التكييف القانوني لعقد العلاج

Legal adjustment to the treatment contract

محمد الصالح قروي[1]، رابح عليوة [2]

[1] **جامعة باجي مختار عنابة كلية الحقوق والعلوم السياسية (الجزائر)، مخبر الدراسات القانونية المغاربية،**
guerrouimohammedessalih@gmail.com

[2]**جامعة باجي مختار عنابة كلية الحقوق والعلوم السياسية (الجزائر) ، مخبر الدراسات القانونية المغاربية،**
Elhadjaliouarabih@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2019/04/27 تاريخ قبول المقال: 2020/08/04 تاريخ نشر المقال: سبتمبر/ 2020

الملخص

عقد العلاج هو وسيلة هامة لحماية العلاقة الموجود بين مصلحة طرفيه، وعلى الرغم اختلاف أراء الفقهاء حول تحديد التكييف القانوني لهذه العلاقة القائمة بين كل من الطبيب والمريض، إلا أنه يبقى التكييف القانوني السليم له هو أنه عقد ذو طبيعة خاصة قائم بذاته، وهذا راجع لكونه عقد يتميز بخصوصيات وأحكام تميزه عن غيره من العقود الأخرى.

وهذه الخصوصية تجعلنا نستخلص هذه المميزات والأحكام في كونه عقد غير مسمى لم يتم تنظيم أحكام خاصة به كباقي العقود الأخرى، وكذا عقد مدني يقوم اعتبار الشخصي، بالإضافة إلى كونه عقد ملزم لجانبين أي ينشأ التزامات متبادلة لكن من الطبيب والمريض، وقابل للفسخ إذا أخل أحد الأطراف بالتزاماته.

الكلمات المفتاحية: عقد العلاج، عقد المقاولة، عقد عمل، عقد وكالة، عقد خاص.

Abstract

The contract of treatment is an important means to protect the relationship between the interests of the two parties, and dispute the differences of views of the jurists on the determination of the legal adaptation of this relationship between the doctor and patient, but remains the proper legal adaptation is a contract of a special nature of its own, and this is because it is a contract characterized by specificities and the provisions of his distinction from other contracts.

These advantages and provisions are concluded in that it is an indefinite contract that does not regulate its own provisions like the rest of the contracts, as well as a civil contract. The personal consideration, in addition to being a binding contract for two sides which creates mutual obligations but from the doctor and the patient,

Key words: Treatment contract, contract Contracting, contract work, contract agency, private contract

المؤلف المرسل: محمد الصالح قروي ; الميل: guerrouimohammedessalih@gmail.com

مقدمة

يتعرض الشخص في حياته اليومية لجملة من العلاقات التي تربطه بغيره من الأشخاص، وهذه الأخيرة تكون في صورة منظمة قانونا أو بصورة غير منظمة، ومن بين هذه العلاقة نجد الاتفاق الذي يبرم بين الطبيب والمريض، والذي يقوم من خلاله الأول بعلاج الثاني مقابل أجر معلوم، وينتج عن هذه العلاقة التي تربط كليهما ما يعرف بعقد العلاج.

وعقد العلاج الجامع بين الطبيب والمريض هو عقد يضمن مصلحة الطرفين، حيث يحمي المريض مما قد يصدر من الأطباء من أعمال لها أثار سيئة، كما يضمن توفير العناية الطبية اللازمة وذلك من خلال تأكيد مسؤولية الطبيب هذا من جهة، ومن جهة أخرى يوفر الحماية أيضا للطبيب عند معالجته للمرضى، ويتجلى ذلك من خلال توفير جو من الثقة والاطمئنان .

غير أن العلاقة التي تجمع بين كل من الطبيب والمريض لم يتطرق المشرع الجزائري ولا القوانين الأخرى، لتكييفها تكيفا سليما، ولغرض تحديد طبيعة هذه العلاقة اعتمدنا على المصادر العامة للالتزامات والنظرية العامة للعقود، وتتجلى أهمية البحث عن الوصف القانوني السليم لعقد العلاج في دراسة ومعرفة أحكامه سواء من حيث تكوينه والآثار الناجمة عنه وسهل تحليل هذه الأحكام، إضافة إلى أنه في حالة نزاع تعاقدي تحديد طبيعته القانونية، دون الأخذ بتكييف الأطراف، يمكن القاضي من تحديد الأحكام القانونية الخاضعة له.

ونظرا لأهمية ودقة هذا الموضوع استوجب علينا طرح الإشكالية التالية:

- **ما هو التكييف القانوني السليم لعقد المبرم مابين الطبيب والمريض ؟**

ونتيجة لذلك اعتمدنا في الدراسة على المنهج التحليلي، باعتباره المنهج المناسب لمعالجة مختلف العناصر الأساسية للبحث، المعتمدة على تحليل النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالموضوع ومحاولة إسقاطها على الواقع العملي، وللإجابة على هذا الإشكال فإننا قسمنا هذه الدارسة إلى أربعة مباحث كل مبحث يحتوي على نظرية تبرر تكييف علاقة الطبيب بالمريض.

المبحث الأول: نظرية عقد العلاج عقد وكالة:

ذهب بعض الفقه في تحديد الطبيعة القانوني[1] لعقد العلاج على اعتباره عقد وكالة، نظرا للعلاقة التي تربط كل من المريض بالطبيب والتي تندرج ضمن أحكام عقد الوكالة، حيت يوكل الطبيب بغرض القيام بأعمال علاجية لتحقيق شفاء المريض.

ولدراسة هذه النقطة ارتأينا معالجة مضمون نظرية عقد العلاج عقد وكالة مع تبيان المبررات التي أدت إلى القول أن عقد العلاج عقد وكالة (المطلب الأول) وأخيرا أهم الانتقادات الموجهة لهذه النظرية (المطلب الثاني)،

المطلب الأول: مضمون نظرية عقد العلاج عقد وكالة :

يرجع أصل هذه الفكرة إلى تقاليد القانون الروماني، الذي كان مبني على أساس تمييزه، بين المهن الحرة والمهن اليدوية والحرفية، فالأولى يمتهنها الشرفاء ويكون العقد بالنسبة لهم عقد وكالة، فحين الثانية تقتصر مزاولتها على العبيد ويعد العقد عندهم عقد إيجار[2]، 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 بين الفقهاء المدافعين بشدة على هذه النظرية نجد الفقيه "ترولونج"، وكذلك الفقيه "بوتيه" حيث يرى أن الخدمة التي يقدمها أصحاب المهن الحرة تخضع لأحكام عقد الوكالة وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص[3].

أما بالنسبة للقضاء فإن القضاء الفرنسي من عهد بعيد إعتبر عقد العلاج عقد وكالة، وآثر أن يجعل الطبيب وكيلا للمريض، وهو الحال الذي ذهب له القضاء السويسري الذي إعتبر العقد المبرم بين طبيب الأسنان وزبونه للمعالجة الطبية لجذور الأسنان عقد وكالة[4].

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 تندرج ضمن أحكام عقد الوكالة، وهناك من ذهب إلى أبعد من ذلك بتقسيم طبيعة الخدمة المقدمة من الطبيب لمريضه إلى نوعين :

- فإذا كانت الخدمة المقدمة ذات طبيعة مادية فتطبق قواعد إيجار الخدمة .
- أما إذا كانت الخدمة المقدمة ذات طبيعة معنوية فتطبق قواعد الوكالة[5].

ويمكن إجمال مبررات هذه النظرية القائلة بأن تكييف عقد العلاج عقد وكالة في الثلاثة نقاط :

- جل القوانين تبنت فكرة تمييز المهن الحرة عن الأعمال اليدوية وأدرجت العلاج الطبي ضمن المهن الحرة التي يكون التعاقد من أجل أدائها دائما عن طريق وكالة تبرعية، إذ لا يجوز لهم إيجار خدماتهم[6]، وكذلك لا يجوز لهم الخضوع لسلطان أرباب العمل ومن بين هذه القوانين نجد المشرع الجزائري الذي أكد على هذه الفكرة الأخيرة من خلال مدونة أخلاقيات الطب التي تنص على أنه " لا يجوز لكل من الطبيب أو جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني من أي شكل "[7].
- المقابل الذي يدفعه المريض إلى الطبيب لقاء التعاقد لأداء خدماته لا يعد إلا هبة من المريض تخفيفا على نفسه واجب العرفان بالجميل[8]، وهي حيلة إهتدى إليها أصحاب هذا الرأي من أجل أن يكون العقد بالنسبة للمهن الحرة عقد تبرعيا، وبالتالي التوافق مع طبيعة الوكالة في القانون

الروماني[9]، وهذا أيضا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 65 و 66 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب.

- 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 الطبي[10].

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة للنظرية

انتقد الرأي القائل أن عقد العلاج هو عقد وكالة من قبل عديد شراح القانون، وكذلك من عدة جوانب نلخصها فيما يلي:

- **من الناحية القانونية :**

يقوم عقد الوكالة على أساس مفهوم النيابة في التصرفات[11]، فالموكل ينيب عنه شخصا يقوم بدلا عنه ببعض التصرفات يحددها عقد الوكالة، ويباشر تلك التصرفات وفقا للتعليمات الموكل[12]، كما أن أثارها تعود لحسابه أيضا، في حين أن الطبيب عند قيامه بالعلاج يكون حر نسبيا في اختيار كيفية تقديم ومباشرة العلاج، أي وفقا لما يراه مناسبا لحالة المريض، ويمارس ذلك باسم الطبيب الشخصي لا باسم المريض.

كما أن الطبيب غير مجبر بأن يقدم للمريض كل المعلومات التي تتعلق بتنفيذ أعماله، بل يخبره بما يتعلق بمرضه فقط، عكس ما يقتضيه عقد الوكالة [13] الذي يتطلب تقديم كل تفصيل للموكل.

عقد الوكالة يقوم تبرعي مجاني أي بدون مقابل إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف لذلك [14]، هذا ما أكدته المادة 581 من القانون المدني الجزائري، وهذا عكس عقد العلاج الذي يجب على المريض دفع ثمنا 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 العقلي[15].

- **من الناحية الواقعية :**

يرجع أساس فكرة عقد العلاج عقد الوكالة إلى العهد الروماني الذي قسم أفراد المجتمع إلى فئة الأحرار وفئة العبيد، حيث الفئة الأولى تنفذ الأعمال الذهنية، فحين نجد الفئة الثانية تنفذ الأعمال اليدوية، غير أن هذه الفكرة والتقسيم ولى وانقضى زمنهما خاصة مع تطورات العصور التي تنادي بالمساواة، فالطبيب وإن كان يقوم بعمل نبيل إلا أن هدفه كسب رزقه وحصوله على مقابل لخدماته[16]، فرزق الطبيب يستمده من ممارسة هذه المهنة متفانيا وخادما، وهذا ما أكدته المادة 06 من أخلاقيات مهنة الطب.

وعلى هذه الانتقادات الموجهة فلا يمكن تكييف عقد العلاج أو العلاقة القائمة بين الطبيب

و المريض على أنها عقد وكالة، وعلى هذا الأساس ظهر فريق يدعو لدحض هذه الآراء، التي تبعد عقد العلاج عن عقد الوكالة، فنادوا لاعتبار عقد العلاج عقد عمل .

المبحث الثاني: نظرية عقد العلاج عقد عمل .

أمام قصور النظرية السابقة والانتقادات الموجهة لها، والاختلاف الجوهري بين العقدين، ذهب جانب أخـــر من الفـقه إلى تكيـــيف عقد العلاج بأنه عـقد عمل ، على اعتبار تطابق طـــبيعة العمل في كلاهما.

لذا عالجنا مضمون هذه النظرية ومبرراتها المسندة لقول على أن عقد العلاج عقد عمل (المطلب الثاني)، والانتقادات الموجهة لهذه النظرية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مضمون نظرية عقد العلاج عقد عمل:

ذهب الفقه القانوني لاعتبار عقد العلاج على أنه عقد عمل، انطلاقا من فكرة تمييز بين الأعمال الفكرية العقلية والأعمال اليدوية، إضافة إلى أن الطبيب يقوم بعمل(كعامل) لصالح مريضه(مستخدم)، وكذلك يكون عامل في أحد المستشفيات العامة أو الخاصة، يعتبر الطبيب كعامل لدى ذلك القطاع ولو كان الإشراف من الناحية الإدارية فقط، فالعقد الرابط هو عقد عمل[17]، ولقد عرفت المادة 02 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقة العمل باعتبار العامل الأجير "كل شخص يؤدي عملا يدويا أو فكريا، مقابل مرتب في إطار التنظيم ولحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص يدعى المستخدم"[18].

وعليه فالعلاقة التي تربط كل من المريض والطبيب لا تختلف على العلاقة بين المستخدم والعامل، ويتجلى ذلك من خلال أن الطبيب يتعهد بالعمل لخدمة المريض و تحت إشرافه و إدارته[19]، وبالتالي عليه ببذل جهدا وعملا يدويا وفكريا مقابل أتعابه، في إطار منظم ولحساب شخص[20].

كما أن أصحاب هذا الرأي يرون أن هناك نوع من التبعية بين المريض والطبيب شبيهة بتبعية الطبيب الذي يعمل في المستشفى، كما يعتبرون أيضا أن هذه العلاقة هي علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار الأشخاص حيث يلتزم المريض بأداء الأجر للطبيب مقابل التزام الطبيب بتقديم العلاج له [21]، فالنشاط الطبي يصلح أن يكون محلا لعقود العمل وفقا لأصحاب هذا الرأي والذي يجد أساسه في المبررات التي تتمثل في ما يلي:

- الطبيب يقدم عملا 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 الصنهوري "حيث يلتزم الطبيب بموجب عقد العلاج بتقديم خدمة أو عمل وهي بذل العناية اللازمة لشفاء المريض مقابل أجر معلوم".
- ارتباط الطبيب بعلاقة التبعية ويتجلى ذلك 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 وجه معين تظهر فكرة التبعية النسبية بين كل من الطبيب

والمؤسسة المتقاعدة معه[22]، 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 عمل [23] .

على الرغم من الحجج و المبررات التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه باعتبار عقد العلاج أنه عقد عمل نظرا لتشابه العلاقة بين الطبيب والمريض في علاقة الطبيب بالمستشفى على أنها علاقة عمل وأن كل من العقدين يشملان على عنصر الأجرة، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من انتقادات كما سنرى.

على الرغم من الحجج و المبررات التي استند إليها أصحاب هذا الاتجاه باعتبار عقد العلاج أنه عقد عمل نظرا لتشابه العلاقة بين الطبيب والمريض في علاقة الطبيب بالمستشفى على أنها علاقة عمل وأن كل من العقدين يشملان عنصر الأجرة، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من انتقادات كما سنرى.

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة للنظرية

انتقدت هذه النظرية على أساس :

- يشترط في عقد العمل وجود عنصر الأجرة، وفي حالة تخلف هذا العنصر فإنه لا وجود لعقد العمل، وهذا الأمر لا ينسجم مع عقد العلاج الذي من الممكن جدا أن لا يأخذ الطبيب أجره ولا يؤدي إلى عدم قيام العقد[24].
- إن فكرة التبعية غير موجودة بين الطبيب والمريض، وذلك لأن الطبيب لا يمكن أن يكون تابعا للمريض، 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 أجر[25]، ومعنى ذلك أن عقد العمل يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب العامل، والذي بدوره يقوم على تنفيذ متعاقب لعمله مقابل دفع الأجرة، وخضوعه لتوجيهات رب العمل وأوامره.
- فكرة عقد العلاج يقوم على الاعتبار الشخصي من جانب المريض لاعتبارات رآها المريض في الطبيب فتعاقد معه لمعالجته، تختلف كليا عن عقد العمل.

كما أن هذه النظرية هي الأخرى لم توفق في إعطاء التكييف القانوني السليم للعلاقة الموجودة بين الطبيب والمريض.

المبحث الثالث: نظرية عقد العلاج عقد مقاولة:

نظراً لقصور النظريات السابقة خاصةً بعد ما تبين أن محل العقد لا ينصب على التصرفات القانونية بل على أعمال مادية، وغياب عنصر التبعية بين المريض والطبيب، الشيء الذي لا يستقيم معه تكييف هذا العقد القائم بينهما بأنه عقد عمل أو وكالة ، الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الطبي على

أنه عقد مقاولة.

لهذا ارتأينا من خلال هذه النظرية إلى تبيان مضمونها أو فحواها ومبرراتها(المطلب الأول)، ونعرج في الأخير إلى الانتقادات الموجهة لهذه النظرية (المطلب الثاني) :

المطلب الأول: مضمون نظرية عقد علاج عقد مقاولة:

حسب فحوى هذه النظرية فإن جانباً كبيراً من الفقه يقر بأن عقد المقاولة 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 معلوم[26]، ذلك أن أصحاب هذه النظرية اعتمدوا على التعريف الذي أورده المشرع المدني لعقد المقاولة ، والذي عرفته المادة 549 من القانون المدني الجزائري بقولها " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا وأن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[27].

فانطلاقا 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 ذلك[28]، 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 عقدا من عقود المقاولة ، كما تبنى الفقيه "بيسرف" هذه النظرية واستمات في الدفاع عنها والرد عن الانتقادات التي وجهت إليه ،ولقد تبنى هذه النظرية في الفقه العربي الفقيه "الصنهوري" وفقهاء آخرون من المغرب والعراق ولبنان، معتبرين عقد العلاج عقد مقاولة في الغالب على أساس أن العلاج عمل مادي وليس تصرف قانوني [29].

واستند أنصار هذه النظرية إلى جملة من المبررات لتعزيز رأيهم بخصوص اعتبار عقد المقاولة يقترب من عقد العلاج في الأمور الآتية [30]:

- 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 يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، جاز للطرف الآخر فسخ العقد مع التعويض وفقاً للقواعد العامة.
- 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 أيضا يلتزم المقاول بالقيام بعمله مقابل الأجر الذي يتلقاه رب العمل.

- وحجتهم أيضا في اعتبار عقد العلاج هو عقد المقاولة، في أنَّ 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 العقد.

المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة للنظرية:

على الرغم من المبررات التي أوردها أصحاب هذه النظرية، غير أن أوجه الشبه هذه وحدها لا تكفي للقول بأن عقد العلاج هو عقد مقاولة؛ فغالبية العقود المدنية تشترك مع بعضها بهذه النقاط، هذا ما يدعونا إلى عدم التطابق بين عقد العلاج، وعقد المقاولة فان اشتركا في بعض النقاط فإنهما يفترقان في بعضها الآخر، 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 المرجوة [31].
- يختلف 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 عقد مقاولة على أساس الفارق الجوهري 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 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 ذلك [32].
- 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 بالتعويض.
- 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 المقاولة[33].

وهذا بدوره يقودنا إلى القول بعدم التطابق بين عقد العلاج، وعقد المقاولة.

المبحث الرابع: عقد العلاج ذو طبيعة خاصة

لم تتمكن النظريات الثلاثة المتقدمة من الوصول إلى التكييف القانوني المناسب لعقد العلاج، فكل نظرية أخذت جانب من الجوانب في تحديد طبعته وركزت عليها و أغفلت جوانب أخرى مما أدى إلى توجيه انتقادات لـكل نظرية واعتـمد جانب من الفــقه على أن عــقد العلاج عــقد غير مســمى من نوع خاص.

المطلب الأول: مبررات نظرية عقد العلاج ذو طبيعة خاصة

من الفقهاء المدافعين على هذه الفكرة نجد الفقيه "سافايتية" مبررا أنه عقد غير مسمى، على إعتبار أن العمل المستقل للأشخاص القائمين بممارسة المهن الحرة يجعلهم غير محكومين لأي عقد مسمى في القــانون، ويخضعون للقواعد العامــة التي تحكم الاتفاقات والعــادات التي تســير عليها المهن الحرة[34].

كما نادوا أيضا أن عقد العلاج عقد من نوع خاص[35]، كون أن موضوعه الأساسي يختلف عن باقي العقود وعن القواعد التي تحكمها، والتشابه الموجود بينه وبين بعض العقود التقليدية لا يفقده صفة الاستقلالية، أي بعيد الشبه عن أي عقد أخر، وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرار 13 يوليو 1937 التي قضت بأن الاتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته وجهوده، لا يمكن أن يوصف بأنه عقد إستصناع بل إنه عقد من نوع خاص[36].

ونحن من المؤيدين للرأي القائل أن عقد العلاج عقد قائم بذاته له طابعه الخاص وبعيد الشبه عن أي عقد أخر، كونه الرأي الأحوط على اعتبار أن لعقد العلاج مميزاته الخاصة و التي تتمثل في :

المطلب الثاني: مميزات عقد العلاج.

يتميز عقد العلاج بخصائص تميزه عن غيره من العقد

- **عقد العلاج عقد مدني:**

بما أن مهنة الطبيب هي مهنة من المهن التي تدخل تحت غطاء المهن الحرة ، كما أن الطبيب لا يأخذ صفة التاجر[37]، وكذا أيضا لا تعتبر الأعمال التي يقوم بها "أي الخدمات الطبية" من ضمن الأعمال التجارية سواء بحسب الموضوع ولا بحسب الشكل[38]، وعليه فعقد العلاج لا يخرج عن نطاق العقود المدنية ولا يمكن تصنيفه ضمن العقود التجارية [39].

أي أن هذا العقد الذي يربط كل من الطبيب والمريض والذي محله الخدمات الطبية ،يبقى عقدا مدنيا من الجانبين ، سواء من جانب المريض أومن جانب الطبيب[40]، وما يؤكد الطابع المدني لعقد العلاج النصوص المنظمة لمهنة الطب خاصة المادة 20 منه التي تنص على أنه " يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية ..... " أي نستخلص من نص هذه المادة أن عقد العلاج

الذي يربط كل من الطبيب والمريض ليس عقد تجاري وإنما عقد مدني.

- **عقد العلاج عقد رضائي و يقوم على الاعتبار الشخصي :**

يعد عقد العلاج عقدا رضائياً، لكونه يقوم بوجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إحداث أثار قانونية هي التزامات لكل من الطرفين[41]، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري، غير انه هناك حالات استثنائية تتطلب ركن الشكلية لقيام عقد العلاج كعملية زراعة ونقل الأعضاء[42] وعملية التلقيح الاصطناعي وغيرها من الحالات الأخرى .

فيما يخص أنه عقد يقوم على الاعتبار الشخصي، أي أن المريض يختار الطبيب الذي يقوم بعلاجه على أساس كفاءته الفعلية وكذا بناء على الثقة التي يوحي بها إليه[43] ،حيث أن المريض يضع كل ثقته في الطبيب لعلاجه باختياره الحر ماعدا في مستشفيات القطاع العام أو في الحالات الاستعجالية القصوى وهذا ما أكده قانون أخلاقيات الطب[44]

إضافة إلى غيرها من المميزات التي يتميز بها عقد العلاج على انه عقد مستمر لا ينتهي بتقديم العلاج فقط وإنما تبقى العلاقة قائمة على أساس المتابعة إلى غاية شفاء المريض وكذا هو عقد معاوضة حتى وإن قدم الطبيب خدمة مجانية دون أتعاب لأحد زملائه أو من يكفله[45]، وعقد ملزم لجانبين وعقد قابل للفسخ.

كما تبنت محكمة النفض الفرنسية هذا التكييف الحاصل بين العلاقة أو اتفاق المريض والطبيب الذي يقدم جهوده، على أن عقد العلاج هو عقد خاص، و قد جاء في قرار محكمة النقض[46] الفرنسية بتاريخ 13-07-1997 وقالت بان هذا العقد يتميز بالطابع المستقل وبذاتية خاصة.

الخاتمة

يتبين لنا مما سبق أن النظريات السابقة لقيت قصورا في تكييف عقد العلاج وتعرضت لعديد من الانتقادات، بحيث لا يمكن اعتبار العلاقة التي تكون بين الطبيب والمريض عقد وكالة لاختلاف في محل كل منهما، فعقد الوكالة محله هو عمل قانوني في حين أن محل عقد العلاج هو عمل مادي، كما لا يمكن اعتبار هذه العلاقة على أنها عقد عمل للتمايز في عنصرين أساسين هما، استقلالية الطبيب في أداء العمل الذي يقوم به أولا، وعدم توافر التبعية القانونية بين الطبيب والمريض -العميل- ثانيا، وهذا العنصر الأخير الذي يعتبر أساس في عقد العمل، كما لا يمكن أيضا اعتبار عقد علاج عقد مقاولة، لأنه الأول يقوم على بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، في حين العقد الثاني يقوم على تحقيق نتيجة وليس بذل عناية.

وبالتالي فالوصف القانوني لعقد العلاج السليم هو أنه عقد ذو طبيعة خاصة، أي متباين عن باقي العقود وهذا نظرا للمميزات التي تتميز عنها ، ويتجلى ذلك من خلال أنه عقد لم يتم تنظيمه من قبل

المشرع الجزائري بأحكام خاصة، فبالتالي هو من العقود غير المسماة يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص الذي يربط بين الطرفين "الطبيب والمريض"، والأحكام العامة " النظرية العامة للعقد" والقوانين المنظمة لهذه المهنة " الطب" وكذا اللوائح التنظيمية المتعلقة بها.

وعلية نتوصل إلى النتائج التالية

– عقد العلاج هو عقد ذو خصوصية ويتميز بخصائص ذاتية، إذ التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة عكس باقي العقود كما أن محل التزامه في عقد التطبيب هي أعمال مادية يؤديها باستقلالية، ولا يخضع أثناء أو بعد ممارسته لها إلا لضميره وقواعد تنظم النشاط الطبي، وخضوع هذا كأصل عام للقواعد العامة غير أنه يستوجب أيضا تطبيق بعض الأحكام الخاصة عليه.

– استلزام قبل الشروع في العلاج الطبي حصول رضا المريض لانعقاده ورضاه لتنفيذه، وان كان يتميز بأنه عقد ملزما لجانبين إلا أن هذا لا يمنعه من الرجوع فيه، لأنه مبني على أساس الثقة والوعي، إضافة إلى كونه يرد على صحة الإنسان وجسمه جعل المشرع يخرجه من دائرة المعاملات التجارية، ويبقى بالتالي عقد مدني غير مسمى.

– العقد يربط بين المريض والطبيب فالأول يحصل على الخدمات من الثاني الذي يحترف هذه المهنة، وأن العلاقة بينهما غير متكافئة.

– صار من اللازم على المشرع سواء الجزائري أو غيره من التشريعات الأخرى، أن يلتفت إليه، ويضع له نظاما قانونيا خاص به يأخذ بالاعتبار هذه البيئة القانونية المستقلة.

الهوامش

1- صدور قرار "مارسيي" الشهير بتاريخ 20 ماي 1936 عن محكمة النقض الفرنسية "الغرفة المدنية" الذي أحدث ثورة في الميدان الطبي، كونه أصبح يعترف بوجود عقد يربط بين الطبيب والمريض، عقد حقيقي،و أن المفهوم الذي كان سائدا في القضاء الفرنسي قبل سنة 1936بإعتبار أن مسؤولية الأطباء تقصيرية حتى في حالة وجود عقد واتفاق بين الطرفين لم يعد له معنى بعد صدور هذا قرار.

2- حروزي عز الدين ، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن ، دراسة مقارنة ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ،2009،ص29.

3- رايس محمد،المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومه للنشر والتوزيع،الجزائر،2007، ص416.

4- القريشي جلال مصطفى، شرح قانون العمل الجزائري،الجزء الأول،علاقات العمل الفردية،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1984،ص 152.

5 - عشوش كريم،العقد الطبي، دار هومه، الجزائر،2011،ص13.

6 - حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص144.

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

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

9- رايس محمد ، المرجع السابق ، ص 417.

10- أنظر المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المتعلق بأخلاقيات الطب

11- أنظر المادة 575 من القانون المدني الجزائري.

12- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص44.

13- أنظر المادة 575 من القانون المدني الجزائري

14- عشوش كريم، المرجع السابق، ص 13.

15-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ، ص375.

16- حروزي عزالدين، المرجع السابق ، ص44.

17- أحمد حسين الحباري ، المسؤولية المدنية في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2005، ص66.

18- أنظر المادة 02 من القانون 90-11 المؤرخ في 1990/04/11 المتعلق بعلاقات العمل

19- أحمد حسن عباس الحياري ، المرجع السابق ، ص 15.

20- عشوش كريم ، المرجع السابق ، ص15.

21- سعد أحمد محمود ، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعدته ، طبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2007.

22- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص45و46.

23- رايس محمد ، المرجع السابق ، ص425.

24- احمد سليمان شهيب، عقد العلاج الطبي دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى منشورات زين الحقوقية، بغداد، العراق، 2012، ص 76.

25- عبد الرزاق السنهوري –الوسيط –العقود الواردة على العمل،جزء 7،المجلد الأول، القاهرة،1964 ف208- ص372 -. وكذلك د. عبد الرشيد مأمون المرجع السابق ص103.

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

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

28- أحمد أدربوش، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدرسات العليا كلية الحقوق،جامعة محمد الخامس،منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات العليا،بدون سنة، ص139.

29- حروزي عز الدين ،المرجع السابق، ص ص47 ، 48.

30- هشام ابراهيم الخطيب وعماد ابراهيم الخطيب و د. العبد عبد القادر العكايلة، الطبيب المسلم وأخلاقيات المهنة، مكتب الجامعة الأردنية، عمان، 1989، ص35.

31- أحمد السعيد الزقرد، الروشيتة (التذكرة) الطبية بين المفهوم القانوني والمسؤولية المدنية للصيدلي- دراسة مقارنة، بدون مكان طبع،1993، ص4.

32- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، بدون طبعة ،دار النهضة العربية، القاهرة، 1963، ص43.

33- حروزي عز الدين ، المرجع السابق ، ص ص49،48.

34- طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004،ص 93.

35-M.M .Hannouz et A.R.Hakem , Précis de droit médical a l' usage des praticiens de medecine et du droit o.p.u. alger, algerie.1993..p 34.

36- طلال عجاج، المرجع السابق، ص 92.

37- نصت المادة 01 من القانون التجاري الجزائري " يـعد تاجرا كل من يـباشر عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة له "

38- انظر المادة 02 و 03 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02، المؤرخ في 6 فبراير 2005، ج ر،عدد 11 المؤرخة في 9 فيفري 2005.

39- عشوش كريم، المرجع السابق ، ص19.

40- السنهوري عبد الرزاق احمد، المرجع السابق ،ص 46

41- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجراء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2006، ص65.

42- انظر المادة 364 من قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية، العدد 46.

43 -Abdelkader Khadir, La responsabilité médicale à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, deuxième édition, éditions houma, Alegria,2016, p92

44- انظر المادة 80 منه.

45 - Louis Dubouis : la prescription médical. Presses universitaires d Aix-Marseille. 1er trimestre, 1999-p.58.

46 - مشار إليه من طرف ، عز الدين حروزي، الهامش 4 ، المرجع السابق، ص50، وجاء به حرفيا"

" mais attendu que la convention qui intervient entre le malade et le médecin qui lui apporte son assistance et ses soins constitue un contra suis generis qu'on n'y aurait voir un louage d'ouvrage ou d'industrie, qu'il ne rentre donc pas dans les contrats énumérés par la loi précitée"