جامعة أكلي محند اولحاج ـ البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الطبيعة القانونية للعقد الطبي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالب:
بوليل أعراب

إشراف الأستاذ:
بلعزوز رابح

لجنة المناقشة

أ/بركات كريمة.....رئيسا
أ/ بلعزوز رابح.....مشرفا ومقررا
أ/بغدادي ليندة.....عضوا

تاريخ المناقشة

2013/11/23

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم

أحمد الله الذي يسر ووفق وأعان فله الحمد والشكر الرحمان المستعان.

إلى والديّ الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى زوجتي الغالية

إلى أبنائي الأعزاء قرة عيني صابرين ورفيق حفظهم الله

إلى أساتذتي وزملائي

إلى كل من وسعهم قلبي ولم تسعهم هذه الورقة.

شكر

لأستاذي الفاضل، بلعزوز رابح، على ما بذله من جهد لإثراء هذا العمل، من خلال إشرافه عليه، وتوجيهه لي،

لأساتذتي أعضاء لجنة المناقشة، لتفضلهم علي بقبول تصحيح هذا العمل وإثرائه، وتكبد عناء المناقشة والامتحان،

لأساتذتي بجامعة آكلي محند أولحاج،

ولكل من ساعدني من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل،

لهم جميعا كل شكري وامتناني.

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية:

ج: الجزء.

ج.ر: جريدة رسمية.

د.س.ن: دون ذكر سنة النشر.

د.ب.ن: دون ذكر بلد النشر.

ص: الصفحة.

ط: الطبعة.

م: المادة.

م.أ.ط.ج: مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية.

هـ: هامش

ثانيا: باللغة الفرنسية:

E.N.A: Ecole nationale d'administration.

Ibid: Ibidem.

N°: Numéro.

Op. Cit: Opus citatum= ouvrage déjà cité.

p: page.

مقدمة

لقد حظي الإنسان بعناية الشرائع السماوية خاصة الشريعة الإسلامية، حيث قال الله تعالى في سورة الإسراء: "﴿ وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلْنَٰهُمْ فِي ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ وَرَزَقْنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلْنَٰهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا ﴿٧٠﴾ ﴾[1]. كما حظي بعناية الشرائع الوضعية. فقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنه لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه، ولكل شخص الحق في العناية الطبية[2].

ومن بين مقتضيات كرامة الإنسان الحفاظ على نفسه، أي كيانه المادي والمعنوي، فلا يتسنى ذلك إلا بمنع الاعتداء عليه، والتدخل لتقويمه في حال اعتلال صحته ممن كان مؤهلا ومختصا، وكان المتدخل عالما بأصول الطب، لإزالة الداء وتقديم علاج يتسم باليقظة والتفاني. وبرر الفقه إباحة هذا التدخل على أساس مصلحة الفرد في الحفاظ على صحته من جانب، ومن جانب آخر مصلحة المجتمع في أن يقوم الفرد بواجباته ودوره الاجتماعي.

فإذا كان القصد من تدخل الطبيب هو علاج المريض، فإن هذا لا يمنع المطالبة بجبر الأضرار التي تصيب هذا الأخير جراء هذا التدخل، والتي يكون أساسها تقصير الطبيب.

وقد كان القضاء يقيم هذه المساءلة على أساس المسؤولية التقصيرية، ثم أجمع الفقه والقضاء أخيرا على أن هذه المسؤولية تقوم على أساس العقد متى توفرت أركان قيامه، والذي يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر، والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة. وكل خرق للالتزام التعاقدي يترتب عنه مسؤولية عقدية. فإعمال المسؤولية العقدية يستوجب تحديد الأحكام القانونية السارية على العقد الطبي بعد تحديد طبيعته القانونية أي وصفه أو تكييفه.

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

ويرى العميد باتيفول أن "العمل القانوني اليومي يرتكز على تحديد الفئة القانونية المطبقة على

---

(1)- سورة الإسراء، الآية 70.

(2)- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم A/RES/217 A (III) الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948).

حالة محسوسة ويعني ذلك وصف الحالة المحسوسة"[1]، فبعدما يتبين وجود توافق بين إرادتين تتجهان إلى إحداث أثار قانونية، أي قيام عقد بين طرفين، فلا بد من المهتم سواء كان قاضيا أو محاميا، موثقا أو دارسا أن يتساءل عن الفئة القانونية التي تجد فيها هذه العلاقة عناصر ارتباطها ليطبق عليها نظامها القانوني.

وتحديد الفئة القانونية الخاصة التي يرتبط بها العقد يعني تحديد مكانته ضمن العقود المسماة أو غير المسماة، أي الطائفة الخاصة من العقود التي تخضع للقواعد القانونية النوعية، كما تعد طبيعة الالتزامات التي ينشئها العقد عنصر أساسي في وصف العقد إلى جانب صفة أطرافه وشكله.

من هنا تبدو أهمية دراسة هذا الموضوع، لأن الوصف القانوني الصحيح للعقد الطبي يمكن الدارس من معرفة أحكامه من حيث الانعقاد، الآثار، التنفيذ والفسخ، وبالتالي يسهل عليه تحليل هذه الأحكام وإبراز ما يستقيم منها وما كان يشوبه قصور ونقائص، واقتراح الحلول. كما أنه وباعتبار العقد الطبي من العقود الرضائية، يستلزم توافق إرادة المريض مع الطبيب على طبيعة العقد ومحله، ويكون له سبب مشروع، فيلتزم كل طرف بمحض إرادته. فتحديد الطبيعة القانونية للعقد يمكّن كل طرف من معرفة ما التزم به مسبقا، وأن يتبين من أمره. هذا يجنب الوقوع في الغلط من جهة ومن جهة أخرى نشوء نزاعات مستقبلية بسبب جهل كل طرف لحدود التزاماته.

أضف إلى ذلك أن الفصل في أي نزاع ذو طابع تعاقدي معروض أمام القاضي، يستلزم تكييف هذا العقد بتحديد طبيعته القانونية، دون الاعتداد بالوصف الذي أعتمده أطرافه. ومتى كيف العقد تكييفا صحيحا تمكن من تحديد الأحكام القانونية السارية عليه، وتحديد التزامات كل طرف وتقدير المسؤوليات، وكان حكمه صائبا، إذ أن التكييف مسألة قانون يخضع القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا.

وترجع أسباب اختيار الموضوع إلى كونه أولا مرتبط بالتخصص، إضافة إلى الرغبة في توسيع وتعميق المعارف في مجال العقود والمسؤولية، وبالخصوص ما يتعلق بالعلاقات الطبية، ومحاولة المساهمة في إثراء المكتبة القانونية.

كذلك من الأسباب الموضوعية التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع:

- شيوع العقد الطبي في المجتمع يستلزم تنظيمه.

---

(1)- غستان جاك، جامان كريستوف، وبيو مارك، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة القاضي منصور، مراجعة كلثوم فيصل، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، بيروت، لبنان2000، ص83.

- نقص الدراسات التي تناولت الطبيعة القانونية للعقد الطبي، وبالخصوص تلك المتعلقة بالقانون الجزائري.

- محاولة الكشف عن الروابط القانونية بين العقد الطبي وعقد الاستهلاك.

- محاولة إيضاح الإطار القانوني للعقد الطبي.

- البحث في مدى اهتمام المشرع بتنظيم العلاقة العقدية بين المريض والطبيب، على ضوء التطورات الحديثة لطرق ووسائل العمل الطبي، وكذا أساليب ممارسة النشاط الطبي.

إذ نهدف من خلال هذه الدراسة إلى إبراز مواقف الفقه والقضاء من الطبيعة القانونية للعقد الطبي، تمهيدا لإعطائه الوصف القانوني.

غير أنه صادفتنا مجموعة من المعوقات تتمثل في عدم العثور على دراسات سابقة تناولت الموضوع بصفة مباشرة، فكل ما اطلعنا عليه من بحوث تناولته فقط بصفة عرضية في معرض دراسات عامة أو تلك المتخصصة في المسؤولية الطبية أو العقد الطبي، أو متعلقة بحماية المستهلك، إضافة إلى نقص الدراسات التي تناولت موضوع حماية المستهلك في مجال الخدمات بصفة عامة والخدمات الطبية بصفة خاصة، وغياب الاجتهاد القضائي الذي تناول تكييف العلاقة الطبية.

ولغرض تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي الذي ينظم العلاقة بين الطبيب والمريض، الذي يحتمل الوصفين، عقد مدني يخضع لأحكام القانون المدني، وعقد استهلاك يخضع لقواعد قانون الاستهلاك سوف نطرح الإشكالية التالية:

ما هو الوصف القانوني الملائم للعقد المبرم بين الطبيب والمريض؟

تطلبت الإجابة عن هذه الإشكالية الاعتماد على عدة مناهج:

- المنهج الوصفي، للتعريف ببعض المصطلحات والقواعد.

- المنهج الاستدلالي، باعتباره منهجا استقرائيا يعتمد التحليل والتركيب.

- المنهج الجدلي، لدى التطرق لبعض الأفكار، سيما تلك المتعلقة بالنظريات التي تعرضت لتكييف العقد الطبي.

ولغرض الإلمام بجوانب هذه الدراسة كان لابد من البحث أولا في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي في ظلٍ قواعد القانون التقليدية (الفصل الأول) أي أحكام القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة وقانون العمل، وذلك بعرض الآراء التي حاولت تكييف العقد الطبي ضمن العقود الواردة على

العمل التي تشابهه في بعض عناصره، واعتبارا لعدم صمود هذه النظريات أمام النقد الموجه إليها نبين طبيعته القانونية الخاصة.

وإذا كان هذا هو شأن وصف العقد الطبي في ظل قواعد القانون التقليدية، فإن التطور الاجتماعي والقانوني أدى إلى فرض قواعد خاصة ومستقلة تهدف إلى حماية المتعاقد الذي يسعى إلى إشباع حاجاته اليومية، وهي التي يصطلح على تسميتها بقواعد حماية المستهلك، والتي نحاول في ظلها وصف العقد الطبي فيما إذا كان عقد استهلاك (الفصل الثاني)، وهذا بالنظر إلى عناصره والالتزامات المترتبة عنه ذات الطابع الحمائي.

الفصل الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي في ظل قواعد القانون التقليدية

تستدعي الحياة الاجتماعية قيام علاقات مالية بين الأفراد، وقد تدخل المشرع لتنظيمها بقواعد القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة الذي تتحدد بموجبه الالتزامات والحقوق، إلى جانب قوانين خاصة أخرى يسنها متى استدعت ضرورة وخصوصية بعض العلاقات تنظيمها بأحكام مستقلة.

ويعرف الالتزام بأنه "حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل[1]، أو أنه "واجب قانوني خاص يتحمل به شخص معين يسمى المدين ويتضمن قيامه بأدائه أو امتناعه عن عمل ذي قيمة مالية لصالح شخص آخر يسمى الدائن يكون له سلطة إجباره على أدائه"[2]. ولكي ينشأ الالتزام لابد له من سبب أو مصدر يقره القانون[3]، والتي من بينها العقد.

والعقد هو توافق إرادتي طرفين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة أحدهما أو في ذمة كليهما[4]، وهو أهم مصادر الالتزام[5]، وذلك بعدما استقر مبدأ سلطان الإرادة وأصبح ليس مصدرا فقط بل مرجعا أعلى لتحديد ما يترتب من آثار لهذا الالتزام[6].

فإذا كان الإنسان يلجأ إلى وسيلة التعاقد لقضاء حاجيات مناحي حياته المختلفة، فإن الحفاظ على صحته، وبقائه يؤدي وظيفته تعد من الضروريات الأساسية، ويستعمل هذه الوسيلة للاختيار بكل حرية الطبيب الذي يضع فيه الثقة للحصول على خدماته الطبية.

وقد استقر القضاء الفرنسي، وأجمع الفقه الفرنسي والمصري على اعتبار أنه ينشأ بين أطراف العلاقة الطبية عقدا حقيقيا، يلتزم فيه الطبيب بتقديم العلاج، وبذل العناية في ذلك، مقابل التزام

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص225.

(2)- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص15.

(3)- السعدي محمد صبري، المرجع نفسه، ص ص 27- 31.

(4)- السعدي محمد صبري، المرجع نفسه، ص27.

(5)- السعدي محمد صبري، المرجع نفسه، ص25.

(6)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص157.

العميل بأداء الأجرة[1]، الموقف الذي تبنته معظم التشريعات بما فيها المشرع الجزائري[2].

فإن كان الاعتراف بوجود هذا العقد أمر لا جدال فيه، وأن التزام الطبيب فيه هو التزام بأداء عمل، فإن مسألة تكييفه وإلحاقه بالعقود المسماة الواردة على العمل التي تشترك معه في بعض عناصره بقيت مسألة خلافية، وانقسم الفقه في تحديد طبيعته القانونية إلى عدة اتجاهات، نستعرضها في المبحث الأول، وأمام عجز كل النظريات في تكييفها لهذا العقد، وقصور مبرراتها نحاول إبراز أن لهذا العقد طبيعة قانونية خاصة في المبحث الثاني.

(1)- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 2006، ص57. الحسيني عبد اللطيف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبيب المهندس المعماري، المقاول، المحامي، الشركة العالمية للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان 1987، ص99. حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2009، ص45.

(2)- عيشوش كريم، العقد الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص01.

المبحث الأول: تكييف العقد الطبي ضمن العقود الواردة على العمل

يعني الكشف عن طبيعة العقد القانونية البحث عن تحديد هذا العقد وإدخاله في فئة قائمة سابقا، وتطبيق قواعدها على تلك العلاقة[1]. فالوصف أو التكييف "طريقة يستخدمها القانوني، وتعرف بأنها نهج فكري يرتكز على ربط حالة ملموسة بمفهوم قانوني مجرد تعترف به سلطة معيارية من أجل أن يطبق عليها نظامها"[2].

وقد خصت التشريعات بعض العقود الواردة على العمل بأنظمة قانونية خاصة بها، أدى التقاء بعض عناصر العقد الطبي بعناصرها واشتراكه 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[3]، فانقسموا إلى عدة اتجاهات.

فمنهم من رأى أن مهنة الطبيب تسمو عن باقي المهن الحرة ولا تكون الخدمات الطبية محلا للمعاملات المالية، وبالتالي فهذا العقد عقد وكالة(مطلب أول)، ورأى اتجاه آخر أن تعاقد الطبيب لأداء خدمة مقابل أجر معلوم يجعل من هذا العقد عقد عمل (مطلب ثاني)، في حين يرى البعض الآخر أن استقلالية الطبيب في أداء عمله وحصوله على الأجرة يجعل منه عقد مقاولة (مطلب ثالث).

وهي الاتجاهات التي نوردها تباعا مع الإشارة إلى أن وصف العقد الطبي 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 هامة.

المطلب الأول: اعتبار العقد الطبي عقد وكالة

أجمع الفقه والقضاء على أن العلاقة بين الطبيب والعميل علاقة عقدية[4]، وذلك حين اختيار المريض للطبيب[5]، حيث يلتزم هذا الأخير ببذل العناية الصادقة واليقظة المتفقة مع الأصول

---

(1)- جاك غستان، المرجع السابق، ص38.

(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص42.

(3)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص106.

(4)- سعد أحمد محمود، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2007، ص221.

(5)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

العلمية[1]، دون التزامه بضمان الشفاء[2]. وذهب بعض الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد إلى اعتباره عقد وكالة [3]، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي بوتيه (pothier) الذي يقول: "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"[4].

وقد نظم المشرع الجزائري في القانون المدني[5] عقد الوكالة في الفصل الثاني من الباب التاسع الذي عنوانه العقود الواردة على العمل وأفرد له أحكام خاصة، لذا كان لابد من تعريفه وتبيان العناصر التي تميزه، وذلك بتحديد خصائصه (فرع الأول) قبل عرض المبررات التي تقوم عليها نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة ومضمونها (فرع الثاني) لنخلص إلى النقد الموجه لهذه النظرية (فرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الوكالة وبيان خصائصها

حظي عقد الوكالة بالعناية عن طريق تسميته وتنظيم أحكامه من قبل تشريعات البلدان المختلفة، من بينهم المشرع الجزائري. فإذا كان الفقه قد ذهب إلى تكييف العقد الطبي بأنه عقد وكالة، فيجب أولا عرض بعض تعاريفها التي وردت في النصوص القانونية، ثم على أساسها تبيان أهم العناصر أو الخصائص التي تميز عقد الوكالة والتي تجعله يستقل عن باقي العقود الواردة على العمل وكل هذا لتقدير نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة.

أولا: تعريف الوكالة

عرف القانون المدني الفرنسي الوكالة في الفقرة الأولى من المادة 1984 التي جاء فيها "الوكالة

---

(1)- عرفة السيد عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر 2009، ص89.

(2)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع السابق، ص49.

(3)- الحيارى أحمد حسن عباس، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص65. حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص43. الحسيني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص101. رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص416.

(4)-Pothier, traité du contrat de mandat, T VI, p 96.

مشار إليه من طرف: رايس محمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78 مؤرخ في 1975/09/30.

أو التفويض عقد بمقتضاه يعطي شخص آخر سلطة للقيام بعمل شيء ما للموكل وباسمه"[1]. وعرف القانون المدني المصري الوكالة في المادة 699 منه، إذ جاء فيها "بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل"[2].

أما المشرع الجزائري فقد عرف الوكالة في المادة 571 من القانون المدني التي جاء فيها "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

فالوكالة رابطة بين شخصين موكل ووكيل ترد على عمل قانوني[3]acte juridique ، وهي كذلك تفويض أو نيابة اتفاقية، إذ ينوب الوكيل عن الموكل للقيام ببعض التصرفات القانونية وليس الأعمال المادية. وإن كان الفقه حديثا يذهب إلى إمكانية قيام الوكيل ببعض الأعمال المادية[4] التابعة للأعمال القانونية[5]، ويحتفظ العقد بطبيعته كوكالة متى تغلب عنصر الأعمال القانونية، ويفقد هذه الصفة متى تغلب عنصر الأعمال المادية[6].

واستنادا إلى التعاريف السابقة تبرز خصائص الوكالة التي قد تشترك في بعضها مع العقود الأخرى وتستقل عنها في البعض الآخر.

ثانيا: خصائص الوكالة

يتميز عقد الوكالة بالخصائص التالية:

أ- الوكالة عقد رضائي:

عقد الوكالة عقد رضائي في الأصل، وقد يكون عقد شكلي إذا كان محلها هو تصرف

---

(1) - « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

مشار إليها من طرف: كركبي مروان، العقود المسماة، البيع- المقايضة- الإيجار- الوكالة، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والفرنسي والمصري، ط 4، المنشورات الحقوقية، د. ب. ن، 2004، ص581.

(2)- دياب أسعد، القانون المدني، الجزء الأول، العقود المسماة، البيع- الإيجار- الوكالة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان 2007، ص331.

(3)- هندي أحمد، الوكالة بالخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2006، ص14.

(4)- كركبي مروان، المرجع نفسه، ص582.

(5)- دياب أسعد، المرجع نفسه، ص332.

(6)- دياب أسعد، المرجع نفسه، ص333.

شكلي[1]، وهذا ما أقره المشرع الجزائري الذي اشترط أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني المكون لمحلها[2].

بـ الوكالة عمل قانوني:

إذ يلتزم بموجبها الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل. ويرى الأستاذ السنهوري أن ذلك أهم خاصية أو عنصر يميز عقد الوكالة عن العقود الأخرى، وبالخصوص عقدي العمل والمقاولة[3]. فالأصل أن لا يكون محلها عملا ماديا بل يكون دائما تصرفا قانونيا[4]، يقوم به الوكيل ويكون لحساب الموكل[5].

فهي إذن نيابة اتفاقية، حيث ينوب الوكيل عن الموكل للقيام بهذا التصرف[6]. وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لنص المادة 699 للقانون المدني المصري أن الوكالة هي نيابة اتفاقية مصدرها العقد، ويجب أن يعمل الوكيل دائما لحساب الموكل[7]، وليس لحسابه الشخصي[8].

جـ الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي:

الوكالة عقد يقوم على الاعتبار الشخصي غالبا[9]، فتدخل شخصية الوكيل والموكل في الاعتبار لانعقادها، فهي عقد يقوم على الثقة المتبادلة[10]. ويترتب عن ذلك انقضاء الوكالة بموت الوكيل أو بموت الموكل[11].

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2000، ص372. كركبي مروان، المرجع السابق، ص582. دياب أسعد، المرجع السابق، ص332.

(2)- المادة 572 من القانون المدني الجزائري.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص373.

(4)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. دياب أسعد، المرجع نفسه، ص333. كركبي مروان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- كركبي مروان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7)- أحمد إبراهيم سيد، عقد الوكالة فقها وقضاءا، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص22.

(8)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص374.

(9)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص373.

(10)- دياب أسعد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(11)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص375. (أنظر المادة 586 قانون مدني جزائري).

د- الوكالة عقد تبرعي:

الوكالة في الأصل من عقود التبرع[1]، لكن يجوز أن تكون بعوض[2]، وهذا باتفاق الطرفين صراحة أو يستخلص ذلك من حالة الوكيل حسب ما جاء في نص المادة 581 من القانون المدني الجزائري، وذلك متى كان الوكيل يقوم بمقتضى مهنته أو صفته بالخدمات بموجب عقد الوكالة، وكان العرف يقضي بدفع الأجرة عن تلك الخدمات محل الوكالة[3].

وتجب الإشارة إلى أن أجرة الوكيل المتفق عليها تتميز بالخصوصية، فإذا لم يدفعها الموكل طواعية بعد تنفيذ الوكالة أمكن تعديلها من قبل القاضي، خلافا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث ورد بشأنها نص خاص يجيز للقاضي تقديرها، فقد نصت المادة 2/581 من القانون المدني الجزائري: " فإذا اتفق على أجر الوكالة، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضي، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة"، وهذا من الآثار المتبقية من الطابع التبرعي للوكالة في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم[4].

فبعد الإجازة الصريحة للوكيل أخذ الأجرة بناء على أحكام القانوني المدني بالاتفاق مع الموكل، بقي القضاء متأثرا بالطبيعة التبرعية للوكالة، واجتهد القضاء الفرنسي على وضع قاعدة جواز تخفيض أجرة الوكيل إن كانت مبالغا فيها دون أن يستند في ذلك إلى نص قانوني، ومنه نقل المشرع المصري هذه القاعدة، والتي أوردها في الفقرة الثانية من المادة 709 من القانون المدني المصري التي تقابلها الفقرة الثانية من المادة 581 من القانون المدني الجزائري.

هـ- الوكالة عقد غير لازم:

الوكالة عقد غير لازم، إذ يجوز في الأصل للموكل عزل الوكيل، ويجوز للوكيل التنحي عن الوكالة، وذلك قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة أو قبل البدء فيه[5]. وهذا ما قرره المشرع الجزائري، إذ أجاز للموكل إنهاء الوكالة في أي وقت ولو وجد اتفاق يخالف ذلك[6]، كما أجاز للوكيل

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص372.

(2)- كركبي مروان، المرجع السابق، ص583.

(3)- حنا بدوي، الوكالة، الجزء الأول، منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص14.

(4)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص523.

(5)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. دياب أسعد، المرجع السابق، ص333.

(6)- المادة 587 من القانون المدني الجزائري.

أن يتنازل عن الوكالة في أي وقت وإن وجد اتفاق يخالف ذلك[1].

مما سبق نخلص إلى أن عقد الوكالة اتفاق 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 بأنه عقد وكالة، ونحن نتساءل عن مدى صحة هذا التكييف، فكان لابد من عرض مضمون هذه النظرية في المقام الأول ثم تقديرها في المقام الثاني.

الفرع الثاني: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة ومبرراتها

اعتبر بعض الفقه أن 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، والتي نوردها بعد عرض مضمونها.

أولا: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة

سلم بعض فقهاء القانون الفرنسي القديم[2] بأن 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[3]. وقد كان الفقيه " ترولونج" من أشد المدافعين على اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، وعن المكانة المميزة للأعمال الفكرية، والمركز الخاص للأشخاص الذين يمارسونها، وذلك بقوله: " أن هؤلاء الرجال (أي أصحاب المهن الحرة من المحامين والأطباء) يبذلون لنا عناية فإنا ندين لهم بما وراء المادة، ولا نبرئ قبلهم بما ندفعه لهم وأنه 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"[4].

كما ذهب جانب من الفقه السويسري إلى القول أن أساس العلاقة بين الطبيب ومريضه هو عقد الوكالة، وهذا استنادا لنصوص المادتين 162 و394 من قانون الالتزامات السويسري، التي توجب

(1)- المادة 587 من القانون المدني الجزائري.

(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص43.

(3)- رايس محمد، المرجع السابق، ص416.

(4)- مشار إليه من طرف: حروزي عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، هـ 2.

تطبيق الوكالة على الأعمال الفنية، إذ أن الوكيل يلتزم فقط ببذل العناية عكس عقد المقاولة الذي يكون فيه طبيعة الالتزام هو تحقيق النتيجة، وبالتالي فعقد الوكالة هو الذي يناسب العمل الطبي[1].

أما بالنسبة للقضاء، فقد جرى القضاء الفرنسي منذ عهد بعيد على اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، وآثر أن يجعل الطبيب وكيلا للمريض[2]، وهو ما ذهب إليه أيضا القضاء السويسري الذي اعتبر 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[3].

ويرجع أساس هذه النظرية كما أسلفنا إلى تقاليد القانون الروماني، وتأثر بذلك الفقه والقضاء[4]. إذ كان سائدا في عصره النظام الطبقي، فكانت المهن اليدوية أعمالا حقيرة تقتصر مزاولتها على الرقيق والخدم، الذي يرتبط بعقد إجارة الأشخاص مع من يستأجر عملهم[5]. أما الحر أو الشريف الذي يستأثر بالمهن التي يطغى عليها الطابع الذهني، فلا يتصور قيامه بتأجير خدمته مثله مثل العبد. فإذا تعاقد على أداء عمل أعتبر عمله بمثابة وكالة تبرعية، إذ لم يكن صاحب المهنة الحرة في القانون الروماني الحق في أن يتقاضى أجرا ملزما، شأنه في ذلك شأن الوكيل[6].

فالمقابل الذي يدفعه المريض لا يعد إلا هبة منه ليخفف عن نفسه واجب العرفان بالجميل[7]، إذ أن الطبيب يقوم بالعلاج بدون مقابل مادي[8]. هذا بالإضافة إلى أن محل الوكالة في القانون الروماني يشمل كل من التصرفات القانونية والأعمال المادية[9]، فأعمال الطب التي هي من الأعمال العقلية، يطغى عليها الطابع الفكري، فلا تكون بذلك محلا لإجارة الأشخاص بل محلا للوكالة، وهذا ما يسمو بها عن الأعمال اليدوية، ويسمو بالطبيب على أن يكون أجيرا يمارس نشاطه تحت سلطان رب الخدمة[10].

---

(1)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص222.

(2)- هندي أحمد، المرجع السابق، ص15، هـ 3.

(3)- القريشي جلال مصطفى، شرح قانون العمل الجزائري، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص152.

(4)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص43. هندي أحمد، المرجع نفسه، ص16.

(5)- هندي أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. رايس محمد، المرجع السابق، ص416.

(6)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص16، هـ 2.

(7)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص65.

(9)- هندي أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، الهامش نفسه.

(10)- هندي أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانيا: مبررات نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة

استند الاتجاه القائل بتكييف العقد الطبي بأنه عقد وكالة على مبررات تجد جذورها في القانون الروماني الذي كان يميز بين طبقات مجتمعه بين شرفاء أحرار وعبيد خدم، وامتدت أثار هذا الفكر إلى بعض التشريعات الحديثة، فنجد مثلا أن القانون السويسري يعتبر العقد الطبي بأنه عقد وكالة[1].

كما أن القانون الجزائري مثله مثل القانون الفرنسي قد تبنى بعض القواعد المنظمة للنشاط الطبي التي قد تكون مستوحاة من أفكار هذا التيار. ويمكن إجمال مبررات هذه النظرية فيما يلي:

أ- أن المهن الحرة ومنها العلاج الطبي، تتميز عن الأعمال اليدوية. فالتعاقد لأدائها يكون دائما عن طريق وكالة تبرعية، إذ لا يجوز لأصحاب هذه المهن إيجار خدماتهم[2]، والخضوع لسلطان أرباب العمل. فالطبيب لا يجوز أن يكون خادما يخضع لتبعية وسلطه صاحب العمل في أداء مهامه، وإن كان من الجائز في الوقت الحالي أن يرتبط الطبيب بعقد عمل، إلا أن القانون يصر على استقلاليته في الجانب الفني، حيث نصت المادة 10 من م.أ.ط.ج[3] أنه لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال، ونصت المادة 11 منها: "يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة"، فمن الجانب الفني لا يخضع الطبيب لأية سلطة إلا سلطان العلم وضميره المهني[4].

ب- إن المقابل الذي يتلقاه الطبيب لقاء التعاقد لأداء خدماته لا يعد أجرا بل هبة يقدمها المريض لتخفيف واجب العرفان بالجميل الذي يثقل كاهله[5]، وهي حيلة اهتدى إليها أنصار هذا المذهب لجعل العقد بالنسبة للمهن الحرة تبرعيا، مما يتوافق مع طبيعة الوكالة في القانون الروماني التي تكون دائما تبرعية[6].

وقد اصطلح المشرع الجزائري على تسمية أجرة الطبيب بالأتعاب"honoraires" وهي الأقرب إلى العرفان والتشريف منها إلى بدل يلتزم به المريض لقاء الجهد أو العمل الذي يلتزم به الطبيب،

---

(1)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص44 هـ 1.

(2)- رايس محمد، المرجع السابق، ص416.

(3)- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06 يتضمن أخلاقيات الطب ج.ر عدد 52 مؤرخة في 1992/07/08.

(4)- أنظر كذلك المواد 85، 86 م.أ.ط.ج.

(5)- رايس محمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص43.

(6)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص417.

وهذا ما جاء في مدونة أخلاقيات الطب حيث نصت المادة 25 على أنه "يمنع إجراء أي شكل من أشكال اقتسام الأتعاب بين الأطباء وجراحي الأسنان. . . ". وجاء في المادة 65: "يمنع إرخاص الأتعاب بممارسة تخفيض السعر أو اقتضائه جزافا، غير أن الطبيب أو جراح الأسنان حر في تقديمه مجانا"، كما نصت المادة 81 على أنه "يجوز الاشتراك في الأتعاب. . . في العيادة الجماعية. . . ".

وأجاز القانون للطبيب الخاص تقديم العلاج مجانا بموجب المادة 65 م.أ.ط.ج السالفة الذكر التي جاء فيها أنه حر في تقديمه مجانا. بل أكثر من ذلك فرضت مدونة أخلاقيات الطب على الأطباء واجب أخلاقي بتقديم العلاج المجاني للزملاء وأفراد العائلة وطلبة الطب، حسب نص المادة 66 منها التي جاء فيها أنه: "من العادة أن يقدم الطبيب أو جراح الأسنان العلاج مجانا للزملاء والأشخاص تحت كفالته، أو لطلبة الطب، أو جراحة الأسنان، ولمستخدميه، ومساعديه المباشرين".

ج- الأعمال العقلية لا يمكن أن تكون محلا لتعاقد ملزم لأطراف العقد، فلا يمكن إلزام الطبيب بأداء العمل، ولا إلزام العميل بدفع الأجرة، إذ أن العمل العقلي لا يمكن أن يكون محلا للمتاجرة[1].

وقد منع المشرع الجزائري الممارسة التجارية للنشاط الطبي، فنصت المادة 20 م.أ.ط.ج على أنه "يجب أن لا تمارس مهنة الطب أو جراحة الأسنان ممارسة تجارية وعليه يمنع كل طبيب أو جراح الأسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة".

كما منح المشرع الحرية للمريض في اختيار الطبيب، ومغادرته، ومنح الحرية للطبيب لرفض العلاج لأسباب شخصية أو التحرر من مهمته شريطة أن يضمن للمريض مواصلة العلاج، فنصت المادة 42 م.أ.ط.ج أنه " 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 أساسي تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض، والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض، ويمكن للطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج"، ونصت المادة 50 م.أ.ط.ج أنه "يمكن للطبيب أو جراح الأسنان أن يتحرر من مهمته بشرط أن يضمن مواصلة العلاج للمريض".

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص ص 18-19. حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص43.

الفرع الثالث: نقد نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة

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

أولا: قصور نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة من الناحية القانونية

يتميز كل من العقد الطبي وعقد الوكالة بخصائص قانونية متباينة، سواء من حيث طبيعة محلهما أومن ناحية الأجرة.

أ- العقد الطبي محله عمل مادي وليس قانوني:

يكون محل الوكالة دائما تصرفا قانونيا يقوم به الوكيل لحساب الموكل، ولا يكون محلها عملا ماديا، وهذا هو المميز الرئيسي بين عقد الوكالة والعقد الطبي الذي محله العمل المادي أو العقلي[1].

فيقوم عقد الوكالة أساسا على النيابة، إذ أن الوكيل يتصرف باسم الأصيل ولحسابه ونيابة عنه، كما أن الوكيل يباشر تلك التصرفات وفقا لتعليمات الموكل[2]. أما الطبيب فعند قيامه بالعلاج لا يكون ذلك باسم المريض بل باسمه الشخصي، ووفقا لما يراه مناسبا لحالة المريض دون أي إشراف أو توجيه من هذا الأخير.

وبالرجوع إلى تعريف عقد الوكالة في القانون الجزائري الوارد في نص المادة 571 من القانون المدني، فإن الوكالة أو النيابة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه، فقد يكون هناك التباس بين محل عقد الوكالة الذي هو القيام بعمل دون أن يحدد المشرع نوعيته، ومحل عقد العلاج.

كما أن العمل يمكن أن يكون ماديا أو قانونيا، عكس المشرع المصري الذي تجنب هذا الالتباس، إذ عرف الوكالة بأنها عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل[3]. لكن المشرع الجزائري استدرك هذا الأمر في المادة 573 من القانون المدني، التي نصت على أن الوكالة الواردة بألفاظ عامة والتي لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تخول للوكيل إلا القدرة على تنفيذ العقود الإدارية، والمقصود هنا عقود الإدارة.

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص375.

(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص44.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص372.

فالوكالة سواء كانت عامة أو خاصة، ترد على الأعمال القانونية، والأعمال القانونية أو التصرفات القانونية هي التي ترتب التزاما مصدره إرادة الإنسان، التي إذا اقترنت بإرادة أخرى سميت عقدا، وإذا لم تقترن بإرادة أخرى سميت التزاما بإرادة منفردة[1]. فالوكالة دائما يكون محلها التصرف القانوني.

أضف إلى ذلك أن المادة 585 من القانون المدني الجزائري أحالت إلى النصوص المنظمة للنيابة في التعاقد لتحديد الأحكام السارية على علاقات الموكل بالوكيل، والمبينة في المواد 74الى 77 من القانون نفسه، والتي نستخلص من مضمونها أن محل عقد الوكالة يكون دائما التصرف القانوني دون العمل المادي، وأن آثار تصرف الوكيل تنصرف إلى الموكل، إذ نصت على أنه إذا أبرم النائب (الوكيل) عقدا في حدود نيابته (وكالته) باسم الأصيل (الموكل)، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل (الموكل). وعليه نصل إلى أن كل من محل العقد الطبي وعقد الوكالة لا يتطابقان، وبالتالي فلا يمكن تكييف العقد الطبي بأنه وكالة.

بـ. العقد الطبي عقد معاوضة في الأصل:

يلتزم الوكيل في عقد الوكالة بتنفيذها دون عوض كأصل عام، إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك. ويقع على الموكل الالتزام فقط برد المصروفات المنفقة لتنفيذ الوكالة، أو تعويض الوكيل عما لحقه من ضرر جراء تنفيذها. ولا ينشأ عن عقد الوكالة التزام يقع على الموكل بدفع أي مقابل للوكيل إذا كانت بدون عوض، أي لم يتم الاتفاق على دفع أي أجرة، ولم ينفق الوكيل مصاريف أو لحقه ضرر من تنفيذها[2].

وهذا ما أكدته المادة 581 من القانون المدني الجزائري، إذ نصت على أن الوكالة تبرعية ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وهذا عكس العقد الطبي الذي يعد الأصل فيه دفع الأجرة، أي أنه عقد معاوضة إلا إذا تم الاتفاق على خلاف ذلك[3]. فإلزامية دفع الأجرة في العقد الطبي تجعل طبيعته القانونية مختلفة عن الوكالة التي هي من عقود التبرع.

ثانيا: قصور نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة من الناحية الواقعية

يرجع أساس اعتبار العقد الطبي عقد وكالة إلى النظام السائد في العهد الروماني، الذي قسم

(1)- سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص7.

(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ، ص373.

(3)- رايس محمد، المرجع السابق، ص418.

أفراد المجتمع إلى أحرار وعبيد، تختص الفئة الأولى بتنفيذ الأعمال الذهنية والفئة الثانية بتنفيذ الأعمال اليدوية. غير أن هذا التقسيم لا مكانة له في عصرنا الحالي الذي يقوم على أساس المساواة بين أفراد المجتمع، فالقول بوجود أعمال يدوية يمارسها الرقيق ويحكمها عقد إيجار الأشخاص، وأعمال عقلية يمارسها النبلاء قد انقضى زمانه.

فالطبيب بسعيه إلى الحفاظ على سلامة وصحة الإنسان عن طريق العمل الطبي، وإن كان يقوم بعمل نبيل لكن يهدف كذلك إلى كسب لقمة عيشه بالحصول على مقابل لخدماته[1]. فالشرف يستمده الطبيب من ممارسة مهنة الطب متى كان متفانيا وخادما، إذ جاء في نص المادة 6 م.أ.ط.ج على أن الطبيب يكون في خدمة الفرد ويمارس مهامه ضمن احترام حياة الفرد وشخصه البشري.

من هنا يتضح أن تكييف العقد الطبي بأنه عقد وكالة نظرية قاصرة وغير سليمة من الناحية القانونية والعملية، فكان لابد من البحث عن مكانة هذا العقد ضمن العقود الواردة على العمل الأخرى.

المطلب الثاني: اعتبار العقد الطبي عقد عمل

أمام النقد الموجه إلى أصحاب نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، والاختلاف الجوهري بين العقدين فيما يخص طبيعة العمل الذي يلتزم به الطبيب، والذي له الطابع المادي بالنسبة للعقد الطبي في حين أن التزام الوكيل في عقد الوكالة يكون دائما قانونيا، ذهب جانب من الفقه إلى تكييف العقد الطبي بأنه عقد عمل[2]، على اعتبار تطابق طبيعة العمل في كلا العقدين. لذا كان لابد من تعريف عقد العمل وتبيان عناصره (فرع أول) لتمكيننا بعد ذلك من عرض المضمون والمبررات التي أدت بالفقه إلى القول بأن العقد الطبي عقد عمل (فرع ثاني)، ثم تبيان أهم الانتقادات الموجهة لنظريتهم لاستخلاص مدى صواب هذا التكييف.

الفرع الأول: تعريف عقد العمل وتحديد عناصره

اعتبر بعض الفقهاء أن العلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض يحكمها عقد إيجار الأشخاص[3]، أي عقد العمل، والذي يقوم متى توافرت فيه عناصر أو شروط أساسية تشكل في

---

(1)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص44.

(2)- أنظر في عرض هذه النظرية: سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص223. رايس محمد، المرجع السابق، ص423. حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص45. الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص66.

(3)- سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

مجموعها هوية هذا العقد، وتميزه عن العقود الأخرى التي ترد على العمل[1]، وهي العناصر المستخلصة من تعريف هذا العقد.

أولا: تعريف عقد العمل

يعد التعريف المرجع في تحديد طبيعة العلاقات القانونية، إذ يشمل على العناصر الأساسية للعقد دون العناصر الثانوية أو العرضية، وبالتالي يمكن تصنيف هذه العلاقات في إحدى الفئات أو الأنظمة القانونية التي حددها المشرع عن طريق التكييف[2].

وعلى هذا الأساس أثرنا عرض تعريف عقد العمل في القانون المقارن أولا ثم في القانون الجزائري ثانيا.

أ- تعريف عقد العمل في القانون المقارن

لم يعرف المشرع الفرنسي عقد العمل، وترك مسألة تعريفه للفقه والقضاء. وقد عرفه أغلب الفقه بأنه "اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد الأطراف بانجاز أعمال مادية ذات طبيعة حرفية على العموم لصالح طرف أخر وتحت إشرافه مقابل عوض"[3].

أما قانون الالتزامات السويسري فقد جاء في نص الفقرة الأولى من المادة 319 منه على أن "عقد العمل هو اتفاق يعد بمقتضاه شخص (المستخدم) بتقديم عمله لآخر(صاحب العمل) لمدة محددة أو غير محددة"[4].

وعرفه المشرع المصري في المادة 42 من قانون العمل، كما عرفته المادة 674 من القانون المدني المصري بأنه "العقد الذي يتعهد بمقتضاه عامل يشتغل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر"[5]، فعقد العمل إذن هو "اتفاق بين طرفين، يتعهد بموجبه أحدهما بالعمل في خدمة الأخر وتحت إدارته مقابل أجر، يسمى أولهما بالعامل، ويسمى الأخر بصاحب العمل"[6].

---

(1)- هدفي بشير، الوجيز في شرح القانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2002، ص53.

(2)- القريشي جلال مصطفى، المرجع السابق، ص77.

(3)- القريشي جلال مصطفى، المرجع نفسه، ص78.

(4)- القريشي جلال مصطفى، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- القريشي جلال مصطفى، المرجع نفسه، ص79.

(6)- عمران السيد محمد السيد، شرح قانون العمل رقم 38 لسنة 1981، ومشروع القانون الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر1999/2000، ص198.

وعرف المشرع الأردني عقد العمل في نص المادة 805 فقرة 1 من القانون المدني على أنه "عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الأخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر"، وجاء في نص المادة 2 من قانون العمل الأردني أن "عقد العمل اتفاق شفهي أو كتابي صريح أو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته مقابل أجر، ويكون عقد العمل لمدة محدودة أو غير محدودة أو لعمل معين أو غير معين"[1].

باستقراء هذه التعريفات نستخلص أن عقد العمل يحكم العلاقة بين العامل ورب العمل، إذ يتعهد الأول بأداء العمل مقابل تعهد الثاني بأداء المقابل، أي الأجرة، وينفذ العمل تحت إشراف وإدارة صاحب العمل، وذلك خلال مدة محددة أو غير محددة. وإذا كان هذا هو تعريف عقد العمل في القانون المقارن، فما هو موقف المشرع الجزائري منه؟

ب- تعريف عقد العمل في القانون الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري عقد العمل[2] شأنه شأن المشرع الفرنسي، إذ اعتبره مجرد أداة شكلية لإبرام علاقة العمل التي لا تخضع فقط لإدارة الأطراف، وإنما لكافة القوانين والنظم المعمول بها[3]، وقد نصت المادة 8 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل[4]، "أن علاقة العمل تنشأ بعقد مكتوب أو غير مكتوب، وتقوم العلاقة على أية حال بمجرد العمل لحساب مستخدم ما، وتنشأ عنها كافة الحقوق والالتزامات المحددة في القوانين والنظم والاتفاقات الجماعية". وبهذا أولى المشرع الجزائري اهتمامه للجانب الموضوعي والتنظيمي لعلاقة العمل دون اهتمامه بجانبها الشكلي[5].

واستنادا إلى الروابط الشخصية القائمة عند استخدام العمال، فقد عرف البعض عقد العمل بأنه "اتفاق يلتزم بموجبه شخص، وهو العامل مقابل مكافأة تسمى أجرا بممارسة نشاط لصالح وتحت تبعية شخص أخر يسمى المستخدم"[6]، في حين عرفه البعض الأخر بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه العامل

---

(1)- المصاورة هيثم حامد، المنتقي في شرح قانون العمل (دراسة مقارنة بالقانون المدني)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص89.

(2)- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002، ص17. القريشي جلال مصطفى، المرجع السابق، ص79.

(3)- أحمية سليمان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- قانون رقم 90- 11 مؤرخ في 1990/04/21 متعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17، مؤرخة في 1990/04/25.

(5)- أحمية سليمان، المرجع نفسه، ص18.

(6)- بلولة الطيب، بلولة.ح جمال، انقطاع علاقة العمل، ترجمة إلى العربية بن بوزة محمد، منشورات بيرتي، الجزائر، 2007، ص26.

بالعمل لصالح صاحب العمل أو المستخدم تحت إشرافه وتوجيهه مقابل أجر محدد، ولمدة محددة أو غير محددة"، ويعتبر أنه التعريف الأكثر شمولية، إذ يستغرق كافة خصائص عقد العمل ويحدد عناصره وهي: العمل، الأجر، التبعية والزمن[1]. والتي إن اجتمعت في عقد آخر وصف بأنه عقد عمل.

ج- عناصر عقد العمل

هي عناصر تكون ذاتية عقد العمل، وتميزه عن بقية العقود الواردة على العمل، وتساعدنا على المقارنة لاستخلاص مدى صحة تكييف العقد الطبي بأنه عقد عمل، وهي:

1- عنصر العمل: يعد العمل الذي يؤديه العامل لصاحب العمل عنصر أساسي في العقد الذي يربطهما، فهو محل التزام العامل، وسبب التزام صاحب العمل[2]. فلا يقوم العقد دون أن يتضمن جهدا أو نشاطا إنسانيا يقوم به العامل[3]، والذي يمكن أن يتخذ شكل النشاط الفكري أو البدني أو الفني[4]، يقوم به العامل بصفة شخصية وفقا لتوجيهات وأوامر صاحب العمل[5].

2- عنصر الأجر: يقصد بالأجر المقابل الذي يتقاضاه العامل لقاء العمل الذي يؤديه لصالح صاحب العمل[6]، فهو إذن كما أسلفنا سبب التزام العامل ومحل التزام رب العمل[7]. فلا يقوم عقد العمل من دون أجر، بغض النظر عن نوعيته، مقداره، وطريقة حسابه أو دفعه[8]. فعقد العمل من عقود المعاوضة، فلا ينشأ أصلا متى تعهد شخص بالقيام بالعمل مجانا من دون مقابل، بل نكون بصدد خدمة مجانية وليس عقد عمل[9].

3- عنصر التبعية: يقصد بالتبعية سلطة صاحب العمل في الرقابة والإشراف وتوجيه العامل في أدائه للعمل والانصياع لأوامره وتعليماته[10]، فلا يقوم عقد العمل إلا بتراضي الطرفين على قيام العامل بالعمل تحت سلطة وإشراف صاحب العمل، فمتى استبعد هذا العنصر ترتب عنه عدم وجود

---

(1)- هدفي بشير، المرجع السابق، ص52.
(2)- هدفي بشير، المرجع نفسه، ص53.
(3)- المصاورة هيثم حامد، المرجع السابق، ص92.
(4)- هدفي بشير، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(5)- أحمية سليمان، المرجع السابق، ص20. هدفي بشير، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(6)- هيثم حامد المصاورة، المرجع نفسه، ص93.
(7)- أحمية سليمان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. هدفي بشير، المرجع نفسه، ص54.
(8)- هيثم حامد المصاورة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(9)- هيثم حامد المصاورة، المرجع نفسه، ص94.
(10)- هدفي بشير، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

عقد عمل[1]. فتبعية العامل لصاحب العمل التي يصطلح عليها بالتبعية القانونية قد تتخذ صورتان:

-تبعية فنية، عندما يمتلك صاحب العمل الدراية الفنية لتوجيه العمل، وتحديد طريقة أدائه، وبالتالي يهيمن على أداء العامل ويراقب كافة مراحل انجاز العمل[2].

-تبعية تنظيمية وإدارية، وهي حق صاحب العمل في الرقابة والإشراف وتوزيع ساعات العمل والتنظيم الفني له، وفرض قواعد الأمن وسلطة التأديب[3].

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[4].

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

4- عنصر المدة: يقصد منها المدة الزمنية التي يضع فيها العامل نشاطه وخبرته وجهده في خدمة صاحب العمل وإدارته. وتتحدد المدة باتفاق أطراف العقد أو عن طريق القانون، ويرى البعض أن هذا التحديد لا يؤثر على وضعية العامل، باعتبار أنه على العموم تترتب في كلتا الحالتين نفس الحقوق والواجبات المهنية[7].

وإن كانت أهمية المدة نسبيه مقارنة بالعناصر الأخرى، لكن قد تساعد على تمييز عقد العمل عن المقاولة والوكالة، وتحديد بعض الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد العمل[8]، هذا بالإضافة إلى أن تنفيذ العمل بالتتابع يخرجه من نطاق تطبيق الأثر الرجعي في حالة الفسخ، كما يجوز إيقافه حال

---

(1)- هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص94.

(2)- هيثم حامد المصاورة، المرجع نفسه، ص95.

(3)- هدفي بشير، المرجع السابق، ص54.

(4)- القريشي جلال مصطفى، المرجع السابق، ص118.

(5)- عمران السيد محمد السيد، المرجع السابق، ص16.

(6)- هيثم حامد المصاورة، المرجع نفسه، ص96.

(7)- أحمية سليمان، المرجع السابق، ص35. هيثم حامد المصاورة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. القريشي جلال مصطفى، المرجع نفسه، ص110.

(8)- هدفي بشير، المرجع نفسه، ص55.

القوة القاهرة أو مرض العامل أو في حالات الإضراب مثلا[1].

فإذا كانت هذه هي عناصر عقد العمل، فهل ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه القائل بأن العقد الطبي هو عقد عمل قد أصابوا في تكيفهم؟

الفرع الثاني: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل ومبرراتها

يلتزم الطبيب بموجب العقد الطبي بأداء العلاج مقابل التزام المريض بدفع الأجرة أو أتعاب الطبيب، فيشترك كل من العقد الطبي وعقد العمل في عنصرين أساسيين هما العمل والأجرة، مما جعل جانب من الفقه يعتبر العقد الطبي عقد عمل، وهذا من منطلق تجاوز النقد الموجه لنظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، والتي ثبت قصورها. فمن ذهب إذن إلى اعتبار العقد الطبي عقد عمل؟ وما هي المبررات التي صاغها أصحاب هذا الرأي لدعم تكييفهم هذا؟

أولا: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل

يرى بعض الفقه، منهم الفقيه الفرنسي مازو[2]، وكذا بعض القضاء منه محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 1939/08/21[3]، أن العقد الطبي عقد عمل، أو عقد إجارة الخدمة أو إجارة الأشخاص[4]، إذ يعتبرون أن العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة عقدية يحكمها عقد إيجار الأشخاص، حيث يلتزم المريض بأداء الأجر للطبيب مقابل التزام الطبيب بتقديم العلاج[5].

فيتعهد الطبيب بالعمل لخدمة المريض وتحت إشرافه وإدارته[6]، وإن كان الطبيب لا يخضع في أدائه لعمله من الناحية الفنية لأية رقابة. ويرون أن هناك نوع من التبعية بين المريض والطبيب شبيهة بتبعية الطبيب الذي يعمل في المستشفى[7]، أو كان يعمل كطبيب خاص لأحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين[8].

---

(1)- القريشي جلال مصطفى، المرجع السابق، ص110.
(2)- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص66.
(3)- مشار إليه من طرف: حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص45.
(4)- الحسيني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص101.
(5)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص222.
(6)- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(7)- سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(8)- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

فالعقد الطبي عقد عمل، إذ لا وجود لأي فرق بين من يمارس عمل يدوي والطبيب الذي يمارس عمل فكري، فكلاهما يتعاقدان على القيام بعمل مقابل أجر[1]، وما يميز عقد العمل عن باقي العقود الأخرى أن أحد أطراف العلاقة العقدية يعمل في خدمة الطرف الآخر وتحت إشرافه[2].

وقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا التكييف، إذ جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1939/08/21 أنه "يمكن للطبيب أن يلتزم بأداء خدماته طيلة حياته لشخص معين وكذا لأفراد أسرته من غير أن يعتبر هذا العقد باطلا لقيامه على سبب غير مشروع"[3]. وعليه فالنشاط الطبي يصلح أن يكون محلا لعقود العمل وفقا لهذا الاتجاه، والذي يجد أساسه في المبررات التالية.

ثانيا: مبررات نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل

استند أصحاب نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل على عدة مبررات وهي:

أ- عمل الطبيب يكون مقابل أجر:

يلتزم الطبيب بموجب العقد الطبي بتقديم الخدمة أو العمل المتمثل في بذل العناية اللازمة من أجل شفاء المريض مقابل أجر معلوم[4]. فلا فرق بين الأعمال الفكرية التي يعتمد عليها الطبيب في أداء نشاطه ومن يمارس الأعمال اليدوية[5]، إذ أن العلاج الطبي عمل مادي لا ينفي ماديته أن يكون عملا عقليا[6]، فهو يقدم جهود إنسانية وشخصية تصلح أن تكون محلا لالتزام الطبيب بموجب عقد عمل يربطه بالمريض.

وكما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 1939/08/21 السالف الذكر، فعنصر العمل متوفر في العقد الطبي، بالإضافة إلى أن الطبيب يلتزم بأدائه مقابل أجر[7]، فيعد الأجر عنصر مشترك في كل من العقد الطبي وعقد العمل[8].

ب- ارتباط الطبيب بعلاقة التبعية:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تطور الحياة الصناعية والاجتماعية أدى إلى لجوء أرباب العمل إلى

---

(1)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص45.
(2)- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص66.
(3)- قرار مشار إليه من طرف: حروزي عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(4)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18.
(5)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(6)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(7)- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
(8)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

التعاقد مع الأطباء لعلاج عمالهم[1]. فمن المؤكد أنه حين قيام الطبيب بعلاج عمال المصنع أو المنشأة بموجب الاتفاق مع صاحبها وخضوعه تنظيميا لنظامها، أن العلاقة الناشئة بينهما عقد عمل لتوافر عنصر التبعية القانونية بالرغم من استقلال الطبيب في ممارسة مهامه من الناحية الفنية[2]، ويأخذ العقد الذي يبرمه الطبيب وصف عقد العمل إذا كان الطبيب يعمل في مستشفى أو يعمل كطبيب خاص متى كان يؤدي عمله في خدمة الطرف الآخر وتحت إشرافه وإدارته[3].

فبوجود علاقة التبعية التنظيمية والإدارية بين الطبيب ومستخدمه، بغض النظر عن استقلالية الطبيب من الناحية الفنية، يكون من الجائز تكييف العلاقة التي تربط الطبيب بالمنشأة أو المستشفى الخاص بأنها علاقة عمل[4].

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه بوجود التزام يقع على عاتق الطبيب بتخصيص وقت محدد لتقديم خدماته للمؤسسة التي يتعاقد معها، وأن يؤدي عمله على وجه معين[5]، فالمؤسسة هي التي تنظم أوقات عمل الطبيب وأوقات راحته بمراعاة الأنظمة التي تحكم وتنظم علاقات العمل.

فإذا كان الفقه قد شبه العلاقة بين الطبيب والمريض قياسا على علاقة الطبيب بالمستشفى[6]، بأنها علاقة عمل، وأن العقد الطبي يشترك مع عقد العمل في عنصري العمل والأجرة، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد من جوانب عدة بالخصوص من جانب غياب عنصر التبعية التنظيمية والإدارية كما سنرى.

الفرع الثالث: نقد نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل

قدمنا أن عقد العمل اتفاق يلتزم به أحد الأشخاص بالعمل لحساب شخص آخر، وهو صاحب العمل، تحت إشرافه وإدارته وتوجيهه خلال مدة زمنية لقاء أجر، وعليه فعناصر عقد العمل تكمن في العمل الذي يلتزم العامل بالقيام به، الأجرة، المدة، والتبعية القانونية وهي خضوع العامل لإشراف وإدارة ورقابة صاحب العمل، فالعامل لا يقوم بتنفيذ التزاماته المهنية وفقا لما يقرره هو بنفسه، وإنما

(1)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص45.
(2)- هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص96.
(3)- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص66.
(4)- رايس محمد، المرجع السابق، ص425.
(5)- حروزى عز الدين، المرجع نفسه، ص46.
(6)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص223.

ينفذها وفقا لما يقرره صاحب العمل، وما يضعه من برامج ومواصفات وشروط إدارية وتنظيمية وما يحدده من إجراءات ومراحل[1].

فإذا كان العقد الطبي يتحد مع عقد العمل في محله وهو أداء العمل لحساب شخص آخر، وأن هذا العمل ذو طابع مادي[2]، وأن هذا الالتزام الواقع على الطبيب يستخلص من قرار مارسيه mercier الصادر 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 علاجا يقظا ومتفقا مع الأصول العلمية. . . " [3]، 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 والاستعانة عند الضرورة بالزملاء[4].

إلا أنه يلاحظ وجود فوارق بين العقدين تجعل من طبيعة العقد الطبي القانونية غير متجانسة مع عقد العمل نظرا للاعتبارات التالية:

أولا: العقد الطبي لا يقوم دائما على الاعتبار الشخصي

يقوم عقد العمل على الاعتبار الشخصي من جانب العامل الذي لا يكون إلا شخصا طبيعيا يتعاقد مع صاحب العمل، حيث يلتزم العامل بأداء العمل بصفة شخصية دون الاستعانة بأي شخص أو أشخاص آخرين، إذ أنه في هذه الحالة لا يعتبر عقد عمل[5].

أما العقد الطبي وإن كان يقوم كذلك على الاعتبار الشخصي عندما يختار العميل الطبيب على أساس مؤهلاته والثقة الموضوعة فيه[6]، إلا أن هذا لا يمنع من قيامه دون الاعتداد بالاعتبار الشخصي للطبيب، وذلك عند تعاقد المريض مع المستشفى الخاص دون اختياره للطبيب. إذ قد يملك المنشأة الطبية مثل هذه المستشفيات أصحاب رؤوس الأموال لا علم لهم بالطب[7]، وبالتالي فإن كان

---

(1)- أحمية سليمان، المرجع السابق، ص33.

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18.

(3)- مشار إليه من طرف: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص60.

(4)- أنظر المادة 45 م.أ.ط.ج.

(5)- أحمية سليمان، المرجع نفسه، ص21.

(6)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص67.

(7)- الأودن سمير عبد السميع، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر2004، ص275.

العامل في عقد العمل يكون دائما شخصا طبيعيا، فإنه في العقد الطبي يمكن أن ينشأ العقد بين المريض وشخص اعتباري.

كما أن الطبيب قد يستعين بالمساعدين، وأكثر من ذلك ألزمه القانون بالاستعانة بزملائه عند الضرورة[1]، على خلاف العامل في عقد العمل الملزم بالأداء الشخصي للعمل.

ثانيا: إمكانية تقديم الطبيب للعلاج المجاني

يلتقي العقد الطبي مع عقد العمل باعتبارهما من عقود المعاوضة، إذ يلتزم القائم بالعمل بأدائه، مقابل التزام المستفيد بأداء الأجرة. لكن وإن كان عقد العمل لا يقوم دون وجود الأجرة، فإنه بالنسبة للعقد الطبي قد ثار جدل فقهي حول طبيعة العلاقة بين المريض والطبيب في حالة العلاج بدون أجرة[2]. فمنهم من رأى بوجود عقد تبرعي بينهما[3]، وفي هذه الحالة لا يمكن وصف هذا العقد بأنه عقد عمل الذي لا يقوم دون وجود الأجرة، ويرى جانب آخر أن العقد الطبي لا يقوم أصلا في هذه الحالة إذ نفى الصفة العقدية للخدمات المجانية[4].

ثالثا: استقلالية الطبيب في أداء عمله

يعد عنصر التبعية الفيصل في تكييف أي عقد بأنه عقد عمل، وقد اعتمده المشرع الأردني والمصري في تعريف عقد العمل في قانون العمل والقانون المدني[5]، فهو المعيار القاطع لتميز عقد العمل[6]، عن العقود الأخرى. وعليه فإن العقد الطبي الذي يربط العميل بالطبيب يتميز بمنح الحرية للطبيب واستقلاليته في أداء عمله، فلا يخضع في تنفيذ عمله إلا للأصول الفنية لمهنة الطب وما يمليه ضميره ومبادئ العلم المعاصرة[7].

فعقد العمل يقوم على التبعية، بينما يقوم العقد الطبي على الاستقلالية التامة للطبيب عن المريض[8]، فلا يتلقى الطبيب أثناء أداء مهامه من المريض أي توجيهات، بل بالعكس هو الذي

---

(1)- المادة 45 م.أ.ط.ج.

(2)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص62.

(3)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع السابق، ص106.

(4)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع نفسه، ص105.

(5)- هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص94.

(6)- القريشي جلال مصطفى، المرجع السابق، ص116.

(7)- رايس محمد، المرجع السابق، ص426.

(8)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص46.

يصدر التعليمات في مرحلة العلاج الذي يتلقاه المريض[1].

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.

وقد أكدت مدونة أخلاقيات الطب على استقلالية الطبيب، حيث نصت المادة 10 منها على أنه: "لا يجوز للطبيب أو جراح أسنان أن يتخلى على استقلاليتهما المهنية تحت أي شكل من الأشكال"، كما نصت المادة 11 منها على أن "الطبيب وجراح الأسنان حر في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة لحالة المريض"، وانتفاء علاقة التبعية القانونية سواء التنظيمية أو الإدارية أو الفنية بين المريض والطبيب يترتب عنه تخلف عنصر جوهري لتكييف العقد الطبي بأنه عقد عمل مما ذهب بجانب من الفقه إلى اعتباره عقد مقاولة.

المطلب الثالث: اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة

بعد ما تبين أن محل العقد لا ينصب على التصرفات القانونية بل على أعمال مادية، وغياب عنصر التبعية بين المريض والطبيب، الشيء الذي لا يستقيم معه تكييف هذا العقد القائم بينهما بأنه عقد عمل أو وكالة، ذهب اتجاه آخر، وتجاوزا لقصور النظريات السابقة، إلى اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة على أساس وجود تطابق بين العقدين في عناصرهما، ولأجل تدعيم رأيهم صاغوا عدة مبررات، لكن لم يسلم منحاهم هذا من النقد.

وللإحاطة بهذه النظرية من مختلف جوانبها، نرى أنه لابد من التعرض لتعريف عقد المقاولة وإبراز عناصره (فرع أول)، ثم عرض مضمونها والأسانيد التي اعتمد عليها أصحابها لتدعيم رأيهم هذا (فرع ثاني)، ثم نخلص إلى تقديرها بالتركيز على أهم الانتقادات الموجهة لها (فرع ثالث).

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة وبيان عناصره

قبل إبراز مواقف الاتجاه المؤيد والمعارض لاعتبار العقد الطبي عقد مقاولة، وتقديم حجج كل فريق، نحاول أولا تعريف عقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المقارن والقانون المدني الجزائري، والتي على أساسها نستنتج عناصر المقاولة وخصائص كل عنصر، وهذا للتمكن من المقارنة بينها

(1)- أحمد حسن عباس الحيارى، المرجع السابق، ص67.

وبين عناصر العقد الطبي واستخلاص مدى توفيق الفقه في تبريره لنظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة.

أولا: تعريف عقد المقاولة

جاء في نص المادة 1710 للقانون المدني الفرنسي أن إجارة الصناعة "louage d'ouvrage"[1] عقد يتعهد بموجبه أحد الأطراف القيام بشيء للطرف الآخر مقابل أجر متفق عليه بينهما.

« le louage d'ouvrage est un contrat par lequel une partie s'engage à faire quelque chose pour l'autre moyennant un prix convenu entre elles »[2].

وعرف التقنين المدني المصري عقد المقاولة بموجب المادة 646 منه، إذ جاء فيها "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[3].

أما المشرع الجزائري فعرفه في المادة 549 من القانون المدني بنصها العربي بنفس العبارات الواردة في المادة 646 من التقنين المدني المصري إذ جاء فيها "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر".

غير أن الصيغة الفرنسية لهذا النص قد ورد فيها أن "عقد المقاولة هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا لقاء أجر يتعهد بدفعه المتعاقد الآخر".

« Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel l'une des partie s'oblige à exécuter un ouvrage ou à accomplir un travail moyennant une rémunération que l'autre partie s'engage à lui payer »

ويرى البعض أن استعمال مصطلح عقد المقاولة في النص الفرنسي أصوب[4]، وهو في نظرنا ما يتوافق مع عنوان الفصل الأول من الباب التاسع من القانون المدني المتضمن العقود الواردة على

---

(1)- النجار إبراهيم، بدوي أحمد زكي، شلالا يوسف، القاموس القانوني، فرنسي-عربي، ط6، مكتبة لبنان، لبنان، 1998، ص185.

(2)-Benabent Alain, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux, 8eme édition, Montchrestien, France, 2008, p 327.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، ص5.

(4)- ولد رابح صافية، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006- 2007، ص14.

العمل، والذي استعمل فيه المشرع مصطلح عقد المقاولة، وفي المقابل استعمل مصطلح المقاولة في نص المادة 2 من القانون التجاري للدلالة على المشروع[1].

ومهما يكن فقد خلص الفقه من خلال تعريف المشرع لعقد المقاولة، أنه يتميز بمجموعة من الخصائص[2]، فهو من العقود الرضائية، إذ لا يستلزم انعقاده شكل معين، وأنه من عقود المعاوضة إذ يلتزم المقاول بأداء العمل ويلتزم رب العمل بالأجرة. مع ملاحظة أن النص الفرنسي من المادة 549 من القانون المدني الجزائري قد ورد فيها التزام رب العمل بدفع الأجرة، والدفع في نظرنا لا يكون إلا بالنقود، وهذا ما يخالف ما جاءت به الصيغة العربية التي لم تبين طبيعة المقابل أو الأجرة.

كما أن التراضي في عقد المقاولة يقع على الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب القيام به من المقاول، والأجر الذي يلتزم به رب العمل، وهي العناصر التي يقوم عليها هذا العقد، إلى جانب عنصر استقلالية رب العمل في أداء العمل الذي التزم به.

ولأجل إبراز العناصر المميزة لهذا العقد وتمييزه عن العقود المشابهة له، فقد عرفه البعض بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه شخص مقابل أجر بأداء عمل معين لشخص آخر مقابل أجر دون تمثيله وبصفة مستقلة[3].

ثانيا: **عناصر عقد المقاولة**

من خلال التعاريف السابقة نستخلص أن عناصر المقاولة هي:

أ- عنصر العمل:

عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل، وهو الالتزام الذي يقع على المقاول[4]، بأدائه لعمل لحساب شخص أخر مقابل أجر[5].

---

(1)- ولد رابح صافية، المرجع السابق، ص15.

(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص6.

(3)-« Le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne s'oblige contre rémunération à exécuter pour l'autre partie un travail déterminé ،sans la représenter et de façon indépendante »Benabent Alain, Op cit, p 327.

(4)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص7.

Benabent Alain, Op cit, p 333.

(5)- عمران السيد محمد السيد، المرجع السابق، ص211.

ويتميز العمل الذي يؤديه المقاول بأنه يرد على الأعمال المادية[1] دون التصرفات القانونية، وهذا ما يميز عقد المقاولة عن عقد الوكالة[2]، ويشمل كافة الخدمات المقدمة من أصحاب الحرف والمهن الحرة[3]، أي كافة الأعمال اليدوية والأعمال الفكرية[4].

كما أن المقاول يلتزم بتحقيق نتيجة، وهي العمل الذي تعهد به لصاحب العمل[5]، فلا يلزم رب العمل بأداء المقابل إليه إذا لم يتوصل إلى النتيجة المتفق عليها[6]. كما أن المقاول ملزم بأداء العمل ولا يمكن له التحلل منه، إذ أن عقد المقاولة من العقود اللازمة في الأصل[7]، فلا يمكن للأطراف التحلل منه إلا للأسباب التي يقررها القانون[8].

ويتميز عقد المقاولة بأنه يمكّن المقاول من أن يوكل تنفيذ العمل إلى مقاول أخر عن طريق المقاولة الفرعية أو المقاولة من الباطن[9]، ما لم يمنعه شرط في العقد أو كانت طبيعة العمل تستلزم أن ينفذه شخصيا، فالمقاول يلتزم بتقديم العمل فقط، دون أن يلتزم بتنفيذه شخصيا[10]. كما أن المقاولة لا تنقضي بموت رب العمل أو بموت المقاول إلا إذا كانت شخصيتهما محل اعتبار[11].

وهذا وإن كان المقاول يلتزم بأداء العمل لصالح صاحب العمل فهو لا يمثله ولا ينوب عنه[12]، لذا فتصرفات المقاول لا تنصرف أثارها إلى رب العمل ولا تلزمه في الأصل[13].

ب- عنصر الاستقلالية:

يتميز عقد المقاولة باستقلالية المقاول عن رب العمل[14]، إذ لا وجود للتبعية القانونية بين

---

(1)- Benabent Alain, Op cit, p 333.

(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص7.

(3)- Benabent Alain, Op cit, p 327.

(4)- Ibid, p 341.

(5)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص67. هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص100.

(6)- القريشي جلال مصطفى، المرجع السابق، ص141.

(7)- دياب أسعد، المرجع السابق، ص334. السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص16.

(8)- أنظر المادة 566 ق. م. ج.

(9)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص206، وما بعدها. Benabent Alain, Op cit, p357 et suit .

(10)- أحمية سليمان، المرجع السابق، ص72، أنظر المادة 564 من القانون المدني الجزائري.

(11)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص16. أنظر المادة 569 من القانون المدني الجزائري.

(12)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص15. دياب أسعد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. كركبي مروان، المرجع السابق، ص588. Benabent Alain, Op cit, p342.

(13)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. Benabent Alain, Ibid.

(14)- أحمية سليمان، المرجع نفسه، ص76.

المقاول وصاحب العمل، ولا يخضع لإشرافه[1]. فالمقاول يعمل مستقلا وفقا لشروط العقد المبرم مع رب العمل[2]، وعلى هذا الأساس لا تقع على رب العمل المسؤولية باعتباره متبوعا للمقاول[3].

ويرى الفقيه السنهوري أن المقاول يدفع ثمن استقلاله هذا عن رب العمل بأنه لا يتمتع بالمزايا التي تمنح للعامل، والتي هي نتيجة لتبعية العامل لرب العمل[4].

كما يترتب عن الاستقلالية تحمل المقاول وحده لأي ضرر يحدث له بسبب تنفيذه للعمل، فلا شأن لرب العمل في ذلك وذلك باعتباره مضاربا، فهو معرض للكسب والخسارة[5].

ج- عنصر الأجرة:

الأجرة أو المقابل عنصر أساسي لقيام عقد المقاولة، إذ هو عقد معاوضة بطبيعته، فلا وجود لعقد مقاولة مجانية « il n'existe pas de contrat d'entreprise gratuit »[6].

فالمقاولة تكون دائما مأجورة[7]، وإلا كان العقد من عقود التبرع، فلا يعتبر بالتالي مقاولة بل عقد غير مسمى[8].

والأصل أن تكون الأجرة نقودا، لكن قد يكون غير ذلك من الأموال[9]، وإن اعتبر المشرع الجزائري الأجرة عنصر لقيام عقد المقاولة، فلم يحدد طبيعتها لكن استعمل مصطلح الدفع بالنسبة للنسخة الفرنسية لنص المادة 549 من القانون المدني، وكذا حين حدد ميعاد أداء المقابل، بموجب المادة 559 من القانون المدني الجزائري التي ورد فيها أنه "تدفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق خلاف ذلك".

فمن خلال تعريف عقد المقاولة وعناصرها ذهب البعض إلى اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة، دون أن يسلم هذا الرأي من النقد مثله مثل الآراء الأخرى.

---

(1)- هيثم حامد المصاورة، المرجع السابق، ص100.

(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص11.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص15.

(4)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص12.

(5)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص15. أحمية سليمان، المرجع السابق، ص73.

(6)-Benabent Alain, Op cit, p 348.

(7)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص14.

(8)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص59.

(9)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص60.

Benabent Alain, Ibid, p 349.

الفرع الثاني: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة ومبرراتها

أشرنا أن منطلق أصحاب الرأي القائل بأن العقد الطبي عقد مقاولة هو قصور نظريتي اعتباره عقد عمل أو عقد وكالة، وعلى أساس النقد الموجه للنظريتين ومحاولة تفاديه[1]، وبتحليل عناصر العقد الطبي ومقارنتها بعناصر عقد المقاولة استنتج البعض أنه من نفس الطبيعة القانونية، فما هو مضمون هذه النظرية؟ وما هي مبرراتها؟

أولا: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة

العقد الطبي عقد يتعهد بمقتضاه الطبيب قبل المريض بأداء عمل وهو العلاج لقاء أجر[2]، أو اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم.

وبناء على هذا التعريف الفقهي للعقد الطبي، والتعريف القانوني لعقد المقاولة الذي ورد فيه النص، ذهب البعض إلى القول أن العقدان يشتركان في عنصران أساسيان، وهما العمل والأجرة، وبالتالي يتوفر في الاتفاق بين الطبيب والمريض مقومات عقد المقاولة[3].

على هذا الأساس ذهب الكثير من الشراح والقضاة معا إلى القول بأن التعريف القانوني لعقد المقاولة ينطبق على العقد الطبي[4]، حيث يلتزم الطبيب بالقيام بعمل معين وهو العلاج أو التطبيب لصالح العميل، في حين يلتزم هذا الأخير بأن يدفع له مقابل ذلك أتعابا أو أجرا مع بقاء الطبيب مستقلا في أدائه لعمله، وهو العلاج، إذ له حرية واسعة في اختيار سبله دون أن يخضع لأية تبعية للمريض[5].

كما أن الطبيب يلتزم بالقيام بعمل مادي مثله مثل المقاول، دون أن تنفي ماديته كونه عملا عقليا، فهو على كل حال ليس تصرفا قانونيا[6]. وبذلك يكون هذا الاتجاه قد تفادى الانتقادات الموجهة لأصحاب الاتجاه القائل باعتبار العقد الطبي عقد عمل على أساس انتفاء عنصر التبعية بين المريض والطبيب الذي بدونه لا يقوم عقد العمل، وكذا كون محل العقد الطبي أعمال مادية وليست تصرفات قانونية، فلا يمكن بالتالي أن يوصف بأنه عقد وكالة.

---

(1)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص224. حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص47.

(2)- سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18.

(4)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- رايس محمد، المرجع السابق، ص419. حروزي عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وقد اعتنق هذا الاتجاه الفقيه جوسران الذي قرر أنه "لا يوجد أدنى شك أن ما يوجد بين المريض والطبيب هو عقد مقاولة " وهو ما ذهب اليه أيضا الفقهاء برتون ويسرف، بيدان بلانيول، بودري، كولان وكابتان[1].

أما في الفقه العربي فاعتنق هذا التكييف الأستاذ السنهوري الذي خلص إلى أن العقد الطبي عقد مقاولة في الغالب. وهو الرأي الذي ذهب إليه فقهاء آخرين منهم محمد كامل مرسي، أكثم أمين الخولي، محمد لبيب شنب[2]، قاسم ثروت، وزهدي يكن[3].

واعتنقت بعض المحاكم هذه النظرية، إذ جاء في حكم محكمة مصر المختلطة الصادر بتاريخ 05-05- 1937 "أن تعهد الطبيب قبل المريض هو من قبيل عقد الاستصناع، ومن ثم فهو يخول للمريض حق الفسخ الانفرادي مع حفظ حق الطبيب في التعويض، لا عما فاته من ربح، بل عما تكلفه في العمل الذي أوقف"[4].

وإن كنا نجهل حيثيات هذا الحكم التي لم يتسنى لنا الاطلاع عليها لمعرفة مرجع هذه المحكمة في تكييف العقد الطبي بأنه مقاولة وأسانيدها، إلا أن الفقه قدم عدة مبررات لتدعيم هذا الرأي والتي نفصلها في العنصر الموالي.

ثانيا: مبررات نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة

تدعيما لعرضنا لفحوى نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة نقدم أهم المبررات التي استند إليها أنصارها، وهي:

إن العقد الطبي مثله مثل المقاولة اتفاق بين الطبيب والمريض بأداء عمل هو العلاج لقاء أجر[5]. ويعد عمل الطبيب عمل مادي[6]، وهذا بالرغم من أنه ذو طابع فكري، فهذا لا يسقط عنه طابعه المادي كما أسلفنا.

---

(1)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص47. السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص20 هـ 2.

(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، الهامش نفسه.

(3)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص48، هـ 2.

(4)- مشار إليه من طرف: حروزي عزالدين، المرجع نفسه، ص48، هـ 3. رايس محمد، المرجع السابق، ص420، هـ 1.

(5)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص224.

(6)- كركبي مروان، المرجع السابق، ص588.

أن الطبيب الذي يرتبط بالعقد الطبي بالعميل يعمل مستقلا، فلا يتلقى أية توجيهات من المريض ولا يخضع لإشرافه أو توجيهه[1]، فلا وجود للتبعية[2] سواء الفنية، التنظيمية أوالإدارية بين الطرفين.

أن الطبيب لا ينوب عن المريض ولا يمثله ويمارس مهنته باسمه الشخصي أو باسم المستشفى الذي يعمل فيه، إذ من غير الممكن أن ينوب الطبيب عن المريض الذي يجهل أصول فن الطب[3].

وفي معرض تبريره لهذا التكييف، ذهب الأستاذ السنهوري إلى أن العقد الطبي عقد مقاولة لكنه يتميز عن المقاولات الأخرى بخصائص يرى أنها لا تتعارض مع طبيعة عقد المقاولة حتى يخرج هذا العقد من نطاقها[4]، وإن كان قد أقر أن هذه الخصائص هي التي جعلت بعض الفقهاء ينكرون صفة المقاولة عن العقد الطبي واعتباره عقد غير مسمى، وهو الرأي الذي ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية[5].

هذه الخصائص التي على أساسها انتقد هذا الرأي جعلت البعض يقول بوجود التناقض بين العقد الطبي[6]وعقد المقاولة، وهي الاعتراضات التي نوجزها بعرض النقد الموجه لهذه النظرية.

الفرع الثالث: نقد نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة

إذا كان أصحاب هذه النظرية قد وفقوا إلى حد بعيد في تبرير تكييفهم للعقد الطبي بأنه عقد مقاولة سواء من حيث طبيعة العمل، أو العوض، أو استقلالية الطبيب، إلا أنه وجهت لهم انتقادات من الجوانب التالية:

أولا: التزام الطبيب في العقد الطبي ببذل العناية وليس تحقيق النتيجة

إن طبيعة الالتزام في عقد المقاولة هو تحقيق النتيجة، وذلك بصنع الشيء أو القيام بالعمل المتفق عليه[7]، في حين أن التزام الطبيب بموجب العقد الطبي هو التزام ببذل العناية، ولا يلتزم

---

(1)- رايس محمد، المرجع السابق، ص419.

(2)- القريشي جلال مصطفى، المرجع السابق، ص150.

(3)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص65.

(4)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص19.

(5)- نقض فرنسي 13 جويلية 1937، مشار إليه من طرف: السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع نفسه، ص68.

(7)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص420. السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص18.

بتحقيق الغاية من العلاج وهو الشفاء[1].

فيما عدا الحالات الاستثنائية التي يلتزم فيها الطبيب بالتزام محدد بتحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة المريض[2]، فالطبيب يلتزم فقط بالوسيلة دون التزامه بالنتيجة النهائية، وهي الشفاء[3]. فالطبيب يقع عليه التزام ببذل كامل العناية بالحرص، والتبصير، واليقظة، ويتبع في ذلك مسلك الرجل العادي في مهنته، أي يتصرف كالطبيب الذي يماثله في تخصصه وخبرته، فإن وقع ضرر للمريض فما على هذا الأخير إلا إثبات خطأ المسؤول، المتمثل في انحراف الطبيب عن المسلك المعتاد، وليس إثبات عدم تحقيق نتيجة معينة[4].

وذهب الفقه الإسلامي أيضا إلى اعتبار التزام الطبيب هو بذل عناية وليس تحقيق نتيجة، حيث لا يلتزم الطبيب لا بشفاء المريض ولا بضمان سلامته من مخاطر العلاج، نظرا للطبيعة الاحتمالية للتدخل الطبي. وتقوم مسؤولية الطبيب إذ لم يلتزم بعناية الرجل المعتاد في نفس الظروف[5].

فالمقاول إذن يلتزم بتحقيق النتيجة المرجوة كإتمام البناء وتسليمه لرب العمل[6]، بينما يلتزم الطبيب بإجراء عملية جراحية التي قد تنجح وقد لا تنجح، وعدم نجاح العملية لا يترتب عنه قيام مسؤولية الجراح ما دام بذل في إجرائها عناية الطبيب المعتاد في نفس ظروفه العادية[7].

وقد خلص بعض الفقه إلى أن طبيعة العقد تأبى اعتبار الطبيب مسئولا عن أية نتيجة، عكس مسؤولية المقاول التي أساسها الإخلال بالتزامه بالنتيجة[8].

كما يستشف طبيعة التزام الطبيب من قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير الصادر في قضية السيدة mercier الذي جاء فيه أنه ينشأ بين الطبيب والمريض عقد حقيقي يلتزم فيه الطبيب إن لم

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18. الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص67. سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص225.

(2)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص77.

(3)- الحسيني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص102.

(4)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع نفسه، ص78.

(5)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص50.

(6)- السرحان عدنان إبراهيم، نوري حامد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص302.

(7)- السرحان عدنان إبراهيم، نوري حامد خاطر، المرجع نفسه، ص303.

(8)- رايس محمد، المرجع السابق، ص420.

يكن بداهة بشفاء المريض، فعلى الأقل إعطائه علاجا يقضا حذرا ومتفقا مع الأصول العلمية[1].

وقد أكد المشرع الجزائري على أن التزام الطبيب بضمان تقديم العلاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لأصول العلم الحديثة، وذلك بمجرد موافقته على أي طلب معالجة، أي بمجرد قيام العقد الطبي[2]، وألزمه القانون بالسهر على حماية صحة السكان وتقديم العلاج الطبي الملائم لهم[3]، دون إلزامه بتحقيق الغاية من ذلك وهي الشفاء.

ثانيا: العقد الطبي يقوم في الأصل على الاعتبار الشخصي

إذا كان عقد المقاولة يلزم المقاول بالنتيجة وهو القيام بالعمل أو صنع الشيء محل الاتفاق، فلهذا الأخير حق الاستعانة بأشخاص آخرين سواء كانوا أجراء، أو مقاولين من الباطن ما لم تمنعه شروط العقد من ذلك[4]، كما أن عقد المقاولة يكون ملزم للورثة ما لم يكن فيه الالتزام شخصي.

في حين أن العقد الطبي يقوم على الثقة بين المريض والطبيب، فالأصل فيه هو الاعتبار الشخصي[5]، إذ يلتزم الطبيب بتقديم العلاج بنفسه في الأصل وينقضي العقد في هذه الحالة بموت الطبيب[6]، أو موت المريض[7].

ثالثا: العقد الطبي غير لازم لأطرافه

إذا كان عقد المقاولة عقد لازم كما أسلفنا، فإن العقد الطبي يتميز بأنه قابل للفسخ إذ أنه مبني على الثقة، فيمكن للطبيب الامتناع عن مواصلة العلاج ولا يمكن إكراهه على ذلك[8]. هذا ما ذهبت إليه مدونة أخلاقيات الطب الجزائرية، إذ أجازت للطبيب التحرر من مهمته شرط ضمان مواصلة

---

(1)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص60.

(2)- المادة 45 م.أ.ط.ج.

(3)- أنظر المادة 195 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 08 مؤرخ في 1985/02/17.

(4)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص68.

(5)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع نفسه، ص67.

(6)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18. الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(7)- رايس محمد، المرجع السابق، ص421.

(8)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص19.

العلاج[1]، فلا يمكن إجبار الطبيب قضائيا على التنفيذ العيني، وهذا ما يعد ممكن بالنسبة للمقاول في عقد المقاولة[2].

كما يمكن للمريض الذي فقد ثقته بالطبيب، بسبب أو دون سبب فك الرابطة العقدية دون أن يقع عليه التزام بتعويض الطبيب على ما فاته من كسب[3]، بل يلتزم فقط بأداء مقابل الرعاية التي تلقاها من الطبيب[4]، أي جميع ما أنفقه من مصروفات وما قام به من العلاج[5]. وقد كرس المشرع حق المريض في اختيار الطبيب ومغادرته في أي وقت، وفرض على الطبيب واجب احترام هذا الحق[6].

ومن جانب أخر فإن كان لرب العمل في عقد المقاولة حال تقاعس المقاول عن تنفيذ ما تعهد به أن يطلب من القضاء إذن لإنجاز العمل على نفقة المقاول، فالمريض لا يستطيع ذلك بموجب العقد الطبي بل له الحرية أن يذهب إلى طبيب آخر يختاره، وله أن يرجع على الطبيب الأول بدعوى التعويض عن الضرر الذي لحقه دون إجباره على تقديم العلاج[7].

يتضح مما سبق أن العقد الطبي وإن كان يتحد مع عقد المقاولة في بعض عناصرها وهو الالتزام بالعمل والأجر، لكن ذلك لم يعد كافيا في ذاته[8]، إذ أن خصائص العقد الطبي حالت دون تكييفه بأنه عقد المقاولة، فبينما يقوم الأول على اعتبارات إنسانية وأخلاقية، يقوم الثاني على الاعتبارات المادية[9]، فهذه الخصائص حملت بعض الفقه إلى إنكار صفة المقاولة لهذا العقد وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، إذ اعتبرته عقد غير مسمى[10].

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 في المبحث الموالي.

---

(1)- المادة 50 م.أ.ط.ج.

(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص49.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص20.

(4)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص48.

(5)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(6)- المادة 42 م.أ.ط.ج.

(7)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. رايس محمد، المرجع السابق، ص421.

(8)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص224.

(9)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص49.

(10)- نقض فرنسي 13 جويلية 1937، مشار إليه من طرف: السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص19.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة للعقد الطبي

بعدما تبين قصور النظريات 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 وخصها بأحكام خاصة بها مستقلة عن الأحكام العامة التي تنظم العقد، وهذا نظرا لشيوعها وما تتميز به من خصائص ومميزات ذاتية استدعت من المشرع سن قواعد تفصيلية خاصة بها.

فالعقد الطبي وإن كان لا يقل أهمية عن العقود السابقة، إلا أن المشرع الجزائري إلى حد الساعة لم يوليه الأهمية الكافية، إذ لم يخصه بتنظيم قانوني مستقل عن الشريعة العامة، رغم أنه يتعلق بالعلاقة بين الطبيب والمريض التي محلها المحافظة على كيان الإنسان وصحته، التي هي من حقوق الإنسان الأساسية.

فالعقد الطبي الذي يلتزم الطبيب بموجبه بعلاج المريض والكشف عنه مقابل أجر، يتميز بمجموعة من الخصائص الذاتية (مطلب أول)، التي تدعم ما ذهب إليه الفقه من استبعاد هذا العقد من طائفة العقود المسماة ومقاومة محاولات تكييفه، إلى جانب كونه يرد على جسم الإنسان فلا يجوز أن يكون محلا للمعاملات التجارية، جعلته عقد مدني غير مسمى (مطلب ثاني)، كما أن أهمية هذا العقد وشيوعه تستدعي من المشرع الاهتمام به وتنظيمية بذكر ما نعتقد أنه من الأسباب التي حالت دون تسميته ثم ما يجعل من اللزوم أن ينفرد بتنظيم قانوني خاص به (مطلب ثالث).

المطلب الأول: 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 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 والارتقاء بها إلى مصاف الشرف والعلو الذي يليق بها[2].

في ظل هذه الأحكام وما ذهب إليه القضاء من تفسير، استخلص الفقه أن لهذا العقد مجموعة

(1)- رايس محمد، المرجع السابق، ص77.

(2)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص82.

من الخصائص يشترك في بعضها مع العقود الأخرى ويتميز في البعض الآخر عنها، إذ يقوم على توافق إرادتي طرفيه، ويفرض عليهما التزامات متقابلة (فرع أول)، كما يمتد تنفيذه عادة في الزمن (فرع ثاني)، ويكون قابلا للإنهاء باعتبار أن أساسه الثقة (فرع ثالث).

الفرع الأول: العقد الطبي عقد رضائي يقوم على الاعتبار الشخصي

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

أولا: العقد الطبي عقد رضائي

عرف الأستاذ السنهوري العقد الطبي بأنه "اتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم"[1]، 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"[2].

وقد 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 التزامات أطرافه، ويكون له سبب مشروع مثله مثل باقي العقود الأخرى[3]، ويكفي لانعقاده التراضي ولا يستلزم القانون أي شكلية لذلك[4]، كما لا يحول اشتراط المشرع شكلا معينا للتعبير عن الإرادة دون اعتبار العقد رضائيا، مثل اشتراط أن يكون رضاء المتبرع كتابة بالنسبة لعمليات زرع الأعضاء[5].

فالعقد الطبي إذن عقد رضائي ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر[6]، وهذا ما نصت

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18.

(2)- Réné Savatier ،Jean Aubry ،Jean Pequignet ،Traité du droit médical ،Paris ،France ،1956 ،sans cité la page.

مشار إليه من طرف: صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص32.

(3)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص65.

(4)- رايس محمد، المرجع السابق، ص437.

(5)- بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص169.

(6)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيها المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فمتى اختار المريض الطبيب قام بينهما عقد ضمني غير مكتوب، والذي يتم شفاهة بتحديد العمل والأجرة. أما بالنسبة لمواصفات العمل الطبي محل العقد وشروطه فيخضع لأصول وأعراف وقواعد وتقاليد مهنة الطب[1].

لكن إذا كان التراضي كاف لإبرام العقد الطبي، فإن رضا المريض يتميز بخصوصية[2]، إذ يلزم الحصول عليه لانعقاد العقد ولتنفيذه، كما يشترط القانون أن يكون كتابة في بعض الأحوال.

أ- الرضا المزدوج في العقد الطبي:

يستلزم العقد الطبي رضاء المريض لقيامه، والحصول على رضاه عند تنفيذه وبيان ذلك كما يلي.

1- الرضا اللازم لانعقاد العقد الطبي: العقد الطبي مثله مثل العقود الأخرى يلزم لنشأته الحصول على رضا المريض، فهو ركن لقيام العقد. ويرى البعض أن مجرد اختيار المريض لطبيبة واستدعائه لمنزله لعلاجه يعد قبولا متى تطابق مع إيجاب الطبيب، إذ أن الطبيب يعد في إيجاب دائم[3].

فرضا المريض ينشئ عقد يتعهد بموجبه بمد الطبيب بمعلومات صادقة لزيادة فرص نجاح العلاج، إلى جانب دفع الأجرة المستحقة للطبيب[4]، مقابل التزام الطبيب ببذل الجهود الصادقة واليقظة لأجل ذلك، وعلاجه وفقا لأصول المهنة، إلى جانب حصوله على موافقة المريض المسبقة قبل إجراء أي تدخل طبي، وهذا حسب ما قررته محكمة النقض الفرنسية بقرارها المؤرخ في 29 ماي 1951[5]. فاشتراط الموافقة من المريض لتقديم العلاج بعد الرضا الأول بالتعاقد هو الذي يميز العقد الطبي عن غيره من العقود.

---

(1)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص59.

(2)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع نفسه، ص60.

(3)- خليل مجدي حسن، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد1، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2001، ص ص 376- 377.

(4)- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص ص 107- 109.

Leleu Yves Henri et Genicot Gilles, Le droit médical, aspects juridiques de la relation medecin patient,1re édition, de Book Université ,Bruxelles, Belgique, 2001, p 52.

(5) - Cité par: Leleu Yves Henri et Genicot Gilles, Ibid.

2- الرضا اللازم لتقديم العلاج: إذا كان الرضا السابق لازم لتكوين العقد الطبي، إذ يعبر عن الاتفاق بين الطبيب والمريض الذي مضمونه علاج الأول للثاني[1]، فهذا الرضا لا يكفي لتدخل الطبيب، فيجب أن يصدر عن المريض رضا لاحق يقبل بمقتضاه الخضوع لكل عمل طبي سواء كان تشخيصا أو علاجا[2]. والحصول على الموافقة ورضا المريض قبل إجراء أي تدخل طبي التزام يقع على عاتق الطبيب[3]، يتعين تجديده في كل مرحلة من مراحل هذا التدخل، لأنه شرط أساسي لتنفيذ العقد الطبي[4].

فهذا الرضا الخاص هو أساس إباحة التدخل الطبي[5]، وهو المطلوب لمشروعية العمل الطبي حسب ما ذهب إليه الفقهاء، إذ يشترطون أن يكون تدخل الطبيب العلاجي أو الجراحي مبني على إذن المريض أو وليه أو من في حكمه[6].

والعلة في اشتراط هذا الرضا الخاص من المريض هو احترام شخصية الإنسان، فله حق مطلق على جسده، فلا يجوز المساس به دون رغبته أو إرغامه على قبول علاج لم يرتضي به[7]، ولو كان لمصلحته[8]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين قرر بأن يقدم الطبيب العلاج بموافقة المريض أو من يخوله القانون لإعطاء الموافقة[9].

يتضح مما سبق أن رضا المريض بنشأة العقد رضاء أساسي لكن غير كافي، إذ يجب أن يلحقه رضاه لإجراء عمليات التشخيص، ثم رضائه بالعلاج الذي يقترحه الطبيب، وهي لاحقة لانعقاد العقد[10]، مما يجعل هذا الرضا من طابع خاص ومميز عن الرضا في العقود الأخرى، بل أبعد من ذلك يقع على الطبيب التزام بتصبير المريض قبل الحصول عليه.

---

(1)- بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص170.

(2)- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص377.

(3) - Leleu Yves Henri et Genicot Gilles,, Op cit, p 52.

(4)- بوخرص بلعيد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص132.

(6)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص20.

(7)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص53.

(8)- بن عودة حسكر مراد، المرجع نفسه، ص133.

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

(10)- خليل مجدي حسن، المرجع نفسه، ص382.

ب- وجوب صدور رضاء متبصر من المريض:

يعد رضاء المريض حجر الزاوية لإنشاء العقد الطبي ولتنفيذه، ونظرا للطابع الفني للعمل الطبي واحتراما لحرية المريض في اختيار وسائل العلاج وبدائله، استوجب الأمر أن يكون رضاه متبصرا ومستنيرا، والذي يقصد منه قبول المريض بالعمل الطبي وهو على بينة من سببه[1].

فالرضاء المستنير والمتبصر بإمكانية العلاج وسبله وخطورته، يكون بتقديم معلومات كافية تنير بصيرة المريض وتجعل رضاه صادرا عن علم وإدراك[2]، وهذا ما يقصد بالالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق الطبيب.

فالطبيب يعرض على المريض كافة البدائل العلاجية ويتركه يختار العلاج الذي يناسبه أو يرفض العلاج ولو تسبب ذلك بإلحاق ضرر بصحته[3]، وذهب الفقه إلى حد القول بعدم جواز التدخل الطبي ولو بوجود حالة حرجة، وذلك متى كان رفض المريض للعلاج صريحا وقاطعا وصادرا منه، وهو في كامل قواه العقلية[4].

ويجب أن يكون تبصير المريض وإعلامه بسيطا تقريبيا مفهوما وصادقا[5]. فالطبيب يقدم للمريض معلومات عامة حول حالته والعلاج المقترح دون أن ترقى إلى الدروس التفصيلية في علم الطب، ويجتهد في تبسيطها ليستوعبها المريض. ويجب أن تكون هذه المعلومات صادقة، فالعلاقة بينهما مبنية على الثقة[6].

وقد أكد المشرع الجزائري على وجوب صدور رضا المريض المستنير والمتبصر[7]، ووضع على الطبيب التزام شخصي بإعلام المريض وتبصيره لتمكينه من التعبير عن رضاه الذي يجب أن يكون حرا لا يشوبه أي عيب من عيوب الإرادة من إكراه وغلط وتدليس[8].

---

(1)- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص400.

(2)-Leleu Yves Henri et Genicot Gilles, Op cit, p p 55-68.

(3)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص263.

(4)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص361.

(6)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص57.

(7)- المواد 43، 44 م.أ.ط.ج.

(8)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص60 وما بعدها.

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

يرى البعض أن النتيجة المنطقية المترتبة عن كون العقد الطبي من عقود الثقة هي عدم وجوب إفراغ رضاء المريض في شكل مكتوب، فليس من المعقول أن يطلب الطبيب الذي هو محل ثقة مريضه بمحرر مكتوب يقر فيه برضاه بالعمل الطبي، كما أنهم يرون أن هذه الثقة تعد مانعا أدبيا تحول دون المطالبة بالدليل الكتابي[1].

فالقاعدة أن يكون التعبير عن رضاء المريض شفاهة[2]. لكن لهذه القاعدة استثناءات استلزم فيها القانون الكتابة، والتي مردها خطورة بعض الأعمال الطبية على حياة المريض وصحته[3]، أو لأسباب أخرى.

1- اشتراط الكتابة في عمليات زرع ونقل الأعضاء: نظرا لخطورة عمليات التبرع بالأعضاء، أجمعت التشريعات المقارنة على أن يتم رضاء المتنازل عن أحد أعضائه وموافقته كتابة[4]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري الذي اشترط الموافقة الكتابية للمتبرع بأحد أعضائه، وبحضور شاهدين[5].

ويقع على الطبيب عبء إثبات الحصول على موافقة المريض ورضاه، وتقع عليه المسؤولية على أساس خطأ مفترض من جانبه حال غياب هذه الشكلية[6].

2- اشتراط الكتابة في عمليات التلقيح الاصطناعي: أجاز قانون الأسرة الجزائري[7] اللجوء إلى الوسيلة الحديثة للإنجاب وهي التلقيح الاصطناعي بتوافر شروط[8]. وهي أن يتم بين زوجين يربط بينهما عقد زواج شرعي، أن تتم العملية أثناء حياتهما وبرضاهما[9]، لكن يوجب في موافقة الزوجين

---

(1)- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص415.

(2)- خليل مجدي حسن، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.Leleu Yves Henri et Genicot Gilles, Op cit, p 76.

(3)- خليل مجدي حسن، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص192.

(4)- شعبان هند، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص183.

(5)- المادة 162 من القانون الصحة وترقيتها.

(6)- هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص243.

(7)- أنظر المادة 45 مكرر من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج.ر. رقم 24 المؤرخة في 1984/06/12.

(8)- قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي تعريفه، ، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص210.

(9)- عيساوي فاطمة، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة معارف، العدد6، المركز الجامعي البويرة، جوان 2009، ص ص 228-230.

على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي أن تكون صريحة وأن تفرغ في قالب شكلي معين[1].

3- اشتراط الكتابة عند رفض المريض للعلاج: يلتزم الطبيب بموجب العقد الطبي بتقديم العلاج للمريض بعد الحصول على موافقته، لكن قد يرفض المريض العلاج، أو التدخل الطبي لأي سبب كان، مما قد يؤدي إلى الإضرار بصحته، فإن كان من واجب الطبيب السعي لإقناعه بضرورة العلاج، فلا يجوز له كقاعدة إرغامه على ذلك[2]. وأساس الإباحة للمريض رفض للعلاج، ممارسته لحق شخصي مرتبط بحقه الأصيل في الذاتية وفي تقرير مصيره ما لم يتعارض ذلك مع وظائفه الاجتماعية[3].

واشترط القانون إثر ممارسة المريض لهذا الحق أن يكون رفضه صريحا[4]، فنصت المادة 3/154 من قانون الصحة وترقيتها على أنه في حالة رفض العلاج الطبي يشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، ويلزم الطبيب بإخبار المريض بعواقب رفض العلاج.

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

ثانيا: العقد الطبي يقوم على الاعتبار الشخصي

قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير المعروف باسم Mercier أنه "ينشأ بين الطبيب ومريضه عقد حقيقي، يلتزم بموجبه الطبيب بإعطائه علاجا يقضا، حذرا ومتفقا مع الأصول العلمية"[5]، فالمريض هو الذي يلجأ إلى الطبيب ويختاره للحصول على العلاج على أساس الثقة التي يوحيها له[6]، فهو عقد يقوم على الاعتبار الشخصي الذي يتحرزه المريض عندما يقبل على الطبيب

(1)- بغدادي ليندة، أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة معارف، العدد7، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر 2009، ص102.

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

(3)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص270.

(4)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص60.

(6)- عبد اللطيف الحسني، المرجع السابق، ص100.

للتعاقد معه[1].

فيختار المريض الطبيب عموما أو الطبيب المختص، لاسيما في الجراحة، اعتبارا لشخصيته ومؤهلاته، وليس باعتباره رجلا عاديا[2]، كما يبني اختياره على مدى وصول الطبيب لدرجة من الكفاءة العلمية تجعله يضع ثقته فيه لإجراء التدخل الجراحي[3].

كما أن الثقة القائمة بين المريض والطبيب تسمح للأول بأن يكشف للثاني عن كافة أسراره وتفاصيل مرضه وهو على ثقة تامة بأنه سوف يحفظ سره، وأنه يراعي مصلحته ويحترم الثقة الموضوعة فيه[4].

ومن مظاهر الطابع الشخصي للعقد الطبي بقاء كل طبيب مسؤولا شخصيا عن الأخطاء التي يرتكبها، ولو كان يؤدي مهامه ضمن فريق طبي[5]. 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[6].

كما يقع على الطبيب التزام 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 احتراما لحق المريض في الاختيار، والثقة القائمة بين الطرفين وكون هذا العقد يقوم على الاعتبار الشخصي الذي أساسه ثقة المريض في مؤهلات وخبرة وأمانة طبيبه[7].

كذلك يمكن أن يكون الغلط في شخص الطبيب سببا لإبطال العقد الطبي، وينقضي بموت

---

(1)- رايس محمد، المرجع السابق، ص437.

(2)- أيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه، القانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص49. حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص122.

(3)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص19.

(4)- هميسي رضا، محمد لموسخ، حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص159.

(5)- بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص34.

(6)- المادة 13 م.أ.ط.ج.

(7)- أيت مولود ذهبية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الطبيب أو المريض، كما لا يستطيع الطبيب أن يوكل المريض لطبيب آخر[1].

الفرع الثاني: العقد الطبي عقد متقابل الالتزامات

يتميز العقد الطبي بأنه يفرض على أطرافه التزامات متقابلة، فهو عقد ملزم لجانبين، وعقد معاوضة في أن واحد.

أولا: العقد الطبي عقد ملزم لجانبين

العقد الملزم لجانبين، أو العقد التبادلي، هو "الذي ينشئ التزامات على عاتق طرفيه فيكون كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت"[2].

وقد عرفته المادة 55 من القانون المدني الجزائري كما يلي: "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"، ويرى الأستاذ سليمان علي علي أن هذا التعريف منقول من نص المادة 1102 من القانون المدني الفرنسي، مع ملاحظته لسقامة ترجمته. إذ يرى أن التعريف الصحيح هو: "يكون العقد تبادليا متى التزم كل من المتعاقدين بالتزام نحو الآخر"، وخلص إلى أن العقد التبادلي هو الذي ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل طرف من طرفي العقد[3].

فالعقد الطبي يفرض على طرفيه التزامات متقابلة إذ يلتزم الطبيب بموجبه بتقديم العلاج اللازم للمريض بإتقان وتفاني، والحفاظ على أسراره مقابل التزام المريض بدفع الأتعاب للطبيب وإتباع نصائحه وإرشاداته[4].

أ- التزامات الطبيب اتجاه المريض:

يلتزم الطبيب ببذل عناية لعلاج المريض، وهو الالتزام الأصلي، إلى جانب التزامات مرتبطة به منها إعلامه والحفاظ على أسراره وسلامته[5].

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

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18.

(2)- السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص60.

(3)- سليمان علي علي، المرجع السابق، ص12.

(4)- رايس محمد، المرجع السابق، ص438.

(5)- لتفاصيل أكثر حول التزام الطبيب بالإعلام، السلامة، والمطابقة، راجع المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا البحث.

1-التزام الطبيب بالتشخيص: وهو "تحديد المرض الذي يعاني منه المريض بحصر خصائصه وأعراضه وأسبابه"، وفيه تظهر القدرات العلمية والفنية للطبيب[1]. فهي مرحلة تمهيدية للعلاج، تتم بإجراء الفحوصات اللازمة والتحليل والاستعانة بالأجهزة الطبية، حتى يتكوّن الرأي لدى الطبيب ويعرف طبيعة المرض[2]، وكل ذلك دون تعريض المريض لخطر لا مبرر له، أو تجاوز اختصاصه[3].

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

فالوصفة الطبية يدوّن فيها الطبيب خلاصة ملاحظاته إذا كان مراجعة العميل للطبيب من أجل الإشهاد والمعاينة لحالته الصحية، كما يمكن أن تتضمن التعليمات لأشخاص آخرين حول الأعمال الطبية الواجب القيام بها، لأجل استكمال التشخيص أو تنفيذ العلاج، أو وصف الأدوية ومقاديرها التي يصرفها الصيدلي في كل الأحوال.

وقد أحاطت مدونة أخلاقيات الطب الوصفة الطبية بمجموعة من الشروط يقع على عاتق الطبيب واجب الالتزام بها، من بينها اقتصارها على ما هو ضروري للعلاج، الامتناع عن وصف علاج جديد قبل إجراء دراسات بيولوجية عليه، وإجراء رقابة صارمة والتأكيد من فائدته على المريض[5].

كما ألزمت الطبيب بتقديم وصفة واضحة وتمكين المريض من فهمها[6]، والامتناع عن تقديم أي تقرير طبي يخالف الحقيقة بدافع المجاملة[7] أو بدافع المحاباة[8].

3- التزام الطبيب بالمراقبة: لا يتوقف التزام الطبيب عند التشخيص أو تقديم الوصفة الطبية

---

(1)- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص93.

(2)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص57.

(3)- المواد 16، 17م.أ.ط.ج.

(4)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص94.

(5)- المادتين 11 و18 م.أ.ط.ج.

(6)- المادة 47 م.أ.ط.ج.

(7)- المادة 58 م.أ.ط.ج.

(8)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

بل يلتزم بمراقبة حالة المريض ومدى نجاعة العلاج[1]، فطبيب التخدير مثلا لا يتوقف التزامه عند إتمام العملية الجراحية بل يمتد إلى غاية الاستفاقة الكاملة للمريض، في حين يلتزم الطبيب الجراح بالمتابعة الطبية للمريض للتحقق من نجاح العملية، وتقديم العلاجات التكميلية التي هي من اختصاص الطبيب الجراح وحده[2].

4- التزام الطبيب بالسر المهني: يترتب عن قيام العقد الطبي إدلاء المريض لطبيبه ببعض أسراره، ويلتزم هذا الأخير بكتمان سر المريض الذي أودعه لديه أيا كان نوعه، سواء تعلق بأمور خاصة بصحته أو بالعلاج الذي تطلبته حالته[3].

فالسر المهني يعرف بأنه " كل ما يصل إلى علم الطبيب من معلومات أيا كانت طبيعتها والتي تتعلق بحالة المريض وعلاجه والظروف المحيطة بذلك سواء حصل عليها من المريض نفسه أو علم بها أثناء أو بمناسبة ممارسة مهنته"[4].

وقد حرص المشرع الجزائري على الحفاظ على أسرار المريض[5]، سواء كان من الطبيب[6] أو أعوانه[7]، ومنع الغير من الاطلاع على هذه الأسرار[8]، ولا ينقضي هذا الالتزام بوفاة المريض إلا في حدود ما يسمح به تقرير الحقوق[9].

كما كرس الالتزام بالسر المهني قانون الصحة وترقيتها إذ نص في المادة 1/206 منه على أنه " يضمن احترام شرف المريض وحماية شخصيته بكتمان السر المهني الذي يلتزم به كافة الأطباء وجراحو الأسنان والصيادلة"[10].

---

(1)- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص100.

(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص156.

(3)- نقادي حفيظ، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص81.

(4)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص101.

(5)- المادة 36 م.أ.ط.ج.

(6)- المادة 37 م.أ.ط.ج.

(7)- المادة 38 م.أ.ط.ج.

(8)- المادتين 39 و40 م.أ.ط.ج.

(9)- المادة 41 م.أ.ط.ج.

(10)- المادة 1/206 من القانون الصحة وترقيتها أقرتها المادة الرابعة من القانون 90-17 مؤرخ في 1990/7/31 يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/2/16 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 35 مؤرخة في 15 أوت 1990.

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

ب- التزامات المريض اتجاه الطبيب:

يرتب العقد الطبي على المريض التزامين.

1- التزام المريض بالتعاون مع الطبيب: يلتزم المريض بموجب العقد الطبي بمد الطبيب بالمعلومات حول حالته المرضية، وذلك لأجل تسهيل مهمته في تشخيصها وتقديم العلاج[1]. 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[2]، كما أن كتمان المريض للمعلومات المتعلقة بمرضه أو كذبه على الطبيب يعد سبب لانتفاء مسؤولية الطبيب[3] حال إصابة المريض بضرر ما.

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

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

2- التزام المريض بدفع أتعاب الطبيب: مقابل التزام الطبيب بالعلاج يلتزم المريض بأداء المقابل[4]، أي الأتعاب[5]، 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 الطبيب التزامه، أي قدم العلاج، سواء تحقق القصد

---

(1)- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص107.

(2)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص108.

(3)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

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

(5)- رايس محمد، المرجع السابق، ص438.

(6)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص107.

(7)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص69.

منه، وهو الشفاء، أو لم يتحقق، فالتزام الطبيب هو بذل الوسيلة وليس تحقيق نتيجة[1]. وتجب الإشارة إلى أنه لا يقع على المريض حال فسخ العقد الطبي من قبله إلا الالتزام بأداء مقابل الرعاية التي تلقاها من الطبيب قبل الفسخ[2]. فخلافا للعقود الأخرى الملزمة للجانبين المشابهة له، كالمقاولة مثلا، لا يعوض المريض الطبيب عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العلاج، إذ يرى الأستاذ السنهوري أن العقد الطبي يقوم على الثقة الشخصية، وأن إجبار المريض على تعويض الطبيب عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل يعد تقييدا خطيرا لحريته في الرجوع في العقد متى قامت أسباب جدية لذلك[3].

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

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

ثانيا: العقد الطبي عقد معاوضة

يلتزم كل طرف من أطراف العقد الطبي بأداء مقابل ما يأخذه، لكن يمكن لطبيب تقديم خدماته دون أخذ هذا المقابل.

أ- العقد الطبي عقد معاوضة في الأصل:

عقد المعارضة هو "العقد الذي يحصل فيه كل من العاقدين على مقابل ما يقدمه"[4]، فبالنسبة للعقد الطبي يقدم الطبيب عمله بعلاج المريض في مقابل حصوله على الأجر، أو الأتعاب، فلا يفتقر بسبب تنفيذ التزامه إذ أنه في الأصل يتحصل على قيمة مالية تثري ذمته مقابل ذلك[5]، كما أن المريض مقابل دفعه للأتعاب يتحصل على خدمات الطبيب، وهي سبب التزامه.

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص19.
(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص48.
(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص20.
(4)- السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص65.
(5)- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص13.

فإذا كان هذا هو الأصل وبالتالي يكون العقد الطبي عقد معاوضة، فهذا لا يمنع الطبيب من أن يقدم خدمات مجانية للمريض فكيف يرى الفقه طبيعة العلاقة الناشئة بينهما في هذه الحالة.

ب- الخدمات الطبية المجانية:

قد يقدم الطبيب للمريض علاجا طبيا مجانيا، فيرى البعض في هذه الحالة عدم قيام العقد أصلا لغياب عنصر الأجرة[1]. إلا أن هناك من يرى أن مسؤولية الطبيب تبقى عقدية وإن كان العلاج والرعاية الطبية مجانيين[2]، فالعلاقة المجانية بين الطبيب والمريض علاقة عقدية[3].

ولا يختلف الأمر بالنسبة للناقل بدون أجر، حيث لا يمكن للناقل أن يترك صديقا له وسط الطريق دون أن يوصله بحجة أنه لم يأخذ منه الأجر، أو بالنسبة للوكيل الذي لا يجوز له أن يتحرر من التزامه بتنفيذ الوكالة في وقت غير مناسب، وقياسا على ذلك يترتب على الطبيب حال الإخلال بالتزامه مسؤولية عقدية[4].

وقد جاء في نص المادة 66 م.أ.ط.ج أنه "من العادة أن يقدم الطبيب، وجراح الأسنان العلاج مجانا لدى ممارسة نشاطه المهني لزميل أو للأشخاص تحت كفالته أو لطلبة الطب أو جراحة الأسنان ولمستخدميه ومساعديه المباشرين"، كما أجازت المادة 65 م.أ.ط.ج للطبيب تقديم العلاج مجانا.

واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تقديم العلاج المجاني بين الأطباء يعد من قبل الإبراء الاختياري من ديون بنيت على التبادل بالمثل، وبالتالي فالعقد الذي ينشأ بين طبيب وزميله لا يكون من قبيل التبرع[5].

وذهب البعض إلى وجوب البحث في النية المشتركة بين المتعاقدين حال العلاج بالمجان، فإذا اتجهت نية الأطراف إلى إنشاء التزام على عاتق الطبيب دون مقابل يكون العقد تبرعيا، ومتى لم تنصرف النية المشتركة إلى إنشاء الالتزام على عاتق الطبيب فتبقى العلاقة بين الطرفين في دائرة

---

(1)- فريحة كمال، المرجع السابق، ص18.

(2)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص33.

(3)- عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، رسالة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003/2002، ص192.

(4)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع السابق، ص105.

(5)- قرار مؤرخ في 1938/01/18، مشار إليه من طرف: الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع نفسه، ص106.

المجاملات وتخرج عن دائرة العقد أصلا[1].

فالعقد الطبي يتميز بخصوصية تظهر من خلال التزام الطبيب الذي يختلف عن باقي الالتزامات المعروفة، فهو يقوم بعمل طبي منبعه الفكر والعلم والإنسانية، يجب على الطبيب أن يؤديه بمصلحة اجتماعية بعيدة عن كل الاعتبارات المادية[2]، وهذا ما قررته مدونة أخلاقيات الطب بإلزام الطبيب بتقديم علاج يتميز بالإخلاص والتفاني والمطابقة للمعطيات العلمية الحديثة والاستعانة بالزملاء المختصين والمؤهلين[3]، دون ربط هذا الالتزام بشرط التزام المريض بأداء العوض أو المقابل.

الفرع الثالث: استمرارية العقد الطبي وقابليته للإنهاء

غالبا ما تستدع حالة المريض أن يمتد العلاج الطبي خلال فترة زمنية يراجع فيه المريض الطبيب في كل مرة، ويقع على الطبيب التزام بضمان استمرارية العلاج، لكن أجاز القانون للطرفين إنهاء العقد والتوقف عن الاستمرار في تنفيذه متى أرادوا ذلك.

أولا: العقد الطبي عقد مستمر

يستدعي تنفيذ العقد الطبي مروره بمراحل عدة من تشخيص، وصف العلاج والمتابعة، لذا اعتبره البعض أنه عقد زمني[4]. فهو عقد لا يتحقق في أغلب الأحيان في لحظة زمنية واحدة بل يستغرق حتما وقتا بين مرحلة التشخيص والعلاج، تطول وتقصر حسب الحالة المرضية، مما يجعله في الواقع عقدا متتابعا[5].

والالتزام بضمان استمرارية العلاج واجب قانوني ومهني فرضته قواعد أخلاقيات المهنة، والتي وإن أجازت للطبيب أن يتحرر من مهمته اشترطت عليه ضمان مواصلة العلاج[6]، ودائما لضمان نوعية العلاج، والاستمرار فيه ألزمت هذه القواعد الطبيب بأن يستعين بزملائه المختصين والمؤهلين

(1)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع السابق، ص106.
(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص ص 49-50.
(3)- المادة 45 م.أ.ط.ج.
(4)- رايس محمد، المرجع السابق، ص436. بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص174.
(5)- الحسيني عبد اللطيف، المرجع السابق، ص101.
(6)- المادة 50 م.أ.ط.ج.

إذا كانت حالة المريض تتجاوز مؤهلاته[1].

وتقتضي ظروف المعالج في بعض الأحيان التوقف مؤقتا لأسباب خاصة عن تقديم العلاج، كأن يكون مريضا، أومن أجل السفر أو الراحة مثل حالة العطل السنوية، ويقع عليه واجب إحضار الطبيب الذي يحل محله طوال مدة غيابه وإلا اعتبر مقصرا في أداء العمل الذي التزم به. فالاستبدال يعد ضمانة للاستمرارية في علاج المريض وعدم تضرره أثناء فترة غياب الطبيب المعالج. ويعترف كل من الفقه والقضاء باتفاقيات الاستبدال التي يبرمها الطبيب المعالج مع زميل له، ويعهد بموجبها إليه علاج مريضه خلال مدة مؤقتة[2].

وقد حددت مدونة أخلاقيات الطب شروط الاستبدال، وهي وجوب التناسب في الكفاءة والاختصاص، فلا يستخلف الطبيب العام إلا بمثله من الأطباء أو من طلبة الطب[3]. كما لا يستخلف الطبيب الأخصائي إلا بطبيب أخصائي آخر من نفس التخصص[4].

ودائما في إطار ضمان استمرارية العلاج يقع على الطبيب المعالج الالتزام بإعلام الطبيب الذي يضمن مواصلة العلاج بكافة تفاصيل الحالة المرضية للمريض، والعلاج الذي قدمه له ومراحله، لكي يتمكن هذا الأخير من متابعة العلاج والاستمرار فيه دون إحداث الأضرار للمريض، كخلط الأدوية المتعارضة أو وجود الحساسية لدى المريض من بعضها[5].

ومتى لم يلتزم الطبيب بالشروط السابقة قامت مسؤوليته الشخصية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية التي أقرت بالمسؤولية المشتركة لطبيب الأشعة وبديله، إذ أحضر بديلا له تنقصه الكفاءة، إضافة إلى عدم إخباره بحساسية المريض لنوع معين من الأشعة التي تستعمل في العلاج[6]. وقد استقر الفقه على اعتبار عقد الاستبدال المبرم بين الطبيب المعالج وطبيب آخر للحلول محله لا يفسخ العقد الأصلي المبرم مع المريض بل هو وسيلة لضمان استمرارية نفاذه، إذ تضيف مدين آخر إلى جانب المدين الأصلي.

كما أن استمرار الطبيب في العلاج الذي يستغرق وقت معين حسب الحالات، وعدم تحقق العقد

---

(1)- المادة 45 م.أ.ط.ج.

(2)- أيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص ص 47-48.

(3)- المادة 1/74 م.أ.ط.ج.

(4)- المادة 2/74 م.أ.ط.ج.

(5)- أيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص50.

(6)- مشار إليه من طرف: أيت مولود ذهبية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

دفعة واحدة حيث أن تنفيذه لا يتم عادة بطريقة فورية، بل تنفّذ فيه التزامات الطبيب بأداءات مستمرة يجعل الزمن فيه عنصر جوهري[1]، أضف إلى ذلك أن تنفيذ العقد الطبي يستوجب التكرار، حيث يتفق المريض مع الطبيب على تكرار العلاج لمرات متعددة ومتتابعة ليصبح تنفيذه دوريا، بالتالي لاشك في إمكانية إلحاق العقد الطبي بالعقود الزمنية[2].

ثانيا: العقد الطبي قابل للإنهاء

الأصل أن العقد ملزم لطرفيه، إذ نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين. لكن بالنسبة للعقد الطبي، وإن كان عقدا مستمرا ويستغرق وقتا لتنفيذه، إلا أنه ولقيامه على أساس الثقة التي يوليها المريض للطبيب، فمتى تزعزعت هذه الثقة يمكن له إنهاء هذه العلاقة العقدية[3]، دون إبداء أي أسباب ودون إلزامه بالتعويض عن ضياع الفرصة للطبيب، بل عليه فقط دفع الأتعاب مقابل خدمات الطبيب التي سبق وإن استفاد 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 الاستمرار في تقديم العلاج دون أن يرتضي به[5].

وكما أسلفنا أقر المشرع الجزائري للمريض حق مغادرة الطبيب متى شاء وألزم الطبيب احترام هذا الخيار، كما أقر حق الطبيب في رفض تقديم العلاج لأسباب شخصية[6]، وحقه في التحرر من مهمته[7]، شريطة ضمان مواصلة العلاج، إذ أنه لا مجال لتعريض المريض للخطر بفسخ العقد في أي وقت كان، خاصة في حالات الاستعجال أو الضرورة[8]، فلا يجوز للطبيب أن يترك مريضا يواجه مصيره دون علاج، فقد تقوم مسؤوليته المدنية والجزائية في هذه الحالة.

---

(1)- رايس محمد، المرجع السابق، ص437.

(2)- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص14.

(3)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص12.

(4)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص440.

(5)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص19.

(6)- المادة 42 م.أ.ط.ج.

(7)- المادة 50 م.أ.ط.ج.

(8)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص62.

المطلب الثاني: العقد الطبي عقد مدني غير مسمى

استقر الفقه والقضاء على اعتبار العلاقة بين المريض الذي يختار طبيبه ويقصده للحصول على خدماته هي علاقة عقدية، اصطلح على تسميتها العقد الطبي أو عقد العلاج. والعقد الطبي لم يضع له المشرع تنظيم قانوني خاص به، مما حذا بالفقه إلى محاولة تكييفه وإعطائه الوصف القانوني الذي خص به القانون بعض العقود الواردة على العمل المشابهة له.

لكن كما سبق عند عرض هذه التكييفات، فقد ثبت أن كل الاتجاهات تعرضت للنقد على أساس التباين بين عناصر العقد الطبي وعناصر كل من عقد الوكالة، عقد العمل وعقد المقاولة.

وثبت أن العقد الطبي لا تسرى عليه أحكام خاصة، بل يستمد أحكامه من القواعد العامة التي تحكم العقد الواردة في القانون المدني، إلى جانب القواعد التي تنظم وتحكم مهنة الطب والصحة عموما، والتي من خلالها تم استنباط خصائص هذا العقد التي يشترك في بعضها مع العقود الأخرى، لكن ينفرد ببعض المميزات التي تجعل منه عقدا من طبيعة قانونية خاصة، فهو يرد على صحة الإنسان التي لا يجوز المضاربة عليها، وبالتالي يعتبر عقد مدني(فرع أول) غير مسمى(فرع ثاني).

الفرع الأول: العقد الطبي عقد مدني

إذا كان العقد الطبي من عقود المعاوضة في الأصل، وأن الطبيب يؤدي خدماته مقابل أجرة – مصدر رزق الأطباء –، أضف إلى ذلك اقترابه من عقد المقاولة، فقد يتصور أن يكون هدفه ربحيا وأنه من العقود التجارية، لكن يتميز بأنه يرد محله على جسم الإنسان الذي يخرج عن دائرة المعاملات التجارية، فإن طبيعته القانونية تأبى أن تكون من العقود التجارية فهو إذن عقد مدني، هذا ما سنحاول إبرازه في العناصر الموالية.

أولا: أساس اعتبار العقد الطبي عقد مدني

يمارس الأطباء مهنتهم على سبيل الاحتراف، ويعتمدون عليها باعتبارها مصدر رزقهم، ويمارسونها عن طريق تقديم خدماتهم لمرضاهم مقابل الحصول على الأجرة، مما ذهب بالبعض إلى حد تكييف العقود التي يبرمونها في هذا الشأن بأنها عقود مقاولة[1].

إلا أنه وإن كانت المقاولة أو المشروع عملا تجاريا حسب ما ورد في نص المادة 632 من

(1)– السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص18.

التقنين التجاري الفرنسي والمادة 2 من التقنين التجاري الجزائري[1]، الذي اكتفى إلى الإشارة إلى المقاولة على نحو عارض لما كان بصدد تقرير الصفة التجارية لبعض الأعمال[2]، دون التمييز بين طبيعة الأعمال التي يؤديها المقاول، فإن الفقه اعتبر العقد الطبي عقدا مدنيا وإن كان قد تم تكييفه بأنه عقد مقاولة ذلك أن الطبيب يمارس مهنة حرة، وأعمال المهنة الحرة تعتبر أعمالا مدنية.

فالعقد الذي يربط المريض بالطبيب الذي محله الخدمات الطبية، يظل عقدا مدنيا من جانب المريض ومن جانب الطبيب صاحب المهنة الحرة[3]، وأعمال المهن الحرة تظل مدنية حتى ولو كانت ممارستها على سبيل التكرار واستخدام معاونين مأجورين، أي بوجود مشروع أو تنظيم، ويرجع ذلك إلى أن الأعمال الحرة تعتمد على الفكر وتقوم على الثقة الشخصية، فقصد الربح من ممارسة هذه الأعمال ليس بالعنصر الغالب فيها[4].

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"[5]، ومن خلال ذلك يمكن استخلاص خصائص العمل الطبي التي تجعل من العقد الطبي عقدا مدنيا كما يلي.

أ- العمل الطبي عمل فكري:

يلتزم الطبيب في ممارسة عمله إتباع الأصول العلمية التي استقر عليها علم الطب[6]، من قواعد التطبيق العلمي والفن الطبي[7]، وقد وصف البعض العمل الطبي بفن العلاج L'art de guérir، والذي يهدف إلى الحفاظ على صحة الإنسان واسترجاعها. وتكون ممارسته مشروطة بالحصول على المؤهل العلمي[8]، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في اشتراطه الحصول على

---

(1)- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ج.ر عدد 101 مؤرخة في 1975/12/19.

(2)- ولد رابح صافية، المرجع السابق، ص14.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص46.

(4)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، ص46، هـ 1.

(5)- بغدادي ليندة، المرجع السابق، ص100.

(6)- رايس محمد، المرجع السابق، ص109 وما بعدها.

(7)- طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقارنة، الجزائر فرنسا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2002، ص75.

(8)- بدوي أحمد محمد، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للطباعة، مصر، 1999، ص 33.

=

المؤهل العلمي لممارسة مهنة الطب وهي شهادة الدكتوراه في الطب[1]، والحصول على شهادة في الاختصاص لممارسة مهنة الطبيب الاختصاصي[2].

كما قرر أنه من حق الطبيب، وواجب عليه في آن واحد، الاعتناء بمعلوماته الطبية وتحسينها[3]، ويقع عليه التزام بتقديم علاج مطابق لمعطيات العلم الحديثة [4]، هذا ما يجعل من العمل الطبي عمل أساسه العلم والفكر، ويسمو بالتالي عن المضاربة لأجل تحقيق أغراض مادية بحتة.

ب- العمل الطبي قصده شفاء المريض وليس الربح:

يهدف العمل الطبي إلى علاج المريض بالتخلص من المرض أو التخفيف من حدته، أو التخفيف من الآلام، أو الكشف عن أسباب اعتلال الصحة، أو مجرد الوقاية من المرض[5]. فالهدف المباشر منه ليس تحقيق الربح بل بذل العناية لتحقيق الشفاء، إذ يعتبر الطبيب معالجا وليس تاجرا[6].

فالعقد الطبي إذن يكون محله التزام الطبيب بأداء عمل فكري يتضمن التزامات خاصة تأخذ في الحسبان ضرورة المحافظة على جسم الإنسان، وأنه يقوم على الثقة المتبادلة بين أطرافه[7]، وأن جسم الإنسان ليس محلا للمعاملات المالية والتجارية[8]، وبالتالي يبقى هذا العقد عقدا مدنيا، وهذا ما يمكن الكشف عنه من خلال ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا الشأن.

ثانيا: إقرار المشرع الجزائري بالطابع المدني للعقد الطبي

خص المشرع الجزائري الأعمال التجارية بقانون خاص وهو القانون التجاري، واعتبرت المادة الأولى منه أن كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له يعد تاجرا ما لم يقض القانون بخلاف ذلك، وحددت المواد 2، 3، 4 منه الأعمال التجارية، وقسمتها إلى أعمال

=

.Leleu Yves Henri et Genicot Gilles, Op cit, p37

(1)- الماة 197 قانون الصحة وترقيتها.
(2)- الماة 198 قانون الصحة وترقيتها.
(3)- المادة 15 م.أ.ط.ج.
(4)- المادة 45 م.أ.ط.ج.
(5)- بغدادي ليندة، المرجع السابق، ص100.
(6)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع السابق، ص49.
(7)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص294.
(8)- سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، ص48.

تجارية بحسب موضوعها تشمل الأعمال المنفردة والمقاولات، والأعمال التجارية بحسب شكلها، والأعمال التجارية بالتبعية[1].

وعلى ضوء تعداد المشرع الجزائري للأعمال التجارية، وضع الفقه معايير للحكم على عمل ما بأنه تجاريا، وهي المضاربة أو السعي وراء تحقيق الربح، التداول أي ما يتعلق بالوساطة وتداول الثروات، وفي الأخير المقاولة التي تعتمد على عنصر التكرار والتنظيم بجمع الوسائل المادية والبشرية بصفة مستمرة في إطار منظم ومهني، بالمضاربة على عمل الإنسان والآلات قصد تحقيق الربح[2]، وكل شخص يمارس عمل ما ولو على سبيل الاحتراف غير وارد ضمن الأعمال التجارية التي نص عليها القانون التجاري يعتبر عمله عملا مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني[3].

فالعمل الطبي الذي يقوم به الطبيب لا يقوم على المضاربة وقصد تحقيق الربح في ذاته، بل يهدف إلى تحقيق مصلحة المريض وهي الشفاء، وأن الطبيب لا يعد وسيط في توزيع وتداول الثروات. كما سبق التأكيد على أن الطبيب ليس مقاولا، وبالتالي تخرج الأعمال التي يؤديها والتي يبرم لأجلها عقود طبية مع المرضى من نطاق الأعمال التجارية، وبالتالي تظل هذه العقود مدنية تخضع لأحكام القانون المدني [4].

ويتأكد الطابع المدني للعقد الطبي كذلك 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 المباشر[5]، وعلى امتناع الطبيب من الحصول على أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل عمل طبي ماعدا أتعابه[6].

ويمنع على الطبيب كذلك ممارسة مهنته في المحلات التجارية أو أي مكان آخر تباع فيه مواد وأجهزة أو أدوية، كما يمنع عليه توزيع الأدوية لأغراض مربحة إلا وفقا لشروط، أو ممارسة مهنة تمكنه من الحصول على الربح[7]. فالغاية من العمل الطبي ليس ربحيا، ومحله تقديم العلاج الطبي ويخرج عن دائرة المعاملات التجارية، والعبرة في ذلك ارتباط الممارسات الطبية بجسم الإنسان أفضل

---

(1)- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر-الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص37.

(2)- عمورة عمار، المرجع نفسه، ص ص 37-40.

(3)- عمورة عمار، المرجع نفسه، ص40.

(4)- عمورة عمار، المرجع نفسه، ص42.

(5)- المادة 20 م.أ.ط.ج.

(6)- المادة 24 م.أ.ط.ج.

(7)- المادة 27 م.أ.ط.ج.

مخلوقات الله، ونبل مهنة الطب التي تسمو عن المعاملات التجارية[1].

وبالتالي فمهنة الطبيب تبقى مهنة حرة، والعقد الطبي عقد مدني[2]، ونتيجة لعدم اعتباره عقدا تجاريا فلا تسري عليه الأحكام الخاصة الواردة في القانون التجاري، كما لا تسري عليه الأحكام الخاصة للعقود المسماة الواردة على العمل المعروفة في القانون المدني، مما ذهب بالبعض إلى اعتباره عقدا غير مسمى.

الفرع الثاني: العقد الطبي عقد 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[3]، وينشأ بموجب إرادة أطرافه في حدود النظام العام والآداب العامة[4]، على خلاف العقد المسمى الذي خصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم[5].

وقد خلصنا إلى أن الفقه لم يكن موفّقا في تكييف العقد الطبي ضمن العقود المسماة، وأن هذا العقد يقوم على توافق إرادتي الطبيب والمريض على إنشاء التزامات معينة، وأن هذا العقد يختلف عن العقود الأخرى. إذ وإن كان الطبيب يلتزم بالقيام بالعمل فتكون طبيعة التزامه هي بذل العناية وليس تحقيق نتيجة، وأنه يقوم على الثقة التي يضعها العميل في الطبيب، وأنه عقد متتابع من العقود المدنية[6]. كما يتميز هذا العقد عن العقود الأخرى بأنه ينشأ شفاهه أو ضمنيا، وأن مجاله ليس الحقوق المالية بل حقوق شخصية بامتياز.

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

فتكمن أصالة النشاط الطبي في كونه ذو طابع علمي، فكري، نفسي وإنساني، الأمر الذي يجعل من مهنة الطب مهنة شبه عامة (Para publique)، إذ تهدف إلى تحقيق الصالح العام الذي تلتزم الدولة بتحقيقه، بالإضافة إلى علاقة الثقة التي تربط الطبيب بالمريض، هذا الجانب الذي يكفي

---

(1) بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص172.

(2)- رايس محمد، المرجع السابق، ص436.

(3)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص167.

(4)- السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص52.

(5)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها. سليمان علي علي، المرجع السابق، ص24.

(6)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص433.

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 رضاء المريض عن كل عمل طبي قد يكون خطرا عليه.

هذه المميزات جعلت منه عقد ذو طبيعة خاصة (sui generis) [1]، وحملت بعض الفقه إلى تكييفه بأنه عقدا غير مسمى، والذي من بينهم جان سافتيه، حسن زكي الأبراشي وإسماعيل غانم[2].

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا التكييف في قرارها الصادر في 13 جويليه 1937[3]، وبررت موقفها بكون العقد الطبي يتميز بطابع مستقل وبذاتية خاصة تحول دون خضوعه الكامل لأحكام العقود المسماة[4].

وإلى ذلك ذهب الأستاذ حروزى عز الدين، إذ يعتبر العقد الطبي يتميز بخصوصية مانعة من مماثلته بأي عقد من العقود المسماة، وهي الخصوصية التي جعلت الاتجاه الغالب والمنطقي يستقر على الاعتراف باستقلالية العقد الطبي عن العقود المعروفة، ومرد هذه الخصوصية حسب رأيه[5]:

أ- أن أساس قيام العقد الطبي هي الثقة الكاملة التي يضعها المريض في الطبيب، وهذا ما يجعل الطبيب يؤدي واجبه بإخلاص وأمانة وضمير، مما أدى ببعض الفقه إلى وصف العلاقة بينهما بالرباط المقدس، كما أسلفنا[6].

ب- أن طبيعة العمل الطبي الذي منبعه الفكر والعلم والإنسانية يجعل من الالتزامات الناتجة عنه مختلفة عن الالتزامات التي تفرضها العقود الأخرى، إذ يراعي في أدائها المصلحة العامة الاجتماعية والإنسانية، والابتعاد عن الاعتبارات المادية، إذ أن التزامه ذو طابع أخلاقي يسمو عن المادة[7].

وخلص إلى اعتبار العقد الطبي عقد من نوع خاص يخول سلطة على جسم الإنسان لا مثيل

---

(1)-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.

(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص19.

(3)- مشار إليه من طرف: السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، هـ 2. رايس محمد، المرجع السابق، ص433، هـ 1.

(4)- رايس محمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(5)- حروزى عز الدين، المرجع السابق، ص49.

(6)- حروزى عز الدين، المرجع نفسه، ص50.

(7)- حروزى عز الدين، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

لها في القانون، والتي عبر عنها الأستاذ جون سافتيه بقوله "أن القانون لا يعرف خارج إطار قانون الأسرة عقد من شأنه أن يخول سلطة كتلك التي يخولها عقد الطبيب"[1].

فالعقد الطبي 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 الاتفاق الخاص بين طرفيه ومن قواعد الشريعة العامة، واللوائح المنظمة للمهنة والتشريع الخاص بحماية الصحة وترقيتها والعادات والتقاليد المهنية[2].

ويرى البعض أن تكييف العقد الطبي 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[3]، وهي الضرورة التي سنحاول تبيانها في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: ضرورة إفراد العقد الطبي بتنظيم قانوني مستقل

اعترف الفقه بزوال الخلاف حول وجود العقد الطبي، منذ صدور قرار محكمة النقض الفرنسية الشهير بتاريخ 20 مايو 1936، التي أقرت بقيام عقد حقيقي بين الطبيب وزبونه، ويترتب قيام المسؤولية العقدية متى أخل أحد أطراف العقد بالتزاماته التعاقدية وكان العقد صحيحا مستوفيا لأركانه وشروط صحته[4]. وقد أقرت بعض التشريعات المدنية الصادرة حديثا بصريح العبارة قيام المسؤولية العقدية للطبيب منها القانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري[5].

بالنسبة للمشرع الجزائري فهو لم يفصح عن موقفه حول طبيعة مسؤولية الطبيب، هل تكون عقدية أم تقصيرية[6]. كما أن القضاء الجزائري لم يفصل في هذه المسألة بصراحة، ولم تضع المحكمة العليا أي مبدأ حول طبيعة مسؤولية الطبيب[7]، وهذا عكس ما استقر عليه القضاء الفرنسي

---

(1)- حروزى عز الدين، المرجع السابق، ص50.

(2)- رايس محمد، المرجع السابق، ص433.

(3)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص434. حروزى عز الدين، المرجع نفسه، ص51.

(4)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص59.

(5)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع نفسه، ص58.

(6)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص61.

(7)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص355.

الذي جعلها في الأصل مسؤولية عقدية[1].

ويرى البعض أنه يمكن الاستدلال بالطابع التعاقدي للعلاقة بين المريض والطبيب، فالعقد الطبي يتم بمجرد اتفاقهما 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 انسجام هذه العلاقة العقدية لإثبات وجود العقد الصحيح[2].

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 عقودا مع مرضاه تترتب عنها المسؤولية العقدية، مما يستوجب معه التفات المشرع إلى العقد الطبي والتكفل به بتنظيمه وصياغة قواعده في قوالب قانونية حتى يستقل عن العقود الأخرى لما له من خصوصية[3].

وهي الضرورة التي سنحاول إبراز ما يبررها عن طريق عرض الأسباب التي حالت في اعتقادنا دون تنظيم المشرع الجزائري لهذا العقد بقواعد مستقلة (فرع أول)، ثم مبررات لزوم استقلال العقد الطبي بتنظيم خاص.

الفرع الأول: أسباب تقصير المشرع الجزائري في تنظيم العقد الطبي

يرجع عدم اهتمام 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 بالاعتراف بالطابع العقدي للعلاقة الطبية تمهيدا لتكييفها.

أولا: العامل التاريخي

استمر تطبيق التشريعات الفرنسية فترة من الزمن بعد استقلال الجزائر، وذلك بموجب القانون رقم 157 الصادر في 12/30 1962[4]، إلى غاية صدور القانون المدني بموجب الأمر 75-58

(1)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص61.

(2)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص60.

(3)- رايس محمد، المرجع السابق، ص434.

(4)- القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 يتضمن تمديد العمل بالنصوص السارية إلى غاية 1962/12/31 إلا ما خالف السيادة الوطنية، ج.ر. رقم 02 المؤرخة في 1963/01/11.

المؤرخ في 26/ 9/ 1975، والذي عمد إلى تقليد القانون الفرنسي في تعريفه للعقود[1]، فنهج نفس نهج المشرع الفرنسي ولم يجتهد بإصدار تنظيم خاص للعقد الطبي رغم أهميته.

ولعل هذا التقليد وقصر مدة التجربة التشريعية الجزائرية جعلت من المشرع يتحاشى السبق، وينتظر صدور تشريعات منظمة لهذا العقد في بلدان أخرى لتقييمها وأخذ ما هو إيجابي منها.

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.

وتبقى أحكام العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض في الجزائر تجد مصدرها في قواعد القانون المدني وقواعد قانون الصحة وترقيتها، 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[2].

ثانيا: العامل الواقعي

يعد الاجتهاد القضائي عاملا أساسيا في تحريك التشريع، إذ أن الاعتراف 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 20/ 05/ 1936 بالإقرار بوجود العقد الطبي[3]، وجاء في هذا الحكم الشهير "أنه ينشأ بين الطبيب والمريض عقد حقيقي، إذا لم يكن يلزم الطبيب بشفاء مريضه فإنه يلزمه على الأقل بأن يقدم له عناية خاصة، تتسم بالدقة واليقظة، وأن تكون هذه العناية منسجمة مع معطيات العلم وقواعده ومتفقة معها"[4].

كما يرجع الفضل إلى القضاء الفرنسي أيضا في تكييف العقد الطبي بأنه عقد من نوع خاص، وذلك بموجب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 13/ 7/ 1937، والذي جاء فيه[5]:

---

(1)- السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص48.

(2)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص51.

(3)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص37 هـ1.

(4)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع نفسه، ص38، هـ1.

(5)- قرار منشور في دالوز الدوري العدد 57 لسنة 1937، مشار إليه من طرف: حروزي عزالدين، المرجع نفسه، ص50 هـ4.

« 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 بالنسبة لواقعنا، يرى البعض أن القضاء الجزائري لم يهتم بتكييف العقد الطبي بقدر ما اهتم بإبراز الالتزامات المترتبة على عاتق الطبيب، والتي مصدرها النصوص القانونية والتنظيمية لمهنة الطب، واقر الأستاذ محمد رايس بأنه لم يعثر على أي حكم أو قرار يكيف رابطة العميل بالطبيب العقدية ويعطي لها مقاربة قانونية في القانون الجزائري[1].

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 ارتكاب الأخطاء الطبية في المستشفيات العامة [2]، وهي أخطاء تستتبع المسؤولية التقصيرية وتخرج من نطاق العلاقة العقدية محل بحثنا.

الفرع الثاني: مبررات لزوم استقلال العقد الطبي بتنظيم خاص

رغم وجود أسباب حالت دون اهتمام المشرع الجزائري بالعقد الطبي، إلا أن هذا لم يمنع بعض الشراح من المناداة بتنظيم هذا العقد وتخصيصه بأحكام مستقلة تأخذ بعين الاعتبار خصوصياته، فتسمية هذا العقد مسألة ضرورية يستند إلى المبررات الآتية:

أولا: اتجاه المجتمع الجزائري في خياراته الاجتماعية والاقتصادية والسياسية نحو الليبرالية بعدما نهج قدحا من الزمن نظام الاشتراكية، نتج عنه الانفتاح خاصة في المجال الاقتصادي الذي ترتب عنه 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 وجاء في نص المادة 8 من القانون 06-07 التي عدلت أحكام المادة 208 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه "تؤدي أعمال الصحة التي تمارس في نطاق القطاع الخاص في عيادات جراحة الأسنان، والصيدليات، وعيادات الفحص الطبي والعلاج ومخابر التحاليل الطبية، والبصرية الطبية ومخابرا النظارات، والأجهزة الترميمية الطبية"[3]. كما جاء في المادة 9 من نفس القانون أن

(1)- رايس محمد، المرجع السابق، ص432.

(2)- الحيارى أحمد حسن عباس، المرجع السابق، ص27.

(3)- المادة 208 معدلة بنص المادة 8 من الأمر 06- 07 المؤرخ في 15 جويلية 2006 يعدل ويتمم القانون 85- 05 المؤرخ في 16/ 2/ 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

المؤسسات الاستشفائية الخاصة هي مؤسسات علاج واستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب النساء والتوليد وأنشطة الاستكشاف.

ويمكن استغلال المؤسسات الاستشفائية الخاصة من قبل:

- المؤسسات ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحددة.
- الشركات ذات المسؤولية المحددة.
- التعاضديات والجمعيات.

وفي كل الحالات يجب أن تتوفر المؤسسة الاستشفائية الخاصة على مدير تقني طبيب".

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

ثانيا: إن التطور العلمي المستمر أدى إلى ظهور وسائل علاج حديثة ومتطورة من تشخيص وعلاج وزرع الأعضاء وتلقيح اصطناعي وغيرها، فعمل الطبيب أساسه العلم وعلاقته بالمريض إنسانية مبنية على الثقة. والقصد من إبرام العقد هو الشفاء وإن كان تحقيقه أمر غير محقق الوقوع، مما فرض أن يكون التزام الطبيب هو بذل العناية لا تحقق نتيجة. فكل هذه العوامل تستلزم سن قواعد تنظم العلاقة العقدية الطبية تكون متميزة عن قواعد الشريعة العامة التي تحكم المعاملات المادية أو المالية.

ثالثا: إذا كان العقد الطبي ينشأ رضائيا بين المريض والطبيب، فيكون الأول في حالة طلب النجدة وجاهلا بأصول العمل الطبي وفي بعض الأحيان عاجزا ماديا، في حين يكون الطبيب في موقع قوة إذ يمتلك المؤهلات العلمية والبدنية والقدرات المادية والخبرة الفنية، هذا ما يجعل العلاقة التي تربطهما غير متكافئة، مما ذهب بالبعض إلى وصف العقد بينهما بأنه عقد إذعان، ورغم ما تلقى هذا الوصف من معارضة[1]، إلا أن خصوصية هذا العقد تجعل منه يقترب من عقود الإذعان، مما يستوجب كذلك استقلاله بقواعد خاصة تجعل من الالتزامات المتبادلة متعادلة.

رابعا: يرى الفقه أنه من أسباب تسمية العقود شيوعها بين الناس في تعاملاتهم[2]، والعقد الطبي في اعتقادنا يرتبط ارتباط وثيقا بالإنسان من يوم ولادته، بل قبل ذلك أثناء حملة في بطن أمه، إلى

(1)- رايس محمد، المرجع السابق، ص ص 427- 430. سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص ص 225- 227.
(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص167. السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص51.

غاية وفاته، إذ يتعلق بصحة الإنسان والتي هي أغلى ما لديه، فاللجوء إلى الطبيب للكشف أو الوقاية أو العلاج أمر حتمي في اعتقادنا.

كما أن تردي الخدمات الصحية العامة أو انعدامها، والبحث على نوعية العلاج مع توافر الإمكانات المادية لبعض فئات المجتمع فرض اللجوء إلى التعاقد مع العيادات والمستشفيات الخاصة، هذا كله جعل هذا العقد شائعا عمليا. كما شاع في الدراسات الفقهية والأكاديمية وهذا يعد في نظرنا من مبررات لزوم مسايرة المشرع لهذا الواقع وإفراد العقد الطبي بتنظيم خاص يحدد قواعده وأحكامه، يسهل بذلك على كل طرف معرفة مدى التزامه مقدما وطبيعته، وأن يكون رضاه بالعقد متبصرا، كما يسهل عمل القاضي حال نشوب النزاع بين أطراف العقد وتحديد مسؤولياتهما.

ويتبين مما سبق أن العقد الطبي ليس بعقد عمل ولا وكالة ولا مقاولة، ويتميز بخصائص ذاتية، إذ أن محل التزام الطبيب فيه أعمال مادية يؤديها باستقلالية، 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 مثلا حصول رضا المريض لانعقاده ورضاه لتنفيذه. وإن 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.

ونظرا لما له من أهمية رأينا أنه من اللازم على المشرع الجزائري أن يلتفت إليه، ويضع له نظاما قانونيا يأخذ بالاعتبار هذه البيئة القانونية المستقلة.

وكون هذا العقد يربط بين العميل(المريض) للحصول على الخدمات من الطبيب الذي يحترف هذه المهنة، وأن العلاقة بينهما غير متكافئة. ومسايرة للتقسيمات الحديثة للعقود إلى عقود عادية ومتوازنة وعقود استهلاكية[1]، ارتأينا البحث في وصف العلاقة العقدية من حيث كونها ذات طبيعة استهلاكية في ظل القواعد التي تحمي المستهلك، وهذا ماسندرسنه في الفصل الثاني من بحثنا هذا.

(1)- السرحان عدنان إبراهيم، نوري حامد خاطر، المرجع السابق، ص47.

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الطبي في ظل قواعد حماية المستهلك

يرى البعض أن قواعد القانون المدني لم تعد كافية لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[1]. وأمام ضغط الحركات الاستهلاكية خاصة في البلدان الغربية[2]، لجأت الدول إلى سن قواعد قانونية حمائية تضمن إعادة التوازن في العلاقة العقدية بين المستهلك والمحترف باعتباره الطرف القوي في هذه العلاقة، وظهر أول قانون لحماية المستهلك في أمريكا بمبادرة الرئيس الأمريكي كيندي في مؤتمر أنعقد في 15 مارس 1962 عندما قرر الالتزام بضمان الحقوق الأساسية للمستهلكين كالحق في السلامة والأمن، وحقوق أخرى منها الحق في الإعلام وحق الاختيار[3].

إلى ذلك ذهب المشرع الجزائري، حيث سن مجموعة من القواعد القانونية تضمنتها النصوص المختلفة والهادفة إلى حماية المستهلك بصفة مباشرة او غير مباشرة.

ومن هذه النصوص القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07/ 02/ 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك[4]، والذي أتبعه بمجموعة من المراسيم التنفيذية، منها المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30/ 01/ 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[5]، والمرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات[6]، وغيرها من النصوص التطبيقية.

إلى جانب قوانين أخرى ذات علاقة منها القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على

---

(1)- عمران السيد محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003، ص254.

(2)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، ب. ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص36 وما بعدها.

(3)- سي يوسف زاهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، ب. ط، دار هومة، الجزائر، 2009، ص11.

(4)- القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر عدد 06 مؤرخة في 1989/02/06(ملغى).

(5)- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 1990/01/30 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر عدد 05 مؤرخة في 1990/01/31.

(6)- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج.ر عدد 41 مؤرخة في 1990/09/19.

الممارسات التجارية[1]، والقانون 08-12 المتعلق بالمنافسة[2]، والقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3]، الذي ألغى القانون 89-02 مع إبقائه على المراسيم التنفيذية المرتبطة به سارية إلى حين صدور نصوص تنظيمية جديدة.

وقد حددت هذه القواعد المتعلقة بحماية المستهلك عناصر العلاقة الاستهلاكية والمتمثلة في أطرافها أي المستهلك الجدير بالحماية والمحترف الذي هو الطرف القوي في هذه العلاقة والملتزم بقواعد الحماية، والمنتوج المعروض للاستهلاك سواء كان سلعة أو خدمة، والذي يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط لكي يصلح أن يكون محلا لهذه العلاقة.

وبما أنه تنشأ بين المريض، الذي يختار طبيبه للحصول على الخدمات الطبية، والطبيب الذي يوفرها، علاقة عقدية، والتي نحن بصدد البحث عن طبيعتها القانونية، نتساءل هل يمكن وصفها بأنها علاقة استهلاكية، أو بالأحرى هل يوصف العقد الطبي بأنه عقد استهلاك في هذه الحالة؟

تستلزم الإجابة عن هذا السؤال البحث في مدى توافر عناصر العلاقة الاستهلاكية في العقد الطبي (مبحث الأول). وباعتبار أن المشرع جسد حماية المستهلك عن طريق التزامات فرضها على المحترف وصاغها في شكل قواعد قانونية، فنبحث عن مدى خضوع الطبيب أو الممارس الطبي لنفس الواجبات التي يتحملها المحترف في مواجهة المستهلك، وبالتالي نستنتج ما إذا كان العقد الطبي عقد استهلاك بالنظر إلى الالتزامات المترتبة عنه (مبحث ثاني).

---

(1)- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد قواعد الممارسات التجارية ج.ر عدد 41 مؤرخة في 2004/06/27.

(2)- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 36 مؤرخة في 2008/07/02.

(3)- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 مؤرخة في 2009/03/08.

المبحث الأول: اعتبار العقد الطبي عقد استهلاك بالنظر إلى عناصره

إن تكييف أية علاقة عقدية بأنها علاقة استهلاكية تستدعي تحليل عناصرها ومقارنتها بعناصر عقد الاستهلاك لاستخلاص مدى مطابقتها له أو تعارضها معه، فعقد الاستهلاك عقد يربط بين المستهلك والمحترف يكون محله المنتوج أو الخدمة.

وبالتالي فالعناصر التي نبحث في مدى توافرها في العقد الطبي كي يتسنى وصفه بأنه عقد استهلاك هي المستهلك، الذي نستعرض تعريفه في ظل قواعد حماية المستهلك ثم نحدد شروط اكتسابه لهذه الصفة أثناء إقباله على التعاقد للحصول على الخدمات الطبية وظروف تخلفها (المطلب الأول). ثم نستعرض المحترف في العلاقة العقدية الطبية الذي يلتزم بقواعد الحماية (مطلب ثاني)، ولاستكمال عناصر هذه العلاقة نبحث في الأخير في مدى اعتبار المنتوجات الطبية، سواء كانت مواد طبية أو خدمات طبية، منتوجات استهلاكية يحظى العميل بالحماية أثناء اقتنائها أو استعمالها، وتصلح بالتالي أن تكون محلا لنشأة علاقة عقدية استهلاكية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المستهلك في العقد الطبي

عرف بعض الفقه المستهلك بأنه "الشخص الطبيعي أو المعنوي للقانون الخاص الذي يقتني أو يستعمل شيء أو خدمة في إطار غير مهني"[1]، ولوحظ على هذا التعريف أنه اقتصر على الاستعمال الشخصي دون العائلي للأشياء والخدمات، وعليه ذهب فريق آخر إلى تعريف المستهلك بأنه "كل شخص يتعاقد بهدف إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، سواء كان التعاقد بغرض استهلاك أو استخدام مال أو خدمة"[2].

وقد أخذ بهذا التعريف غالبية الفقه، إذ اعتبروه أفضل وأضيق التعريفات التي تحدد مفهوم المستهلك باعتباره مفهوما جامعا يشمل الاستهلاك الشخصي والعائلي وكذا الخدمات، وأنه مانع، إذ أن الغرض من التعاقد هو إشباع الحاجات الشخصية فيستبعد من نطاقه كل من يتعاقد لأغراض مهنية[3].

---

(1)- Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Droit de la consommation, Dalloz, France 1996, p 4.

(2)- Malinvaude Philippe, La protection du consommateur, Dalloz, Paris, 1981, chronique, p 49, n° 2.

أنور رسلان، مؤتمر حماية المستهلك بين الشريعة والقانون، الذي نظمته جامعة عين شمس، ببيور سعيد سنة 1995، ص58، مشار إليهما من طرف: خلف أحمد محمد محمود علي، الحماية الجنائية للمستهلك في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة)، ب. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص52.

(3)- خلف أحمد محمد محمود علي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وأخذ المشرع الجزائري بهذا المفهوم الضيق للمستهلك[1]، باستعماله العبارات نفسها، إذ جاء في نص المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أن المستهلك هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

وباستقراء هذه التعريفات يتبين لنا أن المستهلك هو الذي يتعاقد بغرض تلبية حاجاته المختلفة من غذاء وملبس ومأوى وغيرها، وتشمل كذلك المحافظة على الصحة التي تعد من الحاجات العضوية الأساسية حسب الفقيه ماسلو[2]. كما أنها تعد أمرا شرعيا يترتب عن إغفال العناية بها أو التعدي عليها جزاءات دنيوية وآخروية، ومن مقتضيات المحافظة على الصحة العناية بها وحمايتها من المخاطر بكل أنواعها[3].

والعناية بالصحة يكون بالكشف، الوقاية، والعلاج من الأمراض، والتي يلجأ الإنسان من أجل تحقيقها إلى الطبيب، فينشأ بين الطرفين عقدا طبيا يعتبره البعض عقد استهلاك خدمة[4]، يقدمها الطبيب المحترف إلى العميل الذي يعد مستهلكا متى توافرت فيه الضوابط التي حددتها القواعد القانونية المتعلقة بحماية المستهلك، والتي اجتهد الفقه والقضاء لتفسيرها، والمتعلقة بصفة الشخص الذي يحصل على الخدمة، وهو الشخص الطبيعي (فرع أول)، وطريقة الحصول عليها (فرع ثاني)، والغاية أو الغرض منها، أي الحاجة المراد تلبيتها (فرع ثالث)، وهي الشروط التي نبحث وجودها في العميل لكي يكون جديرا بالحماية.

الفرع الأول: المستهلك في العقد الطبي شخص طبيعي

المستهلك هو ذلك الشخص الذي يبرم عقودا مختلفة من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع، كالأغذية والأدوية وخدمات، لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية، ويشمل مفهوم المستهلك كل من الشخص المعنوي والشخص الطبيعي الذي يتعاقد لإشباع حاجاته الفردية والأسرية،

---

(1)- موالك (ب)، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1999، ص31.

(2)- شوية سيف الإسلام، سلوك المستهلك والمؤسسة الخدماتية، اقتراح نموذج للتطوير، مختبر التربية (الانحراف والجريمة في المجتمع)، جامعة عنابة، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، الجزائر، 2006، ص18.

(3)- الزيني محمود محمد عبد العزيز، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ب. ط، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1991، ص ص 23-24.

(4)- هواجي أحمد، الاحتمال في العقد الطبي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006/ 2007، ص ص 12- 13.

والذي لا يتمتع بالقدرة الفنية لتقييم ما يقتنيه من سلعة أوخدمة[1]، لذا تدخل المشرع لصالحه بسن قواعد قانونية حمائية.

ويرى الفقه أن المستهلك يكون تقريبا على الدوام شخصا طبيعيا، اعتبارا للهدف غير المهني لعملية الاستهلاك التي تستدعي وجود حاجات خاصة مرتبطة أساسا بالأشخاص الطبيعية، هذا ما يبرر تخصيص قواعد قانون الاستهلاك لحماية الأشخاص الطبيعية[2]. وبالنسبة للعقد الطبي، فيتميز بأنه يربط بين الزبون والطبيب، إذ جاء في القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية "أنه ينشأ بين الطبيب وزبونه عقدا حقيقيا، يلتزم فيه الطبيب إن لم يكن بداهة بشفاء المريض فعلى الأقل بإعطائه علاجا يقضا، حذرا، متفقا مع الأصول العلمية..." [3].

ويستخلص من هذا القرار الذي يعتبر المرجع في تحديد مفهوم العقد الطبي، أنه وصف العميل بالزبون، يسعى للحصول على الخدمات الطبية، ويتعاقد مع الطبيب الذي يعد طرفا قويا في العلاقة العقدية الطبية، كونه محترف يمتلك المؤهلات والمعلومات المهنية، وفي كثير من الأحيان قدرات مادية تمكنه من فرض قواعده على المستهلك [4]، الطرف الضعيف في هذه العلاقة القانونية.

فالخدمات الطبية تهدف في الغالب إلى الوقاية والعلاج من المرض الذي يرتبط بالإنسان، وعليه يكون العميل في العقد الطبي دائما شخصا طبيعيا والذي يصلح معه في نفس الوقت أن يكون طرفا في عقد الاستهلاك.

الفرع الثاني: المستهلك شخص يقتني أو يستعمل المنتوج الطبي بمقابل أو مجانا

تسري قواعد حماية المستهلك على كل شخص يقتني المنتوجات الاستهلاكية، أو يستعملها بغض النظر عن أدائه للمقابل من أجل الحصول عليها، هذا ما سنحاول إبرازه بالنسبة للمنتوجات الطبية سواء شملت المواد أو الخدمات.

أولا: شمول الحماية للعميل الذي يقتني أو يستعمل المنتوج الطبي

تشمل الحماية كل شخص يقتني لغرض غير مهني المنتوجات سواء كانت خدمات أو أشياء مادية، والتي يوفرها أشخاص مهنيون، فيعد بالتالي مستهلكا الشخص الذي يقتني الأدوية بوصفها

---

(1)- النكاس جمال، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد2، جامعة الكويت، جوان، 1989، ص ص 47-48.

(2) - Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Op cit, p 5.

(3)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص60 هـ 1. Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Op cit, p48.

(4) - Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Op cit, p 1.

المادة التي تستخدم في تشخيص ومعالجة الأمراض التي تصيب الإنسان[1]، أو التركيبات الصناعية التي هي أعضاء صناعية يعوض بها المرضى أعضائهم الطبيعية التالفة[2]، كطواقم الأسنان أو الأطراف الاصطناعية[3].

كما تشمل الحماية الشخص الذي يستعمل هذه المنتوجات دون أن يكون هو الذي اقتناها، إذ قد يكون المقتني هو المستعمل، كما قد يكون المستعمل من الغير[4]. مثال ذلك المريض القاصر الذي يتكفل بعلاجه وليه، أو التكفل بعلاج الغير على سبيل البر والإحسان بتحمل مصاريف التداوي من أتعاب الطبيب وثمن الأدوية.

فالحماية إذن تمتد إلى الشخص الذي يستعمل المواد الطبية بغض النظر عن كونه هو الذي اقتناها أو قام بذلك شخص آخر، لكن مع ملاحظة أن الطبيعة الخاصة لهذه المواد تستلزم الاستعمال الشخصي لها.

كما أن الحماية تمتد إلى الشخص الذي يستعمل الأجهزة الطبية كأجهزة الكشف بالأشعة وأجهزة غسل الكلى[5]. فالعميل يستفيد من الخدمات الطبية لسد حاجاته في العلاج دون اقتناء هذه الأجهزة بل يقتصر اقتنائه على الخدمة الطبية فقط، ويكون في جميع الحالات جديرا بالحماية باعتباره مستهلكا.

ثانيا: شمول الحماية للعميل بغض النظر عن أدائه المقابل

تشمل الحماية كل مستهلك يقتني المنتوج سواء كان بمقابل نقدي أو عيني، أو عن طريق التبرع.

فبالنسبة لاقتناء المنتوجات الطبية من أدوية وخدمات عن طريق العقد الطبي فالأصل أن تكون بمقابل، إذ أن الطبيب يلتزم بتقديم خدماته الطبية مقابل التزام العميل أو الزبون بأداء المقابل، والذي

---

(1)- بدر أسامة أحمد، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص144.

(2)- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص190.

(3)- شكري بهاء بهيج، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2010، ص377.

(4) - Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Op cit, p 3.

(5)- بكوش أمال، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

يصطلح على تسميته بالأتعاب الطبية[1].

وإذا كان الأصل هو حرية الأطراف في تحديد هذا المقابل عملا بأحكام المادة 106 من القانون المدني الجزائري، إلا أن المشرع وضع قواعد حمائية بالنسبة للعميل في العقد الطبي، إذ نصت المادة 85 م.أ.ط.ج على منع الطبيب من المبالغة في تحديد أتعابه، كما يمنع عليه التحايل أو الإفراط في تحديد سعر الاستشارة أو الأعمال الطبية المنجزة، والتي تضر بالمصلحة المادية للمريض[2].

وقد يقدم الطبيب خدماته الطبية مجانا إما لزميل له على سبيل المجاملة أو لشخص آخر، فتكون العلاقة العقدية قائمة في هذه الحالة [3]، ويبقى المستفيد من الخدمة الطبية مشمول بالحماية باعتباره مستهلكا بغض النظر عن أدائه للمقابل من عدمه، ما دام العقد الطبي قائما في كلتا الحالتين.

الفرع الثالث: الاستعمال النهائي وغير المهني للمنتوج الطبي

يعتبر الغرض من استعمال أو اقتناء المنتوج معيار جوهري لتمييز المستهلك عن المحترف، إذ يعتبر مستهلكا كل من يقتني أو يستعمل منتوج لغرض شخصي وغير مهني، كحصوله على العلاج في مصحة أو عيادة[4].

فالعقد الطبي الذي يربط بين المريض من جانب والممارس الطبي من جانب آخر، يكون الغرض منه توفير الخدمات الطبية ذات الطبيعة الفكرية، والتي يمكن أن تكون محل استهلاك[5]. فاستعمال المنتوجات الطبية لأغراض شخصية، أي لسد حاجات الشخص نفسه أو شخص يتكفل به، كأن يكون فردا من أسرته[6] تجعل من المستعمل أو المستفيد مستهلكا.

لكن قد يلجأ الشخص ضمن ما تفرضه عليه قواعد مهنته إلى السعي للحصول على الخدمات الطبية، فيكون الغرض من التعاقد مع الطبيب ليس شخصي بل فرضته ظروف مهنية، فهل يكون هذا الشخص جديرا بالحماية، ويأخذ وصف المستهلك في هذه الحالة؟

انقسم الفقه بخصوص إضفاء الحماية للشخص المهني الذي يتعاقد لسد حاجات مهنته إلى

---

(1)- عيشوش كريم، المرجع السابق، ص109.

(2)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص110.

(3)- عيشوش كريم، المرجع نفسه، ص13.

(4)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص31.

(5)- Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Op cit, p 5.

(6)- Ibid.

اتجاهان، موسع ومضيق.

أولا: شمول الحماية المهني الذي يتصرف خارج اختصاصه

يرى أصحاب هذا الاتجاه بتوسيع الحماية لتشمل كل شخص يتصرف خارج اختصاصه، ولو كان لغرض مهني، باعتبار أن المهني الذي يتصرف خارج اختصاصه يكون في مركز ضعف لأنه في حكم الجاهل للأمور، مثل الطبيب الذي يتصرف خارج الميدان الطبي[1].

وبمفهوم المخالفة يكون مستهلكا المحترف غير الطبيب الذي يتعاقد مع الطبيب، مثل الناقل الذي يشترط عليه القانون إجراء فحص دوري للرؤية، فيلجأ لطبيب العيون لإجراء الكشوفات والحصول على شهادة المعاينة اللازمة، فيكون تصرفه لغرض مهني لكن خارج اختصاصه بكونه غير عالم بأصول الطب، فحسب هذا الاتجاه يكون جديرا بالحماية.

ثانيا: استبعاد الحماية عن كل مهني يتعاقد في إطار مهنته

يرى أصحابه أنه يجب أن نستبعد من نطاق المستهلك كل مهني يتعاقد في إطار مهنته، إذ يأخذون بمعيار الغرض من التصرف، والذي يميزون به بين طائفة المحترفين وطائفة المستهلكين. إذ لا يعتبر مستهلكا كل محترف ولو اقتنى السلعة أو الخدمة لغرض مزدوج مهني وشخصي، كما لا يعد مستهلكا كل شخص يتصرف لغرض مهني ولو كان خارج اختصاصه[2].

وبالنسبة للقضاء الفرنسي فقد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك وأعتبر أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل تلبية حاجاته الشخصية والعائلية، ثم عدّل موقفه واعتبر أن المحترف الذي يتصرف خارج اختصاصه يكون مستهلكا، ثم استقر في الأخير على عدم اعتبار المحترف مستهلكا، وعليه لا يستفيد بقواعد الحماية كل شخص يبرم عقدا له صلة مباشرة بنشاطه المهني[3].

أما المشرع الجزائري فقد قصر الحماية فقط على الشخص الذي يقتني المنتوج والخدمة لتلبية رغبة خاصة به شخصيا أو خاصة بشخص آخر يتكفل به، كأفراد عائلته[4]، وهذا ما نلمسه من نص المادة الثالثة من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25/ 02/ 2009 المتعلق بحماية المستهلك.

فالمستهلك إذن هو الذي يقتني ويستعمل المنتوج لغرض غير مهني، والأصل في الخدمات

---

(1)- موالك (ب)، المرجع السابق، ص31.

(2)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص24.

(3)- بودالي محمد، المرجع نفسه، ص26.

(4)- موالك (ب)، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الطبية أنها خدمات شخصية تهدف إلى الوقاية أو المعالجة لحماية بدن أو عقل الإنسان، فمتى تم التعاقد لتلبية لهذه الحاجة أمكن وصف المستفيد بهذه الصفة، أي صفة المستهلك.

لكن قد تكون هناك حالات يتعاقد فيها الشخص مع الطبيب لأجل حاجة مهنته، كالطبيب الذي يلزم بتقديم الكشف الصحي للحصول على رخصة مزاولة المهنة، والذي يلجأ إلى التعاقد مع زميله، فنكون أمام عقد طبي دون أن يكون عقدا استهلاكيا.

المطلب الثاني: المهني في العقد الطبي

يعد المهني الطرف الثاني في العلاقة الاستهلاكية، إذ يتعاقد مع المستهلك ليوفر لهذا الأخير السلع والخدمات، بما في ذلك الخدمات الصحية، فيلجأ العميل المستهلك الذي يكون طرفا ضعيفا يجهل فنون الطب إلى الطبيب الطرف المحترف الذي يتقن جيدا مهنته[1]، وينشأ بينهما عقدا طبيا، ويكون محل هذا العقد عادة تقديم العلاج الطبي باستعمال الجهد الفكري[2] للطبيب، إلى جانب الأدوات والأجهزة الطبية، والأدوية التي قد تشكل خطرا على المستهلك نتيجة لعيوب قد تكون فيها.

ولضمان الحماية الكافية للمستهلك وسع المشرع من مجال الحماية لتشمل كل متدخل في عملية عرض المنتوجات سواء كانت سلعا أو خدمات للاستهلاك، وهذا ما يتبين من خلال تعريفه للمهني الوارد في النصوص القانونية المختلفة المرتبطة بحماية المستهلك فقد جاء في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات أن: "المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج والخدمات للاستهلاك".

وجاء أيضا في المادة 03 فقرة 02 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أنه "يعد عون اقتصادي، كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في إطاره المهني العادي بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

كما نصت المادة 1/3 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة [3]، المعدلة بموجب القانون رقم

(1)- هواجي أحمد، المرجع السابق، ص25.

(2)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص17.

(3)- الأمر 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 يتعلق بالمنافسة، معدل ومتمم، ج.ر عدد 43 مؤرخة في 2003/07/20.

12-08[1] على أن: "المؤسسة كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج، أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد" أما القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فنصت المادة 03 فقرة 08 منه على أن: "المتدخل كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عرض المنتوجات للاستهلاك".

من خلال هذه النصوص كلها يتبين أن المهني هو كل شخص يمارس نشاطه على سبيل الاحتراف، أو يتدخل في إطار مهنته لعرض المنتوجات من سلع وخدمات للاستهلاك بغض النظر عن نظامه القانوني[2]. كما يستوي كون الاحتراف بقصد تحقيق الربح أو دونه، إذ أن قانون الاستهلاك يعتبر مهنيا كل شخص يقوم بتقديم مال أو خدمة بمقابل أو مجانا لشخص آخر سماه المستهلك. وعلى العموم يتميز المهني عن المستهلك في النشاط الذي يمارسه والغاية من التعاقد، وكذا ما يحوزه المهني من قدرات مالية ومعارف تقنية[3].

فإذا كان العقد الطبي يربط بين العميل المستهلك من جانب والطبيب الذي يحوز على هذه القدرات من جانب آخر، فكان لابد من إبراز الطابع الحرفي لهذا الأخير، والذي بدونه لا تنشأ العلاقة الاستهلاكية، وتبيان صور احتراف الأعمال الطبية (فرع أول)، ثم عملا بقواعد توسيع الحماية التي يحضى بها المستهلك، والتي تتجاوز مقدم الخدمة الطبية لتشمل كل منتج للمواد المستعملة في تقديم الخدمات الطبية، نبين من هو المنتج الذي يحق للمستهلك الرجوع عليه في حالة تضرره من المنتجات الطبية المعيبة (فرع ثاني).

الفرع الأول: المحترف في العقد الطبي

يقصد بالمهني الشخص الذي يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح، وقد تكون الحرفة صناعية أو زراعية أو فنية أو مهنة حرة، ويكون المهني شخصا طبيعيا، أو شخص معنوي خاص أو عام[4].

---

(1)- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 36 مؤرخة في 2008/07/02.

(2)-Kahloula. (M), Mekamcha.(G), La protection du consommateur en droit algérien, première partie, Revue IDARA, N°2, E.N.A, Alger, 1995, p 14.

(3)- زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص50.

(4)- موالك (ب)، المرجع السابق، ص32.

وبالتالي يشمل هذا التعريف الحرف الطبية باعتبارها مهن حرة، وإن كان قصد تحقيق الربح فيها ليس عنصرا غالبا[1]، وبالتالي تبقى أعمال مدنية، مع الإشارة إلى أن العلاقة تبقى استهلاكية دائما رغم انتفاء هذه الغاية كما سبق الإشارة لذلك.

ففي نطاق قواعد حماية المستهلك يعتبر كل من يمارس نشاط منظم لغرض الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات مهنيا[2]، ولأجل توفير الخدمات الطبية تدخل القانون لتنظيم الأنشطة الطبية بتحديد شروط ممارستها إما بالممارسة الطبية من قبل الطبيب الخاص، أو في شكل مستشفيات خاصة، أو في بعض الأحيان عن طريق مرافق عامة ذات طبيعة صناعية وتجارية، وهي الأنظمة الحرفية التي تصلح لإبرام العقود الطبية، الممكن وصفها بعقود استهلاكية، والتي نستعرضها تباعا.

أولا: الطبيب المحترف

يعرف العمل الطبي بأنه: "ذلك العمل الذي يقوم به شخص متخصص من أجل شفاء المريض وذلك طبقا للأصول والمعارف الطبية المقررة في علم الطب. . . " ويعرف أيضا بأنه: "العمل الذي يتحدد له نطاق رجل متخصص في علوم الطب يقوم بفحص المريض وتشخيص الداء ووصف العلاج على أن يكون متفقا مع الأصول العلمية الحديثة"[3].

فالطبيب إذن هو الشخص المتخصص في علم الطب والذي يؤدي عمله وفقا لأصول هذا العلم، فهو "العارف لمجموعة المعارف والإجراءات الخاصة بعلاج الأمراض أو تخفيفها أو منعها أو استعادة الصحة"[4].

ولأجل القيام بمهامه يلجأ الطبيب إلى إبرام عقود العلاج وتنفيذها، فهي تدخل في نطاق نشاطه المعتاد وحرفته، وبالتالي يكون الطبيب محترفا للعمل الطبي الذي يمارسه كنشاط معتاد ويحصل منه على مورد الرزق. كما أن الاحتراف يجعل الطبيب يتحمل التزامات لا يتحملها شخص آخر غير محترف، وهذا بالنظر إلى درجة تخصصه وطبيعة احترافه المهنية ومراعاة العادات والأعراف المتعلقة بعلم الطب، وأهمية المصلحة الخاصة التي يسعى لتحقيقها والمتمثلة في المحافظة على جسم الإنسان[5].

---

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، المرجع السابق، ص46.

(2)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص33.

(3)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص12.

(4)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص26.

(5)- رايس محمد، المرجع السابق، ص355.

واعتبارا لحرمة جسد هذا الإنسان وحماية له، فلا يجوز مساسه إلا ضمن ضوابط معينة[1] حددتها الشرائع والقوانين، وهذا لأجل ضمان سلامة المستهلكين البدنية والمعنوية التي قد تهددهم بفعل الخدمات الطبية[2]، إلى جانب حماية مصالحهم الاقتصادية.

وإعمال قواعد الحماية يرجع إلى أزمنة قديمة، ففي هذا الشأن تولى قانون حمورابي بتنظيم أتعاب الأطباء والجراحين، حيث نصت المادة 221 منه على أنه: "إذا أصلح طبيب عظمة مكسورة أو شخص تمزقا عضليا، يدفع المريض خمسة شواقل للطبيب" ونصت المادة 222 على أن: "إذا كان إبن شخص من العامة يدفع ثلاثة شواقل من الفضة للطبيب"[3].

أما الشريعة الإسلامية فقد اهتمت بحرفة الطب ووضعت مبدأ احترام آدمية الإنسان وحرمة المساس بجسمه، لكن أجازت التدخل الطبي إذا كانت غايته التداوي وعلاج الإنسان، بل هو أمر شرعي ضروري لحفظ الكيان البشري، عملا بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقيدت هذا التدخل بأن جعلته مناطا بأصحاب الحق في ذلك، وهم الأطباء والجراحون، فجعلت أساس عدم مسؤولية الطبيب هو إذن الشرع وإذن المريض معا. كما حددت معالم عمل الطبيب الذي يجب أن يلتزم بها في قيامه بعمله صيانة لجسم الإنسان، وعدم الانحراف وإحداث الضرر للمريض عملا بالقاعدة الشرعية بأن الضرورة تقدر بقدرها[4].

أما التشريع الجزائري فقد خص الحرف الطبية بتنظيم خاص، فلا يحق مزاولة المهن الطبية إلا بعد حصول الطبيب على الرخصة القانونية واستيفائه للشروط الصارمة، والمتمثلة في الشهادات العلمية التي يجب أن تتوافر في كل من يمارس مهنة الطب لاكتساب صلاحية مزاولة الأعمال الطبية[5]، وهذا حماية لكل من يقبل على استهلاك الخدمات الطبية من تعرض سلامته لأذى من أشخاص ينتحلون صفة الأطباء دون اكتسابهم المؤهلات العلمية والفنية اللازمة، إذ أن الطب يعتبر علما وفنا في آن واحد[6].

كما اشترط القانون أن لا يكون الطبيب مصابا بعاهة مرضية منافية لممارسة مهنة الطب،

---

(1)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص14.

(2)- خلف أحمد محمد محمود علي، المرجع السابق، ص10.

(3)- مشار إليها من طرف: خلف أحمد محمد محمود علي، المرجع نفسه، ص ص 23-24.

(4)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع نفسه، ص ص 8-9.

(5)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع نفسه، ص ص 15-16.

(6)- بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص28.

كالإصابة بالعدوى مثلا، وذهب أبعد من ذلك حفاظا على السلامة المعنوية للعميل فاستبعد من الحصول على الرخصة لمزاولة مهنة الطب كل شخص حكم عليه بصفة نهائية بعقوبة ماسة بالشرف.

يتضح مما سبق أن الطبيب المحترف هو الذي يمارس نشاطه بشكل منظم، ورسم له القانون إطار ممارسة حرفته، وبغض النظر عن الغاية من النشاط التي يعتبرها الفقه غير ربحية، فإن تقديمه للخدمات الطبية في إطار تنظيمي محكم يترتب عنه وصفه بالمحترف الذي تسري عليه قواعد حماية المستهلك كلما أبرم عقودا في مجال حرفته المعتادة. لكن لا تقتصر ممارسة الأنشطة الطبية على الأطباء ضمن العيادات الخاصة، بل يمكن للعميل اللجوء إلى مرافق طبية لإبرام العقود من أجل الحصول على الخدمات الصحية سواء كانت هذه المرافق خاصة أو عامة.

ثانيا: المستشفيات الخاصة

إذا كانت العلاقة بين العميل والمستشفى العام علاقة تنظيمية، وبالتالي تستبعد من نطاق دراستنا[1]، فإن ممارسة الأنشطة الطبية عرفت تطورا في تنظيمها فأجاز القانون إنشاء مؤسسات استشفائية خاصة، والتي متى لجأ إليها المريض نشأت علاقة عقدية بينه وبينها.

وتتحمل هذه المؤسسات المضاعفات الصحية الناتجة عن أي تقصير أو إهمال في أداء مهامها[2]، وتكون مسؤوليتها مفروضة بقوة القانون عن الأضرار الناجمة عن الإصابة بالعدوى infections nosocomiales[3]. وكذا تلتزم بسلامة المرضى، إذ عد مدير مستشفى الولادة مسؤول عن إصابة امرأة بحروق وهي تحت التخدير، مسؤولية موضوعية التي لا يجوز الإعفاء منها إلا بإثبات السبب الأجنبي[4].

---

(1)- لا يوجد عقد بين المريض والطبيب الذي يعمل لدى المستشفى العام، إذ يلتزم كل منهما باللوائح التنظيمية التي تسير المستشفى، ولا يتحمل الطبيب إلا المسؤولية التقصيرية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1967/07/03، حيث انتهت إلى أنه لا محل لبحث مسؤولية طبيب المستشفى العام في دائرة المسؤولية التعاقدية. كما أن المستشفى العام يخضع للقانون الإداري باعتباره من المصالح العامة، أمواله أموال عامة، وموظفيه موظفون عموميون، والهيئات التي تديره هيئات إدارية فمسؤوليته تخضع لقواعد القانون العام، على عكس المستشفى الخاص الذي يخضع لأحكام القانون الخاص، أنظر: مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص54. سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص68. الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص213.

(2)- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، المرجع السابق، ص177.

(3)- بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص18.

(4)- بودالي محمد، المرجع نفسه، ص32.

والمستشفى الخاص مؤسسة تدار بأموال خاصة وتنطبق عليها قواعد القانون المدني[1]، فمتى قبلت استقبال المريض في غير الحالات الاستعجالية تلتزم بضمان عناية طبية مناسبة لحالته وتقوم مسؤوليتها متى لم تنفذ هذا الالتزام[2].

وقد نظم المشرع الجزائري المؤسسات الاستشفائية الخاصة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 22 أكتوبر 2007 المتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها[3]، وجاء في نص المادة 2 منه: "إن المؤسسة الاستشفائية الخاصة هي مؤسسة علاج واستشفاء تمارس فيها أنشطة الطب والجراحة بما فيها طب النساء والتوليد، وأنشطة الاستكشاف وحددت أنشطتها التي تتمثل في الفحص الطبي، الاستكشاف، التشخيص، الاستعجالات الطبية والجراحية بما فيها إزالة الصدمات والإنعاش والمراقبة والاستشفاء". كما نصت المادة 03 منه على أنها: "تتمتع بالشخصية المعنوية، وتوضع تحت المسؤولية الفعلية والدائمة لمدير تقني طبيب فتزود بعلبة طبية".

ومن ضمن الشروط اللازمة لإنشاء مثل هذه المؤسسات والهادفة إلى حماية المستهلك إلزامها باكتتاب التأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها، مطابقة المؤسسة الاستشفائية للشروط والمقاييس المعمارية والتقنية التي يحددها التنظيم، حصولها على الترخيص من الوزير المكلف بالصحة، وخضوعها للرقابة الإدارية من قبل المصالح المختصة التابعة لوزارة الصحة، والتي لا تختلف في شيء عن الرقابة التي يمارسها أعوان قمع الغش التابعة لوزارة التجارة. فهذه المؤسسات تخضع لقواعد حماية المستهلك، وبالتالي فالعقود الطبية المبرمة بينها وبين العملاء هي عقود استهلاكية.

ثالثا: المرافق العامة ذات الصبغة التجارية والصناعية

تسري قواعد حماية المستهلك على المرافق العامة ذات الصبغة الصناعية والتجارية في علاقتها مع المستهلكين، ذلك أنه منذ صدور القرار الشهير عن محكمة التنازع الفرنسية سنة 1921 أصبحت هذه المرافق تخضع في علاقتها مع الخواص لأحكام القانون الخاص واختصاص القضاء العادي[4]، حيث أقرت هذه المحكمة بتاريخ 1921/01/22في قضية (Bac d'eloka) بالصبغة المدنية للنزاع

(1)- حروزي عز الدين، المرجع السابق، ص99.

(2)- حروزي عز الدين، المرجع نفسه، ص101.

(3)- المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 2007/10/22 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر عدد 67 مؤرخة في 2007/10/24.

(4) -Jean Calais Auloy ،Franc Steinmetz ،Op cit ،p 11.

المتعلق بناقلة بحرية في ساحل العاج اسمها (Bac d'eloka) تعرضت لحادث وتسببت في غرق مسافر وألحقت ضررا بمجموعة عربات، على أساس أن الشركة وإن كانت عمومية فإنها تقوم بوظيفة النقل طبقا لذات الشروط التي يعمل بمقتضاها الأفراد، وانتهت إلى أن في غياب نص خاص يعهد الاختصاص للقاضي الإداري فإن النزاع يكون من اختصاص القاضي العدلي[1].

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، فقد حددت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في الدعاوى التي تكون الدولة أو الولاية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها، وبالتالي يختص القضاء العادي بالنظر في الدعاوي التي تكون المؤسسات العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية طرفا فيها فيما يخص علاقتها بالمنتفعين، حيث أن هذه العلاقات تكون تعاقدية وليست تنظيمية. وتقدم هذه المرافق خدمات فردية، وبالتالي تحول المنتفع منها إلى مستهلك، كما تحول المرفق العام الاقتصادي إلى محترف يهدف إلى إرضاء المستهلكين قبل أن يهدف إلى تحقيق النفع العام[3].

وتطبيقا لذلك فإن المرسوم التنفيذي رقم 98-234 المؤرخ في 21 جويلية 1998 الذي عدل وتتم المرسوم التنفيذي رقم 94- 74 المؤرخ في 30 مارس 1994[4]، قد حول معهد باستور في الجزائر إلى مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، وأجاز لهذا المعهد تقديم الخدمات الطبية المتمثلة في التشخيص البيولوجي للخواص، وعليه يمكن لأي فرد التقدم أمام هذه المؤسسة العمومية لإجراء هذه الكشوفات مقابل أداء ثمنها، والتي تنشأ عنها عقود طبية، والتي هي عقود استهلاك، أطرافها الأشخاص المستفيدين من الخدمات الطبية التي يقدمها المعهد باعتبارهم مستهلكين، وهذا المرفق العمومي ذو الطابع التجاري والصناعي باعتباره محترفا.

الفرع الثاني: المنتج في العقد الطبي

يلجأ الطبيب لتنفيذ التزامه التعاقدي إلى استعمال المنتجات الطبية، التي يصنعها ويبيعها غيره، كمصانع الأدوية والأجهزة الطبية والصيدليات.

---

(1)- مشار إليه من طرف: بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر، د. س. ن، ص53.

(2)- القانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، مؤرخة في 2008/04/23.

(3)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ص 34- 35.

(4)- المرسوم التنفيذي رقم 98-234 المؤرخ في 1998/07/21 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 94-74 المؤرخ في 1994/03/30، الذي يحول معهد باستور في الجزائر إلى مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، ج.ر عدد 53 مؤرخة في 1998/07/22.

فدوره يكون مزدوجا، إذ يقوم بالتشخيص وتقديم العلاج الذي يعد من صميم عمله الطبي، فيكون مسؤولا عن الخدمة التي يقدمها للزبون باعتباره محترفا، وفي آن واحد يكون حلقة وصل بين المريض والمنتج، وهنا لا يكون مسؤولا عن عيوب هذه المنتوجات التي لحقتها لحظة طرحها للتداول وبالخصوص إذا كانت المعلومات التي اتصلت بعلمه ليست دقيقة بفعل المنتج[1].

ولضمان الحماية الكافية للمستهلك وتمكينه من الحصول على التعويض عن الأضرار التي قد تلحقه بفعل المنتوجات المعيبة، لاسيما الطبية، فقد وسع القانون من مفهوم المنتج[2] ليشمل كل متدخل في صناعة الأدوية أو الأجزاء المكونة لها، وحمل المسؤولية لكل متدخل يلحق منتوجه ضررا لأي شخص ولو لم يرتبط معه بعلاقة عقدية.

وقد جاء في نص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري أنه: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم يربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، ويعتبر منتوجا كل مال ولو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية". ويعد منتجا، بالتالي مسؤولا أمام مستهلك المنتوج الطبي، كل شخص يتدخل في إطار مهنته[3]، والذي يشمل:

- صانع المنتوج النهائي، مادة أولية أو جزء من ذلك المنتوج.

- كل متدخل في صناعة الأدوية (المادة الفعالةExcipient، Actif Principes الشكل الصيدلاني forme pharmaceutique...الخ). أي بعبارة أخرى كل شخص يشارك في صناعة المنتوج الطبي.

- الهيئات التي تقتطع أجزاء من جسم الإنسان لوضعها في خدمة أو تحت تصرف مستعمليها، مثل مراكز حقن الدم وبنوك الأعضاء.

- مورد المنتوجات الطبية الذي قد يكون الطبيب نفسه، مثل جراح الأسنان الذي يركب سن اصطناعية لعميله، والذي يمكن إعمال مسؤوليته، أو المستشفيات والعيادات الخاصة. فمطالبة المضرور للمورد إصلاح الضرر الذي لحقه من المنتوج الطبي قد ييسر عليه عناء البحث عن المنتج، وما على المورد سوى اتخاذ الإجراءات القانونية التي يراها مناسبة لدفع مسؤوليته أو الرجوع

(1)- بدر أسامة أحمد، المرجع السابق، ص65.
(2)- Laude Anne, La responsabilité des produits de santé, recueil Dalloz, 18eme cahiers, chronique, p191.
(3)- Ibid.

على المنتج الفعلي.

- المنتج الظاهر، وهو كل شخص يضع على المنتوج علامته، أو اسمه أو إشارته المميزة، وتكمن أهمية هذه القاعدة في منح الفرصة للمضرور بالرجوع على كل شخص يظهر اسمه على وسم المنتوج سواء كان صانع أو موزع، بائع أو مالك للعلامة التجارية.

فقواعد حماية العميل باعتباره مستهلكا لا تقتصر على الطبيب أو المؤسسة التي تعاقد معها بصفة مباشرة، بل تمتد إلى كل مورد أو منتج حقيقيا أو ظاهرا للمنتوج الطبي رغم غياب العلاقة العقدية المباشرة بينهما، وهذا ما يعد ضمانة إضافية لحمايته توفرها له القواعد القانونية التي تحمي المستهلك.

المطلب الثالث: المنتجات والخدمات الطبية

بعد تحديد نطاق العلاقة الاستهلاكية الطبية من حيث الأشخاص، والتي هي علاقة بين العميل المستهلك من جانب ومحترف الأنشطة الطبية من جانب آخر، لابد من تحديد هذه العلاقة من حيث موضوعها.

فالعقد الطبي الذي يبرمه المريض مع الطبيب من أجل الحصول على الخدمات، يلتزم بموجبه هذا الأخير بتقديم جميع الأعمال الطبية الضرورية لعلاج المريض، الذي يلتزم في المقابل بدفع الثمن[1]. وهو من عقود الاستهلاك الذي يشمل على المنتوج والخدمة[2].

وقد عرف القانون 09-03 الذي يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المنتوج بأنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، كما جاء في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات أن: "المنتوج هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة".

فالمشرع الجزائري في تعريفه لموضوع العلاقة الاستهلاكية الذي يجب أن يلبي الرغبات المشروعة للمستهلك من أمن وسلامة ومطابقة، وبعبارة أخرى المنتوج القابل للاستهلاك، استعمل تارة مصطلحات السلعة والخدمة، وتارة أخرى المنتوج والخدمة، وفي ظل هذه المفاهيم التي هي مجال إعمال قواعد حماية المستهلك سنحاول إبراز مدى تطويعها لتشمل المنتجات الطبية (فرع أول)، ثم الخدمات الطبية(فرع ثاني)، أين نهدف إلى إبراز حدود صلاحيتها لتكون محلا لقيام عقد طبي ذو

(1)- مركب حفيزة، الحماية التشريعية للمستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير في جودة المنتوج والخدمة، معهد العلوم الإدارية والقانونية، جامعة الجزائر، 2000- 2001، ص58.

(2)- مركب حفيزة، المرجع نفسه، ص57.

طبيعة استهلاكية.

الفرع الأول: المنتجات الطبية

أدى التطور العلمي إلى استعانة الطبيب بمنتجات تقنية متطورة[1] قصد التشخيص، العلاج، والرقابة، وهي الأعمال التي يتعاقد لأجلها المريض مع الطبيب الذي يلتزم بموجب هذا العقد ببذل العناية في الأصل من أجل شفائه.

إلا أنه فيما يخص المواد العلاجية فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في عام 1972 إلى أن التزام المستشفيات بتوريد المواد العلاجية هو التزام بتحقيق نتيجة، يجب أن تكون تلك المواد ذات جودة طبقا للمواصفات الفنية، وخالية من العيوب، وأن الطابع العقدي للعلاقات التي تربط المستشفى الخاص بالمريض تخرج بدورها من دائرة المسؤولية عن فعل الأشياء[2]، أي بمعنى يسأل المستشفى عن الإخلال بالتزامه التعاقدي المتمثل في ضمان سلامة المريض متى لم تتحقق هذه النتيجة، إذ بوجود العقد الطبي تستبعد قواعد المسؤولية التقصيرية على أساس حراسة الأشياء.

كما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 4 فبراير 2003 أن الطبيب لا يتحمل التزام بتحقيق نتيجة إلا فيما يتعلق بالأدوات المستعملة لتنفيذ العمل الطبي المتعلق بالفحص والعلاج، تحت طائلة إثبات المريض أنها سبب الأضرار اللاحقة به[3].

وتتمثل النتيجة المرجوة عند استعمال المنتوجات الطبية، وبالخصوص الأدوية في ضمان السلامة التي تفرضها قواعد حماية المستهلك، وهو الالتزام الذي يقع على الصانع أو المنتج الذي يتحمل المسؤولية دون خطأ عن العيوب التي تلحقها منتجاته[4].

ولهذا كان لابد من تحديد المنتوجات الطبية التي تصلح أن تشملها قواعد حماية المستهلك، وأن تكون موضوع العقد الطبي وعقد الاستهلاك في نفس اللحظة.

---

(1)- بدر أسامة أحمد، المرجع السابق، ص18.

(2)- مشار إليه من طرف: فريحة كمال، المرجع السابق، ص71.

(3)- مشار إليه من طرف: فريحة كمال، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- بكوش أمال، المرجع السابق، ص238.

أولا: المنتجات الطبية الاستهلاكية

أ- المواد الصيدلانية:

تعتبر المواد الصيدلانية منتوجات استهلاكية حساسة، إذ قد تحدث أضرارا للمستهلك لا يمكن جبرها، فيخضع إنتاجها أو بيعها لمقاييس مضبوطة تحت رقابة الأجهزة المختصة التابعة لوزارة الصحة[1]. كما أنها، وبالخصوص الأدوية، لا تدخل ضمن المنتجات الاستهلاكية العادية التي يمكن شرائها بمجرد الإحساس بالرغبة في ذلك[2]، أضف إلى ذلك أن تداولها يكون بسبب المرض وبأمر من الطبيب، أي بوصفة طبية[3].

والمشرع الجزائري اعتبر المنتوجات الصيدلانية منتوجات استهلاكية، وهذا بالنظر إلى ما جاء في المادة 168 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات[4] التي نصت على إلزامية التأمين لكل منتج، إذ جاء فيها: "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو تعديل أو تعبءة مواد معدة للاستهلاك أو للاستعمال أن تكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين والمستعملين واتجاه الغير.

تتمثل المواد المشار إليها أعلاه في المواد الغذائية والصيدلانية ومستحضرات التجميل ومواد التنظيف والمواد الصناعية والميكانيكية والالكترونية والكهربائية وبصفة عامة أية مادة يمكن أن تسبب أضرار للمستهلكين وللمستعملين وللغير.

يخضع المستوردون والموزعون لهذه المواد ذاتها لنفسه إلزامية التأمين..." [5].

واعتبارا لهذه الخصوصية بالنسبة للمواد الصيدلانية، تدخل المشرع لتنظيم أحكامها بنصوص خاصة وتفصيلية، والتي يتم تحديثها بمراعاة التطورات العلمية. وقد صنفها بموجب أحكام القانون 08-13[6] الذي عدل أحكام القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، حيث نصت المادة

---

(1)- بوطبل خديجة، حماية المستهلك في مجال المنتوجات المستوردة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص34.

(2) -"Le médicament n'entre pas dans la catégorie des produits de consommation courante qu'il suffit d'acheter dès qu'on ressent l'envie" Memi (F)

مشار إليه من طرف: بدر أسامة أحمد، المرجع السابق، ص30.

(3)- بدر أسامة أحمد، المرجع نفسه، ص29.

(4)- الأمر رقم 95-07 الممضي في 1995/01/25 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 مؤرخة في 1995/03/08.

(5)- فتاك علي، تأثير المنافسة في ضمان سلامة المنتوج، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص407.

(6)- القانون رقم 08-13 المؤرخ في 2008/07/20، يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 44 مؤرخة في 2008/08/03.

169 منه أن المواد الصيدلانية هي:

- الأدوية.
- الكواشف البيولوجية.
- المواد الكيميائية الخاصة الصيدلانية.
- المنتجات الغلينية.
- مواد التضميد.
- النوكليد الإشعاعي، وهو النظائر الإشعاعية.
- الإضمامة، وهي كل مستحضر ناتج عن إعادة تشكيل أو تركيب مع نوكليدات إشعاعية المنتوج الصيدلاني النهائي.
- السلف، وهو كل نوكليد إشعاعي يسمح بالوسم المشع لمادة أخرى قبل تقديمه للإنسان.
- كل المواد الأخرى الضرورية للطب البشري.

ب- الدواء:

بموجب أحكام المادة 170 من القانون 85-05 يقصد بالدواء:

- كل مادة أو تركيب يعرض بكونه يحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية، وكل المواد التي يمكن وصفها للإنسان وللحيوان قصد القيام بتشخيص طبي أو استعادة الوظائف العضوية أو تصحيحها أو تعديلها،

- كل مستحضر وصفي يحضر فوريا في صيدلية تنفيذا لوصفة طبية،

- كل مستحضر استشفائي محضر بناء على وصفة طبية، وحسب بيانات دستور الأدوية بسبب غياب التخصص الصيدلاني الملائم في صيدلية مؤسسة صحية، والذي يوجه لوصفه للمريض أو عدة مرضى،

- كل مستحضر صيدلاني لدواء محضر في الصيدلية حسب بيانات دستور الأدوية أو السجل الوطني للأدوية والمخصص لتقديمه مباشرة للمريض،

- كل مادة صيدلانية مقسمة معرفة بكونها كل عقار بسيط او كل منتوج كميائي أو كل مستحضر ثابت وارد في دستور الأدوية والمحضر سلفا من قبل مؤسسة صيدلانية، والتي تضمن تقسيمه بنفس الصفة التي تقوم بها الصيدلية أو الصيدلية الاستشفائية،

- كل اختصاص صيدلاني (مادة صيدلانية) يحضر مسبقا ويقدم وفق توضيب خاص ويتميز بتسمية خاصة،

- كل دواء جنيس يتوفر على نفس التركيبة النوعية والكمية المبدأ (المبادئ) الفاعل (الفاعلة) ونفس الشكل الصيدلاني دون دواعي استعمال جديدة والمتعاوض مع المنتوج المرجعي نظرا لتكافئه البيولوجي والمثبت لدراسات ملائمة للتوفر البيولوجي،

- كل كاشف للحساسية وهو كل منتوج موجه لتحديد وإحداث تعديل خاص ومكتسب للرد المناعي على عامل مثير للحساسية،

- كل لقاح أو سمين أو مصل وهو كل عامل موجه للاستعمال لدى الإنسان قصد إحداث مناعة فاعلة أو سلبية أو قصد تشخيص حالة المناعة،

- كل منتوج صيدلاني إشعاعي جاهز للاستعمال لدى الإنسان الذي يحتوي على نوكليد إشعاعي أو عدة نوكليدات إشعاعية،

- كل منتوج ثابت مشتق من الدم،

- كل مركز تصفية الكلى أو محاليل التصفية،

- الغازات الطبية.

ج- المواد المماثلة للأدوية:

بموجب أحكام المادة 171 من القانون 85-05 يقصد بالمواد المماثلة للأدوية:

- مواد النظافة ومنتوجات التجميل التي تشمل على مواد سامة بمقادير وكثافة تفوق ما يحدده بقرار الوزير المكلف بالصحة،

- منتجات التغذية الحميوية التي تحتوي على مواد غير غذائية تمنحها خاصيات متعددة للصحة البشرية،

- الجسميات المعدلة وراثيا أو جسميات تعرضت لتعديل غير طبيعي طرأ على خصائصها الأولية بإضافة جين واحد على الأقل أو حذفه أو تعويضه والتي تستعمل في العلاج أو إنتاج الأدوية واللقاحات.

د- المستلزمات الطبية:

يقصد بالمستلزمات الطبية حسب المادة 173 من القانون 85-05 السالف الذكر: "كل تجهيز أو جهاز أو أداة أو منتوج باستثناء المنتجات ذات الأصل البشري أو مادة أخرى مستعملة وحدها، وبالاشتراك بما في ذلك الملحقات، والبرمجيات التي تدخل في سيره والموجهة للاستعمال لدى الإنسان للأغراض التالية:

- تشخيص مرض أو الوقاية منه أو مراقبته ومعالجته أو التخفيف منه أو تعويض جرح أو إعاقه.

- دراسة تشريح أو عملية فيزيولوجية أو تعويضها أو تعديلها.

- التحكم في المساعدة الطبية للإنجاب. "

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري لم يعرف المواد الطبية بل حاول حصرها مع مسايرة التطورات العلمية في مجال تقنيات العلاج والتشخيص، فأسهب في تحديد المواد التي تعد من الأدوية ثم المواد المماثلة لها، والتي تشمل الجسيمات المعدلة وراثيا، إلى جانب كل الأدوات والأجهزة الطبية بما فيها من البرامج الكترونية المستعملة في تقديم الخدمات الطبية، واستثنى المنتجات من الأصل البشري، فهل هذه المنتجات منتجات استهلاكية؟

ثانيا: **منتجات جسم الإنسان**

اعتبر بعض الفقه أن مفهوم المنتوج لا يشمل عناصر ومستخلصات الجسم البشري، وهذا استنادا إلى ما ورد في الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، أين تم إفراد المؤسسات التي تقوم بنزع الدم البشري بنص خاص، حيث جاء في المادة 169 منه: "يجب على المؤسسات التي تقوم بنزع و/ أو تغيير الدم البشري من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأمينا ضد العواقب المضرة التي يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون"، فلم يرد مصطلح الدم في المادة 168 التي وصفت المواد الصيدلانية بوصف المنتوجات الاستهلاكية[1].

لكن الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 مارس 1992 قررت أنه لا يلزم أن تكون للمادة التي يقال لها دواء خاصية الشفاء أو الوقاية بل يكون كذلك من اللحظة التي يسمح فيها بإصلاح أو تعديل الوظائف العضوية لجسم الإنسان بتحسينها[2].

---

(1)- فتاك علي، المرجع السابق، ص408.

(2)- مشار إليه من طرف: بدر أسامة أحمد، المرجع السابق، ص32.

« Un médicament ne doit pas obligatoirement posséder des fonctions curatives ou préventives dès l'instant qu'il permet de restaurer ،corriger ou modifier des fonctions organiques »

فاعتبارا لتأثير نقل الدم على الوظائف العضوية، فهو إذن من الأدوية[1]. لكن يرى البعض أنه يشترط لاعتبار عناصر ومستخلصات جسم الإنسان منتوجات تسرى عليها المسؤولية الموضوعية أن يكون مصدرها منظمة مهنية وسيطة تقوم بنزع هذه العناصر ومعالجتها وضمانها، كبنوك الدم والعيون[2].

وقد قضت محكمة استئناف باريس في هذا الصدد بتاريخ 28 نوفمبر 1991 بأن مركز نقل الدم يتعهد بتسليم دم غير معيب[3].

ونشير إلى أن المادة 170 من القانون 85-05 اعتبرت أن كل منتوج مشتق من الدم دواء، إذ أن المشتقات تستلزم إجراء عمليات صناعية، وتقنية للحصول عليها، أي تدخل المنتج، وبالتالي يقع عليه ضمانها.

أما عناصر جسم الإنسان الأخرى كالدم والقطع الجلدية والكلى فمتى تم استخدامها في إطار العقود الطبية أي من مؤسسات علاجية خاصة، فلا توصف بالمنتوجات التي تسرى عليها المسؤولية الموضوعية إلا إذا تم توريدها عن طريق هيئات مهنية مرخص لها كبنوك الدم أو العيون.

وعليه يظهر لنا أنه ليس كل مادة مستعملة في العلاج الطبي منتوج استهلاكي، وهذا يستتبع أن العقد الطبي لا يكون عقدا استهلاكيا عند استخدامها.

الفرع الثاني: الخدمات الطبية

تشمل عملية الاستهلاك المنتوج والخدمة[4]، وقد نصت المادة 4/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90 -39 المؤرخ في 01/30/ 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش على أن الخدمة هي: "كل مجهود يقدم ماعدا تسليم منتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له". كما جاء في نص المادة 17/2 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أن الخدمة هي " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة".

---

(1)- بدر أسامة أحمد، المرجع السابق، ص32.

(2)- فتاك علي، المرجع السابق، ص408.

(3)- مشار إليه من طرف: بدر أسامة أحمد، المرجع نفسه، ص33.

(4)- مركب حفيزة، المرجع السابق، ص57.

ويعتبر الفقه أن كل الأموال تكون قابلة للاستهلاك شرط اقتنائها أو استعمالها بغرض غير مضر بما فيها الخدمات، كما أشرنا. ويعتبرون أن مفهوم الخدمة غير مألوف في القانون المدني، وإن كان استعماله شائعا في القانون الاقتصادي، فهو يشمل جميع الأداءات القابلة للتقدير النقدي سواء كانت ذات طبيعة مادية كالإصلاح والتنظيم، أو ذات طبيعة فكرية أو عقلية كالعلاج الطبي [1].

أولا: مفهوم العمل الطبي

إذا كان العلاج أو العمل الطبي كما أشار له الفقه يندرج ضمن مفهوم الخدمة التي تكون محل لعقد الاستهلاك والعقد الطبي معا، فهذا يستوجب تبيان معالم العمل الطبي حسب منظور الفقه الذي انقسم إلى اتجاهان، أحدهما يضيق مفهوم العمل الطبي، والآخر يوسعه.

أ- المفهوم الضيق للعمل الطبي:

اتجه بعض الفقه الى تحديد مفهوم العمل الطبي اعتمادا على صفة القائم به والغاية منه وأساسه، فعرفوه بأنه "العمل الذي يقوم به الشخص المتخصص من أجل شفاء الغير طالما كان العمل يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في عالم الطب"[2].

وقد عرفه البعض الآخر بأنه "هو ما تبرره ضرورة العلاج أيا كان من يمارسه وأنه يعطي القائم به حرية العمل على جسم المريض"[3]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه يجعل من كل عمل غايته العلاج عملا طبيا مهما كانت صفة من يقوم به، ولكن هذا ينافي الحقيقة، إذ أنه من شروط إباحة العمل الطبي ومزاولة مهنة الطب الحصول على المؤهلات العلمية وعلى الرخصة القانونية.

وذهب فريق آخر إلى اعتبار العمل الطبي أنه "ذلك الجانب من المعرفة الذي يتعلق بموضوع الشفاء وتخفيف المرض والوقاية منه"[4]، فإذا كان صائبا أن العمل الطبي أساسه العلم وغايته الشفاء أو الوقاية من المرض أو التخفيف منه، إلا أن ما يلاحظ في الواقع أن ليس كل الأعمال الطبية لها هذه الغاية، فقد يكون مراجعة الطبيب قصد الفضول كالمرأة التي تقصد الطبيب للكشف عن جنس

---

(1)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص30.

Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, OP cit, p 5.

(2)- أيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص15.

(3)- آيت مولود ذهبية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- فدوى محمد اسماعيل خليل البرغوثي – المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة القدس، الأردن، ص ص 91-92، مشار إليها من طرف: آيت مولود ذهبية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

جنينها، أو الشخص الذي يجري تحاليل الدم لمعرفة الزمرة الدموية لأجل التبرع به. لذا ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعطاء تعريف أوسع للعمل الطبي ليشمل كافة مراحله ومقاصده.

ب- المفهوم الواسع للعمل الطبي:

يرى بعض الفقه بأن العمل الطبي هو "النشاط الذي يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض، والأصل فيه أن يكون علاجيا يستهدف التخلص من المرض أو التخفيف من حدته وحدة آلامه. ومن قبيل الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض"[1].

فالعمل الطبي وفقا لهذا التعريف يشمل أي نشاط مهما كانت طبيعته يكون مطابق لأصول علم الطب تكون غايته في الأصل الشفاء، ويشمل كذلك كل الأعمال التي هدفها الكشف والوقاية من المرض.

لكن هناك من أضاف عناصر وشروط أخرى لتعريف العمل الطبي، فعرفوه بأنه "كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية في علم الطب ويقوم به طبيب مصرح له قانونا بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف حدته أو منعه أو بهدف المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توفر رضا المريض الذي يجرى عليه العمل"[2].

والملاحظ على هذا التعريف أنه يشمل كافة الأعمال الطبية بشرط مطابقتها لأصول علم الطب، والتي يقوم بها الطبيب المرخص له قانونا، كأخصائي الأشعة، أخصائي التحاليل الطبية، أخصائي العلاج الطبيعي، أخصائي الأسنان وصناعتها، أخصائي النظارات الطبية أو القائمين بالتمريض والقابلات وغيرهم[3]. وتشمل أعمال العلاج والوقاية الصحية وكل عمل طبي يهدف إلى تحقيق مصلحة اجتماعية، وبالتالي يشمل عمليات التبرع بالأعضاء، الكشوفات قبل الزواج، الجراحة التجميلية، الكشف عن النسب، التلقيح الاصطناعي وغيرها.

---

(1)- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحة، دار العلم الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2008، ص40، مشار إليه من طرف: آيت مولود ذهبية، المرجع السابق، ص16.

(2)- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص55، مشار إليه من طرف: آيت مولود ذهبية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(3)- آيت مولود ذهبية، المرجع نفسه، ص17.

لكن إذا كانت هذه هي الأعمال الطبية التي يقدمها من يمارس مهنة الطب في إطار العقود الطبية مقابل الحصول على الأجرة، فهل تعتبر خدمات ذات طبيعة استهلاكية، يصلح معها وصف العقد الطبي بأنه عقد استهلاك خدمة طبية.

ثانيا: اعتبار الخدمات الطبية خدمات استهلاكية

أشرنا سابقا إلى أن المشرع الجزائري قد عرف الخدمة في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنها كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة، وتشمل الأعمال المادية والفكرية التي من بينها الخدمات الطبية التي تعتبر خدمات استهلاكية[1].

لكن إذا كان العقد بين العميل والطبيب يرتب على الأخير التزام، بمجرد موافقته على أي طلب معالجة، بضمان تقديم علاج لمريضه يتسم بالإخلاص، التفاني، والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة، والاستعانة عند الضرورة بالزملاء المختصين والمؤهلين[2]، مقابل التزام المريض بدفع الأجرة، فهو يتطابق مع عقود الخدمات الاستهلاكية الأخرى التي تتميز بأنها "تلك العقود التي يلتزم بمقتضاها أحد المتعاقدين بأدائه للآخر خدمة قابلة للتقدير نقدا، وتتلاءم هذه الأداءات مع الالتزام بالقيام بعمل"[3].

ويرى البعض أن سبيل حماية المستهلك استلزم توحيد الحلول القانونية وتنظيم المنتجات والخدمات بنفس القواعد، فلم يعد هناك سبب خاص يبرر وضع تنظيم مغاير للمنتجات عن أداء الخدمات[4].

إلاّ أنه بالنسبة للعمل الطبي فخصوصياته تجعله في بعض الحالات يبتعد عن وصفه بخدمة استهلاكية، وهذا بالنظر إلى الجوانب التالية:

---

(1)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص30 هـ 33. زوبيري أرزقي، المرجع السابق، ص54. كالم حبيبة، حماية المستهلك، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005، ص18. مركب حفيزة، المرجع السابق، ص57. أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص61.
Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Op cit, p 5.

(2)- أنظر المادة 45 م. أ. ط.

(3)- بودالي محمد، المرجع نفسه، ص391.

(4)- بودالي محمد، المرجع نفسه، ص393.

أ-العدول في العقد الطبي:

إذا كان العقد يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة، لا يمكن نقضه أو تعديله إلاّ باتفاق أطرافه أو الأسباب التي قررها القانون، فإن القانون قد منح المستهلك، الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، حق العدول فيما يخص عقود السعي التجاري أو البيع بالمنزل[1]، مثلما أجاز لأحد الأطراف إنهاء بعض العقود كالوكالة والوديعة والعارية[2].

هذه الرخصة ذاتها منحها القانون للمريض، إذ نصت المادة 42 م.أ.ط.ج على حرية المريض في اختيار طبيبه أو مغادرته، وأكدت على أنه ينبغي للطبيب احترام هذا الحق، إذ تمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسي تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمرضى. ولم يقيد المشرع هذا الحق بمدة زمنية، في حين أنه بالنسبة لعقود الاستهلاك فإن حق العدول مؤقت ينتهي بانتهاء المدة الواجب ممارسته فيها[3]. أضف إلى ذلك إمكانية تنفيذ عقد الاستهلاك من طرف المحترف، إذ أن العقد يكون لازما من جانبه[4]، في حين أن العقد الطبي لا يمكن تنفيذه من الطبيب متى قرر المريض رفض العلاج أو التخلي عن خدماته.

ب- منع تخفيض السعر في العقد الطبي:

منع المشرع الجزائري بموجب المادة 59 من قانون المنافسة المكافأة العينية بالنسبة لبيع السلع وأداء الخدمات للمستهلكين، إلا هذا أن المنع لا يشمل المكافأة النقدية، وبالتالي يجوز للتجار القيام بالخصم من سعر المنتوج أو الخدمة لفائدة المستهلكين، بشرط أن لا ينزل الثمن تحت سعر التكلفة[5].

أما بالنسبة لأتعاب الأطباء، فقد منع المشرع إرخاصها بممارسة تخفيض السعر أو اقتضائه جزافا[6]، كما منع على الطبيب منح أي حسم مالي أو عيني يقدمه للمريض[1]، وإن كان أجاز له

---

(1)- "السعي التجاري يفترض انتقال المحترف إلى المستهلك لعرض أمواله أو خدماته، وغالبا ما يتم هذا الانتقال إلى موطن المستهلك أو مكان إقامته، لهذا يعرف تحت اسم: البيع بالمنزل vente à domicile، أو البيع من باب إلى باب"، مشار إليه من طرف: بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص136.

(2)- بودالي محمد، المرجع نفسه، ص145.

(3)- عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص781.

(4)- عبد الباقي عمر محمد، المرجع نفسه، ص783.

(5)- بودالي محمد، المرجع نفسه، ص218. أنظر م19 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد قواعد الممارسات التجارية ج.ر عدد 41 مؤرخة في 2004/06/27.

(6)- أنظر م65 م.أ.ط.ج.

تقديم خدمات مجانية.

ج- رفض تأدية الخدمات الطبية:

إذا كان المشرع قد منع المحترف من رفض بيع أي سلعة أو تأدية خدمة دون مبرر شرعي متى كانت السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة[2]، فإنه بالنسبة للخدمات الطبية، للطبيب الحق في رفض تقديم العلاج لأسباب شخصية مع مراعاة حالات الاستعجال أو الضرورة التي تستوجب على الطبيب إسعاف المريض[3].

فيتضح مما سبق أن العميل في العقد الطبي يعتبر مستهلكا، لأنه يتعاقد للحصول على المنتجات والخدمات لأغراض شخصية بحتة، بغض النظر عن أداء المقابل لاقتنائها، ولا يتمتع بالحماية إذا كانت موجهة للاستعمال المهني. كما يعد كل من الطبيب، المستشفى الخاص، والمؤسسة العمومية ذات الصبغة التجارية والصناعية، محترفا بالمفهوم المنصوص عليه في قواعد حماية المستهلك. وتعتبر المنتجات والخدمات الطبية في الأصل ذات طبيعة استهلاكية، باستثناء منتجات جسم الإنسان فلا تكون كذلك إلا إذا تم توفيرها من قبل مؤسسات مختصة.

غير أن خصوصية الخدمة الطبية جعلتها تخضع لقواعد مغايرة لتلك التي تحمي المستهلك، وذلك إما بتشديد الحماية، كعدم تقييد حق العميل في العدول عن العقد الطبي بمدة زمنية، أو تخفيفها، وكذا منح الحق للطبيب في الامتناع عن تأدية الخدمة لأسباب شخصية.

وإذا كان هذا هو شأن عناصر العلاقة العقدية الطبية التي تتطابق في معظمها مع عناصر العلاقة الاستهلاكية وتتنافر معها في حالات استثنائية، فلابد للتأكيد على اتخاذ العقد الطبي وصف عقد الاستهلاك، البحث في الالتزامات التي تفرضها قواعد حماية المستهلك لاستخلاص مدى التزام المحترف الطبي بها، وهذا ما سنحاول تبيانه في المبحث الثاني.

---

(1) – أنظر م24 م.أ.ط.ج.

(2)– أنظر م15 من القانون 04-02.

(3)– المادة 42 م.أ.ط.ج.

المبحث الثاني: اعتبار العقد الطبي عقد استهلاك من خلال الالتزامات المترتبة على المحترف

أدى التطور المذهل في الحياة الاجتماعية والاقتصادية إلى ابتكار أساليب متطورة للتنظيم والإنتاج والتوزيع والاستهلاك، أدت إلى ازدحام الأسواق بأشكال عديدة ومتنوعة من المبتكرات لم تكن معروفة من قبل، سواء سلع أو خدمات، الأمر الذي أدى إلى احتدام المنافسة بين المحترفين للحصول على عدد أكبر من الزبائن[1].

وأمام هذا الكم الهائل من العروض قد يتيه المستهلك ويعجز عن الاختيار مع جهله بخصائص المنتوج وقيمته الحقيقية، لذا ألزم القانون المحترفين بإحاطة المستهلكين علما بكافة المعلومات التي تخص المنتوج المعروض للاستهلاك عن طريق فرض الالتزام بالإعلام (مطلب أول).

كما أدى السعي الدائم للابتكار والتقدم التكنولوجي إلى وفرة المنتوجات والخدمات وتنوعها، مع ما حملته من مخاطر على الأشخاص والأموال، مما استلزم فرض التزام آخر على المحترف وهو سلامة المستهلك وأمنه (مطلب ثاني) على اعتبار أن من حقوقه الأساسية الصحة والسلامة[2].

ورغم أن الدولة الحديثة اتجهت إلى عدم التدخل في السوق ومنح الحرية في ممارسة الأنشطة الاقتصادية، فإنه في المقابل جعلت حماية المستهلك ورعايته من اهتماماتها الأساسية[3]، وذلك بفرض قواعد تضمن تحقيق رغباته المشروعة فيما يخص السلع والخدمات التي يقتنيها بتنظيمها وتحديد مواصفاتها وفرض الرقابة عليها سواء عن طريق الأجهزة المختصة أو من المتدخلين أنفسهم وهذا ما يقصد بالالتزام بالمطابقة(مطلب ثالث).

في ظل هذه القواعد التي تفرض التزامات جوهرية لحماية المستهلك نبحث عن مدى توافرها في العلاقة العقدية الطبية، ومدى مطابقتها مع التزامات المحترف في عقد الاستهلاك، لتبيان أوجه الالتقاء والاختلاف بينهما، وذلك للكشف عن مدى اعتبار العقد الطبي من العقود الاستهلاكية.

---

(1)- عمران السيد محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق، ص254. عجابي مراد، دور أجهزة الرقابة في حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2009/2008، ص1.

(2)- عجابي مراد، المرجع نفسه، ص2.

(3)- عمران السيد محمد السيد، المرجع نفسه، ص9.

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام في العقد الطبي

يرى البعض أن اختلال التوازن في علاقة المستهلك بالمحترف مرده عدم المساواة في العلم بالمنتوج[1]، ففي حين يكون المحترف عالما بأصول حرفته وخصائصها المتنوعة، نجد في المقابل أن المستهلك الذي يقبل على اقتناء السلعة أو الخدمة خاصة مع التعقيدات الحاضرة، لا يكون مدركا بحقيقتها ولا يطلع إلا على ما يريد المنتج الكشف عنه من معلومات حولها.

لذا فلحماية هذا المستهلك وتمكينه من إجراء المقارنة بين السلع والخدمات المختلفة المعروضة الاستهلاك، وضمان حقه في اختيار المنتوج الذي يناسبه من حيث النوعية والسعر والرغبة[2]، أصبح الإعلام من الركائز الأساسية في العلاقة الاستهلاكية، ويقع على المحترف الالتزام بإعلام المستهلك باعتبار أن مركزه يمكنه من الإحاطة علما بالمنتوج والخدمة وينفرد في بعض الأحيان بتحديد أسعارها[3].

ونظرا لما للالتزام بالإعلام من أهمية باعتباره ركيزة أساسية لحماية المستهلك والتزام أصيل يقع على الطبيب في العقد الطبي، سنحاول إبراز المقصود منه(فرع أول)، تحديد خصائصه (فرع ثاني)، تبيان صوره (فرع ثالث)، ووسائل تنفيذه(فرع رابع)، مع الإشارة في كل حين إلى ما له من خصوصية مقارنة بالالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك.

الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالإعلام في العقد الطبي

نصت المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على إلزامية إعلام المستهلك، إذ جاء فيها أنه يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

فالإعلام التزام يقع على المحترف لإحاطة المستهلك علما بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لصدور رضا حر وسليم منه[4]. ويقصد منه تزويد المتعاقد الطرف الضعيف في العقود بالمعلومات الضرورية التي تمكنه من اتخاذ قراره النهائي بقبول أو رفض التعاقد بإرادة حرة ومستنيرة[5].

---

(1)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص61.

(2)- سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص11.

(3)- بودالي محمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- بركات كريمة، التزام المنتج بإعلام المستهلك، مجلة معارف، العدد 6، المركز الجامعي بالبويرة، جوان 2009، ص153.

(5)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص105.

وعلى اعتبار أن العقد الطبي من العقود الرضائية يتضمن التدخل على جسم الإنسان، فإن كلا من الفقه والقضاء يجزمان على وجوب رضا المريض بإجراء العلاج كشرط ضروري لإباحة الأعمال الطبية[1]، وذلك بإلزام الطبيب الحصول على الموافقة المسبقة منه.

لكن القضاء الغربي وبالخصوص القضاء الأمريكي، سعيا منه لحماية حقوق المرضى قام بتطوير مفهوم الرضا بابتكار نظرية الرضا المتبصر[2]، بالتأكيد على ضرورة إعلام المريض والحصول على موافقته قبل أي تدخل طبي، وتحميل الطبيب المسؤولية حال الإخلال بواجب الإعلام[3]. وقد تطور موقف القضاء الأمريكي في شأن تبصير المريض إلى حد أنه لم يعد يتحقق من حصول الطبيب على رضا المريض فقط، بل يهتم بمدى توفيره للمعلومات اللازمة حتى يتمكن المريض من اتخاذ قراره بشأن قبوله أو رفضه للعلاج[4].

وفي الشأن نفسه رتب القضاء الفرنسي المسؤولية على الطبيب عن النتائج الضارة الناجمة عن عمله وإن لم يكن قد ارتكب خطأ، وذلك بقيامه بعمليات طبية دون تبصير المريض بجميع الأخطار المتعلقة بهذه العمليات ودون رضا منه[5]. كما رتب المسؤولية على طبيب آخر أجرى على سبيل التجربة علاجا على مريض بغير رضا حر ومستنير منه، ولم يشفع له كون العلاج مطابقا لأصول الفن الطبي[6]، في حين لم يعتبر طبيا آخر مسئولا عن ضرر أحدثتها الأشعة لقبول المريض العلاج عن وعي تام[7].

فالالتزام بالإعلام في العقد الطبي، الذي يقصد منه تزويد المتعاقد بالمعلومات الكافية وتمكينه من حرية اختيار أسلوب العلاج وطرقه[8]، والذي يقع على عاتق الطبيب، يلتقي مع الالتزام بإعلام المستهلك الذي يقع على عاتق المهني بإرشاده بكافة بيانات المنتوج أو الخدمة، وبيان منافعه

---

(1)– سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص277.

(2)– مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص90.

(3)– مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص91.

(4)– مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص93.

(5) - Cassation civile, le 27/10/1953.

مشار إليه من طرف: رايس محمد، المرجع السابق، ص133.

(6) - Tribunal civil de Seine, le 16/05/1936.

مشار إليه من طرف: سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، ص297.

(7) - Tribunal civil de Paris, le 12/03/1931.

مشار إليه من طرف: سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(8)– سعد أحمد محمود، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ومضاره، باعتباره أعلم بمحتواه وبما ينتجه[1].

فالإعلام الجيد والدقيق أمر ضروري لتمكين المستهلك من اختيار المنتوج المناسب لحاجاته[2]، وينطبق هذا الأمر على المريض، إذ أن عصر انفراد الطبيب بالتصرف في العلاقة الطبية أو الإمبريالية الطبية قد انقضى[3].

الفرع الثاني: خصائص الالتزام بالإعلام

يتميز الالتزام بالإعلام في العقود الاستهلاكية بمجموعة من الخصائص[4] نحاول أن نبرز مدى توافرها في الالتزام بالإعلام في العقد الطبي.

أولا: العمومية

يعد الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك التزاما عاما، ينطبق على جميع أنواع العقود ولا يخص عقدا بعينه، رغم أن الواقع العملي فرض وجوده بشكل جلي في بعض العقود التي يكون محلها أشياء يتطلب استعمالها عمليات معقدة، كالأجهزة الكهربائية[5]، أو منتوجات خطرة استنادا إلى طبيعتها الذاتية، وهي الأشياء التي تنتج خطرة، إذ أنها لا تفي بالغرض منها إلا إذا أنتجت كذلك كقارورة الغاز، والأشياء التي ليست خطيرة في الأصل لكن تصبح خطيرة عند التقائها مع عوامل أخرى خارجية، إذ تحتوي على مسببات الخطر كالأدوية[6].

فالأدوية في الأصل موجهة للعلاج، وقابلة للاستهلاك، لكن تداخل عناصرها مع مواد أخرى قد يجعلها خطرة على الصحة، فيمنع التلازم في تناول بعض الأدوية أو تعريضها لأشعة الشمس أو الحرارة.

وغني عن البيان أن الالتزام بالإعلام في العقود التي محلها الأشياء الخطرة يهدف إلى الحفاظ على أمن وسلامة المستهلك.

---

(1)- موالك (ب)، المرجع السابق، ص34.

(2)- كالم حبيبة، المرجع السابق، ص19.

(3)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص295.

(4)- عبد الباقي عمر محمد، المرجع السابق، ص ص 196- 198.

(5)- القيسي قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص118.

(6)- القيسي قاسم أحمد، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وبالنسبة للعقد الطبي وإن كان الغرض منه هو العلاج فإن هذا الأخير قد يشكل خطرا على المريض نتيجة تقلص فرص الشفاء أو خطورة وسيلة العلاج، مما يوجب على الطبيب إعلام المريض والحصول على موافقته لانعقاد العقد وتنفيذه. فقد نصت المادة43 من مدونه أخلاقيات الطب على الطابع العام للالتزام بالإعلام إذ جاء فيها أنه: " يجب على الطبيب وجراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي". ولم يستثني المشرع أي مرحلة من مراحل التدخل الطبي سواء أثناء التشخيص أو أثناء العلاج.

كما نصت المادة 154 من قانون 85-05 على أنه "يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك".

فعمومية الالتزام بالإعلام يجعله يمتد إلى كافة العقود الطبية، إذ أن سلامة الرضا شرط لقيام العقد الطبي، ولا يكون رضا المريض صحيحا إلا إذا كان حر الإرادة وعالما بحقيقة حالته الصحية، وما ينطوي عليه العلاج من مخاطر، إضافة إلى أن رضا المريض شرط لجواز المساس بجسمه، أي إباحة العمل الطبي[1].

ثانيا: الوقائية

يتميز الالتزام بإعلام المستهلك بالطابع الوقائي، إذ أن تبصير المستهلك وتنويره وإحاطته علما بكافة مقومات وعناصر المنتوج أو الخدمة تمكن من صدور رضاه سليما وإرادته خالية من عيب الغلط، وهذا بهدف استقرار العقد.

وهذه الخاصية تعد من صميم الالتزام بالإعلام في العقد الطبي الذي يستلزم أن يتحقق في مرحلة سابقة لبدء العلاج[2]، والذي لا يقف عند هذه المرحلة فقط -الحصول على رضا وموافقة المريض على العلاج- بل يمتد إلى التبصير بالغرض المتوخى منه، والذي يعرض على المريض بطريقة سهلة ويسيرة باستعمال مصطلحات مفهومة، لتمكينه من اتخاذ قراره بقبول أو رفض العمل الطبي المعروض عليه وهو على علم ودراية من أمره[3]، بعد إعلامه بنوع التدخل ومخاطر العلاج المقترح[4]، وبكل المعلومات الهامة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد.

---

(1)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص294.

(2)- بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص57.

(3)- رايس محمد، المرجع السابق، ص135.

(4)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص133.

ويلتزم الطبيب أن يبصر المريض بكافة المخاطر التي قد تحدث له في الحال وفي المستقبل ولو بعد عشرات السنين[1]. فالشخص المتبرع بكليتيه مثلا يجب إخباره بأن اعتلال الكلية المتبقية عنده قد تهدد حياته في المستقبل، وكذا بفرص نجاح زراعة العضو المتبرع به من عدمها، لتعريفه بالمخاطر التي سيقبل عليها، وبالفوائد التي قد تعود على المستفيد، فنقل عضو من جسم إنسان سليم إلى جسم إنسان مريض هدفه الشفاء دون المساس بسلامة المتبرع[2].

فالطبيب إذن ملزم بإعطائه صورة صحيحة بما فيها كافة المخاطر التي ترتبها عملية الاستئصال، إضافة إلى حالته الصحية بعد الجراحة لتمكينه من المفاضلة بين مزايا ومساوئ العملية التي يقدم عليها[3].

ويرى الفقه أن التزام الطبيب بالإعلام والتبصير في عمليات نقل الأعضاء يجب أن تتوفر على مجموعة من العناصر كلها ذات طابع وقائي، وهي بالنسبة للمانح:

- المخاطر التي يتعرض لها نتيجة الاستئصال أو الاستقطاع.
- الفائدة التي تعود عليه من الناحية النفسية.
- طبيعة الجراحة والإجراءات الاحتياطية المتخذة.
- أهمية عملية النقل والزرع بالنسبة للمتلقي.
- مدى تأثير عملية الاستقطاع على القدرة الجنسية وعلى مقدرته على العمل.
- المدة اللازمة للشفاء الكامل من آثار الجراحة.
- المتابعة الصحية المطلوبة.

أما بالنسبة للمتلقي فعناصر تبصيره الكامل هي:

- بيان كافة الأخطار المصاحبة للعملية.
- أهمية الجراحة بالنسبة لحياة المتلقي واحتمالات النجاح والفشل.
- احتمالات رفض الجسم للعضو المنقول وآثاره على حياة المتلقي.
- طبيعة الرعاية الطبية اللاحقة لعملية النقل.

---

(1)- بدوي أحمد محمد، المرجع السابق، ص41.

(2)- عيساوي محمد، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون، مجلة معارف، العدد5، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، ديسمبر 2008، ص204.

(3)- بدوي أحمد محمد، المرجع نفسه، ص42.

ثالثا: الاستقلالية

يعد الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في عقد الاستهلاك التزاما مستقلا عن كافة الالتزامات الأخرى، إذ يهدف إلى مواجهة الاختلال في التوازن القائم بين المنتج والمستهلك قبل التعاقد.

وبالنسبة للالتزام بالإعلام في العقد الطبي، فإنه يرتبط ارتباطا وثيقا برضا المريض، كما سبق الإشارة إليه، إذ يقع على الطبيب التزاما بالحصول على رضا المريض قبل مباشرة التدخل العلاجي، والتزاما أخر ملازما له لكن مستقل عنه هو الالتزام بإعلامه وتبصيره لتمكينه من التعبير عن رضاه المستنير.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 25 جوان 2006 الذي يعرف بقرار hedruel بأن عبء إثبات الوفاء بالالتزام بالإعلام يقع على الطبيب، بعدما كان القضاء يحمل المريض عناء إثبات الإخلال به، في حين أنه بالنسبة لعدم حصول الطبيب على رضا المريض فإن نفس المحكمة مازالت تحمل عبء إثباته على المريض نفسه، وهذا ما يدل عن أن الالتزام بالإعلام في العقد الطبي يعد التزاما مستقلا عن الرضا وممهد له[1].

هذا بالإضافة إلى موقف القضاء الأمريكي الذي سبق الإشارة إليه، حيث أنه في إحدى القضايا التي طرحت عليه، لم تفحص المحكمة مدى حصول الطبيب على رضا المريض من عدمه، وإنما اهتمت بمدى توفيره للمعلومات اللازمة حتى يتمكن المريض من اتخاذ قراره بشأن قبول أو رفض العلاج. وأكدت في حيثيات الحكم أنه يقع على عاتق الطبيب التزام بتبصير المريض بحالته الصحية وأسلوب العلاج الذي يقترحه، وذلك حتى يكون اختيار المريض للعلاج أو رفضه له مبنيا على أساس سليم ومتفقا مع إرادته الحقيقية[2].

فالالتزام بالإعلام في العلاقة الطبية يتطابق مع ما ورد في كافة النصوص القانونية التي تحمي المستهلك، ذلك أن موضوعه يهدف إلى حماية مصالح العميل، والإخلال به يعد مصدرا للمسؤولية، وأن الطبيب هو الذي يتحمل عبء إثبات تنفيذ هذا الالتزام[3].

---

(1)- هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص242.

(2)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص93.

(3)- Chevalier Bertrand, L'obligation d'information du médecin dans le cadre de la loi Kouchner (loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé) www. odredesavocats. renes. com/articles/droit-medical-1. htm, le 19 avril 2013 à 14 heure.

الفرع الثالث: صور الالتزام بالإعلام

إذا كان الالتزام بالإعلام غايته الحصول على رضا سليم وحر من المستهلك قبل إبرام العقد، فيقع على المحترف كذلك التزام بالإعلام مصدره هذا العقد يتعلق بمرحلة تنفيذه، إلى جانب تقديم النصح والمشورة لتمكينه من الاختيار وهو على بينة من أمره، وهي الصور الثلاثة للالتزام بالإعلام التي نبحث وجودها في العقد الطبي.

أولا: الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد

الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك يقع على المحترف الذي يقوم بإعلام المستهلك بالمميزات الرئيسية للمنتوج أو الخدمة، ويصطلح عليه الفقهاء "بالالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالمعلومات والبيانات"، وهذا الالتزام أصبح مبدأ عام مرتبط بنظرية العقد بوجه عام وبعقود الاستهلاك بوجه خاص[1]، وغايته ضمان الحصول على رضا سليم من المتعاقد الآخر في مرحلة تكوين العقد، كما أنه وسيلة من وسائل التوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، وذلك ليس فقط بالنسبة للجودة والسعر وإنما يشمل أيضا استعمال الشيء أو المنتوج[2].

ويرى الأستاذ بودالي محمد أن الوصف الذي يقوم به البائع اتجاه المشتري في عقد البيع لتحقيق العلم الكافي، والذي ينصب على بيان المبيع وأوصافه وطريقة استعماله ومخاطره، يجعل منه "التزاما بالوصف"، يمكن ترجمته "بالالتزام بالإعلام"[3].

وبالنسبة للعقد الطبي، اتفق الفقه على أن التزام الطبيب بإعلام المريض هو التزام سابق، إذ ينشأ قبل إبرام العقد، وأن اختلف حول أساسه. فذهب البعض إلى اعتباره التزام قانوني يترتب عن الإخلال به قيام مسؤولية الطبيب التقصيرية[4]، في حين يرى البعض الآخر أن أساسه عقد العلاج الطبي بين المريض والطبيب ومتولد عنه، رغم أن تنفيذه يكون واجبا قبل نشوء العقد، فهذا لا يغير من طبيعته العقدية، وبالتالي فكل إخلال به يرتب على الطبيب مسؤولية عقدية[5].

ثانيا: الالتزام التعاقدي بالإعلام

يتميز الالتزام العام السابق بالإعلام أنه ممهد لإبرام العقد وسابق له، أما الالتزام التعاقدي

---

(1)- بركات كريمة، المرجع السابق، ص153- 154.
(2)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص62.
(3)- بودالي محمد، المرجع نفسه، ص67.
(4)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص ص 114- 115.
(5)- مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص114.

بالإعلام فيتفرع عن العقد ويرتبط بمرحلة تنفيذه[1]، إذ أنه التزاما ينشأ بمناسبة كل عقد على حدى في حدود مقتضياته، ويمتد تطبيقه إلى مقدمي الخدمات الذين يقع على عاتقهم التزام تعاقدي بإعلام زبائنهم بالمخاطر، بما فيها المخاطر المرتبطة بالعلاج الطبي[2]. وتطبيقا لهذا المبدأ قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1984/03/05 بمسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية الولادة لسيدة تعسرت حالتها عدة أيام دون إخبارها بالآثار الجانبية للعملية القيصرية، والتي أدت إلى حرمانها من الإنجاب[3].

وقد سار القضاء والفقه الفرنسيين على أن الإخلال بواجب الإعلام يقيم المسؤولية العقدية للطبيب باعتبار أنه أخل بأمور أوجب العقد الطبي الإعلام بها[4].

ثالثا: الالتزام بالنصح

يقع على المحترف إلى جانب الالتزام بالإعلام التزام آخر يلازمه وهو تقديم النصح والمشورة، إذ يعرض على المتعاقد الآخر الحل الأوفق لمصالحه فيتجاوز بذلك مجرد الإعلام. فيشمل التزام الطبيب بإعلام المريض تحذيره من مخاطر العلاج المقترح بما فيها المخاطر الاستثنائية[5]. كما يشمل عرض البدائل العلاجية وأثار رفض العلاج أو البقاء بدونه. وهذا ما قرره المشرع الفرنسي بموجب قانون 4 مارس 2002[6].

فبالنسبة للإعلام بالبدائل العلاجية فالطبيب ملزم بعرض العلاج الأنسب على المريض، إلى جانب طرق العلاج الأخرى التي يراها أقل فعالية لتمكين المريض من اتخاذ القرار السليم والمستنير، بعد قيامه بالمقارنة وتقديره لمنافع ومخاطر كل طريقة وفقا لاعتباراته الشخصية. فمثلا قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1969/09/17 أنه يجب على الطبيب أن يخبر مريضه بكل صدق وأمانة عن مدى لزوم العملية الجراحية وأنه يمكن الاستغناء عنها بالعلاج طويل المدى[7].

وللمريض الحق كذلك في رفض العلاج لكن يقع على الطبيب في هذه الحالة واجب تنبيهه

---

(1)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص68.

(2)- بركات كريمة، المرجع السابق، ص154.

(3)- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك "الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك"،دون ذكر الطبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص29، مشار إليه من طرف: بركات كريمة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، هـ2.

(4)- مأمون عبد الكريم، المرجع السابق، ص115.

(5)- Benabent Alain, Op cit, p 367.

(6)- Chevalier Bertrand, Op cit.

(7)- مشار إليه من طرف: مأمون عبد الكريم، المرجع نفسه، ص126.

لعواقب هذا الامتناع أو الرفض والسعي للحصول على الإثبات الكتابي لذلك[1].

فواجب النصح يشتمل إما على حث الغير على القيام بعمل أو التحذير من الإقبال على القيام به، أو التحذير من المخاطر التي قد تنجر عن الامتناع عن القيام به[2]. ويقع على الطبيب واجب إخبار المريض بحالته ثم بالعلاج المقترح بكامل مخاطره وبدائله، وفي الأخير بعواقب رفض المريض له، أي للعلاج. ومتى قام بذلك يكون قد وفى بالتزامه.

الفرع الرابع: وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام

قصد حماية المستهلك نظم القانون وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام ونظم شروط إعمال كل وسيلة، وقد نصت المادة 17 من الأمر 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أنه يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بواسطة الوسم أو وضع علامات أو أية وسيلة أخرى مناسبة، إضافة إلى التزام المحترف بإعلام المستهلك عن أسعار المنتوج واللجوء إلى الإشهار للتعريف بمنتوجاته.

واعتبارا للعلاقة الطبية بين العميل والطبيب ذات الطبيعة الخاصة، نحاول تبيان كيفية إعمال الوسائل السابقة الذكر في مجال هذه العلاقة، ومدى التقاء أحكام الحماية السارية عليها وتقاطعها مع قواعد حماية المستهلك بدءا بوسم المنتوجات الطبية، ثم الإعلام حول الأسعار في الخدمات الطبية ثم الإشهار في المجال الطبي.

أولا: وسم المنتجات الصيدلانية

يعد الوسم الوسيلة المناسبة لإيصال المعلومات الضرورية المتعلقة بالمنتوج، ويجب أن يكون واضحا ولا يخلق لبسا في ذهن المستهلك، وتكون بيانات الوسم مرئية وسهلة القراءة يتعذر محوها، مكتوبة باللغة العربية وبلغة أخرى على سبيل الإضافة[3].

وقد ألزم المشرع كل متدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة[4]، وعلى وجوب تحرير بيانات الوسم، طريقة الاستخدام، دليل الاستعمال، شروط ضمان المنتوج، وكل معلومة أخرى منصوصة عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن

---

(1)- المادة 49 م.أ.ط.ج.

(2)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص73.

(3)- بركات كريمة، المرجع السابق، ص156.

(4)- المادة 17 قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وذلك بطريقة مرئية ومقروءة يتعذر محوها[1].

وفي شأن المنتجات الطبية فقد حدد القرار الوزاري المؤرخ في 30 أكتوبر 2008 الذي يحدد الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية والمستلزمات الطبية الموجهة للطب البشري[2] طريقة وسم المنتجات الطبية كالآتي:

أ- وسم الأدوية:

نصت المادة 12 من القرار المؤرخ في 30 أكتوبر 2008 على طريقة وسم الأدوية، إذ جاء فيها أنه يجب أن يحمل غلاف التوضيب الداخلي والخارجي البيانات الآتية باللغة العربية وكل لغة أجنبية في الجزائر بحروف واضحة وغير قابلة للمحو وهي الاسم التجاري، التسمية الدولية المشتركة مطبوعة بحروف كبيرة، وإذ تعذر ذلك التسمية المستعملة، رقم مقرر التسجيل في الجزائر، تاريخ الإنتاج بطبع الحروف الثلاثة الأولى للشهر وذكر السنة، تاريخ انتهاء الصلاحية بطبع الحروف الثلاثة الأولى للشهر وذكر السنة، الشكل الصيدلاني، الصيغة المئوية مع بيان المواد النشيطة بالتدقيق، محتوى الجرعة الواحدة والعلبة الواحدة من العنصر الفعال، رقم الحصة، مكان الإنتاج وبلد المنشأ، شروط التخزين والحفظ الخاصة، الشروط الخاصة لتقديم الأدوية، مدة الاستقرار عندما يتعلق الأمر بمنتج يجب إعادة تركيبه، اسم وعنوان المنتج، والترميز بالأعمدة.

ب- وسم المستلزمات الطبية:

وردت في المادة 17 من القرار الوزاري السالف الذكر البيانات التي يجب أن تظهر على أغلفة التوضيب الداخلي والخارجي للمستلزمات الطبية، والتي تكتب باللغة العربية وكل لغة أجنبية مستعملة في الجزائر وهي اسم المنتوج، طبيعة المنتوج عند الاقتضاء، كيفية استعمال المنتوج عند الاقتضاء، الخصائص التقنية، طريقة التعقيم، شروط التخزين الخاصة، تاريخ الإنتاج، تاريخ انتهاء الصلاحية، رقم الحصة، البيانات الخاصة لاسيما بالنسبة للمستلزمات الطبية المعقمة غير القابلة لإعادة الاستعمال، التسمية، اسم الشركة وأخيرا عنوان المنتج.

---

(1)- المادة 18 قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(2)- قرار مؤرخ في 2008/10/30 يحدد الشروط التقنية لاستيراد المنتجات الصيدلانية والمستلزمات الخاصة الموجهة للطب البشري، صادر عن وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، ج.ر عدد 70 مؤرخة في 2008/12/14.

ج- بيان الاستعمال للمواد الطبية:

نصت عليه المادة 13 من القرار الوزاري السالف الذكر والتي جاء فيها أنه يجب أن يرفق كل منتوج صيدلاني ومستلزم طبي ببيان استعمال سهل القراءة يحرر باللغة العربية وكل لغة أجنبية مستعملة في الجزائر، ويتضمن إلى جانب البيانات المفروضة المذكورة أعلاه المعلومات الآتية:

البيانات العلاجية، المقادير، الآثار غير المرغوب فيها، مضادات الاستطباب، التنبيهات عند الاقتضاء، احتياطات الاستعمال عند الاقتضاء، التفاعلات الدوائية عند الاقتضاء، مدة الاستقرار عندما يتعلق الأمر بمستحضر تجب إعادة تركيبه، التسمية أو اسم الشركة وعنوان مقر الشركة بالنسبة للمنتج، والبيانات الأخرى الضرورية للاستعمال الحسن للمنتوج، لاسيما التناول عن طريق الفم والتناول عن طريق القضم وغيرها.

وتجدر الإشارة إلى أن القرار المؤرخ في 06 جوان 2005 الذي كان يحدد الشروط التقنية الخاصة باستيراد المنتجات الصيدلانية الموجه للطب البشري والذي تم إلغاؤه بالقرار المؤرخ في 30 أكتوبر 2008، استوجب ذكر اسم وعنوان المستورد إلى جانب المنتج، وهذا بالنسبة للأدوية فقط، وهو بيان ذا أهمية إذ يمكّن للمستهلك من ممارسة حق الرجوع مباشرة على المستورد حال تضرره من المنتوج المعيب باعتباره متدخلا.

غير أنه لم يشترط ذكر هذا البيان بالنسبة للمستلزمات الطبية[1]، ويعد هذا قصورا في الحماية الممنوحة للمستهلك باعتبار أن مقر المنتج للمواد المستوردة يكون خارج القطر الجزائري عموما، وبدل إصلاح هذا الخلل أغفل القرار المؤرخ في 30 أكتوبر 2008 كلية إلزامية ذكر اسم وعنوان المستورد للمنتوجات الطبية سواء كانت أدوية أو مستلزمات طبية. لكن نلاحظ أن كيفيات وسم هذه المنتوجات يطابق ما ورد في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مع إضافة بيانات أخرى مراعاة لخصوصية المنتوجات الطبية.

ثانيا: **الإعلام حول أسعار المتوج الطبي**

يهدف الالتزام بالإعلام بالأسعار إلى وضع المستهلك في مأمن وتفادي كل مفاجأة حول سعر المنتوج أو الخدمة، فمن حقه أن يطلع مسبقا على الثمن الذي سيدفعه، طرق وكيفيات الدفع، الرسوم المستحقة والتخفيضات. ويتحقق الإعلام حول الأسعار بواسطة وضع علامات أو ملصقات، أو بأي

(1)- بوطبل خديجة، المرجع السابق، ص24.

وسيلة أخرى مناسبة كالجداول واللافتات[1].

وقد جاء في القرار الوزاري المؤرخ في 30 أكتوبر 2008 السالف الذكر، أنه يجب أن يظهر ثمن البيع الخاص بالجمهور على اللصيقة الموضوعة على أغلفة التوضيب لكل الأدوية الموجهة للتسويق في الصيدليات.

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة 3- 1111 L من تقنين الصحة العمومية الفرنسي قد ألزم المحترفين في مجال الصحة الذين يمارسون بصفة حرة قبل تنفيذ أي عمل طبي بإعلام العميل بسعر تكلفة هذا العمل والقيمة القابلة للتعويض منه من قبل الصندوق التأمينات الاجتماعية، وإذا كان العمل يشمل توريد مستلزمات طبية على المقاس، فيجب أن تقدم معلومات مفصلة وبالكتابة إلى العميل ومجانية تشمل ثمن بيع الجهاز المقترح ومبلغ الخدمات العلاجية التي يؤديها الممارس الطبي[2].

وقد قضت محكمة الاستئناف بليون، الغرفة السادسة المدنية في 2005/12/01، بإلزام طبيب الأسنان بدفع تعويض لعميلته بحجة أنه لم يعلمها مسبقا بالالتزام المالي الذي تتحمله مقابل رضاها بالعلاج، وهذا لعدم تقديمه لبيان تقدير أسعار الخدمة[3]، حيث ذكرت ما يلي:

«En l'absence de devis proposé et signé par la patiente ،un accord sur le cout de ces soins n'est pas établi et ne peut être retenu ،que cette absence de devis pour des travaux dentaires assez importants ،constitue une faute du dentiste dans ses obligations professionnelles ،la patiente n'ayant pas été mise en mesure de connaitre l'engagement financier qu'elle prenait en acceptant les soins celui-ci redevable des dommages et intérêts à l'égard de sa patiente pour défaut de renseignements ci-dessous et à hauteur de 700 euros»

وتجب الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي لتعديل قانون الصحة قد ورد فيه إلزام المحترف في قطاع الصحة الذي يمارس مهنته لحسابه الخاص بإعلان تعريفاته[4]. وإلى غاية إقرار هذا القانون يلاحظ في الواقع العملي عدم إعلان الأطباء عن أسعار خدماتهم، رغم أن الإعلام بالأسعار يعد من صميم قواعد حماية المستهلك، ولعل السلطات العامة قد تستدرك هذه الغاية من خلال إدراج إلزامية الإعلان عن الأسعار بالنسبة للخدمات الطبية في تعديل قانون الصحة المقبل.

(1)- بركات كريمة، المرجع السابق، ص161.

(2) - http://www. legifrance. gouv. fr/affichcode. do, consulté le 22/05/2013 à 15h.

(3) - http://www. legifrance. gouv. fr/affichjurijudi. do, consulté le 22/05/2013 à 16h.

(4)- المادة 274 من المشروع التمهيدي لتعديل قانون الصحة.

ثالثا: الإشهار الطبي

يعد الإشهار وسيلة في يد المحترف تمكنه من تقريب منتجاته وخدماته والترغيب في اقتنائها من قبل المستهلك، وهي وسيلة أيضا لإعلام هذا الأخير وتمكينه من الاختيار وتحقيق رغباته المشروعة[1]. وقد عرفه القاموس المزدوج للإشهار والاتصال بأنه "مجموعة من الوسائل الموجهة لإعلام الجمهور وإقناعه بشراء مال أو خدمة، هدفه هو توجيه الزبون المتوقع، الرسالة الأكثر إقناعا، وبأقل تكلفة"[2] أما المشرع الجزائري فقد عرف الإشهار بأنه "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة للترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية"[3].

فالإشهار إذن وسيلة للترويج بالسلع والخدمات تهدف إلى زيادة المبيعات وتحقيق المزيد من الأرباح، وأداة لإعلام الجمهور بها والتأثير على العقل والعاطفة معا[4]، لذا قد يحتوي على معلومات مغلوطة تؤثر سلبا على المستهلك، مما أستدعى تدخل التشريعات لحمايته بوضع الضوابط والأطر القانونية للعمل الإشهاري.

لكن إذا كان الهدف من الإشهار بالنسبة للممارسات التجارية هو تحقيق الربح فإن الغرض من الخدمات والمنتوجات الطبية يكون أسمى، إذ هو المحافظة على صحة الإنسان والوقاية من الأمراض وعلاجها، هذا ما جعل المشرع يتدخل بتقييد الممارسات الإشهارية في المجال الطبي، بل ذهب إلى أبعد من ذلك لحضرها في بعض الحالات.

فبالنسبة للمنتوجات الطبية من مواد صيدلانية فقد استوجب القانون الحصول على تأشيرة، أي رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة قبل القيام بأي عملية إشهارية[5]. كما منع الترويج لبعض المنتجات الصيدلانية لدى الجمهور، منها العقاقير المؤثرة في الحالة النفسية والمخصصة لعلاج بعض العلل منها السرطان[6].

---

(1)- قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000- 2001، ص1.

(2)- قندوزي خديجة، المرجع نفسه، ص13.

(3)- المادة 8/3 من المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش. .

(4)- قندوزي خديجة، المرجع نفسه، ص34.

(5)- المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 1992/07/06 يتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر عدد 53 مؤرخة في 1992/07/12.

(6)- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 286.

ومنع المشرع الإشهار باستعمال وسائل الاتصال كالإذاعة والتلفزيون وفي الدوريات المخصصة للأطفال وغيرها[1]، كما حدد شروط الإشهار الطبي الموجه للجمهور، كوضوح الطابع الإشهاري للرسالة الموجهة للجمهور والطابع الصيدلاني للمنتوج[2]، ومنع الإيحاء بالاستغناء عن الاستشارات الطبية أو عن الجراحة، وتقديم المنتوج أو العلاج بأنه يتمتع بنتائج مضمونة، أو يتميز عن بدائل العلاج الأخرى، أو عرض العلاج عن طريق البريد[3].

وبالنسبة للخدمات التي يقدمها الطبيب فيمنع عليه القيام بشأنها بجميع أساليب الإشهار المباشرة وغير المباشرة، أو ممارسة مهنة الطب ممارسة تجارية[4]. فحدد القانون مثلا المعلومات والبيانات التي يجب أن يدرجها في الورق المخصص للوصفات الطبية، أو التي يدونها على لوحات باب عيادته، والتي تخلو من كل طبيعة إشهارية[5].

واستثناء يسمح للطبيب الذي يباشر عمله لأول مرة أن يعلم الجمهور عن طريق الإعلان الصحفي، بعد إخطار الفرع النظامي الجهوي المختص وإبلاغه بنص الإعلان الصحفي[6].

يتضح من النصوص السابقة أن المشرع قيّد ممارسة الإشهار سواء بالنسبة للمنتجات أو الخدمات الطبية وهذا حماية للمرضى، حتى لا تصبح الصحة محلا للمعاملات التجارية والتي تتنافى مع الحرمة والقدسية التي يتمتع بها جسم الإنسان.

كما يتبين مما سبق أنه يقع على الطبيب الالتزام بالإعلام في العقد الطبي مثله مثل أي محترف في عقود الاستهلاك الأخرى، إلا أن خصوصية العمل الطبي جعل المشرع يفرده بقواعد مستقلة تهدف بمجملها إلى تشديد حماية العميل باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الطبية.

فإذا كان هذا الالتزام ذو طابع وقائي ولازم لرضى العميل بالعمل الطبي أساسا، فهل اكتفى المشرع بفرضه وحده على الطبيب، أو فرض عليه التزاما بالسلامة، والمطابقة التي هي من صميم قواعد حماية المستهلك؟ هذا ما سنتطرق إليه من خلال المطالب الموالية.

---

(1)- المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 286.

(2)- المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 286.

(3)- المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 92- 286.

(4)- المادة 20 م.أ.ط.ج.

(5)- المواد 77 و78 م.أ.ط.ج.

(6)- المادة 4 م.أ.ط.ج.

المطلب الثاني: التزام الطبيب بسلامة المريض في العقد الطبي

يلجأ العميل إلى الطبيب بقصد الحصول على خدماته المتعلقة بالوقاية أو العلاج من الأمراض، أي الحفاظ على سلامته الجسدية والعقلية. ولأجل أداء مهمته يستعين الطبيب بمختلف الوسائل المادية من مرافق للاستقبال والكشف، والاستشفاء في بعض الحالات، وأجهزة وأدوات ومواد طبية للمعاينة، والفحص والمعالجة، أي يستعين بالمنتوجات والخدمات الطبية.

ويلتزم بشأنها بإعلام المريض أو العميل وتنويره، وذلك بتقديمه للمعلومات الكافية حول مخاطرها، لأجل ضان الحماية له باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الطبية، وهي من الالتزامات التي تقع على كل محترف في مواجهة المستهلك كما أسلفنا.

إلى جانب هذا الالتزام يقع على الطبيب التزام آخر هو ضمان سلامة وأمن العميل، أي عدم المساس بجسده بالحفاظ على تكامله وبقائه يؤدي وظائفه العضوية[1]، والحفاظ على أمواله، إذ أن ذلك يعد من الحقوق الأساسية للفرد.

فإذا كانت الغاية من مراجعة الطبيب هي الوقاية، العلاج، أو المعاينة، فما مدى التزام الطبيب بسلامة العميل ومطابقة التزامه هذا مع ما ورد في قواعد حماية المستهلك؟

ولأجل تبيان ذلك نستعرض أولا المقصود بالالتزام بسلامة المستهلك في ظل هذه القواعد(فرع أول)، ثم نبين أن التزام الطبيب هو بذل العناية من أجل سلامة المريض كأصل(فرع ثاني)، وفي الأخير نستعرض التزام الطبيب بسلامة المريض كالتزام بتحقيق غاية في حالات استثنائية محددة(فرع ثالث).

الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالسلامة في ظل قواعد حماية المستهلك

لأجل تحديد المقصود بالالتزام بالسلامة لابد من تعريفه، تبيان عناصره، ثم تحديد طبيعته، لنتمكن بعد ذلك من إجراء المقارنة بما يلتزم به الطبيب في هذا الشأن بموجب العقد الطبي.

أولا: تعريف الالتزام بالسلامة

يقصد بالالتزام بالسلامة أن "كل منتوج يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية، وعلى المتدخل عند

(1)- فتاك علي، المرجع السابق، ص214.

الاقتضاء الالتزام بضمان الضرر الذي يصيب الأشخاص، والأملاك بسبب العيب في المنتوج"[1].

فحماية صحة المستهلك تعد أمر بالغ الأهمية بالنظر إلى ارتباط تقديم المنتجات والخدمات في عصرنا الحافل بالتطورات التكنولوجية، مما أدى إلى شيوع استخدام المواد الكيميائية والإشعاعية والأجهزة الكهربائية وغيرها من المنتوجات، والتي قد تعرض سلامة المستهلك للخطر[2]. إذ أصبحت عمليات الإنتاج وتقديم الخدمات أكثر تعقيدا من ذي قبل، مما يجعل حصول الحوادث أكثر احتمالا، وتترتب عن استعمالها نتائج أكثر خطورة[3].

وهذا ما استدعى تدخل التشريعات عن طريق فرض التزام على المحترف باتخاذ الإجراءات والاحتياطات التي من شأنها الحفاظ على سلامة المستهلك وأمنه، وجعلت هذه السلامة هدفا في ذاته لا مجرد غاية يمكن تحقيقها من خلال أهداف أخرى[4].

ويكون مصدر هذا الالتزام هو العقد الذي يربط بين المحترف والمستهلك الذي يكون محله تقديم خدمة أو توفير سلعة[5]، فيقع على المحترف الالتزام بالسلامة سواء تعلق الأمر بالمنتجات أو الخدمات[6]، وهو التزام يرتبط بحماية المستهلك، ويجب أن تتوفر فيه مجموعة من العناصر الأساسية ليؤدي هذه الوظيفة. إلى جانب طبيعته المميزة التي تجعله يقع بين الالتزام بالوسيلة وبتحقيق نتيجة كما سنرى.

ثانيا: العناصر الأساسية للالتزام بالسلامة

نصت المادة 9 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصلحته، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين.

فمن خلال تحديد مضمون الالتزام من قبل المشرع. استخلص الفقه عناصره الأساسية التي

---

(1)- فتاك علي، المرجع السابق، ص215.

(2)- زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص30.

(3)- القيسي قاسم أحمد، المرجع السابق، ص185.

(4)- علي جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة، مجلة الحقوق، العدد 4، جامعة الكويت، الكويت، ديسمبر 1996، ص264.

(5)- زوبير أرزقي، المرجع نفسه، ص3.

(6)- فتاك علي، المرجع نفسه، ص214.

تضمن السلامة للمستهلك وهي[1]:

- أنه التزام عام بالسلامة يتعلق بكافة المنتوجات دون تمييز على أساس خطورتها أو مصدرها.

- إن محل الالتزام هو توفير ضمانات كافية لمنع تعريض صحة وأمن المستهلك للخطر، وكذا مصالحه المادية.

- أنه التزام وقائي، يهدف إلى إجبار المحترف على اتخاذ الاحتياطات اللازمة لعرض منتوجات توفير السلامة دون توقف غايته عند هذا الحد، إذ يترتب عن الإخلال به تحمله للمسؤولية متى حدث ضرر للمستهلك من جراء المساس سلامته.

- إن أطراف الالتزام تشمل من جانب المحترف ومن جانب آخر المستهلك، سواء ارتبط بالمحترف برابطة عقدية أو بدونها.

- أن هذا الالتزام يتعلق بالأضرار اللاحقة بالأشخاص، أي التي تمس صحتهم وأمنهم، أو اللاحقة بمصالحهم المادية، والناتجة عن عيوب المنتجات أو الخدمات.

ثالثا: طبيعة الالتزام بالسلامة

يرى الفقه أن الالتزام بالسلامة ليس التزاما ببذل العناية [2]، إذ يهدف إلى حماية المستهلك الذي لا يقع عليه التزام بإثبات خطأ المنتج للحصول على التعويض، وهذا ما أكدته أحكام محكمة النقض الفرنسية التي استبعدت تماما فكرة الالتزام ببذل العناية في هذا الشأن، إذ أصبحت لا تنظر في تقدير سلوك المحترف، بل تفحص الحالة الموضوعية للمنتجات، وما تنطوي عليه من خطورة بإدراجها للعبارة بأن البائع أو المنتج "يلتزم بأنه يسلم منتجات خالية من أي عيب أو خلل في التصنيع يمكن أن يكون مصدر خطر للأشخاص أو للأموال..."[3].

لكن إذ كان الالتزام بتحقيق نتيجة يرتب المسؤولية على المدين بمجرد تخلف تلك النتيجة، فبالنسبة للالتزام بالسلامة لا يكفي حدوث الضرر للدلالة على عدم تنفيذ الالتزام، بل يقع على المضرور أو المستهلك عبء إثبات العيب في المنتوج أو الخدمة، أي الخلل الذي يكسبها صفة الخطورة، والتي جعلتها مصدرا للضرر.

---

(1)- فتاك علي، المرجع السابق، ص214.

(2)- علي جابر محجوب، المرجع السابق، ص276.

(3)- علي جابر محجوب، المرجع نفسه، ص275.

بالتالي فالطبيعة الحقيقية للالتزام بالسلامة أكثر من الالتزام ببذل عناية وأقل من الالتزام بتحقيق نتيجة، إذ لا يكفي إثبات الضرر للحصول على التعويض، بل يتعين على المضرور إقامة الدليل بأن الضرر يرجع إلى عيب أو خلل في السلعة مما جعلها تسبب له هذا الضرر[1]، وبالتالي تقع على المحترف مسؤولية موضوعية مخففة يشترط لقيامها بالإضافة إلى الضرر، العيب والعلاقة السببية[2].

فإذا كان التزام المحترف في عقود الاستهلاك هو تحقيق نتيجة، وهي سلامة العميل فهل التزام الطبيب في العقد الطبي من نفس الطبيعة؟

الفرع الثاني: التزام الطبيب ببذل العناية لسلامة المريض

الأصل أن التزام الطبيب تجاه العميل هو بذل العناية اليقظة والحريصة وفقا لمسلك الرجل العادي في مهنته، أي الطبيب الذي يماثله في التخصص والخبرة. فإذا تضرر هذا العميل من تدخل الطبيب فيقع عليه عبء إثبات خطأ المسؤول وانحرافه عن مسلك الطبيب المعتاد[3]، هذا إلى جانب إثباته للضرر والعلاقة السببية بينه وبين الخطأ.

وقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936 بأن الاتفاق بين المريض والطبيب عقد يتعهد بمقتضاه الطبيب ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج والرعاية المناسبة والمتبصرة طبقا للمعايير العلمية والطبية المعروفة[4].

ويتضح أن مجرد عدم شفاء المريض لا يقيم بذاته مسؤولية الطبيب، إذ أنه لا يتعهد بتحقيق هذه النتيجة، لكن تقوم مسؤوليته إن كان إخفاق العلاج قد حدث بخطئه. فإذا كان الأصل هو إباحة العمل الطبي والمساس بجسم الإنسان لغاية العلاج، فإن هذه الإباحة مقيدة بعدم الإضرار إخلالا بحقه في السلامة، أي سلامة حياته وجسمه، إذ يعد التعدي على الحياة أشد الأضرار. كما أن إحداث جرح أو إصابة الجسم بأي أذى من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب، إضافة إلى تحمله لنفقات العلاج، يعرضه لأضرار المادية[5].

فالطبيب يكون قد وفى بالتزامه متى بذل العناية اللازمة من أجل الشفاء ولو لم يتحقق ذلك، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في نص المادة 172 من القانون المدني الجزائري. ونتيجة لذلك تكون

---

(1)- علي جابر محجوب، المرجع السابق، ص279.

(2)- فتاك علي، المرجع السابق، ص217.

(3)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص78.

(4)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع نفسه، ص85.

(5)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع نفسه، ص122.

مسؤولية الطبيب في القانون الجزائري على أساس الخطأ، إذ أن قانون حماية الصحة وترقيتها يقر بمسؤولية الطبيب عن كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسة مهنته أو بمناسبة القيام بها، ويلحق بموجبها ضررا بالسلامة البدنية لأحد الأشخاص أو بصحته، أو يحدث عجزا مستديما أو مؤقتا له[1].

كما كرس المشرع الجزائري طبيعة التزام الطبيب باعتباره التزاما ببذل عناية وفقا لنص المادة 45 م.أ.ط.ج التي جاء فيها أنه "يلتزم الطبيب بضمان علاج لمرضاه يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لأصول العلم الحديثة ".

فلا يعد الطبيب مخطئا إذا نجم ضرر للعميل عن عمل طبي وكان عمله متصفا بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة[2]، فما على الطبيب إلا بذل العناية الكافية، فلا يعد مخلا بالتزامه إذا خاب العلاج أو ساءت حالة المريض، بل لقيام مسؤوليته يجب أن يقيم المضرور الدليل على تقصيره في عنايته.

نستخلص إذن أن خصوصية التدخل الطبي وغايته يتيح للطبيب بموجبه المساس بجسم الإنسان، كإجراء الجراحة مثلا، وذلك ليس بقصد الإضرار به بل لضرورة لا جدوى من الاستغناء عنها.

لكن رغم أن مهنة الطبيب تتسم بالطابع الفني المعقد، إلا أن هذا لا يستبعد قيام مسؤوليته على أساس الخطأ نتيجة المساس بسلامة المريض، الذي يقع عليه عبء إثبات خطأ الطبيب والضرر الذي لحقه، والعلاقة السببية بينهما، وهذا ما قد يعجز عنه. وبالتالي تكون حماية العميل قاصرة بالنظر إلى الحماية الموضوعية الممنوحة للمستهلك في ظل قواعد قانون الاستهلاك، وعموما يرجع في اعتقادنا إلى الموازنة بين مصلحة الطبيب والمريض والطابع الاحتمالي للعمل الطبي. لكن إذا كان هذا هو الأصل فهناك مجالات محددة في العلاقة الطبية العقدية يكون فيها التزام الطبيب هو تحقيق النتيجة ألا وهي سلامة العميل كاستثناء.

الفرع الثالث: التزام الطبيب بضمان سلامة المريض كنتيجة

إذا كان التزام الطبيب هو بذل العناية كأصل، فإنه هناك حالات محددة يكون فيها التزامه هو تحقيق نتيجة، وهي ضمان سلامة المريض أو العميل من الأضرار المستقلة عن المرض، والتي

(1)- رايس محمد، المرجع السابق، ص182.

(2)- فريحة كمال، المرجع السابق، ص139.

تنقطع صلتها مع الأعمال الطبية العلاجية التي يؤديها الطبيب، والتي لا يلتزم فيها إلا ببذل العناية[1] لارتباط هذه الأعمال بالغرر أو الاحتمال الطبي.

والالتزام بالسلامة لا يعني التزام الطبيب بضمان شفاء المريض لكن يلتزم بأن يكون تدخله ليس سببا في ازدياد سوء حالة المريض سواء بالمرض أو بالموت[2]، وذلك بعدم تعريضه لأي أذى أو ضرر من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة[3]، وما يقدمه من أدوية، أو أن ينقل له مرض آخر نتيجة العدوى بسبب عدم تعقيم مكان ممارسة العمل الطبي كقاعات الجراحة أو الوسائل المستعملة، أو إثر نقل دم ملوث، أو إثر تركيب الأعضاء الاصطناعية[4].

ويقع عليه التزام بتحقيق نتيجة في هذا الشأن، بأن لا يصاب العميل بمرض آخر أو أذى، فتنعقد مسؤولية الطبيب عن كل ضرر حتى ولو كان العيب في الآلة أو الجهاز يرجع إلى خلل في صنعها، ولم يتسنى له الكشف عنه أو معرفته إذا كان خفيا، فالطبيب يلتزم بإعادة المريض سليما معافى بعد انتهاء فترة العلاج[5].

ويترتب عن إخلال الطبيب أو المؤسسة الصحية بالتزامها بالسلامة نشوء حق المريض في الحصول على التعويض دون البحث عن وجود الخطأ حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء[6]، وهذا بهدف تقرير حماية أكبر للمريض باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الطبية[7]، مثله مثل المستهلك في أي عقد استهلاك آخر. مما أدى بالبعض إلى الإقرار بأن الالتزام بضمان السلامة في العقد الطبي تتوافر فيه كافة الشروط اللازمة للاعتراف بوجود هذا الالتزام في العقود الأخرى ذات الطبيعة

---

(1)- بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص160، هـ 2.

(2)- يزيد دلال، مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص69.

(3)- بوخرص بلعيد، المرجع نفسه، ص161.

(4)- فريحة كمال، المرجع السابق، ص143. سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع" المسؤولية المهنية" مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص90.

(5)- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية والتأديبية للأطباء وإثباتها، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص148.

(6)- بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 45-47.

(7)- سايكي وزنة، المرجع نفسه، ص92.

استهلاكية، وهي الشروط التي نبينها قبل عرض نطاق تطبيق هذا الالتزام.

أولا: توافر شروط قيام الالتزام بالسلامة في العقد الطبي

يقوم الالتزام بالسلامة متى توفرت مجموعة من الشروط وهي[1]:

-وجود خطر يهدد سلامة أحد المتعاقدين، وهو المريض أو العميل في العقد الطبي.
-توكيل أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين، وهو الطبيب في العقد الطبي، وذلك سواء كان الخضوع تاما، كحالة المريض أثناء العملية الجراحية، أو كان خضوعا فنيا أو حركيا أو اقتصاديا.
-كون المدين بالالتزام شخص مهني، لما يحوز من دراية فنية أو علم بأصول المهنة، وهو الشرط المتوافر في الطبيب.

غير أنه إذا كانت شروط قيام التزام الطبيب متوافرة، فإن نطاق هذا الالتزام ليس مطلقا، بل محصور في مجالات محددة يصح فيها فرض التزام بتحقيق نتيجة، وهي سلامة العميل وعدم تعريضه لأي خطر أو ضرر محتمل.

ثانيا: نطاق التزام الطبيب بسلامة المريض كنتيجة

الأصل في الأعمال الطبية هو التزام الطبيب ببدل العناية من أجل شفاء المريض، واستثناء يلتزم بتحقيق نتيجة وهي سلامة المريض، والمعيار المتفق عليه لتحديد نطاق هذا الالتزام هو مدى ارتباط الأضرار التي قد تصيب العميل بالعمل العلاجي الطبي بمفهومه الفني.

فإذا كان الضرر مرتبط بالعمل الطبي الفني البحت، فلا يلتزم الطبيب إلا بالعناية، ومتى كان الضرر مستقلا عن هذا العمل الفني فيكون التزام الطبيب بتحقيق نتيجة، وهي سلامة المريض لغياب عنصر الاحتمال الذي يلازم الأعمال الطبية الفنية فقط[2]. ويتحمل المسؤولية بتعويض الأضرار التي تصيب العميل دون حاجة لإثبات الخطأ من جانبه، متى كان هذا الضرر لا علاقة له بالمرض الذي كان يعالج منه وقد حدث أثناء التدخل[3].

فالالتزام بالسلامة ليس مطلقا بل تكرس تطبيقه في المجالات الآتية:

(1)- بن صغير مراد، المرجع السابق، ص56.
(2)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص344.
(3)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع نفسه، ص345.

أ- التزام الطبيب بضمان سلامة المريض من الأدوات والأجهزة الطبية:

يلتزم الطبيب بضمان سلامة المريض وعدم تعريضه لأي خطر من جراء الأدوات والأجهزة الطبية المستعملة[1]، كأجهزة الأشعة، والكشف الباطني، والرنين المغناطيسي وغيرها. فيلتزم باستخدام أجهزة سليمة لا تحدث أضرار للعميل وتحقق مسؤوليته حتى لو كان العيب يرجع إلى صنع الجهاز[2].

فقد قررت محكمة استئناف مونبيليه بمسؤولية الطبيب عن الالتهابات التي لحقت المريض من جراء تعريضه لكمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في جهاز الأشعة، كما قضت محكمة أخرى بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي أصابت مريض أثناء العلاج نتيجة خروج لهب من المشرط الكهربائي، بالرغم من عدم ثبوت خطأ وتقصير من جانب الطبيب المعالج[3].

أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد أقام مجلس الدولة مسؤولية المستشفى على أساس الإخلال بالسلامة بقرار المؤرخ في 31 مارس 2003، والذي اعتبر عدم مراقبة الآلات المستعملة من قبل الأعوان خطأ يقيم مسؤولية المستشفى[4].

ب- التزام الطبيب بضمان سلامة المريض من المواد الطبية

يلجأ الطبيب لأداء أعماله الطبية أثناء التشخيص والعلاج إلى استخدام مواد طبية من أدوية وكواشف طبية ونقل الدم ومشتقاته، وقد يترتب عن هذا الاستخدام قيام مسؤوليته إذا كانت لا توفر السلامة المتوقعة من العميل[5].

فيلتزم الطبيب مثلا بنقل دم سليم خالي من أي مرض، وأن يحفظه بطرق علمية تضمن سلامته من التلوث[6]، والتزامه هذا بنقل الدم بمواصفاته الطبية[7] يكون التزام بتحقيق نتيجة، والتي هي ليست فعالية العلاج أو ضمان الشفاء بل ضمان عدم إحداث أضرار بسبب نقل الدم[8]. وقد ذهبت إحدى

---

(1)- يزيد دلال، مختاري عبد الجليل، المرجع السابق، ص68.

(2)- سايكي وزنة، المرجع السابق، ص82. رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص148.

(3)-مشار إليها من طرف: سايكي وزنة، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

(4)- مشار إليه من طرف: سايكي وزنة، المرجع نفسه، ص ص 82-83.

(5) -Laude Anne, Op cit, p 190.

(6)- بوخرص بلعيد، المرجع السابق، ص162.

(7)- بن صغير مراد، المرجع السابق، ص53.

(8)- فريحة كمال، المرجع السابق، ص146.

المحاكم بفرنسا إلى أن الطبيب القائم بتحليل الدم قد التزم بنتيجة، ويكون مسؤولا عن الضرر الذي وقع للمريض باعتبار أن التحاليل المخبرية لم تعد تتضمن في الوقت الحاضر أي احتمال للغلط في نتائجها[1].

ج- التزام الطبيب بضمان سلامة العميل من انتقال العدوى الناشئة داخل المستشفيات أو العيادات (Infections nosocomiales)

يقع على الطبيب التزام بضمان عدم تعرض العميل للإصابة بالعدوى الناشئة داخل المستشفيات، فقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 29 جوان 1999 "أن الطبيب ملزم اتجاه مريضه فيما يتعلق بقضايا العدوى داخل المستشفيات بالتزام بسلامة كنتيجة obligation de securité-resultat حيث لا يمكن التحرر منها إلا بإثبات السبب الأجنبي"[2].

مما سبق يتضح أن الطبيب يلتزم بسلامة المريض، وتكون طبيعة التزامه هو تحقيق النتيجة، فمتى وقع الضرر نتيجة لعيب في المنتوج الطبي أو نتيجة إصابة العميل بالعدوى الناشئة في المستشفيات فإن مسؤولية العيادة تقوم بقوة القانون[3].

فإذا كان أساس هذا الالتزام هو المبدأ الأخلاقي الذي يتمثل في المحافظة على الحياة والسلامة الجسدية للأشخاص[4]، إلا أنه في المجال الطبي كرسه القضاء في بعض الحالات فقط[5]. فهو إذن يواجه مشكل التعميم إذ أنه مازال في بدايته وخطواته الأولى[6]، وهذا ما يجعل من العقد الطبي يتميز عن عقود الاستهلاك الأخرى التي يقع على المحترف بموجبها التزام عام بضمان سلامة وأمن المستهلك عن كافة المنتجات المعروضة للاستهلاك.

المطلب الثالث: التزام الطبيب بالمطابقة

إذا كان الطبيب يلتزم بإعلام العميل وتنويره ليصدر رضاه عن إرادة حرة ومستنيرة، كما يلتزم ببذل العناية اللازمة في تقديمه للعلاج لضمان سلامة المريض كأصل، وإن كان في حالات خاصة

(1)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص346.
(2)- مشار إليه من طرف: بن صغير مراد، المرجع السابق، ص53.
(3)- بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، المرجع السابق، ص33.
(4)- بن صغير مراد، المرجع نفسه، ص54.
(5)- بن صغير مراد، المرجع نفسه، ص55.
(6)- بن صغير مراد، المرجع نفسه، ص56.

يكون التزامه هو تحقيق غاية، كما سبق الإشارة إلى ذلك، فهل يتعدى التزامه هذا النطاق ويقع عليه عند تنفيذه للعقد الطبي التزام بالمطابقة مثله مثل أي محترف في العقود الاستهلاكية الأخرى؟

تبيانا لذلك كان لا بد أولا من تحديد المقصود من الالتزام بالمطابقة في ظل قواعد حماية المستهلك(فرع أول)، ثم النظر في مدى التزام الطبيب باحترام الرغبة المشروعة للعميل(فرع ثاني)، وضرورة مطابقة الخدمات الطبية للنصوص التنظيمية(فرع ثالث).

الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالمطابقة في ظل قواعد حماية المستهلك

نصت المادة 11 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أنه "يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال وللأخطار الناجمة عن استعماله، كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه، وشروط حفظه، والاحتياطات المتعلقة بذلك، والرقابة التي أجريت عليه".

وقد سبق النص على الالتزام بالمطابقة بموجب المادة 3 من القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والملغى بموجب نص المادة 94 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والذي استخلص منه الفقه بأن القصد من المطابقة يتحمل معنيين، الأول هو مطابقة المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك، أي منح حرية المستهلك في اختيار المنتوج وتقريره لما هو صالح أو ضار به، حسب ذوقه وضروراته في حدود ما هو معقول، أي ما تتيحه الظروف الاقتصادية والفنية السائدة. بالتالي فإن تحديد رغبة المستهلك في منتوج ما سواء كان سلعة أو خدمة، يجب أن لا يحتكرها المحترف بل تأخذ في الحساب ما هو مرغوب من المستهلك.

وتقدر الرغبة المشروعة للمستهلك باعتماد المعيار المجرد على أساس معايير موضوعية، أي رغبة الرجل العادي من وسط الناس، وهذا لاستحالة تحديد الرغبة الشخصية لكل فرد على حدى قبل عرض المنتوج للاستهلاك. إلا أن هذا لا يمنع تحديدها بمراعاة المعايير الشخصية إذا اتفق المستهلك مع المحترف على تحديد مواصفات أو مميزات خاصة واستثنائية للمنتوج تطبيقا لشروط العقد[1]، حيث يلتزم المحترف بتسليم منتوج مطابق تتوفر فيه الخصائص الأساسية المتفق عليها إلى جانب

(1)- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص284.

صلاحية الشيء الذي تم تسليمه للاستعمال المطلوب[1].

أما المعنى الثاني فيقصد منه مطابقة المنتوج أو الخدمة للقواعد الآمرة التي تنظمه، والتي تأخذ شكل المواصفات التي نصت عليها القوانين واللوائح التنفيذية، والمقاييس والعادات المهنية.

فالالتزام بالمطابقة إذن يعني توفير منتوج سواء كان سلعة أو خدمة وفقا للمواصفات المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه[2].

ففي ظل المبادئ التي تحدد نطاق ومدى التزام المحترف بالمطابقة والتي أقرتها قواعد حماية المستهلك نبحث في التزام الطبيب بعلاج المريض بما يطابق رغبته المشروعة دون الخروج عن الأصول العلمية.

الفرع الثاني: التزام الطبيب باحترام الرغبة المشروعة للعميل

يقع على الطبيب التزام بتبصير المريض والحصول على رضاه أولا واحترام اختياره في قبول العلاج أو رفضه، ومتى نشا العقد الطبي التزم الطبيب أن يكون تدخله مطابقا للأصول العلمية.

أولا: التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض

إذا كانت قواعد حماية المستهلك تكفل لهذا الأخير حرية اختيار المنتوج الذي يناسبه، فإنه يقع كذلك على الطبيب قبل مباشرة أي عمل طبي على جسم العميل أن يحصل على رضاه الصادر عن إرادة يعتد بها القانون، ولا يتوقف هذا الرضا عند مرحلة إبرام العقد بل يلتزم الطبيب بالحصول عليه عند مباشرة كل مرحلة من مراحل العلاج، فيكون تدخل الطبيب مطابق لإرادة العميل[3]، أي تحقيقا لرغبته المشروعة، ويترتب على تخلف هذا الرضاء قيام مسؤولية الطبيب[4] فلم يعد الطبيب ينفرد بتقرير ما يراه ملائما لعلاج المريض.

وتحقيقا لحرية المريض في احترام إرادته، ولأجل تحريره من كل أشكال التسلط الطبي، نجد أن تقنين آداب المهنة الفرنسي الساري المفعول اشترط احترام رضاء المريض في كل الحالات، بعدما كان التقنين القديم قد اقتصر على النص بأن إرادة المريض يجب دائما أن تحترم قدر الإمكان[5].

---

(1)- القيسي قاسم أحمد، المرجع السابق، ص83.

(2)- فتاك علي، المرجع السابق، ص215.

(3)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص21.

(4)- عرفة السيد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص88.

(5)- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص374.

ويقوم رضا المريض على أساس مبدأ أخلاقي هو نظرية الإنسانية الطبية (humanisme médical)، والتي تقوم بدورها على مبدأ معصومية الجسد البشري والحرية الفردية الضرورية التي تعطي الحق لكل فرد في التعاقد[1]. فلا يجوز للطبيب إذن أن ينفرد بحق لصيق بالإنسان، والذي له وحده أن يقرر خطورة حالته وما إذا كان من مصلحته إجراء العلاج من عدمه[2]. فلا يتدخل الطبيب لعلاجه إلا بإذنه وبناء على رغبته، وكل تدخل غير مطابق لما اقتضى به عد غير مشروع يرتب مسؤولية القائم به.

فالتزام الطبيب بالسعي للحصول على رضاء المريض واحترام حريته يعد اعترافا وإدراكا منه أن الكيان الجسدي للإنسان معصوم، وتشمله حماية القانون سواء كانت الحماية مدنية أو جزائية[3].

ثانيا: التزام الطبيب بتقديم علاج مطابق للأصول العلمية

يلتزم المحترف بعرض منتوج أو خدمة مطابقة للرغبة المشروعية للمستهلك في حدود الظروف الاقتصادية والفنية السائدة، أما بالنسبة للعلاج الطبي فإن الطبيب يلتزم عند تنفيذه للعقد أن يراعي ما تقتضيه أصول الفن الطبي، وأن يبذل جهودا صادقة ويقظة تتفق مع الأصول العلمية الثابتة[4]. إذ أن هناك أصول متفق عليها في الطب بدءا من تشخيص المرض وتحديد أعراضه، وصولا إلى مرحلة وصيف العلاج. فهذه الأصول العلمية هي أوليات أساسية لمهنة الطب لا يمكن تجاهلها وإلا وقع الطبيب تحت وطأة المسؤولية[5].

فالتزام الطبيب بموجب العقد الطبي الذي يربطه بالعميل هو بذل العناية المطلوبة والتي تقتضي منه أن تكون جهوده صادقة ويقظة وتتفق مع الأصول التي استقر عليها علم الطب، وبالتالي يسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه مقارنة مع طبيب آخر في نفس مستواه المهني وجد في نفس الظروف التي أحاطت بالطبيب المسؤول[6].

وتجسيدا أيضا لحرية المريض، وقيام العقد الطبي على الاعتبارات الشخصية، والذي أساسه الثقة بالطبيب، يحق للمريض تحقيقا لرغبته المشروعة أن ينهي العقد متى فقد الثقة في طبيبه دون

(1)- خليل مجدي حسن، المرجع السابق، ص371.

(2)- سعد أحمد محمود، المرجع السابق، ص295.

(3)- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص122.

(4)- بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص142.

(5)- الأودن سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص ص 16-18.

(6)- عرفة السيد عبد الوهاب، المرجع السابق، ص88.

حاجة لإبداء الأسباب التي أدت به إلى فسخ العقد الطبي[1].

الفرع الثالث: مطابقة الخدمات الطبية للتنظيم

تخضع ممارسة بعض المهن التي قد يكل نشاطها خطرا على المستهلك لرقابة صارمة، وذلك بفرض الدولة لمجموعة من الشروط الشخصية والمادية الواجب توافرها للحصول على رخصة لمباشرتها[2]، من بينها مهنة الطبيب التي تستلزم الحصول على الرخص القانونية لممارستها بعد استفاء مجموعة الشروط التي تنظمها، رغبة في حماية العملاء من الممارسة غير المشروعة. إضافة إلى تأطير ممارسة الطبيب لمهامه الطبية بمجموعة من القواعد المهنية التي تحمى العميل المستهلك، والتي تهدف في مجملها إلى تكريس الالتزام بالمطابقة، ومن بين هذه القواعد الحصول على ترخيص لممارسة مهنة الطب، الترخيص لإنشاء عيادات خاصة، ومطابقة الخدمات الطبية لقواعد وعادات المهنة.

أولا: الترخيص لممارسة مهنة الطب

يمنع القانون كل شخص من ممارسة مهنة الطب إذا لم يكن طبيبا، كما يمنع على الأطباء القيام بالأعمال الطبية دون ترخيص بمزاولة المهنة[3].

حيث جاء في نص المادة 19 من قانون حماية الصحة وترقيتها أنه تتوقف ممارسة مهنة الطبيب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها وزير الصحة والسكان بناء على الشروط الآتية:

- أن يكون طالب الرخصة حائزا على إحدى الشهادات الجزائرية، دكتورا في الطب أو جراح الأسنان أو صيدلي أو شهادة أجنبية معترف بمعادلتها.

- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة وهذا لحماية المريض من العدوى وحقه في الحصول على علاج يلبي رغبته المشروعة[4].

---

(1)- منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني السنة الخامسة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، جوان 1981، ص25.

(2) - Cas Gérard, Février Didier, Traité du droit de la consommation, presse universitaire de France, France, 1982, p 204.

(3)- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص92.

(4)- رايس محمد، المرجع نفسه، ص102.

- عدم التعرض لعقوبة مخلة بالشرف، إذ أن أساس العلاقات الطبية هي الثقة في شخص الطبيب، فمتى ثبت إدانته بجريمة مخلة بالشرف فلا يصلح أن يكون محل ثقة من المرضى والمجتمع[1].

فحماية للمريض أطر المشرع ممارسة مهنة الطب، والولوج إليها بنصوص صارمة، فالحكمة من اشتراط الترخيص من وزير الصحة لممارسة ومباشرة مهنة الطب هو منع كل من لا يملك المقومات والفنيات التي تؤهله لمباشرة مهنة الطب. وتعد كل ممارسة لمهنة الطب دون الرخصة القانونية ممارسة غير شرعية[2]، ويترتب عنها جزاءات عقابية[3].

ثانيا: الترخيص لإنشاء عيادات خاصة

نظم المشرع الجزائري شروط فتح العيادات الخاصة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 88-204 الذي يحدد شروط انجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها[4]. فجاء في نص المادة 4 منه أنه يسلم الوالي رخصة فتح العيادة وعملها، بعد معاينة مطابقة الأماكن والمنشأة للمقاييس والشروط المحددة في القوانين والتطبيقات الجاري بها العمل، وتبين الرخصة مستغل العيادة أو مستغلوها مع تبيان العنوان الشخصي وعنوان العيادة، والأعمال التي يمكن ان تتولاها والتي أنجزت وجهزت تبعا لها.

وقد حدد القرار الوزاري المؤرخ في 1988/10/22[5]، المقاييس التقنية والصحية للعيادات الخاصة وشروط عملها، كما حدد المقرر رقم 97 المؤرخ في 1998/10/18 الصادر عن وزارة الصحة[6] شروط تموين العيادات الخاصة بمنتوجات الدم، وحددت نموذج الاتفاقية المبرمة مع المورد التي جاء في المادة السادسة منها أن المورد يجب أن يشهد بأن منتوجات الدم المسلمة قد تم نزعها ومراقبتها وتهيئتها وتوزيعها تطبيقا لأحكام النصوص التنظيمية السارية في هذا الشأن، لا سيما:

---

(1)- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، المرجع السابق، ص102.

(2)- المادة 214 قانون حماية الصحة.

(3)- أنظر المادة 243 من الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 49 مؤرخة في 1966/06/11.

(4)- المرسوم التنفيذي رقم 88-204 المؤرخ في 1988/10/18 يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 42 مؤرخة في 1988/10/19.

(5)- قرار مؤرخ في 1988/10/22 يتضمن المقاييس التقنية والصحية للعيادات الخاصة وشروط عملها، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 1988/11/02.

(6)- Décision n° 97/MSP/MIN98 de la 18/10/1998, portant convention type relative aux conditions et aux modalités d'approvisionnement et de cession des Produits Sanguins Labiles, ministère de la santé et de la population, non publié.

- القرار الوزاري المؤرخ في 1998/05/24 المتعلق بالتبرع بالدم ومشتقاته[1].

- القرار الوزاري المؤرخ في 1998/05/24 الذي يلزم بإجراء فحص الكشف عن الإصابات بفيروس فقدان المناعة المكتسبة والتهابات الكبد ب وس والسيفيليس عند التبرع بالدم والأعضاء[2].

- القرار الوزاري المؤرخ في 1998/05/24 الذي يحدد قواعد العمل السليمة فيما يخص تهيئة منتوجات الدم المستعملة في العلاج[3].

فنلاحظ أن كل هذا النصوص تصب في مصلحة المريض وحصوله على خدمات ومنتوجات مطابقة للمواصفات القانونية والتنظيمية، وهي أشبه بالقواعد التي تحمي أي مستهلك، بل أشد حماية منها، باعتبارها تخص المجالات الصحية، والتي تمس مباشرة بالسلامة الجسدية للإنسان.

ثالثا: مطابقة الخدمات الطبية لقواعد وعادات المهنة

يجب على الطبيب أثناء أداء مهامه أن يحترم الأعراف والعادات التي تنظم المهنة، والتي كرستها مدونة أخلاقيات الطب وصاغتها في شكل قواعد قانونية ملزمة تحدد مضمون التزامات الطبيب وواجباته تجاه عملائه، وتجاه زملائه، ويتولد عن الإخلال بها قيام مسؤوليته التأديبية والمدنية معا[4].

ومن بين هذه القواعد:

- التزام الطبيب بممارسة المهنة تحت هويته الحقيقية (م14).
- التزام الطبيب بتحسين معلوماته (م15).
- التزام الطبيب باحترام الاختصاص (م16).
- التزام الطبيب بالامتناع عن استعمال علاج جديد، إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة، تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض (م18).
- التزام الطبيب بالامتناع عن تقديم علاج وهمي أو غير مؤكد أو ممارسة الشعوذة(م31).
- التزام الطبيب بعدم الحصول على أجر على أساس المردودية(م86).

---

(1)-Arrêté ministériel du 24/05/1998 fixant les règles régissant le don du sang et de ses composants, ministère de la santé et de la population, non publié.

(2)-Arrêté ministériel du 24/05/1998 rendant obligatoire le dépistage de l'infection par le virus du sida des hépatites B et C et de la syphilis dans le don du sang et d'organes, ministère de la santé et de la population, non publié.

(3)-Arrêté ministériel du 24/05/1998 portant sur les règles de bonne pratique de préparation des produits sanguines labiles à usage thérapeutique, ministère de la santé et de la population, non publié.

(4)- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية للأطباء وإثباتها، المرجع السابق، ص60.

فهذه الالتزامات التي فرضها القانون وأعراف المهنة على الطبيب سواء لاكتساب الحق في ممارسة المهنة أو في كيفية أدائها تهدف إلى حماية العميل مثله مثل المستهلك في عقود الاستهلاك الأخرى، إلا أن طبيعة العمل الطبي ذو الطابع الفكري والذي يقوم على التخمين والاحتمال، قد فرض على المشرع إطلاق حرية الطبيب في أدائه ولا يخضع في ذلك إلا للأصول العلمية وضميره المهني.

فلا يمكن بالتالي اخضاع العمل الطبي عموما لمقاييس تنظيمية عامة ومجردة، إذ أن طابعه الانساني يستدعي العناية بكل حالة على حدى، مما يجعله يستقل بخصائص ذاتية عن محل عقود الاستهلاك الاخرى.

يتبين لنا مما سبق، وبوجه عام، أن العقد الطبي هو عقد استهلاك بالنظر إلى التطابق الذي لاحظناه، سواء من جانب عناصرهما أو من جانب الالتزامات المفروضة على المحترف الطبي. فنجد أن الالتزام بالإعلام في كلا العقدين غير مختلف بالمرة، مع الإشارة الى التشديد في قواعد حماية العميل بالنسبة للخدمات الطبية، ولا أدّل على ذلك من تقييد ممارسة الإشهار في المجال الطبي إلى حد منعه في بعض الأحيان.

كما أن التزام الطبيب المحترف بسلامة العميل ليس بالمطلق، إذ يجد مجال تطبيقه خارج العمل الطبي الفني على اعتبار أن طبيعة التزام الطبيب يكون في الأصل هو بذل العناية، فلا يلتزم بضمان الشفاء أو عدم تفاقم حالة المريض، بل يلتزم فقط بالوسيلة، ويقع عليه التزام بسلامة العميل عند استعمالها.

كما يلتزم المحترف الطبي في ممارسة مهامه مراعاة الشروط التنظيمية ومطابقته للقواعد المهنية، وتحقيق الرغبة المشروعة للعميل المستهلك، على أن تترك له (أي الطبيب) الحرية في اختيار أسلوب العلاج ووسائله، لأنه يؤدي عمل يطغى عليه الطابع العقلي، يعتمد على التخمين والاحتمال وينفذه حالة بحالة، عكس الخدمات الاستهلاكية الأخرى التي يمكن أن تكون نمطية.

خاتمة

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

فلا يمكن اعتبار 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 اعتبار استقلالية الطبيب في أدائه لعمله، وعدم توافر عنصر التبعية القانونية بين الطبيب والعميل، والذي يعد العنصر الجوهري لوصف أي عقد بأنه عقد عمل. أضف إلى ذلك أن التزام الطبيب ببذل العناية من أجل شفاء المريض بموجب العقد الطبي وعدم التزامه بتحقيق نتيجة منع وصفه بأنه عقد مقاولة.

لذلك، وأمام تعثر الفقه في تكييف العقد الطبي، وتميّزه بخصائص ذاتية سواء عند انعقاده، تنفيذه، أو انقضائه، وخروجه عن نطاق تطبيق قواعد القانون التجاري، فإنه يبقى يخضع للقواعد العامة في القانون المدني إلى جانب قواعد قانون الصحة وأعراف المهنة، ويعتبر بالتالي عقد مدني غير مسمى.

ولارتباط هذا العقد بصحة الإنسان وشيوعه بين الناس رأينا أنه لابد من العناية به وتنظيمه ليستقل بأحكام خاصة، يضع بموجبها المشرع حدا للجدل الفقهي المتعلق بتحديد طبيعته، ويعزز عوامل الاطمئنان عند تحديد التزامات وحقوق أطرافه، بالخصوص العميل، إذ يبقى دائما طرفا ضعيفا بسبب اعتلال صحته وانفراد الطبيب بالعلم وفنون مهنته.

وأمام قصور وصف العقد الطبي في ظل قواعد القانون التقليدية، ارتأينا البحث في مدى صلاحية العقد الطبي بأن يوصف بأنه عقد استهلاك. ولأن العميل في العقد الطبي يكون دائما شخص طبيعي يسعى للحصول على خدمات طبية لإشباع حاجاته أو حاجة شخص يتكفل به، بغض النظر عن أداء المقابل من عدمه، فينطبق عليه وصف المستهلك وذلك متى كان الغرض من الخدمة شخصي لا يدخل في إطار حاجات مهنته، وهو العنصر الأول لاعتبار العقد الطبي عقد استهلاك.

وبما أن العميل يتعاقد مع مقدمي الخدمات الطبية الذين يمارسون نشاطهم في شكل منظم وعلى سبيل الاحتراف، فيقع عليهم التزام بحماية المريض، مهما كانت صفة ممارس مهنة الطب، سواء كان طبيب أو مستشفى خاص، أو هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، فيستقيم معهم وصف المهني، العنصر الثاني في عقود الاستهلاك، بالتالي قيام العقد الطبي الذي يكون في آن واحد عقد استهلاك. كما يمتد الالتزام بالحماية إلى كل منتج للمواد الطبية المستعملة في تنفيذ العقد الطبي.

ولأن العقد الطبي يرد على المنتجات والخدمات الطبية فهي تأخذ طابع المنتوج الاستهلاكي، وإن كانت تنفرد بقواعد حماية خاصة. غير أن الأمر ليس على إطلاقه، إذ قد يستعمل الطبيب من أجل علاج المريض منتجات مصدرها جسم الإنسان دون المرور على هيئات مختصة بتوريدها، مما يمنع إضفاء طابع المنتجات الاستهلاكية عليها في هذه الحالة، وهذا يعني أن عناصر العقد الطبي تتطابق مع عقد الاستهلاك في أغلب الأحيان وتبتعد عنه في أحيان أخرى.

وعلى اعتبار أن الالتزامات التي ترتبها العقود تعد من العناصر الجوهرية لتحديد طبيعتها القانونية، بحثنا في مدى التقاء الالتزامات التي يرتبها العقد الطبي بتلك التي تفرضها قواعد حماية المستهلك على المحترف، وخلصنا إلى أن الطبيب يلتزم بإعلام العميل كأي مستهلك آخر، وأن هذا الالتزام يتميز بنفس الخصائص والصور والنطاق التي تفرضها قواعد حماية المستهلك، مع ملاحظة بعض الخصوصيات في العقد الطبي، مثل الحق في العدول دون قيد أو شرط، ومنع الإشهار.

كما لاحظنا فيما يخص الالتزام بالسلامة، أنه وإن كان العمل الطبي أساسه الاحتمال فالأصل أن الطبيب يلتزم ببذل العناية وليس بتحقيق نتيجة، فلا يضمن بالتالي سلامة المريض من تفاقم حالته، لكن يلتزم بسلامته من الأضرار المستقلة عن المرض، أي في مجالات محدودة ومحصورة، منها استعمال الأجهزة والمواد الطبية، وانتقال العدوى. فيتبين أن خصوصية العمل الطبي تجعل من التزام الطبيب بالسلامة ليس التزاما عاما، بل يرتبط بحالات معينة فقط.

كما يلتزم الطبيب بمطابقة تدخله للرغبة المشروعة للعميل، ويلتزم في أدائه لعمله مراعاة الأصول العلمية إلى جانب احترام القواعد التنظيمية، والأخلاق المهنية.

وتجدر الإشارة إلى أن مطابقة المهنة لأصول الطب لا يعني خضوع العمل الطبي على العموم لمقاييس ومواصفات تنظيمية جامدة، إذ أنه عمل فكري وإنساني يستدعي النظر في العملاء حالة بحالة، وهذا ما يميزه عن عقود الاستهلاك الأخرى التي قد تخضع لنظام المقايسة.

فالعقد الطبي وإن وصفه البعض بأنه عقد استهلاك إلا أن هذا القول لا يؤخذ على إطلاقة، فهناك حالات ينشأ فيها العقد الطبي دون أن يوصف بأنه عقد استهلاك، كما أن الالتزامات الملقاة على عاتق المحترف في المجال الطبي تتميز بخصائص ذاتية تأخذ في الحسبان طبيعة هذا العمل والعلاقة بين المريض والطبيب التي محلها صحة الإنسان، لذا وإن كان العقد الطبي يوصف بأنه عقد استهلاك فيكون من طبيعة خاصة.

وبالتالي نخلص إلى ضرورة اهتمام المشرع بهذا العقد وتنظيمه بقواعد مستقلة، ولا يتأتى ذلك إلا بالمزيد من الإلحاح من الفقه والدراسات العلمية والأكاديمية التي هي روح الابتكار والإبداع في المجتمعات المعاصرة.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية:

1.الكتب:

1- النجار إبراهيم، بدوي أحمد زكي، شلالا يوسف، القاموس القانوني، فرنسي-عربي، ط6، مكتبة لبنان، لبنان، 1998.

2- أحمد إبراهيم سيد، عقد الوكالة فقها وقضاء، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.

3- الحلبوسي إبراهيم علي حمادي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية(دراسة قانونية مقارنة)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

4- الحيارى أحمد حسن عباس، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.

5- بدوي أحمد محمد، نقل وزرع الأعضاء البشرية، سعد سمك للطباعة، مصر، 1999.

6- خلف أحمد محمد محمود علي، الحماية الجنائية للمستهلك، في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، مصر 2005.

7- سعد أحمد محمود، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.

8- هندي أحمد، الوكالة بالخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006

9- أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

10- بدر أسامة أحمد، ضمان مخاطر المنتجات الطبية، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

11- دياب أسعد، القانون المدني، الجزء الأول، العقود المسماة (البيع- الإيجار-الوكالة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2007.

12- بكوش أمال، نحو مسؤولية موضوعية عن التبعات الطبية، دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

13- حنا بدوي، الوكالة، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

14- هدفي بشير، الوجيز في شرح القانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، دار ريحانة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2002.

15- شكري بهاء بهيج، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2010.
16- غستان جاك، جامان كريستوف، وبيو مارك، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة القاضي منصور، مراجعة كلثوم فيصل، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2000.
17- القريشي جلال مصطفى، شرح قانون العمل الجزائري، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
18- حروزي عز الدين، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
19- رايس محمد، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
20- رايس محمد، نطاق وأحكام المسؤولية المدنية والتأديبية للأطباء وإثباتها، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
21- سي يوسف زاهية حورية، المسؤولية المدنية للمنتج، ب. ط، دار هومة، الجزائر، 2009.
22- الأودن سمير عبد السميع، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنيا وجنائيا وإداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
23- عرفة السيد عبد الوهاب، المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية للطبيب والصيدلي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2009.
24- عمران السيد محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 2003.
25- عمران السيد محمد السيد، شرح قانون العمل رقم 38 لسنة 1981، ومشروع القانون الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000/1999.
26- شوية سيف الإسلام، سلوك المستهلك والمؤسسة الخدماتية، اقتراح نموذج للتطوير، مختبر التربية (الانحراف والجريمة في المجتمع)، جامعة عنابة، ديوان المطبوعات الجامعية، قسنطينة، الجزائر، 2006.
27- طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة دراسة مقارنة، الجزائر فرنسا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
28- بلولة الطيب، بلولة.ح جمال، انقطاع علاقة العمل، ترجمة إلى العربية بن بوزة محمد، منشورات بيرتي، الجزائر، 2007.

29- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(1)، المجلد الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
30- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء(7)، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
31- مأمون عبد الكريم، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجراء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2006.
32- الحسيني عبد اللطيف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الطبيب المهندس المعماري، المقاول، المحامي، الشركة العالمية للكتاب، الطبعة الأولى، لبنان، 1987.
33- السرحان عدنان إبراهيم، نوري حامد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
34- سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
35- فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007.
36- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، دار ريحانة، الجزائر، د. س. ن.
37- عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر-الشركات التجارية)، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
38- عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.
39- القيسي قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
40- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006.
41- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة الالتزامات، العقد الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
42- الزيني محمود محمد عبد العزيز، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في البشرية الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1991.

43- كركبي مروان، العقود المسماة (البيع-المقايضة-الإيجار-الوكالة) دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والفرنسي والمصري، ط4، المنشورات الحقوقية، ب. ب. ن، 2004.
44- المصاورة هيثم حامد، المنتقي في شرح قانون العمل (دراسة مقارنة بالقانون المدني)، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، .2008

2- المقالات:

1- بودالي محمد، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 9-39.
2- بغدادي ليندة، أثر التطور التكنولوجي على طبيعة الأعمال الطبية وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مجلة معارف، العدد 7، المركز الجامعي البويرة، ديسمبر 2009، ص ص 99-106.
3- بركات كريمة، التزام المنتج بإعلام المستهلك، مجلة معارف، العدد 6، المركز الجامعي بالبويرة، جوان 2009، ص ص 151-170.
4- بن صغير مراد، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 41-57.
5- بن عودة حسكر مراد، المسؤولية الجنائية للطبيب عن الجراحة التجميلية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 125-146.
6- علي جابر محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المعيبة، مجلة الحقوق، العدد 4، جامعة الكويت، الكويت، ديسمبر 1996، ص ص 189-314.
7- النكاس جمال، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد2، جامعة الكويت، جوان، 1989، ص ص45-118.
8- يزيد دلال، مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 59- 72.

9- هميسي رضا، محمد لموسخ، حماية الحياة الخاصة للمريض في ظل القانون الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 159-172.
10- شعبان هند، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 173- 196.
11- هديلي أحمد، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص239-250.
12- قاسم العيد عبد القادر، التلقيح الاصطناعي تعريفه، نشأته وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 205- 212.
13- عيساوي فاطمة، الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري، مجله معارف، العدد6، المركز الجامعي البويرة، جوان 2009، ص ص 225-246.
14- عيساوي محمد، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين ضوابط الشريعة وحدود القانون، مجلة معارف، العدد5، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، ديسمبر 2008، ص ص 199- 215.
15- خليل مجدي حسن، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد1، جامعة عين الشمس، القاهرة، مصر، 2001، ص ص 376- 447.
16- منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني السنة الخامسة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، جوان 1981، ص ص 11- 49.
17- موالك (ب)، الحماية الجنائية للمستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 1999، ص ص 23-64.
18- نقادي حفيظ، أصول السر الطبي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد3، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 73-85.

3ـ الرسائل والمذكرات:

1- هواجي أحمد، الاحتمال في العقد الطبي، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2006، 2007.
2- أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.
3- أيت مولود ذهبية، المسؤولية المدنية عن أخطاء الفريق الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه، القانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
4- بوخرص بلعيد، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
5- بوطبل خديجة، حماية المستهلك في مجال المنتوجات المستوردة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010.
6- زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع" المسؤولية المهنية" مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
7- سايكي وزنة، إثبات الخطأ الطبي أمام القاضي المدني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع" المسؤولية المهنية" مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.
8- صحراوي فريد، الخطأ الطبي في مجال المسؤولية المدنية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2005/2004.
9- عجابي مراد، دور أجهزة الرقابة في حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2009/2008.
10- عيسوس فريد، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، رسالة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2003/2002.
11- عيشوش كريم، العقد الطبي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000-2001.
12- فريحة كمال، المسؤولية المدنية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير القانون الخاص، فرع قانون المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه، القانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012.

13- قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2000- 2001.
14- كالم حبيبة، حماية المستهلك، بحث لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005.
15- مركب حفيزة، الحماية التشريعية للمستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير في جودة المنتوج والخدمة، معهد العلوم الإدارية والقانونية، جامعة الجزائر، 2000- 2001.
16- ولد رابح صافية، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006- .2007

4.النصوص التشريعية والتنظيمية:

I. القوانين والأوامر:

1- القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 يتضمن تمديد العمل بالنصوص السارية إلى غاية 1962/12/31 إلا ما خالف السيادة الوطنية، ج.ر. رقم 02 المؤرخة في 1963/01/11، ص18.
2- الأمر رقم 66-156 مؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم، ج.ر عدد 49 مؤرخة في 1966/06/11، ص702.
3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر عدد 78 مؤرخة في 1975/09/30، ص990.
4- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ج.ر عدد 101 مؤرخة في 1975/12/19، ص1306.
5- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 يتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج.ر. رقم 24 المؤرخة في 1984/06/12، ص910.
6- القانون رقم 05/85 المؤرخ في 1985/02/16 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم، ج.ر عدد 08 مؤرخ في 1985/02/17، ص176.
7- القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر عدد 06 مؤرخة في 1989/02/06، ص154.

8- قانون رقم 90-11 مؤرخ في 21/ 04/ 1990 متعلق بعلاقات العمل، ج.ر. العدد 16 مؤرخة في 1990/04/18، ص562.
9- القانون رقم 90-17 المؤرخ في 1990/07/31 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة العمومية وترقيتها، ج.ر عدد 35 مؤرخة في 1990/08/15، ص1123.
10- الأمر رقم 95-07 الممضي في 1995/01/25 يتعلق بالتأمينات، ج.ر عدد 13 مؤرخة في 1995/03/08، ص03.
11- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد قواعد الممارسات التجارية ج.ر عدد 41 مؤرخة في 2004/06/27، ص3.
12- الأمر رقم 06-07 المؤرخ في 2006/07/15 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 المتعلق بترقية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 47 مؤرخة في 2006/07/19، ص15.
13- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21 مؤرخة في 2008/04/23، ص03.
14- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 36 مؤرخة في 2008/07/02، ص11.
15- القانون رقم 13/08 المؤرخ في 2008/07/20 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر رقم 44 مؤرخة في 2008/08/03، ص03.
16- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر عدد 15 مؤرخة في 2009/03/08، ص12.

II. المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 88-204 يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها ج.ر عدد 42 مؤرخة في 1988/10/19، ص1429.
2- المرسوم التنفيذي رقم 98-234 المؤرخ في 1998/07/21، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 94-74 المؤرخ في 1994/03/30، الذي يحول معهد باستور في الجزائر إلى مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، ج.ر عدد 53 مؤرخة في 1998/07/22، ص04.
3- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 1990/01/30 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر عدد 05 مؤرخة في 1990/01/31، ص202.

4- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج.ر عدد 41 مؤرخة في 1990/09/19، ص1246.
5- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 1992/07/06 يتضمن أخلاقيات الطب ج.ر عدد 52 مؤرخة في 1992/07/08، ص1419.
6- المرسوم التنفيذي رقم 92-286 المؤرخ في 1992/07/06 يتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ج.ر عدد 53 مؤرخة في 1992/07/12، ص1472.
7- المرسوم التنفيذي رقم 07-321 المؤرخ في 2007/10/22 يتضمن تنظيم المؤسسات الاستشفائية الخاصة وسيرها، ج.ر عدد 67 مؤرخة في 2007/10/24، ص11.

III. القرارات:

1- قرار مؤرخ في 1988/10/22 يتضمن المقاييس التقنية والصحية للعيادات الخاصة وشروط عملها، ج.ر عدد 44 مؤرخة في 1988/11/02 ص1512.
2- قرار مؤرخ في 2008/10/30 يحدد الشروط التقنية لاستيراد المنتجات الصيدلانية والمستلزمات الخاصة الموجهة للطب البشري، ج.ر عدد 70 مؤرخة في 2008/12/14.

IV. المشروع التمهيدي لتعديل قانون الصحة وحمايتها الصادر عن وزارة الصحة:
http/www. snapo. org/ Avant ProjetdeLoisurlasanE9version2. Pdf

ثانيا: باللغة الأجنبية

1- Ouvrages:

1- Benabent Alan, droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux, 8eme édition, Montchrestien, France, 2008.
2- Cas Gérard, Février Didier, Traité du droit de la consommation, presse universitaire de France, France, 1982.
3- Auloy Jean Calais, Steinmetz Franc, Droit de la consommation, Dalloz, France 1996.
4- Leleu Yves Henri et Genicot Gilles, Le droit médical, aspects juridiques de la relation medecin patient, 1re édition, de Book Université, Bruxelles, Belgique, 2001.

2- Articles:

1- Laude Anne, La responsabilité des produits de santé, recueil Dalloz, 18eme cahiers, chronique, pp 189-194.
2- Chevalier Bertrand, L'obligation d'information du médecin dans le cadre de la loi Kouchner (loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé)
www. odredesavocats. renes. com/articles/droit-medical-1. htm,
le19 avril 2013 à 14 heure.
3- Kahloula (M), Mekamcha (G), La protection du consommateur en droit algérien, première partie, Revue IDARA, N°2, E.N.A, Alger, 1995, p7 et suivantes.
4-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.
5-Malinvaude Philippe, La protection du consommateur, Dalloz, Paris, 1981, chronique numéro 2, p 49 et suivantes.

3- Arrêtés et décisions:

1- Arrêté ministériel du 24/05/1998 fixant les règles régissant le don du sang et de ses composants, ministère de la santé et de la population, non publié.
2- Arrêté ministériel du 24/05/1998 rendant obligatoire le dépistage de l'infection par le virus du sida des hépatites B et C et de la syphilis dans le don du sang et d'organes, ministère de la santé et de la population, non publié.
3- Arrêté ministériel du 24/05/1998 portant sur les règles de bonne pratique de préparation des produits sanguines labiles à usage thérapeutique, ministère de la santé et de la population, non publié.
4- Décision n° 97/MSP/MIN98 du 18/10/1998 portant convention type relative aux conditions et aux modalités d'approvisionnement et de cession des Produits Sanguins Labiles, non publié.

4-Cites internet:

1- http/www. legifrance. gouv. fr/affichcode. do, consulté le 22/05/2013 à 15h.
2- http/www. legifrance. gouv. fr/affichjurijudi. do, consulté le 22/05/2013 à 16h.

فهرس المحتويات

مقدمة.....1
الفصل الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي في ظل قواعد القانون التقليدية..... 5
المبحث الأول: تكييف العقد الطبي ضمن العقود الواردة على العمل..... 7
المطلب الأول: اعتبار العقد الطبي عقد وكالة 7
الفرع الأول: تعريف الوكالة وبيان خصائصها..... 8
أولا: تعريف الوكالة..... 8
ثانيا: خصائص الوكالة..... 9
أ- الوكالة عقد رضائي: 9
ب- الوكالة عمل قانوني:..... 10
ج- الوكالة تقوم على الاعتبار الشخصي:..... 10
د- الوكالة عقد تبرعي: 11
ه - الوكالة عقد غير لازم:..... 11
الفرع الثاني: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة ومبرراتها..... 12
أولا: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة 12
ثانيا: مبررات نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة..... 14
الفرع الثالث: نقد نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة 16
أولا: قصور نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة من الناحية القانونية 16
أ- العقد الطبي محله عمل مادي وليس قانوني:..... 16
ب- العقد الطبي عقد معاوضة في الأصل:..... 17
ثانيا: قصور نظرية اعتبار العقد الطبي عقد وكالة من الناحية الواقعية..... 17
المطلب الثاني: اعتبار العقد الطبي عقد عمل..... 18
الفرع الأول: تعريف عقد العمل وتحديد عناصره..... 18
أولا: تعريف عقد العمل 19
أ- تعريف عقد العمل في القانون المقارن..... 19
ب- تعريف عقد العمل في القانون الجزائري 20
ج- عناصر عقد العمل..... 21
الفرع الثاني: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل ومبرراتها 23
أولا: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل..... 23

ثانيا: مبررات نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل..... 24
أ- عمل الطبيب يكون مقابل أجر:..... 24
ب- ارتباط الطبيب بعلاقة التبعية:..... 24
الفرع الثالث: نقد نظرية اعتبار العقد الطبي عقد عمل..... 25
أولا: العقد الطبي لا يقوم دائما على الاعتبار الشخصي..... 26
ثانيا: إمكانية تقديم الطبيب للعلاج المجاني..... 27
ثالثا: استقلالية الطبيب في أداء عمله..... 27
المطلب الثالث: اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة..... 28
الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة وبيان عناصره..... 28
أولا: تعريف عقد المقاولة..... 29
ثانيا: عناصر عقد المقاولة..... 30
أ- عنصر العمل:..... 30
ب- عنصر الاستقلالية:..... 31
ج- عنصر الأجرة:..... 32
الفرع الثاني: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة ومبرراتها..... 33
أولا: مضمون نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة..... 33
ثانيا: مبررات نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة..... 34
الفرع الثالث: نقد نظرية اعتبار العقد الطبي عقد مقاولة..... 35
أولا: التزام الطبيب في العقد الطبي ببذل العناية وليس تحقيق النتيجة..... 35
ثانيا: العقد الطبي يقوم في الأصل على الاعتبار الشخصي..... 37
ثالثا: العقد الطبي غير لازم لأطرافه..... 37
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية الخاصة للعقد الطبي..... 39
المطلب الأول: خصائص العقد الطبي..... 39
الفرع الأول: العقد الطبي عقد رضائي يقوم على الاعتبار الشخصي..... 40
أولا: العقد الطبي عقد رضائي..... 40
أ- الرضا المزدوج في العقد الطبي:..... 41
ب- وجوب صدور رضاء متبصر من المريض:..... 43
ج- اشتراط الكتابة للتعبير عن إرادة المريض في بعض الحالات:..... 44
ثانيا: العقد الطبي يقوم على الاعتبار الشخصي..... 45
الفرع الثاني: العقد الطبي عقد متقابل الالتزامات..... 47

أولا: العقد الطبي عقد ملزم لجانبين..... 47
أ- التزامات الطبيب اتجاه المريض:..... 47
ب- التزامات المريض اتجاه الطبيب:..... 50
ثانيا: العقد الطبي عقد معاوضة..... 51
أ- العقد الطبي عقد معاوضة في الأصل..... 51
ب- الخدمات الطبية المجانية..... 52
الفرع الثالث: استمرارية العقد الطبي وقابليته للإنهاء..... 53
أولا: العقد الطبي عقد مستمر 53
ثانيا: العقد الطبي قابل للإنهاء..... 55
المطلب الثاني: العقد الطبي عقد مدني غير مسمى..... 56
الفرع الأول: العقد الطبي عقد مدني 56
أولا: أساس اعتبار العقد الطبي عقد مدني..... 56
أ- العمل الطبي عمل فكري:..... 57
ب- العمل الطبي قصده شفاء المريض وليس الربح:..... 58
ثانيا: إقرار المشرع الجزائري بالطابع المدني للعقد الطبي 58
الفرع الثاني: العقد الطبي عقد غير مسمى..... 60
المطلب الثالث: ضرورة إفراد العقد الطبي بتنظيم قانوني مستقل..... 62
الفرع الأول: أسباب تقصير المشرع الجزائري في تنظيم العقد الطبي..... 63
أولا: العامل التاريخي 63
ثانيا: العامل الواقعي..... 64
الفرع الثاني: مبررات لزوم استقلال العقد الطبي بتنظيم خاص..... 65
الفصل الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الطبي في ظل قواعد حماية المستهلك..... 68
المبحث الأول: اعتبار العقد الطبي عقد استهلاك بالنظر إلى عناصره 70
المطلب الأول: المستهلك في العقد الطبي..... 70
الفرع الأول: المستهلك في العقد الطبي شخص طبيعي..... 71
الفرع الثاني: المستهلك شخص يقتني أو يستعمل المنتوج الطبي بمقابل أو مجانا 72
أولا: شمول الحماية للعميل الذي يقتني أو يستعمل المنتوج الطبي..... 72
ثانيا: شمول الحماية للعميل بغض النظر عن أدائه المقابل..... 73
الفرع الثالث: الاستعمال النهائي وغير المهني للمنتوج الطبي..... 74
أولا: شمول الحماية المهني الذي يتصرف خارج اختصاصه..... 75

ثانيا: استبعاد الحماية عن كل مهني يتعاقد في إطار مهنته..... 75
المطلب الثاني: المهني في العقد الطبي..... 76
الفرع الأول: المحترف في العقد الطبي..... 77
أولا: الطبيب المحترف 78
ثانيا: المستشفيات الخاصة..... 80
ثالثا: المرافق العامة ذات الصبغة التجارية والصناعية..... 81
الفرع الثاني: المنتج في العقد الطبي..... 82
المطلب الثالث: المنتجات والخدمات الطبية..... 84
الفرع الأول: المنتجات الطبية 85
أولا: المنتجات الطبية الاستهلاكية..... 86
أ- المواد الصيدلانية:..... 86
ب- الدواء: 87
ج- المواد المماثلة للأدوية:..... 88
د- المستلزمات الطبية:..... 89
ثانيا: منتجات جسم الإنسان..... 89
الفرع الثاني: الخدمات الطبية..... 90
أولا: مفهوم العمل الطبي..... 91
أ- المفهوم الضيق للعمل الطبي:..... 91
ب- المفهوم الواسع للعمل الطبي:..... 92
ثانيا: اعتبار الخدمات الطبية خدمات استهلاكية..... 93
أ-العدول في العقد الطبي:..... 94
ب- منع تخفيض السعر في العقد الطبي:..... 94
ج- رفض تأدية الخدمات الطبية:..... 95
المبحث الثاني: اعتبار العقد الطبي عقد استهلاك من خلال الالتزامات المترتبة على المحترف 96
المطلب الأول: الالتزام بالإعلام في العقد الطبي..... 97
الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالإعلام في العقد الطبي..... 97
الفرع الثاني: خصائص الالتزام بالإعلام..... 99
أولا: العمومية..... 99
ثانيا: الوقائية..... 100
ثالثا: الاستقلالية..... 102

الفرع الثالث: صور الالتزام بالإعلام.....103
أولا: الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد 103
ثانيا: الالتزام التعاقدي بالإعلام.....103
ثالثا: الالتزام بالنصح 104
الفرع الرابع: وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام.....105
أولا: وسم المنتجات الصيدلانية.....105
أ- وسم الأدوية:.....106
ب- وسم المستلزمات الطبية:.....106
ج- بيان الاستعمال للمواد الطبية:.....107
ثانيا: الإعلام حول أسعار المتوج الطبي.....107
ثالثا: الإشهار الطبي.....109
المطلب الثاني: التزام الطبيب بسلامة المريض في العقد الطبي.....111
الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالسلامة في ظل قواعد حماية المستهلك.....111
أولا: تعريف الالتزام بالسلامة.....111
ثانيا: العناصر الأساسية للالتزام بالسلامة.....112
ثالثا: طبيعة الالتزام بالسلامة.....113
الفرع الثاني: التزام الطبيب ببذل العناية لسلامة المريض.....114
الفرع الثالث: التزام الطبيب بضمان سلامة المريض كنتيجة.....115
أولا: توافر شروط قيام الالتزام بالسلامة في العقد الطبي 117
ثانيا: نطاق التزام الطبيب بسلامة المريض كنتيجة 117
أ- التزام الطبيب بضمان سلامة المريض من الأدوات والأجهزة الطبية:.....118
ب- التزام الطبيب بضمان سلامة المريض من المواد الطبية 118
ج- التزام الطبيب بضمان سلامة العميل من انتقال العدوى الناشئة داخل المستشفيات أو العيادات (Infections nosocomiales).....119
المطلب الثالث: التزام الطبيب بالمطابقة 119
الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالمطابقة في ظل قواعد حماية المستهلك 120
الفرع الثاني: التزام الطبيب باحترام الرغبة المشروعة للعميل.....121
أولا: التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض.....121
ثانيا: التزام الطبيب بتقديم علاج مطابق للأصول العلمية.....122
الفرع الثالث: مطابقة الخدمات الطبية للتنظيم.....123

أولا: الترخيص لممارسة مهنة الطب 123
ثانيا: الترخيص لإنشاء عيادات خاصة 124
ثالثا: مطابقة الخدمات الطبية لقواعد وعادات المهنة.....125
خاتمة.....127
قائمة المراجع 130
فهرس المحتويات 140