المبحث الثاني: تكوين العقد الطّبي

عرّف الكثير من الفقه العقد على أنّه اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وهذا الأثر هو تنفيذ العقد ولكي يتم تنفيذ أي عقد لابد أن تتوفر فيه مجموعة من الأركان وتتمثل في ركن التراضي، وركن المحل وركن السبب والعقد الطّبي باعتباره عقدًا لابد من أن تتوفر فيه هذه الأركان إلى جانب ركن الكتابة.

المطلب الأول: التراضي في العقد الطّبي

انطلاقا من كون الرّضا حجر الزّاوية في عقد العلاج الطّبي بصفة عامة والعقد الجراحي بصفة خاصة، فإنّ القاعدة العامة والمحمية دستورا وقانونا هي حرمة جسم الإنسان وعدم جواز المساس بسلامته دون موافقته الصّريحة والواضحة ورضاه التّام، فليس هو مجرد الإيجاب الصادر من المريض إلى الطّبيب الجراح بإجراء العلاج الجراحي على جسمه وإنّما هو رضاء خاص نتناوله بالدّراسة والتحليل.

الفرع الأول: رضا المتعاقدين

تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقين، دون الإخلال بالنّصوص القانونية". ومعنى ذلك أنّ التّعبير عن الإرادة الذي يعتد به هو ما كان صادرا عن ذي أهلية للتعاقد.

لذلك فلقيام العقد الطّبي صحيحا يشترط طبقا لمّا نص عليه القانون رضا كل من الطّبيب والمريض.

فبالنّسبة للطّبيب يشترط أن يباشر العقد بإرادته وحريته، وأن يكون رضاه سليما خاليا من أي عيب من عيوب الرّضا، فقد منح المشرع الطّبيب الحق في رفض القيام بالعمل الطّبي تجاه المريض لأسباب شخصية، أو مهنية، واستثنى من ذلك حالات مواجهة المريض لخطر صحي وشيك يهدد حياته، حيث يتعين على الطّبيب التدخل لإسعافه لحين تأمين طبيب مختص لعلاج حالة المريض المستعجلة أو على الأقل التأكد من ضمان تقديم العلاج الضروري له، ما لم تكن هناك قوة قاهرة تمنع الطّبيب من التدخل. أمّا بالنّسبة لرّضا المريض، فهو ممّا يتعين ابتداء في العقد الطّبي، حيث حرصت غالبية التّشريعات على تكريس رضا المريض وموافقته على التدخلات الطّبية.

ما من شك في أنّ المريض وقبل أن يدلي ويعلن عن رضاه لابد وأن يكون على بينة وإنارة بحالته المرضية ووضعيتها وإمكانية علاجها، وسبل ذلك العلاج ومدى خطورته، فالرّضا لا يأتي عن جهل وعدم علم وإنّما عن بصيرة ومعلومات كافية تنير سبيل المريض الذي عادة ما يكون جاهلا للمرض الذي يرغب في علاجه وجاهلا لوسائل العلاج المناسبة، ومن هنا كان على عاتق الطّبيب أخصائي الجراحة واجب إعلام المريض وإنارته بكل معلومة تفيد في إحاطته علما بمرضه ووسائل علاجه حتى يتسنى له إبداء موافقته ورضاه في العلاج، ولقد أطلق الفقه على هذا المبدأ "الرّضا المتبصر"، ولقد استقر القضاء في فرنسا على أن تبصير المريض يجب أن يكون بسيطا(Simple)، وتقريبيا (Appropriée) وصادقا (Loyale) وواضحا ومفهوما (Intelligible).

الفرع الثاني: أهلية المتعاقدين

إنّ غالبية التّشريعات تشترط ضرورة توافر أهلية المريض ورضائه وكذا إذنه للطّبيب بالعلاج، أو أقاربه إن تعذر ذلك على المريض.

ومعلوم أنّ الأهلية المطلوبة هي أهلية التصرف ممّا يعني أنّ المريض يجب أن تتوافر لديه الأهلية بغرض التعبير عن إرادته، وإبداء رغبته في إبرام العقد الطّبي مع الطّبيب أو رفضه، فالأهلية مطلوبة في جميع التدخلات الطّبية بهدف إبداء الرّضا والموافقة على هذه التدخلات أو رفضها، الأمر الذي يجعل الأهلية لوحدها غير كافية ما لم تتوج بموافقة.

لذلك هناك ثلاث حالات تستدعي تدخل ممثل المريض لإبداء موافقته للعلاج المقدم له، حسب ما نصت عليه المادة 154 من القانون 85-05 (تقابلها المادتين 343، 344 من قانون 18-11) وهي:

أولا: حالة المريض القاصر

من المفروض أن يصدر الرّضا من المريض نفسه طالما أنّه في حالة تسمح له بذلك، إلا أنّه في بعض الأحيان قد يتقدم إلى الطّبيب، قاصر لا يتمتع بأهلية الأداء هنا يحق للطّبيب أن يقدم العلاج والأخذ بموافقة الأولياء أو الممثل الشرعي، فلقد نصت الفقرة الأولى من المادة 52 من مدونة أخلاقيات الطّب على ما يلي: "يتعين على الطّبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي، ويحصل على موافقتهم".

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري اعتبر القاصر مميزًا إذا بلغ سن الثالثة عشر، بمفهوم المخالفة لنص المادة 42 من القانون المدني، وحسب مفهوم نص المادة 83 من قانون الأسرة والتي تنص على: "من بلغ سن التّمييز ولم يبلغ سن الرّشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة...".

لذلك فإنّ إقبال القاصر المميز على الطّبيب لطلب العلاج إنّما يعد من قبيل الأعمال النافعة له، وبذلك يكون آهلا لإبرام عقد طبي كل قاصر مميز بلغ سن التّمييز.

ثانيا: حالة المريض العاجز عن التّمييز

قد يكون المريض بلغ سن التّمييز أو حتى لسن الرّشد، لكنّه يعجز عن إبداء موافقته بسبب المرض الذي يفقده الوعي أو يغمى عليه، فيصبح غير مميز بسبب الآلام أو الاضطراب النفسي، ويتعذر عليه أن يكون آهلا لإعطاء الموافقة.

فالمادة 44 من مدونة أخلاقيات الطّب الجزائري سمحت للأشخاص المخولين من طرف المريض لإعطاء موافقتهم، وإلا فيمكن الاستعانة بالأشخاص المخولين من طرف القانون حسب ما ورد في نص المادة 164 من القانون 85-05 (تقابلها المادة 362 من القانون 18-11) إذ يرجع القرار إلى الأب أو الأم ثم الزّوج أو الزّوجة، ثم الابن أو البنت ثم الأخ أو الأخت وإلا يرجع إلى الولي الشرعي.

ثالثا: حالة المريض العاجز عن التّعبير عن رضاه

نصت الفقرة الأولى من المادة 80 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان الشّخص أصم أبكم، أو عمى أصم، أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التّعبير عن إرادته، جاز للمحكمة أن تعين له وصيا قضائيا يعاونه في التّصرفات التي تقتضيها مصلحته".

فإذا اجتمع في مريض عاهتين من العاهات الثلاث العمى والبكم والصّم، فإنّه سيتعذر عليه أن يبدي موافقته للأعمال الطّبية التي سيقدمها الطّبيب، نظرا لأنّ أهليته متأثرة بمانع من موانع الأهلية بسبب ظرف جسماني، بالرّغم من أنّه راشد ويتمتع بكافة قواه العقلية.

وفي هذه الحالة لا يعني أنّ نعين للمريض وصيا، بل يكفي الأخذ بموافقة من ينوبه سواء كان أحد أفراد أسرته أو وليه الشرعي حسب الترتيب الوارد في نص المادة 164 الفقرتين 2 و3 من قانون حماية الصّحة وترقيتها.

أمّا بالنّسبة للطّبيب، فليس هناك فرق بين الطّبيب والمريض فيما يخص الأهلية إذ يشترط على الطّبيب كما يشترط على المريض، ضرورة توافر الأهلية القانونية للتعاقد.

المطلب الثاني: محل العقد الطّبي

الفرع الأول: تعريف المحل

يتضح لنا من خلال استقراء نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري أن المشرع أشار في الفقرة الأولى من هاته المادة إلى محل الالتزام، أي ما يتعهد به المدين في حين أشار بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة إلى العملية القانونية المتمثلة في التعامل في تركه إنسان على قيد الحياة وهذا هو محل العقد.

وعلى هذا الأساس اختلف الفقهاء حول هاته المسألة، فمنهم من يرى بأنّ محل الالتزام يختلف عن محل العقد، بحيث قد يكون محل الالتزام صحيحا بينما يقع العقد باطلا مثلما هو الأمر بالنّسبة لنّص المادة 92 من القانون المدني الجزائري، وذلك لأنّ محل الالتزام في هاته الحالة هو نقل حقوق مستقبلية وهو أمر مشروع، إلا أنّ محل العقد المتمثل في العملية القانونية الخاصة بالتعامل في تركة شخص على قيد الحياة هو أمر غير مشروع.

ومنهم من يرى بأنّ محل العقد هو محل الالتزام الرّئيسي الذي يترتب عليه وهذا هو الرّأي الرّاجح، لأنّ العقد في الحقيقة ليس له محل، بل تترتب عليه آثار تتمثل في مجموعة من الالتزامات.

لكن محل العقد الطّبي هو التزام الطّبيب بتقديم العلاج الفعال والضروري من أجل شفاء المريض، أو على الأقل التقليل من آلامه، حيث يلتزم هذا الطبيب ببذل العناية اللازمة، أو بتحقيق نتيجة معينة أثناء قيامه بعمله الطّبي.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحل

لقد حدّدت المواد من 92 إلى غاية 95 من القانون المدني الجزائري الشروط الواجب توافرها في المحل أهمها ما يلي:

أولا: أن يكون المحل موجودا عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل

إنّ شرط الوجود بالنّسبة لمحل الالتزام في العقد الطّبي صعب التّصور، وذلك لأنّ هذا الشرط يتعلق بالالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أو حق مالي، وهذا يتعذر تطبيقه على جسم الإنسان الذي يستحيل اعتباره حقا عينيا أو حقا ماليا.

في حين فإنّ شرط إمكانية الوجود يمكن أن يعتد به، بحيث يمكن اعتبار الخدمات الطّبية المقدمة من طرف الطّبيب بمثابة محل العقد الطّبي، ولذلك يجب أن يكون هذا المحل ممكنا وليس مستحيلا كموت المريض مثلا.

ثانيا: أن يكون المحل معينا أو قابلا للتّعيين

يقصد بهذا الشرط أن يكون الطّبيب على علم مسبق بطبيعة المرض الذي يعاني منه مريضه والعلاج الذي سيقدمه لهذا الأخير هذا من جهة، وعلم المريض بقيمة الأتعاب التي سيكون مدينا بها للطّبيب من جهة أخرى.

المطلب الثالث: سبب العقد الطّبي

الفرع الأول: تعريف السبب

لقد تناول المشرع الجزائري ركن السّبب في المادتين 97 و 98 من القانون المدني الجزائري ويعرفه الفقهاء بصفة عامة بأنّه: "الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة".

غير أنّ هذا التّعريف لم يعد دقيقا، خاصة مع بروز تطورات مختلفة لفكرة السّبب، وتعدد الاعتبارات الفلسفية والإيديولوجية فظهرت نظريتان تقليدية وأخرى مدنية، وكل منهما تعطي مفهوما مختلفا عن الآخر. فالنظرية التقليدية تأخذ بالسبب القصدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، فيكون السّبب في هذه الحالة هو النتيجة التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه، وبذلك فهو أمر داخلي للعقد، وواحد في كل صنف من العقود وموضوعي.

على عكس النّظرية التقليدية، ظهرت نظرية حديثة، والتي بموجبها أصبحت العبرة بسبب العقد، لا بسبب الالتزام وأصبح الدافع هو السبب، وليس الغرض المباشر الذي يتمثل في الاعتبارات النّفسية والشّخصية الذي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد.

وبما أنّ المشرع الجزائري أخذ بالنّظرية الحديثة، فيمكن تعريف سبب العقد الطّبي قياسًا على المفاهيم السابقة الذكر بأنّه: "الباعث أو الدّافع للتعاقد" وعليه فإنّ سبب تعاقد الطّبيب مع مريضه هو علاج المريض أي أن يكون الباعث الدّافع للتعاقد هو الحد من آلام الشّخص المتألم أو التقليل منها أو وقايته من المرض.

وقد أكدت المادة 18 من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري على أنه:" لا يجوز النظر في استعمال علاج جديد للمريض إلا بعد إجراء دراسات بيولوجية ملائمة تحت رقابة صارمة أو عند التأكد من أن هذا العلاج يعود بفائدة مباشرة على المريض".

الفرع الثاني: مشروعية السبب

إنّ السّبب في ظل النّظرية الحديثة يشترط أن يكون مشروعا بمعنى عدم مخالفته للنّظام العام أو للآداب العامة.

أولا: عدم مخالفة النّظام العام

النّظام العام هو القواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد.

كما سعى القانون 85-05 في نص مادته الثالثة إلى تسطير الأهداف في مجال الصّحة، ترمي لحماية الإنسان وتحسين ظروف معيشته، وهو نفس مضمون المادتين 1 و2 من القانون الصحي الجزائري الجديد (18-11)، و الفقرة الثانية من المادة السادسة من مدونة أخلاقيات الطب الجزائري.

كذلك الأمر بالنّسبة للمادتين 34 و35 من دستور 1996 واللّتان تنصان على عدم انتهاك حرمة الإنسان وحظر أي عنف بدني أو معنوي يمس كرامته أو سلامته البدنية والمعنوية.

ثانيا: عدم مخالفة الآداب

بالرّجوع إلى مدونة أخلاقيات الطّب الجزائري، نجد المادة 19 منها والتي توجب على الطّبيب وجراح الأسنان اجتناب أي عمل من شأنه أن يفقد المهنة اعتبارها، فأي عمل يقبل عليه الطّبيب يبتغي من ورائه الكسب غير المشروع فهو تعامل يخالف حسن الآداب.

وتضمنت هذه الفكرة الفقرة الرّابعة من المادة 24 من نفس المدونة والتي تمنع على الطّبيب قبوله أي نوع من أنواع العمولة أو الامتياز المادي مقابل أي عمل طبي.

المطلب الرابع: الكتابة كركن في العقد الطّبي

الأصل في العقود أنّها رضائية طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، واستثناءً من الأصل يكون العقد شكليا، إذا كان الشكل ركنا لانعقاده.

الفرع الأول: الأصل عدم وجوب الشكلية

إنّ القانون لم يلزم كل من الطّبيب والمريض صياغة عقدهما في شكل معين لكون العقد الطّبي ليس

من العقود الشكلية، ويعرف العقد الشكلي هو مالا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك إتباع شكل يعينه القانون.

وتعرف الشكلية بأنّها كل عمل يهدف إلى إيضاح النّظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات، والشكلية قد تكون مباشرة أو غير مباشرة. فالشكلية المباشرة تتمثل في الكتابة التي قد تكون إما رسمية، يتولى فيها موظف أو ضابط عمومي أو شخص

مكلف بخدمة تحرير وثيقة العقد، وقد تكون عرفية.

أمّا الشكلية غير المباشرة فتتمثل فيما يعرف بقواعد الإثبات، ذلك أنّه ما دام موضوع الإثبات مرتبط بفكرة الوصول إلى الحقيقة أو على الأقل البحث عنها، فإنّ المشرع الجزائري قد عدد من وسائل الإثبات التي تفتح لنا المجال واسعا من أجل إقامة الدليل على وجود هذا التّصرف القانوني الغير مكتوب الذي ارتضاه كلا من الطّبيب والمريض على حد سواء.

وبالتالي فإنّه يمكن إثبات العقد الطّبي عن طريق القرائن، كالاستعانة بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به واستعماله كحجة بما فصل فيه من حقوق بين الخصوم أنفسهم حول نفس المحل والسّبب،

وذلك لأنّ القرينة القانونية متى تقرّرت لمصلحته عن استعمال أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، بحيث أنّها تعتبر دليلا قاطعا ما لم يتم نقضها بالدّليل العكسي.

كما يمكن إثبات العقد الطّبي كذلك إمّا عن طريق شهادة الشهود بسبب عدم اشتراط المشرع الجزائري كتابة هذا النّوع من العقود، أو عن طريق الإقرار كاعتراف الخصم أمام القاضي بأنّه أبرم عقدًا طبيا مع مريضه من أجل علاجه، وذلك أثناء السير في الدّعوى المتعلقة بهذا التّصرف القانوني الذي

اعترف الخصم بإبرامه، لأنّ المشرع الجزائري اعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر. في حين قد يتم اللّجوء إلى الوصفات الطّبية التي يحرّرها الطّبيب الخاص للمريض المتعاقد معه، الممهورة بختمه وتوقيعه، من أجل إثبات العلاقة التعاقدية التي تربط بينه وبين مريضه، أو إثبات أحد الحقوق والالتزامات المترتبة عنها التي لها صلة حقيقية بالنّزاع، أو التي يتمحور حولها هذا النّزاع أساسًا.

مع العلم أن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي طبقا لقاعدة "البيّنة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وقد أقرّ المشرع الجزائري العمل بهاته القاعدة، حيث جعل عبء الإثبات من نصيب المدعي، فألزمه بإثبات الدين إذا كان دائنا، وإثبات التخلص من المديونية إذا كان مدينا.

الفرع الثاني: الاستثناء (وجوب توفر الشكلية في بعض التّصرفات الطّبية)

لقد استثنى المشرع الجزائري من القاعدة العامة التي تقضي بأنّ العقد الطّبي هو عقد رضائي حالتين اشترط فيهما توفر الشكلية قبل القيام بأي عمل طبي، ويتعلق الأمر بعمليات نقل وزراعة الأعضاء البشرية من جهة، وتشريح الموتى من أجل هدف علمي من جهة أخرى.

أولا: نقل و زراعة الأعضاء البشرية

نظرا للخطورة التي تواجه في مجال نقل وزرع الأعضاء، فإنّ المشرع الجزائري قد اشترط الموافقة الكتابية لكل من المتبرع والمستقبل، أي المتبرع له قبل القيام بعملية انتزاع العضو أو زراعته، وعلى هذا الأساس تشترط الموافقة بحضور شاهدين اثنين، ثم تودع لدى مدير المؤسسة والطّبيب رئيس المصلحة طبقا للفقرة الأولى من نص المادة 162 من قانون حماية الصّحة وترقيتها. وبالتالي فإنّ عدم توفر هاته الشكلية يعتبر دليلا على عدم رضا المريض بهذا التدخل الطّبي الخطير.

أمّا بالنّسبة للمتبرع له أي المستقبل فإنّه يشترط أن يعبر هذا الأخير عن رضاه بحضور الطّبيب رئيس المصلحة الصّحية التي قبل بها وحضور شاهدين اثنين، أمّا إذا كان غير قادر على التّعبير عن رضاه يمكن لأحد أعضاء أسرته حسب التّرتيب الأولوي الوارد في نص المادة 164 من قانون حماية الصّحة أن يعطي موافقته الكتابية على عملية زرع العضو المتبرع به لصالح المستقبل.

كما وضع القانون الصحي الجزائري الجديد تنظيما جديدا لنزع وزرع الأعضاء وذلك من خلال إنشاء وكالة وطنية لزرع الأعضاء تكلف بهذه المهمة حسب مقتضيات المادة 356 منه.

ثانيا: تشريح الموتى لهدف علمي

أباح المشرع الجزائري تشريح الموتى وذلك بنصه صراحة في المادة 168 من القانون الصّحي الجزائري على أنّه: "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على ما يأتي:

طلب من السّلطة العمومية في إطار الطّب الشرعي.

طلب من الطّبيب المختص قصد هدف علمي.

ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من المادة 164 من هذا القانون".

إلا أنّه في هذه الحالة اشترط المشرع مرة أخرى ضرورة توفر الموافقة الكتابية من المعني بالأمر وهو على قيد الحياة أو موافقة أحد أعضاء أسرته تقيد مثل هذا العمل الطّبي لضرورة توفر الشكلية هذا راجع لخطورته ومساسه بالكيان البشري.