

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المرجع:

قسم القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

إلتزام الطبيب بالإعلام في المسؤولية العقدية

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: القانون الطبي

تحت إشراف الأستاذ:

بن بدرة عفيف

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالب(ة):

سعادي ليلي

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

حسن دواجي محمد

الأستاذ(ة)

مشرفا مقرر

بن بدرة عفيف

الأستاذ(ة)

مناقشا

بافضل بلخير

الأستاذ(ة)

السنة الجامعية: 2024/2023

نوقشت في 12-06-2024



تصريح شرقي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: سعادى ليلي الصفة: طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 10089366 والصادرة بتاريخ: 23 09 2016

المسجل بكلية: المعروف و العلوم السياسي قسم: العام

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

التزام العليسية بالإعلام في التسوية العقدي

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية
المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

إمضاء المعني

ليلى

المصادقة:
سعادى ليلي
ب.ت.و. رقم: 10089366
عن السيد:
ب.ت.و. رقم: 23 09 2016
مستقدم (مستفاد) في: 27 JUN 2024

التاريخ: 27 06 2024



الإهداء

إلى راعي العلم والعلماء في هذا البلد العظيم....

إلى كل من دعم الطلاب والطالبات لإكمال مسيرتهم العلمية.

إلى السيد الرئيس/تبون عبد المجيد حماك الله و رعاك.

إلى الوالدين حفظهم الله.

إلى جميع عائلتي من قريب وبعيد.

إلى الأساتذة اللذين ساعدوني بإكمال دراستي بالماستر الأستاذة بن قارة عائشة

والأستاذة بوكرا أكن لهم كل الحب والاحترام وأتمنى لهم الصحة والعافية

والعون من ذا الجلال والإكرام...

إلى الدكتور المحترم بن بدرة عفيف والأستاذ الشارف العربي أمدهم الله

بالصحة والعافية ساعدوني كثيرا بهذه الرسالة دمتم في رعاية الله وحفظه.

إلى كل معارفي وأصدقائي... وخاصة مديرة مدرسة أول نوفمبر شيخي عائشة

أعانهم الله في عملهم وحياتهم.

أهدى إليكم رسالتي العلمية المتواضعة وأتمنى من الواحد الأحد أن يزدني

علما ويوفقني إلى ما فيه خير لي برحمته الواسعة...

قال الله تعالى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ

بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ

وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا

سورة طه. 114

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة عربية

- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- ق.م.ج : قانون المدني الجزائري.
- ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائرية.
- ق.ص.ج : قانون الصحة الجزائري.
- ق.إ.م.إ.ج : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
- م.أ.ط.ج: مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.
- ق.ح.ص.ت : قانون حماية الصحة و ترقيتها.
- د.س.ن: دون سنة النشر.
- د.د.ن: دون دار النشر.
- ص: الصفحة.
- ص.ص : من صفحة إلى صفحة.
- ط - طبعة.
- ف - فقرة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Cass Civ : Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation.

L : Loi.

N : Numéro.

P : Page.

ch: chambre.

R : Règlement.

. J.O.F :Journal Officielle Français

المقدمة

مقدمة

لقد صاحب التقدم العلمي والتكنولوجي الحاصل في وقتنا الحاضر في المجالات المختلفة عموماً وما شهدته قطاع الصحة على وجه الخصوص ظهور مخاطر جديدة نتج معظمها من سوء التحكم في التقنيات الطبية الحديثة، مما انعكس سلباً على صحة المريض وسلامته في كثير من الحالات.

و حق الإنسان في سلامة جسده من أهم الحقوق العامة المرتبطة بشخصه، حيث يثبت لهبمجرد ولادته ويعتبر الحد الأدنى الواجب كفالتة له ويترتب على إهداره التضحية بأدمية الإنسان، بينما تعد الأعمال الطبية من الباحات رغم مساسه بجسم الإنسان لأنه تستند إلياذن المشرع، وترخيص القانون للأطباء بممارستها لما يهدفون إليه من المحافظة علمصلحة الجسم إلا أنه أخضع هذه الإباحة لشرط إلتزام الطبيب بإعلام مريضه، أو منيمثله قانوناً والحصول على رضائه بالعمل الطبي، نظراً لما يكتسبه هذا الشرط من أهميةكبيرة في السلامة الجسدية التي نص عليها الدستور وبعض النصوص العقابية بتقريرحماية جنائية لجسم الإنسان.

فالإلتزام بالإعلام هو الوسيلة المثلى للحفاظ على الثقة القائمة بين الطبيب ومريضه، كما يمنح هذا الإلتزام نوعاً من الحصانة إن صح القول والتي تعفي الطبيب من المسؤولية عند مباشرته العلاج لأطمئنانه أنه قام بواجب الإعلام على أكمل وجه، كما تمنح للمريض الحرية في جسم أمره، إما برفض العلاج أو الخوض فيه، لعدم الخروج عن القيم والتقاليد وأخلاقيات المهنة والعمل الطبي يتطلب المساس بجسم الإنسان نظراً لما يتصف به الطب من طابع تجريبي، ففي الأساس أن العلاج نسبي ولا وجود لعلاج مطلق، كما أن العلاج يتباين من مريض لآخر حسب الاستجابة الفيزيولوجية والعامل النفسي للمريض، ناهيك عن الآثار الجانبية لكل علاج وما له من أضرار تعود على المريض، وباعتبار أن المريض جاهلاً لخبايا العمل الطبي، فإنه يكون في مركز ضعف وهذا ما يؤدي إلى وجود اختلال التوازن المعرفي بين معلومات الطبيب ومعلومات المريض، فالطبيب سواء كان يشتغل في عيادة خاصة أو مستشفى عام يكون ملزماً بإعلام المريض أو ممثله القانوني والحصول على رضائه بالعمل الطبي وتنويره بكل ما يتعلق بحالته الصحية من مرض وتشخيص ومخاطر العلاج أو العملية الجراحية والنتائج المترتبة عنها، وبكل تدخل طبي آخر، وذلك نظراً لما يكتسبه هذا الشرط من أهميةكبيرة في السلامة الجسدية التي أولتها بعض المنظومات القانونية بعضها في الدستور وبعضها الآخر في قانون العقوبات، بتقرير حماية جنائية لجسم الإنسان وأن علاقة الطبيب والمريض مبنية على الثقة التي توجه المريض لقبول العلاج أو رفضه والحصول على رضا المريض يجب أن يسبقه شيء هام هو تبصيره بكل المعلومات عن حالته الصحية، وبذلك لا يجوز للطبيب إرغام المريض على العلاج، وما يكون له سوى تسهيل السبل له بتزويده بالمعلومات ثم يترك له السلطة والحرية في إتخاذ قرار نهائي بشأن حالته الصحية.

مقدمة

منهج البحث المتبع

نظرًا لطبيعة الموضوع، اعتمدنا على المنهج الوصفي من خلال البحث في المراجع والكتب المتخصصة في الموضوع، والتي تناولت وصف الإلتزام بالإعلام، ولكن وصف العقد الطبي، للجانب النظري ومنهج تحليلي في الجانب التطبيقي.

خطة البحث المتبعة

بناءً على ما سبق نطرح الإشكالية الموالية :

ما مضمون إلتزام الطبيب بالإعلام _؟ وما الآثار المترتبة عن الإخلال بالإلتزام في المسؤولية العقدية؟

ولما تتضح الدراسة من جوانبها المتعددة إلا من خلال خطة هيكلية للجواب على الإشكالية المطروحة اعتمدت فيها على الخطة الآتية:

فخصصت (الفصل الأول) الذي يتمحور في إلتزام الطبيب ونظامه القانوني وتعرضت فيه لمبحثين :

* (المبحث الأول) يندرج فيه المفهوم القانوني لإلتزام الطبيب بالإعلام وفيه تطرقت بالمطلب الأول إلى تعريف وأهمية وأساس الإلتزام وأطرافه والمطلب الثاني إلى نطاق إلتزام الطبيب بالإعلام.

* أما (المبحث الثاني) حول النظام القانوني لإلتزام الطبيب بالإعلام وفيه تطرقت بالمطلب الأول إلى الطبيعة القانونية للإلتزام الطبيب بإعلام المريض والمطلب الثاني إلى مجال إلتزام الطبيب بإعلام المريض.

و(الفصل الثاني) الذي يتمحور في المسؤولية العقدية للطبيب و التعويض عنها وينقسم إلى مبحثين كذلك تطرقت إلى:

* (المبحث الأول) حول مفهوم المسؤولية العقدية للطبيب و عبء إثباتها و عليه تطرقت بالمطلب الأول إلى مفهوم المسؤولية العقدية وشروط أركان قيامها والمطلب الثاني إلى إثبات الإلتزام بالإعلام في المسؤولية العقدية.

* أما (المبحث الثاني) التعويض عن الضرر الناتج عن عدم الاعلام بالإعلام وفيه تطرقت بالمطلب الأول إلى أنواع التعويض (العيني و المقابل) والمطلب الثاني إلى كيفية تقدير تعويض المريض.

ثم انتهت الرسالة بخاتمة، تناولت فيها أهم النتائج والتوصيات التي استخلصتها من البحث، ودونت في صفحاتها الأخيرة المصادر والمراجع التي وثقت معلومات الرسالة المعتمدة فيها.

الفصل الأول

إلتزام الطبيب ونظامه القانوني

الفصل الأول : إلتزام الطبيب ونظامه القانوني

يتمتع جسم الإنسان بحرمة شبه مطلقة ضد كل ما قد يمس جسده من إنتهاكات والممارسة الطبية وإن كانت ضرورية للحفاظ على السلامة البدنية، إلا أنها تنطوي على ممارسات تمس بالجسم البشري لذلك لا تكون الأعمال الطبية مشروعة إلا إذا كانت لها فائدة للجسم مع النية العلاجية، من شخص مؤهل علميا ومرخص له قانونا وتوافر رضا المريض عن كل تدخل طبي.

إلا إستثناء رضا المجني عليه لا يعتبر سببا للإباحة إجمالا، إلا أن مشروعية العمل الطبي تتوقف على الحصول على موافقة المريض المتبصرة فإذا تخلف الرضا أصبح العمل الطبي غير مشروع ولا يتحقق رضا المريض إلا إذا صدر في شكل معتبر قانونا من ذي أهلية أو من ينوب عليه شرعا بعد إعلامه جيدا عن العمل الطبي المراد تنفيذه ونصت التشريعات الخاصة بالصحة على "الإلتزام بإعلام المريض" كما أن القضاء المقارن يتشدد في توقيع المسؤولية عند عدم تحققه وكان له الفضل في رسم حدود واسعة لهذا الإلتزام.

فالإلتزام بالإعلام هو: "تزويد المريض خلال العلاقة الطبية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له بإتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو رفض العمل الطبي بإرادة حرة ومستنيرة". ولا يعفي من الإلتزام بتنفيذ الإعلام إلا في حالة الضرورة والإستعجال أو إستحالة الإعلام أو رفض المريض تلقي الإعلام، وله أسس في قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب.

فيجب أن يكون الإعلام سابق على التدخل الطبي وواضحا بسيطا ومفهوما لدى المريض صادقا، ودقيقا يلزم به جميع الطاقم الطبي سواء أطباء أو أعضاء الأسلاك شبه الطبيين كل في مجاله للمريض نفسه إذا كان كامل الأهلية أو لممثله القانوني أو شخص من اختياره.¹

- المبحث الأول: المفهوم القانوني لإلتزام الطبيب بالإعلام

سوف نتطرق بهذا المبحث في (المطلب الأول) إلى تعريف إلتزام الطبيب بالإعلام و(المطلب الثاني) إلى نطاق إلتزام الطبيب بالإعلام.

المطلب الأول: تعريف إلتزام الطبيب بالإعلام

عرف الإلتزام بصفة عامة أنه واجب قانوني خاص يقوم فيه شخص معين يسمى المدين بأدائه عمل أو إمتناعه عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن، يكون له و لكي ينشأ الإلتزام لابد له من سبب أو مصدر يقره القانون و الذي سلطة إجباره على أدائه.² قد يكون العقد و يعرف العقد أنه توافق إرادة طرفين على إنشاء إلتزام أو أكثر في ذمة أحدهما أو في ذمة كلاهما و هو أهم مصادر الإلتزام كما يلجأ الإنسان أثناء ربط علاقاته مع غيره عن طريق التعاقد المبني على الثقة، خاصة عندما يتعلق الأمر بحالته الصحية، فإنه يلجأ إلى إختيار

¹- كريم عشوش ، العقد الطبي ،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ط 2007م، ص 8- 19.

²- محمد السعيد رشدى ،عقد العلاج الطبي دراسة تحليلية وتصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض ، أستاذ ورئيس قسم القانون المدني كلية الحقوق جامعة بنها ،طبعة 2015 م دار الفكر الجامعي الإسكندرية،ص 73 .

الطبيب الذي يضع ثقته فيه للحصول على خدمات طبية ، و عليه إستقر الفقه و القضاء على إعتبار العلاقة التي تربط المريض بالطبيب هي عقد حقيقي ، يلتزم فيه الطبيب بإحاطة المريض بكافة المعلومات المتعلقة بالعقد سواء في مرحلة الإنعقاد أو في مرحلة التنفيذ، كتقديم العلاج و بذل العناية في ذلك ، مقابل الحصول على أجر من المريض و هو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري.

و تكمن أهمية الإلتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، كونه واجب قانوني من طرف الطبيب من جهة، ومن جهة أخرى يوفر الحماية للمريض، بإعتباره الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية .

ويعد الإلتزام بالإعلام من الإلتزامات التي كثر عليها الحديث في الآونة الأخيرة، وتعد جزء لا يتجزأ من الواجبات الملقاة على عاتق المهني ويمكن القول أن الإعلام هو الإخبار أو الإخطار أو الإفشاء بواقعة أو حدث معين لم يكن معروف من قبل حتى يتمكن الطرف الأخر من معرفة الخبر أو ذلك الشيء الجديد .

إن الإلتزام بالإعلام أوجده القضاء بحيث يجب على الطرف الأكثر دراية إبلاغ الطرف الأخر المتعاقد بالبيانات المتعلقة بالموضوع، إن فكرة إعلام المستهلك هي فكرة قديمة بحيث ورد ذلك في الشريعة الإسلامية بتسمية خيار الرؤية وتجسد ذلك في المادة 352 من القانون المدني الجزائري¹ ونص المادتين 3 و 04 من القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة.

المقصود بإعلام المريض وفق القواعد الخاصة بحسب نص المادة 23 من القانون رقم 11/18 المتعلق بالصحة وترقيتها والتي تنص على أنه: " يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج التي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها" حيث لا يتعلق الأمر بإعلام المريض فقط و أيضا إعلام ذويه عن حالته الصحية وكل ما يتطلبه من علاج و إحاطة المريض بوضوح بكل ما يتعلق بالتدخل الطبي. وإعلام المريض بوضعه الصحي حتى يكون على إتخاذ القرار بقبول التدخل أو رفضه و المريض يكون على داريه بحقيقة مرضه و وضعه الصحي².

¹-حتى يكون الرضى منتجا لأثاره القانونية في عقد البيع يجب أن يكون صحيحا طبقاً للقواعد العامة ، و قد أضاف المشرع الجزائري إلى القواعد العامة حكما خاصا بعبء الغلط الذي يشوب الإرادة يقضي بضرورة علم المشتري بالمبيع ليصح عقد البيع ، و هو ما نصت عليه المادة 352 من القانون المدني التي استمدها المشرع من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية، والمقصود بها هو أن يكون للمتعاقد الحق في فسخ العقد أو في إمضائه عند رؤية محله إذا لم يكن قد رآه عند إنشاء العقد أو قبله في وقت لا يتغير فيه.

ليس في تطبيق القواعد العامة على عقد البيع ما يحتاج إلى دراسة خاصة إلا ما يتعلق بالغلط حيث اشترط المشرع علم المشتري بالمبيع توفيقا بين خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية وبين أحكام الغلط و أحكام تعيين المبيع في القانون الحديث، كذلك فإن اللغين في عقد البيع أحكام خاصة مكان دراستها عند دراسة الثمن باعتباره المحل الأساسي للإلتزامالمشتري ،ونقتصر هنا على دراسة الحكم الخاص بالعلم بالشيء المبيع إوقد نصت المادة 352 مدني على "يجب أن يكونالمشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع أو أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع. "المزيد من المعلومات انظر الدكتور بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، وفقا للتعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا الجزاء الاول المصادر الارادية العقد والارادة المنفردة ،دار الهومة للطباعة والنشر 2015، ص 157.

²- لقاضي بالخوان يحي عبد اللطيف، الإلتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،الجزائر 2008-2009م،ص13.

- أولا : التعريف الفقهي للإلتزام بالإعلام

اختلف الفقهاء في إيجاد تعريف جامع للإلتزام الطبيب بالإعلام المريض حيث عرفه البعض منهم أنه : " إلتزام جوهره بمثابة الإلتزام بالحوار بين المريض خلال مدة العقد الطبي بهدف الحصول على رضا مستنير ، حيث إعتبر هذا الفريق من الفقهاء أن الإلتزام بالإعلام في العقد الطبي مقدمة للرضا".

حيث عرفه بعض الفقهاء أنه : "إتفاق بين الطبيب و المريض ،بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري للمريض وفقا للقواعد العلمية، ويقوم هذا الأخير بدفعأتعاب العلاج " وعرفه الأستاذ السنهوري بأنه : " إتفاق بين الطبيب و المريض على أن يقوم الأول بعلاج والثاني في مقابل أجر معلوم " كما عرفه الأستاذ سافيتي على أنه: " إتفاق بين الطبيب من جهة و المريض أو من يمثله من جهة أخرى ، بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء طلبه النصائح و العلاج الصحي، كما عرفه أيضا أنه: " الإعلام مقدمة الرضا و لازمته، بحيث أن الأول هو الذي جعل الثاني مستنيرا و متبصرا بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية.

في تعريف آخر يعتبر الإلتزام بالإعلام الملقى على عاتق الطبيب : " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة و امنية عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج الطبي و الجراحة و هناك من عرفه كذلك أنه: " إلتزام بإحاطة المريض علما بطبيعة العلاج و مخاطر العملية الجراحية.

نلاحظ أن جميع التعريفات المقدمة للإلتزام الطبيب بالإعلام متقاربة في المعنى فكلها أجمعت على حق المريض في الإعلام و على العلاقة الوطيدة بين كل من الإعلام و رضا المريض، و ذلك لما لها من تأثير على إرادته إزاء العلاج كما تطلق عدة مسميات على هذا الإلتزام كالإلتزام بالتبصير ، الإلتزام بالأداء،الإلتزام بالتنوير ،الإلتزام بالإفضاء ... الخ¹

- ثانيا : التعريف القضائي للإلتزام بالإعلام

أكد القضاء الفرنسي على ضرورة إلتزام الطبيب بالإعلام المريض ، و نلاحظ هذا من خلال ما أقره لأول مرة في الحكم سنة 1946م عن محكمة² DOUAI ، يتعلق هذا الحكم بقضية تتلخص وقائعها في قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية لمريضه بخصوص من أجل فحص ورم في أعلى الذراع، و أثناء قيام الطبيب بالعملية إكتشف أن هناك تعقيدات مرضية لم يلاحظها أثناء الفحص المبدئي فقام بإجراء عملية أخرى دون أن يقوم بإعلام المريض بذلك ، هذا ما أدى إلى إصابة المريض بشلل في ذراعه الأيسر ، وعند علم المريض بذلك قام برفع دعوى قضائية أمام المحكمة التي قضت بمسؤولية الطبيب لعدم إعلام المريض بحالته الصحية و بهذا فإن القضاء جسد هذا الإلتزام في الأحكام القضائية الصادرة بعد هذا الحكم، و من هنا نجد أن محكمة النقض الفرنسية لم تقدم تعريف للإلتزام بالإعلام.

¹-- بلحاج العربي ،النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر،1995م،ص115.
²--سعيديان أسماء ،الإلتزام الطبيب بإعلام المريض ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ،فرع عقود و مسؤولية ن كلية الحقوق جامعة الجزائر ، طبعة 2001م، ص 07.

- ثالثا: التعريف التشريعي للإلتزام بالإعلام

إن المشرع الجزائري لم يقدّم تعريف واضح بالإلتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي بل إكتفى بالإشارة إليه و تنظيمه عبر نصوص خاصة و ألقائه على عاتق كل شخص ناشط في المجال الطبي.

كما قرر المشرع الجزائري صراحة إعتقاد هذا النوع من إلتزامات الطبيب، في كل تدخل طبي منطوي على درجة من الخطورة و المجازفة، كحالة إنتزاع عضو إنسان و زراعته على سبيل التبرع ، هذا حسب ما جاءت به¹.

- الفرع الاول: أهميته وأساسه

- أولا: أهمية الإلتزام بالإعلام

يعد رضا المريض شرطا هاما و ضروريا يجب الحصول عليه قبل لأي تدخل طبي لما يكتسبه الجسم الإنساني من أهمية بالغة هذه الأهمية مضمونها السلامة الجسدية.

إن القانون نص سواء في نصوص دستورية أم في نصوص عقابية مقرر بها الحرمة الجسمية للإنسان و قد تضمنت معظم التشريعات العقابية حماية جنائية لجسم الإنسان، فلا يجوز المساس به بدون موافقة المريض.

وبهذا فلا يكون العمل الطبي مباحا ما لم يرض به المريض، وما دام القانون يخصص لفئة معينة حق ممارسة الطبوهم الأطباء المحترفون لهذه المهنة فلا يجوز بذلك إرغام أحد على العلاج وهذا ما نصت عليه المادة 154 من قانون الصحة الجزائري بقولها:

”يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو ممن يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك” كما نصت المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على مايلي: ”يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون على الطبيب أو الجراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته².

إن العلاقة بين الطبيب و المريض جوهرها ثقة الثاني في الأول وهذه الثقة التي تفرض نفسها توجب قبول المريض للعلاج أو رفضه غير أن الحصول على رضاه الذي يبيح العمل الطبي، لا بد أن يسبقه شيء مهم وهو تنوير المريض و تبصيره بكل المعلومات الضرورية التي تجعله على دراية بحالته الصحية فيبصر بطبيعة مرضه ودرجة خطورته وما يتطلب من علاج، و تبصيره بالبدائل العلاجية وهذا لا يكون إلا بالإلتزام بالإعلام ليكون الرضا متبصرا و عليه فإن الإلتزام بالإعلام هو مهم للغاية فهو يشمل جميع العقود التي ليس فيها تكافؤ بين أطرافها و لاسيما في عقد العلاج الطبي الذي يقتصر على علاج جسم الفرد الذي له حصانة شخصية تمتد لكل مظاهرها سواء النفسية أو العقلية أو الجسمية.

¹-المادة 162 من القانون المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها الملغى، و كذا المادة 43 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري التي تنص صراحة على: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي.

²-قانون 276/92 المنظم لمدونة أخلاقيات مهنة الطب ، ج. ر العدد 52 مؤرخة في 8 يوليو 1992م.

كما أن أهميته تتجلى في التنوير و التبصير،وغاياته التعاون على تنفيذ العقد وتمكينه من إستيعاب الأمور الفنية على أكمل وجه وعن بيئة واضحة كذلك من أهميته يحول دون وصول الخطر الكامن في طبيعة العلاج إلى المريض والمساس بشخصه أو الإضرار بماله فهو إنعكاس حقيقي وتطبيق واقعي لفكرة ضمان السلامة ومن جهة أخرى يعطي للمريض الحرية الكاملة في تقدير الإقدام على العلاج أو الإحجام عنه، إذ يساعده على إتخاذ القرار النهائي في مصير حالته الصحية .

فالتطورات العلمية،الفكرية،والإجتماعية جعلت من المستحيل في ظل عالم يشهد وسائل طبية حديثة وطرق علاجية متطورة أن يكون المريض جاهلا لحالته الصحية فعصر الوصاية الأبوية الطبية التي كانت في القديم الزمان تتيح للطبيب أن يتصرف في مريضه بما شاء من دون أن يراعي شرط الرضا بل أكثر من ذلك فإن المريض كان حقلا للتجارب الطبية.

وبناء على ذلك فلا يسوغ للطبيب إرغام المريض على العلاج، وما يكون له سوى تسهيل السبيل له بتزويده بالمعلومات الفنية الخاصة به، ثم يترك له سلطة و الحرية في إتخاذ القرار النهائي بشأن حالته الصحية،لهذا فإن أغلب الدول وأكثر التشريعات الحديثة تركز على هذا وتحث عليه حتى تستبعد المسؤولية المدنية ويستبعد الخطأ الطبي وفي كل مصلحة سواء بالنسبة للمريض الذي يتلقى رعاية صحية حسنة،أما بالنسبة للطبيب المعالج كيف لا وأن مصلحة هذا الأخير تظهر في ممارسة مهنته الطبية من غير أن يخشى مسؤولية تنهض في حقه إذا ما أخل بهذا الإلتزاموكخلاصة لما سبق فالفقه و القضاء على غرار التشريعات الأخرى يجرسان على ضرورة إلتزام الطبيب بإعلام المريض.¹

- ثانيا: أساسه

الأساس القانوني لإلتزام الطبيب بإعلام مريضه فإلى أي أساس قانوني يجد هذا الإلتزام مصدره؟

يرى بعض الفقه الفرنسي و على رأسهم رينييه سافتي أن هذا الإلتزام يجد نفسه في مصدرين المصدر الأول النصوص التشريعية و المصدر الثاني عقد العلاج الطبي ذاته.

1- النصوص التشريعية و التنظيمية:

القانون المدني الفرنسي المعدل في سنة 1994م في المادة 03/16 على أنه يجب الحصول على رضا المريض قبل مباشرة أي عمل طبي على جسم المريض و هو ما يوجب بالضرورة إلتزام الطبيب بإعلام مريضه حتى يكون رضاه معبرا عن إرادته الحقيقية. من قانون الصحة الفرنسي المعدل بقانون 04 مارس 2002م على ضرورة حصول الطبيب على الرضا المستنير للمريض قبل كل تدخل طبي و ذلك بعد إفادته بالمعلومات الضرورية لكن تقنين أخلاقيات الطب الفرنسي كان أكثر وضوحا إذ أوجب على الطبيب إعلاما صادقا و

¹سعيدان أسماء - إلتزام الطبيب بإعلام المريض - المرجع السابق ص 08.

واضحا لصالح المريض و هو سابق على الحصول على رضا المريض بشأن قبول أو رفض العلاج.¹

المشرع الجزائري جعل أساس هذا الإلتزام في نصوص قانونية سواء عليه أدرج ذلك في قانون الصحة الجزائري أم في مدونة أخلاقيات الطب و كل هذه النصوص توحى بعضها البعض على إلتزام الطبيب بإعلام مريضه.

حيث تنص المادة 154 من قانون الصحة 05/85 المعدل و المتمم بالقانون 13/08 على مايلي: يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو ممن يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو اللذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم و يتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب.² كما تنص المادة 162 من ذات القانون على أنه: "لا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر و تشتت الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد الأعضاء و تحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنيين و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة.

ولا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها الإنتزاع، و يستطيع المتبرع في أي وقت كان أن يتراجع عن موافقته السابقة.

كذلك المادة 168 مكرر 02 من نفس القانون بشأن التجارب الطبية نصت على أنه: "يخضع التجريب للموافقة الحرة و المنيرة للشخص موضوع التجريب أو عند عدمه لممثله الشرعي تكون هذه الموافقة ضرورية في كل لحظة".

أما أخلاقيات الطب الجزائري فقد نصت صراحة على إلتزام الطبيب بالحصول على رضا مريضه بعد إعلامه فالمادة 43 منها تنص على أنه: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي." وتتص المادة 44 من ذات المدونة على أنه: "يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون و على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته.

أما المادة 45 من ذات المدونة تنص على أنه: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني و

¹- سلخ محمد لمين ، مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية ، مجستير في القانون الطبعة الأولى 2015م الإسكندرية ص 122.

²- قانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، المعدل و المتمم بقانون 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2018 م . ج . ر العدد 44 المؤرخة في 08 أوت 2008م.

المطابقة لمعطيات العلم الحديثة والإستيعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين و المؤهلين"، والمادة 48-12¹... تابع للهامش.

2- العقد الطبي ذاته

إن جانبا من الفقه الفرنسي يرى أن أساس الإلتزام الطبيب بإعلام مريضه هو العقد الطبي ذاته لكن الإشكال الذي يثور هنا حول التسليم بالطبيعة قبل التعاقد و الطبيعة التعاقدية المتولدة عن العقد نفسه.

إن إعلام المريض إلتزام ينشأ قبل إبرام العقد فهذا لا يغير من طبيعته التعاقدية وإذا أخل الطبيب بإلتزامه هذا فإنه يكون قد أخل بإلتزامه التعاقدية و يسأل على أساس المسؤولية التصويرية إذا لم يبرم العقد .

غير أن هذا الرأي أنتقد في أمرين:

- الأمر الأول: إن إلتزام الطبيب بإعلام مريضه هو إلتزام سابق على العقد فلا ينبغي القول أن هذا متولد عن العقد الطبي إذ لا يمكن أن ينشأ الإلتزام قبل نشأة مصدره، و بالتالي لا يمكن الخلط بين مرحلتين مختلفتين المرحلة ما قبل العقدية و الأخرى التعاقدية لأن لكل منهما طبيعة قانونية و آثار متميزة.

- الأمر الثاني: إذا أمكن القول أن إخلال الطبيب بإلتزامه حالة إبرام العقد يرتب المسؤولية العقدية و بدونه يرتب المسؤولية التصويرية عن هذا الإخلال هو قول مردود، لأن الإخلال بالإعلام قد يتم في حالتين في مرحلة واحدة، أي قبل مباشرة الطبيب تدخله العلاجي و بالتالي فذلك يؤدي إلى قيام المسؤولية التصويرية سواء أبرم العقد أو لم يبرم.

ولكن قد تقوم المسؤولية العقدية إذا تبين من عقد العلاج الطبي ما يقر الإلتزام بالإعلام في مسائل معينة و هنا يكون للمريض حق الخيار إما أن يتمسك بالمسؤولية العقدية على أساس أن الإخلال تعلق بأمور أوجب عقد العلاج الطبي الإعلام بها إما يتمسك بالمسؤولية التصويرية على أساس أن هناك إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الطبي و منفصل عنه هو إعلام المريض بحالته الصحية قبل أي تدخل علاجي أو جراحي.

من هنا نستخلص أن الإلتزام بإعلام المريض يظهر جليا في نصوص قانونية تؤكد ضرورته و ترسخ مبادئه و حتى العقد الطبي يجد فيه هذا الإلتزام أساسه، إذ في كل يستند من حيث أساسه إلى المصدرين اللذين سبق الإشارة إليهما.²

¹- المادة: 12 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري نصت على أنه: " لا يمكن الطبيب أو جراح أسنان المدعو لفحص شخص سلب الحرية أن يساعد أو يغض الطرف عن ضرر يلحق بسلامة جسم هذا الشخص أو عقله أو كرامته بصفة مباشرة أو غير مباشرة و لو كان ذلك لمجرد حضوره، وإذا الحظ أن هذا الشخص قد تعرض للتعذيب أو لسوء المعاملة، يتعين عليه إخبار السلطة القضائية بذلك..."

المادة: 48 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لتقديم عالج لدى أسرة أو مجموعة أن يسعى جاهدا للحصول على احترام قواعد الرعاية الصحية والوقاية من الأمراض، وأن يبصر المريض ومن حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد اتجاه أنفسهم وجوارهم.

²- سعيدان أسماء ، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، المرجع السابق ، ص 36.

- الفرع الثاني: أطراف الإلتزام

لطرف الدائن والطرف المدين في الإلتزام بالإعلام في العلاج الطبي:

- أولاً: المدين الملتزم بإعلام المريض

إن الطبيب المعالج للمريض يلتزم بتبصيره بحالته الصحية، فهو المسؤول عن ذلك خاصة إذا كان هو المسؤول عن الدور الإعلامي لكن قد يحدث أن يشارك عدد من الأطباء في علاج المريض، فمنهم من يتدخل من البداية حتى النهاية، ومنهم من يعالج الحالة الصحية في مرحلة عينة من مراحل العلاج، لهذا سأحدد من هو الملتزم بالإعلام عند التدخل الطبي الفردي، والتدخل الطبي الجماعي في عنصرين مستقلين.¹

- العنصر الأول: الملتزم بالإعلام عند التدخل الطبي الجماعي

نظراً لدقة التخصصات الطبية أصبح العمل الطبي يتم بالطابع الجماعي حيث يشترك أكثر من طبيب في معالجة المريض ويجب عدم الخلط بين الفريق الطبي *l'équipe médicale* أو الطب الجماعي *le médecin de groupe*، ففي الحالة الأولى يشترك أكثر من طبيب في نفس التخصص في علاج الحالة وهنا يشترك الجميع في تحمل نفس المسؤولية أما الحالة الثانية فيوجد أكثر من طبيب في نفس الموقع يؤدي كل منهم خدمة مختلفة عن الآخر وهنا يظل كل منهم مسؤولاً عن نتائج تدخله.²

فالمشاركة في الطب الجماعي قد يكون ضرورياً فنجد في الجراحة، مثلاً مشاركة كل من طبيب التخدير وآخر بالجراحة وكل منهم يتطلب إعلام المريض من كلا التخصصين فينبغي على طبيب التخدير أن يحيط المريض علماً بطبيعة التخدير هل هو تخدير عام أم تخدير محلي. مع توضيح جميع الآثار و المخاطر المترتبة عن التخدير وقد رأى القضاء الفرنسي أن الطبيب المخدر يلتزم بمراقبة المريض سواء خلال إجراء عملية الجراحية أو بعدها إذ قد حكم بمسؤولية الطبيب المخدر نتيجة وفاة مريض مباشرة بعد تخديره وبيّنت الخبرة الطبية أن سبب الوفاة كانت جراء عدم مراقبة الطبيب المخدر له إذ خرج بعد ذلك من قاعة الجراحة تاركاً إياه بدون مراقبة وبالتالي يشكل هذا خطأ منه مرتب للمسؤولية.

كما يجب على الجراح أن يقوم بدوره الإعلامي بخصوص الجراحة، وما ينطوي عليها من مخاطر وإذا تعدد الملتزمون بأداء الدور الإعلامي وكانوا من تخصص واحد فيكفي أن يقوم أحدهم بهذا الدور.

لكن قد يتدخل أحد الأطباء فجأة في العملية الجراحية وهنا نفرق ما إذا كان هذا التدخل من أجل أن يجري عملية جراحية تستدعي ذلك ففي هذه الحالة يلتزم بإعلام أقارب المريض الذي هو تحت التخدير أما إذا كان تدخله على سبيل الإستشارة فلا يلتزم بإعلامه إذ تدخله لا يكون مهماً.

¹- محمد السعيد رشدى، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق- ص22.

²- محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1999م، ص4.

وهناك مسألة أخرى مثيرة للجدل وتتجلى في تفويض الطبيب لغيره في إعلام المريض فالأصل أن الإلتزام بالإعلام الملقى على عاتق الطبيب هو إلتزام شخصي لا يمكن تفويضه لغيره من الأطباء إلا إذا وافق المريض صراحة على ذلك أو أن الضرورة قد أملت ذلك كحالة إستعجال وإذا حدث هذا التفويض فيها، فإن الطبيب المعالج غير مسؤول عن خطأ من فوضّه ما لم يرتكب خطأ في إختياره أو في التعليمات التي أصدرها إليه، أما الحالات التي لا يكون فيها الطبيب مرخصا له بالتفويض فإنه يكون مسؤولا عن جميع أخطاء من فوضّه كذلك تمت إشكال آخر حول مدى جواز تفويض الطبيب أمر إعلام المريض إلى مساعديه أو أمين عيادته.

فالجراح يعد رئيسا للفريق فهو الذي يدير وينسق كل أنشطة مساعديه إذ في أغلب الأحوال لا يعرف المريض سواه وبالتالي يكون ملزما بإعلامه نظرا لما يعلمه من علم تجاه حالة المريض الصحية، وفي هذا الصدد لا يجوز إنابة الطبيب للممرض أو غيره ممن يساعده به بشأن الإعلام وفي حالة قيامه بذلك يسأل الطبيب مسؤولية كاملة على تقصيره كما لو كانت صادرة منه شخصيا.

أما في القانون الجزائري فليس هناك ما يفيد صراحة بإمكانية تفويض الطبيب لغيره من الأشخاص للقيام بمهمة الإعلام بل يحمل القانون الجزائري الطبيب المسؤولية الشخصية بشأن واجباته المهنية تجاه المريض ومن باب أولى الإلتزام بالإعلام ويحمّله كذلك مسؤولية الأعمال التي يقوم بها مساعده من اللذين إختارهم بنفسه، فتتنص المادة 73 على أنه: "عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته فإن كلا منهم يتحمل المسؤولية الشخصية أما المساعدون اللذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان فإنهم يعملون تحت مراقبته وتحت مسؤولته¹.

- العنصر الثاني: المدين الملتمزم بالإعلام عند التدخل الطبي الفردي

في هذه الحالة لا يثير الأمر أي صعوبة أو غموض إذ يكون تدخل الطبيب شخصيا لا يفترض مشاركة من الأطباء ضف إلى ذلك أنه يكون المعالج الوحيد للمريض فهذا الذي يشخص المرض ويعالجه وعليه يكون ملزما دون غيره بإعلامه إعلاما كافيا، دقيقا، صادقا وإذا أخل بواجبه يتحمل المسؤولية الشخصية عن أعماله، وقد يجري الطبيب نفسه عملية جراحية دون تدخل طبيب آخر، وهذا فيما يخص الجراحة الصغيرة حيث يقوم بتقدير المريض تخديرا محليا ثم يشرع في العملية، وهنا يكون ملزما شخصيا بالإعلام بكل مخاطرها و الأضرار المتوقعة و المترتبة عنها².

¹-مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003م، ص183.
²-كريم عشوش، العقد الطبي، المرجع السابق، ص 22-24.

- ثانيا: الدائن المتلقي لحق الإلتزام بالإعلام

- العنصر الأول: إعلام المريض نفسه

لا يكون العمل الطبي مباحا إلا إذا رضي به المريض، فالقانون يرخص للأطباء علاج المرضى وبراءة منهم، ولكنه لا يخولهم الحق في إخضاعهم للعلاج على الرغم منهم وكأصل عام لا يمكن تصور مباشرة العلاج أو الجراحة قبل إعلام المريض إعلاما كافيا، فالمبدأ هو الحصول على رضا حر متبصر، و يفترض أن تكون المعلومات صادقة بشأن العلاج المقترح، وما عدا بعض الحالات الخاصة بالواجبات الصحية كالتلقيح الإلجباري أو الكشف على الحالات الصحية للمريض عندما يتعلق الأمر بالجرائم الجنسية (الأخلاقية) أو الحالة الخاصة بمكافحة المنشطات التي يتناولها الرياضيون¹ هذه الحالات التي هي على سبيل المثال قد يرغم عليها المريض من غير الحصول على رضائه وحتى من غير الإلتزام بإعلامه.

وعليه فإن الطبيب يلتزم بإعلام المريض نفسه بإعتباره دائنا بحق الإلتزام بالإعلام، ولكن هذا لا يمنع من تقديم تلك المعلومات إلى أشخاص آخرين تربطهم بالمريض روابط القرابة أو الزواج، فقد جرت العادة أن يعلمها الطبيب أهل المريض وأقاربه بحالته، وما يلزمها من علاج نظرا لما قد يترتب على العلاج أو الجراحة من آثار و إنعكاسات خطيرة على حالة المريض الصحية.

كذلك قد لا ينحصر واجب الإعلام بالنسبة للمريض فقط بل يتوسع كذلك، ويمتد إلى أفراد العائلة ويصير حقا مشتركا بينهم، ومثال ذلك إذا كان للزوج حق معرفة كل ما يتصل بصحة زوجه الآخر فإن هذا الحق يصبح ذا أهمية خاصة في المسائل العلاجية التي لها أثر كبير على الحياة الزوجية كالإجهاض و التعقيم وغيرها إذ هذا التدخل الطبي يهم الزوجين معا وبالتالي يجب الإعلام أن يمتد إليهما معا، ولكن إذا كان التعقيم أو الإجهاض طبيا محضا كأن يشكل المرض الذي يصيب الجهاز التناسلي أو الحمل تهديدا على حياة الزوجة فلا أهمية لموافقة الزوج على ذلك بشرط أن تكون الزوجة واعية ومدركة لحالتها الصحية.

ويتجه القانون الفرنسي أن الطبيب الذي يلتزم بإعلام المريض نفسه فإنه يلتزم بهذا الواجب و يضمن كل المعلومات داخل المستشفى ومعنى هذا أن المريض الذي يدخل المستشفى سواء كان عاما أو خاصا فإن المعلومات التي تكون على عاتق الأطباء تكون مضمونه للمريض، وفضلا عن ذلك يجبر القانون الفرنسي على كل مؤسسة إستشفائية أن تفتح ملفا طبيا لكل مريض حتى تكون المراقبة الطبية متواصلة ويتضمن هذا الملف كل يتعلق بالحالة الصحية له.²

- العنصر الثاني: إعلام الشخص الذي يقوم مقام المريض في هذا الحق

إن الرضا لا يعتد به إذا كان صادرا من المريض لا يكون أهلا للتعبير عن إرادته، أو كان في ظروف يعتذر فيها الحصول على هذا الرضاء وفي الحالة الأولى يكون المريض غير مميز، أو

¹-Jaques moreau et Didier trochet droit de la santé publique _ dalloz5 edition2000 p260

²- سلخ محمد لمين مسؤولية الطبيب المرجع السابق. ص.301.

مجنونا، أو سفيها، وهنا يعتد برضاء ممثله القانوني كالولي و الوصي والقيّم لمباشرة الأعمال الطبية عليه.

وفي الحالة الثانية كأن يحضر المريض للمستشفى إثر إصابته في حادث وتستلزم حالته سرعة إسعافه وتعذر الحصول على رضائه لوجوده في حالة غيبوبة، فهنا يستطيع الطبيب أن يعلم أي شخص يكون معه إن وجد حيث يقوم دوره مقام رضائه بمباشرة العمل الطبي كما يستطيع الطبيب أن يقدم العلاج على مسؤوليته في حالة الإستعجال من أجل إنقاذ حياته وهذا ما أكدته المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب، يجب على الطبيب أن يسعف مريض يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له، وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه إذا كان أحد الأقارب مع المريض فاقد الوعي فهذا الشخص هو الذي يقوم مقامه في حق الإعلام إذ يعلمه بالحالة الصحية لقريبه المريض وما يلزمها من علاج.¹

وصفوة القول أن الشخص الذي يكون في حالة لا تسمح له بإعلامه وإبداء أرائته فإن واجب الإعلام يكون على عاتق الطبيب تجاه قريبه الذي يعتد برضائه أو أي شخص يصاحبه أما المريض غير المتمتع بالأهلية القانونية كأن يكون عديم الأهلية أو ناقصها فإن الإعلام يكون لممثليه القانونيين كالولي والوصي والقيّم.

و بعض الفقهي هذا الصدد بشأن القاصر حيث ميز بين القاصر المأذون له بالإدارة و القاصر غير المأذون له بها، فالقاصر المأذون له وهو القاصر الذي بلغ سن التمييز يمكنه التعبير عن إرادته بخصوص عقد العلاج، ومن ثم له الحق في الإعلام بشأن حالته الصحية والعلاج المقترح عليه وما يكون لدور الولي سوى أن يبدي موافقته على العقد ويظهر نصيحته من حيث جوانبه المالية أما القاصر غير المأذون له فلا يكون رضائه على العلاج صحيحا وبالتالي يعتد بموافقة وليه.

أما في القانون الجزائري فلا يوجد في النصوص القانونية ما يفيد التمييز بين القاصر المأذون له والقاصر غير المأذون له بشأن التدخلات الطبية ومدى موافقته على العلاج الطبي وبالتالي فإن الأمر هذا يخص به وليه الذي يعلم بالحالة الصحية للمريض القاصر وبالتالي يقرر قبول العلاج من عدمه.

¹- مبروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الاسلامية طبعة 2003م، ص 82.

- **المطلب الثاني: نطاق إلتزام الطبيب بالإعلام**

- **الفرع الاول: عناصره**

على الطبيب أن يحترم إرادة المريض، و عدم المساس بجسده إلا بعد الحصول على رضائه بالعمل الطبي و ذلك يفترض قيام الطبيب بإعلامه بحالته المرضية و بالعلاج الذي ينوي تطبيقه و ما يتضمنه من مخاطر حتى يكون قبوله بالعمل الطبي عن بينة بحقيقة حالته المرضية بالعلاج المقترح له لهذا سأحاول أن أبين العناصر الواجب الإفضاء بها للمريض سواء في مرحلة التشخيص أو في مرحلة العلاج و ما بعدها أو في عملية الجراحية التجميلية¹.

- **مرحلة التشخيص:**

إن أدوات الطب تطورت تطورا كبيرا هذا التطور تولدت عنه مخاطر قد تلحق المريض جراء استخدام هذه الأساليب الأمر الذي يوجب على الطبيب أن يعلم المريض في هذه المرحلة التمهيدية بالتدخل الطبي الذي سيعتمد عليه طريقة العلاج التي سيباشرها قبل مريضه ليكون هذا الأخير على بينة في التمييز بين نوعي التدخل الطبي، أي التدخل الذي يهدف إلى العلاج، و التدخل الذي يهدف فقط إلى التشخيص كما أنه يتطلب في هذه المرحلة أعمالا طبية تفيد و تسهل عملية التشخيص كالجوء إلى التحاليل الطبية، أو استعمال الأشعة و ذلك قبل التأكد من المرض لذا واجب على الطبيب إعلام المريض بطبيعة العلاج و كذا المخاطر المتعلقة سواء بالمرض ذاته أو بالعلاج الطبي و طبيعته أو من خلال استعمال الأدوات و الأجهزة.

- **مرحلة العلاج وما بعدها:**

إذا توصل الطبيب إلى تحديد العلة التي يعاني منها المريض ينتقل إلى مرحلة العلاج فيلتزم بإعلامه بكل ما يتعلق بالعلاج الذي يقترحه، و بطبيعته، أو العملية الجراحية و إعلامه بالنتائج الإيجابية المنتظر تحقيقها من العلاج، أو العملية الجراحية لأن التدخل الطبي في هذه المرحلة إما أن يكون تدخلا علاجيا مقتصرًا على العلاج الكيميائي و إما يتطلب تدخلا جراحيا و عادة يقترح الطبيب على المريض العلاج الذي يراه مناسبًا مما يعني أن البدائل العلاجية الأخرى أقل فاعلية من وجهته و لكن تبقى القرارات الطبية لا تخضع في عمومها إلى اعتبارات طبية فقطبل لا بد من إحترام إرادة المريض و ما يختاره من علاج فقد يفضل العلاج الكيميائي على العلاج الجراحي، ولو كان ذلك يتطلب وقتا كبيرا.

لذا يجب على الطبيب أن يبصر المريض بالعلاج المقترح و بالبدائل العلاجية الأخرى و جميع المخاطر التي تترتب عن ذلك و يبين نجاح تلك البدائل العلاجية مدتها و درجة خطورتها نسبة نجاحها تم يترك الأمر بعد ذلك للمريض حتى يختار بإرادة متبصرة أي العمل العلاجي الذي ينتهجه فيقارن بين كل ما إقترح وما تبين له من الطبيب المعالج حتى يتخذ القرار النهائي وهذا القرار يتجلى في أمرين إثنين إما يقبل بالعلاج و يرضى بالطريقة التي يراها مناسبة له و إما يرفضه تماما بعد إفادته بكل هذه المعلومات و القانون يعطي له الحرية في ذلك².

¹- محمد سعيد رشدي، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص.107.

²- محمد السعيد رشدي، نفس المرجع، ص.111.

و يوجب على الطبيب أن يحترم إرادة المريض الذي رفض العلاج إذ لا يجوز له أنيرغمه عليه و إلا تحمل مسؤولية ذلك و لقد اعترف القانون الفرنسي بحق المريض في رفض العلاج. القرار الصادر عن محكمة الإستئناف Lyon التي دفعت المسؤولية عن الطبيب المختص في أمراض العيون و الذي أجرى العملية الجراحية للمريض بحجة أنه قد أعلمه بمخاطر ذلك التخدير الذي إلتمسه المريض و أقرت محكمة النقض الفرنسية أن الطبيب مسؤول عن ذلك بحجة أنه لم يكن له دليل على هذا الرفض و بالتالي يتحمل المسؤولية¹.

إن القانون الجزائري قد إعترف هو الآخر على غرار القانون الفرنسي و التشريعات الأخرى بحق المريض في رفض العلاج فنص في المادة 49 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري على أنه: "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن" فباستقراء هذه المادة يظهر جلياً أن المريض له الحق في رفض العلاج و لكن حتى لا تتور مسؤولية الطبيب إشتراط الدليل الكتابي عليه حتى يتمسك به الطبيب لتندفع عنه المسؤولية الطبية.

و إذا كان في مرحلة العلاج، من واجب الطبيب أن يفضي للمريض بكل المعلومات المتعلقة بمدى النجاح أو الفشل الذي يتحقق عن العلاج الكيميائي أو العلاج الجراحي فإن صفة المعلومات التي يفضي بها للمريض وجبت أن تكون بسيطة صادقة و تقريبية سواء أكان العلاج بالأدوية أم بعملية الجراحية فقدذهب الفقه في هذا الصدد إلى قصر إلتزام الطبيب بإعلام مريضه على المخاطر المتوقعة بمعنى عدم التزامه بالإعلام بخصوص المخاطر الاستثنائية نادرة الحدوث و يبرر الفقه ذلك بعنصر الاحتمال الذي قد يتضمنه العمل الطبي، فإذا كان الإعلام بكل ما هو متوقع أو غير متوقع من المخاطر لأدى إلى عرقلة أداء مهنة الطب².

بالإضافة إلى أن ذلك قد يكون ضاراً بمصلحة المريض إذ لو كان الطبيب ملزماً بإعلامه بكل المخاطر الاستثنائية لتولد الفزع لديه، و يدفعه إلى رفض العلاج، و إنصراف المرضى عنه فيفضلون الآلام على العلاج المترتب عنه مخاطر أخرى، كذلك بالنسبة للطبيب لو ألزم بتوريد المريض بكل صغيرة و كبيرة عن حالته الضحية لقلت الفائدة المرجوة من التدخل الطبي، ولا نصرف المعالج عن أداء مهنته غير أن صدور قرارات محكمة النقض الفرنسية المتوالية قد ألزمت الإفشاء بالمخاطر الاستثنائية حفاظاً على مصلحة المريض.

وعليه سأحاول أن أبين تطورها بشأن الإفشاء بمخاطر العمل الطبي، أي سنة 1961م تعرضت محكمة النقض الفرنسية لطبيعة الإلتزام بالإعلام، فأوجبت أن يكون الإعلام بسيطاً مفهوماً تقريبياً و صادقاً في سنة 1981م أشارت محكمة النقض الفرنسية في قراراتها لها إلى وجوب التنبيه إلى المخاطر الحقيقية و استثنيت المخاطر الاستثنائية، و حددت الخطر الاستثنائي بالخطر الذي تقل نسبة تحققه عن 2%، و في سنة 1997م.

MAITR Céline HALPERN –GUIDE JURIDIQUE ET PRATIQUE DE LA Responsabilité Médicale P79¹

²مجلة بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005م.

وأوجبت محكمة النقض الفرنسية أن تكون المعلومات صادقة Loyales وواضحة Claires و مناسبة approprié و إستثنت كذلك الإعلام بالمخاطر الإستثنائية¹.

محكمة النقض قد حددت بقضائها الجديد نطاق إلتزام الطبيب بإعلام المريض بجميع المخاطر الجسيمة ولو كانت إستثنائية فإن ذلك أيضا ما فعله مجلس الدولة الفرنسي بقراريه اللذين أصدرهما في 05 جانفي 2000 م حيث قرر فيهما أن تحقق المخاطر بصفة إستثنائية لا تعفى الأطباء من إلتزامهم و على ذلك تكون محكمة الإستئناف باريس الإدارية قد أصابت صحيح القانون بقضائها أن خطر الإصابة بالشلل الذي تضمنته العملية الجراحية و لو كان إستثنائية الحدوث إلا أنه بالنظر لجسامته من المتعين على الأطباء إعلام المريض به.

إن القانون الفرنسي لم يقف عند الإعلام الواجب بالمخاطر الاستثنائية بل أصدر قانون 4مارس 2002م بشأن العلاج فنصت المادة 11/04 منه إلى وجوب الإعلام بالمخاطر الكثيرة الوقوع، في حين عبرت محكمة النقض الفرنسية عن المخاطر الواجب الإعلام بها بالمخاطر

المحتملة و الإستثنائية Risques exceptionnelles

ومن القرارات التي صدرت بعد دخول هذا القانون حيز التنفيذ القرار الصادر بتاريخ 2002/10/02م و الذي أكدت فيه أنه يجب أن تكون الأخطار معروفة لدى الطبيب عند مباشرة العمل الطبيو لقد جاء هذا القانون الجديد بتمديده لواجب الإعلام إلى ما بعد مرحلة العلاج إذا ما إكتشف الطبيب خطرا جديدا فيجب أن يعلم به المريض إلا إذا إستحال الإتصال به أو صعب العثور عليه و لكن هذا يعني أن الطبيب عليه أن يتخذ الإحتياطات اللازمة للإتصال بمريضه و متابعته بخصوص الإلتزام بالإعلام في مرحلة ما بعد العلاج.

- أولا: مفهوم الجراحة التجميلية وأنواعها

إن التطور العلمي في المجال الطبي أدى إلى ظهور نوع جديد من الجراحة عرف إقبال كبير من طرف الأشخاص مهما كان سنهم أو جنسهم والتي وبسببها أصبحت النزاعات في المجال الطبي أكثر طرعا وتعقيدا على القضاء وبسبب أهمية هذه الجراحة وما لها تأثير على المظهر الخارجي و الجمالي للإنسان إرتأيت ذكرها كمثال وتوضيح مفهومها و العناصر الواجبة للطبيب إفضاؤها للمريض.

هناك بعض الأعمال الطبية لا تكون عن علة أو مرض ظاهرين بل المقصود منها تصليح بعض العيوب و التشوهات التي قد يولد الإنسان بها كمن يولد عنده أصبع زائدة أو يحدث للإنسان أثناء حياته بعض التشوهات نتيجة الحوادث التي يتعرض إليها كالحروق مثلا...

¹- المرحلة ما بعد 1998م في هذه المرحلة بدأ القضاء الفرنسي يوسع من نطاق الإعلام الواجب للمريض حيث أوجب في قراره المؤرخ في 07 أكتوبر 1998م أن يتم تنبيه المريض إلى المخاطر الإستثنائية أيضا و في هذه القضية أعلنت المحكمة عن إتجاه جديد و قررت أنه: "في غير حالات الإستعجال و الحالات التي يستحيل فيها إعلام المريض أو رفضه لذلك يلتزم الطبيب بتوفير معلومات صادقة و واضحة، و مناسبة للمريض حول كل مخاطر التشخيص و العلاج و أنه غير معفى من هذا الإلتزام لمجرد أن هذه الأخطار لا تتحقق إلا بصفة إستثنائية."

هكذا إذن شهد القضاء الفرنسي تحولا هاما فيما يتعلق بمخاطر العمل الطبي الذي يوجب على الطبيب إعلام المريض بها، وكان ذلك بمقتضى قرارين أصدرتهما محكمة النقض بتاريخ 07 أكتوبر 1998م وهو ما سبق الإشارة إليهما أعلاه فكان هذا القرار يتعلق بسيدة خضعت لعملية جراحية بالعمود الفقري نتج عنها فقد إبصار العين اليسرى ولم يكن الطبيب قد أحاط المريضة علما بهذا الخطر قبل إجراء العملية رفضت محكمة الإستئناف دعوى تعويض التي رفعتها المريضة إستنادا إلى أن الخطر الذي تحقق نادر الحدوث و لم يكن الطبيب بالتالي ملزما بإخبارها به غير أن محكمة النقض ألغت حكم الإستئناف وأصدرت حكمها المذكور.

فالتقدم العلمي الطبي أظهر إنتصارا كبيرا في الجراحات التجميلية و هذا النوع من الجراحة ليس وليد اليوم بل هو معروف منذ أمد بعيدا إلا أن القضاء في فرنسا كان ينظر إليه نظرة مسيئة و نظرة كراهية مستندا إلى أن التدخل الطبي في الجراحة التجميلية إنما غرضه يقتصر على إصلاح العيب لا خطر فيه على جسم المريض، و بالتالي يكون التدخل الجراحي هذا غير مبرر و كان يعتبر أن الطبيب بمجرد أن يجري عملية تجميلية على مريض يعد خطأ في حد ذاته يتحمل فاعله المسؤولية الكاملة على فعله.

ومن الأحكام الشهيرة التي تصدت لعمليات التجميل ما أصدرته محكمة إستئناف باريس 1913/01/22م إذ قالت: "مجرد الإقدام على علاج لا يقصد به إلا تجميل من أجري له، خطأ في ذاته يتحمل الطبيب بسببه كل الأضرار التي تنشأ عن العلاج، ولو كان العلاج قد أجري طبقا لقواعد العلم، و الفن الصحيحين".¹

ولكن مع التطور العلمي وظهرت غاية الإنسان وحاجته في الإهتمام بالمظهر الجمال و صار هذا يكتسي طابعا هاما عند الإنسانية خاصة و أن بعض الحالات لا تعالج إلا بالجراحة التجميلية مما أدى ذلك إلى الإعراف بهذا العمل الطبي، و صار أمرا مقبولا قانونا، حتى دفع ذلك الأطباء إلى التفق بفن الجراحة التجميلية.

فالجراحة التجميلية تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول:

تدعوا إليه الضرورة و الغرض منه تصحيح و تعويض في البدن، كالحوادث التي ينتج عنها بتر عضو، أو الحرائق التي تصيب جسم الإنسان.²

النوع الثاني:

هذا النوع تتطلبه حاجة الإنسان في إصلاح العيوب التي قد يولد بها فتسبب له حالة نفسية مقلقة و مثال ذلك إلتئام الشفتين.

النوع الثالث:

هذا النوع من الجراحة التجميلية ما يكون الغرض منها سوى الغلو في مقاييس الخلق.

- **ثانيا: موقف القضاء في عناصر التي يجب الإفضاء بها في العملية التجميلية**

مع التقدم العلمي صارت جراحة التجميل تخضع للمبادئ العامة للمسؤولية الطبية لكن و نظرا لخصوصية هذا العمل الجراحي تشدد القضاء في أحكامه لمالها من أثار و أخطار معتبرة و يظهر التشدد في تقدير المحاكم لفكرة خطأ الجراح المختص في التجميل فوسع من نطاق تحديد الخطأ الفني و إشتراط أن يكون الطبيب على دراية كبيرة في التخصص و أن يستخدم طريقة علاجية متفقا عليها و ليست محلا للتجار.³

كما أن بعض المحاكم ذهبت إلى أن النتيجة هي التي تبرر التدخل الجراحي بهدف التجميل

¹- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، أستاذ القانون المدني جامعة الإسكندرية ط.2001.ص.105.

²-مروك نصر الدين، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري..المرجع السابق.ص.123.

³-بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، جامعة النيلين، كلية القانون الطبعة الأولى، 2002م.ص 66.

وبما أن هذه الجراحة لا تستلزمها صحة المريض فإن الطبيب له أن يمتنع عنها إذا ظهر له أن نسبة نجاحها ضئيلة فعلى الطبيب أن يكون واثقا من نجاح تلك العملية و بالتالي عليه أن يوازن بين الغاية المرجوة منها و المخاطر المحتملة و المترتبة من ورائها، و عليه فإن الإعلام يجب أن يكون في الجراحة التجميلية دقيقا فقررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 17 فبراير 1998م.¹

على وجوب التنبيه ليس فقط إلى جميع المخاطر الجسيمة المرتبطة بالعملية بل أيضا إلى كل أثر سلبي أو غير ملائم يمكن تحقيقه، وفي هذا التشدد حول العناصر الواجب الإعلام بها فكل خطر و لو كان ضئيلا لدى المريض في الجراحة التجميلية إذ هو يرغب فقط في وجب التنبيه به لأن الغرض واضح الحصول على نتيجة يبتغيها ولولاها ما يقدم على هذا العمل الطبي.

ومن جهة أخرى فعلى الطبيب أن يقارن كما أسلفنا الذكر بين المخاطر المترتبة عن العمل الجراحي التجميلي و النتائج أو الايجابيات المنتظرة و المتوقعة ففي قضية عرضت على المحكمة الفرنسية سنة 1993 م حيث تتلخص وقائعها في أن مريضة أجري عليها جراح مختص في العمليات الجراحية التجميلية من أجل أن يعالجها على مستوى جفونها Les paupières عن طريق استخدام Lifting فكانت النتيجة غير مقبولة من قبل المريضة إذ العملية لم تنجح ، الأمر الذي أدى بها إلى رفع دعوى قضائية على الجراح، فأقرت المحكمة الفرنسية بمسؤوليته بحجة أنه لم يوازن و يقارن بين المخاطر و الإيجابيات المنتظرة بالنسبة للعملية الجراحية و لم يقم بإعلامها بجميع المخاطر المجهولة التي قد تترتب عنها و بالتالي يتحمل كل المسؤولية عن خطئه.

إذا كان القانون و القضاء قد أقرّا الجراحة التجميلية، إلا أن إلتزام الطبيب الجراح في هذا المجال قد ذهب فيه البعض إلى أن مثل هذه العمليات لا تفرضها ضرورة علاجية و لذلك يقع على عاتق جراح التجميل إلتزام بتحقيق نتيجة بحيث يصبح مسؤولا عن فشل العملية أي عدم تحقق النتيجة المنتظرة مالم يثبت السبب الأجنبي الذي حال بينه و بين تحقق هذه النتيجة.

وبالرغم من ذلك فلا زال إتجاه الغالب ينظر إلى أن جراحة التجميل كغيرها من الجراحات تتضمن أيضا عنصر الإحتمال، و لكن الملاحظ أن القضاء يظهر تشددا، هذا التشدد يتجلى فيما أبدته محكمة النقض المصرية في هذا المجال فرغم تقريرها في حكم لها بتاريخ 1969/09/26م: "بأن إلتزام جراح التجميل هو إلتزام ببذل عناية، إن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى إعتبارا بأن جراحة التجميل لا يقصد بها شفاء المريض من علة في جسمه و إنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر."

و الواقع فانه يمكن وصف إلتزام جراح التجميل في ضوء هذا القضاء، بأنه إلتزام ببذل عناية متشددة بحيث يكفي إثبات إخلال المدين به مجرد إقامة الدليل على واقعة ترجح إهماله لينقل عبء الإثبات إلى الطبيب.

¹- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، نفس المرجع ص 77.

- ثالثا: موقف المشرع الجزائري من نطاق الإلتزام بالإعلام

إذا حاولت التمعن في موقف المشرع من نطاق الإلتزام بالإعلام والمعيار الذي إعتده لاتضح جليا أنه لم يفصل إلى حد الآن في هذه المسألة، خاصة وأن الأحكام القضائية التي تخص المسؤولية الطبية وما يترتب عنها من إشكاليات وثغرات قانونية تكاد تكون شبه منعدمة على مستوى القضاء الجزائري، ولعل السبب يرجع إما إلى عزوف المرضى عن اللجوء إلى لقضاء ملتسمين تقرير المسؤولية في حق الطبيب المسؤول وإما إلى نقص الاجتهادات القضائية في هذا المجال.¹

وحتى إن القاضي لما تعرض عليه قضية بهذا الشأن غالبا ما يستعين بالخبرة الطبية التي يتولى أمرها طبيب الذي لطالما ما يكون تمت تضامن فيما بين الأطباء، إذ الخبير قد لا يعترف بالخطأ الطبي إتجاه زميل له و إن أقربيه، كان تقريره ناصا لا يثبت حقيقة ودرجة الخطأ الفني وبالتالي يكابد المريض مغبة التقصير أو الإهمال المرتكب من قبل الطبيب، غير أنه بالرجوع إلى نص المادة 367 مكرر 03 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص :

على أنه: "يمكن للعدالة أن تلتمس المجلس الوطني و المجالس الجهوية للأداب الطبية كلما رفعت دعوى بمسؤولية أحد أعضاء الهيئة الطبية قصد توضيح الصعوبات المرتبطة بتقدير الخطأ الطبي."

ف عند استقراء هذه المادة يتبين أن القاضي يجوز له لما تعرض عليه دعوى ضد أحد أعضاء الهيئة الطبية أن يستعين بالمجلس الوطني و المجالس الجهوية للأداب الطبية ويلتمس الاستشارة بخصوص تقدير الخطأ الطبي ومن باب أولى يتضمن ذلك مدى إلتزام الطبيب بإعلام مريضه بهذه المجالس تقرر مدى قيام الطبيب بواجبه هذا إتجاه مريضه من عدمه و تمحص المعلومات التي وجب الإفضاء بها من التي لا ضرورة في الإعلام بها.

وفي سياق الحديث يظهر أن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري حسبما هو وارد في المادة المذكورة أنفا هو المعيار المهني أو الطبي وبالتالي استبعد معيار المريض المحتاط الذي وسع من واجب الإلتزام بالإعلام وجعل منه إعلاما شاملا يقتضي تزويد المريض بكل المعلومات ولكن معيار المريض المحتاط و إن كان يحمي مصلحة المريض فقد يصعب عمليا ويتجلى ذلك في الدول الغربية التي أخذت به لجملة من الأسباب.

فمن جهة يرجع الأمر إلى تعذر المريض من فهم كل المعلومات الفنية الطبية ومن جهة أخرى قد لا يريد المريض مجابته بالحقيقة حول حالته الصحية وبقياس ذلك على مستوى المجال الطبي بالجزائر لأمكن القول أن تطبيقه عسير.²

كيف لا وأن القطاع الصحي بالجزائر يتخبط في مشاكل عويصة منها نقص الإمكانيات المادية و البشرية بهذا القطاع فالطبيب لا سيما في المستشفيات العامة التي يقبل إليها عدد

¹-Jaques moreau et dédier trochet- droit de la santé publique- Dalloz.5 Edition2000.p121.

²- M. Lucien accad et Maryse coussin Zante-les nouvelles obligations juridique du médecin- édition eska2001.p144.

معتبر من المرضى قد لا يستطيع الإلتزام بواجب الإعلام كما هو مبين في هذا المعيار بل يحاول التخلص من هذا العدد من المرضى الأمر الذي لا يترك له المجال في تزويد المريض بإعلام شامل بشأن الحالة الصحية لهكذاك الوضعية الاجتماعية و الثقافية التي يعيشها المواطن الجزائري وخاصة المريض الذي وضعيته المالية لا تسمح له بعلاج سليم وكامل ومناسب بل نجده دائما يلجأ إلى المرافق العمومية مبتغيا في ذلك العلاج المجاني و التخلص من الآلام، أو التخفيف منها بكل وسيلة فكيف به يبالي بحقه في الإلتزام بالإعلام إذ غايته المهمة لديه هو العلاج أكثر مما يهمله حقه في الإعلام والواقع أثبت ذلك فقد ينتظر المريض مدة طويلة من الزمن من أجل أن يأتي دوره في إجراء العملية الجراحية بالمستشفى العام الأمر الذي يرحبه على فكرة هذا الواجب.

ومن حيثية أخرى أن كثيرا من المرضى لا يريدون تفهم حالتهم الصحية عن بيئة واضحة والمخاطر التي تترتب عن التدخل الطبي، إذ لو يواجهون بالحقيقة ليقضى الأمر بعزوفهم عن العلاج وتكون حاجتهم تفضيل المرض على إصابتهم بتلك المخاطر.

لذا فإن المعيار المهني أو الطبي هو الأصلح بالإتباع في الجزائر ولقد أخذ بها المشرع الجزائري أسوة بالقضاء الفرنسيون كان هذا الأخير مرة بعد مرة يوسع من نطاقه مراعيًا بذلك مصلحة المريض كما أنه قام بقلب عبء الإثبات وجعله على عاتق الطبيب الذي يلتزم بإثبات أنه قام بواجبه بعد أن كان يتحمله المريض، قرار محكمة النقض الفرنسية في 1997/02/25م¹.

ولكن القضاء الفرنسي تشدد خاصة في موقفه القضائي الحديث إذ فرض على أن يعلم المريض بكل المخاطر، فضلا عن المخاطر المحتملة فهو ملزم قانونا بالإفشاء بالمخاطر الإستثنائية، وبالتالي يكون قد وسع من نطاق الإلتزام بالإعلام وبهذا الاتجاه، يجل المعيار المهني أو الطبي أقرب من الناحية العملية إلى معيار المريض المحتاط.

وفي قرارات مجلس الدولة الفرنسي لسنة 2000م قد حدد معيار الإعلام الطبي بالمخاطر المعروفة للوفاة أو العجز وقت العلاج في حين ذهبت بعض الجهات القضائية الأدنى درجة إلى القول بإعلام كامل وكذلك بإعلام يتناول مع جسامته المخاطر ومدى حدوثها *encourus* ، كما أن العلم يجب أن يقع على العلاج ومدى فائدته و الفحوصات ومخاطر العملية الجراحية ونتائجها الممكنة و المتوقعة وجميع المخاطر الممكنة².

¹- ودالي محمد - المجلة القضائية 2004 الجزائر.

²- M.hannouz et Hakam-précis de droit médicale a l'usage des praticiens et de la médecine du droit-OPU 1993.p12.

الفرع الثاني: شروط ومعايير نطاق إلتزام الطبيب بالإعلام

- أ:شروطه

مما لا شك فيه أن الإعلام الذي يكون بعد التدخل الطبي يكون عديم الفائدة بالنسبة للمريض إذ هذا الأخير حاجته تظهر في فهم حالته الصحية فهما صحيحا وحتى عما يدور حولها من مخاطر ليكوّن ذلك القرار النهائي عن وعي و إدراك وعن تجلية لمأل العلاج و عواقبهلذا يجب في هذا المقام أن أحاول تبيان شروط الإعلام الملتزم به من قبل الطبيب إتجاه مريضه والأطراف المكونة و المنتجة.

- أولا: أن يكون الإعلام بسيطا ومفهوما لدى المريض

إن الفائدة المرجوة من العمل الطبي،أي يكون المريض عن بيئة بطبيعة العلاج المقترح عليه وما يحف حوله من مخاطر و أضرار وحتى لا يقدم عليه بقرار معيب خاطئ إذ لو أرشد عليه إرشادا سليما و واعيا لرفضه و لأحجم عن إصدار رضائه المعيب.

لهذا يجب على الطبيب أن يفهم مريضه بلغة بسيطة ميسورة الفهم وواضحة الدلالة في بيان حالة التشخيص و العلاج و المخاطر المترتبة عن ذلك وهو ما لا يتأتى بدهاءة إلا إذا جاء ذلك خاليا من المصطلحات الفنية المعقدة التي قد تنغلق على الفهم وبلغة يسهل على المريض استيعابها حتى يتمكن من معرفة مدى ما يتعرض له من أخطار إذا لم يتبع التعليمات و الإرشادات الواردة به.

ذلك إن مبدأ حسن النية الذي يهيمن على قانون العقود والثقة التي يوليها العملاء للشخص المهني يوجب على هذا الأخير أن يكون أمينا في لفت انتباههم إلى جميع المخاطر التي تحقق بهم وأن ينظر إليهم من منظور إنساني و أخلاقي لا من منظور آخر.

وهذا الثقة أو بذاك المبدأ كان عليه أن يتحمل عبئ الأضرار التي تترتب على ذلك بالإضافة إلى ذلك يلتزم الطبيب بمراعاة الظروف الشخصية للمريض عند إعلامه مثل مستوى ثقافته ومعدل عمره،جنسه، ودرجة خطورة مرضه فما يقدمه الطبيب من معلومات لشخص في مقتبل العمر يختلفمّا يقدمه لشخص طاعن في السن إذ هذا الأخير قد يتقبل حالته الصحية وبالنسبة له هو أمر بديهي لما بلغه من سينعكس الشاب الذي يتأثر لحالته ولا يتقبلها بسهولة رغم أنهما يشكوان من نفس المرض.

لذا من واجب الطبيب أن يراعي ذلك بما يتناسب مع مستوى فهم المريض ولقد أكد القضاء في فرنسا في كثير من أحكامه لأنه يجب على الطبيب أن يلتزم بإعلام مريضه بعلم بسيط،مفهوم،وصادق.

وما يمكن الإشارة إليه، أن من أهم المؤهلات و الصفات التي يجب أن يتحلى بها الطبيب عند إعلامه لمرضاه، هما الفطنة و الذكاء اللذين يساعدانه على جعل إعلامه إعلاما منسجما و متناسبا مع ظروف كل مريض على حدة.¹

¹- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج، 1، ط4، د. م. ج. الساحة المركزية بن عكنون ص 138.

- ثانيا: أن يكون الإعلام كافيا وكاملا نافيا للجهالة

لقد حددت محكمة النقض الفرنسية، أن تكون المعلومات التي يدلي بها الطبيب لمريضه بسيطة simple يمكن استيعابها intelligible، صادقة loyal، وتقريبية approximative، مما يعني ذلك وجوب أن تكون تلك المعلومات كاملة لكن ليس ما يمنع الطبيب من استخدام مصطلحات فنية في سبيل إعلام المريض لكن يتعين عليه الحذر من ذلك، إذ أن استخدام مصطلحات فنية خاصة يحول دون استيعابها من قبل المريض، وتتساوى بالتالي مع عدم إعلامه. لقد نصت المادة 34 من تقنين أخلاقيات المهنة بفرنسا والتي حددتها بأن تكون "أمينة، واضحة، وملائمة".

وما يمكن التنبيه إليه أن الفقه و القضاء و أهل الطب مازالوا متذبذبين حول كمية المعلومات التي يلتزم بها الطبيب تجاه مريضه فتارة تقول محكمة النقض الفرنسية إعلاما تقريبا وتارة أخرا إعلاما مناسباً وتارة استعملت مصطلح "الإعلام الكافي information suffisante"، مما يوحي بصعوبة تحديد كمية المعلومات التي يجب إفادة المريض بها.¹

أما فيما يخص الإعلام بالمخاطر المترتبة عن العمل الطبي، فوفقا لموقف محكمة النقض الفرنسية أنها أقرت في الإعلام أن يكون شاملا وكان ذلك بمناسبة قرار 07 أكتوبر 1998م، حيث أكدت على وجوب الإعلام بشأن المخاطر الإستثنائية، ويلاحظ في هذا الصدد أن يلتزم الطبيب بإعلام المريض إعلاما كاملا بشأن المخاطر النادرة و الإستثنائية وهذا يتعلق بالجراحة التجميلية حيث يكون على عاتق جراح التجميل هنا إخبار المريض بكافة المخاطر الملازمة لمثل هذه العمليات أيا كان معدل حدوثها إذ تنعقد مسؤوليته في حالة عدم إعلامه على هذا النحو.

وهناك حالات أخرى تستدعي ضرورة الإعلام الكامل و التفصيلي، وذلك في حالات نقل الأعضاء البشرية والإجهاض أو ما يعرف بالوقف الإرادي للحمل و الأبحاث الطبية.

ويضيف الفقه إلى الحالات المتقدمة حالات أخرى يتعين فيها أن يكون الإعلام كاملا، كحالة الأمراض التناسلية و أيضا الحالات التي يلجأ فيها الطبيب إلى إتباع أساليب علاجية غير متداولة على نطاق واسع عليه فإن الطبيب يقع عليه هذا الإلتزام فيعلم المريض عن كل المخاطر المحتملة للعلاج أو الجراحة حتى ولو كانت تلك المخاطر ضئيلة .

حيث من حق المريض أن يعلم بإعلام كامل حتى يتسنى له التعبير عن رضائه غير أنه تصعب بعض الحالات على الطبيب أن ينفي بإلتزامه بإعلام المريض كحالة الضرورة حيث يكون المريض في حالة لا تسمح له بإعلامه بالعلاج و طرقه.

وصفوة القول أن الإعلام الناقص لا يحقق رغبة المريض في الإعلام وتنعدم الفائدة المرجوة من التدخل الطبي وبالتالي يكون رضاؤه صادرا عنه عن بينة ناقصة قد تقوده إلى تحمل نتائج ضارة به.²

¹- بلحاج العربي، نفس المرجع. ص 140.

²- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري نطبعة 1998 م، ديوان المطبوعات الجامعية. ص 55.

لهذا يجب أن يكون الإعلام كافيًا وكاملًا نافيًا للجهالة الفاحشة وذلك في جميع التدخلات الطبية وإن كان القضاء و الفقه يؤكدان ضرورة الإعلام حتى بالمخاطر النادرة وما تبين من الحالات الإستثنائية كالجراحة التجميلية والوقف الإرادي للحمل لإجهاض.

وأخيرا قد أكد مشروع توصية لجنة وزراء المجلس الأوروبي بشأن الواجبات القانونية الملقاة على عاتق الأطباء تجاه مرضاهم أنه يجب على الطبيب أن يزود الشخص المطلوب موافقته لإجراء أي تدخل طبي عليه بالمعلومات الكافية و بالقدر الذي يسمح له بالموافقة وهو على بينة من أمره.¹

ثالثا: أن يكون الإعلام دقيقا و صادقا

رأينا فيما تقدم أنه إذا كانت مشروعية العمل الطبي مشروطة برضا المريض فإنها من ناحية أخرى مشروطة بأن تكون الغاية من هذا العمل هو غاية علاجية إذ يقع على عاتق الطبيب أن يقدم العلاج لمن هو في حاجة إليه غير أن هذا العلاج المقدم قد يمس بحماية أقرها القانون و صانها من البث بها .

وهذه الحماية تتجلى في سلامة المريض وحقه في إختيار الطريق العلاجي من عدمه بعد أن يبصر بالمعلومات الفنية الطبية بإعلام واضح كامل وكافي وفضلا عن ذلك يجب أن يكون إعلاما دقيقا و صادقا فالطبيب هو يشخص الحالة المعروضة عليه و يختار العلاج و بدائله بشأن وضعه موضع تطبيق عليه أن يشير و يعرب لمريضه عن تلك المعلومات بدقة وصدق و أمانة و يعرض بناء على ذلك المزايا المنتظرة من التدخل الطبي و المساوئ التي قد تترتب عنه ليساعده و يشاركه في إختيار الطريق السليم لأن الإعلام الناقص الملتبس الذي يكون عن كذب و دون مراعاة الدقة في ذلك من شأنه أن يرتب آثارا سلبية على جسم المريض.²

ومن تم يتحمل الطبيب مسؤولية مغبة تقصيره لأنه يكون بذلك قد أخل بواجب هام هو الصدق و الأمانة وبالتالي يؤدي ذلك إلى الإخلال بالثقة التي تحتل الصدارة في العلاج الطبي و من منظور آخر يجب على الطبيب أن يراعي قدرا من التناسب بين المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المريض من جراء هذا العمل و المزايا المنتظرة وهذا ما يعرف بقاعدة التناسب بين مخاطر العمل الطبي أيا كانت طبيعته و بين النتائج المأمول تحقيقها من ورائه و قد تضمنت القاعدة الأساسية المادة 40 من أخلاقيات المهنة في فرنسا حيث تنص على أنه:

وبتحليل هذا النص يتضح أن الطبيب عليه أن يمتنع فيما يقوم به من فحوصات أو تدخلات أو من علاجات من أن لا يعرض مريضه لخطر لا مبرر له ويقابل هذا النص المادة 17 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري التي تنص على أنه: "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه"، ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية عليا إلتزام الطبيب بأن يعلم المريض بصدق وأمانة عن لزوم العملية الجراحية من عدمها وعن إمكانية الاستغناء عنها بالعلاج الطويل وأكدت كذلك على

1 - عشوش كريم ، مرجع سابق، ص 104.

2- مجلة موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر 2005م.

وجوب إعطاء فكرة صحيحة ودقيقة عن حالة المريض الصحية حتى يقدّر لها وبالتالي يقرر العلاج المقترح عليه أو رفضه.

لكن أحيانا قد تستدعي الضرورة أن يغفل الطبيب إلتزامه بتنوير المريض بالمعلومات بصدق ودقة تحقيقا لمصلحة إما قد يكون في حالة نفسية سيئة فخشية تفاقمها قد يضطر الطبيب إلى الكذب وإما أن مصارحته بحقيقة مرضه قد يزيد حالته سوءا وضررا أكيدا ففي هذه الحالة ذهب القضاء في فرنسا إلى إخفاء حقيقة المرض عليه طالما أن ذلك يلعب دورا حاسما في حالته النفسية وبالتالي الجسدية وأن ذكر الحقيقة لن يكون له أي أثر إيجابي بل يكون سلبيا واضحا وفي هذا المقام هناك إتجاه فقهي فرنسي يفرّق في إطار الكذب بين نوعين من الكذب الكذب المتشائم *le mensonge pessimiste* وهو الكذب الذي يبديه الطبيب على مريضه وفيه إخفاء معلومات إيجابية أو نتائج حسنة بشأن حالته الصحية وحمله على الاعتقاد أن هناك عواقب خطيرة منتظرة مما أظهرته الفحوص و التحاليل الطبية وهذا الكذب مرفوض وممنوع في ميدان الطب.

أما الكذب المتفائل *le mensonge optimiste* هذا الكذب يهدف إلى تحقيق مصلحة المريض ويعود عليه بالنفع بشأن تحسن حالته الصحية و مؤدى ذلك هو إخفاء حقيقة المرض وعواقبه عن المريض طالما أن ذكر الحقيقة من شأنه أن يضعف الحالة النفسية له و بالتالي لا تتحقق الغاية من شفائه وهذا الكذب مسموح به.¹

ب- :المعايير الضابطة للإلتزام الطبيب بإعلام مريضه

بعد أن أوضحت جميع الشروط اللازمة والعناصر الواجب إفضاء بها يتعين في هذا المقام توضيح المعايير التي حاول القضاء أن يعتمد عليها بغرض التأكد من مدى تنفيذ الطبيب للإلتزامه تجاه مريضه ولقد اختلف القضاء بشأن هذه وعليه سأحاول تبيان ذلك كما يلي²:

-معايير المريض المحتاط:

إن القضاء الأمريكي كأن يأخذ في بداية مراحلها بالمعيار المهني إلى أن عرضت عليه قضية "Canterbury" سنة 1972 م وخلالها تقرر أن طبيعة المعلومات الواجب الإدلاء بها ومقدارها ليست من صلاحيات الطبيب وإنما هي من صلاحيات المحكمة بصفة خاصة والقضاء بصفة عامة.

ومن جهة أخرى تقرر وجوب تزويد المريض بكل معلومة فنية تخص حالته الصحية وتنويره بطبيعة العلاج وكذا المخاطر الحقيقية التي تترتب عن العمل الطبي وكل ذلك ملزمقانونا،لاستطيع التقصير أو الإخلال به هذه المخاطر الحقيقية وأستند القضاء في تحديدها

¹- محمد حسن قاسم، المرجع السابق نص202.

²- باكر الشيخ /المسؤولية القانونية للطبيب دراسة في الأحكام العامة لسياسيات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء جامعة النيلين كلية الحقوق الطبعة الأولى 2002م. ص 20.

إلى معيار المريض المحتاط ورأى في ذلك تدعيماً للثقة بين الطبيب ومريضه ، لأن إخفاء الحقيقة عنه أو الكذب أو الغش من شأنه أن يخرب تلك العلاقة ويفسد بالتالي الإلتزامات المتقابلة بين طرفي العلاج.

كما أنه يمكن الاعتذار بعدم قدرة المريض على إستيعاب المصطلحات الفنية الطبية بل الواجب هنا يتجلى في أن يقوم الطبيب بتبسيطها حتى تصير واضحة بسيطة في متناول المريض بعيدة عن استعمال المصطلحات الصعبة التي لا يفهمها إلا ذو الاختصاص، كذلك لا يجوز التمسك و الاعتذار تنصلاً من واجب الإلتزام بالإعلام بالحالات الخاصة التي تجعل المريض في حالة لا تسمح له باستيعاب تلك الأمور، إما يرجع ذلك إلى صغر سنه أو ضعف مستواه الثقافي وإما تكون هناك حالة الضرورة والإستعجال لتجعل الطبيب يتدخل بعلاجه على وجه السرعة مخافة هلاكه أو تفاقم مرضه لأنه وإن تحققت تلك الحالات فيمكن الرجوع فيها إلى ذوي الشأن من الأهل و الأقارب .

وبناء على ذلك ما يمكن قوله في هذا المعيار أن الطبيب إذا ما التزم بهذا المضمون فإنه يعفى من المسؤولية حالة تحقق الخطر وما لم يصدر منه تقصير أو إهمال وهو يؤدي مهنته.¹

-معيار المهني أو الطبي:

تبين سلفاً أن القضاء في فرنسا قد اعتمد على المعيار المهني أو الطبي فهذا المعيار هو نسبي غير مطلق، إذ يمنح الطبيب السلطة التقديرية في تحديد المعلومات الفنية ويختار ما يمكن الإعلام به للمريض حسبما تقتضيه الضرورة لذلك ولكن يكون بحرص وعناية في كل المراحل التي يسير عليها العمل الطبي ولقد انتهج القضاء البريطاني في مجال التنبيه إلى المخاطر إذ أوجب الإعلام بكل المخاطر التي إستقر عليها أهل الطب ووضع الإلتزام بها اتجاه المريض.²

-معيار إلتزام الطبيب ببذل عناية:

إن الطبيب في أداء وظيفته المتمثلة في إتباع الطرق المثلى لعلاج المريض لا تكفي لوحدها بل لا بد من إبداء عناية خاصة وهذا ما يعبر عنه بالإلتزام الطبيب ببذل العناية اللازمة إتجاه المريض.³

ولقد إستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير في " 20ماي 1936م"⁴

1- عبد الكريم مأمون ،رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة رسالة دكتوراه 2004_2005م ص8 .

2- باكر الشيخ ،المسؤولية القانونية للطبيب، ص22.

3- باكر الشيخ ،نفس المرجع .ص.23.

4 - محمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية ،ط 2006 م .دار الفكر الجامعي ،جامعة الإسكندرية ،ص198.

على أنه من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الطبيب ليس بشفاء المريض بل بتقديم العناية اليقظة التي تفتضيها الظروف الخاصة للمريض ، والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي ، ويترتب على الإخلال بهذا الإلتزام التعاقدي و لو من غير قصد ميلاد المسؤولية العقدية.

- معيار إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة:

إن المريض عندما يزداد عليه الألم والمعانات يتوجه مباشرة إلى المستشفى وهذا بقصد العلاج الذي وطبعا يقوم به الطبيب ' وبتالي هذا الأخير مطالب بتحقيق نتيجة فيجب عليه إتباع الأساليب الناجعة لتحقيق العلاج والحرص على أن لا تتدهور حالته الصحية او ينتقل له مرض جراء استعماله للأدوات الطبية أو الأدوية الموصوفة ، وبتالي لا مجال هنا لعنصر الإحتمال في العلاج.

*موقف المشرع الجزائري من هذه المعايير:

لم يفصل إلى حد الآن المشرع الجزائري في هذه المسألة ، غير أن هناك دلائل قانونية تفيد أن نطاق الإعلام و معاييرها في القانون الجزائري من وضع هيئة الطب ، و هو ما حددته المادة 367 مكرر 3 من ق . ح . ص ت¹ على ما يلي:

(يمكن للعدالة أن تلتمس المجلس الوطني و المجالس الجهوية لأداء مهنة الطب كلما رفعت دعوى مسؤولية أحد الأطباء أعضاء الهيئة الطبية قصد توضيح الصعوبات المترتبة بتقدير

الخطأ الطبي) ويفهم من هذه المادة أنه يمكن للمحاكم الجزائرية استشارة أهل المهنة من أجل تقدير الأخطاء الطبية التي تدخل في نطاق إخلال الطبيب لواجب الإعلام، بالرغم من أن معيار المريض المحتاط يوسع من نطاق الإعلام و يعظم مصلحة المريض بتزويده بكافة المعلومات إلا أنه تثبت صعوبة تطبيقه عمليا في الدول العربية و منها الجزائر، سبب المشاكل الصحية والتقنية التي تواجهها المنظومة الصحية كقلة الأطباء و قلة الإمكانيات ، ومن أجل ذلك تبني القانون الجزائري المعيار المهني لتحديد مدى إلتزام الطبيب بإعلام المريض.²

¹-قانون 05/85 يتضمن قانون حماية الصحة وترقيتها ،المرجع السابق.

²- سلخ محمد لمين ،مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية المرجع السابق .ص.133.

المبحث الثاني: النظام القانوني لإلتزام الطبيب بالإعلام

سوف نتطرق بهذا المبحث في (المطلب الأول) إلى الطبيعة القانونية للإلتزام الطبيب بإعلام المريض وفي (المطلب الثاني) إلى مجال إلتزام الطبيب بإعلام المريض.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للإلتزام الطبيب بإعلام المريض

طبقا لقواعد المسؤولية المدنية الواردة في القواعد العامة ضمن نصوص القانون المدني، أن إلتزام الطبيب يندرج ضمن أنواع الإلتزامات المتعلقة بمدى اتصال أداء المدين بالإلتزامه بالغاية التي يهدف الدائن إلى تحقيقها، وعليه فإن مضمون أداء الطبيب بإعتباره مدينا هنا بالقيام بالعمل الطبي المعني ليس هو الغاية أو الهدف النهائي الذي يرمي إلى تحقيقه، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية المريض وهو الدائن هنا، فهدف المريض النهائي هو الشفاء، والوسيلة لتحقيق هذا الهدف هو قيام الطبيب بالعلاج أو إجراء التدخل الطبي المتفق عليه، ثم تبيان الأساس القانوني لذلك الإلتزام.

مادام القانون المدني لا يتضمن أحكام خاصة فمن الصعب تطبيق القواعد العامة على أحكامه وبذلك يصعب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي وبالتالي إختلف الفقهاء حول تكييف هذا العقد فمنهم من اعتبره عقد وكالة ومنهم من اعتبره عقد عمل ومنهم من اعتبره عقد وكالة وهذا ما سأبينه أدناه.¹

أولاً: العقد الطبي وعقد الوكالة

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

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

فذهب أنصار هذا الرأي من الفقهاء أن الموكل في العقد الطبي أي المريض يوكل الطبييالقيام بالأعمال العلاجية بغية شفائه فتبين أن الطبيب والمريض تحكم بينهم عالقة تعاقدية تدرج ضمن أحكام عقد الوكالة ، وهذاك من ذهب إلى أبعد من ذلك بتقسيم طبيعة الخدمة المقدمة من الطبيب لمريضه إلى نوعين:

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

¹ - سلخ محمد لمين ،مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية ،المرجع السابق،ص.78.

-أما إذا كانت الخدمة ذات طبيعة معنوية تطبق قواعد الوكالة، فبالرجوع إلى العقد الطبي فإن الطبيب يقوم بالعمل الطبي باسمه ولحسابه الخاص، كما أن هذا العمل هو عملا ماديا وليس قانونيا، بالإضافة إلى أن العقد الطبي هو عقد معاوضة لأنمن بين الإلتزامات الملقاة على عاتق المريض، الإلتزام بدفع أتعاب الطبيب المعالج وهذا مايفهم من نص المادة (57) من مدونة أخالقيات الطب.¹

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

-أن الطبيب لا يلتزم الغير في مواجهته، إذ يقوم بتقديم أعمال شخصية وتقديم خدماتكإجراء الفحوصات والتشخيصات باسمه وليس لغيره أو موكله كما هو الأمر في عقدالوكالة، إذ يتم ذلك بصفة محددة.

-إن عقد الوكالة عقد تبرعي بدون مقابل إلا إذا كان هناك إتفاق مخالف لذلك وهذا مانصت عليه المادة 581 من ق المدني، غير أن الغالب في العقود الطبية هي عقودبعوض.

-إن عقد الوكالة يقتضي أن يكون قيام أعمال مفوضة للوكيل لحساب الموكل غير أنالطبيب عند قيامه بأعماله تكون المداخل والأتعاب لحسابه وليس لحساب الغير خالفا للمادة 571 من ق المدني الجزائري سالفه الذكر.

-إن الوكيل مجبر أن يمد الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه تنفيذ الوكالة وأنيقدم له حسابا عنها، غير أن الطبيب غير مجبر بأن يعد المريض بكافة المعلومات المتعلقة بتنفيذ أعماله، بل له أن يخبره فقط بالمعلومات المتعلقة بمرضه هذا.

طبقا لقواعد المسؤولية المدنية الواردة في القواعد العامة ضمن نصوص القانون المدنية

إن إلتزام الطبيب يندرج ضمن أنواع الإلتزامات المتعلقة بمدى اتصال أداء المدين بإلتزامه بالغاية التي يهدف الدائن إلى تحقيقها، وعليه فإن مضمون أداء الطبيب بإعتباره مدينا هنا بالقيام بالعمل الطبي المعني ليس هو الغاية أو الهدف النهائي الذي يرمي إلى تحقيقه، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية المريض² وهو الدائن هنا، فهدف المريض النهائي هو الشفاء، والوسيلة لتحقيق هذا الهدف هو قيام الطبيب بالعلاج أو إجراء التدخل الطبي المتفق عليه، ثم تبين الأساس القانوني لذلك الإلتزام.

¹-رضا بلعبيدي، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2021/2020 م. ص15.

²-أحمد دغيش، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزوو، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، ج. الثاني، 2008م، ص.4.

ثانيا: العقد الطبي وعقد العمل

بالرجوع إلى نص المادة 02 من قانون 11/90 المتعلق بعلاقات العمل يعرف العامل على أنه كل شخص يؤدي عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم لحساب شخص اخر طبيعى أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم.¹

فهناك جانب من الفقهاء يرو أن العقد الطبي بمثابة عقد عمل نظرا للعلاقة الرابطة بين

الطبيب والمريض، وبالمقارنة بين العلاقة الرابطة بين العامل والمستخدم يتضح أن الطبيب

يلتزم بالقيام بعمل خاضع للإشراف والرقابة، وعليه أن يبذل جهدا وعمال يدويا وفكريا مقابلأتعابه إلا أن هذا لا يمنع من وجود اختلاف بينهما، فقد ينقلب العقد الطبي إلى عقد عمل فيحالة لو كان الطبيب خاضع للإشراف عليه، وأن هذا الإشراف والرقابة يكون من الناحيةالإدارية فقط، مع بقاء الطبيب مستقل من الناحية الفنية كحالة إذ ما كان الطبيب يعمل في مشفى مثلا.

ثالثا: العقد الطبي وعقد المقاولة

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

-يعتبر إلتزام الطبيب في العقد الطبي، إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة فالطبيبييتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفاؤه، على عكس ما يلتزم به المقاول في عقدالمقاولة الذي يكون هدفه الرئيسي تحقيق نتيجة خاصة في مقاولة تشييد الأبنية وفقالموصفات المحددة في شروط العقد..

-إن المؤهلات الشخصية للطبيب هي محل إعتبار في التعاقد معه، فالعقد ينتهي بمجرد وفاة الطبيب، فلا يحق للطبيب أن يوكل أمر معالجة المريض إلى غير ه من الأطباء عكس المقاول الذي يمكن المقاولة من الباطن كما أن عقد المقاولة لا ينتهي بوفاة المقاول، بالإضافة إلى أنعقد المقاولة عقد اقتصادي، وتجارى بالدرجة الأولى يهدف إلى توزيع الأشياء والبضائع، فينصب على أعمال تختلف عن المهن الحرة التي هي أعمال فكرية بالدرجة الأولى كما أن المقاول يعتبر تاجرا في حين أن الطبيب ليس تاجرا.²

¹-المادة 02 من قانون 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410ه الموافق 21 أفريل 1990م المتعلق بعلاقات العمل.

²-عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة العقيد اكلي محمد اولحاج البويرة. 2021 ص13..

الفرع الأول: خصائص الإلتزام بالإعلام في العقد الطبي

إن الإلتزام بالإعلام يشمل مجموعة من الخصائص يلتزم بها الطبيب قبل أن يباشر عمله الفني الذي يكتسي مصطلحات طبية لا يفهما سوى ذوي الاختصاص من أهل الطب.

1-العقد الطبي عقد شخصي و رضائي:

إن المريض كأصل عام يكون حر في إختياره للطبيب الذي يريد أن يتعالج عنده وذلك إستنادا إلى الثقة التي يجدها في الطبيب المعالج، وهذا ما يطلق عليه قانونا مبدأ الإختيار الحر للمريض، غير أن هذه الحرية يتقلص نطاقها عندما يخضع المريض للعلاج في إحدالمستشفيات العامة، فهنا الإدارة هي التي تكلف الطبيب المناوب بالإشراف على العلاج وليس هذا فقط بل هناك حالات لا يمكن للمريض فيها إختيار الطبيب الذي يريده والسبب في ذلك يتمثل في عدم وجود أطباء متخصصين في بعض الأمراض.¹

و بالمقابل يتمتع الطبيب دوره بقدر من الحرية في التعاقد في ممارسة نشاطه المهني فمن حيث المبدأ يجوز رفض لتعاقد مع أي مريض معين، وبالمفهوم الضيق ووفقا لمبدأ حرية التعاقد فلا يكره الطبيب على التعامل مع المريض² نجد أن المادة 80 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 92/276 والمتعلق بأخلاقيات مهنة الطب تنص على ضرورة احترام حق المريض في حرية إختياره للطبيب أو جراح الأسنان... ويتعين احترام حق المريض في حرية إختيار الطبيب أو جراح الأسنان...³

2-العقد الطبي عقد ملزم للجانبين:

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

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

¹-زرقان رزيقة، زراري جويده، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2015/2014م، ص15.

²- عزوز كاهنة، سعد هلال كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، المرجع السابق ص18 .

³- مرسوم تنفيذي 276/92 مؤرخ في 6 جويلية 1992 م، المتضمن مدونة أخلاقية مهنة الطب، ج. ر. ج، ج عند 52 مؤرخة في 18 يوليو 1992م.

وهذا ما أكد عليه الأستاذ علي سليمان على أن العقود التبادلية تجعل التزام الطرف الأول سببا في التزام الطرف الثاني، أما في حالة استحالة تنفيذ الإلتزام تقضي المادة 120 من ق. م. ج ب: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الإلتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون".

3-العقد الطبي عقد مستمر:

ويعرف بالعقد الممتد، هو الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصرا جوهريا، حين تقاس به الإلتزامات المتعاقدة أو محل العقد حيث تكون الإلتزامات المتعاقدين مقترنة بزمن وقد يكون العقد المستمر محدد المدة أو غير محدد، فالمرضى حينما يعالجه الطبيب ليس بمعنى أن العقد قد انتهى بمجرد انتهاء الفحص، بل العلاج يتطلب مهلة ومدة طويلة لبلوغ الهدف المرجو تحقيقه أيا وهو الشفاء وهذا في بعض الحالات.

إن العقد الطبي يتطلب مدة من الزمن حيث يقوم الطبيب كذلك بمتابعة حالة مريضه الصحية أثناء مرحلة العلاج قد تستمر المتابعة الطبية حتى بعد هاته المرحلة خاصة إذا تم العلاج بواسطة العمل الجراحي الذي يتطلب متابعة طبية مستمرة لحالة المريض بعد إجراء العملية الجراحية إلى غاية شفائه، وبالتالي فإن الإلتزام الرئيسي للطبيب المتمثل في بذل العناية اللازمة من أجل علاج المريض المتعاقد معه يتطلب وقتا لتنفيذه، ولا يمكن تنفيذه تنفيذا فوريا، كما إن العقد الطبي يشمل على طابع زمني يمتد بعد العلاج و ذلك في أن يتمتع الطبيب في إفتشاء أسرار مرضاه طيلة فترة العلاج، بل و حتى بعد انقضاء العقد الطبي، وبالتالي فهو عقد مستمر.¹

4-العقد الطبي عقد مدني:

إن العقد الطبي يصنف ضمن العقود المدنية فهو بعيد كل البعد عن العقود التجارية وذلك كون الطبيب لا يمكنه المتاجرة بأرواح البشر ولا تعتبر الأثمان التي يتقاضاها عن أتعابه بيع تجاري والأعمال التجارية لا من ناحية الشكل ولا الموضوع لأن الطبيب عمله يتمثل في تقديم العلاج الصحي والإرشادات الطبية التي هي بعيدة كل البعد عن الأعمال التجارية.

5 -العقد الطبي عقد معاوضة:

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

¹- عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعقم، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، 2013/2014 م. ص25.

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

من خلال هذه الخصائص التي يتحلى بها العقد الطبي يتبين لنا أنه يتمتع بخصوصيات تتميزه عن بقية العقود الأخرى منها الاستمرارية بالإضافة إلى أنه ذو اعتبار شخصي ويقوم بتبادل الإلتزامات كونه عقد مدني .

الفرع الثاني: أركان الإعلام في العقد الطبي

إن العقد الطبي كغيره من العقود يتميز بمجموعة من الأركان لكي ينعقد العقد صحيحاً ويرتب آثاره القانونية، ومن بين هذه الأركان التراضي الذي يعتبر الركيزة الأساسية في تكوين العقد وعند تحليل فكرة التراضي نجد أنها تستوجب توفر عنصرين أساسيين هما المحل والسبب.

وبالتالي هناك 03 أركان لتكوين العقد الطبي، إلا أنه يشترط في بعض الأعمال الطبية توفر ركن آخر ألا وهو ركن الشكالية.

_أولاً : التراضي في العقد الطبي

المادة 59 ق م " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فالعقد الطبي إذن ينعقد بمجرد تبادل المريض والطبيب عن إرادتهما، لكن تحد هذه القاعدة أحكام وشروط مقيدة، إذ لتوافر التراضي في العقد الطبي يستلزم أن يتم التعبير عن الإرادة من الشخص المؤهل قانوناً، وأن يتوفر رضا كل من المريض والطبيب وحتى يستطيع لفرد الإقدام على إبرام أي عقد لا بد أن تتوفر فيه تلك الإرادة المتمثلة في القدرة على اتخاذ موقف أو قرار ، وأن تكون صادرة من شخصية قانونية مؤهلة ، بمعنى أن المريض لا بد أن يكون أهلاً لمثل هذا التصرف ، وبالجهد المقابلة لا بد من توفر أهلية الطبيب ليصح انعقاد العقد.¹

¹- محمد السعيد رشدي ، عقد العلاج الطبي دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض و أستاذ ورئيس قسم القانون المدني كلية الحقوق، جامعة بنها، الطبعة 2015 م الإسكندرية. ص 87-90.

1- أهلية المريض:

الأهلية القانونية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء فأهلية الوجوب يقصد بها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، أما أهلية الأداء فتعرف بأنها صلاحية الشخص لاستعمال الحق.

ويشترط في المريض أن يتمتع بالأهلية القانونية حتى يتمكن من إبداء موافقته لإبرام العقد الطبي ، وإستثناءا يؤخذ موافقة ممثله¹.

أ- موافقة المريض:

لقد ذكر المشرع الجزائري من المواد 42 إلى 44 ق م القواعد العامة التي تحكم الأهلية ،

ونصت كذلك المادة 78 ق م ج على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون وسن التمييز حسب القانون المدني الجزائري هو 16 سنة، أما سن الرشد هو 19 سنة، فيكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الطبي إلا إذا كان راشدا أو مميزا ومتمتعا بكامل قواه العقلية ، أما إذا كان غير مميز فلا يعتد برضاه بل لا بد من موافقة من يمثلُه فينوب عنه وليه أو وصيه في مثل هذه التصرفات.

وإذا تأثرت إرادة المريض بأحد عوارض الأهلية كالجنون ، العته ، الغفلة والسفه ، فإنه لا

يستطيع في هذه الحالة إبرام عقد مع الطبيب ، إذ لا يعتد بأهليته لأنها معدومة وتذهب فريق من الفقه المقارن إلى الأخذ بموافقة الزوج في بعض الحالات ، كقطع الحمل بموافقة بصفة إرادية أو تباعد الولادات ، غير أن هناك من ينازع هذا الرأي بحجة انه ليس للزوج حق وصاية على الزوجة بخصوص ممارسة حقوقها الشخصية.

وبذلك فإن موافقة الزوج على بعض الأعمال الطبية التي تجرى على الزوجة بموافقتها ابتداءا كتباعد الولادات واستئصال جهاز الإنجاب ، لا يعتبر وصايا على الزوجة وإنما الهدف منه حماية الأسرة ، حيث يعتبر من أهداف الزواج تكوين أسرة عن طريق الإنجاب والمحافظة على الأنساب عملا بأحكام المادة 04 من قانون الأسرة وإن كان الأصل هو إمكانية تعاقد المريض بنفسه مع الطبيب، فإنه في بعض الأحيان يستدعي تدخل ممثل المريض لإبداء موافقته للعلاج².

¹- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني. نظرية الإلتزام بوجه عام ، الجزء الأول ، دار النشر للجامعات المصرية 1952م ص33.

²- علي على سليمان ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، طبعة 1998م ، ديوان المطبوعات الجامعية. ص.22.

ب- موافقة ممثل المريض:

تستدعي تدخل ممثل المريض لإبداء موافقته للعلاج المقدم له، حسب ما نصت عليه المادة 154 من القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، وهي حالة المريض القاصر، حالة المريض العاجز عن التمييز، وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته.

1- حالة المريض القاصر:

قد يتقدم إلى الطبيب قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء ، هنا يحق للطبيب أن يقدم العلاج والأخذ بموافقة الأولياء أو الممثل الشرعي ، نصت المادة فقرة واحد من مدونة أخلاقيات الطب " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ ، أن يسعجها لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ، ويحصل على موافقتهم"

ولكن يستطيع الطبيب أن يستغني عن هذه الموافقة تحت ضمان مسؤوليته إذا رأى أن مصلحة المريض القاصر تستدعي ضرورة تدخله العلاجي¹ وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري اعتبر القاصر مميزا إذا بلغ سن الثالثة عشر بمفهوم المخالفة لنص المادة 42 ق م وحسب مفهوم نص المادة 83 ق الأسرة " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني ، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة «فيتضح جليا أن إقبال القاصر المميز على الطبيب لطلب العلاج إنما يصنف هذا من قبيل الأعمال النافعة له ، وبذلك يكون أهلا لإبرام عقد طبي كل قاصر مميز بلغ سن التمييز.²

2- حالة المريض العاجز عن التمييز:

قد يكون المريض بالغ لسن التمييز أو حتى لسن الرشد ، لكنه يعجز عن إبداء موافقته بسبب المرض الذي يفقده الوعي او يغمى عليه ، فيصبح غير مميز بسبب الآلام أو الاضطراب النفسي ، ويتعذر عليه أن يكون أهلا لإعطاء الموافقة.

فيتمكن الطبيب في هذه الحالة أن يتصل بذويه أو من ينويه لإبداء موافقتهم عن الأعمال الطبية التي سيقدمها ، فالمادة من مدونة أخلاقيات الطب سمحت للأشخاص المخولين من طرف المريض لإعطاء موافقتهم ، وإلا فيمكن الاستعانة بالأشخاص المخولين من طرف القانون حسب ما ورد في نص المادة 146 من القانون 05/ 85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها إذ يرجع القرار إلى الأب أو الأم ، ثم الزوج أو الزوجة ، ثم الابن أو البنت ، ثم الأخ أو الأخت وإلا يرجع إلى الولي الشرعية.

1- الامر رقم 02/05 المتضمن قانون الأسرة الموافق بالقانون 09 /05 المؤرخ في 4 ماي 2005 م ، ج ر ، المؤرخة في 22 يونيو 2005 م.

2- علي على سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري المرجع السابق.ص.56.

3- حالة المريض العاجز عن التعبير عن إرادته:

نصت الفقرة واحد من المادة ق م "إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جازت للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تفتضيها مصلحته" فإذا اجتمع في المريض عاهتين من العاهات الثلاث العمى والبكم والصم ، فإنه يتعذر عليه أن يبدي موافقته للأعمال الطبية التي سيقدمها الطبيب ، نظرا لان أهليته متأثرة بمانع من موانع الأهلية بسبب ظرف جسماني ، بالرغم من أنه راشد ويتمتع بكافة قواه العقلية. وفي هذه الحالة لا يعني أن نعين المريض وصيا ، بل يكفي الأخذ بموافقة من ينويه سواء كان أحد أفراد أهلية الطبيب أسرته أو وليه الشرعي حسب الترتيب الوارد في نص المادة من قانون حماية الصحة وترقيتها.¹

2- أهلية الطبيب:

ليس هناك فرق بين الطبيب والمريض فيما يخص الأهلية ، إذ يشترط على الطبيب كما يشترط على المريض ، ضرورة توفر الأهلية القانونية للتعاقد.

فيجب أن يكون الطبيب راشدا متمتعا بأهلية الأداء لانعقاد العقد الطبي ، المادة 40 ق م تجعل من كل شخص بالغ لسن التاسعة عشر بمثابة شخص راشد بالغ ، له الأهلية الكاملة لمباشرة الحقوق المدنية.

لا بد أن تتوافر في الطبيب شروط نصت عليها المادة 197 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها "تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

_ أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية ، دكتوراه في الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلية ، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

_ أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.

- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن إستثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقات التي أبرمتها الجزائر وبناء مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة.²

¹- علي على سليمان ، نفس المرجع ص.57.

²- علي على سليمان ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري المرجع السابق ص.58.

1-رضا المريض :

تنص المادة 154 فقرة واحد من القانون 85 / 05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض او من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك وتنص أيضا المادة 42 من المرسوم 276/92 أنه " للمريض حرية إختيار طبيب أو جراح أسنانه ومغادرته وينبغي للطبيب أن يحترم حق الطبيب هذا ، وأن يفرض احترامه ، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض أيضا نص المادة 44 من نفس المرسوم " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض ، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو بموافقة الأشخاص المخولين منها من القانون"

من خلال هذه المواد يتضح أنه لانعقاد العقد الطبي ، يستوجب توفر رضا المريض ، لذا يقتضي علينا تحديد مضمونه ، والشروط اللازم توفرها فيه.

هناك شروط تتعلق بنوعية الرضا، وأخرى تتعلق بشكل الرضا.¹

2-أنواع الرضا:

أ_ رضا حر:

تنص المادة من مدونة أخلاقيات الطب " يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة . . . " فالمرضى حين توجهه للطبيب بغية العلاج يكون ذلك بحض إرادته بعيدا عن كل تأثير أو ضغط ، ويجب أن يكون العلاج هدفه الشفاء ، ذلك هو الاعتبار الرئيسي والوحيد الذي يحمل المريض على قبول او رفض العلاج، وبالرجوع إلىالقواعد العامة فإنه يشترط لصحة رضاء المريض خلوه من عيوب الرضا إلا وهي الغلط التدليس ، الإكراه ، الاستغلال.

ب_ رضا متبصر:

من الضروري أن يعلم المريض بالمرض الذي يعاني منه وبالمخاطر المنجزة عن العلاج المقترح له ليستطيع إبداء موافقته ويجب أن يكون رضاه متبصرا بقدر كاف.

وتكوين العقد الطبي يقوم على الاختيار الحر للطبيب وقبول المريض وموافقته للعلاج ويشترط أن يكون رضاه متبصرا حتى لا تخان إرادته ويقع على عاتق الطبيب إلتزام بإحاطة المريض

¹ - محمد السعيد رشدى ، عقد العلاج الطبي المرجع السابق ص.88.

بطبيعة العلاج ومخاطر العملية الجراحية، وإلا كان مسؤولاً عن كافة النتائج الضارة من جراء تدخله ولو لم يرتكب خطأ في عمله.

3_ شكل الرضا:

تنص المادة 162 فقرة واحد من مدونة أخلاقيات الطب " لا يجوز إنتزاع الأنسجة او الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء ، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر ، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنين ، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة"

وعليه فإن الرضا في حالة إنتزاع الأنسجة يأخذ شكلا معينا ، إذ تشترط فيه الكتابة (الموافقة

الكتابية) فلا يكفي التعبير عن إرادته شفاهه بل يجب أن تكون عن طريق الكتابة إضافة لشرط حضور شاهدين ، وإيداع الوثيقة المتضمنة للموافقة لدى المؤسسة أو الطبيب رئيس المصلحة.

كما يشترط المشرع الجزائي إبداء الموافقة الكتابية في حالة تشريح الموتى من أجل هدف

علمي ، ويكون ذلك بموافقة المعني بالأمر وهو على قيد الحياة أو موافقة ذويه.¹

4-رضى الطبيب:

لا يكفي فقط موافقة المريض بل لا بد من موافقة الطبيب أيضا وبمجرد موافقته يجب أن يلتزم بمضمون تقديم العلاج الذي يتسم بالإخلاص والتفاني ، والمطابقة لمعطيات العلم الحديث.

ثانيا :محل العقد الطبي

1-تعريفه:

نقصد بالمحل في العقد الطبي محل إلتزام الطبيب وهو الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه

أو بعمله أو بالامتناع عن عمله، فالطبيب المعالج في العقد الطبي يلتزم بتقديم العلاج للمريض يكون هذا العلاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة مع الأصول والمعطيات الحديثة وبإسقاط هذه المفاهيم العامة على المسؤولية الطبية، فإن محل العقد هو ما يلزم الطبيب القيامه اتجاه مريضه حتى يخلصه من ألامه.²

1- محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي ، المرجع السابق،ص.81.

2- باكر الشيخ المسؤولية القانونية ،المرجع السابق ،ص30.

المادة: 92 المحل ركن في الإلتزام كما هو ركن في العقد، ومحل الإلتزام هو ما يتعهد به المدين وهذا الأخير قد يلتزم بإعطاء شيء أو بتأدية شيء، أو الامتناع عن عمل.

المادة 54 ق. م، أما محل العقد فهو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها في عقد البيع مثلا نجد أن محله (العملية القانونية) المبتغى تحقيقها في نقل الملكية في مقابل نقد، ولتحقيق هذه العملية القانونية ينشئ العقد إلتزامات في ذمة أطرافه، فيولد إلتزاما للبائع بنقل الملكية وإلزام المشتري بدفع الثمن، ولذلك فإن محل العقد يتحدد بمحل الإلتزامات الرئيسية التي تتحقق بها العملية القانونية المقصودة.¹

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

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

2-مشروعيته:

إن المبدأ العام يحظر ويمنع التعامل في جسم الإنسان وذلك بوضع أسس علمية وقانونية لتحديد النظام القانوني للتصرفات التي يكون محل التعامل فيها وبالتالي فالعلاقة بين الحق في الحياة وسلامة الجسم عالقة مترابطة ووطيدة فالمساس بسلامة الجسم يؤدي إلى الاعتداء على الوظائف الجسدية ولقد أكد المشرع الجزائري في نص المادة 96 من ق. م. ج. "إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد بطل". ويفهم من خلال المادة أي عدم صحة المحل الذي يكون مخالفا للنظام والآداب العامة لعدم مشروعيته يعني عدم صحة العقد.

غير أن التطورات العلمية والطبية، أصبحت تفرض على الطبيب المساس بكيان الجسدي للمريض إذا كان الغرض منه هو العلاج، ومثال عن ذلك ندرس حالة الإجهاض وحالة نقل وزرع الأعضاء البشرية.²

أ-الإجهاض :

هو انتهاء الحمل بخروج أو نزع الجنين من الرحم قبل أن يصبح قادرا على الحياة ويمكن أن يحدث تلقائيا بسبب مضاعفات أثناء الحمل، أما الإجهاض الإرادي هو ذلك الإجهاض الذي

¹-جلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج، 1 ط4، د. م. ج. الساحة المركزية بن عكنون ص138.

²- بسام محتسب بالله و ياسين ركزلي، المسؤولية الطبية و الجزائرية بين النظرية و التطبيق، دار الايمام، الطبعة الاولى، ص.23.

تتدخل فيه إرادة في إحداثه، بقصد تحقيق غاية طبية تتعلق بالمرأة الحاصل، حيث يصبح الإجهاد ضرورة ألزمه للحفاظ على حياتها أو صحتها، فنجد أن المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة سمح بالإجهاد لغرض علاج عاجي وحفاظ على حياة وصحة الأم.¹

ب- نقل وزرع الأعضاء:

أما من ناحية زرع الأعضاء البشرية فتقوم نظرية مشروعية إلى إنقاذ حياة وصحة المريض الفعلية فالقاعدة الأساسية في جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية تكمن في الضرورة تبيح المحظورة حيث تبينها المادة الأولى من ق. ح. ص. ت المادة 16 "ألا يجوز إنتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع لخطر وشرط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتصور هذه الموافقة بحضور شاهدين إثنيين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة."

أما المادة 355 من القانون 11/18 نصت على: "لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة البشرية وزرعها إلا لأغراض عاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".²

ثالثا: السبب

السبب في العقد هو الباعث والدافع إلى التعاقد، وهو أيضا الغرض الذي يقصده الملتزم بالوصول إليه من وراء رضاه بالتحمل الإلتزام.

أ-تعريفه:

وهو الغرض الذي يقصده المريض من وراء تعاقد مع الطبيب هو الحصول على العلاج ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة، ونجد أن

المشرع الجزائري لقد تناول ركن السبب في المادتين 97 و 98 ق. م. ج، ويعرفه الفقهاء بصفة عامة بأنه " الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة " غير أن هذا التعريف لم يعد دقيقاً، خاصة معبرو تصورات مختلفة لفكرة السبب ، وتعدد الاعتبارات الفلسفية والإيديولوجية فظهرت نظريتان تقليدية وأخرى حديثة ، وكل منهما تعطي مفهوماً مختلفاً عن الآخر.³

بما أن العقد الطبي يحتوي على خصوصية، خاصة في ركن المحل فلا يمكن تطبيق جميع

¹- سلخ محمد لمين مسؤولية، الطبيب عن الوصفة الطبية، المرجع السابق، ص. 176.

²- رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء ، أستاذ القانون المدني -كلية الحقوق جامعة طنطا الطبعة 2015 ، ص. 88.

³- عشوش كريم ، مرجع سابق ، ص 10.

شروط المحل المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري وذلك نظرا لطبيعة المحل وهو جسم الإنسان وبالتالي لا يمكن تطبيق هذه الشروط سوى شرط المشروعية.

ب-مشروعيته:

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

وعدم مخالفة النظام العام والآداب العامة حسب المادة 97 من ق المدني الجزائري " إذا

إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطل¹.

ومن بين الأمثلة الواقعية حول مشروعية السبب نجد:

1-التجارب العلمية الطبية :

تكاد تتفق التشريعات المقارنة بالنسبة لإجراء التجارب العلمية الطبية على جسم الإنسان لكن بشرط مشروعية هذه التجارب أي تكون في إطار محاولة عالجهو بالنسبة للتجارب الطبية بقصد البحث العلمي، اختلفت التشريعات في هذا الصدد فبعضها تبيح هذه التجارب نظراً لفائدة أو غاية مرجوة، وهناك تشريعات لا تبيح ولا تقر بالاعتراف بشرعية هذه التجارب كالقانون الفرنسي والقانون المصري².

2-القتل بدافع الشفقة :

هو ما يعرف بالقتل الطبي وهو التعجيل بوفاة المريض الذي يعاني من أمراض مستعصية، حيث لا يؤمل شفاؤهم أو ميؤوس من الشفاء، حيث يعانون من آلام مبرحة .

ونجد أن علماء الشريعة الإسلامية حرموا قتل الشفقة وهذا مصداقاً لقوله تعالى: (ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق)³ ، فلا يصح مطلقاً إلتزام الطبيب بقتل المريض شفقة عليه، سواء كان هذا الإلتزام بمقابل أو بدونه، وسواء اتفق عليه مع المريض أو مع ذويه وإلتزام بإرادته المنفردة، وسواء كان الفعل المفضي إلى الموت إيجابياً أو سلبياً، فجميع الحالات وغيرها يعتبر الإلتزام باطلاً لأنه إلتزام بارتكاب جريمة فحمله غير مشروع بل يمكن أن

¹ - بباكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، المرجع السابق، ص.30.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص.64.

³ -سورة الإسراء، الآية 33.

يؤدي إلى مؤاخذة الطبيب بجريمة القتل العمدي وهي أخف الحالات جريمة المساعدة على الانتحار.¹

رابعاً-الكتابة كركن في العقد الطبي:

لقد أخذ المشرع الجزائري كأصل عام بمبدأ الرضائية واعتبر الإرادة أساس وقوام العقد فالأصل في العقود أنها رضائية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وإستثناء من الأصل يكون العقد شكلياً إذا كان الشكل ركناً لانعقاد أي عدم توفره يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أي يجب إتباع شكل معين بعينه القانون، فهناك بعض الحالات التي تستدعي الشكلية بالنسبة لركن الكتابة.

1-اشتراط الكتابة في عمليات زرع ونقل الأعضاء:

نظراً لخطورة عمليات التبرع بالأعضاء أجمعت التشريعات المقارنة أنه يتم رضا المتنازل عن أحد أعضائه وموافقته، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي إشتراط الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه وبحضور شاهدين، ويقع على الطبيب عبء إثبات الحصول على موافقة الكتابية للمريض ورضاه وتقع عليه المسؤولية على أساس خطأ مفترض في جانبه في حال غياب هذه الشكلية.²

2-اشتراط الكتابة في عمليات التلقيح الاصطناعي:

أجاز قانون الأسرة الجزائري اللجوء إلى الوسيلة الحديثة لإنجاب وهي التلقيح الاصطناعي بتوافر شروط، وهي أن يتم بين زوجين يربط بينهما عقد زواج شرعي، أن تتم العملية أثناء حياتهما وبرضاهما، لكن يوجب في موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أنتكون صريحة وأن تفرغ في قالب شكل معين.³

3-إشتراط الكتابة عند رفض المريض للعلاج:

يلتزم الطبيب بموجب العقد الطبي بتقديم العلاج للمريض بعد الحصول على موافقة، لكن قد يرفض المريض العلاج المقدم، مما قد يؤدي إلى الإضرار بصحته، فالطبيب حر في إقناع المريض لكن رغم ذلك لا يجوز إرغامه على العلاج وإجباره.

¹-بن صغير مراد ، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض ،مداخلة مقدمة في ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية- كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمور تيزي وزو ،أيام 09/10 أبريل 2008م.ص.174.
²- رمزي رشاد عبد الرحمن الشيخ،المسؤولية المدنية للطبيب،المرجع السابق،ص.87.
³- محمد حسين منصور ،المسؤولية الطبية المرجع السابق ،ص.67.

واشترط القانون إثر ممارسة المريض لهذا الحق أن يكون رفضه صريحا فنصت المادة 1/344 من ق. ح. ص. ت على أنه في حالة رفض العالج الطبي يشترط تقديم كتابي هذا الرفض، ويلزم الطبيب بإخبار المريض بعواقب رفض العالجويتضح من خلال ما سبق أنه وإن كان العقد الطبي رضائيا إلا أن يتميز بلزوم رضا لانعقاده ورضا ثاني لتنفيذه وأن الأصل في الطلب لا يشترط الشكلية، إلا أن هناك حالات خاصة استلزم القانون أن يكون هذا التعبير شكليا عن طريق الكتابة.¹

المطلب الثاني: مجال إلتزام الطبيب بإعلام المريض

الواقع أن إلتزام الطبيب بإعلام المريض بمخاطر المرض والعلاج ليس إلتزاما مطلقا، بل أن هناك أمورا تحدّ من نطاقه، فمثلا ليس من الضروري إعلام المريض بكافة النتائج المحتملة للعلاج، كما أنه يلزم بخصوص هذا الإعلام أن تراعى الحالة النفسية للمريض، وأن يضع في اعتباره وهو يتعامل مع المريض ظروف سنه، ونوعية الأمراض التي يعاني منها، لذا نجد سوء حالة بعض المرضى يمنع الأطباء كشف حقيقة وضعهم الصحي كي لا تتفاقم حالتهم الصحية، وعليه سنعالج حالات إلتزام الطبيب بإعلام المريض، ثم تبيان الاستثناءات الواردة على إلتزام الطبيب بإعلام المريض .

الفرع الأول: حالات إلتزام الطبيب بإعلام المريض

الأحوال بإعلام المريض، وتبصيره بكل مخاطر العلاج، فإذا كان الطبيب مقدما على عملية جراحية، أو علاج خطير على درجة كبيرة من الأهمية، فقد يؤدي إخبار المريض بكل التفاصيل والاحتمالات إلى قيام بعض العقبات المادية والمعنوية.

لذا يجب علينا أن نضع حدود النطاق القانوني الذي تصب فيه المعلومات التي يلزم الطبيب تقديمها لمريضه حتى يكون بذلك قد أوفى بإلتزامه إتجاه المريض، ومن هنا سنتحدث عن إلتزام الطبيب بإعلام المريض المقتصر على المخاطر المتوقعة، ثم الحديث عن من الأمور المؤكدة أنّ الطبيب لن يستطيع أن يؤدي عمله بنجاح، لو كان ملتزما في كل إلتزام الطبيب بإعلام مريضه بكل أنواع المخاطر وكذا الآثار والخيارات والبدائل العلاجية.²

أولا- إلتزام الطبيب بالإعلام يقتصر على المخاطر المتوقعة:

يكاد الفقه يجمع على أن الطبيب لا يلتزم بلفت نظر المريض، أي أنه لا يشترط لصحة رضا المريض أن يكون تبصيره كاملا بشأن حالته الصحية والأسلوب الذي يقترحه أو وسيلة

¹-مجلة نبيل سفر، ملف المسؤولية الطبية موسوعة الفكر القانوني _ دار الهلال للخدمات الإعلامية 2005م ، ص 189.

²- علي حسن نجيد ، التزامات الطبيب في العمل الطبي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م ، ص 94.

تشخيص أو غيرها من أوجه المعرفة، فيكفي أن يحيطه الطبيب علما بحالته الصحية دون أن يتعرض للمخاطر والمضاعفات أيا كانت طبيعتها أو درجة توقعها.¹

حيث أنه لا يمكن أن يطلب من الطبيب الذي يشرف على سيدة توشك على وضع حملها، أن يخبرها أن إثنين في الألف في السيدات يمتن أثناء الولادة، وهذا ما طبقته محكمة (نيم).² وذلك عندما رفضت دعوى ورثة أحد المرضى، والذي توفي إثر حقنه بحقنة الصبغة اللازمة قبل إجراء الأشعة وكان الورثة قد ادعوا أن الطبيب لم يعلم مورثه بالخطر الذي تعرض له فرفضت المحكمة دعواهم لما ثبت لديها أنه لن يسجل سوى حادث واحد لكل 3000 ممن يحقنون بهذه المادة، وأن تلك الحقنة لا يشكل محتواها أي خطورة تتعدى صورة الأشعة ذاتها، وقد تكون لدى المريض أصلا حساسية لمادة (يود) يصعب اكتشافها آنذاك.

ويجب أن تكون المعلومات التي يقدمها الطبيب لمريضه واضحة، وبصفة مبسطة، إلا أن القضاء الفرنسي ولإبراز حدود هذا الإلتزام انقسم إلى اتجاهين :

فبالنسبة لمخاطر العلاج، فإنّ القضاء الفرنسي لم يلزم الطبيب بإعلام مريضه إلا بالمخاطر المتوقعة عادة دون الاختلاطات أو المخاطر الاستثنائية النادرة، ذلك أن كشف جميع هذه المخاطر لا فائدة منها لأنه قد يؤدي إلى اضطراب المريض في إتخاذ القرار المناسب.

أما بالنسبة للعمليات الجراحية التجميلية، فقد تقرر إلزام الطبيب بإعلام المريض بكل الأخطار، إذ حكم بمسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية جراحية تجميلية على الجفون السفلى ولم يخطر المريضة بالأخطار الاستثنائية التي قد تؤدي إلى العمى، وقد برر القضاء هذا المسلك على أن هذه العمليات لا تعدّ عاجلة، وأنه من الممكن الامتناع عن إجرائها إذا تواجدت بعض المخاطر حتى وإن كانت إستثنائية.

ثانيا- إلتزام الطبيب بإعلام المريض بكافة المخاطر و الخيارات والبدائل العلاجية:

إن إلتزام الطبيب بإعلام المريض بحقيقة حالته مهما كانت الأمور، وبكل ما يرتبط بها من المخاطر حتى لو كانت بعيدة الإحتمال عن ذلك لكي يتمكن المريض في أن يتخذ قراره في ضوء كافة الظروف المصاحبة، فحق المريض من التعرف على كافة المعلومات المتعلقة بالمضاعفات والمخاطر وغيرها يرتبط بحق الفرد في تقرير مصيره رغم أن هناك حالات لا يكون المريض قادرا على تحمل حقيقة مرضه، ومع ذلك فإن للمريض مصالح جوهرية في معرفة حالته، والطبيب الذي يخل بهذا الإلتزام، فإنه يخل بواجباته الجوهرية.

¹ - عبد الفتاح بيومي الحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2008م، ص.178.
² - مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، المكتبة الحديثة، المنوفية، مصر، 1992م، ص.15.

فالإعلام الكامل هو في المقام الأول إلتزام مهني، وهو في نفس الوقت إلتزام عقدي ناشئ عن العقد الطبي المبرم بين الطرفين، ومباشرة العلاج بغير إعلام المريض إعلاما شاملا يشكل خطأ يستتبع المسؤولية¹، بل أن الإخفاء والكذب يعتبر أنه من قبيل التدليس الذي يعيب العقد الطبي، ومن ثم يبزر طلب بطلانه.

ولقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بمفهوم جديد للمخاطر التي يلتزم الطبيب بإعلام المريض بها حيث لم يعد الأمر قاصرا على احتمالية المخاطر للقول بوجود إلتزام بالإعلام، أي أنه لم يعد تحقق المخاطر من عدمه هو المعيار بحيث يلتزم الطبيب بإعلام المريض بالمخاطر المتوقعة، وإنما أصبح الأمر متعلقا بجسامة تلك المخاطر، بمعنى أنه كلما كان الخطر على درجة عالية في الخطورة حتى لو كان عاديا ويحدث بشكل استثنائي كان لزاما على الطبيب إعلام المريض به.

يرى أن الطبيب ملزم بإعلام مريضه بكل الأخطار العادية، وغير المتوقعة والنادرة، وهكذا أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارين مؤرخين في 07 أكتوبر 1998 م ، قضت فيهما بأن الأخطار الاستثنائية تكون محلا لإعلام المريض بقولها: "لأن القرار قد خرق المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي عندما رفض دعوى المسؤولية التي رفعت من طرف السيدة ضد الطبيب الذي قام بعملية توليد قيصرية قبل أوانها لطفها الثاني، نتج عن العملية عقم للمريضة بسبب ربطه المجاري التناسلية الواقعة بين المبيض و الرحم، في حين لا يجوز للطبيب إعلام المريض و الحصول على رضاه حر عند إجراء تدخل جراحي لا ضرورة ولا خطر حال على المريضة .

أما موقف المشرع الجزائري فقد اشترط الموافقة الكتابية وحتى حضور شاهدين فيما يتعلق بانتزاع الأعضاء البشرية، والأنسجة من أشخاص أحياء، وألا تعرض هذه العملية حياة لمتبرع للخطر أو في حالة ما إذا كانت عملية الانتزاع الوسيلة الوحيدة للمحافظة على حياة المريض، على أنه يحق لهذا الأخير التراجع عن موافقته السابقة.

وإنّ الطبيب يلتزم علاوة على ذلك أن يعلم المريض بآثار المخاطر التي يمثلها العلاج، ذلك على الرغم في الآمال التي تتعلق بالتدخل الطبي المقترح إجراءه، إلا أنه يترتب عليه في بعض الأحيان الآثار المشؤومة التي يعد تحقيقها لا أمرا لا يمكن تفاديه.

¹ -وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 18 نوفمبر 1969م بأن الطبيب يكون مسؤولا إذا أجرى عملية جراحية لامرأة تبلغ من العمر 66 سنة، بقصد إزالة الورم والتجاعيد الموجودة أسفل عينها، وقد فشلت العملية، ونتج عنها عمى بعينها الأخرى بالرغم من إتباع الطبيب كافة الأصول الفنية لعلم الطب، واعتبر الطبيب مسؤولا عن إعلام المريض بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي، حتى ولو كانت هذه الاحتمالات نادرة الحدوث وهذا حتى يكون المريض على علم بالعناصر التي يمكن أن يؤسس عليها تقديره، خاصة وأن وجود الورم والتجاعيد تحت العينين لا يسبب إزعاجا شديدا لامرأة بلغت من العمر 66 سنة.

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مضمون الإلتزام العقدي للمدين المحترف، بحث ألقى في المؤتمر العلمي لكلية الحقوق، جامعة بيروت، منشور من طرف منشورات الحلبي الحقوقية، ط.2، لبنان، 2008م، ص.69.

كما يجب على الطبيب أن يعلم المريض إعلاما كاملا بطرق العلاج الممكن، والبدايل والخيارات المتاحة، مبينا مخاطر ومميزات كل طريقة، وكل ذلك يجب أن يتم في خطوطه العريضة بعيدا عن التعقيدات والمصطلحات الفنية، فالمريض الذي لا يفهم في الطب، أو كانت درجة ثقافته أو ذكائه محدود يجب على الطبيب أن يتوسع في شرحه وإعلامه بالمرض ومخاطرة، فالإلتزام بالإعلام يتسع بالنسبة لمن لا علم له بالطب ويضيق بالنسبة لمن لديه دراية بالفن الطبي، والأشخاص العاديين لا يمكن افتراض معرفتهم بالطب بالرغم من افتراضهم بالقانون.¹

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على إلتزام الطبيب بإعلام مريضه

إذا كان الطبيب ملتزما قانونا بضرورة الحصول مسبقا على إذن المريض بقبول العمل الطبي المقترح، بحيث يكون الطبيب مسؤولا إذا تجاهل إرادة مريضه، وبأشرف العمل الطبي دون الحصول على رضائه المستنير شخصا أو من يمثله قانونا بمثل هذا العمل الطبي.

إلا أنه إستثناء من القاعدة السابقة لا يلتزم الطبيب بإعطاء مريضه كل التفاصيل الفنية، التي لا يستطيع أن يستوعبها المريض علميا سواء ما تعلق بنتائج المرض، أو طرق العلاج المستخدمة، فالطبيب لا يمكنه أن يشرح للمريض العادي كل ما يمكن أن تثيره لديه عملية التخدير، أو الصدمات الكهربائية طالما أن تلك الطرق متعارف عليها علميا على استخدامها، فقد لا يفهمها المريض كما يفهمها المتخصص في مجال الطب، ولكن يجب على الطبيب تبسيطها له بشكل عام، وبمصطلحات يكون قادرا على استيعابها دون تعقيدها، ويجب أن تكون باللغة التي يفهمها هذا المريض، وإلا لن يستفيد هذا الأخير من معلومات طبيه، وكل مخالفة لهذا الحكم يعتبر خروجا عن أحكام المادة 43 من المرسوم التنفيذي² 276 / 92 ، مما يستوجب تحمل المسؤولية القانونية من طرف المشرف على هذا المريض.

فإن ثمة حالات تعفي الطبيب من واجب الإعلام وتمكنه من مباشرة العمل الطبي دون حصول مسبقا على موافقة المريض أو من ينوب عنه، وبالرغم من ذلك لا يرخص للمريض بالرجوع على هذا الطبيب بدعوى المسؤولية وهذه الحالات هي حالة عدم رغبة المريض في المعرفة وإطراب حالته النفسية، وحالة الضرورة والإستعجال في التدخل الطبي وحالة رعاية مصلحة العامة.³

¹ - على حسين نجيدة ، المرجع السابق، ص 131.

² - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص.181.

³ - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ،نظرية الإلتزام بوجه عام ،الجزء الاول ،دار النشر للجامعات المصرية ،1952م ص

الفصل الثاني:

المسؤولية العقدية للطبيب والتعويض عليها

لقد ابتدع القضاء الإلتزام بالإعلام الصحي ونظمه التشريع من أجل حماية المريض وإعادة التوازن لطرفي العلاقة الطبية التي تربط بين الطبيب المحترف الذي على دراية بكل ما يخص مهنة الطب والخدمة المقدمة للمريض، و هذا الأخير الطرف الضعيف الذي يجهل هذه الأمور الفنية التي تخص العمل الطبي الذي يقدم له، فلا يمكن للطبيب إجراء أي تدخل أو عمل طبي أو علاج قبل تبصير المريض به، فهو ملزم بتقديم معلومات كافية تشمل طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض.

وقد أقر المشرع الجزائري هذا الإلتزام على غرار التشريعات المقارنة، وألزم الطبيب بإبلاغ المريض، ويترتب عن الإخلال بهذا الإلتزام قيام المسؤولية المدنية أو الجزائية للطبيب فإذا أخل الطبيب بالإلتزام بالإعلام تقوم مسؤوليته العقدية أو التقصيرية، ويمكن للمريض متابعته أمام القضاء والمطالبة بالتعويض، أما بالنسبة للمسؤولية الجزائية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الصحي فتقوم إذا شكل إخلال الطبيب بهذا الإلتزام جريمة يعاقب عليها القانون.¹

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية العقدية للطبيب و عبء إثباتها

سوف نتطرق بهذا المبحث في (المطلب الأول) إلى مفهوم المسؤولية العقدية وشروط أركان قيامها و(المطلب الثاني) إلى إثبات الإلتزام بالإعلام في المسؤولية العقدية..

المطلب الأول: مفهوم المسؤولية العقدية

إن إلتزام الطبيب بإعلام المريض، هو إلتزام يقع على عاتقه أيا كان الإطار التنظيمي الذي يباشر من خلاله مهنته سواء كان يباشر المهنة من خلال الممارسة الحرة لها، فتكون العلاقة بينه و بين مريضه علاقة عقدية.

الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية وشروطها

أولا-تعريفها:

تتحقق المسؤولية العقدية بشكل عام إذا امتنع المدين عن تنفيذ إلتزامه العقدي أو قام بتنفيذه بشكل معيب وأدى هذا إلى إلحاق الضرر بالدائن، وهذا يستوجب بداية وجود عقدو تتحقق المسؤولية العقدية بوجه عام، إذا أخل الدائن بالتزاماته التعاقدية؛ إما بإمتناعه وتقوم هذه المسؤولية عن التنفيذ، أو بتنفيذه لالتزاماته تنفيذا معيبا، أو أنه تأخر في التنفيذ على الإخلال إلتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من إلتزامات وتعرف لدى بعض الفقه بأنها جزاء العقد.²

1-بابكر الشيخ المسؤولية القانونية -دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء جامعة النيلين كلية القانون ،عمان، الطبعة الأولى 2002م. ص 124.

2- محمد سوار النظرية العامة للإلتزام، مطبعة جامعة دمشق، ج 2 ط. 1996-1995م. 269 ص.

المسؤولية في اللغة هي كلمة محدثة لم يكن يستعملها علماء اللغة والفقهاء سابقاً، وترجع مادتها إلى سأل، يسأل، سؤالاً، ومسألة، واسم الفاعل منه السائل واسم المفعول المسؤول، والمصدر الصناعي المسؤولية.

والمسؤولية (بوجه عام) حال أو صفة لمن يسأل عن أمر تقع عليه تبعته.

و في الفقه الإسلامي: " أن يتحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً وهو مدرك لمعانيها ونتائجها" وفي الفلسفة " هي شعور الإنسان بالتزامه أخلاقياً بنتائج أعماله الإدارية فيحاسب عليها إن كان خيراً و إن كان شراً "، وهكذا جاء التعريف في المعجم الفلسفي والعقدية من عقد، وقد قال الله تعالى: (أوفوا بالعقود).¹

والعقد لغة: عقد الحبل نقيض حله، وعقد البيع أو اليمين: أحكمه، وعقد الخيط، جعل فيه عقدة، وعقد البناء، بنى عقداً ضمنه، وتعاقد القوم، وعقده على الشيء، عاهده، وعقد له الشيء جمع على عقود تعاهدوا، والعقد مصدر ويجمع على عقود.²

والعقد في معناه الخاص هو: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود عليه، بما يدل على ذلك من عبارة أو كتابة أو إشارة أو فعل، ويترتب عليه إلزام كل واحد من العاقدين بما يلتزم به للآخر سواء أكان عملاً، أو تركاً.³

وبذلك يمكن تعريف المسؤولية العقدية بأنها واجب تعويض الضرر الذي نتج عن إخلال بالتزام عقدي ومعنى ذلك أنها لا تقوم إلا بوجود عقد أنشأ التزاماً ثم تم الإخلال بهذا الإلتزام فتتحقق عندما يخل الدائن بالتزاماته العقدية إما بامتناعه عن التنفيذ أو بتنفيذه لإلتزاماته تنفيذاً معيباً أو في حال تأخره في التنفيذ.

وعرفها بعض الفقهاء بأنها جزاء العقد وعلى ذلك يمكن تعريف أنها جزاء الضرر الذي أصاب أحد طرفي العقد نتيجة خطأ قام به من يلتزم نتيجة لعقد التزاماً بتحقيق غاية أو التزاماً ببذل عناية وهذا الخطأ يشمل عدم الوفاء بالإلتزام، أو نفذ الإلتزامه بشكل جزئي أو سيء، أو تأخر بتنفيذ التزامه ويرى الرأي السائد في الفقه الحديث أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية مسؤولية عقدية.⁴

فيكاد يكون هناك إجماع بين الفقهاء في فرنسا على ذلك، فقد تبنا فكرة نشوء عقد بين الطبيب، يلتزم بمقتضاه الأول بممارسة عمله بالعناية واليقظة التي تقتاضيهما ظروف والمريض خاصة بالمريض على أن تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي ويرتب الإخلال بها، ولو عن

1-سورة المائدة، الآية 1.

2-فمراوي عز الدين ، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة) ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام كلية الحقوق ،جامعة وهران طبعة 2013.ص 65.

3- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء الاولالتصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة ،طبعة 04 ديوان المطبوعات الجامعية ، 2001م ،الساحة المركزية بن عكنون،ص54.

4- بلحاج العربي ،نفس المرجع.60.

غير قصد، نشوء مسؤولية عقدية وقد شائع غالبية الفقه العربي الحديث التطور الذي حصل على موقف الفقه في فرنسا في هذا الشأن وذهبوا إلى القول بمسؤولية الطبيب العقدية تجاه المريض كأصل عام وأنه لا يقلل من أهمية هذا الطرح كون عبء إثبات الخطأ يقع على عاتق المريض أو قد ذهب أنصار الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية في تبرير ما يذهبون إليه إلى جملة من الأسانيد والمبررات، تتمثل في الآتي:

1- يعد إلتزام الطبيب بالتبصير في حالة قبوله لدعوة المريض للتعاقد باللجوء إليه إلتزاماً عقدياً لأن احتفاظه به يؤثر في رضى المريض بقبول أخذ العلاج، و بالتالي في مباشرة الطبيب تنفيذ إلتزامه العقدي، فرضا المريض هنا ليس المقصود به مجرد الإيجاب الصادر عن المريض والذي بالتقائه بقبول الطبيب يتم العقد، إنما الرضا المطلوب هنا من نوع خاص يتطلبه القانون لمشروعية العمل الطبي وعليه، يرتب عقد العلاج الطبي على عاتق الطبيب إلتزاماً عقدياً بالتبصير بمقتضى مهنة الطب ويتقرر الإلتزام في هذه الحالة سواء نص عليه العقد صراحة أو لم ينص فإذا أخل الطبيب بهذا الإلتزام تقوم مسؤوليته العقدية.²

كما تستند المسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي، منذ قرار Mercier الشهير إلى المادة 1147 من التقنين المدني الفرنسي التي تلزم المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الإلتزام، إلا إذا أثبت الدين أن عدم التنفيذ مرده سبب أجنبي بالإضافة إلى انتفاء سوء النية لديه.

2- كما أن أصحاب الاتجاه القائل بالمسؤولية العقدية يرون أن الاتفاق الحاصل بينا الطبيب والمريض لا يعطي الحق للطبيب المعالج أن يضر بالمريض وأن إلتزامه إتجاه المريض هو والعقد الطبي المبرم بين الطرفين يضع على الطبيب الإلتزام ذات طبيعة تعاقدية بأصول وقواعد المهن الطبية وأن مسألة النظام العام تقرر الحد الأدنى لالتزامات الطبيب إتجاه المريض.

فأساس إلتزام الطبيب بتبصير المريض هو العقد المبرم ما بين الطبيب والمريض فهو متولد عن عقد العلاج الطبي ، فإذا أخل الطبيب به تقوم مسؤوليته العقدية لأنه أخل بإلتزام مفروض عليه بموجب العقد في حين أن البعض يرى أن إلتزام الطبيب بتبصير المريض هو إلتزام سابق على التعاقد إلا أن ذلك لا يجعله منفصلاً عن العقد الطبي بل هو في الواقع إلتزام بل هو في الواقع إلتزام متولد عن هذا العقد.³

1- عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام"، الطبعة 3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000م، بسم محتسب الله، ص 15.

2- نشير إلى أن الفقيه الفرنسي Boyer ذهب إلى أن إلتزام الطبيب بالإعلام وإن كانت له الطبيعة قبل التعاقدية إلا أن ذلك لا ينال من حقيقة الأمر، إذ يظل هذا الإلتزام إلتزاماً متولداً عن العقد الطبي الأصلي، لتفاصيل أكثر حول هذا الرأي، انظر: خالد جمال أحمد حسان، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد دار النهضة العربية، القاهرة، 1996م، ص 393-394.

3- عربي بلحاج، المرجع السابق، ص 25.

ثانياً- شروطها:

المسؤولية العقدية في حقيقتها هي جزاء الإخلال بالالتزام ناشئ من عقد بين المسؤول والمضروب، ذلك يعني أن إرادة أطراف العقد وهي التي أنشأت الإلتزام العقدي و يمكن أن تتدخل في تحديد الجزاء الذي يترتب على الإخلال به، ولو كان تدخلها بما يخالف الجزاء الذي قرره المشرع، وهو ينظم المسؤولية.

إن قيام المسؤولية العقدية يفترض أن يكون هناك عقد صحيح واجب التنفيذ لم يتم المدين بتنفيذ الإلتزامه العقدي، وهذا في الواقع ما يدعى بشروط تحقق المسؤولية العقدية، فما هي تلك الشروط؟¹

1- وجود عقد بين المسؤول والمضروب:

يشترط القانون لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد بين الدائن والمدين يتضمن إلتزامات محددة سواء كان ملزماً للجانبين أم ملزماً لجانب واحد وإذا لم يوجد عقد أصلاً (كحالة النقل بالمجان على سبيل المجاملة، حالة الخطأ الواقع في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد) فلا تقوم المسؤولية العقدية، وإنما يتعين إثارة قواعد المسؤولية التقصيرية ففي حال النقل المجاني كما هي الحال عندما يجامل صديق صديقه، فيدعوه للركوب معه في السيارة، أو في حال دعوة شخص لآخر على تناول الغداء، ففي مثل هذه الأحوال وغيرها لو وقع خطأ أدى إلى ضرر تقوم المسؤولية التقصيرية، وليس المسؤولية العقدية .

والفقه يعتقد أنه يجب في هذه الحالات التمييز بين العقد واتفاق الإرادتين على سبيل المجاملة حيث لا تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني معين، لا يكفي في الواقع وجود عقد لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أن يكون هذا العقد مبرماً بين المسؤول عن الضرر (المدين) والمتضرر (الدائن)، فمن يحرض آخر على عدم تنفيذ إلتزامه العقدي يكن مسؤولاً قبل المتضرر مسؤولية تقصيرية؛ لأنه لا يوجد رابطة عقدية بينهما، في حين أنه يكون المتعاقد الذي أخل بتنفيذ هذه الإلتزامات مسؤولاً أمام المتضرر مسؤولية عقدية.

وقد أثار هذا الشرط بعض الشك فيما يتعلق بجواز رجوع المنتفع على المتعهد في الإشتراط لمصلحة الغير على أساس المسؤولية العقدية وقد اتجه القضاء الفرنسي إلى إعطاء المنتفع حق إثارة دعوى المسؤولية العقدية على الرغم من أنه ليس طرفاً في العقد لكن على إعتبار أنه يتلقى من عقد الإشتراط لمصلحة الغير حقاً مباشراً يجيز له مطالبة المتعهد بتنفيذ إلتزاماته، وقد ورد تطبيق عملي لهذه المسألة بالنسبة إلى عقد النقل، فإذا أخل أمين النقل بإلتزاماته التعاقدية بضمان

1- محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام (منشورات جامعة دمشق، الطبعة 10، 2007م) ص 23.

سلامة الوصول بمواجهة المسافر وزوجه وأولاده كان لهؤلاء باعتبارهم منتفعين الرجوع عليه بناءً على قواعد المسؤولية المدنية العقدية.¹

وكذلك الأمر يعدّ الخلف العام والخلف الخاص والمنتفع بمنزلة أطراف في العقد فلو أمن شخص على مسؤوليته من الأضرار التي تحدثها مركبته للغير، وتحققت هذه المسؤولية؛ فإنها ستكون حتماً وفق قواعد المسؤولية العقدية لوجود علاقة عقدية بين المالك وشركة التأمين إلا أن مسؤولية شركة التأمين نحو المتضرر من حوادث السير ستكون مسؤولية تقصيرية لانتفاء الرابطة التعاقدية.²

2- أن يكون العقد صحيحاً وتاماً:

ويشترط أن يكون العقد صحيحاً وتاماً وإن لم يرد بشأن هذا الشرط نص قانوني في القانون المدني السوري وغيره من التشريعات العربية الأخرى، لكنه يستنتج من طبيعة المسؤولية المدنية العقدية والتي تقوم على أساس عدم تنفيذ الإلتزامات الناشئة من العقد على نحو صحيح ومشروع، فلو كان الإلتزام لا يستند إلى سبب صحيح أو كان سببه غير مشروع، أو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة؛ فلا يلزم المدين بتنفيذه، وعلى العكس جاز له أن يطلب إبطال هذا العقد القابل للإبطال.

كذلك الأمر إذا كان الإلتزام قد نشأ فيه غلط أو تدليس فإن العقد الذي تضمنه يكون غير صحيح ولا تاماً، وبناءً على ذلك إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال، وتقرر بطلانه؛ فلا تقوم المسؤولية العقدية، بل المسؤولية التقصيرية وقد أتى المشرع السوري في القانون المدني بتطبيق لهذا الشرط في المادة 120 والتي قضت على أنه: "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلتزامه بالتعويض؛ إذا لجأ إلى طرق احتيالية؛ ليخفي نقص أهليته تقابل المادة 119 مدني مصري، والمادة 114 مدني جزائري، والمادة 123 مدني قطري، والمادة 122 موجبات وعقود لبناني.

يتبين من هذا النص أنه إذا صدر قرار قضائي بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد؛ فلا يمنع ذلك من الرجوع عليه بناءً على قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية بسبب الطرق الاحتياطية التي استعملها لإخفاء نقص أهليته فمن حق ناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، بيد أنه ملزم بالتعويض عن خطئه التقصيري والقضاء الفرنسي يرى أن أنسب تعويض في هذه الحال هو رفض دعوى الإبطال وإلزام ناقص الأهلية بتنفيذ بنود العقد.³

1- باكر الشيخ، المسؤولية العقدية، المرجع السابق، ص.124.

2- محمد حسين منصور، أسناد القانون المدني المسؤولية الطبية (الطبيب، الجراح، التمريض...) الطبعة 2001م. جامعة الإسكندرية ص 196.

3- باكر الشيخ، المرجع السابق، ص.125.

3- أن يكون الضرر ناشئاً من عدم تنفيذ إلتزام تعاقدي:

يشترط القانون أيضاً لقيام المسؤولية التعاقدية أن يكون الضرر الذي لحق بالمتضرر راجعاً إلى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه التعاقدي، ولا تقوم هذه المسؤولية إذا لم ينسب الضرر الواقع إلى عدم تنفيذ المدين إلتزاماته في العقد، فهذه حالة من حالات المسؤولية المدنية التقصيرية وكذا لو ظهر من الشيء الموهوب عيب، ترتب عليه ضرر للموهوب له؛ فإن مسؤولية الواهب تكون تقصيرية لا عقدية.

الأصل أن يشمل عدم التنفيذ أي إلتزام عقدي سواءً أكان إلتزاماً أصلياً أم إلتزاماً تبعياً كإلتزام الناقل بسلامة وصول الركاب فإذا كان أمر تحديد الإلتزامات الأصلية أمراً سهلاً؛ فإنه من الصعب تحديد الإلتزامات التبعية حيث يصعب أحياناً معرفة ما إذا كان العقد قد أنشأ هذا الإلتزام التبعي أم لا، ولا سبيل في ذلك إلا بإدراك إدراكاً تاماً ماذا يتضمن العقد وما المقصد الذي اتجه إليه المتعاقدان في الغالب يتجه القضاء وعلى الأخص القضاء الفرنسي إلى توسيع دائرة الإلتزامات العقدية بقصد التخفيف عن كاهل المتضرر فيما يتعلق بالإثبات لأنه في الإلتزامات الناشئة من العقد والتي ترمي إلى تحقيق نتيجة يكفي هنا أن يثبت الدائن في الإلتزام عدم تحقيق هذه النتيجة. وبالتالي قامت قرينة الخطأ المفترض في جانب المدين في الإلتزام، وقد ظهر ذلك واضحاً وجلياً في قرارات قضائية متعددة ناشئة من سيل كبير من العقود فيما يتعلق بتقرير إلتزام الناقل بضمان سلامة الركاب في عقود النقل وأشاد الفقه الألماني بنظرية قديمة تدعى بنظرية الخطأ عند تكوين العقد، مفادها أن المسؤولية الناجمة عن هذه الحالة هي مسؤولية عقدية، وليست تقصيرية.¹

الفرع الثاني: أركان قيام المسؤولية العقدية

أركان المسؤولية العقدية ثلاثة: الخطأ العقدي، والضرر، والصلة السببية بين الخطأ و الضرر.²

1- الخطأ العقدي:

في الواقع أن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لإلتزاماته العقدية، وهذا الخطأ هو بحد ذاته إخلال بالإلتزام عقدي، وهذا الإخلال هو انحراف في سلوك المدين في هذا الإلتزام لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وجد بظروف المدين العادية نفسها، فالإنسان السوي لا يمكن أن يخل بتنفيذ إلتزاماته إلا في حالة ورود سبب أجنبي يمنعه من تنفيذ إلتزاماته العقدية فالمدين الذي إلتزم بموجب عقد ما عليه تنفيذ ما إلتزم به، والمبادئ القانونية التي تقضي بوجود تنفيذ المدين لإلتزاماته العقدية كثيرة و منها على سبيل المثال أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه يجب أن ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وجبر المدين على تنفيذ إلتزامه العقدي عيناً.

1- باكر الشيخ، المرجع السابق، ص.32.

2- فتحي عبد الرحيم عبد الله، النظرية العامة للإلتزام، المصادر غير الإرادية منشأة المعارف، الإسكندرية 2007م. ص 12.

فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزاماته العقدية كان هذا هو الخطأ العقدي ويشترط لقيام الإخلال والذي تقوم به مسؤولية المدينة وجود إلتزام عقدي أولاً وعدم قيام المدين بتنفيذه ثانياً، وسواء أكان عدم التنفيذ كلياً أم جزئياً أم تأخير في التنفيذ وأخيراً أن ينسب هذا الإخلال إلى تعدّي أو تقصير من المدين في الإلتزام.

ويميز الفقه الفرنسي بين الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق غاية¹ ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة يجب على المدين تحقيق النتيجة المتوخاة من وراء إبرام العقد فالمقاول يجب عليه إنهاء المشروع وتسليمه لصاحب المشروع، والبائع يجب عليه تسليم الشيء المبيع للمشتري في مقابل الإلتزام الأخير بدفع الثمن ففي هذه الحالات وغيرها إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة؛ عدّ المدين مخلأً بآلتزاماته العقدية، وثبت الخطأ في جانبه، ولا يكلف الدائن باثبات ذلك ما دامت النتيجة لم تتحقق، بيد أن المدين يحق له أن ينفي الخطأ المفترض باثبات أن السبب الأجنبي الخارج عن إرادته حال دون تنفيذ الإلتزام، وبذلك يقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

والفقه يعتقد أن الخطأ يتحقق في جانب المدين حتى لو كان عدم قيامه بتنفيذ إلتزامه راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة قاهرة مثلاً.

ومما يجدر التنويه به أنه إذا تحقق الخطأ العقدي فإنه في حالة عدم تنفيذ المدين لآلتزاماته العقدية لسبب أجنبي سيؤدي حتماً إلى قطع علاقة السببية، والتي تُعدّ ركناً في المسؤولية العقدية؛ فلا تتحقق المسؤولية.

أما الإلتزام ببذل عناية فلا يفترض فيه وصول المدين إلى نتيجة ما، وإنما عليه بذل العناية اللازمة للوصول إليها، فلو بذلها يكون قد وفى بآلتزامه، ولا تقوم مسؤوليته العقدية والعناية المطلوبة منه هي عناية الرجل المعتاد، كآلتزام المحامي بالدفاع عن موكله، فقد يفلح، وقد لا يفلح بيد أن عدم كسب الدعوى لا يؤدي إلى قيام مسؤولية المدين العقدية ما دام بذل العناية المعتادة في الدفاع عن موكله وفق الأصول القانونية، وما يسري على المحامي من إلتزامات يسري أيضاً على الطبيب وصفوة القول في ذلك هو أنه لا بد من تقدير سلوك المدين بالموازنة بين ما فعله وما كان ينبغي أن يفعله على نحو سيسمح معه بالكشف عن تقصيره أو تعديه.

أما لناحية إثبات الخطأ العقدي فإنه يخضع للقواعد العامة في الإثبات، فالأصل فيه أنه يقع على الدائن إثبات الإلتزام، وعلى المدين إثبات التخلّص منه.²

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 204.

2- درويش احمد، العقد الطبي، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه، ط 1، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط 2009م، ص. 33.

الإخلال بالتزام عقدي قد يكون بالامتناع عن تنفيذ الإلتزام، وقد يكون بالتعدي؛ وذلك بالقيام بعمل ما كان ينبغي القيام به، وقد يكون أخيراً بالامتناع عن القيام بعمل فما هي أهم صور هذا الخطأ العقدي؟

أ - الإخلال بالتزام عقدي بالسلامة:

وهذا الإلتزام الذي يحرص فيه المدين على تنفيذ إلتزامه العقدي دون أن يلحق ضرراً بالدائن كإلتزام الناقل بسلامة وصول الركاب إلى مكان الوصول والفقہ على خلاف في مسألة طبيعة هذا الإلتزام وهل هو إلتزام بعناية أم إلتزام بتحقيق نتيجة، والتي ليست من أولويات البحث فيها.

ب - الامتناع عن الإدلاء بمعلومات ضرورية تتعلق بموضوع العقد:

في الواقع أنه من واجب المدين إعطاء المعلومات الضرورية الخاصة بالعقد كالصيدلي الذي يلتزم بالإدلاء بالتعليمات الخاصة باستعمال الدواء الذي وصفه الطبيب تحت طائلة اعتباره مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الضرر الناشئ من ذلك.¹

ج - الإخلال بالتزام نقدي:

لو تأخر المدين عن تسديد المبلغ الملتزم بتسديده؛ فإنه يطالب بالتعويض عن الضرر الناشئ للدائن والذي يفترض افتراضاً لا يقبل العكس؛ لأن المنفعة مفترضة في العقود وعلى وجه الدوام، فالقانون المدني السوري قضى أن الضرر مفترض في الإخلال بالتزام نقدي المادة 229 والمقابلة للمادة 228 مدني مصري، والمادة 232 مدني قطري.

أما فيما يتعلق بتقدير التعويض في هذا الحال فالأصل أنه على القاضي أن يعمل باتفاق المتعاقدين على تقدير مبلغ التعويض المستحق عن التأخر في دفع المبلغ وعلى شكل فوائد تأخيريته تحدد بنسبة مئوية، وهذه الأخيرة تختلف من تشريع لآخر فالمشرع الفرنسي في القانون الصادر في 1992/12/24م قد حدد الفوائد بمقدار 10.40 بالمئة، وهو الحد الأعلى المسموح به قانوناً، أما المشرع السوري في القانون المدني فقد حدد هذه النسبة المئوية في حال غياب الاتفاق بـ 4 بالمئة في المعاملات المدنية و 5 بالمئة في المعاملات التجارية، ولا يجوز في حالة الاتفاق أن تتجاوز النسبة 9%، أما لجهة تاريخ احتساب الفائدة فالمشرع السوري في قانون الأصول قد حدد أن الفائدة تسري من تاريخ المطالبة القضائية حتى السداد التام أما المشرع القطري فلم ينظم موضوع التعويض القانوني (الفائدة القانونية) إلتزاماً منه بموقف الشرع الإسلامي، والذي حرم الربا.²

1- علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية القاهرة، 1992م. ص 90.

2- مجلة نبيل صقر، ملف المسؤولية الطبية، مجلة موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر،

2005م. ص 15.

د - الإخلال بالالتزام عقدي في نطاق المسؤولية الناشئة من الأشياء:

إذا كان عدم تنفيذ العقد لم يكن راجعاً إلى خطأ المدين العقدي وإخلال بالالتزامه، وإنما راجع إلى فعل الشيء والذي هو تحت حراسته؛ كأن المدين مسؤولاً مسؤولية عقدية، ولكن ليس على أساس فعله الشخصي، وإنما على أساس فعل الشيء موضوع الحراسة كحالة التزام الناقل بإيصال المسافر إلى مكان الوصول دون ضرر فإذا ما حدث ضرر للراكب نشأ بنتيجة حادث مروري؛ فإن ذلك سيقوم مسؤوليته العقدية.

كذلك الأمر في عقد الإيجار حيث يكون المدين مسؤولاً عن رد الشيء محل العقد للدائن، فالمستأجر وفقاً لذلك يلتزم برد العين المؤجرة، وهو يعدّ الحارس القانوني على العين المؤجرة، فلو تدخل شيء آخر في حراسته تدخلت إيجابياً كمواد متفجرة أدى إلى حرق العين؛ يكون المستأجر قد أخل بتنفيذ التزامه برد العين؛ فيسأل مسؤولية عقدية ليس على أساس فعله الشخصي، وإنما على أساس فعل الشيء المواد المتفجرة.

هـ - الإخلال بالالتزام عقدي في نطاق المسؤولية عن عمل الغير:

المسؤولية المدنية عن فعل الغير قد تتحقق حينما يستخدم المدين أشخاصاً آخرين في تنفيذ التزامه العقدي، فيسأل مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذي أضر بالدائن في الإلتزام العقدي، وتبدو العلاقة في هذه الحالة بين المسؤول وهو المدين في الإلتزام العقدي؛ والمتضرر وهو الدائن في الإلتزام العقدي، وأخيراً الغير الذين استخدمهم المدين في تنفيذ التزامه العقدي ولا تقوم المسؤولية هنا إلا بنتيجة عقد صحيح بين المسؤول عن الضرر والمتضرر، كالعامل في عقد العمل، والمقاول من الباطن في عقد المقاولة، والمستأجر من الباطن في عقد الإيجار فإذا ما أخل جميع هؤلاء بتنفيذ الإلتزام انسحبت المسؤولية على المدين الأصلي بالإلتزام؛ ويسأل بالتالي عن التعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

2- الضرر:

الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية هو الضرر إذ إن ذلك هو العنصر الجوهري والضروري لقيام المسؤولية في جانب المدين في الإلتزام التعاقدية، ويقع عب إثبات الضرر على عاتق الدائن في الإلتزام؛ لأنه لا يفترض وجود الضرر لمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته العقدية، لذلك يكون الهدف من إثبات الإخلال بالالتزام عقدي هو إلزام المدين بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به، وفي عقد النقل إذا تأخر المسافر عن الوصول في الميعاد المحدد؛ فإن مجرد التأخر لا يكفي لاستخلاص وجود الضرر، بل يجب على الدائن أن يثبت وجود ضرر أصابه من جراء التأخير.¹

1- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية (بيروت، لبنان 1996م) ص111.

والضرر قد يكون مادياً، وقد يكون أدبياً، وبمطلق الأحوال فالتعويض عن المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المتوقع شريطة أن يكون المدين حسن النية.

إن الضرر في المفهوم الشائع على نوعين: ضرر مادي و ضرر معنوي

والضرر في المجال الطبي يتمثل في حالة الإصابة الجسدية فتطبق المعايير العامة لمتعارف عليها القول أن الضرر المادي يتمثل فيما لحق المضرور من خسارة كتكاليف العلاج، ومن فاته من كسب كالأجر الذي ضاع عليه خلال فترة العلاج.

بينما الضرر الأدبي هو الضرر الذي يلحق المريض في مشاعره و أحاسيسه.

وفي الحقيقة أن هذه المعايير لا تتناول الإصابة الجسدية في ذاتها باعتبارها ضرراً محققاً وإنما تركز على الآثار التبعية لهذه الإصابة وحدها وبعبارة أخرى فهي لا تتناول الآثار المباشرة للتعدي على جسم الإنسان فحسب وإنما تتناول الآثار المباشرة على ذمته المالية و على حالته النفسية كذلك.

فالضرر الأصلي هو عين الإصابة الجسدية بصرف النظر عما استتبعته من تحقيق خسارة أو فقد كسب مادي أو إيذاء للشعور وإثارة للأحاسيس كأن يصاب الإنسان في جسده فهذا وحده حرمان من ميزة السلامة الجسدية أو إنقاص لهاوان يفقد الإنسان قدرته على العمل فهذا وحده أيضاً حرمان من ميزة كان يتمتع بها أو إنقاص لها بصرف النظر عما إذا كان الحرمان هذا قد ترتب عليه ضرر في دخله أو مساس في شعوره.¹

إن الضرر يعد ركناً من أركان المسؤولية و ثبوته يعتبر شرطاً لازماً لقيامها و بالتالي لا يكون الضرر قابلاً للتعويض إلا إذا توافرت فيه الشروط الثلاثة هي:

أولاً: يجب أن يكون هناك ضرر:

لكي يكون بالإمكان إعتبار الطبيب مسؤولاً يجب على أن يبين أنه تضرر فعلاً وإلا انتفت المسؤولية وطبيعي أن عبء الإثبات يقع عليه.

واشترط وجود الضرر أمر بديهي باعتبار المسؤولية هنا ترتدي طابع التعويض وليس طابع العقوبة وينبغي على المدعي أن يوضح حقيقة الضرر الذي أصابه و أن يبرره تبريراً حقيقياً وقانونياً.

¹- بلخوان يحي عبد اللطيف، الإلتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي مذكرة تخرج لنيل إجازة القضاء، 2008-2009 م، ص. 51.

ثانيا: يجب أن يكون الضرر محققا:

يفهم من الضرر المحقق أن يكون وجوده ثابتا حقيقيا أي وقع بالفعل ومثال ذلك وفاة المريض أو إصابته بعاهة أو تشوه إثر مباشرة التدخل الطبي على جسده ولكن هذا الضرر المحقق لا يعني بالضرورة أن يكون حاليا وإنما قد يكون الضرر مستقبليا مؤكدا الوقوع ومثاله كأن يصاب المريض بعاهة مستديمة كنتيجة منطقية لتطور الضرر الناتج عن التدخل الطبي كفقد السمع مثلا أما إذا كان الضرر محتمل الوقوع في المستقبل بحيث لا يعرف هل سوف يقع أم لا فهذا الضرر المحتمل لا يعوض عنه باعتبار أنه لا يوجد سبب ما يؤكد وقوعه.

ثالثا: يجب أن يكون الضرر مباشرا:

يجب أن تكون هناك صلة سببية مباشرة بين خطأ الطبيب و الضرر المشتكى منه وإلا لا تقوم المسؤولية لانقضاء هذا الشرط.

ولقد ورد في نص المادة 182 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون الضرر مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به ويعتبر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول"

إذن معيار الضرر المباشر هو ألا يستطيع الدائن أو المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذلها رب الأسرة فإذا كان مثل هذا الرجل العادي يستطيع أن يتوقى الضرر بذل جهد معقول كان أما الضرر المرتد فهو ذلك الضرر الذي تنتقل أثاره إلى أشخاص آخرين ومثال ذلك كالضرر الذي يصيب الزوجة الأولاد جراء وفاة من كان يعلوهم مما تسببت لهم أضرار مادية و أخرى معنوية فهؤلاء باعتبارهم خلفا أصيبوا بضرر فلهم الحق في أن يقاضوا المسؤول و يطالبوا بحقوقهم عما أصابهم من ضرر شخصي جراء وفاة مورثهم وإذا كان الضرر المباشر شرطا هاما في قيام مسؤولية الطبيب فإنه يتفرع بدوره إلى ضرر متوقع و ضرر غير متوقع وفق القواعد العامة للضرر غير مباشر.¹

ومعيار الضرر المتوقع أو غير المتوقع هو معيار توقع الرجل المعتاد منظورا إليه نظرة مجردة و ينظر إلى عنصر التوقع عند إبرام العقد وصفوة القول أن الضرر الطبي يخضع في مجمله للقواعد العامة التي تحكمه بإعتباره ركنا أساسيا ومستقلا في المسؤولية الطبية ، إذ نستبعد الضرر غير المباشر و نكتفي بالضرر المباشر في مجال مسؤوليتها ويبقى تحديد العناصر المكونة للضرر مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا وذلك لأن قاضي الموضوع يستقل بالفصل في الوقائع

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.129.

لوحده دون رقابة أحد عليه أما تكيف تلك الوقائع من حيث وجود ركن الضرر من عدمه فهذه مسألة تتعلق بالقانون و يخضع فيها إلى رقابة المحكمة العليا.¹

3- الصلة السببية بين الخطأ العقدي وبين الضرر:

لا يكفي أن يكون هناك خطأ عقدي وضرر ناجم عنه، وإنما يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في وقوع الضرر، فلو حدث خطأ من قبل المدين بالإنترام وضرر أصاب الدائن في هذا الإنترام دون أن يكون هذا الخطأ هو السبب في وقوع الضرر؛ فتنتمي علاقة السببية، ولا تقوم لا المسؤولية العقدية ولا المسؤولية التقصيرية.

وقوع الضرر للمريض وثبوت الخطأ الطبيب بل يلزم وجود علاقة مباشرة ما بين الخطأ و الضرر وهذا ما يعرف بركن السببية وهذه الأخيرة في المجال الطبي تعد من الأمور الشاقة و العسيرة نظراً لتعدد الجسم الإنساني و تغير حالاته و خصائصه و عدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة إذ قد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل بعيدة أو خفية ترجع إلى طبيعة تركيب جسم المريض.

إن اشتراط هذه العلاقة مفهوم بدهة لأنه لا يسوغ عقلاً ولا منطقاً مساءلة الشخص عن واقعة سيئة أعقبت سلوكه إلا إذا كان هذا السلوك سبباً في حدوثها صحيح.

فالعلاقة السببية ليست بالشيء الذي يرى أو يلمس، و إنما هي رابطة يستنتجها القاضي من الظروف التي يستخلص منها القرائن الدالة على توافرها، كما أن ركن الرابطة السببية أساسي في المسؤولية الطبية فهي جوهرها فالطبيب الذي يقع منه الخطأ أو الفعل الضار ويحدث ضرراً للمريض يجب أن يكون بين هذا الخطأ و ذلك الضرر رابطة سببية حتى تتحقق مسؤوليته.

لهذا فإنها ركن مستقل وقائم بذاته إذا إنتفى، إنتفت معه مسؤولية الطبيب حتى ولو ارتكب هذا الأخير خطأ ما فقد يخطئ كما لو أهمل واجب الإنترام بالإعلام، مما اندفع المريض إلى الإقدام على العلاج و هو جاهل ما يدور حول حالته الصحية، فالضرر الذي قد يصاب به نتيجة تقصير الطبيب في تزويده بالمعلومات الضرورية هو خطأ منه يستوجب مساءلته ولكن لا بد من وجود علاقة سببية.²

وإذا كان إثباتها يرتب مصاعب على المريض فإن إثباتها بشأن إخلال الطبيب بالإعلام و الضرر الناتج عنه أكثر صعوبة، حيث يتمثل ذلك في معرفة ما إذا كان الضرر الحاصل هو نتيجة لإخلال الطبيب بالإعلام أم هو خطأ فني ارتكبه هذا الأخير ولكن غالباً ما يكون ذلك في إطار

1- بلحاج العربي، المرجع السابق.ص123.

2- أحمد حسن عباس الجباري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، عمان، 2008، ص.136.

الخبرة الطبية التي تبين هل أن الطبيب قد قام بواجبه علماً كافياً، واضحاً، صادقاً، ومن ثم أن الضرر الذي وقع لا يدخل في مجال الإلتزام بالإعلام و بالتالي لا يسأل الطبيب شيئاً.

وما يمكن ملاحظته حتى ولو كانت تلك الخبرة التي يطلبها القاضي ليستدل بها فإنها قد لا توحى بحقيقة الأمر إذ قد يتضامن الخبير مع زميله ولا يقرر الخطأ في حقه.

كل هذا يجعل إثبات العلاقة السببية من الأمور العسيرة و الشاقة على المريض وتجدر الإشارة إلى أن الطبيب قد ينفي عن نفسه العلاقة السببية إذا كان هناك سبب لأجنبي¹ *une cause étrangère* و المتمثل في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المريض أو خطأ الغير ويشترط في القوة القاهرة عدم إمكان توقعها و إستحالة دفعها أما عن خطأ المريض فإنه ينفيها إذا كان هو وحده السبب في إحداث الضرر أما إذا كان قد ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر فإن ذلك يؤدي إلى اقتسام التعويض المحكوم به و كأن المسؤولية تكون مشتركة بينهما أما فعل الغير فكذلك ينفي العلاقة السببية كون الضرر قد وقع بفعله بشرط أن يكون السبب الوحيد في حدوثه.

وصلة السببية بين الخطأ والضرر تكون مفترضة غالباً؛ لأن الدائن لا يكلف بإثباتها، وإنما يقع عبء إثبات نفيها على عاتق المدين، وهذا الأخير لا يستطيع نفي صلة السببية إلا في حالة ورود سبب أجنبي، كما لو أثبت أن الضرر يرجع إلى قوة القاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الدائن أو فعل الغير.²

يبين من النص القانوني السالف الذكر، أن صلة السببية ركن مستقل عن الخطأ، وتنتفي هذه الصلة حينما لا يكون الضرر الواقع ناجماً عن ذلك الخطأ، وإنما لسبب أجنبي، كما تنعدم هذه الصلة أيضاً حتى في الحالة التي يكون فيها الخطأ هو السبب في وقوع الضرر؛ ولكن لم يكن السبب المنتج والفعال في وقوع الضرر.

المطلب الثاني: إثبات الإلتزام بالإعلام في المسؤولية العقدية

لكي يحصل المريض المضرور على تعويض جراء الضرر الذي لحقه نتيجة الخطأ الطبي، عليه أن يأتي بدليل قاطع على هذا الخطأ بإعتباره المكلف بعبء الإثبات كمبدأ عام، غير أن المريض يواجه صعوبات خلال النهوض بهذا العبء، لا سيما وأن الأعمال الطبية تمتاز بكونها

¹- هذا تأسيساً على عدّة أسباب واعتبارات من أهمها، صعوبة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أحداث الضرر فهناك الكثير من الأضرار لا يمكن إصلاحها أبداً هذا من جهة، ومن جهة أخرى ولضمان استئفاء المضرور حقه في وقت أقصر يحكم عادة بالتعويض النقدي الأسهل تطبيقاً للمسؤولية، وتقديراً للقاضي، وحتى لا يقحم القاضي في التزام متابعة التنفيذ العيني.

²- وهو ما قضت به أحكام المادة (216) من القانون المدني السوري بقولها: "إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالإلتزام؛ ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ الإلتزامه.

أعمال فنية لا يفهمها الشخص العادي أو المريض، مما يجدر بنا البحث عن حلول وآليات من شأنها التخفيف من حدة تحميله لهذا العبء.¹

الفرع الأول: وقوع عبء الإلتزام بالإعلام على عاتق المريض

إلى وقت قريب كانت محكمة النقض الفرنسية تجعل عبء إثبات الإلتزام بالإعلام على عاتق المريض الذي يلتزم بإثبات ما يدعيه أمام القضاء تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات و كان ذلك منذ صدور حكم بتاريخ 29 ماي 1951م بصدد الطعن في حكم صادر في 04 مارس 1948م عن Angers محكمة إستئناف حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى جعل الإثبات على عاتق المريض.²

بخلاف ما ذهبت إليه محكمة الإستئناف يتطلب منه إثبات إلتزام سلبي مفاده عدم صدور رضاء متبصر يمنح الحق في التدخل الطبي بإعتباره مدعياً، فإن هناك صعوبات يواجهها المريض في هذا الصدد فيرى البعض أن تحمل المريض لهذا العبء ظلم له ، و البعض الآخر يرى أن جهل المريض لمهنة الطب يجعله في ضيق من أمره و لا يستطيع التمسك بحقه إتجاه الطبيب المسؤول و بالتالي، يكون ذلك ضياعاً لحقوقه و الواقع إذا كان عبء الإثبات في ذاته يمثل مشقة لكل من يتلقى على عاتقه ،فهو من المؤكد يشكل مشقة زائدة في المجال الطبي،و تعتبر في حالات كثيرة تكليفاً شاقاً،و ذلك بالنظر لخصوصية العلاقة بين الطبيب و المريض من ناحية و لظروف الممارسة الطبية من ناحية أخرى.

فالعلاقة بين الطبيب و المريض هي في ذاتها علاقة يسودها انعدام المساواة طرف ضعيف و طرف قوي فالأول يضع ثقته في الثاني أملاً في معاونته على مواجهة ما يعاني منه من مرض فهذه الثقة تحول في الواقع دون استعداد المريض لحصوله على دليل يمكنه من الاستعانة به لإثبات خطأ من وضع ثقته فيه، يضاف لصعوبة الإثبات أيضاً بالنسبة للمريض ما يواجهه الطبيب من صمت إلتزاماً بالمحافظة على السر المهني أحياناً و إظهاراً للتضامن بين زملاء مهنة واحدة.³

إذ غالباً ما يلجأ إلى رأي خبراء في الطب و هؤلاء دائماً يحاولون تغطية أخطاء زملائهم أو تبرير مسلكهم ، و صفوة القول أن محكمة النقض الفرنسية قد قررت صراحة أن عبء الإثبات يقع على عاتق المريض و ذلك في حكمها الشهير المشار إليه سلفاً الصادر في 1951/05/29م في قضية تتلخص وقائعها في أن السيد Bisot أجريت له عملية بتر سلق نتيجة غلط في التشخيص من قبل الجراح و الطبيب المعالج فرفع المريض دعوى قضائية على الطبيبين مطالباً إياهما بالتعويض إستناداً إلى ما ارتكبه من خطأ جسيم في التشخيص و أنهما قاما بإجراء العملية الجراحية دون الحصول على موافقته.

1- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007م، ص 14.

2- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، ط. 2004م، ص 159.

3- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 163.

و ذهبت المحكمة إلى إدانة الجراح بإعتباره المسؤول عن العملية و الذي وجب عليه أن يتحقق من رضا المريض بها و انتهت المحكمة من ذلك إلى إلزامها بتعويض الضرر الناتج عن تخلف الرضا غير أن محكمة النقض الفرنسية ألغت هذا الحكم و قررت أنه إذا كان العقد الذي يبرم بين الجراح و المريض يتضمن من حيث المبدأ إلزاما على الطبيب بعدم إجراء العملية الجراحية إلا بعد الحصول مقدما على رضا المريض بها فإنه يقع على عاتق هذا الأخير عبء إثبات إخلال الطبيب بإلتزامه المتمثل في عدم إعلامه بطبيعة العمل الجراحي، و عدم الحصول على رضائه و بهذا يكون إثبات على عاتق المريض كما قررتة محكمة النقض الفرنسية وحيث إذا ما نظرنا إلى الفقرة الأولى من المادة 15/13 من القانون المدني الفرنسي لوجدنا أن الإثبات يقع على المدعي وهو في هذا المجال المريض إذ أنه يدعي عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه بالإعلام و من ثم يكون على الأخير عبء إقامة الدليل على ما يدعيه.¹

و في هذا المقام إن القضاء الفرنسي قد أجاز للمريض أن يثبت حقه بكافة وسائل الإثبات و ما يكون للقاضي سوى سلطته التقديرية في ثبوت التقصير في جانب الطبيب من عدمه و ما يمكن أن نشير إليه في مسألة توزيع عبء الإثبات الإلتزامات التعاقدية، و يكون بديهيا أن يقوم المريض بإثبات هل الطبيب نفذ إلتزامه التعاقدية أم لا؟

أما بشأن إثبات عدم قيام الطبيب بإلتزامه الإعلامي هو مسألة تتعلق بإثبات قيام العقد ذاته و ليس إثبات الإلتزامات المترتبة عنه و معنى ذلك أن الإثبات في هذه الحالة يتعلق بوجود العقد الطبي من عدمه.

و كخلاصة لما سبق أن المدعي، وهو المريض الذي يلتزم بإثبات أن الطبيب لم يبصره بحالته الصحية و هنا يكون بين أمرين، إما أن يقدم الدليل الكافي على ذلك فيقتع به القاضي حتى تقوم المسؤولية في حق الطبيب و إما قد لا يستطيع إثبات حقه فيخسر دعواه و إما أن يقدم دليلا غير كاف، فيجعل القاضي في موضع شك و بالتالي فإن الشك يفسر لمصلحة المدعى عليه و بالتالي ضد المدعي هذا ما تؤكدته محكمة النقض الفرنسية منذ عام 1962م بقولها أن بقاء حالة عدم التيقن الشك رغم ما قدم أدلة الإثبات يقضي بالضرورة أن يفسر لمصلحة المدعى عليه و بالتالي ضد مصلحة المدعي.

أولاً: إتجاه محكمة النقض الفرنسية بشأن عبء إثبات الإلتزام بالإعلام

بعد استقرار دام ما يزيد على نصف قرن، تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن قضائها الثابت بإلزام المريض بإثبات أن الطبيب قد قصر في واجب الإعلام و أرجعته على عاتق الطبيب المدعى عليه.

1- علي على سليمان، نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ط. الخامسة، 2003، دار المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص52.

ولقد كان لهذا نقطة تحول بالنسبة لعبء الإثبات، وكان ذلك بمناسبة حكم *hédreul* الشهير الذي بمقتضاه لم يعد المريض المدعي مطالبا بإقامة الدليل على ما يدعيه و إنما أصبح الطبيب هو المكلف بذلك، الذي يتجلى في أنه قام بواجب إعلام المريض.¹

وتتلخص وقائع الدعوى التي جاء فيها حكم محكمة النقض الفرنسية في 1997/02/25م في أن السيد *hédreul* كان يعاني من ألآم في المعدة و قدّر الطبيب المعالج له ضرورة إجراء عملية جراحية تستدعي استخدام المنظار و بالفعل أجريت هذه العملية غير أن المريض ظل يعاني من ألآم شديدة بالمعدة وبإعادة الكشف عليه تبين إصابته بثقب في الأمعاء و هو خطر حدده تقرير الخبير احتمال حدوثه في مثل هذا النوع من العمليات الجراحية بنسبة 3% الأمر الذي جعل المريض يرفع أمره إلى المحكمة ملتمسا تعويضا.²

غير أنه عند عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية قررت مبدأ بقولها أن من يقع على عاتقه قانونا أو اتفاقا إلتراما خاصا بالإعلام يجب عليه أن يقيم الدليل على قيامه بتنفيذ هذا الإلتزام.

ثم طبقت هذا المبدأ على الأطباء مقررة أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه الإلتزام خاص بالإعلام تجاه المريض فإنه يجب عليه أن يثبت أنه نفذ هذا الإلتزام وهو ما يتعين معه القول بأن محكمة الاستئناف قد خالفت النص المشار إليه في المادة 1315 من القانون المدني الفرنسيما يمكن ملاحظته على هذا الحكم الجديد أن محكمة النقض الفرنسية أضفت حماية للمريض المضروب و ذلك بإعفائه من عبء إثبات الواقعة التي يدعي بها و هي في ذات الوقت جعلت هذا العبء على الطبيب وبالتالي تكون قد أعفت المريض من عبء إثبات واقعة سلبية.³

كما أن هذا القضاء بإلقائه عبء الإثبات على عاتق الأكثر قدرة على النهوض به يندرج ضمن التحولات الهامة التي شهدتها القانون الفرنسي في مجال حماية الطرف الضعيف في العلاقة الطبية.

وقد أكد هذا المبدأ العام الذي يسري على كل من يقع على عاتقه الإلتزام بالإعلام سواء كان مصدره القانون أو الاتفاق ثم طبقته على الطبيب في علاقته مع المريض، و يرى البعض أن الأساس القانوني لهذا التحول هو الفقرة الثانية من نص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي على أنه من يدعي الوفاء بإلتزامه أن يثبت ذلك أو يقدم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء الإلتزامه.

لكن إذا كان هذا هو السند القانوني لهذا التحول فإن بعض الفقه يرى أن ما انتهت إليه محكمة النقض في قضائها الجديد يتفق تماما مع نص المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي حيث أن

1-درغوثي بن ملحمة، قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائريالديوان الوطني للأشغال التربوية الطبعة الأولى 2001م، ص12.

2- بلخوان يحي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.36.

3- عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ،دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ط. 2005/2004م، ص44.

الفقرة الأولى من هذه المادة لا تفرض على من يطالب بتنفيذ الإلتزام إلا إثباته أي لا يقع على عاتقه إثبات عدم التنفيذ بينما الفقرة الثانية من ذات القانون، تقرر بوضوح أنه على من يدعي الوفاء به أن يقيم الدليل على ذلك كذلك يضيف هذا الفقه أن خصوصية العمل الطبي ذاته لا يبرر التدخل الطبي إلا بالرضا المتبصر للمريض وبذلك يكون إعلامه شرطاً لهذا التدخل وبالتالي يقع على عاتق الطبيب إثبات تحقق هذا الشرط.

هذا إذا كان التحول الذي أظهره القضاء الفرنسي بشأن عبء إثبات الإلتزام بالإعلام و صيرره على عاتق الطبيب فإنه من ناحية عبء إثباته يتعين التمييز بين الإلتزام بنقل المعلومة للمريض وبين فهمها من الذي وجهت إليه.

فمن حيث أن الإلتزام بالإعلام يتضمن أولاً إلتزاماً بنقل معلومة محددة إلى الدائن بها وهو المريض فهذا يكون إلتزاماً بتحقيق نتيجة بحيث يصبح الطبيب مسؤولاً إذا لم يثبت أنه قام بنقل هذه المعلومة إلى الدائن بها ولا يتضمن ذلك تناقضا مع القول بأن الإلتزام الأصلي للطبيب هو الإلتزام ببذل عناية فقد أكد الفقه على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتضمن العقد عدة إلتزامات يختلف مضمونها فقد تكون هذه الإلتزامات بتحقيق نتيجة بينما الإلتزام الأصلي يكون ببذل عناية فإذا كان الإلتزام الأصلي يخص العلاج هو إلتزام ببذل عناية و في المقابل قد تقوم إلتزامات أخرى تابعة له إلتزامات بتحقيق نتيجة و ذلك هو حال الإلتزام بالإعلام.

أما فيما يخص الشرط الثاني من الإلتزام المتمثل في تمكين الدائن و هو المريض من فهم المعلومة المقدمة له من الطبيب فهنا يكون الإلتزام ببذل عناية بمعنى أنه في حالة عدم إستيعاب المريض لها فإنه يثبت أن المدين قد ارتكب خطأ تمثل في عدم استخدام الوسائل الملائمة و الفعالة لنقلها على نحو يتمكن معه من تفهمها و استيعابها.

وبمعنى آخر فإن عبء إثبات عدم تنفيذ الإلتزام بالإعلام في جانبه هذا يكون على عاتق الدائن بإعتباره الشق الثاني للإلتزام بالإعلام وهي من قبيل الإلتزامات ببذل عناية التي تخرج من نطاق أحكام الفقرة الثانية من المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي.¹

ولكن أمام هذا الوضع وإن كان قد فرّق بين الإلتزام بالإعلام بشأن نقل المعلومة و بين فهمها حيث يترتب على الأولى تحقيق نتيجة على الثانية بذل عناية، إن الإلتزام سواء في نقل المعلومة أو في فهمها هو إلتزام بتحقيق نتيجة لأن الطبيب وإن كان ملزماً بنقل المعلومة إلى المريض فلا محالة من أن يستخدم الطرق الممكنة في جعل المريض يستوعبها على نحو يحقق الهدف من نقلها تأكد ذلك في النصوص القانونية سواء عليه كانت تتعلق بأخلاقيات مهنة الطب في فرنسا التي تؤكد مواصفات الإلتزام بالإعلام أن يكون أميناً واضحاً و ملائماً بخصوص حالة المريض الصحية أو

¹ - درغوئي بن ملحة، قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها المرجع السابق، ص 13.

ما أكدته القضاء الفرنسي من وجوب أن تكون المعلومات التي يدلي بها الطبيب للمريض بسيطة و مفهومة و أمينة و ملائمة.

هكذا إذن أن الطبيب بإعتباره مدينا في العلاقة الطبية بينه و بين المريض هو المكلف بإثبات أنه قام بواجب الإعلام و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية غير أن الحكم لم يكن قاصرا فقط عليها إذ حتى مجلس الدولة الفرنسي قرر بدوره بمقتضى قراراتين صادرين عنه بتاريخ 2000/01/05 أقرر فيهما:

“إن عبء تنفيذ الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المستشفى العام الذي يتلقى فيه المريض العلاج”.

وما يمكن الإشارة إليه كذلك و نحن بصدد قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1997/02/25م² ، أنه ترتبت عليه بعض النتائج تجلت في لجوء الطبيب إلى تدوين إقرار المدين بحصوله على الإعلام قبل مباشرة التدخل الطبي حتى يتجنب ما يثار عليه من مسؤولية و إذا كان هذا يحمي الطبيب فإنه يتنافى مبدئيا مع الثقة التي تسود العلاقة الطبية و أن المطالبة بالدليل الكتابي لا يجزم في الأمر ماله من قوة و حجية في إطار الإثبات لأسباب التالية:

1- الإقرار الكتابي للمريض لا يضمن له الإلمام الحقيقي بكل المعلومات التي تتعلق بحالته الصحية لأنه وجب من جهة مراعاة مستوى ثقافته و سنه و مدى حسن نية الطبيب في ذلك وقد أثبت الواقع أن مهمة منح الوثيقة للمريض ليمضي عليها ما يكون من عمل الممرضة الأمر الذي يجعلها لا تعلم المريض بحالته الصحية كون فاقد الشيء لا يعطيه.

2- الإقرار الكتابي المدون في نموذج لا يفيد مطلقا أن المريض قد أعلم بحالته الصحية كما يتطلبه واجب الإعلام لأن غالبا ما يوقع عليه المريض من غير قراءته أو حتى التنبؤ به لا سيما إذا كان لا يعرف القراءة و يجهلها.

3- إن الإقرار الكتابي لا يضمن الحماية الكاملة للطبيب من تحمل المسؤولية حيث أن المضرور يستطيع مقاضاته إذا ترتب له ضرر بحجة أنه لم يكن على بينة حقيقية بأمر من الأمور التي تدخل في إطار علاجه خاصة إذا ترتب على التدخل الطبي تدخل علاجي آخر لم يتفق عليه مسبقا.

فلقد سكت القرار السابق لمحكمة النقض الفرنسية في القضية الخاصة السيد hédreul عن تحديد الوسائل التي يملكها الطبيب من أجل إثبات تنفيذ إلتزامه بالإعلام لكن ما لبث أن أصدرت

1- عبد الكريم مأمون ،رضا المريض عن الأعمال الطبية و الجراحية ،دراسة مقارنة ،رسالة دكتوراه ط.

2004-2005م.ص.45

2-بلخوان يحي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.41.

محكمة قرارا بتاريخ 14 أكتوبر 1997م بينت فيه أن الطبيب غير ملزم بالدليل الكتابي لإقامة الدليل على تنفيذه لواجب الإعلام و إنما يمكنه استعمال كافة طرق الإثبات.

وكان ذلك بمناسبة قضية تتلخص وقائعها في وفاة ضحية على إثر عملية جراحية استكشافية coloscopie لجأ إليها طبيب أمراض النساء للتأكد من عدم إصابتها بخلل في الرحم *étiologie ovarienne* و الكشف عن أسباب عقم الضحية أثناء العملية تعرضت إلى إنسداد غازي للأوعية و انتقال الغاز المستعمل إلى أوعية المخ مما أدى إلى وفاتها فاحتج الورثة على أن الطبيب لم يقم بإعلامها قبل مباشرة العلاج بخطر الانسداد الغازي للأوعية وفي هذا ذهبت محكمة النقض الفرنسية بشأن إثبات تنفيذ الطبيب لواجبه في الإعلام أن الأمر يبقى تقديره لسلطة القاضي التقديرية و يمكن للطبيب عند غياب الدليل الكتابي الاستدلال بالقرائن لإثبات حصول المريض على الإعلام اللازم قبل مباشرة التدخل الطبي وبناء على ذلك أنه يجوز إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات بما فيها القرائن البسيطة مما يعني معه رفض طلب الإعلام الكتابي.¹

و تحديدا لتوسيع نطاق المسؤولية الطبية، و منذ صدور قرارات مجلس الدولة الفرنسي في سنة 2000 م²، فإنه ذهب إلى تحميل المستشفى عبء إثبات تقديم الإعلام المطلوب وإن كان قبل ذلك يتميز اجتهاده بالمرونة من خلال الاكتفاء بتقديم المضرور لبداية ثبوت بالكتابة و قد تبع سبيل الجهات القضائية الإدارية الدنيا و محكمة النقض وإذا كان هناك ارتباط وثيق بين الإلتزام بالإعلام و الإلتزام بالحصول على موافقة المريض أو رضائه بالعمل الطبي فإنه وكما بينا أن يثبت الطبيب بكل وسائل الإثبات أنه قام بواجب الإعلام تجاه مريضه.

غير أنه في بعض الحالات قد يتطلب القانون شكلا معيناً للقيام ببعض الأعمال الطبية تبين أن المريض قد رضي بما سيقدم عليه من تدخل طبي وبالتالي تكون هناك حجة من جهة ومن جهة أخرى قد تفيد أن المريض كان على بينة من أمره ذلك نجد مجال نقل و زرع الأعضاء فقد إشتراط المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 671 2/3 من تقنين الصحة العامة أن يتم التعبير عن رضاء المتبرع أمام رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه رئيس المحكمة لهذا الغرض، و يتم إثبات الرضاء في محرر مكتوب موقع من طرف المتبرع، و القاضي ويحفظ أصله في أمانة ضبط المحكمة و ترسل صورته إلى المستشفى الذي يتم فيه عملية الاستئصال.

أما في حالة الإستعجال فقد أجاز المشرع الحصول على رضا بجميع الطرق بواسطة النائب العام وعليه فإن الكتابة في عملية زرع الأعضاء تعد دليلا مهما على حصول الطبيب على موافقة المتبرع، و على هذا الأساس لا يجوز للطبيب مباشرة عملية الاقتطاع إلا بعد الحصول على وثيقة الرضا للمتبرع الذي يدرك خطورة ما هو مقبل عليه ومن جهة أخرى تتضمن الكتابة عناصر الإعلام التي تحصل عليها المتبرع خاصة ما تعلق منها بمخاطر العملية وبالتالي يكون الطبيب في مأمن من قيام المسؤولية في حقه.³

1- بلخوان يحي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 55.

2- محمد حسين منصور المرجع السابق، ص. 177-178.

3- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 77. 83.

و لقد سائر المشرع الجزائري المشرع الفرنسي حيث إشتراط الموافقة الكتابية بحضور الشهود إذ تنص المادة 162 الفقرة 02 من قانون حماية الصحة و ترفيتها على مايلي: "تشتراط الموافقة بحضور شاهدين إثنين و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة"، و أخيرا إشتراط المشرع الفرنسي الرضاء المكتوب في حالة الوقف الإرادي للحمل.

فقد نصت المادة 162 الفقرة 05 من تقنين الصحة العامة على أنها إذا جددت المرأة طلبها بالإجهاض بعد الاستشارات المبينة بالمواد 162 الفقرة 03 و المادة 162 الفقرة 04 يتعين على الطبيب أن يطلب منها تأكيد مكتوبا إن هذه الحالة يكون فيها إثبات الرضا من خلال الشكل الذي حدده القانون و في هذا مصلحة للمريض من ناحية إعفائه من مشقة البحث عن دليل على عدم رضائه بالعمل الطبي فعدم توافر الرضا في الإطار الشكلي الذي حدده القانون له إنما يعني قيام الطبيب بالعمل الطبي دون الحصول على موافقته وكذلك من ناحية أخرى فيه مصلحة للطبيب للتخلص من المسؤولية التي قد تلقى على عاتقه وإذا كان الطبيب يثبت قيامه بواجب الإعلام بجميع الطرق الخاصة بالإثبات فإنه قد لا يستبعد اللجوء إلى دليل الكتابي.¹

ثانيا: إثبات الإلتزام بالإعلام وفق قانون 04 مارس 2002م بفرنسا

لقد جاء قانون 04 مارس 2002م² بالجديد في المجال الطبي و السبب الذي أدى إلى ظهور هذا القانون هو قرار perruche بما أحدثه من انقلاب كبير في المفاهيم القانونية و الأخلاقية السائدة في المجال الطبي فتدخل المشرع الفرنسي بإصداره المتضمن الحوادث الطبية، و حقوق المريض، و الهدف منه هو تحاشي بقاء المرضى ضحايا الحوادث الطبية بدون تعويض و تجنب تحميل الأطباء مسؤولية هذه الحوادث من دون الخطأ ولقد نصت المادة الأولى من قانون 04 مارس 2002 م على أنه: "لا يمكن لأي أحد الاستفادة من الضرر الناتج عن ولادته."

Art1/1 de loi du 04 mars 2002: «nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance»

وطبقا لنص نفس المادة في فقرتها الثالثة على أنه يجوز للوالدين طلب التعويض في حالة ثبوت خطأ الطبيب في عدم الكشف عن الأمراض التي يمكن أن تهدد صحة الجنين أثناء الحمل كما هو الحال في قضية Nicolas وقد تحصلت فعلا عائلة الطفل على التعويض بمقتضى قرار محكمة إستئناف باريس بتاريخ 29 مارس 2002م هذا هو سبب صدور قانون 04 مارس 2002م و الذي أتى بحقوق المرضى حتى لا يتحملوا مشقة الضرر الذي يحيق بهم نتيجة خطأ طبي.³

أما بخصوص إثبات الإلتزام بالإعلام بمقتضى هذا القانون، فالملاحظ أنه لم يغير من شيء من مجال الإعلام الأمر الذي وضعه القضاء الفرنسي يبقى مستقرا كما هو غير أن هذا القانون أوجب أن يكون إلتزام الطبيب بإعلام مريضه شفويا غير أنه لا يمنعه ذلك من لجوء الطبيب إلى الكتابة لإثبات موافقة المريض على العلاج.

1- سلخ محمد لمين، ماجستير في القانون مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية ط. 2015 م. ص 246.

2- علي علي سليمان، نظرية الإلتزام المرجع السابق، ص. 56.

3- سلخ محمد لمين، ماجستير في القانون مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية ط. 2015 م. ص 255.

كما أن قانون 04 مارس 2002 م لم يغير من كيفية إثبات الإلتزام بالإعلام مما يدل ذلك على إمكانية إثباته بكافة وسائل الإثبات طبقا لقرار 14 أكتوبر 1997 م وكخلاصة لما سبق أن القضاء الفرنسي قد تحول تحولا كبيرا بخصوص إثبات الإلتزام بالإعلام فبعد أن كان عبء الإثبات يقع على عاتق المريض الذي يلتزم بإتيان الدليل و إقامته على أن الطبيب لم يقوم بإعلامه وهذا يتطلب جهدا كبيرا باعتبار أن المريض يصعب عليه إثبات الواقعة السلبية تجعله من غير استطاعته أن يقوم بذلك.

لكن و حماية لمصلحة المرضى قد نقل القضاء الفرنسي العبء على عاتق الطبيب ومن النتائج المترتبة على ذلك القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية كان محل تأييد لجانب كبير من الفقه.

وإذا كان حكم *hédreul* الشهير لم يحدد الوسائل التي يمكن من خلالها الطبيب تحمل عبء إثبات قيامه بتنفيذ التزامه بإعلام المريض فانه يستطيع قيام ذلك بكافة وسائل الإثبات بما فيها القرائن.

ومن المعلوم أن الطبيب غير ملزم بالقيام بالتزامه بالإعلام من خلال الكتابة فيما عدا الحالات التي يلزمه المشرع بذلك وبخصوص قانون 04 مارس 2002 م المتضمن الحوادث الطبية و حقوق المرضى لم يغير في شيء مما جاء به قرار *hédreul*.

الفرع الثاني: وسائل الإثبات القانونية لإجراء الإعلام

إن معرفة من هو مطالب بتقديم الدليل أي من يقع عليه عبء الإثبات له أهمية كبيرة في نظام قانوني قائم على حياد القاضي، وبالتالي، إن القاضي ليس له أي اختصاص في جمع الأدلة التي تسعى لإثبات مطالب الخصم فعلى هذا الأخير أن يتحمل عبء الإثبات و إلا كان طلبه مرفوضا وعند عجز المدعي عن الإتيان بالدليل فالقاضي يحكم برفض دعواه لعدم تأسيسها.¹

وبداية أن القانون الجزائري ليس له سوابق قضائية حول إثبات الإلتزام بالإعلام غير أنه في الجهة المقابلة يؤكد على ضرورة الحصول على رضا المريض قبل أي تدخل طبي وجعل هذا الإلتزام واجبا هاما في العلاج الطبي بدليل ما أكدته مدونة أخلاقيات الطب الجزائري كما أن القاضي الجزائري في حالة النزاع يتأكد من مدى حصول الطبيب على رضا المريض.

ان المادة 323 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه" فهذا هو المبدأ العام الذي يقرر من هو الشخص الذي يتحمل عبء الإثبات بمعنى أي منهما يكلف بالإثبات دون الآخر ومن ناحية المبدأ تتقرر القاعدة العامة التي تقضي بمايلي: "البينة على من أدعى و اليمين على من أنكر".

وبناء على نص المادة 323 من القانون المدني السالفة الذكر يتبين أن من يطالب بتنفيذ الإلتزام ما يأتي الدليل ليثبتته وبالعكس فالذي يدعي بأنه تخلص من إلتزامه عليه أن يثبت الوفاء أو السبب الذي أدى إلى انقضاء الإلتزام.²

1- بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية لطبيب ط. 2002م. ص34.

2- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 206.

كذلك ووفقا للمبدأ العام فإن المدعي هو المكلف بإقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه ويمكن القول أن عبء إثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر بل هو يوزع بينهما وقد يقع هذا التوزيع بحكم القانون إذ يتكفل القانون هنا بتحليل عناصر الإثبات و توزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى الخصم الأخ وتطبيقا لهذا المبدأ في المجال الطبي أن المريض هو الدائن بالإعلام في حين يكون الطبيب هو المدين بتزويد المريض به بمعنى أن المريض هو المكلف بإثبات ما يدعيه حيث يقع عليه عبء ذلك أما المدين وهو الطبيب يكلف بإثبات التخلص مما نسب إليه حيث يلتزم بأن يثبت قيامه بإعلام المريض بكل ما يدور حول صحته ولم يقصر في واجبه شيئا.

وتجدر الإشارة أن المبدأ هذا ولو كان واضحا فإن تطبيقه قد يؤدي إلى مشاكل لسبب تعقيد المسائل التي تتعلق بالمجال الطبي و التي ليست بسيطة .

كما أن اقتناع القاضي يقوم في الحقيقة على كل الوسائل في الإثبات التي يسعى في تقديمها كل من الخصمين و أيا كانت طبيعة المسؤولية الطبية فإن ذلك لا يؤثر في تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ الذي أدى إلى قيامها غير أن طبيعة الإلتزام وما إذا كان إلتزاما ببذل عناية أو إلتزاما بتحقيق نتيجة هو الذي يؤثر في تحديد المكلف بالإثبات .

ولما كان إلتزام الطبيب غالبا ما يكون إلتزاما ببذل عناية فإن يقع على المريض إثبات تقصير الطبيب أي إثبات عدم بذله العناية المطلوبة منه وإقامة الدليل على إهماله وانحرافه عن أصول الفن المستقرة أما في حالة إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة، وهو إلتزام لا يزال في نظر غالبية الفقه يمثل إستثناء في علاقة المريض بالطبيب.¹

حيث تبين سلفا أن إلتزام الطبيب بإعلام المريض هو إلتزام بتحقيق نتيجة فإن المريض يكتفي بإثبات وجود التزام الطبيب وعدم تحقيق النتيجة.

ذلك أن عدم تحقيق النتيجة يؤدي إلى انعقاد مسؤولية الطبيب ولا يمكن التنصل من هذه المسؤولية إلا إذا ثبت وجود السبب الأجنبي.

إن القاضي الجزائي نظرا لقلّة تعرضه للقضايا المتعلقة بالمسائل الطبية لا سيما في مجال الأخطاء الطبية وكذلك نظرا لقلّة القرارات القضائية التي تخص هذا الشأن فانه لا شك أنه سيطلب الطبيب بالدليل الكتابي في الحالات التي نص عليها صراحة على وجوب تقديمه كتابي ويتعلق الأمر بعمليات نقل و زرع الأعضاء حيث يشترط الكتابة فيها وذلك أن يعبر المتبرع كتابة رضاه بالاقتطاع من جسده والتي يجب فيها أن تدل دلالة واضحة على موافقة المتبرع وهذه الكتابة تعد دليلا مهما على حصول الطبيب على موافقة المتبرع ومن تم فإنها تشكل أداة إثبات الرضا ووسيلة قانونية كاشفة عنه وفي غير ذلك من الحالات فالأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يلتزم الحياد و هذه الصفة تتصل بممارسة وظيفته ولذا فالقانون هو الذي يحدد و يبين وسائل الإثبات و

1- رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب ط 2015م، ص 112.

مدى حجيتها وما على القاضي إلا أن يؤسس حكمه على المعلومات و الدلائل التي يقدمها الأطراف وفقاً للطرق و الإجراءات التي هي محددة بمقتضى القانون.

ولقد بين القانون المدني الجزائري هذه الطرق وهي على التوالي: الكتابة، البينة، القرائن، الإقرار و اليمين و عليه فإن الطبيب يلجأ إلى هذه الطرق لإثبات حصوله على رضا المريض كما أن هذا الأخير يمكن أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن الطبيب قد قصر في واجب الإلتزام بالإعلام لأنه هو الذي يدعيه يمكن القول أن المشرع الجزائري قد حذا حذوا المشرع الفرنسي الذي أقر إثبات ذلك بكافة وسائل الثبات.¹

¹-رمزي رشاد عبد الرحمان نفس المرجع.113.

المبحث الثاني: التعويض عن الضرر الناتج على عدم الإعلام

لاشك أن الإخلال بالالتزام بالإعلام يمنع المريض من فرصة حاسمة من خلال القرار الفاصل الذي يمكنه من اتخاذه لو تم إبلاغه في الوقت المناسب بالخصائص المتطلبة للأخبار وهذا القرار سواء كان برفضه التدخل الطبي أو بقبوله له كن سيؤدي إلى وضعية أحسن من التي هو عليها الأنفهو في قرار الرفض يمكن أن يجنب نفسه أخطارا كبيرة أما في الحالة التي كان يتعين عليه إتخاذ قرار بالقبول فلاشك أنه كان بالإمكان أن يضع حدا لآلامه ومعاناته وعليه فإن القرار المعيب الذي يتخذه المريض بعد إعلام طبي ناقص أو غير واضح فإنه سيرتب أضرار جسيمة نتيجة لذلك إذ فإن مسؤولية المترتبة يكون جوهرها التعويض الذي مما لاشك فيه أنه يخضع للمبدأ العام للمسؤولية المدنية التي تقضي بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل وهذا هو التعويض العيني غير أن هذا الأمر في المجال الطبي يكون مستعصيا بعض الشيء لذا غالبا ما يكون التعويض في إطار المسؤولية الطبية نقديا.¹

وسوف نتعرض بهذا المبحث في (المطلب الأول) إلى أنواع التعويض عن الضرر الناتج عن عدم الإعلام و في (المطلب الثاني) إلى كيفية تعويض المريض عن الأضرار التي قد تصيبه.

المطلب الأول: أنواع التعويض

يلتزم الطبيب بإفادة المريض بقدر من المعلومات الضرورية لتمكينه من إتخاذ قرار مستنير بشأن حالته الصحية، ويجب أن تكون المعلومات طبقا لقرارات محكمة النقض الفرنسية صادقة، واضحة و مناسبة ولما كان الإلتزام بالإعلام مصدره القانون و العقد فإن المريض يعفى من إثبات وجود هذا الإلتزام وله فقط أن يثبت الضرر و العلاقة السببية ويكون للطبيب أن يقيم الدليل على أنه قام بإعلام مريضه فإذا ما فشل وجبت مسؤوليته ومن الجانب القاضي كثيرا ما يستعين في هذا المجال بالخبرة الطبية كوسيلة للإثبات القضائي وان كان هذا القرار الصادر عن الخبير غير ملزم له إلا أنها وسيلة هامة في الإثبات ودليل يستعين به .

و حتى تتأكد المحكمة من إعلام الطبيب للمريض يجب على الخبير أن يقوم بإعداد تقرير فني حول محتوى و قيمة المعلومات التي تحصل عليها المريض لكن من الناحية العلمية غالبا ما يكون العلاج مبنيا بين الطبيب و المريض على شكل شفوي الأمر الذي يصعب من مهمة الخبير في التعرف على مدى حصول المريض على الإعلام اللازم ومن جهة أخرى إذا قدم الطبيب الدليل الكتابي على تنفيذه واجب الإعلام فإنه يقع على المريض عبء إثبات عكس ذلك بحكم امتلاك الطبيب لوثيقة الرضا ورغم الصعوبات التي تعترض التأكد من محتوى و فعالية الإعلام المقدم للمريض الذي يختلف من شخص لآخر من حيث إستيعاب تلك المعلومات بسبب حالته النفسية و ظروفه الشخصية كسنه و مستوى ثقافته إلا أن ذلك لا يؤثر على قيمة الخبرة الطبية التي غالبا ما تساعد القاضي على التعرف على الحقيقة و التأكد من أحقية ثبوت الإخلال بواجب الإعلام ولقد

1- صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج. الأول، ط. الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1993م ص.20.

توجه القضاء الفرنسي إلى أن خطأ الطبيب لا يثبت إلا إذا تبين أن الإخلال بالإعلام كان سيغير قرار المريض بالموافقة أول الأمر.¹

أما بخصوص القانون الجزائري فهو غير واضح بشأن مصدر الإلتزام بالإعلام سيتبع القاضي الجزائري نظيره الفرنسي في اعتباره متولداً عن العقد و بالتالي تكون المسؤولية المترتبة هي مسؤولية عقدية أم يتبع نظيره المصري الذي يعتبره سابقاً عن إبرام العقد فتكون المسؤولية المترتبة عليه هي مسؤولية تقصيرية؟

غير أنه ما يمكن ملاحظته أن المسؤولية سواء كانت عقدية أم تقصيرية فهي عديمة الأثر في القانون الطبي إذ في كلتا الحالتين تؤسس على خطأ الطبيب.²

ومن الطبيعي أن الإلتزام بالإعلام هو سابق على إبرام العقد و لا ينشأ عنه لأنه من المستحيل أن ينشأ إلتزام قبل نشوء سببه و بالتالي فالمسؤولية الناجمة عن مخالفة الإلتزام بالإعلام هي مسؤولية تقصيرية مؤسسة على نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم التي تنص على أنه: لا عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضرراً للغير بخطئه يلتزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض ”، أما الأخطاء الأخرى التي تكون متولدة عن العقد الطبي فحتماً تؤسس على أساس المسؤولية العقدية.

يقال عادة لا مسؤولية بدون ضرر *pas de responsabilité sans préjudice* فالضرر هو الذي يقدر التعويض بمقداره عادة في المسؤولية التقصيرية أما في المسؤولية العقدية فهناك من يرى أن مجرد الإخلال بالإلتزام يترتب التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الإخلال قد سبب للدائن ضرراً غير أن الإخلال بالإلتزام لابد أن يترتب عليه ضرر إذن لابد من ثبوت ضرر في المسؤوليتين حتى يستحق التعويض.³

ومن هذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية بأن: ”التعويض المقضي به للمضروب بسبب عجزه عن الكسب الدائم يجب أن يحدد بالنظر إلى ما انتقص من سلامته الجسدية بصرف النظر عن الأثر المباشر على أجره فالضرر محقق بالرغم من استمرار قبض المضروب أجره المعتاد لما ترتب على الاعتداء من خلل في التكامل الجسدي للمضروب.”

والضرر الجسدي بالمعنى المحدد و المشار إليه أعلاه يختلف من إنسان لآخر و لذلك ينبغي أن يقدر بمعيار موضوعي.

و الضرر المادي يكون مرتبطاً بالإصابة الجسدية التي قد تؤدي إلى الضرر الأدبي في حين أن الضرر الأدبي لا يقوم إلا بقيام الإصابة الجسدية.

و الأصل في الضرر بشقيه المادي و الأدبي يختلف من إنسان لآخر بحسب مركزه الاجتماعي و مصادر رزقه ومدى رفاهية شعوره وما يتاح له من مناهج الحياة فالمنطق يقضي بتقديره بمعيار

1- راييس محمد نطاق، أحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر. ط 2012/05/444 م.ص.297.

2- بلخوان يحي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.42.

3- شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض، المضمون والحدود وجزاء الإخلال موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، الجزائر، 2002م، ص.84.

شخصي بحيث يختلف من شخص لأخر تبعاً لما تتركه الإصابة الجسدية من أثر مالي عليه وما يتكبد من خسارة مالية وما ضاع عليه من كسب مالي من ناحية وما خلفته الإصابة على نفسيته من ناحية أخرى.

وعلى هذا النحو يستطيع المريض مطالبة الطبيب المسؤول بحقه عن الأضرار التي لحقت به وإذا كان المريض هو الذي تكون له مصلحة في المطالبة بجبر الضرر، فإن الضرر قد يتجاوز ذلك و ينتقل إلى الأشخاص آخرين كما لو توفي المضرور و هذا ما يسمى بالضرر المرتد والضرر الموروث هم الورثة اللذين يطالبون بالتعويض مادام المضرور قد مات وبالتالي يرثون الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي الذي أصاب مورثهم و تنتقل إليهم تركته مشتملة على هذا الحق ويقسم عليهم حسب أنصبتهم في الميراث مع ملاحظة القاعدة الشرعية التي تقضي بأن لا تركة إلا بعد سداد الديون وأما التعويض المعنوي الذي أصاب مورثهم فإما أن يكون المورث قد اتفق به مع المسؤول أو رفع به دعوى أمام القضاء قبل وفاته وهنا لا خلاف في أن الحق في متابعة الدعوى أو في مطالبة المسؤول بالتعويض المتفق عليه ينتقل إلى الورثة.¹

أما إذا كان المورث قد مات قبل أن يتفق على التعويض أو قبل أن يرفع به دعوى أمام القضاء فإن سكوته يعتبر تنازلاً عن حقه.

وبهذا أخذ القانون المدني المصري في المادة 222 منه ، أما القضاء الفرنسي فقد إعتبر أن السكوت عن المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي لا يعتبر تنازلاً مالم يوجد نص يخالف ذلك. إن المشرع الجزائري لم يجاز القوانين العربية الأخرى في هذا الحكم فيرى الدكتور علي على سليمان مانع يمنع من انتقال التعويض عن الضرر المعنوي إلى الورثة ولو كان المورث قد سكت عن المطالبة به..

وهنا نبحت في هذا المجال عن العلاقة القانونية التي تربط المريض بطبيبه فإذا كانت العلاقة قائمة على أساس المسؤولية العقدية فإن المدين لا يلزم إلا بتعويض الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع إلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم طبقاً لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري: "... غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."²

أما في المسؤولية التقصيرية فإن القانون يوجب مساءلة مرتكب الفعل الضار بالغير عن الضرر المباشر متوقعا كان أم غير متوقع ويبرر هذا التمييز³ ، بين المسؤولينين بأن المدين في

1- شهيد محمد سليم، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية حقوق، جامعة الجبلالي اليايس سيدي بلعباس 2012، 2011م ص93.

2- يرى عبد الرزاق أحمد السنهوري أن المسؤولية العقدية هي جزاء العقد و في معرض بحثه لنطاق المسؤولية العقدية يقول أن المسؤولية العقدية تقابل المسؤولية التقصيرية فالأولى جزاء العقد و الثانية جزاء العمل غير المشروع و عند تفرقة بين المسؤولين عرف عرضا المسؤولية العقدية بقوله "المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالالتزام عقدي يختلف باختلاف ما أشتمل عليه العقد، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأول، دار النشر للجامعات المصرية، 1952م، ص. 509، 424 و 733.

3- المسؤولية التقصيرية هي الإخلال بالالتزام قانوني و يراها البعض أنها: "تقوم على الإخلال بالالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الأضرار بالغير". عبد الرزاق السنهوري ، المرجع نفسه، ص. 847.

المسؤولية العقدية قد انصرفت إرادته عند إبرام العقد على ألا يلتزم إلا بما كان يتوقعه من ضرر عند التعاقد بينما المدين المسؤول في المسؤولية التقصيرية لم تنصرف إرادته إلى الإلتزام بالتعويض كيف لا وأنه لا يعلم الطرف الآخر مسبقا كما هو الحال في المسؤولية العقدية التي تقتض دائنا و مدينا بناء على العقد بحيث يكونان معلومين مسبقا.

إذا كان الضرر الذي يمنح الحق للمضروب في المطالبة بالتعويض أن يكون محققا و مباشروهما شرطان واجبان حتى تنقرر المسؤولية المدنية فضلا عن الخطأ و العلاقة السببية.

ولما كان الضرر المحتمل لا يعوض عنه في الأصل لأن وقوعه غير أكيد فان هناك ما يعرف بنظرية تقويت الفرصة في الشفاء أو البقاء *ou de perte de chance de guérison ou de survie*، فلقد أقر الفقه و القضاء في فرنسا على جواز التعويض عن الفرصة الضائعة ففوات الفرصة هي تلك الأضرار التي تصيب المريض من جراء خطأ الطبيب فينجم عنه حرمان المريض من فرصة كان محتملا الفوز بها فمثل هذه الفرصة وان كان تحققها أمرا محتملا¹.

إلا أنه وبسبب الخطأ أصبح تحققها أمرا مستحيلا فالتعويض عن فوات الفرصة و ضياعها بالنسبة للمريض مسألة وجوبية و إن كان أمرا محتملا فان تقويتها أمر محقق و هذا هو الأساس للتعويض لعدم الحصول على حق استغلالها يمثل في ذاته ضررا يوجب التعويض ففي المجال الطبي قد اعتنقت محكمة النقض الفرنسية نظرية تقويت الفرصة لأول مرة في حكمها الصادر في سنة 1965م و التي أعلنت فيه عن وجود قرائن خطيرة بما فيه الكفاية الدقيقة و المنسجمة للدلالة على أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب ولو لم تثبت العلاقة السببية بين خطأ الطبيب و الضرر الناتج بصفة مؤكدة و ألزمت القاضي بتقدير التعويض الجزئي المناسب على أساس أن الخطأ قد قوت على المريض فرصة الشفاء.

وهكذا إذن أن القضاء الفرنسي قد أقر بحق التعويض على فوات الفرصة بعدما كان في القديم لا يعرف هذا الاصطلاح حيث كان يرفض التعويض عنهما باعتبار أن الضرر فيها ليس محققا لأنه لا يمس حقا ثابتا و إنما هو مجرد أمل خاب تحققه غير أنه قد اعترف به بعد ذلك بحيث أن المريض الذي لم يكن على بينة من أمره بشأن حالته الصحية فقد تضيع الفرصة بالنسبة له، وهي فرصة الشفاء إذ كانت هناك طرق علاجية أخرى أكثر نجاعة و لم يبدها له الطبيب الذي يعالجه في حين إذا تعلق الأمر بتخلف الإعلام المرتبط بالمخاطر يكون الضرر متمثلا في تقويت فرصة تجنب هذا الخطر.

فالتعويض لا يقدر على أساس النجاح لأنه غير محقق و إنما يقدر على أساس خيبة أمل في النجاح ربما تتحقق فالقدر المحقق هنا هو فوات الفرصة.

وما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الفرنسي قد اعتنق نظرية تقويت الفرصة في كثير من قراراته مقررًا التعويض الكامل *réparation intégrale* و التعويض الكامل هو التعويض الذي يشمل

1 - شهيد محمد سليم، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية، المرجع السابق، ص. 94.

الضرر الجسدي الذي سببه التدخل الطبي، في حين اكتفي بالتعويض الجزئي في حالات مماثلة ويشمل التعويض في هذه الحالة على الضرر المعنوي.¹

ومن القرارات القضائية الحديثة التي تناولت هذا الموضوع قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 جوان 2000م حيث أوضحت أنه يتعين على المريض الذي يطالب بالتعويض عن الإخلال بالإعلام أن يثبت أنه كان سيتخذ قرار لو تم فعلا إعلامه قبل مباشرة العلاج وأضافت أنه يتعين على القضاة الأخذ بعين الاعتبار الحالة الصحية للمريض قبل التدخل الطبي.

وفي هذا المجال قد يكون التدخل الطبي ضروريا فهنا يعتقد بحتمية موافقة المريض على هذا التدخل ولو تم إعلامه بكل مخاطره، وبالتالي لا وجود لأي ضرر سوى الضرر المعنوي الناجم عن عدم الإعلام تفويت فرصة تجنب الخطر ويستحق هنا تعويض جزئي لأن إخلال الطبيب بإعلام المريض بمخاطر العلاج قد فوت عليه فرصة تجنب الخطر أما الحالة التي يكون فيها التدخل الطبي غير ضروري بحيث يحرم المريض من كل إختيار نتيجة إخلال الطبيب بواجب الإعلام فهنا يكون التعويض كاملا عن الضرر الذي أصاب المضرور وقد قررت محكمة النقض الفرنسية: "أن إخلال الطبيب بإعلام المريض بخطر الإصابة بعدوى داخل المستشفى " infection nosocomiale" قد فوت على المريض فرصة تجنب الأضرار الناتجة عنها.²

إذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب عما لحق المريض من ضرر جراء الإخلال بالالتزام بالإعلام فإنه يتعين إلزام المسؤول بتعويض المضرور وجبر الضرر الذي لحق به وذلك طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم والتي سبق ذكره، فالقاعدة العامة التي تحكم تقدير التعويض عن الضرر تقضي بوجود أن هذا التعويض على قدر كاف لجبر الضرر، فلا يزيد عنه ولا يقل و الأساس في ذلك أن الغرض منه هو إعادة التوازن الذي اختل نتيجة الضرر الناتج بفعل خطأ ولن يتحقق ذلك إلا بإعادة الحال إلى ما كان عليه من قبل.

والتعويض قد يكون إما في صورة عينية أو في صورة نقدية وهذا ما سيوضح في فرعين مستقلين.³

الفرع الأول: التعويض العيني

التعويض العيني هو "إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار و يزيل الضرر الناشئ عنه" ويعتبر هذا أفضل طريق للضمان و القاضي ملزم بالحكم بالتعويض العيني متى كان ذلك ممكنا وطلبه الدائن أو تقديم به المدين.

إن المشرع الجزائري ذهب إلى تطبيق التعويض العيني وجعله كأصل إذ نص في المادة 164 من القانون المدني على أنه: "يجبر المدين بعد اعذراه طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا" وعليه فلا يجوز للدائن أن يطلب بمقابل إذا كان المدين

1--محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق ص187.

2-محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط. 2004، ص.159.

3-سليخ محمد لمين، ماجستير في القانون مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية، ط.2015م. ص 312/315.

مستعدا للتنفيذ العيني وإذا طالب المدين بالتنفيذ بمقابل ولم يكن التنفيذ العيني مرهقا له فالقاضي يحكم بهذا الأخير.

فالطبيب الذي يخطئ في عدم تبصير المريض بكل ما يدور حول صحته و ينتج عن خطئه ضرر له فالقاضي هنا يلزم الطبيب بإصلاح التلف وجبر الضرر وهنا يمكن القول أن التعويض العيني يبدوا أمرا عسيرا لهذا فإن الغالب هو أن يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة في صورة نقدية لأن كل ضرر حتى الضرر الأدبي يمكن تقويمه بالنقد.¹

وحرية القاضي غير مطلقة في الحكم بالتعويض عينا بل تنقيد ببعض الشروط التي تتعلق بالمجال الطبي وهي:

1- في بعض حالات الضرر الجسماني و الأدبي يصبح من غير الممكن اللجوء إلى التعويض العيني كحدوث جرح أو قتل بالمريض إذ انتهت التشريعات الحديثة بالنص على وجوب التعويض بمقابل في مثل هذه الحالات.

2- يجب للأخذ بالتعويض العيني أن يكون ممكنا فإذا أصبح مستحيلا فانه نكون أمام التعويض النقدي لا التعويض العيني.

3- إذا كان في التعويض العيني إرهاب للمدين و إن كان ممكنا بصورة يتجاوز فيها الضرر اللاحق بالمدين فلا محل لإجبار المدين على تنفيذ ذلك تنفيذا عينا.

وتجدر الإشارة أن التعويض العيني أكثر ما يقع في الإلتزامات العقدية ويتصور الحكم به في بعض حالات المسؤولية التقصيرية ولكن نطاقه هنا محدود لأنه لا يكون ممكنا إلا حينما يتخذ الخطأ الذي أقدم عليه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته.²

الفرع الثاني: التعويض بمقابل

التعويض النقدي هو الأعم في المسؤولية المدنية ويتمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق المضرور والأصل أن يدفع دفعة واحدة كما يجوز أن يدفع على شكل أقساط أو إيراد مرتب لمدة معينة أو لمدى الحياة و يجب أن لا يتجاوز قدر الضرر و أن لا يقل عنه والقاضي يقدر مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب وفقا لأحكام المادة 182 من القانون المدني التي تنص على أنه: "...يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب..."، وكذلك على القاضي مراعاة الظروف الملازمة للمضرور كجسامة الضرر و صحة المضرور و ظروفه العائلية و المهنية وحالته المالية.

ويمكن القول أن القاضي يقدر قيمة الضرر وقت حدوثه غير أن هذا له أهمية كبيرة فإذا كان الحق في التعويض أي الحق في إصلاح الضرر ينشأ منذ استكمال أركان المسؤولية و بصفة خاصة منذ وقوع الضرر إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور حكم قضائي.

1- بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري مذكرا لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جامعة احمد درارية أدرار، كلية الحقوق والعلوم السياسية تاريخ المناقشة 2015/05/12م، ص.10.

2- علي على سليمان، المرجع السابق، ص.168.

والحكم إن لم يكن مصدر الحق في التعويض إلا أن له أثر محسوسا فيه فهو الذي يحدد عناصره وطبيعته ويجعله مقوما بالنقد والضرر الذي يصيب المريض قد يكون متغيرا قد لا يتيسر تعيين مداه تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم وذلك فمن المقرر قانونا أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب به خلال مدة زمنية معينة لإعادة النظر فيه وهذا ما أكدته المادة 131 من القانون المدني حيث نصت على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب به خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".¹

إن المشرع الجزائري لم يترك للقاضي حرية تقدير التعويض حسب ميوله و أهوائه الشخصية بل حدد له معايير يسير عليها وضوابط تقدير التعويض قد قررتها المحكمة العليا في 07-06-1987م على "أن قاضي الموضوع تبرير جميع عناصر التعويض المدني التي تخضع لرقابة المحكمة العليا لأن تعيين العناصر المكونة قانونا للضرر تعد من المسائل القانونية والتعويض ينبغي أن لا يتجاوز حدود الضرر بمعنى يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب.

وفي سياق الحديث يمكن القول أن تقدير التعويض مسألة واقع تخضع لسلطة قاضي الموضوع دون معقب عليه فيجب إخضاع الضرر الناشئ عن النشاط الطبي، و خصوصا الضرر الذي أصاب المريض نتيجة إخلال الطبيب بواجب إعلام مريضه كركن من أركان المسؤولية المدنية أما تكييف تلك الوقائع من حيث الأركان كونها محققة أو احتمالية مادية أو أدبية فهذه المسائل تخضع إلى رقابة المحكمة العليا أما تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ أو نفي هذا يعد من المسائل التي يخضع لها القاضي لرقابة المحكمة العليا لكنه يلتزم بالتحقيق من حدوث الوقائع التي أثبتها المريض المضروب على الطبيب وأن يثبت من انطباق وصف الخطأ على تلك الوقائع وذلك بعرضها على معيار الخطأ لمعرفة ما إذا كان من الممكن استنباط خطأ الطبيب منها وله السلطة المطلقة في استنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته و في المجال الطبي غالبا ما يستعين بالخبرة الطبية.²

¹- علي على سليمان ،ص.206.

²-سلخ محمد لمين ،ماجستير في القانون مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية ،المرجع السابق ص 315.

المطلب الثاني: كيفية تقدير تعويض المريض

الفرع الأول: حق التعويض عن الحوادث الطبية

إن التعويض على الحوادث الطبية هو حديث العهد في فرنسا إذ جاء به قانون 04 مارس 2002م حيث وضع نظاما خاصا للتعويض عن تلك الحوادث و يكون ذلك بدون خطأ و لعل الغرض من هذا النظام الخاص يتجلى في حماية المرضى حتى لا يبقوا ضحايا الحوادث الطبية من غير تعويض من جهة و من جهة أخرى أنه من غير العدل أن يتحمل الأطباء مسؤولية هذه الحوادث الطبية.

وفي مجال التعويض عن هذه الحوادث وضع القانون الجديد نظاما للتسوية الودية يتكفل به جهاز حكومي على أساس التضامن الاجتماعي ففي حالة وقوع ضرر للمريض من جراء حادث طبي يتحصل هذا الأخير على تعويض المناسب في إطار التضامن الاجتماعي و عليه لم يعد بالإمكان للجهات القضائية مطالبة الطبيب أو المؤسسات الاستشفائية بالتعويض عن الحوادث الطبية وهذا يعني من جهة أخرى عودة القضاء إلى نظام المسؤولية على أساس الخطأ إذ على الراغب في الحصول على تعويض من الطبيب إثبات خطأ هذا الأخير بالاستناد إلى إهماله و تقصيره في العلاج.

وحتى يتمكن المضرور من الحصول على التعويض المناسب في مثل هذه الحالات وكذا حماية ممارسي المهن الطبية ألزم قانون 2002/03/04 م الأطباء و جميع المؤسسات الصحية بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية و الإدارية مع العلم أن القانون المشار إليه رصد عقوبة الغرامة بمبلغ 45000 أورو مع المنع من الممارسة في حالة عدم الإلتزام بالتأمين.

ولقد دخلت هذه القاعدة مجال التطبيق بموجب القانون رقم 1577-2002 الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2002م والمتعلق بالتأمين من المسؤولية المدنية الطبية الذي حدد الفاتح من جانفي 2004م كتاريخ لبدء المتابعات القضائية للأطباء عن الإخلال بواجب التأمين وعلى هذا الأساس يستفيد المريض حاليا في فرنسا من نظام مزدوج للتعويض عن الأخطاء الطبية:

- التعويض عن طريق المسؤولية المدنية بالنسبة للأضرار الطبية التي يمكن إسنادها إلى خطأ الطبيب.

- التعويض عن الحوادث الطبية من الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية في إطار التضامن الاجتماعي.

ويمكن القول أن القضاء الفرنسي قد وجد حلا مناسباً لتعويض ضحايا الحوادث الطبية، فقد ضلت محكمة النقض الفرنسية مترددة طويلة من الزمن بين حماية المرضى من جهة وحماية أهل المهنة من جهة أخرى.

وأخيراً لجأت في السنوات الأخيرة إلى تعويض المرضى ضحايا الحوادث الطبية في غياب الخطأ الفني للأطباء على أساس:

- إما الإخلال بواجب الإعلام (défaut d'information)، أو الخطأ المقدر (faute virtuelle)، أو المسؤولية بدون خطأ responsabilité sans faute ، غير أن هذه الحلول لم تكن مناسبة لأنها وإن كانت قد ساعدت المرضى في الحصول على التعويضات اللازمة إلا أنها لن تكون عادلة في جانب الأطباء فإذا كان ليس من العدل ترك ضحايا الحوادث الطبية بدون تعويض فإنه من غير العدل تعويض هؤلاء على حساب الأطباء بدون ارتكابهم لأي خطأ فني.

وعلى هذا وتداركالأمر تدخل المشرع الفرنسي بالقانون المتعلق بحقوق المرضى بتاريخ 04 مارس 2002 لأجل تنظيم الكثير من المسائل ومنها تعويض ضحايا الحوادث الطبية وهكذا إذا فان قانون 04 مارس 2002 م الذي وضعه المشرع الفرنسي هو نظام مفضل وهو يطبق على جميع الأضرار التي إذا لم ترفع على أساس المسؤولية فإنها ترفع على التضامن لكن ما يتعلق بالقانون السالف الذكر قد يترتب في الحالات نتائج هامة في تطبيقه.¹

وما يمكن القول أنه طرحت بعض المشاكل حيث أنه لم يعط أجوبة على جميع الأسئلة التي تطرح في إطار المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية الطبية وإذا كان الوضع في فرنسا قد أعطى حماية للمرضى وذلك بمنحهم التعويض في التضامن الاجتماعي أي تقوم المسؤولية الطبية من دون خطأ وذلك في مجال التعويض على الحوادث الطبية فإن الوضع في الجزائر مازال يشترط على المريض إثبات الخطأ في حق الطبيب حتى يتحصل على التعويض ويقوم المسؤولية الطبية على أساس الخطأ.

والقضاء الجزائري يشترط أن يكون الخطأ جسيماً في حق الطبيب المخطئ بينما يكفي الخطأ اليسير إذا صدر من عون شبه طبي كالمساعدين الطبيين وعليه فإن التعويض على الحوادث الطبية في الجزائر تقوم على مبادئ عامة من حيث إثبات المسؤولية من الخطأ و الضرر والعلاقة السببية وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري أقر إلزامية التأمين عن المسؤولية المدنية في المجال الطبي بموجب المادتين 167 و 169 من الأمر 07-95 الصادر في 20/01/1995م.

لهذا أرى أن المشرع الجزائري بإمكانه رفع المشقة على المريض المضروب جراء حادث طبي وذلك عن طريق إرساء نظام موضوعي للتعويض القائم على المسؤولية غير الخطئة في المجال

1 - يُطلب من المهن الصحية التي تمارس أنشطة ليبرالية والمؤسسات والخدمات الصحية وأي كيان قانوني (بخلاف الدولة) يقوم بأنشطة وقائية أو تشخيصية أو رعاية، فضلاً عن منتجي وموردي المنتجات الصحية، الحصول على تأمين يهدف إلى ضمانها ضد مسؤوليتهم المدنية أو الإدارية التي من المحتمل أن يتم تكبدها بسبب الأضرار التي لحقت بأطراف ثالثة والناجمة عن الإصابة الشخصية التي تحدث في سياق نشاط الوقاية من التشخيص أو العلاج. (القانون رقم 303-2002م الصادر في 04.03.2002).

الطبي عن طريق التأمين و صناديق الضمان وهذا على غرار الأنظمة الأخرى كالتعويض عن حوادث السيارات.¹

الفرع الثاني: طرق التقدير القضائي للتعويض

فنتناول فيما يلي سلطة تقدير القاضي للتعويض و الجهات المختصة للفصل فيه:

أولاً: سلطة القاضي في تقدير التعويض

القاضي له سلطة في تقدير التعويض، إلا أن سلطته ليست مطلقة أين يمكن للمحكمة العليا أن تسلط سلطتها في الرقابة فيما يتعلق بالجوانب القانونية منه.²

1- استقلال قاضي الموضوع في تقدير التعويض:

إن عملية تقدير التعويض الناجم عن إخلال الطبيب بواجب الإعلام متى ترتب عليه ضرر تنطوي على دقيقة وفنية وليس في مقدرة القاضي معرفتها، أنها بحاجة إلى الأطباء و أهلاخبرة من ذوي المهنة، لأن القاضي لا يفرض به أن يلم بالأمر الطبية وليس من السهل عليه أن يعرف الخطأ في سلوك الطبيب المعالج³ فالأصل أنه لا يمكن للقاضي بأي حال من الأحوال أن يحكم بما لم يطلب منه أو بأكثر مما طلب منه ماعدا في بعض الحالات الإستثنائية القائمة على أساس نظرية المخاطر كما هو الشأن بالنسبة لحوادث المرور و التي تخرج أساسا من نطاق الموضوع محل الدراسة الحالية.

والأصل أن الحق في التعويض ينشأ من يوم اكتمال عناصر المسؤولية، فتنص المادة 131 ق.م"يقدر القاضي مدة التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملايسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مع التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".⁴

ويراعي القاضي عند تقديره للتعويض مجموعة من المعايير المعمول بها من أجل حصول المريض المضروور على تعويض عادل و منصف وذلك تمهيدا لتحديد مقدار التعويض و التي يمكن حصرها فيما يلي:

1- الأمر رقم 07 /95 المتعلق بالتأمين الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995 م .ج.ر العدد 13، ص.07.

2-- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 210.

3- حسين مشاقي، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، أطروحة الاستكمال لمتطلبات درجة الماجستير فيالقانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008م، ص131.

4-محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، طبعة 2004 م، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع الجزائر ص.15.

*مراعاة ظروف الملابس: وهي الظروف الشخصية، الصحية، العائلية والمالية التي تحيط بالمضرور و هي تقدر على أساس ذاتي لا على أساس موضوعي مجرد.¹

*مراعاة حسن النية أو سوءها: ويقصد بحسن النية الاستقامة و النزاهة و الإخلاص وانتفاء الغش وفي إطار تنفيذ العقد الطبي يجب أن تتوفر حسن النية، وهنا يتم تقدير التعويض مراعاة للظروف الخارجية للشخص قياسا على سلوك الرجل العادي في يقظته وذكائه.

*مراعاة الكسب الفائت و الخسائر اللاحقة: فالكسب الفائت هي كل الأرباح المتوقعة أو الغير متوقعة كلما كانت محققة، وهو معيار معمول به من طرف القاضي بسبب عدم تنفيذ الطبيب المدين لإلتزامه التعاقدية أو بسبب تأخره في التنفيذ، ويقصد بالخسائر اللاحقة هو الضرر المباشر اللاحق بحق أو بمصلحة مشروعة للمضرور.²

*مراعاة المصاريف و المبالغ المنفقة وقت النطق بالحكم: إلى جانب المعايير سالفه الذكر يراعي القاضي في تقديره للتعويض أيضا ما يعرف بالتكاليف و المبالغ المنفقة من طرف المريض المضرور وقت النطق بالحكم، وهي تشمل كل ما أنفقه المريض من مصاريف للعلاج الدواء، النقل، المبيت في المستشفى وكل ما له علاقة به.

2-رقابة المحكمة العليا على تقدير القاضي للتعويض

لا رقابة على القاضي في تقدير قيمة التعويض من المحكمة العليا، إلا فيما يتعلق ببيانات الوسائل المعتمدة منه لتقدير التعويض الممنوح للمريض أو ذويه³ أي تلك الوسائل التي استمد منها قناعته في تحديد مقدار التعويض عن الضرر اللاحق بالمريض، وإذا كانت لها السلطة في ذلك إلا أنه لا يستطيع إغفال هذه العناصر التي تعد بمثابة معايير كفيلة بجبر الضرر و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض وهي المسائل التي تقع تحت رقابة المحكمة العليا، فتستبعد من التعويض المقتضى به من قاضي الموضوع ما ترى أنه قد أدخله في التقدير على الأساس الخاطئ.⁴

ترفع دعاوى تعويض المرضى المتضررين ويكيف الخطأ في هذا الشأن بالخطأ الشخصي المرتكب من طرف الطبيب المتسبب في إحداث ضرر، فإذا كان الطبيب يمارس العمل الطبي في عيادته الخاصة وقام بتولي علاج المريض واستقباله، وكان ذلك بناء على إختياره أو طلبه بنفسه أو عن طريقناؤه ونتج عن ذلك خطأ طبي سواء في تشخيص حالته المرضية أو في عدم إعلامه

1- عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 197.

2- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية و التقصيرية و العقدية، توزيع دار الكتاب الحديث، الطبعة الثانية مصر 1979م، ص 542/ 555.

3- قرار المحكمة العليا رقم 109568 بتاريخ 1994/5/24م، المجلة القضائية لسنة 1997 م، عدد 21 ص 132.

4- يسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق 1984، دار الإيمان، دمشق بيروت ط 1، ص 251.

أوعدم إعلامه الكافي أو بمناسبة الجراحة أو أثناء فترة النقاهة... إلخ قد تمارس عندئذ دعوى التعويض أمام القضاء المدني.¹

2-المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي:

ويظهر ذلك من خلال الدعوى المدنية التي يتأسس من خلالها الضحية (الشخص المريض) عادة كطرف مدني وفقا لأحكام المواد 3/239، و 242 قانون إجراءات الجزائية أو بموجب شكوى مصحوبة بادعاء مدني طبقا لنص المادة 32 من ذات القانون.²

ويشترط لقبول الدعوى المدنية الفاصلة في طلب التعويض ما يلي:

-أن تكون الجريمة الطبية قد وقعت فعلا.

-أن يترتب عن ارتكاب الجريمة الطبية ضررا مباشرا.

وفي حالة ثبوت براءة الطبيب المتهم بموجب الحكم الصادر عن القسم الجزائي فلا مجال عندئذ الحكم بالتعويض لصالح المريض المضرور تأسيسا لعدم الارتباط بين الخطأ الجزائي و الخطأ المدني.

4-المطالبة بالتعويض أمام القضاء الإداري: أما إذا كان الطبيب يمارس وظيفته أمام المرافق الصحية العمومية كالمستشفيات، فيكون القضاء الإداري عندئذ هو المختص نتيجة إضفاء الصبغة الإدارية على موضوع النزاع المعروض في مجال الأخطاء الطبية المترتبة عن مسؤولية المستشفيات وذلك بحكم العالقة الغير مباشرة التي تربط الطبيب بالمستشفى من جهة و المريض المضرور من جهة أخرى.³

1- عشوش كريم، العقد الطبي المرجع سابق ص. 233.

2- قانون الإجراءات الجزائية، جريدة رسمية عدد 40، صادر بتاريخ 7 شوال عام 1436هـ، الموافق ل 03 يوليو سنة 2015م. ص 05.

3- عشوش كريم، العقد الطبي نفس المرجع ص. 234.

الخاتمة

الخاتمة

الطب مهنة إنسانية وأخلاقية وعلمية مقدسة، لها أهميتها الدائمة وينشأ عنها علاقة ما بين المريض والطبيب، هي إنسانية بطبيعتها وقانونية تحتم على الطبيب الإهتمام بالمريض وعمل كل ما يلزم لعلاجهم وبذل العناية التي تقتضيها مهنة الطب .

و الكثير من المرضى يسافر لتلقي العلاج بسبب سوء الرعاية الطبية أو نقصها، ولهجرة الكثير من الكفاءات الطبية، كما أن بعض المرضى يعاني من سوء الرعاية المقدمة بعد العودة من العلاج في الخارج، إذ ان شركات سياحية متخصصة في بعض الدول تمكن المرضى من الحصول على الرعاية الصحية وهو يسمى بالسياحة الطبية .

لذا اهتمت العديد من دول العالم بها كالاتحاد الأوربي والولايات المتحدة الأمريكية، ولم نجد قواعد دولية تحكم مسؤولية الطبيب إنما وجدنا فقط القواعد العامة في المسؤولية العقدية في القانون الدولي واهتمت منظمة الصحة العالمية بسلامة المرضى لزيادة عدد الأخطاء الطبية سنوياً في العالم، إذ أن الإجراءات القانونية غير كافية في كثير من الأحيان ويحتاج المريض قبل أو بعد عودته إلى وطنه لتقديم شكوى وأن يخضع لقوانين تلك الدولة وأن الدول التي تطبق نظام التأمين تقدم تأمين كافي، وتمتتع شركات التأمين عن التسديد في بعض الأحيان بسبب الإهمال الطبي.

وتوصلت إلى أن السبب في زيادة سوء الممارسات الطبية في الإطار الدولي هو أنه يعمل الأطباء على توقيع المريض تنازل عن حقه في المقاضاة وأن الكثير من الأضرار الطبية المادية والمعنوية متغيرة وتتفاقم بعد عودته إلى موطنه، ومن الضروري وضع لجان طبية من وزارة الصحة تسمح للمرضى السفر للخارج ومتابعة حالاتهم واختيار مستشفيات متخصصة عن طريق السفارات في تلك الدول وتتطلب مهنة الطب من الطبيب أن يكون رحيماً وبيدلاً أقصى جهد وعناية لشفاء المريض وهذا ما تقتضيه الأصول المستقرة في مهنة الطب .

وتظهر الإشكالية لقيام المسؤولية الطبية في حالة ارتكاب الطبيب بعض الأخطاء الطبية وما يلحق بها من أضرار يستوجب التعويض عنها ونظراً لحساسية ودقة هذا النوع من العلاج وما يتطلبه من توفير الأدوات والأجهزة الطبية الحديثة، وما رافق العلوم الطبية من تطورات تقنية بالاعتماد على أساليب العلاج الحديثة ودقة الفحوصات والعينات وكثره الأخطاء وصعوبة إثباتها، فإن بقاء مسؤولية الطبيب يحق للمريض المضرور المطالبة بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به نتيجة خطأ الطبيب.

وما دامت المسؤولية العقدية هي جوهر عقد الطبيب عن بعد فإن بمجرد إخلال الطبيب بالتزامه محل العقد تنهض المسؤولية المدنية للطبيب ولا يستطيع التخلص منها إلا بأثبات السبب الاجنبي وعدم تحقق النتيجة فالطبيب إذا باشر علاج المريض في ظروف عادية فالغالب أن يكون ذلك بناء على إتفاق بينهما وكان يجب بناء على ذلك أن يعتبر التزام الطبيب بالعلاج التزاماً تعاقدياً أيضاً وأنه يترتب على الإخلال به مساءلته. ومرجع هذه المسؤولية العقدية عن عمل المساعد أو التابع، أن المدين المتعاقد يكون مسؤولاً عن عدم تنفيذ العقد، متى ثبت عدم التنبؤ بعدم تحقق النتيجة المرجوة أو بعدم القيام بالعناية اللازمة بحسب الأحوال وذلك ما لم يكن عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي كقوة القاهرة أو فعل من الغير أو فعل من الدائن ذاته، والسبب الأجنبي في أي صورة من صوره لا بد أن يكون مستقلاً عن المدينين وهذا ما لم يتوافر بالنسبة لمن يستعين

بهم المدين في تنفيذ إلتزامه أو يعهد إليهم بتنفيذه الجراحية ، ويكون ذلك بصورة تتناسب وتتلاءم مع قدراته العقلية والنفسية.

إلا ان الطبيب يعفى من الإلتزام بالإعلام بالنسبة للمخاطر التي تؤثر على نفسية المريض وتدفعه إلى رفض العلاج ورغم أن أغلب الفقه والقضاء أكد على ضرورة إعلام المريض بصورة دقيقة وتفصيلية بالنسبة للأعمال الطبية غير العلاجية باعتبارها لا تهدف إلى الشفاء من مرض معدي إلا أنه يجب القول بتحفظ شديد إنه إذا كانت هناك نتائج ضارة بالمريض فعلى الطبيب أن يقوم بإعلامه بها وهو ملتزم بذلك وإلا أصبح مخلا بهذا الإلتزام .

وبتالي ليس له الحق في إختيار الطبيب الذي يعالجه ولا في مناقشة القرارات العلاجية الخاصة به وكخلاصة لمجمل القول يمكن أن نورد بعض النتائج :

أولا : إن إلتزام الطبيب المشرف على التدخل الطبي بإعلام مريضه بمخاطر المرض وطريقة العلاج يعتبر إلتزاما بتحقيق نتيجة وليس إلتزام ببديل عناية على أساس أن إلتزام الطبيب هنا يعتبر من الإلتزامات المحددة التي يجب أن تفصي إلى نتيجة معينة.

ثانيا : إن الطبيب المعني بهذا الإلتزام قد يكون عاما أو متخصصا ، كما قد يكون طبيب أسنان أو قائم بإجراء التحاليل الطبية ، أو طبيب تخدير أو الأشعة وبتالي فهذا الإلتزام يسري على كل قائم بنوع العمل الطبي دون إستثناء .

ثالثا : إن المشرع الجزائري اعتمد هذا النوع من الإلتزامات إلا وهو الإلتزام بإعلام المريض في القواعد الخاصة بحماية الصحة ، ومنها القانونون 85_ 05 وقانونه 90_17 المعدل له وكذا مدونة أخلاقيات الطب المقررة بالمرسوم التنفيذي 92_276 المشار إليه في المذكرة .

رابعا : يعاب على المشرع بخصوص إثبات المسؤولية الطبية أنه لم يتناول مسألة تحمل عبء الإثبات في القواعد الخاصة من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات الطب ، فلم يبين بوضوح على من يقع عبء الإثبات في الحصول أو عدم حصول الإلتزام بالإعلام وعموما فإن القطاع الصحي في الجزائر يتخبط في مشاكل عويصة ، منها نقص الإمكانيات المادية والبشرية ، فالطبيب لا سيما في المستشفيات العامة التي يقبل عليها عدد معتبر من المرضى قد لا يستطيع الإلتزام بواجب الإعلام بل يحاول التخلص من هذا العدد الكبير من المرضى ، الأمر الذي لا يترك له المجال في تزويد المريض بإعلام شامل بشأن الحالة الصحية ، فكيف به بيالي بحقه في الإلتزام بالإعلام إذ غايته المهمة لديه هي العلاج أكثر مما يهمله حقه في الإعلام ومن خلال كل هذا نأمل لأن يساير القضاء عندنا تطورات القضاء في البلدان الغربية ، وحتى بعض البلدان العربية في التأكيد على إلتزام الطبيب بإعلام المريض بصورة واضحة ودقيقة.

و في الاخير ما يبقى لنا سوى أن نذكر بعض التوصيات العامة:

- 1 - تشديد على إعلام المريض لكل مرحلة من مراحل العلاج.
- 2 - تأكيد من طرف الطبيب على ضرورة إجراء فحوصات طبية ضمان لإعلام تقريبي للحالة الصحية للمريض.

3 - على الطبيب المختص توجيه المريض للعلاج الأنسب و أن كان للقضاء دور لتأييد حرية الطبيب في إختيار العلاج الذي يلاءم حالته على إعتبار أنه صاحب الخبرة على ذلك إلا أن هذا يعد انتقاص من إرادة المريض و حقوقه لأنه الوحيد الذي يحق له إختيار طريقة المساس بجسده و نحن ندعو إلى التوفيق بين احترام إرادة المريض و حريته في طريقة إختيار العلاج و تحقيق الغاية منه.

قائمة المراجع

أولا : اللغة العربية

1- القران الكريم

2- الحديث الشريف

3- الأمر :

1- الأمر رقم 58/ 75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقانون رقم 10_05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج. ر. عدد 31 مؤرخة في 08 ماي 2007م.

2- الأمر رقم 02 /05 المؤرخ في 27 فبراير 2005م، المتضمن قانون الاسرة الموافق
3- بالقانون رقم 09 /05 المؤرخ في 4 مايو 2005م ، ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005م.

4- الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمين الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995م. ج. ر. العدد 13.

5- قانون رقم 05/ 85 المؤرخ في 16 فبراير 1985م، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بقانون 13/ 08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 ج ر عدد 52 مؤرخة في 08 أوت 2008م، المتعلق بعلاقات العمل.

4- المراسيم:

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

2- المادة 02 من قانون 11/90 المؤرخ في 26 رمضان عام 1410هـ الموافق 21 أفريل 1990م، والمتعلق بعلاقات العمل.

3- قرار المحكمة العليا رقم 109568 بتاريخ 1994/5/24 المجلة القضائية لسنة 1997م عدد 21 .

4- قانون الإجراءات الجزائية ،جريدة رسمية عدد40، صادر بتاريخ 7 شوال عام 1436هـ، الموافق ل 03 يوليو سنة 2015م.

5- الكتب

أ- الكتب العامة :

1- بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ،الجزء الاول

التصرف القانوني في العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية

الساحة المركزية بن عكنون. 2001م .

2-بودالي محمد، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، الطبعة

قائمة المراجع

- الثالثة، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005م.
- 3- عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2007 م.
- 4- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة السابعة 2006م.
- 5- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1995م.
- 6- علي علي سليمان في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري دار المطبوعات الجامعية طبعة الثانية.
- 7- علي علي سليمان ، نظرات قانونية مختلفة ، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري ، ، الطبعة الثانية ، د.م.ج ، الجزائر ، 1989م.
- 8- رايس محمد ، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، الإيداع القانوني 2012م.
- 9- مروك نصر الدين ، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية 2003م.
- 10- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة الجزائر الطبعة 2007م.
- 11- صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1993م.
- 12- شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض، المضمون والحدود وجزاء الإخلال موسوعة الفكر القانوني ، الجزء الأول ، الجزائر الطبعة، 2002م.
- 13- رايس محمد نطاق أحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر الطبعة 2012/444، 05م.
- 14- غوثي بن ملح، قواعد و طرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري الديوان الوطني للأشغال التربوية الطبعة الأولى 2001م.

قائمة المراجع

15-بن صغير مراد ، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض ، مداخلة مقدمة في ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو و أيام 09/10 أبريل 2008م.

ب-الكتب المتخصصة:

1-بابكر الشيخ ،المسؤولية القانونية للطبيب جامعة النيلين،كلية القانون،عمان الأردن، الطبعة الأولى 2002م.

2-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية 1952م.

3-علي حسن نجيده التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م. .

4-محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية الطبعة دار الفكر الجامعي جامعة مصر، 2006م.

5-محمد حسن ، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة 2004م.

6-سلخ محمد لمين ،مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية ،مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية الطبعة الأولى 2015م.

7-رمزي رشاد عبد الرحمان الشيخ، المسؤولية المدنية للطبيب عن عمليات نقل وزراعة الأعضاء ،كلية الحقوق، جامعة طنطا الإسكندرية، 2015م.

8- محمد السعيد رشدي ،عقد العلاج الطبي كلية الحقوق جامعة بنها الإسكندرية، 2015م.

9-عبد الفتاح بيومي الحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ، مصر ،2008م، ص.

10- مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي، المكتبة الحديثة، المنوفية، مصر، 1992م.

11- عبد الفتاح بيومي الحجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي ، مصر ،2008م.

قائمة المراجع

- 12- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، مضمون الإلتزام العقدي للمدين المحترف، بحث ألقى في المؤتمر العلمي لكلية الحقوق، جامعة بيروت، منشور من طرف منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، لبنان، 2008م.
- 13- عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية و التطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م.
- 13- محمد سوار النظرية العامة للإلتزام، مطبعة جامعة دمشق الجزء الثاني طبعة 1995/1996م.
- 14- فتحي عبد الرحيم عبد الله، النظرية العامة للإلتزام، المصادر غير الإرادية منشأة المعارف، الإسكندرية 2007م.
- 15- درويش احمد ، العقد الطبي ، تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه ، الطبعة الاولى منشورات سلسلة المعرفة القانونية ، الرباط 2009م.
- 16- مصطفى العوجي القانون المدني، المسؤولية المدنية بيروت، لبنان 1996م.
- 17- أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة، عمان، 2008م.
- 18- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، الطبعة 2004م.
- 19- بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق دار الإيمان، دمشق بيروت الطبعة الأولى 1984م.
- 20- حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية و التقصيرية و العقدية، توزيع دار الكتاب الحديث ، الطبعة الثانية مصر 1979م.

6- الرسائل و المذكرات :

- 1- عبد الكريم مأمون رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية دراسة مقارنة رسالة 2005 / 2004م دكتوراه.
- 2- القاضي بالخوان يحي عبد اللطيف، الإلتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2008/2009م.

قائمة المراجع

- 3-صفية سنوسي، الخطأ الطبي في التشريع والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ورقلة 2006 م.
- 4-حسين مشاقي، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، أطروحة الاستكمال لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008م.
- 5-بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، جامعة احمد درارية أدرار كلية الحقوق والعلوم السياسية تاريخ المناقشة 2015/05/12م.
- 6-شهيد محمد سليم، المسؤولية المدنية عن الجراحة الطبية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه كلية لحقوق، جامعة الجيلالي الياصب سيدي بلعباس 2011-2012م.
- 7-فمراوي عز الدين ، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي دراسة مقارنة رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق ،جامعة وهران طبعة 2013م.
- 8-عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، 2013/2014 م.
- 9-عزوز كاهنة، سعد الله كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، جامعة العقيد اكلي محمد اولحاج البويرة، تخرج 2021م.
- 10-زرقان رزيقة، زراري جويده، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية 2014/2015م.
- 11-رضا بلعبيدي، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر ميدان الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2020/2021 م.
- 12-سعيدان أسماء، إلتزام الطبيب بإعلام المريض ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع عقود و مسؤولية ،كلية الحقوق جامعة الجزائر ، طبعة 2001م.
- 7- مجلات:**
- 1- نبيل صقر، ملف المسؤولية الطبية، مجلة موسوعة الفكر القانوني دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر، 2005م.
- 2-أحمد دغيش، إلتزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزوو، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، العدد الأول، الجزء الثاني، 2008م.

قائمة المراجع

- 3- مجلة موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر 2005م.
4-مجلة بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005م.

ثانيا- باللغة الفرنسية:

- 1- Jaques moreau et Didier trochet droit de la santé publique dalloz5 edition2000.
- 2- MAITR Céline HALPERN GUIDE JURIDIQUE ET PRATIQUE DE LA Responsabilité MèDICALE.
- 3- Jaques moreau et dédiéer trochet- droit de la santé publique- Dalloz.5 Edition2000.
- 4- M. Lucien accad et Maryse coussin Zante-les nouvelles obligations juridique du médecin- édition eska2001.
- 5- M.hannouz et Hakam-précis de droit médicale a l'usage des praticiens et de la médecine du droit-OPU 1993.

الفهرس

الفهرس

1.....	الإهداء
3.....	البسمة
4.....	قائمة المختصرات
5.....	المقدمة
9.....	الفصل الأول : التزام الطبيب ونظامه القانوني
9.....	المبحث الأول: المفهوم القانوني لإلتزام الطبيب بالإعلام
9.....	المطلب الأول:تعريف إلتزام الطبيب بالإعلام
12.....	الفرع الاول :أهميته وأساسه
16.....	الفرع الثاني:أطراف الإلتزام
20.....	المطلب الثاني :نطاق إلتزام الطبيب بالإعلام
20.....	الفرع الاول:عناصره
27.....	الفرع الثاني: شروط ومعايير نطاق إلتزام الطبيب بالإعلام
33.....	المبحث الثاني: النظام القانوني لإلتزام الطبيب بالإعلام
33.....	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للإلتزام الطبيب بإعلام المريض
36.....	الفرع الأول: خصائص الإلتزام بالإعلام في العقد الطبي
38.....	الفرع الثاني :أركان الإعلام في العقد الطبي
48.....	المطلب الثاني: مجال إلتزام الطبيب بإعلام المريض
48.....	الفرع الأول: حالات إلتزام الطبيب بإعلام المريض
51.....	الفرع الثاني:الاستثناءات الواردة على إلتزام الطبيب بإعلام مريضه
53.....	الفصل الثاني: المسؤولية العقدية والتعويض عليها

الفهرس

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية العقدية للطبيب و عبء إثباتها.....	53
المطلب الأول: مفهوم المسؤولية العقدية.....	53
الفرع الأول: تعريف المسؤولية العقدية وشروطها.....	53
الفرع الثاني: أركان قيام المسؤولية العقدية.....	58
المطلب الثاني: إثبات الإلتزام بالإعلام في المسؤولية العقدية	65
الفرع الأول: وقوع عبء الإلتزام بالإعلام على عاتق المريض.....	66
الفرع الثاني: وسائل الإثبات القانونية لإجراء الإعلام.....	73
المبحث الثاني: التعويض عن الضرر الناتج على عدم الإعلام.....	76
المطلب الأول: أنواع التعويض.....	76
الفرع الأول: التعويض العيني.....	80
الفرع الثاني: التعويض بمقابل.....	81
المطلب الثاني: كيفية تقدير تعويض المريض.....	83
الفرع الأول: حق التعويض عن الحوادث الطبية.....	83
الفرع الثاني: طرق التقدير القضائي للتعويض.....	85
الخاتمة.....	88
قائمة المراجع.....	91
الفهرس.....	97

ملخص مذكرة الماستر

لا يمكن للطبيب أن يمارس أي علاج أو عملية جراحية إلا إذا قام بإعلام المريض إعلاما كافيا يشمل الداء الذي يعاني منه المريض و العلاج المناسب له ،

والطبيب ملزم في كل الأحوال أن يلتزم بإعلام المريض بكل أمر يخص حالته الصحية ما عدا المخاطر التي تؤثر على نفسيته و تدفعه إلى رفض العلاج.

وبهذا فان المسؤولية العقدية للطبيب هي الأساس القانوني السليم لتكوين عقد طبي صحيح منتج لآثاره، فعند إخلال الطبيب بالتزاماته العقدية تؤدي إلى قيام مسؤوليته الشخصية، وذلك بتوفر الأركان العامة للمسؤولية العقدية التي تعرف بالخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهم .

و ينتج عن الإخلال بالتزام الطبيب آثار تتمثل في المطالبة بالتعويض يقوم بها المريض لجبر الضرر القائم.

الكلمات المفتاحية:

1 الطبيب /2 المريض /3 الالتزام /4 الإعلام(التبصير) /5 العلاج /6 المسؤولية العقدية .

Abstract of Master's Thesis

The doctor cannot perform any treatment or surgery unless he gives the patient sufficient information, including the disease that the patient suffers from and the appropriate treatment for him.

In all cases, the doctor is obligated to inform the patient of everything related to his health condition, except for the risks that affect his psychology and prompt him to refuse treatment.

The contractual liability of the doctor is the Sound legal basis for forming a valid medical contract that produces its effects. When the doctor breaches his contractual obligations, it leads to his personal liability, through the availability of the general elements of contractual liability, which are known as error, damage, and the causal relationship that connects them.

Failure to comply with the doctor's obligation results in a claim for compensation by the patient to compensate for the existing damage

Keywords:

key words :

1/ The doctor 2/ The patient 3/ Commitment 4/ Information
5/ Treatment 6/ Contractual liability.