

تاريخ الاستلام: 2022-05-10

تاريخ القبول: 2022-07-20

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدى والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي - قراءة على ضوء تطورات أحكام القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري-

The problem of goodness between the contractual and regulatory nature of the relationship in the medical field - reading in the light of the developments of the French judiciary and the ambiguity of the Algerian legal text

د. خلافي ربيعة

جامعة معسكر (الجزائر)

khelafi.rabia@univ-mascara.dz

د. حيرش نور الدين*

جامعة معسكر (الجزائر)

hairechnou@univ-mascara.dz

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى بيان وتوضيح أحد أهم المبادئ في مجال تنظيم العلاقات الطبية، ألا وهو مبدأ الخيرة بين الطابع التعاقدى والطابع التنظيمي، الذي إهتم به القضاء الفرنسي بشكل لافت على عكس القضاء الجزائري الذي لم يهتم بتكليفه، وإنما إهتم بإبراز الإلتزامات الواقعة على عائق الطبيب فقط في ظل عدم وضوح موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة. لنخلص في الأخير إلى أن تكريس البعد التعاقدى في مجال العلاقات الطبية يعمل على تحسين وضعية المريض من جهة، ويضمن حرية وإستقلالية ومكانة الطبيب من جهة أخرى، في ظل التحولات الإقتصادية والإجتماعية. كلمات مفتاحية: العلاقة الطبية، قواعد مهنة الطب، الحرية التعاقدية، القضاء الفرنسي، القضاء الجزائري.

Abstract:

This article aims to clarify and clarify one of the most important principles in the field of the regulation of medical relations, namely the principle of goodness between contractual and organizational nature, which the French judiciary has been remarkably interested in unlike the Algerian judiciary, which did not care about adapting it, given the unclear position of the Algerian legislator on this issue.

Finally, we conclude that the dedication of the contractual dimension in the field of medical relations improves the patient's status and ensures the independence and status of the doctor.

Keywords: Medical relationship, rules of the medical profession, contractual freedom, French judiciary, Algerian judiciary.

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدى والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي، قراءة على ضوء تطورات أحكام القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري.

مقدمة:

إن التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العالم الحديث، كان لها الأثر الكبير في تنوع العلاقات القانونية واتساعها لتشمل هامش الممارسة الطبية¹، ومن ثم ساهمت هذه المتغيرات على بروز ما يسمى بالعلاقة الطبية باعتبارها إحدى العلاقات الإنسانية. ولعل القضاء كان له الدور البارز في تطور منحى هذه العلاقة بما يتماشى وواقع الممارسة الطبية الفردية والجماعية وحتى الاستشفائية، وما تثيره من إشكالات قانونية، وراح يوسع من مفهومها ويشرح أبعادها بما يتلاءم مع التطورات الحديثة، فقد أخذ البعد التعاقدى مكانه في العلاقات الطبية، المبني على الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة².

غير أن هذا الأمر لم يتوقف عند هذا الحد، بل فرضت طبيعة الخدمات الصحية تدخل التشريع، لتنظيمها وضبط هاته الحرية التعاقدية بما لا يضر الصالح العام، وذلك لاعتبار النشاط الطبي والاستشفائي هما عماد النشاط الصحي وأحد الركائز الأساسية التي تشرف عليها الدولة.

من هنا تبرز أهمية هذه الدراسة في العمل على رسم إطار محدد للعلاقة التي تقوم بين الطبيب ومريضه، بالرغم من خصوصيتها بحكم طبيعة النشاط من جهة، ومحله من جهة ثانية واللاتكافؤ بين أطرافه من جهة أخرى، ناهيك عما أفرزته تطورات أحكام القضاء من تغيرات في العديد من المفاهيم المستقرة في القديم، وذلك بتقليص السلطة الأبوية للأطباء على مرضاهم وتبلور حرية وإرادة الأطراف لإنشاء العلاقات الطبية أو إنهاؤها³.

لذلك فالإشكالية التي تتبادر إلى ذهن الباحث هل أن طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب بمريضه ما تزال تحترم التقسيم الثنائي للطابع التعاقدى أو التنظيمي؟ أم أنها أصبحت تتمرد على ذلك؟، بما يستجيب من جهة لما نشهده من تقدم علمي في المجال الطبي ومن جهة أخرى ما تعرفه الساحة القضائية من تطورات؟.

ولالإجابة على هذه الإشكالية التي كانت الدافع لنا لإلقاء الضوء على مسألة الاحتكام إلى العقد باعتباره الوسيلة القانونية لممارسة النشاط الطبي، وكذا إبراز التنظيم كأداة لضبط العلاقة الطبية، فقد إعتدنا على المنهج التحليلي والمنهج الإستقرائي، من خلال تحليل النصوص القانونية المنظمة لهذه العلاقة، بالإضافة إلى إستقراء مظاهر هذه العلاقة من الناحية العملية، مما جعلنا نقسم هذا البحث إلى مبحثين، تعرضنا في الأول إلى مسألة الاحتكام إلى العقد باعتباره الوسيلة القانونية لممارسة النشاط الطبي، وتطرقنا في المبحث الثاني إلى إبراز التنظيم كأداة لضبط العلاقة الطبية.

المبحث الأول: الاحتكام للعقد كوسيلة لممارسة النشاط الطبي

لا شك أن العقد حظي بدراسات وبحوث أكاديمية لما لهذا الأخير من أهمية في النشاط الإنساني والعلاقات الاجتماعية، إذ اتسع نطاقه ليشمل أكثر من تصور في مجال العلاقات الطبية، حيث أصبح للعقد الطبي دور كبير باعتباره من أهم الآليات لممارسة النشاط الصحي، إلا أن خصوصيته جعله أكثر تعقيدا وإثارة لما يشوب هذا الأخير اللاتكافؤ في المراكز القانونية بالصورة التي تكون مبعثا على نتائج سلبية في اشتراطات العقد وتنفيذه⁴.

وفي سبيل ذلك سنحاول من خلال هذا المبحث الخوض في مسألة التعاقد في النشاط الطبي وماله من وقع على قواعد المسؤولية الطبية (المطلب الأول)، لنتقل إلى طرح خصوصية الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مظاهر البعد التعاقدية في علاقة الطبيب بالمريض

لا مرية أن العلاقة بين الطبيب ومريضه تؤسس على عقد رضائي، باعتبار أن التراضي -لحمة العقد- مولدا لالتزامات متقابلة انحدارا من فكرة الحرية التعاقدية من حيث المبدأ، وهو ما نلمسه في المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري، التي اعتبرت حرية الاختيار مبدأ أساسيا تبنى عليه العلاقة بين الطبيب ومريضه⁵.

فالطبيب ولجرد فتحه لعيادته وإصاقه على مدخلها⁶، وبما تحتويه من بيانات عن صفته الطبية وتخصصه وانتسابه إلى نقابة الأطباء، فإنه بذلك يضع نفسه موضع الموجب أي من يقدم إيجابا، وكل مريض قبل بذلك وتوجه إليه لتلقي العلاج، إنما يكون قد أبرم عقدا معه⁷، وذلك بحكم ما يوحيه هذا التصرف من وجود نية جازمة للتعاقد في الإيجاب.

وعليه نكون بصدد علاقة تعاقدية في حال اختيار المريض للطبيب من أجل التداوي لديه ومن ثم التعاقد معه، أين يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بتقديم العناية واليقظة التي تقتضيها الظروف الخاصة بالمريض، على أن تتفق وأصول المهنة ومقتضيات التطور العلمي⁸. وبالتالي فكل إخلال بذلك يرتب مسؤولية عقدية، ولو كان هذا العقد شفهيًا أو ضمنيًا⁹، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن القوة الملزمة للعقد تقتضي قيام كل طرف بتنفيذ ما عليه من التزامات، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وطبقا لما اشتمل عليه العقد¹⁰.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن أنصار التكييف التعاقدية عكفوا إلى بيان الحجج التي تدعم موقفهم، والتي نجد منطلقها من فكرة الرابطة العقدية والتي تبنى على حرية الاختيار كمقوم أساسي لركن الرضا المتبصر، باعتبار أن طبيعة المهنة الطبية تفترض في القائم بها خبرة ودراية كافية بالعمل الطبي وفي المريض جهلا لمكونات ما يتعاقد عليه من معلومات فنية طبية بحتة¹¹، بحيث يلتزم الطبيب بإعلام مريضه وتبصيره بشقيه ما قبل التعاقد والتعاقد حتى يكون على بينة من أمره بكل مرحلة من مراحل العلاج¹²، لما يمثل ذلك حماية للحرية الشخصية كونها شرطا من شروط العقد الطبي من جهة¹³، وتأسيسا على ضرورة صيانة ما للجسم البشري من حرمة ومعصومية¹⁴ من جهة أخرى.

بالإضافة إلى ذلك يرى أنصار هذا التوجه أن توافر أهلية أطراف العلاقة الطبية يؤدي إلى نشوء عقد صحيح¹⁵، الأمر يكرس الطابع التعاقدية للعلاقة، وذلك باعتبار أن الأهلية الخالية من العيوب¹⁶ مطلوبة في جميع التدخلات الطبية بهدف التعبير عن إرادة الأطراف سواء بالرفض أو الموافقة على العلاج، دون أن ننسى الإشارة إلى أن هناك ضوابط تتعلق بمزاولة مهنة الطب بالنسبة للطبيب القائم بالعمل الطبي، عن طريق رخصة يسلمها الوزير المكلف بناء على شروط خاصة¹⁷.

ومن المهم التأكيد في هذا السياق أن القضاء الفرنسي قد تبنى قديما التوجه التعاقدية في المجال الطبي، إذ قرر ذلك بموجب اجتهاد صادر عنه في 1839/08/21 أن التزام المريض بدفع الأجر للطبيب يعد تعاقديا¹⁸، وذلك قبل أن يعدل عنه لفترة قصيرة، لكن سرعان ما رجع إليه بقوة وراح يرجح البعد التعاقدية، وذلك بمناسبة صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير في 1936/05/20¹⁹ والذي جاء فيه، "أنه ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي، وإن كان هذا العقد لا يتضمن التزام الطبيب بشفاء

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدي والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي، قراءة على ضوء تطورات أحكام القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري.

المريض، ولكن تقديم عناية صادقة تتسم بالدقة وشدة اليقظة، تكون متفقة مع المعطيات العلمية المكتسبة، كما أن الإخلال بهذا الالتزام التعاقدي ولو بطريقة غير عمدية، يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة هي المسؤولية العقدية²⁰.

وبالتالي اعتبر قرار ميرسي بمثابة منعرج تحول في موقف القضاء الفرنسي حول علاقة الطبيب بالمريض، بعد أن عكسته شقة الاختلاف التي اتسعت بين رجال الفقه الفرنسي والتي نتج عنها تطور قواعد المسؤولية الطبية بناء على الالتزام التعاقدي، ومن ثم تواتر قضاء النقض الفرنسي وكذا محاكم الدرجة الأولى والاستئناف على تكريس هذا الاتجاه واعتبار مسؤولية الطبيب ذات طبيعة تعاقدية²¹.

هذا ويستند الإخلال بالالتزامات التي يكون مصدرها العقد الطبي منذ صدور قرار Mercier عام 1936 إلى أحكام المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي التي تلزم المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام، إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي لا يد له فيه²².

ولعل غالبية القضاء العربي لم يخرج عن الطبيعة العقدية للعلاقة القائمة بين الطبيب والمريض، مسيرا في ذلك قضاء النقض الفرنسي وخاصة القضاء المغربي منذ الأربعينيات²³، كما اعترف القضاء المصري بتطبيق قواعد المسؤولية العقدية للطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه، بموجب القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1969/06/26²⁴.

وهو نفس الاتجاه الذي سلكه القضاء التونسي، الذي كرس الطبيعة العقدية للمسؤولية المدنية للطبيب²⁵، وكذلك القضاء في الإمارات العربية المتحدة، الذي ذهب إلى إقرار الطبيعة العقدية لأي علاقة تجمع بين الطبيب والمريض²⁶.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فإن تطبيقات فكرة المسؤولية العقدية عن الأخطاء الطبية قليلة جدا، لذلك فإنه يمكن القول أن المحكمة العليا لم تضع مبدأ يكرس حقيقة التكيف العقدي للعلاقة التي تربط الطبيب بمريضه²⁷، ومع ذلك يبقى إبرام عقد العلاج وتنفيذه من طرف الطبيب من الأمور التي تدخل في نشاطه المعتاد، إذ تزداد طبيعة احتراف الطبيب المهني حسب درجة تخصصه.

ونفس الأمر ينطبق بالنسبة للتشريع الجزائري الذي لم يوضح موقفه بشأن طبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض، لكن بالرجوع إلى نصوص القانون الطبي التي تؤكد على إشراك إرادة المريض عند إجراء أو تنفيذ التدخلات الطبية، سواء من خلال تقرير مبدأ الاختيار كأساس لعلاقة هذا الأخير بطبيبه المعالج حسب ما أكدته المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية أو الحصول على موافقته بعد تبصيره بشأن طبيعة العلاج المقترح بما يتلاءم مع وضعه الصحي²⁸، يمكن الاستدلال بما للقول بالطابع التعاقدي للعلاقة بين الطبيب والمريض.

ولا يخفى علينا أن كل جهود الفقه كانت أكثر تمسكا بالتوجه نحو الطابع التعاقدي بين الطبيب والمريض، وذلك باعتبار أن العقد هو الإطار القانوني لضمان حقوق كل طرف في العقد وتحديد التزاماته وفقا لإرادته²⁹، الأمر الذي يعمل على تكريس الثقة ويجعلها في مأمن من التأثيرات الخارجية التي تؤثر سلبا على هذه العلاقة من حيث الإعلام أو الرضا بالعلاج المقترح والمزعم تطبيقه بما يتفق وحالته الصحية³⁰.

بل أكثر من ذلك فإن عدم اعتماد العقد الطبي يثقل كاهل المريض ويصعب عليه إثبات خطأ الطبيب، ومن ثم تلاشي حظوظه في الحصول على التعويض جراء ذلك. فبناء على الالتزام التعاقدي، فإنه يقع على عاتق المريض عبء الإثبات عن طريق القواعد العامة

في الإثبات³¹، وبالتالي فإن تكريس البعد التعاقدى يعمل على تحسين وضعية المريض من جهة وبما يضمن حرية واستقلالية ومكانة الطبيب من جهة أخرى، ولا سيما في ظل الانفتاح العالمي والتحولات الاقتصادية والاجتماعية.

غير أن وجود الرابطة العقدية بين الطبيب والمريض لا ينفي خصوصيتها، فكيف ذلك، وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: خصوصية العقد الطبي

لقد اهتم الفقهاء ببيان الخصوصية التي يتميز بها العقد الطبي والتي تُرَفِّعه عن الخضوع لنظام العقود المسماة المحدد مسبقا من طرف المشرع، إذ تتجلى هذه الخصوصية على مستوى محتوى العقد الطبي من جهة (الفرع الأول) وعلى مستوى أساس ذلك العقد من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصوصية موضوع العقد الطبي

يختلف التزام الطبيب عن باقي الالتزامات بعمل، من حيث ما ينطوي عليه في كونه ذو طابع علمي، فكري من خلال إتباع الأصول العلمية التي استقر عليها علم الطب من قواعد التطبيق العلمي والفن الطبي، هذا ما يجعل العقد الطبي يسمو بالتالي عن المضاربة لأجل تحقيق أغراض مادية بحتة³²، إما بالتخلص من المرض أو التخفيف من حدته أو مجرد الوقاية الصحية، مما يقتضي أن يكون محتوى العقد الطبي إنسانيا يقترن بالمصلحة الاجتماعية تماشيا مع المقصد النبيل لمهنة الطب³³.

بالإضافة إلى ذلك فالتعامل في المجال الطبي عن طريق التعاقد وتقديم العلاج لا يجب أن يكون محلا للمعاملات التجارية، وبالتالي فإن العقد الذي يربط المريض بالطبيب الذي محله الخدمات الطبية، يظل عقد مدنيا من جانب المريض ومن جانب صاحب المهنة الحرة³⁴، حيث يتأكد الطابع المدني لهذا العقد الطبي من خلال النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطب والتي نصت صراحة على أنه لا يجب أن تمارس مهنة الطب أو جراحة الأسنان ممارسة تجارية وعلى منع الأطباء من القيام بجميع أنواع الإشهار المباشر وغير المباشر³⁵، مع امتناعهم من الحصول على أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل عمل طبي ما عدا أتعابه³⁶.

من جهة أخرى غالبا ما يستدعي تنفيذ العقد الطبي مروره بمراحل بدءا بالتشخيص ثم وصف العلاج والمتابعة عند إجراء التدخلات الجراحية، لذا اعتبر هذا الأخير عقدا زمنيا ممتدا³⁷، لكونه لا يتحقق في أغلب الأحيان في لحظة زمنية واحدة، بل يستغرق حتما مدة معينة قد تطول وتقصّر حسب حالة المريض، مما يجعله في الواقع عقد متتابعا يفرض على الطبيب التزام بضمان استمرارية العلاج³⁸، بل أكثر من ذلك قد يستوجب تنفيذ العقد تكرار العلاج لعدة مرات متعددة ليصبح تنفيذه دوريا، وبالتالي لا شك أن عنصر الزمن يلحق العقد الطبي بأداءات الطبيب المستمرة حسب ظروف المريض تبعا لنوعية تدخل الطبيب.

على هذا الأساس فإن أصالة النشاط الطبي جعلت من العقد الطبي يتميز بذاتية مستقلة مانعة من خضوعه الكامل لأحكام العقود المسماة، باعتبار أن خصوصية العقد الطبي من خصوصية المهنة الطبية.

الفرع الثاني: خصوصية العقد الطبي

يقوم العقد الطبي على عنصرين لا يتوافران في باقي العقود التي نظمها المشرع وهما الثقة والوعي³⁹، فهو عقد مبني على ثقة المريض في الطبيب المتوجة بحرية الاختيار، ووعي هذا الأخير بمهمته وكيفية أدائها والمدعم بالحرية والاستقلال في العمل.

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدى والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي، قراءة على ضوء تطورات أحكام القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري.

وبالتالي يعد العقد الطبي من العقود الرضائية، بحيث يكفي لانعقاده مجرد تبادل المريض التعبير عن إرادته مع الطبيب، دون أن يستلزم القانون أي شكلية لذلك⁴⁰، ولا يخفي علينا أن رضاء المريض يتميز بخصوصيته لما يقوم به من دور مزدوج، باعتباره ركن لانعقاد العقد الطبي وشرط أساسي لتنفيذه⁴¹.

كما يقوم العقد على الاعتبار الشخصي الذي يتحراه المريض عندما يختار الطبيب للتعاقد معه، وذلك بناء على ما يتمتع به هذا الأخير من سمعة ومؤهلات تعكس مستوى كفاءته المهنية والعلمية. ولعل بقاء الطبيب مسؤولاً شخصياً عن الأخطاء التي يرتكبها، ولو كان يؤدي مهامه ضمن فريق طبي⁴²، من جهة، وعدم جواز استبدال نفسه بطبيب آخر بدون موافقة المريض أو دون وجود حالة الضرورة من جهة أخرى، دليل واضح على الطابع الشخصي للعقد الطبي، وكذا احتراماً لقدسية هذه العلاقة.

وفي مقابل ذلك يتمتع الطبيب بدوره بقدر من الحرية في التعاقد وممارسة النشاط المهني، وبالتالي فلا يكفي فقط رضا المريض، بل يجب أن تصحبه موافقة الطبيب لتقديم العلاج واختياره كأصل عام، فلا يفرض عليه التعامل مع أي مريض جبراً⁴³.

ومن المهم التأكيد في نفس السياق أن الطابع التبادلي للالتزامات العقد الطبي لا يمنع من قابليته للإلغاء بالإرادة المتفردة لأحد عقايد، فمجرد إحساس المريض بضعف ثقته في طبيبه أو لأي سبب آخر يجعله يستطيع الرجوع عن العقد ولا يمكن إجباره على تلقي العلاج⁴⁴، كما أن حرية الطبيب في الفسخ وإن كانت ثابتة ولا جدال فيها، فهي مقيدة أيضاً بعدم الإضرار بالمريض.

وعليه فالثقة باعتبارها أساس العقد الطبي تجعل العلاقة بين الطبيب والمريض تختلف عن باقي العلاقات القانونية⁴⁵، وهي في النهاية مصدر تلك الحقوق والسلطات التي يخولها عقد التطبيب، أما بالنسبة للوعي فباعتباره العنصر الثاني للعقد الطبي، يفرض على الطبيب أن يؤدي مهمته بإخلاص وأمانة وضمير، لذلك يمكن وصف العلاقة بينه وبين مريضه بالرباط المقدس⁴⁶.

والجدير بالذكر أن القضاء الجزائري لم يهتم بتكييف العقد الطبي بقدر ما اهتم بإبراز الالتزامات المترتبة على عاتق الطبيب والتي مصدرها النصوص القانونية والتنظيمية لمهنة الطب، لذلك يرى البعض أن تكييف العقد طبي بأنه عقد غير مسمى لا يعد إلا هروبا من تحديد الطبيعة الحقيقية للعقد الطبي وتجنب مشكلة التكييف القانوني الصعب، وأن طبيعته الخاصة تستوجب تدخل المشرع لتنظيمه بأحكام خاصة به ويضع له نظاماً قانونياً يأخذ بعين الاعتبار هذه البيئة القانونية المستقلة، باعتباره عقد قائم بذاته.

المبحث الثاني: التنظيم كأداة لضبط العلاقة في المجال الطبي

لم تعد الإرادة حرة ولا مطلقة في مجال العقد، وذلك بالنظر إلى ازدياد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، الأمر الذي ترتب عليه انتكاس مبدأ سلطان الإرادة⁴⁷ الذي طبع القانون المدني، وكذا إخضاع أغلب المهن الحرة في علاقاتهم لقواعد آمرة وإحاطة إرادة الطرفين بقيود النظام العام، بما في ذلك تلك العلاقة التي تربط الطبيب المتمرس والمريض الزبون.

فعلى الرغم من التخلي عن الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية بمقتضى قرار مرسىي، لا تزال تقوم في بعض حالات استثنائية، مما يمكن القول معه أن التوجه نحو الطابع التعاقدى بالنسبة لعلاقة الطبيب بالمريض يواجه عدة ضوابط تنظيمية، منها ما تفرضه قواعد القانون أو ما يتعلق بالنظام العام (المطلب الأول) وأخرى مرتبطة بانعدام العقد أو غيابه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحدود المتعلقة بأحكام القانون والنظام العام

من القيود التي ترد على الحرية التعاقدية في المجال الطبي ما تفرضه المهنة وطابعها الإنساني (الفرع الأول)، ناهيك عن اعتبارات النظام العام ومدى مشروعية محل هذه العلاقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطابع الإنساني والاجتماعي للعمل الطبي

إذا كانت العلاقة بين المريض و الطبيب - وفقا لما رأيناه - هي علاقة تعاقدية مبدئيا يلزم فيها رضاء كل من الطرفين، فإن المهمة السامية لهذا الأخير بالحفاظ على سلامة وأرواح الأشخاص بصفة عامة⁴⁸ تجعله يسارع لتقديم العلاج وبذل الجهود المطلوب والعناية اللازمة المرتبطة بمهنته وطبيعته الإنسانية، قبل أن يرتبط بالعقد الطبي الذي يجمعه بالمريض، ومن ثم فإنه ليس للطبيب أن يتخلى عن رسالته أو يقصّر في تقديم العلاج للمريض بحجة عدم وجود عقد.

وفي حقيقة الأمر لا يعني واجب تقديم المساعدة الإنسانية وجود التزام مطلق على عاتق الطبيب بقبول علاج كل من طلب منه ذلك⁴⁹، بل يبقى مقيدا إما بالظروف الطارئة التي وجد فيها المريض أو حالته الخطيرة التي تستدعي السريع والفوري من قبل الطبيب الحاضر أو المتخصص⁵⁰، من دون حاجة لعقد بينهما هذا من جهة.

أو من جهة أخرى لطبيعة عمل الطبيب، كما لو وجد المريض وحيدا في مكان منعزل ولم يكن هناك سوى طبيب واحد معين لإنقاذه أو علاجه في ساعة معينة من الزمان⁵¹، حيث لا مجال للتفاوض أو إبرام عقد طبي.

وبالتالي يمكن القول بأن الاتجاه التعاقدي في العلاقة الطبية يتقيد في الحالة التي يوجد فيها الطبيب في مركز المحتكر لتقديم العلاج الضروري للمريض، ولو من غير دعوة من جانب هذا الأخير.

بالإضافة إلى ذلك تتراجع الحرية التعاقدية في المجال الطبي، حينما ينقطع الطبيب عن معالجة المريض في وقت غير لائق وبغير مسوغ قانوني، إذ يعتبر مسؤولا تقصيرا عن الضرر اللاحق بالمريض من جراء امتناعه، لأن قواعد المهنة تفرض عليه واجبات أدبية تحد من حريته في رفض العلاج⁵²، باعتبار أن الطبيب ملزم بضمان مواصلة العلاج للمريض⁵³ سواء بنفسه أو عن طريق طبيب آخر يقوم مقامه.

كما قد يصبح امتناع الطبيب في بعض الحالات جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي، متى امسك الطبيب عمدا عن تقديم المساعدة لشخص يوجد في حالة خطر، وبذلك فإن مسؤوليته تضحى تقصيرية لأن خطأه أصبح خطأ جنائيا⁵⁴.

ولا يخفى علينا في نفس السياق أن القانون هو الذي نظم مهنة التطبيب وكيفية ممارستها ولا دخل لإرادة الطرفين في ذلك، باعتبارها واجبات خاصة تفرض على أصحابها اقتضتها طبيعة الوظيفة الاجتماعية لهذه المهنة وللدولة على حد سواء⁵⁵.

مما يمكن معه القول أن الإرادة لم تعد وحدها تحدد مضمون الالتزام، وإنما أصبح المشرع هو أيضا الذي يفرض هذا المضمون على الطرفين، إذا لم تتضمنها العقود المبرمة بين الأطباء و مرضاهم⁵⁶، ولكن ذلك لا يسمح بالقول بأفول العقد أو انحلاله، بل لا مناص من الاعتراف أن القانون أصبح الأداة المنظمة لعلاقات الأفراد، بل لحمايتهم أيضا.

الفرع الثاني: اعتبارات النظام العام

إن تحكيم العقد الطبي بين الطبيب والمريض لا يجد له مكانا، إذا تعارض مع المقصد النبيل لمهنة الطب، والمتمثل أساسا في محاولة تحقيق الشفاء أو على الأقل التخفيف من الآلام والمخاطر الصحية التي قد تحدث بالمريض، وذلك على اعتبار أن العقد لا يبرر بما هو من النظام العام ولا يبيح عملا لم يجزه القانون أو لم يأذن به⁵⁷.

وبالتالي فإنه لا يمكن التذرع بالحرية التعاقدية في المجال الطبي، إذا تم التعاقد على محل أو سبب فيه مساس بفكرة النظام العام⁵⁸، بما يشكله في مجموعه من مصالح عليا أساسية يقوم عليها المجتمع، كما هو الحال بالنسبة لإجراء عملية إجهاض في غير الحالات المسموح بها قانونا طبقا للمادة 308 من قانون العقوبات الجزائري أو حالة التدخل الطبي الجراحي دون وجود مصلحة علاجية⁵⁹ أو إجراء عملية استئساخ أو حالة القتل بدافع الشفقة، فتدخل الطبيب لوضع حد لحياة ميعوس من شفائه ولو برضاه يولد للمضور حق المطالبة بالتعويض، طالما عمل الطبيب مجرم فيه مساس بسلامة جسم المريض⁶⁰.

كما قد يتصور في حالة غياب رضا المريض بالعمل الطبي أو عدم موافقته على تدخل الطبيب⁶¹ أو عند الاتفاق أيضا سواء على إجراء تجارب طبية بهدف غير العلاج وإنما بقصد البحث العلمي أو استخدام طريقة للعلاج أو دواء لم يتم استخدامه من قبل أو غير معتمد لدى الأطباء⁶².

فمثل هذه الحالات وغيرها لا تشكل فحسب قيودا تقف عنده حدود التوجه التعاقدية في علاقة الطبيب بالمريض، بل قد تتورع معها أحكام المسؤولية التقصيرية لبطان العقد المبرم بين الطرفين.

المطلب الثاني: القيود المرتبطة بانعدام العقد أو غيابه

لا تظهر معالم وبصمات الحرية التعاقدية في حالة علاج المرضى في المستشفيات العمومية (الفرع الأول) وكذا في حالات الاستعجال وغياب الممثل القانوني للمريض (الفرع الثاني)، دون أن ننسى حالة مطالبة غير الورثة بالتعويض (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التدخلات الطبية داخل المستشفيات العمومية

نظرا للظروف التي يقدم فيها المرفق العام خدماته للمواطنين، فإنه لا يمكن القول بوجود حرية رضائية بين المريض والطبيب عند معالجته⁶³، حتى ينعقد العقد بينهما، وذلك باعتبار أن هذا الأخير يمثل مركزا تنظيميا داخل المرفق الصحي، كما أن المريض في هذه الحالة يعد منتفعا من خدمات المستشفى العام في إطار القانون واللوائح والتنظيمات، التي تفرض على عاتق هذا الأخير واجبا باستقبال المرضى وعلاجهم⁶⁴.

وبالتالي فإن معالم العقد بين الطبيب والمريض في المرافق الصحية العامة منعدمة وغير موجودة، الأمر الذي يجعل العلاقة ذات طبيعة لائحية أو تنظيمية⁶⁵، باعتبار أن تدخلاته الطبية تندرج من جهة ضمن تنفيذه للأوامر الإدارية المحددة وفقا للنظام الإداري الداخلي للمستشفى⁶⁶.

ومن جهة أخرى أن المريض ليس له الحق في إبرام عقد ثاني مع الطبيب المعالج، وذلك لأنه ليس على علم بالطبيب الذي سيعالجه، فضلا على أنه تعاقد مع إدارة المستشفى التي تتحمل التزاماتها كاملة تجاه المريض⁶⁷.

بالإضافة إلى ذلك نجد أنه لا مجال لإبرام عقد طبي في نطاق الطب المأجور، إذا تم العلاج بناء على اتفاق مسبق بين جهة معينة والطبيب، كأن تتعاقد شركة مع أحد الأطباء لعلاج عمالها ومستخدميها، إذ يصعب القول في هذه الحالة بأن الطبيب متعاقد مع المستخدمين الذين يقوم بعلاجهم⁶⁸، باعتبار أن العقد مبرم مبدئياً بينه وبين الشركة، وكذلك الشأن بالنسبة للطبيب الخبير القضائي أو الطبيب الاستشاري للضمان الاجتماعي، اللذين لا يقوم بينهما وبين الشخص المعالج أي عقد⁶⁹.

الفرع الثاني: حالات الاستعجال وغياب الممثل القانوني للمريض

من غير المعقول أن نتصور وجود علاقة عقدية بين الطبيب والمريض في حالة ما إذا كان هذا الأخير غير قادر عن التعبير عن إرادته بالقبول أو بالرفض⁷⁰، كونه عاجز أو فاقد للوعي مثلاً أو مصاباً في طريق عام على إثر حادث خطير أو كما لو شخصاً مجهول الهوية أو قاصراً لم يكن الاتصال بممثل القانوني ممكناً⁷¹.

ففي مثل هذه الحالات يتدخل الطبيب تلقائياً بدون وجود أي عقد أو اتفاق سابق بينه وبين المريض، وبالتالي لا يمكن التحدث عن المسؤولية العقدية لانعدام إرادة المريض هذا من جهة⁷²، ولكون الطبيب في حالة واجب إنساني قانوني من جهة أخرى وأن الخروج عليه يرتب المسؤولية التقصيرية⁷³.

وللاشارة قد يضطر الطبيب بعد دخول المريض في غيبوبة نتيجة التخدير إلى إجراء عملية أخرى غير المتفق عليها، الأمر الذي يتعذر معه الحصول على رضاه مسبق منه وعدم إمكانية الجزم أن المريض قد اختاره أيضاً لإجراء التدخل الجراحي الثاني الذي لم يكن مقصوداً من وراء التعاقد⁷⁴، مما يشكل تجاوزاً لحدود الالتزامات العقدية بدافع الضرورة التي أجازتها مقتضيات المهنة، على أساس أن الواجب القانوني الإنساني لعمل الطبيب لا يبرره أي عقد كان.

الفرع الثالث: حالة مطالبة غير الورثة بالتعويض

من دون شك لا يمكن الحديث عن وجود عقد بين الأقارب غير الورثة أو الغير وبين الطبيب الذي عالج المريض المتوفى تسمح لهم بمطالبته بالتعويض باسمهم الشخصي عما أصابهم من شخصياً من موت قريتهم وهو ما يسمى بالضرر المرتد⁷⁵، خاصة إن كان هو من يعيّلهم، لذلك فإننا نجد أن القانون هو من يحتمل مسؤولية الطبيب أثناء التدخل الطبي اتجاه الغير، ومثال ذلك مساعد الجراح الذي يتعرض لإصابة جراء عمل الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي⁷⁶.

وتكون أيضاً مسؤوليته كذلك في الحالات التي ينجم عنها ضرر يسببه المريض للغير، نتيجة إهمال الطبيب في مراعاة وعلاج مريض مختل عقلياً فيصيب الغير بضرر، ينطبق نفس الحكم في حالة إصابة الغير من عدوى المريض الذي كان تحت رعاية الطبيب⁷⁷.

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن التوجه القائم على مبدأ الخيرة بين البعد التعاقدية والتنظيمية - رغم دقته من حيث التحليل النظري - ، قد تعرض في السنوات الأخيرة لانتقادات عديدة، باعتباره تصور تقليدي، مثلما تم تجاوز التقسيم الثنائي بين القانون العام والقانون الخاص.

ذلك أن هذه النظرة لا تعكس حقيقة المصدر الذي تنشأ عنه التزامات الطبيب والتي تتناقض في بعض الأحيان مع أحكام العقد الذي يقوم بين الطبيب ومريضه، بحيث تعد ببساطة التزامات مهنية ذات طابع إنساني وأخلاقي، تجد مصدرها الحقيقي في أعراف المهنة وأخلاقياتها⁷⁸، الأمر الذي جعل العلاقة الطبية تتخطى حدود الصفة العقدية والتنظيمية.

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدي والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي، قراءة على ضوء تطورات أحكام القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري.

أمام هذا الوضع ظهر تصور وتوجه حديث لمفهوم العلاقة الطبية على أساس اعتبارها ذات طابع مهني إنساني بالدرجة الأولى، وذلك بسبب ما قد ينجر عنه من مخاطر تحدى بالمريض تهدد حياته من ناحية، كما تتسم بالتعقيد والجسامة من ناحية ثانية، دون أن يكون هناك إمكانية نسبتها لفاعلها، بل إنه حتى في الحالات التي يرجع فيها الحادث إلى الخطأ، كان من الصعب على المضرور إثباته، لذلك كان في كثير من الحالات يضيع حقه في التعويض⁷⁹.

ولعل التوسع في تقرير الالتزام بضمان السلامة وكذا اتساع نطاق التأمين من المسؤولية وفرضه بصورة إجبارية على كل ممتني الصحة بما فيهم الطبيب⁸⁰، كان له الأثر البارز في إرساء معالم مسؤولية مهنية جديدة في المجال الطبي. دون نسي الإشارة أيضا أن جسامة الحوادث الطبية وتعقدها التي كثيرا ما ترجع إلى انتشار استعمال الأجهزة والمعدات الطبية، قد غير كثيرا في أسس أنظمة التعويض في المجال الطبي، فضلا عما شهدته الساحة القضائية من قرارات جريئة تبنى أغلبها التدخل التشريعي، حيث أصبح يستند إلى التضامن الوطني في إطار تقرير المسؤولية عن الخطر الاجتماعي⁸¹، وذلك بغية توفير الحماية العادلة للمرضى المضرورين وتحسين وضعهم باعتبارهم ضحايا للحوادث، لاسيما في ظل التهديد المستمر للمخاطر الناجمة عن تقدم وازدهار الحياة العلمية والتقنية.

الخاتمة:

- وكخلاصة يمكن القول أن الدراسة كشفت عن مجموعة من النتائج توصلنا إليها تتمثل في:
- إن تكريس البعد التعاقدي يعمل على تحسين وضعية المريض من جهة وبما يضمن حرية واستقلالية ومكانة الطبيب من جهة أخرى، ولاسيما في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية.
 - أصبح للعقد الطبي دور كبير باعتباره كآلية لضمان حقوق كل طرف في العقد وتحديد التزاماته وفقا لإرادته، بحيث يرتب عدم اعتماده صعوبة إثبات خطأ الطبيب وحصول المريض على التعويض.
 - أن خصوصية العقد الطبي من خصوصية المهنة الطبية، ناهيك عما يشوب هذا الأخير من اللاتكافؤ في المراكز القانونية بين الطبيب ومريضه.
 - أن غالبية القضاء العربي لم يخرج عن الطبيعة العقدية للعلاقة الطبية، مسائرا في ذلك قضاء النقض الفرنسي، على خلاف القضاء الجزائري الذي لم يهتم بتكييف العقد الطبي.
 - أن الإرادة لم تعد وحدها تحدد مضمون الالتزام، وإنما أصبح المشرع هو أيضا الذي يفرض هذا المضمون على الطرفين، إذا لم تتضمنها العقود المبرمة بين الأطباء ومرضاهم، فلا مناص من الاعتراف أن القانون أصبح الأداة المنظمة لعلاقات الأفراد، بل حمايتها أيضا.

- أن التوجه القائم على مبدأ الخيرة بين البعد التعاقدى والتنظيمي قد تعرض في السنوات الأخيرة لانتقادات عديدة، على اعتبار أن التوسع في تقرير الالتزام بضمان السلامة وكذا اتساع نطاق التأمين من المسؤولية وفرضه بصورة إجبارية على كل ممتهمي الصحة، كان له الأثر البارز في إرساء معالم مفهوم جديد للعلاقة في المجال الطبي.
- على هذا الأساس نقترح مجموعة من التوصيات، لعل أهمها ما يلي:
- القيام بورشات من طرف اختصاصيين بغرض الاهتمام بموضوع العلاقة الطبية، باعتبارها عاملا ضروريا وركيزة مهمة لنجاح العلاج من خلال تأثيرها على نفسية المريض والزيادة في فرص الشفاء.
- ضرورة مراعاة المشرع الجزائري الأخذ بما وصل إليه الفقه والقضاء الحديث في مجال المسؤولية الطبية يكفل تحقيق التوازن بين ضمان حماية المريض وتوفير الحرية للطبيب في القيام بمهنته.
- ضرورة سن نصوص تنظيمية لقانون الصحة الجديد تؤكد على ضرورة التشديد من التزامات الطبيب، وإقرار ضمان السلامة في المجال الصحي في ظل عدم احتواء العقد الطبي لمثل هذا الالتزام.
- ينبغي تبني مفهوم مبسط ومرن للعلاقة الطبية لمحاولة تليين أكثر للقواعد القانونية السائدة، وجعلها أكثر حماية للمريض عن طريق تمكينه من الحصول على التعويض جراء مخاطر العمل الطبي.
- ضرورة تعزيز الاهتمام بالمركز القانوني للمريض من خلال ضمان الدولة وحرصها على تقديم الخدمات الصحية وإنشاء صناديق للتعويض التلقائي عن الأضرار الطبية، دون مشقة إثبات خطأ الطبيب المسؤول وعناء رفع الدعوى للمطالبة به، وذلك من أجل تغيير منحنى العلاقة الطبية لإفرادها بقواعد خاصة بما، نتيجة لطبيعة مهنة الطب في حد ذاتها.

الهوامش:

¹ أحمد هديلي، المركز القانوني للمريض بين العقد الطبي والعقد الاستشفائي، رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2011-2012، ص 02.

² مراد بن صغير، التوجه التعاقدى في العلاقات الطبية، دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، ع. رقم السنة 2007، ص 283.

³ أنس محمد عبد الغفار، الضوابط الشرعية والقانونية للعمل الطبي - دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي - ، د.ذ.ع.ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى مصر، السنة 2013، ص 03.

⁴ Marion Girer, Ater Ifross, le contrat médical : la fin d'un concepts, séminaire du Rises, du 26 février 2004, sous titre « la relation médecin -patient », p p 13, 14.

⁵ حيث جاء مضمونها كما يلي: "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 أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض وبين جراح الأسنان والمريض، ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مراعاة أحكام المادة 09 أعلاه أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج." المرسوم التنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 1992/07/06، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، ج.ر.ع 52، الصادرة في 1992/07/08، وقد أكدت على ذلك المادة 2/343 من القانون رقم 18-11، المؤرخ في 2018/07/02، يتعلق بالصحة، ج.ر.ع. 46، الصادرة بتاريخ 2018/07/29، ص 03 .

⁶ نصت على ذلك المادة 78 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدى والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي، قراءة على ضوء تطورات أحكام القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري.

⁷ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة جيلالي لباس-سيدي بلعباس-، السنة الجامعية 2004-2005، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، د.ذ.ع.ط، 2007، ص 254.

⁸ V. Y. Haddad, la responsabilité médicale des établissements publics hospitaliers, rev. IDARA, éd. par le Centre de Documentation et de recherche Administratives, Alger, n° 2, Rouiba Alger, 1999, p 25.

⁹ فالعقد الطبي لا يحتاج إلى شكلية خاصة. بل يكفي لانعقاده مجرد تطابق إرادة الطبيب وإرادة المريض
Cité par : G. Mémeteau et L. Mélenec : Le contrat médical - La responsabilité civile du médecin, Tome 2 , série "Traité de droit médical", Louis Mélenec Maloine S.A Editeur, Paris, 1982, p 23.

¹⁰ المادة 107 من القانون 05-10، المؤرخ في 20/07/2005، المعدل للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ع. 44، الصادرة في 26/06/2005.

¹¹ عبد الكريم مأمون، إخلال الطبيب بحق المريض في الرضا وجزاؤه، موسوعة الفكر القانوني، ع. 02، دار الهلال للخدمات الإعلامية، بدون ذكر سنة الطبع، ص ص 136، 135.

¹² حيث نجد غالبية التشريعات المقارنة اشترطت ذلك كالتشريع الجزائري في المادة 44 من مدونة أخلاقيات الطب والمادة 3/343 من قانون الصحة الجديد والتي يقابلها في التشريع الفرنسي بمقتضى المادة 36 من المرسوم الفرنسي رقم 95-1000، المؤرخ في 06/09/1995، المتعلق بأخلاقيات الطب الفرنسي وكذا المادة 4-1111 من قانون رقم 02-303، المؤرخ في 04/03/2002، المتضمن حقوق المرضى وجودة النظام الصحي، كما أكدت على أيضا المادة 08 و 27 من القانون اللبناني المتضمن الآداب الطبية والمادة 02 من قانون حقوق المرضى والموافقة المستنيرة والمادة 2 من الدستور الطبي الأردني، ربعة خلافي، حقوق المريض في ظل الممارسات الطبية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2017-2018، ص ص 107، 108.

¹³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مضمون الالتزام العقدي للمدين المحترف المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 03/04/2000 إلى 05/04/2000، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، بيروت لبنان، السنة 2004، ص ص 66، 67.

¹⁴ مصطفى عبد الحميد عدوي، حق المريض في قبول أو رفض العلاج - دراسة مقارنة بين النظامين المصري والأمريكي-، د.ذ.ع.ط، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، السنة 1992، ص 08.

¹⁵ فقد أكدت المادة 78 من القانون المدني الجزائري أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو الحد منها بحكم القانون، فمتى بلغ الصبي سن الرشد وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يصبح كامل الأهلية وأهل لمباشرة حقوقه المدنية طبقاً لأحكام المادة 40 من نفس القانون.

¹⁶ وتتحدد هذه العوارض أو العيوب بموجب المواد 42 و 43 من القانون المدني الجزائري، كما أن المشرع الجزائري لم يتناول جميع أحكام تصرفات ناقص الأهلية في القانون المدني، إذ ترك بعضاً منها لأحكام قانون الأسرة بالرجوع إلى المادة 816 منه.

¹⁷ وهو ما أكدته المادة 166 من قانون الصحة الجديد المشار إليه سابقاً، التي جاء نصها كما يلي: "تخضع ممارسة مهن الصحة للشروط الآتية: 1- التمتع بالجنسية الجزائرية، 2- الحيازة على الدبلوم الجزائري المطلوب أو الشهادة المعادلة له، 3- التمتع بالحقوق المدنية، 4- عدم الغرض لأي حكم جزائي يتنافى مع ممارسة المهنة، 5- التمتع بالقدرات البدنية والعقلية التي لا تتنافى مع ممارسة مهنة الصحة، كما يتعين على مهني الصحة تسجيل أنفسهم في جدول عمادة المهنة الخاصة بهم، زيادة على أن يخضع مهنيو الصحة الأجانب لشروط الممارسة والعمل الذي يحدد عن طريق التنظيم.

¹⁸ مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 288.

¹⁹ "سمي هذا القرار بقرار ميرسي Mercier نسبة إلى صاحبها، حيث تلخص وقائع القضية في أن السيدة ميرسي التي كانت تعاني من حساسية الأنف راجعت أخذ الأطباء المختصين بالأشعة التي قام بعلاجها مستخدماً أشعة إكس «Rayons X»، وكان ذلك في عام 1925، إذ أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية لوجه السيدة المريضة، فقام زوجها برفع الدعوى نيابة عنها في سنة 1929، أي بعد مرور أكثر من 3 سنوات على انتهاء العلاج طالبا فيها بدفع التعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته مستندا في دعواه إلى أن الضرر كان نتيجة استخدام الطبيب المعالج للأشعة بصورة مباشرة، وكان من نتائج ذلك قبول بدعوى التعويض في قضية ميرسي بعد مرور ثلاث سنوات على حدوث الخطأ الطبي معتبرة أن المسؤولية الطبية من طبيعة عقدية أي تخضع لنظام التقادم المدني"، أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة بغداد العراق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط. 1، السنة 2009، ص 85.

²⁰ Arrêt Mercier rendu par la chambre civile de la cour de cassation le 20/05/1936 (Cass. Civ. 20/05/1936) Affirme que : «Attendu qu'il se forme, entre le médecin et son client, un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, mais du moins de lui donner des soins non pas quel conques, mais conscieux attentifs et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conforme aux donnes acquises de la science, que la violation même involontaire de cette obligation contractuelle et sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle.» Cité par : F. Violla, les grandes décisions du droit médical, éd. Alpha, , France, 2010, p 128.

²¹ C. Lyon, 1^{er} ch. a.10/06/1986, Cass.Civ., 1^{er} ch.20/07/1988, cite par: M.M Hannouz, A.R Hakem, précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, O.P.U, Alger, 1992, p 21, Cass.Civ., 1^{er} ch.22/11/1994, N° de pourvoi : 92-16423, Cass.Civ., 1^{er} ch.06/06/2000, N° de pourvoi : 98-19295, Cass.Civ., 1^{er} ch.22/11/207, N° de pourvoi : 05-20974, Cass.Civ., 1^{er} ch.17/03/2011, N° de pourvoi : 10-11735, Cass.Civ., 1^{er} ch.01/06/2011, N° de pourvoi : 10-15108, Cass.Civ., 1^{er} ch.26/01/2012, N° de pourvoi : 10-26705, Consulter tous les arrêts sur le lien suivait : www.legifrance.gouv.fr.

²² Art 1147 du code civil Français dispose que : «le débiteur est condamné, s'il y a lieu au paiement de dommages et intérêts, soit de l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut être lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.»

²³ حيث جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة استئناف الرباط في 29 جانفي 1946 ما يلي: "حيث إن العلاقات القائمة بين الطبيب والمريض تشكل حسب أحدث المبادئ التي أقرها الاجتهاد الفرنسي عقدا،... ويشكل الإخلال بأي التزام سببا لمسؤولية الطبيب التعاقدية التي يتعين على المريض الذي يدعي سوء تنفيذ الطبيب لالتزامه، أن يثبت الفعل الضار الذي ينسب إليه وكذا الضرر الذي لحق به..." كما تم تأكيد الطابع العقدي أيضا في القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمجلس الأعلى المغربي بتاريخ 2001/05/31، حيث جاء في إحدى حيثياته: «... وأن المسؤولية التعاقدية تلزم الطبيب ببذل عناية لا بتحقيق غاية... وأن الطبيب يلتزم عند إثبات وجود عقد العلاج بتبصير وإخطار المريض بحالته الصحية...». قرار عدد 2149، ملف مدني عدد 2000/5/1/1081، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الخامس والعشرون، جوان 2000، ص 171، 176. وهذا ما أكد عليه قرار المجلس الأعلى المغربي بتاريخ 2002/07/27 حيث جاء في صدره: «... وينشئ هذا العقد على عائق الطبيب، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، التزاما يقضي فقط بالتعهد باستخدام الوسائل الملائمة لتحقيق نتيجة معينة دون ضمان الشفاء...» عدد 1958، بتاريخ 2002/07/24، ملف مدني عدد 2001/7/4/1133: منشور بمجلة الإشعاع، العدد السادس والعشرون، جوان 2002، ص 114، 119.»

²⁴ حيث جاء حيثيات هذا القرار كما يلي: "أن مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية والطبيب إن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه ونجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية.. وجراح التحميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها لأن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى اعتبارا بأن جراحة لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته لأي خطر." الطعن رقم 111 لسنة 35 ق، جلسة 1969/06/26، س 20، ص 1075، مشار إليه من قبل: إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، السنة 2007، ص 50، 51، سليمان مرقس، بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية وغيرها من موضوعات القانون المدني، د.د.د.ن، السنة 1987، ص 318.

²⁵ وذلك بمقتضى قرار محكمة استئناف تونس بتاريخ 1998/04/29 الذي جاء منطوقه كما يلي: «...وحيث أن التجاء المريض للطبيب يكون في إطار عقد يحصل بمجرد أن يعرض المريض نفسه للعلاج دونما حاجة إلى حصول ذلك الاتفاق في نطاق شكل معين وتختلف طبيعة التزام الطبيب تجاه المريض بحسب مضمون العقد المبرم بينهما...» قرار رقم 48780، بتاريخ 1998/04/29 مزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى السيد يعقوب قواد، رضاه المريض بالعلاج وأثره على مسؤولية الطبيب، مجلة القضاء والتشريع، تونس، السنة 1997، د.د.د.ن، ص 123.

²⁶ وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز دبي مدني بتاريخ 2007/09/30 بأنه: «من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطبيب وإن كان لا يلتزم بمقتضى العقد الذي ينعقد بينه وبين مريضه بشفائه أو بنجاح العملية التي يجريها له، لأن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة وإنما هو التزام ببذل عناية...» عدد 18، رقم 149، ص 996، عصام الدين حسن لقمان، المسؤولية الجنائية والمدنية عن الأخطاء الطبية على ضوء أحكام الفقه وتطبيقات القضاء في القوانين السودانية والمصرية والإماراتية، ط. 01، مكتبة المستقبل للنشر، دبي الإمارات العربية المتحدة، السنة 2011، ص 210.

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدى والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي، قراءة على ضوء تطورات أحكام القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري.

- 27 "وقد سار على نفس النهج القضاء الأردني والبناني اللذان أحجما في تحديد موقفهما من طبيعة العلاقة التي تربط الطبيب بمريضه. ومن جهة أخرى فإن الأحكام القضائية الجزائرية الصادرة في المنازعة الطبية تكنفي بالتأكد من وجود خطأ الطبيب وكيفية إثباته بغرض تقرير التعويضات للمريض المتضرر جراء الخطأ المرفقي داخل المستشفى العمومي"، طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب دراسة مقارنة، ط. 01، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، السنة 2004، ص ص 236، 238.
- 28 المادتين 43 و 44 من مدونة أخلاقيات الطب والمادة 343 من قانون الصحة الجديد.
- 29 أحمد أدريوش، الخطأ الطبي والمسؤولية، عرض الإشكالية والتقييم المقارن للقوانين الوطنية، مجلس القضاء المدني، ع. 4، 2011، دار الآفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ص 63.
- 30 علي حسين نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، د.ذ.ع.ط، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، السنة 1992، ص 240.
- 31 والتي حددها القانون المدني الجزائري في المواد 323 إلى 350 منه.
- 32 عز الدين حروري، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن دراسة مقارنة، د.ذ.ع.ط، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، بوزريعة الجزائر، السنة 2009، ص 50.
- 33 وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري حتى المادة 07 من مدونة أخلاقيات الطب بقولها صراحة: «تمثل رسالة الطبيب وجراح الأسنان في الدفاع عن صحة الأسنان البدنية والعقلية، وفي التخفيف من المعاناة، ضمن احترام الفرد وكرامته الإنسانية دون تمييز...».
- 34 "فأعمال 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، فقصد الربح من ممارسة هذه الأعمال ليس بالعنصر الغالب فيها"، لمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 7، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 46.
- 35 المادة 20 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.
- 36 المادة 24 من نفس المدونة.
- 37 M. M. Hannouz , A. R. Hakem, précis de droit médical, op.cit, p 35.
- 38 المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.
- 39 « L'acte médical est une confiance qui s'adresse à une confiance.» cité par: G. Mémeteau et L. Mélenec, le contrat médical - la responsabilité civile du médecin, op. cit, p131.
- 40 إذ تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري كما يلي: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية» غير ذلك لا يمنع من إفراغ رضا المريض في شكل مكتوب لخطورة بعض الأعمال الطبية على حياة المريض وصحته كعمليات نقل الأعضاء البشرية، عمليات التلقيح الاصطناعي أو عند رفض العلاج ولمزيد من التفصيل يمكن الرجوع إلى: ليندة بغداداي، أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقها في التشريع الجزائري، مجلة المعارف، ع. 07، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر 2009، ص 102.
- 41 عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2004-2005، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، السنة 2006، ص 99.
- 42 محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق بجامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس، ع 07، السنة 2007، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 34، "وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري، بحيث اعتبر الطبيب مسؤول عن كل عمل مهني يقوم به، وأنه لا يجوز لأي طبيب أن يمارس مهنته إلا تحت هويته الحقيقية، وذلك بمقتضى المادة 13 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية".
- 43 وهذا تماشياً وأحكام المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية التي تحول للطبيب أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج لمريض ما.
- 44 منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشرعية، كلية الحقوق والشرعية، جامعة الكويت، ع. 02، السنة الخامسة، 1981، د.ذ.د.ن، ص 25.
- 45 عبد الكريم مأمون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ع. رقم 14، السنة 2012، ص 39.
- 46 عز الدين حروري، المرجع السابق، ص 50.
- 47 أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المرجع السابق، ص 141.
- 48 مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 305.

- 49 ماجد محمد لاني، المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي دراسة مقارنة، ط. 01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 2009، ص 59.
- 50 محمد عبد القادر العبودي، المسؤولية المدنية لطبيب التخدير، رسالة دكتوراه، تخصص في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية مصر، د.ذ.س.م، ص 82.
- 51 محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، د.ذ.س.ط، ص 203.
- 52 هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، د.ذ.ع.ط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية مصر، السنة 2007، ص 399.
- 53 المادة 50 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية: "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض."
- 54 "وفقا للمادة 182 من ق.ع.ج، حيث يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى خمس سنوات وبالغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من امتنع عمدا عن تقديم مساعدة إلى شخص في حالة خطر، كان بإمكانه تقديمها إليه بعمل مباشر منه أو بطلب الإغاثة وذلك دون أن تكون هناك خطورة عليه أو على الغير. حيث كان مبلغ الغرامة في النص القديم يتراوح ما بين 500 إلى 15.000 دج" وأصبح بموجب التعديل بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 2006/12/20، المعدل والمتمم للأمر 66-156، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر.ع.84، الصادرة في 2006 يتراوح من 20.000 إلى 100.000 د.ج. (المادة 60 ق.ع.ج)
- Art 223 – 6 al. 2 du C.P.Fr: « Sera puni des mêmes peines cinq ans d'emprisonnement et 500.000 E d'amande, quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. » A. Dorsner-Dolivet, responsabilité du médecin, éd. Economica, Paris France, 2006, p 327.
- 55 وقد جاء في ديباجته دستور منظمة الصحة العالمية ما يلي: "...التمتع لأعلى مستوى من الصحة يمكن بلوغه هو أحد الحقوق الأساسية لكل إنسان... صحة جميع الشعوب أمر أساسي لبلوغ السلم و الأمن، وهي تعتمد على التعاون الأكمل للأفراد والدول ما تحققه أية دولة في مجال تحسين الصحة و حمايتها أمر له أهميته للجميع... الحكومات مسؤولة عن صحة شعوبها، ولا يمكن الوفاء بهذه المسؤولية إلا بالتخاذ تدابير صحية و اجتماعية كافية" (انظر النص كاملا بالوثائق الأساسية الصادرة عن منظمة الصحة العالمية، الطبعة 29، جنيف 1979، أحمد أدريوش، الحق في الصحة كحق من حقوق الإنسان، ك. 07، سلسلة المعرفة القانونية، د.ذ.د.ن، السنة 1999، ص 82.
- 56 محمد رايس، المرجع السابق، ص 401.
- 57 عبد الكريم مأمون، إشكالية التفرقة بين الخطأ الجنائي والخطأ المدني في الممارسات الطبية في القانون والقضاء الجزائريين، المرجع السابق، ص 38.
- 58 Chantal Durand et Annie Ruad, Les libertés publiques, économiques et sociales et d'ordre public, cours droit, BTS tertiaires 1^{er}année, centre national d'enseignement à distance, Paris France, 2004, p 52.
- 59 "كقيام الطبيب متطوعا يربط مختلف القنوات التناسلية عند الرجل مما يسبب له العقم"، عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، ج. 01، المسؤولية الطبية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، المنعقد من 2000/04/03 إلى 2000/04/05، جامعة بيروت العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 2، بيروت لبنان، السنة 2004، ص 142.
- 60 عتيقة بلجبل، القتل الرحيم بين الإباحة والتجريم، مجلة الفكر، الصادرة عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، ع.06، السنة 2008، ص 265، 266.
- 61 « La vice du consentement pose un problème. IL semble que dans ce cas la responsabilité soit de nature contractuelle tant l'annulation n'est pas demandée. Cette solution est conforme aux principes généraux » .V. J. Penneau, la responsabilité du médecin, 3^{ème} éd, Dall., Paris France, 2004, p 27.
- 62 تنص المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية: " لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة، أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".
- 63 أحمد أدريوش، أحمد شكري السباعي، مسؤولية الأطباء بالمغرب، محاولة في تأصيل فقه القضاء واجتهاد الفقه، د.ذ.ع.ط، مطبعة ومكتبة الأمنية، دار نشر المعرفة، الرباط المغرب، السنة 1989، ص 116.
- 64 Lin Daubech, le malade à l'hôpital, droit, garanties, obligations, Erès, France, 2000, p p 609, 611.
- 65 عبد الوهاب عرفة، الوجيز في مسؤولية الطبيب والصيدلي، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية مصر، السنة 2005، ص 63.
- 66 عبد النبي عبد السميع عطا الله شحاتة، قبول أو رفض العلاج وأثره على المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة القاهرة مصر، السنة الجامعية 2004 - 2005، غير منشورة، ص 135.

إشكالية الخيرة بين الطابع التعاقدى والتنظيمي للعلاقة في المجال الطبي، قراءة على ضوء تطورات أحكام
القضاء الفرنسي وغموض النص القانوني الجزائري.

67 مراد بن صغير، المرجع السابق، ص 310.

68 إذ يرى الدكتور زكي حسن الأبراشي أن العامل يستفيد من اشتراط لمصلحته بمثابة اشتراط لمصلحة الغير، مشار إليه من قبل: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 146.

69 « Pour le médecin-expert judiciaire ou pour le médecin-conseil de la sécurité sociale, la responsabilité est délictuelle, car il n'y a pas de contrat entre le médecin et la personne examinée, cité par : F. Abderrahmane, médecine de travail, université d'Oran faculté de médecin, laboratoire de recherche, n° 29, année 2005, p 05.

70 سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مدنيا وجنائيا وإداريا، د.ذ.ع.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، السنة 2004، ص 314.

71 منير رياض حنا، الأخطاء الطبية في الجراحات العامة والمتخصصة، د.ذ.ع.ط، دار الفكر الجامعي، القاهرة مصر، السنة 2010، ص 75.

72 طلال العجاج، المرجع السابق، ص 78، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 202.

73 ماجد محمد لافي، المرجع السابق، ص 59.

V. aussi : J. Penneau, op.cit, p 36.

74 أحمد حسن عباس الحيايري، المسؤولية المدنية للطبيب في القطاع الخاص، د.ذ.ع.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، السنة 2005، ص 81.

75 زاهية حورية كجاز سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2005-2006، غير منشورة، ص ص 298، 289.

76 عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص 142.

V. aussi : M. Dupont, C. Esper, C. Paire, Droit hospitalier, 5^{ème} éd., Dall., Paris France, 2005, p 189.

77 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 202، طلال العجاج، المرجع السابق، ص 80.

78 محمد رايس، المرجع السابق، ص 407.

79 أحمد نعيد، فكرة عن تطور القضاء في بناء المسؤولية الطبية، مجلة التواصل القضائي، ع. مزدوج 32، ديسمبر 2013، فبراير 2014، مجلة قانونية وقضائية متخصصة، منشورة من قبل مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء المغرب، ص ص 32، 33.

80 مراد بن صغير، المرجع السابق، ص ص 313، 314.

81 ربعة خلافي، المرجع السابق، ص ص 395، 396.