

جامعة - البليلة 2

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: عقود ومسؤولية

العقد الطبي

من طرف

نعيمة بن زينة

أمام اللجنة المشكلة من:

أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليلة رئيسا	أ.د. العيد حداد
أستاذ محاضر (أ)	جامعة سعد دحلب البليلة مشرفا و مقرا	د. عمرو خليل
أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليلة عضو مناقشا	د. بوسهوية نور الدين
أستاذة محاضر (أ)	جامعة الجزائر عضو مناقشا	ملزي عبد الرحمان

البليلة، ديسمبر 2013

شكر

مصداقا لقوله تعالى: " و لئن شكرتم لأزيدنكم " نحمد الله تعالى و نشكره على أن أمدنا بالعون و مهد لنا طريق العلم ، و صلى الله على سيدنا محمد و على آله و صحبه الكرام .

كما أريد أن أتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى أستاذي الدكتور " عمرو خليل " الذي شرفني عندما تفضل بالإشراف على هذه المذكرة ، و قدم لي بإخلاص كل عون و دال كل صعوبة إلى غاية إخراج هذا العمل المتواضع إلى حيز الوجود و قد أخذت من علمه و جهده و وقته ما أنار لي الطريق ، و هداني سبيل الرشاد فجزاه الله عني كل الخير و البركة

وأتقدم بالشكر إلى كل أساتذتي الذين درسونا في السنة النظرية من الماجستير و بدون شك أفادونا ، و أقدم إليهم اسمى عبارات تقديري و احترامي .

وشكري الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفوني و تشرفت بهم ، لما ابدوه من تواضع و احترام بموافقتهم على المشاركة بمناقشة هذه المذكرة .

ملخص

إن العقد الطبي عقد غير مسمى، يختلف عن العقود التقليدية المسماة التي نظمها المشرع تنظيمًا خاصًا وبين أحكامها، وقد عرّفت البعض بأنه " كل عمل يرد على جسم الإنسان أو نفسه برضاه المستنير أو من ينوب عنه وفقا للأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها بقصد الكشف عن المرض أو تشخيصه أو علاجه"، وقد حاولنا من خلال استقراءنا لنصوص مواد القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 08 لسنة 1985، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 17/90 المؤرخ في 13/07/1990 وكذا أحكام المرسوم التنفيذي رقم 267/92 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 1992، تعريف العقد الطبي كما يلي : " هو اتفاق يبرم بين الطبيب والمريض، يلتزم بمقتضاه الأول بعد حصوله على الرضا الحر والمتبصر للثاني أو ممثله القانوني بتقديم العلاج الضروري وفقا للأصول العلمية الثابتة و المستقرة ، باذلا في ذلك العناية اللازمة أحيانا وتحقيق نتيجة أحيانا أخرى وبالمقابل يلتزم المريض الطبيب الذي اختاره بكافة المعلومات حول مرضه ودفع مقابل العلاج، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك على أن يفرغ هذا الاتفاق في قالب كتابي متى استوجب القانون ذلك " .

و بذلك فإن العقد الطبي يتميز بخصائص أهمها أنه يقوم على اعتبار شخصي، فمهنة الطب تعتمد على الثقة بين القائم بالعلاج الطبي والمريض، وهو من العقود الملزمة لجانبيين وعقد معاوضة ، إذ يلتزم الطبيب بعلاج المرض و بالمقابل يلتزم المريض بمد الطبيب بكافة المعلومات المتعلقة بمرضه ودفع مقابل العلاج واتباع ما يوصي به الطبيب من تعليمات خلال مراحل العلاج ، و العقد الطبي عقد مدني، و بذلك يخرج من دائرة الأعمال التجارية، وإن كان الطبيب يتلقى مقابلًا للعلاج فلا يمكن اعتباره تاجرًا لانقضاء قصد المضاربة، ولما كان العقد الطبي يترتب التزامات على عاتق طرفيه ، فإنه قابل للفسخ من جانب المريض أو من جانب الطبيب، الأمر الذي يشكل مظهرًا من مظاهر الثقة اللازمة في العلاج الطبي، فللمريض أن ينهي هذا العقد إذا ما فقد ثقته في الطبيب المعالج ، و لهذا الأخير إنهاء علاقته بالمريض الذي الذي يشرف على علاجه شريطة عدم تعريض حياة المريض للخطر ، لاسيما إذا تعلق الأمر بحالة الاستعجال ، كما أن العقد الطبي عقد رضائي ، إذ لا يتطلب إفراده في صيغة معينة باستثناء بعض الأعمال الطبية التي قد تنطوي على مخاطر بالغة و تؤثر في صحة الإنسان و يتعلق الأمر بحالتي نقل و زرع الأعضاء البشرية و تشريح الموتى من أجل هدف علمي .

وإضافة إلى ما سبق تبيانه من خصائص للعقد الطبي فإنه يتميز أيضا بكونه يرتب على عاتق الطبيب التزاما ببذل عناية كقاعدة عامة، إذ يتعين على الطبيب بذل جهود صادقة، يقظة، تتفق مع الأصول العلمية الثابتة في ميدان الطب، فإذا لم يكن بإمكان الطبيب ضمان الشفاء للمريض إلا أنه ملزم بتقديم لمريضه علاجا يتسم بالإخلاص والتفاني متبعا معطيات العلم الحديثة، وبإمكانه الاستعانة بزملائه المتخصصين والمؤهلين، واستثناءا يكون التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة و ذلك متى غلب عنصر اليقين على عنصر الاحتمال في بعض الأعمال الطبية التي يباشرها الطبيب تكون نتائجها مؤكدة لا يشوبها أي شك كما هو الحال بالنسبة لاستعمال الأجهزة الطبية ونقل الدم مثلا .

وقد خلصنا من خلال هذا البحث إلى أن العقد الطبي عقد غير مسمى، عقد من نوع خاص، وهو عقد قائم بذاته، لأنه يقوم على خصائص لا تخضع لنظام معين ومحدد وهو بذلك يحتاج إلى تنظيم خاص وقواعد خاصة لأنه ينظم علاقات و روابط خاصة .

ويرتب العقد الطبي التزامات على عاتق طرفيه ، الطبيب و المريض ، إذ يلتزم الطبيب بفحص المريض وتشخيص العلة التي يعاني منها واصفا له علاجا مناسباً لما يعانيه من آلام ، وذلك بعد حصوله على رضا مريضه و إعلامه بكل عمل طبي ينوي مباشرته على جسمه متحريرا في ذلك الوضوح والصدق ومتابعة حالته الصحية، متى اقتضى ذلك، للتأكد من آثار العلاج الذي اقترحه وانعكاسه على صحة المريض، على أن يبقى طبي الكتمان كل ما يصل إلى علمه، الطبيب، من خصوصيات مريضه حفاظا على الثقة التي وضعها فيه، وفي المقابل يلتزم هذا الأخير، المريض ، بمد طبيه بكافة المعلومات حول مرضه وأن يدفع له مقابل العمل المؤدى أو ما يسمى بأتعاب الطبيب .

وقد تطرقنا من خلال هذا البحث إلى تبيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية التي قد تنشأ بمناسبة إخلال الطبيب بالتزام ما، إذ يسأل الطبيب إذا ما ارتكب خطأ في التشخيص، أو في وصف العلاج، أو في الرقابة ، فإذا ما انحرف طبيب في سلوكه عن سلوك طبيب مثله لو كان في مكانه وأحاطت به ذات الظروف الخارجية، ترتبت مسؤوليته مدنيا و جزائيا ، والأصل أن المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية عقدية لوجود عقد بين الطبيب والمريض، غير انه يمكن أن ينشأ خطأ الطبيب عن التزام تقصيري استثناءا من القاعدة العامة، وذلك متى استحال تصور عقد بين الطبيب والمريض كما هو الحال بالنسبة لحالة الاستعجال أين يتم اسعاف المريض دون أن تصدر عنه أي إرادة .

وأمام عدم وعي أغلبية المرضى بحقوقهم لاسيما ما تعلق بإمكانية جبر الأضرار اللاحقة بهم إثر تدخل طبي وإرجاعهم الأمر في أغلب الأحيان إلى القضاء والقدر، اخترت أن أعالج هذا الموضوع لتسليط الضوء عليه و دراسة جوانبه القانونية مع إظهار الفراغ القانوني فيما يخص أحكام هذا العقد رغم انتشار الأخطاء الطبية و جسامه الأضرار المترتبة عنها، مع محاولة تقديم اقتراحات ابتغاء التوضيح والإثراء .

ومن خلال دراستنا هذه سنحاول تحديد مفهوم العقد الطبي، الأركان التي يقوم عليها مع تبيان أحكامه والآثار المترتبة عنه مع التركيز على الإجابة على إشكالية هذا البحث والتساؤلات التي يثيرها هذا الموضوع .

الفهرس

	شكر
	الملخص
	الفهرس
11	مقدمة
14	1. ماهية العقد الطبي وأركانه
14	1.1. ماهية العقد الطبي
14	1.1.1. تعريف العقد الطبي
15	2.1.1. خصائص العقد الطبي
15	1.2.1.1. العقد الطبي عقد مدني غير مسمى
15	1.1.2.1.1. العقد الطبي عقد مدني
16	2.1.2.1.1. العقد الطبي عقد غير مسمى
16	2.2.1.1. العقد الطبي عقد رضائي وشخصي
16	1.2.2.1.1. العقد الطبي عقد رضائي
17	2.2.2.1.1. العقد الطبي عقد شخصي
17	3.2.1.1. العقد الطبي عقد ملزم لجانبين وعقد معارضة
17	1.3.2.1.1. العقد الطبي عقد ملزم لجانبين
17	2.3.2.1.1. العقد الطبي عقد معاوضة
18	4.2.1.1. العقد الطبي عقد مستمر و قابل للفسخ
18	1.4.2.1.1. العقد الطبي عقد مستمر
18	2.4.2.1.1. العقد الطبي عقد قابل للفسخ
19	3.1.1. الطبيعة القانونية للعقد الطبي
19	1.3.1.1. العقد الطبي شبيه بغيره من العقود
19	1.1.3.1.1. العقد الطبي عقد وكالة
20	2.1.3.1.1. العقد الطبي عقد اجارة أشخاص
20	3.1.3.1.1. العقد الطبي عقد عمل

21	4.1.3.1.1. العقد الطبي عقد مقاولة
22	5.1.3.1.1. العقد الطبي عقد إذعان
24	2.3.1.1. العقد الطبي عقد قائم بذاته
25	2.1. أركان العقد الطبي
25	1.2.1. التراضي والمحل في العقد الطبي
25	1.1.2.1. التراضي في العقد الطبي
26	1.1.1.2.1. الأهلية القانونية للمتعاقدین
26	1.1.1.1.2.1. أهلية المريض
30	2.1.1.1.2.1. أهلية الطبيب
31	2.1.2.1. وجوب توفر رضا المتعاقدین
31	1.2.1.2.1. رضا المريض
38	2.1.2.1.2. رضا الطبيب
41	2.1.2.1. المحل العقد الطبي
41	1.2.1.2.1. مفهوم المحل العقد الطبي
41	1.1.2.1.2.1. تعريفه
42	2.1.2.1.2.1. شروط المحل
42	1.2.1.2.2.1. القاعدة العامة عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان
43	2.2.1.2.2.1. الاستثناء قابلية التعامل في جسم الإنسان
56	2.2.2.1. طبيعة التزام الطبيب
57	1.2.2.2.1. التزام الطبيب ببذل عناية
58	1.1.2.2.2.1. التزام الطبيب بتحقيق نتيجة
58	2.1.2.2.2.1. مضمونه
59	2.2.2.2.1. حالات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة
59	1.2.2.2.2.1. استعمال الأجهزة الطبية
60	2.2.2.2.2.1. نقل الدم
61	3.2.2.2.2.1. التحصين
61	4.2.2.2.2.1. التركيبات الاصطناعية
62	5.2.2.2.2.1. التحاليل الطبية
62	6.2.2.2.2.1. تقديم الأدوية

63	3.2.1. السبب في العقد الطبي
64	1.3.2.1. مفهوم السبب
64	1.1.3.2.1. تعريفه
65	2.1.3.2.1. شروطه
66	2.3.2.1. تطبيقاته
66	1.2.3.2.1. التجارب الطبية
69	2.2.3.2.1. القتل بدافع الشفقة
70	4.2.1. الشكلية في العقد الطبي
70	1.4.2.1. القاعدة العامة عدم وجوب توفر الشكلية في العقد الطبي
71	2.4.2.1. الاستثناء وجوب الشكلية في العقد الطبي
71	1.2.4.2.1. نقل وزرع الأعضاء البشرية
72	2.2.4.2.1. تشريح الموتى من أجل هدف علمي
73	2. آثار العقد الطبي
73	1.2. التزامات المتعاقدين
73	1.1.2. إلتزامات الطبيب
73	1.1.1.2. الإلتزامات الخاصة بالعلاج
74	1.1.1.1.2. التشخيص
75	2.1.1.1.2. تحديد وصفة العلاج
76	2.1.1.2. الإلتزامات الخاصة بعلاقة الطبيب مع المريض
76	1.2.1.1.2. الإلتزام بالحصول على رضا المريض
77	2.2.1.1.2. الإلتزام بإعلام المريض
80	3.2.1.1.2. الإلتزام بمراقبة صحة المريض
81	4.2.1.1.2. الإلتزام بالسريّة الطبي
81	1.4.2.1.1.2. تعريف السريّة الطبي
83	2.4.2.1.1.2. نطاق الإلتزام بالسريّة الطبي
84	3.4.2.1.1.2. حدود السريّة الطبي
86	4.4.2.1.1.2. جزاء الإخلال بالسريّة الطبي
87	2.1.2. إلتزامات المريض
87	1.2.1.2. إلتزام المريض بمد الطبيب بكافة المعلومات حول مرضه

- 87 1.1.2.1.2. ضرورة مد المريض طبيبه بكافة المعلومات حول مرضه
- 87 2.1.2.1.2. إمتناع المريض عن مد طبيبه بكافة المعلومات حول مرضه
- 88 2.2.1.2. إلتزام المريض بدفع أتعاب الطبيب
- 88 1.2.2.1.2. تحديد قيمة أتعاب الطبيب
- 89 2.2.2.1.2. طرق ضمان الطبيب لأتعبه
- 90 2.2. إنقضاء العقد الطبي وطبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عنه
- 90 1.2.2. إنقضاء العقد الطبي
- 90 1.1.2.2. تنفيذ المتعاقدين الإلتزامات المترتبة في ذمتها
- 91 1.1.1.2.2. تنفيذ العقد الطبي وفقاً لمشمولاته
- 91 1.1.1.1.2.2. تنفيذ العقد وفقاً لما ورد فيه
- 91 2.1.1.1.2.2. تنفيذ العقد وفقاً لمستلزماته
- 91 2.1.1.2.2. تنفيذ العقد الطبي بحسن نية
- 92 1.2.1.1.2.2. الإلتزام بالنزاهة
- 92 2.2.1.1.2.2. الإلتزام بالتعاون
- 92 2.1.2.2. فسخ العقد الطبي
- 92 1.2.1.2.2. تعريف الفسخ
- 93 2.2.1.2.2. شروط الفسخ
- 93 1.2.2.1.2.2. أن يكون العقد ملزماً لجانبيين
- 93 2.2.2.1.2.2. عدم وفاء المتعاقد بإلتزامه
- 93 3.2.2.1.2.2. أن يكون طالب الفسخ قد نفذ إلتزامه أو مستعد لذلك
- 94 3.2.1.2.2. تقرير الفسخ
- 94 1.3.2.1.2.2. الفسخ القضائي
- 94 2.3.2.1.2.2. الفسخ الإتفاقي
- 95 2.2.2. المسؤولية المدنية المترتبة عن العقد الطبي
- 96 1.2.2.2. الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب
- 96 1.1.2.2.2. المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية تقصيرية
- 98 2.1.2.2.2. المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية عقدية
- 100 2.2.2.2. عناصر المسؤولية المدنية للطبيب
- 100 1.2.2.2.2. الخطأ الطبي

100	1.1.2.2.2.2. تعريف الخطأ الطبي
101	2.1.2.2.2.2. معيار الخطأ الطبي
102	3.1.2.2.2.2. أنواع الخطأ الطبي
102	1.3.1.2.2.2.2. الخطأ في التشخيص
103	2.3.1.2.2.2.2. الخطأ في وصف العلاج
104	3.3.1.2.2.2.2. الخطأ الطبي في الرقابة
105	4.1.2.2.2.2.2. إثبات الخطأ الطبي
107	2.2.2.2.2.2. الضرر الطبي
107	1.2.2.2.2.2. تعريفه
108	2.2.2.2.2.2.2. الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية الطبية
109	3.2.2.2.2.2. العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الطبيين
109	1.3.2.2.2.2.2. تعريف العلاقة السببية
109	2.3.2.2.2.2.2. نفي علاقة السببية
110	1.2.3.2.2.2.2.2. القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء
110	2.2.3.2.2.2.2.2. خطأ المريض
110	3.2.3.2.2.2.2.2. خطأ الغير
111	3.3.2.2.2.2.2. عبء إثبات علاقة السببية
111	3.2.2.2.2.2. أثر ثبوت المسؤولية المدنية للطبيب
112	1.3.2.2.2.2.2. وقت تقدير التعويض
112	2.3.2.2.2.2.2. كيفية تقدير التعويض
116	الخاتمة
119	قائمة المراجع

مقدمة

إن ممارسة مهنة الطب رغم ما فيها من النبل و هي بلا شك ضرورة لا غنى عنها و مع ذلك تحفها مخطر قد تصل وطأة خطورتها حدودا أبعد من المرض ذاته ، إذ لا تتوقف عند فشل العلاج بل تكون ذات نتائج مأسوية كان المريض في غنى عنها مما ينعكس سلبا على علاقة الطبيب بالمريض و بالنتيجة إثارة مسؤولية الأول عما قد يرتكبه من أخطاء في إطار و بمناسبة ممارسته لمهامه .

و تبدو حساسية هذا الميدان من خلال اتصاله بجسم الإنسان و ما يقتضيه ذلك من احترام و تقدير ، ذلك أن الأصل هو حرمة المساس بجسم الإنسان ، فمهنة الطب مهنة أخلاقية بالدرجة الأولى ، مهنة قديمة قدم الإنسان ، يتعين على من يمارسها أن يتصف بالاستقامة في عمله ، محافظا على أرواح الناس ، واضعا نصب عينيه هدف مقتضاه إزالة الآلام أو على الأقل التخفيف من حدة المرض .

و لعل سر الاهتمام المبالغ فيه أحيانا بمهنة الطب ، إنما يعود لعلاقتها بالحياة و الموت من جهة و جهل الناس بأسرار الجسم و العقل و الروح من جهة أخرى ، مما جعل الأطباء يتمتعون بنوع من الحصانة ، حتى وصل التفكير ببعضهم إلى القول بأن تترك مزاوله مهنة الطب بواسطة الأطباء حرة بغير رقابة ، إلا من ضمير الطبيب .

إلا أن التطور الحاصل في ميدان الطب بصفة خاصة أدى إلى زيادة الاهتمام بحق المريض في سلامة بدنه ، و الحفاظ على أسرار ه ، و مراعاة خصوصياته ، الأمر الذي دفع بالمشرعين إلى إيجاد تكييف لطبيعة العلاقة التي تربط بين المريض و الطبيب و بالنتيجة الحفاظ على حقوق هذا الأخير و رعايتها على أساس أن العقد الطبي م يدرج فيما يعرف بالعقود المسماة ، و لعل السبب في ذلك يعود إلى عدم وجود تسمية لمثل هذا العقد أثناء ترجمة التقنين المدني الجزائري عادة الاستقلال.

و تتجلى أهمية دراسة طبيعة العلاقة التي تجمع بين الطبيب و المريض في محل هته العلاقة ذاتها، باعتبارها تنصب على جسم الإنسان و ما يتمتع به هذا الجسم من حرمة وحصانة أقرتها الشريعة الإسلامية أولا و انتهجتها القوانين الوضعية فيما بعد،

و فضلا عن ذلك فإن تبيان طبيعة العلاقة بين الطبيب و المريض له أهمية في الحياة العملية لرجال القانون في وقت تزايد فيه طرح على المحاكم قضايا طرفيها الطبيب و المريض ، مما يتعين معه إيجاد مفهوم لهته العلاقة و تبيان خصائصها و طبيعتها القانونية و كذا تبيان التزامات كل من الطرفين و جزاء الإخلال بها و بالنتيجة تبيان طبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عن هذا الإخلال .

كما تبدوا أهمية هذا الموضوع أيضا من حيث ما يثيره هذا الجانب من المسؤولية من مسائل قانونية تنسم بالدقة و الصعوبة كتنوع العلاقات القانونية بين الطبيب و المريض من حيث طبيعتها ، و يترتب عن ذلك نوع من المسؤولية التي يتعرض لها الطبيب هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية و ما الأساس الذي تقوم عليه في الحالتين .

كما أن موضوع العقد الطبي يتسم بالحدثة في وطننا الجزائر، و يكتسي أهمية خاصة الأمر الذي نستشفه من خلال المؤتمرات و الندوات التي تم عقدها بهذا الشأن.

و قد أولى التشريع الجزائري ، على غرار التشريعات العالمية ، أهمية لموضوع الطب و الأعمال الطب و لممارسي هذا الفن ، و سن في هذا الإطار جملة من النصوص القانونية، إذ صدر بتاريخ 04 جوان 1966 الأمر رقم 65 - 66 ، المتعلق بتنظيم مهنة الأطباء و الصيادية و جراحي الأسنان و القابلات ، ويعتبر هذا النص القانوني أول نص في هذا المجال ، النص الذي اعتبر مهنة الطب وظيفة عمومية و اعتر ممارسيها موظفين عموميين تابعين للدولة ، و باعتبارهم كذلك (موظفين) لم يحدد النص القانوني المذكور التزامات الطبيب .

وتبيننا لكيفيات تطبيق الأمر السالف الذكر ، صدر المرسوم رقم 66 - 67 بتاريخ 04 أفريل 1966 الذي حدد طرق العمل في المؤسسات الإستشفائية و المراكز الصحية باعتبارها مرافق عامة ، غير أن المرسوم المذكور لم يتطرق لموضوع المسؤولية الطبية و لا إلى شروط ممارسة مهنة الطب ، الشروط التي حددها قانون الصحة العمومية الصادر بتاريخ 23 أكتوبر 1976 ، و الملغى بموجب القانون رقم 85 - 05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 08 لسنة 1985، المعدل بموجب القانون رقم 17/90 المؤرخ في 13 جويلية 1990 و الذي تعرض إلى تحديد الحقوق و الواجبات المتعلقة بحماية الصحة و ترقيتها كما عالج مسألة نزع الأعضاء البشرية و زرعها و تضمن أحكام جزائية على كل من يمارس مهنة الطب أو جراحة الأسنان أو الصيدلة ، ممارسة غير شرعية ثم صدر بعد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 92 - 267 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب المنشور بالجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 1992 ، المدونة التي يمكن اعتبارها بمثابة قانون داخلي، إذ سطرت الواجبات العامة التي يتعين على الأطباء الالتزام بها و مراعاتها بمناسبة ممارستهم لمهنتهم وأشارت إلى بعض حقوق المريض ، كحق المريض في اختيار طبيبه ، حق المريض في العلاج ، حق المريض في الموافقة على العلاج المقترح من قبل الطبيب و حقه في التبصر بحالته الصحية و طبيعة العمل الطبي المقترح و الأخطار التي قد تنجم عنه .

و اهتماما من المشرع الجزائري بمهنة الطب و ممارستها و بكل ما يمكن أن يتعلق بها أنشأ هيئات خاصة بهته المهنة ، و يتعلق الأمر بالمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية و المجلس الوطني للأداب الطبية ، إذ أنشئ الأول بمقتضى المادة 168 من القانون رقم 85 - 05 المتعلق بترقية الصحة و حمايتها،

المعدلة بموجب القانون رقم 90 - 17 ، المجلس الذي حدد تشكيله و تنظيمه و تسيير أعماله المرسوم التنفيذي رقم 96 - 122 الصادر بتاريخ 06 أفريل 1996 ، أما الثاني ، المجلس الوطني للأدب الطبية ، فقد حددت كفاءات تسييره و القواعد التي تحكمه المرسوم التنفيذي رقم 92 - 276 الصادر بتاريخ 06 جويلية 1992 و المتضمن مدونة أخلاقيات الطب .

و على ضوء النصوص القانونية المذكورة أعلاه حاولنا دراسة هذا الموضوع ، العقد الطبي دراسة نظرية تحليلية متبعين المنهج المقارن و ذلك من خلال الإجابة على الإشكالية : ماهي خصوصية العقد الطبي و إلى أي مدى وفر المشرع حماية لأطرافه ، هذا بالضرورة يجرنا إلى الحديث عن الطبيعة القانونية للعقد الطبي و الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية التي قد تترتب إثر الإخلا بأحكامه ، و لمعالجة الإشكالية المذكورة و ما يمكن أن تطرحه من تساؤلات ارتأينا تناول هذا الموضوع ضمن فصلين .

فالفصل الأول نخصه لدراسة ماهية العقد الطبي و أركانه و ذلك من خلال التطرق إلى تعريف العقد الطبي و إبراز خصائصه و طبيعته القانونية و تبيان أركانه.

أما الفصل الثاني فنخصه لأحكام العقد الطبي و ذلك من خلال التطرق لالتزامات طرفي هذا العقد و الجزاء المترتب على الإخلال بها و كذا تبيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب .

و أخيرا خاتمة البحث اخترنا أن تكون حوصلة لأهم النتائج المتوصل إليها والاقترحات المستخلصة على ضوء دراسة الموضوع و تحليله، متمنين التوفيق و الإفادة.

الفصل 1

ماهية العقد الطبي وأركانه

تكتسي سلامة جسم الإنسان وحياته قيمة لا تعادلها قيمة ، إذ يشكل كل مساس بجسم الإنسان جريمة ما لم ينص القانون على غير ذلك ، كما هو الحال بالنسبة للأعمال الطبية التي لا تسري عليها الأحكام العقابية الخاصة بالجريمة المذكورة ، فاتصال الطبيب بسلامة جسم الإنسان وحياته يكون من خلال عمله الطبي ، فعمل الطبيب عمل إنساني بالدرجة الأولى مأداه تخليص المريض من الألم و ضمان سلامته الجسدية و النفسية و انقاذ حياته متى كان ذلك ممكنا ، فالعلاقة التي تقوم بين الطبيب و المريض تسمى العقد الطبي ، لذلك سنتناول في هذا الفصل بالدراسة ماهية العقد الطبي وأركانه والذي نقسمه إلى مبحثين نتناول في الأول منهما ماهية العقد الطبي وذلك من خلال تبيان مفهومه ، المطلب الأول، اين سنتطرق لتعريف العقد الطبي و غبراز خصائصه ، ثم نتناول بالدراسة الطبيعة القانونية للعقد الطبي ، المطلب الثاني ، سنتطرق بعد ذلك لدراسة أركان العقد الطبي في مبحث ثان .

1.1. ماهية العقد الطبي

تسمى العلاقة التي تربط بين طبيب و مريض بالعقد الطبي ، و سنحاول من خلال هذا المبحث تعريف العقد الطبي و تبيان خصائصه ، مبرزين مختلف الآراء التي ظهرت على الصعيدين الفقهي و القضائي فيما يخص مسألة تكييف العقد الطبي و تحديد طبيعته القانونية .

مفهوم العقد الطبي

سنتطرق إلى مفهوم العقد الطبي و ذلك من خلال تعريفه في فرع أول و تبيان خصائصه في فرع ثان.

1.1.1. تعريف العقد الطبي

تجدر الإشارة بداية إلى أنه لا يوجد أي نص قانوني خص العقد الطبي بتعريف معين، الأمر الذي دفع ببعض الأساتذة في القانون إلى السعي لإيجاد تعريف لهته العلاقة التعاقدية التي تربط بين شخصين أحدهما يسمى الطبيب والآخر يسمى المريض.

فقد عرفه الأستاذ السنهوري بأنه " اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في

يعرفه الأستاذ "سافتي savatier" بأنه : " اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض أو من يمثله من جهة أخرى، بموجبه يقدم الطبيب للمريض، بناء على طلبه ، النصائح والعلاج الصحي " [2] ص 11

وتعرفه الدكتورة " زينة غانم يونس العبيدي " بأنه: " كل عمل يرد على جسم الإنسان أو نفسه برضاه المستنير أو رضا من ينوب عنه وفقا للأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها بقصد الكشف عن المرض أو تشخيصه أو علاجه" [3] ص 46

ومن خلال استقرائنا لنصوص مواد القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 17/90 المؤرخ في 13/07/1990، و كذا أحكام المرسوم التنفيذي رقم 267/92 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، يمكن تعريف العقد الطبي كالآتي:

" هو اتفاق يبرم بين الطبيب و المريض ، يلتزم بمقتضاه الأول بعد حصوله على الرضا الحر والمتبصر للثاني او ممثله القانوني بتقديم العلاج الضروري وفقا للأصول العلمية الثابتة و المستقرة ، باذلا في ذلك العناية اللازمة أحيانا و تحقيق نتيجة أحيانا أخرى ، و بالمقابل يلتزم المريض بمد الطبيب الذي اختاره بكافة المعلومات حول مرضه و دفع مقابل العلاج ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، على أن يفرغ هذا الاتفاق في قالب كتابي متى استجوب القانون ذلك "

من خلال استقرائنا للتعريفات السابقة التي أعطيت للعقد الطبي يتبين أنها ركزت في تعريفها للعقد الطبي على تحديد طرفيه (الطبيب والمريض) ، وتبيان الالتزام المفروض على الطبيب والمتمثل في ضرورة الحصول على رضا المريض أو من ينوب عنه وكذا الالتزام الواقع على عاتق المريض والمتمثل في مقابل العمل المؤدي من قبل الطبيب ، ومن خلال التعريفات السابقة نتبين خصائص العقد الطبي.

2.1.1. خصائص العقد الطبي

استنادا للتعريفات المشار إليها أعلاه ، يتضح أن العقد الطبي عقد مدني غير مسمى، عقد رضائي وشخصي ، عقد ملزم لجانبين ، وعقد معاوضة و عقد مستمر قابل للفسخ .

1.2.1.1. العقد الطبي عقد مدني غير مسمى

1.1.2.1.1. العقد الطبي عقد مدني

تنص المادة 19 من المرسوم رقم 92- 276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أنه " يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان حتى خارج ممارسته المهنية أن يتجنب كل عمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها " ، وتنص المادة 20 من نفس المرسوم على أنه " يجب أن لا

تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة"

إذن يتضح من خلال نص المادتين المذكورتين أن العقد الطبي عقد مدني بحت ، وهو بذلك يخرج من دائرة الأعمال التجارية ، وإن كان الطبيب يتلقى مقابل العمل المؤدي من قبله فلا يمكن اعتباره تاجرا لانتهاء قصد المضاربة.

و تجدر الإشارة إلى أن غالبية التشريعات تضيي على العقد الطبي الطابع المدني فقد جاءت تعليمات السلوك المهني العراقي لسنة 1985 ضمن خصائص المهنة الطبية ما يلي: " إن اختيار الطبيب لمهنته يخص إرادته ورغبته يحتم عليه الالتزام بمبادئها وتقاليدها التي تعتبر الربح المادي شيئا ثانويا بالنسبة للخدمة الإنسانية" [4] ص 117، وتقابلها المادتان 10 و 11 من الدستور الطبي الأردني والمادة 20 من مدونه أخلاقيات مهنة الطب الجزائري المذكورة سلفا أعلاه.

2.1.2.1.1. العقد الطبي عقد غير مسمى:

يكون العقد مسمى إذا تولي المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه كعقد البيع مثلا: عقد الإيجار، عقد العارية.

وبمفهوم المخالفة فإن العقد غير المسمى هو العلاقة التعاقدية التي لم يتول المشرع تسميتها وتنظيم أحكامها ، فهي عقود يصيغها المتعاقدان، خاصة وأن إرادتيهما مستقلتان وحرتان لا يقيدهما إلا النظام العام حسن الآداب[5] ص 61

ويعتبر العقد الطبي عقد غير مسمى لأن أحكامه وقواعده وآثاره لم تنظم بقانون مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم العقود المدنية والمنوه عنها بنصوص المواد من 54 إلى 123 من التقنين المدني الجزائري، كما يمكن أن نستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين طرفيه و العادات و الأعراف المهنية و كذا القواعد المسطرة بموجب اللوائح التنظيمية و القانون الخاص بحماية الصحة و ترقيتها و النصوص المعدلة و المتممة له .

2.2.1.1. العقد الطبي عقد رضائي وشخصي

1.2.2.1.1.العقد الطبي عقد رضائي

إن الأصل في العقود أنها رضائية، وينشأ العقد الرضائي، بمجرد تطابق إرادتي طرفيه مهما كانت الوسيلة المنتهجة في التعبير عن الإرادة ، والأصل أن العقد الطبي لا يحتاج إلى شكلية معينة ، والشائع قيام عقد غير مكتوب بين الطبيب والمريض، إذ يتم شفاهة بينهما بتحديد طبيعة أو نوعية العمل الطبي الذي يطلبه المريض والأجر الذي يؤديه هذا الأخير، والذي يختار طبيبه عادة استنادا لكفاءته وللثقة التي يضعها

فيه، ومع ذلك هناك حالات علاجية قد تحتاج إلى موافقة خطية من المريض على ورقة مطبوعة ومعدة مسبقا لاسيما في حالات التدخل الجراحي .

غير أن إفراغ العقد الطبي في قالب كتابي لا يغير من طبيعته كونه عقد رضائي، إذ يقتصر اثر الكتابة هنا على إثبات موافقة المريض مسبقا على العلاج.

2.2.2.1.1.العقد الطبي عقد شخصي

يكون العقد شخصيا متى كانت شخصية أحد طرفيه أو كلاهما محل اعتبار ، و يعتبر العقد الطبي عقد شخصي كون أن شخصية الطبيب ومؤهلاته تؤخذ بعين الاعتبار فيه [4] ص 110 ، فقد نصت المادة ز/ ثالثا من قواعد السلوك المهني العراقي لسنة 2002 على ما يلي : " للمريض الحرية المطلقة في اختيار طبيبه الذي يعالجه إلا إذا كانت المعالجة في مؤسسة مجانية أو كانت على نفقة شركة أو مؤسسة ارتبط بها المريض فلا يكون له الخيار في مثل هذه الظروف إلا إذا تم الأمر على نفقته " [6] ص 35 وهو الحكم الذي يقابله ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 80 من المرسوم 92- 276 المتعلق بأخلاقيات مهنة الطب التي تضمنت ضرورة احترام حق المريض في حرية اختياره للطبيب أو جراح الأسنان. و هذا يعني أن للمريض الحق المطلق في اختيار الطبيب الذي يتولى علاجه ، باعتبار العقد الطبي عقد شخصي فإنه ينتهي بوفاة الطبيب.

3.2.1.1.العقد الطبي عقد ملزم لجانبين وعقد معارضة

1.3.2.1.1.العقد الطبي عقد ملزم لجانبين

عملا بأحكام المادة 55 من التقنين المدني ، يكون العقد ملزما لجانبين متى تبادل المتعاقدان الالتزام ببعضهما البعض" ، و لما كان العقد الطبي يرتب التزامات متقابلة على عاتق الطرفين ، الطبيب والمريض، فهو عقد ملزم لجانبين ، إذ يلتزم الطبيب بعلاج المريض باذلا في ذلك العناية اللازمة ، وبالمقابل يقع على عاتق المريض الالتزام بمد الطبيب بكافة المعلومات المتعلقة بمرضه ودفع ثمن العلاج [7] ص 87-88، وكذا إتباع التعليمات التي يوصي بها الطبيب خلال مراحل العلاج [5] ص 63-64.

2.3.2.1.1.العقد الطبي عقد معاوضة :

تنص المادة 58 من التقنين المدني على أن العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما ، وتجدر الإشارة إلى أن هذا التعريف يتسم بالغموض ، إذ يخلط بين العقد التبادلي الذي يرتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين وعقد المعاوضة الذي ينظر إليه من زاوية أخرى، هي وجود عوض يتحصل عليه المتعاقد مقابل الالتزام الذي يتحمله [4] ص 111.

ولما كان الطبيب كطرف في العقد الطبي يحصل على مقابل العمل الذي يؤديه لفائدة الطرف الثاني، المريض، من علاج ونصائح أي يتلقى ثمن العلاج فان العقد الطبي عقد معاوضة طالما يتحصل أحد طرفيه على فائدة ذات قيمة مالية.

4.2.1.1. العقد الطبي عقد مستمر و قابل للفسخ

1.4.2.1.1. العقد الطبي عقد مستمر

يقسم الفقه العقود من حيث تنفيذها إلى عقود فورية وعقود زمنية (مستمرة)، ويكون العقد مستمرا متى كان تنفيذه مرتبطا بمدة زمنية، إذ يعتبر عنصر الزمن عنصرا جوهريا تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد [4] ص 111

فالعلاج يتطلب عادة مدة زمنية معينة لحصول المنفعة المرجوة منه بدءا بالكشف عن المريض وفحصه ثم تشخيص مرضه ثم تحديد العلاج اللازم له فمتابعة حالته الصحية [8] ص 440، و هته العمليات تستغرق وقتا قد يطول و قد يقصر ، مما يجعل عنصر الزمن عنصرا جوهريا في تحديد مقدار التزامات أحد المتعاقدين ، و مع ذلك تقع على الطبيب التزامات فورية التنفيذ أثناء فترة العلاج كالتزامه بتبصير المريض والتزامه بأخذ رضا المريض قبل العلاج [9] .

2.4.2.1.1. العقد الطبي عقد قابل للفسخ

نظرا لكون العقد الطبي من العقود التي تنقوم على التراضي و التقابل في الالتزامات ، و يراعي فيه الاعتبار الشخصي ، كما يقوم على أساس الثقة المتبادلة بين طرفيه ، إذ ينعقد ألعقد الطبي إذا ما وافق المريض على الطبيب المعالج كأصل عام ، و هذا الاعتبار نفسه هو الذي يخول للمريض أن ينهي العقد ، ذلك أن ثقة المريض لا ينبغي أن تتوافر فقط عند ابرام العقد فحسب ، بل ينبغي ان تبقى قائمة و مستمرة طيلة فترة العلاج ، فإذا فقد المريض ثقته في الطبيب في أي لحظة من اللحظات كان له أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة [10] ص 43

كما أن للطبيب الحق في فسخ العقد في أي وقت كان شريطة التقيد بعدم تعريض حياة المريض للخطر ، لاسيما إذا تعلق الأمر بحالة الاستعجال ، إذ لا يمكن للطبيب التخلي عن مريض في حالة خطر الأمر الذي تثار بموجبه مسؤوليته مدنيا و جزائيا [11] ص 91.

3.1.1.1. الطبيعة القانونية للعقد الطبي

إن الخلاف الذي كان قائماً حول وجود عقد بين الطبيب و المريض زال منذ الحكم الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 و الذي أقرت بموجبه بوجود عقد حقيقي بين الطبيب و المريض يتضمن التزاما ، إن لم يكن بداهة بشفاء المريض ، فعلى الأقل بإعطائه علاجا آمينا ، يقظا ، يتفق في غير الحالات الاستثنائية مع الأصول العلمية ، غير أن الخلاف و النقاش حول طبيعة هذا العقد لا يزال قائما ، ففي غياب قواعد و أحكام قانونية تخص بالتنظيم هذا النوع من العقود ، يصعب تحديد طبيعته القانونية ، الأمر الذي أدى الى اختلاف بين الفقهاء حول هته المسألة ، فمنهم من يشبه العقد الطبي ببعض العقود (عقد وكالة ، عقد اجاره أشخاص، عقد عمل ، عقد مقاوله ، عقد اذعان) ومنهم من يعتبر العقد الطبي عقد قائم بذاته.

1.3.1.1.العقد الطبي شبيهه بغيره من العقود:

يعتبر جانب من الفقه العقد الطبي شبيهه ببعض العقود كعقد الوكالة، إجارة الأشخاص، عقد المقاوله و عقد الإذعان.

1.1.3.1.1. العقد الطبي عقد وكالة :

ترجع أصول اعتبار عقد العلاج عقد وكالة إلى أصل تاريخي في القانون الروماني الذي كان مبنيا على أساس تمييزي في المهن بين الحرة التي يزاولها و يمتنها الشرفاء و بين المهن اليدوية و الحرفية التي لا يزاولها إلا العبيد ، فالعقد بالنسبة إلى المهن الحرة الخاصة بالنبلاء هو عقد وكالة إذ لا يتصور أن يؤجر هؤلاء خدماتهم ، بخلاف أصحاب المهن اليدوية فالعقد بالنسبة إليهم عقد إيجار ، و تأثرا بذلك اعتبر بعض فقهاء القانون العقد الطبي عقد وكالة من بينهم الفقيه بوتيه [1] ص 372، و مع ذلك فلا مانع أن يقدم المريض هبة لطبيبه ليخفف عن عاتقه واجب الوفاء و العرفان و الجميل الذي يتقل كاهله [12] ص 470 ، وهي الحيلة التي اهتدى إليها أصحاب هذا الرأي لتبرير المقابل الذي يتقاضاه أصحاب المهن الحرة خاصة وأن القانون الروماني كان يعتبر عقد الوكالة من العقود التبرعية دائما [13] ص 119.

إذ يرى هذا الاتجاه الفقهي أن الموكل في العقد الطبي ، المريض ، يوكل الطبيب ، الوكيل ، للقيام بأعمال علاجية غير أن هذا الاتجاه القائل بأن العقد الطبي عقد وكالة تعرض لانتقادات من عدة جوانب أهمها :

أن الوكالة تقوم على أساس فكرة النيابة، حيث يقوم النائب، الوكيل ، بالتصرفات القانونية باسم موكله ، الأصل، ولحسابه، أما الطبيب فيزاول مهنته باسمه الشخصي لا باسم المريض، كما أنه من غير

المتصور أن يقوم الطبيب بأداء عمله نيابة عن الأصيل (المريض) الذي يجهل فن الطب في العادة [14] ص 220.

- إن عمل الطبيب عمل فني مادي محض بعيد جدا عن التصرفات القانونية [15] ص 110.

- الأصل أن الوكالة عقد تبرعي وغالبية العقود الطبية عقود عوض [16] ص 66.

نخلص مما سبق إلى أنه لا يمكن اعتبار العقد الطبي عقد وكالة ، فالطبيب لا يعد وكيلًا و المريض لا يعد موكلًا ، فأحكام الوكالة المنوه عنها بالفصل الثاني من الباب التاسع من التقنين المدني لا يصلح تطبيقها على العلاقة التي تربط بين الطبيب و المريض .

2.1.3.1.1.العقد الطبي عقد اجارة أشخاص

أمام الانتقادات التي تعرض لها الاتجاه الفقهي القائل أن العقد الطبي هو عقد وكالة برز اتجاه فقهي قضائي يرى أن العقد الطبي عقد إيجار أشخاص من بينهم الفقيه مازو الذي يعتبر أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار أشخاص على أن يلتزم المريض بأداء الأجر للطبيب مقابل قيام الطبيب بالعلاج وأن يتعهد الطبيب بالعمل لخدمة المريض تحت إرادته وإشرافه [11] ص 94

هذا الاتجاه تعرض للانتقاد بدوره من زاوية أن ما يميز عقد إيجار الأشخاص خضوع الأجير أثناء عمله تحت رقابة المستأجر هذه العلاقة تتنافى مع علاقة الطبيب والمريض [7] ص 106-107.

فالطبيب يمتلك الحرية الكاملة أثناء ممارسته لعمله الطبي وإذا قلنا بهذا الرأي فهذا يعني أن نحد هذه

الحرية ونجعل الطبيب يلقي باللائمة و المسؤولية على من هو تحت رقبته [4] ص 129

3.1.3.1.1.العقد الطبي عقد عمل

ذهب البعض من الفقه إلى القول أن العقد المبرم بين الطبيب والمريض عقد عمل باعتبار أن الشخص الذي يمارس مهنة حرة، يتعاقد بنفس الطريقة التي يتعاقد بها الشخص الذي يقوم بعمل يدوي على تنفيذ عمل معين لقاء أجر [13] ص 115

فنظرا لكون الطبيب يتقاضى أجرا مقابل العمل الذي يؤديه ، أدى ببعض الفقهاء إلى اعتبار العقد الطبي عقد عمل ، إذ يرى هاذ الاتجاه أن الطبيب يخضع لإشراف عميلة ولو كان هذا الإشراف من الناحية الإدارية فقط ، وبقاء الطبيب مستقلا في عمله من الناحية الفنية لأن ما ميز عقد العمل عن غيره من العقود هو أن أحد أطراف العلاقة العقدية يعمل في خدمة الطرف الآخر و تحت إدارته وإشرافه [17]

وقد تعرض هذا الاتجاه الفقهي بوره للنقد، ذلك أنه وبالرغم من أن الطبيب يقدم خدمة مقابل أجر إلا أن خاصية الخضوع القانوني التبعية غير موجودة ، فالطبيب هو صاحب القرار وينفذ ما يراه مناسبا لمصلحة المريض ، ولا يتلقى تعليمات تذكر من المريض بل العكس فمتلقي التعليمات في مرحلة العلاج هو

المريض وليس الطبيب [18] ص137، كما أنه يحظر على الطبيب القيام ببيع مادة الدواء للمريض بهدف الربح [8] ص424 ، كما قد يباشر الطبيب عمله دون إشراف ولا رقابة من مستخدمه كحالة العيادة الخاصة أو المخدع الطبي وهنا يتنافى مفهوم عقد العمل مع العقد الطبي [9] .

و في كل الأحوال ينبغي أن يتمتع الطبيب بحرية كاملة في تطبيق أصول فنه ، فالحرية في العمل و الاستقلال شرطان أساسيان لنجاح أي مزاولة للطب ، كما أنها مناط المسؤولية المدنية الملقاة على عاتقه [19] ، و لا يجوز للطبيب التخلي عن استقلاليته المهنية تحت أي شكل من الأشكال [1] ص18.

وأمام انتقاد الاتجاه الفقهي القائل بأن العقد الطبي هو عقد عمل ظهر اتجاه آخر يعتبر العقد الطبي عقد مقالة.

4.1.3.1.1. العقد الطبي عقد مقالة :

المقالة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عمل مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر [19] اعتبر جانب من الفقه أن العقد الطبي عقد مقالة ومن بينهم الأستاذ السنهوري [1] ص20 غير أنه يميز المقالة التي يعتبر بها العقد الطبي عن بقية المقاولات بما يلي :

- إن التزام الطبيب هو التزام يبذل عناية لا بتحقيق نتيجة ، فالطبيب إنما يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفاؤه أما غالبية عقود المقالة فان المقاول يلتزم فيها بتحقيق نتيجة.

- إن المؤهلات الشخصية للطبيب هي محل اعتبار في التعاقد معه ، لذلك ينتهي العقد بموته ، كما لا يحق أيضا للطبيب أن يوكل أمر معالجة المريض إلى غيره من الأطباء ، في حين انه يستطيع المقاول في كثير من عقود المقالة إبرام عقد مقالة من الباطن وهو الأمر الذي ترخص به أحكام المادة 564 من التقنين المدني الجزائري ، فضلا أن عقد المقالة لا ينتهي بموت المقاول إلا إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد وان كان الأمر خلاف ذلك ، فان العقد لا ينته تلقائيا ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق في المادة 552 الفقرة الثانية من التقنين المدني إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل [4] ص131

- عند فسخ العقد الطبي يلتزم فاسخ العقد أن يعرض الطرف الآخر ، دون أن يعرض المريض ما فات الطبيب من كسب لو أتم العمل على خلاف عقود المقالة التي يوجب فيه القانون على رب العمل تعويض ما فاته من كسب لو أتم العمل ، هو الحكم الذي تضمنه المادة 556 من التقنين المدني [16] ص68

فبالرغم من التشابه المشار إليه أعلاه بين العقد الطبي وعقد المقالة ، إلا أنه يرد على الاتجاه القائل بأن العقد الطبي هو عقد مقالة بما يلي:

-إن طبيعة التزام الطبيب في الأصل هو التزام يبذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة ، فالطبيب يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفاؤه إلا أن الأصل في عقود المقاوله أن يلتزم المقاول بتحقيق نتيجة [7] ص116

- في العقد الطبي يستطيع كل من الطبيب والمريض التحلل من العقد بفسخه مقابل تعويض مدني [1] ص 19-20، و في بعض الحالات قد يقوم بفسخ العقد دون دفع أي تعويض إن لم يكن له مقتضى[19]

كما يمكن للطبيب أن يرجع عن العقد على أن يكون مسؤولا عن تعويض الضرر الذي يصب المريض من جراء ذلك[18] ص 19 و 20

أما في عقد المقاوله يلتزم رب العمل إذا ما قام بإنهاء العقد بأن يدفع للمقاول جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من أعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل[18] ص141 ونظرا للاختلافات الجوهرية السابق إبرازها بين كل من العقد الطبي وعقد المقاوله ، فانه من غير المنطقي تطبيق أحكام المقاوله على العقد الطبي ، فهناك من يرى أن عقد المقاوله عقد اقتصادي وتجاري بالدرجة الأولى ويهدف إلى توزيع الأشياء والبضائع، ومن ثم فهو ينصب أساسا على أعمال يختلف تماما عن المهنة الحرة التي هي أعمال فكرية بالدرجة الأولى مثل العقود الطبية[4] ص 140.

5.1.3.1.1. العقد الطبي عقد إذعان:

ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى تكيف العلاقة بين الطبيب والمريض بأنها علاقة تعاقدية يحكمها عقد الإذعان، ويستندون في رأيهم هذا إلى حالة انعدام المساواة في العلاقة بين الطبيب والمريض [14] ص 225-226، فيكون الطبيب هو الطرف القوي في العلاقة العقدية استنادا لمؤهلاته الفنية التي يفتقر إليها المريض مما يؤدي إلى خضوع هذا الأخير للأول (الطبيب) أثناء مراحل العلاج ، وبالتالي عدم مشاركته للطبيب في اتخاذ القرار بشأن تحديد نتيجة الفحص، وتشخيص المرض والعلاج المقرر بحالته [14] ص141.

ومن الأمثلة التي يضربها أصحاب هذا الاتجاه المريض الخاضع للتخدير بقولهم: " بأنه يكون فاقدا لوعيه وإرادته، وبالتالي يكون خاضعا لإرادة الطبيب بصورة كلية، حيث يقرر الطبيب العلاج لوحده ويتخذ ما يراه مناسباً من قرارات بشأن وضع وصحة المريض دون إشراك المريض في اتخاذ تلك القرارات في العلاج، ومؤدى هذا الرأي أن انعدام المساواة الطبية هذه يستتبعها عدم المساواة القانونية أيضا مما يخضع عقد العلاج الطبي بعقد الإذعان[20] ص47

وللأخذ بهذا الرأي من عدمه لا بد أن نتوقف عند طبيعة عقد الإذعان وبيان بعض أحكامه التي تشبهه مع العقد الطبي .

يعرف عقد الإذعان من جانب الفقه بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة وضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي موضع مناقشة محدودة النطاق [21] ص 58-59.

و يعرف الفقيه "فاسلين" عقد الإذعان بأنه محض تغليب لإرادة واحدة، تنصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها وليس على فرد محدود بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا و من جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذا كان من يقبل قانون العقد" كما عرفه الفقيه " جورج برليوز" : أنه عقد حدد محتواه التعاقدى كليا أو جزئيا بصفة عامة ومجردة قبل فترة التعاقد" .

وأما الدكتور " عبد المنعم فرج صده فانه يرى : بأن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل شروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها ، فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محددة النطاق في شأنها " ومن خلال ما سبق فان عقد الإذعان يتميز عن غيره من العقود بثلاث خصائص:

1- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرفق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين لا يمكن الاستغناء عنها.

2- احتكار البيع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل وجود سيطرة تجعل المنافسة محدودة النطاق بشأنها.

3- توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة إلى كل فئة منها [14] ص 217، فإذا ما قارنا خصائص عقد الإذعان بالعقد الطبي يتضح: أن

1- عقد الإذعان من العقود التي ظهرت في ظل المذهب الفردي نظرا لاحتكار السلعة موضوع العقد لفرد أو لشركة أو الدولة ، في حين أن مهنة الطب حتى وان كان قد احتكر أهل المهنة ممارستها، إلا أنها لم تصل إلى حدا الاحتكار الفعلي إذ يمكن للمريض أن يلجأ إلى أي طبيب آخر ليعالجه أو إلى إحدى المؤسسات الاستشفائية العامة أو الخاصة للعلاج [4] ص 146

2- من خصائص عقود الإذعان تعلقها بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات للمنتفع يحتاج إليها تقريبا كافة الناس في الحياة اليومية ، لذا يصدر الإيجاب للناس كافة وبشروط واحدة، أما فيما يتعلق بعقد العلاج الطبي وان كان الناس يحتاجون إليه ، ولكننا لا نستطيع أن نعممه على كافة الناس تقريبا، وبهذا الصدد يذهب البعض إلى القول بأن ضرورة العلاج لا تصل إلى حد السلعة التي يتعامل فيها الناس [4] ص 146

3- و فيما يخص الخاصية الثالثة لعقد الإذعان والمتمثلة في كونه يصدر للناس كافة وبشروط واحدة ، بحيث لا يكون أمام المتعاقد الآخر إلا أن يقبلها أو يرفضها، فقد ذهب بعض شراح القانون في فرنسا إلى

القول بأن الطبيب ، عندما يضع على باب عيادته لافتة باسمه وتخصصه ،فانه يصدر إيجابا عاما موجهها للجمهور بحيث لا يبقى إلا قبول أي مريض لهذا الإيجاب لكي ينشأ العقد الطبي[16] ص69.

فأصحاب هذا الرأي يعتبرون أن العقد الطبي ينعقد بإيجاب عام يؤخذ من مجرد إعلان الطبيب عن اسمه و صفته، و قبول يصدر من أي مريض يتقدم طالبا الخدمة الطبية أو يستدعي الطبيب في بيته لأدائها [7] ص116

و بناءا على الاختلافات الجوهرية المشار إليها أعلاه ، لا يمكن اعتبار العقد الطبي عقد اذعان ، و لا ينطوي تحت اي وصف من الأوصاف العقدية السابق ذكرها رغم وجود بعض أوجه التشابه ، الأمر الذي أدى إلى بروز اتجاه يكيف العقد الطبي على أنه عقد قائم بذاته .

2.3.1.1.العقد الطبي عقد قائم بذاته

إن النظريات التقليدية التي انتهجها الاتجاه الأول لم تقدم التكيف الصحيح للعقد الطبي، فالقول أن العقد الطبي عقد وكالة ، أو عقد عمل، أو عقد إجاره أشخاص أو عقد إذعان لا يتفق مع الطبيعة القانونية لهذا العقد الذي يمتاز بالإنسانية ، إذ يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته بدون التحسس من اللون أو العرق أو الدين أو الواقع الاجتماعي أو السياسي[22] ص02.

وبناءا على الانتقادات الموجهة للاتجاه الفقهي القائل أن العقد الطبي شبيه بالعقود المشار إليها سلفا أعلاه، استقر الفقه والفقهاء على أن العلاقة التعاقدية المبرمة من الطبيب والمريض عقد قائم بذاته و هو عقد من نوع خاص.

وهو الرأي الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها جاء فيما يلي: " إن الاتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته وجهوده ، لا يمكن أن يوصف بأنه عقد استصناع بل انه عقد من نوع خاص "[11] ص99 .

وقد دافع عن هذا الرأي الأستاذ سافاتييه"savatier" ،حيث ذهب إلى القول بأن عقد العلاج عقد غير مسمى إذ أن العمل المستقل للأشخاص القائمين بممارسة المهن الحرة، يجعلهم غير محكومين بواسطة أي عقد مسمى في القانون ، فهم يخضعون فقط للقواعد العامة ، التي تحكم الاتفاقات والعادات التي تسير عليها المهن الحرة[8] ص433.

وفي الإطار نفسه يذهب الدكتور حسن زكي الأبراشي إلى القول : " والواقع أن هذا الرأي أحوط فضلا عما بيناه من أن العقد الطبي لا يجمع العناصر المكونة لأي عقد من العقود التي نص عليها القانون ، فان له مميزاته لخاصة التي تأتي إخضاعه لنظام لم يوضع له"[23] ص113

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بالتكليف الذي مفاده أن العقد الطبي عقد من نوع خاص في حكمها الصادر بتاريخ 13 جويلية 1937 ، بقلوها أن العقد الطبي يتميز بطابع مستقل و بذاتية خاصة ، تجعله

بمنأى عن عقود القانون العام ، و تجله كذلك يستعصي على الخضوع الكامل لعقود القانون الخاص المسماة [24] ص 18

نخلص إلى القول أنه نظرا لكون العقد الطبي محله جسد الإنسان وحياته فإننا نؤيد الاتجاه الثاني الذي يكيف العقد الطبي بأنه عقد من نوع خاص وقائم بذاته لكونه يتميز عن غيره من العقود بخصائص معينة، فهو كما أسلفنا عقد مدني يغلب فيه الجانب الإنساني ويفتقد للطابع التجاري في مزاولته وهو عقد شخصي إذ تؤخذ شخصية الطبيب بعين الاعتبار لأن مهنة الطب باعتبارها حرة تعتمد على الثقة بين القائم بعمل العلاج الطبي و المريض ، فالمريض يضع ثقته بطبيب معين يختاره لثقته في قدرته و أمانته و إخلاصه و حرصه و تفانيه في تقديم العلاج الطبي [25] ص 71، كما أن العقد الطبي عقد زمني يعتبر الزمن فيه عنصرا جوهريا في تنفيذه و عقد قائم على الثقة المتبادلة و الصدق وفي غياب ذلك تهيمن الكآبة و عدم الثقة ، لأن الصدق يتناسب طرديا مع الوصول إلى الشفاء [26] ص 157 ، فإن امتلك الطبيب حب العمل و الإخلاص و الصدق و العدالة و الهدوء و رباطة الجأش و نبذ اغراء المال ، فإن المرضى سيمنحونه ثقتهم و يضعون حياته بين يديه و لن يرفضوا له قرارا [27] ص 283-285.

بعد تبيان مفهوم العقد الطبي من خلال تعريفه، خصائصه، وتحديد طبيعته القانونية نتطرق فيما يلي إلى تكوين العقد الطبي وكيفية إنشائه وذلك بدراسة أركانه.

2.1. أركان العقد الطبي

يتكون العقد الطبي باجتماع أركانه التراضي، المحل، السبب إضافة إلى ركن الشكلية في بعض الأعمال الطبية.

1.2.1. التراضي و المحل في العقد الطبي

تناول المشرع الجزائري أحكام ركني الرضا و المحل في العقد بصفة عامة في المواد من 59 إلى 96 من التقنين المدني ، و سنحاول من خلال هذا المطب تبيان وجه الخصوصية لهذين الركنين في العقد الطبي .

1.1.2.1. التراضي في العقد الطبي

إعمالا بأحكام المادة 59 من التقنين المدني فان العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما دون الإخلال بالنصوص القانونية.

وحتى يرتب العقد الطبي آثاره القانونية لابد أن يعبر المريض على قبوله العلاج ويعبر الطبيب على قبوله القيام بالعلاج، و لقيام ركن التراضي في العقد الطبي يجب التعبير عن الإرادة من شخص مؤهلا قانونا ، وأن يتوفر رضا كل من المريض والطبيب .

1.1.1.2.1 الأهلوية القانونية للمتعاقدين

حتى يمكن لشخص ما إنشاء علاقة تعاقدية لابد أن تكون له القدرة على القيام بالتصرفات القانونية ، فيتعين أن يكون المريض أهلا لمثل هذا التصرف ولا بد أن يكون الطبيب مؤهلا قانونا لممارسة المهنة لينعقد العقد الطبي.

1.1.1.1.2.1 أهلية المريض

يقصد بالأهلية صلاح الشخص ، لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذلك [26] ص 157 وانطلاقا من التعريف المذكور فالأهلية نوعان : أهلية وجوب وأهلية أداء.

فأهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق المشروعة له وعليه ، فكل شخص قانوني له أهلية وجوب تثبت له منذ ميلاده بل وحين يكون جنينا من بعض الوجوه الى وقت وفاته ، بل حتى تصفية تركته [3] ص 231.

وأما أهلية الأداء: فهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حق وأن تحمله التزامات على وجه يعتد به قانونا [27] ص 198. ويشترط في المريض أن يتمتع بالأهلية القانونية حتى يتمكن من ابداء رأيه بالموافقة عند إقدامه على إبرام عقد طبي وقد يؤخذ بموافقة ممثلة في أحوال استثنائية.

- موافقة المريض

يقع على عاتق الطبيب التزام بالحصول على رضاء المريض قبل مباشرته لأي تدخل طبي وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الأهلية في المواد من 42 إلى 44 من التقنين المدني كما نصت المادة 78 منه على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون ، وسن التمييز في التشريع الجزائري يكون ببلوغ للشخص ثلاثة عشر سنة كاملة ليصبح راشدا ببلوغه سن التاسعة عشر كاملة.

فلا يكون المريض أهلا لإعطاء موافقته على العمل الطبي إلا إذا كان عاقلا بالغا سن الرشد ، ومتى كان كذلك كانت له الحرية الكاملة في إبرام العقد الطبي وقبول تنفيذه ويبقى المريض متمتعا بهذه الحرية طوال فترة تنفيذ العقد الطبي ومن ثمة له كامل الحرية في قبول أو رفض الدواء أو الجراحة التي يقترحها الطبيب بشأنه [27] ص 199

وكقاعدة عامة لا يشترط أي شكل معين في موافقة المريض على الأعمال الطبية، فقد يكون شفويا أو كتابيا ، غير أنه جرت العادة في التدخلات الطبية ، التي تتضمن مساسا معتبرا بالسلامة الجسمية للمريض أو تنطوي على مخاطر جسيمة، أن يعبر المريض أو من يمثله عن رضاه كتابيا ، بل من المؤسسات

الإستشفائية سواء الخاصة منها أو العمومية ، من أعدت نماذج مكتوبة لضمان إثبات موافقة المريض أو ممثله القانوني داخل بيانات محددة[19]

وقد يكون رضا المريض بالتدخل الطبي صريحا وهو الأمر الغالب ، ويتجسد الرضا الصريح للمريض إذا كانت العبارات الصادرة عنه تدل صراحة وبصفة مباشرة بما لا يدع مجالاً للشك على قبوله للعلاج المقترح من قبل الطبيب، ويعتبر الرضا الصريحاً صدق صور التعبير عن الإرادة الحقيقية[27] ص203

وإذا تم التعبير عن الرضا كتابة ، فإنه لا يشترط شكل معين ، غير أن بعض المؤسسات الصحية تشترط أن يتم الرضاء الكتابي باستعمال عبارات محددة أو إجراءات خاصة كما هو الحال في مجال التجارب الطبية أو نزع الأعضاء وبصفة عامة التدخلات الصحية غير العلاجية ، و طبقاً لأحكام المادة162 من قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري فلا يتم انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص إلا بشروط معينة منها الموافقة الكتابية من المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الوثيقة بحضور شاهدين اثنين وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة.

كما يمكن أن يتم التعبير عن الإرادة ضمناً وذلك في حال اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه [27] ص 203، ومن بين صور الرضا الضمني للمريض مد هذا الأخير ذراعه للطبيب بغرض حقنة [28] ص201 أو اتجاه المجروح إلى قسم الاستعجالات لغرض تلقي العلاج الضروري مما يفيد قبول هذا الأخير قيام أي طبيب في المصلحة المذكورة بمباشرة الإسعافات الأولية لإيقاف النزيف وتضميد الجراح[27] ص217

وأما في حالة سكوت المريض فإن الرأي الغالب في الفقه يذهب إلى عدم الأخذ بسكوت المريض وعدم اعتراضه على العمل الطبي كأساس لإباحة التدخل الطبي [4] ص335-336.

إذن الأصل أن يتعاقد المريض بنفسه مع الطبيب، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فقد ينوب عن المريض ممثلة لإبداء الموافقة على العلاج وذلك في حالات نوردتها أدناه.

- موافقة ممثل المريض

لكي يكون رضا المريض المعبر عنه إرادة ذات قيمة قانونية يتعين أن يكون صادراً ممن هو أهل له، حيث يجب أن يكون المريض بالغاً راشداً متمتعاً بكامل قواه العقلية و في صحة تخوله لإبداء رأيه بالموافقة أو الرفض [4] ص337 ، و عليه فإن القاعدة و الأصل أن تصدر الموافقة من المريض نفسه باعتباره صاحب الشأن متى كان متمتعاً بالإدراك والوعي وحرية الإختيار طبقاً للقواعد العامة، غير أن هناك حالات تستدعي تدخل ممثل المريض تضمنتها المادة154 من القانون رقم85-05 المؤرخ في16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها التي نصت على ما يلي : "إن العلاج الطبي يقدم بموافقة المريض أو من خولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك، وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أن العلاج الطبي يقدمه

الطبيب تحت مسؤوليته الخاصة إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر أو احد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب ، كما اشترطت الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر في حالة رفض العلاج من طرف الشخص الذي ينوب القاصر أن يكون ذلك بتصريح كتابي.

إذن حالات ضرورة الحصول على موافقة ممثل المريض تتمثل في: حالة المريض القاصر، حالة المريض العاجز عن التمييز، وحالة المريض الذي يستحيل عليه التعبير عن إرادته.

- حالة المريض القاصر

إذا كان المريض قاصرا وذلك في حالة عدم بلوغه سن الرشد المحدد بـ 19 سنة كاملة بمقتضى المادة 40 من التقنين المدني الجزائري فانه ينوب عنه قانونا وليه ، و طبقا لأحكام المادة 81 من قانون الأسرة و المادة 44 من التقنين المدني فان ولي القاصر هو الأب وفي حالة وفاته الأم.

و في هذا الإطار تنص المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الولي أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم.

يتضح من النص المذكور عدم وجود أي استثناء يعطي للقاصر المميز حق الموافقة على الأعمال الطبية بدون الرجوع إلى وليه بهذا الشأن واستنادا لأحكام المادة 53 من مدونة أخلاقيات الطب فهناك حماية أخرى أكثر موضوعية لهذا النوع من المرضى تتمثل في التزام الطبيب المعالج بجعل مصلحة القاصر الصحية فوق الاعتبار إذا لاحظ أثناء علاجه للقاصر أن محيطه الأسري لا يوليه العناية الواجبة [28] ص39

بالإضافة إلى ما سبق تبيانه ، فانه وعملا بإحكام المادة 206 فقرة 03 من قانون حماية الصحية وترقيتها فانه يقع على عاتق الطبيب التزام التبليغ عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم ، كما أن المادة 163 من نفس القانون تمنع نزع الأعضاء من القصر سواء تقدم المعني بنفسه لهذا العرض أو بموافقة وليه .

- حالة المريض العاجز عن التمييز

قد يكون المريض مميزا بالغا سن الرشد لكنه يعجز عن إبداء موافقته كما لو ترتب عن المرض فقدان وعي المريض أو عدم قدرته على الكلام ، ففي هاته الحالة يتعين على الطبيب الاتصال بذوي المريض أو من ينوبه لإبداء موافقتهم عن الأعمال الطبية التي سيقدمها إذ تخول المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب للأشخاص المخولين من طرف المريض لإعطاء موافقتهم، وإلا فيمكن الاستعانة بالأشخاص المخولين من طرف القانون حسبما ورد في نص المادة 146 من القانون رقم 05/85 المتعلق

بحماية الصحة و ترقيتها بحيث يرجع القرار إلى الأب أو الأم، ثم الزوج أو الزوجة ثم الابن أو الابنة، ثم الأخ أو الأخت ، وإلا يرجع إلى الولي الشرعي.

في هذا إطار ، أي في حالة الاستعجال، تنص المادة ب / ثامنا من قواعد السلوك والمهن العراقي أنه لا حاجة للطبيب لإستحصال الرضا في وقائع العوارض، التي يفقد فيها المريض وعيه وبصيرته وتتطلب إسعاف فوريا عاجلا ، كما نصب المادة ب/رابعا من ذات القانون على أنه في الحالات العاجلة والطارئة بفقدان الوعي أو عدم القدرة على الكلام أو اتخاذ القرار اللازم والتي قد تؤدي إلى الوفاة في حالة عدم إجراء عملية فورية، أو عند عدم وجود أحد من ذوي المريض أو معارفه يجوز للجراح إجراء العملية، وتقابلها المادة 38 من القانون أخلاقيات المهنة المصري والمادة 07 من قانون نقابة الأطباء اللبناني ، والمادة 18 من الدستور الطبي الأردني والمادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري [8] ص95.

وتجدر الإشارة إلى أنه من بين الأمثلة الهامة التي ترد في الواقع العملي على حالة الاستعجال هي عندما يكتشف الطبيب أثناء العملية الجراحية والمريض تحت تأثير التخدير، بأن العلة التي يهدف إلى استئصالها أخطر مما كشف عنه التشخيص المبدئي كأن يبدأ الجراح باستئصال ورم يعتقد حميدا فإذا ابه ورم خبيث تقتضي إزالته استئصال عضو بأكمله [29] ص134
فماذا يتوجب على الطبيب فعله في مثل هاته الحال.

يتجه الرأي الغالب في الفقه إلى وجوب التوقف عند حالة الاستعجال واعتبارها الحالة التي تسمح وحدها ، للطبيب بأن يجري جراحة جديدة أو جراحة مختلفة عن تلك التي تم الاتفاق عليها دون حاجة للحصول على رضا جديد من المريض أو ذويه بسبب حالة الاستعجال ، فحالة الاستعجال تعد عذرا معفي للطبيب من واجب الحصول على رضا المريض [26] ص79
- حالة المريض العاجز عن التعبير عن رضاه

إعمالا بأحكام المادة 80 من التقنين المدني فإنه إذا كان الشخص أصم ، أبكم ، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

فإذا اجتمع في مريض عاهتين من العاهات السالفة الذكر ، فإنه يتعذر عليه إبداء موافقته حول الأعمال الطبية التي قد يحتاج إليها ، ففي هاته الحالة يكفي الأخذ بموافقة من ينوب عنه سواء أكان أحد أفراد أسرته أو وليه الشرعي حسب الترتيب الوارد في نص المادة 164 الفقرتين الثانية والثالثة من قانون حماية الصحية وترقيتها.

2.1.1.1.2.1 أهلية الطبيب

يجب أن يكون الطبيب أهلا لإبرام العقد الطبي وتتوفر فيه شروط ممارسة مهنة الطب ، ويشترط أن يتمتع الطبيب بأهلية التعاقد وذلك بأن يكون راشدا ، متمتعا بأهلية الأداء ، وطبقا لأحكام المادة 40 من التقنين المدني فان كل شخص بلغ سن التاسعة عشر (19) يعتبر شخصا راشدا وله القدرة الكاملة لمباشرة الحقوق المدنية، ونظرا لكون الطبيب يتلقى في المرحلة الجامعية تكوينا لمدة سبع (07) سنوات حتى يصبح طبيبا عاما، فهو بذلك عند إقباله على ممارسة مهنته كطبيب يكون قد تعدى سن التاسعة عشر ومنه فان عامل السن لا يثير إشكالا بالنسبة للطبيب ما لم تصب أهلية بعارض من عوارض الأهلية فيمنع عليه عندئذ ممارسة مهنة الطب لانعدام أهليته لاسيما وأن المادة 197 من القانون رقم 05/08 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها تنص بوضوح على وجوب تمتع الطبيب بصحة عقلية جيدة، وعدم إصابته بأية عاهة أو علة مرضية منافية لممارسة المهنة بما في ذلك الجنون.

إضافة إلى ضرورة أن يكون الطبيب مؤهلا لإبرام العقد الطبي ، فقد اشترطت مدونة أخلاقيات مهنة الطب شروط يجب توفرها في الطبيب ، حتى يكون أهلا لممارسة هذه المهنة، وهي الشروط التي حددتها المادة 19 من القانون 05-85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها بنصها " تتوقف ممارسة مهنة الطب ، والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.
- أن لا يكون تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.
- أن يكون متحصلا على شهادة في الاختصاص و أن يكون جزائري الجنسية ، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة.

وبموجب المادة 268 مكرر من القانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 المعدل والمتم لقانون الصحة وترقيتها يجب أن يكون الطبيب مقيدا لدى مجلس جهوى لأداب الطب و أداء اليمين . يتضح من النص السالف الذكر أن المشرع الجزائري قد اشترط ضرورة الحصول على الرخصة القانونية تسلم من الوزير المختص وبالنتيجة إضفاء طابع الشرعية على عمل الطبيب ، وينبغي على هذا المنطق أن الطبيب الذي يملك مؤهلات علمية تمكنه من مباشرة عمله الطبي يعد معتديا ومسئولا عن جميع أعماله وتصرفاته مدنيا وجزائريا إذا لم يكن قد حصل على رخصة تأذن له بهذه الممارسة[3] ص217 ولا يشفع له توافر عنصر رضاء المريض ولا قصده النبيل في ابتغائه شفاء المريض حتى ولو تحققت هذه النتيجة ، أو انه لم يرتكب خطأ ماديا أو فنيا[30] ص88

إضافة إلى الشروط السابقة تبيانها لممارسة مهنة الطب ، فقد أضاف المشرع الجزائري.

2.1.2.1. وجوب توفر رضا المتعاقدين

يعتبر ركن التراضي أساس قيام العقود ، ويقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب، و بالنسبة للعقد يعني توافق إرادتي طرفيه على إحداث الأثر القانوني المقصود منه [4] ص 198 ، ولانعقاد العقد الطبي لابد من توفر رضا المتعاقدين المريض والطبيب.

1.2.1.2.1. رضا المريض

يعد رضا المريض من المسائل الضرورية التي يقتضيها العقد الطبي وتكمن خصوصيه وضرورة هذا الرضاء في جانبين: [4] ص 339، الأول هو محل العقد الطبي ، إذ لا يجوز المساس به حتى ولو كان ذلك لغاية علاجية ما لم يسبقه رضا المريض نفسه أو رضا من يمثله، والثاني هو أن الطبيب ملزم بالحصول على رضا المريض ليس مرة واحدة فقط عند إنشاء العقد الطبي الذي يربط بينهما ، لكنه ملزم كذلك بالحصول من ذات المريض على رضا جديد بحسب الأحوال عن كل عمل فني يمارسه الطبيب اتجاه مريضه.

إذن لا يمكن للطبيب مباشرة أي عمل طبي ما لم يحصل على موافقته المريض وفي هذا الإطار تنص المادة 154 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على أنه: " يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يؤهلهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك".

وتنص المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أنه: " للمريض حرية اختيار طبيب، أو جراح أسنانه أو مغادرته ، وينبغي للطبيب أن يحترم حق المريض هذا ، وأن يفرض احترامه وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض"

وتضيف المادة 44 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر على أنه: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو بموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ، وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته"

فاستنادا لنصوص المواد المنوه أعلاه فانه لقيام أو بالأحرى لانعقاد العقد الطبي لا بد من توافر رضا المريض الأمر الذي يستدعي التعريف برضا المريض أولا ، والشروط الواجب توفرها فيه في مرحلة ثانية، و كذا التطرق إلى مسألة ما إذا كان يجب أن يتخذ رضا المريض شكلا معيناً .

محتوى رضا المريض:

الأصل أن لا يلجأ الطبيب إلى علاج المريض أو للمساس بجسمه دون الحصول على رضائه مسبقاً، فهذا الرضا يقتضيه احترام الحرية الشخصية للفرد إذ لكل إنسان حقوق مقدسة على جسمه لا يجوز المساس بها بغير رضائه، وكل اعتداء على هذه الحقوق يترتب مسؤولية على من ارتكبه [4] ص 340

وبناء عليه فإن تدخل الطبيب لعلاج المريض متوقف على وجود رضا المريض وموافقته ، فالمرضى الحق في اختيار طبيبه وذلك استناداً لعنصر الثقة التي يجب أن تكون قائمة بين الطرفين فاختيار الطبيب المعالج لا يتم على أساس مهني فحسب بل أيضاً على اعتبارات شخصية تدور أساساً حول عنصر الثقة (ثقة المريض بطبيبه) [28] ص 41 ، وفي هذا الصدد تنص المادة 67 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 07/06 1979 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على انه يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لفحص المريض يعالجه زميل آخر أن يحترم القواعد التالية:

- يقدم العلاج إذا كان المريض يريد تغيير الطبيب أو جراح الأسنان.
- يقترح فحصاً مشتركاً إذا أراد المريض طلب مجرد رأي دون تغيير الطبيب أو جراح الأسنان المعالج وإذا رفض الاقتراح يقدم له رأيه والعلاج الضروري عند الاقتضاء ، وبالاتفاق مع المريض يخبر الطبيب المعالج أو جراح الأسنان المعالج.
- إذا طلب المريض زميل آخر بسبب غياب طبيبه المعالج أو جراح أسنانه، فعلى هذا الزميل أن يكفل العلاج طيلة الغياب ويكف عنه فور عودة الطبيب المعالج أو جراح الأسنان المعالج، وان يقدم لهذا الأخير بالاتفاق مع المريض كل المعلومات الضرورية ،
- وفي حالة رفض المريض يجب أن يحبطه علماً بالآثار السلبية التي قد تترتب على مثل هذا الرفض" و تخول المادة 68 من مدونة أخلاقيات الطب للطبيب إمكانية استقبال الطبيب في مخدعه الطبي الخاص كل المرضى، سواء كان لهم طبيب معالج أم لا، لكن إذا اتصل به مريض في مخدعه بدون علم طبيبه المعالج ، يجب عليه بعد موافقة المريض أن يحاول الاتصال بزميله المعالج قصد تبادل المعلومات و اطلاع كل واحد منهما حول ملاحظات الآخر و على النتائج المتوصل إليها ..
- إذن يتضح من خلال ما سبق أن رضا المريض يتجلى في حرية اختياره للطبيب، واحترام إرادته ورغبته في العلاج.

كما للمريض الحق في رفض العلاج وهي صورة أخرى تجسد رضا المريض في التعاقد تناولتها المادة 69 من مدونة أخلاقيات الطب التي نصت على إمكانية رفض المريض للعلاج شريطة تقديم تصريح كتابي بهذا الشأن ، فالمرضى له الحرية الكاملة في قبول العلاج والخضوع له أو تحمل الآثار المترتبة على

التطور الطبيعي للمرض [30] ص 101

و تجدر الإشارة إلى أن رفض المريض للعلاج قد يكون لأسباب دينية أو عقائدية أو نفسية كرفض نقل الدم لمعتقدات دينية إذ توجد جماعة يهودية تحرم معتقداتها الدينية نقل الدم تسمى بـ " شهود يهوذا" أو بهوفا [28] ص32.

وفي حالة رفض المريض صاحب الأهلية الكاملة أو الرضاء الصحيح التدخل الطبي يعفى الطبيب من المسؤولية ، لكن يثور الشك حول مسؤولية هذا الأخير عندما يكون تدخله ضروريا تستدعيه حالة المريض ، إذ يشترط القضاء في مثل هاته الحالة لتخلص الطبيب من المسؤولية اثبات رفض المريض كتابه لتدخله [30] ص91

إذ يسأل الطبيب عن الرحيل المبكر للمريض من المستشفى بعد إجراء العملية الجراحية، وما ينتج عن ذلك من أضرار إذ يتعين على الطبيب الحصول كتابة من المريض على ما يثبت رفضه البقاء [8] ص133

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن الاستغناء عن رضا المريض وذلك في الحالات التي يكون فيها في وضع لا يسمح له بإبداء رضاه لكونه في غيبوبة أو ناقص الأهلية أو عديمها فهنا يلزم رضا ممثله القانوني أو أقربائه المقربين [7] ص15

ولا يلزم الرضا كذلك في الوضع الذي تقتضي فيه حالة المريض التدخل السريع وعدم انتظار اخذ رأي ممثليه أو أقربائه لمن هو في حادث [10] ص53 ، كما أنه لا يلزم رضا المريض في الحالات التي يلزم القانون الطبيب فيها بالتدخل بإجراء التطعيم وحوادث العمل والفحوص العسكرية [10] ص54 - شروط الرضا

حتى يكون رضا المريض صحيحا يشترط أن يكون رضا المريض متبصرا، حرا ومشروعا.

رضا متبصر

يقصد بالرضا المتبصر أن يكون المريض عالما بحالته المرضية، وبنوع الأعمال الطبية أو الجراحية التي ستجرى له، وما تنطوي عليه هذه الأعمال من نتائج ومخاطر [8] ص133، فالعمل الطبي ما كان ليجد سببا لإباحته والترخيص بإجرائه إلا لتوفر مصلحة المريض فيه [8] ص134

ما من شك أن المريض وقبل أن يعلن عن رضاه لابد أن يكون على بينة بحالته المرضية ، ووضعيته وإمكانية علاجها ، وسبل العلاج ومدى خطورته [8] ص134 ، وعندئذ يقع على عاتق الطبيب التزام بإعلام المريض بطبيعة العلاج ومخاطره وإلا ترتبت مسؤوليته عما قد ينتج من أضرار نتاج تدخله ، كل ذلك حتى يتسنى للمريض إبداء موافقته وقد أطلق الفقه على هذا "مبدأ الرضا المتبصر" ولقد استقر القضاء في فرنسا على أن تبصير المريض يجب أن يكون بسيطا ، وتقريبيا وصادقا وواضحا ومفهوما ولقد ذهب بعض أحكام القضاء الفرنسي إلى إلزام الطبيب بتبصير مريضه أن يعطيه دروسا في الطب مع تبسيط

المفاهيم الطبية [8] ص134

وقد اختلف الفقه حول هذا الالتزام و انقسم إلى ثلاث اتجاهات ، يرى أولها ضرورة تبصير المريض وتوضيح نوع التدخل ومخاطر العلاج المقترح وأن الكذب وإخفاء الحقيقة على المريض يعد خطأ طبيا يوجب المسؤولية[31] ص73 ، وقد اخذ القضاء الفرنسي بهذا الاتجاه وقضى بان الطبيب الذي يجري عمليات طبية دون تبصير المريض جميع الأخطار المحتملة وبغير رضاه منه يعد مسؤولا عن كافة النتائج الضارة التي نتجت عن عمل الطبيب ولو لم يرتكب أي خطأ طبي[8] ص135.

أما أنصار الاتجاه الثاني فيقولون بضرورة وضع المريض تحت وصاية الطبيب ، لأنه لا يستطيع تقدير مسألة التدخل الطبي تقديرا سليما وأن إخطار المريض من طرف الطبيب للحصول على رضائه يمثل التزاما محدودا غير مطلق نظرا لجهل المريض، وفي الغالب الأعم، أمور الطب وتفصيله[32] ص60 أما الاتجاه الثالث فذهب أصحابه إلى إباحة الكذب التفاضلي من طرف الطبيب اتجاه مريضه إذا كان ذلك يستهدف مصلحة المريض وتحسين حالته الصحية والنفسية مع رفضهم المطلق للكذب التشاؤمي الذي يخفي النتائج والعلامات الجيدة والحسنة عن المريض[32] ص135

وعن موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن ، فقد نص في المادة 51 من المرسوم رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على إمكانية إعفاء الطبيب من إعلام مريضه في بعض الحالات ، كحالة إصابة المريض بمرض خطير إذ يمكن للطبيب ولأسباب مشروعة يقدرها بكل صدق وإخلاص أن يخفي على المريض طبيعته مرضه.

كما نصت المادة43 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي ، فقد أورد المشرع الجزائري في هذا النص القانوني التزام الطبيب بإعلام المريض من خلال صيغة الوجود التي استهل بها النص القانوني المذكور مشترطا أن تكون المعلومات المقدمة من طرف الطبيب للمريض واضحة وصادقة.

كما نصت المادة44 من نفس القانون على أنه يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة ومنتصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ، وإعمالا بهذا النص القانوني فإنه يتعين أن يسبق موافقة المريض إعلام الطبيب له بكل جوانب العمل الطبي غير أن المشرع الجزائري لم يحدد محتوى هذا الالتزام.

هذا و تجدر الإشارة إلى أنه يتعين على الطبيب عند إفادة المريض بالمعلومات التي تخص مرضه، أن يراعي حالته النفسية ذلك أن ذكر النتائج الضارة قد يؤثر على معنويات المريض فجهل المريض للعلوم الطبية يقتضي على الطبيب أن يجتنب إفادته بالمعلومات الدقيقة التي لا يفهمها و لا يستطيع فهمها[8] ص135

ونخلص إلى القول أن التبصر الذي يجب إفادة المريض به هو ذلك الشرح الوافي المقدم من قبل الطبيب بطريقة سهلة وبسيطة مستعينا في ذلك بعبارات واضحة يستطيع الرجل العادي إدراكها، حتى يتمكن

المريض ذو المستوى المتواضع اتخاذ قراره بقبول أو رفض العمل الطبي المعروف عليه وهو على علم ودراية من أمره [33] ص 47، و يتعين على الطبيب أن يراعي في التزامه بتبصير المريض ، الظروف النفسية لهذا الأخير ، فله أن يخفي عن المريض بعض النتائج الضارة التي قد تؤثر على معنوياته ، و قد اقر القضاء الفرنسي حق الطبيب في الكذب على المريض بإخفائه حقيقة المرض عليه طالما أن ذلك يلعب دورا حاسما في حالته النفسية و بالتالي الجسدية ، و أن ذكر الحقيقة لن يكون له أثر إيجابي و لا تستلزمه طبيعة العلاج ، بل يمكن أن يكون له أثر سلبي واضح ، و لكن الكذب إذا كان بهدف تضليل المريض و حمله على قبول طريقة معينة للعلاج يريدتها الطبيب بهدف مادي أو تجريبي فإنه يعد سببا في إقامة مسؤولية الطبيب [1] ص 311

رضا حر:

إن مبدأ تبصير المريض بالعلاج الخاص بحالته المرضية غير كاف لقيام الرضا، بل لابد أن يكون رضاه حرا، وفي هذا الإطار تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب على انه " يخضع كل عمل طبي فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريض موافقة حرة " .

وحرية الرضا تتمثل في الاختيار المسئول بقبول التدخل الطبي أو رفضه [26] ص 181، فالمريض حين توجهه للطبيب بغية طلب العلاج يكون ذلك بمحض إرادته بعيدا عن كل تأثير أو ضغط بحيث يكون العلاج هدفه الشفاء ، وهو الاعتبار الرئيسي الوحيد الذي يحمل المريض على قبول أو رفض العلاج [1] ص 420.

و يكون رضا المريض حرا متى كان خاليا من أي عيب يشوب إرادته ويجعلها تصدر معيبة، كالغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

فالغلط كعيب من عيوب الإرادة يقصد به حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم غير صحتها [10] ص 62.

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام الغلط في المواد من 83 إلى 85 من التقتين المدني ، فقد أجازت المادة 82 للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد طلب إبطاله، وعرفت المادة 82 الغلط الجوهري بأنه ذلك الذي بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه لما تم التعاقد، وأيضا ذلك الذي يقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية أو الذي يقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته كانت سببا رئيسيا في التعاقد، ومن الأمثلة على الغلط في ذات المتعاقد، أن يلجأ مريض إلى طبيب ، نظرا لسمعته المتداولة ثم يتضح أن هذا الطبيب، ليس ذاك الذي قصده المريض للعلاج بل وقع في غلط نتيجة تشابه في الأسماء.

أما التدليس فقد تناول المشرع الجزائري أحكامه بمقتضى المادتين 86 و 87 من التقنين المدني، ويعرف التدليس على أنه إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد [7] ص 355

ويعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري "بأنه إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد [10] ص 63. ويتصور التدليس على المريض من طرف الطبيب في سكوت هذا الأخير عن تبصير الأول ببعض المعلومات والملابسات عن العمل الطبي ، بحيث أن الإفصاح عنها كان سيؤدي حتما إلى إحجام المريض عن التعاقد معه [10] ص 63 وقد استقر القضاء الفرنسي على أن السكوت عن إعطاء البيانات والمعلومات يعد عملا تدليسيا من الطبيب على مريضه [5] ص 155

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يعتبر من قبيل التدليس تعمد الطبيب إخفاء بعض المعلومات إذا كان إخفائها مصلحة المريض وهو ما نصت عليه أحكام المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها : " يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أن الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقا عملية الإفشاء هذه ، أو عين الأطراف التي يجب ابلاغها بالأمر ، و لا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمقتضى الحذر و الاحتراز "

إذن إذا كان الطبيب ملزما بإعلام المريض و إحاطته علما بكل ما يتعلق بحالته الصحية ، فانه مخول قانونا إخفاء لأسباب مشروعة ما يقدره من معلومات وذلك في حال تأكده من المبرر القوي في إطار مصلحة المريض كأن يقصد الطبيب التخفيف من معاناة المريض.

هذا وتجدر الإشارة إلى انه فيما يخص مسألة الكذب الحاصل من الطبيب على مريضه ، فان المبدأ العام مستقر على أن الكذب يعد عملا غير مقبول ويتناقض و واجب الأمانة والصدق الواجب أن يتحلى بهما الطبيب تجاه مريضه [7] ص 30، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الكذب البسيط يشكل تدليسا على المريض

كما اعتبر القضاء في فرنسا أن الكذب الذي يرمي ويقصد به الطبيب إخفاء الألم عن مريضه وتخفيف المعاناة عنه يعد أمرا مقبولا مادام أن في ذلك مصلحة المريض [10] ص 65

و أما الإكراه كعيب من عيوب الإرادة فقد تناول المشرع الجزائري أحكامه ضمن نص المادتين 88 و 89 من التقنين المدني، والإكراه ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه [5] ص 253

وقد اعتبر بعض الشراح أن حالات الإكراه في العقد الطبي نادرة الحدوث ، إذ لا يعقل أن يكره طبيب ما مريضا على قبول العلاج و على إبرام عقد العلاج [19]

ومن أمثلة الإكراه ما عرض على القضاء المصري، حيث أن مريضه أكرهها زوجها تحت ضغط طلاقها على قبول العلاج، كما ساهم الطبيب المعالج في ذلك بإيهامها أن العلاج يقتصر على إعطاء حقنة فقط، لتجد نفسها بعد أن أفقت من تأثير التخدير أنه أجرى لها عملية إجهاض، فقد جاء في حيثيات الحكم ما يلي " وحيث أن الدكتور س أجرى الكشف على المجني عليها بغير رضاها أو على الأقل تحت تأثير إكراهها من زوجها وخداعه لها تحت مخدر، وهو بهذا التصرف يعد خارجا على قواعد المهنة الطبية وواجباته كطبيب[30] ص92.

ومن قبيل الإكراه في العقد الطبي استغلال الطبيب خطورة المرض الذي يعاني منه المريض وإيهامه بخطر جسيم يحدق به في حال عدم أخذ العلاج، فيضطر المريض للتعاقد تحت رهبة الخطر الجسيم الذي يهدد صحته ، فيكون للمريض في هاته الحالة الحق في المطالبة بإبطال العقد استنادا لأحكام المادة 88 من التقنين المدني .

كما يمكن أن يشوب رضا المريض عيب الاستغلال وذلك في حال استغلال الطبيب طيش بين أو هوى جامحا في المريض يدفعه للتعاقد معه يتحمل إثرها المريض التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض[17] .

ومن الأمثلة عن الاستغلال في العقد الطبي مغالاة الطبيب المعالج في أتعابه مقارنة مع الخدمة المقدمة من طرفه.

فيحق في هاته الحالة للمريض المطالبة بإبطال العقد خلال أجل سنة من تاريخ إبرام العقد[28] ص40.

- شكل الرضا

قد يكون رضا المريض بالعلاج الذي أشار به الطبيب ومضاعفاته ونتائجه ثابتا بالكتابة[33] ص 57، وفي هذا الصدد تنص المادة 162 من مدونة أخلاقيات الطبيب على أنه " 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، و تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة"

إذن يشترط لمشرع الجزائري الكتابة كدليل إثبات الرضا في حالة انتزاع الأنسجة ، إذ لا يكفي أن يعبر المريض عن إرادته شفاهة بل يجب إفراغ هاته الإرادة في شكل كتابي إضافة لشرط حضور شاهدين وإيداع الوثيقة المتضمنة الموافقة لدى مدير المؤسسة والطبيب ورئيس المصلحة.

كما يشترط المشرع الجزائري إبداء الموافقة كتابة وذلك في حالة تشريح الموتى لهدف علمي ويكون ذلك بموافقة المعني بالأمر وهو على قيد الحياة أو موافقة ذويه[3] ص290.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة عدم حصول الطبيب من المريض على إقرار كتابي برضائه، فإن المحكمة تستخلص هذا الرضا من القرائن والظروف المحيطة به، كطلب المريض من الأطباء تحويله إلى أخصائي ، فإن ذلك يعني ضمناً قبوله لتدخل هذا الأخير وعلاجه [3] ص 291

ففي حال قيام نزاع بين الطبيب والمريض حول إبداء الموافقة للتدخل العلاجي، تطرح هنا مسألة عبء الإثبات ، ويتعين عندئذ الرجوع إلى القواعد العامة التي تقتضي أن البنية على من ادعى أي أن المريض هو الذي يتحمل عبء الإثبات [28] ص 40

و في هذا الصدد، صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرار بتاريخ 1951/05/29 ألفت فيه عبء إثبات عدم الحصول على الرضا بالتدخل الطبي على عاتق المريض ، إذا جاء في القرار المذكور ما يلي : " إن إثبات تقصير الطبيب بالتزاماته بعدم الحصول على موافقة مريضه بالعملية مسألة تلزم الإثبات من المريض نفسه كي تقام المسؤولية على طبيبه [10] ص 78.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر لها صدر بتاريخ 1949/05/26 بما يلي " على المريض أن يثبت خطأ الطبيب بعدم حصوله على رضاه الحر بإخضاعه للعلاج" [9]

ومع ذلك هناك بعض المحاكم قد ذهبت إلى أن عبء الإثبات يقع على الطبيب حتى يبرر مشروعية تدخله، فعليه يقع واجب إقامة الدليل على رضاه المريض بتدخله وعلاجه [9]

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للقاضي استخلاص رضاه المريض من وقائع القضية، ويمكنه الاستعانة بنوي الخبرة والاختصاص حول ظروف التدخل الطبي.

وقد علق الأستاذ "سافاتي" على حكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه أعلاه الصادر بتاريخ 1951/05/29 والذي حمل المريض عبء إثبات رضاه بقوله أنه فات على هذا الحكم أنه طالب المريض وحمله عبء اثبات سلبي يتمثل في عدم رضاه على الفعل الجراحي الذي باشره الطبيب ، مع أن ذلك أمر صعب جدا و أن المريض هو الطرف الضعيف أمام طرف قوي هو الطبيب [3] ص 90

2.2.1.2.1. رضا الطبيب

لا يتكون العقد الطبي إلا بتوفر ركن التراضي الذي يقتضي رضا الطرفين، إذ لا يكفي رضا المريض بل يجب أن يقابله رضا الطبيب.

و القاعدة العامة هي موافقة الطبيب لتقديم العلاج، القاعدة التي يرد عليها استثناء مفاده رفض الطبيب تقديم العلاج وذلك في حالات وشروط محددة.

- موافقة الطبيب لتقديم العلاج :

تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92 / 762 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب على أن رسالة الطبيب تتمثل في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية و العقلية و في

التخفيف من المعاناة ضمن احترام الفرد و كرامته الانسانية دون تمييز من حيث الجنس و السن و العرق و الدين و الجنسية و الوضع الاجتماعي و العقيدة السياسية أو اي سبب آخر في السلم و الحرب .
 إذن فالطبيب يسعى إلى ضمان علاج المريض وفقا لطبيعة رسالته المهنية ووفقا لقواعد الأخلاق ،
 وإذا ما قبل الطبيب علاج المريض يلتزم بضمان تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالمزملاء المختصين والمؤهلين[3] ص90 متقيدا في ذلك بالسلوك المستقيمة وحسن الرعاية وان يحترم كرامة المريض[3] ص90.

ومن بين صور الرضا لدى الطبيب حرية هذا الأخير في اختيار مرضاه، فكما للمريض حرية في اختيار طبيبه فان للطبيب الحرية في اختيار مرضاه وذلك استنادا لمبدأ حرية الفرد في اختيار من يتعاقد معه ، وهو الأمر الذي أكدته تعليمات السلوك المهني للأطباء في العراق في البند خامسا الذي نص على ما يأتي :
 "للطبيب حق الاختيار في تقديم خدماته لمن يريد لأسباب مهنية أو لأسباب شخصية إلا في حالة الطوارئ أو حالة الضرورة أو في حالة ارتباطه بالعناية بمريض[28] ص34

كما نصت المادة 15 من لائحة آداب وميثاق شرف مهنة الطب البشري المصري لعام 1974 على أنه: "يجوز للطبيب أن يعتذر عن معالجة أي مريض منذ البداية لأسباب شخصية أو تتعلق بالمهنة"[4] ص172

و قضت المادة 13 / ف ح من الدستور الطبي الأردني بأنه: "فيما عدا حالات الطوارئ والإسعاف للطبيب الحق في رفض المعالجة لأسباب مهنية وشخصية"[4] ص180.

و في هذا الصدد تنص المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه يمكن للطبيب وجراح الأسنان أن يرفض لأسباب شخصية تقديم لعلاج.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من التسليم بحرية الطبيب في تقديم العلاج إلا أن هذا لا يمنع من الحد من حرية الطبيب في رفضه لتقديم العلاج.

رفض الطبيب لتقديم العلاج:

كان الاتجاه السائد ، وفقا للمذهب الفردي لدى الفقه والقضاء الفرنسيين بأن الطبيب كسائر المواطنين، له كامل الحرية في ممارسة مهنته وبالطريقة التي تروقه إذ له الحق في قبول أو رفض الدعوة للعلاج ولا يلتزم بإجابة المريض [4] ص 180، فقيام العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض في إطار عقدي يستتبع أن يكون الطبيب حرا في اختيار من يتعاقد معه ، وتبعاً لذلك يكون له الحق في رفض التعاقد مع مريض معين أي كان الدافع وراء هذا الرفض[8] ص149

إلا أن ظهور الاتجاهات الحديثة في نسبية الحقوق ووظيفتها كان له أثر فعال في تقييد تلك الحرية المطلقة للطبيب فاستنادا لأحكام المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب فانه يمكن للطبيب رفض تقديم العلاج لأسباب شخصية لوجود عداوة بينه وبين المريض شريطة أن لا تكون حالة هذا الأخير خطيرة.

كما يمكن للطبيب أن يرفض تقديم العلاج لأسباب مهنية مثل كما هو الحال بالنسبة لحالة الاستشارة المشتركة لطبيب مع زميل آخر بطلب من المريض فاستنادا لأحكام المادة 69 فقرة 02 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب يمكن للطبيب المعالج عدم الموافقة على الاختيار الذي تقدم به المريض بخصوص طلب الاستشارة إذ يستطيع الطبيب في هاته الحالة الانسحاب دون أن يتعين عليه تبرير انسحابه لأحد.

كما يمكن للطبيب المعالج حرية الكف عن تقديم العلاج وذلك في حالة ترجيح المريض أو أسرته لرأي الزميل المستشار وهو الأمر الذي تقضي به أحكام المادة 70 فقرة 02 من مدونة أخلاقيات الطب.

ولما كان العقد الطبي ذو طبيعة خاصة ويتميز عن غير من من العقود بأنه عقد إنساني إذ يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته بدون تمييز بسبب اللون أو العرق أو الدين أو الوضع الاجتماعي أو السياسي ، فإنه يتعين الحد من حرية الطبيب في رفضه لتقديم العلاج لاسيما في حالة المريض الذي يواجه خطرا وشيكا إذ تنص المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب على إمكانية رفض الطبيب تقديم العلاج لكن في حدود ما نصت عليه المادة 09 من نفس المدونة التي تنص على وجوب أن يسعف الطبيب ، أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وان يتأكد من تقديم العلاج الضروري له .

إذن يتضح مما سبق أن الأصل أن للطبيب الحق في رفض علاج المريض لأسباب مهنية كأن تتعارض موافقته على علاج المريض مع آداب مهنة الطب مثلا فقد يرفض الطبيب علاج مريض كون مرضه يخرج عن اختصاص الذي قصده أو ان يرفض علاج مريض يتلقى العلاج، في الوقت نفسه ، من طبيب آخر زميله في المهنة دون أن يأخذ موافقة طبيبه الأول [5] ص 219

كما يحق للطبيب رفض طلب المريض للعلاج لأسباب شخصية، كوجود عداوة بين الطبيب والمريض ذلك أن الطبيب قد يشعر بأن هناك حاجزا نفسيا يمنعه عن أداء واجبه الطبي في علاج هذا المريض كما يجب [5] ص 218

لكن يتعين أن لا يتعسف الطبيب في استعمال حقه في رفض تقديم العلاج وإلا قامت مسؤولية عن الخطأ المتمثل في التعسف في استعمال الحق ، فنظرا لخلو التقنين المدني من نص صريح يحكم حالة امتناع الطبيب ، فإنه لا مانع من مسائلة الطبيب مدنيا اذا ما امتنع عن تقديم المساعدة للمريض على أساس التعسف في استعمال حق الامتناع متى اقترن استعمال هذا الحق بنية الإضرار بالغير ، و يمكن استخلاص هذه النية من ملاحظات الحالة ، كما لو كان المريض في خطر حقيقي و كان الطبيب يعلم بذلك و كانت عملية الاسعاف وقت تقديم الخدمات الطبية سهلة و تعيد له عافيته ، و مع ذلك أثار الطبيب الامتناع [26] ص

209

غير أنه ولما كان العقد الطبي يمتاز بالإنسانية بالدرجة الأولى فإنه يجب أن لا تتعارض الأسباب المهنية و الشخصية التي يحق للطبيب بموجبها رفض تقديم العلاج مع الجانب الإنساني لمهنة الطب بصفة عامة التي فحوى رسالتها ضمان علاج المريض والدفاع عن صحته البدنية واحترام كرامته .

والى جانب ضرورة توفر ركن التراضي في العقد الطبي فإنه يجب لاكتمال تكوينه توافر أركان أخرى من بينها المحل.

2.1.2.1. المحل في العقد الطبي

أثار ركن المحل بعض التساؤلات الفقهية حول ما إذا كان الأمر يتعلق بمحل الالتزام أو بمحل العقد، باعتبارهما أمران مستقلان عن بعضهما البعض أو أن المحل يتعلق بالالتزام دون العقد [26] ص210 واستنادا لأحكام المادة 92 من التقنين المدني فإن المشرع الجزائري أشار في الفقرة الأولى من المادة المذكورة إلى محل الالتزام بقولها: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً" في حين أشارت الفقرة الثانية إلى العملية القانونية وهي التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة وهو ما يسمى بمحل العقد. وبغض النظر عن اختلاف الآراء الفقهية في تحديد مفهوم محل العقد الطبي، إلا أن الاجماع قائم على أنه يقع على عاتق الطبيب إما بذل العناية اللازمة أو تحقيق نتيجة معينة عند تقديمه للعلاج (طبيعة التزام الطبيب).

1.2.1.2.1. مفهوم محل العقد الطبي

لتحديد مفهوم محل العقد الطبي لابد من تعريفه و تبيان شروطه التي تشكل قيدا لبعض الأعمال الطبية.

1.1.2.1.2.1. تعريفه

تنص المادة 92 من التقنين المدني على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً و محققاً، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

يتضح من المادة المذكورة أن الفقرة الأولى منها تشير إلى محل الالتزام وهو ما يتعهد به المدين [34] ص53، وتشير الفقرة الثانية إلى العملية القانونية وهي التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، أي محل العقد وهو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها كالبيع، الإيجار والتأمين مثلا [34] ص53.

و أمام الجدل الفقهي الذي ثار بشأن التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام يمكن تعريف محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم بإعطائه أو بعمله أو بالامتناع عن عمله [34] ص54.

وبإسقاط هذا المفهوم العام على ميدان المسؤولية الطبية، فإن محل العقد الطبي هو ما يلتزم الطبيب القيام به تجاه مريضه، فيلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري أو الحد من آلام المريض أو تخليصه

منها[34] ص 54، ويتمثل هذا الالتزام الذي يرد على جسم الإنسان إما بذل العناية اللازمة أو تحقيق نتيجة معينة.

فالالتزام الذي يباشره الطبيب يقع على جسم الإنسان بأعضائه ووظائفه العضوية أو الحيوية ، سعيا في ذلك للتخفيف من معاناته أو تقليص من آلامه أو الحد من أمراضه ، بمعنى أن دائرة التعامل في العقد الطبي تختلف عن بقية العقود التي قد ترد على المال أو الأشياء لذا يمنع القانون كل اتفاق يكون محله المساس بالكائن البشري، ووضع عدة قيود لتضييق نطاق حرية التعامل، بتعبير آخر ضمان سلامة الجسد حتى يكون التزام الطبيب مشروعاً وذلك أن مشروعية الالتزام الطبيب تكمن في عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان.

1. 2. 1. 2. 1. 2. 1 شروط المحل

يلزم في محل الالتزام توافر شروط معينة تضمنتها المواد 92 و 96 من التقنين المدني تتمثل في : أن يكون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب، فشرط الوجود لا يمكن تطبيقه في العقد الطبي، نظراً لأن العبرة بوجود الشيء محل الالتزام، هو نقل حق عيني أو حق مالي، وجسم الإنسان بعيد عن كونه حق عيني أو مالي. وأما شرط إمكانية الوجود، و بما أن الطبيب يلتزم بتقديم العلاج الضروري للمريض فإن المحل يكون ممكناً.

و أما ما يتعلق بتعيين المحل، فهذا الشرط هو الآخر لا يجد صداه في العقد الطبي لأن جسم الإنسان ليس شيئاً يتطلب تعيينه [35] ص 56 يتضح مما سبق أن شرطي وجود المحل أو إمكانية وجوده وتعيين المحل في العقد الطبي لا تثير إشكالات كبيرة، في حين أن شرط مشروعية المحل في العقد الطبي متشعب، فمشروعية محل التزام الطبيب تتمثل في عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان هذه القاعدة العامة- عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان – يرد عليها استثناء يتمثل في جواز التعامل في جسم الإنسان في حالات و لأسباب معينة:

1.2.1.2.2.1. القاعدة العامة عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان

الأصل أنه لا يجوز التعامل في جسم الإنسان، هذا الأخير أصبح يشعر أنه ضحية علمه و تقدمه نظراً للاكتشافات العلمية مما يتعين معه وضع أسس علمية وقانونية لتحديد النظام القانوني للتصرفات التي يكون محلها الإنسان[36] ص 40

ويرجع سبب عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان إلى الأسباب دينية أو اجتماعية أو قانونية.

فلا يجوز التعامل في جسم الإنسان من الناحية الدينية كون أن كل ما في الكون من نفس ومال وممتلكات ملك لله عز وجل، أباح للإنسان تمكّلها لاستعمال في الحدود المشروعة لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا تزول قدما عبد يوم القيامة حتى يسأل عن عمره فيما أفناه؟، وعن عمله فيما فعل؟ وعن ماله من أين اكتسبه؟ و فيما أنفقه؟ وعن جسمه فيما أبلاه؟" [37] ص 259

كما لا يجوز التعامل في جسم الإنسان لأسباب اجتماعية، فمن بين حقوق الإنسان سلامة الجسد وهو حق غير مالي ويهم الإنسان بالدرجة الأولى، ويتعين على الدولة أن تكفل حماية لأفرادها، فحماية المصالح الخاصة هي في ذات الوقت حماية للمصالح العامة [34] ص 58

وأما عدم جواز التعامل في جسم الإنسان من الناحية القانونية فقد عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 96 من التقنين المدني بقولها: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا" حيث كرس المشرع الجزائري عدم صحة المحل الذي يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة بسبب عدم مشروعيته ، و قد كرس قانون العقوبات الجزائري ضمان سلامة جسم الإنسان من خلال وضعة جزاءات ردعية لأفعال مجرمة كما هو الحال بالنسبة لأعمال العنف .

2.2.1.2.2.1. الاستثناء قابلية التعامل في جسم الإنسان

إن التطورات العلمية هزت المبدأ العام الذي مبناه عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان وأصبح من مصلحة المريض جواز المساس بجسمه كما هو الأمر في حالة الإجهاض، نقل وزرع الأعضاء، التلقيح الاصطناعي، الإنعاش الاصطناعي وتشريح الموتى.

الإجهاض:

تعرف واقعة الإجهاض تزايدا وانتشارا واسعا يستخدم كوسيلة للتخلص من آثار الحمل غير المرغوب فيه أو بغرض تحديد النسل ، وستتناول في هذا الإطار تعريف الإجهاض، أنواعه وأحكامه.

-تعريف الإجهاض:

يعرف الإجهاض بأنه " ابتسار الولادة أو إسقاط المرأة الحامل لحملها ، فهو انتهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي [38] ص 113.

و يعرف أيضا بأنه " خروج محصول الحمل قبل أوان وضعه، أو خروج محصول الحمل قبل تمام الشهر السادس من الحياة الرحمية، أما خروجه بعد ذلك فيعد ولادة مبكرة [39] ص 216

أنواعه :

يتم الإجهاض بصورة تلقائية أو في صورة جريمة أو في صورة علاج.

-الإجهاض الواقع بصورة تلقائية:

وهو عملية طبيعية يقوم بها الرحم لطرد الجنين الذي لا يمكن أن تكتمل له عناصر الحياة بسبب التشوه الشديد الذي أصابه من مرض لأمه، نتيجة أمراض متنوعة كالسكري، أو مرض الحصبة وغيرها [36] ص 40

وقد وصف " ابن قيم الجوزية، رحمه الله ، هذا النوع من الإجهاض وصفا دقيقا وذلك بقوله: " الجنين في البطن بمنزلة الثمرة من الشجرة، وكل منهما له اتصاله القوي بالأم ، ولهذا يصعب قطع الثمرة قبل كمالها من الشجرة ، وتحتاج إلى قوة ، فإذا بلغت الثمرة نهايتها سهل قطعها ، وربما سقطت بنفسها ، وذلك لأن تلك الرباطات والعروق التي تمدها من الشجرة كانت في غاية القوة والغذاء فلما رجع ذلك الغذاء إلى تلك الشجرة ، ضعفت تلك الرباطات والمجاري ، وساعدها نقل الثمرة فسهل أخذها وكذلك الأمر في الجنين فانه مادام في البطن قبل كماله واستحكامه فان رطوباته وأغشيته تكون مانعة له من السقوط، فإذا تم وكمل ضعفت تلك الرباطات ، وانتهكت الأغشية، واجتمعت تلك الرطوبات المزلقة، فسقط الجنين، هذا هو الأمر الطبيعي على استقامة الطبيعة وسلامتها، وأما السقوط قبل ذلك ففساد الجنين وفساد في طبيعة الأم كما تسقط الثمرة قبل إدراكها، لفساد يعرض، أو لضعف الأصل، أو لفساد يعرض من الخارج، فإسقاط الجنين لسبب من هذه الأسباب الثلاثة، فالآفات التي تصيب الابنة بمنزله الآفات التي تصيب الثمار [39] ص 217 -الإجهاض العلاجي:

وهو إفراغ محتويات رحم الحامل بالتدخل الجراحي بمعرفة طبيب أخصائي إنقاذ حياة الأم إذا تبين أن استمرار الحمل يؤدي إلى خطورة على حياتها [40] ص 714-748
و يعرف أيضا بأنه " وضع حد للحمل عندما تكون حياة الأم معرضة للخطر، ولا سبيل لإنقاذها إلا بإجرائه [34] ص 60

إن الإجهاض العلاجي يتم بهدف المحافظة على حياة الأم التي يهددها استمرار حالة الحمل و في هذا الإطار نصت المادة 72 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على إمكانية إجراء الإجهاض لغرض علاجي حفاظا على حياة الأم من الخطر.
-الإجهاض الإجرامي:

حين ما لا توجد دواعي أو مبررات طبية لإجراء الإجهاض يكون الإجهاض إجراميا ويتم بمعرفة الأم نفسها أو بمساعدة الآخرين [38] ص 117

فالدافع في هذا النوع من الإجهاض هو الرغبة في عدم الإنجاب أو المحافظة على الرشاقة والمظهر أو التستر على فاحشة ، أو قتل الإناث دون الذكور ، ويحدث الإجهاض الإجرامي إما باستعمال العنف على عموم الجسم ، أو تناول العقاقير أو باستعمال الطرق الموجهة إلى الرحم مباشرة، كحقن محلول الزرينج ، أو استعمال الدوش المهبلي بالماء البارد أو الساخن ، أو ربط الأغشية الجنسية بأقلام لاميناريا لتحصل انقباضات رحمية تؤدي إلى حدوث الإجهاض بدل اللجوء إلى طبيب أخصائي [34] ص 61

أ- أحكامه:

لم تختلف الديانات في مسألة تحريم الإجهاض ، فالتشريع اليهودي حرّمه لكونه يهدف الى تحديد النسل وان اليهود يعملون جاهدين على زيادة نسلهم ، وتشجيع الإنجاب بكل الوسائل المتاحة ، فقد أعلن الحاخام الأكبر "كهيرزوغ" أن تحديد النسل خطيئة كبرى [34] ص 61

كما حرمت المسيحية الإجهاض، واعتبرت قتل الجنين بمثابة القتل العمدي، فيقول الأب أثينا "غوراس" وهو أشهر أب القرن الثاني للميلاد " أن أولئك النسوة اللاتي يستعملن العقاقير لإسقاط الجنين يرتكبن جريمة القتل ، ولسوف يحاسبن أمام الله عن هذا الأمر لأنه يجب على الإنسان، أن ينظر إلى الجنين على أنه مخلوق وبالتالي موضوع لعناية الله [41] ص 273

وأما الشريعة الإسلامية فقد تناولت مسألة الإجهاض بشكل مفصل ودقيق إذ قسم الفقهاء مرحلة الجنين إلى قسمين قبل نفخ الروح- ويكون من بداية الحمل إلى اليوم المائة والعشرون وبعد نفخ الروح وتكون بعد المائة وعشرون يوما.

وفيما يتعلق بالإجهاض قبل نفخ الروح فقد انقسم الفقهاء إلى ثلاث فئات:

الفئة الأولى يمثلها القول الراجح لدى المالكية والإمام الغزالي في الشافعية وابن رجب الحنبلي من الحنابلة وهم يحرّمون الإجهاض منذ اللحظة التي تستقر فيها النطفة في رحم ولا يسمحون بالإجهاض [42] أما الفئة الثانية فيمثلها جمهور فقهاء الشافعية والأحناف والحنابلة والإثنى عشرية (الجعفرية والإمامية) وهم يبيحون الإجهاض إذا تم قبل نهاية الأربعين الأولى من الحمل (تحسب من لحظة التلقيح لا من لحظة آخر حيضة حاضتها المرأة) عند وجود أدنى سبب مثل مرض الأم، أو أن هناك طفلا رضيعا للمرأة ولا مرضع له غير أمه الحامل وبذلك سيتعرض الرضيع للخطر [42]

و أما الفئة الثالثة: ويمثلها قلة الشافعية والحنابلة الحنفية والذين أباحوا الإجهاض قبل نفخ الروح.

وأما فيما يتعلق بالإجهاض بعد نفخ الروح فقد اتفق فقهاء الشريعة على حرمة قتل الجنين في هذه المرحلة إلا إذا كان استمرار الحمل يؤدي إلى وفاة الأم، فتقدم آنذاك حياتها على حياته، لأنها أصله ولها حق مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليه واجبات ، وليس من المعقول أن نضحى بها في سبيل الحياة لجنين لم تستقل حياته ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات [43] ص 44

و في هذا الإطار فقد جرم المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 304 من قانون العقوبات فعل الإجهاض و رصد له عقوبات ردية تتمثل في الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة حتى 20.000 إلى 100.000 دينار لتصبح العقوبة السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة في حالة ما إذا أدى الإجهاض إلى الموت [43] ص 49 ، وذلك في حالة ما إذا تم الإجهاض من قبل الغير ، أما إذا تم إجهاض المرأة بنفسها فان العقوبة المقررة لهذا الفعل هي الحبس من 06 أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية 20.000 إلى 100.000 دج ليشدد المشرع الجزائري العقوبة على فعل الإجهاض في حالة الاعتیاد على ممارسة

الفعل المذكور أو على المساعدة عليه، إذ تضاعف العقوبة لتصبح من سنتين إلى 10 سنوات وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت ترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأعلى أي 20 سنة كما شدد المشرع الجزائري العقوبة عن جرم الإجهاض إذا تم بإرشاد وتسهيل من قبل المنتمين للسلك الطبي وشبه الطبي وطلبة الطب [39] ص 217

و قد اعتبر المشرع الجزائري المنتمين إلى الفئات المذكورة فاعلا أصليا ولو انحصرت مساهمته في مجرد الإرشاد عن طرق إحداث الإجهاض وهكذا قضي بقيام الجريمة في حق من أرشد غيره عن عنوان الشخص الذي يمكنه القيام بالإجهاض [44] ص 106

ورغم تميز المشرع الجزائري بالتشديد إزاء جريمة الإجهاض إلا أنه نص على حالة لعدم العقاب على الإجهاض ، وهي الحالة التي تناولتها أحكام المادة 308 من قانون العقوبات وهذا بنصها على أنه " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية"

وفي نفس السياق تنص المادة 72 من القانون رقم 85 / 05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على ما يلي: " يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بالخطر، وتضيف الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب اختصاصي.

والمعمول به عندما تقتضي ضرورة إنقاذ حياة الأم إجراء عملية جراحية أو استعمال وسائل علاجية يمكن أن تؤدي إلى توقيف حملها هو أن يقوم يقوم الطبيب المعالج أو الجراح باستشارة طبيبين يكون أحدهما خبيرا معتمدا لدى المحاكم ، وبعد الفحص والمناقشة يحزر الطبيبان شهادة تفيد بأنه لا يمكن إنقاذ حياة الأم إلا باللجوء إلى الإجهاض لغرض علاجي [39] ص 228

ب-نقل وزرع الأعضاء:

أثير موضوع نقل وزرع الأعضاء لأول مرة عندما توصل الأطباء إلى إمكانية نقل الدم من إنسان إلى آخر تعويضا له عن نقص في الدم وذلك لإصابته بمرض من أمراض فقر الدم أو نتيجة زيف حصل له كما هو الحال في بعض الحوادث أو حالات الولادة أو لإجراء عملية جراحية تحتاج إلى تغذية الجسم بالدم تعويضا له عما فقده أثناء الجراحة [39] ص 229

يكتسي موضوع نقل وزرع الأعضاء أهمية كبرى خاصة إذا كان الغرض منها العلاج، الموضوع الذي احتل مكان كبيرا في الصحف والمجلات والمحاضرات والمؤتمرات العلمية وستناول فيما يلي تعريف عملية نقل وزرع الأعضاء وأنواعه.

- تعريفه:

يقصد بزراعة الأعضاء: " نقل أعضاء سليمة من أجسام صحيحة إلى أجسام، أعضاء منها أو تالفة، لتقوم مقامها في أداء وظائفها

وتعرف أيضا بأنها نقل عضو من بدن إنسان إلى بدن إنسان آخر ليقوم مقام ما هو تالف فيه أو مقام ما لا يقوم بكفايته ولا يؤدي وظيفته بكفاءة.

و المقصود بالعضو أي جزء من الإنسان من أنسجة أو خلايا أو دماء أو نحوها
- أنواعه:

تشتمل عملية نقل وزرع الأعضاء ثلاث (03) حالات:

أ/ النقل الذاتي: وهو ما يعبر عنه، بانتفاع الشخص بجزء من نفسه لنفسه في حالة الضرورة وذلك كإجراء العمليات الجراحية التي تكون عن طريق التصحيح والتعويض والترقيع نتيجة الحوادث التي تحدث للإنسان أو التصحيح ولتعويض والترقيع نتيجة الحوادث التي تحدث للإنسان أو التشوه نتيجة الحرائق وغير ذلك عندما يحتاج الإنسان لإصلاح عيب في جسده [45] ص 107

ب/ النقل من حي إلى حي : تخضع هذه العملية إلى عدة أحكام نوردها فيما يلي:

- التبرع بالأعضاء التي يتوقف عليها استمرار الحياة:

اتفق الفقهاء الشريعة الإسلامية على حرمة التبرع بالعضو الذي يتوقف عليه استمرار الحياة كالقلب والكبد والكلية إذا كانت أختها تالفة، لأن التبرع بشيء من هذه الأعضاء يؤدي حتما إلى الموت ، فهو انتحار محرم شرعا ، مصداقا لقوله تعالى: " ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيمًا

وهو الموقف نفسه الذي انتهجه المشرع الجزائري من خلال نصه في الفقرة الأولى من المادة 162 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المؤرخ في 16 فيفري 1995 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على ما يلي: " لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر "

- التبرع بعضو له مثيل في الجسد:

تضاربت آراء الفقهاء حول هاته المسألة فانقسموا إلى اتجاهين مؤيد ومعارض.

أما الاتجاه المعارض فأسس رأيه على حظر التعامل في جسم الإنسان على أربعة أسس تتمثل فيما يلي :

-نقل وزراعة الأعضاء لا يتفق وكرامة الإنسان ويرجع ذلك لقوله تعالى: " ولقد كرمتنا بني آدم

وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"

-إن جسم الإنسان ليس ملكا خاصا له وإنما هو أمانة لله عنده، فلا يجوز له أن يتصرف فيه كما

يشاء [45] ص 107

- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إن الله أنزل الداء والدواء، وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تتداووا بحرام"

فطبقا للحديث المذكور التداوي بالمحرمات ومن ذلك التداوي بأعضاء الأدمي، فلا يجوز أن يتلف الإنسان نفسه بنفسه في سبيل إحياء غيره.

- خروج الإنسان بطبيعته عن دائرة التعامل لأنه ليس بمال فالشرع يأبى معاملة الأموال ، والشئ لا يعتبر من الأموال إلا إذا كانت له قيمة في الأسواق وهذا لا يصدق على الإنسان [35] ص 132

وأما الاتجاه المؤيد فيؤسس مسألة جواز زرع الأعضاء البشرية على خمس أسس نوردتها فيما يلي:
-الضرورات تبيح المحظورات، فالاضطرار يخول المضطر أن يتجاوز المحرم قدر ما يدفع عنه الضرر ، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم"

-التعاون بين الناس على مجابهة مشكلات الحياة والانتفاع بما فيها من خير وصلاح لقوله تعالى: "وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان"

-روح التضامن الإنساني من روح التعاون في مبادئ الإسلام لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا

تحاسدوا ولا تتاجشوا ولا تباغضوا ولا تدابروا ، ولا يبغض بعضكم على بعض ، وكونوا عباد الله إخوانا"

-الإيثار بمعنى تقديم الغير على النفس لقوله تعالى: " ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة".

-وحفظ النفس من التهلكة وحمايتها من الضياع والتلف وحفظ النفس من مقاصد الشريعة

الإسلامية. [45] ص 111

و أما المشرع الجزائري فقد تناول مسألة نقل وزرع الأعضاء بين الأحياء في المواد من 161 إلى 168 من القانون 05/85 المؤرخ في 16/04/1985 المعدل والمتمم بالقانون رقم 18/90 المؤرخ في 31/07/1990 وقيدها بشروط حماية لمصلحة المتبرع والمستقبل ومن بين هته الشروط رضا المتنازل و أهليته ، إذ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 162 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985 على ما يلي / " و تشترط الموافقة الكتابية على التبرع بأحد أعضائه و تحرر هذه الموافقة الكتابية بحضور شاهدين اثنين و تودع لدى مدير المؤسسة و الطبيب و رئيس المصلحة "

إذن نظرا لخطورة التصرف الذي يقدم عليه المتبرع فقد اشترط المشرع الجزائري تقديم موافقة كتابية، حضور شاهدين وإيداع الموافقة المذكورة لدى المؤسسة، الطبيب ،ورئيس المصلحة وله أن يتراجع عن الموافقة في أي وقت كان [46] ويشترط في رضا المتنازل أن يكون متبصرا و حرا أي إعلام المتبرع بالأخطار الطبية المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع [46] وان يكون رضاه حرا بعيدا من أي ضغط أو إكراه ، وله التراجع عن رأيه متى شاء استنادا لأحكام المادة 162 الفقرة 02 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، و ذلك بدون قيد أو شرط .

وتجدر الإشارة إلى أن قانون حماية الصحة وترقيتها لم يحدد سنا معينة للتنازل وقد نصت المادة 163 منه على أنه يمنع بصفة عامة انتزاع الأعضاء من القصر، مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة وبالضبط إلى أحكام التقنين المدني التي حددت المادة 40 منه سن الرشد بـ 19 سنة كاملة، ومنه يشترط في المتنازل أن يكون بالغا 19 سنة كاملة، و بذلك يكون المشرع الجزائري استبعد النائب عن القاصر ولما كان أو وصيا أو قيما من مجل تمثيل القاصر في ميدان انتزاع أعضاء من قاصر، و لعل السبب في ذلك يعود إلى أن التعامل بجسك القاصر يخرج عن دائرة التصرفات المالية .

وفي المقابل فقد حمى المشرع الجزائري المتلقي (المتبرع له) واشترط شروط لصحة العملية، من بين هذه الشروط رضا المتلقي، و هو ما نصت عليه المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها: " .. وبعد أن يعرب هذا المستقبل عن رضاه، بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين" وأوردت هاته المادة في فقرتها الأخيرة استثناء مفاده إمكانية القيام بالزرع دون موافقة المتلقي إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل .

ولحماية المستقبل يشترط المشرع الإعراب عن رضاه أمام رئيس المصلحة التي يعالج بها وبحضور شاهدي اثنين [46] ويشترط أن يكون رضاه متبصرا وحرًا وذلك بإعلامه بالأخطار الطبية التي تنجر عن هذه العملية وأن يكون رضاه بعيدا عن أي ضغط خارجي.

و أما إذا كان المتلقي لا يملك الأهلية فعلا، وذلك بأن كان غير قادر على التعبير عن رضاه، أمكن لأحد أعضاء أسرته إعطاء موافقته كتابيا و هو الأمر الذي تضمنته أحكام المادة 166 الفقرة 02 من القانون 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها. [46]

وأما إذا كان المتلقي لا يملك الأهلية القانونية، فاستنادا لأحكام المادة 166 السالفة الذكر الفقرة الثالثة منها فيمكن في هاته الحالة أن يعطي الأب موافقته أو الأم أو الولي الشرعي.

ج / النقل من ميت إلى حي :

أثار هذا الموضوع جدلا كبيرا حول ما هو المراد بالميت وكيف يتم تحديد الوفاة وظهور مصطلح جديد وهو موت الدماغ أو موت جذع المخ.

واصل هذا الموضوع هو التقدم التكنولوجي الذي أتاح للأطباء تنظيم التنفس وضربات القلب والتحكم التكنولوجي في ضغط الدم وفي العديد من التفاعلات الكيميائية بجسم الإنسان بحيث لم يعد توقف القلب مرادفا للموت إذ يمكن إعادته للنبض بإجراءات بسيطة [39] ص 130

وإذا كانت التكنولوجيا الطبية الحديثة لا تفيد الموتى بعد تحلل المخ إلا أنها تتيح الإبقاء صناعيا على النبض وضغط الدم ووظائف الكثير من الأعضاء لفترة محدودة وهي الفترة التي يتم الاستفاد منها فيها في نقل عضو من هذا الشخص المعتبر متوفى لآخر حي [39] ص 130

و تجدر الإشارة في هذا المجال أنه فيما يخص موضوع نقل وزراعة الأعضاء من ميت إلى حي أن للفقهاء قولان الأول [39] ص 231: قول يرفض التبرع ولا يجيزه بحجة أن جميع أعضاء الإنسان ملك لله عز وجل و لا يجوز للإنسان التصرف فيها بطريق التبرع أو الهبة ، و قول يؤيد التبرع مستنديا في ذلك إلى أن كل ما في الكون هو ملك لله من نفس ومال وممتلكات وأباح له وسخر له ملكه لما ينفع به وكل النعم ملك لله ولكنه سبحانه وتعالى سخرها وأباحها لنا ما دما نستعملها فيما أباحه عز وجل وقد بين سبحانه وتعالى في أكثر من موضع بأن من أحيانا نفسا فكأنما أحيانا الناس جميعا، لذلك فقد أفتى العلماء والفقهاء بجواز التبرع من أجل إنقاذ حياة إنسان سواء باقتطاع أعضاء من إنسان حي أو ميت أو من حيوان و غرسها في إنسان آخر، فقد أفتى مجمع الفقه الإسلامي بجدة في مؤتمره الرابع المنعقد في الفترة بين 06 و 11 فبراير 1986 في نص مادته السادسة (06) بما يلي : " يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو وريثه بعد موته، أو بشرط موافقة ولي المسمين إن كان المتوفى مجهول الهوية أو لا ورثة له " [34] ص 176

كما صدر عن الأزهر الشريف فتوى جاء فيها " ... و أما نقل عضو من الأعضاء من حي إلى حي فلا شيء فيه إذا رضي المنقول منه لأنه نوع من إيثار غيره على نفسه ، و الإيثار من الصفات المحمودة ، و محصل ذلك كله إذ تبين طبيب أن عملية زرع القلب أو العضو ناجحة و لكن بعض الأطباء يقولون أن الجسم يرفض أي بروتين غريب عنه مهما كان و رغم وجود ملايين من البروتينات المكونة للجسم ، فهذه محاولات لا يرجى من ورائها فائدة هذا و لم يثبت نجاحها إلى الآن اللهم إلا بعض الوقت اليسير فإن صح ذلك فلا يجوز شرعا عمله لأنه يشبه التمثيل بجثة الميت و هو نقل القلب من شخص لآخر دون فائدة ، فخلاصة القلب أن يثبت فائدة القلب على سبيل القطع يجوز شرعا و إن لم يثبت فلا يجوز... " [29] ص 176-177.

و أما في الجزائر فقد اصدرت لجنة الافتاء التابعة للمجلس الاسلامي الأعلى فتوى جاء في خلاصتها : " في حالة نقل الدم أو نقل عضو من حي لا بد من التأكد أن ذلك برضى المنقول منه أهذا النقل لا يلحق به اي ضرر ما ، أو يتسبب في هلاكه فإن خيف الضرر أو لاهلاك فلا يجوز و لو رضي به المنقول لأنه حينذاك انتحارا... " [29] ص 176-177

غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه الفقهاء وان أجازوا عملية ونقل زرع الأعضاء إلا أنهم قيدوها بشروط عامة وشروط خاصة.

فأما الشروط العامة تتمثل في:

-قيام حالة الضرورة.

-أن تتم العملية بواسطة طبيب ماهر.

-غلبة الظن على نجاح العملية.

-عدم تجاوز القدر المضطر إليه.

-و تحقيق الموازنة بين مصلحة المضطر المنقول إليه على المفسدة اللاحقة بالمساس بالجثة

و أما الشروط الخاصة فتتمثل في: ضرورة الحصول على إذن الميت قبل وفاته وأن تكون العملية

ضرورية بالنسبة للحَي [29] ص 290

وأما عن موقف المشرع الجزائري فباستقراء أحكام القانون رقم 05/85 المؤرخ في

19685/02/16 المتعلق بالحماية الصحية وترقيتها المعدل والمتم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في

1990/07/31 يتجلى لنا من خلال المادة 164 منه أن المشرع الجزائري يجيز صراحة عملية نقل

وزرع الأعضاء من جثث الموتى ، فقد أجازت المادة المذكورة صراحة استئصال الأعضاء من الجثة قصد

زرعها لأشخاص أحياء، وبدوره قيد المشرع الجزائري هته العملية بشروط عامة وأخرى خاصة.

فالشروط العامة منوه عنها بنص المادتين 165 و 168 من القانون رقم 05/85 المشار إليه سلفا

أعلاه وتتمثل فيما يلي:

- لا يجوز إعلان اسم المتبرع للمتلقي ولا لأسرته وكذا هوية هذا الأخير لعائلة المتبرع[47]

- لا يمكن للطبيب الذي عاين وأثبت وفاة المتبرع أن يكون من بين المجموعة التي تقوم بعملية

الزرع[47]

- ولا يجوز إجراء عمليات استئصال أعضاء من جثة الموتى إذا كان ذلك يعيق عملية التشريح

الطبي الشرعي [17]

- تحديد أماكن إجراءات العمليات بحيث لا يجوز القيام بعمليات استئصال الأعضاء إلا في

المستشفيات العامة[17] و الحكمة من ذلك هي أن المستشفيات هي المكان الطبيعي لإجراء مثل هته

العمليات الخطيرة ، و ذلك لأنها مؤسسات عمومية تستطيع أن تتحمل المسؤولية بشقيها الجنائي و المدني ،

كما و أنها تراعي الاعتبارات التي يتطلبها القانون و بذلك يتوفر قدر من الضمان اللازم للشخص الكمستفيد

من العضو و الشخص المتنازل عن هذا العضو[29] ص 144

وفي هذا الصدد أصدر وزير الصحة قرارا وزاريا يحمل رقم 19 بتاريخ 23 مارس 1991 تضمن

كيفية تطبيق أحكام المادة 108 من القانون رقم 05/85 الكمتعلق بحماية الصحة و ترقيتها مرفق بملحق

تناول فيه قائمة المستشفيات المرخص لها قانونا بأن تجري عمليات نقل الأعضاء البشرية و زرعها ،

وبتاريخ 02 أكتوبر 2002 ، أصدر وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرارا جديدا ألغي

بموجبه القاررا السالف الذكر و نص على الترخيص لبعض المؤسسات الصحية للقيام بانتزاع أو زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية و تتمثل فيما يلي : بالنسبة للقرنية : المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى (الجزائر) ، المؤسسة الاستشفائية المخصصة لطب العيون (وهران) ، المركز الاستشفائي الجامعي ببني مسوس (الجزائر) المركز الاستشفائي الجامعي بباب الواد (الجزائر) المركز الاستشفائي الجامعي بعنابة، بالنسبة للكلى : المركز الاستشفائي الجامعي مصطفى (الجزائر) و المؤسسة الاستشفائية المتخصصة عياة فسي (قسنطينة) ، و بالنسبة للكبد مركز بيار ماري كوري .

و أما الشروط الخاصة فقد تناولتها بعض التشريعات المقارنة دون البعض الآخر و تتمثل في[34]

ص:178

- يجب أن يلتزم الطب بالسر الطبي ولا يجوز له أن يصدر أي بيان عن هذه العمليات إلا عن طريق المختص بذلك القانون.

- يجب التحقق من موت المتنازل للمستفيد خاصة إذا تعلق الأمر بعضو القلب والرئتين.

- عملية نقل وزرع الأعضاء تقتصر فقط على جثث موتى رعايا الدول المنظمة لهذه

العمليات[29] ص256 .

إذن يتضح مما سبق أنه وإذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز التعامل في جسم الإنسان إلا أن هذه

القاعدة العامة يرد عليها استثناءات مقيدة بشروط عامة وخاصة - من بينها حالة نقل وزرع الأعضاء - حتى لا تتناقض مع مشروعية محل العقد الطبي.

التلقيح الاصطناعي :

يعتبر التلقيح الاصطناعي نتاج التطور الطبي ومستحدثاته في مجال مساعدة الفرد على الإنجاب

باستعمال أساليب طبية تخرج عن الطرق الطبيعية، وسنتطرق فيما يلي إلى تعريف التلقيح الاصطناعي،

أنواعه ونتطرق في الأخيرة إلى تبيان أحكامه.

-تعريفه:

يعرف التلقيح الاصطناعي بأنه كل طريقة أو صورة يتم فيها التلقيح والإنجاب بغير الاتصال

الجنسي الطبيعي - الجماع - بين الرجل والمرأة[38] ص218

و قد أطلق هذا المصطلح "التلقيح الاصطناعي " على الحالات التي يتم فيها أخذ مني الرجل وحقنه

بعد ذلك في رحم امرأة [39] ص231

إذن يلجأ إلى التلقيح الاصطناعي في حالة تعذر الإنجاب بالطريقة الطبيعية التي تتم عن طريق

الاتصال الجسماني ، والتلقيح الاصطناعي أنواع:

- أنواع التلقيح الاصطناعي:

- التلقيح الاصطناعي نوعان فإما يكون داخلي أو خارجي:

- التلقيح الاصطناعي الداخلي:

يعرف التلقيح الاصطناعي الداخلي بأنه الحصول على المنى من الرجل وحقنه في فرج الأنثى ليصل إلى البويضة في قناة (فالوب) ويعمل على تلقيحها ، و تكمل بعد ذلك البويضة المخصبة التكوين الجنيني الطبيعي [38] ص229 ، ويلجأ لهذا النوع من التلقيح في الحالات التالية:

- إذا كانت الحيوانات المنوية للزوج غير نشيطة نشاطا فعالا وفقا للمعايير الطبية.
- إذا كانت الحيوانات المنوية للزوج غير كافية للتلقيح طبيعيا.
- اجتماع الحالتين الأولى والثانية السالفة الذكر عند الزوج.
- إذا كانت عدد الحيوانات المنوية عند الزوج أكثر من الحد الطبيعي.
- إذا ثبت صعوبة انتقال الحيوانات المنوية داخل الجهاز التناسلي عند المرأة.
- إذا كانت الإفرازات المهبلية عند المرأة شديدة الحموضة مما يسبب قتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية.

- في حالة الضعف الجنسي .

- في حالة القذف المبكر.

-التلقيح الاصطناعي الخارجي:

يعرف التلقيح الاصطناعي الخارجي بأنه عملية تلقيح البويضة بحيوان منوي بطريقة غير طرق الاتصال الجنسي من الرجل إلى المرأة ، وتحدث هذه الطريقة بتلقيح البويضة خارج جسم الانسان [48] ص199

ويلجأ لهذا النوع من التلقيح في الحالات التالية[38] ص236

- إذا كانت الحيوانات المنوية عند الزوج قليلة العدد أو إذا ازدادت عن الحد الطبيعي، مما يعيق عملية التلقيح.

- إذا ثبت صعوبة انتقال الحيوانات المنوية داخل الجهاز التناسلي للمرأة ، بسبب إفرازات عنف الرحم المعادية للحيوانات المنوية.

- شدة الحموضة المهبلية عند المرأة ، بشكل يمنع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي الداخلي.

- انسداد القنوات الرحمية عند الزوجة انسدادا مطلقا، لا يسمح بإجراء عملية تصحيح الوضع أو فتح القنوات.

- أحكامه:

لقد أثارت مسلة التلقيح الاصطناعي انتقادات العديد من الفقهاء وبعد عدة مؤتمرات بهذا الشأن من طرف المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي خرج هذا الأخير في دورته الخامسة المنعقد من 02 إلى

10 فيفري 1982م بمكة المكرمة ، وفي دورته السابعة المنعقدة في الفترة الممتدة من 06 إلى 21 ديسمبر 1938م بمكة المكرمة وكذا دورته الثامنة المنعقدة بتاريخ 21 ديسمبر 1984 بمكة المكرمة ، خرج بعد توصيات أهمها: [34] ص176

- أن العقم يمكن أن يعتبر مرض، وأن للزوجين وأحدهما حق طلب العلاج منه ، ولو أدى ذلك الى انكشاف عورة الرجل وانكشاف عورة المرأة إلا بمقدار الضرورة.
- أن الإنجاب ينبغي أن يتم عن طريق الزوج وكل وسيلة تستخدم للإنجاب خارج نطاق الزوجية تعتبر باطلة.
- إن استخدام أي طرف ثالث في وسائل الإنجاب يعتبر باطلا وغير شرعي.
- إذا تم تلقيح الزوجة بماء زوجها حال قيام الزوجية، وذلك بإدخال ماء الزوج إلى رحمها ، التلقيح الاصطناعي الداخلي ، فان ذلك يعتبر مباحا إذا كان مثل هذا الإجراء يؤدي إلى معالجة العقم ولو احتمالا.
- إذا تم تلقيح بويضة الزوجة بما زوجها في طبق ، التلقيح الاصطناعي الخارجي، ثم أعيدت اللقيحة الزوجة-وذلك حال قيام الزوجية، فان هذا مباح بشروط تتمثل في:
- أن يقوم بهذا الإجراء أطباء مسلمون يوثق في دينهم وأمانتهم و مهارتهم .
- أن تقوم ضمانات كافية بعدم وجود أي خطأ في نسبة المنى لشخص آخر ولا نسبة البيضات إلى امرأة أخرى.

- أن يكون ذلك حال قيام الزوجية، و لا يجوز أن يتم التلقيح بعد وفاة الزوج أو الطلاق.
وأما عن موقف المشرع الجزائري من مسألة التلقيح الاصطناعي ، فانه يمكن أن نستشفه من خلال تطرقه ل مسألة النسب التي نص عليها في المادة 41 من قانون الأسرة و شروط اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي التي اوردها في المادة 45 مكرر منه ..

فبالرجوع إلى نص المادة 11 من قانون الأسرة نجدها تورد حكما هاما ، فقد نصت على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " فطبقا للتشريع الجزائري يعد الزواج الوسيلة الطبيعية الوحيدة للإنجاب ، لأنه هو وحده أساس النظام الاجتماعي في الجزائر طبقا لأحكام المادة 04 من قانون الأسرة [49] ص16

و سنتادا لأحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة ، فإنه يجب للاستفادة من وسائل الإنجاب الاصطناعي بأن يتم غجرائه في إطار علاقة زوجية شرعية ، العلاقة الوحيدة التي يعترف بها شرعا و قانونا كأساس لتكوين الأسرة ، و هذا الشرط مستقى من الشريعة الإسلامية الغراء ، و يجب موافقة الزوجين على إجراء عملية الإنجاب الاصطناعي لأن الأمر يتعلق بالمساس بجسم الإنسان الذي يحظى بحماية قانونية تامة[49] ص18، و أن يتم بمنى الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها ، مضيفا شرط

عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد ساير أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص مسألة التلقيح الاصطناعي .

- الإنعاش الاصطناعي:

من بين أهداف الطب المحافظة على الحياة الإنسانية، ومن بين الاكتشافات العلمية تحقيقا للهدف المذكور، ما يعرف بالإنعاش الاصطناعي فالمقصود بالإنعاش الاصطناعي وما هي أحكامه.
- تعريفه:

الإنعاش الاصطناعي هو مجموعة من الوسائل والإجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما ، قد تطول أو تقصر ، لتحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، وذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرض لاحتمال الموت، إذا لم تستعمل هذه المسائل [50] ص122
إذن فقد تكون حياة الإنسان مهددة بالموت فتستدعي حالته تدخل عوامل خارجية لإنقاذه كأن يكون في حالة غيبوبة ناتجة عن إصابة في الرأس أو عجز كلوي أو خفقان في القلب غير منتظم أو حالة التسمم بالمخدرات و المنومات و المهدئات ، فيلجأ الأطباء في هذه الحالات إلى ما يعرف بالإنعاش الاصطناعي.
- أحكامه:

ترتبط عملية الإنعاش الاصطناعي بحالة الغيبوبة التي هي عبارة عن فقدان الوعي والشعور بالإحساس الخارجيين ولما كان الأمر كذلك ، فإن التساؤل المطروح هو مدى إيقاف أجهزة الإنعاش الاصطناعي لشخص ميؤوس من حالته ولا يؤمل شفاؤه.

لقد عرضت هذه المسألة على القضاء منذ بداية القرن العشرين، ففي سنة 1912 قتل أحد وكلاء النيابة الفرنسيين زوجته المصابة بشلل نصفي ناشئ عن إصابة دماغية وعند استحضاره صرح أمام المحكمة أنه قام بواجبه اتجاه زوجته التي تعاني ألما لا تطاق [43] ص22

و في سنة 1921 قتل طبيب بلجيكي طفلة كانت مصابة بتشوّه فضيع عند ولادتها بسبب انهيار والدتها و صراخها حينما رأت ابنتها على تلك الهيئة وتوسلت إليه بأن ينفذها من تلك المأساة الإنسانية [43] ص22

وتجدر الإشارة إلى أن رجال القانون في غالبيتهم يرون أن هته المسألة لا تثير أي إشكالا من الناحية القانونية كون أن القتل جريمة مهما كان الدافع على ارتكابها ، وأما من الناحية الدينية فكل الديانات السماوية تحظر قتل الأبرياء مصداقا لقوله تعالى: " ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاءه جهنم خالدا فيها... و غضب الله عليه وأعد له عذابا عظيما"

وقوله أيضا: " ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق "

نخلص مما سبق إلى القول أن الإنسان يتمتع بحماية أقرتها الشريعة الإسلامية والقانون ولو كان مصابا بمرض ميؤوس من شفاؤه ومن شأنه أن يؤدي به إلى الموت حتما.

- تشريح الموتى:

تشريح الموتى أمر يوكل إلى الطبيب الشرعي لأسباب ودافع و ظروف وسنبين فيما يلي تعريف تشريح الموتى و أحكامه.

-تعريفه:

تشريح الموتى هو عبارة عن شق لجسم الإنسان الذي يتمثل في تشريح العنق والصدر، وتشريح البطن و الرأس، بغية معرفة سبب وطريقة الموت، وزمنه، هذا في حالة التحقيق الجنائي كما يمكن أن يكون ذلك بغية تحقيق هدف علمي[37] ص106

-أحكامه:

روي عن عائشة رضي الله عنها ، عن رسول الله عليه الصلاة والسلام قال: "أن كسر عظم الميت ككسره حيا"

فحماية الميت في الشريعة الإسلامية كحماية الحي ، فلا يجوز التمثيل بالجثة بعد الموت ، وقد حمى المشرع الجزائري بدوره جثة الأدمي من خلال نصه بالمادة 153 من قانون العقوبات على عقوبة سالبة الحرية لكل من دنس أو شوه جثة أو وقع منه أي عمل من أعمال الوحشية أو الغش[42]

غير أنه ولأغراض مشروعة يجوز تشريح جثة وهو الأمر الذي تناولته أحكام المادة 168 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والتي نصت على إمكانية تشريح الجثث في حالتين:

- بطلب من السلطات العمومية في إطار الطب الشرعي.

- ويطلب من الطبيب المختص.

فيلجأ إلى الحالة الأولى في إطار التحقيق الجنائي للبحث عن سبب الوفاة إذا كان مجهولا أو مشتبه فيها ، وذلك بناء على طلب من السيدين وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق.

في حين يلجأ الحالة الثانية لأهداف علمية فقد أجازت المادة 168 من القانون 05/85 المشار إليها سلفا أعلاه إجراء التشريح لهدف علمي.

2.2.2.1. طبيعة التزام الطبيب

لا جدال في أن علاج المريض هو المحل المباشر للعقد الطبي، لذلك ظل العلاج زمنا طويلا هو محور التزام الطبيب و المناط الوحيد لمسئولته قبل المريض، فمساءلة المريض للطبيب يدور في إطار إخلال الطبيب بالتزامه بالعلاج الناشئ عن العقد الطبي [51] ص101 ، فالعقد الطبي أحد العقود النادرة التي ترتب التزاما رئيسيا بعلاج المريض محله بذل عناية على خلاف الأصل في الالتزامات التعاقدية وقد ينشأ إلى جانب هذا الالتزام التزام ثانوي ، محله تحقيق نتيجة هو الالتزام بضمان سلامة المريض .

1.2.2.2.1. التزام الطبيب ببذل عناية

الإلتزام ببذل عناية هو ذلك الإلتزام الذي لا يتطابق فيه مضمون التزام المدين والهدف الذي يصبو الدائن إلى تحقيقه من خلال التزاماته [52] ص46

فهدف المريض النهائي هو الشفاء و الوسيلة لتحقيق هذا الهدف هو قيام الطبيب بالعلاج، فاللتزام الطبيب هنا هو التزم ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة أو غاية الشفاء، فالطبيب يلتزم بالعلاج دون التزمه بتحقيق شفاء المريض ، و ذلك ببذل الجهد الصادق و اليقظة التي تتفق و الظروف و الأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض و تحسين حالته الصحية ، و الإخلال بهذا الإلتزام يشكل خطأ طبيا يثير مسؤولية الطبيب [53] ص235.

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية حكمها الصادر في 1936 05/20 أن العقد الذي يتم بين الطبيب ولمريض يوجب على الأول إن لا يكن بطبيعة الحال الإلتزام بشفاء المريض فعلى الأقل بان يبذل عناية لا من أي نوع بل جهودا صادقة يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد بها المريض ومع الأصول العلمية الثابتة [28] ص204

وقد قضت محكمة النقض المصرية بنفس المعنى:" بان التزم الطبيب ليس التزمًا بتحقيق نتيجة هي الشفاء المريض، إنما هو التزم ببذل العناية ، إلا أن العناية المطلوبة منه تقضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت جسامته [28] ص205

يستشف من ذلك أن العمل الطبي هو ذلك النشاط المتفق في كفيته و ظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب ، متجها في ذاته بحسب المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض [54] ص34 غير أن الإلتزام الواقع على عاتق الطبيب قانونا في مواجهة مريضه و الذي ينشأ بمقتضى ما يربطهما من علاقة، سواء كانت عقدية أو تنظيمية ، يقف بحسب الأصل عند حدود بذل العناية الواجبة [52] ص146

فالطبيب ليس بإمكانه ضمان الشفاء للمريض ، نظرا للطبيعة الاحتمالية للعمل الطبي أو الجراحي لذلك يطلب من الطبيب بذل العناية المعتادة من مثله في ممارسة عمله ، فيتعين عليه تقديم العلاج الضروري لمريض لتخليصه من العلة التي يعاني منها أو التخفيف من حدتها ، لذلك لا يسأل الطبيب عن عدم تحقق الشفاء وإنما عن تقصيره في بذل العناية اللازمة [55] ص73 ، إذ لا يلتزم الطبيب في أي حال من الأحوال بشفاء المريض كون أن هته النتيجة تظل أمرا احتماليا لا يد له فيه [56] ص117 .

وعليه ذهب البعض إلى أن التزم الطب هو التزم بذل عناية أيا كان المعيار الذي يلجأ إليه لتحديد

طبيعة الإلتزام من حيث غايته [57] ص219

فطبقاً لأحكام المادة 45 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب الجزائري، فإن الطبيب يلتزم بمجرد الموافقة على أي طلب معالجة بضمان تقديم العلاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين.

و يدخل في التزام الطبيب ببذل عناية مستواه المهني، الظروف الخارجية، و الأصول العلمية الثابتة. فبالنسبة للمستوى المهني فإن واجبات الطبيب المعالج تقاس بواجبات طبيب آخر في مثل ظروفه ، فيقارن مسلك طبيب أخصائي بمسلك أخصائي مثله فالطبيب العام لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب الأخصائي، إذ يطلب منه قدر العناية أشد وأدق من تلك الواجب توفرها في الطبيب العام [34] ص 195

و في هذا الصدد قضت محكمة استئناف مصر بأن الأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة في تقدير أخطائهم لأن واجبهم الدقة في التشخيص و الاعتناء و عدم الإهمال في المعالجة [32] ص 80 أما الظروف الخارجية ، التي يتحدد بها التزام الطبيب ببذل عناية فيقصد بها الظروف التي تتم فيها معالجة المريض، كمكان العلاج والإمكانات المتاحة كأن يكون ذلك في مستشفى مزود بأحدث الآلات و المخترعات أو في جهة نائية منعزلة لا وجود فيها لشيء من هذه الإمكانيات [58] ص 206-207 و أما الأصول العملية الثابتة التي تدخل في تحديد مدى التزام الطبيب ببذل عناية فالمقصود منها ظروف مواكبة الطبيب للتطور الحاصل في ميدان الطب لاسيما من حيث الوسائل وذلك تبعاً لحالة المريض والإمكانات المتاحة.

نخلص مما سبق إلى أن الأصل و القاعدة العامة هي أن طبيعة التزام الطبيب ومضمونه يتمثل في بذل العناية اللازمة غير أنه استثناء وفي حالات معينة يقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة.

2.2.2.2.1. التزام الطبيب بتحقيق نتيجة

الالتزام بتحقيق نتيجة هو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة [5] ص 27

فإذا لم تتحقق النتيجة يكون المدين مسؤولاً أمام الدائن لكونه لم يتم بتنفيذ التزامه ولتوضيح فكرة التزام الطبيب بتحقيق نتيجة نتطرق فيما يلي لتحديد مضمون هذا الالتزام وحالاته.

1.2.2.2.1. مضمونه:

سبق القول أن طبيعة التزام الطبيب ومضمونه يتحدد باقتضاء بذل العناية الواجبة في سبيل شفاء المريض فإن التزامه خارج هذا الإطار ، الالتزام بالعلاج، هو التزام بنتيجة مضمونه ضمان سلامة المريض، ذلك أن المريض إن لم يكن له كل الحق في أن ينتظر في جميع الأحوال أن يؤتي التدخل الطبي

ثماره ويشفيه من علته ، غير أن توقعه ألا يؤدي التدخل الطبي إلى إضافة علة جديدة إلى علته لهو من التوقعات المشروعة [59] ص 22

ولما كان المريض يسعى لتحقيق نتيجة الشفاء سعى الفقه لتعزيز التزامات الطبيب إذ ثمة حالات يضمن فيها الطبيب لمريضه عناية طبية يقينية وتكون نتائجها مؤكدة لا يشوبها شك إذا ما استعان الطبيب بمعطيات العلم الحديثة فالسبب في اعتبار التزام الطبيب في هته الحالات التزام بتحقيق نتيجة هو غلبة عنصر اليقين على عنصر الاحتمال ، الأمر الذي يبرر الخروج على فكرة العناية كأصل عام [52] ص 56

اذن نخلص مما سبق إلى القول أن الالتزام بتحقيق نتيجة في المجال الطبي مفاده سلامة المريض من خطر حوادث قد تقع له خارج العمل الطبي ، فلا يعرضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات أو أجهزة أو ما يصنعه من أدوية ، و يبرز التزام الطبيب بضمان سلامة المريض في حالات نردها فيما يلي:

2.2.2.2.1. حالات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة:

تتمثل حالات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة فيما يأتي :

1.2.2.2.2.1. استعمال الأجهزة الطبية:

كان للتقدم العلمي والفني وزيادة استخدام الآلات الحديثة اثر على اتجاه القضاء المتزايد في التوسع في تفسير أحكام المسؤولية الشئئية انطلاقا من فكرة الحراسة [28] ص 42 إذ يسلم القضاء بالالتزام الطبيب بسلامة المريض من الأضرار التي قد تلحقه من جراء استخدام الأدوات الطبية في عمليات العلاج والجراحة، فقد يحدث خلال استعمال الطبيب لهذه الأجهزة إصابات بالغة للمريض، كعدم سيطرة طبيب الأسنان مثلا على جهاز العلاج أثناء استعماله مما أدى إلى تمزيق لسان المريض مثلا .

وقد انقسم الفقه بخصوص مسؤولية الطبيب عن استعمال الأجهزة والأدوات الطبية إلى رأيين [55]

ص 87

حيث ذهب الرأي الأول إلى إخضاع مسؤولية الطبيب عن الإصابات التي تحدثها أجهزته بمرضاه لذات القواعد التي تخضع لها مسؤوليته عن الأعمال الطبية بمعنى أنه لكي يتمكن المريض من إلزام طبيبه بالتعويض من الضرر الذي أصابه ، عليه إثبات تقصيره في بذل العناية الكافية فلا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى ولو كان العيب الموجود بالآلة يرجع إلى صنعها ويصعب كشفه، لأنه يتعين على الطبيب معاينة وفحص الآلات التي يستعملها وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرار صادر بتاريخ 28 جوان 1960 الذي أقام المسؤولية على الطبيب المختص في الأشعة نتيجة سقوط برغي آلة الأشعة نظرا للحالة السيئة لها، الأمر الذي يسمح بمرور أشعة "س" "x" المضرة بجسم الإنسان فبسبب ذلك أضرارا بليغة

لحالته الصحية [34] ص 197

وأما الاتجاه الثاني يرى أن عقد العلاج يلزم الطبيب ، إلى جانب بذل العناية وفقا للأصول العلمية، بضمان سلامة المريض من الأضرار التي تنجم عن استخدام الأجهزة الطبية في علاجه، والتي تكون على غير صلة بالمرض الذي لجأ إليه من أجله، وهذا الالتزام ليس بذل عناية بل هو التزام بتحقيق نتيجة [55] ص 84 فهذا الاتجاه يفرق بين الأضرار التي تنشأ عن الأعمال الطبية التي هي من طبيعة علمية بحتة و بين الأضرار التي تنشأ عن الأجهزة ولا صلة لها بالأعمال الطبية والتي ترجع في الغالب إلى عيب في الأجهزة المستخدمة في العلاج ، ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد [55] ص 90 القضاء بمسئولية الطبيب عن الحروق التي تصيب المريض نتيجة للهب الخارج من المشط الكهربائي في أثناء علاجه رغم أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدام المشط ومسئولية الطبيب عن وفاة المريض الناتجة عن الانفجار الناجم عن تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه، كما قضي بمسئولية الطبيب عن إصابة المريض بجروح نتيجة سقوطه من فوق منضدة الكشف بسبب هبوطها المفاجئ.

فالأضرار السابقة الذكر تعتبر منقطة الصلة بالمرض وتستقل عن العمل الطبي في ذاته وما ينطوي عليه من طبيعة طبية، لذا فإن محل الالتزام بصدها هو التزام بتحقيق نتيجة هي سلامة المريض [28] ص 214 ويتفق هذا القضاء مع القواعد العامة في المسئولية العقدية.

2.2.2.2.1. نقل الدم

يعد نقل الدم من العمليات المألوفة والأكثر شيوعا في المجال الطبي وتكتسي هذه العملية أهمية بالغة لما تساهم فيه من إنقاذ حياة العديد من الأشخاص الذين يتعرضون لحوادث أو يفقدون كميات من الدم أثناء العمليات الجراحية، فيقع على عاتق الطبيب في هته الحالة سواء كان معالجا أو مختصا بالتحاليل التزام بتحقيق نتيجة و هي نقل دم نظيف إلى المريض ومتفق مع فصيلته الدموية، فإذا ما اخل الطبيب بهذا الالتزام أثرت مسؤوليته التي لا يمكنه التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي لا دخل له فيه ولا يكفي إثباته القيام ببذل العناية الواجبة [28] ص 231 ، ومن بين التطبيقات القضائية في هذا المجال ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من مسئولية الطبيب عن إصابة المريض بمرض الزهري نتيجة نقل دم إليه ملوث بجراثيم هذا المرض واعتبرت أن الالتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة هي تقديم دم سليم ويتفق في فصيلته مع دم المريض [55] ص 100

كما قضت محكمة تولوز بمسئولية الطبيب الذي يحلل دم المريض لتحديد فصيلته ، لأن التزامه في هذه الحالة التزام بتحقيق نتيجة ، و تقوم مسؤوليته عن خطئه في تحديد فصيلة الدم بغير حاجة إلى إثبات خطئه في تحليله ، لأن هذا التحديد يجري فنيا وفقا لقواعد دقيقة و ثابتة ، يجب أن تؤدي حتما إلى نتيجة

صحيفة [32] ص 97 و كما اعتبرت محكمة استئناف باريس بتاريخ 28 نوفمبر 1991 التزام الطبيب في مجال نقل الدم هو التزام بالضمان و السلامة اتجاه المريض [60] ص 53

كما قضاة مجلس الدولة الفرنسي في ثلاثة (03) أحكام مجتمعة بتاريخ 06 ماي 1995 ، بأن الأضرار الناتجة عن نقل دم ملوث أو مشتقاته داخل المستشفى العام يتم التعويض عنها بقوة القانون بعيدا عن اشتراط تحقق الخطأ [61] ص 55

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري حرص على إنشاء وكالة وطنية متخصصة بحقن الدم وهي مؤسسة ذات طابع إداري تتمتع بشخصية معنوية مستقلة ماليا تسمى " الوكالة الوطنية للدم" الهيئة إلى أنشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 95-105 المؤرخ في 09/04/1995 ، كما نص المشرع الجزائري على منع القيام بجمع الدم من القصر أم الراشدين المحرومين من قدرة التمييز أو لأغراض استغلالية [17]

3.2.2.2.2.1. التحصين

يتم التحصين عادة ضد الأمراض و الأوبئة و يقع على عاتق القائم بعملية التحصين التزام محدد بسلامة الشخص المحصن إذ ينبغي أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار به وهذا يقتضي أن يكون المصل سليما لا يحمل للشخص عدوى مرض من الأمراض وأن يعطي بطريقة صحيحة.

أما فاعلية التحصين ، فمحل الالتزام فيها هو بذل عناية ، إذ يجب أن يبذل القائم بالتحصين الجهود اليقظة في اختيار المصل و اتفاهه مع الأصول العلمية الحديثة حتى يؤدي إلى الغاية المنشودة منه و هي التحصين ضد الوباء أو المرض الذي تم التحصين منه [32] ص 100

و عادة ما يكون التحصين إجباريا تقوم به الدولة ممثلة بجهازها الصحي فتسأل عن المضار والحوادث التي قد تنتج في هذا الإطار باعتبارها المكلفة بضمان سلامة المواطنين وهذا الصدد [28] ص 230

4.2.2.2.2.1. التركيبات الاصطناعية:

يقصد بها الأعضاء الاصطناعية التي يستعيز بها المرض عن أعضائهم الطبيعية التالفة [52] ص 191، كالأسنان و الأطراف الصناعية و غيرها، وذلك بهدف مساعدة الشخص الذي فقد أحد أطرافه مثلا لأي سبب من الأسباب، لقضاء شؤون حياته بنفسه ، إلا أن هذا التركيب يصاحبه ميزتان [16] ص 52 أحدهما طبية والثانية صناعية فنية.

فأما الجانب الطبي يتضمن مدى فعالية العضو الاصطناعي في مساعدة المريض ، وهنا يبقى التزام الطبيب التزام ببذل عناية يتضمن تركيب عضو صناعي مناسب للمريض وتشكيله بما يتناسب وحاجة المريض.

وأما الجانب الفني يتمثل في مدى صلاحية العضو الصناعي وجودته وهذا محل التزام محدد بتحقيق نتيجة بضمان تركيب الجهاز ليعالج الحالة التي أمام الطبيب وبأن يتلاءم مع جسم المريض ،فان كان العضو رديء الصنع أو لا يتفق مع مقياس الجسم أو سبب أضرار للمريض، فتقوم مسؤولية الطبيب [28] ص 217 كون أن هته الأمور تخرج عن الفن الطبي وينتفي عنصرا الاحتمال بصدها .

ويطبق نفس المبدأ مع أطباء الأسنان فيما يتعلق بالأسنان الاصطناعية ، فيلتزم الطبيب بتحقيق نتيجة مقتضاها سلامة الأسنان و ملائمتها لغم المريض وتقديمها بالشكل والأصناف والحالة التي يمكن معها أن تؤدي وظيفة الأسنان الطبيعية و هو الأمر الذي جسده محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ

12 جوان 1990 [34] ص 100

5.2.2.2.2.1. التحاليل الطبية

ترد التحاليل الطبية على محل محدد تحديدا دقيقا و لا تحتل صعوبات خاصة بالنسبة للطبيب ، و لا تحتوي على قدر من الاحتمال ، لذلك فإن طبيعة الالتزام الطبيب في مجال التحاليل الطبية هو التزام بتحقيق نتيجة مفاده تحصيل نتائج دقيقة، كون أن هته العملية ، كما سبق القول ، لا تنطوي على قدر من الاحتمال والمخاطر كغيرها من الأعمال الطبية، بينما يقتصر التزامه بالنسبة للتحاليل المعقدة التي لم يوجد استقرار بشأن تفسيراتها على مجرد الالتزام ببذل العناية اللازمة في تحصيلها [52] ص 134 الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1974/01/04 [62] ص 154

6.2.2.2.2.1. تقديم الأدوية

بعد فحص المريض من قبل الطبيب يصف هذا الأخير للأول الدواء اللازم له، وهنا يلتزم الطبيب ببذل عناية في أن يكون الدواء مفيدا وناجحا ، ولا تقوم مسؤولية الطبيب في هذا الصدد إلا إذا ثبت تقصيره إما بإهماله في اختيار الدواء أو خطئه في وصفه أو في طريقة تعاطيه [28] ص 212 كالطبيب الذي يصف مادة ذات خصائص سامة دون بيان كيفية و شروط تعاطيها ، و كذلك الطبيب الذي يحرر التذكرة الطبية بخط غير مقروء يثير اللبس لدى الصيدلي فيصرف دواء مختلفا يترتب عليه وفاة المريض [31] ص 90 غير أنه أحيانا يعمد الطبيب إلى تقديم الدواء مباشرة للمريض في عيادته فيقع على عاتقه في هته الحالة التزام بضمان السلامة يتمثل في إعطاء المريض أدوية فاسدة أو ضارة لا تؤدي بطبيعتها وخصائصها إلى الغاية المقصودة من تقديم العلاج [28] ص 212 فيسأل الطبيب عن اخلاله بهذا الالتزام بتحقيق نتيجة ما لم يقد الدليل على وجود السبب الأجنبي.

نستخلص مما سبق ذكره أن القاعدة العامة هي التزام الطبيب ببذل عناية غير أنه يلتزم بتحقيق نتيجة في حالات معينة من بينها نقل الدم، التركيبات الصناعية والأدوية وتكمن أهمية التفرقة بين الالتزامين المذكورين في عبء الإثبات.

فإذا كان الالتزام الواقع على عاتق الطبيب التزاما ببذل عناية، فيلتزم باتخاذ الحيطة والحذر في تنفيذه للالتزام، فإذا أراد المريض مسألة الطبيب فيقع على عاتقه -على عاتق المريض - إثبات عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه كعدم اتخاذه الحيطة اللازمة مثلا ، فلكي يصل المريض إلى مسألة الطبيب لا يجوز له إثبات عدم تحقق الشفاء بل عليه إثبات إهمال الطبيب في العلاج [26] ص 121

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 1939/06/28 بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي التزام سوى الالتزام بتقديم العناية الحذرة والمطابقة للمعطيات المكتسبة من العلم وإذا ادعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ هذا الالتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك [62] ص 233

كما قضت ذات المحكمة بأنه لما كان العقد الطبي لا يولد التزاما بتحقيق غاية إنما فقط التزاما ببذل عناية فإنه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب [62] ص 236

وأما إذا كان الالتزام الواقع على عاتق الطبيب التزام بتحقيق نتيجة فيكفي لقيام مسؤولية الطبيب أن يثبت المريض عدم تحقيق النتيجة فخطأ الطبيب الذي لم ينفذ التزامه بتحقيق نتيجة هو خطأ مفروض في جانبه غير قابل لإثبات العكس ولا يستطيع الطبيب التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

و هذه النتيجة ، الأصل أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية و ليس التزام بتحقيق نتيجة ، حقيقة سبق بها الفقه الإسلامي القوانين الحديثة لقرون خلت ، إذ أجمع الفقهاء المسلمون على أن الطبيب يلتزم ببذل عناية فلا يضمن ما يترتب على فعله من نتائج إذا كان مأدونا و لم يقع منه تقصير أو تعمد [23] ص 476، ومنه لا يعتبر الطبيب مخالفاً بالتزامه لمجرد فشل العلاج أو عدم نجاح العملية بل لا بد من غشبات تقصيره في بذل العناية اللازمة ، و مع ذلك هناك استثناءات ترد على هته القاعدة العامة بحيث نجد حالات يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتيجة كما هو الحال في عمليات نقل الدن ، التركيبات الصناعية و التحاليل الطبية .

3.2.1. السبب و الشكالية في العقد الطبي:

تناول المشرع الجزائري ركن السبب في المادتين 97 و 98 الواردتين في الفقرة 02 مكرر تحت عنوان " السبب" ، الفقرة التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1997 المتضمن القانون المدني، وبهذا الشكل يكون المشرع قد أزاح الغموض الذي كان يشوب الصياغة الأصلية، بحيث كان

النصان القانونيان المتضمنان ركن السبب مدرجين ضمن الفقرة الثانية تحت عنوان المحل رغم أن المحل والسبب ركنان مستقلان ، ويتم التمييز بينهما بالإجابة على السؤالين التاليين:

بماذا التزم المدين؟ وهذا هو المحل ، ولماذا التزم المدين؟ وهذا هو السبب [5] ص 243

فإضافة إلى ركني التراضي و المحل ، لابد لنشأة العقد الطبي من توافر ركن ثالث يتمثل في السبب ، لذ، كما يجب إفراغ العقد الطبي متى في شكل معين و ذلك في حالات معينة ، لذا سنتطرق لمفهوم السبب كركن في العقد الطبي ، و بعض تطبيقاته على أرض الواقع ، و التي يترتب عنها حظر بعض العمال الطبية التي تتنافى و القصد الدافع لإبرام علاقة تعاقدية بين الطبيب و المريض ، ثم سنتطرق لدراسة ركن الشكلية في العقد الطبي .

1.3.2.1. مفهوم السبب في العقد الطبي :

إن السبب هو محل تصورات مختلفة تعود إلى تعدد الاعتبارات الفلسفية و الإيديولوجية المعتبرة [5] ص 245 لذلك سنتعرض إلى تعريف السبب أولاً وذلك من خلال التطرق إلى النظريتين التقليدية والحديثة في السبب لتتطرق بعد ذلك إلى شروط السبب كركن في العقد الطبي.

1.1.3.2.1. تعريفه:

تناول المشرع الجزائري ركن السبب في المادتين 97 و 98 من التقنين المدني ، ويقصد بالسبب باعتباره ركنا في العقد أو ركنا في الالتزام، الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالالتزام وبمعنى آخر الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه [26] ص 222 ، ونظر لتعدد الاعتبارات الفلسفية والإيديولوجية لفكرة السبب فقد ظهرت نظريتان: إحداهما تقليدية والأخرى حديثة.

فالنظرية التقليدية تفرق بين الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم من التزامه و بين الأغراض الأخرى البعيدة التي تدفعه إلى قبول التحمل به، وهي تعدد فقط بالأول، أما الأغراض الثانية فهي مجرد بواعث تدفع إلى الالتزام [26] ص 225 ، إذن فالسبب حسب النظرية التقليدية هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه، فالسبب طبقاً لهته النظرية أمر داخلي للعقد، وواحد في كل صنف من العقود، و موضوعي [1] ص 478

وأما السبب طبقاً للنظرية الحديثة ، فإذا كانت النظرية التقليدية في السبب تقف عند الغرض المباشر الأول الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء الالتزام الذي يتحمل به، فإن النظرية الحديثة لا تقف عند السبب القسدي بل تتعداه إلى الباعث الدافع إلى التعاقد والذي يتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد ، فهي المبررات التي كانت وراء عزم و تصميم المتعاقدين على إبرام العقد ، وبذلك يكون السبب أمر خارجي عن عمليه التعاقد ويختلف باختلاف الأشخاص والتصرفات القانونية وقد

تتعدد وتتعاون الدوافع من حيث أهميتها ، فتكون العبرة حينئذ بالدافع الرئيسي وليس بالدافع الثانوي ، ولا يعتد إلا بالسبب الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد [5] ص 255

و إنطلاقا من الشروط الواجب توافرها في السبب ركن للعقد والمنوه عنها بنص المادتين 97 و 98 من التقنين المدني السالف الإشارة إليها والتي نستشف من خلالها أن العبرة بمشروعية السبب فان المشرع الجزائري يكون قد اخذ بالنظرية الحديثة [63] ص 125

و استنادا لموقف المشرع الجزائري وأخذه بالنظرية الحديثة في السبب والتي مفادها أن الدافع هو السبب، نقول أن السبب في العقد الطبي هو الباعث والدافع للتعاقد.

فسبب تعاقد الطبيب مع مريضه هو علاج المريض ، أي أن يكون الباعث للتعاقد هو الحد من آلام المريض أو التقليل منها ، أو وقايتها من المرض وهو الأمر نفسه بالنسبة للمريض فإبرامه للعقد الطبي الغرض منه طلب العلاج، أما إن كان الدافع للتعاقد يرمي إلى أهداف تخرج عن هذا الإطار كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لعدم المشروعية كشرط من شروط السبب .

2.1.3.2.1. شروطه

طبقا للنظرية الحديثة يشترط أن يكون السبب مشروعاً، أي غير مخالف لنظام العلم والآداب، إذ تنص المادة 97 من التقنين المدني على ما يلي : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا "

فيخضع مراقبة مشروعية الباعث في العقد الطبي من حيث مطابقته للنظام العام الأخلاقي، والأدبي والاقتصادي والاجتماعي ومراعاة حسن الآداب.

فالنظام العام يقصد به القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد [1] ص 434

ويعد من النظام العام القواعد القانونية التي تنظم الهيئات العمومية وتحدد الروابط بين بعضها البعض و بين الأفراد، الروابط التي تناولت حمايتها عدة قوانين من بينها الدستور الجزائري لسنة 1996 الذي نص في مادته 34 و 35 على عدم انتهاك حرمة الإنسان وحظر أي عنف بدني أو معنوي يمس كرامته أو سلامته البدنية والمعنوية [64] كما تناول قانون العقوبات حرمة الإنسان والحفاظ على حياته و على جسمه [42]

وفي إطار القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها نصت المادة الثالثة منه على السعي لتسيطر أهداف في مجال الصحة، وذلك لحماية الإنسان وحماية ظروف معيشته وهو نفسه مضمون الفقرة الثانية من المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن

أخلاقيات الطب، والتي تلزم الطبيب بضرورة احترام حياة الفرد وشخصه البشري [9] كل ذلك حتى تتسم الأعمال الطبية بالمشروعية و لا تكون مخالفة للنظام العام.

كما يجب أن لا تكون الأعمال الطبية مخالفة للأداب العامة، ويقصد بالأداب العامة "مجموع القواعد الخلقية التي تدين بها الجماعة في بيئة معينة، وعصر معين، وهي وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف، وتواضع عليه الناس" [63] ص39

ففي العقد الطبي لا يجوز انتزاع أعضاء الإنسان ولا زرعها إلا لأغراض علاجية ، فلا يجوز أن يتم نزع الأعضاء الإنسان بغرض المتاجرة بها، كون هذا الفعل يفقد مهنة الطب اعتبارها و في ذلك خرق لأحكام المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 92/ 276 المؤرخ في 07/06/ 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الذي ينص أيضا في المادة 24 منه على منع الطبيب من قبول أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي [9]

إذن لكي ينعقد العقد الطبي صحيحا يجب أن يكون سببه أو بالأحرى الباعث للتعاقد مشروعاً غير مخالفا للنظام العام والأداب العامة وإلا كان باطلا بطلانا مطلقاً.

2.3.2.1. تطبيقاته:

رغم اتساع آفاق المعرفة أمام العلوم الطبية التي أصبحت تمد البشرية يوميا بحلول للمشاكل الصحية، و بروز إلى الوجود تدخلات طبية لا يمكن اجتنابها لتقدم العلوم الطبية و الجراحية إلا أن أحكام الدين والقانون تقيد بعض الأعمال الطبية و ذلك بسبب عدم مشروعيتها.

فمن بين تطبيقات فكرة السبب في العقد الطبي على أرض الواقع نجد حظر إجراء التجارب بغير هدف العلاج، وكذا القتل بدفع الشفقة وذلك نظرا لانتفاء شرط المشروعية.

1.2.3.2.1. التجارب الطبية:

نظرا لتقدم العلوم الطبية والجراحية أصبح من غير الممكن اجتناب التجارب الطبية على الإنسان باعتبارها من التدخلات الطبية ، فبفضل التجارب المذكورة تم الحد من الكثير من الأمراض ويمكن تعريف التجارب الطبية بإنها مجموع الأعمال العلمية أو الفنية التي يكون الغرض منها ليس العلاج، وإنما الحصول على معلومات جديدة بخصوص المرض موضوع البحث أو علاجه [27] ص693

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يحق للطبيب إجراء أي تجارب طبية على المريض أو الطلب منه المشاركة في أبحاث طبية على دواء جديد أو مستحضر أو طريقة تشخيصية أو علاجية حديثة دون الحصول على موافقتهم الكتابية المسبقة ، و يحق للمريض الموافقة أو الرفض حسب قناعته و رغبته وإرادته ، كما يحق له ، و في أي مرحلة من مراحل البحث ، إيقاف تعاونه و مشاركته [25] ص 147

والتجارب الطبية إما أن تكون علاجية، ويراد بها التجارب التي يباشرها الطبيب بقصد علاج المريض باستخدام وسائل حديثة في الحالات المرضية التي تفتقد إلى دواء معروف كفيل بتحقيق الشفاء[65] ص318 ، وقد أقر الفقه عموماً مشروعية هذا النوع من التجارب و لكن بتوافر شروط وهي[66] ص86 :

- 1 - ضرورة الحصول على رضا المريض بإجراء التجربة العلاجية عليه رضاً حراً و صحيحاً .
- 2 - أن يكون هناك قدر من التناسب بين خطورة المرض و احتمالات نجاح أو فشل التجربة العلاجية
- 3 - أن يكون الطبيب على قدر من الكفاءة العلمية و الخبرة الطبية حتى يتسنى له إجراء هذا النوع من التجارب .

و إما أن تكون التجارب الطبية تجارب غير علاجية وتتمثل في مجموع الأعمال الطبية والعلمية، التي يباشرها الطبيب على جسم المريض بغرض اكتساب معارف جديدة بخصوص الوقاية من الأمراض أو المعالجة الوقائية أو العلاج[27] ص694 كما يعرف هذا النوع من التجارب بأنه:" كل بحث منهجي يهدف إلى تنمية المعرفة على وجه العموم، أو المساهمة فيها بطريق مباشر"[67] ص91

و قد استخلص بعض الفقهاء المحدثين شرعية التجارب الطبية من بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية[27] ص703 ، فمن بين الآيات التي استدلوا بها للقول بشرعية التجارب الطبية قوله تعالى في الآية 03 من السورة البقرة:" فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه"

و قوله عز وجل في الآية 119 من سورة الأنعام: " وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه"حيث تفيد الآيات المذكورة أن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها.

و يكتسي التلقيح الاصطناعي أهمية على الصعيد الدولي ، فقد سبق للجمعية الدولية للطب في مؤتمرها المنعقد في هلنكسي ، عاصمة فنلندا ، سنة 1964 أن أصدرت اعلاناً سمي " اعلان هلنكسي" تضمن الشروط التالية ، التي يجب أن تتوافر في التجربة الطبية لكي تكون مشروعة ، و تتمثل هذه الشروط فيما يلي[66] ص79-80 :

- 1 - احترام المبادئ الأخلاقية و العلمية التي تبرر الأبحاث في الطب الإنساني على أن تجرى التجربة على الإنسان بالإستناد إلى فحوص مخبرية تجري على الحيوانات و إلى معطيات علمية ثابتة .
- 2 - تجرى التجربة على الإنسان بواسطة أشخاص أكفاء علمياً تحت رقابة طبيب كفؤ
- 3 - لا يجوز إجراء التجربة إلا إذا كانت أهمية الهدف الذي تصبوا إليه متناسبة مع المخاطرة التي يتعرض لها من تجرى عليه .

4 - يجب أن يكون الطبيب محترفاً و بصورة خاصة عندما يكون من شأن الدواء أو التقنيات المستعملة تعريض حياة الإنسان للمساس .

وأما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من مسألة التجارب الطبية فإننا نجد أساسا لها في المادة 168 مكرر 2 و 168 مكرر 3 من قانون حماية الصحة وترقيتها وكذا المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب. حيث جاء في المادة 168 الفقرة 02 ما يلي: " يجب احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي..." وجاء في المادة ذاتها فقرة 03 ما يلي: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق لمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية المنصوص عليه في المادة 168 / 01 أعلاه" و أما المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب فنصت على أنه لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد لمريض ، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة و التأكد من أن هذا العلاج يعود بالفائدة مباشرة على المريض"

إذن يتضح من خلال استقراءنا للمادتين 168 و 18 المذكورتين أعلاه أن المشرع الجزائري يبيح صراحة التجارب الطبية على الإنسان سواء كانت علاجية أو علمية، وقد نظم بعض القواعد الأساسية لكيفية إجراء التجارب الطبية كشرط الموافقة [17] وطبيعة المسؤولية الناتجة عن الضرر الذي يصيب الخاضع للتجربة [17] ، كما اسند المشرع الجزائري مهمة الرقابة في مجال التجارب الطبية على الإنسان إلى المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية [17]

وبذلك يكون المشرع الجزائري قيد التجارب الطبية على الإنسان بشروط تتمثل في :

1-وجوب استشارة المجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية بخصوص كل التجارب الطبية التي يكون محلها الإنسان [17]

2-يشترط لإجازة التجربة تحقيقها لمصلحة علاجية مباشرة للشخص الخاضع لها أو لتقدم البحث العلمي،

3-احترام الكيان الجسدي للشخص الخاضع للتجربة وكرامته وذلك نم خلال أخذ موافقته الحرة المستنيرة والتأكد من توفر الشروط الأمنية اللازمة لسلامته البدنية في مكان اجراء التجربة وهو الأمر الذي تضمنته أحكام المادتين 17 و 18 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

و تجدر الإشارة إلى أنه في مجال التجارب الطبية ، فرض المشرع الفرنسي على الطبيب متعهد التجربة أن يبرم عقد تأمين من المسؤولية المدنية بمقتضى القانون الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1988، وهذا التأمين يشمل مسؤولية الطبيب متعهد التجربة ، إضافة إلى مسؤولية المساهمين معه في إجراء التجربة [60] ص 96

وبناء على ما ذكر نخلص إلى أنه إذا كان السبب غير مشروع في التجارب الطبية كما هو الحال بالنسبة للإستنساخ، التغيير الجنسي، التعقيم - وهو جعل الشخص ذكرا كان أو أنثى غير صالح للإنجاب

[68] ص 183 ، باعتبارها أعمال طبية لا فائدة لها، كان العقد الطبي أو بالأحرى كل اتفاق يرمي من ورائه الطبيب الخروج عن مبدأ علاج المريض باطلا بطلان مطلقا.

2.2.3.2.1. القتل بدافع الشفقة:

ما من شك أن الروح من أمر الله عز وجل لذلك لا يستطيع الطبيب السيطرة عليها ، فهل يجوز لطبيب أن يقتل عن قصد مريضا لا يؤمل شفاؤه مساعدة له على إنهاء آلامه ؟
و إجابة على التساؤل المذكور لا بد من التعرض لتعريف القتل بدافع الشفقة و تبيان أحكامه و هو ما سنتطرق إليه أدناه :

يقصد بالقتل بدافع الشفقة "إنهاء حياة المريض ميئوس من شفائه طبييا، للحد من آلامه المبرحة وغير المحتملة بناء على طلبه الصريح، أو الضمني أو طلب من ينوبه، وسواء قام بتنفيذه الطبيب أو شخص آخر بدافع الشفقة" [69] ص 07

يتضح من التعريف السابق أن القتل بدافع الشفقة إنهاء لحياة مريض لا يؤمل شفاؤه ليئس الطب عن علاجه.

و إعمالا بأحكام الشريعة الإسلامية فإن القتل بدافع الشفقة محرم شرعا وذلك مصداقا لقوله تعالى: " لا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق " ، وقوله تعالى أيضا: " ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاءه جهنم خالدا فيها وغضب الله ولعنه وأعد له عذابا عظيما"
و قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"

ويعتبر القتل بدافع الشفقة قتل عمدي من الناحية القانونية ، الفعل الذي رصد له المشرع الجزائري عقوبة الإعدام، وإذا ساعد الطبيب المريض على الانتحار أو سهل له ذلك أو زوده بأسلحة ، أو سم أو بآلات معدة للانتحار فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات نافذة [17]

فقتل المريض إشفاقا ولليأس من شفاؤه تخرج عن الأصل والغاية من العمل الطبي المتمثلة في علاج المريض وأمر مخالف للنظام العام والآداب العامة باعتباره يمس حرمة الإنسان الذي يحضى بحماية دائمة مهما كانت الظروف ، و حتى الدين المسيحي يحرم القتل بدافع الشفقة ، فيؤكد الانجيل أن الإله وحده واهب الحياة و هو الذي يستطيع استردادها [69] ص 94

وختاما لهذا المطلب نقول أن السبب ركن جوهرى في العلاقة التعاقدية التي تبرم بين الطبيب والمريض لإضفاء الصبغة القانونية على هذه الرابطة العقدية ، و يتعين أن يكون السبب مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة ، بحيث يكون علاج المريض والحد من آلامه هو الباعث و الدافع للتعاقد.

و بإجتماع ركن التراضي، المحل والسبب يكون العقد الطبي قد تكون غير أنه أحيانا يشترط إفراغ هذا العقد في قالب رسمي وهو ما يعرف بركن بالشكلية في العقود.

4.2.1. الشكالية في العقد الطبي:

تنص المادة 59 من التقنين المدني على أنه يتم العقد الطبي بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية. فإعمالا بالنص القانوني المذكور فإن الأصل والقاعدة العامة هو مبدأ الرضائية في العقود ، المبدأ الذي يترجم حرية التعاقد بخصوص كيفية إبرامها للعقد، غير أن هذا المبدأ تراجع وبرز استثناء الشكالية. والقاعدة العامة عدم وجوب توفر الشكالية في العقد الطبي ، الفرع الأول ، إلا أن استثناءا يستوجب على المتعاقدين الطبيب والمريض اللجوء إلى الشكالية لإتمام تكوين العقد الطبي و هو ما سنستوضحه في فرع ثان .

1.4.2.1. القاعدة العامة عدم وجوب توفر الشكالية في العقد الطبي

يرى الفقيه روبي أن الشكالية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات[5] ص293 ، والشكالية قد تكون مباشرة أو غير مباشرة.

فالشكالية المباشرة هي التي تكون ركنا في العقد، وتتمثل في الكتابة التي تناولها المشرع الجزائي في المادة 324 من التقنين المدني، والكتابة إما أن تكون رسمية تتم بمعرفة موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمه [19] ، وأما أن تكون عرفية تتم بمعرفة طرفي العقد[19] وأما الشكالية غير المباشرة فتتمثل في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، و تتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة من قواعد الإثبات ، الإشهار ، وإجراءات إدارية وجبائية[5] ص310

وبإسقاط مفهومي الشكالية المباشرة وغير المباشرة على العقد الطبي يتضح أن هذا النوع من العقود ليس بحاجة في تكوينه وانعقاده لركن الشكالية، وإذا كان الأمر هكذا فكيف يمكن إثبات العقد الطبي في غياب شكالية معينة.

فقد جرت العادة على عدم إفراغ الاتفاق الذي يتم بين الطبيب والمريض في قالب معين ،وعليه إذا ما ثار نزاع بشأن هته المسألة ، فيجوز اللجوء إلى الإثبات بباقي الوسائل ، كالجوء إلى البينة أو القرائن أو أية وسيلة أخرى للإثبات ، والقاعدة العامة في مجال الإثبات أن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر ،

لقوله صلى الله عليه و سلم " لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى أناس دماء رجال و أموالهم و لكن البينة على المدعى "

1.2.4.2.1. الاستثناء وجوب الشكالية في العقد الطبي:

القاعدة العامة أن العقد الطبي هو عقد رضائي لا يشترط فيه توفر الشكالية الا في حالتين:

-إذا تعلق الأمر بنقل و زرع الأعضاء البشرية.

-إذا تعلق الأمر بتشريح الموتى من أجل هدف علمي.

1.2.4.2.1. نقل و زرع الأعضاء البشرية

نظرا لأهمية موافقة المتبرع في إضفاء الشرعية على العمل الطبي في مجال نقل الأعضاء، ونظرا لخطورة هذا النوع من العمليات فقد اشترط المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الشكالية في هذا النوع من الأعمال الطبية فقد نصت المادة 162 فقرة 03 من القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها على عدم جواز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء ، إلا بعد الحصول على الموافقة الكتابية للمتبرع وصياغة هذه الموافقة في شكل كتابي يكون بحضور شاهدين اثنين [17]

وكذلك الحال في حالة انتزاع الأنسجة والأعضاء ، من جثث الموتى إذ يشترط الموافقة الكتابية للمتبرع وهو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته الراشدين حسب الترتيب التالي: الأب أو الأم أو الزوج أو الزوجة ، الابن أو الابنة ، الأخ أو الأخت [17] ، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد اشترط صدور الموافقة من اشخاص تربطهم بالمتلقي علاقة قرابة فيقوم رضائهم مقام رضاء المتلقي كلما كانت حلته الصحية تشكل مانعا يحول دون الحصول على رضائه .

غير أنه استثناء و في حالة الاستعجال أجاز المشرع الجزائري الاقتطاع من الجثث بدون موافقة المريض أو أقاربه وذلك إذا تعلق الأمر بانتزاع القرنية والكلية على أن يتم ذلك بترخيص من اللجنة الوطنية المختصة [17]

وتجدر الإشارة إلى انه إلى جانب اشتراط المشرع الجزائري الكتابة في ميدان نقل و زراعة الأعضاء اشترط أيضا حضور شاهدين اثنين، وبذلك لا تكون لموافقة المتبرع الكتابية أي قيمة إذا لم تحتوي الوثيقة التي يوقع عليها المتبرع الشهود وذلك لتحقيق قدر من الحماية للمتبرع.

و إذا كانت الموافقة الصريحة والثابتة كتابة ضرورية في عملية نقل و زرع الأعضاء وهو على قيد الحياة فإنها ضرورية أيضا للاقتطاع من جثته بعد مماته وذلك بهدف علمي [17]

2.2.4.2.1. تشريح الموتى من أجل هدف علمي:

استنادا لأحكام الفقرة 02 من المادة 168 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها فقد أجاز المشرع الجزائري تشريح الموتى بهدف علمي وذلك بناء على طلب من الطبيب المختص على أن يكون هذا الطلب مقترنا بموافقة المعني بالأمر ، وهو على قيد الحياة ، أو موافقة أحد أعضاء أسرته.

نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري اشترط الشكلية في العقد الطبي في حالتي نقل وزرع الأعضاء وتشريح الجثث بهدف علمي وذلك نظرا لخطورة هاتين العمليتين وما تنطوي عليه من مساس بجسم الإنسان الذي يتعين أن تصان كرامته حيا أو ميتا.

و إذا توافر في العقد الطبي أركانه من تراضي، ومحل وسبب مشروعين إضافة إلى الشكلية في الحالات المنوه عنها بنص خاص، انعقد العقد الطبي ورتب آثاره القانونية و هو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

الفصل 2

آثار العقد الطبي

إذا ما استوفى العقد الطبي أركانه من تراضي، محل وسبب مشروعين ، والشكلية في الحالات التي نص عليها القانون ، إنعقد صحيحاً وعندئذ يترتب آثاره القانونية والمتمثلة في الإلتزامات التي تقع على عاتق طرفيه وهو ما سنتطرق إليه في المبحث الأول من هذا الفصل لتعرض بعد ذلك لكيفية إنقضاء العقد الطبي وطبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عنه في المبحث الثاني.

1.2. التزامات المتعاقدين

يعتبر العقد الطبي من العقود التبادلية ، التي تترتب إلتزامات في ذمة طرفيها ، فإذا ما إنعقد العقد الطبي صحيحاً وذلك بأن استوفى أركانه رتب إلتزامات على عاتق الطبيب إتجاه المريض، الطبيب الأول، ورتب إلتزامات على عاتق هذا الأخير (المريض) إتجاه الأول، الطبيب، وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

1.1.2. إلتزامات الطبيب:

يمكن تصنيف الإلتزامات التي تقع على عاتق الطبيب إلى نوعين ، منها ما يتعلق بالعلاج ، الفرع الأول ، ومنها ما يتعلق بعلاقة الطبيب مع المريض و هو محتوى الفرع الثاني من هذا المطلب .

1.1.1.2. الإلتزامات الخاصة بالعلاج:

عندما يلجأ مريض إلى طبيب بغرض العلاج ، فإنه يقع على عاتق هذا الأخير إذا ما قبل طلب المريض إلتزام بتقديم العلاج بداية بتشخيص المريض وصولاً إلى تحديد وصفة العلاج.

1.1.1.1.2. التشخيص

التشخيص هو المرحلة الثانية بعد مرحلة الفحص الطبي ، و فيها يسعى الطبيب إلى ترجمة الدلائل و الظواهر التي توصل إليها في مرحلتي الفحص الطبي لكي يستخلص منها النتائج المنطقية لوضع التشخيص و التوصل إلى تحديد نوع المرض و موضعه [65] ص 57

فمرحلة التشخيص تعد من أهم وأدق وأول مراحل العلاج ، المرحلة التي يحاول فيها الطبيب معرفة المرض الذي يعاني منه الشخص الذي لجأ إليه ، كما يحاول معرفة درجة خطورة المرض ، وتاريخه وتطوره وجميع ما يؤثر فيه من ظروف المريض من حيث حالته الصحية العامة وسوابقه المرضية مستعيناً في ذلك بالوسائل التشخيصية المعروفة في الوسط الطبي. [70] ص 38

فالتشخيص هو ذلك الجزء من الفن الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض ، ووصفه في الإطار المحدد له [4] ص 217

و يقصد بالتشخيص ايضاً تحديد نوع المرض المصاب به المريض ، وهي مرحلة تلي مرحلة الفحص الطبي، فيقوم الطبيب في هذه المرحلة باستخلاص النتائج من الظواهر التي تبينت من خلال الفحص الطبي ، أو من تفسيره للأعراض المختلفة التي ظهرت على المريض [32] ص 30

إذ يلتزم الطبيب في هذه المرحلة ببذل جهد في فحص المريض بغية الوصول والكشف عن المرض الذي يعاني منه مستعملاً جميع الوسائل المتاحة والتي يضعها العلم تحت تصرفه كما له الإستعانة بزملائه إذا ما حامت شكوكه في تشخيص المرض ، وفي هذا الإطار تنص المادة: 69 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن أخلاقيات مهنة الطب على ضرورة إستشارة الطبيب زميل آخر ، بمجرد ما تقتضي الحاجة إليه، لذا يتعين على الطبيب المعالج ألا يقوم بتشخيص المرض بطريقة سطحية أو سريعة أو غير كاملة ، بل يجب التحري حول الأعراض والحالة العامة، والسوابق المرضية، والتأثيرات الوراثية ، حتى يتيقن من طبيعة ونوع المرض لإمكانية تشخيصه.

ولتشخيص المرض الذي يعاني منه المريض تشخيصاً دقيقاً وصحياً يستوجب على الطبيب أن يحسن الإستماع إلى المريض للتعرف على حالته الصحية و سوابقه المرضية ، و التأثيرات الوراثية و النفسية و الأعراض التي تنتابه ، ثم فحصه في مرحلة لاحقة ، فعلى الطبيب أن يحسن الاستماع لشكوى المريض و تفهم معاناته جيداً ، لأن ذلك من صميم عمله ، فضلاً على أن حسن الاستماع من مكارم الأخلاق التي يجب أن يتحلى بها الطبيب ، فهي نوع من أنواع إظهار الرحمة و الرأفة و المواسة للمريض [71] ص 27

إذن يتعين على الطبيب أن يهيئ المريض نفسياً لقبول العلاج ، بداية بالإستماع إليه ، وتلقي شكواه وتوجيه له أسئلة بشكل متأن للإستعلام عن كل ما هو ضروري لتشخيص ما يعاني منه المريض ،

مستعينا بجميع الطرق العلمية الحديثة للفحص ، كلما كان ذلك لازماً للتثبت من الحالة و صحة التقدير ، فغذا ما أهمل الطبيب ذلك و تسرع في تكوين رأيه ، فإنه يكون مسؤولاً عن جميع الأضرار التي تترتب عن خطئه في التشخيص[4] ص218 ، كما يتعين على الطبيب أن يتعامل برفق و عطف مع المريض حتى يكسب ثقته و يدعه يتحدث له و يخبره عن كل المعلومات اللازمة عن مرضه و وضعه الصحي والظروف المحيطة به والتي يمكن أن تؤثر على مرضه [70] ص38 ، فيتعين على الطبيب أن يشعر مريضه بالطمأنينة و يعرف كيف يكسب ثقته بشكل يدفع بالمريض إلى البوح بكل ما يتعلق بمرضه و الإجابة عن أسئلة الطبيب دون خوف أو حرج أو قلق، فطريقة تعامل الطبيب مع مريضه تؤثر على مدى تعاون المريض مع الطبيب و ذلك كله بغية الوصول إلى تشخيص دقيق للداء الذي يعاني منه المريض.

وقد يتطلب التشخيص أحياناً القيام بتحليل معينة قبل التأكد من طبيعة و نوع المرض الذي يعاني منه المريض ، و عندئذ يتعين على الطبيب إعلام المريض في هته المرحلة التمهيدية بطبيعة الفحص الطبي الذي ينوي مباشرته و كذا المخاطر المرتبطة به إن وجدت ، فإذا ما تحصل على موافقة المريض جاز له مباشرة عملية التشخيص[4] ص218

وتجدر الإشارة إلى أن مجرد الخطأ في التشخيص لا يثير مسؤولية الطبيب إلا إذا كان هذا الخطأ منطوياً على جهل و مخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها ، بشرط أن يكون الطبيب قد بذل الجهود الصادقة اليقظة التي

يبدلها الطبيب المماثل في الظروف القائمة[27] ص129 ، إذ يشترط في الطبيب أن يكون عالماً بالمبادئ الأولية للطب المتفق عليها من قبل الجميع و التي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية ، و أن تكون عنايته وفقاً للأصول العلمية المتعارف عليها في عليم الطب و هو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 20 ماي 1936 [28] ص47 ، كما لا يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعاً إلى ترجيح الطبيب لرأي علمي على آخر أو لطريقة في التشخيص على طريقة أخرى إذا ما تعلق الأمر بحالة لا تزال أمام البحث و التطور العلمي [32] ص31

2.1.1.1.2. تحديد وصفة العلاج:

العلاج هو المرحلة التالية لعملية التشخيص ، فيعد تشخيص المرض كمرحلة أولية يصف الطبيب لمريضه دواء أو يحدد له الطريقة الملائمة للعلاج تبعاً لنوعية المرض و طبيعته . ويتعين على الطبيب في هته المرحلة بذل العناية الواجبة في إختيار الدواء الملائم للحالة المرضية المعروضة عليه متخذاً ما يلزم من الحيطة والحذر آخذاً بعين الاعتبار بنية

المريض ، سنه، قوة مقاومته، ودرجة إحتتماله للمواد الكيمائية التي يحتويها الدواء [28] ص48 .

ويجب على الطبيب أن يقتصر في وصفاته على ما هو ضروري للعلاج ، فإذا كان الطبيب حرًا في تقديم الوصفة التي يراها أكثر ملائمة للحالة المعروضة عليه [28] ص 53 ، إلا أنه يجب عليه عدم إعطاء علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات علمية محققة نتائجها الإيجابية، والعلاج الذي تتضمنه وصفه يتعين أن تكون مفهومة فهما جيداً [9] وتجدر الإشارة إلى أن وصفة العلاج مخول قانوناً منحها من قبل الطبيب أو جراح الأسنان أو الطبيب الجراح ، غير أنه يرخص لمساعدات الطبييات القابلات يوصف أدوية وطرق وأساليب حماية الأمومة [9]

هذا و يتعين على الطبيب أن يستهدف من وراء تقديمه العلاج للمريض إزالة العلة دون صرف النظر عن عواقبه ، فالواجب إزالة العلة على وجه يأمن من حدوث علة أعظم و أصعب منها مستعينا في ذلك بمهارته اليدوية و القدرة على أن يكسب المريض القوة على تحمل الآلام و مواجهة العلة و الصبر على احتمال العجز ، مقنعا إياه بحكمة المرض مع تحمله و مواساته [17]

2.1.1.2. الإلتزامات الخاصة بعلاقة الطبيب مع المريض:

يتعين على الطبيب قبل مباشرة علاجه المريض أن يتأكد من رضا هذا الأخير بالعلاج ، فإذا ما تأكد من ذلك وجب عليه إعلام المريض بطبيعة العلاج ومخاطره ، وأن يلتزم بمتابعة العلاج ومراقبة الحالة الصحية للمريض ملتزماً في كل الأحوال بكتم أسرار مرض زبونه.

1.2.1.1.2. الإلتزام بالحصول على رضا المريض:

ذهب بعض فقهاء الفقه الإسلامي إلى أن أساس عدم مسؤولية الطبيب يرجع إلى اذن المريض ، فأساس إباحة العمل الطبي عندهم هو رضاه المريض ، إذ المقصود باذن المريض هو رضاؤه بإجراء العلاج الجراحي او العادي ، أي رضاؤه بإتيان الطبيب أفعالا على جسمه تعد من قبيل الاعتداء ، بأو رضاه وليه أو وصيه إذا كان قاصرا أو فاقدا للوعي [32] ص35 ، فحق المريض في الحفاظ على حياته وسلامة جسده يكتسي أهمية بالغة ، لذلك يجب على الطبيب الحصول على رضا المريض في جميع مراحل العلاج و يعتبر اتفاق المريض مع الطبيب الحر ، أو قبوله للعلاج في المستشفى العام ، قبولا منه لما قد يتخذه الطبيب من وسائل العلاج العادية ، ما لم يعترض المريض صراحة على وسيلة منها ، بل ظهر اتجاه لدى الأطباء أن قبول المريض للعقد الطبي ابتداءا يتضمن تفويضا مسبقا للطبيب في اتخاذ ما يراه من طرق العلاج حتى قيل أن المريض يخضع لوصاية الطبيب فيما يتعلق بالعلاج ، بحيث يكون للطبيب أن

يقرر ما يراه مناسباً من الأعمال ، إلا أن الفكرة المذكورة لم تسد كونها تتعارض مع مبدأ جواز التصرف في جسم الإنسان[32] ص42 .

اذن توفر رضا المريض أمر ضروري لإنعقاد العقد الطبي ، الرضا الذي يجب أن يكون حرّاً ومتبصراً إعمالاً بأحكام المادة: 44 من مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه يخضع كل عمل طبي ، يكون فيه خطر جدي على المريض ، لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة ، الموافقة التي تصدر من المريض نفسه وذلك متى كان يتمتع بقدرات عقلية تمكنه من فهم وإدراك ما يقدم عليه ، معبراً عن رضاه بشكل صريح أو ضمني ، وفي الحالة العكسية يصدر الرضا ممن يتول إدارة شؤون المريض كالولي أو الوصي أو القيم .

فالقاعدة العامة تقضي ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض بالعلاج ، القاعدة التي يرد عليها إستثناء مفاده إمكانية الإستغناء عن الحصول على رضا المريض أو رضاه ذويه لمباشرة العلاج وذلك في حالة الضرورة العاجلة التي تتحقق متى كان العلاج الطبي هو الوسيلة المتاحة لإنقاذ حياة المريض أو سلامة بدنه في مقابل تضحية أخطر محتمل أقل مما يتعرض له المريض لو لم يتخذ هذا العلاج. [72] ص17 ففي حالة الضرورة هذه يكون من حق الطبيب أن يقوم بالعمل الطبي أو الجراحي ، مع ما فيه من قدر من الخطورة ، دون رضاه المريض أو ذويه ، بل أن قيامه بهذا العمل يعتبر من واجبا عليه[34] ص142

غير أن إعفاء الطبيب في هته الحالة من الحصول على رضا المريض لا يحول دون إعفائه من المسؤولية إذ يسأل الطبيب وفقاً للقواعد العامة عن الخطأ الصادر منه متى ترتب عن عمله ضرر.

وتجدر الإشارة إلى أن رضاه المريض لا يكفي للمساس بحيات الإنسان و سلامة جسمه ، فإذا استهدف عمل الطبيب غير قصد العلاج ، كان عمله غير مشروع و لو كان برضاه المريض أو حتى و لو كان بناء على إلحاحه ، فالطبيب الذي يقتل المريض لإراحته من عناء المرض أو الذي يجري عملية لإمرأة لمنع النسل بغير أن تستلزنها حالتها يكون مسؤولاً جنائياً و مدنياً[72] ص18 ، فرضاه المريض لا تنتفي به مسؤولية الطبيب فيما يشكل مساساً بسلامة جسم المريض في الأحوال التي لا يقصد منها العلاج .

2.2.1.1.2. الإلتزام بإعلام المريض:

إذا كان يتعين على الطبيب أن يحصل على رضاه المريض أو من ينوب عنه بالعمل الطبي ، فإن المقدمة المنطقية لرضاه المريض ، أن يعرف ، قبل أن يتخذ قراره ، حالته المرضية ، و مخاطر العمل الطبي الذي يقترحه الطبيب حتى يتمكن المريض من إجراء موازنة بين المخاطر المختلفة عن بصيرة ، ثم

يقرر ما إذا كان يقبل إجراء العمل الطبي أم لا ، و هذا الحق المخول للمريض يشكل التزاما على عاتق الطبيب مضمونه الالتزام بإعلام المريض .

و يعرف الإلتزام بإعلام المريض بأنه إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمنية عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون علييينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة. [32] ص49

ويعرف أيضا بأنه تحذير سابق لمخاطر العلاج وفوائده المنتظرة [73] ص32 فالالتزام بإعلام المريض حق لهذا الأخير ، لا يصح إهماله أو تجاهله ، لأنه من المبادئ المسلم بها "الاقرار للإنسان بأن يكون سيد نفسه و يعلم مقدما بكل أبعاد ما يراد بجسده و صحته" [74] ص76 وأما المشرع الجزائري فلم يعرف إلتزام الطبيب بإعلام المريض وإكتفى بالإشارة إليه في بعض المواد من مدونة أخلاقيات الطب.

بحيث نصت المادة: 43 من المدونة المذكورة أنه يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجهتد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي.

فإستنادًا لأحكام المادة المذكورة يقع على عاتق الطبيب إلتزام بإعلام المريض بكل عمل ينوي مباشرته على جسم المريض متحريا في ذلك الوضوح والصدق.

كما يستتشف دور المشرع الجزائري أيضا الإلتزام بإعلام المريض في المواد: 44 و 47 و 48 من مدونة أخلاقيات الطب المذكورة سلفا.

إذ تنص المادة: 44 على ضرورة خضوع كل عمل طبي جدي على المريض لموافقة هذا الأخير موافقة حرة و متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون ، إذ سنتشف من خلال النص القانوني المذكور ضرورة أن تسبق موافقة المريض إعلامه من قبل الطبيب بكل جوانب وتفاصيل العمل الطبي الذي سيقدم عليه.

أما المادة : 47 فتوجب تحرير الوصفة الطبية بشكل واضح يمكن المريض من فهمها فهماً جيداً مما يحول دون الخطأ في تناول الدواء سواء تعلق الأمر بعدد الجرعات الواجب أخذها أو بالأوقات الواجب تناوله فيها ، إذ يتعين على الطبيب أن يقدم للمريض شرحاً وافياً بهذا الشأن.

كما تناولت المادة: 48 من نفس المدونة إلتزام الطبيب بإعلام مريضه وذلك بنصها " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان المدعو لتقديم علاج لدى أسرة ، أو مجموعة أن يسعى جاهداً للحصول على إحترام قواعد الرعاية الصحية ، والوقاية من الأمراض ، وأن يبصر المريض ومن حوله بمسؤولياتهم في هذا الصدد إتجاه أنفسهم وجوارهم " .

فمن خلال نصوص المواد أعلاه يتجلى أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة إلتزام الطبيب بالإعلام إتجاه مريضه إلا أن له يعطي تعريف جامعاً للإلتزام المذكور .

و في حالة إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض قامت مسؤوليته ، هو ما قضت به محكمة باريس الفرنسية في: 11 مارس 1966 ، بمسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية جراحية جزئية لمريض دون أن يحيطه مسبقاً بأن العملية يعقبها بالضرورة عملية جراحية أخرى أكبر وأشد خطورة ، إذ كان أمام المريض عرض آخر للعلاج من قبل طبيب ثانٍ إقترح عليه إجراء عملية جراحية واحدة [73] ص 32

وإذا كانت القاعدة العامة مفادها وجوب إعلام المريض ، إلا أن هته القاعدة يرد عليها إستثناء مفاده عدم إعلام المريض في حالة الإستعجال.

فحالة الإستعجال تقتضي تدخل الطبيب دون تأخير بإعتبارات أن حالة المريض في خطر وفي هذا الصدد تنص المادة: 02/52 من مدونة أخلاقيات الطب أنه يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الإستعجال أو تعذر الإتصال الأولياء أو الممثل الشرعي أن يقدم العلاج الضروري للمريض ، كما تضمنت المادة: 09 من نفس المدونة نفس الحكم بنصها على ضرورة إسعاف الطبيب لمريض يواجه خطراً وشيكاً.

نستنتج مما سبق قوله أعلاه ، أن الالتزام ب'إعلام المريض حق لهط الأخر ، لا يقتصر على المريض وحده بل يكفي أن يكون لأحد ذويه أو أقاربه متى اقتضى الأمر ذلك ، و مصدر هذا الالتزام قد يكون نص القانون أو العقد ، فالمبدأ العام الذي يقضي بوجوب مراعاة حسن النية في المعاملات يقتضي دائماً وجود هذا الالتزام على عاتق الطبيب و إن لم يوجد نص يقره [34] ص 144

ونستنتج ايضاً أنه حتى في حالة غياب علاقة تعاقدية بين الطبيب و المريض كما هو الحال في حالة الاستعجال ، فإن الالتزام بإعلام المريض يظل قائماً ، فموافقة المريض على العمل الطبي أو التدخل الجراحي أم لازم في كل الأحوال [56] ص 137 و ذلك بغض النظر عن علاقة الطبيب بالمريض ، سواء كانت علاقة عقدية أم مجرد علاقة تنظيمية أو لائحية ، كعلاقة المريض بالطبيب الذي يعمل بالمستشفى العام [31] ص 205

خلاصة القول أن الطبيب ملزم بإعلام المريض بأخطار العلاج و التدخل الجراحي خاصة ، و ما ينتج عن ذلك من آلام ، و لا يعفى الطبيب من هذا الالتزام إلا إذا كان ذلك يشكل ضرراً بالغاً بالمريض و ضرره أكثر من نفعه ، كما لو كانت شخصية المريض تتسم بالقلق و الوسوسة ، ففي هته الحالة يتعين على الطبيب مراعاة نفسية المريض و لا يخبره بكل الحقائق لأنها قد تؤثر سلباً على حالته الصحية ، فإعلام المريض يشكل جزءاً من النشاط الطبي ، لأن المريض المبصر بكافة أبعاد حالته الصحية ، يسمح بالمشاركة في اتخاذ قرار العلاج ، كما أن قيام الطبيب بواجب إعلام المريض يوثق و يوطد العلاقة و الحوار بين الطبيب و المريض ، و بالمقابل فإن غياب الاعلام يؤدي إلى صدور رضا مشوب بغلط أو تدليس [75] ص 118

3.2.1.1.2. الإلتزام بمراقبة صحة المريض:

يلتزم الطبيب ، بموجب العقد الذي يربطه مع المريض ، بمتابعة علاجه وبأن لا يترك المريض قبل إنتهاء هذا العلاج [74] ص 82 ، فيلتزم الطبيب بمراقبة المريض إلى غاية إنتهاء العلاج ، واعمالاً بأحكام المادة:45 من مدونة أخلاقيات الطب يتعين على الطبيب أن يضمن تقديم العلاج المتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمقتضيات العلم الحديثة ، وإخلاص الطبيب يقتضي مراقبة صحة المريض ومتابعة حالته الصحية بغية التأكد من آثار العلاج الذي إقترحه وآثاره على المريض.

إذن لا ينتهي دور الطبيب لمجرد تقديمه العلاج أو إجرائه عملية جراحية للمريض ، بل يجب عليه التأكد ومراقبة صحة المريض إلى غاية حصول الشفاء وفي حال غياب الطبيب إستبدل بمراقب ، الأمر الذي أفرد له المشرع الجزائري بند خاص في مدونة أخلاقيات الطب المواد من: 90 إلى 94 .

و يقتضي هذا الإلتزام أن الطبيب الذي دخل في علاقة مع المريض ايا كان مصدرها و ايا كانت طبيعتها ، يقع عليه واجب الاستمرار في رعاية المريض و علاجه إلى أن يشفى ، و يصبح في غنى عن خدماته ، أو تنتهي هذه الرابطة بفسخها إن كان مصدرها العقد ، أما إذا المريض في حاجة للرعاية و العلاج فإنه يقع على عاتق الطبيب التزاما بمتابعته صحيا ، و إن تعذر عليه ذلك لسبب ما ، فإنه يتعين عليه ، الطبيب ، أن يوفر له من يكفل له الرعاية اللازمة أو أن ، إذا لزم الأمر ، يرشده إلى زميل له أكثر تخصصا بالنسبة لحالته [56] ص 205

فمضمون التزام الطبيب بمراقبة صحة المريض أنه ما دام المريض في حاجة إلى عناية الطبيب و رعايته فلا يجوز التخلي عنه و تركه دون بذل هذه الرعاية الطبية اللازمة له [31] ص 265 ، و في هذا الإطار قرر مجلس الدولة الفرنسي أن الطبيب الجراح يعد مرتكباً لخطأ شخصي متى رفض الحضور لرعاية مريض في حالة خطرة بالرغم من تكرار استدعائه هاتفياً ، و إخباره بخطورة الحالة ، و ضرورة التدخل الجراحي العاجل ، و أخيراً سمح لأحد طلابه بإجراء العمل الجراحي ، رغم أنه لم يفحص المريض لتشخيص مرضه ، و رغم أن الطالب لم تكن له الخبرة اللازمة لذلك [75] ص 128

و عليه فإنه لا يمكن للطبيب أن يتخلى عن المريض لغير مسوغ قانوني ، إذ تثور مسؤولية الطبيب في الحالات التي ينقطع فيها الطبيب عن معالجة مريض في وقت غير لائق وبغير مسوغ قانوني ، إذ أن هناك حالات يجد الطبيب لنفسه مبرراً لترك المريض ، كأن يهمل المريض إتباع تعليمات الطبيب ، أو إستعانتة بطبيب آخر خفية عن الطبيب المعالج في هته الحالة يجوز للطبيب ترك العلاج شريطة أن لا يكون في ظرف غير لائق وإلاّ تحمل مسؤولية الترك وما ينشأ عنها من أضرار [56] ص 199 .

4.2.1.1.2. الإلتزام بالسر الطبي:

يطلع الطبيب في عمله على الكثير من خصوصيات المرضى و تتكشف أمامه أمور عديدة يتعين أن تبقى طبي السر و الكتمان و ذلك حفاظا على الثقة التي وضعها فيه مرضاع باعتبارها رباط يربط كل من الطبيب و مريضه ، فمن المبادئ الأخلاقية التي يتعين أن يتحلى بها الطبيب حفظه على أسرار مريضه ، في جميع مراحل العلاج ، وحتى بعده فمكان للمريض أن يدلي بأسراره للطبيب لو لم يكن محل ثقة بالنسبة إليه لذلك يتعين أن يكون الطبيب في مستوى هته الثقة التي وضعها فيه المريض ، فالإلتزام الأطباء بالحفاظ على أسرار المريض ، يعد من أهم الواجبات إلتصافاً بالطبيب وقد أشير إلى هذا الإلتزام منذ أقدم العصور وحكم بأقصى العقوبات على أطباء أفشوا أسرار مرضاهم ، فالإلتزام الأطباء بسر المهنة كان سائداً في الحضارة الرومانية ، كما حفل تاريخ الإمبراطورية الرومانية بكثير من العقوبات التي قضى بها على الأطباء لإخلالها بواجب الحفاظ على الأسرار. [28] ص36

وفي تعليق للفقير الفرنسي "دوما" عن السر المهني الطبي ، يقول : " للأطباء والجراحين فرصة التعرف على أسرار المرضى وأسرار عائلاتهم ، إما بالثقة التي يمنحها هؤلاء إياهم وإما بطبيعة عملهم ، وطبيعة الظروف التي تستدعي وجودهم فعليهم إلتزام بالإحتفاظ بالأسرار التي تصل إلى علمهم من هذا الطريق وفي هذا الصدد [76] ص655

ولفهم محتوى إلتزام الطيب بالسر الطبي نتطرق إلى تعريفه ، نطاقه ، حدوده وجزاء الإخلال به.

1.4.2.1.1.2. تعريف السر الطبي:

السر الطبي من الأمور الغامضة التي لا يستطيع تحديد مفهومها ، فهو يختلف باختلاف الزمان والمكان والأشخاص وطبيعة الوقائع والأحداث ، فقد يكون أمراً سراً في زمان ولا يكون سراً في زمان آخر ، وقد يكون سراً في مكان ولا يكون سراً في مكان آخر ، وقد يكون سراً بالنسبة لأشخاص ولا يكون سراً بالنسبة لأشخاص آخرين [77] ص64

وقد عرف أحد العلماء السر الطبي بأنه واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص ، إذا كانت ثمة مصلحة – يعترف لها القانون – لشخص أو أكثر أن يظل العلم بها محصوراً في ذلك النطاق. [78] ص655

وعرف أيضاً بأنه كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أي كانت طبيعتها تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة بذلك سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة أو بسبب ممارسته مهنته. [79] ص159

وعرفه الفقه الفرنسي بأنه الإلتزام المفروض على جميع أعضاء الهيئة الطبية بأن لا يفشوا ما إطلعوا عليه وما علموه أثناء ممارسة مهنتهم [79] ص159

ويقترح الدكتور على محمد علي أحمد تعريف سر الطبي كالاتي : " كل ما يصل إلى علم الطبيب أثناء قيامه بعمله أو بسبه وكان في إفشائه ضرر بالمريض أو عائلته ، مع مراعاة الظروف والأحوال التي أحاطت بالموضوع[78] ص40

وقد تناول المشرع الجزائري أحكام السر الطبي في المواد: 36 إلى 41 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب مؤكداً على ضرورة إحترام كل طبيب أو جراح أسنان للسر الطبي لصالح المريض. فقد حاول المشرع الجزائري من خلال المواد: 37 ، 38 ، 39 و 40 من مدونة أخلاقيات الطب تحديد ما يجب كتمانانه بحيث حددت المادة 37 المذكورة مشملات السر الطبي بصها على ما يلي : " يشمل السر المهني كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان و يسمعه و يفهمه أو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته "

فاستنادا لأحكام المادة 37 السالفة الذكر ، فإن إلتزام الطبيب بالسر الطبي يشمل كافة الوقائع والمعلومات التي تكون قد وصلت إلى علمه أثناء مباشرة مهنته ، أيا كانت الوسيلة أو الكيفية التي علم بها الطبيب بالسر ، إذ يستوي في هذا ، أن يدلي المريض لطبيبه بالسر أو أن يتوصل الطبيب إلى السر عن طريق أحد أقارب المريض أو معارفه ، أو حتى يتوصل الطبيب إلى السر بنفسه ، كذلك يلتزم الطبيب بالحفاظ على السر ، ولو لم يكلفه أحد بالكشف أو العناية بالمريض ، كما لو كان قد صادفه في طريقه فأسعفه ثم وقف على سبب إغمائه[79] ص161 وإلى جانب إلتزام الطبيب بحفظ أسرار مريضه ، يتعين أيضاً على معاوني الطبيب ومساعديه من الأطباء وممرضات وحافظي الملفات الطبية الذين يطلعون على أسرار المريض حفظ الأسرار المذكورة ويتعين على الطبيب عند إستعمال الملفات الصحية لإعداد منشورات علمية عدم الكشف عن هوية المريض[77] ص71

ويشترط في السر المراد حفظه ثلاثة شروط أولها أن يكون الطبيب قد وقف على الواقعة بسبب مهنته [9] فالإلتزام الطبيب يكتمان السر الطبي لا يقتصر على من أفضى به المريض إليه بل يشمل كل ما حصل عليه أثناء مباشرته لمهنته أو سببها أي أن يكون من شأن طبيعة مهنة الطب الإطلاع عليها[31] ص156

وأما الشرط الثاني في السر المراد حفظه ، أن يكون للمريض مصلحة في جعله سراً سواء كانت المصلحة مادية أو أدبية ، وهذا ما إنتهت إليه محكمة النقض المصرية في حكم لها جاء فيها " إن القانون لم يبين معنى السر ، وترك الأمر لتقدير القضاة فوجب أن يرجع في ذلك الى العرف ، وظروف كل حادثة على إنفرادها ، وأنه بالنسبة لظروف الحادث موضوع الدعوى [77] ص166

أما الشرط الثالث في السر المراد حفظه فيتمثل في أن تكون المعلومات أو الوقائع ذات صلة بالطبيب كطبيب ، ومن ثمة لا تعد سرًا تلك المعلومات التي وصلت إلى علم الطبيب ولا علاقة لها بصفته ، كأن يكون حصل عليها بإعتباره صديق للمريض أو ضيفاً عادياً [31] ص159 هذا و تجدر الإشارة إلى أن الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بحفظ السر الطبي هو العقد و القانون ، ففي العقد الذي يبرمه المريض مع الطبيب الذي يختاره و يفضي إليه بسر أو يطلع الطبيب على ما يوجب الكتمان ، فإن الالتزام بحفظ السر ينشأ مع العقد و هو مرتبط به و متلازم معه ، أما إذا لم يكن هناك عقد، كما لو كلف الطبيب بالكشف على مريض لا يعرفه أو دعي لمعالجة ناقص أهلية أو عديمها ، و رأى وسمع ما يوجب الكتمان ، فغن الالتزام هنا ينشأ من مبدأ احترام الشخصية الإنسانية [79] ص168 ، و قد قيد القانون الالتزام بحفظ السر و جرم إفشاءه تحت طائل المسؤولية إلا في الحالات التي نص عليها ، الأمر الذي سنتطرق إليه أدناه :

2.4.2.1.1.2. نطاق الإلتزام بالسر الطبي:

إن الإلتزام المفروض على الطبيب بالصمت بخصوص كل ما يصل إلى علمه ، أو يكتشفه خلال ممارسته لمهنته يقوم على أساسين : أولهما المصلحة العامة التي تحتم على الطبيب ضرورة أن يقوم بمهمته الإجتماعية على نحو أفضل من أجل الصالح العام ، و ثانيهما على المصلحة الخاصة للمريض الذي يرغب في عدم إفشاء الطبيب لأسراره التي أفضى بها [78] ص42 غير أنه لا يمكن للطبيب الإحتجاج بالسر الطبي في مواجهة المريض إذا ما طلب منه المريض معلومات متعلقة بمرضه وقد تأكد هذا المبدأ بصورة دائمة من طرف القضاء المدني الفرنسي ، ففيما يخص مرض السيدا مثلاً فإن التحاليل التي تجرى لإكتشافه لا يمكن إجرائها دون علم المريض ولا يمكن إخفاء النتائج عنه ، لأن المريض هو صاحب الشأن الحقيقي في كل ما يتعلق بحالته الصحية ، فمن حق المريض الإطلاع على الملف الطبي الخاص به وأن يحصل على الشهادات الصحية اللازمة عند خروجه من المستشفى [7] ص83-84

هذا ما يخص نطاق الإلتزام بالسر الطبي في مواجهة المريض ، وأما فيما يخص نطاق الإلتزام بالسر الطبي في مواجهة الغير - و يعتبر من الغير الأطباء الآخرين و ذوي الحقوق - فيجب على الطبيب أن يمتنع من إخبار طبيب آخر أو زميل له [77] ص72 ، كما يمتنع من إخبار أي فرد من ذوي حقوق المريض بالسر الذي أطلع عليه ، أما إذا لجأ إلى طبيب غير الطبيب المعالج له ، فعلى الأول إخبار هذا الأخير لتمكينه من علاجه.

وبالنسبة لذوي الحقوق في حالة وفاة المريض ، فلا يحق للطبيب إستعمال السر بما يخالف إرادة المريض المتوفي ، فالقضاء الفرنسي يعتبر المريض المتوفي الذي ترك لورثته مهمة الدفاع

عن شخصه ، لا يمكن الإحتجاج في مواجهتهم بالسر الطبي حينما يتعلق الأمر بالحفاظ على ذاكرة مريضهم كالدفاع عن صحته العقلية ، كما لا يحتج في مواجهتهم بالسر الطبي إذا تعلق الأمر بالدفاع أمام القضاء عن الحقوق التي أراد موثهم نقلها إليهم والحفاظ على مصالحهم ، كطلب إبطال وصية أبرمها مورثهم وهو مجنون [34] ص 142

ومعالجة المشرع الجزائري لهذه المسألة نجده سن مادة واحدة فقط تناولت الإلتزام المذكور ، ويتعلق الأمر بالمادة: 41 من المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب إذ نصت المادة المذكورة على عدم إلغاء السر المهني بوفاة المريض إلا لإحقاق الحقوق. فطبقاً للمادة المذكورة فإن وفاة المريض لا يخول الطبيب إفشاء أسرارهم، إلا إذا تعلق الأمر بإحقاق الحقوق كإبطال وصية مثلاً أو عقد هبة لوقوعه في مرض الموت.

3.4.2.1.1.2. حدود السر الطبي:

تقضي القاعدة العامة بوجوب حفظ الطبيب لأسرار مرضاه ، غير أنه إستثناءً و نظراً للمصلحة العامة ، يلزم الطبيب بإفشاء سر مريضه وذلك في حالات تتمثل فيما يلي:

* الحالات المتعلقة بالصحة العمومية:

إذا ما تعلق الأمر بالصحة العمومية، فإن الطبيب ملزم بضرورة التصريح عن هذه الأمراض وإفشاء حقيقة الأمر، وتعلق الأمر ب: - الأمراض المعدية:

فإستناداً لأحكام المادة: 54 من القانون رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها فإن الطب ملزم بالتصريح بالأمراض المعدية وإلا تعرض لعقوبات إدارية وجزائية.

إذن نستنتج من المادة المذكورة أن التصريح والتبليغ عن الأمراض المعدية لا يعتبر من قبيل إفشاء السر الطبي ، ذلك أن حفظ الأفراد ووقايتهم أمر واجب ، فيجب على الطبيب في حال إكتشافه مرض معدي إعلام الأجهزة المسؤولة في الدولة عن الأمراض المعدية لإتخاذ الإجراءات المناسبة تجنباً لإنتشار المرض ، فالتبليغ عن الأمراض المعدية يشكل حفظاً للنفس من الهلاك الذي هو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية.

- أعراض الزهري:

أمراض الزهري هي الأمراض الخاصة بأعضاء التناسل والطبيب ملزم بالتصريح عن الأمراض المذكورة [34] ص 149

* وفيما يتعلق بالحالة المدنية:

يكون الطبيب ملزم بالتصريح عن المواليذ لضايط الحالة المدنية في حالة ما إذا لم يقيم به الوالد طبقاً لنص المادة : 62 من قانون الحالة المدنية كما أن الطبيب ملزم طبقاً لنص المادة : 79 من نفس القانون بالتصريح بالوفاة.

* ما تعلق ببعض الأشخاص .

إستناداً لأحكام المادة: 206 فقرة 03 المعدلة بموجب المادة الرابعة من القانون رقم: 17/90 المعدل و المتمم للقانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، فإن الطبيب ملزم بالإبلاغ عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرمين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم.

* حالة الأمراض المهنية:

الأمراض المهنية هي الأمراض الناشئة أثناء مزاولة العمل في المصانع والمختبرات و المستشفيات ، كأن يصل للعمال ولموظفي حالات تسمم بالمعادن ومركباتها ، كالتعرض لغبار الكبريت أو مركبات الرصاص مثلاً أو الإصابة بمرض التدرن أو الإلتهابات الجلدية للعاملين في المستشفيات المخصصة لذلك [37] ص44 ، فهي هته الحالات يتعين على الطبيب إبلاغ الجهة المختصة في المؤسسة لإتخاذ من الإجراءات الوقائية ما يمنع إنتشار المرض في وسط العمال ، لكن في غير هته الحالات هل يجوز لطبيب العمل أن يبين و يعلل السبب الذبي الذي بنى عليه رأيه في تقدير أهلية عامل للعمل من عدم أهليته لذلك ، و هو السؤال الذي طرح في المؤتمر الطبي العلمي المنعقد في مدينة "جانند" ببلجيكا ، و أجاب عليه رئيس المؤتمر البروفسور " كوربنزو بست" فقل : " هناك اجماع في الاتفاق على أن الشهادة بأهلية العامل أو بعدم أهليته لا يجوز أن تكون معللة ، بمعنى أنه لا يجوز أن يعرف منها ، حتى و لو بصورة ضمنية أو بطريق التتويه ، السبب الذي بنى عليه الطبيب رأيه في الأهلية أو عدم الأهلية و كل ما على الطبيب قوله أن هذا العامل أو الموظف صالح للعمل المناط به أو الذي سوف يناط به أو غير صالح[4] ص 392

و من بين الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا بهذا الشأن ، حكم 08 جانفي 1965 ، حيث حكم القضاء الفرنسي على طبيب لشركة طيران قام بالكشف على طيار ، و أوضح في تقريره الذي قدمه إلى إدارة الشركة أن الطيار مصاب بحالة " nevropatie " و لا يجوز تحميله مسؤولية الطيران ، و قد اعتبرت المحكمة أن الطبيب قد ، بذكره العلة المرضية ، سرا ، حيث كان ينبغي عليه أن يقتصر رأيه على عدم أهلية الطيار لقيادة الطائرات ، و قد تأيد هذا الاجتهاد بقضاء محكمة النقض الفرنسية و اعتبرت كل تعليل طبي تتضمنه شهادة الطبيب إفشاء للسر الطبي[78] ص57.

* حالة الإجهاض:

إذا ما بلغ طبيب أو قابلة أو جراح عن حالة إجهاض وصلت إلى علمه فلا يعد ذلك خرق للسر المهني أو إذا ما استدعوا أمام القضاء للشهادة في واقعة إجهاض وذلك إستناداً لأحكام المادة: 301 من قانون العقوبات.

فأمام القضاء إذا ما كان الطبيب شاهداً فهو ملزم بحفظ سر مريضه إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك. [42] وأما إذا كان الطبيب أمام القضاء خبيراً فهو ملزم بقول الحقيقة فيما رآه وعينه وعلى الطبيب الخبير في هته الحالة إفشاء المعلومات الخاصة بالمسائل التي ندب من أجلها وأن لا يتجاوز نطاقها ، أما الأسرار الأخرى التي وصلت إلى علمه أثناء فحصه للمريض فعليه أن يلتزم بكتمانها وعدم الإفشاء بها [42] ، وفي هذا الصدد يرى البعض أن شرف وكرامة المهنة يقتضي إلتزام الطبيب الخبير بالسر وعليه إلتزام الصمت فيما لا يبرره. [4] ص 397

و منه نستنتج أن الطبيب لا يجوز له كشف ما وصل إلى علمه حتى أمام القضاء إلا فيما يخص الأسئلة المطروحة عليه ، و في هذا المجال تنص المادة 206 فقرة 04 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيته المعدلة بموجب القانون رقم 17/90 على أنه " لا يمكنه الإدلاء في تقريره أو عند تقديم شهادته في الجلسة إلا بالمعاينات المتعلقة فقط بالأسئلة المطروحة ، كما يجب عليه كتمان كل ما تول إلى معرفته خلال مهمته ، تحت طائلة ارتكاب مخالفة افشاء السر المهني " .

4.4.2.1.1.2. جزاء الإخلال بالسر الطبي

إن إخلال الطبيب بالإلتزام الواقع على عاتقه والمتمثل في حفظ سر مريضه يترتب عنه عقوبات جزائية وأخرى تأديبية.

فالعقوبات الجزائية تضمنتها المادة: 301 من قانون العقوبات الجزائي وذلك تطبيقاً للمادة: 235 من القانون رقم: 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، وتتمثل العقوبة في الحبس من شهر إلى ستة 06 أشهر وغرامة من 500 إلى 5000 دج.

وأما العقوبات التأديبية فتتمثل في إمكانية إحالة الطبيب أمام الفرع النظامي الجهوي عند إرتكابه أخطاء عند ممارسة مهامه ، وهي العقوبة التي نصت عليها المادة: 211 من المرسوم التنفيذي رقم: 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، إضافة إلى عقوبات أخرى منوه عنها بنص المادة: 217 من ذات المرسوم والمتمثلة في : التوبيخ ، الإنذار ، الإقتراح على السلطة المختصة لمنع من ممارسة المهنة أو غلق العيادة.

2.1.2. إلتزامات المريض:

يفرض العقد الطبي إلتزامات على عاتق المريض تتمثل في إلتزامه بمد الطبيب بكافة المعلومات حول مرضه ، الفرع الأول ، ودفع مقابل العلاج (و هو ما سنتطرق إليه في فرع ثان .

1.2.1.2. إلتزام المريض بمد الطبيب بكافة المعلومات حول مرضه:

لما كان المريض يبتغي من خلال لجوئه إلى الطبيب طالبًا الشفاء من المرض الذي يعاني أو التخفيف من حدة ألامه فلتحقيق الغرض المذكور يتعين على المريض إخبار الطبيب وإعلامه بكل المعلومات التي تتعلق بمرضه ، فإذا ما امتنع المريض عن مد الطبيب بكل المعلومات التي تتعلق بمرضه إنعكس ذلك عليه سلبيًا.

1.1.2.1.2. ضرورة مد المريض طبيبه بكافة المعلومات حول مرضه:

حتى يستطيع الطبيب تشخيص حالة المريض تشخيصًا دقيقًا ومن ثمة وصف له العلاج الملائم ، يتعين على المريض أن يمهده بكل المعلومات للتعرف على المرض الذي يعاني منه ، غير أنه أحيانًا لا يمكن للمريض مد طبيبه بجميع المعلومات المتعلقة بمرضه كما هو الشأن في حالة الإستعجال ، حيث يكون المصاب في حالة لا تسمح له بإخبار الطبيب بما يحتاج إليه من معلومات ، وحالة المريض المصاب بإغماء أو فقدان الوعي ، وإذا كان يصعب على الطبيب في هته الحالة الحصول على المعلومات المتعلقة بمرضه يتعين عليه التحري وبذل العناية القصوى للوصول إلى تشخيص المرض بغية علاجه [31] ص 177

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يمكن للطبيب رفض تقديم العلاج بحجة عدم حصوله على المعلومات المتعلقة بالمريض ، إذ لا يحق للطبيب ترك المريض في حالة خطر بل يتعين عليه ضمان مواصلة العلاج وإلا ترتبت مسؤولية عن ذلك [80] ص 132

2.1.2.1.2. إمتناع المريض عن مد طبيبه بكافة المعلومات حول مرضه:

قد يمتنع المريض عن مدة طبيبه بكافة المعلومات حول مرضه والإمتناع يأخذ عدة صور منها الكتمان والكذب [9]

فقد يكتنم المريض عن طبيبه المعلومات المتعلقة بمرضه إستحياءً ، مما يعقد ويجعل مهمة الطبيب صعبة ، فيحق عندئذ لهذا الأخير فسخ العقد شريطة أن لا يترك المريض في حالة خطر.

وقد يمد المريض طبيبه بمعلومات غير صحيحة ، كأن ينكر بأنه لم يسبق له مطلقاً تعاطي أية أدوية أو إتباع أي علاج ، مما يضلل الطبيب ويوقعه في أخطاء تضر بصحة أو حياة المريض. [34] ص172

فإذا ما لحق بالمريض ضرر نتيجة علاج وصفه له الطبيب بناءً على معلومات تبين أنها خاطئة وغير صحيحة إنتفت مسؤولية الطبيب في هته الحالة ، كون أن الضرر نتاج خطأ المريض المتمثل في إفادة طبيبه بمعلومات خاطئة ، فينفي الطبيب في هته الحالة مسؤوليته بإثبات خطأ المضرور ، المريض ، إستناداً لأحكام المادة:127 من التقنيين المدني.

2.2.1.2. إلتزام المريض بدفع أتعاب الطبيب:

يعتبر الطب خدمة إنسانية ، فليس لطبيب أن يرفض اسعاف مريض في حالة خطر ، فذلك يشكل واجبا إنسانيا قبل أن يكون واجبا مهنيا و قانونيا ، إلا أن هذا لا يمنع الطبيب من تقاضي مقابل العمل الطبي الذي يؤديه ليس ثمنا كما هو الحال في عقد البيع مثلا ، بل هي عبارة عن تقدير و تشريف ، و هو ما يسمى باللغة الفرنسية " les honoraires " و هي مشتقة من كلمة " honorer " أي شرف ، فيلتزم المريض بدفع أتعاب الطبيب مقابل العمل المؤدي من قبل هذا الأخير فإذا ما قام الطبيب بعلاج المريض من المرض الذي يشكو منه ، وجب على هذا الأخير دفع مقابل ماقدمه الطبيب من علاج بناءً على جهد عضلي أو فكري ، فهذا المقابل يسمى أتعاب الطبيب.

والأتعاب الطبية عبارة عن " دين يقع على عاتق المريض ،المدين، أو ورثته عند وفاته لفائدة الطبيب ،الدائن، صاحب العيادة الخاصة أو الطبيب المستخلف إذا كان يتقاضى أجره من الطبيب صاحب العيادة ، مقابل علاج الشخص الذي يشكو من مرض ، و يقابل الجهد الذي يبذله الطبيب من جهد عضلي وفكري دفع أتعابه تتمثل في مبلغ مالي "[28] ص172 فكيف يتم تحديد قيمة أتعاب الطبيب؟ وماهي طرق ضمان الطبيب لأتعابه؟

1.2.2.1.2. تحديد قيمة أتعاب الطبيب:

القاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وطبقاً للقاعدة المذكورة فإن طرفي العقد الطبي يتفقان على مقابل العلاج ، غير أنه جرت العادة على أن لا يناقش المريض قيمة ما يطلب منه الطبيب من مقابل للعلاج ، وذلك لإنشغال المريض بالتخلص من الآلام التي يعاني منها بغض النظر عن المقابل الذي يطلبه من الطبيب ، ولكون المريض عادة لايفقه العلوم الطبية مما يحول دون إمكانيةه وقدرته على تحديد أو تقدير مقدار الخدمات الطبية.

وقد وضعت المادة:57 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطبيب قيوداً لحرية الأطراف المطلقة في تحديد الأتعاب الطبية ، وذلك بنصها على منع الطبيب من المبالغة في تحديد أتعابه ومنع كل تحايل أو إفراط في تحديد سعر الإستشارة أو الأعمال الطبية المنجزة التي تضر بالحالة المادية للمريض.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الطبيب معيناً من طرف جهة قضائية فإن تحديد الأتعاب يتم بناءً على أمر من رئيس الجهة القضائية مراعيًا في ذلك المساعي المبذولة وإحترام الآجال المحددة وجودة العمل المنجز [34] ص156 ويحظر على الطبيب في هذه الحالة ، المعين من قبل جهة قضائية ، إستيلاء الأتعاب مباشرة من قبل المريض ، وإذا ما أخل بهذا الإلتزام أنجر عن ذلك شطبه من قائمة الخبراء وبطلان الخبرة [81]

أما إذا لجأ المريض بنفسه إلى الطبيب فإما أن يدفع مقابل العلاج حالاً كما هو الحال بالنسبة للأمراض التي لا تتطلب الإستشارة أكثر من مرة واحدة و هذا مايسمى بالدفع المباشر ، و إما أن يدفع أتعاب الطبيب بطريقة غيرمباشرة وذلك في حالة ما إذا إستدعت حالة المريض علاجاً دورياً ، فيمكن في هذه الحالة للطبيب أن يطالب بأتعابه بعد عدة فحوصات. [81]

2.2.2.1.2. طرق ضمان الطبيب لأتعابه:

تشكل أتعاب الطبيب ديناً في ذمة المريض ، ويلتزم هذا الأخير بدفع أتعاب الطبيب ولو لم يكن لتدخل الطبيب أثر إيجابي على المريض ذلك أن إلتزام الطبيب كقاعدة عامة هو إلتزام ببذل عناية لا إلتزام بتحقيق نتيجة.

فإذا ما إمتنع المريض عن أداء أتعاب الطبيب يمكن لهذا الأخير المطالبة بها أمام القضاء مضافاً إليها تعويضه عما يلحقه من ضرر مادي ومعنوي.

وإذا ما إختار الطبيب اللجوء إلى القضاء لإستيفاء أتعابه ، تعين أن تتم المطالبة قبل مرور سنتين من ترتب الأتعاب المذكورة في ذمة المريض [34] ص158 ، لأنه بفوات المدة المذكورة يتمسك المريض بالتقدم كسبب لإنقضاء إلتزامه وإذا ما إستصدر الطبيب حكماً قضائياً يلزم مدينه ، المريض ، بأداء الأتعاب عن الجهد العضلي أو الفكري اللذين بذلهما في سبيل تقديم العلاج للمريض ، يحق له اللجوء إلى الحجز لضمان إستيفاء أتعابه بداية بالحجز على المنقولات إلى الحجز على العقارات في حالة عدم كفاية المنقولات [19] ، وله ، الطبيب ، أيضاً اللجوء إلى حجز مالمدين لدى الغير طبقاً للإجراءات المنوه عنها بنص المادة: 681 ومايليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ونشير في الختام أنه إذا طلب الطبيب أتعابا مبالغ فيها ولا تتناسب مع العلاج المقدم ، فالمرضى تقديم شكوى أمام الفرع النظامي لأخلاقيات المهنة ، وعندئذٍ يمتثل الطبيب أمام لجنة التأديب التي تفرض عقوبات على الطبيب المخل بقواعد المهنة [81]

2.2. إنقضاء العقد الطبي وطبيعة المسؤولية المدنية المترتبة عنه:

إذا إنعقد العقد الطبي صحيحًا وذلك بأن استوفى أركانه وشروطه يلزم طرفيه ، الطبيب والمرضى ، كما يلزمهما القانون طبقًا للقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ومن ثم يجب تنفيذه بما إشتمل وإذا نفذ كل من الطرفين إلتزامه إنقضى تبعًا لذلك العقد المبرم بينهما ، غير أنه قد يمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ ما إلتزم به وعندئذٍ ينقضي العقد المبرم بينهما عن طريق الفسخ الأمر الذي قد تثار بموجبه مسؤولية الطرف المخل بإلتزامه .

1.2.2. إنقضاء العقد الطبي:

إذا استوفى العقد الطبي أركانه يلزم طرفيه بالتنفيذ ، وبتنفيذ كل من المتعاقدين ، الطبيب والمرضى، إلتزامه ينقضي العقد الطبي المبرم بينهما ، الفرع الأول ، أما إذا إمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ إلتزامه جاز للطرف الآخر إنهاء العقد الطبي عن طريق الفسخ و هو ما سنتطرق إليه في فرع ثان .

1.1.2.2. تنفيذ المتعاقدين الإلتزامات المترتبة في ذمتهم:

إعمالاً بأحكام المادة: 106 من التقنين المدني ، فإن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلاّ بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، فمتى إنعقد العقد الطبي صحيحًا من خلال إستيفاء أركانه الموضوعية والشكلية ، متى تطلب القانون شكلاً معينًا ، وجب تنفيذه بما إشتمل وبحسن نية[9]

فإذا ما بذل الطبيب من العناية ما يلزم لتحقيق الغاية التي يتطلع إليها المرضى وقام هذا الأخير بمد الطبيب بكل المعلومات التي تتعلق بمرضه ودفع مقابل الخدمة المؤداة من قبل الطبيب ، يكون بذلك كل من الطرفين قد أوفى بالإلتزامات العالقة في ذمته وعندئذٍ ينقضي العقد الطبي المبرم بينهما على أن يتم تنفيذه بما إشتمل عليه وبحسن نية.

1.1.1.2.2. تنفيذ العقد الطبي وفقاً لمشتملاته:

لا يقتصر تنفيذ العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب ، بل يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته وفقاً للقانون ، والعرف والعدالة ، بحسب طبيعة الإلتزام [19] .
إذن فتنفيذ العقد يتم وفقاً لما ورد فيه ووفقاً لمستلزماته.

1.1.1.1.2.2. تنفيذ العقد وفقاً لما ورد فيه:

يكون طرفا العقد الطبي ملزمان بتنفيذ كل ما ورد فيه فهما مقيدان بالشروط الواردة في العقد ، فإذا تعلق الأمر مثلاً ، بإجراء عملية جراحية ، فإن العقد الطبي يعين فيه طبيعة العملية الجراحية ، مخاطرها ونتائجها ويعين فيه أيضاً مقابل أو بالأحرى أتعاب الطبيب مجري العملية ، فإذا ما إمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ بعض الإلتزامات المذكورة اعتبر ذلك بمثابة عدم تنفيذ العقد.

2.1.1.1.2.2. تنفيذ العقد وفقاً لمستلزماته:

إذا ما أغفل طرفي العقد الطبي، الطبيب والمريض ، بعض التفاصيل سهواً أو لكونها أمراً مألوفاً بين الناس، كان العقد الطبي ناقصاً، وعندئذٍ يجب تكملته إستناداً لأحكام القانون ، أو العرف ، أو العدالة .

فإذا لم يتضمن العقد الطبي مثلاً بنداً يتعلق بالإلتزام الطبيب بمتابعة الحالة الصحية للمريض بعد إجراء العملية الجراحية ، فيتعين الرجوع في هذه الحالة إلى أحكام القانون التي تفرض على الطبيب التزماً بمتابعة الحالة الصحية للمريض إلى غاية الشفاء

أما إذا أجرى طبيب لمريضه عملية جراحية في مستشفى عام مثلاً ، ثم طلب منه الاتصال به في مستشفى الخاص من أجل أن يتابع حالته الصحية ، فمن باب العدالة أن يلزم الطبيب بمتابعة المريض في المستشفى العام ، حيث مكان إجراء العملية ، كون أن المتابعة في المستشفى الخاص يقتضي دفع المريض أتعاب المتابعة في المستشفى المذكور ، الأمر الذي لم يتفق عليه الطرفين .

2.1.1.2.2. تنفيذ العقد الطبي بحسن نية:

إستفاءً لأحكام المادة: 107 من التقنين المدني فإنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية.

ويعتبر مبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها هو الرائد والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك [19] ولحسن النية مظهران الإلتزام بالنزاهة والإلتزام بالتعاون.

1.2.1.1.2.2. الإلتزام بالنزاهة:

يقصد بالنزاهة إمتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الإلتزام عسيرًا أو مستحيلًا ، فعلى الطبيب أن يتحلى بالنزاهة في عمله إتجاه المريض وذلك بأن يسدي له ما يلزم من النصائح و التعليمات ، و على المريض أن يتحلى بالنزاهة أيضا و ذلك بأن يتبع نصائح و تعليمات الطبيب الذي اختاره، و اعلامه بكل تجاوز أو مخالفة للنصائح و التعليمات المذكورة .

2.2.1.1.2.2. الإلتزام بالتعاون:

طبقًا لمقتضيات مبدأ حسن النية فإنه يقوم على عاتق المتعاقد إلتزام بالتعاون ، فيتعين على المريض مثلاً أن يفصح لطبيبه عن جميع الأعراض التي يعاني منها وإخباره بكل ما يتعلق بمرضه حتى يصل الطبيب إلى التشخيص الصحيح ومن ثمة وصف العلاج الدقيق والأكثر ملائمة لحالة المريض المعروض عليه.

2.1.2.2. فسخ العقد الطبي:

سبق القول أنه من خصائص العقد الطبي أنه عقد يعد ملزم لجانبيين ، ومن خصائص هته العقود أنها قابلة للإنهاء عن طريق الفسخ لذلك سنتطرق فيما يلي لتعريف الفسخ وتبيان شروطه وكيفية تقريره.

1.2.1.2.2. تعريف الفسخ:

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناءً على طلب أحد طرفي العقد إذا أحل الطرف الآخر بالتزامه ، فالفسخ جزاء إخلال التعاقد بالتزامه ليتحرر التعاقد الآخر نهائياً من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد [5] ص 368

والفسخ كجزاء لإخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه العقدي تناوله المشرع الجزائري في القسم الرابع من الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثاني من التقنين المدني وحددت شروطه المادة: 119 منه.

2.2.1.2.2. شروط الفسخ:

باستقراءنا نص المادة:119فقرة 01 من التقنين المدني يتبين أن للفسخ ثلاثة شروط تتمثل في أن يكون العقد ملزماً لجانبين عدم وفاء المتعاقد بالتزامه ، أن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لذلك.

1.2.2.1.2.2. أن يكون العقد ملزماً لجانبين:

يرد الفسخ على العقود الملزمة لجانبين ، والعقد الطبي عقد ملزم لجانبين ، فإذا ما أخل أحد الطرفين بواجباته إتجاه الآخر ، كان لهذا الأخير أن يتخلص من إلتزاماته عن طريق الفسخ ، فإذا لم يسدد المريض مثلاً الأتعاب المستحقة للطبيب والمتفق عليها مسبقاً يكون لهذا الأخير ، الطبيب، التخلص من إلتزامه العالق بإجراء عملية جراحية مثلاً للمريض وذلك عن طريق الفسخ.

2.2.2.1.2.2. عدم وفاء المتعاقد بالتزامه:

أشارت المادة: 119 صراحة إلى هذا الشرط ، حيث جاء فيها " ...إذا لم يف أحد المتعاقدين بالتزامه..." فالفسخ هو جزاء إخلال أو إمتناع المتعاقد عن تنفيذ إلتزامه وبالنتيجة لا يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إلا إذا أخل المتعاقد الآخر بالتزامه. فالمريض حر في أي وقت بأن يفسخ العقد الرابط بينه وبين الطبيب على أن يدفع له أتعاب الفحص المجرى ، غير أن هذه الحرية في فسخ العقد الطبي ، تبقى نوعاً ما فكرة بعيدة عن أرض الواقع ، إذ لا يتصور فسخ المريض و قطعه لعمل الطبيب أثناء فحصه له أو إجرائه لعملية جراحية [26] ص371

ولما كان العقد الطبي هو طبيعة خاصة فإنه وأعمالاً بأحكام المادة: 50 من مدونة أخلاقيات الطب تمكين الطبيب ترك المريض والتحرر من مهمته شريطة أن يضمن له مواصلة العلاج ، ذلك أن الطبيب يكون دائماً في خدمة الفرد و الصحة العمومية وأن رسالته تقتضي الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية والتخفيف من معاناته وهي الأحكام التي نوهت عنها نصوص المواد: 6 ، 7 و50 من مدونة أخلاقيات الطب.

3.2.2.1.2.2. أن يكون طالب الفسخ قد نفذ إلتزامه أو مستعد لذلك:

للمطالبة بالفسخ يتعين أن يكون طالبه قد نفذ إلتزامه أو على الأقل مستعد لذلك ، إذ ليس من العدل أن يكون طالب الفسخ مخرلاً بالتزامه ، ويطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما إلتزم به [34] ص166

فإذا ما قام المريض بمد الطبيب بجميع المعلومات العالقة بمرضه وأجرى جميع التحاليل التي طلبها منه مثلاً ، يكون بذلك قد نفذ إلتزامه ، فإذا ما قصر الطبيب من جانبه أو تأخر في تنفيذ العمل الطبي المتفق عليه دون مبرر يحق للمريض المطالبة بفسخ العقد المبرم بينه وبين الطبيب.

3.2.1.2.2. تقرير الفسخ:

يقع الفسخ بطرقتين إما بحكم القضاء وهو ما يصطلح عليه بالفسخ القضائي، أو بالإتفاق وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي .

1.3.2.1.2.2. الفسخ القضائي:

طبقاً لأحكام الفقرة 02 من المادة: 119 من التقنين المدني ، فإنه في حال إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه كان للمتعاقد الآخر الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو فسخه ، غير أن للقاضي سلطة واسعة في تقرير الفسخ من عدم ذلك ، إذ يمكن للقاضي منح المدين أجلاً حسب الظروف كما يمكنه رفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة: 119 فقرة 01 من التقنين المدني تنص على ضرورة قيام المتعاقد الذي يطالب بفسخ العقد بإعذار المتعاقد الآخر ، غير أن هذا الإجراء (الإعذار) لا يشكل قيداً على رفع الدعوى ، ذلك أن الجزاء المترتب على تخلف الإعذار هو سقوط الحق في التعويض [1] ص 962

2.3.2.1.2.2. الفسخ الإتفاقي:

قد يتضمن العقد محل الفسخ طبقاً للمادة: 120 من التقنين المدني شرطاً يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه بسبب عدم التنفيذ ، وعموماً يحدد المتعاقدين بمقضى هذا الشرط المسمى بشرط الفسخ الإتفاقي، الشروط التي يتحدد معها فسخ العقد دون حاجة إلى حكم قضائي وفي غياب صيغة قانونية معينة لشرط الفسخ الإتفاقي ، يتمتع المتعاقدان بحرية تامة في تحديد صياغته [19] فدور القاضي في هذا النوع من الفسخ ينحصر في مراقبة توفر الشروط المتفق عليها للفسخ ومنه لا سلطة تقديرية له في هذا المجال.

وإذا ما تقرر فسخ العقد الطبي ترتب عن ذلك عودة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا إستحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض [5] ص 435 ، ويصعب الإسترداد العيني في العقد الطبي فمثلاً لو إتفق الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بفحص الثاني وتقديم له العلاج لقاء مبلغ معين ثم فكل المريض عن دفع الأتعاب برغم قيام الطبيب بالفحص ، في هذه الحالة لا يمكن عودة الطرفين إلى الحالة ما قبل التعاقد وعندئذ للطبيب أن يطالب بالتعويض جبراً للضرر اللاحق به.

2.2.2. المسؤولية المدنية المترتبة عن العقد الطبي:

تعرف المسؤولية بوجه عام بأنها " حالة الشخص الذي ارتكب أمرا يستوجب المؤاخذه ، فعذا كان الفعل مخالفا لقاعدة أخلاقية ، وصفت مسؤولية مرتكب الفعل بأنها مسؤولية أدبية لا تتعدى استهجان المجتمع لذلك المسلك المخالف[19] ، أما إذا كان هذا الفعل مخالفا لقاعدة قانونية ، فهي حالة الشخص الذي يسبب ضررا للغير فاستوجب مؤاخذه القانون له على ذلك[16] ص13 ، و تثور المسؤولية الطبية عندما يتخلف أبناء المهنة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم والتي ينتظرها منهم المرضى ، وقد كانت تلك المسؤولية محل للعديد من التطبيقات القضائية وبالتالي للكثير من التساؤلات حول تحديد طبيعتها ، عقدية أم تقصيرية [24] ص71 ، فالإجماع الفقهي و القضائي منعقد على قيام المسؤولية المدنية للطبيب عن الخطأ و التقصير الصادر من قبله أثناء معالجته للمرضى ، و لم يكن هذا المر ماثرا للجدل و النقاش ، إلا أن الجدل ثار حول تكييف هته المسؤولية فيما إذا كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية ،

و من أهم أوجه التفرقة بين نوعي المسؤولية المدنية ، التقصيرية و التعقدية ، ما يلي[28] ص193:

1 - الاعذار : القاعدة أن التعويض لا يستحق في المسؤولية العقدية ، إلا بعد اعدار المدين ، طبقا لما نصت عليه المادة 179 من التقنين المدني صراحة ، أما في المسؤولية التقصيرية فإنه طبقا للفقرة الثانية من المادة 181 من التقنين المدني يعفى الدائن من اعدار المدين .

2 - الأهلية : في المسؤولية التقصيرية يكفي لقيامها أهلية التمييز ، أما في المسؤولية العقدية فلا بد من توافر أهلية التعاقد .

3 - الإثبات : في المسؤولية العقدية ، يقع عبء الإثبات على المدين بعد إثبات الدائن وجود العقد ، فيثبت المدين أنه قام بالتزامه العقدي ، أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذي يثبت أن المدين قد اخل بالتزامه القانوني بارتكابه عملا غير مشروع .

4 - مدى التعويض : تقضي المادة 182 فقرة 02 بأن المدين ، الذي يرتكب غشا أو خطأ جسيما ، لا يلزم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، أما في المسؤولية التقصيرية ، فإن المسؤول ، المدين ، يلزم بتعويض كل الضرر المباشر متوقعا كان أم غير متوقع

5 - التضامن : تقضي المادة 217 من التقنين المدني بأنه لا تضامن بين المدين في الالتزام الناشيء عن العقد إلا إذا كان بناء على اتفاق أو نص في القانون ، فإذا تعدد المسؤولون في المسؤولية العقدية يقسم التعويض عليهم إذ لا تضامن بينهم ، أما في المسؤولية التقصيرية فإن التضامن بين المسؤولين عن العمل الضار مفروض بحكم القانون استنادا لأحكام المادة 126 من التقنين المدني .

6 - الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية : تقضي المادة 178 فقرة 02 من التقنين المدني بأنه يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو خطئه

الجسيم ، في حين تقرر الفقرة 03 من المادة المذكورة ببطلان كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي (العمل غير المشروع) .

و لدراسة المسؤولية المدنية ، المترتبة عن العقد الطبي نتطرق أولاً لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب ، الفرع الأول، ثم نعد إلى تبيان عناصرها ، الفرع الثاني، فتبيان أثر ثبوتها و هو ما سنتناوله في فرع ثالث

1.2.2.2. الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب:

يثار موضوع المسؤولية بوجه عام حينما يقع إخلال من الشخص بمصلحه إجتماعية أو فردية فيستوجب هذا الإخلال المؤاخذة والمسائلة بحيث يتحمل مغبة ذلك الإخلال من كان السبب في ذلك [82] ص13-14 والمسؤولية المدنية تقوم عموماً في حينما يخل الفرد بما إلتزم به قبل الغير قانوناً أو إتفاقاً والجزاء فيها يكون بتعويض الضرر الناشئ عن هذا الإخلال ، وعليه فإن المسؤولية الطبية تثار عادة في حالة إخلال الطبيب بالالتزام الواقع على عاتقه و المتمثل في بذل العناية التي ينتظرها منه المريض.

والمسؤولية المدنية إما أن تكون تقصيرية أو عقدية فأى نوع من المسؤولية يمكن تكيف مسؤولية الطبيب المدنية.

تجدر الإشارة بداية إلى أنه إلى وقت ليس بالبعيد ساد رأي يعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لا عقدية ، مبررا ذلك بكون طبيعة العلاج و نوع الدواء و طريقة إجراء العملية الجراحية كلها أمور يجهلها المريض العادي و لهذا لم تدخل في تقديره و لم تنصرف إرادته إليها ، و بناء عليه لا يكون الإلتزام الذي يلقي على عاتق الطبيب بوجوب مراعاتها و التقيد بها التزاما منشأ العقد ، لأن الإلتزامات التعاقدية هي تلك الإلتزامات التي أرادها الطرفان و التي انصرفت إليها إرادة المريض ، اذ كيف يريد المريض شيئاً لا يعرفه و كيف تنصرف ارادته الى الإلتزامات لا يعرف ما هيتهما ، فقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرارا بتاريخ 29 نوفمبر 1920 جاء فيه أن المادتين 1328 و 1383 تنطبقان على أي خطأ لأي شخص سبب ضررا للغير أيا كان مركزه أو مهنته ، و أنه لا يوجد استثناء لمصلحة الأطباء [8] ص345 و إجابة على التساؤل المشار إليها أعلاه و العالق بطبيعة المسؤولية المدنية للطبيب نتطرق و جب التطرق إلى مبررات كل رأي و ذلك على النحو التالي :

1.1.2.2.2. المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية تقصيرية:

تثار المسؤولية التقصيرية في حالة الإخلال بالإلتزام يفرضه القانون ، وحتى 1936 كان الرأي السائد في فرنسا يعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية ستنادا للمادتين 1382 و 1383 من القانون

المدني الفرنسي ، ذلك أن إلتزام الطبيب بالعلاج إلتزام قانوني، ومنه فإن الإخلال بإلتزام المذكور يرتب مسؤولية تقصيرية، ففي غياب عقد بين الطبيب والمريض فإن مسؤولية الطبيب لا يمكن أن تكون تعاقدية [32] ص68، وقد عزز أنصار المسؤولية التقصيرية للأطباء رأيهم بحجج تبرر موقفهم على النحو الآتي: [83] ص79

- إن حياة الإنسان ليست محلاً للتعامل ، فالقانون هو الذي يكفل الحماية لحياة الإنسان وجسده بإعتباره غاية التنظيم القانوني فجسم الإنسان معصوم من إعتداء الآخرين.

- إن العلاج يتعلق بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة الأبدان ومصالح المجتمع وأن أيإعتداء على ذلك يعد مساساً بالنظام العام إلا إذا أذن أو رخص القانون ذاته للطبيب بمباشرة تلك الأعمال وفق الشروط و القواعد التي يحددها.

- إن أفراد الطبيب بمعرفة أصول الطب ومستواه الثقافي وتخصصه في مجال فنه لا يسمح للمريض ، وخاصة إذا كان من عامة الناس ، أن يقدر الأمور حق قدرها وأن يناقش تفاصيلها ، وبالتالي لا يمكن القول أن علاقة المريض بالطبيب في علاقة تعاقدية ، مادام المركز الأول ، المريض ، لا يتكافأ مع المركز القانوني والإجتماعي للطبيب.

- لا يمكن الحديث عن العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض ، خاصة في حالة ما إذا كان هذا الأخير في حالة غيبوبة إذ يتدخل الطبيب في هذه الحالة بدون وجود أي إتفاق سابق بينه وبين المريض. غير أن الإتجاه القائل بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية لم يسلم من الإنتقادات نذكر من بينها:

- يجب التمييز بين مصدر الإلتزام ومضمونه والإعتبار التعاقدية الذي يقوم على أساس مدى حرية الطرفين في تحديد مضمونه وفقاً لإرادتهما[8] ص361

- إن النظرية التقصيرية أخلطت بين حياة الإنسان وكونها ليست محلاً للتعامل من جهة وبين مدى إلتزام الطبيب من جهة أخرى ، فالطبيب يلتزم ببذل عناية من أجل الشفاء [10] ص100 مسترشداً بمبادئ العلوم وأصول الفن و أن الطبيب لا يسأل عن وفاة المريض لأنه لا يلتزم بضمان حياته فهو لا يعد بتحقيق نتيجة كأصل عام وهو ما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ: 28 جوان1989[7] ص123

ولتفادي القصور الناشئ عن تطبيق النظرية التقصيرية في المسؤولية الطبية تحول الفقهاء القضاء في فرنسا نحو الأخذ بالنظرية العقدية في المسؤولية الطبية.

و تجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري توجه إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية لتعويض المتضرر من الأخطاء الطبية المرتكبة في المستشفيات العامة للدولة ، فقد قضت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بمسؤولية المستشفى على أساس المادة 124 من التقنين المدني في حكم جاء فيه : " أن مسؤولية

المستشفى ثابتة و لا مجال لقبول الدفع المقدم من الطاعنة من أن المريض هو السبب في ذلك ما دام فاقد لقواه العقلية و مطلوب تفقده بشكل دوري من عمال المستشفى نظرا لحالته الصحية المتميزة ، و حيث أن مسؤولية المستشفى هو تعويض الضحية طبقا للمادة 124 من التقنين المدني حسب ما جاء بالقرار المستأنف لوجود تهاون و تقصير من عمال المستشفى بحيث نتج عنه وفاة الضحية ، لهذا فاستبعاد تطبيق هذه المادة في غير محله.

كما قضت المحكمة العليا بنقض القرار لعدم الاختصاص ، و هذا النقض يتعلق بقرار صادر عن المجلس القضائي ، الغرفة الجنائية بوهرا ، يتعلق الخطأ بارتكاب طبيبين من المستشفى الجامعي بوهرا خطأ طبي أثناء العمل الجراحي ، و حكم عليهما بدفع تعويض للضحية ، إلا أن المحكمة العليا نقضت القرار لعدم الاختصاص مسببة ذلك بالقول : " أن من التعويضات يرجع اختصاص الفصل فيه إلى المجلس القضائي ، الغرفة الإدارية ، كدرجة أولى و هذا طبقا للمادة 07 من قانون الإجراءات المدنية ".

2.1.2.2.2. المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية عقدية:

إستقر الجدل الفقهي والقضائي منذ عام 1936 على أن مباشرة الطبيب في علاج المريض بالظروف العادية ، يغلب عليه أن إتفاق قد أبرم بين الطرفين ، فإذا ما قام الطبيب بمعالجة المريض في ظروف عادية ، فغالبا ما يكون ذلك على اتفاق مسبق بينهما ، و غالبا ما يرتبط المريض مع الطبيب بموجب عقد ، حتى و إن كانت صيغة هذا العقد في غالب الأحيان غير مكتوبة و غير موثقة ، فبمجرد فتح الطبيب لعيادته و تعليقه اللافتة التي تدل على ذلك ، فإنه يضع نفسه في موقع من يعرض للإيجاب ، فعندما يتوجه المريض لهذا الطبيب من أجل العلاج فهذا يدل على قبول المريض للإيجاب ، و بالتالي انعقاد العقد الطبي بينهما ، و بموجب هذا العقد يطلب المريض من طبيبه أن يقدم له العناية التي تؤدي إلى شفائه مقابل أتعاب معينة يتم الاتفاق عليها ، لذا تبقى مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية وأخطاء سائر القائمين بالعمل الطبي من أطباء أو جراحين أو أطباء أسنان مسؤولية عقدية ، و لا تفقد هذه الصفة لو تم العلاج على سبيل الصداقة أو المجاملة [8] ص 362

وإعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية كرسه القرار الشهير الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1936/5/20 ، القرار الذي قررت بموجبه المحكمة المذكورة أن هناك عقداً حقيقياً بين الطبيب ومريضه ، لا يلتزم فيه الطبيب بشفاء المريض وإنما يبذل جهود صادقة ومخلصة مصدرها الضمير وموئداها اليقظة والانتباه [16] ص 57 ، و تتلخص وقائع القضية الصادر بشأنها القرار المذكور في أنه طلب من المحكمة المذكورة تعيين المدة التي تتقدم بها دعوى الطبيب الناشئة عن الإهمال في العلاج اهمالا يقع تحت طائلة قانون العقوبات ، حيث يترتب على ذلك نشوء دعويين ، دعوى مدنية و دعوى جزائية ، و بالتالي يثور التساؤل حول المدة التي تتقدم بها دعوى مسؤولية الطبيب في هته الحالة ، هل هي مدة التقدم

الجنائي ، و هي ثلاث (03) سنوات ، فإذا ما اعتبرنا مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية فإنها تتقادم بثلاث سنوات ، أما إذا كانت عقدية فإنها تتقادم بثلاثين (30) سنة ، فقضت محكمة النقض الفرنسية أن مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية ، و عليه فإن الدعوى المدنية لا تسقط بسقوط الدعوى الجزائية بل تبقى قائمة و لا تسقط إلا بانقضاء مدة التقادم الطويل [10] ص107-108 وقد عزز أنصار هذا الإتجاه ، القائل بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية ، رأيهم بالحجج التالية:

- أن أساس ونشاط الإلتزام التعاقدى لا يقوم على مدى حرية المتعاقدين في تحديد ما يريدانه من إلتزامات وفقاً لإرادتهما ، وإنما أساسه ومناطه أن الإلتزام ما كان ليقوم أصلاً لولا وجود العقد.

- أنه لا يعتد بالوصف المهني للإلتزام المترتب على عاتق الطبيب المتضمن حسن العلاج ، وإنما ينبغي الإعتداد بمصدر هذا الإلتزام ألا وهو العقد.

إذا نستخلص مما سبق أن الإتجاه السائد حالياً هو إعتبار مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية ، غير أن ذلك لا يمنع تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في حال عدم وجود دليل على الرابطة العقدية [10] ص108 ، كتدخل الطبيب لإنقاذ مريض فاقد الوعي وإهمال الطبيب في مراعاة علاج شخص مختل عقلياً فيصيب الغير بضرر وإمتناع الطبيب عن علاج مريض أو إنقاذه بلا مبرر مشروع ، ذلك أن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر يعد واجبا انسانيالام إذا امتنع عن القيام به أي شخص ، و من باب أولى أن يلام الطبيب الذي يمتنع عن علاج مريض أو انقاذه مخالفاً بذلك قانون أخلاقيات المهنة الذي يفرض عليه التدخل السريع لإنقاذ حياة المريض ، كما تكون مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية في حالة تحرير شهادة طبية لشخص غير مطابقة للحقيقة ، فمسؤولية الطبيب تكون مسؤولية تقصيرية عما يصيب الغير من جراء تلك الشهادة ، سواء كان تحرير تلك الشهادة عن عمد أو عن إهمال ، مثال ذلك تحرير شهادة مرضية غير مطابقة للواقع للعاملين للاحتجاج بها في مواجهة جهات العمل أو هيئات التأمين الاجتماعي[28] ص139 ، و تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية أيضا حين يكون المطالب بالتعويض عما اصابه من ضرر شخص آخر غير المريض المتعاقد مع الطبيب ، و مثال ذلك إذا ما أقام ورثة المتوفى دعوى على الطبيب الذي عالجه ، لا بصفتهم ورثة له ، بل باسمهم الشخصي لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصيا من موت قريب لهم ، إذ ترفع الدعوى في هته الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد بين هؤلاء الأقارب و بين الطبيب [32] ص139.

بعد إبراز الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب نتعرض فيما يلي إلى عناصرها (الفرع الثانو الجراحين ي) وأثر ثبوتها (الفرع الثالث).القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب فهي مسؤولية عقدية أم تقصيرية ننظر في مرحلة أولى إبراز عناصر المسؤولية المدنية للطبيب (الفرع الأول) ثم نتطرق للجزء الترتيب عن (الفرع الثاني) ونبين طبيعتها القانونية في الفرع الثالث.

2.2.2.2. عناصر المسؤولية المدنية للطبيب:

قيام المسؤولية المدنية للطبيب لابد من إجتماع ثلاثة عناصر: " الخطأ الطبي ، الضرر والعلاقة السببية " .

1.2.2.2.2. الخطأ الطبي:

نشير بداية إلى أن هناك آراء كانت تتنادي باعفاء الطبيب من لمسؤولية عن الخطأ الطبي الواقع منه بصفة عامة ، استنادا إلى أن مهنة الطب لا يمكن أن ترقى و تتقدم دون أن يباح للطبيب الحق المطلق في امر المريض و لا رقيب عليه في عمله إلا ضميره ، علاوة على أن المريض حر في اختيار طبيبه و إن أخطأ الاختيار فلا يلوم إلا نفسه و يجعله مسؤولا عن الإصابة ، ذلك أن الطبيب يقوم بعمله الذي نتج عنه الخطأ بموجب ترخيص له من الدولة ، غير ان القضاء في فرنسا و مصر رفض هته الفكرة و اعتبر الأطباء مسؤولين عن أخطائهم من الناحية الجزائية و المدنية أيضا [84] ص 17 ، لذلك سنتعرض للخطأ الطبي من خلال تعريفه ، تبيان معياره ، أنواعه ، و إثباته .

1.1.2.2.2.2. تعريف الخطأ الطبي:

اختلف الفقهاء في تعريف الخطأ ، إذ يعرف الفقيه مازو: " بأنه إنحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل " [85] ص 120 ، أما الخطأ الطبي فهو صورة من صورة الخطأ بوجه عام ، ونرى من المفيد أن ندرج بعض التعريفات الفقهية للخطأ الطبي.

فيعرفه الدكتور منذر الفضل" أنه إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة ، الموافقة للحقائق العلمية المستقرة " [86] ص 13 وهناك من يرى أن الخطأ الطبي يأتي في تكوينه إخلال بموجب بذل العناية ، ويتخذ الخطأ الطبي الوصف ذاته في إطار المسؤولية سواء كانت تعاقدية أم تقصيرية [62] ص 188 ويعرفه الدكتور عبد اللطيف الحسيني " بأنه الخطأ الذي يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته مهنته إخلالاً بموجب بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بعمله بإتنباه وحذر ، ولا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة ، مع الأخذ بعين الإعتبار كل الظروف الإستثنائية في الزمان والمكان ، وعدم الأخذ بالضرورة بنتيجة عمله دائماً والتي قد تقترن أحياناً بالفشل نتيجة المخاطر المحتملة التي تكتنف معظم الأعمال الطبية وبالنتيجة كل خطأ يرتكبه الطبيب أثناء مزاولته لفنه إذا كان السبب في الإضرار بمريضه " [83] ص 118

ويعرفه الدكتور محمد حسين منصور بأنه " إهمال الطبيب وإنحرافه عن الأصول المستقرة في المهنة أي أن سلوك الطبيب لم يكن مطابقاً لسلوك مماثل في نفس المستوى وذلك مع الأخذ بعين الإعتبار الظروف المماثلة المحيطة به" [28] ص 178

أما الدكتور أسامة عبد الله قايد فيعرفه بأنه " كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد و الأصول الطبية التي يقضي بها العلم ، أو المتعارف عليها نظرياً و علمياً وقت تنفيذه للعمل الطبي ، أو إخلاله بواجبات الحيطة التي يفرضها القانون متى ما ترتب على فعله نتائج جسيمة في حين كما في قدرته و واجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالمريض " [65] ص 224

اذن يتضح من خلال التعاريف السابقة ، اجماع الفقهاء في تعريفهم للخطأ الطبي على أنه اخلال بموجب بذل العناية اللازمة و موجب اتخاذ الحيطة و الحذر و اليقظة .

2.1.2.2.2.2 معيار الخطأ الطبي

المعيار الذي يقاس به الخطأ بوجه عام في الإلتزام ببذل عناية هو معيار الرجل العادي الرجل الوسط الذي يمثل سواء الناس ، فهو رجل يقظ متبصر ، لا غبي خامل ، ولا شديد الفطنة والحرص [1] ص 779

سبق القول أن إلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ، وبذلك يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يقع من طبيب يقض في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول ، كما يسأل عن خطئه العادي أيًا كانت درجة جسامته.

إذن فالمعيار في تقدير خطأ الطبيب هو مقارنته إما بمسلك طبيب عادي إذا وجد في مثل ظروفه الظاهرة ، أو بمقارنة مسلك طبيب أخصائي مثله ، إذا وجد في مثل هذه الظروف.

وعليه فإن المعيار في تقدير الخطأ الطبي هو المعيار الموضوعي ، ويقصد بالمعيار الموضوعي إلزام الشخص بالمستوى الذي كان سيبدله شخص مجرد يفترض فيه من اليقظة والتبصر ما يتطلبه حزم التصرف وحاجات الناس والمصالح المشتركة مع ضرورة الأخذ في الإعتبار وجوب أن يتجرد هذا الشخص من الظروف الذاتية والداخلية والإقتصار على الظروف الخارجية التي تحيط به [8] ص 168

فطبقاً للمعيار الموضوعي يتعين إستبعاد الصفات الذاتية التي يتصف بها الشخص والإبقاء على الصفات العامة التي تتوفر في جميع الأشخاص مما يتعين معه إستبعاد الطباع الشخصية ، الحالة النفسية والصحية والإجتماعية للطبيب ، والسن و الجنس ، فلا ينظر إلى المعايير المذكورة عند قياس سلوك الطبيب ومقارنته بما يسلكه الطبيب الصالح الفطن.

وبناءً عليه فاعن تقدير الخطأ الطبي يكون على أساس السلوك الذي كان ينبغي أن يصدر من الطبيب الفطن مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة به ، فالخطأ الطبي لا يمكن إلا أن يكون إخلالاً بحق المريض في الطبيب على الوجه المعلوم وفقاً لقواعد المهنة المتفق عليها ، كما أنه إخلال بتلك الثقة التي وضعها المريض في طبيبه تارة ، أو الإخلال بالثقة التي وضعها الطبيب في نفسه معتقداً أنه قادر على الطبيب دون إحداث أضرار في جسم وصحة المريض تارة أخرى [8] ص158 ، فحدوث خطأ طبي يعني فشل الطبيب في تقديم العناية و الرعاية المتعارف عليهما و اللتين كان بإمكان طبيب آخر تقديمهما لمساعدة المريض في الشفاء ، كما يعني اظهار الطبيب لنقص في المعرفة و المهارة [25] ص251 .

3.1.2.2.2.2. أنواع الخطأ الطبي:

يجب على الطبيب أن يتقيد بشكل دائم بالسلوك المستقيم وحسن الرعاية وإحترام كرامة مرضاه ، فهو مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به ، فلا يجوز لأي طبيب ممارسة المهنة إلا بهويته الشخصية الحقيقية ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها إسمه وتوقيعه ، ويجب عليه الإجتهد لإفادة مرضاه ويقدم لهم معلومات واضحة وصادقة بمناسبة كل عمل طبي[16] ص118 ومن بين الصور الأكثر شيوعاً في الخطأ الطبي نجد الخطأ في التشخيص ، الخطأ في وصف العلاج و الخطأ في الرقابة.

1.3.1.2.2.2.2. الخطأ في التشخيص:

إذا كان الهدف الأساسي للعمل الطبي هو علاج المريض أو على الأقل التخفيف من آلامه، فغن ذلك لا يمكن تحقيقه إلا من خلال العمل على معرفة حالة المريض و سوابقه المرضية ، و ما يمكن أن تؤول إليه حالته ، و ذلك بتشخيص المرض الذي يعاني منه المريض ، فالتشخيص هو تحديد المرض الذي يعاني منه المريض بتحديد خصائصه وأعراضه وأسبابه [34] ص178 فامن حق الطبيب إجراء جميع أعمال التشخيص والوقاية والعلاج اللازمة للمريض على أن لا يتجاوز إختصاصه أو إمكانياته إلا في الحالات الإستثناءات[9] .

كما للطبيب الحق في عدم إعلام المريض بالتشخيص المتواصل إليه لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب نفسه [9] ، وعملية التشخيص تقتضي من الطبيب القيام بإجراءات وفحوصات قبل إتخاذ قرار التشخيص و يترتب على إهمال الطبيب القيام بهذه الإجراءات و الفحوصات خطأ في جانبه ، فالقاعدة العامة المستقرة لدى جميع أهل مهنة الطب أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية أو التكميلية المطلوبة يعد اهمالا في جانب الطبيب و يكون مسؤولا إذا ترتب على هذا الإهمال مضاعفات تسببت في إصابة المريض نتيجة ذلك أو أدت إلى وفاة المريض[84] ص26 ، لذلك أوجب المشرع

الجزائري على الطبيب عند مباشرته مهنة الطب لأول مرة وضع تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء مهامه بنجاح[9] ، فإهمال الطبيب القيام بفحوص أولية أو إستخدامه وسائل وآلات مهجورة وغير معترف بها وعدم إستشارة زملائه إذا ما راوده شك في التشخيص كل ذلك يشكل أخطاءً يسأل عنها الطبيب في التشخيص ، في حين لايسأل الطبيب عن خطئه في التشخيص إذا كان الخطأ راجع إلى إعطاء المريض معلومات خاطئة ، أي نتيجة تضليل للطبيب في البيانات ، وهو ما تضمنته أحكام المادة: 177 من التقنين المدني ، اذ يجوز للقاضي أن لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد إشتراك في إحداث الضرر أو زاد فيه.

كما لا يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى ترجيح الطبيب لراي على آخر أو لطريقة في التشخيص على طريقة أخرى طالما أن الحالة ما زالت أمام البحث والتطور العلمي[32] ص124 ، و نظرا لكون مسألة الخطأ في التشخيص تكتسي طابعا فنيا و هي بذلك تفلت من أيدي المحكمة ، فيستعين القاضي بذوي الخبرة و الاختصاص في إثباتها .

2.3.1.2.2.2. الخاطئ في وصف العلاج:

يقصد بالوصفة الطبية ، التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ماقرره بعد إجراء الفحص والتشخيص ، بحيث تتميز عن غيرها من الأوراق المثبت فيها الأعمال الطبية الأخرى ، كالتحاليل والأشعة وتعتبر دليل إثبات العلاقة بين الطبيب و المريض [16] ص121 فقد أوجب المشرع الجزائري على الطبيب تحرير الوصفة بكل وضوح وأن يحرص على فهمها من قبل المريض [9] .

فإذا كان الطبيب حرًا في إختيار مايراه مناسبًا لوصف العلاج للمريض وحرًا في إتباع طريقة معينة للعلاج وفي إختيار الوسيلة الفنية لعلاج مريضه وذلك بعد حصوله على موافقة المريض نفسه أو من يمثله قانونًا ، إلا أنه يتعين على الطبيب مراعاة مايلي:

- أن تكون الوصفة تحمل طابعًا علميًا، فيمتنع على الطبيب ممارسة الشعوذة الطرق الوهمية غير

المؤكد[9]

– يجب أن تكون الوصفة مفهومة واضحة وأن تكون الأدوية معتمدة من وزارة الصحة [9]

– وعلى الطبيب مساندة التطورات التي تحدث في مهنة الطب سواء من حيث المعلومات أو من حيث الوسائل المتاحة وحتى العلاج ، فإذا ما باشر الطبيب علاجًا بطريقة تتم عن إهمال ورعونة ولا مبالاة قامت مسؤوليته ، وفي هذا الصدد صدر عن المحكمة العليا -غرفة الجرح والمخالفات -بتاريخ: 1995/05/30 قرارا إعتبرت بموجبه تصرف طبيب أمر بحقن المريض بالبنسيلين ، و هو دواء غير لائق لمثل حالة المريض المعروضة عليه ، وكان ذلك نتيجة إهماله ، بمثابة قتل خطأ [87] ص109

اذن يتوجب على الطبيب أن يختار لمريضه العلاج الملائم لحالته ، و يتجنب وصف طريقة العلاج غير المناسبة مع الحالة التي يقوم بعلاجها ، كما يتعين على الطبيب وصف الدواء المناسب و المطابق لحالة المريض و تنبيهه إلى الأعراض الجانبية التي قد تنتج عن الدواء الذي وصفه لمريضه ، و يتعين عليه أيضا تقديم العلاج في الوقت المناسب ، و في هذا الصدد صدر عن المحكمة الاتحادية العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، قرارا قضت فيه بمسؤولية الطبيب و تابعيه عن عدم تقديم العلاج في الوقت المناسب للطفل المريض بالصفراء ، مما أدى إلى تدهور حالته الصحية و إصابته بضرر رغن التوصل إلى التشخيص الصحيح في وقت مبكر [87] ص 170.

3.3.1.2.2.2.2 الخطأ الطبي في الرقابة:

قد تستدعي حالة المريض أن يقوم الطبيب بمتابعة العلاج ، لاسيما إذا كانت هته الحالة تتطلب استخدام أدوية خطيرة ، فإذا لم يقم الطبيب بالمتابعة يكون مسؤولا عما ينتج عن ذلك آثار ضارة بالمريض [54] ص 109 ، فالرقابة تعتبر من أهم مراحل التدخل الطبي لما يترتب عليها من تحقيق سليم للوصول إلى شفاء المريض ، وخاصة العمل الجراحي ، وقد وسع المشرع الجزائري مجال الرقابة معتبرا إياها من عوامل الرقابة من الأمراض وأفرد لها بندا خاصا في مدونة أخلاقيات الطب تحت عنوان تدابير الرقابة خلال الإستشفاء [9] ، حدد في جملة من الالتزامات من بينها ضرورة إشعار الشخص الخاضع للرقابة بأنه يقوم بخصه بصفته طبيبا مراقبا ، كما يتعين عليه الالتزام بالسر المهني و الامتناع عن اعطاء علاج للمريض غير العلاج الذي قرره الطبيب المعالج ، و في هذا الصدد أدانت محكمة " تولوز " الابتدائية طبيبا لعدم تأكده بنفسه من متابعة العلاج و مراقبة تنفيذ ما أصدره من تعليمات للمريض بعد حقنه بمادة " التيتانونس " ، فكان ينبغي على الطبيب طبقا لجسامة الحالة مراقبة أخذ الحقنة ، و أخذ موافقة خطية من المريض إذا رفض تنفيذ العلاج [60] ص 65

كما قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 أبريل 1984 أن مرحلة الإشراف و الرقابة بعد العمل الطبي الجراحي تستمر لغاية استعادة المريض كامل وعيه و كامل وظائف جسمه الحيوية و على الخصوص الأمعاء ، فيكون الطبيب مسؤولا عن الضرر الذي أصاب المريض بعد إجراء عملية الحقن رغم أنه كان مستقيفا و لكن لم يكن قد تم انعاشه بالمعنى التقني للكلمة و أن أمعائه لم تستعد وظيفتها بعد [60] ص 66

فمراقبة المريض و تتبع حالته أمر ضروري لاسيما بعد التدخل الجراحي إذ يتعين في هذه الحالة وضع المريض تحت إشراف أخصائي التخدير والانعاش الذي يقع على عاتقه مهمة إعادة الإدراك للمريض ولايعفى الطبيب الجراح من هذه المهمة إلا إذا أخذ على عاتقه متابعة التخدير والانعاش [67]

وفي هذا الإطار قررت المحكمة الفرنسية بتاريخ: 11/04/1984 أن مرحلة الإشراف والرقابة بعد العمل الجراحي تستمر لغاية إستعادة المريض كامل وعيه وكامل وظائف جسمه الحيوية وعلى الخصوص الأمعاء ، فحكمت بإدانة الطبيب لأن المريض بعد إجراء عملية الحقن التي سببت الضرر رغم أنه كان مستفيقاً لم يكن قد تم إنعاشه بالمعنى التقني للكلمة وأن أمعائه لم تستعد وظيفتها بعد [16] ص125

والخطأ الطبي في العمليات الجراحية قد يحدث قبل العملية أو أثناءها كما يمكن أن يحدث بعد ذلك. ومن الأمثلة على الخطأ الطبي قبل العملية الجراحية عدم قيام الطبيب الجراح بالفحوصات الأولية اللازمة للمريض، أو عدم التأكد من سلامة قلب المريض مثلاً ومن الأمثلة في هذه المرحلة أيضاً عدم تأكد طبيب التخدير من مدى قدرة المريض على إستعاب المادة المخدرة. ومأماً أثناء عملية الجراحة تفانته من بين الأخطاء الطبية التي تقع في هذه المرحلة مثلاً رك أشياء أو وسائل داخل جسم المريض كمنقوص أو قطن أو حقنة.

4.1.2.2.2. إثبات الخطأ الطبي:

عبء الإثبات هو واجب الخصم في إقامة الدليل على صحة ما يدعيه ، أي واجبه في اقناع القاضي بالوسائل التي يحددها القانون ، على صحة ما يدعيه و ينازعه فيه خصمه [88] ص23 ، فقد سبق القول أن القاعدة العامة مفادها أن إلتزام الطبيب نحو مريضه هو إلتزام ببذل عناية فإذا ما ادعى المريض إصابته بضرر بسبب خطأ الطبيب ، تعين عليه باعتباره مدعياً أن يثبت هذا الخطأ وذلك بإثبات أن الطبيب إنحرف في سلوكه عن سلوك طبيب من نفس مستواه أو خالف الأصول العلمية الثابتة مع الأخذ بعين الإعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المعني

ومنه فإن الإنحراف في هذه الحالة يتمثل في إثبات إهمال الطبيب أو تهوره أو عدم إنتباهه للأصول الفنية والعلمية المعاصرة للفن الطبي [56] ص123 ، و هذا الأمر بالنسبة للمريض غاية في الصعوبة ، خاصة إذا لم يجد المريض من يساعده على ذلك من اصحاب الاختصاص من الأطباء ، لأن الأمر يتعلق عادة بأصول فنية لا قيل للمريض بالعلم و الالمام بها أو باستعمالها ، و مساعدو الطبيب يلتزمون الصمت عادة إزاء ما عاينوه ، و الخبراء الذين يمكن الاستعانة بهم لتقييم مسلك الطبيب هم في النهاية زملاء مهنة ، يشعرون بالتضامن معه ، مما يؤدي في كثير من الأحيان إلى البحث عن أعذار له وابعاد المسؤولية عنه [87] ص123

وبناءً عليه فإن خطأ الطبيب لا يثبت بمجرد عدم شفاء المريض بل يجب على هذا الأخير أن يقيم الدليل على إهمال الطبيب أو تقصيره في علاجه [83] ص134 وفي هذا الإتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب لا يلتزم في مواجهة المريض بأي إلتزام سوى الإلتزام بتقديم العناية الحذرة

والمطابقة للمعطيات المكتسبة من العلم وإذا ادعى المريض أن الطبيب قد قصر أو أهمل في تنفيذ هذا الإلتزام فعليه أن يقوم بإثبات ذلك [62] ص 233

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1949/07/13 قضت المحكمة المذكورة بأنه لما كان العقد الطبي لا يولد إلتزاماً بتحقيق غاية إنما فقط إلتزاماً ببذل عناية ، فإنه يقع على عاتق المريض إثبات الدليل على خطأ الطبيب [62] ص 233

نخلص مما سبق إلى أنه طالما أن إلتزام الطبيب بذل العناية اللازمة فإنه يقع على عاتق المريض أن يقيم الدليل على أن الطبيب انحرف في سلوكه عن الأصول العلمية والفنية الثابتة المستقرة.

أما إذا كان إلتزام الطبيب بتحقيق نتيجة كما هو الحال بالنسبة لإستعمال الأدوات و الأجهزة الطبية، نقل الدم، التحاليل الطبية وتقديم الأدوية ، و ذلك نظراً لإستبعاد فكرة الإحتمال في هذه الحالات، فيكفي في هذا الإطار أن يثبت المريض الإلتزام الواقع على عاتق الطبيب وإثبات حصول الضرر [28] ص 126، وخطأ الطبيب هنا خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس ولا يستطيع الطبيب التخلص من المسؤولية إلا إذا إستطاع نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر اللاحق بالمريض [62] ص 236

غير أنه تجر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن قضائها الثابت بإلزام المريض بإثبات خطأ الطبيب بصوره المختلفة في نطاق محدد هو الخاص بخطأ الطبيب في القيام بالتزامه بإعلام المريض ، فألقت بعبء إثبات حصول هذا الاعلام على عاتق الطبيب المدعى عليه ، و كان ذلك بمقتضى حكم " hedruel " ، و بذلك نقلت محكمة النقض الفرنسية عبء الإثبات من المريض إلى الطبيب في مجال الإلتزام باعلام المريض ، معتمدة في ذلك على نص المادة 1315 من القانون المدني ، حيث قررت أنه لما كان الطبيب يقع على عاتقه التزم خاص بالاعلام اتجاه مريضه ، فغنه يتعين عليه أن يثبت أنه قد نفذ هذا الإلتزام ، و اذا لم تشر المحكمة إلى أي فقرة من النص السالف الذكر استندت في قضائها هذا ، فالواضح أنها استندت إلى نص الفقرة الثانية التي تقضي بأنه على من يدعي الوفاء بالتزامه أن يثبت ذلك ، أو يقدم الدليل على الواقعة التي أدت إلى انقضاء التزمه [88] ص 70

اذن لا يتطلب القضاء الفرنسي درجة معينة في الخطأ الذي يرتب مسؤولية الطبيب ، بل يكفي بأي درجة في الخطأ للحكم عليه بالتعويض ، فيعتبر تقصيرا من الطبيب عدم اجراء اختبار جدي للشخص المعالج في حالة وجود شك حول نتيجة الاختبار الأول ، كما أصبحت محكمة النقض الفرنسية تميل ، في بعض الأحوال ، الى اعفاء المريض من عبء الاثبات ، حيث توجب على الطبيب اثبات وفائه بالالتزامات التي يتحمل بها بمقتضى العقد الطبي ، اذ درجت محكمة النقض الفرنسية على القول بأنه يجب على المريض إقامة الدليل على قيام الطبيب باعلامه بطبيعة العمل الطبي و تحذيره من مخاطره ، الا أنها تحولت عن هذا القضاء في حكم حديث ، يتعلق بعملية استئصال ورم معوي تخلف عنه وجود ثقب ، و هو الخطأ

الذي لم يكن الطبيب قد نبه المريض الى امكانية حدوثه خلال تلك العملية ، رفض قضاة الموضوع دعوى التعويض لأن المريض لم يستطع اقامة الدليل على أن الطبيب لم يحذره من هذا الخطر ، و غثر طعنه في الحكم المذكور قررت محكمة النقض الفرنسية " ان من يلتزم ، بمقتضى نص قانوني أو عقد ، بالتزام خاص بالافضاء ، فانه يتحمل بعبء اثبات وفائه بهذا الالتزام " لنستنتج من ذلك أن الطبيب لكونه يتحمل بالتزام خاص بالافضاء فانه يتحمل عبء اثبات وفائه بهذا الالتزام[93] ص 128 .

إضافة الى ما سبق ذكره أعلاه ، فقد غض القضاء الفرنسي الطرف نهائيا عن مسألة وجود خطأ طبي كشرط لتقرير مسؤولية الطبيب ، و اكتفى بأن يكون الضرر قد نشأ على اثر تدخله و أن تكون هناك علاقة سببية بين التدخل الطبي و حدوث الضرر ، و ذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن شخص خضع لعملية جراحية في ذراعه الأيسر و أثناء الجراحة قطع شريان مما أدى إلى حدوث نزيف و انتهى الأمر بتوقف عضلة القلب و موت المريض ، قررت محكمة أول درجة مسؤولية الطبيب عن الوفاة ، لكن محكمة الاستئناف ألغت حكمها على اعتبار أن الجراح لم يرتكب أي فعل يشكل اهمالا أو غير مقبول و أن الوفاة حدثت نتيجة تعقيدات استثنائية غير متوقعة ، رفضت محكمة النقض قبول هذا المنطق و اعتبرت محكمة الاستئناف خالفت المادتين 1147 و 1135 من التقنين المدني الفرنسي ، و هو ما يوحي أن فعل الجراح حتى لو لم يوصف بأنه "خاطيء" يكفي لتقرير مسؤوليته و ان الحادث الطبي ، حتى لو لم يكن نتيجة خطأ يرتب مسؤولية الطبيب[93] ص 128 .

و تجدر الإشارة إلى أنه تم عرض مسألة الخطأ الطبي على القضاء ، فإن المحاكم عادة تستعين بذوي الخبرة و الاختصاص لاسيما إذا تعلق الأمر بمخالفة الأصول العلمية الثابتة في مجال مهنة الطب ، إذ لا يستطيع القاضي التوصل إلى الحقيقة دون مساعدة خبراء الطب الشرعي[71] ص 189 ، و غالبا ما يكون لرأي الخبير في مجال الخطاء الطبية دور مؤثر في حكم القاضي .

2.2.2.2.2. الضرر الطبي:

لا يمكن مسائلة الطبيب عن الخطأ الذي يرتكبه ما لم يقترن بضرر يصيب المريض ، ففوق وقوع الضرر ركن أساسي و لازم لقيام مسؤولية الطبيب ، فما المقصود بالضرر؟ وما هو الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية الطبية؟.

1.2.2.2.2. تعريفه:

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه ، أو بمصلحة مشروعة له ، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة سلامة جسمه أو عاطفته ، أو ماله ، أو حرّيته ، أو شرفه ، أو غير ذلك [89] ص 35 و يعرف الضرر أيضا بأنه ما يصيب الشخص في حق من حقوقه

أو في مصلحة مشروع [90] ص 160 ، و لا يخرج عن هذا التعريف الضرر الطبي ، الذي يعرف بأنه " ما يصيب المريض من جراء الخطأ الطبي سواء كان ذلك مساساً بسلامة جسمه من إصابته بخسارة مادية أو إلحاق بنفسه ومعنوياته آلام معنوية نتيجة مالحقه من خسارة " [91] ص 416 .
من خلال التعاريف السابقة يمكننا القول أن الضرر الطبي هو ما يصيب المريض من أذى جراء عمل طبي .

2.2.2.2.2.2. الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية الطبية:

يعتبر الضرر عنصر جوهرى في المسؤولية بصفة عامة ، تحققه يوجب تعويض المضرور، فلقيام مسؤولية الطبيب لا يكفي إثبات خطئه فحسب ، بل يجب أن ينتج عن الخطأ المذكور ضرر يلحق بالمريض.

ويشترط في الضرر أن يكون محققاً ، أي وقع بالفعل أو أنه سيقع حتماً فالعقد الطبي يتضمن مقابل أن يقوم المريض بتسليم جسده طواعية للطبيب ، أن لا يسبب هذا الأخير ضرراً للطرف الآخر عن طريق الإهمال أو عدم الحذر في الظروف التي يجري فيها التدخل الجراحي [8] ص 272
وقد لا يقع الضرر في الحال ، لكنه محقق الوقوع في المستقبل وفي هته الحالة يعوض المضرور ولو بصفة مؤقتة وللمضرور أن يطالب بإعادة النظر في تقدير التعويض الذي يستحقه إذا لم يتيسر تقديره بصفة نهائية وقت صدور الحكم [19]
، أما إذا كان الضرر محتملاً ، و الضرر المحتمل هو ضرر قد يتحقق وقد لا يتحقق في المستقبل ، فلا يتعوض إلا إذا وقع فعلاً.

ويشترط في الضرر الموجب للتعويض أن يكون ثمة إخلال بحق أو مصلحة ، فيجب أن يخل الطبيب بحق أو مصلحة المريض وإلا فلا مجال للتحدث عن التعويض.

وقد يكون الضرر الناتج عن العمل الطبي ضرراً أدبياً ، والضرر الأدبي هو الضرر الذي يصيب الإنسان في عواطفه وأحاسيسه ومشاعره و يسبب له آلام نفسية [1] ص 981 ، ويتمثل الضرر الأدبي الناتج عن العمل الطبي في مجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته بعجز ، فيترتب عن ذلك آلام نفسية نتيجة ما نشأ من تشوهات وعجز في وظائف الأعضاء [91] ص 417 ، ويختلف الضرر الأدبي من شخص لآخر ، فالفتاة ليست كالولد ، والشاب ليس كالمرس ، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي تتركها الإصابة على حالة المريض مع الأخذ بعين الاعتبار عمله أو مهنته أو ظروفه الإجتماعية والجسمانية إلى غير ذلك [90] ص 165

3.2.2.2.2. العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الطبيين:

لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب إثبات الخطأ والضرر الحاصل بل يجب أن يكون الضرر الحاصل هو نتاج الخطأ المرتكب من قبل الطبيب ، أي أنه يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين نشاط الطبيب والأضرار التي أصابت المريض لذلك سنتطرق فيما يلي إلى تعريف العلاقة السببية وكيفية نفيها وعلى من يقع عبء إثباتها.

1.3.2.2.2.2. تعريف العلاقة السببية:

لا يسأل الطبيب عن الضرر اللاحق بالمريض إلا إذا كان خطؤه هو السبب الأكيد لذلك [80] ص 141

وعليه فإن ركن رابطة السببية أساسي لقيام المسؤولية الطبية ، إذ لا يمكن مساءلة المخطئ أو مرتكب الفعل الضار الذي أحدث الضرر إلا إذا وجد الارتباط بين هذا الفعل الضار وذاك الضرر [8] ص 293.

وبما أن رابطة السببية ركن مستقل ، فإنه يترتب على إنتفائه انتفاء مسؤولية الطبيب حتى لو ارتكب هذا الأخير خطأ ما ، فقد يخطئ الطبيب كما لو أحمل تعقيم آلاته الجراحية ومات المريض بنوبة قلبية لاعلاقة لها بالخطأ المرتكب من طرف الطبيب [8] ص 294 فإذا لم يحدث أي ضرر ، رغم وقوع خطأ ، كان الطبيب مسؤولاً أمام الجهة التأديبية فقط وفقاً لنص المادة 239 من القانون رقم 05/85 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل و المتمم بالقانون رقم 17/90 المؤرخ في 31 جويلية 1990 [92] ص 32 .

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور العسيرة نظراً لتعدد الجسم لدى الإنسان وتغير حالاته وخصائصه ، ومرد هذا التعقيد أن الضرر ينشأ عادة عن أكثر من سبب مما يستوجب تحديد أي من الأسباب أدى إلى حدوث الضرر ، فإن تبين أن الضرر حاصل لا يعود لخطأ الطبيب تمكن هذا الأخير من نفي علاقة السببية وبالنتيجة إنتفاء مسؤوليته.

2.3.2.2.2.2. نفي علاقة السببية:

لا يمكن إعفاء الطبيب من المسؤولية التي تقع على عاتقه إلا بإثبات السبب الأجنبي وذلك بإثبات أن الضرر وقع بسبب لا يد له فيه كأن يكون الضرر وقع نتيجة خطأ المريض أو قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو فعل الغير [19]

فإذا ما أثبت الطبيب السبب الأجنبي إنتفت مسؤوليته عن الضرر اللاحق بالمريض.

1.2.3.2.2.2.2.2. القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء

يقصد بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجيء ، حدوث أمر غير متوقع حدوثه ، وغير ممكن دفعه ومقاومته ، مما يجعل الطبيب غير قادر على الوفاء بالتزامه [8] ص 315 وتقدير الواقعة أنها شكل قوة القاهرة أو حادث مفاجيء يؤول لقاضي الموضوع ، ومن الأمثلة عن القوة القاهرة وفاة مصاب بداء القلب إثر رعد مفاجيء أو الخوف من زلزال مهول أثناء معالجته من قبل الطبيب [28] ص 116 وبناءً عليه إذا دفع الطبيب بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجيء وكانت السبب الوحيد في وقوع الضرر إنتفت علاقة السببية وإنتفت بالنتيجة مسؤولية الطبيب.

2.2.3.2.2.2.2.2. خطأ المريض

إذا كان الضرر اللاحق بالمريض هو نتاج خطأ من المريض نفسه إنتفت علاقة السببية ولا يسأل تبعًا لذلك الطبيب عن الضرر الحاصل.

ومن الأمثلة التي يعد فيها خطأ المريض في حكم السبب الأجنبي، هو تناول المريض أدوية أو أطعمة منعها عليه الطبيب المعالج.

غير أنه يثور الإشكال في حال ما إذا كان الضرر مرده إلى خطأ كل من المريض والطبيب معًا ، فإذا ما إستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب فلا مجال للحديث هنا عن مسؤولية الطبيب ، أما إذا إشتراك الطرفان في الخطأ توزع المسؤولية بينهما الأمر الذي يترتب عنه إنقصاص التعويض بالقدر الذي إشتراك فيه المضرور مع المتسبب في الحادث وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ: 1989/05/17 ملف رقم 53009 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1991 عدد 02، صفحة 23.

3.2.3.2.2.2.2.2. خطأ الغير

يقصد بالغير الشخص المتسبب في الضرر إذا كان أجنبيًا عن المدعى عليه [8] ص 329 ، فقد لا ينشأ الضرر عن خطأ النمرريض أو المضرور و لا عن قوة القاهرة أو حادث مفاجيء و إنما عن فعل أو خطأ شخص أجنبي لا تربطه بالمريض صلة قانونية أو تعاقدية ، فإذا كان فعل الغير أو خطئه هو السبب الوحيد الناشيء عنه الضرر ، كان سببا للإعفاء من المسؤولية بالنسبة للطبيب ، لأن الضرر الحاصل لا ينسب لهذا الأخير ، و بالنتيجة انتفاء رابطة السببية ، و هو الأمر المنوه عنه بنص المادة 127 من القانون المدني التي جاء فيها : " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجيء أو قوة القاهرة

أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك "

و منه فالغير الذي لا يسأل الطبيب عن أفعاله هو ذلك الشخص أو الأشخاص الذين لا يكون الطبيب مسؤولاً عنهم ، فإذا كان الغير ممن هو تحت مراقبة الطبيب ، أو ممن هم تابعين له ، فإن خطأ هؤلاء لا يكون له أثر في مسؤولية الطبيب اتجاه المضرور ، المريض ، و على هذا الأساس يكون خطأ مساعد الطبيب على إثر عمل جراحي ، لا يعد من أخطاء الغير بالنسبة للطبيب الجراح المسؤول عن العلاج[8] ص332

أما إذا كان خطأ الغير مشتركاً مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر دون أن يستغرقه فإن كل من الخطئين يعتبر سبباً للضرر ، فنكون بصدد تعدد المسؤولين و عندئذ يقع على عاتقهم تعويض المريض بصفة تضامنية استناداً لأحكام المادة 126 من التقنين المدني .

أما إذا كان خطأ الطبيب مستغرقاً لخطأ الغير ، فلا يعتد بخطأ الغير ، و تقوم مسؤولية الطبيب كاملة[90] ص166

3.3.2.2.2.2. عيب إثبات علاقة السببية :

يتجه القضاء بشكل عام في إثبات علاقة السببية إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض [62] ص392 وبناءً عليه يتعين على المريض إثبات أن خطأ الطبيب هو سبب الضرر اللاحق به. غير أن القضاء أصبح تساهل في هته المسألة ، وأصبح يقيم قرنية لمصالح المضرور إذا كان من شأن الخطأ الذي ارتكبه الشخص المسؤول ، أن يحدث عادة هذا الضرر وعلى الطبيب إثبات توافر السبب الأجنبي لرفع مسؤوليته عن الخطأ الثابت في حقه[28] ص166 وعادة ما يلجأ القاضي في المسائل ذات الطابع الفني إلى الإستعانة بذوي الخبرة و الإختصاص من الخبراء المعتمدين لدى الجهات القضائية.

3.2.2.2. أثر ثبوت المسؤولية المدنية للطبيب:

إستناداً لأحكام المادة: 124 من التقنين المدني فإن كل من تسبب بخطئه في إحداث ضرر للغير يلزم بتعويضه ، وعليه فإذا ما ثبت أن الضرر اللاحق بالمريض سببه خطأ من الطبيب ثبتت مسؤولية هذا الأخير، الأمر الذي يترتب عنه أحقية الأول ، المريض ، في المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به ، فمتى يتم تقدير التعويض ؟ وكيف يتم ذلك ؟ وهو ما سنحاول تبيانه أدناه.

1.3.2.2.2. وقت تقدير التعويض:

التعويض في ميدان المسؤولية المدنية الطبية هو بمثابة جزاء للمسؤولية المترتبة عن خطأ الطبيب المسبب ضرر المريض [80] ص 143 والأصل في التعويض عن الضرر يكون على قدر الضرر الحاصل بقصد إعادة التوازن الذي إختل نتيجة لذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي كان عليها قبل حصول الضرر [10] ص 209 ، الأمر الذي لا يتحقق إلاً بإلزام المسؤول عن حدوث الضرر بخطئه يدفع تعويض للمضرور يكون كافيًا لإصلاح الضرر الحاصل. و طبقًا لأحكام المادتين 131 و 132 من التقنين المدني الجزائري فإن التعويض إما أن يكون عينيًا وإما أن يكون نقديًا.

فالتعويض العيني يكون بإلزام المسؤول عن الضرر بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار متى كان ذلك ممكناً [19] ، و يجد التعويض العيني مجاله الأرحب في المسؤولية العقدية ، و لكنه يكون على خلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية ، فهو ينحصر في نطاق محدود ، إذ من النادر أن يجبر المدين على التعويض العيني [93] ص 228

غير أن التعويض العيني في مجال المسؤولية المدنية للطبيب أمر نادر وعسير ، فالغالب أن يكون التعويض في هذا المجال بمقابل [28] ص 189 ، التعويض الذي يمنح في حالة إستحالة التعويض العيني [19] و غالبًا ما يكون التعويض بمقابل تعويضًا نقديًا و هو الأصل [19]

وأما بالنسبة لمسألة وقت تقدير التعويض ، فقد إستقر الفقه و القضاء على أن تقدير التعويض عن الضرر الحاصل يكون وقت صدور الحكم سواء إستند الضرر أم خف ونفس الشيء بالنسبة إلى تغيير قيمة النقد و العملة التي يقدر على أساسها التعويض [10] ص 211

فعملاً بأحكام المادة: 131 من القانون المدني فإن العبرة في تقدير التعويض عن الضرر الحاصل هي يوم صدور الحكم ، وقد يكون التعويض مقسطاً ، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً و يجوز في الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأمييناً [19] و في حالة ما إذا كان الضرر متغيراً ، فيتعين على المحكمة أن تقدر التعويض على ما صار إليه عند الحكم ، لا كما كان عليه عند تاريخ الوقوع ، مراعيًا التغيير في الضرر ذاته [28] ص 190

2.3.2.2.2. كيفية تقدير التعويض :

إستنادًا لأحكام المادة: 182 من التقنين المدني ، فإن التعويض إذا لم يكن مقدراً في العقد أو في القانون فإن القاضي هو الذي يتولى مسألة التقدير.

فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية في مسألة تقدير التعويض عن الضرر الحاصل مراعيًا في ذلك ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب ، و المعيار في ذلك شخصي ، بحيث يعتد فيه بالأضرار التي أصابت

الشخص المضرور نفسه و حسب ظروفه الشخصية وطبيعة عمله و هي تختلف من مضرور إلى آخر [94] ص 29 ، إلى جانب المعيار الموضوعي و المتمثل في المساس بالحق في السلامة الجسدية التي يتساوى فيها الناس جميعاً بغض النظر عن ظروفهم الشخصية [94] ص 29.

إذن هناك معياران لتقدير التعويض معيار موضوعي هو التعويض عن الضرر الجسدي دون الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية للمريض ، ومعيار شخصي يعتد فيه بالأضرار اللاحقة بالمريض مراعاة لظروفه الشخصية و طبيعة عمله ، و يترتب على هذا الأخير مراعاة الضرر المستقبلي فلا يشمل التعويض الضرر الحاصل آنياً فقط بل يمتد ليشمل الضرر الذي سيقع حتماً من جراء العجز عن الكسب مستقبلاً [10] ص 13 ، وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 13 من التقنين المدني بقولها ".... فإن لم يتسبب له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

وتجدر الإشارة إلى أنه و إن كان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تقدير التعويض المستحق للمضرور ، ولا رقابة عليه في ذلك من قبل المحكمة العليا ، إلا أنه يتعين عليه أن يبرز في حكمه العناصر التي بني عليها التعويض كمدى فقد القدرة على العمل أو الحد منها و تكاليف العلاج ، و عدم إثارة القاضي للعناصر والمعايير التي إعتد عليها في تقدير التعويض يشكلا خرق للقانون [95] ص 123 إضافة إلى تقدير التعويض عن طريق القضاء ، فإنه يمكن للطرفين ، الطبيب والمريض ، الإتفاق على تحديد قيمة التعويض الواجب دفعها للمريض في حال إصابته بضرر نتاج خطأ الطبيب وذلك إستناداً لأحكام المادة: 183 من التقنين المدني التي تخول المتعاقدان تحديد سلفاً قيمة التعويض بالنص عليهما في العقد أو ضمن إتفاق لاحق ، أي أن الطرفين يتفقان على تقدير التعويض مسبقاً ، فإذا ما أخل أحدهما بتنفيذه وجب على الآخر بدفع المبلغ المعين المثبت قيمته في العقد ، و ذلك كأن يتفق الطبيب مع المريض على القيام بإجراء علاج أو القيام بإجراء تدخل جراحي على المريض ، ثم يخل الطبيب بتنفيذ التزامه ، بتأخره مثلاً عن إجراء العملية ، و الوقت في الأعمال الطبية له أهمية كبيرة ، فإذا أصيب المريض بضرر بسبب التأخر و كان العقد يتضمن نصاً يحدد مقدار التعويض ، فإن المريض يستحق هذا التعويض و يحكم القاضي به لتغطية الضرر الذي أصاب المريض [93] ص 235 ، و يجوز للقاضي خفض مبلغ التعويض المتفق عليه إذ أثبت الطبيب أن التقدير كان مبالغاً فيه ، أما إذا كان الضرر الحاصل يفوق قيمة التعويض المتفق عليها ، فلا يمكن للمريض المطالبة بأكبر من القيمة المتفق عليها ما لم يثبت أن الطبيب ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً [19]

و إذا كان التعويض الواجب دفعه للمريض مقدراً بموجب إتفاق ، فهل يجوز الإتفاق على تعديل حكم المسؤولية المدنية ؟.

إجابة على التساؤل المذكور يتعين التمييز بين نوعي المسؤولية المدنية ، إذ لا يجوز الإتفاق على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية سواء بالإعفاء أو التخفيف ، و مرد ذلك لكون أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام و في هذا الصدد تنص المادة 178 فقرة 03 من التقنين المدني على أنه " يبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل غير المشروع " .

فلا يجوز مثلاً أن يتفق الطبيب و المريض أو ممثله القانوني على الإعفاء في حالة وفاة الأخير نتيجة الخطأ المرتكب ، و أن مثل هذا الإتفاق باطل و مخالف للنظام العام [85] ص 29 غير أنه يجوز الإتفاق على التشديد في المسؤولية التقصيرية الأمر الذي نستشفه من خلال نص الفقرة الأولى من المادة: 178 من التقنين المدني التي تنص على أنه " يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة " .

ومناط جواز التشديد في هته الحالة راجع إلى عدم مخالفته للنظام العام.

أما إذا تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية فيصح الإتفاق تعديل أحكامها سواء بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد ، و مناط ذلك أن العقد يرجع في مصدره إلى إرادة المتعاقدين فتكون هذه الإرادة حرة في تعديل أحكام المسؤولية العقدية ، على أن يكون الضرر متعلقاً بالمال لا بالشخص ، و أن لا يكون الخطأ جسيماً ، أو ناجماً عن غش ، و يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الغش أو عن الخطأ الجسيم إذا كان لاحقاً من الغير الذي يستخدمه المدين في تنفيذ إزامه [19]

غير أنه ولما كان الضرر الناتج عن الخطأ الطبي يمس جسم الإنسان فإنه لا مجال لإعمال الفقرة الثانية من نص المادة: 178 من التقنين المدني ، و بالنتيجة لا يجوز الإتفاق على الشروط المعفية أو المخففة ، فكل إتفاق يتعارض مع سلامة جسم الإنسان يقع باطلاً .

و إذا كان الجائز في المسؤولية العقدية الإتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية ، فإنه من باب أولى جواز تشديد أحكامها ، فيجوز الإتفاق على أن يتحمل الطبيب نتيجة الحادث المفاجئ و القوة القاهرة .

تجدر الإشارة إلى أنه سواء تم تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن خطأ الطبيب أو عن طريق القضاء أو بموجب إتفاق بين الطرفين العلاقة العقدية فإن التعويض يشمل الأضرار المباشرة و المتوقعة وقت التعاقد و ذلك إستناداً لأحكام الفقرة الثانية من المادة: 182 من التقنين المدني، فمضمون الإلتزام التعاقدية إنما تحدده إرادة الطرفين بإستثناء حالتها الغش و الخطأ الجسيم فيسأل فيها الطبيب عن الضرر المتوقع و غير المتوقع [34] ص 210

ونشير أخيراً إلى أنه أمام كثرة الدعاوي المرفوعة من المرضى ضد الأطباء ولضمان قدر من الإطمئنان للأطباء و في نفس الوقت ضمان تعويض عادل للمرضى ظهرت فكرة التأمين من المسؤولية المدنية في مجال التبعات الطبية ، إذ أن الأمر ، التأمين عن المسؤولية ، جائز سواء كانت

المسؤولية عقدية أو تقصيرية إذ لا يحرم المضرور من التعويض سواء كان الخطأ عقدياً أو تقصيرياً بإستثناء الخطأ العمدي الذي لا يحوز التأمين منه. [90] ص179 ، وفي هذا السياق تنص المادة 167 من قانون التأمين على أنه " يجب على المؤسسات الصحية المدنية و كل أعضاء السلك الطبي و الشبه الطبي و الصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص ، أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية تجاه مرضاهم و تجاه الغير " .

الخاتمة

إن دائرة العقد الطبي تزداد اتساعاً بالنظر لما يتميز به عن غيره من العقود في كونه يرد على جسم الإنسان ، و بالنظر للثورة العلمية الحاصلة في ميدان الطب وتضرر الانسان من بعض الأعمال الطبية ، ز بالرغم من غياب نصوص قانونية تنظم أحكام هذا العقد الأمر الذي طرح صعوبة في نصوص هذا الموضوع لا سيما أمام غياب إجتهد المحكمة العليا يخص أحكام العقد محل الدراسة ، فأغلب النزاعات المتعلقة بالمسؤولية الطبية تطرح أمام القسم الجزائي ، فالاجتهادات القضائية تشكل مرجعاً أساسياً يعتمد عليه لتحصيل المعرفة بتطبيق القانون .

ومن خلال هذا البحث المتواضع ، حاولنا تبسيط مفهوم هذا العقد و تحليل أحكامه إستناداً للقانون رقم: 05-85 المؤرخ في: 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 17/90 المؤرخ في: 31 جويلية 1990 وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 276/92 المؤرخ في: 06 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب ، كما اهتمنا من خلال هذا البحث بتبيان أحكام العقد الطبي و طبيعته القانونية و آثاره ، و كذا طبيعة المسؤولية المدنية التي قد تثار بصدد الإخلال بأحكامه وما يميز هذا العقد أنه يقوم على إعتبار شخصي يوليه المريض أهمية بالغة و يولد الثقة بين الطرفين ، فالطبيب وحده يمكنه المساس بحرمة و سلامة جسم المريض دون مساءلة ما لم يرتكب خطأ و عندئذ تستوجب مساءلته مدنياً أو جزائياً أو هما معاً، و هو من العقود الملزمة لجانبين و عقد معاوضة، إذ يلتزم الطبيب بعلاج المريض ، و بالمقابل يلتزم المريض بمد طبيبه بكافة المعلومات المتعلقة بمرضه و دفع مقابل العلاج و اتباع ما يوصي به الطبيب من تعليمات خلال مراحل العلاج ، و العقد الطبي عقد مدني، و هو بذلك يخرج من دائرة الأعمال التجارية ، و إن كان الطبيب يتلقى مقابلاً للعلاج فلا يمكن اعتباره تاجراً لانتفاء قصد المضاربة ، و لكا كان العقد الطبي يرتب التزامات على عاتق طرفيه ، فإنه قابل للفسخ من جانب المريض أو من جانب الطبيب ، الأمر الذي يشكل مظهراً من مظاهر الثقة اللازمة في العلاج الطبي ، فللمريض أن ينهي هذا العقد إذا ما فقد ثقته في الطبيب المعالج .

ولهذا الأخير إنهاء علاقته بالمريض الذي يشرف على علاجه شريطة عدم تعريض حياة المريض للخطر ، لاسيما إذا تعلق الأمر بحالة الاستعجال ، كما أن العقد الطبي عقد رضائي ، إذ لا يتطلب إفراغه في صيغة معينة باستثناء بعض الأعمال الطبية التي قد تنطوي على مخاطر بالغة و تؤثر في صحة الإنسان ، و يتعلق الأمر بحاليت نقل و زرع الأعضاء البشرية و تشريح الموتى من أجل هدف علمي .

و تطرقنا من خلال هذا البحث إلى تبيان طبيعة التزام الطبيب و المتمثل في كونه التزام ببذل عناية كقاعدة عامة ، إذ يتعين على الطبيب بذل جهود صادقة ، يقظة ، تتفق مع الأصول العلمية الثابتة في ميدان الطب ، فإذا لم يكن بغمكان الطبيب ضمان الشفاء للمريض إلا أنه ملزم بضمان تقديم لمريضه علاج يتسم بالإخلاص و التقاني متبعا معطيات العلم الحديثة ، و بإمكانه الاستعانة بزملائه المتخصصين و المؤهلين ، واستثناءا يكون التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة و ذلك متى غلب عنصر اليقين على عنصر الاحتمال في بعض الأعمال الطبية التي يباشرها الطبيب و تكون نتائجها مؤكدة لا يشوبها شك ، كما هو الحال بالنسبة لاستعمال الأجهزة الطبية و نقل الدم مثلا .

كما تطرقنا أيضا لالتزامات طرفي العقد الطبي ، الطبيب و المريض ، إذ يلتزم الطبيب بفحص المريض و تشخيص العلة التي يعاني منها واصفا له العلاج المناسب ، معلما إياه بكل عمل طبي ينوي مباشرته على جسمه متحريرا في ذلك الوضوح و الصدق و متابعة حالته الصحية ، متى اقتضى الأمر ذلك ، على أن يبقي طبي الكتمان كل ما يصل إلى علمه ، الطبيب ، من خصوصيات مريضه حفاظا على الثقة التي وضعها فيه ، و في المقابل يلتزم هذا الأخير ، المريض ، بمد طبيبه بكافة المعلومات حول مرضه و أن يدفع له مقابل العمل المؤدى أو ما يسمى بأتعاب الطبيب .

و قد خلصنا من خلال هذا الحث إلى أن العقد الطبي عقد غير مسمى ، عقد من نوع خاص ، و هو عقد قائم بذاته ، لأنه يقوم على خصائص لا تخضع لنظام معين و محدد ، و هو بذلك يحتاج إلى تنظيم خاص و قواعد خاصة ، لأنه ينظم علاقات و روابط خاصة .

كما اهتمنا بتبيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية التي قد تنشأ بمناسبة إخلال الطبيب بالتزام ما ، إذ يسأل الطبيب إذا ما ارتكب خطأ في التشخيص ، أو في وصف العلاج ، أو في الرقابة ، فإذا ما انحرف طبيب في سلوكه عن سلوك طبيب مثله لو كان في مكانه و أحاطت به ذات الظروف الخارجية ترتبت مسؤوليته مدنيا و جزائيا ، و الأصل أن المسؤولية المدنية للطبيب مسؤولية عقدية لوجود عقد بين الطبيب و المريض ، غير انه يمكن أن ينشأ خطأ الطبيب عن التزام تقصيري استثناءا من القاعدة العامة ، و ذلك متى استحال تصور وجود عقد بين الطبيب و المريض كما هو الحال بالنسبة لحالة الاستعجال أين يتم إسعاف المريض دون أن تصدر عنه اي إرادة .

و أما عن طبيعة الحماية التي كفلها المشرع الجزائري لأطراف العقد الطبي ، لاسيما المريض ، فرغم شح الممارسة القضائية في هذا الميدان ، إلا أنه يمكن القول أن أغلب الحماية مجالها الجانب الجزائي، أين تكاد تقتصر المتابعات الجزائية في هذا المجال استنادا لتهمة الجروح الخطأ ، باستثناء الأخطاء الطبية المرتكبة في المستشفيات العامة أين توجه القضاء الجزائي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية لتعويض المضرور .

و إن كان يحق لنا إبداء بعض الاقتراحات فإننا نوجزها أدناه ، آمليين أن تلقى اهتماما من قبل المشرع لإصلاح القانون و تحسينه .

- إدراج مزيد من النصوص القانونية لكفالة حماية واسعة للمريض ومحاربة إهمال الأطباء ، وجعل مسؤولية هؤلاء أساسها الضرر أي مسؤولية موضوعية و إنشاء صناديق خاصة لتعويض المرضى عن الأضرار التي قد تلحق بهم ، كآلية مكملة لنظام التأمين من المسؤولية المدنية في حالة ما إذا كان الطبيب غير مؤمن و توسيع دائرة مبدأ إلزامية التأمين لتشمل جميع العاملين في ميدان الصحة و اعتباره شرطا لممارسة المهنة .

- فرض رقابة صارمة و دورية من قبل الجهات المختصة على المؤسسات الإستشفائية عامة كانت أو خاصة من خلال إنشاء لجان خاصة تكلف بهذا الغرض ، وكذا بسط و نشر دعاية إعلامية واسعة لتوعية المرضى بحقوقهم ، فكثيراً ما يرجع المريض الأضرار التي قد تلحق به إلى القضاء و القدر و بذلك يفلت الطبيب المهمل و غير المؤهل من العقاب و بالنتيجة المزيد من الأضرار .

- تدريس طلبة الطب مادة قانونية خاصة بالمسؤولية الطبية التي قد تثار بمناسبة إرتكابهم أخطاء طبية ينجم عنها أضرار تمس بسلامة جسم المرضى الذين يلجأون إليهم. ، و ذلك حتى يكونوا على علم ودراية بحكم القانون فيما يتعلق بنشاطهم و حقوق و التزامات كل من الطبيب و المريض و الآثار المترتبة عليها .

- و نقترح أخيراً سن أحكام تخص العقد الطبي ضمن القانون المدني أو أفراد له قانون خاص يبين بوضوح حقوق الطرفين وواجباتهما ، مما يكفل توازنا بين مصلحتي الطبيب و المريض و يسهل مهمة القضاء من خلال تحديد قواعده و ضبط أحكامه ، فسن أحكام خاصة بالعقد الطبي نقدره يشكل استجابة لنداء الحوادث و المتضررين إثر أخطاء طبية ، و يشكل ايضاً حماية للمريض من اي استهتار بجسمه و حث للطبيب على التفكير بجد في الطبيعة الأخلاقية لمهنته و ميزة الإنسانية للعقد الذي يبرمه في إطار مهنته .

و في الختام نشير إلى أننا بذلنا أقصى ما نملك من جهد من أجل إبراز كل أحكام العقد الطبي ، إلا أن طبيعة النقص في جملة البشر يحول دون اكتمال أي عمل ، لذلك و من خلال ملاحظات الأساتذة يكتمل النقص و تسد الثغرات .

قائمة المراجع

1. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الجزء السابع. المجلد الأول - العقود الواردة على العمل - الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت 1998.
2. rene et jean savation , jean maire auby , et h . pequignot .
3. زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر، 2011 .
4. غادة فؤاد مجيد مختار ، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2011 .
5. علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، 108 المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة رعاية - الجزائر.
6. M. M hann ouz et A. R. Hakem : précisde droit médical office des publications universitaires. Alger . 1992.
7. د/ عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية القاهرة، 1986.
8. محمد رايس ، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري ، دار هومة لطباعة و النشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 .
9. المرسوم التنفيذي رقم92. 276 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
10. حرزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن ، دراسة مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 .
11. حسن زكي الأبراشي ، مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر 1951 .
12. د/ حسن علي الذنون ، المبسوط في شرح القانون المدني ج 1 الضرر ط1 دار وائل للنشر عمان الأردن 2006 مصدر .
13. د / محمد بشير شريم ، الأخطاء الطبية بين الالتزام والمسؤولية، جمعية عمال المطابع ، عمان ، ط1، سنة 2000.
14. د / أحمد محمود سعد ، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه ، القاهرة ، 1983 .

15. المحامي بسام محتسب بالله ، المسؤولية الطبية المدنية و الجزائئية ، دار الإيمان دمشق ، ط1، سنة 1984 م
16. أحمد حسن عباس الحيارى ، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء القانون الاردني و النظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة النشر و التوزيع .
17. القانون رقم 85 / 05 المؤرخ في 16/0/1998 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها
18. أحمد شكري السباعي، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب – مطبعة و مكتبه الأمنية، الرباط 1989.
19. عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق في القانون المدني، دار الثقافة و النشر والتوزيع، عمان، الأردن ، 2004 .
20. لعشب محفوظ بن حامد ، عقود الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1990 .
21. savatier, la profession liberal these picturs 1940 .
22. أسعد عبيد الجميلي ، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الاولى ، عمان ، 2009 .
23. د/ سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، مصر الجديدة ، الطبعة (5) السنة 1992.
24. سهيل يوسف الصويص ، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض و متطلبات القانون الحديثة ، أزمنة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، الأردن .
25. د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات – مصادر للالتزام – التصرف القانوني ، العقد و الارادة المنفردة ، الجزء الأول دار الهدى .
26. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القنون المدني الجديد ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998 27. يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أحد الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، منشورات المجلس الحقوقية ، 2003.
28. د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، مصر ، 1999 .
29. د/ ماروك نصر الدين ، زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية .
30. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة – دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية. 1989 .
31. علي حسن نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية القاهرة 1990.

32. علي فيلالي، رضا المريض بالعمل الطبي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، الرقم الثالث، الجزء السادس و الثلاثون .
33. د/ محمد رايس ، مسؤولية الطبيب الممتنع عن تقديم العلاج في القانون الجزائري ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 2 ، السنة 2006 .
34. عشوش كريم ، العقد الطبي ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2007 .
35. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة و سلامة الجسد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر، 1996
36. صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية ، الطبعة الأولى ،دار الثقافة ، للنشر و التوزيع عمان1997.
37. زياد درويش ، الطب الشرعي ، المطبعة الجديدة، دمشق ، 1998 .
38. عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى – دار الأندلس الخضراء – جدة، 2001.
39. د/ أمال عبد الرزاق مشالي، الوجيز في الطب الشرعي ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 1992.
40. ماهر الجندي عادل الشهادي، واحمد ماهر الجندي:" الموسوعة العقابية في الجنايات – الكتاب الأول – جنایات الاعتداء على الأشخاص والأموال ، الطبعة الأولى. ستار برس للطباعة والنشر ، مصر 1998 .
41. زهير أحمد لسباعي و محمد علي البار ، الطبيب أدبه و فقهه ، الطبعة الثانية ، دار العلم ، دمشق ، 1997
42. قانون العقوبات
43. أحسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص و الجرائم ضد الاموال الجزء الأول –دار النهضة العربية ، الطبعة السادسة ، الجزائر
44. ماروك نصر الدين ، نقل و زرع الأعضاء البشرية في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، الكتاب الأول ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، 2003 .
45. محمد فارح، حكم الشرع الإسلامي في العلاج بغرسة الأعضاء وترقيتها ، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، السنة 2 ، العدد – 2، الجزائر ،جانفي 1996 .
46. القانون رقم 05/85.
47. القانون 17/90 .
48. ماروك نصر الدين ، التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية مجلة المجلس الإسلامي الأعلى ، العدد 2. السنة 2. الجزائر 1990.

49. العربي شحط ، نظام الإنجاب الاصطناعي ، مجلة الفكر القانوني، العدد الرابع.
50. أحمد جلال الجوهري، الإنعاش الاصطناعي من الناحية الطبية والإنسانية –مجلة الحقوق والشريعة الإسلامية – العدد 02، جامعة الكويت للحقوق والشريعة جوان 1981.
51. مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول – المسؤولية الطبية منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت، لبنان.
52. أمال بكوش، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية ، دراسة في القانون الجزائري والمقارن، دار الجامعة الجديدة –الإسكندرية، سن 2011 .
53. كمال بشير عريبي دهان ، غثبات الخطأ الطبي، مجلة المحكمة العليا ، المسؤولية الجزائية الطبية في ضوء القانون و الاجتهاد القضائي ، عدد خاص ، 2011 .
54. منير رياض حنا ، الخط الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية، دار الفكر الجامعي. الإسكندرية – الطبعة الأولى 2008.
55. عبد القادر أفضاصي ، الالتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2010 .
56. محسن الببة، نظرة حديثة لخطأ الطبيب المرجب للمسؤولية المدنية ، منشورات مكتبة الجلاء الجديدة ، سنة 1993.
57. أحمد شرف الدين ، مسؤولية الطبيب و إدارة المرفق الصحي العام ، مجلة إدارة الفتوى و التشريع، 1982 .
58. محمد هشام القاسم، مجلة الحقوق و الشريعة ، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية.
59. د/ ثروت عبد الحميد ، تعويض الحوادث الطبية ، مدى المسؤولية عن التدايعات الضارة للعمل الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007 .
60. السباعي البار ، الطبيب أدبه و فقهه.
61. عبد القادر أزواو، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
62. طلال عجاج ، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس –لبنان
63. حليلة آيت حمودة ، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، الطبعة الأولى ، دار الحدائث للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان، 1986.
64. دستور 28 نوفمبر 1996
65. أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة ،دار لنهضة العربية 2003.

66. عامر قاسم أحمد القيسي ، مشكلات المسؤولية الطبية المترتبة على التلقيح الاصطناعي ، دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الفقه الإسلامي ، 2001 .
67. د/ محمد سامي الشوا مسؤولية الأطباء وتطبيقاته في قانون العقوبات – التجارب الطبية جراحة التجميل، عمليات تحول الجنس استقطاع الأعضاء وزرعها ، دار النهضة العربية – القاهرة. 2003.
68. عبد الوهاب حومد، المسؤولية الطبية الجزائرية، مجلة الحقوق الشريعة العدد 02، السنة 5، جامعة الكويت للحقوق والشريعة جوان 1981
69. هدى حامد قشوش، القتل بدافع الشفقة ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996
70. شريف الطباخ ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2011 ,
71. إيمان محمد الجابري ، المسؤولية القانونية عن الخطأ الطبية ، دراسة مقارنة للقوانين (الإماراتية، المصرية ، الأمريكية ، اليابانية) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2011
72. منصور مصطفى منصور ، حقوق المريض على الطبيب ، مجلة الحقوق و الشريعة ، العدد الثاني، السنة الخامسة ، جامعة الكويت للحقوق و الشريعة ، جوان 1981
73. حمدي عبد الرحمان، معصومة الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1987
74. جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1996
75. هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007
76. محمود محمود مصطفى، مدى المسؤولية الجنائية للطبيب إذا أفشى سراً من أسرار مهنته، مجلة القانونية الإقتصاد، س 11 ، العدد الأول ، جانفي 41
77. عادل جبيري محمد حبيب ، مدى المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالسرية المهنية أو الوظيفي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2003
78. عبد السلام الترماني، السر الطبي ، مجلة الحقوق و الشريعة.
79. علي محمد علي أحمد، إفشاء السر الطبي – دار الفكر الجامعي – الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007
80. محمد فخر شفقة ، المسؤولية المدنية التقصيرية المترتبة على عمل الطبيب ، مجلة المحامون السورية، العدد الخامس ، سنة 1971
81. قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
82. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، الواقعة القانونية ، الجزء الثاني ، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر ، 2004

83. عبد اللطيف الحسيني ، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية ، الشركة العالمية للكتاب ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 1987
84. أمير فرج يوسف ، خطأ الطبيب من الناحية المدنية و الجنائية ، طبعة 2007 ، المكتب الجامعي الحديث
85. بسام محتسب الله ، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية ، دار الإيمان دمشق ، طبعة 3 ، سنة 1984
86. منذر الفضل، مجلة القانون، الأردن، العدد السادس، السنة الثانية. 1995 / 6
87. يوسف جمعة يوسف الحداد ، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003
88. محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
89. مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر – 1992
90. محمد حسين – الوجيز في نظرية الإلتزام – الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر – 1983
91. الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة السادسة، مصر 1996.
92. سيدهم مختار المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص.
93. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ، دراسة قانونية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2007
94. احمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية، سنة 1986.
95. القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/05/24 ، ملف رقم 169568 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد 1.
91. الدناصوري و عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، الطبعة السادسة – مصر 1996.
92. سيدهم مختار المسؤولية الجزائرية للطبيب في ظل التشريع الجزائري ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص.
93. ابراهيم علي حمادي الحلبوسي ، الخطأ المهني و الخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية ، دراسة قانونية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2007

94. احمد شرف الدين، انتقال الحق في التعويض عن الضرر الجسدي، مطبعة الحضارة العربية، سنة 1986.

95. القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/05/24، ملف رقم 169568 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1997 ، العدد 1.