جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضـــــــوع

عقد العلاج الطبي
بين النظرية والتطبيق

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة ماستر في عقود ومسؤولية

من إعداد الطالبين:

– طيبي أحمد عمار

–قطشة بلقاسم الياس

إشراف الأستاذ الدكتورة

– عكاكة فاطمة الزهراء

لجنة المناقشـــــة:

الدكتورة: عمـــران عـــائـــشة	رئيـــــــسا
الدكتورة: عكاكة فاطمة الزهراء	مشرفا ومقررا
الدكتورة: قـــــوق أم الخـــير	عضوا و مناقشا

السنة الجامعية 2018–2019

كلمة شكر

أحمد الله الذي بيده مفاتيح غيبه واليه المنتهى كل عمل وغاية الذي منحنا العلم وأجراه على يد علماء أجلاء

على إثر إنهاء هذه المذكرة نتوجه بالشكر الجزيل إلى "الله عز و جل" أولا والى كل من قدم لنا يد العون والمساعدة من قريب أو من بعيد ونخص بالذكر الدكتورة عكاكة فاطمة الزهراء

والى كل موظفي وأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية.

ولله الحمد من قبل ومن بعد على نعمته علينا .

طيبي احمد عمار

قطشة بلقاسم الياس

إهـــداء

أحمد الله الذي يسر لي ما كان عسيرا وسهل لي سبل العبور لأصل إلى هذه المكانة وأنال بذلك رضاه و رضى كل من يحبون لي الخير

وأهدي اعتزازي وحبي وكل إحساس جميل يملا قلبي إلى من هما وليا نعمتي وهما فضل تعلمي والى من أعطياني الكثير ولم يبخلا عليا .

أقدم هذا العمل الى أخوتي وأخواتي والى أفراد عائلتي كبيرا و صغيرا

إلى جميع الأهل والأقارب وكل من يحتمل لقب "مقري".

إلى أساتذتي الأفاضل والى كل طالب علم

اهدي هذا العمل المتواضع.

طيبي احمد عمار

إهداء

نحمد الله على نعمة الإسلام ونشكره على إتمام عملنا فإليه

يرجع الأمر كله والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلي اله

وصحبه وسلم تسليما كثيرا

اهدي هذا العمل المتواضع إلى من أوصى الله بهما خيرا في

كتابه العزيز فقال" وبالوالدين إحسانا " أكرمنا الله ببرهما

امي نور عيني وروح ابي أدام الله وجوده بيننا

الى كل اخوتي وأخواتي

والى كل الاقارب والاحباب من قريب او بعيد

قطشت بلقاسم إلياس

مقدمة

مقدمة

يبرز دور الطب في حفظ الصحة البشرية وعلاجها من الأمراض، فيعتبر عمل الطبيب المحرك الأول لمسؤوليته، سواء كان مناسبا للأصول المعروفة في الطب أو منافيا لها، وفي الوقت المعاصر، يعرف العمل الطبي تحولات جذرية وهامة، إذ أن مضمونه ظل يتغير ويتطور بتطور الأفكار والمراحل التي بات يشملها تحت نطاقه، رغما عنه، بحكم الثورة الطبية الهائلة التي تعرفها البشرية، وما نجم عن تزاوج الطب بمختلف جزئيات العلوم التجريبية والدقيقة.

وفي هذا الاطار ظهر نوع جديد من العقود الا وهو عقد العلاج الطبي الذي يعتبر علاقة بين المريض والطبيب اما في المستشفيات العمومية او عند الخواص 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 مرسي 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[1]، 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 هذه التشريعات، نجد التشريع الجزائري خاصة بعد شيوع ظاهرة الطب الخاص في الآونة الأخيرة.

يعتبر العمل الطبي مهنة أخلاقية اولا وقبل كل شيء ثم ينشأ علاقة قانونية تحتم على الطبيب الاهتمام بالمريض وعمل كل ما يلزم لعلاجه و بذل العناية التي تقتضيها مهنة الطب وهذا المشرع الجزائري يهتم بمجال الصحة من خلال عدة قوانين تطورت بتطور المجال الطبي حيث جاءت اول هذه القوانين كان الأمر رقم 65-66 [2]:المؤرخ في 13 ذي الحجة 1385 ه/ 04 أفريل 1966م المتعلق بتنظيم مهنة الأطباء وجراحي الأسنان و القابلات ثم جاء المرسوم رقم (66-67) [3]:الصادر بتاريخ 04 أفريل 1966م، وهو يتعلق بكيفيات وطرق تطبيق الأمر السالف الذكر رقم 66-65 وتلاه قانون الصحة العمومية رقم (76-79)[4] المؤرخ في 29 شوال 1396ه/ 23 أكتوبر 1976م، وتطرق هذا القانون لشروط ممارسة مهنة الطب وجراحة الأسنان والصيدلة وجاء قانون حماية الصحة

---

[1] فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012 ، ص . 73

[2] الجريدة الرسمية : رقم 27، السنة الثالثة، 14 ذي الحجة 1385ه/ 05 أفريل 1966م. ص 314

[3] الجريدة الرسمية : رقم 27، ص 316

[4] الجريدة الرسمية ؛ رقم 101، المسنة 13، الأحد 27 ذي الحجة 1395 / 19 ديسمبر 1976م، ص 139.

وترقيتها رقم (85-05)[1]، وجاء المرسوم التنفيذي رقم 88-204 المحدد لشروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها[2] والموسوم التنفيذي رقم 07 - 321 والمتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها .[3] ثم مدونة أخلاقيات مهنة الطب[4] الصادرة بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم (92 - 276) واخر هذه القوانين وفي اطار الاصلاحات العديدة التي مست جملة كبيرة من القوانين جاء القانون 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق ب 2 جويلية 2018 المتعلق بالصحة وهذا ما يبرز اهتمام الشرع الجزائري بمجال الصحة وترقيتها من خلال ما سبق عرضه من النصوص القانونية.

من هنا تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع، لأن الوصف القانوني الصحيح للعقد الطبي يجعلنا امام حتمية معرفة أحكامه من حيث انعقاده واثاره او فسخه ككل العقود، وبالتالي علينا تحليل هذه الأحكام وابراز ما هو مطابق للأحكام العامة وما يناقضها، ومحاولة ايجاد حلول للنقائص التي جاءت في الاحكام المنظمة لهذا النوع من العقود، وباعتبار عقد العلاج الطبي من العقود الرضائية، يستلزم توافق إرادة المريض مع الطبيب على طبيعة العقد ومحله، ويكون له سبب مشروع، فيلتزم كل طرف بمحض إرادته .ومن خلال تحديد الطبيعة القانونية للعقد يمكن لكل طرف من معرفة التزاماته مسبقا، ومما يجنب الوقوع في الغلط من جهة وكيفية اقرار جزاءات في حال الاخلال بهذه الالتزامات ..

وترجع أسباب اختيار الموضوع إلى كونه أولا مرتبط بالتخصص، إضافة إلى الرغبة في توسيع وتعميق المعارف في مجال العقود والمسؤولية، وبالخصوص ما يتعلق بالعلاقات الطبية، ومحاولة المساهمة في إثراء المكتبة القانونية، اما الاسباب الموضوعية فقد كانت محاولة الى الاحكام القانونية التي تنضم هذا النوع من العقود حيث أننا وفي بحثنا لاحظنا عدم وجود دراسات التي تناولت الطبيعة القانونية للعقد الطبي، وبالخصوص تلك المتعلقة بالقانون الجزائري.

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[5] وهذا يستوجب علينا طرح الإشكالية التالية:

كيف نظم المشرع الجزائري عقد العلاج الطبي هل خصه بأحكام خاصة أم اخضعه للمبادئ العامة للعقود؟

---

[1] الجريدة الرسمية ، عدد 08، المسنة 22، الأحد 27 جمادى الأولى 1405 / 17 فبراير 1985م، ص176

[2] الجريدة الرسمية : عدد 42، السنة 25، الأربعاء 08 ربيع الأول 1409ه/ 19 أكتوبر 1988م.

[3] وتبعه مرسوم تنفيذي رقم 07 - 321 المؤرخ في 10 شوال 1438ه 22 أكتوبر 2007، يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسهرها

[4] الجريدة الرسمية : عدد 67، السنة 44، مؤرخة في 12 شوال 1438/ 24 أكتوبر 2007

[5] عشوش كريم، عقد العلاج الطبي، مذكرة ماجستير، بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2001 ، ص.14

ونتيجة لذلك فقد اعتمدنا في الدراسة على المنهج الوصفي، القائم على وصف 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 عقد العلاج الطبي المفهوم والاركان ، والذي قسمناه إلى مبحثين، الأول تناولنا فيه مفهوم عقد العلاج الطبي، أمّا المبحث الثاني فقد خصصناه للأركان التي يقوم عليها ثم الفصل الثاني قسمناه هو الاخر الى مبحثين في المبحث الاول تعرضنا للالتزامات الواقعة على عاتق الطبيب في عقد العلاج الطبي ثم في المبحث الثاني الى الاثار التي تترتب على عقد العلاج الطبي وخلصنا في الاخير خاتمة عامة .

الفصل الأول

مفهوم عقد العلاج الطبي

إن عقد العلاج الطبي يمثل العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض الى غاية صـــدور قـــرار "مارسيي" الشهير بتاريخ 20 ماي1936عن محكمة النقض الفرنسية" الغرفة المدنية "الذي أحدث ثورة في الميدان الطبي، كونه أصبح يعترف بوجود عقد يربط بين الطبيب والمريض.

وقد المفهوم الذي كان سائدا في القضاء الفرنسي قبل سنة 1936بإعتبار أن مسؤولية الأطبـــاء تقصيرية حتى في حالة وجود عقد واتفاق بين الطرفين لم يعد له معنى بعد صدور قـــرار "مارســـيي "ولقد تبنت معظم التشريعات هذه الفكرة، بما فيها التشريع الجزائري، خاصة بعد انتشار ظاهرة الطب الحر أو الخاص، في الآونة الأخيرة، لدرجة أن أصبح يزاحم بل قد يتعدى خدمات القطاع العام، فلقـــد أصبح اليوم من بين العقود الأكثر استعمالا، ولهذا قمنا بتقسيم هذا الفصل الى مبحثـــين تطرقنـــا فـــي المبحث الاول الى تعريف العقد الطبي بيان خصائصه وتمييزه عن بعض العقود ثم المبحث الثاني الى الاركان المكونة لعقد العلاج الطبي.

المبحث الأول: تعريف عقد العلاج الطبي وبيان خصائصه وتمييزه عن بعض العقود

ظهر عقد العلاج الطبي كنمط جديد من العقود ولهذا سوف نتطرق في هذا المبحث الى مفهوم العقد الطبي في المطلب الاول ثم تمييز عقد العلاج الطبي عن باقي العقود الأخرى في المطلب الثاني وخصائص عقد العلاج الطبي في المطلب الثالث

المطلب الاول: تعريف عقد العلاج الطبي

من أجل الوصول الى مفهوم عقد العلاج الطبي لا بد ان نبحث في مصطلحاته وتفصيلها وهو ما سوف نترق اليه من خلال تأصيل للمفاهيم (الفرع الاول) ثم تعريف العقد الطبي (الفرع الثاني)

الفرع الاول: تأصيل للمفاهيم

لا بد من تأصيل المفاهيم بالتطرق الى تعريفها اللغوي (اولا) ثم الاصطلاحي (ثانيا)

اولا: العقد لغة العقد بسكون القاف مصدر استعمل اسما فجمع[1]، وهو العقد والجمع عقود، والعقد نقيض: الحل.

ثانيا: العقد اصطلاحا: للعقد في الاصطلاح معنيين خاص وعام وهو ما سوف نتطرق اليه في العناصر التالية :

1- العقد بالمعنى العام: يقصد به كل التزام شرعي، سواء كان ذلك في العبادات أو المعاملات، وسواء كان ناشئا بإرادة طرفين كما في عقود المعاوضات[2] كالبيع والإجارة، أو بإرادة واحد كعقود التبرعات[3] كالهبة والصدقة والهدية، ولذا يرى كثير من المفسرين أن لفظ العقود لفظ عام يشملها عقده المرء على نفسه ؛ من بيع وشراء وإجارة و كراء ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة

---

[1] أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، مادة (عقد)، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم: بيروت، الدار الشامية: دمشق، سوريا، ط01، 1412، ص 576 المشار اليه لدى زقان رزقية، زراري جويدة، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014/2013، ص06

[2] محمد بهادر بن عبد الله الزركشي، المنشور في القواعد؛ تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، طبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، الطبعة الثانية، 1405ه ج 2، ص 397 – 398 المشار اليه لدى زقان رزيقة زراري جويدة ص 06

[3] عقود المعاوضات: هي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين، يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا وبعلى في مقابله شيئا، وذلك كالبيع والإجارة ، انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام: ج 1، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، 1418ه/1998م، ص 640، المشار اليه لدى زقان رزيقة زراري جويدة ص 06

وتمليك وتخيير وعتق وتدبير وغير ذلك من الأمور، ما كان ذلك غير خارج عن الشريعة ؛ وكذلك ما عقده على نفسه الله من الطاعات[1].

2 – العقد بالمعنى الخاص: وهو اتصال الايجاب بالقبول وقيام الرابطة القانونية.

فالالتزام: هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء، وهو متضمن إنشاء حق من الحقوق أو إنهائه أو إسقاطه، سواء كان من شخص واحد كالوقف والطلاق المجرد عن المال والإبراء، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال.

وأما التصرف فإنه يختلف عن العقد معناه العام، فالتصرف: هوا ما يصدر عن الإنسان من قول أو عمل، ويرتب عليه الشارع نتائج حقوقية، فالتعرف بنوعيه القولي و الفعلى يندرج فيه جميع أنواع التصرفات، سواء أكانت تلك التصرفات عبادات أو تمليكات و معاوضات أو تبرعات أو تقيدات أو التزامات الضمان والكفالة وغيرها من انواع الالتزامات

و من هذا المنطلق نجد التعرف أعم من العقد والالتزام معا، لأنه يشمل جميع التصرفات المندرجة تحت العقد حسب الإطلاق العام، كما يشمل أيضا الوقائع التي يترتب عليها أثرا ضارا يرتب المشرع عليه جزاء رادعا لمن صدر عنه كواقعة السرقة أو القتل، وبالمقارنة بينهما يتبين أن بينهما فرقا، فيلتقيان في التصرف الذي يترتب عليه أثر نافع، فكل تتصرف بهذا المعنى هو عقد، ويفترق التعرف عن العقل فيما إذا ترتب عليه أثر ضار كالقتل والسرقة، فإنهما يدخلان تحت مدلول التعرف، ولا يدخلان في العقد، فالعقد أخص من التصرف. وعليه فالتصرفات الطبية أوسع من العقد الطبى.

ثالثا – العقد في الاصطلاح القانوني: عرف الأستاذ السنهوري العقد بأنه: « توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه "، وهذا التعريف قريب من التعريف الفقهي، وأوضح تصويرا وأسهل فهما منه، حيث بين أنواع الأثر القانوني، في حين أن التعريف الفقهي أحكم منطقا وأدق تصورا منه [2]

وجاء تعريف العقد في القانون المدني الجزائري: المادة 54 (المعدلة) منه بأنه: « اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين يمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[3] وأهملت المادة في تعريفها للعقد على توافق إرادتين على إنشاء رابطة قانونية، وكيفت العقد

---

[1] عقود التبرعات: هي التي تقوم على أساس المنحة أو المعونة من أحد الطرفين للأخر كالهيبة والإعارة، انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المصدر نفسه، ص 640 المشار اليه لدى زقان رزيقة زراري جويدة ص 06

[2] عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام): ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان ، 1964م ص 118

[3] القانون المدني الجزائري: الصادر بالأمر (75 –58) المؤرخ في 20 رمضان 1395 ه الموافق ل: 26 سبتمبر 1975، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05 –10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005م، الجريدة الرسمية: العدد 44، السنة 42، 19 جمادى الأولى 1426 ه الموافق ل: 26 يونيو 2005م، المعدل والمتمم بالقانون 07–05 المؤرخ في 13 يونيو2007، ص 21

بواقعته المادية، وهو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين يمنح شيء ما كالتزام البائع تسليم المبيع، أو فعل شيء ما كالتزام المقاول ببناء مسكن، أو عدم فعل شيء ما، كالتزام الطبيب النفساني عدم البوح بأسراره مريضه .

ثانيا: مفهوم الطب

لما كان تدخل الطبيب في جسم الإنسان غالبا ما يتطلب مساسا بسلامته الجسدية كحالات الجراحة أو التشريح، فإن ثمة إشكالية قائمة حول مضمون ونطاق العمل الطبي الممهور بالشرعية

1. الطب في اللغة

الحذق والمهارة، فأصل الطب الحذق بالأشياء والمهارة بها، فكل حاذق عند العرب طبيب [1]

السحر وهو من المجاز، وقد طب الرجل، والمطبوب المسحور، وإنما سمي السحر طبا على التفاؤل بالبء، وقيل: «لأن أصل الطب الحذق بالشيء والتفطن له، فلما كان كل من علاج المرض والسحر إنما يتأتى عن فطنة وحذق، أطلق على كل منهما هذا الاسم، ولمعايتهما طبيب، .

يطلق الطب مجازا على: الأدب والشأن والعادة والدهر، يقال: ما ذاك بطبي: أي بدري وعادتي وشأني والمناسب لموضوع الدراسة المعنى الأول والثاني، وباقي المعاتي مجازية .

2. الطب اصطلاحا

نجد ان الطب في الاصطلاح يعرف على أنه علم يتعرف منه أحوال بدن الإنسان من جهة ما يصح ويزول عن الصحة، ليحفظ الصحة حاصلة، ويستردها زائلة .والدعاء، والتوبة، والاستغفار، والإحسان إلى الخلق، وإغاثة الملهوف، والتفريج عن المكروبي، فإن هذه الأدوية قد جربتها الأمم على اختلاف أدياتها ومللها، فوجدوا لها من التأثير في الشفاء ما لا يصل إليه علم أعلم الأطباء، ولا تجربه، ولا قياسه.

فالطب النبوي يتمثل في كل ما له علاقة بصحة الإنسان كالتغذية والنظافة والانحرافات العضوية والنفسية وبعض طرق العلاج وكافة النواحي البيئية والاجتماعية والشخصية و غيرها مما يتعلق بالصحة العامة، والإنسان الصحيح ليس هو السليم بدنيا فحسب، لأن صحة البدن جانب واحد من جوانب الصحة، ومن ثم لكي تكون الصحة في صورتها المثالية المكتملة لا بد وأن تشتمل على سلامة النواحي البدنية والنفسية والعقلية والاجتماعية . [2]

---

[1] لسان العرب: لاين منظور، مادة (طبي)، ج 4، دار صادر، بيروت، لبنان، 1990، ص 2631 المشار اليه لدى زقان رزيقة زراري جويدة المرجع السابق ص 12.

[2] عصام خرخاش، احكام العقد الطبي والاثار المترتبة عنه، دراسة فقهية قانونية مقارنة، اطروحة لنسل شهادة الدكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص: أصول الفقه، كلية العلوم الاسلامية قيم الشريعة والقانون، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 01، 2017/2016، ص 22 .

الفرع الثاني: تعريف عقد العلاج الطبي

هناك اختلاف في تعريف عقد العلاج الطبي عند فقهاء، وهذا راجع لنشأته الحديثة، فصعب عليهم تحديد طبيعته القانونية التي تنظمه فهو ليس من العقود التي يتعامل بها الأفراد من الأزل، فعقد العلاج الطبي يعتبر من المسائل التي أولى لها الفقه والقضاء اهتماما كبيرا مؤخرا، و ذلك بالتطرق إلى ماهيته و كذا طبيعته القانونية[1]

اولا: التعريف الشرعي للعقد الطبي: اعتمد الكثير من الفقهاء على 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، ويضيف الخصاص في قوله"العقد ما يعقده العاقد على أمر بفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه..."[2]، ولا يزال أغلب فقهاء الشريعة المعاصرين يسيرون على ما سار أسلافهم في اعتبار العقد كل تصرف قانوني حتى ولو صدر من جانب واحد، وبالرجوع 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[3].

ثانيا: التعريف القانوني للعقد الطبي: في التعريف القانوني للعقد نجد أنه من أهم المصادر التي خصه القانون المدني بسبعين مادة، و لقد أخذ المشرع بالنظرية الشخصية، والتي تأثرت بالقانون الروماني أو بالنظرية المادية الجرمانية[4]، ولقد 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 والمقتبس 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

---

[1] بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص164.

[2] زقان رزقية، المرخع السابق ص05.

[3] حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، بين الحظر والإباحة، ط1 ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007 ، ص32.

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري" ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 08.

ما" هو نفسه النص الأصلي فلم يغير [1]منه شيء سواء في معناه أو مضمونه .ونجد تعريف أخر للعقد على أنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني .

ومن خلال هذا نستدل إلى القول بأن عقد العلاج الطبي هو إلزام ببذل عناية و ليس التزام بتحقيق نتيجة فبموجب هذا الأخير الطبيب لا يلتزم بشفاء المريض أو تحقيقه نسبة محددة على صحة الإنسان كلية و إنما يلتزم ببذل العناية اللازمة و ذلك بالوسائل المناسبة لهذا الغرض الإنساني الجليل، و هذا ما أدى بمحكمة النقض الفرنسية بإصدار قرارها القاضي بأن: "يلتزم فقط بإعطاء المريض العلاج بصفة واعية و جادة وفقا للمعطيات الحالية للعلم[2]" ويضاف 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 كالنكاح والخلع، أو ما كان صلحا عن جناية مما يدخل في نطاق القانون العام، وهذا على خلاف القانون الذي يركز على العلاقات التي هي ذات الطابع المالي في غالبية الأحيان وما 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

المطلب الثاني: تمييز عقد العلاج الطبي عن بعض العقود

اختلف 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 تكييفا سليما، و بهذا يكون من الضروري الإعتماد على القواعد العامة للالتزام و للنظرية العامة للعقود.

الفرع الأول: الفرق بين عقد العلاج الطبي وعقد الوكالة

تتداخل بعض العقود مع بعضها في الخصائص او الاثار وعقد الوكالة من العقود التي تشابه مع العقد الطبي مما يجعل التفرقة بينهم امر يستوجب البحث فيه.

أولا: تعريف عقد الوكالة

لقد عرف معظم الفقهاء الوكالة على النحو التالي: إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا " ً الحنفية: عرفها بأنها " في تصرف جائز معلوم"

---

[1] أمر رقم 75 –58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 مؤرخة في سنة 1975، المعدل والمتمم.

[2] محمد صبري السعيدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ط 1 ، 1ج، دار الهدى، الجزائر، 2004 ، ص.38.

وَعَرَّفَهَا الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهَا: نِيَابَةُ ذِي حَقٍّ – غَيْرِ ذِي إِمْرَةٍ وَلاَ عِبَادَةٍ – لِغَيْرِهِ فِيهِ، غَيْرَ مَشْرُوطٍ بِمَوْتِهِ

وَعَرَّفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَفْوِيضُ شَخْصٍ مَا لَهُ فِعْلُهُ مِمَّا يَقْبَلُ النِّيَابَةَ إِلَى غَيْرِهِ لِيَفْعَلَهُ فِي حَيَاتِهِ

وَعَرَّفَهَا الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهَا: اسْتِنَابَةُ جَائِزِ التَّصَرُّفِ مِثْلَهُ فِيمَا تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَحُقُوقِ الْآدَمِيِّينَ

وما يلاحظ هنا أن جميع التعاريف تشير إلى نفس المعنى أي أن الفقهاء لم يختلفوا حول تعريف عقد الوكالة رغم اختلاف الألفاظ المستعملة، فالوكالة هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بالقيام بتصرف، فإذا وكل شخص آخر عنه في عمل غير مشروع كانت الوكالة غير صحيحة لأن الموكل نفسه لا يملكه شرع

عرف المشرع الجزائري الوكالة في المادة 571 من القانون المدني: لوكالة و الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر بالقيام بعمل شيء، لحساب الموكل وباسمه:[1]

ثانيا: تمييز عقد العلاج الطبي عن عقد الوكالة

أخذ جانب من الفقهاء إلى إعتبار عقد العلاج 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 مالي و نظرا لمخالفة هذا التكييف لطبيعة عقد الوكالة التي هي قيام الوكيل بتصرف قانوني لحساب الموكل ففي عقد الوكالة نجد طرفين هما الوكيل والموكل و على هذا الأخير أن يلتزم بما و كل به و في حد ود تلك الوكالة وباسمه و لحساب موكله.

من جهة أخرى يرى أنصار هذا الرأي أن الموكل في عقد العلاج الطبي هو المريض الذي يوكل الطبيب بالقيام بأعمال علاجية لتحقيق شفاء المريض .فما يجمعهما هو العلاقة التعاقدية التي تندرج ضمن أحكام عقد الوكالة وهناك 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[2].

إلا أن الإختلاف يظهر جليا بين عقد العلاج الطبي و عقد الوكالة في كون هذه الأخيرة تنصب على تصرف قانوني يقوم باسم موكله و لحساب موكله وواضح أن الطبيب في عقد العلاج الطبي لا

---

[1] المادة 571 من الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78، المؤرخ في /30/ 09 1975 معدل والمتمم بموجب القانون رقم /07 05 مؤرخ في 13 يونيو 2007 ، الجريدة الرسمية، عدد 31 ، الصادرة في 13 مايو 2007.

[2] عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للنشر و التوزيع و الطباعة، الجزائر، 2007، ص12 .

يباشر عمله باسم مريضه، وأن 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.

يضاف إلى ذلك أن عقود الوكالة تبرعية بدون مقابل إلا إذا وجد اتفاق يخالف ذلك وهذا ما جاء به نص المادة 581 في فقرتها الأولى من ق م ج، غير أن الغالب في العقود الطبية تقوم على العوض أو بمقابل.

هناك اختلاف آخر يظهر في عقد الوكالة بمقارنته بعقد العلاج الطبي ألا و هو 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 رقم92 –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 ."[1]

أما هذا الرأي بما يلزم به الموكل فالإختلاف كبير فمن واجبه مد و إطلاع وكيله بكل التفاصيل الصغيرة منها و الكبيرة أثناء تنفيذه 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"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 أخر على الأقل يقوم مقامه، وبالرغم من محاولة أغلب الفقهاء إظهار أن العقدين متشابهان تماما، إلا أن هناك انتقادات كثيرة وجهت لهم بشأن هذه الآراء التي تبنوها في مواقفهم .فظهر فريق يدعو لدحض هذه الآراء التي تبعد عقد العلاج الطبي عن خصائصه التي تميزه عن عقد الوكالة، فنادوا لاعتبار عقد العلاج الطبي عقد عمل.[2]

---

[1] القانون رقم 92–176 مؤرخ في5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة1992 ، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب ، ج..ر.ج.ج عدد 52 الصادرة بسنة1992 .

[2] زقان رزقية، زراري جويدة، المرجع السابق، ص16.

الفرع الثاني: الفرق بين عقد العمل وعقد العلاج الطبي

اولا: مفهوم عقد العمل: اختلف الفقهاء في تقديم تعريف شامل ومانع لعقد العمل، فهناك من الفقه من عرفه على أنه:" اتفاق يتعهد بموجبه أحد الطرفين بإنجاز أعمال مادية ذات طبيعة حرفية على العموم لصالح طرف آخر وتحت إشرافه مقابل عوض "، في حين يرى جانب آخر بأن عقد العمل هو ":اتفاق يلتزم بموجبه أحد الأشخاص بالعمل لحساب شخص آخر مقابل أجر"، أما التعريف الفقهي الأكثر شمولية لعقد العمل هو الذي يرى بأن " عقد العمل هو اتفاق يلتزم أحد الأشخاص بالعمل لحساب شخص آخر وهو صاحب العمل، وتحت إشرافه و دارته ا وتوجيهه لمدة محددة أو غير محددة مقابل أجر معين ومحدد سلفا" في حين أن أغلب التشريعات لم تقدم تعريف لعقد العمل، بل اكتفت بوضع القواعد التشريعية والتنظيمية التي تنظم عالقة العمل . المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا المنهج، حيث عرف العقد حسب القواعد العامة المنصوص عليها في التقنين المدني وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 45 من التقنين المدني الجزائري، وهذا ما نستخلصه أيضا في نص المادة 9 من قانون 99-11 المتعلق بعالقات العمل حيث تنص على أنه :" يتم عقد العمل حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة[1] "

ومنه نخلص إلى أن المشرع الجزائري اعتبر عقد العمل مجرد أداة لإبرام عالقة العمل تخضع بالدرجة الأولى لإدارة الطرفين ثم للقوانين.

ثانيا: اعتبار العقد الطبي عقد عمل: حجة هذا الاتجاه هو نص المادة (02) من قانون العمل التي تعرف لنا العامل الأجير بأنه" كل شخص يؤدي عملا يدويا، أو فكريا مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي، أو معنوي، عمومي، أو خاص يدعى مستخدم)"، فقالوا بأن العلاقة التي تربط بين الطبيب و المريض هي نفسها العلاقة التي تربط بين العامل الأجير ورب عمله، لأن العناصر التي يختص بها عقد العمل و المتمثلة في عنصري العمل؛ و الأجر من جهة، و عنصري المدة؛ و علاقة التبعية من جهة أخرى، هي نفس العناصر التي يمكن استنتاجها من عقد العلاج الطبي[2]، لأن الطبيب يؤدي عملا فكريا يتمثل في تقديم العلاج المناسب للمريض خلال مدة زمنية معينة مقابل أتعاب، أو أجر يتقاضاه في إطار منظم.[3]

وقد اعتمد أصحاب هذا الرأي على عدة اسباب لاعتبار عقد العلاج الطبي عقد عمل، وهي:

---

[1] القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 افريل 1990المتعلق بعلاقات العمل الجريدة الرسمية عدد 17 الصادرة في 25 افريل 1990 معد ومتمم

[2] رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار الهومة بوزريعة الجزائر 2007، ص 423

[3] عشوش كريم، العقد الطبي، ص 14- 15

1-لا فرق بين الأعمال الفكرية التي يعتمد عليها الطبيب في أداء نشاطه ومن يمارس الأعمال اليدوية، إذ أن العلاج عمل مادي لا ينفي ماديته أن يكون عملا عقليا، فالطبيب يلتزم فيه بموجب العقد تقديم خدمة أو عمل، والمتمثل في بذل العناية اللازمة لشفاء المريض مقابل أجر معلوم

2 – أدى التطور الصناعي والاجتماعي بأرباب العمل إلى التعاقد مع الأطباء لعلاج عمالهم، بموجب عقد عمل يخضع فيه الطبيب تنظيميا المستخدمة مع استقلاله الفني، كتحديد أوقات العمل والراحة، وكذلك العلاقة بين الطبيب والمريض تقاس بعلاقة الطبيب بالمستشفى بأنها عقد عمل، لأن عقد العلاج الطبي وعقد العمل يشتركان في عنصري العمل والأجر، ومادام الطبيب مرتبط بموجب عقد عمل مع المريض، فإنه يخضع الأوامر و تعليمات هذا المريض حول طرق علاجه.

إن رأي أصحاب هذا التوجه الفقهي يبقى مستبعدا، لأنه ورغم التشابه الكبير بين عقد العلاج الطبي وعقد العمل، إلا أنه لا يمكن اعتبار العقد الذي يربط بين الطبيب و المريض عقد عمل، لأنه وبالرغم من أن الطبيب يقدم عملا طبيا للمريض مقابل أجر، إلا أنه يبقى مستقلا استقلالا تاما عن هذا المريض ولا يتلقي أية تعليمات أو أوامر منه، بل إن المريض هو الذي يتلقى التعليمات والأوامر من طبيبه، فهذا الأخير هو صاحب القرار، وبالتالي فهو حر في اختيار الطرق والوسائل العلمية المناسبة لعلاج مرضاه، لأن المريض ليس له علم بأمور الطب، بل وحتى بحالته الصحية، و من ثم تنتفي علاقة التبعية بين الطبيب والمريض، أي أن الطبيب ليس تابعا للمريض، ولا يخضع لتعليماته و أوامره، بل إن العكس هو الصحيح، في حين إذا كان الطبيب عاملا لدى مؤسسة أو عيادة خاصة، فإن التبعية هنا هي تبعية تنظيمية نظرا لوجود عقد عمل بين الطبيب من جهة، و المؤسسة أو العيادة الخاصة من جهة أخرى، إلا أنه لا يوجد هناك تبعية فنية، لأن الطبيب أدري بعلم الطب، و بالتالي فإنه صاحب القرار في ترجيح العلاج المناسب لحالة المريض [1]، طبقا لنص المادة (10) من مدونة أخلاقيات الطب [2].

ثالثا: تمييز عقد العلاج الطبي عن عقد العمل

من أجل التوصل إلى مدى صحة هذا الاتجاه، لابد من أن تحدد الأوجه التي يقترب فيها عقد العمل من عقد العلاج الطبي، ثم المسائل التي يفترق فيها، وذلك في نقطتين:

1- أوجه الشبه بينهما: ان اعتبار عقد العلاج الطبي عقد عمل، هو انه قد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص مجمله لخدمة الطرف الآخر، ويتنصب في اطار عقود الرضائية والمعارضة ومنه يتضح مدى التشابه بين العقدين، فكما يلتزم العامل بتخصيص عمله لخدمة رب العمل، يلتزم الطبيب بأن يخصص عمله الطبي لخدمة الطرف الآخر في عقد العلاج الطبي وهو المريض.

---

[1] رايس محمد، المرجع السابق، ص 425

[2] تنص المادة (10) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه "لا يجوز للطبيب، و جراح الأسنان أن يتخليا عن استقالتهما المهني تحت أي شكل من الأشكال".

كما قد تأخذ صورة عقد العلاج الطبي مفهوم عقد العمل في حالة ما إذا كان خاضعا لإشراف عليه من الناحية الإدارية فقط، وإن كان مستقلا من الناحية الفنية، كحالة الطبيب العامل في مستشفى أو طبيبا خاصا لأحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين وهنا يمكن الاشارة الى إحدى الحالات التي تتحقق فيها التبعية الفنية والتنظيمية في وقت واحد وهي حالة الطبيب المتخرج حديثا الذي يعمل في عيادة أو مستشفى طبيب قديم، إذ يعمل تحت إشرافه ورقابته فنيا، فضلا من أوقات قدومه وانصرافه .

2 – من أوجه الاختلاف بينهما: انتقد هذا الاتجاه من وجوه مدة

أ – من حيث العلاقة التبعية: قد يباشر الطبيب عمله دون إشراف ولا رقابة من مستخدمه كحالة العيادة الخاصة، مع ذلك قد توجد هذه العلاقة بين الطبيب ومن يعمل بمعيته كالمخدر أو الممرض.

كما أن من أهم مظاهر التبعية القانونية تلك السلطة التي تخول لرب العمل التنظيم التقني للعمل، وهذا لا يأتي في عقد العلاج الطبي ما دام الطبيب لا يخضع في ممارسة نشاطه إلا للأصول الفنية والمهنية التي يمارسها ولما يمليه عليه ضميره، وحر في اختيار العلاج المناسب دون رقابة عليه فالتبعية إذا نسبية لا مطلقة

ب – من حيث المقابل: سبق أن اشرنا الى ان عقد العلاج الطبي يلتقي مع عقد العمل في فكرة الاجر، ولكن ثار الخلاف في حالة العلاج بلا أجرة، إذ لا يمكنه وصفه بعقد عمل الذي لا يقوم دون وجود أجرة، وفي حالة وجود اجرة، فإن احتساب الأجر في عقد العمل مختلف عنه في العلاقات الطبية ؛ لأن أساس احتساب في عقد العمل هو ساعات العمل الذي يجب عليه أن يؤديها، بينما المقابل وهو الأتعاب يستحقها الطبيب طالما انتهى من عمله الطبي سواء استغرق هذا الوقت زمنا قصيرا أو طويلا وهو من يحددها وفقا لتقديره او العرف المعمول به

ج – من حيث الاعتبار الشخصي: عقد العمل يقوم على الاعتبار الشخصي بصفة مستمرة ومنتظمة دون الاستعانة بأي شخص آخر؛ لكون شخصية العامل في علاقة العمل محل اعتبار من حيث الكفاءة والمقدرة اللازمتين لأداء المهام المرتبطة بمنصب العمل [1]، أما عقد العلاج الطبي وإن كان يقوم على الاعتبار الشخصي عندما يختار العميل الطبيب على أساس معايير يراها تناسبه، إلا أن هذا لا يمنع من قيامه دون الاعتداد بالاعتبار الشخصي للطبيب، وذلك عند تعاقد المريض مع المستشفى الخاص دون اختياره للطبيب، وبالتالي فإن كان العامل في عقد العمل يكون دائما شخصيا طبيعيا، فإنه في عقد العلاج الطبي يمكن أن ينشأ العقد بين المريض وشخص اعتباري، كما أن الطبيب يمكنه الاستعانة بالمساعدين، بل وألزمه القانون بالاستعانة بزملائه عند الضرورة[2]

ومن جانب آخر، فإن عقد العلاج الطبي ينقضي بموت الطبيب، بخلاف عقد العمل فإنه لا ينقضي بوفاة رب العمل، إلا إذا كانت شخصيته روميت في العقد، ولكنه يفسخ بموت العاملة.

---

[1] المادة (169) من القانون المدني الجزائري

[2] المادة (45) من قانون أخلاقيات مهنة الطب الجزائري.

وبناء على ما سبق بيانه من الانتقادات الموجه لهذا الاتجاه: يستبعد هذا الرأي ولا يعول عليه في تكييف عقد العلاج الطبي عقد عمل، إلا في حالات استثنائية لا يقاس عليها ولا يتوسع فيها.[1]

الفرع الثالث: اعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاولة

يتشابه عقد العلاج الطبي مع عقد المقاولة في كثير من أحكامه، إلا انه يختلف عنه في البعض الآخر.

أولا: تعريف عقد المقاولة

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآجر"[2]، كما عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة ضمن التنظيم القانوني الذي خص به هذا العقد في القانون المدني .

ثانيا: اعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاولة

بسبب الانتقادات الموجهة للنظريتين السابقين في اعتبار عقد العلاج الطبي عقد وكالة أو عقد عمل، ذهب جانب آخر من الفقه وبعض القضاء والأستاذ السنهوري إلى أن العقد بين المريض والطبيب هو عقد مقاولة في الغالب ؛ إذ يلتزم الطبيب بالقيام بعمل معين هو العلاج، ويلتزم العميل بأن يدفع مقابل ذلك أتعابا أو أجرا، والعلاج عمل مادي، ولا ينفي ماديته أن يكون عملا عقليا، فهو إذن ليس بتصرف قانوني، ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاولة في هذا الاتفاق، ولا يمكن أن يوصف عقد العلاج الطبي بأنه عقد وكالة.

والطبيب الذي يرتبط بعقد العلاج الطبي بالعميل عمله على وجه الاستقلال، فله أن يقبل علاجه وله أن يرفض ذلك، ومبدأ الاستقلال يتمثل في أن الطبيب يمارس عمله في استقلال تام دون أن يخضع لرقابة أو توجيه المريض، فليس لهذا الأخير أن يرسم للطبيب طريقة يتبعها، لا من الناحية الإدارية ولا من الناحية الفنية المهنية، كما أن الطبيب مستقل في تحديده لأشكال العلاج التي يراها مواتية ومناسبة، كما له أن يختار مساعديه الذي يقدمون له يد العون ويكونون في الغالب الأعمم تحت إمرته ورهن إشارته، فإذا انتفى عنصر التبعية بين المريض والطبيب فلا يوصف عقد العلاج الطبي بأنه عقد عمل.

ثالثا: تمييز عقد العلاج الطبي عن عقد المقاولة

سأتناول في هذا العنصر أوجه الشبه والاختلاف بين عقد العلاج الطبي وعقد المقاولة، من أجل التوصل إلى مدى صحة هذا الاتجاه:

---

[1] عصام خرخاش، المرجع السابق، ص 96

[2] عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة، والوديعة والحراسة، ج07، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان، 1964، ص 03

1- أوجه الشبه بين العقدين: حيث نجد ان كلا العقدين من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلا معينا، ومن عقود المعارضة؛ إذ يلتزم المريض بالأجر تجاه قيام الطبيب بعمله كما يلتزم رب العمل بالأجرة تجاه المقاول، وهما من العقود الملزمة للجانبين التي تفرض التزامات متقابلة على طرفيها، وعليه إذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه جاز للطرف الآخر فسخ العقد مع التعويض وفقا للقواعد العامة.

ويقترب عقد العلاج الطبي من عقد المقاولة، في أن كلا من المريض ورب العمل في الغالب هم من عامة الناس ومديمي الخبرة مقارنة بالطبيب والمقاول، مما يفرض على الطبيب والمقاول التزاما تبصرهم تبصيرا كافيا من أجل أن تتوازن كفتا العقد [1]

2 – أوجه الاختلاف بين عقد المقاولة وعقد العلاج الطبي: غالبية العقود المدنية تشترك مع بعضها بهذه النقاط، وهذا ما أدى إلى انتقاد هذا الرأي من خلال أوجه الافتراق بين العقدين:

أ – الالتزام ببذل العناية وتحقيق الغاية: يتعهد الطبيب في علاج المريض ببذل عناية، ولا يتعهد بتحقيق الغاية من العلاج، وهو شفاء المريض، وأغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق غاية لا ببذل عناية كتشييد البناء ووضع التصميم وعمل المقايسة نحو ذلك . [2]

ب – شخصية المتعاقدين: شخصية الطبيب في عقد العلاج الطبي تعد محل اعتبار في التعاقد معه، ولذلك العقد ينتهي بموته، في حين أن الأصل في عقد المقاولة أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار[3]، وعليه لا ينقضي العقد بموت المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار، ويترتب كذلك على اعتبار شخصية الطبيب أنه لا يجوز له أن يكل علاج المريض لطبيب آخر، في حين يستطيع المقاول أن يقاول من الباطن[4].

ج – الطابع المميز للعقدين: يعتبر عمل المقاول عملا تجاريا يقوم على أساس الربح والخسارة[5]، كما أنه ينصب على أشياء غير حية، وفي المقابل يعد عمل الطبيب عملا مدنيا يخلوا من حسابات الربح والخسارة، كما أنه ينصب على جسم إنسان من أجل تقديم المساعدة الطبية اللازمة له[6]

د – عدم الزام الطبيب والمريض في عقد العلاج الطبي: العقد مع الطبيب غير لازم لا من جهة المريض ولا من جهة الطبيب، فيستطيع المريض أن يرجع فيه ولا يرغم على أن يبقى تحت علاج

---

[1] عصام خرخاش، المرجع السابق، ص 100

[2] عبد الرازق السنهوري ، الوسيط، ، ج 7، المرجع السابق، ص 18

[3] المادة (569) من القانون المدني الجزائري،

[4] المادة (564) من القانون المدني الجزائري،

[5] الفقرات (من 03 إلى 15) من المادة (02) من القانون (05-02) المؤرخ في 06 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم (75-59) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري

[6] عامر نجيم، العقد الطي في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 20

طبيب لا يريده أو أصبح لا يثق فيه، وكذلك لا يستطيع الطبيب أن يرجع في العقد ولا يمكن إكراهه على المضي في علاج لم يعد يرضى الاستمرار فيه[1]، وهذه الخصائص التي تميز العقد مع الطبيب حملت بعض الفقهاء على أن تنكر على هذا العقد أنه عقد مقاولة وتعتبره عقدا غير مسمى، وأخذت بهذا الرأي محكمة النقض الفرنسية[2].

يتضح ما سبق بيانه أن عقد التطبيب يختلف من عقد المقاولة في نواحي شتى، مما يستوجب استبعاد وصف المقاولة عن عقد العلاج، إلا أن هناك بعض الحالات التي يقترب فيها عقد العلاج الطبي من عقد المقاولة، كما هو الحال بالنسبة إلى الأعمال المخبرية من تحاليل طبية أو التزام مصرف الدم ونقله ونقل الأمصال، والتركيبات الصناعية: كطقم الأسنان والأطراف الصناعية، فطبيب الأسنان عندما يتعاقد على عمل أسنان صناعية، أو طبيب الكسور عندما يتعاقد على عمل أطراف صناعية مثلا، فالتزامهما في هذه الحالة على تحقيق نتيجة ويضمن نوعية المنتوج الذي يعده [3]

الفرع الرابع: عقد العلاج الطبي عقد ذو طبيعة خاصة

إن النظريات التي قيلت بشأن تكييف عقد العلاج الطبي لم يتمكن أصحابها من التوصل إلى تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فكل نظرية ركزت على عنصر من عناصره و أغفلت العناصر الأخرى، وبالتالي لم تتمكن أي نظرية من هاته النظريات من إعطاء التكييف الصحيح للعقد الذي يربط بين الطبيب والمريض، هذا من جهة، ومن جهة أخرى مادام عقد التطبيب لم يتم تنظيمه وتفصيل أحكامه في القانون المدني الجزائري فإنه يعتبر عقدا غير مسمى يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين أطرافه، ومن عادات وأعراف مهنية الطب، كما يستمدها كذلك من التشريعات الطبية[4].

وبالإضافة إلى هذا، فإن عقد العلاج الطبي هو عقدا مستقلا بذاته، فهو ذو طبيعة خاصة، بحيث يخرج عن نطاق عقود القانون العام، كما يصعب إدراجه ضمن عقود القانون الخاص المسماة. [5]

مع العلم أن ارتفاع نسبة العلاج في القطاع الصحي الخاص بسبب الاكتظاظ الموجود داخل المستشفيات العامة، ونوعية الخدمات الطبية المقدمة من طرف أطباء العيادات الخاصة، قد يؤدي إلى ارتفاع نسبة التعاقد في هذا المجال، وبالتالي فإن ضرورة تنظيم عقد العلاج الطبي تشريعيا و سن أحكاما خاصة به أصبحت تشكل حتمية لا يمكن للمشرع الجزائري تجاهلها[6].

---

[1] المادة (50) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري

[2] السنهوري ، الوسيط، ، ج 7، المرجع السابق، ص 19

[3] محمد رايس، المرجع السابق، ص 423

[4] رايس محمد، المرجع السابق، ص 433

[5] عامر نجيم، المرجع السابق، ص21

[6] رايس محمد، المرجع السابق، ص 434- 435

المطلب الثالث: خصائص المميزة لعقد العلاج الطبي

عقد العلاج الطبي كسائر العقود يتميز بجملة من الخصائص التي تميزه عن ما يشابهه من العقود وتعتبر بالأحرى المميزات التي تنفرد بها عقد العلاج الطبي عن باقي العقود وهو ما سوف نورده من خلال هطا المطلب ضمن الفروع الاتية:

الفرع الأول :عقد العلاج الطبي عقد شخصي ومدني.

إن عقد العلاج الطبي يعتبر عقدا شخصيا ومدنيا.

اولا.عقد العلاج 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 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 وليس 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 الامراض.

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 والدعاية الكاذبة التي لا أساس لها من الصحة، ومن بين هذه القوانين ما تعرضت إليه مدونة اخلاقيات الطب من خلال المرسوم السالف الذكر في مادته العشرين [1]

ثانيا. عقد العلاج الطبي عقد مدني: إن مهنة الطب مهنة حرة، و أن عقد العلاج الطبي لا يخرج عن نطاق العقود المدنية، ولا يمكن تصنيفه ضمن العقود التجارية.

فالطبيب ليس تاجرا، كون التاجر هو" كل من يباشر عملا تجاريا و يتخذه حرفة معتادة له"[2].

---

[1] المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 ل مؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 يتضمن مدونة أخلاقيات المهنة:"..يمنع كل طبيب أو جراح الأسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة و الغير مباشرة"

[2] عرف هذا الأخير في نص المادة 1 من القانون التجاري قبل التعديل بأنه: "يعد تاجرا كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة له" أما بعد التعديل فعرفه بما يلي: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك"عدلت بالأمر رقم 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 الجريدة الرسمية ر قم 77 مؤرخة في 1996/12/11، ص 04

والطبيب عمله يتمثل في تقديم العلاج الصحي والارشادات الطبية، التي هي بعيدة كل البعد عن الأعمال التجارية ولا يمكن تصنيف أعماله من قبيل الأعمال التجارية لا بحسب الموضوع ولا بحسب الشكل[1].

الطبيب عند حصوله على مقابل الأتعاب لا يمكن تفسير ذلك على ذلك تاجر، إنما يتحصل على الأتعاب مقابل الجهد المبذول من طرفه فقط، وليس بغرض الحصول على الفوائد و المضاربة على رأس المال كما هو الحال عند التاجر، إذ يمنع أي عمل طبي يكون الغرض منه جني الأرباح.

الفرع الثاني :عقد العلاج الطبي عقد ملزم للجانبين وقابل للفسخ

كباقي العقود يخضع العقد الطبي لنفس احكام العقود التبادلية المنشئ لالتزامات ويمكن ان يفسخ كغيره من العقود وهذا ما سوف نتطرق اليه من خلال العناصر التالية:

اولا: عقد العلاج الطبي عقد ملزم للجانبين: يستخلص من تعريف عقد العلاج الطبي، أنه لانعقاده لابد من وجود طرفين، كل واحد منهما يلتزم بما هو واجب عليه، والثاني بما هو حق له، فلالتزامات متبادلة بينهم، فوفق ما نصت عليه المادة 55 من القانون المدني[2]، فالعقد تبادلي، ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من الطرفين .

من هذا يتبين أن الطبيب في عقد العلاج الطبي ملزم بمعالجة المريض، و هو الاخر ملزم من جهته بدفع الأتعاب مقابل العلاج الذي يضمنه له طبيبه و كذا بمده بكافة المعلومات اللازمة حول أعراض مرضه وغير ذلك مما يلزم إخباره به، و يؤكد على هذا الرأي الأستاذ علي علي سليمان على أن العقود التبادلية تكتسي دورا هاما في النظرية التقليدية خاصة في ركن السبب، الذي يجعل إلتزام الط رف الأول سببا في التزام الطرف الاخر .أما بالنظر للنظرية الحديثة فترى أن السبب في العقد هو الدافع و الباعث للتعاقد .أن تبعية الهلاك تقع على المدين بمحل الالتزام(الشيء الذي هلك)، أما في حالة الاستحالة تسليم السلعة فلا يتحمل المشتري تبعة الهلاك ولا دفع ثمنها وهذا بالرجوع الأحكام العامة للعقد في نص المادة 120 من القانون المدني[3].

ثانيا: عقد العلاج الطبي عقد قابل للفسخ: يعتبر الفسخ أحد طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بذلك حق

---

[1] وذلك بالرجوع الى نصي المادة 02 و03 من القانوني التجاري

[2] المادة 55 من القانون المدني على أن" :يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"

[3] المادة 20 من القانون المدني التي تقضي بـ": في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له، و ينفسخ العقد بحكم القانون".

المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد، وهو ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 119 من القانون المدني [1]

وباعتبار عقد العلاج الطبي من العقود التي يراعى فيها الإعتبار الشخصي، لكون العلاقة بين الطبيب والمريض تقوم على الثقة التي يضعها الأول في الثاني، فيكون بذلك المريض وفي أي وقت له حق في أن ينهي العقد، ذلك أن ثقة المريض لا يلزم توفرها فقط أثناء إبرام العقد، بل يجب أن تستمر هذه الثقة طوال فترة العلاج .فإذا فقد المريض تلك الثقة في طبيبه له أن يفسخ العقد دون حاجة إلى إبداء الأسباب التي أدت به لاتخاذ مثل هذا القرار .وبالمقابل من ذلك نجد أن 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]

الفرع الثالث :عقد العلاج الطبي عقد معاوضة و مستمر

عقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطى و لما التزم، مثل عقد البيع والإيجار و المقايضة (التبادل)، فتتكافأ فيه الكفتان من حيث الحقوق و الالتزامات، فالبيع هو أخذ ثمن مقبل تسليم المبيع و كذلك التبادل فهو تعويض شيء في حوزة الطرف الأول بما يقابله و الذي يكون في حوزة الطرف الثاني، و هو ما نصت عليه المادة 58 من القانون المدني[3]

اولا. عقد العلاج الطبي عقد معاوضة: في عقد العلاج الطبي، الطبيب يلتزم تجاه مريضه بتقديم العلاج الملائم، وأن يقدم له الرعاية الفعالة المطابقة للأصول و القواعد العلمية و المهنية، والمريض من جهته يلتزم بدفع ما اتفق عليه مع الطبيب من أتعاب لقاء خدماته، و هذا ما يجعل عقد العلاج الطبي عقد معاوضة و الأتعاب التي يأخذها الطبيب قد تكون بتقديمه العلاج سواء الدوائي، أو بإجراء العملية الجراحية، والنصائح والإرشادات اللازمة للمريض ويجب تحديد أسعار العلاج وقيمة خدماتهم التي يقدمونها والتي يجب على الأطباء وجراحي الأسنان التقيد بها، والا يتعرضون لعقوبات إذ ما خالفوها.

ثانيا: عقد العلاج الطبي عقد مستمر: وهو ما يعرف بالعقد الممتد، و فيه يتم تنفيذ الالتزام بأداءات مستمرة أو دورية، فالزمن عنصر أساسي وجوهري فيه، أما في عقد العلاج الطبي فالطبيب

---

[1] المادة 119 من القانون المدني "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه، جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذاره للمدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك:

[2] وهذا حسب ما نصت عليه المادة 10 من مدونة اخلاقيات الطب "لا يجوز للطبيب و جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال"

[3] المادة 58 من القانون المدني "العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء، أو فعل شيء ما."

لما يقبل معالجة المريض، لا ينتهي العقد بمجرد نهاية الفحص، بل العلاج يتطلب مدة طويلة لبلـــوغ 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 إلـــى جهـــود الطبيـــب المعالج. لأن عقد العلاج الطبي يعتبر من العقود المستمرة باعتبار الفحوصات و العلاج تمتـــد لفتـــرة زمنية طويلة، و هذا بحسب حالة المريض الصحية التي تكون بين الخطيرة والعادية.

ويلتزم الطبيب بمراقبة حالة المريض في كل مستجداتها سواء في عيادة الطبيـــب أو بزيـــارة الطبيب للمريض في منزله إن إقتضى الأمر ذلك، ولو لمرة واحدة فهذا يعطي صـــفة الاســـتمرارية للعقد[1].

[1] عشوش كريم، العقد الطبي، ص24

المبحث الثاني: أركان المكونة لعقد العلاج الطبي.

تقوم كل العقود على توافق الارادتين باعتبارها الركيزة الأساسية في تكوين العقد، وعند تحليل فكرة توافق الارادتين نجد أنها تستوجب توفر عنصرين أساسين هما المحل والسبب، فلتوافق الارادتين محل يرد عليه، كما له سبب يدفع إليه أو غاية معينة يراد تحقيقها من خلال إبرام هذا العقد، وعليه بتوفر هذه الأركان الثلاثة يكون عقد العلاج الطبي قد تكوّن، إلا أنه يشترط في بعض الأعمال الطبية توفر ركن آخر ألا و هو ركن الشكلية.

المطلب الأول: توافق الارادتين في عقد العلاج الطبي

مما لاشك فيه أن عقد العلاج الطبي شأنه شأن أي عقد آخر، لابد أن يقوم على أساس توافق إرادتين هما إرادة الطبيب من جهة وإرادة المريض من جهة اخرى، كما ان عقد العلاج الطبي من العقود ذات الطابع الإنساني التي تقوم على الاعتبار الشخصي وتخضع لمبدأ حرية إرادة طرفي العقد في اختيار أحدهما للآخر، فالمريض يتمتع بحق اختيار الطبيب الذي يتابع حالته المرضية إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، مقابل هذا فان الطبيب أيضاً يتمتع بحرية اختيار المرضى الذين يعالجهم باستثناء بعض الحالات التي يلتزم بموجبها بالقيام بعمله دون عبرة لإرادته في اختيار المرضى.

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

الفرع الاول: الأهلية القانونية للمتعاقدين كركن في عقد العلاج 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

اولا. أهلية المريض في إبرام عقد العلاج الطبي مع الطبيب: الأهلية القانونية يندرج تحتها نوعان من الأهلية، أهلية الوجوب و أهلية الأداء، و تعرف أهلية الوجوب بأنها الصلاحية لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات[1]أمّا أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص استعمال الحق [2]ويظهر لنا أن شرط

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص285

[2] المادة": 42 لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون."

موافقة المريض لإبرام عقد العلاج الطبي هو تمتعه بالأهلية القانونية كأصل، أمّا الاستثناء يؤخذ بموافقة ممثله .و بالنظر لموافقة المريض نجد المشرع نظم القواعد التي تحكم الأهلية في المواد 42 إلى 44 من القانون المدني الجزائري[1] و المادة 78 من نفس القانون التي تنص" **كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون**"، واعتبر كل شخص مريض أهلا للتعاقد مع الطبيب ما لم تسلب أهليته أو حد منها بحكم القانون، وعليه إذا بلغ الصبي سن الرشد وكان متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يصبح أهلا لمباشرة حقوقه المدنية وإن كان ناقص الأهلية فينوب عنه وليه أو وصيه، أما إذا تخلف التمييز وقت التعبير عن الإرادة مهما كان سببه سواء لقصر في السن أو لشيخوخة مؤثرة على الإرادة أو لعارض من عوارض الأهلية أو للأسباب عرضية وقتية كالتنويم المغناطيسي، فإنه لم تعد إرادة المريض معتبرة قانونا لإنشاء العقد.

أما حالة الأخذ بموافقة الزوج نجد بعض الفقه المقارن أخذ بها، وذلك في حالة قطع الحمل بصفة إرادية أو تباعد الولادات إلاّ أنه هناك تنازع حول هذا الراي 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 وهي حالة المريض القاصر وحالة المريض العاجز عن التميز 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 إلاّ بعد الأخذ بموافقة أولياءه أو الممثل الشرعي له حسب ما نص عليه في المادة 52 الفقرة الأولى من مدونة اخلاقيات الطب والتي تنص على"يتعين على الطبيب أو الجراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم ."وعليه حسب المبادئ العامة، فإن الطبيب يجب أن يتحصل على موافقة الوالدين.

---

[1]- 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."

[2]- علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، رقم3 ، ج 36، ص 52.

[3]- المادة 343 من القانون 18-11.

أو الممثل الشرعي لتقديم العلاج لقاصر، وفي حالة وجود اختلاف بينهما فإن القرار يرجع إلى الأب وعند وفاته تحل الأم محله طبقا للمادة 87 الفقرة الأولى من ق.أ.ج بنصها على" يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا"[1].

أمّا في حالة رفض الأولياء لتقديم العلاج الضروري بدون 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[2].

-حالة المريض العاجز عن التميز :في هذه الحالة قد يكون المريض بلغ سن الرشد أو سن التمييز لكن بسبب المرض الذي يفقده الوعي يصبح غير مميز، وبتالي يعجز عن إعطاء موافقته وعلى هذا الأساس نجد المادة 44 من م .أ .م .ط .التي تسمح للأشخاص المخ ولين من طرف المريض لإعطاء موافقتهم عن الأعمال الطبية التي سيقدمها الطبيب للمريض[3].

-حالة المريض العاجز عن التعبير عن رضاه :حسب المادة 80 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته، جاز للمحكمة تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته ."وعليه إذا اجتمع في المريض عاهتين من العاهات الثلاث المذكورة في المادة السابقة، العمى والبكم والصم، فإنه يتعذر عليه أن يبدي موافقته على الأعمال الطبية التي سيقدمها الطبيب، كون أهليته متأثرة بمانع من موانع الأهلية بسبب ظرف جسماني، بالرغم من كونه راشد

---

[1] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم:بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005) بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005اصبح نص المادة كالتالي:

يكون الأب وليا على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

المادة السابقة: يكون الأب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

[2] عشوش كريم، العقد الطبي، ص .29

[3] 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."

ويتمتع بكافة في قواه العقلية[1]، إذ أن هذه الحالة تشترط موافقة الأشخاص المخول لهم ذلك عوض موافقة المريض نفسه.

ثانيا:أهلية الطبيب في قبول إبرام عقد العلاج الطبي مع المريض

إنّ الأهلية التي يجب أن تتوفر في الطبيب هي الأهلية القانونية للتعاقد، حيث يجب أن يكون راشدا ومتمتعا بأهلية الأداء لانعقاد عقد العلاج الطبي حسب ما جاء به المشرع في نص 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". وعادة نجد الطبيب دوما متمتعا بأهلية الأداء، إلا إذا كانت متأثرة بعارض من عوارض الأهلية وعلى هذا الأساس يمنع عليه ممارسة هذه المهنة طبقا للمادة 165 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة التي تشترط عدم إصابته بأية عاهة أو علة مرضية منافية لممارسة المهنة، كما أن مدونة اخلاقيات الطب تشترط توفر بعض الشروط كي يكون الطبيب أهلا لممارسة هذه المهنة.

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

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

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

-أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

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

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

-**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 فبتوفر الشروط السابقة الذكر يعطي للطبيب ترخيصا وزاريا يسمح له بممارسة المهنة"[2].

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.52

[2] عشوش كريم، العقد الطبي ، المرجع السابق ص34

الفرع الثاني: شرط الرضا كركن في إبرام عقد العلاج الطبي

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

أولا :رضا المريض في عقد العلاج الطبي

نجد نص المادة 343 من القانون 18-11 قر بوجوب رضا المريض بقولها :" لا يمكن القيام باي عمل طبي ولا باي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض، نظرا لما يتطلبه العمل الطبي من خصوصية، تتعلق بحالة المريض الصحية وبما يؤدي ذلك من نتائج تقوم عليها مسؤولية الطبيب اتجاه مريضه فلابد أن يكون الرضا سابقا على أي تدخل طبي.

ويقصد برضا الم ريض تلك الحرية في اختياره للطبيب، واحترام إرادته و رغبته في طلب العلاج طبقا لما جاء في نص المادة 42 من م .أ .م .ط"...[1]، أما فيما يخص نوعية رضا المريض فإنه باستقراء نص المادة 44 من مدونة اخلاقيات الطب التي تخضع كل عمل طبي يكون على درجة من الخطورة الجادة على جسم الإنسان لموافقة هذا الأخير موافقة حرة ومتبصرة في كل مرحلة من مراحل العلاج و إذا تعذر أخذ هذه الموافقة لأسباب جسمانية أو قانونية يتم الحصول عليها من الأشخاص المخولين لهم قانونا.

-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 علاجا معينا أو تدخلا دون موافقته على ذلك[2]، لكي يكون الرضا حرا 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 صادرا عن إرادة سليمة، بحيث تعد الإرادة قوام العقد ففي عقد العلاج الطبي يجب أن تكون إرادة مريض سليمة ولم يعتريها أي عيب من عيوب الرضا كالإكراه و الغبن المقترن بالتغرير والغلط[3]

---

[1] 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 أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض"...،

[2] بوخرس بلعيد، المرجع السابق ص .70

[3] المادة 43 من م .أ .م .ط

– رضا متبصر تشترط المادة 43 و 44 من مدونة اخلاقيات الطب أن تكون موافقة المريض موافقة حرة و متبصرة، ولا يكون ذلك إلا بمساهمة الطبيب على الاجتهاد لإفادة مريضه بالمعلومات واضحة وصادقة بشان تدخله الطبي حيث تنص المادة": 43 يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشان أسباب كل عمل طبي."، لذا فمن واجب الطبيب تبصير المريض و إمداده بكافة المعلومات المتعلقة بالعملية، كما يجب أن تكون هذه المعلومات بسيطة ومفهومة، كاملة و وفية، يسهل إدراكها بحيث تسمح للمريض اتخاذ قراره وهو على بينة من أمـــره، ولقد أصبح الالتزام بالتبصير التزاما هاما يقع على عاتق الطبيب المعالج، الذي يضع بموجبه الصورة الحقيقية لنوعية المرض الذي يعاني منه المريض وطريقة العلاج البدائل المتوفرة إن وجدت[1]

ونجد المشرع قد شدد على ضرورة الحصول على موافقة المريض عد إخباره بالأخطار الطبية المحتملة فيما يخص نزع وزرع الأعضاء البشرية وذلك طبقا للفقرة الثانية مـــن المـــادة 162 مـــن ق.ح.ص.ت تلزم الطبيب بإعلام وتبصير المتبرع عن جميع المخاطر الطبية، وكذا الأخطار المحتملة أثناء العملية وبعدها وعن كل الآلام التي قد تتسبب فيها العملية، كما يعلمه بمختلف التفاصيل ويقـــدم كافة التوضيحات عن الطرق والتقنيات المستعملة والمستقر عليها في الوسط الطبي الجراحي[2]

-شكل الرضا تم معالجة الأمر في الفقرة الأولى من المادة 162 من ق.ح.ص.ت علـــى أنـــه الرضا في حالة انتزاع الأنسجة يأخذ شكل الموافقة الكتابية، و كذلك في مجال زرع أو غرس، نقـــل الأعضاء والأجزاء البشرية، فإن التبصير للمتنازل لتثبيت رضاه الصحيح يكون من خـــلال الـــدليل الكتابي)الشكلية القانونية الكتابية وهو ما تتجه إليه الكثير من التشريعات[3]

ثانيا :رضا الطبيب في عقد العلاج الطبي

منح المشرع للطبيب أيضا الحرية في إبداء إرادته من اجل السعي لمعالجـــة وتقـــديم العـــلاج 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 للمـــريض، وأنـــه بمجـــرد موافقته يجب أن يلتزم بضمان تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني و مطابقته لمعطيات العلم الحديثة، إلاّ انه في معظم الأحيان يجد الطبيب نفسه مجبرا على موافقة المريض لتقديم العلاج لان عقد العلاج

[1] معاشو نبالي فطة، إذن المتبرع بأحد أعضائه في قانون حماية الصحة وترقيتها، المجلة النقديـــة للقـــانون والعلـــوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، العدد 01، 2013، ص 25.

[2] منذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط1 ، دار الثقافة، الأردن، 2002، ص92

[3] عشوش كريم، العقد الطبي، المرجع السابق ص47 .

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.

-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 وبالط ريقة التـــي تروق له، فالعلاقة بين الطبيب والمريض هي علاقة تعاقدية يلزم فيها رضاء كل من الطـــرفين، ولا يوجد نص يلزم الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبون المساعدة[1]، ونجد أن كل من م.ج .وم.ف تطرقوا إلى حالة رفض الطبيب لتقديم العلاج [2]

المطلب الثاني: المحل في عقد العلاج الطبي

لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعريفا محدد لمحل الالتزام، حيث أن محل الالتزام هو الذي ينشئه محل العقد الذي هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقهـــا (كـــالبيع، الإيجـــار، التأمين)، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين في مواجهة الدائن و هذا الأداء قد يكون نقل حـــق عيني لصالح الدائن، و قد يكون قيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل بنقل حق عيني لصالح الـــدائن، وقد يكون قيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل ومثال الالتزام بإعطاء نقل أو إنشـــاء حـــق عينـــي، كالتزام البائع بنقل حق عيني كحق الرهن أو حق الارتفاق.

يعتبر ركن المحل جوهر من بين الجواهر التي تساهم في تكوين عقد العـــلاج الطبـــي، ولقـــد تضاربت الآراء الفقهية من أجل إعطاء تعريف يناسبه وتحديد مشروعيته وتحديد محل التزام الطبيب في عقد العلاج الطبي.

الفرع الاول: تعريف محل عقد العلاج الطبي

لم يتضمن القانون المدني الجزائري تعريفا محدد لمحل الالتزام، حيث أن محل الالتزام هو الذي ينشئه محل العقد الذي هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقهـــا (كـــالبيع، الإيجـــار، التأمين)، أما محل الالتزام فهو ما يتعهد به المدين في مواجهة الدائن و هذا الأداء قد يكون نقل حـــق

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د ط، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 2001، ص.34

[2] 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 لتقـــديم العلاج لأسباب شخصية أو مهنية فمع أن الطبيب حر في مزاولة مهنته إلا انه 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 والفـــوري مـــن قبـــل الطبيب المختص"، وارد لدى السيد عبد الوهاب عرفه، الوجيز في مسؤولية الطبيب و الصيدلي، د ط، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005، ص 56

عيني لصالح الدائن، و قد يكون قيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل بنقل حق عيني لصالح الدائن، وقد يكون قيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل ومثال الالتزام بإعطاء نقل أو إنشاء حق عيني، كالتزام البائع بنقل حق عيني كحق الرهن أو حق الارتفاق.

مثال الالتزام بعمل كالتزام ممثل بالقيام بتمثيل دور معين في تمثيلية معينة، و التزام مهندس معماري بعمل تصميمات هندسية لمستشفى و مثال الالتزام بامتناع عن العمل التزم ممثل بعدم التمثيل في فرقة أخرى و التزام تاجر بعدم مناقشة تاجر آخر، و التزام من يشتري قطعة أرض بعدم بناءه مصنع عليها.

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 عقد العلاج 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 بنصها ":يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه .يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة"...و بإسقاط هذه المفاهيم العامة على ميدان المسؤولية الطبية، فإنّ محل عقد العلاج الطبي هو ما يلتزم الطبيب القيام به اتجاه مريضه، حيث يقدم العلاج الضروري ويحد من ألام المريض أو تخليصه منها، ويتمثل هذا الالتزام الذي يرد على جسم الإنسان إما ببذل عناية أو تحقيق نتيجة معينة[2]

الفرع الثاني: مشروعية المحل في عقد العلاج الطبي

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

اولا: عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان :إن المبدأ العام يحضر ويمنع التعامل في جسم الإنسان وذلك بوضع أسس علمية وقانونية لتحديد النظام القانوني، للتصرفات التي يكون محلها جسم الإنسان[3]، وعليه حماية للكيان البدني للإنسان في مواجهة الغير ومن الشخص نفسه، كعدم جواز

[1] هنى سعاد، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، 2003-2006، ص 17

[2] عشوش كريم، العقد الطبي، ص53 .

[3] نفس المرجع، ص54

الانتحار أو الشروع فيه لتعلق حق الله وحق العبد على الروح و الجسد، وهذا ما بلغته الشريعة الإسلامية في ميدان حرمة الجسد وروح الإنسان لم تبلغه ما سبقتها من القوانين[1]

وبالتالي فالعلاقة بين الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم هي علاقة وطيدة فلإعتداء الذي يعطل الوظائف الجسدية يتمثل في المساس بسلامة الجسم، ولقد أكد المشرع الجزائري في نص المادة 96 من ق.م[2] 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 أد رج هذه الحماية في قانون العقوبات، و الرغم من كل هذه الحماية التي تحمي الكيان الجسدي للإنسان إلاّ انه هناك استثناءات أين يمكن التعامل في جسم الإنسان[3]

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

-الإجهاض :المعنى المعروف في كتب الفقه الإسلامي للإجهاض هو الإلقاء للولد قبل التمام،أو الإسقاط أي إخراج الحمل من الرحيم قبل الأوان، وهو غير قاتل للحياة، أو هو إسقاط المراة 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 هو ما يتدخل الإرادة في إحداثه، بقصد تحقيق غاية طبية تتعلق بالمراة الحامل، بحيث يصبح الإجهاض ضرورة لازمة للحفاظ على حياتها أو صحتها [5].و نجد المشرع سمح بالإجهاض لغرض علاجي وحفاظا على حياة الأم من الخطر و ذلك في المادة 77 من القانون 18-11 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[6] أما الإجهاض الإجرامي فإن الدافع إليه هو عدم الإنجاب

---

[1] منذر الفضل، المرجع السابق، ص19 .

[2] المادة96 من ق.م" إذا كان محل الالتزام مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا"

[3] عشوش كريم، العقد الطبي، ص57 .

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

[5] أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي :دراسة مقارنة، د ط، دار الجامعة الجديدة لنشر، مصر، 2008، ص106، المشار اليه لدى زقان رزقية، زراري جويدة، المرجع السابق، ص 31

[6] المادة 77 من القانون 18-11 المتعلق بحماية الصحة :"يهدف الايقاف العلاجي للحمل الى حماية صحة الام عندما تكون حياتها او توازنها النفسي والعقلي مهددي بالخطر بسبب الحمل، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

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

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[1]

نقل وزرع الأعضاء :تقوم نظرية مشروعية التصرفات الواردة على جسم الشخص بتحديد الهدف المراد بلوغه من هذه التصرفات، فمتى كان الغرض مشروعا كان التصرف مشروعا، وعليه عملية نقل و زرع الأعضاء البشرية تهدف كأصل عام إلى إنقاذ صحة وحياة المريض، الذي يكون بحاجة ماسة إلى العضو المنقول إليه وبتالي مشروعيتها مرتبطة بإنقاذ حياة المريض، وعليه القاعدة الأساسية في جواز نقل و زرع الأعضاء البشرية تكمن في الضرورة تبيح المحضرات، أما السند القانوني فنجده في الفقرة الأولى من المادة 162 من ق.ح.ص.ت[2]

المطلب الثالث: السبب والشكلية في عقد العلاج الطبي

كب اقي العقود السبب امر لا بد منه للتعاقد وهو الامر الذي ينطبق على العقد الطبي وهو ما سوف نتطرق اليه من خلال الفروع الاتية:

الفرع الأول: السبب

بعد أن نص المشرع الجزائري على الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام في المواد 92 إلى المادة 96 ق.م تناول السبب في المادتين 97 و 98 و هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام، ومعه آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه، و في عقد البيع مثلا البائع التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري و بتسليمه إياه يهدف الحصول على الثمن رغبة منه في الحصول على المبيع و بالتالي يعتبر السبب عنصرا من عناصر الإرادة.[3]

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

الفرع الثاني: الشكلية في عقد العلاج الطبي

لقد ظهرت العقود منذ القدم وبدأت هذه العقود في القانون الروماني لأنه كان الشكل وحده هو الذي يجعل العقد تاما فالشكلية هي القاعدة بخلاف القانون حيث لم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإتمام

---

[1] عشوش كريم، المرجع السابق، ص60

[2] 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."

[3] محمد صبري السعدي. المرجع السابق، ص 215

العقد بل كان لابد أن يتم العقد في الشكل الذي كانوا يسمونه (Emancipation) وهو الذي يستلزم حضور شهود وميزان وعبارة معينة وأما في الشكل الذي كانوا يسمونه (In jure cessio) أي أمام القضاء. [1]

وأما في الشكل الذي كان يعني التسليم المادي وإما بوضع اليد لمدة طويلة للتملك بغير عقد بالنسبة للأعيان الشكلي معين كاستلزام حضور الشهود والميزان وتلاوة عبارات معينة ولقد ضلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على العقد وعلى كسب الملكية للأعيان لفترة طويلة من الزمن ثم أخذت تخف شيئا فشيئا في هذا القانون الروماني ثم في القوانين التي تأثرت به إلى أن جاء (ديمولان) في أوائل القرن السادس عشر فوضع البذرة الأولى لمبدأ سلطان الإرادة وهذا ما ينشأ العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون الحاجة إلى شكل معين فهذا يكفي الإيجاب والقبول ولو شفهيا لينعقد العقد.

فهنا مبدأ الإرادة في ذاتها مجردة من كل شكل تكفي لإنشاء التصرف وتوليد الإلتزلم وكل ما يتطلب هو أن يصدر تعبير عن الإرادة بصرف النظر عن الصورة التي يصدر فيها هذا التعبير . فاليوم فقد أصبح التراضي كقاعدة عامة كافيا لانعقاد العقد فلم يعد هناك مقتضى لإحلال محل تسليم الشكل . ولهذا نجد العقود الشكلية هي العقود التي يتطلب القانون قيامها مع وجود رضا أطرافه وأن يصب هذا الرضا في شكل معين وإذا استلزم القانون توافر شكل معينا لعقد ما، فإن هذا العقد لا ينعقد إلا بتوافر الرضا + المحل + السبب + الشكل، ويكون العقد شكليا إذا كان الشكل ركنا لانعقاده مثل عقد الرهن فهو لا ينعقد إلا بعقد رسمي [2]أي أمام موثق ومثل العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو أي حق عيني عليه فلقد اصبح عقد بيع أرض للبناء في فرنسا مثلا عقدا شكليا (قانون 05-01-1967) مع أن عقود بيع العقارات الأخرى رضائية.

والشكلية في العقود قد تكون في عقد الهبة أو عقد شركة المساهمة أو العقود العينية [3]حيث لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك من المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي نص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

ويعتبر تسليم الشيء المعقود عليه من صور الشكلية الملزمة . وهنا ضرورة التفرقة بين نوعين من التسليم مجرد تنفيذ الالتزام أحد العاقدين فهو عقد رضائي اعتيادي إلا أن الشكلية تأخذ شكلا من أجل استقرار العقد وحمايته للغير وتسهيل الإثبات عند التنازع إن القانون لم يلزم كل من الطبيب والمريض صياغة عقدهما في شكل معين، لكون عقد العلاج الطبي ليس من العقود الشكلية .و يعرف

---

[1] ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1992، ص 61

[2] المادة (883) من القانون المدني الجزائري

[3] وذلك حسب المادة (793)، من القانون المدني الجزائري

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 الإجراءات[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، وقد تكون عرفية فيحررها المتعاقدان وثيقة العقد متبوعة بتوقيعهما و هذا حسب ما جاءت به المادة 324 ق .م[3] أما الشكلية الغير المباشرة فتتمثل فيما يعرف بقواعد الإثبات، كما قد تتمثل في قواعد الشهر كالشهر العقاري والقيد في السجل التجاري والنشر، والتسجيل كما هو الأمر في الأحكام والقرارات القضائية. و على هذا الأساس نستخلص أن عقد العلاج 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 يكتفي فقط توفر ركن التراضي والمحل والسبب، إلا أن هذا يؤدي بنا إلى التساؤل عن كيفية إثبات عقد العلاج الطبي بما أنه لا ضرورة لتوفر ركن الشكلي فلقد جرت العادة على عدم كتابة عقد العلاج الطبي بين المريض والطبيب 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 عقد العلاج الطبي بين الطبيب والمريض.

ونخلص الى ما تقدم في هذا الفصل من التطرق الى مفهوم العقد الطبي من خلال تعريفه وبيان خصائصه كما تميز العقد الطبي عن باقي العقود المشابهة في بعض الجزئيات، ونجد ايضا ان العقد الطبي يقوم على الأركان العامة للعقود من تراضي ومحل وسبب وشكلية .

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص163 .

[2] علي فيلالي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد -د ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص223 .

[3] 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 وذلك طبقا للإشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه"

الفصل الثاني:

الالتزامات المترتبة على الطبيب

كباقي العقود وبعد انعقاد عقد العلاج 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 عقد العلاج الطبي، أما إذا أخل احد المتعاقدين بالتزاماته اتجاه الآخر فإنه ينجر عن ذلك قيام المسؤولية على عاتق المخطئ منهما.

المبحث الأول: التزامات الطبيب في عقد العلاج الطبي

لقد حدد المشرع في القانون المذكور المتضمن مدونة أخلاقيات الطبة أعاله جملة من الواجبات التي يجب على الطبيب القيام بها و التي نوجزها فيما يلي:

- واجب خدمة الفرد و الصحة العمومية ، و على إثرها إحترام حياة الفرد و شخصه البشري
- واجب الدفاع عن صحة الانسان البدنية و العقلية مع وجوب التخفيف عن معاناته – واجب العمل في إطار ملائم لممارسة الطب ، ذلك بتوفير كل الامكانيات المادية والمعنوية.

واجب تحرير الوصفة الطبية بكل وضوح – واجب تقديم العالج للزملاء مجانا -واجب الاعتناء بالمعلومات الطبية و تحسينها[1].

المطلب الأول: التزام الطبيب في المرحلة السابقة على العلاج

هي تلك المرحلة ذلك الاتصال الأول الذي يحدث بين الطبيب والمريض، وفيه يحاول الطبيب التعرف على وضع المريض الصحي والنفسي بما يساعده على معالجته وشفاءه. وتقليديا، تشمل هذه الفترة مرحلتين هامتين هما: الفحص الطبي والتشخيص.

الفرع الأول: مرحلة الفحص الطبي

أول مرحلة تأتي في عقد العلاج الطبي هي مرحلة الفحص الطبي وهي بداية العمل الذي يقوم به الطبيب، بفحص الحالة الصحية للمريض فحصا ظاهريا، حيث يمكن ان يستعين الطبيب في الفحص ببعض المعدات الطبية[2] ،والهدف من الفحص هو التحقق من وجود دلالات معينة تساعد الطبيب في

---

[1] المادة 15 من الرسوم التنفيذي رقم 92–276 التضمن مدونة أخالق الطب، من حق الطبيب أو جراح الاسنان و من واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية و يحسنها

[2] المادة 212 من القانون 18–11 المتعلق بالصحة :" يقصد بالمستلزم طبي في مفهوم هذا القانون كل جهاز او اداة او تجهيز او مادة او منتوج ، باستثناء المنتوجات ذات الاصل البشري او مادة اخرى مستعملة لوحدها او بصفة مشتركة ، بما في طلك الملحقات والبرمجيات التي تدخل في سيره وموجهة للاستعمال لدى الإنسان لأغراض طبية .

المادة 213 من نفس القانون :" تعتبر كذلك كمستلزمات طبية تلك المستعملة في التشخيص في المخبر المنتوجات والكواشف والمواد والادوات والأنظمة ومكوناتها وملحقاتها وكذا اوعية العينات الموجهة خصوصا للاستعمال في المخبر لوحدها أو بصفة مشتركة في فحص عينات متأتية من جسم الانسان من اجل توفير معلومة بخصوص حالة فيزيولوجية او مرضية مثبتة أو محتملة او شذذ خلقي من اجل مراقبة قياسات علاجية او من اجل تحديد أمن نزع عناصر من جسم الانسان او مطابقته مع متلقين محتملين.

وضع التشخيص المناسب للمرض، كما يمكن للطبيب في حالة عدم القدرة للوصول لتشخيص المرض عن طريق الأدوات البسيطة أن يلجأ إلى إجراء فحوصات أكثر دقة وعمقا، كالتحاليل الطبية والأشعة والمناظير[1].

وبناء على ما سبق، فإن الفحص الطبي يتم على مرحلتين، الأولى تتمثل في مرحلة الفحص الطبي التمهيدي، وفيها يستعمل الطبيب يده أو أذنه أو بعض المعدات البسيطة، وهي ضرورية قبل اللجوء لأي علاج، اما المرحلة الثانية هي مرحلة الفحص الطبي التكميلي، وفيها يقوم الطبيب بإجراء فحوصات عميقة باستخدام أجهزة حديثة لبيان حالة المريض، كالتحاليل وأجهزة التصوير والتخطيط[2]، وتكون هذه المرحلة مترجمة للدلائل المتحصل عليها من الفحص التمهيدي، واستقراء نتائجها لوضع التشخيص الدقيق للمرض[3].

ويعد عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الأولية، قبل البدء في العلاج أو الجراحة إهمالا يمكن أن يثير مسؤوليته. وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من أن إجراء الفحوص الطبية التمهيدية للمريض، يعد أمرا ضروريا قبل الإقدام على إجراء الجراحة أو تنفيذ العلاج، وأن الإهمال الواقع من الطبيب في إجراء مثل هذه الفحوص، يشكل خطأ في جانبه، تقوم به مسؤوليته.

الفرع الثاني: مرحلة التشخيص

وهي البداية في علاقة الطبيب بمريضه، ويقوم العمل الطبي على صحة التشخيص وسلامته، وإذا أخطأ فقد تصبح الأعمال اللاحقة وخصوصا العلاج الموصوف خاطئة أيضا، وهنا يقع على الطبيب أن يبذل في التشخيص العناية اليَقِظَة، إذ عليه أن يستمع إلى شكوى المريض وأن يأخذ منه ومن أهله كافة المعلومات التي يحتاج إليها، ثم يبدأ بفحص المريض بشكل دقيق بحيث يكون رأيه في التشخيص بعيدا عن الغلط قدر الإمكان[4].

والتشخيص هو العمل الذي يحدد من خلاله الطبيب المرض، بحصر خصائصه، أعراضه وأسبابه، ويحدد مخاطر حدوث المرض بدلالة ميولات واستعدادات المريض، حيث نجد القضاء الفرنسي قد ذهب إلى أن التشخيص هو العمل الذي يحدد الأمراض بعد معرفة أعراضها وتكتسي عملية تشخيص الحالة المرضية للمريض أهمية بالغة، فعلى أساسها يتم تحديد طبيعة المرض ووضعه

---

[1] أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2009، ص 241؛ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005، ص 29.المشار اليه لدى بن زيطة عبد الهادي، العمل الطبي في القانون المقارن والاجتهاد القضائي ، مجلة القانون والمجتمع مجلة دورية محكمة في الدراسات القانونية العدد الاول جوان 2013 ، ص11

[2] هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، الإسكندرية، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007، القاهرة، ص 115.

[3] بن معروف فوضيل، تأثير مبدأ الحيطة في توزيع عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011-2012، ص 70.

في الإطار المناسب له، فالتشخيص هو عملية فكرية معقدة، من خلالها يتعرف على المرض انطلاقا من الأعراض التي يعانيها المريض.

ويفترض على الطبيب أن يبذل عناية الرجل اليقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول، وكان مماثلا له في الشهادة والتخصص وفي الظروف العامة الموجودة. وعلى الطبيب كذلك أن يعتمد في تشخيصه كافة الوسائل والتجهيزات الطبية الضرورية، واستعمال الطرق العلمية الجاري العمل بها عند الأطباء، وله الاستعانة بزملائه الأكثر تخصصا، إذا ما ثارت شكوكه حول طبيعة المرض[1].

والحقيقة أن مهمة الأطباء في التشخيص ليست بالهينة، فكثيرا ما تتشابه الأعراض المرضية، ويعجز الطبيب عن معرفة التشخيص السليم، بل أن أمهر الأطباء وأكبرهم لم يسلموا من الغلط في التشخيص، على الرغم من ممارستهم الطب لسنوات طويلة.

كما ان التشخيص متصل بفن الطب وصنعته، فهو ثمرة تفسير شخصي جدا للوقائع، لذلك ذهب القضاء الفرنسي إلى أن مجرد الغلط في التشخيص لا يشكل من حيث المبدأ خطأ تقوم به مسؤولية الطبيب. وبالتالي فلا مسؤولية للطبيب عن غلطه في التشخيص الذي يقع فيه بالرغم من إتباعه للأصول الفنية، واستعانته بجميع الوسائل الطبية المتيسرة.

كما يجب القول بأن العلوم الطبية لا زالت في تطور مستمر، وأن طرق التشخيص والعلاج محل خلاف بين العلماء، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه طالما كنا بصدد حالة مازالت أمام البحث العلمي، فإن الطبيب لا يسأل إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى مفاضلة رأي علمي على آخر.

وقد اهتم القانون الفرنسي بالتشخيص كعمل طبي، يترتب على من يقوم به بشكل غير مشروع المسؤولية الجزائية بالممارسة غير المشروعة للطب، حيث يمكن أن يتم بأعمال شخصية، استشارات شفوية أو مكتوبة وكل طريقة مهما كانت. ونظرا لأهمية التشخيص في الكشف عن الأمراض والإصابات الخطيرة، جعله المشرع الفرنسي إجباريا قبل ولادة الجنين، وهذا توقيا لأي عارض يهدد سلامته حال الحمل، أو بعده بالنسبة للطفل.

[1] عشوش كريم، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص 136. ونصت المادة (1/69) من م.أ.ط: «يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة ذلك، وعليه أن يقبل إجراء استشارة يطلبها المريض أو محيطه».

أما المشرع الجزائري فقد خول الطبيب الحق في القيام بكل أعمال التشخيص، مع مراعاة اختصاصاته وإمكانياته[1]. كما حث الأطباء والمهنيين الذين يعملون لحسابهم الخاص على استعمال الوسائل والتجهيزات الضرورية لمهنتهم، شرط ألا يعرضوا صحة المريض أو شرف المهنة للخطر[2]، إن هذا التشجيع على استعمال الوسائل والتجهيزات الطبية يرافقه تحذير هام يخص أعضاء السلك الطبي، العموميين والخواص، بعدم اللجوء لأساليب تشخيصية أو علاجية غير مؤكدة[3]، وذهبت المحكمة العليا في الجزائر إلى اعتبار التشخيص من المراحل الأولى للعمل الطبي، حيث قضت بمسؤولية الطبيب الذي حقن مريضة بالأنسولين دون كشف مدى قابليتها لذلك[2]، وخلاصة القول أن التشخيص مرحلة هامة في حياة العمل الطبي، ويتوقف على صحته ودقته نجاح العلاج وشفاء المريض، كما يسمح التشخيص الجيد في معرفة العلاج الواجب الإتباع وهو ما نبينه فيما يلي.

المطلب الثاني: التزام الطبيب في مرحلة العلاج

بعد الفراغ من التشخيص، ينتقل الطبيب إلى مرحلة العلاج، وتحديد ما يناسب المريض من طرق وأساليب علاجية، تصد تحقيق الشفاء ما أمكن ذلك. وحق المريض في العلاج مسألة جوهرية، ومن الحقوق الأساسية للإنسان، كحقه في الحياة وفي سلامة جسمه، ولذلك تعتبر مرحلة العلاج المرحلة الحاسمة والجوهرية بالنسبة للمريض بعد إجراء التشخيص المناسب[3].

ويعرّف العلاج بأنه الوسيلة التي يختارها الطبيب، والمؤدية للشفاء من المرض أو الحد من أخطاره أو التخفيف من آلامه الناتجة عنه، سواء بتسكينها أو القضاء عليها. كما عرّفه القضاء الفرنسي بأنه كل إجراء أيا كان يؤدي إلى الشفاء من المرض أو تخفيف الحالة المرضية. وعرّفه بعض الباحثين كذلك بأنه «إجراء يصدر عن طبيب مرخص له يعقب التشخيص، ويتضمن العمل على القضاء على المرض أو الحد منه»[4].

---

[1] المادة (16) م.أ.ط: «يخول الطبيب وجراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج، ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية».

[2] المادة (213 مكرر) ق.ح.ص.ت: «يتعين على الأطباء وجراحي الأسنان والصيادلة، الممارسين لحسابهم الخاص، أن يقوموا بمهمتهم وفق شروط تسمح بالاستعمال المنتظم للتجهيزات والوسائل التقنية الضرورية لمهنتهم...».

[3] المادة (30) م.أ.ط: «يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو العلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة، ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية».

[4] نصر الدين بن مبروك الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في قانون الجزائري و القارب و الشريعة الاسلامية اطروحة دكتورا.

أما القانون الفرنسي فلم ينص على تعريف محدد للعلاج، واكتفى باستخدام المصطلح في ثنايا تشريعاته، وهو نفس مذهب القانون الطبي الجزائري[1]. والحديث عن العلاج يقتضي تناول مرحلتين العلاج بذاته وهما: وصف العلاج، ثم مباشرته.

الفرع الأول: مرحلة وصف العلاج

بعد أن يقوم الطبيب بتشخيص المرض، يتجه إلى وصف العلاج الملائم للمريض، والمتفق مع حالته الصحية ووضعه الجسماني. والمبدأ العام في العلاج هو حرية الطبيب في اختيار الأنسب منه للمريض[2]، وهي مسألة أساسية يجب احترامها من جانب القضاء، نظرا لكون مهنة الطب كغيرها من المهن الحرة تتميز بوجود المبادرة الشخصية كسمة بارزة لها، فضلا عن أنّ عامل التخمين يلعب دورا هاما في هذا المجال.

والحقيقة أن القضاء قد احترم خصوصية المهنة الطبية وكرّس حرية الأطباء في اختيار علاجاتهم. فقد قضت محكمة Aix الفرنسية بأن الجراح له حرية اختيار طريقة العلاج التي تبدو له أنها الصحيحة والملائمة للحالة المعروضة عليه. وذهبت محكمة Liège إلى أنه ليس للقاضي أن يتدخل في بحث قيام الطبيب بتفضيل طريقة على أخرى من طرق العلاج أو الجراحة[3].

ونفس الاتجاه ذهب إليه القضاء المصري، من أن الطبيب يسأل عن خطئه في العلاج عندما يكون الخطأ الذي وقع منه ظاهرا لا يحتمل أي نقاش فني، وأما إذا كان الأمر يتعلق بمسائل علمية يختلف حولها الأطباء ورأى الطبيب إتباع نظرية دون أخرى فلا لوم عليه.

وعلى الطبيب أن يراعي في وصف العلاج بنية المريض وسنه وقوة إمعان المرض فيه وحالته النفسية كي يأتي العلاج مناسبا، فالمرض الواحد ليس له علاج واحد في جميع الأحوال، وما ينفع

---

[1] ذكر مصطلح "العلاج" (Traitement) في أكثر من موضع في قانون الصحة الفرنسي، لا سيما في نص المادة (L4161-1) المتعلقة ببيان أفعال الممارسة غير المشروعة للطب. أما في القانون الطبي الجزائري، فقد نص على العلاج في المادة (195) ق.ح.ص.ت. وجاء فيها: «يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي: السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم»، كما نصت المادة (16) م.أ.ط على أنه: «يخول للطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج..».

[2] المادة (204) ق.ح.ص.ت: «للطبيب وجراح الأسنان، كل في مجال عمله، الحرية في وصف الأدوية المسجلة في المدونة الوطنية، مع مراعاة أحكام المادة 203 أعلاه»، و(المادة 11) م. أ. ط.: «يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملاءمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية». ومن القانون الفرنسي نجد المادة (08) من مدونة الأخلاقيات الطبية (وهي نفسها المادة R.4127-8: CSP) وجاء فيها بأن الطبيب حرّ في وصفاته التي يراها ملاءمة للظروف، مع الأخذ بعين الاعتبار المعطيات المتحصلة من العلم.

[3] محكمة Aix en Provence بتاريخ 14 فيفري 1950، ومحكمة liège بتاريخ 30 يوليو 1890، ذكرهما: عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 217.

مريضا في العلاج قد يضر مريضا آخر مصابا بالمرض ذاته، حتى قيل بأنه ليس هناك أمراض بل مرضى. غير أن حرية الطبيب في وصف العلاج ليست مطلقة، بل هي مقيدة بجملة من الضوابط، أهمها مراعاة القواعد والأصول العلمية الثابتة[1]، واتخاذ منتهى الحيطة والحذر واليقظة عند وصف العلاج.

وإذا كان من الصعب على الطبيب مواكبة التطورات التي تحصل في مجال العلوم الطبية، فإن الأمر يستدعي على الأقل أن يكون على معرفة بالطرق الهامة المستحدثة، ذلك لأن ممارسته للعلاج بطريقة مخالفة ولجوءه إلى طريقة تخلى عنها زملاؤه من شأنه أن يؤدي إلى قيام مسؤوليته.

وعادة ما يحرر الطبيب العلاج المتوصل إليه بعد التشخيص في الوصفة الطبية، التي تعرف بأنها: «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».

ويجب أن تكون الوصفة الطبية، التي يعتبر بعض الفقهاء إصدارها عملا طبيا، يجب أن تكون حقلا مصغرا تظهر فيه بوضوح كافة الالتزامات المفروضة على الطبيب في مجال العمل الطبي: تشخيصا، واختيارا للعلاج، ومطابقة لمعطيات العلم المتوفرة، فضلا عن ضرورة احتوائها على كافة المعطيات القانونية[2]، لأنها تعتبر وثيقة إثبات للعلاقة القائمة بين الطبيب والمريض، وهي بذلك تساهم في تخفيف عبء الإثبات لمن هو مطالب به، في حالة تضمينها للمعلومات اللازمة، وتجدر الإشارة إلى أنه، ومع إمكانية الطبيب استخدام أساليب جديدة في ظل الحرية العلاجية، لا يجوز له أن يقوم بتجربة طريقة جديدة وغير مؤكدة في العلاج أو غير معروفة النتائج بشكل جازم[3].

---

[1] حيث نصت المادة (45) م.أ.ط: «يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتمم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة»، وهو نفس مضمون المادة (08) من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي السابقة.

كما قضت محكمة استئناف باريس بأن الطبيب يرتكب خطأ الإهمال، عندما يصف دواء لمدة علاجية تتجاوز المدة المحددة لاستعمال هذا الدواء، مخالفا بذلك قواعد علمية ثابتة خاصة مع وجود تحذير من استعمال هذا الدواء في حالات معينة، محكمة استئناف باريس، الغرفة المدنية الأولى، 27 سبتمبر 1990، وارد لدى طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، مرجع سابق، ص 267

[2] ومن البيانات القانونية اللازم ظهورها على الوصفات الطبية: أن تكون واضحة الكتابة تسمح بتحديد هوية موقعها وتحمل التاريخ وتوقيع الطبيب، –الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات الاستشارة للطبيب المعني، –أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة، –الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها. انظر المادتين (56) و(77) م.أ.ط.

[3] المادة (30) م.أ.ط: «يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو للعلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية».

الفرع الثاني: مرحلة تنفيذ العلاج

تأتي هذه المرحلة زمنيا، بعد أن يشخص الطبيب المرض، ويستقر على العلاج الملائم والموصوف له، فيبدأ في مباشرة العلاج، وبذلك تكون مرحلة نهائية فيه، وذات أهمية بالغة. وقد يكون تنفيذ العلاج بسيطا، يشترك فيه المريض مع الطبيب، كأن يصف له دواء ويوجهه لطريقة استعماله. كما قد يكون العلاج أصعب من ذلك بأن يشمل القيام بالعمليات الجراحية، وما تستلزمه من ضرورة قيام الطبيب بواجبه بكل دقة من الفحص إلى التشخيص، وصولا إلى إجراء العملية، وينبغي أن يكون الفحص شاملا وكاملا، فلا يقتصر على العضو المعني بالجراحة فقط، مع دراسة كافة الاحتمالات والنتائج العرضية التي قد تنتج عن الفعل الجراحي، وقد عبر الأستاذ الأبراشي عن خطورة الموقف بقوله: «أن شق البطون وقطع الشرايين وفتح الرؤوس وبتر الأعضاء واستئصالها يتطلب من الجراح يقظة تزيد بقدر ما يتعرض له المريض من الخطر»[1]. وعلى هذا يتأكد على الطبيب، عند مباشرته للعلاج، أن يتبع الأصول الطبية. وهذا التزام عام على عاتق الطبيب، فيقدم لمرضاه العناية اللازمة والمطلوبة، وفقا للأصول العلمية المستقرة والسائدة في العلوم الطبية، وهو لا يسأل عند قيامه بالعلاج المقدم وفقا للأصول العلمية عن الآثار السيئة التي تحدث نتيجة مباشرته هذا العلاج، ولكن مسؤوليته تقوم إذا ثبت وجود خطأ في جانبه[2].

من جهته، فقد أكد القانون الطبي الجزائري على ضرورة إيلاء الأطباء العناية القصوى للعلاج المقدم من طرفهم للمرضى، هذا التأكيد سينتج من خلال المبادئ السامية التي نص عليها كالتزام ملقى على عاتق الأطباء كخدمة الفرد والصحة، التخفيف من المعاناة، تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والسهر على أحسن تنفيذ للعلاج[3].

ومن التطبيقات القضائية، ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من إدانة الطبيب والصيدلي اللذان أهملا في تحديد تركيز الدواء الموصوف للمريض وفي تركيبه، مما أدى لوفاة المريض[4]. كما قضت المحكمة العليا بأن صرف دواء غير ملائم لحالة المريض الصحية، والمؤدي إلى وفاته، كفيل بانعقاد

---

[1] ؛ حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 135.

[2] عبد الرشيد مأمون، ، مرجع سابق، ص 224- 225.

[3] المواد (6)، (7)، (45) و(47) م.أ.ط.

[4] وملخص القضية أن طبيبا حرر وصفة لمريضه فيها دواء سام بمقدار "25 نقطة"، إلا أنه لم يحرر كلمة «goutte» بشكل واضح، واكتفى بذكر الحرف الأول منها فقط "G" فاختلط الأمر على الصيدلي مع كلمة "غرام" «Gramme»، وركب باستخدام 25 غرام من المادة بدلا من 25 نقطة ما أدى إلى وفاة المريض، فقضت المحكمة بمسؤولية الطبيب لأنه لم يكتب الكلمة كاملا، وبمسؤولية الصيدلي لعدم اعتراضه على الوصفة بالرغم من مخالفتها للأصول الطبية. محكمة (Angers) بتاريخ 11 أفريل 1946 ، مرجع سابق، ص 261.

مسؤولية الطبيب على أساس خطئه المتمثل في الإهمال وعدم الانتباه[1]، وبهذه التوجيهات، يتمكن الطبيب من حسن اختيار العلاج، وحسن تنفيذه، فما يتبقى له، في حياة العمل الطبي غير المرحلة اللاحقة على العلاج، والتي أتناولها فيما يلي.

المطلب الثالث: التزام الطبيب في المرحلة اللاحقة على العلاج

يتمثل عمل الطبيب في مرحلة ما بعد العلاج في مراقبة المريض ومتابعته، خصوصا إذا كان العمل جراحيا. وتعتبر الرقابة الطبية من أهم مراحل التدخل الطبي، لما يترتب عليها من تحقيق سليم للوصول إلى شفاء المريض، وخاصة بعد إجراء العمل الجراحي، إذ يتوقف حسن وسلامة رقابة المريض على نجاح أو فشل العمل الطبي السابق برمته[2].

وقد أشار القانون الطبي الجزائري إلى الرقابة في أكثر من موضع. فبداية تطرق لتدابير الرقابة خلال الاستشفاء، والوضع تمت المتابعة الطبية، كإجرائيين خاصين بالمرضى العقليين. ثم بيّن التزامات الطبيب المكلف بمراقبة المرضى، بصفة عامة، بأن يبدوا صفتهم كمراقبين، مع مراعاة الموضوعية في الاستنتاجات بخصوص العلاج المقدم للمرض من الطبيب المعالج، وكذا الالتزام بالسر المهني والامتناع عن تقدير العلاج المقدم، فضلا عن منع كون الطبيب معالجا ومراقبا لنفس المريض في آن واحد[3]. وأبين فيما يلي أحوال رقابة المرضى، التي تكون إما بعد العلاج أو إثر تدخل جراحي.

الفرع الأول: الرقابة الطبية بعد العلاج

يحدث أن يكون علاج المريض ملزما لمتابعة طبية، لاسيما مع استعمال أدوية مؤثرة أو خطيرة أحيانا، فعدم قيام الطبيب بالمتابعة بعد هذا الوصف خطأ منه يرتب مسؤوليته، ومن التطبيقات القضائية ما قررته محكمة *Poitiers* من إدانة الطبيب المتسبب بوفاة سيدة، بعد أن وصف لها علاجيا خطيرا دون إجراء فحص سابق وبدون متابعة مباشرة لآثار العلاج الموصوف. بل أن القضاء الفرنسي قد توسع في التزام الطبيب بالمراقبة بأن أدانه لعدم التأكد بنفسه من متابعة العلاج وتنفيذ المريض للتعليمات التي أصدرها له، فيعد الطبيب مسؤولا هنا عن الأضرار التي لحقت بالمريض.

الفرع الثاني: الرقابة الطبية بعد التدخل الجراحي

لا يتوقف التزام الطبيب عند إتمام التدخل الجراحي فحسب، بل يمتد إلى وجوب متابعة المريض حتى يصحو من غيبوبته ويتخلص من أثر المخدر، كما أن مضاعفات التدخل الجراحي غالبا ما تظهر بعد انتهاء الطبيب من العمل الجراحي.

---

[1] المحكمة العليا، قرار رقم (118720)، بتاريخ 30 ماي 1995، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1996، ص 179.

[2] مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 297.

[3] المادتين (139) و(145) من قانون حماية الصحة وترقيتها قبل التعديل . والمواد من (90) إلى (94) من مدونة اخلاقيات الطب.

المبحث الثاني: المسؤولية المرتبة عن عقد العلاج الطبي

كان قديما الطبيب في الماضي لا يتحمل أية مسؤولية بصفته تابع للمستشفى و الذي يعتبر مرفق عام تابع للدولة، والدولة آنذاك كانت لا تتحمل أية مسؤولية، وبتطور الدولة واتساع مجالاتها أصبح من غير الممكن التغاضي عن خطئها ووجب على الدولة أن تكون مسؤولة لآنها قدوة للأفراد الذين يعيشون على اقليمها .

المطلب الأول: أراكان المسؤولية الطبية

مسالة المسؤولية الطبية وطبيعة هذه المسؤولية و يعود الفضل فيها إلى اجتهاد القضاء الفرنسي بالخصوص، و بدا يدين الأطباء على أخطائهم سواء جزائيا أو مدنيا ويحكم بالتعويض لضحايا هذه الأخطاء سواء تعلق الأمر بالأطباء الخواص أو المستشفيات العامة، بل ذهب إلى مناقشة أسس هذه المسؤولية سواء كان العقد أو الخطأ لتقصيري، ومع هذه الدراسات المتقدمة والاجتهادات القضائية السابقة فهذا لا يعنى سهولة موضوع المسؤولية الطبية لان عمل الطبيب أصلا هو عمل حرفي يحتاج إلى الدقة و المعارف الدقيقة .[1]

الفرع الأول: الخطأ الطبي

مدام العمل الطبي عمل انساني يحتمل الخطأ فهنا نجد ان الخطأ الطبي امر وارد وهو ما سوف نتطرق اليه من خلال العناصر الاتية:

اولا: تعريف الخطأ الطبي/الخطأ الطبي فقد تم تعريفه بأنه عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي فرضتها عليه مهنة الطب، أو بأنه كل تقصير في مسلك الطبيب وحيث أن الإلتزام الذي يقع على عاتق الطبيب من حيث المبدأ هو التزام ببذل عناية، فإن مضمون هذا الإلتزام هو بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية الثابتة، والظروف القائمة بهدف شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، وكل إخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب، كذلك يعرف الخطأ الطبي بأنه : "الذي ينجم عن عدم قيام الطبيب بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، والذي يحوي في طياته طبيعة تلك الإلتزامات للطبيب، والتي منشؤها ذلك الواجب القانوني بعدم الإضرار بالغير، بل المرجع فيها إلى القواعد المهنية التي تحددها و تبين مداه.

أما التعريف الذي يقترحه الأستاذ أسامة عبد الاله قايد للخطأ الطبي، فهو ": كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه عن القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا و علميا وقت تنفيذ العمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة و الحذر و اليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته و واجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالمريض.

[1] سيدهم المختار، المسؤولية الجزائية للطبيب، مجلة المحكمة العليا للجزائر، عدد خاص، 2011، ص 28

و بذلك فإن الخطأ الطبي هو إخلال الطبيب بالأصو ل العلمية الثابتة المعترف بها، و التي يتحتم على كل طبيب عادي الإلمام بها، و سبب هذا الإخلال قد يرجع إلى تسرع الطبيب، أو إهماله أو عدم أخذه للحيطة و الحذر اللازمي ن أثناء التشخيص، وعدم استعماله للوسائل التي يضعها العلم تحت تصرفه، و هو ما يجعله موجبا للمسؤولية، ولقد أشارت المادة 124 من القانون المدني إلى ركن الخطأ و التي تنص على أن "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثها بالتعويض "[1].

كما أضافت المادة 125 منه على أنه "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته الا إذا كان مميزا. "

ثانيا: بعض صور الخطأ الطبي: الخطأ في التشخيص يعطي المشرع للطبيب حق بإدارة جميع أعمال التشخيص اللازمة للمريض، على الا تتجاوز اختصاصه أو امكانياته الا في الحالات الاستثنائية .الطبيب عليه القيام بإجراءات و فحوصات قبل اتخاذ أي قرار، واهمال هذا التشخيص يعد خطأ في حد ذاته، ولهذا السبب يفرض أن يكون للطبيب التجهيزات و الوسائل التقنية اللازمة لأداء مهنته بأحسن وجه.

وعليه، يستلزم تشخيص حالة المريض الصحية والتعرف على مرضه، واستخدام الطبيب ما لديه من خبرة علمية و طبية وسائل وتجهيزات، كاستعمال اليد لتحسيس موضع الالم أو قياس نبضات القلب أو استخدام سماعة طبية أو إجراء بعض الصور الشعاعية لأجزاء الجسم، و قد يستدعي الامر استشارة الطبيب المعالج غيره من الاطباء خاصة ذوي الاختصاص منهم.

إن قرار تشخيص المرض من قبل الطبيب ليس بالأمر السهل دائما، فالجهود التي يقوم بها الطبيب لتشخيص المريض تعد من أصعب مهام العمل الطبي وأدقها، بحيث يجب على الطبيب الاخذ بالحيطة والحذر والوقت الالزام قبل اتخاذ قرار التشخيص، خاصة في حالة تشابه أعراض المرض فمثال، الحمل في الاشهر الاولى يختلط على الطبيب مع التهاب الرحم خاصة إذا كانت المريضة غير متزوجة و أخفت بعض المعلومات الخاصة عن الطبيب .لكن الطبيب لا يسأل إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى تضليل المريض له في البيانات التي أدلى بها عن أعراض مرضه، الخطأ في وصف العلاج يجب على الطبيب العامل في المستشفى أن يراعي عند اختيار العلاج كل من الحالة الصحية للمريض وسنه ومدى مقاومته، ودرجة احتماله للمواد التي سيأخذها، والوسائل العلاجية التي تطبق عليه، وأبرز صورة لخطأ الطبيب في هذا الشأن تظهر في عدم التناسب بين العلاج والمرض.

لذا نجد أن المشرع اشترط على الطبيب تحرير الوصفة الطبية بكل شفافية لتمكين المريض من فهمها بكل وضوح وأن يجتهد الطبيب للحصول على أفضل تنفيذ للعلاج، كما يعتبر المشرع الرائد الاول بنصه على الزام الطبيب بتدوين اسمه ولقبه وعنوانه ووقت الاستشارة الطبية، وأسماء الاطباء

[1] المادة 124 من القانون المدني.

المشاركين، والشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها على الورق المخصص للوصفات والبطاقات الشخصية والدليل المهني

و من أجل ذلك استقر الفقه والقضاء على حرية الطبيب في اختيار العلاج المناسب للمريض، كما اشترط المشرع أخذ موافقة المريض أو موافقة ممثله القانوني قبل القيام بالعمل الطبي إذا كان يشكل خطورة جدية، أما في حالة رفض لاشترط أخذ تصريح مريض العلاج ي مكتوب منه بذلك من قبل الطبيب ملزم في وصف العلاج مع مراعاة أشهر أساليب العلاج الحديثة، ذلك طبقا للمادة 31 من مدونة أخلاقيات الطب[1] فقد ألزمت الطبيب بعدم اقتراح عالج أو طريقة وهمية و غير مؤكدة بما فيه الكفاية، و لا تشكل خطورة على صحة المريض.

الخطأ في الرقابة لا تنتهي عالقة الطبيب بالمريض بانتهاء التشخيص أو العلاج، فعلى الطبيب واجب مراقبة مريضه للتأكد من آثار العلاج الذي يباشره و مدى تأثيره على المريض، وتظهر أهمية المراقبة بصفة خاصة عقب انتهاء العمليات الجراحية، غير أن ذلك لا ينفي الاهمية في حالات العلاج غير الجراحي، لا سيما إذا كان العلاج عن طريق استخدام أدوية يمكن أن ينتج عنها آثار ضارة أو خطيرة بالنسبة للمريض.

ثالثا: معيار الخطأ الطبي: يجب مراعاة الطبيعة الفنية لعمل الطبيب عند وضع المعيار الذي يقاس به سلوكه، فالمعيار الذي سيقدر به الخطأ خطأ الطبيب يختلف باختلاف طبيعة العمل الذي حدث الاخلال بالالتزام في مجاله. [2]

معيار الخطأ العادي للطبيب: هناك طريقتين لتقدير مسلك أي إنسان:

اما ان يقارن بسلوك شخص عادي **وهو ما يصطلح عليه** (معيار شخصي).

اما أن يكون سلوك بسلوك شخص يقظ **وهو ما يصطلح عليه** (معيار موضوعي

معيار الخطأ الفني للطبيب: يخضع تقدير الخطأ بالنسبة إلى العمل الفني للطبيب لمعيار الخطأ المهني مرتكب الفعل الضار هو السلوك الفني المألوف من شخص وسط من نفس المهنة تحمله وكفايته ويقظته يوجب في نفس الظروف التي أحاطت بالمهني فيما يقتضي بذل العناية الفنية التي تتطلبها الاصول المستقرة للمهنة[3].

---

[1] ا لمادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخالقيات الطب ، ج.ر عدد 52 ،المؤرخ في 8 يوليو 1992

[2] بوشربي مريم ، جامعة خنشلة، العدد الرابع، 2015، ص 156.

[3] أ .**بوشربي مريم**، ، نفس المرجع السابق ، ص 157

الفرع الثاني: الضرر

من اجل قيم مسؤولية لا بد من توفر عنصر الضرر والذي يعتبر النتيجة للعلاقة السببية ومنه سوف ندرس هذا العنصر من خلال النقاط التالية:

اولا: تعريف الضرر الطبي: الضرر الطبي هو الركن الثاني من أركان قيام المسؤولية الطبية، وهو الاذى الذي يلحق بالشخص من جراء الاخلال بمصلحة مشروعة له أو حق من حقوقه سواء تعلق بسالمة جسمه أو عاطفته أو شرفه، أي تلك الخسارة المادية والمعنوية التي تلحق بالضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه.

ولم يعرف المشرع الضرر الطبي في المواد 124 إلى 140 من ق.م و التي نصت أحكامها على مختلف حالات الضرر العادي، بما في ذلك الأضرار الناتجة عن الأعمال الطبية[1].

ثانيا: صور الضرر الطب:

1. الضرر المادي: هو التعدي على سلامة جسم المريض بإحداث تشويه أو اتلاف، و ما يؤدي الى عجزه عجزا دائما أو مؤقتا، كليا أو جزئيا، أو عدم قدرته على مزاولته حياته الطبيعية [2] وتعطيل قدرته على الكسب أو في نفقات العلاج.

وعليه الضرر المادي كل و كما يقع على حق الانسان في الحياة فتؤدي إلى حرمانه منها بزهق روحه [3] كما يعرف الضرر المادي على أنه كل إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور على أن يكون الإخلال محقق و ليس احتمالي الوقوع[4]

ويمكن توضيح هذه الأضرار المادية كما يلي:

أ.الضرر الجسدي: يشمل كل اصابة يترتب عليها عجز جسماني كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الانتقاص منه أو التسبب بعاهة مستديمة...الخ.

ب. الضرر المالي: هو ذلك الضرر الذي يمس الطرف الاخر في ذمته المالية كالضرر المؤدي إلى عاهة مستديمة ينجر عنها ضرر مادي من خلال العلاج و نفقات الدواء و الانقطاع عن العمل.

2. الضرر المعنوي: هو ضرر يمس مشاعر الشخص و عواطفه و سمعته ويظهر ذلك في الآلام النفسية التي يمكن أن يتعرض لها من جراء إفشاء أسرار تخص المريض و مرضه مما يؤدي

---

[1] المواد 124-140 من الامر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق

[2] هني سعاد ، المرجع السابق،ص25.

[3] عباشي كريمة ، الضرر في المجال الطبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ،تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو ، 2011 ،ص13.

[4] شرقي أسماء ، مسؤولية الأطباء داخل المستشفى العمومي، مذكرة نهاية التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء،2013/2009، ص 15.

بذلك إلى لإساءة إلى سمعته و شرفه و مركزه الاجتماعي,حتى و لو كان هذا السر صحيح [1]، والضرر المعنوي في جميع حالاته يجب أن يعوض طالما توفرت الشروط فيه.3 و من هذه الأضرار نذكر:

أ. الضرر المتعلق بالآلام الجسمانية: قد يخطأ الطبيب و يسيء العلاج و يلحق بالمريض ضرر جسماني تسبب له آلام جسدية بسبب العجز الدائم أو المؤقت, يختلف معيار الآلام الجسدية من شخص لآخر حسب السن الجنس ودرجة محل الإصابة و يستعين القاضي بخبير لتقدير ووصف الألم [2]،لما تلحق الأضرار الجسمانية آلام نفسية تمس الشعور وتصيب المريض بالأحزان كالآلام و الجروح والأوجاع

ب.الضرر الجمالي: تعرف جراحة التجميل بأنها ممارسات طبية في شكل عمليات جراحية تسعى إلى تعديل مواصفات هيئة أو صورة الشخص، و الضرر الجمالي هو إحداث نقص في جمال وخلقة الجسم و ما ينتج عنه من تشويه و أضرار معنوية بالغة الأهمية خاصة عند بعض الأشخاص كالمغنيين و الممثلين ويتم تقدير التعويض عن الضرر الجمالي باعتباره ضرر معنوي بالاستناد إلى معيار السن و الجنس والوظيفة و الوضع العائلي فتشويه وجه المرأة أشد تأثيرا من وجه الرجل أو كان متزوجا أو أعزب و يدخل ذلك في التعويض مقدار الجمال السابق للشخص المصاب.

و قد أخذ المشرع بالضرر المعنوي في المواد من م124-131 ق.م والمادتين 182مكرر منه التي تنص على أنه "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة " والمادة 47 من ق.م التي تنص على أنه: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر[3]

3.الضرر المتعلق بحرمان الانسان من منع الحياة: هو الضرر الذي يكون عائقا ويحول بين الشخص وبين ممارسة حياته الطبيعية كان يصاب شخص بشلل يمنعه من ممارسة الرياضة التي اعتاد عليها,اما اذا كان طفل صغير فهذه الاصابة تمنعه من التمتع بحياته كغيره من الصغار.

4.الضرر الناتج عن المساس بشرف واعتبار المريض: وينتج هذا الضرر في حالة افشاء سر المهنة و الذي نص عليه المشرع في قانون حماية الصحة و ترقيتها وفي مدونة اخلاقيات الطب وافشاؤها يعرض صاحبها لجزاء.[4]

---

[1] عميري فريدة ،مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص قانون المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2011 ،ص78 ..

[2] -إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي فقها و قضاء، المكتب الجامعي الحديث ، د ب ن، 2007 ،ص15 .

[3] راجع المواد 124-131-147-182مكرر من القانون المدني، المرجع السابق.

[4] عباشي كريمة ،المرجع السابق، ص. 24

ثالثا: الأضرار الموجبة للتعويض.

1. أن يكون أكيدا :أي أن يكون وجوده ثابتا وإن لم يكن بصورة كاملة وفورية، وهذا دون أن يكون حاليا وآنيا، ذلك أن التعويض عن الضرر المستقبلي الذي سيقع حتما ممكن التعويض عنه.
2. أن يكون مباشرا :وهو أن يكون نتيجة طبيعية لخطأ الطبيب الذي أحدثه وترتب عنه .وهذا الضرر هو فقط الذي تكون بينه وبين الخطأ المنشئ له علاقة سببية وفقا للقانون.

نشير في ختام حديثنا عن الضرر في إطار المسؤولية المدنية للطبيب أن هناك اتجاها قضائيا في فرنسا يرى بضرورة مراعاة الفائدة التي عادت على المريض من العلاج، وعدم الفصل بين الآثار الضارة والآثار المفيدة الواقعة نتاج عمل الطبيب الذي شكل خطأ الطبيب والذي نفسه أحدث الضرر بالمريض وحقق له نفعا في آن واحد فهو يشكل إذن وحدة لا تقبل الانقسام .وبهذا يجوز للطبيب الذي أنقذ المريض من الموت أن يطالب بالمقاصة بين ما جناه المريض من نفع، وما لحقه من ضرر بسبب تركه المريض عاجزا وتخليه عن مواصلة علاجه، غير أن هذا الاتجاه لا يمكن تصوره حسب رأينا في التطبيق القضائي الجزائري، فالطبيب لا يستطيع أن يتحرر من مواصلة علاجه للمريض إلا إذا تضمن مواصلة العلاج للمريض (ما 50 من مدونة أخلاقيات الطب)[1]

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر

ونعني بالعلاقة السببية وجوب وجود علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول وبين الضرر الذي وقع بالشخص.[2] وقد عبر المشرع الجزائري عن ركن السببية في المادة 124 ق م في عبارة " ويسبب ضررا" لذا حتى يستحق الضرر التعويض يجب أن يثبت وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وعلى المسؤول إذا ما أراد أن ينفي علاقة السببية ان يثبت السبب الأجنبي أي السبب الذي لا يد فيه .

ولتحديد السببية نجد أنفسنا أمام أمر بالغ التعقيد وذلك لأنه يمكن ان ينسب الضرر لعدة أسباب لا لسبب واحد أي أمام تعدد الأسباب، ويمكن ان يترتب عن خطأ ما ضرر أو ويلحقه وقوع ضرر ثاني ثم ثالث وهذا ما يسمى بتعاقب الأضرار. وفي هذا تحديد الأضرار التي أنتجها الخطأ ومن تحديد النقطة التي تنقطع عندها السببية[3].

اولا: العلاقة السببية في المسؤولية المدنية للطبيب: تعد علاقة السببية بين الخطأ و الضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية الطبية و مناط وجودها ، رغم انه ليس من السهل تبيانها في المجال الطبي

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 92 –276 المؤرخ في 06/07/ 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج .ج.ر. ج العدد 52 لسنة 1992.

[2] خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام ، ج 1، د م ج 1994،ص :251.

[3] خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص :251.

نظرا لتعقيدات الجسم و تغير خصائصه، و تعرف علاقة السببية في هذا المجال بأنها تواجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذي ارتكبه الطبيب المسؤول و الضرر الذي أصاب المريض أو المضرور ، أو هي أن يكون خطأ الطبيب هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر بالمريض والضرر الذي يصيب المريض قد يكون نتيجة أسباب مختلفة و متفاوتة تؤدي إلى المساهمة في وقوع الخطأ أو تفاقمه ، فقد يكون خطا الطبيب هو المنتج للضرر كونه لعب دورا رئيسيا في تحققه و قد يكون أحد العوامل التي شاركت في حدوثه ، في حين قد يكون لخطا الطبيب دور ضئيل في وقوع الضرر ،ونحد ان المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة السبب المنتج في علاقة السببية و يعتبر السبب منتجا إذا كان السبب المألوف لأحداث الضرر عادة حسب المجرى الطبيعي للأمور[1].

ثانيا :إثبات العلاقة السببية: لقيام مسؤولية الطبيب إشتراط القضاء المدني الفرنسي قيام عالقة سببية مباشرة و محققة بين خطأ الطبيب و الضرر الذي أصاب المريض، و الخبرة الطبية تعجز أحيانا عن إثبات العالقة السببية مما يرتب عنه إعفاء الاطباء من المسؤولية، و يقع عبء إثبات العلاقة السببية على عاتق المضرور–المدعي[2]، وهنا نجد المشرع فقد سار على نهج كل من المشرع الفرنسي والمصري حسب أري بعض الفقه الذي يرى بأنه أخذ بنظرية السبب المنتج مادام انه قد اعتد بوجود الضرر المتولد كنتيجة طبيعية 3لعدم الوفاء بالالتزام و ذلك حسب المادة182 ق.م[3]

كما أن القضاء قد ساير هذا الاتجاه بحيث جاء في احد قرارات المحكمة العليا "حيث أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل و أمر الطبيب.

الفرع الرابع: نفي المسؤولية الطبية (انتفاء علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر)

نص المشرع الجزائري على امكانية هدم علاقة السببية بين الخطأ و الضرر المثبت من المضرور متى توافرت احدى حالات قطع العلاقة السببية .وعلى هذا فيمكن للمدين هنا وهو الطبيب نفي علاقة السببية بين خطئه والضرر الحاصل للمريض بأن يثبت قيام السبب الاجنبي الذي قد يكون حادثا مفاجئا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطا الغير[4].

أولا: الحادث المفاجئ والقوة القاهرة:

يعرف الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أنه حادث خارجي ال يمكن دفعه أو توخيه وحتى توقعه، و يؤدي إلى إحداث ضرر والقوة القاهرة و الحادث الفجائي ال يختلفان كثيرا عن بعضها يجب أن

---

[1] بوشربي مريم،المرجع السابق، ص 164

[2] فريحة كمال ،المرجع السابق ص 293

[3] راجع المادة 182 من الامر 75–58 المتضمن القانون المدني

[4] المادة 127 قانون مدني جزائري على أنه: "إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق تخالف ذلك"

تتوفر في الواقعة لكي تؤدي إلى قطع العالقة السببية أو إنتفائها شرطان: أن يكون حدث غير متوقع ولا يمكن الدفع، ومن الامثلة على ذلك: وفاة شخص بسكتة قلبية إثر حدوث زلزال، فالقوة القاهرة من العوامل التي تقطع العالقة السببية بين فعل الطبيب والضرر إذا توفرت شروطها بحيث المسؤولية على الطبيب الا إذا كان خطأه بالذات يشكل جريمة[1]

ثانيا. خطا المضرور

تنتفي رابطة السببية إذا كان المريض هو وحده الذي تسبب في الضرر ،أما إذا كان خطأه و خطأ الطبيب ساهم في وقوع الضرر، هنا يحدد التعويض بقدر نسبة خطأ الطبيب ، حتى ولو تدخل سبب أجنبي و ساهم في إحداث الضرر، أما إذا كان المريض هو السبب في الضرر الذي حدث له فتنتفي مسؤولية الطبيب ويتحمل العواقب وحده.

ثالثا: خطا الغير

تنتفي علاقة السببية نتيجة خطا الغير اذا كان الضرر الذي اصاب المريض قد وقع بفعل الغير وحده، كما يجب الاشارة الى أن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير في مواجهة الطبيب إذا كان هذا الأخير مسؤولا عن فعل الغير في حالة مسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه[2] أما اذا اشترك خطا الطبيب مع خطا الغير في حصول الضرر للمريض ف، المشرع الجزائري قد نص على هذه الحالة في المادة 126 من القانون المدني[3]

المطلب الثاني: جزاء المسؤولية المترتبة عن عقد العلاج الطبي

يترتب على قيام مسؤولية الطبيب الإلتزام بجبر الضرر وذلك إما بإعادة الحال لما كان عليه سابقا، 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، وهذا ما سيكون موضوع فرعنا هذا ألا وهو الحديث عن التعويض بتعريفه و كذا في تقديره ووقت تقديره.

الفرع الأول : 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 وفي مجال 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

---

[1] رايس محمد ، المرجع السابق، ص.315

[2] بوشربي مريم،المرجع السابق، ص165

[3] المادة 126 : من القانون المدني:" إذا تعدد المسؤولون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، و تكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

بإعادة الحال لما كان عليه قبل التدخل الطبي العلاجي سواء بالجراحة أو بإعطاء وصـــفة العـــلاج، والتعويض العيني غالبا ما يكون نادرا في المسؤولية الطبية.

التعويض لا يكون فقط عند ممارسة الطبيب لمهمته في أثناء علاج المريض، بإجراء الفحـــوص 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، فهذا أمر طبيعي ومنطقي وهو ما يسمى وباحتمالية ظهور آثار جانبية جراء تناول الدواءوهناك صورة ثانية وهي الآثار الجانبية الغير متوقعة من الطبيب، ولتحقيق هذا يجب دائما أن ،يسبق وجوب تـــوفر عمل طبي ضروري وكذا وقوع ضرر الذي تسبب فيه الخطأ يضاف إلى هذه الشروط شرط أخر إلا و هو حصول الضرر عن الحوادث الطبية التي لها طابع من الخطورة أو إصابة بعدوى جرثوميـــة ناتجة عن تدخل للوقاية أو التشخيص أو العلاج ،أدى إلى آثار غير عادية للمريض والذي نص عليه قانون4 مارس 2002 في مادته 101 الذي بينت فيه محكمة النقض الفرنسية في اجتماع لها النطـــاق الزمني لهذا القانون[1]

الفرع الثاني: تقدير التعويض

يقدر القاضي التعويض بقدر قيمة الضرر الذي يلحق بالمريض، فلا يجب أن يزيد عنه ولا يقل 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 فـــي تقديرهما القاضي لما ترفع أمامه دعوى للمطالبة بالتعويض عليه أولا فهم حيثيات القضية، ثم يقـــوم 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 و يعتمد في ذلك على نص المـــادة 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 تأمينا...

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 عقد العلاج الطبي يلتزم الطبيب بالضرر المباشر المتوقع وقت التعاقد فإرادة المتعاقدين هي التي تحدده، باستثناء حالة الخطأ الجسيم فهنا الطبيب يســـأل عـــن الضرر المتوقع وغير المتوقع [2]، كما يراعي القاضي أيضا في التقدير الظروف الملابسة و يقصد بها ما يحيط المريض من ظروف شخصية و اجتماعية و غيرها...، وكذلك بحسب الضرر الذي أصابه

[1] زقان رزقية، زراري جويدة، المرجع السابق، ص 79

[2] المرجع نفسه، ص 80

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 لعينيه 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 أما التعويض الاتفاقي فهو الذي يقع باتفاق الطرفين- الطبيب والمريض- على تحديد قيمته في حالة 58السالف الذكر التي تنص" **يجوز** - ما إذا حدث ضرر و هو ما نجده في المادة 183 من الأمر القانون المدني للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد176 -178 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 لمريض أن الطبيب ارتكب غشا أو خطأ جسيم ففي هذه الحالة له حق المطالبة برفع قيمة التعويض 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.[1]

المطلب الثالث: انتهاء عقد العلاج الطبي

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 عقد العلاج الطبي فتجدر الإشارة إلى انقضاء وانتهاء هذا العقد الذي يكون فيه الزمن عنصر جوهري، ألا و هو فترة العلاج.

لما كان يستوجب إنهاء عقد العلاج 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 .

الفرع الأول: تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد

إن تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد، يجب أن يتم وفق ما ورد في مضمونه، فالمتعاقدين أحرار في التعاقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين[2] وتضيف المادة 107 من

---

[1] وهو ما نصت عليه المادة 178 فقرة 3 من ق.م.ج" يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع."

[2] فبحسب المادة 106 من ق.م.ج التي تنص على"**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون**"

نفس القانون تمثل قوة العقد الملزمة وثمرته النهائية وكذا الغاية من التعاقد وهو الوصول إلى تنفيذه"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية"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 ومصاريف العلاج، فإذا ما قام كل واحد منهما بما هو ملزم به فنقول أن عقد العلاج الطبي انتهى بتنفيذ المتعاقدين لما هو مقرر له بكل مشتملا ته وبحسن نية.

أولا :تنفيذ العقد طبقا لمشتملاته

قد يكون عقد العلاج الطبي عقدا مكتوبا فيتم تنفيذ ما هو مكتوب فيه وهو ما يسمى بتنفيذ العقد طبقا لما ورد فيه والكتابة تظهر خاصة في بعض العقود الطبية كنقل وزرع الأعضاء البشرية وتشريح الموتى، فهنا يلتزم الطرفان بتنفيذ كل بنود العقد الذي جمعهما دون النظر إلى ما هو مهم أو غير مهم، فشروط 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[1]

1-القانون:و هنا القاضي يلتزم بتلك القواعد المكملة لتغطية النقص الذي أغفله المتعاقدين إما في ذكره في العقد أو أثناء تنفيذه.[2]

2-العرف: كما ذكرنا في المادة السالفة الذكر 107 على أن المتعاقدين لا يجب أن يلتزم فقط بما ورد في العقد بل يجب أن يلتزم بكل ما هو مستجد عند تنفيذه، و ذلك طبقا لطبيعته، و 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.

3-العدالة: فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين و لكن لا تنسخها، فشأن العدالة في إرادة المتعاقدين شأنها في القانون[3].

---

[1] و هذا بحسب ما جاءت به المادة 2/107 من.ق.م.ج..."و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، وكذلك العدالة،و هذا بالنظر إلى طبيعة الا لتزام.."

[2] على فيلالي، المرجع السابق، ص291 .

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2 ، ط 2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998 ، ص . 951

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 النيـــة الحســـنة لكـــلا المتعاقدين، ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك، والنية الحسنة هنا لها مظهرين أساسين همـــا 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 شانها 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 خاصـــة فـــي العمليات الجراحية و يضيف الأستاذ علي علي سليمان في هذا الصدد أن حسن النية يعتبـــر معيـــار شخصي مستمد من القانون الفرنسي، و يرجع فيه القاضي إلى سلوك المتعاقدين ليقرر، إذ ما كان احد المتعاقدين سلك سلوك الرجل العادي .كما يقضي أيضا حسن النية عدم تعسف أحدهما في الحصـــول على حقه الناشئ عن العقد[1]

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

الفرع الثاني :فسخ عقد العلاج الطبي

الفسخ هو أثر آثار إنهاء عقد العلاج الطبي، لأنه يرتب التزامات على عاتق الجـــانبين، وهـــذا 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 حقـــه 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 الأخر 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 التبادليـــة، إلا أنه استثناء على بعض العقود، و ذلك في حالات التعذر في تنفيذ المتعاقدين الإلتزام، إما بهلاك المحل أو لفوات المنفعة المقصودة منه .وبإعتبار الفسخ تصرف معترف به يجوز للمتعاقدين اللجوء إليـــه،

[1] نفس المرجع، ص 97 .

[2] علي علي سليمان، المرجع نفسه، ص104 .

لذلك وضعت له شروط و حددت له أنواع و التي تتمثل في الفسخ الإتفاقي، والقضائي لما كان الفسخ الطريق لإيجاد حل لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين للالتزامات أو كلاهما ومثلما ورد في نص المـــادة 119 والتي تنص على" :في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفي أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذراه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلـــك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لـــم 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 المتمثلـــة في كون العقد ملزم للجانبين، وكذلك في عدم وفاء المتعاقد بالتزامه، وأن يكون طالب الفسخ قد نفـــذ إلزامه أو مستعد لذلك .فمن هنا يتضح أن العقد الملزم للجانبين هو الذي يرد عليه الفسخ بكل أنواعه القضائي والإتفاقي .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 الأخر أن يطلب فسخ العقد.

أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم وفاء المتعاقد بالتزامه، وهذا بسبب تهرب المتعاقد الأخر الذي نسميه جزاءا لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، وإذا ما كان عدم التنفيذ ليس راجعا إلى فعل المدين بـــل 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 المبيـــع نفســـه، والمحكمة هنا لها رفض طلب الفسخ لما تكون الملحقات ليس لها أهمية كثيرة"وأن تخلفهـــا لا يمنـــع المشتري من إتمام صفقته عقد العلاج الطبي ذو طبيعة خاصة، تنظمه بعض الأحكام الخاصة التـــي 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، فتـــوفير الرعاية الصحية للمريض ضرورة لا يمكن إهمالها هكذا دون مبرر منطقي .فعقد العلاج الطبي محله الشخص الطبيعي لا يمكن تركه هكذا دون تحمل العواقب، وهذا بسبب عدم قيـــام المـــريض بأحـــد التزاماته المفروضة عليه .فإذا ما ترك الطبيب مريضه وهو في حالة حرجة دون أن يضمن له مـــن

[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 ي وف احد المتعاقدين بالتزامه."

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 أتت 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 والسن والعرق والدين 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 وعقله، 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 ولا العرق وكذا الدين...فالصحة العمومية تاج فوق رؤوس البشرية، وعلى الطبيب الحفاظ ورفع هذا المشعل السامي إلا أن هناك عوائق تحول دون تنفيذ المتعاقدين لإلتزاماتهما، ونجد هذا في القوة القاهرة وكذلك الحادث المفاجئ، وهذا يجعل العقد في حالة انفساخ وليس فسخ تطبيقا لأحكام المادة 121من 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.

خلاصة الفصل:

تناولنا في هذا الفصل الاثار المترتبة على العقد الطبي من خلال عرض اولا الالتزامات الواقعة على الطبيب ثم على اسس قيام المسؤولية وما يترتب عنها من جزاء بتقدير التعويض ثم تطرقنا الـــى انتهاء العقد الطبي في الحلات العادية والفسخ ومنه نستنتج ان عقد العلاج الطبي يخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود .

خـــاتمة

يأخذ العقد الطبي اهميته من جوانب كثيرة لأنه يتعلق بجانب مهم جدا في حياة الافراد الا وهو جسم الإنسان الذي يعتبر اساس وجود الانسان وفي حالة المساس بهذا الجسد يجد الانسان نفسه مجبرا للتوجه للطبيب من اجل العلاج مما ينشأ علاقة عقدية تقوم على الرضائية محلها الحصول على نتيجة بالنسبة للمريض وبذل الجهد بالنسبة للطبيب هذا ما يجعل الطبيب يؤدي مهمته وفق ما تمليه عليه أخلاقه المهنية، وضميره كإنسان يمارس مهنة نبيلة، وكان من الواجب عليه السعي لرفع رايتها والعلو بها غير أن المرضى مؤخرا صاروا يعتبرون أن مهنة الطب أصبحت ذات طابع تجاري، وابتعدت كثيرا عن غايتها السامية وهذا راجع لقلة الوعي و الثقة التي زالت مع مرور الوقت بينه وبين الطبيب .و التي كان من الأجدر أن تبقى راسخة لارتباطها الشديد ببقاء الإنسان على وجه هذه الأرض، لأن العقد الطبي يقوم على الثقة المتبادلة.

وكأي عقد في القواعد العامة ينتج عقد العلاج الطبي التزامات وآثارا وجزاءات على مخالفتها وهو الحال في مهنة الطب حيث نجد ان الطبيب يسأل مدنيا عن تقصيره وعدم الالتزام بما تمليه عليه اخلاقيات ممارسة مهنة الطبيب مما يستوجب الرجوع الى قواعد المسؤولية المدنية في القانون المدني حيث لاحظنا أن المشرع لم يولي إهتماما لهذا النوع من العقود، لأنه حديث النشأة بمقارنته مع باقي العقود الأخرى، والتطور الذي تشهده باقي البلدان الأخرى بين مؤيد لهذا النوع من العقود ورافض لها، ويظهر عدم إهتمام المشرع جليا، في كون التشريعات الأخرى قد وصلت لدرجة التعامل في جسم الإنسان بنقل وزرع الأعضاء، و المشرع لم يبدي إهتمامه لها .فأحالها على القواعد العامة لتنظمها، ولم يخصص لها قواعد خاصة بها.

ومنه نقدم جملة من المقترحات التي قد تساهم في تطوير هذا النوع من العقود وهي كالاتي :

محاولة جمع النصوص القانونية المتفرقة بين قانون اخلاقيات ممارسة مهنة الطب وقانون الصحة في قانون واحد يشمل كل جوانب التعاقد في مجال العلاج الطبي سواء في المستشفيات العمومية أو العيادات الخاصة.

اعطاء ضمانات للمريض في حالة خطأ الطبيب باعتباره الطرف الاضعف في العلاقة لعدم درايته بمجال الطب .

توفير وسائل اثبات علمية في حالة الدعوى نظرا لتعقد مجال الطب وتطوره المستمر مما يجعل قواعد الاثبات التقليدية لا ترقى لان تثبت الخطأ او التقصير المرتكب من جانب الطبيب.

قائمة والمصادر المراجع

اولا: المصادر

القوانين

1) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 افريل 1990المتعلق بعلاقات العمل الجريدة الرسمية عدد 17 الصادرة في 25 افريل 1990 معدل ومتمم

2) قانون رقم 98-09 المؤرخ في 26 ربيع الثاني 1419ه/ 19 أوت 1998م الجريدة الرسمية، عدد61، المسنة 35، الأحد 1 جمادى الأولى 1419ه/23 أوت 1998م،

3) القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 والمضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم:بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 (ج ر 15 مؤرخة في 27 فبراير 2005 والموافق بقانون رقم 05-09 المؤرخ في 25 ربيع الأول عام 1426 الموافق لـ 04 مايو 2005 (ج ر 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005) بعد التعديل بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

4) القانون 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم (75-59) المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري

5) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016م، الجريدة الرسمية : عدد 14، 27 جمادى الأولى 1437ه الموافق ل : 07 مارس 2016

6) القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة نشر العدد 46 من الجريدة الرسمية بتاريخ 29 جويلية 2018 .

7) القانون رقم 06-23 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق ل 20 ديسمبر سنة2006 ، المتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.

8) القانون رقم 92-176 مؤرخ في5 محرم عام 1413 الموافق ل 6 يوليو سنة1992 ، يتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج..ر.ج.ج عدد 52 الصادرة بسنة1992 .

الاوامر

1) الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78،المؤرخ في /30/ 09 1975 معدل والمتمم بموجب القانون رقم /07 05 مؤرخ في 13 يونيو 2007، الجريدة الرسمية، عدد 31، الصادرة في 13 مايو 2007.

2) الأمر 06-07 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427ه/ 15 جويلية 2006م، (انظر: الجريدة الرسمية : عدد 47، السنة43، الأربعاء 23 جمادى الثانية 1427ه/ 19 يوليو 2006م)

المراسيم

1) المرسوم التنفيذي رقم 92 –276 المؤرخ في /06/07 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ج .ج.ر. ج العدد 52 لسنة 1992.

2) المرسوم التنفيذي رقم 99–236 المؤرخ في 9 محرم 1411ه/ 19 أكتوبر 1999م، الجريدة الرسمية، عدد74، السنة 36، الأربعاء 10 رجب 1420ه/20 أكتوبر 1999م.

3) المرسوم تنفيذي رقم 07 – 321 المورخ في 10 شوال 1438ه 22 أكتوبر 2007، يتضمن تنظيم الموسسات الاستشفائية الخاصة وسهرها، الجريدة الرسمية : عدد 67، المسنة 44، مورخة في 12 شوال 1428ه/24 أكتوبر.

ثانيا: المراجع

الكتب

1) إبراهيم سيد أحمد، الضرر المعنوي فقها و قضاء، المكتب الجامعي الحديث، د ب ن،2007

2) أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.

3) أميرة عدلى، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

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

5)حروزي عز الدين، المسوولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)؛ دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008م .

6)حسني محمود عبد الدايم، عقد إجارة الأرحام، بين الحظر و الإباحة، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007 .

7)خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، ج 1، د م ج 1994.

8)رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2005.

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

10) طلال عجاج – المسؤولية المدنية للطبيب -دراسة مقارنة .دراسة فقهية و قضائية مقارنة. عالم الكتاب الحديث. الاردن. 2011 .

11) عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج2 ، ط 2 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998 .

12) عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة للنشر والتوزيع و الطباعة، الجزائر،2007

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

14) علي فيلالي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد -د ط، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997

15) محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري: دار همومه، بوزريعة الجزائر، 2007م .

16) محمد صبري السعدي. شرح القانون المدني الجزائري. النظرية العامة للالتزامات .ج1 . ط2 .عين مليلة الجزائر 2004 .

المذكرات:

1.عشوش عبد الكريم عقد العلاج الطبي مذكرة ماجيستير بن عكنون الجزائر2001 .

2.بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010-2011.

3.بن معروف فوضيل، تأثير مبدأ الحيطة في توزيع عبء إثبات الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011-2012.

4.بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

5.زقان رزقية، زراري جويدة، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص : القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية،2014/2013.

6.صفية سنوسي، الخطأ الطبي في التشريع و الإجتهاد القضائي، مقدمة لنيل شهادة الماجستير، التخصص: القانون الخاص، قسم : العلوم القانونية و الإدارية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2005/2004.

7.عامر نجيم، العقد الطي في القانون الجزائري، (مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.

8.عباشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

9.العلوم الاسلامية، تخصص : أصول الفقه، كلية العلوم الاسلامية قيم الشريعة والقانون، جامعة بن يوسف بن خدة الجزائر 01، 2017/2016.

10. عميري فريدة، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

11. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012 .

12. ميشال بونشير مدخل للقانون، (ترجمة محمد ارزقي إبراهيم)، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2004 .

13. نذر الفضل، التصرف القانوني في الأعضاء البشرية، ط1 ، دار الثقافة، الأردن،2002

14. نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الجنائي، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1996- 1997.

15. هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، الإسكندرية، دار الفجر للنشر والتوزيع، 2007

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

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

18. ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1992.

19. يوليل أعراب، الطبيعة القانونية للعقد الطبي، مذكرة ماستر في القانون : تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013م.

المقالات:

1. بوشربي مريم،المسؤولية المدنية للطبيب، جامعة خنشلة، العدد الرابع، 2015.

2. سيدهم المختار، المسؤولية الجزائية للطبيب، مجلة المحكمة العلية للجزائر، عدد خاص، 2011

3. علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، رقم3 ، ج36 .

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

5. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثانية عشر، العددان 4و5، 1942.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
شكر	
إهداء	
مقدمة.....	01
الفصل الأول: مفهوم عقد العلاج الطبي	
المبحث الأول: تعريف عقد العلاج الطبي وبيان خصائصه وتمييزه عن بعض العقود.....	06
المطلب الاول: تعريف عقد العلاج الطبي.....	06
الفرع الاول: تأصيل للمفاهيم	06
الفرع الثاني: تعريف عقد العلاج الطبي	09
المطلب الثاني: تمييز عقد العلاج الطبي عن بعض العقود	10
الفرع الأول: الفرق بين عقد العلاج الطبي وعقد الوكالة	10
الفرع الثاني: الفرق بين عقد العمل وعقد العلاج الطبي.....	13
الفرع الثالث: اعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاولة.....	16
الفرع الرابع: عقد العلاج الطبي عقد ذو طبيعة خاصة	18
المطلب الثالث: خصائص المميزة لعقد العلاج الطبي	19
الفرع الأول :عقد العلاج الطبي عقد شخصي ومدني.....	19
الفرع الثاني :عقد العلاج الطبي عقد ملزم للجانبين وقابل للفسخ.....	20
الفرع الثالث :عقد العلاج الطبي عقد معاوضة و مستمر.....	21
المبحث الثاني: أركان المكونة لعقد العلاج الطبي.....	23
المطلب الأول: توافق الارادتين في عقد العلاج الطبي.....	23
الفرع الاول: الأهلية القانونية للمتعاقدين كركن في عقد العلاج الطبي.....	23
الفرع الثاني: شرط الرضا كركن في إبرام عقد العلاج الطبي.....	27
المطلب الثاني: المحل في عقد العلاج الطبي.....	29
الفرع الاول: تعريف محل عقد العلاج الطبي.....	29
الفرع الثاني: مشروعية المحل في عقد العلاج الطبي.....	30
المطلب الثالث: السبب والشكلية في عقد العلاج الطبي.....	32
الفرع الأول: السبب.....	32
الفرع الثاني: الشكلية في عقد العلاج الطبي.....	32

الفصل الثاني: الالتزامات المترتبة على الطبيب

المبحث الأول: التزامات الطبيب في عقد العلاج الطبي 36
المطلب الأول: التزام الطبيب في المرحلة السابقة على العلاج..... 36
الفرع الأول: مرحلة الفحص الطبي..... 36
الفرع الثاني: مرحلة التشخيـــــص..... 37
المطلب الثاني: التزام الطبيب في مرحلة العلاج..... 39
الفرع الأول: مرحلة وصف العلاج..... 40
الفرع الثاني: مرحلة تنفيذ العلاج..... 42
المطلب الثالث: التزام الطبيب في المرحلة اللاحقة على العلاج..... 43
الفرع الأول: الرقابة الطبية بعد العلاج..... 43
الفرع الثاني: الرقابة الطبية بعد التدخل الجراحي..... 43
المبحث الثاني: المسؤولية المرتبة عن عقد العلاج الطبي..... 44
المطلب الأول: أراكان المسؤولية الطبية..... 44
الفرع الأول: الخطأ الطبي..... 44
الفرع الثاني: الضرر..... 47
الفرع الثالث: علاقة السببية بين الخطأ و الضرر 49
الفرع الرابع: نفي المسؤولية الطبية (انتفاء علاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر) 50
المطلب الثاني: جزاء المسؤولية المترتبة عن عقد العلاج الطبي..... 51
الفرع الأول : تعريف التعويض..... 51
الفرع الثاني: تقدير التعويض..... 52
المطلب الثالث: انتهاء عقد العلاج الطبي..... 53
الفرع الأول: تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد..... 53
خلاصة الفصل..... 58
خاتمة..... 60
قائمة المصادر والمراجع
فهرس المحتويات