



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد



مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية
ليوم 27-10-2020.

كلية

الحقوق والعلوم السياسية.

بيانات الدورة

طبيعة الدورة		تاريخ الدورة	رقم الدورة
استثنائية	عادية		
<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	2020 / 10/27	...



مجالات آراء المجلس العلمي للكلية وتوصياته.

يبدي المجلس العلمي للكلية آراءه وتوصياته، حسب المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 03-279 المؤرخ في 23 أوت 2003، والمذكور أعلاه، فيما يأتي:

1. تنظيم التعليم ومحتواه،
2. تنظيم أشغال البحث،
3. اقتراحات برامج البحث،
4. اقتراحات إنشاء أقسام و/أو شعب ووحدات ومخابر بحث أو إغلاقها،
5. اقتراحات فتح شعب ما بعد التدرّج وتمديدتها و/أو إغلاقها وتحديد عدد المناصب المطلوب شغلها،
6. مواصفات الأساتذة والحاجات إليهم،

ويكلف زيادة على ذلك بما يأتي:

7. اعتماد مواضيع البحث فيما بعد التدرّج ويقترح لجان مناقشتها،
8. اقتراح لجان التأهيل الجامعي،
9. دراسة حصائل النشاطات البيداغوجية والعلمية للكلية التي يرسلها عميد الكلية إلى مدير الجامعة مرفقةً بآراء المجلس وتوصياته.

ويمكن أن يُخطَر في كلّ مسألةٍ أخرى تتعلّق بالجانب البيداغوجي أو العلمي يعرضها عليه العميد.

يمارس المجلس العلمي للكلية صلاحيات المجلس العلمي لوحدة البحث المنصوص عليها في المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 99-257 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 الذي يحدّد كفاءات إنشاء وحدات البحث وتنظيمها وسيرها. وهذه الصفة يدرس ويبدي رأيه على الخصوص فيما يأتي:

1. مشاريع البحث للوحدة وبرامج نشاطاتها،
2. تنظيم الأعمال العلمية والتكنولوجية،
3. إنشاء أقسام البحث وفرق البحث وحلّها.



1- قائمة الحاضرين لأعمال دورة المجلس العلمي للكلية

1. أعضاء المجلس العلمي للكلية¹

الرقم	الاسم واللقب	الصفة	الإمضاء
1	زهـــــــــور سهلي	رئيس المجلس العلمي	
2	حـــــــــداد محمد	عميد الكلية	
3	دراــــــــو توفيق	نائب العميد المكلف بما بعد التدرج والبحث العلمي والعلاقات الخارجية	
4	صافــــــــو محمد	نائب العميد المكلف بالدراسات والمسائل المرتبطة بالطلبة	
5	برحــــــــو وسيلة	رئيسة قسم القانون الخاص	
6	محــــــــوز عمر	رئيس قسم العلوم السياسية	
7	ناصــــــــر رفيحة	رئيسة اللجنة العلمية لقسم القانون الخاص	
8	زناكي دليلة	مديرة مخبر بحث	
9	العربي شحط عبد القادر	ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية عن قسم القانون الخاص	
10	لونــــــــيس عبد الوهاب	ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية عن قسم القانون العام	
11	طبيي محمد بلهاشمي أمين	ممثل الأساتذة ذوي مصف الأستاذية عن قسم العلوم السياسية	
12	بوســــــــاحة نصر الدين	مدير مخبر بحث	
13	بوخاتــــــــهي فاطمة	مديرة مخبر بحث	
14	بولنــــــــوار مليكة	مديرة مخبر بحث	
15	بوســــــــعادة خيرة	رئيسة اللجنة العلمية لقسم العلوم السياسية	
16	غريــــــــبي حياة	مسؤولة المكتبة	



¹وفقاً للقرار رقم 716 المؤرخ في 06 أوت 2018 الذي يحدد القائمة الاسمية لأعضاء المجلس العلمي لكلية الحقوق والعلوم السياسية.

2. أعضاء المجلس العلمي للكلية المتغيثون عن أعمال الدورة

الرقم	الاسم واللقب	الصفة
1	سلاف نعيمة	ممثلة عن الأساتذة المساعدين
2	بلماحي محمد	ممثل عن الأساتذة المساعدين
3	بناحري يوسف	مدير مخبر بحث
4	حميدان ليلى	مديرة مخبر بحث
5	صالح محمد	مدير مخبر بحث
6	عدة جلول سفيان	رئيس قسم القانون العام
7	قممراوي عز الدين	رئيس اللجنة العلمية لقسم القانون العام



II- جدول أعمال دورة المجلس العلمي للكلية

1. تعيين مقررين لتقييم المحاضرات
2. المصادقة على تقارير المقررين لتقييم المحاضرات.
3. تعيين لجان التحكيم والتأهيل الجامعي.
4. تشكيل لجان مناقشة دكتوراه "علوم"
5. تشكيل لجان مناقشة دكتوراه، الطور الثالث
6. تشكيل لجان مناقشة ماجستير
7. دراسة مشاريع البحث التكويني الجامعي PRFU. (المشاريع الجديدة).
8. تصحيح الأخطاء المادية.
9. تعديل موضوع البحث.
10. إضافة مشرف مساعد
11. تسوية وضعية التسجيلات.
12. التنازل عن الإشراف.
13. استبدال رئيس لجنة الخبراء للتأهيل الجامعي.

III- مُجريات أعمال دورة المجلس العلمي للكلية²



² يُحدد عدد النقاط وفقاً للنقاط المدرجة ضمن جدول أعمال الدورة.

من بين النقاط المدرجة بجدول أعمال المجلس العلمي
النقطة رقم 01: تعيين مقررين لتقييم المحاضرات

عرض الملف: محاضرات الأستاذة حريز أسماء، بعنوان: "العقد الطبي وحقوق المرضى" للسنة الأولى، ماستر
حقوق ، ل.م.د، تخصص القانون الطبي .

الرأي والتوصية:

تعيين المقررين:

(1) الأستاذة بونوار مليكة

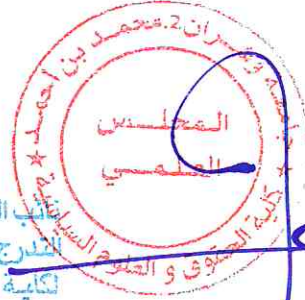
(2) الأستاذ غمالي كحلة

كاتب الجلسة

الأستاذ دراغو توفيق .



أ. دراغو توفيق
أ. زهدور سهلي
رئيس المجلس العلمي للكلية
الأستاذ زهدور سهلي.



رئيس المجلس العلمي للكلية

الأستاذ زهدور سهلي.

رئيس المجلس العلمي
لكلية الحقوق و العلوم السياسية
أ / زهدور سهلي



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد



وهران في 16-03-2021

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي للكلية

ليوم 06-03-2021.

كلية

الحقوق والعلوم السياسية.

بيانات الدورة

طبيعة الدورة		تاريخ الدورة	رقم الدورة
استثنائية	عادية		
<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	2021 / 03 / 06	...





قائمة حضور اجتماع المجلس العلمي للكلية

بتاريخ 06 مارس 2021

الرقم	الإسم واللقب	الصفة	التوقيع
01	ذاؤر همدور دسلي	الرئيس	
02	حداد محمد	العميد	
03	العربي منجلا عبد القادر	أستاذ	
04	دراغو توفيق	نائب العميد	
05	صافقو محمد	نائب العميد	
06	قصر بومعز الكتي	رئيس اللجنة العلمية والقانونية	
07	نيوسعادة خيرة	رئيسة اللجنة العلمية والعلوم السياسية	
08	انامكي دلالة	مديرة مكتب	
09	بولنوار ملبلة	مديرة مكتب	
10	غزيب حياة	مسئولة مكتب	
11	صفور عطر	رئيسة قسم العلوم السياسية	
12	لدة جلول سفيان	رئيسة قسم القانون العام	
13	لويكي عبد الوهاب	ممثل الإساتذة الكاتبة العام	
14	برحو يوسف	رئيس قسم القانون الخاص	
15	ناهر فندرجية	رئيسة اللجنة العلمية	
16	طيسي كريمة العائشي الأسي	ممثل أساتذة	



2. أعضاء المجلس العلمي للكلية المتغيّبون عن أعمال الدّورة

الرقم	الاسم واللقب	الصّفة
1	سلاف نعيمة	ممثلة عن الأساتذة المساعدين
2	بلماحي محمد	ممثل عن الأساتذة المساعدين
3	صالح محمد	مدير مخبر
	بوسماحة نصر الدين	مدير مخبر بحث
4	بناصري يوسف	مدير مخبر بحث
5	بوخاتمي فاطمة	مديرة مخبر بحث
6	حمدان ليلى	مديرة مخبر بحث



ومن بين النقاط المدرجة في جدول أعماله
المصادقة على تقارير المقررين لتقييم المحاضرات

عرض المؤلف: محاضرة الأستاذة حريز أسماء، بعنوان: "العقد الطبي وحقوق المرضى" للسنة الأولى
ماستر حقوق ل.م.د، تخصص القانون الطبي.

قرر المجلس العلمي بتاريخ 2020-10-27 تعيين الأستاذة بولنوار مليكة والأستاذة غالي كحلة كمقررين.

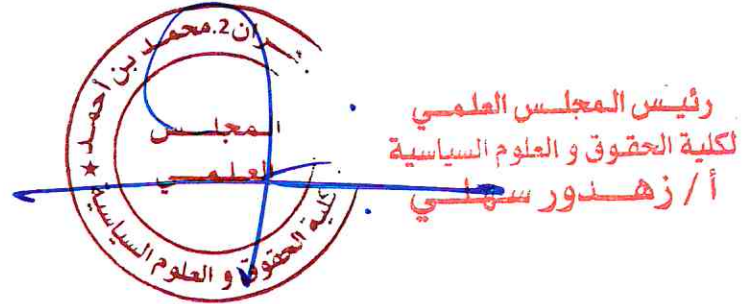
(1) الأستاذة بولنوار مليكة تقدمت بتقرير إيجابي مؤرخ بـ 2020-11-12.

(2) الأستاذة غالي كحلة تقدم بتقرير إيجابي مؤرخ بـ 2020-11-08.

الرأي والتوصية: الموافقة

وحرر هذا المستخرج بناء على طلب الأستاذة حريز أسماء للعمل به وفق ما يقتضيه القانون

رئيس المجلس العلمي للكلية
الأستاذ زهدور سهلي.





جامعة وهران 2

محمد بن أحمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية



العقد الطبي وحقوق المرضى

محاضرة لطلبة السنة الأولى ماستر

تخصص القانون الطبي

من إعداد الأستاذة: حريز أسماء
- السداسي الأول -

السنة الجامعية: 2020-2021



مقدمة:

يشير التاريخ الإنساني عبر مراحل وصفحاته المتعددة أنّ المريض حين يقبله على الطبيب يطلب العلاج إمّا أن يتوجه إلى مستشفى وهو المصلحة العمومية أو إلى عيادة خاصة أين نجد الطبيب الخاص، وفي كلتا الحالتين تختلف العلاقة التي تربط الطبيب بالمريض، إذ أنّه في حالة تلقي المريض العلاج في إطار مستشفى عام لا يتصور فيها وجود عقد يربط بين الطرفين، أمّا في الحالة الثانية فلقد حسم القضاء الفرنسي في الأمر بشأن طبيعة العلاقة الموجودة بين الطبيب ومريضه، وذلك منذ صدور قرار مارسيي (Mercier) الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20 ماي 1936¹ والذي اعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية، فبمجرد أن يتطابق الإيجاب والقبول تنشأ علاقة عقدية بينهما².

على إثر هذا القرار، فإنّ أجل التشريعات تبنت فكرة ارتباط كل من الطبيب والمريض بعقد قانوني الذي تحكمه قواعد عامة في القانون المدني وأحكام خاصة في القانون المهني للطب ومن بين هذه التشريعات، نجد التشريع الجزائري خاصة بعد شيوع ظاهرة الطب الخاص في الآونة الأخيرة، لدرجة مزاحمة قطاع الخدمات العام في مختلف الدول.

نجد فيما مضى أنّ العقد الطبي يعتبر من العقود النادرة كونه لم يلقى الاهتمام الكبير من طرف الأفراد، إلا أنّه في الوقت الحالي أصبح من العقود الأكثر استعمالاً انطلاقاً من فكرة مفادها أنّ كل من الطبيب والمريض لهما نفس الهدف ألا وهو الشفاء.

إنّ النظرة الحديثة في تصور علاقة الطبيب بالمريض نظرة متفائلة تقوم على أساس تقنين القوانين المتعلقة بالعمل الطبي، نظرة أصبحت أكثر إلحاحاً مع دخول العالم لمرحلة جديدة مليئة بالمتاعب الناتجة عن استعمال الآلات المختلفة في علاج المرضى ومع ازدياد الوعي القانوني لدى المرضى بحقوقهم

¹ مؤدى قرار Mercier أنّه ينشأ بين الطبيب والمريض عقد حقيقي، وإن كان العقد يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر والمتفق مع المعطيات المكتسبة، وأنّ خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية.

² فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012-2013،

والتزاماتهم التي يربتها لهم المنطق السليم والتي يجب تعزيزها بالنص القانوني الصحيح حتى تسمع أمام القضاء¹.

كما عرفت الشريعة الإسلامية قسم خاص بالطب والأطباء وهو ما يسمى بالطب النبوي²، وفي هذا القسم جمع الفقهاء كل المبادئ التي يقوم عليها النظام الطبي الإسلامي، ومن بين أهم تلك المبادئ تلك المتعلقة بدرجة الأطباء، فقد قسم فقهاء الشريعة الأطباء إلى نوعين: الطبيب الجاهل³، وهو الذي يخدع الناس بظهوره كطبيب عارف ويضر الناس بسوء طبه، والقاعدة الشرعية تقول أنه من يزاول عملاً أو علماً لا يعرفه، يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة هذه المزاوله.

والطبيب الحادق، وهو الذي يعطي مهنته حقها بسبب إحاطته بالأصول الفنية لممارسة الطب وعدم خروجه عن هذه الأصول حتى لا يتعرض للمسؤولية، أما فيما يتعلق بضمان الطبيب، فإن الطبيب لا يسأل عن الضرر الذي يصيب المريض، حتى وإن توفي المريض من العلاج، ما دام المريض قد أنزله بعلاجه ولم يكن قد وقع من الطبيب خطأ في العلاج.

لذلك فإن إذن المريض للطبيب بالعلاج في الفقه الإسلامي يؤسس لمفهوم العقد الطبي بحيث أن الشريعة الإسلامية أقرت هذا المبدأ عندما اتفق الفقهاء على أن عمل الطبيب عند الإذن له بالعلاج وطلبه يعد واجباً، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة كما أن من بين موانع مسؤولية الطبيب في الشريعة الإسلامية هو إذن الشارع، وإذن المريض أي رضائه قصد الشفاء، وعدم وقوع خطأ من الطبيب.

¹ المصطفى الغشام الشيعبي، العقد الطبي، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، الطبعة الأولى، 2016، ص 13.

² لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالإنسان عقيدة وأخلاقاً وأحكاماً، حيث حرصت أشد الحرص على سلامة القلوب والأبدان وفق نظام طبي متميز صالح لكل زمان ومكان عماده القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة.

³ للطبيب الجاهل ثلاث حالات:

أ. حالة مدعي الطب أي الجاهل بالكلية بحيث لا يكون له معرفة بهذا العلم، ولم يسبق له ممارسة العلاج، وإنما أوهم المريض وخدعه بزعمه المعرفة والخبرة.

ب. حالة الذي يكون له معرفة بسيطة بعلم الطب، ولكنها لا تأهله لمزاولته.

ج. حالة من يكون مختصاً بطب الأسنان أو جراحة عظام، ومن ثم يتصدى لمزاوله الأعمال الطبية في باقي التخصصات.

إن أهمية موضوع العقد الطبي وحقوق المرضى تتبع من كون أن اتصال العقد الذي يربط بين الطبيب والمريض بالجسم الإنساني لا يمكن تجاهله باعتباره شيء مقدس في ذاته فرض على الأطباء منذ عهد أبو قراط ضرورة التحلي بمجموعة من القيم التي ظلت قادرة على حماية الإنسان¹.

لكن التقدم العلمي الذي بدأ ينتشر في الأفق أفرز ظهور مشاكل لا حدود لها في المجال الطبي، وإن تلك المتعلقة بعلاقة الطبيب بالمريض تشكل الجزء الأكبر منها، ومن بين أهم تلك المشاكل التي أصبحت تلوح في أفق علاقة الطبيب بالمريض هو ابتعاد بعض الأطباء عن قيمهم النبيلة في الحياة، وهي قيم إن انتقت اندثرت الثقة التي يجب أن تكون بين الطبيب ومريضه.

هذا العنصر ليس ضروري فحسب لتنظيم علاقة الطبيب بالمريض ولكن أيضا لشفاء المريض الذي يجب أن يعتبر المقصد الأسمى بالنسبة لجميع الأطباء، لذلك فما المقصود بالعقد الطبي؟ وفيما تتمثل خصائصه؟ وماهي أركانه؟ وفيما تتمثل آثاره؟ وكيف يتم إنهاءه؟ وماهي المسؤولية المترتبة في حالة الإخلال بأحكامه؟ وفيما تتمثل حقوق المرضى؟

سوف يتم معالجة هذه الاشكاليات الخاصة بموضوع العقد الطبي وحقوق المرضى من خلال التركيز على الأحكام التالية:

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي وتكوينه (المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي، المبحث الثاني: تكوين العقد الطبي).

الفصل الثاني: آثار العقد الطبي (المبحث الأول: التزامات المتعاقدين، المبحث الثاني: إنهاء العقد الطبي والمسؤولية المترتبة عنه).

الفصل الثالث: حقوق المرضى (المبحث الأول: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية، المبحث الثاني: حقوق المريض في القوانين الصحية المقارنة).

¹ المصطفى الغشام الشيعبي، المرجع السابق، ص 12.

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي وتكوينه

لقد اختلف الفقه في وصف العلاقة بين الطبيب والمريض من حيث اعتبارها عقداً أم لا، إلا أنّ الفقه والقضاء استقرا على اعتبار هذه العلاقة علاقة تعاقدية، غير أنّ هذا الفقه نفسه اختلف في تكييف هذا القانون وبيان طبيعته القانونية من حيث اعتباره عقد مسمى أو غير مسمى من جهة ومن حيث اعتباره عقد إيجار أو وكالة أو مقاوله أو عقد من نوع خاص من جهة أخرى¹.

فما هو العقد الطبي وكيف يمكن تكييفه في ظل غياب النصوص التشريعية المنظمة له؟ وماهي أركانه؟

سنعمل على الإجابة على هذين السؤالين من خلال مبحثين: المبحث الأول نخصه للطبيعة القانونية للعقد الطبي، والمبحث الثاني نتناول فيه تكوين العقد الطبي.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي

يحتل تكييف العقد الطبي أهمية قصوى لأنه العملية القانونية التي ستمكن بنوع من الدقة من معرفة القالب القانوني الذي ينبغي أن تدرج فيه العلاقة بين الطبيب ومريضه.

المطلب الأول: ماهية العقد الطبي

الفرع الأول: تعريف العقد الطبي

إنّ العلاقة الرابطة بين المريض والطبيب الخاص تسمى بالعقد الطبي، ويعرف العقد الطبي بأنّه: "اتفاق يربط بين الطبيب والمريض بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري للمريض وفقاً للقواعد العلمية، الذي بدوره يقوم هذا الأخير بدفع أتعاب العلاج".

ويعرفه الأستاذ السنهوري بأنّه: "اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض أو من يمثله من جهة أخرى بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه النصائح والعلاج الصحي"².

كما عرّفه الأستاذ عبد الرشيد مأمون على أنّه: "بدون شك يوجد بين الطبيب من جهة والمريض الذي توجه إليه لكي يقوم بعلاجه من جهة أخرى عقد يسمى عقد العلاج، ويلزم هذا العقد الطبيب بأن يقوم بتقديم العلاج الملائم للمريض وأن يشملته بالرعاية على وجه فعال ومطابق للأصول والقواعد العلمية

¹ المصطفى العشام الشعبي، المرجع السابق، ص 17.

² 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، ص 18.

وذلك بهدف نجاح العلاج الذي يقدمه الطبيب للمريض بقدر الإمكان، أو على الأقل بهدف تخفيف ألام المرض التي يعاني منها المريض، وإذا كان عقد العلاج يلزم الطبيب بالأمر السابقة، فإنه يلزم المريض أيضا بأن يقوم بدفع الأجر المتفق عليه...¹.

أيضا فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية العقد الطبي على أنه: "عقد حقيقي بين الطبيب وزبونه، حيث يلتزم الطبيب برعاية المريض وفقا للبيانات العلمية الحالية"².

الفرع الثاني: خصائص العقد الطبي

العقد الطبي كغيره من العقود المدنية الأخرى يشترك في مميزات، وينفرد بخصائص أخرى تميزه عن بقية العقود.

أولاً: العقد الطبي عقد إنساني قائم بذاته

ينفرد العقد الطبي بهذه الخاصية، إذ يفترض فيه احترام حياة الإنسان وكرامته والحرص على حفظها وصيانتها بدون تمييز من حيث الجنس أو السن أو العرق أو الدين أو الجنسية أو الوضع الاجتماعي أو السياسي أو غيره³.

كما أنه بالرغم من الطابع الفني لعمل الطبيب، إلا أن أصول مهنة الطب وخصوصية العقد الطبي الذي يتميز بالإنسانية تفرضان على هذا الأخير مراعاة حالة مرضاه النفسية، وذلك لأن إصابة المريض بعبء جسدية قد تتزامن مع إحساسه باضطرابات نفسية نتيجة تخوفه من طبيعة المرض الذي يعاني منه والآثار التي تترتب عليه.

ولعل استخدام المشرع مصطلح رسالة الطبيب في نص المادة 7 من مدونة أخلاقيات الطب¹، فإنه تماشياً مع المقصد النبيل لهذه المهنة، ذلك أن الرسالة موضوعها مهمة معينة تتصل بشكل ملازم مع غايات نبيلة تجتمع فيها خاصيتي البعد الإنساني لهذه المهمة، والمصلحة العامة التي تتطوي عليها.

¹ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 21.

² « Qu'il se forme, entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade du moins de lui donner des soins, non pas quel conques, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstance exceptionnelles conformes aux données actuelles de la science ».

³ بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل القواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2015، ص 289.

ثانيا: العقد الطبي عقد مدني

إن مهنة الطب مهنة حرّة، وأنّ العقد الطّبي لا يخرج عن نطاق العقود المدنية، ولا يمكن تصنيفه ضمن العقود التجاريّة.

فالطّبيب ليس تاجرًا، كون التّاجر هو كل "من يباشر عملا تجاريا ويتخذ حرفة معتادة له"²، والطّبيب عمله يتمثل في تقديم العلاج الصّحي والإرشادات الطّبية التي هي بعيدة كل البعد عن الأعمال التجاريّة ولا يمكن تصنيف أعماله من قبيل الأعمال التجاريّة لا بحسب الموضوع ولا بحسب الشكل³. كما نصت المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطّب على ما يلي: "يجب أن لا تمارس مهنة الطّب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح الأسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة".

ثالثا: العقد الطّبي عقد ملزم للجانبين

يعتبر العقد الطّبي عقد تبادلي ينشئ التزامات متبادلة بين الطّبيب الذي يلتزم بالعلاج وفي حالات خاصة الحصول على رضا المريض، وهذا الأخير الذي يلتزم بتتبع تعليمات الطبيب وأداء أتعابه، وإن كان العقد الطّبي لا يمنح لطرفيه ذلك الحق الذي ينتج عادة عن العقود المتبادلة حيث يحق للطرف أن يمتنع عن تنفيذ التزامه متى أخل الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به⁴، أو يكون له الحق في إلزام المدين قضاءً بتنفيذ الالتزام.

رابعا: العقد الطّبي عقد قابل للفسخ

الفسخ هو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما إلّتم به، ولقد نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه

¹ تنص المادة 7 من م.أ.ط.ج (المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992، ج.ر، عدد 52، ص 1419) على أنّه: " تتمثل رسالة الطّبيب وجراح الأسنان في الدّفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسّن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السّلم أو الحرب".

² أنظر المادة 1 من ق.ت.ج.

³ أنظر المادتين 2 و 3 من ق.ت.ج.

⁴ محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النّجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003، ص 62.

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

لذلك فما دام العقد الطبي عقد ملزم للجانبين، وأنه في حالة عدم وفاء المتعاقد بالتزامه، يحق لأحد الأطراف سواء الطبيب أو المريض أن يطالب بفسخ العقد الرابطة بينهما، ما دام العقد يقوم على أداء الثقة التي يضعها المريض في شخص الطبيب¹، فإذا فقدت هذه الثقة فيمكن المريض فسخ العقد وبالمقابل بإمكان الطبيب فسخ العقد إذا ما أخل المريض بالتزاماته اتجاه الطبيب المعالج.

خامسا: العقد الطبي عقد معاوضة

هو عقد بعوض يمنح الطبيب حق تقاضي أتعاب، وإن كان يمكنه التنازل عنها كما أنّ قواعد الأخلاقيات الطبية تدعوه لعدم تقاضي أتعاب من أقاربه وزملائه في المهنة. ويحدث أن يتنازل الطبيب عن أتعابه لظروف إنسانية محضة تتعلق بفقر المريض وحاجته. وقد ذهب القضاء الفرنسي في بداية اعتناقه للمسؤولية العقدية للطبيب إلى اعتبار ذلك بمثابة تأجيل للدين، وانتقد الفقيه جان بينو ذلك معتبرا أنّ الأمر لا يعدو أن يكون عقد الإحسان المنصوص عليه في الفصل 1105 من القانون المدني الفرنسي².

سادسا: العقد الطبي عقد مستمر

يعتبر العقد الطبي من العقود المستمرة، فهو عقد متوالي التنفيذ يمتد في التنفيذ لفترة قد تطول وقد تقصر على حسب حاجة المريض للعلاج، وعمومًا فالعقد الطبي يستمر على امتداد ستة مراحل تبدأ بمرحلة الفحص الطبي، ثم مرحلة التشخيص، ثم مرحلة العلاج الطبي، فمرحلة الوصفة الطبية، ثم مرحلة الرقابة العلاجية ومرحلة الوقاية الطبية³.

ويترتب على هذه المراحل نتيجتين أساسيتين:

النتيجة الأولى: يحق للطبيب أن يوقف العلاج أو يمتنع عن متابعته إذا لم يحترم المريض قواعد الوقاية والمداواة التي قررها له.

¹ عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه، الجزائر، 2011، ص 22.

² Article 1105 du code civil Français : « Le contrat de bienfaisance est celui dans le quel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ».

³ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 34.

النتيجة الثانية: يحق للطبيب إلزام المريض بتنفيذ علاج معين، خصوصاً إذا تبين له أنّ حياته معرضة للخطر، كما يمكن للطبيب المعالج أن يرفض إتباع طريقة علاج يرغب فيها المريض بناءً على اقتراح طبيب آخر، وفي الحالتين معاً له توقيف العلاج والانسحاب.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للعقد الطبي

انقسم الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي، وبقي الخلاف قائماً بشأن تكييف هذا العقد هل هو عقد وكالة أم عقد عمل أم عقد مقاوله، أم هو عقد خاص ينفرد عن التصنيفات السابقة؟ للإجابة عن هذا التساؤل سنتناول بالدراسة موقع العقد الطبي في ظل هذه الأنواع من العقود.

الفرع الأول: العقد الطبي عقد وكالة¹

من أشهر الفقهاء الذين نادوا بهذا الرأي الفقيه بوتيه Pothier الذي قال: "إنّ العقد بين الطبيب والمريض عقد وكالة، وما الأجر التي يقدمها المريض إلا من باب الهبة مقابل عرفان الجميل الذي يقوم به للطبيب".

يبدو أنّ القائلين بهذا الرأي وقعوا تحت تأثير التطور المثالي لمهنة الطب، الذي ساد لفترة لدى بعض فقهاء القانون الذين اعتبروا أنّ العلاقة بين ممتنهي المهن الحرة وعملائهم لا يمكن أن تقع تحت يد القانون، وقد كتب الفقيهان أوبري ورو في هذا الصدد أنّ الأعمال المتعلقة بمهنة أدبية أو علمية أو فنية، لا يمكنها أن تشكل في حد ذاتها موضوع عقد، وأنّ من واعد بها لا يعتبر مسؤولاً مدنياً (قانونياً) وهو ملزم فقط بوعده².

لذلك فإنّ الذين اعتبروا عقد الطبيب عقد وكالة حاولوا أن يبعدوا مهنة الطب عن القانون فبحثوا لها عن إطار وجوده في عقد الوكالة الروماني.

ولم يسلم هذا الرأي من الانتقادات وأهمها:

- إنّ محل الوكالة الأصلي في القوانين الحديثة يقتصر على التصرفات القانونية وحدها وأمّا في القانون الروماني الذي تأثر به هذا الاتجاه الفقهي والقضائي فقد كانت الوكالة تمتد حتى إلى الأعمال

¹ عرفت المادة 571 من ق.م.ج عقد الوكالة بأنه: "عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

² محمد عبد النباوي، المرجع السابق، ص 64.

اليدوية، وما يقوم به الطبيب لمصلحة المريض هو في الغالب عمل مادي يتمثل في تشخيص، علاج، جراحة.

- إن الوكالة تقوم على فكرة النيابة، وأمّا الطبيب فإنّه وإن كان يقوم بمهامه لمنفعة المريض، فإنّه ينجزها باسمه، فالطبيب لا ينوب على المريض في العلاج.

- عقد الوكالة من حيث المبدأ عقد تبرعي ينجزه الوكيل لحساب الغير ولا يتقاضى عليه أجرًا إلا إذا اتفق على ذلك وأمّا العقد الطبي فهو عقد بمقابل¹.

- إنّ الوكيل مجبر أن يمد الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها، غير أنّ الطبيب غير مجبر بأن يمد المريض بكل المعلومات المتعلقة بتنفيذ أعماله، بل له أن يخبره فقط بالمعلومات المتعلقة بمرضه².

- يجوز للوكيل أن يتنازل في أي وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، أمّا الطبيب فليس له أن يتناول أو يترك المريض (الموكل) بغير علاجه في أي وقت كان، إذ في حالة الضرورة يلزم على الطبيب علاج المريض وإلا تعرض لعقوبات وجزاءات، وفي حالة ما إذا أراد التحرر من مهمته لا بد عليه أن يضمن مواصلة العلاج³.

الفرع الثاني: العقد الطبي عقد عمل

يرى هذا الاتجاه أنّ العلاقة بين الطبيب والمريض الذي يختاره علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار الأشخاص أو عقد العمل بحسب تعبير بعضهم، يلتزم بمقتضى هذا العقد المريض بدفع أتعاب الطبيب، مقابل التزام هذا الأخير بعلاج المريض فيكون تبعاً لذلك المريض بمثابة رب العمل، والطبيب عاملاً لديه. لقد عرّفت المادة 2 من القانون 90-11⁴ باعتبار العامل الأجير: "كل شخص يؤدي عملاً يدوياً أو فكرياً مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص يدعى المستخدم"

¹ أنظر المادة 581 من ق.م.ج.

² أنظر المادة 577 من ق.م.ج. والمادة 43 من م.أ.ط.ج.

³ أنظر المادة 588 من ق.م.ج. والمادة 50 من م.أ.ط.ج.

⁴ القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. عدد 17 الصادرة بتاريخ 25/04/1990 المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 91-29 المؤرخ في 21/12/1991، ج.ر. عدد 68 الصادرة بتاريخ 25/12/1991.

وبالرغم من تشابه العقدين، إلا أنه يجب الإشارة إلى أنّ العقد الطبي قد ينقلب إلى عقد عمل في حالة لو كان الطبيب خاضعا لإشراف عميله، وأنّ هذا الإشراف والرقابة يكون من الناحية الإدارية فقط مع بقاء الطبيب مستقلا من الناحية الفنية¹، كحالة إذا ما كان الطبيب يعمل في مستشفى مثلا، أو كان طبيبا خاصا لأحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، هنا قد تأخذ صورة العقد الطبي مفهوم عقد العمل. غير أنّ الطبيب قد يباشر عمله دون إشراف ولا رقابة من مستخدمه كحالة العيادة الخاصة، هنا يتنافى مفهوم عقد العمل مع العقد الطبي.

الفرع الثالث: العقد الطبي عقد مقاوله

ذهب جانب من الفقه² إلى القول بأنّ العقد المبرم بين الطبيب والمريض هو عقد مقاوله³ يتعهد بمقتضاه الطبيب بأنّ تقديم علاجا مقابل أجر يتعهد به المريض.

غير أنّ هذا التوجه ترتبت عنه بعض النتائج التي تتعارض مع أحكام عقد المقاوله ممّا جعل هذا الرأى محل انتقاد من عدّة أوجه أهمها:

- أنّ طبيعة التزام الطبيب إنّما هي التزام ببذل عناية معينة في العلاج، وليس التزاما بتحقيق نتيجة، إذ أنّ الطبيب يتعهد بعلاج المريض دون أن يلتزم بشفاؤه، في حين أنّ التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة معينة، كبناء منزل مثلا.

- إنّ المؤهلات الشخصية للطبيب هي محل اعتبار في التعاقد معه، لذلك العقد ينتهي بموته، كما لا يحق أيضا للطبيب أن يوكل أمر معالجة المريض إلى غيره من الأطباء في حين يستطيع المقاول في كثير من عقود المقاوله أن يقاول من الباطن⁴ كما أنّ عقد المقاوله لا ينتهي تلقائيا بموت المقاول كما ينتهي العقد مع الطبيب بمجرد وفاته⁵.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 15.

² من هؤلاء الفقهاء الفقيه السنهوري بحيث أكد على ما يلي: "فالعقد مع الطبيب هو عقد مقاوله في الغالب، إذ هو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم، والعلاج عمل مادي ولا تنتهي ماديته أن يكون عملا عقليا فهو إذا ليس بتصرف قانوني، ومن ثم تتوافر مقومات عقد المقاوله في هذا الاتفاق".

³ عرفت المادة 549 من ق.م.ج. المقاوله بأنّها: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

⁴ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 297.

⁵ أنظر المادة 569 من ق.م.ج.

يتضح مما سبق بيانه أنّ العقد الطّبي هو عقد من نوع خاص، وموضوعه الأساسي مختلف عن العقود الأخرى، وعن القواعد التي تحكم هذه العقود، فالتشابه الذي قد يوجد بين هذا العقد وبين بعض العقود التقليدية لا يؤدي إلى أن يفقد العقد الطّبي صفته المستقلة¹.

المبحث الثاني: تكوين العقد الطّبي

عرّف الكثير من الفقه العقد على أنّه اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وهذا الأثر هو تنفيذ العقد ولكي يتم تنفيذ أي عقد لابد أن تتوفر فيه مجموعة من الأركان وتتمثل في ركن التراضي، وركن المحل وركن السبب والعقد الطّبي باعتباره عقداً لابد من أن تتوفر فيه هذه الأركان إلى جانب ركن الكتابة.

المطلب الأول: التراضي في العقد الطّبي

انطلاقاً من كون الرضا حجر الزاوية في عقد العلاج الطّبي بصفة عامة والعقد الجراحي بصفة خاصة، فإنّ القاعدة العامة والمحمية دستورا وقانونا هي حرمة جسم الإنسان² وعدم جواز المساس بسلامته دون موافقته الصّريحة والواضحة ورضاه التّام، فليس هو مجرد الإيجاب الصادر من المريض إلى الطّبيب الجراح بإجراء العلاج الجراحي على جسمه وإنّما هو رضاه خاص نتاؤه بالدراسة والتحليل³.

الفرع الأول: رضا المتعاقدين

تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالتّصوص القانونية". ومعنى ذلك أنّ التّعبير عن الإرادة الذي يعتد به هو ما كان صادرا عن ذي أهلية للتعاقد.

لذلك فلقيام العقد الطّبي صحيحا يشترط طبقا لما نص عليه القانون رضا كل من الطّبيب والمريض.

¹ يرى الفقيه الفرنسي سافاتييه أنّ العقد الطّبي عقد غير مسمى، إلا أنّ العمل المستقل للأشخاص القائمين بممارسة المهن الحرة يجعلهم غير محكومين بواسطة عقد مسمى في القانون، يجعلهم يخضعون فقط للقواعد العامة التي تحكم الاتفاقات والعادات التي تسير عليها المهن الحرة.

² تنص المادة 35 من الدستور الجزائري لسنة 1996: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الانسان البدنية والمعنوية".

³ حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطّبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة) دار هومه، الجزائر، 2009، ص 2.

فبالنسبة للطبيب يشترط أن يباشر العقد بإرادته وحرية، وأن يكون رضاه سليماً خالياً من أي عيب من عيوب الرضا، فقد منح المشرع الطبيب الحق في رفض القيام بالعمل الطبي تجاه المريض لأسباب شخصية، أو مهنية، واستثنى من ذلك حالات مواجهة المريض لخطر صحي وشيك يهدد حياته¹، حيث يتعين على الطبيب التدخل لإسعافه لحين تأمين طبيب مختص لعلاج حالة المريض المستعجلة أو على الأقل التأكد من ضمان تقديم العلاج الضروري له، ما لم تكن هناك قوة قاهرة تمنع الطبيب من التدخل. أمّا بالنسبة لرضا المريض، فهو ممّا يتعين ابتداءً في العقد الطبي، حيث حرصت غالبية التشريعات على تكريس رضا المريض وموافقته على التدخلات الطبية².

ما من شك في أنّ المريض وقبل أن يدلي ويعلم عن رضاه لأبداً وأن يكون على بينة وإثارة بحالته المرضية ووضعيتها وإمكانية علاجها، وسبل ذلك العلاج ومدى خطورته³، فالرضا لا يأتي عن جهل وعدم علم وإنما عن بصيرة ومعلومات كافية تثير سبيل المريض الذي عادة ما يكون جاهلاً للمرض الذي يرغب في علاجه وجاهلاً لوسائل العلاج المناسبة، ومن هنا كان على عاتق الطبيب أخصائي الجراحة واجب إعلام المريض وإثارته بكل معلومة تفيد في إحاطته علماً بمرضه ووسائل علاجه حتى يتسنى له إبداء موافقته ورضاه في العلاج، ولقد أطلق الفقه على هذا المبدأ "الرضا المتبصر"⁴، ولقد استقر القضاء في فرنسا على أن تبصير المريض يجب أن يكون بسيطاً (Simple)، وتقريبياً (Appropriée) وصادقاً (Loyale) وواضحاً ومفهوماً (Intelligible).

لقد أرجع الفقه سند مبدأ الرضا المتبصر إلى مبررات ومبادئ عدّة يمكن تقسيمها إلى خمس مبادئ: أولها مبدأ الذاتية ويتعلق بحرية الشخص في أن يتخذ ما يراه مناسباً وملائماً لتحقيق أهدافه الشخصية، فهو قد ألهمه الله تعالى عقلاً راشداً ميزه به عن باقي المخلوقات، وثانيهما مبدأ الصدق والثقة والذي مؤداه وجود ثقة متبادلة بين كل من الطبيب ومريضه، يكون كل منهما صادقاً وواثقاً في الآخر، فيصدق المريض مع طبيبه ويحيطه بكافة المعلومات عن المرض الذي يعاني منه، وأن يثق فيه ثقة كبيرة، وفي المقابل يصدق الطبيب مع مريضه بإحاطته علماً وتبصيره بوسائل العلاج ومخاطره، مع مراعاة مصلحة المريض، وثالثهما مبدأ العدالة ويقصد به الموازنة بين كل من الطبيب والمريض بصفتهما

¹ هذا طبقاً لما نصت عليه المادتين 9 و 42 من م.أ.ط.ج.

² هذا ما ورد في نصوص المواد 42، 44، 45 من م.أ.ط.ج.

³ حروزي عز الدين، نفس المرجع، ص 53.

⁴ يطلق عليه بالفرنسية و الإنجليزية: Consentement éclairé, Informed censent

طرفي العلاقة التعاقدية، فعلى الطبيب احترام الثقة التي وضعها فيه مريضه وفي المقابل على هذا الأخير أن يراعي في معاملة طبيبه الطاقة العلمية المتوفرة لديه ورابعهما مبدأ المنفعة أو المصلحة ويعني أن يبذل الطبيب كل جهوده فيما يراه مصلحة لمريضه في إطار العلاج الذي يقدمه ويستغل في ذلك كفاءته وخبرته، وأمّا خامس تلك المبادئ فهو مبدأ تفادي الضرر وهو في مضمونه يقابل المبدأ السابق، فكما يقع على عاتق الطبيب بذل كل جهوده لتوفير مصلحة مريضه في العلاج، يقع عليه أيضا واجب بذل عناية في أن يجنب مريضه كل ما يمكن أن يعرضه للخطر سواء في مرحلة العلاج أو بعدها.

أمّا عيوب الإرادة التي يمكن تصورها بمناسبة العقد الطبي فتتمثل خصوصا في التدليس من جهة أولى، والاستغلال من جهة ثانية¹.

بخصوص التدليس الطبي، عرّفت المادة 86 من القانون المدني الجزائري التدليس بأنه السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة. وأضافت المادة 87 من نفس القانون أنّه ليس للمتعاقد المدلس عليه طلب إبطال العقد إذا صدر التدليس² من غير المتعاقدين ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان على علم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا التدليس.

فمن جهة أولى، قد يلجأ الطبيب إلى طرق احتيالية لكي يحصل على رضاء المريض، ومثال ذلك أن يستدعي الطبيب إلى عيادته، بحجة عمل صورة أشعة له ولكنه يقوم بإجراء تجارب عليه وذلك بهدف التأكد من فاعلية طريقة جديدة للعلاج، ولكي نكون أمام التدليس في العقد الطبي لا بد من أن تتوافر مجموعة من الشروط أهمها ما يلي:

أ. استعمال الطبيب لوسائل احتيالية:

ليتحقق تدليس الطبيب يجب توافر عنصرين أولهما عنصر مادي وهو استعمال وسائل احتيالية، وثانيهما معنوي وهو نية التضليل والخداع.

¹ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 61.

² يطلق على مصطلح التدليس في الشريعة الإسلامية التغيرير والمقصود به لدى فقهاء الشريعة: التغيرير هو الخداع لغة وفي المعاملات المالية هو إبهام بما يرغب في التعاقد وهو نوعان تغيرير فعلي وقولي، ويكون التغيرير الفعلي عندما يظهر العاقد المعقود عليه على غير حقيقته، والتغيرير القولي هو الكذب المبرر للتغيرير عن طريق إعطاء بيانات كاذبة في عقود تقوم على صحة هذه البيانات.

ففيما يتعلق بالرّكن المادي فيجب أن يستخدم الطّبيب وسائل احتيالية لإخفاء الحقيقة عن المريض، كاستعمال خديعة معينة أو اللجوء إلى الإشهار بالأساليب التجارية كالنشر في الصّحف وهنا يطرح السؤال التالي: هل الكذب والكتمان يمكن أن يشكل كل منهما عنصرا ماديا كافيا لقيام تدليس الطّبيب في العقد الطّبي؟ فالأصل أنّ مجرد الكذب لا يعتبر من الوسائل الاحتياطية ولا يكفي بالتالي لتحقيق التدليس، كما لو قام الطّبيب بالكذب على طفل أذن إليه أبواه بأن يقلع له سنا من أسنان الحليب حيث كذب الطّبيب على الصّغير بأنّه لن يقلع له سنا، فإذا به أقلعه فمثل هذا الكذب لا يكون سببا لقيام الرّكن المادي للتدليس¹، ولكنّ الكذب في واقعة لها محلها في نظر المريض تعتبر تدليسا، وفي هذا الصّدّد ذهبت محكمة باريس إلى أنّه فيما عدا حالة الظروف الاستثنائية تماما، فإنّ الكذب يشكل أمرا غير مقبول في مجال العقد الطّبي، إذا كان من شأنه أن يخفي عنصرا حاسما يدفع المريض إلى الاعتقاد بأنّ مرضه أكثر خطورة من الحالة الحقيقية².

بالرجوع إلى القانون الجزائري، نجد أنّ القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 86 السابق الإشارة إليها هي الواجبة التّطبيق في مجال عقد العلاج الطّبي الجراحي، فسكوت الطّبيب الجراح عمداً

¹ حكم محكمة باريس بتاريخ 07 مارس 1956 وقد جاء في هذا الحكم ما يلي:
« Que à moins de circonstances tout a fait exceptionnelles, le mensonge est inexcusable s'il consiste à dissimuler un élément favorable l'être en réalité ».
² لقد اختلف موقف القضاء الفرنسي من تدليس الطّبيب في العقد الطّبي، حيث قامت محكمة باريس بتقسيم الكذب الذي يقع من الطّبيب إلى نوعين، وقد وضعت المحكمة في النّوع الأول ذلك الكذب الذي يهدف منه الطّبيب إلى إخفاء الألم وتخفيف معاناة المريض وقالت المحكمة بأنّ هذا الكذب مقبول وله ما يبرره وذلك لأنّ الطّبيب يهدف من إلام به إلى إخفاء خطورة المرض:

« A supposer qu'un mensonge du praticien envers son malade puisse se justifier, ce n'est que lorsque son objet est dissimuler la gravité du mal ». tribunal Paris, le 07 Mars 1956.

أمّا النّوع الثاني فهو الكذب الذي يهدف إلى كتمان العناصر الصّالحة، فهو يهدف إلى تشويه الحقيقة، بهدف دفع المريض إلى قبول العلاج، ومن ثمّ فهذا النّوع من الكذب لا يقصد الطّبيب من ورائه مصلحة المريض، وإنّما يسعى به إلى تحقيق مصلحة له، وبالتالي يظهر التدليس واضحا في هذه الحالة، وقد اتخذت محكمة النقض الفرنسية نفس هذا الموقف، حيث اعتبرت في حكم لها أنّ الطّبيب يرتكب خطأ جسيما يولد مسؤولية إذا قام بتغيير نتيجة التّحليل الذي تم في العمل لكي يدفع المريض إلى قبول العلاج:

« Le médecin qui, pour appuyer son diagnostic et obtenir le consentement le son client à un traitement radio thérapeutique ayant provoque des troubles sérieux dénature le résultat d'un analyse de laboratoire en faisant croire à l'intéressé, et même en indiquant au confrère qui le lui avait confié, que les bopies son de nature à faré présumer ne affection cancéreuse, alors qu'elles étaient négative ».
cour du cassation française le 27 Ddécembre1954.

عن تبصير مريضه بملاسات مرضه ومدى خطورته وسبل علاجه، إذا كان إظهارها وتوضيحها يؤدي حتما إلى إحجام المريض عن إبرام العقد العلاجي معه، يعد تدليسا من الطبيب الجراح على مريضه.

ب. أن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد وأن يتصل بالمتعاقد الآخر:

لا يمكن القول بتدليس الطبيب في العقد الطبي إلا إذا ثبت أنّ الوسائل الاحتيالية التي لجأ إليها الطبيب هي التي دفعت بالمريض إلى التعاقد، ومعرفة ما إذا كانت الوسائل الاحتيالية التي استعملها الطبيب لتضليل المريض من أجل القبول بعلاجه هي من الأمور الواقعية التي يعود تقديرها لقاضي الموضوع.

كما يجب لاعتبار الطبيب مدلسا أن يتصل تدليسه بالمريض الذي بدأ بعلاجه، أمّا إذا قام بالتدليس أحد الأطباء الآخرين واستفاد منه الطبيب الذي بدأ بالعلاج لتوّه، فإنّه ومع ذلك يعتبر تدليسا لأنّ الطبيب يقع عليه واجب إعلام المريض بالعمل الطبي¹ الذي هو بصدد البدء به، وذلك طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 86 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

أمّا بخصوص عيب الاستغلال، فقد نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنّه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد، أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه ما غلب عليه من طيش وهوى، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد، أو أن ينقص التزام هذا المتعاقد، ولقد حدّدت نفس المادة مدّة سنة كاملة لرفع دعوى الغبن وإلا كانت غير مقبولة². فعيب الاستغلال معياره أنّ إرادة المتعاقد عيبت بالطيش أو الهوى، فهو معيار شخصي يختلف عن الغبن الذي معياره مادي يتعلق بالعقد فهو معيار يقوم على عنصرين، عنصر مادي يتمثل في عدم تعادل التزامات المتعاقدين والذي ينبغي أن يكون فادحا، وعنصر شخصي يتمثل في استغلال طيش بين أو هوى جامع لدى الطرف المتعاقد. لكن هل يمكن للمريض في العقد الطبي أن يطالب بتخفيض الأتعاب المغالى فيها من جانب الطبيب؟

¹ لقد عرّف الفقيه الفرنسي سافاتيي العمل الطبي بأنّه: "العمل الذي يقوم به الإنسان المؤهل بقصد شفاء الآخرين، ويجب أن يستند ذلك العمل على الأصول والقواعد المقررة في علم الطب".

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 67.

من المعلوم أنّ القانون الفرنسي لا يقبل الغبن كسبب لبطلان العقد إلا على سبيل الاستثناء، وبخصوص عقود معينة، حيث نصت المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي على أنّ: "الغبن لا يعيب الاتفاق إلا في مجال بعض العقود وبخصوص بعض الأشخاص"، وما يستتج من هذه المادة أنّ المشرع الفرنسي لا يعتبر الأتعاب المغالى في تقديرها من جانب الطبيب نوعاً من الغبن، إلا أنّ هذا الأمر لا يمنع المحاكم من التدخل لإقامة نوع من التوازن بين الطبيب والمريض فيما يخص الأتعاب. وبالتالي فإنّ الأتعاب المغالى فيها لا تكفي وحدها من أجل إبطال العقد الطبي، بل لابد أن تقترن بتدليس حتى يمكن الاعتداد بها كسبب لإبطال العقد الطبي ومع ذلك فإنه يمكن لمحاكم الموضوع أن تقيم توازن بين طرفي العقد إذا كانت التزامات أحد الطرفين تفوق بكثير التزامات الطرف الآخر.

تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة وهي أنّه هناك من عيوب الإرادة لا يمكن تصورها في العقد الطبي وتتمثل في الغلط، ذلك أنّ المريض الذي يخدع بخصوص طبيعة مرضه، أو حول طريقة العلاج المطلوبة لهذا المرض، بعد أن قام الطبيب بتوضيح العلاج المطلوب والآثار المحتمل حدوثها نتيجة له، لا يكون مقبولاً منه بعد ذلك أن يطلب من القضاء إبطال عقد العلاج للخط الذي وقع فيه. من ناحية أخرى من النادر أن تحدث حالة الإكراه في مجال العقد الطبي، فالطبيب لا يرغم المريض عادة على الخضوع للعلاج الذي يراه الطبيب ضرورياً ومع ذلك فإنّ أي إكراه يقع من جانب الطبيب على المريض يعيب العقد ويجعله قابلاً للإبطال.

الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين

إنّ غالبية التشريعات¹ تشترط ضرورة توافر أهلية المريض ورضائه وكذا إذنه للطبيب بالعلاج، أو أقاربه إن تعذر ذلك على المريض².

ومعلوم أنّ الأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف ممّا يعني أنّ المريض يجب أن تتوفر لديه الأهلية بغرض التعبير عن إرادته، وإبداء رغبته في إبرام العقد الطبي مع الطبيب أو رفضه، فالأهلية المطلوبة في

¹ من التشريعات نجد مدونة أخلاقيات الطب الجزائري في المواد من 42 إلى 49 وكذا القانون رقم 85-05 (المؤرخ في 16 فبراير 1985، ج.ر عدد 08 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها) في المادة 154 منه وكذا المرسوم الفرنسي رقم 95-1000 (المؤرخ في 6 سبتمبر المتضمن مدونة أخلاقيات الطب) في المادتين 36 و 42 منه.

² بن صغير مراد، الوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، العدد 4، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2007، ص 290.

جميع التدخلات الطّبية بهدف إبداء الرّضا والموافقة على هذه التدخلات أو رفضها، الأمر الذي يجعل الأهلية لوحدها غير كافية ما لم تتوج بموافقة.

لذلك هناك ثلاث حالات تستدعي تدخل ممثل المريض لإبداء موافقته للعلاج المقدم له، حسب ما نصت عليه المادة 154 من القانون 05-85 (تقابلها المادتين 343، 344 من القانون 11-18) وهي:

أولاً: حالة المريض القاصر

من المفروض أن يصدر الرّضا من المريض نفسه طالما أنّه في حالة تسمح له بذلك، إلا أنّه في بعض الأحيان قد يتقدم إلى الطّبيب، قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء هنا يحق للطّبيب أن يقدم العلاج والأخذ بموافقة الأولياء أو الممثل الشرعي¹، فلقد نصت الفقرة الأولى من المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطّب على ما يلي: "يتعين على الطّبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي، ويحصل على موافقتهم".

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري اعتبر القاصر مميزاً إذا بلغ سن الثالثة عشر، بمفهوم المخالفة لنص المادة 42 من القانون المدني، وحسب مفهوم نص المادة 83 من قانون الأسرة والتي تنص على: "من بلغ سن التّمييز ولم يبلغ سن الرّشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة...".

لذلك فإنّ إقبال القاصر المميز على الطّبيب لطلب العلاج إنّما يعد من قبيل الأعمال النافعة له، وبذلك يكون أهلاً لإبرام عقد طبي كل قاصر مميز بلغ سن التّمييز.

ثانياً: حالة المريض العاجز عن التّمييز

قد يكون المريض بلغ سن التّمييز أو حتى لسن الرّشد، لكنّه يعجز عن إبداء موافقته بسبب المرض الذي يفقده الوعي أو يغمى عليه، فيصبح غير مميز بسبب الآلام أو الاضطراب النفسي، ويتعذر عليه أن يكون أهلاً لإعطاء الموافقة.

فالمادة 44 من مدونة أخلاقيات الطّب الجزائري سمحت للأشخاص المخولين من طرف المريض لإعطاء موافقتهم، وإلا فيمكن الاستعانة بالأشخاص المخولين من طرف القانون حسب ما ورد في نص المادة 164 من القانون 05-85 (تقابلها المادة 362 من القانون 11-18) إذ يرجع القرار إلى الأب أو الأم ثم الزّوج أو الزّوجة، ثم الابن أو البنت ثم الأخ أو الأخت وإلا يرجع إلى الولي الشرعي.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 28.

ثالثا: حالة المريض العاجز عن التعبير عن رضاه

نصت الفقرة الأولى من المادة 80 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان الشّخص أصم أبكم، أو عمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعدّر عليه بسبب تلك العاهة التّعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التّصرفات التي تقتضيها مصلحته".

فإذا اجتمع في مريض عاهتين من العاهات الثلاث العمى والبكم والصّم، فإنّه سيتعدّر عليه أن يبدي موافقته للأعمال الطّبية التي سيقدمها الطّبيب، نظرا لأنّ أهليته متأثرة بمانع من موانع الأهلية بسبب ظرف جسماني، بالرّغم من أنّه راشد ويتمتع بكافة قواه العقلية.

وفي هذه الحالة لا يعني أنّ نعين للمريض وصيا، بل يكفي الأخذ بموافقة من ينوبه سواء كان أحد أفراد أسرته أو وليه الشرعي حسب الترتيب الوارد في نص المادة 164 الفقرتين 2 و3 من قانون حماية الصّحة وترقيتها.

أمّا بالنّسبة للطّبيب، فليس هناك فرق بين الطّبيب والمريض فيما يخص الأهلية إذ يشترط على الطّبيب كما يشترط على المريض، ضرورة توافر الأهلية القانونية للتعاقد¹.

إضافة إلى ذلك هناك شروط حددتها المادة 166 من القانون 18-11 والتي ورد نصها كما يلي:

"تخضع ممارسة مهن الصّحة للشروط الآتية:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
- الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له.
- التمتع بالحقوق المدنية.
- عدم التعرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة.
- التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصّحة.
- يتعين على مهني الصّحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم.....".

¹ تجعل المادة 40 من ق.م.ج من كل شخص بالغ سن التاسعة عشر بمثابة شخص راشد بالغ له الأهمية الكاملة لمباشرة الحقوق المدنية.

المطلب الثاني: محل العقد الطبي

الفرع الأول: تعريف المحل

يتضح لنا من خلال استقراء نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري¹ أن المشرع أشار في الفقرة الأولى من هاته المادة إلى محل الالتزام، أي ما يتعهد به المدين في حين أشار بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة إلى العملية القانونية المتمثلة في التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة وهذا هو محل العقد.

على هذا الأساس فقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة، فمنهم من يرى بأن محل الالتزام يختلف عن محل العقد، بحيث قد يكون محل الالتزام صحيحا بينما يقع العقد باطلا مثلما هو الأمر بالنسبة لنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري، وذلك لأن محل الالتزام في هاته الحالة هو نقل حقوق مستقبلية وهو أمر مشروع²، إلا أن محل العقد المتمثل في العملية القانونية الخاصة بالتعامل في تركه شخص على قيد الحياة هو أمر غير مشروع.

ومنهم من يرى بأن محل العقد هو محل الالتزام الرئيسي الذي يترتب عليه وهذا هو الرأي الراجح، لأن العقد في الحقيقة ليس له محل، بل تترتب عليه آثار تتمثل في مجموعة من الالتزامات³. لكن محل العقد الطبي هو التزام الطبيب بتقديم العلاج الفعال والضروري من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه، حيث يلتزم هذا الطبيب ببذل العناية اللازمة، أو بتحقيق نتيجة معينة أثناء قيامه بعمله الطبي⁴.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحل

لقد حدّدت المواد من 92 إلى غاية 95 من القانون المدني الجزائري الشروط الواجب توافرها في المحل أهمها ما يلي:

¹ تنص المادة 92 من ق.م.ج على أنه : "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا. غير أنّ التعامل في تركه الإنسان على قيد الحياة باطلا ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

² عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص 62.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السابعة، 2006، ص 69.

⁴ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 53.

أولاً: أن يكون المحل موجوداً عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل

إن شرط الوجود بالنسبة لمحل الالتزام في العقد الطبي صعب التصور، وذلك لأن هذا الشرط يتعلق بالالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أو حق مالي، وهذا يتعدى تطبيقه على جسم الإنسان الذي يستحيل اعتباره حقاً عينياً أو حقاً مالياً.

في حين فإن شرط إمكانية الوجود يمكن أن يعتد به، بحيث يمكن اعتبار الخدمات الطبية المقدمة من طرف الطبيب بمثابة محل العقد الطبي، ولذلك يجب أن يكون هذا المحل ممكناً وليس مستحيلاً كموت المريض مثلاً¹.

ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين

يقصد بهذا الشرط أن يكون الطبيب على علم مسبق بطبيعة المرض الذي يعاني منه مريضه والعلاج الذي سيقدمه لهذا الأخير هذا من جهة، وعلم المريض بقيمة الأتعاب التي سيكون مدينا بها للطبيب من جهة أخرى.

ثالثاً: مشروعية محل العقد الطبي

إذا كان الأصل هو عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان، يبقى الاستثناء هو جواز ذلك إلا في حالات ولأسباب معينة.

1. المبدأ: عدم قابلية التعامل في جسم الإنسان

لقد منع المشرع الجزائري التعامل في جسم الإنسان، وذلك لأن المساس بجسد الفرد يبقى مخالفاً للنظام العام والآداب العامة²، وهو نفس التوجه الذي اعتمده الشريعة الإسلامية التي منعت المساس بكيان الفرد، لأن النفس البشرية ملك لله سبحانه وتعالى وحده وليست ملك للإنسان فهي تختلف عن الأموال والأشياء من حيث أنها غير قابلة للتملك، بل قد يرد عليها حق الانتفاع فيما تبقى ملكيتها لله عز وجل الذي أحسن وأبدع في خلق الإنسان مصداقاً لقوله تعالى: ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ

¹ مسلم عبد الرحمن، عقد العلاج الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005-2006، ص 63.

² وهذا تطبيقاً لنص المادة 93 من ق.م.ج.

قَلِيلًا مَا تَشْكُرُونَ¹. وقوله كذلك: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ أَحْسَنَ تَقْوِيمٍ²﴾، في حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَا تَزُولُ قَدَمَا عَبْدٍ يَوْمَ الْقِيَامَةِ حَتَّى يُسْأَلَ عَنْ عُمُرِهِ: فِيمَا أَفْنَاهُ؟ وَعَنْ عَمَلِهِ فِيمَ فَعَلَ؟ وَعَنْ مَالِهِ مِنْ أَيْنَ اكْتَسَبَهُ؟ وَفِيمَ أَنْفَقَهُ؟ وَعَنْ جَسْمِهِ فِيمَ أَبْلَاهُ"³.

2. الاستثناء: قابلية التعامل في جسم الإنسان

إنَّ الاستثناء الذي يقودنا إلى السّماح بالتعامل في جسم الإنسان ناتج عن التّطورات العلمية والطّبية، التي تجعل من مصلحة المريض المساس بكيانه الجسدي وكمثال عن ذلك نجد حالة الإجهاض، ونقل وزرع الأعضاء البشرية، والتلقيح الاصطناعي، والإنعاش الاصطناعي وسيتم تحليل هذه الحالات كما يلي:

أ. الإجهاض:

المعنى المعروف في كتب الفقه الإسلامي للإجهاض هو الإلقاء للولد قبل التمام أو الإسقاط أي إخراج الحمل من الرّحم قبل الأوان أو هو إسقاط المرأة جنينها بفعل منها عن طريق أدوية أو بفعل من غيرها، ويمكن أن يكون الإجهاض تلقائي وهو ما يحدث دون سبب ظاهر وينتج عنه خروج للجنين من الرّحم لعدم قدرته على النّمو والاستمرار.

كما يمكن أن يكون الإجهاض إرادي طبي وهو ما تتدخل الإرادة في إحداثه بقصد تحقيق غاية طبية تتعلق بالمرأة الحامل، بحيث يصبح الإجهاض ضرورة لازمة للحفاظ على حياتها أو صحتها. من ناحية التشريع، نجد أن المشرع الجزائري سمح بالإجهاض لغرض علاجي وحفاظا على حياة الأم من الخطر وذلك في المادة 77 من القانون الصحي⁴. أمّا الإجهاض الإجرامي فإنّ الدّافع إليه هو عدم الإنجاب ويتم ذلك عن طريق استعمال العنف على الجسم أو اللّجوء إلى طبيب أخصائي.

ب. نقل وزرع الأعضاء:

تقوم نظرية مشروعية التّصرفات الواردة على جسم الشّخص بتحديد الهدف المراد بلوغه من هذه التّصرفات، فمتى كان الغرض مشروعاً كان التّصرف مشروعاً وعليه فإنّ عملية نقل وزرع الأعضاء

¹ الآيات 7، 8، 9 من سورة السّجدة.

² الآية 4 من سورة التين.

³ حديث صحيح رواه الترمذي في جامعه.

⁴ تنص المادة 77 على أنّه: "يهدف الايقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل.....".

البشرية تهدف كأصل عام إلى إنقاذ صحة وحياة المريض الذي يكون بحاجة ماسة إلى العضو المنقول إليه وبالتالي مشروعيتها مرتبطة بعمل نبيل ومقدس وهو إنقاذ حياة المريض.

وعليه القاعدة الأساسية في جواز نقل وزرع الأعضاء البشرية تكمن في الضرورة تبيح المحظورات والتي يقابلها في القرآن الكريم قوله عز وجل: ﴿...فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾¹.
أما السند القانوني فنجد في الفقرة الأولى من المادة 162 من القانون الصحي الجزائري².

ج. التلقيح الاصطناعي:

نظرا للتطور الطبي و مستحدثاته التي يشهدها العصر الحالي، فإن هذا الأمر فتح مجالا خصبا للجدل العلمي بين علماء الدين و الطب و القانون.

فلقد وصل العلم الحديث إلى وضع أساليب فنية طبية تساعد الفرد على الإنجاب إذا كان يعاني من مرض العقم، كما اكتشفت وسائل حديثة تساعد الفرد على الإنجاب و باستعمال أساليب طبية تخرج عن الطرق الطبيعية، و هي ما أصبح اليوم يسمى بالتلقيح الاصطناعي.

ولقد عرفه الدكتور عمر بن محمد براهيم غانم بأنه: " التقاء الحيوان المنوي بالبويضة داخل جسم الأنثى و يكون ذلك عادة في الثلث الأعلى من قناة المبيض".

الأصل في تخلق الولد إنما هو من السائل المنوي الذي يخرج من الرجل فيصل إلى رحم المرأة المستعد لاستقبال هذا الماء، فإن قدر الله للخلية الجنسية المذكورة الحيوان المنوي أن تلتقي بالخلية الجنسية المؤنثة البويضة فإنهما يختلطان و يمتشجان ليكونا الزيجوت و هذا هو التلقيح الطبيعي الذي أشار إليه عز و جل بقوله سبحانه و تعالى: فلينظر الإنسان مما خلق خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب و الترائب³.

¹ الآية 115 من سورة النحل.

² تنص الفقرة الأولى من المادة 162 على ما يلي: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء البشرية من أشخاص أحياء، إلا إذا لم تعرض هذه العملية حياة المتبرع للخطر، وتشترط الموافقة الكتابية على المتبرع بأحد أعضائه وتحرر هذه الموافقة بحضور شاهدين اثنين، وتودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة".

³ سورة الطارق، الآية 5 إلى 7.

فإذا لم يصل السائل المنوي عن طريق الاتصال الجسماني و تعذر الحصول على الولد بالتلقيح الطبيعي، فإنه يلجأ إلى الطريقة الأخرى و هي الطريقة المسماة بالتلقيح الاصطناعي والذي ينقسم بدوره إلى تلقيح اصطناعي داخلي و خارجي¹ وسيتم توضيحهما كالآتي:

- التلقيح الاصطناعي الداخلي:

يعرف بأنه: " الحصول على المنى من الرجل و حقنه في فرج الأنثى ليصل إلى البويضة في قناة (الوالب) و يعمل على تلقيحها، و تكمل بعد ذلك البويضة المخصبة التكوين الجنيني الطبيعي". استخدمت لأول مرة هذه الطريقة من طرف العلماء الروس في بداية القرن العشرين بتلقيح الأبقار و الخيول و الأغنام.

و من الأسباب الداعية لمثل هذا التلقيح نجد ما يلي²:

- كون الحيوانات المنوية للزوج غير نشيطة نشاطا فعالا و فق المعايير الطبية.
- كون الحيوانات المنوية للزوج غير كافية للتلقيح طبيعيا، و العدد الطبيعي يتراوح بين 60 إلى 120 مليون في كل سنتيمتر مكعب .
- اجتماع السبب الأول و الثاني السابق ذكرهما عند الزوج.
- كون عدد الحيوانات المنوية عند الزوج أكثر من الحد الطبيعي.
- صعوبة انتقال الحيوانات المنوية داخل الجهاز التناسلي عند المرأة.
- كون الإفرازات المهبلية عند المرأة شديدة الحموضة مما يسبب قتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية.

- الضعف الجنسي.

- القذف المبكر.

- التلقيح الاصطناعي الخارجي:

يعرف بأنه: " عملية تلقيح البويضة بحيوان منوي بطريقة غير طرق الاتصال الجنسي من الرجل إلى المرأة، و تحدث هذه الطريقة بتلقيح البويضة خارج جسم الإنسان".

و من الأسباب الداعية لإجراء التلقيح الاصطناعي الخارجي نجد ما يلي:

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 80.

² عشوش كريم، نفس المرجع، ص 80.

- صعوبة انتقال الحيوانات المنوية داخل الجهاز التناسلي للمرأة بسبب إفرازات عنق الرحم المعادية للحيوانات المنوية .

- زيادة شدة الحموضة المهبلية عند المرأة، مما يمنع الحمل الطبيعي أو الحمل بواسطة التلقيح الاصطناعي الداخلي.

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

- الضعف الجنسي عند الرجل .

لقد أثارت مسألة التلقيح الاصطناعي انشغالات العديد من الفقهاء، مما دفع إلى انعقاد مؤتمرات فقهية شارك فيها الأطباء و العلماء و أصحاب الاختصاص و صدرت عدة قرارات¹، و توصيات عن هذه المؤتمرات أهمها:

- أن العقم يمكن أن يعتبر مرض، و أن للزوجين أو أحدهما حق طلب العلاج منه، و لو أدى ذلك إلى انكشاف عورة الرجل أو عورة المرأة إلا بمقدار الضرورة.

- أن الإنجاب ينبغي أن يتم عن طريق الزوج، و كل وسيلة تستخدم للإنجاب خارج نطاق الزوجية تعتبر باطلة.

- إن استخدام أي طرف ثالث في وسائل الإنجاب يعتبر باطلا و غير شرعي.

- إذا تم تلقيح لزوجة بماء زوجها حال قيام الزوجية، و ذلك بإدخال ماء الزوج إلى رحمها (التلقيح الاصطناعي الداخلي) فإن ذلك يعتبر مباحا إذا كان مثل هذا الإجراء يؤدي إلى معالجة العقم و لو احتمالا.

- إذا تم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها في طبق (التلقيح الاصطناعي الخارجي) ثم أعيدت اللقيحة إلى رحم الزوجة و ذلك حال قيام الزوجية فإن هذا مباح بشروط و هي :

- أن يقوم بهذا الإجراء أطباء مسلمون يوثق في دينهم و أمانتهم و مهارتهم.

¹ تم الخروج و التوصل إلى هذه التوصيات بعد عدة مؤتمرات انعقدت لهذا الغرض للمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة من 2 إلى 10 فيفري 1982 بمكة المكرمة، في دورته السابعة من 6 إلى 21 ديسمبر 1983 بمكة المكرمة، في دورته الثامنة في 21 ديسمبر 1984 بمكة المكرمة، و كذا مؤتمر العالم الإسلامي في عمان (الأردن) من 16 إلى 16 أكتوبر 1986، و مؤتمر المنظمة الإسلامية للعلوم الطبيعية بتاريخ 24 ماي 1983 بالكويت.

- أن تقوم ضمانات كافية بعدم وجود أي خطأ في نسبة المني لشخص آخر و لا نسبة البويضات إلى امرأة أخرى.

- أن يكون ذلك حال قيام الزوجية و لا يجوز أن يتم التلقيح بعد وفاة الزوج أو الطلاق. أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه العملية، فنظرا لتشعب المواد القانونية التي تأثرت بوجهه أو بآخر بظهور هذه الأعمال، سيسمح لنا ذلك بالتكلم و محالة إسقاط هذه المفاهيم الجديدة على قانوننا الوضعي، خاصة منه قانون الأحوال الشخصية.

فإن كان مفهوم المادة 4 من قانون الأسرة¹ يشترط في التلقيح وقوعه ضمن رابطة صحيحة، حيث يمكن تشبيهه في هذه الحالة بالتلقيح الناتج عن الجماع الطبيعي، إلا أن عقد الزواج ينشئ عدة التزامات، أهمها الامتناع بالقيام بأية علاقة جنسية خارج نطاق الزواج .

وبذلك فإن التلقيح الاصطناعي الذي يتم بمني الزوج يمكن تشبيهه في هذه الحالة بالتلقيح الناتج عن علاقة جنسية عادية بين الزوج وزوجته لكن إذا تعلق الأمر بمني غير الزوج فهذه العملية تعتبر مساسا بواجب الإخلاص الذي تفرضه العلاقة الزوجية.

من خلال ذلك يفهم أن المشرع الجزائري هو الآخر لم يعترف بالتلقيح الاصطناعي الذي يكون فيه تلقيح الزوجة بماء غير ماء زوجها باعتباره أمر محظور.

إضافة لكون التلقيح الاصطناعي قد ينجر عنه اختلاط الأنساب إذ يمكن للمتبرع بمنيه أن يختلط ببويضة إحدى محارمه، فيلقح الرجل أمه أو أخته أو عمته، أو غيرهم بمائه المحفوظ لدى البنوك المنوية، و هو ما يعرف بتلقيح المحارم، مع العلم أن المشرع الجزائري جعل من موانع النكاح عامل القرابة والمصاهرة و الرضاعة².

بالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري قد سائر أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بهذه العملية³، أما المشرع الفرنسي فقد اهتم بهذه الظاهرة العلمية بشكل واسع، فأنشأ مراكز ودراسة حفظ المني (بنوك

¹ تنص المادة 4 من ق. أ.ج، المعدلة بالأمر رقم 05-02 (المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج. ر عدد 15، ص 17) على ما يلي: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب".

² أنظر المواد من 24 إلى 27 من ق. أ.ج.

³ أنظر المادة 45 مكرر من ق.أ.ج المعدل بالأمر 05-02.

المني) منذ سنة 1973، و الغرض منها دراسة العقم الذي يصيب بعض الأزواج و أصدرت عدة قوانين تنظم عملية التلقيح الاصطناعي و تنظم سير بنوك المنى، منها القانون رقم 91-1406 المؤرخ في 31 ديسمبر 1991 المتعلق بسير و حفظ المنى و تنظيم عملية التبرع بالمني.

ويحظر إجراء عملية التلقيح الاصطناعي داخل العيادات الخاصة، بل يجب أن تتم في مراكز دراسة وحفظ المنى (centre d'étude et de conservation de sperme) ويقع على عاتق الطبيب التزام ببذل عناية لا تحقيق نتيجة.

د. الإنعاش الاصطناعي:

يعرف الإنعاش الاصطناعي بأنه: "مجموعة من الوسائل و الاجراءات الطبية المعقدة التي تستخدم لفترة ما قد تطول أو تقصر لنحل محل أو تساعد الوظائف العضوية الأساسية للمريض، و ذلك حتى يتمكن من اجتياز فترة حرجة خلال مرضه يكون فيها معرضا لاحتمالات الموت أو الموت الحقيقي إذا لم تستعمل له هذه الوسائل".

كثيرا ما تستعمل أجهزة الإنعاش الصناعي في علاج الإصابات الناتجة عن حوادث المرور، خاصة منها ما يتعلق بإصابات الرأس و كسور القفص الصدري¹، ففي هذه الحالة إذا لم يساعد المريض على التنفس بالوسائل الصناعية يتعرض لفشل الجهاز التنفسي، و هو ما يؤدي في أغلب الأحيان إلى مضاعفات خطيرة قد تنتهي بوفاة المصاب.

ومن الأمراض التي يستعمل في علاجها أيضا الأجهزة الصناعية، حالات الفشل الكلوي و عدم انتظام ضربات القلب، ففي الحالة الاخيرة يستعمل جهاز إلكتروني صغير يسمى " منظم ضربات القلب الصناعي" يوضع لدى المريض تحت الجلد و يقوم بتنظيم ضربات القلب لديه، مع العلم أن هذا الجهاز قد أنقذ حياة الكثير من المرضى و لسنوات طويلة على أن أبرز مثال عن استعمال الوسائل الصناعية لحفظ الحياة مؤقتا هي العمليات الجراحية الخاصة بالقلب، سواء تعلق الأمر بتغيير صمامات القلب التالفة أو في عمليات نقل القلب ككل، حيث يستعان بهذه الأجهزة للقيام بوظائف الرئة و القلب بسبب توقيفه الإرادي عن العمل لمقتضيات العملية.

¹ مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 528.

غير أن استعمال هذه الوسائل الصناعية قد أثار بعض المشاكل القانونية من حيث أنه أدى إلى ظهور الطائفة الثالثة من الأشخاص الذين لا هم بالأحياء و لا بالأموات، و المقصود بذلك المرضى الفاقدون للشعور أو الذين هم في غيبوبة غير محددة، و الخاضعون لهذه الأجهزة في تنفسهم، فمتى يجوز للطبيب في مثل هذه الحالات أن يوقف جهاز التنفس من دون أن يرتكب المحذور؟ ومن جهة هل يجوز مواصلة الإنعاش الصناعي ليس لغرض علاج المريض و إنما لأجل المحافظة على أعضائه المراد زرعها لدى مريض آخر؟

بالنسبة لوقف الإنعاش الصناعي نشير بداية إلى أن هناك اتفاق بين الأطباء على أن موت الدماغ وما يتبعه من توقف للجهاز العصبي هو المعيار الحاسم لإثبات وفاة الشخص، و كما قال أحدهم، لا يمكن اعتبار الجسم الذي تلف جهازه العصبي حيا و إنما تمت المحافظة على وظائفه الأخرى اصطناعيا فعند ثبوت وفاة خلايا المخ يستطيع الطبيب إيقاف أجهزة الإنعاش لأنه يستحيل على المريض استخلاف خلايا المخ التي تم إتلافها بطريقة غير رجعية، و أن أي محاولة بإعادة الحياة إلى المريض تبقى بدون جدوى.

ومع ذلك يلزم القضاء الفرنسي أطباء الإنعاش بوجوب التأكد من وفاة الشخص، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه يجب على الطبيب أن يتابع محاولاته¹ و يتأكد من عدم بقاء أية فرصة لذلك الشخص كي يستعيد عافيته².

بناء على ما ذلك فإن الطبيب غير ملزم بإطالة حياة المريض اصطناعيا إذا ثبت تلف جهازه العصبي ككل لأن هناك دلائل علمية على استحالة عودة الجهاز للعمل مرة ثانية.

أما فيما يتعلق باستمرار وسائل الإنعاش الصناعي فإذا ثبتت الوفاة طبقا للمعيار المشار إليه في الحالة الأولى يجب الإعلان عن وفاة ذلك الشخص، و ذلك لترتيب الآثار القانونية الناجمة عن ذلك، ومنها إمكانية اقتطاع الأعضاء من جثة ذلك الشخص الذي أصبح ميتا سواء في نظر القانون أو في نظر الطب، و يمكن بعد ذلك المحافظة اصطناعيا على التنفس و دوران الدم لدى الشخص الميت لغرض اقتطاع العضو المراد نقله في أحسن الظروف و من ثم اعتمادا على معيار الموت الدماغي يمكن لتمديد الإنعاش الصناعي بما يساعد على نقل الأعضاء و قد أجاز المنشور الوزاري الفرنسي هذا الإجراء

¹ Cass crim, 1 ére ch. Du 27/03/1973, D.S, 1973. 595.

² ففي حكم قديم لمحكمة استئناف مونتبليي (Montpellier) جاء فيه أنه يجب على طبيب الإنعاش بذل كل ما في وسعه لإنقاذ المريض الذي يكون مهدد بالموت و ذلك حتى لحظة وفاته.

صراحة بتاريخ 1968/04/24 حيث جاء فيه أنه يمكن بعد معاينة الوفاة في الحالات التي يتوقع فيها اقتطاع الأعضاء لأهداف علاجية، السماح باستمرار أجهزة الإنعاش الصناعي بالمحافظة على صلاحية العضو للزرع¹.

ولا يطرح استمرار عمل أجهزة الإنعاش الصناعي على الجثة لغرض اقتطاع الأعضاء أي مشاكل طبية كانت أو أخلاقية، ذلك أنه متى تم الإعلان الرسمي عن وفاة الشخص يمكن للطبيب متابعة إنعاش القلب و التنفس من أجل الحفاظ على القيمة الحيوية للعضو الذي يرجى زرعه لشخص آخر.

أما من الناحية الأخلاقية فيرى الفقه أنه بعد موت الدماغ يصبح الإنسان جثة هامة حتى و إن استمر دوران الدم و استمرت معه حالة الحياة النباتية لتلك الجثة (état végétal) و من ثم فإن قضية تشغيل أو إيقاف أجهزة الإنعاش تحكمها مقتضيات زرع الأعضاء.

بخصوص موقف الشريعة الإسلامية من قضية إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعية، فقد تعرض لها مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره الثالث بعمان و توصل إلى ما يلي: "يعتبر شرعا أن الشخص قد مات و تترتب جميع الأحكام المقررة شرعا للوفاة عند ذلك إذا تبين فيه إحدى العلامتين التاليتين:

- إذا توقف قلبه و تنفسه توقفا تاما و حكم الاطباء بأن هذا التوقف لا رجعة فيه.

- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلا نهائيا و حكم الأطباء الأخصائيون الخبراء بأن هذا التعطل لا رجعة فيه و أخذ دماغه في التحلل.

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص، و إن كانت بعض الأعضاء كالقلب مثلا لا يزال يعمل آليا بفعل الأجهزة المركبة"².

ومن جهته قرر شيخ الأزهر آنذاك أنه لا يجوز تعذيب المريض المحتضر باستعمال أية أدوات متى تبين للطبيب أنه لا جدوى من اللجوء إلى مثل تلك الأجهزة و أن الحياة في بدن المريض متجهة نحو التوقف. من ثم لا إثم على الطبيب إذا أوقف الاجهزة التي تساعد على التنفس و على النبض متى تبين له أن حالة المحتضر ذاهبة للموت.

¹ Dans le cas ou après constat du décès, un prélèvement d'organes est envisagé à des fins thérapeutiques, la poursuite des manœuvres de réanimation peut être autorisé afin de ne pas interrompre prématurément l'irrigation de l'organe à prélever (circulaire n°67 du 24/04/1968).

² فتوى مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان، في الفترة الممتدة بين الثامن و الثالث عشر من شهر أكتوبر 1986.

فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري فعلى غرار التشريعات العربية و الأجنبية بصفة عامة، لم يهتم المشرع الجزائري بتحديد لحظة الوفاة إلا في السنوات الأخيرة التي عرفت تطورا و ازدهارا لعمليات نقل الأعضاء، فلقد تعرض قانون حماية الصحة و ترقيتها لمسألة إثبات الوفاة في المادة 164 التي جاء فيها: "لا يجوز انتزاع الأنسجة أو الأعضاء من الأشخاص المتوفين إلا بعد الإثبات الطبي و الشرعي للوفاة حسب المعايير التي يحددها الوزير المكلف بالصحة العمومية..."، وهو نفس مضمون المادة 362 من القانون الصحي الجزائري الجديد.

يتضح جليا من نص المادة 164 من القانون المشار إليه أن المشرع الجزائري لم يعرف الوفاة و لم يحدد لحظة وقوعها، و إنما أحال هذا الموضوع إلى الوزير المكلف بالصحة لتحديد المعايير التي يمكن اعتمادها في إثبات الوفاة، و هي إشارة من المشرع الجزائري إلى إسناد هذه المهمة إلى المختصين من أهل الطب.

ففي هذا الإطار أصدر وزير الصحة قرارا بتاريخ 89/03/26 حدد فيه المعايير الطبية التي يجب على الأطباء مراعاتها في إثبات الوفاة لغرض القيام بنزع الأعضاء، و طبقا للمادة الأولى من هذا القرار تثبت الوفاة (الموت الدماغي) بالمعايير التالية:

- المعايير الإكلينيكية.
- المعايير المتعلقة بانعدام الوعي.
- المعايير الكهربائية (التأكد من موت خلايا المخ باستخدام جهاز رسم المخ الكهربائي).
- فحوصات أخرى خاصة.

غير أن هذا القرار تعرض للنقد من قبل الأطباء الجزائريين على أساس أن وزير الصحة قد اعتمد في وضعه لهذه المعايير على مقاييس دولية متطورة لا يمكن تطبيقها في الجزائر نظرا لقلّة أو انعدام الأجهزة الطبية المتطورة في مناطق كثيرة من الوطن، و على هذا الأساس كان هناك اقتراح بضرورة توكيل مهمة تحديد المقاييس الخاصة بالوفاة إلى خبراء جزائريين حسب الإمكانيات التي يتوفر عليها الطبيب الجزائري. و على هذا الأساس لجأ المشرع الجزائري في تعديله لقانون حماية الصحة و ترقيتها سنة 1990 إلى إنشاء مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية بموجب المادة 168 مكرر 1 منه¹.

¹ حيث جاء فيها: "ينشأ مجلس وطني لأخلاقيات العلوم الطبية يكلف بتوجيه و تقديم الآراء و التوصيات حول عمليات انتزاع الأنسجة و الأعضاء و زرعها و التجريب و كل المناهج العلاجية التي يفرضها تطور التقنيات الطبية و البحث

والهدف من تشكيل هذا المجلس الذي تم تأسيسه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-122 الصادر في 06 أفريل 1996¹، هو السهر على حماية حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية من خلال تكليف المجلس الوطني بتوجيه و مراقبة الأعمال الطبية الحديثة على اختلاف أنواعها بما فيها عمليات نزع و نقل الأعضاء البشرية و التي يدخل بالضرورة ضمنها مسألة تحديد لحظة الوفاة باعتبارها مسألة طبية محضة، و كذا باعتبارها من الشروط القانونية الأساسية لمباشرة عمليات اقتطاع الأعضاء من جثث الموتى².

غير أن ذلك لم يمنح المشرع الجزائري من إضفاء الصفة القانونية على المعايير التي يجب اعتمادها للتأكد من الوفاة في مجال نقل الأعضاء، ففي هذا الصدد صدر بتاريخ 19 نوفمبر 2002 عن وزير الصحة و السكان و إصلاح المستشفيات قرار وزاري جديد نص على معايير علمية جديدة لإثبات الوفاة لغرض انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى، و طبقا للمادة الثانية من هذا القرار تتمثل هذه المعايير فيما يلي:

- الانعدام التام للوعي.
 - غياب النشاط العفوي الدماغى.
 - التأكد من الانعدام التام للتهوية العفوية عن طريق اختبار Hypercapnie .
 - التأكد من موت خلايا المخ باستخدام رسم المخ الكهربائي مرتين و من إنجاز طبيبين مختلفين.
- و بناء على ما تقدم يفترض أن تتفق هذه المعايير مع الواقع الطبى الجزائري، و أن وزير الصحة و السكان يكون قد حددها بالتشاور مع خبراء جزائريين مختصين في المجال موضوع البحث (المجلس الوطنى لأخلاقيات العلوم الطبية) و على كل حال فالمستقبل القريب كفيل بتبيان مدى صلاحية و نجاعة هذه المعايير من خلال ردود فعل الأطباء الممارسين في هذا المجال.
- بذلك فإن المشرع الجزائرى لم يهتم بتعريف الوفاة و اعتبر ذلك مسألة طبية محضة، بينما يأخذ الموت الدماغى كمعيار أساسى للتأكد من الوفاة، و حدد الإجراءات الطبية التي يجب مراعاتها من قبل الأطباء في مجال إثبات الموت في الحالات التي يرجى انتزاع الأعضاء من جثة المتوفى، و تبعا لذلك

العلمى مع السهر على احترام حياة الإنسان و حماية سلامته البدنية و كرامته، و الأخذ بعين الاعتبار الوقت الملائم للعمل الطبى و القيمة العلمية لمشروع الاختبار و التجريب".

¹ الجريدة الرسمية، عدد 22 الصادرة بتاريخ 10 أفريل 1996، ص 18.

² راجع المادة 1/168 من قانون حماية الصحة و ترقيتها.

فإن إيقاف أجهزة الإنعاش الصناعي بعد التأكد من وفاة الشخص وفقا لمعيار الموت الدماغي، تبقى مرتبطة بمقتضيات عملية اقتطاع الاعضاء.

المطلب الثالث: سبب العقد الطبي

الفرع الأول: تعريف السبب

لقد تناول المشرع الجزائري ركن السبب في المادتين 197¹ و 298² من القانون المدني الجزائري ويعرفه الفقهاء بصفة عامة بأنه: "الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة".

غير أنّ هذا التعريف لم يعد دقيقا، خاصة مع بروز تطورات مختلفة لفكرة السبب، وتعدد الاعتبارات الفلسفية والإيدولوجية فظهرت نظريتان تقليدية وأخرى مدنية، وكل منهما تعطي مفهوما مختلفا عن الآخر³. فالنظرية التقليدية تأخذ بالسبب القصدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، فيكون السبب في هذه الحالة هو النتيجة التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه، وبذلك فهو أمر داخلي للعقد، وواحد في كل صنف من العقود، وموضوعي.

على عكس النظرية التقليدية، ظهرت نظرية حديثة، والتي بموجبها أصبحت العبرة بسبب العقد، لا بسبب الالتزام وأصبح الدافع هو السبب، وليس الغرض المباشر الذي يتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية

الذي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد.

وبما أنّ المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة، فيمكن تعريف سبب العقد الطبي قياسا على المفاهيم السابقة الذكر بأنه: "الباعث أو الدافع للتعاقد" وعليه فإنّ سبب تعاقد الطبيب مع مريضه هو علاج المريض أي أن يكون الباعث الدافع للتعاقد هو الحد من آلام الشخص المتألم أو التقليل منها أو وقايته من المرض.

¹ تنص المادة 97 على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا".

² تنص المادة 98 على أنه: "كل التزام مفترض أنّ له سببا مشروعاً، ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب، فعلى من يدعي أنّ للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

³ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 104.

وقد أكدت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

الفرع الثاني: مشروعية السبب

إنّ السبب في ظل النظرية الحديثة يشترط أن يكون مشروعاً بمعنى عدم مخالفته للنظام العام أو للأداب العامة.

أولاً: عدم مخالفة النظام العام

النظام العام هو القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد¹. كما سعى القانون 85-05 في نص مادته الثالثة² إلى تسطير الأهداف في مجال الصحة، ترمي لحماية الإنسان وتحسين ظروف معيشتة، وهو نفس مضمون المادتين 1 و2 من القانون الصحي الجزائري الجديد (18-11)، و الفقرة الثانية من المادة السادسة من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري³. كذلك الأمر بالنسبة للمادتين 34 و35 من دستور 1996 وللتان تتصان على عدم انتهاك حرمة الإنسان وحظر أي عنف بدني أو معنوي يمس كرامته أو سلامته البدنية والمعنوية.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 434.

² ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية حياة الإنسان من الأمراض والأخطار وتحسين ظروف المعيشة والعمل لاسيما عن طريق ما يلي:

- تطوير الوقاية.

- توفير العلاج الذي يتماشى وحاجيات السكان.

- أسبقية الحماية الصحية لمجموعات السكان المعرضة للأخطار.

- تعميم ممارسة التربية البدنية والرياضية والتسلية.

³ تنص الفقرة 2 من المادة 6 على أنه: "يمارسان مهامهما ضمن احترام حياة الفرد وشخصيته البشرية".

ثانيا: عدم مخالفة الآداب

بالرجوع إلى مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، نجد المادة 19 منها والتي توجب على الطبيب وجراح الأسنان اجتناب أي عمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها، فأى عمل يقبل عليه الطبيب يبتغي من ورائه الكسب غير المشروع فهو تعامل يخالف حسن الآداب.

وتضمنت هذه الفكرة الفقرة الرابعة من المادة 24 من نفس المدونة والتي تمنع على الطبيب قبوله أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي.

الفرع الثالث: تطبيقات السبب في العقد الطبي

إن التطور الذي عرفه فكر الإنسان وإطلاقه على أحكام الدين والقانون استطاع أن يقيد بعض الأعمال الطبية والبحوث لعدم مشروعيتها، وتطبيقا لفكرة السبب فإنه نجد أنه يمنع إجراء التجارب لغير هدف علمي وكذلك القتل بدافع الشفقة.

أولا: التجارب العلمية

تتميز التجارب الطبية عن غيرها من الأعمال الطبية بارتباطها بأبحاث علمية دقيقة، لذلك يكون من العسير التمسك بقواعد المسؤولية التقليدية في ضرورة إثبات الخطأ¹، فالتجربة تتضمن جانبا علميا معقدا.

تختلف التجارب الطبية باختلاف القصد العلمي منها، فإذا كان القصد منها علاج المريض وتخفيف آلامه، تعتبر التجربة علاجية، أما إذا كان القصد منها الحصول على معارف جديدة فتكون التجربة غير علاجية.

بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أباح إجراء التجريب على جسم الإنسان مع احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية²، مع العلم أن هناك بعض التجارب الواردة على جسم الانسان تفتقد لغاية المشروعية كالأستتساخ البشري و التغيير الجنسي والتعقيم وهذا على سبيل المثال لا الحصر.

¹ محمد الحجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2013، ص107.

² الفقرة 1 من المادة 168 المعدلة بالمادة 2 من القانون 90-17 (المؤرخ في 31 يوليو 1990، ج.ر عدد 35 الصادرة بتاريخ 15 غشت 1990 المعدل والمتمم للقانون 85-05 و المتعلق بحماية الصحة وترقيتها).

فيما يتعلق بعملية الاستنساخ البشري فهي محرمة من الناحية الشرعية إذ أن الله خلق الإنسان في أحسن تقويم، وأن الله سبحانه وتعالى خلق الإنسان بيده، ولا يمكن للإنسان أن يصل إلى مشابهة خلق الله تعالى، أمّا من ناحية التشريع فإنّه لم يتطرق إلى دراسة هذه المسألة من الناحية القانونية، وإنما اكتفى بأحكام القانون المدني استناداً لمشروعية السبب وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة كذلك مدونة أخلاقيات الطب الجزائري التي ألزمت الطبيب على احترام حياة الفرد وشخصه البشري والسعي للتخفيف من معاناته وآلامه ضمن احترام كرامته الإنسانية¹.

وبخصوص التغيير الجنسي فيمكن تعريفه بأنه: "تغيير الشخص لجنسه الطبيعي بجنس اصطناعي مضاد لجنسه الأصلي".

لقد منعت الشريعة الإسلامية عمليات تغيير الجنس لما في ذلك من تغيير في خلق الله حيث يقول سبحانه وتعالى: ﴿ أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيِّ يَمِينِي ثُمَّ كَانَ عَاقَةً فَخَلَقَ فَسَوَّىٰ فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَىٰ ﴾² ويقول عز وجل كذلك: ﴿ فِطْرَةَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ.. ﴾، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لَعَنَ اللَّهُ الْمُخْتَبِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالْمُتَرَجِّلاتِ مِنَ النِّسَاءِ"³.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فإنه رغم عدم وجود نصوص قانونية تمنع عمليات تغيير الجنس إلا أن المنع يظهر من خلال النتائج المترتبة على هاته العمليات والمتمثلة على سبيل المثال في بتر عضو من الأعضاء التناسلية مع استعمال الجرح، فهذا الفعل يعتبره المشرع الجزائري جريمة يعاقب مرتكبيها طبقاً لنص المادة 264 من قانون العقوبات الجزائري.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه إذا كان من الثابت علمياً أن عمليات تغيير الجنس تؤدي إلى العجز الجنسي لدى الشخص الذي غير جنسه الطبيعي بجنس اصطناعي وتؤدي كذلك إلى عدم القدرة على الإنجاب فإن هذا الفعل يمنع القيام به ويعاقب مرتكبه طبقاً لنص المادة 274 من قانون العقوبات الجزائري على أساس جريمة الخصاص.

فيما يتعلق بالتعقيم فيمكن تعريفه بأنه: "عملية جراحية ترمي إلى جعل الشخص ذكراً كان أو أنثى غير قادر على الإنجاب".

¹ المادتين 6 و7 من م.أ.ط.ج.

² أنظر الآيات 37، 38، 39 من سورة القيامة.

³ حديث صحيح رواه أحمد والترمذي والبخاري.

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان فخلق الذكر والأنثى من أجل الزواج بغرض التناسل مصداقا لقوله عز وجل: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً... ﴾¹.

كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الشأن: " تَزَوَّجُوا الْوُدُودَ الْوُلُودَ فَإِنِّي مُكَاتِّرٌ بِكُمْ الْأُمَّمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ".

وعلى هذا الأساس فإن الشريعة الإسلامية تمنع التعقيم منعا قاطعا ولا تسمح به إلا اذا كان الحمل يعرض صحة الأم أو حياتها للخطر، شرط أن يقرر ذلك أهل الاختصاص من الأطباء. أما المشرع الجزائري فقد منع بدوره التعقيم إذا لم يكن هناك سببا مشروعاً يبرره² ووصل به الأمر إلى حد تجريم هذا الفعل حيث اعتبر الخصاء جريمة وعاقب مرتكبيها بالسجن المؤبد إذا لم تؤدي عملية الخصاء إلى الوفاة، أما إذا أدت إلى الوفاة فعقوبتها بالإعدام³.

ثانيا: القتل بدافع الشفقة

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

نجد في هذا الموضوع أنّ علماء الشريعة قد حرّموا قتل الشفقة لأنّ هذا الأخير خارج على ما نصت عليه الشريعة الإسلامية، وهذا مصداقا لقوله تعالى في كتابه الكريم: ﴿ لَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾⁴، وقوله أيضا: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمَ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴾⁵، كما نهى الإسلام عن اليأس من رحمة الله في قوله تعالى: ﴿ يَا بَنِي آدَمَ اذْهَبُوا فَتَحَسَّسُوا مِنْ يُوسُفَ وَأَخِيهِ وَلَا تَيَاسُوا مِنْ رُوحِ اللَّهِ إِنَّهُ لَا يَيَاسُ مِنْ رُوحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمَ الْكَافِرُونَ ﴾⁶.

¹ الآية الأولى من سورة النساء.

² أنظر المادة 33 من م.أ.ط.ج.

³ أنظر المادة 274 من ق.ع.ج.

⁴ الآية 151 من سورة الأنعام.

⁵ الآية 93 من سورة النساء.

⁶ الآية 87 من سورة يوسف.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك لدينه المفارق للجماعة"¹.

المطلب الرابع: الكتابة كركن في العقد الطبي

الأصل في العقود أنها رضائية طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، واستثناءً من الأصل يكون العقد شكلياً، إذا كان الشكل ركناً لانعقاده.

الفرع الأول: الأصل عدم وجوب الشكلية

إنّ القانون لم يلزم كل من الطبيب والمريض صياغة عقدهما في شكل معين لكون العقد الطبي ليس من العقود الشكلية، ويعرف العقد الشكلي هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك إتباع شكل يعينه القانون.

وتعرف الشكلية بأنها كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات، والشكلية قد تكون مباشرة أو غير مباشرة. فالشكلية المباشرة تتمثل في الكتابة التي قد تكون إما رسمية، يتولى فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة تحرير وثيقة العقد²، وقد تكون عرفية³.

أما الشكلية غير المباشرة فتتمثل فيما يعرف بقواعد الإثبات، ذلك أنه ما دام موضوع الإثبات مرتبط بفكرة الوصول إلى الحقيقة أو على الأقل البحث عنها، فإنّ المشرع الجزائري قد عد من وسائل الإثبات التي تفتح لنا المجال واسعاً من أجل إقامة الدليل على وجود هذا التصرف القانوني الغير مكتوب الذي ارتضاه كلا من الطبيب والمريض على حد سواء.

¹ حديث صحيح رواه البخاري ومسلم.

² تنص المادة 324 من ق.م.ج على أنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

³ يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يخلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق...".

بالتالي فإنه يمكن إثبات العقد الطبي عن طريق القرائن، كالاستعانة بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به واستعماله كحجة بما فصل فيه من حقوق بين الخصوم أنفسهم حول نفس المحل والسبب¹، وذلك لأنّ القرينة القانونية متى تقررت لمصلحته عن استعمال أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، بحيث أنّها تعتبر دليلاً قاطعاً ما لم يتم نقضها بالدليل العكسي².

كما يمكن إثبات العقد الطبي كذلك إمّا عن طريق شهادة الشهود بسبب عدم اشتراط المشرع الجزائري كتابة هذا النوع من العقود، أو عن طريق الإقرار كاعتراف الخصم أمام القاضي بأنّه أبرم عقداً طبياً مع مريضه من أجل علاجه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذا التصرف القانوني الذي اعترف الخصم بإبرامه، لأنّ المشرع الجزائري اعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر. في حين قد يتم اللجوء إلى الوصفات الطبية التي يحررها الطبيب الخاص للمريض المتعاقد معه، الممهورة بختمه وتوقيعه³، من أجل إثبات العلاقة التعاقدية التي تربط بينه وبين مريضه، أو إثبات أحد الحقوق والالتزامات المترتبة عنها التي لها صلة حقيقية بالنزاع، أو التي يتمحور حولها هذا النزاع أساساً⁴.

مع العلم أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي طبقاً لقاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وقد أقرّ المشرع الجزائري العمل بهاته القاعدة، حيث جعل عبء الإثبات من نصيب المدعي، فألزمه بإثبات الدين إذا كان دائناً، وإثبات التخلّص من المديونية إذا كان مديناً.

الفرع الثاني: الاستثناء (وجوب توفر الشكلية في بعض التصرفات الطبية)

لقد استثنى المشرع الجزائري من القاعدة العامة التي تقضي بأنّ العقد الطبي هو عقد رضائي حالتين اشترط فيهما توفر الشكلية قبل القيام بأي عمل طبي، ويتعلق الأمر بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من جهة، وتشريح الموتى من أجل هدف علمي من جهة أخرى.

أولاً: نقل وزراعة الأعضاء البشرية

نظراً للخطورة التي تواجه في مجال نقل وزرع الأعضاء، فإنّ المشرع الجزائري قد اشترط الموافقة الكتابية لكل من المتبرع والمستقبل، أي المتبرع له قبل القيام بعملية انتزاع العضو أو زراعته، وعلى هذا

¹ أنظر المادة 338 من ق.م.ج.

² أنظر المادة 337 من ق.م.ج.

³ هذا وفقاً لمقتضيات المادة 56 من م.أ.ط.ج.

⁴ عامر نجيم، المرجع السابق، ص 91.

الأساس تشترط الموافقة بحضور شاهدين اثنين، ثم تودع لدى مدير المؤسسة والطبيب رئيس المصلحة طبقا للفقرة الأولى من نص المادة 162 من قانون حماية الصحة وترقيتها. وبالتالي فإنّ عدم توفر هاتين الشكليات يعتبر دليلا على عدم رضا المريض بهذا التدخل الطبي الخطير.

أما بالنسبة للمتبرع له أي المستقبل فإنّه يشترط أن يعبر هذا الأخير عن رضاه بحضور الطبيب رئيس المصلحة الصحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين¹، أمّا إذا كان غير قادر على التعبير عن رضاه يمكن لأحد أعضاء أسرته حسب الترتيب الأولي الوارد في نص المادة 164 من قانون حماية الصحة أن يعطي موافقته الكتابية على عملية زرع العضو المتبرع به لصالح المستقبل. كما وضع القانون الصحي الجزائري الجديد تنظيما جديدا لزرع وزرع الأعضاء وذلك من خلال إنشاء وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بهذه المهمة حسب مقتضيات المادة 356 منه.

ثانيا: تشريع الموتى لهدف علمي

أباح المشرع الجزائري تشريع الموتى وذلك بنصه صراحة في المادة 201 من القانون الصحي الجزائري (18-11) على أنّه: " يقوم بالتشريح الطبي الشرعي في الهياكل الاستشفائية العمومية طبيب شرعي تعينه الجهة القضائية المختصة". كما أنه عند القيام بأي نزاع على جثة في إطار التشريع الطبي الشرعي، يجب أن يتحقق الطبيب الذي قام بالزرع من إعادة الجثة بصفة لائقة إلى ما كانت عليه، وهذا حسب نص المادة 202 من قانون 11-18.

علما أنه لا يمكن الاحتفاظ بجثمان المتوفى على مستوى مصلحة حفظ الجثث لمؤسسة الصحة أكثر من خمسة عشر يوما، ويمكن النائب العام المختص إقليميا تمديد هذا الأجل بخمسة عشر يوما وبعد انقضاء هذا الأجل، يجب عليه أن يقرر بشأن مآل الجثمان وفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، وهذا حسب نص المادة 203 من قانون 11-18.

مع الملاحظة أنّ المشرع الجزائري حينما ألزم مثل هذه الشكليات في حالة نقل وزرع الأعضاء البشرية، وتشريع الموتى من أجل هدف علمي، يمكن تصنيف ذلك ضمن الكتابة العرفية، لأنّ المتعاقدين

¹ هذا الحكم أكدّه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 364 من القانون الصحي الجزائري (18-11).

يقومان بتوقيع وثيقة العقد والتي عادة ما تكون مطبوعة وما على الأطراف إلا ملئها وتوقيعها دون اللجوء إلى ضابط عمومي أو موثق¹.

الفصل الثاني: آثار العقد الطبي

إذا توافرت أركان العقد الطبي كاملة وصحيحة، فإنه سيرتب آثارا قانونية من بينها الالتزامات المتبادلة الواجب الوفاء بها والتي تقع على عاتق كلا من الطبيب والمريض (المبحث الأول).
فإذا أخل أحدهما بالتزاماته اتجه الآخر سينجر عن ذلك قيام المسؤولية على عاتق المخطأ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التزامات المتعاقدين

ما دام العقد الطبي من العقود التبادلية فإنه يقيم التزامات متبادلة بين الطبيب والمريض.

المطلب الأول: التزامات الطبيب

قبل تحديد التزامات الطبيب لا بأس أن نشير إلى أنه هناك عدّة عوامل يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لتحديد مدى التزام الطبيب والعناية المطلوبة منه وتتمثل في القواعد المهنية والمستوى المهني، والظروف الخارجية والأصول العلمية الثابتة.

بخصوص القواعد المهنية، فهي تلك القواعد التي تفرضها عليه مهنة الطب والمستقاة من الأصول العلمية المستقرة وما جرت عليه عادة الأطباء في نفس الظروف²، فلا يفرض على الطبيب التزاماً بضمان شفاء المريض، لأن ذلك يتوقف على عوامل أخرى قد تخرج عن إرادة الطبيب، ولكن لا يقبل استعمال الوسائل الطبية البدائية التي تخالف التطور العلمي الحديث، فينبغي على الطبيب مواكبة التطور الساري في ميدان الطب وما يتماشى مع الأصول العلمية الثابتة واختيار أنسب الصفات حسب حالة المريض والإمكانات المتاحة³.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 131.

² سلخ محمد لمين، مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015، ص 104.

³ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 95.

بالنسبة للمستوى المهني فإنه يدخل أيضا في مدى التزام الطبيب، فالطبيب العام لا يتحمل نفس الالتزامات التي يتحملها الطبيب الأخصائي، إذ يطلب من هذا الأخير قدرًا من العناية يتفق مع مستواه العلمي والمهني وتقاس واجبات هذا الطبيب بالمقارنة بطبيب آخر في نفس ظروفه وتخصصه. أما فيما يتعلق بالظروف الخارجية: يؤخذ في الحسبان أيضا عند تحديد مدى التزام الطبيب الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب، ويعالج فيها المريض كمكان العلاج، والإمكانيات المتاحة، وفيما إذا كانت هناك آلات حديثة أم لا.

بخصوص الأصول العلمية الثابتة فلا يقبل ولا يتصور من الطبيب استعمال وصفات طبية بدائية تخالف التطور العلمي، حيث يعتبر خطأ اللجوء إلى طرق بدائية ومهجورة في العلاج لأنها تشكل خطر على المريض ويتم تقدير ذلك وفقا لأهل الخبرة وتخرج عن هذه الحالة الظروف الاستثنائية، ويعتبر من قبيل إتباع الأصول العلمية الاستعانة بوصفات طبية استقر عليها العلم وأن يختار أفضلها وأكثرها ملائمة لحالة المريض، ضمن الإمكانيات المتوفرة.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب على أن الطبيب ملتزم بضمان تقديم علاج لمريضه، يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمتطلبات العلم الحديث، كما نجد الأحكام العامة في القانون المدني تنص أيضا على بذل العناية اللازمة في الأعمال التي يكون محل الالتزام فيها القيام بعمل¹.

بالرجوع إلى التزامات الطبيب فتقع على عاتق الطبيب نوعين من الالتزامات منها ما هي خاصة بالعلاج، ومنها التزامات خاصة بعلاقة الطبيب مع المريض.

الفرع الأول: الالتزامات الخاصة بالعلاج

إن المريض بتوجهه إلى الطبيب لطلب العلاج، فإنه يقع على هذا الأخير بمجرد قبوله لطلب زبونه، التزام علاجه بداية بإجراء عملية التشخيص التي تتبعها عملية تحديد وصفة العلاج.

¹ أنظر المادة 172 فقرة أولى من ق.م.ج.

أولاً: التّشخيص

يبدأ الطّبيب في تدخّله لمباشرة مهنته بتشخيص المرض، وهي لاشك مرحلة على جانب كبير من الدّقة و الأهمية¹، إذ يترتب عليها حكم الطّبيب في المراحل التالية، كتقرير نوع المرض، واختيار العلاج. يحاول الطّبيب في هذه المرحلة معرفة المرض ودرجة خطورته وتطوره وجميع ما يحيط به من ظروف المريض وحالته العامة وسوابقه المرضية والتأثيرات الوراثية، فالطّبيب يعتمد في تكوين رأيه على ما يسمعه على لسان المريض أو أهله، أو ما يلمسه من أعراض كثيرا ما تكون متشابهة وغير محددة. وقد يأخذ الطّبيب حذره، ويحتاط من جانبه بكل أنواع الحيطة ولا يفوته الاستفادة من الوسائل العلمية في الفحص ومع ذلك قد يقع في غلط ما، فهل يسأل في جميع الحالات؟ لاشك أنّ العلوم الطّبية في تطور مستمر، وإن كانت لا تزال تثير خلاف بين العلماء ورجال المهنة، فنرى الأطباء يختلفون في التقدير وفي الحكم خاصة أنّ الأعراض المرضية قد تتشابه وتختلف، غير أنّ الطّبيب متى تحرى أصول فنّه وراعى الصّميم والشرف في تشخيصه للمرض فلا تثريب عليه. وللطّبيب الاستعانة بزملائه الأكثر تخصصا إذا ما ثارت شكوكه في تشخيص المرض حتى تتبين له طبيعة الحالة المعروضة عليه، فنصت المادة 69 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على ضرورة استشارة الطّبيب مع زميل آخر، بمجرد ما تقتضي الحاجة إليه، لذا يتعين على الطّبيب المعالج ألا يقوم بتشخيص المرض بطريقة سطحية أو سريعة أو غير كاملة، بل يجب التّحري حول الأعراض، والحالة العامة، والسّوابق المرضية، والتأثيرات الوراثية، حتى يتيقن من طبيعة ونوع المرض لإمكانية تشخيصه².

ثانياً: تحديد وصفة العلاج

هي المرحلة الثانية بعد التّشخيص، وهي وصف العلاج وتحديد الطريقة الملائمة له ويجب أن يكون هذا الوصف ضمن الأصول العلمية الثابتة، وعلى الطّبيب أن يبذل الجهود الصّادقة اليقظة في طريقة اختيار العلاج، فالطّبيب حتى يصف العلاج ويحدد طريقة تناوله للمريض فإنّه لا يلتزم بنتيجة

¹ محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطّبي (دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطّبيب والمريض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014، ص 107.

² عشوش كريم، المرجع السابق، ص 136.

شفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل العناية اللازمة في اختيار الدواء والعلاج الملائمين لحالة المريض، بهدف التوصل إلى شفاؤه وتخفيف آلامه.

1. تعريف الوصفة الطبية:

تعد الوصفة الطبية الوثيقة التي تثبت وجود العلاقة بين المريض والطبيب، والتي يدون فيها نوع العلاج المقرر وطريقة استعماله، ويجب أن يحررها الطبيب على نحو دقيق ومقروء وكامل، وعليه أن يراعي الاحتياطات اللازمة لذلك.

2. مضمون وصفة العلاج:

إنّ الطبيب حر في تقديمه للوصفة المناسبة للعلاج، دون أن تخرج هذه الحرية عن القيود التالية:

- يجب أن تقتصر وصفات الطبيب على ما هو ضروري للعلاج مع ضرورة المساعدة المعنوية وفقا لما جاء في نص المادة 11 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري¹.
- لا يجوز للطبيب إعطاء علاج جديد للمريض إلا بعد دراسات بيولوجية ملائمة، على أن يكون العلاج يحقق فائدة المريض ولا يسبب ضرراً له.

- يجب على الطبيب أن يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيداً².
- يمنع على الطبيب أن يسلم وصفة علاج لا تتماشى وحالة مرض المريض، إذ يمنع منه تسليم أي تقرير أو وصفة محاباة.

ويبقى الشخص الوحيد الذي له صلاحية تحرير مثل هذه الوصفات إلا الطبيب أو جراح الأسنان أو الطبيب الجراح، غير أنّ المادة 8 من القانون 90-17 أضافت فقرة للمادة 222 والمادة 239 من القانون 85-05 ، والتي تسمح من خلالها للمساعدات الطبييات القابلات بوصف أدوية

¹ تنص المادة 11 على ما يلي: "يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة، ويجب أن تقتصر وصفاتها وأعمالها في نطاق ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية".

² يلزم الطبيب بكتابة الوصفة بشكل مقروء وكتابة صحيحة وتجنب الأخطاء الإملائية وهذا حسب المادة 5 من الاتفاقية الوطنية للأطباء الفرنسيين المؤرخة في 29/05/1982 والتي تمنع الأطباء من استخدام وصفات محررة مسبقاً أو مطبوعة من قبل، خاصة تلك التي لا تتفق مع المخططات العلاجية التقليدية لأنّ الحلول النظرية لا تتوافق بالضرورة مع الواقع الملموس لمريض معين.

وأساليب حماية الأمومة، ويعد هنا تعديلا لما كان سائدا عليه من قبل، إذ توسع نطاق الأشخاص التي لها صلاحية تحرير الوصفات الطبية¹.

3. شكل وصفة العلاج:

يجب أن تشمل الوصفة الطبية البيانات التالية:

- هوية الطبيب المعالج من إسم ولقب، ورقم الهاتف، وساعات الاستشارة الطبية².
 - أسماء الزملاء المشتركين إذا كان الطبيب أو جراح الأسنان يمارس مهنته بصفة مشتركة مع زميل له³.
 - يجب ذكر الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها⁴.
 - يجب أن تتضمن الوصفة الطبية الهوية الكاملة للمريض من لقب واسم وسن.
 - لا بد من كتابة التاريخ على وصفة العلاج، إذ بغياب التاريخ يمكن أن يفتح المجال للتزوير⁵.
- كما يجب أن تتضمن الوصفة الطبية لمعاينة الطبيب لمريضه ما يثبت علاجه له أو الأدوية المناسبة لدائه.

وفي أسفل الوصفة يجب أن تكون مشفوعة بختم وإمضاء الطبيب المعالج⁶.

مع ملاحظة أنّ القانون يعاقب الطبيب أو جراح الأسنان أو القابلة أو كل شخص اصطنع أو انتحل صفة طبيب، إذا ما حرّر شهادة طبية أو شهادة مرضية تتضمن تحديد عجز بقصد إعفاء نفسه أو إعفاء غيره من أية خدمة عمومية بعقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات حسب نص المادة 225 من قانون العقوبات الجزائري.

¹ تنص الفقرة الأخيرة من المادة 222 المعدلة بالمادة 8 من القانون 90-17 على ما يلي: "يرخص للمساعدات الطبييات القابلات بوصف أدوية وطرق وأساليب حماية الأمومة دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في الفقرات أعلاه. تحدد قائمة الأدوية والطرق والأساليب التي يمكن القابلات وصفها من طرف الوزير المكلف بالصحة العمومية".

² أنظر الفقرة 1 المادة 77 من م.أ.ط.ج.

³ أنظر الفقرة 2 المادة 77 من م.أ.ط.ج.

⁴ أنظر الفقرة 3 المادة 77 من م.أ.ط.ج.

⁵ أنظر المادة 56 من م.أ.ط.ج.

⁶ أنظر المادتين 13 و56 من م.أ.ط.ج.

كما أنّ الطّبيب ملزم بوصف دواء حاصل على ترخيص بالتسويق طبقاً للقانون، على أساس المادة 230 من قانون 18-11، إذ تمنع الممارسين الطبيين من وصف أدوية لم تحصل على الترخيص بالتسويق من أجل حماية الصّحة وهي الأدوية التي لم تسجل في المدونة الوطنية الخاصة بالأدوية¹.

الفرع الثاني: الالتزامات الخاصة بعلاقة الطّبيب مع المريض

لا يخفى على أحد أنّ مهنة الطب مهنة إنسانية قبل كل شيء تعنى بمساعدة المرضى ومن هم في حاجة إلى علاج، ومن أبرز الالتزامات في هذا النّوع نجد الالتزام بالحصول على رضا المريض، والالتزام بالإعلام وتبصير المريض والالتزام بالسر الطّبي والالتزام بمراقبة صحة المريض.

أولاً: الالتزام بالحصول على رضا المريض

يشترط في العقد الطّبي كغيره من العقود أن يتفق المتعاقدان على شروط العقد لذلك ينبغي الحصول على رضا المريض بشأن طريقة العلاج والمخاطر التي تستتبعها، باعتبار أنّها تمثل شروط العقد².

يجوز للمريض أن يسحب موافقته الخاصة بمخاطر العلاج، حيث أنّ التزام الطّبيب بوصف العلاج يعتبر معلقاً على محض إرادة المريض ولا يؤدي ذلك إلى بطلان هذا الالتزام إذ أنّ المريض هو الدّائن وليس المدين به.

ويمنع القانون وصف علاج للمريض رغم إرادته، وبناء على ذلك يجب الحصول على إذن المريض في كل التدخّلات الطبية سواء تعلق الأمر بالتشخيص أو وصف العلاج، أو الوقاية حسب الأحوال، فلا يجوز كقاعدة عامة إرغام المريض على علاج معين أي كانت نتيجته، وأيّا كانت درجة خطورة حالة الفرد الصّحية، باستثناء الحالات المرضية الخاصة³، ولا يشترط كقاعدة عامة أي شكل معين في موافقة

¹ إنّ تسجيل الأدوية في الجزائر يخضع للمرسوم التنفيذي رقم 92-284 (المؤرخ في 6 يوليو 1992، يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر عدد 53)، كما أنّ هناك وكالة وطنية أنشأت لهذا الغرض تسمى الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري بموجب القانون 08-13 (المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم لقانون 85-05، ج.ر عدد 44)، والتي من مهامها تسجيل الأدوية ومنح الترخيص بتسويقها واستيرادها وإنتاجها.

² سلخ محمد لمين، المرجع السابق، ص 133.

³ هذا ما ورد في نصوص المواد 152 و 154 من القانون 18-11 حول الاستشفاء الإجمالي، وكذا المواد 38 و 39 من نفس القانون حول عدوى الأمراض.

المريض للأعمال الطبية، وخاصة إذا كان وصف العلاج في حدود الكشف السريري العادي المتضمن الرضاء الطبي على العلاج.

لكن هناك حالات يقوم الطبيب فيها بالتدخل دون الحصول على رضا المريض مثل حالة الاستعجال أو الضرورة، فأحيانا تكون حالة المريض الصحية تتطلب تدخلا سريعا لإنقاذ حياته، أو عدم قدرته على إصدار رضاء مقبول من الناحية القانونية، حيث يمكن للطبيب التدخل هنا بدون موافقة المريض على أساس المادة 2/344 من قانون 11-18، وكذلك المادة 2/52 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري¹.

ثانيا: التزام الطبيب بإعلام المريض

لاشك أن المرضى ليسوا جميعا على قدم المساواة، حيث أنهم يختلفون في مستوياتهم الثقافية، خاصة أن الثقافة الطبية من طبيعة خاصة لا تتوفر للجميع، ثم إن الطبيب عادة ما تكون له خطة يتبعها في معالجة المريض ومجابهة المرض، ونتيجة لذلك فإن المعلومات الطبية التي يبصر بها المريض يجب أن تكون موافقة لمستواه الثقافي الطبي².

إن حق المريض في تلقي المعلومات حول المرض وسبل العلاج من الحقوق الجديدة المخولة للمريض إذ كان ينظر إلى هذا الأخير في السابق على أنه غير قادر على تقدير ما يحتاجه للعلاج، حيث لم يعد في الآونة الأخيرة القضاء والتشريع عاجزا عن تقدير الأمور، واعتراف له بالحق في الإعلام.

1. مفهوم الالتزام بالإعلام:

يقصد بالالتزام بالإعلام تزويد المتعاقد في العقود الرضائية بالمعلومات الضرورية التي تسمح له باتخاذ قراره النهائي بالموافقة أو الرفض للتعاقد بإرادة حرة مستنيرة³، وقد عرفه الفقه الفرنسي بأنه الحالة التي يفرض فيها القانون على المهني أن يشعر المتعاقد الآخر بجوهر محل العقد ومكوناته.

¹ تنص المادة 52 فقرة 2 على أنه: " ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم أن يقدم العلاج الضروري للمريض وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يأخذ في حدود الإمكان رأي العاجز البالغ بعين الاعتبار إذا كان قادرا على إبداء رأيه".

² المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 93.

³ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 105.

إذا رجعنا إلى التشريع الجزائري نجده لم يعرف هذا الالتزام، بل أشار إليه في بعض المواد فقط مثل المادة 43 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري بتّصها على ما يلي: " يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي".
وقد جاء مصطلح يجب المذكور في هذه المادة ليفيد أنّ التزام الطبيب بالإعلام يجب أن يتوخى فيه الوضوح والصدق بل يكون متبصرًا، أي يسبق موافقة المريض إعلام الطبيب له بكل جوانب العمل الطبي الذي سيقوم به¹.

يجد الالتزام بالإعلام أساسه في انعدام التوازن في المعرفة بين المتعاقدين سواء بسبب انعدام المساواة في الاختصاص العلمي أو الكفاءة، كما هو الأمر بالنسبة للعلاقة بين الطبيب والمريض، هذا ما جعل جل التشريعات تفكر بجدية في إقرار مقتضيات تمدد بمقتضاها، وتضع التزامات جديدة ملقاة على عاتق الطبيب المتمثلة أساسًا في الالتزام بالإعلام، أو بمعنى آخر الالتزام بتوجيه إرادة المريض نحو الاختيار الواعي وهي حماية تهدف إلى صيانة رضا هذا الأخير عن طريق افتراض قرينة الجهل لديه، مما يخوله الحق في التنوير والتبصير.

يرى بعض الفقه الفرنسي أنّ الالتزام بالإعلام يجد أساسه القانوني في النصوص التشريعية والتنظيمية وفي عقد العلاج الطبي أيضًا، فبالنسبة للنصوص التشريعية ألزمت المادة 4-1111 L من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل² بضرورة حصول الطبيب على الرضا المستتير للمريض.
أمّا قانون أخلاقيات الطب الفرنسي³، فكان أكثر وضوحًا في هذا المجال إذ أوجب على الطبيب إعلامًا صادقًا واضحًا ومناسبًا⁴، وعليه يمكن القول أنّ التزام الطبيب بالإعلام لم يعد يستند إلى القواعد العامة التي تحكم العقود الرضائية فحسب، بل كذلك لنصوص تشريعية منظمة لمهنة الطب.

2. أحكام الالتزام بالإعلام:

إنّ للالتزام بالإعلام أحكامًا تضبطه وتتمثل في الشروط الخاصة به، ومحلّه، وتكييفه القانوني مع بيان نطاقه.

أ. شروطه:

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 142.

² القانون رقم 2002-303 المؤرخ في 04/03/2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي.

³ المرسوم رقم 95-1000 المؤرخ في 06/09/1995.

⁴ هذا ما نصت عليه المادة 35 من المرسوم 95-1000.

لم يبين المشرع الجزائري شروط شكل الإعلام، مما يجعل الطبيب حرا في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة في إعلام مريضه، فبإمكانه أن يقدم له معلومات مكتوبة أو شفوية إلا في حالات يجبر فيها أن يكون الإعلام مكتوبا، وفي حدود هذا الالتزام، فقد ساد في توجه القضاء الفرنسي السابق أن الطبيب لا يلتزم بإعلام المريض إلا عن المخاطر المتوقعة، وفي العمليات الجراحية التجميلية، ولا يكون ملزما بالإخبار عن المضاعفات والأخطار النادرة، التي لا يؤدي الإدلاء بها إلى المريض وقوع أضرار له.

أما الاتجاه الجديد للقضاء الفرنسي، فأصبح فيه الالتزام بالإعلام ينصب على المخاطر الجسدية، دون التفرقة بين المخاطر المتوقعة والأخطار الاستثنائية¹ وتؤكد ذلك بالأحكام الآتية:

- حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1998/10/07.

- الحكم الصادر عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض بتاريخ 1998/05/27.

- الحكم الأكثر تجسيدا للمبدأ، حيث إن المحكمة نقضت حكم محكمة الاستئناف التي رفضت دعوى المريضة ضد الطبيب على أساس أن هذا الأخير غير ملزم بالإعلام إلا عن الأخطاء المتوقعة وقالت: كون الأخطار استثنائية وغير متوقعة لا تسقط بالمرّة عن الطبيب التزامه بالإعلام².

ومن بين الشروط أيضا نجد ما يلي:

- إذا كان على الطبيب أن يحيط المريض علما بكل النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من جراء تدخله، إلا أن هذا لا ينطوي بطبيعة الحال على تلك النتائج القليلة الاحتمال.

- يجب أن يقدر التزام الطبيب على ضوء الحالة النفسية للمريض وما قد يؤثر على معنويات المريض، حيث نجد المشرع الجزائري في نص المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب قد أعفى الطبيب من الالتزام بالإعلام، من خلال إخفاء تشخيص مرض خطير للمريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب.

- لا يلتزم الطبيب بإعطاء كل التفاصيل الفنية التي لا يستطيع المريض استيعابها.

¹ تطبيقا لذلك قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 1969/11/17 بأن الطبيب يكون مسؤولا إذا أجرى عملية جراحية لامرأة تبلغ ستة وستين عامًا، بقصد إزالة الورم والتجاعيد الموجودة أسفل عينيها، وقد فشلت العملية ونتج عنها عمى بعينها اليسرى، بالرغم من إتباع الطبيب كافة الأصول الفنية، وقد اعتبر مع ذلك الطبيب مسؤولا لعدم تنبيه المريض بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي، حتى ولو كانت هذه الاحتمالات نادرة الحدوث، وذلك حتى يكون المريض على علم بالعناصر التي يمكن أن يبني عليها تقديره، وخاصة أن وجود الورم والتجاعيد تحت العينين لا يسبب إزعاجا شديدا لامرأة بلغت من العمر ستة وستين عامًا.

² عشوش كريم، المرجع السابق، ص 144.

ب. محله:

بخصوص المحل الذي ينصب عليه الإعلام نجد أنّ القضاء الفرنسي مستقر على ضرورة إعلام الطبيب لمريضه مسبقاً في كل تدخل أو وصف علاجي، وهذا ما أكدّه الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1969/11/17، كما يعلم المريض بتكاليف العلاج، والأخطار الناجمة عن مباشرة العلاج والتطور المحتمل حصوله لحالة المريض.

ج. تكييفه:

إنّ التزام الطبيب بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة من حيث وجوبه، أمّا عن مضمونه، فهو التزام ببذل عناية، بمعنى أنّ الوفاء لا يتم إلا إذا تحققت النتيجة المرجوة وهي إعلام المريض أو ممثله القانوني بآثار غير مرغوب فيها تنشأ عادة عن هذا الوصف العلاجي الذي تقرر لعلاج المريض.

د. نطاقه:

يتضح مما سبق بيانه أن التزام الطبيب بالإعلام هو التزام قانوني لكن يثور التساؤل حول حدود هذا الالتزام، ليس فقط من حيث المعلومات الواجب تقديمها للمريض بل أيضاً من حيث معياره. فأما عن عناصر الاعلام الواجب للمريض يرى بعض الفقهاء أن الطبيب غير ملزم بإعلام دقيق وشامل لكل كبيرة وصغيرة بشأن وصف العلاج¹، حيث يرون في كثرة الإعلام عرقلة للفاعلية المرجوة من الطب، إذ أنّ الاهتمام المبالغ فيه بالأمور الشكلية المرتبطة بالإعلام سوف يصرف الطبيب عن الغرض الأساسي من تدخله، وهو وصف العلاج، كما أنّ كثرة الإعلام قد تؤدي من جهة أخرى إلى نتائج عكسية، حيث إنّ الغرض من الإعلام هو مساعدة المريض على اتخاذ قرار سليم بشأن ما يجب أن يفعله بجسده، ومن شأن كثرة الإعلام أن تدفع بالمريض إلى العزوف عن العلاج، قد يكون في أمس الحاجة إليه، ممّا يعني أن الطبيب قد يلجأ إلى حجب بعض المعلومات عن مريضه، إذا كان في الإفصاح عنها ما يسئ إلى الحالة النفسية لهذا الأخير أو فيها ما يدفعه إلى الامتناع عن هذا العلاج، وهو ما تضمنه قانون أخلاقيات الطب الفرنسي، ونصت عليه صراحة مدونة أخلاقيات الطب الجزائري في مادتها² 51.

¹ سلخ محمد لمين، المرجع السابق، ص 130.

² تنص المادة 51 على ما يلي: "يمكن إخفاء تشخيص مرض خطير عن المريض لأسباب مشروعة يقدرها الطبيب أو جراح الأسنان بكل صدق وإخلاص، غير أنّ الأسرة يجب إخبارها إلا إذا كان المريض قد منع مسبقاً عملية الإفشاء هذه، أو عين الأطراف التي يجب إبلاغها بالأمر، ولا يمكن كشف هذا التشخيص الخطير أو التنبؤ الحاسم إلا بمنتهى الحذر والاحتراز".

وبالرجوع إلى قانون 4 مارس 2002، فقد حدّد عناصر الإعلام الواجبة للمريض وتتمثل فيما يلي:

- حالة المريض الصحيّة تشخيص المرض.

- طبيعة العلاج المقترح.

- مخاطر العلاج المقترح.

- البدائل والاختيارات العلاجية الأخرى.

- آثار رفض المريض للعلاج أو البقاء دونه.

كما حاول المشرع الجزائري من جانبه حماية هذا الحق وكفالاته للمريض عندما أقرّ نصوصاً قانونية تتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطبّ البشري التي تضمنها المرسوم التّنفيذي رقم 92-286¹، إذ ألزم بهذا الإعلام زيادة عن الأطباء صانعو المنتجات الصيدلانية، ومستوردو هذه المنتجات، والشركات المتخصصة في التّرويج الطّبي، والمؤسسات العمومية التي يرتبط عملها بالصّحة العمومية، والجمعيات ذات الطّابع العلمي وكذلك ذات الطّابع الاجتماعي.

أيضاً بين المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير الوارد في القانون الصحي الجزائري² وذلك بموجب نص المادة 235 منه على أن الاعلام العلمي حول المواد الصحية إجباري ويجب أن يكون واضحاً وقابلًا للتّحصيل ومطابقاً لأحدث معطيات البحث الطبي والعلمي عند توزيعه.

وأما عن دور القضاء في وضع معايير التزام الطّبيب بالإعلام، فقد حاول القضاء وضع معايير للتأكد من مدى تنفيذ الطّبيب لواجبه بالإعلام وتتمثل في معيار المريض المحتاط، والمعيار المهني أو الطبي.

- المعيار الأول: معيار المريض المحتاط

وفقاً لهذا المعيار يقع على عاتق الطّبيب أن يكشف للمريض عن حالته الصحيّة بكل دقة، وأن يوضح أساليب الفحص والعلاج، وكل ما يرتبط بها من مخاطر، وقد انتهجه القضاء الأمريكي، حيث أنّ هذا المعيار يحقق حماية أكثر للمريض بحكم أنّ معيار الإعلام هو من وضع المريض وليس الطّبيب.

- المعيار الثاني: المعيار المهني أو الطّبي

¹ المرسوم التّنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتعلق بالإعلام الطّبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطبّ البشري، ج. ر عدد 53، ص 1472.

² قانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصّحة، ج.ر عدد 46، ص 03.

إنّ التزام الطّبيب وفقا لهذا المعيار غير مطلق لذلك يتمتع الطّبيب بسلطة تقديرية بشأن تحديد واختيار المعلومات التي يرى ضرورة إعلام المريض بها، وقد أخذ بهذا المعيار القضاء في إنجلترا وفرنسا، لكن في فرنسا تشدد في السنوات الأخيرة، وأصبح يميل إلى المعيار الأول بحيث جعله يشمل بالإضافة إلى المخاطر المحتملة المخاطر الاستثنائية وبعد صدور قانون 4 مارس 2002، مدد الالتزام بالإعلام إلى فترة ما بعد وصف العلاج ويتضح منها بأنّ الطّبيب ملزم في ظل القانون الفرنسي بالإعلام الشامل فيما يتعلق بمخاطر العلاج.

بخصوص موقف المشرع الجزائري من هذين المعيارين: يتضح من خلال نص المادة 267 مكرر 3 من قانون حماية الصّحة وترقيتها¹، بأنّ المشرع يميل إلى الأخذ بالمعيار المهني، حيث تقرر المادة السّالفة الذكر أنّه يمكن للمحاكم استشارة المجلس الوطني أو المجالس الجهوية للأدب الطّبية، بخصوص تقدير الأخطاء مثل إخلال الطّبيب بواجب الإعلام من حيث ما يجب الإعلام به وما لا يجب.

ثالثا: الالتزام بمراقبة صحة المريض

يترتب على عاتق الطّبيب الالتزام بمراقبة صحة المريض منذ بداية علاجه إلى غاية انتهائه، وعليه أن يضمن تقديم العلاج المتمم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمقتضيات العلم الحديثة، وأن إخلاصه يقتضي عليه مراقبة صحة زبونه².

ويظهر بصفة واضحة التزام مراقبة صحة المريض خاصة في التدخلات والعمليات الجراحية، وبعد انتهائها وهي ما يسمى بمرحلة استمرار المراقبة، إذ تقع المسؤولية على عاتق الطّبيب المخدر في حالة عدم استفاقة المريض، كما تقوم على عاتق الطّبيب الجراح المسؤولية الكاملة في حالة غياب الطّبيب المخدر³.

فلا يعني أنّه بمجرد انتهاء العملية الجراحية يتحرر الطّبيب من مهامه، بل تقتضي عليه التأكيد ومراقبة صحة المريض منذ بداية العلاج أو العملية الجراحية إلى غاية الاستفاقة التامة والكاملة له. لكن قد يحدث أن يتوقف الطّبيب عن علاج المريض وعن مواصلة ذلك، ويتحقق هذا الأمر في حالتين:

¹ تنص المادة 267 مكرر 3 على أنه: "يمكن للعدالة أن تلتزم من المجلس الوطني والمجالس الجهوية للأدب الطبية كلما رفعت دعوى بمسؤولية أحد أعضاء الهيئة قصد توضيح الصّعوبات المرتبطة بتقدير الخطأ الطّبي....".

² أنظر المادة 45 من م.أ.ط.ج.

³ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 145.

- الحالة الأولى: إذا ما أغلق الطبيب عيادته وتخلّى مؤقتاً أو نهائياً عن ممارسة مهنة الطبّ، فإنّ الطبيب في هذه الحالة ملزم بتعيين طبيب آخر أو عيادة طبية أخرى لكي تضمن استمرارية العلاج للمريض الذي كان يعالج عنده سابقاً¹.

- الحالة الثانية: إذا ما تنازل الطبيب أو تخلّى عن علاج المريض من دون سبب غلق العيادة الطبيّة، وإنّما لأسباب أخرى، فهنا يقع على عاتقه التزام متعلق بضمان استمرارية العلاج للمريض، وذلك بإسناد مهمة العلاج

إلى طبيب آخر عن طريق إرسال المريض برضاه إلى هذا الأخير لمواصلة علاجه، وفي هذه الحالة تقع على عاتق الطبيب الأول عدّة التزامات تتمثل في:

- تقديم تعويض مستحق للمريض جراء هذا التخلي عن مواصلة العلاج.
- تمكين المريض من أجل للإخطار، بحيث يجب على الطبيب إخطار مريضه بما سيقدم عليه من توقف وتخلي عن علاجه بمدة كافية.

- يجب على الطبيب أن يبين المبرر أو الباعث الذي جعله يتوقف ويتخلّى عن مواصلة العلاج، بشرط أن يكون هذا الباعث جدي وحقيقي وغير ناتج عن غش أو خداع.

- يجب على الطبيب أن يضمن مواصلة العلاج للمريض على يد طبيب آخر طبعاً بإرادة المريض، وقد نصت أحكام المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطبّ الجزائري على هذا الأمر: " يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض".

رابعاً: الالتزام بالسّر الطبي

يعتبر التزام الطبيب بحفظ أسرار المهنة من أكثر الالتزامات التصاقاً بواجبات الطبيب الأخلاقية والإنسانية، فالطبيب ملزم بأن يعالج كل حالة باهتمام وإنسانية وسرية².

كما أن المعلومات التي يحصل عليها الطبيب من خلال علاقته مع المريض يجب أن تعامل بسرية تامة، والمريض يجب أن يلمس ذلك ليتسنى له الإفشاء بهذه المعلومات، والطبيب ليس مخولاً بالكشف عن هذه المعلومات إلا إذا أعطي موافقة مسبقة من المريض، أو أُجبر على ذلك قانوناً.

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 293.

² طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، عالم الكتب الحديث، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 106.

والسر المهني الطبي من الواجبات الإنسانية القديمة التي اتسمت بطابع القدسية منذ عهد أبو قراط، وهو على أية حال دعامة أساسية من دعائم مهنة الطب وتفرض قدسيتها.

1. المحافظة على السر المهني بين الأخلاق والقانون:

من المسلم به أنّ السر المهني ركيزة أساسية في كل مجتمع حر، ويتعلق بكرامة الإنسان، ومن ثمّ فإنّ المحافظة عليه من لزوم الحرية الفردية فهو من مكونات الكيان الأدبي للإنسان¹. وأمر حماية السر المهني قد ظهر ابتداءً، واتخذ من قواعد الأخلاق سبباً له، حتى أن احتل الإنسان مكان الصدارة في مجال القانون بصفة عامة.

كما ظهرت في مجال القانون المدني بصفة خاصة نظرية لحماية الحقوق الملازمة للشخصية تستهدف حماية الإنسان في كيانه المادي وفي كيانه الأدبي، فهي تهتم بحماية حياته وسلامة جسده ومشاعره وعواطفه، وصورته وأسراره، لذلك كان لزاماً على المشرع أن يتدخل لحماية السر المهني بنصوص تشريعية، ليتحول أمر هذه الحماية من مجرد واجب خلقي، تفرضه قواعد الأخلاق في المجتمع، إلى التزام قانوني يقوّه القانون ويحميه.

بالرجوع إلى نصوص القانون الجزائري، فلقد نصت الفقرة الأولى من المادة 206 المعدلة بموجب المادة الرابعة من القانون 90-17 على ما يلي: " إنّ إحترام شرف المريض وحماية شخصيته مضمون بكتمان السر المهني، الذي يلزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيادلة". ونفس الحكم وارد في نص المادة 24 من القانون الصحي الجزائري الجديد².

كما أن مدونة أخلاقيات الطب الجزائري نصت في المواد من 36 إلى 41 على ضرورة احترام كل طبيب أو جراح الأسنان للسر الطبي لصالح المريض.

ويحاول المشرع الجزائري من خلال المواد 37، 39، 40 من مدونة أخلاقيات الطب تحديد ما يجب كتمانها، بحيث شملت المادة 37 على اعتبار السر الطبي بأنّه: "كل ما يراه الطبيب أو جراح الأسنان فيسمعه ويفهمه، فهو كل ما يؤتمن عليه خلال أدائه لمهنته"³.

¹ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 114.

² تنص المادة 24 من قانون 18-11 على ما يلي: " لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون....".

³ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 147.

يدخل أيضا ضمن الالتزام بالسّر الطّبي وفقا لنص المادة 39 من نفس المدونة ضرورة الحفاظ على سرية البطاقات السريرية ووثائق المرضى الموجودة بحوزة الطّبيب، وهو نفس مضمون المادة 13 من قانون أخلاقيات الطّب الفرنسي.

كما يجب على الطّبيب أو جراح الأسنان الحرص عند استعمال الملفات الطّبية لإعداد منشورات علمية على عدم الكشف عن هوية المريض وفقا لنص المادة 40 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري والمادة 206 من القانون 90-17.

إن طبيعة السّر الطّبي تقتضي بحث العوامل التي يجب أخذها في الاعتبار للقول بأننا أمام سر طبي ينبغي الإفشاء به أو العكس، وهذه العوامل هي:

أ. إذا اتجهت إرادة المريض إلى إبقاء ما أفشى به إلى الطّبيب سراً بينهما، وهذا يستلزم أن يكون المريض قد عبر عن إرادته به تعبيراً صريحاً، ومن ثم إذا كان ما ذكره المريض للطّبيب لا علاقة له بالشرف أو الكرامة، ولا يشكل الإفشاء به مساساً بهما، ورغم ذلك أفشى به فإنّ مسؤولية الطّبيب تكون متحققة.

ب. لا يسأل الطّبيب عن الوقائع المعلومة للنّاس، ولا تعتبر سراً، فالطّبيب الذي يحرر ويوقع للمريض شهادة بأنّ يده مقطوعة لا يسأل عن ذلك، لأنّ هذه الواقعة المعروفة والمعلومة للنّاس لا تستحق الحماية¹.

ج. إذا كان السّر الطّبي يمس طمأنينة المريض وشرفه وعائلته، كأمراض البرص والجدام والزهري، فهذه الأمراض لا يجوز إفشاؤها لأنّها تمس بشعور أصحابها وترقى إلى مرتبة السّب، رغم أنّ هذه الأمراض لها أعراض ظاهرة، وأنصار هذا الرّأي يربطون السّر بالضرر الذي يتولد عن إفشائه.

2. أساس الالتزام بالسّر المهني:

لتحديد أساس الالتزام بالسّر المهني وجدت نظريات تتمثل فيما يلي:

¹ طلال العجاج، المرجع السابق، ص 108.

أ. النظرية الأولى: أساس إحترام السر المهني مرتبط بالنظام العام

مؤداها أنّ الطّبيب ملتزم بعدم إفشاء سر المهنة بصفة مطلقة¹، مستندة على فكرة النّظام العام التي تحتم على الطّبيب أن يراعي كل الظروف خلال ممارسة مهنته بالالتزام بالسّرية، وقد أخذت المادة 7 من قانون الآداب الطّبية اللّبناني² بهذه النّظرية ونصت على أنّ: "السّرية المهنية المفروضة على الطّبيب هي من النظام العام، وعليه التمسك بها في كل الظروف التي يدعى فيها لمعالجة المريض أو للإستشارة، مع مراعاة الاستثناءات التي تفرضها السلامة العادية والقوانين والأنظمة والعقود وتشمل هذه السّرية المعلومات التي يفضي بها المريض إليه، وكل ما يكون رآه أو علمه أو اكتشفه، أو استنتجه في سياق ممارسة مهنته..."، ونتيجة لذلك فإنّ التزام الطّبيب بالسر المهني لم يوضع لمصلحة المريض فقط وإنّما لمصلحة المهن الطّبية ذاتها، باعتبار أنّ المسألة من هذه الجهة من النّظام العام. غير أنّ هذه النّظرية تعرضت للانتقاد من طرف الأستاذ عبد الرشيد مأمون من ثلاثة جوانب: يتمثل أحدهما في كون أنّ هذه النّظرية تؤدي إلى وضع لا يتطابق مع الحقائق التاريخية، وذلك عندما تقول بأنّ الاحتفاظ بسر المهنة أمر متعلق بالنّظام العام، إذ أنّ قصد الإضرار بمثابة أحد العناصر الأساسية في جريمة الخروج عن الالتزام بالسّرية³ كما أنّ المريض يمكنه في أي وقت أن يعفي الطّبيب من التزامه بالسّرية، ويتمثل ثانيهما في أنّ

الإعفاء

من الشهادة أمام القضاء هو النتيجة المنطقية التي تؤدي إليها نظرية الإطلاق، وهذا أمر لا يمكن قبوله بمناسبة السر المهني للطّبيب على اعتبار أنّ السر المهني لا يمكن أن يكون سوى مصلحة خاصة للمريض تماما، ويتمثل الجانب الثالث في كون أنّ نظرية الإطلاق التي تستند على فكرة النّظام العام هو إسناد ضعيف خصوصًا إذا لاحظنا أنّ فكرة النّظام العام هي فكرة مرنة وغير محددة، وهي تختلف من زمان إلى زمان ومن مكان إلى مكان.

¹ يرجع أساس هذه النّظرية إلى القضاء الفرنسي، حيث حكمت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية عام 1885، بأنّ: "قصد الأضرار عنصر لا قيمة له بالنسبة لتكوين جريمة كشف السر الطّبي، ومن ثم فإنّ واقعة الإفصاح عن السر الذي قاله المريض للطّبيب أو اكتشفه الأخير بنفسه، كافية لقيام الجريمة".

² القانون رقم 288 الصادر بتاريخ 1994/02/22.

³ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 105.

ب. النظرية الثانية: أساس التزام الطبيب بالسّر المهني هو العقد الطبي

مؤدى هذه النظرية أنّ السّر الطبي نابع من الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين، حيث إنّ العقد الطبي هو الذي يحدد نطاق الالتزام بالسرية ويترتب على ذلك أنّ الطبيب لا يكون ملتزمًا بحفظ السّر المهني بشكل مطلق، بل يمكن في حالات معينة أن يقوم بإفشاء السّر عندما يكون هذا الإفشاء في مصلحة المريض، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بجواز سماع شهادة الطبيب، وأن يقدم المعلومات المطلوبة دون أن يخرج عن قواعد سر المهنة.

إنّ هذه النظرية تستند على فكرة العقد الطبي، حيث أن مضمون هذا العقد لا يقتصر فقط على ما ورد فيه من عناصر أساسية بل أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام¹، ويذهب الأستاذ عبد الرشيد المأمون في هذا الصدد إلى القول بأنّه: "قد يقول البعض بأن الالتزام بالسرية، غير نابع من عقد العلاج، لأنّ الخروج عليه معاقب عليه جنائيا، ولكن هذا النقد يمكن الردّ عليه بسهولة، لأنّه إذا أخذنا بهذا الأمر فمعنى ذلك أنّ الالتزام بالرعاية والعلاج لا يستخلص هو الآخر من عقد العلاج، لأنّ عدم القيام به معاقب عليه جنائيا، ومع ذلك فقد وجه الأستاذ عبد الرشيد المأمون انتقاد لهذه النظرية، من حيث كونها أهملت المصلحة العامة تمامًا، وذلك عندما ربطت الالتزام بالسّر المهني بالعقد الطبي، حيث على العكس من ذلك فالالتزام بالسرية يقوم على أساس مصلحتين هما مصلحة المريض والمصلحة العامة للصحة العامة، بحيث يمكن للمريض أن يتصرف في مصلحته الخاصة بإعفاء الطبيب دون أن يؤدي ذلك إلى إعفائه من المصلحة العامة.

ج. النظرية الثالثة: نحو نظرية جديدة لأساس التزام الطبيب باحترام السّر المهني (النظرية المختلطة)

إن الحل الذي خرج إليه الأستاذ عبد الرشيد المأمون يتمثل في أنّ الالتزام المفروض على الطبيب باحترام السّر المهني يقوم على المصلحة العامة من حيث كون أنّه يتحتم على الطبيب ضرورة أن يقوم بمهمته الاجتماعية على نحو أفضل من أجل الصالح العام وتقوم من جهة أخرى على المصلحة الخاصة للمريض من حيث أنّه يرغب في عدم إفشاء أسراره التي يمكن أن تمس بسمعته أو اعتباره ونتيجة لذلك فأساس الالتزام بالسرية يقوم على المصلحة العامة والخاصة.

¹ تنص المادة 107 من ق.م.ج. على أنّه: "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طريقة الالتزام".

3. نطاق الالتزام بالمحافظة على السر المهني:

الالتزام بالمحافظة على السر المهني مفروض على كل طبيب، بمقتضى العقد الطبي فيما عدا الحالات التي يلزمه فيها القانون بالتبليغ، ولكن الطبيب لا يلتزم من حيث المبدأ بالمحافظة على أسرار المريض إلا تلك التي يفرضها هذا الأخير إليه بوصفه كذلك، أي بوصفه طبيباً معالجاً، تربطه بمريضه علاقة قانونية مصدرها عقد العلاج الطبي¹.

يشمل الالتزام بالمحافظة على السر المهني، كل ما يحصل عليه الطبيب من معلومات تخص مريضه، سواء أفضى بها المريض إليه باختياره أو كان الطبيب قد استخلصها بنفسه. بالتالي فإن السر الطبي يشمل كل الأمور التي تصل إلى علم الطبيب أثناء علاجه للمريض، سواء تعلقت بالحالة الصحية للمريض أو غيرها من الأمور الأخرى التي قد تتعلق بوضعه الاجتماعي أو الاقتصادي أو الشخصي².
يذهب الأستاذ سافاتييه بخصوص التزام الطبيب بالمحافظة على السر المهني، أكثر تحديداً في مؤلفه شرح القانون الطبي يقول أن: "التزام الطبيب بالمحافظة على السر المهني لا يقتصر فقط على الحالات التي يفرضها المريض للطبيب صراحة، بل ينصرف كذلك إلى كل ما يستخلصه الطبيب أثناء ممارسته لمهنته"³.

4. حدود السر الطبي:

إذا كان الأصل أنّ الطبيب مجبر بحفاظه على سر المريض، إلا أنّه في حالات أخرى يلزم عليه إفشائه نظراً للمصلحة العامة، وتتمثل هذه الحالات في:

أ- الحالات المتعلقة بالصحة العمومية:

حيث نجد أنّ الطبيب ملزم وبمقتضى القانون تحت طائلة العقوبات، بضرورة التصريح عن هذه الأمراض وإفشاء حقيقة الأمر وهي كالاتي⁴:

- الأمراض المعدية:

¹ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 116.

² غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي

الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص 376.

³ « Le secret concerne tout ce que le médecin a pu avoir entendu, comprendre ou même déduire dans l'exercice de sa profession ».

⁴ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 150.

وذلك وفقا لنص المادة 54 من القانون السابق 85-05، فيجب التصريح بهذه الأمراض المعدية وإلا تعرض الطبيب المخفي لها لعقوبات إدارية وجزائية.

- أمراض الزهري:

فالتبيب ملزم بالتصريح عن أمراض الزهري، وهي الأمراض الخاصة بأعضاء التناسل.

- الإخبار عن بعض الأمراض المهنية:

فيما يخص طب العمل، فيجب الإخبار عن بعض الأمراض كالتهاب الكبد والتهاب الرئتين، للتعويض عنها، إذ توجه إلى صندوق الضمان الاجتماعي، ووثيقة ثانية إلى مفتش العمل، ووثيقة ثالثة تسلم للمعني بالأمر، وبهذا فإنه يمكن القول أن كل مرض يشك فيه طبيب العمل أن مصدره مهني، يجب أن يكون محل تصريح لمفتشية العمل.

ب- فيما يتعلق بالحالة المدنية:

- التصريح بالمواليد:

يكون من طرف الطبيب أو القابلة لضابط الحالة المدنية في حالة ما إذا لم يقم به الوالد، وذلك طبقا

لنص المادة 62 من قانون الحالة المدنية الجزائري¹.

- تصريحات الوفاة:

يلتزم أيضا الطبيب التصريح بالوفاة وفقا لنص المادة 79 من قانون الحالة المدنية.

ج- الإبلاغ على سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية:

فالتبيب ملزم بالإبلاغ عن مثل هذه المعلومات عند ملاحظته لذلك خلال ممارسة وظيفته، وهو ما

تضمنته المادة 206 الفقرة الثالثة منها المعدلة بالمادة الرابعة من القانون 90-17².

¹ تنص المادة 62 من ق.ح.م (الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر. عدد 21، ص 274) على أنه: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم، وإلا فالأطباء والقابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشخص الذي ولدت الأم عنده....".

² تنص الفقرة 3 من المادة 206 على ما يلي: "يجب على الأطباء أن يبلغوا عن سوء معاملة الأطفال القصر والأشخاص المحرومين من الحرية التي لاحظوها خلال ممارسة مهنتهم".

د- حالة الإجهاض:

لا يوجد خرق للسر المهني إذا ما بلغ الطبيب أو القابلة أو الجراحون عن حالة إجهاض وصلت إلى علمهم بمناسبة ممارسة عملهم، أو إذا ما استدعوا أمام القضاء للشهادة في قضية الإجهاض، تطبيقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري.

حسب هذا النص فإنّ المشرع الجزائري وضع على عاتق الطبيب مجرد إمكانية التصريح بمعنى أنه إذا وصل إلى علم الطبيب حدوث حالة إجهاض فهو غير ملزم بالإبلاغ عنها، فإذا بلغ عنها فلا يعاقب لأنه لا وجود لخرق للسر المهني.

وبصفة عامة، فإنّ الطبيب أمام العدالة لا يلتزم بكتمان السر المهني أمام القاضي إذا كان الموضوع مرتبط بمهمته، وهو ما تقتضيه الفقرة الرابعة من نص المادة 206 المعدلة بالمادة الرابعة من القانون 90-17.

أمّا إذا كان الطبيب شاهداً، فإنّه طبقاً للفقرة الخاصة من نفس المادة لا يجوز له أن يفشي أمام العدالة الأحداث المعينة بالسر المهني، إلا إذا أعفاه مريضه من ذلك.

5. جزاء الإخلال بالسر المهني:

يتضح من خلال ما تمّ سرده أنه من واجب الطبيب الإتيان بالسر الطبي وأنّ عدم احترامه يعتبر إخلالاً يوقع عقوبات جزائية وتأديبية¹.

فالعقوبات الجزائية نصت عليها المادة 301 من قانون العقوبات الجزائري وذلك تطبيقاً لنص المادة 417 من قانون الصحة 18-11 وتتمثل العقوبة في الحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500 إلى 5000 دج.

أمّا العقوبات التأديبية فقد نصت المادة 211 من مدونة أخلاقيات الطب على إمكانية إحالة أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أمام الفرع النظامي الجهوي عند ارتكابه أخطاء عند ممارسة مهامه، وتبقى العقوبة التأديبية على العموم ليست خاصة فقط بالإخلال بالسر المهني، وإنّما في جميع الحالات التي يعاقب فيها الطبيب تأديبياً وهو ما نصت عليه المادة 217 من مدونة أخلاقيات الطب وتتمثل في التوبيخ، الإنذار، الاقتراح على السلطة المختصة لمنع من ممارسة المهنة، أو غلق العيادة.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 153.

المطلب الثاني: التزامات المريض

إلى جانب الالتزامات التي يربتها العقد الطبي على عاتق الطبيب، فإنه يرتب في مقابل ذلك التزامات أخف على عاتق المريض تتمثل في الالتزام بإعلام طبيبه بتفاصيل حالته الصحية من جهة، والالتزام بدفع أتعاب هذا الأخير من جهة ثانية.

الفرع الأول: التزام المريض بإعلام الطبيب بتفاصيل حالته الصحية

إن اختيار الطبيب للعلاج الفعال والضروري لحالة المريض الصحية يتطلب من هذا الأخير إعلامه بكافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية¹، كإعلامه بمواضع الألم بدقة والأسباب التي يعتقد أنها كانت وراء إصابته بهذا المرض ومثال ذلك إخباره للطبيب بإقامة علاقات جنسية مع شخص من الجنس الآخر مصاباً بداء معين وإعلامه كذلك بالعلاج الذي كان يتبعه مسبقاً قبل اللجوء إليه، أو الأدوية التي كان يتناولها، وذلك لمساعدة الطبيب المعالج على تحديد طبيعة المرض الذي يعاني منه بدقة من أجل اختيار العلاج الأنسب والفعال لمداواته.

إلا أن التزام المريض بإعلام طبيبه عن تفاصيل حالته الصحية قد يجد ما يعيقه، ويتحقق ذلك على سبيل المثال في حالتي الاستعجال أو الضرورة اللتان تمنعان هذا المريض الذي يكون مثلاً مغماً عليه أو فاقداً للوعي من مد الطبيب المعالج بالمعلومات الضرورية المتعلقة بحالته الصحية قصد تمكينه من اختيار العلاج المناسب له.

بالتالي فإنه يتعين على الطبيب في هاته الحالة التحري عن الحالة الصحية للمريض من جهة، وبذل العناية اللازمة من أجل تشخيص المرض الذي يعاني منه هذا الأخير بغرض علاجه من جهة أخرى، وذلك لأن الطبيب ملزم بتقديم العلاج للمريض حتى ولو لم يتحصل منه على المعلومات الضرورية الخاصة بحالته الصحية بسبب عدم قدرته على الإدلاء بها لظروف صحية قاهرة، فهو ملزم بوضع خدماته الطبية تحت تصرف المريض الذي يواجه خطرًا جديًا يهدد حياته، أو ضمان مواصلة تلقيه العلاج على يد طبيب آخر².

¹ عامر نجيم، المرجع السابق، ص 116.

² أنظر نص المادتين 9 و 50 من م.أ.ط.ج.

أمّا إذا امتنع المريض عن مد طبيبه بالمعلومات الضرورية الخاصة بحالته الصحيّة كما تمتاعه عن إخبار الطبيب بحادثة معينة أثرت عليه صحياً، وذلك إما بسبب الحياء أو بهدف التّضليل، فإنّه يجوز لهذا الطّبيب فسخ العقد الطّبي شرط عدم ترك هذا المريض في خطر.

بالإضافة إلى هذا فإنّ المريض يعتبر مسؤولاً عن تدهور حالته الصحيّة إذا زود الطّبيب المعالج بمعلومات خاطئة عن تفاصيل معاناته مع علته الصحيّة كأن يصرح لطبيبه بأنّه لم يسبق له التداوي من قبل محاولاً إخفاء فشل العديد من طرق العلاج التي جربها عليه أطباء آخرون، ممّا يجعل هذا الطّبيب يخطئ في وصف العلاج المناسب لحالته الصحيّة بسبب اعتماده على المعلومات الخاطئة التي تعمد المريض الإدلاء بها.

الفرع الثاني: التزام المريض بدفع أتعاب الطبيب

يقابل التزام المريض بمد طبيبه بكافة المعلومات المتعلقة بمرضه التزامه بدفع اتعاب الطبيب.

أولاً: تعريف أتعاب الطّبيب

إن الطّبيب يلتزم بمعالجة المريض من المرض الذي يشكو منه، فيتعين على هذا الأخير أن يدفع مقابل العلاج أو مقابل ما قدّمه الطّبيب من علاج للمريض بعد بذله لجهد فكري أو عضلي إن اقتضت الضرورة، وهو ما يسمى بأتعاب الطّبيب.

والأتعاب الطّبية عبارة عن دين يقع على عاتق المريض (المدين) أو ورثته عند وفاته، لفائدة الطّبيب (الدائن) صاحب العيادة الخاصة أو الطّبيب المستخلف إذا كان يتقاضى أجره من الطبيب صاحب العيادة، مقابل علاج الشّخص الذي يشكو من مرض، ويقابل الجهد الذي يبذله الطبيب من جهد عضلي وفكري دفع أتعاب تتمثل في مبلغ مالي.

ثانياً: تحديد قيمة أتعاب الطّبيب

المريض عندما يتوجه إلى الطّبيب فهو لا يعلم بقيمة الأتعاب اللازمة، إلا بعد انتهاء العلاج، فالطّبيب عادة هو الذي يحدد الأتعاب انطلاقاً ممّا تمّ الاتفاق عليه من خلال بنود العقد الرّابط بينهما¹. وإن سمح القانون للأطراف الاتفاق على تحديد بنود العقد الطّبي، بما فيها أتعاب الطّبيب عملاً بأحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فإنّ المادة 57 من مدونة أخلاقيات الطب وضعت قيوداً

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 157.

لحرية الاطراف المطلقة، إذ يمنع على الطبيب المبالغة في تحديد أتعابه، كما يمنع كل تحايل أو إفراط في تحديد سعر الاستشارة أو الأعمال الطبية المنجزة التي تضر بالحالة المادية للمريض¹.

ثالثا: طرق دفع أتعاب الطبيب

تتمثل طرق دفع أتعاب الطبيب في طريقتين: الدفع المباشر و الدفع غير المباشر.

1. طريقة الدفع المباشر (في الحال):

المعروف عليه أنّ الأتعاب تدفع تبعاً للعمل الطبي والعلاج المقدم للمريض أي تدفع حالا عن كل عملية علاج، أما الزبون المعتاد الإقبال على طبيبه الشخصي، فيمكن له أن يدفع الأتعاب في وقت لاحق نظراً للعلاقة التي تربطهما، إذ يعد زبونا مخلصاً له².

ومن أحسن أمثلة الدفع في الحال هو زيارة مريض مصاب بالزكام مثلا فيستشير الطبيب مرة واحدة، فيحرر له الوصفة، فيقوم المريض بدفع الأتعاب في الحال.

2. طريقة الدفع غير المباشر:

إنّ الدفع غير المباشر يكون في حالة ما استدعى الطبيب لإجراء علاج دوري يتكرر في وقت متقطع، فيستطيع الطبيب أن يطلب أتعاباً بعد كل أربع أو خمس فحوصات، فلا يكون دفع أتعابه مباشرة بعد كل فحص وعلاج طبي، بل بعد عدّة مرات، فهو دفع غير مباشر.

يمكن القول أنّه في كلا الحالتين (الدفع المباشر وغير المباشر) يمكن الاشتراك في قبض الأتعاب إذا كان الأطباء أو جراحو الأسنان العاملين في العيادة الجماعية يمارسون كلهم الطب العام أو جراحة الأسنان العامة أو كانوا متخصصين في نفس الاختصاص، وهو ما تضمنته المادة 81 من مدونة أخلاقيات الطب.

رابعا: طرق ضمان الطبيب لأتعابه

إن الأتعاب تستحق دفعها للطبيب ولو لم ينجح التدخل الطبي، لأنّ التزام هذا الأخير هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

فإن ادعى المريض أنّه قام بدفع مستحقات الطبيب، فعليه إثبات ذلك لأنّ عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي وفي حالة امتناع المريض عن دفع الأتعاب، يمكن للطبيب أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة

¹ بن سويسي خيرة، النظام القانوني للمؤسسات الاستشفائية الخاصة، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017، ص 111.

² عشوش كريم، المرجع السابق، ص 158.

بالوفاء بقيمة الدين مع طلب تعويض عما لحقه من ضرر مادي ومعنوي. ولا يستطيع المريض أن يتخلص من هذا الدين إلا بالوفاء أو المقاصة أو الإبراء أو باستحالة تنفيذه¹.

والتقادم يسقط حق الطبيب في طلب دفعه للأتعاب، فيمكن للمريض أن يتخلص من دينه بمرور مدة التقادم التي تتقادم بسنتين فيما يخص أتعاب الأطباء حسب المادة 310 من القانون المدني الجزائري. وإن تعذر على الطبيب الحصول على أتعابه بعد لجوءه للقضاء، وبعد تكريسها بواسطة حكم قضائي، يحق له أن يلجأ إلى طريقة الحجز لضمان حقوقه بعد أن يصبح الحكم نهائياً، فأموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه، فيستعمل الحجز التنفيذي (الحجز على المنقول وفي حالة عدم كفايتها ينتقل إلى الحجز على العقار)²، كما يجوز له أيضاً اللجوء إلى حجز ما للمدين لدى الغير³.

المبحث الثاني: إنهاء العقد الطبي والمسؤولية المترتبة عنه

إذا تكون العقد بكافة أركانه القانونية، فإنه حتماً سيصل إلى نهايته سواء كان ذلك بتنفيذ المتعاقدين لمحتوى ومضمون العقد أو بفسخه.

وفي حالة إخلال الطرفين لأحكام العقد الطبي، فسيتربط على ذلك قيام المسؤولية على الطرف المخل، مع إلزامه بدفع تعويض للطرف المتضرر إلى جانب التأمين من المسؤولية.

المطلب الأول: إنهاء العقد الطبي

الفرع الأول: تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد

إذا كان نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري يؤكد على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، التي تجعل من العقد شريعة المتعاقدين فإن المادة 107 من نفس القانون تمثل القوة الملزمة له كون الغاية من التعاقد هو الوصول إلى تنفيذه.

¹ أنظر المواد 285، 297، 305 من ق.م.ج.

² أنظر المادة 687 من ق.إ.م.إ.ج (القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، ج.ر. عدد 21، الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008، ص 03)، والمادة 721 من نفس القانون.

³ أنظر المادة 667 من ق.إ.م.إ.ج.

أولاً: تنفيذ العقد الطبي طبقاً لمشتملاته

يجب أن يكون تنفيذ العقد طبقاً لما ورد فيه وطبقاً لمستلزماته¹.

1- تنفيذ العقد طبقاً لما ورد فيه:

فالعقد الطبي قد يكون مكتوباً، كما قد لا يكون كذلك وإن كان مكتوباً يشترط القانون الكتابة في بعض الأعمال الطبية كنقل وزرع الأعضاء البشرية وتشريح الموتى.

2- تنفيذ العقد طبقاً لمستلزماته:

لا يكفي تنفيذ العقد طبقاً للحقوق والواجبات الواردة في العقد، بل يجب تنفيذه طبقاً لمستلزماته إذا ما أغفل المتعاقدان بعض التفاصيل سهواً، أو لكونها مألوفة بين الناس، هنا يجب الرجوع إلى القانون أو العرف أو العدالة، وسوف يتم توضيحهم كالتالي:

- القانون: إن دور القواعد القانونية يعد دوراً تكميلياً، فالقواعد الأمرة تلزم المتعاقدين ولا يمكن مخالفتها، أمّا القواعد المكملة فلا تلزم العاقدين ولهما أن يتفقا على ما يخالفهما، فيعتمد القاضي على هذه القواعد المكملة لإكمال ما أغفله المتعاقدان عن ذكره.

- العرف: العرف هو سلوك متبع في مسائل معينة بصفة دائمة ومتكررة مع اعتقاد الكل بأن ذلك السلوك إجباري.

وتنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنّ العقود لا تلزم بما هو مذكور فحسب، بل أيضاً بما يستتبع الالتزام طبقاً لطبيعته ممّا تقتضي به العدالة والعرف والقانون.

وعليه فإنّ العرف ملزم أيضاً، خاصة في ميدان العقد الطبي، إذ القواعد والأعراف المهنية التي تربط الأطباء فيما بينهم وبين زبائنهم تعد الأكثر تطبيقاً، وأكثر تنفيذاً للعقد الطبي².

- العدالة: ينظر القاضي أيضاً في تطبيق العقد إلى العدالة، والمقصود بالعدالة هو الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها، وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين شأنها في القانون.

¹ تنص الفقرة الثانية من المادة 107 على ما يلي: "ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

² عشوش كريم، المرجع السابق، ص 164.

ثانياً: تنفيذ العقد بحسن نية

تقتضي الفقرة الأولى من المادة 107 من القانون المدني الجزائري على تنفيذ العقد بحسن نية والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد، ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك. والنية الحسنة لها مظهران: الالتزام بالنزاهة والالتزام بالتعاون.

1- الالتزام بالنزاهة:

يقصد بالالتزام بالنزاهة أن يتمتع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ العقد عسيراً أو مستحيلاً، فعلى الطبيب الجراح مثلاً أن يلتزم بالنزاهة لتنفيذ وإجراء العملية الجراحية للمريض، وأن لا يسعى لخلق المشاكل من أجل تعطيل وتأخير تنفيذ العملية الجراحية.

2- الالتزام بالتعاون:

يقتضي على المتعاقد التزاماً بالتعاون طبقاً لمقتضيات حسن النية، فهي علاقة تعاون وليس علاقة خصام أو مجابهة، فعلى المريض مثلاً إخبار طبيبه بكل ما يتعلق بمرضه ليسهل عملية علاجه.

الفرع الثاني: فسخ العقد الطبي

يعتبر الفسخ الأداة القانونية التي يمكن استعمالها من طرف أحد المتعاقدين من أجل حل العقد الذي يربط بالمتعاقد الآخر الذي أخل بالتزاماته التعاقدية.

أولاً: شروط فسخ العقد الطبي

إنّ ما يمكن استخلاصه من خلال استقراء نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري هو أنّها قد اشترطت ثلاثة شروط من أجل إمكانية المطالبة بفسخ العقد تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون العقد محل الفسخ ملزماً للجانبين:

إنّ الفسخ يرد على العقود الملزمة لجانبين مثلما هو الحال بالنسبة للعقد الطبي باعتباره عقداً يرتب التزامات على عاتق الطبيب المعالج، وأخرى على عاتق المريض المتعاقد معه¹، وهذا ما يعطي الحق لكلاهما وخاصة المريض في فسخ هذا العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر ببعض الالتزامات الملقاة على عاتقه، أو كلها.

¹ عامر نجيم، المرجع السابق، ص 119.

2- عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته التعاقدية:

إذا كان العقد الطبي عقداً ملزماً للجانبين، أي أنه يترتب التزامات متقابلة، يتحمل الجزء الأكبر منها الطبيب والجزء الباقي يقع على عاتق المريض، فإنه يشترط من أجل المطالبة بفسخه أن يكون أحد المتعاقدين سواء المريض أو الطبيب قد أخلّ بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أي أنه امتنع عن تنفيذ هاته الالتزامات.

على هذا الأساس فإنه يحق للمريض فسخ العقد الطبي متى امتنع الطبيب عن تنفيذ بعض الالتزامات الملقاة على عاتقه أو كلها.

كما يجوز للطبيب كذلك فسخ هذا العقد في حالة إخلال المريض المتعاقد معه بالتزاماته التعاقدية شرط ألا يتركه في وضعية خطيرة تتطلب التدخل الطبي العاجل، بل هو ملزم بضمان مواصلة علاج هذا المريض من طرف طبيب آخر إذا أراد فسخ العقد الذي يربط بينهما¹.

مع العلم أنه يصعب فسخ العقد الطبي من الناحية العلمية، وذلك لأن المريض لا يستطيع التخلي عن العمل الطبي الذي يباشره الطبيب المعالج أثناء فحصه أو أثناء التدخل الجراحي عليه.

كما يصعب على هذا الأخير كذلك الامتناع عن علاج أي مريض يتقدم إليه طالبا خدماته الطبية، لأن مهمته ذات طابع إنساني تتمثل في خدمة الفرد وحماية الصحة العامة².

3- أن يكون الدائن طالب الفسخ قد نفذ التزاماته أو أنه مستعداً لتنفيذها:

يشترط كذلك من أجل إمكانية المطالبة بفسخ العقد الطبي أن يكون الطرف طالب هذا الفسخ قد نفذ التزاماته التعاقدية، أو أنه مستعداً لتنفيذها لأنه ليس من المنطق أن يطالب أحد المتعاقدين بفسخ عقد ما بسبب تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو في نفس الوقت مقصراً في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وليس مستعداً لتنفيذها.

بالتالي إذا قام المريض مثلاً بتنفيذ التزاماته أو أعلن استعداده لتنفيذها وامتنع الطبيب المتعاقد معه عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه، فإنه يحق لهذا المريض طلب فسخ العقد الذي يربط بينه وبين الطبيب المعالج الذي أخلّ بتنفيذ هاته الالتزامات.

¹ أنظر نص المادة 50 من م.أ.ط.ج.

² أنظر نص المادة 6 و7 من م.أ.ط.ج.

ثانياً: طرق فسخ العقد الطبي

إنّ فسخ العقد الطبي يتم إمّا عن طريق اللّجوء إلى القضاء وهو ما يسمى بالفسخ القضائي، أو بتفعيل الشرط الفاسخ وهو ما يسمى بالفسخ الاتفاقي.

1- الفسخ القضائي:

يستخلص من نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري أنّ المشرع الجزائري قد سمح للدائن سواء كان المريض أو الطّبيب باللّجوء إلى القضاء من أجل طلب فسخ العقد الطبي متى توافرت شروطه، والمطالبة كذلك بتعويض الأضرار التي لحقت به بسبب هذا الفسخ.

مع العلم أنّه يمكن للقاضي في هاته الحالة أن يحكم بفسخ هذا العقد مع تعويض الطرف المضرور متى توافرت شروط الفسخ، كما يمكنه كذلك أن يمنح أجلاً للمدين حسب الظروف من أجل إعطائه فرصة إضافية لتنفيذ التزاماته.

في حين يجوز للقاضي كذلك رفضه فسخ العقد الطبي إذا تبين له أنّ ما تبقى من التزامات أقل أهمية من الالتزامات التي تمّ تنفيذها¹.

كما أنّ المشرع الجزائري اشترط إعدار المدين قبل المطالبة بفسخ العقد الطبي، أو بالتّعويض سواء بإذاره أو بما يقوم مقام الإنذار وذلك إمّا عن طريق البريد أو عن طريق الاتفاق بين طرفي العقد على أنّ المدين يعتبر معدراً بمجرد حلول أجل الوفاء بالتزاماته دون الحاجة إلى أية إجراء أخر².

2- الفسخ الاتفاقي:

لقد أورد المشرع الجزائري أحكام الفسخ الاتفاقي في نص المادة 120 من القانون المدني الجزائري، حيث سمح للمتعاقدين بموجب هاته المادة بالاتفاق على اعتبار العقد الذي يربط بينهما مفسوخاً إذا لم يوفي أحدهما بالتزاماته التعاقدية.

ومن ثم فإنّه يجوز لطرفي العقد الطبي الاتفاق على اعتبار هذا العقد مفسوخاً في حالة إخلال أحدهما بالالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقه، ولكن هذا الاتفاق لا يمنع من لجوء الدائن إلى القضاء

¹ أنظر الفقرتين الأولى والثانية من نص المادة 119 من ق.م.ج.

² هذا وارد في نصوص المواد 119، 179 و180 من ق.م.ج.

من أجل تقرير الفسخ مع العلم أنّ دور القاضي في هاته الحالة يتمثل إمّا في الحكم بمنح أجل إضافي للمدين من أجل تنفيذ التزاماته، أو في الحكم بفسخ هذا العقد.

في حين قد يتفق المتعاقدين على اعتبار العقد الطّبي الذي يربط بينهما مفسوخا من تلقاء نفسه، ولذلك فإنّ لجوء الدّائن إلى القضاء بالمطالبة بتقرير الفسخ يجعل دور القاضي يقتصر على الحكم بفسخ العقد الطّبي، دون الحكم بتمديد أجل الوفاء بالتزامات المدين التعاقدية.

وقد يزيد المتعاقدان في تشديد الشرط الفاسخ عن طريق الاتفاق على اعتبار العقد الطّبي مفسوخا من تلقاء نفسه دون اللّجوء إلى القضاء، وهذا ما يجعله يفسخ دون الحاجة إلى اعدار المدين، ودون الحاجة كذلك إلى حكم قضائي.

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه هو أنّ الفسخ الاتفاقي لا يعفي الدّائن من اعدار المدين، كما أنّ الحكم المقرر للفسخ الاتفاقي يعد حكما كاشفا لهذا الفسخ وليس منشأ له، لأنّ الفسخ في هاته الحالة ترتب على اتفاق المتعاقدين وليس على حكم القاضي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّه إذا كان الفسخ يسري بأثر رجعي، أي أنّ العقد المفسوخ يعد كأنّه لم يكن، فإنّه يجب على كل متعاقد أن يرد ما تلقاه من المتعاقد الآخر، إلا أنّ هذا يصعب تطبيقه على العقد الطّبي الذي يستحيل تطبيق قاعدة الاسترداد العيني أثناء فسخه، وهذا ما يفرض على القاضي الحكم بالتعويض جبراً للضرر اللاحق بالطرف المتضرر من جراء فسخ هذا العقد¹.

الفرع الثالث: انفساخ العقد الطّبي

يقصد بالانفساخ انحلال العقد دون الحاجة إلى الاتفاق على فسخه، ودون الحاجة كذلك إلى حكم قضائي لتقريره.

غير أنّه يشترط من أجل انفساخ العقد بقوة القانون تحقق الشرطين التاليين:

أولاً: أن يكون العقد محل الانفساخ عقدا ملزما للجانبين

يشترط من أجل انفساخ العقد أن يكون هذا الأخير من العقود الملزمة لجانبين مثلما هو الأمر بالنسبة للعقد الطبي باعتباره عقدا يرتب التزامات متقابلة يتحمل القسط الأوفر منها الطبيب، والقسط المتبقي يقع على عاتق المريض.

¹ أنظر نص المادة 122 من ق.م.ج.

بالتالي فإنّه متى استحال على أحد طرفي هذا العقد سواء كان المريض أو الطبيب تنفيذ التزاماته التعاقدية، انفسخ هذا الأخير بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي لتقرير ذلك.

ثانياً: استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية

إنّ استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية قد تكون استحالة كلية أو جزئية، وتحقق الاستحالة الكلية في حالة عجز الطبيب المعالج عن تنفيذ التزاماته التعاقدية عجزاً كلياً بسبب قوة القاهرة، أو حادث فجائي فهذا الأخير قد يصاب بحادث ما، أو مرض يشل حركته ويمنعه من مواصلة علاجه للمريض المتعاقد معه، ومن ثم يستحيل عليه تنفيذ التزاماته اتجاه مريضه وأهمها بذل العناية الكافية من أجل علاج هذا الأخير.

بالتالي فإنّ العقد الطبي ينحل بقوة القانون متى استحال على الطبيب تنفيذ التزاماته التعاقدية استحالة كلية بفعل سبب أجنبي لا يد له فيه¹، دون إلزام هذا الأخير بتعويض المريض على أي ضرر لحق به بسبب عدم قدرة المريض على الوفاء بالتزامه بعلاج هذا المريض.

كما يعفى هذا الأخير بدوره من أتعاب الطبيب المعالج المتفق عليها، لأنّه متى استحال على المدين تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد من العقود الملزمة لجانبين فإنّه هو من يتحمل تبعه هاته الاستحالة.

أمّا فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية التي تتحقق متى قام المدين بتنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية واستحال عليه تنفيذ باقي الالتزامات الملقاة على عاتقه مثل الطبيب الذي يسافر إلى بلد ما بغرض المشاركة في دورات تكوينية ضرورية، أو تلقي العلاج من مرض أصابه، حيث يستحيل عليه تنفيذ التزاماته التعاقدية اتجاه مرضاه خلال تلك الفترة أي فترة سفره، فإنّ العقد الطبي ينفسخ بقوة القانون في هاته الحالة بالنسبة للجزء المتبقي من الالتزامات الذي استحال على الطبيب تنفيذه بسبب القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي، مع إلزام المريض بدفع مقابل الالتزامات التي تم الوفاء بها.

هذا بالنسبة لشروط الفسخ بقوة القانون، أمّا بالنسبة لآثاره فإنّها تسري بأثر فوري، أي أنّها تمتد إلى الفترة التي تلي الاستحالة، وذلك لأنّه لا يمكن إرجاع طرفي العقد الطبي إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، لأنّ هذا العقد هو عقد من العقود المستمرة التنفيذ التي لا يمكن أن يسري عليها الفسخ بأثر رجعي.

¹ أنظر نص المادة 121 من ق.م.ج.

مع العلم أنّ الانفساخ يقع ويرتب آثاره دون الحاجة إلى حكم من القضاء إلا إذا وقع اختلاف بين طرفي العقد محل الفسخ بقوة القانون حول صحة الاستحالة، أو حول وجود السبب الأجنبي الذي أعاق تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية من عدمه، حيث يقتصر دور القاضي في هاته الحالة على التأكد من تحقق شروط الانفساخ وبالتالي الإقرار به أو عدم تحققها ومن ثم اعتبار العقد قائماً بين المتعاقدين كما لا يحتاج كذلك إلى إعدار المدين، وذلك لأنّ تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته أصبح أمراً مستحيلاً.

المطلب الثاني: المسؤولية المترتبة على العقد الطبي

تعرف المسؤولية لغة بأنها حالة أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال: إنّه بريء من مسؤولية كذا، وتعرف المسؤولية بوجه عام بأنها حالة الشخص الذي ارتكب أمراً يستوجب المؤاخذة وتحمل التبعية وقد تكون أدبية أو قانونية، وتنقسم هذه الأخيرة إلى مسؤولية جزائية ومدنية، وهذه الأخيرة بدورها تنقسم إلى عقدية وتقديرية¹.

والمسؤولية المدنية تثير الجدل بمناسبة ارتكاب الأطباء لأخطاء فنية مثل حالة وصفهم للعلاج، والخطأ أثناء القيام بذلك، ممّا أدى إلى فتح جدل ونقاش كبير حول الطبيعة القانونية للأطباء. من ناحية أخرى يتعين تحديد أركان المسؤولية العقدية مع بيان عنصري التعويض والتأمين من المسؤولية.

الفرع الأول: التكيف القانوني للمسؤولية الطبية

يعتبر تحديد التكيف القانوني للمسؤولية الطبية من المسائل التي يكتنفها الغموض وتحتاج إلى توضيح، بحيث يتم بيان المعايير أو الوسائل التي من خلالها يمكن إضفاء الوصف القانوني المناسب على مسؤولية الطبيب أو غيره ممن يمارس النشاط الطبي وتحديد نوع المسؤولية عقدية أم تقديرية، فقد تكون المسؤولية تقديرية أساسها الإخلال بواجب قانوني، أو عقدية أساسها الإخلال بالتزام عقدي².

أولاً: المسؤولية الطبية ذات نشأة تقديرية

انقسم الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب، فمن قائل إنّه مسؤولية عقدية إلى قائل إنّه مسؤولية تقديرية، وذهب جانب إلى القول إنّ المسؤولية العقدية والمسؤولية التقديرية

¹ سلخ محمد لمين، المرجع السابق، ص 47.

² جربوعة منيرة، الالتزامات الحديثة في العمل الطبي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1،

2015-2016، ص 18.

المرتتبة على أخطأ الطَّبيب الفنية ذات طبيعة واحدة، إذ لا يعد في كليهما إلا نوعًا من التقصير، ولا فرق بين الالتزام القانوني والالتزام العقدي، لأنَّ العقد يقوم مقام القانون بين المتعاقدين، وسائر القضاء هذا الاختلاف، واعتبر مسؤولية الطَّبيب تقصيرية تقوم على الإخلال بواجب قانوني عام، وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير انطلاقًا من نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي¹.

لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنَّ الأخطاء المرتكبة من الطبيب أثناء ممارسته للعمل الطَّبي وسبب أضرارًا للمريض، فإنَّ مسؤوليته المدنية المترتبة على ذلك تكون مسؤولية تقصيرية ومبررهم في ذلك هو أنَّ مدى التزام الطَّبيب هو التزام ببذل عناية، لهذا يجب أن يخضع لأحكام هذه المسؤولية، ولذا فإنَّ هذا الاتجاه يعارض الغالبية من الفقه الفرنسي القائل بقيام مسؤولية الطَّبيب العقدية، وكذا يعارض قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر في 1936، والذي طبقت فيه عن خطأ الطَّبيب المسؤولية العقدية².

أمَّا الفقه العربي فيرى جانب منه أنَّ قيام مسؤولية الطَّبيب المدنية هي تقصيرية على اعتبار أنَّ طبيعة العمل الطبي تستند أصولها من القواعد القانونية، بالتزام الطبيب في وصف العلاج للمريض بمبدأ الحيطة والحذر أثناء أدائه لعمله الطَّبي، وأي إخلال بهذا الالتزام يستوجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، كما يرى البعض الآخر أنَّ الحالة التي يكون فيها التزام الأصلي الناشئ عن العقد التزاما عاما يفرضه القانون على كل شخص، كحال الطَّبيب فإنه مطالب بالتزامين أحدهما عام يفرضه القانون ويوجب على كل شخص بذل العناية والحيطة في السلوك تجاه الآخرين، والآخر مصدره العقد له نفس المضمون. وأنَّ العقد وإن كان لم يضيف الشيء الجديد لأنَّ القانون سبق أن عالج نفس المسألة وأنَّ القانون بالأصل أنشأ التزامًا بعدم الإضرار بالغير، فمن الصَّواب اعتبار المسؤولية عنه مسؤولية تقصيرية، وقد استند أنصار هذا الاتجاه بحجج لدعم رأيهم:

¹ تقابلها المادة 124 من ق.م.ج.

² حيث يرى هذا الاتجاه بأنَّه يجب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على الأخطاء الطَّبية رغم وجود علاقة عقدية بين الطَّبيب والمريض، كما يرى أنَّ التزام المريض بموجب هذا العقد هو دفع الأجر المستحق للطَّبيب فقط وليس من أثر يقابل هذا الالتزام يلتزم فيه الطَّبيب إزاء المريض، كما يرى أنَّ ما جاءت به محكمة النقض في 1936، جاء تجنبًا لتطبيق المادة 638 من قانون العقوبات الفرنسي الخاصة بالتقادم الثلاثي، حيث هدفت إلى الحكم فقط بإخضاع الدعوى المدنية للتقادم الطويل، فالفاعل الواقع من الطَّبيب فعل واحد مكون لجريمة ذات مسؤولية جنائية ومدنية في آن واحد.

- في حالة مريض مصاب بحادث مفاجئ، يكون فيها هذا الأخير فاقداً للوعي أو عاجزاً عن الإفصاح عن إرادته، وبغياب من يمثله قانوناً و بالتالي هي ليست علاقة عقدية.

- الطّابع الفني لعمل الطّبيب واستحالة احتواء العقد لها، فالقاعدة بأنّ الطّبيب عند مباشرته وصف العلاج للمريض، يخضع للضمير المهني والأصول العلمية المتفق عليها في الطبّ، وهي أمور لا يمكن احتوائها في العقد لخروجها عن دائرته بدليل أنّ دعوى مسائلة الطّبيب عند طرحها على القضاء توجب الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء دون حاجة للبحث عن وجود عقد ومضمونه.

- إنّ القانون المدني حدّد السلوك الإيجابي والسلوك السّلبى، فجعل الطّبيب في حالة واجب دائم، وهذا الواجب إمّا أن يكون واجبا عاما وإمّا أن يكون واجبا خاصاً، يلتزم به أشخاص محدودون تجاه الآخرين، والواجب الخاص محدد الوقت والغرض، وهذا يجعل خروج الطّبيب عن هذا النّظام القانوني بفعله غير المشروع يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية.

- التزامات الطّبيب مصدرها القانون لا العقد، ولها ارتباط بالنّظام العام.

- كل جريمة ينشأ ضرر عنها يرتب مسؤولية تقصيرية.

- إنّ حياة الإنسان ليست محلاً للتعاقد.

أمّا بخصوص موقف القضاء إزاء الطّابع التقصيري لمسؤولية الطّبيب فيمثل كالاتي:

بالنسبة للقضاء الجزائري فقد تبني الرأي الفقهي القائل بوجود اتفاق بين الطّبيب والمريض يكون

الطّبيب مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الأضرار التي يلحقها بخطئه للمريض والناجمة عن عقد العلاج¹.

تظهر العلاقة العقدية بين الطّبيب والمريض حتى في إطار الخدمات الطّبية المقدمة للمؤمن لهم

اجتماعياً وذوي حقوقهم في إطار الاتفاقيات النّمودجية بين هيئة الضمان الاجتماعي والطّبيب العام

الممارس الخاص²، للاستفادة من نظم الدفع من قبل الغير في مجال الخدمات الطّبية، حيث لا يرتبط

الطّبيب المتعاقد مع هيئة الضمان الاجتماعي بالمريض المؤمن له اجتماعياً أو ذوي حقوقه إلا بناءً على

اختيار المريض وموافقة الطّبيب على تقديم الخدمات الطّبية³.

¹ صويلح بوجمعة، المسؤولية الطّبية المدنية، المجلة القضائية، العدد 1، 2001، ص 72.

² المرسوم التنفيذي رقم 09-116 المؤرخ في 07 أبريل 2009، المحدد للاتفاقيات النّمودجية المبرمة بين هيئات الضمان

الاجتماعي و الأطباء، ج. ر عدد 23 الصادرة بتاريخ 19 أبريل 2009، ص 03.

³ المادة 5 من نفس المرسوم.

لكن إذا انتقلت العلاقة بين الطبيب والمريض، فإنّ مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يلحقها بالمريض تكون مسؤولية تقصيرية وفق أحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنّ: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

أمّا بالنسبة لموقف القضاء الفرنسي فقد بقي مدّة طويلة متقفا على تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية (المادة 1382) وما بعدها من القانون الفرنسي، على المسؤولية المهنية للأطباء خاصة بحجة وجود التزام مهني لا ينشأ عن الاتفاق مع العميل فجهل هذه الالتزامات من غير المهنيين، وهذا ما ينطبق في علاقة الطبيب بالمريض، وتم افتراض أنّ هذه الالتزامات لا تعد تعاقدية بأي شكل من الأشكال فهي تعد من الالتزامات القانونية وليس العقدية.

وقد قرّرت محكمة النقض الفرنسية في عام 1830 أنّ مسؤولية الطبيب تقصيرية إثر خطأ طبي ناتج عن إهمال من قبل الطبيب، أدى إلى بتر ذراع المريض فسئل الطبيب على أساس المادة 1482 من القانون المدني الفرنسي، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية موقفها في عام 1862 بخضوع الطبيب للقواعد العامة للمسؤولية، وأقرت كذلك في 1913 نفس المبدأ في حالة الطبيب تسبب في وفاة المريض نتيجة خطأ مطبعي في تحديد عدد الجرعات في الوصفة الطبية وكذلك حالة تقرير استشفاء مجاملة للمريض.

ثانيا: الطّابع العقدي للمسؤولية الطّبية

تتحقق المسؤولية العقدية إذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي أو نفذه بشكل معيب أدى إلى إلحاق الضرر بالدائن، فالمسؤولية العقدية تعرف بأنها جزاء العقد، وتقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات.

لقد عني القضاء اعتناء واضحا للخروج بالمسؤولية الطبية في الثلث الأول من القرن العشرين عن حكم القواعد العامة وعدم الاكتفاء بقواعد المسؤولية التقصيرية للأطباء التي كانت سائدة لفترة غير قصيرة من الزمن حتى أن أشد المتحمسين لنظرية المسؤولية التقصيرية أقرّ بصحة مسؤولية الأطباء العقدية¹.

أمّا بخصوص موقف الفقه من تبني المسؤولية الطبية العقدية، فقد استند على مجموعة من الحجج للقول بالمسؤولية العقدية للطبيب وهي:

¹ جربوعة منيرة، المرجع السابق، ص 27.

- ثمة التزامات متبادلة ينشئها العقد الطبي، بحيث يلتزم الطبيب بفحص وعلاج المريض ويلتزم هذا الأخير بدفع أتعاب الطبيب فهو بذلك التزم ببذل عناية وفقا لأصول مهنته.

- إن تقرير العلاج بعد فحص المريض أمر من الأمور الفنية، لا يشترط معرفة المريض بها.

- إن النظام العام لا يمنع من مساءلة الطبيب طبقا لقواعد المسؤولية العقدية، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أنّ مسؤولية الأطباء تكون في أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا تقصيرية، كونهم في أغلب الأحيان يرتبطون بعقود مع عملائهم في تقديم خدمات فنية.

أما بالنسبة لموقف القضاء فقد تعرض القضاء الفرنسي إلى تحديد الطبيعة المدنية لمسؤولية الطبيب عن أخطائه قديماً فقرر عام 1839 أنّ العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة تعاقدية وأنّ التزام المريض بدفع الأجر للطبيب يعدّ تعاقدياً.

إلا أنه عدل عن ذلك لمدة قرن من الزمن وبقي يطبق قواعد المسؤولية التقصيرية في مجال المنازعات الطبية، وهذا ما بيّن مساوئ هذا الطابع التقصيري بالنظر للصعوبات التي يواجهها المريض، تحت هذا

الضغط تبنى القضاء الفرنسي موقف الفقه المنادي تحت قيادة Josserand بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية على علاقة الطبيب بالمريض، وصدر القرار الشهير في 20 ماي 1936 في قضية Mercier والذي قرّر أنه: "ينشأ بين الطبيب والمريض عقد حقيقي، وإن كان العقد يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر والمتقن مع المعطيات المكتسبة، وأنّ خرق هذا الالتزام ولو بطريقة غير عمدية يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية"¹. وتتخلص وقائع قضية هذا القرار في أن السيدة مارسويه كانت تشكو من حساسية في الأنف، إثر ذلك قامت بمراجعة أحد الأطباء المختصين بالأشعة فقدم لها علاجاً بأشعة في الأنف (Rayons x) وهذه الوقائع كانت سنة 1925 وأدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة، إثر ذلك قام زوجها برفع دعوى نيابة عنها عام 1929 أي بعد مرور أكثر من ثلاث سنوات على انتهاء العلاج مطالباً الطبيب بالتعويض عن الضرر الذي لحق زوجته، فاضطرت محكمة النقض الفرنسية إلى تكييف

¹ « Attendu qu'il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques ainsi que parait l'énoncer le moyen de pourvoi, mais consciencieux, attentifs, et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ; que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle ».

المسؤولية الطبية خصوصا بالنظر لتقادم الدعوى، فإنّ كيفت على أساس المسؤولية التقصيرية، تتقادم دعوى التعويض فيها في مدّة ثلاث سنوات، وإن أعطي لها تكييف عقدي، فيخضع التقادم بشأنها للتقادم المقدر بثلاثين سنة كما تقضي به قواعد المسؤولية العقدية، وكان من نتائج ذلك قبول دعوى تعويض مع رد الدّفع المتعلق بالتقادم بأنّه طبقا للمادة 638 من أصول المحاكمات الجزائية لا ينطبق على هذه الدعوى لأنّها ليست سوى مسؤولية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطّبيب المدعى عليه وبين مريضه (السيدة مارسية) يلتزم بموجبه ببذل عناية دقيقة ومستقرة ومعينة، بل وتتقادم بمرور ثلاثين عاما طبقا لأحكام المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي، وبالنتيجة قبول دعوى التعويض في قضية مارسية بعد مرور ثلاث سنوات من حدوث الخطأ الطّبي معتبرة أنّ المسؤولية الطّبية من طبيعة عقدية.

لقد خلص رجال القضاء في حكمهم هذا إلى أنّ عقداً حقيقياً يتكون بين الطّبيب ومريضه لا يلتزم فيه الطّبيب بشفاء المريض حتماً، إنّما يلتزم بأن يبذل جهوداً صادقة ومخلصة، مصدرها الضمير ومؤداها اليقظة والانتباه وهذه الجهود يقتضي أن تكون متطابقة في غير الأحوال الاستثنائية مع الأصول العلمية الثابتة، كما اضطرت محكمة آكس (Aix) الفرنسية إلى التّحقيق في تكييف طبيعة المسؤولية الطّبية لما كان يجب أن ترتبه على هذا التّكييف من نتيجة عملية هي قبول دعوى التعويض بعد انقضاء ثلاث سنوات التي دفع بها الطّبيب أو رفضها.

وهي الأصول المتفق عليها بين أهل العلم التي لا يجوز التّسامح في تجاوزها أو استبعادها وعدم الأخذ بها ممن ينسب إلى هذه المهنة، وهي مهنة الطّب، وهذا لا يعني أنّ الطّبيب لا يمكن الاجتهاد والاستقلال في رأيه شريطة عدم جهله بأصول علم الطّب.

بعد صدور هذا القرار أصبحت تعترف معظم التّشريعات بما فيها التّشريع الجزائري بمسؤولية الطّبيب العقدية ويتواجد عقد بين المريض والطّبيب.

بالتالي فإنّ المسؤولية التقصيرية المترتبة على عمل الطّبيب هي الجزاء الناتج عن إخلال هذا الأخير بالتزام قانوني، وهو التزام يفرض عدم الإضرار بالآخرين، ويعبر عادة عن هذا الإخلال بالخطأ غير المشروع، ومعياره جنوح المرء في سلوكه وتصرفاته عن التبصر، وعن بذل عناية الرجل الحريص.

أمّا المسؤولية العقدية المترتبة على عمل الطّبيب، فهي الجزاء الناتج عن إخلال هذا الأخير بالتزام عقدي¹ ويحدد نطاقها بتوافر الشروط التالية:

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 171.

- وجود عقد صحيح.
- إخلال الطبيب بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد.
- إصابة المريض بضرر.
- توافر رابطة السببية بين الضرر وإخلال الطبيب بالتزاماته العقدية.

الفرع الثاني: أركان المسؤولية المترتبة على العقد الطبي

تتمثل أركان المسؤولية الطبية في الخطأ الطبي، والضرر والعلاقة السببية بينهما.

أولاً: الخطأ الطبي

1- تعريف الخطأ الطبي:

يعرف الخطأ الطبي بأنه عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، أو هو كل تقصير في مسلك الطبيب، وحيث أن الالتزام هو بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية الثابتة والتي تتفق مع الظروف القائمة بهدف شفاء المريض وتسمى حالته الصحية، وكل إخلال بهذا الالتزام يشكل خطأ طبياً يثير مسؤولية الطبيب، وكذلك يسأل الطبيب الذي يقوم بالمعالجة عن تقصير من جانبه، إذا كان ذلك لا يقع من طبيب وسط في نفس مستواه المهني، وفي نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول¹.

وقد عرفه الأستاذ أسعد عبيد الجميلي على أنه: "تقصير في مسلك الطبيب، لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول"².

كما عرفته الأستاذة رجاء ناجي مكاوي بأنه: "السلوك غير السوي الذي لا يأتيه الطبيب الحاذق الذي يوجد في نفس الظروف التي وجد فيها الطبيب مرتكب الفعل الضار".

لكن هل كل خطأ يأتيه الطبيب يكون سبباً لنهوض مسؤوليته؟

يقول الأستاذ سافاتي إن الإجابة على هذا السؤال تتوقف على المعنى الذي نعطيه لكلمة الخطأ. وللإجابة على هذا التساؤل أهمية خاصة في هذا المجال، حيث يوجد في القضاء الفرنسي تياران متعارضان، يرى التيار الأول أن الطبيب لا يسأل إلا عن الخطأ الجسيم أو الخطير أو الفاحش أو الخطأ غير المقبول أو غير المغتفر.

¹ سلخ محمد لمين، المرجع السابق، ص 141.

² المصطفى الغشام الشعيبي، المرجع السابق، ص 118.

أمّا التيار القضائي الثاني فإنّه يرى أنّ الطّبيب يكون مسؤولاً عن خطئه مهما كانت درجته، ويترتب على ذلك أنّ الطبيب يسأل حتى عن الخطأ اليسير أو التافه.

2- معيار الخطأ الطّبي:

يلتزم الطّبيب ببذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق والظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة بهدف شفاء المريض وتحسن حالته الصّحية، وأنّ الإخلال بمثل هذا الالتزام يشكل خطأ طبيياً يثير مسؤولية الطّبيب، ولكن ما هو معيار هذا الإخلال؟

أ. المعيار الشخصي:

يقصد بالمعيار الشخصي أو الواقعي، إلزام الطّبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر، بحيث إذا ظهر أنّه كان يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه، وكان ضميره يؤنبه على ما اقتصره من أعمال اعتبر مخطئاً، وعلى العكس من ذلك إن كان الطّبيب لا يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه بعد قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر اعتبر أنّه غير مخطئ، وهذا ما دفع بعض الفقه ومعه بعض القضاء، الأخذ بهذا المعيار الذي يأخذ في الحسبان أن تكون للطبيب القدرة على دفع الضرر، وأن يتناسب ذلك مع مؤهلاته الطبية والثقافية والوسائل الموضوعية تحت تصرفه، إذ لا يمكن أن يكون ملزم بأكثر من طاقته وبشيء لا يمكنه أن يتحمّله¹.

بناء على ما تقدم فإنّ الوصول إلى الحقيقة وفقاً لهذا المعيار تستلزم لا محالة مراقبة تحركات الطبيب وتبين تصرفاته، وهو شيء يصعب على القضاء ولا يمكنه الوقوف عليه، وبالإضافة إلى ذلك فإنّ التقدير الشّخصي من شأنه أن يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحثة، بحيث يمكن إسناد الخطأ إلى طبيب، في حين لا يمكن إسناده إلى آخر بالرغم من أنّ كلا الطّبيين قد سلكا نفس المسلك وقاما بنفس التصرفات وكانا في نفس الظروف، حتى إن الطبيب الذي يرتكب نفس الفعل يكون مسؤولاً عن فعله، لأنّه اعتاد اليقظة والتبصر، وبالتالي يحاسب على أقل هفوة في حين أن الطبيب الذي اعتاد التقصير إذا ارتكب ذات الفعل، فإنّه يكافأ بعدم محاسبته، وعدم مساءلته لأنّه اعتاد التقصير، إلا إذا بلغ سلوكه درجة معينة من الإهمال والتسبب².

¹ داودي خالد، الخطأ الطبي، دار الاعصار العلمي للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2018، ص 44.

² فاطمة الزهراء منار، مسؤولية طبيب التخدير المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،

الطبعة الأولى، 2012، ص 215.

مما دفعنا إلى الولوج في طريقة التقدير المجرد أو الموضوعي، فقد استقر الرأي لدى الفقه والقضاء على أنّ المعيار العام للخطأ هو المعيار الموضوعي وليس المعيار الشخصي.

ب. المعيار الموضوعي:

قوامه الشخصي العادي الوسط، بحيث ينظر إلى السلوك المألوف لهذا الشخص العادي ونقيس عليه سلوك الشخص المخطئ مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإذا انحرف سلوكه عن سلوك الرجل العادي عد مرتكباً للخطأ حتى ينتظر من الطبيب أكثر مما ينتظر من شخص آخر، فعليه أن يبذل في عمله جهوداً صادقة ويقظة في معالجته لمريضه، ويتم مقارنته بالطبيب الوسط من نفس التخصص.

أي أنّ المعيار العام في قياس الخطأ هو معيار موضوعي يبني على السلوك المألوف من الشخص العادي، أو يقاس سلوك مرتكب الفعل الضار بهذا السلوك مع مراعاة الظروف الخارجية التي أحاطت به، فإذا انحرف عن سلوك الرجل العادي، فإنّ هذا يعد خطأ، فخطأ الطبيب يقاس على ضوء سلوك الطبيب الوسط من نفس مستواه وظروفه.

فالمعيار العلمي الذي يمكن اعتماده لقياس مسلك الطبيب، هو معيار سلوك الطبيب المعترف من أوساط الأطباء كفاءة وتبصراً ودقة، في نفس فنته ونفس اختصاصه ومن نفس مستواه الفني المهني، والذي يبذل في معالجة مريضه العناية اللازمة ويراعى فيها الأصول الطبية المستقرة، وخروج الطبيب عن تلك الموجبات يشكل خطأ طبياً يسأل عنه¹.

والمعيار الموضوعي ليس مطلقاً، فالقاضي وهو في سبيل تقدير خطأ الطبيب يقيس سلوكه على سلوك طبيب آخر من نفس مستواه وتخصصه، وقد أخذ المشرع الجزائري بالمعيار الموضوعي من خلال نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري، والقضاء لا يأخذ بالمعيار الذاتي الذي يكون المرجع فيه نفس الشخص الذي صدر عنه الانحراف، لأنّ ذلك يؤدي إلى أن يكون الفعل خطأ بالنسبة لشخص معين دون أن يكون كذلك بالنسبة لشخص آخر.

يتضح ممّا سبق أنّ معيار الخطأ الذي يستقر عليه القضاء في تحديد مسؤولية الطبيب يرتكز على ثلاثة أسس تتمثل فيما يلي:

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 173.

الأساس الأول: تقدير سلوك الطبيب على ضوء سلوك طبيب آخر من نفس المستوى ذلك أن معيار خطأ أخصائي يختلف عن معيار الطبيب العام.

الأساس الثاني: هو الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل الطبي، ذلك أنها تعتبر المقياس الحقيقي الذي يمكن أن نهتدي إليه لمعرفة مدى خطأ الطبيب وعلى هذا الأساس فإنه تعتبر من الظروف الخارجية خطورة المرض وما يتطلبه من سرعة الإسعاف¹، وكذلك تعتبر من الظروف الخارجية تلك الأحوال الاستثنائية التي تحيط بالطبيب عند قياسه بعمله الطبي، فيباح له مثلاً في حالة الاستعجال ما لا يباح في الأحوال العادية، حيث يمكنه في حالة الاستعجال التدخل من دون إذن المريض، وذلك عكس الأحوال العادية.

الأساس الثالث: مدى اتفاق العمل الطبي مع تقاليد المهنة والأصول العلمية المستقرة.

3- صور الخطأ الطبي:

يمكن أن نجد الخطأ الطبي في عدّة صور، فقد يكون خطأ طبيياً في العلاج، كما قد يكون ناجماً عن إخلال من خلال العمليات الجراحية وقد نجده في صور أخرى.

أ. الخطأ الطبي في العلاج:

إنّ حالات الخطأ الطبي في العلاج مختلفة وهي كالاتي:

- تخلف رضا المريض:

ينبغي أن يصدر الرضا من المريض نفسه طالما أنّه في حالة تسمح له بذلك.

أمّا إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن رضاه خاصة في حالات الضرورة القصوى، كحالة الإسعافات المستعجلة، والتي لا يتمكن فيها الطبيب من أخذ موافقة المريض أو التعاقد معه ولم يتمكن من الاتصال بذويه، فإنّ الواجب الطبي والإنساني يقتضي على الطبيب أن يسارع لإسعاف المريض دون الانتظار للحصول على موافقته².

- رفض علاج المريض:

¹ المصطفى الغشام الشعيبي، المرجع السابق، ص 123.

² هذا ما تضمنته الفقرة 1 من المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

إذا كان المعروف عليه أنه لا يوجد نص يلزم الطبيب بتقديم العلاج للمرضى الذين يطلبونه وإنّ الطبيب لا يعد مخطئاً إلا إذا أخذ بواجب يفرضه عليه نص قانوني أو اتفاق، فلقد أصبح هذا المفهوم في الآونة الأخيرة نسبي بعض الشيء إذ تقلصت هذه الحرية المطلقة للطبيب نوعاً ما.

فرغم تسليمنا بحرية الطبيب في مزاولته مهنته، إلا أنه يجب عليه أن يستعملها في حدود الغرض الاجتماعي، كون له واجب إنساني وأدبي تجاه المرضى والمجتمع، وواجب تفرضه أصول ومقتضيات مهنته¹ وأصبح قانون العقوبات يدرج مثل هذه التصرفات من قبيل الأفعال المعاقب عليها وهو ما يسمى بجريمة عدم تقديم يد المساعدة لشخص في حالة خطر².

- رفض المريض للعلاج:

إنّ الطبيب من واجبه التدخل لعلاج المريض في حالة حصوله على رضا هذا الأخير، لكن في حالة رفض المريض للعلاج، فما هي مسؤولية الطبيب؟ من المقرر أنّ الطبيب يعفى من المسؤولية إذا رفض صاحب الأهلية الكاملة أو الرضا الصحيح التدخل الطبي³.

فالتبيب من واجبه التخفيض من معاناة المريض وعلاجه، وحتى ينفي على نفسه المسؤولية من جراء رفض المريض للعلاج، أن يقدم هذا الأخير تصريحاً كتابياً، وهو ما تضمنه المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري⁴.

- الخطأ في التشخيص:

تعتمد المحاكم في تقرير الخطأ في التشخيص على معايير منها:

- الأخذ بعين الاعتبار المعارف العلمية والمهنية للطبيب.
- الأخذ بعين الاعتبار الوسائل اللازم توافرها عند الطبيب.
- الأخذ بعين الاعتبار اختصاصات الطبيب.

وبذلك فإنّ مدى مسؤولية الطبيب في الأخطاء المرتكبة أثناء التشخيص تكون كالاتي:

¹ هذا ما ورد في نص المادتين 6 و7 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

² أنظر المادة 182 من ق.ع.ج.

³ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 177.

⁴ تنص المادة 49 من م.أ.ط.ج: "يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحاً كتابياً في هذا الشأن".

الأخطاء التي لا يسأل عنها الطبيب أثناء التشخيص:

- لا يسأل الطبيب إذا تعلق التشخيص بحالة من الحالات التي كثيرا ما يقع بشأنها الأخطاء كصعوبة اكتشاف مرض السل في بدايته في الوقت الذي يكون فيه المصاب في صحة، فيحوم الشك حول إصابته، فالأعراض المرضية قد تتشابه وتختلط لدرجة أنها تختفي فيها حقيقة المرض على أكثر الأطباء خبرة ودراية¹.

- لا يسأل الطبيب عن خطئه في التشخيص في الحالات التي لا تساعد فيها الأعراض الظاهرة للمريض عن كشف حقيقة الحالة، كوجود التهابات يصعب معها تبني طبيعة الجرح أو مصدره.

- كما يسأل الطبيب أيضا إذا كان الخطأ راجعا أيضا لترجيح الطبيب لرأي علمي على آخر، أو لطريقة في التشخيص على طريقة أخرى، طالما أننا بصدد حالة لا زالت أمام البحث والتطور العلمي.

- ولا يسأل أيضا الطبيب إذا شخص حالة استثنائية ولم يستطع استشارة طبيب آخر نظرا لحالة الضرورة والاستعجال، أما إذا لم يتوفر ظرف الاستعجال أو الضرورة فإنه يعتبر مسؤولا عن خطئه لعدم استعانته بآراء زملائه.

وتنتفي مسؤولية الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى إعطاء المريض معلومات خاطئة، وهو ما تضمنته أحكام المادة 177 من القانون المدني، إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه.

الأخطاء التي يسأل عنها الطبيب أثناء التشخيص:

- يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص يشكل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطب من قبل الجميع والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية.

- إذا كان الخطأ في التشخيص نتيجة إهمال واضح من قبل الطبيب، لا يتفق مع ما جرى عليه العمل في مثل هذه الحالات، إذ يجب القيام بكثير من التحريات حول الأعراض والحالة العامة، والسوابق المرضية والتأثيرات الوراثية، ولا يجب عليه أن يقوم بعملية تشخيص سطحية وسريعة أو غير كاملة.

- يسأل أيضا الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى استخدام آلات ووسائل مهجورة، وطرق لم يعد معترف بها علميا.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 178.

- ويعتبر أيضا عدم استشارة الطبيب لزملائه الأكثر تخصصا منه، من قبيل الأخطاء التي يسأل عنها خاصة إذا أثارت شكوكه في تشخيص المرض وهو ما نصت عليه المادة 69 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري التي تقتضي ضرورة استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقضي الحاجة لذلك.

- الخطأ الطبي في وصف العلاج:

العلاج هو الدواء أو الطريقة التي يختارها الطبيب، والمناسبة لشفاء المريض والعلاج يأتي بعد عملية التشخيص.

يجب على الطبيب عند كتابته للوصفة الطبية للمريض أن يراعي جانب الحذر والحيطه واليقظة في وصف العلاج، فلا يخطأ في نوع وكمية الدواء المفروض تناوله وكيفية تناوله (حقن أو عن طريق الفم أو غيرها)، أو كتابة وصفة طبية بخط غير واضح، حيث يجب أن تصدر الوصفة الطبية عنه مذيلة بتوقيعه¹، فاختيار العلاج بنوعية ومقدار جرعته وكيفية استخدامه يقتضي من الطبيب منتهى اليقظة والانتباه، فإذا ما أخطأ في تقدير الجرعة أو في نسبة تركيب المادة التي تدخل في الدواء ومات المريض نتيجة لذلك، فإن الطبيب يعد مسؤولا في هذه الحالة نتيجة لخطئه في وصف الدواء.

يعتبر الطبيب مسؤولا إذا أخطأ في تقدير الجرعة التي يحتاجها المريض لدواء ما، وكان الحد والمقدار معلوما ومستقرا عليه في علم الطب والأصول الفنية، وأن الطبيب قد أعطى المريض دواء غير مناسب لحالته لاعتقاده العكس، فيكون تقديره خاطئا وعلى غير مقتضى أصول الفن الطبي، وعلى الرغم مما تقدم ليس هناك معيار محدد، يمكن من خلاله القول إن الطبيب قد أخطأ أثناء وصف العلاج، لذلك ذهبت أحكام القضاء إلى أن الطبيب يعتبر مسؤولا إذا ثبت أن في اختياره العلاج جهلا واضحا بأصول العلم والفن العلمي²، أو أنه يصف دواء للمريض يحتوي على مواد خطيرة، دون أن يبين كيفية تناوله، ولم يتم بفحص المريض للتأكد من قدرته على تحمل العلاج. رغم ذلك فإن الطبيب لا تحجب عنه المسؤولية، حتى وإن نبه المريض أو ذويه أو المسؤول والقائم على رعايته والعناية به إلى مخاطر العلاج وذلك إذا لم تكن حالة المريض تستدعي تعرضه لهذه المخاطر أو لم توجد ضرورة لذلك، حتى ولو رضي المريض بذلك، لأن الطبيب يجب أن لا يقبل تعريض مريضه لعلاج لا تكون فوائده متناسبة مع مخاطره،

¹ أنظر المادة 56 من مدونة أخلاقيات الطب.

² فاطمة الزهراء منار، المرجع السابق، ص 229.

فعلى الطَّبيب عند اختياره العلاج أن يوازن بين أخطار المرض من منطلق أنه كلما كان في العلاج المقصود خطر على حياة المريض، فيتحتم على الطَّبيب استبعاده.

ب. الخطأ الطَّبي من خلال العمليات الجراحية:

ينبغي في هذه الحالة تحديد شروط التدخل الجراحي، مع بيان حالات الخطأ الطَّبي من خل العمليات الجراحية.

فبخصوص شروط التدخل الجراحي تتمثل فيما يلي:

- الترخيص القانوني لمزاولة الجراحة: لا يعني الحصول على شهادة التَّخصّص في الطَّب شرط كاف لمزاولة مهنة الجراحة بل يستوجب معها الحصول على رخصة من وزير الصَّحة لإجازة مباشرة الأعمال الطَّبية و الجراحية.

- رضا المريض: من المتفق عليه فقها وقضاء أنّ رضا المريض بإجراء العملية الجراحية أمر ضروري، فإذا لم يكن هذا الأخير أهلاً لذلك كأن يكون غير راشد أو مجنون أو فاقد الوعي، فمن واجب الطَّبيب أن يأخذ موافقة من يتولاه بالرَّعاية أو من يحضر معه للمستشفى¹.

إنّ المشرع الجزائري لم يخرج عن هذه القاعدة، إذ نص على ضرورة أخذ موافقة المريض قبل إجراء العملية، وهو ما نصت عليه المادة 343 من القانون 18-11.

وهذا الشرط يفقد ضروريته عندما يكون من واجب الجراح إجراء العملية تقاديا لإصابة المريض بضرر لا يمكن معالجته، أو في الحالات الاستعجالية، إذ يرى الفقيه سافاتييه أنّه في مثل هذه الحالات فإنّ السَّلامة البدنية للمريض تغلب رضاه، إضافة لصعوبة استخلاص رضاه في الحالة الاستعجالية، ومهما يكن فإنّ القانون يلزم على الطَّبيب التدخل في حالة الخطر².

أما عن حالات الخطأ الطَّبي من خلال العمليات الجراحية فقد يكون قبل العملية أو أثناءها أو بعدها.

- الخطأ الطَّبي قبل العملية الجراحية: تقتضي المرحلة قبل إجراء العملية الجراحية لكل من الطَّبيب الجراح والطَّبيب المخدر عناية كاملة وهي ما يسمى بالفحوص التَّمهيدية.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 182.

² أنظر المادة 44 من م.أ.ط.ج.

والمقصود بالفحوص التمهيدية هي تلك الفحوص الأولية التي يقوم بها كل من الطبيب الجراح والطبيب المخدر، سواء تلك المتعلقة بفحوص الدم أو المتعلقة بمدى إصابة المريض بمرض آخر. فمن أمثلة الأخطاء التي يمكن أن تتسبب للطبيب الجراح في مثل هذه المرحلة هو عدم قيامه بإجراء الفحوص البيولوجية اللازمة للمريض، أو عدم التأكد من سلامة أعضائه الحيوية كالمعدة والقلب مثلاً.

أما الطبيب المخدر فيعد مخطئاً عند عدم قيامه بالفحوص التمهيدية التي تسمح له بالتأكد من مدى قدرة المريض على استيعاب المادة المخدرة.

- الخطأ الطبي أثناء العملية الجراحية: إنّ الخطأ الطبي المرتكب أثناء العملية الجراحية قد يكون عند القيام بعملية التخدير، كما قد يكون أثناء التدخل الجراحي. بخصوص عملية التخدير فهي بمثابة تعطيل مراكز شعوره، كي تصبح عديمة الإحساس أثناء التدخل الجراحي.

ويكون الطبيب الجراح مخطئاً في هذه المرحلة إذا ما قرر القيام بنفسه بعملية التخدير دون الاستعانة بطبيب مخدر¹.

أما فيما يتعلق بعملية التدخل الجراحي، فعلى الطبيب الجراح أن يلتزم بالحذر ويكون مسؤولاً عن كل إهمال يصدر عنه لا يتماشى واليقظة التي تتطلبها قواعد مهنته. ومن أكثر الحالات التي تكثر فيها الأخطاء هي ترك الأجسام الغريبة داخل جسم المريض كالمقص، القطن أو الحقنة.

- الخطأ الطبي بعد إجراء العملية الجراحية: يمكن أن نقسم هذه المرحلة إلى مرحلتين:
- المرحلة الأولى: الإفاقة: يقع على عاتق الطبيب المخدر القيام بتخدير المريض وكذا ضمان إفاقته بعد عملية التخدير إفاقة تامة، ولتحديد معيار استفاقة المريض، يكتفي التأكد من الإفاقة للمريض في حين ذهب القضاء الفرنسي إلى تحديد مجموعة من ردود فعل المريض للتأكد من استفاقته أو عدم استفاقته وهي:

- عدم تحمل الأنبوبة التي توضع داخل الجهاز التنفسي.
- ظهور حركات البلع.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 185.

- ظهور حركات أعضاء الجسم (كتحريك الأصابع).
- الاستجابة بمجرد لمس البشرة.
- الاستجابة للأوامر الشفوية البسيطة والواضحة (مثلا الاستجابة لأمر فتح العينين).
- المرحلة الثانية: استمرار المراقبة: يسأل الطبيب الجراح إذا ما ارتكب أخطاء كعدم نزع الضمادة بعد إجراء العملية مما يؤدي إلى التهاب الجرح، أو إذا لم يعاين مريضه بعد العملية أو لم يعين شخصا للقيام بذلك.

4- طبيعة الخطأ الطبي للفريق الجراحي:

تضاربت الآراء الفقهية وتشابكت حول طبيعة الخطأ الذي يمكن أن ينسب إلى الفريق الجراحي، فمنهم من يأخذ بفكرة الخطأ الشخصي، ومنهم من يأخذ بفكرة الخطأ الجماعي. أما بخصوص المشرع الجزائري، فلم يقر بتحديد موقفه من قيام أو عدم قيام مسؤولية الأطباء الجراحين أو المخدرين عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء إجراء العمليات الجراحية، وبالتالي يتم تطبيق القواعد العامة التي تقتضي قيام مسؤولية عقدية ونسب الخطأ إلى الطبيب المتعاقد مع المريض بكل حسب عمله وحسب ما نصت عنه بنود العقد المتفق عليه، طبقا لنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

في حالة عدم تحديد مسؤولية كل فرد من أفراد الفريق الجراحي ضمن بنود العقد، هنا يمكن تطبيق أحكام المادة 126 من القانون المدني التي تعتبر كل واحد منهم (الطبيب الجراح والطبيب المخدر) مسؤول بالتضامن وبالتساوي.

فيما يتعلق بخطأ الممرضين والممرضات يتم تطبيق المادة 136 من نفس القانون على أساس تبعيتهم إما للطبيب الجراح أو الطبيب المخدر¹.

5- الخطأ الطبي من خلال جراحة التجميل:

تعرف جراحة التجميل بأنها مجموع العمليات التي تتعلق بالشكل، والتي يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري تؤثر في القيمة الشخصية أو الاجتماعية للفرد. فجراحة التجميل قد تهدف إلى تحسين المظهر وتجديد الشباب وهي ما يسمى بجراحة التجميل التحسينية، وقد تهدف إلى إصلاح التشوهات والعيوب الناجمة عن الحوادث والعيوب والأمراض.

¹ وهو نفس مضمون الفقرة 2 من المادة 73 من م.أ.ط.ج.

الجدير بالذكر أنّ عمليات جراحة التّجميل التي تهدف إلى إصلاح التّشوهات والعيوب الحيوية الناجمة من الحوادث والعيوب والأمراض، فإنّها تخضع للقواعد العامة في تحديد مسؤولية الطّبيب حيث يلتزم ببذل عناية دون تحقيق نتيجة.

أمّا فيما يخص جراحة التّجميل التّحسينية فيبقى الالتزام هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، غير أنّ طابع التشدد يظهر جلياً، وأنّه رغم كل ما تتوخاه عملية التّجميل، يبقى أنّ الطّبيب الجراح لا يمكنه أن يضمن نجاح العملية، لأنّه أمر يكاد أن يكون مستحيلاً، وأنّ جراحة التّجميل يبقى الهدف منها هو التّحسين والجمال.

ثانياً: الضرر الطّبي

يعتبر الضرر الرّكن الثاني للمسؤولية الطّبية كما في أي نوع آخر من أنواع المسؤولية المدنية، بل هو جوهرها وأساسها على أساس أنّه لا يكفي كي تقوم المسؤولية أن يقع الخطأ، بل يجب أن ينشأ عنه ضرر، فحيث لا ضرر لا مسؤولية وحيث لا مسؤولية لا تعويض¹.

1- تعريف الضرر الطّبي:

يعرف الضرر بصفة عامة على أنّه ما يصيب الشّخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة². ولا يخرج عن هذا التعريف، تعريف الضرر الطّبي المتمثل فيما يصيب المريض من جراء الخطأ الطّبي، سواء كان ذلك مساساً بسلامة جسمه من إصابته بخسارة مادية، أو إلحاق بنفسه ومعنوياته آلام معنوية نتيجة ما لحقه من خسارة.

فلا يكفي مجرد حدوث الضرر للتمسك بمسؤولية الطّبيب، فالالتزام العلاجي يعد أساساً التزاماً ببذل عناية، لذا فحتى يعتبر الطّبيب مسؤولاً عن ما أخله من التّزامات لابد من إصابة المريض بضرر حتى نستطيع مساءلته ومطالبته بالتّعويض المادي³.

2- أنواع الضرر الطّبي

يمكن أن يكون الضرر مادياً كما قد يكون أدبياً.

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 223.

² محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة المدنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983، ص 160.

³ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 197.

- الضرر المادي:

يكاد يجمع الفقه على تعريف مشترك للضرر المادي كونه إخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور ذات قيمة مالية¹. وفي المجال الطبي يتمثل الضرر المادي في المساس بجسم المريض أو إصابته أو إضعاف بنيته نتيجة خطأ من الطبيب، يترتب عنه خسارة مالية تتمثل في نفقات العلاج، وفي إضعاف قدرته على الكسب إضعافا كلياً أو جزئياً، ويشترط في هذا الضرر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يتعلق الأمر بالإخلال بحق أو مصلحة مشروعة للمضرور

فقد يصيب الضرر حقاً للمضرور كالاغتداء على حياة الشخص أو الاعتداء على سلامة الجسم، إذا كان من شأنه أن ينال من قدرة الشخص على الكسب أو يكبده نفقة في العلاج².

وقد يصيب الضرر مجرد مصلحة مالية للمضرور، ويشترط في المصلحة التي تمس المضرور أن تكون مشروعة، وإلا فلا يجوز الحكم بالتعويض حيث أنّ المريض لا يستفيد من التعويض الطبي متى بنا الضرر الذي لحقه على مصلحة غير مشروعة.

الشرط الثاني: أن يكون الضرر محققاً

توضيح ذلك أنّ يكون الضرر محقق الوقوع عاجلاً أم أجلاً، بمعنى أن يتأكد وقوعه حتماً وإن تراخت آثاره وتأخرت كلها أو بعضها، كالحروق الناجمة عن تعويض جسم المريض للأشعة، والتي تبدو في أول وهلة هينة خفيفة، سرعان ما يترتب عنها ضرر الجسم في المستقبل.

فالطبيب الذي يحدث بخطئه ضرراً للمريض يقعده عن العمل، كما لو كان يعمل سائقاً أو عون أمن أو غير ذلك وفقد البصر كلياً أو إحدى عينيه، ويثبت من التقارير الطبية أنه لا سبيل لعلاجها، أو أنّ الأمر يتطلب إجراء عملية جراحية بعد مضي ثلاث سنوات منعا للمضاعفات المحتملة للعاهة، فهنا يستحق المريض تعويضاً مشتملاً على عنصرين: العنصر الحال وهو ما أصابه من ضرر عاجل وهو فقد البصر، والعنصر المستقبل وهو عجزه عن العمل في المستقبل وكسب لقمة العيش أو ما سينفقه من مصاريف بشأن العملية.

¹ وهي تلك التي يقع فيها التزام على عاتق الطبيب مثلاً بسلامة الأدوات المستعملة، وكذا عمليات نقل الدم أو تلك التي يلتزم فيها المستشفى بسلامة المريض خاصة بالنسبة للمصابين بأمراض عقلية.

² المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 129.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به المحكمة العليا من ضرورة تحقق وقوع الضرر كشرط لقيام المسؤولية، وأن لا يكون افتراضيا أو احتماليا¹.

جدير بالإشارة توضيح أن هذا الضرر يختلف عن الضرر المحتمل الذي لا يمكن التحقق من وقوعه أو عدم وقوعه، وبناء على ذلك لا يعتبر ضررا محققا ما يستند إليه مثلا الوالدان من حرمانهما من كسب ولدهما الشاب أثناء عملية جراحية بسبب حقن التخدير، ذلك أنه ولو طال عمر هذا الولد قد يحتمل إهماله لوالديه، أو أن يصاب بعاهة ما أو قد يموت بسبب آخر، وعليه فالاحتمال هذا قد يقع وقد لا يقع، وعليه فهذا النوع من التعويض لا ينبغي أن يكون محلا للتعويض.

- الضرر المعنوي:

يعرف الضرر المعنوي بأنه الضرر الذي يصيب الإنسان في عواطفه وإحساسه ومشاعره أو الضرر الذي يسبب للإنسان آلاما نفسية أو جسمانية. وفي المجال الطبي يتمثل الضرر الأدبي في مساس الطبيب أو المستشفى لجسم المريض بخطأ طبي يلحق به الأذى.

يختلف الضرر الأدبي من شخص لآخر، فالشاب ليس كالمسن والفتاة ليست كالولد، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي تتركها الإصابة أو العجز على حالة المريض مع الأخذ بعين الاعتبار عمله أو مهنته أو ظروفه الاجتماعية والجسمانية إلى غير ذلك².

بعد أن ثار الجدل طويلا بشأن مدى جواز التعويض عن الضرر المعنوي في القانون الجزائري، جاء المشرع بنصوص صريحة تجيز التعويض عن مثل هذا الضرر في تعديله الجديد للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10³ لتقطع الشك وتزيل اللبس وتنتهي هذا الجدل الوهمي.

فقد جاءت المادة 131 والتي تحيل بدورها على المادة 182 مكرر من القانون المدني والتي تنص على أنه: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

¹ قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1985/11/27، ملف رقم 41783 وارد بالمجلة القضائية، العدد 01، 1990، ص 43، وقرار المحكمة العليا، بتاريخ 1989/02/28، ملف رقم 58012 وارد بالمجلة القضائية، العدد 02، 1992، ص 14.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 166.

³ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005، ص 14.

بالتالي جاءت كلتا المادتين صريحتين بإقرار التعويض على الضرر المعنوي. غير أننا نلاحظ أنّ
المشرع الجزائري وعلى خلاف غالبية التشريعات العربية¹، قد قيّد الحالات التي يشملها التعويض والناشئة
عن الضرر المعنوي في ثلاث حالات وهي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة مستبعدا بذلك
الأحوال الأخرى للضرر الأدبي التي تشمل العاطفة والآلام وغيرها.
وفي مجال المسؤولية الطبية فإنّ التعويض عن الأضرار المعنوية التي تصيب المرضى تشمل عدّة
حالات منها:

أ. حالة إجراء تجارب طبية دون رضا المريض أو موافقته وبغير قصد العلاج:

فالطبيب الذي يجري تجارب طبية على شخص مريض أو حتى سليم، دون أن يكون غرضه
العلاجي يساهم في شفاء المريض من جهة، ودون موافقة مستنيرة ورضاء حر من هذا المريض
من جهة أخرى، تجعل من الأضرار مادية كانت أو أدبية، والناجمة عن هذه التجارب موجبة للتعويض
وفقا لما نصت عليه المادة 168 من القانون 90-17 المعدل والمتمم لقانون حماية الصّحة وترقيتها وفقا
لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

ب. حالة إفشاء سر من أسرار حالة المريض الصّحية:

لاشك أنّ هتك الأستار وإفشاء الأسرار ممّا يمس بشرف الإنسان وسمعته، لذا حرصت مختلف
الشرائع والتشريعات على حفظ الأسرار وكتّمها، وفي هذا الإطار جرم المشرع الجزائري في نص المادة
1/301 من قانون العقوبات الجزائري إفشاء أسرار المرضى من قبل الأسرة الطبية، وشددت على حفظ
أسرار المرضى المواد 26 و48 و66 من الأمر رقم 76-79 المتضمن قانون الصّحة العمومية² والذي
ألغى بموجب القانون رقم 85-05 المعدل والمتمم المتعلق بحماية الصّحة وترقيتها، والذي أكدّ هو الآخر
على حفظ أسرار المرضى في نص المادة 206 منه.

ومعلوم أنّ المرضى كثيرا ما يرغبون في حفظ أسرار حالتهم المرضية، وإخفاء أوضاعهم الصّحية
حتى عن أقرب النّاس إليهم، فكان بديها أنّ إفشاء أسرارهم المرضية فيه مساس بمشاعرهم وسمعته
والحاق أذى بهم، لاسيما بالنسبة لبعض الأمراض الخطيرة والمشبوهة كمرض الأيدز (السيدا)، ومرض

¹ أنظر مثلا المادة 222 من ق.م.م (القانون المدني المصري) المقابلة للمادة 223 من ق.م.س (القانون المدني
السوري)، والمادة 225 من ق.م.ل (القانون المدني الليبي)، والمادتين 266 و274 من ق.م.أ (القانون المدني الأدرني).
² الأمر رقم 76-79 المؤرخ في 23/10/1976، والمتضمن قانون الصّحة العمومية، باعتباره أول قانون ينظم الصّحة في
الجزائر بعد الاستقلال.

الزهري والسيلان وغيرها، الأمر الذي يجعلهم يتأذون من هذا الإفشاء وتضررهم ضررا أدبيا في شرفهم وسمعتهم، مما يوجب لهم الحق في التعويض عن مثل هذا الضرر الأدبي.

ج. حالة إجهاض الحمل:

قد يقوم الطبيب بإجهاض امرأة حامل جاءت إليه في استشارة طبية عادية، فيقوم بإسقاط الجنين دون علمها بأية وسيلة كانت، سواء بيديه أو عن طريق وصف أدوية معينة أو بتوجيه المرأة الحامل توجيهها غير سليم ينتج عنه إسقاط الحمل، ففي هذه الأحوال يجوز للمرأة الحامل أن تطالب بالتعويض عن الضرر الأدبي المتمثل في المساس بشرفها وسمعتها فضلا عن الضرر المادي المتمثل في الآلام والنزيف الدموي وتكاليف العلاج.

ثالثا: علاقة السببية

إن وقوع خطأ من الطبيب وحصول ضرر للمريض لا يعني بالضرورة قيام مسؤولية الطبيب ما لم يكن الضرر الذي أصاب المريض ناتجا عن خطأ الأول كنتيجة طبيعية له ومرتبطة به ارتباطا مباشرا برابطة يصطلح عليها برابطة أو علاقة السببية (Lien de causalité) وهي الركن الثالث في المسؤولية، ومعنى ذلك كله أن يكون الخطأ مرتبنا بالضرر ارتباط السبب بالمسبب والعلّة بالمعلول. تتجلى أهمية ودور علاقة السببية في تحديد نطاق المسؤولية، ذلك أنّ الضرر قد يتولد من عدّة أخطاء متباينة ومتعاقبة، لذلك فالقول بأهميته ركن السببية ليس قاصرا على تقرير المسؤولية من عدمه، بل يمتد لتحديد نطاق هذه المسؤولية ودائرتها¹.

1- تعريفها:

لا شك أن تحديد رابطة السببية في المجال الطبي يعد من الأمور الصعبة والشاقة، وكذلك لتعقد جسم الإنسان وتغيير واضطراب حالاته وخصائصه وعدم وضوح أسباب المضاعفات الظاهرة، إذ قد ترجع أسباب الضرر إلى عوامل متشعبة وخفية كطبيعة تركيب جسم المريض ومدى سلامته، وقد تناول المشرع الجزائري موضوع علاقته السببية في نصوص القانون المدني مستعملا عبارة "ويسبب" مثلا في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، كما أكد على مفهوم علاقة السببية في نصوص المواد 127، 176، 177 من القانون المدني.

¹ بن صغير مراد، المرجع السابق، ص 243.

كما أنّ قضاء النقض استقر في هذا الشأن على أنّه متى تبيّن الخطأ والضرر وتوافرت العلاقة السببية بينهما فإنّه لا يتنافى من قيام مسؤولية الطبيب المدنية حيث جاء في قرار للمحكمة العليا: "ومتى ثبت أنّ خطأ الطبيب أدى إلى وفاة الضحية و توفرت العلاقة السببية بينهما، استناداً لتقرير الخبرة واعترافات المتهم، إذ أمر بتجريح دواء غير لائق بصحة المريض، فإنّ قضاء الموضوع قد أعطوا للوقائع التّكليف الصّحيح وسببوا قرارهم بما فيه الكفاية"¹.

أيضاً جاء في قرار حديث جداً: " أنّه من المقرر قانوناً أنّ كل فعل خاطئ سبب ضرراً للغير يلزم من تسبب في حدوثه بالتعويض ومتى كان من الأكيد أنّ التلقيح بمصل ملوث يعود لخطأ المرفق الذي أهمل في اتخاذ الحيطة اللازمة لتفادي هذا الخلل، فإنّ العلاقة السببية بين عملية التطعيم والضرر اللاحق ثابتة وهذا ما يجعل مسؤولية المستشفى قائمة بكاملها.

2- معيار العلاقة السببية:

هناك ثلاث نظريات تأسس لمعيار الرابطة السببية بين الطبيب والمريض، وتتمثل في نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب القريب ونظرية السبب المنتج.

أ- نظرية تعادل الأسباب:

تقوم هذه النظرية على أساس أنّ كل العوامل المؤدية إلى حدوث الضرر تعتبر مسؤولة عن حدوثه على قدم المساواة ونتيجة لذلك فكل العوامل تأخذ بعين الاعتبار عند وقوع الضرر²، وكان أول من اعتمد هذه النظرية الفقيه الألماني إستيوارت ميل وفون بوري سنة 1860، حيث انطلقت من فرضية تقول أنّ الضرر كأى حادث آخر ينتج دائماً على مجموعة من العوامل³.

لقد قضت محكمة النقض المصرية أن تعدد الأخطاء يوجب مساءلة كل من أسهم فيه سواء كان سبباً مباشراً أو غير مباشر في وقوع الحادث.

وفي فرنسا قضت محكمة Angers بمسؤولية الطبيب حتى ولو لم يكن خطأ الطبيب هو السبب الوحيد لإحداث الضرر، ولو كان هذا الضرر نتيجة أسباب عديدة، فيكفي أن يكون خطأ الطبيب من بين الأسباب التي أدى ارتكابها ووقوعها إلى إحداث الضرر.

¹ قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1995/05/30 وارد بالمجلة القضائية، العدد 02، 1996، ص 179، و قرار المحكمة العليا بتاريخ 1991/01/13 وارد بنفس المجلة القضائية.

² رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 299.

³ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 132.

أما في الجزائر فقد قضى مجلس الدولة بتبني فكرة تعادل الأسباب، حيث جاء في أحد قراراته الحديثة¹ "وحيث أن الثابت من أوراق الملف ومن الخبرة التي أجريت على الضحية تؤكد أن هناك علاقة بين مصل اللقاح والضرر الذي أصاب القاصر لكون اللقاح غير سليم، وهذا يعود إلى أسباب متعددة وليس بالضرورة إلى خطأ الممرضة وهذا ما يجعل مسؤولية المرفق العام قائمة لأنه لم يأخذ الحيطة اللازمة.

لكن أعاب بعض الفقه هذه النظرية من حيث كون أنه لا يمكن تحديد نطاق الضرر الذي يمكن أن يأخذ عليه مرتكب الخطأ كما أن اعتبار جميع الأسباب منتجة يعد أمرا غير منطقي لأن المنطق لا يسلم بأن يلعب السبب أي دور مهما كان بسيطا في حدوث الضرر لأجل اعتماده كما أن هذه النظرية شديدة الخطورة على المضرور، إذ يكفي تواجده في مكان الحادث ليعتبر مسؤولا.

ب- نظرية السبب القريب:

تقوم هذه النظرية على أساس تحديد قيمة العوامل التي كانت وراء الضرر انطلاقا من الوقت الفاصل بينها وبين النتيجة، وتعتبر أنه عندما تتواجد عدة أخطاء متتالية، فإن الخطأ الأخير يكون هو السبب الحقيقي للضرر.

يرى بعض الفقه أن هذه النظرية بعيدة عن المنطق القانوني السليم لكونها تعتمد على الترتيب الزمني لإقامة المسؤولية² حيث يمكن لسبب بسيط ساهم بجانب الأسباب الأخرى إلى المؤاخذة عليه في حين ما كان يجب أخذه بعين الاعتبار، كما أن هذه النظرية تثير صعوبات عملية في التطبيق لأن توالي الأخطاء يجعل من العسر معرفة أيهما أقرب على الضرر.

ج- نظرية السبب المنتج أو الفعال:

يقصد بها الأخذ بالأسباب الفعالة أو الكافية، وقد قال بها الفقيه الألماني يوهانس فون كريس، وتم تعديلها على يد فقهاء آخرين منهم رومالين وتراجر.

ومفاد هذه النظرية أنه لا يعتد من بين الأسباب، إلا بتلك التي تؤدي عادة إلى الضرر دون الأسباب الاستثنائية أو العارضة، ومعنى هذا أنه لا يسأل الطبيب عن النتيجة إلا إذا كان فعله يصلح لأن يكون سببا كافيا لحصول النتيجة.

¹ قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/03/28.

² رايس محمد، المرجع السابق، ص 303.

لقد تبنى هذه النظرية كل من الفقه والقضاء في ألمانيا وفرنسا ومصر وغيرها، وقيل في تبرير ذلك أنّ السبب المنتج والسبب العارض كان لكل منهما دخل في إحداث الضرر ولولاه لما وقع الضرر، إلا أنّ السببية المقصودة بهذا المعنى هي السببية الطبيعية، غير أنّ دراستنا القانونية تقتضي منها الوقوف على الأسباب القانونية دون الأسباب الطبيعية لاعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر ذلك أنّه رغم تدخل كلاهما في إحداث الضرر، إلا أنّ السبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر عادة بحكم السير العادي للوقائع والأحداث ومن ثم يعتبر صاحبه هو المسؤول.

فقد اتجه القضاء الفرنسي للأخذ بهذه النظرية في عدّة مجالات ولاسيما المسؤولية الطبية، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بوجوب إعفاء المستشفى الخاص من أي مسؤولية نتيجة قطع الشريان السباتي (corotide) أثناء إجراء عملية جراحية للمريض في البلعوم. وبسبب أنّ الوريد لم يكن في موقعه الطبيعي، وهذا سبب كاف لإعفائهم من المسؤولية ولو ثبت أن هناك خللا في الأجهزة الطبية ولم يكن ذا أثر على وفاة المريض¹.

أمّا بالنسبة لموقف القضاء الجزائري فقد تبنى هو الآخر هذه النظرية، عندما أقرّ بمسؤولية الطبيب الذي أدى خطأه المباشر لوفاة الضحية، حيث جاء فيه: "حيث أنّ الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرض الذي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتجريع دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، مما يجعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة 288 من قانون العقوبات الجزائري².

بالتالي فإنّ الصواب القول أنّ من أفضل النظريات التي يمكن تبنيها في ظل الوضع الحالي هي نظرية السبب المنتج أو الفعال، حيث أنّه من خلالها يتم معرفة الوضع الحقيقي للمريض وتحديد السبب الملائم لوضعه.

¹ Cass. Civ.25/05/1971.

² تنص المادة 288 من ق.ع.ج على أنه: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دينار".

3- نفي العلاقة السببية بين الخطأ الطبي والضرر:

تتنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وهذا السبب قد يكون حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة أو خطأ المريض أو الغير¹، ولقد أشارت المادة 127 من القانون المدني الجزائري إلى أنه إذا أثبت الشخص أنّ الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر²، ويعرف السبب الأجنبي بأنه كل فعل أو حادث لا يد للمدين فيه أدى إلى جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مستحيلاً، وللسبب الأجنبي ركنان: ركن السببية أي أنّ المدين قد استحال عليه استحالة مطلقة أن يتصرف بخلاف ما فعل، والركن الثاني هو إنتفاء ركن الإسناد، أي أن لا يكون المدين (الطبيب) قد شارك بخطئه في حدوث الفعل أو تقاوم نتائجه، ويشترط في السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع، ومن غير الممكن تلافيه والمعيار في هذا هو معيار الرّجل العادي ولذلك فإنّه لانعدام رابطة السببية نظراً لقيام السبب الأجنبي يكون له عدّة صور أهمها:

أ- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ:

حتى يعتبر الحادث قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، يشترط فيه شرط عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرر منه، ويترتب على ذلك انتفاء رابطة السببية بين الخطأ والضرر، ولا مجال للتعويض في هذه الحالة، ومعيار استحالة التوقع أو استحالة الدفع معيار موضوعي، هو أنّ الشّخص اليقظ لم يستطع أن يتوقعه ولا أن يدفعه، فهو معيار موضوعي أي لا يختلف من شخص لآخر.

ومن أمثلة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة التي بحدوثها تنتفي مسؤولية الطبيب، وفاة المريضة بسكتة قلبية على إثر رعد مفاجئ أو زلزال أثناء معالجتها³.

ب- خطأ المريض:

إذا صدر من المريض خطأ كان هو السبب في وقوع الضرر بمناسبة تنفيذ مقتضيات العقد الطبي، أو صدر منه خطأ ساهم في وقوع الضرر، فإنّه إمّا أن يتحمل وحده نتيجة خطئه دون الطبيب إذا كان

¹ إذا تخلفت علاقة السببية بين خطأ الطبيب أو فعله والضرر الذي لحق المريض، فليس معنى ذلك استبعاد كل مسؤولية، إذ يقرر القضاء مسؤولية الطبيب على أساس تقويت فرصة الشفاء على المريض.

² تقابلها المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي.

³ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 204.

هذا الخطأ السبب الوحيد للضرر، أو يتحمل نصيبه في المسؤولية إذا كان خطأه قد ساهم إلى جانب خطأ الطبيب في وقوع ذلك الضرر، ويسمى هذا النوع الأخير بالخطأ المشترك¹.

لقد اعتمد المشرع الجزائري في ذلك على أحكام المادة 126 من القانون المدني التي تقتضي في حالة تعدد المسؤولين عن عمل ضار فإنهم يتضامنون في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، فإذا كان المضرور قد أخطأ وساهم بخطئه في إحداث الضرر الذي أصابه بالتساوي مع خطأ الطبيب، فإن ذلك سيجعل حتما المسؤولية بينهما بالتساوي.

ج- خطأ الغير:

الغرض هنا هو أن الضرر قد وقع بفعل الغير وحده أي السبب الوحيد في إحداث الضرر، ويجب أن يعد فعل الغير هذا خطأ بحد ذاته، لأنه كان غير متوقع ومستحيل الدفع، ولا يد للطبيب فيه²، ونشير في هذا الصدد إلى أن رابطة السببية لا تنقطع بفعل الغير، ذلك أننا سوف نكون أمام حالة مسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه، لذلك فإن المقصود بالغير هنا هو الشخص الذي لا يسأل عنه المدين تعاقديا، أي الشخص الذي لا تربطه بالمدين صلة قانونية أو تعاقدية مثل الصيدلي الذي يخطئ في صرف الدواء، ويسلم دواء للمريض غير الذي هو مكتوب في الوصفة الطبية، مما يسبب ضرر للمريض.

أما إذا كان خطأ الغير مشتركا مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر دون أن يستغرقه فإن كلا الخطأين يعتبران سببا للضرر، ونكون إزاء تعدد المسؤولين، مثل حالة عدم وضوح وصفة الطبيب، وعدم قيام الصيدلي بالتحقق من الوصفة عن طريق الاتصال بالطبيب المحرر لها، ومن صور خطأ الغير نجد خطأ الممرض في تنفيذ الوصفة، إذا كانت تحتوي على حقن مثلا، وهنا نفرق بين حالتين، حالة الممرض هو تابع للطبيب يعمل في عيادته، حيث قام الطبيب بوصف حقن تؤخذ في العضل، وعند القيام بالحقن أخطأ الممرض وحقنها في الوريد، مما سبب وفاة المريض، وهنا تقوم مسؤولية الطبيب، بحيث إنها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أما إذا كان الممرض يعمل في مؤسسة أخرى أو في مكان آخر لا تربطه علاقة بالطبيب، اعتبر سببا قاطعا لعلاقة السببية متى كان كافيا لإحداث النتيجة، وقد أشارت إلى هذا المادة 126 من القانون المدني الجزائري.

¹ المصطفى الغشام الشعيبي، المرجع السابق، ص 134.

² سلخ محمد لمين، المرجع السابق، ص 211.

4- عبء إثبات رابطة السببية:

إنّ القضاء يتجه بصفة عامة إلى إلقاء عبء الإثبات على عاتق المريض، فعليه أن يثبت أنّ خطأ الطبيب هو الذي تسبب في إحداث الضرر، والمفروض أنّ علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر لا يكلف الدائن إثباتها، بل إنّ المدين هو الذي يكلف بذلك، فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن، لذا نجد القضاء وإن كان يتردد في قبول علاقة السببية بين الخطأ والضرر عند وجود أدنى شك إلا أنّه يفترض قيام هذه العلاقة بين الخطأ الثابت وضياع فرصة المريض في الشفاء أو الحياة أو التحسن أو تقادي أضرار معينة.

الفرع الثالث: التعويض الطبي ومجال التأمين عن المسؤولية العقدية للطبيب

لموضوع التعويض أهمية كبيرة في النظام القانوني لأي دولة، فهو أحد الوسائل الهامة والضرورية لجبر الأضرار وهو يشكل في نهاية المطاف الجزاء القانوني الذي يترتب عن ثبوت قيام مسؤولية المدعى عليه عن الضرر الحاصل للمدعي¹.

من ناحية أخرى سوف يتم التطرق إلى مجال التأمين عن المسؤولية العقدية للطبيب لما له من فائدة خاصة سواء تعلق الأمر بالطبيب أو المريض.

أولاً: التعويض الطبي

التعويض هو الجزاء المقرر للمسؤولية وهو التطور الذي يعتبر سموا بالقاعدة القانونية وانتقالاً بها من نطاق فلسفة محدودة في فهم طبيعة نفسية المضرور إلى إطار فلسفة عامة قوامها احترام حق المضرور في الحياة، لذلك ما فتئت التشريعات تؤكد على مبدأ التعويض كأحد المبادئ اللازمة للمسؤولية أينما وجدت.

1- تعريف التعويض:

التعويض لغة العوض بمعنى البذل والخلف، والجمع أعواض، وعاضه بكذا عوضاً أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عاّض واعتاض منه أخذ العوض، واعتاض فلانا: سأله العوض.

أمّا اصطلاحاً فقد عرّفه الشيخ مصطفى الزرقاء بأنّه: "التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"، كما عرّفه الأستاذة وهبة الزحيلي بأنّه: "الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو على الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية"¹.

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 207.

أمّا فقهاء القانون الوضعي فلم يحاولوا وضع تعريف محدد للتعويض، وبما كان السبب في ذلك هو أنّ مصطلح التعويض واضح ولا يحتاج إلى زيادة في الإيضاح، والتعويض يعني المقابل عن إخلال شخص بالتزام قانوني سابق.

يمكن تعريف التعويض بصفة عامة بأنه جزاء الانحراف الملموم في السلوك الذي سبب ضرراً للغير وبالتالي يجب أن يتحمل المسؤول في ذمته كل النتائج لهذا الانحراف، أي التعويض العادل²، وكما عرّفه البعض بأنه وسيلة القضاء إلى إزالة الضرر أو التخفيف عنه إذ يتعين على القاضي إلزام المسؤول بما يعوز المضرور ويجبر الضرر الذي لحق به.

أمّا في ميدان المسؤولية الطبية فيمكن القول بأنه ثمرة المسؤولية إذ هو البديل النقدي الذي يدفعه الطبيب لمريض تعويضاً له عن الضرر الذي لحق به، أو بمعنى آخر هو بمثابة جزاء للمسؤولية المترتبة على خطأ الطبيب المسبب ضرراً للمريض.

2- أنواع التعويض:

أشارت المادتان 131 و132 من القانون المدني الجزائري إلى طريقة التعويض، والتي يستنتج منها أنّ التعويض في التشريع الجزائري إما أن يكون عينياً وإما أن يكون نقدياً.

أ- التعويض العيني:

هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفعل الضار ويزيل الضرر الناشئ عنه، ويعتبر أفضل طرق الضمان والقاضي ملزم بالحكم بالضمان العيني إذا كان ذلك ممكناً، وقد اتجه المشرع الجزائري نحو تطبيق التعويض العيني كأصل عام لتعويض الضرر بالقول: يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 من القانون المدني الجزائري على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً³. والتعويض العيني أكثر ما يقع في الالتزامات العقدية ويتصور الحكم بالتعويض العيني في بعض حالات المسؤولية التقصيرية ونطاقه محدود لأنه لا يكون ممكناً إلا حين يتخذ الخطأ الذي أقدم عليه المدين صورة القيام بعمل يمكن إزالته، غير أنه جاء عن محكمة النقض الفرنسية في أحد اجتهاداتها بأنّ القاضي لا يستطيع أن يفرض على المدين إيجابياً في حين أنّ القانون الجزائري أجاز للقاضي إلزام المدين بالقيام بعمل

¹ المصطفى العشام الشعبي، المرجع السابق، ص 136.

² عشوش كريم، المرجع السابق، ص 208.

³ أنظر المادة 164 من ق.م.ج.

إيجابي¹، على أنّ حرية القاضي غير مطلقة للحكم بالتعويض عينا بل تقيدها بعض الشروط المتعلقة بالمجال الطبي ومنها:

- في بعض حالات الضرر الجسماني والأدبي يصبح من غير الممكن اللجوء إلى التعويض العيني.

- يشترط للأخذ بالتعويض العيني أن يكون ممكنا، ففي عقد الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل يلجأ إلى التعويض بمقابل إذا كان المدين مكلفا بأدائه شخصا وحال دون تأدية مانع شخصي.

- إذا كان في التعويض العيني إرهاب للمدين وإن كان ممكنا بصورة يتجاوز فيها الضرر اللاحق بالمدين، فلا محل لإجبار المدين على التنفيذ العيني، لذا يتم التوجه إلى التنفيذ بمقابل.

ب- التعويض بمقابل:

نظرا لأنّ التعويض العيني أمر عسير في مجال المسؤولية الطبية، فالغالب أن يكون التعويض بمقابل وبصفة خاصة نقديا، حيث أنه يمكن تقويم أي ضرر بالنقد حتى الضرر المعنوي والتعويض النقدي، هو الصورة الأشمل في التعويض عن المسؤولية التقصيرية ويتمثل في المبلغ النقدي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق المضرور²، ويجب أن يكون التعويض مساويا للضرر، فلا يزيد ولا ينقص، لأنّ الغاية من التعويض هي جبر الضرر، وقد استقر القضاء على ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني الجزائري، ويشمل التعويض ما لحق المريض من خسارة وما فاتته من كسب وكذلك الأضرار الأدبية التي لحقت، إلا أنّ الضرر الذي يؤخذ في الحسبان هو الضرر المباشر، ويراعى في تقدير التعويض الظروف الملازمة للمضرور كحالته الجسمية والصحية وظروفه العائلية والمهنية وحالته المالية.

3- تقدير التعويض:

لتقدير التعويض المستحق تدخل عوامل كثيرة ومتعددة منها كيفية تقدير التعويض وذلك إما بالاتفاق بين الأطراف أو بالقانون أو القضاء وكذا وقت تقدير التعويض، ومعيار تقدير التعويض.

¹ أنظر المادة 132 من ق.م.ج.

² محند بوكوطيس، مسؤولية الدولة في المجال الطبي، منشورات مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، الرباط، 2014، ص 156.

أ- مصادر تقدير التعويض:

إنَّ سلطان تقدير التعويض في المسؤولية الطّبية يرجع إمّا إرادة الطرفين أو ما يحدده القانون وإذا لم يحصل اتفاق يتم اللّجوء إلى القضاء.

- اتفاق الطرفين:

أجاز المشرع الجزائري للأطراف الاتفاق لتحديد مبلغ التعويض بالاتفاق عليه بنص العقد أو بوقت لاحق، ومثل هذا الاتفاق يعرف في المسؤولية العقدية وينذر في المسؤولية التقصيرية، وقد يتم الاتفاق عليه في وقت لاحق لإبرام العقد وهذا ممكن خاصة بعد حصول الضرر لتقادي اللّجوء إلى القضاء¹، وقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تخفيض مبلغ التعويض إذا كان تقدير التعويض مفرطاً أو نفذ الالتزام في جزء منه، ويعد باطلاً كل اتفاق خلاف ذلك، أمّا إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المحدد بالاتفاق، فمن غير الجائز للدائن المطالبة بأكثر من القيمة المتفق عليها ما لم يثبت الدائن أنّ المدين قد ارتكب غشاً أو خطأً جسيماً²، ومن خلال ما تقدم نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز للمتعاقدين الاتفاق على التعويض الناشئ عن عدم تنفيذ العقد مقدماً بوضع شرط يحدد مقدار التعويض، إلّا أنّ اللّجوء إلى هذا الأسلوب في مجال المسؤولية الطّبية أمر نادر الحصول، لذا تبقى طريقتين هما التعويض بنص القانون أو القضاء.

- تقدير التعويض بنص القانون:

قد يكون مصدر تقدير التعويض بنص القانون، ونجد أنّ المشرع الفرنسي رائداً في هذا، خاصة في المسؤولية الطّبية وهو ما نجده من خلال قانون 4 مارس 2002، والذي يهدف إلى تعويض الحوادث الطّبية غير الناجمة عن الخطأ، حيث جاء لتلبية طلبات المضرورين من الحوادث الطّبية المطبقة للقانون والذين لم يحق لهم الحصول على تعويض عن طريق المسؤولية الطّبية وذلك لانعدام الخطأ كركن، هذا ما جعل المشرع الفرنسي يضع نظام التعويض في هذه الحالة يستند على التضامن الوطني وفقاً لما طلبت به جمعيات ضحايا الحوادث الطّبية، وقد كرّس هذا النّظام بموجب المادة L1142-1CSPF، ويطبق هذا النّظام على الحوادث الطّبية الناجمة عن أعمال الوقاية والتّشخيص والعلاج التي تمت بدءاً من 201/09/05، حتى ولو كان التعويض عن الأضرار الناجمة عن هذه الحوادث محل دعوى تنظر أمام

¹ أنظر المادة 183 من ق.م.ج.

² أنظر المادة 185 من ق.م.ج.

القضاء ما دام لم يصدر قرار قطعي فيها طبقا لما نص عليه القانون رقم 1577-2002 بتاريخ 2002/12/30¹ في المادة 3 منه.

وتمنح هذه التعويضات إذا توافرت شروط معينة كما أخضع ذلك لإجراءات محددة منها شروط التعويض إذ يجب أن تتوفر فيها الشروط التي نص عليها القانون وهي:

- شرط السببية حيث يجب أن تكون الأضرار المدعى بها ناجمة مباشرة في عمل وقائي أو عن عمل تشخيص أو علاجي (وصف الدواء) طبقا للمادة L1142-1-CSPF.

- يجب أن تسبب هذه الأضرار للأمراض نتائج غير عادية بالنظر إلى حالته الصحية ويهدف هذا الشرط إلى التمييز بين ما ينتج من إخفاق العلاج وتطور الحالة المرضية للمريض وبين ما ينجم على الحادث الطبي.

- شرط الجسامة: يقتصر الحق في التعويض باسم التضامن الوطني على الأضرار التي تصل أو تجاوز حدا معيناً من الجسامة، يتم تحديده بمرسوم، وتقدر جسامة الأضرار بالنظر إلى فقدان القدرات الوظيفية ونتائجها على الحياة الخاصة والمهنية التي تقدر بالنظر إلى نسبة العجز الدائم أو مدة التعطيل المؤقت عن العمل ونسبة العجز الدائم المطلوبة من أجل الاستفادة من هذا التعويض لا يمكن أن تكون أعلى من 25% تحدد بجدول خاص يتم تحديده بمرسوم طبقا لما جاء في المادة L1142-1/2 CSPF.

- تقدير التعويض بواسطة القاضي:

عادة ما يلجأ القاضي إلى خبير لتحديد نسبة العجز أو الضرر الحاصل للمريض على إثر ذلك يحدد قيمة التعويض، حيث يقدر القاضي التعويض بناء على نص القانون واستحقاق التعويض.

بخصوص نص القانون لم يترك المشرع الحرية الكاملة للقاضي في تقدير التعويض حسب ميوله وأهوائه الشخصية بل حدد له معايير يسير عليها وتقدير القاضي لمقدار التعويض يجد الأصل في المسؤولية التقصيرية والغالب في المسؤولية العقدية، ويشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر فقط سواء كان مادي أو أدبي متوقعا أو غير متوقع، لكن التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع فقط، وقد نصت المادة 181 من القانون المدني الجزائري على

¹ هذا القانون منشور في الجريدة الرسمية الفرنسية، العدد الصادر بتاريخ 2002/12/31، ص 100 22.

الضرر¹، وعليه فإنّ تقدير التعويض في القانون الجزائري يكون على أساس ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب².

هذا المعيار في التقدير كانت تعترضه بعض الصعوبات خصوصا في تقدير القاضي للتعويض عن الضرر الأدبي، لكن القضاء استطاع تذليل هذه الصعوبات من خلال بند التفرقة بين الخطأ الجسيم والبسيط في تقدير المسؤولية على أساس أنّ الخطأ ما هو إلا ركن لإقامة المسؤولية بغض النظر عن مداه وتكمن العبرة عند تقدير التعويض في جسامته الضرر وليس الخطأ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في 1946/02/21، والذي مفاده أنّ التعويض على الضرر المدني الذي يقرّه القانون في المسؤولية التقصيرية يشمل جل الضرر المدني بغض النظر عن جسامته الخطأ، أمّا المسؤولية العقدية فأخذت جل التشريعات بالخطأ الجسيم وألحقت به بالغش وهذا ما توضحه المادة 2/182 من القانون المدني الجزائري، ودور القاضي لا يقف عند هذا الحد بتقدير التعويض بل يجب عليه مراعاة الظروف الملائمة للمضرور في ظروفه الشخصية وحالته الجسمية والصحية والعائلية والمالية والقاضي لا ينظر إلى ثراء المضرور أو فقره إلا أنّه يأخذ بعين الاعتبار إذا كان الضرر الناتج عن الإصابة سببا في انخفاض دخل المصاب.

أما فيما يتعلق باستحقاق التعويض فيشترط فيه الشروط التالية:

الشرط الأول: تحقق الضرر

لا يستحق المريض التعويض إلا إذا تحقق الضرر فعلا نتيجة عدم قيام الطبيب بتنفيذ التزاماته العقدية³.

الشرط الثاني: أن يكون الضرر ناتجا عن فعل الطبيب الخاطئ

يجب أن يكون الضرر متولد عن فعل الطبيب، أي أنّ الخطأ جاء نتيجة إهمال الطبيب وخطأه ومع ذلك يستطيع الطبيب دفع هذه المسؤولية بإقامة الدليل على أنّ هناك سبب أجنبي يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو سببه فعل الغير أو فعل المريض نفسه.

الشرط الثالث: أن يكون بين الضرر والخطأ رابطة السببية

¹ أنظر المادة 1/181 من ق.م.ج.

² قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1936/01/28.

³ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 140.

أي أن يكون الضرر ناتج عن الخطأ الطبي الذي ارتكبه الطبيب أدى إلى عمل طبي غير مقبول من طرف المريض.

ب- وقت تقدير التعويض:

ينشأ الحق في التعويض من وقت استكمال أركان المسؤولية أي منذ وقوع الضرر، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصور حكم القاضي، فهذا الحكم لا ينشئ الحق بل يكشفه، ويدخل القاضي في اعتبار وقت تقدير التعويض ما آل إليه الضرر زيادة أو نقص أو انخفاض قيمة النقود وارتفاع الأسعار¹.

ونظراً لأن قيمة النقود تتدهور بصفة مستمرة، ونظراً للتطورات الاقتصادية، يقتضي الأمر بعدم التقيد بمبدأ القيمة الاسمية للنقود، بل يجب الأخذ بعين الاعتبار زيادة الأسعار اللاحقة على صدور الحكم النهائي في تقدير التعويض عن الضرر الجسدي المستمر. يقدر التعويض أيضاً على ضوء التكاليف والمبالغ المنفقة من طرف المريض ساعة النطق بالحكم التي قد تكون محلاً للزيادة في المستقبل.

وفي حالة ما إذا كان الضرر متغيراً، فيقتضي على المحكمة أن تقدر التعويض على ما صار إليه عند الحكم، لا كما كان عند تاريخ الوقوع مراعيًا التغير في الضرر ذاته.

ج- معيار تقدير التعويض:

في مجال المسؤولية الطبية وبسبب دقة الموضوع كثيراً ما تكون مهمة تقدير التعويض صعبة ومعقدة، ذلك أنه ليس من السهل تقدير التعويض عن الآلام التي عانى منها المريض أثناء العلاج أو تقدير التعويض الناتج عن الضرر أو الخطأ في العلاج.

- معيار تقدير التعويض عن الضرر المادي:

المعيار المحدد من قبل المادة 182 من القانون المدني الجزائري هو المعيار الشخصي بحيث يعتد فيه بالأضرار التي أصابت الشخص المضرور نفسه وحسب ظروفه الشخصية وطبيعة عمله، وهي تختلف من مضرور لآخر، إلى جانب المعيار الموضوعي والمتمثل في المساس بالحق في السلامة الجسدية التي يتساوى فيها الناس جميعاً بغض النظر عن ظروفهم الشخصية، وبذلك فإن المعيار الموضوعي ثابت لا حساب فيه للظروف الشخصية وهو التعويض عن الضرر الجسدي بمفهومه الضيق،

¹ عشوش كريم، المرجع السابق، ص 214.

ومعيار شخصي يعتد فيه بالأضرار التي أصابت الضحية المضرور بمراعاة ظروفه الشخصية وطبيعة عمله¹، ويترتب على هذا المعيار الأخير مراعاة الضرر المستقبلي حيث يشمل الضرر الذي سيقع حتما من جراء العجز عن الكسب مستقبلا حسب المادة 131 من القانون المدني الجزائري وعلى كل حال فإنّ تقدير التعويض يخضع لسّلطة القاضي التقديرية وفق قناعاته وضميره وحسب واقع الحال.

- معيار تقدير التعويض في الضرر المعنوي:

يصعب الأمر فيه لعدم إمكانية تقديره تقديرا ماديا دقيقا، لذلك يسعى للتعويض عنه تعويضا متقاربا ممّا يحقق بعض الترضية للمطالب به، فالتعويض عن الضرر الأدبي وإن لم يكن به محوا للضرر الحاصل وبديلا عما أصاب المضرور أو متلقيا التعويض فقد يفتح به أبواب المواساة.

- معيار تقدير التعويض عن فوات الفرصة:

فوات الفرصة هو تضييع لفرصة على المريض بالشفاء أو البقاء على قيد الحياة أو في تجنب بعض الأضرار التي لحقت به، بحيث يكون على القاضي أن يقدر درجة احتمالية الشفاء أو البقاء على قيد الحياة في مقابل الخطأ الذي حصل، ومن ثم يقضي بالتعويض المناسب، وله في سبيل ذلك أن يستعين برأي أهل الخبرة من الأطباء، وحتى يتمكن الخبير الذي تحدده المحكمة من أن ينفذ مهمته بنجاح لا بد له من اتباع القواعد القانونية الصحيحة والتي يقع تحديد بعضها على المحكمة.

ثانيا: التأمين عن المسؤولية العقدية للطبيب

لا يخفى ما للتأمين من أهمية في وقتنا الحاضر، باعتباره الأداة التي من خلالها يتم درء بعض المخاطر التي يتعرض لها الإنسان، وخصوصا مع ازدياد هذه المخاطر وتنوعها جراء التّقدم الصّناعي والتّكنولوجي، فهذه الأخيرة قد تصيب في شخصه أو في أمواله أو من جراء مسؤولياته²، ومن أجل تخفيف عبء المخاطر ظهرت في الأفق مجموعة من الأشخاص المعنوية وهي عبارة عن شركات تجارية تقوم بجمع أقساط التأمين من المؤمن لهم وذلك قصد توزيع الخسارة المحدقة بأحدهم بشكل جماعي.

لذلك سوف يتم التّطرق إلى دراسة مفهوم التأمين عن المسؤولية وبيان التّطور التاريخي لها مع التّطرق إلى آثار عقد التأمين.

¹ حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 213.

² المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 140.

1- أسباب ظهور التأمين من المسؤولية وتطوره:

أ. أسباب ظهور التأمين من المسؤولية:

يمكن تعريف التأمين من المسؤولية المدنية بأنه عقد يبرمه المؤمن مع المؤمن له، يلتزم فيه بالتأمين من المسؤولية لا ينصب إطلاقاً على المسؤولية الجزائية ولا على الأعمال العمدية، كما أنّ محله هو التأمين من الآثار المالية للمسؤولية المدنية¹، ولقد عرفت المادة 56 من الأمر 95-07² التأمين من المسؤولية، بأنه يضمن بموجبه المؤمن التبعات المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له بسبب الأضرار اللاحقة بالغير.

وعليه يغطي تأمين مسؤولية الطبيب مثلاً الخسارة التي تلحقه بسبب التعويض الذي يدفعه للمضروب، حينما يتسبب الطبيب في الإضرار بالمريض، وتتعقد مسؤوليته المدنية، وبالتالي يكون للمستأمن الطبيب

الرجوع على المؤمن أي شركة التأمين بما تكبده من مصروفات وتكاليف في دفع المسؤولية عنه³. في هذه الحالة نكون بصدد ثلاثة أشخاص المؤمن والمؤمن له والمصاب الذي له أن يرفع دعوى ضد المؤمن له على أساس المسؤولية، أو ضد المؤمن على أساس الدعوى المباشرة للحصول على تعويض، بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد وهذا عكس تأمين الأشياء الذي فيه طرفان هما المؤمن والمؤمن له.

يتميز تأمين الأضرار بما فيه تأمين المسؤولية بالصفة التعويضية، فلا يتقاضى المؤمن له مبلغ التعويض إلا بحلول الضرر وبالقدر الذي يتناسب معه، ومن ثم فإنّ التعويض لا يتحدد إلا بعد وقوع الخطر وتقدير الضرر، وهذا على عكس تأمين الأشخاص الذي ليس له صفة تعويضية، حيث يحصل المستفيد على المبلغ المؤمن منه عند وقوع الخطر بغض النظر عن وجود ضرر من عدمه، فهذا المبلغ يكون محددًا سلفاً عند بدء التأمين.

¹ حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 221.

² الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 8 مارس 1995، ص 3.

³ قوادري مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، 2009-2010، ص 346.

ولا يجوز للمستأمن في تأمين الأضرار بما فيه تأمين المسؤولية الجمع بين مبلغ التأمين والتعويض الذي يتقاضاه من الغير المسؤول، بل يكون ذلك التعويض من حق المؤمن أي شركة التأمين وهذا بخلاف تأمين الأشخاص حيث يمكن الجمع بين المبلغين ولا يجوز للشركة بالتالي أن ترجع على الغير المتسبب في الحادث.

كما أن تأمين الأضرار بما فيه تأمين المسؤولية مرتبط بموضوع التأمين بخلاف تأمين الأشخاص فشخصية المستأمن هي محل اعتبار.

أيضا فإن التأمين من المسؤولية لا يعني الإعفاء من المسؤولية، لأن الإعفاء من المسؤولية يؤدي إلى الإعفاء من أي تبعه مطلقا، وبالتالي سقوط حق المضرور في المطالبة بالتعويض، أما التأمين من المسؤولية فهو يؤكد المسؤولية غاية ما في الأمر أن التعويض يضاف إلى ذمة جماعية تقف وراء الذمة الفردية للمسؤول وهي شركة التأمين وبعبارة موازية لا يلغي التأمين المسؤولية ولكنه يحولها من عاتق المسؤول إلى عاتق المؤمن، وهو بذلك يدعم مركز المضرور ولا يضعفه كما هو الشأن في شرط عدم المسؤولية¹.

لقد نظم المشرع الجزائري من خلال الأمر 95-07 التأمين من المسؤولية تحت عنوان التأمينات الالزامية في مجال النشاطات البحرية (المواد من 145-150) وفي مجال النشاطات الجوية (المواد 158-160) وفي المجال البري حددت المادة 163 وما يليها المؤسسات والأشخاص والمهن أي يكون فيها التأمين من المسؤولية المدنية أمرا إجباريا.

حيث نصت المادة 167 بقولها: "يجب على المؤسسات الصحية والمدنية وكل أعضاء السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأمينا لتغطية مسؤولياتهم المدنية المهنية اتجاه مرضاهم واتجاه الغير".

كما أخضعت له المؤسسات التابعة للقطاع الصحي بموجب المادة 169 بقولها: "يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع أو تغيير الدم من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم أو المتلقون له".

تجدر الإشارة إلى أن التأمين من المسؤولية المدنية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية شبهه البعض بعقد المولاة الذي قال بصحته كبار فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم وبالعاقله، وقد وجد هذا التشبيه

¹ عبد القادر أزوا، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 17.

اعتراضاً من طرف بعض الفقهاء على أساس أنّ الموالاة والعاقلة تقوم على رابط معنوي وروحي لا يتوافران في عقد التأمين من المسؤولية، لذلك استقر الرأي على تطبيق نظام التأمين من المسؤولية وفقاً لنظام التأمين التعاوني والجماعي، وهو أمر ميسور تطبيقه في مجال المسؤولية المدنية للطبيب، وقد صدرت فتوى من دار الافتاء المصرية في عام 2001 مضمونها أنّ التأمين ضد المسؤولية الطبية حلال وغير ممنوع شرعاً، في إشارة إلى أنّ التأمين أصبح ضرورة لا غنى عنها لأية مجتمع، وأن يتعاون الأطباء فيما بينهم من خلال دفع مبلغ شهري أو سنوي لا يتجاوز 20% كحد أقصى من قيمة قسط التأمين السنوي لشركة التأمين أو إقامة صندوق خاص لتعويض المرضى الذين ترتكب في حقهم أخطاء نتيجة الإهمال أو الأخطاء الغير المتعمدة هو تعاون مشروع وتكافل يدعو إليه الإسلام¹ لقوله تعالى: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى"².

يتضح ممّا سبق بيانه أنّ التأمين يقوم على جانبين:

أ. الجانب الفني: حيث يقوم المؤمن في صورة مشروع من مشروعات التأمين بتغطية الخطر من خلال التعاقد مع عدد كبير من المستأمنين، تتقاضى منهم أقساطاً معينة، ويكمن جوهر العملية التأمينية في التعاون للمنظم بين مجموع المستأمنين، ويكمن جوهر العملية التأمينية في التعاون المنظم بين مجموع المستأمنين، من خلال ما يدفعونه من أقساط على تحمل الخسارة التي يتعرض لها أحدهم بسبب الكوارث المؤمن منها، إذ يقوم المؤمن بهذه العملية بتجميع المخاطر المتشابهة وإجراء المقاصة بينها وفقاً لقوانين الإحصاء التي يتم طبقاً لها تحديد سعر القسط على نحو يضمن تغطية ما تحقق من المخاطر المؤمن منها، إضافة إلى نسبة من الربح للشركة المؤمنة نظير قيامها بالعملية.

ب. الجانب القانوني: يتمثل في العلاقة التعاقدية بين المستأمن والمؤمن حيث يسعى الأول لتأمين نفسه أو غيره من خطر أو حادث يخشى وقوعه ويلتزم المؤمن نظير الحصول على قسط معين بتغطية هذا الخطر وتعويض المستأمن عنه.

ب. التطور التاريخي للتأمين من المسؤولية:

¹ حيث أشار إلى ذلك الأستاذ الدكتور نصر فريد واصل مفتي الديار المصرية إلى أنّ الذين يحرمون التأمين ضد أخطاء الأطباء يستندون إلى فتاوى قديمة تحرم التأمين بصفة عامة، خاصة التأمين على الحياة بدون إدراك أو إمام بفتوى العلماء المعاصرين وبما ذهب إلى المجامع الفقهية بأنّ التأمين حلال لأنه نوع من التكافل بين أبناء المجتمع الإسلامي.

² سورة المائدة، الآية 02.

ارتبط ظهور التأمين بالرغبة بالإحساس بالأمن والأمان وهما الأمل الذي يراود الإنسان منذ بدأ الخليقة، ومن هنا ولد التأمين كفكرة تعاونية من خلال قيام مجموعة من الأفراد بالتعاون فيما بينهم بتحمل الضرر الذي يحل بأحدهم نظير اشتراكهم بحصص نقدية قابلة للتغير تكون في مجموعها رأس مال الذي يستقطع منه ما يكفي لجبر الضرر¹، ثم ما لبث أن خرج التأمين عن إطار هذه الفكرة التعاونية إلى نطاق واسع سعياً وراء إيجاد أسلوب يستطيع من خلاله الإنسان إدارة الأخطار المتنوعة وإيجاد وسيلة عملية تمكنه من تعويض للخسائر التي تصيبه، فظهرت أنواع وتقسيمات جديدة للتأمين وظهرت الشركات المتخصصة في قطاع التأمين، بحيث أصبح التأمين جزءاً هاماً من النشاط الاقتصادي في الحياة المعاصرة وركيزة أساسية للاقتصاد، حتى استطاع الإنسان أن يؤمن نفسه من الأضرار التي تصيب ذمته المالية نتيجة تحقق مسؤوليته المدنية تجاه الغير وذلك من خلال التأمين من المسؤولية المدنية، وبالتالي برز التأمين من المسؤولية كأفضل وسيلة يلجأ إليها الإنسان لينزع عن كاهله عبء المسؤولية فيما يتعلق بأثرها وهو التعويض، وأن يمارس نشاطه بأمان واطمئنان.

كما أنّ التأمين من المسؤولية سيؤدي إلى حماية المضرورين أنفسهم إذ سيجدون أمامهم شخصاً مليئاً وهو المؤمن (شركة التأمين) يحصلون منه على حقه في التعويض دون التعرض لإعسار أو مماثلة من تسبب في إحداث الضرر (الطبيب)، وهناك محاولات فقهية عدّة لوضع نظام للتأمين على الأطباء من المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية ترجع إلى عام 1930 من طرف الأستاذ كروزون والأستاذ هنري ديزوال حتى يكون المريض في مأمن من المخاطر الواقعة عليه، وفي المقابل أيضاً يكون الطبيب المعالج هو الآخر في مأمن من دعوى المسؤولية، فتتولى شركات التأمين تغطية المخاطر الناجمة عن أخطاء الأطباء، ولقد اقترح الأستاذ تانك في تقريره الذي تقدم به للمؤتمر الدولي الحادي عشر لأخلاقيات مهنة الطب، نظاماً عاماً للتأمين الإجباري من كل المخاطر، معتبراً أنّ نظام المسؤولية القائمة على أساس الخطأ هو على حساب المريض لفائدة الطبيب، كما أنّه نظام مسلط على رقاب الأطباء عند حدوث خطأ من جانبهم ليقترح إعفاء الأطباء من عبء البحث في أخطائهم من طرف القضاء في كل دعوى مسؤولية تقام عليهم وتوفير أسباب الطمأنينة والأمان وهم يمارسون مهنتهم وعملهم العلاجي، وهذا لا يتوفر إلا بإقرار نظام التأمين الطبي، ونفس الاقتراح تقدم به الأستاذ مورو أستاذ بكلية الطب بجامعة لياج بمناسبة انعقاد مؤتمر أخلاقيات الطب سنة 1966، ولقد لقيت فكرة التأمين في مجال

¹ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 119.

المسؤولية المدنية للأطباء رواجًا كبيرًا، بل أصبح التأمين ضرورة اجتماعية لا يمكن الاستغناء عنه في المجال الطبي.

يفترض التأمين بداية وجود خطر معين يتم التأمين منه¹، ولما كان الخوف والقلق والارتياح حالات تخالط النفس البشرية، فمن حق كل فرد أن يسعى إلى إزالة أسباب هذه الحالات، فإن عليه أن يتحرى الوسائل المشروعة للوقاية من آثار الأخطار التي تصاحب ممارسته لمهنته، ومن ذلك مهنة الطب والتي تعد من أهم المهن التي تتسم بالإنسانية والنبيل والتي لا يمكن مطلقًا الاستغناء عنها، و أظهر الواقع العملي على أن نظام المسؤولية المدنية سواء وقفت به نصوص القانون عند حدود الخطأ الواجب الإثبات أو المفترض والمسمى بالمسؤولية الشخصية، أو تم الاكتفاء بمجرد تحقق الضرر استجابة لفكرة الغرم بالغرم أو تحمل التبعة أي المسؤولية الموضوعية، لا يتضمن تعويض المضررين من المرضى إلا في نطاق محدود لا يتجاوز نسبة مؤوية ضئيلة جدًا.

2- آثار عقد التأمين من المسؤولية في المجال الطبي:

القاعدة العامة أنه من الجائز لشخص أن يؤمن لدى شخص آخر (شركة التأمين) على مسؤوليته المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية وسواء كان الخطأ التقصيري واجب الإثبات يسيرًا أم جسيمًا، بشرط أن لا يكون متعمداً لأن التأمين على الفعل الضار المتعمد يؤدي إلى الغش، وتنشأ بين المضرور والمؤمن له علاقة مباشرة أساسها مسؤولية المؤمن له التقصيرية أو العقدية الناشئة عن الضرر الذي أصاب المضرور، أما بين المضرور والمؤمن، فالأصل أنه لا توجد علاقة مباشرة بينهما تسمح للأول بالرجوع على الأخير بالتعويض المستحق له في ذمة المؤمن له (الطبيب)، ومن خلال ما يلي سيتم بيان العلاقات المترتبة في عقد التأمين من المسؤولية.

أ. علاقة المؤمن بالمؤمن له:

ينظم هذه العلاقة عقد التأمين مرتبا التزامات في ذمة المؤمن (شركة التأمين) وأخرى في ذمة المؤمن له (الطبيب).

- التزامات المؤمن له (الطبيب):

¹ تحديد هذا الخطر وقيمة التأمين ومقابل التأمين يتم في حدود بنود ينظمها عقد التأمين وهذا هو جانب العملية القانونية في التأمين، أما العملية الفنية في التأمين فهي المنوط بها تحديد العلاقة بين كل من قيمة التأمين ومقابل التأمين، حيث يتوقف كل منهما على حساب آخر وفقا لأساس فني لا علاقة له بعقد التأمين.

يلتزم الطّبيب قبل وقوع الضرر المادي أو المعنوي بدفع قسط التّأمين في موعده المحدد بالعقد، وبجميع الالتزامات التي ترتبها وثيقة التّأمين، ويلتزم المؤمن له بتقديم بيانات صحيحة متضمنة الوقائع الجوهرية لمحل عقد التّأمين الطّبي المتمثل في الخطر، ويجب إعلام شركة التّأمين بجميع المعلومات التي تمكنها من تقدير الخطر¹، فيجب تنفيذ عقد التّأمين طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية، كما يقع على المؤمن له التزام آخر بالإخطار بوقوع الخطر وتقديم المستندات الدّالة على ذلك بمجرد وقوعه في المدّة المحددة في العقد، كما يترتب على المؤمن له تبليغ المؤمن بجميع ما يصدر عن المضرور من مراسلات وإنذارات ومطالبات قضائية.

- التزامات المؤمن (شركة التّأمين):

الأصل في الالتزامات ضمان المسؤولية (محل التّأمين)، وأن يكون المؤمن ضامناً لكل ما ينجم من تكاليف، فمتى طُلب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض الضرر يكون داخلًا في دائرة التّأمين، سواء دخل المؤمن في دعوى المسؤولية أم لم يدخل، ويجب عليه كفالة المؤمن له عن جميع نتائج المطالبة ولو كانت من غير أساس، ويلتزم المؤمن بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية على المؤمن له من غير زيادة أو نقصان، بشرط ألا يزيد عن المبلغ المتفق عليه في عقد التّأمين، وعليه فهو يضمن في المسؤولية المدنية للطّبيب نتيجة الضرر الذي وقع على المريض بسبب خطأ مهني من الطّبيب سواء وقع هذا الخطأ في التّشخيص أو وصف العلاج، ويشتمل التّأمين من المسؤولية ما ينسب للطّبيب من ضرر أثناء مزاولته عمله².

بجانب التعويض يضمن المؤمن بصفة تبعية المصروفات التي يحكم بها على المؤمن له في دعوى المسؤولية، وبالتالي واستناداً لما سبق يمكن القول بأنّ طبيعة أحكام التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض في التّأمين من المسؤولية تؤدي إلى ربط أعمال بعضها بوقوع الحادث المنشئ للمسؤولية وربط بعضها الآخر بمطالبة المضرور بالتعويض، وباجتماع هذين العنصرين يتحقق الخطر المؤمن منه

¹ يمر التزام المؤمن له فيما يتعلق بالخطر المؤمن منه بمرحلتين، الأولى وقت إبرام العقد وذلك بالإقرار بكافة المعلومات التي يهيم المؤمن معرفتها لتقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه، والثانية بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد وذلك بإخطار المؤمن بأية زيادة تطرأ على هذه المخاطر أثناء مدة سريان العقد.

² أحمد حسن عباس الحياوي، المسؤولية المدنية للطّبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 185.

ويصبح التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض واجب الأداء، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار أنّ مسؤولية المؤمن هي مسؤولية ناشئة عن تحقق مسؤولية المؤمن له.

يتحدد التزام المؤمن تجاه المؤمن له تبعاً لعقد التأمين المبرم بينهما، وغالباً ما يدرج في هذا العقد شروط معينة يتحدد بمقتضاها التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض، في مقدمة هذه الشروط الشرط الذي يقضي بتحديد التزام المؤمن ذاته، كما أنّ التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض يتأثر بالأحوال التي يقوم فيها المؤمن له بإبرام أكثر من عقد تأمين من المسؤولية لذلك مؤمنين مختلفين، وهو الأمر الذي يؤدي بدوره إلى تحديد مقدار التزام المؤمن بدفع مبلغ التعويض¹.

ب. علاقة المضرور بالمؤمن:

عقد التأمين كسائر العقود، وبالتالي فإنّ أثره لا يسري إلا على أطرافه أمّا الغير (المضرور) فهو بمنأى عن انصراف أثره إليه، فالمضرور في نطاق المسؤولية الطبية يعد أجنبياً عن عقد التأمين من هذه المسؤولية، هذا الوضع يحول دون رجوعه على المؤمن في حالة عدم استطاعته الحصول على حقه من المؤمن له، ولا يمكن له ذلك إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة استعمالاً لحق مدينه محدث الضرر، فالمريض أو المضرور طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني لن يستطيع أن يقتضي حقه من شركة التأمين إلا باللجوء إلى الدعوى غير المباشرة التي يصاحبها تقدم دائني الطبيب الآخرين ومزاحمتهم للمريض المتضرر، والمشرع الجزائري جعل بين المؤمن والمؤمن له مباشرة، بينما أعطى حق للمضرور بالرجوع على شركة التأمين بمقتضى حق مباشر له للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به، ولقد خول المشرع الجزائري المضرور هذا الحق بموجب قوانين خاصة وبموجب مبادئ العدالة التي تكفل للمضرور الحق بالحصول على التعويض الذي يستحق، كما أجاز المشرع للمضرور الحق في إدخال الضمان (شركة التأمين) بدعوى المسؤولية.

لقد اتفق الفقه على أنّ منح غير المضرور حق الرجوع على المؤمن بالدعوى المباشرة لاستيفاء ماله من تعويض في ذمة المؤمن له أصبح في الوقت الحاضر حقاً مقبولاً، حيث لا يعتبرونه خروجاً على مبدأ نسبية آثار العقد، إلا أن الصعوبة في هذا الصدد في إيجاد السند القانوني لهذه الدعوى، حيث

¹ من بين الشروط التي تحد من التزام دفع التعويض هناك حدود ترجع إلى شروط عقد التأمين من المسؤولية، مثل شرط الحد الأقصى لمقدار التعويض الذي يلتزم به المؤمن وشرط إنقاص مقدار التعويض والحدود التي ترجع إلى تعدد عقود التأمين.

ظهرت عدّة نظريات فقهية لتفسير حق المضرور في الرجوع على المؤمن بالدعوى المباشرة، منها نظرية الاشتراط لمصلحة الغير¹، ونظرية الامتياز²، ونظرية الحجز لدى الغير³، لذا أصبح التزام المؤمن اتجاه المضرور التزامًا قانونيًا مباشرًا مختلفًا عن التزامه تجاه المؤمن له الذي يحكمه عقد التأمين، لذا فإنّ حق المضرور يجد أساسه في نص القانون الذي يقره.

ويشترط لممارسة المضرور للدعوى المباشرة التي له في مواجهة المؤمن توافر مجموعة من الشروط منها:

- أن يكون المدعي من خارج العلاقة التعاقدية في التأمين من المسؤولية، وهو الغير المضرور (المريض) أو من يحل محله وليس الطبيب المسبب للضرر أو شركة التأمين.
 - عدم سبق تعويض المضرور الذي أصابه من مصدر المسؤولية (الطبيب) المؤمن منها.
 - تقرير مسؤولية المؤمن له عن الضرر الذي أصاب المدعي المضرور (المريض).
- لكن هل يستطيع المؤمن أن يدفع دعوى المضرور المباشرة بالدفع التي له والمستمدة من عقد التأمين، والتي يستطيع أن يدفع بها دعوى المؤمن له؟

مبدئيًا لا بد من القول بأنّ حق المضرور في مواجهة المؤمن وإن كان مصدره القانون، إلا أنّ حدود هذا الحق يجب أن تبقى ضمن النطاق الوارد في العقد الخاص بالتأمين، وعليه يتعين الإقرار بأنّه يجوز للمؤمن من حيث المبدأ والأصل أن يتمسك في مواجهة المضرور بجميع الدفوع التي يستطيع التمسك بها

¹ تتلخص هذه النظرية على أساس أنّ المؤمن له عند تعاقد مع المؤمن قد اشترط عليه أن يدفع مبلغ التعويض للمضرور عند تحقق الخطر المؤمن منه، وهو اشتراط ضمني وهذا ما جعل البعض يعترض عليها وذلك لأنه لا مجال لافتراض الاشتراط، فالمؤمن له عندما يتعاقد على التأمين، إنّما يريد بذلك أن يدرأ عبء المسؤولية عن كاهله لا أن يكفل للمضرور تعويضًا عما أصابه من ضرر.

² تقتضي هذه النظرية بأنّ كل دائن يتصل بدينه عن طريق حق يكون لهذا الدائن حق امتياز في ذمة مدين المدين إذا كان هذا الحق قد ثبت للمدين مقابل غرم جناه المدين من الدائن، وتمّ انتقاد هذه النظرية على أساس حق الامتياز، لا يكون إلا بمقتضى نص القانون وهو يختلف عن الدعوى المباشرة من حيث أنّ الأول يعتبر حق أولوية وصدارة على غيره من دائني مدينه، وبالتالي لا يخضع لقسمة الغرماء، أمّا الدعوى المباشرة فهي تخول المضرور حقا مباشرًا على مبلغ التأمين، لذا فهي تعتبر وسيلة دفع ووفاء وليس امتياز للمضرور.

³ بمعنى أنّ حق المضرور قبل المؤمن يستند في أساسه إلى فكرة الحبس المترتب في ذمة مدين المدين لصالح غير المضرور، بحيث يبدو وكما لو أنّ دائنًا قد وقع حجزًا على مال مدينه لدى الغير، وقد انتقدت بدورها لأنّ المؤمن عندما يمتنع عن دفع مبلغ التعويض للمؤمن له لا يكون بقصد حبسه أو احتجازه وإنّما يكون الغرض في ذلك هو تعويض المضرور، كما أنّ الحبس وفقًا للقواعد العامة يعتبر حق للمتعاقدين وليس التزامًا عكس هذه النظرية.

تجاه الطبيب المسؤول، غير أنّ الفقه والقضاء ومن أجل توفير حماية فعالة للمضرور قد جرى على عدم جواز احتجاج المؤمن على المضرور بالدفع التي تنشأ له قبل المؤمن له (الطبيب) بعد نشوء حق المضرور في التعويض، فظهرت قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع باعتبارها أهم أثر من آثار الدعوى المباشرة التي ارتكزت على أساس التمييز بين الدفع السابقة على وقوع الحادث وبين الدفع اللاحقة عليه¹.

إضافة إلى ذلك، فإنّ الدعوى الناشئة عن عقد التأمين تسقط بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من وقف وقوع الحادث التي تولدت عنه الدعوى²، غير أنّ هذه المدّة لا تسري في حالة إخفاء بيانات متعلقة بالخطر المؤمن منه وتقديم بيانات غير صحيحة أو غير حقيقية عن هذا الخطر، إلا من اليوم الذي علم فيه المؤمن بذلك، وفي حالة وقوع الحادث المؤمن منه إلا من اليوم الذي علم فيه ذو الشأن بوقوعه. على ضوء ذلك فإن نظام التأمين الطبي يهدف إلى خلق وعي تأمين لدى الأطباء والمساعدين الطبيين وتشجيعهم على رفع أدائهم المهني ويخلق لديهم شعوراً بالثقة والطمأنينة في أداء واجباتهم، ممّا يكفل رفع مستوى الأداء وبذل المزيد من الجهد وتسخير الخبرات لخدمة مرضاهم³.

كما أنّ نظام التأمين الطبي سيساعد حتماً على تشجيع الأطباء والمساعدون الطبيون على استخدام التكنولوجيا الحديثة بمناسبة ممارستهم لعملهم الطبي، حيث يكونون في مأمن من دفع تعويضات تفوق ذممهم المالية في حالة ارتكابهم خطأً بمناسبة استخدام هذه التقنيات.

¹ إنّ الدفع السابقة على وقوع الحادث يجوز للمؤمن التمسك بها في مواجهة المضرور على اعتبار أنّ حق المضرور في مواجهة المؤمن لا ينشأ إلا من تاريخ وقوع الحادث المنشئ للضرر، مثل الدفع ببطلان عقد التأمين أو بالفسخ أو الوقف بسبب التأخر في سداد قسط الدفع بالتقادم، أمّا الدفع التي تنشأ بفعل المؤمن له (الطبيب) بعد وقوع الحادث، فلا يمكن للمؤمن الاحتجاج بها تجاه المضرور حتى ولو أمكن التمسك بها في مواجهة المؤمن له ذاته وذلك لضمان حصول المضرور على التعويض ومنع التواطؤ بين المؤمن والمؤمن له، مثل التمسك بسقوط حق المؤمن له نتيجة إخلاله بالالتزام بالإخطار بوقوع خطر وتقديم الوثائق الذالة على ذلك.

² أنظر المادة 624 من ق.م.ج.

³ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 141.

ومن جهة أخرى فنظام التأمين الطبي يؤدي إلى حماية حق المريض بالتعويض من قبل شركات التأمين في حالة ثبوت الخطأ الطبي وصدور حكم المحكمة بذلك، كما أنّ هذا التأمين يحمي حق الأطباء والمساعدين في التعويض عندما يتعرضون للمخاطر أثناء مزاولة المهنة الطبية بعد إثبات ذلك. فالتأمين الطبي إذا أصبح ضرورة ملحة حالياً للمرافق الصحية العامة والخاصة على حد سواء وخصوصاً بعد التقدم العلمي الطبي المتزايد و المتسارع الذي تشهده المؤسسات الصحية وإدخال التكنولوجيا الحديثة في مجال العمل الطبي¹.

¹ المصطفى الغشام الشعبي، المرجع السابق، ص 120.

الفصل الثالث: حقوق المرضى

يشكل المرضى شريحة كبيرة لا يستهان بها في المجتمع وتقديم العلاج لهم وضمن حقوقهم، يعني تحسين صحة الإنسان ودفع عجلة تقدم المجتمع نحو الأمام، فالإنسان المريض هو إنسان عليل لا يستطيع الإنتاج وتطوير بلده ومجتمعه، وتبدو أهمية موضوع حقوق المرضى في أن ضمان وحماية هذه الحقوق في المجتمع يعني ضمان وحماية عدّة حقوق أساسية من حقوق الإنسان، كحماية حقه في الحياة وفي سلامة جسده وصحته وكذلك حقه في التعبير عن رأيه وفي تقرير مصيره وأيضاً حقه في احترام إنسانيته وكرامته وخصوصيته¹.

لذلك تعتبر علاقة الطبيب بالمريض القضية الرئيسيّة في أخلاقيات الطبّ وتتمحور حولها كافة المسائل الأخلاقية الأخرى ذات الصلة بالسلوك المهني. فالعلاقة بين المريض الطبيب تنشئ التزامات على عاتق الطبيب لمصلحة المريض، وهذه الالتزامات في الحقيقة تشكل حقوقاً للمريض وهذا يعني بأن حقوق المريض على الطبيب ماهي إلا واجبات تقع على عاتق الطبيب نحو مريضه.

سوف يتم من خلال هذا الفصل دراسة حقوق المريض في مختلف الاتفاقيات الدولية والإقليمية (المبحث الأول)، كما يتم التطرق إلى حقوق المريض في القوانين الصحية المقارنة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية

إنّ أغلب الاتفاقيات التي وردت في مجال حقوق الإنسان بوجه عام تضمنت مواداً لحماية الحياة والكرامة الإنسانية، وكذلك حماية أمن وسلامة جسد الإنسان وصحته بما في ذلك منع تعذيب الإنسان والاعتداء على جسده، وأيضاً هناك اتفاقيات إقليمية تضمنت مواداً مماثلة، وتعد هذه المواد بمثابة مبدأ عام يمكن أن نسترشد بها لاستنباط حقوق المريض منها².

كما وردت اتفاقيات أخرى وهي محدودة متخصصة في مجال الطبّ، فالبعض منها يقدم الحماية المباشرة لحقوق المريض حيث يبين حقوق والتزامات المريض والأشخاص العاملين في مجال الطبّ، والآخر يقدم الحماية العامة للأشخاص الخاضعين للإجراءات الطبيّة، وأخرى تقدم حماية خاصة لنوع معين من الإجراءات الطبيّة.

¹ غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 11.

² غادة فؤاد مجيد المختار، نفس المرجع، ص 41.

بناءً على ما تقدم، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول منه، حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية بوجه عام، ونخصص المطلب الثاني منه لحقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية بوجه خاص، أي الاتفاقيات المتخصصة في مجال الطب والبيولوجيا.

المطلب الأول: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية بوجه عام

سوف نستعرض في هذا المطلب أهم الاتفاقيات الدولية والإقليمية التي وردت في مجال حقوق الإنسان بشكل عام، والتي سترشدنا إلى حقوق المريض ولو بشكل غير مباشر كالاتي:

الفرع الأول: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية بوجه عام

أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948

لطالما كانت حماية الإنسان وسلامة جسده وصحته هي محور اهتمام الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وفي مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث ورد حق الفرد في الحياة والحرية وسلامة شخصه في المادة (3) منه، كما أشارت المادة 25 الفقرة الأولى منه إلى حق كل شخص في مستوى من المعيشة كاف للمحافظة على الصحة والزفاهية له ولأسرته، يتضمن ذلك التغذية والملبس والسكن والعناية الطبية وتأمين معيشته في حالات المرض والعجز، وقد أكدت الفقرة الثانية من نفس المادة، على أنّ للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين.

تعد هذه المادة المرجع الدولي الرئيسي للقوانين الوضعية خاصة الصحية منها في دول العالم، وللاتفاقيات الدولية التي تلتها بحيث يستمد منها حق الإنسان في الصحة بوجه عام، وحقوق المريض بوجه خاص.

كما نصت المادة 5 من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على أنه: "لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو للمعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة". في هذه المادة حماية لسلامة جسد الإنسان من الإيذاء والاعتداء بدون وجه حق.

¹ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بقرارها رقم 217 في دورة انعقادها الثالثة بتاريخ 10 ديسمبر 1948.

ثانيا: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966¹

أكد هذا العهد في المادة 12 منه على حق كل فرد في المجتمع بأعلى مستوى ممكن من الصحة البدنية والعقلية، وذلك من خلال إيراد عدّة خطوات يجب أن تتخذ من قبل الدول الأطراف في العهد لتحقيق هذا الحق، كالعامل على خفض نسبة الوفيات في المواليد والأطفال والوقاية من الأمراض المعدية والمتفشية وخلق ظروف من شأنها تأمين الخدمات الطبيّة والعناية الطبيّة في حالة المرض، وكذلك يتضمن هذا العهد مادة للحفاظ على صحة العمال حيث أشارت المادة 7 منه إلى حق كل فرد في العمل في ظروف عمل مأمونة وصحية، كما أقرت المادة 11 منه بحق كل فرد في مستوى معيشي مناسب لنفسه ولعائلته بما في ذلك الغذاء المناسب والملبس والمأكل، ممّا له علاقة مباشرة في تأمين حق الإنسان في الصحة.

ثالثا: العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966²

ورد حق الإنسان في الحياة في المادة 6 من هذا العهد، حيث جاء في الفقرة الأولى منها ما يلي: "لكل إنسان الحق الطبيعي في الحياة، ويحمي القانون هذا الحق ولا يجوز حرمان أي فرد من حياته بشكل تعسفي".

أمّا المادة 7 من العهد فقد نصت على ما يلي: "لا يجوز إخضاع أي فرد للتعذيب أو العقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة وعلى وجه الخصوص فإنّه لا يجوز إخضاع أي فرد دون رضائه الحر للتجارب الطبيّة أو العلمية". وتعد هذه الاتفاقية أول تقنين عالمي يؤكد على حماية الجسم البشري من الأضرار التي قد تلحق به أثناء التجارب الطبيّة والعلمية.

وأشار هذا العهد كغيره من الاتفاقيات الأخرى³ إلى حماية الصحة العامة من القيود القانونية التي تفرض على ممارسة الفرد لحقه في التعبير عن ديانته أو معتقداته¹، وحقه في حرية التعبير وحقه في التّجمع السلمي وتشكيل النقابات أو الانضمام إليها².

¹ اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة (27).

² اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 3 كانون الثاني/يناير 1976، وفقا للمادة 49.

³ كالمادتين 9 ف2 و11 ف2 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950.

رابعاً: اتفاقية حقوق الطفل CRC لعام 1989

ورد حق الطفل في الرعاية الصحية في المادة 24 من الاتفاقية، حيث أشارت إلى حق الطفل في التمتع بأعلى مستوى صحي يمكن بلوغه، وعدم حرمان أي طفل من حقه في الحصول على خدمات الرعاية الصحية والعمل على خفض وفيات الرضع والأطفال ومكافحة الأمراض وسوء التغذية، كما أكدت على كفاءة الرعاية الصحية للأمهات وزيادة الوعي الصحي للأبوين، وإلغاء الممارسات التقليدية التي تضر بصحة الأطفال وتشجيع التعاون الدولي من أجل تطبيق هذا الحق وبصفة خاصة في الدول النامية.

أما المادة 25 من الاتفاقية، فقد خصصت للاهتمام بصحة الطفل الذي تودعه السلطات لأغراض الرعاية أو الحماية أو العلاج، وقد أكدت المادة 23 الفقرة الثالثة منها على ضمان حصول الطفل المعوق على خدمات الرعاية الصحية من قبل الدولة.

بالتالي تعدّ الرعاية الصحية من الحاجات الضرورية والأساسية التي يجب على المجتمع أن يؤمنها لأطفاله، لأنّ الأطفال هم فئة هامة في المجتمع وهم بأمس الحاجة إلى تقديم الدعم والرعاية الصحية لهم وخاصة في حالة مرضهم، فالطفل المريض أيضاً له حقوق كإنسان البالغ المريض ويجب على جميع الأطراف المعنية تأمينها له.

خامساً: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979

لقد تطرقت المادة 12 من الاتفاقية إلى المساواة بين الرجل والمرأة في الرعاية الصحية، فبموجب الفقرة الأولى من هذه المادة، على الدول الأطراف أن تضمن المساواة بين الرجل والمرأة في الحصول على خدمات الرعاية الصحية، ويتطلب ذلك إزالة أية عقبات قانونية واجتماعية يمكن أن تؤدي إلى منع النساء من الاستفادة الكاملة من خدمات الرعاية الصحية المتاحة، ويعترف في الفقرة الثانية منها بأنّ المرأة تحتاج إلى عناية واهتمام إضافيين أثناء فترة الحمل وما بعد الولادة، وتوجب على الدول الأطراف أن تعترف

¹ راجع المادة 18 ف3، من الاتفاقية والتي نصت على ما يلي: "تخضع حرية الفرد في التعبير عن ديانته أو معتقداته للقيود المنصوص عليها في القانون والتي تستوجبها السلامة العامة أو الصحة العامة أو الأخلاق أو حقوق الآخرين وحياتهم السياسية".

² راجع المواد 19 ف3ب، و21 و 22 ف2 من الاتفاقية.

³ أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، ودخلت حيز التنفيذ في 2 سبتمبر 1990.

⁴ اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها رقم 34-180، المؤرخ في 18 ديسمبر 1979.

باحياجات المرأة كمقدمة ومتلقية للرعاية الصحية في الوقت نفسه، بالإضافة إلى توفير التغذية الكافية لها أثناء الحمل وبعده، وكل هذه الأمور تهدف إلى حق المرأة والطفل أيضا حتى قبل ولادته في الصحة اللازمة لهما في هذه الفترة¹.

وفيما يتعلق بالحفاظ على صحة المرأة العاملة، فقد أوجبت الفقرتان (هـ، و) من المادة 11 من هذه الاتفاقية على الدول الأطراف اتخاذ كافة التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل، لكي تكفل لها المساواة في حق الضمان الاجتماعي في حالات المرض والعجز مثلا، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر والحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب، وتقضي الفقرة الثانية/أ وب ود منها بأن تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لحظر فصل المرأة من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة ولإدخال نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر ولتوفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل في الأعمال التي يثبت أنها مؤذية لها.

كما نصت المادة 14 فقرة الثانية/ب على: "وجوب توفير التسهيلات الممكنة لحصول النساء الزيفيات على رعاية صحية مناسبة".

هذه النصوص هي أهم ما ورد في هذه الاتفاقية في مجال حق المرأة وطفلها أيضا في الصحة والحصول على الرعاية الصحية اللازمة لها وخاصة في فترات الحمل والولادة ودون أي تمييز مع الرجل.

سادسا: اتفاقية منع إبادة الجنس البشري (الإبادة الجماعية) والمعاقبة عليها لسنة 1948:2

تجرم هذه الاتفاقية الأفعال المرتكبة بقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية أو عنصرية أو دينية، كقتل أعضاء من الجماعة أو إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة ونجد في نصوص هذه الاتفاقية حماية لحق الحياة وأمن وسلامة الجسد لجماعة معينة من الناس.

¹ غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 46.

² اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 260 ألف (د-3) المؤرخ في 09 كانون الأول ديسمبر 1948، تاريخ بدء النفاذ: 12 كانون الأول يناير 1951، وفقا لأحكام المادة 13.

سابعاً: اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12/ آب/ 1949: 1

لقد وردت أحكام عديدة في هذه الاتفاقيات، تقدم الحماية لحياة الإنسان والحفاظ على الصحة العامة للأشخاص في وقت النزاعات المسلحة المختلفة، بما فيها حماية حقوق المرضى والجرحى، وقد ورد البعض من هذه الأحكام بصورة مشتركة في الاتفاقيات الأربع والبعض الآخر منها ورد بشكل خاص وسوف نعرض أهم ما جاء فيها بهذا الصدد كالآتي:

تدعو المادة الثالثة المشتركة إلى وجوب معاملة الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية، بما فيهم الأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح معاملة إنسانية ودون أي تمييز ضار يقوم على العنصر أو اللون أو الدين أو المعتقد أو الجنس أو المولد أو الثروة أو أي معيار مماثل آخر، ولهذا تحفز أفعال الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع أشكاله والتشويه والمعاملة القاسية والتعذيب كما توجي هذه المادة بجمع الجرحى والمرضى والاعتناء بهم.

هذا وقد خصص الفصل الثاني من الاتفاقيتين الأولى والثانية لحماية الجرحى والمرضى، أما الفصل الثالث منهما، فقد خصص لحماية الوحدات والمنشآت الطبية، أما الفصل الرابع فقد تناول حماية مباني ومخازن المنشآت الطبية، وقد عالج الفصل الخامس منهما احترام وحماية وسائل نقل الجرحى والمرضى أو المهمات الطبية².

فيما يتعلق بالاتفاقية الثالثة، فقد خصصت الفصل الثالث من الباب الثالث منها لبيان الشروط الصحية والرعاية الطبية لأسرى الحرب، والفصل الرابع لحماية أفراد الخدمات الطبية لمساعدة أسرى الحرب.

أما الاتفاقية الرابعة، فقد قدمت المادة 16 من الباب الثاني منها، الحماية والاحترام الخاصين للجرحى والمرضى وكذلك العجزة والحوامل، كما خصص الفصل الثالث من القسم الرابع من الباب الثالث

¹ انعقد في جنيف فيما بين 21/ نيسان/ و12/ آب/ 1949 (المؤتمر الديبلوماسي لوضع اتفاقيات دولية لحماية ضحايا الحرب)، الذي دعا إليه المجلس الاتحادي السويسري بوصفه راعياً لاتفاقيات جنيف، وبعد أربعة شهور من المداولات المتصلة والمتعمقة، توصل المؤتمر إلى اعتماد الاتفاقيات الأربع التالية:

الاتفاقية الأولى: اتفاقية جنيف لتحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان.

الاتفاقية الثانية: اتفاقية جنيف لتحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار.

الاتفاقية الثالثة: اتفاقية جنيف بشأن معاملة أسرى الحرب.

الاتفاقية الرابعة: اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين وقت الحرب.

² عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 49.

منها لغذاء وملبس المعتقلين، بحيث يكفل تقديم وجبة غذائية للمعتقلين بشكل يحفظ التوازن الصحي الطبيعي لهم.

أمّا فيما يتعلق بالبرتوكولين الملحقين بالاتفاقية، فقد تضمن كل منهما بابا خاصا لبيان أحكام حماية الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار، بما فيها حماية الأشخاص المشمولين بالحماية وحماية وسائل النقل الطبي وحماية الأشخاص المفقودين والمتوفين.

الفرع الثاني: حقوق المريض في الاتفاقيات الإقليمية بوجه عام

أولاً: الميثاق العربي لحقوق الإنسان 1945

لقد أشار الميثاق العربي لحقوق الإنسان 1945 في المادة الثالثة منه إلى حق الإنسان في الحياة وسلامة شخصه، وقد أكدت المادة 4/ب منه، على عدم جواز إجراء تجارب طبية أو علمية على أي إنسان دون رضائه الحر.

ثانياً: الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 21997

نص هذا الميثاق على حق كل إنسان في الحرية وفي سلامة شخصه على أن يحمي القانون هذه الحقوق وذلك في المادة 5 منه.

ثالثاً: الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 3

نصت المادة 4 من الميثاق الأفريقي على أنه: "لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفا".

كما تضمن الميثاق مواداً في مجال الصحة، حيث نصت المادة 16 منه على ما يلي: "1- لكل شخص الحق في التمتع بأفضل حالة صحية وبدنية وعقلية يمكنه الوصول إليها. 2- تتعهد الدول الأطراف في هذا الميثاق باتخاذ التدابير اللازمة لحماية صحة شعوبها وضمان حصولها على العناية الطبية في حالة المرض". وقد أكدت المادة 18 منه على حماية صحة الأسرة من قبل الدولة.

¹ أعد في إطار جامعة الدول العربية عام 1945.

² اعتمد ونشر بموجب قرار مجلس جامعة الدول العربية رقم 5427 المؤرخ في 15 سبتمبر 1997.

³ صادر عن الدول الأعضاء في منظمة الوحدة الإفريقية، وتمت إجازة هذا الميثاق بواسطة مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم (18) في نيروبي (كينيا) في يونيو 1981.

رابعاً: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا لسنة 1950)

خصصت المادة 2 الفقرة الأولى من الاتفاقية لحماية حق الإنسان في الحياة، أما المادة 5 منها، فقد أكدت على حق الإنسان في الحرية والأمن الشخصي، وأجازت الفقرة هـ من نفس المادة حجز الأشخاص طبقاً للقانون، استثناءً وذلك لمنع انتشار مرض معدٍ وأجازت كذلك حجز الأشخاص ذوي الخلل العقلي، وهذه الفقرة تقدم الحماية لجسد الإنسان وفي الوقت نفسه تقدم الحماية لصحة المجتمع عندما تقيد حرية الأفراد منعا لانتشار الأمراض المعدية، وعندما تجيز حجز الأشخاص ذوي الخلل العقلي، فإنها تحمي الشخص المريض نفسه من خلال منعه من إيذاء نفسه وتقديم العلاج اللازم له، وفي الوقت نفسه تحمي الآخرين أيضا من الإيذاء الذي قد يصدر منه.

وأيا اعتبر هذه الاتفاقية حماية الصحة من ضمن القيود القانونية التي ترد على حرية الأشخاص في إعلان ديانتهم أو معتقداتهم وفي الاجتماعات السلمية وتكوين الجمعيات وذلك في الفقرة الثانية من المادتين 9 و11 منها².

خامساً: ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام 2000

يعد هذا الميثاق من أهم المواثيق الإقليمية في مجال صحة الإنسان وحقوق المريض، حيث أنه بالإضافة إلى نصه على حق الإنسان في الحياة، فقد خصص الفقرة الثانية من المادة الثالثة منه الخاص بحق الشخص في سلامته البدنية والعقلية على حقوق الإنسان في مجال الطب وعلم الأحياء، حيث جاء فيها ما يلي: " في مجال الطب وعلم الأحياء يجب احترام ما يلي على وجه الخصوص:

- الموافقة الحرة المعلومة للشخص المعني طبقاً للإجراءات التي يضعها القانون.
- حظر الممارسات التي تتعلق بتحسين النسل وخاصة تلك التي تهدف إلى انتقاء الشخص.
- حظر جعل جسم الإنسان وأجزائه مصدراً للكسب المالي.
- حظر الاستنساخ التناسلي للبشر."

¹ عقدت في روما بتاريخ 4 نوفمبر 1950.

² حيث نصت المادة 9 ف2 على أنه: "حرية الإنسان في إعلان ديانتها أو عقيدتها تخضع فقط للقيود المحددة في القانون والتي تكون ضرورية في مجتمع ديمقراطي لصالح أمن الجمهور وحماية النظام العام والصحة والآداب أو لحماية حقوق الآخرين وحياتهم، أما المادة 11 ف2 فهي خاصة بحرية الاجتماعات السلمية وتكوين الجمعيات.

يتضح لنا من هذه المادة، بأن الموافقة الحرّة تشير إلى حق المريض في الرضا عن الأعمال الطّبية التي تجري له، كما تضمنت هذه الفقرات حماية جسد الإنسان وذلك عن طريق حظر جعل جسم الإنسان وأجزائه مصدرًا للكسب المالي، ممّا يقتضي الالتزام بعدم جواز بيع الإنسان لأعضائه البشرية إلا التبرع بها لأغراض إنسانية وعلاجية، كما نصت عليها القوانين الوضعية لأغلب دول العالم.

بالإضافة إلى ما تقدم، فقد خصصت المادة 35 من الميثاق، لحق كل إنسان في الحصول على الرّعاية الصّحية والوقائية والحق في الاستعادة من العلاج الطّبي، وكفالة مستوى عالٍ من حماية صحة الإنسان في تحديد وتنفيذ كافة سياسات وأنشطة الاتحاد.

كما أكّدت المادة 34 منه، على احترام الحق في إعانات الضّمان الاجتماعي والخدمات الاجتماعية التي توفر في حالات منها الأمومة والمرض وإصابات العمل.

سادسا: الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان 1948:

نصت المادة الأولى من هذا الإعلان، على أنّه لكل إنسان الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه، أمّا المادة 11 منه فقد أكّدت على أنّ لكل شخص الحق في المحافظة على صحته عن طريق الإجراءات الصّحية والاجتماعية التي تتعلق بالغذاء والملبس والإسكان والرّعاية الطّبية إلى الحد الذي تسمح به الموارد العامة وموارد المجتمع.

سابعا: الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969:

لم يرد حق الإنسان في الصّحة في هذه الاتفاقية، وإنّما ورد فيها فقط مبدأ عام وهو حق الإنسان في الحياة، حيث نصت المادة 4 فقرة 1 منها على أنّه: " لكل إنسان الحق في أن تكون حياته محمية، هذا الحق يحميه القانون وبشكل عام منذ لحظة الحمل ولا يجوز أن يحرم أحد من حياته بصورة تعسفية". إلا أنّ حق الصّحة قد ورد في البرتوكول الإضافي للاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان في مجال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، حيث خصّصت المادة 10 منه لحق كل شخص في الصّحة أي التّمتع بأعلى مستوى من الرّفاهية البدنية والعقلية والاجتماعية، ومن أجل ضمان ممارسة الحق في الصّحة فقد أوجبت الاتفاقية الدول الأطراف بالاعتراف بالصّحة كمصلحة عامة واتخاذ إجراءات عديدة

¹ صادر عن منظمة الدول الأمريكية بموجب القرار رقم 30 الذي اتخذته المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية في 1948.

² صادر عن منظمة الدول الأمريكية في سان خوسيه بتاريخ 1969/11/02.

في هذا المجال كالتطعيم العام ضد الأمراض المعدية الرئيسية والوقاية من الأمراض المستوطنة والمهنية وعلاجها، وتوعية السكان بالوقاية وعلاج المشاكل الصحية والوفاء بالاحتياجات الصحية للمجموعات التي تتعرض للأخطار وخاصة الذين يتعرضون للأخطار بسبب الفقر.

المطلب الثاني: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية بوجه خاص

سنتطرق من خلال هذا المطلب لأهم الاتفاقيات التي وردت في المجال الطبي لحماية حقوق المريض بوجه خاص نوردتها كآتي:

الفرع الأول: إعلان جنيف للقسم الطبي 11948 (Declaration of Geneva)

يبين هذا الإعلان بأنّ على الطبيب الذي يريد أن يصبح عضواً في المهنة الطبية أن يؤدي القسم التالي:

- 1- أتعهد بكل احترام أن أقدم حياتي لخدمة الإنسانية.
- 2- أقدم احترامي وتقديري لأساتذتي.
- 3- أن أمارس مهنتي وفقاً لضميري وشرفي.
- 4- أن أولي صحة المريض الاعتبار الأول.
- 5- أن أحافظ على أسرار مريض حتى بعد موته .
- 6- أن أحافظ بكل ما بوسعي على شرف ومثل أصول المهنة الطبية.
- 7- زملائي هم إخوتي وأخواتي.
- 8- لن أسمح لأي اعتبارات كالعمر أو المرض أو العوق أو المعتقد أو الديانة أو الأثنية أو الجنس أو الانتماء السياسي أو العرق أو الشذوذ الجنسي أو الأسس الاجتماعية أو أية عوامل أخرى أن تدخل بين واجبي وبين مريض.
- 9- سأحافظ بكل ما بوسعي على صحة الإنسان (سأصون بكل احترام صحة الإنسان).
- 10- لن أستخدم معرفتي الطبية ضد القواعد الإنسانية حتى تحت التهديد.

¹ تم تنبيه من قبل الجمعية الطبية العالمية في جنيف - سويسرا في سبتمبر 1948، وعدل عدّة مرات في عام 1968 و1983 و1994، وقد صدرت النسخة المنقحة الأخيرة منه في عام 2006، متاح على الموقع الإلكتروني: http://Wikipedia.Org/Wiki/Déclaration_of_Geneva. Accessed in: (15/10/2007).

نلاحظ بأن هذا القسم يتضمن عدّة حقوق للمريض يلتزم بها الطّبيب تجاه مريضه، كإتباع أصول المهنة في عمله وحفظ أسرار مريضه وأن يولي صحة المريض الاعتبار الأول وأن يعامل مرضاه معاملة إنسانية وبكل احترام ودون أي تمييز.

الفرع الثاني: اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري فيما يتعلق بتطبيق البيولوجيا والطب، اتفاقية عن حقوق الإنسان والطب الحيوي لعام 1997:

(Convention for the protection of Human rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and medicine : convention on Human Rights and Biomedicine)

تتكون هذه الاتفاقية من ديباجة و38 مادة، الغرض منها هو حماية هوية وكرامة جميع البشر، وأن تضمن لكل إنسان وبدون أي تمييز احترام جميع الحقوق والحريات الأساسية الأخرى فيما يتعلق بتطبيق البيولوجيا والطب²، وتعطي الأولوية والاعتبار الأول للإنسان في هذا المجال، وتدعو إلى وجوب ترجيح مصلحة الإنسان ومنفعته على مصلحة المجتمع أو العلم³، وإلى ضرورة الحصول العادل للرعاية الصحية المناسبة للجميع⁴، وتؤكد على أخذ رضا المريض عن الأعمال الطبية التي تجرى له، وكذلك حماية الأشخاص غير القادرين على التعبير عن الرضا⁵، وقد خصّصت الاتفاقية الفصل الرابع منها للجين البشري، والفصل الخامس منها للبحث العلمي، أما الفصل السادس فقد خصّص لزرع الأعضاء البشرية وعدم جواز جعلها سببا للكسب المادي أما الفصل الثامن فقد خصّص لمخالفة أحكام هذه الاتفاقية وتقديم الحماية المناسبة لوضع حد لأي انتهاك غير مشروع للحقوق والمبادئ المبنية في الاتفاقية.

الفرع الثالث: الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان 1997:

(Universal Declaration on the Human and Human rights, UNESCO 1997)

صدر هذا الإعلان عن المؤتمر العام لليونسكو في نوفمبر سنة 1997، والغرض منه هو حماية الكرامة الإنسانية فهو الغرض المشترك لكل الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية والإقليمية التي تناولت حماية

¹ عقدت هذه الاتفاقية من قبل المجلس الأوروبي في 04 أبريل 1997، في مدينة Oviedo الإسبانية.

² راجع المادة 1 من الاتفاقية.

³ راجع المادة 2 من الاتفاقية.

⁴ راجع المادة 3 من الاتفاقية.

⁵ راجع المادتين 5 ، 6 من الاتفاقية.

⁶ متاح على الموقع الإلكتروني: (http :Unesdoc. Unesco. Org. Accessed in : /8/2007)

حقوق الإنسان، حيث جاء في المادة الثانية منه: "أنّ لكل إنسان الحق في أن تحترم كرامته وحقوقه أيًا كانت سمته الوراثية".

الفرع الرابع: إعلان بشأن تعزيز وتطوير حقوق المريض في أوروبا 1994:

(A Declaration on the Promotion of Patients' Rights in Europe)

أقرت وثيقة حقوق المرضى في أوروبا، بوصفها مجموعة من المبادئ من أجل تعزيز وتنفيذ حقوق المرضى في الدول الأوروبية الأعضاء في منظمة الصحة العالمية، وتهدف الوثيقة إلى وضع الاستراتيجيات الممكنة لتعزيز حقوق المرضى على أساس المبادئ الواردة في الوثيقة وترجمتها إلى إجراءات عملية، كالقوانين واللوائح التي تحدد حقوق ومسؤوليات المرضى والعاملين في المهن الصحية ومؤسسات الرعاية الصحية وكذلك الدعم الحكومي وإجراء الندوات والمؤتمرات الوطنية وتوعية المواطنين عبر وسائل الإعلام حول حقوق المرضى، وتعزيز البحوث العلمية في هذا المجال، والتعاون بين منظمة الصحة العالمية ومجلس أوروبا والاتحاد الأوروبي لدعم حقوق المرضى.

كما تهدف إلى تأكيد حقوق الإنسان الأساسية في الرعاية الصحية، وخاصة من أجل حماية كرامة وسلامة الشخص وإلى تعزيز احترام المريض، وتؤكد على حق كل إنسان في الحصول على الرعاية الصحية ودون أي تمييز²، وحق المرضى في أن يكونوا على علم تام بوضعهم الصحي والإجراءات الطبية المقترحة لعلاجهم مع تبصيرهم بفوائد ومخاطر العلاج المقترح وبدائله، وإبلاغ المريض بطريقة مناسبة مع ما يتلاءم مع قدرة المريض على الفهم كما أكدت على أنّ الموافقة المستنيرة للمريض أو من ينوب عنه، إن كان المريض غير قادر على التعبير عن موافقته، هي شرط أساسي لأي تدخل طبي³، كما أشارت إلى المحافظة على السرية والخصوصية فيما يتعلق بحالة المريض الصحية في مرحلة التشخيص والعلاج⁴.

¹ صدر هذا الإعلان من قبل منظمة الصحة العالمية لمجلس أوروبا بشأن حقوق المرضى في اجتماعهم في امستردام في الفترة 28-30 آذار/مارس 1994، متاح على الموقع الإلكتروني:

<http://www.Nrwpatienten.de/Themen/Patientenrechte-Arztepflicht/Declaration on the promotion of patients Rights in Europe.rtf>. Accessed in: 8/2007.

² أنظر الفقرة 5 من البند الخاص بحقوق المرضى.

³ راجع الفقرتين 2 و3 من البند الخاص بحقوق المرضى.

⁴ راجع الفقرة 4 من البند الخاص بحقوق المرضى.

الفرع الخامس: إعلان لشبونة حول حقوق المريض لعام 1981:

(Déclaration of Lisbon on the Rights of the Patient 1981)

صدر هذا الإعلان أو اللائحة عن الاتحاد الدولي للأطباء، ويتكون هذا الإعلان من إحدى عشرة مادة تبين حقوق المريض، كحق كل مريض في اختيار طبيبه، وحقه في المعالجة لدى طبيب يعمل بشكل حر في القطاع الخاص، وحقه في التبصير حول حالته الصحية والعلاج، وحقه في الموافقة المستنيرة على العلاج أو رفضه، وأيضا حق كل مريض بعد إعلامه بحالته في قبول أو رفض العلاج، كذلك حقه في المحافظة على أسراره وحق المريض في الموت بشكل مشرف.

الفرع السادس: تقنين نورمبورغ لسنة 1947: (Le Code de Nuremberg)

أصدرت محكمة نورمبورغ²، مجموعة من المبادئ التي يجب مراعاتها حتى تكون التجارب الطبية على الإنسان مقبولة أخلاقيا وقانونيا، وقد شكلت هذه المبادئ ما يعرف بتقنين نورمبورغ³. ولعل أهم المبادئ الأساسية التي تضمنها هذا التقنين ما يلي:

- نصت المادة الأولى من التقنين على ضرورة الحصول على الموافقة الحرة والخالية من عيوب الإرادة للشخص الخاضع للتجربة مع وجوب إعلامه بطبيعة التجربة ومدتها وهدفها والمخاطر المحتملة والأضرار التي قد يتعرض لها في تلك التجربة، وقد أكدت المادة الثالثة منه على أن لا يتم التجريب على الإنسان إلا بعد التجربة على الحيوان، وبعد التأكيد من عناصر المشكلة محل البحث والدراسة.

¹ متاح على الموقع الإلكتروني: (http :Unesdoc. Unesco. Org. Accessed in : /8/2007)

² تم إنشاء هذه المحكمة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية من قبل الدول المنتصرة بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية، وهي محكمة عسكرية دولية لمحاكمة كبار مجرمي الحرب من النازيين، حيث أحيل على المحكمة (23) متهما من بينهم مسؤولون عن المؤسسات الصحية في الإدارة والجيش وأطباء في المعسكرات النازية، وقد اتهم هؤلاء بإجراء تجارب طبية على أسرى الحرب دون مراعاة القواعد القانونية والأخلاقية المنظمة لهذه الأعمال، حيث أشارت المحكمة إلى أن ما ارتكبه المتهمون ليس تجارب طبية وإنما جرائم فظيعة في حق البشرية.

³ ذهبت بعض الآراء إلى نفي الطابع الدولي لهذه المحاكمة باعتبار أنه وعلى الرغم من أن هذه المحاكمة قد تمت باتفاق دولي آنذاك، إلا أنها تمت بمعرفة المحكمة العسكرية الأمريكية المشكلة من قضاة أمريكيين ووفقا للقواعد الإجرائية الأمريكية، إلا أن اعتماد الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 11 ديسمبر 1946 لتقنين نورمبورغ وتبنيه من قبل المجتمع الدولي كأساس لاتفاقيات دولية لاحقة مثل إعلان هلسنكي الصادر عام 1964، جعل الكثير يعترف بالطابع الدولي لتلك القواعد.

- كما أوجبت المادة الرابعة من التّقنين تجنب الآلام والأضرار الجسمانية والعقلية غير الضرورية أثناء مباشرة التجارب على الإنسان، وضرورة تجنب الشخص الخاضع للتّجربة من كل خطر محتمل مهما كان قليلا، يؤدي إلى إحداث جروح بجسمه أو عجز أو وفاة وذلك بموجب المادة 7 منه، ووفقا للمادة 8 منه، يجب أن تباشر التجارب الطّبية على الإنسان من قبل أطباء أو باحثين أكفاء، ويتعين على كل مشارك في هذا النوع من التجارب توخي الحيطة والحذر طوال فترة التّجربة.

الفرع السابع: إعلان طوكيو لسنة 1975:

يعد إعلان طوكيو من أهم الاتفاقيات الدولية على المستوى العالمي بخصوص حماية حقوق الإنسان في مواجهة التجارب الطّبية، ويتضمن مجموعة مبادئ وقواعد متعلقة بإجراء التجارب الطّبية والعلمية على الإنسان، وتعد هذه المبادئ والقواعد التي أصدرتها الجمعية الطّبية العالمية، بمثابة قانون أخلاقي يتعين على الأطباء الباحثين الالتزام به عند مباشرة التجارب الطّبية على الإنسان.

لقد أوجب هذا الإعلان على الطّبيب أن يمارس مهنته خدمة للإنسانية وأن يحافظ على حياة الإنسان منذ الحمل والمحافظة على الصّحة البدنية والعقلية للجميع دون تمييز، والتّخفيف من آلام المرضى، وعدم استعمال معلوماته الطّبية ضد القواعد الأخلاقية الإنسانية، ويجب على الطّبيب أيضا ألا يقبل وألا يشارك في أعمال التعذيب والأشكال الأخرى للممارسات القاسية واللإنسانية والمحطّة بالكرامة مهما كان الذنب الذي اقترفته الضّحية ومهما كانت التّهمة الموجهة له، حيث بينت هذه المبادئ الإطار التّنظيمي للتّجارب الطّبية بهدف تحقيق التوازن الضروري بين حماية حقوق الإنسان من جهة وحق المجتمع في التّطور العلمي من جهة أخرى.

هذا وقد وردت إعلانات عديدة أخرى تتضمن نصوصا لحماية حق الإنسان في الصّحة وسلامة الجسد، نذكر منها الإعلان الخاص بحقوق المعوقين لعام 1975²، وكذلك الإعلان الخاص بحقوق

¹ أصدرته الجمعية الطّبية العالمية في اجتماعها الثامن عشر في هلسنكي سنة 1964 وأكدته في اجتماعها التاسع والعشرين في طوكيو عام 1975.

² اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (د-30) المؤرخ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1975.

المتخلفين عقليا لعام 1971¹، ومبادئ حماية الأشخاص المصابين بمرض عقلي وتحسين العناية بالصحة العقلية²، وإعلان الالتزام بشأن فيروس نقص المناعة البشرية (الإيدز)³، ووثيقة حول الممارسات التقليدية التي تؤثر في صحة المرأة والطفل⁴، والإعلان العالمي الخاص باستئصال الجوع وسوء التغذية⁵، وكذلك اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة لعام 1987⁶.

المبحث الثاني: حقوق المريض في القوانين الصحية المقارنة

سوف يتم التطرق في هذا المبحث إلى أهم حقوق المريض التي أكدتها أغلب القوانين الصحية عبر دول العالم منها حسن الاستماع إلى المريض، ضمان خصوصية المريض، الرعاية الشاملة للمريض، احترام استقلالية المريض، تبصير المريض بطبيعة مرضه، حماية مصلحة المريض.

المطلب الأول: حسن الاستماع إلى المريض وضمن خصوصيته

الفرع الأول: حسن الاستماع إلى المريض

من حق المريض على الطبيب في مرحلة التشخيص، أن يحسن الاستماع إليه وإلى شكواه، وأن يسأله بتأنٍ ويستعلم منه كل ما هو ضروري عن مرضه وحالته الصحية وسوابقه المرضية والحوادث التي تعرض لها والظروف المحيطة به ووضع النفسى ومدى تأثيره على تطور المرض⁷.

¹ اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2856 (د-26) المؤرخ في 20 كانون الأول/ديسمبر 1971.

² متاح على الموقع الإلكتروني:

www.Aihr.Org.tn/arabic/convnter/convntions/HTML/Principle.Accessed.in: (5/1/2008).

³ صدر عن الدورة الاستثنائية السادسة والعشرين للجمعية العامة للأمم المتحدة، المعقودة على سبيل الاستعجال وفقا للقرار 13/55، المؤرخ في 30 تشرين الثاني/نوفمبر 2000.

⁴ وثيقة الأمم المتحدة E/CN.4/2000/2، اعتمدت بدون تصويت في الجلسة 32، المؤرخة في 25 آب/أغسطس 1999.

⁵ أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها 2248 (د-29) المؤرخ في 17 كانون الأول/ديسمبر 1974.

⁶ اعتمدها الجمعية العامة وفتحت باب التوقيع والتصديق عليها والانضمام إليها في القرار 46/39، المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1984. تاريخ بدء النفاذ 26 حزيران/يونيه 1987 وفقا للمادة (1/27).

⁷ عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 228.

فعلى الطبيب أن يتعامل برفق وعطف مع المريض حتى يكسب ثقته ويدعه يتحدث له ويخبره عن كل المعلومات اللازمة عن مرضه ووضعه الصحي والظروف المحيطة به والتي يمكن أن تؤثر على مرضه، فكثيرا ما يخفي المريض المعلومات عن طبيبه، إما بسبب تخوفه من أن يتعرض لعلاج خطر أو لعملية جراحية أو لأنه يشعر بالإحراج أو القلق أو لشعوره بعدم أهمية معلومة معينة، فقد يخفي عنه بعض المعلومات الوراثية التي قد يكون لها دور كبير في تشخيص المرض، لذا يتوجب على الطبيب أن يجعل المريض يطمئن إليه ويشعره بالثقة، حتى يشجعه على أن يبوح له بكل ما يتعلق بمرضه من أمور وأسرار يصعب عليه البوح بها لغير طبيبه الذي يثق به، وبالتالي حتى يتمكن الطبيب من الحصول على المعلومات اللازمة لتشخيص مرضه وعلاجه، وذلك لأن قيام المريض بإخفاء المعلومات عن طبيبه قد يؤدي إلى وقوع الطبيب في التشخيص الخاطئ للمرض ومن ثم إلى الخطأ في العلاج، مما يؤدي إلى تضرر صحة المريض¹.

هذا وقد وردت عدة نصوص في مدونة أخلاقيات الطب الجزائري توجب على الطبيب أن يتصرف بصورة لائقة تجاه مريضه وأن يراعي شعوره وأحاسيسه ويبيد نحوه كل عطف وتفهم واهتمام، وأيضا عليه أن يسعى إلى إقامة أحسن العلاقات مع مريضه على أساس الثقة والاحترام، لأن المريض يرتاح كثيرا لطبيبه الذي يثق به ويبادله الاحترام، وهذا وفقا للمادة 7 من المدونة².

الفرع الثاني: ضمان خصوصية المريض

يعد حق المريض في حفظ أسراره من الحقوق الهامة التي يكتسبها المريض بموجب عقد العلاج الطبي، حيث يلتزم الطبيب بمقتضى هذا العقد بالحفاظ على أسرار مريضه التي تصل إلى علمه أثناء علاجه له، ويتقرر هذا الالتزام سواء نص عليه المتعاقدان صراحة في العقد أم لم ينصا عليه، لأنه من مقتضيات عقد العلاج الطبي، ذلك لأن مضمون العقد لا يقتصر فقط على ما ورد فيه، بل يشمل كل ما

¹ في هذه الحالة يتحمل المريض النتائج الضارة التي تترتب عن عدم تعاونه مع الطبيب لأن المريض الذي تعاقده مع الطبيب بموجب عقد العلاج الطبي، يقع عليه التزام بمعاونة الطبيب بتزويده بكافة المعلومات اللازمة.

² تنص المادة 7 من م.أ.ط.ج على أنه: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة ضمن احترام حياة الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز من حيث الجنس والسن والعرق والدين والجنسية والوضع الاجتماعي والعقيدة السياسية أو أي سبب آخر في السلم أو الحرب".

هو من مستلزماته وفقاً للعرف والعدالة وطبيعة الالتزام، ولا يوجد أدنى شك في أنّ المريض ينتظر من الطبيب المحافظة على السرّ الذي أودعه إياه، بنفس القدر الذي ينتظره منه تنفيذ التزامه بالعلاج¹. هذا ويتميز التزام الطبيب بحفظ أسرار مريضه عن غيره من الالتزامات الأخرى المتولدة عن عقد العلاج الطبيّ بأنّه التزام مستمرّ يمتدّ تنفيذه إلى المرحلة اللاحقة على العقد، أي إلى مرحلة ما بعد انتهاء العقد، ويستمرّ حتى بعد وفاة المريض أيضاً، لما قد يلحق من ضرر بعائلة المريض وسمعة ذويه إذا ما تمّ إفشاؤه.

إنّ قدسية أسرار المهنة الطبيّة قديمة قدم التاريخ، فمنذ قسم أبقراط (470-360 ق.م)، أي منذ خمسة وعشرين قرناً كان الأستاذ يأخذ على طالب الطبّ موثقاً ويميناً مفاده: "ألا أفشي سرّاً بالنسبة لما أرى وأسمع من النّاس، سواء ذلك ما يتصل بمهنتي وما يخرج"، وكذلك جاء في إعلان جنيف للقسم الطبيّ لعام 1948، ما يلي: "إنّني أحترم الأسرار التي أوّتمن عليها وحتى بعد وفاة المريض". كما أنّه لا يخلو أي قسم طبيّ للأطباء عند تخرجهم في سائر الدول من هذا الالتزام، حيث جاء في قسم الأطباء في العراق ما يلي: "أقسم بالله العظيم وبمقدساتي وأن لا أفشي سرّاً"، وكذلك ما نصت عليه المادة الأولى من لائحة وميثاق شرف مهنة الطبّ البشري في مصر لعام 1974، حيث جاء فيها ما يلي: "أقسم بالله العظيم أن أؤدي عملي كطبيب بصدق وأمانة وأخلاق وأن أحافظ على سر المهنة". وهو ما أكدت عليه سائر المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق المرضى وواجباتهم، كالفقرة الرّابعة من الإعلان الصادر بشأن تعزيز وتطوير حقوق المريض في أوروبا لعام 1994، والمادة الخامسة من إعلان لشبونة حول حقوق المريض لعام 1981.

أمّا فيما يتعلق بالسّجلات والملفات الطبيّة، فمن المعلوم أنّ كل مريض له ملف طبيّ ويسجل اسمه وكافة المعلومات المتعلقة به في سجل خاص، يحتفظ به الطّبيب في عيادته الخاصة أو تحفظ في المستشفى الخاص الذي يعالج فيه المريض، والهدف من حفظ هذه السّجلات والملفات الطبيّة هو الاستفادة منها في علاج المرض مستقبلاً إذا ما تطلبت حالته الصّحية ذلك²، وفي هذا الإطار تنص

¹ من ناحية أخرى، فإنّ الطبيب يلتزم بحفظ أسرار مريضه حتى إذا لم يوجد عقد بين المريض والطّبيب، لأنّها من الالتزامات الهامة التي تفرّضها أصول وآداب المهنة الطبيّة، فضلاً عن أنّ إفشاء السرّ يشكل جريمة أخلاقية قبل أن يكون جريمة مدنية أو جنائية.

² عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 380.

المادة (ج/خامسا) من قواعد السلوك المهني العراقي¹ على ما يلي: "1- من الضروري أن ينظم الطبيب في عمله الخاص سجلا لمرضاه يدون فيه التشخيص ووسائله والعلاج وطبيعته وما قد يعن له من ملاحظات، فهذا السجل خير دليل على دقة عنايته وشعوره بالمسؤولية المهنية، وبالإمكان الاستعانة بالوسائل الحديثة كالحاسوب مثلا، إن الاحتفاظ بمثل هذا السجل واضحا نظيفاً يعد خير وثيقة يرجع إليها في التأكد مما قام به من عمل وما أجراه من تصرفات في ممارسته المهنية وكثيراً ما يكون منفذاً له في المواقف الحرجة. 2- تنظم المستشفيات الرسمية والخاصة سجلات خاصة بها لنفس الأسباب الواردة أعلاه".

إن نظام حفظ الملفات والسجلات الطبية يجب أن يضمن المحافظة على سرية ما فيها من معلومات، لذا يتوجب على الطبيب أن يتابع ويشرف على عملية حفظ هذه الملفات بما يضمن عدم تسرب المعلومات منها وبشكل يضمن حفظ أسرار مرضاه الذين يعالجون عنده في عيادته الخاصة، كما يتوجب على المستشفى الخاص أن يؤمن هذا الأمر في قسم حفظ السجلات وأن يشدد على الموظفين المسؤولين عن حفظها بصورة تضمن للمرضى حقهم في حفظ أسرارهم الطبية وعدم إفشائها، لذا يجب على موظفي قسم السجلات التقيد بأصول المحافظة على الأسرار الطبية.

كما لا يحق للطبيب إفشاء ما في تلك السجلات والملفات من معلومات لجهات غير طبية، وإذا ما أراد طبيب أن يعالج مريضا معينا بالاستفادة من سجلاته الطبية السابقة، فإنه يستطيع الحصول عليها من الطبيب المعالج السابق بعد موافقة المريض، إن أمكن أو من المستشفى الذي كان يعمل فيه الطبيب المعالج السابق، وفي هذه الحالة ينتدب المستشفى طبيبا آخر لمراجعة الملفات السابقة وتلخيص ما فيها من معلومات وإرسالها للطبيب المعالج الجديد أو للجهة الرسمية المعنية بواسطة طبيبه².

من أمثلة النصوص القانونية التي تناولت حق المريض في حفظ أسرار نجد المادة 24 من القانون الصحي الجزائري (11-18) التي نصت على أن: "لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون. ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة".

¹ تعليمات السلوك المهني العراقي لعام 1985.

² يوسف الكيلاني، سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، 1997، جامعة الكويت، ص 72.

المطلب الثاني: الرّعاية الشاملة للمريض واحترام استقلالته

الفرع الأول: الرّعاية الشاملة للمريض

تتحقق الرّعاية الشاملة للمريض عن طريق احترام العناصر الآتية¹:

- تخفيف آلام المريض بكل ما يستطيعه وما يتاح له من وسائل علاجية نفسية ومادية وإشعار المريض بحرصه على العناية ورعايته.
 - تسجيل الحالة الصّحية للمريض والسيرة المرضية الشّخصية والعائلية الخاصة به وذلك قبل الشروع في التّشخيص والعلاج.
 - التّزام الدّقة في الفحص الطّبي والتّشخيص.
 - وصف العلاج كتابه وبوضوح مع تحديد مقاديره وطريقة استعماله وتنبيه المريض أو ذويه بحسب الأحوال إلى ضرورة التّقيّد بالأسلوب الذي حدّده للعلاج.
 - رصد المضاعفات الناجمة عن العلاج الطّبي أو الجراحي والمبادرة إلى علاجها متى أمكن ذلك.
 - على الطّبيب أن لا يمتنع عن علاج مريض أو إسعاف مصاب ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه وعليه في هذه الحالة ان يجري له الإسعافات اللازمة ثم يوجهه إلى أقرب مؤسسة صحية.
 - الاستمرار في تقديم الرّعاية المناسبة للمرضى المصابين بأمراض غير قابلة للعلاج أو مستعصية حتى اللّحظات الأخيرة من حياتهم.
- بالرجوع الى النصوص القانونية المنظمة لهذا الحق نجد المادة 5-1110 L من قانون الصّحة العامة الفرنسي والتي نصت على أنّ لكل شخص مع الأخذ بالحسبان حالته الصّحية ضرورة التدخلات الجراحية التي تتطلبها، الحق في الحصول على العلاجات الأكثر ملائمة والاستفادة من المعالجات التي تثبت فعاليتها والتي تضمن أفضل سلامة صحية بالنظر إلى المعارف الطّبية المكتشفة ويجب ألا تتسبب له أعمال الوقاية والفحوصات والعلاجات بالنظر إلى المعارف الطّبية الحالية أخطارًا غير متناسبة مع الفائدة المتوقعة منها.

¹ Anne Laude, Didier Tabuteau, Les droits des malades, P.U.f, 1 er édition, 2016, p 28.

كما تنص المادة الأولى من القانون اللباني المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة¹ على أنّ للمريض الحق في إطار نظام صحي و حماية اجتماعية بتلقي العناية الطبية الرشيدة والمناسبة لوضعه والمتماشية مع معطيات العلم الحالية، كما تأخذ هذه الحماية شكل الوقاية أو التأهيل أو التنقيف.

كذلك الحال بالنسبة للقانون البلجيكي المتعلق بحقوق المرضى الصادر بتاريخ 2002/08/22 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 2004/11/24 والذي نص في المادة 5 منه على أنّ للمريض الحق اتجاه طبيعة المعالج في إجراءات نوعية تلبى حاجاته وكل ذلك ضمن احترام كرامته البشرية واستقلاله ودون أن تمييز من أي نوع كان وقد تنبه المشرع البلجيكي بأنّ هذه المادة لا تحدد مضمون حق المريض في العلاج، وجاءت بصيغة عامة لذلك فقد تدخل في سنة 2004 وأضاف مادة جديدة وهي المادة 11 مكرر والتي تنص أن كل شخص يجب أن يتلقى من مزاولي المهن الصحيّة العلاجات الأكثر ملائمة والهادفة إلى الوقاية من الألم أو الاستماع إليه أو تقديره أو أخذه على عاتقه أو معالجته.

الفرع الثاني: احترام استقلالية المريض

لا يجوز معالجة المريض دون رضاه فيما عدا الحالات التي تتطلب تدخلاً طبياً طارئاً ويتعذر فيها الحصول على الموافقة لأي سبب من الأسباب أو إذا كان مرضه معدياً أو مهدداً للصحة أو السلامة العامة².

فمثلا المادة 343 من القانون الصحي الجزائري (القانون رقم 18-11) نصت على أنه: "لا يمكن القيام بأي عمل طبي ولا بأي علاج دون الموافقة الحرة والمستنيرة للمريض وتخص هذه المعلومة مختلف الاستكشافات أو العلاجات أو الأعمال الوقائية المقترحة ومنفعتها وطابعها الاستعجالي المحتمل وعواقبها والأخطار الاعتيادية أو الخطيرة التي تنطوي عليها والتي يمكن عادة توقعها، وكذا الحلول الأخرى الممكنة والعواقب المتوقعة في حالة الرفض".

كذلك الأمر بالنسبة لقانون الصحة الفرنسي إذ ينص في المادة L1111-4 منه على أنّ كل شخص يتخذ القرارات المتعلقة بوضعه الصحي مع صاحب المهنة الصحية، بعد أن يأخذ في الحسبان المعلومات التي قدمت له عن حالته الصحية، ويجب على الطبيب احترام إرادة الشخص، بعد إعلامه

¹ قانون رقم 574 الصادر بتاريخ 2004/02/12.

² أقرورو سميرة، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، مطبعة النجاح الجديدة،

الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2015، ص 113.

بالنتائج المترتبة على اختياراته وقراراته، وإذا كانت إرادة الشخص برفض العلاج أو وقفه تضع حياته في خطر، فعلى الطبيب بذل كل ما لديه من جهد من أجل إقناعه بقبول العلاجات الضرورية.

ولكن لا يمكن إجراء أي عمل طبي آخر، ولا تطبيق أي علاج دون رضا المريض الحر والمستنير. يمكن للمريض أن يتراجع عن رضاه في أية لحظة، وكذا إذا كان المريض قاصراً أو بالغاً خاضعاً لتدابير الحماية القانونية بسبب نقص أهليته، فيجب الحصول على رضاه إذا كان باستطاعته التعبير عن إرادته والمشاركة في اتخاذ القرار¹.

وفي حال رفض صاحب السلطة الأبوية أو الوصي العلاج وإذا كان من شأن هذا الرفض أن يولد نتائج خطيرة بالنسبة لصحة القاصر أو البالغ الخاضع للوصاية فإنه يجب على الطبيب القيام بالعلاجات الضرورية.

أما إذا كان المريض في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته، فلا يمكن للطبيب القيام بأي فحص أو علاج باستثناء حالتي الاستحالة والضرورة الإسعافية أي الاستعجال دون استشارة الشخص موضع الثقة عند المريض وفقاً لنص المادة 6-1111 من القانون ذاته.

تنص المادة 5-1111 من قانون الصحة العامة الفرنسي، أنه خلافاً لنص المادة 2-372 من القانون المدني الفرنسي يمكن للطبيب أن يعفي نفسه من الحصول على رضا صاحب السلطة الأبوية، أو الوصي حول القرارات الطبية التي يجب اتخاذها عندما يكون العلاج أو التدخل الجراحي ضرورياً لإنقاذ صحة قاصر في الحالة أي يرفض فيها هذا القاصر صراحة استشارة صاحب أو صاحبة السلطة الأبوية بهدف الحفاظ على سرية حالته الصحية.

أما إذا تعلق الأمر بمعالجة قاصر أو بالغ خاضع لتدابير الحماية القانونية نتيجة لنقص الأهلية أو انعدامها، فالمادة 42 من قانون آداب مهنة الطي الفرنسي، تلزم الطبيب ببذل قصارى جهده من أجل إبلاغ أقارب المريض وإعلامهم أو تبليغ ممثله القانوني والحصول على رضاهم، وإذا كان بالإمكان أخذ رأي المريض في مثل هذه الحال، فيجب على الطبيب أن يأخذه بالحسبان قدر الإمكان.

بالتالي فإن لإرادة القاصر في التشريع الفرنسي الحديث دور أساسي و فاعل في كل القرارات الطبية المتعلقة بحالته الصحية، فله أن يوافق عن كل عمل طبي أو تدخل جراحي يريد الطبيب إخضاعه له¹،

¹ أقرورو سميرة، المرجع السابق، ص 116.

كما يكون من حقه أن يرفضه استناداً إلى حقه في تكامله الجسدي و حقه في تقرير مصيره بنفسه. كذلك الحال في القانون اللبناني، إذ تنص المادة 6 من القانون المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة لعام 2004 على أنه لا يمكن إجراء أي عمل طبي أو تطبيقه أي علاج إلا بعد الحصول على موافقة المريض مسبقاً وذلك باستثناء حالات الطوارئ والاستحالة وتشتت هذه المادة أن تسبق هذه الموافقة إعطاء المريض جميع المعلومات الضرورية المتعلقة بحالته الصحية وأن تكون هذه الموافقة حرة، ويمكن للمريض أن يتراجع عنها في أي وقت يشاء.

كما يجب أن تكون هذه الموافقة خطية إذا استدعت حالة المريض الصحية إجراء عملية جراحية كبيرة.

أما في بريطانيا، فقد حدد قانون الأسرة الإنجليزي² السن القانوني للموافقة على الأعمال الطبية على اختلاف أنواعها بـ 16 سنة، و بالتالي يمكن للطبيب أن يباشر الأعمال الطبية على القاصر البالغ 16 سنة، معتمداً فقط على موافقته حتى و لو رفض والده هذا التدخل الطبي.

بخصوص دون 16 من العمر، فالأمر يبقى للسلطة التقديرية للطبيب لمعرفة ما إذا كان الصغير أهلاً لفهم و إدراك طبيعة العمل الطبي و نتائجه.

بالنسبة للولايات المتحدة، فيسود في أغلب الولايات مبدأ عدم الاعتداد برضا الصغير الذي لم يبلغ بعد عمره 18 سنة، إلا أن بعض الولايات تجيز للصبي الصغير الذي لم يبلغ بعد السن القانوني و الذي يتميز بالقدرة على الإدراك و الاختيار أن يوافق على الأعمال الطبية متى كانت تحقق مصلحة مؤكدة و ثابتة للقاصر و لو أمام رفض الوالدين³.

بوجه عام، فالغالب في الولايات المتحدة يتفق مع الاتجاه السائد في بريطانيا و الذي يستند إلى إباحة عمل الطبيب إذا صدرت الموافقة من الصغير الذي لم يتجاوز سنه 18 سنة إذا كان قادراً على فهم

¹ زعنون فتيحة، حق الطفل في المشاركة في القرار الطبي، دفاتر السياسة و القانون، العدد 18، جانفي 2018، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 175.

² Family Law Reform Act, 1969.

³ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 211.

و تقدير الإجراء الطبي من حيث طبيعته و آثاره و كان يحقق مصالحه الصحية و الاجتماعية و لا يتضمن مساسا جسيما بسلامة بدنه أو يحتمل مخاطر معتبرة.

بالتالي فإنّ العبرة تكمن في قدرة الصغير على الإدراك والاختيار بالنسبة للعمل الطبي المقترح سواء تعلق الأمر بطبيعة هذا العمل أو نتائجه ما دامت الغاية هي العلاج وتحقيق مصلحة الصبي باعتباره صغير السن¹.

بخصوص القانون الجزائري إذا تعلق الأمر بالأعمال الطبية فكمبدأ عام لا يمكن الموافقة عليها، لأنّه لا يزال قاصراً في نظر القانون ويجب استشارة ممثله القانوني، وهو ما أشارت إليه المادة 154 فقرة 2 من قانون حماية الصّحة وترقيتها بنصها على أنّه: "يقدم الطبيب العلاج لإنقاذ حياة أحد القصر أو الأشخاص العاجزين عن التمييز أو الذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويستحيل الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب".

كما احتوت مدونة أخلاقيات الطّب الجزائري على أحكام مشابهة، إذ نصت المادة 52 منها على ما يلي: "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهداً لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم".

لذلك فإنّ حلول إرادة الولي محل إرادة الطفل سواء كان قاصراً أو عديم التمييز في ممارسة حقه في قبول العلاج أو رفضه يصب في مصلحته باعتباره مسؤولاً عن رعايته و حماية أمنه و سلامته الصحية و الجسدية و هو ما قضت به المادة 87 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر رقم 05-02 التي تقضي: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، و بعد وفاته تحل الأم محله قانوناً، و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد...".

هذا كله من أجل توفير حماية مزدوجة لشخص المريض باعتباره الطرف الضعيف اتجاه حالته الصحية من ناحية، ومن ناحية أخرى باعتباره الطرف الضعيف اتجاه شخص مؤهل في الصحة².

على ضوء الأحكام السابقة يتم احترام استقلالية المريض عن طريق العناصر التالية:

¹ مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 214.

² Mustapha KARADJI, Soraya CHAIB, La preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, nouvelle série N°02, 2007, p 73.

- على الطَّبيب ألا يرغم المريض على علاج معين دون موافقته وعليه أن يقدم البدائل التي يطلبها المريض.

- على الطَّبيب في حالة رفض المريض للعلاج أن يشرح له الآثار المترتبة على عدم تناوله للدواء والتطورات المرضية المترتبة على ذلك بصدق وعدم مبالغة، كما عليه أن يسجل إقرار المريض وفي حالة رفضه يوقع الطبيب وهيئة التمريض على ذلك في الملف الطَّبي حتى يخلي الطَّبيب مسؤوليته.

- على الطَّبيب أن لا يرغم المريض على التوقيع على البيانات في الملف الطَّبي دون رضاه.

المطلب الثالث: تبصير المريض بطبيعة مرضه وحماية مصلحته

الفرع الأول: تبصير المريض بطبيعة مرضه

للمريض الحق في الحصول على جميع المعلومات المتعلقة بوضعه الصَّحي وهذا ما تنص عليه المادة 23 من القانون الصَّحي الجزائري (11-18)¹.

بالرجوع الى القانون الفرنسي نجد المادة 2-1111 L من قانون الصَّحة العامة الفرنسي والتي جاء فيها أنّ كل شخص له الحق في أن يحاط علمًا بوضعه الصَّحي والمعلومات التي يجب أن تقدم للمريض هي تلك المتعلقة بمختلف الفحوصات والعلاجات وأعمال الوقاية المقترحة، والفائدة منها ومدى ضرورة هذه الأعمال الطَّبية والنتائج المترتبة عليها، والأخطار المعتادة أو الجسيمة المحتملة وكذلك تشمل المعلومات الحلول الأخرى الممكنة والنتائج التي يمكن أن تترتب في حال رفض المريض، وإذا ظهرت بعد الفحوصات والعلاجات وأعمال الوقاية أخطار جديدة، فيجب إعلام المريض بها حالاً إذا كان ذلك ممكناً. أمّا فيما يتعلق بالقاصرين أو البالغين الخاضعين للوصاية فإنّه يجب تقديم المعلومات المتعلقة بحالتهم الصَّحية من حيث المبدأ أو مع مراعاة المادة 5-1111 L من قانون الصَّحة العامة السالفة الذكر إلى أصحاب السلطة الأبوية أو إلى الأوصياء ويحق لهؤلاء القاصرين أو البالغين الخاضعين للوصاية أيضاً الحصول على هذه المعلومات والمشاركة في اتخاذ القرار المتعلق بهم بشكل يتناسب مع درجة نضجهم.

¹ تنص المادة 23 من ق.ص.ج: " يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج الذي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها.....".

في حال وقوع نزاع حول تقديم هذه المعلومات للمريض يقع على عاتق الطبيب أو المؤسسة الصحية إثبات أنّ المعلومات أعطيت للمريض طبقاً للشروط المنصوص عليها في القانون ويتعلق الأمر هنا بواقعة مادية ومن ثم يمكن إثبات ذلك بوسائل الإثبات كلها.

إضافة إلى ذلك فإنّ المادة 3-1111 L من قانون الصحة الفرنسي تنص على حق كل شخص في الحصول على معلومات تقدمها المؤسسات الصحية العامة والخاصة حول النفقات والعلاج وشروط التكفل بها، كما يجب على أصحاب المهن الصحية الحرّة قبل تنفيذ أي عمل إعلام المريض بثمن تكلفة هذا العمل وشروط تحمل أنظمة التأمين الطبي إلزامية هذه التكلفة¹. ويقع هذا الالتزام على عاتق كل شخص يمارس مهنة صحية في إطار اختصاصاته ومع مراعاة القواعد المهنية المطبقة عليه.

لذلك يجب إعطاء هذه المعلومات للمريض في وقت مناسب وبشكل مبسط، بحيث يمكن للشخص العادي أن يستوعب ذلك خلال مقابلة تجري معه على انفراد ويجب أن تتصف هذه المعلومات بالصدق والوضوح وأن تكون ملائمة مع شخصية المريض وحاجاته وطلباته.

هذا ما ينص عليه أيضاً قانون الآداب الطبية الفرنسي لعام 1995 إذ جاء في المادة 35 منه على أنّه يجب على الطبيب أن يقدم للشخص الذي يفحصه أو يعالجه أو ينصحه معلومات صادقة وواضحة وملائمة عن حالته الصحية، وكذلك عن الفحوصات والعلاجات التي يقترحها عليه.

ويجب أن يأخذ بالحسبان خلال مدّة المرض شخصية المريض عندما يقدم له المعلومات ويحرص على أنّ المريض قد فهم تلك المعلومات واستوعبها.

يمكن للطبيب الذي جمع المعلومات أو الذي يحتفظ بها أن يطلب حضور شخص ثالث مع المريض أثناء إطلاعه على بعض المعلومات المتعلقة به، وذلك بسبب ما قد تلحق به من أضرار نتيجة إطلاعه على تلك المعلومات ولا يشكل رفض المريض حضور شخص ثالث عائقاً أمام حصوله وإطلاعه على المعلومات المتعلقة به.

¹ Anne Laude, Didier Tabuteau, OP.CIT, p 34.

الفرع الثاني: حماية مصلحة المريض

- يعد الطبيب مؤتمنا على تحري برامج الرعاية الصحية المناسبة لحالة المريض، وعليه أن يتأكد من جدوى البرنامج العلاجي قبل تنفيذه أو تطبيقه على المريض¹.
- إضافة إلى ذلك، فعلى الطبيب مراعاة العوامل التالية:
- الامتناع عن استخدام طرق تشخيصية أو علاجية غير معتمدة أو غير متعارف بها علميا.
 - إجراء الفحوص الطبية اللازمة للمريض دون إضافة فحوص لا تتطلبها حالته المرضية.
 - أن تجرى الفحوصات والتحاليل المخبرية اللازمة للتأكد من أنّ التدخل الجراحي ضروري ومناسب لعلاج المريض والتحقق من أنّ الحالة الصحية للمريض تسمح بإجراء الجراحة.
 - أن يكون الطبيب الذي يجري الجراحة مؤهلا لإجرائها حسب تخصصه العلمي وخبرته العلمية ودرجة وأهمية العملية الجراحية.
 - أن تجري الجراحة في مؤسسة علاجية أو منشأة صحية مهيأة تهيئة كافية لإجراء الجراحة المعقدة.
 - على الطبيب ألا يمتنع عن علاج مريض أو إسعاف مصاب ما لم تكن حالته خارجة عن اختصاصه، وعليه في هذه الحالة أن يجري له الإسعافات اللازمة، ثم يوجهه إلى أقرب مؤسسة صحية.
 - لا يجوز إخراج المريض من المنشأة الصحية التي يتلقى فيها العلاج إلا إذا كانت حالته الصحية تسمح بذلك أو كان ذلك بناءً على رغبته في الخروج رغم تبصيره بعواقب خروجه على أن يؤخذ إقرار كتابي منه أو من أحد أقربائه.
 - لا يجوز الامتناع عن علاج المريض، كما لا يجوز إنهاء حياة المريض ولو بناء على طلبه أو طلب وليه أو وصيه أيا كان السبب سواء لتشوه جديد أو مرض مستعص ميئوس من شفائه أو محقق به الوفاة أو للألام شديدة.
 - يمكن للطبيب في غير الحالات الإسعافية أن يمتنع عن علاج المريض لأسباب شخصية أو مهنية قد تؤدي إلى الإخلال بجودة الخدمة المقدمة للمريض شريطة ألا يضر ذلك بصحة المريض ووجود من يقوم بعلاج المريض بدلا عنه.

¹ أقرورو سميرة، المرجع السابق، ص 140.

كذلك لابد من مراعاة حق أساسي للمريض يتمثل في كتمان السر الطبي وقد سبق التطرق إلى هذه الحالة عند دراسة التزامات الطبيب¹.

مع الملاحظة أنه في حالة إحالة المرضى فعلى الطبيب احترام حق المريض في أن يغير طبيبه، وفي الحصول على المعلومات المدونة في سجله الطبي أو الحصول على التقرير الطبي اللازم الذي يشرح حالته المرضية².

كذلك يجب على الطبيب إحالة المريض إلى طبيب مختص بنوع مرضه أو إلى طبيب لديه وسائل أكثر فعالية إذا استدعت حالة المريض ذلك ولا يجوز للطبيب أن يتأخر في الإحالة متى كان ذلك في مصلحة المريض، أيضا عدم الامتناع عن استقبال المريض الذي تم تحويله بسبب عدم التيقن من شفائه أو لأسباب مالية.

ولإجراء نوع من المقارنة فيما يتعلق بحقوق المريض في القانون المغربي³، فقد تضمن هذا الأخير أحكاما على درجة كبيرة من الأهمية والتنوع، لكن المقصود هنا هو حقوق المريض في علاقة العلاج، سواء مع الطبيب أو مع المستشفى، وقد لخص الأستاذ شكري هذه العلاقة في عبارة موجزة بالغة الدلالة عندما قال: "إن مسؤولية الأطباء مسؤولية خطيرة وجسيمة تتعلق بجسم الإنسان وحياته الإنسان في عهد حقوق الإنسان"⁴.

إن مصلحة المريض هي أولى بالترجيح عند النظر في قضايا المسؤولية الطبية وفي تحديد التزامات الطبيب، لأن الأمر يتعلق بحقوق الإنسان في الصحة والحياة والسلامة الجسدية والحياة الخاصة من جهة، وبالنظر إلى التطورات الأخيرة في ميدان الطب والبيولوجيا وعلم الهندسة الوراثية من جهة أخرى.

كما أن الثورة العلمية المسجلة في هذه العلوم في السنين الأخيرة هي لصالح الإنسان، وذلك من خلال مختلف الخدمات التي قدمها لنا الطب، لكن هذه الحقيقة لا ينبغي أن تخفي عنا حقيقة أخرى وهي

¹ راجع في ذلك الصفحة من 58 إلى غاية 66.

² Anne Laude, Didier Tabuteau, OP.CIT, p 41.

³ ظهير شريف رقم 26.15.1 الصادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون رقم 13-131 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، الجريدة الرسمية عدد 6342، ص 1607.

⁴ أحمد أدريوش، العقد الطبي (دراسة تحليلية وتأصيلية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب وزبونه)، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، الطبعة الثانية مزيدة وممتقنة، 2015-2016، ص 166.

أنه كلما تقدم الطب كلما أصبح أكثر تسلطا ولذا ينبغي في مواجهة ذلك العمل على حماية حقوق المريض وترجيح مصالحه.

هذا هو الهدف الذي توخته كثير من التشريعات الحديثة، فهي وإن أباحت بعض الأعمال الطبية (الإجهاض العلاجي، اقتطاع الأعضاء بغرض زرعها، التجارب الطبية)، فقد قيدتها بعدة قيود حماية لحقوق المريض وتوجيها للعمل نحو الغرض العلاجي، بل منها من أصدر مدونات تحمل نفس الاسم أي حقوق المريض وتكفي الإحالة العامة على المصنف الدولي للتشريعات الصحية لإدراك حجم هذه الموجة التشريعية.

لقد سار القضاء المغربي على هذا النهج في عدد كبير من أحكامه، فمثلا نجد حكم صادر في بداية التسعينات من القرن الماضي عن المحكمة الابتدائية بالرباط، بنى قضاءه بالمسؤولية على الحيثية التالية: "صحيح أن الأطباء في حاجة إلى الطمأنينة والثقة والحرية في مزاوله أعمالهم، لكن طبيعة عملهم الذي هو التزام ببذل عناية لا تحقيق غاية، لا ينبغي أن يلغي حاجة المريض إلى الحماية من أخطائهموحقه في التعويض عن الأضرار بسببها"¹.

يعتبر هذا القضاء سليما لصدوره عن تصور موضوعي للعلاقة بين الطبيب والمريض في إطار علاقة العلاج، ولقيامه على فحص وضع المصالح التي تجمعها هذه العلاقة من أجل ترجيح تلك التي أراد المشرع حمايتها.

فضابط الإنصاف باعتباره من الضوابط التي نص عليها الفصل 231، يقتضي التوفيق بين مصلحتين أو اعتبارين هما صفة الاحتراف بالنسبة للطبيب ومصلحة الدائن وهو المريض، وهي ليست مصلحة مادية كالتي يعول عليها من التعاقد مع مهندس أو مقاول أو غيره من المقاولين، وإنما هي مصلحة مستمدة من حيث هو إنسان في ذاته.

تبعا لهذا الضابط، استقر الفقه والقضاء على إضافة عدة التزامات قانونية إلى مضمون العقد تحقيقا للتوازن بين المصلحتين المنوه عنهما، كما نص على بعضها التشريع وأهم هذه الالتزامات هي الحصول على رضا المريض بالعلاج مع التأكيد على أن هذا الرضا يجب أن يكون حرًا ومبنيًا على

¹ حكم رقم 714 بتاريخ 14/10/1992، ملف رقم 91/789/3.

تبصير المريض وإخطاره بمخاطره، وكتمان أسرار المريض والاستجابة له عند طلبه للعلاج وبالتأمل فيها يتضح لنا أنّ الصّفة الغالبة عليها هي تحقيق غاية¹.

فضلا عن هذه الالتزامات الفرعية المعتبرة تقليدية، فإنّ القضاء في المغرب قد أضاف إليها الالتزام بضمان السّلامة، حيث جاء في حكم حديث للمحكمة الابتدائية بالرباط ما نصّه: "إنّ الأصل هو أنّ الطّبيب لا يلتزم بتحقيق نتيجة ولكن ببذل طبيب يقضي ببذل طبيب يقظ يبذل جهودًا صادقة لتحقيق ما تعهد به، إلاّ أنّه يكون في بعض الأحيان مطوقا بالتزام بتحقيق نتيجة ليست هي شفاء المريض ولكن ضمان سلامته وعدم تعريضه لأيّ أذى أو إصابته بأيّ ضرر".

إلى جانب هذه الحقوق هناك حقوق خاصة بفئة المرضى المصابين باضطرابات عقلية الذين تم استشفائهم تتمثل في²: إعلامهم بحقوقهم، إخطار اللجنة الولائية للصحة العقلية، تلقي زيارات بعد موافقة الطبيب المعالج في المؤسسة.

¹ أحمد أدريوش، المرجع السابق، ص 167.

² المادة 131 من ق.ص.ج.

الخاتمة:

إن دراستنا لموضوع العقد الطبي وحقوق المرضى كشفت لنا أهميته في الحياة العملية، كما بينت لنا أن هذا العقد أصبح من بين العقود الأكثر انتشارا ويرجع السبب في ذلك إلى التحول العميق الذي شهدته مختلف القطاعات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في مختلف الدول، وما واكب ذلك من ظهور تقنيات جديدة متعلقة بالمجال الطبي.

فالعقد الطبي وإن كان لا يختلف كثيرا عن مجمل العقود المدنية الأخرى، إلا أنه يتميز عن غيره من العقود في كونه يرد على جسم الإنسان.

وبما أن العمل الطبي يرد على هذا الجسم فإنه وكأي عمل آخر يكون محلا لمجموعة من الأخطاء مما يؤدي إلى ترتيب مسؤولية الطبيب.

بالتالي بات العقد الطبي اليوم أمرا ضروريا، بل أصبح أكثر انتشارا في إطار الطب الحر، وإن انتشاره هذا بات يفرض على المشرع ضرورة الارتقاء به من مصاف العقود غير المسماة إلى العقود المسماة ومن تم النص عليه في إطار قانون خاص يحمي الطرفين وهما المريض والطبيب، وذلك قصد تحقيق عدالة منشودة لظالما لم تتحقق بين طرفين غير متوازيين يفرض أحدهما وهو الطبيب في أغلب الحالات إرادته على الطرف الآخر وهو المريض.

كما قمنا بدراسة حقوق المرضى وتوصلنا إلى أن لهذه الحقوق أهمية خاصة بحيث تتطلب تأهيل العاملين في القطاع الصحي على أساليب التعامل مع المريض وغرس القيم التي تقوم على العطاء والإتقان والتفهم والتعاطف مع المريض وتعزيز دور الأطباء في حماية هذه الحقوق.

قائمة المراجع:

أولاً: القوانين

1. الاتفاقيات الدولية:

1. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948.
2. العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966.
3. العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966.
4. اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.
5. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979.
6. اتفاقية منع إبادة الجنس البشري (الإبادة الجماعية) والمعاقبة عليها لسنة 1948.
7. اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12-آب-1949.
8. الميثاق العربي لحقوق الإنسان 1945.
9. الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 1997.
10. الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981.
11. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا لسنة 1950).
12. ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام 2000.
13. الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجبات الإنسان 1948.
14. الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969.
15. إعلان جنيف للقسم الطبي. 1948.
16. اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري فيما يتعلق بتطبيق البيولوجيا والطب: اتفاقية عن حقوق الإنسان والطب الحيوي لعام 1997.
17. الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان 1997.
18. إعلان بشأن تعزيز وتطوير حقوق المريض في أوروبا 1994.
19. إعلان لشبونة حول حقوق المريض لعام 1981.

20. تقنين نورمبورغ لسنة 1947.

21. إعلان طوكيو لسنة 1975.

2. التشريعات الوطنية:

1. المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 26 رجب عام 1417 الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ر. عدد 76 الصادرة بتاريخ 27 رجب 1417، ص 06.
2. القانون رقم 18-11 المؤرخ في 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر. عدد 46 الصادرة بتاريخ 29 يوليو 2018، ص 03.
3. القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 08، ص 176.
4. القانون رقم 90-17 المؤرخ في 31 يوليو 1990، المعدل والمتمم للقانون 85-05 و المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر. عدد 35، ص 1123.
5. القانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون 85-05، ج.ر. عدد 44، ص 03.
6. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر.، عدد 44، ص 17.
7. القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 17، ص 562.
8. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، ص 03.
9. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل و المتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، ج.ر. عدد 15، ص 17.
10. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 49، ص 702.

11. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج. ر عدد 78، ص 990.
12. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، ج. ر عدد 101، ص 1306.
13. الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم، ج. ر عدد 13، ص 3.
14. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم، ج. ر عدد 21، ص 274.
15. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 6 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. ر عدد 52، ص 1419.
16. المرسوم التنفيذي رقم 92-284 المؤرخ في 6 يوليو 1992، يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج. ر عدد 53، ص 1465.
17. المرسوم التنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج. ر عدد 53، ص 1472.
18. المرسوم التنفيذي رقم 09-116 المؤرخ في 07 أبريل 2009، المحدد للاتفاقيات النموذجية المبرمة بين هيئات الضمان الاجتماعي و الأطباء، ج. ر عدد 23، ص 03.
19. المرسوم التنفيذي رقم 96-122 الصادر في 06 أبريل 1996، يتضمن تشكيل المجلس الوطني لأخلاقيات علوم الصحة، وتنظيمه وعمله، ج. ر عدد 22، ص 18.
- 3. التشريعات الأجنبية:**

1. القانون الفرنسي رقم 2002-303 المؤرخ في 4 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي، ج. ر، عدد 54، ص 4118.
2. قانون الأسرة الانجليزي (Family Law Reform Act, 1969).
3. قانون الآداب الطبية اللبناني الصادر بتاريخ 1994/02/22.
4. القانون اللبناني المتعلق بحقوق المرضى والموافقة المستنيرة لسنة 2004.

5. القانون البلجيكي المتعلق بحقوق المرضى الصادر بتاريخ 2002/08/22 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 2004/11/24.
6. المرسوم رقم 95-1000 المؤرخ في 06/09/1995 المتضمن قانون أخلاقيات الطب الفرنسي.
7. ظهير شريف رقم 26.15.1 صادر في 29 من ربيع الآخر 1436 (19 فبراير 2015) بتنفيذ القانون رقم 13-131 المتعلق بمزاولة مهنة الطب، الجريدة الرسمية عدد 6342، ص 1607.
8. قانون عمليات وزرع الأعضاء البشرية العراقي رقم 85 لسنة 1986.
9. لائحة وميثاق شرف مهنة الطب البشري (لائحة آداب المهنة المصري لعام 1974).

ثانياً: المراجع

1. باللغة العربية:

أ. المؤلفات:

- المؤلفات العامة:

1. أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
2. أقرورو سميرة، المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث (دراسة مقارنة)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2015.
3. بن صغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية (دراسة تأصيلية مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2015.
4. بن سويسي خيرة، النظام القانوني للمؤسسات الاستشفائية الخاصة، النشر الجامعي الجديد، الجزائر، 2017.
5. حسان زيدان شكر الفهاد، الالتزام بالتبصير في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
6. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن (دراسة مقارنة)، دار هومه، الجزائر، 2009.
7. داودي خالد، الخطأ الطبي، دار الاعصار للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2018.

8. راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2007.
9. راييس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، دار هومة، الجزائر، 2012.
10. سلخ محمد لمين، مسؤولية الطبيب عن الوصفة الطبية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015.
11. طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، عالم الكتاب الحديث، الأردن، 2011.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
13. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، الجزائر، 2006.
14. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
15. 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.
16. عبد القادر أزوا، التأمين من المسؤولية المدنية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011.
17. منار فاطمة الزهراء، مسؤولية طبيب التحدير المدنية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.
18. محمد عبد النباوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003.
19. محند بوكوطيس، مسؤولية الدولة في المجال الطبي (مقارنة قانونية تحليلية على ضوء القضاء الإداري) دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2014.
20. محمد الحجوجي، المسؤولية المدنية للمصحات الخاصة بالمغرب، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2013.

21. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة المدنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1983.

22. محمد عبد النبوي، المسؤولية المدنية لأطباء القطاع الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2003.

23. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

- المؤلفات الخاصة:

1. المصطفى الغشام الشعيبي، العقد الطبي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2016.

2. أحمد أدريوش، العقد الطبي (دراسة تحليلية وتأصيلية للمقتضيات القانونية المؤطرة للعلاقة بين الطبيب وزبونه، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الثانية، مزينة ومنقحة، 2015-2016.

3. محمد السعيد رشدي، عقد العلاج الطبي (دراسة تحليلية وتأصيلية لطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2014.

4. عشوش كريم، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2009.

5. غادة فؤاد مجيد المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2011.

ب. الرسائل والمذكرات:

1. أحمد هواجي، الاحتمال في العقد الطبي (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2006-2007.

2. جربوعة منيرة، الالتزامات الحديثة في العمل الطبي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه علوم في القانون، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.

3. حدة قندوز، الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مذكرة لاستكمال متطلبات ماستر أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013-2014.

4. داودي صحراء، الجوانب القانونية للأساليب المستحدثة في الطب والجراحة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

5. صاحب ليدية، فوات الفرصة في إطار المسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010-2011.
6. صباح عبد الرحيم، المسؤولية المدنية للطبيب عن إفشاء السر المهني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.
7. عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
8. فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012-2013.
9. قوادي مختار، المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه في الشريعة والقانون، كلية الحضارة الإسلامية والعلوم الإنسانية، جامعة وهران، 2009-2010.
10. مسلم عبد الرحمن، عقد العلاج الطبي، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005-2006.
11. معاشو لخضر، النظام القانوني لنقل و زرع الأعضاء البشرية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

ج. المجلات:

- المجلات القانونية:

1. بن عودة حسكر مراد، أخلاقية الالتزام الطبي بالسّر المهني بين ضوابط الإبادة والتّجريم، مجلة دراسات قانونية، العدد 11، 2011، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.
2. بن صغير مراد، التّوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، العدد 04، 2007، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان.
3. ديدن بوعزة، عرض الدّواء للتّداول في السّوق في قانون الاستهلاك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 03، 2008، جامعة الجزائر.
4. زعنون فتيحة، حق الطفل المريض في المشاركة في القرار الطبي، دفاثر السياسة و القانون، العدد 18، جانفي 2018، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.

5. شهيد محمد سليم، الالتزام بالسّر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الخامس، أبريل 2009، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس.

6. عدة جلول سفيان، التامين من المسؤولية الطبية، مجلة الدفاع، العدد الثاني، مارس 2014.

7. غالي كحلة، جريمة الاتجار بالأعضاء البشرية للأطفال في التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة، مجلة الفقه و القانون، المغرب ، العدد 26، ديسمبر 2014.

8. يوسف الكيلاني، سر المهنة الطبية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، 1997، جامعة الكويت.

9. ولماصي سمية بدر البدر، المسؤولية المدنية للطبيب في حالتي الاستخلاف والاشترك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد السادس، 2010، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس.

- المجالات القضائية:

1. صويلح بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد 1، 2001.

2. قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/11/27، المجلة القضائية، العدد 01، 1990.

3. قرار المحكمة العليا بتاريخ 1989/02/28، المجلة القضائية، العدد 02، 1992.

4. قرار المحكمة العليا بتاريخ 1995/05/30، المجلة القضائية، العدد 02، 1996.

2. باللغة الفرنسية:

أ. المؤلفات:

1/ Abdelkader Khadir, La responsabilité médicale a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, éditions Houma, Alger, 2014.

2/ Ahmad Issa, La responsabilité médicale en droit public (étude comparée), édition ALPHA, 2014.

3/ Anne Laude, Didier Tabuteau, Les droits des malades, P.U.f, 1 er édition, 2016.

4/ François Vialla, Les grandes décisions du droit médical, édition ALPHA, 2010.

5/ Marie- Laure Moquet-Anger, Droit hospitalier, édition ALPHA, 2010.

6/ Michel Bernard, 160 questions en responsabilité médicale, ELSEVIER MASSON, 2e édition, 2010.

7/ Sophie Hocquet-berg, Brunopy, La responsabilité du médecin, édition HDF, 2006.

ب. المجالات:

Mustapha Karadji, Soraya Chaib, La preuve de l'obligation d'information médicale en droit algérien et français, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, nouvelle série N°02, 2007.

الفهرس:

1.....	مقدمة:
4.....	الفصل الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي وتكوينه.
4.....	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي
4.....	المطلب الأول: ماهية العقد الطبي
4.....	الفرع الأول: تعريف العقد الطبي
5.....	الفرع الثاني: خصائص العقد الطبي
5.....	أولاً: العقد الطبي عقد إنساني قائم بذاته
6.....	ثانياً: العقد الطبي عقد مدني
6.....	ثالثاً: العقد الطبي عقد ملزم للجانبين
6.....	رابعاً: العقد الطبي عقد قابل للفسخ
7.....	خامساً: العقد الطبي عقد معاوضة
7.....	سادساً: العقد الطبي عقد مستمر
8.....	المطلب الثاني: التكييف القانوني للعقد الطبي
8.....	الفرع الأول: العقد الطبي عقد وكالة
9.....	الفرع الثاني: العقد الطبي عقد عمل
10.....	الفرع الثالث: العقد الطبي عقد مقابله
11.....	المبحث الثاني: تكوين العقد الطبي
11.....	المطلب الأول: التراضي في العقد الطبي
11.....	الفرع الأول: رضا المتعاقدين
16.....	الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين
17.....	أولاً: حالة المريض القاصر
17.....	ثانياً: حالة المريض العاجز عن التمييز
18.....	ثالثاً: حالة المريض العاجز عن التعبير عن رضاه
19.....	المطلب الثاني: محل العقد الطبي
19.....	الفرع الأول: تعريف المحل
19.....	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحل
20.....	أولاً: أن يكون المحل موجوداً عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل
20.....	ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين

20	ثالثا: مشروعية محل العقد الطبي
31	المطلب الثالث: سبب العقد الطبي
31	الفرع الأول: تعريف السبب
32	الفرع الثاني: مشروعية السبب
32	أولا: عدم مخالفة النظام العام
33	ثانيا: عدم مخالفة الآداب
33	الفرع الثالث: تطبيقات السبب في العقد الطبي
33	أولا: التجارب العلمية
35	ثانيا: القتل بدافع الشفقة
36	المطلب الرابع: الكتابة كركن في العقد الطبي
36	الفرع الأول: الأصل عدم وجوب الشكلية
37	الفرع الثاني: الاستثناء (وجوب توفر الشكلية في بعض التصرفات الطبية)
37	أولا: نقل و زراعة الأعضاء البشرية
38	ثانيا: تشريح الموتى لهدف علمي
39	الفصل الثاني: آثار العقد الطبي
39	المبحث الأول: التزامات المتعاقدين
39	المطلب الأول: التزامات الطبيب
40	الفرع الأول: الالتزامات الخاصة بالعلاج
41	أولا: التشخيص
41	ثانيا: تحديد وصفة العلاج
44	الفرع الثاني: الالتزامات الخاصة بعلاقة الطبيب مع المريض
44	أولا: الالتزام بالحصول على رضا المريض
45	ثانيا: التزام الطبيب بإعلام المريض
50	ثالثا: الالتزام بمراقبة صحة المريض
51	رابعا: الالتزام بالسّر الطبي
59	المطلب الثاني: التزامات المريض
59	الفرع الأول: التزام المريض بإعلام الطبيب بتفاصيل حالته الصحية
60	الفرع الثاني: التزام المريض بدفع أتعاب الطبيب
60	أولا: تعريف أتعاب الطبيب

60	ثانيا: تحديد قيمة أتعاب الطبيب
61	ثالثا: طرق دفع أتعاب الطبيب
61	رابعا: طرق ضمان الطبيب لأتعابه
62	المبحث الثاني: إنهاء العقد الطبي والمسؤولية المترتبة عنه
62	المطلب الأول: إنهاء العقد الطبي
62	الفرع الأول: تنفيذ المتعاقدين لمحتوى العقد
63	أولا: تنفيذ العقد الطبي طبقا لمشتملاته
64	ثانيا: تنفيذ العقد بحسن نية
64	الفرع الثاني: فسخ العقد الطبي
64	أولا: شروط فسخ العقد الطبي
66	ثانيا: طرق فسخ العقد الطبي
67	الفرع الثالث: انفساخ العقد الطبي
67	أولا: أن يكون العقد محل الانفساخ عقدا ملزما للجانبين
68	ثانيا: استحالة تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية
69	المطلب الثاني: المسؤولية المترتبة على العقد الطبي
69	الفرع الأول: التكيف القانوني للمسؤولية الطبية
69	أولا: المسؤولية الطبية ذات نشأة تقصيرية
72	ثانيا: الطابع العقدي للمسؤولية الطبية
75	الفرع الثاني: أركان المسؤولية المترتبة على العقد الطبي
75	أولا: الخطأ الطبي
85	ثانيا: الضرر الطبي
89	ثالثا: علاقة السببية
95	الفرع الثالث: التعويض الطبي ومجال التأمين عن المسؤولية العقدية للطبيب
95	أولا: التعويض الطبي
102	ثانيا: التأمين عن المسؤولية العقدية للطبيب
113	الفصل الثالث: حقوق المرضى
113	المبحث الأول: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية
114	المطلب الأول: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية بوجه عام
114	الفرع الأول: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية بوجه عام

- أولاً: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة عام 1948 114
- ثانياً: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966 115
- ثالثاً: العهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1966 115
- رابعاً: اتفاقية حقوق الطفل CRC لعام 1989 116
- خامساً: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لعام 1979 116
- سادساً: اتفاقية منع إبادة الجنس البشري (الإبادة الجماعية) والمعاقبة عليها لسنة 1948: 117
- سابعاً: اتفاقيات جنيف المؤرخة في 12 /أب/ 1949: 118
- الفرع الثاني: حقوق المريض في الاتفاقيات الإقليمية بوجه عام 119
- أولاً: الميثاق العربي لحقوق الإنسان 1945 119
- ثانياً: الميثاق العربي لحقوق الإنسان لعام 1997 119
- ثالثاً: الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981 119
- رابعاً: الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان (اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا لسنة 1950) 120
- خامساً: ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي لعام 2000 120
- سادساً: الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان 1948: 121
- سابعاً: الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان 1969: 121
- المطلب الثاني: حقوق المريض في الاتفاقيات الدولية والإقليمية بوجه خاص 122
- الفرع الأول: إعلان جنيف للقسم الطبي 1948 (Déclaration of Geneva) 122
- الفرع الثاني: اتفاقية حماية حقوق الإنسان وكرامة الكائن البشري فيما يتعلق بتطبيق البيولوجيا والطب، اتفاقية عن حقوق الإنسان والطب الحيوي لعام 1997: 123
- الفرع الثالث: الإعلان العالمي بشأن الجينات البشرية وحقوق الإنسان 1997: 123
- الفرع الرابع: إعلان بشأن تعزيز وتطوير حقوق المريض في أوروبا 1994: 124
- الفرع الخامس: إعلان لشبونة حول حقوق المريض لعام 1981: 125
- الفرع السادس: تقنين نورمبرغ لسنة 1947 (Le Code de Nuremberg) 125
- الفرع السابع: إعلان طوكيو لسنة 1975: 126
- المبحث الثاني: حقوق المريض في القوانين الصحية المقارنة 127
- المطلب الأول: حسن الاستماع إلى المريض وضمان خصوصيته 127
- الفرع الأول: حسن الاستماع إلى المريض 127

128	الفرع الثاني: ضمان خصوصية المريض
131	المطلب الثاني: الرّعاية الشاملة للمريض واحترام استقلاليته
131	الفرع الأول: الرّعاية الشاملة للمريض
132	الفرع الثاني: احترام استقلالية المريض
136	المطلب الثالث: تبصير المريض بطبيعة مرضه وحماية مصلحته
136	الفرع الأول: تبصير المريض بطبيعة مرضه
138	الفرع الثاني: حماية مصلحة المريض
142	الخاتمة:
143	قائمة المراجع:
152	الفهرس: