

جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

العقد الطّبي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة:

لعضيرة وريدة

من إحداد الطالبين:

زقان وزقية

زواربي جويطة

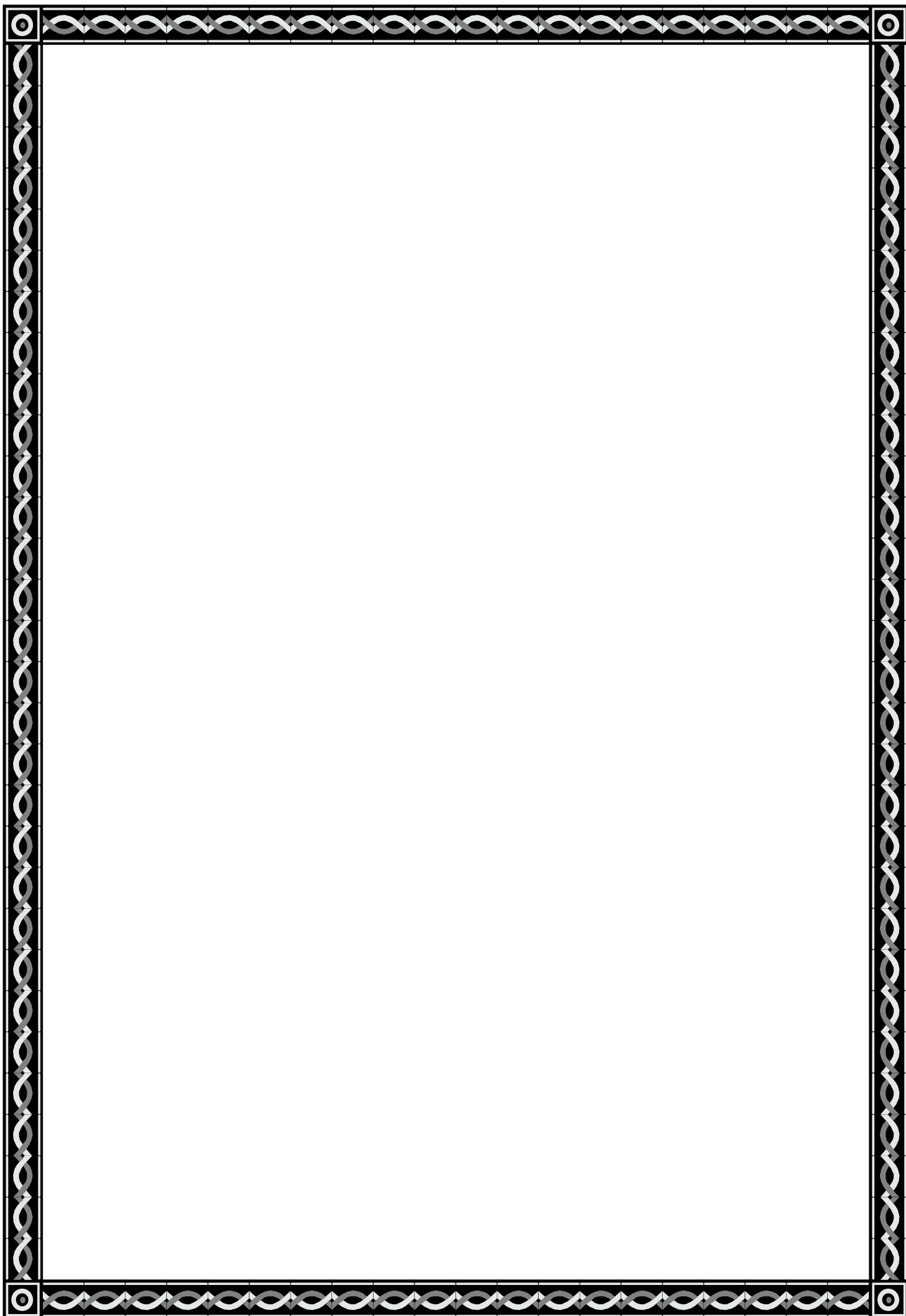
لجنة المناقشة

- الأستاذة (ة) ملال العبد..... رئيسة.

- الأستاذة لعضيرة وريدة..... مشرفة و مقروا.

- الأستاذة (ة) عثمانى بلال..... ممتحنا.

السنة الجامعية 2013_2014



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ فَأَمَّا الزُّبَدُ فَيَذَرُهَا جَفَاءً وَ أَمَا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْسِكُهُمْ فِي الْأَرْضِ فَكَذَلِكَ يُخْرِجُهُ }

{ اللَّهُ الْأَمْثَالُ }

(سورة الرعد، الآية 17)

{ وَقُلْ رَبِّي أَدْخَلَنِي مَدْخَلَ سِدْقٍ وَأَخْرَجَنِي مَخْرَجَ سِدْقٍ وَاجْعَلْ لِي مِنْ لَدُنْكَ سُلْطَانًا }

{ نَصِيرًا }

(سورة الإسراء، الآية 80)

سِدْقُ اللَّهِ الْعَظِيمِ

كلمة شكر و تقدير

من مكارم الأخلاق الاعتراف بالجميل و شكر ذويه، و من السنة الشريفة الدعاء لمن علمنا، فاللهم ارحم من علمنا و جازاهم الله عن ذلك خير الجزاء. و لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص عبارات الشكر و التقدير إلى الأستاذة المشرفة { لخصيري وريدة } على خير عطائها و إرشاداتها و توجيهاتها القيمة، و كذا على إشرافها علينا رغم انشغالاتها الكثيرة، فجزاها الله عنا خير جزاء أملات أن تجد في كلامنا هذا الامتنان و العرفان.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بالعرفان و الشكر لجميع أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم لتحكيم هذه المذكرة، و عما كلفتهم من وقت في دراستها و قبولها للمناقشة.

و دون أن ننسى كل موظفي الجامعة و أعموان كلية الحقوق.

أطال الله في أعمارهم جميعا و أمدهم بالصحة و العافية، و أدام علمهم و جزاهم عنا أعظم جزاء.

رزقية و جويدة



إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا إلى والديا العزيزين على قلبي،
اللذان غرسا فيا حب العلم و السعي وراءه بكل تفان و صدق. فلهما
مني أفضل الشكر و العرفان، فلا فضل لأحد عليا غيرهما بعد الله عز

وجل.

بسم الله الرحمن الرحيم

{ و قل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا }

دون أن أنسى جميع إخواني و أخواتي و أخص بالذكر عائلة أختي " ربيع،
خوخة، عبد الكريم ، نزيه" وزوجها طاهر. و الكتوتة الصغيرة إيناس.

و لا يفوتني أن أحيي عائلتي الثانية و أخص بالذكر زوجي و رفيق دربي

" ربيع " و جميع إخوته و أسرهم الصغيرة.

و إلى كل من مد لي يد المساعدة طيلة مشواري الدراسي من الإبتدائي إلى غاية
وصولي إلى نهاية مشواري الجامعي، و إلى كل الأساتذة ، جزاهم الله عنى خير جزاء.

أمد الله الجميع بالصحة و العافية

رزقية

إهداء

إلى منبع الحب و الحنان، أمي الغالية.

إلى مصدر القوة و التشجيع، أبي الغالي.

إلى روح والدة زوجي الطاهرة " يَمَّا بَايَعْنَا اللَّهَ فَنَسِيحَ جَنَانِهَا.

إلى أغلى شخص أشاركه حياتي زوجي العزيز، وقرّة عيني ابني عبد الحكيم.

إلى أخواتي اللواتي حاننني دعماً لي: نعيمة و ليلة، و روزة.

إلى إخواني: خالد و موهوب، ورياض و زوجته ليلة و الكتكوتة زوينة.

إلى حمايتي نعيمة و حمايا أبي صالح حماهما الله.

إلى كل عائلتي من جهتي و جهة زوجي، بالأخص سونية و تمزيغش.

إلى كل من تقاسمت معه مشواري الدراسي، زميلتي رزقية و كل صديقاتي من قريب

أو من بعيد.

مقدمة

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان و كرمه بأن جعله على رأس مخلوقاته في الإعتبار والتفضيل، حيث قال الحق: ﴿و لقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البرّ والبحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً﴾⁽¹⁾، كذلك اعتبر الله سبحانه و تعالى الإنسان خليفته على الأرض في قوله تعالى: ﴿ واذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك و نقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون﴾⁽²⁾، وقد أمر الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم الإنسان بالمحافظة على الحياة الإنسانية، والإهتمام بالصحة من المخاطر والأمراض، فأمر عليه الصلاة والسلام بالتداوي من خطر الأمراض، إذ قال عليه السلام: ﴿إن الله عزّ وجلّ لم ينزل داء إلا وأنزل له دواء فتداووا و لا تتداووا بحرام﴾⁽³⁾، و عليه فمن أهم المشاكل التي تتخلل درب المرء هي الحالة الصحية، التي تقتضي في شأن مرضه اللجوء إلى من يخفف عليه آلامه و المنقذ لحياته_بإذن الله_ ألا و هو الطبيب.

يشير التاريخ الإنساني عبر مراحل وصفحاته المتعددة أن المريض حين إقباله على الطبيب لطلب العلاج، إما أن يتوجه إلى مستشفى و هو المصلحة العمومية، أو إلى عيادة خاصة أين نجد الطبيب الخاص، وفي كلتا الحالتين تختلف العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض إذ أنه في حالة تلقي المريض العلاج في إطار مستشفى عام لا يتصور فيها وجود عقد يربط بين الطرفين، أما في الحالة الثانية فلقد حسم القضاء الفرنسي في الأمر بشأن طبيعة العلاقة الموجودة بين الطبيب ومريضه، وذلك منذ صدور قرار مرسى **Mercier** الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20 ماي 1936 و الذي اعتبر العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة عقدية، فبمجرد أن يتطابق الإيجاب والقبول تنشأ علاقة عقدية بينهما⁽⁴⁾.

على إثر هذا القرار نجد أن جّل التشريعات تبنت فكرة ارتباط كل من الطبيب و المريض بعقد قانوني الذي تحكمه قواعد عامة في القانون المدني وأحكام خاصة في التقنين المهني للطب، و من بين

(1) سورة الإسراء، آية 70.

(2) سورة البقرة آية 30.

(3) رواه أبو داود و الترميذي وابن ماجه، وأخرجه النسائي مسنداً.

(4) فريجة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص.73.

هذه التشريعات، نجد التشريع الجزائري خاصة بعد شيوع ظاهرة الطب الخاص في الآونة الأخيرة، لدرجة مزاحمة قطاع الخدمات العام في مختلف الدول المتخلفة وحتى المتقدمة منها.

ونجد فيما مضى أن العقد الطبي يعتبر من العقود النادرة كونه لم يلقى الإهتمام الكبير من طرف الأفراد، إلا أنه في الوقت الحالي أصبح من بين العقود الأكثر إستعمالا إنطلاقا من فكرة مفادها أن كل من الطبيب والمريض لهما نفس الهدف ألا و هو الشفاء.

الطب مهنة إنسانية و أخلاقية و علمية مقدسة، لها أهمية دائمة ينشأ عنها علاقة إنسانية بطبيعتها لأن المريض الذي يسلم أمور جسمه للطبيب ويضع نفسه كليا تحت تصرف هذا الأخير، هو طرف ضعيف في هذه العلاقة، كونه يجهل ما يتضمنه العمل الطبي، وقانونية العلاقة تحتم على الطبيب الإهتمام بالمريض و عمل كل ما يلزم لعلاج و بذل العناية التي تقتضيها مهنة الطب⁽¹⁾.

و نظرا لأهمية و دقة البحث، وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة، فتح باب الاجتهاد والبحث لدراسة العلاقة التعاقدية التي تربط بين المريض والطبيب من بدايتها إلى نهايتها، محاولين إظهار النقاط والأحكام المختلفة للعقد الطبي⁽²⁾. وهذا يستوجب علينا طرح الإشكالية التالية:

• ما هو التنظيم القانوني للعقد الطبي؟

ونتيجة لذلك فقد اعتمدنا في الدراسة على المنهج الإستقرائي والتحليلي، القائم على تحليل الظواهر الجزئية للوصول إلى ظاهرة كلية، بوصف الظاهرة محل الدراسة و تشخيصها و إلقاء الضوء على جوانبها المختلفة وجميع البيانات اللازمة عنها وفحصها وتحليلها.

وللإجابة على إشكالية الموضوع فإننا حاولنا تقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول يتضمن مفهوم العقد الطبي و أركانه، والذي قسمناه إلى مبحثين، الأول تناولنا فيه مفهوم العقد الطبي، أما المبحث الثاني فقد خصصناه للأركان التي يقوم عليها.

مقدمة

أما الفصل الثاني يشمل آثار العقد الطبي، والذي قسمناه إلى مبحثين، الأول بالتطرق للالتزامات الناشئة على عاتق المتعاقدين، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه نهاية العقد الطبي و المسؤولية المترتبة عن ذلك.

الفصل الأول

مفهوم العقيدة الطبيعي

و أركانها

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

وباعتبار هذا التطور مس بالقطاع الصحي فلا بد من النظر والتمعن في تلك الطرق التي استحدثت للتخلي عن الأنماط القديمة المعتمدة سابقا، ومن بين تلك الطرق المستحدثة نجد العقود الطبية، التي كانت غير موجودة سابقا، فلقد كانت العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض علاقة عادية لا تقوم على أساس عقدي، إلا أنه حاليا وبظهور طرق علاجية مبتكرة، على الطبيب الإلتزام بتحقيق رغبة مريضه بواسطتها، دعت الضرورة إلى إيجاد نوع من الممارسة التي تنظم هذه العلاقة، ألا وهي العقد الطبي. لهذا يجب البحث في مفهوم العقد الطبي في المبحث الأول، وكذا الأركان التي يقوم عليها في مبحث ثان.

المبحث الأول

مفهوم العقد الطبي

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

ولما كانت شريعتنا الإسلامية السمحا مبنية على الرحمة بالخلق، والرأفة بهم، ودفع المشقة عنهم، كان لا بد من تعلم الطب و تعليمه فهو فرض من فروض الكفاية، لا يسقط عن الطبيب إلا إذا قام به غيره، وقال في هذا الصدد الإمام النووي رحمه الله(وأما

العلوم العقلية فمنها ما هو فرض كفاية كالطب و الحساب المحتاج إليه)، و يضيف ابن القيم الجوزية في قوله (أما الطبيب الحاذق فلا ضمان عليه اتفاقا، إذا أذن له المريض في علاجه، و أعطى الصنعة حقها، و لم يجن يده إذا تولد عن فعله المأذون فيه من جهة الشارع، ومن وجهة من يطب تلف النفس أو العضو) في قول الرسول (ص) "ما أنزل الله داء إلا و أنزل له دواء فتداواوا ولا تتداواوا بحرام"⁽¹⁾.

المطلب الأول

تعريف العقد الطبي

اختلف الفقهاء الدارسون للقانون على ماهية العقد الطبي، لأنه من العقود الحديثة النشأة، فصعب عليهم تحديد طبيعته القانونية التي تنظمه فهو ليس من العقود التي يتعامل بها الأفراد من الأزل، فالعقد الطبي يعتبر من المسائل التي أولى لها الفقه والقضاء اهتماما كبيرا مؤخرا، و ذلك بالتطرق إلى ماهيته و كذا طبيعته القانونية⁽²⁾.

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الطبي.

عرف فقهاء الشريعة العقد على أساس عام، و آخر خاص، فعندهم المعنى العام يقصدون به المعنى القريب إلى المعنى اللغوي الشائع عند فقهاء المالكية و الشافعية، و كذا الحنابلة و هو كل ما عزم المرء على فعله، سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء و الطلاق و اليمين أم ما احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع، والإيجار والرهن، و يضيف الجصاص في قوله "العقد ما يعقده العاقد على أمر بفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه..."⁽³⁾، ولا يزال أغلب فقهاء الشريعة

(1) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، ط 1، جامعة نايف العربية، الرياض، 2004، ص، 16-18.

(2) عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للنشر و التوزيع و الطباعة، الجزائر، 2007، ص.11. أنظر كذلك بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011. ص. 164.

(3) حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، بين الحظر والإباحة، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص. 33.

المعاصرين يسيرون على ما سار أسلافهم في اعتبار العقد كل تصرف قانوني حتى ولو صدر من جانب واحد.

بالرجوع للمعنى الخاص للعقد فيرون أنه عبارة عن ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله أو بعبارة أخرى كما يقول هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بالأخر على وجه يظهر أثره في المحل، و ينشأ عنه حكم شرعي بالتزام أحد المتعاقدين أو لكليهما⁽¹⁾.

الفرع الثاني: التعريف القانوني للعقد الطبي

بالرجوع للتعريف القانوني للعقد نجد أنه من أهم المصادر في النظرية التقليدية، الذي خصه القانون المدني بسبعين مادة، و لقد أخذ المشرع بالنظرية الشخصية التي أخذت من القوانين اللاتينية، و التي تأثرت بالقانون الروماني أو بالنظرية المادية الجرمانية⁽²⁾. و لقد أدرجت المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري والتي تنص على "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، إلا أن هذا النص المنقول و المقتبس من القانون المدني الفرنسي في نص مادته 1101 الذي كان على هذا النحو "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" هو نفسه النص الأصلي فلم يغير منه شيء سواء في معناه أو مضمونه⁽³⁾. ونجد تعريف آخر للعقد على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني. ومن خلال هذا نستدل إلى القول بأن العقد الطبي هو إلزام ببذل عناية و ليس إلزام بتحقيق نتيجة فبموجب هذا الأخير الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو تحقيقه نسبة محددة على صحة الإنسان كلية و إنما يلتزم ببذل

(1) حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص. ص، 32-34.

(2) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص، 8.

(3) أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة في سنة 1975، المعدل و المتمم.

العناية اللازمة وذلك بالوسائل المناسبة لهذا الغرض الإنساني الجليل، و هذا ما أدى بمحكمة النقض الفرنسية بإصدار قرارها القاضي بأن: "يلتزم فقط بإعطاء المريض العلاج بصفة واعية و جادة وفقا للمعطيات الحالية للعلم"⁽¹⁾.

و يضاف للتعريف القانوني وجوب توفر الإرتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الإتفاق بين الإرادتين و يكون العقد باطلا لعدم توافر الشروط المطلوبة التي ينص عليها القانون و ذلك في أوضاع معينة لإنعقاد العقد فنجد دائما أن مفهوم العقد في الفقه الإسلامي أشمل منه في القانون. لأنه يشمل جميع أنواع العقود سواء كانت معدة لإنشاء علاقة ذات طابع مالي، أو إقتصادي كعقود المعاملات (البيع)...أو كانت منظمة لروابط الأسرة كالزواج والخلع، أو ما كان صلحا عن جناية مما يدخل في نطاق القانون العام. و هذا على خلاف القانون الذي يركز على العلاقات التي هي ذات الطابع المالي في غالبية الأحيان.

و ما تجدر الإشارة إليه، أن العقد من الناحية القانونية هو أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكلا المتعاقدين، أما بالنظر لفقهاء الشريعة فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة⁽²⁾.

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

(1) محمد صبري السعيد، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، ط1، ج 1، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص.38. و كذلك أنظر جمعون محمد، حماية المنافسة في مدونة أخلاقيات الطب، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، الجزائر، 2004، ص.23.

(2) حسني محمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص. ص.29، 30.

وبالتالي إستبعاد العمل المجاني الذي يقوم به الطبيب في المجال التعاقدى، هذا من جهة، و من جهة أخرى إيراد بعض الأعمال الطبية المتعلقة بالوقاية أو التشخيص، أو العلاج على سبيل المثال في معنى قوله "القيام بغيرها من الأعمال الطبية..." و عليه فالعقد الطبي يعتبر من العقود التبادلية التي تقوم على الإعتبار الشخصي (شخص الطبيب)، و بناء على ما يتمتع به من سمعة تعكس مستواه سواء الفني أو التقني⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تمييز العقد الطبي عن باقي العقود الأخرى

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

الفرع الأول: تمييز العقد الطبي عن عقد الوكالة

ذهب جانب من الفقهاء إلى إعتبار العقد الطبي عقد وكالة، و تجد هذه التسمية مصدرها في القانون الروماني، وهذا يتعلق بأسباب اجتماعية تتمثل في نظرة المجتمع الروماني. لأنه يصعب تقديرها بالمال، و أن الطبيب يقوم بعلاج المريض دون مقابلا

(1) أحمد أدويش، العقد الطبي- تأملات حول المشاكل القانونية التي تثيرها العلاقة بين الطبيب و زونه- الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 2009. ص، 30. انظر في هذا أيضا بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص. 166.

مالي⁽¹⁾. بالنظر للمادة 571 من ق.م.ج يظهر أن هذا الرأي الذي استند إليه هؤلاء الفقهاء نشأ في مجتمع يحتقر مهنة الطب و نظرا لمخالفة هذا التكييف لطبيعة عقد الوكالة التي هي قيام الوكيل بتصرف قانوني لحساب الموكل⁽²⁾. ففي عقد الوكالة نجد طرفين هما الوكيل والموكل و على هذا الأخير أن يلتزم بما و كل به و في حدود تلك الوكالة وباسمه و لحساب موكله.

من جهة أخرى يرى أنصار هذا الرأي أن الموكل في العقد الطبي هو المريض الذي يوكل الطبيب بالقيام بأعمال علاجية لتحقيق شفاء المريض. فما يجمعهما هو العلاقة التعاقدية التي تندرج ضمن أحكام عقد الوكالة. و هناك من ذهب إلى أبعد من ذلك بتقسيم طبيعة الخدمة المقدمة من الطبيب لمريضه إلى نوعين:

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

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

إلا أن الإختلاف يظهر جليا بين العقد الطبي و عقد الوكالة في كون هذه الأخيرة تنصب على تصرف قانوني يقوم باسم موكله و لحساب موكله و واضح أن الطبيب في العقد الطبي لا يباشر عمله باسم مريضه، و أن العمل الذي يقوم به هو عمل مادي ولا يعد من قبيل الأعمال أو التصرفات القانونية. فالطبيب لا يلتزم أمام الغير، بل يلتزم أمام مريضه فقط، فأعمال الطبيب تدخل ضمن الأعمال الشخصية كالتشخيص و إجراء الفحوصات التي تخص المريض نفسه وليس قريب له فهو يقوم بها باسمه الشخصي وليس لغيره، كما هو الحال بالنسبة للوكالة التي تتم بصفة محددة⁽³⁾. يضاف إلى ذلك أن عقود الوكالة تبرعية بدون مقابل إلا إذا وجد اتفاق يخالف ذلك وهذا ما جاء به نص

(1) أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، ط1، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008، ص.65.

(2) المادة 571 من ق م ج "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه" تقابلها المادة 699 ق. مدني مصري.

(3) عشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق، ص.12، 13. و أنظر كذلك أحمد أدرويش، المرجع السابق، ص.32.

المادة 581 في فقرتها الأولى من ق م ج، غير أن الغالب في العقود الطبية تقوم على العوض أو بمقابل⁽¹⁾.

هناك اختلاف آخر يظهر في عقد الوكالة بمقارنته بالعقد الطبي ألا وهو كون المريض لما يلجأ إلى الطبيب فهو لا يعلم بما يجب أن يقوم به الطبيب سواء في طريقة العلاج أو كيفية تشخيص المرض، و ماهي وصفة العلاج المناسبة لذلك المرض، فهنا الطبيب غير ملزم بمد مريضه بكل التفاصيل عن مرضه إلا في حالة الضرورة و ذلك بكل وضوح و صدق و هذا ما ورد ذكره في المادة 43 من القانون رقم 92-276 المتعلق بمدونة أخلاقيات مهنة الطب "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي". أما هذا الرأي بما يلزم به الموكل فالإختلاف كبير فمن واجبه مد و إطلاع وكيله بكل التفاصيل الصغيرة منها و الكبيرة أثناء تنفيذ الوكالة، و يقدم له كشوفا عن كل الحسابات، وهذا بالرجوع لنص المادة 577 من ق م ج "على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة و أن يقدم له حسابا عنها"⁽²⁾.

ما تجدر الإشارة إليه أن في عقد الوكالة للوكيل أن يتنازل عن الوكالة في أي وقت شاء و لو وجد اتفاق يخالف ذلك، أما الطبيب فليس له أن يتنازل عن العقد الذي يجمعه بالمريض (الموكل)، وأن يغير علاجه في أي وقت أراد إلا في حالة الضرورة الملحة وإلا تعرض لعقوبات جزائية ، فلكي يتحرر الطبيب من مهمته في علاج مريضه عليه أن يوصي له بطبيب آخر على الأقل يقوم مقامه⁽³⁾.

بالرغم من محاولة أغلب الفقهاء إظهار أن العقدين متشابهان تماما، إلا أن هناك انتقادات كثيرة وجهت لهم بشأن هذه الآراء التي تبنيها في مواقفهم. فظهر فريق يدعو

(1) المادة 581 فقرة 1 من ق م ج "الوكالة تبرعية مالم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل..."

(2) المادة 577 ق م ج ، و كذلك المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب ،ج.ر.ج.ج عدد 52 الصادرة بسنة 1992.

(3) المادة 588 من ق.م. و المادة 50 من المرسوم التنفيذي 92-276، المرجع السابق.

لدحض هذه الآراء التي تبعد العقد الطبي عن خصائصه التي تميزه عن عقد الوكالة، فنادوا لاعتبار العقد الطبي عقد عمل.

الفرع الثاني: تمييز العقد الطبي عن عقد العمل

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

أنتقد هذا الرأي، على أساس أن فكرة التبعية و الخضوع القانوني غير موجودة بين الطبيب و المريض. فالطبيب لا يمكن أن يكون تابعا للمريض فهو مستقل في عمله، فالأول هو صاحب القرار ينفذ ما يراه مناسبا لمصلحة المريض بما يمليه ضميره بتطبيق الأصول العلمية لمهنة الطب، ولا يتلقى التعليمات من المريض بل على العكس من ذلك ففي هذه المرحلة من العلاج يكون هو متلقي التعليمات من طبيبه وعليه تنفيذها بتمعن. يضاف للإنتقاد الأول إنتقاد اخر كون عقد العمل يقوم على الإعتبار الشخصي من جانب العامل وهو يقوم بتنفيذ متقابل منه مقابل أجر يحصل عليه من رب العمل عكس من العقد الطبي الذي يكون فيه المريض هو الملزم بدفع ثمن العلاج للمريض، دون أن يقوم الطبيب ببيع مادة العلاج للمرضى بهدف الربح⁽³⁾.

(1) أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص.66. و كذلك أنظر عشوش كريم، المرجع السابق، ص.15. أنظر بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص. 166.

(2) المادة 2 من القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقة العمل.

(3) بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص. 167، 168. أنظر كذلك، إبراهيم علي حماوي الحليوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية-دراسة مقارنة- ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص. ص. 125، 126.

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

الفرع الثالث: تمييز العقد الطبي عن عقد المقاوله

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

يرى أنصار هذه النظرية منهم الفقيه ((جوسران)) أنه: "ليس هناك أدنى شك في أن ما يوجد بين الطبيب و المريض هو عقد مقاوله"، و أيده في هذا الصدد ((أندريه برتون)) الذي أضاف بأن العقد الذي يبرم بين الطبيب مع مريضه لا يزيد عن كونه عقدا من عقود المقاوله"، وقد ساندته كذلك الفقيه ((بيسرف)) الذي استمات للدفاع عنها و تبنيها⁽²⁾. و نجد التشابه الكبير بين العقد الطبي و عقد المقاوله عند طبيب الأسنان و الطبيب الجراح اللذان يكلفان بتحقيق نتيجة، فالأول بصنع طاقم من الأسنان

(1) إبراهيم علي حماوي الحليوسي، المرجع السابق، ص.126.

(2) طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ط1، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2004، ص.91.

الإصطناعية من خلال المنتج والعتاد الذي يستعمله، و الثاني بإصلاح التشوه أو العيب الخلقي لتحقيق الراحة النفسية للمريض⁽¹⁾.

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

- يعتبر إلتزام الطبيب في العقد الطبي، إلتزام ببذل عناية و ليس بتحقيق نتيجة إلا في حالات نادرة فالطبيب يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفاؤه، على عكس ما يلتزم به المقاول في عقد المقاوله الذي يكون هدفه الرئيسي تحقيق نتيجة خاصة في مقاوله تشييد الأبنية وفق المواصفات المحددة في شروط العقد⁽²⁾.

- أما الاختلاف الثاني الذي يظهر جليا في عقد المقاوله و العقد الطبي في الإعتبار الشخصي، كون الأول لا ينتهي بموت المقاول إلا في حالات استثنائية و ضمن شروط معينة يحددها القانون أو اتفاق الأطراف و هذا بالرجوع لنص المادة 569 من ق. م. ج التي تقضي ب: "ينقضي عقد المقاوله إذا أخذت بعين الإعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد و إن كان الأمر خلاف ذلك، فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة 552 الفقرة الثانية إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل"، أما الثاني فينتهي بمجرد وفاة الطبيب كقاعدة عامة لا يمكن تجاهلها.

- الإختلاف الآخر الذي يطرح نفسه في هذين العقدين هو في كون العقد الطبي لا يمكن الطبيب فيه أن يكلف شخصا آخر بالقيام بعلاج مريضه، و على العكس من ذلك في عقد المقاوله فيمكن للمقاول أن يستأجر مقاول من الباطن لمساعدته لإنهاء العمل في فترة وجيزة أو أن يقوم بالعمل كله أو جزء منه فقط و هذا بحسب ما ورد في نص المادة

(1) مجموعة طلبة الليسانس، المسؤولية المدنية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة الليسانس، 2009، ص.9،10.

(2) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، م1، العقود الواردة على العمل، ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.18.

564 في فقرتها الأولى من ق. م ج و التي تنص على: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفرض الإعتماد على كفاءته الشخصية".

-العقد المبرم بين المريض و طبيبه غير ملزم للجانبين، و يحق لأي واحد منهما فسخه والتحلل منه مقابل تعويض مدني، ليس من العقود التجارية، فالطبيب لا يعتبر تاجر. على عكس المقاول الذي لديه صفة التاجر، لأن عقد المقاوله يترتب عن فسخه تعويضا على أساس ما فات صاحب المشروع من كسب أو ما لحقه من خسارة⁽¹⁾.

بالرغم من الجدل الذي أثاره الفقهاء حول طبيعة العقد الطبي بإمكانية إدراجه ضمن عقد الوكالة أو عقد العمل، أو إلى أكثر من ذلك بجعله عقد مقاوله، يبقى محتفظا بميزاته التي يطغى بها على باقي العقود الأخرى بخصائصه وأحكامه التي يستند إليها على غرار باقي العقود.

المطلب الثالث

خصائص العقد الطبي

مما سبق التطرق إليه من تعريف للعقد الطبي و كذا طبيعته القانونية، تتضح جليا الخصائص التي ينفرد بها عن غيره من العقود في كونه عقد شخصي ومدني من خلال الفرع الأول، وكونه عقد ملزم الجانبين وقابل للفسخ في الفرع الثاني، وأخيرا في الفرع الثالث إظهار خاصية أنه عقد معاوضة ومستمر.

الفرع الأول: العقد الطبي عقد شخصي و مدني.

أولا: العقد الطبي عقد شخصي

إن المريض كأصل عام يكون حر في اختياره للطبيب الذي يريد أن يتعالج عنده. وذلك استنادا إلى الثقة التي يجدها في الطبيب المعالج، وهذا ما يطلق عليه قانونا مبدأ

(1) داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2006، ص.38،39. أنظر كذلك أحمد حسن الحيازي، المرجع السابق، ص.67،68. أنظر في ذلك بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص.171.

الإختيار الحر للمريض. غير أن هذه الحرية يتقلص نطاقها عندما يخضع المريض للعلاج في إحدى المستشفيات العامة، فهنا الإدارة هي التي تكلف الطبيب المناوب بالإشراف على العلاج و ليس هذا فقط بل هناك حالات لا يمكن للمريض فيها إختيار الطبيب الذي يريده و السبب في ذلك يتمثل في عدم وجود أطباء متخصصين في بعض الأمراض⁽¹⁾. غير أن المادة 80 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن م.أ.ط على ضرورة احترام حق المريض في الاختيار "...و يتعين احترام حق المريض في حرية اختيار الطبيب أو جراح الأسنان..."

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

ثانيا: العقد الطبي عقد مدني

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

⁽¹⁾MM. Hanouz et A. R. Haken, précis de droit médical, office des publications - universitaires, Alger, 1992.p.34

و أنظر كذلك داودي صحراء، المرجع السابق، ص.41. و وفاء شعاوي، ملتقى حول المسؤولية الطبية، بجامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23،24، 2008، ص.6.

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

يعتبر العقد الطبي مدني، لكون الطبيب لا يمكنه المتاجرة بأرواح البشر، ولا تعتبر الأتعاب التي يأخذها كثرمن من أثمان البيع التجاري. فبمقارنته مع التاجر نجد هذا الأخير يتخذ التجارة كحرفة معتادة له لغرض تحقيق الربح السريع وكل خدمة يقدمها بمقابل⁽¹⁾. وبالرجوع للمادة السالفة الذكر في فقرتها الأولى من المرسوم 92-276 المتضمن أ.م.ط "يجب أن لا تمارس مهنة الطب و جراحة الأسنان ممارسة تجارية،..." فمن هذا النص يتراءى للقارئ أنه إذا ما مورست مهنة الطب ممارسة تجارية فإنه من المنطق أن تفقد إعتبارها الحقيقي، و هدفها السامي القائم على تحقيق راحة المرضى ومساعدتهم على التخلص من معاناتهم و هذا ما ورد النص عليه في مضمون المادة 19 من نفس المرسوم السابق على:"يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان عن خارج ممارسته منهية أن يتجنب كل عمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها"⁽²⁾.

الفرع الثاني: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين و قابل للفسخ

أولا: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين

يستخلص من تعريف العقد الطبي، أنه لإنعقاده لا بد من وجود طرفين، كل واحد منهما يلتزم بما هو واجب عليه، والثاني بما هو حق له، فلإلتزامات متبادلة بينهم، فوفق مانصت عليه المادة 55 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني على

(1) المواد 1، 2، 3، من الأمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم بالأمر رقم 96-27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996.

(2) المواد 19، 20، من المرسوم التنفيذي رقم 92-275 المتضمن مهنة الطب.

أن: "يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما بعضاً"⁽¹⁾. فالعقد تبادلي، ينشئ إلتزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين مثل عقد البيع الذي يكون فيه البائع ملزم بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، الذي يكون هو الآخر ملزم بدفع الثمن. فإذا ما تخلف الأول عن التزامه ولم ينفذه، لا يكون الثاني ملزم بدفع الثمن، و يدفع بعدم التنفيذ⁽²⁾. من هذا يتبين أن الطبيب في العقد الطبي ملزم بمعالجة المريض، و هو الآخر ملزم من جهته بدفع الأتعاب مقابل العلاج الذي يضمنه له طبيبه و كذا بمدته بكافة المعلومات اللازمة حول أعراض مرضه وغير ذلك مما يلزم إخباره به، و يؤكد على هذا الرأي الأستاذ علي علي سليمان على أن العقود التبادلية تكتسي دوراً هاماً في النظرية التقليدية خاصة في ركن السبب، الذي يجعل إلتزام الطرف الأول سبباً في إلتزام الطرف الآخر. أما بالنظر للنظرية الحديثة فتري أن السبب في العقد هو الدافع و الباعث للتعاقد. أن تبعية الهلاك تقع على المدين بمحل الإلتزام(الشيء الذي هلك)، أما في حالة الاستحالة تسليم السلعة فلا يتحمل المشتري تبعة الهلاك ولا دفع ثمنها وهذا بالرجوع الأحكام العامة للعقد في نص المادة 120 من نفس الأمر السابق 58-75 التي تقضي ب: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الإلتزامات المقابلة له، و يفسخ العقد بحكم القانون"⁽³⁾.

ثانياً: العقد الطبي عقد قابل للفسخ

يعتبر الفسخ جزاء يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين للإلتزام الذي تعهد به اتجاه شخص آخر وحسب ما جاء في المادة 119 في فقرتها من ق.م.ج"في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر

(1) المادة 55 من الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

(2) قاضي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009، ص.44، 45.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.15، 14. و انظر كذلك M.M.Hannouz et A.A.Haken, op-cit,

ذلك"⁽¹⁾. فإذا كان العقد الطبي من العقود التي يراعى فيها الإعتبار الشخصي، لكون العلاقة بين الطبيب و المريض تقوم على الثقة التي يضعها الأول في الثاني، فيكون بذلك المريض وفي أي وقت له حق في أن ينهي العقد، ذلك أن ثقة المريض لا يلزم توفرها فقط أثناء إبرام العقد، بل يجب أن تستمر هذه الثقة طوال فترة العلاج. فإذا فقد المريض تلك الثقة في طبيبه له أن يفسخ العقد دون حاجة إلى إبداء الأسباب التي أدت به لإتخاذ مثل هذا القرار. وبالمقابل من ذلك نجد أن للطبيب نفس الحق في فسخ العقد الذي يربطه بمريضه، وهذا في حالة ما إذا أخل المريض بالتزامه تجاهه، وهناك حالة أخرى يحق للطبيب فيها الفسخ و التي تتمثل في كون المريض الذي يعالجه يعالج في نفس الوقت عند طبيب آخر خفية عنه، أو أن المريض أدلى بمعلومات خاطئة قصد تضليله، لكن لا يحق له فسخ العقد والإمتناع عن العلاج في حالة الضرورة والاستعجال التي يتواجد فيها مريضه⁽²⁾، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 10 من م. أ. م. ط"لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال"⁽³⁾.

الفرع الثالث: العقد الطبي عقد معاوضة و مستمر

أولاً: العقد الطبي عقد معاوضة

عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلاً لما يعطيه، بالرجوع للمادة 58 من ق. م ج التي تنص على: "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما"⁽⁴⁾. فعقد المعاوضة مثله مثل عقد البيع تترتب عنهما مسؤولية عقدية، ويشترط لقيام لهذه العقود توفر أهلية التصرف، ومقابل كل عمل يقوم به يأخذ مقابل⁽⁵⁾. ففي العقد الطبي، الطبيب يلتزم تجاه مريضه بتقديم العلاج الملائم،

(1) المادة 119 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص. 173، 174. و انظر كذلك عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 22، 23.

(3) المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

(4) المادة 58 من الأمر 75-58 من نفس الأمر السابق.

(5) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 49، 50.

وأن يقدم له الرعاية الفعالة المطابقة للأصول و القواعد العلمية و المهنية، و المريض من جهته يلتزم بدفع ما اتفق عليه مع الطبيب من أتعاب لقاء خدماته، و هذا ما يجعل العقد الطبي عقد معاوضة⁽¹⁾. و الأتعاب التي يأخذها الطبيب قد تكون بتقديمه العلاج سواء الدوائي، أو بإجراء العملية الجراحية، والنصائح والإرشادات اللازمة للمريض⁽²⁾. ولقد تطرقت المادة 211 من قانون ح.ص.وت لكيفية تحديد أسعار العلاج وقيمة خدماتهم التي يقدمونها والتي يجب على الأطباء وجراحي الأسنان التقيد بها، وإلا يتعرضون لعقوبات إذ ما خالفوها" تحدد، عن طريق التنظيم، أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء و جراحو الأسنان و الصيادلة.

ويعاقب كل من لم يحترم هذه الأسعار طبقا للتشريع والتنظيم الجاري بهما العمل"⁽³⁾.

أما إذا ما قدم الطبيب لأحد زملائه أو من يكفله، خدمة مجانية دون أخذ أتعاب عنه، لا يمكن اعتبار العقد الطبي خارج عقود المعاوضة، فهنا ما يقوم به الطبي هو لغرض المجاملة لا غير، فالأصل أن أخذ الأتعاب من حق الطبيب ولا يمكن منعه من ذلك⁽⁴⁾.

ثانيا: العقد الطبي عقد مستمر

وهو ما يعرف بالعقد الممتد، و فيه يتم تنفيذ الالتزام بأداءات مستمرة أو دورية، فالزمن عنصر أساسي وجوهري فيه. وتظهر أهمية تقسيم هذه العقود إلى مستمرة وفورية إلى تحديد الآثار في حالة الفسخ هل يكون فوري أو رجعي وهو ما يخضع لنظرية الظروف الطارئة وهو نطاقها الطبيعي ولا الإعدار كشرط لاستحقاق التعويض⁽⁵⁾.

(1) وفاء شيعاوي، المرجع السابق، ص.6.

(2) بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص.174.

(3) المادة 211 من القانون رقم 85-05 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 يتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر عدد8 الصادرة بسنة 1985، المعدل و المتمم.

(4) Louis. Dubouis : la prescription médical. Presses universitaires d Aix-Marseille. 1^{er} trimestre, 1999-p.58.

(5) بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، ص.51.

وكمثال للعقود المستمرة نجد عقود توريد السلع الذي يتفق فيه الطرفان على كل التفاصيل وعند حلول الأجل يواصل المورد عمله دون أن يتفق مجددا مع المشتري على التفاصيل⁽¹⁾.

أما في العقد الطبي فالطبيب لما يقبل معالجة المريض، لا ينتهي العقد بمجرد نهاية الفحص، بل العلاج يتطلب مدة طويلة لبلوغ الهدف المرجو تحقيقه ألا وهو شفاء المريض. فالطبيب لما يعالج شخصا مريضا عليه أن يلتزم بمتابعة علاجه، وأن لا يتركه قبل التأكد من علاجه طالما أن المريض لازال بحاجة إلى جهود الطبيب المعالج. لأن العقد الطبي يعتبر من العقود المستمرة باعتبار الفحوصات و العلاج تمتد لفترة زمنية طويلة، و هذا بحسب حالة المريض الصحية التي تكون بين الخطيرة والعادية. فالعقد الطبي ليس كعقد البيع ينتهي بمجرد تسليم السلعة للمشتري ودفع هذا الأخير لثمنها للبائع. أما في العقد الطبي على الطبيب مراقبة حالة المريض في كل مستجداتها سواء في عيادة الطبيب أو بزيارة الطبيب للمريض في منزله إن إقتضى الأمر ذلك، ولو لمرة واحدة فهذا يعطي صفة الاستمرارية للعقد⁽²⁾. وفي هذا الصدد أكدت محكمة استئناف باريس إلزام الطبيب بمتابعة المريض خاصة إذا كان في أزمة، وتلخص وقائع القضية في الراقصة التي أجرى لها جراح عملية تجميل للنهدين من أجل جعلها أكثر تماسكا، إلا أن العملية باءت بالفشل وبموت الراقصة.

وعند عرض القضية على القضاء أمرت المحكمة بتشريح جثة الراقصة فتبين أن

الطبيب ارتكب عددا من الأخطاء نذكر بعضها:

- إجراء العملية للراقصة دون فحوصات مسبقة لوضعها الصحي العام.
- ترك المريضة دون عناية رغم خطورة حالتها الظاهرة.
- سماح الطبيب بمغادرة العيادة رغم سوء حالتها الصحية.
- لم يزود أهل الراقصة بأيّة تعليمات أو إرشادات جدية.

(1) قاضي ادريس، المرجع السابق، ص.51.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.23،24.

-رغم الذهاب إلى منزل أهل الراقصة لفحصها ثانية، و اكتفى بطلب تدفئة قدميها وقياس درجة الحرارة. لكل هذه الأسباب قضت المحكمة المختصة على الطبيب بالتعويض و بعقوبة جزائية⁽¹⁾.

ومن كل هذا يستخلص أن العقد الطبي له خصوصيات تميزه عن غيره من العقود وأحكامه تنطوي على عنصرين هامين ألا و هما الاستمرارية وقابلية فسخه من قبل من لم ينفذ بشأنه العقد، و خاصة آخر تتمثل في كونه عقد مدني يقوم على الاعتبار الشخصي، و يقوم بتبادل الالتزامات بعوض.

المبحث الثاني

الأركان المكونة للعقد الطبي

يعتبر التراضي الركيزة الأساسية في تكوين العقد، وعند تحليل فكرة التراضي نجد أنها تستوجب توفر عنصرين أساسيين هما المحل والسبب، فللرضا موضوع أو محل يرد عليه، كما له سبب يدفع إليه أو غاية معينة يراد تحقيقها من خلال إبرام هذا العقد⁽²⁾. و عليه تتوفر هذه الأركان الثلاثة يكون العقد الطبي قد تكون، إلا أنه يشترط في بعض الأعمال الطبية توفر ركن آخر ألا و هو ركن الشكلية. ولهذا تطرقنا لدراسة كل ركن على حدا بدءا بركن التراضي في العقد الطبي(المطلب الأول)، يليه المحل في المطلب الثاني، متبوعا بركن السبب و ذلك في المطلب الثالث، وأخيرا الشكلية كمطلب رابع.

المطلب الأول

التراضي كركن في العقد الطبي

لقد أولى المشرع أهمية بالغة لركن الرضا و ذلك في نص المادة 59 من ق.م.ج. التي تنص على "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وطبقا لمحتوى هذه المادة فإنه يتم التراضي بتطابق الإيجاب والقبول الذين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني،

⁽¹⁾ قرار محكمة استئناف باريس في 27 ماي 1970، أشار إليه عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص.101،102.

⁽²⁾ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.55.

كما يجب أن يصدر هذا الإيجاب والقبول من طرفين تتوفر فيهما أهلية التعاقد. و طبقا لهذا المبدأ سوف نتطرق إلى الأهلية القانونية للمتعاقدين (الفرع الأول)، و وجوب توفر رضا المتعاقدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأهلية القانونية للمتعاقدين كركن في العقد الطبي

حتى يستطيع الفرد إبرام أي عقد لابد أن تتوفر فيه الإرادة المتمثلة في القدرة على اتخاذ موقف أو قرار، وأن تكون هذه الإرادة صادرة من شخصية قانونية مؤهلة وعليه يجب أن يكون المريض أهلا لمثل هذا التصرف، و من جهة أخرى لابد من توفر أهلية الطبيب أيضا ليصح انعقاد العقد⁽¹⁾.

أولا: أهلية المريض في إبرام العقد الطبي مع الطبيب

إنّ الأهلية القانونية يندرج تحتها نوعان من الأهلية، أهلية الوجوب و أهلية الأداء، و تعرف أهلية الوجوب بأنها الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات⁽²⁾. أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص استعمال الحق⁽³⁾، ويظهر لنا أن شرط موافقة المريض لإبرام العقد الطبي هو تمتعه بالأهلية القانونية كأصل، أما الاستثناء يؤخذ بموافقة ممثله. و بالنظر لموافقة المريض نجد المشرع نظم القواعد التي تحكم الأهلية في المواد 42 إلى 44 من ق.م.ج⁽⁴⁾، و المادة 78 من نفس القانون التي تنص "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون"، واعتبر كل شخص مريض أهلا للتعاقد مع الطبيب ما لم تسلب أهليته أو حد منها بحكم القانون، وعليه إذا بلغ الصبي سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يصبح أهلا لمباشرة حقوقه المدنية وإن كان ناقص الأهلية فينوب عنه وليه أو وصيه، أما إذا تخلف التمييز وقت التعبير عن الإرادة مهما كان سببه

(1) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.26.

(2) شوقي ضيف، معجم القانون، الباب الثاني: القانون المدني، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، مصر، 1999، ص.63.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.285.

(4) تنص المادة 42: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون".

تنص المادة 43: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد و كل من بلغ سن الرشد و كان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

تنص المادة 44: "يخضع فاقد الأهلية، و نقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة، ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون".

سواء لقصر في السن أو لشيخوخة مؤثرة على الإرادة أو لعارض من عوارض الأهلية أو للأسباب عرضية وقتية كالتنويم المغناطيسي، فإنه لم تعد إرادة المريض معتبرة قانوناً لإنشاء العقد⁽¹⁾. أما حالة الأخذ بموافقة الزوج نجد بعض الفقه المقارن أخذ بها، وذلك في حالة قطع الحمل بصفة إرادية أو تباعد الولادات إلا أنه هناك تنازع حول هذا الرأي بخصوص حق وصاية الزوج على زوجته في ممارسة حقوقها الشخصية، حيث أنّ موافقة الزوج على الأعمال الطبية التي تجري على زوجته هي موافقة ابتدائية كتباعد الولادات أو استئصال جهاز الإنجاب ولا تعتبر وصاية على الزوجة وإنما الهدف منه هو حماية الأسرة⁽²⁾.

أما بالنسبة لموافقة ممثل المريض، فإن هناك ثلاث حالات تستدعي الموافقة على العلاج المقدم للمريض، وهذا طبقاً لنص المادة 154 من القانون 85-05 المتعلق ب. ح. ص. ت. وهي: حالة المريض القاصر وحالة المريض العاجز عن التمييز وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته⁽³⁾.

- حالة المريض القاصر: في بعض الأحيان قد يتقدم إلى الطبيب قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء، وهنا لا يحق لطبيب أن يقدم العلاج له إلا بعد الأخذ بموافقة أولياءه أو الممثل الشرعي له حسب ما نص عليه في المادة 52 الفقرة الأولى من م. أ. م. ط و التي تنص على "يتعين على الطبيب أو الجراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم". وعليه حسب المبادئ العامة، فإن الطبيب يجب أن يتحصل على موافقة الوالدين أو الممثل الشرعي لتقديم العلاج لقاصر، وفي حالة وجود اختلاف بينهما فإن القرار يرجع إلى الأب وعند وفاته تحل الأم محله طبقاً للمادة 87 الفقرة الأولى من ق.أ.ج بنصها على "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً"⁽⁴⁾. أمّا في حالة رفض الأولياء لتقديم العلاج الضروري بدون

(1) همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام: نظرية العقد، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص.47.

(2) علي فيلاي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، رقم 3، ج 36، ص.52.

(3) تنص المادة 154: "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك ..."

(4) القانون 84_11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق 09_06_1984، المتضمن ق.أ.ج، ج ر.ج.ج ع24، مؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل و المتمم.

أي سبب جدّي بالرغم من خطورة صحة القاصر، فالطبيب تقع على عاتقه مسؤولية الاستغناء عن هذه الموافقة إذا رأى أن مصلحة المريض القاصر تستدعي ضرورة التدخل العلاجي⁽¹⁾.

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

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

ثانيا: أهلية الطبيب في قبول إبرام العقد الطبي مع المريض

إنّ الأهلية التي يجب أن تتوفر في الطبيب هي الأهلية القانونية للتعاقد، حيث يجب أن يكون راشدا ومتمتعا بأهلية الأداء لانعقاد العقد الطبي حسب ما جاء به المشرع في المادة 40 من ق.م.ج⁽⁴⁾. وعادة نجد الطبيب دوما متمتعا بأهلية الأداء، إلا إذا كانت متأثرة بعارض من عوارض الأهلية وعلى هذا

(1) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.29.

(2) تنص المادة 44: "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين أو من القانون أو على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.52.

(4) تنص المادة 40: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

الأساس يمنع عليه ممارسة هذه المهنة طبقا للمادة 197 من ق.ح.ص التي تشترط عدم إصابته بأية عاهة أو علة مرضية منافية لممارسة المهنة⁽¹⁾، كما أن م. أ. م. ط تشترط توفر بعض الشروط كي يكون الطبيب أهلا لممارسة هذه المهنة.

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

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترفا بمعادلتها.

- أن لا يكون مصابا بعاهة أو علة مرضية منافية لممارسة المهنة.

- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

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

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

- أما الجنسية الجزائرية: يشترط في الطبيب أو الجراح الأسنان أو الصيدلي التمتع بالجنسية الجزائرية ولم يشترط أن تكون أصلية أو مكتسبة.

- ترخيص وزاري: بعد إنهاء طالب الطب الدراسة الجامعية و حصوله على الشهادة، يستلزم عليه أيضا الحصول على ترخيص وزاري بعد التحقق من كون طالب الرخصة لا يعاني من عاهة أو علة مرضية منافية لممارسة المهنة، و أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف فتوفر الشروط السابقة الذكر يعطي للطبيب ترخيصا وزاريا يسمح له بممارسة المهنة⁽²⁾.

(1) تنص المادة 197: "... أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة...".

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 34-36.

الفرع الثاني: وجوب توفر رضا المتعاقدين كركن في إبرام العقد الطبي

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

أولاً: رضا المريض في العقد الطبي

نظراً لما يتطلبه العمل الطبي من خصوصية، تتعلق بحالة المريض الصحية وبما يؤدي ذلك من نتائج تقوم عليها مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه فلا بد أن يكون الرضا سابقاً على أي تدخل طبي⁽¹⁾. ويقصد برضا المريض تلك الحرية في اختياره للطبيب، واحترام إرادته و رغبته في طلب العلاج طبقاً لما جاء في نص المادة 42 من م. أ. م. ط. التي تنص على "للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته. و ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، و أن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض..."، كما نجد أيضاً الفقرة الأولى من المادة 154 من القانون 85_05 المتعلق ح. ص. و. ت. التي جاءت على هذا النحو "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك"، أما فيما يخص نوعية رضا المريض فإنه باستقراء نص المادة 44 من م. أ. م. ط. التي تخضع كل عمل طبي يكون على درجة من الخطورة الجادة على جسم الإنسان لموافقة هذا الأخير موافقة حرة و متبصرة في كل مرحلة من مراحل العلاج و إذا تعذر أخذ هذه الموافقة لأسباب جسمانية أو قانونية يتم الحصول عليها من الأشخاص المخولين لهم قانوناً⁽²⁾.

(1) أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 60.

(2) نص المادة 44: "يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة و متبصرة أو بموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون"

-رضا حر: تتمثل حرية رضا المريض في قبول التدخل الطبي أو رفضه، بعد أن يكون على بصيرة وعلم و دراية بما عزم الطبيب على عمله ، فلا يستطيع هذا الأخير أن يفرض على مريضه علاجاً معيناً أو تدخلاً دون موافقته على ذلك⁽¹⁾، لكي يكون الرضا حراً يشترط فيه شرطان هما:

-حرية المريض في قبول العمل الطبي أو رفضه، إذ أن علاقة المريض بالطبيب علاقة تعاقدية فللمريض الحرية في تحديد ما تستوجبه مصلحته بالاستمرار مع الطبيب و أخذ العلاج أو العدول عن ذلك.

-أن يكون الرضا الحر صادراً عن إرادة سليمة، بحيث تعد الإرادة قوام العقد ففي العقد الطبي يجب أن تكون إرادة مريض سليمة ولم يعثرها أي عيب من عيوب الرضا كالإكراه و الغبن المقترن بالتغريب والغلط⁽²⁾.

_ رضا متبصر تشترط المادة 43 و 44 من م.أ.م.ط أن تكون موافقة المريض موافقة حرة و متبصرة، ولا يكون ذلك إلا بمساهمة الطبيب على الاجتهاد لإفادة مريضه بالمعلومات واضحة وصادقة بشأن تدخله الطبي⁽³⁾، لذا فمن واجب الطبيب تبصير المريض و إمداده بكافة المعلومات المتعلقة بالعملية، كما يجب أن تكون هذه المعلومات بسيطة ومفهومة، كاملة و وافية، يسهل إدراكها بحيث تسمح للمريض اتخاذ قراره وهو على بينة من أمره⁽⁴⁾، ولقد أصبح الالتزام بالتبصير التزاماً هاماً يقع على عاتق الطبيب المعالج، الذي يضع بموجبه الصورة الحقيقية لنوعية المرض الذي يعاني منه المريض وطريقة العلاج والبدائل المتوفرة إن وجدت⁽⁵⁾

ونجد المشرع قد شدد على ضرورة الحصول على موافقة المريض عد إخباره بالأخطار الطبية المحتملة فيما يخص نزع وزرع الأعضاء البشرية وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة 162 من ق.ح.ص.ت تلزم الطبيب بإعلام وتبصير المتبرع عن جميع المخاطر الطبية، وكذا الأخطار المحتملة

(1) بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص.70.

(2) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص.182.

(3) تنص المادة 43: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".

(4) دوادي صحراء، المرجع السابق، ص.44.

(5) إبراهيم صالح عطية، المسؤولية المدنية للطبيب الناتجة عن خطئه العادي: دراسة مقارنة، د ط، دون دار النشر، د.س.

ن، ص.8.

أثناء العملية وبعدها وعن كل الآلام التي قد تتسبب فيها العملية، كما يعلمه بمختلف التفاصيل ويقدم كافة التوضيحات عن الطرق والتقنيات المستعملة والمستقر عليها في الوسط الطبي الجراحي⁽¹⁾.

-شكل الرضا تم معالجة الأمر في الفقرة الأولى من المادة 162 من ق.ح.ص.ت على أنه الرضا في حالة انتزاع الأنسجة يأخذ شكل الموافقة الكتابية، و كذلك في مجال زرع أو غرس، نقل الأعضاء والأجزاء البشرية، فإن التبصير للمتنازل لتثبيت رضاه الصحيح يكون من خلال الدليل الكتابي(الشكلية القانونية الكتابية) وهو ما تتجه إليه الكثير من التشريعات⁽²⁾.

ثانياً: رضا الطبيب في العقد الطبي

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

موافقة الطبيب تقديم العلاج: للطبيب الحرية في قبوله تقديم العلاج للمريض، وأنه بمجرد موافقته يجب أن يلتزم بضمان تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني و مطابقته لمعطيات العلم الحديثة، إلا أنه في معظم الأحيان يجد الطبيب نفسه مجبرا على موافقة المريض لتقديم العلاج لان العقد الطبي يقوم على اعتبار شخصي وعامل إنساني يدفع الطبيب للتنازل عن بعض حقوقه، وذلك ليحقق من وراءه خدمة للفرد والصحة العمومية، وضمان احترام حياة الفرد وشخصه البشري⁽³⁾.

-رفض الطبيب تقديم العلاج: لاشك أن في رحاب المذهب الفردي كان الاتجاه السائد في الفقه والقضاء الفرنسيين أن الطبيب_كسائر المواطنين_ له كامل الحرية في ممارسة مهنته وبالطريقة التي تروق له، فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة تعاقدية يلزم فيها رضاه كل من الطرفين، ولا يوجد نص يلزم الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون المساعدة⁽⁴⁾، ونجد أن كل من م.ج. و م.ف تطرقوا إلى

(1) معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، ع1، 2013، ص.25.

(2) منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2002، ص.92.

(3) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.47، 48.

(4) محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د ط، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 2001، ص.34.

حالة رفض الطبيب لتقديم العلاج، إذ تشير المادة 42 من م.أ.ط. ج. على "... و يمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 09 أعلاه أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"، وتقابلها المادة 39 من م.أ.ط.ف التي تنص على إمكانية رفض الطبيب لتقديم العلاج لأسباب شخصية أو مهنية⁽¹⁾ فمع أن الطبيب حر في مزاولته مهنته إلا أنه عليه واجب إنساني وأدبي تجاه المرضى والمجتمع تفرضه عليه أصول و مقتضيات مهنته، الالتزام محدد بنطاق معين و في ظروف معينة، فعلى الطبيب التزام في مكان ناء و لا يوجد فيه سواه، أو في حالة وجود مريض في خطر يستدعي التدخل السريع والفوري من قبل الطبيب المختص⁽²⁾.

المطلب الثاني

المحل كركن في العقد الطبي

يعتبر ركن المحل جوهر من بين الجواهر التي تساهم في تكوين العقد الطبي، ولقد تضاربت الآراء الفقهية من أجل إعطاء تعريف يناسبه وتحديد مشروعيته (الفرع الأول)، وتحديد محل التزام الطبيب في العقد الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف محل العقد الطبي و مشروعيته

إن المشرع اعتبر المحل ركن ثاني في تكوين العقد، الذي يراد به بصفة عامة العملية القانونية التي يرجى تحقيقها من وراء العقد⁽³⁾، كما نجد عند تحديد شروطه قيوداً تجعل بعض الأعمال الطبية لا تتماشى والأهداف الناتجة من جراء المحل.

⁽¹⁾ Art 39 du circulaire n°958_1000 du 6 juillet 1995 relative à la déontologie médicale : « le médecin à toujours le droit de refuser des soins pour des raisons professionnelles ou personnelles ».

⁽²⁾ السيد عبد الوهاب عرفه، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي، د ط ، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005، ص.56.

⁽³⁾ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.69.

أولاً: تعريف محل العقد الطبي

يخضع المحل في عقد العلاج الطبي إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني، حيث أن محل الالتزام هو الشيء الذي يلزم المدين بإعطائه أو بعمله، أو بالامتناع عن عمله، فالطبيب المعالج في العقد الطبي يلتزم بضمان تقديم علاج للمريض يتسم بالإخلاص والتفاني و المطابقة لمعطيات العلم الحديثة⁽¹⁾. و حسب ما جاء في المادة 45 من م.أ.ط.⁽²⁾. و بإسقاط هذه المفاهيم العامة على ميدان المسؤولية الطبية، فإنّ محل العقد الطبي هو ما يلتزم الطبيب القيام به اتجاه مريضه، حيث يقدم العلاج الضروري ويحد من ألام المريض أو تخليصه منها، ويتمثل هذا الالتزام الذي يرد على جسم الإنسان إما ببذل عناية أو تحقيق نتيجة معينة⁽³⁾.

ثانياً: مشروعية المحل في العقد الطبي

إنّ شروط محل الالتزام التي تقيم العقد هي في كونه موجوداً أو ممكن الوجود، و معينا أو قابل لتعين، و أن يكون مشروعاً، وبتطبيق هذه الشروط على العقد الطبي نجد أن الشرطان الاتيين لا يمكن تطبيقهما على العمل الطبي، كون أن محل هذا العقد هو جسم الإنسان وليس بحق عيني أو مالي، أما شرط المشروعية فإنه يمكن تطبيقه في العمل الطبي، وذلك من حيث الأصل بعدم قابلية التعامل في جسم الإنسان واستثناء قابلية التعامل في جسم الإنسان.

1- عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان: إن المبدأ العام يحظر ويمنع التعامل في جسم الإنسان وذلك بوضع أسس علمية وقانونية لتحديد النظام القانوني، للتصرفات التي يكون محلها جسم الإنسان⁽⁴⁾، وعليه حماية للكيان البدني للإنسان في مواجهة الغير ومن الشخص نفسه، كعدم جواز الانتحار أو الشروع فيه لتعلق حق الله وحق العبد على الروح و الجسد، وهذا ما بلغته الشريعة الإسلامية في ميدان حرمة الجسد

(1) هني سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006، ص.17.

(2) تنص المادة 45: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة..."

(3) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.53.

(4) المرجع نفسه، ص.54.

وروح الإنسان لم تبلغه ما سبقتها من القوانين⁽¹⁾، إذ نجد أنه في الشريعة المرء يحاسب يوم القيامة عن جسمه فيما أبلاه وذلك مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: {لا تزول قدوما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره: فيما أفناه؟ و عن عمله فيما فعل؟ وعن ماله: من أين اكتسبه؟ وفيما أنفقه وعن جسمه فيما أبلاه؟}⁽²⁾.

وبالتالي فالعلاقة بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم هي علاقة وطيدة فلا إعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية يتمثل في المساس بسلامة الجسم، ولقد أكد المشرع الجزائري في نص المادة 96 من ق.م: "إذا كان محل الالتزام مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"، بمعنى عدم صحة المحل الذي يكون مخالف للنظام العام والآداب العامة لعدم مشروعيته، و وجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر، ولم يكتفي بهذا فقط بل أدرج هذه الحماية في قانون العقوبات، و الرغم من كل هذه الحماية التي تحمي الكيان الجسدي للإنسان إلا أنه هناك استثناءات أين يمكن التعامل في جسم الإنسان⁽³⁾.

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

- الإجهاض: المعنى المعروف في كتب الفقه الإسلامي للإجهاض هو الإلقاء للولد قبل التمام، أو الإسقاط أي إخراج الحمل من الرحم قبل الأوان، وهو غير قاتل للحياة، أو هو إسقاط المرأة جنينها بفعل منها عن طريق أدوية و غيرها أو بفعل من غيرها⁽⁴⁾. ويمكن أن يكون الإجهاض تلقائي وهو ما يحدث دون سبب ظاهر وينش عنه خروج الجنين من الرحم لعدم قدرته على النمو والاستمرار، أما الإجهاض الإرادي الطبي

(1) منذر الفضل، المرجع السابق، ص.19-20.

(2) حديث صحيح رواه الترميذي.

(3) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.57.

(4) أميرة عدلى، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.294.

هو ما يتدخل الإرادة في إحداثه، بقصد تحقيق غاية طبية تتعلق بالمرأة الحامل، بحيث يصبح الإجهاض ضرورة لازمة للحفاظ على حياتها أو صحتها⁽¹⁾. و نجد المشرع سمح بالإجهاض لغرض علاجي وحفاظا على حياة الأم من الخطر و ذلك في المادة 72 من القانون 05_85 المتعلق ب ح. ص. وت تنص على: "يعد الإجهاض لغرض علاجي ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المههد بخطر بالغ.

يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي".

أما الإجهاض الإجرامي فإن الدافع إليه هو عدم الإنجاب والمحافظة على الرشاقة والمظهر، أو التستر على فاحشة، أو قتل الإناث دون الذكور بعد معرفة نوع الجنس ويتم ذلك عن طريق استعمال العنف على الجسم أو اللجوء إلى طبيب أخصائي⁽²⁾.

نقل وزرع الأعضاء: تقوم نظرية مشروعية التصرفات الواردة على جسم الشخص بتحديد الهدف المراد بلوغه من هذه التصرفات، فمتى كان الغرض مشروعاً كان التصرف مشروعاً، وعليه عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية تهدف كأصل عام إلى إنقاذ صحة و حياة المريض، الذي يكون بحاجة ماسة إلى العضو المنقول إليه وبتالي مشروعيتها مرتبطة بعمل نبيل ومقدس هو إنقاذ حياة المريض⁽³⁾، وعليه القاعدة الأساسية في جواز نقل و زرع الأعضاء البشرية تكمن في الضرورة تبيح المحضرات، والتي يقابلها في القرآن الكريم قول الله عزّ وجل: {... فمن اضطر غير باغ و لا عاد فإنّ الله غفور رحيم}⁽⁴⁾. أما السند القانوني فنجد في الفقرة الأولى من المادة 162 من ق.ح.ص.ت التي تقول: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو 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 اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب رئيس المصلحة".

(1) أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي: دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 2008، ص.106.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.60.

(3) اسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص.28.

(4) سورة النحل - آية 115.

الفرع الثاني: واجبات الطبيب في العقد الطبي

قد يكون المدين ملتزماً باستيفاء واقعة محددة، الذي ينتج التزاماً محدداً بدقة، و لا يكون قد وفى به إلا إذا تحققت النتيجة المطلوبة، وقد يكون ملتزماً فقط بأن يدم عناية و يبذل في سبيل ذلك حرصه من أجل الوصول إلى تلك النتيجة، وقد جرت غالبية الفقه على تسمية النوع الأول بالالتزام بنتيجة، وعلى تسمية النوع الثاني بالتزام بالعناية والحرص، وعليه يجتمع الفقه والقضاء على أنّ الأصل العام هو أن يكون التزام الطبيب التزاماً عاماً ببذل عناية، و استثناءاً من ذلك يكون في بعض الحالات فقط التزاماً بتحقيق نتيجة⁽¹⁾.

أولاً: واجب الطبيب ببذل العناية

من المسلم به و بوجه عام أن القواعد القانونية المدنية و قواعد المهن الطبية سواء كانت العلاقة بين الطبيب و المريض علاقة تعاقدية أو غير تعاقدية، لا تفرض على الطبيب التزام بشفاء المريض بل تلزمه ببذل قدر من العناية فقط⁽²⁾، فالمسألة تتعلق بالمهنة الطبية التي تهدف إلى معالجة المرضى وتخفيف الآلام، وليس إلى ضمان الشفاء الذي يبقى مرتبطاً بعوامل مختلفة، وقد لا يكون من ضمنها عامل المعالجة. ويوجب الفقه على الطبيب الذي يتولى معالجة مريضه أن يبذل العناية اليقظة في حدود الأصول المفروضة في مهنة الطب والقواعد المستقرة فيها⁽³⁾. ويتحدد هذا الالتزام بمراعاة عدة عوامل وهي:

- المستوى المهني: تقاس واجبات الطبيب بواجبات طبيب آخر في مثل ظروفه، فيقارن مسلك الطبيب الريفى بمسلك طبيب ريفى آخر⁽⁴⁾.
- الظروف الخارجية: يراعى في تحديد التزام الطبيب تجاه مريضه، الظروف الخارجية التي تتم فيها معالجته، كمكان العلاج والإمكانيات المتاحة⁽¹⁾.

(1) فريحة كمال، المرجع السابق، ص.123.

(2) أحمد حسن الحيارى، المرجع السابق، ص.41-42.

(3) علي عصام غصن، الخطأ الطبي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص. 20-21.

(4) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.94.

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

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

ثانيا: واجب الطبيب بتحقيق نتيجة

يعتبر الاستثناء بالالتزام الطبيب بتحقيق نتيجة عندما يكون الالتزام محددًا، أي المدين ملزم بتحقيق نتيجة محددة بذاتها، وحالات التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة تكون في بعض الأعمال الطبية التي ينعدم فيها عنصر الاحتمال نتيجة للتطور العلمي الحاصل فيها، و الذي تجاوز مقدار التنبؤ فيه من عنصر الاحتمال إلى اليقينية⁽³⁾، والالتزام بتحقيق نتيجة لا يمكن أن توضع له حدود في ضوء التقدم العلمي المستمر، إلا أننا سنتعرض لبعض الحالات نظرا لأهميتها و هي:

-نقل الدم والتحاليل الطبية الأخرى: إنّ عملية نقل الدم أساسا تلزم الطبيب بفحص حالة المتبرع الصحية لإجراء كشف أولي عن حالته، وبيان قدرته على التبرع من عدمها، كما جرت العادة في تحليل الدم المأخوذ من المتبرع من قبل الطبيب مختص أو من قبل مختبر خاص، و قبل حقن الدم بجسم المريض يراعي أن يكون هناك تعهد بين الطبيب المعالج من جهة وبين الطبيب المختص بالدم من جهة أخرى يتضمن تقديم دم سليم 100% و يكون خاليا من جراثيم المرض، وهنا يكون محله التزام بتحقيق نتيجة، أما التحاليل الطبية فهي تعتبر من العمليات العادية، وتقع على محل التزام محدد تحديدا دقيقا، وغير منطوي على تكييف الاحتمال والمخاطر، وقضاءً اعتبر الطبيب مطالبا بتحقيق نتيجة محددة بسلامة ودقة

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.206.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 95.

(3) هني سعاد، المرجع السابق، ص.50.

التحاليل ويستوي هنا تحليل الدم أو مكوناته أو أي تحليلات طبية أخرى، وعلى الطبيب إذا أراد أن ينفي مسؤوليته إثبات السبب الأجنبي⁽¹⁾.

- استعمال الأدوات و الأجهزة الطبية: أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، وقد يصاب المريض بضرر بسبب استخدامها من طرف الطبيب المعالج، لدى استقرار الفقه والقضاء بأن الطبيب يلتزم تجاه مريضه بالتزام محدد هو ضمان سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ الطبيب من أجله، وان محل التزامه هنا هو تحقيق نتيجة، إذ يوجد ارتباط وتداخل كبير بين الإلتزام بتحقيق و الإلتزام بالسلامة⁽²⁾.

-التحصين: بالنسبة للتطعيم الإجبارية فان الأضرار التي تترتب عليها لا تؤدي إلا إلى قيام مسؤولية الدولة حتى و إن كانت قد تمت بمعرفة طبيب خاص أو مركز طبي خاص، فالدولة في هذه الحالة هي المكلفة بضمان سلامة المواطنين في هذا المجال وهذا الإلتزام بتحقيق نتيجة يترتب على الإخلال به مسؤولية الدولة⁽³⁾.

-التركيبات الصناعية: les appareils de prothèses: أدى التقدم التقني العلمي إلى لجوء الطب إلى تركيب بعض الأجهزة الصناعية للإنسان، كالأسنان الصناعية، ونجد أن هذا التركيب يصاحبه ميزتين أحدهما طبية و أخرى صناعية فنية، بالنسبة للجانب الطبي فاللتزام الطبيب هو التزام عناية، بحيث يضمن تركيب العضو الصناعي بطريقة مناسبة للمريض، أما الجانب الفني والصناعي فمحل الإلتزام هنا محدد بتحقيق نتيجة و ذلك بضمان تركيب الجهاز ليعالج الحالة التي أمام الطبيب، و بأن يتلاءم مع جسم المريض⁽⁴⁾.

(1) أحمد حسين الحياوي، المرجع السابق، ص. 48-52.

(2) بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص. 162.

(3) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 108.

(4) أحمد حسن الحياوي، المرجع السابق، ص. 52.

المطلب الثالث

السبب كركن في العقد الطبي

السبب في العقد هو الباعث والدافع إلى التعاقد، وهو أيضا الغرض الذي يقصده الملتزم الوصول إليه من وراء رضاه بالتحمل للالتزام. و هذا ما سيقودنا إلى تحديد تعريف مناسب له و مدى مشروعيته في العقد الطبي (الفرع الأول)، والتطبيقات التي يحتلها في العقد الطبي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف السبب في العقد الطبي و مشروعيته

يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه⁽¹⁾.

أولاً: تعريف السبب في العقد الطبي

يقصد بالسبب في عقد العلاج الطبي هو الغرض الذي يقصده المريض من وراء تعاقدته مع الطبيب، وهي الحالة الحقيقية أو المفترضة للمريض. فالمريض يرغب في معرفة طبيعة تطور حالته الصحية العامة والبحث عن علاج لها من الطبيب ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف لنظام العام والآداب العامة⁽²⁾. ولقد تناول م.ج ركن السبب في المواد 97 و 98 من ق.م.ج⁽³⁾.

ثانياً: مشروعية السبب في العقد الطبي

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

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

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.166.

(2) هني سعاد، المرجع السابق، ص.17.

(3) المادة 98 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا⁽¹⁾. و يعتبر النظام العام تلك القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، واجتماعية، واقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلوا على مصلحة الأفراد. ويعد من النظام العام القوانين التي تنظم الهيئات العمومية وتحدد الروابط بينها وبين الأفراد وتناولت حماية هذه الروابط عدة قوانين منها المادتين، 34 و35 من دستور 1996 اللتان تتصان على عدم انتهاك حرمة الإنسان، وحظر أي عنف بدني أو معنوي يمس كرامته أو سلامته البدنية والمعنوية⁽²⁾ كما أن قانون العقوبات تناول حرمة الإنسان والحفاظ على حياته وعلى جسمه، وعدم المساس بكيانه ولو كان ذلك بجرحه خطأ أثناء ممارسة الطبيب لعمله وتطرق ق. ح. ص. ت إلى السعي لتسطير أهداف في مجال الصحة، ترمي لحماية حياة الإنسان وتحسين ظروف معيشته وكذا المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن أ. م. ط الذي يلزم الطبيب على ضرورة احترام حياة الفرد وشخصه البشري.

الفرع الثاني: موضوعات السبب في العقد الطبي

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

أولاً: التجارب العلمية

تكاد تتفق التشريعات المقارنة بالنسبة لتجارب الطبية والعلمية على الإنسان، على شرعية تلك التجارب إذا كان إجراؤها في إطار محاولة علاجية، أي أن تكون للشخص مصلحة مباشرة في إجراء التجربة وإذا كانت احتمالات النجاح على قدر من التوثيق من الناحية العلمية، وكان الخطر المترتب على التجربة أقل ضرراً لشخص من الفائدة المتوقعة بالنسبة للعلم والمجتمع، هذا فضلاً عن موافقة صاحب

(1) المادة 97 لأمر رقم 75_58، المرجع السابق.

(2) المواد 34 و35 من دستور 28 نوفمبر 1996، المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، ج ر عدد 76 لسنة 1996، المعدل و المتمم بالقانون 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25 مؤرخة في 22 أبريل 2002، المعدل و المتمم بالقانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 مؤرخة في 16 نوفمبر 2002.

الشأن، وبالنسبة للتجارب العلمية والطبية بقصد البحث العلمي اختلفت التشريعات في هذا الصدد فبعضها يبيح إجراء هذه التجارب إما استنادا إلى رضاء الشخص الذي تجري عليه التجربة مع مراعاة حسن الأداء كالقانون الألماني والنمساوي. و هناك تشريعات لا تقر بالإعتراف بشرعية تلك التجارب كما هو الحال في القانون الفرنسي والمشرع المصري⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد أباح إجراء التجريب على جسم الإنسان مع إحترام هي المبادئ الأخلاقية العالمية التي تحكم الممارسة الطبية، ومن بين هذه التجارب التي لا تقدم أية فائدة للمريض نجد الاستنساخ البشري و التغير الجنسي، التعقيم⁽²⁾، فالنسبة لعملية الإستنساخ البشري فهي محرمة من الناحية الشرعية إذ أن الله خلق الإنسان في أحسن تقويم أما التشريع فإنه لم يتطرق إلى دراسة هذه المسألة من الناحية القانونية، و إنما إكتفى بأحكام القانون المدني إستنادا لمشروعية السبب وعدم مخالفته لنظام العام والآداب العامة. و كذلك م. أ. م. ط في الفقرة الأولى الواجبات العامة ألزمت الطبيب على إحترام حياة الفرد وشخصه البشري والسعي للتخفيف من معاناته و آلامه ضمن إحترام كرامته الإنسانية⁽³⁾.

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

ثانيا: القتل بدافع الشفقة

القتل بدافع الشفقة يعرف أيضا بالقتل الطبي وهو التعجيل بإحداث الوفاة للمرضى الذين يعانون من أمراض مستعصية لا يؤمل شفاؤهم أو الميئوس من شفائهم، الذين يعانون آلاما مبرحة لاتطاق ولا ينفع معها العلاج، وهو نوع من أنواع القتل الذي يرتكبه غالب الأطباء لتخليص المريض ليرجى شفاؤه ولم يعد يطبق تحمل آلامه⁽⁴⁾.

(1) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص. ص. 163، 162.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 110.

(3) المواد 6 و 7 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

(4) منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجناحية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، د ط، جامعة نايف العربية للعلوم

الأمنية، الرياض، 2004، ص. 97.

ونجد في هذا الموضوع أن علماء الشريعة قد حرموا قتل الشفقة لأن هذا الأخير خارج على ما نصت عليه الشريعة الإسلامية وهذا مصداقا لقوله تعالى في كتابه الكريم: {لاقتتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق}⁽¹⁾، وقوله أيضا: {ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعدله عذابا عظيما}⁽²⁾، كما نهى الإسلام عن اليأس من رحمة الله في قوله تعالى: {يا بني اذهبوا فتحسسوا من يوسف وأخيه ولا تيأسوا من روح الله إنه لا ييأس من روح الله إلا القوم الكافرون}⁽³⁾، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه و الفارق للجماعة}⁽⁴⁾.

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

المطلب الرابع

الكتابة كركن في العقد الطبي

الأصل في العقود أنها رضائية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، و استثناءا من الأصل يكون العقد شكليا إذا كان الشكل ركنا لانعقاده⁽⁵⁾. وسندرس في هذا المطلب الحالة التي لاتستوجب الشكلية وهذا كأصل (الفرع الأول)، والاستثناء أين يستوجب الشكلية (الفرع الثاني).

(1) سورة الأنعام - آية 151.

(2) سورة النساء - آية 93.

(3) سورة يوسف - آية 87.

(4) حديث صحيح، رواه البخاري و مسلم.

(5) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 21.

الفرع الأول: الأصل عدم وجوب الشكلية

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

وتعرف الشكلية بأنها: كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني، وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد الإجرائية⁽²⁾، والشكلية قد تكون مباشرة أو غير مباشرة. فالشكلية المباشرة تتمثل في الكتابة التي قد تكون إما رسمية، يتولى فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة تحرير وثيقة العقد، و قد تكون عرفية فيحررها المتعاقدان وثيقة العقد متبوعة بتوقيعها و هذا حسب ما جاءت به المادة 324 ق. م في نصها " **العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للإشكال القانونية و في حدود سلطته وإختصاصه**"⁽³⁾.

أما الشكلية الغير المباشرة فتتمثل فيما يعرف بقواعد الإثبات، كما قد تتمثل في قواعد الشهر كالشهر العقاري والقيود في السجل التجاري والنشر، والتسجيل كما هو الأمر في الأحكام والقرارات القضائية⁽⁴⁾، و على هذا الأساس نستخلص أن العقد الطبي لاحتاج إلى كل هذه الشكلية لانعقاده وتكوينه ولا مجال لإسقاط فكرة الشكلية في هذا الميدان، إذ لا يعد من العقود الشكلية التي يشترط فيها الكتابة لانعقادها، بل يكفي فقط توفر ركن التراضي والمحل والسبب. إلا أن هذا يؤدي بنا إلى التساؤل عن كيفية إثبات العقد الطبي بما أنه لا ضرورة لتوفر ركن الشكلي؟⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 163.

(2) علي فيلالي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد- د ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص. 223-224.

(3) المادة 324 من الأمر رقم 57-58، المرجع السابق.

(4) علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 242-243.

(5) عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 127 و 128.

الإثبات هو: {إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني يرتب آثاره}

فلاقت جرت العادة على عدم كتابة العقد الطبي بين المريض و الطبيب وبذلك أجاز القانون إثباته بكل وسائل الإثبات، فيجوز إثباته بالبينة أو القرائن، فالوصفة الطبية التي يحررها الطبيب، أو سجلاته الشخصية المتضمنة تسجيل أو تأشير ملاحظاته الخاصة بالزبائن، أو شهادة الشهود في بعض الأحيان، فكل هذه الوسائل يمكن استعمالها لإثبات العقد الطبي بين الطبيب والمريض⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الاستثناء حالات وجوب الشكلية

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

أولاً: نقل وزرع الأعضاء البشرية

نظرا للخطورة التي تواجه في مجال نقل وزرع الأعضاء نجد المشرع الجزائري تدخل في المادة 162 الفقرة الأولى من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بنصها على: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من ؟ أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة التبرع للخطر، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة"⁽²⁾، كما تشترط في المادة 164 من نفس القانون، الموافقة الكتابية في حالة انتزاع الأنسجة والأعضاء من الأشخاص المتوفين، مع ضرورة تصدر هذه الموافقة من الشخص المعني وهو على قيد الحياة، إضافة إلى حالة رفض العلاج من طرف المريض حيث اشترط المشرع تقديم تصريح كتابي من طرفه في هذا الشأن⁽³⁾، ونص المشرع صراحة على هذه النقطة في المادة 49 من م.أ.م.ط" يشترط من المريض، إذا رفض العلاج الطبي، أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن"⁽⁴⁾.

(1) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.128.

(2) المادة 162 من القانون رقم 85_05، المرجع السابق.

(3) سابكي وزنة ، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري-تيزي

وزو، 2011، ص.118.

(4) المادة 49 من المرسوم التنفيذي 92-276، المرجع السابق.

ثانيا: تشريح الموت لهدف علمي

أباح المشرع الجزائري تشريح الموتى و ذلك بنصه صراحة في المادة 168 من القانون حماية الصحة و ترقيتها على أن: "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية، بناءا على مايلي:

- طلب السلطة العمومية في إطار الطب الشرعي.

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 164 من هذا القانون"⁽¹⁾، إلا أنه في هذه الحالة اشترط المشرع مرة أخرى ضرورة توفر الموافقة الكتابية من المعني بالأمر، و هو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته تقيد مثل هذا العمل الطبي لضرورة توفر الشكلية هذا راجع لخطورته ومساسه بالكيان البشري⁽²⁾.

(1) المادة 168 من القانون 05_85، المرجع السابق.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.130-131.

الفصل الثاني

أثار العقد الطبي

بعد انعقاد العقد الطبي تنشأ علاقة عقدية بين الطبيب و المريض التي تستكمل بتوفر أركانه كاملة وصحيحة، وهذه العلاقة ترتب آثار قانونية تتمثل في الإلتزامات المتبادلة بين المتعاقدين الطبيب والمريض، و في حالة تنفيذ محتوى هذه الإلتزامات تنتهي هذه العلاقة العقدية، بمعنى انتهاء العقد الطبي، أما إذا أخل احد المتعاقدين بالتزاماته اتجاء الآخر فإنه ينجر عن ذلك قيام المسؤولية على عاتق المخطأ منهما.

يتسع العقد الطبي ليشمل اثار قانونية كثيرة، لذا سنحاول تفصيل ذلك بدراسة إلتزامات المتعاقدين (المبحث الأول)، وكذا إنهاء العقد الطبي والمسؤولية المترتبة عنه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

التزامات المتعاقدين

إن العقد الطبي من العقود التبادلية، فإنه يقيم إلتزامات متبادلة على عاتق كل من الطبيب والمريض⁽¹⁾، وهذا ما سنحاول معالجته في إلتزامات الطبيب (المطلب الأول)، وإلتزامات المريض (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور الطبيب في العقد الطبي

رغم كون الطب علم ليس له صفة الإستقرار، إلا أن كل من الفقه والقضاء إستقر على أن العمل الطبي، هو ذلك النشاط الذي يأتيه الطبيب متخصص مرخص له بمزاولة مهنة الطب على جسم المريض، من أجل شفاؤه أو على الأقل التخفيف من آلامه، و هذا النشاط يمر بجملة من المراحل التي تعتبر التزامات في حق الطبيب يجب أن يتقيد بها فهناك التزامات خاصة بالعلاج (الفرع الأول)، وإلتزامات أخرى خاصة بعلاقة الطبيب مع المريض (الفرع الثاني).

(1) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.135.

الفرع الأول: الإلتزامات الخاصة بالعلاج

إنّ المريض الذي يطلب العلاج يتوجه إلى الطبيب، وبمجرد قبول هذا الأخير لطلب زبونه يولد التزام بعلاجه و ذلك يبدأ بفحص المريض وتشخيص العلة التي يعاني منها (أولاً)، وبعد الإنتهاء من التشخيص يقوم بوصف العلاج الذي يراه مناسباً بتقديم وصفة طبية للمريض (ثانياً)، ثم بعد ذلك تأتي مرحلة الرقابة العلاجية، عند تناول الأدوية أو تنفيذ العملية الجراحية (ثالثاً)⁽¹⁾.

أولاً: التشخيص كمرحلة أولى للعلاج

يقصد بالتشخيص تحديد نوع المرض المصاب به المريض، عن طريق حصر خصائصه وأعراضه وأسبابه. و عرفه جانب من الفقه بأنه: "مهمة يحاول فيها الطبيب معرفة المرض ودرجة خطورته وتطوره، وجمع ما يحيط به من ظروف المريض، وحالته الصحية العامة، وسوابقه المرضية و التأثيرات الوراثية، ولا يجد الطبيب ما يعتمد عليه في تكوين رأيه سوى ما يلمسه من أعراض المرض التي تكون في أغلب الحالات متشابهة وغير محددة، كذلك ما يدلي به المريض إلى الطبيب من معلومات كثيراً ما تكون هذه المعلومات غير صادقة وظروف الصحية التي مريها المريض"⁽²⁾.

ويعتبر التشخيص أول عمل من أعمال العلاج الذي يظهر فيه الطبيب كل قدراته العلمية، وعليه أن يبذل العناية اليقظة في تشخيص المرض، وللطبيب الاستعانة بزملائه الأكثر تخصصاً إذا ما ثارت شكوكه في تشخيص المرض حتى يتبين له طبيعة الحالة المعروضة عليه، فنصت المادة 69 من م. أ. م. ط على ضرورة إستشارة الطبيب لزميل آخر، كلما استدعت الحاجة إلى ذلك⁽³⁾، لذا يتعين على الطبيب المعالج ألا يقوم بتشخيص المرض بطريقة سطحية أو سريعة، بل يجب التحري حول الأعراض والحالة العامة و السوابق المرضية، والتأثيرات الوراثية حتى يتيقن من طبيعة ونوع المرض لإمكانية تشخيصه⁽⁴⁾.

(1) فريحة كمال، المرجع السابق، ص.109.

(2) فريد عيسوس، الخطأ الطبي و المسؤولية الطبية -دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.38.

(3) المادة 69 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

(4) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.136.

يتطلب التشخيص توفر شرطان في الطبيب، أولهما المعرفة العلمية، وثانيهما البحث لتحديد المرض، بالنسبة للمعرفة العلمية فإنه يشترط في الطبيب أن يكون عالما بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية، أما فيما يخص البحث فيتعين على الطبيب أن يقوم في مرحلة التشخيص بإجراء الأبحاث والأعمال الواجب عليه القيام بها حتى يستطيع تحديد المرض⁽¹⁾.

ثانيا: تحديد وصفة العلاج

تعتبر الوصفة الطبية بمثابة وثيقة مكتوبة يحررها الطبيب المعالج، تتضمن تحديد حالة المريض انطلاقا من عملية التشخيص أو تحديد تنظيم معين يقتضي على المريض إتباعه، أو وصف أدوية لعلاج الداء الذي يعاني منه هذا الأخير⁽²⁾، والقاعدة الذهبية في ممارسة الطب حرية الطبيب في وصف العلاج الذي يراه مناسباً، فلا يتعرض لأي مسؤولية إذا اختار طريقة دون أخرى أو إذا رأى أن الطريقة التي اختارها أكثر موافقة لطبيعة المرض، حيث نصت المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "يكون الطبيب والجراح الأسنان حريين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة..."⁽³⁾، كما نجد المشرع الفرنسي نص على هذه القاعدة في المادة R4127_8 فقرة الأولى من تقنين الآداب الطبية الفرنسي على أنه: "في الحدود المثابة بالقانون، الطبيب حرّ في تحرير وصفاته بالشكل الذي يعتقد أنها الأكثر ملائمة لحالة المريض"⁽⁴⁾.

و لقاعدة مبدأ الحرية العلاجية قيوداً، وردت في كل من التقنين الآداب الطبية الفرنسي والمرسوم التنفيذي 276_92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب في الجزائر وتتمثل هذه القيود في: يجب أن تقتصر وصفات الطبيب على ما هو ضروري للعلاج مع ضرورة المساعدة المعنوية وفقاً لما

(1) فريحة كمال، المرجع السابق، ص.ص. 110-111.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 137.

(3) المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

(4) Art R.4127a(1) du C .S.P.F dispose que : « dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescription qui seront celles qu'il estime les désappropriées en la circonstance. »

جاء المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب، التي تقابلها المادة R 4127_8 الفقرة الثانية من تقنين الآداب الطبية الفرنسي⁽¹⁾.

- لا يجوز للطبيب إعطاء علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة، على أن يكون العلاج يحقق فائدة للمريض ولا يسبب ضررا له.

- يجب على الطبيب أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا.

- يمنع على الطبيب أن يسلم وصفة علاج مغرصة، لا تتماشى وحالة مرض المريض، إذ يمنع منه تسليم أي تقرير أو وصفة حياة.

- ويبقى الشخص الوحيد الذي له صلاحية تحرير مثل هذه الوصفات إلا الطبيب وجراح الأسنان أو الطبيب الجراح⁽²⁾.

ويجب أن تشمل الوصفة الطبية البيانات التالية:

- يجب في العلاج الدوائي وصف دواء وارد في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية، كما يجب أن تتضمن الوصفة البيانات الواجبة والكتابة الصحيحة، وان تكون الوصفة مقروءة وواضحة وذكر اسم المريض، الدواء أو الجرعة أو الطريقة الاستعمال أو جدول تكرار الجرعات⁽³⁾.

- هوية الطبيب المعالج من اسم ولقب ورقم الهاتف و ساعات الاستشارة الطبية، كما يمكن أن يدون أسماء الزملاء المشاركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة.

- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها⁽⁴⁾.

⁽¹⁾regarder l'article R 4127_8 du C .S. P. F.

⁽²⁾ عشوش كريم، المرجع السابق، ص.138.

⁽³⁾ فريحة كمال، المرجع السابق، ص.118.

⁽⁴⁾ المادة 77 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

ثالثا: الالتزام بمراقبة صحة المريض

لا يتوقف التزام الطبيب عند مجرد وصف العلاج أو إجراء العملية الجراحية بل يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك، وتظهر هذه المرحلة خاصة بعد التدخل الجراحي لما يكون لهذه الفترة من أهمية في نجاحها أو فشلها⁽¹⁾. باستقراء نصوص مدونة أخلاقيات الطب نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التزام بمراقبة الصحية ولكن يفهم ذلك من المادة 45 من القانون 96-276 بحيث أن اشترط على الطبيب تقديم العلاج الذي يتسم بالإخلاص والتفاني ومطابقتها لمقتضيات العلم الحديثة، أما المادة 50 من نفس القانون تنص: "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن تضمن مواصلة العلاج للمريض"⁽²⁾، وعليه لا يمكن للطبيب التحرر من مهمته إلا إذا ضمن مواصلة العلاج للمريض، ولا يقع هذا الواجب على الطبيب التخدير فحسب، وإنما الطبيب الجراح الذي يبقى ملزما بإتباع منتهى الحذر في متابعة المريض بعد انتهاء العملية، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن بمسؤولية الطبيب الجراح إلى جانب طبيب التخدير في قضية وفاة شابة بعد إجراء عملية استئصال اللوزتين استفاقتها و على اثر هذا توقف قلبها والتنفس الذي سبب لها آثارا نهائية لا عودة فيها للدماغ، واعتبر الطبيب مخطئا في هذه الحالة كونه غادر المستشفى بعد مغادرة طبيب التخدير دون أن يضمننا بقاء المريضة بين يدي شخص مؤهل⁽³⁾.

الفرع الثاني: علاقة الطبيب مع المريض

إن المحافظة على سلامة جسم الإنسان من المبادئ المستقرة في مهنة الطب، فهو من الالتزامات الهامة التي يلتزم بها الأطباء إطار العقد الطبي، وتأسيسا على ذلك يجب حصول الطبيب المعالج على رضا المريض أو من يمثله بطريقة العلاج⁽⁴⁾، ولتأكد من ذلك ضرورة إعلامه بطبيعة مخاطر العلاج وان

(1) بوخرس بلعيد، المرجع السابق، ص.25، وأشار إليه أيضا د/رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنيين، د ط، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2005، ص.37.

(2) المواد 45 و 50 من المرسوم 92_276، المرجع السابق.

(3) هنى سعاد، المرجع السابق، ص.23.

(4) دغيش احمد بولنوار عبد الرزاق، التزام الطبيب بإعلام المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص(1)، 2008، ص.126.

يسعى بعدها لمراقبة صحته والاستمرار في فحصه دون الإخلال بواجب مقدس يتمثل في الحفاظ على السر المهني.

أولاً: وجوب توفر رضا المريض

يقصد برضاء المريض، هو التعبير عن إرادته في قبول التدخل الطبي، أي الإذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل ومدرك وقادر على الإفصاح عن رأيه، في قبول أو رفض التدخل الطبي سواء كان علاجياً أو جراحياً، أو من الممثل و المخولين في حالة عدم القدرة على التعبير بذلك، ويعتبر هذا الإلتزام شرط قانوني لممارسة مهنة الطب أوجبته النصوص المنظمة للصحة⁽¹⁾. ولقد تباينت التشريعات القانونية حول مسألة رضا المريض في الأعمال الطبية، حيث رد البعض مسألة رضا المريض إلى القواعد العامة ورد بعضها الأخرى إلى نصوص خاصة، فبالنسبة لتشريع الجزائري فقد أورد هذا الإلتزام في نص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المرض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب...⁽²⁾، أما التشريع الفرنسي فقد وضع نصوص خاصة تحكم مسألة رضاء المريض حيث تضمنت المادة 7 من م. أ. م. ط، ضرورة احترام إرادة المريض كلما أمكن ذلك، في حين نجد التشريع المصري لم يتضمن أي نص يتعلق برضاء المريض، وبذلك يكون قد أحال مسألة الرضاء في الأعمال الطبية على القواعد العامة في القانون العقوبات، أما التشريع الأردني نص صراحة على ضرورة شرط الرضاء في إجازة العمليات الجراحية أو العلاجات الطبية⁽³⁾.

وإذا كان إحترام إرادة المريض تقتضي من الطبيب التوقف عن عمله الطبي لحين الحصول على موافقة مريضه، إلا أنه في حالة الضرورة يكون هذا الإنتظار أمراً ضاراً به ويشكل خطراً عليه، ففي هذه الحالة فقط يمكن للطبيب عدم الإلتفات إلى واجبه في الحصول على رضا المريض، ما دام أن عمله كان يهدف إلى إنقاذ حياته أو المحافظة على سلامته البدنية.

(1) فريحة كمال، المرجع السابق، ص.93.

(2) المادة 44 من المرسوم 92-276، المرجع السابق.

(3) ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص،176-179.

ثانيا: ضرورة إعلام المريض

إن التزام الطبيب بإعلام المريض يعبر واجب مهني خاص يقع على عاتق الطبيب المشرف على نوعية العمل الطبي، و ذلك بضرورة إحاطة المريض علما بكل المعلومات الأساسية، و طبيعة العلاج المراد إخضاعه له ومخاطر العمل الطبي المتوقعة طبقا لقواعد وأصول المهنة المتعارف عليها⁽¹⁾، وقد أقرت جل التشريعات الحديثة هذا الالتزام ومنها المشرع الجزائري في قانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها و قد قرر المشرع صراحة اعتماد هذا النوع من الالتزامات الطبية لاسيما في حالة التدخل الطبي المنطوي على درجة من الخطورة والمجازفة، كما في حالة انتزع أعضاء الإنسان وزرعها على سبيل التبرع وهذا في نص المادة 162 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها⁽²⁾، وكذا المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص صراحة على هذا الالتزام بقولها: "يجب على الطبيب أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"⁽³⁾.

ولكن التزام الطبيب بإعلام المريض يجب أن يؤخذ في حدود التحفظات الآتية:

- إذا كان على الطبيب أن يحيط المريض علما بكل النتائج الضارة التي يمكن أن تتشا من جراء تدخله، إلا أن هذا لا ينطوي بطبيعة الحال على تلك النتائج قليلة الاحتمال، والتي ينذر وعوقها في العمل الطبي.
- يجب أن يقدر التزام الطبيب على ضوء الحالة النفسية للمريض، إذ أن ذكر النتائج الضارة قد يؤثر على معنويات المريض، مما يدفع الطبيب إلى إخفاء بعضها أو التهوين في ذكرها.
- لالتزم الطبيب كذلك بإعطاء المريض كل التفاصيل الفنية التي لا يستطيع استيعابها علميا سواء فيما يتعلق بنتائج المرض أو طرق العلاج المستخدمة، كما يصعب على الطبيب أن يفى بالتزامه بإعلام المريض في حالة الضرورة، فقد يكون المريض في حالة لا تسمح بإخباره بالعلاج و طريقته⁽⁴⁾.

(1) دغيش أحمد -بولنوار عبد الرزاق، المرجع السابق، ص.128.

(2) المادة 162 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

(3) المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع نفسه.

(4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.43-45.

ولقد أكد قرار محكمة النقض الفرنسية أن الطبيب ليس فقط ملزم بإعلام المريض، وإنما عليه كذلك إثبات قيامه بذلك وإلا كان مسؤولاً عن النتائج الضارة من جراء تدخله⁽¹⁾.

ثالثاً: ضرورة الحفاظ على السر المهني

السر المهني هو ما يجب على الطبيب كتمانته من معلومات تصل إليه عن طريق مريضه. فأساس السر الطبي هو الكتمان وعدم الإفشاء، فهو كل خبر أو معلومة يقتصر لعلم بها على عدد محدد من الأشخاص⁽²⁾، وتظهر أهمية السر الطبي في إحاطة حقوق المريض بسياج من السرية التامة، فالمريض الذي يلجأ إلى الطبيب ليعرض عليه حالته كثيراً ما يكون له مصلحة في أن لا يطلع أحد على أحوال صحته⁽³⁾. ولكي نكون أمام واقعة سرية يجب توافر ثلاث شروط هي:

- أن تكون الواقعة أو المعلومة قد وصلت إلى علم الطبيب عن طريق مهنته.

- أن تجد مصلحة للمريض في بقاء الأمر سرا سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية.

- أن تكون الواقعة أو المعلومة قد اطلع عليها الطبيب أثناء أو بسبب ممارسة المهنة⁽⁴⁾.

ونجد أن المشرع الجزائري نص على هذا الالتزام في المادة 36 من م. أ. م. ط على أنه: "يشترط في كل طبيب أو جراح الأسنان أن يحتفظ بالسر المهني المفروض لصالح المريض أو المجموعة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك"⁽⁵⁾. وهذا كقاعدة عامة، غير أنه أورد عليها بعض الاستثناءات الآتية:

- تصريح المريض للطبيب بإفشاء السر الطبي .

- إفشاء الطبيب لسر المهني دفاعاً عن نفسه.

(1) مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل وزرع الأعضاء البشرية: دراسة مقارنة-، مذكرة ماجستير، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص.100.

(2) عبد الرحيم صباح، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، دفاتير السياسية والقانون، العدد الرابع، ورقلة، الجزائر، 2011، ص.177.

(3) ابراهيم صالح عطية، المرجع السابق، ص.3.

(4) عبد الرحيم صباح، المرجع السابق، ص.177_178.

(5) المادة 36 من المرسوم 92_276، المرجع السابق.

-شهادة الطبيب المعالج أمام القضاء.

شهادة الطبيب الخبير أمام القضاء⁽¹⁾.

المطلب الثاني

واجبات المريض تجاه طبيبه

يعتبر العقد الطبي من العقود التبادلية، ويترتب عن ذلك التزامات تبادلية بين الطرفين، وهذا ما يوجب عائق المريض التزامات اتجاه طبيبه المتمثلة في الالتزام بإعلام طبيبه بحالته الصحية (الفرع الأول)، والتزامه بدفع أتعاب الطبيب(الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضرورة إعلام المريض طبيبه بحالته الصحية

إن العقد الذي يربط الطبيب والمريض يجبر هذا الأخير بضرورة مده الطبيب بكافة المعلومات حول مرضه، وذلك بمساعدته في التعرف على المرض الذي يعاني منه، عن طريق إعلامه بجميع المعلومات الكافية والمتعلقة بمرضه، كي يقوم باختيار العلاج المناسب له، و لكن هناك حالات أين يصعب على المريض مد طبيبه بالمعلومات حول مرضه، وذلك في حالة الضرورة والاستعجال حيث نجد كل من الطبيب والمريض لا تسمح لهما الظروف بالبحث عن المعلومات الكافية حول المرض، وكذلك في حالة الإغماء وفقدان الوعي أين يتعذر فيها بصفة مطلقة إمكانية إعلام المريض طبيبه المعالج بما يعاني منه، وما على الطبيب إلا التحري وبذل العناية القصوى للوصول إلى تشخيص المرض⁽²⁾. و استثناءا يمكن للمريض الامتناع عن إعلام طبيبه بحالته الصحية و ذلك بإجحاف المريض عن تقديم المعلومات الكافية حول مرضه، سواء بكتمانها أو الكذب بشأنها، فبالنسبة للكتمان فإن المريض يخفي ويكتم المعلومات المتعلقة بمرضه عن طبيبه المعالج، وذلك لعدة أسباب ومنها الحياء من الإدلاء بها أمام طبيبه، ولكن هذا يعرقل ويصعب من مهمة الطبيب المعالج ، أما فيما يخص الكذب على الطبيب فان المريض في هذه الحالة يمد طبيبه بالمعلومات خاطئة وهذا ينقلب سلبا عليه كالإنكار بعدم تناوله أية

(1) فريحة كمال، المرجع السابق، ص.107.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.154.

أدوية أو إتباع أي علاج⁽¹⁾. ويمكن لطبيب أن ينفي المسؤولية عنه وذلك بخطأ المضرور حسب المادة 127 من المدني جزائري " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيها... ، أو خطأ صدر من المضرور كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر..."⁽²⁾.

الفرع الثاني: واجب المريض بدفع أتعاب الطبيب

يعتبر دفع أتعاب الطبيب ثاني إلزام يلتزم به المريض اتجاه طبيبه المعالج، وتعرف أتعاب بأنها عبارة دين يقع على عاتق المريض (المدين) أو ورثته عند وفاته، لفائدة الطبيب (الدائن) صاحب العيادة الخاصة أو الطبيب المستخلف إذا كان يتقاضى أجره من الطبيب صاحب العيادة، مقابل علاج الشخص الذي يشكو من مرض، ويقابل الجهد الذي يبذله الطبيب مبلغ مالي⁽³⁾.

أولاً: تحديد قيمة أتعاب المريض

إن المريض عندما يتوجه إلى الطبيب لا يعلم بقيمة الأتعاب اللازمة لدفعها إلا بعد انتهاء عملية العلاج، ويعتبر الطبيب هو المخول الوحيد الذي يحدد قيمتها عن طريق الاتفاق الذي بين الطرفين، ونجد أن المشرع الجزائري في المادة 57 من م. أ. م. ط التي تنص: "يجب أن يجتهد الطبيب أو جراح الأسنان في تسهيل حصول مرضاه على الامتيازات الاجتماعية، التي تتطلبها حالتها الصحية، جون أن ينقاد لأي طلب مبالغ فيه، ويمنع كل تحايل أو إفراط في تحديد السعر أو إشارة غير صحيحة للأتعاب أو الأعمال المنجزة"⁽⁴⁾، حيث وضع قيود لحرية الأطراف المطلقة، وذلك بمنع الطبيب من المبالغة في تحديد أتعابه ومنع أي تحايل أو إفراط في تحديد سعر الاستشارة أو الأعمال الطبية التي تضر بالحالة المادية للمريض.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.172.

(2) المادة 127 من القانون 75-58، المرجع السابق.

(3) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.157.

(4) المادة 57 من المرسوم 92_276، المرجع السابق.

ثانيا: طرق دفع أتعاب الطبيب

يتم دفع الأتعاب إما عن طريق الدفع المباشر أو الدفع الغير المباشر، فبالنسبة لدفع المباشر فإن من المعلوم أن الأتعاب تدفع تبعا للعمل الطبي والعلاج المقدم للمريض، أي تدفع مباشرة عقب كل عملية علاج، أما المريض المعتاد الإقبال على طبيبه الشخصي، فيمكن له أن يدفع الأتعاب في وقت لاحق نظرا للعلاقة التي تربطهما، إذ يعد مريضا مخلصا. ومن أمثلة الدفع المباشر زيارة مريض مصاب بالزكام فيستشير الطبيب وتحرر له الوصفة و يدفع أتعاب ذلك مباشرة. أما الدفع الغير المباشر فيكون في حالة ما استدعي الطبيب لإجراء علاج دوري يتكرر في وقت منقطع، يستطيع الطبيب المطالبة بأتعابه بعد كل أربع وخمس فحوصات، فلا يتم الدفع مباشرة بعد كل فحص وعلاج طبي و إنما يكون لاحقا⁽¹⁾. و يمكن في كلتا الحالتين الاشتراك في قبض الأتعاب حسب المادة 81 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص: "يجوز الاشتراك في الأتعاب إذا كان الأطباء أو جراحو الأسنان، العاملون في العيادة الجماعية، يمارسون كلهم الطب العام أو جراحة الأسنان العامة، أو كانوا اختصاصيين في الاختصاص نفسه"⁽²⁾.

المبحث الثاني

نهاية العقد الطبي و المسؤولية المترتبة عنه

ينتهي العقد بتنفيذ المتعاقدين للالتزامات المترتبة عنهما، و هذا ما يطلق عليه اسم النهاية الطبيعية أو المألوف، و لكن قد يزول قبل تمام تنفيذه أو حتى قبل البدء فيه حتى، و الانقضاء يختلف باختلاف نوع العقود، وبالحديث عن العقد الطبي فتجدر الإشارة إلى انقضاء وانتهاء هذا العقد الذي يكون فيه الزمن عنصر جوهري، ألا و هو فترة العلاج. فكيف يتم إنهاء العقد الطبي وما هي المسؤولية المترتبة عنه، وفيما يتمثل جزء تلك المسؤولية؟

(1) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.158.

(2) المادة 81 من المرسوم 96_276، المرجع السابق.

المطلب الأول

نهاية العقد الطبي

لما كان يستوجب إنهاء العقد الطبي، نجد أن لهذه النهاية طريقتين إما بإنهائه بالطريقة الطبيعية، التي لا تستدعي أي إجراءات معقدة ولا صعوبات تلحظ في فرعنا الأول، و إما بفسخه و هذا كحالة استثنائية تستوجب توفر شروطه، و كذا الأسباب التي تؤدي بالمتعاقدين إلى فسخ العقد الذي يربط الطبيب بمريضه، إلا أن الفسخ لديه أنواع تستشف من خلال تلك الأسباب. وهذا من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد

إن تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد، يجب أن يتم وفق ما ورد في مضمونه، فبحسب المادة 106 من ق.م.ج التي تنص على "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"⁽¹⁾ فالمتعاقدين أحرار في التعاقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين وتضيف المادة 107 من نفس القانون تمثل قوة العقد الملزمة وثمرته النهائية وكذا الغاية من التعاقد وهو الوصول إلى تنفيذه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية"⁽²⁾. ومن خلال هذا نجد أن الطبيب و المريض بوصولهما إلى ما يصبوان إليه، فالطبيب يلتزم ببذل العناية لعلاج المريض من خلال ما يقوم به من أعمال كالتشخيص وكذا تحديد وصفة العلاج، ومن جانب المريض يقوم بدفع أتعاب الطبيب و مصاريف العلاج، فإذا ما قام كل واحد منهما بما هو ملزم به فنقول أن العقد الطبي انتهى بتنفيذ المتعاقدين لما هو مقرر له بكل مشتملاته وبحسن نية.

أولاً: تنفيذ العقد طبقاً لمشتملاته

قد يكون العقد الطبي عقداً مكتوباً فيتم تنفيذ ما هو مكتوب فيه وهو ما يسمى بتنفيذ العقد طبقاً لما ورد فيه والكتابة تظهر خاصة في بعض العقود الطبية كنقل وزرع الأعضاء البشرية وتشريح الموتى، فهنا

(1) المادة 106 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) المادة 107 فقرة واحد من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه.

يلتزم الطرفان بتنفيذ كل بنود العقد الذي جمعهما دون النظر إلى ما هو مهم أو غير مهم، فشرط العقد تقيدهم. و الامتناع عن التنفيذ من أحدهما يعتبر بمثابة التهرب من التزاماته.

إلا أن هذا لا يكفي في تنفيذ العقد بالرجوع فقط إلى الحقوق و الواجبات الواردة في العقد، بل يجب أن يتم تنفيذ العقد وفقا لمستلزماته، وإذ ما أغفل أحد المتعاقدين بعض التفاصيل إما عن طريق السهو أو لكون تلك التصرفات مألوفة بين الناس، فيجب الرجوع إلى القانون وكذا العرف أو إلى العدالة و هذا بحسب ما جاءت به المادة 107/2 من ق.م.ج: "...و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، وكذلك العدالة، و هذا بالنظر إلى طبيعة الالتزام..."⁽¹⁾.

-القانون

القانون هو تلك القواعد القانونية التي لها مظهرين، الأول دور أساسي تتمثل في القواعد الآمرة التي تلزم المتعاقدين بتنفيذ بنود العقد ولا يمكنها مخالفتها. أما القواعد المكملة فهي لا تلزم المتعاقدين بتنفيذها فهما أحرار في اتخاذها أو مخالفتها، و هنا القاضي يلتزم بتلك القواعد المكملة لتغطية النقص الذي أغفله المتعاقدين إما في ذكره في العقد أو أثناء تنفيذه⁽²⁾.

-العرف

يقصد بالعرف ذلك السلوك المتبع في مسائل معينة بصفة دائمة و متكررة مع اعتقاد الكل بأنه ذلك السلوك الإيجابي. و كما ذكرنا في المادة السالفة الذكر 107 على أن المتعاقدين لا يجب أن يلتزما فقط بما ورد في العقد بل يجب أن يلتزما بكل ما هو مستجد عند تنفيذه، و ذلك طبقا لطبيعته، و في هذا الصدد أوردت المادة 1135 من ق.م.ف أن العرف لا يشمل عامة الناس فقط شمل كذلك الأطباء فيما بينهم مع زبائنهم، و التي تعد أكثر شيوعا و هذا وفق تلك القواعد و الأعراف المهنية المتداولة بينهم.

(1) المادة 107فقرة 2 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) على فيلاي، المرجع السابق، ص. 291 .

-العدالة

تعتبر العدالة كل ما ينظر فيه القاضي في تطبيق العقد و المقصود بالعدالة و الإنصاف كما يتصوره الفرد هو تنفيذ المتعاقدين لبنود العقد كل بحسب ما التزم به و أداء واجبه على أحسن وجه، بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين و لكن لا تنسخها، فشان العدالة في إرادة المتعاقدين شأنها في القانون⁽¹⁾.

ثانيا: تنفيذ العقد بحسن نية

إن الأساس في تنفيذ العقود هو حسن النية فحسب الفقرة الأولى من المادة 107 من ق.م.ج: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بحسن نية". وهنا يجب التركيز على النية الحسنة لكلا المتعاقدين، ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، والنية الحسنة هنا لها مظهرين أساسيين هما الأول بالتزام النزاهة، والثاني بالتزام التعاون.

فالتزام النزاهة يتمثل في عدم استعمال الغش و الحيل، و كل طرق التدليس التي تجعل تنفيذ العقد صعبا وفي أحيان كثيرة مستحيلا، و كمثال على هذا ما نجده في الجراحة التي على الطبيب فيها التزام النزاهة، و عدم وضع عراقيل من شأنها تعطيل أو تأخير تنفيذ العملية الجراحية كي لا يتسبب في تدهور صحة المريض.

أما الالتزام بالتعاون، فهو ما يشمل عليه حسن النية في بذل الجهد أثناء القيام بهذا العمل النبيل، ألا وهو العمل الطبي، فالمريض لا يجب أن تكون علاقته بالطبيب علاقة خصام، ومجابهة، فالمريض من جهته ملزم بإخطار طبيبه بكل ما يتعلق بمرضه ليسهل عليه مهمته العلاجية وهذا خاصة في العمليات الجراحية⁽²⁾. و يضيف الأستاذ علي علي سليمان في هذا الصدد أن حسن النية يعتبر معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي، و يرجع فيه القاضي إلى سلوك المتعاقدين ليقرر،

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2، ط2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص.951.

(2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص.295.

إذ ما كان احد المتعاقدين سلك سلوك الرجل العادي. كما يقضي أيضا حسن النية عدم تعسف أحدهما في الحصول على حقه الناشئ عن العقد⁽¹⁾.

لا يعد تنفيذ العقد هو النهاية الطبيعية له كما سبق و أن ذكرنا، بل هناك جانب و مسلك آخر يؤدي إلى إنهاءه، بطريقة غير طبيعية، ألا وهو الفسخ، وهذا ما سيكون موضوع فرعنا الثاني بدراسة فسخ العقد الطبي بشروطه و كذا أنواعه .

الفرع الثاني: فسخ العقد الطبي

الفسخ هو أثر آثار إنهاء العقد الطبي، لأنه يترتب التزامات على عاتق الجانبين، وهذا بالرجوع إلى النظرية التقليدية التي تركز على السبب الذي هو الدافع للالتزام لكلا المتعاقدين. فإذا ما تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه زال سبب الالتزام، ومن خلال هذا يحق لمن لم ينفذ في حقه الالتزام طلب تنفيذ الالتزام أو اللجوء إلى طلب فسخ العقد، و للقاضي السلطة التقديرية هنا في مراعاة رغبة طالب الفسخ مباشرة أو إعطاء أجل للطرف الآخر لتنفيذ التزامه، وهذا ما يطلق عليه اسم الأجل القضائي أو نظرة الميسرة⁽²⁾.

أما في الفقه الإسلامي فالقاعدة العامة هو عدم جواز فسخ العقد خاصة في العقود التبادلية، إلا أنه استثناء على بعض العقود، و ذلك في حالات التعذر في تنفيذ المتعاقدين الإلتزام، إما بهلاك المحل أو لفوات المنفعة المقصودة منه. وباعتبار الفسخ تصرف معترف به يجوز للمتعاقد اللجوء إليه، لذلك وضعت له شروط و حددت له أنواع و التي تتمثل في الفسخ الإتفاقي، والقضائي⁽³⁾.

لما كان الفسخ الطريق لإيجاد حل لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزامات أو كلاهما ومثلما ورد في نص المادة 119 والتي تنص على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.97.

(2) علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص.104.

(3) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص.255.

جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات⁽¹⁾.

أولا: شروط الفسخ

ذكرت المادة 119 السالفة في فقرتها الأولى من القانون المدني ثلاثة شروط للفسخ و المتمثلة في كون العقد ملزم للجانبين، وكذلك في عدم وفاء المتعاقد بالتزامه، وأن يكون طالب الفسخ قد نفذ إلزامه أو مستعد لذلك. فمن هنا يتضح أن العقد الملزم للجانبين هو الذي يرد عليه الفسخ بكل أنواعه القضائي و الإتفاقي. و هو الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كلا المتعاقدين، كالبيع الذي يكون فيه الأول ملزم بتسليم السلعة و الثاني بدفع ثمنها، والتقابل هو المظهر الجوهري في هذا النوع من العقود، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد⁽²⁾.

أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم وفاء المتعاقد بالتزامه، وهذا بسبب تهرب المتعاقد الآخر الذي نسيمه جزاء لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، وإذا ما كان عدم التنفيذ ليس راجعا إلى فعل المدين بل يعود لسبب أجنبي كالقوة القاهرة فهنا لا يسمى فسخ العقد بل انفساخه، و الفسخ لا يشترط لطلبه تقصير المتعاقد في الوفاء بجميع التزاماته، بل للدائن طلب الفسخ و لو كان عدم التنفيذ جزئيا، فمثلا إذا امتنع البائع عن تسليم ملحقات المبيع كان للمشتري طلب فسخ عقد البيع، وإن كان قد تسلم المبيع نفسه، والمحكمة هنا لها رفض طلب الفسخ لما تكون الملحقات ليس لها أهمية كثيرة، وأن تخلفها لا يمنع المشتري من إتمام صفقته⁽³⁾.

(1) المادة 119 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، وتقابلها المادة 175 من القانون المدني المصري. "على أن الفسخ حق يتمسك به المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه".

(2) عبد الحميد الشورابي، فسخ العقد في ضوء الفقه و القضاء، ط3، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص25.

(3) أنور سلطان، المرجع السابق، ص256، 257.

العقد الطبي ذو طبيعة خاصة، تنظمه بعض الأحكام الخاصة التي نجدها في نص المادة 50 من م.أ.م.ط "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض". من هنا يتضح لنا أن للطبيب الحرية في التخلي عن عقد العلاج بشرط أن يحرس على مواصلة مريضه للعلاج و السعي لتحقيق رغبته في الشفاء، دون تركه في وضعية مزرية أو خطيرة، فتوفير الرعاية الصحية للمريض ضرورة لا يمكن إهمالها هكذا دون مبرر منطقي. فالعقد الطبي محله الشخص الطبيعي لا يمكن تركه هكذا دون تحمل العواقب، وهذا بسبب عدم قيام المريض بأحد التزاماته المفروضة عليه. فإذا ما ترك الطبيب مريضه وهو في حالة حرجة دون أن يضمن له من سيواصل علاجه لاحقا فإنه يتعرض لعقوبات صارمة حسب المادة 182 من ق.ع.⁽¹⁾

و دون إغفال ما جاءت به المواد 6 و التي تنص على "يكون الطبيب و جراح الأسنان في خدمة الفرد و الصحة العمومية.

يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد و شخصية البشرية". و أما بخصوص ما أنتت به المادة 7 "تتمثل رسالة الطبيب و جراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية و العقلية، و في التخفيف من المعانات، ضمن احترام حياة الفرد و كرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس و السن و العرق و الدين و الجنسية و الوضع الاجتماعي و العقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب " و المادة 50 من م.أ.م.ط و التي تنص على أنه "يمكن الطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن تضمن مواصلة العلاج للمريض" فمن خلال هذا يتضح جليا أن صحة الإنسان فوق كل إعتبار، وأن حفظ بدنه و عقله، و التخفيف من آلامه و معاناته واجب سامي على الطبيب الإلتزام به لتحقيقه. و هذا يدخل ضمن إحترام حياة الفرد و كرامته الإنسانية، و دون تمييز بين الجنس، أو السن و لا العرق و كذا الدين... فالصحة العمومية تاج فوق رؤوس البشرية، و على الطبيب الحفاظ و رفع هذا المشعل السامي⁽²⁾. إلا أن هناك عوائق تحول دون تنفيذ المتعاقدين لإلتزاماتهما، و نجد هذا في القوة القاهرة و كذلك الحادث المفاجئ، وهذا يجعل العقد في حالة انفساخ و ليس فسخ تطبيقا لأحكام المادة 121 من ق.م.ج

(1) المادة 182 من قانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 20 ديسمبر سنة 2006، المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.

(2) المواد 6، 7، 50 من المرسوم التنفيذي 92-276، المرجع السابق.

"في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و يفسخ العقد بحكم القانون". وهنا المقصود بالاستحالة هي الاستحالة المطلقة بالنسبة لكل الناس ليس فقط بالنسبة للمتعاقدين ويجب أن تشمل كل بنود العقد الواردة فيه و ليس بعضها فقط⁽¹⁾.

أما بخصوص الشرط الثالث فيتمثل في كون طالب الفسخ يجب أن يكون قد نفذ إلتزامه أو مستعد لذلك، فليس من المعقول أن يكون هو مقصر في القيام بالتزاماته المترتبة عليه ومن ثم يطالب الغير بالفسخ لعدم تنفيذهم. فعليه القيام بواجباته المطلوبة منه أو على الأقل إعادة الحال لما كان عليه سابقا كي يكون طلبه منطقيا، ولقاضي محكمة الموضوع سلطة تقدير هذا الطلب، لأن الفسخ يترتب عليه أثر رجعي فيما بين المتعاقدين، و إن لم يستطع أحدهما إعادة الحال لما كان عليه سابقا، إمتنع عليه المطالبة بالفسخ، ففي العقد الطبي لو أبد المريض إستعداده لتنفيذ كل إلتزاماته، والطبيب قصر من جهته فهنا يحق للمريض المطالبة بفسخ العقد الرابط بينه وبين الطبيب، و للطبيب أيضا حق طلب الفسخ لو قصر المريض في إلتزامه⁽²⁾.

ثانيا: أنواع الفسخ

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

-الفسخ القضائي

هو ذلك الحكم القضائي يصدره القاضي، دون اتفاق المتعاقدين عليه، و يجب فيه إعدار المتعاقد الذي طلب بشأنه الفسخ، و هذا ما نصت عليه المادة 119 في فقرتها الأولى من ق.م.ج السالفة الذكر⁽³⁾. غير أنه في بعض العقود لا يمكن الإعدار فيها وهذا حينما يصبح تنفيذ الإلتزام غير ممكن أو غير مجدي، وهذا حسب الحالات التي ذكرتها المادة 181 من ق.م.ج⁽⁴⁾. وبعد الإعدار يرفع طلب الفسخ

(1) المادة 121 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق، و أنظر كذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص.358.

(2) أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 256.

(3) المادة 119/1 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(4) المادة 181 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

إلى القضاء في صورة دعوى، لأن الفسخ لا يتقرر إلا بحكم القضاء، يعتبر الحكم الذي يصدره القاضي حكم منشئ وليس كاشف. وفي هذا النوع يمكن لطالب الفسخ أن يعدل عن طلبه قبل النطق بالحكم إلى طلب التنفيذ عينياً أو بمقابل، أو العكس، إذا ما كان طلب رفع الدعوى للتنفيذ أن يعدل عن طلبه بالتنفيذ، وللطرف الآخر أن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم بالفسخ. وبعدها لا يبقى حينئذ إلا أمر التعويض عما نجم من أضرار أو تأخير بضياع فرص منه للريح⁽¹⁾. يجوز للقاضي في هذا الصدد أن يمنح للطرف الذي رفع ضده طلب الفسخ أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز أن يرفض القاضي دعوى الفسخ إذا كان الطلب الذي رفعت من أجله الدعوى يقل أهمية عن الإلتزام الذي هو سبب التعاقد⁽²⁾. وفي حالات كثيرة يمكن للقاضي أن يحكم بالفسخ لما يراه أكثر ضماناً لمصلحة الأطراف مع تعويض الطرف المتضرر⁽³⁾.

-الفسخ الإتفاقي

إن مجرد اتفاق المتعاقدين على وضع شرط الفسخ يعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ولا داعي للحكم القضائي نتعرض وهذا حسب ما أورده المادة 120 من ق.م.ج. " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي.

وهذا الشرط لا يعفي من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف، وعند عدم تحديده من طرف المتعاقدين⁽⁴⁾ ويلاحظ أن هذا الفسخ يتفق من جهة مع الفسخ القضائي في كونهما يركزان على عنصر هام ألا وهو الاعذار و يخضع للعرف في الفسخ الاتفاقي إذا لم يحدده الطرفان وقد يتفق المتعاقدين على أكثر مما سلف ذكره على التخلي على حكم القضاء وكذا عن الاعذار كذلك و إذا ما حدث نزاع بينهما و رفع إلى القضاء فعلى القاضي هنا أن يقضي بالفسخ و يكون حكمه ذو صيغة

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص311،310.

(2) عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد، المرجع السابق، ص.23.

(3) GABRIEL MARTY ET PIERRE RAYNAUD : droit civile_tone2,1. *volume les obligations, EDITIONS SYRE, paris 1962.p.263.

(4) المادة 120 من الأمر رقم 58-75، المرجع السابق.

كاشفة، وليس منشأ⁽¹⁾، ويعطي البعض تعريف الشرط الفاسخ لهذا النوع الذي سبق وأن ذكرناه فيقع الفسخ بمجرد تحقق الشرط أي الإخلال بالالتزام.⁽²⁾ وهذه الأحكام نفسها في العقد الطبي فقد يتفق الطبيب و المريض على الشرط الفاسخ فلما لا يقوم أحدهما سواء الطبيب أو المريض بالتزاماته يقع العقد مفسوخا، ولا يمنع هذا من رفع دعوى تقرير الفسخ وكشفه. ومثال ذلك العقود الطبية الواردة على جراحة التجميل، فعند تقرير فسخه يصبح منعدم الوجود وكأنه لم يكن، فيرد كل واحد ما أخذه من الثاني وإذا ما تعذر ذلك خاصة في العقود الطبية يلجأ الطرف الذي تسبب في الضرر إلى التعويض لجبر الضرر اللاحق للطرف المتضرر و يختلف التعويض باختلاف الضرر بين الضرر الجسيم والبسيط، وهذا حسب ما ورد في نص المادة 122 من ق.م.ج " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"⁽³⁾.

المطلب الثاني

المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي

فقبل التعرض للمسؤولية المترتبة عن العقد الطبي فتجدر الإشارة إلى الحديث عن أركان المسؤولية المترتبة عنه و المتمثلة في الخطأ و الضرر وعلاقة السببية بينهما ثم نلقي نظرة عن المسؤولية المترتبة عن المستشفيات الخاصة والعامة، وكذا عن الجزاءات التي تنجم عنه.

الفرع الأول: أركان المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي.

أولاً: ركن الخطأ في العقد الطبي

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

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.107.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.313.

(3) المادة 112 و122 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

والتأهيل التي تختلف لدى الاثنين⁽¹⁾. و يعرف الخطأ أيضا على أنه إخلال بالتزام مقرر سلفا، ومقياسه في خصوص النشاط الطبي، يكون بموجبات ممارسة مهنة الطب، فتقوم المسؤولية إذا ترتب على الإخلال بهذه الموجبات حرمان المريض من الضمانات الطبية التي يحق له اقتضاؤها من المرفق العام أو حتى الخاص⁽²⁾.

ويمكن أن نجد أن الخطأ المرتكب في المجال المهني يرتب مسؤولية مدنية لا يمكن التهرب منها، فالانحراف قد يثير في بعض الأحيان مسؤولية جنائية للطبيب كحالة وفاة المريض المستقبل أو المتبرع في مجال نقل و زرع الأعضاء. كما يمكن أن يثير مسؤولية إدارية للمستشفى الذي تتم بداخله سواء عمليات النقل أو العمليات الجراحية الأخرى، وهذا ما نسميه الخطأ المرفقي الذي يتسبب في تلوث المريض أو عدم تعقيم غرف العمليات أو وسائل العلاج المستخدمة⁽³⁾. و معيار الخطأ الذي أخذ به المشرع هو المعيار الموضوعي الذي نقارن به الفعل على أساس سلوك معين لا يختلف عن حالة أخرى مماثلة له، وهذا حسب المادة 172 من ق.م.ج التي تنص على " في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك. وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه، أو خطئه الجسيم⁽⁴⁾، يعرفه جون بأنه كل تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول⁽⁵⁾.

(1) عدنان إبراهيم سرحان، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين-المسؤولية الطبية -مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، ج1، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، لبنان، 2000، ص.145.

(2) محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ، أساس المسؤولية المرفق الطبي العام، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص.100.

(3) طاهري حسين، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، د ط، دار هومة للطباعة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص.42.

(4) المادة 172 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5) Jean (panneau), la responsabilité du médecin, 3^{ème} Edition, DALLOZ, 2004, p.17.

صور الخطأ

للخطأ الطبي عدة صور، فقد يكون الخطأ في العلاج، أو قد يكون ناجماً عن إخلال بالالتزام أثناء ممارسة العمليات الجراحية أو غير ذلك من الأخطاء التي تقع عند معظم الأطباء سواء في عياداتهم الخاصة أو المستشفيات العمومية.

-الخطأ الطبي في العلاج: وهو ما قد نسميه الأخطاء المتصلة بالأخلاقيات الطبية والمستمدة من مخالفة مجموع الواجبات الملقاة على عاتق الطبيب بموجب القوانين المنظمة للمهنة من ثقة وائتمان على جسد المريض وروحه وأهمها:

-خطأ الطبيب في عدم إعلام المريض وهذا ما تنص عليه المادة 43 من م. أ. م. ط. على أنه "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي"، وكذلك بإعلامه إلى جانب زيادة تكلفة العلاج وفائدته وكافة المخاطر التي قد تطرأ أثناء عملية علاج، و هذا ما تعرضت له المادة 44 من نفس المرسوم على " يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

_ ونجد خطأ آخر وهو امتناع الطبيب عن العلاج أو إنفاض المريض دون مبرر فالأصل أن الطبيب له الحرية المطلقة في ممارسة مهنته واستقلالية تامة، إلا أن هذه الحرية تكون في حدود الغرض الاجتماعي وهو الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، والتخفيف عن ألامه ومعاناته. وهو ما تقضي به المادة 9 من نفس المرسوم " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان، أن يسعف مريضاً يواجه خطراً وشيكاً، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له"⁽¹⁾. وإذا ما تعمد الطبيب عدم إسعاف المريض الذي هو في حالة خطر وتسبب بذلك في ضرر له، فالطبيب هنا يكون قد تعسف في استعمال حقه ويكون قد ارتكب خطأ في إطار المسؤولية التقصيرية إستناداً لنص المادة 124 مكرر المضافة بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم ق.م.ج. والتي تنص على

(1) المواد 43، 44، 9 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

أنه "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: "...- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير..."(1).

- الخطأ الآخر في عدم متابعة علاج المريض وذلك حسب ما نجده في نص المادة 45 من م. أ.م.ط "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص و التفاني، ومطابقتها لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين"، بإستشارة الزملاء الأكثر خبرة خاصة عند عدم تأكده من التشخيص، كما تضيف المادة 47 من نفس المرسوم 92-276 المتضمن أ.م.ط. على أنه "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح و أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا، كما يتعين عليه أن يجتهد للحصول على أحسن تنفيذ للعلاج". و لا ننسى أن الطبيب يمكن له التحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض المادة 50 من نفس المرسوم و السالفة الذكر التي نجدها تقضي بذلك.

-وهناك خطأ آخر يقع فيه بعض الأطباء ألا وهو الإضرار بالمريض معنويا كأن يكذب على المريض بإعطائه نتيجة التشخيص الكاذبة، وهذا يعود لأسباب مشروعة أحيانا يقدرها هو أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، مع إلزامية إخبار عائلته أو أشخاص معينين. و إذا ما قام الطبيب بإفشاء السر فهنا يكون قد تسبب في معاناة معنوية للمريض وكان من المفروض عليه مراعاة الحيطة و الحذر في ذلك.

-أما الخطأ الآخر الذي يقع فيه الأطباء فيتمثل في إعطاء المريض وصفة العلاج الغير مناسبة لمرضه فرغم حرية الطبيب في إختيار أي علاج يريده، إلا أنه عليه أن يستمد الوصفة على أساس طابع علمي، إذ يمنع عليه الالتجاء إلى الطرق التي يستخدمها المشعوذين والإبتعاد كذلك عن إيهام مرضاه بطرق غير مؤكدة لا شفاء منها. وبالرجوع للمادة 17 من نفس المرسوم السالف الذكر "يجب أن يمتنع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له من خلال فحوصه الطبية أو علاجه"(2). على الطبيب الاهتمام ومسايرة كل التطورات التي تحدث في المجال الطبي، سواء من جانب المعلومات، أو

(1) المادة 124 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني.

(2) المواد 17، 47، 50، 45، من المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المرجع السابق.

من ناحية الوسائل المبتكرة للعلاج، وإلا سيكون قد أهمل دوره كطبيب، وسيؤدي ذلك إلى قيام مسؤولية الطبيب إذ ما حدث هناك ضرر للمريض.

أما الأخطاء التي قد تحدث أثناء ممارسة العمليات الجراحية: وباعتبار الجراحة جزء من الفن الطبي وتتم فيها المعالجة يدويا بواسطة وسائل وأدوية، فهي تدفع لحماية تكامل الجسم البشري، وعلى هذا يجب توفر مجموعة من الشروط التي تجعل التدخل الجراحي مشروعاً وأولها الترخيص القانوني لمزاولة الجراحة، وهذا لا يعني الحصول فقط على شهادة التخصص في الطب بل يضاف لها رخصة يمنحها وزير الصحة لإجازة مباشرة الأعمال الطبية و كذا الجراحية، وهذا ما تنص عليه المادة 197 من القانون ح.ص.ت" تتوقف ممارسة مهنة الطبيب و الصيدلي و جراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير، المكلف بالصحة،بناء على الشروط التالية:..."⁽¹⁾ ولا يتوقف الأمر فقط على الحصول على ترخيص من وزير الصحة بل يضاف لهذا الترخيص موافقة المريض ورضاه على العلاج وهذا ما جاء في نص المادة 154 في فقرتها الأولى من قانون ح.ص.و.ت على"يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك". فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن رضا المريض بإجراء العملية الجراحية له يعتبر أمر ضروري في حالة ما كان مؤهلاً وراشداً وغير مجنون، أما إذا كان يعاني من مانع من موانع الأهلية كالجنون والعتة وكذا نقص الأهلية فهنا الطبيب يكون مضطراً لأخذ موافقة ذويه على القرار أو من أخذه لمعالجته في المستشفى. أما إذا كان أمر استعجالي لا يتحمل الانتظار فعلى الطبيب القيام بالعملية لأن انتظاره يؤدي إلى إصابة المريض بضرر لا يمكن تداركه ومعالجته فهنا سلامة المريض الجسدية تغلب رضاه الذي يصعب استخلاصه من حالته الخطيرة⁽²⁾. وتضيف المادتين 43 التي تنص على" يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة و صادقة بشأن أسباب كل عمل طبي" ، أما المادة 44 من م. أ. م. ط، فقط تطرقت لوصف موافقة المريض ورضاه اللذان يجب أن يكونا رضا حر ومنتصر ولما لا يستطيع الإدلاء بموافقته، وفي كل الأحوال إذا ما كانت ضرورة أو خطر يحدق بحياة المريض فعلى الطبيب التدخل لعلاجه في نصها هذا على"يخضع كل عمل

(1) المادة 197،154 من القانون 85-05، المرجع السابق.

(2) JEAN SAVATIER,JEAN MARIE AUBY,ET PAQUIGNOT, traite de droit médical, Edition techniques, France, paris,1956,p.218.

طبي ، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة 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".⁽¹⁾، أما إذا كان في غير هذه الحالة فإن الطبيب يكون مسؤول عما يحدث للمريض حتى ولو بذل العناية اللازمة لذلك لأن المريض قبل أداء الطبيب لعمله العلاجي لم يوافق عليه المريض أي أن الطبيب لم يحصل على رضا المريض فلو حصل على رضاه لما كان مسؤولاً.

يضيف البعض على أن الخطأ الطبي في العمليات الجراحية ينقسم إلى ثلاثة مراحل، أولها قبل البدء في العملية، و من ثم أثناء القيام بها، وثالثاً بعد الإنهاء منها و كذا في مرحلة إفاقة المريض. فالعملية عند البدء فيها يستلزم توفر فريق طبي لذلك، منهم المختص في التخدير وكذا في الإنعاش والمساعدين من ممرضين، وتقنيين فكلهم جزء من العملية فلا يمكن للطبيب الجراح الاستغناء عنهم.

فالطبيب الجراح وطبيب التخدير يقوم بعناية كاملة وذلك من خلال الفحوص التمهيدية والمتعلقة بفحوص الدم ووجوب معرفة كل ما يعاني منه المريض من أمراض أخرى، و مراقبة سنه ووزنه لمعرفة نسبة الجرعة المخدرة التي سيقدمونها له، والتأكد من سهولة تدفق الدم في الشرايين لتحديد وسيلة التخدير، وعدم تناول المريض للطعام قبل تخديره. الطبيب عليه أن يقوم بالفحوص البيولوجية للتأكد من مدى سلامة أعضاء المريض الحيوية كالمعدة والقلب...، و الإطلاع على ملفه إذا قدّم من الطبيب آخر قد عالجه من قبل⁽²⁾.

أما المرحلة الثانية وهي أثناء إجراء العملية الجراحية، فيجب على الطبيب الجراح وكذلك الطبيب المخدر اللذان يجب أن يكونان معا دائما أثناء العملية الجراحية، ولا يجب الاستغناء عنه لأنه الأدرى بأصول عمله كي يكون النجاح هو الحليف لهم كفريق متكامل، وعند حدوث مضاعفات أثناء العملية كتوقف قلب المريض أو حدوث انسداد في الشرايين فكل واحد منهم يقوم بعمله المنوط به وتوخي الحيطة

(1) المادة 43، 44 من المرسوم التنفيذي 92-276، المرجع السابق.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.ص. 182-184.

والحذر، وإذ ما كان هناك إهمال فعلى الطبيب تحمل المسؤولية⁽¹⁾. قد يحدث خطأ أثناء العملية الجراحية فيتحمل الطبيب الجراح أشياء في جوف المريض بعد العملية (ضماطات، مقص، أو عدم إرجاع الجلد لما كان عليه سابقا بخياطته...)، كما هي العادة في مثل تلك الحالة، أو كغلط أثناء تحضير الدواء فخلط بين محلولين لا يجب مزجهما، فكل هذا يعد إهمال من جانب الطبيب فيجب عليه تحمل وزره، فكما يقال فالتعجيل بالموت مرادف لإحداثه. رغم إرجاع الطبيب خطأه لسبب كثرة عمله أو إرهاقه، فهذا لا ينفي عنه المسؤولية بل قد يساهم في تخفيف العقوبة لا أكثر⁽²⁾. و نجد نوعا آخر من الأخطاء الشائعة في الآونة الأخيرة كوضع المريض في وضعية غير سليمة أو جرح عضو أثناء التدخل الجراحي بالرغم من وضوح العضو المصاب، ولا تتوقف الأخطاء الطبية فقط قبل أو أثناء العملية الجراحية بل نجد أخطاء أخرى تمتد إلى ما بعد العملية، ألا وهي مرحلة الإفاقة والتي هي من واجب الطبيب المخدر ضمان إفاقة المريض إفاقة تامة، وهو الذي يحدد إن كانت إفاقته تطول أم لا؟ و هل تشكل خطر عليه إذا ما طالت المدة؟ وعليه اتخاذ الحلول المناسبة لإنقاذه ووضعه إن استلزم الأمر في غرفة الإنعاش⁽³⁾.

يعد الطبيب المخدر مرتكباً لخطأ إذا ما قام بمغادرة المستشفى مباشرة بعد انتهاء العملية الجراحية دون التأكد من إفاقة المريض الكلية، أو إذا ما أوكل مهمة المراقبة للمرضيين وهم لا يملكون الخبرة والمهارة اللازمين، و عليه أيضا أن يتفطن إلى انسداد محتمل لشرايين المريض بعد العملية. والاستفاقة أخذ بها المشرع الفرنسي بحدوث مجموعة من الاختبارات ألا وهي سعال المريض بعد وضع الأنبوبة في الجهاز التنفسي وعدم تحملها من المريض وكذلك ظهور حركات البلع، تحريك الأصابع، الاستجابة بمجرد لمس البشرة، الاستجابة للأوامر الشفوية البسيطة و الواضحة مثلا الاستجابة لأمر فتح العينين⁽⁴⁾. وهناك أخطاء تحدث أثناء المراقبة بعد إجراء العملية الجراحية فعند غياب طبيب التخدير و الطبيب الجراح يعلم بذلك ولم ينبهه يكون مسؤولا، كما قد تقوم مسؤولية الجراح إذا لم يعاين مريضه بعد العملية أو لم يكف

⁽¹⁾ Michèle HARICHAUX ramu-juris classeur-civil-fasc 440-5 Art 1382 à 1386.année.1993-pp.11 et 14.

⁽²⁾ السيد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.19.

⁽³⁾ DANIEL Rougé, louis arbus, et Michel contage l'Iola :la responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique_Edition ARNETTE Paris.1992. p.73.

⁽⁴⁾ DANIEL Rouge, louis Arbus, et Méchel contage, op-cit. P.12.

شخصاً بذلك على الأقل. وعليه أيضاً التأكد من سير إجراءات العناية أو الرعاية التي يستلزم القيام بها عقب العملية والتي يجب أن تتم على خير وجه⁽¹⁾. إن من يقومون بالعملية الجراحية يعتبرون كفريق جماعي، وما قد يصدر عنهم من أخطاء هل لها طابع جماعي بصفتهم فريق، أم ذات طابع شخصي كل واحد بما قام به؟

يرى فريق من الفقهاء أن الخطأ شخصي فالطبيب المخدر تكون أعماله تحضيرية يقوم بها قبل إجراء العملية الجراحية و الطبيب الجراح لا يسأل عما يحدث من أخطاء قام بها الأول، أما ما يتم من فتح لجسم الإنسان ووضع للضمادات وكذا خياطة الجرح وتضميده فهو من مسؤولية الطبيب الجراح ولا يتحمل طبيب التخدير المسؤولية، فكل واحد يحاسب بحسب ما يقوم به من عمل، و أهم فقيه مؤيد لهذا الرأي هو الأستاذ "kornprobst" ولقد استعان القضاء الفرنسي بهذه واتخذه كمعيار في العديد من أحكامه.

أما الرأي الثاني فهو المعيار الجماعي الذي يقول بوجود أعمال مشتركة بين كل من الطبيب الجراح والطبيب المخدر، وكذا المساعدين الآخرين، ولهذا يصعب تحديد من قام بالخطأ فهم يشتركون في أعمال عديدة، فأساسهم ليس المقصود بالاشتراك في العمل المادي في ارتكاب الجريمة بل يكفي الاشتراك في اتخاذ القرارات فالطبيب المخدر والجراح يتفقان على الموعد حتى ولو لم يحضر التخدير ولم يباشره هو، وهذا ما يطلق عليه اسم الخطأ الجماعي⁽²⁾.

وبالرجوع لموقف المشرع الجزائري من خلال هذين المعيارين فنجد أنه لم يحدد معنى الخطأ الجماعي، ولم يحدد موقفه من قيام أو عدم قيام مسؤولية الأطباء الجراحين و الأطباء المخدرين عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء إجراء العمليات الجراحية، وبهذا علينا الرجوع إلى القواعد العامة والتي تقضي بقيام المسؤولية العقدية وانساب الخطأ الحاصل إلى الطبيب الذي تعاقد مع المريض، وكذلك كل خطأ إلى صاحبه وهذا حسب ما تنص عليه بنود العقد المتفق عليه وطبقاً لنص المادة 106 من ق.م.ج "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها

⁽¹⁾Michelle harichaux op-cit.pp.11et13.

⁽²⁾ محمد سامي الشوا، الخطأ أمام القضاء الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص.ص.131، 153.

القانون⁽¹⁾. غير أنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الطبيب من المسؤولية المترتبة عن خطأه، ولا يمكن تطبيق أحكام المادة 178 في فقرتها الثانية من نفس القانون في هذه الحالة، لكون الضرر واقع على النفس البشرية وليس على المال. وإذا ما وجدت حالة وضع فيها هذا الشرط يعتبر الشرط باطلاً⁽²⁾. وإذا لم تحدد مسؤوليات كل واحد فإننا نطبق المادة 126 من ق.م.ج "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض " وبهذا تكون مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير مسؤولية تضامنية، أما مسؤولية الممرضين و الممرضات فإنهم يتحملان المسؤولية على أساس تبعيتهم إما للطبيب الجراح أو لطبيب التخدير وهذا ما قضت به الفقرة 2 من المادة 73 من المرسوم 92-276 المتعلق أم.ط" عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية.

أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤوليتهم⁽³⁾

إضافة لهذه الأخطاء التي تم ذكرها توجد أخطاء أخرى تحدث من خلال العمليات التجميلية التي كما يعرفها البعض على أنها إزالة تشويه بالجسم أو إصلاح عيب ظاهر كتعديل الأنف أو الشفتين، فكل هذه الأعمال تعتبر أعمال تجميلية و الغرض منها هو إظهار محاسن و جمال الشخص، وهي مباحة ما دامت فيها فائدة ومصلحة للشخص سواء لتحسين مظهره لتحقيق راحة في باله و تعديل مزاجه لتمنحه الثقة في نفسه. بشرط ألا تغير السير الطبيعي و العادي للجسم ووظائفه فهي أحيانا تبعد الشخص عن صخرية الآخرين و استهزائهم الذي قد يؤدي بالشخص إلى الإصابة باضطرابات عصبية وحتى إلى انهيار عصبي يؤدي بحياته فينتحر، ويبقى هذا النوع من العمليات له شروط كباقي العمليات الأخرى أولها رضا المريض وإعلامه بالعلاج و طبيعته وكذا المخاطر التي قد تطرأ أثناء القيام بها. ودون إغفال

(1) المادة 106 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(2) المادة 178 فقرة 2 من الأمر رقم 75-58 "و يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

(3) المادة 126 والمادة 73 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 92-276، المرجع السابق.

شرط آخر يتمثل في كون الطبيب الذي يقوم بالعملية يجب أن يكون جراح متخصص بالعمليات التجميلية، وعليه القيام بجميع الفحوصات الطبية اللازمة قبل إجراء العملية⁽¹⁾.

العملية الجراحية التجميلية فيها نوعين الأول بقصد تحسين الشكل كتجديد الشباب وذلك بنزع تجاعيد الوجه، أو تجميل الذقن أو الأذنين، البطن، نزع الشحم من الساعدين، تجميل الحواجب، و غير ذلك من العمليات التحسينية، و النوع الثاني، هو لإصلاح التشوهات الناجمة عن الحوادث و العيوب الخلقية و كذا الأمراض الأخرى، و من أهم هذه العمليات التي يلجأ إليها الأشخاص و التي تحظى باهتمام بالغ و يزيد فيها الطلب للقيام بها هي تشوهات حوادث المرور، و كذلك التي تتجم عن سقوط الأشخاص على الوجه أو القيام بعمليات لتصحيح التشوهات الخلقية أي عندما يزيد طول عضو عن آخر أو زيادة أصابع اليدين. والفرق بين النوع الأول و الثاني، أن الأول لا توجد فيه ضرورة ملحة وعاجله لإجرائها، بل هي مجرد تلبية رغبات نفسية لتحسين المظهر و هيئة الشخص، أما النوع الثاني فهو ضروري لإزالة تشوه أو عيب لاسترجاع الشخص أحد أعضائه لحالته الطبيعية فالضرورة الملحة هي الدافع⁽²⁾.

وكون العمليات التجميلية ذات طبيعة خاصة، فإن القضاء قد تشدد بصدد المسؤولية الطبية لها، كون الشخص الذي يطلب إجراء مثل هذا النوع من العمليات عادة ما يكون غير مريض ولا مصاب ولا مجروح فهي تعتبر من الكماليات⁽³⁾. ويظهر لتشدد في كون العمليات الجراحية التجميلية ليست لضرورة علاجية، ومن ثم يجب أن تتناسب الأضرار والمخاطر المحتملة مع الهدف الكمالي التحسيني المنتظر منها، والطبيب وكذا من يتعاقد معه الوقت الكافي لإجرائها في ظروف متأنية ولا يوجد ما يبرر فيها العجلة والسرعة. والجدير بالذكر أن عمليات التجميل التي غرضها إزالة التشويه والعيوب الحيوية الناجمة عن الحوادث يبقى فيها الطبيب ملزم ببذل العناية وليس تحقيق نتيجة مثلها مثل جراحة التجميل التحسينية فهي تخضع للقواعد العامة في تحديد مسؤولية الطبيب. ويظهر كذلك التشدد في توسيع فكرة الخطأ الفني،

(1) عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص.41، 42.

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص.191.

(3) ROUGE ARBUS ET COSTAGLIOLA-op-cit.p.103.

واشترط كون الطبيب الجراح متخصص ويمارس العملية وفق ما اتفقا عليه، وليس كمحل للتجارب، ولكن بالمقابل هناك من ذهب إلى استعمال ألفاظ تقترب من إلزامية الطبيب في تحقيق نتيجة لكن هذه الجراحة لا تستلزم صحة المريض، ولا يجب على الطبيب الموافقة على العملية إذا لم يكن واثقا من نتائجها ويشك بأنه لو قام بالعملية قد يحدث شلل للشخص أو خطر ينهي حياته، أو ببتر أحد أعضائه، أو ترك آثار تتجاوز العيب المبدئي الذي كان عليه الشخص.

ويظهر التشدد في كون عبئ إثبات عدم بذل الطبيب العناية اللازمة يقع على عاتق المريض إثبات واقعة الإهمال، كأن يثبت المريض أن الترقيع الذي قام به الطبيب الجراح في موضع الجرح نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل. وبهذا يكون المريض قد أقام قرينة على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، ونقل بذلك عبئ الإثبات إلى الطبيب، وهو بدوره كي يثبت حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع. نضيف إلى أن الرضا الذي يجب أن يكون في العملية الجراحية التجميلية يجب أن يكون صريح و المريض أخذ الوقت الكافي في التفكير بالمخاطر التي يعلمه بها طبيبه، وأي إخلال من جانب الطبيب في عدم إعلام مريضه بالمخاطر العلمية على هذا الأخير إثباته⁽¹⁾ ونجد أخطاء أخرى متعلقة بالمستشفيات سواء العامة منها أو الخاصة، والتي تعرف بالعيادات الخاصة، لا يملك المريض الذي يدخل إلى مستشفى عام حرية اختيار من يعالجه وبذلك لا ينعقد العقد بينهما لأن الطبيب يمثل مركزا تنظيميا داخل المرفق الطبي، فلا توجد علاقة تعاقدية بينه وبين المريض وهذا الأخير يستفيد من الخدمات التي يقدمها المرفق العام دون وجود علاقة مباشرة، ولهذا يتم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأخطاء الطبية الحاصلة داخل المستشفيات، و المرافق الصحية العامة وتتم المساءلة على هذا الأساس⁽²⁾.

وحسب تكييف محكمة النقض الفرنسية لمسؤولية الطبيب الذي يعمل في المستشفيات الحكومية على أنها مسؤولية تقصيرية لا عقدية، فلو كان عقدا لاشتمل على شروط وموافقة بين الطرفين إلا أن المستشفيات هنا تقوم بعملها وفقا للقوانين و اللوائح التنظيمية التي تصدر من الحكومة، دون تمييز بين

(1) عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 196.

(2) وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب-دراسة مقارنة-أطروحة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص. 22.

الأفراد، وتقوم بخدمات مجانية، رغم دفع المريض أحيانا أجورا رمزية ، فلا يمكن تسمية هذه العلاقة بعلاقة عقدية، فتظل دائما علاقة قانونية. و المريض يخضع لقوانين المستشفى التي تصدرها الحكومة، ولا يحق له مناقشتها أو وضع شروط ينظمها هو.

ويبقى كل خطأ يقوم به الطبيب أثناء تأدية وظيفته في المستشفى العام مسؤولية تقصيرية، فالمستشفى هو المسؤول، فهي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، فالطبيب هو التابع⁽¹⁾ حسب المادة 219 من القانون المدني العراقي وكذلك المادة 174 من القانون المصري والمادة 136 من الأمر السالف الذكر والتي تنص على " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع"⁽²⁾.

و نفس الأحكام تميز المستشفيات الخاصة، فالطبيب الذي تعينه الإدارة ليقوم بعمله يكون تابع لهذا القطاع الخاص، وإذا مارس مهامه بالطريقة التي طلبها منه مدير القطاع فإن هذا الأخير هو الذي يتحمل المسؤولية عن كل تصرف يقوم به الطبيب التابع له بالرغم من أن العمل الفني للطبيب بعيد كل البعد عن أوامر مجلس الإدارة، فهو الأدرى بأصول عمله ومن خلال هذا تظهر نوعا ما استقلالية الطبيب حتى مع زملائه الأطباء، أما فيما عدا الأعمال الفنية للطبيب فإن إدارة المستشفى لها الحق في مراقبته وتبقى التبعية ما دام الطبيب يعمل هناك⁽³⁾. وهذا بحسب ما ورد في نص المادة 129 من الأمر السابق التي تنص: " لا يكون الموظفون و الأعوان العموميون مسؤولون شخصا عن أفعالهم التي أضرت بالغير

(1) أسعد عبيد الجبيلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية-دراسة مقارنة-ط2 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص.ص.384،380، وأنظر كذلك بهذا الخصوص، صافية سنوسي، الخطأ الطبي في التشريع و الإجهاد القضائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2006.

(2) المادة 136 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق. تقابلها المواد 219 من القانون المدني العراقي، و كذلك المادة 174 من القانون المدني المصري.

(3) أسعد عبيد الجبيلي، المرجع السابق، ص.ص.366-379.

إذا قاموا بها تنفيذاً لأوامر صدرت إليهم من رئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم⁽¹⁾. وحسب المادة 10 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها التي تنص على " تخضع جميع الهياكل الصحية أو ذات الطابع الصحي للوصاية التقنية للوزير المكلف بالصحة أو لرقابته، طبقاً للتنظيم الجاري به العمل". وتضيف المادة 11 من نفس القانون ما يجب أن تكون عليه هذه الهياكل وما يجب أن تقوم به " يجب أن تكون الهياكل الصحية في متناول جميع السكان، مع توفير أكبر درجة من الفعالية و السهولة و احترام كرامة الإنسان"⁽²⁾.

ثانياً: ركن الضرر في العقد الطبي

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي، فلا يكفي وقوع الخطأ لوحده

بل يجب أن يتبع ذلك الخطأ ضرر يلحق بالمضرور، فما هو الضرر؟ وما هي أنواعه؟

-تعريف الضرر: الضرر بوجه عام هو الأذى الذي يلحق أو يصيب الشخص جراء قيامه بالمعالجة لمرض أصابه لدى طبيب عام أو خاص⁽³⁾. ويمكن تعريف الضرر أيضاً على أنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له يحميها القانون وتكون متعلقة بسلامة جسمه أو ماله، أو عاطفته، أو تمس بشرفه...وهو النتيجة الحتمية للتعدي عليها⁽⁴⁾. وعرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 124 و التي تنص على "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"⁽⁵⁾.

للضرر أنواع نذكر أولها الضرر المادي الذي هو عبارة عن إخلال بمصلحة مالية للمضرور

ويكون الضرر مادي بتوفر شروط منها تحققه، أن يكون حال، مستقبلي، أو محتمل.

(1) المادة 129 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

(2) المادة 10، 11 من القانون رقم 85-05، المرجع السابق.

(3) فريحة كمال، المرجع السابق، ص. 265.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 143. ولمزيد من التوضيح أنظر مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص. 118.

(5) المادة 124 التي عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر.ع. 44، ص. 23.

والضرر الحال هو ذلك الضرر الذي وقع فعلا، والأصل أن التعويض يكون عنه، أما إذا لم يقع أصلا فلا يلزم التعويض عنه.

أما الضرر المستقبل فهو عكس الحال يقع في المستقبل فتكون المسؤولية محققة في المستقبل، وتقدير التعويض يكون عند حصوله، كأن يتعاقد طبيب مع مريضه ليعالجه فيهمله وبعد مدة تتفاقم حالة المريض وتندهور.

والمحتمل فهو ذلك الضرر الذي لم يحدث بعد ولا هو محقق الوقوع في المستقبل. فهو مجرد احتمال وليس مؤكد الوقوع، ولا ينجر عنه تعويض إلا بعد حدوثه ويجب توفر شرط آخر والذي يتمثل في كون الإخلال كان في حق أو مصلحة وكذلك بتفويت فرصة كأن يمارس الطبيب عمله و يتسبب في أخطاء تجعل المريض معاق أو بدل أن يتعطل عن عمله لمدة قصيرة طالت المدة لأكثر من ذلك، فهذا يدخل ضمن إخلال بحق وبمصلحة المريض ويكون الطبيب قد فوت عليه فرص يمكن أن تكون غاية في الأهمية بالنسبة للمريض وبهذا على الطبيب تعويضه⁽¹⁾.

والحديث عن الضرر في نوعه الثاني ألا و هو الضرر الأدبي فيتمثل في الضرر الذي يصيب الشخص في عواطفه وأحاسيسه و كذا مشاعره، ويسبب له ألما نفسية⁽²⁾ ويعرفه البعض على أنه ما يلحق الإنسان في كرامته أو شعوره وكذا في شرفه، وقد يصل إلى المساس بمعتقداته الدينية، وكذا عاطفته، وما يصيب الشخص من ألام جراء حادث مفاجئ ألم به أو بأحد من عائلته كفقْدان شخص عزيز عليه⁽³⁾.

أما الضرر الأدبي فهو ذلك الذي ينتج عن الأخطاء الطبية و التي تمس بجسم المريض أو إصابته بعجز يترتب عنه ألام نفسية نتيجة التشوهات و الآثار الغير مرغوب فيها بعد العملية، ويختلف من شخص لآخر و ذلك حسب تأثر كل واحد منهم فتأثر الشخص المسن ليس كتأثر الشاب، والولد ليس كالبنات فمواجهة كل واحد للظروف التي تصادفه في حياته تختلف بين متقبل لها والاستعداد لها ولحلها بكل جرأة وثبات تختلف عن الشخص ضعيف الشخصية الذي يستسلم لها وتؤثر عليه سلبا، وهذا يرجع

(1) محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص. 108-113، وأنظر عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص. 65.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 981.

(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 148.

أيضا للظروف الاجتماعية و الصحية، فرب العائلة الغني ليس مثل رب العائلة الفقير لو وضعنا في نفس الظروف المشابهة، والشخص السليم ليس كالشخص المعاق لو كان هدفهما البحث عن الشغل⁽¹⁾. وعرفت المادة 182 مكرر الضرر الأدبي في نصها على أنه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"⁽²⁾.

ثالثا: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الطبي

لا يكفي وقوع ضرر للمريض وثبوت خطأ الطبيب أو المستشفى، بل يلزم وجود علاقة سببية تربط بين هذين العنصرين، و يجب أن تكون علاقة مباشرة بين الخطأ و الضرر. فعلاقة السببية هي الركن الثالث لقيام المسؤولية. إلا أن تحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الأكثر صعوبة وكذا الشاقة نظرا لتعدد جسم الإنسان وتغير حالاته و عدم القدرة على التعرف على المضاعفات التي قد تحدث فجأة والناجمة عن مرضه والتي قد تكون ظاهرة أحيانا أو خفية.

و لما نبحت في السبب قد نجد أن الضرر يرجع إلى عوامل بعيدة تعود لطبيعة الإنسان المعقدة والصعبة الاستيعاب. وأشهر مبدأ في هذا الصدد هو "متى أثبت المضرور الخطأ أو الضرر وكان من شأنه ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر، فإن القرينة على توفر علاقة السببية بينهما تقوم لصالح المضرور، وللمسئول في هذه القرينة إثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ونقصد بالسبب الأجنبي هو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو خطأ المضرور، خطأ الغير أو السبب الأجنبي"⁽³⁾.

وبخصوص نفي علاقة السببية فإن المشرع تطرق إليها من خلال المادة 127 من ق.م.ج. والتي تقر بأن الطبيب لو أثبت أن الضرر لم يكن بسببه بل تم بسبب آخر كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة... فإن العلاقة السببية تنتفي. فالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ هي شروط لا يمكن توقعها

(1) محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص.ص. 163-165.

(2) المادة 182 مكرر من الأمر 58-75، أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر. 44. ص. 24.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.ص. 114، 115.

ويستحيل دفعها أو التحرر منها⁽¹⁾، وبذلك تنتفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر ولا مجال هنا للحديث عن التعويض، وهنا الاستحالة تكون ذات طابع موضوعي سواء كان الشخص يقظاً أو بمقارنته مع شخص آخر، و نذكر مثال في هذا الصدد وفاة الشخص بسكة قلبية إثر زلزال مرعب أو رعد مفاجئ أثناء معالجته، و كمثل آخر لقطع علاقة السببية التي يتسبب فيها خطأ المريض البالغ و العاقل الذي ينتحر، أما إذا كان مريضاً غير عاقل و غير بالغ فهذا شيء آخر يضاف لمسؤولية متولي مراقبته. فالإنتحار هو تناول المريض أدوية منعها عنه طبيبه و حذره من عواقب تناولها. أو كأن يكذب المريض على طبيبه بإعطائه معلومات خاطئة عن مرضه فتظلل الطبيب في وصف العلاج، فكل تصرف من هذه التصرفات أو غيرها والتي تؤدي إلى نفس النتائج تنفي المسؤولية وكذا العلاقة السببية. أما إذا اشترك الطبيب و المريض في الخطأ فهذا يؤدي انتقاص التعويض المحكوم به على الطبيب⁽²⁾.

تعدد الأخطاء المؤدية لوقوع الحادث يوجب مساءلة كل من ساهم فيها أياً كان قدر الخطأ المنسوب إليه سواء كان ذلك سبباً مباشراً أو غير مباشر⁽³⁾.

وقد يصدر خطأ من الغير ينفي العلاقة السببية، ويقصد بالغير هنا الشخص الذي لا يسأل عنه المدين تعاقدياً، أي الشخص الذي لا تربطه بالمدين صلة قانونية ولا تعاقدية، ويكون المتسبب الوحيد في الضرر كأن يتسبب في إسقاط شخص من أعلى إلى أسفل أثناء تجولهم في رواق المستشفى العام أو الخاص، فالغير هنا وحده المسؤول. أما إذا اشترك الطبيب مع الغير في إحداث هذا الضرر فإن المسؤولية تكون مشتركة بينهم ونصبح أمام تعدد المسؤولين لفعل ضار والتعويض يكون بالتضامن بينهم، وهذا حسب ما جاء في المادة السالفة الذكر 126 من ق.م.ج "إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين

(1) المادة 127 من الأمر رقم 75-58 "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

(2) عشوش كريم، المرجع السابق، ص. 205، 204، وأنظر كذلك محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص. 116، 117.

(3) أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-ط1، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2007، ص. 265-267.

في التزاماتهم بتعويض الضرر، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض⁽¹⁾.

وبخصوص عبء الإثبات فإنه يقع على عاتق المريض إثبات خطأ الطبيب المتسبب في الضرر ومن المفروض أن علاقة السببية، لا يكلف الدائن بإثباتها، بل المدين هو الذي يكلف بذلك فعبي الإثبات يقع عليه لا على الدائن.

ونظراً لتشدد القضاء حالياً أصبح لا يطبق القواعد العامة إذ يشترط توافر علاقة سببية نظراً لمصلحة المريض، وعلى الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي حتى يرفع مسؤوليته عن الخطأ الثابت في حقه. فالقضاء يركز على الخطأ الثابت وضياع فرصة المريض في الشفاء أو الحياة، والتحسن، أو لتفادي أضرار معينة⁽²⁾.

الفرع الثاني: جزاء المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي.

يترتب على قيام مسؤولية الطبيب الإلتزام بجبر الضرر و ذلك إما بإعادة الحال لما كان عليه سابقاً، أو بإعطاء تعويض للمضرور عما لحقه، ولما كانت الحالة الأولى لا يوجد فيها صعوبات فقد وجدنا بالعكس من ذلك الحالة الثانية تستدعي التوضيح و البحث فيها وفي أحكامها، و هذا ما سيكون موضوع فرعنا هذا ألا وهو الحديث عن التعويض بتعريفه و كذا في تقديره و وقت تقديره.

أولاً: تعريف التعويض

يعرف التعويض على أنه كل أثر يترتب على المسؤولية المدنية، متى توفرت أركانها من فعل ضار وخطأ وعلاقة سببية بينهما، فمن خلال هذا ينشأ التزام في ذمة المسؤول في الضرر بحكم القانون⁽³⁾.

(1) المادة 126 من تقابلها المادة 169 و 216 من القانون المصري و كذلك محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص. 174، 175.

(2) Michèle harichaux –ramu-juris classeur.civ-fasc 440-1ART 1382 à1386 année 1993-p.17.

(3) نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية الجوانب القانونية و الشرعية-دراسة مقارنة-ط 1 ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص.173.

وحسب ما جاء في نص المادة 124 من الأمر رقم 75-58 و التي تحدثت عن التعويض⁽¹⁾. وفي مجال المسؤولية الطبية فنعرّفه على أنه ذلك الجزاء الناجم عن الإنحراف الملموم في السلوك الذي سبب ضرر للغير، أو هو ثمرة المسؤولية، ويمكن أن يكون بديل نقدي يدفعه الطبيب المتسبب للمريض بالضرر الذي ألحقه به، و قد يكون التعويض ذو صورة عينية بإلزام المسؤول عن الضرر بإعادة الحال لما كان عليه قبل التدخل الطبي العلاجي سواء بالجراحة أو بإعطاء وصفة العلاج، و التعويض العيني غالباً ما يكون نادراً في المسؤولية الطبية⁽²⁾.

التعويض لا يكون فقط عند ممارسة الطبيب لمهنته في أثناء علاج المريض، بإجراء الفحوص والعمليات الجراحية إن استلزم الأمر ذلك، بل قد ينجر التعويض عن إعطاء منتجات طبية تتسبب في ضرر للمريض. لكن على الطبيب في هذه الحالة إعلام المريض بكل المخاطر التي يحتمل أن تحدث وياحتمالية ظهور آثار جانبية جراء تناول الدواء، فهذا أمر طبيعى ومنطقي وهو ما يسمى side affects، وهناك صورة ثانية وهي الآثار الجانبية الغير متوقعة من الطبيب. ولتحقيق هذا يجب دائماً أن يسبق وجوب توفر عمل طبي ضروري وكذا وقوع ضرر الذي تسبب فيه الخطأ⁽³⁾.

يضاف إلى هذه الشروط شرط آخر إلا و هو حصول الضرر عن الحوادث الطبية التي لها طابع من الخطورة أو إصابة بعدوى جرثومية ناتجة عن تدخل للوقاية أو التشخيص أو العلاج، أدى إلى آثار غير عادية للمريض والذي نص عليه قانون 4مارس 2002 في مادته 101 الذي بينت فيه محكمة النقض الفرنسية في اجتماع لها النطاق الزمني لهذا القانون⁽⁴⁾.

(1) المادة 124 من القانون المدني "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض".

(2) مصطفى العوجي، القانون المدني-المسؤولية المدنية- ج 2، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص. 86،85.

(3) أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية-دراسة مقارنة -دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005، ص. 99، 100.

(4) نقلاً عن أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي-دراسة مقارنة-مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، بن عكنون، الجزائر، 2007، ص. 84، 85.

ثانياً: تقدير التعويض

يقدر القاضي التعويض بقدر قيمة الضرر الذي يلحق بالمريض، فلا يجب أن يزيد عنه ولا يقل⁽¹⁾. فالتعويض يختلف باختلاف الضرر الواقع، فتعويض خطأ جراحي متمثل في تمزيق جزء من الأمعاء لا يجب أن يكون كالتعويض عن خطأ جراحي نجم عنه تلف في أحد الأعضاء، والتعويض عن فوات الفرصة يختلف عن باقي التعويضات الأخرى. فالتعويض المادي يختلف عن التعويض المعنوي في تقديرهما⁽²⁾.

القاضي لما ترفع أمامه دعوى للمطالبة بالتعويض عليه أولاً فهم حيثيات القضية، ثم يقوم بتكييفها وذلك بتطبيق النص القانوني الملائم لها و التأكد من أنها كافية لتشكيل أركان المسؤولية المدنية ليأتي في مرحلة ثالثة تقدير تعويض كل ضرر بحسب قيمته⁽³⁾. و يعتمد في ذلك على نص المادة 132 من ق.م.ج. التي نجد في ما معناها أن القاضي له الحرية في تقسيط التعويض أو أن يكون على شكل مرتب شهري و يلزم المدين بأن يقدر تأميناً...⁽⁴⁾.

و ترجع مصادر تقدير التعويض إما لاتفاق الأطراف أو إلى القانون أو إلى القضاء. و التعويض في ق.ج. يكون حسب المادة 182 من ق.م.ج. التي تنص على "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة"، ففي العقد الطبي يلتزم الطبيب بالضرر المباشر المتوقع وقت التعاقد فأرادة المتعاقدين هي التي تحدده، باستثناء حالة الخطأ الجسيم فهنا الطبيب يسأل عن الضرر المتوقع وغير المتوقع⁽⁵⁾.

(1) قرار المحكمة العليا-الغرفة المدنية-بتاريخ 8 فيفري 1989 ملف رقم 58012 المجلة القضائية-العدد 2-1992. ص.14.

(2) مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص.130.

(3) فريحة كمال، المرجع السابق، ص.319، 320. و أنظر كذلك للمزيد من الإطلاع، نادية محمد قزمار، المرجع السابق، ص.174.

(4) المادة 132 من الأمر رقم 75-58، المرجع السابق.

(5) المادة 182 من الأمر رقم 75-58، المرجع نفسه، تقابلها المادة 1149 من القانون الفرنسي.

و يراعي القاضي أيضا في التقدير الظروف الملازمة و يقصد بها ما يحيط المريض من ظروف شخصية و اجتماعية و غيرها...، وكذلك بحسب الضرر الذي أصابه ومس بذاته، أي على أساس ذاتي لا موضوعي. بمراعاة حالة المريض الصحية و الجسمية، و كذا ظروفه العائلية وحالته المالية أيضا، فما ينجم عن خطأ الطبيب بفقد الشخص لعينييه الاثنتين (مكفوف) ليس كمن يفقد عينا واحدة، وأن من يتكبد خسارة وهو أصلا غني ليس كمن يتقبلها وهو يعاني من الفقر المدقع، فبالنسبة للأول تكون خسارة بسيطة مقارنة بالثاني الذي يراها خسارة فادحة. وهذا ما يطلق عليه اسم التقدير القضائي⁽¹⁾.

أما التعويض الاتفاقي فهو الذي يقع باتفاق الطرفين (الطبيب و المريض) على تحديد قيمته في حالة ما إذا حدث ضرر و هو ما نجده في المادة 183 من الأمر 75-58 السالف الذكر التي تنص "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176، 187". و القاضي هنا يتدخل فقط في حالة ما إذا كان نزاع في قيمة التعويض و تخفيفه إذا أثبت الطبيب أن التقدير كان مفرطا، و إذا ما جاوز الضرر قيمة التعويض و أثبت المريض أن الطبيب ارتكب غشا أو خطأ جسيم ففي هذه الحالة له حق المطالبة برفع قيمة التعويض⁽²⁾.

إن التطرق إلى التعويض الاتفاقي يقتضي بالضرورة الحديث عن الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية، إذ لا يمكن الاتفاق على تعديل أحكامها سواء بالإعفاء أو التخفيف بالنسبة للمسؤولية، لأن أحكام هذه المسؤولية من النظام العام ولا يمكن مخالفتها، وهو ما نصت عليه المادة 178 فقرة 3 من ق.م.ج "يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع".

و بالرجوع للمادة 178 في فقرتها الأولى فإنه يمكن للطرفان الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة. أما بالنظر إلى المسؤولية العقدية فالأمر يختلف عن سابقتها، إذ يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها على أساس مبدأ سلطان الإرادة، بشرط أن يكون الضرر متعلق بالمال لا الشخص و إلا بطل الشرط، وأن لا يكون الخطأ جسيما أو ناجما عن غش. و يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية في حالتي العمد أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الغير الذين يستخدمهم المدين

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1098.

(2) المادة 183 من الأمر 75-58، المرجع السابق.

في تنفيذ التزامه. و لكون الخطأ الطبي متعلق بحياة الإنسان و بجسمه، فلا يمكن تطبيق هذه القاعدة والاتفاق على مثل هذه الشروط المعفية أو المخففة⁽¹⁾.

فيجوز التشديد على مسؤولية الطبيب في تحمل تبعه الحادث المفاجئ و القوة القاهرة، أو الاتفاق على التزام الطبيب ببذل قدر من العناية تتجاوز ما هو مفروض قانونا، وهذا حسب ما هو وارد في الفقرة الأولى من نفس المادة. والتأمين على هاتين المسؤوليتين سواء العقدية أو التقصيرية على حد سواء، يزيح عن عاتقه عبئ المسؤولية فلا يجب أن يحرم المضرور من حقه في التعويض بخطأ تم عقديا أو تقصيريا، ويستثنى من ذلك الخطأ العمدي الصادر من الشخص نفسه. فلا يجوز التأمين في هذا الصدد⁽²⁾. وفي فرنسا يكثر تعاقد الأطباء مع شركات التأمين و هو أمر ملزم بفرنسا خاصة في بعض الاختصاصات كالأبحاث البيوطبية (المادة 1-209 و المادة 7-209 من قانون الصحة العمومية الفرنسي)⁽³⁾.

و هناك جهاز أنشأ يسمى بالديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية ONIAM بالقانون 303\2002 و تم تنظيمه عن طريق مرسومين صادرين في 29 أبريل 2002، بغرض خلق نظام لتعويض الأخطاء الطبية أساسه التضامن الوطني. و تعتبر هذه المؤسسة ذات طابع إداري موضوعة تحت وصاية وزارة الصحة، تؤكد مبدأ التضامن الوطني، قام وزير الصحة بتنظيمها في 14 أكتوبر 2002، ومدخلها تشكل أساسا من مبالغ يتم تقديمها من طرف شركات التأمين، وتحدد نسبة المبالغ لكل واحدة بقانون المالية، والتضامن الاجتماعي، و يعمل الديوان كصندوق ضمان يتدخل سواء في مكان المؤمن، أو باسم التضامن الوطني⁽⁴⁾.

إن التعويض العلاجي في القانون الجزائري لم يساير التطور الذي عرفه هذا المجال، خاصة في الحوادث الطبية التي تصيب المريض جراء التدخلات العلاجية و التي لا يمكن انسابها لخطأ الطبيب.

(1) المادة 178 من الأمر 75-58، المرجع نفسه.

(2) نادية محمد قزمار، المرجع السابق، ص. 175-179.

(3) article 1209-7 du code de la santé publique <<pour toute recherche biomédicale, le promoteur souscrit une assurance garantissant sa responsabilité civile>>

(4) أحمد هواجي، المرجع السابق، ص. 93.

وبذلك فالضحية عليها أولاً إثبات خطأ الطبيب كي يحصل على التعويض، و هذا يعتبر من الأمور الصعبة لأن إثبات الخطأ الطبي يكاد يكون نادراً أو حتى مستحيلاً، لأن الحوادث الطبية أصبحت تشكل خطراً اجتماعياً على غرار حوادث المرور أو غيرها من الحوادث، و باعتبار النشاط الطبي شيء مهم بالنسبة للمجتمع بأن أكمله فقد نصت عليه المادة 54 من دستور 1996 التي تنص "الرعاية الصحية حق للمواطنين تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض الوبائية و المعدية و بمكافحتها"⁽¹⁾

والضمان الاجتماعي في الجزائر يلعب دوراً أساسياً في التكفل بالمصاريف العلاجية للمريض، وتحديد نسب التعويض المتكفل بها وكذا كيفية حساب التعويض اليومي أثناء التوقف عن العمل، و رغم كل هذا تبقى خدمات الضمان الاجتماعي محدودة لا تغطي جميع ضحايا الأخطاء الطبية، ولا تسمح بمواجهة الأوضاع المأساوية، أما بخصوص الحوادث التي تنجم عن التدخل العلاجي للمؤسسة الاستشفائية العمومية فميزانية الدولة هي التي تتكفل بالتعويض، و بهذا يكون للمجتمع بأكمله نصيب من المشاركة في هذا التعويض حتى بدون إثبات خطأ الطبيب أحياناً، و هذا بتحقيق بعض الشروط كوصول الضرر إلى درجة كبيرة من الخطورة، و لما تكون مسؤولية الطبيب في المستشفى العام مسؤولية تقصيرية فيجب إثبات وجود علاقة سببية بين عمل الإدارة و الضرر الذي لحق بالمريض⁽²⁾.

ثانياً: وقت تقدير التعويض

يكون من يوم استكمال أركان المسؤولية أي بوقوع الضرر و بعد صدور حكم من القاضي الذي يعتبر حكم كاشف لهذا الحق في التعويض و ليس منشأً له. ويدخل القاضي في وقت تقدير التعويض إلى ما أُل إليه الضرر من زيادة أو نقصان، وكذا بالنظر إلى قيمة النقود بانخفاض قيمتها أو بارتفاع الأسعار المتعلقة بتكاليف العلاج، و ارتفاع أسعار الدواء، لكون قيمة النقود دائماً في تناقص و تدهور في ولا يمكن الاعتماد بقيمة واحدة ثابتة فقط لتقدير التعويض. فالمبالغ التي ينفقها المريض لما يحكم القاضي قد

(1) المادة 54 من المرسوم الرئاسي 96-438، المرجع السابق.

(2) أحمد هواجي، المرجع السابق، ص. 96-98.

تكون محل زيادة في قيمتها مستقبلا، ويقدر القاضي أيضا قيمة التعويض بتغير مضاعفات الضرر الذي أصاب المريض بحد ذاته⁽¹⁾.

⁽¹⁾ عشوش كريم، المرجع السابق، ص.ص. 213، 214. وكذلك أنظر داودي صحراء، المرجع السابق، ص.ص.

خاتمة

خاتمة

إن العقد الطبي موضوع هام، يستدعي دراسة معمقة، و ذلك من جوانب كثيرة الجميع. لكونه يكتسي أهمية خاصة، وهذا نظرا لكونه يرد على جسم الإنسان الذي يعتبر خليفة الله في الأرض. يرى البعض أن العقد الطبي كسائر العقود و ذلك من خلال التعرض للتعريف القانوني و الفقهي، و إلى طبيعته القانونية، و كذا الأركان التي يقوم عليها من تراضي و أهلية لكليهما سواء الطبيب أو مريضه، و وجوب توفر رضا و محل، إضافة للسبب و الشكلية التي تكون في أغلب الأحيان نادرة الوجود، فإلى هذا الحد لم نجد أي مشكل أو اختلاف مع بقية العقود الأخرى التجارية منها و المدنية. إلا أن الاختلاف يبدأ بالظهور عند الحديث عن الخصائص التي تميز العقد الطبي في كونه عقد يرد على أساس الاعتبار الشخصي و هذا ما حاولنا عرضه في فصلنا الأول.

أما في الفصل الثاني، فقد قصدنا الحديث عن الآثار التي تنتج عن العقد الطبي من التزامات متبادلة، و التي تقع على عاتق الطبيب ببذل العناية اللازمة، و أيضا التي تتمثل في التزام المريض بدفع أتعاب العلاج. ثم المسؤولية المترتبة عنه خاصة في حالة الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء تأدية وظيفته في المستشفيات العامة أو الخاصة، و كيف يواجهها المريض.

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

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

وبالرغم من هذا التطور و العلمي المذهل لا يزال المريض في حاجة ماسة للحصول على النتيجة التي يصبوا إلى تحقيقها، و هذا راجع لانعدام الثقة و الطمأنينة التي ينشدها، عند التوجه إلى طلب العلاج ممن يختاره، و دون تمييز بين الاختصاصات، أو بين القطاعات الخاصة منها أو العامة. وما يلاحظ حاليا أن معظم الناس ينتابهم التخوف الشديد من اللجوء للعلاج أكثر من تخوفهم من المرض بحد ذاته، و هذا راجع إلى أخطاء الطبيب التي لا تغتفر و التي تفوق ما يحققه من نجاحات. و لكون الطبيب لا

يؤدي مهمته وفق ما تمليه عليه أخلاقه المهنية، و ضميره كإنسان يمارس مهنة نبيلة، و كان من الواجب عليه السعي لرفع رايته و العلو بها. فعادة ما يرى المرضى في الآونة الأخيرة أن مهنة الطب أصبحت ذات طابع تجاري، و ابتعدت كثيرا عن غايتها السامية المتمثلة في شفاء المريض و التخفيف من آلامه. و هذا راجع لقلّة الوعي و الثقة التي زالت مع مرور الوقت بينه و بين الطبيب. و التي كان من الأجر أن تبقى راسخة لارتباطها الشديد ببقاء الإنسان على وجه هذه الأرض، لأن العقد الطبي يقوم على الثقة المتبادلة.

إن زوال الثقة يرجع إلى صعوبة مقاضاة الطبيب الذي أخطأ في حق المريض، من جهة لمركز الطبيب الأكثر أهمية في المجتمع من المريض الذي لا حول له ولا قوة، ولتعدد الإجراءات، وضياع الوقت و المال دون فائدة ترجى من ذلك، من جهة أخرى.

و الملاحظ أيضا أن المشرع لم يولي إهتماما لهذا النوع من العقود، لأنه حديث النشأة بمقارنته مع باقي العقود الأخرى، و التطور الذي تشهده باقي البلدان الأخرى بين مؤيد لهذا النوع من العقود و رافض لها، و يظهر عدم إهتمام المشرع جليا، في كون التشريعات الأخرى قد وصلت لدرجة التعامل في جسم الإنسان بنقل و زرع الأعضاء، و المشرع لم يبدي إهتمامه لها. فأحالتها على القواعد العامة لتتظمها، و لم يخصص لها قواعد خاصة بها.

و بناء على ما سبق نستخلص أن عدم التصدي لمثل هذه المسائل العلمية و للبحوث العلمية أدى إلى بروز مشاكل كثيرة ناحمة عن الأخطاء الطبية، فالمشرع لم يوليها الأهمية اللازمة مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي وجد نفسه في حرج بين إقامة المسؤولية الطبية، و تعويض الضحايا الذين لا يستطيعون إثارة المسؤولية. فأحيانا لا تثار المسؤولية إلا على الخطأ، و تارة أخرى يتشددون فيأخذ القضاء الفرنسي بالقرائن و الخطأ المفترض، فأثار ذلك التناقض جدالا فقها محتدا و ردود فعل سلبية رافضة لهذا النوع من التنصيصات القانونية. وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي للتدخل لوضع حد لهذه المشاكل القانونية باصدار قانون 4 مارس 2002 المتعلق بالحوادث الطبية و حقوق المرضى، و أراد من ورائه تجنب المرضى الوقوع كضحايا أبرياء جراء الحوادث الطبية بدون تعويض، و تجنب تحميل الأطباء مسؤولية هذه الحوادث بدون صدور خطأ منهم. و أسس جهاز حكومي على أساس التضامن الوطني من طرف الديوان الوطني للتعويض عن الحوادث الطبية، و هذا بعد إثبات الضرر خطأ الطبيب المعالج.

و بمقارنته مع المشرع الجزائري فنجده بعيد كل البعد عن هذا الرأي الذي أخذ به المشرع الفرنسي، و خير برهان على ذلك عدم وجود قوانين تنظم هذه العلاقة، و ما نلاحظه أيضا عدم وجود القضايا المطروحة في هذا الشأن على المحاكم و المجالس القضائية، مقارنة بالأخطاء الكثيرة التي لا تعد ولا تحصى، سواء التي ترتكب في عيادتهم الخاصة أو المستشفيات العامة. و هذا ما يعطيهم الحرية الكاملة، و عدم المبالاة و توخي الحيطة و الحذر.

و خلاصة القول نرجو أن يولي المشرع اهتماما بالغا لهذا النوع من العقود، التي يلجأ إليها معظم الناس حاليا. وهذا من خلال وضع نصوص تنظمه، ولتكون سندا للمريض الضعيف الذي لا حول له ولا قوة، و تكون من جهة أخرى خطأ أحمر لا يجب على الأطباء تجاوزه بعدم مبالاتهم و إهمالهم الذي لا يغتفر في كثير من الأوقات.

الاقتراح الذي على المشرع النظر إليه من وجهة نظر إيجابية هو ما أخذ به المشرع الفرنسي بإنشاء الصندوق الوطني للتعويض عن الأخطاء الطبية، وذلك لتمكين المضرور من الحصول على تعويض في أقرب الآجال، و الابتعاد عن الإجراءات المعقدة للقضاء و كذا التماطل في إصدار الأحكام، ولا يتوقف الأمر في ذلك فحسب بل يتبع صدور الحكم تقاعس الطرف المتسبب في الخطأ(الطبيب)، خاصة في حالة إفساره. فهذا يجعل الثقة بين المريض و الطبيب في توافق مستمرين، و يخفف من الإجراءات و الضغوط التي يعاني منها الطبيب و المريض على حد سواء.

و في الأخير نأمل أن نكون قد ألممنا بالجوانب المظلمة التي تشوب هذا العقد، و نرجو من الله عز وجل أن يوفقنا و يشفي جميع مرضنا و يمدهم بالصحة و العافية. و أن نكون قد أفدنا الجميع بما أتينا به من معلومات جمعناه من مصادر مختلفة.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

◀ باللغة العربية :

أولاً: الكتب:

• الكتب العامة :

1. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، الإصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
2. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2077.
3. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
4. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998.
5. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني الإثبات ، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 1998
6. عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، مصر، 1997.
7. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1998.
8. فيلا لي علي ، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - د ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997.
9. قاضي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2009.
10. محمد صبري السعيد، شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزام-طبعة الأولى، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2004.
11. محمد ساعي الشوا، الخطأ أمام القضاء الجنائي، د ط، دار النهضة العربية، مصر، 1993.
12. مصطفى العوجي، القانون المدني-المسؤولية المدنية-الطبعة الثالثة، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

13.همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام-نظرية العقد-د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.

• الكتب المتخصصة

1.أحمد أدرويش، العقد الطبي-تأملات حول المشاكل القانونية التي تشيرها العلاقة بين الطبيب و زبونه-الطبعة الأولى، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، 2009.

2.أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2008.

3.أسامة أحمد بدر، ضمان مخاطر المنتجات الطبية-دراسة مقارنة-د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

4.أسعد عبيد الجبيلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية-دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2011.

5.أميرة عدلي، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، د ط، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

5.أمين مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي-دراسة مقارنة-د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2008.

6.إبراهيم علي حماوي الحليوسي، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية-دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

7.حسني محمود عبد الدائم، عقد إجارة الأرحام بين الحظر و الإباحة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

8.رمضان جمال كمال، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنيين، د ط، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.

9.عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي، د ط، المطبوعات الجامعية للنشر و التوزيع، مصر، 2005.

10.عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، د ط، منشأة المعارف، مصر، 1998.

11.عدنان إبراهيم سرحان، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين-المسؤولية الطبية-مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، ج1، المؤتمرات العلمية لجامعة بيروت العربية، لبنان، 2000.

12. عشوش كريم، العقد الطبي، د ط، دا هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007.
13. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
14. طاهري حسين، الخطأ الطبي و الخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، د ط، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002.
15. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2004.
16. ماجد محمد لافي، المسؤولية الجزائرية الناشئة عن الخطأ الطبي-دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.
17. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر و التوزيع، مصر، 2001.
18. محمد فؤاد عبد الباسط، تراجع فكرة الخطأ أساس المسؤولية المرفق الطبي العام، د ط، منشأة المعارف، مصر، 2003.
19. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، د ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
20. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
21. منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002.
22. نادية محمد قزمار، الجراحة التجميلية الجوانب الشرعية و القانونية-دراسة مقارنة-الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2010.
- ثانيا: الرسائل و المذكرات**
1. أحمد هواجي، الإحتمال في العقد الطبي-دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2007.
2. اسمي قاوة فضيلة، الإطار القانوني لعملية نقل و زرع الأعضاء البشرية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
3. بوخرص بلعيد، الخطأ الطبي أثناء التدخل الطبي، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
4. جمعون محمد، حماية المنافسة في مدونة أخلاقيات الطب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2004.

5. داودي صحراء، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006.

6. سبكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، 2011.

7. سنوسي صافية، الخطأ الطبي في التشريع و الإجتهد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006.

8. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

9. فريد عيسوس، الجطأ الطبي و المسؤولية الطبية-دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003.

10. مجموعة طلبة الفوج "ب"، المسؤولية المدنية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مذكرة الليسانس، جامعة الصديق بن يحي، جيجل، 2009.

11. مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية للطبيب في نقل و زرع الأعضاء البشرية-دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007.

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

13. وائل تيسر محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب-دراسة مقارنة-مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.

ثالثا: المقالات و المجلات

1. دغيش أحمد بولنوار عبد الرزاق، إلتزام الطبيب بإعلام المريض-مجلة نقدية للقانون و العلوم السياسية-جامعة مولود معمري، تيزي وزو-العدد الأول-2008.

2. على فيلالي : رضا المريض بالعمل الطبي - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية - الرقم الثالث - الجزء السادس و الثلاثون.

3. معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة و ترقيتها، مجلة نقدية للقانون و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-العدد الأول-2013.

رابعاً: النصوص القانونية

1-الدستور

دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438_96، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 مؤرخة في 08 ديسمبر 1996، المعدل و المتمم.

2-النصوص التشريعية

1. أمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات ج.ر.ج.ج عدد 49 سنة 1966، المعدل و المتمم .
2. أمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم .
- أمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 11، الصادر في 19 ديسمبر 1975. المعدل و المتمم.
3. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج ر ج.ج. عدد 24 المؤرخة في 12-06-1984 المعدل و المتمم.
4. قانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ج عدد 08 لسنة 1985، المعدل و المتمم.
5. قانون 90-11 مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق 21 أبريل، يتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17 مؤرخة في 25 أبريل 1990، المعدل و المتمم.

3-النصوص التنظيمية

1. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج عدد 52 لسنة 1992، المعدل و المتمم.

خامساً: القرارات القضائية

قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 8 فيفري 1989، ملف، رقم 58012، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1992.

سادسا: المعاجم

-شوقي ضيف، معجم القانون، الباب الثاني، القانون المدني، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، 1999.

سابعا: الملتقيات

1- عبد الرحيم صباح، المسؤولية الجزائية للطبيب عن إفشاء السر المهني، الدفاتر السياسية و القانون، العدد الرابع، ورقلة، الجزائر، 2011.

2- وفاء شيعاوي، ملتقى وطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، جانفي، 2008.

ثامنا: المراجع باللغة الأجنبية

I. Ouvrages généraux

1- Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD: Droit civil – Tome 2 – 1er volume – Les obligations – édition sirey – Paris – France 1962.

II. Ouvrages spéciaux

1- Daniel Rougé, Louis ARBUS et Michel COSTAGLIOLA : La responsabilité médicale de la chirurgie à l'esthétique – édition Arnette – Paris – France 1992.

2- Jean Panneau, la responsabilité du médecin, 3^{eme} Edition, Dalloz, 2004.

3- Louis dubouis : La prescription médicale –presses universitaires d'Aix- Marseille – France – 1er trimestre 1999.

4- M.M. HANNOUZ et A.R. HAKEM : Précis de droit médical- office des publications Universitaires – Alger, 1992.

5- Rene et Jean Savatier, Jean Maire Auby et H. Pequignot : Traite de droit médical – éditions techniques – Paris – France 1956.

III. Revues et périodiques

1- Michele Harichaux Ramu : Juris classeur civil – fascicule 440-1- Article 1382

à 1386 – Année 1993

2– Michele Harichaux Ramu : Juris classeur civil – fascicule 440–5– Article 1382

à 1386 – Année 1993

VI. Texte législatifs

1– circulaire N° 958–100 du 6 juillet relative au code de déontologie médicale français

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	1.....
الفصل الأول: مفهوم العقد الطبي وأركانه	4.....
المبحث الأول: مفهوم العقد الطبي	4.....
المطلب الأول: تعريف العقد الطبي	5.....
الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الطبي	5.....
الفرع الثاني: التعريف القانوني للعقد الطبي	6.....
المطلب الثاني: تمييز العقد الطبي عن باقي العقود الأخرى	8.....
الفرع الأول: تمييز العقد الطبي عن عقد الوكالة	8.....
الفرع الثاني: تمييز العقد الطبي عن عقد العمل	11.....
الفرع الثالث: تمييز العقد الطبي عن عقد المقاوله	12.....
المطلب الثالث : خصائص العقد الطبي	14.....
الفرع الأول : العقد الطبي عقد شخصي ومدني	14.....
أولاً: العقد الطبي عقد شخصي	14.....
ثانياً: العقد الطبي عقد مدني	15.....
الفرع الثاني: العقد الطبي عقد ملزم لجانبين وقابل للفسخ	16.....
أولاً: العقد الطبي عقد ملزم لجانبين	16.....
ثانياً: العقد الطبي عقد قابل للفسخ	17.....
الفرع الثالث: العقد الطبي عقد معاوضة و مستمر	18.....
أولاً: العقد الطبي عقد معاوضة	18.....
ثانياً: العقد الطبي عقد مستمر	19.....
المبحث الثاني: الأركان المكونة للعقد الطبي	21.....

- 21.....المطلب الأول : التراضي كركن في العقد الطبي
- 22.....الفرع الأول : الأهلية القانونية للمتعاقدين كركن في العقد الطبي
- 22.....أولاً: أهلية المريض في إبرام العقد الطبي مع الطبيب
- 24ثانياً: أهلية الطبيب في قبول إبرام العقد الطبي مع المريض
- 26.....الفرع الثاني : وجوب توفر رضا المتعاقدين كركن في إبرام العقد الطبي
- 26.....أولاً: رضا المريض في العقد الطبي
- 28.....ثانياً: رضا الطبيب في العقد الطبي
- 29.....المطلب الثاني : المحل كركن في العقد الطبي
- 29الفرع الأول : تعريف محل العقد الطبي و مشروعيته
- 30أولاً: تعريف محل العقد الطبي
- 30.....ثانياً: مشروعية محل العقد الطبي
- 33.....الفرع الثاني : واجبات الطبيب في العقد الطبي
- 33.....أولاً: واجب الطبيب ببذل عناية
- 34.....ثانياً: واجب الطبيب بتحقيق نتيجة
- 36.....المطلب الثالث : السبب كركن في العقد الطبي
- 36الفرع الأول : تعريف السبب في العقد الطبي و مشروعيته
- 36.....أولاً: تعريف سبب في العقد الطبي
- 36ثانياً: مشروعية سبب في العقد الطبي
- 37.....الفرع الثاني : موضوعات السبب في العقد الطبي
- 37أولاً: التجارب العلمية
- 38.....ثانياً: القتل بدافع الشفقة
- 39.....المطلب الرابع: الكتابة كركن في العقد الطبي
- 40.....الفرع الأول : المبدأ : عدم وجوب توفر الشكلية
- 41.....الفرع الثاني : الاستثناء حالات وجوب الشكلية
- 41.....أولاً: نقل و زرع الأعضاء

42.....	ثانيا: تشريح الموتى من أجل هدف علمي
43	الفصل الثاني: آثار العقد الطبي.....
43.....	المبحث الأول: التزامات المتعاقدين.....
43.....	المطلب الأول: دور الطبيب في العقد الطبي.....
44.....	الفرع الأول: الالتزامات الخاصة بالعلاج
44.....	أولا: التشخيص كمرحلة أولى للعلاج.....
45.....	ثانيا: تحديد وصفة العلاج
47	ثالثا: مراقبة صحة المريض.....
47.....	الفرع الثاني : علاقة الطبيب مع المريض.....
48.....	أولا: وجوب توفر رضا المريض
49.....	ثانيا: ضرورة إعلام المريض.....
50.....	ثالثا: ضرورة الحفاظ على السر الطبي.....
51.....	المطلب الثاني: واجبات المريض تجاه طبيبه
52	الفرع الأول: ضرورة إعلام المريض طبيبه بحالته الصحية.....
52.....	الفرع الثاني : واجب المريض بدفع أتعاب الطبيب
52	أولا: تحديد قيمة أتعاب الطبيب
53	ثانيا: طرق دفع أتعاب الطبيب
53	المبحث الثاني: نهاية العقد الطبي و المسؤولية المترتبة عنه.....
54.....	المطلب الأول:نهاية العقد الطبي.....
54.....	الفرع الأول: تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد
54.....	أولا: تنفيذ العقد طبقا لمشمئلاته.....
56.....	ثانيا: تنفيذ العقد بحسن النية.....
57.....	الفرع الثاني: فسخ العقد الطبي
58.....	أولا: شروط الفسخ.....
60.....	ثانيا: أنواع الفسخ.....

62.....	المطلب الثاني: المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي.....
62.....	الفرع الأول: أركان المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي.....
62.....	أولاً: ركن الخطأ في العقد الطبي.....
74.....	ثانياً: ركن الضرر في العقد الطبي.....
76.....	ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر الطبي.....
78	الفرع الثاني: جزاء المسؤولية المترتبة عن العقد الطبي.....
78.....	أولاً: تعريف التعويض.....
80.....	ثانياً: تقدير التعويض.....
83.....	ثالثاً: وقت تقدير التعويض.....
85.....	خاتمة.....
88.....	قائمة المراجع.....
95	الفهرس.....