التكييف القانوني للعقد الطبي

Legal conditioning of the medical contract

موسى نسيمة*

جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة (الجزائر)، nacimamoussa@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/08/02 تاريخ القبول: 32/02/14 تاريخ النشر: 2023/03/31

ملخص:

إنّ من بين مقتضيات كرامة الإنسان الحفاظ على حياته، فهي بمثابة درب تتخللها مشاكل مختلفة، ومن أهم المشاكل التي يخشى منها الفرد هي إعتلال صحته، مما يقتضي اللجوء إلى الطبيب لإزالة الدّاء وتقديم عِلاج يتسم باليقظة والتّفاني، فإذا كان القصد من تدخل الطبيب بموجب العقد الطبي هو علاج المريض، فإنّ تنظيم العلاقة بين الطبيب والمريض وتحديد طبيعتها القانونية، لتعزيز عوامل الإطمئنان عند تحديد إلتزامات وحقوق أطرافها، بالخصوص المريض، إذ يبقى دائمًا طرفاً ضعيفًا بسبب تدهور صحته وإنفراد الطبيب بالعلم وفنون مهنته، بات أمرًا محتما ولإرتباط هذا العقد بصحّة الإنسان وشيوعه بين الناس.

كلمات مفتاحية: الطبيب، المريض، العقد الطبي.

Abstract:

Among the requirements of human dignity is the preservation of his life, as it is a path punctuated by various problems, and one of the most important problems that the individual fears is ill health, which requires resorting to the doctor to remove the disease and provide treatment characterized by vigilance and dedication. It is the treatment of the patient, regulating the relationship between the doctor and the patient and determining its legal nature, to enhance the factors of reassurance when determining the obligations and rights of its parties, especially the patient, as he always remains a weak party due to the deterioration of his health and the doctor's monopoly with science and the arts of his profession. People.

Keywords: Doctor, patient, medical contract.

*المؤلف المرسل

1- مقدمة

لقد تبنّت معظم التشريعات فكرة البحث عن التكييف القانوني للعقد الطبي بما فيها التشريع الجزائري، خاصة بعد إنتشار ظاهرة الطب الحر أو الخاص، في الآونة الأخيرة، بشكل مفزع، لدرجة أنه أصبح يزاحم بل قد يتعدى خدمات القطاع العام، وحتى الدول المتقدمة منها في بعض الأحيان، فلقد أصبح اليوم من بين العقود الأكثر إستعمالاً، فإتساع مجال إستعماله بين الأفراد، أخذ يثير الكثير من الإنشغالات القانونية، والمشاكل العلمية، علمًا أنه عقد ينصب على أقدس مخلوق على وجه الأرض ألا وهو الإنسان.[1]

إلا أنّه ما دام هذا العقد هو وليد العصر الحديث، فإن الفقهاء قد وجدوا صعوبة في دراسته وإستنباط أحكامه مما أدى إلى إختلافهم حول تحديد ماهية هذا العقد، وذلك لأنّ العقود تختلف بإختلاف أحكامها وطرق إنعقادها.

فالبحث في طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض الذي يحاول هذا الأخير من خلاله العلاج يبين لنا بوجود جدل حول هذه الطبيعة إلى غاية صدور قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936[2]، الذي أكد الطابع التعاقدي لهاته العلاقة[3]، حيث أن الطبيب الذي يمارس عمله الطبي في القطاع الصحي بالمريض الذي يتوجه إليه بغرض العلاج هو عقد طبي[4].

ومن هذا المنطلق فإنّ المسؤولية المدنية للأطباء تحكمها القواعد العامّة في القانون، ويخضع الأطباء لقواعد القانون المدني في مجال المسؤولية المدنية، بعدما ولّى العهد الذي كان فيه الإعتقاد أنّ وجود هذه المسؤولية سيف مُسلّط على رقاب الأطباء[5] يضر مركزهم، ويحدُّ من ممارستهم لمهنتهم، وينقص من شهرتهم.[6]

ورويداً رويدًا لم تعد مسؤولية الطبيب عن الخطأ الذي يرتكبه موضوعًا لأيّ جدال أو مناقشة، حتى جاء اليوم الذي أصبح فيه الطبيب يبرم عقوداً مع مرضاه، يتعهد فيها بإجراء الفحوصات، وتشخيص المرض، ووصف الدواء الملائم لحالته، وتقديم الرعاية له والنصيحة،[7] ومن هنا نطرح الإشكالية الآتية:

ما هو الوصف القانوني الملائم للعقد المبرم بين الطبيب والمريض؟

ومحاولة منا لحل هذه الإشكالية إرتأينا تقسيم موضوع دراستنا إلى:

---

[1] كريم عشوش، العقد الطبي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر،2001/2000، ص8.

[2] Cass. Civ20mai1936. D.P.1936

[3] حيث كان في الماضي القريب لا يفرق القانون بين هاتين العلاقتين ويجعل أحكامهما على قدم المساواة، إلى غاية صدور قرار "مارسيي" الشهير بتاريخ20 ماي1936 عن محكمة النقض الفرنسية''الغرفة المدنية''الذي أحدث ثورة في الميدان الطبي،كونه أصبح يعترف بوجود عقد يربط بين الطبيب والمريض.

[4] محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2007، ص102.

[5] عبد الرشيد مأمون، **عقد العلاج بين النظرية والتطبيق**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986، ص5.

[6] محمد رايس، نفس المرجع، ص414.

[7] محمد عبد القادر العبودي، **المسؤولية المدنية لطبيب التخدير**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1992، ص91.

المحور الأول: تكييف العقد الطبي ضمن العقود الواردة على العمل

أولاً: إعتبار العقد الطبي عقد وكالة

ثانيًا: إعتبار العقد الطبي عقد عمل

ثالثًا: إعتبار العقد الطبي عقد مقاولة

المحور الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة للعقد الطبي

أولاً: خصائص العقد الطبي

ثانيًا: العقد الطبي عقد مدني غير مسمى

ثالثًا: ضرورة إفراد العقد الطبي بتنظيم قانوني مستقل

2. تكييف العقد الطبي ضمن العقود الواردة على العمل

أخصت التشريعات بعض العقود الواردة على العمل بأنظمة قانونية خاصة بها، أدى التقاء بعض عناصر العقد الطبي بعناصرها وإشتراكه معها في بعض خصائصها بالفقه إلى محاولة تكييفه وإلحاقه بها، وثار جدال بينهم بشأن الوصف القانوني الواجب إعطاؤه للعقد الذي يبرمه المريض مع الطبيب ومشابهته بمختلف العقود المعروفة والمسماة في القانون المدني[1]، فانقسموا إلى عدة إتجاهات، فمنهم من يرى أنّ مهنة الطبيب تسمو عن باقي المهن الحرة، ولا تكون الخدمات الطِّبية محلاً للمعاملات المالية، وبالتّالي فهذا العقد عقد وكالة، ويرى إتجاه آخر أن تعاقد الطبيب لأداء خدمة مقابل أجر معلوم يجعل من هذا العقد عقد عمل، في حين يرى البعض الآخر أن إستقلالية الطبيب في أداء عمله وحصوله على الأجرة يجعل منه عقد مقاولة.

وهي الإتجاهات التي نوردها تِباعًا مع الإشارة إلى أنّ وصف العقد الطِّبي وإلحاقه بعقد مسمى يترتب عنه تطبيق الأحكام الخاصة بهذا العقد على العلاقة العقدية الطبية، فالتكييف ليس مسألة نظرية بحتة بل تترتب عنه آثار قانونية جد هامّة.

1.2 إعتبار العقد الطبي عقد وكالة:

إنّ عقد الوكالة إتفاق يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام بتصرف قانوني لحساب الموكل سواء بأجر أو بدونه، وهو من العقود المسماة الواردة على العمل، وبناء على ذلك ذهبت بعض الآراء إلى تكييف العقد الطبي بأنّه عقد وكالة، ونحن نتساءل عن مدى صحة هذا التكييف، فكان لابد من عرض مضمون هذه النظرية.

لقد إعتبر بعض الفقه أنّ العقد القائم بين الطبيب والعميل، والذي محله عادة تقديم العلاج، أنه عقد وكالة، وقد أيد القضاء هذا التكييف الذي يستند إلى الحاجة لرفع مقام الأعمال الطبية ذات الطبيعة الفكرية عن الأعمال المادية الأخرى التي يجوز التعاقد على إجارتها، إلى جانب صياغة مبررات أخرى تدعم حسب بعض الآراء هذه النظرية، فلقد سلم

[1] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، **الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص106.

بعض فقهاء القانون الفرنسي القديم[1] بأنّ العقد الذي يبرمه الطبيب مع مريضه هو عقد وكالة، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي"بوتيه "Pothier"، إذ يرى أن الخدمة التي يقدمها أصحاب المهن الحرة تخضع لأحكام عقد الوكالة وليس لأحكام إيجار الأشخاص[2]، وقد كان الفقيه "ترولونج"من أشد المدافعين على إعتبار العقد الطبي عقد وكالة، وعن المكانة المميزة للأعمال الفكرية، والمركز الخاص للأشخاص الذين يمارسونها، وذلك بقوله:"أنّ هؤلاء الرجال (أي أصحاب المهن الحرة من المحامين والأطباء) يبذلون لنا عناية فإنّ الذين لهم بما وراء المادة، ولا نبرئ قبلهم بما ندفعه لهم وأنّه لإنكار للجميل أن أظن أن هؤلاء الذين يكرسون جهودهم للمحافظة على حياتنا، وتهيئة أسباب الراحة لنا يكفيهم مكافأة لعملهم أن أدفع لهم الأجر الذي وعدتهم به"[3].

كما ذهب جانب من الفقه السويسري إلى القول أن أساس العلاقة بين الطبيب ومريضه هو عقد الوكالة، وهذا إستنادًا لنصوص المادتين 162 و394 من قانون الإلتزامات السويسري، التي توجب تطبيق الوكالة على الأعمال الفنية، إذ أن الوكيل يلتزم فقط ببذل العناية عكس عقد المقاولة الذي يكون فيه طبيعة الإلتزام هو تحقيق النتيجة، وبالتالي فعقد الوكالة هو الذي يناسب العمل الطبي[4].

وأجمع الفقه والقضاء على أنّ العلاقة بين الطبيب والعميل علاقة عقدية[5]، وذلك حين إختيار المريض للطبيب[6]، حيث يلتزم هذا الأخير ببذل العناية الصادقة واليقظة المتفقة مع الأصول العلمية[7]، دون إلتزامه بضمان الشفاء[8]، وذهب بعض الفقه في تحديد الطّبيعة القانونية لهذا العقد إلى إعتباره عقد وكالة[9]، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي بوتيه Pothier الذي يرى في هذا الصّدد أنه: "مما لاشك فيه أن الخدمات التي يؤديها أصحاب المهن الحرة، إنما تخضع في حقيقة الأمر لأحكام عقد الوكالة وليس لأحكام عقد إيجار الأشخاص ومن هذه الخدمات تلك التي يؤديها الأطباء"[10].

---

[1] عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، ص43.

[2] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص416.

[3] مشار إليه من طرف: عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.

[4] سعد أحمد محمود، **مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر، 2007، ص222.

[5] سعد أحمد محمود، نفس المرجع، ص221.

[6]إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، نفس المرجع، ص106.

[7] عرفة السيد عبد الوهاب، **المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009، ص89.

[8] إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، نفس المرجع، ص49.

[9]أحمد حسن عباس الحيارى، **المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص65.

[9] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص416.

[10] Pothier, **Traité du contrat de mandat**, Paris, France, T VI, p 96.

أما بالنسبة للقضاء، فقد جرى القضاء الفرنسي منذ عهد بعيد على إعتبار العقد الطبي عقد وكالة، وآثر أن يجعل الطبيب وكيلاً للمريض[1]، وهو ما ذهب إليه أيضًا القضاء السويسري الذي إعتبر أن العقد الذي محله تركيب طاقم أسنان هو عقد مقاولة، في حين أن العقد المبرم بين طبيب الأسنان وزبونه للمعالجة الطبية لجذور الأسنان هو عقد وكالة[2].

حيث إعتمدوا على القانون الروماني لتبرير نظريتهم هاته، حيث كان المجتمع الروماني حينئذ منقسماً إلى ثلاث طبقات إجتماعية أشرفها طبقة المواطنين الرومان التي كان لها الحق وحدها في ممارسة المهن الفكرية كمهنة الطب، وكان الطبيب آنذاك يقدم العلاج مجانًا[3]، وبالتالي فإنّ العقد الطبي في هاته الحالة هو وكالة تبرعية حسبهم،[4] أمّا المقابل المالي الذي كان يقدمه المريض لطبيبه فكان يعتبر هبة، وعِرفانًا بالجميل والخدمات الجليلة التي كان يقدمها الطبيب،[5] وهذا التوجه الفقهي يصعب التسليم به، كونه رأي تعرض لإنتقاد شديد كمايلي:

-حسب المادة 571 من القانون المدني الجزائري، فإنّ مضمون عقد الوكالة هو قيام الوكيل بعمل بإسم الموكل ولحسابه،[6] هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ محل عقد الوكالة هو عملاً قانونيًا، بالإضافة إلى هذا، فإنّ المادة 581 من نفس القانون المدني المذكور أعلاه قد نصت على أنّه: "الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص من حالة الوكيل..."[7]

-في حين وبالرجوع إلى العقد الطبي فإنّ الطّبيب بقوم بالعمل الطّبي بإسمه ولحسابه الخاص[8]، بالإضافة إلى أنّ العقد الطّبي هو عقد معاوضة[9]، لأنّ من بين الإلتزامات الملقاة على عاتق المريض، الإلتزام بدفع أتعاب الطبيب المعالج، وهذا ما يفهم من نص المادة 57 مدونة أخلاقيات الطب[10].

واجهت هذه النظرية انتقادات بسبب العناصر القانونية المتباينة لكل من العقد الطبي وعقد الوكالة، ومن جانب قصور مبررات هذه النظرية من الناحية الواقعية.

---

[1] أحمد هندي، **الوكالة بالخصومة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص15، هـ3.

[2] جلال مصطفى القريشي، **شرح قانون العمل الجزائري**، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص152.

[3] غادة فؤاد مجيد المختار، **حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص ص 123-124.

[4] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص417.

[5] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص 416.

[6] أنظر: المادة 571 من الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-98 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.

[7] أنظر: نص المادة 581 من القانون المدني الجزائري.

[8] منير رياض حنا، **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص93.

[9] أسعد عبيد الجميلي، **الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية**، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص107.

[10] أنظر: نص المادة 57 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج ر عدد 52 مؤرخة في 1992/07/08.

يتبين لنا من خلال من سبق ذكره أنّه لا يمكن تطبيق أحكام الوكالة على العقد الطبي، ذلك أنّ الطبيب لا يعد وكيلاً، وأنّ المريض لا يعد موكِلاً نظرًا للإعتبارات السالف ذكرها[1].

2.2 إعتبار العقد الطبي عقد عمل:

أمام النقد الموجه إلى أصحاب نظرية إعتبار العقد الطبي عقد وكالة، والإختلاف الجوهري بين العقدين فيما يخص طبيعة العمل الذي يلتزم به الطبيب، والذي له الطّابع المادي بالنسبة للعقد الطِّبي في حين أنّ إلتزام الوكيل في عقد الوكالة يكون دائمًا قانونيًّا، ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العقد الطِّبي بأنه عقد عمل[2]، على إعتبار تطابق طبيعة العمل في كلا العقدين، خاصة وأنّ مميزات عقد العمل كما هو مفهوم في كل من القانون المدني[3] والتّشريعات الخاصة بالعمل[4]، تتلخص في توافر الأجر أوّلاً، والمدّة ثانيًا، وعنصر العمل ثالثًا، ووجود رابطة تبعية بين العامل وصاحب العمل تتمثل في خضوع العامل لإشراف ومراقبة رب العمل[5] كعنصر رابع.

إعتبر بعض الفقهاء أن العلاقة التّعاقدية بين الطبيب والمريض يحكمها عقد إيجار الأشخاص[6]، أي عقد العمل، والذي يقوم متى توافرت فيه عناصر أو شروط أساسية تشكل في مجموعها هوية هذا العقد، وتميزه عن العقود الأخرى التي ترد على العمل[7]، ويرى البعض أنه تكفي لقيام علاقة التبعية القانونية وجود تبعية تنظيمية وإدارية، إذ تترك للعامل الحرية في مزاولة معرفته وفنه وكيفية تنفيذ عمله، وينحصر خضوعه لصاحب العمل على تحديد الظروف الخارجية لعلاقة العمل من أوقات العمل، ومكانه وغيرها من الظروف[8].

وتعد التبعية القانونية العنصر الفاصل لتحديد القواعد القانونية التي تحكم العمل التّابع، والتي لا تنطبق على العمل المستقل[5]، مثلما يؤديه أصحاب المهن الحرة كالطبيب الذي لا يعتبر مرتبطاً مع مرضاه بعقد عمل لعدم وجود عنصر التبعية[6]،

---

[1] عبد الرحمن مسلم، **الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبي**، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد الثامن، العدد01، ماي2022، ص366

[2] أنظر في عرض هذه النظرية: سعد أحمد محمود، مرجع سبق ذكره ، ص08. أورده كذلك: رايس محمد، مرجع سبق ذكره، ص908. أورده كذلك: حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص92. أورده كذلك: أحمد حسن عباس الحيارى ، مرجع سبق ذكره، ص22.

[3] أنظر : المادة 54 من القانون المدني والجزائري، وتفصيلاً لهذا النص أنظر: محمد سعيد جعفور، **نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي**، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1998، ص10.

[4] أنظر: القانون 90-11، المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية رقم 17 الصادرة بتاريخ 1990/04/25، المعدل والمتمم بمقتضى القانون 91-29 المؤرخ في 1991/12/21، الجريدة الرسمية رقم 68 الصادرة بتاريخ 1991/12/25، ص2656.

1. [5] سليمان أحمية، **التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، علاقة العمل الفردية**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002.

[6] سعد أحمد محمود، مرجع سبق ذكره، ص223.

[7] بشير هدفي، **الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية**، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2002، ص53.

[8] جلال مصطفى القريشي، مرجع سبق ذكره، ص118.

فإذا كانت هذه هي عناصر عقد العمل، فهل ما ذهب إليه أصحاب الإتجاه القائل بأنّ العقد الطِبّي هو عقد عمل قد أصابوا في تكيفهم؟

إنّ مضمون نظرية إعتبار العقد الطِبّي عقد عمل، أين يلتزم الطبيب بموجب العقد الطِبّي بأداء العلاج مقابل إلتزام المريض بدفع الأجرة أو أتعاب الطبيب، فيشترك كل من العقد الطِبّي وعقد العمل في عنصرين أساسيين هما العمل والأجرة، مما جعل جانب من الفقه يعتبر العقد الطِبّي عقد عمل، وهذا من منطلق تجاوز النقد الموجه لنظرية إعتبار العقد الطِبّي عقد وكالة، والتي ثبت قصورها، حيث يرى بعض الفقه، منهم الفقيه الفرنسي مازو[1]، وكذا بعض القضاء منه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1939/08/21 [2]، أن العقد الطِبّي عقد عمل، أو عقد إجارة الخدمة أو إجارة الأشخاص[3]، إذ يعتبرون أنّ العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار الأشخاص، حيث يلتزم المريض بأداء الأجر للطبيب مقابل إلتزام الطبيب بتقديم العلاج[4].

فيتعهد الطبيب بالعمل لخدمة المريض وتحت إشرافه وإدارته[5]، وإن كان الطبيب لا يخضع في أدائه لعمله من النّاحية الفنية لأية رقابة، ويرون أن هناك نوع من التّبعية بين المريض والطبيب شبيهة بتبعية الطبيب الذي يعمل في المستشفى[6]، أو كان يعمل كطبيب خاص لأحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين[7].

فالعقد الطبي عقد عمل، إذ لا وجود لأي فرق بين من يمارس عمل يدوي والطّبيب الذي يمارس عمل فكري، فكلاهما يتعاقدان على القيام بعمل مقابل أجر[8]، وما يميز عقد العمل عن باقي العقود الأخرى أن أحد أطراف العلاقة العقدية يعمل في خدمة الطرف الآخر وتحت إشرافه[9].

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا التّكييف، إذ جاء في قرار محكمة النّقض الفرنسية المؤرخ في أنه "يمكن للطّبيب أن يلتزم بأداء خدماته طيلة حياته لشخص معين وكذا لأفراد أسرته من غير أن يعتبر هذا العقد باطلاً لقيامه على سبب غير مشروع"[3]، وعليه فالنشاط الطبي يصلح أن يكون محلاً لعقود العمل وفقًا لهذا الإتجاه، والذي يجد أساسه في المبررين التاليين:

---

[1] أحمد حسن عباس الحيارى، مرجع سبق ذكره، ص66.

[2] مشار إليه من طرف: عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، دراسة مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص45.

[3] عبد اللطيف الحسيني، **المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبيب، المهندس المعماري، المقاول، المحامي**، الشركة العالمية للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 1987، ص101.

[4] سعد أحمد محمود، **مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص222.

[5] أحمد حسن عباس الحيارى ، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.

[6] سعد أحمد محمود، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[7] أحمد حسن عباس الحيارى ، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.

[8] عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.

[9] أحمد حسن عباس الحيارى ، مرجع سبق ذكره، ص66.

- عمل الطبيب يكون مقابل أجر.
- إرتباط الطبيب بعلاقة التبعية.

فإذا كان العقد الطبي يتحد مع عقد العمل في محله وهو أداء العمل لحساب شخص آخر، وأنّ هذا العمل ذو طابع مادي[1]، وأن هذا الالت ازم الواقع على الطبيب يستخلص من قرار مارسيه mercier الصّادر عن محكمة النقض الفرنسية الذي يعد المرجع في تكييف العلاقة بين الطبيب والمريض بأنها علاقة عقدية، والذي جاء فيه أنه "ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي، يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بداهة بشفاء المريض فعلى الأقل بإعطائه علاجًا يقظًا ومتفقًا مع الأصول العلمية...[2]، بالإضافة إلى فرض القانون لهذا الالتزام على الطبيب بإجباره بمجرد الموافقة على طلب معالجة المريض أي قيام العقد بتقديم علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة والإستعانة عند الضرورة بالزملاء[3].

إلاّ أنّه يلاحظ وجود فوارق بين العقدين تجعل من طبيعة العقد الطبي القانونية غير متجانسة مع عقد العمل لعدة إعتبارات أهمها:

- العقد الطبي لا يقوم دائما على الاعتبار الشخصي.
- إمكانية تقديم الطبيب للعلاج المجاني.
- استقلالية الطبيب في أداء عمله.

كما أن الطبيب الخاص لا يخضع في أدائه لعمله لأي تنظيم يجبره على أداء عمله في أوقات معينة، فلا تقع عليه أية تبعية سلّمية تفرض عليه الانضباط وتحديد أوقات العمل، وهذا ما يجعل نشاطه يختلف عن نشاط الأجير ولا ينطبق على علاقته العقدية بالمريض وصف عقد العمل.

هذا وقد أكدت مدونة أخلاقيات الطب على إستقلالية الطبيب، حيث نصت المادة 10 منها على أنه: "لا يجوز للطبيب أو جرّاح أسنان أن يتخلى على إستقلاليتهما المهنية تحت أي شكل من الأشكال"، كما نصت المادة 11 منها على أن "الطبيب وجرّاح الأسنان حر في تقديم الوصفة التي يرياها أكثر مُلائمة لحالة المريض"، وإنتفاء علاقة التّبعية القانونية سواءًا التنظيمية أو الإدارية أو الفنية بين المريض والطبيب يترتب عنه تخلف عنصر جوهري لتكييف العقد الطبي بأنّه عقد عمل ممّا ذهب بجانب من الفقه إلى إعتباره عقد مقاولة.

3.2 إعتبار العقد الطبي عقد مقاولة:

بعد ما تبين أن محل العقد لا ينصب على التّصرفات القانونية بل على أعمال مادية، وغياب عنصر التّبعية بين المريض والطبيب، الشيء الذي لا يستقيم معه تكييف هذا العقد القائم بينهما بأنّه عقد عمل أو وكالة، ذهب اتجاه آخر،

---

[1] عبد الرازق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، الجزء7، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص18.

[2] عبد الكريم مأمون، **حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص67.

[3] أنظر: المادة45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

وتجاوزًا لقصور النّظريات السّابقة، إلى إعتبار العقد الطبي عقد مقاولة على أساس وجود تطابق بين العقدين في عناصرهما، ولأجل تدعيم آرائهم صاغوا عدة مبرارت، لكن لم يسلم منحاهم هذا من النقد.

ولقد عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة في المادة 549 من القانون المدني على أنّه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئًا أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر."

ويتميّز عقد المقاولة بأنّه يمكّن المقاول من أن يوكل تنفيذ العمل إلى مقاول أخر عن طريق المقاولة الفرعية أو المقاولة من الباطن[1]، ما لم يمنعه شرط في العقد أو كانت طبيعة العمل تستلزم أن ينفذه شخصيًّا، فالمقاول يلتزم بتقديم العمل فقط، دون أن يلتزم بتنفيذه شخصيًّا[2]، كما أن المقاولة لا تنقضي بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيتهما محل إعتبار[3].

فمن خلال تعريف عقد المقاولة وخصائصها ذهب البعض إلى إعتبار العقد الطِّبي عقد مقاولة، دون أن يسلم هذا الرأي من النقد مثله مثل الآراء الأخرى، ولقد أشرنا أنّ منطلق أصحاب الرّأي القائل بأنّ العقد الطبي عقد مقاولة هو قصور نظريتي إعتباره عقد عمل أو عقد وكالة، وعلى أساس النّقد الموجه للنّظريتين ومحاولة تفاديه[4]، وبتحليل عناصر العقد الطِّبي ومقارنتها بعناصر عقد المقاولة إستنتج البعض أنه من نفس الطّبيعة القانونية.

فمضمون نظرية إعتبار العقد الطِّبي عقد مقاولة، أنّ العقد الطِّبي عقد يتعهد بمقتضاه الطّبيب قبل المريض بأداء عمل وهو العلاج لقاء أجر[5]، أو إتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأوّل بعلاج الثّاني في مقابل أجر معلوم، وبناءًا على هذا التّعريف الفقهي للعقد الطِّبي، والتّعريف القانوني لعقد المقاولة الذي ورد فيه النّص، ذهب البعض إلى القول أن العقدان يشتركان في عنصران أساسيّان، وهما العمل والأجرة، وبالتّالي يتوفر في الإتفاق بين الطّبيب والمريض مقومات عقد المقاولة[3].

على هذا الأساس ذهب الكثير من الشّراح والقضاة معًا إلى القول بأنّ التعريف القانوني لعقد المقاولة ينطبق على العقد الطبي[6]، حيث يلتزم الطبيب بالقيام بعمل معين وهو العلاج أو التطبيب لصالح العميل، في حين يلتزم هذا الأخير بأن يدفع له مقابل ذلك أتعابًا أو أجرًا مع بقاء الطبيب مُستقلاً في أدائه لعمله، وهو العلاج، إذ له حرية واسعة في إختيار سبله دون أن يخضع لأيّة تبعية للمريض[7].

كما أن الطّبيب يلتزم بالقيام بعمل مادي مثله مثل المقاول، دون أن تنفي ماديته كونه عملاً عقليًّا، فهو على كل حال ليس تصرفا قانونيًّا[8]، وبذلك يكون هذا الإتجاه قد تفادى الإنتقادات الموجهة لأصحاب الإتجاه القائل بإعتبار العقد

---

[1] عبد الرازق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص206، وما بعدها. أورده كذلك: Benabent Alain, Op cit, p357 et suit

[2] سليمان أحمية، مرجع سبق ذكره، ص27، أنظر المادة 146 من القانون المدني الجازئري.

[3] عبد الرازق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص02. أنظر المادة 224 من القانون المدني الجزائري .

[4] سعد أحمد محمود، مرجع سبق ذكره، ص224.

[5] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[6] عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، ص47.

[7] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص419.

[8] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص18

الطِّبي عقد عمل على أساس إنتفاء عنصر التّبعية بين المريض والطّبيب الذي بدونه لا يقوم عقد العمل، وكذا كون محل العقد الطِّبي أعمال مادّية وليست تصرفات قانونية، فلا يمكن بالتّالي أن يوصف بأنّه عقد وكالة.

وقد أكّد المشرّع الجزائري على أن إلتزام الطبيب بضمان تقديم العلاج لمرضاه يتّسم بالإخلاص والتّفاني والمطابقة لأصول العلم الحديثة، وذلك بمجرد موافقته على أي طلب معالجة، أي بمجرد قيام العقد الطّبي[1]، وألزمه القانون بالسّهر على حماية صحة السّكان وتقديم العلاج الطّبي الملائم لهم[2]، دون إلزامه بتحقيق الغاية من ذلك وهي الشفاء.

إذا كان عقد المقاولة يلزم المقاول بالنتيجة وهو القيام بالعمل أو صنع الشيء محل الإتفاق، فلهذا الأخير حق الإستعانة بأشخاص آخرين سواء كانوا أُجَراء، أو مقاولين من الباطن ما لم تمنعه شروط العقد من ذلك[3]، كما أنّ عقد المقاولة يكون مُلزم للورثة ما لم يكن فيه الإلتزام شخصي.

في حين أنّ العقد الطبي يقوم على الثقة بين المريض والطبيب، فالأصل فيه هو الإعتبار الشخصي[4]، إذ يلتزم الطبيب بتقديم العلاج بنفسه في الأصل وينقضي العقد في هذه الحالة بموت الطبيب[5]، أو موت المريض[6].

إنّ الطبيب الذي يرتبط بالعقد الطّبي بالعميل يعمل مُستقلاً، فلا يتلقى أية توجيهات من المريض ولا يخضع لإشرافه أو توجيهه[7]، فلا وجود للتبعية[8]سواء الفنية، التّنظيمية أو الإدارية بين الطرفين، كما أنّ الطبيب لا ينُوب عن المريض ولا يمثله ويمارس مهنته باسمه الشخصي أو باسم المستشفى الذي يعمل فيه، إذ من غير الممكن أن ينوب الطّبيب عن المريض الذي يجهل أصول فن الطب[9].

وفي معرض تبريره لهذا التكييف، ذهب الأستاذ السنهوري إلى أن العقد الطّبي عقد مقاولة لكنه يتميّز عن المقاولات الأخرى بخصائص يرى أنّها لا تتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حتى يخرج هذا العقد من نطاقها[10]، وإن كان قد أقر أن هذه الخصائص هي التي جعلت بعض الفقهاء يُنكرون صفة المقاولة عن العقد الطّبي وإعتباره عقد غير مسمى، وهو الرّأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية[11].

---

[1] المادة45 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

[2] أنظر: المادة 195 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج ر عدد08، مؤرخ في 1985/02/17.

[3] أحمد حسن عباس الحيارى، مرجع سبق ذكره، ص68.

[4] نفس المرجع، ص67.

[5] السنهوري عبد الرازق أحمد، مرجع سبق ذكره، ص 18.

[6] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص421.

[7] نفس المرجع، ص 419.

[8] جلال مصطفى القريشي، مرجع سبق ذكره، ص150.

[9] أحمد حسن عباس الحيارى ، مرجع سبق ذكره، ص65.

[10]عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص19.

[11] نقض فرنسي 13 جويلية1937، مشار إليه من طرف: عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.

يتّضح ممّا سبق أن العقد الطبي وإن كان يتّحد مع عقد المقاولة في بعض عناصرها وهو الإلتزام بالعمل والأجر، لكن ذلك لم يعد كافيًا في ذاته[1]، إذ أن خصائص العقد الطبي حالت دون تكييفه بأنّه عقد المقاولة، فبينما يقوم الأول على إعتبارات إنسانية وأخلاقية، يقوم الثاني على الإعتبارات المادية[2]، فهذه الخصائص حملت بعض الفقه إلى إنكار صفة المقاولة لهذا العقد، وهو ما ذهبت إليه محكمة النّقض الفرنسية كما أسلفنا الذكر، إذ إعتبرته عقد غير مسمى.

وتبين مما سبق عجز النظريات التي حاولت إلحاق العقد الطبي ببعض العقود الواردة على العمل لاسيما عقد الوكالة، عقد العمل، وعقد المقاولة، نتيجة التباين الذي لاحظناه بين الأنظمة القانونية التي تحكم هذه العقود ونظام العقد الطبي. لذا كان لابد من إبراز طبيعته الخاصة.

3. الطّبيعة القانونية الخاصة للعقد الطِّبي

بعدما تبين قصور النّظريات التي حاولت تكييف العقد الطبي ضمن طائفة من العقود الواردة على العمل التي تشابهه ولا تطابقه، وهي عقد الوكالة، عقد العمل وعقد المقاولة، هذه العقود التي سماها المشرع الجزائري وأفرد لها أحكام خاصة بها مستقلة عن الأحكام العامة التي تنظم العقد، وهذا نظرًا لشيوعها وما تتميز به من خصائص ومميزات ذاتية إستدعت من المشرع سن قواعد تفصيلية خاصة بها.

فالعقد الطبي وإن كان لا يقل أهمية عن العقود السابقة، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يوليه الأهمية الكافية، إذ لم يخصه بتنظيم قانوني مستقل عن الشريعة العامة، إلا جملة ضئيلة من الأعمال الطبية التي إعترف لها بتكييف قانوني بموجب قانون الصحة رقم18-11[3]، وبالرغم أنه يتعلق بالعلاقة بين الطبيب والمريض التي محلها المحافظة على كيان الإنسان وصحته، التي هي من حقوق الإنسان الأساسية.

فالعقد الطّبي الذي يلتزم الطبيب بموجبه بعلاج المريض والكشف عنه مقابل أجر، يتميز بمجموعة من الخصائص الذاتية، التي تدعم ما ذهب إليه الفقه من إستبعاد هذا العقد من طائفة العقود المسماة ومقاومة محاولات تكييفه، إلى جانب كونه يرد على جسم الإنسان فلا يجوز أن يكون محلاً للمعاملات التّجارية، جعلته عقد مدني غير مسمى،كما أنّ أهمية هذا العقد وشيوعه تستدعي من المشرع الإهتمام به وتنظيمية بشكل أوسع ما يجعل من اللزوم أن ينفرد بتنظيم قانوني خاص به.

1.3 خصائص العقد الطبي:

تستمد العلاقة العقدية 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

[1] سعد أحمد محمود، مرجع سبق ذكره، ص224.

[2] عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، ص49.

[3] القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لِ 02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج ر عدد 46 المؤرخ في 29 يوليو 2018

ضوابط تلك المسؤولية سواء كانت ناتجة عن ممارسة المهنة في الحالات العادية أوغير العادية[1]، ومدونه أخلاقيات الطب التي تهدف إلى ضبط سلوكيات الأطباء لأجل رفع شأن مهنتهم والإرتقاء بها إلى مصاف الشرف والعلو الذي يليق بها[2].

وفي ظل هذه الأحكام وما ذهب إليه القضاء من تفسير، إستخلص الفقه أن لهذا العقد مجموعة من الخصائص يشترك في بعضها مع العقود الأخرى ويتميز في البعض الآخر عنها، إذ يقوم على توافق إرادتي طرفيه، ويفرض عليهما التزامات متقابلة، كما يمتد تنفيذه عادة في الزمن، ويكون قابلاً للإنهاء بإعتبار أن أساسه الثقة.

ولقد عرف الأستاذ السنهوري العقد الطبي بأنه "إتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"[3]، وعرفه الأستاذ سافتيه بأنه "اتفاق بين الطبيب من جهة والمريض أو من يمثله من جهة أخرى بموجبه يقدم الطبيب للمريض بناء على طلبه، النصائح والعلاج الصحي"[4].

1.1.3 العقد الطبي عقد رضائي:

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"، فيقوم العقد الطبي بوجود إرادتين متطابقتين تتجهان إلى إحداث آثار قانونية متمثلة في إلتزامات أطرافه، ويكون له سبب مشروع مثله مثل باقي العقود الأخرى[5]، ويكفي لإنعقاده التراضي ولا يستلزم القانون أي شكلية لذلك[6]، فالعقد الطّبي إذن عقد رضائي ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر[7]، والعقد الطّبي مثله مثل العقود الأخرى يلزم لنشأته الحصول على رضا المريض، فهو ركن لقيام العقد، ويرى البعض أن مجرد إختيار المريض لطبيبة وإستدعائه لمنزله لعلاجه يعد قبولاً متى تطابق مع إيجاب الطبيب، إذ أنّ الطبيب يعد في إيجاب دائم[8]، فرضا المريض ينشئ عقد يتعهد بموجبه بمد الطبيب بمعلومات صادقة لزيادة فرص نجاح العلاج، إلى جانب دفع الأجرة المستحقة للطبيب[9]، مقابل إلتزام الطبيب ببذل الجهود الصادقة واليقظة لأجل ذلك، وعلاجه وفقًا لأصول المهنة.

---

[1] رايس محمد، مرجع سبق ذكره، ص77.

[2] نفس المرجع، ص 82.

[3] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص 18.

[4] Réné Savatier ،Jean Aubry ،Jean Pequignet ،Traité du droit médical ،Paris ،France ،1956 ،sans cité la page.

[5] عبد الكريم مأمون، مرجع سبق ذكره، ص65.

[6] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص437.

[7] عبد الكريم مأمون، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة.

[8] خليل مجدي **حسن، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، العدد01، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2001 ، ص ص 376-377.

[9] كريم عشوش، **العقد الطبي**، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر،2001/2000، ص ص 107-109.

يتضح مما سبق أنه وان كان العقد الطبي رضائيا إلا أنه يتميز بلزوم رضا أول لإنعقاده ورضا ثاني لتنفيذه، وإذا كان في الأصل أن يكون التعبير عن الإرادة فيه غير مقيد، إلا أن هناك حالات خاصة إستلزم القانون أن يكون هذا التعبير شكليًا عن طريق الكتابة، وهذا لتنبيه المريض بخطورة ما يقدم عليه بالخصوص حال التبرع بالأعضاء أو رفض العلاج.

2.1.3 العقد الطبي يقوم على الإعتبار الشخصي:

فيختار المريض الطبيب عمومًا أو الطبيب المختص، لاسيما في الجراحة، اعتبارا لشخصيته ومؤهلاته، وليس باعتباره رجلا عاديًا[1]، كما يبني إختياره على مدى وصول الطبيب لدرجة من الكفاءة العلمية تجعله يضع ثقته فيه لإجراء التدخل الجراحي[2]، كما أنّ الثقة القائمة بين المريض والطبيب تسمح للأول بأن يكشف للثاّني عن كافة أسراره وتفاصيل مرضه وهو على ثقة تامة بأنه سوف يحفظ سره، وأنه يراعي مصلحته ويحترم الثقة الموضوعة فيه[3]، فمن مظاهر الطّابع الشّخصي للعقد الطبي بقاء كل طبيب مسؤولاً شخصيًا عن الأخطاء التي يرتكبها، ولو كان يؤدي مهامه ضمن فريق طبي[4]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، إذ اعتبر أن الطبيب مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به، وأنه لا يجوز لأي طبيب أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية[5].

كما يقع على الطبيب إلتزام شخصي بعلاج المريض بنفسه، فلا يجوز له أن يستبدل نفسه بطبيب أخر بدون موافقة المريض أو دون وجود حالة الضرورة، حتى ولو كان الطبيب البديل أعلى مرتبة منه، وهذا إحترامًا لحق المريض في الإختيار، والثقة القائمة بين الطرفين وكون هذا العقد يقوم على الإعتبار الشخصي الذي أساسه ثقة المريض في مؤهلات وخبرة وأمانة طبيبه[6].

3.1.3 العقد الطبي عقد متقابل الإلتزامات:

بحيث يفرض على أطرافه التزامات متقابلة، فهو عقد ملزم لجانبين، وعقد معاوضة في آن واحد، فالعقد الطبي يفرض على طرفيه إلتزامات متقابلة إذ يلتزم الطبيب بموجبه بتقديم العلاج اللازم للمريض بإتقان وتفاني، والحفاظ على أسراره مقابل إلتزام المريض بدفع الأتعاب للطبيب واتباع نصائحه وإرشاداته[7].

وفي هذا المقام، يلتزم الطبيب ببذل عناية لعلاج المريض، وهو الإلتزام الأصلي، إلى جانب إلتزامات مرتبطة به منها إعلامه والحفاظ على أسراره وسلامته، فقد كرس الإلتزام بالسر المهني قانون الصحة وترقيتها إذ نص في المادة 1/106 منه

---

[1] ذهبية آيت مولود، **المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطّبي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص49. أورده كذلك: عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، ص122.

[2] سمير عبد السميع الأودن، **مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخذير ومساعديهم مدنيًا وجنائيًا وإداريًا**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص19.

[3] رضا هميسي، محمد الموسخ، **حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي**، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص159.

[4] أنظر: المادتين 11 و 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

[5] أنظر: المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

[6] ذهبية آيت مولود، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[7] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص438.

على أنه "يضمن إحترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيادلة"[1]، وكما نصت المادة 24 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة[2] على أنه:"لكل شخص الحق في إحترام حياته الخاصة وسر المعلومات الطبية المتعلقة به، باستثناء الحالات المنصوص عليها صراحة في القانون. ويشمل السر الطبي جميع المعلومات التي علم بها مهنيو الصحة..."

كما يلتزم المريض بموجب العقد الطبي بمد الطبيب بالمعلومات حول حالته المرضية، وذلك لأجل تسهيل مهمته في تشخيصها وتقديم العلاج، ويترتب عن امتناع المريض من تقديم هذه المعلومات الذي يجعل مهمة الطبيب جد صعبة ومعقدة قد يستحيل معها الكشف عن حالته المرضية وتقديم العلاج المناسب، قيام حق الطبيب في فسخ العقد مع ملاحظة حالة الضرورة،[3] كما أن كتمان المريض للمعلومات المتعلقة بمرضه أو كذبه على الطبيب يعد سبب لانتفاء مسؤولية الطبيب[4] حال إصابة المريض بضرر ما.

ويلتزم المريض بأداء المقابل[5]، أي الأتعاب، التي تقابل الجهد الفكري، والعضلي في بعض الأحيان، الذي يبذله الطبيب من أجل تنفيذ التزامه[6]، أو الأجر المستحق كما سماه البعض[7]، ويلتزم المريض بأداء هذا المقابل متى نفذ الطّبيب إلتزامه، أي قدم العلاج، سواء تحقق القصد منه، وهو الشّفاء، أو لم يتحقق، فالتزام الطّبيب هو بذل الوسيلة وليس تحقيق نتيجة[8]، وتجب الإشارة إلى أنّه لا يقع على المريض حال فسخ العقد الطّبي من قبله إلاّ الإلتزام بأداء مقابل الرّعاية التي تلقاها من الطّبيب قبل الفسخ[9]، خلافًا للعقود الأخرى الملزمة للجانبين المشابهة له، كالمقاولة مثلاً، لا يعوض المريض الطبيب عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العلاج.

4.1.3 إستمرارية العقد الطبي وقابليته للإنهاء:

غالبًا ما تستدع حالة المريض أن يمتد العلاج الطبي خلال فترة زمنية يراجع فيه المريض الطبيب في كل مرة، ويقع على الطبيب التزام بضمان إستمرارية العلاج، لكن أجاز القانون للطرفين إنهاء العقد والتوقف عن الإستمرار في تنفيذه متى أرادوا ذلك، ويستدعي تنفيذ العقد الطبي مروره بمراحل عدة من تشخيص، وصف العلاج والمتابعة، لذا إعتبره البعض أنه

---

[1] المادة 1/106 من قانون الصحة وترقيتها أقرتها المادة الرابعة من القانون 90-17 مؤرخ في 1990/07/31 يعدل ويتمم القانون 85-05 المتعلق بالصحة وترقيتها، ج ر عدد 35، مؤرخة في 1990/08/15.

[2] القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لِ 02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، ج ر عدد 46 المؤرخ في 29 يوليو 2018 ص06.

[3] كريم عشوش، مرجع سبق ذكره، ص ص107-108.

[4] نفس المرجع، ص108.

[5] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص 18.

[6] كريم عشوش، نفس المرجع، ص107.

[7] أحمد حسن عباس الحيارى ، مرجع سبق ذكره، ص69.

[8] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص17.

[9] عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، ص 48.

عقد زمني[1]، فهو عقد لا يتحقق في أغلب الأحيان في لحظة زمنية واحدة بل يستغرق حتمًا وقتا بين مرحلة التشخيص والعلاج، تطول وتقصر حسب الحالة المرضية، مما يجعله في الواقع عقدا متتابعًا[2].

والأصل أنّ العقد ملزم لطرفيه، إذ نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري أنّ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين، لكن بالنسبة للعقد الطّبي، وإن كان عقدًا مستمرًا ويستغرق وقتًا لتنفيذه، إلا أنه ولقيامه على أساس الثقة التي يوليها المريض للطبيب، فمتى تزعزعت هذه الثقة يمكن له إنهاء هذه العلاقة العقدية[3]، دون إبداء أي أسباب ودون إلزامه بالتعويض عن ضياع الفرصة للطبيب، بل عليه فقط دفع الأتعاب مقابل خدمات الطبيب التي سبق وان إستفاد منها، ويحق للطبيب كذلك فسخ العقد دون الإضرار بالمريض[4].

ويرى الفقيه السنهوري أن العقد الطبي عقد غير لازم لا من جانب المريض، إذ يستطيع أن يرجع فيه ولا يرغم أن يبقي تحت علاج طبيب لا يريده وأصبح لا يثق فيه، ولا من جانب الطبيب، حيث يستطيع هذا الأخير الرجوع في العقد ولا يمكن إجباره على الإستمرار في تقديم العلاج دون أن يرتضي به[5].

2.3 العقد الطبي عقد مدني غير مسمى:

العقد الغير المسمى هو العقد الذي لم يخصه القانون باسم معين ولم يتولى تنظيمه، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عنه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود[6]، وينشأ بموجب إرادة أطرافه في حدود النّظام العام والآداب العامة[7]، على خلاف العقد المسمى الذي خصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم[8].

وقد خلصنا إلى أن الفقه لم يكن موفّقًا في تكييف العقد الطبي ضمن العقود المسماة، وأنّ هذا العقد يقوم على توافق إرادتي الطبيب والمريض على إنشاء إلتزامات معينة، وأن هذا العقد يختلف عن العقود الأخرى، إذ وإن كان الطّبيب يلتزم بالقيام بالعمل فتكون طبيعة إلتزامه هي بذل العناية وليس تحقيق نتيجة، وأنه يقوم على الثقة التي يضعها العميل في الطبيب، وأنه عقد متتابع من العقود المدنية[9]، كما يتميز هذا العقد عن العقود الأخرى بأنه ينشأ شفاهه أو ضمنيًا، وأن مجاله ليس الحقوق المالية بل حقوق شخصية بإمتياز.

---

[1] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص436.

[2] عبد اللطيف الحسيني، مرجع سبق ذكره، ص101.

[3] كريم عشوش، مرجع سبق ذكره، ص 12.

[4] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص 440.

[5] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص19.

[6] نفس المرجع، ص167.

[7] محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات**، الجزء الأول، **العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص52.

[8] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، نفس الصفحة. أورده كذلك: علي علي سليمان، **النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري**، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص24.

[9] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص 433.

بالإضافة إلى علاقة الثقة التي تربط الطبيب بالمريض، هذا الجانب الذي يكفي وحده ليجعل العقد الطبي عقد منفرد في صنفه، حيث وجد لإزالة الألم أو التخفيف منه على الأقل، فمن هذا الارتباط المقدس ينشأ الالتزام بتجديد الحصول على رضا المريض عن كل عمل طبي قد يكون خطرًا عليه.

وما يجب أن ننوه إليه أنّ العقد الذي يربط المريض بالطبيب الذي محله الخدمات الطبية، يظل عقدًا مدنياً من جانب المريض ومن جانب الطبيب صاحب المهنة الحرة[1]، وأعمال المهن الحرة تظل مدنية حتى ولو كانت ممارستها على سبيل التكرار وإستخدام 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 فيها[2].

فإذا رجعنا إلى تعريف العمل الطبي الذي يؤديه الطبيب نجده يعرف بأنه: "النشاط الذي يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته أي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض"[3]، نجد أنّ كل هذه المميزات جعلت منه عقد ذو طبيعة خاصة (sui generis)[4]، وحملت بعض الفقه إلى تكييفه بأنه عقدًا غير مسمى، والذي من بينهم جان سافتيه، حسن زكي الأبراشي واسماعيل غانم[5]، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التكييف في قرارها الصادر في 13 جويليه 1937،[6] وبررت موقفها بكون العقد الطبي يتميز بطابع مستقل وبذاتية خاصة تحول دون خضوعه الكامل لأحكام العقود المسماة[7]، وإلى ذلك ذهب الأستاذ عز الدين حروزى، إذ يعتبر العقد الطبي يتميز بخصوصية مانعة من مماثلته بأي عقد من العقود المسماة، وهي الخصوصية التي جعلت الإتجاه الغالب والمنطقي يستقر على الإعتراف بإستقلالية العقد الطبي عن العقود المعروفة.

فالعقد الطّبي الذي يتميز بطبيعة خاصة لم يتم تنظيمه من قبل المشرع الجزائري من خلال أحكام خاصة في القانون المدني فهو من العقود غير المسماة، يستمد أحكامه من الإتفاق الخاص بين طرفيه ومن قواعد الشريعة العامة، واللوائح المنظمة للمهنة والتشريع الخاص بحماية الصحة وترقيتها والعادات والتقاليد المهنية[8].

ويرى البعض أن تكييف العقد الطبي بأنه عقد غير مسمى لا يعد إلا هروبًا من تحديد الطبيعة الحقيقية للعقد الطبي وتجنب مشكلة التكييف القانوني الصعب، وأن طبيعته الخاصة تستوجب تدخل المشرع لتنظيمه بأحكام خاصة به.[1]

---

[1] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص46.

[2] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[3] ليندة بغدادي، أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، **مجلة معارف**، العدد 07، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر2009، ص100.

[4] Benabdellah Mohamed Amine, Le principe du libre consentement du patient à l'acte médical, REMALD, mars-avril 2011, p 8, http/www.aminebenabdellah.hautetfort.com/List/23310380. Pdf.

[5] عبد الرازق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص19.

[6] نفس المرجع، نفس الصفحة. أورده أيضًا: محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص433.

[7] نفس المرجع، نفس الصفحة.

[8] نفس المرجع، نفس الصفحة.

3.3 ضرورة إفراد العقد الطبي بتنظيم قانوني مستقل

إعترف الفقه بزوال الخلاف حول وجود العقد الطبي، منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير بتاريخ 30 مايو 1936، التي أقرت بقيام عقد حقيقي بين الطبيب وزبونه، ويترتب قيام المسؤولية العقدية متى أخل أحد أطراف العقد بالتزاماته التعاقدية وكان العقد صحيحًا مستوفيًا لأركانه وشروط صحته[2]، وفي هذا المقام أقرت بعض التشريعات المدنية الصادرة حديثًا بصريح العبارة قيام المسؤولية العقدية للطبيب منها القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم يفصح عن موقفه حول طبيعة مسؤولية الطبيب، هل تكون عقدية أم تقصيرية[4]، كما أن القضاء الجزائري لم يفصل في هذه المسألة بصراحة، ولم تضع المحكمة العليا أي مبدأ حول طبيعة مسؤولية الطبيب[5]، وهذا عكس ما إستقر عليه القضاء الفرنسي الذي جعلها في الأصل مسؤولية عقدية[6].

ويرى البعض أنه يمكن الإستدلال بالطابع التعاقدي للعلاقة بين المريض والطبيب، فالعقد الطبي يتم بمجرد إتفاقهما حول العمل الطبي والأجرة، وتبقى مسألة تحديد مواصفات هذا العمل تحكمها قواعد وتقاليد وأعراف المهنة، الأمر الذي يصعب معه تحديد المسؤولية، مما جعل البعض ينادي بضرورة إنسجام هذه العلاقة العقدية لإثبات وجود العقد الصحيح[7].

هذا بالإضافة إلى زوال الاعتقاد بأن المسؤولية المدنية هي سيف رقابة على الطبيب، تحد من ممارسة مهنته وتنقص من شهرته، إذ تطور الحال، فبعد ما كان يسأل على أساس المسؤولية التقصيرية، أصبح يبرم عقودًا مع مرضاه تترتب عنها المسؤولية العقدية، مما يستوجب معه إلتفات المشرع إلى العقد الطّبي والتكفل به بتنظيمه وصياغة قواعده في قوالب قانونية حتى يستقل عن العقود الأخرى لما له من خصوصية[8].

وفي واقع الأمر، يرجع عدم إهتمام المشرع الجزائري بالعقد الطبي وإفراده بتنظيم خاص به إلى عامل التجربة التشريعية الجزائرية أو العامل التاريخي، والممارسة التي جعلت من القضاء الجزائري يحجم إلى حد الآن أن يحذو حذو القضاء الفرنسي أو المصري بالإعتراف بالطابع العقدي للعلاقة الطبية تمهيدًا لتكييفها.

فالعلاقة العقدية الطبية كما أسلفنا تتميز بخصوصيات عديدة مما يجعل إفراغ أحكامها في قواعد قانونية عامة ومجردة في غاية الصعوبة، وبالتالي ترك مسألة تنظيمها للقواعد العامة والقواعد المهنية يمنح مجال أوسع لتفسيرها من قبل الفقه والقضاء.

---

[1] عبد الرازق أحمد السنهوري ، مرجع سبق ذكره، ص355.

[2] أحمد حسن عباس الحيارى، مرجع سبق ذكره، ص59.

[3] نفس المرجع، ص58.

[4] عبد الكريم مأمون، مرجع سبق ذكره، ص61.

[5] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص355.

[6] عبد الكريم مأمون، نفس المرجع، نفس الصفحة.

[7] أحمد حسن عباس الحيارى، نفس المرجع، ص60.

[8] محمد رايس، نفس المرجع، ص 434.

وتبقى أحكام العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض في الجزائر تجد مصدرها في قواعد القانون المدني وقواعد قانون الصحة، وقواعد مدونة أخلاقيات مهنة الطب، وهو المعمول به بفرنسا، مع تسجيل غزارة الاجتهاد القضائي في هذا البلد وكثرة البحوث التي جعلت النظام القانوني للمسؤولية الطبية فيها واضحة المعالم[1].

ولتوضيح ذلك، يعد الاجتهاد القضائي عاملاً أساسيًّا في تحريك التشريع، إذ أنّ الإعتراف بالطبيعة العقدية للعلاقة بين المريض والطبيب يرجع فضله إلى القضاء الفرنسي بضغط من الفقه بقيادة الأستاذ جسران، والذي أدى بالدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1936/05/20 بالإقرار بوجود العقد الطبي[2]، وجاء في هذا الحكم الشهير "أنه ينشأ بين الطبيب والمريض عقد حقيقي، إذا لم يكن يلزم الطّبيب بشفاء مريضه فإنّه يلزمه على الأقل بأن يقدم له عناية خاصة، تتسم بالدقة واليقظة، وأن تكون هذه العناية منسجمة مع معطيات العلم وقواعده ومتفقة معها"[3].

كما يرجع الفضل إلى القضاء الفرنسي أيضًا في تكييف العقد الطبي بأنه عقد من نوع خاص، وذلك بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1937/07/13، والذي جاء فيه[4]:

« Mais attendu que la convention entre le malade et le médecin qui lui apporte son assistance et ses soins constitue un contrat sui generis, qu'on n'y aurait voir un louage d'ouvrage ou d'industrie ،qu'il ne rentre pas dans les contrats énumérés par la loi précitée».

لكن بالنّسبة لواقعنا، يرى البعض أن القضاء الجزائري لم يهتم بتكييف العقد الطّبي بقدر ما إهتم بإبراز الإلتزامات المترتبة على عاتق الطّبيب، والتي مصدرها النصوص القانونية والتّنظيمية لمهنة الطب، وأقر الأستاذ محمد رايس بأنّه لم يعثر على أيّ حكم أو قرار يُكيِّف رابطة العميل بالطّبيب العقدية ويعطي لها مقاربة قانونية في القانون الجزائري[5].

كما يعترف الأستاذ أحمد حسن الحياري أنه لم يوفق بالعثور على حكم صادر عن المحكمة العليا من غرفتها المدنية بشأن الأخطاء الطبية المدنية، وإن وجد بعض الأحكام بصدد إرتكاب الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة[6]، وهي أخطاء تستتبع المسؤولية التقصيرية وتخرج من نطاق العلاقة العقدية محل بحثنا.

كما سارع بعض الشرّاح بالمناداة بتنظيم العقد الطبي وتخصيصه بأحكام مستقلة تأخذ بعين الإعتبار خصوصياته، فتسمية هذا العقد مسألة ضرورية يستند إلى إتجاه المجتمع الجزائري في خياراته الاجتماعية والإقتصادية والسّياسية نحو الليبرالية بعدما نهج قدحًا من الزمن نظام الاشتراكية، نتج عنه الإنفتاح خاصة في المجال الاقتصادي الذي ترتب عنه

[1] عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، ص51.

[2] أحمد حسن عباس الحيارى، نفس المرجع، ص37.

[3] نفس المرجع، ص38.

[4] قرار منشور في دالوز الدوري، العدد57 لسنة 1937، أورده: عز الدين حروزي، مرجع سبق ذكره، ص50.

[5] محمد رايس، مرجع سبق ذكره، ص 432.

[6] أحمد حسن عباس الحيارى، مرجع سبق ذكره، ص27.

انكماش القطاع العام واتساع القطاع الخاص بما فيه مجال الصحة، إذ أصبح يحق لكل من تتوفر فيه الشروط القانونية ممارسة مهنة الطب الحرة بصفة فردية أو جماعية.

ونافلة القول، رغم وجود أسباب حالت دون إهتمام المشرّع الجزائري بالعقد الطّبي بشكل واسع، إلاّ أنّ هذا لم يمنعه من التقدم بخطوات لا باس بها في قانون الصحة رقم 18-11 مقارنة بالقوانين السابقة المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها، نحو تقنين مجموعة من الأعمال الطبية لم تكن متناولة من قبل، خاصة في ما يخص حماية صحة المرأة مثل العقد الطبي في مجال المساعدة الطبية على الإنجاب[1]، والإجهاض المبرر[2].

كما نجد المشرع الجزائري قد خص القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة السالف الذكر، الوسائل العلاجية بنصوص تشريعية مستقلة وبشيء من التوسع، ويتعلق الأمر بالتجارب العيادية (الطبية)، ونص خاص للعلاج بالخلايا الجذعية.[3]

فمواكبة الإنفتاح على القطاع الخاص وحماية للمريض تستلزم، في إعتقادنا تخصيص العلاقة العقدية الطبية بقواعد قانونية مستقلة عن القواعد العامة.

4. خاتمة:

يبدوا جليًّا مما سبق ضرورة تحديد الوصف القانوني للعقد الطبي، بإعتباره يرد على جسم الإنسان، والذي يحكمه مبدأ هام هو مبدأ المعصومية، ويظهر لنا أن محاولات الفقه في تكييفه لم تكن موفقة، كون العقود التي أراد إلحاقه بها مختلفة عنه في عناصر جوهرية تجعل من إتحادها معه أمر غير وارد.

فلا يمكن إعتبار العلاقة بين العميل والطبيب عقد وكالة لأن محلها يكون عمل قانوني بينما محل العقد الطبي هو عمل مادي، كما لا يمكن وصفه بعقد عمل على إعتبار إستقلالية الطّبيب في أدائه لعمله، وعدم توافر عنصر التبعية القانونية بين الطبيب والعميل، والذي يعد العنصر الجوهري لوصف أي عقد بأنه عقد عمل، أضف إلى ذلك أنّ إلتزام الطبيب ببذل العناية من أجل شفاء المريض بموجب العقد الطّبي وعدم إلتزامه بتحقيق نتيجة منع وصفه بأنه عقد مقاولة.

لذلك، وأمام تعثر الفقه في تكييف العقد الطبي، وتميّزه بخصائص ذاتية سواء عند إنعقاده، تنفيذه، أو إنقضائه، وخروجه عن نطاق تطبيق قواعد القانون التجاري، فإنه يبقى يخضع للقواعد العامّة في القانون المدني إلى جانب قواعد قانون الصحة وأعراف المهنة، ويعتبر بالتالي عقد مدني غير مسمى، ولإرتباط هذا العقد بصحّة الإنسان وشيوعه بين الناس أرينا أنه لابدّ من العناية به وتنظيمه ليستقل بأحكام خاصّة، يضع بموجبها المشرع حدًّا للجدل الفقهي المتعلق بتحديد طبيعته، ويعزز عوامل الإطمئنان عند تحديد إلتزامات وحقوق أطرافه، بالخصوص العميل، إذ يبقى دائمًا طرفاً ضعيفًا بسبب إعتلال صحّته وانفراد الطّبيب بالعلم وفنون مهنته.

---

[1] أنظر: المادتين 166، 372 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

[2] بالرجوع إلى قانون الصحة لسنة 2018 نجد المشرع الجزائري قد تناول مسألة الإجهاض ضمن القسم الأول من الفصل الثالث الوارد في الباب الأول تحت عنوان "حماية صحة الأم والطفل" بالمواد من 69 إلى 83 منه.

[3] مخلوف هشام، قراءة في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة بين المستجدات والنقائص، **حوليات جامعة الجزائر1**، المجلد 35، العدد01، 2021، ص08.

ويتبين مما سبق أن العقد الطّبي ليس بعقد عمل ولا وكالة ولا مقاولة، ويتميز بخصائص ذاتية، إذ أن محل إلتزام الطّبيب فيه أعمال مادية يؤديها بإستقلالية، ولا يخضع أثناء ممارسته لها إلا لضميره والقواعد المهنية، ضف إلى ذلك أنه كأصل عام يلتزم فقط بشأنها ببذل عناية، وخضوع هذا العقد للقواعد المهنية إلى جانب القواعد العامة يستوجب تطبيق بعض الأحكام الخاصة عليه، فيستوجب مثلاً حصول رضا المريض لانعقاده ورضاه لتنفيذه، وان كان ملزما لجانبين فهو غير لازم لأطرافه يمكن الرجوع فيه، لأنه مبني على الثقة، كما أن كونه يرد على صحة الإنسان وجسمه جعل المشرع يستبعده من دائرة المعاملات التجارية، ويبقى بالتالي عقد مدني غير مسمى، ونظرًا لما له من أهمية أرينا أنه من اللازم على المشرع الجزائري أن يلتفت إليه، ويضع له نظامًا قانونيًّا يأخذ بالاعتبار هذه البيئة القانونية المستقلة.

فبالرغم من أنّ المشرع الجزائري قد خطا بخطوات متقدمة بموجب قانون الصحة الجديد رقم 18-11 نحو تنظيم (العقد الطبي) لبعض الأعمال الطبية ضمن أحكام العقود المسماة، وذلك لأهمية هذه العقود وشيوع الروابط القانونية المالية الطبية للمجتمعات الإنسانية، كما أسبغ حماية قانونية وإن كانت مأخوذة حرفيًا من قانون الصحة العام الفرنسي، إلا أنه كذلك سجل عليه بعض النقائص، ولازالت العديد من الاعمال الطبية التي يستوجب إفرادها في تقنين مستقل أو إدخالها في زمرة العقود المسماة.

5 . قائمة المراجع:

- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، **الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة**، ط1، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2007.
- أحمد حسن عباس الحيارى، **المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- أحمد هندي، **الوكالة بالخصومة**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
- أسعد عبيد الجميلي، **الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية**، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- بشير هدفي، **الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية**، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2002.
- ذهبية آيت مولود، **المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطّبي**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- جلال مصطفى القريشي، **شرح قانون العمل الجزائري**، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- خليل مجدي **حسن، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية**، العدد01، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2001
- رضا هميسي، محمد الموسخ، حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي، **مجلة العلوم القانونية والإدارية**، العدد03، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، سيدي بلعباس، الجزائر، 2005

- سليمان أحمية، **التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية**، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002.
- سعد أحمد محمود، **مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه**، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر، 2007.
- سمير عبد السميع الأودن، **مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخذير ومساعديهم مدنيًا وجنائيًا وإداريًا**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- عبد الرشيد مأمون، **عقد العلاج بين النظرية والتطبيق**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986.
- عبد الكريم مأمون، **حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به**، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006
- عبد الوهاب عرفة السيد، **المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009.
- عبد الرحمن مسلم، الطبيعة القانونية لعقد العلاج الطبي، **مجلة القانون العام الجزائري والمقارن**، المجلد الثامن، العدد01، ماي2022
- عبد اللطيف الحسيني، **المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبيب، المهندس المعماري، المقاول، المحامي**، الشركة العالمية للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 1987.
- عبد الرازق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء7، العقود الواردة على العمل**، المجلد الأول، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- عز الدين حروزي، **المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن**، دراسة مقارنة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- غادة فؤاد مجيد المختار، **حقوق المريض في عقد العلاج الطبي في القانون المدني**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- كريم عشوش، **العقد الطبي**، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر،2001/2000.
- ليندة بغدادي، أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، **مجلة معارف**، العدد 07، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر2009
- محمد رايس، **المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري**، دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2007.
- محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات**، الجزء الأول، **العقد والإرادة المنفردة**، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004
- محمد عبد القادر العبودي، **المسؤولية المدنية لطبيب التخدير**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1992.
- مخلوف هشام، قراءة في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة بين المستجدات والنقائص، **حوليات جامعة الجزائر1**، المجلد 35، العدد01، 2021.
- منير رياض حنا، **المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري**، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- محمد سعيد جعفور، **نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي**، دار هومة للنشر والتوزريع، الجزائر، 1998.

- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، عدد08، مؤرخ في 1985/02/17.
- القانون 90-11، المؤرخ في 1990/04/21 المتعلق بعلاقات العمل، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، رقم 17 الصادرة بتاريخ 1990/04/25، المعدل والمتمم بمقتضى القانون 91-29 المؤرخ في 1991/12/21، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، رقم 68 الصادرة بتاريخ 1991/12/25، ص2656.
- القانون 90-17 مؤرخ في 1990/07/31 يعدل ويتمم القانون 85-05 المتعلق بالصحة وترقيتها، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، عدد 35، مؤرخة في 1990/08/15.
- القانون رقم 18-11 مؤرخ في 18 شوال عام 1439 الموافق لِ 02 يوليو سنة 2018 يتعلق بالصحة، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، عدد 46 المؤرخ في 29 يوليو 2018
- الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-98 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.
- الأمر 06-07 المؤرخ في 17 جويلية 2006، يعدل ويتمم القانون 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 جوان 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، **الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية**، العدد 52، مؤرخة في 1992/07/08.

- Benabdellah Mohamed Amine, Le principe du libre consentement du patient à l'acte médical, REMALD, mars-avril 2011, http/www.aminebenabdellah.hautetfort.com/List/23310380. PDF.
- Pothier, **Traité du contrat de mandat**, Paris, France, T VI
- Réné Savatier ،Jean Aubry ،Jean Pequignet ،Traité du droit médical ،Paris ،France ،1956