إخلال الطبيب بالإلتزام بالإعلام الطبي

The Doctor's Violation Of The Medical Information Obligation

عيشاوي هجيرة [1]، عيشاوي وهيبة [2]،

[1] مدرسة الدراسات العليا التجارية (الجزائر)، hadjiraaich@yahoo.fr

[2] كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية ، جامعة البليدة2 (الجزائر)، aicwahiba@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2020/03/14 تاريخ القبول:2021/04/12 تاريخ النشر: جوان/2021

الملخص

لقد ابتدع القضاء الالتزام بالإعلام الصحي ونظمه التشريع من أجل حماية المريض وإعادة التوازن لطرفي العلاقة الطبية التي تربط بين الطبيب المحترف الذي على دراية بكل ما يخص مهنة الطب والخدمة المقدمة للمريض، وهذا الأخير الطرف الضعيف الذي يجهل هذه الأمور الفنية التي تخص العمل الطبي الذي يقدم له، فلا يمكن للطبيب إجراء أي تدخل أو عمل طبي أو علاج قبل تبصير المريض به، فهو ملزم بتقديم معلومات كافية تشمل طبيعة المرض الذي يعاني منه المريض.

وقد أقر المشرع الجزائري هذا الالتزام على غرار التشريعات المقارنة، وألزم الطبيب بإبلاغ المريض.

ويترتب عن الإخلال بهذا الالتزام قيام المسؤولية المدنية أو الجزائية للطبيب. فإذا أخل الطبيب بالتزامه بالإعلام، تقوم مسؤوليته العقدية أو التقصيرية، ويمكن للمريض متابعته أمام القضاء والمطالبة بالتعويض، أما بالنسبة للمسؤولية الجزائية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الصحي فتقوم إذا شكل إخلال الطبيب بهذا الالتزام جريمة يعاقب عليها القانون.

الكلمات المفتاحية: الإلتزام، الإعلام الطبي، الطبيب، المريض، المسؤولية.

Abstract:

The obligation of medical information was created by the courts of justice and organized by the law to protect the patient and restore the balance of the parties to the relationship between the physician, a professional aware of all about the medical profession and the service provided to thus. the physician must take into account the cultural and intellectual level of the patient, The Algerian legislator has recognized this obligation similar to other legislations of comparative law and obliged the physician to inform the patient. In case of breach of this obligation, the physician can be subject to civil and criminal liability .In terms of criminal liability arising from the breach of the obligation of medical information, the physician can be subject, if the breach of this obligation constitutes a crime punished by the law.

Key words: obligation, medical information, doctor, patient, responsibility.

المؤلف المرسل :عيشاوي هجيرة ، الإيميل المهني : hadjiraaich@yahoo.fr

مقدمة

نظرا للتطورات العلمية الهائلة، والتقدم التكنولوجي في كافة مجالات الحياة، أضحى أمر متابعة هذه التطورات ذا أهمية، خاصة في المجال الصحي، الذي شهد انتصارات باهرة في خلق مستجدات علمية طبية حديثة، أدى التقدم العلمي الملحوظ، والوسائل الطبية، والأدوية المتطورة وما تخلفه من تأثير على السلامة الجسدية للإنسان، بالعلماء للبحث عن طرق وحلول علاجية مثلى لشفاء المرضى والتخفيف من شدة ألامهم، كون سلامة المريض الجسدية تعد محور أساسي وحق للمريض، لذلك يجب أن تحاط بضمانات تشريعية تضمن احترام الشخصية الإنسانية ورعايتها بأكبر قدر ممكن، وفي جميع الظروف.

أضحت في الوقت الحالي موافقة المريض ورضاه حتمية من الأساسيات في العلاج، كما تعد من حق المريض على الطبيب معرفة كل ما يخص حالته الصحية، والأدوية المناسبة ومدى تأثيرها على سلامة جسده، وأسباب مرضه والطرق المناسبة لعلاجه وهو ما يسمى بالإلتزام بالإعلام الطبي.

لقد تطرقت المادة 23 من القانون 18-11 [1] المتعلق بالصحة بنصها على أنه: " يجب إعلام كل شخص بشأن حالته الصحية والعلاج التي تتطلبه والأخطار التي يتعرض لها". "

كما أحاطت مختلف التشريعات هذا الموضوع أهمية كبرى ونظمته بشكل يضمن التكافؤ بين المريض والطبيب، فالإلتزام بالإعلام حقا للمريض، أنشأه القضاء الفرنسي وكرسته التشريعات في موادها، رغبة سامية في إعلاء قيمة الإنسان قانونا بعد أن تم انتهاكها واقعا.

فإذا كان الالتزام بالإعلام الصحي حق للمريض، **فمتى يتحقق إخلال الطبيب بالالتزام بالإعلام؟**

إجابة على الإشكالية أعلاه قسمنا مقالنا إلى جزئيين، بما أنه لا يمكن التكلم على إخلال الطبيب لالتزام بالإعلام دون معرفته تطرقنا في القسم الأول إلى طبيعة ونطاق هذا الإلتزام، أما القسم الثاني فتناولنا المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام.

1- طبيعة الالتزام بالإعلام الصحي.

يقع على الطبيب الإلتزام بإعلام المريض خلال تأديته لوظيفته، فقد يكون ببذل عناية وقد يكون بتحقيق نتيجة، وهو ماسوف نتطرق إليه:

1-1-1- الإلتزام بالإعلام الصحي هو إلتزام ببذل عناية: يجد الإلتزام بالإعلام الطبي أساسه في مبدأ معصومية الجسد، والدستور الجزائري يحمي السلامة الجسدية للإنسان وهذا ما نلتمسه من نصوصه القانونية، منها المادة 39 [2] من الدستور الحالي المؤرخ في 2020/11/01 التي تنص:"...يحضر أي عنف بدني أو معنوي.... يعاقب القانون على التعذيب وعلى المعاملات القاسية واللإنسانية أو المهينة والإتجار بالبشر" وتقابلها المادتين 34 و35 [3] الدستور السابق، من هذه المواد نلاحظ أن الدستور يحافظ

على السلامة الجسدية والعقلية للإنسان ويعاقب على الأفعال الماسة بها [4]. وأقره المشرع جزائري القانون 18-11 المتعلق بالصحة المعدل والمتمم في المادة 23 و25 والمادة 343 فيما يخص نقل وزرع الأعضاء، والتي تقابلها المادة 154 و المادة 163 من القانون السابق رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها.

كما أقر المشرع في المرسوم رقم 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب هذا الإلتزام في عدة نصوص منها المادة 43 التي تنص:"**يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي** وهو نفس ما تضمنته المواد 44-45-46 -47 -48 من نفس المرسوم، **التي تلزم الطبيب بالإعلام.**

قد يكون هذا الإلتزام الملقى على عاتق الطبيب ببذل عناية (Obligation de moyen)، ويعني أن يلتزم المدين بأن يبذل ما في وسعه من وسائل للوصول إلى أكبر قدر من الهدف المنشود ويكون غير مسؤول عن تخلف النتيجة، وفي هذه الحالة على المدعى إثبات تقصير الدائن في تنفيذ إلتزامه [4]، وقد تناول المشرع الجزائري في المادة 172 من (ق. م. ج.) التي تنص" **في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد أوفى بإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولم يتحقق الغرض المقصود...**"، من هذه المادة فالإلتزام ببذل عناية هو أن يتعد المدين بالقيام بعمل معين لتحقيق غاية معينة، يبذل من العناية والحيطة ما يبذله الرجل العادي في نفس وضعه.

وقد ذهب الفقه والقضاء في شأن طبيعة الإلتزام بالإعلام الصحي، هو إلتزام ببذل عناية، وذلك من خلال قرار المحكمة العليا رقم 399828، الصادر في 2008/01/23 والذي قضى بأنه:" **المبدأ: يعني الإلتزام ببذل عناية، الواقع على الطبيب، بذل الجهود الصادقة والمتفقة و الظروف القائمة والأصول العلمية الثابتة.**" [5].

ونفس الشيء بالنسبة للقضاء الفرنسي من خلال ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير الصادر في 1936/05/20 السابق الذكر، والتي قضت بموجبه بأنه يربط بين المريض والطبيب عقد، لذلك أصبح الإدعاء أمام القضاء ممكنا كلما أخل الطبيب بإلتزامه تجاه المريض، فلابد من التخفيف من الخطر الذي أصبح يهدد الكيان الطبي وذلك بجعل إلتزام الطبيب ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة [6]، حيث تم الإعتراف صراحة في هذا القرار أن إلتزام الطبيب هو ببذل عناية حيث قضى:" ... **العقد الذي يبرم بين الطبيب والمريض،... فعلى الأقل ببذل عناية لا من أي نوع، بل جهود صادقة و يقظة متفقة مع الظروف التي يوجد فيها المريض، مع الأصول العلمية الثابتة**" [7].

من القرارات السالفة الذكر نستنتج أن إلتزام الطبيب هو ببذل عناية، وبما أن الإلتزام بالإعلام الصحي، هو إلتزام يقع على الطبيب لا يقل أهمية عن إلتزامه الرئيسي بالعلاج وفقا لمعطيات العلم

الحديثة، فيقع على هذا الأخير بذل العناية اللازمة، والجهود الصادقة من القيام بإلتزامه بالإعلام على أحسن وجه، فالإلتزام ببذل عناية، هو أن يتعهد المدين بتكريس كل الوسائل وباتخاذ الحيطة والحذر في تنفيذ التزامه بهدف الوصول للغرض المنشود تحقق أو لم يتحقق،[8] ومتى بذل الطبيب هذا القدر من العناية برئت ذمته سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق والمعيار المعتمد في تقدير أداء المدين لإلتزامه هو عناية الرجل العادي، إذ يقاس مسلك الطبيب العام بمسلك طبيب عام من أوساطه، في حين يقاس مسلك الطبيب المختص بمسلك طبيب مختص أخر وجد في نفس الظروف[9].

يترتب على إعتبار التزام الطبيب ببذل عناية نتيجة هامة هي أنه لا يمكن لمسؤولية الطبيب أن تقوم إلا إذا لم يكرس الوسائل الضرورية المتاحة لديه، ويتوجب على المريض أن يثبت أن الطبيب لم يبذل العناية اللازمة، أي انحرف عن الأصول المهنة، فإذ أقام الدليل على عدم قيام الطبيب بالتزام وثبت العنصر المادي للخطأ قامت مسؤولية هذا الأخير[10].

1-1-2- التزام الطبيب بالإعلام الصحي هو بتحقيق نتيجة: نظرا للتطورات المذهلة التي عرفتها مختلف العلوم، لاسيما المجال الصحي، ظهر عجز القواعد القانونية التقليدية عن حماية المريض، فكان من الضروري صقل هذه القواعد والاعتراف بوجود إلتزامات يطالب بها المهني بتحقيق نتيجة التي تعتبر كاستثناء لإلتزامه ببذل عناية، ومن بين هذه الإلتزامات إلتزامه بالإعلام الصحي، إذن يجب أن يكون الإعلام شاملا خاصة بشأن المخاطر الناشئة عن العمل الطبي، وهو ما جاء في قرار محكمة النقض المؤرخ في 1999/10/07، الذي قضى ضمنيا بإعلام المريض بشأن المخاطر النادرة والاستثنائية، حيث من حق المريض أن يعلم بالإعلام الكامل حتى يتسنى له التعبير عن إرادته بشكل حر وعن دراية كاملة[11] ، لذلك يجب أن يكون الإعلام صادقا، فالطبيب وهو يشخص الحالة المعروضة عليه ويختار العلاج عليه أن يشرح ويبين لمريضه تلك المعلومات بدقة وصدق وأمانة، فيعرض عليه طرق العلاج، البدائل، ويوضح له المزايا والمساوئ التي قد تترتب على التدخل الطبي ليساعده ويشاركه في اختيار الطريق السليم للعلاج.

والإلتزام بتحقيق نتيجة(Obligation de résultat) هو بلوغ الغاية المرجوة من العقد، وهو أن يفرض القانون على المدين تحقيق نتيجة محددة فإذا تخلفت النتيجة انعقدت مسؤوليته المدنية، وإذا أراد المدين أن يتخلص من هذه المسؤولية يثبت السبب الأجنبي الذي منعه من القيام بالتزامه، وقد يكون الإلتزام بالإعلام هو إلتزام بتحقيق نتيجة، أي نقل المعلومات وتزويد الطرف الأخر بها، والتي يلتزم بها حسب طبيعة الإلتزام الأساسي[12]، وأن اعتبار الإلتزام بالإعلام الصحي بتحقيق يخفف عبء الإثبات على المستهلك(المريض) في طلب التعويض بمجرد تخلف النتيجة المطلوبة أي بمجرد حصول الضرر [13].

إذن فالإلتزام بالإعلام الصحي جاء كنتيجة للتطور العلم، أدى إلى وجوب حماية المريض، خاصة في الوقت الحالي بعد ظهور العقود الإلكترونية، وأصبح يمكن بيع الأدوية عبر الإنترنت كذلك أو ما

يعرف بالصيدلية الإلكترونية، حيث يتم بيع الدواء عبر مواقع مخصصة لذلك، فالمريض يمكنه الحصول على الدواء بمجرد أن يصف حالته[14]، لذلك يجب أن يكون الإعلام بتحقيق نتيجة.

فالأصل الإلتزام بالإعلام الصحي يكون ببذل عناية وهذا انطلاقا من المبادئ الثابتة في المجال الطبي، طبقا للقواعد الأساسية المتفق عليها، في مهنة الطب، لكن بعض الفقه المتخصص في مجال المسؤولية الطبية يرى أن الإلتزام بالإعلام هو من الإلتزامات المحددة التي يجب أن تفضي إلى نتيجة معينة [15]، على أساس أن إخطار المريض هو إلتزام عقدي يقوم على الإرادة الضمنية للمتعاقدين، والمشرع الجزائري أقر صراحة أن هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة، وذلك من خلال النصوص القانونية التي تناولت هذا الإلتزام كقانون حماية الصحة وترقيتها ومدونة أخلاقيات مهنة الطب، فمثلا ما نصت عليه المادة 43 من(م. أ.ط.ج.) حيث جاء فيها "**يجب على الطبيب... يجتهد لإفادة المريض بمعلومات واضحة وصادقة.**

وهو خلافا لما ذهب إليه القضاء بأن الإلتزام بالإعلام هو إلتزام ببذل عناية، لكن قد يكون بتحقيق نتيجة في الأعمال أو الحالات الطبية التي اكتسبت معطيات علمية بعيدة عن فكرة الإحتمال، وأصبح فيها الوصول إلى نتائج مؤكـدة فعلا بفضل التقنيـات الحديثة، كحالة نقل الأعضاء، والجراحة التجميلية، أي الحالات التي يشدد التزام الطبيب بالإعلام يلزم فيها بتحقيق نتيجة ماعدا ذلك يلزم ببذل عناية، كما يجوز لطرفي العقد الطبي الاتفاق على أن يكون التزام الطبيب بتحقيـق نتيجة، ويكون ذلك في ظروف وحالات معينة، مثلا أن يعد الطبيب مريضه بـأن يقوم بعلاج معين له بعد تبصيره، كـأن يعده بأن يكون لتدخله الجراحي نتيجـة معيـنة كعمليات التجميل، ففي هذه الحـالة يتوجـب على الطبيـب تحقيـق نتيجـة محـددة بدقـة اعتمـادا علـــى مخطــط معتد مسبقا ومتفق

عليه ويصطلح علية النتيجة الجيومترية [16]، فالطبيب عندما يتفق على القيام بإلتزام معين، فإنه يلقي على عاتقه إلتزام بتحقيق نتيجة هو في الأصل إلتزام ببذل عناية، فهو إذن اتفق على تشديد مسؤوليته في حالة لم تتحقق النتيجة.

1- 2- نطاق الإلتزام بالإعلام الطبي: إن الإلتزام بالإعلام في جوهره بمثابة إلتزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي بهدف الحصول على رضا مستنير"[17]، وهو الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب إتخاذها في حالة المريض ومن أجل العلاج الذي يقتضيه، لذلك يجب أن نقوم بتحديد الدائن والمدين به:

1-2-1- الدائن بالإعلام الطبي: في الأصل الطبيب يقوم بإعلام المريض استثناءا يعلم الغير:

1-2 -1- 1: إعلام المريض كأصل عام: كما قلنا أنه كأصل عام لا يمكننا مباشرة العلاج أو الجراحة قبل إعلام المريض الذي يعتبر الدائن بالإلتزام بالإعلام الطبي، غير أن ذلك لا يمنع من تقديم تلك المعلومات إلى أشخاص آخرين تربطهم بالمريض القرابة أو الزواج أو النسب، فقد جرت العادة أن يعلم

الطبيب أهل المريض وأقاربه بحالته الصحية، على أساس أنه كل واحد منهم يعد صاحب مصلحة في العلم بكل ما يهدد صحة وحياة قريبهم من أمراض وما يلزمها من علاج[18].

1-2 -2-1 -إعلام الغير مكان المريض- إستثناء-: ذكرنا سابقا أنه كقاعدة عامة ينبغي الحصول على رضا المريض قبل أي تدخل طبي، ولا يكون هذا الرضا صحيح إلا إذا كان المريض على بينة بحقيقة وضعه [19]، وأن إعلام الغير إلى جانب المريض أساسه روابط مقدسة كالزواج والقرابة، غير أنه هنالك حالات لا تسمح للمريض بتلقي الإعلام، فيتم إعلام الغير، بحيث يقوم إعلامهم مقام إعلامه، كأن يكون المريض ناقص أو عديم الأهلية ومن هم في حكمه، أو لأن حالته الصحية لا تسمح بذلك.

إن المشرع الجزائري أولى عديم الأهلية والقاصر عناية فائقة، وذلك من خلال الحماية القانونية التي خولها له من خلال وضعهما تحت مسؤولية ممثلهما الشرعي، وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 44 من القانون المدني الجزائري[20]: "**يخضع فاقد الأهلية وناقصها بحسب الأحوال بأحكام الولاية أو الوصاية، أو القوامة ضمن الشروط وفقا للقواعد المقررة في القانون**"، من نص المادة فإن المشرع الجزائري يضع القاصر وعديم الأهلية تحت سلطة الغير، لذلك يجب الحصول على رضا الغير بعد إعلامهم للقيام بالعمل الطبي، لأن المريض قاصر لم يبلغ سن الرشد، وقد حددت المادة 2/40 (ق. م. ج.) سن الرشد ب 19 سنة كاملة[21]، كقاعدة عامة إذا كان المريض ناقص الأهلية أو فاقدها فإنه لا يعتد برأيه بشأن ما يلزمه من علاج، لذلك ليس هناك ما يلزم الطبيب إعلامه شخصيا، وإنما يقوم بإعلام ممثله القانوني، وهذا طبقا للمادة 2/23 والتي تنص:"تمارس حقوق الأشخاص القصر أو عديمي الأهلية من طرف الأولياء أو الممثل الشرعي"، وتقابلها 2/154 من قانون الصحة الجزائري السابق. ونفس الشيء للمادة 52 كذلك التي تنص على أنه:"**يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج للقاصر أو للعاجز البالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي فيحصل على الموافقة**"، فطبقا لقاعدة لا اجتهاد مع وجود نص ينص صراحة على ذلك، نستنتج من النصوص أعلاه أن المريض الذي لم يبلغ 19 سنة كاملة أو مصاب بعرض أو مانع من عوارض أو موانع الأهلية، هو غير مخول لإعطاء الموافقة على الأعمال الطبية وبالتالي لا يجوز إعلامه لأنه قاصر في نظر القانون، وبالتالي يجب أن نعلم الممثل القانوني لهذا المريض.

1-2-3-المدين بالإعلام الصحي: إن إضفاء صفة المدين أو الملتزم بالإعلام يكون على أحد طرفي العقد الذي يحوز المعلومات المتصلة بالعقد بشرط أن يكون عالم بمضمون محل الإلتزام بالإعلام، إذ من غير المنطقي أن نلزم شخص بإعطاء شخص شيء ليس في حوزته، وقياسا على ذلك لا يكلف شخص بالإدلاء بمعلومات أو بيانات لا يعلمها[22].

1-2 -3-1 - إلتزام الطبيب بالإعلام الصحي: مما لا شك فيه أن الطبيب المباشر للعلاج أو الجراحة يعد المسؤول الوحيد عن أداء الدور الإعلامي، الذي يعطي للمريض صورة واضحة عن حالته

الصحية[23]، عن مرضه وكل الوسائل والأدوية اللازمة لعلاجه، إلا أنه قد يتدخل عدة أطباء ويشاركون بذلك الطبيب الأصلي في مباشرة العلاج، منهم من يشارك من البداية إلى النهاية وهناك من يتدخل للاستشارة ... إلخ، فهل يجب أن يتم الإعلام من كل واحد منهم؟ أم يكفي قيامهم بإعلام مشترك؟

أ)- الملتزم بالإعلام عند التدخل الجماعي في العلاج: نظرا لدقة التخصصات أصبح العمل الطبي يتم بالطابع الجماعي حيث يشترك أكثر من طبيب في معالجة المريض، لكن يجب عدم الخلط بين الفريق الطبي والطب الجماعي،

فالحالة الأولى: نجدها عادة في المستشفيات العامة أو العيادات الخاصة، حيث يشترك أكثر من طبيب في فريق متكون من عدة أطباء، مع الطبيب المباشر للعلاج، كما في حالة إجراء عملية جراحية، إضافة للطبيب الجراح، يشترك معهم طبيب تخذير، ممرضين مساعدين، فكل من الجراح والمخدر يعتبر مختص في مجاله، فهل يقع هذا الإلتزام على كل واحد منهما؟ أم يكون إعلاما مشتركا بينهما؟ لقد ذهب البعض إلى أنه يتعين على كلا الطبيبين إعلام المريض، فعلى طبيب التخدير أن يبصر المريض بطبيعة التخدير، مدته، طبيعته هل هو تخدير كامل أو نصفي أو موضعي، ويجب أن يبين له الآثار المترتبة ومخاطره ومدى تأثيره على صحة المريض بشكل عام، ويلتزم الطبيب الجراح بأن يقوم بدوره في الإعلام، بكل ما يخص الجراحة كنسبة نجاحها وكذا الآثار المترتبة عنها سواءا الحسنة منها أو السيئة. أما البعض الأخر فذهب إلى القول أن الإلتزام بالإعلام يكون بصفة مشتركة بين الطبيبين، فكلاهما يمكنه أن يعطي فكرة عامة عن المخاطر التي تترتب عن كلا العملين الطبيين.

أما الحالة الثانية: أي حالة الطب الجماعي، كأن يكون مثلا عدة أطباء من تخصص واحد كوجود عدة مخدرين أو عدة جراحين للقيام بعملية جراحية واحدة، فهل يكفي إلتزام أحدهما بالإعلام أم يلتزمون بصفة مشتركة؟ ففي هذه الحالة يكفي أن يقوم أحدهم بالإعلام، وغالبا يقوم بذلك رئيس فريق التخذير أو رئيس فريق الجراحين، أو غيرهم من رؤساء الأقسام بإعلام المريض حول حالته الصحية، والعلاج المقترح كنوعية الجراحة والبدائل الموجودة،.. إلخ[24].

لكن قد يكون تدخل الطبيب في العملية تدخلا مفاجئا، كأن يتدخل على سبيل الاستشارة في هذه الحالة يرى معظم الفقهاء أنه لا يولد أي إلتزام على عاتق الطبيب المستشار بشأن الإلتزام بالإعلام تجاه المريض[25] ، أما إذا كان دور الطبيب المتدخل في الجراحة مهما، كأن يكتشف الأطباء الذين يباشرون العملية الجراحية للمريض أنه بحاجة لعملية جراحية أخرى تتطلب تخصص آخر.

القضاء الفرنسي فتذبذبت آراءه إلى أن أقر مبدأ بضرورة قيام كل من الطبيب المباشر للعلاج والطبيب المنفذ له بالإعلام، فقيام أحدهما بالإعلام لا يعفي الطبيب الأخر من هذا الإلتزام[26]، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرارا لها صادر في 1884/05/29 [27] ، حيث أقرت أن كل من

الطبيب الجراح وطبيب الأشعة، يلتزمان بالإعلام كل واحد حسب تخصصه لذلك كان يجب عليها إعلام المريض بالمخاطر ليقارن بين مخاطر وإيجابيات التدخل، يجب على الجراح إعلام والدي المريض وخاصة أن العملية غير مستعجلة.

ب)- تفويض الطبيب إعلام المريض لغيره من الأطباء: يرى الفقه أن إلتزام الطبيب بالإعلام تجاه المريض هو إلتزام شخصي كأصل عام لا يجوز له تفويض تنفيذه لغيره، سواءا كانوا من الأطباء أو من غيرهم إلا إذا وافق المريض على ذلك صراحة، أو إذا سمح له القانون والعرف بإجراء التفويض إلى طبيب أخر، أو في حالة كان مجبر عليه، كحال تعذر عليه القيام بذلك بنفسه بحكم ظروف خاصة كحالة الاستعجال مثلا، ففي الحالات المرخص فيها بالتفويض، يعد الطبيب غير مسؤول عن خطأ من فوضه من الأطباء، ومن جهة أخرى يلتزم الطبيب قانونيا بالسر المهني[28]، والأمر يتطلب كتمان أسراره المرتبطة بحالته الصحية، وهو ما يتناقض مع تفويض الطبيب لتنفيذ الالتزام بالإعلام لغيره [29]إلا في حالة الضرورة، فالطبيب يعد الملزم بإعلام المريض، لكن في حالة كان يعمل في مستشفى عمومي أو عيادة خاصة ويتلقى منها التوجيهات والأوامر، فهل يلقى هذا الالتزام على عاتقه هذه؟

1-2-3-2 - إلتزام المؤسسات الصحية بالإعلام: سواءا كان في المسشفى العام أو العيادة الخاصة:

أ)-إلتزام المستشفى العام بالإعلام: المستشفى هو أداة من أدوات الدولة أوكلت له مهمة إدارة مرفق عام، هو الصحة العامة، وهو عبارة عن مؤسسة صحية ذات الطابع الإداري، وفي القانون الجزائري المؤسسات الإستشفائية تخضع للقانون الإداري، من حيث التسيير، ومن حيث الموظفين أطباء كانوا أو مساعدين، فإدارة المستشفى هي التي تحدد من الأطباء والموظفين لديها لتشخيص مرضه وعلاجه، فالطبيب في المستشفى لا يتعامل مع المريض بصفة شخصية، بل بصفته موظف عمومي يخضع لأحكام الوظيف العمومي، الذي يحدد له حقوقه والتزاماته، فطبيعة العلاقة بين الطبيب والمريض في القطاع العام هي علاقة تنظيمية تحكمها قواعد القانون الإداري.

فالمستشفى العمومي والقطاعات التابعة له هي مرافق عامة ذات الصبغة الإدارية، تقوم بالنشاطات الإدارية التي أنشأت من أجله وهو النشاط الطبي[30] أي تقديم الخدمات الطبية للمرضى، وإدارته تابعة للسلطة العامة وهي وزارة الصحة، وبما أن المستشفى هو شخص معنوي عام وهو من يختار الطبيب المعالج للمريض فيكون ملتزم بالإعلام اتجاه المريض، فقد جرى القضاء الفرنسي تحميل المستشفى أو المحترف مسؤولية الوفاء بالإعلام وهو ما قننه في قانون الصحة العامة، حيث ألزمت المادة 1111-4 من قانون الصحة العمومية الفرنسي، الصادر في 1991/07/31 المعدل في سنة 2000 المتعلق بالمؤسسات الصحية سواءا العامة أو الخاصة بضرورة إعلام المرضي الذين تستقبلهم للعلاج أو للإستشفاء، حيث يتم إعلامه بانتظام خلال مدة إقامته حول مخاطر العلاج وحول حالته الصحية[31].

ففي المستشفيات الحكومية يتعين أن يبلغ المريض بأسماء الأطباء القائمين على علاجه، صفاتهم، ويقع عليهم أن يبلغوا المريض بحالته الصحية والعلاج المقترح، حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قرارا له الصادر في 1982/01/22 أنه على المستشفى تمكين المريض الذي ينزل بها للإطلاع على ملفه الطبي، بل قضى كذلك أنه بإمكان أرملة المريض الإطلاع على ملف زوجها المتوفي من الطبيب الذي تنتدبه[32].

ب)- العيادات الخاصة: العيادة هي منشأة يملكها أو يستأجرها ويديرها طبيب أو طبيب أسنان كلا حسب مهنته المرخص له بمزاولتها ومعدة لاستقبال المرضى ورعايتهم، وقد حددت المادة 05 من المرسوم 88-20 المؤرخ في1988/10/18 شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ينصب الإعلام في العيادات الخاصة على الإحتياطات الواجب اتخاذها قبل وبعد التدخل الطبي، حيث قضت محكمة النقض في حكم لها الصادر في 1997/10/14 على أنه بالنظر للعقد الذي يربط المريضة بالعيادة فإن إلتزامها بالإعلام منصب على الخدمات التي تقدمها للمريض، حيث لم يثبت إخطار المريضة الحامل بعدم توفر المستشفى الخاص على الخدمات الدائمة للتوليد فإنها خالفت المضمون الواجب في الإعلام، فالممارس الذي يعمل في العيادة تكلفه بتنفيذ العقد الطبي والالتزامات المترتبة عنه الذي يكون بينها وبين المريض، كالإلتزام بالإعلام تجاه المريض، ففي هذه الحالة تكون العيادة كشخص معنوي خاص مسؤولة عن الخطأ في الإعلام الصادر منه، لأنها هي المدين الأصلي والملتزم بالإعلام تجاه المريض، حسب ما نصت عليه المادة 710-2 من قانون الصحة العامة الفرنسي السابقة الذكر.

2-المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الطبي:الإلتزام بالإعلام هو إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو بالرفض ويكون على بنية من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة"[33]، وفي حالة إخلال الطبيب بالتزامه يترب على ذلك قيام مسؤوليته المدنية أو الجزائية:

2-1- المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الطبي: لكي يحقق الإلتزام بالإعلام غايته يجب أن يكون واضحا، بسيطا، صادقا ومناسبا للمريض[34].

إن الإلتزام بالإعلام الطبي هو إلتزام الطبيب بأن يقدم للمريض عند تكوين العلاقة الطبية، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور وفي هذا الصدد أكد القضاء الفرنسي في الكثير من القرارات، إعلام المريض حتى يكون رضائه حرا سليما ومتبصر بكافة المعلومات[35] في الكثير من الحالات يجب أن يأتي الإعلام عادة قبل أي عمل طبي، حتى يسمح للمريض بالتفكير وبالشعور الصحيح تجاه العمل الطبي"[36]. لكي لا يقدم على ذلك بقرار معيب خاطئ بحيث لو أرشد عليه إرشادا سليما واعيا لأحجم عن إصدار رضاه المعيب، إن الإعلام الصادر من الطبيب بلغة فنية وعلمية معقدة لا يحقق الغاية المنتظرة منه[37]. يحيط بجميع الأخطار التي يمكن أن تلحق بالمريض جراء تلقيه الخدمة الطبية وهو ما يفرضه

مبدأ حسن النية الذي يهيمن على قانون العقود منذ إبرامها إلى تنفيذها والثقة التي يوليها العملاء للشخص المهني[38]، وبما أن الإلتزام بالإعلام وسيلة لإقامة التوازن في العلاقة التعاقدية، بين مهني وعميل يجهل المسائل الفنية، فهو ينتظر مساعدة المهني للإلمام بها[39].

2-1-1- طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب عن إخلاله بالإعلام. في حالة إخلال الطبيب بالإلتزام بالإعلام الصحي، تقوم مسؤولية هذا الأخير إما العقدية أو التقصيرية وهي تختلف حسب القطاع الذي يشتغل فيه الطبيب (عام أو خاص) كونه ملزم بإعلام الطبيب في الحالتين وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرارها[40] :

2-1-1-1- طبيعة مسؤولية الطبيب المدنية عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام في عيادة خاصة: بعد تردد كبير استقر القضاء على اعتبار مسؤولية الطبيب في ممارسة مهنته الطبية مسؤولية عقدية، فهذا التحول في المسؤولية الطبية كرسه قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1936/05/20، وقد ذهب رجال القضاء في حكمهم إلى أنه عقدا حقيقيا تم بين الطبيب والمريض، يلتزم الطبيب من خلاله بأن يبذل جهودا صادقة ومخلصة حسب ما يمليه عليه ضميره، ومتطابقة مع الأصول العلمية الثابتة[41]، وجاء هذا القرار عندما عرضت على محكمة النقض الفرنسية قضية (Mercier) [42]، فتواتر قضاء النقض الفرنسي على اعتبار مسؤولية الطبيب عقدية[43] وهكذا أصبحت المحاكم ترى في العلاقة القائمة بين الطبيب والمريض، رابطة تعاقدية تقوم على أساس أن يبذل الطبيب العناية اللازمة في تنفيذه لإلتزامه تجاه المريض، وأي خطأ يرتكبه الطبيب يرتب مسؤوليته العقدية لا سيما خطأه في إعلام المريض.

وتجدر الإشارة أن في الجزائر التطبيقات العملية لفكرة المسؤولية العقدية عن أخطاء الطبيب المهنية قليلة جدا[44]، ويذهب الفقه إلى أنه إذا وجد اتفاق بين الطبيب والمريض[45]، فإن الطبيب يكون مسؤول مسؤولية عقدية عن الأضرار التي تلحق بالمريض الناتجة عن العقد الطبي، أما إذا انتفت العلاقة التعاقدية بين الطبيب والمريض، فإن مسؤولية الطبيب عن الأضرار التي يلحقها للمريض تكون تقصيرية طبقا للمادة 124(ق.م.ج.).

حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 1969/06/26 الذي نص على أنه: " **مسؤولية الطبيب الذي اختاره المريض أو نائبه لعلاجه هي مسؤولية عقدية...**" [46]، لكن بالرجوع النصوص القانونية الجزائرية المتعلقة بالصحة فنجدها تشير إلى ضرورة إعلام المريض واستشارته قبل أي تدخل طبي كالمادة 43 من المدونة السالفة الذكر والمادة 44 من نفس المدونة التي تنص على ضرورة الحصول على الموافقة، وأيضا طبقا للمادة 23 من قانون الصحة فمنه فإن المشرع الجزائري قد تبنى فكرة الرابطة العقدية بين المريض والطبيب، وإذا قام الطبيب بمعالجة المريض في ظروف عادية فغالبا ما يكون ذلك بناءا على اتفاق كما أسلفنا، حيث يرتبط المريض مع الطبيب بعقد حتى وإن كانت صيغة هذا العقد في

غالب الأحيان غير مكتوبة، ولكي تعتبر هذه العلاقة تعاقدية لا بد من توافر شروط إن اجتمعت كانت المسؤولية عقدية[47]، بأن يعقد عقد صحيح بين الطبيب والمريض، وأن يتم الإخلال بإلتزام عقدي.

إذن مسؤولية الطبيب عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الصحي في العيادة الخاصة هي عقدية كأصل عام لكن، قد تكون تقصيرية استثناءا إذا لم تتوفر إحدى الشروط، أو السالفة الذكر أو أن يتجاوز الطبيب حدود العقد أو أن يشكل جريمة معاقب عليها جزائيا.

2-1-1-2- مسؤولية الطبيب عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الصحي في مستشفى عام: كما قلنا فإن طبيعة مسؤولية الطبيب تختلف بحسب القطاع الذي ينتمي إليه الطبيب ففي القطاع العام تكون علاقة الطبيب بالمريض تنظيمية، تحكمها قواعد القانون الإداري، وذلك لأن الطبيب في علاقته بالإدارة يعتبر في مركز لائحي، وليست العقدية. فالتزام الطبيب هو إلتزام قانوني، فالمسؤولية المترتبة عن هذا الإخلال هي تقصيرية، وتجدر الإشارة أنه بالرجوع للقضاء الجزائري لا نجد أي قرار يفصل في طبيعة مسؤولية الطبيب، هل هي عقدية أم تقصيرية، ولكن بتفحص قانون الصحة الجزائري نجد المادة 239 منه تعتبر مسؤولية الطبيب في حالة إخلاله بالتزاماته تقصيرية.

2 – 1 -2 خطأ الطبيب المتمثل في إخلاله بالإلتزام بالإعلام:

2-1-2-1- صور خطأ الطبيب في الإعلام: خطأ الطبيب قد يكون ناتج عن التقصير في الواجبات ذات الطابع الإنساني، وقد يكون خطأ فنيا، كالخطأ في التشخيص أو الخطأ في العلاج[48]، لكن ما يهمنا هو الخطأ الذي نحن بصدد دراسته وهو الإخلال بالإلتزام بالإعلام ويكون إما بامتناع الطبيب، أو قيامه بالإعلام بطريقة معيبة وذلك بإخفاء بعض المعلومات عنه أو تقديم معلومات كاذبة للمريض، وإن الإمتناع عن إعلام المريض كليا نادرا ما يحدث، وإنما الذي يحدث غالبا أن يقوم الطبيب بإعلام المريض بطريقة معيبة، وهذا ما سوف نتطرق:

أ- إخفاء بعض المعلومات عن المريض: إن للإعلام أهمية خاصة بالنسبة للمريض، وذلك احتراما لحق المريض على جسمه وفي تقرير مصيره، لذلك يجب أن يكون بشكل كامل ودقيق وصادق، لذلك يعد الطبيب مخلا بإلتزامه بالإعلام، حيث قضت محكمة باريس بقولها بأنه يعد مخلا بالإعلام الطبيب المعالج الذي لم يفصح لمريضه أسباب الألم التي يعاني منها المريض والتي تعود إلى التسنيدات المعدنية التي تركها الطبيب لأسباب علاجية[49]، فإخفاء المعلومات على المريض يقضي على الثقة الموجودة بين هذا الأخير والطبيب، ويجعل المريض جاهلا لحقيقة مرضه والعلاج المطبق عليه.

ب- تقديم معلومات كاذبة للمريض: قد يتمثل الخطأ في صورة تقديم معلومات كاذبة من الطبيب للمريض، وهو أن يقوم الطبيب بإخفاء معلومات إيجابية أو نتائج حسنة عن المريض، أو بالزيادة في مخاطر المرض، وأهمية التدخل الطبي في أقرب الآجال ليقبل الخضوع للجراحة مثلا[50]، وهو ما ذهبت

إليه محكمة النقض الفرنسية، حيث أكدت هذا المبدأ في حكم أصدرته، جاء في فحواه أن الطبيب قد ارتكب خطأ جسيم تترتب عليه مسؤوليته المدنية، عندما قام بتغير نتيجة التحليل الذي تم في المخبر لكي يدفع المريض إلى قبول العلاج[51] .

ج- تفويت فرصة الشفاء: وهي تفويت فرصة تحقيق كسب معين، وفي المجال الطبي اعتنقت محكمة النقض الفرنسية هذه النظرية لأول مرة في حكمها الصادر سنة 1965، والتي أعلنت فيه عن وجود قرائن خطيرة بما فيه الكفاية، دقيقة، ومنسجمة للدلالة على أن الضرر الذي أصاب المريض كان نتيجة مباشرة لخطأ الطبيب، حتى ولو لم يثبت علاقة السببية بين خطأ الطبيب والضرر الناتج عنه بصفة مؤكدة، وألزمت القاضي بتقدير التعويض الجزئي المناسب[52]، وفي مجال الإخلال بواجب الإعلام، فإن الفرصة الضائعة للمريض هي تفويت فرصة الشفاء وتجنب الخطر ، إذا كانت هناك بدائل علاجية أكثر نجاعة.

2-1- 3-2- تعويض المريض عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الصحي: بعد إقامة الدليل على إخلال الطبيب بالإلتزام بالإعلام الصحي، يتم تعويض المريض نتيجة هذا الإخلال، ويعرف التعويض بأنه:" **جزاء الإنحراف في السلوك الذي سبب ضرر للغير يلزم المسؤول بتحمل كل نتائج هذا الإنحراف بمعنى التعويض العادل**".

فإذا ما ثبتت مسؤولية الطبيب عما لحق المريض من ضرر جراء الإخلال بالإلتزام بالإعلام الصحي، فإنه يلزم المسؤول بتعويض المضرور وجبر الضرر الذي لحق به، طبقا للمادة 124 من(ق. م. ج.) السابقة الذكر.

القاعدة العامة في تقدير الضرر أن يكون هذا التعويض على قدر كافي لجبر الضرر، فلا يزيد عليه ولا يقل عنه، ويكون التعويض إما في صورة عينية أو في صورة نقدية.

أ- حالة المسؤولية المشتركة بين الموظف والمستشفى العامة أو العيادة: إذا كان الإخلال بالإعلام نتيجة خطأ مشترك بين الطبيب بإلتزامه مع المستشفى أي اجتماع الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي[53]، يكون للمريض الاختيار بين أن يرفع دعوى على المستشفى أو على الموظف أو ضدهما، لكن لا يمكنه الحصول على تعويضين من المستشفى والموظف، ويتم توزيع التعويض بين الإدارة والموظف المخطئ بنسبة ودرجة جسامة الخطأ أو الفعل المنسوب إلى كل منهما، والذي شكل الضرر المؤسس للتعويض، ونفس الشيء بالنسبة للعيادة الخاصة فنظرا لوجود عقد طبي بين المريض والعيادة الخاصة التي يعمل فيها الطبيب فتعتبر مسؤولة [54]عن كل ما يصدر من تابعيها وتلزم بالتعويض متى تحققت رابطة التبعية، لكن يمكنها الرجوع على العامل في حالة ثبوت خطأه الشخصي أو الرجوع بجزء من التعويض في حالة اشتراك خطأ العيادة والعامل.

ب- حالة الخطأ الشخصي: في حال كان خطأ الطبيب في الإعلام شخصي يلزم بتعويض المضرور شخصيا، لكن بحكم علاقة التبعية التي تربط الموظف بالمستشفى أو العيادة الخاصة، فإذا أقام المريض دعواه ضد العيادة الخاصة أو المستشفى العام وحكم له بكامل التعويض، يحق لكليها الرجوع على

الموظف، فيمكن له استعادة كل ما دفعه، إذا لم يساهم في ارتكاب الفعل غير المشروع، كما يحق للمتبوع الرجوع على تابعه[55].

ج- حالة الخطأ المرفقي: إذا صدر الضرر عن فعل إدارة المستشفى، دون أن يرتكب الموظف أي خطأ شخصي، فيكون التعويض على المستشفى وحده، فيحرم على المستشفى في مثل هذا الوضع الرجوع على الموظف بأي شكل من الأشكال، سواء بجزء من التعويض أو كله، الذي دفعه دفعة واحدة أو بتجزئته.

2- 2- صور المساءلة الجزائية للطبيب عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الطبي: كما تبين لنا سابقا ثار جدل حول مدى مساءلة الطبيب جزائيا عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الصحي، لكن توصلنا أنه إذا شكل خطأ هذا الأخير جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، تقوم مسؤوليته الجزائية، وهذا انطلاقا من حماية السلامة البدنية لجسم الإنسان، إذ أي مساس أو اعتداء يهدد حق الإنسان في الحياة يعتبر خطأ جنائي يستوجب معاقبة الفاعل.

2-2-1-خطأ الطبيب بالتدخل لعلاج المريض دون إعلامه بغير قصد: لا يمكن في الوقت الراهن ممارسة الطب بفاعلية دون المساس بالكمال الجسدي للمرضى، وهذا حتى ولو تمثل في أبسط إصابة، كأن يقوم الطبيب بحق المريض في الجلد، أو إصابة ناتجة عن استعمال المخدر، والإصابات البليغة كبتر ساق مريض مثلا وقد تكون إصابات خطيـرة تؤدي بحياة المريض، لذلك الحصول على رضا المريض شرط لإباحـة التدخـل الطبيب، ولكي يكـون الرضا صحيح، لابـد أن يـقوم الطبيب بتبصيره، لكن قد يكون تدخل الطبيب دون إعلام المريض، بغير قصد أي يكون ناتج عن إهماله، حيث لا يقوم الطبيب باتخاذ واجبات الحيطة والحذر التي تحول دون وقوع الجريمة، والجريمة التي يرتكبها الطبيب هي غير عمدية، ويمكن أن نعرف هذه الأخيرة على أنه:" **وهي عدم اتخاذ الجاني واجبات الحيطة والحذر لمنع النتيجة الضارة التي كان في وسعه توقعها و تجنبها**"[56].

من هذا التعريف، يعد الطبيب مرتكب لجريمة غير عمدية، عندما لا يقوم بما يتطلبه واجب الحيطة والحذر، ففي هذه الحالة تقوم المسؤولية الجزائية للطبيب، وذلك لمساسه بجسم المريض عن الخطأ غير العمدي وعن إهماله دون توافر القصد الجنائي ويعاقب على جريمة الجرح أو القتل الخطأ، طبقا للمادتين 288 و 289 من (ق. ع. ج). إضافة لهذا فإنه إخلال الطبيب في الحصول على الرضا المتبصر للمريض قبل أي تدخل طبي، يعتبر إخلالا وعدم احترام للأنظمة والقوانين المنظمة لمهنة الطب، إذا أدى إلى ضرر للمريض يعاقب على أساس الضرب والجرح غير العمدي، حيث تنص المادة 3/443 (ق.ع.ج.)، ونشير أن عدم الإعلام يعتبر خطأ جزائي من قبيل أنه يشكل مخالفة للإلتزامات الأخلاقية والقانونية، حيث أنه إذا أدى هذا الإخلال إلى المساس بالسلامة الجسدية للمريض، يمكن متابعة الطبيب على أساس جريمة الضرب أو الجرح غير العمدي اعتمادا على المادة السالفة الذكر.

كما أن المشرع الجزائري استحدث بمقتضى تعديل قانون العقوبات لسنة 2009 بالقانون 09-01 نصا خاصا لمتابعة كل من ينتزع عضوا من شخص على قيد الحياة دون الحصول على رضاه بعد إعلامه بكل المخاطر، وذلك لأن عملية نقل الأعضاء من أدق العمليات وأعقد العمليات التي يقوم بها الأطباء لما لها من أخطار تحدق بالشخص المانح والمتلقي[57]، حيث نص على أن تتضمن عملية الإقتطاع الشروط الواردة في المادة 357 من قانون الصحة 18-11 التي تضمنت أنه لا يجوز للمتبرع أن يعبر على موافقته إلا بعد أن يخبره الطبيب بالأخطار المحتملة التي قد تتسبب فيها عملية الإنتزاع، كما يجب إعلام المتلقي طبقا للمادة 360 من نفس القانون.

في حالة إخلال الطبيب يعاقب طبقا للمادة 303 مكرر 17 من (ق. ع. ج.). فإذا حدثت الوفاة على إثر اقتطاع الطبيب لعضو من الأعضاء المزدوجة دون الحصول على الرضا المتبصر للمتبرع فإنه يتابع طبقا لنص المادة 288 [58]، أما إذا أحدث للشخص عجز مستديما من جراء اقتطاع العضو دون الحصول على الرضا الحر المستنير، فمن الصعب تطبيق المادة 289 من قانون العقوبات التي حددت صور الخطأ الجزائي لأنه نكون أمام جريمة عمدية[59] كما يعاقب كل من ينتزع نسيجا أو خلايا أو يجمع مادة من جسم الإنسان على قيد الحياة دون الحصول على الموافقة الحرة المستنيرة للمريض، طبقا المادة 1/303 مكرر 19 .

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي بد متذبذبا بين اعتبار خطأ الطبيب في عدم الإعلام يستوجب قيام المسؤولية الجزائية أو المسؤولية المدنية فقط، حيث قضت محكمة روان (Rouen) أنه: " **خطأ الطبيب في عدم إعلام المريض هو خطأ جنائي يكون أساسا لمساءلته جنائيا**"، لكن الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية لم تقتنع بهذا الرأي، حيث اعتبرت أن غياب التحذير السابق أي الإعلام يشكل إلتزاما مهنيا سابقا للتدخل الطبي أو الجراحي، ولا يشكل محل عقاب جنائي(60).

ولقد انتقد هذا المبدأ من قبل بعض الفقهاء باعتبار أن الطبيب الذي يخل بالتزامه بالإعلام يعد مهملا، خاصة إذا أدى هذا الإهمال بالمساس بالسلامة الجسدية للمريض تمت إصابته بالضرر ناتج عن هذا الإهمال، وعليه فإنه في هذه الحالة لا بد أن يسأل الطبيب جزائيا.

وبالرجوع لقانون العقوبات الجزائري لا نجد أي مادة تنص مباشرة على معاقبة الطبيب جزائيا كجزاء للإخلال بالإلتزام بالإعلام الصحي، إلا أنه بتفحصنا لمواده نجد المادة 226 منه التي أشارت إلى قيام مسؤولية الطبيب في حالة كذبه على المريض. فطبقا للمواد السابقة يمكن أن يسأل الطبيب جزائيا عن جريمتي الجرح أو القتل الخطأ، فيشترط قيام أركان الجريمة، أي أن يثبت أن خطأ الطبيب في عدم إعلامه يشكل خطأ جزائي، وأن تثبت العلاقة السببية بين خطأ الطبيب والنتيجة الإجرامية، ولا يكفي مجرد التضرر الأدبي للمريض، بل يجب أن ينشأ عن هذا الخطأ خطأ ماديا فنيا، يدخل ضمن مهنة الطب، وأثناء ممارستها سواء كان التدخل علاج بالأدوية أو عن طريق الجراحة.

مما سبق يتضح قصور المادة 239 من قانون حماية الصحة التي تحلينا إلى المادتين 288 و 289 من قانون العقوبات الجزائري، عن تحقيق الحماية الجزائية اللازمة للسلامة الجسدية للأشخاص، في عدة مجالات إذا شكلت الأفعال التي يقوم بها الطبيب جرائم عمدية خاصة في مجال نقل وزرع الأعضاء، وهو ما يتطلب من المشرع التدخل لسن نصوص جديدة خاصة بهذا النوع من الجرائم، ولذلك إذا ارتكب الطبيب جريمة عمدية نطبق عليه القواعد العامة التي تضمنها قانون العقوبات الجزائري.

2- 2- 2-خطأ الطبيب في التدخل لعلاج المريض من دون إعلامه عن قصد:

إن المساس الإرادي بالكمال الجسدي الذي يقوم به الطبيب يعد غير مشروع، إلا إذا توفرت فيه شروط الممارسة الطبية يصبح مبررا مادام هدفه العلاج والتخفيف من آلام المريض ومع ذلك فمهما كان مضمون مفهوم المصلحة العلاجية لتبرير المساس بالكمال الجسدي للمريض، ورغم توفر عناصر التجريم المحددة في قانون العقوبات فإن الطبيب أحيانا ينجو من كل عقوبة، مادام كان عمله مبرر برخصة من القانون الذي يخول للأطباء القيام بوظائفهم الصحية التي يختصون بها[61].

لكن من الصعب تقبل هذا المصطلح عندما يؤدي فعل الطبيب العادي إلى جروح أو القضاء على حياة مريضه عمدا، خاصة إذا اتجهت إرادته إلى الفعل المكون للجريمة، وإلى إحداث النتيجة المترتبة عليه، وكان يهدف من وراء ذلك إصابة المريض بجروح أو وفاته، فإنه يكون مسؤول في هذه الحالة جزائيا مسؤولية عمدية، والتي يمكن أن نعرفها على أنها:" **وهي كل فعل أو ترك نهى عنه المشرع ورصد لفاعله عقوبة جزائية**" .

وهي انصراف إرادة الجاني لتحقيق النتيجة الإجرامية مع علمه، أنها مجرمة قانونا، ففي هذه الحالة يبرز بجلاء التعدي من جانب الجاني لأوامر المشرع ونواهه[62]، فإذا ارتكب الطبيب جريمة عمدية يتعرض لمساءلة جزائية، وفي حالة قيام هذه المسؤولية فإنها تطبق على الطبيب كأي شخص عادي، المواد الخاصة بالجرح أو القتل هي عامة وتطبق عليه دون أي استثناء، فوقوع الفعل المجرم في هذه الحالة يتطلب إسناده إلى فاعله بشرط أن يكون قصد ارتكاب هذا الفعل غير المشروع، أي أن يتوفر القصد الجنائي وهو ما أقره المشرع في قانون الصحة الجديد في 353 منه التي تنص:"....ويسبب عجزا دائما ويعرض حياة شخص للخطر أو يتسبب في وفاة شخص إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، أي أن المشرع يحيلنا إلى تطبيق قانون العقوبات .

فلا شك أن المشرع أجاز القيام بإجراء الأبحاث والتجارب العلمية الطبية، وهو ما تشجع عليه الدول وتكافئ الأطباء والعلماء على نجاحاتهم واكتشافاتهم العلمية، إذا كان الهدف من هذه التجارب خدمة العلم وشفاء الناس وحفظ الصحة العامة.

وقد تطرق المشرع الجزائري لإجراء التجارب العلمية التي تطرق لها في القسم الرابع تحت الأحكام المتعلقة بالبحث العلمي من المواد 377 إلى 399 ونفس الشيء لعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية من

المادة 355 إلى المادة 369 قانون الصحة الجزائري، حيث تضمنت هذه المواد، من بين هذه الشروط هو الحصول على رضا المريض بعد إعلامه بجميع المخاطر المترتبة على هذا التدخل ، فإذا قام الطبيب باقتطاع عضو حيوي من المنقول منه مع علمه بذلك، فإنه يسأل كما سبق وقلنا على جريمة القتل العمدي في حالة وفاة المريض تحصل على رضا المريض بعد إعلامه أو لا[63].

فإذا قام الطبيب بكل هذه الأعمال والتدخلات الطبية دون إعلام المريض بمخاطر وأثار عن قصد، فإنه يعد مخل بإلتزام قانوني يعرضه للمساءلة الجزائية، فإذا سبب بتدخله هذا ضرر للمريض الذي أجرى عليه التجربة يعد مرتكبا لجريمة الجرح العمدي، حيث تدخل دون أن يبصر المريض بالمخاطر عن قصد، فإذا تحقق القصد في الجريمة يعاقب الطبيب طبقا المادة 264 من(ق. ع. ج) من هذه المادة فالطبيب عند قيامه بالأعمال الطبية سواء تعلق الأمر بعملية جراحية أو تجربة علمية دون إعلام المريض بكافة المخاطر والآثار التي تنتج عن هذا التدخل، وسبب للمريض ضررا يعاقب على ذلك، وتكييف خطأ الطبيب إذا كان جنحة أو جناية يتحدد على درجة هذا الضرر الذي أصاب المريض، وهو ما أكده أغلب الفقهاء حيث اعتبروا مسؤولية الطبيب عن خطأه في الإعلام يجعل عمله غير مشروع، يمثل خطأ عمدي، لأن عمل الطبيب هو عمل إرادي حتما، حيث أن الطبيب تدخل دون إعلام المريض، وبالتالي إذا سبب الطبيب للمريض أضرار تمس سلامته الجسدية، يعتبر ارتكب جريمة الجرح العمدي.

خاتمة

من خلال ما تناولناه في دراستنا، تبين لنا أن التدخلات الطبية تعتبر من الأعمال الماسة بالسلامة الجسدية للمريض، لذلك يتوقف أمر إباحتها على ترخيص قانوني يسمح للطبيب بهذا المساس، إضافة لمجموعة من الشروط من بينها الحصول على الرضا المتبصر للمريض، الذي كان وليد القضاء الدولي، واعتنقه القضاء الداخلي كالقضاء الفرنسي الذي عرف تطورا ملحوظا في هذا المجال، فهذا الإلتزام يعد واجبا على الطبيب تجاه المريض، الذي لديه الحق في سلامة جسمه وعدم الإعتداء عليه، لذلك ألزمت معظم التشريعات، ومنها المشرع الجزائري، ضرورة إعلام المريض قبل مباشرة أي عمل طبي، حتى يوازن المريض بين فوائد العلاج والمخاطر المترتبة علية، ويتخذ قرار صائب بشأن حالته الصحية.

فالطبيب سواءا كان يعمل في مستشفى عام أو في عيادة خاصة يقع عليه واجب إعلام المريض أو ممثله القانوني بالداء الذي يعاني منه، وبالعودة للنظام فإن قانون الصحة الجديد تفادى العديد من النقائص، والفراغات التشريعية مقارنة مع ما توصلت إليه الأنظمة المقارنة.

فقد أوجب أن تكون المعلومات التي يلزم الطبيب بنقلها للمريض صادقة، ولم يتطرق إلى صفة جوهرية لإيصال المعلومة للمريض، وهي أن تكون هذه المعلومة واضحة تتناسب مع مستوى المريض الثقافي، وذلك بأن يبتعد الطبيب عن المصطلحات الطبيبة الفنية التي يصعب على المريض استيعابها.

المراجع

1- القانون رقم: 18-11، المؤرخ في 2018/07/02، المتعلق بالصحة جريدة رسمية رقم 46، المؤرخة بتاريخ 2018/07/29، المعدل والمتمم بالأمر 20- 02 المؤرخ في 2020/08/30.

2- الدستور الجزائري: المؤرخ في 2020/11/01.

3- الدستور الجزائري: المؤرخ في 1996/11/28، المعدل بالقانون 08-19 المؤرخ في 2008/11/15، ج.ر.ع. 63 الصادرة في 2008/11/16. الصادرة في 2008/11/16.

4- قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 399828، الصادر في 2008/01/23، مجلة المحكمة العليا ، ع 2، 2008، ص ص 175-178.

5-PANNEAU(J):La responsabilité médicale, Edition Sirey, Paris, 1977, N° 55 . P.90 .

6-HASS- FLALLON(B),SIMON(A- M):Droit civil,5ème éd, Dalloz, Paris, 1999, P 150 .

7- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ، ج2، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2004، ص 2425.

8 – محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، ج1: التصرف القانوني، ط 1، دار الهدى للنشر، عين مليلة، الجزائر، 1991- 1992، ص 20

9- أحمد عباس الحياري، المسؤولية للطبيب في ضوء القانون الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان الأردن، 2005، ص ص44- 45.

10- LARROUMET (C), Droit civil, Les obligations, Le contrat, 3éme éd, Economica, Paris, P48.

11- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية والجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر،1998، ص .52

12- خالد جمال أحمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، مصر، ص 419.

13- LE TOURNEAU(P), Droit de la responsabilité, Dalloz, Paris, 1997, P 426.

14-علي فتاك، تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان سلامة المنتوج، د.ط.، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2008 ص 54.

15- مجدي حسن خليل، مدى فعالية رضاء المريض في العقد الطبي، دار النهضة، القاهرة، 2000، ص51.

16- جاسم علي سالم الشامي، مسؤولية الطبيب و الصيدلي، بحث ألقي في المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت، منشور من طرف منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2004، ص .421

17- بلعيد بوخرس، خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، بحث لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص .159

18- BAZ(J) , La responsabilité médicale en droit libanais , Revue AL-ADL , N° 12,1970 , P 25.

19-سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة،2000، ص136.

20- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، ج.ر.ع. 78، الصادرة في 1975/09/30، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-10 المؤرخ في 2006/06/20،ج.ر.ع. 44، الصادرة في2006/06/26.

21 – عبد الكريم بلعربي، محمد سعداوي، الأسس القانونية التي يقوم عليها احترام رضا المريض، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، ع خ 2، كلية الحقوق جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2008، ص 91–115.

22– ذهبية حامق، الإلتزام بالإعلام في العقود ، رسالة لنيل درجة دكتوراه، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، 2008–2009، ص .71

23– عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، 2006.

24–خالد جمال أحمد، المرجع السابق، ص ص 413–414.

25– عبد الكريم مأمون ، رضا المريض، المرجع السابق ،ص 155.

26– منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين ، في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي لنشر، الإسكندرية، مصر، 2011.

27 - MARZOUG(S) , L'obligation d'information médicale, Mémoire de l'école nationale de la santé publique, France, 2000 , PP. 22-23.

28- Ibid , P 23 .

29– عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية، المرجع السابق، ص 157.

30– رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 70.

31– محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، ع 3، كلية الحقوق، جامعة جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، الجزائر، 2007، ص .10

32 –Gromb (S), Parneix (P), Gachie (J .P), Labadie(J- C) ,Responsabilité médicale : Les nouvelles obligations en matière d'information sur les risques infectieux , Revue Elsevier, Bordeaux, France, 2003,www. Elsevier.com/locate/medmal/

33– استئناف مختلط أشار له، محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص .229

34– عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية، دار النهضة للنشر، القاهرة، 2006، ص 140.

35 -Cass , Civ,05 mai 1975, Bull , Civ,1976, P63 .

36 - PENNEAU(J), Ibid, P 55 .

37–عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك ، دراسة في القانون المدني و المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 126.

38– جابر محجوب علي، دور الإدارة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص .83

39– حسين طاهري ، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة ، الجزائر 2004، ص 72.

40 –Cass , Civ 1er ch . 12 Janvier 2012. Pourvoi n° : 10-24447 .Consultez ce lien: http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte= Consulté le 05/06/2015.

41– محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص .254

42 – قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1932/07/16 .

43 – Cass. Civ. 1ere 22/11/1994.N°: de pourvoi 92-16423., www.legifrance.gouv.fr/

44– محمد رايس، المرجع السابق، ص 355– 356 .

45– بوجمعة صويلح، المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، ع 1، 2001، ص .72

46– قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا، ع 2149، الصادر في 2001/05/31– ملف مدني ع 2000/5/1/1081 منشور في مجلة الإشعاع 1،ع 2000/06/25، ص ص 171 – 176.
47– طلال عجاج، المسؤولية الطبية –دراسة مقارنة– المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 67.
48– أحمد عباس الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني والقانون الجزائري، دار الثقافة للنشر، الأردن، 2005، ص63.
49– حكم صادر عن محكمة باريس الصادر في 1966/03/11، شهيدة قادة، المرجع السابق، ص 90.
50– عبد الكريم مأمون، عقد العلاج الطبي بين النظرية والتطبيق، دار النهضة للنشر، مصر، 1986، ص.37
51– Cass. Civ. du 28/12/1954, Dalloz, 1955, P 296 .
52– قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر في 1965/12/14، عبد الكريم مأمون، رضا المريض، ص 331.
53– كريم عشوش، العقد الطبي، د.ط.، دار هومة للنشر الجزائر، 2007، ص 209.
54– أحمد عباس الحياري ، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء القانون الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن،2005، ص 305.
55– عز الدين قمراوي، مفهوم التعويض عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، موسوعة الفكر القانوني، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية الجزائر، ص ص47–48.
56– أحمد حسن الحياري، المرجع السابق، ص .192
57– عبد الرحمان خالفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دار الهدى،الجزائر ، 2010، ص .141
58–عبد الرحمان خالفي، المسؤولية الجزائية للطبيب عن نقل و زرع الأعضاء البشرية، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الخاص الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008.
59– العلجة مواسي، نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الأحياء ومن جثث الموتى، أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص .333
60– حيدرة سعدي، المسؤولية الجزائية بين النص القانوني و الواقع، مجلة العلوم القانونية،. العدد 12 ، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2008 ، ص –154. ص138
61– Cass . Crim, 17/11/1969, Gaz. Pal, Paris, 1970, P 49.
62– علال قشي، المسؤولية الجنائية للأطباء عند استخدام أساليب علمية حديثة، و عند المساس بالكمال الجسدي، أعمال الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص.175
63– عبد الرحمان خالفي، محاضرات في القانون الجنائي العام المرجع السابق، ص 135.