



جامعة العربي التبسي - تبسة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



المركز القانوني للطبيب في العقد الطبي وفقا للتشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه (ل.م.د) تخصص قانون خاص

إشراف الدكتور:

إعداد الباحثة:

أ.د لخذاري عبد الحق

* هوام خليفة

رئيسا	أستاذة محاضرة - أ -	جامعة العربي التبسي - تبسة -	د.صونية بن طيبة
مشرفا ومقررا	أستاذ التعليم العالي	جامعة العربي التبسي - تبسة -	أ.د عبد الحق لخداري
مناقشا	أستاذ التعليم العالي	جامعة باجي مختار - عنابة -	أ.د عيسى حداد
مناقشا	أستاذ محاضر - أ -	جامعة محمد بوضياف المسيلة	د. نور الدين زيدة
مناقشا	أستاذة محاضرة - أ -	جامعة العربي التبسي - تبسة -	د.سعاد نويري
مناقشا	أستاذة محاضرة - أ -	جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة -	د.سميحة حنان خوادجية

السنة الجامعية: 2020-2021

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

قال تعالى:

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾

[سورة هود الآية 80]

الإهداء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل
اسمه بكل افتخار والدي العزيز الحاج عبد القادر

إلى من علمتني الحب و معنى الحنان والتفاني، إلى بسملة الحياة وسر الوجود، إلى من
كان دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم جراحي أم طه

إلى من بهم أكبر وعليهم اعتمد، إلى شمعة متقدة تنير ظلمة حياتي ، إلى من بوجودهم
اكتب قوة ومحبة لا حدود لها، من عرفت معهم الحياة أخواتي

طه، أنيس، لينا

إلى كل من وسعه قلبي ولم يسعه قلبي

أهدي ثمرة جهد سنوات من التعب والبحث

خليدة هوام

كلمة شكر

احمد الله سبحانه وتعالى الذي أعانني وأنار دربي ووفقني لإكمال هذا البحث

كما أتوجه بالشكر الجزيل المفعم بالاحترام والتقدير إلى الأستاذ الدكتور لخـذاري

عبد الحـق على إشرافه على هذه الرسالة.

كما أشكره على الدعم والنصائح التي قدمها لي لمساعدتي على إتمام الأطروحة وإثرائها بالملاحظات القيمة.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان لكل من علمني حرفا من الأساتذة الأجلاء.

وأشكر كل من ساعدني من قريب أو من بعيد على إتمام هذه الأطروحة

كما أتوجه بأسمى عبارات الشكر والعرفان إلى أعضاء لجنة المناقشة الأجلاء، الذين تفرغوا من أجل تصويب هذا العمل وتلقيحه رغم كثرة انشغالاتهم.

قائمة المختصرات:

أ- باللغة العربية

- ق.م.ج.....القانون المدني الجزائري.
ق.ع.....قانون العقوبات.
ق.ت.ج.....القانون التجاري الجزائري.
ق.ا.م و إ.....قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
ق.ح.ص.ت.ج.....قانون حماية الصحة وترقيتها الجزائري.
م.أ.ط.ج.....مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.
ج.ر.....جريدة رسمية.
د.ط.....دون طبعة.
د.س.ن.....دون سنة النشر.
ص.....صفحة.

ب- باللغة الفرنسية

Ed.....Edition.

N°.....Numéro.

Op.cit.....Ouvrage précité (Opéro citato).

P.....Page.

V.....Volume.

المقدمة

المقدمة:

يرتبط المجال الطبي ارتباطا وثيقا بالحياة والسلامة الجسدية للإنسان، والتي تعتبر من أهم الحقوق المقررة لها حماية في الديانات السماوية ومختلف القوانين، فهي حقوق ثابتة للإنسان حتى قبل ولادته، فيجب أن يتمتع هذا الأخير بالتكامل الجسدي والسير الطبيعي لأعضائه الحيوية، دون المساس والإضرار به.

غير أن ممارسة الأعمال الطبية من ذوي الاختصاص في هذا المجال تعتبر من أسباب إباحة المساس بجسم الإنسان قصد علاجه وتحقيقا لمصلحته، ولهذا يجب ممارسة الأعمال الطبية من ذوي الاختصاص، حيث أنه لا بد من احترام إرادة المريض قبل كل تدخل طبي، وذلك في كل مرحلة من مراحل العمل الطبي ابتداء من مرحلة الفحص والتشخيص مروراً بمرحلة العلاج إلى المرحلة اللاحقة على العلاج، ويتمثل ذلك في تنوير المريض بكل المعلومات المتعلقة بحالته الصحية وطرق علاجها والمخاطر والفوائد المترتبة عنها مع الحصول على الموافقة الصريحة والسليمة للمريض، فهذه المعلومات تساعد المريض في اتخاذ القرار المناسب لحالته المرضية، وفي حالة قيام الطبيب بأي عمل طبي دون احترام إرادة المريض يعتبر عملاً غير مشروع مهما كانت نتائجه.

فمسألة الكشف عن الوصف القانوني الصحيح للعقد الطبي هي مسألة جوهرية تمكن كل دارس من الإلمام بما يتصل بهذا العقد من قواعد وأحكام، والأطراف، من معرفة الحقوق والالتزامات المترتبة عنه، كما تسمح للقاضي بفض النزاعات المتعلقة به وفقاً للقانون.

وقد اجمع الفقه والقضاء على أن المسؤولية تقوم على أساس العقد متى توفرت أركانه، والذي يتضمن التزام يقع على عاتق الطبيب متمثل في تقديم العلاج النافع اليقظ والحذر الذي يتماشى مع المعطيات العلمية المكتسبة، وكل خرق للالتزام التعاقدية يترتب

عنه مسؤولية عقدية، بعدما كان القضاء يقتصر هذه المسألة على أساس المسؤولية التقصيرية.

1- أهمية الموضوع:

الموضوع له أهمية من حيث:

- يستمد هذا الموضوع أهميته من أهمية مهنة الطب نفسها، إذ غدا الطب الحديث سيد العلاج والمرض، فقد أصبح الطب فعالا لدرجة لم يسبق لها مثيل، كما أصبح بالمقابل خطرا أيضا بدرجة كبيرة، مما يستدعي أعمال المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب .
- يتسم موضوع المسؤولية الطبية بصفة عامة وبالأخص المركز القانوني للطبيب في العقد الطبي أهمية بالغة، ذلك أنها ترتبط بالمساس بجسد الإنسان، بالإضافة إلى مشاعره وعواطفه. فنسبة صفر ضئيلة من الخطأ الطبي تعني خسارة حياة إنسان أو التغيير في منهج حياته.
- قلة الأبحاث والدراسات في مثل هذا المجال الطبي والقانوني.
- سعة الموضوع وآفاقه في ظل قلة المراجع المتخصصة تعطي الموضوع أهميته العلمية والقانونية.

2- أسباب اختيار الموضوع:

- يعود السبب الشخصي في اختيار الموضوع الرغبة في اكتشاف وحصد المعارف في مختلف الجوانب الملمة بهذا الموضوع، خاصة الجانب القانوني منه، وتحديد المركز القانوني للمريض والطبيب الذي وجدنا ندرة الدراسات القانونية المتعلقة بهذا الموضوع بالرغم من النصوص القانونية الهائلة التي رصدت لحمايته خاصة في ظل قانون الصحة الجديد.

- أما السبب الموضوعي الذي دفعنا لاختيار هذا الموضوع فيتمثل في كونه موضوعاً حيوياً، فيه آراء مختلفة ومتصل اتصالاً مباشراً بالإنسان وصحته، ويعني الطبيب الذي يتبوأ مكانة عظمى في المجتمع، هذه المكانة المستمدة من الثقة التي يضعها الأفراد والمجتمع في الطبيب، مما يجعل الموضوع يكتسي أهمية قصوى في المجتمع بصورة عامة، وفي المجالين الطبي والقانوني بصورة خاصة، بالإضافة إلى قلة النصوص التشريعية المنظمة لمهنة الطب، لا سيما ما يتعلق منها بقواعد وأحكام المسؤولية المدنية، فضلاً عن غموض النصوص القانونية الموجودة وعدم وضوحها ومسايرتها لتطورات ومستجدات المسؤولية الطبية، إذ نجد منها قانون حماية الصحة وترقيتها رغم تعديلاته الحديثة، ومدونة أخلاقيات مهنة الطب السطحية دون تفصيل لأصول وضوابط مختلف تخصصات مهنة الطب المختلفة، وكذا قواعد المسؤولية وموجباتها.

3- الإشكالية:

إذا كانت مسؤولية الطبيب تمثل صورة من صور المسؤولية المدنية بوجه عام فإنها بذلك تكتسب أهمية خاصة تميزها عن غيرها من المسؤوليات عن طريق التطرق للمواد القانونية المتعلقة بقوانين الصحة ومن هذا المنطلق نتساءل: هل الطبيب بمقتضى مؤهلاته العلمية وخبرته الميدانية له حرية التصرف والعلاج بدون ضبط ولا قيود قانونية تحدد له مسؤوليته أم أن ثمة حدود لا يجوز له قانوناً تعديها؟

ولكي نستطيع الإجابة عن هذه الإشكالية الرئيسية، لابد لنا من طرح جملة من الأسئلة الفرعية المساعدة على ضبط الموضوع وتسهيل أمر البحث وهي كالاتي:

✓ فيما يتمثل المركز القانوني للطبيب في العقد الطبي؟

✓ ما مدى إمكانية الجزم بتمتع العقد الطبي بخصوصية وتفرد تمييزه عن القواعد العامة للتعاقد؟ وإذا كان الأمر كذلك فيما تتمثل مواطن هذه الخصوصية؟

4- أهداف الدراسة:

بناء على التساؤلات التي تطرحها الإشكالية يمكننا تحديد بعض الأهداف المرجوة في هذا البحث:

- تقييم حصيلة النظام القانوني للعقد الطبي من حيث توفير الضمانات للمرضى بما يكفل تحصيل حقوقهم في حالة ارتكاب خطأ طبي بشأنهم.
- دراسة المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب في التشريع الجزائري. إذ من أكثر المشكلات التي يواجهها هذا الموضوع هو عدم وجود قانون خاص بالمسؤولية الطبية. فالمشرع الجزائري لم يتناول موضوع المسؤولية الطبية بنصوص خاصة، بل تركها للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وتطبيق هذه القواعد بطريقة مجردة يؤدي إلى وجود خلافات كبيرة بين جهات النظر القانونية لطبيعة مهنة الطب، وبالتالي اختلاف المعايير للفصل في هذا الموضوع، وهو ما يجعلنا في حاجة ماسة وواضحة لحسم الإشكالية ووجود مسلك واضح للوصول إلى حق المريض المضرور الذي يقع على عاتقه أن يثبت الخطأ والضرر والعلاقة السببية.
- دراسة بعض الأحكام والقرارات القضائية المستسقة من المحيط الواقعي، ومحاولة الربط بين الإطار النظري والإطار العلمي.

5- الدراسات السابقة:

اعتمدنا في هذه الدراسة على جملة من الدراسات المتخصصة في الموضوع من كتب ومقالات وأبحاث متعددة تتقاطع مع هذه الأطروحة في نقاط مختلفة، إلا أنه تم

تسليط الضوء على أطروحة دكتوراه نظرا لصلتها القوية بموضوع هذه الدراسة سنذكرها فيما يلي:

1- عامر نجيم، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، جامعة أحمد بلكايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2013-2014.

ركز الباحث من خلال رسالته على توضيح ماهية العقد الطبي، ثم تطرق إلى أحكامه من خلال دراسة القواعد التي تحكم تكوين هذا العقد وآثاره (الباب الثاني) وذلك في ضوء نصوص قانون الصحة القديم، مع الاستئناس عند الاقتضاء بالنظام القانوني للعقد الطبي المقارن، وبالتالي يتقاطع موضوع دراستنا مع هذه الرسالة من خلال دراسة ماهية العقد الطبي وآثاره، غير أنه لم يتم دراستها وفقا لقانون الصحة الجديد كرس قواعد وأحكام جديدة تضبط العقد الطبي وتبرز المركز القانوني للطبيب والمريض، فضلا عن تجسيد أحكام مسؤولية مدنية وجزائية للطبيب وهو ما حاولنا التركيز عليه من خلال فحوى الأطروحة.

2- قماروي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012-2013.

خصص الباحث من خلال أطروحته فصلا تمهيديا حول التطور التاريخي للمسؤولية الطبية، ثم تناول المسؤولية الناجمة عن الأفعال والأعمال الطبية التقليدية (الباب الأول)، كما تطرق إلى المسؤولية الناجمة عن الأعمال الطبية الحديثة (الباب الثاني) كل ذلك أيضا من خلال دراسة أحكام مسؤولية الطبيب التقليدية والحديثة، غير

أنه لم يتم دراستها وفقا لقانون الصحة الجديد الذي كرس أحكاما تضبط المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب وهو ما حاولنا التركيز عليه من خلال فحوى الأطروحة.

6- الصعوبات المعترضة:

- أثناء إعدادنا للأطروحة والبحث في موضوع " المركز القانوني للطبيب في العقد الطبي وفقا للتشريع الجزائري " صعوبة موضوعية، تمثلت في تفرع وتشعب النصوص التشريعية المتعلقة بالعقد الطبي، وكذا شمولية الموضوع لصورتي المسؤولية المدنية والجزائية للطبيب، مما جعل محاولة الإلمام بها ودراستها وتحليلها أمرا متعبا، بالإضافة إلى ندرة المراجع القانونية المتخصصة المتعلقة بالعقد الطبي وبمسؤولية المريض.

7- المنهج المعتمد:

اقتضى البحث في المركز القانوني للطبيب في العقد الطبي وفقا للتشريع الجزائري الاعتماد على المنهج الوصفي من أجل توضيح المصطلحات والمفاهيم المهمة، بالإضافة إلى توظيف أدوات المنهج التحليلي، من خلال دراسة وتفحص مختلف النصوص القانونية والتنظيمية الخاصة بالمركز القانوني للطبيب، والوقوف على مدى كفايتها ونجاعتها في تحقيق هذه الغاية.

كما تم توظيف بعض أدوات المنهج المقارن في بعض المواطن التي تستدعي ذلك، فعلى الرغم من أن عنوان هذه الأطروحة مرتبط بالمركز القانوني للطبيب في العقد الطبي وفقا للتشريع الجزائري، إلا أن الوقوف على نقاط القوة أو الضعف الموجودة على مستوى هذا التشريع اقتضى اللجوء إلى التشريعات الفرنسية في بعض الأحيان من أجل رفع اللبس فقط والاستفادة من التجربة الفرنسية.

ووفقا للمنهج المعتمد وتساؤلات الإشكالية والأهداف المحددة تم وضع خطة لمعالجة الأطروحة على النحو الآتي، قسمنا هذه الأطروحة إلى بابين:

الباب الأول: النظام القانوني للعقد الطبي.

الفصل الأول: الأحكام العامة للعمل والعقد الطبيين.

المبحث الأول: ماهية العمل الطبي.

المبحث الثاني: مفهوم العقد الطبي وتمييزه عن العقود المشابهة.

الفصل الثاني: التكييف القانوني للعقد الطبي في العلاقات الطبية.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة أطراف العقد الطبي بالمرافق الصحية.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب في ظل علاقة المريض به.

الباب الثاني: مسؤولية الطبيب المترتبة عن العقد الطبي.

الفصل الأول: المسؤولية المدنية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب.

المبحث الثاني: شروط قيام المسؤولية المدنية الطبية.

الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي.

المبحث الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب.

المبحث الثاني: انتفاء المسؤولية الجزائية.

الباب الأول:

النظام القانوني للعقد الطبي

لا شك أن للطب والأطباء دور بارز في حفظ الصحة البشرية وعلاجها من الأمراض. ولما كان تدخل الطبيب في جسم الإنسان غالبا ما يتطلب مساسا بسلامته الجسدية كحالات الجراحة أو التشريح، فإن ثمة إشكالية قائمة حول مضمون ونطاق العمل والعقد الطبيين.

فيعتبر عمل الطبيب المحرك الأول لمسؤوليته، سواء كان مناسباً للأصول المعروفة في الطب أو مجافياً لها. وفي الوقت المعاصر، يعرف العمل والعقد الطبيين تحولات جذرية وهامة، إذ أن مضمونهما ظل يتغير ويتطور بتطور الأفكار والمراحل التي بات يشملهما تحت نطاقهما، رغما عنهما، بحكم الثورة الطبية الهائلة التي تعرفها البشرية، وما نجم عن تزواج الطب بمختلف جزئيات العلوم التجريبية والدقيقة.

قد يبدو أن مفهوم العمل والعقد الطبيين يقتصر على علاج المرضى فحسب؛ غير أن الحقيقة أوسع من ذلك، فالعلاج جزء من مضمون هذا العمل، تسبقه أعمال أخرى، كما يستخرج تباعا. ولما كان الإنسان ذا حرمة وقداسة، فإن أي تدخل من الغير دون وجه حق يمثل اعتداء على سلامته. لذا فإنه لا بد من وجود أساس قانوني لمشروعية عمل الطبيب تجاه المريض، حتى لا يوصف عمله هذا بالاعتداء.

والتغير الواضح في المسار القانوني لعلاقة الطبيب الخاص بالمريض الذي أدى إلى الاعتراف بوجود عقد طبي يربط بين هذين الأخيرين، ويحدد حقوق والتزامات كلا منهما بصفة دقيقة واضحة، جعل الفقهاء يجتهدون بغرض دراسة هذا العقد.

تبعا لذلك قسم هذا الباب إلى فصلين، حيث خصص الفصل الأول للأحكام العامة للعمل والعقد الطبي، أما الفصل الثاني فتناول بالدراسة التكييف القانوني للعقد الطبي في العلاقات الطبية.

الفصل الأول:

الأحكام العامة للعمل والعقد الطبيين

الفصل الأول: الأحكام العامة للعمل والعقد الطبيين

يلعب الطبيب دورا بارزا في حفظ الصحة وعلاج البشر من الأمراض. وهذا لا يكون إلا من خلال العمل الطبي، ذلك التدخل البشري الواقع على جسم الإنسان، والذي يتطلب غالبا المساس بالتكامل الجسدي للجسم. وعلى هذا الأساس لا يزال العمل الطبي يشكل المحرك الأول للمسؤولية، هذه الأخيرة ما فتئت تتعاضد بسبب التحولات الجذرية التي يعرفها هذا النشاط، تحت تأثير التطور العلمي والتكنولوجي.

ويعد النشاط الطبي من أهم وخطر الأنشطة على الإنسان، وتتمحور هذه المخاطر في الأضرار التي قد يسببها هذا النشاط. والأخطاء التي تعتري العمل الطبي تكون محلا للمسائلة المدنية أو الجنائية والتي تلقى على المتسببين فيها. ولدراسة الأحكام العامة للعمل والعقد الطبي لا بد من التعرف أولا على بعض المفاهيم المتعلقة بهما، وكذلك خصصنا (المبحث الأول) لماهية العمل الطبي، أما بالنسبة لمفهوم العقد الطبي وتمييزه عن العقود المشابهة فقد تم دراسته في (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ماهية العمل الطبي

إن مهنة الطب بالرغم من كونها مهنة إنسانية بالدرجة الأولى إلا أنها من المهن الأكثر تعقيد وخطورة وذلك من جراء ما يترتب عن ممارستها من مشاكل تمس سلامة الجسم البشري وتقضي إلى الوفاة أحيانا، لهذا يعد الطب من أقدم العلوم والمهن التي عرفها الإنسان، فقد نشأ في عصور ما قبل التاريخ حين كان ممتزجا بالخرافات والسحر، وكان الاعتقاد السائد آنذاك أن الشيطان يكمن في جسم الإنسان ويسبب له المرض، ولهذا كان الكهنة هم المعالجين للناس، كما تزداد هذه الخطورة في ظل التقدم الذي أحرزته هذه العلوم في الآونة الأخيرة وخاصة فيما تعلق منها بالتجارب الطبية على البشر والمتاجرة بأعضائه، والهندسة الوراثية التي تشتمل منها النفوس من خلال ما أفرزته للبشرية في مجال الاستتساخ البشري.

هذا ما دفع بالفقهاء والقضاء البحث عن مفهوم العمل الطبي وتعريفه دون لبس أو غموض وما العقوبات المحددة لإتيانها من قبل الأشخاص العاديين، وهذا ما سنحاول أن تبيناه من خلال تحديد مفهوم العمل الطبي.

فعلى الرغم من صراحة النصوص الواردة في القوانين وأحكام القضاء وآراء الفقهاء إلا أنها اختلفت في تحديد مفهوم العمل الطبي¹، وهذا راجع إلى التطور المذهل والمستمر للثورة العلمية الطبية وما صاحبها من التوسيع والابتكار إذ تميز القرن الماضي أيضا بإدخال مفهوم الصحة بدلا من المرض ومفهوم جودة الحياة بدلا من البرء وكذا التخصص الطبي والتعاون بين الأطباء في شكل فريق طبي متكامل لبذل أكثر عناية بالمريض والأخذ في الاعتبار بالعوامل النفسية والعضوية والاجتماعية وكذا الأسرية.

¹ - محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، د ط ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص05.

انطلاقاً مما سبق ارتأينا من خلال هذا المطلب التطرق للتعريفات المختلفة للعمل الطبي في الفقه والتشريع (المطلب الأول)، ثم نعرض إلى شروط إباحة العمل الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي

شغل مفهوم العمل الطبي تفكير العديد من الباحثين من فقهاء وأطباء، من حيث اختلاف زوايا النظر إليه: إنسانياً، أخلاقياً، طبياً، وقانونياً. وكل زاوية تسعى لضم هذا المفهوم إلى نطاقها والتأثير عليه بخصائصها.

فمن الجانب الإنساني والأخلاقي تطفو إلى السطح ضرورات احترام الكيان البشري والمعاملة الحسنة. وعلى الصعيد الطبي، يسعى الأطباء لبيان كل مراحل العمل الطبي وإظهارها بحيث لا تهمل مرحلة على حساب أخرى، والسعي لتضمين التطورات الطبية المعاصرة في نطاقه. أما القانون فتهتم بمبررات ومسوغات احترام كرامة الإنسان وحماية حقه في الصحة والعلاج .

لذلك سندرس مفهوم العمل الطبي في الفقه (الفرع الأول)، ثم مفهوم هذا العمل في التشريع (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم العمل الطبي في الفقه

لم يهتم الفقه الغربي بتحديد مفهوم العمل الطبي، على عكس الجهود الحديثة التي شهدت تطوراً فكرياً وعلمياً¹.

¹ - مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، د ط، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2009، ص 38.

أولاً: مفهوم العمل الطبي في الفقه المقارن

إن أشهر تعريف للعمل الطبي ذلك الذي وضعه العميد سافاتيي، والذي جاء فيه بأنه : "العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء الغير".¹ والتعريف هنا جاء مقتصرًا على غاية الشفاء، متلائمًا مع تاريخه الذي يعود لأواسط القرن الماضي.

*وعرفه محمد نجيب حسني بأنه: " ذلك النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته -أي وفق المجرى العادي للأمور- إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجياً، أي يستهدف الكشف عن أسباب الصحة أو مجرد الوقاية من المرض".²

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اقتصر على الجانب الفني والمرتبط بأصول وقواعد ممارسته علم الطب.

واعتمد باحثون آخرون للنظرة القانونية في تعريفهم للعمل الطبي، فجاء في أحدها بأن العمل الطبي: "كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظرياً وعلمياً في علم الطب، ويقوم به

¹- Rêne SAVATIER et J.M.AUBY, Traité de droit médical, édition technique, France, Paris, 1956, cité par: Myriam LAGRAULA-FABRE, la violence institutionnelle, L.Harmattan, paris, 2005, p295.

²- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات اللبناني، بيروت، دار النهضة العربية، 1984، ص201-202. وأيضاً: رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005، ص23.

طبيب مصرح له قانونا، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو التخفيف آلام المرضى أو الحد منها أو منع المرض أو بهدف العمل¹.

ويلاحظ أن التعريف الأخير قد تضمن الإشارة لعناصر مهمة في تكوين العمل الطبي، وهي: - محل العمل: متمثلا في جسم الإنسان؛

- وصفة القائم به: وهو الطبيب؛

- وطريقة القيام بالعمل: وهي موافقة أصول وقواعد علم الطب؛

- والأهداف المتوخاة من هذا العمل: كالتشخيص، العلاج، الشفاء، التخفيف من الآلام والوقاية من الأمراض.

فهو تعريف وسع نطاق العمل الطبي، بعد التضييق الذي اتصفت به التعريفات السابقة، كما تميز بالإشارة للعنصر القانوني في العملية الطبية، وهو التصريح الواجب توفره لدى الطبيب، وتوافر رضا المريض لإجراء العمل الطبي عليه، غير أن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه قصر ممارسة العمل الطبي على الطبيب فقط، والواقع أنه ومع تطور الصحة والطب، إلا أن استدعت الضرورة الطبية تدخل أشخاص آخرين لممارسة فروع أخرى من علم الطب، والقيام بعمليات خرجت من الإطار التقليدي للطبيب، والذي كان لا يجوز التشخيص، العلاج والعمليات الجراحية في أحسن الأحوال².

1- شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص87. وأيضا: أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1987، ص55.

2- بن زيطة عبد الهادي، قواعد المسؤولية في الأعمال الطبية الحديثة، دراسة مقارنة في القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2015، 2014.

ثانيا: مفهوم العمل الطبي في الفقه الإسلامي

أقر فقهاء الشريعة الإسلامية بأن تعلم مهنة الطب هي فرض كفاية لا يسقط إلا بتصدي مجموعة للقيام به ذلك أن العلاج أو التداوي من الأمراض ليس بواجب عند جماهير الفقهاء وأئمة المذاهب بل هو في دائرة المباح حتى أنهم تنازعوا في أيهما أفضل، التداوي أم الصبر، كما جاء في حديث ابن عباس في الصحيح عن الجارية التي كانت تصرع وسألت النبي صلى الله عليه وسلم أن يدعو لها فقال لها: «إن أحببت أن تصبري ولك الجنة، وإن أحببت دعوت الله أن يشفيك» فقالت: «بل أصبر، ولكني أنكشف فادع الله لي ألا أنكشف فدعا لها بذلك»¹.

كما يشترط في ممارسي مهنة الطب أن يكونوا من ذوي حق ولهم بها بصارة ومعرفة والمراد بالبصير أن يعرف العلة وكيفية علاجها وتلقي الإجازة بممارسة الطب من المختصين ويكون قد مارس الفعل على الأقل مرتين وأصاب².

1- حديث نبوي، متفق عليه، رواه البخاري ومسلم، الراوي: عبد الله بن عباس، المحدث: ابن تيمية، المصدر: مجموع الفتاوى، الصفحة أو الرقم: 24/269.

2- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 32، 33، وأيضا: محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 08.

الفرع الثاني: المفهوم التشريعي للعمل الطبي

تغيرت مواقف الفقه إزاء تحديد مفهوم العمل الطبي، الذي أسفر عنه تغيير موقف التشريع من مفهوم العمل الطبي موازاة مع تقدم العلوم الطبية¹.

أولاً: مفهوم العمل الطبي في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على تحديد مفهوم العمل الطبي من خلال الإشارة إليه ضمناً وهو بصدد تناول أهداف الصحة والقواعد العامة التي تنطبق على مهن الصحة في الأمر الملغى رقم 79/76 المتضمن قانون الصحة العمومية² حيث نصت المادة 02 من هذا الأمر على أن: «تعمل مصالح الصحة بشكل تكون في متناول جميع السكان ووضع الحد الأقصى من السهولة والفعالية بالنسبة للاحتياجات الصحية والوقاية والعناية العلاجية والحماية الاجتماعية وإعادة التأهيل» وكذا المادة 233 من نفس الأمر وهي تتناول طب وجراحة الأسنان بقولها: «يكون التقصي عن أمراض الفم والأسنان والوقاية

¹ - كان القانون الفرنسي القديم ينظر إلى العمل الطبي على أنه يقتصر على عملية العلاج فحسب ثم ما فتئ أن عدل موقفه بصدور قانون الصحة العامة في 24-12-1945 حيث شمل العمل الطبي مرحلي الفحص والتشخيص وذهب أبعد من هذا حين رتب مسؤولية الأطباء خلال هاتين المرحلتين وذلك بموجب قانون 04 مارس 2002 اثر قضية "بيريش"، أيضاً: هذا التشريع المصري فيما يخص تحديد مفهوم العمل الطبي حذو المشرع الفرنسي حيث أشار إلى ذلك ضمناً في سياق النص الخاص بمزاولة العمل الطبي وهذا في المادة الأولى من قانون 1945 تحت رقم 415 وتعديلاته: «لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة أو وصف أدوية أو علاج مريض أو أخذ عينة من العينات ... إلا إذا كان اسمه مقيداً بسجل الأطباء البشريين وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالمنظمة لمهنة التوليد»، كما نص القانون رقم 136 لسنة 1988 عند تنظيمه لمهنة الطب بصفة عامة في مادته الأولى بقولها: «لا يجوز لأحد الكشف على فم المريض أو مباشرة أي عمل به أو وصف أدوية له أو الاستعاضة الصناعية الخاصة بالأسنان مثل أخذ طوابع بها ووضع أجهزتها في الفم وبوجه عام مزاولة مهنة الطب وجراحة الأسنان...»، وأيضاً: محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 27، وأيضاً: مهندس صلاح فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، د ط، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 98.

² - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الصادرة بتاريخ 19-12-1976 العدد 101 (السنة 13).

منها إلزاميا في السن قبل الدراسة وخلالها ويجب تحقيق ذلك في مراكز الأمومة والطفولة...».

نلاحظ من خلال هاتين المادتين إشارة المشرع إلى مفهوم الأعمال الطبية بشكل واسع بتقريب الأعمال الصحية من المواطن والوقاية من الأمراض والعلاج رغم حداثة الاستقلال آنذاك في ظل التوجه الاشتراكي وهذا ما أكده القانون رقم: 17-90 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم¹ في مادته 25 بقولها: «يعني مفهوم الصحة العمومية مجموع التدابير الوقائية والعلاجية...».

بالإضافة إلى المادة 195 من ذات القانون وهي بصدد تبيان مهام الأطباء وجراحي الأسنان والصيدلة وأعمالهم بقولها: «يتعين على الأطباء الصيدلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي:

- السهر على حماية الصحة للسكان بتقديم العلاج الطبي الملائم.
- المشاركة في التربية الصحية.
- القيام بتكوين مستخدمي الصحة وتحسين مستواهم، والمشاركة في البحث العلمي...»².

باستقراء هاتين المادتين (المادة 25 و195) نجد أن المشرع أغفل بعض الأعمال الطبية التي تدخل في صميم العمل الطبي كالتحليلات والخبرة... إلخ. وهذا ما حاول

¹- قانون رقم 17-90 المؤرخ في 15/08/1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم للقانون رقم 18-11 المؤرخ في 02/07/2018، ج ر، عدد 46، 2018.

²- قانون 11-18 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

استدراكه في المرسوم التنفيذي رقم 106/91¹، وذلك في مادته 19 بقولها: « يقوم الأطباء العاملون للصحة العمومية على الخصوص بالأعمال الآتية:

- التشخيص والعلاج.
- الحماية الصحية في الوسط العمالي.
- الوقاية العامة وعلم الأوبئة.
- الخبرة الطبية.
- الفحوصات.
- التحليلات»

كما أضافت المادة 21 من ذات المرسوم مهام جراحي الأسنان كالوقاية والتشخيص والعلاج، الخبرات... إلخ.

يتضح مما سبق أن المشرع تعمد عدم حصر مفهوم العمل الطبي بدقة، وذلك يرجع إلى التطور المذهل المصاحب لهذه المهنة من جهة وإلى نبل المهنة وخدمتها للإنسانية في عدة مجالات واتساعها، إذ هي أكبر من أن نحصر في مواد قانونية وهذا ما أشارت إليه المادة 06 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 06/07/1992². حيث اعتبرنا الطبيب في خدمة الفرد والإنسانية والنظر إلى نبل رسالته في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية والتخفيف من المعاناة ضمن احترام الكرامة البشرية ودون تمييز عرقي أو ديني في السلم أو في وقت الحرب.

¹- المرسوم التنفيذي رقم: 106/91 الجريدة الرسمية، عدد 22، السنة 28، بتاريخ 15/05/1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 393/09 بتاريخ 24/11/2009 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاملين في الصحة العمومية، ج.ر، العدد 70 بتاريخ 29/11/2009.

²- المرسوم التنفيذي رقم : 276/92 المؤرخ في 06/07/1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية بتاريخ 08 جويلية 1992، العدد 52.

المطلب الثاني: أساس إباحة العمل الطبي وشروطه

لاشك أن الأعمال الطبية التي يمارسها الطبيب، كفحص جسم المريض الذي يمتد حتى عوراته أو وصف الأدوية أو إعطاء مواد مخدرة أو عمليات جراحية أو إجراء تحاليل الطبيب تتطلب المساس بسلامة الجسم وهذا يعني أنها تتطابق مع النموذج القانوني لجرائم المساس بسلامة الجسم إذا مارسها أو أتاها شخص غير الطبيب.

لكن من المستقر عليه هو أن إباحة هذه الأعمال الطبية يشكل خروجاً استثنائياً على قواعد العقاب بالنسبة للأطباء وذلك لوجود مصلحة أقوى من المصلحة التي دفعت إلى تجريمها¹.

ذلك بالترخيص لهذه الفئة بمباشرة نشاط اتفق المجتمع على مشروعيته بل ضرورته لصيانة مصالح الأفراد، لأن إباحة الأعمال الطبية هي استثناء من الأعمال المجرمة وغرض المشرع من هذا هو حماية مصلحة أولى بالرعاية من مصلحة أخرى في نظر المجتمع لأن الطب كالشرع هدفه جلب مصالح السلامة ودرء مفاصد المعاطب والأسقام الأمر الذي يترتب عنه تمتع الطبيب بحصانة جنائية منوطة بالتزامه بأصول المهنة والقواعد المنظمة لها، ومنه فالأعمال الطبية مباحة بحكم الوظيفة وما تحتتمها طبيعة المهنة الإنسانية².

بناء على ما تقدم فإن انتفاء المسؤولية الجنائية عن العمل الطبي رغم مساسه بجسم الإنسان تم على أساس استند عليه لإباحة هذا العمل، فما هو هذا الأساس؟ (الفرع

¹ - ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000، ص 86.

² - بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ط1، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002، ص 54.

الأول) وما هي شروط ممارسة العمل الطبي؟ (الفرع الثاني)، وما المقصود بالجسم البشري؟ (الفرع الثالث)

الفرع الأول: أساس إباحة العمل الطبي

سنتناول إباحة أعمال الطب في كل من الفقه والقضاء (أولاً) ثم نبحت عن أساس هذه الإباحة في كل من الشريعة الإسلامية (ثانياً) وموقف القانون الجزائري من ذلك (ثالثاً).

أولاً : أساس إباحة العمل الطبي في الفقه والقضاء المقارن

تتازع العديد من الفقهاء حول أساس إباحة الأعمال الطبية وأثار هذا الموضوع جدلاً وخلافاً كبيرين نظراً لأهمية هذا الأساس للتمييز بين عمل الطبيب وغيره من جهة، وإعفاء وحصانة الطبيب من المسؤولية الجنائية عند المساس بالحق في سلامة الجسم من جهة أخرى بناء على ذلك سنتعرض بإيجاز لتلك الآراء الفقهية وموقف القضاء المقارن منها.

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن مرد إباحة العمل الطبي هو العرف أو العادة¹ بينما يرى البعض أن الأساس في ذلك هو رضا المريض بتلك العمليات الجراحية².

¹ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص 193.

² - بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 80.

أما الجانب الآخر من الشراح يرى أن أساس إباحة العمل الطبي هو حالة الضرورة وانعدام القصد الجنائي لدى الطبيب، في حين انتهى البعض من الفقهاء إلى القول بأن الأساس في ذلك يرجع إلى إذن القانون¹.

1- الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو العرف أو العادة:

يرى هذا الجانب من الفقه ومنهم "أوبنهم Oppenheim" أن العادة هي سبب إعفاء الطبيب من المسؤولية الجنائية عند المساس بالحق في السلامة الجسدية، والعادة كاصطلاح قانوني هي: «القاعدة التي ينشئها الأفراد وتثبت باستمرارها مدة من الزمن»².

يتحجج هذا الفريق بأن أغلب التشريعات أخذت بالعرف كمصدر من مصادر القانون، من جهة إذ أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات قد أخذ بالعرف في القانون المدني وجعله كمصدر ثالث بعد النص القانوني أو التشريع كمصدر أول والشريعة الإسلامية كمصدر ثاني حيث تنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري: «... وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف...»³.

كما أنه تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فإن العمل لا يجرم إلا بنص قانوني صريح ولا مجال للقياس في قانون العقوبات إذ تنص المادة منه: « لا جريمة ولا عقوبة

¹ - بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الإيمان ، دمشق، سوريا، 1984، ص 391.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 193.

³ - أمر رقم: 58/75 مؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر، عدد 2007، 31.

ولا تدابير أمن إلا بقانون»¹، ويرى هذا الاتجاه التقليدي انطلاقاً من هذا النص أن العرف لا يقيم الجريمة وهو ما يشير إلى اعتبار العرف كسبب وكأساس لإباحة العمل الطبي.

وقد أخذت المحاكم بحكم العرف في مسألة الختان عند اليهود، فالختان هو بدون شك عملية جراحية يجب أن يجريها جراح أي طبيب مختص، غير أن المطهر يجريها بمعرفته حسب ما تعارف عليه الناس سواء عند العرب أو عند اليهود باعتبار الأمر يتعلق بتنفيذ مصرح به منذ أقدم العصور.²

كما حكمت محكمة جنح " بوردو Bordeaux " الفرنسية بجواز الختان من المطهر بشرط أن يكون الطفل الذي يجري له الختان يهودياً أي أنها أباحتها لليهود فقط.³

غير أن الشراح يرون أن محتوى العرف ينطوي تحت فكرة القانون أي أن العرف لا يجب أن يتعارض في مضمونه مع نصوص القانون وروحه.⁴

في هذا الإطار أثير إشكال آخر في أحد القضايا حيث قام طبيب بنقل دم من شخص متبرع إلى أحد المرضى، واتضح بعد التحاليل التي أجريت أن الدم كان ملوثاً بمكروب الزهري⁵ ولكن الطبيب دفع بأنه اتبع العرف القاضي بأن الفحص الطبي للأشخاص المتبرعين بالدم يكون كل 03 أشهر، غير أن المحكمة لم تقر هذا العذر

¹ - أمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، رقم: 16-02، المؤرخ في 2016/07/19، ج ر، عدد 37، 2016.

² - أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب اتجاه المريض، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص 57.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 193.

⁴ - بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الإيمان، دمشق 1984، ص 355.

⁵ - الزهري: ويسمى أيضاً بالسلفس وداء الأفرنجي أو الإفرنجي: هو مرض من الأمراض المنقولة جنسياً التي تسبب الجرثومة الملتوية اللولبية الشاحبة، من سلالة البكتيريا الشاحبة.

وأقرت بمسؤولية الطبيب ولا عبء للعرف المتبع من قبل المستشفيات مضيئة أن العرف لا يرفع عن المحكمة حرية التقدير إذا وجدت أن العرف لا يتفق مع قواعد الحيطة والحذر ومع القانون¹.

كما أن قانون العقوبات لم ينص على أن العرف سبب من أسباب الإباحة أو مانعا من موانع العقاب.

2- الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو رضا المريض:

إن أساس إباحة الأعمال الطبية حسب هذا الاتجاه هو رضا المريض بذلك سواء صدر منه شخصيا أو من وليه أو من ينوبه قانونا². هذا ما يذكرنا بالقاعدة الرومانية التي كانت تنص على أنه: «لا ضرر على من رضي لهذا الضرر³».

وقد ساد هذا الرأي لدى الفقه الإنجليزي والألماني لمدة من الزمن باعتبار الرضا هو تنازل المريض على الحق في السلامة التي يقرها القانون لجسده، وذلك من أجل العلاج حتى لو قام به شخص آخر غير الطبيب⁴.

كما أن الشريعة الإسلامية جعلت من رضا المريض أثرا في تخفيف العقاب، بل أحيانا الإعفاء من المسؤولية ولو كان الغرض غير علاجي فيكفي أن يكون الرضا الصحيح والغرض مشروع وذلك عندما أجريت عملية ختان لشاب اعتنق الإسلام ورضي بهذا تماشيا مع شعائر هذا الدين⁵.

1- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 193.

2- عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 195.

3- كشيده الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011/2010، ص 32.

4- محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 15.

5- بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 339.

ولم يسلم هذا الرأي من النقد الذي وجه إليه، و أولها أن الحق في سلامة الجسم ليس حقا خالصا للفرد فقط حتى يملك التنازل عنه ليكون رضاه هو أساس إباحة الأعمال الطبية؛ بل أن سلامة الجسم يستأثر بها جانبان الأول فردي والثاني اجتماعي فهذا الأخير لم يبين رضاه ولم يتنازل عن حقه¹.

فلو تمعنا في مسألة الرضا لوجدناها مقتصرة على الجانب الفردي دون الجانب الاجتماعي (المجتمع) الذي يتقاسم هو أيضا هذا الحق في السلامة الجسدية للشخص لكي يتمكن هذا الخير من أداء وظيفته الاجتماعية على أكمل وجه².

بناء على ما تقدم يبقى العمل الطبي على جسم الإنسان دون أساس لإباحتة وخاضعا للتجريم. كما اعترض البعض الآخر أن رضا المريض له قيمة محدودة في جرائم المساس بالسلامة الجسدية لأن صحة المجتمع من النظام العام³ وحمايتها أمر تقتضيه مصلحة المجتمع. من جهة أخرى أضاف آخرون بأن رضا المريض لا يكون دائما موجودا، ففي بعض الأحوال يتعذر الحصول على هذا الرضا وأحيانا أخرى لا يعتد به ككون المريض في غيبوبة أو كونه صغير غير مميز ولا يوجد من يقوم مقامه في إعلان الرضا⁴.

بل أكثر من ذلك ففي بعض الحالات يكون العمل الطبي خلاف لإدارة المريض ورضاه كإجراء التطعيم الإجباري أو في حالة تفشي أوبئة أو قيام الطبيب بتغذية سجين

¹ - احمد شوقي عمر ابو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 11.

² - محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 98.

³ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 25.

⁴ - علي عصام غضن، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 30.

مضرب عن الطعام، أضيف إلى ذلك أن هناك فحوصات تسبق مباشرة أعمال أو وظائف معينة¹ حتى ولو بدون رضا الشخص.

في هذا الصدد نحن نرى من جانبنا أنه لو سلمنا وقبلنا بفكرة الرضا كأساس لإباحة العمل الطبي لأدى بنا ذلك إلى نتائج وخيمة وغير مقبولة أخلاقيا وقانونيا مثل تجويز الإجهاض متى رضيت المرأة الحامل بذلك ولو لغير ضرورة شرعية وطبية من طرف الطبيب أو غيره².

يتضح بأن الرضا من الشخص لا يمكن أن يكون أساسا لإباحة الأعمال الطبية؛ بل ما هو إلا شرط من بين شروط أخرى لممارسة الأعمال الطبية الماسة بسلامة الجسم، فهناك فرق بين علة وسبب الإباحة لعمل ما وبين شرط للقيام به، في هذا الشأن اعتنق القضاء الفرنسي والمصري هذا الاتجاه وتطبيقا لذلك قضت محكمة " La seine الفرنسية في 1937/05/16 بانتفاء مسؤولية الطبيب إذا كان ما يقوم به على جسم المريض من علاج قد تم برضا هذا الأخير، ثم ما لبث أن عدل عن رأيه وقضى بان الرضا لا يعد سببا لإباحة العمل الطبي ولا مانع من موانع المسؤولية وقضى بمسؤوليته طبيب أجرى عملية تعقيم لرجل بناء على طلبه وبرضاه³.

¹-Xavier les Egretion et Stéphanie Chassany, la protection juridique de l'hôpital paris berger-levraut, 1999, p 141.

²- محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 55.

³- محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 16، أما القضاء المصري فاعتبر في بادئ الأمر رضا الشخص بالعمل الطبي على جسمه سببا لإباحته حين قدم شخص غير طبيب على كي رجل بناء على طلبه فقضت محكمة النقض المصرية في حكمها بالبراءة له على أساس أن الرضا مانع من موانع العقاب وأساس لإباحة هذا الكي ثم ما لبث أن عدل عن هذا وحذا حذو القضاء الفرنسي وأعتبر أن الرضا لا يعد سببا لإباحة أي فعل يمس بسلامة الجسدية مهما كانت الدوافع ونبل البواعث، وانظر: محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، د ط، دار الثقافة للنشر، عمان 1999، ص 87.

3- الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو انعدام القصد الجنائي لدى الطبيب:

إن تبرير هذا الرأي القائل بأن أساس إباحة الأعمال الطبية يرجع لانعدام القصد الجنائي لدى الطبيب باعتبار أن إرادة هذا الخير تتجه إلى شفاء أو تخفيف آلام الشخص المريض دون قصد الإضرار به، وهذا عكس الأعمال الأخرى التي يكون فيها الجاني قاصدا الإضرار بالمجني عليه وعالما بما يقوم به ومريدا لنتيجته¹.

في هذا الصدد يرى الفقهاء الألمان أن عمل الطبيب لا يعد اعتداء على حق السلامة الجسدية لأن نية الاعتداء منتفية لديه وعليه فالطبيب غير المرخص له بالعمل والمتسبب في موت مريض أثناء علاجه يعاقب بعقوبة القتل الخطأ دون حاجة لإثبات الإهمال والتقصير².

وانتقد هذا الرأي هو الآخر على أساس أن قصد العلاج والشفاء يعد من قبيل البواعث وليس عنصرا من عناصر القصد الجنائي³، حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء.

إن القصد الجنائي في المساس بالسلامة الجسدية هو قصد عام متوفر بعنصر العلم وانصراف الإرادة إلى هذا الفعل فلو اعتمدنا على البواعث كأساس لإباحة الأعمال الطبية لجوزنا ما يسمى بالقتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة (Euthanasie) لنبل الباعث ولجوزنا كذلك التجارب، والأبحاث الطبية على الجسم البشري لعموم مصلحتها⁴.

¹- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 195.

²- بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 81.

³- فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والموا، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 146، 147.

⁴- محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 65.

يتمثل انتفاء القصد الجنائي عند ممارسة الطبيب لمهنته على جسم الإنسان يمكن أن يكون ضمن حالات الضرورة فقط ويبقى الفعل مجرماً رغم إسقاط العقوبة لكن لا يصلح أن يكون كأساس لإباحة الأعمال الطبية على الجسم البشري¹.

ولقد اعتنق كل من القضاء المصري والفرنسي هذا الاتجاه الأخذ بفكرة الباعث وانتفاء القصد الجنائي أثناء المساس بالحقوق في السلامة الجسدية، وقضت محكمة "فرساي Versailles" على شخص غير مؤهل بجريمة القتل الخطأ لأنه أجرى خلع ضرس لمريض دون إجراءات الحيطة والحذر، مما ترتب عنه حدوث نزيف دموي خطير للمريض أدى إلى وفاته². بما أن القصد الجنائي غير متوفر لدى هذا الشخص المعالج الذي لا حق له في العلاج أصلاً، ثم ما لبث أن عدل كل منهما (القضاء الفرنسي والمصري) عن رأيه وقرر بأنه لا عبرة للباعث في انتفاء القصد الجنائي مهما كان شرف ونبل الباعث وعليه لا يعد هذا الرأي كأساس لإباحة العمل الطبي.

4- الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو مشروعية الغرض الطبي:

يرى البعض أن الأعمال الطبية تعتبر مباحة لأنها وسيلة يبذل المجتمع جهداً لإنتقائها وهذا تأسيس لقاعدة أن هناك طائفة من الأعمال تعد مشروعاً رغم أنها في الأصل اعتداءات على حقوق يحميها القانون، لكنها الوسيلة لتحقيق غرض تقرره الدولة وهي الحفاظ على صحة الأفراد والمجتمع ككل³.

¹- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الجريمة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 327.

²- بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 339-340.

³- بسام محتسب بالله، المرجع نفسه، ص 340.

بالتالي تصبح هذه الأعمال الطبية مباحة¹. وهي الغاية والغرض الذي يسعى إليه
المشرع لأن الصحة من النظام العام.

لقد أيد البعض القانون المصري² هذا الرأي حيث يذهبون إلى أن إباحة العمل
الطبي مرده الغرض المشروع حتى ولو كان العمل الطبي لهدف غير علاجي.

غير أن سهام النقد نالت من هذا الاتجاه لأنه قد يصلح بياناً لإجازة عمل الطبيب
ولا يصلح أن يكون سندا كافيا له وهذا لعمومية هذا الأساس مما يجعله غير صالح
للتفريق بين عمل الطبيب وغير الطبيب. كما أنه غير دقيق لأنه يترك لكل منهما الحرية
الواسعة في عمل ما يشاء طالما أنه متوافق مع الغرض المشروع وهذا ما يجعل جسم
المريض مرتعا للمغامرين من المجرمين، وعليه لا يعد هذا الرأي أيضا أساساً لإباحة
العمل الطبي إذ لا نظنه أنه يتلاءم مع ما يهدف إليه المجتمع من تنظيم المهن الطبية³.

5- الرأي القائل بأن أساس الإباحة هو إذن القانون:

يذهب أنصار هذا الرأي ومنهم الفقيهين "غارسون Garçon" و "فيدال Vidal"
إلى القول بأن إباحة الأعمال الطبية على أجسام المرضى يرجع أساسها إلى إذن القانون
بذلك⁴.

إن الفقه الحديث يكاد يجمع على هذا الأساس باعتباره مقصورا على فئة الأطباء
المؤهلين لمزاولة المهنة دون سواهم⁵، ذلك أن الطبيب عندما يقوم بفحص أو علاج

²- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 196.

³- بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 345.

³- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 197.

⁴- محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 18.

⁵- بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 391.

المريض يكون قد استخدم رخصة قررها له القانون ومن ثم لا يكون مرتكبا لأي عمل مجرم ذلك أن المصلحة المتوخاة من وراء ذلك أكبر وأهم من حماية الجسد وصيانة له¹.

فالجراحة التي يجريها جراح لشخص أقعده المرض في الفراش واحتمال أن يؤدي به ذلك للوفاة زالت عنها وصف الجريمة واعتبرت من قبيل النشاط المتلائم مع طبيعة الحياة الاجتماعية. ففي عملية استئصال ورم سرطاني خبيث لا يمكن الكلام عن مظهر مادي للجريمة؛ بل هو السلوك المتلائم مع طبيعة العلاقة الاجتماعية². ومع هذا تعرض هذا الأساس لشبه النقد على أن الإذن القانوني بالممارسة الطبية لا يعتبر بذاته أساسا كافيا باعتبار أن المؤهل العلمي هو الأساس الحقيقي والمنشئ للإذن القانوني وللشروط الأخرى للترخيص³.

إضافة لذلك فالمشرع لم يجز هذه الأعمال الطبية لكل من يدعي لنفسه طبيب بل قيد ذلك بشروط نصت عليها قوانين الصحة وتنظيم المهنة.

رغم ذلك، لقد حظي هذا الاتجاه بتأييد كل من القضاء الفرنسي والمصري⁴ وهذا في الكثير من الأحكام باعتبار أن الطبيب الذي يمارس مهنته على جسم المريض أساس في ذلك إذن قانون مهنته اعتمادا على مؤهلاته العلمية.

ثانيا : أساس إباحة العمل الطبي في الشريعة الإسلامية

مما لا شك فيه أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في تقنين وتنظيم الممارسة الطبية منذ فجر الإسلام وهي بذلك قد سبقت القوانين الأوروبية بقرون عدة وجمعت بين الدين والدنيا وبين النظرية والتطبيق، فلا ضرر فيها ولا ضرار إذ أنها اعتبرت ممارسة

¹ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 79.

² - رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 341.

³ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - محمود القبلاوي، المرجع نفسه، ص 20.

الطب فرض من فروض الكفاية لا يسقط إلا بتصدي مجموعة للقيام به باعتباره من الضرورات الاجتماعية ومقصد مقدس قامت عليه الحياة ولأجل صيانة بعض المصالح الخمس (النفس، الدين، العقل، النسل، المال)¹.

غير أن العمل الطبي يستوجب سواء في الفحص أو العلاج أو البحث الطبي المساس بسلامة الجسد وحرمة سواء في الحياة أو عند الوفاة أحيانا أخرى، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن أساس إباحة هذا العمل في الشريعة الإسلامية التي ترى أن الحق في السلامة الجسدية للشخص ليس حقا خالصا له بل يشترك معه الخالق².

كما هو معلوم أن حقوق الله لا يجوز إسقاطها على العبد أو العفو أو الصلح بشأنها فلا يكفي إذن المريض لإباحة العمل الطبي؛ بل يجب الحصول على إذن صاحب الحق أي إذن المريض وإذن الشريعة أو المجتمع.

وعلى هذا الأساس فإن غالبية الفقه يرى أن سبب إباحة العمل الطبي يكمن في إذن الشريعة الذي يمنح رخصة الممارسة لهذا العمل ويبقى إذن المريض عند التدخل المباشر على جسمه. ومن ثم فإن إذن الشريعة هو المنشئ الحقيقي لسبب الإباحة من الناحية التجريدية أما رضا المريض فهو العامل المباشر الذي يسمح للطبيب بالمساس بجسمه بحسب الرخصة الممنوحة له، وذلك باختيار الطرق العلاجية³. لذا تبقى إباحة العمل الطبي سارية المفعول في حالات أخرى كحالاتي الضرورة والاستعجال.

حسب وجهة نظرنا نرى أن هذا الأساس الفقهي الذي جاءت به الشريعة الإسلامية قد راعى مضمون الحق في السلامة الجسدية على نحو سليم ذلك أن للعبد حق في

¹ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 391.

² - حمادي العبيدي، الشاطبي ومقاصد الشريعة، ط 1، دار قتيبة للطباعة والنشر، 2010، ص 150.

³ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 30.

سلامة بدنه من أجل الاستمتاع بتكامل جسمه وسلامته. فما العمل الطبي إلا استخدام لرخصة على اعتبار أن الحق يفترض وجود علاقة معينة بين صاحبه وبين مدين معين¹ به وهذا لا يصدق على التدخل الطبي في كثير من الأحيان بين الرخصة والحق.

ذلك أن إذن الشريعة بالممارسة الطبية ليس تنازل المريض عن حقه في السلامة الجسدية بل رخصة من أجل صيانة أحد المصالح ويبقى المرخص له في حدود الترخيص الممنوح له وبشروط ستعرض لها بنوع من التفصيل لاحقا في الفرع الثاني.

ثالثا : أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري

لقد نص قانون العقوبات الجزائري في المادة 39 فقرة 01، المتعلقة بأسباب الإباحة على أن: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...". وقد جاء نص المادة 39 عقوبات جزائري، عاما وشاملا حيث لم تحدد الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون². ويمكن التفريق بين أمر القانون وإذن القانون ذلك أن الإذن جوازي أي يترك للشخص الحرية في القيام بالفعل أو الامتناع عنه مثل ما تناولته المادة 618 قانون إجراءات جزائية أي خولت لكل شخص في الجرائم المتلبس بها اقتياد المشتبه فيه إلى مركز الشرطة أو الدرك³.

أما أمر القانون فهو إجباري ومخالفته تقيم المسؤولية الجزائية، ويدخل تحت طائلة إذن القانون الترخيص بمباشرة الأعمال الطبية وهذا ما يبرر أن ممارسة العمل الطبي على جسم المريض ليس حقا كما ذكرنا سابقا بل هو استخدام لرخصة فحسب، فليس

¹ - رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 342.

² - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 121.

³ - الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 28/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، العدل والمتمم بالقانون 04-

20 المؤرخ في 30 غشت 2020، ج ر، عدد 09، 2020.

للطبيب حق الفحص والعلاج، إنما له رخصة بأن يباشر أعماله مع كل مريض يلجأ إليه طالبا العلاج إلا في حالات استثنائية ونادرة كتفشي الأوبئة والتطعيم الإجباري... إلخ¹.

الفرع الثاني: شروط إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري

الأصل في جسم الإنسان أنه معصوم من كل اعتداء عليه حتى ولو كان هذا المساس برضا صاحبه إذ يبقى هذا المساس مجرم ومعاقب عليه، غير أن هناك حالات يتم فيها هذا المساس وينتفي فيها وصف الجريمة لأنه قد تم في ظل الفعل المباح كممارسة الأعمال الطبية باعتبارها وسيلة لتحقيق غاية سامية كامتناع الإنسان بسلامته الجسدية الكاملة أو تقليل معاناته وآلامه بقصد الشفاء ورفع المرض والوقاية منه².

إن الشخص بحكم اتصاله اليومي بالأمراض يعد من التفاعلات الطبيعية التي لا دخل لإرادته فيها فبرزت فكرة التطبيب وعلاقة المريض بالطبيب بقصد واحد وهو تحقيق سلامة جسم الإنسان والحفاظ عليه وترقية صحة المجتمع، وهذا عكس ما يراه "أفلاطون" إذ عامل الأطباء باستخفاف فيرى أن الحاجة إلى وجود الأطباء دلالة على اعتلال المجتمع جسمانياً أو نفسياً³.

يبدو أن المشرع أحاط الأعمال الطبية بشروط نصت عليها قوانين حماية الصحة وترقيتها وقانون أخلاقيات الطب وهي أربعة شروط وهذا ما سنوضحه على الوجه الآتي:

¹ - كشيدة الطاهر، المرجع السابق، ص 40

² - حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 324.

³ - بابكر الشيخ، المرجع السابق، ص 02.

ألا: شرط الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب

إن مزاولة مهنة الطب والجراحة من الأمور التي تحرص الدول على تنظيمها والاهتمام بتطويرها وتقديمها وفقا لما تقرره القواعد التنظيمية للمهن الطبية. ولقد تناول المشرع الجزائري من جانبه تنظيم هذه المهن بواسطة قوانين تهدف إلى حماية الصحة العمومية منها قانون الصحة المعدل والمتمم. أضف إلى ذلك عدة مراسيم تنفيذية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر المرسوم التنفيذي (106/91)¹، والرسوم التنفيذية رقم 276/92 المؤرخ في 1992/07/06 المتضمن لمدونة أخلاقيات الطب، فمن البديهي أن تكون أولى الشروط التي يتوجب توافرها لإباحة عمل الطبيب هو الترخيص القانوني بذلك له، إذ هو عبارة عن ترخيص إداري يمنحه وزير الصحة أو بتفويض منه إلى مدير الصحة الولائي. والهدف من وراء هذا الترخيص الحفاظ على صحة المواطنين وصونها من الدخلاء على مهنة الطب إذ ليس لهم من مقومات الإعداد الفني والعملية ما يؤهلهم لمباشرة تلك المهنة²، وهذا ما نصت عليه المادة 197 من قانون 11-18 بقولها: "تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة بناء على الشروط التالية:

- أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا، حسب الحالة على إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.
- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة.
- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم : 106/91، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين، المعدل والمتمم، بالمرسوم التنفيذي 393/09، ج.ر، العدد 70، 2009.

² - رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 345.

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

كما أضافت المادة 198 من نفس القانون: "لا يجوز لأحد أن يمارس مهنة طبيب اختصاصي أو جراح أسنان اختصاصي أو صيدلي اختصاصي إذا لم يكن حائزا شهادة في الاختصاص زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 197 أعلاه"

علاوة على ذلك أضافت المادة 199 من نفس القانون على وجوب أداء اليمين حيث جاء فيها: "يؤدي الطبيب أو جراح الأسنان أو الصيدلي، المرخص له بممارسة مهنته اليمين أمام زملائه، حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم". ولقد تم تعديل هذه المادة بموجب المادة الثالثة من القانون (17/90)¹ بإضافتها لشرط آخر يتمثل في التسجيل لدى المجلس الجهوي لأخلاقيات بقولها: "يجب على كل طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي مستوفي للشروط المحددة في المادتين 197 و198 أعلاه ، ومن أجل الترخيص له بممارسة مهنته، أن يسجل لدى المجلس الجهوي للأداب الطبية، وأن يؤدي أمام زملائه أعضاء هذا المجلس اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم".

كما أكدت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 الخاص بمدونة أخلاقيات الطب بقولها: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان... أن يؤكد عند تسجيله..."، بالإضافة ما أكدت عليه المادتان 206، 204 من نفس المرسوم التنفيذي المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب على منع الأطباء غير المسجلين في سجلات الفروع النظامية من الممارسة باعتبارهم لا يتوفرون على الشروط القانونية.

¹ - القانون 17/90 المؤرخ في 31/07/1990 المعدل والمتمم للقانون 11-18 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج. ر، العدد 46، 2018.

على هذا الأساس فإذا قام شخص ليس من المرخص لهم بممارسة المهنة الطبية وأحدث جروحاً بجسم الغير حتى ولو كانت بسيطة؛ كان ذلك الشخص مسؤولاً جنائياً عن الجرح العمد حتى ولو كان تدخله بنية العلاج وحتى لو كان حاصل على المؤهل العلمي. وعلة ذلك أن المشرع لا يثق في غير من رخصة لهم المزاولة لمهنة الطب فضلاً عن التثبيت من استيفاء الطبيب لكل الشروط التنظيمية¹.

كما تجدر الإشارة إلى أنه يتوجب على الطبيب المرخص له الالتزام بممارسة مهنته في إطار الاختصاص المحدد له في الترخيص، لأن هذا الأخير ما هو إلا تحصيل وشرط للأساس الحقيقي للممارسة الطبية ألا وهو الإجازة العلمية المتحصل عليها.

فإذا كان الترخيص محددًا لمزاولة أعمال التخدير وقام صاحبه بإجراء عملية جراحية فيكون عندئذ متجاوزاً لحدود الترخيص الممنوح له ويسأل جنائياً عن ذلك².

ثانياً: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج

لا يكون العمل الطبي مشروعاً إلا إذا قصد به علاج المريض أو تخفيف آلامه وخلاف ذلك يؤدي لزوال أساس إباحته بتخلف علته، وبالتالي قيام مسؤولية الطبيب الجنائية ويجري عليه حكم القانون أسوة بسائر الناس، كالطبيب الذي يجري عملية بتر عضو من أعضاء شخص ما بقصد تخليصه من الخدمة العسكرية³ أو لجوء الطبيب إلى التدايس من أجل إجهاض امرأة حامل تسبب هو شخصياً في حملها⁴ أو وصف مخدرات لغير العلاج.

¹ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 23.

² - محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 18.

³ - محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، د ط، 2006، ص 67.

⁴ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 43.

إذا كان القدر الذي كان مسموحا به فيما مضى هو القدر الذي يؤدي إلى العلاج فإنه في الوقت الحاضر لم تصبح الأعمال الطبية قاصرة على ذلك؛ بل أصبحت تتدخل في حالات ليست بقصد العلاج من مرض بدني بالمعنى الدقيق؛ بل لتخليص الجسم من عارض غير طبيعي مسببا للشخص مرضا نفسيا فتكون تلك الأعمال لازمة للعلاج النفسي كالجراحة التجميلية مما جعل القوانين تأذن بها وتجيئها، إذ أن هذه الجراحة لا يقصد بها شفاء علة وإنما إصلاح تشوه خلقي أو طارئ لا ينال الصحة بضرر ولا يهدر الجسم في السير الطبيعي ولكنه مؤثر في شكل الإنسان ملحقا بقيمته الشخصية والاجتماعية.

في هذا الشأن فإن المتفحص للمادة 195 من القانون 11-18 يجد أنها توضح التكليف الملقى على الأطباء بالحفاظ على حماية الصحة للمجتمع وبتقديم العلاج للسكان بقولها: "يتعين على الأطباء والصيدلة وجراحي الأسنان القيام بما يلي: السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم لهم...".

كما أضافت المادة 03 من نفس القانون على أنه من الأهداف المسطرة في مجال الصحة هي الوقاية وتوفير العلاج من أجل التنمية الاجتماعية والاقتصادية¹. وأضافت في هذا الصدد كذلك المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "تتمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الإنسان...".

نستخلص مما تقدم أنه بانتفاء قصد العلاج تنتفي إباحة الأعمال الطبية على جسم المريض وتخضع بالتالي لنصوص التجريم (المادة 264) من قانون العقوبات الجزائري.

¹ - المادة 03 من قانون 11-18 ، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

ثالثاً: شرط رضا المريض

لإباحة تدخل الطبيب يشترط المشرع أن يتم ذلك برضاء المريض أو النائب عنه قانوناً، شفاهة أو كتابة¹.

إن الرضا معناه الموافقة على العلاج أو رفضه حسب ما تقتضيه مصلحة المريض² فهي سابقة عن العمل الطبي ذاته وعلّة ذلك هي رعاية ما لجسم الإنسان من حصانة، كما يجب أن يكون الرضا حراً ومنتبصراً أي مبنيًا على أساس من العلم المستتير بطبيعة ونوعية التدخل الطبي ومخاطره المحتملة، وهذا من أجل إيجاد نوع من التوازن في العلاقة بين الطبيب والمريض إذ أن البعض يصف العقد الطبي بعقد إذعان³.

كما يجب أن يصدر الرضا أيضاً عن من هو أهل له، ومتى كان المريض بالغاً راشداً متمتعاً بكامل قواه العقلية فإن رضاؤه المتبصر بالتدخل العلاجي لا يثير مشكلة.

غير أنه إذا كان في وضع لا يسمح له بإبداء موافقته، لكونه في غيبوبة، أو عدم الأهلية فصدور الرضا يكون ممن ينصبه القانون ممثلاً له. فلا يجوز أن يرغم شخص على تحمل المساس بسلامة جسده وتكامله ولو كان ذلك من أجل مصلحته حيث نصت المادة 154 السالفة الذكر من القانون 11-18 لحماية الصحة وترقيتها على ما يلي: "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك...". وأكدت على ذلك المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب بقولها: " يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض

¹ - المادة 154 من نفس القانون.

² - أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 119.

³ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 72.

لموافقة المريض موافقة حرة ومتبصرة أو بموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون...".

كما أضافت المادة 42 من نفس المرسوم على حرية اختيار المرضى لأطبائهم وحرية مغادرتهم لهم بقولها: "للمريض حرية طبية أو جراح أسنانه أو مغادرته...".

بالإضافة إلى ما أكدت عليه المادة 52 من نفس المرسوم على ضرورة الحصول على رضا الأولياء أو الممثلين القانونيين عند تقديم العلاج لقاصر أو بالغ عاجز عن التعبير عن إرادته وقبوله بالتدخل الطبي لعلاجها بقولها: "يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ؛ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي ويحصل على موافقتهم...". فإذا رفض الشخص المراد علاجه التدخل الطبي، يكون لهذا الرفض أثرا قانونيا في تحديد مسؤولية الطبيب¹.

لذلك فإنه يشترط عند رفض المريض للعلاج تصريح كتابي بذلك، وعلى الطبيب أن يخبر المريض أو ممثله، المخول قانونا بالموافقة، بعواقب هذا الرفض² إذ أن كتابة رفض العلاج تبرئ ذمة الطبيب من المسؤولية³، وفي هذا الصدد نصت المادة 49 من مدونة أخلاقيات الطب بالقول: " يشترط من المريض إذا رفض العلاج الطبي أن يقدم تصريحا كتابيا في هذا الشأن".

لكن قد يتعذر الحصول على رضا المريض أحيانا ومع هذا يقوم الطبيب بعمله دون الحاجة إلى انتظار رضا هذا الأخير وذلك في حالتين:

¹ - منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 101.

² - هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994، ص 42.

³ - محمد حسنين منصور، المسؤولية الطبية، د ط، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 41.

الحالة الأولى: حالة الضرورة

يتبين من خلال بعض النصوص القانونية حسب ما نصت عليه المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له".

ومثال ذلك كأن يحضر إلى المستشفى مريض إثر إصابته في حادث وهو في حالة غيبوبة تستلزم التدخل الطبي الاستعجالي لإسعافه من خطر قد يهدد حياته، وهو ما أكدت عليه المادة 09 من مدونة أخلاقيات الطب بوجوب تقديم الإسعافات الضرورية للمريض.

كما تناولت هذه الحالة المادة 205 من القانون 11-18 لحماية الصحة وترقيتها بنصها: "بمنح أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أوقف حقه في ممارسة مهنته أن يجري فحوصا... إلا في حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي".

أضف إلى ما ورد في قانون العقوبات الجزائري في شأن الحالة في مادته 48: " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب جريمة قوة قاهرة لا قبل له بردها".

بناء على ما تقدم نلاحظ أن القانون أجاز هذه الإسعافات الأولية دون تهاون (حالة الضرورة)؛ بل إنه أمر بها بالنصوص القانونية وفي حالة مخالفتها تقوم مسؤولية الطبيب الجزائية على أساس عدم تقديم مساعدة لشخص في حالة خطر (المادة 2/182 من قانون العقوبات الجزائري).

الحالة الثانية: حالة تهديد الصحة العامة للمجتمع

هناك من الأمراض المبنية والمحددة حصريا كانتشار الأوبئة وهناك التلقيحات الإجبارية لمكافحتها وفي هذه الحالة يقوم الطبيب بالعمل الطبي ولو رفض المريض ذلك، وعندئذ لا تستند الإباحة إلى استعمال الرخصة وإنما تستند إلى تنفيذ القانون أو استعمال السلطة العامة لما لها من قوة جبر كتشريح الجثة بناء على طلب من السلطة القضائية وهو ما أشارت إليه كذلك المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: "لا جريمة إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون...".

يتضح من خلال هذا النص أنه جاء عاما وشاملا ولم يتم من خلاله تحديد الأفعال التي تشملها الإباحة إذا ارتكبت بناء على أمر أو إذن القانون، ويكمن الفرق بين أمر القانون وإذن القانون في أن الإذن جوازي في ترك الحرية للشخص للقيام بالفعل أو الامتناع عنه، بينما الأمر عكس ذلك فهو إجباري ومخالفته تقييم المسؤولية الجزائية.

خلاصة لما سبق إذا أجرى الطبيب العمل الطبي في غير هاتين الحالتين دون رضا المريض يتخلف سبب الإباحة بتخلف شرط من شروطه، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية.

رابعاً: شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية

يكون العمل الطبي مباحا ويشترط أن يكون عمل الطبيب مطابقا للأصول الفنية الطبية التي يعرفها أهل الطب بحيث لا يتسامحون مع من يستهين بها ممن ينتسب إليهم، ولقد عرف فقهاء الأصول الطبية بأنها: "تلك المبادئ والقواعد الثابتة والمتعارف عليها نظريا بين طائفة الأطباء"¹. أو هي مجموعة القواعد النظرية والعلمية المستقرة بين أهل

¹ - إبراهيم سيد أحمد ، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د ط، 2003، ص 99.

الطب ولم تعد محل نقاش بينهم أي هي الحد الأدنى الذي يجب مراعاته في العمل الطبي إلا استثناء كحالة الضرورة¹.

فإذا خالف الطبيب إتباع هذه الأصول والقواعد حقت عليه المسؤولية الجنائية بحسب تعمده أو تقصيره، ومعنى هذا أن الطبيب ليس ملزماً عند ممارسة مهنته أن يطبق العلم كما في العلوم الدقيقة فالعلوم الطبية ليست كذلك إذ يوجب فيها مجال للاختلاف أي أنه إذا كانت طريقة علمية ما محل خلاف بين مؤيد ومعارض لها وأخذ بها الطبيب فلا يعتبر مخالفا لتلك الأصول العلمية.

إذن فالعبرة في أداء الطبيب لأعماله على قدر من العناية وبذل الجهد الصادق اليقظ والذي يتفق مع ضرورة وحالة المريض الصحية وفق الأصول العلمية².

أما إذا ثبت أن الطبيب قد خالف هاته القواعد والأصول المتعارف عليها بين أهل المهنة سواء نتيجة جهله التام بها، ومثال ذلك إتباع نظرية طبية مهجورة تخلى عنها الأطباء وأحيانا أخرى إذا اتبع الطبيب النظرية الحديثة لم يستقر العمل الطبي عليها بعد فحينئذ تقوم مسؤوليته الجزائية كما جاء في المادة 18 بقولها: "لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية...".

على هذا الأساس يعد هذا الطبيب مخالفا للأصول والقواعد الطبية كالجوء إلى الكي التقليدي والشعوذة كما جاء في المادة 31 من المدونة أخلاقيات الطب السالفة الذكر بنصها: "لا يجوز لطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليه أي طريقة وهمية... وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة".

¹ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 199.

² أبو اليزيد على المتين، جرائم الإهمال، الطبعة الثالثة، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1975، ص 219.

في هذا الصدد نصت المادتين 10 و11 من المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المعدل والمتمم¹ على تحسين المستوى العلمي وتجديد المعرفة من أجل مواكبة التقدم العلمي في ميادين الطب والاكتشافات الجديدة بمساعدة الدولة، حيث نصت المادة 10 بقولها: " تلزم الهيئة المستخدمة بما يلي:

- تقوم بالتكوين وتحسين المستوى وتجديد معارف الممارسين.
- تحديث معارف الممارسين...".

تجدر الإشارة هنا إلى أن هذا التحسين للمستوى عن طريق التكوين يتم على حساب نفقة الدولة من أجل تحسين مردودية العمل الطبي، وهذا ما أكدته المادة 11 من نفس المرسوم بقولها: " يستفيد الممارسون الطبيون في الصحة العمومية من غيايات خاصة مدفوعة الأجر في إطار المشاركة في التظاهرات العلمية".

كما يعد عمل الطبيب غير مطابق للأصول العلمية والطبية إذا كان مارس المهنة في ظروف سيئة وغير ملائمة للقواعد الطبية كافتقاره لوسائل الكشف والتشخيص والعلاج الحديثة وهذا ما نصت عليه المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب² بقولها: "يجب أن تتوفر للطبيب أو جراح الأسنان في المكان الذي يمارس فيه مهنته تجهيزات ملائمة ووسائل تقنية كافية لأداء المهمة، ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان بأي حال من الأحوال أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية".

إضافة لذلك أكدت المادة 15 من نفس المدونة أنه: "من حق الطبيب أو جراح الأسنان ومن واجبه أن يعتني بمعلوماته الطبية ويحسنها". إذ لا يجب أن تمارس المهنة

¹- المرسوم التنفيذي رقم 106/91 المتعلق بالقانون الأساسي بالممارسين الطبيين، المعدل والمتمم.

²- مرسوم تنفيذي رقم: 276/92 .

الطبية خارج المجال المتعارف عليه بين أعضاء المهنة مما قد ينتج عنه احتمال تعرض المريض لخطر حسب ما أشارت إليه المادة 17 من المدونة المشار إليها أعلاه حيث نصت على أنه: "يجب أن يتمتع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه"¹.

خلاصة لما سبق نستنتج أن إباحة الأعمال الطبية بصفة عامة والماسة بالسلامة الجسدية بصفة خاصة لا بد أن يكون هدفها خدمة الصحة العامة للأفراد والمجتمع، حسب أسس وشروط وقيود أحدها رئيسي وهو إذن القانون والآخر بمثابة شروط كالترخيص القانوني ورضا المريض وقصد العلاج حسب الأصول والقواعد الطبية فإن تخلف أحد هذه العناصر أصبح عمل الطبيب غير مشروع وتنتفي أسباب إباحتها وتقوم عندئذ مسؤوليته الجنائية وهذا الرأي هو الرابع فقها وقضاء.

المبحث الثاني : مفهوم العقد الطبي وتمييزه عن العقود المشابهة

تعد مسألة العقد الطبي وتحديد مفهومه وتمييزه عن ما يشابهه من العقود مسألة ذات أهمية خصوصا أن المهتمين بدراسة هذا النوع من العقود التي لم يرد لها تعريف ملائم والتغير الواضح في المسار القانوني لعلاقة الطبيب بالمريض الذي أدى إلى الاعتراف بوجود عقد طب يربط بين هذين الأخيرين، و..... حقوق والتزامات كلا منهما بصفة دقيقة وواضحة، جعل الفقهاء يجتهدون بغرض دراسة هذا العقد².

وللتطرق لموضوع التكيف القانوني للعقد الطبي باعتباره الرابطة التي تنظم علاقة المريض بالطبيب يلتزم تحديد الحالات التي يسمح فيها هذا الأخير بالتعاقد مع مرضاه

¹ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 197.

² مراد بن صغير، البعد التعاقد في العلاقات الطبية، مجلة دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 04، 2007، ص 284-285.

من خلال دراسة تعريف العقد الطبي وتحديد أطرافه (المطلب الأول)، ومن ثم تحديد خصائص العقد الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف العقد الطبي وتحديد أطرافه

إن تعريف العقد الطبي لغة يختلف عن تعريفه اصطلاحاً كما يلي:

الفرع الأول: تعريف العقد الطبي

أولاً: تعريف العقد الطبي لغة:

إن العقد لغة هو "كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء وجمعها"¹

أما بين الكلاميين "فيراد بها العهد"²

ثانياً: تعريف العقد الطبي اصطلاحاً:

إن العقد هو "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين"³

يتضح من خلال هذا التعريف أنه يجب أن ينصب اتفاق الإرادتين على إحداث

أثر قانوني أما إذا اتجهت الإرادتين إلى غاية أخرى، فإن المعنى القانوني للعقد ينتفي⁴.

¹ - بادي الفيروز مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد الباقي، ط3، دار الفكر، لبنان، 2003.

² - أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 58.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 42.

⁴ - خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ط 04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 17-18.

هذا بالنسبة للعقد بصفة عامة، أما بالنسبة للعقد الطبي فقد تعددت تعاريف الفقهاء له كما نبسنا ذلك ضمن العنوان الآتي:

ثالثاً: التعريف الفقهي للعقد الطبي:

لقد عرف عبد الرزاق السنهوري العقد الطبي بأنه: "اتفاق بين الطبيب والمريض، على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"¹.

وقد عرفه كذلك سافيتي بأنه: "اتفاق بين طبيب من جهة والمريض أو من ينوب عنه من جهة أخرى، يلتزم الطبيب بمقتضاه أن يقدم للمريض عند طلبه المشورة والعناية الصحية"².

وعلى هذا الأساس فإن العقد الطبي وفقاً لهذه التعاريف هو العقد القابل للتنفيذ من طرف الطبيب أو الجراح، وكذلك كل المساعدين الطبيين الذين هم تحت مسؤولية الطبيب المشرف على علاج المريض، بالإضافة إلى أنه عقد يرد على حسب الإنسان، لأنه رغم حرمة جسم هذا الأخير وقداسته شرعاً وقانوناً، إلا أن ضرورة العلاج والتداوي من الأمراض التي قد تصيب الشخص تفرض عليه اللجوء إلى الطب أملاً في التخلص من آلامه، أو على الأقل التخفيف منها³، وبالتالي يقدم إبرام عقد طبي يعطي من خلاله موافقة للطبيب للبدء في العمل الذي تعاقداً من أجله، والمتمثل في تقديم العلاج المناسب له، على اعتبار أن العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي علاقة المريض من جهة، والطبيب من جهة أخرى وسنتطرق لها بأكثر تفصيل تحت العنوان التالي:

¹ - عيشوش كريم ، العقد الطبي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 09.

² - عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص 133.

³ - محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى قانوناً، وفقها واجتهاداً، د ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 12.

الفرع الثاني: أشخاص العقد الطبي:

كما سبق ذكره فإن للعقد الطبي طرفان هما المريض والطبيب.

أولاً: المريض:

يعرف المريض بأنه كل شخص يعاني من علة صحية جسدية كانت أو نفسية أو حتى عقلية، وهو بحاجة إلى مساعدة طبية تجعله يقصد طبيباً يعرض عليه التعاقد من أجل أن يقدم له العلاج المناسب لحالته المرضية¹، إذا كان باستطاعته ذلك بحكم كفاءته واختصاصه، وبالتالي فهو طرف أساسي في العقد الطبي شأنه شأن المريض، وذلك لأنه لا يمكن إبرام عقد طبي بدون أحدهما.²

ثانياً: الطبيب:

لقد جعل المشرع الجزائري كغيره من باقي التشريعات -ممارسة مهنة الطب من اختصاص الأطباء بكل أصنافهم، ووضع شروطاً لممارسة هاته المهنة سنتطرق لها بعد إعطاء تعريف محدد للطبيب.

أ- تعريف الطبيب:

يعرف الطبيب على أنه: "الشخص العارف بتركيب البدن، ومزاج الأعضاء والأمراض التي قد تصيبها، وطرق الكشف عنها من جهة ووسائل علاجها من جهة أخرى".³

¹ - زينة غانم يونس العبيدي، إرادة الطبيب في العقد الطبي، دراسة مقارنة، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 36. وأيضا: أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 70.

² - عياني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007 / 2008، ص 31.

³ - زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 37.

ولذلك نستطيع القول بأن الطبيب هو ذلك الشخص العارف بأصول مهنة الطب فالطبيب العام، والطبيب الجراح، وطبيب التخدير، كلهم أطباء، ولكل واحد منهم تخصصا محددا يتقيد به، مع العلم أن المشرع الجزائري قد وضع شروطا قانونية لممارسة هاته المهنة تتمثل في ما يلي¹:

1- شروط ممارسة مهنة الطب:

لقد اشترط المشروع الجزائري بموجب المادة (197) من قانون حماية الصحة وترقيتها عدة شروط لممارسة مهنة الطب²، وذلك ضمانا منه لحصر ممارسة العمل الطبي في المجال القانوني المباح لأجل تحقيق الأهداف النبيلة لهاته المهنة³، وتتمثل هاته الشروط فيما يلي:

1-1- الترخيص الوزاري:

انطلاقا من الفقرة 01 من المادة 197 اشترط المشرع الجزائري لممارسة مهنة الطب الحصول على ترخيص وزاري يسلمه وزير الصحة لمن يريد مزاولة هاته المهنة⁴.

مع العلم أن هذا الترخيص يكون عاما وشاملا لجميع أعمال المهنة مثلما هو الشأن بالنسبة للطبيب العام، في حين قد يكون الترخيص خاصا بممارسة أعمال طبية معينة كما هو الحال بالنسبة للطبيب المتخصص كطب العظام، وطب العيون، وطب التخدير⁵، إلا

¹ - مراد بن صغير، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2003/2002، ص 10، 11.

² - المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

³ - شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، د ط، دار الفكر الجامعية الإسكندرية، مصر، 2005، ص 88.

⁴ - عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 35.

⁵ - شريف الطباخ، المرجع السابق، ص 89.

أن المشرع الجزائري قد قيد وزير الصحة لأجل الترخيص بممارسة النشاط الطبي بأربعة شروط وهي كالآتي:

1-2- شهادة الاختصاص:

يشترط للحصول على الترخيص بممارسة مهنة الطب "... أن يكون طالب هذه الرخصة حائزا حسب الحالة إحدى الشهادات الجزائرية: دكتور في الطب، أو جراح أسنان، أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها"¹.

نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 71-215 على أنه " تحدث شهادة لدكتور في الطب"².

وللحصول على هاته الشهادة يجب مواولة 07 سنوات في الطب العام³.

في حين نصت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 71-215، على أنه "تحدث شهادة لجراح الأسنان"⁴.

المشرع الجزائري أشار إلى عدم اشتراط الحصول على شهادة من الشهادات المذكورة أعلاه من الجامعات أو المعاهد الجزائرية فقط؛ بل يمكن قبول الشهادات الأجنبية

¹- الفقرة 02 من المادة 197 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

²- المادة 01 من المرسوم التنفيذي (71-215) المؤرخ في 04 رجب 1391 الموافق لـ 25 غشت 1971، والمتضمن تنظيم الدروس الطبية.

³- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم (94-2019) المؤرخ في 23 يوليو 1994 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم (71-215) السابق الذكر.

⁴- المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم (71-2018) المؤرخ في 04 رجب 1391 الموافق لـ 25 غشت 1971، المتعلق بتنظيم الدروس للحصول على شهادة جراح الأسنان.

المعادلة لها شرط أن تكون شهادات معترف بها، وهذا راجع إلى المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دول أجنبية¹.

1-3- أن لا يكون مصاب بعاهة أو بعة مرضية منافية لممارسة المهنة:

حبذا على الطبيب أن يكون سليما الجسد والعقل ومكتمل الأعضاء، لأن العاهة الجسدية أو العقلية قد تتعارض مع ممارسة الطبيب لمهنته المتمثلة في مساعدة وإسعاف الآخرين²

1-4- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف³:

لأن العلاقة بين المريض والطبيب هي علاقة ثقة متبادلة، وهنا يظهر لنا أن الشخص الذي تعرض لعقوبة مخلة بالشرف لا يمكن أن يصبح محل ثقة، وهذا يندس قداسة مهنة الطب ويحط من قدر الأطباء⁴.

1-5- أن يكون جزائري الجنسية:

لا يمكن الحصول على الترخيص بمزاولة مهنة الطب في الجزائر إلا إذا كان طالب الترخيص يتمتع بالجنسية الجزائرية سواء كانت أصلية أم مكتسبة، ولقد أورد المشرع استثناء عن القاعدة العامة بالسماح للأطباء الأجانب الذين ينتمون إلى دول تربطها مع الجزائر معاهدات، أو اتفاقيات في هذا الشأن بممارسة مهنة الطب في الجزائر، ولكن بشرط أن يتخذ الوزير المكلف بالصحة موقرا بذلك⁵.

¹ - الفقرة 02 من المادة 197، م.أ.ط.ج.

² - الفقرة 03 من المادة 197 م.أ.ط.ج.

³ - الفقرة 04 من المادة 197 م.أ.ط.ج.

⁴ - رابيس محمد، المرجع السابق، ص 102.

⁵ - المادة 198 م.أ.ط.ج.

وهذا إضافة لما ذكر في المادتين 197 و 198، ملزم الطبيب أو جراح الأسنان بأداء اليمين حسب الكيفيات المحددة بموجب التنظيم¹.

المطلب الثاني: خصائص العقد الطبي

تستعد العلاقة الطبية التي تربط بين المريض والطبيب أحكامها من القواعد العامة الواردة في القانون المدني، وكذا من النصوص القانونية التي تهدف إلى حماية الصحة التي تعرضت للمسؤولية الطبية وآداب مهنة الطب، وحددت ضوابط تلك المسؤولية سواء كانت ناتجة عن ممارسة المهنة في الحالات العادية أو غير العادية²، ومدونة أخلاقيات الطب تهدف إلى ضبط سلوكيات الأطباء لأجل رفع شان مهنتهم والارتقاء بها إلى مصاف الشرف والعلو الذي يليق بها³.

لقد توصلنا من خلال تمييز العقد الطبي عما تشابهه من العقود إلى أن هذا العقد هو عقد ذو طبيعة خاصة، وبالتالي فإنه يتميزه عن غيره من العقود بعدة خصائص، بحيث انه عقد مدني غير مسمى (فرع 01)، وذات خصائص ذاتية (فرع 02).

الفرع الأول: العقد الطبي عقد مدني وغير مسمى

إن مهنة الطب مهنة حرة وهو الأمر الذي يبعدها عن اكتساب الصفة التجارية⁴، فالطبيب عند حصوله على الأتعاب لا يمكن تغيير ذلك على انه تاجر، إنما يتحصل على الإتعاب مقابل الجهد المبذول من طرفه فقط، وليس بغرض الحصول على الفوائد

¹ - المادة 199 من نفس القانون.

² - رايس محمد، المرجع السابق، ص 77.

³ - رايس محمد، المرجع السابق، ص 82.

⁴ - Réme et jean savater, jean maire Auby, et H.Pequignot, traité de droit médical, éditions techniques, France, Pris, 1956, P12.

والمضاربة على رأس المال كما هو الحال عند التجار¹، أن يمنع أي عمل طبي يكون الغرض منه الأرباح².

أولاً: العقد الطبي عقد مدني

إن مهنة الطب مهنة حرة وهو الأمر الذي يبعدها عن اكتساب الصفة التجارية، فالطبيب عند حصوله على الأتعاب مقابل الجهد المبذول من طرفه فقط، وليس بغرض الحصول على الفوائد والمضاربة على رأس المال كما هو الحال عند التجار، إذ يمنع أي عمل طبي يكون الغرض منه جني الأرباح، فإن طبيعته القانونية تأتي أن تكون من العقود التجارية فهو إذن عقد مدني، هذا ما سنحاول إبرازه في العناصر الموالية:

1 - أساس العقد الطبي كعقد مدني:

يمارس الأطباء مهنتهم على سبيل الاحتراف، ويعتمدون عليها باعتبارها مصدر رزقهم، ويمارسونها عن طريق تقديم خدماتهم لمرضاهم مقابل الحصول على الأجرة مما ذهب بالبعض إلى حد تكييف العقود التي يبرمونها في هذا الشأن بأنها عقود مقاوله³.

إلا انه وإن كانت المقاوله عملا تجاريا حسب ما ورد في نص المادة 02 من التقنين التجاري الجزائري⁴، الذي اكتفى إلى الإشارة إلى المقاوله على نحو عارض لما كان بصدور تقرير الصفة التجارية ببعض العمال⁵، دون التمييز بين طبيعة الأعمال التي

¹-M.M.hannouz et A.R. Hakem, Précis, de droit médical, Office des Publication universitaires, Alger,1992, P34.

²- انظر المواد 27-28-29م.أ.ط.ج.

³- السنهوري عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء (7)، المرجع السابق، ص 18.

⁴- الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون 02/16 المؤرخ في 2016/07/19، ج ر، عدد 37، 2016.

⁵- ولد رابح صافية، المركز القانوني للمقاوله الخاصة في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006-2007، ص 14

يؤديها المقاول، لذا الفقه اعتبره عقدا مدنيا تم تكييفه على أساس عقد مقاوله والطبيب يمارس مهنته الحرة، وأن أعمال المهنة الحرة تعتبر اعمل لا مدنية.

فالعقد الذي يربط المريض بالطبيب الذي محله الخدمات الطبية، يظل عقدا مدنيا من جانب المريض ومن جانب الطبيب صاحب المهنة الحرة¹ وأعمال المهن الحرة تظل مدنية حتى ولو كانت ممارستها على سبيل التكرار واستخدام معاونين مأجورين، أي بوجود مشروع أو تنظيم ويرجع ذلك إلى أن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية، فقصد الربح من ممارسة هذه الأعمال ليس بالعنصر الغالب فيها².

فإذا عدنا إلى تعريف العمل الطبي الذي يؤديه الطبيب نجد بأنه: "النشاط الذي يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته أي وفق المجرى العادي للأمر إلى شفاء المريض"³ ومنه نستطيع استخلاص العمل الطبي التي تجعل من العقد الطبي عقدا مدنيا كما يلي:

أ- العمل الطبي عمل فكري:

يلتزم الطبيب في ممارسة عمله إتباع الأصول العلمية التي استقر عليها علم الطب⁴، من قواعد التطبيق العلمي والفن الطبي⁵، وقد وصف البعض العمل الطبي بفن العلاج، والذي يهدف إلى الحفاظ على صحة الإنسان واسترجاعها، وتكون ممارسته

¹- عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 46.

²- عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 46.

³- ليندة بغدادي، اثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة معارف، العدد 07، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر 2009، ص 100.

⁴- رايس محمد، المرجع السابق، ص 109.

⁵- حسين طاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقاومة الجزائر فرنسا، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2002، ص 75.

مشروطة الحصول على المؤهل العلمي¹ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في اشتراطه الحصول على المؤهل العلمي لممارسة مهنة الطب وهي شهادة الدكتوراه في الطب²، والحصول على شهادة الاختصاص لممارسة مهنة الاختصاص³

كما قرر أنه من حق الطبيب، وواجب عليه في آن واحد الاعتناء بمعلوماته الطبية وتحسينها⁴، ويقع عليه الالتزام بتقديم علاج مطابق لمعطيات العلم الحديثة⁵، هذا ما يجعل من العمل طبي عمل أساسه العلم والفكر، وهو بتالي عن المضاربة لأجل تحقيق أغراض مادية بحتة.

ب- العمل الطبي قصده شفاء المريض وليس الربح:

يهدف العمل الطبي إلى علاج المريض بالتخلص من المرض أو التخفيف من حدته، أو التخفيف من الآلام، أو الكشف عن سبب اعتلال الصحة، أو مجرد الوقاية من المرض⁶ فالهدف المباشر منه ليس تحقيق الربح بل بذل العناية لتحقيق الشفاء، إذ يعتبر الطبيب معالجا وليس تاجر⁷

العقد الطبي إذن يكون محله التزام الطبيب بأداء عمل فكري يتضمن التزامات خاصة تأخذ في الحسبان ضرورة المحافظة على جسم الإنسان، وأنه يقوم على الثقة المتبادلة بين أطرافه⁸.

¹ احمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، د ط، سعد سمك للطباعة، مصر، 1999، ص 33.

² المادة 197 من قانون الصحة وترقيتها.

³ المادة 198 من قانون الصحة وترقيتها.

⁴ المادة 15 م.أ.ط.ج.

⁵ المادة 45 م.أ.ط.ج.

⁶ ليندة بغدادي، المرجع السابق، ص 100.

⁷ ابراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 294.

⁸ سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 294.

وأن جسم الإنسان ليس محلاً للمعاملات المالية والتجارية¹، وبالتالي يبقى هذا العقد مدني، وهذا ما يمكن الكشف عنه من خلال ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا الشأن.

02- إقرار المشرع الجزائري بالطابع المدني للعقد الطبي:

خص المشرع الجزائري الأعمال التجارية بقانون خاص وهو القانون التجاري واعتبرت المادة الأولى منه أن كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذ مهنة معتادة له يعني تاجراً ما لم يقضى القانون بخلاف ذلك.

وحددت المواد 4.3.2، ومنها الأعمال التجارية وقسمتها إلى أعمال تجارية بحسب موضوعها تشمل الأعمال المنفردة والمقاولات، والأعمال التجارية بحسب شكلها، والأعمال التجارية بالتبعية².

وعلى ضوء المشرع الجزائري في تعريفه للأعمال التجارية، وضع الفقه معايير للحكم على عمل ما بأنه تجاري، وهي المضاربة أو سعي وراء تحقيق الربح، التداول أي ما يتعلق بالوساطة وتداول الثروات، وفي الأخير المقاولات التي تعتمد على عنصر التكرار والتنظيم بجميع الوسائل المادية والبشرية بصفة مستمرة في إطار منظم ومهني، بالمضاربة على عمل الإنسان والآلات قصد تحقيق الربح³ وكل شخص يمارس عمل ما ولو على سبيل الاحتراف غير وارد ضمن الأعمال التجارية التي نص عليها القانون التجاري يعتبر عمله مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني⁴.

¹ - سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص 48.

² - عمارة عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية - التاجر - الشركات التجارية)، د ط، دار المعرفة، الجزائر، الجزائر، 2000، ص 37.

³ - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 37-40.

⁴ - عمار عمورة، المرجع نفسه، ص 37-40.

إن العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب لا يقوم على المضاربة وقصد تحقيق الربح في ذاته، وإنما تهدف إلى تحقيق مصلحة المريض وهي الشفاء، وأن الطبيب لا يعد وسيط في توزيع وتداول الثروات، وسبق التأكيد على أن الطبيب ليس مقاولاً، وبالتالي تخرج الأعمال التي يؤديها والتي يبرم لأجلها عقود طبية مع المرضى من نطاق الأعمال التجارية، وبالتالي تظل هذه العقود مدنية تخضع لأحكام القانون المدني¹.

فالطابع المدني للعقد الطبي يؤكد لنا بأن النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب، والتي تنص على أنه لا يجب أن تمارس مهنة الطب أو جراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعلى منع الأطباء من القيام بجميع أنواع الإشهار المباشر وغير المباشر²، وإنما امتناع الطبيب من الحصول على أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل عمل طبي ما عدا أتعابه³.

ويمنع على الطبيب كذلك ممارسة مهنته في المحلات التجارية أو أي مكان آخر تباع فيه مواد وأجهزة أو أدوية، كما يمنع عليه توزيع الأدوية لأغراض مربحة إلا وفق لشروط أو ممارسة مهنة تمكنه من الحصول على الربح⁴، فالغاية من العمل الطبي ليس ربحياً، ومحلّه تقديم العلاج الطبي ويخرج عن دائرة المعاملات التجارية، والعبرة في ذلك ارتباط الممارسات الطبية بحجم الإنسان أفضل مخلوقات الله، ونيل مهنة الطب التي تتجو عن المعاملات التجارية⁵

¹ - عمار عمورة، المرجع السابق، ص 40

² - المادة 20، م.أ.ط.ج.

³ - المادة 24، م.أ.ط.ج.

⁴ - المادة 27، م.أ.ط.ج.

⁵ - بلعيد بوخرص، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 172.

وبالتالي فمهنة الطبيب تبقى مهنة حرة، والعقد الطبي عقد مدني¹، ونتيجة لعدم اعتباره عقدا تجاريا فلا تسري عليه الأحكام الخاصة الواردة في القانون التجاري، كما لا تسري عليه الأحكام الخاصة للعقود المسماة الواردة على العمل المعروفة في القانون المدني، مما ذهب بالبعض إلى اعتباره عقد غير مسمى.

ثانيا: العقد الطبي عقد غير مسمى

إن العقد الغير مسمى الذي هو العقد الذي لم يخصه القانون باسم معين ولم يتولى تنظيمه، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عنه للقواعد العامة التي تقررت بجميع العقود²، وينشأ بموجب إدارة أطرافه في حدود النظام العام والآداب العامة، على خلاف العقد المسمى الذي خصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم³.

1- قيام العقد على أساس إرادة المريض والطبيب:

وقد توصلنا إلى أن الفقه لم يكن موقفا في تكييف العقد الطبي ضمن العقود المسماة، وعلى هذا الأساس يقوم على توافق إرادتي الطبيب والمريض على إنشاء التزامات معينة، ونجده يختلف عن العقود الأخرى، إذ وإن كان الطبيب يلتزم القيام بالعمل فتكون طبيعة التزامه هي بذل العناية وليس تحقيق نتيجة، ويقوم على الثقة التي يضعها العميل في الطبيب، وهو عقد متابع من العقود المدنية⁴، كما يتميز هذا العقد عن العقود

¹- رابيس محمد، المرجع السابق، ص 433.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 167.

³- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط06، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 24.

⁴- رابيس محمد، المرجع السابق، ص 433.

الأخرى بأنه ينشأ شفاهة أو ضمناً، وأن مجاله ليس الحقوق المالية بل حقوق شخصية بامتياز.

كما أن الطابع العقلي والفني الذي يحتويه يجعل من الإحاطة به الأنظمة القانونية التي تنظم العلاقات المتعلقة بالأموال المنقولة والعقارية في غاية الصعوبة.

2- خصوصية العقد الطبي على العقود المعروفة:

إن أصالة النشاط الطبي تكمن في الطابع العلمي، الفكري، التقني والإنساني، وهذا الأمر الذي جعل من مهنة الطب مهنة شبه عامة (para publique)، إذ تهدف إلى تحقيق الصالح العام الذي تلتزم الدولة بتحقيقه، وهذا إضافة إلى الثقة التي تربط الطبيب بالمريض، وهذا الجانب الذي يكفي وحده لجعل العقد الطبي عقد منفرد في صنعه، حيث وجد لإزالة الألم أو التخفيف منه على الأقل، فمن هذا الارتباط المقدس ينشأ الالتزام بتحديد الحصول على الرضاء المريض عن كل عمل طبي قد يكون خطراً عليه.

هذه المميزات جعلت منه عقد ذو طبيعة خاصة (Suigeneris)¹، وحملت البعض إلى تكييفه بأنه عقد غير مسمى، من بينهم فإن ساقيه، حسن زكي الأبراشي وإسماعيل غانم².

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التكييف في قرارها الصادر في 13 جويلية 1937³ وبررت موقفها بكون العقد الطبي يتميز بطابع مستقل وبذاتية خاصة تحول دون خضوعه الكامل لأحكام العقود المسماة⁴.

¹ -Benabdellah Mohamed Amine, Le principe du libre Consentement du patient a l'acte médicale, REMALD, MARS-AOIL 2011, P08, <http://www.amin>

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء (07)، المرجع السابق، ص 19.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع نفسه، ص 02، راييس محمد، المرجع السابق، ص 433 ص 01.

⁴ - راييس محمد، المرجع السابق، ص 433.

ولقد ذهب "حروزي عز الدين"، لاعتبار العقد الطبي امتاز بخصوصية مانعة من مماثلته بأي عقد من العقود المسماة، وهي الخصوصية التي جعلت الاتجاه الغالب والمنطقي يستقر على الاعتراف باستقلالية العقد الطبي عن العقود المعروفة، ومرد هذه الخصوصية حسب رأيه¹:

أ- أن أساس قيام العقد الطبي هي الثقة الكاملة التي يضعها المريض في الطبيب، وهذا ما يجعل الطبيب يؤدي واجبه بإخلاص وأمانة وضمير، مما أدى ببعض الفقه إلى وصف العلاقة بينهما بالرباط المقدس، كما أسلفنا².

ب- أن طبيعة العمل الطبي الذي منبعه العلم والفكر والإنسانية يجعل من الالتزامات الناتجة عنه مختلف عن الالتزامات التي تفرضها العقود الأخرى، إذ يراعي في أدائها المصلحة العامة الاجتماعية والإنسانية، والابتعاد عن الاعتبارات المادية، إذ أن التزامه ذو طابع أخلاقي يسمو عن المادة.

وخلص إلى اعتبار العقد الطبي عقد من نوع خاص يخول سلطة على جسم الإنسان لا مثل لها في القانون، والتي عبر عنها الأستاذ "John savatiez" بقوله "أن القانون لا يعرف خارج إطار قانون الأسرة عقد من شأنه أن يخول سلطة كتلك التي يخولها عقد الطبيب"³.

والعقد الطبي تميز بطبيعته الخاصة التي لم يتم تنظيمها من قبل المشرع الجزائري من خلال أحكام خاصة في القانون المدني فهو من العقود غير المسماة، يستمد أحكامه

¹ - حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 49.

² - حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص 50.

³ - حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص 50.

من الاتفاق الخاص بين طرفيه ومن قواعد الشريعة العامة، واللوائح المنظمة للمهنة والتشريع الخاص بحماية الصحة وترقيتها والعادات والتقاليد المهنية.¹

الفرع الثاني : الخصائص الذاتية

يتميز العقد الطبي أنه ينشأ بتراضي طرفيه، وأن شخصيتهما محل اعتبار كأصل عام وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي.

أولاً: العقد الطبي عقد رضائي يقوم على الاعتبار الشخصي:

لقد عرفت المادة 54 من القانون المدني الجزائري العقد بأنه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، ويقوم العقد الطبي على وجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إحداث آثار قانونية متمثلة في التزامات أطرافه، ويكون له سبب مشروع مثله مثل باقي العقود الأخرى²، ويكفي لانعقاده التراضي ولا يستلزم القانون أي شكلية لذلك³، كما لا يجوز اشتراط المشرع شكلاً معيناً للتعبير عن الإدارة دون اعتبار العقد رضائياً، مثل اشتراط أن يكون رضا المتبرع كتابة بالنسبة لعمليات زرع الأعضاء⁴.

وعرفه أيضاً السنهوري العقد الطبي بأنه "اتفاق بين الطبيب والمريض على أنه يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"⁵، وعرفه كذلك سافتيي (savatiez) بأنه "اتفاق

¹ - رايس محمد، المرجع السابق، ص 433.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 65.

³ - رايس محمد، المرجع السابق، ص 437.

⁴ - بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 169.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء (07)، المرجع السابق، ص 18.

بين الطبيب من جهة والمريض أو من يمثله من جهة أخرى بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه، النصائح والعلاج¹.

إذن العقد الطبي هو عقد رضائي ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر² وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

فتمت اختار المريض الطبيب قام بينهما عقد ضمني غير مكتوب، والذي يتم شفاة بتحديد العمل والأجرة. أما بالنسبة لمواصفات العمل الطبي محل العقد وشروطه فيخضع لأصول وأعراف وقواعد وتقاليد مهنة الطب³.

لكن إذا كان التراضي كاف لإبرام العقد الطبي، فإن رضا المريض يتميز بخصوصية⁴، إذ يلزم الحصول عليه لانعقاد العقد ولتنفيذه، كما يشترط القانون أن يكون كتابة في بعض الأحوال.

أ- الرضا المزدوج في العقد الطبي:

للحصول على رضا المريض يستلزم قيام العقد الطبي عند تنفيذه وبيان ذلك كما يلي:

1- الرضاء اللازم لانعقاد العقد الطبي: العقد الطبي مثله مثل العقود الأخرى يلزم لنشأته الحصول على رضا المريض، فهو ركن لقيام العقد، ويرى البعض أن مجرد اختيار

1- Réne et Jean Savater ,Jean Maire Auby, et H.Pequignot, traité de droit médical, éditions techniques, France, Prise, 1956, sans cité page..

2- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 65.

3- أحمد حسن عباس الحيازي، المرجع السابق، ص 59.

4- أحمد حسن عباس الحيازي، المرجع نفسه، ص 60.

المريض لطبيبه واستدعائه لمنزله لعلاجه يعد قبولاً متى تطابق مع إيجاب الطبيب، إذ أن الطبيب يعد في إيجاب دائم¹.

فرضا المريض ينشئ عقد يتعهد بموجبه بمد الطبيب بمعلومات صادقة لزيادة فرص نجاح العلاج، إلى جانب دفع الأجرة المستحقة للطبيب²، مقابل التزام الطبيب ببذل الجهود الصادقة واليقظة لأجل ذلك، وعلاجه وفقاً لأصول المهنة، إلى جانب حصوله على موافقة المريض المسبقة قبل إجراء أي تدخل طبي، وهذا حسب ما قرره محكمة النقض الفرنسية بقرارها المؤرخ في 29 ماي 1951³ فاشتراط الموافقة من المريض لتقديم العلاج بعد الرضا الأول بالتعاقد هو الذي يميز العقد الطبي عن غيره من العقود.

2- الرضا اللازم لتقديم العلاج:

إذا كان الرضا السابق لازماً لتكوين العقد الطبي، إذ يعبر عن الاتفاق بين الطبيب والمريض الذي مضمونه علاج الأول للثاني⁴، فهذا الرضا لا يكفي لتدخل الطبيب، فيجب أن يصدر عن المريض رضا لاحق يقبل بمقتضاه الخضوع لكل عمل طبي سواء كان تشخيصاً أو علاجاً⁵ والحصول على الموافقة ورضا المريض قبل إجراء أي تدخل طبي التزم يقع على عاتق الطبيب⁶، يتعين تجديده في كل مرحلة من مراحل هذا التدخل، لأنه شرط أساسي لتنفيذ العقد الطبي⁷.

¹- خليل مجدي حسن، مدى فعالية رضا المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 01، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2001، ص 376-377.

²- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 107-109.

3 -le leu Yves Henri et Genicot Gilles, le droit médical ,aspects juridiques de la relation médecin patient, 1^{er} édition, de Book Université , Bruxelles Belgique,2001,p52.

4-Cité Par : le leu Yves Henri et Genicot Gilles, opcit,p52-53..

⁵- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص 37.

⁶-le leu Yves Henri et Genicot Gilles, opcit,p52.

⁷- بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص 17.

فهذا الرضا الخاص هو أساس إباحة التدخل الطبي¹، وهو المطلوب لمشروعية العمل الطبي حسب ما ذهب إليه الفقهاء، إذ يشترطون أن يكون تدخل الطبي العلاج أو الجراحي مبني على إذن المريض أو أولية أو من في حكمه².

تظهر العلة في اشتراط هذا الرضا الخاص من المريض هو احترام شخصية الإنسان، فله حق مطلق على جسده، ولا يجوز المساس به دون رغبته أو إرغامه على قبول علاج لم يرضي به³، ولو كان لمصلحته⁴، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين قرر بأن يقدم الطبيب العلاج بموافقة المريض أو من يخوله القانون لإعطاء الموافقة⁵.

اتضح لنا أن رضا المريض بنشأة العقد رضاء أساسي لكنه غير كافي، إذ يجب أن يلحقه رضاه لإجراء عمليات التشخيص، ثم رضائه بالعلاج الذي يقترحه الطبيب، وهي لاحقة لانعقاد العقد⁶، مما يجعل هذا الرضا من طابع خاص ومميز عن الرضا في العقود الأخرى بل أبعد من ذلك يقع على الطبيب التزام بتميز المريض قبل الحصول عليه.

ب- وجوب صدور رضاه متبصر من المريض

يعد رضا المريض حجر الزاوية لإنشاء العقد الطبي ولتنفيذه، ونظرا للطابع الفني للعمل الطبي واحتراما لحرية المريض في اختيار وسائل العلاج وبدائله، استوجب الأمر أن

¹- بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص 132.

²- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص 20.

³- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 53.

⁴- بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 133.

⁵- المادة 154 من قانون الصحة وترقيتها، أنظر كذلك المادة 44 م.أ.ط.ج.

⁶- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص 382.

يكون رضاه متبصرا و مستنيرا، والذي يقصد منه قبول المريض بالعمل الطبي وهو على نية من سببه¹.

فالرضا المستنير والمتبصر يكون بتقديم معلومات كافية تثير بصيرة المريض ويجعل رضاه صادرا عن علم وإدراك²، وهذا ما يقصد بالالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق الطبيب.

فالطبيب يعرض على المريض كافة البدائل العلاجية ويتركه يختار العلاج الذي يناسبه أو يرفض العلاج ولو تسبب ذلك بإلحاق ضرر بصحته³، وذهب الفقه إلى حد القول بعدم جواز التدخل الطبي ولو بوجود حالة حرجة، وذلك متى كان رفض المريض للعلاج صريحا وقاطعا وصادرا منه، وهو في كامل قواه العقلية⁴.

ويجب أن يكون تبصير المريض وإعلامه بسيطا تقريبا مفهوما وصادقا⁵، فالطبيب يقدم للمريض معلومات عامة حول حالته والعلاج المقترح دون أن ترقى إلى الدروس التفصيلية في علم الطب، ويجتهد في تبسيطها ليستوعبها المريض ويجب أن تكون هذه المعلومات صادقة، فالعلاقة بينهما مبنية على الثقة⁶.

¹- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص400.

2-le leu Yves Henri et Genicot Gilles, opcit, p55-68.

³- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص263.

⁴- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص263.

⁵- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص361.

⁶- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص57.

لقد أكد المشرع الجزائري على وجوب صدور المريض المستتير والمتبصر¹ ووضع على الطبيب التزام شخصي بإعلام المريض وتبصيره لتمكينه من التعبير عن رضاه الذي يجب أن يكون حرا لا يثوبه أي عيب من عيوب الإرادة من إكراه وغلط وتدليس².

ج- اشتراط الكتابة للتعبير عن إرادة المريض في بعض الحالات:

يرى البعض أن النتيجة المنطقية المترتبة عن كون العقد الطبي من العقود الثقة هي عدم وجوب إفراغ رضاه المريض في شكل مكتوب، فليس من المعقول أن يطلب الطبيب الذي هو محل ثقة مريضة بمحرر مكتوب يقر فيه برضاه بالعمل الطبي، كما أنهم يرون أن هذه الثقة تعد مانعا أدبيا تحول دون المطالبة بالدليل الكتابي³.

فالقاعدة أن يكون التعبير عن الرضاء المريض شفاهة، لكن لهذه القاعدة استثناءات أن استلزم فيها القانون الكتابة، والتي مردها خطورة بعض الأعمال الطبية على حياة المريض وصحته⁴.

¹ - المواد 43-44 م.أ.ط.ج.

² - حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 60 .

³ - خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص 415.

⁴ - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 192.

1- اشتراط الكتابة في عمليات زرع ونقل الأعضاء :

نظرا لخطورة عمليات التبرع بالأعضاء، أجمعت التشريعات المقارنة على أن يتم رضاء المتنازل عن أحد أعضائه وموافقته كتابة¹ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي اشترط الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه، وبحضور شاهدين².

ويقع على الطبيب عبئ إثبات الحصول على موافقة المريض ورضاه، وتقع عليه المسؤولية على أساس خطأ مفترض من جانبه حال غياب هذه الشكالية³.

2- اشتراط الكتابة في عمليات التلقيح الاصطناعي: أجاز قانون الأسرة الجزائري⁴

اللجوء إلى الوسيلة الحديثة للإنجاب وهي التلقيح الاصطناعي بتوافر شروط⁵، وهي أن يتم بين زوجين يربط بينهما عقد زواج شرعي، أن تتم العملية أثناء حياتهما وبرضاهما⁶

¹ شعبان هند، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 183.

² المادة 162 من قانون الصحة وترقيتها.

³ هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المترتبة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 243.

⁴ المادة 45 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، ج ر، عدد 15، 2005.

⁵ قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، مكتبة الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 210.

⁶ عيساوي فاطمة، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، العدد 06، المركز الجامعي البويرة، جوان 2009، ص 228-230.

لكن يوجب في موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن تكون صريحة وأن تفرغ في قالب شكلي معين¹.

3- اشتراط الكتابة عن لرفض المريض للعلاج:

يلتزم الطبيب بموجب العقد الطبي بتقديم العلاج للمريض بعد الحصول على موافقته، لكن قد يرفض المريض العلاج، أو التدخل الطبي لأي سبب كان، مما قد يؤدي إلى الإضرار بصحته، فإن كان من واجب الطبيب السعي لإقناعه بضرورة العلاج، فلا يجوز كقاعدة إرغامه على ذلك² وأساس الإباحة للمريض رفض للعلاج، ممارسته لحق شخصي مرتبط بحق الأصيل في ذاته وفي تقرير مصيره ما لم يتعارض ذلك مع وظائفه الاجتماعية³.

نصت المادة 03/154 من قانون الصحة وترقيتها على أنه في حالة رفض العلاج الطبي يشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، ويلزم الطبيب بإخبار المريض بعواقب رفض العلاج.

كما اتضح لنا مما سبق أنه وإذا كان العقد الطبي رضائياً إلا أنه تميز بلزوم رضا أول لانعقاده ورضا ثاني لتنفيذه، وإن كان في الأصل أن يكون التعبير عن الإرادة فيه غير مقيد، إلا أن هناك حالات خاصة استلزم القانون أن يكون هذا التعبير شكلياً عن طريق الكتابة، وهذا لتلبية المريض بخطورة ما يقدم عليه بالخصوص حال التبرع بالأعضاء أو رفض العلاج.

¹ - بغدادي ليندة، أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة معارف، العدد 07، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر 2009، ص 26.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 263-264.

³ - مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص 263-264.

ثانياً: العقد الطبي عقد يقوم على الاعتبار الشخصي وقابل للإنهاء

يقوم العقد الطبي على الاعتبار الشخصي لأن المريض هو الذي يختار الطبي حسب قناعته وهذا ما سنتناوله:

01- العقد الطبي يقوم على الاعتبار الشخصي:

قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير المعروف باسم Mercie أنه " ينشأ بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي، يلزم بموجبه الطبيب بإعطائه علاجاً يقضى، متفقاً مع الأصول العلمية"، فالمريض والذي يلجأ إلى الطبيب ويختاره للحصول على العلاج على أساس الثقة التي يوجهها له" فهو عقد يقوم على الاعتبار الشخصي الذي يحرره المريض عندما يقبل على الطبيب للتعاقد معه¹.

فيختار المريض عموماً أو الطبيب المختص، لا سيما في الجراحة، اعتباراً لشخصيته ومؤهلاته، وليس باعتباره رجلاً عادياً²، كما يبني اختياره على مدى وصول الطبيب لدرجة من الكفاءة العلمية تجعله يضع ثقته فيه لإجراء التدخل الجراحي.

كما أن الثقة القائمة بين المريض والطبيب تسمح للأول بأن يكثف للثاني عن كافة أسراره وتفاصيل مرضه وهو على ثقة تامة بأنه سيق حفظ سره، وأنه يراعي مصلحته ويحترم الثقة الموضوعية فيه³، ومن مظاهر الطابع الشخصي للعقد الطبي بقاء كل طبيب مسؤولاً

¹ - رايس محمد، المرجع السابق، ص 437.

² - آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 49.

³ - الأودن سمير عبد السميع، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير وما عديهم مدني وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2004، ص 275.

شخصيا عن الأخطاء التي يرتكبها، ولو كان يؤدي مهامه ضمن فريق طبي¹، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، إذ اعتبرت أن الطبيب مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به، وأنه لا يجوز لأي طبيب أن يمارس مهنته إلا يحث هويته الحقيقية².

ويقع على عاتق الطبيب التزام شخصي بعلاج المريض نفسه، فلا يجوز له أن يستبدل نفسه بطبيب آخر بدون موافقة المريض أو دون وجود حالة الضرورة، حتى ولو كان الطبيب البديل أعلى مرتبة منه، وهذا احتراما في الاختيار، والثقة القائمة بين الطرفين وكون هذا العقد يقوم على اعتبار الشخص الذي أساسه ثقة المريض في مؤهلات وخبرة وأمانة طبيبه³ كما بالإمكان أن يكون الخطأ في شخص الطبيب سببا لنقض العقد الطبي، وينتهي بموت الطبيب أو المريض، كما لا يقدر الطبيب أن يعين المريض لطبيب آخر⁴.

02- العقد الطبي عقد قابل للإنهاء :

الأصل أن العقد ملزم لطرفيه، إذ نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، لكن بالنسبة للعقد الطبي، وإن كان عقدا مستمرا ويستغرق وقتا لتنفيذه إلا أنه ولقيامه على أساس الثقة التي يوليها المريض للطبيب، فمتى تزعزعت هذه الثقة يمكن له إنهاء هذه العلاقة⁵، دون إبداء أي أسباب ودون إلزامه بالتعويض عن ضياع الفرصة للطبيب، بل عليه دفع

¹- بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 34.

²- المادة 13 م.أ.ط.ج.

³- آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 94.

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء (07)، المرجع السابق، ص 18.

⁵- كريم عيشوش، المرجع السابق، ص 12.

الأتعاب مقابل خدمات الطبيب التي سبق وإن استعاد منها ، ويحق للطبيب كذلك فسخ العقد بدون الإضرار بالمريض¹.

ويرى الفقيه السنهوري أن العقد الطبي عقد غير لازم من جانب المريض، إذ يستطيع أن يرجع فيه ولا يرغب أن يبقى تحت علاج طبيب لا يريده، وأصبح لا يثق فيه، ولا من جانب الطبيب، حيث يستطيع هذا الأخير الرجوع في العقد ولا يمكن إجباره على الاستمرار في تقديم العلاج دون أن يرضى به².

وكما أقر المشرع الجزائري للمريض حق الطبيب رفض تقديم العلاج لأسباب شخصية³، وحقه في التحرير من مهمته⁴ شريطة ضمان مواصلة العلاج، إذ أنه لا مجال لتعريض المريض للخطر بفسخ العقد في أي وقت كان، خاصة في حالات الاستعجال أو الضرورة⁵، فلا يجوز للطبيب أن يترك مريضا يواجه مصيره دون علاج، فقد تقوم مسؤولية المدنية والجزائية في هذه الحالة.

¹ - الرايس محمد ، المرجع السابق، ص440.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص19.

³ - المادة 42 م.أ.ط.ج.

⁴ - المادة 50 م.أ.ط.ج.

⁵ - كريم عيشوش، المرجع السابق، ص 62.

03- العقد الطبي عقد متقابل الالتزامات:

تميز العقد الطب يفرض على الأطراف التزامات متقابلة، فهو عقد ملزم لجانبين، وعقد معاوضة في آن واحد.

أ- العقد الطبي عقد ملزم لجانبين:

العقد التبادلي، أو العقد الملزم لجانبين، هو: "الذي ينشئ التزامات على عاتق طرفيه فيكون كل منهما دائنًا ومدنيا في نفس الوقت"¹.

ولقد تم تعريفه في المادة 55 من القانون المدني الجزائري كما يلي: "يكون العقد ملزما للطرفين من تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعض"، وهنا رأى علي سليمان أن هذا التعريف منقول من نص المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي، مع ملاحظته لأقسام ترجمته، إذ رأى أن التعريف الصحيح هو: "يكون العقد تبادليا متى التزم كل من المتعاقدين بالتزام نحو الآخر"، وخلص إلى أن العقد التبادلي هو الذي ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل طرف من طرفي العقد².

هنا العقد الطبي يفرض على طرفيه التزامات متقابلة إذ يلتزم الطبيب بموجبه بتقديم العلاج اللازم بدفع الأتعاب للطبيب وإتباع نصائحه وإرشاداته³.

1- التزامات الطبيب اتجاه المريض:

يلتزم الطبيب ببذل عناية لعلاج المريض، وهو الالتزام الأصلي، إلى جانب التزامات مرتبطة به منها إعلامه والحفاظ على أسراره وسلامته.

¹- السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 60.

²- سليمان علي علي، المرجع السابق، ص 12.

³- رايس محمد، المرجع السابق، ص 438.

والعقد الطبي يفرض على الطبيب مجموعة من الالتزامات أثناء أداء عمله الطبي التي يمكن إجمالها فيما يلي.

1-1 - التزام الطبيب بالتشخيص: وهو "تحديد المرض الذي يعاني منه المريض بحصر خصائصه وأعراضه وأسبابه"، وفيه تظهر القدرات العلمية والفنية للطبيب¹، هنا تكون مرحلة تمهيدية للعلاج، تتم بإجراء الفحوصات اللازمة والتحليل والاستعانة بالأجهزة الطبية، حتى يتكون الرأي لدى الطبيب ويعرف طبيعة المرض²، وكل ذلك دون تعريض المريض بخطر لا مبرر له، أو تجاوز اختصاصه³.

2-1 - التزام الطبيب بتقديم الوصفة الطبية: هي "وثيقة مكتوبة يحررها الطبيب المعالج تتضمن تحديد حالة المريض انطلاقاً من عملية التشخيص، أو تحديد تنظيم معين يقتضي على المريض إتباعه أو وصف أدوية لعلاج الداء الذي يعاني منه هذا الأخير"⁴.

الطبيب يدون خلاصة ملاحظاته في الوصفة الطبية إذا كان مراجعة المريض للطبيب من أجل الإشهاد والمعاينة لحالته الحية، كما يمكن أن تضمن التعليمات لأشخاص آخرين حول الأعمال الطبية الواجب القيام لها، لأجل استكمال التشخيص أو تنفيذ العلاج، أو وصف الأدوية ومقاديرها التي يصرفها الصيدلي في كل الأحوال.

وقد أحاطت مدونة أخلاقيات الطب الوصفة الطبية بمجموعة من الشروط يقع على عاتق الطبيب واجب الالتزام بها، من بينها اقتصارها على ما هو ضروري للعلاج،

1- كريم عيشوش ، المرجع السابق، ص94.

2- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص 57

3- المواد 16،17 م.أ.ط.ج.

4- كريم عيشوش، المرجع السابق، ص 94.

الامتناع عن وصف علاج جديد قبل إجراء دراسات بيولوجية عليه، وإجراء رقابة صارمة والتأكيد من فائدته على المريض¹.

كما ألزمت الطبيب بتقديم وصفة واضحة وتمكين المريض من فهمها²، والامتناع عن تقديم أي تقري طبي يخالف الحقيقة بدافع المجاملة³، فطبيب التخدير مثلا لا يتوقف التزامه عند إتمام العملية الجراحية بل يمتد إلى غاية الاستفاقة الكاملة للمريض، في حين يلتزم الطبيب الجراح بالمتابعة الطبية للمريض للتحقق من نجاح العملية، وتقديم العلاجات التكميلية التي من اختصاص الطبيب الجراح وحده⁴.

3-1 - التزام الطبيب بالسرية المهنية: لقيام العقد الطبي يترتب إدلاء المريض لطبيبه ببعض أسراره، ويلتزم هذا الأخير بكتمان سر المريض الذي أو دعمه لديه أيا كان نوعه، سواء تعلق بأمر خاصة بصحته أو بالعلاج الذي تطلبته حالته⁵.

فالسر المهني يعرف بأنه " كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها والتي تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة بذلك سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم أثناء أو بمناسبة ممارسة.

¹ - المادتين 11 و18 م.أ.ط.ج.

² - عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 94.

³ - عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص 100.

⁴ - حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 156.

⁵ - نقادي حفيظ، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص 81.

وقد حرص المشرع الجزائري على الحفاظ على أسرار المريض¹، سواء كان من الطبيب² أو أعوانه³، ومنع الغير من الاطلاع على هذه الأسرار⁴.

ولا ينقضي هذا الالتزام بوفاء المريض إلا في جهود ما يسمح به تقرير الحقوق⁵.

كما كرس الالتزام بالسر المهني قانون الصحة وترقيتها إذ نص في المادة 01/206 منه على أنه " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيدلة"⁶.

هذا بالنسبة لا لالتزامات الطبيب والتي تقابلها التزامات تقع على عاتق المريض، الطرف الثاني في العلاقة العقدية الطبية.

2- التزامات المريض اتجاه الطبيب:

يترتب على المريض في العقد الطبي التزامين.

2-1- التزام المريض بالتعاون مع الطبيب: يجب على العميل الالتزام بموجب العقد الطبي بإعطاء الطبيب بالمعلومات حول حالته المرضية، وهذا من أجل تسهيل مهمته في تشخيصها وتقديم العلاج⁷، ويترتب عن امتناع المريض من تقديم هذه المعلومات الذي يجعل مهمة الطبيب جد صعبة ومعقدة قد يستحيل معها الكشف عن حالته المرضية

¹ - المادة 37 م.أ.ط.ج.

² - المادة 38 م.أ.ط.ج.

³ - المادتين 39 و40 م.أ.ط.ج.

⁴ - المادة 41 م.أ.ط.ج.

⁵ - المادة 01/206 من قانون الصحة وترقيتها أقرتها المادة 04 من القانون 90-17 مؤرخ في 31/07/1990 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-18 المؤرخ في 02/07/2018، ج.ر، عدد46، 2018.

⁶ - عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 107.

⁷ - عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص 108.

وتقديم العلاج المناسب، وقيام حق الطبيب في فسخ العقد مع ملاحظة حالة الضرورة كما أن كتمان المريض للمعلومات المتعلقة بمرضه أو كذبه على الطبيب يعد سبب لانتهاء مسؤولية الطبيب حال إصابة المريض بضررها.

ويترتب الأثر نفسه إذا خالف المريض تعليمات الطبيب ونصائحه، والتي يلتزم باتباعها في مرحلة التشخيص أو المعالجة.

ونلاحظ أن هذه الالتزامات ما هي إلا واجبات تقع على المريض لمصلحته لتسهيل العلاج، وأن أثر مخالفتها يظهر في دفع الطبيب بعدم المسؤولية على أساس خطأ المضرور، أي المريض في هذه الحالة.

2-2 - التزام المريض بدفع أتعاب الطبيب: مقابل التزام الطبيب بالعلاج يلتزم المريض بأداء المقابل¹، أي الأتعاب²، التقابل الجهد الفكري، والعضلي في بعض الأحيان، الذي يبذله الطبيب من أجل تنفيذ التزامه³، أو الأجر المستحق كما سماه البعض⁴.

إن التزام المريض بأداء هذا المقابل متى نفذ الطبيب التزامه، أي قدم العلاج، سواء تحقق القصد منه، وهو الشفاء، أو لم يتحقق فالتزام الطبيب هو بذل الوسيلة وليس تحقيق نتيجة⁵ وتجب الإشارة إلى أنه لا يقع على المريض حال فسخ العقد الطبي من قبله إلا الالتزام بأداء مقابل الرعاية التي تلقاها من الطبيب قبل الفسخ⁶، فخلافا للعقود الأخرى الملزمة للجانبين المشابهة له، كالمقولة مثلا، لا يعرض المريض الطبيب كما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العلاج، إذ يرى السنهوري أن العقد الطبي يقوم على الثقة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء (07)، المرجع السابق، ص 18.

² رابيس محمد، المرجع السابق، ص 438.

³ عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 107.

⁴ أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 69.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 69.

⁶ حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 19.

الشخصية"، وأن إجبار المريض على تعويض الطبيب عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يعد تنفيذا خطيرا لحرية الرجوع في العقد من أقامت أسباب جدية لذلك¹.

أقر المشرع الجزائري حكم غريب في هذا الشأن، حيث أقرت المادة 42 م.أ.ط.ج حق المريض في اختيار الطبيب أو مغادرته دون أي قيد أو شرط وفرضت على حق المريض، ولقد جاء في نص المادة 84 منها أن المبالغ المسبقة المدفوعة في سبيل العلاج أو وضع طواقم الأسنان لا تسترد متى كان المريض هو المسؤول عن انقطاع العلاج.

فذا كان منع استرداد المبالغ المدفوعة في حال قيام الطبيب بصنع طواقم الأسنان والتخلي عنها من المريض يكون صائبا، إذ يتحمل هو الخسارة باعتبار أنها شخصية ولا يمكن استعمالها من الغير، فإن منع المريض من استرداد المبالغ المدفوعة مسبقا لعلاج لم يستفد منه يعد تعارضا مع حرية المريض في الرجوع عن العقد في اعتقادنا، وإثراء بلا سبب بالنسبة للطب.

المطلب الثالث: تمييز العقد الطبي عما يشابهه من العقود.

لقد إنتهى الخلاف والجدل الواسع الذي كان قائما بين الفقهاء حول طبيعة العلاقة التي تربط بين الطبيب ومرضاه، وحدث تحول في مواقف الفقهاء الذين سلموا بأن العلاقة التي تربط والمريض هي علاقة تعاقدية، وإعتبر أن ما يربط بين الطبيب ومريضه هو عقد حقيقي².

إلا أنه وأمام سكوت القانون المدني الجزائري ومعه بقية القوانين الأخرى عن تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي³، فإن الجدل الفقهي قد عاد ليظهر من جديد، وبالتالي

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء (07)، المرجع السابق، ص 20.

² رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 415.

³ عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 11.

اختلف الفقهاء حول تكييف هذا العقد، فمنهم من اعتبره عقد وكالة (الفرع الأول)، ومنهم من ذهب إلى القول بأنه عقد عمل (الفرع الثاني)، وهناك من وصف بأنه عقد مقاوله (الفرع الثالث).

الفرع الأول: العقد الطبي عقد وكالة

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العقد الطبي هو عقد وكالة واعتمدوا على القانون الروماني لتبرير نظريتهم هاته حيث كان المجتمع الروماني حينئذ منقسماً إلى ثلاث طبقات إجتماعية طبقة المواطنين الرومان التي كان لها الحق وحدها في ممارسة المهن الفكرية كمهنة الطب، وكان الطبيب آنذاك يقدم العلاج مجاناً¹. وبالتالي فإن العقد الطبي في هاته الحالة هو وكالة تبرعية حسبهم².

أما المقابل المالي الذي كان يقدمه المريض لطبيبه فكان يعتبر هبة وعرفانا بالجميل والخدمات الجليلة التي كان يقدمها الطبيب.

أن هذا التوجه الفقهي يصعب التسليم به، بل هو رأي تعرض لانتقاد شديد كما يلي:

- حسب المادة (571) من ق.م.ج، فإن مضمون الوكالة هو قيام الوكيل بعمل باسم الموكل ولحسابه³.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن محل عقد الوكالة هو عملاً قانونياً وبالإضافة إلى هذا، فإن المادة (581) من نفس القانون المدني المذكور أعلاه قد نصت على أن¹ "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص من حالة الوكيل..."².

¹ - عادة فؤاد مجيب المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 123-124.

² - عادة فؤاد مجيب مختار، المرجع السابق، ص 417.

³ - نص المادة (571) من الأمر رقم (10-05) المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 05-07 المؤرخ في 13/07/2007، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 31، 2007.

في حين وبالرجوع إلى العقد الطبي فإن الطبيب يقوم بالعمل الطبي باسمه ولحسابه الخاص³.

كما أن هذا العمل هو عملاً مادياً وليس قانونياً.

بالإضافة إلى أن العقد الطبي هو عقد معاوضة⁴، لأن من بين الالتزامات الملقاة على عاتق المريض، الالتزام بدفع أتعاب الطبيب المعالج وهذا ما يفهم من نص المادة (57) مدونة أخلاقيات الطب⁵.

الفرع الثاني: العقد الطبي وعقد العمل:

طبقاً لنص المادة (02) من قانون العمل تعرف العامل الأجير بأنه "كل شخص يؤدي عملاً يدوياً، أو فكرياً مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى (مستخدم)"⁶، فإن أصحاب هذا الاتجاه الفقهي قد ذهبوا إلى القول بأن العلاقة التي تربط بين الطبيب والمريض هي نفسها العلاقة التي تربط بين العامل الأجير ورب عمله⁷، لأن العناصر التي يختص بها عقد

¹ - رمضان بو عبد الرحمان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط02، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 10.

² - نص المادة (581) من القانون المدني الجزائري.

³ - منير رياض حسن، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقهاء الفرنسي والمصري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 93.

⁴ - أسعد عبيد الجملي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، ط02، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 107.

⁵ - نص المادة (57) من المرسوم التنفيذي رقم (92-276) المؤرخ في 06 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

⁶ - القانون رقم (90-11) المؤرخ في 21/04/1990، المتعلق بعلاقات العمال، المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم (91-29) المؤرخ في 21/12/1991.

⁷ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة، ط01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 125.

العمل والمتمثلة في عنصري العمل، والأجر من جهة، وعنصري المدة، وعلاقة التبعية من جهة أخرى، هي نفس العنصر التي يمكن إستنتاجها من العقد الطبي¹، لأن الطبيب يؤدي عملا فكريا يتمثل في تقديم العلاج المناسب للمريض خلال مدة زمنية معينة مقابل أتعاب أو أجر يتقاضاه في إطار منظم².

كما أنه ما دام الطبيب مرتبط بموجب عقد عمل مع المريض³، فإنه يخضع لأوامر وتعليمات هذا المريض حول طرق علاجه⁴.

إن رأي أصحاب هذا التوجه الفقهي يبقى مستعدا، لأنه ورغم التشابه الكبير بين العقد الطبي وعقد العمل، إلا أنه لا يمكن اعتبار العقد الذي يربط بين الطبيب والمريض عقد عمل، لأنه وبالرغم من أن الطبيب يقدم عملا طبيا كبيرا مقابل أجر، إلا أنه يبقى مستقلا استقلالاً تاما عن هذا المريض ولا يتلقى أية تعليقات أو أوامر أمرضه، بل إن المريض هو الذي يتلقى التعليقات والأوامر من طبية، فهذا الأخير هو صاحب القرار، وبالتالي فهو حر في اختيار الطرق والوسائل العلمية المناسبة لعلاج مرضاه، لأن المريض ليس له علم بأمور الطب، بل وحتى بحالته الصحية، ومن ثم تنتفي علاقة التبعية بين الطبيب والمريض، أي أن الطبيب ليس تابعا للمريض، ولا يخضع لتعليماته وأوامره، بل إن العكس هو الصحيح⁵.

1- رابيس محمد، المسؤولية المدنية في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 423.

2- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 14-16.

3- الفقه الإسلامي يعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة مؤجر بمستأجر، فالطبيب حسب فقهاء الشريعة الإسلامية يؤجر علمه وكفاءته الطبية لصالح علاج المريض، بينها مراد بن صغير د، البعد التعاقدية في العلاقات الطبية، المرجع السابق، ص 301.

4- مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 301.

5- غادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 129، 130.

في حين إذا كان الطبيب عاملاً لدى مؤسسة أو عيادة خاصة، فإن التبعية هنا هي تبعية تنظيمية نظراً لوجود عقد عمل بين الطبيب من جهة، والمؤسسة أو العيادة الخاصة من جهة أخرى، إلا أنه لا يوجد هناك تبعية فنية، لأن الطبيب أدرى بعلم الطب، وبالتالي فإن صاحب القرار في ترجيح العلاج المناسب لحالة المريض¹، طبقاً لنص المادة (10) من مدونة أخلاقيات الطب².

الفرع الثالث: العقد الطبي عقد مقاولة:

إن عقد المقاوله حسب نص المادة (549) من القانون المدني الجزائري هو "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"³.

انطلاقاً من هذا التعريف ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن العقد الطبي هو عقد مقاوله، وذلك نظراً لتطابق الخصائص التي يتميز بها كلا العقدين، أي أن الطبيب يتعهد بالقيام بعمل طبي من أجل معالجة التظبيب وعقد المقاوله يعتبر من عقود المفاوضات⁴.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان المقاول مستقلاً في أداء عمله وتوجيه العمال الذين يعملون تحت إشرافه لتنفيذ عقد المقاوله، فإن الطبيب يعتبر كذلك مستقلاً

¹ - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 425.

² - تنص المادة (10) من مدونة أخلاقيات الطب على أنه: "لا يجوز للطبيب، وجراح الإنسان أن يتخلوا عن استقالتهما المهني تحت أي شكل من الأشكال".

³ - المادة (549) من القانون المدني الجزائري.

⁴ - زينة غانم يونس العبيدي، المرجع السابق، ص 47.

في أداء عمله الطبي المتمثل في تقديم العلاج المناسب للمرض، وفي توجيه المساعدين الطبيين الذي يعملون تحت إشرافه لتنفيذ العقد الطبي¹.

إن هذا الطرح يصعب التسليم به كذلك، لأن أوجه التشابه بين العقد الطبي وعقد المقاوله التي استدل بها أصحاب هذا الاتجاه الفقهي لا تكفي وحدها للقول بأن العقد الذي يربط بين الطبيب والمريض هو عقد مقاوله، بل إن هناك الكثير من نقاط الاختلاف بين العقدين والمتمثلة فيما يلي:

- يختلف العقد الطبي عن عقد المقاوله في أن التزام الطبيب في غالب الأحيان هو التزام ببذل عناية، لأن الطبيب يتعهد بمعالجة المريض دون أن يضمن شفاؤه وفي مقابل ذلك فإن التزام المقاول هو إلزاما بتحقيق نتيجة، لأن رب العمل يتعاقد مع المقاول من أجل إنجاز عمل ما، وبالتالي يتحتم على هذا الأخير إنجاز العمل الذي تم الاتفاق عليه².
- وإلى جانب هذا فإن العقد هو عقد شخصي، أي أن المريض يختار طبيبه على أساس كفاءته والثقة التي يتميز بها، وبالتالي فإن هذا العقد ينتهي بوفاة الطبيب، كما لا يمكن لهذا الأخير أن يوكل طبيب آخر من أجل معالجة المريض المتعاقد معه، في حين فإن عقد المقاوله لا ينتهي بمجرد وفاة المقاول³.
- كما أنه يمكن للمقاول في الكثير من عقود المقاوله أن يقول من الباطن⁴.
- هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عمل المقاول يعتبر عملا تجاريا بحسب الموضوع طبقا لنص المادة (02) من القانون التجاري الجزائري¹، وبالتالي فهو

¹- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 126.

²- عادة فؤاد مجيد المختار، المرجع السابق، ص 131.

³- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 67-68.

⁴- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 16-17.

عمل يقوم على أساس الربح والخسارة، كما أنه ينصب على أشياء غير حية، وفي مقابل ذلك فإن عمل الطبيب يعد عملاً مدنياً يخلو من حسابات الربح والخسارة، كما أنه ينصب على جسم إنسان من أجل تقديم المساعدة الطبية اللازمة له، وبالتالي فإنه يستحيل وصف العقد الطبي بأنه عقد مقاول².

وفي الأخير بعد تمييز العلاقة الطبية مع بعض ما يشابهها من العقود، يمكننا القول أنه بالرغم من وجود أوجه الشبه عديدة بينها وبين هذه العقود إلا أنه لا يمكن اعتبار العلاقة الطبية عقد من هذه العقود، ولهذا نستنتج أن العلاقة الطبية هي عقد من نوع خاص ومتميز بين الطبيب.

- وإلى جانب هذا فإن العقد الطبي هو عقد شخصي، أي أن المريض يختار طبيبه على أساس كفاءته والثقة التي يتميز بها، وبالتالي فإن هذا العقد ينتهي بوفاة الطبيب، كما لا يمكن له الأخير أن يوكل طبيب آخر من أجل معالجة المريض المتعاقد معه، في حين فإن عقد المقاول لا ينتهي بمجرد وفاة المقاول³.

- كما أنه يمكن للمقاول في الكثير من عقود المقاول أن يقاول الباطن⁴
- هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عمل المقاول يعتبر عملاً تجارياً بحسب الموضوع طبقاً لنص المادة (02) من القانون التجاري الجزائري⁵، وبالتالي فهو عمل يقوم على أساس الربح والخسارة، كما أنه ينصب على أشياء غير حية، وفي مقابل ذلك

¹- الفقرات (من 03 إلى 15) من المادة الثانية من القانون رقم (02-05) المؤرخ في 06 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 16-02 المؤرخ في 2016/07/19، ج ر، عدد 37، والمتضمن القانون التجاري.

²- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 67-68.

³- أحمد حسن عباس الحيارى المرجع نفسه، ص 67-68.

⁴- كريم عيشوش، المرجع السابق، ص 16-17.

⁵- الفقرات (من 03 إلى 15) من المادة الثانية من القانون رقم (02-05) المؤرخ في 06 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 16-02 المؤرخ في 2016/07/19، ج ر، عدد 37، والمتضمن القانون التجاري.

فإن عمل الطبيب يعد عملاً مدنياً يخلو من حسابات الربح والخسارة، كما أنه ينصب على جسم إنسان من أجل تقديم المساعدة الطبية اللازمة له، وبالتالي فإنه يستحيل وصف العقد الطبي بأنه عقد مقاوله¹.

وفي الأخير بعد تمييز العلاقة الطبية مع بعض ما يشابهها من العقود يمكننا القول أنه بالرغم من وجود أوجه الشبه عديدة بينها وبين هذه العقود إلا أنه لا يمكن اعتبار العلاقة الطبية عقداً من هذه العقود، ولهذا نستنتج أن العلاقة الطبية هي عقد من نوع خاص ومتميز قائم عليها مبدأ احترام إرادة المريض، فهي عقد يقوم على فكرة الثقة والتعاون بين طرفيه، كما أن هذه العلاقة تتميز عن غيرها من العقود بأنها عقد إنساني حيث يفترض فيها احترام ومراعاة حياة الإنسان وسلامة جسده وكرامته، كما أنه من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي أي أن شخصية الطبيب محل اعتبار في العلاقة الطبية، وهذا يتجسد في مبدأ حرية المريض في اختيار طبيبه، إذا أن المريض يختار الطبيب الذي يرى أنه الأنسب لكشف عن حالته المرضية ومحاولة إيجاد علاج لها باستفادة من مكناته العلمية ومهارته.

¹ - عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 17.

الفصل الثاني

التكييف القانوني للعقد الطبي في العلاقات الطبية

الفصل الثاني: التكييف القانوني للعقد الطبي في العلاقات الطبية

أدى تكريس توجه التعاقد في العلاقات الطبية، وفتح المجال الطبي أمام المرافق الصحية الخاصة إلى اختلاط المفاهيم حول موضوع العقد الطبي، وذلك نظرا لتعدد العلاقات في هذا المجال، وبالتالي فإن دراسة هذا الموضوع تتطلب معرفة صور العلاقات الطبية (المبحث الأول)، والتطرق إلى الطبيعة القانونية لمسئولية الطبيب في ظل علاقة المريض به وهذا كمحتوى (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة أطراف العقد الطبي بالمرافق الصحية

إن الطبيعة القانونية لأطراف العقد الطبي (المريض والطبيب)، بالمرافق الصحية تستوجب علينا التطرق لكلا قطاعيه الخاص والعام.

تبعا لذلك ارتأينا من خلال هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي (المطلب الأول)، ثم إلى الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي من خلال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي

إن حالة الطبيب الذي يمتحن مهنة الطب لدى مرفق صحي عام، عن حالة نظيره الذي يمارس هاته الوظيفة لدى مرفق صحي خاص، ويتضح ذلك في تباين طبيعة العلاقة التي ترتبط بين الطبيب والمرفق الصحي العام (الفرع الأول) عن الطبيعة القانونية لعلاقة هذا الطبيب بالمرفق الصحي الخاص (الفرع الثاني)¹.

¹ عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007/2008، ص 22.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام

بما أن المؤسسات الاستشفائية العامة ذات طابع عمومي، تسييرها هيآت إدارية تابعة للدولة، ويؤدي العمل فيها بموجب القوانين واللوائح التنظيمية¹؛ فإن علاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام هي علاقة تبعية تخضع في تنظيمها إلى القوانين واللوائح²، ويضحيا المتبرع مسؤولا عن الأفعال الضارة التي يرتكبها تابعه متى سببت ضررا للمريض وهذا طبقا لنص المادة 136 من ق.م.ج.³.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري الذي اعتبر المرفق الصحي العام مسؤولا عن الأخطاء التي يرتكبها الأطباء، أو معاونين الطبيين التابعين له⁴، حتى ولو كانت تبعية الطبيب لهذا المرفق هي تبعية إدارية، وليست تبعية فنية⁵، لأن إدارة المرفق الصحي العام من المستحيل أن تفرض على الطبيب طرق وأساليب العلاج التي يتبعها أثناء تقديم خدماته الطبية لمرضاه⁶؛ بل إن هاته الإدارة تستطيع أن تصدر أوامر للأطباء بشأن توزيع العمل الطبي بينهم وتحديد مواعيده، وهي أوامر إدارية غير فنية واجبة

1- أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 380.

2- مراد بن صغير، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، العدد 8، ص 80-81.

3- المادة 136 من ق.م.ج. في فقرتها 01 على أنه " يكون المتبرع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو سببها أو بمناسبةها...".

4- لقد جاء في قرار صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان بتاريخ: 2003/12/26 ما يلي: "...حيث أنه وبهذا فإن الخطأ المرتكب من نشأته أن يجعل المستشفى مسؤولا ما دام أن الطبيب الجراح هو التابع للمستشفى لوجود علاقة التابع بالتنوع..."، مأخوذ عن رابح محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005/2004، ص 479.

5- صوليج بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، مجلة المحكمة العليا، 2001، العدد 01، ص 74-75.

6- إبراهيم علي حمادي الحبلوي، المرجع السابق، ص 175.

التنفيذ، يتعرض من لا يتقيد بها إلى الجزاء الذي تنص عليه القوانين واللوائح المنظمة لسير هذا المرفق¹.

فالطبيب يعتبر تابعا للمرفق الصحي العام، وحتى لم يكن حرا في اختياره طبقا للفقرة 02 من المادة 136 من ق.م.ج²، لأنه يعد موظفا لدى هذا الأخير ومكلفا من قبل إدارته بأداء خدماته الطبية في حدود اختصاصه للمرضى الذين تحددهم هاته الإدارة³ إلا أن تبعية الطبيب للمرفق الصحي العام هي تبعية إدارية وليست فنية، وهي كافية لتحميل هذا المرفق مسؤولية الأفعال الضارة التي يرتكبها الطبيب التابع له⁴، وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري الجزائري الذي أقام هاته المسؤولية على أساس المادة (136) من ق.م.ج⁵، هذا من جهة ومن جهة أخرى فالمشرع الجزائري قد نص صراحة على أن أطباء القطاع الصحي العام هم موظفين دائمين، وبالتالي فهم يخضعون إلى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ولذلك فعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام هي علاقة لائحية تجعله تابعا لهذا المرفق⁶، ولا مجال لإبرام عقد طبي بين الطبيب والمريض في هاته الحالة، لأنه تابع لمرفق عام، ويخضع من حيث حقوقه وواجباته إلى الأمر رقم

¹ - عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 27.

² - المادة 136 من ق.م.ج فقرتها 02 على أنه: "... وتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبرع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبرع".

³ - مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، ط02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 90.

⁴ - علي عصام غضن، عبده جميل غصوب، الخطأ الطبي، ط02، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص 85.

⁵ - جاء في قرار صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران بتاريخ 16/02/1997 ما يلي: "...حيث أن الطبيب المخطئ تابع لمستشفى وهران، وارتكب هذا الخطأ..."، عياني رفيقة، المرجع السابق، ص 25، وأيضا: المادة 136 من ق.م.ج.

⁶ - عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، د ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011 ص 64.

(06-03) المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية¹، وطبقا للمادة (03) من المرسوم رقم (09-393) المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين العاميين في الصحة العمومية².

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي الخاص

سمح لهم القانون بممارسة مهنتهم بصفتهم خواص، وفتح المجال أمام الأخصائيين الإستشفائيين الجامعيين الممارسين في القطاع العام بصفة أستاذ محاضر لممارسة نشاط تكميلي، في حين اشترط على الأخصائيين في الصحة العمومية أن يثبتوا أقدمية فعلية في الممارسة بهاته الصفة لمدة (05 سنوات) من أجل الاستفادة من هذا الامتياز والمتمثل في ممارسة النشاط التكميلي³.

ولقد حددت المادة 02/201 من قانون حماية الصحة وترقيتها الأماكن التي يمارس فيها النشاط التكميلي كالاتي:

- المؤسسات الصحية.
- المخابر الخاصة
- القطاع شبه العمومي.

ومنه يستطيع الطبيب المختص والمرخص له بمزاولة النشاط التكميلي أن يبرم عقدا مع مرفق صحي خاص، مقابل نسبة معينة من عائدات هذا النشاط، تدفع لهذا المرفق الذي سوف يستغله الطبيب المختص المتعاقد نعه من أجل القيام بعمله الطبي،

¹ - الأمر رقم (06-03) المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427، الموافق لـ 15 جويلية 2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر، العدد 46.

² - المادة (03) من المرسوم التنفيذي رقم (09-393) المؤرخ في 07 ذي الحجة 1430 الموافق لـ 24 نوفمبر 2009، والمتضمن القانون الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاميين في الصحة العمومية، ج.ر، العدد 43.

³ - المادة 201 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

وفي المقابل ذلك يلتزم المرفق الصحي الخاص الذي تعاقد مع هذا الطبيب على أن يوفر له كل الأجهزة الطبية اللازمة والمتطلبات الضرورية لقيام هذا الأخير بعمله سواء كان عاديا أم جراحيا¹.

ونجد أن المشرع الجزائري قد سمح للأطباء وجراحو الأسنان بممارسة نشاطهم الطبي بصفته خواص، وفي عيادات خاصة تخضع من حيث شروط إنجازها إلى المرسوم التنفيذي رقم (88-204)².

وبالتالي فإن المريض عندما يتوجه إلى عيادة خاصة من أجل العلاج قد يبرم عقد استشفاء مع إدارة هاته العيادة³، مما يجعلها ملزمة بإيواء هذا المريض وتقديم الرعاية الطبية المناسبة له من جهة، وتوفير الأجهزة الطبية اللازمة من أجل قيام الطبيب بعمله الطبي من جهة أخرى، ولذلك فإن إخلال بأحد هاته الالتزامات يجعلها مسؤولة عقدية، ومن ثم تعويض المريض عما أصابه من أضرار⁴.

كما تعتبر العيادة الخاصة المسؤول كذلك عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها الأطباء، أو المساعدين الطبيين العاملين لديها والتي تسبب ضررا للمريض على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير، لأنها مسؤولة عن تنفيذ عقد الاستشفاء الذي أبرمته مع هذا المريض، غير أن المسؤولية الشخصية للطبيب ارتكب خطأ طبيا سبب ضررا للمريض

¹- أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص70.

²- المواد من 01 إلى 12 من المرسوم التنفيذي رقم (88-204) المؤرخ في 07 ربيع الأول 1429 الموافق لـ 18 أكتوبر 1988، الذي يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها.

³- سميرة لالوش، عقد ممارسة الطبية الحرة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2000/2001، ص93.

⁴- محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 03، 2007، ص31 وما يليها.

تبقى قائمة، بحيث يمكن لإدارة العيادة الخاصة الرجوع عليه بقيمة التعويض الذي دفعته لهذا المريض¹.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي

إن فتح المجال أمام الأطباء المختصين لممارسة عملهم الطبي داخل المرافق الصحية الخاصة جعل المريض حراً في اختيار نوع المرفق الصحي يريد لتداوي لديه، وبالتالي يمكنه طلب العلاج لدى مرفق صحي عام أو العكس، إلا أن وضعيته القانونية تختلف بين الحالتين الأولى والثانية، وذلك لأن طبيعة علاقته بالمرفق الصحي العام (الفرع 1)، تختلف عن طبيعة علاقته بالمرفق الصحي الخاص (الفرع 2).²

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي العام.

إن اعتماد المريض للعلاج لدى مرفق صحي عام يجعله في وضعية لائحة، بحيث يخضع من حيث حقوقه وواجباته للوائح والتنظيمات والقوانين التي تنظم سير هذا المرفق، وبالتالي تتعدم حريته في اختبار طبيبه³، لأن اختيار هذا الأخير من صلاحيات إدارة المرفق الصحي العام وحدها⁴، أي أن علاقة المريض بالطبيب في هاته الحالة هي علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام الذي تجمع بينهما⁵. هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإنه رغم فتح المجال الطبي أمام المريض للاختيار بين التداوي لدى مرفق صحي أو آخر عام، إلا أن اختباره للعلاج لدى مرفق صحي عام وقبول هذا

¹ - أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 73-74.

² - عيساني رفيقة، المرجع السابق، ص 31.

³ - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 90.

⁴ - طاهر حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 33.

⁵ - مراد بن صغير، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، المرجع السابق، ص 127.

الأخير لوضع خدماته الصحية تحت تصرفه لا يمكن تكيفه بأي حال من الأحوال بأنه من قبيل التعاقد¹، فالمشرع الجزائري يشترط إن يكون قبول المريض لدى مرفق صحي عام بأمر من الطبيب المعالج الذي اختارته إدارة المرفق بعد موافقة رئيس المصلحة طبعا لنص المادة(151) من قانون حماية الصحة و ترقيتها².

في حين فانه يجب على المرفق الذي لا يستطيع تقديم العلاج الطبي الضروري للمريض الذي يتوجه إليه أن يستعمل جميع الوسائل من اجل قبول هذا الأخير لدى مرفق صحي عام آخر، أو لدى وحدة متخصصة طبعا لنص المادة(152) من قانون حماية الصحة و ترقيتها ومنه فان علاقة المريض بالمرفق الصحي العام هي علاقة لائحة - إدارية- وليت علاقة تعاقدية، مما يجعل هذا المرفق مسؤولا مسؤولية تقصيرية في حالة إخلاله بأحد الالتزامات القانونية الملقاة على عاتقه³ كإخلاله بالتزاماته المتمثل في وجوب توفير الرعاية والحماية الضروريتين لتفادي الأضرار بالمريض، وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري الجزائري.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي الخاص.

إن توجه المريض مباشرة إلى مرفق صحي خاص بغرض تشخيص حالته المرضية وتقديم العلاج المناسب له قد يجعله يقبل على إبرام عقد بينه وبين هذا المرفق من اجل علاجه يسمى عقد استشفاء، وهذا ما يجعله مسؤولا عن تعاقد إدارة المرفق مع المريض يترتب على عاتقها عدة التزامات من بينها الالتزام بعين طبيب كفؤ، ومساعدتين طبيبين أكفاء من اجل تقديم خدمات ذات نوعية عالية⁴،

¹- اسعد عيسى الجميلي، المرجع السابق، ص 301.

²- المادة (151) من قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدل والمتمم 2018، ج.ر، ع 46.

³- مراد بن صغير، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 82.

⁴- احمد حسن عباس الحيازي، المرجع السابق، ص 73-74.

ومن ثم فإن الإخلال بهذا الالتزام سيجعل المرفق الصحي الخاص مسؤولاً مسؤولية عقدته، ولهذا الأخير بعد ذلك أن يرجع بقيمة التعويض على الطبيب المخطئ الذي تعاقد معه بدوره من أجل علاج المريض الذين يفضلون التداوي لدى هذا المرفق الخاص، ونفس الأمر ينطق على المساعدين الطبيين¹.

في حين إذا تعاقد المريض مع إدارة المرفق الصحي الخاص، وفي مقابل ذلك تعاقد مع طبيب من بين الأطباء العاملين بهذا المرفق من أجل علاجه، فإن المسؤولية العقدية لهذا المرفق الصحي الخاص لا تثور إلا في حالة إخلاله بأحد الالتزامات التعاقدية المتمثلة في تقديم الرعاية اللازمة لهذا المريض، والالتزام بضمان الخدمة الفندقية طيلة المدة التي يخضع خلالها هذا الأخير للعلاج داخل المرفق، والالتزام كذلك بتوفير الأجهزة الطبية اللازمة للطبيب المعالج من أجل قيامه بعمله الطبي².

أما إذا ارتكب الطبيب الذي أبرم عقد الطبيب من المريض خطأ طبي فإنه يعتبر مسؤولاً مسؤولية عقدية عن الخطأ الطبي الذي ارتكبه وسبب ضرراً لهذا الأخير، وذلك نتيجة إخلاله بالتزامه التعاقدية المتمثل في وجوب بدل العانية اللازمة من أجل شفاء المريض³، أو على الأقل التقليل من آلامه من جهة، وتقادي الإضرار به من جهة أخرى⁴.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب في ظل علاقة المريض به

من أجل تحديد الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب في ظل علاقة المريض به سوف نتطرق من خلال هذا المبحث إلى لدراسة النظام القانوني للعلاقة التي تربط الطبيب

¹ - علي عصام غصن، عبده جميل مغصوب، المرجع السابق، ص 91.

² - سميرة لالوش، المرجع السابق، ص 93-94.

³ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع السابق، ص 175.

⁴ - محمد سليم شهيد، أحكام أخلاقيات الطب في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل تخرج شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004/2005، ص 53.

بالمريض في المرافق الصحية ضمن (المطلب الأول) والطبيعية القانونية للمسؤولية التي تقع على عاتق الطبيب ضمن (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب

إذا كان الطبيب الذي يمارس مهنته لدى مرفق صحي عام يقوم بذلك باعتباره موظفا لدى هذا المرفق، فإن الطبيب الذي يمارس تلك المهنة لدى مرفق صحي خاص يقوم بذلك لحسابه الشخصي، أو لحساب أحد الخواص، وبالتالي فإن طبيعة العلاقة التي تربط بينه وبين المريض في الحالة الأولى (الفرع الأول)، تختلف عن طبيعة علاقته بهذا الأخير في الحالة الثانية (الفرع الثاني)¹.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بطبيب المرفق الصحي العام

يعتبر الطبيب الموظف لدى مرفق صحي عام في وضعية لائحية تجعله لا يتعامل مع المريض بصفته الشخصية، بل بصفته مستخدما أو موظفا لدى هذا المرفق²، وذلك لأن علاقته مع هذا المريض علاقة غير مباشرة لا تقوم إلا من خلال المرفق الصحي العام، مما يجعل حقوق والتزامات كل منهما (الطبيب والمريض) تتحدد وفقا للوائح والقوانين المنظمة لهذا المرفق³.

وعلى هذا الأساس فإن علاقة الطبيب لدى مرفق صحي عام بالمريض الذي يتلقى العلاج داخل هذا المرفق، هي علاقة شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للوائح بشخص

¹ - محمد سليم شهيدي، أحكام أخلاقيات الطب في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004/2005، ص 53.

² - مراد بن صغير، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، المرجع السابق، ص 81-82.

³ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 34.

آخر ينتفع بهاته الخدمات المقدمة من طرف أطباء القطاع الصحي العام بموجب القانون، وهذا ما يؤكد انعدام فرص التعاقد بين الطبيب والمريض¹.

وبالتالي فإن المرفق الصحي العام يعتبر مسؤولاً عن الأخطاء الطبية التي يرتكبها الطبيب الموظف لديه، والتي تسبب ضرراً للمريض على أساس علاقة التبعية التي تجمع بينهما²، وبعد ذلك يمكن لهذا المرفق الرجوع على الطبيب التابع له بقيمة التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية في حالة ارتكابه لخطأ شخصي أدى إلى إثارة مسؤولية المرفق الصحي العام، والحكم عليه بتعويض الأضرار التي أصابت المريض³.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بطبيب المرفق الصحي الخاص

يعتبر الطبيب الذي يمارس مهنته لدى مرفق صحي خاص في وضعية تسمح له بالتعاقد مع المريض الذي يريد العلاج لدى هذا المرفق⁴، وإذا ما تحقق ذلك فإن علاقة المريض بالطبيب في هاته الحالة هي علاقة تعاقدية، تجعل هذا الأخير مسؤولاً مسؤولية عقدية في حالة إخلاله بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه نتيجة إبرامه لعقد طبي مع المريض بغرض تقديم العلاج المناسب له⁵.

في حين تنتفي مسؤولية الطبيب العقدية في حالة ما إذا تعاقد المريض مع إدارة المرفق الصحي الخاص بموجب عقد استشفائي⁶، دون أن يتعاقد مع الطبيب المعالج، وتثور في مقابل ذلك المسؤولية العقدية لهذا المرفق على أساس المسؤولية العقدية عن

¹ - مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 90.

² - محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري العادي، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2004، ص 24-25.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 90.

⁴ - احمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 70.

⁵ - محمد يوسف ياسين، المرجع السابق، ص 46 ومايليها.

⁶ - علي عصام غصن، عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 92.

فعل الغير، لأن المريض تعاقد مع إدارة المرفق الصحي الخاص ولم يتعاقد مع الطبيب الذي تولى أمر علاجه، وبالتالي فإن هذا الأخير هو طرف أجنبي عن العقد المبرم بين المريض وإدارة المرفق الصحي الخاص¹.

هذا بالنسبة للحالة التي يتم فيها العلاج من طرف طبيب واحد، في حين قد يتم تقديم العلاج من طرف فريق طبي كحالة العلاج بواسطة العمل الجراحي أو غيره من الأعمال الطبية التي تتطلب تدخل عدد معين من الأطباء كل طبيب حسب اختصاصه من أجل تقديم العلاج المناسب للمريض، وبالتالي إذا قام هذا المريض بإبرام عقد طبي مع رئيس الفريق الطبي دون التعاقد مع باقي الأعضاء الذين ساهموا في هذا العمل الطبي، فإن هذا الأخير يكون مسؤولاً مسؤولية باقي أعضاء هذا الفريق والتي تسبب ضرراً للمريض المتعاقد معه²، على أساس المسؤولية العقدية عن فعل الغير³.

أما إذا تعاقد المريض مع رئيس الفريق الطبي وباقي الأعضاء كل حسب اختصاصه، فإن كل عضو من أعضاء هذا الفريق يعتبر مسؤولاً مسؤولية عقدية عن أخطائه الشخصية⁴، وهذا ما نصت عليه المادة 73 من مدونة أخلاقيات الطب⁵ وذلك نظراً للاستقلال المهني الذي يتمتع به كل عضو من أعضاء الفريق الطبي لنص المادة 10 من نفس المدونة السابق ذكرها⁶، ومن ثم فإنه لا مجال لتطبيق نظرية المسؤولية العقدية عن فعل الغير في هاته الحالة لأن كل طبيب يربطه عقد خاص مع المريض

¹ - احمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص 73-74.

² - محمد بودالي، المرجع السابق، ص 34-35.

³ - المادة 178 من القانون المدني الجزائري

⁴ - سمية بدر البدر ولهاصي، المسؤولية المدنية للطبيب في حالتها الاستخلاف والاشتراك، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 09، 2009، ص 174 ومايليها.

⁵ - المادة 73 من م.أ.ط. في فقرتها الأولى.

⁶ - المادة 10 من م.أ.ط.

يحدد ما له من حقوق وما عليه من التزامات، الأمر الذي يؤدي إلى إثارة مسؤوليته العقدية في حالة إخلاله بأحد هاتيه الالتزامات¹.

وعلى هذا الأساس فإن العقد الطبي الذي هو محل دراستنا في علاقة تربط بين المريض والطبيب الذي يمارس مهنة الطب لدى مرفق صحي خاص، يلتزم الطبيب بمقتضاه بتقديم العلاج المناسب للمريض وفي مقابل ذلك يلتزم هذا الأخير بدفع أتعاب هذا العلاج². كما انه ظهرت في هذه العلاقة عدة نظريات نلخصها في ما يلي:

1- علاقة الطبيب بالمريض هي عقد وكالة:

أصل هذه الفكرة إلى تقاليد القانون الروماني، الذي كان مبني على أساس تمييزه، بين المهن الحرة التي يمتنها الشرفاء التي يكون العقد بالنسبة لهم عقد وكالة، وبين المهن اليدوية والحرفية التي تقتصر مزاولتها على العبيد والتي يعد العقد عندهم عقد إيجار³، لذلك الطبيب يقوم بعلاج المريض دون مقابل مالي لأن الوكالة في ظل هذا القانون عقد تبرع وجوبا.

وعلى غرار ذلك ذهب الفقه إلى اعتبار عقد العلاج الذي يبرمه الطبيب مع مريضه هو عقد وكالة، ومن بينهم نجد الفقيه "بوتيه"، إذ يرى أن الخدمة التي يقدمها أصحاب المهن الحرة تخضع لأحكام عقد الوكالة وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص⁴، وكذلك نجد الفقيه "ترولونج" من أشد المدافعين على هذه النظرية.

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 35.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص 18.

³ حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 29.

⁴ رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، د ط، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 416.

ومن جهة أخرى يرى أنصار هذا الرأي أن الموكل في عقد العلاج هو المريض حيث يوكل الطبيب من أجل القيام بأعمال علاجية لتحقيق شفاء المريض، وعليه فالمريض والطبيب تجمعهما علاقة تعاقدية تدرج ضمن أحكام عقد الوكالة، وهناك من ذهب إلى أبعد من ذلك بتقسيم طبيعة الخدمة المقدمة من الطبيب لمرضه إلى نوعين¹

- فإذا كانت الخدمة المقدمة ذات طبيعة مادية فتطبق قواعد إيجار الخدمة .
- أما إذا كانت الخدمة المقدمة ذات طبيعة معنوية فتطبق قواعد الوكالة².

مبررات هذه النظرية هي ما يلي :

- القانون الجزائري مثله مثل القوانين الأخرى تبني بعض المهن الحرة ومن بينها العلاج الطبي، تتميز عن الأعمال اليدوية والحرفية، فالتعاقد من أجل أدائها يكون دائما عن طريق وكالة تبرعية ، إذ لا يجوز لهم إيجار خدماتهم³، وكذلك لا يجوز لهم الخضوع لسلطان أرباب العمل وهذا ما أكده المشرع الجزائري في مدونة أخلاقيات الطب بنص على أنه "لا يجوز لكل من الطبيب أو جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني من أي شكل"⁴.

- المقابل الذي يدفعه المريض إلى الطبيب لقاء التعاقد لأداء خدماته لا يعد إلا هبة من المريض تخفيفا على نفسه واجب العرفان بالجميل⁵، وهي حيلة إهتدى إليها أصحاب هذا الرأي من أجل أن يكون العقد بالنسبة للمهن الحرة عقد تبرعيا

¹- قروي محمد الصالح، عقد العلاج في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص عقد ومسؤولية ، كلية الحقوق، جامعة عنابة ، 2020، ص 55.

²- عيشوش كريم، العقد الطبي، دار هوم، الجزائر، 2011، ص 13.

³- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 144.

⁴- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06/07/1992 يتضمن أخلاقيات الطب جريدة الرسمية عدد 52 مؤرخة في 08/07/1992. أنظر كذلك المادة 11، 86، 95 منه.

⁵- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص 43.

وبالتالي التوافق مع طبيعة الوكالة في القانون الروماني¹، وهذا أيضا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 65 و66 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب².

- الأعمال العقلية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم لأطراف العقد فلا يمكن إلزام الطبيب بأداء العمل، ولا إلزام المريض بدفع الأجرة، إذ أن العمل العقلي لا يمكن أن يكون محلا للمتاجرة وهذا أيضا ما أكده المشرع بمنع الممارسة التجارية للنشاط الطبي³

انتقد الرأي، من عدة جوانب نلخصها فيما يلي:

يقوم عقد الوكالة على أساس مفهوم النيابة في التصرفات⁴، فالموكل ينيب عنه شخصا يقوم بدلا عنه ببعض التصرفات يحددها عقد الوكالة، ويباشر تلك التصرفات وفقا للتعليمات الموكل⁵، في حين أن الطبيب عند قيامه بالعلاج لا يكون ذلك باسم المريض بل يكون باسم الطبيب الشخصي، وكذلك الطبيب حر نسبيا في اختيار كيفية تقديم ومباشرة العلاج، أي وفقا لما يراه مناسبا لحالة المريض⁶.

كما أن الطبيب غير مجبر بأن يقدم للمريض كل المعلومات التي تتعلق بتنفيذ أعماله، بل يخبره بما يتعلق بمرضه فقط، عكس ما يقتضيه عقد الوكالة⁷.

¹- رابيس محمد ، المرجع السابق ، ص 417.

²- قروي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 55.

³- المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب.

⁴- المادة 575 من القانون المدني الجزائري.

⁵- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص44.

⁶- قروي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 55.

⁷- المادة 575 من القانون المدني الجزائري.

عقد الوكالة يقوم تبرعي مجاني أي بدون مقابل إلا إذا كان هناك إتفاق مخالف لذلك¹، هذا ما أكدته المادة 581 من القانون المدني الجزائري، وهذا عكس عقد العلاج الذي يجب على المريض دفع ثمننا للعلاج بمعنى عقد معاوضة وبالتالي تجعل طبيعته القانونية مختلفة عن الوكالة التي هي من عقود التبرع، إضافة إلى أن محل الوكالة دائما تصرفا قانوني يقوم به الوكيل لحساب الموكل في حين عقد العلاج يكون محله العمل المادي أو العقلي².

يرجع أساس فكرة عقد العلاج عقد الوكالة إلى نظام في العهد الروماني الذي قسم أفراد المجتمع إلى أحرار ينفذ الأعمال الذهنية، فحين الفئة الثانية العبيد ينفذوا الأعمال اليدوية، وهذا التقسيم مع تطور العصور والعصر الحالي الذي يقوم على المساواة، فإن هذه الفكرة قد انقضت زمانها، فالطبيب وإن كان يقوم بعمل نبيل إلا أن الهدف من كسب رزقه وذلك للحصول على مقابل لخدماته³، فرزق الطبيب يستمد من ممارسة هذه المهنة متقانيا وخادما، وهذا ما أكدته المادة 06 من أخلاقيات مهنة الطب.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن تكييف عقد العلاج على أنه عقد وكالة نظرية قاصرة من الناحية القانونية والعملية، مما أدى إلى ظهور فريق يدعو لدحض هذه الآراء، التي تبعد عقد العلاج عن الخصائص التي تميزه عن عقد الوكالة، فنادوا لإعتبار عقد العلاج عقد عمل.

¹ - عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 13.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 375.

³ - حروزي عزالدين، المرجع السابق، ص 44.

2- العلاقة بين الطبيب والمريض عقد عمل.

يذهب بعض الفقه القانوني لاعتبار عقد العلاج على أنه عقد عمل، انطلاقاً من فكرة تمييز بين الأعمال الفكرية العقلية والأعمال اليدوية، إضافة إلى أن الطبيب يقوم بعمل (كعامل) لصالح مريضه (مستخدم)، أي أنه لما يعمل في أحد المستشفيات العامة أو الخاصة، يعتبر كعامل لدى ذلك القطاع ولو كان الإشراف من الناحية الإدارية فقط، فهنا العقد هو عقد عمل¹، ولقد عرفت المادة 02 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقة العمل باعتبار العامل الأجير "كل شخص يؤدي عملاً يدوياً أو فكرياً، مقابل مرتب في إطار التنظيم و لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم"².

وعليه فالعلاقة التي تربط كلا من المريض والطبيب لا تختلف على العلاقة بين المستخدم والعامل، ويتجلى ذلك من خلال أن الطبيب يتعهد بالعمل لخدمة المريض وتحت إشرافه وإدارته³، وبالتالي عليه أن يبذل جهداً و عملاً يدوياً وفكرياً مقابل أتعابه، في إطار منظم ولحساب شخص⁴، كما أن أصحاب هذا الرأي يرون أن هناك نوعاً من التبعية بين المريض والطبيب شبيهة بتبعية الطبيب الذي يعمل في المستشفى⁵.

كما يعتبرون أيضاً أن هذه العلاقة هي علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار الأشخاص حيث يلتزم المريض بأداء الأجر للطبيب مقابل التزام الطبيب بتقديم العلاج

¹ - أحمد حسين الحياوي، المسؤولية المدنية في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص 66.

² - المادة 02 من القانون 90-11 المؤرخ في 11/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل.

³ - أحمد حسن عباس الحياوي، المرجع السابق، ص 15.

⁴ - عيشوش كريم، المرجع السابق، ص 15.

⁵ - قروي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 56.

له¹ ، فالنشاط الطبي يصلح أن يكون محلاً لعقود العمل وفقاً لأصحاب هذا الرأي والذي يجد أساسه في المبررات كما سنرى.

إن الطبيب يقدم عملاً مقابل أجر وهو الحال نفسه في عقد العمل الذي يقوم على أساس تقديم الخدمات للعاملين تجاه رب العمل مقابل أجر، وهو ما ذهب إليه الفقيه السنهوري إذ يقول: "حيث يلتزم الطبيب بموجب عقد العلاج بتقديم خدمة أو عمل وهي بذل العناية اللازمة لشفاء المريض مقابل أجر معلوم"².

وارتباط الطبيب بعلاقة التبعية يتجلى من خلال التطور الذي عرفته الحياة الاجتماعية والذي أدى إلى لجوء أرباب العمل إلى إبرام عقود مع الأطباء لعلاج عمالهم، حيث حين يلتزم الطبيب بتخصيص وقت محدد لتقديم خدماته على واجب معين تظهر فكرة التبعية النسبية بين كل من الطبيب والمؤسسة المتقاعدة معه³، أي أن العلاقة الناشئة بينهما عقد عمل لتوافر عنصر التبعية القانونية وهذا على الرغم من أن الطبيب مستقل في ممارسة مهامه من الناحية الفنية، وعليه يكون من الجائز تكييف العلاقة التي تربط الطبيب بالمنشأة أو المستشفى الخاص بأنها علاقة عمل⁴.

على الرغم من الحجج والمبررات التي إستند إليها أصحاب هذا الاتجاه بإعتبار عقد العلاج أنه عقد عمل نظراً لتشابه العلاقة بين الطبيب والمريض في علاقة الطبيب بالمستشفى على أنها علاقة عمل و أن كلا من العقدين يشملان على عنصر الأجرة، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من انتقادات على أساس أن فكرة التبعية غير موجودة بين الطبيب

¹ - سعد أحمد محمود ، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعدته ، ط 02، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2007.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 45،46.

³ - حروري عز الدين ، المرجع السابق ، ص 45 و 46.

⁴ - رايس محمد ، المرجع السابق ، ص 425.

والمريض، وذلك لأن الطبيب لا يمكن أن يكون تابعا للمريض¹، فهو مستقل في عمله ولا سلطان عليه إلا ضميره بتطبيق الأصول العلمية لمهنة الطب على عكس عقد العمل الذي يتعهد فيه شخص بالعمل لفترة من الوقت لخدمة شخص آخر، وتحت إشرافه مقابل أجر²، ومعنى ذلك أن عقد العمل يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب العامل، والذي بدوره يقوم على تنفيذ متعاقد لعمله مقابل دفع الأجرة، وخضوعه لتوجيهات رب العمل وأوامره.

أما فكرة عقد العلاج يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب المريض لاعتبارات رآها المريض في الطبيب فتعاقد معه لمعالجته، تختلف كليا عن عقد العمل.

3- علاقة الطبيب بالمريض عقد مقاولة

حسب فحوى هذه النظرية فإن جانباً كبيراً من الفقه يقر بأن عقد المقاول هو عقد علاج في أغلب الأحوال، على اعتبار أن هذا العقد يقوم على أساس الاتفاق بين الطبيب والمريض الذي بموجبه يقوم الأول بعلاج الثاني وتقديم خدماته إليه مقابل أجر معلوم³، ذلك أن أصحاب هذه النظرية اعتمدوا على التعريف الذي أورده المشرع المدني لعقد المقاول، والذي عرفته المادة 549 من القانون المدني الجزائري بقولها " المقاول عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً وأن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"⁴.

¹- قروي محمد الصالح، المرجع السابق، ص57.

²- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - العقود الواردة على العمل، جزء 7، المجلد الأول، القاهرة، 1964، ف208-ص372، وأيضاً: قروي محمد الصالح، المرجع السابق، ص56.

³- قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفارابي، ط1، سوريا- دمشق، 1991، ص44.

⁴- تقابلها المادة 1710 من القانون المدني الفرنسي و المادة 723 من القانون المدني المغربي والمادة 828 التونسي والمادة 646 المصري.

فانطلاقاً من التعريف القانوني لعقد المقاولة ذهب كثير من شراح القانون والقضاء إلى أنه ينطبق على مضمون عقد العلاج باعتبار أن الطبيب يلتزم بموجبه بتقديم العلاج للمريض مقابل أجر معلوم ومحدد ومتفق عليه، مع احتفاظ الطبيب بحرية واسعة في اختيار سبل العلاج دون تبعية للمريض في ذلك¹، فلقد أقر الفقيه "جوسران" أنه ليس هناك أدنى شك في أن ما يوجد بين الطبيب والمريض هو عقد مقاولة، كما قرر الفقيه برتون أن العقد المبرم بين الطبيب والمريض يتعدى كونه عقداً من عقود المقاولة، كما تبني الفقيه "بيسرف" هذه النظرية واستمات في الدفاع عنها والرد عن الانتقادات التي وجهت إليه، ولقد تبني هذه النظرية في الفقه العربي الفقيه "السنهوري" وفقهاء آخرون من المغرب والعراق ولبنان، معتبرين عقد العلاج عقد المقاولة في الغالب على أساس أن العلاج عمل مادي وليس تصرف قانوني².

استند أنصار هذه النظرية إلى جملة من المبررات لتعزيز رأيهم بخصوص اعتبار عقد المقاولة يقترب من عقد العلاج في الأمور الآتية³:

- من حيث الأصل إن كلا العقدين يعد من العقود الرضائية التي لا تتطلب شكلاً معيناً إلا في الحالات التي تتفق فيها الأطراف على شكلية معينة.
- كما أن كلا العقدين يعد من العقود الملزمة للجانبين التي تفرض التزامات متقابلة على طرفيها (المقاول ورب العمل في عقد المقاولة) و(المريض والطبيب في عقد العلاج) وعليه إذا لم يتم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، جاز للطرف الآخر فسخ العقد مع التعويض وفقاً للقواعد العامة.

¹- أحمد أدربوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات العليا، دون سنة، ص 139.

²- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 47-48.

³- هشام إبراهيم الخطيب وعماد إبراهيم الخطيب و د. العبد عبد القادر العكايلة، الطبيب المسلم وأخلاقيات المهنة، مكتب الجامعة الأردنية، عمان، 1989، ص 35.

- كما يرون أن كل من عقد العلاج وعقد المقاولة هما من عقود المعاوضة، ففي عقد العلاج يلتزم الطبيب بعلاج المريض مقابل الأجر الذي يلتزم المريض بدفعه، وفي عقد المقاولة أيضاً يلتزم المقاول بالقيام بعمله مقابل الأجر الذي يتلقاه رب العمل¹.

- وحببتهم أيضاً في اعتبار عقد العلاج هو عقد المقاولة، في أن كلاً من المريض ورب العمل في الغالب هم من عامة الناس وعديمي الخبرة مقارنة بالطبيب والمقاول، مما يفرض على الطبيب والمقاول التزاماً بتبصيرهم تبصيراً كافياً من أجل أن تتوازن كفتا العقد².

وتتمثل هذه الانتقادات في الجوانب الآتية:

- إن الأصل في التزام الطبيب في عقد العلاج هو التزام بوسيلة، وهذا على خلاف التزام المقاول في عقد المقاولة، لأن رب العمل يطلب عملاً يفرض عليه إنتاجه وما على المقاول إلا أن يختار الوسائل المختلفة التي تؤدي في النهاية للوصول إلى النتيجة المرجوة³.

- ويختلف عقد المقاولة عن عقد العلاج من حيث أن التزام الطبيب يرد على جسم الإنسان، في حين أن التزام المقاول يرد في الغالب على أشياء جامدة غير حية.

- كما انتقد أصحاب نظرية عقد العلاج هو عقد مقاولة على أساس الفارق الجوهرية الآخر في أن شخصية الطبيب في عقد العلاج تعدّ محل اعتبار، فإذا مات ينقضي العقد، في حين أن الأصل في عقد المقاولة أن شخصية المقاول ليست محل اعتبار، وعليه لا ينقضي العقد بموت المقاول إلا إذا كانت مؤهلاته

¹- قروي محمد الصالح، المرجع السابق، ص56.

²- قروي محمد الصالح، المرجع نفسه، ص 58

³- أحمد السعيد الزقرد، الروشيتة (التذكرة) الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي - دراسة مقارنة، د ط، 1993، ص4.

الشخصية محل اعتبار، كما أن الطبيب لا يستطيع أن يوكل علاج المريض لطبيب آخر، في حين أن المقاول يستطيع ذلك من خلال المقاولة من الباطن إلا إذا اتفق على خلاف ذلك¹.

- واستند أيضا منتقدو هذه النظرية على أنه في عقد المقاولة العادي يستطيع رب العمل أن يطلب انجاز العمل على نفقة المقاول، وهذا ما لا يستطيعه المريض في عقد العلاج، لأن إرادة المريض حرة في اختيار طبيبه، إلا أن له حق الرجوع على الطبيب الأول بالتعويض².

- ويتمثل الانتقاد الأخير الموجه لهذه النظرية، في أن القانون يخول للطبيب والمريض حق الرجوع في التزامهما حيث لكليهما إيقاف العلاج وفسخ العقد ولا يكون المريض ملتزما إلا بتعويض الطبيب عن الرعاية التي قدمها له خلافا لعقد المقاولة فإنه في حالة فسخه إراديا من طرف رب العمل يلزم بتعويض المقاول عن كل النفقات التي دفعها في الأعمال المقامة مع التعويض عما فاته من كسب، كما أنه مخول لرب العمل إلزام المقاول قضائيا بتنفيذ ما التزم به في عقد المقاولة³.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب

المسؤولية؛ هي عبارة عن مركز قانوني يصبغه القانون على الشخص عندما يخل بالتزام قانوني أو عقدي بدون حق يقره القانون، يستوجب أن يكون هذا الإخلال ايجابيا، كالأعتداء على النفس أو المال، أو سلبيا كالامتناع عن تنفيذ هذا الالتزام، أو أن يكون عمديا أو تقصيريا، ويتوافر بذلك ركن الخطأ، ويكون خطأ تقصيريا إذا تنازل الإخلال التزاما يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، فالإخلال بهذا النهي ينطوي على خطأ

¹ - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، د ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص 43.

² - قروي محمد الصالح، المرجع السابق، ص 58.

³ - حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص 48-49.

تقصيري ولو لم يجر به نص في القانون، ذلك الخطأ التقصيري قد ينصرف إلى الخطأ الجنائي عندما يرد الإخلال على نص قرر له القانون عقوبة جنائية، سواء ورد في قانون العقوبات أو قانون آخر، وقد ينصرف إلى الخطأ المدني، فيكون خطأ تقصيرياً مدنياً، عندما يكون الفعل غير معاقب عليه جنائياً ويمثل إخلالاً بحقوق الغير ويخرج عن السلوك المألوف للشخص العادي في ذات الظروف التي حدث فيها الفعل، ويتولى قاضي الموضوع تكييف هذا الفعل معتداً تلك الظروف لاستخلاص ما إذا كان ينطوي على خطأ تقصيري من عدمه، وهو بذلك يخضع لرقابة محكمة النقض، خلافاً لاستخلاصه للخطأ، وهو مرحلة تالية لتكييف العمل يستقل تقديرها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً¹.

وتثور المسؤولية الطبية عندما يختلف أبناء المهنة الواحدة عن بذل العناية التي تتطلبها مهنتهم والتي ينتظرها منهم المرضى. وقد كانت تلك المسؤولية محلاً للعديد من التطبيقات القضائية وبالتالي للكثير من التساؤلات حول تحديد طبيعتها، عقدية أو تقصيرية.

وقد استقر القضاء على أن المسؤولية الطبية هي في الأصل مسؤولية عقدية والاستثناء أن تكون تقصيرية، إلا أن القضاء يقضي بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية إلا أنها يمكن أن تكون عقدية في بعض الأحوال².

ويجدر ذكر الطبيعة العقدية للمسؤولية الطبية حيث يشترط لقيامها شروط تتمثل في:

1. أن يكون هناك عقد فإذا باشر الطبيب العلاج دون أن يسبق ذلك عقد كانت المسؤولية تقصيرية.

¹ - عدنان ابراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ص 139.

² - عامر نجيب، المرجع السابق، ص 43. وانظر أيضاً: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 381.

2. أن يكون العقد صحيحا، ذلك لأن العقد الباطل لا يترتب عليه التزام أو المسؤولية عنه تكون تقصيرية ومن الأمثلة التي يبطل فيها العقد إذا كان لسبب غير مشروع أو مخالفا للأداب العامة كما لو كان الغرض من العقد إجراء تجربة طبية لا تحتاج إليها حالة المريض الصحية.
3. يجب أن يكون المتضرر هنا هو المريض فإذا كان من الغير كمساعد الطبيب الجراح الذي يصيبه الطبيب أثناء إجراء عملية فالمسؤولية هنا تكون تقصيرية.
4. يجب أن يكون الخطأ المنسوب إلى الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج أما إذا كان الخطأ المنسوب للطبيب لا يمت بصلة على الرابطة العقدية كانت المسؤولية تقصيرية مثال ذلك الطبيب الذي لم ينتبه إلى أخطاء مطبعية خاصة بتحديد جرعة الدواء مما تسبب عنه وفاة الشخص.
5. أن يكون المدعي صاحب حقا لاستناد إلى العقد.

بعد تناول الشروط الواجب توافرها حتى تكون مسؤولية الطبيب عقدية لا بد أن نتناول موقف القضاء والفقهاء الجزائريين لكون القاعدة العامة في القضاء أن المسؤولية الطبية هي مسؤولية عقدية وفي بعض الحالات تكون تقصيرية.

الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري

من المقرر نشوء عقد بين الطبيب والمريض يلتزم بمقتضاه الأول لا بشفاء الثاني بل بتقديم العناية اليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة للمريض، والتي تتفق مع أصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام التعاقدية-ولو بغير قصد- ميلاد مسؤولية من نفس النوع أي المسؤولية التعاقدية.

فإن قضاء محاكم الدرجة الأولى والاستئناف في الجزائر مجمع على قبول مبدأ المسؤولية العقدية للطبيب¹، وأصبحت المحاكم لا ترى في الرابطة القائمة بين الطبيب

¹ - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، 2ط، ب م ط، 1992، ص 38

والمريض إلا تعاقدية، على اعتبار أن يقوم على التزام الطبيب بتقديم العناية بكل ضمير وانتباه، وبصورة مطابقة للأصول العلمية الطبية.

وتظل مسؤولية الطبيب تعاقدية حتى ولو كان العلاج والرعاية الطبية التي تمت بدون مقابل من جانب المريض، أي على سبيل الود أو الصدقة.

وتعتبر المسؤولية تعاقدية كذلك بالنسبة لباقي أفراد المهنة من جراحين وأطباء الأسنان وصيادلة إلى غير ذلك، وتظل المسؤولية ذات طبيعة تعاقدية كذلك بالنسبة للمؤسسات العلاجية.

كما تقوم المسؤولية العقدية في حالة قيام طبيب بمعالجة زميل له مجاناً على تقدير قيام عقد بينهما، ولا يعتبر ما يؤديه الطبيب لزميله خدمة مجانية، لأن انعدام المقابل الذي ارتضاه الأطباء فيما بينهم، ويمكن تفسيره على أنه إجراء اختياري من الدين مؤسس على فكرة التبادل ليكون العقد في حقيقته معاوضة.

واستقر الفقه على أن الأعمال الأدبية والفنية لا يمكن أن تكون محلاً لتعاقد ملزم. ورتب هذا الفقه على ذلك لأن العلاقة بين الطبيب والمريض ليست علاقة عقدية، أن الطبيب لا يسأل عقدياً في مواجهة المريض، كما أن المريض لا يجبر قضاءً على أن يدفع مقابلاً للخدمة التي أداها له الطبيب ولو كان قد اتفق معه على ذلك¹.

إلا أن الفقه تنبه في بداية القرن العشرين إلى خطأ النظرية السابقة، فأخذ الفقهاء ينادون بوجود اعتبار مسؤولية الطبيب الذي يختاره المريض أو نائبه لعالجه، مسؤولية تعاقدية،

¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 381.

بل أنه حتى عندما يكون اختيار المريض للطبيب حاصلًا من الغير، كمستشفى أو رب عمل، فيكون هناك اشتراط لمصلحة المريض، يجعل المسؤولية تعاقدية أيضا¹.

¹ - سليمان مرقس، المرجع السابق، ص381. وانظر أيضا عامر نجيب، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014، ص43.

خلاصة الباب الأول:

يتضح من خلال هذا الباب أن النظام القانوني للعقد الطبي، يكمن في أن العقد الطبي ليس بعقد عمل ولا وكالة ولا مقابلة ويتميز بخصائص ذاتية، إذ أن التزام الطبيب في أعمال مادية يؤديها باستقلالية، ولا يخضع أثناء ممارسته لها إلا بضيميره والقواعد المهنية زد إلى ذلك انه كأصل عام يلتزم فقط ببذل العناية.

وخضوع هذا العقد للقواعد المهنية إلى جانب القواعد العامة يستوجب تطبيق بعض الأحكام الخاصة عليه فيستوجب مثلا حصول رضا المريض بانعقاده ورضاه لتنفيذه، وإن كان ملزما لجانبين فهو غير لازم لأطرافه يمكن الرجوع فيه، لأنه مبني على الثقة.

كما انه يرد على صحة الإنسان وجسمه، هذا ما جعل المشرع يستبعده من دائرة المعاملات التجارية ويبقى بالتالي عقد مدني غير مسمى.

ونظرا لما له من أهمية فإنه من اللازم على المشرع الجزائري أن يلتفت إليه ويضع له نظاما قانونيا خاص، وهذا العقد يربط بين المريض للحصول على الخدمات من الطبيب الذي يحترف هذه المهنة، وأن العلاقة بينهما غير متكافئة.

الباب الثاني:

مسؤولية الطبيب المترتبة عن العقد الطبي

يعتبر موضوع المسؤولية القانونية للطبيب من أهم موضوعات القانون الحديث ليس لتعلقه فقط بنشاط حيوي يتعلق بصحة الإنسان وسلامته، وإنما لارتباطه بعلم دائم وهو الطب، ويترتب هذا النوع من المسؤولية في كل مرة يتجاوز الشخص فيها الحدود التي رسمها القانون والاتفاق ويكون مسؤولاً عن الأضرار الناشئة عن ذلك.

وتتنوع صور هذا الضرر كما تختلف أوضاعه، ففي بعض الأحيان يتعدى أثره إلى المجتمع وفي أحيان أخرى قد يقع على فرد بعينه، كما أنه قد يصيبهما معا وفي كل حالة من هاته الحالات يتغير نوع الجزاء.

فالمسؤولية في معناها العام هي حالة الشخص الذي ارتكب فعلا يستوجب المؤاخذة، فإن كان ذلك الفعل فيه مخالفة لقواعد أخلاقية، اعتبرت مسؤولية الفاعل مسؤولية أدبية، ومتى خالف الطبيب قواعد أخلاقيات مهنة الطب وأصولها أثارت مسؤوليته الأدبية.

أما إذا شكل الفعل مخالفة لقاعدة قانونية، فنترتب عنه مسؤولية قانونية، وهذه الأخيرة بدورها تنقسم إلى مسؤولية جزائية ومدنية.

فتنشأ المسؤولية الجزائية عن كل فعل سبب ضررا للمجتمع، ويرتب جزاءا على مرتكبه يتمثل في عقوبة جزائية. ففعل الطبيب قد يشكل جريمة معاقب عليها قانونا بعقوبة جنائية كالقتل أو الإصابة أو الإجهاض، سواء كان متعمدا في ارتكابها أو أنها وقعت نتيجة خطئه بسبب إهمال أو رعونة.

وتتحقق المسؤولية المدنية حين يلحق الفعل ضررا بالغير فيتم جبر ذلك عن طريق تعويض يقدم للمضرور، ويعرفها البعض بأنها التزام شخص بتعويض الضرر الذي أصاب شخص آخر وعليه يلزم بتعويض الضرر الذي لحق بالغير.

كما قد ينشأ عن الخطأ الطبي قيام مسؤوليتين جزائية ومدنية، وللمضرور حق الخيار حين المطالبة بالتعويض، بين رفع دعوى مدنية أو رفع دعوى جزائية أو أن يتمسك أمام القاضي الجزائي بالمطابقة بالتعويضات المدنية بعد ثبوت إدانة مرتكب الفعل.

تبعاً لذلك قسم هذا الباب إلى فصلين، حيث خصص الفصل الأول مسؤولية المدنية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي، أما الفصل الثاني فتطرقنا من خلاله إلى المسؤولية الجنائية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي.

الفصل الأول:

المسؤولية المدنية للطبيب

المترتبة عن العقد الطبي

الفصل الأول: المسؤولية المدنية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي

زاد التطور الطبي الهائل من مخاطر الأعمال الطبية وهو ما أدى بدوره إلى زيادة مسؤولية الطبيب، حيث انعكس ذلك بشكل واضح من خلال ارتفاع نسبة قضايا التعويض المدني عن الأخطاء الطبية المطروحة أمام القضاء لمحاسبة الطبيب عن أخطائه الطبية والوقوف على مدى توفر شروط مسؤوليته واكتمال أركانها، وقبل ذلك يجب تحديد نطاقها، والإطار القانوني الذي تخضع له، ولما كانت المسؤولية الطبية صورة عملية من صور المسؤولية المدنية، فإن القواعد العامة للمسؤولية الأم تنسحب وتتنطبق عليها.

سيتم تناول موضوع المسؤولية المدنية للطبيب من خلال اتجاهين يبحثان في هذه المسؤولية التي تثير جدلاً عند ارتكاب الأطباء الأخطاء الفنية أثناء ممارستهم لأعمالهم حول تحديد طبيعتها، هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟ ولذا سنبحث في هذا الموضوع والجدل حول طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية وتحديداتها وبعد ذلك نتناول طبيعة التزام طبيب اتجاه المريض، هل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة والآراء القانونية حول ذلك، وما استقر عليه الرأي.

لذا يتعين علينا دراسة الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب (المبحث الأول)، ثم تفصيل شروط قيام المسؤولية المدنية الطبية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب

تثير المسؤولية المدنية للأطباء جدلاً واسعاً بين القانونيين والممارسين الطبيين، لوجود اتجاهين يكيّفان طبيعتها القانونية حسب تقسيمات المسؤولية المدنية، التي تنقسم بدورها إلى مسؤولية عقدية، ناتجة عن الإخلال بالتزام مصدره عقدي، ومسؤولية تقصيرية إذا كان الالتزام مصدره العمل غير المشروع والفعل الضار، أو واقعة مادية ما، أو حتى التزام يفرضه القانون.

إن تحديد طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب يقتضي دراسة المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، والآراء المرتبطة بالمجال والممارسة الطبية ثم تحديد الاتجاه الذي يقتضي به العمل، ومدى موافقته للتطور التشريعي والاجتهاد القضائي، وهو ما سيتم تفصيله من خلال المسؤولية العقدية للطبيب (المطلب الأول)، المسؤولية التقصيرية للطبيب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للطبيب

يمكن تعريف المسؤولية العقدية بأنها جزء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها. وهذا يعني أن المسؤولية العقدية تتحقق عموماً إذا أمتنع المدين في الالتزام العقدي عن تنفيذ التزامه، أو قام بتنفيذه بشكل معيب مما ألحق الضرر بال دائن¹.

وهذه الحالة تقتض استحالة التنفيذ العيني، ولم يكن من الممكن إجبار المدين على الوفاء بالتزاماته المتولدة عن العقد عينه.

يرتبط الطبيب مع المريض مع بعضهما بعقد، في اللحظة التي يبدأ فيها الطبيب علاج المريض في الظروف العادية، فبمجرد قيام الطبيب بفتح عيادته وتعليقه لافتة عليها، فإنه يضع نفسه في موقف من يعرض الإيجاب وعند قبول المريض لهذا العرض يتم إبرام العقد، فالأخير يطلب العناية والطبيب يتقبل الأجر ويقدم العناية المطلوبة².

ولذلك كما سبق، فقد كان هناك اتجاه قانوني يعتبر أن مسؤولية الطبيب هي عقدية، ولديه أدلة على رأيه يستند إليها. وقد قرر القضاء الجزائري أن طبيعة العلاقة التي

¹ محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، ط08، 1996، ص 711؛ وانظر أيضاً بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 1/ 264.

² أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ص 215.

ترتبط بين الطبيب والمريض هي عقدية، والتزام المريض بدفع الأجر للطبيب التزام تعاقدى¹.

وبالرغم من أن المحاكم كانت طوال الفترة السابقة لهذا القرار تعتبر أن مسؤولية الطبيب تجاه المريض هي تقصيرية، إلا أنها في القرار السابق عدلت عن رأيها، واستمر الخلاف في الرأي إلى أن حسم الموقف الذي صدر في 20 ماي 1936، بالقرار رقم (01/88/1936)، والذي جاء فيه: "يقوم بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي يتضمن التزام الطبيب، وإن لم يكن بالشفاء فبتقديم العناية وهذه العناية لا تكون كسائر العناية، وإنما يجب أن يستمد أصولها من نقاوة الضمير وحسن الانتباه والمطابقة لمبادئ العلم"².

وتعود قضية صدور الحكم السابق إلى أن السيدة كانت تشكو من حساسية في الأنف وقامت بمراجعة طبيب اختصاصي للأشعة السينية سنة 1925، ونتج عن علاجه تلف في الأنسجة المخاطية في وجهها، فقام زوجها برفع قضية بالنيابة عنها أمام القضاء عام 1929 مطالبا بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بزوجته.

فأصدرت محكمة الاستئناف Aix الفرنسية في 16 يناير 1931 حكما تضمن ردا لدفع بالتقادم المقدم من طرف الطبيب المعالج لإسقاط الدعوى، وجاء فيه: "أن الدفع بالتقادم طبقا لنص المادة 638 في أصول المحاكمات الجزائية لا ينطبق على هذه الدعوى لأنها ليست سوى دعوى مسؤولية مدنية ناشئة عن عقد سبق إبرامه بين الطبيب

¹ - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة نابلس، 2008، ص 09.

² - «il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le patient l'engagement de donner des soins attentifs, consciencieux et se réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science; la violation, même involontaire, de cette obligation contractuelle et sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle». les grands de cuisions du droits médical. P 128.

والمريضة ويلتزم فيه الطبيب ببذل عناية دقيقة مستقرة ومعينة بل للتقدم بمرور ثلاثين عاما طبقا لأحكام المادة 2262 من القانون المدني الفرنسي".

ومنذ الحكم السابق استقر القضاء على أن مسؤولية الطبيب عن أخطائه ذات طابع تعاقدية ولا تسقط بسقوط الدعوى العمومية، واتجهت كذلك إلى أن علاقات الصداقة والمجاملة بين الطبيب والمريض أيضا علاقة عقدية¹.

ويعود الفضل في هذا الانعطاف القضائي في طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب إلى الفقيه الفرنسي ديموغ (Demogue)، الذي نادى بتصنيف الالتزامات من حيث مضمونها إلى التزام بوسيلة والتزام بنتيجة. وبذلك كان القرار Mercier أول تطبيق قضائي لهذا التصنيف².

وهكذا أصبحت المحاكم ترى في الرابطة القائمة بين الطبيب والمريض رابطة تعاقدية تقوم على أساس بذل الطبيب العناية اللازمة في التزامه تجاه المريض، وأن أي إخلال في تشخيص المرض أو العلاج يكون خطأ تعاقدية يتبع مسؤولية تعاقدية قد تكون نتيجة لدعوى تعاقدية³. وينطلق الاتجاه الفقهي المقرر للأساس العقدي للمسؤولية المدنية للطبيب على حجج هي أساسا انتقادات وجهت لنظرية المسؤولية الطبية التقصيرية، نلخصها كما يلي:

1- إن أساس وضابط الالتزام التعاقدية لا يقوم على مدى حرية المتعاقدين في تحديد ما يريدانه من التزامات وفقا لإرادتهما: وإنما مناطه أنه ما كان ليقوم أصلا لولا وجود العقد.

¹- وائل تيسير عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 10.

²- فواز صالح، "المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 01، 2006، ص 134.

³- رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 355.

ويرى حسن زكي الأبراشي أن محكمة النقض الفرنسية رجحت هذه الحجة من خلال قرارها الشهير الذي اعتبر فيصلاً في اعتماد النظرة التعاقدية للمسؤولية الطبية¹.

2- أنه لا يعتد بالوصف المعني بالالتزام المترتب على عاتق الطبيب والمتضمن حسن العلاج: وإنما ينبغي النظر لمصدر هذا الالتزام وهو العقد. فالمريض وإن كان غير ملم بأصول العلاج فإنه مدرك للعقد المبرم بينه وبين الطبيب والذي مضمونه بذل العناية².

3- إن تطبيق المسؤولية الشئئية (الموضوعية) على دعاوى المسؤولية الطبية يبين عن محدوديتها: ولا يمكن أن تشمل مختلف الحوادث لأنه ليس من الضروري أن يتلازم وجود الآلة مع توفر قيام القرينة. كما أن تطبيق هذه الأحكام من شأنه أن يساءل الطبيب ولو لم يمكن نسبة أي خطأ إليه.

ومن التطبيقات القضائية، ما ذهبت إليه المحكمة بأن قرينة المسؤولية حيال من كان الشيء الذي أضر بالآخرين تحت حراسته، لا يمكن نفيها إلا بإثبات حالة مفاجئة، أو ظرف قاهر، أو سبب أجنبي لا يد له فيه، وأنه لا يكتفي بإثبات براءة المدعي عليه من الخطأ، أو جهالة السبب الذي نشأ عنه الفعل الضار³.

4- قصور النظرية التقصيرية عن تحقيق الغرض من تطبيقها: انتقدت النظرية التقصيرية من حيث أنها لم تحقق الغرض من تطبيقها، وهو تيسير حصول المريض على حقه في التعويض، من خلال مسألتها الإثبات والتقدم:

¹ حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1951، ص 62؛ و انظر أيضاً: حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 108.

² حسن الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 48-49، وانظر أيضاً، حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، المرجع السابق، ص 108-109.

³ بسام محتسب بالله، المسؤولية المدنية والجزائية، المرجع السابق، ص 96-97.

أ- بالنسبة للإثبات: يقع عبء إثبات التقصير والخطأ من جانب الطبيب على عاتق المريض وذويه في المسؤولية التقصيرية. ولا شك انه وفي ظل دقة العمل الطبي وتداعياته وجهل العلم به بالنسبة لغير المختصين وهم عامة المرضى يشكل مهمة ثقيلة بالنسبة لإمكانية إثبات وقوع الخطأ الطبي. وهو ما دعا بالقضاء الفرنسي إلى اللجوء لقرينة الخطأ المفترض، عوضاً عن الخطأ الثابت، تيسيراً على المريض، وضمناً لحصوله على حقه في التعويض.

ب- بالنسبة للتقادم: انتقدت نظرية المسؤولية التقصيرية من حيث أنها تؤدي إلى تطبيق مبدأ وحدة تقادم الدعويين المدنية والجنائية، والتي تسقط بمقتضاها دعوى المسؤولية التقصيرية، متى كان الخطأ المدني مكوناً لجريمة جنائية في ذات الوقت. فإذا ما قرنا هذه الأحكام بأحكام المسؤولية العقدية لوجد أن هذه الأخيرة يمكن أن تحقق ميزة الاستفادة من مدة التقادم الطويل والتي يحددها القانون الفرنسي بثلاثين سنة بالنسبة للمسؤولية العقدية و10 سنوات بالنسبة للمسؤولية التقصيرية¹.

وبالنسبة للقانون الجزائري يرى بعض الفقهاء بأن التطبيقات العملية لفكرة المسؤولية التعاقدية عن أخطاء الطبيب المهنية قليلة جداً، وأن المحكمة العليا في الجزائر لم تضع أي مبدأ حول طبيعة مسؤولية الطبيب². إلا أنه وبالرجوع لنصوص مدونة أخلاقيات الطب، وخصوصاً المادة 42 منها والتي جاء فيها: "للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته، وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسياً تقوم عليه العلاقة بين

¹ - منير رياض حنا، مرجع سابق، ص 62-63. للإشارة فإن مواعيد التقادم في القانون الجزائري عرفت إصلاحات جوهرية بمقتضى القانون رقم 2008-561 المؤرخ في 17 جوان 2008 المتضمن إصلاح التقادم في المواد المدنية، حيث عدل الفصل 20 من القانون المدني المتضمن المواد، وأصبحت المدة 5 سنوات بالنسبة لكلا المسؤوليتين التقصيرية والعقدية، بعد ان كانت 30 سنة للعقدية و10 سنوات للتقصيرية.

² - رايس محمد، المرجع السابق، ص 355.

الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض". نجد أنها تشير ضمناً لكون العلاقة بين الطبيب والمريض تبنى على أساس تبادل الإرادتين بينهما من الإيجاب والقبول، وهذا ما ينبئ بقيام علاقة تعاقدية تقوم على أساس حرية الاختيار. أما بالنسبة لمضمون هذا التعاقد والالتزام المنبثق عنه فلا ريب أن أحكام المادة 107 من القانون المدني الجزائري قد تصدت له¹، إذ أحالت على العرف لتحديد مضمون الالتزام العقدي.

وطبقاً لمضمون هذه المادة فإن العقد أو القانون لم يصبحاً مصادر لتحديد الالتزام فحسب، بل امتد ذلك إلى العادات والأعراف إذا كنا بصدد علاقات ذات طابع مهني، كما هو الحال بالنسبة لعقد العلاج بين الطبيب والمريض. ولكن السؤال الذي يتبادر للطح مرة أخرى أنه ما لفائدة من تقرير الطابع التعاقدى للعلاقة بين الطبيب والمريض، مادامت الالتزامات محددة بقواعد آمرة؟؟ إذا أليس من الأجدر اعتبارها علاقة ذات طابع تقصيري. سأجيب عنه فيما يأتي.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للطبيب

بعد أن تعرضنا في الفقرات السابقة لموقف النظرية العقدية كأساس للمسؤولية الطبية، نحاول في هذه الفقرة أن نبين الرأي المخالف الذي يبني مسؤولية الطبيب المدنية على المسؤولية التقصيرية، على أساس أن العقد بين الطبيب والمريض لن يغير من موقف وطبيعة التزام الطبيب بالعلاج وبالأساليب المتبعة فيه، بنوعيته وبأهدافه خاصة إذا علمنا بأن هذه الالتزامات غالباً ما تكون محددة بمقتضى قواعد قانونية ملزمة ومصحوبة بجزاء.

¹ وجاء في المادة 107 ق.م.ج : "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام

واعتباراً لأن علاج المرضى يتضمن -غالبا وبالضرورة- المساس بسلامتهم وبحياتهم في أخطر الحالات، وهي مصلحة غير مباشرة للمجتمع، فإن هذه المقتضيات تندرج ضمن النظام العام. وبالنظر للحالات العادية التي لم يربط فيها بين المريض والطبيب أي عقد، وألحق هذا الأخير ضرراً ناشئاً عن خطأ مهني أو فني، فإن هذه الحالة وغيرها لا يرب أنها ستجرنا لتكييف المسؤولية الطبية للممارسين في إطار نظرية المسؤولية التقصيرية، خلافاً للمسؤولية العقدية.

تقوم المسؤولية التقصيرية عند كل إخلال بواجب قانوني، تخرج بداية عن نطاق العقد، فينشأ الالتزام في ذمة المتسبب في الضرر بالتعويض. وإذا كانت المسؤولية العقدية تثور بمناسبة كل اتفاق بين المريض والطبيب للعلاج، فإنه وفي غياب هذا الاتفاق لا بد من الخضوع لمسؤولية الطبيب للنظام التقصيري. ويتبين هذا الاتجاه، من خلال استعراض مواقف القضاء نظراً لكونها أفكار تبينت من طرفه.

الفرع الأول: حالات اعتبار المسؤولية تقصيرية

أ- انطلاقاً من كون أن التزام الطبيب يقوم على أساس مهنيته: وكذا مراعاته للأصول الثابتة، فإن المسؤولية تكون ذات طابع فني، سواء ارتبط الطبيب مع المريض بعقد أم لم يفعل¹.

إن الفكرة السابقة تقودنا إلى الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالطبيب في تقدير المسؤولية، بحيث يمكن اللجوء إلى الخبراء لمعرفة الالتزامات الملقاة على عاتق الطبيب، ومدى تقصيره في هذا المجال، إذ أن بنود العقد لا تسمح حقيقة بمعرفة الواجبات الطبية².

¹ - حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 47.

² - سمير أورفلي، «مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية»، مجلة رابطة القضاة المغربية، السنة 20، العدد 08، مارس 1984، ص 39.

إن الطابع الفني للالتزامات الطبية يجزنا إلى القول بان القاضي في حالة النزاع المتعلق بالمسؤولية الطبية، سوف يكون في غنى عن النظر فيما تمليه الرابطة العقدية، بل يتجه مباشرة لتطبيق ما يترتب عن الإخلال بالالتزامات المهنية من مسؤولية.

ب- يتم تطبيق المسؤولية التقصيرية في حالات الخطأ المؤدي إلى وفاة المريض أو إيدائه: أسوة مع المسؤولية الجنائية، وذلك لأن الخطأ في هذه الحالة لا يخرج عن النطاق العادي، لأنه يكون خطأ ناطقا، بأفعال لا لبس فيها، ويمكن للقاضي أن يتبينه دون الاستعانة بالخبرة. وتمثل هذه الحالة بحالة الجريمة الناشئة بعد تكوين العقد، التي لا يمكن القول أنها ناشئة عن العقد¹.

وفي الحالة المذكورة أعلاه، يتبين أن تطبيق المسؤولية التقصيرية لا مناص منه في حالة وجود العقد قياسا على أهمية إحالة تعويض الأضرار الناشئة عن الأفعال الجرمية إلى المسؤولية التقصيرية، إضافة إلى كون الخطأ المرتكب في إطار الممارسة، والذي يسهل على القاضي تبنيه، يكون دالا على أنه خروج للطبيب عن المسلك المعتاد لمن يماثله في الظروف العادية ليس إلا صوغ منطقي وقانوني على أحقية المسؤولية التقصيرية بالتطبيق.

ج- يثور التساؤل حول نطاق مسؤولية الطبيب في المستشفى العمومي: حيث أن المستشفى أو العيادات الخاصة تقبل المرضى على أساس تعاقدية، وتأسيسا على اعتبار ما كانت عليه العلاقة التعاقدية بين الإدارة والموظف في القرن 19، حيث صنف العمل القانوني للموظف ضمن العقود المدنية².

¹ - حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 55.

² - وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 29.

ثم ما لبث أن تدخلت قواعد القانون الإداري، التي كانت حديثة الصدور لتعيد تصنيف الرابطة بين الموظف والإدارة ضمن القانون العام. حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الموظف يشغل مركزا نظاميا (Statutaire) وليس تعاقديا، ويستتبط حقوقه وواجباته من نصوص القانون¹.

كما اعتبر غالبية الفقه أن العلاقة بين المريض والمستشفى هي ذات طابع لائحي، نظرا لتدخل القانون في تنظيمها وارتباطها كذلك بقواعد القانون العام.

وبالتالي فإنه يظهر جليا حتمية عدم خضوع المسائلة الطبية للقانون الخاص². ونفس الرأي ينسحب على علاقة الأطباء بالمستشفيات بصفتهم موظفين عموميين يخضعون لنظام الوظيفة العمومية، وبالتالي نستبعد المسؤولية العقدية، وتطبق المسؤولية التقصيرية.

ويتضح من الأمثلة السابقة أن المسؤولية التقصيرية تطبق في حالات لجوء المريض للمستشفى العام للعلاج، باعتبار أن العلاقة ليست تعاقدية، ولا تتم بالتراضي بين المريض والطبيب، وإنما تخضع لأنظمة المستشفيات العامة والعاملين بها بصفتهم موظفين عموميين.

د - حالة تقديم الطبيب للخدمات المجانية:

اعتبر الفقه أن من يبذل عناية بالمجان لا يقصد التعهد بأي التزام، وهو ما يعني نفي الطبيعة العقدية عن الخدمات المجانية، إذ أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، فالواعد بالخدمة المجانية لم يكن قصده أن يرتب التزاما في ذمته، والموعود له يعلم بهذه

¹ - حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 76-77.

² - أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، الكويت، منشورات جامعة الكويت، 1986، ص 20، وانظر أيضا: عز الدين الدناصوري، المسؤولية المدنية في الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 1387.

النية، فمثل هذه الالتزامات مصدرها اللياقة واللباقة، ولا يتحمل المدين بشأنها إلا الواجبات الأدبية وبالتالي لا يترتب على مثل هذه الالتزامات سوى مسؤولية تقصيرية¹. ويأتي هذا الاتجاه الفقهي بالرغم من مخالفة القضاء له، حيث قضت محكمة النقض بأن اعتياد الأطباء على عدم تقاضي أجر من زملائهم يمكن أن يفسر على أنه إبراء اختياري من دين بني على التبادل، ومن ثم فالعقد الحاصل بين الطبيبين لا يعتبر تبرعا².

غير أنه وفي نظرنا أن هذا الرأي لا يستقيم بالنظر لاعتياد الأطباء فيما بينهم على معالجة بعضهم مجانا، دون أن يكون تكييف هذه المجانية أنها عقد غير مدفوع الثمن أو دون مقابل، بل يتم تكييفها أنها من باب المجاملات واللباقة وروح التضامن والاحترام المتبادلة بينهم، والمنصوص عليها بموجب قوانين الأخلاقيات والواجبات الطبية³.

وبناء على ما سبق، يتأكد أن تطبيق المسؤولية التقصيرية واجب عند الخدمة المجانية التي يقدمها الطبيب، لكونها جاءت بإرادة الطبيب المنفردة حاجة لاتفاق شيء لها.

هـ- حالة الطبيب الذي يتدخل من تلقاء نفسه: إذا تدخل الطبيب بمحض إرادته لإسعاف إنسان في حالة خطر، فهنا لا تكون أمام عقد، بل يتم تكييفها بحالة الفعل النافع أو الفضالة، وهي مجال واسع لتطبيق المسؤولية التقصيرية⁴.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المسؤولية الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 77.

² - قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 18 يناير 1938، نقلا عن: زكي حسن الإبراشي، المرجع السابق، ص 67.

³ - وهو ما يتأكد كذلك في مدونة أخلاقيات الطب، حيث جاء في المادة 66 منها: «من العادة أن يقدم الطبيب أو جراح السنن العلاج مجانا لدى ممارسة نشاطه المهني لزميل أو لأشخاص تحت كفالته أو لطلبة الطب أو جراحة الأسنان ولمستخدميه ولمساعديه المباشرين». وهذا ينطبق مع واجب التضامن الإنساني وعلاقات الزمالة والصدق والثقة المنوطة بهم بموجب المادتين 59 و60 من نفس المدونة.

⁴ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 190.

و- حالة المخالفة الجنائية للالتزام: يرى بعض الفقه أن للمضرور أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية رغم وجود عقد بينه وبين محدث الضرر، وفي حالة ما إذا كان الفعل الضار يشكل جريمة جنائية، حيث يصبح من حق المضرور أن يختار بين المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية¹. ومن المعروف أن النظر في الدعوى المدنية التبعية المتعلقة بتعويض الضرر تتم وفقا للاختصاص المدني وغالبا ما تخضع لنظام المسؤولية التقصيرية.

ومن اجتهادات القضاء في مثل هذه الحالات، ما تسببت به ممرضة في موت طفل وليس بسبب إهمالها الجسيم، وصورة الجراح الذي نسي أداة من أدوات الجراحة بعد إجراء العملية للمريض الأمر الذي أدى إلى وفاته، ففي مثل هذه الصور وغيرها يكون الطبيب مسؤولا مسؤولية جزائية في مسائل التعويض عن الضرر².

ز- حالة امتناع الطبيب عن العلاج: إن امتناع الطبيب عن علاج مريض أو إنقاذه يخالف المسلك المألوف للطبيب اليقظ الموجود في نفس الظروف، فالطبيب وإن كان حرا في مزاوله مهنته بالطريقة التي يراها، وله الحق في قبول أو رفض الدعوى للعلاج، لأن الأصل أن العلاقة بينهما تعاقدية، إلا أن الاتجاهات الحديثة في تسمية الحقوق ووظيفتها الاجتماعية قيدت من تلك الحرية المطلقة بما تفرضه واجباته المهنية، وما يقتضيه حسن الواجب الأدبي، وتوجب عليه استعمالها في حدود الغرض الاجتماعي الذي من أجله تم الاعتراف له بها، وإلا كان متعسفا في استعمال هذا الحق، ومخلا بالالتزام قانوني عند

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 20.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 144-145.

امتناعه عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر¹. وبالتالي تكون مسؤوليته تقصيرية، تأسيس بنظرية التعسف في استعمال الحق المنبثقة من نظام المسؤولية التقصيرية.

الفرع الثاني: موقف القانون والقضاء الجزائريين من طبيعة المسؤولية والرأي الراجح

بعد بيان موقف الفقه والقضاء من تحديد طبيعة المسؤولية الطبية، بين الاتجاهين التقصيري والتعاقدي، وما استند عليه كل فريق من حجج وأدلة، أتعرض لما استقر عليه الفقه في هذا الصدد، وهذا بعد بيان موقف القانون والقضاء في الجزائر كما يلي.

أولاً: موقف القانون والقضاء الجزائريين

اهتم القانون الطبي الجزائري اهتماماً بالغاً بمسؤولية مهنيي الصحة وخاصة الأطباء، حيث نص قانون حماية الصحة وترقيتها على مسؤولية الطبيب الجزائرية، وكذا التقصيرية المتعلقة بالأخطاء المهنية التي يرتكبها خلال ممارسته لمهامه، وقد تلحق ضرر بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحتهم أو إحداث عاهة مستديمة أو تعرض حياتهم للخطر أو تتسبب في وفاته².

كما أكدت مدونة أخلاقيات الطب مسؤولية الطبيب عن كل عمل مهني يقوم به³. وإلى جانب النصين أعلاه، كانت الالتزامات الكثيرة المفروضة على الجهاز الطبي مقيمة للمسؤولية كأصل عام، واذكر منها:

- امتناع الطبيب عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له⁴.

¹ - جاسم علي جاسم، مداخلة في الملتقى السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت، المنعقد حول المسؤولية المهنية (المسؤولية الطبية)، 440/1، محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 146.

² - المادة 239 من القانون رقم (90-17) المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون (18-11) المؤرخ في 2018/07/02. ج ر، عدد 46.

³ - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم (92-276) المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

⁴ - المادة 17 من م.أ. ط.

- تقديم العلاج المستعجل للمرض تحت مسؤولية الطبيب¹.
- منع وصف الأدوية غير المسجلة².
- منع تجريب الأدوية والمستلزمات الطبية دون ترخيص³.
- الالتزام بعدم كشف السر المهني⁴.
- المسؤولية المدنية للمجرب⁵.

إن أغلب الالتزامات المفروضة على الأطباء في ثنايا أحكام القانون الطبي الجزائري هي التزامات قانونية، تندرج في صميم الأخلاقيات والواجبات الطبية، ولو وردت في وثيقة التعاقد على العلاج بين الطبيب والمريض، وبالتالي فهي بمثابة القواعد الآمرة، ولهذه الأسباب تترتب عن مخالفتها مسؤولية جنائية أو تقصيرية حسب الحالة، ومن المعروف أن الأضرار المرتبطة أو الناشئة عن الأفعال الجنائية يتم معالجتها وتعويضها طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وإضافة للاتجاه القانوني المطبق لنظام المسؤولية التقصيرية، فإن كان القضاء الجزائري قد سار في هذا المجال، حسب القرارات والاجتهادات التي نسردها كما يلي.

قرار المحكمة العليا القاضي بمسؤولية المستشفى وجاء فيه: «إن مسؤولية المستشفى ثابتة ولا مجال لقبول الدفع المقدم من الطاعنة، من أن المريض هو السبب في ذلك مادام فاقدًا قواه العقلية ومطلوب تفقده بشكل دوري من عمال المستشفى نظراً لحالته الصحية المتميزة»⁶.

¹- المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت.

²- المادة 174 من ق.ح.ص.ت.

³- المادة 178 من ق.ح.ص.ت..

⁴- المادة 1/206 من ق.ح.ص.ت. وانظر أيضاً: المادة 36 من م.أ.ط.

⁵- المادة 4/168 من ق.ح.ص.ت.

⁶- ملف رقم (75670) بتاريخ 13 يناير 1990، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1996.

ويتبين من هذا القرار أن المحكمة أقامت المسؤولية التقصيرية للمستشفى بالرغم من ثبوت دور المريض فيما وصول حالته للوفاة، التي تعود أساسا لتقصير المستشفى كون المريض يعاني من اضطرابات عقلية، وبهذا يكون الأساس هو نص المادة 124 من القانون المدني.

وجاء في قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء وهران بأنه: «من المقرر قانونا أن متولي الرقابة مسؤول عن الأضرار التي يلحقها بالغير، الأشخاص الموضوعين تحت رقابته، ومن ثم فإن التعليق على القرار المطعون فيه بمخالفة للقانون غير صحيح».

وفي هذه القضية اعتبرت مسؤولية وفاة الضحية نتيجة الاعتداء عليها من احد المرضى العقلين إخلالا من المستشفى بواجب الرقابة الذي يقع على عاتقه، مما يشكل خطأ مرفقيا يستوجب تطبيق المادة 134¹ من القانون المدني الجزائري وتعويض ورثة الضحية بمبلغ 140.000 دج².

ويلاحظ من خلال هذه الأحكام القضائية الاتجاه الصريح للقضاء الجزائري للأخذ بالمسؤولية التقصيرية في الأخطاء الناجمة عن الممارسة الطبية، مسائرا بذلك لما رأيناه من اتجاهات قضائية مقارنة بالقضاء الفرنسي. إن موقف القضاء المشار إليه سابقا، يستند لمجموعة من الحجج التي تبرره، كما يلي:

¹ - المادة 134 من ق.م.ج: «كل من يجب عليه قانونا أو اتفاق رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير بفعله الضار. ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية».

² - ملف رقم (52862) بتاريخ 1988/07/16، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1990.

1- حجج الاتجاه القائل بالمسؤولية التقصيرية

إنما ذهب إليه الفقه والقضاء من آراء وتطبيقات عملية في مناصرة الاتجاه التقصيري لمسؤولية الأطباء يستند للحجج والمبررات التالية:

أ- حياة الإنسان ليست محلا للتعاقد: ينطلق هذا الرأي من كون أن حياة الإنسان وكرامته تقتضي تنزيه جسمه عن كونه محلا للتعامل أو التعاقد. فجسم الإنسان معصوم من أي اعتداء قد يقع عليه¹، وهذا غاية ما يصبوا إليه القانون، الذي نجده يحرم ويجرم كل تعامل مالي على جسم الإنسان أو عضو من أعضائه².

وهذا لا يمكن تصوره في ظل وجود تعاقد بين الطبيب والمريض، هذا الأخير الذي يكون تحت سيطرة الطبيب الذي يتصرف بجسمه كيفما شاء.

ولهذا فإن حياة الإنسان وسلامته البدنية يحميها القانون، وعليه فإن أي مساس بها يعقد الاختصاص للمسؤولية وفق الاتجاه التقصيري دون العقدي منها³.

وعلى فرض سلمنا، بأن هذه الحجة، وعلى رأي بعض الباحثين⁴، قد أخلطت بين حياة الإنسان وكونها ليست محلا للتعامل من جهة، وبين مدى التزام الطبيب من جهة أخرى، والذي يكيف بأنه التزام ببذل العناية والاسترشاد بمبادئ العلم، فإن هذا الرأي وإن كان صائبا في مجمله، إلا أنه يؤكد على أحقية نظام المسؤولية التقصيرية بالتطبيق في

¹ المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: «لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه» والمادة 05 منه: «لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة».

² المادة 2/161 من ق.ح.ص.ت: «لا يجوز أن يكون انتزاع الأعضاء أو الأنسجة البشرية ولا زرعها موضوع معاملة مالية».

³ وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص19، وانظر أيضا: أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب، المرجع السابق، ص234؛ وانظر أيضا: علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، المرجع السابق، ص234؛ وانظر أيضا: أحمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص10.

⁴ رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص362.

مثل هذه الحالات، لأن الالتزامات العامة يترتب عن الإخلال بها الخطأ المكون لركن المسؤولية التقصيرية.

ب- فكرة النظام العام: إن المساس بالجسم البشري وتكامله وسلامته الجسدية مسألة تتعلق بالنظام العام¹، فمنه يستمد الطبيب مشروعية تدخله وعمله الطبي، وبالقانون يؤذن له بمباشرة تلك الأعمال وجعلها مباحة في حدود القواعد والأصول المعروفة في المهنة. وبالتالي يظهر بان التزامات الطبيب لا دخل لإرادة الطرفين فيها، فهي التزامات اقتضتها طبيعة الوظيفة الاجتماعية التي تؤديها مهنة الطب². وما دامت تتعلق بالمجتمع بأسره، فإن من يقول بالمسؤولية التقصيرية يرد مسؤولية الطبيب إلى النظام العام وليس لإرادة الأطراف، التي لا تملك إنشاءها أو تعديلها، وهي لذلك لا يمكن إلا أن تكون مسؤولية تقصيرية.

ج- ارتباط الجريمة بالمسؤولية التقصيرية: تقتضي القاعدة العامة أن كل جرم سبب ضرر للغير أوجب مسؤولية تقصيرية لجبره.

كما أن المسؤولية تكون تقصيرية حتى في حالة وجود العقد، وذلك لأن الخطأ قد أدى إلى وفاة المريض أو إلحاق الأذى بجسمه، ويتم ذلك في أغلب الأحيان عندما يقع من الطبيب خطأ عادي، وهو الذي يأتي بوقائع ناطقة لا لبس فيها ولا غموض، ويمكن للقاضي أن يتبينه دون الرجوع لأهل الخبرة، وهو خارج عن دائرة العقد، كما يظهر ذلك أحيانا في الخطاء المهني الذي يتبينه القاضي عن طريق أهل الخبرة. وإذا كانت

¹ - النظام العام هو مجموعة المصالح والمبادئ الأساسية المشتركة للمجتمع في كل النواحي السياسية، الاقتصادية، الثقافية، الاجتماعية والدينية.

² - حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 55، وانظر أيضا: أحمد آدرشوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، مطبعة المنية، الرباط، 1989، ص 109؛ وانظر أيضا وفاء حلمي، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 19.

المسؤولية التصويرية مفترضة، في حالة الأخطاء السابقة، حتى مع وجود العقد، فمن باب أولى أن يتم تطبيقها كأصل عام¹.

وهذه الفكرة تجد تطبيقاً عملياً لها في نصوص القانون الجنائي المجرمة لفعلي الجرح الخطأ والقتل الخطأ²، غير أن هذا الرأي قد عيب نظراً لأنه لا يصح تصور أن الجريمة ناشئة عن العقد، ويستند من انتقده للمبادئ العامة في قوانين ومساطر الإجراءات الجنائية أو الجزائية، المتعلقة بحق الضحية المضرور في اختيار الطريق الجزائي، أو الطريق المدني لمباشرة دعواه المدنية التابعة للدعوى العمومية³.

ونقل بعض الباحثين أن الفقيه الفرنسي "مازو" قد لاحظ أن التفرقة بين الصورتين: عدم تنفيذ العقد والجريمة أمر دقيق، وهو عدم تنفيذ العقد وفي نفس الوقت مجرم قانوناً فالجريمة والمسؤولية المدنية مختلفتين، والقول بخلاف ذلك إنكار للفرق القائم بينهما⁴.

¹ - حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص 655؛ وانظر أيضاً، محمود أحمد سعد، المرجع السابق، ص 236.
² - المادة 288 ق.ع.ج: « كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة، يعاقب بالحبس من 06 أشهر إلى 03 سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20000 دج ». والمادة 289 من نفس القانون: « إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز 03 أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين ».

³ - المادة 03 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: « يجوز مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العامة في وقت واحد أمام الجهة القضائية نفسها. وتكون مقبولة أيا كان الشخص المدني أو المعنوي المعتبر مسؤولاً مدنياً عن الضرر... تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو اجتماعية أو أدبية مادامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية ».

⁴ - حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 54.

د- المدين الغاش في المسؤولية العقدية يخضع للمسؤولية للتقصيرية: إن القواعد القانونية المدنية العامة تعامل المدين الغاش معاملة تخضع للقانون، على الرغم من وجود عقدين الدائن والمدين، ففي هذه الحالة يطبق القاضي أحكام المسؤولية التقصيرية¹.

وعليه فإن المسؤولية العقدية تنتهي إذا أثبت أحد الطرفين المتعاقدين أن الفعل المرتكب ضده والمضر به يكون جريمة أو شبه جريمة مدنية.

(Délit ou quasi- Délit civil)، مما يترتب مسؤوليته التقصيرية نتيجة للإخلال بالتزام قانوني². وقد طبق القانون المدني الجزائري هذه الفكرة في استخلاص المسؤولية التقصيرية في العلاقة التعاقدية، كما طبقها القضاء الجزائري³.

وفي مجال العمل الطبي إذا كان الالتزام المفروض على الطبيب هو التزام ببذل عناية الرجل المتوسط الحرص في ظروف عادية، فإنه يحتم عليه اتخاذ الحيطة والحذر في مباشرة النشاطات الطبية، ويترتب عليه إمكانية متابعة الطبيب تقصيرا إذا أثبت إخلاله بأحد الالتزامات المفروضة عليه بحكم مهنته وطبيعتها الفنية.

وعليه فإذا قام الطبيب مثلا بالإنقاص من المقادير والضوابط المعيارية المطلوبة في عملية طبية أو جراحية ما وتسبب بذلك في ضرر للمريض؛ فإنه - وبغض النظر عن وجود العقد- يتابع وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

¹- أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص22.

²- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، 240/2.

³- وفي هذا الصدد تنص المادة 172 ق.م.ج: «في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. وهذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وعلى كل حال، يبقى المدين مسؤولا عن غشه أو خطئه الجسيم». وفي مجال الاجتهاد القضائي نذكر قرار المحكمة العليا المؤرخ في 14 ماي 1981، أشار إليه بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، 240/2.

هـ - القانون المدني حدد السلوكيات الإيجابية والسلبية: ومفاده هذه الحجة أن القوانين المدنية جعلت الطبيب في حالة واجب دائم، وهذا الواجب إما أن يكون واجبا عاما يلتزم به جميع الأفراد على اختلاف طبقاتهم بهدف تحقيق المصلحة العامة، وإما أن يكون واجبا خاصا يلتزم به أشخاص محددون تجاه الآخرين.

والواجب الخاص محدد الوقت والغرض، وأي إخلال بالتزامات يفسره القضاء على أساس الإخلال بالواجب العام والواجب الخاص المخاطب به الكافة. وهذا يجعل خروج الطبيب عن هذا النظام القانوني بفعله غير المشروع يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية وتطبيق أحكامها عليه¹.

ويظهر من خلال هذه الحجة أن الطبيعة الإنسانية والقانونية لمهمة الطبيب، والتي تصنف الالتزامات المتعلقة بها، في آن واحد، بين كونها التزامات عامة وخاصة، هي التي تجعل الإخلال بها يخضع الطبيب للمسؤولية التقصيرية، إذ أن الطبيب ملزم - كغيره من الأفراد - بتقديم المساعدة التي في وسعه تقديمها لمن يحتاجها، وهو ملزم في نفس الوقت ببذل عناية الرجل العادي في أدائه لمهامه، مما يتطلب إخضاعه، توفيقا بين الحالتين، المسؤولية التقصيرية.

و - الطبيعة الفنية للأعمال الطبية: إن الطبيعة الفنية البحتة للأعمال الطبية تجعل الطبيب ينفرد بمعرفة أصول الطب المتفق عليها، والتي لا يناقشه فيها ولا ينافسه غير نظرائه من المهنة وبالتالي فإن الطبيب ملزم بمراعاة أصول المهنة وضميره المهني، سواء ارتبط مع المريض بعقد أم لا.

وهذا يعني كذلك أن مرد تبين خطأ الطبيب هو فكرة الطبيب المعتاد إذا وجب في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول.

¹ - حسن زكي الإبراشي، المرجع السابق، ص55، وانظر: أيضا: أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص236.

كما أن دقائق الطب لا يمكن أن يحتويها عقد العلاج الطبي، بدليل أنه عند مساءلة الطبيب من القضاء، فإن هذا الأخير يستعين بالأطباء الخبراء، ولا يبحث في ثنايا العقد عن خطأ مفترض للطبيب؛ بل أن القاضي غير ملزم برأي الخبراء إذا تبين أن الصواب هو مخالفة رأيهم، وهذا ينبئ عن أن الطبيب الذي يخطئ في معالجة مرضاه لا يخل بالتزام عقدي إنما بالتزام مهني، حيث أن القاضي الناظر في النزاع لا يفسر العقد، ولا يرجع للنية المشتركة للطرفين، بل ينظر إلى مدى تنفيذ الطبيب للالتزامات المفروضة عليه بحكم أصول المهنة الطبية¹.

إن هذه الحجة تعتمد على حقيقة واقعية، هي اختلاف نقاط القوى والمراكز الاجتماعية بين المريض والطبيب.

وفي نفس الاتجاه، يبرر بعض الفقهاء هذه الفكرة من خلال تحليل العلاقة الخاصة الرابطة بين الطبيب والمريض إلى جانبين: نفسي وقانوني².

ففي الجانب النفسي يكون المريض ضعيفا أمام الطبيب، منهكا بالآلام والجراح، التي تؤثر على عقله وتفكيره، بينما يكون الطبيب في مركز قوة بوصفه عارفا وجديرا بتخفيف تلك الآلام.

أما على الصعيد القانوني، فإن ذلك الاختلال النفسي يستتبع اختلالا قانونيا، فما دام المريض مسلوب الحرية في التعبير عن إرادته بسبب الألم، فلا يمكن الحديث عن عقد قانوني قائم بكل متطلباته وأهمها التراضي الحر والصحيح³.

¹ - حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 16، وانظر أيضا: سمير أورفلي، المرجع السابق، ص 39، وانظر أيضا: حسن زكي الأبراشي، المرجع السابق، ص 46-47.

² - حروري عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، المرجع السابق، ص 105.

³ - أحمد ادريوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، المرجع السابق، ص 101-102.

كما أن انتشار الرؤية التي نظر لها بعض الفقهاء الفرنسيين والتي تنبه إلى أن العمل الطبي مثله مثل سائر الأعمال الفكرية، لا يمكن أن يكون محلاً للتعاقد، وهذا لخروجه عن دائرة التعامل¹. باعتبار أن الأعمال الطبية غير مقومة بمال. فالعمل الطبي هو عمل امتنان وشكر وعرفان، والمسؤولية فيه لا يخرج عن القواعد العامة التي يخضع لها باقي الأفراد.

وفي نفس الطرح يذهب البعض إلى أن الخطأ المهني لا يكون إلا جسيماً²، ويشبه الخطأ العمدي³ المعروف الذي يرتب المسؤولية التقصيرية ولو حصل بمناسبة التزامات عقدية⁴.

وقد تعرضت هذه الحجة كغيرها إلى انتقادات عديدة، انصبت على التأكيد على أن الالتزام بحسن العلاج هو التزام تابع من العقد، بغض النظر عن وصفه المهني، إذ أن المريض الذي لا يجهد مرضه وتشخيصه وعلاجه لا يجهد أو يتجاهل الاتفاق مع الطبيب، والذي مضمونه بذل هذا الأخير العناية في علاجه⁵.

¹ - حيث تشير القوانين المدنية إلى إبطال كل عقد يكون محله خارج دائرة التعامل، المادة 93 ق.م.ج: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً».

² - يذهب الاجتهاد الفرنسي إلى أن فكرة الخطأ الجسيم والتي تطرح بشدة في المسؤولية التأديبية للعمال، تتعلق بذلك الخطأ الذي لا يمكن قبول أعدار بشأنه، ويتوفر على أربع مواصفات لتصنيفه كذلك وهي: جسامته استثنائية للخطأ مصدرها عمل أو إهمال إرادي، يقين مرتكب الخطأ بخطورته، خطأ مرتكب في ظل غياب أي أسباب أو ظروف مبررة له، وأخيراً عدم التباسه بالعنصر المعنوي في الخطأ.

³ - الخطأ العمدي هو الإخلال بواجب قانوني يقصد به الإضرار بالغير.

⁴ - وهم الفقهاء "أوبري"، "رو"، و"بران"، أشار إليهم: أحمد أدريوش، مسؤولية الأطباء المدنية في المغرب، في المرجع السابق، ص 49؛ وفي نفس الفكرة: (3/172) و (2/178) ق.م.ج.

⁵ - وفاء حلمي أبو جميل، المرجع السابق، ص 17.

ويجدر التنبيه إلى أن إقامة الشبه بين الخطأ العمدي والخطأ الجسيم هو أمر لا يتلاءم مع خصوصية كل منهما، وأنه كان بغرض الإثبات فقط، للحيلولة دون إفلات من يتعمدون الخطأ بإدعاء قصد الغش، وهي ضرورة لا مبرر لها في دائرة الخطأ المهني¹. كما انتقدت هذه الحجة بكونها تتنافس مع مبادئ الكرامة الإنسانية وحقوق الإنسان المرتبطة بجسمه وسلامته، وتؤدي إلى نشوء "الإمبريالية الطبية" (l'impérialisme médical) حسب رأي الفقيه (savatiez)².

كما أخذ على هذه الحجة أنها تميز بين العمل الفكري والعمل اليدوي باعتبار الأول أسمى من الثاني، كما أنه يكون تناقض مطالبة المريض بأداء أجرة العلاج استناداً على التزام مصدره العقل، بينما الطرف الآخر وهو الطبيب لا يكون التزامه بالعلاج مصدره نفس العقد³.

ز - **طبيعة المسؤولية في الإخلال بالعلاج:** إن إخلال الطبيب بالالتزام بالعلاج يعد إخلالاً بالتزام قانوني، لأن القاضي عند إقامته مسؤولية الطبيب لا يفسر النية المشتركة بين الطبيب والمريض، وإنما يؤسسها على الالتزامات الطبية، وقواعد مهنة الطب، وعلاقتها بواجب الضمير والعلم الطبي، وهذه الالتزامات لا تدرج ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض وبالتالي يجب إقامة المسؤولية التقصيرية⁴.

ح - **حالات الإصابة المفاجئة للمريض:** تعتبر هذه الوضعية من أشهر الحالات التي ينعدم فيها التعاقد بين الطبيب والمريض، فهذا الأخير قد يتعرض لحادث في الطريق أو

¹ - حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 50-51.

² - René savatiez, «La responsabilité médical en France (aspects de droit privé), revue internationale de droit comparé, vol 28 N°3, juillet, septembre 1976, p494-495.

³ - أحمد ادريوش، المرجع السابق، ص 109.

⁴ - علي حسن نجيدة، المرجع السابق، ص 334؛ وانظر أيضاً، حسين منصور، المرجع السابق، ص 140.

إصابة مفاجئة تفقده الوعي أو تدخله في غيبوبة، تجعله من المستحيل أن يبحث عن علاقة تعاقدية بينه وبين الطبيب¹.

وفي مثل هذه الحالات يتدخل الطبيب بدون أي اتفاق أو عقد سابق بينه وبين المريض، وتدخله يكون مبنيًا على واجبه المتمثل في تقديم العلاج لمن هو بحاجة له، وكذا الالتزام بمساعدة كل من هو في خطر، وبالتالي يستحيل الحديث عن المسؤولية العقدية لما ذكر أعلاه، فضلا عن أن كون إخلال الطبيب ومن في حكمه بالالتزامات السابقة بمثل تقصيرا وخطأ وانتهاكا لالتزامات قانونية، ويكون النظام القانوني المحدد لنمط المسؤولية وهو المطبق في هذه الحالة.

ط- وجود لافتة على مدخل عيادة الطبيب: يعتبر أنصار المسؤولية العقدية أن إطلاع المريض على اللافتة في مدخل عيادة الطبيب يعتبر قبولا لإيجاب الطبيب الدائم المرسل للمرض من خلال هذه اللافتة. والحقيقة أن هذا الرأي الذي انتقد، فهو وإن كان مجانيا للصواب من جهة، فإنه غير واقعي من جهة أخرى لأن لافتة الطبيب لا يمكن تكيفها إلا في شكل "دعوة للتعاقد" وعمليا كثيرا ما يصعب التمييز بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التعاقد، لأن الإيجاب الجازم والبات إذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد².

غير أن ما يميز الإيجاب عن الدعوة للتعاقد هو وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالعرض. والكشف عن هذه النية هو أمر يتصل بالواقع، ويختلف باختلاف الظروف والملابسات، ويستقل بتقديره قضاة الموضوع³.

¹ - أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، المرجع السابق، ص 233، وانظر أيضا: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 140.

² - المادة 59 من ق.م.ج.

³ - بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص 21.

وفي مجال العلاقة بين الطبيب والمريض، لا يمكن القول بانعقاد العقد من خلال مجرد دخول المريض للعيادة، لأن شروط علاج المريض لا تتحدد إلا بعد مفاوضات ومعرفة سابقة على إبرام العقد، وأن التسليم بذلك يعني إهدار حرية الطبيب، وإبقاءه أسير أهواء المرضى، فضلاً عن كون الحالات الاستعجالية تندرج ضمن دائرة المسؤولية التقصيرية كما سبق بيانه¹.

وبعد بيان آراء وحجج كل اتجاه من الفقهاء والقضاة، في شأن تصنيفهم لطبيعة المسؤولية الطبية، أبين في التالي الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء والتشريع بشأن مسؤولية الأطباء.

ثانياً: الرأي الراجح لطبيعة المسؤولية الطبية

إثر تعاضم دور الأطباء وازدياد تدخلهم في علاج المرضى نتيجة تطور الطب، برزت المسؤولية الطبية بشكل واضح في بدايات القرن 20، ووجدت نفسها أمام القضاة في صور قضايا تتعلق بأخطاء طبية. ويبقى لمحكمة النقض الدور البارز والكبير في تحديد طبيعة المسؤولية الطبية، وكانت تعتبر المسؤولية تقصيرية، كما ورد في قرار "Thouret"² Noroy، الذي أكد أنه لا توجد علاقة عقدية بين الطبيب والمريض.

إن هذا القرار أثار ردود فعل غاضبة في أوساط الهيئات الطبية، فيما أصبح من الممكن تحديد الخطأ التقني للطبيب بشكل دقيق، مع استخراج العلاقة السببية بين الخطأ والضرر³.

¹ - أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ص 236.

² - Req, 18 juin 1835, DP 1835,1 ;1300, concl du pin ;S, 1835, 1,401, arrêt reconnaissant l'application des articles 1382 et 1383 du code civil aux médecins commettant des fautes dans l'exercice de leur art, site web : <http://www.l'excelles-avocats.fr>

³ - فواز صالح، «المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي» مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 01، سنة 2006، ص 124.

وقد ساهم غياب النص الخاص بالمسؤولية المدنية للطبيب في القانون المدني الفرنسي في تكريس اعتبار المسؤولية التقصيرية، بإخضاعها لنص المادة (1382) في إطار المسؤولية عن العمل الشخصي. إلى أن جاء اليوم الموعود، فبتاريخ 20 ماي 1936، أصدرت غرفة العرائض لمحكمة النقض الفرنسية قرارها الشهير المعروف باسم "Mercier"، والذي جاء فيه أنه ينعقد بين الطبيب وعملية عقد حقيقي... وأن خرق هذا الالتزام العقدي، وإن كان غير إرادي، يجازى بمسؤولية من الطبيعة ذاتها، أي مسؤولية عقدية أيضا¹. وبهذا تكون المسؤولية الطبية هي عقدية أساسا.

ويرى بعض الفقهاء أن هذا الانعطاف القضائي (Revirement jurisprudentielle)، خصوصا في ظل غياب النص القانوني، يعود الفضل فيه إلى الفقيه الفرنسي الكبير "Demogue" الذي اقترح فكرة التمييز بين الالتزام بوسيلة (obligation de moyen) والالتزام بنتيجة (obligation de résultat)، إذ كان من المستحيل أن تلقى على الطبيب قرينة المسؤولية التي تقع بالضرورة على عاتق المدين بالالتزام عقدي. ويعد قرار "Mercier" أول تطبيق قضائي لهذا التصنيف الجديد². إن هذا التطور الفقهي والقضائي الذي أفرز عن عقدية المسؤولية الطبية، أدى إلى ظهور اتجاه تشريعي يكرس هذا الطابع، من خلال ظهور بعض المعامل، التي رسمت علاقة الطبيب بالمريض، وكشفت، في رأي بعض الباحثين، عن صحة التوجه التعاقدية في العلاقة الطبية، ومن أبرز معالم هذا التوجه نذكر:

- اشتراط أهلية الطبيب والمريض ورضائهما.
- التزام الطبيب بإعلام المريض.
- ضمان الطبيب لمواصلة العلاج للمريض.

1 - Cassation civile, 20 mai 1936. Op. cit. p 52.

2- Jean penneau, la responsabilité de médecin, op, cit, p08.

- تقوية الرابطة بين الطبيب والمريض بحيث تتحول من العقد الطبي إلى القرار الطبي¹.

ولا شك أن هذه الأفكار مستمدة من واقع تعامل المرضى مع الأطباء والهيئات الصحية، لدرجة تم اعتبار المريض فيها بمثابة المستهلك للخدمات الطبية والصحية.

وهذا الواقع يفرض تمتين العلاقات الإنسانية بين الطبيب والمريض، وكذا إخضاعها لمزيد من الروابط القانونية بهدف حماية كل منهما، حماية المريض في حالة تعرضه لخطأ طبي، وحماية للطبيب بإظهار سلامة مساره العلاجي مما يجنبه أو يخفف عنه وطأة المساءلة القانونية.

ولا شك أن تحديد طبيعة الالتزام الطبي تساهم في تكريس البعد التعاقدية، وتمنح حماية أكثر للمريض في العلاقة الطبية، وهو ما أبينه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لالتزامات الطبيب

يتعلق جوهر العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض بموضوع العلاج، فلا غرابة أن ترتبط التزامات الأطباء بنوعية العلاج المقدم والظروف المحيطة به، ومنه تناط المسؤولية الطبية.

ولا شك أن حالة عدم الشفاء أو ظهور المضاعفات الماسة بسلامة وجسم المريض يثير سلسلة من الانشغالات العلمية والقانونية حول مدى التزام الطبيب لحظة علاجه للمريض، وسبب عدم تأدية الأعمال العلاجية أو الطبية لنتيجة الشفاء المرجوة².

¹ - مراد بن صغير، «البعد التعاقدية في العلاقات الطبية: دراسة مقارنة»، مجلة الدراسات والبحوث العلمية، العدد الأول، جامعة المدينة، العدد 01، نوفمبر، 2007.

² - عبد الحميد الشوربي، مسؤولية الأطباء والصيدالدة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، د ط ، دار المعارف، الاسكندرية، مصر، 1998، ص108.

وقد قسم الفقه الالتزامات التعاقدية من حيث مضمونها إلى نوعين: النوع الأول وهو الالتزام بوسيلة أو الالتزام ببذل عناية (obligation de moyen) وفيه لا يلتزم المدين (الطبيب) بتحقيق النتيجة التي يستهدفها الدائن (المريض)، لأنها ليست تحت سيطرته، وفقا للمجرى العادي للأمر، وإنما يلتزم ببذل قدر معين من العناية - أقل أو أكثر - للوصول إليها. أما النوع الثاني فهو الالتزام بتحقيق نتيجة (obligation de résultat) ويلتزم فيه المدين بتحقيق نتيجة محددة تمثل الهدف النهائي للدائن، لأنها سيطرته، وفقا للمجرى العادي للأمر، ويكفي فيه لقيام المسؤولية إثبات عدم تحقق هذه النتيجة¹.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو ما طبيعة ومدى الالتزام المفروض على الطبيب أثناء موافقته على علاج المريض، وهل يلتزم بالشفاء، أم يكفي بتقديم العلاج فقط، وما هو مستقبل هذه الالتزامات في ظل التطور الطبي الذي نعرفه اليوم؟ هذا ما أجيب عنه في الفرعين المواليين.

الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية (بوسيلة) obligation de moyen

يبتدئ التزام الطبيب بعلاج المريض وتقديم العناية اللازمة، دون ضمان شفاؤه. وقد أجمع الفقه واستقر القضاء، كأصل عام، على أن التزام الطبيب نحو المريض يكون ببذل العناية اللازمة دون تحقيق النتيجة المرجوة، واستتبط هذا الالتزام من قرار م.ن.ف. الشهير "Mercier"، الذي جاء فيه بأن العقد الطبي يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء

¹ - قرار Mercier بتاريخ 20 ماي 1936 السابق الإشارة إليه، و انظر أيضا: فواز صالح، «تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى»، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، والمجلة 25، العدد 02، 2009، ص 481، و انظر أيضا: مراد بن صغير، الخطأ الطبي في قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 221.

المريض، ولكن بتقديم العلاج اليقيني، اليقظ والحذر، المتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة¹.

أولاً: مضمون الالتزام ببذل عناية

يتمثل مضمون هذا الالتزام بأن يضع المدين به وهو الطبيب تحت تصرف الدائن كل الوسائل المتوفرة لديه، وجميع إمكانياته، وأن يعمل كل ما في وسعه للوصول للهدف المطلوب، الذي لا يتعهد مبدئياً بتحقيقه (النتيجة). فالطبيب يتعهد، إن لم يتمكن من شفاء المريض، بأن يقدم له على الأقل العلاج المعقول بعناية واهتمام، مطابقة للمعطيات المكتسبة من العلم.

وبالتالي فإن معيار الالتزام ببذل عناية يقوم على عنصرين هما:

- الالتزام باليقظة ونباهة الضمير.

- الالتزام بتطبيق ما وصل إليه العلم².

وبهذا يتضح أن الطبيب مطالب ببذل جهود صادقة، تؤدي وفق المجرى العادي للأمور إلى تحقيق الشفاء، دون الالتزام به بداية، ويقع على المريض الذي يريد تقرير مسؤولية الطبيب إثبات الخطأ في جانب هذا الأخير ويعتمد في ذلك على أن الطبيب قصر في الوسائل المؤدية للشفاء، لأن الشفاء لم يتعهد به الطبيب³.

والالتزام الطبيب يتحدد بعدة ظروف وعوامل تتدخل فيه ومن أهمها:

¹ - مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 02، 2004، الجزء 01 (المسؤولية الطبية)، ص 101، وتمتد فكرة الالتزام بعناية إلى القانون الروماني، وقد تبناها القانون الفرنسي، وادمجها الفقيه الفرنسي "Demogue" في الفقه كما بينا، عندما ميز بين الالتزامات العقدية.

² - فيليب لوتورنو، المسؤولية المدنية المهنية، ترجمة العيد سعادنة، الجزائر، منشورات itcis، 2010، ص 31، وانظر أيضاً: مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 222.

³ - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 130.

1- القواعد المهنية والمستوى المهني للطبيب: حيث يقاس التزام الطبيب بالنظر لقواعد المهنة الطبية وأعرافها، وسلوك الأطباء المشابه في ظروف مماثلة، مع الأخذ بعين الاعتبار العوامل الخارجة عن إرادته، كالأضرار الوراثية وقوة مناعة الجسم، أو قصور الطب عن إيجاد العلاج للحالات المستعصية.

كما يتحدد نطاق التزام الطبيب بالمستوى المهني له، فلا يمكن المساواة بين الطبيب العام والطبيب المختص، وبالتالي فالعناية المطلوبة هي عناية طبيب في نفس المستوى المهني وفي نفس الظروف الخارجية¹.

2- مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب: ويقصد بها الزمان والمكان اللذان يجري فيهما العلاج، فزمن العلاج قد يفرض إجراء عمليات استثنائية مستعجلة، يكون الوقت فيها ثميناً، ويزيد من خطورة الحالة المرضية. أما مكان العلاج، فتلعب الإمكانيات المتوفرة فيه دوراً هاماً في تحديد مضمون التزام الطبيب، فقد يكون الطبيب بعيداً عن المستشفى، أو قد لا يتوفر المستشفى كذلك على وسائل العلاج الحديثة وأجهزة التحليل والأشعة، وغياب هذه المعدات يصعب من مهمة الطبيب، وبالتالي فإنه يسأل، مع الأخذ بعين الاعتبار، لهذه الظروف الخارجية المحيطة به².

3- الجهود المبذولة من الطبيب: ويشترط فيها أن تكون متفقة مع الأصول العلمية الثابتة، ولا يقبل منه استخدام أساليب علاجية مهجورة أو قديمة، ويطلب منه اللجوء للوسائل التي أكدت العلم صلاحيتها وفضلها في تحسين حالة المرضى الصحية³.

¹ وائل عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 41.

² محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 232.

³ ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن الطبيب وإن كان يلتزم بشفاء المريض، غير أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل المريض جهوداً صادقة تتفق مع الأصول المشرفة في علم الطب، قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/06/26، طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 114.

ومما سبق يظهر أن التزام الطبيب بقواعد السلوك المهنية، المستقرة والمتعارف عليها طبياً، كفيل بتجنبه المسؤولية القانونية، ولو أدى العلاج لوفاة المريض أو تدهور حالته، لأن طبيعة الالتزام الطبي، كمبدأ عام، هو التزام ببذل العناية اللازمة للشفاء، وليس الشفاء. وهذا أمر بديهي، يتفق مع عقيدتنا الإسلامية التي تأمرنا باتخاذ الأسباب، وترك النتيجة على الخالق عز وجل، فالمرض منه والشفاء منه¹.

ولا شك أن تصنيف الالتزام الطبي الأصلي بأنه التزام بوسيلة أو ببذل عناية يستند لمعايير ومبررات أبينها فيما يلي:

ثانياً: مبررات الالتزام ببذل عناية

يبرر الفقه التزام الوسيلة الطبية بالنظر للغرر أو الاحتمال المصاحب للتدخلات الطبية عادة، وهي عوامل خارجة عن إرادة الطبيب، وتتعلق بأسباب خارجية لا يمكن السيطرة عليها: كخطورة المرض وقابلية المريض للعدوى، وبهذا يثبت أن تحميل الطبيب الالتزام بالشفاء ظلم لا يقبله العقل. كما أن الطبيب قد يتخذ خطوات تحمل مخاطر مقصودة، لمصلحة المريض، وفي مؤاخذته على هذه الخطوات عند فشلها في تحقيق الشفاء، ما يصرفه عن المبادرة، ويقتل روح الإبداع لديه².

كما يعتمد هذا الالتزام على الدور الإيجابي الذي يلعبه الدائن بالالتزام، وهو المريض، فالطبيب ليست له سلطة عليه، ولا يمكنه إجباره على الخضوع للعلاج، على الرغم من أن المريض ملتزم بموجب العقد بالتعاون مع الطبيب في العلاج، ومساعدته على تنفيذ التزامه³.

¹ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 113.

² - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 134.

³ - فواز صالح، تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي، المرجع السابق، ص 481.

ويظهر مما سبق ذكره، أن مضمون الالتزام ببذل عناية يتفق مع إنسانية الطبيب بكل أبعادها، خصوصا الواقعية منها، فالطبيب ولكونه بشرا يتصف بالنقص و المحدودية، لا يمكن أن نحمله مالا يطيق، ونفرض عليه التزاما يتعدى المعقول والمشروع. ونفس الإنسانية تطالب الطبيب بالإخلاص تجاه المرضى وتقديم أفضل ما لديه، حتى يستحق عن جدارة و استحقاق لقب "ملاك الرحمة".

ومن جهته، لم يثن القانون الجزائري عن هذه القواعد، فهو وإن لم ينص صراحة على مضمون التزام الطبيب، إلا أننا يمكن أن نستنتج ذلك من بعض النصوص. فالطبيب مطالب بعدم تجاوز إختصاصاته ومراعاة قدراته وإمكانياته في تقديم العلاج¹، كما يمنع عليه تعريض المريض لخطر لا مبرر له من خلال علاجاته².

وأخيرا فهو ملزم بضمان تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الحاجة، بزملائه الأكثر خبرة منه³. فمضمون هذه النصوص ينبئ عن أن القانون الجزائري ينتظر من الطبيب بذل العناية اللازمة، الصادقة والمخلصة، التي تتأى عن تعريض مصلحة المريض أو حياته لأي خطر غير مبرر، مسائرا بذلك ما استقر عليه الفقه، التشريع والقضاء المقارنين.

وإذا كانت القاعدة العامة في التزام الطبيب هي بذل العناية، فهل يمكن لهذه القاعدة أن تستثنى، هذا ما أبنيه في الفرع الموالي.

¹ - المادة 16 م.أ.ط.

² - المادة 17 م.أ.ط.

³ - المادة 45 م.أ.ط.

الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة obligation de résultat

إذا كانت القاعدة العامة في الالتزام الطبي تتعلق بالعناية المبذولة من الطبيب في علاجه للمريض، فإن ثمة استثناءات ترد عليها، تجعل من الطبيب مطالباً بتحقيق نتيجة معينة أو للوصول لغاية منشودة في عمله الطبي، وهذا التحول له ما يبرره، إذا علمنا أن استخدام الطبيب للآلات والأجهزة الطبية أصبح أمراً شائعاً، كما أن تكريس الطابع التعاقدى في علاقة الطبيب بالمريض أدى إلى توسيع نطاق التزامه. فما هو مضمون الالتزام بالنتيجة، وما مبرراته، وما تطبيقاته؟ هذا ما أجمله في الآتي.

أولاً: مضمون ومبررات الالتزام بتحقيق نتيجة

بعيدا عن الاكتفاء بالشروع في مجرد استعمال الأدوات اللازمة للمهمة المراد تحقيقها، فإن المدين في الالتزام بالنتيجة يمكن أن يعد الدائن بأن يحقق له النتيجة المطلوبة.

فمضمون الالتزام هنا لا يتمثل في نشاط، جهد أو وسائل، لكن في نتيجة هذه النشاطات، الجهود والوسائل في حد ذاتها¹. وهكذا فإن عدم تحقيق النتيجة يجعل المدين (الطبيب) مسؤولاً أمام الدائن (المريض)، على أساس أن تنفيذ هذه النوع من الالتزامات لا مجال فيه لفكرة الاحتمال التي تبرر اقتصار التزام الطبيب على مجرد بذل العناية².

والالتزام بتحقيق نتيجة، وإن كان استثناء من القاعدة العامة، غير أنه غالباً ما يتأسس بحكم الاتفاق، القانون أو طبيعة الخدمة الطبية المقدمة. فقد يتعاقد الطبيب مع المريض، بأن يحقق له نتيجة معينة، وطبقاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، يعتبر الطبيب مخطئاً تقوم مسؤوليته إذا لم يحقق النتيجة المتفق عليها. وهذا النمط من

¹ فليب لوتورنو، المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 32.

² وائل تيسير عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 44.

الاتفاقات يتكرر كثيرا في الجراحة التجميلية، التي يلتزم فيها الطبيب بتحقيق نتائج محددة بدقة اعتمادا على مسار مسبق ومفصل¹.

فإرادة الأطراف يمكن أن تضيي على التزام الطبيب صفة النتيجة، وفي هذا الشأن أزم القضاء في فرنسا طبيب توليد (Obstétricien) التزام بتوليد امرأة ثم خالفه، فقضي عليه بتعويض الضرر الذي نتج عن الفعل الشخصي لمن حل محله، دون وجود سبب أجنبي يستدعي ذلك².

كما يمكن أن يكون النص القانوني سببا لفرض الالتزام بتحقيق نتيجة معينة، ومن ذلك: ما جاء في نص المادة (2/158) قانون حماية الصحة وترقيتها والمتعلقة بالعلاج بالدم، حيث قررت أنه: «يتولى الأطباء أو المستخدمون الموضوعون تحت مسؤوليتهم جمع الدم، وتحصين المتبرعين الفعال وتحليل مصل الدم...»، ويظهر فيها بوضوح طبيعة المهمة الملقاة على عاتق الطبيب المعالج.

والتي وصفت بالفعالة، والفعالية تقتضي تحقيق نتيجة معينة.

ثانيا: تطبيقات الالتزام بنتيجة

أدت ضرورات التطور الطبي أن يلتزم الطبيب في بعض الأعمال الطبية بتحقيق نتائج محددة، فرضتها طبيعة الخدمة التي اقترحها على المريض. وتطبيقات هذا النمط في الالتزامات الطبية كثيرة، خصوصا في ظل التطورات المعاصرة، وأركز على إبرازها فيما يأتي:

¹ - أحمد هديلي، «تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات»، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول المسؤوليات الطبية المنظم بكلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، أيام 23-24 جانفي 2008، ص 70.

² - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 135.

1- استعمال الأجهزة والأدوات الطبية

لا ينفك الطبيب في الوقت المعاصر عن استخدام الأدوات والآليات الطبية، فهو يستعملها للتشخيص، العلاج، للجراحة وحتى للمراقبة أو المتابعة. وهي بذلك تترافق الطبيب في كافة مراحل عمله الطبي، وتزامن المريض في رحلة علاجه المفترض.

وإذا كان النشاط الطبي، كما يقول الفقيه "Savatiez"، نشاطاً إنسانياً يمنح صاحبه حضانة نسبية، لا تقيم مسؤوليته حتى يثبت الخطأ من جانبه¹، فإن هذا الاتجاه نادى به جانب من الفقه، مطالباً بإخضاع استعمال الطبيب للأجهزة والأدوات والأضرار الناجمة عن ذلك لقواعد المسؤولية الطبية التقليدية، من خطأ وضرر وعلاقة سببية، نظراً لاستحالة فصل عمل الطبيب عن استعماله لهذه الأجهزة واستغرق عمله لفعلها².

إلا أن أغلب الفقه واجتهادات القضاء لم تشايح هذا الاتجاه، وفضلت إقامة التزام الطبيب بتحقيق نتيجة بمناسبة استعماله للأجهزة الطبية، التي تميزت بعدم إمكانية إغفال الحوادث والأضرار الناجمة عنها. رغم أن اتجاه القضاء الفرنسي هذا لم يفصح عنه صراحة، وإنما استنتج ضمناً حينما قضى بمسؤولية الممارس الطبي الذي لم يتخذ الاحتياطات الضرورية من أجل تجنب الأخطار الناجمة عن الأدوات الطبية³.

والأضرار المقصودة هي المتعلقة بعيب أو عطل في الأجهزة، أما إذا تعلقت الأضرار بالعمل الطبي، فإنما معنية بالعناية في الالتزام⁴.

¹ - عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 167.

² - وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 78.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 237.

Civ,2eme, le 12 novembre 1968 : François terré, yveslequette, les grades arrêts de la jurisprudence civile, 12 émet, 2008, p 162.

⁴ - وائل تيسير عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 52.

والفقه متبوعا بقضائه قد حسموا الأمر باعتباره يندرج تحت نطاق المسؤولية العقدية، لأن الطبيب يلتزم بسلامة الأجهزة، بموجب العقد الطبي، كما أن العديد من المهنيين معنيين بنفس المعاملة، فلا مجال للتفريق بين الطبيب والناقل، هذا الأخير ملزم بضمان سلامة الركاب، فالاحتمالية الطبية مستبعدة هنا، كما أنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين أو الخيرة بينهما، فتستبعد المسؤولية التقصيرية¹. واعتمد القائلون بالمسؤولية التقصيرية في هذا الشأن على فكرة حراسة الأشياء.

ويرى بعض الفقه بان العقد الطبي لا يحول دون مقاضاة المريض للطبيب على أساس المسؤولية التقصيرية².

والمادة (134) CCF تقيم مسؤولية حارس الشيء عن الضرر الذي يحدثه هذا الشيء³.

ولا شك أن التمعن في مدى انطباق فكرة حراسة الأشياء على استعمال الأجهزة الطبية يكشف عن عدم جدواها وعدم فاعليتها، على اعتبار أن المريض ما كان ليكون محلا لاستخدام الجهاز الطبي، لولا وجود العقد الطبي، الذي يجمعه مع المعالج، بخلاف ما لو تعرض نفس المريض لضرر من شيء ما كسقوط جدار أو هجوم حيوان عليه، فهنا تقوم المسؤولية التقصيرية لحارس الشيء بامتياز. فالإجماع الفقهي والقضائي على الطابع العقدي للتدخل الطبي يستغرق كل آثار العمل الطبي، سواء كان يدويا أو آليا.

¹-Philippe le tourne où, droit de la responsabilité, op, cit, p500.

²- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، بيروت، منشورات عويدات، 1987، ص 410.

³ -Article 1384 ccf : «on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde...»

وتقابلها المادة (1/138) ق.م.ج: «كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء».

ومن التطبيقات القضائية في مسؤولية الطبيب عن استعمال الأجهزة والأدوات، والتي يبرز فيها الالتزام بالنتيجة، ما ذهبت إليه محكمة "Montpellier" من مسؤولية الطبيب عن الالتهابات التي لحقت بالمريض نتيجة لتعرض جلده لكمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في جهازها¹.

أما في الجزائر فقد ذهب القضاء الإداري إلى أن عدم مراقبة الآلات المستعملة من طرف أعوان المستشفى يعد خطأ مرفقيا عاما، وأن هذا المرفق مسؤول مادام قد أخل بواجبه المتمثل في أخذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلامة البدنية للمريض الموجود تحت مسؤوليته².

2- الأجهزة الطبية البديلة والتركيبات الصناعية

لقد كان من نتائج التطور الطبي تدخل الآلات والأجهزة في سير وعمل جسم الإنسان، فأصبح بالإمكان تعويض بعض وظائف الإنسان التي فقدت نتيجة سبب ما، بواسطة جهاز طبي أو تركيب صناعي يؤدي نفس الغرض.

ولا شك أن استخدام هذه التقنيات في جسم الإنسان يثير إشكاليات قانونية، لا سيما على صعيد المسؤولية الطبية الناجمة عن استخدام هذه الأجهزة والأضرار التي قد تترتب عنها. وفي الشأن استقر الفقه على وجوب التفرقة في استعمال الأجهزة بين الجانب الطبي والجانب الفني.

ففي الجانب الطبي، يقع على الطبيب تقدير الملائمة في استخدام العضو من عدمه وتهيئة الجسم لذلك ووضعه فيه. وهنا لا يكون الطبيب في كل ذلك مسؤولا عن

¹ - TGI لمدينة Montpellier بتاريخ 10 مارس 1948، منقول عن وفاء جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 80.

² - مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، ملف رقم (7733)، بتاريخ 2003/03/11، قضية (م.خ) ضد مستشفى بجاية، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2005، ص 208.

الضرر الذي يحدثه عمله إلا إذا أقيم الدليل على تقصيره، أي أنه وكأي عمل طبي يكون التزامه محصورا بالعناية اللازمة، فيختار العضو أو التركيب المناسب للمريض، ونفس الحكم يمتد للأسنان الصناعية التي يلتزم فيها طبيب الأسنان ببذل الجهود الصادقة في اختيارها ووضعها وتركيبها¹.

وقد عرض الأمر بشأن الأجهزة المساعدة على القضاء الفرنسي خصوصا ما تعلق بأجهزة الأسنان، فاعتبر أن الالتزام المتعلق بتركيب هذه الأجهزة هو التزام بوسيلة، باعتباره عملا طبيا خاضعا للاحتمال².

أما الجانب الفني، فينحصر في صناعة العضو، اتفاه مع الجسم، دقته وسلامته وكذا تأديته للوظائف المرجوة منه، فهذا عمل تقني أو فني محض. ويعتبر الطبيب مخلا بالتزامه إذا كانت صناعة العضو رديئة أو غير محترمة للمعايير أو تحدث ضررا بالمريض، إذ أن الطبيب يلتزم هنا بتحقيق النتيجة المتفق عليها، وهي ضمان سلامة التركيب الصناعي، وأدائه لوظيفته المرجوة منه على أكمل وجه³. وفي هذا الصدد قضت محكمة فرنسية أنه إذا كان الطبيب ملزما بالعناية في العلاجات التي يقدمها، إلا أنه ملزم بالنتيجة بصفته كعمون لتركيبات الأسنان، ويجب عليه تقديم جهاز دون عيوب⁴.

¹ - جاسم علي سالم الشامي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المرجع السابق، ص 429.

² - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية، المرجع السابق، ص 138.

³ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 167؛ وانظر أيضا، جاسم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، المرجع السابق، ص 429.

⁴ - Civ, 1ere 15 novembre 1988, bulletin civile, n°319.

وقد طبق القضاء الفرنسي الالتزام

بالنتيجة في عدة ميادين طبية منها: التحاليل المخبرية (Toulouse, 14 décembre 1959) ، والحقن العضلي، (Civ, 1ere 17 juin 1980) Bulletin civile I N°187

3- نقل الخلايا والأنسجة

يعتبر العلاج بنقل الخلايا والأنسجة، في نطاق العلاج بالمنتجات البشرية، من الطرق الطبية التي تطورت كثيرا بفعل التقدم العلمي الحاصل في المجال الطبي، سواء على مستوى النظريات العلمية، أو على صعيد الآلات والأجهزة المستخدمة لذلك.

ومن أشهر أنواع العلاج بالمنتجات البشرية، ذلك الذي يتم بواسطة نقل الدم إلى المريض، فقد يحدث أن يحتاج هذا الأخير إلى كميات كبيرة من الدم، إما بسبب النزيف التي يتعرض له، أو لتعويض ما فقده، أو أثناء عملية جراحية أو غيرها، فيقع على عاتق الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة، وهو تقديم دم سليم ومعافى، خال من أي فيروسات وأمراض. فإذا أصيب المريض بأي ضرر نتيجة نقل الدم، فإن مسؤولية الطبيب تقوم¹.

وفي التاريخ القضائي الفرنسي، طرحت عدة قضايا تتعلق بدم ملوث، أشهرها قضية الدم الملوث الذي أدى لإصابة عدة أشخاص بمرض السيدا في فرنسا بين سنوات 1980 و1990، والتي أثارتها الصحافة الفرنسية سنة 1991 بشدة².

وقد قضت محكمة استكشاف باريس بمسؤولية المعالج، المستشفى ومركز نقل الدم عن إصابة أحد المرضى بفيروس السيدا، متى تبين أن عملية نقل الدم كانت هي السبب في الإصابة به³.

وأكدت أعلى الهيئات القضائية هذا الاتجاه، فاعتبرت مراكز نقل الدم مسؤولة عن تقديم منتجات من العيوب، وغير مضرّة ولو في غياب الخطأ⁴.

¹ - محمد جلال حسن الأتروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، عمان، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، 01، 2008، ص 116.

² - Le quotidien français "libration", le 08 février 1995, l'affaire du sang contaminé.

³ - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 244.

⁴ - Cass, civ, 12 avril 1995, ce, le 16/05/1995, les grandes décisions du droit médical, op, cit.

وقد ذهب المشرع الجزائري -نفس من هب الفقه والقضاء الفرنسيين-، حينما قرر أن التبرع بالدم للأغراض العلاجية يتم تحت مسؤولية الأطباء¹، تخضع هنا للقواعد المعروفة.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما طبيعة الالتزام الطبي في حالة العلاجات المستحدثة خصوصا في حالات العلاج الجيني أو الخلوي؟

وبالرجوع للأحكام القانونية المنظمة للجوء لهذه العلاجات، يمكن القول أنه التزام بتحقيق نتيجة، باعتبار أنها طرق غير مألوفة في العلاج، تتضمن بعض الاستثنائية والخطورة، ويلتزم الطبيب فيها بعلاج المريض مما يعاني، لأنه وكما سبق أن بينت في الخصائص العلاجية لها، فإنها تؤدي إلى العلاج النهائي للمرض وتصحيح الخلل أو تعويضه، فهي ليست مجرد مداومة أو تخفيف ألم أو علاجات تحسينية وتكميلية (Soin palliatif).

ولذا فإنه وحماية لمصلحة المريض، يجب أن تخضع للالتزام بتحقيق الغاية العلاجية.

ومن جهة أخرى، فإن العلاج بنقل الدم ينطبق على العلاج الجيني أو الخلوي، فهم جميعا منتجات بشرية، تنشأ من الجسم، وتعود له.

وقد تعامل المشرعون مع العلاج بالدم بحذر تقني وقانوني كبيرين، مخافة انقلاب فوائد هذا العلاج إلى أضرار وخيمة على صحة الإنسان، كما حدث في قضية الدم الملوثة في فرنسا.

¹ - المادة 1/158 ق.ح.ص.ت.

كما تستنبط طبيعة الالتزام الطبي من خلال تشديد المشرعين على الضوابط التقنية والقانونية لإجراء هذه العلاجات.

ففي القانون الفرنسي لا يسمح بإجراء هذه العلاجات إلا للمؤسسات والهيئات المرخص لها، بعد أخذ رأي الهيئات الاستشارية، وفي حالة المخالفة، لا يكفي فقط بالمسؤولية المدنية للمخالف بل تقام مسؤوليته الجنائية كذلك¹.

أما في القانون الجزائري، الذي لم يشر صراحة للعلاجات الجينية والخلوية، غير أنه يتبين من خلال مضمون نصوصه ومقاصدها أنه يتبنى نفس الاتجاه، من خلال التشديد في إجراءات التجارب العلاجية وكل المناهج المفروضة بالتطور الطبي، والنص صراحة على المسؤولية المدنية للمبادر بالتجريب² وفي ظل الثورة التقنية الطبية الحاصلة، يكثر الحديث عن مستقبل الالتزام الطبي نحو المرضى، خصوصا وأن تدخل الطبيب بات ينحسر شيئا فشيئا لصالح الآلات والأجهزة الطبية، التي كثيرا ما تنتج أضرار تمس سلامة المرضى، دون أن يكون للطبيب دخل في ذلك، وربما يكون دوره منحصرا في ضبط معايير والمقاسات والأنظمة، بعد كثرة لجوء الأطباء لتقنيات المعلوماتية الطبية.

وعلى هذا الأساس، يتجه القضاء نحو التشديد في فرض سلامة المريض، مهما كانت طبيعة العلاج أو غرضه، وهو أمر طبيعي في ظل استمرار وقوع الأخطاء والأضرار الطبية وكثرة مساءلات الأطباء، فالالتزام الناشئ عن تشديد الواجبات الطبية، والقاضي بسلامة المريض قد يثير التساؤل حول جدواه في ظل الالتزامات التقليدية، كما يطرح الانشغال حول تكيفه مع أنماط العلاج الجديدة، ومدى ملاءمته للإبداع الطبي، وسأعود لتقييم هذه الالتزامات بعد استكمال الحديث عن أركان المسؤولية الطبية.

¹ - سبقت الإشارة لهذه الأحكام.

² - المواد 1/168 إلى 4/168 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

المبحث الثاني: شروط قيام المسؤولية المدنية الطبية

لا شك أن إخلال الإنسان بالتزاماته القانونية يوجب قيام مسؤوليته بشكل ما، والطبيب لا يخرج عن هذا الإطار، فمتى ثبت أن المريض كان ضحية لخطأ طبي، أو تعرض لضرر نجم عن عمل الطبيب، أو أن هذا الأخير أخل بالالتزامات المفروضة عليه، فلم يبذل العناية اللازمة للعلاج، أو تخلف عن تحقيق النتيجة المتفق عليها ابتداءً، فإنه وفي كل هذه الحالات تثار المسؤولية المدنية الطبية للأطباء.

وإذا كان نظام المسؤولية المدنية يهدف عموماً إلى تكريس حماية الإنسان من الأخطاء والانحرافات السلوكية بمنعها وقايتها، أو جبر ضررها عن حصوله، فإنه وفي المجال الطبي يصطدم بعقبات كبيرة. إذ أن الطبيب كثيراً ما يخطئ وهو بصدد تقديم العلاج، فلا يكون نطاق الخطأ نفسه، كما هو الحال في المسؤولية المدنية العامة، كما أن ثمة ضغوطات قانونية، إنسانية واجتماعية تجابه الطبيب، فهو مطالب بتقديم رسالته الإنسانية السامية على أكمل وجه، والحذر من مغبة الخطأ المهني، فضلاً عن الالتزام المهني المفروض عليه بضرورة تحديث معارفه، وبذل الجهد للرفقي بالطب البشري.

وحتى نتمكن من تقييم نظام المسؤولية الطبية ومدى ملاءمته للوضع الطبي الحالي، لا بد من دراسة قواعده العامة، كما وردت في إطارها التقليدي العام، وفي هذا الصدد أتعرض لبيان الشروط الواجب توافرها لقيام المسؤولية الطبية، وهي نفس الشروط التي تواتر الفقه والتشريع والقضاء على اعتبارها، وهي الخطأ الطبي (المطلب الأول)، ثم الضرر الطبي وعلاقة السببية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الخطأ الطبي

كان الخطأ منذ القدم ولا يزال سبباً لمساءلة القانونية، وقد بينت سابقاً كيف كرس القضية الفرنسي (Domat) التفرقة بين الخطأ الجزائي والخطأ المدني، وعلى إثره تقررت

القاعدة العامة في المسؤولية المدنية القاضية بالالتزام كل شخص سبب ضررا بخطئه بتعويض المضرر.

ولقد اعتاد فقهاء القانون على إصدار تعريفاتهم للخطأ ، التي تتفق تارة مع نزاعاتهم الشخصية، وتتسجم تارة أخرى مع المفاهيم الاجتماعية والاقتصادية السائدة، فإذا ذهب بعض الشراح للتضييق من دائرة الخطأ، جنح آخرون إلى التوسيع في تعريفه لتسهيل قيام المسؤولية والحصول على التعويض¹. وقد تعرضت فيما سبق للمقصود بالخطأ بشكل عام في إطار المسؤولية المدنية، بينما أتعرض في هذا المطلب لمفهوم الخطأ الطبي (فرع أول)، ثم أتبين التدرج الحاصل فيه والذي انتح أنواعا فقهية له (فرع ثاني).

الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي

أدى ارتباط مفهوم الخطأ الطبي بالطابع المهني لعمل الأطباء إلى ثراء التعريفات واختلاف الأفكار حول إدانة الطبيب مدنيا وإقامة مسؤوليته، بين الفقه التشريع والقضاء وهو ما أبينه تباعا.

أولا: التعريف الفقهي للخطأ الطبي

تحت تأثير نظرة الفقه للخطأ المدني واستمراريته في المجال الطبي، تعددت آراء فقهاء القانون في تعريفاتهم للخطأ الطبي، بين مجمل، شامل وموسع لنطاقه فيرى بعض الفقهاء أن مجرد عدم قيام الطبيب بالتزاماته المهنية بشكل خطأ طبي²، وهو نفس الخطأ الذي يقوم عند تقصير في مسلك الطبيب، الذي لا يقع من طبيب يقظ، وجب في نفس

¹ - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 147، وانظر أيضا، أحمد حسن الحياوي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 104.

² - عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 259؛ وانظر أيضا، حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 118.

الظروف الخارجية بالطبيب المسؤول¹. فيما تأثر الأستاذ الدكتور منذر الفضل بالقرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية، حينما عرف الخطأ الطبي بأنه «إخلال من الطبيب بواجبه في بذل العناية الوجدانية اليقظة، الموافقة للحقائق العلمية المستقرة»².

كما يرى أسامة عبد الله قايد أن كل الالتزامات والقواعد الفنية تتدخل في تحديد الخطأ الطبي، الذي يعرفه بأنه مخالفة الطبيب في سلوكه للقواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظرياً أو عملياً وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضير بالمريض³.

وبنظرة أوسع وأشمل، يذهب عبد اللطيف الحسيني إلى أن الخطأ الطبي هو «الذي يرتكبه الطبيب أثناء، مزاولته مهنته إخلالاً بموجب بذل العناية، ويتجلى في كل مرة لا يقوم فيها الطبيب بجملة بانتباه وحذر، ولا يراعي فيها الأصول العلمية المستقرة، مع الأخذ بعين الاعتبار كل الظروف الاستثنائية في الزمان والمكان... وهو بالنتيجة كل خطأ يرتكبه أثناء مزاولته لفئة إذا كان السبب في الإضرار بمريضه»⁴.

¹ - وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 38 - 41.

² - منذر الفضل، " الخطأ الطبي " مجلة القانون، نقابة المحامين الأردنيين، العدد 08، 1999، ص 13.

³ - أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 224.

⁴ - عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987، ص

أما بالنسبة للفقهاء، فقد استصعب أغلب الفقهاء عملية إصدار تعريف للخطأ الطبي، بالرغم من إيمانهم بضرورة الإجراء لمساهمة في حل مشاكل المسؤولية¹.

وبالرغم من ذلك، أذكر بعض المحاولات التي عرفت الخطأ الطبي بأنه الإخلال بالممارسة لا يصدر عادة من الطبيب مؤهل ويقظ، وجد في نفس الظروف².

أما الفقه الإسلامي، فقد أبدع الفقهاء المسلمون في تصوير الخطأ الطبي بشكل يصل إلى أرقى مستويات الصياغة القانونية الحالية.

فبداية يرتبط معنى الخطأ في الفقه الإسلامي بعدم القصد فيه، حيث ذكر الفقه المالكي "ابن عبد البر" أن الخطأ ما لم يقصده الفاعل ولم يريده وأراد غيره، وأضاف أن فعل الخائن والطبيب في هذا المعنى³.

وبتعبير أدق وأبلغ وأقرب ما يكون إلى اصطلاحات كبار فقهاء القانون الفرنسيين، يشير الإمام الشافعي إلى الخطأ في المجال الطبي بقوله أن التعدي يكون إذا فعل الطبيب ما لا يفعله طبيب مثله وجد في موضعه وكان عالماً به⁴.

مما سبق، يظهر أن أغلب الفقه الإسلامي يتجه إلى اعتبار الخروج عن أصول الطب خطأ طبي يستوجب ضمان الطبيب.

¹ - إعراف الفقيه الفرنسي (Albert Rebut) في رسالته للدكتوراه بباريس 1948 حول (مفهوم الخطأ في القانون الخاص) أنه من المستحيل أحياناً تحديد تعريف للخطأ، كما أشار الفقيه (George Ripert) بأنه لا يستطيع إعطاء تعريف للخطأ.

- Caroline Kam axas, les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyen en matière médicale.

² - Caroline Kam axas, «la reforme de la responsabilité médical responsabilité au assurance », revue internationale de droit comparé, vol 42, N° 02, avril -juin 1990, p531.

³ - ابن عبد البر المالكي، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000، 62/8.

⁴ - محمد بن ادريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، 166/6.

كما أن فقهاء القانون ربطوا مفهوم الخطأ بمخالفة الأصول والقواعد الفنية والقانونية لمهنة الطب، مع اعتبار كل الظروف التي يمكن أن يتأثر بها الطبيب أو أن يوجب في ظلها.

2- التعريف التشريعي للخطأ الطبي

لم تتطرق الكثير من التشريعات المعاصرة لتحديد المقصود بالخطأ الطبي، معتمدين في ذلك على الفكرة التي بدأت تتضاءل تحت تأثير كثرة الخصومات والمطالبات القضائية- والتي مفادها إحجام التشريع أو القانون عن تعريف المفاهيم. وبالرغم من ذلك، نجد أن المشرع الإماراتي عرف الخطأ الطبي بأنه: «الخطأ الذي يرجع إلى الجهل بأمور فنية يفترض في كل من يمارس المهنة الإلمام به، أو الذي يرجع إلى الإهمال أو عدم بذل العناية اللازمة»¹.

ولم يعرف المشرع الفرنسي الخطأ الطبي في منظومته القانونية، بالرغم من إبقائه على الخطأ كأساس لمسؤولية مهني الصحة في قانون 04 مارس 2002 حول النظام الصحي².

ونفس النهج نهجه المشرع الجزائري، الذي لا يتعرض صراحة لمفهوم الخطأ الطبي، لا في نصوص القانون المدني ولا القانون الطبي، وإن كانت هذه النصوص تحيل على القواعد العامة، التي تبقى على خطأ الإنسان كأساس لمسؤوليته المدنية. خطأ يتوفر على عناصر الإخلال والإدراك لكي يكون مقيماً للمسؤولية³.

¹- القانون الاتحادي رقم (10) لسنة 2008 في شأن المسؤولية الطبية، موقع-legal- orgwww.gcc

²- المادة 1/267 ق.ح.ص.ت. "دون الإخلال بالملاحظات المدنية والجزائية، كل تقصير في الواجبات المحددة في هذا القانون وعدم الامتثال لأداب المهنة يعرض صاحبه لعقوبات تأديبية".

³- المادتين 124 و125 ق.م.ج.

غير أن تحليل بعض أحكام قانون الصحة الجزائري ينبئ عن الاتجاه العام للمشرع في اعتباره للخطأ الطبي، وهو مذهب أرى فيه عدم الخروج عن الآراء الفقهية السائدة في نظرتها للخطأ الطبي.

فالمشرع الجزائري يعتبر الخطأ الطبي خطأ مهنيا ينتج عن التقصير والإخلال بالواجبات المهنية، ويفرض على الممارس الطبي أن يحترم المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم المهنة الطبية، وفي غياب هذا الواجب يتشكل الخطأ. كما أنه اخذ بالنظرية العامة للخطأ، التي تقتضي محاسبة المتسبب فيه حسب طبيعة الخطأ المقترف، جزئياً كان أو مدنياً، مع قيام المسؤولية التأديبية للطبيب ولو في غياب الخطأين المذكورين¹

3- الخطأ الطبي في القضاء

ساهم القضاء بشكل كبير في تحديد معالم نظرية الخطأ الطبي، ويعتبر الشراح أن قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير (Mercier) بمثابة أساس تحديد الأخطاء، انطلاقاً من التعبير الوارد فيه عن العناية المفروضة على الطبيب، «وهي العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة»، والتي يفهم منها أن الطبيب يكون مخطئاً إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة من جهة، أو إذا كانت العناية التي بذلها مخالفة للحقائق العلمية المكتسبة من جهة أخرى².

¹ - المادة 239 ق.ح.ص.ت: «يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبيب، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه... إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية»؛ المادة 2/168 ق.ح.ص.ت: «يجب حتماً احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان، في إطار البحث العلمي».

² - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 151.

كما ذهب محكمة "السين" أن خروج الطبيب عن القواعد العامة للحيطة وحسن التقدير المطلوبة في أية مهنة كانت، لا يتفق مع الضمان الذي يتطلب مصلحة الناس¹.

وما يمكن ملاحظته هو أن هذا الاتجاه القضائي في تحديد مفهوم الخطأ الطبي، قد أسقط على التشريعات، حيث يقابله في المعنى نص المادة 32 من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي، التي تقابلها المادة 45 مدونة أخلاقيات الطب.

وقد عرف مفهوم الخطأ في القضاء تطورا هاما، فبداية أصبحت نظرة، القضاء له مزدوجة، إذ يحمل بعدين: طبي وقانوني، يتمثل البعد الطبي في توصيف الخطأ حسب المعايير العلمية السارية، أما البعد القانوني فيتعلق بالإخلال بالالتزامات القانونية المعروفة².

وفي أحدث قراراتها، أشارت محكمة النقض الفرنسية إلى مفهوم جديد للخطأ الطبي بأنه «خطر عرضي ملازم للعمل الطبي، والذي لا يمكن التحكم فيه»³.

ولا شك أن هذا التطور في مفهوم الخطأ سيحدث ثورة عارمة في نطاق مسؤولية الأطباء، إذ أن تضمينهم نتائج العمل الطبي المتوقعة وغير المتوقعة سيضاعف من متاعبهم القانونية. ومن خلال هذا التعريف نرى بأن مطابقة العمل الطبي لمعطيات العلم الحديثة ليست كافية للدفع بعدم المسؤولية، بل يتطلب إحاطة طبية بنتائج المتوقعة وغير المتوقع. ويأتي هذا المفهوم الجديد لمحكمة النقض للتكفل بكل المطالبات القضائية

¹ - محكمة "La Seine" بتاريخ 1907/07/20، مشار إليه في أسامة قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، المرجع السابق، ص 225.

² -A. Marcos, «la double dimension de la faute en responsabilité médicale», revue médecine et droit, N°59, 2003,p50

³ -Cass civ, 1ere ch, 20/01/2011, commentaire D.M.Mispwaski, «une nouvelle définition de la faute médicale», site web : www-sait- lois- réseau sein .orq.

المتزايدة من ضحايا الأخطاء الطبية، وهو يضرب عرض الحائط كل المفاهيم الفقهية السابقة التي تقيم الخطأ على أساس الإخلال بالالتزامات الطبية.

ثانياً: معايير الخطأ الطبي

يقسم الفقه التزامات الطبيب بين بذل العناية اللازمة وبين تحقيق النتيجة المطلوبة، وفي كل هذا يتعين على الطبيب اتخاذ واجبات الحيطة والحذر التي تفرضها قواعد المهنة والالتزام بما توصل إليه الطب من معلومات وحقائق.

وإذا كان معيار قياس الخطأ في التزامات العناية المبذولة هو معيار الرجل العادي المتوسط الفطنة والذكاء¹، فإن المسؤول نفسه يطرح حول معيار تقدير خطأ الطبيب، نظراً لجوهريته في تحديد المسؤولية، وهو ما أبينه فيما يلي:

1- المعيار الشخصي

يتحدد المعيار الشخصي، ويقوم في نطاق الشخص الطبيب نفسه وظروفه الخاصة، فيقاس سلوكه عند وقوع الخطأ بمسلكه الشخصي المعتاد، فيكون ملزماً ببذل العناية التي اعتادها، بحيث إذا ظهر أنه كان يستطيع تفادي الفعل الضار المنسوب إليه، وأن ضميره يؤنبه على ما حصل منه من إهمال، قام خطؤه، لأنه سلك مسلكاً أقل حيطة وحذراً من سلوكه الاعتيادي². ويتأسس عليه، أن ننظر لطبيعة وشخصية الطبيب المخطئ، ومستواه العلمي والمهني، وكذا كل الظروف المحيطة به والمؤثرة عليه.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 779/1، وانظر: عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 543.

² جمال عبد الرحمان علي، المسؤولية المدنية لمنتجي وبائعي المستحضرات الصيدلانية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1993، ص 80.

وقد لاقى هذا المعيار مناصرة من بعض الفقه والقضاء، الذين افترضوا أن تكون للطبيب قدرة دفع الضرر، بما يتناسب مع مؤهلاته وإمكانياته، واحتجوا بأن هذا المعيار يحقق العدالة الشخصية بمراعاته لظروف كل شخص وتقديره وحالته¹.

ولا شك أن إهمال هذا المعيار يؤدي إلى إعفاء الطبيب المهمل والمعتاد على اللامبالاة من المسؤولية في حالة الإضرار بالمريض، وهو ما يجافي العدالة²، ولهذا سجلت على نظرية المعيار الشخصي مأخذ كثيرة من بينها أنها صعبة التطبيق، فهي تتطلب دراسة وافية لشخصية المخطئ وظروفه الخاصة وثقافته وحالته الاجتماعية والصحية³.

ونظرا لهذه الانتقادات وغيرها، اتجه البحث عن معيار آخر أكثر موضوعية، هو في الحقيقة ليس سوى المعيار الموضوعي.

2- المعيار الموضوعي

يقوم المعيار الموضوعي على استبعاد مأخذ المعيار الشخصي، فلا يقوم على اعتبار الظروف الداخلية أو الشخصية للطبيب، وإنما يبنى على الظروف الخارجية التي أحطت به، والسلوك المجرد النموذجي الذي يجب أن يسلكه والمتوقع من شخص، متوسط الحذر والاحتياط، ويفترض فيه مستوى معين من اليقظة والتبصر⁴.

¹- رابيس محمد ، المسؤولية المدنية للأطباء، مرجع سابق، ص 156، و انظر أيضا: بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 56.

²- ابراهيم الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي، المرجع السابق، ص 30.

³- علي مصباح ابراهيم، مسؤولية الطبيب الجزائية، المجموعة المخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 527.

⁴- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1/ 784؛ وانظر أيضا: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 18.

فمعيار الخطأ هنا هو معيار موضوعي يقيس الفعل على أساس سلوك معين، لا يختلف من حالة لأخرى، هو سلوك الطبيب المعتاد، أو طبيب نموذجي، يعتمد القاضي معياراً للتقدير، فهذا الطبيب من أوسط الأطباء خبرة ومعرفة في نطاق اختصاصه أو مستواه المهني، وهو الذي يبذل في معالجة مريضه العناية اليقظة، ويراعي القواعد الطبية الثابتة، فيما عدا الظروف الاستثنائية¹.

وعلى هذا الأساس، يلتزم كل طبيب ببذل العناية اللازمة والصادقة من أجل تخليص المريض من الألم. التزاماً يجد مضمونه في العبارات المجيدة بحكم محكمة النقض الفرنسية من عناية وجدانية، يقظة صادقة وموافقة لمعطيات العلم. وبالتالي فإن المعيار الخطأ الذي استقر عليه القضاء في تحديد مسؤولية الطبيب يقوم على ثلاثة أسس وهي:

أ- تقدير تصرف الطبيب بنظيره في الدرجة أو المستوى.

ب- مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب وكذا الاستثنائية منها.

ج- توافق العمل الطبي مع أصول المهنة ومرجعياتها².

الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي

يتعرض الطبيب أثناء ممارسته للنشاط الطبي إلى عدة إختلالات وانتكاسات تبررها طبيعته البشرية، وتترجم جميعها في صورة خطأ صادر عنه، فهو إنسان قبل أن يكون طبيباً، ويمارس نشاطاً بشرياً غاية في الدقة والصعوبة، والإكراهات أحياناً. لهذا يذهب الفقه طويلاً إلى وجوب التفرقة بين كل ما يصدر عن الأطباء من أفعال، تحب تأثير المسؤولية الطبية، وأهمية الحرية الإبداعية للأطباء فضلاً عن أن هذه

¹ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص18؛ وانظر أيضاً، عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، بيروت، منشورات عويدات، ط01، 1983، ص 247.

² محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 19.

المسؤولية تعرف مستجدات، يجب إزائها وضع تفرقة بين مختلف أنواع الأخطاء الصادرة عن الأطباء.

وعلى هذا الأساس تقسم إلى درجات أتناولها فيما يلي:

أولاً: الخطأ العادي والخطأ المهني

تأثر تصنيف الخطأ الطبي بالمجال الفقهي القائم آنذاك حول مدى مساءلة الأطباء، إذ ظهر في بداية القرن التاسع عشر اتجاه فقهي مغالي يدعو إلى عدم إخضاع الأطباء للمسؤولية، لأن هذا يقلل من أهميتهم وشأنهم، غير أن هذا الاتجاه لقي معارضة فقهية شديدة، اعتمدت على نص المادتين 1382 و 1383 ccf اللتان لا تستثنيان شخصاً من تعويض الضرر المترتب عن خطئه أو إهماله¹.

وقد حاول الفقيه (Charles Demolombe) التوفيق بين الرأيين السابقين، من خلال التفرقة بين نوعية من الأعمال أحدهما مادي والآخر فني أو مهني. والأعمال المادية العادية هي التي لا تمت بصلة للطب، بينما تربط الأعمال الفنية ارتباطاً وثيقاً بمهنة الطب².

وعلى هذا الأساس، يعتبر خطأ عادياً، ذلك الإخلال أو الانحراف الذي ليس له علاقة بالطب أو الطبيب، ويمكن أن تصدر من أي شخص بغض النظر عن صفته أو مهنته، وتستند لسلوك إنساني مجرد، يخالف القواعد العامة للالتزام التي نطالب جميعنا باحترامها والتزامها. وهذا النوع من الأخطاء يمكن للقاضي أن يقف عليها ويقدرها دون اللجوء للخبرة مثلاً.

¹ - محسن البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993، ص 14.

² - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 171-172، وأيضاً: مراد بن صغير، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 80.

ومن أمثلة الأخطاء العادية نجد نسيان الطبيب آلة أو أداة جراحية في جسم المريض¹، أو كحالة طبيب الأسنان الذي يخلع أربعة عشر ضرسا بقصد الحصول على أجر كبير².

وعلى النقيض من الخطأ المادي أو العادي، يعتبر الخطأ المهني أو الفني مرتبطا بشخص الطبيب وصفته ومهنة الطب، وهو يقع كلما خالف الطبيب القواعد والأصول التي تفرضها عليه مهنته، كالخطأ في التشخيص، العلاج أو المتابعة أو غيرها من الأعمال التي يقوم بها الأطباء.

وإذا كان القاضي يستطيع تبيين الخطأ العادي بمفرده، فإن غموض الخطأ المهني يصعب مهمته ما لم يستعن بأهل الخبرة من الأطباء³.

ومن التطبيقات القضائية في الأخطاء المهنية، ما قضت به محكمة باريس بإدانة الطبيب الذي أخطأ في تشخيص سرطان المعدة بأنه قرحة معدية، كما أدين الطبيب الذي لم يستعمل الأجهزة المألوفة للتشخيص مما سبب خطأ في التشخيص⁴.

وفي مجال التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني، شعر الفقه لوقت طويل بضرورة إقامتها بينهما، وأن الطبيب لا يسأل عن خطئه المهني إلا إذا كان جسيما، بغرض إتاحة الفرصة له لممارسة نشاطه بكل حرية وطمأنينة وثقة، تعود نتائجها على صحة المرضى وتقديم الطب⁵.

¹ - قرر مجلس قضاء تلمسان بتاريخ 1992/01/19 بتعويض مريضه عن الأضرار التي لحقت بها من جراء نسيان إبرة بجسمها من عملية الولادة، والمكتشفة نتيجة الآلام التي بقيت تتعرض لها، وكذا ظهور جسم غريب في الفحوصات التصويرية التي أجرتها المعنية؛ مشار إليه في : ريس محمد، المرجع السابق، ص 172.

² - حسن زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 136.

³ - ابراهيم الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - Tribu, civ, la seine : 20/02/1946, tribu ,Lille : 30/07/1952.

مشار إليه : مراد بن صغير ، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص 82.

⁵ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، 821/1، وأيضا: محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص

وغير أن هذه التفرقة بدأت تظهر محدوديتها وعدم وجودها فضلا عن مساهمتها في تجنب الأطباء المساءلة القانونية في حالة الخطأ المهني اليسير¹.

ولهذا ذهبت م.ن.ف إلى أن «الطبيب يسأل عن أخطائه شأنه شأن أي شخص يرتكب خطأ يحدث به ضرر للغير، وأن هذه المسؤولية نجد أساسها في قواعد المسؤولية التقصيرية وفقا للمواد 1382، 1383 من القانون المدني، فهذه القواعد واجبة التطبيق على كل ضرر يترتب عن الرعونة أو الإهمال وعدم التبصر، سواء في نطاق عمل الأفراد العاديين أو نطاق عمل المهن والوظائف المختلفة²».

ويتضح لنا أن إزالة التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني أمر ضروري لا مفر منه، فهو فضلا عن إقراره لحماية أكبر للمرضى ويكرس حقوقهم في العلاج الأمن، إلا أن مصيرها سيكون الزوال لو أن هذه التفرقة عاصرت زمن المسؤولية دون خطأ والالتزام بسلامة المرضى.

كما أن القضاء الجزائري قد اخذ في تطبيقاته المختلفة³ بعدم التمييز بين الخطأين، ولا يضره في ذلك ما ذهبت إليه، المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب، التي أقامت مسؤولية الأطباء عن أعمالهم المهنية، إذ أن هذا النص يعتبر خاصا في مواجهة نصي المادتين 124 و 125 من القانون المدني الجزائري، اللتان تحيطان بالمسؤولية عن العمل الشخصي في ظروفها العامة، التي تنطبق على الجميع بمن فيهم، سواء كانوا أطباء أم موظفين أم صناع أم غيرهم، ولهذا لا ننتظر من أحكام القانون الطبي الجزائري أن تعالج مسؤولية الطبيب في حالتي الخطأ العادي والخطأ المهني، مادامت الأحكام العامة قد فصلت أحدهما.

¹ مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 103.

² -Cass, civ, le 18/06/1935, les grandes décisions de droit médical, op, cit.

³ -المادة 13 ق.أ.ط: «الطبيب أو جراح الأسنان مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به».

ثانياً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

بعد تعرضنا للأخطاء التي تصدر من الطبيب بوصفه بشراً، وبوصفه مهنيًا، يثور التساؤل حول الأخطاء الصادرة منه في الحالة الأخيرة، حول ما إذا كان يتطلب لقيام مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية أن تكون جسيمة، أم يكفي فيها بالخطأ اليسير فحسب؟

وتعود فكرة الخطأ الجسيم القديمة الحديثة إلى القانون الروماني، الذي عرفه بأنه الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص قليل الذكاء والعناية. وكان الرومان يساوون الخطأ الجسيم بالغش في المحاسبة، للحيلولة دون إفلات الغاش من الجزاء تحت شعار الغباء ويعود الفضل في نقل هذه النظرية للقانون الفرنسي القديم إلى الفقيه (Pothier) في إطار حديثه عن تدرج الخطأ¹.

فالخطأ الجسيم يبلغ درجة من الفحش بما يدل على عدم أهلية مرتكبه، وعدم كفاءته للقيام بما هو مطلوب منه، وهذا ما ذهبت إليه محكمة "السين" الفرنسية بأنه الخطأ الذي لا يقدر بمعيار شخصي ولا مهني، ولا يرتكب بقصد إحداث الضرر، وإنما يتميز نطاقه بجسامة تتم عن عدم الكفاءة أو عدم المبالاة الجنونية².

وبهذا يتبين أن درجة هذا الخطأ لا تقاس بما ينجم عنه من ضرر، إذ أن أكبر الكوارث قد تكون نتيجة خطأ تافه، وإنما يعد معيار الجسامة فيها أدبيا، يتمثل في ذلك السلوك المعنوي الذي يقدر صاحبه بإمكانية حدوث الضرر ومع ذلك يتمادى في فعله، فسلوكه يعتبر خطأ جسيماً³.

¹ - نوري حمد خاطر، «تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية»، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد 07، العدد 03، أكتوبر، الأردن، 2001، ص 02.

² - حسين زكي الأبراشي، مسؤولية الأطباء المدنية، المرجع السابق، ص 148.

³ - حسن زكي البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 28.

وتطبيقاً لذلك يكون الطبيب مرتكباً للخطأ الجسيم إذ ترجح في نظره وقوع الضرر نتيجة عمله الطبي، ومع ذلك يمضي في العلاج، وفي هذا الصدد نقيس سلوكه بسلوك طبيب في نفس مستواه، وتكون درجة احتمال حدوث الضرر هي التي تحدد درجة جسامته الخطأ، فإذا كانت احتمالية فلا يمكن نسبه الخطأ للطبيب، كما قضت بذلك محكمة Nîmes الفرنسية¹.

وتعود أسباب التفرقة في تقسيم أخطاء الأطباء إلى الرغبة في إعفائهم من المسؤولية عن الخطأ اليسير وإقامتها في الجسيم فقط، وهو مذهب الفقه والقضاء في فرنسا حيناً من الدهر².

وقد ذهبت العديد من الأحكام القضائية في فرنسا بداية إلى وجوب التمييز بين الأخطاء الطبية، وقصر المسؤولية على الأخطاء الجسيمة دون اليسيرة، فقضت محكمة "السين" بأن الطبيب مسؤول عن الضرر الذي يصيب المريض متى نجم عن خطأ الطبيب الفاحش وعدم احتياظه وجهله بالأمور التي يجب أن يعرفها كل طبيب³.

كما تبين م.ن.ف. الخطأ الجسيم في القرار الشهير باسم (Thouret Noroy) الذي جاء فيه بأن الطبيب يسأل عن الإهمال الواقع منه والمتسبب في بتر ذراع المريض، نتيجة تخليه عنه بإرادته وتركه يعاني من آلام المرض وهو بمثابة الخطأ الجسيم⁴.

غير أن فكرة الخطأ الجسيم تفهقت أمام الآثار القانونية والتاريخية الناجمة عن اعتماد القضاء الفرنسي للطابع التعاقدى للمسؤولية الطبية، بموجب القرار الشهير الذي

¹ - إن قيام الطبيب بحق مريض بدواء يساعد في التشخيص، مما أدى إلى الوفاة، لا يعتبر خطأ من جانب الطبيب، مادام الحقن قد تم وفقاً لتواعد المهنة، قرار محكمة "نيم" بتاريخ 19/10/1964، أشار إليه: وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المرجع السابق، ص 381.

² - جاسم علي الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، المرجع السابق، ص 415.

³ - قرار بتاريخ 25/02/1929 منقول عن: عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ص 149.

⁴ - Cass, Req, 18 juin 1835, Thouret neroy, les grandes décisions du droit médical, p 310.

أقام مسؤولية الطبيب عن كل إخلال يقع منه، وبالتالي لم يعد متسعا التمييز في إقامتها بين درجات الخطأ.

وعلى هذا الأساس، اضطرت المحاكم الفرنسية على هجرة فكرة الخطأ الجسيم، وإلغاء اشتراطها في قيام المسؤولية، عبر الكثير من أحكامها¹، وأشهرها القرار الحديث الصادر عن مجلس الدولة والذي أهمل اشتراط خطأ جسيم في حالة ضرر منوب لعمل طبي، ويكفي قيام خطأ طبي، بكل بساطة لإقامة مسؤولية المستشفى².

ولا شك أن تخلي القضاء الفرنسي عن فكرة الخطأ الجسيم جاء تبعا للنقد الموجه لها، فالتفرقة التي نادى بها أنصار الخطأ الجسيم غير دقيقة، فضلا عن أن القوانين لم تستثنى عادة الطبيب من المسؤولية مهما كان خطؤه، إضافة إلى حاجة الأطباء للثقة والطمأنينة لا يمكن أن تطفئ على حاجة المرضى للحماية من هذه الأخطاء³.

وأخيرا فإن المشرع قد حسم الأمر نهائيا، ولم يبق مجالاً للشك من خلال تبنيه لما ذهب إليه قضاة المدعيون والإداريون بترك الخطأ الجسيم، حيث أكد وكرس الخطأ⁴، ولا شيء سواه كأساس وحيد موجب لمسؤولية مهني الصحة، وهذا بموجب قانون 04 مارس 2002 المتعلق بحقوق المرضى وجودة النظام الصحي.

وهذا الاتجاه التشريعي يساير مذهب القضاء في تقرير مسؤولية الطبيب ولو كان الخطأ المنسوب له يسيرا، حيث لا يلزم أن يكون الخطأ جسيما، وعلى القاضي التأكد من

¹ - قرار محكمة Grenoble بتاريخ 1946/11/4، ذكره؛ محمد فائق الجوهري، المسؤولية الطبية في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 365..

قرار م.ن.ف. بتاريخ 1963/10/30، ذكره محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، سوء السلوك الفاحش والمقصود: دراسة في القوانين الفرنسية، المصري الكويتي، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 148.

² - CE, arrêt de «M. et mmev», le 10/03/1992, les grandes décisions du droit médical, op.cit, p513.

³ - جاسم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، المرجع السابق، ص 416؛ وانظر أيضا: محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 185-186.

⁴ - Article 1142- 1csp : «hors le cas ou leur responsabilité est en courue... qu'en cas de faute».

وجود الخطأ ، وليس له التعمق في أصول مهنة الطب¹، والخطأ اليسير هو الخطأ الذي لا يرتكبه المهني المثالي الحريص، ويتميز عن الخطأ البسيط جدا أو التافه (الغلط) بان كل مهني، ولو كان أكثر فطنة، يمكن أن يأتيه².

وهو الذي تعنيه المادة 172 من القانون المدني الجزائري. كمعيار عام ومجرد، فيما يتعلق بمدى العناية المطلوب من المدين بذلها في الالتزام ببذل عناية، وهو ما يدفعنا لطرح التساؤل حول موقف المشرع الجزائري من هذه التفرقة التي أقامها القضاء الفرنسي ثم أقضاها؟

في الواقع، وبالإطلاع على نصوص القانون الجزائري، نجد أن أحكامه تصب في صالح إقامة المسؤولية المدنية العامة عن كل خطأ يرتكبه الشخص، سواء كان يسيرا أو جسيما، وهذا بالاستناد على المبررات التالية:

1- أن المادة 124 من القانون المدني الجزائري. كرست المسؤولية على أساس الخطأ دون أن تبيّن نوعه أو درجته، غير أن هذا التوضيح يظهر في مواضع متفرقة من القانون المدني، أشارت لتشديد مسؤولية المدين الذي يرتكب خطأ جسيما³، بما يفيد معنى مساءلته لأي خطأ ولو كان يسيرا.

2- والمدين لا يعد مؤديا لالتزامه إلا إذا بذل عناية الشخص العادي⁴، التي عبر عنها القانون المدني الفرنسي بعبارة "رب الأسرة الصالح" « Bon père de famille »⁵ وهي عناية تتطلب إقامة الاعتبار لعدم الوقوع في الخطأ سواء كان تافها أو جسيما.

¹ عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه، المرجع السابق، ص 1412.

² فيليب لوترونو، المسؤولية المدنية المهنية، المرجع السابق، ص 25-26.

³ المادة 182 ق.م.ج.

⁴ المادة 172 ق.م.ج.

⁵ Article 1137 ccf

3- كما أن جواز الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية، لا يمضي في حالة الغش أو الخطأ الجسيم¹، وهذا يدل على أنه إمكانية الإعفاء من الخطأ اليسير لا تنفي قيام المسؤولية بصدده بداية.

4- وأخيرا فإن قانون الحماية الصحة وترقيتها قد أقام المسؤولية عن الخطأ المهني كما الخطأ العادي²، فيما لم يشر إلى درجة هذا الخطأ بتاتا، وهذا يدل على أن المشرع الجزائري لا يليق لأية تفرقة بين اليسر والجسامة في الخطأ في نطاق المسؤولية الطبية. ومما سبق يتبين لنا بأن الرأي الذي ينادي بإعفاء الأطباء من المسؤولية في حالة الخطأ المهني البسيط³، لا يتوافق مع اتجاه المشرع الجزائري في التعاطي مع المسؤولية الطبية، إذ أن خصوصية المهنة الطبية لا تبرر بأي حال التغاضي عن أي خطأ طبي ولو كان يسيرا، كما أنه يمكن التكفل بانشغالات أعضاء الجهاز الطبي بإجراءات أخرى، من قبيل تعزيز المنظومة التكوينية، والتمكين من الوصول للتقنيات الطبية المتطورة واستعمالها وغير ذلك.

ونلخص إلى القول بأن الطبيب يسأل عن أي خطأ، مهما كانت جسامته، وهو ما تقتضيه قواعد العدالة، والموازنة بين حق المريض في متابعة من أضر به وحاجة الطبيب للطمأنينة، التي تجد نفسها في ثقته بالنظام القانوني أكثر من هروبه من المسؤولية.

¹ - المادة 178 ق.م.ج.

² - جاء في نص المادة 239 من ق.ح.ص.ت. باللغة الفرنسية :

«toute négligence et toute faute professionnelle commise par le médecin...»

أي أنه جمع بين الخطأ العادي المستتب من عبارة (الإهمال) (négligence)، وبين الخطأ المهني (faute professionnelle)

³ -MM.hannaz et a Hakam, précis de droit médical, op,cit, p50.

ثالثاً: الخطأ الفردي والخطأ الجماعي

قد يتدخل الطبيب بمفرده لعلاج المريض، تحت مسؤوليته الشخصية، ولكن تطور العلوم الطبية تقنيا فرض على الأطباء اليوم الاستعانة بعدة اختصاصيين طبيين لعلاج الحالة الواحدة، وهو التزام يفرضه القانون كذلك، فجاء في المادة 45 من مدونة أخلاقيات الطب: «يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة... والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين»¹.

ولا شك أن هذه الاستعانة تثير إشكالية تحديد المسؤوليات في حالة الخطأ الطبي، الذي يتوزع في هذه الحالة بين كونه خطأ فردياً أو جماعياً، وهو ما أفصله فيما يلي:

1- الخطأ الفردي

يجمع الفقه والقضاء والتشريع على أصل المسؤولية الطبية القائمة على الفعل الشخصي، سواء كان مصدر الالتزام القانون أو العقد، وهذا الأصل يجد تبريره في النصوص القاعدية المؤسسة للمسؤولية المدنية². التي تقيمها على أساس الفعل الشخصي أو الخطأ الشخصي.

ولهذا كان استقرار القضاء الفرنسي على المسؤولية العقدية للطبيب، إثر قرار "مرسي" الشهير، مرتبطاً بالخطأ الشخصي للطبيب الذي يسأل عنه بمفرده.

إن التوغل في مدى انفراد الطبيب بالخطأ وبالمسؤولية يثير استفهامات عدة حول نطاق هذا الخطأ عند استعانة الطبيب - طبيعياً - ببعض زملاء المهنة من مخدرين وجراحين إلى جانب المساعدين الممرضين؟

¹ - تقابلها المادة 32 - 4127 R من قانون أخلاقيات الطب الفرنسي.

«Dés lors qu'il a accepté de répondre à une demande ;... en faisant a^^el, s'il y a lieu, à l'aide de tiers compétents».

² - المادة 124ق.م.ج، والمادة 1382.ccf.

ويذهب الفقه والقضاء في هذه الحالة إلى اعتبار مسؤولية المساعد مسؤولية شخصية، إن توبع من طرف المريض على أساس العقد، وتكون مسؤولية المتبوع عن أفعال تابعة هي مناط المحاسبة، إن أقيمت الدعوى على الطبيب الأصلي، وهي مسؤولية تقصيرية في كل الأحوال.

وتأسيسا على عدم الجمع بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، ابتكر الفقه، وناصره القضاء رأيا يقضي بتمديد أحكام المسؤولية العقدية إلى طبيب التخدير الذي لم يتعاقد مع المريض¹.

فبتغليب الطابع العقدي على العلاقات الطبية تقوم مسؤولية الطبيب عن خطأ مساعده وفق المسؤولية العقدية عن فعل الغير، ذلك لأنه لجأ له خارج رضا المريض، للقيام بجزء من التزامه، فيكون مسؤولا أمام المريض، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها².

وبهذا يظهر بأن الطبيب يسأل عن عدم تنفيذ التزامه، الذي يكون قد عهد به إلى غيره، هذا الأخير يعتبر امتدادا للشخص المدين، الذي يكون المسؤول الأول والأخير تجاه المضرور³.

إن فكرة الخطأ الفردي للطبيب لم تعد صامدة أما التغيير في التشكيلة الطبية من الفردية إلى الجماعية، وهذا ما جعل الفقيه Savatons يعبر عنه بقوله «إننا نعيش في

¹ - مراد بن صغير، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 112؛ وانظر أيضا: رابيس محمد، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 197.

² - آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة الماجستير، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 109.

³ - Cass, civ, 18/10/1960, les grandes décisions du droit médical, op, cit, p 574/ iden, p578.

عصر الفريق والتجهيزات»¹، وهذا ما يدفع إلى الانتقال لفكرة الخطأ الجماعي أو خطأ الفريق الطبي.

2- خطأ الفريق الطبي

يتميز الطبي في العصر الحديث بالاتجاه نحو الجماعية (Collégialité) بدلا من الاستفراد بالقرار والعلاج، فأكبر الأطباء اليوم يعملون ضمن فريق جماعي، والأطباء في تكوينهم الجامعي يخضعون لهذا النظام، ويتدربون تحت إشراف طبيب مسؤول، كما أن الرقي بالعلاج الطبي يقتضي توسيع نطاق الاستشارة والاستخبار الطبيين، وهذا ما لا يتأتى إلا في ظل الفريق الطبي، التي تسوده روح التعاون والتضامن الطبي، وإن كان الأصل أن المرء لا يسأل إلا عن أخطائه الشخصية، إلا وأنه في إطار المسؤولية التصيرية قد يسأل عن أخطاء تابعيه، التي تتطلب وجود رقابة وإشراف للمتبع على التابع².

وتحت تأثير صعوبة تحديد الخطأ في حالة الفريق الطبي، انقسم الفقه بشأن هذه المسؤولية إلى قسمين: يرى الجانب الأول منهما أن الطبيب الجراح يكون مسؤولا عن تنفيذ الالتزام التعاقدية إزاء المريض الذي تعاقد معه بينما يذهب اتجاه آخر إلى تكريس استقلالية أعضاء الفريق الطبي بعقود ضمنية تربطهم مع المريض تستمد من العقد الأصلي³، هذه الاستقلالية العقدية تقيم المسؤولية المباشرة لكل عضو.

¹ - René savations ,«les métamorphoses économique et social du droit privé d'aujourd'hui», cité par : français villa, op, cit, p 576.

² - أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب، المرجع السابق، ص 66.

³ - محسن البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب، المرجع السابق، ص 94-95، وانظر أيضا: حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة، المرجع السابق، ص 152.

ولا شك أن النظرة التي تغلب على الفريق الطبي المطبوعة بروح التضامن والوحدة¹ تكشف لنا عن تقليدية ولا محدودية الآراء السابقة، وهو ما دفع بالفقه إلى تبني أفكار المسؤولية التضامنية والتضامنية² في تعاملهم مع الفريق الطبي وهذا الاتجاه تدرج أيضا في القضاء الفرنسي الذي يكرس المسؤولية الجماعية للفريق الطبي، بالرغم من الخطأ الفردية³.

أما المشرع الجزائري فقد تبين موقفا مزدوجا إزاء مساءلة أعضاء الفريق الطبي، فهو فضلا عن القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني والمتعلقة بالمتبوع وتابعه وبالتضامن في الالتزام العقدي والتقصيري⁴، فإنه يكرس الاستقلال المهني والمسؤولية الشخصية لكل عضو، في حالة تعاون الأعضاء على علاج المريض، وتقام مسؤولية الطبيب الرئيسي إلا في حالة اختياره لمساعديه وأعضاء فريقه الطبي، الذين يتعين عليهم العمل تحت مراقبة وإشراف رئيسهم المباشر⁵.

أما القضاء الجزائري فقد تنوعت أحكامه بين الأخذ بمسؤولية الفريق الطبي الجماعية، وبين المسؤولية الشخصية للطبيب. فقد أقامت المحكمة العليا مسؤولية الفريق الطبي الذي أهمل مراقبة وضع الحمل للمريضة، مما تسبب لها في أضرار طبية، هذه المسؤولية التي بنت عليها المحكمة قضاءها تحملها المستشفى الجامعي باعتباره الهيئة

¹ - حروزي محمد، المرجع السابق، ص 153.

² - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 193.

³ - Trib, civ, Grenoble, 16 mai 1956, TGT de la seine, 03 mars 1965, cass, civ, 18 octobre 1960.

⁴ - المواد 136، 126، 217 ق.م.ج.

⁵ - المادة 73 م.أ.ط: «عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية، أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الأسنان، فإنهم يعملون تحت مراقبتهم وتحت مسؤوليتهم».

المتبوعة¹. ومن جهة أخرى، أدانت المحكمة العليا طبيب التحذير في أكثر من مناسبة، بالرغم من تواجده في فريق طبي برئاسة الطبيب الجراح²، وهذا ما يبين إمكانية تطبيق المسؤولية الشخصية لعضو الفريق الطبيب، في حالة ثبوت خطئه المهني أو العادي.

ومن خلال ما سبق بيانه حول أنواع الخطأ وتدرجه، يتضح أن التفرقة المقامة ليست ذات أساس قانوني، وإنما هي مما تبقى من رواسب الفقه القديم المندثر، الذي كان ينظر للأطباء نظرة تمييزية إزاء نطاق مساءلتهم القانونية.

وغني عن البيان أن تلك الأفكار لم يعد لها بقاء في يومنا، بفضل تطوير القضاء الفرنسي لأحكام المسؤولية الطبية، وجعلها أكثر معقولة، لا سيما بعد قراره الشهير (مرسي)، كما أن القانون الطبي، هذا الفرع من القانون، الحديث النشأة ساهم في تصفية الميدان من الشوائب الفكرية من خلال جعله للخطأ، كيفما كان، وتحت أي ممر ورد، المثار الأساسي للمسؤولية الطبية، والخطأ هو مرحلة من مراحل إقامة المسؤولية، لا يكتمل إلا بوجود ضرر، هذا ما أبينه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الضرر الطبي وعلاقة السببية

لا تقوم المسؤولية الطبية في نطاقها التقليدي بمجرد إتيان الخطأ، بل لا بد أن يتسبب الخطأ في ضرر وأن تقوم رابطة تجمع بين الخطأ والضرر، بحيث يكون الضرر الحاصل نتيجة للخطأ المرتكب، هي علاقة السببية هذان الركنان المحوريان في المسؤولية الطبية أفصلها فيما يأتي.

¹ - المحكمة العليا، الفرقة الإدارية، ملف رقم (114)، بتاريخ 1996/06/1، قضية (ب.ث) ضد المدير العام للمستشفى الجامعي القسنطيني منتوري، (قرار غير منشور) ذكره:

Mokhtar bouabdellah, l'espérance algérienne du contentieux administratif thèse de doctorat d'état, 2005, p423.

² - قرارات المحكم العليا رقم (287810)، بتاريخ 2004/04/06، رقم (296423) بتاريخ 2005/07/27، ورقم (254270) بتاريخ 2003/04/09، مشار إليهم : سيدهم مختار، المسؤولية الجزائية للطبيب، المرجع السابق.

الفرع الأول: الضرر الطبي

إن تدخل الطبيب على جسم الإنسان لا يخل من المخاطر، فقد يحدث أن ينجم عن هذا التدخل إصابة ما، تؤثر على صحة الإنسان وسلامة جسده بشكل أو بآخر، وهو ما يستدعي الحديث عن الضرر الطبي.

والضرر الطبي غالبا ما يشار إليه بمناسبة الحديث عن مسؤولية الطبيب، كيف لا وهو ركن جوهري من أركانها وشرط أساسي لقيامها. وهو في المسؤولية الطبية يلعب نفس الدور الذي يلعبه سلفه في المسؤولية المدنية عموما. وعلى هذا التصور أبين فيما يلي مضمون فكرة الضرر في المسؤوليتين المدنية الطبية (أولا)، ثم أذكر الشروط التي ينبغي توافرها في هذا الضرر، كي يكون محلا للتعويض عنه (ثانيا).

أولا: مضمون الضرر الطبي

يرتبط الضرر الطبي بالمفهوم العام للضرر في المسؤولية المدنية، ويتخصص بطبيعة الالتزام الطبي، لذا من الطبيعي أن نجد أن عدم شفاء المريض لا يعتبر ضررا، اعتمادا على كون الالتزام الطبي بداية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية.

وعلى الرغم من ذلك، فلا يزال مفهوم الضرر وفقا للقواعد العامة يرتبط بمصالح المضرور، التي يعتبر النيل منها أو المساس بوضع قائم ابتداء، أو الحرمان من ميزة، ضررا محققا يستلزم التعويض¹.

¹ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، 133/2.

وعليه فالضرر هو الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلقت بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حرته أو شرفه أو غير ذلك¹.

ولم يشر القانون المدني الجزائري لتعريف الضرر، بالرغم من ورود فكرته في المواد من 124 إلى 140 وكذا المادة 176 وما يليها، غير أن أهم ما يمكن استنتاجه من خلال هذه المواد أنه لا مسؤولية دون ضرر²، وهو نفس الاتجاه الذي تبنته المحكمة العليا في الجزائر، إذا اعتبرت أنه «حيث لا ضرر لا مسؤولية، وحيث لا مسؤولية لا تعويض»³.

والضرر في المجال الطبي لا يختلف كثيرا عن سلفه في المسؤولية المدنية، فهو بداية لا يتعلق بعدم شفاء المريض أو عدم نجاح العلاج أو العملية الجراحية، بل هو أثر لخطأ الطبيب في القيام بواجب الحيطة والحذر والحرص أثناء مزاولته للعمل الطبي، لكون طبيعة الالتزام الطبي، أساسا تتعلق بالعناية المبذولة وليس بالنتيجة المتوصل إليها⁴.

والواقع أن الضرر في جوانب المسؤولية الطبية متعدد المظاهر ومتشعب الأشكال، فهو يتدرج من ضرر إفشاء الطبيب لأسرار مهنته وخصوصيات الأشخاص إلى الأذى الذي يصيب تكامل الجسد البشري من جرح أو إعاقة أو مساس بالحياة، فلكل إنسان

¹ - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص35؛ وأيضا: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 143/2.

- Marcel Planiez et George Ripert, traité pratique de droit civil français, op.cit, t6, p745.

- Antoine Villard, droit civil algérien, Alger, opu, 1980, p113.

² - سعيد مقدم، المرجع السابق، ص 35.

³ - قرار المحكمة العليا رقم (53010)، بتاريخ 1988/05/25، ذكره: بن صغير مراد، الخطأ الطبي في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 132.

⁴ - عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 295.

الحق في الحياة وسلامة الجسد، واستقرار النفس والباطن،¹ فطالما تم الاعتداء على هذه المطالب المشروعة فالضرر ناتج لا محالة. وعلى هذا يكون الضرر الطبي كل ما يمس بحقوق الإنسان المؤكدة أو مصالحه المشروعة، نتيجة عمل الطبيب غير المعتاد²، أو هو حالة ناتجة عن فعل طبي ألحقت الأذى بجسم الشخص، وقد نستنتج نقصا في حالته، عواطفه أو معنوياته³، ولم يشر المشرع الجزائري إلى تعريف الضرر الطبي بصورة صريحة في أحكام نصوص القانون المدني أو القانون الطبي، وإن كانت نصوص هذا الأخير ثرية بمقاصد حفظ الصحة البشرية وتحسينها، وسبل الوقاية من الأمراض، بحث الأطباء على العمل في أحسن الظروف، وتوفير المستلزمات والأدوات الطبية اللازمة، وكذا السعي بهمة وضمير لتقديم انفع العلاجات وأيقنها.

غير انه يمكن استنتاج مفهوم الضرر في القانون الطبي الجزائري من خلال نص المادة 239 قانون حماية الصحة وترقيتها، بمناسبة الحديث عن مسؤولية الطبيب عن أخطائه المهنية، هذه المسؤولية تقوم على الضرر المتمثل في إلحاق الأذى بالسلامة الجسدية للأشخاص أو بصحتهم، أو إحداث عجز مستديم، أو تعريض حياتهم للخطر أو التسبب في وفاتهم.

كما تشير المادتين 7 و17 من مدونة أخلاقيات الطب، إلى رسالة الطبيب المتمثلة في الدفاع عن صحة الإنسان البدنية والعقلية، والتخفيف من معاناته باحترام حياته وكرامته، وكذا الالتزام المفروض على الأطباء بعدم تعريض حياة المريض لخطر لا مبرر له.

¹-عدنان ابراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 171؛ وأيضا: علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، ط01، بيروت، 2006، ص 178.

²- رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 270.

³- عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 292.

ومن خلال النصوص السابقة، تضح جليا أن المشرع الجزائري قد مرر المفهوم العام للضرر في المسؤولية المدنية، على المجال الطبي، حيث يتمتع الطبيب عن المساس بأي حق من حقوق المريض، لاسيما حقه في الحياة والسلامة الجسدية، وان يجعل كرامته ومعنوياته فوق كل اعتبار.

لاشك أن هذه الأفكار، تفصيلا، تتبئ لنا عن أنواع الأضرار الطبية التي يمكن أن يتعرض لها المرضى، والتي قد تكون مادية أو معنوية.

1-الضرر الطبي المادي

إذا كان الضرر الطبي هو ذلك الماس بمصالح المريض أو حقوقه، فإنه يأخذ الطابع المادي عن مساسه إما بجسم المريض أو ماله¹.

1-1 الضرر الجسدي: يتمتع المريض بوصفه إنسانا بحقه في الحياة، وفي سلامة جسمه وأعضائه. وقد يحدث أن يتعلق التدخل الطبي عليه بالحق في الحياة والسلامة الجسدية، ولهذا يعتبر أي مساس بهذين الحقين ضررا جسديا، يستوجب قيام مسؤولية المتعدي والتعويض عنه.

فالضرر الجسدي قد يكون بسيطا، يتمثل في الانتقاص من السلامة الجسدية، كما قد يتسبب في عجز جسماني للمريض، بمنعه من العمل والكسب، والتأثير على بعض وظائفه أو كلها، كالإتلاف للأعضاء أو بترها، أو عجز جزئي أو كلي في وظائف الجسم².

¹- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 145.

²-عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، المرجع السابق، ص 118.

كما قد يتطور الضرر الطبي الجسدي في أقصى صورته ليكون مقضيا للوفاة¹، ومعتديا على حق المريض في الحياة، فالإصابة الجسدية هنا تمثل ضرر إزهاق الروح، وهي من أشد أنواع الضرر، وما أكثر هذه الحالات في واقع المسؤولية الطبية، فقد يمتنع الطبيب عن تقديم العلاج للمريض متسببا في وفاته، أو قد يقع منه خطأ في التشخيص فيتسبب لاحقا في وفاة المريض²، وقد يخطئ في تحرير الوصفة الطبية³، أو يرتكب خطأ أثناء إجراء العملية الجراحية⁴، مما يؤدي دائما لحالات وفاة المرضى.

1-2 الضرر المالي: قد تتسبب حالة المريض الصحية في تكبده خسائر مالية مترتبة عن نفقات العلاج والدواء والأجهزة الطبية المساعدة، ويعبر عنه بالضرر الاقتصادي أيضا، الذي يشمل ما لحق المرض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى، وما فاتته من كسب بسبب درجة العجز المعتبر كليا أو جزئيا، الذي أقعده فقطع مصدر رزقه⁵، وفي كثير من الحالات، يعاني المريض من اجتماع الضرر الجسدي على الضرر المالي، فتتأثر ذمته المالية تأثرا بالغا بسبب انقطاعه عن الكسب والعمل، الناجم عن الضرر الجسدي أو البدني الذي تعرض له، بسبب نقص وظيفي أو اعتلال أحد أعضائه⁶.

¹ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 180، و انظر أيضا: عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 13.

² -M-M. Hamouz, A.R.Hakam, précis de droit médical, op. cit, pp, 51-52.

³ - حكم محكمة (Angers) بتاريخ 11 أبريل 1946، مشار إليه سابقا.

⁴ - حكم محكمة (Lyon) بتاريخ 03 يناير 1930، مشار إليه في: منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 154.

⁵ - عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 171.

⁶ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 180.

2- الضرر الطبي المعنوي

إذا كان الضرر المادي يصيب المصالح المالية للإنسان، فإن ثمة نوع آخر من أنواع الأضرار التي باتت تؤرق الإنسان في نفسه وشخصه، دون أن تمس ماله، وهي الأضرار الأدبية والمعنوية، التي ترد على الجانب غير المالي لذمة الإنسان¹، كمشاعره وأحاسيسه واعتباطه ومعتقداته الفكرية والدينية وغيرها.

ويعرف الضرر المعنوي بأنه ما ينجم عن المساس بمصلحة مشروعة، ذات طبيعة معنوية أو غير مالية². وفي ذلك يقول الفقيه "Planiez" بأن كل ضرر يمس بمصلحة يحميها القانون يبرر دعوى قضائية بشأنه، سواء تعلق بالأشخاص أو بالأموال، ماديا كان أو معنويا³.

ولا شك أن ارتباط الضرر بالأحاسيس والانفعالات يجعله متعدد الأشكال والصور، التي يمكن تجميعها في أربعة صور رئيسية:

- أ- ضرر معنوي مترتب عن آلام الجروح البدنية والمعنوية.
- ب- ضرر معنوي يصيب الشرف والعرض⁴.
- ج- ضرر معنوي يصيب العاطفة، كالشعور، المعتقد الديني وحرية ممارسته⁵.

¹ - بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الجزائر، دار الخلدونية، ط01، 2007، ص28.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 723/1، وانظر أيضا: عز الدين الدناصوري، المسؤولية في الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 162.

³ - Marcel planiez, George Ripert, traité pratique de droit civil français, op. cit, t6, p 756.

⁴ - قضت محكمة القاهرة الكلية بان الأمراض من العورات التي يجب سترها ولو كانت صحيحة، فإذاعتها في محافل عامة يسيء إلى المرضى وبالأخص الفتيات، لأنه يضع العراقيين في طريق حياتهن، ويعكر صفو أمالهن، وهذا الخطأ يوجب التعويض، نقلا عن: د/ علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 1994، ص 199-198.

⁵ - حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي تعويض الضرر المعنوي لنفس بعد دق الأجراس بناء على أمر غير مشروع من العمدة، مارسولون، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة: احمد يسري، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة 10، 1995، ص 759.

د- ضرر معنوي يصيب الشخص من جراء الاعتداء على حق ثابت له، كنسبة مصنف إلى غير مؤلفه، اعتداء على حقوقه الفكرية في ذلك¹.

وفي المجال الطبي، يقوم الضرر المعنوي بمجرد المساس بالسلامة الجسدية للمريض أو عجزه بخطأ طبي أو جراحي، وما يخلفه من انكسار ونكسة في شعور وأحاسيس المريض²، فالإنسان يتألم لمجرد إحساسه بالضعف والعجز، لاسيما إذا كان هذا الوضع بفعل خارج عن إرادته.

وفي هذا الشأن، ذهبت محكمة باريس إلى مساءلة الطبيب الذي لم يعر أي اهتمام لصراخ وآلام المريض المجبرة قدمه، بشكل غير طبيعي، ما أدى لاحقا إلى قطع رجله، وقررت أن هذا البتر نتيجة لأخطاء الطبيب المتعددة³.

ويظهر الضرر المعنوي الطبي كذلك في حالة الاعتداء على اعتبار المريض وسمعته بإفشاء سر يتعلق به⁴، فإشاعة أخبار المريض تعد خرقا للالتزامات المهنية المفروضة على الطبيب⁵، فضلا عما سببه من ضرر معنوي له.

وفي القضاء الفرنسي طرحت قضية شهيرة تتعلق بإفشاء الأسرار الصحية للرئيس الفرنسي السابق "Mitterrand" من طرف طبيبة المعالج، في كتاب نشر فيه فصول

¹ - جلال العدوي، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 426-427.

² - عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ص 184.

³ - محكمة باريس بتاريخ 01 ماي 1949، منقول عن : منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، المرجع السابق، ص 161.

⁴ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المرجع السابق، ص 374.

⁵ - يلتزم الطبيب في القانون الجزائري بالحفاظ على السر المهني، الذي يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصه، المادة 1/206 ق.ح.ص.ت، والمادة 36 م.أ.ط. كما جرمت المادة 301 ق.ع. إفشاء الأسرار الطبية من طرف المهنيين.

المرض والعلاج، وهو ما دفع بعائلة الرئيس لمقاضاة الطبيب المؤلف، الذي ألزمته المحكمة بالتعويض¹.

وقد يمتد الضرر المعنوي في المجال الطبي إلى حد الحرمان من متع الحياة المشروعة، التي كان المريض يستمتع بها حال صحته، فيصيبها هذا الضرر، بشكل يمنعه من ممارسة حياته الاعتيادية، من أكل وشرب أو الإنجاب أو الحرمان من ممارسته الهوائية، كمن أصيب في ساقه مما حرمه من ممارسة هوايته الرياضية².

هذه الصورة، ومع إثارتها لبعض الإشكاليات التطبيقية المتمثلة في عدم النص التشريعي عليها، وصعوبة إثباتها³، إلا أن هذا لا يمنع من احتواء الضرر المعنوي، الموسع لكل جوانبها، فضلا عن أنه يمكن إدراجها في كل ما فات المضرور من مصالح مشروعة ومعتادة، وهي صورة أريحية للضرر.

ومن الصور الحديثة للضرر المعنوي الطبي، نجد الضرر الجمالي والضرر الناتج عن إجراء التجارب الطبية.

فالضرر الجمالي هو تلك التشوهات والندبات التي تصيب الجسم إثر عمليات التجميل⁴، هذه الجراحة التي انتشرت في العصر الحديث، وربما ارتبطت بصفة أو مهنة الخاضع لها، فأقبل عليها القانون والمشاهير، وهو ما عقد من صور الضرر فيها، ولهذا فإن هذا الضرر يأخذ منحى آخر كلما تعلق بشخص يلقي اعتبارا بالغا لمظهره، والذي قد

¹ نصيرة ماديو، إفتاء السر المهني بين التجريم والإجازة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2010، ص 45.

² عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، المرجع السابق، ص 318.

³ علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 188-189.

⁴ عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 23.

يكون مرتبطا بمهنته، وهذا دون الحديث عن الآلام الجسدية التي قد تزامن العملية أو تتلوها.

وعلى هذا الأساس تتعدد صعوبات تقدير الضرر الجمالي، فهو يختلف بحسب الأشخاص وسنهم وجنسهم وصفاتهم أو مهنتهم¹.

ومن خلال الصور السابقة للضرر المعنوي، يتبين انه لا يقل شانا عن الضرر المادي، بل وانه قد يتصور وقوعه في أغلب الحالات وتزامنه مع الضرر المادي، نظرا لكثرة المخاطر التي بات يعرفها العمل الطبي وتعلق المرضى بآمال الشفاء وفرصه، الشيء الذي يعكس صفوهم وراحتهم ومعنوياتهم

ثانيا: شروط الضرر القابل للتعويض

لا يعتبر مجرد قيام الضرر الطبي سببا كافيا لإقامة مسؤولية الطبيب والزامه بالتعويض، بل لا بد من توفر شروط موضوعية تلحق بالضرر فتؤكد أو صافه، وتقر بأحقية المريض في التعويض، هذه الشروط أجمالها فيما يلي:

1- تحقق الضرر

يتحقق الضرر إن هو وقع فعلا أو سيقع لا محالة، عاجلا أم آجلا، وبهذا يستبعد الضرر الافتراضي أو الاحتمالي، والضرر الحال هو الواقع فعلا، ولهذا يتعين إثبات أن الضرر يزيل الأمل في الشفاء الذي يكون لدى المريض، بفعل عدم وفاء الطبيب بالتزاماته².

¹ مصطفى العوجي، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، 64/2.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، 28862؛ وانظر أيضا: أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ص 461.

ولا يستبعد الضرر القائم مستقبلا من هذه الحالة، فهو قائم بسببه متراخي بآثاره إلى المستقبل، كالحروق الناجمة عن التعرض للأشعة، والتي تبدو وللوهلة الأولى بسيطة ويسيرة، ثم يتمخض عنها ضرر جسيم مستقبلا¹، فهذه تستوجب التعويض نظرا لتأكد وقوعها. ففي مثل هذه الحالة سيستطيع المصاب بضرر متيقن الوقوع مستقبلا المطالبة بتعويض عنه، حيث أن أحكام المادة 131 من القانون المدني الجزائري. تتيح للمتضرر إمكانية المطالبة خلال مدة معينة، بإعادة تقدير التعويض المستحق وذلك عند تعذر تقديره وقت صدور الحكم².

وقد أقامت محكمة النقض مسؤولية الطبيب عن فعله الخطأ بسبب سقوط احد أدوات الجراحة في رئة طفل، واعتبرت الضرر مؤكدا ومحققا ومباشرا³.

ونفس الاتجاه ذهبت إليه المحكمة العليا في الجزائر، حيث رهننت قيام مسؤولية الطبيب بتحقق الضرر بعيدا عن الافتراض أو الاحتمال⁴.

¹-Jean panneau, la responsabilité médicale, op- cit , p104.

²- المادة 131 ق.م.ج: «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير»؛ وأيضا: محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 273.

³- م.ن.ف بتاريخ 1970/01/27، مشار إليه في : أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص، المرجع السابق، ص 459.

⁴- قرار المحكمة العليا بتاريخ 1985/11/27، ملف رقم (41783)، المجلة القضائية، العدد الأول، 1990، ص 43.

2- الضرر المباشر والضرر الشخصي

الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ المحدث، وهو يعتبر نتيجة طبيعية، ما لم يكن في استطاعة المتضرر منه أن يتجنبه ببذل عناية معقولة¹. ولهذا يسمى بالضرر غير المباشر، من كان من المستطاع على المضرور تجنبه²، فالضرر المباشر هو أساس علاقة السببية بين الخطأ والضرر، التي بانعدامها تنعدم المسؤولية³.

وفي المجال الطبي، يتعلق الضرر المباشر بالنتيجة الطبيعية التي آل إليها المريض بسبب عمل الطبيب أو تداعيات نشاطات المصالح الاستشفائية. وهو ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الجزائري، إذ اعتبر الضرر مباشراً متى كان نتيجة حتمية وضرورية لخطأ الطبيب⁴، فالمريض الذي يموت بسبب إهمال الطبيب في الاعتناء به وفق قواعد المهن الطبية، هو ضحية ضرر مباشر لخطأ الطبيب. وعلى العكس من ذلك، متى انقطعت رابطة التسلسل الطبيعي للأمر بين الفعل ونتيجته ينتفي وصف المباشرة في الضرر، ويعتبر في هذه الحالة غير مباشر⁵.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 1033.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 170.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 170/2.

⁴ نقض مدني بتاريخ 1985/06/20، مشار إليه: علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 186.

⁵ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 170-171.

وقد اعتبر المشرع الجزائري الضرر المباشر سببا للتعويض، حيث جاء في المادة 182 من القانون المدني الجزائري: «إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون...»¹. هذه المادة، وإن كانت قد نشأت أساسا في إطار الإخلال بالالتزامات التعاقدية، إلا أن هذا حسب رأي الفقه²، لا يمنع من تمرير آثارها إلى المسؤولية التقصيرية كونها الأصل.

ولا شك أن الضرر حينما يحصل فإنه يصيب شخصا معنيا بذاته هو المضرور³، ولهذا يراعي فيه الجانب الشخصي.

وتلبس شخصية الضرر بحالتي الضرر الموروث والضرر المرتد.

فالضرر الموروث هو ما يصيب ذوي حقوق المريض من آلام لاسيما عند وفاته، فهو ضرر يصيب المريض أولا، ثم ينتقل لورثته الذين لهم الحق في التعويض عنه، إذا كان ماديا، أو معنويا⁴، لأنه حقيقة لا مجال لاقتضاء الاتفاق في المطالبة بالتعويض في رأي من يفرق بين الضرر المادي والمعنوي.

أما الضرر المرتد، فهو ذلك الضرر المادي الذي يؤثر على العلاقة المالية التي كانت تجمع بين الضحية وذويه، فوفاة الضحية تتعكس اقتصاديا على من لهم الحق في النفقة⁵، فهو ضرر يرتد إلى الخلف ويؤثر عليهم.

¹ - توافقها المادة 1151 CCF، ونصها:

«lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommage-inters, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine, qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire, toute stipulation contraire sera réputée non écrite».

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 103.

³ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 166/2.

⁴ - سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المرجع السابق، ص 201.

⁵ - علي عصام غصن، الخطأ الطبي، المرجع السابق، ص 186.

3- أن يصيب الضرر مصلحته مشروعاً للمضروب

يكفل القانون حماية الحق من كان مشروعاً. ولهذا فإن الضرر معتبر إذا كان ماساً بحق أو مصلحة مشروعاً للمريض، وطابع مشروعية المصلحة يتعلق بكل متع الحياة ومرغباتها، شرط عدم مخالفتها للنظام العام أو الآداب العامة.

وعليه، ففي المجال الطبي، يتمتع الإنسان بعدة حقوق تكفلها المواثيق الدولية وديساتير الأمم، وعلى رأسها الحق في الحياة، الحق في السلامة الجسدية، الحق في الإنجاب، الحق في الصحة وغيرها.

وهكذا يمكن للمريض المطالبة بتعويض أي من الأضرار التي قد تصيبه جراء العمل الطبي، كإصابته بالعدوى أو بعاثة جسدية، أو حرمانه من متعة الإنجاب وغيرها¹.

ويستوي في المطالبة أن تكون المصلحة مادية أو معنوية، فلا ضير في ذلك، مادامنا في النهاية نخضع هذه المصلحة لميزان النظام العام والآداب العامة.

وإذا كان الخطأ والضرر ركنان أساسياً لإقامة المسؤولية الطبية، فإن هذه الأخيرة لا تكتمل إلا بإثبات علاقة سببية بين الخطأ والضرر، والتي أفصلها فيما يأتي:

الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لا غرابة إذ اعتبرنا أن وجود علاقة سببية بين الفعل المرتكب والضرر الحاصل من أسس قيام مساءلة الفاعل، لأن هذا الأخير إذا استطاع نفي هذه الرابطة فيتصل من المسؤولية.

ولهذا لا يكفي في قيام المسؤولية المدنية حضور الخطأ والضرر، بل لا بد من أن يكون الخطأ سبباً مباشراً في حدوث الضرر، وإلا انعدمت المسؤولية².

¹ عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 48.

² المحكمة العليا، ملف رقم (27763)، بتاريخ 16/02/1983، ذكره: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 170/2.

وفي المجال الطبي، تلعب رابطة السببية دورا هاما في إثبات وجود مسؤولية الطبيب المخطئ.

وتدور فكرة السببية حول العلاقة المباشرة بين خطأ الطبيب والضرر الذي لحق المريض¹، بحيث تساهم العوامل الإيجابية أو السلبية المعاصرة للفعل في إحداث النتيجة أو الضرر².

وهي أيضا، وكما عبر عنها العميد "Savatiez"، تلك السنن البيولوجية التي تساعد القاضي على الاقتناع، حينما تكون الأفعال الخاطئة للطبيب هي سبب الضرر المعاین³.

أولا: قيام العلاقة السببية

إن تحديد الوصول لرابطة السببية قد يكون شاقا وعسيرا بسبب تعقد الجسم الإنساني وإختلاطات الأعمال الطبية، فقد تكون الأسباب عوامل بعيدة أو خفية، وقد تشترك فيها عدة عوامل مما يجعل معه من الصعب تبنيها⁴.

وعلى الرغم من محورية السببية في المسؤولية المدنية، فإن التشريعات المقارنة لا تشر إليها إلا تعريضا، فقد أشار القانون المدني الفرنسي بشكل مضطرد للفعل "Causer"، في المادة 1382 وما يليها⁵.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 1/990.

² - رابيس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 292.

³ - René Savatiez, la responsabilité médical en France, op- cit, p 501.

⁴ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 192.

⁵ - Article (1382) ccf : «tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute du quel il est arrivé, à le réparer».

كما أكدت محكمة النقض الفرنسية دائماً بأن السببية هي مسألة قانون، تمارس عليها رقابتها¹.

أما المشرع المصري، فقط اشترط في المادة 163 من القانون المدني حصول الضرر نتيجة الخطأ، ونص التعويض عن الشخص إذا أثبت بأنه لا بد له في الضرر².
والحديث عن السببية في المسؤولية الطبية، يقتضي التفرقة بين طبيعة العلاقة المسندة التي قد تكون طبية أو قد تكون قانونية، كما يلي.

1- الإسناد الطبي أو السببية الطبية

يتم إثبات وجود رابطة سببية بين الفعل والنتيجة بملاسات النشاط الطبي وفي هذا الشأن، يتحدث الفقه والقضاء، عن ضرورة وجود إسناد طبي للأضرار المتكبدة، تكون مبرراً لاحقاً للإسناد القانوني.

ويتعلق الإسناد الطبي بعزو الإصابة بالضرر الطبي المعاین إلى عمل طبي، صادر عن طبيب أو مهني الصحة.

فالسفن البيولوجية التي حدثت تؤكد الإسناد الطبي، وهكذا يكون موت بعض خلايا الدماغ سبباً معروفاً لتوقف الضخ الشرياني إليها، وبأن مشرط الجراح يكون قد أضر بالأوداج، مما سبب النزيف في الوقت نفسه³.

1-Christophe quéze lAmrunaz, «la causalité dans le droit civil européen», séminaire du GERC, Genève la 26-27 mars 2010, site web : www.Grerca. Univ- Rennes. fr

²- المادتين 163 و165 من القانون المدني المصري.

³- René Savatiez, la responsabilité médical, op- cit .p 501.

وفي الوقت الحالي، لا يزال الفقه والقضاء يلحان على ضرورة قيام الطبيب الخبير بهذه المهمة¹ واستبعاد القاضي منها نظرا لمهنتها وخصوصيتها.

فتأسس السببية الطبية بالفحوصات العيادية للمريض، التي تؤدي لقبول أو رفض جزئي أو كلي للإسناد الطبي للضرر للفعل المولد له². ويجب على الطبيب الخبير الذي يعينه القاضي، أن يتقدم مساعدته التقنية لتقدير حالة الشخص الجسدية أو العقلية، وقيم تبعات الإصابات المعاينة، من أجل ترتيب مختلف الآثار القانونية الممكنة³.

ويتعين على الخبير أن يضمن تقريره التقني بموضوعية وحيادية ومنهجية علمية، عناصر إسناد الضرر المعاني منه، بتحديد الآليات الفيزيولوجية التي سمحت لنتائج النشاط الطبي أو سوء التنظيم المرفقي بالوصول للتبعات الحاصلة⁴.

وهذا ويجب على الخبير أن يتأكد من وجود الخطأ، لأن استعمال عبارات تقيد "الاحتمالية" يتعذر معه على القاضي تأكيد وجود رابطة سببية⁵.

ومن خلال السابق، يتبين بان الإسناد الطبي هو أول مرحلة في سبيل إثبات قيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

¹—Arrêt du cour suprême, n°(297062) du 24/06/2003, cite par : air moukhtar fatima zohra, «causalité juridique et responsabilité médicale», séminaire national sur la responsabilité médicale, faculté de droit, univ de tizi- ousou, juin2008, p02.

²—Ait moukhtar fatima zohra, «Causalité juridique et responsabilité médicale», op- cit, p02.

³— المادة 95 م.أ.ط.

⁴—P. Vayrac, D.Plaquette et M. Fabre, «le lien de causalité en matière de responsabilité médicale», revue médecine et droit, 2005, N° 72, p78.

⁵—Ait moukhtar fatima zohra, «Causalité juridique et responsabilité médicale», op- cit, p02.

2- الإسناد القانوني

إذا كان الإسناد الطبي يتعلق بنسبة الضرر الحاصل للمريض إلى العمل الطبي، فإن الإسناد القانوني لا يبتعد كثيرا عن هذا الهامش ويقضي كذلك ربط الواقعة التي أدت إلى الضرر بنتائجها ربطا قانونيا، يمكن القاضي من إقامة مسؤولية الطبيب باقتناع وأريحية كاملين.

وفي هذا الصدد كثيرا ما تثار إشكالية ربط السببية بالفعل الحقيقي أو السبب الحقيقي الذي له دخل في حدوث الضرر، كلما نتج هذا الأخير عن سلسلة من الأسباب، التي لا يمكن معها بسهولة تبيين السبب الرئيسي في إحداثها.

وقد أظهر الفقه ثراء هاما في مجال التنظير الفقهي لعلاقة السببية بمناسبة المسؤولية المدنية.

2-1 نظرية تعادل الأسباب: فيذهب جانب فقهي إلى اعتماد نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب، حيث يعتبر اجتماع كل الأسباب المحدثة للضرر عاملا مشتركا في حدوثه، بحيث يساهم كل سبب في حدوث الضرر، ولولاه لما وقع، فتعتبر كل الأسباب متكافئة أو متساوية لإقامة علاقة السببية بينها وبين الضرر¹.

¹ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 175/2؛ و انظر أيضا: محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 96.

وقد أخذ القضاء الفرنسي هذه النظرية، حيث اعتبر الطبيب مسؤولاً عن خطئه ولو بتعدد أسباب الضرر، مع الاحتفاظ بحقه في الرجوع على الأشخاص المساهمين في إحداث الضرر¹.

كما أخذ القضاء الجزائري بهذه النظرية في أحكام مختلفة².

2-2 نظرية السبب المنتج: تقوم هذه النظرية على دراسة كل الأسباب التي أحدثت الضرر، واستخراج السبب الفعال أو الكافي منها، الذي يكون بحسب المجرى العادي للأمر، كافياً أو مؤدياً لوقوع الضرر الحاصل، ويتبين منها أنه لا يعتمد عادة بالأسباب العارضة أو الاستثنائية التي تؤدي للضرر³، فالقانون لا ينظر إلا للسبب الكافي لحصول النتيجة.

ويكون السبب منتجا، إذا كان بإمكانه إحداث النتيجة من نفس طبيعتها، كالضرر الذي أصاب المضرور في العادة. ولهذا استبعد المحكمة الأسباب العرضية التي لا تلعب إلا دورا ثانويا، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية، بأنه يجب عدم إقامة مسؤولية

¹ - محكمة "Angers" بتاريخ 1951/06/24، مشار إليه في: عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج، المرجع السابق، ص 192.

وقد أخذ القضاء الفرنسي في أحكام حديثة بهذه النظرية: قرار الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 2001/12/04، شخص تعرض لحادث مرور، وتم نقل الدم له، ثم تبين إصابته بمرض التهاب الكبد الفيروسي Hépaticite c، فقضت المحكمة بمسؤولية مركز نقل الدم وكذا المتسبب في الحادث بناء على نص المادة (1382) ccf، ونظرية تعادل الأسباب Bulletin civile, n° 310, site ; www, legi France, gov.fr

² - محكمة وهران، غرفة الجرح، بتاريخ 1967/07/11، المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 1977/01/22، مجلس الدولة بتاريخ 2007/03/28، انظر: آيت مختار فاطمة الزهراء، السببية القانونية والمسؤولية الطبية، المرجع السابق، وأيضا: مراد بن صغير، الخطأ في ظل قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 148.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، 905/1.

المستشفى الخاص متى تبين أن العيب الموجود في التجهيزات الطبية لم يكن له دور في وفاة المريض¹.

ويتفق الاجتهاد السابق مع مسلك القضاء الفرنسي الذي هجر نظرية تعادل الأسباب لصالح نظرية السبب المنتج، بالرغم من الحرية التي يتمتع بها القاضي، والتي تسمح له بتطبيق السبب الغالب في كل الأسباب التي ساهمت في إحداث النتيجة².

ويرى الفقه الجزائري بأن قضاء المحكمة العليا قد اعتمد فكرة السبب المنتج في كثير من قراراته.

حيث ذهب المجلس الأعلى إلى أنه يجب لاعتبار أحد العوامل سببا في حدوث الضرر أن يكون سببا فعالا فيما يترتب عليه، ولا يكفي لهذا الاعتبار ما قد يكون من مجرد تدخل في إحداث الضرر³.

وفي مجال المسؤولية الطبية أقيمت مسؤولية الطبيب الذي تسبب إهماله في وفاة المريض، طبقا لنص المادة 288 من قانون العقوبات⁴. وأكد مجلس الدولة في قرار له

¹ - قرار م.ن.ف، بتاريخ 1971/05/25، مشار إليه في : عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج الطبي، المرجع السابق، ص 195.

² - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 177/2.

³ - المحكمة العليا، الغرفة الجنائية، بتاريخ 1964/11/17، مشار إليه في : بلحاج العربي، المرجع السابق، 178/2.

⁴ - وجاء فيه: «حيث أن الطبيب لم يأخذ بعين الاعتبار المرضى التي كانت تعاني منه الضحية من قبل، وأمر بتخريج دواء غير لائق في مثل هذه الحالة المرضية، مما جعل إهماله خطأ منصوص ومعاقب عليه بالمادة (288) من ق.ع.»

- قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1995/05/03، ملف رقم (118720)، المجلة القضائية، العدد 02، 1996، ص 180.

على وجود العلاقة السببية بين نسيان الطبيب لإبرة في بطن المريض وبين الآلام الحادة التي تعرض لها بعد مرور 28 سنة على العملية¹.

3- موقف المشرع الجزائري من رابطة السببية:

لم يشر المشرع الجزائري صراحة لرابطة السببية بين الخطأ والضرر، وإن كانت تستنتج بما لا يدع مجالاً للشك من خلال قواعد وأحكام المسؤولية المدنية. ففي كل هذه المواد خصوصاً من المادة 124 إلى المادة 140 تظهر خاصية الربط بين النتيجة والمتسبب في الضرر، من خلال اقتضاء السببية لإثبات الفعل أو نفي المسؤولية عند انعدامها أو تعذرها²، بالنسبة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، عن عمل الغير والمسؤولية الشئئية.

وفي مجال المسؤولية العقدية يؤدي غياب السببية إلى تحلل المدين من التعويض عن عدم الوفاء بالالتزام العقدي، من خلال حدوث السبب الذي لا يد له فيه³.

¹- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 31 يناير 2000، مشار إليه في: رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، المرجع السابق، ص 309.

²- المواد 124، 125، 126، 127، 131، 134، 136 وفي المادة 139 إلى المادة 140 مكررا 1 ق.م.ج.

³- المادة 176 ق.م.ج.

ويرى بعض الفقه بأن المشرع الجزائري يأخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال قياساً على رأي الفقهاء المصريين الذي قالوا بأن المشرع المصري يعتمد هذه النظرية، واعتماداً كذلك على تطابق نصي المادتين 221 و182 من القانونين المدنيين المصري والجزائري¹، وعلى الرغم من أن القضاء الجزائري لم يستقر على نظرية معينة، فقد أخذ بنظرية تعادل الأسباب تارة، وبنظرية السبب الفعال تارة أخرى².

وبالرجوع لأحكام القانون الطبي الجزائري، لا نجد إشارة للسببية الطبية إلا في المادة 239 قانون حماية الصحة وترقيتها التي تقيم مسؤولية الطبيب على كل ما ينسب له من عمل أو خطأ طبي، وعلى كل ضرر أو نتيجة تلحق بالمريض من جراء عمل الطبيب.

وفي تقديرنا الشخصي، فإننا نميل إلى ضرورة أخذ المشرع بنظرية السبب المنتج أو الفعال، وذلك على الرغم من سهام النقد التي وجهت لها، إذ أن اعتبار كل سبب مهما كان شأنه سيؤدي إلى فرض احترام الأطباء لمهنتهم، وإيلاء جسم المريض ومكانته المنزلة التي يستحقها.

وعلى صعيد آخر، فإن التدقيق في نص المادة 239 السابقة الذكر، قد ينبئ عن موقف جلي للمشرع الجزائري في نظرية السبب الفعال، حيث أن المادة 239 تقيم مسؤولية الطبيب التأديبية حتى ولو لم يتسبب خطأ المهني في أي ضرر للمريض، أي أن كل الأسباب المشكلة للضرر لم تكتمل، وربما تعادلت ولم تصل لمستوى الضرر الحادث للمريض، الذي يمكنه من المطالبة بالتعويض، وهو يدل على أن غياب السبب

¹ - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 99. والمادة 182 ق.م.ج: «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام، أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية، إذا لم يكن في استطاعة الدائن أو يتوقاه ببذل جهد معقول...».

² - آيت مختار فاطمة، السببية القانونية والمسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 05.

الفعال بمفهوم المادة 239 من قانون الصحة يؤدي إلى إسقاط المسؤولية المدنية، وبالرغم من إمكانية مساءلة الطبيب تأديبياً.

ثانياً: انتفاء العلاقة السببية

إذا كانت العلاقة السببية تقوم بإثبات نسبة النتيجة لمرتكب الفعل، فإن نفيها يتم بإثبات وجود سبب أجنبي لا يد للفاعل فيه، وهذا ما نصت عليه المادة 127 من القانون المدني الجزائري¹.

وعليه يكون وجود السبب الأجنبي قاطعاً لرابطة السببية ومعفياً من المسؤولية والسبب الأجنبي هو ذلك الفعل الخارج عن إرادة المدين بحيث لا يمكن أن ينسب إليه خطأ، وإن يكون هذا الفعل غير متوقع حدوثه من جانب الفاعل، وإن لا يكون في وسع المدين منع حدوثه، وليست له قدرة على دفعه، ولم يسهم من قريب أو بعيد في إحداث الضرر².

وصور السبب الأجنبي حسب نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري هي كما يلي:

1- القوة القاهرة

القوة القاهرة هي ذلك الحادث غير المتوقع الخارج عن إرادة الإنسان ولا يمكن توقعه دفعه أو التحرر منه، ويتمثل أثرها المباشر في انتفاء رابطة السببية بين الخطأ

¹ - المادة 127 ق.م.ج: «إذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا بد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجب نص قانوني أو اتفاق يخالف لذلك».

² - عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 225.

والضرر وبالتالي لا مسؤولية. ومن أمثلة القوة القاهرة وفاة مريض القلب على أثر رعد مفاجئ أو زلزال¹.

ويذهب بعض الباحثين إلى أن القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ هما وجهان لعملة واحدة، ولا مبرر للتمييز بينهما²، فكليهما يعتبر عنصراً أجنبياً يؤدي وجوده لقطع سببية العمل الطبي ونتيجته الضارة. فمن ثبت للمحكمة بأن هذين العاملين هما سبب وقوع الضرر انعدمت السببية وانتفت المسؤولية³.

2- خطأ المريض

يقصد بخطأ المريض ذلك الانحراف الذي يحدث منه ويؤدي إلى حدوث الضرر أو استغلاله⁴. ومتى وجد خطأ المريض، سواء كان عمداً أو بغير عمد، يعتبر سبباً أجنبياً ويؤدي إلى انتفاء السببية.

ويتصور خطأ المريض كسبب معفي من قيام المسؤولية عندما يساهم المريض سلوكه في حدوث الضرر عليه، كفشل العلاج الطبي بسبب عدم الالتزام بتعليمات الطبيب، أو الامتناع عن أخذ الأدوية، وحتى إخفاء بيانات هامة لوضعه الصحي عن الطبيب.

¹ - محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، المرجع السابق، ص 113.

² - عبد المجيد الحكيم، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر الالتزام، مطابع التعليم العالي، بغداد، 1986، ص 241.

³ - عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة، المرجع السابق، ص 41.

⁴ - بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 205/2.

وقد يحدث أن يساهم فعل المريض إلى جانب خطأ الطبيب في إحداث الضرر، وفي هذه الحالة فإن خطأ المريض لا يرفع مسؤولية الطبيب بشكل كلي وإنما يخفف منها، وهو ما أخذ به القضاء والتشريع في إطار تسمية الخطأ المشترك¹.

3- خطأ الغير

يعتبر خطأ الغير سببا أجنبيا نافيا لعلاقة السببية، ويتمثل في مساهمة الغير مع فعل المسؤول في إحداث الضرر على المضرور، فتتصور أن يكون تدخل الغير في مجال المسؤولية الطبية صادر من طبيب آخر غير المعالج، أو من ممرض يصرف دواء أو مخالفة تعليمات الطبيب المعالج، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية، حيث أستقر قضاؤها على أن الخطأ الغير يقطع الرابطة السببية، متى كان كافيا بذاته لإحداث الضرر².

وبناء على ما سبق من أحكام السببية في المسؤولية الطبية، يتأكد لنا ما ذكره الفقهاء من الصعوبة والحرص الزمانان لاستخراج الرابطة السببية، بالنظر للنظريات التي قال بها الفقه وتشعب قضايا المسؤولية الطبية، مما يجعل القاضي الفاصل في الموضوع ضيق شديد، خصوصا وأن المشرع لم يلزمه برأي الخبير من جهة، فيما ألزمه بتسبب استبعاده لرأي الخبير³.

¹ ذهبت محكمة النقض الجزائرية إلى أن الخطأ المضرور لا يرفع المسؤولية وإنما يخففها، وجاء في المادة 177 ق.م.ج: «يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه»، فضلا عن حكم المسؤولية التضامنية المشار إليه في المادة 126 ق.م.ج: «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض».

² نقض مدني بتاريخ 1974/03/07، مشار إليه في: عز الدين الدناصري، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 184.

³ المادة 144 من ق.إ.م.إ: «يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة. القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبب استبعاد نتائج الخبرة».

الفصل الثاني:

المسؤولية الجزائية للطبيب

المتربة عن العقد الطبي

الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي

من أجديات قانون العقوبات أن الشخص تتعد مسؤوليته بصفة عامة نتيجة إخلاله أو عدم امتثاله لأوامر القانون الوضعي وذلك بإتيانه لعمل مجرم أو الامتناع عن فعل أمر به القانون. فالمسؤولية الجنائية تشكل العنصر الأساسي للنظام الجنائي العقابي لكونها ترمي إلى تحميل الشخص الجزاء نتيجة اقترافه فعل مجرم أو الامتناع عن فعل يشكل مخالفة للقواعد والأحكام التي قررتها التشريعات¹.

من ثم تنهض المسؤولية الجنائية للطبيب في حالة ارتكابه فعل عمدي سواء إيجاباً أو سلباً أو عند الخطأ ويوجد نفسه معرضاً للعقوبة الجنائية التي تتناسب مع الجرم المرتكب. إن النيابة العامة هي التي تتولى - حسب الأصل - تحريك الدعوى ضده وتقديمه للمحاكمة وطلب توقيع العقوبة المقررة له² ذلك أن المسؤولية الجنائية تأخذ بمبدأ الشرعية والمتمثل في تحديد الأفعال المجرمة والعقوبات المتعلقة بها.

على ضوء ذلك فإن الطبيب لا يكون مسؤولاً عن جريمة معينة إلا إذا كان قد تسبب مادياً في حدوثها أي وجود علاقة سببية بين النشاط والنتيجة ويكون متمتعاً بالأهلية المطلوبة لتحميل التبعة المتمثلة في عنصري الإدراك والتمييز أي يكون ارتكابه لهذه الجريمة قد تم إما عمداً أو إما عن الخطأ.

ولا يتطلب القانون في ذلك أن يكون ضرر للمريض برضائه أو بدونه بل حتى بدون ضرر وأحياناً حتى بدون اكتمال الجريمة أي على أساس المحاولة كجريمة الإجهاض والممارسة الغير شرعية للطب.

في هذا الصدد فإن الطبيب الذي جند نفسه من خلال الدراسات الطويلة والتفاني لأجل القيام بعمل إنساني متمثلاً في الرسالة النبيلة للطب ومن ثم لا يتصور منه أمام

¹ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج01 (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، 2002، ص 58.

² - محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 11.

هذه المهمة الإنسانية الجسيمة أن يجد نفسه فجأة أمام القضاء في قفص الاتهام بجريمة عمدية أو غير عمدية.

المبحث الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب

سنتناول بالدراسة المسؤولية الجنائية بصورتها العمدية في حالة توفر القصد الجنائي (مطلب 01)، والمسؤولية غير العمدية في حالة الخطأ (مطلب 02) لأن إرادة الفرد في اتجاهها لتحقيق الجريمة تأخذ إحدى الصورتين الأولى هي صورة الإرادة الواعية التي تسعى إلى إحداث النتيجة على النحو المنصوص عليه بالقانون وتسمى القصد الجنائي، والثانية صورة الإرادة المهملة التي تقوم بالفعل فتقع النتيجة عن غير قصد وتسمى الخطأ.

المطلب الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة توفر القصد الجنائي

إن دراسة المسؤولية الجنائية للطبيب في نطاق توافر القصد الجنائي الذي هو أحد صور الركن المعنوي، هو نوع من التجاوز لأن المسؤولية الجنائية ليست جزء من الركن المعنوي الذي هو أحد أركان الجريمة مع الركن المادي والركن الشرعي، في حين أن المسؤولية الجنائية هي حصيلة هذه الأركان مجتمعة وقيامها يؤدي إلى خضوع الطبيب لجزاء جنائي يقرره القانون. غير أن ما يبرر هذا التجاوز هو العلاقة الخاصة التي تربط المسؤولية الجنائية بالركن المعنوي ففي كثير من الأحيان تختلط فكرة المسؤولية الجنائية بالركن المعنوي فنجد أن موانع الركن المعنوي هي نفسها موانع المسؤولية الجنائية ولهذا قيل أن الركن المعنوي للجريمة هو ركن المسؤولية الجنائية، ولكي تتحقق هذه المسؤولية يجب أن يتوفر قصد جنائي من قبل الطبيب بأن يكون عالم بالأضرار المترتبة عن أفعاله ومع ذلك قام بها¹.

¹ - مجلة المحامي، منظمة المحامين، سطيف، عدد 11، السنة 2010.

بناء على ما تقدم يتطلب منا أن نتعرف على مفهوم القصد الجنائي وذلك من خلال تعريفاته وعناصره (فرع 01) لنهتتم بعد ذلك بصوره (فرع 02).

الفرع الأول: مفهوم القصد الجنائي

القصد الجنائي هو أحد صور الركن المعنوي وتوافره يقيم مسؤولية الطبيب الجنائية ويجعل الجريمة عمدية التي تأخذ صورتين حسب طبيعة الركن المادي فتكون جريمة إيجابية بإتيان فعل جرمه القانون أو سلبية بالامتناع عن فعل أوجبه القانون. وفي جرائم أخرى يعاقب حتى بمجرد الشروع في الجريمة دون اكتمالها وسنحاول أن نتعرض لتعريفات القصد الجنائي المختلفة في بند أول ثم في بند ثاني لصوره.

أولاً: تعريفات القصد الجنائي (العمد)

أشار قانون العقوبات في كثير من مواده إلى القصد الجنائي دون أن يعرفه لأنه حالة نفسية داخلية وترك مسؤولية تعريفه للفقهاء الذي اختلف في ذلك وظهرت عدة تعريفات¹.

فعرفه جانب من الفقهاء بأنه: "العلم بعناصر الجريمة وإرادة ارتكابها"²، ومنه نستخلص أن القصد الجنائي عنصرين "العلم والإرادة" فإذا انتفى أحدهما أو كلاهما انتفى القصد الجنائي.

ثانياً: عناصر القصد الجنائي

تتمثل عناصر القصد الجنائي من جهة في علم الجاني بالواقعة الإجرامية ومن جهة أخرى في إرادته لتحقيق النتيجة.

آ- عنصر العلم في القصد الجنائي: العلم هو إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع أي أن العلم يرسم للإرادة اتجاهها ويعين حدودها في تحقيق الواقعة الإجرامية.

¹ عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام (دراسة مقارنة)، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص 151.

² إبراهيم الشابي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، د س ن، ص 87.

وعلى هذا فالعلم شرط لتوافر القصد الجنائي والعكس فالجهل أو الغلط يؤدي إلى انتفائه، ويتحقق علم الجاني بالوقائع الإجرامية فإذا قام طبيب بأعمال تسببت في إجهاض امرأة وهو لا يدري أنها حامل فلا يسأل عن جريمة عمدية لانتهاء القصد الجنائي الذي هو علم وإرادة تتجه إلى تحقيق نتيجة وخروج عن القانون لأن توقع النتيجة أم مطلوب للقول بتوافر القصد الجنائي في النتيجة ينفي القصد الجنائي أحيانا.

ب- **عنصر الإرادة:** هي ذلك النشاط النفسي الذي يصدر عن وعي وإدراك بهدف بلوغ هدف معين¹ وتوجه الإرادة لتحقيق الجريمة يبدو واضحا بالنسبة للجرائم الشكلية التي تقوم بمجرد السلوك المادي المحض، ففي توجيهها يكفي للقول بأنها تسيطر على ماديات الجريمة الشكلية. أما بالنسبة للجرائم غير الشكلية فإن الأمر موضوع خلاف بين الفقهاء الألمان فهناك من أخذ بنظرية التصور (العلم) ومفادها أن القصد الجنائي يمثل حقائق النفس البشرية فإرادة الإنسان تدفعه إلى إتيان حركة تمثل مظهر تصميمه الإجرامي سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق.

بينما ذهب جانب آخر² من الفقه إلى أن القصد الجنائي يستلزم أن تتجه الإرادة إلى الفعل المعاقب عليه وإلى تحقيق النتيجة وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري فالإرادة هي تعمد الفعل أو النشاط المادي أما القصد فهو تعمد النتيجة المترتبة عنه.

¹ - عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 258.

² - ابراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص 89.

الفرع الثاني: صور القصد الجنائي

هناك عدة صور للقصد الجنائي المباشر وغير مباشر والمحدود وغير المحدود لا يسعنا التطرق إليها ونكتفي بتوضيح صورتين أساسيتين هما القصد العام والقصد الخاص.

أولاً: القصد العام

القصد العام هو انصراف إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة مع توافر العلم بأركانها كما يتطلبها القانون وهو يمثل القصد العام في كل جريمة وعليه فإن القصد العام يتكون من عنصري القصد الجنائي.

إن القصد العام ضروري في جميع الجرائم العمدية لقيام المسؤولية الجنائية فهو لازم في الجنايات جميعها وفي جزء كبير من الجنح¹، فالقصد العام هو الهدف الفوري والمباشر للسلوك الإجرامي²، فالطبيب الذي يجهض امرأة حامل بدون ضرورة أو مصلحة له من وراء ذلك غير الربح، قصده العام من هذا هو الاعتداء على الجنين وإخراجه قبل ولادته الطبيعية، أما إذا كان هو المتسبب في الحمل فالقصد هنا خاص وهو من أجل ستر الفضيحة.

ثانياً: القصد الخاص

قد يعتد المشرع أحيانا في بعض الجرائم بالغاية من ارتكاب الجريمة حتى يتكون ركن القصد الجنائي المطلوب فيها وهو ما يسمى بالقصد الجنائي الخاص إلى جانب القصد الجنائي العام الذي لا يختلف هو في الجريمة الواحدة. من جانب آخر فإن الغاية تختلف، فقد يكون القتل الرحيم مثلا لشخص ما من طرف طبيب من أجل الاستيلاء على

¹ - إبراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص 97.

² - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 262.

تركته أو من أجل انتزاع عضو من أعضائه لأجل زراعته لقريب له أو كاطبيب المزور لشهادة طبية من أجل استعمالها من طرف قريب أو صديق له في غرض ما. ففي هذه الأمثلة نلاحظ أن الأمر يتعلق بقصد جنائي خاص هذا في حالة الفعل الإيجابي أما في حالة الفعل السلبي أو الامتناع عن فعل فإنه معاقب عليه بعقوبة الفعل إلا إذا توافرت أسباب وشروط الامتناع القانونية. فالطبيب الذي يمتنع عن ربط الحبل السري¹ لمولود سيؤدي هذا الامتناع إلى موت المولود وبهذا يكون الامتناع جريمة عمدية.

المطلب الثاني: قيام المسؤولية الجزائية في حالة الخطأ (عدم توافر القصد الجنائي)

الخطأ الذي يكون الركن المعنوي في الجرائم غير العمدية قد يقع بفعل إيجابي وعليه فمن يقضي سلوكه إلى نتيجة إجرامية يكون مسؤولاً عنها إذا ثبت أن سلوكه يحمل معنى تجاوز واجبات الحيطة والحذر حتى ولو أنه لم يتوقع النتيجة الإجرامية متى كان بوسعه توقعها. ويتضح الفرق بصورة جلية بين الخطأ والقصد الجنائي. ففي القصد الجنائي تسيطر الإرادة على ماديات السلوك وتسعى لتحقيق النتيجة التي تتوقعها وترغب فيها في حين أن إرادة الجاني في الخطأ تسيطر على ماديات السلوك فحسب دون النتيجة التي لا يمكن أن تنسب إلى نشاط الإرادة.

على أن العلاقة لا تنقطع بين النتيجة والإرادة الإجرامية لأن انقطاعها لا يقيم الجريمة ومفاد ذلك أن القانون يعاقب على تحقيق النتيجة في أغلب الأحيان لا مجرد السلوك المادي المحض².

¹ - المجلة القضائية، السنة 2008، العدد 01، ملف رقم: 524526 بتاريخ 2008/06/18، اجتهاد المحكمة العليا في تحديد مفهوم الجريمة السلبية (عدم ربط الحبل السري أو عدم إرضاع مولود حديث العهد بالولادة).

² - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 270.

بناء على ما تقدم لا بد من الكلام أولاً عن مفهوم الخطأ الطبي وصوره (فرع 01) لتتطرق بعد ذلك إلى أنواع الخطأ الطبي (فرع 02) وفي الأخير إلى مجالات وتطبيقات الخطأ الطبي (فرع 03).

الفرع الأول: مفهوم الخطأ وصوره

هو أحد صورتين الركن المعنوي للجريمة، فالجرائم إما عمدية تقوم على توافر القصد الجنائي كما تطرقنا إليه سالفاً أو غير عمدية تقوم على الخطأ غير العمدي في صورته المختلفة، بالتالي سنتناول تعريف الخطأ وصوره والآثار المترتبة على انعدام القصد الجنائي.

أولاً: تعريف الخطأ

الخطأ لغة ضد الصواب وضد العمد ويقال أخطأ فلان إذا سلك هذا الخير طريقاً مخالفاً للصواب¹، وعلى غرار أغلب القوانين الحديثة لم يعرف المشرع الجزائري الخطأ بل ترك أمر ذلك إلى الفقه، فيعرفه بعض الفقهاء على أنه: "إخلال الجاني عند تصرفه بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون"². وعرفه آخرون: "هو إخلال الجاني بواجبات الحيطة والحذر التي تتطلبها الحياة الاجتماعية"³

ثانياً: صور الخطأ

لا يستلزم القانون أن يقع الخطأ بجميع صورته بل يكفي لتحقيق الجريمة أن تتوافر صورة واحدة فيها فقط، وقد أشار قانون العقوبات الجزائري للخطأ في عدة صور تستوعب الخطأ الذي يحدث في الحياة اليومية تقريباً ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 288 من قانون العقوبات بقولها: "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو

¹ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 117.

² - السالم عباد الحلبي محمد علي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مكتبة الثقافة للنشر والإعلام، الأردن، 1997، ص 370.

³ - إبراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص 108.

عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاة الأنظمة...". وكذا المادة 289 من نفس القانون بقولها: "إذا أتيح عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح...".

أ- **الرعونة:** هو ذلك التصرف الذي يحمل في طياته سوء التقدير أو الطيش أو نقص الدراية كالتبيب الذي يجري عملية جراحية دون الاستعانة بطبيب التخدير أو الخفة في عمل يتعين على فاعله أن يكون على علم به.

ب- **عدم الاحتياط:** هو ذلك الخطأ الذي ينطوي على نشاط إيجابي، أو هو إتيان الشخص لفعل كان يجب الامتناع عنه. بعبارة أخرى عدم الاحتياط هو عدم التبصر بعواقب الأمور، حيث أن الشخص يكون مدركا لما يكون أن ينجر عليه هذا الفعل من ضرر للغير ويمضي في فعله باستخفاف ضانا منه أنه يمكن تجنب النتيجة¹

ج- **الإهمال وعدم الانتباه:** الإهمال وعدم الانتباه هما صورتان متقاربتان تتصرفان إلى الخطأ الذي ينطوي على نشاط سلبي نتيجة لتترك واجب أو الامتناع عن تنفيذ أمر ما. ومثال ذلك عدم مراقبة الطبيب لمريضه كانت تعاني من مرض الكوليرا الذي يرفع من درجة حرارة جسمها ويؤثر على جهازها العصبي فرمت بنفسها من نافذة المستشفى وتوقيف على الفور².

د- **عدم مراعاة الأنظمة والقوانين:** عدم مراعاة الأنظمة والقوانين يفيد معنى عدم تنفيذ الأنظمة المقررة على النحو المطلوب.

فقد يرى المشرع أن سلوكا معيناً يكون خطرا وبإمكانه أن يؤدي إلى ارتكاب جريمة فيحظره وقاية لذلك. ويتمثل الخطأ في هذه الحالة بالإقدام على السلوك المحظور فإذا ما أقدم شخص ما عن هذا السلوك المحظور يسأل عن جريمتين الأولى هي مخالفة القوانين والأنظمة وتعد جريمة قائمة ومستقلة، بحد ذاتها ولو لم يقع خطأ آخر³ والثانية هي

¹ - كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، المرجع السابق، ص 60.

² - طاهري حسين، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، د ط، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 45.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدالدة، د ط، دار المطبوعات، مصر، 1989، ص 29.

النتيجة الإجرامية التي آلي إليها عمل الجاني¹ ومثال ذلك عدم تحرير الوصفة الطبية بوضوح وتعيين جرعة الدواء ومقداره بوضوح، يعد في حد ذاته خطأ ناتج عن عدم مراعاة اللوائح والقوانين مثلما نصت عليه المادة 47 من قانون (276/92)² بقولها: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحرر وصفاته بكل وضوح وان يحرص على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا...". فعدم تحرير الوصفة الطبية حسب القوانين والأنظمة يرتب المسؤولية حتى بدون ضرر المريض، أما تسبب ذلك في وفاته فيسأل الطبيب عن جريمتين.

إن المتفحص للمادة 288 سالفه الذكر يجد أنها عدت كل صور الخطأ كالرعونة، عدم الاحتياط، إهمال وعدم الانتباه، عدم مراعاة الأنظمة واللوائح والقوانين وقد وردت على سبيل الحصر فلا قياس عليها غير أن الإشكال يثار عندما لا يشير القانون إلى الواقعة المجرمة بفعل الإهمال أو عدم الاحتياط.

فهنا يجب تحديد المعيار الذي يسمح بالتمييز بين التصرفات التي تعد إهمالا يأخذ الأول بالمعيار الشخصي الذي بمقتضاه ينظر إلى الشخص المسند إليه الخطأ وإلى ظروفه الخاصة بحيث لا يمكن أن نطالب شخصا بقدر من الحيطة والذكاء تفوق ما تتحمله ظروفه الاجتماعية في حدود ثقافته وسنه وخبرته فإذا تبين أن سلوكه المقضي للجريمة كان يمكن تفاديه بحسب ظروفه وصفاته عدا الفاعل مخطئا أما غير ذلك فيعد غير مخطئ، أما الفريق الثاني من الفقه فيذهب إلى وجوب المقارنة بين مصدر من المتهم وما كان أن يصدر عن شخص آخر متوسط الحذر والاحتياط وضع في نفس ظروفه أي: تقرير سلوك الطبيب المخطئ على ضوء سلوك³ طبيب آخر من مستواه والأخذ بالظروف الخارجية التي أحاطت بالعمل الطبي كوجوب التدخل المستعجل وأتباع القواعد والأصول

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 273.

² المرسوم التنفيذي رقم 276/92، المذكور سابقا.

³ منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 52.

للمهنة فإذا وجدنا أن الشخص العادي المتوسط الحيطة والحذر سيقع فيما وقع فيه المتهم فلا مجال لمساءلة المتهم وفي حالة العكس فإن المتهم عندئذ يعد مهملًا ويسأل عن جرمته.

لقد اخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي في مادته 172 ق.م.ج وهو الغالب فقها وقضاء لكونه الأنسب¹. إذ أن المعيار الشخصي يجعل مساءلة الشخص الحذر لمجرد هفوة بسيطة في حين يفلت الشخص معتاد التقصير من المساءلة.

ثالثا: الآثار الناتجة عن انعدام القصد الجنائي في جرائم الخطأ

يترتب على تخلف القصد الجنائي في جرائم الخطأ عدة نتائج هامة منها:

عدم إمكان تصور الشروع في جرائم الخطأ لأن الشروع في الجريمة يستلزم توافر النية في إتمام تلك الجريمة بكافة أركانها والقصد الجنائي متخلف في الجرائم غير العمدية ومنعدم فيها.

عدم تصور الاشتراك في جرائم الخطأ لأن الاشتراك في الجريمة يكون بالمساعدة وهو يستلزم توافر القصد الجنائي لمعاونة الفاعل لإتمام الجريمة، وانعدام القصد لدى الفاعل الأصلي في الخطأ يستتبع بغير تصوره لدى الشريك، وينجم عن ذلك أن المساهمة بقدر من الخطأ يجعل القائم به مخطئا أصليا ويجب إثبات خطأ كل منهما مستقلا عن الآخر كمسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه.

انعدام الظروف المشددة في جرائم الخطأ لأن القصد الجنائي ينفني فيها، فلا وجه لقيام الظرف المشدد لاستحالة تخليه، فلا سبق إصرار أو ترصد في جريمة القتل الخطأ².

¹ طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، د ط، دار الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 19.

² إبراهيم الشباسي، المرجع السابق، ص 114.

الفرع الثاني: أنواع الخطأ

يُميز الفقهاء بين عدة أنواع من الخطأ وسنجري فيما يلي مقارنة بسيطة بين هذه الأخطاء لتوضيح آراء الفقه حول هذه التفرقة والوقوف على أهمية ذلك في الحياة العملية.

أولاً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير

يميل بعض الفقهاء إلى ضرورة التمييز بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير، فالخطأ الجسيم يجد مجال تطبيقه في نطاق قانون العقوبات إذ يصلح هذا النوع من الخطأ لترتيب المسؤولية الجزائية، ويجد الخطأ اليسير مجال تطبيقه في نطاق القانون المدني لأنه لا يصلح لترتيب المسؤولية الجزائية بالنظر لتفاهته وانتقد هذا الرأي على أنه إذا أخذنا بهذا التقسيم فإنه لا بد من وضع معيار للتمييز بين الخطأ الجسيم واليسير لأن معيار الرجل العادي المعتمد في مجال المسؤولية غير العمدية لا يصلح للتمييز بين الخطأين الجسيم واليسير لأنه يقوم على مجرد إثبات الخطأ فقط.

أمام صعوبة التفرقة بين الخطأ الجسيم واليسير والافتقار إلى معيار يميز بينهما فقد هجر الفقه والقضاء هذا التقسيم إذ اعتبر القانون كل من أخطاء عدا مسؤولاً ولو كان خطأه يسيراً¹.

أما المشرع الجزائري فلم يتناول التفرقة بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير وترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية.

ثانياً: الخطأ الجنائي والخطأ المدني

الخطأ الجنائي هو الإخلال بواجب قانوني مكفول في قانون العقوبات، أما الخطأ المدني فهو الإخلال بأي واجب قانوني ولو لم تكفله القوانين ومن ثم فالخطأ المدني أوسع دائرة من الخطأ الجنائي، إذ أن الخطأ الجنائي يشكل دائماً خطأ مدنياً. أما الخطأ المدني فقد يتوافر دون أن يشكل خطأ جنائياً غير أن البعض اعتمد على التفريق بين الخطأين

¹ - عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 282.

على أساس الجسامة فكلما كان الخطأ جسيماً كان خطأً جنائياً ورتب المسؤولية الجزائية وكلما كان يسيراً عن خطأ مدنياً ورتب المسؤولية المدنية، وقد سبق أن تناولنا النقد الموجه لهذا الرأي في الصفحة السابقة وتم رفض الأخذ به¹. أوضحنا أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الخطأين حيث أن هناك من الخطأ صالح لإقامة المسؤولية الجزائية والمدنية غير أنه ليس كل خطأ يستلزم قيام المسؤولية الجزائية وإن كان يستلزم التعويض مدنياً ولقد جاءت صور الخطأ على سبيل الحصر في المادة 288 ق.ع.ج².

ثالثاً: الخطأ المادي والخطأ الفني

يقصد بالخطأ المادي: "الإخلال بالالتزام المفروض على الناس كافة باتخاذ العناية اللازمة عند القيام بسلوك معين أو إتيان فعل لتجنب ما يؤدي إلى نتيجة غير مشروعة³ إذ من المقرر أن تطبق قواعد الخطأ بمفهومه العام (المادي) على جميع الناس المخاطبين بالقاعدة القانونية التي من خصائصها العموم والتجريد ولا تفرق بين شريحة اجتماعية وأخرى، فواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون تسري على الكافة، على أن انفراد بعض الطوائف الاجتماعية بمهن معينة.

يطرح التساؤل عن إمكانية تطبيق قواعد الخطأ الفني عليهم في حالة اقرارهم لخطأ يتعلق بمهنته.

إن الرأي السائد فقهاً وقضياً ينفي التفرقة بين الخطأ المادي والفني، كما أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الخطأين إذ يكفي القانون بإثبات الخطأ كركن معنوي حتى يتحمل الجاني تبعه عمله وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك بتشديد أو تخفيف العقوبة. 'المادة 124 ق.م).

¹ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 283.

² الأمر 15/66، المذكور سابقاً.

³ عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 280.

كما تجدر الإشارة إلى أن الخطأ الطبي هو عدم قيام الطبيب بواجبات مهنته وفقا لما تقتضيه اللوائح والقوانين وأصول المهنة العلمية والفنية التي هي مجموعة القواعد النظرية والعلمية المستقرة بين أهل الطب ولم تعد محل نقاش بينهم، أي هي القدر الأدنى الذي يجب مراعاته في عمل طبي إلا استثناء كحالة الضرورة¹ وهي حقائق ثابتة ومسلمات معترف بها والمعياري المعتمد لتحديد الخطأ الطبي هو معيار موضوعي كما سبق أن أشرنا إليه سالفًا وقد أحالت المادة 239 من قانون 11-18 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها عقوبة الخطأ المهني المرتكب من الطبيب إلى القواعد العامة حيث تنص على: "يتابع طبقاً لأحكام المادتين 288 و 289 من ق.ع أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبيب على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق أضراراً بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزاً مستديماً أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته".

فاستقرأ هذه المادة بين أنها تميز بين الخطأ المهني والتقصير رغم أن المشرع الجزائري لم يفرق بين الخطأ المهني والمادي ويعتبر هذا استثناء نظراً لطبيعة المهنة الطبية.

فالخطأ المهني يرتكب أثناء الممارسة الفعلية للمهنة الطبية. كعدم تعقيم الأدوات الجراحية، أما التقصير فيكون بمناسبة القيام بالمهنة، كإهمال مراقبة الطبيب لعمل الممرض. وأضافت المادة 239 من قانون 17/90 ما يلي: "إذا لم يتسبب الخطأ المهني في أي ضرر يكتفي بتطبيق العقوبات التأديبية" والعقوبة التأديبية هي من اختصاص السلطة الإدارية كإدارة المستشفى لتحقيق الصرامة وإيجاد الانضباط وسنتعرض لبعض التطبيقات القضائية لصور الأخطاء الطبية أثناء العمل الفعلي للطبيب.

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 198.

الفرع الثالث: مجالات الخطأ الطبي وتطبيقات القضاء شأنها

نظرا لتعقيدات العمل الطبي وتنوع الأمراض تتعدد الأخطاء الطبية فمنها الخطأ التي تتعلق بوصف الأدوية وتحريروالصفات وأخرى متعلقة بالجراحة والتحذير كما توجد أخطاء ناتجة عن استعمال الآلات الطبية والتكنولوجيا الحديثة.

أولا: أخطاء الفحص الطبي

إن مرحلة الفحص الطبي هي بداية العلاقة بين الطبيب والشخص المراد فحصه إذ هناك من الفحوصات الطبية تكون لأغراض غير علاجية كما إذا كان الهدف بيان مدى ملائمة شخص من الناحية الصحية لشغل منصب ما في شركة أو مؤسسة أو لإجراء خبرة طبية... إلخ. فالفحوصات من قبل الطبيب تأتي بعد رضا المريض بها صراحة أو ضمنا بذهابه للطبيب.

إن الفحص من أهم المراحل لأنه الأساس الذي تبنى عليه المراحل اللاحقة حيث يتصرف الطبيب من خلاله على حالة المريض الصحية وسوابقه الوراثية وتأثيرات المرض فيه سواء بملاحظة العلامات والدلائل الظاهرية، والاستفسار عنا يحس به المريض بطرح الأسئلة عليه أو استعمال السماع الطبية وجهاز قياس ضغط الدم والهدف من كل هذا تجميع هذه الأعراض "الكلينيكية" من أجل تشخيص المرض.

لقد استقر القضاء الفرنسي على أن إهمال هذه الفحوص يشكل خطأ من جانب الطبيب يقيم مسؤوليته أما بالنسبة للفحوص التكميلية فقد تردد القضاء في مدى إقرار المسؤولية عن إهمالها أو نفيها إلا إذا كانت محل إجماع طبي وعلمي ثابت ودونها يستحيل التشخيص¹.

¹ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 84، 85.

ثانياً: أخطاء التشخيص

تأتي مرحلة التشخيص عقب مرحلة الفحص ويقوم به أي طبيب عام أو متخصصاً بوصف العلة بناء على الأعراض "الكليينكية" أو بعد إجراء التحاليل أو الأشعة. فالتشخيص ما هو إلا استنتاج علمي وعقلي، لنتيجة معينة حول الحالة الصحية للمريض من خلال التقويم الفني لأعراض وعوامل وحقائق بشأن حالة المريض وتحديد طبيعتها تمهيدا للعلاج المناسب.

كما يتميز التشخيص الطبي ببعض الخصائص فهو لا يرتكز على العلم فقط ولكن أيضاً على الخبرة والفتنة وقدرة الاستنتاج وبهذا لا يملك الأطباء هذه السمات بمقدار متماثل مما يسبب ارتكاب الأخطاء¹. وفي شأن ذلك اختلف الفقه والقضاء في تقرير مسؤولية الطبيب عن الخطأ في التشخيص سواء أكان الخطأ علمي أو خطأ ناتج عن جهل.

ففي حين قضى البعض بانتفاء المسؤولية للطبيب بينما قضى البعض الآخر بقيامها في حالة الجهل الفاضح أو نتيجة فحص متعجل وناقص².

آ- حالة الخطأ العلمي: غالباً ما يتمثل الخطأ في تغليب الطبيب لرأي علمي على آخر. فإن خطأ فلا مسؤولية عليه ومن أشهر القضايا قضية أستاذ في أمراض النساء في جامعة باريس حيث تقدمت إليه امرأة تشكو من ألم في أسفل البطن مما جعله يشخص هذا المرض على أنه ورم في المبيض وعالجها على هذا الأساس وبعد مدة وضعت المرأة مولوداً ولما عرض الأمر على القضاء الفرنسي لم يعتبر هذا الخطأ أساساً للمسؤولية

¹ - محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي إمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993، ص 08.

² - منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، ط01، جامعة نايف، العربية للعلوم، السعودية، 2004، ص 67.

وقال أن الطبيب يحاسب على الجهل بأصول المهنة لا على أساس الاجتهاد العلمي بحكم التقنيات المتوفرة آنذاك للتشخيص¹.

ب- حالة الخطأ بالإهمال: حالة الخطأ بالإهمال تظهر عدة صور كتسرع الطبيب في تكوين رأيه عن حالة مرضية دون الاستعانة بنتائج التحاليل أو صور الأشعة أو دون استعانة بالزملاء الاختصاصيين. فهذا الخطأ الجسيم أو الفاحش يصفه القضاء بالجهل الذي لا يعذر².

وفي هذا الصدد قضت محكمة " la seine " في قرار لها صادر بتاريخ: 1934/01/13 بأنه في حالة الشك في التشخيص يجب الالتجاء إلى الطرق العلمية للتحقق من المرض وإلا كان الطبيب مهملاً إهمالاً يحاسب عليه³.

على هذا الأساس فالطبيب ملزم بالتريث والاستعانة بصور الأشعة ونتائج التحاليل واستشارة الاختصاصيين من زملائه وهذا ما نصت عليه المادة 45 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 بقولها: "يلتزم الطبيب أو جراح الأسنان بمجرد موافقته على أي طلب معالجة بضمان تقديم علاج لمرضاه يتم بالإخلاص والتفاني والمطابق لمعطيات العلم الحديثة والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين".

كما نصت المادة 69 من نفس المرسوم على ما يلي: "يجب على الطبيب وجراح الأسنان أن يقترح استشارة طبية مشتركة مع زميل آخر بمجرد ما تقتضي الحاجة إلى ذلك...".

غير أن الطبيب في حالة الاستعجال لإنقاذ مريض غير ملزم بنتائج التحاليل وصور الأشعة لطول مدة انتظارها ولذا يرجع له القرار في هذه الحالة، لأن فن الطب تخميني في غالب الأحيان يعتمد على قوة الملاحظة والقدرة على الاستنتاج وهذه الملكة

¹ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 137، 138.

² - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 50.

³ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 138.

تختلف من فرد لآخر وبالتالي لا يسأل الطبيب إلا عن الجهل الواضح بقواعد وأصول مهنة الطب إذ لا شك أنه في حالة وجوب إجراء التحاليل وصور الأشعة وأهمل الطبيب هذا وتجاهله عن مرتكبا لخطأ يسأل عنه¹ وعلة ذلك أنه في عدة حالات مرضية تتشابه الأعراض وللتمييز بينهما يعود الفصل فيها إلى نتائج التحاليل وصور الأشعة حسب الأصول المتعارف عليها لدى أهل الطب.

بينما في حالة الخطأ في التشخيص لمرض ما لا يتطلب فحوصات تكميلية مخبرية أو صور أشعة بل يبني فيها التشخيص على الأعراض الظاهرية أو على ما يدلي به المريض من بيانات للطبيب فهنا لا تثور مسؤولية الطبيب، كما يضاف إلى ذلك حالة قيام المريض بتظليل الطبيب من خلال إعطائه بيانات غير صحيحة². ويثور التساؤل حول إخفاء تشخيص مرض لأسباب مشروعة بقدرها الطبيب من أجل مصلحة المريض وهذا ما أجازته المادة 51 من مدونة أخلاقيات الطب.

مما تجدر الإشارة إليه هو أن تقدير خطأ الطبيب في التشخيص ينظر فيه إلى تخصصه ومستواه ودرجته العلمية فيعتبر التشخيص الصادر من الأستاذ في الطب أدق من ذلك الصادر من الممارس الطبي العام.

ثالثاً: أخطاء العلاج

تأتي مرحلة العلاج بعد التشخيص المرض بحيث تعتبر مرحلة العلاج هي الجانب التطبيقي لما أقره التشخيص فيختار الطبيب العلاج المناسب لحالة المريض الصحية بمراعاة بنيته الجسدية ومدى تحمله للعلاج، إذ من المستقر عليه أن الطبيب حر في اختيار العلاج المناسب ولا يقيد هذه الحرية إلا تحقيق مصلحة المريض وما تقتضي به

¹ - طاهري حسين، المرجع السابق، ص 24، 25.

² - المادة "177" من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر، عدد 31، 2007.

القوانين واللوائح المنظمة لمهنة الطب، سواء بتحرير وصفة طبية أو اللجوء للجراحة والتخدير أو العلاج بالأشعة وهذا ما سيتم بحثه في ثلاثة نقاط.

1- أخطاء تحرير الوصفة الطبية:

إن الطبيب له الحرية في اختيار وسائل العلاج وهي متعددة، جراحية وغير جراحية وأشعة... إلخ. فقد يختار من أجل العلاج، وفق ما تقتضيه الحالة الصحية للمريض وسيلة تحرير وصفة طبية على أن يتم ذلك في شكل دقيق ومقروء وكامل وتعد عملية تحرير الوصفة من العمليات اليومية الأكثر شيوعاً في المجال الطبي، وكل إهمال أو عدم احتياط في تحريرها يعتبر إخلالاً قد ينتج عنه ضرر قاتل للمريض، وبالتالي تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية.

يقصد بالوصفة الطبية التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص وقد ألفت عليها مدونة أخلاقيات مهنة الطب هذا المصطلح في المادة 11 منها قائلة: "يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة...".

كما تتميز الوصفة الطبية عن غيرها من الأوراق الطبية الأخرى التي تثبت فيها أنواع مختلفة من الأعمال الطبية، كالتحاليل والأشعة بحيث تعتبر كدليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض¹. ويلتزم الطبيب بأن يحزر الوصفة بخط واضح مع تحديد دقيق للأدوية والمقادير والجرعات، وكيفية الاستعمال للأدوية الموصوفة على أن تكون الوصفة مؤرخة ومنهورة بالتوقيع وهذا ما نصت عليه المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها: "... ولا يجوز لأي طبيب أو جراح أسنان أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية، ويجب أن تحمل كل وثيقة يسلمها اسمه وتوقيعه".

¹ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 92.

كما يشترط في الوصفة أن تحرر بألفاظ دقيقة ومقروءة لكي يتمكن كل من الصيدلي والمريض ومحيطه من فهمها، وهذا ما نصت عليه المادة 47 من نفس المدونة السابقة الذكر: "يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يحزر وصفاته بكل وضوح وان يحزر على تمكين المريض أو محيطه من فهم وصفاته فهما جيدا...".

يعد المشرع الجزائري رائدا في توضيح الشكل القانوني للوصفة لدرء الإشكاليات حيث نص على البيانات الأساسية والرئيسية لمحتوى الوصفة الطبية في المادة 77 من مدونة أخلاقيات الطب يقولها: " لا يسوغ للطبيب أو لجراح الأسنان أن يثبت على الورق المخصص للوصفات ... إلا البيانات:

- الاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وساعات العمل.

- أسماء الزملاء المشتركين.

- الشهادات والوظائف والمؤهلات المعترف بها".

كما أشارت المادة (174)¹ من قانون 08-13 المعدل والمتمم على أنه: " لا يجوز للأطباء أن يصفوا أو يستعملوا إلا المواد الصيدلانية الواردة في المدونات الوطنية...". بناء على هذه المواد السالفة الذكر الخاصة بتحرير الوصفة الطبية فإن خلوها من هذه البيانات لا يمكن لمن حررت له (المريض) أن يطالب بصرفها له في الصيدلية كما لا يمكن لحاملها أن يحتج بها كدليل أما القضاء أو ضد الطبيب المحزر في حالة ما إذا وقع خطأ في وصف الدواء وترتب عليه ضرر للمريض خاصة إذا كانت الوصفة غير مؤرخة وغير موقعة أو غير مؤشر عليها بختم الطبيب.

من جهة ثانية تتفاقم المشكلة إذا كانت تحمل مواد مهدئة كما هو الحال في الوقت الراهن عند شبابنا إذ قد يكون حامل هذه الوصفة متواطئ مع ممرض أو تابع للطبيب إلا إذا أثبت المريض سوء نية الطبيب بتعمده فعل ذلك.

¹ - معدلة بموجب المادة 09 من القانون 08-13، المذكور سابقا.

وفي هذا الصدد نذكر أن الأخطاء المتعلقة بتحرير الوصفة لا يستهان بها، إذ هناك قضايا حيرت العقول منها ما تم تكييفها على أساس القتل الخطأ ومنها الجرح الخطأ ومنها إعطاء مواد ضارة، وكلها نتيجة الإهمال والرعونة أو الجهل العملي الغير مقبول أو عدم احترام القوانين واللوائح¹.

وقد قضى مجلس قضاء باتنة بمسؤولية الطبيب بسبب خطأ طبي في قرار له بتاريخ: 1990/09/15، وذلك اثر وفاة شخص نتيجة تناوله دواء موصوف له بغير وضوح مع عدم تباين طريقة استعماله.

كما قضى مجلس قضاء الرويبة بإدانة طبيب أطفال بالحبس لمدة 08 أشهر نافذة لإهماله وعدم حيظته عن تحرير وصفة طبية دون تبيان طريقة استعمال الدواء المحرر فيها بحيث وصف له دوائين متضادين أحدهما منشط للأعصاب والآخر مهدئ لها، وعند استعمالهما مما من طرف أم الطفل توفي الولد نتيجة نشج عضلي ونوبات عصبية. وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أنه أقام مسؤولية الطبيب عندما أخطأ في تحرير وصفة لمريض بكتابة 25 قطرة بالفرنسية مختصرة "25 GTS" وبخط غير واضح مما أدى بالصيدلي للوقوع في خطأ هو الآخر وصرف الدواء على أساس 25 غراما مما نتج عنه وفاة المريضة عقب تناولها لهذه الكمية المفرطة².

كما قضت محكمة "BLOIS" على طبيب أطفال بإدانته بالقتل الخطأ لسهوه في تحرير وصفة وكتابة اسم دواء محل آخر، حيث كتب "INDOCID" بدلا من "INDUSIL" لطفل يبلغ من العمر 05 أسابيع، فالأول يمنع استعماله للأطفال الأقل من 15 سنة مما أدى إلى وفاته رغم قدرة الطبيب لتفادي هذا الخطأ³.

¹ - محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 46.

² - محمد سامي الشوا، المرجع نفسه، ص 47.

³ - منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص 79.

من جهة أخرى قررت محكمة "سانت كانتان Saint Quentin" في قرارها الصادر عام 1891 بمسؤولية الطبيب إثر خطأه في وصف علاج لم تراع فيه مدى مقاومة المريض للمواد الضارة المقدمة له وعدم مراعاة بنيته الجسدية¹. في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه يجب على الصيدلي في حالة تقديم وصفة طبية له غير مقروءة أو تحتوي على خطأ في الجرعة أو في المقدار أن يراجع الطبيب بالاتصال به لمراجعة هذا الخطأ قبل فوات الأوان وتسليم الدواء للمريض الجهوي لأخلاقيات الطب وهذا ما نص عليه المادة 144 من المرسوم رقم 296/92 بقولها: يجب على الصيدلي أن يحلل الوصفة كميًا ونوعيًا لتدارك كل خطأ محتمل... وإذا أكدها الواصف كتابيًا، وفي حالة ما إذا وقع خلاف يجب عليه، إذا رأى ضرورة لذلك، أن يرفض تسليم الأدوية وإن يخطر الفرع النظامي الجهوي بذلك².

وحسب وجهة نظرنا نرى أن المشرع أحسن ما فعل عندما أعطى للصيدلي صلاحيات عدم تسليم دواء أو مادة صيدلانية مشكوك في وصفها وهذا ما يسعى بالرقابة البعدية، لكي تتضافر الجهود بين الطبيب والصيدلي من أجل مصلحة المريض والمجتمع ويبقى الشفاء مساءلة تختلف باختلاف الأشخاص ومدى فعالية العلاج وقابلية الجسم له.

2- أخطاء الجراحة والتحذير

تعتبر الجراحة فرع من فروع الطب والمجال الأرحب لدراسة المسؤولية الطبية لأن أخطاء الجراحة هي نموذجية في هذا المجال ولا شك في أنه يتوجب على الطبيب الجراح قبل الشروع في العملية الجراحية القيام بفحوصات أولية وشاملة، وإعلام المريض بكل الأخطار والمضاعفات كما عليه أن يعمل مع طبيب مختص في التحذير الذي لا تقل مسؤوليته عن مسؤولية الجراح.

¹ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 150.

² - منير رضا حنا، المرجع السابق، ص 80.

أ- أخطاء الجراحة: تعد الجراحة أحد فروع الطب والتخصص فيه وتعتبر المجال المهم والأرحب في علاج الكثير من الأمراض التي تستعصي على الطرق العلاجية العادية، وبهذا تعتبر أخطاء الجراحة أخطاء نموذجية لدراسة الخطأ الطبي.

فالجراح لا يقرر إجراء العملية الجراحية إلا بعد استنفاد كل طرق العلاج الأخرى ويجب عليه أن يفحص المريض بدقة وعناية قبل إجراء العملية، وعليه أن يستعين برأي الطبيب المعالج لكي يستأنس برأيه في معرفة حالة المريض ورأي الطبيب المعالج هنا استشاري. والجراحة كعمل طبي تطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية، أي أنها التزم ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء الجراحة التجميلية، أين يكون الالتزام بتحقيق نتيجة في حالة تحسين مظهر لا لهدف علاجي، حيث أنه لا يمكن للجراح الاحتجاج بأن الطبيب المعالج هو الذي أشار عليه بإجراء هذه العملية لأنه المؤهل علمياً وعملياً للفصل في ما إذا كان المريض يحتاج إلى الجراحة أم لا¹، أي بشرط أن تكون متاعب المريض غير محتملة أو منذرة بما هو أخطر.

كما أنه لا بد من الحصول على رضا المريض المتبصر وشرح وتفصيل العملية الجراحية إلا في حالة الضرورة والاستعجال وفي هذا الصدد يسأل الجراح عن تجاهل أصول المهنة وقواعدها كأن يهمل تنظيف الجرح أو يترك بقايا ضمادة في جوف المريض فيصاب المريض بالتهاب ينتهي بوفاته.

هذا ما ذهبت إليه محكمة باتنة حيث أدانت على أساس جنحة القتل الخطأ لأنه ترك ضمادة في جسم مريضة تسببت في وفاتها فرأت المحكمة أن خطأ الجراح يتعلق بخرق أصول مهنة الجراحة، وأقامت مسؤوليته الجزائية والمدنية في منطوق حكمها الابتدائي الصادر بتاريخ 2001/03/13 وحكمت عليه بـ 06 أشهر حبس موقوف النفاذ وتعويض قدره 600.000 دج لأهل المريضة.

¹ - إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، 2003، ص 45.

كما قضت في هذا الشأن المحكمة العليا بمسؤولية الطبيب نزع له الملكية كلياً، وحكمت عليه بتعويض المريض بمبلغ 700.000 دج، نتيجة خطأ طبي جراحي¹.
فالجراحة كعمل طبي تطبق عليها القواعد العامة للمسؤولية أي أنها التزام بالعناية لا بتحقيق نتيجة باستثناء الجراحة التجميلية أين يكون الالتزام فيها بتحقيق نتيجة في حالة تحسين مظهر لشخص ما غير هدف علاجي ونظراً لخطورة وأهمية العمل الجراحي فإن القضاء تشدد مع الجراحين وحملتهم المحاكم مسؤولية ما يحدث للمريض من قبل العملية إلى غاية انتهاء العملية وصحة المريض.

لأن حالة المريض في هذه الفترة تتطلب من الجراح أكثر يقظة واحترار إذ عليه أن يباشر بنفسه كل ما يتعلق بالمريض وان يراقب كل عمل يقوم به مساعده حيث أنه يسأل مثلاً إذا ترك للممرضة أمر وضع حافظات الماء الساخن تحت رجلي مريض في حالة غيبوبة بعد العملية من أجل استعادة وعيه ولم يراقب درجة الحرارة التي تسببت في حروق للمريض².

ب- أخطاء التخدير: جرى العمل الجراحي على وضع المريض تحت تأثير التخدير (البنج) الكلي أو الجزئي أو الموضعي لما له من فائدة عظيمة تمكن الجراح في أن يعمل في ظروف حسنة دون تحرك المريض الذي لا طاقة له في تحمل الجراحة دون هذا التخدير. ويقوم بعملية التخدير طبيب مختص يتأكد قبل التخدير من مدى قابلية المريض في تحمله ونوعيته جرعه وخاصة، عند مرضى القلب ومرضى الشرايين.

إن الطبيب المخذر أصبح يلعب دوراً هاماً في مجال العمليات الجراحية وعنصرها مهما في المجموعة الجراحية فتقع عليه مسؤولية فحص المريض قبل التخدير وبعد انتهاء العملية حتى يفيق المريض ويستعيد وعيه التام³ لأنه في حالات نجد أن المرضى

¹ - ملف رقم: 399828، المجلة القضائية، قسم الوثائق، عدد 02، 2008.

² - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 373.

³ - محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 64.

المخدرين تطول بهم الغيبوبة نتيجة التخدير أو يستعيدون وعيهم وهم مصابون بشلل في أعضاء حيوية نتيجة أخطاء تخديرية. ففي قضية فتاة المسماة جهان قاصرة توفت في عيادة الهناء بوهراي يوم 2005/02/27 إثر إعطائها مادة مخدرة قصد إجراء عملية لها لاستئصال الدودية الزائدة تبين فيما بعد أن الطبيب المخدر لم يتحصل على موافقة من ولي الطفلة كإجراء مبدئي وهذا يعد جريمة¹.

إن مسؤولية الطبيب المخدر هنا مستقلة عن مسؤولية الطبيب الجراح، إذ ليس هو من تابعه باستثناء إذا كان رئيس الفريق الطبي هو من أختار الطبيب المخدر دون علم المريض أما إذا كان يعملان مستقلان عن بعضهما وكلاهما تابع لمستشفى عام فتقوم مسؤولية المستشفى عن تابعيه، المخدر والجراح.

3- أخطاء العلاج بالأشعة:

تعتبر الأشعة من بين الوسائل الطبية المستحدثة للكشف عن الأمراض والعلاج في آن واحد وهي مثال حي على توغل التكنولوجيا في ميدان الطب وغزو الآلة لهذه المهنة. والجدير بالذكر أنها أصبحت جد ضرورية وإجبارية في تشخيص عدة حالات مرضية أو علاجية، وتدخل ضمن التجهيزات الطبية الحديثة وهذا ما أشارت إليه المادة "14" والمادة "172" من مرسوم 276/92. إن دراسة خطأ الأشعة يقودنا إلى دراسة خطأ استعمال الآلات في ميدان الطب خاصة الحديثة منها، التي تتطلب تكوين خاص بها من أجل تحقيق هدفها والوقاية مما ينجم عنها من أخطار نتيجة جهل تقنيات تشغيلها. فبدون شك تنطوي هذه الآلات على مخاطر عديدة وأضرار جسيمة حين عدم مراعاة الحيطة والحذر في استعمالها للفحص أو تحديدها مكان العلاج بها. وعليه فإن الطبيب عند لجوءه إلى هذه الآلات سواء في الفحص أو العلاج يجب عليه أن يدرس آثارها الجانبية

¹ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 280.

والتحكم الجيد في استعمالها وهو مسؤول عن كل إهمال مهما كان نوعه¹. نذكر في هذا الإطار ما قضت به محكمة "بورديو" في حكم صادر بتاريخ: "1933/06/07" بمسؤولية الطبيب لأنه تجاوز الجرعة المسموح بها طبيا عند تسليطه الأشعة من أجل علاج لمريض مصاب بورم سرطاني متسببا له في حروق².

أما إذا راعى الطبيب قواعد الحيطة والحذر وبذل عنايته وفق ما تفرضه القواعد والأصول الطبية فإنه لا يسأل حق ولو نتج عن استعمال الأشعة ضررا للمريض لأنه ملزم ببذل عناية لا تحقيق نتيجة. وظهر هذا في عدة قضايا طرحت أمام المحاكم انتقت مسؤولية الطبيب فيها، منها ما قضت به محكمة في مصر عام 1931 بانتفاء مسؤولية الطبيب عن فقدان شعر مريضة عولجت بأشعة (س)، ونجمت عنها حساسية طالما أن الطبيب لا يمكنه التنبؤ بها.

غير أن القضاء حاليا يميل إلى افتراض خطأ الطبيب بمجرد حدوث الضرر الناتج عن الأشعة وذلك بالنظر للتقدم الفني الذي أحدثه العلم في هذا المجال بتحسين أجهزة الأشعة وضمان كفاءتها لمنع الأضرار³.

بناء على ما تقدم فإن استخدام الأشعة أو غيرها من الأجهزة الطبية والآلات سواء في ميدان التشخيص أو العلاج هو سلاح ذو حدين فالفائدة والضرر قائمان بنفس القدر ولهذا وجب أن تراعى عند استعمالها، المعرفة التقنية والدقة والحيطة لأن أي إهمال يقود إلى آثار وخيمة بصحة المريض من جهة ويقدم المسؤولية الجنائية للطبيب من جهة أخرى.

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 205.

² - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 276-278.

³ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 222.

المبحث الثاني: انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب

إن ممارسة الأعمال الطبية والجراحية تتطلب المساس بسلامة الجسم البشري وتكامله ففي كامل التشريعات الجنائية، كان المشرع الجنائي يجرم هاته الأفعال في صورة الضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة.

لقد تعرضنا فيما سبق لأسس وشروط إباحة هاته الأعمال من أجل غايتها النبيلة كالترخيص القانوني والهدف العلاجي حسب الأصول العلمية ورضا المريض بذلك، ويكفي أن يخل شرط واحد حتى تقوم مسؤولية الطبيب الجنائية عند خروج أعماله عن دائرة الإباحة ووقوعها تحت نصوص التجريم.

رغم هذا قد تنتفي هذه المسؤولية في حالة انتفاء الرابطة السببية بين الفعل والنتيجة (المطلب الأول) أو عند توافر حالات معينة منصوص عليها قانونا كحالة الضرورة والقوة القاهرة أو في حالة خطأ المريض أو الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول: انتفاء رابطة السببية

ما هو محل إجماع في مختلف النظم القانونية أنه لا يكفي قيام الركن المادي بصدور السلوك الإجرامي من الفاعل وحصول نتيجة حتى تقوم الجريمة، بل لا بد من وجود علاقة تربط بين الفاعل وهذه النتيجة أي أنه لولا سلوك الجاني لما حدثت هذه النتيجة¹.

بناء على ما تقدم وبمفهوم المخالفة إذا انتفت هذه العلاقة فلا مجال لمساءلة الفاعل سواء في الجرائم العمدية أو غير العمدية باستثناء بعض الجرائم العمدية المعاقب بالشروع فيها دون لزوم بحث العلاقة السببية لأنه لا يتصور هذا الشروع في غير العمدية

¹ - كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة مقدمة لنيل درجة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر القايد، تلمسان، 2010-2011، ص79.

كما انه لا يمكن مساءلة طبيب عن أضرار غريبة عن العمل الطبي الذي خضع له المريض وهذا لتخلف الرابطة السببية¹ بين الفعل والنتيجة.

هذا ما سنحاول بحثه في ثلاثة بنود نتناول مفهوم علاقة السببية (الفرع الأول) ثم نتعرض إلى انتفاء العلاقة السببية ودور القضاء في نفيها أو إثباتها (الفرع الثاني) ثم إلى قيام مسؤولية الطبيب عن تابعيه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية

إن تحديد علاقة السببية ونفيها في الأخطاء الطبية أمر مستعصي وشاق نظرا للخصائص الفيزيولوجية للجسم البشري وتغيرها من شخص لآخر، حيث أن النتيجة تتحكم فيها عدة أسباب وبالتالي يصعب إرجاعها دائما إلى عمل الطبيب فقط.

فبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للجسم البشري وفي حالة استحالة إثبات علاقة السببية اجتهد القضاء في إيجاد وسيلة لحل هذه الإشكالية وأقر بأنه متى تأكد من وجود خطأ ما من جانب الطبيب وكان من المقبول عقلا ومنطقا أن يحدث هذا الخطأ ضررا اعتبر قرينة على توافر علاقة سببية.

ففي هذا الصدد يتعين على الباحث في سببية سلوك الطبيب أن يتغاضى عن النتيجة التي حدثت وأن يفترض عدم وجودها وينظر إلى سلوك الطبيب نظرة مجردة. فإذا رأى أن هذا السلوك من شأنه أن يحقق مثل هذه النتيجة عادة وجب اعتباره سببا لها، أي وفق المجرى العادي لأمر الحياة حتى لو ساهمت عوامل أخرى في إحداثها مادامت محققة ومتوقعة ومألوفة².

في هذا الصدد كشف طبيب مدرسة على أحد التلاميذ الذي كان يحوز على شهادة إعفاء من ممارسة الألعاب الرياضية لوجود مرض في القلب فقرّر أن قلبه سليم ولا داعي

¹ ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، د ط، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007، ص32.

² كشيدة الطاهر، المرجع السابق، ص80.

لهذا الإعفاء ولكن بينما كان التلميذ يقوم بتمارين رياضية سقط مغشيا عليه وتوفي بسكتة قلبية لعدم تحمله الإجهاد البدني كما نصح بذلك الطبيب المختص.
فلا مجال في هذا المثال للشك في توافر علاقة سببية بين خطأ الطبيب ووفاة التلميذ.
وبالتالي قيام مسؤوليته الجزائية¹.

بينما إذا كانت العوامل شاذة غير مألوفة وغير منطقية أو خارجة عن إرادة الطبيب فإن علاقة السببية تنقطع بينهما وبين النتيجة.
لقد برز في أعمال القضاء ومدونات الفقه في مجال البحث في رابطة السببية نظريتان، نظرية تعادل الأسباب ونظرية السبب المنتج.

أولا : نظرية تعادل الأسباب

جاء بهذه النظرية الفقيه "فون بيري" التي يتلخص مضمونها في أن كل سببا ساهم في إحداث الضرر مهما كان قدر مساهمته فإنه يعد من بين الأسباب التي أدت إلى حدوثه، بل على الأكثر من ذلك فإنها تقف جميعا في كفة واحدة وتصبح متكافئة في إحداث الضرر ومن باب أولى معاملتها على قدم المساواة فلو كان خطأ الطبيب احد هذه الأسباب أيا كان قدر مساهمته فيها فيعتد به لا محالة².

لم تسلم هذه النظرية من النقد وأصبحت حاليا شبه مهجورة وذلك لتقريرها المساواة بين كل الأسباب وخلطها بين الأسباب العارضة والمنتجة أو الفعالة ولهذا جاءت نظرية ثانية تأخذ بالسبب المنتج أو الفعال.

¹ منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 36.

² محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 17.

ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الفعال

تقوم هذه النظرية بعرض مجمل للأسباب التي ساهمت من بعيد أو من قريب في إحداث هذا الضرر مع التمييز بين السبب العارض والسبب المنتج أو الفعال. فلا يمكن الاعتداء إلا بالسبب الذي قام بدور جوهري ومباشر في إحداث هذه النتيجة ولا تعدو الأسباب الأخرى سوى ظروف ساعدت السبب الرئيسي في إحداثها ولا يمكن اعتبار أي سبب أساسياً، فلا بد أن يكون من شأنه أن يحدث هذه النتيجة حسب المجرى العادي والطبيعي للأحداث¹.

نلاحظ أن الأخذ بهذه النظرية هو الأجدر بالتطبيق كمعيار لعلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة إذ أنها ترى العبرة بالأسباب المنتجة وجدها دون العرضية وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي والجزائري.

الفرع الثاني: انتفاء أو إثبات علاقة السببية لتقرير مسؤولية الطبيب:

من المبادئ المستقر عليها في اغلب القوانين أن من يدعي بشي يقع عليه عبء إثباته سواء كانت النيابة العامة أو قاضي التحقيق لأن الإثبات هنا اخف منه في المدني إذ أن إثبات علاقة السببية في الأمور الطبية من الأمر الشاق والعسير ولهذا لجأ القضاء إلى التساهل في هذا الصدد رافة بالمريض بصفته الطرف الضعيف.

أولاً: إثبات علاقة السببية

عمد القضاء إلى إقامة قرينة قضائية لصالح المريض، فإذا كان من شأن هذا الخطأ الطبي إحداث هذه النتيجة حسب المجرى العادي للأمر فإن علاقة السببية قائمة ويبقى على الطبيب إثبات قيام السبب الأجنبي ونفي علاقة السببية² ومن دون شك

¹- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 239.

²- حسين طاهري، المرجع السابق، ص 63.

يفترض القضاء قيام هذه الرابطة السببية بشكل شبه دائم عن تفويت فرصة الشفاء¹ وعلى الطبيب إثبات عكسها إذا أراد أن ينفي مسؤوليته.

إلا أنه لا يمكن أخذ هذا المتسع على إطلاقه لأنه في بعض الأحيان يستلزم قيام قرائن قاطعة ومتكاملة لقيام علاقة السببية خصوصا إذا تعلق الأمر بالوفاة أو حدوث عاهة مستديمة وعلى قاضي الموضوع أن يثبت علاقة السببية مع مراعاة التسلسل المنطقي للأحداث.

فكلما قام الدليل على خطأ الطبيب حسب المعيار الموضوعي والمجرى العادي لحدوث نتيجة هذا الخطأ تقوم مسؤولية الطبيب بتوافر علاقة السببية، بالاستعانة بالخبرة الطبية أو التشريح والعكس صحيح.

إن الخبرة هي أحد طرق الإثبات، حيث أن القاضي يستشير الفنيين لاستشارتهم في مسألة علمية أو تقنية حسب المادة 125 من ق.إ.م.ج.إ.د²، كما أضافت المادة 126 من نفس القانون بنصها: "يعين القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم خبيراً أو عدة خبراء في نفس الاختصاص أو في اختصاصات مختلفة".

كما تناول القانون 90-17 في مادته 05 المعدلة والمتممة للمادة 207/ف1 من قانون 11-18 على أنه: "يجب على السلطة القضائية أن تعين الخبراء من بين أولئك الواردة أسماؤهم في الجدول المعد سنويا من قبل المجلس الوطني للأدب"³.

إن الخبير الطبي لا يكون إلا طبياً مسجلاً في المجلس الوطني لأخلاقيات المهنة وورد اسمه في القائمة المقدمة من طرف هذا الأخير. ولقد أشار إلى ذلك المرسوم التنفيذي رقم: 276/92 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب في المواد من 95 إلى 99 حيث نصت

¹ - محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص 186.

² - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، رقم 21، الصادرة بتاريخ 23/04/2008.

³ - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 26.

المادة 95: "تعد الخبرة الطبية عملاً يقدم من خلاله الطبيب أو جراح الأسنان الذي يعينه قاضي أو سلطة... بتقييم التبعات التي تترتب عليها آثار جنائية أو مدنية".

إن هذه المادة عرفت الخبرة ووضحت دور الخبير الذي يكون دوره مهني بحث متعلق بالأمور الطبية وشرحت صور الخبرة فإما أن يكون دور الخبير تقديره للأضرار أو تقييمي لها.

أما المواد 96، 97، 98، 99 فهي منظمة للخبرة ومحددة لشروطها غير أنها تخضع لسلطة القاضي التقديرية وغير ملزمة له حسب المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق الذكر أعلاه أي أن الغرض منها التنوير والتوضيح ويبقى الحكم لقاضي الموضوع في تبيان علاقة السببية التي هي مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة المحكمة العليا من سبب القاضي قيامها أو انتفاءها.

والواقع نرى أن تعيين خبير واحد لمعاينة الخطأ أو الضرر لا يكفي في حد ذاته؛ بل يكون من الواجب تكوين لجنة خبراء تعمل بالتكامل مع بعضها حتى تكون الخبرة موضوعية نظراً لصعوبة وخصوصية الجسم البشري.

ثانياً: دور القاضي في نفي أو إثبات المسؤولية الطبية بتوافر علاقة السببية:

إن القاضي الجزائي مطالب باستكمال عناصر المسؤولية الجزائية ونفي أو إثبات توافرها وتحقق رابطة السببية حتى يسأل الطبيب عن الأخطاء المخالفة للأسس العلمية الثابتة، فلا يسأل الطبيب عن خطأ ارتكبه اختلفت فيه الآراء الفنية فأقره البعض وأنكره البعض الآخر¹.

إن أول ما يقوم به القاضي هو بيان قيام النتيجة الإجرامية المقيمة للمسؤولية الجزائية صراحة فالحكم الناقص لهذه المعلومة الهامة التي تتضمن وصف الإصابة أو محل الضرر وعلاقته بالنتيجة الحاصلة يتعرض للنقض من المحكمة العليا. كما يلزم

¹ - كشيدة الطاهر، المرجع السابق، ص 84.

القاضي بتوضيح الخطأ في الجرائم الغير عمدية في حكمه بعد التحقق من قيامه وإلا اعتبر قراره معيبا وشابه النقض.

تجدر الإشارة إلى انه لا يكفي إثبات الخطأ بقول أن المدعي عليه سبب بإهماله في إصابة أو وفاة المدعي وإنما يجب بيان كيفية الإهمال أو قلة الاحتراز أو مخالفة لائحة أو نص، أي أن توضيح هذه الأمور يكون بدقة دون غموض.

أما في الجرائم العمدية فعلى القاضي نفي أو إثبات توفر القصد الجنائي عند الطبيب أي إثبات ركني العلم والإرادة لدى الطبيب لتبيان الركن المعنوي وإلا كنا بصدد خطأ. كما يجب على القاضي إثبات علاقة السببية بين الفعل والنتيجة وهي ركن جوهري معتمدا على القرائن أو لجوءه إلى الخبرة أو التشريح المادة (186ق.ح.ص.ت) وهذا من أجل قيام المسؤولية الجنائية للطبيب أو انتفاءها.

الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب عن تابعيه:

يتعلق الأمر هنا بمسؤولية الطبيب عن أعمال تابعيه من ممرضين أو مساعدين أو متربصين فما مفاد هذه المسؤولية وكيف يتم تقريرها.

أولاً: مفهوم مسؤولية الطبيب (المتبوع) عن أعمال التابع:

من المسلم به أنه لمساءلة الشخص جنائياً يجب أن يكون الخطأ واقعا منه هو بذاته فلا يجوز مساءلة الشخص جنائياً عن فعل شخص آخر وهذا بناء على مبدأ شخصية العقوبة التي تأخذ به أغلب التشريعات الحديثة.

غير أن قانون العقوبات يتضمن حالات يسأل فيها الشخص عن فعل الغير، إذ تقوم علاقة التبعية على توافر الولاية في الرقابة والتوجيه بحيث يكون للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر ومحاسبتهم.

لكن الإنسان لا يسأل جنائياً عن ما يصيب الغير من كل ذلك إلا إذا أمكن أن ينسب إليه نوع من أنواع الخطأ الوارد في المادتين 288 و289 عقوبات جزائري وعليه

فإن الطبيب لا يسأل جنائياً عن فعل يقوم به مساعده أو ممرضه أو متربصه إلا إذا أمكن نسبه إلى الطبيب وحده دون أي منهم.

أما إذا كان الخطأ من المساعد أو الممرض وحده دون أي تدخل من الطبيب فإنه لا مجال هنا لمساءلة الطبيب جنائياً رغم إمكانية مساءلته مدنياً.

ثانياً: تقرير مسؤولية الطبيب (المتبوع) عن أعمال تابعيه:

تقوم المسؤولية الجزائية لمرتكب الخطأ وحده كالممرض الذي لا يراعي مقادير العلاج وإهمال الجرعات الدوائية الموصوفة من طرف الطبيب أو الممرض الذي يهمل تقديم العلاج للمريض فهنا يسأل عن إهماله بينما يسأل الطبيب عن عدم احترازه في مراقبة عمل الممرض غير أنه إذا نفذ الممرض أو المساعد أوامر خاطئة صادرة من الطبيب فإنه لا يرتكب خطأ يسأل عنه، بل أن المسؤول هنا هو الطبيب لأن الخطأ كان منه كأن يطلب الطبيب بأمر كتابي من الممرض حقن المريض في الوريد بدواء مخصص للحقن في العضلة أو تحت الجلد، أو يطلب الطبيب من الممرض تدليك رسغ مكسورة دون أن يقوم بفحصها.

إن المسؤولية في هذه الأحوال تقع على عاتقه لأن الممرض غير مؤهل علمياً للفصل فيما كانت الرسغ مكسورة أم لا، إذ أنه منفذ لأوامر الطبيب فقط.

غير أنه إذا كان العمل يدخل في اختصاص الممرض أو خالف تعليمات الطبيب فهنا تقوم مسؤوليته لا مسؤولية الطبيب، كأن يطلب الطبيب حقن المريض تحت الجلد أو في العضلة فيحقنها الممرض في الوريد وينتج عنها إصابة للمريض فالحقن هنا من اختصاص الممرض ولا يحتاج لرقابة الطبيب.

أما عكس ذلك فإن الطبيب يعد مسؤولاً إذا كلف متربصاً أو ممرضاً غير مؤهل لإجراء عمل طبي مثل الختان أو تخدير مريض، وهذا ما أشارت إليه المادة 196 من

قانون 11-18: "يكلف المساعدون الطبيون... وتحت مسؤولية الطبيب أو الصيدلي أو جراح الأسنان...".

بل أن مسؤولية الطبيب أكثر من ذلك لا تنحصر في الخطأ الفني (المهني) بل تتعداه إلى الخطأ المادي الذي يقع من تابعيه ويكون قد وقع منه شخصيا في اختيارهم¹.

عموما فإن مساءلة الطبيب عن أعمال تابعيه ليست خروجاً على مبدأ شخصية العقوبة بل هو تفسير لرابطة السببية بين الخطأ المرتكب بالإهمال أو عدم التبصر أو عدم المراقبة التي يضطلع بها المتبوع عن أعمال تابعيه والعكس إذا انتقت رابطة السببية أو رقابة المتبوع وسلطته عن أعمال تابعيه انتقت بالتالي مسؤوليته الجزائية.

المطلب الثاني: أسباب انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب

إضافة إلى انعدام رابطة السببية بين الفعل والنتيجة كسبب لانتفاء المسؤولية الجزائية هناك أسباب أخرى إذا توافرت أدت إلى انتفائها منها توافر حالة الضرورة (الفرع الأول) والقوة القاهرة (الفرع الثاني) وخطا المريض أو الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حالة الضرورة:

تعد حالة الضرورة سبب لانتفاء المسؤولية إذا تجلت في أي صورة من صورها العديدة كما في حالة انتشار الأمراض المعدية وضرورة مكافحتها أو في حالة التدخلات الطبية المستعجلة ففي هذه الحالات لا وجود ولا معنى لأخذ رضا المريض أو ممثليه إذ قد يؤدي طول الانتظار للموافقة في تعقد الأمور الصحية لان الغاية هي حماية المجتمع كما في حالة ضحايا حوادث المرور أو عند التضحية بجنين من أجل إنقاذ حياة الأم كما نصا عليه المادة 72 من قانون 11-18 في حالة الإجهاض الضروري للمرأة.

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 393.

أولاً: مفهوم حالة الضرورة:

هي الحالة التي يوجد فيها شخص ما دافعا عن نفسه أو عن غيره خطرا محدقا به أو بغيره إلا بارتكاب جريمة بحق نفسه أو بحق أشخاص آخرين من أجل التخلص أو الوقاية من خطر جسيم وحال إن الطبيب غير المرخص له قانونا والذي وجد نفسه أمام حالة استعجالية مثلا تهدد المريض بخطر الموت كحالة اختناق عند الحوادث ورجوع اللسان إلى الخلف نتيجة كسر في الفك السفلي أو نتيجة حساسية وانطلاق القصبة الهوائية لدى مريض، تستوجب حتى إجراء فتحة له في القصبة الهوائية لتمكينه من التنفس¹.

وحسب وجهة نظرنا المتواضعة نرى انعدام الرضا حين يقوم طبيبا بإجراء عملية خياطة فتق ثم يكتشف أن سبب الآلام التي يعاني منها المريض هي نتيجة غنقرينا في الخصية فيقوم باستئصالها دون الحصول على رضا المريض وقد أقر القضاء في هذه الحالة بتوفر حالة الضرورة من أجل وقاية المريض من خطر قائم في أي لحظة².

لقد اعتبر الفقه حالة الضرورة كأساس لإباحة العمل الطبي أي لا جريمة ولا عقوبة عند إيتان الطبيب لهذا العمل ثم ما لبث أن تراجع عن هذا وعلّة ذلك أن حالة الضرورة وأن فسرت بعض الأعمال الطبيب فإنها لا يمكن أن تفسر جميع أعماله.

كما اعتبرها حالة عامة ومطلقة للطبيب وغير الطبيب كالزوج الذي يضطر لتوليد زوجته في حالة الاستعجال.

أما الإباحة فهي وصف يلحق بالفعل ويرفع عنه التجريم عكس حالة الضرورة التي هي وصف تلحق بشخص الذي وجد فيها ولهذا انتقص الفقه من قيمتها القانونية ولم يعتبرها أساسا للعمل الطبي بل مانع من موانع المسؤولية أي لا تنفي صفة التجريم عن

¹ - حسين طاهري، المرجع السابق، ص 65.

² - مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص 258.

الفعل بل هي مانع من موانع العقاب بمعنى تنتفي المسؤولية الجنائية ولا تنتفي المسؤولية المدنية التي تبقى للسلطة التقديرية للقاضي¹.

لقد تناول المشرع الجزائري حالة الضرورة في المادة 48 من قانون العقوبات التي تنص على أنه: "لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب جريمة قاهرة لا قبل له بردها".

بالتمعن في هذه المادة نجدها تعتبر حالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية أما الفعل فيبقى مجرماً إذ لم تنص على لفظ " لا جريمة" بل نصت بـ " لا عقوبة" وشتان بين معنى اللفظين كما جاء في المادة 01/39 ق.ع التي تنص على: " لا جريمة...".

كما أن قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 11-18 تناول حالة الضرورة في المادة 205 منه التي تنص على: "يمنع أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أوقف حقه في ممارسة مهنته أن يجري فحوصاً أو يحرر وصفات... إلا في حالة الضرورة القصوى التي تتطلب تقديم علاج مستعجل قصد الإسعاف الأولي"، (حالة الاستعجال) والمادة 02/154 من نفس القانون.

كما أشار إلى هذه الحالة كذلك المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتعلق بمدونة أخلاقيات الطب في مادته 09 التي توجب بتقديم الإسعافات الضرورية للمريض المهدد بخطر وشيك² كالمرأة الحامل حين تجهض طبيياً بهدف إنقاذ حياتها³.

¹ - إبراهيم سيد احمد، المرجع السابق، ص 25.

² - بسام محتسب بالله، المرجع السابق، ص 355.

³ - المادة 72 من قانون 11-18، المذكور سابقاً، وانظر أيضاً: المادة 33 من المرسوم 276/92 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

ثانيا: شروط حالة الضرورة:

لتقويم حالة الضرورة لا بد من توافر شروطها وهي كالتالي:

1- وجود خطر يهدد النفس أو الغير: فلا يسأل الطبيب الذي يضحى مثلا بالجنيين

لأنقاض حياة أمه ويشترط في الخطر:

- * أن يكون الخطر موجود لأنه يجوز التعلل بخطر غير موجود (الخطر موجودا

وجديا وحالا)

- * أن يكون الخطر جسيما منذرا بضرر غير قابل للاصطلاح أو لا تتحملة النفس.

- * أن لا يكون لإرادة الجاني دخل في حلول هذا الخطر¹.

2- فعل الضرورة: وهو الفعل الذي يرتكبه الشخص لوقاية نفسه أو غيره من خطر

جسيم على وشك الوقوع ويشترط في هذا الفعل :

- * أن يكون من شأنه التخلص من الخطر بارتكابه لجريمة وليس كطريقة للانتقام من

شخص بحجة توافر حالة الضرورة أو لطمس معالم جريمة قامت من فعله.

- * أن يكون هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر ويقدر حالة الضرورة فإن كان

المضطر بوسعه الاستعانة بوسيلة أخرى لتفادي الخطر فلا يعفى من المسؤولية في حال

إتيانه لتلك الجريمة بحجة حالة الضرورة كما يسأل إذا لجأ إلى جريمة أشد وترك الأخرى

منها لتفادي

- أن يكون بحسن نية لإبعاد الخطر فإذا انحرف عن هذا الهدف اعتبر جريمة ويعاقب

عليها الطبيب الذي يستخدم أسلوبا في علاج حالة طارئة ولكن بهدف تجريب مدى نجاعة

هذا الأسلوب².

¹ عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005،

ص71.

² منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 115.

الفرع الثاني: القوة القاهرة:

درج جانب من الفقه على التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ من حيث نتائجهما وآثارهما على أساس أن الأولى لا يمكن دفعها أو منع آثارها أما الحادث المفاجئ هو ذلك الحادث الغير متوقع والغير ممكن دفعه، إلا أن هذه التفرقة لا فائدة منها لذلك انتهى الفقه إلى اعتبارها معا عاملا من عوامل نفي العلاقة السببية بتوافر شرطين¹:

أولا: أن تكون غير ممكنة التوقع:

لكي تؤدي القوة القاهرة إلى قطع العلاقة السببية فيشترط فيها أن تكون غير متوقعة و يستحيل التحرز منها وخارجة عن إرادة الشخص ليس المدعي عليه فحسب بل حتى من جانب اشد الأطباء فطنة مع ما للمحكمة من سلطة تقديرية كاملة ومن أمثلة هذه القوة القاهرة نزول صاعقة احترقت رعد أو حرب أو زلزال فهذه الحوادث لا يمكن تصور التنبؤ بها أو توقعها، وعلى إثرها تنتفي علاقة السببية وبالتالي المسؤولية الجزائية للطبيب².

ثانيا: استحالة الدفع:

ليس من العدل قبول دفع المسؤول بالقوة القاهرة إذا كان في استطاعته دفعها، والعكس إذا كان بإمكانه دفعها تبقى المسؤولية قائمة لعدم انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والنتيجة بل الأمر لا يقف عند هذا الحد فيشترط أن تكون القوة القاهرة من شأنها أن تجعل تفادي النتيجة أمرا مستحيلا، استحالة تلحق بكل من هو في موقف هذا المسؤول وتؤدي إلى حدوث نفس النتيجة حتى ولو كان طبيب على درجة كبيرة من الخبرة فلا يمكنه تخطي هذا العائق.

¹ منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص116.

² محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص171.

بتوافر هذين الشرطين المتمثلين في عدم إمكانية الدفع والتوقع تنتفي الرابطة السببية وبالتالي انتفاء مسؤولية الطبيب الجنائية.

الفرع الثالث: خطأ المريض أو الغير

بالإضافة إلى ما حالة توافر حالة الضرورة قد تنتفي مسؤولية الطبيب الجنائية عند ثبوت خطأ المريض أو الغير.

أولاً: خطأ المريض

إن خطأ المريض بدوره ينفي علاقة السببية لقيام مسؤولية الطبيب متى كان هذا الخطأ هو السبب الوحيد في إحداث النتيجة. ومن أمثلة ذلك انقطاع المريض عن العلاج قاصدا الإساءة إلى الطبيب، ذلك أن خطأ الغير ومنهم المجني عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا بذاته لإحداث النتيجة¹.

إذا كان خطأ المريض ينفي علاقة السببية بين الخطأ الطبي والنتيجة فهو أيضا ينفيها بين الخطأ وفوات فرصة الشفاء أو تحسن الحالة الصحية كالمريض الذي يرفض لأسباب من هيبة العلاج².

قد يصدر من المريض إهمال في اخذ العلاج الموصوف له من الطبيب ويؤدي ذلك إلى مضاعفات مرضية فهل يكون إهمال المريض هذا مانعا لقيام مسؤولية الطبيب؟ لقد أدى هذا التساؤل للبحث في إهمال المريض الذي يكون مانعا لقيام مسؤولية الطبيب، فهل يتعلق الأمر بإهمال يكون مألوف أو بإهمال جسيم.

1- الإهمال المألوف: قد يقع المريض في إهمال أو تقصير بحسن نية من جانبه فلا يتناول الدواء الموصوف له من طبيبه فهذا الإهمال البسيط أو المألوف لا يعتبر قاطعا لرابطة السببية بين فعل الطبيب والنتيجة الحاصلة للمريض.

¹ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 100.

² - كشيدة الطاهر، المرجع السابق، ص 91.

وعلة ذلك أن هذا الإهمال صدر بحس نية المريض وكان بالإمكان توقعه من الطبيب المعالج وبالتالي تقوم مسؤوليته الجنائية عن كل المضاعفات والأضرار الحاصلة للمريض ما لم يثبت أن المريض كان متعمدا لتجسيم المسؤولية¹.

فمن أكثر الحالات في مجال الإهمال المألوف حالة المريض الذي يسود في بيئته الاعتقاد بعدم جدوى العلاج أو لجهل خطورة إصابته كأن يكون مصاب بداء السكري ويهمل النظافة مما يعرضه لإصابات أو يكون معوزا وأهمل العلاج².

2- الإهمال الجسيم: قد يتعمد المريض للإساءة للمركز القانوني للطبيب فيقوم بإهماله في اخذ العلاج مما يؤدي إلى استفحال المرض وتفاقمه الأمر الذي أدى بالقضاء في مصر بالتصريح بأن إهمال المريض الجسيم أو بسوء نية يعتبر قاطعا لرابطة السببية بين سلوك الطبيب والنتيجة³.

بذلك تنتفي مسؤوليته شريطة أن تنشأ علاقة سببية جديدة بين الخطأ المريض والضرر الحاصل، كإهمال المريض لجرح أصابه وعدم تطهيره ومراقبته طبيا مما ينجم عنه تعفن ومع هذا لا يراجع الطبيب أو كالمريض الذي يغادر المستشفى دون استشارة وإعلام الطبيب لتكملة العلاج⁴، كما أن المسؤولية الجنائية للطبيب تنتفي بانتفاء علاقة السببية كأن يعمد المريض إلى علاج جرح أصابه بنفسه بالطرق التقليدية والاستغناء عن علاج الطبيب مما سبب إليه تعفن وغنقرينا⁵ انتهت بعاهة مستديمة.

¹ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 96.

² - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 42.

³ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 98.

⁴ - منصور عمر المعاينة، المرجع السابق، ص 117.

⁵ - غنقرينا: هي موت الأنسجة وتعفنها نتيجة التهاب للأوعية الدموية وبالتالي انسدادها.

ثانياً: خطأ الغير:

يعد الغير أشخاص الخارجين عن الطاقم الطبي والشبه الطبي وإلا كنا أمام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، إذ أن الغير هو كل شخص أجنبي عن الجماعة الطبية المجتدة لعلاج المريض وبالتالي فلا مجال لمساءلة الطبيب عن أضرار تسبب فيها الغير وكانت هذه الأضرار مستقلة ولولاها لما حصلت النتيجة الضارة كما إذا تبين أن عدم التئام كسر لدى المريض كان بسبب تدخل مجبر العظام الذي تسبب في هذه النتيجة وبالتالي تنتفي مسؤولية الطبيب بانتفاء علاقة السببية¹.

أما في حالة الخطأ المشترك بين الغير والطبيب دون أن يستغرق أحدهما الآخر فالمساءلة تكون بقدر كل مساهمة في حدوث الضرر مثلاً عدم وجود مادة الأدرينالين في المستشفى المساعدة على مقاومة الحساسية وضعف النبضات القلبية فهنا المسؤولية تقع على المستشفى والطبيب.

¹ - محمود القبلاوي، المرجع السابق، ص 94.

خلاصة الباب الثاني:

يتضح من خلال هذا الباب أنه لم يعد هناك خلاف في الفقه والقضاء حول اعتبار الطبيب مسؤولاً عن أخطائه المهنية، لكن السؤال الذي كان ولا زال يشغل بال الفقهاء في كثير من الأحيان هو على أي أساس تقوم هذه المسؤولية، هل على أساس تقصيري أم أساس تعاقدية.

تقوم المسؤولية التقصيرية كلما وقع الإخلال بالتزام قانوني هو التزام الفرد بعدم الإضرار بالغير، فمصدرها العمل غير المشروع ومن بين المبررات المعتمد عليها من قبل القائلين بأن مسؤولية الطبيب تقوم على أساس تقصيري وإن كان الرأي الغالب في الفقه والقضاء المعاصر يميل إلى اعتبار مسؤولية الأطباء في القطاع الخاص مسؤولية عقدية إلا أن هناك حالات استثنائية تخضع فيها مسؤولية الطبيب لأحكام المسؤولية التقصيرية بدلاً من العقدية ومن أهم هذه الحالات:

- حالة وصول الخطأ الطبي إلى درجة الخطأ الجنائي.
- حالة انعدام العقد أو عدم صحته.

وبالتالي فإنه يمكن للمتضرر أن يؤسس دعواه في هذا الصدد على أساس الخطأ ولكي تتحقق المسؤولية يتعين على المريض أن يثبت خطأ الطبيب وكذا الضرر الذي لحق به من جراء ذلك الخطأ ثم قيام علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ثم قمنا بتبيان الأفعال الموجبة للمسؤولية الجنائية سواء الأخطاء غير العمدية للطبيب في التشخيص أو في العلاج أو غيرها وقمنا بتوضيح الخطأ الجنائي وتمييزه عن أنواع الخطأ الأخرى، كما تعرضنا للأخطاء العمدية وتوافر القصد الجنائي لقيام المسؤولية الجنائية.

الغائبة

خاتمة:

توصلنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري كرس قواعد وأحكام تضبط العقد الطبي والتي تختلف عن القواعد العامة للتعاقد، بحيث وجدنا أنه لا يجوز للطبيب أن يباشر أي عمل طبي، أو ينفذه إلا إذا وافق المريض على ذلك. أما إذا عارض ورفض ذلك العلاج، وكان متمتعاً بالقدرة على الإدراك والاختيار، حتى ولو كان ذلك في حالة الضرورة، وترتب على هذا الرفض أضرار مادية، قامت مسؤوليته.

ويستثنى من هذا المبدأ حالة ما إذا كانت الأعمال الطبية تباشر وتنفذ بغرض تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على الصحة العامة.

ولهذا فإنه يتعين على المشرع الجزائري التحرك من أجل تنظيم العقد الطبي، نظراً لخصوصية هذا الأخير باعتباره عقداً محله التعامل في جسم الإنسان الذي يحظى باهتمام كل الشرائع والقوانين، وهذا عن طريق سن أحكام خاصة بهذا العقد خاصة من حيث التكوين، والآثار، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، وذلك لأن القانون الوضعي الجزائري لم يعد يتماشى مع التطورات التي يشهدها الميدان الطبي، حيث أن هناك مجالات لم يتطرق لها المشرع الجزائري على الإطلاق مثلما هو الحال بالنسبة لتغيير الجنس، والاستئساخ البشري،... إلى غير ذلك من الأمور التي أصبحت تهدد صحة وسلامة الإنسان، وتخل بقواعد النظام العام والآداب العامة، واكتفى في معظم الأحيان بالقواعد العامة التي لم تعد توفر حماية أكبر لأطراف هذا العقد خاصة المريض باعتباره الطرف الضعيف في العقد الطبي.

وبعد الانتهاء من دراسة موضوع المركز القانوني للطبيب في العقد الطبي وفقاً للتشريع الجزائري توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

النتائج:

تتمثل في ما يلي:

- 1- التكييف القانوني للعقد الطبي يرد على جسم الإنسان، والذي يحكمه مبدأ المعصومية. ويظهر لنا أن محاولات الفقه في تكييفه لم تكن موفقة، كون العقود التي أريد إلحاقه بها مختلفة عنه في عناصر جوهرية تجعل من إتحادها معه أمرا غير وارد.
- 2- الطبيب في العقد الطبي قد يكون أجيرا خاص، وقد يكون أجيرا مشتركا في معظم الأحوال تتعلق الإجارة بدمته لا بعينه، ولا يستحق الأجرة إلا بتسليم عمله، دون تسليم نفسه، ويكون من حقه تقبل الأعمال في وقت واحد لأكثر من مريض يعمل لهم في وقت واحد، فيشتركون في نفعه وقت العقد.
- 3- العقد الطبي هو من العقود المبرمة بين الطبيب والمريض أو من ينوب عليه ومحلّه جسم الإنسان فيلتزم بمقتضاه الطبيب ببذل عناية أو تحقيق غاية بحسب طبيعة العمل الطبي بعد الحصول على الرضا الحر المستنير بمقابل أو دون مقابل.
- 4- إن المركز القانوني للطبيب هو مركز تنظيمي حيث تقوم التشريعات بتنظيم شروط ممارسة العمل الطبي، وبالتالي فإن ممارسة العمل الطبي خارج الإطار التنظيمي يجرده من وصف الإباحة، ويرتب المسؤولية على القائم به، أما المركز القانوني للمريض فهو مركز تنظيمي أيضا، لأنه من المنتفعين بخدمات المرافق الطبية العامة.
- 5- الطبيب يكون مسؤولا جنائيا إذا لم يتقن قواعد الفن الطبي، ولحق المريض الضرر فإنه يكون مسؤولا جنائيا، كما يكون مسؤولا عن تقصيره وتقصير مساعديه مادام هو من يتبنى نجاح العملية ويكون مسؤولا عن إهماله وعدم إنتباهه.

6- جسم الإنسان بكامل أعضائه محل للحماية الجنائية، وأي فعل يشكل مساس بجسم الإنسان يعتبر جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، وأن شدة هذه العقوبات تختلف باختلاف درجة جسامة الخطأ الصادر منه.

7- الأعمال الطبية بصورة عامة، ورغم انطوائها في كثير من الأحيان على المساس بجسم الإنسان، إلا أنها من الأعمال المباحة استنادا إلى القانون الذي يرخص للأطباء مباشرة تلك الأعمال بشروط خاصة.

الاقتراحات :

لهذا نقوم بعرض الاقتراحات التالية:

1- على المشرع الجزائري أن يقوم بالنص على الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الطبيب في اختيار مرضاه.

2- على المشرع الجزائري تحديد من يقع عليه عبء الإثبات وطرقه عند إخلال الطبيب باحترام إرادة المريض، وأن يبقى معتمدا على القواعد العامة للإثبات وذلك باعتبار أن المجال الطبي يختلف اختلافا كبيرا عن المعاملات المالية كما نرجو من المشرع الجزائري أن يستفيد في سنه لهذا النص على التطور الذي وصل له القضاء الفرنسي بهذا الشأن.

3- بسبب قلة إن لم نقل انعدام الأحكام والقرارات القضائية الجزائرية بشأن المسؤولية التي تترتب على إخلال الطبيب بالتزامه بالحصول على رضا المريض، نجد أنه من أحسن أن يقوم القاضي الجزائري بمراعاة التطور الذي وصل له القضاء الفرنسي في هذا الشأن.

4- ضرورة تعديل قانون الصحة الجزائري، بإثراء الأحكام المتعلقة بكل التدخلات الطبية على جسم الإنسان، مسؤولية الأطباء والتزاماتهم المهنية، حقوق المرضى، وتكييفه مع المستجدات الحاصلة في المناهج الطبية.

5- ضرورة بيان موقف المشرع الجزائري من المسؤولية إزاء مخاطر النمو العلمي والتكنولوجي، ومدى إمكانية الإعفاء عنها، وكذا إحاطتها بالتأمين الإلزامي.

6- ضرورة إعادة النظر في قواعد المسؤولية المدنية الطبية، وتعديلها بما يسمح باعتماد نظام المسؤولية الموضوعية، في حالة الحوادث الطبية أو تداعيات اللجوء لمناهج وتقنيات الطب المتطورة، وإقامة المسؤولية على أساس الضرر أو المخاطر دون اشتراط الخطأ.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

I. الأحاديث النبوية الشريفة:

1- حديث نبوي، متفق عليه، رواه البخاري ومسلم، الراوي: عبد الله بن عباس، المحدث: ابن تيمية، المصدر: مجموع الفتاوى، الصفحة أو الرقم: 24/269.

I- المراجع باللغة العربية:

أولاً: النصوص القانونية:

1- القوانين والأوامر:

1. الأمر رقم 90-17 المؤرخ في 21/04/1990 يتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 91-29 المؤرخ في 21/12/1991، ج ر، عدد 68، 1991.
2. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/07/1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، ج ر، عدد 15، 2005.
3. الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15/07/2006 والمتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
4. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، ج ر، عدد 31، 2007.
5. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد 21، 2008.
6. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-20 المؤرخ في 30/12/2015، ج ر، عدد 71، 2015.

7. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26/09/1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-02 المؤرخ في 19/07/2016، ج ر، عدد 37، 2016.
8. القانون 90-17 المؤرخ في 1990 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-11 المؤرخ في 02/07/2018، ج ر، عدد 46، 2018.
9. الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/07/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بمقتضى الأمر رقم 20-04 المؤرخ في 30 غشت 2020، ج ر، عدد 09، 2020.
ثانيا: المراسيم والقرارات:
1. المرسوم التنفيذي رقم 82-493 المؤرخ في 18/12/1982 يحدد شروط الالتحاق بدورة الدراسات الطبية الخاصة للأطباء والصيدالة وجراحي الأسنان المقيمين وتنظيمها، ج ر، عدد 54، 1982.
2. المرسوم التنفيذي رقم 88-204 المؤرخ في 07 ربيع الأول 1429 الموافق لـ 18 أكتوبر 1988، الذي يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها.
3. المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر، عدد 52، 1992.
4. المرسوم التنفيذي رقم 71-215 المؤرخ في 25 غشت 1971، والمتضمن تنظيم الدروس الطبية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-219 المؤرخ في 23/07/1994، ج ر، عدد 48، 1994.
5. المرسوم التنفيذي رقم: 91/106 الجريدة الرسمية، عدد 22، السنة 28، بتاريخ 15/05/1991 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 09/393 بتاريخ 24/11/2009 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالموظفين المنتمين لأسلاك الممارسين الطبيين العاميين في الصحة العمومية، ج.ر، العدد 70 بتاريخ 29/11/2009.

ثالثا: المؤلفات

1- المؤلفات العامة:

1. إبراهيم الشابي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، دون سنة نشر.
2. أبو اليزيد على المتين، جرائم الإهمال، الطبعة 03، دار الجامعة للنشر، القاهرة، 1975.
3. أنور سلطان، مصادر الالتزام، المكتب القانوني للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
4. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
5. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
6. بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الجزائر، دار الخلدونية، ط01، 2007.
7. جلال العدوي، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
8. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
9. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
10. رمضان بو عبد الرحمان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط2، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
11. زكي محمود جمال الدين، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، السالم عباد الحلبي محمد علي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مكتبة الثقافة للنشر والإعلام، الأردن، 1997.

12. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، الأحكام العامة، المجلد الثالث، المنشورات الحقوقية، بيروت، 1998.
13. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مج1، الالتزامات، مصر، 1992.
14. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، بيروت، منشورات عويدات، ط1، 01، 1983.
15. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء، بيروت، منشورات عويدات، 1987.
16. عبد الرزاق السنهوري، - الوسيط- العقود الواردة على العمل، ج7، مج1 القاهرة، 1964 .
17. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
18. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج01 (الجريمة)، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2002.
19. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج1، الجريمة، د ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
20. عبد المجيد الحكيم، و آخرون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر الالتزام، مطابع التعليم العالي، بغداد، 1986.
21. علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.
22. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط06، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005.
23. عمارة عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري(الأعمال التجارية-التاجر- الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 37، 2000.

24. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون سنة.
25. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، 1998، 166/6.
26. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر، عمان 1999.
27. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963.
28. محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، دمشق، مطبعة جامعة دمشق، ط8، 1996.
29. ممدوح عزمي، دراسة عملية في أسباب الإباحة وموانع العقاب، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2000.
- 2- المؤلفات القانونية المتخصصة:

1. إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
2. ابن عبد البر المالكي، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000.
3. أحمد السعيد الزقرد، الروشيتة (التذكرة) الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدي - دراسة مقارنة، ط1، 1993.
4. أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية الطبية في القطاع الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
5. أحمد حسن عباس الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
6. أحمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

7. أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة الكويت، منشورات جامعة الكويت، 1986.
8. احمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
9. احمد محمد بدوي، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للطباعة، مصر، 1999.
10. أسعد عبيد الجملي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
11. أنس محمد عبد الغفار، التزامات الطبيب اتجاه المريض، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2013.
12. أنس محمد عبد الغفار، المسؤولية المدنية في المجال الطبي، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
13. الأودن سمير عبد السميع، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير وما عليهم مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 2004.
14. بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، ط1، دار الحامد للنشر، الأردن، 2002.
15. بسام محتسب بالله، المسؤولية الطبية المدنية والجزائية بين النظرية والتطبيق، ط1، دار الإيمان، دمشق 1984.
16. ثروت عبد الحميد، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2007.
17. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

18. حسن سعد سند، الحماية الدولية لحق الإنسان في السلامة الجسدية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
19. حسين طاهري، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقارنة الجزائر فرنسا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2002.
20. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
21. رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، ط1، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.
22. زينة غانم، يونس العبيدي، إرادة الطبيب في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
23. سعد أحمد محمود، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعدته، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
24. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.
25. شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعية الإسكندرية، مصر، 2005.
26. طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
27. طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، المسؤولية الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
28. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998.
29. عبد القادر بن تيشة، الخطأ الشخصي للطبيب في المستشفى العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

30. عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، 1987.
31. عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
32. عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
33. عيشوش كريم، العقد الطبي، دار هومه، الجزائر، 2011.
34. علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
35. علي عصام غصن، الخطأ الطبي، منشورات زين الحقوقية، ط01، بيروت، لبنان، 2006.
36. علي عصام غصن، عبده جميل غصوب، الخطأ الطبي، ط02، منشورات زين الحقوقية، 2010.
37. غادة فؤاد، مجيب المختار، حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
38. فيليب لوتورنو، المسؤولية المدنية المهنية، ترجمة العيد سعادنة، الجزائر، منشورات itcis، 2010.
39. قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفارابي، ط1، سوريا- دمشق، 1991.
40. مأمون عبد الكريم، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 2009.
41. محسن عبد الحميد البيه، خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية المدنية في ظل القواعد التقليدية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر، 1993.

42. محسن عبد الحميد البيه، نظرة حديثة إلى خطأ الطبيب الموجب للمسؤولية، مطابع النشر العلمي، الكويت، 1993.
43. محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر، سوء السلوك الفاحش والمقصود: دراسة في القوانين الفرنسي، المصري الكويتي، الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.
44. محمد جلال حسن الأبروشي، المسؤولية المدنية الناجمة عن عمليات نقل الدم، ط01، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008.
45. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
46. محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي إمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
47. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية المدنية في مجال طب وجراحة الأسنان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
48. محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والمرضى قانوناً، وفقها واجتهاداً، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
49. محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004.
50. مصطفى الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، ط02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
51. منصور عمر المعاينة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم السعودية، 2004.
52. منير رياض حسن، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

53. منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيدلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.

54. مهند صلاح فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002

55. هشام إبراهيم الخطيب و آخرون: الطبيب المسلم وأخلاقيات المهنة، مكتب الجامعة الأردنية، عمان، 1989.

56. وفاء حلمي أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.

القواميس:

1- بادي الفيروز مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد الباقي، ط3، دار الفكر، لبنان، 2003.

أطروحات الدكتوراه:

1. هدى حامد قشقوش، القتل بدافع الشفقة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1994.

2. قمرابي عزالدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012-2013.

3. محمد عادل عبد الرحمان، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، 1985.

4. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012.

5. نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996-1997.

6. أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التزام الطبيب بضمان السلامة (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 2011.

7. سعد سالم عبد الكريم العسيلي، التأمين في نطاق المسؤولية الطبية في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2000.

8. قروي محمد الصالح، عقد العلاج في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، فرع عقود ومسؤولية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2020.

رسائل الماجستير:

1. آيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

2. كمال فريحة، المسؤولية المدنية الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012.

3. نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 2001.

4. عيسوس فريد، الخطأ الطبي المسؤولية الطبية (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003.

5. بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.

6. سميرة لالوش، عقد ممارسة الطب الحرة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2000/2001.

7. عامر نجيب، العقد الطبي في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2013-2014.
8. عياشي كريمة، الضرر في المجال الطبي، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011.
9. عيساني رفيقة، المسؤولية الطبية أمام القاضي الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007/2008.
10. كشيدة الطاهر، المسؤولية الجزائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011.
11. محمد سليم شهيدي، أحكام أخلاقيات الطب في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2004/2005.
12. مراد بن صغير، مسؤولية الطبيب المدنية عن أخطائه المهنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2002/2003.
13. نصيرة ماديو، إفشاء السر المهني بين التجريم والإجازة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2010.
14. وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، رسالة ماجستير، جامعة نابلس، 2008.
15. بن النوي خالد، ضوابط مشروعية التجارب الطبية وأثرها على المسؤولية المدنية، رسالة ماجستير، دار الفكر والقانون، 2010.
16. حنين جمعة حميدة، مسؤولية الطبيب والصيدلي داخل المستشفيات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الإدارة والمالية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.

17. رواء كاظم راهي، المسؤولية المدنية لإدارة المستشفى عن أخطاء الأطباء العاملين فيها، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، 2008.
18. غنيمة قنيف، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011.
19. فريدة عميري، مسؤولية المستشفيات في المجال الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011.
20. أحمد أدربوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات العليا، بدون سنة.

المجلات:

1. بغدادي ليندة، أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة معارف، المركز الجامعي البويرة، العدد 07، ديسمبر 2009.
2. بن صغير مراد، «البعد التعاقدية في العلاقات الطبية: دراسة مقارنة»، مجلة الدراسات والبحوث العلمية، جامعة المدية، العدد 01، نوفمبر، 2007.
3. بن صغير مراد، مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أخطاء أطباء المستشفيات العمومية، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 08، 2009.
4. بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 03، 2005.

5. بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 2005، 03.
6. خليل مجدي حسن، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، العدد 2001، 01.
7. سمية بدر الدور ولهاصي، المسؤولية المدنية للطبيب في حالتي الاستخلاف والاشتراك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 09، 2009. وما يليها.
8. سمير أورفلي، «مدى مسؤولية الطبيب المدنية في الجراحة التجميلية»، مجلة رابطة القضاة المغربية، السنة 20، العدد 08، مارس 1984.
9. شعبان هند، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 03، 2005.
10. صوليج بوجمعة، المسؤولية الطبية المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2001.
11. عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على التدخلات الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، العدد 06، 2008.
12. عيساوي فاطمة، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، المركز الجامعي البويرة، العدد 06، جوان 2009.
13. فواز صالح، "المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة في القانون السوري والفرنسي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 01، 2006.
14. فواز صالح، «تأثير التقدم العلمي في مجال الطب الحيوي على حقوق المرضى»، دراسة مقارنة، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، والمجلة 25، العدد 02، 2009.

15. قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، مكتبة الإرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 03، 2005.
16. محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 03، 2007.
17. محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري العادي، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2004.
18. منذر الفضل، " الخطأ الطبي " مجلة القانون، نقابة المحامين الأردنيين، العدد 08، 1999.
19. نوري حمد خاطر، «تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية»، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد 07، الاردن، العدد 03، أكتوبر 2001.
20. هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المترتبة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 03، 2005.
21. نقادي حفيظ، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
22. هديلي أحمد، «تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات»، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول المسؤوليات الطبية المنظم بكلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، أيام 23-24 جانفي.

سادسا - المجلات القضائية:

1. المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد 01، 1990.
2. مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، العدد 01، 1996.

3. المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد 02، 1996.
4. المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد 01، 2008.
5. المجلة القضائية، قسم الوثائق، العدد 02، 2008.
6. مجلة المحامي، منظمة المحامين، سطيف، عدد 11، السنة 2010.

II. المراجع باللغة الفرنسية

Les ouvrages généralisés:

1. Ait moukhtar fatima zohra, «Causalité juridique et responsabilité médicale».
2. Antoine Villard, droit civil algérien, Alger, opu, 1980.
3. Ben Abdellah Mohamed Amine, Le principe du libre Consentement du patient a l'acte médicale, REMALD , MARS-AOIL 2011 .
4. François terré, yves lequette, les grades arrêts de la jurisprudence civile, 12 émet, 2008.
5. le leu Yves Henri et Genicot Gilles, le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin patient, 1^{er} édition, de Book Université, Bruxelles Belgique, 2001.
6. M.M.hannouzet A.R. Hakem, Précis, de droit médical, Office des Publication universitaires, Alger, 1992.
7. Marcas, «la double dimension de la faute en responsabilité médicale», revue médecine et droit, N°59, 2003.
8. Réne Jean Savater , Jean Maire Auby, et H.Pequignot, traité de droit médical, éditions techniques, France, Prise, 1956.
9. Xavier lesegretion et Stéphanie Chassany, la protection juridique de l'hôpital paris berger-levrault, 1999.

Les ouvrages spécialisé :

1. Caroline Kam axas, les limites de la faute : essai sur la détermination de l'obligation de moyen en matière médicale.

2. Cité Par : le leu Yves Henri et Genicot Gilles, Ibid.
3. Le Quotidien Français "libration", le 08 février 1995, l'affaire du sang contaminé.
4. Marcel Planiez, George Ripert, traité pratique de droit civil français, op. cit, t6.
5. P.Vayrac, D. Plaquette et M. Fabre, «le lien de causalité en matière de responsabilité médicale», revue
6. René Savations ,«les métamorphoses économique et social du droit privé d'aujourd'hui», cité par : français villa.

Les mémoires et les thèses académiques:

1. Mokhtar bouabdellah, l'espérance algérienne du contentieux administratif thèse de doctorat d'état, 2005.

Les articles scientifiques :

1. Arrêt du cour suprême, n°(297062) du 24/06/2003, cite par : air moukhtar fatima zohra, «causalité juridique et responsabilité médicale», séminaire national sur la responsabilité médicale, faculté de droit, univ de tizi- ouzou, juin2008.
2. Caroline Kam axas ,«la reforme de la responsabilité médical responsabilité au assurance », revue internationale de droit comparé, vol 42, N° 02, avril –juin 1990.
3. Cass, Req, 18 juin 1835, Thouret neroy, les grandes décisions du droit médical.
4. Cassation chambre de requêtes, 02/07/1862, sirey, 1862,I 818,«.. Toute personne, quelque soit sa situation ou sa profession, est soumise à cette règle : responsabilité à raison de la simple imprudence ou négligence...».

5. Christophe Quézel Amrunaz, «la causalité dans le droit civil européen», séminaire du GERC, Genève la 26-27 mars 2010, site web : www.Grerca.Univ-Rennel.fr
6. René savatiez, «La responsabilité médical en France (aspects de droit privé), revue internationale de droit comparé, vol 28 N°3, juillet, septembre 1976.
7. Trib, civ, Grenoble,16 mai 1956, TGT de la seine, 03 mars 1965, cass, civ, 18 octobre 1960.

الفقه برس العام

الصفحة	الموضوع
/	شكر وعران
01	مقدمة
الباب الأول: النظام القانوني للعقد الطبي	
الفصل الأول: الأحكام العامة للعمل والعقد الطبيين	
12	المبحث الأول : ماهية العمل الطبي
13	المطلب الأول: مفهوم العمل الطبي
13	الفرع الأول: مفهوم العمل الطبي في الفقه
14	أولاً: مفهوم العمل الطبي في الفقه المقارن
16	ثانياً: مفهوم العمل الطبي في الفقه الإسلامي
17	الفرع الثاني : المفهوم التشريعي للعمل الطبي
17	أولاً: مفهوم العمل الطبي في التشريع الجزائري
20	المطلب الثاني: أساس إباحة العمل الطبي وشروطه
21	الفرع الأول: أساس إباحة العمل الطبي
21	أولاً : أساس إباحة العمل الطبي في الفقه والقضاء المقارن
31	ثانياً : أساس إباحة العمل الطبي في الشريعة الإسلامية
32	ثالثاً : أساس إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري
33	الفرع الثاني: شروط إباحة العمل الطبي في القانون الجزائري
34	أولاً: شرط الترخيص القانوني بمزاولة مهنة الطب
37	ثانياً: شرط انصراف نية الطبيب للعلاج
39	ثالثاً: شرط رضا المريض
42	رابعاً: شرط مراعاة الأصول والقواعد الطبية
45	المبحث الثاني : مفهوم العقد الطبي وتمييزه عن العقود المشابهة
46	المطلب الأول: تعريف العقد الطبي وتحديد أطرافه

46	الفرع الأول: تعريف العقد الطبي
46	أولاً: تعريف العقد الطبي لغة
46	ثانياً: تعريف العقد الطبي اصطلاحاً
47	ثالثاً: التعريف الفقهي للعقد الطبي
48	الفرع الثاني: أشخاص العقد الطبي
48	أولاً: المريض
48	ثانياً: الطبيب
52	المطلب الثاني : خصائص العقد الطبي
52	الفرع الأول:العقد الطبي عقد مدني غير مسمى
53	أولاً : العقد الطبي عقد مدني
58	ثانياً : العقد الطبي عقد غير مسمى
61	الفرع الثاني : الخصائص الذاتية
61	أولاً: العقد الطبي عقد رضائي يقوم على الاعتبار الشخصي
69	ثانياً : العقد الطبي عقد يقوم على الاعتبار الشخصي وقابل للإنهاء
72	ثالثاً: العقد الطبي عقد متقابل للالتزامات
77	المطلب الثالث: تمييز العقد الطبي عما يشابهه من العقود.
78	الفرع الأول: العقد الطبي عقد وكالة
79	الفرع الثاني: العقد الطبي وعقد العمل
81	الفرع الثالث: العقد الطبي وعقد مقاوله
86	الفصل الثاني: التكييف القانوني للعقد الطبي في العلاقات الطبية
86	المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة أطراف العقد الطبي بالمرافق الصحية
86	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي
87	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي العام
89	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة الطبيب بالمرفق الصحي الخاص
91	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي

91	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي العام
92	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالمرفق الصحي الخاص
93	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب في ظل علاقة المريض به
94	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بالطبيب
94	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بطبيب المرفق الصحي العام
95	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعلاقة المريض بطبيب المرفق الصحي الخاص
106	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمسؤولية الطبيب
108	الفرع الأول: موقف القضاء الجزائري
111	خلاصة الباب الأول
الباب الثاني: مسؤولية الطبيب المترتبة عن العقد الطبي	
الفصل الأول: المسؤولية المدنية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي	
115	المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية للطبيب
116	المطلب الأول: المسؤولية العقدية للطبيب
121	المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية للطبيب
122	الفرع الأول: حالات اعتبار المسؤولية تقصيرية
127	الفرع الثاني: موقف القانون والقضاء الجزائريين من طبيعة المسؤولية والرأي الراجح
127	أولا: موقف القانون والقضاء الجزائريين
139	ثانيا: الرأي الراجح لطبيعة المسؤولية الطبية
141	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لالتزامات الطبيب
142	الفرع الأول: الالتزام ببذل عناية
143	أولا: مضمون الالتزام ببذل عناية
145	ثانيا: مبررات الالتزام ببذل عناية
147	الفرع الثاني: الالتزام بتحقيق نتيجة
147	أولا: مضمون ومبررات الالتزام بتحقيق نتيجة
148	ثانيا: تطبيقات الالتزام بنتيجة

156	المبحث الثاني: شروط قيام المسؤولية المدنية الطبية
156	المطلب الأول: الخطأ الطبي
157	الفرع الأول: مفهوم الخطأ الطبي
157	أولاً: التعريف الفقهي للخطأ الطبي
163	ثانياً: معايير الخطأ الطبي
165	الفرع الثاني: أنواع الخطأ الطبي
166	أولاً: الخطأ العادي والخطأ المهني
169	ثانياً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير
174	ثالثاً: الخطأ الفردي والخطأ الجماعي
178	المطلب الثاني: الضرر الطبي وعلاقة السببية
179	الفرع الأول: الضرر الطبي
179	أولاً: مضمون الضرر الطبي
187	ثانياً: شروط الضرر القابل للتعويض
191	الفرع الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر
192	أولاً: قيام العلاقة السببية
200	ثانياً: انتهاء العلاقة السببية
205	الفصل الثاني: المسؤولية الجزائية للطبيب المترتبة عن العقد الطبي
206	المبحث الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب
206	المطلب الأول: قيام المسؤولية الجزائية للطبيب في حالة توفر القصد الجنائي
207	الفرع الأول: مفهوم القصد الجنائي
207	أولاً: تعريفات القصد الجنائي
207	ثانياً: عناصر القصد الجنائي
209	الفرع الثاني: صور القصد الجنائي
209	أولاً: القصد العام
209	ثانياً: القصد الخاص

210	المطلب الثاني: قيام المسؤولية الجزائية في حالة الخطأ (عدم توافر الصد الجنائي)
211	الفرع الأول: مفهوم الخطأ وصوره
211	أولاً: تعريف الخطأ
211	ثانياً: صور الخطأ
214	ثالثاً: الآثار الناتجة عن انعدام القصد الجنائي في جرائم الخطأ
215	الفرع الثاني: أنواع الخطأ
215	أولاً: الخطأ الجسيم والخطأ اليسير
215	ثانياً: الخطأ الجنائي والخطأ المدني
216	ثالثاً: الخطأ المادي والخطأ الفني
218	الفرع الثالث: مجالات الخطأ الطبي وتطبيقات القضاء شأنها
218	أولاً: أخطاء الفحص الطبي
219	ثانياً: أخطاء التشخيص
221	ثالثاً: أخطاء العلاج
230	المبحث الثاني: انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب
230	المطلب الأول: انتفاء الرابطة السببية
231	الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية
232	أولاً: نظرية تعادل الأسباب
233	ثانياً: نظرية السبب المنتج أو الفعال
233	الفرع الثاني: انتفاء أو إثبات السببية لتقرير مسؤولية الطبيب
233	أولاً: إثبات علاقة السببية
235	ثانياً: دور القاضي في نفي أو إثبات المسؤولية الطبية بتوافر علاقة السببية
236	الفرع الثالث: مسؤولية الطبيب عن تابعيه
236	أولاً: مفهوم مسؤولية الطبيب (المتبوع) عن أعمال تابعيه
237	ثانياً: تقرير مسؤولية الطبيب (المتبوع) عن أعمال تابعيه
238	المطلب الثاني: أسباب انتفاء المسؤولية الجزائية للطبيب

238	الفرع الأول: حالة الضرورة
239	أولاً: مفهوم حالة الضرورة
241	ثانياً: شروط حالة الضرورة
242	الفرع الثاني: القوة القاهرة
242	أولاً: أن تكون غير ممكنة التوقع
242	ثانياً: استحالة الدفع
243	الفرع الثالث: خطأ المريض أو الغير
243	أولاً: خطأ المريض
245	ثانياً: خطأ الغير
246	خلاصة الباب الثاني
248	خاتمة
252	قائمة المصادر والمراجع
273	الفهرس

ملخص الأطروحة :

يخضع الطبيب إلى جانب مساءلته مدنيا أو جنائيا أثناء قيامه بواجباته المهنية في المستشفى للمساءلة التأديبية، هذا من حالة صدور خطأ منه مهما كان شكله، وبغض النظر عن وجود ضرر من عدمه، فالمسؤولية التأديبية عكس المدنية لا تستوجب حصول ضرر لمعاقبة الطبيب، وانطلاقا من علاقة التبعية التي تربط الطبيب بالمستشفى فإن هذا الأخير يمكن أن يخضع لنوعين من المسؤولية، مسؤولية تأديبية إدارية وأخرى تأديبية طبية، ومنه يكون الطبيب مسؤولاً عن مسؤوليته المدنية أو الجنائية كجزء من واجباته المهنية في المستشفى للحصول على المسؤولية التأديبية، هذا خطأ في شكله، سواء كان هناك ضرر أم لا. المسؤولية التأديبية مخالفة للقانون المدني.

الكلمات المفتاحية: العقد الطبي، المسؤولية المدنية، المسؤولية الجنائية، الطبيب ، الالتزامات

Résumé:

En plus d'être tenu responsable, au civil ou au pénal, dans l'exercice de ses fonctions professionnelles à l'hôpital, le médecin est soumis à une responsabilité disciplinaire, ceci en cas d'erreur de sa part, quelle que soit sa forme, et qu'il y ait ou non préjudice. , la responsabilité disciplinaire contrairement au civil n'exige pas de préjudice pour punir le médecin.

Et en fonction de la relation de dépendance qui lie le médecin à l'hôpital, ce dernier peut être soumis à deux types de responsabilité, une responsabilité disciplinaire administrative et une autre une responsabilité disciplinaire médicale, et dont le médecin est responsable de sa responsabilité civile ou pénale en tant que partie de ses devoirs professionnels à l'hôpital pour obtenir la responsabilité disciplinaire, c'est une erreur de forme, qu'il y ait dommage ou non. La responsabilité disciplinaire est contraire au droit civil.

Les Mots clés: Contrat médical, responsabilité civile, responsabilité pénale, médecin, obligations