرى، الثاني: احترام إرادة المريض بالحصول على رضاه أو رضاه من ينوب عنه.

12- يعد رضاء المريض في العقد الطبي من الالتزامات الأساسية التي يحترم بموجبها الطبيب إرادة مرضاه، إلا أن هذا الرضا له خصوصيته في نطاق العقد محل البحث، إذ يمكن القول بأنه يتضمن نوعين من الرضا: النوع الأول: (الرضاء التقليدي) وهو ضروري لإبرام العقد الطبي لأنه ركن من أركانه، والثاني: (الرضاء المستنير) وهو ضروري لتنفيذ العقد الطبي الذي يجب أن يسبقه الالتزام بالتبصير.

خـــاتمـــــة

13- الطبيب ملزم بالحصول على رضاه المريض متى كان عاقلا بالغا, أما في الفروض التي يكون فيها المريض مصابة بمرض عقلي، أو فاقدا لوعيه أو صغير فهنا يعتد برضاء من ينوب عنه، مع الأخذ بنظر الاعتبار إمكانية الاعتداد بإرادتهم في الفروض التي يستشف فيها الطبيب قدرتهم على التعبير عن رضائهم في إبرام العقد الطبي وتنفيذه.

14- إن التزام الطبيب بتبصير المريض والحصول على رضاه يكون في كل مراحل العمل الطبي، ولا يمكن للطبيب أن يكتفي بمجرد الرضا الصادر لتكوين العقد الطبي.

15- يجب أن يكون التزام الطبيب بتبصير المريض بالعمل الطبي سابق على التزامه بالحصول على رضا هذا الأخير، حتى يمكن اعتبار أن رضا المريض هو التعبير الحقيقي والصحيح لإرادته.

16- يجب على الطبيب التزام بتبصير كل مريض بحسب حالته النفسية والجسدية وقدراته ومستواه الفكري والثقافي، ولهذا لا يمكن للطبيب أن يتهرب من مسؤوليته بسبب جهل المريض وعدم قدرته على فهم المصطلحات العلمية المعقدة.

17- لا يلتزم الطبيب بتبصير المريض بكل المخاطر سواء المؤكدة أم الاستثنائية ونادرة الحدوث، إلا في حالات الأعمال الطبية غير علاجية كعملية التجارب العلمية أو استقطاع الأعضاء البشرية أو العمليات التجميلية.

18- لم يلزم المشرع الجزائري الطبيب بالحصول على الرضا المستنير بشكل المكتوب إلا في حالات استثنائية كحالة استقطاع الأعضاء البشرية.

19- يعفى الطبيب من التزامه باحترام إرادة المريض في حالة الاستعجال، وفي الحالة التي تستدعي فيها المصلحة العامة ذلك كالتلقيحات الإجبارية ومحاربة الأمراض المعدية.

20- كما للمريض الحق في قبول العمل الطبي له الحق في رفضه، دون أي تدخل من الطبيب، وما على هذا الأخير إلا تبصيره بالآثار والنتائج السيئة لرفضه التدخل الطبي.

20- لم يقم المشرع الجزائري بتوضيح الجزاءات والمسؤولية المرئية عن إخلال الطبيب بمبدأ احترام إرادة المريض، كما لم يقم بإيراد مسألة على أي عائق يقع عبء إثبات إخلال بالتزام بالتبصير والحصول على رضا المريض في القوانين المنظمة لمهنة الطب.

ثانية :التوصيات

1- قيام بندوات ومؤتمرات من أجل زيادة وعي الناس على حقوق المرضى، بما في ذلك حقهم في إعلامهم بحالتهم الصحية وطرق العلاج ومخاطره والحصول على موافقتهم قبل كل تدخل طبي، باعتبار أنه ليس للطبيب أي سلطة وهيمنة على المريض .

2- بسبب قلة إن لم نقل انعدام الأحكام والقرارات القضائية الجزائرية بشأن المسؤولية التي تترتب على إخلال الطبيب بالتزامه بالحصول على الرضا المستنير للمريض، نجد أنه من أحسن أن يقوم القاضي الجزائري بمراعاة التطور الذي وصل له القضاء الفرنسي في هذا الشأن.

3- يجب على المشرع الجزائري أن ينص على تشديد التزام الطبيب بالتبصير في الأعمال الطبية غير علاجية.

4- يجب على المشرع الجزائري أن يقوم بالنص على الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المريض في اختيار طبية، والاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الطبيب في اختيار مرضاه.

5- يجب على المشرع الجزائري تحديد من يقع عليه عبء الإثبات وطرقه عند إخلال الطبيب باحترام إرادة المريض، وأن لا يبقى معتمدا على القواعد العامة للإثبات وذلك باعتبار أن المجال الطبي يختلف اختلاف كبير عن المعاملات المالية كما نرجو من المشرع الجزائري أن يستفيد في سنه لهذا النص على التطور الذي وصل له القضاء الفرنسي بهذا الشأن.

- بالغة العربية

- القران الكريم

- الحديث النبوي الشريف

أولا : القوانين

- قانون 05-10 متضمن **قانون المدني الجزائري** مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ج. ج عدد 44، صادر بتاريخ 26 يونيو2005، ومعدل بالقانون 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، ج.ر.ج. ج عدد 31، صادر بتاريخ 13 مايو 2007.

- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016 , **يتضمن التعديل الدستوري** .

- قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 02-07-2018 يتعلق **بالصحة** ,ج.ر.ج. ج عدد 46 , صادرة بتاريخ 29 جويلية 2012 .

- قانون 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09-06-1984 متضمن **قانون الأسرة الجزائري** جريدة ع 24 مؤرخة في 12-06-1984 المعدل و المتمم .

- مرسوم تنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 **يتضمن مدونة أخلاقيات الطب**.

ثانيا: المؤلفات

1 – الكتب المتخصصة :

- عبد المجيد , الوسيط في نظرية العقد ,ج1 ,مطبعة شركة الطبع و النشر الأهلية, بغداد , 1967.

- حلمي بهجت بدوي , **أصول الالتزامات الكتاب الاول في نظرية العقد** , مطبعة نوري , القاهرة, 1943.

- العربي بلحاج , **الايطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري** , دار وائل للنشر , الجزائر , 2010.

- قاضي إدريس , **الوجيز في النظرية العامة للالتزام** , ديوان المطبوعات الجامعية , 2009.

- حمليل صالح , **المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي** , موسوعة الفكر القانوني , ج1, دار الهلال , الجزائر .

- محمد حسن قاسم , إثبات الخطأ في المجال الطبي , **دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء التطورات المعاصرة للأحكام المسؤولية الطبية** , دار الجامعة الجديدة للنشر , الإسكندرية , 2004 .

قائمة المصادر و المراجع

- مصطفى الزلمي, **المنطق القانوني** , القسم الثالث , بحث منشور في مجلة جامعة النهرين للحقوق , مجلد 4, العدد 5, 2000.
- محمود زكي شمس , **المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية**,ط1,مطبعة خالد بن واليد , دمشق ,1999.
- عبد الرزاق دربال، **الوجيز في نظرية العامة الالتزام، مصادر الالتزام**، دار العلوم، الجزائر، 2004.
- محمد تقية، **الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة السلامية**، دار الأمة، الجزائر، 1995.
- يزيد أنيس نصير، **السكوت دائرة في إبرام العقد، دراسة مقارنة**، مجلة الشريعة والقانون، العدد 1، جويلية 2003.
- السعدي، **مصادر الالتزام، النظرية العامة للالتزام**، القانون المدني الجزائري، الكتاب الأول،دار الكتاب الجديد، الجزائر، 2003.
- علي فيلالي, **الالتزامات , النظرية العامة للعقد** , موفم للنشر, الجزائر ,2008 .
- حسني محمود عبد الدايم , **عقد إجارة الأرحام** , بين المحظور و الإباحة , ط1, دار الفكر الجامعي , مصر, 2007 .
- محمد صبري السعيدي .**شرح القانون المدني الجزائري , النظرية العامة للالتزامات** , ط1, ج1, دار الهدى , الجزائر , 2004.
- علي علي سلمان , **النظرية العامة لالتزام في القانون المدني الجزائري** , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1988 .
- عشوش كريم , **العقد الطبي**, دار الهومه للنشر و التوزيع و الطباعة , الجزائر و 2007 .
- منصور عمر المعايطة . المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية , ط1 , جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية , الرياض .
- جابر مجوب علي , **دور الإرادة في العمل الطبي** , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , القاهرة , 1996.
- احمد ادرويش , العقد الطبي –**التأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه** ,ط1, منشورات سلسلة المعرفة القانونية , الرباط , 2009.
- أكرم محمود حسين , محمد صديق محمد عبد الله , **موضوعية الإرادة التعاقدية** , مجلة الرافدين للحقوق , جامعة الموصل , م9, س12, ع31, 2007.
- غادة فؤاد مجيد المختار ,**حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني** , دراسة مقارنة ,ط1, منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان ,2011.

- مأمون عبد الكريم , **رضا المريض عن الإعمال الطبية و الجراحية** , دراسة مقارنة , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية ,2009.
- هديلي أحمد,**تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات،** المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية مجلة سداسية" ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ج 1,"المسؤولية الطبية المدنية، المسؤولية الطبية الجزائية"، 2008.
- بلعيدي فريد؛ **مسؤولية الطبيب الممتنع جنائيا في التشريع الجزائري**، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية مجلة سداسية ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزيوزو، ج1, المسؤولية الطبية المدنية، المسؤولية الطبية الجزائية، 2008.
- منذر الفضل ,**التصرف القانوني في الأعضاء البشرية** , ط1, دار الثقافة للنشر و التوزيع , الأردن , 2002 .
- انس محمد عبد الغفار, **الالتزام بالتبصير في العقد الطبي** , دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي , دار الكتب القانونية , مصر .
- مهند صلاح احمد فتحي العزة ,**الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة** , دار الجمعة الجديدة , الإسكندرية ,2002.

- حسني عودة زعال , **التصرف غير المشروع بالأعضاء البشرية** , دراسة مقارنة ,ط1, دار العلمية الدولية , الأردن , 2001.

2 –الكتب العامة :

- ابن منظور,**لسان العرب**,ج1. دار لسان العرب بيروت ؛بدون سنة طبع ص 1253-محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ,مختار الصحاح , دار الرسالة , الكويت .
-**الموسوعة الفقهية** , ج3,ط2, وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ,طباعة ذات السلاسل, الكويت ,1983.
- جرجيس جرجيس , **معجم المصطلحات الفقهية و القانونية** , الشركة العالمية للكتاب ,ط1,بيروت, 1996.
- أبو القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني , **المفردات في غريب القران** ,الطبعة الأخيرة , شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده ,مصر 1961.
- أبو الحسن علي بن محمد بن علي الجرجاني , **التعريفات** , دار الشؤون الثقافية العامة , بغداد ,1986.
- نديم مرعشيلي , أسامة مرعشيلي , **الصحاح في اللغة و العلوم** , المجلد الأول ,ج1, دار الحضارة العربية ,بيروت 1947.
- محمد رواس قلعة ,**معجم لغة الفقهاء** , دار النفائس , ط1 ,بيروت , 1985.

- عبد الرزاق احمد السنهوري , **الوسيط**, ج1, دار النشر للجامعات العربية , مصر , 1952.
-مصطفى احمد الزرقاء ,**المدخل الفقهي العام** , ج 1 , دار القلم , بيروت , 1996.

ثانيا : الرسائل و الأطروحات

- يسرى وليد إبراهيم على بك, **إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة** , دراسة مقارنة ,أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الكلية القانون , جامعة الموصل 2003.
- زينة غانم العبيدي , **إرادة المريض في العقد الطبي** , أطروحة شهادة دكتوراه فلسفة في القانون الخاص, كلية الحقوق جامعة الموصل- العراق , 2004.
- محمد بحر العلوم ,**عيوب الإرادة في الشريعة الإسلامية** , رسالة دكتوراه ,ط 2 , دار العلوم – جامعة القاهرة , 2001.
- أجعود أزواو , ايت موعوب نونور , **دور الإرادة في إنشاء العقد** , مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون خاص , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة عبد الرحمن ميرة - بجاية , 2017.
- عبد الرحمن بوفجلة , **دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق , تخصص القانون الخاص , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة أبو بكر بلقايد , تلمسان , 2008.
- سيهام قرد , **المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة الجزائر ,2006.
- عائشة مساهل، **القيود الواردة على حرية الإدارة في تعاقدها**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012-2013.
- زقان رزقية , زراري جويدة , **العقد الطبي** , مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ,تخصص القانون الخاص , كلية الحقوق و العلوم السياسية , جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية, 2014.
- هنى سعاد , **المسؤولية المدنية للطبيب** , مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء , المدرسة العليا للقضاء ,دفعة 14 , 2003-2006 .
-قاوة فضيلة , **الاطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية** , مذكرة ماجستير , جامعة مولود معمري , تزي وزو .
- داودي صحراء , **مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير, جامعة قاصدي مرباح , ورقلة, 2006.
- لروي إكرام , **إرادة المريض في العقد الطبي في التشريع الجزائري** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص الأساسي , جامعة العقيد داريةـ أدرار – 2014.

-معاشو , لخضر , المسؤولية **الجنائية للأطباء عن نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير علوم جنائية , المركز الجامعي بشار , 2006 .
-بولنوار عبد الرزاق , **التزام المهني يالافضاء بالصفة الخطرة للمنتج** , دراسة مقارنة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص , معهد العلوم القانونية و الإدارية , المركز الجامعي , بشار ,2006.
-احمد بوقفة , إفشاء سر المريض , **دراسة مقارنة بين التشريع و القانون** , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية , كلية العلوم الإسلامية , جامعة الجزائر , 2006 .
- جمعية الطبية العالمية , كتاب الأخلاقيات الطبية , 2005 .

ثالثا : المقالات و الدوريات

- بلعربي عبد الكريم , سعداوي محمد , **إعفاء من المسؤولية الطبية** , أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية , كلية الحقوق , جامعة , تزي وزو , 2008 .
- ووفاء شيعاوي , **المسؤولية المدنية لطبيب في الجراحة التجميلية**, ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية , كلية الحقوق , جامعة ملود معمري , تزي وزو , 2008.
- حابت أمال , **المساءلة التأديبية للطبيب وفقا لمدونة أخلاقيات الطب الجزائرية** , أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية , كلية الحقوق ,جامعة تزي وزو , 2008.

- En Français

- Les Ouvrages :
1- Bernard Hœrni, Michel BENEZECH : L'Information en médecine édition Masson, Paris, 1994
- Les Thèses :
- Isabelle ALQUIER : Le Statut du patient hospitalisé en établissement de santé privé, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit et de sciences politiques, Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, 17 juin 2011.
- Les Articles :
- Abdelkader KACHER : Une Réflexion sur le principe de précaution appliqué à la médecine, Revue critique de droit et sciences politiques numéro spécial, part 1″La respensabilité civile, La respensabilité pénale″, Faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou 2008.
- H.BENCHABANE : Le Contrat médical met a la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, N° 4, Vol 33, délivré par L'Institut de droit et des sciences administratives, BenAknoun Université d'Alger, 1995
- Les Lois:
1- Décret N° 2012-694 du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale JORF N° 0108 du 8 mai 2012 N° 97. retour à la décret sur le lien suivant : www.legifrance.com.
- Jurisprudence :
- Cass.civ 1e ch 12 janvier 2012, N° 10-24447 consulter le lien suivant : www.legifrance.com.

الــفــهرس

مقدمة 01
الفصل الأول : مفهوم الإرادة في العقد الطبي 05
المبحث الأول : الإرادة و دورها في تكوين العقد..... 06
المطلب الأول : تعريف الإرادة ومراحلها 06
الفرع الأول : تعريف الإرادة لغة و اصطلاحا 06
أولا : الإرادة لغة.....06-08
ثانيا :الإرادة اصطلاحا.....08-11
الفرع الثاني :أقسام الإرادة 11-12
أولا: الإرادة الباطنية 11
ثانيا :الإرادة الظاهرة 12
الفرع الثالث : مراحل الإرادة 12-14
المطلب الثاني : دور الإرادة في تكوين العقد 14
الفرع الأول : دور الإرادة في مرحلة المفاوضات.....14
أولا: حرية الأفراد في إجراء المفاوضات.....14-15
ثانيا : العدول عن إجراء المفاوضات.....16-17
الفرع الثاني : دور الإرادة في إبرام العقد 18
أولا: طرق التعبير عن الإرادة.....18-21
ثانيا : تطابق الإرادتين.....21-23
الفرع الثالث : مدى اعتبار الإرادة كمصدر للقوة الملزمة للعقد.....23-24
المبحث الثاني: العقد الطبي.....25
المطلب الأول : تعريف العقد الطبي و أركانه وخصائصه.....25
الفرع الأول: التعريف التشريعي و القانوني للعقد الطبي.....25
أولا : التعريف التشريعي للعقد الطبي.....25-26
ثانيا : التعريف القانوني للعقد الطبي 26-27

الــفــهرس

الفرع الثاني : أركان العقد الطبي.....27
أولا : التراضي كركن في العقد الطبي.....27-31
ثانيا: المحل كركن في العقد الطبي.....31-36
ثالثا - السبب كركن في العقد الطبي.....37-39
رابعا: الكتابة كركن في العقد الطبي.....40-41
الفرع الثالث: خصائص العقد الطبي.....42
أولا: العقد الطبي عقد شخصي و مدني.....42-43
ثانيا: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين و قابل للفسخ.....43-44
ثالثا : العقد الطبي عقد معاوضة و مستمر.....45
المطلب الثاني : تميز العقد الطبي عن باقي العقود الأخر.....46
الفرع الأول: تمييز العقد الطبي عن عقد العمل.....46-47
الفرع الثاني : تمييز العقد الطبي عن عقد المقاولة.....47-48
الفرع الثالث : تميز العقد الطبي عن عقد الاستشفاء.....49-50
الفصل الثاني : تكريس مبدأ الإرادة في العقد الطبي 51
المبحث الأول: دور الإرادة في العقد الطبي.....52
المطلب الأول : حرية الطبيب في اختيار مرضاه والاستثناءات الواردة عليه.....52
الفرع الأول : حرية الطبيب في اختيار مرضاه.....52-55
الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على حرية الطبيب في اختيار مرضاه.....56-58
المطلب الثاني : حرية المريض في اختيار طبيبه واستثناءات الواردة عليه.....58
الفرع الأول : حرية المريض في اختيار طبيبه.....58-59
الفرع الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه.....59-61
المبحث الثاني: أساس مشروعية مبدأ احترام إرادة المريض في العقد الطبي.....62
المطلب الأول: الأساس الأخلاقي لمبدأ احترام إرادة المريض.....62
الفرع الأول: الاتجاهات المؤيدة والرافضة لمبدأ احترام إرادة المريض.....62-67
الفرع الثاني: معصومية الجسد كأساس لمبدأ احترام إرادة المريض.....67-69

المطلب الثاني : الأساس القانوني لمبدأ احترام إرادة المريض.....70
الفرع الأول : الأساس القانوني وفق جمعية الطبية العالمية.....70-74
الفرع الثاني : الأساس القانوني لمبدأ احترام إرادة المريض وفق التشريع الجزائري.....74-77
خاتمة.....78-81
قائمة المصادر و المراجع.....82-87
الفهرس 88-90

الملخص

للإرادة دورا مهما في جميع أنواع العقود وتبدو أهميتها أكثر في العقد المبرم بين الطبيب والمريض وذلك لخصوصية محل هذا العقد، إذ يرد على جسم الإنسان من اجل تحقيق هدف إنساني سام تجاه المرضى وحتى الأصحاء، بل اتجاه ، فان الطابع الإنساني لمهنة الطب الذي يطغى على العقد الطبي يفرض على الطبيب مراعاة حالة المريض ومدى تقبله للعلاج وعدم الامتناع عن تقديم خدماته لمن هو بحاجة إليها ، فهو من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي الذي يعطي للطبيب الحق والحرية في اختيار مرضاه مقابل حق المريض وحريته في اختيار الطبيب الذي يعالج حالته.

الكلمات المفتاحية :

- الإرادة – الطبيب

–العقد الطبي –المريض.

Abstract

The will has an important role in all types of contracts and its importance appears more in the contract between the doctor and the patient due to the specificity of the location of this contract, as it responds to the human body in order to achieve a toxic human goal towards patients and even healthy people, but rather a trend, the human nature of the medical profession that overshadows the contract The doctor forces the doctor to observe the patient’s condition and the extent of his acceptance of treatment and not to refrain from providing his services to those who need them, as it is one of the contracts based on personal consideration that gives the doctor the right and freedom to choose his patients against the patient’s right and freedom to choose the doctor who treats his condition.

key words :

- The will - the doctor

- the medical contract - the patient.