مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي
ISSN 1112-9255
المجلد6،العدد 2 – ديسمبر 2019
OEB Univ. Publish. Co.

المسؤولية العقدية للطبيب

THE CONTRACTUAL LIABILITY OF DOCTOR

ط.د. موسى نقار، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار الجزائر.
amerinfod@yahoo.fr
د. كمال كيحل، مخبر القانون والمجتمع ، جامعة أدرار، الجزائر.
kihel_2008@hotmail.fr

تاريخ التسليم:(2019/08/17)، تاريخ التقييم:(2019/09/07)،تاريخ القبول:(2019/09/15)

ملخص :

يهدف هذا المقال إلى تسليط الضوء على المسؤولية المدنية للطبيب عموما، ويخص المسؤولية العقدية كون دراستها من الأهمية بمكان، وحيث أنّ القاعدة العامّة هي أنّ المسؤولية الطبية تكون عقديّة وهذا إذا وجد بين المتسبب في الضرر والمضرور عقد صحيح وكان الضرر ناتجا عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه العقدي واستثناءا تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية في حال انعدام العقد.

فما هو محلّ مسؤولية الطبيب العقدية من كل هذا؟

الكلمات الدالة:المسؤولية،الطبية،العقدية، المسؤولية التقصيرية.

Abstract :

The purpose of this article is to highlight in general the generalliability of the doctor; and concerns the study of contractualliability in view of its importance; since the generalruleisthat the medicalliabilityiscontractual and if foundbetween the detrimental and the victim a validcontract; and the damage caused by the breach of contractual obligation on the part of the contracting parties.

Exceptionally; the responsibility of the doctorwillbetortuous in case of absence of the contract. So; whatis the position of the contractualresponsibility of the doctor in all this?

Keywords:liability; the medical ;contractual;tortuousresponsibility

* المؤلف المراسل ط.د. موسى نقار ، الإيميل: amerinfod@yahoo.fr

مقدمة:

لقد عرفت المجتمعات المعاصرة مشاكل وإشكالات لم يكن لها نظير فيمن سلف، الأمر الذي نجم عنه حركة في العملية التشريعية، وسن القوانين التي من شأنها التخفيف من آثار تلك المشكلات، وإيجاد الحلول لها في شتى المجالات ومختلف المهن.

ووفقا لما تشهده المجتمعات الحديثة من تقدم علمي وفني في طرق العلاج، كان لزاما مسايرة هذا التطور بإثراء المنظومة القانونية فيما يتعلق بالمسؤولية الطبية بنصوص تحمي حق المريض في سلامته البدنية وإرساء قواعد المسؤولية بالنسبة للأطباء ، و تحديد المسؤولية القانونية عن الخطأ الطبي على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية أو على أي أساس آخر قانوني.

ولا شك أنّ المسؤولية الطبية ليست وليدة العصور المتأخرة من تاريخ البشر بل إنّها قديمة قدم التاريخ الإنساني حيث نجد أنّ الفراعنة قد قطعوا شوطا كبيرا بالنص على قواعد المسؤولية الطبية في كتبهم التي كانوا يقدسونها، ولقد تضمّنت وجوب تقيّد الطبيب بالقواعد التي وضعها كبار الأطباء القدماء والسير وفقها و لا مسؤولية عليه بعدها حتى ولو مات المريض، أما إذا خالفها وأدّى عمله إلى وفاة المريض فإن رأس الطبيب هو الثمن لذلك فيعاقب بالإعدام(التونجي،1967، ص 32).

ولقد ثبت في شريعة حمورابي التي كانت مطبقة عند البابليين تشددها في معاملة الأطباء تشدّدا كبيرا فنجدها نصت على أنّ الطبيب إذا عالج جرحا بليغا لدى رجل بمبضع معدني وسبب موته أو عطّل عينه فإنه تقطع يده (الكيلاني، ص83).

ومع بداية القرن الثامن عشر نجد أنّ القانون الفرنسي القديم أخضع مسؤولية رجال الفن عموما لقواعد المسؤولية المدنية تأثرا بالفقيه " دوما "، وقد ساير القضاء مبدأ مسؤولية الأطباء في العديد من القرارات التي أصدرها حينها على اعتبار أن المسؤولية تقصيرية، حتى عدل عنها إلى اعتبارها مسؤولية عقدية في القرار المشهور الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ: 1936/05/20(التونجي،1967، ص 75).

إنّ العمل على تكييف قانوني سليم لتحديد طبيعة المسؤولية الطبية، والتي تعد مركزا قانونيا يسيغه القانون على الشخص عندما يخل بالتزام قانوني أو عقدي بدون حق يقره القانون ويتوافر بذلك ركن الخطأ و يكون الخطأ تقصيريا جنائيا عندما يرد الإخلال على نص قرر له القانون عقوبة جنائية، وقد ينصرف إلى الخطأ المدني فيكون الخطأ تقصيريا مدنيا؟و هنا يثور الجدل فيما إذا كانت مسؤولية الطبيب المدنية عقدية أم لا؟.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أن المسؤولية الطبية هي في الأصل مسؤولية عقدية و الاستثناء أن تكون تقصيرية إلّا أنّها يمكن أن تكون عقدية في بعض الأحيان.

وأمّا عندنا في الجزائر فيمكن القول أنّ التطور الذي عرفته المسؤولية المدنية خصوصا كان هو السائد خلال الفترة الاستعمارية الناتجة عن الاحتلال الفرنسي، و الذي بقيت أحكامه سارية حتى بعد الاستقلال إلى غاية صدور القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 58/75 ليوم 1975/09/26م(جلال حمزة، ص 56 إل 58)، والذي بصدوره أصبحت أحكام المسؤولية المدنية في المجال الطبي تخضع للقاعدة العامّة المنصوص عليها في الفصل الثالث في المواد 124 إلى 140 منه المادة 124 ق.م.ج " كل عمل أي كان يرتكبه المرء ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" (القانون المدني الجزائري،1984)

والمسؤولية المدنية بوجه عام هي المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام مقرر في ذمة المسؤول، وقد يكون مصدر الالتزام القانون فيترتب عن مخالفة قواعده مسؤولية تقصيرية وقد يكون مصدر هذا الالتزام عقدا يربطه بالمتضرر فتكون المسؤولية عقدية يحكمها ويحدد مداها من جهة، ويبين القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى.

ووفق ما تقدم تقوم المسؤولية المدنية للطبيب نتيجة لما حل بالمريض من أضرار مادية و أدبية بسبب الخطأ الطبي، ولما كانت القاعدة أن المسؤولية المدنية للطبيب تكون عقدية والاستثناء أن تكون تقصيرية كان لزاما تناول موضوع المسؤولية العقدية للطبيب بشيء من التفصيل والتركيز على العقد الطبي من حيث طبيعته القانونية وخصائصه التي يتميز بها وكذا شروطه لتكون المسوؤلية بناءا عليه عقدية وأخيرا نتطرق لما يترتب عن ذلك من أثار ونتائج لنصل إلى إجابة وافية بشأن إشكالية البحث والمتمثلة في الأساس إلى تقوم عليه مسؤولية الطبيب العقدية؟

وللإجابة على التساؤلات المدرجة في إشكالية البحث والإحاطة بكافة جوانبه قسمنا الموضوع إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين، نتناول في المبحث الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي وخصائصه، وفي المبحث الثاني: شروط اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب عقدية وأثارها.

المبحث الأول: الطبيعة القانوني للعقد الطبي و خصائصه:

من المسلم به أنّ المسؤولية لا تكون عقدية إلا أذا وجد بين المضرور والمتسبب في الضرر عقد صحيح و قائم، وكان الضرر نتيجة إخلال أحد طرفي العقد بإلزام عقدي، فتكون المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام عقدي(مرقس،1988، ص381).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعقد الطبي

إن المسؤولية العقدية للطبيب تقوم حتى في حالة عدم وجود العقد نظرا لطبيعته الخاصة، لذلك كان من الواجب معرفة طبيعته حتى يتسنى لنا معرفة ما إذا كانت المسؤولية الطبية عقدية أو لا.

لقد أثار هذا النوع من العقود انشغال العديد من الفقهاء فيما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية، إذ يصعب تصنيفه ضمن العقود المعروفة في القانون المدني كون هذا الأخير لم يحضا بالاهتمام اللازم إلا مؤخرا (عبيد، 2009، ص 104).

لذلك سنتناول بالدراسة علاقة الطبيب بالمريض و التي غالبا ما تنشا في إطار عقد يبرمه هذا الأخير مع الطبيب فنقوم بتشريح هذا العقد من حيث طبيعته القانونية وذلك من خلال مماثلته مع مختلف العقود المتداولة و المعروفة في القانون المدني، وفي المقابل اعتباره نوع من العقود ذو طبيعة خاصة فيكون قائما بذاته لا يمكن مشابهته بأي عقد آخر.

والتساؤل المطروح هو: هل هو عقد وكالة؟ أو عقد إيجار أشخاص (عقد عمل)؟ أو عقد مقاولة؟ أو هو عقد من نوع خاص؟ و للإجابة على كل هذاوجب مقارنته بأنواع العقود الأخرى (مسماة وغير مسماة).

أولا: العقد الطبي عقد مسمى:

انتهى الاتجاه التقليدي في تكييف عقد العلاج الطبي بأنه عقد مسمى و انقسم هذا الاتجاه إلى ثلاثة طوائف، ذهبت الأولى إلى أنه عقد وكالة، و الثانية رأت بأنّه عقد عمل و خلصت الثالثة إلى أنّه عقد مقاولة(الجميلي،1987، ص105) .

1- العقد الطبي هو عقد وكالة: حسب ماذهب إليه الفقه السويسري في المادتين 162-394 من قانون الالتزامات السويسري، والتي تقضي أنّ قاعدة التوكيل تنطبق على الأعمال الفنية، لأنّ الوكيل لا يلتزم بتحقيق نتيجة بخلاف عقد المقاولة لكن هذا الرأي تعرّض للانتقاد، لأنّ عقد العلاج الطبي لا يتفق ولا يتلاءم مع أحكام عقد الوكالة كون الطبيب حر في مزاولة مهنته وفنّه كما يشاء ولا ينوب على المريض وليس عمله تصرفا قانونيـــا بل هو عمل فنّي محض، وقد تأثر الفقه الفرنسي بهذا الرأي فنجده في فكر الفقيه **بوتييه**.

بينما الوكالة مبناها فكرة النيابة، فكيف يتصور أن الطبيب يقوم بأداء عمل نيابة عن الأصل وهو مريض يجهل فنّ الطب و قد أجبرته ضرورة العلاج والألم إلى اللجوء لهذا الطبيب، كما أنّ العقد الطبي لا يعتدّ فيه بأهلية المريض ناقص الأهلية أو عديمها(محمود سعد، 1983، ص223)، في حين عقد الوكالة تكون فيه أهلية الموكّل (الأصيل) محلّ اعتبار فيعتدّ بها لإبطال العقد.

العقد الطبي عقد عمل: والقائلين به اعتبروا هذا العقد هو عقد إجارة أشخاص، أو عقد إجارة خدمات أو عقد عمل (مأمون،1987، ص106)، وذلك استنادا إلى الالتزامات الناجمة عنه، ويلاحظ أنّ مفهوم مهنة الطب لا تتوافق مع هذا الوصف لعدم توافر رابطة العمل (أي أنّ الفنّ ومهنة الطب تتعارض مع علاقة العمل)، كما هي معروفة على صعيدي القانون المدني و تشريعات العمل على حدّ سواء، فعقد

العمل يتعاهد فيه شخص على العمل لفترة من الوقت لخدمة شخص آخر و تحت إشرافه في مقابل أجر(محمود سعد ،1983، ص223).

أما في عقد العلاج الطبي يقوم على استقلال الطبيب في مواجهة المريض لأنّ هذا الأخير النواحي الطبية وحالته الصحية التي يعيشها يمنعان خضوع الطبيب للمريض فكما لا يوجد عقد إجارة أشخاص دون وجود تبعية قانونية من جانب ربّ العمل كذلك لا يوجد عقد علاج طبي دون وجود استقلال كامل للطبيب في مواجهة المريض(مأمون،1987، ص108).

2- العقد الطبي عقد مقاولة: لقد ذهب فقهاء آخرون إلى أنّ عقد العلاج الطبي هو عقد مقاولة في الغالب(السنهوري، 1964، ص18)، ولقد تبنى هذه النظرية في الفقه العربي بالإضافة إلى الأستاذ السنهوري فقهاء آخرون من المغرب والعراق ولبنان(ثروت،1979، ص 51)، ولكن تعرضت هذه النظرية للانتقاد كون عقد المقاولة عقدا تجاريا فإنه ينصب على أعمال مادية خلافا لعقد العلاج الطبي الذي ينصب على عمل فكري عقلي ويجب أن يخضع لقواعد خاصة (أدريوش، دون ذكر السنة، ص141-372).

وإن كان هناك حقيقة تقارب نوعا ما بين عقد العلاج الطبي والمقاولة في كونهما ينصّان على الالتزام بتقديم أداء معين مقابل أجر معلوم إلا أنّ ذلك ليس كافيا لاعتبار عقد العلاج الطبي عقد مقاولة، كون العقد الطبي يقوم على اعتبارات أخلاقية و إنسانية، خلافا لما هو عليه الحال في عقد المقاولة (يقوم على اعتبارات مادية محضة). لذلك ونتيجة لما سلف ذكره فأن عقد العلاج الطبي هو عقد قائم بذاته وغير مسمى ضمن العقود المسماة.

ثانيا: العقد الطبي عقد غير مسمى

كما أسلفنا سابقا عدم كفاية التكييف القانوني المقترح لعقد العلاج الطبي ضمن تصنيف العقود المسماة لذلك فقد قرر جانب من الفقه أنّ هذا العقد يعتبر عقد غير مسمى(أي عقد من نوع خاص)، يختلف موضوعه الأساسي عن باقي العقود، وعن القواعد التي تحكمها وأنّ التشابه الذي يوجد بين العقد الطبي وبين العقود التقليدية لا يؤدي إلى أن يفقد هذا العقد صفته المستقلّة(التونجي،1967، ص253).

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا القول وقضت بانّ الاتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته و جهوده لا يمكن أن يوصف بأنّه عقد استصناع بل إنّه عقد من نوع خاصجاء في قرار محكمة النقض الفرنسية 13 يوليو 1937(التونجي،1967، ص253، والسنهوري،1964،ص20).

والجدير بالذكر أنّ الفقيه " سافايتييه" قد دافع عن هذا المبدأ(مأمون،1987، ص118)، وكذلك الأمر بالنسبة للفقه المصري حيث وصف الدكتور حسن الأبراشي الرأي السالف بأن الأحوط هو اعتبار أنّ للعقد الطبي مميزاته الخاصة(الأبراشي،1951، ص99) ، فما هي هذه الخصائص؟

المطلب الثاني: خصائص العقد الطبي

هناك تصور كما أسلفنا، يشير إلى أن عقد العلاج الطبي هو عقد غير مسمى يتميز بعدة خصائص أشار لها الأستاذ "سافاتييه" في مطول القانون الطبي ص 212، 213، 214،(الجميلي،2009، ص 113،114)، وخصائصه هي:

1- إنّ العقد الطبي قائم على الاعتبار الشخصي: لأنّ مهنة الطب باعتبارها مهنة حرّة تعتمد على الثقة بين القائم بالعمل الطبي والمريض، فالمريض يضع ثقته بطبيب معين يختاره لثقته في قدراته و أمانته وإخلاصه وحرصه في تقديم العلاج فقد نصت المادة 80 من مدونة أخلاقيات المهنة على مبدأ الاختيار الحرّ للطبيب من قبل المريض حسب قانون رقم 85 -05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها (الجريدة الرسمية – 1985).

2- أنّ العقد الطبي عقد معاوضة: فتكون بموجبه الالتزامات متقابلة، فالتزامات الطبيب المعالج تجد سببها في التزامات الطرف الآخر وهو المريض طالب العلاج، فالطبيب ملزم بتقديم العلاج، والمريض ملزم في المقابل بدفع الأجور النقدية أو المالية فقد نصّت المادة211 من قانون حماية الصحة وترقيتها.

3- على ما يلي: " تحدد عن طريق التنظيم أسعار الأعمال التي يؤديها الأطباء وجراحو الأسنانو الصيادلة"(الأبراشي،1951، ص121)، وفي بعض الأحيان النادرة قد يقدم العلاج بدون مقابل فنكون أمام عقد من عقود التبرع.

4- العقد الطبي هو عقد مدني: لأنّ ممارسة العمل الطبي هو لا شك ممارسة لمهنة حرّة، وهو ما يحول دون العمل الطبي والصفة التجارية، و يستوي في ذلك أن يمارس الطبيب عمله في منشأة فردية خاصة لحسابه أو في مستشفى عام أو خاص .

5- إن العقد الطبي لا يرتب التزامات بتحقيق نتيجة بل يرتب التزامات ببذل عناية، و تأسيسا على ذلك و عند إقامة المريض أو ورثته (إذا هلك) دعوى قضائية على الطبيب المعالج لخطئه في العلاج وجب عليهم إثبات خطأ الطبيب.

6- أنّ العقد الطبي من العقود غير اللازمة حيث أنّه قابل للانقضاء في كل وقت، سواء أكان هذا الانقضاء من جانب المريض أم من جانب الطبيب، لكن بشرط عدم الأضرار بالمريض لتقييد الطبيب بأصول وواجبات المهنة.

كانت هذه أهم خصائص العقد الطبي، و قد علق الأستاذ كورنبروبست على قضية تكييف عقد العلاج قائلا: بأنّ هذه المسألة لم تجد لها حتى اليوم موقعا محددا في إطار التكييفات القائمة، وأنّ الحقيقة المسلم بها أنّ العقد الطبي له قواعد خاصة تمّ استخلاصها شيئا فشيئا عبر الأحكام القضائية والمناقشات الفقهية ولا يجوز أن نذهب أبعد من هذا(كورنبروبست، باريس 1957، ص857) ،

و(الجميلي،2009، ص114).

لذلك ووفقا لما تقدّم نجد أنّ العقد الطبي هو عقد قائم بذاته ومن نوع وطبيعة خاصتين، متميز عن بقية العقود المسماة ويترتب عن هذا الوضع الخاص إرساء قواعد وأسس واعتبارات خاصة لأنّه ينظم علاقات وروابط خاصة، ولعل أهم ما يتعلق بالعقد الطبي هو ما ينتج عنه من مسؤولية بالنسبة لطرفي العقد الطبي(الطبيب و المريض) .

المبحث الثاني:شروط اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب عقدية و آثارها:

فإذا سلمنا بأن مسؤولية الطبيب عقدية كان لزاما تحديد نطاق هذا النوع من المسؤولية وبدقة من خلال تبيان شروط اعتبار مسؤوليته المدنية عقدية، وكذا ما ينجم عن هذا الاعتبار من أثار ونتائج .

المطلب الأول: شروط اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب عقدية:

ينعقد شبه إجماع بين الفقهاء وشراح القانون على وجود تعاقد بين الطبيب والمريض وإن اختلفوا في تكييف هذا العقد وتحديد نوعه (مرقس،1988، ص381)، فتكون بذلك الطبيعة الغالبة عقدية دون خلاف.

وحتى يتضح الأمر يستقيم لقيام مسؤولية الطبيب العقدية فلا بد من توافر شروط لها، و إذا تخلّفت إحداها كانت المسؤولية تقصيرية، فما هي هذه الشروط؟

أولا: يجب أن يكون هناك عقد بين الطبيب والمريض.

إذا قام الطبيب بمباشرة العلاج للمريض دون أن يكون هناك عقد كانت المسؤولية تقصيرية (الأبراشي1988، ص121)، و لكن في أغلب الأحيان يرتبط الطبيب والمريض بموجب عقد، فبمجرّد فتح الطبيب لعيادته و تعليقه لبافطة يكون في موقع من يعرض الإيجاب، وأي مريض يقبل على العيادة فيعتبر بأنّه قبل عرض العلاج فيبرم مع هذا الطبيب عقدا بشكل طبيعي، (أبو جميل،1987، ص24)، ويثير هذا الشرط الفروض التالية:

1) الفرضية الأولى: حالة ما إذا اختار المريض طبيبه: لا شك أنّه يوجد عقد بين الطبيب والمريض وهذا أمر لا نقاش فيه، ولكن قد يحصل خلاف حول تكييف العلاقة القانونية بين الطبيب والمريض في حالة العلاج المجاني، فإنّ الطبيب يكون مسئولا وفقا لأحكام العقد إذا تحقق الخطأ الذي يوجب المسؤولية

وقد انقسم الفقه حول ذلك بين قائل أنّ العقد لا وجود له و آخر يرى أنّ قيام عقد العلاج لا يتنافى مع كون العلاج مجانا.

والرأي الراجح ما قال به الدكتور سليمان مرقس: أنّ مسؤولية الطبيب تكون عقدية إذا وجد العقد الطبي الصحيح سواء كانت المعالجة بأجر أو بدون أجر، كأن تكون مقدمة على سبيل التبرع بدوافع الزمالة أو الصداقة أو القرابة.

2) الفرضية الثانية: حالة تدخل الطبيب لعلاج المريض بدون دعوة: و هذا ما يحدث غالبا في الحوادث فلا تسمح الظروف للمريض باختيار الوعي و يصادف ذلك وجود الطبيب في نفس المكان أو يقوم المارّة باستدعائه فيتدخل لإنقاذ حياة الشخص المصاب فالطبيب في هذا الفرض يتدخل دون دعوة، و بالتالي لا مجال للقول بوجود عقد بينه و بين المريض، فيعتبر عمل الطبيب من قبيل الفضالة.

كما لا يمكن القول بوجود عقد بين الطبيب وبين من دعاه من الجمهور لمعالجة المصاب على اعتبار أنّ من دعاه قد قصد التعاقد لمصلحة المريض إذ يبقى هذا العمل من قبيل الفضالة في كلا الفرضيتين، سواء التدخل من تلقاء نفسه أو بناء على دعوة الجمهور(الأبراشي،1988، ص ص 68،69).

3) الفرضية الثالثة: حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى خاص أو صاحب مشروع لعلاج المرضى:

إنّ تعاقد الأطباء مع المستشفيات الخاصة، أو إدارات الشركات والمصانع يلتزم الطبيب من خلال هذا العقد بمعالجة المرضى الذين يدخلون أو يلتجئون إلى المستشفى أو العمال الذين يصابون أثناء العمل، فيكون في هذه الحالة الطبيب ملزم بتقديم خدمات علاجية لأشخاص لم يرتبط بهم بأي اتفاق، كما أنّ هؤلاء المرضى لم يختاروا الطبيب ولا يستطيعون وفض خدماته.

فالعلاقة بين الطبيب والمريض ماهي في حقيقتها إلاّ نتيجة عقد إيجار أشخاص ثم بين الطبيب صاحب المستشفى الخاص أو صاحب المشروع، وتأسيسا على ذلك فإنّ للمستفيد و هو المريض في دعواه مباشرة ممتدة من العقد يستعملها في مواجهة الطبيب وهو المتعهّد يطالبه فيها بتنفيذ التزامه، و على ذلك فإنّ مسؤولية الطبيب هنا تكون مسؤولية عقدية،(الديناصورى،والشواربي،1988،ص ص 1386-1387).

غير أنّه يوجد من يقول بخلاف ذلك، ويعتبر أنّ المسؤولية تكون تقصيرية لعدم وجود عقد بين العامل والطبيب (منصور، د.ت، ص91) .

والراجح في مسؤولية المستشفى الخاص هو أنّ الطبيب يعتبر تابعا لهو أنّ التبعية الأدبية لا تنفي قيام علاقة التبعية، وبالتالي يعتبر المستشفى الخاص مسئولا عن أخطاء الطبيب، على أنّ هذه المسؤولية لا تنفي استقلال المستشفى عن مسؤولية الطبيب، فيجوز لإدارة المستشفى أن ترجع عليه بما دفعته من تعويض نتيجة خطئه الشخصي من خلال عمله الطبي على أن تتحمّل هذه الإدارة نصيبها في التعويض إذا كان الخطأ مشتركا(منصور، د.ت،ص92).

وقد يبرم عقدان في نفس الوقت، كما لو اختار المريض خراجا بنفسه عندما يتقدم إليه فيقوم الجرّاح بإرساله إلى المستشفى الذي يجري عملياته فيه، فيكون المريض بذلك قد أبرم العقد الأوّل مع الطبيب

والعقد الثاني مع المستشفى،فإذا حصل خطأ أضرّ بالمريض و كان مرجعه إلى الطبيب الجرّاح فأنّ الأخير يكون مسئولا ولا حديث عن مسؤولية المستشفى لأنّ الخطأ لا صلة له بالالتزام الواقع على المستشفى المتمثل في الرعاية غير أنّ المعمول به.

وحسب موقف محكمة النقض الفرنسية (قرار 1993/5126) التي لم تعد تميز بين عقد الإيواء و الرعاية المبرم مع المستشفى، وبين عقد العلاج المبرم مع الطبيب و إنما اعتبرته عقدا واحدا أي مع المستشفى و تكون مسؤولية المستشفى عقدية عن كافة أعمال الأطباء التابعين لها بغض النظر عن طبيعة العقد المبرم معها(مأمون،1987، ص ص 233،236).

ثانيا: إن يكون العقد الطبي صحيحا

حتى يقوم العقد الطبي صحيحا يجب أن تتوافر فيه جميع الأركان كالإيجاب و القبول،و ألا يكون العقد مشربا بأي عيب من عيوب الإرادة، فالعقد الباطل لا يترتب عليه التزام و المسؤولية عنه تكون تقصيرية (أبو جميل،1987، ص34).

كما ويبطل العقد إذا لم يأخذ رضا المريض بالعلاج أو لأنّ محل العقد غير مشروع حسب قرار محكمة ليون الفرنسية، تاريخ 1913/06/27(الأبراشي،1988، ص81).

ثالثا: أن يكون خطا الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن العلاج الطبي:

فلا تكون المسؤولية عقدية إلاّ إذا وجد بين المضرور (المريض) و المتسبب بالضرر عقد صحيح والتالي تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية كلما انعدمت رابطة العقد بينه و بين المريض الذي لحقه الضرر أو وجدت بينهما مثل هذه الرابطة، وكان الضرر نتيجة إخلال بالتزام غير ناشئ عن العقد(مرقس، 1988، ص381).

رابعا: أن يكون المتضرر هو المريض:

لكي تكون مسؤولية الطبيب عقدية ينبغي أن يكون المتضرر هو المريض فإذا كان من الغير كمساعد للطبيب وأصيب بجرح أثناء إجراء عملية جراحية ففي هذه الحالة لا يمكن أن توصف مسؤولية الطبيب بأنها مسؤولية عقدية بل هي مسؤولية تقصيرية (أبو جميل،1987، ص34).

خامسا:أن يكون المدعى صاحب حق في الاستناد إلى العقد:

في هذا الشرط يجب التفرقة بين فرضين:

- الفرض الأوّل: إذا كان المريض أو من ينوب عنه قانونا أو اتفاقا هو الذي اختار الطبيب وكان هو الذي رفع دعوى المسؤولية ضده، فمسؤولية الطبيب حينئذ عقدية، بيد أنّه إذا فارق المريض الحياة نتيجة لخطأ الطبيب أو الجراح وأصاب الضرر ذوي الميت أو أقاربه، فإنّ لهؤلاء أن يطالبوا بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية (الجميلي،2009، ص 95-96).

من المعروف أنّ أثر العقد كما ينصرف إلى طرفيه، ينصرف كذلك إلى الخلف العام أو الخلف الخاص لكل منهما في حدود ما نص عليه القانون، فالورثة خلفاء للمتوفى في جميع حقوقه، فإذا طالبوا في إطار تلك الحدود بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد أو بتعويض عن عدم تنفيذه كانت قواعد المسؤولية العقدية هي الواجبة التطبيق (أبو جميل،1987، ص 36).

الفرض الثاني: و تتمثل في قيام شخص بالتعاقد باسمه مع الطبيب من اجل مصلحة شخصية له دون إن يقصد إعطاء المريض حقا مباشرا من العقد الذي أبرمه مع الطبيب، ففي هذه الحالة يتعذر القول بوجود اشتراط لمصلحة المريض، كما لا يمكن اعتبار الشخص الذي تعاقد مع الطبيب نائبا عن المريض بوصفه فضوليا، لأنّه لم يقصد تحقيق مصلحة المريض، و الأمر هنا يلزم الرجوع للقواعد العامّة، حيث يكون لمن تعاقد مع الطبيب الحق في استعمال الدعوى العقدية، أمّا بالنسبة للمريض فإنّه يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه ذلك الشخص و لا يكون له إلاّ استعمال دعوى المسؤولية التقصيرية (حسن الإبراشي، 1988، ص 89).

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب عقدية:

لقيام مسؤولية مرتكب الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية العقدية يجب أن تكون على أساس الإخلال بالتزام نشأ عن عقد بين المريض و الطبيب، و يعتبر تحديد الأساس القانوني للمسؤولية مسالة حتمية نظرا لمدى خطورة هذا الاختيار بالنسبة للمسؤولية عموما و بالنسبة للمسؤولية الطبية خاصة فيكون الاختيار اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب بأنها مسؤولية عقدية هامّة سوف نتعرّض للأهم منها بإيجاز (جمال الدينزكي 1978، ص13).

أوّلا: من حيث عبء الإثبات: يقع على المضرور في المسؤولية التقصيرية عبر إثبات الخطأ الموجب للمسؤولية لأنّ المدعي بالتعويض عليه أن يقيم الدليل على تحقق مقومات هذه المسؤولية(أي أن يثبت صدور الفعل الضار من الطبيب المعالج) كان نتيجة خطأ منه و أنّ الضرر الواقع عليه كان نتيجة هذا الفعل الضّار.

أمّا في المسؤولية العقدية فليس على (المريض) الدائن إلاّ أثبات وجود أو قيام الالتزام العقدي ثم يأتي دور المدين(الطبيب) ليثبت التخلص من هذا الالتزام(أي الوفاء)، أو أن يثبت أنّ عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي و بعبارة أخرى الخطأ في المسؤولية التقصيرية واجب الإثبات في حين أنّه في المسؤولية العقدية مفترض بمجرّد إثبات قيام الالتزام العقدي.غير أنّ فكرة الإثبات تطورت فلا يتوقف الأمر بشان الإثبات في المسائل المدنية على طبيعة الالتزام في المسؤولية العقدية للطبيب فحسب، بل يتعداه إلى ما إذا كان التزام بتحقيق غاية(نتيجة) أم التزام ببدل عناية (حسن عامر، ص ص 97-،98).

ثانيا: شرط الإعذار: لا يشترط الإعذار في المسؤولية المدنية التقصيرية لأنّه لا يوجد ارتباط مسبق بين الطرفين لذلك فلا محلّ للإعذار أصلا أي عدم وجود التزام التأخر في تنفيذه، أما في المسؤولية العقديّة فإنّ الأصل في الإعذار يشترط مسبقا لكي يوضع المدين في موقع التقصير(جمال الدين زكي ، 1978، ص449)، ولا يكون الإعفاء من الإعذار إلاّ في حالات نادرة، وردت على سبيل الحصر.

ثالثا: التضامن: إنّ التضامن مفترض بحكم القانون في المسؤولية التقصيرية وهذا وفقا لنص المادتين 126 و236 من القانون المدني الجزائري، في حال تعدد المسؤوليتين عن الفعل الضار أنّهم يكونون متضامنين في إلزامهم بتعويض الضرر، في حين أنّه في الالتزام العقدي لا يكون التضامن إلاّ باتفاق صريح أو نص عليه القانون (عبيد الجميلي،2009، ص76).

رابعا: تعويض الضرر المتوقع و الغير متوقع: إنّ المدين(الطبيب) في المسؤولية العقدية لا يلزم إلاّ بتعويض الضرر المتوقع وقت التعاقد، مادام عدم تنفيذ الالتزام لم يؤسس على الغش أو الخطأ الصادرين من المدين، لأنّ العقد نشأ بإرادة العاقدين فيكونان قد قدّرا مدى التعويض عند الإخلال به فلا يدخل في حساب ما قدّراه ضرر لم يتوقعاه عند التعاقد(النقيب، د.ت، ص37)، أمّا في الالتزام التقصيري فأنّ التعويض يضم كلّ من الضرر المتوقع و غير المتوقع من خسارة تحل أو كسب يفوت، لأنّ التعويض ينبغي أن يغطي الأضرار كلّها.

خامسا: من حيث النظام العام: أحكام الالتزام العقدي لا يتعلّق بالنّظام العام، لذلك يمكن الاتفاق على مخالفتها ولهذا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها لأنّ إرادة الطرفين هي التي تحكم العقد وما يترتب عليه، فيكون للمتعاقدين القبول مسبقا بالإعفاء من المسؤولية عن الإخلال بموجب عقدي مالم يرد نص على خلاف ذلك، إلاّ أنّ الاتفاقات المبنية على غش المدين أو خطئه الجسيم فأنه سالم لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف منها(النقيب، د.ت، ص38).

في حين أنّ أحكام الالتزام في المسؤولية التقصيرية وكونها من النظام العام و تقوم بحكم القانون، فلا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها أو التخفيف منها، وإذا حصل الاتفاق على ذبك فإنّه يقع باطلا.

سادسا: التقادم: يكون انقضاء دعوى الالتزام العقدي بمرور التقادم الطويل أي خمسة عشرة سنة تصل إلى ثلاثون سنة في القانون الفرنسي، أمّا دعوى الالتزام التقصيري تنقضي بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه، وتسقط دعوى التعويض بانقضاء خمسة عشرة(15) سنة من وقوع الفعل الضّار(المادة 133 معدّلة من القانون المدني الجزائري).

سابعا: الأهلية: يجب أن تتوافر الأهليّة لقيام الالتزام العقدي على الشكل المقرر في القانون المدني و ترشيد القاصر،أمّا في الالتزام التقصيري فإنّ المسؤولية التقصيرية تنعقد دون لزوم الأهلية، مميز أو غير مميّز.

ثامنا: المسؤولية عن فعل الغير: لقد حددّها القانون على سبيل الحصر بالنسبة للالتزام التقصيري(فيما يتعلّق بمثول الرّقابة)حسب المادة 134 معدّلة من ق.م.ج، و كذلك في مسؤولية المتبوع عن خطأ تابعه(المادة 136 معدّلة من ق.م.ج).

كانت تلك أهم النتائج المترتبة عن تمييز المسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية.

خاتمـة:

إذا كانت المسؤولية المدنية للطبيب من المواضيع التقليدية فقد أصبحت مسؤولية الطبيب العقدية من المواضيع المتجددة لدى الفقه والقضاء في المجتمع المعاصر، و خاصة في الفقه و القضاء الفرنسيين بالإضافة إلى بعض الدول العربية التي سارت على نفس النهج، فنجد أنّ المسؤولية المدنية للطبيب تتأرجح بين اعتبارها عقدية وتقصيرية ولمّا كان الأساس أنّ القاعدة هو اعتبار مسؤولية الطبيب المدنية عقدية كان من الواجب تحديد الطبيعة القانونية للعقد الطبي. لنصل من خلال هذا البحث إلى نتيجة مفادها أنّ العقد الطبي ذو طبيعة خاصة خارجة عن نطاق باقي العقود المسماة، كونه عقد غير مسمى، ويتمتع بخصائص تميزه عن باقي العقود وفق ما أشار إليه الأستاذ سافاتييه في المطول(السالف الذكر) ليكون العقد الطبي وفق ما تم ذكره و ما تيسر إيراده عقدا قائما بذاته، لكن بحاجة إلى تنظيم خاص يضبطه و قواعد و أسس تحكمه كونه ينظم علاقات و روابط خاصة. ولمّا كانت المسؤولية المترتبة عن الإخلاء بالتزام عقدي طبي هي مسؤولية عقدية(و ليست تقصيرية) للطبيب لكن وفق شروط أيضا.

فيكون اعتبار المسؤولية المدنية للطبيب عقدية لها آثار و نتائج مهمة سواء من حيث شرط الإثبات أو من حيث شرط الإعذار أو التضامن في تعويض الضرر عند التعدد، أو من حيث التقادم(التقادم الطويل في المسؤولية العقدية والقصير في التقصيرية)، وكذلك الأمر بالنسبة للأهلية كونها محل اعتبار في المسؤولية العقدية خلافا لما هو عليه الحال في المسؤولية التقصيرية.

قائمة المراجع:

أولا – المراجع باللغة العربية:

- أحمد محمود سعد.(1983)، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب و مساعديه، دار الطوبيجي للطباعة والنشر،القاهرة.
- أحمد أدريوش.(د.ت)، مسؤولية الأطباء المدنية بالمغرب ، رسالة نيل دبلوم الدراسات العليا .
- أسعد عبيد الجميلي.(2009)،الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة والنشر والتوزيع،الأردن.
- حسن الأبراش.(1951)، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، دار نشر الجامعات المصرية. القاهرة.

- حروزي عز الدين.(2009)، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر
- سلمان مرقس.(1988)، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ،ط05، الجزء 02 ، المجلد02، دار الكتب القانونية،مصر،المنشورات الحقوقية لبنان.
- محمود جلال حمزة.(1988)،المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري– د.م.ج، الجزائر.
- محمود جمال الدين زكي.(1988)، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأوّل، القاهرة .
- عبد السلام التونجي.(1967)، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية و القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف لبنان.
- عبد الرشيد مأمون.(1986)، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة.
- عبد الرزاق أحمد السنهورى .(1964)، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 01، ج07، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، القاهرة.
- قاسم ثروت.(1979)، الوجيز في شرح أحكام المقاولة، ج01، بغداد.
- وفاء حلمي أبوجميل.(1987)، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة .
- عبد الحميد الشواربي.(1988)، المسؤولية العقدية في ضوء الفقه و القضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة.
- منصور محمد حسين منصور.(د.ت)، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- عاطف النقيب.(د.ت)، النظرية العامّة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ط03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
- القانون المدني الصادر بالأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق ل 1984/09/26. المعدّل والمتمم والمنشور من طرف وزارة العدل، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية 1991.
- قانون رقم 85 –05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، – الجريدة الرسمية – العدد الثامن السنة 22 المؤرخة في 27 جمادى الأولى الموافق ل 17 فيفري 1985.

ثانيا – المراجع باللغة الأجنبية:

- René SAVATIER et J.M. AUBY.(1957), Traité de droit mé
Kornproobst :la responsabilitémédicale ,Paris